**קניין**

**ד"ר מרים ביטון מרקוביץ'**

**מחברת מצטברת וערוכה- דור טרייניק**

**תשע"ח-2018**

סימונים:

פסקי דין ומאמרים סעיפי חוק שופטים ומלומדים

[שיעור 1- מבוא 1](#_Toc506275160)

[שיעור 2- מאפייני הזכות הקניינית 2](#_Toc506275161)

[שיעור 3+4- הצדקה לזכויות קניין 4](#_Toc506275162)

[שיעור 5- במה יש קניין פרטי 7](#_Toc506275163)

[שיעור 6+7- הזכויות הקנייניות במשפט הישראלי 9](#_Toc506275164)

[שיעור 8- בעלות 12](#_Toc506275165)

[שיעור 10- המשטר הקנייני בישראל 15](#_Toc506275166)

[שיעור 13- הגנת הבעלות והחזקה 22](#_Toc506275167)

[שיעור 14- הגנת הבעלות + דיני נטילה שלטונית 24](#_Toc506275168)

[דיני נטילה שלטונית 25](#_Toc506275169)

[שיעור 17- דיני נטילה+ דרכי רכישת בעלות 32](#_Toc506275170)

[דרכי רכישת בעלות 33](#_Toc506275171)

[שיעור 19- הערות אזהרה 35](#_Toc506275172)

[שיעור 20 הערות אזהרה + עסקאות נוגדות 37](#_Toc506275173)

[עסקאות נוגדות 38](#_Toc506275174)

[שיעור 21 38](#_Toc506275175)

[שיעור 23- קניין שביושר 43](#_Toc506275176)

[תקנות שוק 45](#_Toc506275177)

[שיעור 25- תקנת שוק + רכישת דירה מקבלן 46](#_Toc506275178)

[רכישת דירה מקבלן 48](#_Toc506275179)

[שיעור 26- קומבינציה, שכירות ושעבודים 49](#_Toc506275180)

[עסקאות קומבינציה 49](#_Toc506275181)

[שכירויות מקרקעין ומיטלטלין 50](#_Toc506275182)

[שעבודים 51](#_Toc506275183)

[שיעור מתרגלת 1- בתים משותפים 52](#_Toc506275184)

[סיכום חומר עזר בנושא בתים משותפים (סיכום שלי) 53](#_Toc506275185)

[שיעור מתרגלת 2- שיתוף 57](#_Toc506275186)

שיעור 1- מבוא

Miriam.bitton@biu.ac.il

חלוקת ציון:

5% מטיב

80% מבחן

10% 4 בחנים (רק צריך לעבור)

10% עבודה

הקורס בנוי מ6 חלקים

1. קניין פרטי- הגדרות הזכות הקנית הפרטית מול הזכות החוזית, מדוע יש קניין פרטי? מהי ההצדקה לקיום קניין פרטי? ועל מה חלים דיני הקניין
2. בעלות- מאפיינים, מהות והגבלות. המשטר הקנייני בישראל. דיני נטילה שלטונית. הגנת הבעלות והחזקה.
3. דרכי רכישת בעלות- איך אדם מקבל בעלות. רכישת דירה מקבלן. תחרויות. תקנות שוק- מצב בו אדם מוכר דבר שלא בבעלותו
4. ריבוי בעלים (חלק יהיה בלימוד עצמי). בתים משותפים.
5. זכויות בנכסי הזולת- זיקת הנאה, שכירות, בטוחות, עיכבון ומשכון.
6. הקניין כזכות חוקתית.

הקניין הפרטי

ישנו הבדל מהותי בין זכות קניינית לחוזית.

דוגמאות:

1. ראובן הוא בעל רכב והוא עושה עסקה עם שמעון ומתחייב למכור לו את הרכב שבבעלותו. במסגרת ההסכם הם מסכימים כי מועד המסירה יהיה חודש ממועד ההסכם. לאחר העסקה ובטרם חלף החודש, ראובן לוקח את הרכב וממשכן אותו לבנק לצורך הבטחה של הלוואה. לאחר מכן ראובן חותם עסקה על מכירת הרכב עם לוי.

במצב כזה דיני החוזים לא נותנים תשובה לבעיה. על פי דיני הקניין במצב של תחרות ביחס לנכס יש תשובה למי שייך הנכס. דוגמה זו לא פשוטה מבחינה משפטית. בסוג מצבים זה בו יש מספר עסקאות הנותנות בעלות לאנשים שונים, ע"פ חוק המכר בעסקאות מיטלטלין הזכות בנכס מתקבלת רק במועד המסירה. כל עוד הרכב לא נמסר, בעליו החוקיים יכול לעשות בנכס כל העולה על רוחו כולל עסקאות נוגדות. כיוון שאין מרשם עסקאות חוזיות לא ניתן לדעת על עסקאות כאלה. משכון הוא מצב בו אדם משתמש בנכסיו כבטוחה להחזר הלוואה. כדי שהמשכון יהיה שווה הוא נרשם במרשם חוקי כדי שיוכלו לדעת שהנכס בבעלות הבנק במקרה שלא ניתן יהיה להחזיר את ההלוואה. משכון מקרקעין נרשם במשכנתא ומשכון מיטלטלין נרשם ברשם המשכונות. תשובה למקרה זה תהיה בס' 12 בחוק המיטלטלין- הראשון בזמן עדיף על המאוחר אלא אם המאוחר קיים 3 תנאים- (1)תו"ל (לא ידע ולא היה עליו לדעת על עסקאות קודמות) (2) תמורה (3) מסירה של הנכס לקונה.

אחד המאפיינים של עסקאות חוזיות הוא חוסר פומביות. מי שיודע על החוזה אלה הצדדים בלבד. זוהי חולשה מרכזית של הזכות החוזית כיוון שהיא חושפת את הצדדים לסיכונים כמו בדוגמה זו (עסקאות נוגדות). אדם חסר תו"ל ינצל את החולשה הזאת ויצור עסקאות עם אנשים רבים. הזכות הקניית משדרגת את הזכות החוזית שרק הצדדים יודעים עליה לזכות פומבית ומוחלטת.

אם ראובן היה מעביר את רכב לשמעון לאחר שהבנק משכן את הרכב, הרכב יהיה שייך לשמעון בכפוף למשכון. במידה וראובן לא יחזיר את ההלוואה, הרכב יוצא מידי שמעון.

1. לראובן יש חלקת מקרקעין בבעלותו. בלשלב ראשון התחייב למכור את הנכס לשמעון. לפני שהנכס הועבר במרשם המקרקעין מכר את הנכס ללוי. מדובר בשני הסכמים חוזיים נוגדים. גם כאן דיני הקניין נותנים הכרעה לתחרות. בס' 9 לחוק המקרקעין ישנו כלל הכרעה אשר אומר כי הראשון בזמן עדיף על פני המאוחר בזמן אלא אם המאוחר קיים 3 תנאים- (1) תו"ל (2) תמורה ריאלית (3) רישום הזכות במרשם המקרקעין. גם כאן הפיכת הזכות לפומבית היא הפתרון שדיני הקניין נותנים לבעיה שמקורה בדיני החוזים.

בשתי הדוגמאות ניתן לראות שדיני הקניין הינו ענף משפטי אשר קובע נורמות משפטיות ביחס לזכויות של אנשים בנכסים ומסיע בפתרון סכסוכים בנוגע לנכסים.

הזכות הקניינית בשונה מהזכויות החוזיות נבדלת במספר דברים:

1. זכות חוזית פועלת כלפי אדם מסוים ואינה מעניקה זכויות ישירות בנכסים. זכות קניינית היא פומבית ולכן תקפה כלפי כל העולם. היא מהווה ידיעה בכוח על הזכות בשל קיום המרשם או קיום חזקה (כמו קבלת הנכס). זכות נהפכת לפומבית בהתאם לנכס- מקרקעין ירשם במרשם המקרקעין, במיטלטלין ברירת המחדל היא מסירה (מחזיק הנכס הוא בעליו).
2. הזכות החוזית מחייבת רק את הצדדים לה ולא מחייבת צדדים שלישיים אלא אם הודיעו לאותו צד שלישי.
3. זכות חוזית חשופה לסיכונים הנובעים מהתנהגות לא הגונה של בעל הנכס ולסיכונים הקשורים למצבו הכללי של בעל הנכס.
4. זכות הקניין נותנת יכולת לעקוב אחרי הנכס ולאכוף את הזכות הקניינית כלפי כל אדם שיחזיק בנכס (לדוג- מכונית שנגנבה ונמכרת לאחר).

שיעור 2- מאפייני הזכות הקניינית

חלק מהזכויות הקנייניות ישימות גם לזכויות חוזיות.

מתוך הזכות הקניינית של פומביות יש תוקף כלפי כל העולם. בדין הישראלי דברים אלה באים לדי ביטוי ביחס למקרקעין בס' 6 ו- 7 לחוק המקרקעין. ס' 6 אומר כי עסקה במקרקעין היא עסקה רצונית חוזית שבה אדם שבבעלותו נכס מקרקעין נותן לאחר זכות כלשהי במקרקעין שלו. יש רשימה סגורה של עסקאות אשר ניתן לעשות במקרקעין והזכויות אשר ניתן לתת הן רק אלה אשר בחוק. ס' 7א אומר כי העסקה טעונה רישום ורואים את מועד הרישום כשעת הרישום. ס' 7ב אומר שעסקה שלא נגמרה ברישום דינה כהתחייבות לעשות עסקה. אין קניין אך יש התחייבות. המחוקק משתמש בס' 7 כתמריץ לבצע רישום כדי להפוך את העסקה לפומבית וסופית.

ע"פ ס' 33 לחוק המכר, כשמדובר במיטלטלין הדרך למתן בעלות היא מסירת הנכס. זהו כלל ברירת מחדל שניתן להתנות עליו.

במצב של סחר בזכות חוזית מועד החתימה על ההסכם הוא מועד העברת הבעלות אלא אם הצדדים הסכימו על מועד אחר.

1. פומביות- רישום לעומת חזקה- לא מעשי לנהל מרשם על מיטלטלין כיוון שמדובר בנכסים רבים מאוד. לעומת זאת מקרקעין הינו משאב מוגבל כך שהרישום אינו חריג או לא סביר. מעבר לכך, ישנם חריגים ובמצבים מסוימים נסתפק לפחות מרישום במקרקעין ותספיק תפיסת חזקה ביחס לזכויות מסוימות. חזקה אינה דבר אופטימלי לעומת רישום שנותן מידע אמין, מדויק ופומבי. למרות זאת חזקה משתלמת יותר במקרים מסוימים כגון שכירויות עד 10 שנים, זיקות הנאה מכוח שנים (זוהי זכות הנאה מכוח שימוש במקרקעין מסוים מעל 30 שנים ללא מחאה מצד בעלי הקרקע אשר הופכת קניין) וזכויות קדימה מכוח דין (זכות סירוב ראשונה לרכוש מקרקעין שהם זכות קדימה בין בני זוג וזכות ירושת משק חקלאי). לעומת זאת ישנם זכויות שכן דרושות רישום כמו:

1. בעלות.
2. שכירות מעל 10 שנים.
3. זיקות הנאה הסכמיות.
4. משכנתא.
5. זכויות שאילה.
6. זכויות קדימה הסכמיות.
7. עיזבון.

ע"פ ס' 1 לחוק המקרקעין, רק רישום בפנקס ע"פ חוק המקרקעין מזכה בבעלות (טאבו). רישום במרשמים אחרים כמו לדוגמה מרשם רשות מקרקעי ישראל או רישומי חברות משכנות (כמו עמידר) לא מזכה בבעלות. פומביות הרישום מעוגנת בס' 124 לחוק המאפשרת לציבור גישה לפנקסים. יש 3 סוגי פנקסים המנוהלים במרשם המקרקעין שם נרשמים זכויות שונות בנוגע לסוגי מקרקעין שונים.

2. זכות השליטה והניהול- לפי כל תפיסות הקניין רכיב השליטה והניהול של נכסים הוא אינהרנטי להגדרת זכות הקניין. יצירת זכות שלא באה עם יכולת שליטה בנכס, לפי זכויות הקניין, אינה קניינית.

3. שימוש- לפי ס' 2 לחוק המקרקעין הזכות למקרקעין היא היכולת לעשות במקרקעין כל דבר. השימוש הינו מרכיב מרכזי בזכות השליטה והניהול. להרבה מהזכויות הקנייניות שימוש הוא רכיב אינטגרלי להגדרת הזכות הקניינית.

4. עקיבה ועדיפות- זכויות אלה נובעות מהתכונה של הפומביות. ברגע שזכות תקפה כלפי כל העולם, כל העולם כפוף אליה. אי לכך לאדם יש זכות עקיבה ועדיפות ביחס לאחרים. עקיבה ועדיפות הינו מצב בו גם אם נכס יוצא מרשות אדם שלא כדין, יש לאדם יכולת לעקוב אחר הנכס ולהחזיר אותו לחזקתו גם ללא רשות אותו אדם. דוגמה לכך הינה רכב שנגנב ונמצא ע"י הבעלים. עם זאת מבחינה מעשית זכויות אלה הצטמצמו מאוד עקב כללי דיני התחרויות כמו תקנות שוק. זהו מצב של הפקעת קניין פרטי ע"י אדם פרטי בהתמלא תנאים מסוימים בגלל אינטרס חברתי. לכן בנסיבות מסוימות הדין לא יאפשר את אפשרות העקיבה. כך שאם הרכב נמכר לאחר, לא ניתן להוציא את הרכב מידיו ע"פ ס' 34 לחוק המכר. עדיפות אומרת שכאשר לאדם יש זכות קניינית, אותו אדם תמיד יהיה מועדף על אחר שידרוש זכויות בנכס. אם אדם ממשכן רכב כדי לקבל הלוואה ולאחר מכן מכר את הרכב לאחר. לבנק יש עדיפות על אותו אדם והוא יוכל לקחת אותו כדי לפרוע את הלוואת המוכר.

5. עבירות- זכויות קנייניות ניתנות להעברה. עם זאת יש הגבלות לכך במקרים מסוימים. ס' 42 לחוק הירושה קובע הגבלה על עבירות ביחס ליותר משני אנשים כך שאם אדם רוצה להניח צוואה אחריו הוא לא רשאי לצוות ליותר משני אנשים קדימה (אי אפשר לצוות שדבר מסוים יגיע לאדם, אחריו לאחר ואחריו לעוד אדם). זאת עקב אי יעילות כלכלית. לא ניתן להגביל נכסים עשרות שנים קדימה כיוון שמציאות משתנה וניצול יעיל של נכסים מכתיב שהם ינוהלו ע"פ הקורה בשוק. כך לדוגמה נמצאו כתבים של קפקא אשר לא רצה שיפורסמו וביקש זאת מאיש סודו לפני מותו. על אף חשיבות רצון המצווה, הש' רובינשטיין כפה את מסירת היומנים לטובת מטרות ציבוריות.

6. חיובים- מלומדים כמו גרגורי אלכסנדר קבעו כי זכות הקניין באה גם עם חיובים. מעבר לזכויות והזכאויות יש בזכות חיובים כלפי אחרים. כך למשל כאשר אדם חי בבית משותף יש חובת וועד בית. בישובים קהילתיים יש תלות קהילתית ובעסקאות מקרקעין יש מס שבח ומס רכישה.

7. עקרון הרשימה הסגורה- זהו מאפיין של זכויות קניין אשר מוסדר בצורה מפורשת בס' 161 לחוק המקרקעין. עקרון זה לא קיים במפורש בחוק המיטלטלין אך מקובל גם בו. ס' 161 סיים מסורת של זכויות קניין שביושר שאומצה לפני חוק המקרקעין. מכוח דיני היושר האנגליים נוצרו דיני קניין במקומות שראו שיש צורך בהם. לאחר אימוץ חוק המקרקעין זכויות במקרקעין הן רק לפי הכתוב בחוק. במקרקעין ובמיטלטלין יש רשימות סגורות (רשימה במקרקעין כתובה למעלה).

במיטלטלין/ זכויות חוזיות הרשימה הינה:

1. בעלות.
2. שכירות.
3. משכון.
4. עיזבון.

יש רצון שאנשים ידעו למה הם כפופים לשם שיהיה ערך לרשימות הסגורות. רשימה זו מגיבה לצרכים החברתיים של החברה. מחוקק יכול להוסיף זכויות.

בפס"ד בן חמו נ' טנא נוגה נחתם חוזה על פיו בן חמו יהיה המפיץ העיקרי באזורים מסוימים וטנא נוגה מתחייבים לא להפיץ את תוצרתם בעצמם או באמצעות מפיץ אחר. בתוך החוזה קבעו כי זוהי זכותו הקניינית של בן חמו ללא הגבלת זמן. בן חמו הגיש תביעה בבקשה לסעד הצהרתי ופיצויים כספיים בגין הפרת חוזה. הש' שטרסברג דנה האם זכות ההפצה היא קניינית. לטענתה זכות קניינית נקבעת לפי הנסיבות ומשתנה ממקרה למקרה. הש' קובעת כי הפצה לא יכולה להיות קניינית כיוון שהזכות עבירה לפי ההסכם (דבר שמאפיין גם זכויות קנייניות וגם חוזיות). בנוסף לכך לבן חמו אין עצמאות בהפצה כיוון שהוא תלוי בטנא נוגה ועל כן אין זה קניין. כמו כן זכות קניינית נהנית גם מתכונה של ייחודיות. אם יש נכס אחד לא ניתן ליצור יותר מ100% של זכויות קניין כפי שניתן לעשות בחוזים. זכות קניינית היא ייחודית. הש' טוענת שבן חמו לא יכול לטעון שיש לו בקו ההפצה 100% זכויות כיוון שיכול להיות שאחרים יפיצו בקווי החלוקה שלו בדרך אחרת. אין אפשרות למנוע מאדם לקנות את המוצרים במקום אחר ולמכור אותם בקו מבלי שטנא נוגה תהיה מעורבת בעניין.

לדעת המרצה יש כאן יומרה של השופטת כיוון שהיא הכריעה על קיום או אי קיום זכויות קניין על פי עובדות המקרה ולא על פי הרשימה הסגורה שקבע המחוקק. לעיתים פס"דים בנושא דורשים איזון ושיקול דעת אותו יש לשמור למחוקק. במצב בו הייתה מתרשמת שזכות הפצה היא זכות קניינית הדבר היה יוצר בעיות רבות על סמך מקרה פרטני.

בפס"ד רומנו נ' שוחט ופס"ד מנדלבאום נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה מתעוררת השאלה האם דיירות מוגנת היא זכות קניינית. בפס"דים אלו עולות תשובות שונות בנוגע לשאלות דומות. ברומנו נאמר שזאת לא זכות קניינית בעוד במנדלבאום נאמר שכן וזאת עקב נסיבות שונות. דיירות מוגנת ע"פ חוק הגנת הדייר הינה חקיקה המתערבת בזכות השכירות בשני מישורים- (1) הגבלות על העלאות דמי שכירות ו(2) חסינות מפני פינוי. זוהי שכירות משודרגת שפוגעת קשה מאוד בבעלי דירות.

ברומנו התעוררה השאלה האם דיירות מוגנת היא זכות קניין לצורך ס' 8 לחוק המחייב עסקה בכתב- כלומר האם עסקת דיירות מוגנת דורשת כתב. לדעת הש' לנדוי בפס"ד רומנו זוהי לא זכות קניינית כיוון שזוהי זכות שהחוק יצר ולכן היא אינה יכולה להיות קניינית ובנוסף לכך, זכות הדיירות המוגנת היא זכות שתוכנה שלילי אשר מעניקה הגנות ולכן אין זו זכות קניינית. שני נימוקים אלה לא עומדים במבחן הביקורת כיוון שיש זכויות רבות שתוכנן שלילי כמו למשל זכות הפטנט נותנת אפשרות למנוע מאחרים לעשות שורה של פעולות בהמצאה. אין זה תוכן פוזיטיבי אלה הגבלות על אחרים.

פס"ד מנדלבאום מדבר על ס' 197 לחוק התכנון ובניה אשר קובע כי יש לפצות אנשים שנפגעים כתוצאה מפרסום תכניות עתידיות לתכנון ובניה. רק עצם הפרסום של התוכנית מזכה בפיצויים כלפי בעל הקרקע או מי שזכאי לזכויות בה. מנדלבאום היה דייר מוגן בבניין שהיה עתיד להיהרס ולבנות במקומו דרך ציבורית. לפי הרשימה הסגורה של הס' מנדלבאום לא היה זכאי לפיצויים כיוון שדיירות מוגנת לא נמצאת ברשימה. הפס"ד מגיע לעליון והש' שמגר מחליט שלצורך הס', דיירות מוגנת היא אכן זכות קניינית. הש' שמגר מפרש את הדיירות מוגנת כשכירות משודרגת ולכן אם שוכר רגיל מקבל פיצוי קל וחומר שהשוכר המשודרג יקבל.

שיעור 3+4- הצדקה לזכויות קניין

ישנן 3 תאוריות מרכזיות העוסקות בזכות לקניין

1. התיאוריה הקלאסית- קניין הינו זכות טבעית של האדם לנכס וקיים קשר בין האדם לאותו נכס. מה שנובע מהזכויות של אדם בנכס הוא שלאיש אסור להתקרב, להשתמש או לגעת בנכס ללא רשות הבעלים, החל מהרגע שהנכס בבעלות אדם מסוים. לפי תאוריה זו הזכות לקניין הינה זכות בלעדית המדירה אחרים ונותנת כוח לעשות שימוש בנכס.
2. תיאוריה פרסונלית- הוצגה ע"י המלומד הופט. לאדם אין זכויות בנכסים, נכס הוא דבר דומם שאי אפשר לפתח בו זכות. הגה רעיון של זכות אישית בנכס, שמשמעותה היא זכות כנגד אדם אחר- ממש כמו זכות חוזית. לדבריו, זכות קניינית חזקה יותר מזכות חוזית כי היא תקפה לכל העולם (כלומר, מעין זכות חוזית בין אדם לכל העולם). לדבריו, הזכות הקניינית היא מארג של חוזים בין בעל הזכות הקניינית לכל העולם. זאת, בניגוד לתיאוריה הקלאסית שדוגלת בקשר ישיר בין אדם לנכס.
3. תיאוריה מודרנית קלאסית- ע"פ תיאוריה זו זכות קניינית מעניקה לאדם יכולת להפיק מהנכס במישרין תועלת שניתנת להערכה כספית. מה שמייחד את הזכות היא שהיא יוצרת זיקה בלתי אמצעית לנכס שאינה מצריכה פעולה מצד אדם מסוים כדי שיוכל ליהנות מהזכות. בדומה לתיאוריה הקלאסית מדובר בזיקה ישירה בין האדם לנכס.

הגישה הליברטיאנית: וויליאם בלקסטון היה הוגה אירופאי שהציג גישה ביחס לתפיסת הקניין שאומרת כי קניין אומר שלי שלי שלך שלך וכל גריעה ממה שיש לי היא פגיעה בקניין. בלקסטון אומר שהתפיסה ביחס לזכות קניינית היא שאדם הוא בעל זכות בלעדית בנכסים שלו ויש הדרה של אנשים אחרים מנכסים אלו. כמו כן למדינה אסור לעשות דבר בנכסים ללא הסכמת הבעלים ובמידה ויסכים, עליו לקבל פיצוי מלא. תפיסה זו רואה את המדינה בצורה ליברטריאנית, כמעין שומר לילה שתפקידו לשמור על נכסי האזרחים.

הגישה הליברלית: ווסלי הופלד מנגד אומר שאין צורך הגדיר זכויות קנייניות כי אין דבר כזה זכות קניינית אחידה או בעלת הגדרה מדויקת. לדעתו זכות קניין יכולה להיות הרבה דברים כדוגמת שכירות, בעלות ומשכנתא. הופלד אומר שצריך לתפוס את הדיון על זכויות קניין דרך אגד הזכאויות שיש לאנשים. הוא מציע לפרק את מאפייני הזכות לקניין ולתפוס אותה כזכות שיכולה להגיע בכל מיני זכויות שונות. קניין נותן שורת זכויות לא אחידה ולכל קניין יש שורת זכויות שונה. שכירות באה עם זכות שימוש והחזקה. לבעלות לעומת זאת יש שורת זכויות גדולה יותר. לגישתו של הופלד פגיעה באחת הזכויות הקנייניות לא תוביל לפגיעה בקניין ויהיו מצבים בהם אדם יהיה סלחני כלפי פגיעה בקניינו (בשונה מגישתו של בלגסטון)

בניגוד לגישה הליברטיאנית השמרנית, הנוקשה והאחידה של בלקסטון, ישנה גישה ליברלית שמאמצת ערכים של גמישות, פתיחות וגיוון ביחס לתפיסת הזכות הקניינית. לפי גישה זו ההגנה הקנאית על הקניין הפרטי אינה ריאלית. גישה זו מאמצת עולם עשיר יותר מבחינה ערכית, ומאמינה שבנסיבות מסוימות עשויים לפגוע בקניין בגלל צרכים קהילתיים.

הגישה הפורמליסטית: בדומה לבלקסטון, מאמינה שזכויות קניין הן זכויות אחידות שמוגדרות לפי צורתן. גישה זו לא מתעסקת בשאלות המהותיות של מקור ומטרת הזכות הקניינית.

הגישה הריאליסטית: תפיסה אמריקנית מאוד. בדומה להופלד, אומרת שצריך לבדוק מה המשפט מנסה לעשות באמצעות יצירת הזכויות הקנייניות. כלומר, גישה מחוברת לשטח - זכויות הקניין נגזרות מצרכי החברה והמציאות הקיימת. לא מתחבאים מאחורי הגדרות אחידות. לפי הגרסה הריאליסטית, קניין יכול להיות הרבה מאוד דברים וזכויות קנייניות יכולות להשתנות.

גישות מוניסטיות לעומת פלורליסטיות- מוניזם טוען שזכות הקניין צריכה להיות מוכתבת על בסיס ערך אחד בעוד פלורליזם מאמצת שיח ערכי עשיר יותר על בסיסו ניתן לפתח ערכים קנייניים.

יש 3 סוגים של קניינים- פרטי קולקטיבי ומשותף. פרטי זוהי מערכת קניין מדינתית המקנה לאנשים פרטיים נכסים אשר הם יכולים להחזיק באופן פרטי. קניין קולקטיבי לעומת זאת אוסר על אחזקה פרטית של נכסים וכולם מחזיקים בנכסים באופן משותף. קניין משותף הוא קניין פרטי שהחזקת הנכס היא בבעלות משותפת.

הצדקות לקניין פרטי

1. ערך החירות- ההוגה המרכזי לערך זה הוא מלומד בשם רובקט נוזיק אשר היה אחד ההוגים הליברטיאנים המרכזיים שדן בערך החירות כהצדקה לקניין. גישתו היא שהמדינה צריכה להיות מעורבת כמה שפחות בניהול חיי אזרחיה בייחוד בפן הכלכלי שלהם. מטרת המדינה היא להגיע לחירות בעלים. זהו ערך חשוב שהקניין נותן לאנשים. לדעתו העובדה שלאנשים לא היו נכסים מלמדת על זה שאותם אנשים היו נחותים, כפופים לאחרים וכשיש להם קניין פרטי הדבר משחרר את האדם, מבטל את התלות ונותן לו חירות. נוזיק ביסס 3 כללים המבססים מערכת קניין:

א. כלל התפיסה התקיפה- המדינה או החברה צריכות להציב שורת כללים לרכישת קניין.

ב. כלל ההעברה התקיפה- יש לקבוע כיצד מעבירים קניין בצורה נכונה מאדם לאדם.

ג. כלל התיקון- יש לקבוע כללים כיצד לתקן מצבים בעיתיים כדוגמת גזל.

נוזיק ודומיו לקחו את החירות למקום קיצוני שבו המדינה לא יכולה לעשות דבר מבלי להיחשב כפוגעת בקניין של אנשים. על נוזיק יש שורה של ביקורות: על פיה גישתו של נוזיק מובילה ליצירת הון בלתי מוגבל שיכול ליצור פגיעה קשה באוכלוסיות חלשות. כמו כן גישה זו לא מדברת על שוויון. אין מינימום הכרחי ויש הנצחת פערים בין אנשים.

2. אישיות- מצד אחד זהו ערך חשוב ומשכנע אך מצד שני קשה להשתמש בו בפועל. גישה זו מניחה שאנו כבני האדם מטפחים כלפי קניין מסוים רגש חזק יותר בהשוואה לנכסים אחרים. דוגמאות קלאסיות הן טבעת נישואין, אלבומי תמונות, בית. נקודת המוצא של תאוריה זו מיוחסת לחוקרת בשם מרגרט ראדין שאמרה שיש קשר כזה אך יש ספקטרום בו דרגת הקשר משתנה לפי סוג הנכס. יש נכסים ברי החלפה שהקשר אליהם חלש יותר כמו כסף, לעומתם נכסים בעברו השני של הספקטרום להם יש קשר חזק. אלה נכסים שקרובים ל"אני" ופגיעה בהם תגרום לכאב וקושי חזק יותר. לדעתה יש להגן על סוג הנכסים שקשורים לאדם מאשר לנכסים ברי החלפה. עם זאת אין מדדים אובייקטיביים ואין איך להגן עליה. על אף זאת, גם אם לא נאמר כך באופן מפורש, דיני הקניין כן שמים דגש על קניין אישיותי. כך לדוג' זכויות קדימה במשפחה לקניית דירת מגורים והיקף ההגנה שדירת מגורים מקבלת גדול מנכסים אחרים. כך גם נכס חקלאי אשר עובר בירושה למספר יורשים. דוגמה שלישית לכך הינה דיני זכויות יוצרים בה יש זכויות מוסריות. אלה זכות שהתפתחו באירופה הקונטיננטאלית אשר מגנות על האינטרסים האישיותיים של יוצר היצירה. הם הכירו בזה שאדם שיצר יצירה קשור אליה בקשר חזק וזוהי מן המשכיות לאותו אדם. בדין הישראלי זכויות אלה באות בשני אופנים- (1) זכות ייחוס היצירה (כל שימוש ביצירה דורש קרדיט) (2) הזכות לשלמות היצירה (ליוצר יש זכות שלא יעשו שינוי או סילוף ליצירה באופן שפוגע בכבודו).

3. עבודה- לתאוריית העבודה יש הרבה אמפתיה ומהווה בסיס לקניין רוחני. ערך זה מיוחס לג'ון לוק שהכיר בערך העבודה כבסיס ליצירת קניין. על פיו הזכות של אדם לקניין מבוססת על ערך העבודה כאשר הנחת המוצא היא שבמצב הטבע כל המשאבים מסביבנו שייכים לכולם. לכל אחד מאתנו יש זכות לקחת משאבים מאותו עולם משאבים וכאשר אדם מערבב את עבודת כפיו עם משאב מעולם המשאבים התוצר יהיה שייך לו. ללוק היה סייג בנושא שאמר שמותר לקחת מכל המשאבים רק אם השארתי מספיק בכמות ובאיכות לאחרים. כמו כן השיח שלו התנגד לבזבזנות. גם על לוק יש ביקורת רבה: הנחת המוצא של לוק בעייתית במקרה של מחסור. בעולם יש כמות משאבים מוגבלת וכשיש מחסור תמיד יהיו אנשים שחסר להם ולקיחה של אחד תהיה על חשבון אחר. כמו כן יש בעיה בהנחת העבודה של לוק שאם עשיתי משהו הוא שלי. נוזיק אמר בתגובה שאם אקח מיץ ואשפוך אותו לים הים שייך לי? עם זאת, מה אם תוצר העבודה לא ראוי או לא רצוי? יש קריאות לרסן את תיאוריית העבודה באופן שתתגמל רק התנהגות רצויה מבחינה חברתית. בנוסף לכך על התגמול להיות פרופורציונאלי לעבודה.

4. יעילות כלכלית/ רווחה מצרפית- רווחה מצרפית מנסה להשיג את התועלת הכלכלית שתגדיל את עוגת הרווחה כמה שניתן. על פי ערך זה טוב שיהיה יותר. מבחינת יעילות כלכלית קניין פרטי הוא דרך יעילה יותר להפנמת התוצאות של ההתנהלות של בעלי הנכס. זוהי דרך יעילה יותר לנהל נכסים. מלומד בשם הרדין כתב מאמר העוסק בטרגדיית המאגר המשותף. על פי מאמר זה אם מספר רועי צאן יביאו את הפרות שלהם לכר מרעה ציבורי, כל אחד מהם ירצה להביא יותר פרות ולנצל את כר המרעה עד כמה שניתן. האינטרס האישי של כל רועה יגבר על האינטרס הקולקטיבי של שימור המשאב. לפי הרדין כדי להתמודד עם מצב כזה יש להפריט את כר המרעה ולהפוך אותו לקניין פרטי. נחלק את כר המרעה לחלקות ועל כל רועה יהיה לטפל בחלקה שלו. במצב זה מתן זכויות קניין פרטי יביא למציאות שבה כל אחד יאלץ להפנים את העלות והתועלת של ההתנהגות שלו. עצם המושג של קניין פרטי יוביל לרווחה חברתית מבלי צורך התערבות של המדינה.

ע"פ הרולד דמסטז קניין פרטי הוא לא תמיד הפתרון ולא תמיד יהיה יעיל יותר ממשטרים אחרים. ניתוח כלכלי לא תמיד יכתיב שקניין פרטי הוא הכי יעיל. יש נכסים שההקמה והקיום שלהם יהיו יותר כלכליים אם יעשו בצורה משותפת. כך לדוגמה הקמת קניון. הרבה יותר יעיל יהיה אם יהיו שירותים משותפים כמו מרחבים ציבוריים, שירותים, ניקיון וכדומה. לעומת זאת, ניתוח כלכלי מביא בחשבון את נושא ההחצנות- השלכות הפעילות שלי על אחרים. משטור של נכס שנמצא בגישה חופשית לאנשים יכול להיות יקר יותר מקניין פרטי. ניהול נכס ציבורי דורש עלויות גבוהות כמו שוטרים בעוד בנכס פרטי כל אדם מתייחס לעצמו. לעומת קניין משותף, בקניין פרטי יש חשיבה עתידית ונטייה להפנים עלויות ותועלות.

הוגה נוסף שכתב על טרגדיית המאגר המשותף הוא פרופ' הלר. במאמרו "הטרגדיה של האנטי-קומונס" הצביע על החולאים של הקניין הפרטי. בטרגדיית המאגר המשותף ההפרטה הייתה יעילה כלכלית אך הלר אומר שפיצול היתר של נכסים בדרך של הפרטה יכול להיות לא יעיל כלכלית. במידה וקידום ידרוש איחוד מחדש של חלקות האדמה, הדבר יגרור סחטנות מצד חלק מבעלי הקרקעות ויבלום התקדמות כלכלית. ע"פ הלר נראה זאת בצורה הבוטה ביותר בקניין רוחני. כך לדוג' בטכנולוגיה סלולרית יש מאות אלפים של פטנטים אך הכוח נמצא אצל מספר חברות גדולות. אדם שירצה להיכנס לשוק הסלולר כשחקן חדש יאלץ להיאבק בכל החברות הגדולות.

5. קהילה- זהו ערך יחסית חדש בשיח הקנייני. קהילתיות מניחה שכאשר אנו מדברים על קניין בקהילה נקודת המוצא הם שבני אדם הם בעלי חיים חברתיים אשר מקיימים חיי קהילה. חלק גדול מהאינטראקציה קשורה לנכסים הקניינים. ערך זה אומר שעל אדם לקחת בחשבון את האחרים גם לגבי הנכסים שלו. תפיסה זו תאמר לנו שלעיתים אדם צריך להקריב גם את הקניין שלו עבור הקהילה שהוא חי בה. כך למשל סוגיית ההפקעות הממשלתיות בה מתעוררות סדרה של שאלות כמו האם נכון לקחת קרקעות מהפרט עבור מטרות הקהילה ואם כן איך צריך לפצות את הבעלים. חנוך דגן סבור שתפיסה זו צריכה להיות מושתת על הדדיות ארוכת טווח לשם הערכים של קידום קהילה. לא ייתכן שתמיד אותם אנשים יתנו והנטל צריך ליפול על כולם באופן שווה. לעומתו, וויסמן אומר שקהילה אינה ערך ראוי לפגיעה בקניין. התפיסה הישראלית היא יותר ליברלית בכל הנוגע לצורך ציבורי וקהילה ואנשים לעיתים יאלצו להקריב את הנכס שלהם לטובת הכלל.

בישראל יש 3 הקשרים בהם קהילתיות משפיעה על קניין כמעט באופן ישיר-

1. שלב הכניסה לקניין- רכישת מקרקעין באזור מסוים יכולה להשפיע בכל מיני מובנים כמו לדוג' קיבוץ בו הכל מנוהל לטובת כולם באופן שוויוני. לישובים קהילתיים יש חוק המאפשר לקבל עד 400 משפחות במבחן קבלה כתנאי כניסה לישוב. חוק זה נותן אפשרות להדיר אנשים על בסיס אי התאמה לחיי קהילה או למרקם החברתי. אלה סטנדרטים עמומים מאוד. בחוק תיקון חוק האגודות הקהילתיות יש איסור על אפליה. ס' זה מתקן את העוול רק לכאורה אך הכוח לדחות אנשים עדיין קיים.
2. משטר קנייני- ישנן קהילות מסוימות בהן הרוב מפעיל שיקול דעת לגבי קניין של אחרים. רמת הוויתור של הפרט משתנה לפי אופי הקהילה.
3. שלב היציאה- כאשר אנשים רוצים לצאת משיתוף כלשהו, החוק נותן לפרט הרבה כוח לעשות זאת.

יש כתיבה אקדמית אשר מנסה לסווג את הקהילות על בסיס רמת הקשר בין הפרטים בה. יש מקומות בהם דרגת הקהילתיות חזקה ושיתוף הפעולה בין חברי הקהילה מכונן ומאפשר מימוש המטרות שלה. יש שיתוף פעולה חזק כמו קיבוץ בו הכל משותף וחלש כמו להיות דתי בבני ברק ולשמור על חיים דתיים לטובת הכלל. ישנו גם שיתוף פעולה מסייע למשל יישוב אמירים שנועד לאנשים טבעוניים. רמת שיתוף הפעולה מינימאלית אך מסייעת לאורח החיים.

6. צדק חלוקתי- התפיסה המקובלת היא שזהו לא ערך שצריך להיות כלול בשיח הקנייני. צדק חלוקתי זו גישה שנויה במחלוקת המיוחסת בעיקר לפרופ' חנוך דגן בתחום דיני הקניין. דגן סבור שצדק חלוקתי צריך להיעשות גם דרך דיני הקניין לצורך צמצום פערים חברתיים. הביקורת המרכזית לגישתו היא שדיני קניין אינם באמת דינים שמטרתם לעשות זאת כמו ביטוח לאומי ומיסוי. נקודת המוצא של דגן היא שקניין הוא מקור ביטחון ועצמאות אך מנגד הוא מאפשר לאנשים לצבור הרבה כוח כלכלי וערך החירות יגן עליהם. כשאנשים צוברים הון רב ונכסים רבים והכוח הזה יכול לנצל אחרים ולהשליך עליהם. דגן מדבר בעיקר על דיני הפקעות ודיני תכון ובניה וטוען כי שם ניתן יהיה לראות זאת בעיקר. לדעתו יש לתת לבהמ"ש כוח לעשות צדק חלוקתי במקרים קונקרטיים. רעיון זה שנוי במחלוקת כיוון שדיני הקניין לא נועדו להתמודד עם שאלת הצדק החלוקתי.

שיעור 5- במה יש קניין פרטי

השאלה מהו קניין פרטי, במה ניתן אותו ועל מה נעשה הגבלות הינה שאלה קשה. דיני הקניין מאפשרים סחר בדברים רבים ושנויים במחלוקת. האם תרומות זרע וביצית צריכים להיות סחירים? למה לא ניתן לסחור בילדים או בנשים? ההחלטה אם לתת או לא לתת קניין תלויה בחברה נתונה ותוחלט ע"י המחוקק. עם זאת ישנם מצבים בהם בתי המשפט מחליטים כמו פס"ד מקדונלד בו הש' ריבלין מכיר בזכות לפרסום דרך עשיית עושר שלא במשפט. ריבלין טען שעקב העובדה שמקדונלד הוא דמות ציבורית הוא לא יכול לטעון לזכות לפרטיות ולא יכול לטעון לזכות מוחלטת על שמו ועל מראהו. הש' ריבלין בעצם מכיר בזכות לפרסום כזכות קניין וטוען שבמקרה זה הוא לא יכול לטעון לפגיעה בפרטיות. לדעת המרצה לשופטים אין סמכות לקבל החלטות כאלה כיוון שזהו תפקידו של המחוקק.

בהרבה מובנים המחוקק משקף את הערכים אותם הוא תופס כחשובים.

דוגמאות:

* 1. דיני פטנטים ודיני זכויות יוצרים. בארץ ההצדקה המרכזית להכרה בדינים אלו היא כלכלית. ישנו רצון לתמרץ אנשים ליצור ולעסוק בפיתוח ע"י תמריץ כלכלי (מוגבל בזמן) לעשות זאת. בדינים אלה המחוקק לא היה אדיש לערכים אחרים כמו צורך הציבור להשתמש באותם מוצרים ועשה פרצות בזכות בכדי שהציבור יוכל ליהנות מהיצירות. כך בדיני פטנטים ישנו רישיון כפייה על פיו אם בעל הפטנט מנצל את זכותו לרעה למשל דורש מחירים לא סבירים כך שלמעשה אף אחד לא יכול לקנות את ההמצאה או שהוא מייצר מוצר ולא מוכר אותה לשוק הישראלי. במצב זה יכול רשם הפטנטים לתת רישיון לאחר ליצור את המוצר והרשם יקבע מה גובה התמלוגים שיגיעו לממציא הפטנט. המחוקק נותן הגנה גם על הקשר האישיותי שבין היוצר ליצירה ומכיר בזה שהדבר מבטא את ה"אני" של האדם והדין נותן עליהם הגנה מפני סילוף היצירה בצורה שתפגע ביוצר. דרך הכרה בזכויות קניין צריך להיות דרך ניהול שיח ערכי אשר ישקף את צרכי החברה.
	2. חוק הדיור הציבורי הוא דוגמה לחוק שעושה איזון ערכי מעניין. בשנות ה50 מדינת ישראל בנתה הרבה יחידות של דיור ציבורי שהיה בשכירות זולה לאוכלוסייה זכאית. נקודת המוצא של החוק היא שהדיירים שזכאים לדיור הם אוכלוסייה מוחלשת שלא יכולה לשחק בשוק הנדל"ן הרגיל ולכן יש רצון לתת להם הגנה חזקה ביחס לזכויות שלהם בדיור הציבורי. כך לדוג' ס' 3 קובע את המחירים וס' 4 מעגן זכויות של דיירים ממשיכים (אנשים שגרים בנכס מספר שנים) לרכוש את הדירה. זהו הסדר חלוקתי שנותן זכויות עודפות לאוכלוסיות מסוימות. בשיח הערכי שסובב סביב החוק אנו מגנים על ערכי צדק חלוקתי, ערכים קהילתיים ועזרה לחלשים.
	3. הצעת חוק שכירות הוגנת שולבה כתיקונים לחוק השכירות והשאילה. במקור חלוקה זו ניסתה לבוא ממקום קהילתי חלוקתי והתערב בגובה שכר הדירה שמשכירים יוכלו להעלות. בסוף חוק זה לא עבר כיוון שיצר חלוקה מחדש של עושר דרך קניין. עם זאת התיקון שעבר יצר הגנות לשוכרים בנושאים רבים כמו איכות הדירה, קיום מערכת ניקוז, חשמל, מערת אוורור ויכולת לבטל את החוזה בכל עת.
	4. חוק הדיור המוגן מגנים על הצדדים החלשים בקשר בכך שהחוק מבטיח תנאים פיזיים, בטיחותיים ובריאותיים ומחויבות לספק שירותים מסוימים לדיירים.
	5. חוק המקרקעין בפרק הבתים המשותפים ס' 58 ו60 מגלמים ערכים חברתיים בכך שהם מחייבים את תרומת הכלל לתחזוקת נכסי הכלל. ס' 58 קובע חובה על תשלום דמי וועד ותשלומים אחרים לפי הצורך וס' 60 עוסק בבית משותף שנהרס בו יש דייר שמסרב לשקם בית כזה. ס' 60 ב נותן למפקח סמכות להורות לאותו אדם למכור את הנכס שלו ולצאת מהנכס המשותף. בחוקים אלה יש רגישות לצרכי אחרים.

במאמרו של צ'רלס רייך מ1964 "הקניין החדש" נטען שכאשר חושבים על קניין, בדר"כ חושבים עליו בדרך מסורתית כמו מקרקעין ומיטלטלין כיוון שרוב שנים הנכס המרכזי של האדם היה נכס מוחשי. לדעתו בעולם החדש יש משאבים רבים שראויים להיות מוגדרים כקניין ולקבל הגנה חוקתית. הקניין החדש הוא כל אותן הטבות שלטוניות שאדם מקבל מהמדינה כמו רישיונות שידור, רישיונות למקצועות כמו עו"ד ואחות, זיכיונות כמו הפקת גז ונפט, סבסוד מדינתי, קצבאות שונות. לדעתו יש לתת עליהם הגנה כיוון שהמקום של נכסים אליה בחיי האדם בעידן המודרני הוא משמעותי ומוחשי יותר. הגדרת הקניין התרחבה ועקב כך להכיר בהם ולהרחיב את ההגנה עליהם. בתחילת דרכה גישה זו התקבלה בהתלהבות אך הרעיון לא נקלט בדיני הקניין האמריקאים. במשפט הישראלי יש הקשרים בהם התעוררו שאלות דומות לקניין החדש אך בפועל בתי המשפט לא מצדיקים את ההגנה על סוגי המשאבים הללו כמו רייך. בבג"ץ מנור נ' שר האוצר עסקו בקשר שבין קניין לזכות קיום בכבוד. עלתה השאלה האם קיצוץ בקצבאות הזקנה מהווה פגיעה בקניין. בהמ"ש טוען כי זוהי פגיעה בקניין כיוון שקצבאות הביטוח הלאומי נגזרות מתשלומים שאנשים מפרישים לביטוח לאומי. אצל רייך ההצדקה היא הרחבה של הקניין בעוד בפס"ד מנור ההגנה ניתנה עקב כך שהאדם שילם כל חייב ועל כן זהו קניינו. מבחינת בהמ"ש אין זה קניין חדש כמו שרייך מגדיר אלא קניין רגיל.

פס"ד דשא איכות הסביבה נ' שר האוצר עוסק בסובסידיות (הטבה כלכלית) אותה נותנת המדינה. הש' זמיר לא מקבל את טיעון הקניין החדש ואומר שהמדינה נותנת את ההטבה ויכולה גם לקחת אותה. אין פגיעה בקניין והסתמכות על ההטבה כקניין איננה לגיטימית.

אינטרס ההסתמכות בקניין

אינטרס ההסתמכות הוא מושג חוזי אך זינגר כתב עליו כמושג קנייני. במאמרו מדבר זינגר על ערי מפעל (מצב בו עיר שלמה נסמכת על עבודה במפעל מסוים). במידה ובעל המפעל רוצה להעתיק את המפעל למקום אחר האם לעובדים יש זכות לערער על ההחלטה. לדעתו, במצב בו חייהם של אנשים סביב המפעל לא יכול להיות שלא יהיה להם דעה בנוגע אליו. בגלל הקשר ארוך עם העסק, מציע זינגר לתת לעובדים הכרה קניינית. קשה מאוד להצדיק את דעה זו בגלל שהעובדים הם שכירים אשר מקבלים שכר על עבודתם אך תפיסת עולם רגישה יותר יכולה להצדיק. מבחינה מעשית המשפט היום לא מכיר בזכות זו. נקיטה במצב זה יכולה להוביל להשלכות חזקות על המשק ולהנציח עסקים כושלים. הסתמכות זו לא לגיטימית וזוהי לא טענה משפטית חזקה. זינגר רוצה להגן על חלשים אך עם זאת חקיקות קוגנטית יכולות להיות בעיתיות. כך לדוג' בחוק המכר דירות (רכישת דירה מקבלן) יש כללים רבים המגנים על רוכשים אך הגנה זו עולה כסף ובכך מייקרת את הרכישה ומרחיקה את הצרכן מהקניה. בדומה אם הצעת חוק שכירות הוגנת הייתה עוברת והייתה הגבלה על העלאת שכר דירה בעד 3% היו מוצאים דרכים אחרות לגלגל את העלות לצרכן והוא היה נפגע כשהמטרה המקורית היא להגן עליו.

שיעור 6+7- הזכויות הקנייניות במשפט הישראלי

יש נושאים שאנו כחברה מחליטים שיהיו בלתי עבירים ובלתי סחירים. זוהי הכרעה חברתית שנתונה מעת לעת. כך לדוג' עולות שאלות בנוגע לסחר באיברים. במשך תקופות ארוכות היה איסור מוחלט לסחור באיברים וברקמות שונות. תרומות דם, זרע, איברים וכדומה אלו סוגיות חדשות הנגזרות מהתפתחויות מדעיות של שנות ה80 ושינויים חברתיים. שוק הסחר באיברים עבר רגולציה וכיום הוא מוסדר ע"י פיקוח משרד הבריאות. כשהחל השיח על נושא זה הייתה ספרות קרה של משפט וכלכלה בנוגע ליתרונות ולחסרונות של השוק. הטענה המרכזית נגד זה היא שיש בעיה חלוקתית קשה והעניים ישמשו כחלקי חילוף לעשירים. מי שעומד בצד שייתן יהיו העניים שימכרו איברים לעשירים. מנגד הסדרת התחום תוביל לכך שהאיברים יגיעו לאנשים שצריכים את האיבר הכי הרבה ומלאי האיברים יגדל מה שיפיל גם את השוק השחור וימנע איברים באיכות נמוכה.

יש לקחת בחשבון את עניין ההחצנות ומה הדבר יעשה לצדדים שלישיים. אם ניקח לדוג' שוק ילדים, יכול להיות שהורים שיקנו ילד יהיו טובים יותר מההורים הביולוגיים שלו אך יש גם השפעות פסיכולוגיות של הילד, מסגרת טבעית לילד וכדומה.

חשוב לזכור שהמשפט דינמי ויוצר שווקים מוסדרים ביחס לסוגי נכסים מתוך הנחה שיש דרך טובה לעשות דבר מסוים שאיסור עליו ייצור שוק שחור.

הזכויות הקניינות במשפט הישראלי

בדין הישראלי יש עיקרון של רשימה סגורה של זכויות במקרקעין ובמיטלטלין. רשימת הזכויות כוללת:

1. בעלות- זוהי זכות קניינית החזקה ביותר. זכות זו נותנת למי שמחזיק בה את אגד הזכאויות הרחב ביותר ביחס לנכסים וזאת ע"פ חוקי המקרקעין והמיטלטלין. הזכות נותנת אפשרות להחזיק, להשתמש, לנהל, ליהנות מפירות הנכס, להשמיד את הנכס לעשות בנכס עסקאות, ועוד. ניצול הנכס יכול להיות מקסימאלי אך הוא כפוף לדין ולהסכם. עקרון זה מתיישב עם גישתו של הופלד על פיה אגד הזכאויות שונה בין סוגי נכסים. זכות זו מקבלת הגנה קניינית חזקה. בחוק המקרקעין בס' 15-20 וחוק המיטלטלין בס' 8, החוק נותן הגנה על בסיס קנייני. ישנם שורה של עילות תביעה קנייניות וסעדים עצמאיים קניינים שמטרתם להגן על הזכויות. כמו כן יש הגנות נזיקיות לזכות הפעולות כאשר נעשית בשורה של עוולות המגנות על אינטרסים קנייניים שונים כמו השגת גבול במקרקעין, השגת גבול במיטלטלין, עיקוב נכס שלא כדין, עוולת הגזל, מטרד ליחיד וחסימת אור השמש (שפוגע ביכולת להשתמש בקניין).

1. שכירות ושאילה- זכות שקיימת גם במיטלטלין וגם במקרקעין. חזקה ושימוש בנכס בתמורה (שכירות) או שלא בתמורה (שאילה) ושלא לצמיתות. בחוק השכירות והשאילה 1971 יש הוראות חשובות הקשורות בשכירויות והשאלה של נכסים המנסים להגן על שוכרים.

במקרקעין חשוב להכיר מספר מושגים:

א. חכירה היא שכירות לתקופה למעלה מ5 שנים.

ב. חכירה לדורות היא שכירות למעלה מ25 שנים.

יש השלכות אופרטיביות למושגים אלה בכל מיני אזורים. כאשר מדברים על דיני שכירות- ככל שמדברים על דיני שכירות של מיטלטלין וזכויות במיטלטלין יחולו דיני חוק השכירות והשאילה. בשכירות מקרקעין יחולו הוראות חוק המקרקעין וחוק השכירות והשאילה. ככל שיש סתירה בין החוקים יחול החוק הספציפי- חוק המקרקעין.

לזכות השכירות יש 3 היבטים מרכזיים:

א. ההיבט החוזי בין המשכיר (בעל הנכס) לשוכר (האדם שמקבל את זכות השימוש והחזקה)- כל אחת מהעסקאות שיוצרת זכויות קניין נולדת מחוזה. החוזה הוא דין פרטי שחל על השכירות וענייני החוזה הם רבים ומגוונים כמו מועד המסירה של המושכר, מצבים של אי התאמה, גובה דמי השכירות, מועדי תשלום, שימושים מותרים, הגבלות על שימושים ועוד. חוק השכירות והשאילה בס' 2 קובע שהוראות החוק הן הוראות שמשלימות את הסכמי השכירות ככל שאין הסדרה של העניינים בהסכם.

ב. היבט קנייני- עוסק בכפיפות הצדדים השלישיים לזכות שנוצרה מכוח חוזה- מה צריך לעשות כדי שאותה שכירות תחייב צדדים שלישיים. הכלל בהקשר זה הוא ששכירות מקרקעין היא למעשה עסקה במקרקעין שמכוח ס' 7 לחוק דורשת רישום. נראה שס' 7 חל גם על שוק השכירות. עם זאת יש הוראות מיוחדות בנושא בחוק המקרקעין. ס' 79 א' לחוק המקרקעין אומר ששכירות לתקופה שאינה עולה על 5 שנים אינה טעונה רישום במרשם או מסמך בכתב. ס' 152 לחוק הגנת הדייר תיקן למעשה את ס' 79א והאריך את התקופה ל10 שנים ללא צורך ברישום. אי לכך שכירות עד 5 שנים פטורה גם מכתב וגם מרישום, 5-10 פטורה מרישום ודורשת חובת כתב ושכירות מעל 10 דורשת גם כתב וגם רישום. כדי ששכירויות אלה תהפוך לקנייניות יש צורך לתפיסת חזקה במושכר. חשוב לזכור שס' 79ג לחוק אומר שאם הצדדים רוצים, הם יכולים לרשום שכירות מתחת ל10 שנים ואז קבלת הזכות הקניינית תהיה מרגע הרישום גם מבלי תפיסת חזקה.

ס' 152 מדבר על אופציות- ברירה להאריך את תקופת השכירות מכוח הסכם. כשמחשבים תקופת שכירות מכוח הסכם, ניתן לקבל אופציה לשכור את הנכס לתקופת זמן נוספת. ע"פ הסעיף, תקופות האופציה הינה ביחס לחובת הרישום. כך למשל אם אדם משכיר נכס לשנה ואומר שיש אופציה להאריך ל10 שנים נוספות- מתייחסים לנכס כאילו תקופת השכירות היא 11 שנים ויש לרשום את הנכס. לעומת זאת אופציות מצטברות בצורת שנה שכירות + שנה אופציה לא מחייבת רישום גם אם במצטבר אדם חי בנכס מעל ל10 שנים.

למה שאנשים ירצו לרשום שכירות? כך לדוג' אם אדם כרת חוזה אך לא תפס חזקה- ניתן לבצע עסקאות נוגדות. רישום ימנע את הבעיה שבעסקה הנוגדת.

ג. כוח השוכר לעשות עסקאות בזכות השכירות שלו- עד כמה יש לשוכר יכולת לעשות עסקאות בזכות השכירות. בהרבה הסכמי שכירות יש מגבלות הסכמיות על יכולת לסחור בזכות. ס' 22 לחוק השכירות והשאילה יוצר הסדר קוגנטי לגבי היכולת לסחור בזכות.

עסקת שאילה דומה לשכירות פרט לעניין התמורה. שאילה היא עסקת חסד עליה לא ניתן לקבל תמורה ולכן החוק מתייחס לשאילה בצורה שונה. המחוקק מחיל את מרבית הוראות חוק השכירות ביחס לשאילות אך מבדיל בין השניים במספר הקשרים. לדוג' היכולת לחזור בך מהשאילה לעומת הסכם שכירות. כיוון שמדובר בעסקת חסד יותר קל לבטל עסקאות שאילה מעסקאות שכירות. דוג' נוספת היא עבירות הזכות. בשאילה לשואל אין כוח להעביר את זכותו בעוד שבשכירויות ס' 22 יותר נדיב עם שוכרים לעומת שואלים.

1. משכון (במיטלטלין או זכויות ומשכנתא במקרקעין)- משכון= שיעבוד. זוהי זכות בקניין שמקומה במסגרת דיני הביטחונות. יש סוגים שונים של ביטחונות שאנשים יכולים לתת- בטוחות חפציות ולא חפציות. בטוחה לא חפצית באה בדמות דבר מה שהוא לא נכס כמו למשל שטר ביטחון או ערבות אישית, ביטוח, ערבות בנקאית וכדומה. זוהי בעצם התחייבות חוזית שהחייב או אחר ישלמו את החוב. בטוחה חפצית היא בעצם שעבוד נכס במטרה לפרוע חוב. ניתן למשכן גם זכויות חוזיות כמו חוזה המבטיח תשלום. משכון יכול שיעשה ברישום ויכול שיעשה בהפקדה בידי הנושה (לדוג' אדם מפקיד תכשיטים בידי הנושה לשם קבלת הלוואה). משכון ברישום מאפשר לאדם להמשיך ליהנות מהנכס שלו בעוד משכון בהפקדה לא. הפומביות של המשכון הנפקד היא בתפיסת החזקה של הנושה. משכונים אלה פחות שכיחים כיום. משכון זכויות חוזיות נפוץ הרבה יותר ממשכונים. כשאדם קונה דירה מקבלן ורוצה לקחת משכנתא הוא רושם את זכותו לקבל את הדירה. רישום זה נרשם ברשם המשכונות ולא רשם המקרקעין כיוון שכרגע זו זכות חוזית בלבד. משכנתא על נכס קיים תירשם במרשם המקרקעין.

סוג בטחון נוסף הינו עיקול- זהו כלי המאפשר לתובע במסגרת הליך משפטי להיפרע בבוא היום אם יזכה. אותו נכס יהיה מוקפא עד סוף ההליך המשפטי. במצב בו לצד בהליך יש חשש שהצד השני יברח מהארץ או יבריח את נכסיו ניתן לבקש מבית המשפט צו עיקול כדי למנוע מהצד השני לברוח מבלי לשלם. עיקול אינה זכות קניינית אלא סעד עיוני. לא ניתן להיפרע מנכסים אלה בהכרח ובית המשפט יחליט מה יקרה.

איך בנויה עסקת שיעבוד? בעסקאות אלו ישנו חייב ונושה שחותמים על עסקת יסוד שבגללה נוצר שיעבוד. עסקת שיעבוד יכולה להיות מתן אשראי. במצבים אלו הנושה ירצה בטוחה שהחיוב יתממש. בטוחה זו היא המשכון. הגדרת המשכון נמצאת בחוק המשכון בס' 1א. במידה והחייב לא יוכל להחזיר את חובותיו, יוכל הנושה להיפרע מהנכס בשווי החוב בלבד.

יש לעשות שתי הבחנות

א. משכון לעומת שעבוד

ב. משכון לעומת עיכבון- משכון נעשה כהסכם חוזי בזמן העסקה הראשונית וכדי שתהיה פומבית היא דורשת רישום ברשם המשכונות או רשם המקרקעין. בעיכבון לא כך הדבר.

1. עיכבון- עיכוב נכס כערובה לקיום חיוב. זוהי זכות חלשה יותר ממשכון. כך לדוג' אם אדם טיפל ברכבו במוסך וסרב לשלם, המוסכניק יכול לעכב את הרכב. בפס"ד רשות שדות התעופה נ' גרוס עיכבו מטוסים כערובה. עיכבון לא מצריך רישום כיוון שהפומביות נעשית מכוח ההחזקה בנכס.

1. נאמנות- מוסד זה מוסדר ע"י חוק הנאמנות. במקרה זה ישנם 3 שחקנים- בעלי הנכס, נאמן ונהנה. בעלי הנכס מעביר את הנכס לנאמן, הנאמן מנהל את הנכסים בהתאם לחוזה שיצר עם בעל הנכס וחוק הנאמנות והנהנה מקבל את פירות הנכס במידה ויעמוד בתנאים אותם הציב בעל הנכס. כך לדוג' סב עשיר מעביר חלק מנכסיו למוסד נאמנות ממנו ייהנו נכדיו רק אם ילמדו במוסד להשכלה גבוהה תחת תנאים שקבע.

ביחס למקרקעין נוסף גם:

1. זכויות הנאה- זיקות הנאה מוסדרת בס' 5 וס' 92-98 בחוק המקרקעין. זיקת הנאה היא זכות קניינית חלשה יותר שמכפיפה את המקרקעין להנאה של הזכאי מכוח הזיקה. הנאה זו יכולה להתבטא במספר רב של דרכים אך אף פעם לא תהיה זכות החזקה במקרקעין.

ע"פ ס' 93 יש 4 סוגים של זיקות הנאה מכוח החוק:

א. זכות לשימוש מסוים במקרקעין הכפופים ע"י בעל הזיקה (ע"פ ס' 93א1). דוגמה קלאסית היא בעל קרקע אשר נותן זכות מעבר לאחר. הזכות יכולה להינתן ליחיד או לקבוצה כך לדוג' כל מי שגר בחלקה הסמוכה ויש לו זכות מעבר (שטח בו גרים האנשים להם יש זיקת הנאה נקרא מקרקעין זכאים). זכות זו ניתנת בהסכם חוזי ועליה להירשם במרשם המקרקעין.

ב. בעל המקרקעין הכפופים חייב להימנע מקיום פעולות מסוימות במקרקעין שלו (ע"פ ס' 93א2). כך למשל קיום זיקת הנאה המטילה מגבלה על שכן לשים מוזיקה, לפתוח עסק וכדומה.

ג. זיקת הנאה אך ורק לטובת מקרקעין אשר קובעת כי בעל המקרקעין הכפופים חייב לבצע בהם פעולה מסוימת (ע"פ ס' 93ב). לדוג' שכנים שקובעים מי יתחזק את הגדר שבין החלקות.

ד. זיקת הנאה לפיה בעל המקרקעין הכפופים לא יהיה זכאי למנוע פעולה מסוימת במקרקעין הזכאים (ע"פ החלופה השנייה בס' 93ב). זיקת הנאה זו מאפשרת הכשרת שרץ ואף פותחת אפשרות מבחינת מטרדי רעש, ריח, זיהום אויר ורעש.

כל זכות בקניין נולדת כזכות חוזית, ולאחר מכן צריכות לעבור תהליך של רישום כדי להפוך לזכויות קניינית התקפות לכל העולם (למעט שכירות).

ס' 94(א) לחוק המקרקעין יוצר זכות קניין מכוח שימוש ממושך. מי שבמשך 30 שנות רצופות עשה משהו שיכול להיחשב כזיקת הנאה. כך למשל אדם שעובר בשביל ולא עוצרים בעדו, כמו רכש את הזיקה. נוצרו זכות קניינית, גם ללא רישום, והוא זכאי לדרוש את רישומה. הפומביות, במקרה הזה, נוצרת מעצם השימוש הממושך. פלישה למקרקעין לעולם לא תחשב כזיקת הנאה כיוון שפלישה דורשת החזקה. השימוש במשך 30 שנה חייבים להיות גלויים וכאלה שבעל הנכס יכל למחות עליהם.

כיוון שזהו כלי פרטי המאפשר לאדם פרטי לקבל זכות קניינית בעקבות שימוש ממושך יש לכך מס' מגבלות:

א. שימוש במשך 30 שנה באופן גלוי ללא התנגדות בעל הקרקע.

ב. ראוי להיחשב כזיקת הנאה.

ג. לא ניתן ליצור זיקות הנאה במקרקעין ציבורי אלא רק בקרקע פרטית.

ס' 96 נותן לבהמ"ש יכולת לבטל זיקה או לשנות את תנאיה בשורה של נסיבות- הזיקה לא מופעלת, יש שינוי בנסיבות השימוש.

ע"פ החוק, לא ניתן שתהיה זיקת הנאה מכוח שנים במקרקעין השייכים למדינה אך עם זאת ניתן לרשום בהן זכויות הנאה.

1. זכויות קדימה- זכות זו מוסדרת בחוק המקרקעין בסעיפים 99-106. יש זכויות קדימה מכוח הסכם ומכוח דין. זוהי זכות סירוב ראשונה. זכויות קדימה מכוח הסכם חלות רק לגבי מי שהוא בעליו של המקרקעין או חוכרים לדורות. עם זאת ס' 102 ו103 יוצרים הסדרה של יכולת מניפולציות לזכות הקדימה.

מעבר לכך יש זכויות קדימה מכוח חוק. ס' 100 עוסק בזכות קדימה של יורשים במשק חקלאי ויוצר חובה על יורש להציע את חלקת הקרקע שירש ליורש אחר. ע"פ 100ב בשנתיים הראשונות לאחר קבלת הירושה זכות הקדימה היא גם ללא רישום. לאחר השנתיים כדי לקבל זכות קדימה צריך לרשום את הזכות במרשם המקרקעין (במהלך השנתיים האמורות). הסוג השני של זכויות קדימה בין בני זוג. יש כאן אינטרס אישיותי לגבי מקרקעין בבעלות משותפת מ3 סוגים- משק חקלאי, עסק המנוהל במשותף ובית מגורים.

בקודקס האזרחי הייתה הוראה כי כל הזכויות הקנייניות הן ע"פ חוק.

מה אם צדדים ינסו ליצור זכות חדשה במקרקעין? בדרכם של אנשים אלו יעמדו 2 מכשולים:

1. מכשול טכני- ס' 123 ב לחוק המקרקעין אומר שבפנקסים ירשמו העסקאות שהרשם אישרן לרישום ואלה רק עסקאות קנייניות המנויות בחוק. רשם המקרקעין לא יוכל לאשר זכויות חדשות.
2. מכשול נורמטיבי- לזכויות חדשות אלו לא יהיה מעמד קנייני. מעמד הזכות יהיה חוזי בלבד.

שיעור 8- בעלות

לכאורה זכות הבעלות היא הזכות הקניינית החזקה ביותר. ס' 13 אומר שעסקה במקרקעין חלה על כל מה שמנוי בס' 11 ו12 ואין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין.

המונח מקרקעין הוא מונח משפטי שיש לו משמעות ותוכן שנגזרת מסעיפי החוק. בבסיס ס' 13 עומד ניסיון להגדיר את היחידה המינימלית שקשורה לעסקאות במקרקעין עליה החליטו רגולטורים. מאותה יחידה מינימלית לא ניתן לרדת ולחלק לחלקות קטנות יותר. גודל זה משתנה ע"פ מטרת המקרקעין. הרציונל הוא שהרבה יותר קשה לאחד את הקרקע מאשר לפצלה (טרגדיית האנטי קומונס). ס' 38 לחוק המקרקעין עוסק בשיתוף נכסים על פיו יש יותר מבעל אחד לנכס מקרקעין. הדין הישראלי בדומה לשיטות משפט אחרות עוין את שיטת השיתוף. אי לכך הדין הישראלי קובע בהוראות קוגנטיות על אפשרות לצאת מהסכם שותפות. ס' 38 מתיישב יחד עם ס' 13 שכן ע"פ ס' 38 פירוק שיתוף בעין (פיצול הקרקע באופן שווה) לא אפשרי ללא אישור. המחוקק לא מאפשר לחתור תחת הרציונל של ס' 13.

ניתן להצביע על 3 בעיות מרכזיות לאיחוד קרקע:

1. איתור בעלים- כאשר לקרקע יש בעלים רבים כמו תושבי חו"ל, יורשים וכדומה הדבר קשה ועולה כסף רב.
2. עלויות העסקה.
3. סחטנות ובעיית הפעולה המשותפת- במצבים של איחוד חלקות, מי שמחזיק בחלקת הקרקע האחרונה מחזיק בגורל העסקה. לסחטן יש מעמד מונופוליסטי והוא יכול לתמחר את העסקה בסכום גבוה לשם קיומה. עם זאת זהו מונופול דו צדדי של קונה אחד מול מוכר אחד. בגלל בעיות מידע המוכר והקונה לא יכולים לדעת למה הצד השני יסכים ולכן העסקה הופכת לתחרות.

בנוסף, ס' זה אומץ כדי למנוע מצבים של כשלי שוק מובנים שבהם השוק לא מתנהל בצורה רציונלית. אלה מצבים כמו לדוג' טובין ציבורי אותו אין תמריץ לייצר כמו כבישים, פנסי רחוב, ביטחון, בית חולים ציבורי וכדומה. אין תמריץ כיוון שלא ניתן להדיר אנשים שלא שילמו עליהם מלהשתמש בטובין ויחד עם זאת הרבה אנשים נהנים מהטובין בו זמנית.

החוק הישראלי מציב 5 חריגים לס' 13:

1. דירה בבית משותף- ס' 54 לחוק המקרקעין אומר שעל אף האמור בס' 13 דירה בבית משותף היא נושא נפרד לזכויות חובות ובעלות. ע"פ החוק הישראלי בית משותף ינוהל ע"פ תקנון ובמידה ואין תקנון ינוהל ע"פ תקנון בסיס שקבע החוק. רכוש משותף יהיה בבעלות משותפת בלתי מסוימת והבעלות על הקרקע תחולק ע"פ שטח הרצפה חלקי שטח הרצפה של כל הדירות. בלי ס' 54 אדם לא היה יכול למכור את הדירה שלו כיוון שהיא חלק ממקרקעין. לעיתים, ישנם חניות או מחסנים אשר צמודים לדירה ושייכים לבעל הדירה. במצב בו אדם ירצה למכור את המחסן או החניה שלו- יוכל למכור רק לאחד השכנים האחרים.
2. זיקת הנאה- ס' 93 ג קובע כי על אף האמור בס' 13 יכול שתהיה זיקת הנאה לגבי חלק מסוים במקרקעין.
3. הפקעה- חריג זה נקבע בפס"ד אקונס (כביש המנהרות). בפס"ד זה הייתה הפקעה לחלק תת קרקעי לשם בניית כביש המנהרות. נטען כי לא ניתן לקחת את הקרקע כי היא חלק בלתי נפרד מהמקרקעין שמעליה. בהמ"ש טוען כי הפקעה כלל לא נכנסת תחת ס' 13 כיוון שהס' מדבר על עסקה או הקניה רצונית בעוד שבהפקעה אין עניין של רצון. הפקעה היא כלל לא עסקה.
4. השכרה- ע"פ ס' 78 ניתן להשכיר חלק מסוים במקרקעין. בפס"ד לוסטינג נ' מייזלס היו ניסיונות לעשות מניפולציות על ס' זה ע"י ביצוע שכירות על חלק מסוים מהחלקה ל999 שנים תחת שורת תנאים. הצדדים עשו עסקה זו כדי לחמוק מס' 13 ולפצל שטח עליו יש זכויות בניה. היה סכסוך והצד השוכר רצה לקבל את חלקו היחסי בבניה. הצד המשכיר טען שזכויות הבניה באות עם זכות הבעלות. בהמ"ש בודק האם מדובר בעסקת בעלות או שכירות ובאמצעות ניתוח העסקה מסיק כי ההסכם דומה יותר לבעלות. בהמ"ש הסיק זו מתקופת השכירות הארוכה, הכוחות המשפטיים שניתנו לחוכר לבצע עסקאות בנכס שלא ניתנים לשוכר הרגיל, כמעט לא נשארו בידי המשכיר כוחות ומחיר השכירות היה זהה לשווי השוק של הנכס. פס"ד זה חשוב לשם ההבחנה בין שכירות לבעלות.
5. הורשה- ע"פ ס' 6 הורשה ע"פ צוואה היא לא עסקה במקרקעין. אי לכך ס' 13 לא חל על הורשה ע"פ צוואה ולכן אדם שנפטר יכול לחלק את המקרקעין שלו ליורשיו בצורה שתעקוף את ס' 13. עקרון זה לא חל על הורשה ע"פ דין. הרציונל מאחורי אפשרות זו היא הרצון לחלק את הקניין של המת לפי העולה על רוחו ולא לאלץ אותו לבחור בן משפחה. בפועל לא עושים שימוש בכלל זה.

ס' 11 ו12 הם ס' שמוסיפים הגדרה תכנית למה הוא תחום הבעלות. ס' 11 נותן הגדרה מגלומנית לגבי מה נחשב כנכס מקרקעין ואומר כי הבעלות על קרקע היא עד מרכז כדור הארץ ועד השמיים פרט למשאבים, ארכיאולוגיה, וכדומה. ס' 12 אומר כי בעלות בקרקע היא הבנוי, הנטוע וכל דבר המחובר לקרקע חיבור קבע זולת אלו הנתונים להפרדה. ס' 12 מבחין בין דברים שהסטאטוס שלהם מקרקעין לכאלה שלא. כך לדוג' אדם שבמכירת הדירה עוקר את הברזים וגופי התאורה. דוגמה נוספת היא חברת חפציבה בה אנשים קיבלו דירות ללא חלונות, דלתות, מתגים וכדומה שפרקו קבלנים שלא קיבלו תשלום. בשתי הדוגמאות הללו לא ברור אם מדובר במקרקעין או לא שכן אלה דברים שמחוברים בדרך קבע אך ניתנים להפרדה. שאלות אלה בדר"כ לא עולות כיוון שהצדדים מסדירים זאת בחוזה.

ע"פ ויסמן ישנה שורה של מבחנים אשר עוזרים לנו להבחין בין השניים (מבחנים לא מצטברים):

1. מבחן החיבור הפיזי- ע"פ מבחן זה, כאשר נכס מחובר למקרקעין באופן שהפרדתו כרוכה בהריסתו ובגרימת נזק למקרקעין, סטאטוס הנכס יהיה מקרקעין.
2. מבחן סוג הנכס- זהו מבחן פונקציונאלי המבקש לבחון האם הנכס נועד להיות מחובר באורח קבע.
3. מבחן הכוונה- בהחלטה האם נכס מיועד להפרדה יש לבדוק מה הייתה כוונת הצדדים כשחיברו נכס מסוים. יש להבחין בין שני מצבים

א. צדדים רחוקים- כך לדוג' אדם שמוכר מזגנים באשראי לבעל דירה שמוכר את הדירה לקונה. בעל הדירה מצמיד את המזגן לנכס ומוכר אותו יחד עם הנכס למרות שמוכר המזגנים לא קיבל את כל התשלום. הדגש במצבים אלה הוא על הכוונה האובייקטיבית אותה יניח צופה מהצד. במצב זה קונה הדירה יניח שעסקת הרכישה חלה גם על המזגן.

ב. צדדים קרובים- כששני אנשים עושים עסקה בוחנים את כוונת הצדדים וכיצד הם הועברו לצד השני. יש גם עקרונות של תו"ל שלאורם אפשר להגיע למסקנות ביחס לסטאטוס של דברים מסוימים. כך לדוג' אם אדם הציג דירה מבלי לחריג מהמכירה את הברזים וגופי התאורה, ניתן להניח שהם חלק מהדירה.

* ביחסי שוכרים ומשכירים יש לבדוק את הכוונות הטיפוסיות של הצדדים וכי בדרך כלל תהיה הסדרה חוזית יזומה של הצדדים.
1. מונע הנזק הזול- אדם שלא מנע את הנזק בצורה הזולה ביותר אחראי עליו. כך לדוג' אם שוכר קונה מזגן ומוסיף לו פיצולים והנמכות כך שפירוק המזגן יצור נזק לנכס, המשכיר יכול לדרוש שהמזגן יישאר בנכס כדי למנוע את הנזק שבפירוק המזגן.

שיעור 9

שיקולים נוספים שיכולים להיות חשובים לצורך ההכרעה בגורלו של מחובר הם:

1. שיקולי ודאות בשוק. יש ערך לוודאות בשווקים שנעשות בהם הרבה עסקאות (כגון שכירות).
2. עידוד פעילות כלכלית- למשל, בשוק של שכירות רוצים לעודד שוכרים להשקיע בנכסים שהם שוכרים (השבחת נכסים היא פעילות כלכלית רצויה).
3. יעילות כלכלית- האם כלכלי יותר להגדיר את המחובר כמיטלטלין או מקרקעין. כך לדוג' אם יש פרקטיקה קבועה ושכיחה כמו החלפת מנורות, מנעולים, מושבי אסלה וכדומה יותר יעיל להגדיר מחוברים אלה כמיטלטלין.
4. שיקולים חלוקתיים- השוכר בדר"כ חזק יותר מהמשכיר.

בתזכיר חוק הממונות בקודקס האזרחי ביטלו את המונח "אינם ניתנים להפרדה" כיוון שישנו כפל מיותר שכן מחובר חיבור של קבע הינה הגדרה מספקת.

בין הדברים שלא ניתן להגדיר כמקרקעין החוק מוציא משאבים ועתיקות. מקור החוק הוא בחוק האנגלי אשר טען כי משאבי טבע ועתיקות שייכים לכלל ומהווים קניין הציבור. עם זאת, המחוקק מכיר במגבלות המדינה ומאפשר לאחרים לאתר את המשאבים תמורת תשלומים. הסדרים אלה נועדו לתמרץ גורם פרטי לקחת על עצמו את הסיכון הכללי של איתור משאבים אלה. בפס"ד סמידן נ' הממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות הלאומית עוסקים בחברות שעוסקות בגילוי נפט. המחלוקת הייתה סביב הובלת הנפט שניתנה להם בזכות ההפקה של הנפט. הש' חשין ניגש לס' 53א ומציב שאלה פרשנית- האם הממונה חייב לתת את זכות ההובלה למי שיש זכות הפקה או שיש לו שיקול דעת בנושא. לדעת הש' יש לחשוב על מוסד דיני הנפט והתכליות שהוא בא לשרת. יש שתי תכליות מנוגדות- הרצון למצוא נפט בארץ אל מול הסיכון הכלכלי שבחיפוש. לדעת הש' חוק הנפט נותן תמריץ לגופים פרטיים לקחת את הסיכון שלא סביר שהמדינה תיקח. עם זאת מתן כל הזכויות לגורם אחד יוצר מונופול שגם בו יש סיכון ויש לחשוב גם על ערכי התחרות כדי צמצם את הסיכון ליצירת מונופולין. חשין טוען כי ישנו מוסד בו מצד אחד יש ערך קנייני הניתן לגוף כתמריץ ומצד שני ערכי התחרות והשיתופיות. תכלית המשטר היא לעודד רווחה מצרפית ואם משטר זה מכוון יעילות יש להיזהר מלתת את זכות ההפקה וזכות ההובלה כיוון שהדבר לא יעיל מבחינת יעילות כלכלית ופוגע בתחרות חופשית. לדעתו הפרשנות הראויה לס' 53א צריכה להיות כזו המפרידה בין הפקה להובלה.

חוק העתיקות קובע שאין לפרט בעלות על עתיקות שנמצאו בקנינו הפרטי של אדם ואלו שייכים למדינה. ס' 2 לחוק אומר כי עתיקה שנמצאה בשטח ישראל, יהיו העתיקה והשטח שבה נמצאה שייכים למדינה. חוק העתיקות קובע פגיעה משמעותית בזכות הקניין. ניתן להכריז על האתר כאתר עתיקות, לבצע חיפושים בשטח וישנה אף סמכות להפקיע את הקרקע. במצב בו יש הכרזה על אתר כאתר עתיקות יש רישום במרשם המקרקעין המוביל לקיפאון אשר לא מאפשר לעשות דבר עם הקרקע. פס"ד עזבון לילי דנקנר נ' רשות העתיקות הייתה הכרזה על חלק גדול משטחי כפר שמריהו כשטח עתיקות. בפס"ד תקפו בעלי הקרקע את ההכרזה על הקרקע כאתר עתיקות וטענו כי היא בטלה ובנוסף תקפו את הפרקטיקה על פיה גלגלה רשות העתיקות את הוצאות הבדיקה לבעלי הקרקע. בהמ"ש העליון טוען כי ההכרזה על שטח כשטח עתיקות אפשרית אם יש אפשרות סבירה למצוא עתיקות בשטח ולא מתנגד לפעולת רשות העתיקות. עם זאת הש' זמיר לא מקבל את הפרקטיקה שהייתה נהוגה ע"י רשות העתיקות וטוען שהשיקולים החלוקתיים לא הגיוניים. ישנו תמריץ לרשות העתיקות לסיים בדיקות תוך זמן סביר והיזהר בהכרזות אותן לא יצליחו לממן.

עקרון תום הלב בקניין

בפס"ד הררי מואב הייתה חלקה שהייתה מחולקת ל3 חלקות. חלקה אחת הייתה מוחכרת לצורך קריית כורכר ובחלקה השנייה הייתה חברה. חברת הכורכר רצתה לעבור דרך שטח החברה אך לא קיבלה לכך אישור. כשהקרקעות נרשמו לא היו זיקות הנאה בצורת זכות מעבר. במציאות שנוצרה לא הייתה דרך להוציא את הכרכר מהשטח. האם ניתן לראות את מי שעומד על זכות קניינית שלא יסיגו את גבולו כחוסר תו"ל? על פניו לא, אך זוהי הבעייתיות בפסקי הדין העוסקים בתום לב. הדרך היחידה להסדיר זאת היא תשלום. עם זאת פס"ד זה לא הוכרע על בסיס עקרון תו"ל.

פס"ד רדומילסקי נ' פרידמן הוא פסק הדין היחיד בו יש שימוש בתו"ל. במקרה זה היה דייר מוגן שביתו באה לסעוד אותו. ע"פ חוק הדיירות המוגנת הבת הייתה הופכת לדייר מוגן כשתירש את האב. בעלת הבית רצתה שיחתמו על ויתור על הדיירות המוגנת ומשלא הסכימו תבעה אותה על קיום אנטנה. בהמ"ש קובע שכיוון שהתביעה הייתה ממניע נקמני- התביעה נדחית.

מדובר בשני מקרים בהם ניתן היה לפתור צורך קנייני בתשלום. עם זאת בפס"ד אחד עקרון זה בא לידי ביטוי ובשני לא.

בפס"ד רוקר נ' סלומון דובר על בית משותף בו רוקר בונה בשטח המשותף תחת אישור העריה אך ללא אישור הדיירים האחרים. רקע חקיקתי- ס' 55 לחוק המקרקעין קובע את ההצמדה של חלק בלתי מסוים של הרכוש המשותף לדירה. רכוש משותף הוא בבעלות משותפת של כל הדיירים. בשם זכות זו תובעים שאר הדיירים. ס' 57 א קובע את אופן החלוקה בהתאם לשטח הרצפה של הדירה. ס' 21 לחוק המקרקעין קובע מסגרת משפטית על פיה ניתן לדרוש הריסת מחוברים שנבנו בשטח בעל הקרקע.

סלומון מוציא צו מניעה וכשזה נגמר בונה רוקר על השטח המשותף ומוסיף גם מחסנים לטובת שאר הדיירים. הש' אנגלרד בדעת מיעוט טוען כי מבחינת עלות מול תועלת אין טעם להרוס את הבניה. הש' מכיר בס' 14 המתיר לבית המשפט לשלול סעד קנייני כאשר המניע לפעולה פסול. במקרה זה הוא תופס את הדרישה להריסה כבעייתית שכן הדרישה להריסה תעלה יותר. השופטים טרקיל חשין ומצא טוענים שס' 14 לא מונע מבעלי נכס לקבל סעד שמגיע לו מכוח הדין. עקרון תו"ל נותן לבית המשפט שיקול דעת מוגבל ומצומצם ביותר שיופעל במקרים חריגים, לא להגן על זכות הבעלות במקרקעין בגלל חוסר תו"ל.

הש' טירקל נותן שורה של שיקולים שצריכים להנחות את בית המשפט:

1. עוצמת הזכות הקניינית שנפגעה- במקרה זה עצמת הזכות הקניינית גבוהה כיוון שזו פגיעה בבעלות.
2. עוצמת הפגיעה בזכות- זמן, היקף הפגיעה וכדומה. עצמת הפגיעה במקרה זה הייתה לצמיתות.
3. כיצד התנהגו בעלי הדין בנסיבות המקרה- במקרה זה נטען שרוקר פעל בחוסר תו"ל שכן ניצל כל הזדמנות להתקדם בבניה למרות הסכסוך.
4. עוצמת התוצאה של הסרת הפגיעה כלפי הפוגע היא שיקול משני (לעומת דעת הש' אנגלרד).

לעומת גישתם, הש' ברק טוען שאין לקבול את דעת בית המשפט בשיקול דעת מצומצם והכל תלוי בנסיבות ועצמת הפרת עקרון תו"ל בנסיבות העניין. הש' נותן שיקול דעת לבית המשפט לעשות שימוש בעיקרון תו"ל בהתאם לנסיבות. הש' נותן קווים מנחים:

1. אפיון האינטרס העצמי- האם מדובר בבית משותף או עסק- במקרה זה אופי האינטרס שנפגע הוא הבעלות המשותפת ברכוש המשותף בבית משותף.
2. אופן האינטרס הציבורי העולה לדיון- גורם שותף או זר, מה טיבו של הקשר בין הנפגע והפוגע- האינטרס שנפגע הוא מוסד הבתים המשותפים והיחסים בין בעלי הדירות בבית המשותף. זו אינטרס חשוב שמושתת על הסכמות הרוב.
3. היקף הפגיעה שנגרמה- פגיעת קבע לעומת זמניות. היקף הפגיעה גדול שכן הייתה השתלטות על רכוש משותף הפוגע בכל העקרונות הנ"ל.

טירקיל שם דגש על ערכי הקהילה ושיח ערכי פלורליסטי. שאר השופטים דוגלים בשרירות בעלים וערכי חירות. אמנם לא היה שימוש נרחב בפס"ד זה בפסיקה אך פס"ד זה יש פוטנציאל רב בכל הנוגע לבתים משותפים, תמ"א 38 וכדומה. כך שפס"ד זה יכול להוות תקדים במצב של דייר סרבן המפיל תכנית פינוי בינוי או תמ"א.

שיעור 10- המשטר הקנייני בישראל

93% משטח המדינה בבעלות לאומית ורק 7% בידיים פרטיות (בשטחי הקו הירוק). חוק יסוד מקרקעי ישראל ס'1 אומר שהבעלות בקרקעות ישראל לא תועבר במכר. ס' זה מטיל מגבלה משמעותית על פיה מקרקעי ישראל הם מקרקעין מ3 סוגים-

1. מקרקעין בבעלות ישראל- מקרקעי מדינת ישראל אשר רשומים בטאבו על שם המדינה, מהווים 72% מכל מקרקעי מדינת ישראל. מקרקעין אלו הגיעו ממספר מקורות בניהם:

א. קרקעות שקיבלה מדינת ישראל בירושה מהמנדט הבריטי.

ב. ס' 3 בחוק נכסי המדינה קובע בעלות שיורית על מקרקעין שאין להם בעלים.

ג. חוק הירושה ס' 17 קובע שמדינת ישראל יורשת את מי שלא הותיר אחריו יורשים או צוואה.

ד. הפקעות.

ה. 12 מיילים מקו החוף של ישראל שייכים למדינה על פי הדין הבינלאומי ולישראל יש בעלות על קרקע הים בשטח זה ע"פ חוק מקרקעי ישראל.

המקרקעין בישראל מנוהל ע"י רשות מקרקעי ישראל (לשעבר מנהל מקרקעי ישראל). דבר זה מוסדר בחוק רשות מקרקעי ישראל מ1960 אשר מסדיר את פעילות הרשות.

1. מקרקעין בבעלות רשות הפיתוח (תאגיד סטטוטורי של ישראל)- סוג הקרקע השני הוא מקרקעי רשות הפיתוח. זהו תאגיד ציבורי אשר הוקם ע"י הממשלה בחוק רשות הפיתוח (העברת נכסים) 1950. מטרת החוק היא לפתח את הארץ. רשות הפיתוח הוסמכה בחוק לרכוש נכסים, לפתחם ולמכורם. מקורות המקרקעין שבבעלות הרשות הוא מכוח 2 חיקוקים עיקריים- (א) חוק רכישת מקרקעין (אישור פעולות ופיצויים) 1953 אשר אפשר להפקיע ולהקנות לרשות הפיתוח מקרקעין שלא היו בהחזקת בעליהם בתאריך הקובע (1.4.1952) ושהמקרקעין הללו שימשו או הוקצו לצרכי פיתוח חיוניים כמו התיישבות וביטחון. מתוקף חוק זה הופקעו אדמות רבות של פלסטינאים שברחו מהמדינה. מתוך כוח זה הוקנו למדינה מיליון ומאתיים אלף דונם של קרקעות שרובם היו בבעלות פרטית. חוק רשות הפיתוח קבע הסדר לתשלום פיצויים לבעלי המקרקעין מכוח פקודת הקרקעות רכישה לצרכי ציבור מ1943 שזה דבר החקיקה המרכזי המסדיר את ההפקעות בישראל.

(ב) חוק נכסי נפקדים 1950. ע"פ חוק זה הוקנו לאפוטרופוס לנכסי נפקדים מקרקעין של אנשים שהוגדרו נפקדים בחוק. נפקד מוגדר בס' 1ב לחוק. מתוקף החוק ניתן לקבל פיצויים אך לא את הקרקע חזרה.

הירושה המנדטורית היא קטנה מאוד ורוב הקרקעות התקבלו בחסות חוקים אלו.

1. קרקעות קק"ל- בבעלות קק"ל ולא ישראל ותפקידה של רשות מקרקעי ישראל הוא לנהל את הקרקעות. חוק קק"ל מ1954 נתן גושפנקא חקיקתית לחברה שהייתה חברה פרטית באנגליה ב1905. תזכיר ההתאגדות של החברה קובע כי מטרתה לקנות קרקעות לשם יישוב יהודי בא"י. ב1961 כרתה ישראל עם קק"ל אמנה על פיה בשלב ראשון יקבע חו"י מקרקעי ישראל ושמנהל מקרקעי ישראל ינהל את הקרקעות עבור קק"ל. במצב זה מ"י כפופה למטרות קק"ל. לקק"ל היו 2.6 מיליון דונם של קרקעות אשר היוו 13% מתוך כלל מקרקעי ישראל ו15% מקרקעות רשות הפיתוח.

בעלות הקרקעות הפרטית היא בעיקר באזורי ערים. מחצית מהקרקעות העירוניות הם בבעלות מקרקעי ישראל. יש מספר הבדלים בין מקרקעין בבעלות פרטי למקרקעין בבעלות מקרקעי ישראל. דוגמה לכך היא שבמקרקעין בבעלות מקרקעי ישראל לא ניתן לקבל זיקת הנאה מכוח שנים.

לסעיף איסור העברת הבעלות יש מספר הנמקות (אשר רובן לא עומדות במבחן הביקורת):

1. בעלות לאומית נדרשת כדי ליצור משטר של צדק חברתי ושוויון. עם זאת בעלות ציבורית היא לא הצדקה חזקה מול בעלות פרטית. ברוב העולם הבעלות הלאומית היא באחוזים קטנים ועדיין המדינות קיימות.
2. בעלות לאומית תגביר את הזיקה בין יהדות התפוצות למדינה כיוון שעזרה למדינה לרכוש את הקרקעות.
3. בעלות לאומית יכולה לסייע במצב של משברים לאומיים ובמצבים חיוביים כמו קליטת עליה.
4. ישנה טענה כי בעלות פרטית יכולה לפגום ביכולת לפתח מקרקעין שמקלה על יכולת פיתוח סביבתי של מקרקעין. זאת ע"פ טרגדיית מאגר משותף- ככל שיש יותר ידיים פרטיות יותר קשה לנהל את הקרקע. עם זאת למדינות יש סמכות הפקעה ויש דרך לעשות זאת גם כאשר הקרקע בידיים פרטיות. אין חובה שתהיה בעלות ציבורית כדי לנהל שטחים.
5. בעלות ציבורית תמנע ספסרות במקרקעין ותבטיח מחירים נמוכים לצרכי פיתוח. ההנחה היא שבעלות ציבורית תיצור מחירים נמוכים יותר מידיים פרטיות. בפועל המדינה שולטת בשחרור קרקעות לבנייה ולכן שולטת במחירים הגבוהים. המדינה היא המרוויחה העיקרית ולכן היא דואגת לשמור על מחירים גבוהים באמצעות סרבול הליכים ושחרור קרקעות איטי. שוק פרטי היה יכול להיות שוק תחרותי יותר שיגרום למחירים נמוכים יותר.
6. בעלות ציבורית יכולה לסייע בפיזור הנכון יותר של האוכלוסייה בארץ, יותר מאשר מצב בו יש בעלות פרטית על קרקעות. עם זאת בכוח המדינה לתעל אוכלוסיות לאזורי עדיפות.
7. שיור בעלות לאומית היא חיונית כדי למנוע מצבים של העברת קרקעות לזרים בלתי רצויים. בפסיקה הישראלית יש אמפתיה רבה מאוד לטיעון זה. יש הסדרה בהחלטות רשות מקרקעי ישראל בנוגע להעברת קרקעות לזרים והדבר עבר רגולציה אשר דורשת אישורים של הרשות. כשמכרו את תנובה לסינים היה צריך אישור של שר הבינוי והשיכון להעביר את כל הקרקעות בבעלות תנובה לתאגיד הסיני. עם זאת אותה רגולציה הייתה יכולה לפעול גם כשהקרקעות היו בידיים פרטיות.

הרבה מטיעונים אלו לא שורדים את מבחן הביקורת. רחל אלתרמן במאמרה נותנת שורה של נימוקים באיזה דרכים מדינות שולטות בקרקעות ומנהלות אותן מבחינת נתח ובעלות לאומית. לדעת אלתרמן המשטר הקיים היום לא מוצדק. מצד שני אלתרמן מציגה שתי תתי קבוצות של סיבות המצדיקות התערבות ציבורית:

כשלי שוק

* כשלי שוק- אלתרמן מדברת על שורה של כשלי שוק כדוגמת המאגר המשותף.
* הצדקות חברתיות- כמו טובין ציבוריים (כבישים, חופים, פארקים).
* שמירה על משאבים מיוחדים לדורות הבאים בשמירת איכות סביבה, תכנון עירוני, הגבלות זיהום ורעש.
* טיפול בהחצנות חיוביות או שליליות.
* התמודדות עם מצבים של דילמות אסיר- מצבים של כשלי שוק מובנים בנסיבות מסוימות המצדיקות סיוע ציבורי כמו השקעות בשיקום שכונות לא נחשקות.
* שליטה בעיתוי פיתוח והשקעות ציבוריות ותשתיות.
* פערי מידע בין צדדים ביחס לעסקאות.

ערכים חברתיים

* ערכים פוליטיים ואידיאולוגיים מניעת העברת קרקעות לזרים.
* ביטול פערים חברתיים וחלוקה צודקת של הנאות בחברה. בעלות מדינתית יכולה להיות מוצדקת אך לא בהיקפים הקיימים. הגשמת ערכי צדק חברתי יכולה להיעשות ע"י תחימת קרקעות, יצירת תמהיל מחייב של שילוב אוכלוסיות חדשות והקצאת פרויקטים חדשים.
* הערכות להתמודדות עם משברים חיוביים או שליליים- עלייה, הסכמי שלום, מלחמה.
* מיתון שיקולים פוליטיים בקבלת החלטות- אם נרצה למתן השפעות זרות בנוגע להחלטות מסוימות אז צריך להיות הבעלים של קעקע בהיקפים אלו. אין זיקה ישירה לקונפליקטים בין קבוצות לבעלות על קרקעות.

אלתרמן טוענת שישראל היא מדינה חריגה באופן פעולתה ומציגה טווח רחב מאוד של אפשרויות שפעולה. אלתרמן טוענת שהמצב של בעלות ציבורית הוא לא רצוי והטיעונים הנ"ל אינם משכנעים.

הטווח אותו מציגה אלתרמן הוא (מהכבד לקל):

* ההלאמה בה משתמשת ישראל הינה קיצון בטווח זה.
* הפקעות מסיבית היא אמצעי נוסף חמור פחות מהלאמה.
* בנק קרקעות- המדינה רוכשת קרקעות, יוצרת בנק בכל מיני מיקומים לצרכים שונים ומשתמשת בהם למטרותיה.
* איחוד בעלויות וחלוקה מחדש (ריפרצלציה)- אם המדינה רוצה להגשים יעד באזור מסוים עליו יושבים מס' בעלי מקרקעין, היא יכולה לאחד את הבעלות של כל בעלי המקרקעין ולחלק את המקרקעין מחדש באופן שיועיל למטרותיה. זהו אמצעי פחות דרמטי, ייעודי וספציפי.
* הפקעות נקודתיות של לקיחה ספציפית ופרטנית של קרקע.
* תכנון ציבורי- חוקי תכנון ובניה אשר יתכננו את המרחב שלנו גם במצב של בעלות פרטית.

2 סיבות בהם אלתרמן מאמינה הם חופש מפני העברת קרקעות לזרים וכשלי שוק- טובין ציבוריים (כבישים, תאורת רחוב וכדומה). אלה הצדקות חשובות אך נקודתה העיקרית היא שהן לא מצדיקות בעלות לאומית על 93%. אם המדינה רוצה להפוך חוף לציבורי או לדאוג לדורות הבאים היא יכולה להפקיע את השטח הספציפי או להשתמש בחוקי איכות סביבה וכדומה.

כך לדוג' בפס"ד אקונס הופקע רק התווך התת קרקעי ולא השטח כולו.

כלל המגביל את העברת בעלות על מקרקעי ישראל לא נשמר. בס' 2 לחוק מקרקעי ישראל 1960 יש רשימת חריגים ארוכה לכלל שאוסר על העברת בעלות בחוק היסוד. ס2(7) שאומץ בשנת 2006 ביצע את הרפורמה במקרקעי ישראל. ע"פ הס' ניתן להעביר בעלות ציבורית לפרטית על קרקעות שהם חוכרים לדורות במנהל מקרקעי ישראל. במקרה זה יש להבחין בין קרקעות עירוניות לחקלאיות. מנהל מקרקעי ישראל ניהלו את קרקעות המדינה. לאורך השנים מנהל מקרקעי ישראל קיבל החלטות שונות במסגרת מועצת מקרקעי ישראל שקבעו מה תהיה הקצאת הקרקע. לגבי קרקעות עירוניות הוחלט כי תקופת החכירה תהיה ל98 שנים. קרקע תושכר בחכירה לדורות. מנהל מקרקעי ישראל התכוון ליצור עסקאות דוגמת מכר מבלי להסתבך עם חוק היסוד. בתחילת הדרך אנשים היו משלמים דמי חכירה בצורת תשלום חד פעמי בצורת דמי חכירה ראשוני בשיעור 40%-80% משווי הקרקע ודמי חכירה שנתיים שנפרש ביתרת התקופה ששיעורם היה 5% מייתרת ערך הקרקע (60%-20%). אם חוכר היה רוצה לעשות עסקה במקרקעין שחכר היה צריך לקבל אישור מהרשות. עסקאות אלו היו כרוכות בדמי הסכמה ששולמו לרשות מקרקעי ישראל. מעבר לכך, אם שונה יעודה של הקרקע החוכר היה צריך לשלם דמי היתר אשר מגלמים את דמי החכירה בהתאם לערכה החדש של הקרקע. נעשית התאמה בין דמי החכירה לשווי הקרקע. בשנת 73 נעשה שינוי בנוגע למדיניות זו. השינוי הגדול שנעשה הוא שבמקום דמי החכירה הראשוניים והשנתיים עברו לעסקאות חד פעמיות. כאשר עושים עסקה של חכירת נכס ניתנת אופציה לשלם בתשלום אחד בשם דני חכירה מהוונים שיגלמו את שווי הנכס. בנוסף למנגנון של התשלום היחיד כל המנגנון של דמי הסכמה והיתר בטל. יש הבדל אופרטיבי ביחס לעסקאות שנעשו תחת כל אחד ממנגנונים אלו.

קרקע חקלאית היא כל קרקע שהיא איננה עירונית. רוב האנשים במגזר החקלאי מקבלים זכויות בקרקעות חקלאיות, אך ההסדר שבו הם מחזיקים במקרקעין הוא הסדר חלש. במגזר זה רוב האנשים שיש להם זכויות נקראים בעלי רשות במקרקעין. יש להם רישיון במקרקעין שזו בדר"כ זכות חוזית בלבד אשר קיימת רק ל3 שנים כל פעם וכוחה חלש ביחס לזכות קניינית. עם זאת חלק מהקרקעות החקלאיות כן מוחכרות ל98 שנים כאשר דמי החכירה היו מחושבים כדמי חכירה שנתיים ושווים היה 2 אחוזים מההכנסות הנקיות מהקרקע.

במצב של החכרה היו מבחינים בין 3 סוגי חלקות:

חלקה א'- קרקע המשמשת למגורים ומבני משק. הנטייה הייתה לאפשר החכרה ל98 שנים ישירות לחברי מושב או קיבוץ.

חלקה ב'- קרקע שמשמשת לחקלאות ומעובדת ע"י מחזיק החלקה. הקרקע ניתנת בהסדר של הרשאה חוזית.

חלקה ג'- קרקעות המעובדות במשותף או השטחים הציבוריים של המושב והקיבוץ כמו דרכים, מבני חינוך ועוד.

הרפורמה בקרקעות החקלאיות הייתה בגובה דמי החכירה. מ2% מההכנסות הנקיות הוחלט על סכום שרירותי שיקבע מידי שנה ע"י רשות מקרקעי ישראל.

הרפורמה שנעשתה ברשות סיימה את הפרקטיקה של חכירה לדורות וקבעה כי מעתה, כל הקצאה של קרקע עירונית תעשה באמצעות העברת בעלות. כל מי שקיבל חכירה לדורות קיבל הודעה כי הוא נרשם כבעלים. כל העסקאות שנעשו אחרי 73 ושלמו דמי חכירה מהוונים לא היו צריכים לשלם כלל. מי שחכר את הקרקע לפני 73 היה צריך לשלם את ייתרת החוב. ע"פ החוק כל עסקאות אלה הוגבלו על 800,000 דונם אשר יועברו עד שנת 2019.

שיעור 11

השלכות הרפורמה על הצדקות הבעלות הלאומית

* היקף השטחים שמושפעים מהרפורמה עומד למעשה על 1% משטח המדינה. הרפורמה לא תשנה את הנתון המרכזי של ה93% כיוון שרוב החוכרים לדורות גרים בבנייני קומות כך שהשטח המושפע בפועל קטן.
* ההנחות של הרפורמה הן שהיא עתידה להביא לירידה במחירי דירות וקרקעות ולהגביר את הצמיחה במשק. אחת המטרות של הרפורמה הייתה להפחית בירוקרטיה עם זאת במבחן המציאות הדבר לא השפיע. ככל הנראה בגלל נתח השוק הקטן של קרקעות אלה.
* אחת ההנחות היא שהרפורמה לא תפגע בשטחים פתוחים ובצרכי ציבור. דבר זה וודאי נכון לאור אחוז הקרקעות הקטן.
* חוק רשות מקרקעי ישראל עבר מספר שינויים בעקבות הרפורמה. כל הנושא הטכני של העברת קרקע לבעלים נקבע בחוק זה. ס' 4יז מסדיר הרפורמה בקביעה כי העברת בעלות תהיה בדרך של בעלות וכמו כן מסדיר את הפתרון לחוכרים לדורות.
* החלטה 1148 הסדירה את עניין העברת הקרקעות לזרים. היום החלטה זו מוסדרת בחוק מקרקעי ישראל בתיקון שנעשה לס' 2א לחוק ב2011 על פיו לא ניתן להקנות או להעביר את מקרקעי ישראל לזר אלא על פי חוק זה. מקרקעי ישראל מוגדרים גם לרבות מקרקעין שזכות ניתנה בהם ע"י רשות מקרקעי ישראל. זאת אומרת שגם קרקע שהתקבלה ע"י הרשות (ועכשיו היא בבעלות פרטית) לא ניתן להעביר לזרים. גם אחרי הרפורמה החשש של מתן קרקעות לזרים טופל. דוגמה לכך היא עסקת תנובה שנמכרה לסינים. יש לציין שהגבלה זו לא חלה על 7% הקרקעות הפרטיות שבשטחי ישראל.

עמותת דרור עתרה לבג"ץ בקשר לס' 2(7). ס' 1 לחוק היסוד אוסר העברת בעלות, עם זאת הרפורמה ב2009 אפשרה את העברת בעלות הקרקעות. הדיון בעתירה היה סביב השאלה אם ס' 1 לחוק היסוד נפגע עקב התיקון. בג"ץ טוען כי החוק עצמו קובע דרך לחרוג מהוראותיו ומכיר בצורך להתאים את הוראות החוק למציאות מבלי לסטות מהעיקרון הכללי שנקבע בו. החריג לא בלע את הכלל- מדובר בכמות קרקעות קטנה מאוד והדבר מעוגן בחוק.

מקרקעי ייעוד

ס' 107 קובע מהם מקרקעי יעוד. אלתרמן מקדישה חלק נרחב מהמאמר שלה לקרקעות אלה- עליהן ראוי שהמדינה תתערב בצורת בעלות לאומית. זהו סוג קלאסי של קרקעות שהמדינה שומרת מהן עתודות. הרשימה היא:

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.

 אלו מקרקעין שמיועדים לתועלת הציבור כולו. בנוסף לרשימה האמורה בס' 107 אלתרמן טוענת כי יש קרקעות נוספות כגון פארקים וראות ירוקות. אלה טובין ציבוריים שהאספקה שלהן לא תבוא מידיים פרטיות. יש חשיבות שנכסים אלה יישארו בידיים ציבוריות כיוון שמטרתם להגשים מטרות חברתיות שונות. ס' 107 יוצר הסדר לגבי שורה של דברים שמנויים בו + ס' 107(5) המהווה ס' סל. ס' 111 אומר שלמקרקעי יעוד לא יהיה תוקף לכל עסקה הטעונה רישום. יש איסור לעשות עסקאות בנכסים אלה.

בפס"ד קמרון דובר על שחזור מגילה שהיו רק קטעים ממנה. קמרון השלים ושחזר חלקים נרחבים מהמגילה וטען לזכויות יוצרים. עלתה השאלה מדוע לא מרחיבים את הרעיון של מקרקעי יעוד למיטלטלין ייעודי? בפס"ד זה בהמ"ש לא לקח בחשבון את הצורך הלאומי.

כמו כן עולה השאלה למה עתיקות וגנים לאומיים לא נכנסים לחוק? בסופו של יום ס' 111 מאפשר הפקעת קרקעות אלה כאשר יש אינטרס חברתי חשוב.

יש מספר סוגי מקרקעין נוספים בישראל:

מקרקעין מוסדרים- כשהתורכים שלטו בארץ היה רישום עסקאות ולא רישום מקרקעין מסודר. הבריטים עשו הסדר מקרקעין במסגרתו עושים סדר במרשם ובדיקת תוקף הזכויות הרשומות. הם ביצעו הסדר מקרקעין על פיו כל מקרקעין בארץ עבר תהליך של תביעה משפטית על פיו הוחלט למי שייכת הקרקע. מבחינה אופרטיבית נהייתה יכולת להסתמך על המרשם. ע"פ ס' 125א לחוק המקרקעין רישום מקרקעין במרשם ההסדרים יהווה ראיה חותכת לתוכנו. זהו שריון מידי. אם נעשתה עסקה על בסיס רישום המקרקעין מוסדרים העסקה ככל הנראה כשרה. גם אם הייתה טעות שנסמכה על ההסדר ניתן להסתמך עליה. ס' 10 מהווה ביטוי אופרטיבי לס' 125. ס' 10 עוסק בתקנת השוק במקרקעין על פיו אם אדם עשה עסקה במקרקעין מוסדרים והעסקה הייתה טעונה טעויות רישומיות העסקה כשרה כל עוד היא עומדת בחוק.

מקרקעין לא מוסדרים- מדובר ב6% משטח המדינה. אלה מקרקעין שלא נעשה לגביהן הסדר. אלה קרקעות באזורים בעייתיים כמו מזרח ירושלים, אזורי מוקשים וכדומה. ס' 125ב אומר שרישום לגבי מקרקעין לא מוסדרים יהווה ראיה לכאורה לתוכנו- זוהי ראיה שניתנת לסתירה. הביטוי האופרטיבי לכך היא שתקנת השוק במקרקעין (ס' 10) לא חלה על מקרקעין לא מוסדרים. ס' 23 לחוק המקרקעין מציב הסדר מוזר על פיו אם מוקמים מחוברים על קרקע לא מוסדרת (בטעות או בתו"ל) המקים זכאי לרכוש את המקרקעין.

במרשם המקרקעין מתנהלים שלושה פנקסים:

פנקס הזכויות- שבו נרשמות זכויות בקרקעות שעברו הסדר. הביטוי הקלאסי לקרקע שעברה הסדר היא קרקע שנרשמת כגוש חלקה.

פנקס השטרות- שבו נרשמות קרקעות שלא עברו הסדר.

פנקס הבתים המשותפים- בתים משותפים שנרשמו מופיעים בפנקס הבתים המשותפים.

מקרקעין שאינם רשומים- יש מקרקעין שאינם רשומים כלל במרשם המקרקעין. לעיתים קרובות המקרקעין הללו יהיו רשומים ברשות מקרקעי ישראל (לא במרשם המקרקעין) או במרשמים של חברות משכנות שמנהלות פנקסים לגבי נכסיהן. הדוגמה הקלאסית למקרקעין לא רשומים היא קרקע בבנייה. זוהי אינה עסקת מקרקעין אלא מכירת בית "על הנייר". הדרך להגן על עסקאות אלו היא באמצעות בטוחות, למשל.

זכות הכניסה למקרקעין

היכולת לקבל ולרכוש זכויות במקרקעין מעלות שאלות רבות. ישנה פעילות משפטית ענפה בעניין אך לא הכל עבר ביקורת שיפוטית. השאלה הגדולה סביב זכות הכניסה למקרקעין היא האם יכולות להיות מגבלות על היכולת של אנשים לרכוש או לשכור מקרקעין, האם יש יכולת להפלות וכדומה. בפסיקה נוצרו הפרדות בין קרקע ציבורית לקרקע פרטית. לגבי קרקע ציבורית ישנה הילכת קאדען. בישוב קציר הוחלט שלא לאפשר למשפחה ערבית לקנות קרקע בשטח הישוב. בהמ"ש העליון מדבר על נורמות ציבוריות כמו ערך השוויון ומחליט כי לישוב אין שום ייחוד או זהות ויש ניסיון להדיר תושבי מדינה ועל כן בהמ"ש לא מאפשר זאת ונותן לאותה משפחה לקנות קרקע. פסק הדין לא מפרט מתי ניתן לעשות אפליה בכניסה למקרקעין. בפס"ד ברק טוען כי זוהי החלטה ספציפית וממוקדת ואינה פונה פני עתיד. במאמרו אומר לרנר כי צריכה להיות אפשרות הדרה גם לקבוצות יהודיות כלומר, על ערכים ציוניים כן צריכה להיות אפשרות הדרה. בפס"ד אומר ברק שהטענה שיש ישובים ערביים לא מתאימה כיוון שהם אוכלוסיית המיעוט.

בהלכת סבא נידונו על פרויקט בשכונת עג'מי ביפו שנועד ליהודים בלבד. חברת אמונה קיבלה בעלות פרטית בקרקע והציע את הדירות רק לדתיים. הוגשה עתירה מנהלית נגד חוקיות המכרז ונטען כי מדובר במדיניות שיווק מפלה. בפס"ד מחליט בית המשפט לא להתערב כיוון שמדובר במעשה שנעשה כבר ואנשים נכנסו לבתים. תקיפת המכרז לא הייתה שהפרויקט החל אלא ממש בסופו. השופטת בייניש אומרת שיש יסוד לטענה כי המנהל נדרש לפקח על אופן שיווק המקרקעין בשוויון ללא הפלייה גם ע"י חברות פרטיות הזוכות במכרזים המוצעים על ידו. בכך היא מרחיבה את עקרונות השוויון ויוצרת חובות על הרשות. בנוסף היא אומרת שיש ממש בטענה שהציבור הדתי-לאומי אינו בגדר קבוצת מיעוט הדורשת הגנה על מאפייניה התרבותיים הייחודיים. הציבור הזה נמנה על הרוב היהודי במדינה. כמו כן, זמינות של מקרקעין לדיור הינה משאב ציבורי מוגבל. הכנסת שיקולים של אופי ייחודי בבניין כזה או אחר והדרת אוכלוסיות מפרויקטים במרכזי ערים בעייתית מאוד.

חוק וועדות הקבלה

החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (נקרא גם חוק ועדות הקבלה) מאפשר את ועדות הקבלה בכניסה לישובים. החוק מאפשר ביצוע וועדות קבלה לישובים בגליל ובנגב ובישובים קהילתיים (מס' בתי האב לא עולה על 400 משפחות). הוועדה מוכשרת באמצעות ס' 6ב אשר קובע כי הוועדה יכולה להדיר מועמדים מקבלה לישוב ועליה להמציא החלטה מנומקת בדבר הסירוב. קיימים מנגנוני הסגה להחלטות ע"י הגשת עתירה לוועדת ההסגות. ס' 6ג לחוק יוצר שיקול דעת ויחד עם זאת מרסן אותו. הס' מונה שורה של שיקולים על פיהם ניתן לסרב קבלה. ס' 6ג 4 ו5 הינם סעיפים בעייתיים יותר אשר מהותם חוסר התאמה לחיי קהילה או למרקם חברתי. הריסון לוועד הקבלה ניתן ע"י רשימת איסורים על בסיס מפלה על פיהם אסור לסרב קבלה כגון דת, מין, נכות, נטייה מינית וכדומה.

פס"ד אורי סבח תקף את החוקתיות הלגיטימית של חוק זה. פסק הדין מאמץ את שאלת הבשלות וקיימים חוסרים לגבי מקרים קונקרטיים. השופטים נמנעים מלדון בחוק אך עם זאת השופטים שמתנגדים לחוק אומרים שזוהי אפליה במסווה.

שיעור 12

חוק וועדות הקבלה מוגבל בהיקפו שכן הוא חל רק בנגב ובגליל ולא יכול לחצות את ה400 משפחות. חוק זה יוצר בעיות מבחינת היכולת להרחיב יישובים.

בפס"ד סבח טענו השופטים ארבל ג'וברן ודנצינגר שיש לבטל את סעיפי החוק שמאפשרים לא לקבל אדם ליישוב. ספציפית סעיפים 6ג 4 ו5. הש' הנדל טוען כי יש צורך לשנות גם את הרכב הוועדה. הגישות הכלליות של השופטים שמחליטים לדחות את ההחלטה מדברים על שאלת הבשלות ודוקטרינת ההכרעה הבלתי בשלה על פיה אם לא הוחלט דבר מה על ידי החוק קשה לבית המשפט להחליט בנושא. הנשיא גרוניס אומר בפסק דינו שהדחיה של העתירות אין משמעה הבעת עמדה לגבי חוקתיות או אי חוקתיות החוק. זוהי הכרעה שצריכה לחקות להחלטה מנהלית מתאימה.

הש' ג'ובראן מכיר ביתרונות של וועדות הקבלה שיכולות לסייע בפיתוח ושימור התיישבות במיוחד בנסיבות בהם מאפיינים הייחודיים ממלאים נתח משמעותי בזהות חברי הישוב. ע"פ דברי ההסבר לחוק ההצדקות לתיקון לפקודת האגודות השיתופיות היא לאפשר לאנשי היישובים לקיים אורח חיים קהילתי המבוסס על לכידות חברתית. הש' אומר כי החוק נותן שיקול דעת רחב מאוד לוועדה ומאפשר הדרה שלאנשים משיקולים לא רלוונטיים. בהקשר זה הש' אומר שמנגנוני הדחיה של ס' קטן 4 ו5 מנציח ומאפשר הדרה של אוכלוסיות מסוימות. לדעתו אין שאלה של בשלות כיוון שיש ניסיון מצטבר ופרקטיקה בשטח ברורה המאפשרת הדרה ע"ב שיקולים מפלים. הש' אומר כי הוא מניח שזאת לא הייתה כוונת המחוקק וראיה לכך מנגנוני הביקורת אך עדיין יש בחוק זה שיקול דעת מופרז ויש מקום להצהיר על בטלות ס' 4 ו5 המקנים שיקול דעת מופרז.

הש' ארבל אומרת שהקריטריונים העמומים מאפשרים דחיית מועמדים על בסיס כל נושא שהוועדה תבחר לנכון. ברמה האינדיבידואלית אפשר לקבל כל החלטה על בסיס שרירותי. הש' טוענת כי ההתרשמות ממועמדים סובייקטיבית לחלוטין ומשפעת מדעות קדומות וסטראוטיפים ופוגעת בשוויון. מעבר לזה, גם קיום מבחני ההתאמה על בסיס ס' 4 הם לא מדד המאיין את החשש להפליה. חו"ד של פסיכולוג, ללא הנחיות ברורות, לא יכולה להכשיר את קריטריון הדחייה. מעבר לכך יש פגיעה בשוויון שאנשים יצטרכו להוכיח את התאמתם לקהילה. בחירת מקום מגורים היא חלק מהאוטונומיה האישית של הפרט וחלק מהזכות של הפרט לטוות את סיפור חייב. העובדה שאנשים צריכים לעבור מבחני קבלה פוגעת בכבוד ולא ראויה. הש' סבורה שס' 4 ו5 יהוו מסווה קל מאוד להפליה סמויה בין אם במודע ובין אם לא. השלכת החוק לא רק על הפרט אלא יש בה מסר מפריד ומפורר לחברה הישראלית כולה. יש פגיעה ביכולת ההתניידות של אנשים מרמת חיים אחת לאחרת. הש' לא מתעלמת מזכות של קבוצות לקיים חיי קהילה אך היא אומרת כי יש לראות את הפגיעה הקשה בפרט.

הש' רובינשטיין הולך בקו של חוסר הבשלות וטוען כי זהו אחד החוקים עם הכי הרבה ליקויים בחקיקה ויש לתקנו. הוא חושב שצריך לתת לוועדות קבלה להוכיח את עצמם.

הש' דנצינגר מסכים עם ג'ובראן וארבל בטענה כי החוק מפלה ולא מידתי. לדעתו צריך לאפשר יישובים קהילתיים אך הפגיעה בחוק קשה ויש להטיל ספק אם סעיפים אלה צריכים להתקיים.

הש' הנדל טוען כי הייצוג של אנשי היישוב בוועדות הקבלה בעייתי שכן יש בו רוב לישוב עצמו כיוון שיש בו כוח "לשכפל" אנשים שדומים להם ולבחור את דומיהם.

בבג"ץ הסוללים נ' מנהל מקרקעי ישראל דובר על זוג ערבים שרצו לרכוש קרקע במושב הסוללים ונדחו. במסגרת עתירה הופנו להליכי קבלה רגילים. המנהל הקצה להם קרקע והעתירה נדחתה. הש' חשין טען כי לישוב אין זכות לשמור על אופיו היהודי חילוני כיוון שזוהי אינה טענת ייחוד מספקת.

בבג"ץ זבידט נ' מנהל מקרקעי ישראל דובר על זוג ערבים שרצו לגור ביישוב רקפת ונדחו בגלל אי התאמה חברתית. בסופו של יום העתירה התקבלה ובג"ץ אמר בעניין כי עקרון ההתאמה החברתית עמום, רחב, שרירותי ופוגע בזכות האזרחים לבחור לעצמם מקום מגורים.

פס"דים אלו נפסקו לפני חקיקת החוק ומהווים ראיה חזקה לכך שקריטריוני הדחיה מהווים פרקטיקה לאפליה.

קק"ל

מטרת אדמות קק"ל היא ליישב יהודים בא"י. מצד שני קק"ל חולשת על הרבה קרקעות מדינה. קרקעות אלה אינן שייכות לישראל והמדינה רק מנהלת אותם. במכרזי אדמות קק"ל נאמר כי ערבים מנועים מלהשתתף במכרזים. ארגון עדלה הגיש עתירה נ' מנהל מקרקעי ישראל. העתירה נמחקה בהסכמה ב2009 אך הטענות המרכזיות היו שהכלל נוגד ערכים חברתיים. העתירה נמחקה כיוון שמדינת ישראל עשתה חילוף קרקעות עם קק"ל והבטיחה שכל פעם שאדמת קק"ל תגיע לידי ערבים קק"ל תקבל אדמה חדשה. בכך נמנעה האפשרות להגיע לבעיה זו בשנית.

נניח שקק"ל הייתה לוקחת את הקרקעות לעצמה ומנהלת את הקרקעות באופן פרטי, האם היה ניתן לתקוף את קק"ל? הסדר זה בעייתי שכן קק"ל חולשת על הרבה קרקעות. לגוף זה ניתן להתייחס כגוף דו מהותי. זהו גוף שיש לו מאפיינים פרטיים (כמו בעלים פרטיים) וציבוריים. ההצדקות להחיל על גופים אלה הגבלות של גוף ציבורי נובע מכך שיש להם שליטה בלעדית בדבר מסוים. קק"ל יכולה להדיר אוכלוסיות שלמות מלרכוש חלק גדול מהקרקעות. כיוון שזהו גוף דו מהותי הוא כפוף לעקרונות מדינת ישראל ולעיקרון השוויון. חוקי יסוד נועדו להגן על אדם מפני השלטון. הרעיון הוא שגוף פרטי לא חזק כמו השלטון ולכן הוא לא מחויב אליהם. גוף דו מהותי הוא גוף פרטי עם כוח כלכלי רב ולכן הוא שקול לגוף שלטוני דה פקטו.

Fair housing act הינו מסגרת חוקית אמריקאית על פיה לא ניתן להדיר אנשים מנכסים על בסיס מפלה. עם זאת אדם שיש בבעלותו כמות דירות קטנה כן יכול להחליט מי יכנס לנכס שלו והחוק חל רק על בעלי דירות רבות. דה פקטו, למרות החוק, קיימת אפליה כיוון שלרוב בעלי הדירות אין דירות רבות.

השיח הערכי אשר מאמץ נקודת מוצא של חירות בדרך כלל נותן לפרט כוח להחליט מה לעשות עם נכסיו. ככל שמרחקים מחירות, ומבינים שהקניין הוא דבר מורכב יותר ויש ערכים כמו קהילה, צדק חברתי, צדק חלוקתי ועוד, היכולת להפלות הופכת יותר בעייתית. ככל שרמת שיתוף הפעולה בין אנשים יותר מכוננת כך רמת המוכנות להדרה תהיה לגיטימית. כמובן שההדרה צריכה להיות על בסיס לגיטימי.

בבג"ץ שיח חדש נגד שר התשתיות הלאומיות דובר על הזכויות בקרקעות חקלאיות. בפס"ד דובר על מספר הטבות שניתנו למושבים כמו אפשרות לפתח אזורי תעשיה כמקור תעסוקה נוסף. הייתה אפשרות לנצל את הקרקעות וליצור קניונים, צימרים ועוד. החלטה 717 נתנה למושבים הנחות משמעותיות בגובה דמי החכירה כאשר היה שינוי ביעוד הקרקע. למרות עליית ערך הקרקע התשלום עליה היה מועט. החלטה 727 קבעה כי בגין השבת הקרקעות שהיעוד שלהם שונה, יקבלו החוכרים פיצוי לפי השווי אחרי שינוי הייעוד. מה שעמד מאחורי החלטה זו הינה תמריץ לחקלאים להחזיר את הקרקעות למדינה. החלטה 737 אפשרה למושבים לקנות קרקעות בהנחות כדי להרחיב את הישובים. שורה של עמותות עתרו לבג"ץ בגין ההחלטות שכן הן נותנות זכויות יתר משמעותיות לאוכלוסיה שלא בהכריח מגיע לה. ההחלטות בוטלו עקב בעיות בצדק חלוקתי. אין הצדקה לתת טובות הנאה כאלו ללא התאמתם לציבור כולו. מה גם שקופת המדינה תיפגע מההחלטות ובכל הציבור כולו.

חוק איסור הפלייה במוצרים ובכניסה למקומות ציבוריים (חוק הדיסקוטקים)

זכות כניסה למקומות ציבוריים מדברת על מקומות בידור, מסעדות וגורמים נוספים רבים. הקביעה העקרונית של החוק היא שעסק שפועלו מתן שירות ציבורי לא יכול להפלות אנשים בכניסה, אספקה ושימוש של מקומות ציבוריים.

בפס"ד פרוז'אנסקי דובר על הפלייה בכניסה למועדון מכוח גיל. ע"פ החוק, אין רואים הפלייה כאשר הדבר מהותי למוצר כמו לדוג' מועדון הנותן שירות רק לחולי נפש או בריכה ציבורית רק לנשים דתיות. החוק צמח על רקע פרקטיקות בעייתיות שהיו קיימות בישראל. מטרת החוק להתמודד עם מציאות קיימת. ישנו שיח ערכי אשר לא מאפשר פגיעה בכבודם של אוכלוסיות מסוימות.

בכל הסוגיות שנגענו בהם בזכות הכניסה לקרקעות בישראל, השיח הערכי תופס מקום מרכזי. עולות שאלות האם צריכה להיות הדרה או לא. ככל שמתרחקים לפריפריה שיקולים אלה מקבלים מקום מרכזי יותר כמו הטבות ואפשרות להדרה.

שיעור 13- הגנת הבעלות והחזקה

בעלות וחזקה

בחוק המקרקעין יש הסדר הנמצא בס' 15-20 לחוק. הסדר זה חל גם מיטלטלין מכוח חוק המיטלטלין. הסדר זה עוסק באמצעים שדיני הקניין נותנים לאדם להגן על זכות הבעלות ועל ההחזקה. הדין נותן הגנה על אינטרסים אלה. ס' 16 לחוק אומר כי אם אדם פלש לנכס- דרך המלך היא הגשת תביעה. עם זאת, בחוק יש הסדר בס' 18 המאפשר סעד עצמי על פיו בנסיבות מסוימות אדם יכול להגן בעצמו על נכסיו תוך שימוש בכוח סביר. ויסמן אומר כי במיטלטלין הסדר זה הגיוני אך במקרקעין אין טעם להסדר שכזה. החוק מכיר באינסטינקטים של אדם להגן על נכסיו ומאפשר את ההצדקה להגן עליהם. הסדר החוק נע בין קוטב אחד על פיו יש לפנות לבית משפט ולקוטב שני המאפשר שימוש בכוח סביר.

ההסדר בס' 15-20 סב סביב מחזיקים ובעלים. החזקה היא מושג מפתח חשוב בנושא. החזקה היא מציאות עובדתית של קשר לחפץ בעל רכיב פיזי ורכיב נפשי. הקשר הפיזי של החזקה מדבר על שליטה בנכס והיכולת להדיר אחרים (למשל החזקת מפתח לנכס). לפי הפסיקה מספיקה כוונה לשליטה בנכס כך לדוג' כשאדם נמצא בחו"ל ואין לו שליטה פיזית בנכס, הכוונה שלו והרצון שלו הוא לשליטה מלאה בו. הסדר שמחייב תפיסה של הנכס אינו ריאלי במציאות של היום בה אדם לרוב לא נמצא או משתמש בנכס ספציפי. הגדרת ההחזקה מנסה להגדיר מציאות שכיחה יותר המנסה לתת לכמה שיותר אנשים להגן על זכות הבעלות והחזקה, אפילו למחזיקים שלא כדין. כך ע"פ ס' 17 מדובר בכל מחזיק ולא מחזיק כדין. הבחירה הלשונית מעידה שגם מחזיק סתם (פולש) יכול לקבל הגנה על זכות החזקה בנכס. מה שמניע את המחוקק זה שמירה על הסדר הציבורי.

ויסמן מציב מספר רציונלים לעיקרון ההחזקה:

1. שמירה על סדר ציבורי- מי שנמצא במקרקעין שומר עליו ומפתח אליו קשר. אם לא נאפשר לאותו מחזיק לשמור על חזקתו באופן זמני נפגע בסדר הציבורי. אין זו שאלה אם אותו פרט מחזיק בנכס בזכות או שלא. זמן הבירור שיידרש לעניין יפגע בסדר הציבורי ועל כן יש לתת לאותו מחזיק את האפשרות להמשיך בכך עד להכרעה של בית המשפט. בדר"כ, השגות גבול נתפסות כמפריעות לסדר הציבורי ואלו אינם נושאים שהמשפט הציבורי (פלילי ונזיקי) אדיש אליהן. אי לכך ניתנו לזכויות אלה גם זכויות קנייניות.
2. יעילות בהגנה על נכסים- התפיסה המקובלת היא שסביר להניח שמי שמחזיק בנכס הוא בדרך כלל בעלי הנכס או אדם שיש לו זכויות בנכס. רוב האנשים שמחזיקים בנכסים הם בעלים או בעלי זכויות. הבעיה מתעוררת כאשר זוהי לא המציאות ולמחזיק אין זכות בנכס אותו הוא מחזיק. במיטלטלין קשה לעקוב אחר נכסים ועל כן האפשרות לעשות דין עצמי חזקה יותר. הדבר יעיל גם כשאדם לא מחזיק בנכס בזכות. יותר יעיל כלכלית למנוע מפולש ב' לפלוש לנכס שבהחזקת פולש א'.
3. עידוד שימוש בנכסים פנויים- קיימת מציאות של דירות רפאים. אי לכך במצב בו הדירה ריקה הארנונה תהיה גבוהה יותר ועם זאת ככל הנראה מדובר באוכלוסייה שתהיה אדישה למס זה. אחת הטענות היא שנאפשר אדם שהוא לא בעל זכויות להשתמש בנכס כדי לשמש תמריץ לבעל הנכס להשתמש בו.

ישנן 4 סוגי דמויות בהן החוק עוסק: מסיג גבול, בעלים, מחזיק ובעל זכות להחזיק. הבעלים יכול להיות גם המחזיק אך לפעמים המחזיק לא יהיה הבעלים- בדין או שלא.

ס' 16 לחוק המקרקעין עוסק בדרך המלך לפתרון בבעיה במקרקעין ומדבר על בעל המקרקעין ומי שזכאי להחזיק בנכס (כמו למשל שוכר) יכול לדרוש את החזרת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין. זוהי קביעה פטטורית- תביעה שתוגש לבית משפט. תקנות סדר הדין האזרחי מאפשרות לקבל את סעד זה יחסית מהר.

ס' 17 אומר שכל מי שמחזיק במקרקעין (כדין או לא כדין) זכאי להגיש תביעה למניעת הפרעה נגד כל מי שאין לו זכות החזקה במקרקעין. ס' זה נותן סעד גם למחזיקים שלא כדין נגד מחזיקים שלא כדין. הסיבה לקיום ס' זה היא קיום סדר ציבורי. זוהי גישה תועלתנית ומטרתה לא לתת לגיטימציה למחזיק שלא כדין. ס' 17 עוסק לכאורה בדבר אחר מס' 16 כיוון שהוא מדבר על הפרעה לשימוש. בפס"ד יוסף נ' עוקשי נחלקים הש' אנגלרד ופרוקצ'יה על הפרשנות של הס'. לדעת אנגלרד ס' 17 לא עוסק במצב של נישול או פלישה אלא הפרעה בלבד. אם המחוקק היה אומר שס' 17 היה עוסק בפלישה לא היה צריך את הס'. הש' פרוקצ'יה דוגלת בגישה שאומרת שס' 17 עוסק גם במצבים של נישול כיוון שגם פלישה היא סוג של הפרעה. לדעת ביטון הגישה של אנגלרד הגיונית יותר כיוון שלא הגיוני ליצור הסדר כפול ביחס לפלישות. גם לשונית נראה שהמחוקק בחר בניסוח שלא מדבר על פלישה של ממש.

ס' 18 מאפשר עשיית דין עצמי על בסיס מוגבל ומצומצם. המחוקק מתיר את הדין רק באופן מצומצם ובמגבלת הזמן הקבועה בס' 18ב. רציונל הס' הוא שיש לאדם אינסטינקט אנושי להגן על נכסיו מפני חטיפה או גזל. זוהי הצדקה אישיותית חזקה אשר ניתנת רק לבעל הנכס. במיטלטלין הצורך וההצדקה לשימוש בס' זה חזק יותר. הכללים בסעד העצמי מבוטאים ככללים קנייניים ולא כללי אחריות. קלברזי ומלמד ניסחו 3 סוגי כללים-

1. כלל קנייני- כלל זה אומר שבמצב בו יש שני אנשים ולאחד מהם יש נכס, אם בעל הנכס לא ירשה לאחר לקחת את הנכס זאת תהיה התוצאה. אדם לא יכול לקחת נכס של אחר בהיעדר הרשאה.
2. כלל אחריות- זהו כלל שכיח יותר במערכות קנייניות על פיו לקיחות אפשריות אך יש לכך עלויות מתומחרות. כל למשל מדיניות הפקעות על פיה המדינה יכולה להפקיע קרקע אך היא צריכה לפצות את בעל הקרקע.
3. כללי אי עבירות- יש נכסים שהמשפט קובע שהם לא עבירים ולא ניתן לסחור בהם.

ס' 18 מבטא כלל קנייני. אדם לא יכול לפלוש או לקחת נכס ללא הסכמה. אין תוקף למעשי הפולש. החוק עצמו לא מאפשר מתן פיצויים והסיפור נגמר בסעד העצמי. עם זאת החוק מפורש בצורה מאוד מצומצמת בגלל הסיכון לפגיעה בסדר הציבורי. ס'18א ו18ב עוסקים בסיטואציות שונות. 18ב עוסק בסיטואציה בה הייתה פלישה ונותן פרק זמן של 30 ימים מיום התפיסה (לא מיום התגלית). הדרישה לפרק הזמן של 30 יום התבקשה ע"י בעלי משקים חקלאיים שלא יכולים לשלוט בכל הקורה בשטחם כל הזמן ולכן ביקשו פרק זמן גדול לזיהוי הפלישה. במצבים אלה, הכוחות שניתנו מאוד מידתיים ומצומצמים ומאפשרים הפעלת כוח מינימאלי. מעבר לכך, תאגיד לא יכול להפעיל סעד זה שכן הרציונל הוא אינסטינקט ההגנה של אדם. כמו כן לא ניתן להשתמש באחרים לשם יצירת סעד עצמי אלא רק האדם עצמו, שהפלישה פגעה בו אישית, יכול להפעיל כוח.

בפס"ד המוטראן הקופטי נ' שר המשטרה היו מלחמות בין הקופטים לבני העדה האתיופית לגבי תפילה במקומות קדושים שבחזקת הקופטים. בגלל שלא נתנו גישה לעדה האתיופית המשטרה התערבה. פסק הדין אומר שמותר לעשות שימוש במשטרה לצורך עשיית דין עצמית, אבל המשטרה נכנסת לנעלי המחזיק - אם יש ספק לגבי היכולת לעשות דין עצמי המשטרה לא תפעל.

ס' 18א עוסק במצב בו הפלישה מתחילה. המחזיק במקרקעין רשאי להשתמש במידה סבירה של כוח. אין הגבלת זמן כיוון שמדובר בפלישה בהתהוות.

שיעור 14- הגנת הבעלות + דיני נטילה שלטונית

ס' 19 עוסק במצבים בהם אדם עושה דין עצמי שלא כדין. ע"פ הס' אדם שהוציא מידי אחר מקרקעין שלא כדין מחויב להחזירם. בנוסף, הס' אומר כי ישנה סמכות לבית המשפט לאחד את התביעות של הפולש יחד עם תביעת הפינוי נגדו. כך יכול להיות מצב שעל אף החובה להחזיר את המקרקעין יכול ביהמ"ש לאחד את התביעות ולאפשר את הדין העצמי. לדעת ויסמן ס' זה מקהה את העוקץ של הזכות שניתנה לפולש מפני קיום סעד עצמי שלא כדין. ס' 19 נותן עילה לפולש לעשות דין נגד כל מי שמבצע סעד עצמי שלא לפי ס' 18ב. לדעת ביטון יותר הגיוני שהס' יפורש בצורה מצמצמת והזכות תינתן רק למחזיק כדין כנגד פולש. עם זאת הס' מפורש בצורה מרחיבה וכל אדם יכול לדרוש שימוש בס'- גם אם הוא עצמו הפולש.

שאלה שמתעוררת לגבי ס' 18 היא מה קורה עם שוכר שמסרב להתפנות לאחר תום תקופת השכירות. ניתן לטעון כי לאחר תום תקופת השכירות השוכר שמסרב להתפנות נחשב כפולש. בפס"ד כספי נ' דוייטץ' הש' אנגלרד אומר שלא ניתן לעשות דין עצמי כנגד שוכר סרבן מתוקף שמירה על סדר ציבורי. בהקשר זה הפרקטיקה הנוהגת היא כן עשיית דין עצמי ע"י ניתוק מים, חשמל והחלפת מנעולים. מנגד אנגלרד טען שהחלפת מנעולים יכולה להוות עילה לעבירה פלילית.

לסיכום, בעלים יכול לתבוע את הנכס מתוקף ס' 16,17,18. המחזיק בפועל יכול לתבוע מתוקף ס' 16 רק אם הוא זכאי להחזיק. מכוח ס' 17 מספיקה החזקה וב18 יש צורך בהחזקה כדין. בעל זכות להחזיק שהוא לא המחזיק בפועל יכול לתבוע רק מתוקף ס' 16 שמדבר על בעלים ומי שזכאי להחזיק. ס' 17 רלוונטי למקרה של פולש נגד פולש. ס' 19 בפרשנותו הרחבה מתאים גם למקרים של פולש נגד פולש. פולש לעולם לא יוכל לתבוע בעלים, מחזיק בפועל או זכאי להחזיק.

|  |  |
| --- | --- |
| סעיף | מי זכאי לתבוע |
| 16 | * 1. בעלים
	2. מחזיק כדין אשר מחזיק בפועל
	3. מחזיק כדין שאינו מחזיק בפועל
 |
| 17 | * 1. בעלים
	2. מחזיק כדין
	3. מחזיק שלא כדין
 |
| 18 | * 1. בעלים
	2. מחזיק כדין
 |
| 19 | * 1. בעלים
	2. מחזיק כדין
	3. מחזיק שלא כדין
 |

חוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע) 1981

חוק זה עוסק באדמות מדינה שאין בה שליטה אפקטיבית. המדינה חולשת על 93% משטחי המדינה ואין לה יכולת פיקוח אמתית מפני פלישות. מטרת החוק היא לאפשר לפקחים לדווח על פלישות למקרקעי ציבור ולהוציא צו פינוי. החוק מאפשר גם לבצע את הצו וכל זה מבלי מעורבות של הרשות השופטת. ס' 4 לחוק אומר שאפשר להוציא צו תוך חצי שנה מהיום שהתברר שהתפיסה לא כדין ולא יאוחר מ36 חודשים מיום התפיסה. במקום 30 יום יש למדינה 3 שנים מיום התפיסה. החוק נותן הרחבת זמן פעולה גדולה, ולא דורש החזקה בנכס שכן המדינה לא מחזיקה ברוב הקרקעות שברשותה. בפס"ד מ"י נ' בן שמחון המדינה הוציאה צו סילוק באופן מידי. הש' פרוקצ'יה לא אוהבת את החוק וחושבת שהוצאת צווים צריכה להיות רק במקרים חריגים. יש לעשות שימוש בס' רק כאשר קיימת שורת תנאים: (1) תפיסת קרקע ציבורית, (2) מתן צו בזמן האמור בחוק, (3) חוות דעת של הממונה שהתפיסה הייתה שלא כדין (שיקול דעתו של הממונה מחייב רמת וודאות גבוהה בדבר עובדת הפלישה). אם הפולש מעלה טענות שמצדיקות בירור אי אפשר לתת צו סילוק. בכך היא מנסה לתת פרשנות מידתית לחוק ולסמכות שהוא מעניק לרשויות.

דיני נטילה שלטונית

סוג אחד של פעילות שלטונית היא הפקעה בה המדינה או הרשות לוקחת חתיכת מקרקעין של הפרט. רוב הזמן אין לפרט מה לעשות והרישום על הקרקע עובר למדינה. הפקעה צריכה להיעשות בפיצוי.

סוג שני של נטילה שלטונית היא גריעה תכנונית. במצב זה המדינה או הרשות לוקחת חלק מהזכויות על הקרקע ומטילים מגבלות על המקרקעין שבבעלות הפרט.

מסגרת הדיון בדיני נטילה שלטונית הם ס' 3 ו8 לחו"י כבוד האדם וחירותו. אלה הסעיפים המקנים הגנה לקניין ומאפשרים פגיעה בו תחת הגבלות פסקת ההגבלה. גם לפני חוק היסוד הייתה הגנה לקניין אך לא ברמה המפורשת של חוק יסוד. אם מאמצים עמדה של קניין כשרירות בעלים או עמדה ליברטיאנית בעת ניתוח ס' 3 ו8 אין ספק שנטילה שלטונית נתפסת כפגיעה בקניין. לא כל פגיעה בקניין אסורה. דרך ס' 8 יש לשאול האם יש עמידה בתנאי פסקת ההגבלה. גם אם יש איסור עקרוני לפגוע בקניין, האם יש דרך מוצדקת לפגוע בקניין? בסופו של דבר מדובר בהחלטה ערכית שמושפעת משיקולים רבים. מנגד, הנחת מוצא ליברלית ופלורליסטית שיוצאת מנוקדת הנחה שקניין אינו רק חירות בעלים אלא גם אישיות, קהילה, צדק חלוקתי ועוד. ההצדקה למוסד נטילה שלטונית משתנה על בסיס הערכים שהחברה מערבית.

דיני נטילת השלטונות מאפשרים פגיעה בקניין אך מטילים הגבלות רבות על כך. בסופו של יום דיני נטילה שלטונית והחלטות לגבי פגיעה בקניין הן שאלות ערכיות.

הפקעות במקרקעין וכשרות הפקעות

בחוק הישראלי יש שורה של הסדרים נורמטיביים המסדרים את הנושא.

1. חו"י כבוד האדם וחירותו.
2. פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור)- עוסקת במישור הלאומי כמו למשל פרויקטים בעלי מאפיינים ארציים כמו הקמת כביש 6.
3. חוק התכנון והבניה- הפקעות מכוח זה נעשות בדר"כ למטרות בעלות אופי מקומי יותר כמו סלילת כביש בתוך עיר.

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

מה ההצדקות להפקעות?

1. תיאורית שימור הכוח- ע"פ תיאוריה זו לפני שהיה קניין הקרקע הייתה שייכת לכולנו (למדינה). גם לאחר חלוקת הקרקעות לפרטים המדינה חייבת לשמור על כוחה הראשוני להחזיר את הקרקע אליה.
2. תיאוריית כוחות השיטור של המדינה- מדינה יכולה לבצע הפקעה כדי לבצע תפקידים אינהרנטיים למדינה כמו הבטחת ביטחון, התיישבות, קידום מיזמים ירוקים, שימור תרבות, היסטוריה ועוד. לדעת אלתרמן לא משנה כמה עבודה יש למדינה- היא לא צריכה כל כך הרבה קרקעות.
3. תיאוריית ההסכמה הראשונית של ג'ון לוק- ע"פ התיאוריה של ג'ון לוק, כשהתאגדנו כחברה כולנו הסכמנו כי למדינה יש יכולת להפקיע קניין פרטי. זוהי הנחה מובנית אשר ניתנה למדינה כדי להתפתח ולמלא צרכים חברתיים.

אלתרמן מעלה עוד מספר הצדקות במאמרה:

1. כשלי שוק- מצבים בהם צריך קרקעות פרטיות לשם צורך ציבורי. במצב זה היכולת לאחד את הקרקעות ללא הפקעה יהווה מועד לפורענות כמו ריבוי הבעלים, בעיית הסחטן ועלויות העסקה.
2. צדק חלוקתי- לפעמים הכוח הכופה של המדינה נדרש כדי לשלוט בהטיות חלוקתיות. כשהמדינה שולטת במקרקעין ויכולה להחליט איפה ואיך להפקיע ההנחה שהמדינה תעשה זאת יותר טוב מאנשים פרטיים. בנוסף היא תוכל לפזר את הנטל על האוכלוסייה בצורה יותר שווה.
3. ביסוס כוחות שלטוניים קלאסיים- מדינה צריכה להפקיע כדי לבסס את כוחה השלטוני כך למשל סיבות בטחונות כמו אזורים ממודרים, בסיסים צבאיים, תחנות משטרה וכדומה.

הגשמה של צורך ציבורי

ס'2 לחוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) אומר צורך ציבורי הוא כל צורך המופיע בס' 188 לחוק התכנון והבניה ובנוסף צורך ציבורי עליו יחליט שר האוצר. בפס"ד אמריקאי מ2005 בעניין קלו נ' העיר ניו לונדון הפקיעו שטח מגורים של אישה לצורך הקמת מפעל. העיריה ראתה פוטנציאל בהקמת המפעל והחליטה להפקיע את השטח של האישה. במקרה זה ביקשו להפקיע שטח של אדם פרטי אחד לשם העברת השטח לגוף פרטי אחר. המקרה הגיע לבית המשפט העליון האמריקאי בעקבות השאלה האם מדובר בצורך ציבורי. ביהמ"ש החליט כי זהו צורך ציבורי לגיטימי. מבחינה אופרטיבית, פיתוח כלכלי של עיר יכול להצדיק הפקעה לטובת אדם פרטי. עם זאת המסר הציבורי הוא שהמדינה עושקת את אדם הקטן לטובת החזק. אחרי פסק הדין מדינות רבות תיקנו את חוקי ההפקעה שלהם ודרשו מתן פיצוי של בין 125%-200% משווי השוק כדי ליצור תמריץ שלילי למפעלים.

שיעור 15

בפס"ד קרסיק נאמר כי בהמ"ש יכול לקבל החלטה מהו צורך ציבורי ויכול לבחון את הרשות ע"פ עקרונות המשפט המנהלי. כל זאת בכפוף לחוקי היסוד. למרות שצורך ציבורי נראה כמו מגבלה, בפועל מושג זה רחב מאוד. הפסיקה שעסקה בשאלה האם יש או אין צורך ציבורי כמעט ותמיד קיבלה את העובדה כי יש צורך ציבורי. השאלה העיקרית עלתה בנוגע למידתיות.

הפסיקה הישראלית מאוד ליברלית לגבי צורך ציבורי. ב1952 פס"ד דור עסק בהפקעת קרקעות לצורך יישוב עולים חדשים. בהמ"ש אומר שמותר בישראל להפקיע קרקע לטובת מגורים של אנשים פרטיים אחרים.

בג"ץ מהדרין ב1994 דיבר על הפקעות שנעשו לטובת בניית נתב"ג. חברת מהדרין אמרה שיכלה להקים בעצמה את הדיוטי פרי שבגינו עושים ההפקעה ולכן עולה שאלת הביצוע העצמי. בהמ"ש אומר שהוא כן מקבל את הגישה העקרונית שביצוע עצמי יכול להוות עילה לביטול ההפקעה אך כיוון שהבניה הייתה חלק מצורך לאומי חשוב אי אפשר לתת להם לבנות רק חלק מסוים מפרויקט ענק. ע"פ בג"ץ לפני ההפקעה יש לבחון את יכולת הביצוע העצמי כחלופה להפקעה. זה יהיה אמצעי שפגיעתו פחותה.

בשנת 2007 פס"ד חליל נ' מדינת ישראל- נצרת עלית מפקיעה קרקעות באמתלה של שטחים ירוקים. בהמ"ש העליון לא מתערב וקובע כי שטחים ירוקים הם מטרה ציבורית עליונה. קשה מאוד לשכנע את ביהמ"ש להתערב בעניין הצורך הציבורי.

גישתו של שמגר בבג"ץ לובינאניקר נ' שר האוצר היא כי אמת המידה של צורך ציבורי אינה אובייקטיבית אלא כל מה שיחליט שר האוצר.

לסיכום, דרישת הצורך הציבורי סטאטית ורחבה. אם שר האוצר קובע על צורך ציבורי משיקולים לגיטימיים בהמ"ש לא יתערב. עם זאת הפקעה צריכה להיות מידתית. לאורך השנים היה שינוי בדגש של הביקורת השיפוטית מבחינתה של ציבוריות המטרה למידתיות ההפקעה. עיקר המשקל של הביקורת השיפוטית אינה בצורך הציבורי אלא במידתיות ההפקעה. ישנו מהלך מתמשך לפיו בהמ"ש העליון פיתח את דרישת המידתיות. בהמ"ש העליון כן הגן על ערכים קנייניים כמו ערך החירות אשר מהדקים ומחמירים את מדיניות ההפקעות.

לאורך השנים פותחו מס' מבחנים אשר משמשים עילה לבטלות הפקעה (הרשימה לפי סדר הפיתוח ולא חשיבות)

1. ניסיון רכישה הסכמי- לפי הנחיותיו של שמגר בתפקידו כיועץ המשפטי לממשלה, על המדינה לנסות להגיע להסדר עם הנפקעים הפוטנציאליים לפני הפקעת הקרקע. המדינה לא תציע יותר משווי השוק.

1. ביצוע עצמי- שאלה זו מופיעה בהערת אגב של הש' אור בפס"ד מקור הנפקות וזכויות ובפס"ד מהדרין. מצב של אפשרות ביצוע מונע את כשורת ההפקעה. כך למשל אם הרשות רוצה להקים דיור מוגן בקרקע פרטית יש לאפשר לבעלים לעשות זאת בהתאם לדרישות המדינה. ביצוע עצמי לא יהיה אפשרי ב3 מצבים: (1) כשהיחיד לא מסוגל לבצע את הפרויקט בעצמו. זהו המצב עם רוב הפרויקטים האלה כיוון שלרוב היחידים אין את הידע והאמצעים לעשות זאת. (2) כאשר הדבר לא נתפס כראוי שיחיד יקים פרויקט מסוים כמו הקמת בית חולים ציבורי, מתקנים ביטחוניים או בתי סוהר. (3) מצבים בהם נסיבות העניין לא מאפשרות ביצוע עצמי כמו למשל פרט שיש לו רק חלק מהשטח הדרוש.

1. איחוד משאבים- במצב בו כל אחד מהפרטים לא יכול לבצע את הפרויקט אך אם מספר בעלים פרטיים יכולים לאחד משאבים ולהוציא את הפרויקט לפועל, ההפקעה תיכשל. כך למשל אם עריה רוצה להקים שכונת מגורים בקרקעות רבות, תינתן לבעלי הקרקעות הזדמנות לאחד את הקרקעות ולבצע את הפרויקט בעצמם.

1. שיהוי- הליכים ברשויות לוקחים זמן רב. אם המדינה משתהה בהקמת הצורך הציבורי לשמו הופקע הנכס, אפשר יהיה לבטל את ההפקעה שבוצעה.

1. תום/ שינוי המטרה- רפורמות שנעשו לפקודת הקרקעות ב2010 בס' 14 אשר צמחו בפסיקה וקיבלו הסדרה בחקיקה. הש' חשין בפס"ד קרסיק אומר שיש שני שיקולים בגינם ניתן לבטל הפקעה- שיקול כלכלי ושיקול שוויון.

שיקול כלכלי- האפשרות לבטל את ההפקעה בנסיבות תום או שינוי מטרה אינן יעילות מבחינה כלכלית ויש לתמרץ את הרשות לבחון את הצורך שלה בהפקעה.

שוויון מהותי- כאשר נגמר הצורך בקרקע מן הראוי להחזיר את הקרקע לבעלים. בעלי הקרקע הקריב משלו לחברה כאשר הקרבתו לא נצרכת יותר יש להחזיר את הקרקע.

1. זכות מזערית- מידתיות לגבי היקפה של ההפקעה. בתי משפט לא מהססים להיכנס לגופן של הוראות ההפקעה ולבדוק האם ההפקעה נדרשת או נחוצה. כך לדוג' בפס"ד אקונס הרשות הוציאה הודעת הפקעה למרחב התת קרקעי ונדרש מהמדינה להוציא הודעות הפקעה מתוקנות רק לפי מה שהיא צריכה. בפס"ד קרסיק אומר הש' חשין באמרת אגב כי יש ממד ציבורי חשוב בנושא- יש להפקיע רק מה שצריך.

1. מיקום- בהמ"ש לא מהסס להיכנס לזירת ההפקעה ולשאול האם המיקום המופקע הוא מיקום ראוי העונה בצורה מיטבית בנסיבות העניין. אין צורך במיקום אופטימלי אלא שימוש התאים למטרה. בפס"ד זמר בהמ"ש בודק את המיקום של הקיבוץ.

מסגרת הזכות לפיצוי בישראל מצויה בס' 12 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור). ס' 12א מהווה אמירה עקרונית של המחוקק שהפקעה איננה פקטור בפיצויים. ס' 12ב אומר כי הכלל בישראל הוא שפקודת הקרקעות מקדשת את הפיצוי לפי מחיר השוק של הנכס. לפני שמוציאים הודעת הפקעה המדינה מוצאת שומה לקרקע כדי להעריך את שוויה.

המחוקק בעצם אומר שאי אפשר לפצות על עצם לקיחת הקרקע בכפייה אלא רק על ערכה הכלכלי של הקרקע. בכך לא מכירים בשורת אינטרסים שעל פניו אמורים להיות ברי פיצוי. מעבר לפגיעה באוטונומיה, יכולה להיות פגיעה בערכים אישיותיים (כמו בתיאוריה של רדין). בארץ לא מקבלים גישות אלו אלא מכירים רק בערך הכלכלי של הקרקע (והמחוקק אף אומר זאת מפורשות).

מלומד חשוב בשם בריאן לי סבר שצריך לפצות על פגיעה באוטונומיה מעבר לשווי השוק. רדין הייתה אומרת שיש לפצות גם על ערכים נוספים - בנכסים אישיים יש פגיעה יתרה.

סמכות ההפחתה

אחד מפסקי הדין המרכזיים בקשר לסוגיית הפיצויים בישראל הוא הוועדה המקומית לתכנון ובנייה קריית אתא נ' הולצמן. פס"ד זה מציג את ההסדרים הסטטוריים בנוגע לפיצוי:

הכלל לגבי קביעת הפיצוי קבוע בס' 12- שווי שוק עובר להפקעה. לכלל זה יש חריג, סמכות להפחתת הפיצוי על פי ס' 20(א)+(ב).

הפחתה זו לא נתפסה יפה בעין הישראלית בעיקר על ידי הש' דורנר וברק. ב2010 הייתה רפורמה גדולה וביטלו את היכולת להפחית פיצויים, אולם הרפורמה לא חלה על חוק התכנון והבניה.

ישנו סייג הקבוע בס' 20ג כי כאשר שר האוצר מפחית את הפיצויים מתוקף ס' 20א ו20ב יש לו סמכות לפצות את הנפגע על הסבל שנגרם לו.

התפיסה בחוק לגבי הפקעה היא כללי האחריות ולא כלל קנייני. המדינה לוקחת את הקרקע ומפצה על כך. אפשר להפחית פיצויים אך השאלה היא עד כמה החריג של הפחתת סמכות ההפחתה לגיטימי. ס' ההפחתה של ס' 20א ו20ב אומר שניתן לקחת עד 25% מהקרקע ללא פיצוי כלל. ס' 20ב מדבר על תמורה מופחתת במצב בו לוקחים יותר מרבע מהקרקע, ניתן יהיה לפצות בסכום פיצוי שערך ההפחתה שלו לא יעלה על 25% משוויה של הקרקע.

חריג זה בוטל וכיום לא ניתן לבצע הפחתה של פיצוי למעט הפקעה הנעשית ע"י רשות מקומית משיקולי תקציב.

ההסדר בחוק התכנון והבניה מאפשר לרשות מקומית לבצע הפקעה של עד 40% ללא פיצויים לפי ס' 190א1. פעולות מתוקף חוק זה חשופות יותר לתגובות ציבוריות. דבר שיכול להוות מכשול בכל הנוגע להפקעות. ניתן להתנגד להפקעות ברמה מקומית, וועדה מחוזית, בהמ"ש לעניינים מנהליים ובימ"ש עליון. הליכים אלה כפופים ללחץ ציבורי רב.

שני הבדלים חשובים בין פקודת הקרקעות לחוק התכנון והבניה

1. תכלית ההפקעה- בחוק התכנון והבניה בס' 188 ניתנת הגדרה רחבה מאוד לצורך ציבור. בפקודת הקרקעות הגדרת הצורך הציבורי עברה שינוי והיום היא מאוד ליברלית וכוללת יותר מהגדרתה בס' 188 לחוק התכנון והבניה. ניתן לומר שתכליות ההפקעה השוו עם השנים.
2. רף פיצוי ההפקעה- בפקודת הקרקעות ניתן היה להפקיע עד 25% ללא פיצוי ובחוק התכנון והבניה ניתן להפקיע עד 40%. כיום לא ניתן להפחית פיצוי מתוקף פקודת הקרקעות וחוק התכנון והבניה נשאר כשהיה.

שתי הוספות של חוק התכנון והבניה על פקודת הקרקעות

1. סמכות הפחתה של עד 25% נותרה מכוח פקודת הקרקעות רק ביחס לרשויות מקומית. חוק התכנון והבניה מרחיב את החריג בשני מובנים- מאפשר הפחתה של עד 40% ומעבר לכך, כל אחד יכול לעשות שימוש ב40% והם לא כפופים לתיקון פקודת הקרקעות.
2. ס' 190א1 אומר כי הוא מאמץ את ס' 20 אך הסייפא אומרת כי לא יופקע חלק משטח (בין אם בתשלום ובין אם לא) אם הוא יגרום לירידת ערך לשאר השטח. על פניו נראה כי ההפקעה מאוד משמעותית שהופכת כמעט כל הפקעה לבלתי אפשרית. בפועל בתי המשפט מפרשים את ההגבלה ככזו שחלה רק אם אין אפשרות לנצל כלכלית את שארית הקרקע. בפס"ד לב הגליל נאמר כי ניתן לעשות שימוש בס' לא רק בשלב ההפקעה עצמה אלא גם בשלב קביעת פיצויי ההפקעה. 190א1 לכאורה יכול לבטל כל הפקעה אך זוהי לא פרשנות סבירה שכן תמיד היתרה תיפגע. הפרשנות הסבירה היא מצבי קיצון בהם הניצול הסביר של הנכס נפגע ולא ניתן לפצות על כך מבחינה כלכלית. פס"ד לב הגליל מאפשר שימוש בטענה זו לא לשם ביטול ההפקעה אלא לשם הגדלת הפיצויים.

מתי ראוי להפחית פיצוי? אחד הרציונלים שהומצאו בפסיקה היא שכאשר מפקיעים לאדם קרקע שווי הקרקע עולה ואי לכך ראוי לתת לאדם פיצוי מופחת. עם זאת הפרט ממנו הפקיעו את הקרקע לא נהנה מעליית השווי ורוב הזמן ההפקעה דווקא פוגעת בשווי הקרקע. בפס"ד פיצר ניתנה ההצדקה שהפרט מרוויח מעליית ערך הנכס שלו כאשר יש השבחה של האזור. פס"ד מחוזי מאוחר לפיצר (פס"ד הולצמן) נטען כי ההלכה בפס"ד פיצר לא נכונה.

הש' דורנר מציגה הצדקה של קניין כשרירות בעלים- לא ניתן להעלות על הדעת שאין פיצוי מלא על הפקעה. סמכויות ההפחתה קיימות במקרים נדירים אך כדאי מאוד שהדבר לא יעשה. סמכות הפחתה של 40% בלתי נסבלת ואין הצדקה לכך. כדי לעמוד בדרישות המידתיות יש לתת לנפגע פיצוי מלא בין אם בפיצוי כספי ובין אם בפיצוי מופחת בו ההפרש ניתן בשווה ערך לפיצוי המופחת כמו עליית ערך הקרקע שלא הופקעה.

הש' ברק אומר כי אין תחולה לסמכות ההפחתה בפס"ד הולצמן בו הופקעה כל הקרקע. לדעתו, אין תחולה לחריג ההפחתה בנסיבות של הפקעת כל הקרקע.

השאלה היא מה קורה במצב בו לא כל הקרקע הופקעה? בהקשר זה יש 3 פרשנויות אפשרויות לגישתו של הש' ברק:

1. פרשנות צרה- איסור ההפחתה רלוונטי רק במצבים בהם יש הפקעה של כל הקרקע.

יש ביקורת על גישה זו ממספר סיבות:

א. אם אין רציונל שמצדיק הפחתה, בית המשפט לא חייב לאפשר את ההפחתה.

ב. הדבר יכול ליצור מצב מלאכותי בו רשות תפקיע 90% מהחלקה ובכך יש לרשות סמכות הפחתה.

1. פרשנות מרחיבה- על פי פרשנות זו על כל הפקעה מגיע פיצוי מלא, לפי שווי השוק וללא סמכות הפחתה. אם המדינה תרצה להפחית תצטרך לתת לכך טעם ממשי. לא תמיד פשוט למצוא הצדקות להפחתות.

ביקורת על הפרשנות המרחיבה:

ממקום של שרירות בעלים אין הצדקה אמתית להפחתה. כל פגיעה בקניין מחייבת פיצוי מלא. ממקום ערכי וליבראלי יותר קל להצדיק סמכויות הפחתה. לעיתים על הפרט לתת משלו לטובת החברה.

1. פרשנות ביניים- חנוך דגן מציע פירוש על פיו יש לדייק בפרשנות וטוען כי יש להסתכל על שורה של שיקולים לפיהם תיקבע האם יש סמכות הפחתה. הוא עושה הבחנה בין שימושים או צרכים כללים (כמו כביש 6, נתב"ג, תחנות רכבת..) לבין שימושים או צרכים קהילתנים (מכולת, בית כנסת, מקווה..) והבחנה בין מקרקעין מכוננים שחשובים מאוד לבעל המקרקעין (קרקע שעברה במשך שנים, בית מגורים..) לעומת מקרקעין חליפיים (החזקות נדל"ן שעיקרן השקעה). דגן אומר כי כשמדובר בשיקול כללי של קרקע מכוננת סמכות הפחתת הפיצויים תהיה נמוכה מאוד כיוון שיש התנגשות בין שתי קצוות. הציפיה מבעל המקרקעין להקריב כלפי הכלל פחות גדולה. בקרקע חליפית בשימוש כללי סמכות ההפחתה בינונית כיוון שהקשר בין האדם לקרקע חלש. בשימוש קהילתני דגן מגדיל את סמכות ההפחתה כיוון שהאדם מהווה חלק מקבוצה. לאדם יש חובות כלפי הקהילה. בשימוש קהילתני במקרקעין חליפי יש הצדקה מלאה להפחתה.



סעדים בהפקעה

סעד ההפקעה הוא פיצוי שיהיה בשווי השוק של הנכס ע"פ ס' 12 לפקודת הקרקעות. בארה"ב הפחתות פיצוי לא מקובלות בעוד בגרמניה הפקעה עם הפחתות היא ברירת המחדל בגלל ערכים קהילתניים. סטנדרט הפיצוי נקבע לפי שווי שוק בעסקה רצונית ולא מתחשבים בכך שהמכירה נעשתה בכפייה.

יש גישות שאומרות שניתן לחשוב גם על סוגים אחרים של סעדים:

1. פרמיה קבועה- תוספת פיצוי קבועה לכל בעלי הקניין שחווים הפקעה. אחרי פס"ד קילו זה מה שקרה בארה"ב. מה שעומד מאחורי הפרמיה היא להרתיע יזמים מלבקש הפקעה. החיסרון לכך שפיצוי זה לא תמיד מתאים לפיצוי על מקרקעין מכוננים וגם מי שהמקרקעין לא מכוננים נהנה מכך.
2. פרמיה משתנה- כל מקרה יבחן לגופו והפיצוי יינתן לפי גובה הנזק. יש בכך בעיות עקב חוסר יכולת קביעה מדויקות וחוסר שוויון.
3. בנוסף לפיצוי בגובה השוק לתת לאנשים הטבות נוספות כמו סובסידיות, משכנתאות נוחות, הפחתות מס וכדומה. יכול להיות קשיים עם פיצוי זה שכן יש פחות פיקוח והפיצוי לא ניתן בהתאם להפקעה.
4. העתקה- העברת האדם למקום אחר.
5. קרקע חליפית- החלפת קרקע בקרקע.

שיעור 16

הזכרנו את עניין האישיות לגבי בתי מגורים שעליהם כדאי לתת פיצויים.

דבר נוסף שעלה בדיונים אקדמיים- בכתיבה של גילה פרוחומובסקי, יש לפצות גם על ערך של אבדן קהילה של אנשים. במצבים אלה נכון לתת פיצוי לאדם שמאבד מערך הקהילה שלו. אנשים מייחסים ערך לקהילה שלהם ויש הפסד עליו יש לפצות.

מדברים על 3 סוגי הפקעות המשפיעות על קהילה ומזכות פיצוי ברמה משתנה:

1. בודדים מתוך קהילה- אם נלקחו בתים ממספר אנשים בצורה שלא פגעה בקהילה- יפצו את האנשים בפרמיה קטנה.
2. מצב ביניים אשר מעמיד את קיום הקהילה בסכנה- כמו לדג' הפקעת חצי יישוב.
3. ניקוי- במצב של הפקעת קהילה שלמה יש לתת פיצוי בעין ע"י העתקת היישוב למקום אחר. מבחינה מעשית הדבר לא נעשה בשום הקשר.

בחוק יישום תכנית ההתנתקות המחוקק מכיר בכך שההפקעות לא צריכות להתבצע בצורה זהה כלפי כולם. ההפקעה בחוק הייתה דרך חוק אד-הוק ולא הפקעה מכוח פקודת הקרקעות. החוק ליישום תכנית ההתנתקות מכיל מאפיינים שאין בפקודת הקרקעות או בחוק התכנון והבניה. ההנחה הייתה שבמצב זה פיצוי רגיל לא יביא לתוצאה צודקת ורצויה. גודל הפיצוי שניתן היה 100% משווי הנכס ובנוסף החוק נתן 2 סוגי פיצויים:

1. פרמיה בגין וותק- באה לפצות על הפגיעה באישיות של כל אנשי הבית. ככל שאדם חי בישוב יותר כך קיבל פיצוי גבוה יותר. הפיצוי ניתן גם לילדים ולא רק לבית אב.
2. העתקה קהילתית- קבוצה של 20 איש מיישוב כלשהו בשטח שפונה יכלו לדרוש העתקה קהילתית. החוק נוסח בצורה עמומה כדי להותיר שיקול דעת לאחראי על הפינוי.

כששוקלים אם לתת פיצוי של העתקה קהילתית צריך לחשוב על מספר גורמים:

(1) האם יש לקהילות תפיסות טוב משותפות, (2) מה תפקיד הקהילה באשר למימוש תפיסת הטוב (יישוב חקלאי/טבעוני), (3) כיצד ההפקעה משפיעה על הקהילה כולה? צריך לבדוק עד כמה האנשים שגרו ביישובים הללו היו כאלה שהתיישבו במקום מסוים בגלל תפיסת טוב משותפת או בגלל סיבות אחרות: כלכליות, נוחות. ההבחנות של פרחומובסקי וסיגלמן עושים. (4) מה החוסן הפוליטי/כלכלי של הקהילה – אם מדובר ביישוב חזק מבחינה כלכלית, המקום של המדינה יכול להיות יותר מינימלי כי יש ליישוב אמצעים לעשות זאת. המדינה הפלורליסטית צריכה לאפשר לאנשים לחיות יחד ביישוב, ולא צריך למנוע מהם לנהל חיים קהילתיים. השאלה אם המדינה צריכה להקצות להם קרקע לכך.

תיקון פקודת הקרקעות

ב2010 תוקנה פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור). המחוקק נענה לפסיקת העליון בהלכת קרסיק ושינה את הפקודה במישורים רבים. עם זאת לא הייתה סימטריה לתיקון בחוק התכנון והבניה. בפס"ד קרסיק אמרו השופטים כי על המדינה להסדיר את עניין ההפקעות בצורה מסודרת. השאלה היא האם כשהמטרה הציבורית פוקעת הקרקע צריכה לחזור לבעליה. המחוקק בחר לעשות זאת ע"י תיקון הפקודה.

השינויים שהתיקון יצר משפרים את מצבו של בעל הקרקע (הנפקע) ומטיבים עם המדינה (המפקיע).

שיפור תנאי בעל הקרקע:

1. בתיקון נקבעה רשימת קרקעות מוגדרות להפקעה והגדרה ברורה לגבי אופן מימשה של ההפקעה. החוק יצר חובת התייעצות של שר האוצר עם וועדה מייעצת ביחס לכל הפקעה. הדבר בא למנוע הפקעה שרירותית ע"י שר האוצר ולאפשר ביקורת שיפוטית על החלטותיו. ציון המטרה הציבורית מאפשר לאדם שהקרקע שלו הופקעה לעקוב אחריה ולהשיבה במידה והמטרה לא מתממשת.
2. זכות שימוע בפני שר האוצר או מישהו מטעמו לפני שהקרקע נתפסת ע"י המדינה למעט במצבים של דחיפות של הצורך בקרקע.
3. הגדירו בחוק מועדים לפרסום הודעות הפקעה. החוק מגדיר לוחות זמנים בס' 5, 7. על שר האוצר להודיע ברשומות שקרקע כלשהי מיועדת להפקעה ונרשמת על הקרקע הערת חזקה. ס' 7 אומר שעד 4 שנים, שר האוצר רשאי להורות לבעל הקרקע למסור את ההחזקה בקרקע תוך חודשיים מועד הפרסום הודעת השר. המחוקק יצר מסגרת זמנים למימוש ההפקעה- 8 שנים ממועד הפרסום ע"פ ס' 7 ובהחלטה מנומקת של שר האוצר המועד יכול להיות מוארך ל15 שנה. יש פה אלמנט של מידתיות אך עם זאת גם 15 שנים זה זמן רב כך ששאלת הסבירות של לוח הזמנים מוטלת בספק.
4. בחוק נקבעה אפשרות חובת השבת הקרקע לנפקע במצב בו תם הצורך הציבורי או שעברו מועדי לוח הזמנים.
5. שר האוצר לא רשאי להפחית פיצויים.

שיפור תנאי המדינה:

1. ס' 22 לפקודה אפשר לכל אדם לפנות לשר האוצר ולבקש ממנו להפקיע קרקע אם הדבר מיועד לצורך ציבורי. לאחר התיקון כוח זה נלקח מהפרט ורק שר האוצר או מי מטעמו (גם רשות מקומית) יכולים לדרוש הפקעה.
2. הייתה הרחבה של מטרות ציבוריות בגינן ניתן להפקיע כמו לדוג' פיתוח יישוב.
3. במצב של סכסוך על גובה שווי השוק, הדבר לא יהווה עילה למניעת תפיסת החזקה בקרקע.
4. ניתנה אפשרות לרשות להחליף את המטרה הציבורית במטרה ציבורית אחרת (ס' 14(א) ו15 לחוק).
5. כאשר הקרקע נתפסת ע"י הרשות, והמדינה לא עומדת בלוח הזמנים, בעל הקרקע או יורשיו יכולים לרכוש את הקרקע בשווי השוק החדש שלה שיכול להיות גבוה יותר.
6. בחוק יש הגבלת זמן של 25 שנה ליכולת להשיב את הקרקע. הספירה נעשית מיום הודעה על הפקעת הקרקע.

פיצויים בגין גריעות תכנוניות

גריעה תכנונית הינה מצב בו המדינה לא מפקיעה את כל הקרקע אלא רק חלק מהזכויות בה. יכולת הניצול של הנכס משתנה. המשמעות האופרטיבית של הגריעה משפיעה על שוויו של הנכס וקמה זכאות לפיצוי.

ס' 197 לחוק התכנון והבניה קובע שיש זכאות עקרונית לפיצוי בגין פגיעה בזכויות בקרקע. הקרקע צריכה להיפגע ישירות מההפקעה או לגבול לקרקע שההפקעה שלה גורמת לגריעה. הפיצוי יינתן לפי שווי השוק של התכונות שנפגעו.

ס' 200 מהווה חריג לכלל על פיו במקרים המצויים בחוק לא יינתן פיצוי.

תמ"א 10 עוסקת בהקמת קווי חשמל ונותנת סמכות להפקעת קרקעות לצורך הקמתם. קרקע שמצויה בסמיכות לקרקעות שהופקעה לצורך הקמת קווי חשמל מוגבלת במידה רבה כמו לדוג' איסור בניה לגובה, אחסון חומרים, הגבלה על שימושים חקלאיים ועוד.

לפי ס' 197 תביעה נגד גריעה תכנונית אפשר להגיש תוך 3 שנים.

ס' 200 יוצר פטור מתשלום פיצויים תחת עמידה ב3 תנאים מצטברים:

א. עמידה ברשימה הקבועה (11 אופציות).

ב. סבירות- הפגיעה לא עוברת את תחום הסביר.

ג. לא צודק לשלם לנפגע פיצויים.

פס"ד פרי הארץ הוא פס"ד חשוב בנושא. הפס"ד אומר כי ס' 197 הוא נקודת המוצא ויש חובה לפצות על גריעה תכנונית. הש' מלץ תוקף את הפרקטיקה שרשויות גורעות שימושים מבלי לשלם כסף. הש' מדבר על שיקולים של צדק חלוקתי ויעילות כלכלית. מלץ טוען שאם אנו רוצים שרשות מקומית תפעל באופן יעיל היא צריכה להפנים את ההשלכות של הפעולות שלה דרך הכיס. החלטות תכנוניות צריכות לקחת בחשבון את שאלת הפגיעה בפרט. גריעות תכנוניות הן מחירים אותם משלם הפרט לטובת החברה. מחיר זה צריך להתפרש על כל החברה. גריעות תכנוניות נופלות בדרך כלל על אנשים פחות חזקים בחברה מבחינה כלכלית ופוליטית. זהו מצב לא נכון מבחינה חלוקתית ולא ייתכן שאדם כזה ייסחב על גבו את הנטל החברתי. מלץ נותן מבחן לקביעת רמת הסבירות- רמת הסבירות תיגזר מרמת ירידת הערך של המקרקעין. אם שיעור ירידת הערך סביר הפגיעה תותר.

מלץ מדבר על חובות הרשות ומתעלם מהזווית של בעלי המקרקעין. לדעת ביטון ניתוח יותר מדוקדק היה צריך להתמקד גם בהם. הדיון שלו חסר מבחינה תמריצית ומבחינת ניתוח כלכלי. אם הבעלים היה יודע שהוא יכול לקבל שווי נמוך יותר אם לא היה משקיע בקרקע או שאם יעשה השבחות יקבל את הערך הנוסף, היה יוצר תמריץ לאנשים לעשות השקעת יתר. שווי השוק מבחינת תמריצים הוא דרך טובה כי הוא מהווה תמריץ לבעל הקרקע להתנהג בצורה אופטימלית- לא להרוס ולא לגרום להשקעת יתר.

בהלכות הורוביץ הייתה פגיעה ב11% מהשטח של הורוביץ. נעשה דיון האם זוהי פגיעה המזכה בפיצויים. הש' טירקיל אומר כי הגישה לתנאי הסבירות היא האם מדובר בזוטי דברים שזה טווח של 2%-3%. רק על פגיעת זוטי דברים אין צורך לפצות. הש' ברק אומר כי טירקיל טועה ולא ניתן להשלים עם תפיסה כזו מבחינה קניינית. בדיקה השוואתית מראה שאין פגיעות זוטי דברים ויש לשלם פיצוי בכל מקרה בגלל תנאי הצדק. בנסיבות אלה פעלה העיריה באופן לא צודק ובצורה פוגענית.

בדיון הנוסף הש' אור הולך בכיוון של הש' ברק וחשין בכיוון של טירקיל. הש' אור אומר שהזכות הקניינית נותנת משקל גם לערכים אחרים וגם לעובדה שהפרט הוא חלק מחברה.

הש' מציע מבחן המתמקד ב3 דרכים:

1. שיקול ירידת הערך.
2. מבחן פיזור הנזק- כאשר יש פיזור נזק על קבוצה גדולה של אנשים הדבר מעיד על סבירותה. אם הפגיעה ממוקדת באדם אחד הפגיעה ככל הנראה פחות סבירה.
3. עצמת האינטרס הציבורי- אם המדינה מחליטה לגרוע זכויות מקרקע לטובת פרויקט חשוב- צריך להכיר ביכולת פיצוי גבוה יותר לעומת מצבים בהם האינטרס בגינו מפקיעים חלש יותר. ככל שהאינטרס החברתי גדול יותר כך חובת הפיצוי קטנה יותר והפגיעה תחשב כסבירה יותר.

שיעור 17- דיני נטילה+ דרכי רכישת בעלות

האם עצמת האינטרס הציבורי כשיקול היא מסוג הדברים שצריך להכניס למבחני הסבירות או לשיקולים אחרים המופיעים בס' 200 כמו שיקול הצדק.

דגן מנסה לתת מסגרת יותר מדויקת לשיקולי ההפקעות ע"י הגדרת קניין פרטי או קהילתני.

חשין דבק בגישה של שרירות בעלים ואומר שירידת הערך היא הנקודה המרכזית. הוא דוחה את הגישה של השופט אור. פיזור הנזק ועצמת הצורך הציבורי חשובים אבל הדבר צריך לבוא לידי ביטוי באופי מצומצם יותר. שימת דגש על חובות הפרט לקהילה יוצר אלטרואיזם כפוי שאיננו ראוי. אלה שיקולים משניים לשיקול ירידת הערך.

הגישה המקובלת מבחינת הסבירות היא גישתו של הש' אור ומבחניו המבוססים על דבריו של הש' ברק.

מה הם אותם מקרקעין גובלים עליהם חל ס' 197?

בפס"ד ויטנר נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה שרונים, בהמ"ש ניסה לתת הגדרה למה הם מקרקעין שגובלים. נאמר כי ככלל מקרקעין יחשבו כגובלים לתכונית כאשר הם משיקים פיזית לקו הכחול (גבולות התוכנית) כפי שסומנה על גבי תשריט התכנית. כאשר ההשקה בין התכנית למקרקעין אחרים מופרעת ע"י שטח פתוח צר או ע"י כביש שכונתי צר הדבר לא ישלול את מעמדם של המקרקעין כמקרקעין גובלים בתכנית. אם כך הזכאות לפיצוי היא למי שבגבולות הקו הכחול, מי שצמוד אליו פיזית או מי שהפרדה בינו לבין הקו הכחול קטנה.

הרשויות במצבים כאלו מנסות לצמצם את הנזקים ע"י שיפור תנאי הסובבים את הקו הכחול כמו התקנת חלונות אטומי רעש, מיזוג וכדומה.

בפס"ד בראלי ניתן הרקע למדוע ס' 197 נתן פיצויים למי שגובל ונאמר כי הניסוח לגובלים עם הקו היה פשרה שתיצור קו גבול. כך יינתן פיצוי למי שלא חלק מהגריעה התכנונית והמדינה לא תהיה חשופה לתביעות רבות מידי.

נטילות שלטוניות אחרות

בפס"ד בנק המזרחי נטען כי קניין הוא כל דבר בעל ערך כלכלי. רוב הדיונים בנושא הפגיעה בקניין נעשים סביב ס' 8 לחוק היסוד. ברק טען כי גם הקניין החדש צריך להיחשב כקניין ע"פ ס' 8 לחוק. ערכי העליון הם ערכים של אוטונומיה ולא ערכי חירות וצדק חלוקתי. הגדרה כה רחבה נותנים הגנה חזקה מאוד כיוון שכל אינטרס בעל ערך כלכלי ראוי להגנה.

בבג"ץ מנחם דובר על החזקת זכות רישיון במוניות. בפס"ד מנחם הפחיתה המדינה את עלות ההחזקה כדי להסיר חסמים ולפתוח את השוק. זהו מצב של דה-רגולציה שמטרתה לפתוח את השוק לתחרות. נטען כי בעלי המוניות נפגעים עקב פתיחת התחרות והקניין שלהם נפגע. הש' בייניש אומרת כי זוהי תכלית ראויה. אין זכות מוקנית להיות מונופוליסט. אין פגיעה בקניין במצב של דה רגולציה למונופולים שברשות המחוקק לעשותו.

בפס"ד דוידיאן עתרו בנוגע לחקיקה הרשית והמשנית ששינתה את המיסוי על חברה שמצאה גז. בפס"ד נטען כי המדינה חותמת על הסכם עם יזם פרטי ופוגעת בציפיות שלו זוהי פגיעה בקניין שלו. דרך הניתוח בפס"ד דומה לניתוח של הש' דורנר. משאבי הטבע שייכים לכולם והשינוי יכול להיות מוצדק. שינוי מדיניות בין אם מדובר ברגולציה או לא יכול להיות תקין אם נעשה לתכלית ראויה. נכון שלמונופול יש זכויות אך יש ערכים חשובים בשיח הקנייני שלשמם ראוי לשלם יותר ולשנות רגולציות.

דרכי רכישת בעלות

תחרויות- מבוא

הדרך הקלאסית לרכוש בעלות היא עסקה חוזית. עם זאת ישנם דרכים אחרות כמו ירושה (בצוואה או הורשה ע"פ דין) ותחרות. זהו מצב בו נעשתה עסקה עם יותר מאדם אחד.

מושגים וסדר הדברים:

1. הערות אזהרה- זהו שלב ביניים בין העסקה החוזית לתפיסת הבעלות. בפועל יש פערי זמן גדולים בין השלבים. הסיבה לכך היא מניעת המדינה מלעשות את ההעברה ללא תשלום מיסים, הנכס לא בנוי לחלוטין, בעיות בקבלת משכנתא וכדומה. כדי לפצות על פער הזמן ולרכוש שקט נפשי יצר המחוקק משטר של רישום עסקאות שנקרא הערות אזהרה. זהו מרשם לגבי עסקאות חוזיות שנעשו במקרקעין לתקופת הביניים בין השלב החוזי לקנייני. הדבר נותן פומביות לעסקה. ההערה נותנת לרוכש הגנה ומבטחת את העסקה. במינימום ההערה נותנת ביטוח ובמקסימום כוח גם לסיים את העסקה. כשהערה נרשמת רשם המקרקעין לא יכול לעשות שום רישום לגבי עסקאות מאוחרות ובעצם מבוצע קיפאון רישומי. זוהי זכות מעין קנייניות.
2. עסקאות נוגדות- מצב בו אדם מתחייב להקנות נכס ליותר מאדם אחד ולא ניתן לקיים עסקה אחת מבלי להפר את השנייה. המצב הקלאסי הוא שא' מבצע עסקה עם ב' ולפני שהעסקה נגמרה בצורה קניינית התחייב כלפי ג'. המסגרת בעניין היא ס' 9 לחוק המקרקעין בנוגע למקרקעין וס' 12 לחוק המיטלטלין בנוגע למיטלטלין וזכויות מסוגים אחרים (כמו לדוג' פטנטים וקניית דירה על הנייר).
3. תקנות שוק- מצב בו אדם מנסה למכור יותר ממה שיש לו. הכלל הרגיל בדיני קניין בנושא אומר שאין תוקף לעסקאות כאלה. תקנת השוק היא חריג לכלל שאומר שבנסיבות מסוימות ובהתמלא תנאים נוקשים מסוימים, אדם כן יכול להעביר יותר ממה שיש לו. כללים אלה הם תקנת השוק של חוק המקרקעין בס' 10 לחוק ותקנת שוק במיטלטלין שקבועה בס' 34 לחוק המכר. בגלל ערכים חברתיים חשובים שביסוד התקנות יכול להיות מצב שיופקע קניין פרטי ע"י אדם פרטי אחר. במקרקעין מטרת החוק היא ביצור מעמדו של המרשם גם בהתקיים טעות. במיטלטלין קיים עיקרון של קידום עסקאות מהירות בשוק הפתוח מבטוח ויוכל להוציא נכס מבעליו האמתי.
4. קניין שביושר- זוהי התמודדות בין בעל עסקה חוזית מוקדמת לבין נושים מאוחרים. א' עושה עסקה חוזית עם ב'. לפני שזכויות הקניין עברו לב' הגיע ג'- נושה של א' ומטיל עיקול על הנכס. בהלכת אוצר החייל נ' אהרונוב נקבע שככלל בעל הזכות החוזית המוקדמת בזמן גובר על מעקל מאוחר. זה היה שינוי גדול שקרה בסוף שנות ה90 עד אז הייתה הלכת בוקר שקבעה כלל הפוך. הדין הישראלי ידע 3 תקופות בנוגע לנושא- עד אימוץ חוק המקרקעין הכלל היה זכות חוזית גוברת על מעקל מאוחר דרך דוקטרינת הקניין שביושר שקבע בהמ"ש האנגלי. חוק המקרקעין אמר שאין זכויות אלא על פי חוק (ס' 161) וביטל את דוקטרינת הקניין שביושר. לאחר מכן הגיע הלכת בוקר שהעדיפה את הנושה על פני בעל הזכות החוזית. עם זאת החקיקה יצרה גם הערות אזהרה כדי לפצות על כך. לאחר מכן הגיע הלכת אהרונוב בה הש' ברק מעדיף את בעל הזכות החוזית ויוצר זכות קניין שביושר "כחול לבן". ברק לומד מס' 9 כי האדם הראשון בזמן שעשה עסקה חוזית מוקדמת גובר על הנושה (מדובר בנושה- לא להתבלבל עם עסקאות נוגדות).
5. עסקאות קומבינציה + רכישת דירה מקבלן- הדין הישראלי יוצר הוראות קוגנטיות לגבי רכישת דירות מיד ראשונה. יש חובה לתת בטוחה לאנשים שרכשו דירה כדי לבטח את הכסף ששולם. החוק יוצר 5 סוגים של בטוחות שהקבלן חייב לתת כדי לבטח את כל סכום הכסף.

עסקאות קומבינציה הינו סוג עסקאות בה נמכרים שירותי בניה בתמורה לנכסי מקרקעין שנבנים. לאדם יש חלקת אדמה ויש לו זכות בניית בניין בין 3 קומות. האדם עושה עסקה עם הקבלן לפיה ייבנה את הבניין מכספו ויקבל בתמורה מספר דירות.

שיעור 18

זכויות במקרקעין משתכללות בדרכים שונות בהתאם לנאמר בחקיקה ובפסיקה. יש חשיבות גדולה לאיך משתכללות זכויות. ברגע שזכות נהיית קניינית הזכות תקפה כלפי כל העולם והדבר משפיע על הניתוח של כל דיני התחרויות. נהוג להבחין בין שני שלבים- השלב החוזי והשלב הקנייני.

שלב המעבר בין השלב החוזי לקנייני רווי סיכונים. ישנם 3 סיבות עיקריות בגינן יש עיקוב זמנים בין השלב הקנייני לשלב החוזי:

1. שכלול הקניין בדרך כלל יבוא אחרי שהחייב עמד בכל החיובים שלו.
2. כל עסקה חייבת באישורי מס. ישנם שני סוגי מיסים המטילים על עסקאות במקרקעין- מס רכישה לרוכש ומס שבח למוכר. רשויות המס צריכות לקבל החלטה האם לתת פטור, לשלם מס מלא או מופחת. מעבר לאישורי מיסוי יש להביא גם אישורים מעיריות שקשורים בחובות שקשורים לנכס.
3. צריך להראות שהנכס נקי מחובות בגין מים, ארנונה, היטלי השבחה וכדומה. עיקוב נוסף יכול לנבוע משאלות מימון והסרת משכנתאות.

החוק לא משאיר את הקונה חשוף ומאפשר ליצור הערות אזהרה בשלב הביניים מכוח ס' 126 לחוק המקרקעין. במקרקעין רישומים ניתן לרשום במרשם המקרקעין תיעוד שנעשתה עסקה. ע"פ ס' 127 לחוק הערת אזהרה נותנת הגנות רבות ומעמדה מעין קנייני. כשההערה נרשמת יש קיפאון רישומי והדבר יוצר חסם רישומי האוסר רישום של עסקאות מאוחרות ומגן מנושים מאוחרים. הרושם מוגן לפחות כגובה הסכום ששילם אך לא ב100%. עסקה זו מעין קניינית כיוון שהעסקה עדיין לא הסתיימה ויכול להיות סיכוי שגם לא תסתיים.

כדי לרשום את הנכס יש צורך ב4 סוגי מסמכים:

1. שטרות מכר ב5 עותקים חתומים ע"י הצדדים ועורכי דינם.
2. חוזה מכר בכתב. על החוזה להיות מפורט וכולל את כל פרטי העסקה בין הצדדים.
3. אישורי עריה שאין חובות על הנכס.
4. אישורי מיסוי.

כדי לרשום את הנכס עורכי הדין צריכים להגיע למרשם המקרקעין עם ייפוי כוח מהצדדים. כדי לעשות העברת בעלות או חכירה לדורות מאדם אחד לאחר היה צריך גם אישורים מרשות מקרקעי ישראל. כל עוד הרפורמה המעבירה את הנכס לבעלות החוכר לא חלה על הנכס הספציפי עדיין יש צורך באישור זה.

אם הקרקע לא רשומה במרשם המקרקעין חלים כללים אחרים על העסקאות. זוהי לא עסקה במקרקעין שחל עליה חוק המקרקעין ורואים את העסקה כעסקה בזכויות. אי לכך מהו השלב הקנייני? ברירת המחדל אומרת שהזכות החוזית עוברת בעת החתימה עם זאת כיוון שמדובר בעסקת מקרקעין עיצוב העסקה שונה ובדר"כ הצדדים מסכימים שהזכויות עוברות עם סיום התשלומים. יש לציין שס' 8 לחוק לא חל על עסקאות אלה והן יכולות להיעשות גם בע"פ. ס' 33 לחוק המכר אומר כי הבעלות עוברת בזמן שהנכס נמסר. אם הנכס לא מוחשי ההנחה היא שמועד המסירה הוא מועד חתימת החוזה. כללים אלו חלים גם על סחר בזכויות כדוגמת קניית דירה מקבלן.

בשלבי רכישת זכות קניינית במקרקעין שלב המעבר נגזר מס' 33 לחוק המכר ומציין מעבר בין השלב החוזי לקנייני. שלב המעבר הוא שאלה טכנית ותלויה בהסכמת הצדדים.

תחרויות

נושא התחרויות עבר שינוי משמעותי בדין הישראלי בגלל שינוי תפיסה בנושא. דיני התחרויות מייצגים באופן עקרוני את הבעיה של איך להקצות זכות במצב שיש יותר מדורש אחד לזכות. במצב קלאסי של תחרות- עסקה נוגדת, אפשר לאמץ הרבה מאוד כללים- למכור ולחלק את הרווח בין כל הדורשים, לתת את הנכס לראשון בזמן, לתת את הנכס לאחרון בזמן וכדומה. בסופו של דבר מדובר בהחלטה ערכית ואיזונים בין עקרונות.

בתחילת הדרך ההתמודדות עם שאלה זו הייתה שונה מהמצב היום. בעבר היו נותנים משקל רב לאשם של האדם שיצר את הבעיה. בשלב מסוים פרופ' מני מאוטנר כתב מאמר על פיו על תאונות מתחרויות יש להסתכל כתאונה נזיקית. מדובר בתחרות בין שני צדדים תמימים והבעלים שרימה לא משנה.

לאורך השנים נלקחו מספר שיקולים:

1. תו"ל- אובייקטיבי המסתכל על מה היה תו"ל של אדם סביר בנסיבות וסובייקטיבי המסתכל על הצד עצמו- מה עשה ביחס לתאונה שהתרחשה האם בדק את מצב הזכויות, מרשם, ראה את הדירה עצמה וכדומה.
2. תמורה- האם הצדדים שנקלעו לתאונה שילמו תמורה כלשהי. כמו כן נשאל האם התמורה היא ריאלית ומשקפת את השווי האמתי של הנכס. כך לדוג' בפס"ד כנען נטען שהתמורה לא משקפת את הערך הריאלי. כדי לקבל את הנכס יש לספוג את התשלום עליו.

יעילות מלכתחילה- מאוטנר רוצה לאמץ כללים שיעזרו למנוע את הנזק מראש כמו:

1. מונע הנזק הזול- אם אדם יכל למנוע את הנזק בעלות זניחה ולא עשה את זה- הוא יישא בתוצאות התאונה. הדבר ייתן לאנשים תמריץ לנהוג בצורה יעילה. דוגמה לכך היא רישום הערות אזהרה. בעלות זניחה ניתן היה למנוע את כל התאונה מראש.

שיעור 19- הערות אזהרה

כללי דיני התחרות מעוצבים תחת שיקולים רבים.

1. מאוטנר אומר במאמרו כי עלינו לייצר כללים אשר ימנעו מצבים של תאונות. בכדי לעשות זאת יש לעשות כלל משפטי אשר מחייב את הצדדים לבצע רישום אזהרה. השיקולים של מניעת תאונות מראש מרכזיים אצל מאוטנר ויש על כך ביקורת רבה כיוון שאחרי קרות התאונה אנו נשארים עם מצב בו תוצאות התאונה קיימות. מטרת גישה זו היא למנוע את הנזק לפני מעשה ומאמץ עקרונות של צדק מתגמל- מי שמתנהג כמו שצריך יתוגמל.
2. לדעת דגן יש ליצור גם דינים למצב בו הייתה תאונה ותינתן דרך לפתור אותה לאחר מעשה. לכן, עיקרון נוסף בדיני תחרות יאמר כי יש לדאוג למזעור עלויות התאונה מלאחר שהתרחשה. לאחר התאונה נעשה מאזן מצוקה בין הצדדים ונבדוק את עלויות התאונה לכל אחד מהצדדים. כך נוכל לשים תג מחיר על התאונה ונחפש את הצד שנזקו הכי גדול. בהלכת כנען למשל, מעדיפים לחיות עם נזקה של גב' כנען שעמד על מאות שקלים לעומת זה של ארה"ב שעמד על מעל מאה אלף דולר. הלכה זו מאמצת גישה של צדק חלוקתי.
3. הצורך בהתנהלות מערכתית- עלינו לאמץ כללים שיקטינו עד כמה שאפשר את הצורך בהתדיינויות משפטיות כתוצאה מהתאונה כיוון שהדבר יצמצם את עליות התאונה עצמה. גישה זו מאמצת גישה של צדק חלוקתי.

יכולה להיות התנגשות בין הגישות למשל מיהו מונע הנזק הזול ביותר לעומת המצוקה של הצדדים.

מלבד שיקולים אלו יש ערכים רבים שבאים לידי ביטוי כמו ערכים חברתיים, תיאוריית האישיות, ערכי צדק חלוקתי (כמו למשל אזרח קטן מול בנק גדול) ועוד.

הערות אזהרה במקרקעין

המרשם הוא מקור פומבי אשר נותן מידע על נכסי מקרקעין ופתוח לעיון הציבור. כל פרט שרוצה לעשות עסקה במקרקעין בודק את המרשם כדי לדעת מה מצב. מרשם המקרקעין הוא לא ראי משוכלל- זאת אומרת שיש נתונים שלא נמצאים במרשם למרות שהם קיימים במציאות המשפטית שלנו. מדובר על זכויות שאין חובה לרשום מתוקף ס' 6 כמו נכסי מקרקעין שהועברו בהורשה לפי צוואה, שכירויות קצרות טווח, האם בעל הנכס בעל כשרות מוגבלת (קטין או פסול דין), האם יש עסקאות חוזיות נוגדות ועוד. תפקידן של הערות אזהרה לפי ס' 126 הוא מנגנון לרישום הערות שמטרתן למלא את החלל שבין השלב החוזי לקנייני. מדובר בעסקאות הטעונות רישום בלבד ואם אין חובה על פי דין לעשות רישום על הקונה להיזהר.

בחוק המקרקעין יש פרק אשר עוסק בהערות אזהרה בס' 126-133 לחוק המקרקעין. יש סוגים שונים של הערות פרט להערת אזהרה. מטרת המנגנון הוא להפוך את המרשם לראי משוכלל יותר ולתת יותר מידע על נתונים ביחס למקרקעין שאחרת לא היה ניתן לדעת אותם. ניתן לעשות רישומים מכוח חוקים אחרים כמו חוק העתיקות אשר מחייב יצירת רישום.

ס' 128 עונה על צורך בהסכמה- זוהי הערה שמטילה על בעל הנכס צורך בהסכמת אדם לשם ביצוע עסקה עתידית בנכס. כך לדוג' הורה שקונה נכס לילדו אך מפחד מכך שהוא חסר אחריות. הוא ירשום צורך בהסכמה כדי למנוע מהילד למכור את הנכס מבלי הסכמת ההורים.

ס' 129 מציב הגבלה על כשרות- זוהי הערה אשר נרשמת ביוזמת אפוטרופוס, צדדים מעוניינים או המדינה ומטרתה רישום כי בעל הנכס פסול דין ולא ניתן לבצע אתו עסקה ללא הרשאה מתאימה.

ס' 130 מתיר לבית המשפט לבצע רישום- בית המשפט רשאי לרשום הערות לפי שיקול דעתו. הערות אלה ניתנות למחיקה רק בצו בית משפט.

רישומים אלה חשובים לצורך הזהרת צדדים שלישיים אשר מעוניינים לבצע עסקה על הנכס.

ס' 126 אומר באיזה תנאים אפשר לרשום הערת אזהרה. ע"פ הס' אם הוכח לרשם שאחד מבעלי הזכויות הרשומות בס' התחייב בכתב לעשות או להימנע מלעשות עסקה ירשום הרשם ע"פ בקשת החייב או הזכאי הערה.

אי לכך הערת אזהרה ניתן לרשום אם:

1. בעל זכות במקרקעין,
2. התחייב בכתב,
3. לעשות עסקה או להימנע מלעשות עסקה. על הרושם למלא טופס בטאבו ולהוסיף אליו את כתב העסקה.

מה קורה אם יש תניה ששוללת אפשרות לרשום הערת אזהרה? לפעמים אנשים לא רוצים לרשום הערות אזהרה מסיבות שונות (כמו לדוג' אב שלא רוצה שילדיו ידעו שמכר נכס). באופן עקרוני לאדם שאין מה להסתיר אין סיבה לא לתת את הבטוחה של רישום אזהרה כיוון שזאת בטוחה זולה. אם בכל זאת יש תניה כזאת כדי להימנע מהעסקה אך באופן עקרוני אפשר להתנות על זכות זו. המתחייב יכול שלא לאפשר רישם אזהרה וניתן לבקש בטוחה מסוג אחר. בסיטואציות מסוימות אם צד הוא קבלן ניתן לראות זאת כתנאי מקפח בחוזה אחיד והתניה מבוטלת. בהלכת גנז אומר הש' ברק כי יש חובה לרשום הערת אזהרה מקום שהדבר אפשרי כחלק מחובת תו"ל של רוכשים חוזיים. עם זאת אין מקום לבצע רישום מקום בו שללו חוזית את היכולת ליצור אזהרה.

ס' 132 מדבר על מחיקת הערה. הערה שנרשמה לפי כל אחד מהסעיפים הנ"ל נמחקות ע"פ צו בית משפט או אם הרשם מתרשם שהצדדים מעוניינים במחיקה או שעילת הערה בטלה (כמו סוף עסקה קניינית).

מטרות הערות האזהרה

יתרונות לזכאי מכוח ההתחייבות- הערת ההזהרה מגינה על הזכאי בשלב הביניים בין השלב החוזי לשלב הקנייני. ע"פ ס' 127 כל אדם שירצה לרשום עסקה הסותרת את תוכן ההערה לא יכול לעשות זאת אלא בהסכמת הזכאי או בהסכמת בית משפט. חסם רישומי לא מונע עסקאות נוגדות מאוחרות אך הוא מגן מפניהם. רישום ע"י אדם מונע את האפשרות לענות על הגדרות ס' 9 סייפא ועל כן שולל את תו"ל של צדדים מאוחרים בעסקאות מאוחרות. 127ב אומר שהערת אזהרה יוצרת עדיפות גם על מעקל או נושה מאוחר. כל עוד לא נמחקה ההערה לא תיפגע זכות הרושם. הגישה בפסיקה אומרת שהכל תלוי בנסיבות. הערת אזהרה נותנת ביטוח חלקי ויש לסיים את העסקה ברישום. בפס"ד איטונג נאמר שהסעד שיינתן תלוי בנסיבות. הערת אזהרה מבטיחה שהאדם לא יצא בלי כלום והסעד יכול להיות השבה או קיום. ההחלטה איזה סעד לתת נתונה לבית המשפט לאחר בחינת כל השיקולים. נבדקת הזיקה של הזכאי לנכס (כמה שילם, באיזה שלב העסקה, מה הזיקה של הנושים לנכס ומחיר הנכס של העסקה החוזית לעומת מחיר השוק). יכול להיות מצב בו נעשית עסקה במחיר נמוך ממחיר השוק ובית המשפט יבטל את העסקה כדי למכור את הנכס בשוק ולתת את הכסף לנושים.

נקודת מבט של מתקשרים פוטנציאליים- הערת אזהרה היא תמרור למי שרוצה לקיים עסקה על הנכס. עם זאת במצב שעסקה ראשונה נופלת הערת האזהרה נותנת קדימות לעסקאות שנרשמו לאחריה.

נקודת מבט חברתית- רישום הערת אזהרה מחזקת את המרשם ומשפר אותו ובכך מונע תאונות במינימום עלויות.

הערות אזהרה אופקיות מול אנכיות

הערות אזהרה אופקיות

מותר לרשום הערות אזהרה אופקיות. ס' 127א יוצר חסם רישומי מפני רישום עסקאות הסותרות את תוכן ההערה. הערת אזהרה היא לא עסקה במקרקעין ולכן 127א לא מונע רישום הערות אופקיות. הערת אזהרה נותנת הגנה על עסקאות שנעשו אך יש סדר קדימויות. אי לכך אם א' עשה עסקה עם ב', ג' וד' ושלושתם רשמו אזהרות ניתן יהיה לראות שא' עושה עסקאות נוגדות אך מצד שני נוצר סדר קדימות ואם העסקה עם ב' תיכשל, ג' יהיה הראשון בתור לבצע את העסקה. רישום הערת אזהרה לא צריך לקיים את תנאיי ס' 9.

שיעור 20 הערות אזהרה + עסקאות נוגדות

יתרונות ההערות אופקיות:

1. רשם המקרקעין לא יוכל לרשום זכות קניינית מוכרת לטובת אדם אחר בנכס ויש עדיפות להערות המוקדמות בזמן.
2. הערת אזהרה נותנת עדיפות על פני נושים מאוחרים.
3. הערת אזהרה אינה תחליף לקניין אך היא משמשת בטוחה אשר מציבה את הרושם בטווח שבין זכאות להשבה לקיום העסקה.

הערות אופקיות מאוחרות הן לא עסקה סותרת. הלכת ניסים נ' דניאלי קבעה שניתן לרשום הערות סותרות ומקובל לכנות אותן הערות אופקיות.

הערת אזהרה נרשמת בהסכמת הצדדים ע"י הזכאי ויש צורך בהסכמתו למחיקתה. אם רשם המקרקעין התרשם שעילת העסקה נפלה יוכל למחוק את הערת האזהרה גם ללא צו בית משפט.

הערת אזהרה אנכיות

בעלים עושה עסקה עם א' במקרקעין. א' עושה עסקה בזכות החוזית שיש לו עם ב'. האם ב' יכול לבצע רישום?

א' רשם הערת אזהרה עם הבעלים לפי ס' 126. לפי הס' על הרישום להיות ביחס לזכות שיש לבעלים במקרקעין. כיוון של-א' עדיין אין זכות קניינית- ב' לא יכול לבצע רישום.

במציאות עסקאות מהסוג הזה נעשות באמצעות 2 סוגי פתרונות הנותנים לב' אפשרות לעשות רישום חדש:

1. המחאת זכויות- המודל הראשון שדרכו אפשר לעשות זאת הינו המחאת זכות של א' לב'. המחאת זכות הינה מודל על פיו א' מוכר לב' את הזכויות שלו. ב' נכנס לנעלי א' לכל דבר ועניין- חובות וזכויות. כדי לעשות זאת ההסכם צריך להיות בלשון המחאה ולא בלשון התחייבות. בהסכם צריך להיות כתוב במפורש שא' ממחה את זכויותיו לב'. במצב בו יש הסכם המחאה לב' ניתנת הזכות של א' לעשות רישום אזהרה חדש. על א' לוודא שיכולת המחאת הזכות לא נשללה ע"י הבעלים.

ס' 1 חוק המחאת חיובים קובע היתר עקרונות להמחאת זכויות כל עוד הדבר לא נאסר ע"פ דין, הסכם או מהות הזכות. ס' 5 לחוק המחאת חיובים אומר שכל זכות אחרת שנלוות לזכות מתווספת להמחאה.

הרציונליים לאפשר המחאות הן שהרישום לא מכביד על המרשם, לא פוגע בבעלים ומאפשר קיום עסקאות חוזיות במקרקעין.

1. התחייבות ישירה- ע"פ המודל השני א' יוצר התחייבות ישירה של הבעלים כלפי ב'. בצורה זו ב' מחליף את א' ישירות ותנאי ס' 126 מתקיימים. במצב זה אין הערות אזהרה אנכית.

יש לכך ביקורות משני הצדדים- מצד אחד רוצים למנוע רמת רישום נוסף שיסרבל את המרשם ומהצד השני טוענים שרמת רישום נוספת תאפשר חופש פעולה גדול יותר.

פס"ד איטונג נ' דוד לוי ובניו מדבר על מהות העדיפות מכוח הערת אזהרה. נשאל האם הערת אזהרה היא כמו שיעבוד. שיעבוד חייב להירשם ברשם החברות כשהשעבוד נעשה על נכסיה של חברה. מה קורה אם חברה עושה עסקה במקרקעין ונרשמת הערת אזהרה? לפי הפס"ד- לפי ההגדרה של שיעבוד נראה שהערת אזהרה כן נופלת תחת המושג שיעבוד וככזו היא צריכה להירשם. ס' 1 לפקודת החברות (אחד הס' היחידים ששרדו לאחר חקיקת חוק החברות) אומר ששעבוד מוגדר כמשכנתא וכל צורה אחרת של מתן נכסים לערובה. אם כן אין ספק שהערת אזהרה היא לא משכנתא. אך משכנתא כן עולה לכדי מתן נכסים כערובה. בשורה התחתונה, ס' 127ב1 אומר שהערת אזהרה שנרשמה במרשם המקרקעין אינה טעונה רישום במרשם אחר.

.עסקאות נוגדות

עסקאות נוגדות הינה סיטואציה בה בעלים של נכס מתקשר בעסקה להקניית זכות בנכס עם אדם אחד ולאחר מכן מתקשר בעסקה נוספת ביחס לאותו הנכס כאשר העסקה הראשונה בזמן עדיין לא הושלמה מבחינה קניינית. מדובר ב2 עסקאות חוזיות בהן קיום עסקה אחת יפר את האחרת. אין אפשרות לקיים את שתי העסקאות יחד.

כדי שיהיה מצב של עסקאות נוגדות (בכל סוגי הנכסים) צריכים להתקיים מס' תנאים:

1. 2 התחייבויות חוזיות לפחות להקניית זכות קניינית בנכס.
2. 2 ההתחייבויות צריכות להיות תקפות.
3. 2 ההתחייבויות צריכות להיות אכיפות.
4. לא ניתן לקיים עסקה אחת בלי להפר את השנייה.

עלול להיווצר מצב בו אין עסקה נוגדת כי אחת הדרישות לא תקפה כמו חוזה אשר בטל מכוח תקנת הציבור, הטעיה, טעות, פגמים בכריתה, עסקה במקרקעין ללא קיום ס' 8 לחוק המקרקעין (דרישת כתב).

יש להבחין בין שורה של מצבים לניגוד:

1. ניגוד מלא- מצבים בהם זכיה של אדם אחד דוחקת כליל את רגלי האדם האחר. כך לדוג' זכות בעלות לאחד לא מאפשרת בעלות לאחר.
2. ניגוד חלקי- מצב בו זכיה של אחד משיירת את זכות השני אך פוגמת בשלמות שלה. למשל נניח שאדם התחייב להעביר זכויות הנכס לא' ומתחייב למשכן את הנכס לב'. אם הזוכה יהיה האדם אשר נעשתה אתו עסקת משכון, א' יפגע רק אם זכות המשכון ממומשת (כמו שכירות בדירה ממושכנת). דוגמה נוספת היא מצב בו א' מוכר דירה לב' והיא מושכרת לג'. ב' יודע שהדירה מושכרת וכפוף לזכות הקניינית של השכירות.
3. היעדר ניגוד- מצב בו ישנה התחייבות עם א' עד תאריך מסוים והתחייבות עם ב' מיום אחרי התאריך. ב' לא פוגע בא'.

עיצוב כללי הכרעה במצבים של עסקאות נוגדות

כאשר חושבים על האפשרויות השונות לעיצוב כללי הכרעה יש לשקול שורה של שיקולים. אם נאמץ את הכלל של מאוטנר של מניעת תאונות מראש נשאף למנוע את התאונה במינימום עלויות. ננסה ליצור כלל משפטי שיחייב את מניעת התאונה. אם הצדדים לא מנעו את הנזק בצורה פשוטה יישאו בתוצאות התאונה. כלל מנחה שני אומר שאם התאונה התרחשה ולא היה מונע נזק זול נבדוק את מאזן המצוקה של הצדדים וננסה להכריע בניהם. זה שנזקו קטן יותר יספוג את תוצאות התאונה כיוון שהנזק החברתי יהיה קטן יותר.

בדין הישראלי יש שני סעיפי עסקאות נוגדות מרכזיים- ס' 9 לחוק המקרקעין וס' 12 לחוק המיטלטלין. ס' 9 לחוק המקרקעין מדבר על עסקאות נוגדות במקרקעין רשומים (מוסדרים ולא מוסדרים) וס' 12 לחוק המיטלטלין מדבר על עסקאות נוגדות במיטלטלין ובזכויות חוזיות אשר כולל מקרקעין לא רשומים. העיקרון בס' אלה אומר שהראשון בזמן עדיף על פני המאוחר בזמן אלא אם המאוחר מקיים 3 תנאים- תו"ל, תמורה ושכלול קניין (בס' 9 רישום ובס' 12 העברת הבעלות).

הדוגמה הקלאסית היא מצב של ניגוד מלא. במציאות אין דרך לדעת אם הקונה הוא הראשון או המאוחר בזמן ולכן האידיאל הוא לקיים את התנאים. רישום הערת אזהרה מונע מהמאוחר לטעון שהוא תם לב.

שיעור 21

מה המשמעות של העדיפות לראשון בזמן שנותן ס' 9? הראשון בזמן מקבל סעד אכיפה ביחס למאוחר. הוא יכול לעקוב אחרי הנכס ולהוציא אותו מידי המאוחר. הזכות שיש לרוכש הראשון מצד אחד היא לא זכות קניינית. קניין מסתיים ברישום או בתפיסת חזקה ולא מסתפק בזכות חוזית. לפי כלל העדיפות האלטרנטיבי אם המאוחר בזמן מקיים 3 תנאים הוא גובר על הראשון. מצד שני זוהי לא זכות חוזית טהורה- היכולת לגבור על המאוחר בזמן נותנת כוח חזק יותר מזכות חוזית רגילה. לראשון בזמן יש זכות מעין קניינית/ חוזית משודרגת שנותנת עדיפות בתנאים מסוימים. אם המאוחר מקיים את התנאים הראשון מפסיד. בהלכת אהרונוב קורא לכך הש' ברק קניין שביושר תוצרת הארץ.

באיזה תנאים הרוכש השני עדיף על הרוכש הראשון?

יסוד תו"ל

ע"פ ס' 9 צריך לקיים 3 תנאים- תמורה, תו"ל ורישום. לפי חובת תו"ל כדי שהשני בזמן יגבר על הראשון נדרש שלא ידע על העסקה המוקדמת בזמן. הגישה העקרונית היא שנדרש תו"ל סובייקטיבי- האדם לא ידע ולא היה עליו לדעת בנסיבות שהייתה עסקה קודמת במקרקעין. בנושא זה יש דרגות שונות של חוסר תו"ל:

1. ידעה בפועל על העסקה הקודמת שוללת תו"ל.
2. עצימת עיניים על העסקה הקודמת שוללת תו"ל. עצימת עיניים יכולה להיות התעלמות מנתונים כמו אופיו של המוכר, שמועה על קיום עסקה קודמת וכדומה.
3. אי ידיעה בגלל רשלנות לא בהכרח שוללת תו"ל. היחס בין רשלנות לעצימת עיניים לא קל לתיחום. עם זאת בפס"ד ארוך נ' פריינטי דובר על עסקה נוגדת בה הרוכש הראשון רשם הערת אזהרה. הבעלים הגיש תביעה נגד הרוכש הראשון לבטל את העסקה ולמחוק את ההערה. ניתן פסק דין בהיעדר הגנה בו בוטלה העסקה ונמחקה הערת האזהרה. נעשה עסקה עם אדם אחר שידע שהייתה עסקה קודמת שבוטלה על ידי בית המשפט אך הוא לא נכנס לפרטי המקרה ולא ידע כי מדובר בפס"ד ללא הגנה. א' מתעורר ומבקש לבטל את פסק הדין ותובע את הקונה השני. במחוזי הוחלט כי אכן היה חוסר תו"ל כי הקונה השני לא בדק את נסיבות המקרה לעומק. העליון הופך את ההחלטה וטוען שאין צורך לבדוק כל דבר. צו שיפוטי ביטל את הערת האזהרה וזו לא ציפייה סבירה לדרוש מב' לחקור את פסק הדין. התנהגות הקונה השני סבירה ואף אומר כי אין במקרה זה רשלנות. אחת הסיבות לכך היא יעילות כלכלית. דרישה לחקור תוסיף עלויות ויהיה לה מחיר חברתי.

בגנז ברק דורש גם תו"ל אובייקטיבי. בנוסף לשאלה האם אדם ידע יש לשאול מה היה עושה האדם הסביר בנסיבות העניין. לא כל השופטים בגנז מקבלים את העמדה. מאוטנר טוען שהתו"ל הנדרש צריך להיות סובייקטיבי ומיגל דוייטץ' מחזיק בגישה שתו"ל הנדרש בדיני התחרויות בכללותם צריך להיות גם אובייקטיבי. הגישה המקובלת כי התו"ל הנדרש הוא סובייקטיבי בלבד.

מה הרציונל של דרישת תו"ל?

ניתן להצביע על שני רציונלים עיקריים:

1. רציונל כלכלי- אדם שאינו תם לב הוא מונע הנזק הזול ביותר של התאונה ע"י אי התקשרות בעסקה. לכן, רוכש שידע שיש רוכש לפניו צריך להיות זה שיישא בהפסד של העסקה כיוון שהתאונה התרחשה באשמתו.
2. שיקולי צדק- אדם שמתקדם עם עסקה למרות שידע שיש עסקה מוקדמת או עצם עיניים לגביה- לא הוגן שיזכה במצב של תחרות ואף ראוי שיפסיד במצב בו הוא לא תם לב.

יסוד התמורה

בעסקאות נוגדות דרישת התמורה היא רק מהרוכש השני ולא מהרוכש הראשון. באופן פרדוקסאלי הרוכש הראשון יכול לכרות עסקה מבלי לשלם דבר בעוד השני שילם מיליון ועדיין תהיה עדיפות לראשון. כך שאם יש עסקת מתנה מאוחרת היא תמיד תפסיד לעסקת מכר מוקדמת כיוון שבעסקת מתנה אין תמורה.

בעימות בין הראשון לשני- לראשון יש זכות רק כי היה הראשון בזמן. דרישת התמורה יוצרת איזושהי מגבלה על הקונה השני כדי "להשוות" את כוחו מול הקונה הראשון. הקונה השני יכול לנצח רק אם יפעל בתו"ל, ייתן תמורה ויבצע רישום. הרבה פעמים דרישת הרישום לא ניתנת לביצוע בקלות ותפיסת החוק לא תמיד תואמת למציאות.

הרציונל מאחורי התמורה גם נובע מסיבות של צדק- על השני לתת יותר כדי להתמודד עם הראשון. בכך יש הטיה של כפות המאזניים לטובת הרוכש השני שניזוק יותר.

במצב בו יש התחייבות לתת מתנה לראשון בזמן מול רוכש שני שנתן תמורה למי יש עדיפות? לפי לשון החוק ס' 9 שותק לגבי התמורה של הראשון ועל פניו בעימות זה הרוכש המאוחר ייסוג. עסקת מתנה כן נחשבת עסקה במקרקעין מתוקף ס' 6. לא נדרשת תמורה אלא הסכמה רצונית לביצוע העסקה. עסקת מתנה במקרקעין נגמרת ברישום כמו כל עסקה אחרת. עם זאת התפתחויות בפסקה ובספרות אומרות שאם הרוכש הראשון לא שילם תמורה (עסקת מתנה) והמאוחר בזמן היה תם לב וביצע רישום (עם תמורה עתידית) או נתן תמורה בפועל כוחו יגבר. אין הדבר נכון כיוון שבתחרות הרגילה אין צפייה לתמורה ויכול להיות רוכש רגיל שלא שילם תמורה עדיין. אין הבדל אופרטיבי בין עסקת מתנה לעסקה בה הקונה עוד לא שילם.

יסוד הרישום

רישום העסקה ככלל מדבר על סיום העסקה לפי ס' 9 וקבלת זכות קניין לפי חוק המקרקעין. לא די בהערת אזהרה והשינוי צריך להיעשות בפועל בטאבו.

גם פה יש הסתייגויות מדרישת הרישום. במצב בו יש התחייבות למתנה לרוכש הראשון ועם הרוכש השני יש עסקת מכר שלא נגמרה ברישום. ההלכה אומרת שצריך לקיים את כל התנאים כרוכש מאוחר. בפס"ד מחוזי דיאב נ' דיאב נאמר שבמצב של מקבל מתנה מוקדם מול רוכש מאוחר ניתן לוותר על הרישום ע"י המאוחר. פס"ד זה גם מספק הסתייגות ואומר שבנסיבות שבהן מקבל המתנה שינה את מצבו לרעה בהסתמך על המתנה אז כלל זה לא יופעל. ס' 5 לחוק המתנה מדבר על יכולת חזרה ממתנה ואומר שכל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו לרעה ניתן לחזור ממתן המתנה.

מה בנוגע להסכמים שאינם טעונים רישום? איך ניתן לגבור על מוקדם בזמן? זכויות שאינן טעונות רישום לא ידרשו רישום לצורך שכלולן לצורך ס' 9. יש לשכלל קניין לפי דרישת הזכות (לדוג' תפיסת חזקה).

האם יש נסיבות בהן נוכל לשלול את עדיפות הראשון מקום בו השני לא מקיים את כל התנאים? פס"דים רלוונטיים הם ורטהיימר נ' הררי, רז נ' אורנשטיין וגנז נ' בריטיש.

האכיפה בין הקונים היא מכוח ס' 9 והאכיפה בין הצדדים לבעלים הם מכוח דיני החוזים. אי לכך האם אפשר לסייג אכיפה מקום שהאכיפה אינה צודקת בנסיבות העניין? לא ניתן להעלות טענות אלה.

בפס"ד ורטהיימר נ' הררי היו עסקאות נוגדות. ורטהיימר ובנימיני עשו עסקה עם הררי. ורטהיימר היה הרוכש הראשון ושילם 5000 לירות מתוך מיליון. בנמיני היה הקונה המאוחר בזמן ושילם 35000 מתוך תמורה של 800,000. על פניו בנימיני לא מקיים את שלושת התנאים ולכן ורטהיימר עדיף מכוח ס' 9. בנימיני טוען שהאכיפה של העסקה לא צודקת כי שילם יותר והנזק שלו יותר גדול. הש' ברק אמר כי יש לפרש את נסיבות המקרה באופן מצומצם הנוגע רק לצדדים הישירים לעסקה. נסיבות הצדק מדברות על אכיפת ההסכם והצדדים הישירים לעסקה. במילים אחרות אין מניעה שבנימיני יעלה את טענות אכיפת העסקה אך הוא חייב להעלות טענות הקשורות לצדדים לעסקה ולא אליו. ס' 9 קובע את מאזן המצוקה בין הצדדים ולא ניתן לעקוף אותו דרך דיני החוזים. שיקולי הצדק של בנימיני לא רלוונטיים לעסקה בין ורטהיימר להררי ושימוש בהם יבטל את ס' 9. עם זאת פס"ד זה פתח דלת לטענה של שיקולי צדק של הצדדים לחוזה.

הדבר קרה בפס"ד רז נ' אירנשטיין. בפס"ד זה הבעלים עשה עסקה עם א' (שלא רשם הערת אזהרה). הבעלים מת והנכס נופל לידי יורשים שלא יודעים על א' ועושים עסקה עם ב'. הבעלים נפטר 5 שנים לאחר העסקה עם א'. א' ידע שהבעלים נפטר ולא רשם הערה או הזהיר את היורשים. ב' היה תם לב, נתן תמורה אך לא ביצע רישום. לכאורה הוא מפסיד כיוון שלא עשה רישום. היורשים טוענים כי אכיפת החוזה הראשון אינה צודקת בנסיבות העניין כיוון שיכל למנוע את התאונה אך לא עשה זאת ובכך חשף את היורשים להפרת חוזה. אחרי גנז היה ניתן להשתמש בטענת תו"ל במקרה זה.

בהלכת גנז דובר על עסקה נוגדת בה א' לא רשם הערת אזהרה, שילם תמורה ולא ביצע רישום. לאחר 17 שנים הבעלים עשה עסקה נוספת עם קיבוץ אפק שהסתיימה בתמורה, תו"ל ורישום הערת אזהרה. ע"פ ס' 9 הקיבוץ היה צריך לסגת כיוון שאין רישום מלא אלא רק הערת אזהרה. החידוש של גנז הוא שבית המשפט אומר שגם הרוכש הראשון בזמן כפוף לחובת תו"ל ומחובה זו נגזר שהרוכש הראשון בזמן חייב מקום שהדבר אפשרי לרשום הערת אזהרה תוך זמן סביר. אם לא עשה כן עדיפותו לא תאכף מכוח ס' 9 ואז פנויה הדרך לאכוף את העסקה המאוחרת בזמן. זוהי בעצם פרשנות לחובת תו"ל של הקונה הראשון. כיוון שגנז לא רשם הערת אזהרה במשך 17 שנים נטען שהוא מנסה לאכוף זכות שלא בתו"ל. הפרשנות לזמן סביר הייתה השתהות של מס' חודשים. כיום בפסיקות נמוכות הדבר מגיע לכמה ימים. בגלל שכל כך קל לבצע רישום הערה ישנה החמרה של הפסיקה בדרישה לכך.

ישנה שורה של חריגים לרישום הערת אזהרה:

א. התניה חוזית- מניעה חוזית בהסכם לרשום הערת אזהרה לא מחייבת רישום הערה. ברק נותן לחריג זה תוקף מכוח חופש ההתקשרות החוזית.

ב. נסיבות חברתיות- בנסיבות מיוחדות לא נבקש לרשום הערה מתוך ערך חברתי חשוב כמו מוסד הנישואין. חזקת השיתוף וחוק יחסי ממון יוצרים שיתוף בין הבעל והאישה גם בלי רישום. היה ניסיון לטעון שבמגזר הערבי הדבר לא מקובל אך בית המשפט דחה את הטענה. טענה זו נדחתה גם בעסקאות בין הורים וילדים ובין שכנים.

ג. היעדר קשר סיבתי בין אי רישום ההערה לתאונה שהתרחשה- מצב בו לא נרשמה הערת אזהרה אך קונה ב' ידע שיש עסקה קודמת או קונה ב' שכלל לא בדק את המרשם ועל כן חזקה שפעל בחוסר תו"ל.

ד. מציאות בשטח- הש' מצא מדבר על נסיבות בהן לא בדקת את הנכס. במצב של חזקה בפועל כתחליף לרישום והרוכש השני לא בדק את המקרקעין, נבוא לקראת הרוכש המוקדם שביצע חזקה.

לדעת ביטון החריג ההגיוני היחיד הוא העדר קשר סיבתי.

שיעור 22

בפס"ד גנז אומר הנשיא ברק שגם הקונה הראשון צריך לנהוג ע"פ חובות תו"ל. חלק מחובות אלה היא החובה לרשום הערת אזהרה תוך זמן סביר. אחד הדברים החשובים שאומר ברק הוא שיש לבית המשפט שיקול דעת להחליט מה לעשות במצבי התחרות כשאדם לא רשם אזהרה. לבית המשפט יש שיקול דעת להחליט אם לשלול את הזכייה של א' או לחייב אותו לפצות את ב'. הפיצוי לא חייב להיות בצורת אכיפה. התנגדות עקרונית להלכה היא שס' 9 לא יצר נטל כזה על הקונה הראשון. ההנחה היא שהמחוקק לא אומר דבריו לריק. הבעיה השנייה היא שנוצר כלל אשר גובר על ס' 9. מי שרושם הערת אזרה ראשון מנצח. מנגד, הנימוקים בעד הם יעילות כלכלית ומניעת תאונות מראש, עלותו של הכלי מינימאלית ואי רישום יוצר תשתית להתקשרות המאוחרת אשר תיצור תאונה עתידית. לכן, זה שהותיר את זכותו חשופה ללא הגנה- צודק וראוי שיישא בתוצאות התאונה. הלכת גנז נותנת הכרעה ברורה על פיה חייבים לרשום הערה תוך זמן סביר כל עוד הדבר אפשרי.

מפסק הדין קשה לגזור את התקופה המינימאלית שבגדרה חייבים לרשום הערת אזהרה. ברור ש17 שנים זה אינו זמן סביר אך בפסיקות של ערכאות נמוכות יש אגרסיביות גדולה בנושא ואפילו כמה ימים יכול להיחשב כחריגה מזמן סביר.

ניקח את פס"ד גנז בשינוי עובדתי. נניח שא' חיכה 16 שנים ורשם הערה אזהרה והדבר קרה לפני העסקה הנוגדת. במצב זה ב' לא יוכל לטעון לאי קיום תו"ל מצד א' כיוון שתו"ל נבחן ביחס למקרה הספציפי.

שאלה נוספת שהתעוררה בפס"ד גנז היא האם יש חובה על השני בזמן לרשום הערת אזהרה כתנאי לעדיפות על פני הרוכש הראשון. לדעת ברק לא. רישום הערת אזהרה פועל כלפי מאוחרים בזמן ואין לו משמעות נגד קודמים.

עסקאות נוגדות בשכירות

נניח שהבעלים מתחייב להשכיר לא' לשכירות ארוכת טווח ואז מתחייב להשכיר לאחר. שכירות זו דורשת רישום. כלל האצבע הוא עסקה שדורשת רישום היא עסקה המחייבת לעשות זאת. במצב של תחרות, שוכר מאוחר ינצח שוכר מוקדם אם קיים את 3 התנאים של ס' 9.

פתרון אחר הוא החריג של מצא. תפיסת חזקה יוצרת כלי לפומביות אשר יכולה להחליף רישום.

בשכירויות קצרות מועד ישנו ס' 80 לחוק המקרקעין אשר אומר כי שכירויות אלה לא דורשות רישום ומסתיימות בתפיסה של המקרקעין. אם השוכר המאוחר תפס חזקה זכותו עדיפה. אם השוכר הראשון ביצע רישום במקום תפיסת חזקה הדבר תקין.

במצב של ערבוב עסקאות- שכירות לטווח קצר לאחד ועסקה נוגדת ארוכת טווח לשני- כלל ההכרעה הוא לפי ס' 9. לשכירות מאוחרת צריך רישום ולקצרת טווח לא צריך רישום.

עסקאות נוגדות במיטלטלין

במצבים אלה מטפל ס' 12 לחוק המיטלטלין. ס' 13 מרחיב את ס' 12 כך שיחול גם לעסקאות נוגדות בזכויות. ס' 12 קובע את אותו עיקרון של ס' 9 לחוק המקרקעין- הראשון שיקים תמורה, תו"ל וחזקה יזכה בנכס. כמובן שעל העסקה הראשונה להיות עדיין בשלב החוזי ולא לקבל חזקה.

עסקאות נוגדות בזכויות



מצב עסקאות ראשון- עסקה לפי ס' 9 לחוק המקרקעין: במצב בו בעלים של מקרקעין עושה עסקה חוזית עם א', א' עושה עסקאות נוגדות עם ב' וג' בזכות החוזית שיש לו (בדומה למצב בהערות אזהרה אנכיות). במצב זה בו טיב העסקאות הוא של מקרקעין, יחול ס' 9 לחוק המקרקעין ולא ס' 12. מהות העסקה היא עסקה במקרקעין ולא בזכויות. ס' 9 יכול לחול במצב שבו המתחייב הוא לא הבעלים של הנכס. עסקה במקרקעין היא עסקה בהעברת זכות במקרקעין. ס' 6 לא דורש בעלות על אותו מקרקעין. בגנז ברק אומר זאת מפורשות. קבלנים עושים זאת כל הזמן כאשר הם מוכרים דירות על הנייר. במצב של הערות אזהרה אנכיות לא ניתן לרשום הערות ולא ניתן לסמוך על מרשם. במצב זה על ב' וג' לדרוש בטחונות אחרים והדיון שהיה בגנז בנוגע לתו"ל לא רלוונטי. יכול להיות מצב בו הבעלים מסכים לרשום הערת אזהרה ישירה כלפי ב' או ג' ובמצב זה יהיה ניתן לבצע רישום הערה והדבר יצור קדימות.

עלתה שאלה האם אפשר להסתפק בהערת אזהרה של המאוחר לצורך קיום תנאי ס' 9. לפי גנז לא ניתן לעשות זאת כיוון שהדבר יפתח פתח למניפולציות ויש לסיים את העסקה ברישום והעברת בעלות קניינית. לעומת זאת הש' פרוקציה אומרת שניתן להסתפק ברישום במצבים של בעל זכות חוזית כיוון שעד שא' יקבל את הבעלות מהבעלים ייקח זמן רב. המציאות דורשת הסתפקות בהערת אזהרה. היא מנמקת זאת בנימוק פורמאליסטי לשוני שכן ס' 9 מבקש רישום אך לא טען איזה רישום. עם זאת ס' 7 טוען שרישום הוא העברת זכות הקניין. הנימוק המהותי של הש' פרוקציה הוא שלא ניתן למלא את תנאי הס' מצב כזה ולכן הרוכש תלוי באוויר. לטענתה רישום הערות האזהרה טוב מספיק כדי לענות על הצורך.

מצב עסקאות שני- התחייבות להמחאת זכויות חוזיות לפי ס' 12 לחוק המיטלטלין: אם העסקה לא תהיה עסקת מקרקעין אלא המחאת זכויות, והעסקה מעוצבת כעסקה שהיא לא עסקה במקרקעין, לא חל חוק המקרקעין וניכנס תחת ס' 12 לחוק המיטלטלין. אם א' מתחייב להמחות לב' זכות חוזית ומתחייב להמחות זכות חוזית לג', חל ס' 12 למרות שמדובר במקרקעין. היתרון הוא שס' 12 אומר שהשני יזכה אם קיים תו"ל, תמורה והחזקה/ מעבר הזכות החוזית. בדר"כ זכויות המחאה יעברו לאחר תום החיובים. פס"ד חשוב בהקשר- טקסטיל ריינס נ' רייך אומר שבמצבים שמתמודדים עם עסקאות מסוג זה יש חזקה פרשנית לגבי ההסכמים. החזקה הפרשנית היא שהצדדים יעשו את העסקה בדרך הבטוחה ביותר, שתמזער את החשיפה של ב' וג' לסיכונים ולא תחשוף את א' להתחייבויות ארוכות טווח. החזקה הפרשנית אומרת שבמצב זה הצדדים יעדיפו המחאה ולא עסקאות מכירה במקרקעין. כשהמתחייב בעל זכות חוזית ניתן להניח שהוא לא רוצה להציב את ב' ואת עצמו בסיכונים. מודל זה הרבה יותר סימפטי מס' 9 לחוק המקרקעין כי אין את מנגנוני הרישומים. במודל ההמחאה ניתן לרשום הערת אזהרה (ברגע שהקונה סיים את התחייבותיו וההמחאה נכנסת לתוקף) כיוון שהרוכש נכנס בנעלי המוכר.

אין פסיקה בנוגע לחובת תו"ל במצב של המחאה. הגישה המקובלת היא שבמצבי המחאה הבעלים הופך להיות מקור כמו מרשם. א' מכניס את ב' וג' לנעליו שיחליפו אותו מול הבעלים. על ב' וג' להודיע לבעלים שהם עומדים מולו בעניין זכויות וחובות ומי שיעשה זאת ראשון ינצח. תו"ל דורש את חובה לבצע הודעה זו.

מצב עסקאות שלישי- תקנת שוק בזכויות, המחאה פי ס' 4 לחוק המחאת חיובים: א' ממחה את זכויות לב' ולאחר מכן ממחה אותם לג'. במצב זה זכותו של א' עברה לב' ובעצם אין לו מה למכור לג'. זוהי תקנת שוק- אדם מוכר יותר ממה שיש לו. לפי ס' 4 לחוק המחאת חיובים- אם המחה הנושה (א') זכות לאחד (ב') ולאחר מכן המחה אותם לאחר (ג') הזכות היא של הראשון (ב') אולם אם השני (ג') הספיק להודיע לבעלים שהוא הנמחה החדש במקום הנושה (א') לפני שהראשון (ב') הספיק להודיע. הבעלים מתפקד כמרשם לזכות שהומחתה ומה שקובע זו ההודעה לבעלים. במצב זה חייב גם תמורה ותו"ל ע"י ג'. במצב זה לא חייב לרשום הערת אזהרה כיוון שמספיקה הודעה לבעלים.

שיעור 23- קניין שביושר

קניין שביושר זהו סוג עימות בו בעלים של נכס שעושה עסקה חוזית עם א' ולאחר מכן עסקה חוזית מאוחרת עם ב'. במצב קניין שביושר, לפני תום העסקה הקניינית נכנסים נושים (נושים פשיטת רגל של יחיד או נושים בפירוק חברה) אשר רוצים לפדות חוב מהבעלים. בדין הישראלי היו 3 שלבים לעניין קניין שביושר:

1. לפני חוק המקרקעין- היה דין אנגלי, ו"זכויות שביושר" רווחו מאוד. לבתי המשפט היה כוח לדון בנסיבות ולקבוע מה יהיה מצבו של א' ביחס למעקל. בד"נ שטרן נ' שטרן נאמר שהפתרון הפורמלי לא מאפשר לבעל הזכות החוזית למנוע עיקול כאשר הנכס עדיין רשום על שם הבעלים. אולם, ביהמ"ש חשב שפתרון זה אינו צודק ומכוח דיני היושר יש לראות את מה שצריך להיות עשוי – כעשוי. בתי משפט שפעלו מתוקף דיני היושר אמרו שאם כל מה שחסר הוא רישום (החוזה כבר נחתם, התמורה כבר שולמה ולפעמים אפילו נתפסה חזקה) – הפתרון הפורמלי לא צודק ויש להסיג את המעקל המאוחר מפני בעל הזכות החוזית המוקדמת, שהיה כפסע מהזכות הקניינית המוגמרת. דיני היושר אמרו שתוכנה של העדיפות של א' על פני המעקל היא כדי גובה הסכומים שהוא שילם – כלומר, לא מדובר בזכאות כמו שיש כיום מכוח אוצר החייל, שלא תלויה בגובה התשלום של א'. בתקופת דיני היושר בעל זכות חוזית מוקדמת גבר על המעקל לפי גובה הסכום ששילם (לאו דווקא אכיפה אלא השבה).
2. חוק המקרקעין + הלכת בוקר- כשחוק המקרקעין אומץ, ס' 161 קבע שמתחילת חוק זה אין זכויות אלא מכוח חוק ועל כן בוטלו דיני היושר. כשהתעורר עימות בין בעל זכות חוזית מוקדמת למעקל מאוחר הלכת בוקר קבעה את הפתרון. הלכת בוקר רצתה לחזק את מרשם המקרקעין וקבעה שבעל זכות חוזית מוקדמת נסוג מפני המעקל בגלל שהוא לא ביצע רישום. ההנחה הייתה שעדיפות על פני מעקל מאוחר לא תיצור תמריץ לרשום אך עם זאת התמריץ לסיים את העסקה ברישום נובע גם מעסקאות נוגדות. על הלכה זו יש הרבה ביקורת משום שרישום מידי של זכות אינו ריאלי והזכות החוזית חשופה מפני מעקלים מאוחרים. המחוקק הבין זאת ויצר את ס' 127ב אשר אשפר יצירת הערת אזהרה.
3. הלכת בנק אוצר החייל נ' אהרונוב- הנשיא ברק לא אהב את הלכת בוקר וחשב שהיא עושה עוול לרוכש המוקדם. אי לכך ברק יוצר קניין שביושר תוצרת הארץ. הוא טוען שמס' 9 לחוק המקרקעין אפשר להבין את טיבה של הזכות החוזית. הס' עוסק בעסקאות נוגדות אך יש בו אמירה לגבי טיבה של זכותו החוזית של המוקדם בזמן. ברק טוען שמס' 9 אפשר ללמוד על קיום קניין שביושר. נוצרת זכות מעין קניינית שבנסיבות מסוימות הזכות החוזית תגבר על מעקל מאוחר. כאשר מסתכלים על ס' 9 רואים כלל ברירת מחדל על פיו הראשון בזמן קודם למאוחר בזמן. אי לכך אם בעל הזכות החוזית המאוחרת נסוג לזכות החוזית המוקדמת ניתן לומר שבעל הזכות המאוחרת לא יכול לעקל את הנכס. אם הוא לא יכול לזכות בו הוא לא יכול גם לעקל אותו. אם המאוחר בזמן לא יכול לעקל את הנכס קל וחומר שגוף שלא קשור לנכס לא יוכל לעקל אותו. ברק משווה את המעקל לבעל הזכות המאוחרת. המשמעות הקניינית של הלכה זו היא שבעל הזכות החוזית זכאי לנכס גם אם לא נתן שום תמורה. המעקל כן יכול לעקל את התמורה שייתן בעל הזכות החוזית לבעלים אך הוא לא יכול לגעת בנכס.

ע"פ הדין היום, ס' 127ב אומר שאם בעל עסקה חוזית מוקדמת רשם הערת אזהרה הוא גובר על כולם- כולל נושים מאוחרים.

שיעור 24- קניין שביושר + תקנת שוק

על התקופה של הלכת בוקר היו ביקורות רבות:

1. הדבר לא מציאותי כיוון שיש פערי זמן בין עסקה חוזית לסיומה הקנייני.
2. ביקורת מתחום דיני התחרות אומרת שעימות בעל הזכות החוזית עם המעקל המאוחר נראה שאין סיבה להעדיף את המעקל. בחינת כל אחת מהזכויות מגלה שעיקול הוא סעד דיוני שמטרתו הקפאת נכסים לתוקפת ההליך המשפטי שהמעקל מבצע כנגד הבעלים.
3. לבעל הזכות החוזית יש קשר חזק וישיר לנכס. אינטרס ההסתמכות של בעל הזכות החוזית חזק יותר מהמעקל. המעקל לא יכול להגיד שהסתמך על קיום נכס אצל החייב לשם החזרת החוב. אי לך גם אם בעל הזכות החוזית לא רשם הערת אזהרה המעקל לא יכול לטעון להסתמכות וחוסר תו"ל.
4. ביקורת חלוקתית היא שבדר"כ מעקלים הם גורמים גדולים ומתוחכמים בעלי כוח. ההתמודדות של גורם זה מול אדם קטן מחייבת נסיגה של המעקל.

אחרי פס"ד בוקר המחוקק מודע לזה שצריך לתקן את החוק ויוצר את הערות האזהרה.

באוצר החייל נ' אהרונוב ברק הופך את הלכת בוקר בהחלטה שאומרת שבעל הזכות החוזית עדיף על פני המעקל והתשובה לשאלת העדיפות טמונה בס' 9 המכתיב את מעמדו של בעל הזכות המוחלטת כלפי המאוחר בזמן. ס' 9 מכתיב קניין שביושר כלפי מעקלים מאוחרים.

הש' שטרסברג כהן מגיעה לאותה תוצאה מדרך אחרת. לדעתה השימוש בס' 9 מופרח. יש להשוות את הזכויות ולראות שמדובר בזכויות מתחרות בעלות מעמד שונה. הזכות החוזית חזקה במשקלה מעיקול מאוחר כיוון שהזכות החוזית יוצרת אינטרס יותר ספציפי. בנוסף, המעקל אינו מסוג האנשים אשר נשענים על המרשם כיוון שמבחינתו הכל צפוי. שלישית, צדק חלוקתי מחייב להשוות את הנזקים שיגרמו כיוון שמדובר באדם פרטי שעסקה זו יכולה להיות כל עולמו מול בנק שמדובר בחלק מהעסקים הרגילים.

אחרי גנז התעוררה שאלה אם בעל זכות חוזית מוקדמת גובר על מעקל מאוחר אם לא רשם הערת אזהרה. בהקשר זה אומר פס"ד גדי כי אין חובה לעשות זאת ביחסים מול המעקל המאוחר מהסיבות שהעלנו.

בעסקת מתנה מול מעקל מאוחר- בעסקת המתנה שבה נרשמה הערת אזהרה המתנה מנצחת מעקל. במידה ולא נרשמת הערה, הלכת לניאדו יוצרת מציאות משפטית שהופכת את כלל ההכרעה של אוצר החייל נ' אהרונוב. ע"פ ההלכה בתחרות של מקבל מתנה מול מעקל מאוחר למעקל יש עדיפות על בעל עסקת המתנה המוקדמת אבל מקבל ההתחייבות למתנה יכול להוכיח שמתקיימות נסיבות חריגות בהן צריך להעדיף אותו.

הנסיבות בהן נעדיף את מקבל המתנה על פני המעקל יהיו תלויים בשורה של נסיבות שיש להוכיח:

1. תו"ל של נותן ומקבל המתנה והסרת כל ספק של ניסיונות להברחת רכוש מהנושים של נותן המתנה
2. יכולת חזרה מקבלת המתנה ע"פ ס' 5 לחוק המתנה. ע"פ ס' 5(ב) הנותן לא יכול לחזור בו אם מקבל המתנה שינה את מצבו לרעה בהסתמך על המתנה. ס' 5(ג) אומר שבמצב של התנהגות מחפירה או שינוי לרעה במצבו של הנותן מאפשר לנותן להחזיר את המתנה. הליך מול מעקל מעיד על הרעה במצבו של החייב.
3. עד כמה המעקל ידע על עסקת המתנה לפני מתן האשראי. מסתכלים על תו"ל של כל הנוגעים בדבר.

פס"ד לניאדו בעצם מבחין בין מקבל המתנה למעקל ומסתכל על מצבם הכללי. ברק טען שהערות אזהרה הן אות מתה לאחר הלכת אהרונוב. הדבר לא נכון כיוון שהערת אזהרה משמעותית בנוגע למתנות.

כל הניתוח של אוצר החייל נ' אהרונוב (פרט להערות אזהרה) חל גם על מיטלטלין וזכויות. כמו כן ההלכה חלה לגבי כל זכות קניינית כמו התחייבות לתת משכנתא, שכירות וכדומה מול מעקל מאוחר.

בפס"ד רשף נ' יוסף נאמר שכאשר מדובר בשחקנים מקצועיים בהתמודדות של רוכש מוקדם מול נושה מקצועי, למרות הלכת גדי, יש חובה לרשום הערת אזהרה כתנאי להתמודדות מול מעקל מאוחר. מצדדים מקצועיים דרישות תו"ל גבוהות יותר.

תקנות שוק

בניגוד למצבים של תחרויות אחרות, תקנת שוק הינו מצב בו אנשים מנסים למכור יותר ממה שיש להם. או שאין להם כלום או שהם רוצים למכור יותר ממה שיש להם בפועל. תקנות שוק מוסדרות בס' 10 לחוק המקרקעין וס' 34 לחוק המכר ומהוות חריג לעיקרון שאוסר על אנשים למכור יותר ממה שיש להם לשם עיקרון חברתי חשוב- ביצור מעמד המרשם ויכולת ההסתמכות עליו במקרקעין וביצוע עסקאות מהירות בשווקים חוקיים במיטלטלין (תנאי השוק הפתוח). הסעיפים נותנים כוח לאדם פרטי להפקיע מידי אדם פרטי אחר. אלו תאונות בהן הבעלים האמתי של הנכס מפסיד אותו לאדם אחר.

בתקנת השוק במקרקעין יש להבחין בין שני מצבים- מצב ראשון הוא בעלים של נכס שנתן ייפוי כוח לעורך דינו וזה עושה תרמית ייפויי כוח מזויף ורושם את שמו במרשם המקרקעין ולאחר מכן עושה עסקה עם קונה תם לב שקונה את המקרקעין בעסקה.

מצב שני הוא מצב בו יש לנכס בעלים. אדם אחר מתחזה לבעלים ומוכר את הנכס לאחר.

ס' 10 לחוק המקרקעין מציב שורה של תנאים שיש לעמוד בהם לשם כך שהקונה יזכה בנכס:

1. רכישת זכות במקרקעין- רכישת זכות אומרת שהזכות צריכה להירשם במרשם המקרקעין. זכות חוזית או הערת אזהרה לא מספיקות.
2. תמורה- הרוכש חייב לשלם למוכר תמורה ריאלית שמשקפת את שוויו האמתי של הנכס.
3. הרוכש לא ידע ולא היה עליו לדעת שמקור הזכות פגום. התו"ל הנדרש הוא סובייקטיבי.
4. מדובר במקרקעין מוסדרים- אנו רוצים שאנשים יוכלו להסתמך על המרשם אשר מהווה ראיה חותכת לתוכנו בנוגע למקרקעין מוסדרים. במצב בו מדובר במקרקעין לא מוסדרים לא ניתן להסתמך על הרישום.
5. הייתה הסתמכות על הרישום במרשמי המקרקעין לפני ביצוע העסקה.
6. חייב שתהיה טעות במרשם- רוצים לעודד הסתמכות על המרשם גם אם יש בו טעות.

בסוג המצבים השני לא מתקיים התנאי השישי ואין טעות במרשם עצמו אלא טעות חיצונית למרשם. אי לכך תקנת השוק לא חלה. אי לכך בזמן קניית נכס הדרישה היא לראות מספר מסמכים מזהים כדי לצמצם את הסיכוי להתחזות. יזהר הקונה ואם נפל בפח הסיכון עליו. תקנת השוק לא תחול גם במצבי מתנה כיוון שלא הייתה תמורה. יש רצון להשוות את הסיכון של הצדדים.

תקנת השוק במיטלטלין בס' 34 לחוק המכר נותן גם הוא שורה של תנאים:

1. כריתת חוזה מכר ביחס לנכס נד- הנכס חייב להיות פיזי שניתן להזיז.
2. עסקת מכירה בה יש העברת בעלות- עסקאות שהן לא העברת בבעלות לא תיכנס תחת תקנת השוק.
3. עסקה בתמורה- ההגדרה של מכר היא עסקה בתמורה ולכן מתנה לא תיכלל בתקנות השוק.
4. תמורה ריאלית המשקפת את השווי האמתי ואובייקטיבי של הנכס.
5. תנאי השוק הפתוח- עשיית עסקה עם מי שמוכר מוצרים מסוגו של הממכר ובשעות הפעילות הרגילות.
6. מסירה של הנכס לקונה- זהו שכלול הקניין במיטלטלין.
7. תו"ל של הקונה- הקונה לא ידע ולא היה עליו לדעת שמקור הנכס בעסקה מפוקפקת.

אם רכב נגנב מבעלים ונמכר לבעל מגרש רכב. הרכב נמכר לאדם אחר. במצב זה על אותו אדם חלה תקנת השוק אך בעל המגרש עשה עסקה בעייתית.

שיעור 25- תקנת שוק + רכישת דירה מקבלן

דגשים ופסיקה מרכזית

במקרה בו התרמית אינה קשורה למרשם המקרקעין, אין אינטרס חברתי שבגללו נרצה לתת סעד מתוקף ס' 10. סעד זה נועד לקדם מטרה אחת- חיזוק המרשם ויכולת ההסתמכות עליו ללא בירורים מרחיקי לכת. רציונל זה תקף לגבי מקרקעין מוסדרים בלבד.

תנאים אלה הם תנאים מצטברים. תקנות שוק תמיד מפורשים באופן מצומצם ודווקני כי הם פוגעים בקניין. פס"ד להיגי הוא מקרה קלאסי של טעות במרשם בו תקנת השוק יצאה לפועל.

כלל ההכרעה שס' 10 מאמץ מוציא קניין מאדם אחד ומעביר אותו לאדם אחר. הרבה פעמים אותו אדם גם לא קשור לתרמית כלל. כלל ההכרעה בא לממש שיקולים של רווחה ויעילות. הרבה יותר קל לאמץ כלל שיאמץ טעויות לעומת כלל שידרוש בדיקת כל שרשרת הזכויות בכל עסקה. עדיף שב70 שנה 2 אנשים יפסידו דירה מאשר שכל עם ישראל יאלץ לבדוק את ההיסטוריה של הנכס בעלויות גבוהות. יש לעמוד בתנאים רבים כדי לקחת קניין מאדם פרטי ועל כן יש שורה ארוכה של תנאים שיש לעמוד בהם לשם כך.

תקנת השוק במקרקעין עוסקת בהתניית זכות קניין מכל סוג. אם הזכות הקניינית דורשת פחות גם אנו נדרוש פחות- כך לדוג' אם הזכות הקניינית המבוקשת היא החזקה כמו בשכירות נדרוש החזקה בלבד. לעומת זאת במיטלטלין מדובר רק בזכות בעלות והדבר לא חל בזכויות אחרות.

הערות על תקנת שוק במקרקעין

1. כדי לזכות מכוח התקנה האדם שרוצה לזכות בנכס חייב לרכוש זכות קניין וזכות חוזית לא מספיק. בנושא זה עסק פס"ד היועמ"ש נ' הרדפלד בו דעת הרוב אמרה שרכישת הזכות במקרקעין לא מתקיימת בזכות חוזית או הערת אזהרה. דעת המיעוט של הש' קדמי אמרה שאפשר להסתפק בפחות מרישום מלא ורכישת זכויות חוזיות מספיקה כשמתקיימים יתר התנאים. גישתו נדחתה ונדרש שכלול קניין לכל דבר ועניין.

1. תמורה- גם כאן צריכה להיות תמורה ממשית, ריאלית לשווי הנכס ומבוצעת בפועל. תמורה במידה רבה משקפת תו"ל של אדם. תמורה בשווי נמוך משמעותית מהשוק צריכה להדליק נורה אדומה. יש דרישה לספוג את חיסרון הכיס לשם שכלול הזכות הקניינית.

1. תו"ל הוא סובייקטיבי בכל מצבי התחרויות ויש להיות תם לב בכל שלבי הקניה. אי ידיעה שהיא תוצר של רשלנות לא מפקיעה את תום ליבו של אדם. בהקשר זה פס"ד בעלי מקצוע נכסים נ' סונדרס עוסק בתו"ל וכמה הוא צריך להימשך. ההלכה שנקבעה היא שתו"ל צריך להימשך עד רישום הזכות ואם התו"ל לא נמשך לכל אורך העסקה לא ניתן לגבור על הבעלים המקורי. המידה הדווקנית על תו"ל עד לשכלול קניין מקשה את דרישות תקנת השוק ומבצעת איזון. התפיסה היא שהרוכש הוא מונע הנזק הזול ביותר וביכולתו לסגת מהעסקה בכל שלב.

פס"ד מורדכיוב נ' מינץ מקשה יותר על אנשים. בפס"ד נאמר שאם הקונה רואה שלמוכר יש רק הערת אזהרה ולא קניין בפועל יש לבדוק גם עם הבעלים. הלכת מורדכיוב יוצרת שני דברים חשובים: (1) אדם שרוכש נכס על בסיס רישום הערת אזהרה לטובת המוכר יכול לעשות זאת כיוון שמדובר בהסתמכות על המרשם. (2) דרישת תו"ל אובייקטיבי. יש ציפייה לבצע בדיקות ראויות ולבדוק את תקינות העסקה מול הבעלים. הסטנדרט הוא אובייקטיבי ולהתקשר לעו"ד של מבצע הסקה לא מספיק.

מורדכיוב ולהיגי מדברים על תרמיות. מי שקונה על בסיס תרמיות חיצוניות למרשם (כמו מסמכים מזויפים) לא נהנה מתקנת השוק.

1. רק מקרקעין מוסדרים יכולים להעיד על תוכנו ולכן הדבר אפשרי רק במקרקעין רשומים.

1. הטעות חייבת להיות במרשם ואם הטעות לא במרשם אין אפשרות לקבל זכויות מתוקף תקנת השוק. פס"ד ס.מ יצירה נ' מוזאפאר נתן לכך את הרציונל הקלאסי על פיו יזהר הקונה. התאונות הרווחות היום הן תאונות מחוץ למרשם. אם התאונה קורת בגלל פקידי מרשם אפשר לתבוע את המדינה ברשלנות ולקבל סעד. עם זאת אין כמעט מקרים בהם נקבע שהמדינה התרשלה ורוב התרמיות הן תרמיות מתוחכמות.

1. תנאי הכרחי לתחולת התקנה היא רכישה על בסיס מרשם המקרקעין ולא על בסיס מסמכים חיצוניים למרשם. יש לבדוק את הטאבו ולראות שהוא הבעלים הרשום. לא מסתפקים בחוזים, חוזי מכר, שטרות וכדומה. בעניין זה פס"ד אדלר שמדבר על הסתמכות על פנקסים ולא ייפויי כוח.

תקנת השוק לא חלה על זכויות שאינן רשומות כמו זיקות הנאה מכוח שנים, שכירות וכדומה. אם למשל יש בעלים של נכס שמשכיר את הדירה ויש בשטחו זיקת הנאה מכוח שנים, והבעלים הפסיד את הנכס מתוקף תקנת שוק- השוכר ובעל זיקת ההנאה לא יפגעו.

הערות על תקנת שוק במיטלטלין

1. התנאי הראשון מגלם כמה תנאים- ס' 1 לחוק המכר אומר שמכירה היא הקניית נכס תמורת מחיר. מכירה ותמורה הם שתי דרישות מרכזיות ולא מסתפקים בפחות.
2. נכס נד- רק מיטלטלין ונכסים מוחשיים. התקנה לא עוסקת בזכויות (הס' הרלוונטי לזכויות הוא ס' 4 לחוק המחאת חיובים שמדבר על המחאות זכויות סותרות).
3. תנאי השוק הפתוח- הנכס צריך להימכר ע"י מי שעוסק באותו סוג ממכר בזמן העסקים הרגיל. רוצים שאנשים ייקנו משוק מוסדר ולא מאנשים פרטיים ובמידה וקונים מאנשים פרטיים יזהר הקונה. תנאי השוק הפתוח נבדקים על בסיס אובייקטיבי- האם יש חנות למכירת תכשיטים או אדם שמוכר תכשיטים ברחוב. מציאות הקניות באינטרנט בעייתית- מכירת יד שניה לא נכנסת תחת תקנת השוק אלא אם יש גורם מתווך כמו אי-ביי או אמזון.
4. מסירה של הנכס לקונה- קבלת בעלות היא תנאי מרכזי וחייבים לשכלל קניין.
5. קיום תו"ל- הכלל הוא תו"ל סובייקטיבי. נבדוק מה האדם ידע ומה היה עליו לדעת. פס"ד רוזנשטרייך מדבר על השאלה לאיזה נתונים הקונה כפוף. בפס"ד היה מקרה בו חברה לרכבים ממשכנת רכב לבנק ורושמת את המשכון ברשם החברות ולא משרד הרישוי. החברה מוכרת את הרכב לרוזנשטרייך שבדק רק את משרד הרישוי. נשאלה שאלה האם מתקיימת תקנת שוק במקרה זה. בהמ"ש אומר שרוזנשטרייך לא היה צריך לעשות את הבדיקות עקב רציונל של יעילות בחיי מסחר. לא רוצים שבכל עסקה יבדקו את כל המרשמים. לא תופסים את הקונה כרשלן או כחסר תו"ל כי לא צופה שיבדוק את רשם החברות. לדעת מרים היום לא בטוח שפס"ד זה היה עומד כיוון שקל מאוד לבדוק אם יש רישום כלשהו על רכב והכל ניתן לעשות באינטרנט. בנוסף היום במשרד הרישוי יש רישום של הכל ובמידה וקונים רכב מחברה צריך לבדוק בנוסף רק את רשם חברות.
6. התמורה- פס"ד כנען הוא פס"ד חשוב בעניין. האם התמורה צריכה להיות סובייקטיבית או אובייקטיבית. השורה התחתונה של הפס"ד היא שהתמורה הנדרשת היא ריאלית. כנען קנתה את התמונה במחשבה שערך התמונה הוא 250 ₪. ארה"ב- הבעלים של התמונה, מבוטחת ונלחמת על הקניין ששייך לה. שוק הפשפשים ביפו אינו המקום למכירת נכסים יקירים ולכן בנסיבות העסקה קשה להתווכח עם טענותיה של כנען. תקנת השוק מכתיבה לתת את התמונה לכנען. עם זאת ערך התמורה מציב נזקים גדולים לממשלת ארה"ב לעומת כנען ולכן לא מאפשרים את קיום תקנת השוק. שטרסברג כהן וחשין מדברים על קניה ממשית בדיעבד ויש צורך בתמורה ממשית ריאלית. ברק ואור מדברים על טעות משותפת. אור מוסיף כי תמורה ממשית אינה נדרשת לפי לשון החוק. הש' לוין טירקיל ואנגלרד חושבים שיש להסתכל על התמורה הסובייקטיבית שנחזתה כנכונה בעיני הצדדים. בסופו של דבר הדרישה היא קיום תמורה ריאלית ולא שווי מדומה.

רכישת דירה מקבלן

שני חוקים חשובים הם חוק המכר (דירות) וחוק המכר (הבטחת השקעות של רוכשי דירה). מה שחשוב בעניינו הם חובות גילוי ובטוחות מצד שני. נקודת המוצא של החקיקה היא שהצרכנים חלשים לעומת הקבלנים. לאחר פרשת חפציבה הייתה תגובת נגד חזקה כיוון שלאנשים לא היו בטוחות. מצד שני כל ההתערבויות שהחקיקה יוצרת מיקרת את הליך הקניה. בישראל הבטוחה הדומיננטית היא ערובה בנקאית אשר עולה כסף. הקבלנים מגלגלים את עלויות הבטוחות לצרכנים.

רכישה של דירה היא עסקה גדולה ומשמעותית. כשאנשים רוכשים דירות, גם המחוקק וגם בתי המשפט מודעים לכך שזאת עסקה גדולה וניתן ללכת לאיבוד במהלכה. יש דיון בספרות ובפסיקה שכאשר אנשים עושים עסקאות גדולות יש ריבוי של ליקויים קוגניטיביים מכמה סוגים:

1. הצפה במידע- קבלנים מציפים את הקונים במידע לגבי העסקה והדבר גורם לבלבול וחרדה ולאור כך השקעת זמן ומאמצים.
2. מסגור- גורם מקצועי שעושה עסקאות מצייר תמונה ומכניס אותה למסגרת אליה קל לקונה להתחבר. הקבלן מציג את העסקה ותנאיה והקונה לא בודק דברים חשובים שונים.
3. שגיאות הסתברותיות- אנשים נוטים לקחת בחשבון פחות דברים שהסתברותם נמוכה. לדוג' אנשים לא לוקחים בחשבון מצב בו הקבלן קורס. רוב הקבלנים גומרים את הפרויקטים שלהם גם במצב שהם קורסים. אנשים מסתכלים על אירועים שהסתברותם גבוהה כמו מועד הקבלה.

אי לכך המחוקק מכניס אלמנטים אלו "בכוח" ומחייב טיפול בהם.

המחוקק יצר 2 סוגי הסדרים:

1. חובת גילוי בחוק המכר (דירות) בעיקר בס' 2-6- החוק קובע דרישות איך צריך להיראות חוזה מכר של דירות ואילו פרטים צריכים להיות בחוזה. בגלל הליקויים הקוגניטיביים החוק דורש מסמך בשם מפרט- מסמך נוסף ונפרד מהחוזה בו יש דברים שחשוב שהקונה ידע. המסמך נפרד בכוונה כדי להיות מחוץ לחוזה ולטפסים האחרים. ס' 3 אומר מה כולל המפרט. ס' 6 כולל התייחסויות שיש להיות במפרט לגבי בית משותף. אם קבלן מקים בית משותף והוא רוצה לסגת מהתקנון המצוי של חוק המקרקעין עליו לכלול במפרט פרטים ששינה מהתקנון המצוי כמו מעמד הרכוש המשותף. המסמך צריך להיות בלשון ברורה ונקיה ועל הקונה להיות מודע למסמך במעמד הכריתה. במידה וקבלן לא קיים את חובות הגילוי חל התקנון המצוי על כל השלכותיו.
2. בטוחות אשר מוסדרות בחוק המכר (הבטחת השקעות של רוכשי דירה)- מטרת החוק היא הבטחת ההשקעה בזמן קניית דירה. המחוקק כופה בטוחות כדי לבטח את הכסף שמשולם ע"י הקונה.

על מוכר לתת אחת מ5 הבטוחות-

בטוחות פיננסיות

א. ערבות בנקאית- אם לקבלן קורה משהו הקונה יקבל את כל הכסף ששילם חזרה. זו השיטה הנפוצה ביותר בשוק הישראלי. יש לתת ערבות על כל הסכום ששולם לאחר תשלום 7% מהסכום הכללי (לפני פרשת חפציבה הדרישה הייתה 15%).

ב. ביטוח מחברת ביטוח- הביטוח ייתן פוליסה ובמידה והקבלן ייכנס לקשיים הקונה יקבל את הכסף. חברות הביטוח לא נכנסו לשוק זה כיוון שהבנקים דומיננטיים מאוד.

בטוחות קנייניות

ג. שיעבוד ראשון של הדירה או הקרקע- במצב זה אם הקבלן קורס הקונה יקבל את כספו ראשון. בדר"כ הדבר לא קורה כי לא רוצים לתת זיקה קניינית לנכסים לאחר תשלום חלק מהסכום ובדר"כ הקרקע כבר משועבדת לבנק.

ד. הערות אזהרה- לא נוטים להשתמש בבטוחה זו כיוון שהערות אזהרה יוצרות קיפאון. אם קבלן יסתבך ויש 30 הערות אזהרה על הקרקע יש למחוק את ההערות דבר שיכול לקחת זמן רב והוצאות רבות. זהו כלי שמשתמשים בו רבות בקניית דירות יד שניה.

ה. העברת בעלות יחסית על הקרקע- הדבר לא נעשה כיוון שאין אינטרס להעביר בעלות לפני תום התשלומים.

אלו ערבויות קוגנטיות ויש חובה לתת לפחות אחת.

החוק לא חל על מכירות יד שניה, קבוצות רכישה ובניה עצמאית. חשוב לדעת כי החוק אומנם מדבר על דירות אך ההגדרה בחוק לדירות רחבה וכוללת גם עסקים, חדרים וחכירה לדורות.

בעקבות פרשת חפציבה עשו גם שינויים בשיטת התשלומים. בפרשת חפציבה דרשו מהרוכשים להפקיד כספים בחשבונות שלא היו כנגדם ערבויות בנקאיות וכשהעסק קרס כל מי שהכניס כספים לחשבונות אלה לא יכל לקבל חזרה את כספו. אחרי פרשת חפציבה שינו את דרך התשלומים ויצרו בס' 3ב לחוק המכר (דירות) פנקסי שוברים- אדם שקונה נכס, התאגיד שמלווה את הפרויקט חייב להנפיק רשימת שוברים וניתן לשלם רק באמצעותם לחשבון הבנק המלווה. החוק יצר גם עיצומים כספיים וסנקציות פליליות כדי להגן על הרוכשים.

שיעור 26- קומבינציה, שכירות ושעבודים

בחוק המכר (דירות) יש עיסוק בלוחות זמנים (הרבה פעמים יש איחורים). ס' 5 א יצר תיקון בשנת 2011 לגבי פיצוי בשל איחור במסירה של הנכס. אם המוכר לא מעמיד את הדירה לרשות הקונה לאחר שחלפו 60 ימים מתום המועד שנקבע בחוזה זכאי הקונה לפיצויים בלא הוכחת נזק. סכום זה שווה לשכירות דירה בגודל דומה כפול אחד וחצי. מטרת החוק היא להגן על הקונה בצורות שונות.

נושא הבטוחות זוכה להתייחסות גדולה מ2 סיבות:

א. לא רוצים שאנשים שעושים את עסקת חייהם יאבדו את כל הונם. זהו אמנם סיכוי נמוך אך במידה והוא מתממש אנשים יכולים לאבד הכל.

ב. הסיכונים שנובעים מפגמים בזכות הקניין של המוכר- קניית דירה על הנייר ללא בטוחה יכולה להוביל לבעיות במידה והעסקה תקרוס בגלל חוסר יכולת להעביר זכויות.

מדובר בסיכונים כלכליים גדולים להם יש החצנה קשה לקונים במידה ואין בטוחות.

עסקאות קומבינציה

עסקאות אלה יוצרות יחסים מעניינים בין בעל מקרקעין- יזם (קבלן)- ורוכשי דירות.

בעסקה זו בעל מקרקעין מתקשר עם קבלן וקובע כי הקבלן ייבנה על חשבונו ויקבל את רוב הדירות בתמורה לשירותי הבניה. היתרונות של העסקאות הן מיסויים, חיסכון בעלויות מימון הפרויקט- לאחד יש כסף ולשני יש קרקע, מאפשר את המימון באמצעות מכירת דירות לרוכשים פוטנציאליים ועוד.

בסוג עסקאות אלה הבטוחה הרווחת היא הערת אזהרה כיוון שזאת הערה קניינית זולה. הקבלן נותן לרוכשי הדירות הערות אזהרה לפי קצב הבניה- ככל שהבניה מתקדמת כך הקבלן יכול לרשום יותר הערות. הקבלן מקבל כסף מהרוכשים ותלוי פחות בבנק. כדי לתת את הערות האזהרה צריך את רשות הבעלים. אי לכך חייבים ליצור התחייבות ישירה של בעל מקרקעין למתן הערות האזהרה מהקבלן. נגיד שבעל המקרקעין ייתן הערות אזהרה- הקושי נוצר כשהקבלן קורס ולא מסוגל להמשיך את הפרויקט. פס"ד מרכזי בנושא הוא פס"ד נחשון נ' שי בו קרה מצב זה- נחשון היה הבעלים אשר חתם על הסכם עם שי (הקבלן) לפיו שליש מהדירות ילכו לבעלים ושני שליש לקבלן. נרשמו הערות אזהרה לטובת הרוכשים בהסכמת הבעלים והייתה הפרה יסודית של ההסכם. נחשון פונה לבית משפט בבקשה לבטל את הערות האזהרה כיוון שהחוזה בוטל. בהמ"ש קובע שאין בטלות אוטומטית להערות האזהרה. בטלות הסכם הקומבינציה לא מובילה בהכרח לבטלות הסכם המכר ובהתאם גם הערות האזהרה לא ימחקו. מטרת ההערות היא להגן על הקונים ובטלות הסכם הקומבינציה לא שומטת את הקרקע מתחת לרגלי ההסכם. על הצדדים להיכנס למו"מ ולפתור את הסיטואציה.

חשוב לזכור שניתן להתנות על הערות ההזהרה. ניתן לקבוע שאם העסקה תיפול ההערות יימחקו וזה המצב השכיח קיום. במצב זה הקבלן ייתן בטוחה אחרת. ההתניה חייבת להיות בלשון מפורשת.

בפס"ד בורשטיין נ' חודד היו רוכשים מאוחרים שרכשו דירה בעסקת קומבינציה. במצב זה כל הקונסטרוקציה של המחאת זכויות באה לידי ביטוי- ברגע שרוכש דירות ממחה את זכויותיו הלאה גם הרוכש המאוחר זכאי להגנות. פס"ד זה הכשיר את הדיון בהמחאת זכויות.

שכירויות מקרקעין ומיטלטלין

ס' 22 לחוק השכירות והשאילה- העברת שכירות.

זהו אחד ההיבטים הקוגנטים היחידים של חוק השכירות והשאילה המדבר על העברה של שכירויות. א' שוכר נכס ורוצה להעביר אותו לב'. ההעברה יכולה להיות בשתי צורות:

1. בהמחאה- ב' נכנס לנעלי א' וא' יוצא מהתמונה.
2. שכירות משנה (סאבלט)- א' משכיר את הדירה לב'. במצב זה יש מערכת של סדרה של שני חוזים.

המוקד של ס' 22 הוא היכולת לעשות את הפעולות האלה. הכלל בס' 22 אומר שלא ניתן להעביר שכירות ללא הסכמת המשכיר. אבל אם המשכיר מסרב מטעמים לא סבירים נכנס לתוקף הכלל הבא: אם הסכם השכירות שותק לגבי העברת שכירות במקרקעין יש סעד עצמי ומותר להעביר את השכירות ללא הסכמת המשכיר. אם הסכם השכירות לא שותק לגבי יכולת ההעברה- אם מדובר במקרקעין חייבים לפנות לבית משפט ויש לו שיקול דעת להחליט מה ייעשה למרות מה שכתוב בהסכם.

במיטלטלין הכלל אומר שבלי קשר לשאלה אם יש או אין התניה חייבים לפנות לבית משפט ויש לו שיקול דעת בנושא.

איך מכריעים בשאלה אם ההתנגדות מטעם סביר או לא? הפס"ד המרכזי הקובע את ה הוא פס"ד מ"י נ' וויס. בפס"ד זה אומר בית המשפט שכדי שסירוב יהיה סביר חייב להיות לו טעם הוגן, מוצדק וממשי. בפס"ד דובר על נכס שהושכר לאנשים שגרו בשטח בית הספר במשק חקלאי ובחוזה היה התניה לצורך באישור מנהל מקרקעי ישראל. בהמ"ש קבע שהסירוב של המנהל היה מוצדק כיוון שמטרת הדירות היא לשמש את המורים. בהמ"ש מסתכל על יחסי הכוחות, אורך תקופת השכירות והתנהגות הצדדים. טעמים סבירים יכולים להיות מצבו הכלכלי של השוכר ותקנות ציבור (אנשים בעייתיים כמו נרקומנים ועבריינים).

הבחנה בין שכירות לבעלות במיטלטלין

פס"ד טיפול שורש מבחין בין בעלות לשכירות במיטלטלין. ליסינג תפעולי הוא לרוב שכירות רכב ארוכת טווח וליסינג מימוני האו בעצם הלוואה ארוכת טווח לרכישת רכב. השאלה אם ליסינג מימוני הוא שכירות או שמא עסקת מכר + הלוואה. פס"ד טיפול שורש עסק בשאלה הקריטריונים להבחנה בין ליסינג תפעולי למימוני. בפס"ד הש' אור מונה 6 שיקולים כדי להחליט אם מדובר בשכירות או מכר+ הלוואה:

1. בוחנים מה היחס בין התשלום התקופתי ובין שווי השוק של דמי השכירות של הנכס. ככל שהתשלום התקופתי לא משקף שווי שוק הדבר יחליש את אופי השכירות של העסקה.
2. היחס בין שווי השוק הנוכחי של הנכס ובין ההיוון של זרם התשלומים ובין ההיוון של זרם התשלומים התקופתי ע"פ ההסכם. אם ניקח את כל התשלומים שנשלם לאורך התקופה והדבר יהיה קרוב לשווי השוק הדבר יחזק את אופי המכר של העסקה ולא עסקת שכירות.
3. האם יש אופציה לרכוש את הנכס בסוף התקופה ומה גובהה. ככל שהתשלום בסוף העסקה מינימאלי כך מתגברת ההנחה שמדובר במכר.
4. מספר הצדדים לעסקה- האם בין בעל הנכס לשוכר קיים גורם ביניים שעניינו מתן כסף. נוכחות גורם מממן מחזקת את ההשערה שמדובר במכר.
5. מהם השיקולים שהביאו את מקבל הנכס לכרות את ההסכם.
6. מה נסיבות כריתת העסקה לגבי כלל הצדדים.

שעבודים

החיקוק המרכזי בנושא שעבודים הוא חוק המשכון. החוק מגדיר משכון כשיעבוד של נכס כערובה לחיוב והוא מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב.

יש 3 רכיבים מרכזיים לעסקאות משכון:

1. יש חייב שחייב חיוב כלשהו לנושה.
2. החייב משעבד נכס כערובה לקיום החיוב שיוצר למעשה את הזכות הקניינית. הופכים את החוב הכספי לחוב קנייני פומבי דרך נכס שמבטיח את קיום החיוב.
3. השעבוד משמיע אפשרות לנושה להיפרע מהנכס.

מוסד המשכון נותן שורה של יתרונות:

1. משכון מקטין סיכונים- ברגע שנותנים נכס כערובה לחיוב, תנאיי הסכם הלוואה יהיו קטנים יותר כיוון שהוא מקטין את הסיכון של הנושה. בנקים נותנים ריביות גבוהות לעסקאות בלי משכונים.
2. נושה ירצה שיהיה לו בטוחה בשביל היכולת להיפרע מהנכס עצמו אם חלילה יש כישלון של עסקת היסוד. בנוסף, יש זכות להיפרע מהנכס לפני נושים אחרים. יכול להיות שיהיו נושים רבים אך הנושה של נכס ספציפי יהיה הראשון להיפרע ממנו. השעבוד החזק ביותר הוא שעבוד שנוצר בתנאים שמטרתם רכישת נכס והנכס המשועבד הוא הנכס שלשמו נלקחה ההלוואה (שסל"ן- שעבוד ספציפי לרכישת נכס).
3. מוסד המשכון טוב לחברה בכללותה כי הוא מאפשר חיי מסחר תקינים ומאפשר קיום עסקאות יעילות, בטוחות ומהירות.

הסוואת משכון

ס' 2ב לחוק המשכון אומר שהוראות החוק יחולו על כל עסקה שמטרתה יצירת משכון או בטוחה. בסופו של יום משכון חשוב כדי לנצח נושים אחרים שירצו לשים יד על הנכס. יש תופעה שנקראת תניית שימור בעלות אשר נפוצות בעסקאות ספקים. בפס"ד קולומבו- קולומבו מכרו צעצועים לחברת מאמא יוקרו ובחוזה נאמר שכל עוד מאמא יוקרו לא מצליחה למכור את הצעצועים- הבעלות עליהם שייכת לקולומבו. לא תמיד לקונה יש אפשרות לקנות את הסחורה מראש ולכן משלמים רק על מה שהם מסוגלים למכור. מאמא יוקרו מסתבכים והנושים מחפשים נכסים של מאמא יוקרו. האם הצעצועים יכולים לשמש את הנושים לפירעון או שהצעצועים שייכים למאמא יוקרו. מתחילה תחרות בין קולומבו לנושים ונשאל מה התוקף של תניית שימור בעלות. בהמ"ש קבע שכל חוזה בעל תניית שימור בעלות הוא למעשה חוזה חשוד שמסווה הסכם של משכון וצריך בהקשר זה לומר שאם רוצים לעשות הסכם משכון יש לעשותו בצורה ברורה. בהמ"ש אומר שמה שהצדדים באמת ניסו לעשות זה מכר והבטחת נכסים. המהות האמתית של התנייה היא הסוואת משכון בצורת שסל"ן. אם המהות האמתית של העסקה היא משכון ולא נרשם שעבוד ההסכם לא יהיה תקף כלפי נושים לפרעון, הצעצועים שייכים למאמא יוקרו ונושים אחרים יכולים להיפרע מהם. בהמ"ש לא מכבד את החוזה. הניסיונות להצדיק את הלכת קולומבו נעשו ממספר סיבות:

1. ניסיון לתת תוקף להיבטים כלכליים ומסחריים של עסקה. יש מסגרת של חקיקה וזכויות ואין להמציא מחדש הסדרים שלא נתנו בחקיקה.
2. בית המשפט אומר שיש משמעות לס' 2ב לחוק המשכון אשר מחייב את בהמ"ש לבחון את ההיבט האמתי של ההסכמים.
3. בהמ"ש מנסה לעשות מאזן מצוקה בין הנושים ואומר שחוק המשכון מחייב פומביות במצבים בהם נכס משמש כמשכון ואי עשיית הפומביות הזו פוגעת בצדדים שלישיים.

פס"ד קידוחי הצפון הפך את ההחלטה בגלל מספר ביקורות מרכזיות:

1. פגיעה בפרקטיקה מסחרית- תניית שימור בעלות היא פרקטיקה רווחת בחוזי ספקים והלכת קולומבו מייקרת עסקאות כיוון שמבטלות את תוקף התניה.
2. חוסר מעשיות- יש בעיה מעשית קשה למכור משכונות על מלאי שלא מצליחים למכור. איך אפשר לרשום איזה נכס ממושכן ואיזה לא? לא ניתן לדעת מה נמכר ומה עתיד להימכר. הדבר כרוך בעלויות גבוהות כשמדובר במלאי בנפח גדול.
3. רישומי שעבודים צפים (שעבוד על כל המלאי) בעייתי כשמדובר בסחורות שהתחלופה שלהם גדולה ורלוונטי רק לגבי חברות.
4. יש פגיעה בזכות הקניין- אימוץ הלכת קולומבו פוגעת בזכויות קנייניות. ס' 33 לחוק המכר מאפשר לקבוע מועד אחר להעברת בעלות של נכסים והלכת קולומבו רומסת את החוק.

הלכת קידוחי הצפון אומרת שיש לפרש את הלכת קולומבו בצורה מצומצמת ולתניות השימור יש תוקף. הכיוון הוא לכבד תניות שימור אלא אם באמת ברור שמדובר בניסיון להסוואה.

ס' 4(1) לחוק המשכון אומר שככל שיש דין ספציפי המסדיר את כוחו של המשכון יחול דין ספציפי- דינים אלה קיימים בדיני חברות וחוק המקרקעין. ס' 4(3) לחוק המשכון אומר שאם הייתה ידיעה אין צורך ברישום.

משכון מקרקעין מוסדרים יעשו במרשם המקרקעין ומקרקעין לא מוסדרים ברשם המשכונות.

ניתן למשכן נכס יותר מפעם אחת ככל ששווי הנכס יאפשר זאת. לפי ס' 6 משכונות נרשמים לפי דרגה- המשכון הראשון שירשם הוא הראשון שייפרע.

שיעור מתרגלת 1- בתים משותפים

בתים משותפים- פתרון תרגיל 1 (ללמוד את זה יחד עם המצגת)

(שיעור של המתרגלת- יפעת נחמיאס)

פתרון נכון של שאלה IRAC

I - ISSUE נושא

R- RULE מה הכלל המשפטי

A- APPLICATION יישום הנושא על הכלל

C- CONCLUSION מסקנה.

מומלץ לסמן את הנושאים הרלוונטיים ולציין מה ההנחות עליהם התבססנו.

יש לציין הנחות עבודה ומה היה קורה אילו ההנחה הייתה שגויה!

סוגיות

* כינוס האסיפה

שאלה: האם אסף יכל לכנס אסיפה בטווח הזמנים הקצר בו הדבר נעשה.

כלל: מתוך תוספת לחוק המקרקעין (התקנון המצוי)

 5. אסיפה כללית רגילה

(א) בעלי הדירות יקיימו אחת לשנה אסיפה כללית לשם קביעת דרכי ניהולו של הרכוש המשותף והשימוש בו, קביעת ההוצאות הכרוכות בכך, מינוי נציגות, אישור החשבונות והסדר העניינים האחרים הנובעים מהשכנות בבית המשותף.

(ב) הנציגות תקבע את מועד האסיפה הכללית ותועיד אותה; האסיפה הראשונה תתקיים תוך שלושה חדשים מיום רישום הבית בפנקס הבתים המשותפים; לאחר זאת תתקיים האסיפה לא יאוחר מחמישה עשר חודש מיום האסיפה הקודמת.

 6. אסיפה כללית שלא מן המנין

(א) נוסף על האסיפות הכלליות לפי סעיף 5 רשאית הנציגות להועיד אסיפה כללית כל אימת שהדבר ייראה לה, והיא חייבת להועידה, אם דרשו זאת בעליהן של שליש מן הדירות לפחות.

(ב) לא הועידה הנציגות אסיפה תוך ארבעה-עשר יום מהיום שהוגשה לה דרישה כאמור בסעיף קטן (א), רשאים בעלי הדירות שדרשו זאת להועיד את האסיפה.

 7. כינוס אסיפה

(א) הודעה על מועד קיומה של אסיפה כללית ומקומה תימסר לבעלי כל הדירות ארבעה ימים לפחות לפני המועד.

(ב) הודעה שהוצגה במקום בולט על פני הבית המשותף או בתוכו, רואים אותה כאילו נמסרה לכל בעל דירה יום אחד לאחר שהוצגה.

יישום-

כיוון שמדובר באסיפה שלא מן המניין ס' 5 לא רלוונטי. אסף לא מהווה שליש מבעלי הדירות כנדרש ע"פ ס' 6 והוא פרסם את הישיבה 3 ימים לפני ולא 5 ימים כפי שדורש ס' 7 (בפרסום ע"י הודעה). אי לכך האסיפה לא חוקית.

* הצמדת חלק מהגינה לצורך בניית מרחב מוגן לדירתו של אסף
* הפעלת קייטנה
* תרומה לביתו של דן
* הרטיבות בדירה של בני
* מכירת/ השכרת החניות
* הצבת דוד שמש בגג
* הצמדת הגן לדירתו של יותם

סיכום חומר עזר בנושא בתים משותפים (סיכום שלי)

הבית המשותף הוא מוסד מיוחד שכן הוא כולל בעלות ייחודית בדירות לצד בעלות משותפת ברכוש המשותף. הש' חשין בעניין צ'ודלר טען שזכות הבעלות בדירה היא מיוחדת כיוון שהיא מוגבלת בזכויות השוכנות בסביבתה. לעומתו פרופ' דויטש אינו מסכים להבחנה משמעותית בנושא זה ולדעתו הרעיון של יצירת תת חלקות נועד שבעלי הדירות ייהנו מבעלות בנפרד. ס' 54 לחוק המקרקעין אומר שבעלות דירה בבית משותף הינה נושא נפרד לבעלות, זכויות ועסקאות. לדעת פרופ' דויטש ההסתכלות על דירה כתת חלקה ולא כחלקה בפני עצמה מחלישה את הזכות הקניינית ולכן יש להסתכל על בעלות דירה כשווה לבעלות רגילה של קרקע.

**דירה מול רכוש משותף**

בהתאם לס' 52, בית משותף מורכב מדירות ומרכוש משותף. אי לכך כל מה שהוא לא דירה נחשב לרכוש משותף (מעלית, מקלט, קרקע, גג, קירות חיצוניים ועוד). מי שטוען שחלק מסוים הוא רכוש משותף ולא דירה צריך לעשות זאת ע"י תביעה לשינוי צו הרישום של הבית. כך לדוג' בפס"ד אתגר נטען שחדר הבקרה הוא חלק מהרכוש המשותף למרות שנרשם כדירה. בהמ"ש דוחה את העתירה כיוון שהמבחן המכריע לקיום דירה הוא מבחן הייעוד ולא המציאות בשטח. אי לכך גם שטח פתוח שצמוד לדירה ונועד לשמש אותה יחשב כחלק מהדירה. ע"פ הס', דירה היא תא, חדר, מערכת חדרים או תאים שנועדו לשמש יחידה שלמה ונפרדת למגורים, עסק או כל צורך אחר. מבחן זה אינו ברור. כך לדוג' בפס"ד גוב ארי דובר על מחסנים שנועדו לשמש את דיירי הקומה הרביעית אך הקומה לא נבנתה. הדיירים טענו שמדובר ברכוש משותף והקבלן טען שזוהי דירה עקב ההגדרה- לכל צורך אחר. בהמ"ש קבע שהמחסנים לא נועדו להיות יחידה נפרדת אלא לשמש את הדיירים ועל כן הם חלק מהרכוש המשותף. לדעת פרופ' דויטש ס' 52 לא קובע מתי נקבע הייעוד ולכן היה לתת את המחסנים לקבלן. בנוסף לא הוגן שהדיירים יקבלו תוספת לרכוש המשותף מבלי ששילמו על כך.

המשמעות של קביעת נכס כדירה או בית משותף קריטי לשם יכולת הצמדת מתקנים כמו חניות. בפס"ד אתגר הקבלן רשם את חדר הבקרה כדירה לשם הצמדת חניות בהם יוכל לסחור. בהמ"ש קבע כי רכוש משותף יכול להיות בדירה פרטית וכיוון שהחדר לא הוגדר כשטח משותף בתוכניות הבניה או לאחריה ניתן להגדיר שטח זה כדירה.

בית משותף

ס' 52 אומר כי בית משותף הוא בית בו 2 דירות או יותר ונרשם בפנקס הבתים המשותפים. על אף שישנה דרישה לרישום לצורך קביעת בית משותף, כיוון שיש בתים רבים שראויים להירשם ולא נרשמו בפנקס, מרבית החוקים בנושא נמצאים תחת פרק שכותרתו "בתים שאינם רשומים כבתים משותפים". בכך עמעם המחוקק את דרישת הרישום. ס' 142 קובע כי בית הראוי להירשם בפנקס הוא בית בו ניתן לזהות שבו יש יחידות נפרדות. נשאלה שאלה האם אפשר לרשום שני בתים הנמצאים באותה חלקה ואין חיבור ממשי בניהם? ס' 142ב קובע כי הדבר לא אפשרי- החלקה לא ניתנת לחלוקה. הוראה זו חלה גם כאשר בית בנוי על מספר חלקות ואין אפשרות להפריד בין הבתים- נראה בבית כבית משותף. עם זאת, ס' 142ג מאפשר להתייחס לשני בתים נפרדים כבית משותף אם יש להם מתקנים משותפים שהם חולקים.

ס' 59 עוסק גם הוא בבית משותף מסוג מיוחד- בית בו יש אגפים או מתקנים נפרדים. במצב אין סיבה שכל דיירי הבניין ינהלו את כל הבניין שכן יש חלקים ממנו שכלל לא רלוונטיים אליהם (כניסות נפרדות, גרמי מדרגות או מעליות נפרדים וכדומה). במצב זה, ניתן לקבוע בתקנון ברוב של שני שליש כי כל אגף יוצמד לדירות הרלוונטיות וינוהל בנפרד. אם דיירים לא מגיעים למסקנה זו בעצמם, רשאי המפקח על הבתים המשותפים לעשות זאת בשבילם. פעולה זו ע"י המפקח תהה הפקעה של חלק מהרכוש המשותף אך מצד שני כוח ההשפעה של כל דייר לגבי הנכסים המשותפים הקשורים אליו גדל. כך למשל, אם בבית המורכב היו תשעה דיירים שמחולקים לשלוש כניסות. כעת במקום שיהיה לו 1/9 מהרכוש המשותף הכללי (בהנחה שגודל הדירות דומה) אזי כעת יהיה לו 1/3 מהרכוש המשותף אך רק ביחס לכניסה שלו. הפקעה זו מוצדקת, שכן במקום שיהיה לו כוח משפטי ביחס לחלקים שאין לו עניין אמיתי בהם, יהיה לו כוח גדול יותר אך רק לגבי השטח שהכי מעניין אותו.

אחוזי בניה הינם נכס משותף. זהו שטח הקרקע שלא נוצל והוא חלק מהרכוש המשותף. בהסכמת כל הדיירים אפשר למכור את האחוזים לאחד מבעלי הדירות. אחוזי הבנייה הם נכס משותף אך לא רכוש משותף.

בעל דירה

בס' 52 בעל דירה מוגדר כחוכר לדורות, חוכר משנה לדורות או בעלים. המחוקק מכיר בכך שחלק ניכר מהדירות בארץ לא מוחזקות ע"י בעלים אלא ע"י חוכרים. ס' 62ב מדבר על התקנון וקובע כי בהקשר התקנון בעל דירה הוא המחכיר (הבעלים), החוכר לדורות או החוכר חכירת משנה לדורות. יש לכך 2 פרשנויות אפשריות: (א) משווים את כוחם של החוכרים לבעלים ונותנים להם זכות הצבעה. מי שיחשב לבעל הדירה הוא בעל הזכות. (ב) לשלושה יש קול אחד בלבד ויש עדיפות לבעלים. אם הבעלים מוותר על זכותו היא תעבור לחוכר לדורות ולאחר מכן לחוכר חכירת משנה.

**ישנם 3 סוגי בקשות לרישום בית משותף:**

1. בקשה לרישום בית משותף

ס' 143 לחוק המקרקעין קובע שניתן לרשום בית כבית משותף בהסכמת חצי מבעלי הדירות. אם אדם חוכר לדורות האו צריך לבקש את הסכמת הבעלים, בחכירת משנה צריך את הסכמת החוכר. כאשר רושמים בית משותף יש להתאים את רישום הזכויות ביחס למקרקעין. ס' 144 קובע את הכללים ביחס לכך:

144א. אם על הבית יש שכירות רשומה, יש לרשום את שכירות תואמת בפנקס. אם הדירה הייתה מוחכרת ערב הרישום ניתן לרשום לטובת הזכאי זכות בעלות. זהו מסלול רישומי ישיר ללא צורך בקיום עסקה חדשה

144ב. עקב **עקרון האחדות** (הכלל שבסעיף 13 לפיו לא ניתן לבצע עסקה בחלק ממקרקעין), במצב שבו יש משכנתא, המשכנתא תירשם על הנכס כולו או כעל כל חלקו של אחד השותפים.

144ג. במצב של משכנתא על שכירות יש לרשום את שניהם לפי ס' א וב.

144ד. אם קיימת זיקת הנאה (שכמובן יכולה להתקיים על חלק מהקרקע בשונה מכלל האחדות) יש לבדוק את הזיקה לפי עניינה ולרשום אותה בהתאם. לדוג' זיקת הנאה ביחס לכל הדירות, חלק מהדירות, סוג בני אדם וכדומה.

144ה. יש להתאים הערות אזהרה בין המצב שלפני הרישום למצב שאחריו.

תופעת ההצמדה

הצמדה מתמטית

לפי ס' 55א הצמדה מתמטית לכל דירה מתקיימת באורח טבעי מכוח החוק או התקנון ביחס לחלק בלתי מסוים מהרכוש המשותף. לפי ס' 57א השיעור של הזכויות הצמודות לכל דירה הוא ע"פ השיעור היחסי של שטח הרצפה של כל דירה לעומת כלל שטח הרצפה של הדירות בבית. ס' 57ב קובע ששטח הרצפה לא יכלול מרפסות וקירות חיצוניים אלא אם יקבע אחרת. ניתן לשנות את הדרישה היחס בתקנון אך הדבר מחייב הסכמה של כל הדיירים.

הצמדה פיזית מצמידה רכוש מסוים לדירתו של פלוני. הדבר מגדיל אוטומטית את ההצמדה המתמטית של אותו נכס ובכך את חלקו של פלוני ברכוש המשותף. להגדלה זו יש יתרונות ביכול שינוי התקנון ע"י רוב בעלי הדירות ובעלי הרכוש המשותף אך יש לכך גם חסרונות בכך שיש התאמה בין הבעלות ברכוש המשותף להוצאות ההחזקה שלהם. מאחר שבעלי הדירות לא תמיד ערים למשמעויות של הצמדה ס' 57ג קובע שהתייחסות לשטח מוצמד מבחינת השפעתו על הרכוש המשותף תיקבע בתקנון ובמידה ולא נקבעה תוחלט ע"י המפקח על הבתים המשותפים.

ההצמדה המתמטית של השטח המשותף נלוות לדירה וחל עליה עיקרון הטפלות- לפי ס' 55ב לא ניתן לעשות עסקה בדירה במנותק מהשטח המשותף ולא ניתן לעשות עסקה בשטח המשותף בנפרד מן הדירה. מתעוררת השאלה האם ניתן להעניק זכות שימוש ברכוש המשותף לצד זר או אפילו לבעל דירה אחר. כך למשל אם יש 10 דירות ו10 חניות בהצמדה מתמטית ודייר אחד רוצה לעשות עסקה בזכות שימוש עם אדם אחר. הפרשנות לס' 55ב צריכה להיות מרחיבה כך שתאסור גם הענקת זכות שימוש. מטרת האיסור היא שזכויות דירה מסוימת לא יפגעו. עם זאת ס' 57א מאפשר לקבוע שיעור שונה מהצמדה מתמטית לפי שטח הדירה אך הדבר צריך להיעשות בהסכמת כל הדיירים.

כדי לא להעביר לגמרי את הבעלות בחלק מהרכוש המשותף אפשר להקנות רק זכות שימוש והחזקה בחלק מהרכוש המשותף כמו למשל חניות באמצעות החלטה של האסיפה הכללית או שינוי התקנון.

הצמדה פיסית

הצמדה פיסית של חלק מהרכוש המשותף יכול להיעשות באמצעות התקנון. רישום באמצעות התקנון הוא השלב הקנייני של העברת הבעלות בחלק המוצמד מבעלות משותפת לבעלות ייחודית של בעל הדירה. עולה השאלה האם ניתן להצמיד רכוש מסוים לכמה דירות (כמו לדוג' גג או מעלית). לכאורה לא ניתן לבצע זאת כיוון שהצמדה פיסית היא ביחס לדירה ספציפית ואף ס' 55ב מדבר על "דירה פלונית" ולא "דירות פלוניות". עם זאת כיוון שאין נימוק ענייני לאיסור, סבור פרופ' דוויטש שיש לאפשר זאת. בפס"ד מ"י נ' מרקוביץ בו דובר על הצמדת מטבחון למשרדים העיר בהמ"ש שאין מניעה מהצמדה שתיעשה למספר דירות. ברם, עולה השאלה כיצד ניתן להתגבר על כלל האחדות? פרופ' דוייטש מציע 2 פתרונות:

(א) לפי ס' 62א1 למרות שדינו של החלק המוצמד הוא כדין הדירה, הוא מהווה נושא נפרד לעריכת עסקאות משאר הדירה כלפי דיירים אחרים. אם אין בעיה של כלל האחדות וניתן להעביר את הבעלות על הנכס ניתן לטעון שאפשר גם לשתף בעלות תוך כדי הותרת שאר הדירה בבעלות נפרדת.

(ב) הצמדת החלק המוצמד לדירה אחת, והחכרת חלקים בלתי מסויימים לשאר בעלי הדירות, תוך כדי הישארות המחכיר בתמונת ההחזקה. מצב זה אפשרי רק אם אנו מכירים בהישארות המחכיר בתמונת השליטה בהחכרה שמקנה זכויות ייחודיות לשוכר.

ס' 55ג יוצר הגבלה על חלקים שלא ניתן להצמיד לדירה ומונה חדרי מדרגות, מעליות, מקלטים ומתקנים המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות. עולה שאלה בדבר כוונת הסייפא של הסעיף. האם הכוונה לפריטים המנויים בס' וכל מתקן שמיועד לשמש את הדיירים או הכוונה לפרטים המנויים בס' ומתקנים בתנאי שהם משתמשים את כל הדיירים. בפס"ד מרכוס דובר על הצמדת מעלית לדירות בטענה שזאת מיועדת לשימוש חלק מבעלי הדירות בלבד. בהמ"ש השאיר שאלה זאת בצריך עיון. לדעת דויטש אין סיבה לשלול את אפשרות כל עוד הדבר נעשה בהסכמת כל בעלי הדירות.

הצמדה פיסית יכולה להיעשות כבר בשלב העסקה עם הקבלן ע"פ קריטריונים נוקשים שמציב ס' 6א לחוק המכר (דירות) ויכולה להיעשות ע"י בעלי הדירות בכל שלב ביוזמתם.

התחייבות לבצע הצמדה פיסית באמצעות תקנון היא התחייבות לעשיית עסקה המבקשת להחיל עליה את דיני התחרויות במצב בו יש בעל דירה שזכאי להצמדה ובעל דירה שהצמדה זו לא מוזכרת בחוזה שלו ועל כן מבחינתו מדובר ברכוש משותף. בפס"ד פומרנץ החיל בהמ"ש את דיני התחרויות אך פרופ' דויטש טוען שלא היה צריך לעשות זאת. הסכמה על הצמדת רכוש לדירה טעונה הסכמה של כל הדיירים והדבר צריך להופיע בכל החוזים. במידה והדבר לא נעשה אין הסכמה מוחלטת ואין תוקף להצמדה.

עצם הצמדת שטח מסוים לדירה לא כוללת איתה את אחוזי הבניה. אלה עדיין נחשבים כנכס משותף וצריך את הסכמת כל הדיירים כדי לנצלו.

היתר בניה מצביע על כך שהבניה חוקית מבחינת תקנון התכנון והבניה. עדיין יש צורך בהסכמת כל הדיירים לשם הצמדת השטח לדירה מסוימת ואפשרות להרחיב אותה. אי לכך לכל דייר יש זכות וטו. דבר אשר יכול לעקב הרחבת דירות ביחוד בתקופה של מצוקת דיור. לפיכך חוק המקרקעין תוקן ונוצר ס' 71ב על פיו על אף דרישת הסכמת כל הדיירים שנמצאת בתקנון המצוי, רשאים מי שבבעלותם 3/4 מהדירות ו2/3 מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם להוציא חלק מסוים מהרכוש המשותף ולהצמידו לדירה פלונית לשם הרחבת אותה דירה. במצב בו פלוני ביקש הצמדת שטח לשם הרחבה אך לא עשה זאת בפועל, מציע דויטש להשתמש בדיני הטעות וההטעיה שבחוק החוזים כך שכל בעל דירה יוכל לשלוח הודעת ביטול לבעל הדירה שאליה הוצמד השטח וזה יחויב להחזיר את השטח לרכוש המשותף. לדעת מרים דרך נוספת יכולה להיות קיום תנאי מתלה בחוזה על הצמדה זו שבמידה ובעל הדירה לא יבצע את ההרחבה תוך זמן סביר, תתבטל ההצמדה.

ס' 71ב שומר על שוויון בין בעלי הדירות במספר דרכים- (א) ע"פ 71ב(א) בעל דירה שחלק הוצמד אליה לא יוכל לנצל את אחוזי הבנייה מעבר לחלקו כך שלבעל דירה אחר יהיה פחות. ע"פ ס' קטן ד במידה ויחרוג יהיה חייב לשלם תשלומי איזון לדייר שאחוזי הבנייה שלו נפגעו. (ב) ס' קטן ג קובע שאם אין הסכמה בדבר תשלומי האיזון הם יקבעו ע"י שמאי ואם אין הסכמה בבחירת שמאי יבחר שמאי ע"י המפקח על הבתים המשותפים. (ג) ס' קטן ג אומר שבעל דירה שדירתו הורחבה יראה כמסכים לכל בקשת הרחבה של דיירים אחרים. זאת כדי למנוע סירוב לאחר הסכמתם. ס'71ד מאפשר להתנות על סעיפים אלו בתקנון ע"י רוב רגיל לעריכת תקנון (2/3).

למרות שס' 55ג לחוק המקרקעין קובע שדינו של החלק שהוצמד כדין הדירה שאליה הוא הוצמד, אין הדבר כך תמיד. בס' 62א1 נקבע שניתן להעביר חלק מוצמד מבלי צורך בהסכמת הדיירים האחרים. ההגבלה היחידה היא צורך בבקשה לתיקון צו רישום לפי ס' 145. ס' 62א1 מהווה חריג לכלל האחדות ומדבר רק על העברת בעלות.

2. בקשה לתיקון צו רישום- ס' 143 לחוק המקרקעין

תקנון הבית המשותף

ס' 61 קובע מהם העניינים אשר צריכים להיכלל בתקנון המוסכם- הסדרת היחסים בין בעלי הדירות בנוגע לחובותיהם וזכויותיהם בנוגע לבית המשותף. זוהי הגדרה רחבה מאוד.

ס' 62 קובע מהו הרוב הדרוש לעריכת שינוי בתקנון ובהתאם אליו קיימים 3 סוגי החלטות:

א. החלטות רגילות- נדרש רוב של בעלי הדירות ש2/3 מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם.

ב. כאשר מדובר בשינוי זכויות של בעלי דירות או הטלת חובות או תשלומים על בעלי הדירות מסוג או בשיעור שלא פורשו בחוק המקרקעין נדרשת מלבד הרוב של בעלי הדירות שיש להם שני שליש מהרכוש המשותף, גם הסכמתם של בעלי הדירות הנפגעים.

ג. כאשר מדובר בהצמדה של חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה פלונית נדרשת הסכמת כל בעלי הדירות.

בפס"ד טרוצקי נ' דיין אומר בהמ"ש שלבעל זכות מעין קניינת לזכות הבעלות יש זכות לתת הוראה לבעלים כיצד להצביע. דוטיש ממליץ להגביל את הכוח למצב בו החלק הארי של התמורה עבר ולהחלטות הנידונות יש אופי משמעותי לתקופה שאחרי מסירת הנכס. באופן דומה שוכר יכול להורות לבעלים כיצד להצביע בתקופת השכירות.

3. ביטול רישום בית משותף- ס' 146 לחוק המקרקעין

המפקח רשאי להורות על ביטול בית משותף אם כל בעלי הדירות ביקשו את הביטול או שהבית אינו ראוי עוד להיות רשום כבית משותף והמפקח הודיע על כוונתו לבטל את הרישום ונתן לדיירים הזדמנות להשמיע את טענותיהם.

**מתקנים ברכוש המשותף**

מוסד בס' 59א-59ז לחוק המקרקעין.

כל בעל דירה רשאי להתקין דוד שמש, להתנתק ממערכת חימום מים או הסקה, לבצע התאמות לאדם עם מוגבלויות באופן שלא מונע מאחרים שימוש סביר ברכוש המשותף, לדרוש שבבניין שיש בו יותר ממעלית אחת תופעל מעלית שבת.

החלפת ספק גז טעונה הסכמה בכתב של יותר מ-1/2 מבעלי הדירות.

התקנת מעלית טעונה הסכמת בעלי הדירות שבבעלותם 2/3 מהדירות.

**בית משותף שנהרס**

מוסדר בס' 60 לחוק

אם נהרס בית משותף רשאים בעלי הדירות ש3/4 מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם להחליט להקים אותו מחדש. במידה ודייר מסרב להקמה מחדש, רשאי המפקח לצוות על אותו אדם להעביר את זכותו בדירה לאחר תוך מועד שלא יפחת מ6 חודשים. אם בעל הדירה לא העביר את זכותו רשאי המפקח לצוות על רישום הזכות לטובת מי שהציעו המשקמים, באין הצעה מי שיקבע המפקח וכל זאת לאחר שישולם שוויה של הזכות. אם יהיו חילוקי דעות בנוגע לשוויה של הזכות יקבע השווי ע"י המפקח לאחר קבלת חוות דעת משמאי.

**זכות הבניה**

זכויות בניה, מדברות על אפשרויות הבניה והניצול המוקנות על ידי החוק באשר לקרקע כלשהי. כדי להיות בעל זכויות הבניה חובה להיות בעל הזכויות בנכס. אחוזי בניה שהינם חלק מזכויות הבניה מוגדרים, כיחס בין השטח הכולל המותר לבניה במגרש לבין שטח המגרש כולו. למשל, מגרש שגודלו 1,000 מ"ר בעל זכויות בניה של 140% ניתן לבנות עליו עד 1,400 מ"ר (ישנם מקרים בהם אחוזי הבנייה הם מעל ל-100% משטח הקרקע). בפס"ד לווינהיים נ' שוורצמן נקבע שהצמדת גג לדירה מסוימת אינה מקנה זכות בניה. הדבר צריך להיות מצוין מפורשות בתקנון.

**בתים שטרם נרשמו בפנקס הבתים המשותפים**

ס' 77ב קולט את מרבית הסעיפים הדנים בבתים משותפים מחיל אותם על בית משותף שטרם נרשם. בית משותף שלא נרשם מהווה יחידה קניינית אחת ולכן לא ניתן להוציא לפועל את ס'54 שמהווה חריג לס' 13.

הוראות על רישום תקנון לא חלות על בית שלא נרשם כבית משותף שכן תקנון נוגע רק לבתים משותפים. ס' 77 קובע שבית יתנהל לפי התקנון המצוי. אי לכך לא ניתן לקבוע תקנון מוסכם.

**נציגות בית משותף**

עם רישום בית משותף יקבע המפקח נציגות זמנית בהתאם להמלצת בעלי הדירות.

נציגות קבועה תמונה לפי הכתוב בתקנון.

המפקח יכול למנות נציגות במידה ואין המלצה של בעלי הדירות על נציגות ראשונה או שהנציגות הקבועה לא מתמנה או לא פועלת. במידה ובתקנון כתוב שנציגות תמונה ע"י האסיפה הכללית, חייב המפקח לאסוף את האסיפה לשם קביעת הרכב נציגות. במידה וגם לאחר כינון האסיפה לא נקבעה נציגות או שכינוס האסיפה לא מעשי יבחר המפקח נציגות בעצמו.

ע"פ פס"ד נציגות הבית המשותף נ' קדמת לוד בע"מ תפקידה של הנציגות הוא לטפל בכל העניינים הכרוכים בניהול פנימי ושוטף של הבניין ובעיקר בכל הנוגע לרכוש המשותף, אופן השימוש בו, החזקתו התקינה, ביצוע תיקונים וכדומה.

ס' 69 נותן לנציגות כשרות להיות צד לפעולות משפטיות שונות הקשורות לתפקידה. השאלה אם חלקים מהבית שייכים לרכוש המשותף אינם מענייניה של הנציגות אך היא יכולה לשמש כשלוחה של הדיירים מכוח חוק השליחות.

**יישוב סכסוכים**

ההכרעה בסכסוכים בעניינים הנוגעים לניהולו של הבית משותף היא בסמכות המפקח.

חריג: סכסוכים שעניינם הסגת גבול הם בסמכות מקבילה של המפקח ושל בית המשפט האזרחי המוסמך (השלום או המחוזי).

שיעור מתרגלת 2- שיתוף

שיתוף עוסק במצב בו לאנשים שונים יש בעלות משותפת בנכס. יכול להיות שכולם יראו עין בעין לגבי ניהול הנכסים ויכול להיות שיהיו חילוקי דעות ובעיות.

עמדת המשפט הישראלי הוא ששיתוף אינו רצוי. בפס"ד גן בועז נאמר שחיסול השיתוף במקרקעין הינו מטרה רצויה גם לטובת השותפים עצמם וגם לטובת פיתוח המקרקעין. בפס"ד דגני נאמר שמאז ומעולם לא חיבבו שיטות המשפט את השיתוף בקניין כיוון שהדבר גורם לסכסוכים ומריבות. אי לכך הקלו בהבאת יחסי השיתוף אל קיצם. ס' 34 ו37 לחוק המקרקעין וס' 10 לחוק המיטלטלין אומרים שבית המשפט יכול לפרק שיתוף. לדעת דגן שיתוף רצוי אך חייב כללי ברירת מחדל.

שלבי השיתוף במקרקעין

* 1. כניסה- מצוי בס' 29-30 לחוק המקרקעין. כאשר יש בעלות משותפת על מקרקעין כל החלטה שיחליטו הצדדים בדבר הניהול והשימוש במקרקעין תקפה. אם יכנס צד שלישי כשותף נוסף הוא לא מחויב לעסקה המקורית. לעומת זאת במידה ותנאי השותפות נרשמים במרשם הדבר יחייב גם צד שלישי. אם אין הסכם יש ברירת מחדל לניהול השיתוף, ע"פ הלכת אשורי מנשה נ' חיה לוי- אם צד שלישי ידע על ההסכם אך הוא לא נרשם אין הוא מחייב. לעומת זאת ס' 9(ג) בחוק המיטלטלין אומר שאם אדם ידע או היה עליו לדעת על הסכם הוא מחויב. זאת כיוון שאין רישום מיטלטלין.

* 1. משטר- מצוי בס' 27-28 ו30-36 לחוק המקרקעין. מדבר על איך נתנהל בזמן השיתוף. החוק מאפשר חופש פעולה רחב ורק בסיטואציות מסוימות יהיו לכך חריגים. הבעלות המשותפת היא בחלק בלתי מסוים. בפס"ד בוקובזה נ' הממונה על המרשם היה ניסיון לחלק את הנכס. בהמ"ש קבע שלעניין ניהול הנכס הדבר תקף אך לעניין הבעלות לא. הסכם השיתוף מחייב הסכמה של כל השותפים. החלטות ניהול מצריכות החלטה על בסיס רוב.

חריגים:

א. קיפוח המיעוט לפי ס' 30ב- בית המשפט יחליט אם התוצאה מהווה קיפוח המיעוט על פי נסיבות העניין.

ב. שימוש לא רגיל בנכס לפי ס' 30ג- ע"פ פס"ד זולבו נ' זיידה שימוש רגיל הוא עשיית כל הפעולות אשר טבעיות לפי מהותו של אותו נכס.

ג. פעולה בתו"ל- ע"פ ס' 39 ו61ב לחוק החוזים על פעולה להתקיים בתו"ל. עקרונות תו"ל מיובאים לעניין השיתוף.

ד. ס' 14 לחוק המקרקעין מדבר על דבר הגורם אי נוחות או נזק לאחר. בהמ"ש יבדוק מה קורה בנסיבות העניין.

ס' 31א קובע פעולות ששותף בודד יכול לעשות ללא הסכמת השותפים בניהם שימוש סביר. פס"ד וילנר נ' גולני מדבר על אישה שהיה לה חלק בדירה. בדירה התגוררו אשתו של אביה ובתה. האישה של האב נפתרה ואת זכויותיה קיבלו 2 הבנות שלה- אחת שהתגוררה בדירה ואחת שלא. הבת הביולוגית של האב שלא הייתה בדירה דרשה סילוק של אחותה כיוון שעקב הימצאותה שם לא מאפשר לתובעת ליהנות מחלקה בדירה. בית המשפט מנסה לקבוע מהו שימוש סביר. לדעת הש' בן פורת ובאך כל עוד לא הייתה מניעה לעשות שימוש זהה היא לא הפרה את הס' והשימוש שלה סביר. לעומת זאת הש' נתניהו בדעת מיעוט אומרת ששימוש סביר דורש מבחן אובייקטיבי של אי מניעה- רק אם השני מעוניין (ללא קשר ליכולת לקיים את השיתוף). יש לבדוק את נסיבות העניין.

סיכום דעת הרוב:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| שותף א | שותף ב | תוצאה |
| משתמש | לא מעוניין בשימוש | שימוש מותר ע"י א |
| משתמש | מעוניין בשימוש וא' לא מונע | שימוש מותר ע"י א + ב |
| משתמש | מעוניין בשימוש וא' מונע | שימוש אסור ע"י א |

דמי שימוש- ע"פ ס' 33 שותף שהשתמש במקרקעין משותפים חייב ליתר השותפים, לפי חלקיהם בקרקע, שכר ראוי בעד השימוש. פס"ד זרקא נ' סלמאן קובע שדמי שימוש יש לשלם רק כאשר א' מונע מב' להשתמש בקרקע. אי לכך, לכאורה, בפס"ד וילנר המתגוררת לא הייתה צריכה לשלם כלום לתובעת כיוון שע"פ דעת הרוב לא מנעה ממנה שימוש.

סיכום דעת הרוב:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| שותף א | שותף ב | תוצאה |
| משתמש | לא מעוניין בשימוש | אין חובת תשלום |
| משתמש | מעוניין בשימוש וא' לא מונע | אין חובת תשלום |
| משתמש | מעוניין בשימוש וא' מונע | חובת תשלום |

* 1. יציאה- מצויה בס' 37-45 לחוק המקרקעין וס' 10 לחוק המיטלטלין. המחוקק מסדיר את שלב היציאה באופן מפורש ולא מאפשר הגבלות מוחלטות ליציאה. המחוקק מעדיף שהיציאה תהה בהסכמה אך כאשר אין הסכמה, לפי ס' 39א, מבצעים חלוקה בעין אם הדבר אפשרי מבחינה תכנונית. חלוקה זו מותנית בכך שאפשר לחלק את הנכס. כך לדוג' אם יש דירה לא ניתן לקבוע כי כל אחד יקבל חדר וחלוקה בעין לא אפשרית. סייג נוסף ע"פ ס' 40א הוא קיומו של הפסד ניכר.

דרך שניה לפירוק יהיה רישום כבית משותף וזאת במידה ואכן מדובר בבניין דירות אשר ניתן לרשום כבית משותף ולכל אחד תהיה בעלות מסוימת בדירה שלו. לדוג' משפחה בה לכל אח יש קומה בבניין על קרקע בבעלות המשפחה ועקב ריב הם רוצים לפרק את השותפות.

ס' 40ב לא מאפשר שינוי על דרך המכירה אם נקבעה כזאת ע"י הצדדים. בית המשפט יכול לקבוע את דרך המכירה שנראית לו הכי צודקת בנסיבות העניין.