אתחיל בניתוח הזכות הקניינית אל מול הגישות השונות. אבקש לציין כי באופן טבעי, המשך הדיון מול המתנגדים יסוב פחות על טענות חוקתיות וחוזיות ויותר על מגבלות מכוח דין ומתודולוגיות שונות מתחום הקניין.

בבואנו לבחון האם זכות היא קניינית ואכן מקבלת תוקף לפי חוק[[1]](#footnote-1), ניזכר בטענת השופטת **כהן** בפס"ד **בן-חמו**[[2]](#footnote-2) כי יש להכריע כל מקרה לגופו ע"פ מאפייני הזכות בהקשר הקונקרטי. הארווי מחזיק בזכות הבעלות, אשר מונה מאפיינים רבים כגון עבירות, רכושיות, שליטה ועוד. על אף כל זאת, יש לציין כי לפי **כהן**[[3]](#footnote-3) מאפייני זכות אינם מספיקים דיים כדי לקבוע האם זו קניינית. ניתן אף לראות זכותו של הארווי כמעין זיקה בלתי אמצעית בנכס, כמובא בספרו של **ויסמן**[[4]](#footnote-4). יש לציין כי לגבי זכות הבעלות באגד הזכאויות ניתן למצוא את הזכות להעביר בלי התערבות וכן את היכולת להשפיע על הזכויות בנכס. שתי אלו ישחקו לטובת הארווי.

נפנה לבחון את ההצדקות לקניין הפרטי לפי התיאוריות השונות. לפי תיאוריית **הדין כמקור**[[5]](#footnote-5) הרי שזכותו של הארווי, זכות הבעלות, מעוגנת כאחת מזכויות הקניין המנויות בדין הישראלי (עקרון הרשימה הסגורה).

לפי **תיאוריית התפישה**[[6]](#footnote-6), יטען **הארווי** כי הוא תפס ראשון את הנכס, אך יתכן והדבר לא נכון וכי הארווי קיבל את המשרד בירושה אחרי הגעת עורכי הדין (להלן: עוה"ד). יש לציין כי גישה זו קיבלה ביקורת רבה, בעיקר מהמלומד בלקסטון[[7]](#footnote-7), שכן היא מקדשת את החטפנות ונראית לרבים כמבחן לא רציני.

לפי **תיאוריית העבודה הלוקיאנית**[[8]](#footnote-8) זכות הקניין נגזרת מהעבודה. מצד אחד יוכלו המבקשים להחליש זכותו לטעון כי הארווי לא עבד למען הקמת המשרד אלא קיבלו בירושה. מנגד יטען **הארווי** כי עבודתו, ימים כלילות, היא החשובה והמחזקת זכותו, וכן כי הערך המוסף[[9]](#footnote-9) שהביא למשרד הוא העיקר לפי תאוריה זו. נוסף ניתן לטעון כי מצב בו ימכור הארווי קומה אחת למייק הוא מצב עדיף פארטו, וכי כל מכירה מעבר לכך, כגון מכירת קומת עוה"ד, תהיה חריגה מהכלל אשר איננה מקובלת לגישת לוק.

**תיאוריית החירות**[[10]](#footnote-10) נדונה ואף קיבלה חיזוק ממאמרה של **רדין**[[11]](#footnote-11), באומרה כי נכסים הינם חשובים להתפתחות האישית של האדם, ולפיכך, יש לתת בכורה לזכותו של הארווי כאשר המשרד אף כלול בתכניותיו לעתיד. טענה זו כמובן תוכל לעמוד גם לעוה"ד. יש לציין כי תיאוריה זו שמה דגש על הקשר הסובייקטיבי שבין האדם לנכס ויתכן ותחזק ידו של הארווי במכירת הנכס למייק, שכן הוא תאומו האידיאולוגי והאדם הנוח לעסקה, במידה ויטען הארווי כי מדובר בקניין מכונן ולא בר חליפין.

עיסוק **בתיאוריית התועלתיות**[[12]](#footnote-12) יפתח דיון פילוסופי מעמיק אשר במסגרתו נבחן מהו המהלך אשר יטיב יותר עם עוגת הרווחה המצרפית (להלן: רומ"צ). עוה"ד יטענו כי הפיכת המשרד לקומת מגורים הוא מהלך אשר פוגע ברומ"צ. **הארווי** יבקש לטעון כי המצב האידיאלי לרווחת השוק הוא מצב של מינימום התערבות מדינית (היד הנעלמה), כמופיע בספרו של הפילוסוף והכלכלן **אדם סמית'**[[13]](#footnote-13), מצב המוכר כתיאוריית השוק החופשי הנודעת גם בשם "לסה-פר". נוסף על כך יטען **הארווי** כי למכירה השפעה על מצבו הכלכלי הרע, כאשר להוצאתו ממעגל זה תהיה השפעה חיובית על הרומ"צ. את תאוריות הרומ"צ ניתן לראות כשמירה על האינטרס הציבורי ולצרף לכך את דעתו התומכת של **ברק** בפס"ד **הורוויץ[[14]](#footnote-14)**. נוסף על כך, יטען **הארווי** כי לפי תיאוריית האחריות החברתית[[15]](#footnote-15) אין להפיל נטל עודף חריג על כתפי הפרט, וכן כי מניעת עסקתו עם מייק תכנס לקטגוריית החריג בשל ההתערבות היתרה, תיאוריה אשר קיבלה משנה תוקף בפס"ד **אתא**[[16]](#footnote-16). ניתן להבין כי הגברת האחריות החברתית תיטיב עם מתנגדי הארווי אשר עלולים לאבד מקום עבודתם (עוה"ד) או הזדמנות לרכישת דירה (השלישייה).

לפי מאמרו של דגן[[17]](#footnote-17) טוב יעשה **הארווי** אם יצדד בגישה הבלקסטוניאנית, כי "שלי-שלי; שלך-שלך", תפיסה המשתלבת יפה עם הגישה הליברטריאנית, לפיה למדינה יש תפקיד של "שומר לילה" בעל אופי התערבות מינימלית. **המתנגדים** ינסו לטעון לגישה הפרוגרסיבית המקלה ואשר מאחדת כוחות עם דעתו של הופלד[[18]](#footnote-18), לפיה לא כל גריעה תחשב לפגיעה בזכות לקניין, וכן גם לגישה הליברלית אשר מסתכלת על מכלול המרכיבים. בראות עיניי, הגישה הפלורליסטית יתכן ותבוא לטובת כל צד, כאשר היא מבקשת לבחון את הדברים בצורה סובייקטיבית. אל מול כל הדיונים הללו יטען **הארווי** כי הזכות נוסדה כבר בימי סב-דודו הרדמן, ומשזו בוססה, האחרון העביר לו אותה. טיעון זה ישמוט את הקרקע מול הטיעונים התיאורתיים נגד הארווי עצמו.

**בסוגיית עוה"ד**, יוכלו לטעון כי איבוד מקום עבודתם אל מול שימושו של הארווי בזכותו עונה להגדרה של החצנה, כאשר לפי **דמשץ**[[19]](#footnote-19) יש להשתמש בדיני הקניין כדי להלחם בהחצנות. נוסף על כך יטענו **עוה"ד** כי למכירה אופי הפקעתי וכי זו פוגעת **בערך הקהילתיות** שלהם וכן כי לפי מאמרו של **שטרן**[[20]](#footnote-20) יש מקום לפצותם על אובדן זה, כאשר הארווי יטען כי עוה"ד לא מאבדים את הקהילתיות אלא עוברים ביחד. טענה נוספת תהיה כי **עוה"ד** הסתמכו על מקום העבודה ועל המשרד ולכן יש לפצותם על אינטרס ההסתמכות לפי מאמרו של **סינגר[[21]](#footnote-21)**, כאשר מנגד יטען הארווי כי טענה זו לא תפסה בפסיקה הישראלית. טענה נוספת מצידם של **עוה"ד** תהיה ההשוואה למצבם המשפטי של הבדואים, כאשר גרסתם תהיה ששהייתם הממושכת בנכס מעלה להם חזקה עליו[[22]](#footnote-22), ולכן להארווי אין את היכולת לסלקם כלאחר יד. טענה נוספת תהיה לדעתו של **גרגורי**[[23]](#footnote-23), כי לבעל קניין יש חובות כלפי אחרים, ובכך גם לנהוג בהם בתו"ל ולא לסלקם בצורה כזו. במצבים משפטיים מסוג זה אשר אינם מקבלים פתרון הולם בחוק ניתן ע"פ חוק יסודות המשפט[[24]](#footnote-24) ללכת ולרעות בשדות המקורות ההלכתיים. **עוה"ד** יוכלו לטעון להלכת "דינא דבר מצרא" המבוססת על הפסוק "ועשית הישר והטוב"[[25]](#footnote-25), לפיה בעסקת מקרקעין יש לשכן זכות קדימה בעת רכישה. טענה זו מורכבת מכיוון ואין דרך להכריע האם עוה"ד מוגדרים כשכנים.

דיון מקדמי נוסף יהיה אל מול סוג הקרקע. בעבודה לא נתון באם הקרקע פרטית או ציבורית (93% מהקרקעות בידי המדינה). צוין כי להארווי בעלות על מחוברי הקרקע ולכן ניתן להניח כי גם על הקרקע[[26]](#footnote-26), דבר העלול לרמוז כי הקרקע פרטית בעזרת סילוגיזם פשוט. יש לציין כי קביעה זו איננה מוחלטת אך בכ"א לפי **אלתרמן**[[27]](#footnote-27) זכויות בעלי החכירה קרובות לאלו של הבעלים. בנוסף, ניתן יהיה לטעון כי שירותי המשרד הם מוצר ציבורי ועל כן המקרקעין בעלי אופי ציבורי. נבקש לבחון האם מדובר במקרקעין ייעוד. לפי חוק המקרקעין[[28]](#footnote-28) וספרו של **ויסמן**[[29]](#footnote-29) ישנם שלושה תנאים מצטברים, מקרקעין ציבור, לתועלת ציבור ואל מול הקטגוריות המופיעות בחוק. ניתן לראות כי הקרקע לא עולה בהגדרה של התנאי השלישי[[30]](#footnote-30) ועל כן איננה מקרקעין ייעוד.

נדון בסוגיית איסור העברת בעלות בחלק ממקרקעין. ניתן לטעון כי מדובר בעסקת מכר בבניין דירות או לחלופין כי מדובר בהעברת זכות החכירה, אשר מותרת לפי הפסיקה[[31]](#footnote-31). בכל הנוגע לאיסור העברת בעלות בקרקע[[32]](#footnote-32), ניתן לטעון כי העסקה נכנסת לחריג 7 הקבוע בחוק[[33]](#footnote-33). נוסף על כך יש לציין כי הפיכת משרד לדירת מגורים דורש שינוי ייעוד.

האם איסור אכילת הבשר בכותלי המשרד כשלעצמו תקין? במידה וקבענו כי מדובר במוצר ציבורי נוכל להיעזר בחוק איסור הפליה[[34]](#footnote-34) בכדי לקבוע כי מדובר בקביעת תנאים שלא מן המניין בהספקת המוצר, אל מול הסתכלות פסולה על השקפת ה"קרניבורים".

כעת נעבור אל ג'סיקה, דונה ולואיס (להלן: השלישייה). כאמור, השלישייה תוכל לטעון כי ההחלטה לא למכור להם הינה מנוגדת לחוק איסור הפלייה[[35]](#footnote-35) מכיוון ומדובר במניעה אל מול השקפתם. **הארווי** יוכל לטעון כי אל מול תיאוריית החירות הדבר חשוב להתפתחות אישיותו. כמו כן יוכל לטעון לשיקולי צדק-חלוקתי שכן ציבור הצמחונים הוא מיעוט הדורש הגנה[[36]](#footnote-36) וכן קבוצה הדורשת יחס ייחודי[[37]](#footnote-37). לטעמי מדובר בטענות חלשות, בעיקר אל מול חוסר השוויון הנעשה ואשר קיבל בכורה בקעדאן[[38]](#footnote-38). נוסף על כך הפסיקה[[39]](#footnote-39) הרחיבה את תחולת דין זה על נושא ההפלייה, דבר אשר ישחק לרעתו של הארווי.

במידה וקבענו כי מדובר בקרקע פרטית אין מדובר בסוף פסוק, על אף החלל החקיקתי. השלישייה תציג את הצעת חוק שוויון הזדמנויות במגורים[[40]](#footnote-40) המזכיר את חוק איסור הפלייה במבנהו. נוסף על כך תוכל השלישייה להציג את המצב באמריקה בעזרת חוקים כגון Fair Housing act[[41]](#footnote-41), תיקון 14[[42]](#footnote-42) המצדד בשוויון, וכן את הפסיקה בJones[[43]](#footnote-43), כולם מגבילים כוחו של בעל קרקע פרטית לעשות ככל העולה על רוחו בנכס. הארווי מצידו יטען כי הזכות למנוע שימוש הוא חלק אינהרנטי מזכות הבעלות וכך יכוון אגב אורחא למאמרו של **מריל[[44]](#footnote-44)**, הטוען כי הזכות למנוע שימוש היא ה*"Sine non qua*", סיבה בלעדיה אין, של זכות הבעלות.

הארווי יוכל לטעון טענות אישיות כנגד השלישייה. ראשית יטען כי **ג'סיקה** הינה תושבת זרה וכן כי לפי חוק מקרקעי ישראל[[45]](#footnote-45) ישנן הגבלות על מכירת קרקע לזרים. ג'סיקה מכנגד תטען למאמרם של טרואן וגולדשמידט[[46]](#footnote-46) המציג את המצב בעולם ומראה כי ישנן הגבלות יותר מקלות על מכירת קרקע לזרים מאשר מניעת העסקה. הארווי יטען שמדובר בעבריינית הנרדפת ע"י ממשלתה, וכי איננו מעוניין להוציא שם רע ולשרוף קשרי משרדו ע"י העברת הבעלות לטיפוס שכמותה.

**דונה** תוכל היא לטעון כי הם בני זוג הידועים בציבור וכי אל מול התערבותה בעסק עומדת לה זכות קדימה לרכישה[[47]](#footnote-47). נוסף על כך תוכל לטעון להלכת השיתוף ולחלוקה צודקת של הנכס. יש לציין כי טענה זו איננה חזקה, שכן הארווי קיבל המשרד בירושה ולא במאמץ משותף ולכן אין לראות את הנכס כדורש שיתוף, טענה המחוזקת ע"י **ליפשיץ** במאמרו[[48]](#footnote-48). נוסף לכך יוכל לטעון כי ע"י חוסר המכירה הוא נוהג בה "מידה כנגד מידה" על מערכת יחסיהם המורכבת, וכן יוכל לטעון לחששותיו משכן דתי אשר יפריע להתנהלות התקינה של העסק בשבת.

**לואיס** הינו תושב טייבה, הממוקמת נמוך מבחינה סוציו-אקונומית, ועל כן יוכל לטעון הוא לשיקולי צדק חלוקתי בנושא. לואיס יטען בנוסף כי מניעתו של הארווי מלמכור לו באה ממקום של גזע או סטריאוטיפ. הארווי יוכל לטעון כי הוא מעוניין לשמור על ההתיישבות היהודית בשדרה בדומה לחזון קק"ל. טענה זו לא התקבלה בקעדאן[[49]](#footnote-49), שכן אין גם במקרה שלנו שום דבר מיוחד בשדרה הדורש שמירה על אופיה היהודי (מלבד אולי שמו של הברון).

1. ס' 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150. [↑](#footnote-ref-1)
2. ע"א 2850/99 **בן חמו נ' טנא נוגה בע"מ**, פ"ד נד(4) 849, 855ז-857ה, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2000). [↑](#footnote-ref-2)
3. שם, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן. [↑](#footnote-ref-3)
4. יהושע ויסמן **דיני קניין - חלק כללי** (האוניברסיטה העברית 1993), עמ' 48 (להלן: ויסמן). [↑](#footnote-ref-4)
5. ויסמן**,** עמ' 25. [↑](#footnote-ref-5)
6. ויסמן, עמ' 16. [↑](#footnote-ref-6)
7. Henry J.S Maine, Ancient Law (London, George Routledge & Sons Ltd, 1920). [↑](#footnote-ref-7)
8. ויסמן, עמ' 18. [↑](#footnote-ref-8)
9. ויסמן, עמ' 19. [↑](#footnote-ref-9)
10. ויסמן, עמ' 19. [↑](#footnote-ref-10)
11. Margaret Jane Radin “Property and Personhood”, in Gregory Alexander and Hanoch Dagan, properties and property, pp. 17-27. [↑](#footnote-ref-11)
12. ויסמן, עמ' 20. [↑](#footnote-ref-12)
13. Adam Smith, an Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (Metalibri, 1776).‏ [↑](#footnote-ref-13)
14. ע"א 3901/96 **הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, רעננה נ' הורוויץ**, פ"ד נו(4) 913, פסקה 8 לפסק דינו של השופט ברק (2002) [↑](#footnote-ref-14)
15. חנוך דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" **צדק חלוקתי בישראל** (מנחם מאוטנר, התשס"א) 97, עמ' 122. (להלן: חנוך דגן). [↑](#footnote-ref-15)
16. ע"א 44/76 **אתא חברה לטקסטיל נ' שוורץ**, פ"ד ל (3) 785, פסק דינו של השופט זמיר (1976). [↑](#footnote-ref-16)
17. חנוך דגן, עמ' 32. [↑](#footnote-ref-17)
18. Wesley Hohfeld, Fundamental Legal Conceptions (Westport, Conn., Greenwood Press ,1978) [↑](#footnote-ref-18)
19. Harold Demsetz “Towards a Theory of Property Rights”, in Gregory Alexander and Hanoch Dagan, properties and property. [↑](#footnote-ref-19)
20. Shai Stern, Taking Community Seriously: Lessons from the Israeli Disengagement Plan, 47 Israel L. Rev. [↑](#footnote-ref-20)
21. Joseph William Singer*, The Reliance Interest in Property, in* A Property Anthology (Richard H. Chused, ed., Anderson Publishing Co., 1993). [↑](#footnote-ref-21)
22. הצעת חוק להסדרת התיישבות בדואים בנגב, התשע"ג-2013. [↑](#footnote-ref-22)
23. Gregory S. Alexander and Eduardo M. Peñalver, "Properties of Community" (Cornell Law School, 2009) [↑](#footnote-ref-23)
24. ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, ס"ח תש"ם 173. [↑](#footnote-ref-24)
25. דברים ו 18. [↑](#footnote-ref-25)
26. רחל אלתרמן "מי ימלל גבורות מקרקעי ישראל" **עיוני משפט** כא(3) (1998), עמ' 543-545. [↑](#footnote-ref-26)
27. שם. [↑](#footnote-ref-27)
28. ס' 107 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח תשע"א 639. [↑](#footnote-ref-28)
29. ויסמן, עמ' 278-273. [↑](#footnote-ref-29)
30. ס' 107 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח תשע"א 639. [↑](#footnote-ref-30)
31. ע"א 119/01 **אקונס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(1) 817: 817, 842א-844א, 856א-858ה, פסקאות 50-53 לדברי השופטת נאור (2003). [↑](#footnote-ref-31)
32. ס' 1 לחוק יסוד:מקרקעי ישראל, ס"ח תש"כ 56. [↑](#footnote-ref-32)
33. ס' 2(7) לחוק מקרקעי ישראל, התש"כ-1960, ס"ח תש"כ 56. [↑](#footnote-ref-33)
34. סעיף 3 לחוק איסור הפלייה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח תשע"ד 594. [↑](#footnote-ref-34)
35. שם. [↑](#footnote-ref-35)
36. רע"א 8821/09 **פבל פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ** (פורסם בנבו), פסקאות 30-35 לדברי השופט דנציגר (2011). (להלן: פרוז'אנסקי) [↑](#footnote-ref-36)
37. בג"ץ 528/88, **אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מג(4), 297, פסקה 9 לפסק דינו של השופט אור (1989). [↑](#footnote-ref-37)
38. בג"ץ 6698/95 **עאדל קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, 264ג-265ו, 268ו-272ב פסקאות 13-14 לדברי השופט ברק (2000). (להלן: קעדאן) [↑](#footnote-ref-38)
39. פרוז'אנסקי, פס' 19-23. [↑](#footnote-ref-39)
40. הצעת חוק שוויון הזדמנויות במגורים, תשע"ג-2013. [↑](#footnote-ref-40)
41. .Fair Housing Act, 161.02 U.S.C.A (1976) [↑](#footnote-ref-41)
42. U.S. Const. amend. XIV. [↑](#footnote-ref-42)
43. (1968) 390 U.S. 1019 Jones vs Alfred, [↑](#footnote-ref-43)
44. , Nebraska Law Review. "Thomas W.Merrill, "Property and the right to exclude [↑](#footnote-ref-44)
45. סעיף 2א לחוק מקרקעי ישראל, התש"כ-1960, ס"ח תש"כ 56. [↑](#footnote-ref-45)
46. יהודה טרואן ורועי גולדשמידט "הגבלות על מכירת קרקע פרטית לזרים" פרסומי הכנסת מרכז המחקר והמידע. [↑](#footnote-ref-46)
47. ס' 101 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח תשע"א 639. [↑](#footnote-ref-47)
48. שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" **משפטים**, 689 ה"ש 215 (2005). [↑](#footnote-ref-48)
49. קעדאן, פס' 15-19. [↑](#footnote-ref-49)