**מקבץ שאלות מחשבה ממבחנים של תל אביב**

1. **תשע"ה מועד א'**

בשל העלייה החדה במחירי השכירות בשנים האחרונות מגישה אחת הח"כיות את הצעת החוק הפרטית "חוק הפיקוח על דמי השכירות, תשע"ה-2015". הצעת החוק קובעת כדלקמן:

1. *דמי השכירות לא יעלו על 0.5% משווי הדירה על פי הערכת שמאי.*
2. *אין להעלות את דמי השכירות ביותר מ-5% בעת חידוש חוזה של שוכר ממשיך.*
3. *אין הגבלה על העלאת דמי השכירות כאשר מתחלפים שוכרים (בכפוף למגלה בס' 1).*

אתה המתמחה של היועצת המשפטית של התאגדות משכירי הדירות בישראל. היועצת סבורה כי:

1. אין סיכוי לפסול את החוק כבלתי חוקתי; ומנגד
2. ניתן לשכנע את חברי הכנסת, ככל שהם קשובים לערכי הקניין כפי שנלמדו בקורס, כי לא ראוי לחוקק את החוק.

**היועצת מבקשת ממך להכין תזכיר קצר- בסוגיה הראשונה די לה בפסקה אחת- בהקשר לסברות אלו. התזכיר מיועד לעיניה בלבד; אתה מתבקש לנתח את הדברים לפי מיטב שיקול דעתך, גם אם אינך מסכים עם סברות אלה, או אחת מהן.**

**דברים להתייחס בנק':**

* על אף שמדובר בקניין ואין לפגוע בקניין לפי ס' 3 לחו''י כבו''א, צויין כי החוק מידתי ולתכלית.
* התפיסה מגבילה את קניין הבעלים ולכן מנוגדת לבלקסטון.
* מנוגד לשרירות הבעלים בנכס של חשין.
* לפי התפיסה הליברלית זה תקין, מכיוון ושם יש הגבלות פנימיות שלא יחשבו פגיעה לכל זכות בהתאם לה.
* דוגמאות להגבלות – רישיון הכפייה בפטנטים, הלכת שיתוף בין בני זוג.
* החוק מתאים לעקרונות:
	+ צדק חלוקתי
	+ אחריות חברתית
	+ בד"כ המשכיר הוא הצד החזק.
* שימוש בדיני קניין לצמצום פערים חברתיים. חנוך דגן במאמרו ציין כי יש מקומות יותר טובים לצמצום פערים כמו מוסד בטח"ל ודיני מיסים. לא בטוח שראוי לקדם חלוקת עושר דרך קניין
* זה לא פוגע בערך האישיות מכיוון והדירות לא למגורי המשכירים.
* זו חירות שלילית של הבעלים, למה שהוא ידאג לצרכי האחר.
* זה פוגע בערך העבודה, שכן הדירות הושקעו על ידם של המשכירים.
* כוחות השוק יכולים לאזן שיקול כאשר יש לו הצדקה, אין טעם להתערב. (יעילות)
* היד הנעלמה של אדם סמית'.
* זה יגרום לחוזים להיות יותר קצרים ויפגע בשוכרים.
* יכול לגרום להשקעת יתר בדירות בשביל שהשוכרים יוכלו לגלם את מחיר ההשכרה דרכה.
* רוב הסיכויים שהפסיקה תעבור מכיוון ויש מגמה במשפט שלא לנקוט צעדים נגד נטילה דה רגולטורית למרות הסתמכות של הצדדים.
* לתקוף דרך קניין חדש, לא בטוח.
* הסתמכות של סינגר

2. **תשע"ד מועד ב'**

בפסק הדין State v. Shack נכתב, כי "זכויות הקניין משרתות ערכים אנושיים, הן מוכרות לצורך מטרה זו, והן אף מוגבלות על ידן". הטענה העולה בפסק הדין הינה כי זכויות קניין אינן נקבעות, ואינן יכולות להיקבע, באופן מופשט, אלא הן נועדו לקדם יחסים בין בני אדם. לפיכך זכויות קניין חייבות לשקף ערכים חברתיים והן עשויות (ואולי אף צריכות) להשתנות עם הזמן.

 **חוו את דעתכם על תפיסה זו של זכות הקניין ובססו אותה על פסקי הדין והחומר הנלמד בכיתה.**

**דברים להתייחס בנק':**

* קיימת מחלוקת מלומדים כיצד יש להבין את תחום הקניין.
* מצד אחד יש את בלקסטון, שהוא מוניסט. לדעתו יש להבין את הקניין מתוך "שרירות הבעלים" של חשין, ולכן תפקיד המדינה הוא ליברטריאני בעיקרו. ניתן לראות דוג' לדברים אלו אצל חשין ודורנר ברוקר והורוביץ. כאשר יש לבצע את האיזון בין ס' ל3 ל8 בחו''י כבו''א
* גישה זו שהוזכרה איננה מסכימה שזכויות משתנות עם הזמן אלא מוחלטות.
* מצד שני יש גישה פלורליסטית של הופלד. קניין זה אגד של זכויות וזכאויות, וזו תשתנה אל מול המוסד הקנייני הספציפי וכן אל מול הזמן. זוהי גישה ריאליסטית, אשר בבסיסה מצביעה על מהן ההצדקות לקניין (עבודה, חירות, אישיות וכן הלאה) ולפי גישה זו את גבולות הזכות נגדיר לפי ההצדקות. חנוך דגן תומך בזה במאמרו. (לא להגדיר קניין כאד-הוקיזם מוחלט)
* הגישה הזו יוצאת נגד הגישה הקודמת גם מבחינה נורמטיבית, שכן הגישה הקודמת שוללת דיון בהצדקות.
* דיני הקניין עומדים על המתח התמידי שבקהילה:
	+ הלכות שיתוף מראות על ויתורים מצד שני הצדדים.
	+ מוסד הבית המשותף מצביע מחד על ויתורים (צודלר) ומאידך על החוזק של הפרט בד' אמותיו על קניינו שלו.
* גם בדיני התחרות ניתן לראות דוג' בולטות לשיקוף הערכים החברתיים:
	+ מונע הנזק הזול
	+ מאזן המצוקה
	+ שיקולים כלכליים וחברתיים
	+ שיקולים אקס פוסט ואקס אנטה.
* דוג' ע"י כל הנושא של קניין חדש של צ'ארלס רייך והניסיון ליצור מוסדות קניינים חדשים כמו במקדונלד
* לציין כי על אף הדעה הבלקסטוניאנית המגמה היא להסכים עם הקביעה בפסק הדין.

3. **תשע"ד מועד ב'**

יוחנן הינו בעלים של דירה במרכז תל אביב. ביום 1.1.2013 סיכם יוחנן עם מירב על השכרת הדירה למירב למשך של שנתיים. מועד המסירה נקבע ליום 20.2.2013 ואילו מירב שלמה כבר במעמד ההסכמה את דמי השכירות לשנה שלמה. כשניגש יוחנן לחברו המתווך אליהו לצורך הכנת חוזה השכירות מציע לו אליהו להשכיר את הדירה לראובן במחיר כפול מזה בו מתכנן הוא להשכיר אותה למירב. יוחנן, אשר חושש לצאת פראייר, מחליט לקבל את ההצעה ולהשכיר את הדירה לראובן. ראובן נפגש עם יוחנן בדירה, והשניים חותמים על הסכם שכירות לחמש שנים, עם אפשרות להארכה של 7 שנים נוספות. ראובן שילם מראש את דמי השכירות לשלוש השנים הראשונות ונקבע על ידי השניים כי ייכנס לדירה ביום 10.1.2013.

ביום 8.1.2013 נפגש יוחנן עם שלום, איש עסקים עשיר, המציע לו לרכוש את הדירה במחיר העולה כדי 120% ממחיר השוק. עקב קשייו הכלכליים מסכים יוחנן להצעה ולאחר ביקור משותף בדירה הריקה, ובדיקה של מצב הרישום על ידי שלום, חותמים השניים על הסכם מכר. במעמד החתימה משלם שלום ליוחנן 50% מהסכום עליו הסכימו השניים. לפי ההסכם, יתרת הסכום תשולם ליוחנן ביום 15.2.2013 כנגד מסירת החזקה לשלום. בשל סמיכות הזמנים לא רשם שלום הערת אזהרה.

ביום 15.2.2013, לאחר תשלום יתרת התמורה וקבלת מפתחות הדירה, הגיע שלום לדירה ומופתע לגלות בה את ראובן, שביום 10.1.2013 עבר להתגורר בדירה. ראובן, נגר במקצועו, בנה בדירה מטבח מפואר מעשה ידיו וכן גלריה יפיפייה. שלום מיהר ללשכת רישום המקרקעין על מנת להשלים את הרישום, ואז גילה כי ביום 10.2.2013 הטיל בנק "הלוואות נפרעות" עיקול על הדירה עקב חוב גדול שחב לו יוחנן. העיקול, כך התברר לשלום, נרשם ביום 10.2.2013.

**דונו במצב הזכויות בדירה.**

**דברים להתייחס בנק':**

* להגדיר תחרות ע"פ מאוטנר. ההגדרה היא תאונה ויש לראות מי מהצדדים יצטרך לשאת בעלויות התאונה. ברמת העיקרון הדרך הנכונה היא לדון בזוגות בכדי לכלול שיקולי מדיניות.
* מירב נגד ראובן –

4. **תשע"ד מועד א'**

מיד עם השבעת הממשלה נפגשו שר האוצר ושר השיכון על מנת לגבש תכנית להתמודדות עם המשבר הקשה בענף הדיור בישראל. לאחר שמיעת חוות דעת מגורמי מקצוע שונים, הגישו השניים לממשלה תכנית להקלת החסמים בשוק הדיור, אשר עיקריה הינם:

1. ביטול מוסד הערת האזהרה – התכנית מבטלת בזאת את האפשרות לרשום הערות אזהרה בלשכות רישום המקרקעין וכן שוללת למפרע תוקפן של הערות כאלה, אשר נרשמו החל מיום השבעת הממשלה.
2. תיקון חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה-1974 כך שיכלול אפשרות ויתור על בטוחה עד לגובה של 75% משווי הדירה הנרכשת – בכפוף לחתימת הרוכש על כתב וויתור מדעת.
3. חקיקת חוק רכישה לצרכי ציבור (פתרון מצוקת הדיור בישראל) ולפיו המדינה ו/או רשות מקומית תוכל להפקיע מקרקעין לצורך הקמת יחידות דיור רוויות לזוגות צעירים בלבד תוך תשלום פיצוי המבוסס על מחיר השוק של המקרקעין בניכוי של עד 40%. הפקעה, כאמור, תצריך חתימתם של שר האוצר ושר השיכון.

שרת הכלכלה מתנגדת לתכנית וטוענת כי לא זו בלבד שאין בה כדי להקל (וודאי שלא לפתור) את מצוקת הדיור הנוהגת בישראל, אלא שהיא צפויה להחריף אותה ולפגוע בזכויות הקניין של אזרחי ישראל.

**דונו בהשלכות האפשריות של התכנית על דיני הקניין בישראל בהתאם לחקיקה הקיימת, לפסיקה ולחומר הנלמד בכיתה**

1. ביטול מוסד הערת אזהרה-
* התכנית תבטל את כל ההערות הקודמות ומונעת חדשות, ומדובר במוסד מעין קנייני אשר נועד להבטיח זכויות מסוימות.
* האם המוסד קנייני? לפי הרשימה של וייסמן רק עקרון הפומביות מוגשם במוסד זה. ההערה מקנה מספר זכאויות (כמו אצל הופלד). מדובר בזכות משפטית שהיא לפעמים חובה ולפעמים נטל (לפי ביאד). הרישום של הערה זו מהווה אזהרה כלפי כולי עלמא. במצבים כמו עסקאות קומבינציה/זכרון דברים וכד' ההערה משמעותית בכדי שלא יווצרו תאונות משפטיות מסוג עסקאות נוגדות.
* ההערה אפילו מונעת פעולות מסוימות ללא אישורו של בעל ההערה.
* ברמה הנורמטיבית תורם לעולם העסקים ומאפשר הסתמכות על רישום. סה"כ מוסד קנייני מוצלח שמעניק הגנה לבעלי הזכויות.
* לפי הגישה של בלקסטון כל פגיעה איננה רצויה ולכן לא ניתן להצדיק אותה גם מהצד שלו.
* דיון על פסיקה למה הה"א עוזרת בעיקר אקס פוסט ופחות אקס אנטה
* מבחינה נורמטיבית יש לבטל את התיקון הזה. זה גם לא ממש יעזור למצוקת הדיור אז למטה לבטל.
1. תיקון חוק המכר(דירות)
* ברמת העיקרון החוק מגן על הקונים בשל חוסר השוויון מול הקבלן, מטרתו היא הבטחת ההשקעה. מקרה חפציבה הוא דוגמא בולטת.
* מול כך יש לציין כי מדובר בהתערבות פטרנליסטית אשר עלולה לייקר את העסקאות, אך יש שיציינו כי זה מגן על הרוב המוחלט של הקונים ולכן שימושי. ביקורת על כך תהיה כי סיבה זו איננה מחויבת המציאות בשל העובדה כי ייקור העסקה אמור להיות מוטל על כתפי הקבלן.
* תוחלת הנזק מול 75% עסקה הוא עצום. מדובר בשגיאה הסתברותית ביצעו מתכנני התכנית, מכיוון ואנשים אינם נוטים לראות את ההיתכנות של מקרים כאלה כגבוהה במיוחד. יתכן והצצה אל נוסחאות של לה-רנד מנזיקין יוכלו לעזור להם.
* מצד שני לא ראוי לחייב קונים בבטוחות מכיוון והם צריכים להחליט מה לעשות עם כספם.
* יש לחייב אותם כי מה שיגרם זה שדווקא אותם רוכשים עניים יוותרו על הבטוחה כדי להוזיל עסקה והם ידפקו הכי הרבה.
* יש סיבה לכך שהתניה הקיימת כיום הינה קוגנטית ולא דיספוזיטיבית
* דוגמאות מהפסיקה!
1. חקיקה חוק רכישה וצרכי ציבור
* מדובר בדרך חדשה להפקעה. יש לבחון את ציבוריות המטרה, המידתיות וכן הצורך ע"פ המשולש של לובליאנקר. יש לבחון גם את היקף הפיצויים.
* ציבוריות המטרה – בפסיקה המבחנים מאוד מקלים ויש לציין אותם. פה נדרשת גם חתימת שר שיכון וגם יש חובה ששר האוצר יחתום. גם ככה לא ראוי שביהמ"ש יכריע מה ציבורי.
* מידתיות – יש לבחון את כל הכלים שהוצעו החל מרכישה עצמאית ועד הסוף. הפסיקה איננה מתירנית ואף שמגר בתור יועמ"ש הצהיר כי .. הפקעה זה פגיעה מאוד חמורה בקניין אבל באה להגשים צרכים ציבוריים מסוימים.
* יש לבחון האם המקרקעין חליפיים או מכוננים. להציג את הטבלה של דגן. פה המטרה היא כללית ולא קהילתנית.
* לבחון את נושא הפיצויים אל מול הצקליסו
* לבדוק האם המטרה פה תתממש (להקל על המצב בשוק)

**.**

5. **תשע"א מועד א'**

הישוב אבן-ספיר מצוי במורדות הרי ירושלים. מתחת לבתים בישוב, בעומק הקרקע, מצויים מקורות ומאגרי מים רחבי היקף. עד לאחרונה היו מאגרי המים בבעלות רשות המים אשר הקימה מפעל אשר מספק את צרכי המים של ירושלים וסביבתה, הכל כאמור בחוק המים, תשי"ט - 1959. בראשית שנת 2000 התקבלה במשרד החקלאות החלטה להחכיר את מקורות המים במדינה ואת ניהול מפעלי אספקת המים לידי גורמים פרטיים. כוונת משרד החקלאות הייתה לייעל את ניצול מקורות המים ולשפר את מתן השירות לאוכלוסייה. כצעד ראשון - ניסויי - הוחלט להחכיר את מקורות המים המצויים באבן-ספיר לחברת "ניהול מים" בע"מ. משנודע הדבר לתושבי אבן-ספיר, הם עתרו לבית המשפט בבקשה למנוע את החכרת מקורות המים וניהול המפעל לידיים פרטיות ולחילופין טענו כי אם תידחה עתירתם העיקרית יש לתת בידם דווקא את הזכות לנהל את מפעל אספקת המים שבאבן-ספיר.

**מהן לדעתך הטענות שיכולים תושבי אבן-ספיר להעלות לפני בית המשפט על מנת לבסס את שתי עילות עתירתם?**

עפ"י ס' 1 לחוק המים מ קורות המים של המדינה הם קניין הציבור, יטען כי מילותיו של המחוקק הגיון בצדם. ראשית, עפ"י וייסמן העיקרון שהנחה את המחוקק הוא שאין להכיר בבעלותו של אדם פרטי על אוצרות טבע מאחר ואין הם תוצאה של **[?]**. זהו טיעון המבוסס על תיאוריית העבודה של לוק. נראה כי טענה זו לא תתקבל מאחר ובס' קיים איסור קטגורי ואין הוא תלוי עמלו, גם אדם שעמל המים אינם בבעלותו. הטענה העיקרית כנגד החכרת מקורות המים וניהול המפעל לידיים פריות הינה כי השימוש במשאב החשוב כגון מים צריך להיות יעיל ולכן חשוב שינוהל ע"י המדינה. כדי לטעון זאת יש להוכיח כי השימוש שעושה המדינה יעיל יותר מידיים פרטיות וגם בקטגוריית הידיים הפרטות יש להבחין בין החכרת המקורות וניהול המפעל בידיי חברה לניהול מים לבין מתן הזכות לנהל לתושבי אבן-ספיר.

עפ"י Ellickson יחידת המשחק המקרק**[?]** על פני האדמה היא בגודל מסוים שהוא הגודל האופטימלי לסוג השימושים שעל פני הקרקע. לגבי מים הגודל האופטימלי לניצול גדול יותר מפני שהם זורמים על פני שטחים גדולים. אם נאמר שהבעלות על הקרקע משתרעת על מקור המים שמתחתיה (במקרה של העברת הזכויות לתושבי אבן-ספיר) התוצאה תהיה שבעלי הקרקעות יצטרכו לשתף פעולה כדי לבצע שימוש יעיל במים אך בגלל שהם שקועים בטרגדיות המאגר המשותף ודילמת אסיר רבת משתתפים לא יהיה שימוש יעיל וזה לעיתים יכול להביא לאסון כיוון שמים הוא משאב שחיינו תלויים בו. תושבי אבן-ספיר יטענו כי ניתן לכפות עליהם את איחוד הקרקעות. לכאורה טענה זו נראית בעלת משקל, מאחר שזה למעשה היתרון של ניהול המפעל ע"י החברה - ם הוחכרו לה והיא מנהלת כך שאין בעיית דילמת אסיר רבת משתתפים, במידה ויכפו על התושבים איחוד קרקעות יביא לתוצאה דומה מלבד העובדה שעדיין צורת ניהול המפעל יכולה ללקות בבעיות הנ"ל ולכן יועדף ניהול החברה. אפשרות נוספת תהא לטעון כי ניתן לנהל רישום כפול כלומר בעלות פרטית על העמים ברישום נפרד. רעיון זה יש בדידו עלויות עסקה ורישום גבוהות ביותר ושוב אין הוא פותר את הבעיות בניהול המפעל.

אי יעילות ניהול המפעל היא למעשה הנק' המרכזית בטענה כי ניהול המים ע"י המדינה יעיל יותר מאשר הניהול בידיים פרטיות. טענה זו כוחה יפה גם כנגד הניהול ע"י החברה וגם כנגד הניהול ע"י תושבי אבן-ספיר. מפעל בידים פרטיות במיוחד כאשר אין מדובר במלכ"ר מטרתו היא מיכסום רווחיו ועל כן יתכן שעל מנת להגשים מטרה זו יוותר הוא על ניהול מקורות המם למטרת טובת הציבור ושטחי המדינה.

בנוסף לכך השיקולים שינחו את חלוקת הרווחים יהיו ללא ספק שונים. מכירת מים בניהול המדינה הרווחים ממנה מתועלים לתועלת כלל תושבי המדינה או שאף נמכרים במחיר עלות השאיבה, טיהור. במצב זה הנהנים הם כלל התושבים. מפעל בידיים פרטיות לאו דווקא יפעל בצורה זו, יתכן ויהא מ**[?]** להפיק רווחים ואזי יהיו תושבים שלא יעמדו בעלויות המים (פגיעה בצדק החלוקתי). באוצר טבע מעין זה שהינו חיוני לקיומנו ומשמש לטובין ציבוריים אף שמאפייניו לאו דווקא תואמים את אלו של מוצר ציבורי מאחר וניתן להגביל את השימוש בו לצרכן מסוים והשימוש בו ע"י האחד מגביל את היכולת לצרוך וליהנות ע"י האחר (זה נכון במיוחד במ"י בה משאב זה מוגבל). נראה שיש לתת משקל לשיקולים של צדק חלוקתי בצריכת המשאב ולכן לטענה זו **[?]**פקות רבה כנגד בעלות פרטית.

טענות אלו כמובן אינן חזקות במידה ומדובר בהעברה מסודרת לידיים פרטיות תוך אכיפה של תקנים ומטרות, אך אכיפה זו לוקח הרבה זמן ליישמה ויכול להיות מצב של אכיפת חסר. הן עלויות הכינון והן עלויות האכיפה הן גדולות ולכן נעדיף מערכת רגולטיבית שתסדיר זאת. במידה וטענות אלו התומכות במערכת רגולטיבית - קניין קולקטיבי של משטר המים שינוהל ע"י המדינה לא יתקבלו (כמובן שכנגד טענות אלו עולות טענות של הוצאות מנהליות כבדות מאד, עלויות משתמש, חוסר תמריץ, חוסר עבירות, חסר ב**[?]** תעשייה משנית) אך אלו לא רלוונטיות כטענות של תושבי אבן-ספיר מאחר ואין הן מאבחנות בין ניהול שלהם לניהול ע"י חברת המים. טענתם תתבסס על כך שאם בפועל המים ינוהלו בידיים פרטיות הרי שהם כבעלי הקרקע יש להם זיקה למקורות המים מכוח החזקתם בקרקע. כלומר אם הרציונל של הבעלות במים לא הולך אחרי הבעלות בקרקע מאחר שמדובר בטובין ציבורי שראוי שינוהל ע"י המדינה הרי שכבעלי הקרקע מכוח החזקתם בקרקע ראוי לתת להם את היתרונות שבפי**[?]**. טענה זו נראית לי חלשה מאחר ואין היא דומה למקרים של דיור ציבורי, בעלות בקרקע שניתנה לחקלאים ועוד שבהם החזקה הקנתה זכות קניין נראה כי במקרה זה השיקולים שיכריעו הם הניצול היעיל של מערכת המים באזור.

מבחינת תיאוריית האישיות נראה שמאחר ובעבר לא ראו במשאב כמכונן קשה יהיה לתפוס זאת כך וטעמיהם הם יעילות כלכלית בלבד.

7. **תשס"ט מועד ב'**

כחלק מה-"מדיניות הירוקה" של ממשלת ישראל, החליט המשרד לאיכות הסביבה להקים במדינת ישראל מתקן להטמנת פחמן דו חמצני (להלן: "המתקן"), וזאת בכדי להפחית את ריכוזי הפחמן והזיהום באוויר ולסייע בשמירה על שכבת האוזון של כדור הארץ. המתקן מאופיין בארובת פלדה בקוטר של כעשרה מטרים אשר מתנשאת לגובה של כעזר קומות מעל פני האדמה ולעומק של כקילומטר אחד מתחת לאדמה. תפקידו של המתקן הינו לשאוב את הפחמן הדו חמצני מהאוויר ולהזרים אותו למעמקי האדמה, ועל ידי כך להפחית את ריכוזי הפחמן והזיהום באוויר. המתקן מאופיין ברעשי שאיבה קבועים ומחקרים קובעים כי קיים סיכוי שאחד מתוך עשרה מיליון אנשים השוהים בקביעות בסמוך למתקן עושי לפתח מחלת ריאות קשה. לאחר דיונים ממושכים אודות מיקומו של המתקן בישראל, הוחלט לבסוף להקים את המתקן במרכז תל אביב באמצעות הפקעת השטח הדרוש למתקן שבין חמשת בנייני הבאוהאוס השייכים לסמי, יולי, עידן, אייל וליאורה (ולא על כל השטח שבבעלותם). בעקבות החלטה זו של המשרד לאיכות הסביבה, פנו סמי, יולי ועידן לבית המשפט במטרה למנוע את הקמתו של המתקן.

**את/ה המתמחה של שופטת הדנה בתיק שבנדון, ונדרש/ת לנסח עבורה את פסק הדין מוצע.**

ההפקעה - דרישת המטרה הציבורית - הפסיקה מבטאת עמדה מתירנית ביחס לשאלת המטרה הציבורית של ההפקעה (לובליאניקר, אתא נ' שוורץ). לפי דגן יש לבחון האם הפעולה ראויה. כאן מדובר במטרה של דאגה לאיכות הסביבה אשר נראית ראויה בהחלט. יש כאן אלמנט של פגיעה בחירות לטובת הרווחה המצרפית של כלל הציבור. יש לשם לב שהמתקן מתנשא לגובה ואף מגיע לעומק רב מתחת לפני הקרקע. לפי סעיף 13 לחוק המקרקעין היחידה המקרקעית כוללת גם את חלל הרום וגם את מה שמתחת לקרקע. המדינה מבקשת להפקיע חלק מחלקה, לפי פסק דין אקונס היא לא תצטרך לעמוד בדרישות סעיף 13. מידתיות ההפקעה - לפי שמגר בלובלינאקר, יש לנסות לבצע רכישה טרם ההפקעה. כיוון שמדובר כאן במספר גורמים - 5 שותפים **[זו בעלות משותפת!]** יתכן שיש חשש לסחטנות, מה שיצדיק יותר את ההפקעה. ביצוע עצמי - יש לבחון האם השותפים יכולים לבצע את המטרה בעצמם, כיוון שמדובר במתקן מיוחד ולא בבניית בית יתכן שדרוש ידע אותו אין לשותפים. לפי פסק דין פז נדרש מענה ראוי לצורך הציבורי ולא בטוח שהשותפים יוכלו לספק אותו. על פי פסק דין אקונס נדרש שההפקעה תהיה מינימלית, כלומר לא יופקע יותר מהשטח הדרוש לבניית המתקן. כלל זמר - יש לבחון שיקולים של צדק חלוקתי. נראה כי מדובר בשטח יקר, מרכז תל אביב, ולכן יש פגיעה במי שבבעלותם מקרקעין יקרים. כיוון שהמתקן הוא במרכז השטח של השותפים - הפגיעה בהם היא מאוד קשה. יכולים לטעון שראוי להציב במקום גובל לשטח שלהם כך שנטל הפגיעה יתחלק בינהם לבין בעלי מקרקעין אחרים ולא שהפגיעה כולה תהיה בהם. בנוסף להפקעה, יש כאן אלמנט של גריעה תכנונית עקיפה בשאר השטח, הבניינים הגובלים. לפי פסק דין ברעלי ניתן לתבוע פיצויים בין נזק עקיף. לפי סעיף 201 - הפיצוי יהיה רק בגין השקעה שנעשתה לאחר פרסום התוכנית. בפסק דין אביבים נפסק פיצוי נוסף לפי סעיף 12ח - לבעל חלקה שחלקה אחת שלו הופקעה ולאחרת נגרם נזק תכנוני. לפי דגן יש כאן משום יצירת אי צדק פרוגרסיבי - כיוון שהדבר יעודד את השלטון לפגוע בכבשת הרש, לכן מתן פיצוי לשותפים גם בגין הגריעה התכנונית עשוי לתמרץ בעתיד פגיעה במי שיש לו רק חלקה אחת, כלומר - אי צדק חלוקתי. מבחינת פיצויים בגין ההפקעה במידה ותאושר, לפי פסק דין הולצמן על הפקעה מלאה ניתן פיצוי מלא. פקודת הקרקעות וחות"ם מאפשרים הפחתה בפיצוי - השאלה האם המתקן האמור נכנס בגדר המטרות המאפשרות הפחתת פיצוי. לפי דורנר ניתן להפחית פיצוי רק אם יש עליית ערך מנגד, במקרה זה שיפור האוויר עשוי להעלות ערך אך הרעש עשוי אף להוריד. דל"ז דורשת כי הפחתת פיצוי תעשה רק אם מתקיים עקרון השוויון במימון כלומר, אם הנטל נופל באופן שווה על כל הנהנים, מה שלא מתקיים במקרה זה. לפי דגן, גישה כזו מתעלמת מערכי קניין אחרים שאינם שרירות בעלים. לתפיסתו של דגן יש להתחשב בהפחתת הפיצויים בכלל קירוב שבודק את אופי השימוש בקרקע - במקרה זה נראה שהימוש של השותפים הוא מסחרי, כלומר אין ביטוי לערך האישיות, אלא אם מתגוררים בעצמם. כמו כן מדובר בשימוש מאוד רחב במימון קהילתי - כלל כדור הארץ (אי פגיעה באוזון) ולכן ההפחתה תהיה לפי כלל האמצע. כיוון שלא קהילתי מקומי, אבל אופי הנכס - מסחרי. ניתן לראות בדברי ברק בפסק דין אסלן משום חיזוק לתפיסה זו פיצוי בגין הגריעה התכנונית - לפי מלץ בפרי הארץ יש לקבוע כללי אצבע להגדרת סבירות הפגיעה. לפי פרשנות אחרת במידה והנזק הוא מזעיר לא ינתן פיצוי, אחרת תינתן. הסיכוי לפגיעה בריאותית במקרה זה קטן עד אפסי, לגבי הרעש לא נתון עד כמה מהווה מטרד. לפי ברעלי יש להתייחס גם ליכולת הקטנת הנזק של בעל המקרקעין (לסגור חלונות). מלץ קובע כי הכלל צריך להיות כזה שירתיע את הרשות. דגן חושש מהרתעת יתר - במקרה זה לאוויר נקי חשיבות לבריאות הציבור. דגן מציע להשתמש בנוסחה של מלץ אשר בוחנת את הגריעה ביחס לאחרים, בהתחשב במצבת הנכסים של בעל המקרקעין. אך לעשות זאת תוך התחשבות בצדק חלוקתי, ערך האישיות על ידי התייחסות לאופי המשאב ולקהילה הנהנית (התייחסות קודם לכן).

8. **תשס"ט מועד א'**

בעיצומו של המשבר הכלכלי קרסה חברת הבניה הגדולה ביותר במשק, "בטחו בי", שבנתה 8000 דירות בפרויקטים באזורי הפריפריה בארץ. התגלה, כי רוב הדירות נרכשו עוד לפני העברת תיקון 4 לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), ולרוב הקונים אין בטוחות מתאימות. הקוני, שרובם ממעמד סוציו-אקונומי נמוך והפסידו את כל חסכונותיהם בשל הקריסה, ערכו הפגנות סוערות בדרישה להתערבות ממשלתית במשבר.

הממשלה נענית, ומעבירה חוק חירום הקובע שלוש הוראות מרכזיות:

א. ימונה משקם ל-"בטחו בי". במסגרת סמכויותיו יוכל המשקם למחוק את חובותיה של החברה לבנקים.

ב. קוני דירות פרטיים בפרויקטים של החברה יאלצו להוסיף 5% לסכום ששילמו כדי לקבל בעלות בדירה; קוני דירות עסקיים (שיוגדרו ככל מי שקנה יותר מדירה אחת בפרויקט) יוסיפו 25% לסכום ויקבלו בעלות.

ג. חברות קבלניות שקיבלו עד כה סיוע ממשלתי, משום שבנו למגזרים מועדפים, לא יקבלו יותר סיוע. הכספים יופנו להקמת קרן פיצויים לקונים שאיבדו את כספם בשל התמוטטות חברה קבלנית.

הבנקים, הקונים והחברות הקבלניות עותרים לבית המשפט בטענה שיש לבטל את החוק החדש, הפגוע בזכות הקניין המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

**דונו בזכויות הצדדים.**

הבנקים - הבנקים יכולים לטעון שיש כאן משום פגיעה בזכותם הקניינית לפי סעיף 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, אשר מעגן את זכות הקניין כזכות חוקתית. על פי תפיסה בלקסטיניאנית - זכות הקניין הינה שרירות בעלים. הדבר מונע את מחיקת החובות אשר פוגעת קשות בזכותם הקניינית של הבנקים. לפי התפיסה הליברלית-ריאליסטית הקניין אינו רק שרירות בעלים ויש לבחון את המוסד הקנייני על פי ערכים מתאימים נוספים כגון צדק חלוקתי ואחריות חברתית. בפסק דין מזרחי אומר שמגר כי אין הצדקה לכך שכלל משלמי המיסים ישאו בנטל החובות, זאת בשל עצימת העיניים של הבנקים לגבי הצטברות החובות. כיוון שמדובר בחברת הבניה הגדולה בארץ, אפשר לטעון שהבנקים היו מוכרחים לדעת על קשייה ולפעול. מאידך יטענו הבנקים שגם הקונים שלא לקחו בטוחות "אשמים" כיוון ששמו את כספם על קרן הצבי. לפי לוין - הבנקים נהנו במהלך השנים מהתועלת שבקשריהם עם החברה צריכים לשאת בנטל, יש כאן משום התייחסות להדדיות ארוכת הטווח. בנוסף יש כאן אלמנט של רווחה מצרפית - שכן הבנקים השקיעו השקעת יתר ולכן עליהם לשאת בעלות. מנגד, אפשר לטעון טענה זהה לגבי הקונים - אלא שלקונים אין את הידע של הבנקים.

**תשעה א בר אילן**

על שולחן הכנסת מונחת הצעת חוק הקובעת כי מעקל מאוחר אשר פעל בתום לב יגבר על קונה מוקדם שקנה את הקרקע והעסקה לא נרשמה.

כיצד משנה את הדין הקיים? האם הצעה זו ראויה?

כיום לפי הלכת אהרונוב, אשר הפכה את הלכת בוקר, קונה מוקדם גובר על מעקל מאוחר, אפילו אם עסקת הקונה איננה מסתיימת באישור. אחיזת המעקל חלשה בנכס והוא יכול להיפרע מנכס אחר. אין לו זיקה לנכס הספציפי.

לבצע איזון ערכים, למה שנרצה שקונה מוקדם יגבר? למה שנרצה שהמעקל יגבר? לא לשכוח שהחוב נוצר לפני העסקה. לדון בכל הערכים כמו מאזן מצוקה, ערך אישיות וכמובן מונע הנזק.