**דיני קניין- מבואות**

**זכות הקניין- מוחלטת?**

כשמדברים על דני קניין, זה תחום משפטי שיוצר שורה של נורמות משפטיות שמסדירות את היחסים בין בני אדם למשאבים. שורה של כללים משפטיים שיוצרים זכויות, הסדרים ביחס לזכויות שלנו במשאבים. הם נותנים לנו מענה גם לשאלה למי יש זכות בנכס נתון בכל נקודת זמן, גם במצבים של תחרויות. והתחומים שנעסוק בהם במסגרת הקורס הם בעיקר התחום של דיני קניין במקרקעין, מיטלטלין וזכויות. לא נעסוק בתחום הלא מוחשי של קניין רוחני (למרות שנזכירו).   
כשאנחנו חושבות על השאלה 'מהו קניין?' אז האינטואיציה הראשונית היא שהקניין משמיע משהו שהוא שייך לי. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מעניק הגנה חוקתית לזכות הקניין (סעיף 3 לחוק). כשבאותה הנשימה, החוק קובע כי (בסעיף 8) פגיעה בזכות צריכה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה. כך שלמרות שהאינטואיציה תמיד משמיעה משהו שהוא שלי ויש לי בו זכות מוחלטת, נראה שבפועל זה לא תמיד המצב. התפיסה הזאת שזכות קניינית היא זכות מוחלטת, לא תואמת את המציאות. במילים אחרות, זכות קניינית זו זכות שבאה עם הרבה מאוד הגבלות.

נדבר על שלושה מקרי מבחן מרכזיים:

1. הגנת הפטנט- פטנט זו הגנה משפטית שקיימת בתחום הקניין הרוחני שנותנת הגנה להמצאות חדשות של ממציאים. אדם ממציא המצאה ומקבל הגנה קניינית שניתנת על ידי המדינה (לאחר בחינת התנאים והדרישות שעוגנו בחוק הפטנטים). לא כל המצאה זוכה בהגנה משפטית, ולכן כדי לקבל את אותה הגנה, שהיא הגנה קניינית מכוח חוק הפטנטים, צריך לצלוח את התנאים והדרישות שהחוק מעמיד. הגנת הפטנט נחשבת לסוג של הגנה קניינית מאוד חזקה- ההגנה בדרך כלל תקפה לתקופת זמן העומדת על 20 שנה. כשבתקופה הזאת לממציא יש זכות בלעדית לנצל את ההמצאה. הגנת הפטנט היא הגנה חזקה אך מוגבלת בזמן ולכן לא ניתן לטעון שזאת זכות קניין מוחלטת- משום שזו זכות המוגבלת בזמן (20 שנים), והכפופה לגבולות טריטוריאליים (יש צורך להגיש בקשה בל מדינה שבה רוצה הגנה). בנוסף לכך, החוק הישראלי ושיטות משפט שונות יוצרות הגבלה על הזכות הקניינית, בכך שניתן במצבים ונסיבות מסוימות לתת רישיונות כפייה לייצור ההמצאה (נסיבות של חוסר יכולת לספק ולעמוד בביקוש או ניצול הפטנט לרעה). במילים אחרות, קיומו של מוסד של רישיונות כפייה מעיד על כך שזכות הקניין היא לא מוחלטת ונתונה להגבלות. במצבים כאלו של אי עמידה בביקושים או ניצול הפטנט לרעה ניתן לכפות רישיונות כפייה שלפיהן שחקנים אחרים יכולים לנצל את ההמצאה. זאת דוגמא אחת שמראה שהאינטואיציה של זכות קניינית כחזקה ומוחלטת היא לא נכונה.
2. חזקת השיתוף בדיני משפחה- במסגרת דיני המשפחה יש זכויות של בני זוג בנכסים שנצברו ונקנו בתקופת הנישואין. במשך הרבה שנים הייתה תפיסה, שגם במערכת זוגית אם יש נכס שנרכש בתקופת הנישואין, מי שהנכס רשום על שמו הוא בעליו של הנכס. ובכך וכמו שקרה בדרך כלל, אם זוג התחתן, והזוג קנה את הנכס אך נרשם השם על שם הגבר, הנכס הוא שלו. מאוחר יותר, היה שינוי תפיסתי גדול כשהמשפט הישראלי בדומה לשיטות משפט אחרות, שאמר כי צריך לחלק את הקניין של הזוג בדרך אחרת. השינוי התפיסתי הזה קבע כי יש חזקה שנקראת חזקת השיתוף המתעלמת מהרישום הפורמאלי. שכן, כשאנשים חיים בזוגיות ומנהלים משק בית משותף, ומשקיעים בכנסים במסגרת זוגית, אין סיבה שאחד יהיה בעל הנכס והשני לא בגלל סיבה פורמאלית. ולכן נקבעה חזקה לפיה כל נכס שנקנה במסגרת הנישואין הוא בבעלות משותפת של בני הזוג, ולמעשה לכל אחד מהזוג יש בעלות של 50% על הנכס. הזכות הקניינית הפורמאלית המשמיעה לכאורה בעלות מוחלטת, במציאות היא לא כזאת, אותה חזקת השיתוף קובעת שמה שרשום זה לא המצב המשפטי, המציאות המשפטית היא חזקת שיתוף נכסים בבני זוג, ואין בעלות מוחלת בנכס גם אם אחד מהצדדים רשום כבעל פורמאלי. זה מעיד על כך, שזכות הקניין היא לא מוחלטת, שכן נוצרה דוקטרינה שסותרת את הרישום הפורמאלי וקובעת לבעלות שוויונית. חזקת השיתוף שבתי המשפט הכירו בה, הפכה להיות ההלכה הקניינית הרווחת בזכויות בנכס שנקנה במהלך נישואין.   
   גם אם יש רישום בעלות פורמלית, שמעיד על בעלים יחידם של הנכס, בפועל זה לא המצב בנשפטי והזכות נתונה למגבלות, אותה הלכת שיתוף שמשמיעה שלשני בני הזוג יש זכויות בנכסים.
3. הגנת השימוש ההוגן בזכויות יוצרים- בדומה להגנת הפטנט, חוק זכות יוצרים נותן הגנה ליוצרים על יצירות שיצרו. אך, בעוד שתחום הפטנטים עוסק בהמצאות וחדשנות טכנולוגית, התחום של דיני זכויות יוצרים עוסק ביצירה של יצירות שונות (ספרות, מוזיקה, אומנות ויצירות דרמטיות). לאחר שאדם יצר יצירה, חוק זכויות יוצרים קובע שאותו יוצר מקבל שורה של זכויות בלעדיות ביצירות האלה, לאורך תקופת זמן ארוכה. ניתן לראות כי הגנת זכויות יוצרים היא מההגנות הקנייניות הארוכות והחזקות ביותר (כל חיי היוצר ו70 שנה אחרי יום מותו). היצירה מקבלת הגנה לתקופת חיי היוצר אך גם למותו, רק שאחרי המוות היורשים אלו שנהנים ממנה. לפי הגנה זאת, כאשר אדם מפר את זכויות היוצרים של היצירה, כלומר אם יש פלישה לתחום היוצר, על המפר לספק פיצוי. לדוגמא: הפעולות הנפוצות הן אתרי הורדות של סרטים ומוזיקה. אך למרות החוזק של זכות היוצרים, גם היא זכות קניינית הנותנה למגבלות- וזאת הגנת השימוש ההוגן. הגנה זאת קובעת כי בנסיבות מסוימות אם אדם משתמש ביצירה המוגנת בזכויות יוצרים מתוך מטרה מנויה (שימוש כמו ביקורת, הוראה, סקירה ועוד שורה של מטרות מוגדרות) ועושה את זה בצורה שהיא הוגנת, השימוש לא יחשב כהפרה של זכויות יוצרים אלא שימוש שהוא מותר. למשל יצירה של פרודיה שהיא ביקורת על יצירה המקורית שמנסה להגיך אותה, איזשהו ניסיון להעביר ביקורת חברתית כללית תוך שימוש ביצירה, אלה דוגמאות קלאסיות שחוסות תחת לשימוש הוגן. רואים בביקורת איזושהי מטרה חברתית חשובה שצריכה לגבור על זכות הקניין של היוצר. גם אם יש ליוצר זכות קניינית, בשוק של הפארודיות האדם יכול לעשות כרצונו כמשתמש כל עוד הוא עומד בהגנות החוק. פרודיה היא דוגמא קלאסית של שימוש הוגן הרצוי מבחינה חברתית ולכן המשפט מאפשר אותו ואף מעודד.

כל המטרה הייתה לחשוב על קניין בניגוד לאינטואיציה הראשונית שלנו- של זכות מוחלטת. ראינו את האמירה בחוק יסוד לכאורה משמיעה דבר דומה של הגנה מוחלטת, אך סעיף 8 בחוק יסוד סותר את ההגנה המוחלטת ונותן יכולת לפגוע בזכות. יש מגבלות רבות על זכויות קניין שבמקרים מסוימים ההגנה הקניינית החזקה והמוחלטת לא תעזור וניתן יהיה חוקית לפגוע בזכות הקניינית. הזכות הקניינית לא חזקה כמו שזה נשמע ונראה את זה לאורך כל הקורס, זה לא דבר מוחלט שמשמיע זכות בלעדית ומוחלטת בלי הגבלות. ולכל אורך הקורס נלמד על ההגבלות על הזכות.

**תיאוריות קנייניות- מהי זכות הקניין?**

במהלך הקורס נדבר על תיאוריות קנייניות, והערכים שבבסיס דיני הקניין- מדוע יצרו את דיני הקניין ומה מצדיק אותם? ולפה נכנסת ההבנה של התיאוריות שעומדות בבסיס דיני הקניין. התיאוריות לא משתנות אלא הדין משתנה, הערכים החברתיים כל פעם יכול ללבוש צורה אחרת, כל החלטה משפטית מושפעת מעולם הערכים שלנו. אבל ההצדקות והתיאוריות היא מסגרת תיאורטית לא דינאמית, המסגרת התיאורטית היא מסגרת ברורה והיא הבסיס לכל השיח הקנייני שנראה בפסיקה, ולכן חשוב להכיר את התיאורית.

נראה הצגה כללית של סוגי התיאוריות בדיני קניין: מה המשמעות שלהן, מה כל אחת אומרת, על המתחים בארץ בין תפיסות עולם שונות של שופטים והוגים שונים לגבי דיני קניין, ואילו ערכים צריכים לבוא לידי ביטוי. נראה שהתיאוריה משפיעה מאוד על תוצאות הכרעה בפסיקה- המטען הערכי של השופטים משפיע ומכתיב את ההכרעה השיפוטית. ולכן חשוב להכיר את המושגים הבסיסיים ברמה הכללית.

שלושת התיאוריות מנסות להגדיר מהי הזכות הקניינית, כשכל תיאוריה מושכת לכיוון אחר: איך התיאוריות הקנייניות הגדירו את הזכות הקניינית. לאורך השנים היו שלושה סוגי תיאוריות קנייניות שהגדירו את הזכות הקניינית באופנים שונים.

נתחיל מהקלאסית, נעבור לפרסונלית ואז למודרנית- קלאסית.

1. **התיאוריה הקלאסית**

התיאוריה הקלאסית הייתה תיאוריה שרווחה עד סוף המאה ה18. התיאוריה הקלאסית של דיני הקניין סברה כי כשלאדם יש זכות קניינית, יש לו זכות בנכס. הזכות הקניינית יוצרת מערכת יחסים מול נכסים. לאדם יש זכות מול נכס מסוים, ולעולם, כל האנשים בעולם יש חובה לא להפריע למערכת היחסים הזאת שבין האדם לנכס שלו. וכמובן התיאוריה הזאת בעייתית כי קשה לדבר על יחסים בין בני אדם לנכסים, אין שום מערכת יחסים עם נכס, מה שמקשה להבין ולדבר במושגים האלו. ולכן היו התפתחויות בהבנה של מהי אותה זכות קניינית. אם התיאוריה הקלאסית קבעה שזכות קניינית היא זכות של אדם בנכס ואסור לאנשים להפריע ביחסים של הפרט בנכס. התיאוריה הפרסונלית נתנה הגדרה אחרת. ובאמת הסיבה לשינוי הייתה הקושי בתיאוריה הקלאסית, הקושי לבוא ולהפוך נכס מסוים למושא של חובות וזכויות, לדבר על יחסים בין אדם לנכס נשמע מוקשה.

1. **התיאוריה הפרסונלית**

התיאוריה הפרסונלית ניסתה לספק הגדרה אחרת למהי זכות הקניין. בהקשר הזה התיאוריה הפרסונלית באה ודיברה על ההגדרה של זכות חוזית מול זכות קניינית. בדיני חוזים הזכות החוזית נתפסת כזכות בין אנשים שכרתו חוזה ביניהם. באופן עקרוני הזכות החוזית היא זכות שמחייבת את הצדדים לחוזה, צדדים שנכנסו ליחסים חוזיים בצורה רצונית וכפופים למערכת החוזית. התפיסה המקובלת היא שזכויות חוזיות נתפסות כזכויות חלשות יותר מזכויות קניין. זכויות קניין בתיאוריה הפרסונלית, לא מוגדות כשקשר ומערכת יחסים בין אדם לנכס. אלא הגדרה כזאת, שהזכות הקניינית היא זכות יותר חזקה מזכויות חוזיות וההבדל הוא רק כמותי- בעוד שהזכות החוזית היא זכות של צדדים שכרתו חוזה, הזכות הקניינית היא זכות שפועלת בין כל העולם כמעין מארג גדול של אינספור חוזים בין האדם לכל העולם. זכות הקניין חזקה יותר כי היא מכפיפה את כולם לזכות המסוימת, בעוד שבזכויות חוזיות זה רק הצדדים לחוזה.

זכות חוזית היא זכות שמוגדרת כזכות שנכרתה עם קבוצה מוגדרת של אנשים, וחלה רק על אותה קבוצה, זכות הקניין היא בדיוק אותה זכות מבחינה תפיסתית, זכות עם קבוצת אנשים, אלא שכאן ברגע שיש זכות קניינית בנכס מסוים, כל העולם כפוף לחוזה בין האדם לכל העולם. זה רק עניין כמותי- יותר אנשים כפופים לזכות הקניינית מאשר לחוזית. ולכן נראה כי התיאוריה הפרסונלית לא עושה הבחנה מהותית בין הזכות החוזית לקניינית, אלא שהפער הוא רק ההבדל הכמותי- כל העולם כפוף לעומת מצב בו רק אנשים הכורתים חוזה כפופים.   
ואכן בתפיסה המשפטית, זכויות חוזיות נתפסות כחלשות יותר מאשר זכויות קנייניות, בגלל התחולה הרחבה של הזכות הקניינית שפועלת מול כל העולם, לעומת זכויות חוזיות שפועלות רק בין צדדים שלצד לחוזה.

ההבדל הגדול בין התיאוריות הוא אחד- הקלאסית אומרת שיש מערכת יחסים בין אדם לנכס, הפרסונאלית אומרת שזה לא משהו שניתן לחשוב עליו בצורה סבירה, ויותר נכון לדבר על זה כמערכת של בני אדם ביחס לבני אדם, ולא ביחס לנכסים. זכות חוזית היא זכות בין בני אדם שהתוכן שלה יכול להיות ביחס לנכסים, והזכות הקניינית רק מבחינה כמותית חלה על כל העולם ביחס לנכס מסוים.

1. **התיאוריה המודרנית-הקלאסית**

התיאוריה המודרנית- הקלאסית היא למעשה שילוב של שתי התיאוריות הקודמות, והיא התפיסה המקובלת היום. התיאוריה המודרנית-הקלאסית סוברת שצריך לנסות ולדייק את ההגדרה- לפי תיאוריה זאת, הזכות הקניינית היא יכולת של אדם, של הבעלים, להפיק מהנכס במישרין איזושהי תועלת שניתנת להערכה כספית\כלכלית, ללא התערבות של גורם אחר. במילים אחרות: מה שהתיאוריה המודרנית-הקלאסית אומרת שמה שמייחד את הזכות הקניינית זה שהיא יוצרת איזושהי זיקה בלתי-אמצעית לנכס שלא מתווכחת על ידי אדם מסוים. וזאת להבדיל מזכויות חוזיות, שמאפשרות ליהנות מנכס רק באמצעות האישיות של החייב.

כשאני חותמת על חוזה ומקבלת זכות חוזית, הזכות החוזית הזאת מתווכת לאותו חייב שכרגע צריך לספק שירות, אין לי שום דרך לממש את הזכות והחוזה, בלי אותו חייב שצריך לבצע את הפעולות. הזכות החוזית מאפשרת לי להנות מהזכות רק אם החייב עושה את הפעולות רק מכוח החוזה. להבדיל, הזכות הקניינית, וזה מה שהתיאוריה המודרנית- קלאסית ממחישה, זה שהיא לא מדברת על יחסים בין אדם לנכסים, אלא אומרת שיש זכות קניין היא נותנת לאותם בעלים יכולת להנות ולהפיק תועלת ממשאבים באופן ישיר מהנכס בלי להיות תלוי באף גורם, היא יוצרת זיקה בלתי אמצעית לנכס שלא מתווכת על ידי בני אדם.

הדוגמא זכות המשכנתא או זכות המשכון: זכות קניינית שקיימת גם ביחס למקרקעין ומטלטלין, זאת זכות שנותנת אפשרות לשעבד נכנס מסוים כערובה לחיוב מסוים, ואם החיוב לא מקוים, האדם יכול להיפרע מהנכס המשועבד. הזכות שנקראת משכנתא היא זיקה בלתי אמצעית לנכס- היא נותנת זכות קניינית שמאפשרת לבנק להפיק תועלת ישירה מהנכס בלי להיות תלוי בחייב. הבנק יתחיל בהליכי מימוש בלי קשר לרצון החייב. ברגע שיצרת את הזכות הקניינית, יצרת קשר בלתי אמצעי של הבנק לנכס, שנותן לו להיפרע ישירות מנכס. ולכן התיאוריה המודרנית לא מדברת על כך כמערכת יחסים, אלא רק יכולת לבוא ולמממש את הנכס באופן ישיר, יצירת קשר שעוקף את התלות בחייב, תלות ששכיחה בדיני חוזים.

התיאוריה הקלאסית מודרנית מעבירה מהשיח היותר מוקדם שהוא יפחות מדויק ופחות מגדיר, להגדרה יותר מדויקת לזכות הקניינית.

לסיכום:

1. קלאסית- יוצרת איזשהם יחסים בין אנשים לנכסים.
2. פרסונלית- מנסה לדבר על הכל דרך פריזמה של חוזים, שרק הבדל כמותי עומד- בקניין יש רשת גדולה של חוזים לעומת אותה זכות חוזית שמחייבת רק את מי שחתם על החוזה.
3. מודרנית- קלאסית- זכות קניין נותנת יכולת להפיק מהנכס במישרין איזושהי תועלת ויוצרת זיקה בלתי אמצעית שעוקפת את התלות בבן אדם. זאת לא מערכת יחסים אלא יכולת טכנית של הבעלים לעשות כרצונו בנכס הנתון.

אלו שלושת התיאוריות המקודמות שניסו להגדיר את הזכות הקניינית.

**דיאלוג של תפיסות קנייניות**

דיברנו עד עכשיו על ההגדרה של זכויות קנייניות, ואיך שלושת הגישות השונות הגדירו אותה. עכשיו נדבר על תפיסות קנייניות ביחס לעולם הקניין. נציג שתי גישות שונות:

Blackstone- כל גריעה היא פגיעה בקניין

תפיסת העולם של בלאקסטון הייתה תפיסת עולם שקבעה כי הזכות הקניינית היא זכות מוחלטת. זכות שצריכה לקבל הגנה מאוד חזקה. בעיניים שלו, קניין משמיע את אותה זכות מוחלטת שאסור לפגוע בה, שכל גריעה ממנה היא פגיעה בזכות לקניין. בלאסקטון היה בעל תפיסת עולם ליברטינית, שהיא תפיסת עולם המקדשת את חירות הפרט.

לפי תפיסה זו, הערך אולטימטיבי שהחברה צריכה לאמץ זה ערך חירות הפרט ושלמדינה יש תפקיד מאוד מצומצם בחיי הפרט. למדינה מרחב התערבות מאוד מצומצם בחיי הפרט. הערך של חירות הפרט הוא ערך חשוב שיש לשמור עליו ותפקיד המדינה צריך להיות ממוצא רק בהבטחת הביטחון האישי והסדר ציבורי, מדינת "שומר הלילה" שלא מתערבת במרחב האישי והציבורי, ולא פוגעת בחירות ובנכסי האדם. תפיסת עולם כזאת קובעת כי המדינה לא אמורה להתערב בשום דבר שקורה בחברה אלא רק הבטחת היכולת של הפרטים לחיות כאנשים חופשיים.

בקניין צריך לבוא ולהבטיח מרחב של חירות פרט שיהיה חופשי מהתערבות המדינה. זאת תפיסה מאוד נוקשה שקובעת כי למדינה אין יכולת לגרוע מהזכות לקניין של הפרט, שכן, כל גריעה נחשבת לפגיעה בקניין שמחייבת פיצוי.

יש לציין שבמציאות התפיסות הליברטיניות הן לא התפיסות השכיחות בקבלת החלטות, ואכן יש חלוקה מחדש של העושר בחברה וגריעה מזכות הקניין. אם ניקח את הגישות האלו לבית המשפט, מי שדוגל בתפיסה כזאת יטה להגן על זכויות הקניין של הפרטים ולהימנע מפגיעה בהן.

Hohfeld- לא כל גריעה היא פגיעה

הופלד לא דיבר על זכויות קניין בדרך שבלאקסטון חשב עליהן. הופלד מחזיק בגישה אחרת לפיה זכות הקניין היא לא דבר שמוגדר בצורה אחידה, לא ניתן לדבר על זכות קניינית מוגדרת. זכות קניינית יכולה להיות דבר שלובש הרבה צורות עם זכאויות שונות- תיאור שהולם את המציאות אנחנו חיים בה.

אם נחשוב על עולם זכויות הקניין בדין הישראלי, נראה שזכויות קנייניות לובשות זכאויות ותוכן אחר ומשתנה- יש זכות קניינית מאוד חזקה של בעלות, אך יש זכויות קנייניות אחרות עם תוכן והגנה יותר מצומצמת. אז התפיסה של הופלד אמרה שזכות קניין היא דבר יותר מורכב שיכול לתת לאנשים כל מיני זכאויות שמשתנות, ואין לה תוכן אחיד, מוגדר קשיח ותוכן הכרחי.

למשל הזכות לשלוט ולנהל נכס: כשיש זכות קניין אחד המאפיינים של זכות הבעלות זו זכות השליטה והניהול, לאדם שיש זכות קניין יש זכות לנהל ושלוט בנכס שלו. אך יש זכויות קנייניות אחרות שלא באות עם זכות השליטה והניהול, כמו שכירות- יש לה רק זכות להחזיק ולהשתמש בנכס, ולא לשלוט או לנהל.

הופלד אומר שלזכויות קניין אין תוכן הכרחי אחיד, זכויות קניין משמיעות משהו שיכול ללבוש כל פעם תכנים אחרים בשל הצורך והמציאות המשתנה. ואכן, הפרקטיקה הנוהגת בכל מיני מדינות היום היא שזכויות קניין לובשות כל מיני צורות אחרות עם מאפיינים ותכנים שונים. ולכן הופלד אומר שמפני שזכויות קניין מאופייניות בצורה עשירה עם כל מיני זכויות ותכנים, לא כל גריעה מכל זכות תהיה פגיעה בקניין. לא כל פעם שמישהו לוקח משהו תהיה פגיעה כמו אצל בלאקסטון, לפעמים הזכות מגיעה מלכתחילה עם זכויות מאוד מצומצמות ולכן אין מה לקחת. לא כל גריעה מכל אדם יש לו זכות תהווה פגיעה בקניין, משום שמלכתחילה הזכות באה עם תוכן מצומצם מאוד. צריך להיות זהירים, לא כל פגיעה בכל זכות היא פגיעה בקניין, צריך לפרק את המאפיינים של כל אחת מהזכויות ולבדוק עם איזו חבילה הגיעה. לפי הופלד, לא תמיד יש פגיעות בקניין שמחייבות פיצוי, והוא באמת מחזיק בתפיסה הרבה שונה מבלאקסטוןן וגם יותר מציאותית של עולם זכויות הקניין.

לסיכום:

* בלאקסטון- זכות מוחלטת וקשיחה שאין לפגוע בה, כוח התערבות מוגבל מדינה. כל גריעה היא פגיעה בקניין.
* הופלד- זכויות קניין זה דבר מורכב, אין תוכן אחיד קשיח ומוחלט, אלו זכויות שלובשות הרבה פנים ותוכן שונה, ולכן לא כל גריעה מקניין היא פגיעה שיש לפצות עליה.

מישור תורת משפטי

במישור של תורת המשפט- כל התיאוריה הבסיסית של מדע המשפט, נראה שיש כל מיני זרמים בתורת המשפט. יש תפיסות עולם מנוגדות וקוטביות: במישור תורת המשפט, העוסק בתיאוריה משפטית בסיסית והבסיס למשפט:

פורמליזם וריאליזם הן תנועות משפטיות שהולכות בכיוונים שונים שמשפיעות על הדיון והפסיקה המשפטית:

* פורמליזם- תפיסות עולם פורמליסטיות הן תפיסות עולם שנדרשות ללשון החוק ולקביעות שהוגדרו בחוקים. למשל: תפיסת עולם קובעת שלא מעניין חזקת שיתוף שביהמ"ש הכיר בה, שכן זה לא כתוב בחוק ולכן אין לה שום תוקף משפטי. יש לשון לחוק ודרישה צורנית, והחוק קובע דבר אחד. בתפיסה פורמאליסטית יש היתפסות ללשון החוק ולא ליציקת תוכן בחוק. יש חוק, יש לו דרישות, יש דרישה צורנית ולא ניתן בפסיקה ליצוק תוכן לחוק. תפיסות שמנסות לקדם וודאות ויציבות משפטית- שהכלל יהיה ידוע והתוצאה ידוע מראש, דבר חשוב בטח בעולם של זכויות קניין.
* ריאליזם- תפיסת עולם ריאליסטית קובעת כי יש צורך לבוא ולהסתכל על המציאות בעיניים, ולבדוק מה ההשלכות של ככל משפטי בנסיבות מסוימות. יש להניח בצד את הכלל הפורמאלי ולהסתכל על המציאות וההשלכות של הכלל המשפטי. תפיסת העולם הריאליסטית אומרת, וזה מה שקרה באמת בחזקת השיתוף- יש להסתכל על המציאות עצמה שכן, בהיצמדות ללשון המחוק יכול להיווצר עוול במסגרת החוק. התפיסה הזאת פחות וודאית וצפויה, זה דבר לא צפוי שבית משפט בא ורואה את המציאות בדרך אחת ומציג מציאות שפוגעת בכלל המשפטי. תפיסות עולם ריאליסטיות מנסות להסתכל למציאות בעיניים ולהביא לתוצאה צודקת יותר ומתחשבות במציאות בשטח אך פוגעות בוודאות המשפטית ומנחיתות הפתעות.

פורמליזם וראליזם אלו שתי מגמות בפסיקה וגם בזכויות קניין, חשוב להבין שהן תפיסות עולם חשובות גם בהקשר של דיני הקניין.

מישור התחולה

רלוונטי לערכים בשיח הקנייני, ונוגע גם לבלאקסטון.

* מוניסטית- תפיסות עולם מוניסטיות\ תפיסות קניין מוניסטיות הן תפיסות קנייניות שאומרות ומאמצות ערך אחד שעל פיו אנחנו מנהלות את כל ההבנה של זכויות קניין. אצל בלאקסטון יש תפיסת עולם מוניסטית ובכלל ליברטיניים- ערך החירות הוא הערך היחיד שמכתיב את כל ההבנה הקניינית.
* פלוראליסטית- יש יותר מערך אחד שמנהל את ההבנה שלנו למה הוא קניין, שיש יותר מערך אחד שהוא ערכים אנושיים וחברתיים שונים שיכולים לנהל את ההבנה הקניינית שלנו. המציאות יותר מורכבת, יש הרבה ערכים שמשחקים תפקיד בהבנה הקניינית שלנו, חירות זה לא הערך היחיד. ולכן נראה, שיש שורה ארוכה של ערכים שיכולים לעזור לנו בהבנה של מהו קניין. התפיסה הרווחת בישראל, שיכולות להביט על שורה של ערכים המשחקים בשיח הקנייני. תפיסות הקניין של היום מושפעות מהרבה מאוד ערכים ולא רק מערך אחד בלבד: כמו ערכים של יעילות כלכלית, קהילה וכו. תפיסת העולם היום הרבה יותר פלורליסטית, היא לא ממוקדת רק בחירות. ההבנה היום שזכויות קניין מחייבות איזון בין שורה ארוכה של ערכים מגוונים ועשירים, ולא רק חירות.

לדוגמא: בעלות משותפת בחוק המקרקעין: דיירים בבית משותף הם גם בעלי חובות להן הם כפופים(למשל, הכרעת רוב), ותפישת עולם מוניסטית של חירות לא הייתה מגדירה חובות שכאלה אלא עומדת על החירות הבלעדית של דייר בבית משותף. למשל, באמריקה, בה ערך החירות חזק מאוד, כלל אין הסדר משפטי ברור לבית משותף.

בית המשפט העליון כיום נמצא בעיקר תפישה פלורליסטית- חירות היא תחילת ההבנה של קניין, אך היא בוודאי אינה הערך היחיד בו נשתמש.

מישור נורמטיבי

המישור הנורמטיבי עוסק **בתוכן** הערכים שבקניין:

* תפיסות ליברטיניות- תפיסות עולם שהערך המרכזי שעומד בפניהם הוא ערך החירות, החירות של הבעלים. לדוגמא בלאקסטון, שהערך המרכזי המנהל את התפיסה הקניינית שלו זה ערך החירות.
* תפיסות ליבראליות- תפיסות עולם שערך החירות הוא לא הערך הבלעדי, אלו תפיסות עולם שחושבות שיש מקום לתת גם לערכים אחרים מקום, הערך של חירות הוא לא הערך הבלעדי. אלו תפיסות עולם פלורליסטיות בכך שהן מכירות במקום של ערכים אחרים שבניהול ההבנה הקניינית. הוא נותן יותר מקום לערכים בשיח, ולא מוגבל לערך אחד.

בארץ- בהמ"ש העליון אימץ כלל תפישה ליברלית-פלורליסטית-ריאליסטית, שמעניקה מקום נרחב לחירות אך מביאה בחשבון גם ערכים נוספים באיזון.

ההבדל בין מישור התחולה למישור הנורמטיבי: מישור התחולה עוסק בכימות מספרי- ערך אחד או הרבה ערכים(אין עיסוק באילו ערכים מדובר), והמישור הנורמטיבי עוסק בתוכן הערכים- חירות לעומת ערכים אחרים.

**ביקורות על התפיסות הקנייניות**

תפיסה ליברטינית- הזכות הקניינית מוחלטת ועל כל פגיעה בה יש לפצות

1. ביקורת תיאורית- התפיסה הליברטינית היא גישה מוניסטית שדוגלת רק בערך אחד- זכויות הקניין יוצאות רק מנקודה של חירות. הביקורת היא תיאורטית, בכך שהתפיסה הליברטינית חוטאת למציאות, המציאות היא כזאת שיש הרבה מאוד זכויות קניין שלובשות דפוסים שונים חלקם חלשים יותר וחלקם חזקים יותר, ולא כל זכויות הקניין הן עם עוצמה גדולה שנותנות למי שמחזיק בהם בהכרח הרבה מאוד כוחות. ולכן מבחינה תיאורטית, התיאוריה הזאת חוטאת למציאות בכך שלא ניתן להגיד שזכות הקניין ככלל היא זכות חזקה מאוד. לא נכון לדבר על כל הזכויות בצורה כזאת שאומרת כי כולן חזקות שמקבלות הגנה משפטית חזקה ואף שלא ניתן לגרוע, כי נראה שהזכויות עצמן והמציאות היא שונה. מבחינה תיאורטית, הביקורת היא שהתפיסה לא משקפת את המציאות הקניינית בה אנחנו חיים.
2. ביקורת דיסקורסיבית- הביקורת השנייה טוענת שהגישה של בלאקסטון לפיה כל זמן שיש פגיעה בערך החירות והקניין יש צורך לפצות, היא בעייתית ולא ניתן לאמץ גישה שטוענת כי הדיון מתחיל ונגמר בפיצוי על כל פגיעה קניינית. אין יכולת לבסס אמירה קשוחה כי מדובר בזכות שבסופו של דבר יחסית, שלפעמים נסוגה מהאינטרסים חברתיים אחרים, ובכך לא ניתן לאמץ את הגישה הקשוחה שהגישה הליברטינית פותחת וסוגרת בדבר אחד, כל זכות היא יחסית ונתונה להרבה הגבלות. דיני הקניין כפופים לאין סוף הגבלות ולכן קשה לדבר עליה בגישה של בלאקסטון.

תפיסה הופלדיאנית- תוכן הזכות הקניינית משתנה ולא קבוע, והיא אינה מוחלטת

זכויות קניין שאומר שהתוכן שלהן לא הכרחי, הן לובשות כל מיני צורות וכל מיני זכאויות, גם על התפיסה הופלד יש ביקורות:

1. אד הוקיזם- תפיסה כזאת למובילה לגישה שהיא למעשה אד-הוקיסטית. גישה כזאת לא נותנת לנו קווים מנחים מה התוכן של זכות הקניין, היא רק אומרת שהתוכן לא הכרחי, ולכן התפיסה הזאת סובלת מזה ששכל פעם נצטרך להכריע האם יש או אין זכות קניין, בלי באמת הנחיה של הופלד. כל זכות יכולה לבוא עם חבילת זכאויות שונה, והביקורת היא שאין הגדרה אמיתית למה זה קניין, ולכן יש צורך להכריע מחדש בלי שהוא נותן כלים להכריע מה ההגדרה של הזכות הזאת. ולכן הבעיה היא שהגישה מאופיינת בחוסר יציבות וודאות, אין הנחיה ברורה בהגדרת הזכויות.
2. פריקות יתר של הזכות הקניינית- הגישה של הופלד קובעת שניתן לאפשר מבחינה מעשית תפריט גדול של זכויות קניין הלובשות כל מיני זכאויות שונות, על פי בחירת הצדדים או הבעלים. הקושי הגדול עם התפיסה הזאת שקניין יכול להיות הרבה מאוד דברים על פי התוכן שניצוק, זה שנגיע לסוג של דיני חוזים שלא תהיה וודאות לתוכן של אותן זכויות קנייניות. כשאתה פותח את זה לחוסר וודאות, זה מה שיוצר פריקות יתר של הזכות, אין דבר מוגדר יש יותר מידי זכויות עם תכנים שונים, והגישה אפילו מבטלת את ההבחנה בין זכויות חוזיות לקניין- לא ידוע מה התוכן של הזכות הקניין מה שגורם לטשטוש הגבול בין הזכויות.

על שתי הגישות נמתחו ביקורות לגיטימיות, אך המצב המשפטי-הקנייני כיום מתפתח ומתקדם יחסית ועל כן הביקורות לא בהכרח תקפות לגביו ולא עולות בד"כ. המציאות יותר יציבה, ולזכויות הקניין יש מאפיינים ברורים ומקובלים שמכתיבים את השיח הקנייני.

**מאפייני הזכות הקניינית**

פס"ד בן חמו נ' טנא נוגה

טנא נוגה היא חברת גלידות שבן חמו היה המפיץ שלה. הדיון הוא על זכות ההפצה. השאלה המשפטית: האם זכות ההפצה היא זכות חוזית (או קניינית)? פסק דין חריג מאוד שעוסק בשאלה מה מעמד זכות ההפצה. פסקי דין המגדירים זכות ספציפית כקניינית או חוזית מאוד נדירים ולרוב לא יעלו.

פס"ד עוסק בשאלה האם זכות מסוימת היא קניינית או לא. פסד מעניין וגם מוזר מבחינת מה שאומרת השופטת שטרסברג כהן. יש חוזה, הקובע שהזכות שהחוזה מייצר, היא זכות קניינית. השופטת שטרסברג-כהן הייתה יכולה לסיים את הדיון בשורה אחת. אך היא נכנסת דיון של שורת מאפיינים המגדירים זכות קניינית, וסוברת בסופו של דבר הזכות איננה קניינית. במקרה זה, הצדדים ניסו ליצור זכות קניינית מכוח חוזה. אך במהותה, הזכות לא באמת קניינית ולכן לא ניתן לתת לה תוקף קנייני. השופטת מנסה להתמודד עם קביעה חוזית של צדדים, ונשאלת השאלה האם ניתן לתת לצדדים להחליט ולקבוע על זכות חוזית כקניינית. המציאות הזאת בעייתית ולכן בית המשפט לא נותן יד ומשתף פעולה עם המציאות הזאת.

נדיר מאוד שקורים מצבים שמגיעים לבית משפט וצדדים בחוזה מנסים ליצור זכות קניינית לא מוכרת, ובית המשפט שואל איך הוא מחליט האם יש זכות קניין או לא. מה התוכן ואיך ניתן להבדיל מזכות קניינית לזכות חוזית? החשיבות של הקביעה הזאת, של סיווג הזכות הנידונה היא ברגע שקובעים זכות היא קניינית השיח הוא לא בתוך דיני חוזים, ולא ניתן להשתמש בדיני חוזים כדי לפתור את הבעיה המשפטית.

1. **זכות השליטה והניהול**

כשמדברים על זכות קניין אחד מהמאפיינים הבולטים שלה הוא היכולת של הבעלים לשלוט ולנהל את המשאב שנמצא בבעלותו. אחד הכוחות הכי חזקים שיש לבעלים של זכות קניינית חזקה, זה זכות השליטה והניהול ביחס למשאב. בלאקסטון היה זה שבאמת ביצר בצורה הכי חזקה את הזכות של שליטה וניהול כבסיס לזכות הקניינית. בדין הישראלי שני השופטים שביצרו את המאפיין של שליטה וניהול כמאפיין הכי חזק של זכות קניינית היו חשין ודורנר. תמיד נקודת המוצא שלהם כמו של בלאקסטון, הייתה שזכות הקניין היא זכות חזקה שמשפיעה על היכולת של הבעלים לשלוט ולהדיר אחרים בניהול המשאב. חשין היה הנציג הכי חזק של הגישה הזאת שהלכה בעקבות בלאקסטון. כשחושבים על זכות השליטה והניהול נראה כי אחד המופעים הכי קשים של פגיעה בזכות קניין הוא דיני הפקעות. דיני הפקעות זה המקום שבו שוללים מהבעלים את היכולת לשלוט ולנהל את המשאב. הפקעות נתפסות כאחת הפגיעות הכי משמעותיות בקניין הבעלים. דיני ההפקעה פוגעים באופן ברור וחד בזכות השליטה והניהול, ועל כן נוצר מתח חריג ביניהם. יכולת השליטה והניהול של המשאב זה הבסיס בתפיסות הליברטיניות.

1. **מאפיין השימוש**

בדרך כלל הזכות הקניינית באה עם הזכות לעשות שימוש בנכס. כלומר מעבר לזכות השליטה והניהול בנכס, יש מאפיין נוסף שהוא היכולת להשתמש בנכס. למשל סעיף 2 לחוק המקרקעין מדבר על הזכות להחזיק בנכס אבל גם להשתמש.

2. "הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר"

בהגדרת מאפיין זה, מתעוררת השאלה, האם היכולת להשתמש בנכס כוללת גם את הזכות להרוס אותו- האם הרס הוא כחלק משימוש. כשאדם רוכש נכס האם יש לו זכות להרוס אותו. נראה חלק מתפיסות בג"ץ נראה שההיבט הזה של מה תוכן זכות השימוש כוללת גם יכולת להרוס את המשאב, היא שאלה שתשובה עליה לא תמיד ברורה. פס"ד שעסק למשל בהפקעת זכות השימוש שבמסגרתו המדינה הרסה אדמה לצורך סלילה של מנהרה, שביהמ"ש אמר שהרס במסגרת הפקעה של זכות שהיא רק בשימוש, שימוש לא כולל הרס של משאב. והיכולת להרוס היא יכולת שנתונה רק לבעלים, רק מכוח בעלות. נראה שגם דיני קניין רוחני מטילות הגבלות על הרס יצירות.

שימוש הוא מאפיין דומיננטי של זכות הקניין, שימוש זה היכולת לנצל את המשאב, ויש שאלות איך ניתן לנצל- האם רק בדרכים חיוביות או גם שליליות?

1. **העקיבה והעדיפות**

עקיבה ועדיפות המשמעות היא שהנכס לא מתווך על ידי בני אדם, כלומר יש לאדם זיקה בלתי אמצעית לנכס. מדובר בזכות שלא מתווכת דרך בני אדם, אלא בזיקה בלתי אמצעית לנכס, כך שהיכולת להפיק ולנצל את הנכס לא תלויה בבני אדם. ראי בתיאוריה המודרנית-קלאסית בזכות הקניין.

ברגע שיש נכס שלא מתווך על ידי אנשים אחרים, המשמעות של עקיבה ועדיפות מחינה מעשית היא שברגע שיש זכות קניין בנכס יש יכולת לעקוב אחריו ולהוציא אותו מידי מי שמחזיק בו שלא ברשותי. מכיוון שהבעלים מחזיק בזכות קניין יש לו גם עדיפות על פני כל אדם אחר. אלו התכונות של עקיבה ועדיפות, וזה המאפיין הדומיננטי של זכות הקניין.  
אבל נראה שבפועל תכונת העקיבה והעדיפות צומצמו בצורה משמעותית. שנדבר על דיני תחרויות, נראה שבמצבים מסוימים אדם לא יוכל להחזיר את קניינו בנסיבות מסוימות.

תקנת שוק- במצבים מסוימים בגלל אינטרסים חברתיים חשובים אחרים המשפט לא יאפשר את המעקב, העדיפות והצאת הנכס מידי המחזיק. למשל: קניית רכוש גנוב. דיני הקניין יצרו שורה של כלים שנקראים כלים של תקנת שוק, שלפיהם בנסיבות מסוימות גם אדם שרכש נכס גנוב, נכס שהוצא מבעליו שלא כדין, בתנאים מסוימים מאוד קשיחים, הבעלים של הנכס לא יוכל להוציא אותו מידי בעליו המקורי בגלל אינטרסים חשובים אחרים, כמו: עידוד שוק חופשי, סחר ושוק חופשי, שווקים חוקים, לאפשר לקונה לרכוש מוצר בלי לבדוק את ההיסטוריה שלו. כך שמבחינה תיאורטית תכונת העקבה והעדיפות היא התכונה הכי חשובה של הזכות הקניינית שנובעים מזה שהנכס לא מתווך על ידי אדם אחר, היא יוצרת זיקה בלתי אמצעית לנכס, לא תלויה ברצון הטוב של האנשים, ולכן האדם יכול לעקוב ולהוציא את הנכס מכל ידיים שמחזיקות בנכס שלא ברשותו, זאת המשמעות התיאורטית. אך מבחינה מעשית צמצמו מאוד את היכולת הזאת באמצעות תקנות שוק בשל אינטרסים חברתיים חשובים אחרים.

כלומר המאפיין של עקיבה ועדיפות הוא דומיננטי מאוד, אך יש מצבים ונסיבות מסוימות שהוא לא תמיד חל.

1. **עבירות**

מאפיין דומיננטי של זכויות קניין אבל לא רק שלהן. בדיני חוזים, זכויות חוזיות הן זכויות עבירות, ניתן לשכור בזכויות חוזיות- ניתן למכור זכויות מכוח הסכם אלא אם כן מנוע בחוזה. לפי מאפיין זה, למי שיש זכויות קנייניות צריך להיות מסוגל להעביר אותה לאנשים אחרים והרבה פעמים הרבה מזכויות קנייניות, זכויות בעלות ערך כלכלי גדול, נרצה להיות מסוגלים לסחור בהן על מנת לממש את הערך הכלכלי של הנכס. אך לא תמיד כל הנכסים הם עבירים, יש הרבה נכסים בעלי הגבלות על עבירות, נכסים שלא ניתן לסחור בהם- כמו איברי גוף, אך מצד שני על פי ההסכם הקיים היום, אין שוק חופשי לסחר באיברים, יש רגולציה ופיקוח, גם לא ניתן לסחור בבני אדם. יש הרבה הגבלות על עבירות והרבה פעמים שהמשפט אוסר ולא רוצה שיהיו מושאים לעבירות קנייניות.

הדגמה: הסדר של יורש אחר יורש. כשאדם נפטר הוא יכול להוריש נכסים בשתי דרכים: צוואה המפרטת מה ירצה שייעשה בנכסיו, או הסדר ברירת המחדל שבחוק הירושה. חוק הירושה קובע, במצב של יורש אחר יורש, מגביל את מידת השליטה לעתיד של המצווה לשני אנשים. כמובן שההסדר הזה מגביל את מידת העבירות של היורש הראשון, אך גם את מידת העבירות של המוריש. מדוע קיים הסדר כזה?

* טעם חברתי- לקדם נורמות חברתיות ולמנוע שימור של הטיות חברתיות שנוצרות וממשיכות להתקיים בהסדרי ירושה.
* טעם כלכלי- לא ניתן לדעת מראש באילו נסיבות הנכסים יהיו יעילים כלכלית.
* זכות קניינית שנעקר ממנה מאפיין העבירות חלשה הרבה יותר, ולא מהווה הסדר יעיל.

1. **חיובים**

גרגורי אלכסנדר פיתח את מאפיין החיובים כחלק מהזכות הקניינית: בעלי הזכות הקניינית חב גם חובות לחברה, והזכות הקניינית לא מקנה רק זכויות אלא גם חובות. לדוגמה:

* בית משותף- בעלות משותפת על בית אמנם מקנה זכויות רבות, אך היא מכילה גם חובות- תשלום ועד בית, התנהלות כלפי שכנים, התנהגויות וכו'.
* יישובים קהילתיים- שקבלה אליהם כפופה בד"כ לוועדות קבלה. כלומר, הזכות הקניינית שאדם קונה מגיעה עם חובות שלו כתושב ביישוב קהילתי, ולחובה של וועדת קבלה. חיובים אלו הם קניינים ולא חוזיים, שנובעים מהזכות לקניין. הזכות כופפה לחיובים קנייניים.

1. **פומביות**

הפומביות מהווה אחד מההבדלים הכי גדולים בין זכות הקניין לחוזית. בעולם של זכויות חוזיות, אם אדם עושה הסכם עם צד אחר, אז שני הצדדים יודעים על החוזה, אך העולם לא יודע וכפוף להסכם. הרבה פעמים, הזכות הקניינית תיוולד בהסכם, אך הזכות מקבלת פומביות והעולם יודע עליה- היא נרשמת במרשם פומבי שהעולם יכול לדעת עליה. ברגע ששיש פומביות לזכות, כל העולם הופך להיות כפוף לזכות. ברגע שיש את האקט של הפומביות, הזכות הופכת לקניינית. זכויות קנייניות עוברות איזשהו אקט של פומביות. וזה מה שהופך את הזכות הקניינית לחזקה יותר מזכות חוזית.

סעיף 7 לחוק המקרקעין: ברגע שעברנו את אקט הרישום שהוא הפומביות, הרישום משדרג את הזכות לזכות קניינית.

תכונת הפומביות היא אחת התכונות הכי חשובות של הזכות הקניינית, תכונה זו היא תכונה שאומרת ומבדילה בין הזכות הקניינית לחוזית, ואחד המאפיינים הדומיננטיים שמפרידים בין השתיים, אם הזכות החוזית היא זכות שתקפה רק לצדדי החוזה ורק הם יודעים עליה, הרי שהזכות הקניינית היא כזו שתקפה כלפי כל העולם. אך למה? מכיוון שהיא עוברת איזשהו תהליך של פומביות שלא קיים בזכות החוזית. כאשר אדם כורת חוזה, כשזה נעשה אף אחד לא יודע על החוזה, העולם לא כפוף לא חוץ מצדדי החוזה. הזכות הקניינית לעומת זאת זו היא זכות שעוברת אקט של פומביות בנכס- לוקחת את הזכות בנכס וניתנת לה פומביות, והפומביות נעשית בדרכים שונות, כמובן שזה תלוי בסוג הנכס. לדוגמא, דיברנו על סעיף 7 לחוק המקרקעין שקובע כי שכאשר עושים עסקה במקרקעין, העסקה טעונה רישום והעסקה נגמרת ברישום. במילים אחרות, כאשר מדובר בזכות קניינית במקרקעין הפומביות בזכות הזו נוצרת ברגע שהיא עוברת את אקט הרישום, העסקה מקבלת רישום במרשם הפומבי באותו מרשם המקרקעין, שזה זמין לעיון בדבר הזכויות שבנכס. ברגע שיש את אותה פומביות, נולדות הזכויות שנובעות מזכות הקניינית: עקיבה ועדיפות, עבירות, זכות השליטה והניהול וכדומה.

אותה פומביות מייצרת את הכפיפות הגדולה ההיא שכולם כפופים לאותה זכות קניינית. הזכות הקניינית נולדת מאותו אקט של פומביות, ברגע שיש רישום של הזכות במרשם פומבי, העולם כפוף לזכות- בין אם במרשם ובין אם לא. נקודת הרישום היא הנקודה שיוצרת את הזכות הקניינית ומתקפת אותה כלפי כל העולם, ואי-הרישום של הנכס גורר השלכות קשות בד"כ (בעיקר בדיני התחרויות).

אומנם חשוב לציין בנכסים אחרים (שהם לא מקרקעין) נראה שאין חובת רישום, לא נראה שעסקה במיטלטלין טעונה רישום, וזה נובע מסיבות פרקטיות. ולכן, במיטלטלין נקבע כלל פומביות אחר וזה מסירה וחזקה בנכס. ברגע שהנכס נמסר הבעלות עוברת, וההחזקה בו, מי שמחזיק בו התפסה המקובלת שהוא בעליו. ההחזקה היא זאת שמייצרת את הפומביות, למרות שנראה שההחזקה היא לא תמיד אינדיקציה לבעלות, אבל הכלל בגדול אומר שהחזקה היא אינדיקציה לפומביות במיטלטלין כתחליף לרישום, והמשפט מסתפק בכלל הזה במקום הרישום.

1. **עקרון הרשימה הסגורה**

עקרון שקיים בהרבה מאוד שיטות משפט, שהרעיון שעומד מאחוריו הוא שאנחנו לא רוצות לתת לאנשים כוחות לייצר או ליצור זכויות קנייניות על פי רצונם. עקרון זה טוען שיש רשימה סגורה של זכויות קנייניות, ונרצה שבכל מדינה ומקום הזכויות יהיו מוגדרות, כל אדם ידע מה עושים כדי ליצור את אותן זכויות קנייניות וכאשר אנשים רוכשים נכסים הם ידעו מה דפוסים, ההשלכות שלהן ומה תוכנן. במילים אחרות עקרון הרשימה הסגורה בא ואומר כי יש רשימה סגורה של זכויות קניין אין כוח לצדדים ליצור זכויות קניין שלא נוצרו על ידי המחוקק. והתפיסה שעומדת מאוחרי העיקרון הזה רוצה לתת לציבור וודאות, הגדרה ברורה מהן אותן זכויות קנייניות, מה תוכנן ולא לאפשר לייצר דבר שחורג מהרשימה.

"מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק"

ס' 161 לחוק המקרקעין הוא סעיף מובהק לעיקרון הרשימה הסגורה.

עד לאימוץ חוק המקרקעין הייתה פרקטיקה (שקיימת אבל דרך החוק הישראלי בדיני תחרות) בה לבתי משפט היה כוח שנבע מדיני היושר על מנת לקבוע החלטות צודקות, הייתה אפשרות להכיר בזכויות קניין בנסיבות מסוימות, ולהכריז על זכות קניינית או מעין קניינית בנסיבות המקרה שבא לפני בית המשפט. זו פרקטיקה שהייתה נהוגה שנים רבות עד לחוק המקרקעין (פרקטיקה שהורשה מהמשפט האנגלי), מאז שהוחל החוק בוטלה הפרקטיקה הזו. ומתחילת החוק זכויות במקרקעין הן לפי מה שנכתב בחוק המקרקעין, המחוקק הוא זה שמייצר את אותן זכויות קנייניות, ולא נרצה לתת כוח לצדדים ליצור זכויות חדשות. כלומר, ניתן להעביר זכות קניינית ולא ליצור זכויות שאינן הוכרו בחוק.  
למעשה בדין הישראלי לגבי המקרקעין יש את סעיף 161 לחוק, אבל לגבי מיטלטלין לא נראה הוראה דומה, אין הנחיות מסוג זה. אבל הפרקטיקה במיטלטלין דומה, יש רשימת זכויות סגורה. לא קיים אותו כוח ליצור זכויות קנייניות, שלא פורשו או חוקקו בחוק.

מטרה: להקנות לציבור וודאות ובהירות בשאלת תוכנה של הזכות הקניינית, ולמנוע אפשרות לייצר זכות קניינית בדרך שאינה מקובלת.

בבן חמו נ' טנא נוגה, ניתן היה לסיים את הדיון על פי עקרון הרשימה הסגורה. עם זאת, השופטת שטרסברג כהן החליטה לפרט את הדרישות למאפייני הזכות הקניינית על אף שלא היה בכך צורך. עקרון הרשימה הסגורה היה יכול לסגור את הדיון- שכן עקרון זה קובע כי יש רשימה סגורה בחוק של זכויות קנייניות, ולכן לא ניתן להכיר בזכויות שנוצרו בדרכים אחרות. ברגע שבית המשפט נדרש לשאלה המשפטית האם זכות ההפצה היא זכות חוזית או קניינית (והגיע לבסוף למסקנה כי מדובר בזכות חוזית), לכאורה הוא יכל לסיים את הדיון בעקרון הרשימה הסגורה, אבל השופטת שטרסברג במקום דנה במאפייני הזכות הקניינית וניסתה להגיע לתשובה מכאן.

הטעמים לעקרון הרשימה הסגורה, למה הוא מוצדק: מהן ההצדקות לקיום הכלל?

1. טעם כלכלי- כאשר מדובר בזכויות קניין, נרצה שאנשים ידעו מה התוכן של הזכויות שהם מקבלים, לא נרצה שיהיה תוכן משתנה, לא נרצה לחיות בעולם שניתן ליצוק הרבה מאוד תכנים בתוך הזכויות האלה, מה שיקנה לזכויות הגדרות מעורפלות. השאיפה שלנו היא שלאנשים יהיה מושג ומידע לגבי הזכויות הקנייניות, כי אם זה לא יהיה מצב ולצדדים יהיה חופש, יהיו פערי מידע גדולים ועלויות גבוהות לבירור תוכן זכות הקניין שהאדם קיבל. שכן, פערי מידע ועלויות גבוהות מובילים לחוסר וודאות.

יש לזכור שזכויות הקניין הן זכויות שהעולם כפוף להן, העולם צריך להיות מודע ולהבין למהו הוא כפוף. אם לצדדים היה את החופש לצדדים להקים זכויות קנייניות שונות, העולם היה צריך לברר את הזכות החדשה שהצדדים יצרו.

הביקורת על הטעם הכלכלי: זה לא טעם מספק לרגולציה כה קשוחה, יש צורך לאפשר לבית המשפט חופש ברמה מסוימת לעצב זכויות קנייניות. נראה שבפועל, במקרים נדירים בתי המשפט אכן עושים זאת. הגמישות הקטנה היא לפעמים כן מתבקשת, והביקורת אכן מוצדקת לא ככלל אלא רק במקרים חריגים.

1. טעם נורמטיבי- אימוץ זכויות קנייניות צריך להיעשות ע"י המחוקק (שכן הוא זה שמייצג את החברה וערכיה), ולא נרצה לתת כוח כה רב לשופטים ליצור זכויות, משום שלא מדובר בגורמים שיש להם לא בהכרח את כל רוחב היריעה הנדרש לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים ונרצה שהדבר ייעשה על ידי המחוקק. טעם זה פחות שנוי במחלוקת.

זהו עיקרון קשיח שאף לא קיים בחוזים.

הרשימה הסגורה של הזכויות הקנייניות בדין הישראלי

מה שמאפיין את מרבית הזכויות, זה שמרביתן קיימות בכלל סוגי הנכסים (מיטלטלין או מקרקעין), חלקן קיימות רק במקרקעין. ומה שמבדיל בין הזכויות הוא תוכן הזכות, הזכויות הקנייניות הן זכויות שכל אחת מהן נותנת אגד זכאויות שונה. יש לשים לב שכולן קנייניות אך בעלות תוכן שונה ונותנות כוחות שונים למי שמקבל אותן. ואף יש מדרג מהכי חזקה להכי פחות חזקה.

1. בעלות- הזכות הקניינית הכי חזקה, היא נותנת למי שמקבל אותה את מירב הזכאויות ביחס לנכס, נותנת לבעל הנכס את הזכות לשלוט בנכס, לנהל אותו, להשתמש בו, לבצע עסקאות. החוק קובע שכל דבר וכל עסקה, יכול להיעשות מכוח זכות הבעלות. נראה שגם היא קיימת להגבלות. זכות הבעלות קיימת ביחס למקרקעין, מיטלטלין, וזכויות אחרות (למשל זכות חוזית שניתן לשכור בה).
2. שכירות ושאילה- זכויות קניין שנותנות למקבל כוחות מוגבלים יותר, הכוחות שהן נותנות זה הזכות להחזיק בכנס ולהשתמש בו שלא לצמיתות, כלומר זכות עם תוכן מאוד מוגבל, אבל התוכן ההכרחי זה שהן תמיד מוגבלות בזמן (אחרת זה יקרא בעלות). השכירות מול השאילה- השכירות היא בתמורה לדמי שכירות, והשאילה היא עסקת חסד שנעשית ללא תמורה, ולכן רכיב התמורה לא קיים בה. בשאילה, למשאיל, זה שיצר את הזכות לטובת השואל, יש הרבה יותר כוחות למשאיל לסיום העסקה לעומת למשכיר (שהעביר את הזכויות על הנכס בעלות כספית).

שתי הזכויות בדרך כלל באות ביחד.

1. זיקת הנאה- קיימת רק במקרקעין ותוכנה מאוד מוגבל. ההגדרה של זיקת ההנאה היא שיעבוד של נכס להנאה שאין עמה זכות להחזיק בנכס. נראה שהזכות אפילו יותר מוגבלת מהזכות לשכירות, שכן בשכירות יש את הזכות להחזיק בנכס בעוד שלזיקת ההנאה אין. הדוגמא לזיקת ההנאה היא זכות מעבר בשטח, האדם שהוא בעלי הנכס נותן למישהו אחר זיקה\זכות, שתוכנה מוגבל, להשתמש בנכס אך ללא זכות החזקה בנכס. שיעבוד המקרקעין למישהו אחר להנאה שלא באה עם החזקה. הבעלים נותן למישהו כוח, הוא מכפיף את המקרקעין שלו למישהו אחר, לטובת איזושהי הנאה אבל היא לא כרוחה בהחזקה. זו מגבלה מאוד משמעותית לתוכן הזכות.
2. המשכנתא או המשכון- המשכנתא או המשכון הם מונחי בעלי תוכן אך ההבדל הוא ביחס למי- כלומר משכנתא-ביחס למקרקעין, משכון- ביחס למיטלטלין. המשמעות של משכנתא\ משכון- שיעבוד\ משכון של נכס כערובה לחיוב, ואם לא קוים החיוב ניתן להיפרע מהנכס. (דיברנו על כך בזיקה בלתי אמצעית בנכס) אם אדם ממשכן את הנכס שלו, הוא מציג את הנכס כערובה לקיום ההלוואה, ואם לא יעמוד בהחזרי החיובים החוב יכול להיפרע בנכס. הנכס הוא הבטוחה לקיום החיוב שהחייב מציג לנושה, ואם הוא לא יעמוד בחיובים והחזרי ההלוואה, הנושה יכול לבוא לממש את הנכס ולהיפרע ממנו.

שתי הזכויות בדרך כלל באות ביחד.

1. זכות הקדימה- זכות קניינית שקיימת רק במקרקעין (בדומה לזיקת ההנאה), שמהותה היא זכות סירוב ראשונה לרכוש מקרקעין. כלומר, אם בעלי הנכס ירצה למכור את הנכס שלו, האדם בעל הזכות יוכל לרכוש את הנכס לפני כולם, כך שהזכות להיות הניצע הראשונה לרכוש במקרקעין. הזכות בדרך כלל נעשית מכוח הסכם.
2. זכות עיכבון- זכות קניינית עם תוכן מצומצם ומוגבל, זכות לעכב נכס כערובה לחיוב. אם במשכנתא, האדם יכול להיפרע מהנכס אם החיוב לא קוים, זכות העיכבון יותר מצומצמת מהמשכנתא, שכן היא נותנת רק את היכולת לעכב את הנכס במידה והחיוב לא קוים. למשל חוזי קבלנות- אדם שמכניס רכב למוסך לצורך תיקון, בסיום העבודה המוסך דורש תשלום, אך אם הלקוח מסרב לשלם על התיקון, יש לקבלן זכות לעכב את הנכס כערובה לקיום החיוב. יש לשים לב, שהוא לא יכול לעשות בנכס כרצונו, אלא כל מה שהוא יכול לעשות זה לעכב את הנכס עד שיקויים החיוב. כך שזכות העיכבון דומה למשכנתא אך מצומצמת בהרבה, שכן במשכנתא ניתן להיפרע מהנכס בעוד שעיכבון ניתן רק לעכב.
3. נאמנות- מוסד משפטי משולש שבו יש: יוצר הנאמנות, נאמן (ממונה על ידי יוצר הנאמנות למלא את הנאמנות) נהנה (מוטב הנאמנות). חוק הנאמנות מסדיר את המוסד הזה אשר קיים מסיבות רבות ומגוונות. נאמנות זה משטר משפטי שמכניס בין שני הצדדים, צד שלישי שינהל את הכל לטובת אותו נהנה מכוח הנאמנות, וכך יש יכולת להבטיח את ההנאה לפי המטרות המוגדרות. דוגמה לכך יכולה להיות מוסדות נאמנות שמוקמים עם פטירתו של אדם. אדם שנפטר מוריש את הכסף לנאמנות שתנהל אותו לפי התנאים המוגדרים.  
   למה זה נחשב כזכות קניינית? נראה שבמוסד הנאמנות, הנאמן מקבל זכויות קנייניות אך מאוד מוגבלות. הבעלות הפורמאלית בנכסים עוברת לנאמן עם הגבלה שהוא מנהל את הנכסים לטובת הנהנה, בתנאי שהנהנים משתמשים בכסף למטרה שלשמה הוא נועד.

הדגמה:

* א'= יוצרת נאמנות🡨 רוצה להלוות כסף לאדם בזבזן ורוצה למנוע שיבזבז את כל הכסף, רוצה לדאוג ולספק את הכסף אך עם פיקוח.
* ב'= נהנה, מקבל הכסף.
* ג'= מוטב הנאמנות, שידאג לכך שב' נהנה מהכסף אך רק למטרות המוגדרות עפ"י התנאים שהגדירה א'.

מאפיינים נוספים שהוזכרו בטנא נגה: הן תכונות שנוגעות למאפיינים שדיברנו קודם:

1. **עצמאות**

הזכות לא מתווכחת על ידי אדם, מאפייני הזכות הקניינית שיוצרים זיקה בלתי אמצעית לנכס, ואין צורך בתיווך של בני אדם זאת משמעות הזכות של עקיבה ועדיפות.

1. **מיידיות**

זכות קניין היא בבחינת זכות שיש לממש אותה מיד. ברגע שיש זכות קניינית, יש זיקה ישירה לנכס וניתן לממש אותו מיד בשונה מזכות שתלויה ברצון הטוב של בני אדם.

1. **רכושיות**

זכות שנותנת זכויות כלכליות לנכס מסוים.

1. **ייחודיות**

לעולם יהיו 100% זכויות קניין בנכס, לא יכול להיות מצב בו יהיו יותר מ100% זכויות קניין. במילים אחרות: זכות קניינית היא זכות אבסולוטית למישהו מסוים ולא ניתן ליצור 100% לנכס. בסוף לנכס יש בעלים מסוימים ולא ניתן שיהיו יותר מ100% זכויות בנכס. בניגוד לזכויות חוזיות, שניתן ליצור בלי סוף זכויות וחוזים. קניין ניתן לתת רק לאדם אחד או בעלים משותפים, זה נכס אחד שרק אדם אחד יכול להחזיק בו, אך זכויות חוזיות ניתן ליצור בלי סוף- ניצר ליצור אלפי חוזים לאותה דירה, אך בסוף, בהכרעה המשפטית זכות הקניין בנכס תינתן רק לבעל אחד.

"בחוזים הנייר סובל הכול"- אפשר להעניק זכויות חוזיות לאינסוף אנשים, אך בקניין אי אפשר להעניק זיקה בלתי מוגדרת ליותר מאדם אחד. ניתן לפצל זכות קניינית נתונה לכמה בעלים, אך אי אפשר להעניק זכות קניינית מלאה ליותר מאדם אחד.

**קניין פרטי- הצדקות ותיאוריות**

**קניין פרטי- למה?**

עד כה דיברנו על המאפיינים הדומיננטיים לזכויות הקנייניות, גישת הקניין בראי הופלד ובלאקסטון והתאמתן למציאות העכשווית. נעבור לתת הנושא הבא- למה בכלל אנחנו צריכים קניין פרטי? אם עד עכשיו הצגנו את הגדרת הזכות הקניינית ומאפייניה. נשאל למה יש זכויות קניין, מה ההצדקה לאותן זכויות? אילו ערכים מצדיקים את מתן הזכות הקניינית?

משטרי קניין

נציג שורה של משטרי קניין כרקע להצדקות של קניין פרטי. משטרי הקניין הקיימים:

* + - 1. קניין פרטי- משטר משפטי לפיו אנשים פרטיים יכולים לרכוש רכוש ולהיות בעליו. אנשים פרטיים יכולים לרכוש נכסים ולהיות בעלים של אותו רכוש.
      2. קניין קולקטיבי- משטר קניין לפיו אין בעלות פרטית, כלומר אנשים לא יכולים להיות בעלים של רכוש באופן פרטי. הבעלות היא קולקטיבית של הריבון, והריבון יכול להקצות לפרטים זכות לעשות שימוש במשאבים. המדינה היא הבעלים של הנכסים והיא יכולה להקצות זכאויות שימוש במשאבים לאנשים.
      3. קניין משותף- למעשה זה תת פרק של משטר של קניין פרטי. קניין משותף זה מצב שבו לנכס יש יותר מבעלים אחד, לפחות שניים או יותר. מצב שבו אנשים מחזיקים בעלות משותפת בנכסים, ולא מצב בו הבעלות היא יחידנית, נכס של אדם אחד בלבד. קניין משותף מתקיים במדינות בהם מוכר משטר הקניין הפרטי (מדינה בה ניתן שיהיה קניין פרטי יתאפשר קניין משותף של כמה בעלים לרכוש).

**הצדקות לקניין פרטי**

**ההצדקות:**

**חירות**

עבודה

אישיות

סביבה

צדק חלוקתי

רווחה מצרפית

קהילה

1. **חירות**

על ערך החירות דיברנו בשלבים המוקדמים יותר. כעת נדבר עליה במופעים המודרניים ובהצדקות המודרניות, בפיתוח של ההצדקה והביקורות עליה. רוברט נוזיק הוא אחד ההוגים הליברטריאנים הגדולים של המאה האחרונה (ממשיכו של בלאקסטון תפיסתית).

כשנוזיק מדבר על חירות, הוא טוען כי הסיבה לפיה יש לאמץ משטר של קניין פרטי היא מכיוון שרק משטר מהסוג הזה מפקיד בידי היחיד חירות מספקת לעמוד מול השלטון ולא להיות כפוף לגמרי לגחמות השלטון- חופש מהכפיפות והתערבות השלטון. במשטרים של קניין קולקטיבי, שאין בעלות של קניין פרטי, לפי נוזיק אנשים כפופים לחלוטין למשטר, במשטר קולקטיבי המדינה מקצה זכויות למשאבים, וכאשר אדם חי בסוג של משטר כזה, הוא כפוף לגמרי למשטר לא רק במה שקשור לקניין אלא בכל תחומי החיים- כלומר לא רק ביחס לכלכלה וקניין אלא בכל תחומי החיים. במצבים כאלה שיש לאדם קניין קולקטיבי ואין קניין פרטי, כל חייו מוכתבים על ידי המדינה, ולמשטר יש כוח להחליט בכל דבר הנוגע לחייו. ולכן, משטר של קניין פרטי הוא עוגן של חירות, שנותן חירות מספקת בשביל לעמוד מול השלטון.

לכל משטר קנייני, אם מקבלים את ההנחה של קניין פרטי, לדעתו בכל משטר כזה צריך לאמץ 3 סוגים של כללים:

1. כלל התפיסה התקפה- אם רוצות משטר של קניין צריך כלל שאומר מתי האדם רוכש זכות בנכס, ולכן צריך להגדיר כלל שיאמר לנו מתי תפיסה בנכס תקפה, צריך לתת הגדרה מתי הרכישה של נכס, התפיסה היא לגיטימית\תקפה (למשל במקרקעין בישראל- הכלל יהיה רישום במרשם המקרקעין, כשאדם עושה עסקה במקרקעין, הוא הפך לבעלי הנכס ברישום במרשם). באמצעות מה הוא רוכש את אותה בעלות, והכללים של תפיסה תקיפה מגדירים לנו כל מיני כללים שנוכל לבחור.
2. כלל העברה תקפה- את התכונות של זכויות קניין זו תכונת העבירות- אנחנו רוצים לאפשר לאנשים לסחור בזכויות הקנייניות שלהם, ולכן נוזיק טוען כי בשביל לאפשר את המסחר בנכסים, צריך להגדיר ולקבוע כללים מתי ואיך ניתן להעביר ולסחור בנכסים, לדוגמא: תוקף של עסקאות רצוניות של נכס, אימוץ של חוקי ירושה (ניתן להוריש נכסים אחרי שאדם עובר את העולם). אלה כללים שהם חיוניים למשטר קניין פרטי.
3. ככל התיקון- לפי נוזיק, צריך לקחת בחשבון בכך שהרבה פעמים אנשים לא יקיימו את הכללים הראשונים (למשל יעבירו נכסים בדרכים לא לגיטימיות, גניבה או ביצוע עסקה בנכס שלא שייך להם), ולכן, צריך להגדיר כללי תיקון שיתקנו את כל המצבים המעוותים שבם היו תפיסות או העברות לא תקפות (לדוגמא: תקנות שוק שקובעת בתנאים מסוימים מי שקונה מגנב זוכה או לא). התקנות הללו יגידו לנו מה קורה בכל העיוותים כשלא מתקיימים שני הכללים הראשונים: שהנכס לא נתפס או העובר בצורה לא תקפה.

נוזיק אומר למה קניין פרטי מוצדק (בגלל חירות), וגם מגדיר מה כל קניין פרטי צריך לאמץ בשביל שיהיה משטר אפקטיבי של משטר פרטי. כשחושבים על המשמעות של תפיסת החירות של נוזיק צריך להבין שהפרשנות של הערך שנוזיק מתמקד בו הוא למעשה אוטונומיה-ליצור איזשהו מרחב חופשי מהתערבות המדינה\ שלטון בחיי הפרט, לא נרצה שאנשים יהיו כפופים לממשל בכל היבטי החיים. העוגן של הערך הזה והבסיס היותר חזק הוא אותו מרחב של אוטונומיה.

הביקורת על נוזיק:

אוטונומיה- למה לאפשר אוטונומיה דרך נכסים? למה צריך קניין בשביל לאפשר את אותה אוטונומיה? האם דווקא מרחב הנכסים הוא זה שאמור לבסס את המרחב האוטונומי של כל פרט, אולי לא נרצה שהאוטונומיה הפרטית תתבטא באמצעות קניין ורכוש. המוקד של נוזיק דווקא כקניין כאתר של אוטונומיה הוא בעייתי, כי לא נרצה שאנשים יבטאו ויממשו את עצמם דווקא דרך רכוש. לא נרצה שרכוש יהיה האמצעי שדרכו יוגשם המרחב האוטונומי.

חירות- אחד הקשיים של ערך החירות הוא כשיש לאדם חירות כלשהי, כמו להחזיק בנכסים, ומרחב בו הוא חופשי מהתערבות של אחרים באותם נכסים, אין זכות לאחרים להפריע כנגד הקניין של אותו אדם (הופלד). כנגד כל חירות שיש לאדם מסוים אין זכות לאדם אחר לפעול. נוזיק אמר כשיש לאדם חירות לאחרים אין זכות לפגוע או להיכנס למרחב של הקניין הזה. אז ברגע שאנחנו נותנים לאדם חירות אנחנו מנועים מלהתערב באותו מרחב. אם נוזיק מדבר על זכות קניין כמשהו שמבטיח חירות של אנשים, נצטרך ללכת צעד אחד נוסף. אדם נוזיק חושב שהאדם צריך קניין פרטי בשביל להגשים את הרכוש, אתה צריך לתת זכויות קניין ברמה המינימלית, שכן כל חירות של אדם אחד יוצר הגבלות על כולם. צריך לתת זכויות קניין לכולם שכן רק באמצעות רכוש האדם יכול לממש את עצמו, ואת הצעד הזה נוזיק לא עושה או מסכים לעשות. הוא לא טוען שלכל אדם צריך להיות קניין פרטי בשביל חירות, אלא הוא רק אומר שקניין הוא אתר של חירות, כשיש קניין זה מקום שצריך להיות חופשי מהתערבות ולא כולם צריכים להיות בעלי קניין פרטי. ולכן, אחת הביקורות של נוזיק אומרות שלנוזיק לא אכפת באמת מחירות, כי אם היה אכפת הוא היה חותר לכך שלכל אחד יהיה קניין פרטי אחרת התיאוריה שגויה. נוזיק רק שומר על מי שיש קניין ולא פועל בשביל קניין לכל על מנת להשיג חירות לכל.

1. **הצדקת העבודה**

הצדקת העבודה מבוססת על ההוגה ג'ון לוק, שהיה יועצו של מלך אנגליה. לוק פעל על מנת להצדיק את כל המשטרים של קניין פרטי באנגליה. באנגליה המודרנית, הפערים החברתיים שבאו לידי ביטוי בפילוח הקרקעות היו גדולים- מול משפחות אצילות ועשירות המבוססות עם קניין פרטי רב עמדו אנשים חסרי כל, כלומר עושר רב מול עוני מוחלט. לוק ניסה לבוא באותה מסכת על הממשל המדיני שלו, לבוא ולהסביר איך נוצר משטר של קניין בעולם. נקודת המוצא של לוק לגבי קניין פרטי היא נקודת מוצא דתית. לטענתו, כולם בעלים במשותף של הכל – כל המשאבים בעולם ניתנו לכולם במשותף והדבר היחיד שניתן לכל אחד מאיתנו והוא רק שלנו זה הגוף שלנו ועליו יש לנו זכויות. כדי להסביר את הקניין הפרטי הוא עובר להצדקה של עבודה.

**ההצדקות:**

1. חירות
2. **עבודה**
3. אישיות
4. סביבה
5. צדק חלוקתי
6. רווחה מצרפית
7. קהילה

התאוריה של לוק להצדקת קניין פרטי היא ערבוב- כשאדם מערבב את כוחו במשאב, הוא מעביר את הבעלות במשאב לעצמו, ברגע שאדם מפעיל את הכוח שלו, הכוח של הגוף שלו, הוא הופך להיות הבעלים של אותו משאב. הכלל של לוק הוא כלל של עבודה- ברגע הפעלת הכוח על משאב הוא הופך להיות בעלי המשאב. עם זאת, יש לו השגות וסייגים לגבי זה, אך נקודת המוצא שלו הוא שאדם רוכש קניין פרטי על ידי ערבוב כוחו עם המשאב. דוגמא לכך היא קטיפת פרי שנמצא בתחום הרבים, השימוש שנעשה בכוח כדי לקטוף את הפרי מעניק לקוטף את הבעלות על הפרי.

יש בלוק הצדקות שהן גם תועלתניות. אילו היה צריך להראות שהבעלות לא עוברת רק בכוח, אלא על ידי רשות\ הסכמה מכל בני האדם והפעלת הכוח היא לא מספקת, היינו חיות במציאות כזאת שלא ניתן להעביר בעלות. כלומר לוק מראה זאת שגם באמצעות סיבות תועלתניות, לא נכון להבנות משטר של קניין פרטי רק על הסכמה. שכן, אם לא היה מדובר בכוח, כלומר הפעלת כוח לא הייתה מספיקה כדי להגדיר בעלות, אלא היה צורך מהסכמה מכל בני האדם כולם היו מתים עד שהיו שואלים את כולם, זה לא רציונלי. ולכן ההצדקה למשטר פרטי צריכה להתבסס על כלל אחר, שהוא צדקת העבודה. נראה שהבחירה בכלל היא על בסיס תועלתני- זה פשוט לא מעשי\ לא יעיל לבסס את המשטר על הסכמה.

עקרונות הצדקת העבודה:

* מצב הטבע הוא שהקניין הוא משותף.
* ההצדקה היא תועלתנית= לשימור עצמי (כדי שאנשים לא ימותו). הסכמות הן לא כלי אפקטיבי לקבלת זכויות.
* ערבוב עבודה עם משאב מקנה לו את המשאב (הסכמה מכל בני האדם אינה אפקטיבית).

הסייגים הלוקיאניים:

לוק היה מספיק רגיש וקבע כי יש צורך לקבוע סייגים להצדקת העבודה וזאת כדי לא לאפשר לבודדים להשתלט על המשאבים של הכלל. הסייגים הם מוסריים:

1. מותר לאדם לקחת משאב רק אם הוא משאיר מספיק ובאיכות דומה לאחרים.
2. אל להשחיט- אסור לקחת יותר מכפי שיכול האדם לצרוך.

הביקורת על התיאוריה של לוק:

1. חוסר במשאבים- ביחס לסייג הראשון, הרבה הוגים מבקרים את לוק על כך שהמצב עליו מדבר לוק הוא אוטופי. העולם הוא במחסור, זה תיאורטי בלבד שכמות המשאבים תספיק לכולם. ולכן נקודת המוצא של התיאורי היא שרוב הזמן הסייג הראשון לא יכול להתקיים- אדם שמטיל כוח על משאב ומשאיר כמות מספיקה לאחרים, מצב שלא קיים. המשאבים לא מספיקים באיכות דומה לכל האנשים.
2. תיאוריית הערבוב- ביקורת נוזיק על לוק, נוזיק האמין שהקניין הוא עוגן לחירות, הוא מנסה להגחיך את תאוריית הערבוב של לוק (ערבוב כוח במשאב על מנת לקבל בעלות). הוא נותן דוגמא של שפיכת מיץ עגבניות לאוקיינוס, האם זה אומר שהאוקיינוס כעת בבעלותו? ברור שלא. נוזיק טוען שהפרקטיקה של ערבוב לא ברורה. זו לא הדרך ההגיונית לקבלת בעלות ולכן הפרקטיקה והצורה של קבלת בעלות צריכה להיות אחרת. כמו כן נשאלות השאלות כמה כוח יש להשקיע, איך לקבל את הבעלות באמצעות הערבוב, הדרך לבעלות לא מוגדרת באופן חד משמעי, הערבוב לא ברור.
3. פרופורציונליות- לוק לא נותן איושהי מידת פרופורציונליות לגבי כלל הבעלות. עפ"י לוק כל השקעה נותנת 100% בעלות על משאב, זוהי מידה חסרת פרופורציונליות של כמות עבודה והשקעה, שכן כל השקעה מקנה בעלות (ללא כלל מידת ההשקעה). למשל אדם שעבד קשה לעומת אדם שלא עבד קשה. לא נשמע הגיוני שכל השקעה בכל מידה תעניק בעלות.

אף על פי כן, זו תאוריה מאוד רלוונטית. היא עברה שיניו בעיצוב ובלגיטימיות שלה. ההוגים היותר מודרניים ניסו לקרוא את לוק על צורה אחרת, על בסיס של גמול שלא מתמקד בערבוב כהצדקה וכהענקת בעלות אלא גמול. לוק רוצה לתגמל על עבודה והשקעה, אדם שעבד ועמל צריך לתגמל אותו, ובכך הביקורות נחלשות יותר. כלומר כיום קוראים את התפיסה של לוק במבט של גמול (עבדת קשה- מגיע לך). כלומר זכויות קניין הן למעשה תגמול של החברה על ההתנהגויות שלנו. אך אם נלך לכיוון הזה וננטוש את הגמול יש מספר הגבלות, חייבים לקרוא את לוק במסגרת מגבלות:

1. רק התנהגות ראויה מזכה בפרס- רק התנהלות רצויה וחיובית.
2. התוצאה של העשייה היא חיובית.
3. הפרס צריך להיות פרופורציונלי למידת ההתנהלות התרומה וההשקעה (ביחס לעבודה שהשקעת).

גישת העבודה כגמול היא הצדקה מאוד דומיננטית בעיקר בהיבט של קניין רוחני, נרצה לתגמל אנשים שהשקיעו (למשל זכות הגנת הפטנט). דווקא ההצדקה העדכנית של לוט עם מגבלותיה יותר קלה לעיכול ורווחת מאשר התיאוריה הבסיסית הלא מוגבלת.

**ההצדקות:**

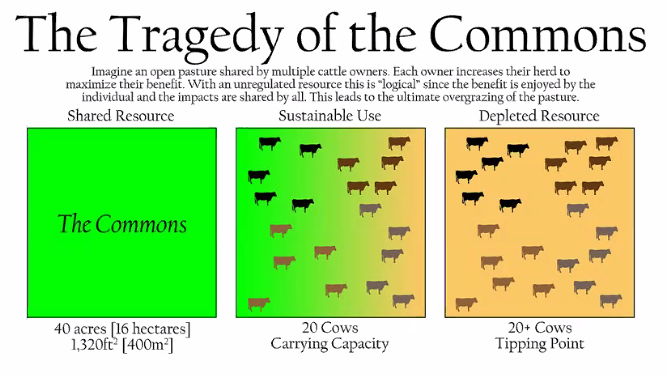
1. חירות
2. עבודה
3. אישיות
4. סביבה
5. צדק חלוקתי
6. **רווחה מצרפית**
7. קהילה
8. **הרווחה המצרפית**

הרווחה המצרפית היא הצדקה כלכלית במהותה. רווחה מצרפית היא ערך כלכלי שמדובר על קידום ערכים תועלתניים, כתיבה שעוסקת הרבה היא למה המשטר של הקניין מוצדק על רקע הצדקות תועלתניות-כלכליות.

ההצדקה של הרדין לקניין פרטי

כשמדברים על ההצדקה של רווחה מצרפית\ תועלתנות\ יעילות כלכלית, ההצדקה מתחילה במאמרו המפורסם של הרדין שמדבר הטרגדיה של המעבר המשותף\ בעיית הפעולה המשותפת.

מדובר על מקרה שיש בו כר מרעה המשותף בין אנשים- קבוצה של אנשים חולקת בעלות משותפת, קניין משותפת, מצב שכל הקרקע נמצאת בעלות משותפת של קבוצת בעלים. כר המרעה הזה יכול להכיל עד 20 פרות באופן באופטימלי- זאת מגבלת כר מרעה באופן אופטימלי. במצב אופטימלי כדי שכר המרעה לא ידלדל\ לא ירושש וימשיך להיות חיוני ויתקיים מבחינה אופטימלית צריך להחזיק בו עד 20 פרות.   
במצב של בעלות משותפת הרדין טען שהמצב הזה לא טוב מבחינת המשאב וקיומו- במצב בו יש 20 פרות, אם נעלה את מספר הפרות כר המרעה ירושש והמשאב ייהרס (הירוק הופך לחום= כר מרעה יתייבש). הרדין מנסה להסביר את הבעיה למה זה יקרה- במצב שיש 4 בעלים ולכל אחד יש חמשת הפרות שלו, האם יהיה להם רצון להגדיל את מכסת הפרות או לא? האם בכל יום נתון יהיה לבעלים תמריץ להוסיף עוד פרות ולמקסם את התועלת האישית של כל אחד ואחד מהם? או שמכיוון שכל אחד יודע מה המצב האופטימלי של השאב, כל אחד יישאר ויסתפק ב5 הפרות שלו?

****

הרדין אומר שבמצב כזה של בעלות משותפת- מצב כזה של מספר רועים בכר מרעה משותף, זה מקור לאותה טרגדיה של המאגר המשותף או טרגדיית הפעולה המשותפת. קוראים לזה טרגדיה משום שלדעתו מצב זה בלתי נמנע. כל אחד\ רועה רציונלי במצב כזה שואף במודע להשיא את הרווחים שלו ולהוסיף עוד פרות כדי להגדיל את הרווחה הפרטית שלו. וכאשר הוא עושה את זה, הוא חושב רק על התועלת האישית שלו, הוא עושה מאזן של עלות תועלת פרטית שלו. הבעיה היא שאותו רועה לא חושב על השלכות כר המרעה כולו, כל אחד מהאנשים בסיטואציה כזאת חושב על התועלת האישית שהוא יקבל ומצד שני הוא לא מפנים את העלויות (מה יקרה לכר המרעה) כי מדובר בבעלות משותפת ולא אכפת לו מה יקרה לאחרים, ולכן כל אחד רוצה לזכות בכל היתרונות מבלי לשאת בעלויות דלדול משאב. כלומר כל העלויות הן על כולם אך התועלת היא אישית. לכן במאזן החברתי נראה כי כל אחד מאותה רועים יטה לבוא ולהוסיף עוד פרות ללא גבול, מבלי שיהיה תמריץ להשקיע בטיפוח המרעה המשותף. אין תמריץ על אף אחד להשקיע במרעה. מה שיקרה בסוף זה שכולם יעשו את אותו הדבר עד להחרבת כר המרעה וזו התוצאה של משטר בעלות משותפת. הרדין אומר שמשטר כזה של בעלות משופת יש עידוד להתנהגות קואופרטיבית ולחוסר שיתוף פעולה, שתביא לניצול יתר של משאב ותביא לחסר בטיפוח המשאב, ולכן משטר כזה לא יעיל ותוצאותיו הרסניות. כלומר המשאב ייהרס אם נחיה במשטר משפטי כזה של בעלות משותפת, בו מצד אחד ניצול יתר ומהצד השני חוסר טיפוח (בשל חוסר בתמריץ).

הקושי הגדול במצבים כאלה הוביל את הרדין וכלכלנים אחרים להציג את המשטר של קניין פרטי כמשטר עדיף ויעיל יותר. זה הטיעון של הרדין על בעיית הפעולה המשותפת ולספק רקע הרקע כלכלי לתשובה של משטר קניין משותף פחות יעיל מקניין פרטי. הסיפור הזה מזכיר את סיפור דילמת האסיר.

תמונה שמכילה שולחן

התיאור נוצר באופן אוטומטי

דילמת האסיר- גם כן מצב שמדבר על מציאות שבה יש שני אסירים (א' וב') שנכנסים לחקירה וכל אחת מהם תלוי בהתנהגות האחר (ראי טבלה). דילמת האסיר הקלאסית אומרת כי במצבים כאלה מבחינת ההתנהגות יש שני אסירים שלהם אופני פעולה שונים: הכחשה, הודאה והפללה. כשהכחשה הדדית של שניהם מובילה לתוצאה הכי יעילה לשניהם (שנתיים מאסר), טובה במצטבר של שניהם, יוצאים הכי בזול מבחינת תועלת המצטברת. אך יש לזכור, כי שניהם שואפים לצאת לחופש. ולכן, כל אחד בסוף מעדיף שהוא יצא לחופשי והשני יישא במחיר. הבעיה היא ששניהם בסופו של דבר עושים זאת, כלומר מפלילים אחד את השני ולכן שניהם יישבו בכלא יותר זמן (5 שנים במקום שנתיים). כלומר במצטבר התועלת המצטברת העדיפה היא ששניהם יכחישו אך כל אחד דואג לאינטרס הפרטי שלו. כשבסוף הם יוצאים לעונש יותר גדול מאשר אם שניהם יכחישו. וזו הטרגדיה- שניהם חשובים שהם יפלילו ויצאו לחופשי, אך בשל פערי המידע מבחינת התנהגות שלהם הם יצאו בעונש יותר גדול מאשר אם היו מכחשים. דילמת האסיר מבוססת על היעדר אינפורמציה- אף אחד לא יודע איך השני יתנהג, הם מקבלים החלטות לא אידאליות מבחינת רווחה מצרפית (כי כל אחד רוצה לצאת לחופשי), והבעיה היא שכל אחד מתומרץ לפעול בקו הזה מה שמוביל בסיום עונש מוחמר יותר. זאת התנהגות לא אופטימלית מבחינה כלכלית אך היא לא נמנעת בשל פערי מידע. מבחינה רווחה מצרפית הם מפסידים כי הם יענשו להרבה יותר זמן אך כל אחד מהם מתומרץ באופן שונה- למה שאני אשקיע? שהאחר ישקיע (יקח את העול על עצמו), כל אחד רוצה למקסם את התועלת ולהחצין כל העלויות שלו, ולכן בסוף כל אחד דואג לעצמו ולא לכלל, ובכך התוצאה טרגית כי המשאב נעלם או נאסרים ליותר זמן, כי אנין הפנמה של הנזקים שהם גורמים במשטר של בעלות משותפת.



כדי לפתור את הבעיה הזאת הרדין טען שהפתרון הוא לעבור למשטר של קניין פרטי, כלומר כדי לעבור את בעיית הפעולה המשותפת יש לפנות לקניין פרטי- על רקע הבעיות של ניהול המשאב בבעלות משותפת, ניתן לחלק את כר המרעה לבעלות פרטית של כל אחד מהרועים, מה שיוביל לכך שמבחינה כלכלית, אם ניתן קניין פרטי לכל אחד בחלקה שלו זה ימקסם את הרווחה המצרפית. משום שכל אחד מהם ידאג לשטח ויטפח אותו, שכן כל התוצאות של ההתנהגות שלו רק הוא יישא בהן. לדעת הרדין, רק במצב של קניין פרטי, אותם אנשים ידאגו לכר המרעה ולטפח אותו כי אין מישהו אחר שיוכל לעשות זאת. במילים אחרות, הוא טוען שמשטר פרטי של קניין מוביל לכך שאנשים מפנימים לא רק את התועלות בבעלות הנכס אלא מפנימים גם את התוצאות השליליות של מעשיהם. כי כל התנהגות שלו רק הוא סובל ממנה ולא ניתן לצפות שאנשים אחרים יפתרו את זה.

בשורה התחתונה: לדעת הרדין, רק משטר של קניין פרטי יביא לזה שאנשים יפנימו את ההחצנות השליליות והחיובית של ההחלטות שלהם.  
לפעמים יש תוצאות בלתי נמנעות שאנשים נוטים להתנהל בצורה ש"דופקת אותם" בסופו של יום, התנהגות שלא מגדילה את הרווחה האישית בגלל פערי מידע, בין אם עלויות כלכליות. אין לאנשים תמריץ או סיבה להתנהג אחרת כי המציאות היא זו שדוחפת אותם למקום הזה. בדילמת האסיר זה נובע מפערי ידע, בעוד שכר המרעה זה נובע מעלויות כלכליות. יש מצב מובנה של הגדלת תועלת אישית ולהחצין את התוצאות השליליות על כולם.

לא כולם מסכימים עם דעתו של הרדין ויש מתנגדים לדעתו.

הביקורות לדעתו של הרדין**:** שאחד המבקרים המרכזיים היההרולד דמסטז

1. הניתוח הכלכלי לא מניח ששיטת קניין פרטי תמיד עדיפה- אולי הדוגמא של הרדין נכונה במקרה המסוים של כר המרעה, אך הניתוח הכלכלי לא מניח ששיטת קניין פרטי תמיד עדיפה על פני שיטת קניין של קניין משותף. הניתוח של הרדין לא תמיד נכון ביחס לכל משאב או מציאות נתונה. יש הרבה דוגמאות של התנהגות קואופרטיבית של אנשים שמובילה לטיפוח המשאב המשותף. ניתוח כלכלי אמיתי לא יכול להניח שיטת קניין מסוימת, הוא צריך לבחון את כל העלויות והתועלות במצב נתון, וזה לא הכרחי שתמיד קניין משותף יוביל למציאות מסוימת. במילים אחרות, הרדין עשה ניתוח כלכלי מאוד מסוים, הוא זיהה תועלות ועלויות כלכליות בכר מרעה, אבל לא ניתן לגזור מזה מסקנות כוללניות בלי לנתח כל מצב ומציאות. ולכן, יש להיזהר לקבוע קביעה מוחלטת שתמיד קניין פרטי יעיל וטוב יותר מקניין משותף. כלומר הניתוח הזה מתאים לנסיבות הספציפיות שהרדין הציג אך זה לא המצב בכל מקרה. למשל בדוגמת גינות ציבוריות- יש אנשים קואופרטיביים מטבעם ולכן ההסדר של גינות ציבוריות עובד, או ויקיפדיה- תרומת הכלל תורמת לכל המשתמשים, סוג של משטר קניין משותף של שיתוף מידע משותף. ההנחה שכולנו נפעל למיקסום תועלת אישית והחצנת עלויות, לא יכולה להיות הכלל. צריך תמיד להשוות בין שני סוגי המשטרים במקרה מסוים ולא ניתן לקבוע מסקנה כללית כמו הרדין.
2. הניתוח הכלכלי מביא בחשבון החצנות על השותפים המיידיים במשאב-בניתוח אף אחד לא חושב על הדורות הבאים. שחושבים על החצנות של שימוש במשאב, הניתוח הכלכלי גם צריך לחשוב על הדורות הבאים ולא רק על ההחצנות הנוכחיות. ולכן, כשהרדין רוצה להצדיק שיטת קניין מסוימת הוא צריך להביא בחשבון גם על ההשלכות על דורות העתיד. במחשבה של משטר קניין פרטי מול משותף בשאלת יעילות, תמיד צריך לחשוב גם על דורות העתיד, דברים שהרדין היה אדיש להם, שכן הוא חשב רק על ההחצנות שמשפיעות על ארבעת הבעלים. ולכן אולי הקביעה של הרדין מתאימה לנסיבות המסוימות האלה, אך לא על הדורות הבאים. שמטר קניין צריך להיות יותר רגיש גם לעתיד ולא רק לצדדים המיידים של הבעלות המשותפת כרגע.
3. אבולוציה- לא תמיד חייבים משטר פרטי כי המציאות משתנה- החיים הם דינאמיים, העולם משתנה ומושאי הקניין משתנים, העולם והתרבות משתנה. מושאי הקניין היום חלקם דיגיטליים, יותר פתוחים לציבור מאשר מקרקעין ומיטלטלין בעבר. שכן, פעם היה צורך בגידור על מנת לשמור על קניינו של אדם אך כיום יש לדוגמא קניין של מטבעות דיגיטליים. כיום המציאות היא מדיניות של פתיחות ושיתוף. שכן, בעבר גם העלויות הכלכליות היו יותר גבוהות, והיום יש פתרונות זולים שמצליחים לשלב בין בצורך הפרטי לבין פתיחות שיתוף וגישה לתוכן. אי אפשר לחשוב בצורה מוגבלת על קניין, צריך להבין שהמציאות משתנה, נושאי הקניין משתנים.

הרדין לוקח את הדוגמא הזאת כמייצגת לסיבה למה הקניין משותף הוא לא יעיל ולכן למה צרך לעבור לקניין פרטי. אלו הנקודות המרכזיות בהצדקה של רווחה מצרפית לקניין פרטי. הרווחה המצרפית מהווה אחד מההצדקות המרכזיות בשיח הקנייני ובמשטרי קניין (במיוחד בקניין רוחני).

1. **אישיות**

תאוריית האישיות כהצדקה לקניין- מי שהעלתה את ההצדקה הזאת היא מרגרט ראדין (מלומדת וחוקרת שעיצבה רבות את תאוריית האישיות).

היא טוענת שלא כל נכס\ חפץ בהכרח צריך להיות משאב בבעלות פרטית ולא כל משאב צריך לקבל את אותה הגנה קניינית כמו משאבים אחרים. משאבים, במילים אחרות, יש הרבה משאבים שקרובים יותר לגרעין האישיות שלנו וכאלו שפחות, שהם בעלי אופי יותר כלכלי. לפי ראדין, כל עולם הנכסים של כולנו משמעותו שונה בין משאב למשאב, לא לכולם יש את אותה החשיבות ביחס לכל אחת ואחת מאיתנו, ולכן ככל שיש לחפץ קרבה גדולה יותר לגרעין האישיות ניתן לו הגנה גדולה יותר וככל שהוא רחוק ניתן לו הגנה פחותה יותר. הטיעון שלה הוא שיש נכסים שהם חלק מהאישיות של הפרטים, ולכן, יש צורך בהגנה שונה כפי שהיא מגינה עלינו, הסיבה היא שהכנס הוא חלק מאיתנו והפגיעה בנכס היא פגיעה אישית. לדוגמא- טבעת הנישואין, אלבומי תמונות. לנכסים יש אופי שונה, לחלקם יש חשיבות אישיותית גדולה יותר, ולכן המשפט צריך לפעול להגנה גדולה יותר.

**ההצדקות:**

1. חירות
2. עבודה
3. **אישיות**
4. סביבה
5. צדק חלוקתי
6. רווחה מצרפית
7. קהילה

למשל טבעת נישואין, כל זמן שהיא בחנות היא שווה כמו כל טבעת אחרת. אך ברגע ולאחר שמישהו קנה והשתמש בה, הטבעת מייצגת את חיי הנישואין שלו. ולכן באובדן הטבעת, האובדן שלה מבחינה כלכלית גבוהה יותר בהשוואה לערך הכלכלי שלה בחנות. כלומר אנשים מייחסים ערך גבוה יותר לנכס שהם קשורים אליו (בהשוואה לזכה שנמכר השוק) ולכן ראוי לתת לו הגנה חזקה הרבה יותר. אנחנו מנפיקים לנכס ערך יותר גבוה מאשר כזה מקביל שאנשים לא קשורים אליו.

חלק מהדברים יותר קרובים לאנשים למשל בית מגורים יותר קרוב לאדם מאשר בית להשקעה. בית המגורים מהווה המשאב הכי אולטימטיבי שקורב לגרעין האישיות של האדם, ולכן כשפוגעים בנכס הזה, הפגיעה בנו היא הרבה יותר קשה משאר פוגעים בנכס אחר. הפגיעה שתגרם תהיה יותר גבוהה, ולכן ראדין טוענת שיש לספק הגנה משפטית חזקה יותר. כתוצאה מכך, לדעתה פגיעה בבית מגורים צריכה לקבל פיצוי גבוה יותר מבית להשקעה. ואכן נראה כי במשפט יש התייחסות לדברים הללו- המשפט נותן מקום גם להיבטים אישיותים. לדוגמא: זוג שמתגרש, יש לבני הזוג זכות קדימה לרכישת הבית לפני כל שאר הרוכשים האפשריים האחרים, שכן יש קשר אישותי יותר חזק של דיירי הבית מאשר אדם חיצוני.

כלומר ראדין מדברת על ספקטרום שעליו ממקמים נכסים ביחס לגרעין האישיותי, מקרובים יותר (שיקבלו הגנה חזקה יותר) לרחוקים יותר.

הביקורות על הגישה:

1. כל אחד מתייחס אחרת לנכסים, יש כאלו שקשורים יותר וכאלו שפחות. לא תמיד הכלים של הגישה זאת ישימים משפטית, שלא מאפשרים לנו לדעת איך ליישם את זה במדיניות המשפטית. תיאורטית אנחנו מזדהות עם עקרונותיה, אך פחות קל לעבוד עם תיאוריה כזאת ביחס לקניין, בשל עניין של פרשנות ובחינה סובייקטיבית.
2. היא לא נותנת פתרון על הדרך שבה יש למקם את הנכסים.

אלו הנקודות המרכזיות בהצדקה האישיותית של משטר קניין פרטי.

1. **ערכי הקהילה**

הקשר בין ערכים קהילתיים לקניין

קהילה וגם צדק חלוקתי הם ערכים שהשיח לגביהם התחיל בשנים האחרונות. ערך הקהילה מדבר על ערכים של שיתוף וערכים חברתיים כערכים קנייניים. להרבה אנשים, בעיקר כאלו שחושבים על קניין כערך החירות, יגידו שזה מרחיק לכת- מה פתאום קניין כערך של שיתוף וערכים חברתיים. אך יש הרבה שיטות משפט שבמשך שנים הכירו בערכים של קהילה כערכים שמכוננים את זכות הקניין, למשל המשפט העברי שיש בו חובות למתן צדקה לקהילה, בעיקר לחברים החלשים בקהילה, כלומר זה ערך מובנה כחלק מערכי הקניין. אבל גם המסורות היותר מודרניות, גם עצורות במגבלות ביחס לזכות הקניין, וחובות כלפי החברה של בעל זכות הקניין. גם שיטות משפט אנגלו-סקסיות מכירות במגבלות מסוימות, או חובת הזהירות המוגברת על בעלי מקרקעין כחלק ממשטר דיני הנזיקין. כל אלו משמיעים איזושהי אחריות של בעל הקניין כלפי אחרים.

**ההצדקות:**

1. חירות
2. עבודה
3. אישיות
4. סביבה
5. צדק חלוקתי
6. רווחה מצרפית
7. **קהילה**

כשמדברים על הערך הקהילתי, אם באים מהתפיסות הליברליות שמדברות על כך שבתחום הקניין לא רק ערך החירות מקבל ביטוי (אלא גם ערכים אחרים), תפיסות שחורגות משיח החירות, הן תופסות את המושג קניין גם כאתר של חובות לפי אחרים ולא רק של זכויות. כלומר קניין זה גם אתר קהילתי, הוא מצע של שיתוף עם אנשים אחרים, מקור לאחריות של הבעלים כלפי אחרים, כלפי הקהילה. אותה אחריות חברתית ושיתוף הנכסים היא חלק מהמשמעות של זכות הקניין, היא באה גם עם חובות לקהילה והיא לא מנותקת או מגבלה חיצונית, היא טבועה בערכי הקניין הליברליים. התפיסה הקהילתית הזאת יכולה לבוא בכל מיני מגבלות על בעלי הקניין לטובת קידום האינטרס החברתי. יש ציפייה שכל אחד מחברי הקהילה יתרום גם לאחרים.

קיימות 3 תפיסות שונות (דגמים) לקהילות בערך הקהילה:

1. קהילה ליברטריאנית (נוזיק)- נוזיק דיבר על ערך החירות ומידת ההתערבות בקניין צריכה להיות מינימלית. עדיין, נוזיק טוען כי יכולות להיות קהילות וולונטריות, וגם בדגם הליברטיני, אנשים יכולים להצטרף לקהילות, שכל קהילה יכולה לקבוע את הערכים שלה. זה לא שהוא מתנגד להצטרפות והתאגדות לקהילה, אלא שקהילה לא יכולה לכפות על פרטים נורמות. יכולה להיות קהילה ואת יכולה להיות חלק ממנה ולהסכים עמה (ובלבד שאת מסכימה) אך לא ניתן לכפות את הערכים על הפרטים, גם בהקהילה. המשטר של נוזיק לא יאפשר להקהילה להפעיל משטר של כפיית חובות על יחידים. רק קהילה וולונטרית שלא כופה נורמות על היחידים ולא מחייבת אותו לתת בכוח, היא קהילה לגיטימית. יש לה כוח מצומצם על יחידים, ללא כפייה. ערך הקהילה חייב להיות וולונטרי ורצוני ללא הפעלת כוח.
2. קהילה ליברלית (חנוך דגן)- דגן מציג קהילה שהיא בין קהילה ליברטיאנית לקהילתנית. לפי דגם זה, קהילות זה דבר חשוב ואף רצוי, אך יחד עם זאת לא נרצה שיהיה להן כוח כפייה על יחידים ודרישה להקרבה במודל הקהילתני, הוא מסתייג מהכוח הכופה של הקהילות הקהילתניות. הערך חייב להיות אוטונומיה של היחיד וכן צריך להתחשב בערך היחיד ולהתחשב ביחיד. לא ניתן לכפות על היחיד להקריב אך כן ניתן לדרוש מהם לעשות התאמות על מנת לעזור לחלשים בחברה. לא נרצה לייצר מערכת של כפייה, אך נרצה להציג איזשהי מערכת ציפיות על הפרטים בחברה, שתתאים את הנכסים של הפרט לרגישות החברתית. לדוגמא: הקמת מערכת סוציאליסטית שתורמת לחברה. כן יש רצון להתחשבות באחרים אך לא באופן כופה. כניסה למשטרים מרצון, שיתוף חשוב ואחריות משפטית חשובה אך אצלו חשוב שהכפייה אינה אפשרית. הוא מספק אפשרות יציאה ולא רק לעשות את הדברים בכוח. נרצה לקדם את הערכים הקהילתיים אך לא בדרך של כפייה.
3. קהילה קהילתנית (גרגורי אלכסנדר ואדוארדו בקלאוור)- לקהילה יש ערך כשלעצמה, היא מכוננת ונותנת ערכים ליחידים שחיים בה. קהילה קהילתנית היא קהילה שמשמעותית מאוד לחיים של האנשים שחיים בה (כמו הקיבוץ שהנחיל עולם ערכים שלם של שיתופיות). בדגם הזה של קהילות קהילתניות, חשבו שבקהילות כאלה, הן קהילות בעלות יכולת כפייה על היחידים, אפשר לדרוש מהיחידים להקריב למען קהילה, כך שבניגוד לנוזיק, בדגם הזה ניתן לכפות גם במחיר של כפייה ביחס לקניין של הפרט. בדגם הזה, מכיוון שהקהילה מעניקה ומעשירה את היחיד, הם סבורים שקהילה גם יכולה לדרוש לתת, גם במחיר של כפייה לתת מהקניין הפרטי, בשביל שהקהילה תוכל להתקיים, לעצב את עולם הערכים, ולהמשיך לכונן את היחידים החיים בה. שם בהחלט אנשים נדרשים להקריב יותר למען החברה, לעומת מקומות אחרים. למשל: הקיבוצים ההיסטוריים שאינם מופרטים.

כלומר יש ספקטרום: קהילתני הכי כופה, ליברטריאני שאינו כופה דבר, וליברלי שאינו כופה אך דורש התאמות.

ערך הקהילה לא מצדיק משטר של קניין פרטיי, אלא הוא מהווה ערך בשיח הקנייני שמשפיע על עיצוב המשטר הקנייני. להקהילה יש משקל בעיצוב הזכויות הקנייניות.

חיובים לקהילה משפיעים על כניסות לקהילות, משטר קהילתי ויציאה מקהילות:

* כניסה לקהילות: כאשר נכנסים לקהילה מסוימת, יש לכך השלכה גדולה עלינו. למשל כניסה ליישוב קהילתי, הרבה פעמים הקהילה כופה עלינו הליך ומנגנוני סינון לקבלה לקהילה. בשלב של כניסה לקהילה, היא כופה על היחיד תפיסות עולם מסוימות. כלומר ערכי הקהילה משפיעים על יחידים להיכנס לקהילה ולהשתלב בה. הועדות קבלה בשלב הכניסה מפעילות ערכים קהילתיים על מנת להכניס את האדם או להוציא אותו, זה משפיע על היכולת של היחיד לקנות ולנכס לעצמו את הקניין.
* משטר בקהילה**:** אנשים שחיים בקהילה, המשטר משפיע על חיי הקניין של הפרטים שחיים קהילה. יש משטור של הזכויות הקנייניות של היחידים. לקהילה כוח כופה גם על ניהול הקניין של הפרטים. למשל בקיבוץ שאין רכוש פרטי, או יישוב קהילתי בעל משטר דתי.
* היציאה מהקהילה**:** קהילה יכולה להוציא פרטים ממנה, או לייצר חסמים שלא מאפשרים לה לצאת ממנה, למשל איסור מכירת בית לאנשים שאינם בני קיבוץ (ואז המשפחה הנוכחית שגרה שם לא יכולה לעזוב עד שלא יימצא קונה מתאים).

למרות המחלוקת על הצדקת הקהילה, היא כן שולטת בשיח הקנייני, גם בישראל.

1. **צדק חלוקתי**

לא ניתן לדבר על קניין מבלי לחשוב על ההשלכות החלוקתיות לצד ערכי הקניין, כלומר תמיד יש שאיפה לצמצם או לפחות לא להרחיב את הפערים בחברה. גישה שקובעת כי לצד הערכים של קהילה, חובות ואחריות חברתית, צריך להפנים מעבר לאחריות החברתית שאיפה לקידום צדק חלוקתי בחברה. זו שאיפה שטוענת לצמצום או לפחות לא להרחיב את הפערים בין החלשים לחזקים בחברה. יש צורך בקידום ערכים של צדק חלוקתי דרך דיני הקניין.

חנוך דגן הוא אחד מהחוקרים המרכזיים שסבר כי צריך להכניס את הערך כחלק מההגדרה של הזכות הקניינית, לא כדבר חיצוני שנכפה, אלא כחלק מובנה מהשיח הקנייני. דגן לא מכחיש כי יש כלים אחרים שדרכם נערוך צדק חלוקתי במדינה, יש מנגנונים מסודרים וקבועים לחלוקת העושר במדינה: כמו דיני המס וביטוח הלאומי (שהם המנגנון המרכזי לחלוקת העושר מחדש וצמצום הפערים החברתיים). דגן חושב גם בדיני הקניין יש תפקיד בהקשר הזה, אך תפקיד יותר צנוע. דיני הקניין צריכים להיות דינים שמעוצבים בדרך כזאת שהכלים שנאמץ יהיו כאלה שלא יעצימו אי צדק חלוקתי. ברגע שיש כלים בדיני הקניין, צריך להיות רגישים אליהם, לא צריך לעשות צדק חלוקתי בדיני הקניין כמנגנון מרכזי, אלא צריך להיות רגישים לערך הזה בעיצוב כללי קניין, ואם יש כלל שמעצים אי צדק חלוקתי- נרצה למנוע אותו.

תפיסה לא שגרתית ומאוד שנויה במחלוקת, חנוך דגן מתומכיה. התפיסה אומרת שלא צריך להחליף את המנגנונים הקלאסיים שעוסקים בחלוקה מחדש של העושר. המנגנונים הקלאסיים שאחראים על חלוקת העושר מחדש אלו מערכת המס וביטוח לאומי, אך דיני הקניין צריכים לעשות זאת בצורה יותר צנועה- צריך להיזהר שבדיני הקניין יהיו כללים ועקרונות שמחמירים ומעצימים אי צדק חלוקתי.

נראה דוגמא להשפעת הערך החלוקתי על הכרעות נורמטיביות- בג"ץ הקשת החברתית (בואינגים)- בוטלה החלטה לתת הטבות לחקלאים משום שאין להם מקבילים בעיר, כלומר הפערים החברתיים גדלים ולכן ההחלטה בוטלה למען שמירה על שוויון יחסי, רואים כאן שיקול של צדק חלוקתי. הוא דוגמא קלאסית של התחשבות בערכי צדק חלוקתי כבסיס להחלטת ביהמ"ש.

הסיבה שדגן חושב שיש מקום לערך צדק חלוקתי, בדיני הקניין זה משתי סיבות מרכזיות:  
יש קשר עמוק בין קניין לצדק חלוקתי. דגן אומר כי קניין הוא עוגן של פרטיות, ביטחון, עצמאות, אבל יחד עם זאת הוא מקור לצבירה של כוח כלכלי על ידי פרטים, שבדרך כלל מתורגם גם לצבירה של כוח חברתי, תרבותי ואף פוליטי. ולכן, מעצם הגדרה של קניין כחירות, כעוגן של חירות, את יכולה פוטנציאלית לספק כוח לאנשים, שהוא בתוכו יכול לסכן חירות של הרבה מאוד אנשים אחרים. ברגע שיש לאדם מסוים כוח כלכלי חזק, זה מסכן את החירות של יתר בני האדם. ולכן דגן חושש מריכוזי הכוח הפרטיים אלה, ופער כלכלי גדול בין פרט אחר לאר בגלל הקניין הפרטי, והוא חושב שלא צריך להתייחס אל זה אחרת מהכוח הכופה של המדינה. גם אנשים פרטיים שמחזיקים בידיהם ריכוז כוח והון כלכלי (באמצעות קניין פרטי), מדאיג את דגן לא פחות מהכוח הכופה של המדינה. אם ניקח את הטיעון של צדק חלוקתי, אנחנו צריכות לדאוג לכולם ולוודא שהכוח הזה לא משפיע לרעה על אנשים אחרים, ושדיני הקניין יהיו רגישים גם להשלכות של ריכוזי הכוח הפרטיים.   
הוא מוסיף ואומר כי אם ניקח את הערך של צדק חלוקתי ברצינות, צריך להבין שכל אדם יש מינימום- במינימום יש להבטיח שלכל אחד יהיה קניין, כי אחרת לא כל אדם יהיה חופשי מהתערבות המדינה. אז דגן לוקח עוד צעד, ואומר שלדעתו הערך משמיע מינימום קנייני לכולם, אותו מינימום של קיום אנושי בכבוד.

יש ביקורת על הגישה הזאת, והיא אף נחשבת לגישה לא מקובלת ששנויה במחלוקת:

1. טעם מעשי- המנגנונים הקלאסיים לצדק חלוקתי הם דיני המס וביטוח לאומי, דיני הקניין לא עוצבו מלכתחילה כבעלי רגישות לערך הזה, ולכן אי אפשר להשתמש בערך בתוך דיני הקניין בכדי להשיג את המטרות האלו. שכן, כל ניסיון להתאים את דיני הקניין לעקרון הזה יהיה באופן פרטני.
2. יעילות כלכלית- כלכלנים טוענים כי דווקא מנגנוני המיסוי הם המנגנונים הכי יעילים לקידום צדק חלוקתי ולא כלים אחרים. דיני המסים מהווים את הדרך הקלאסית והטובה ביותר לחלק את העושר בחברה.
3. קידום צדק חלוקתי על חשבון אדם פרטי, המדינה היא זאת שצריכה לדאוג לרווחת אנשים, והדאגה לזולת לא צריכה ליפול על אדם פרטי (טענה של ליברטריאניים קלאסיים).

דגן מנסה לענות לטענות האלה, בכך שהוא סובר שניתן לעשות את זה בצורה מדודה וזהירה ולקדם את צדק חלוקתי דרך דיני הקניין, וזאת מבלי לפגוע בחירותם האישית וברווחת האנשים. גישתו של דגן חריגה ומאוד לא מקובלת בדין הישראלי ומלווה לביקורת רבה.

* טעם חיצוני: הזכות לקניין עוסקת במשאבים בחלוקה שלהם ובאופן שהו אנחנו מאפשרים שלשחקנים שונים לקבל זיקה למשאבים. מעצם העיסוק של זכות הדנה במשאבים ובהקצאה שלהם, ברור שיש השלכות חלוקתיות. ולכן לא ניתן שלא לדון בשיח על השלכות חלוקתיות, כי מעצם ההגדרה המשפטית של זכות הקניין היא עוסקת בהקצאת משאבים. ובהקצאת משאבים, תמיד יש השפעה באופן חלוקתי על זכויות של אנשים, וכשיש על זה השלכות חלוקתיות, באופן טבעי, חייבים לדון גם בצדק חלוקתי.
* טעם פנימי: לכל משטר קנייני יש השלכות חלוקתיות, זה לא משנה איזה ערך ניקח, לכל ערך שנאמץ יש השלכה חלוקתית. אם זה ערך חירות- יש השלכות בדרך כלל שבאות לרעת שאר האנשים, אם זה מערך של קהילה, יש השלכות גם על היחיד וגם על הקהילה. הטעם הפנימי הוא שההשלכות החלוקתיות לכל הצדקה פנימית במשטר קנייני, לכל דבר יש השלכה חלוקתית ולכן חשוב להכיר בעובדה שיש השלכות גם לשיח על קניין.

יש לציין כי העליון אכן מתייחס לערך זה, וכי הבחירה הערכית של המשפט העליון זה לתת מקום לערך של צדק חלוקתי בשיח הקנייני.

1. **סביבה?**

בשנים האחרונות יש גם שיח סביב המקום של ערכים סביבתיים בעיצוב של קניין דיני איכות הסביבה שמפיעים רבות על קניין: זיהום, מטרדים בקרקע פרטית וכו. אך יש דיון יותר ער לגבי האחריות הסביבתית של בעל הקניין, ואיזה חובות ניתן לכפות על בעל הקניין בגלל ערכים של סביבה, ובטח במציאות החיים של היום (משבר האקלים) כן רואות מקום גדל והולך סביב השאלת האלה.

סיכום ביניים

זכות הקניין מבטאת הכרעה חברתית, הנשענת על איזונים בין שורה של ערכים שונים: חירות, עבודה, אישיות, רווחה מצרפית, קהילה, צדק חלוקתי וסביבה. העיצבו של ענף זכויות הקניין וכל מיני מוסדות קניינים שהוא מייצר, בסוף זה נשען על איזון ערכי של כל מדינה וערכים שהיא מקדשת. ולכן, כאשר המחוקק יכולה לקבל כל מיני הכרעות שקשורות לזכויות קניין, שמאזנות ערכים בדרך שהיא נתפסת כנכונה באותה נקודת זמן. גם אם זה לא מצוין ומקבל ציון מפורש, תמיד יהיה קיים השיח הקנייני. כל פעם שהמחוקק מנסה ליצור לכונן מוסד קנייני חדש, הם עושים איזון של תמהיל ערכים קניינים. אין משמעות אחידה לזכות הקניין, כל פעם העוגן יהיה עוגן אחר, ולכן יש להיות רגישים לערכים השונים.

**במה יש זכויות קניין?**

ראינו את ההצדקות, המאפיינים של הזכות הקניינית, תפיסות של מהו קניין, וההצדקות לקניין פרטי. עסקנו בשיח תאורטי, כעת נעבור לשיח יותר פרקטי- באילו נכסים נאפשר קניין פרטי, באיזה נכסים נותנים קניין פרטי. גם כאן זאת שאלה, שלא תמיד נסכים על התשובה לה- לא כל נכס יהיה מושא של זכות קניינית, והיו נכסים שלא נרצה לאפשר עסקאות בהם.

נשאל שתי שאלות על מנת להגיע לתשובה לשאלה הזו:

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

נראה שאנחנו נותנים הרבה זכויות בהרבה סוגי נכסים, אך יש גם מצבים שהמשפט לא רוצה לאפשר עבירות והמירות של זכויות ונכסים, כלומר לא בכל דבר נרצה קניין פרטי. נדון בשתי השאלות ונבחן מתי נרצה להכיר בזכות קניין, ומתי לא.

בסופו של יום, זכויות קניין נקבעות בהכרעה חברתית. הכרעה חברתית שהמחוקק מקבל כי הוא חושב שיש ערך שמצדיק את ההכרה בזכות הקניין. נראה כי לא משנה מה ההצדקה שעליה המחוקק מתבסס, זכות קניינית היא תולדה של הכרעה חברתית שמאזנת בין ערכים שונים. ולכן כשאנחנו שואלות במה נרצה להעניק קניין פרטי, ננסה לחשוב איך מגיעים לתשובה לשאלה, שגם היא תולדה של הכרעה חברתית. באותה מידה, יהיו מצבים שהמשפט והחברה לא ירצו לאפשר לסחור בנכסים שונים, כי מבחינה ערכית יש התחושה שלא ראוי לאפשר סחר בנכסים האלו. האיזון הערכי הוא ביחס למחוקק בקביעת המוסד הקנייני מלכתחילה.

דוגמא של איזוני ערכים בהגנת הפטנט ובזכויות יוצרים: שני המוסדות מבוססים על הכרעה חברתית:

* הגנת הפטנט: ההצדקה הדומיננטית לדיני הפטנט היא הצדקה כלכלית, נרצה לתמרץ אנשים לעסוק בפיתוח המצאות וחדשנות טכנולוגית, ואם נרצה לקדם ערך כזה, יש צורך לתת לאדם יכולת להשקיע את ההשקעה שלו (שבדרך כלל מהווה השקעה מאוד גבוהה בתנאים של חוסר בלעדיות ותחרות). ולכן, על בסיס אותה תכלית המחוקק מעצב ענף שלם של פטנטים. מצד שני, יהיו ערכים אחרים שירסנו את הזכות והתכלית הזאת- למשל מוסד של רישיונות כפייה שכאם הערך החברתי יהיה צורך חברתי וחובות בחברה בה המפתח חי בה. יש פיתוח של מוסד רישיונות כפייה שמחייב את הממציא. זאת דוגמא למשטר קניין שיצר זכות קניינית בהמצאות, שמצד אחד מושתת על אותם ערכים של רווחה מצרפית ויעילות כלכלית, ומצד שני אנחנו מרסנות אותה בשם ערכים אחרים שכן נכנסים למוסד הקנייני (קהילה, צדק חלוקתי וכו).
* זכויות יוצרים: ההצדקות הן גם כלכליות (הדומיננטית היא כלכלית-תמריצית), אבל יש מקום לשיח אחר- מקום של אישיות ועבודה כערכים שמצדיקים מתן הגנה ליוצרים. כלומר, מצד אחד ניתן תמריץ וזכות קניינית ליוצר וליצירותיו (הגנה לזמן ארוך), ומנגד ניתנים לו ריסונים בגלל ערכים חברתיים (כמו שימוש הוגן).

אלו שני משטרים שמשקפים איזונים בין ערכים חברתיים שונים.

פס"ד מקדונלד

ברגר קינג עושה פרסומת עם שחקן כדורסל מפורסם ששם המשפחה שלו מקדונלד, ומקדונלד'ס משיבה חזרה בצירוף ציטוט מכתבה עיתונאית בה מקדונלד מהלל את האוכל של מקדונלד'ס. הדיון מגיע לביהמ"ש העליון סביב שורה של עילות. לבסוף ההכרעה המשפטית היא שמקדונלד מפסיד. השופט ריבלין מכיר לראשונה בזכות לפרסום.

זהו פסק דין שהשופט ריבלין מכיר לראשונה בזכות לפרסום, שזוהי זוהי זכות כלכלית הנתונה לאדם לסחור בפרסונה שלו- בדמותו, בקולו ובשמו, כלומר היא מקנה לאדם שליטה בלעדית על השימוש שייעשה בדמותו, בקולו ובשמו לצורכי מסחר וקידום מכירות. הזכות לפרסום נותן לידוענים את הזכות הבלעדית להשתמש במאפיינים שלהם ומונעת מאחרים להשתמש במאפיינים הללו.   
השופט ריבלין מכיר בזכות הפרסום, שהיא במהותה זכות קניינית, דרך דיני עשיית עושר ולא במשפט- ברגע שיש שימוש בדמות הידוען, המשתמש עושה עושר על חשבונו. מה שמעניין לראות זה את הניתוח שהשופט ריבלין עושה ועד כמה ראוי שהוא יעשה את הניתוח הזה.

השופט ריבלין מדבר על המתח בין הזכות לפרטיות. בפסק הדין, הוא מבדיל את הזכות לפרסום מהזכות לפרטיות:

* הזכות לפרסום- זכות כלכלית הנתונה לאדם לסחור ב"פרסונה" שלו- בדמותו, בקולו ובשמו. היא מקנה לאדם שליטה מונופוליסטית על השימוש שייעשה בדמותו, בקולו ובשמו לצורכי מסחר וקידום מכירות.
* הזכות לפרטיות- הזכות להיעזב לנפשך.

מה ההצדקה של השופט ריבלין בזכות הזאת, והאם הניתוח ראוי? פסק הדין מהווה דוגמה להכרה בזכות קניינית ודוגמה לשיח של ערכי קניין והצדקות לקניין.   
ריבלין מגיע להכרה שיש להעניק את הזכות לפרסום), דרך הצדקה של עבודה, אישיות, כלכלה – שלא יהיה ניצול יתר של הדמות. האם הטיעונים משכנעים?

1. תיאוריית העבודה- הזכות נולדה בעמל ויזע וכו', ועל כן נרצה לתגמל עליה. אך יחד עם זאת, יש לידוענים בסיס כלכלי רחב, האם צריך לתת לו גם הגנה זכותית? לא ניתן לייחס את הצלחת הידוען לעצמו בלבד, הצלחתו תלויה גם בו אך גם בשאר הקהל.
2. רווחה מצרפית- נרצה להעניק הגנה על זכות כדי לא לפגוע בערכה.
3. תיאוריית האישיות- השם והמוניטין של אדם קשורים בצורה עמוקה לאישיות שלו, ועל כן ראויים להגנה מיוחדת. ערך האישיות בא לידי ביטוי בכך שלאדם יש את השליטה הגדולה ביותר על גופו ואישיותו.

האם זו הכרעה שצריכה להיות מטעם שופטים ולא מהכנסת?

ביקורת על פסק הדין של ריבלין: הכרה בזכויות קנייניות נולדת כתוצאה מהכרעה חברתית, לא בהכרעה בשיפוטית. הדרך הראויה להכרה בזכות היא הסדר חקיקתי. לדעת מרים, יש בעייתיות ששופט בודד עושה זאת ולהכיר בזכות הזו ולא ע"י חקיקה, מכיוון שמדובר בשיח ערכי שכחברה אנחנו צריכים להכיר בה יחד ע"י הנציגים בכנסת ולא ע"י שופט בודד. עם זאת, דרך הניתוח שלו היא יפה, טובה וערכית. מצב זה פותח פתח לבעיות בהחלטות בערכאות נמוכות יותר לגבי הזכות הזו.

לפס"ד יש הרבה היבטים (הכרה בזכות הפרסום היא שנויה במחלוקת) אך אנחנו נסתכל באופן אחד- כדוגמא להכרה בזכות קניינית כחלק מדיון שעושה השופט ריבלין- באיזונים בין ההצדקות. הזכות היא קניינית כי היא נותנת בלעדיות לפרסונה של הידוען במאפייניו. על בסיס כל ההצדקות, ריבלין מכיר בזכות הפרסום דרך דיני עשיית עושר ולא במשפט.

**דוגמאות למוסדות קניינים בעלי איזון ערכי**

נביט בדוגמאות נוספות למוסדות קניינים שהמחוקק יצר, מוסדות קניינים שרגישים לערכים מסוימים. כלומר פיתוח של זכויות קנייניות ומוטלות עליהן כל מיני הגבלות מכוח דיני הקניין על רקע איזון ערכי שהמחוקק עושה. שלושת הדוגמאות מבטאות את האיזונים בערכים חברתיים במסגרת דיני הקניין.

חוק הדיור הציבורי: מוסד משפטי שנחלש מאוד בשנים האחרונות. בצעירותה של המדינה בזמן שהיו גלי עלייה גדולים, היה צורך מהותי לספק דיור ציבורי למשפחות מעוטות יכולת. היום, היקף הדיור הציבורי, שמאפשר למשפחות קשות יום להתגורר בדירה בשכר נמוך, הצטמצם בצורה ניכרת, והרבה מנכסי דיור ציבורי משתמשים בהן למטרות אחרות שלא לדיור ציבורי. (כיום מלאי הדירות קטן בהרבה).  
החוק בישראל, מסדיר את הדיור הציבורי מבחינת זכויות, חובות והטבות שונות. ברכישת דירה בשוק חופשי, הדירה נקנית במחיר שוק. אך כשדייר גר בדיור ציבורי, מדובר לרוב באוכלוסיות חלשות יותר מבחינת הכנסה כלכלית. ולכן המדינה באה לקראת האוכלוסיות הללו, ומאפשרת להם להתגורר בדירות בעלות זניחה. שאף ניתן לרכוש אותן בעלות פחותה בהרבה ממחיר השוק. החוק הזה הוא תמהיל של ערכים שהמדינה באה ואומרת כי יש אוכלוסייה שזקוקה להזדמנויות כלכליות, אשר המדינה באה לקראתם. על רקע צדק חלוקתי יוצרים הסדר משפטי שמספק שורה של זכויות לאותה אוכלוסייה, החוק משקף איזון ערכי המבוסס בעיקר על ערכים של צדק חלוקתי.

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

חוק הדיור המוגן: ידוע כי בישראל ישנה תופעה רווחת של הקמת בתי דיור מוגן, אשר המתגוררים משלמים שכ"ד גבוה ומפקידים את הבית הפרטי. לכאורה בדיור מוגן, נראה כי היזם מקים מבנה לאוכלוסייה מבוגרת, וכי השוק חופשי ואין מקום להתערב, אך משום שהחוקק מבין כי מדובר בנכס בו תתגורר אוכלוסייה חלשה- לרוב בגיל השלישי, שלהם יש פחות גישה לייעוץ משפטי וגישה למנגנוני קבלת החלטות שיש לצעירים. מכיוון שמדובר באוכלוסייה מבוגרת, המחוקק יוצר הסדרים שמגבילים ומנסים להגן על האוכלוסייה שמתגוררת במבנים הללו. בבית דיור מוגן המחוקק משית כל מיני חובות באופנים שונים- הסדרות בטיחות, חובות כלפי הדיירים. המחוקק יוצר הסדר שמגן על האוכלוסייה שגרה בנכסים מתוך הבנה שמדובר באוכלוסייה חלשה, ולכן קובעים משיתים על בעל הקניין הרבה מאוד חובות. צריך להבין שהקמה של דיור מוגן, גם אם זה בבעלות אדם פרטי, החוק משית כל מיני חובות על בעל הקניין, בשל סוג האוכלוסייה. זוהי דוגמא לבעל קניין שמוגבל בגלל ערכים חברתיים.

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

חוק המקרקעין- בתים משותפים: פרק הבתים המשותפים משקף איזונים ערכים שהמחוקק עושה ביחס לקניין. חוק המקרקעין מדבר באופן עקרוני על שני מודלים קנייניים אפשריים: בעלות פרטי ומוסד של בתים משותפים שזוכה להסדרה ענפה בחוק המקרקעין. כאשר המחוקק מדבר על הסדר בעלות משותפת לעומת קניין פרטי, נראה כי יש הסדרים שונים לגמרי. המחוקק מסדיר על האדם שגר בבית משותף מושתים חובות רבים, למשל תחזוקה, ניקיון, הסקה וכו'. ההבנה היא שהאנשים חיים בקהילה ולכל אחד חובות לאנשים החיים איתו.

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

החוק בסעיף 60 עושה מהלך באופן דרמטי- מצב שבו בית משותף נהרס ותושב בבניין המשותף לא רצה לשקמו (כמו בפס"ד צודליר, עליו נלמד בהמשך). במקרה כזה, סעיף 60ב' בחוק מקים את האפשרות להוצאת הדייר מהבניין, כלומר במידה והדייר ממשיך לסרב להשתתף בעלות הכספית בשיקום הבית המשותף, החוק מחייב אותו להיפרד מהזכות הקניינית שלו ולהעביר בתוך זמן נקוב את הזכות על הנכס לאדם אחר. המחוקק כופה על אדם להיפרד מהזכות הקניינית, זהו מהלך דרסטי, מהלך שמנסה לכפות הסכמה. יש לציין כי כפיית הסכמות זו פרקטיקה הולכת וגדלה של הסדרים משפטיים. בגלל החיים בבית משותף השיח הערכי שונה מבעלות פרטית.

הדוגמאות ממחישות שלושה מוסדות קניינים שבכל אחד מהם המחוקק יוצר הסדרים שמטרתם להגן על ערכים חברתיים ועל אוכלוסיות מוחלשות.

**הקניין החדשThe new Property**

צ'ארלס רייך

אחת הטענות (במאמרו של צ'ארלס רייך) היא שהרבה מבני האדם בחברה, מסתמכים על כל מיני הקצאות רבות שהמדינה מעניקה (למשל זיכיונות, רישיונות, קצבאות וכו), הוא שואל האם אותן הטבות שהמדינה מספקת לבני כאדם צריכות להיות מוכרות כחלק מקניין פרטי של הנהנים ממנה או לא. האם לאורך זמן שהמדינה מעניקה את הקצבה האם היא צריכה להיחשב כזכות קניינית של מקבל הקצבה?   
שכן, לתשובה יש נפקות- במידה והמדינה מחליטה לבטל את ההטבות הללו, האם ייתכן ויינתנו פיצויים? (משום שכל פגיעה בזכות קניינית מצמיחה חובת פיצוי). מצד שני, אם אין הכרה בהטבות כקניין, ההחלטה של המדינה לשנות את המדיניות ולבטל את ההטבה יכולה להקים עילה קניינית למקבלי ההטבה?

רייך טוען שהאנשים הללו שמסתמכים על הטבות המדינה, מפתחים תלות גדולה במדינה כתוצאה מקבלת ההטבות, כשאותה תלות גורמת להטבה להיחשב כקניין הפרטי של האנשים הללו. אותה תלות הופכת את אותה קצבה לקניין, כלומר, ברגע שנוצרת אותה תלות בקצבאות\הטבות אם יש פגיעה בהטבות, יש פגיעה באוטונומיה של האנשים ואפשרות לנהל את חייהם. התלות גורמת להטבה להפוך לקניין פרטי. יש לציין כי בדרך כלל קצבאות ניתנות מהפרשות ישנות שהופרשו במשך שנים, לכן הן נקראות קניין ישן (מהבחינה שהאדם הפריש כסף לקראתו). לעומת זאת, הטבה חדשה שלא ניתנת מהפרשה קודמת נקראת קניין חדש.   
קצבה מהסוג הישן, מעמדה הוא קניין קלאסי, שלא מדברים עליו כקניין החדש. הקניין החדש שמדבר עליו רייך זה קניין שהוא הטבה שהמדינה נותנת מבלי שהאדם שילם או פעל לקראתה באיזושהי צורה כלכלית. ולכן, התלות בהטבה הזאת היא זו שהופכת אותה לקניינו של אדם ולא נרצה לאפשר פגיעה במקרה הזה. ההטבות והסובסידיות האלו הופכות להיות חלק משמעותי מהקניין שיש לכולנו, ולכן יש מקום להכיר בהן כקניין של אנשים. זוהי גישה פרוגרסיבית שפחות מקובלת בדיני הקניין. שכן מדובר בגישה עם מחירים כבדים- גישה שמגבילה את מדיניות והתנהלות הממשלה.

ודוק:

* קניין "ישן"- קצבאות שמהוות תולדה של תשלום מיסים לאורך זמן רב(ביטוח לאומי, פנסיה וכו') וברור שהן מהוות קניין, ואף קניין קלאסי.
* קניין "חדש"- הטבות שמעניקה המדינה לפרט ללא תלות בתשלום או בחובה אחרת מצידו(למשל, קצבת זקנה).

זזה בא לידי ביטוי במספר פסיקות:

* מנור- שעסק בקיצוצים בקצבאות הזקנה שנדון בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, גם בפגיעה בכבוד האדם וגם בקניין. קצבאות הזקנה אלו קצבאות שאנשים משלים עליהן שנים, ולכן בית המשפט סבר באותו מקרה, כי קיצוץ בקצבה שאדם שילם עליה כל חייו, זה קניין מהסוג הישן. ולכן בית המשפט סבר שאכן מדובר בפגיעה בקניין אך הצדיק אותה דרך פסקת ההגבלה.
* מנחם- שעסק ברישיונות למוניות והאם מדינה יכולה לשנות את ההטבות והרישיונות שאנשים מקבלים. רישיונות למוניות ותנאי ההטבות שאנשים מקבלים, שם בית המשפט מצדיק את השינויים ברישיונות בשל שיקול הדעת שניתן לממשלה, והוא לא מדבר על הרישיונות האלה כקניין חדש.

כלומר סוגיית הקניין החדש עדיין לא השתרשה בפסיקה, אלא בצורה אגבית ולא כהכרעה משפטית, כך שלא הוכר במשפט הישראלי. זהו עניין הנתון למחלוקות רבות והעלות הכלכלית שלו עלולה להיות בעלת מחיר גבוה.

ג'וסף זינגר

אחד מראשי התפיסה הפרוגרסיבית לקניין, תפיסה כזו היא תפיסה הנוגדת לתפיסה הליברטינית של נוזיק. בניגוד לתפיסות הליברטינית שמקדשות את ערך החירות, תפיסתו של זינגר מדגישה את החובות של בעל הקניין כלפי הקהילה, החברה וכלפי האנשים שהוא בקשר איתם. זינגר הוא חלק מאותם אנשים המחזיקים בגישות קהילתניות, שמעמידות במרכז את החובות של היחיד כלפי הקהילה בה הוא חי.

הוא נותן דוגמא של עיר מפעל ביאנגסטאון באוהיו, של מפעלי פלדה שפעלו בעיר, ורוב התושבים התפרנסו ממפעלי פלדה מרכזיים. כל הכלכלה ואופן ההשתכרות של העיר נבעו מאותו המפעל. הוחלט לסגור את המפעלים ורבים נותרו ללא פרנסה, כל ההכשרה שלהם היא סביב המפעל. זינגר שואל מה נשאר לעובדים האלה כלפי המעסיק שלהם, האם לאותם אנשים שנותרו חסרי רכוש, האם יש להם פתחון פה לזכויות קנייניות כלפי המעסיק שלהם. כלומר, האם יש מקום להכיר בזכות קניין של אותם עובדים ומקום העבודה שלהם בגלל היחסים הנמשכים ארוכי הטווח של בעל המפעל. זינגר טען במאמרו כי קשר ארוך הטווח, ההסתמכות וההשקעה רבת השנים, בגלל הסתמכות על מקום העבודה במשך שנים יש מקום להכיר בזכות קניין של העובדים בעסק המסוים, ולכן אם הם הסתמכו נאפשר להם בהקשר הזה להמשיך להפעיל את המפעל (למשל לקנות את המפעל). הוא מציע הצעה יוצאת דופן. טענות של הסתכמות וזמן ארוך צריכות לאפשר להכיר בזכויות קניין.

הפסיקה הישראלית כן הכירה באופן מסוים (לא במקרה הפרטני הזה) בזכויות של העובדים שמסתמכים על מקום העיסוק- הכרה באינטרס קנייני במקום העבודה. עם זאת, הקושי הוא בבסיס המשפטי של ההסתמכות, כדי שתהיה הסתמכות, יש כלל משפטי קובע מתי ההסתמכות היא לגיטימית כדי שתיחשב הסתכמות משפטית. כלומר אין בסיס משפטי בחקיקה או הסדר שמעניקים לפועלים זכות קניינית מוסדרת. יש לשים לב שבעבור הזמן זינגר חזר בו מהטיעון המעגלי הזה!

הגישות של ג'וזף ורייך ביחס לקניין החדש הן חריגות ושנויות במחלוקת בשיח הקנייני.

לסיכום: ראינו שההכרעה מה להכניס לגדר דיני הקניין, על מה לתת הגנה באמצעות זכויות קניין ומתי לא לתת זכויות קניין- זה בסופו של דבר הכרעה חברתית שנתונה לשיקול דעת של כל חברה, לאור הערכים שהיא דוגלת בהם. הרבה מהשיח סביב שאלת ההכרה בקניין פרטי בנושאים מסוימים ובנושאים אחרים שמחליטים לא להכיר בקניין פרטי, היא בסוף שאלה ערכית שנובעת משורה של איזונים שהמחוקק עושה לאור שיח ערכי והצדקות הערכיות השונות. הרבה מהשיקולים האלו משחקים תפקיד משמעותי בהכרעה השיפוטית.  
דיברנו גם על השיח שרייך וזינגר מייצרים ביחס לקניין החדש, אך אלו גישות חריגות זה מחוץ לקונצנזוס הקנייני. הכרה בקנייני החדש זה עדיין נושא מתפתח, ולהערכת המרצה זהו תחום שיתפתח בהמשך יותר, אך כיום בבית המשפט העליון התפיסה היא שכאשר המדינה מספקת הטבות יש לה יכולת לחזור בה.

במה לא נותנים קניין פרטי?

האם הזכאויות שלנו, הן כאלה שמותר לנו להעביר לאחרים, או שניתן לנו להמירן בכסף?

זה שיח שמנהלים אותו בשיח של במה נותנים קניין פרטי. נראה כי לפעמים יש נושאים שלא נרצה לתת קניין פרטי. כלומר יש נכסים ששיטת משפט יכולה להחליט שהיא לא רוצה לתת בהם קניין פרטי לאנשים, מסיבות שונות. את רוב הנכסים שיש לנו אנחנו מאפשרים להעביר, לסחור בהם ודיני הקניין בין היתר, רוצים לאפשר לסחור בנכסים באופן חופשי. אך יש דברים שלא רוצים לאפשר ועל זה נדון.   
דוגמאות: סחר באיברי גוף, צריכה של זנות, סחר בילדים/תינוקות, שיח סביב פונדקאות וכו'. אלה סוגיות שנויות מחלוקת, שחלקן מוסדרות וחלקן לא. המשפט יוצר הרבה הגבלות על דברים שאנחנו לא יכולים לסחור בהם.

סחר באיברי גוף

היכולת שלנו לתרום איברים- לא ניתן למכור איבר על דעת עצמנו, שכן יש רגולציה ענפה סביב תחום תרומות האיברים. השוק של איברי גוף הוא שוק מוסדר, משום שהמשפט נרתע ממצב של קיום שוק חופשי באיברי גוף. סביב ההחלטה הזאת האם לאפשר או לא לאפשר שוק חופשי באיברים יש סביבה שיח ערכי ער. יש טיעונים לכאן ולכאן, אבל בסוף המשפט מחליט לבוא ולהסדיר את הסוגיות האלה בגלל החששות.

יתרונות בקיום שוק לאיברי גוף:

* מלאי האיברים יגדל- יש הרבה אנשים שממתינים לתרומות איברים במשך שנים, שאף חלקם נפטרים במהלך ההמתנה. המלאי הוא יחסית מצומצם, ולכן הטענה בעד פתיחת שוק סחר באיברים זה כתוצאה מהפעילות הזאת מלאי האיברים יגדל.
* ימנע היווצרות שוק שחור- ברגע שיש רגולציה ושוק חוקי שמאפשרים אותו, זה ימנע יצירת שוק שחור. ברגע שהמחוקק מסדיר את התופעות בצורה מסודרת וחוקית, התופעות האלה לא ירדו לשוליים ולשווקים שחורים. רואים את הטיעון הזה גם בעיקר בנושא מיסוד הזנות.

החסרונות בקיום שוק לאיברי גוף:

* בעיה חלוקתית, בעיה חלוקתית כפולה- הבעיה החלוקתית היא שדי ברור שההיצע יגיע מקבוצות סוציו-אקונומיות חלשות, הן אלה שימכרו את האיברים שלהן, ומנגד, תוך שספק שהאנשים המבוססים ימצאו את עצמם בצד המוכר. בנוסף הבעיה חריפה גם במישור הזה שגם האנשים העניים שצריכים את התרומות לא יצליחו להיות בצד הקונה. ברגע שהמלאי גדל, הבעיה החלוקתית שתיווצר בקיום של שוק חופשי, בדרך כלל הנטל של ההיצע ייפול על האוכלוסיות החלשות, ואת הביקושים והרכישות יעשו האנשים היותר מבוססים.
* מסחור של טובין אישיים- קשה לנו רעיונית עם זה שאנשים ימכרו את איברי גוף שלהם, שכן זה משהו ששייך לנו ושאופטימלית אף אחד לא היה רוצה לעשות. ההכנסה של הדברים האלה לתוך שוק של סחר מייצרת בעיות רבות. קשה לנו קונספטואלית עם הכנסת איברי גוף לשוק חופשי, זה נתפס כמשהו שלא צריך להיכנס לספירה שוקית. וזה למרות שיש היום הרבה דברים שנמצאים בשוק- תרומות זרע, ביצית, דם. אלה דברים שכן מקיימים לגביהם שוק בגלל צרכים חברתיים ואלה דברים שעוזרים להרבה אנשים, וגם מי שתורם הרבה פעמים זה בתגמול כלכלי.
* החצנות על צדדים שלישיים- הרבה פעמים סחר בסוגיות שנויות במחלוקת מייצר החצנות על צדדים שלישיים שמושפעים מהפעילויות האלה. למשל סחר בילדים, אישה במדינת עולם שלישי שיולדת כדי למכור את התינוק- בהנחה שיש שוק של אנשים, אף אחד לא שואל את הילד שנמכר מה טוב לו ומה הוא רוצה או חושב את ההשפעות של אקט המכירה עליו. יש החצנה עליו, עמדתו בכלל לא נשמעת.   
  הטיעונים האלה עולים בהרבה הקשרים כמו תרומות זרע\ ביצית- ניתנות בדרך כלל לאנשים שזקוקים להן כי הם לא מצליחים להביא ילדים בדרך טבעית. וגם פה, נוצרות החצנות על צדדים שלישיים שבעת העסקה בכלל לא חושבים עליהם.   
  יש שיטות משפט שיותר רגישות לזה, למשל בארה"ב דורשים שהילד יידע מי התורם/ת הביולוגי/ת והם יהיו מזוהים, אבל ברוב העולם התרומות הן אנונימיות כדי לאפשר את התרומה ולא חושפים את התורמים. יש כאן החצנות כבדות על מי שנולד מהתרומות האלה וזה מעורר הרבה מאוד שאלות ותהיות סביב השאלה אם זה ראוי, כשהצד השלישי יכול להינזק מהמסחר הזה.

צריכה של זנות

* יתרון נוסף במיסוד הזנות- אם נמסד את התחום הזה, ניתן יהיה לתת הרבה הגנות לאוכלוסייה שעוסקת בתחום. כשזה בשוק שחור אין לנו שליטה וידיעה על מה שקורה בו, ואז כל מי שעוסק בתחום חשוף ליותר פגיעה וניצול, פגיעה בזכויות בדיני העבודה, בעיות רפואיות, ביטוח בריאות וכו'. לכן דווקא מיסוד, כמה שהוא נשמע מזעזע באוזן אנושית, מאפשר לפקח יותר ולשמור על התנאים של העוסקים בתחום.
* החיסרון במיסוד הזנות- מעצם המיסוד יש מעין מתן לגיטימציה ברמה מסוימת, זה הופך למשהו כביכול לגיטימי שאפשר לעודד ואולי יותר נשים נוספות יכנסו לתחום הזה. ההתנגדות הפמיניסטית הגדולה בתחום אכן באה מהחשש למתן לגיטימציה לתופעה שלילית.

השאלות האלה רלוונטיות גם לתחומים אחרים, ואלו שאלות שעולות בצורה חריפה בכל מיני תחומים: כמו פונדקאות, סחר בילדים וכו.

**מסחור- Commodification**

מסחור נוגע לעניין שלא נרצה להכניס לספירה שוקית. מסחור הוא הליך שבו אנחנו לוקחים משהו שבאופן טבעי לא נמצא בשוק ומנסים להכניס אותו לשוק ולסחור בו. הקשיים שלנו עם מסחור של כל מיני טובין שאנחנו לא תופסים ככאלה שצריכים להיות סחירים, היא בשני מישורים:

1. Corruption- השחתה

החשיבה על משהו כמוצר משחיתה את המוצר. ברגע שמעבירים משאב מסוים מספירה לספירה אנחנו משחיתים את המשמעות של המשאב הזה. למשל כשמעבירים תינוקות מספירה משפחתית למסחרית, מתחילים להתייחס אליהם כאל מוצר- אנחנו נתחיל להתייחס אליהם אחרת מאיך שהתרגלנו להתייחס בספירה המשפחתית, כאדם וכמשהו שמביא אושר, כחלק ממשפחה וכו'. הם יאבדו את המשמעות הטהורה והערכית שמייחסים להם. אנחנו לא רוצים לאבד את היכולת להסתכל על המשאב כעל משאב שהוא לא שוקי. זה פוגע בנורמות שלנו כבני אדם להתנהל במסגרת משפחתית ואנושית, המעבר לשוק ושהכל כסף.

1. coercion- כפייה

ברגע שאנחנו מאפשרים משהו, הרבה אנשים שעד היום לא עשו דבר מסוים נאלצים להיכנס לשוק הזה, ולכן יש כאן אלמנט של כפייה. למשל אישה בהודו שבאופן טבעי לא תיכנס להריון כדי למכור ילד, אבל ברגע שזה יהיה מותר וחוקי היא אולי תחשוב על זה כאפיק של פרנסה. בעצם יצירת השוק אנחנו כופים עליה להיכנס למסגרת כלשהי שבלי השוק היא כנראה לא הייתה נכנסת אליה. יש טיעוני נגד שאומרים שיש בעייתיות בטיעון הזה, כי הרבה מהאנשים האלה נמצאים במלכוד, כאישה ענייה בהודו אנחנו לא נותנים לה הרבה ברירות, העולם לא נותן לה אפשרויות פרנסה וזה הדבר היחיד שהיא יכולה לעשות לפעמים, כלומר אם העולם היה דואג לה היא בכלל לא הייתה צריכה להגיע לסיטואציה הזאת, כלומר יש פה סוג של צביעות ברמה החברתית.

זכויות קניין הן משהו מאוד דינמי שמטא הכרעות חברתיות ומאזן ערכים שונים, זכות קניינית היא בסוף הכרעה של בני אדם. הזכויות האלה לא נופלות עלינו מוכתבות מראש אלא המחוקקים בדרך כלל מגיעים להכרעה על בסיס ערכים מסוימים שהובאו בחשבון, וזה גם יכול להשתנות עם הזמן. חברה עוברת שינויים ערכיים. תפיסות עולם שלנו על מה ראוי להיות ממוסחר יכול להשתנות בעוד עשור.

נקודות לגבי שאלת הסיכום שנשלחה במייל

* קניין כחירות- מצד אחד הבעלים של הנכס יכול לשלוט בו ולומר מה לעשות בו, ומצד שני פגיעה בחירות של שאר בני המשפחה שצריך לחשוב גם עליה. צבירה של הרבה נכסי קניין בידי אדם אחד שמכפיפה את כולם להסדר הזה, ולכן פוגע גם בחירות של הרבה אנשים.
* קניין כאישיות- נכסים מכוננים- אפשר לומר שהנכס המשפחתי הוא מכונן, אבל יש שאלה כמותית- כמה נכסים אפשר לטעון שהם מכוננים? אם מדובר בשליטה בהרבה קרקעות ונכסי מקרקעין, לא הגיוני לטעון שכל כך הרבה נכסים הם מכוננים, אולי אפשר לומר את זה על נכס מוגבל אחד שאתה גר בו וקשור אליו אבל לא כשאתה צובר הרבה נכסים משמעותיים.
* קניין כיעילות- לא ממש מקדם רווחה חברתית, הכל נשאר בתוך המשפחה. אחד היתרונות של ההסדר הזה- הוא מונע בעיות של פעולה משותפת, של סחטנות מצד בני משפחה שונים, מאפשר לנצל את המשאב בצורה יותר מסודרת כשהוא קובע מראש איך הנכס ינוצל. כללים ברורים מונעים בעיות שיש ככל שיש יותר ידיים בנכס (כמו בטרגדיית המאגר המשותף).
* האם הנכס יגיע לניצול מיטבי לאורך הזמן, אחרי כמה דורות? דבר שצריך לחשוב עליו כשקובעים הסדר רב-דורי.
* מנגנוני ההסדר הזה משקפים תפיסות יותר פטריאכליות, לא שוויוניות לגבי הנכסים המשפחתיים. נשמע הסדר רע מבחינה ערכית בתפיסות עולם ליברליות.

**זכות הבעלות וזכויות קנייניות אחרות**

**נעבור מהתיאוריות לעולם המעשי, איזה זכויות קניין יש?**

1. זכות הבעלות

זכות הבעלות במקרקעין היא זכות הקניין החזקה ביותר, ומגיעה עם אגד הזכאויות הכי חזקות בנוגע לניצול המקרקעין (ובדומה אותה הגדרה גם ביחס למיטלטלין).

* סעיף 2 לחוק המקרקעין: "הבעלות במקרקעין היא הזכות **להחזיק** במקרקעין, **להשתמש** בהם ולעשות בהם **כל דבר וכל עסקה** בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם".
* סעיף 2 לחוק המיטלטלין: "הבעלות במיטלטלין היא הזכות **להחזיק** ו**להשתמש** בהם ולעשות בהם **כל דבר וכל עסקה**, בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם".

לכאורה, כשאנחנו קוראות את הסעיפים האלו זכות הבעלות נשמעת כמו זכות מגלומנית, חזקה שנותנת הרבה כוח כאדם שמקבל אותה, והיא אכן נתפסת כאחת מהזכויות קנייניות הכי חזקות. מצד שני, בסיפא "בכפוף להגבלות לפי דין או הסכם" ויש הרבה- בפועל כל הזכויות האלה, גם בעלות וגם אחרות, כפופות להרבה הגבלות שיכולות להיווצר מכוח הדין וגם על בסיס הסכמי. חשוב לדעת שהסיפא הזאת היא קריטית, כי דה פקטו, על זכות הבעלות יש הרבה מאוד הגבלות, למשל בדיני התכנון והבנייה, דיני איכות הסביבה, דיני המטרדים, דיני נזיקין וכו'. יש הרבה הגבלות על זכות הבעלות הבאות מכל מיני מישורים וכל מיני הסדרים משפטיים. נראה שבפועל זו זכות מצומקת הרבה יותר משנדמה לנו.

יש לציין כי נראה מצב בו בנכס אחד **יתכנו שורה של זכויות קנייניות בו זמנית**. למשל אני יכולה להיות בעלים של נכס ולבחור לא לגור בו אלא להשכיר אותו, אז יש שתי זכויות קנייניות- הבעלים והשוכר. במקביל אני יכולה גם לשעבד את הנכס לבנק כדי לקבל הלוואה, ואז גם לבנק יש זכות קניינית בו- הזכות השלישית בו זמנית. קונספטואלית יכולות להיות שורה של זכויות קנייניות שרובצות על הנכס בו זמנית, זאת כמובן כל עוד אין סתירה בין הזכויות שניתנות (כמו לדוג' עסקה נוגדת).

מבוא

**סעיף 13 קובע כי כאשר נעשית עסקה במקרקעין, לה יש הגדרה מסודרת בס' 6, עסקה רצונית במקרקעין שבה בעלים של זכות קניין במקרקעין מקנה זכות קניינית בנכס, כל זכות. ס' 13 קובע עיקרון חשוב, כאשר נעשית עסקה במקרקעין העסקה חלה על הקרקע יחד עם כל מה שמנוי בס' 11-12 בחוק המקרקעין, ובהקשר הזה, הדבר המשמעותי והקריטי שאין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין. כלומר, אין סמכות לעשות עסקאות בחלק מסוים במקרקעין, כל עוד אין הוראה אחרת בחוק.**

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

**בהקשר הזה נשאל כמה שאלות:**

1. מה מוסיפים ס' 11 ו-12 על הקרקע? סעיפים אלה עוסקים במידות העומק והגובה של המקרקעין שזכות הבעלות של האדם חלה לגביהם מלבד הקרקע עצמה:

* ס' 11 קובע "עד מרכז כדור הארץ ועד חלל ארון" (נקודה מסוימת באטמוספרה), זאת אומרת יש בעלות שמשתרעת על גובה ועומק משמעותי. עסקה במקרקעין חלה לא רק על הקרקע שבבעלותך, אלא גם מה שס' 11 מתייחס אליו- העומק וגובה, גם המרחב התת-קרקעי והעל-קרקעי שמצוינים בו.
* ס' 12 קובע כלל שסוג מסוים של דברים שחוברו למקרקעין (שאינם ניתנים להפרדה) הם חלק בלתי נפרד מהקרקע. הסעיף נותן את ההגדרה למה הם אותם מחוברים שהם חלק מהמקרקעין, וגם מה לא נחשב גם אם הוא מחובר למקרקעין.

ס' 13 קבע כי בעסקה במקרקעין העסקה לא חלה רק על הקרקע עצמה, אלא גם מה שס' 1 מתייחס- עומק וגובה- גם המרחב העל קרקעי וגם התת הקרקעי, וס' 12 עוסק במה שמחובר לקרקע, כל דבר שמחובר לקרקע הם חלק מהמקרקעין וגם חלק מהעסקה שבמקרקעין. אלה סעיפים שאומרים על מה חלה ומתפרשת זכות הבעלות (או כל זכות אחרת) שיש במקרקעין, מה נכלל בה ובעסקה במקרקעין הזה. נראה כי הזכות באה עם חבילה גדולה של דברים מלבד הקרקע, גם עומק, גובה ומחוברים לקרקע.

1. למה אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין? למה המחוקק לא נותן אפשרות לעשות עסקה בחלק מסוים במקרקעין, למשל רק ברבע מהקרקע של חלקה מסוימת שבבעלותי, להפריש אותו למישהו אחר?
2. מהם החריגים שצופה החוק? החריגים לפי הסיפא של ס' 13. יש שורה לא קטנה של חריגים שכן מאפשרים לעשות עסקה בחלק מסוים במקרקעין.

דיון ושאלות שמתעוררות

1. למה אין תוקף לעסקה בחלק מהמקרקעין?

המסגרת הרחבה יותר ומציאות משפטית לפי ס' 13 היא הבנה על החלוקה התכנונית בישראל. החלוקה התכנונית בישראל היא שמרבית המרחב הקרקעי ומרבית שטח המדינה עברו הליכים מסודרים של מיפוי, מדידה, רישום, ולמרבית חלקות האדמה בישראל יש תעודת זהות. כשהחלוקה התכנונית בישראל מדברת על גושים וחלקות (בתוך כל גוש יש חלקות). בדרך כלל בכל מועצה אזורית/מועצה מקומית/רשות יש בכל תחום רשות גושים מסוימים, ובתוכם חלקות, ולכל אחד זיהוי מספרי. זוהי חלוקה רחבה של כל תווי השטח בישראל.  
כשמדובר בבתים משותפים, מעבר לגוש וחלקה יש גם תת חלקה שמזהה את הדירה. לכל דירה בבית משותף יש מספר זהות פרטני שנקרא תת-חלקה, שגם הוא רשום במרשם המקרקעין. כשאת רוצה לעשות עסקה במקרקעין את צריכה לדעת קודם כל מה מספר הזיהוי של הנכס שאת רוצה לרכוש. ובאמת בכל עסקה במקרקעין יש זיהוי של כל חלקות האדמה.

החלוקה הזאת (גושים חלקות ותתי חלקות) היא חלוקה שהייתה חשיבה רבה מאחוריה של רשויות התכנון בישראל. הן קבעו את החלוקה הזאת לפי צרכים תכנוניים, חברתיים, צריך חלקות גדולות מאוד לשטח חקלאי למשל, לעיבוד של צרכים חקלאיים, לכן במושבים וקיבוצים, ולכן בהם נראה גושים הרבה יותר גדולים בהשוואה לגבולות עיר, שהכל בה עירוני יותר ולא כולל אדמות חקלאיות. לעומת זאת בתל אביב, שזו עיר שנדרש בה שטח רב למגורים, יהיו חלקות יותר מותאמות לבניית מגדלים גבוהים, והחלקות יהיו קטנות הרבה יותר ממה שנדרש בקיבוץ. מאחורי כל החלוקה הזאת עמדה חשיבה תכנונית, כדי שכל מגרש יתאים לצרכים שאנחנו מייעדות לו, שהפערים הדרמטיים זה בין הסקטור המושבי והקיבוצי לעירוני.

רי-פרצלציה- חלוקה מחדש

לפעמים צרכים של עיר או של יישוב משתנים, ובמצבים כאלה נדרשת חלוקה מחדש של הקרקע לחלקות חדשות- הליך של רי-פרצלציה (parcel=חלקה), שרטוט הקרקע מחדש לפי הצרכים התכנוניים.

למה אנחנו לא רוצות לתת לאנשים לחלק את החלקות שלהם כרצונם ולעשות עסקה בחלק מסוים במקרקעין? המשפט בס' 13, קובע כי אין תוקף לעסקה המחלקת מחדש את המקרקעין, וזה נובע בעיקר סיבות כלכליות אך גם ציבוריות וחברתיות:

1. החשש שאנשים יתעלמו מהצרכים הציבוריים והחברתיים- ועדות התכנון עשו חלוקה בגלל רציונל של צורך חברתי ותכנוני, וברגע שהיא נותנת לאנשים את הכוח לעשות חלוקה מחדש, זו התעלמות מהרציונל של החלוקה המקורית שהגיבה לצורך מסוים, כלומר יש התעלמות מהצורך שעל פיו נעשתה החלוקה. אנחנו לא רוצות שאנשים פרטיים יתעלמו מהשיקולים של המתכנן המקורי.

2. סיבה כלכלית- הסיבה המרכזית שבגללה לא נרצה לאפשר חלוקה עצמאית של אנשים זה החשש מפני פיצול יתר של החלקות.   
אך מה הבעיה עם פיצול יתר? יש שלוש בעיות מרכזיות תחת פיצול יתר:

* בעיות איתור- החשש שיכול להתעורר כשהרשויות יצטרכו את המקרקעין האלו למטרות ציבוריות, כמו הקמת מוסד ציבור או סלילת כביש. כשהרשות תצטרך להתעסק עם 4 אנשים למשל במקום 1, יהיה קשה יותר לאתר את כולם. ככל שיש יותר בעלים יהיה קשה יותר לקחת את המקרקעין. הפיצול ייצור קושי יותר גדול לאתר את הבעלים השונים ולאחות את המקרקעין חזרה לחתיכה אחת. למשל "הגוש הגדול" בתל אביב- היו לו יורשים בכמות של כאלף אנשים, ושנים לא היה ניתן לעשות פעולות בקרקע בגלל קשיי איתור של אנשים.
* עלויות עסקה- להתעסק עם כמה אנשים עולה יותר מלהתעסק עם אדם אחד. ככל שיש יותר אנשים שאתם צריך להגיע לעסקאות, קשה להגיע לעסקה בשל עלויות עסקה גדולות. מקשה על הגעה לניצול מיטבי של הקרקע בעלות סבירה.
* פעולה משותפת (בעיית הסחטן)- ברגע שיש כמה אנשים שיש להם בעלויות בקרקע, יש חשש מסחטנות. אחד הבעלים יכול לא לרצות להגיע להסכם, לעשות בעיות. קשה להתעסק עם הרבה אנשים ולהגיע להחלטה משותפת כשיש ריבוי סחטנים. כשיש מישהו שהוא האחרון, הוא גם יודע שיש לו הרבה כוח. סחטן יכול לייצר התנגדויות ולמשוך את העסקה להרבה מאוד זמן. ברגע שהרשות תרצה את המקרקעין, הפחד הוא שביום היא תצטרך להגיע להסדר יהיה מישהו שיקשה עליה והיא תצטרך לשלם הרבה מאוד כסף כדי שזה ייצא לפועל.

פירוק על פי הסכם או צו בית המשפט

ממחיש עד כמה המגבלות האלה של סעיף 13 קשיחות לכל אורך הדרך. ס' 38 עוסק במצבים של בעלות משותפת במקרקעין ופירוק השיתוף באותו מקרקעין. מה זה מצב של בעלות משותפת במקרקעין: נניח שלאדם יש חלקת אדמה ששווה הרבה כסף, הוא יכול להכניסה אדם אחד או יותר שיהיה בעלים על אותו קרקע, אין פיצול אלא הכנסה של בעלים משותפים ותהיה להם מנה בחלק היחסי של ההסכם. הקונה ישלם סכום שיגלם את השווי של הנכס חלקי שתיים, ומנגד הבעלים יתנו מנה של 50%, מנה בלתי מסוימת- אין פיצול של האתר לשניים, אלא יש זכויות של 5% מכל אתר במקרקעין. יש בעלות של יותר מאדם אחד של נכס אחד שלם.

מה קורה כאשר השותפים רוצים להפריד את הבעלות?

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

המצב האופטימלי הוא בעלות יחידנית, כי ברגע שיש יותר מבעלים אחד, מתחילות להיות בעיות, קושי לשתף פעולה, עלויות, חוסר הסכמה וכו. ולכן המחוקק יצר הסדרים בפרק השיתוף בחוק המקרקעין שמסדירים את היציאה ממשטר של שיתוף בצורה הטובה והמהירה ביותר. הפרק של שיתוף נכסים מקדש את יכולת היציאה הזאת, נראה שכל הוראות החוק יעשו הכל על מנת שאנשים יוכלו לצאת מיחסי השיתוף בצורה מהירה, כדי לא לפגוע ביכולת לנצל את אותו מקרקעין.

בסעיף 38 מוסדר הפירוק של היחסים במקרה שהבעלים רוצים להיפרד מהשיתוף- (מביאים את הבעלות המשותפת לסיומה), ברגע שהיחסים מגיעים לידי סיום קובע ס' 38 שהצדדים יכולים הסכמה לסיים את יחסי השיתוף במקרקעין. 38א עוסק בהחלטה של פירוק שיתוף על ידי פירוק השטח פיזית. המחוקק נסמך על הגבלות סעיף 13, לפיהן לא נרצה לאפשר את חלוקת השטח, אם רוצים להתחלק ולעשות חלוקה בעין, חייבים לקבל אישור מהמפקח ביחס לאותו מקרקעין, וגם שהחלוקה תתאים להוראות חוק התכנון והבנייה. ס' 38 הוא סעיף עקבי לס' 13 בהוראות המקרקעין, לא נאפשר לצדדים משותפים במקרקעין לחלק בעין את הקרקע בסיום היחסים ביניהם, ללא אישור מפקח ולאחר שנעשתה בדיקה שזה עומד בהוראות חוק התכנון והבנייה. יש לזכור שמאחורי החלוקה הזאת והגבלות האלה עומד רציונל ולא נרצה לאפשר לאנשים לעשות מה שהם רוצים בהקשר הזה.

למה קובעים את ההסדר הזה?

למה אנחנו לא יכולות להסתמך על השוק- אם אנחנו סומכות על השוק החופשי, נטען שהשוק יודע להסתדר ולהתמודד עם הכשלים האלו, ולכן למה נרצה להתערב משפטית לפי ס' 13? השוק יכול להוביל לתוצאה הראויה ולכן למה נרצה להתערב משפטית וליצור את ההסדר הזה בס' 13. לכאורה ניתן לטעון כי פיצול יכול להיות הסדר הכי יעיל דווקא, כמו עידוד רווחה מצרפית ועידוד יעילות.

יש לכך 2 תשובות מרכזיות:

1. כשלי שוק- תמיד יש כשלי שוק, כשל שוק זה מצב נתון גם במצב של שוק חופשי. ודוגמא של סחטנים היא דוגמא קלאסית לכל מה שנוגע במקרקעין. אם נתנהל בשוק חופשי נגיע לתוצאה אופטימלית ותוצאה יעילה, לא תמיד נגיע לכך בגלל כשלי שוק שקשה למנוע אותם. במציאות היום, אנחנו בעיקר רואות את הסחטנים בענייני התחדשות עירונית. בגלל כשלי השוק המחוקק רואה לנכון שללב הוראה של ס' 13 שיוצרת כלל שמונע את התופעות האלה מלכתחילה סחטנים הם דוגמא קלאסית בנושא המקרקעין. המחוקק מנסה למנוע כשלי שוק מלכתחילה
2. שנאת סיכון ציבורית- גם אם השוק היה יכול להגיע לתוצאה נכונה, מכיוון שמדובר ברשויות מדיניות שצריכות לספק את כל הצרכים הציבורים, יש כאן תופעה של שנאת סיכון ציבורית, הגורם שצריך לספק שירותים, לא רוצה להיות חשוף להתמודד וסיכונים כמו תופעות של סחטנות, והרשות למעשה לא רוצה לקחת את הסיכון שיהיו כשלים בהתנהגות, ולכן כדי למנוע את המצבים מלכתחילה אנחנו מאמצות כלל כמו ס' 13. גם אם השוק יכול לצאת מהכשלים הללו במדינה לא רוצה להיקלע מלכתחילה למצבים האלה, ולכן המדינה נוקטת בצעד מניעתי.

אם היינו מנסות לטעון ששוק חופשי מביא לתוצאה הכי יעילה, המענה לאתגר הזה הוא המענה שמדבר על כך שלפעמים יש סיבה לעשות את זה בכל זאת גם אם אנחנו חושבות שהשוק יכול להביא לתוצאה טובה.

1. **מה הם החריגים שהחוק צופה?**

**סיפא ס' 13- החריגים לכלל שאין עסקה בחלק מהמקרקעין:**

אנחנו מגיעות לסיפא של ס' 13 שקובעת כי יש חריגים (אם יש בחוק הוראה אחרת) לכלל בסעיף 13 לפיו אין עסקה בחלק מסוים במקרקעין. יש שורה די ארוכה של חריגים לכלל שהוסדרו או בפסיקה או בחקיקה.

1. **בעלות משותפת**

בית משותף הוא לא מוסד שנמצא לגמרי בתחום של קניין פרטי- שכן אם נדבר על בית פרטי בשטח פרטי זוהי בעלות פרטי, משטר של בעלות פרטית. בעוד שהמוסד של בית משותף הוא מוסד משפטי כיצור כלאיים בין קניין פרטי לקניין בבעלות משותפת. בבית משותף המחוקק יצר הסדר שלם ונפרד (פרק הבתים המשותפים) אשר מסדיר את הסטטוס המשפטי לגבי בתים משותפים. ההסדר המשפטי שמסדיר את כל הזכויות בנכסים האלה נקבע בחוק בצורה מסודרת.   
חוק המקרקעין כולל פרק שלם שקובע מה הסטטוס המשפטי של בית משותף, שהוא יציר כלאיים- הבעלות בכל דירה בבית משותף, הבעלות היא שלו, איך יש בבית משותף הרבה שטחים שהם משותפים לכלל דיירי הבניין (מקלט, חדר מדרגות, מעלית, חניות, מחסנים, קירות חיצוניים וכו'). המחוקק יצר הסדר משפטי לפיו יש דבר נוסף שנקרא רכוש משותף- הרבה דברים בבית משותף נחשבים לרכוש משותף של כלל בעלי הדירות, ולכולם יש בעלות משותפת בכל השטחים הנוספים. והבעלות המשותפת היא לא מסוימת- זאת בעלות לא מסוימת שלכל אחד יש מנה ברכוש המשותף. וחוק המקרקעין קובע כללים איך מחשבים את המנות של כלל הבעלים השותפים.   
יש לשים לב שרכוש משותף כולל דברים רבים- כמו קירות חיצוניים של דירה, חשוב לדעת שרוב השטחים הם בבעלות משותפת של כלל הדיירים. חוק המקרקעין קובע כללים מסוימים עם ברירות מחדל מה הסטטוס המשפטי ואיך ניתן לקצוב מנה. לדברים יש משמעות רבה- יש משמעות למנה, כמו בהסכמות, שכן מנה היא בעלת נפקות משפטית (ככל שיש יותר מנות כך ההחלטה של הבעל חזקה יותר).

בנוסף לכך, בבית משותף קיים תקנון המסדיר את היחסים בין כל בעלי הדירות. יש תקנון מצוי בחוק המקרקעין שהוא ברירת המחדל. אם בית משותף לא מאמץ ומתקין תקנון, אז יחול התקנון המצוי שנמצא בתוספת לחוק המקרקעין.

איך זה רלוונטי לסעיף 13? אם אדם רוצה למכור את הדירה שלו, לכאורה יש פה הפרה של ס' 13, שכן יש מכירה של חלק מסוים מהמקרקעין, אם עושים עסקה בדירה, לכאורה הדירה היא חלק מסוים בתוך המקרקעין הגדול, והאם עושה עסקה בניגוד לס'. בא ס' 54 ומחריג את הבתים המשותפים מאיסור החלוקה המצוי בסעיף 13. הדירות זה תת חלקות, לכאורה אין יכולת לעשות עסקה בדירה, אך לכאן ס' 54 נכנס וקובע כי כך בעל של דירה הוא הבעלים הבלעדי של הנכס, ניתן לסחור בנכס ולא תהיה הפרה של עיקרון בס' 13.

וגם רישומים- דירה בבית משותף רשומה כתת חלקה. המחוקק היה רגיש ויצר גם מבחינה רישומית כלי שמאפשר את החלוקה של הדירות- ע"י סיווג של חלקות, תתי חלקות וגושים.

זהו החריג הראשון לס' 13- כי לכאורה הדירה היא כחלק מנכס אחד, ואם היינו נצמדות לס' 13 לא היינו יכולות לבצע עסקה בדירה שבבית משותף.

1. **זיקת הנאה**

הזכרנו את זיקת הנאה כאחת מהזכויות הקנייניות. זו כל זכות שניתנת לאדם אחר להנות מהמקרקעין, אך הזכות לא באה עם זכות החזקה, זכות להחזיק בנכס. הדוגמא שהצגנו לזיקת הנאה קלאסית: זכות המעבר (למשל לעבור דרך שביל גישה בבית שלי, זכות הנאה לעבור במקרקעין בחלק מסוים). לכאורה זיקת הנאה היא עסקה בחלק מסוים מהמקרקעין (נתינת זכות להנות מהקרקע בחלק מסוים), נתינת זכות קניינית של טובת הנאה ביחס לחלק מסוים במקרקעין ולכן אסורה לפי סעיף 13. אלא שסעיף 93ג' לחוק המקרקעין מחריג את זיקת ההנאה וכך למעשה מכשיר את זיקת הנאה בחלק מהמקרקעין.

1. **הפקעה**

גם הפקעה נחשבת לחריג לעקרון אחידות הקרקע שנקבע בס' 13.

פס"ד אקונס

מידע עובדתי: פרויקט על הקמת מנהרות הכרמל, המערערים הם בעלי קרקעות שתחתיהן היו אמורים לבנות את המנהרות. המדינה הוציאה הודעות הפקעה לא מדויקת, גבי עומק המקרקעין על מנת לסלול את מנהרות הכרמל. יש לשים לב שהמדינה בגלל פיתוחים טכנולוגיים לא רצתה להפקיע את כל המקרקעין ולהזיז את האנשים שעל הקרקע, ולכן היא רצתה להפקיע רק את המרחב התת קרקעי. המדינה מוציאה הודעת הפקעה גורפת לגבי המתחם התת קרקעי, מנגד בעלי השטח כועסים כי לדעתם מדובר בדבר לא מידתי.

אחד הדברים הנוספים שהמדינה עושה, המדינה מפקיעה את זכות ההחזקה והשימוש בלבד, לא מפקיעה את הבעלות במרחב התת קרקעי, כלומר היא לוקחת רק זכות להחזיק ולהשתמש ולא בעלות. היא עושה את זה מתוך שיקולי עלות- משום שככל שמפקיעים נכס שהערך הכלכלי שלו נמוך יותר, זכויות פחותות ערך, המדינה תצטרך לפצות פחות. שווי הנכס שהופקע תלוי בשווי הזכות הקניינית שנלקחת מהאדם- מהפקעת הבעלות המדינה תצטרך לפצות פיצוי גבוה משום שהיא מפקיעה את כל הזכות, ולא רק זכויות שנובעות מזכות הבעלות.

טענות: מנגד, הנפקעים טוענים כי טיב הזכויות שהמדינה הפקיעה היא אל החזקה ושימוש בלבד. שכן, כריית מנהרה (והוצאת האדמה שמתחת לקרקע) היא למעשה פעולה של הרס המקרקעין (לקיחת חלקים מהמקרקעין, משמידה ויוצרת מנהרה) כריית הקרקע מלב המקרקעין שלמטה). הזכות להרוס את הנכס זו זכות וכוח שלא נתונים למחזיק ומשתמש הקרקע, אלא כוחות שניתנים לזכות החזקה יותר שהיא הבעלות. ולכן הנפקעים טוענים כי המדינה הפקיעה יותר ולכן הפיצוי שניתן צריך להיות גבוה יותר.

הדיון על ס' 13 התעורר לאחר שהנפקעים טענו כי מלכתחילה לא ניתן להפקיע חלק מהמקרקעין (כמו שעשתה המדינה) בשל קביעת ס' 13- שבישום על המקרה הטענה היא שהמדינה צריכה להפקיע את כל השטח ולא חלק מסוים (המרחב התת קרקעי). אך בית המשפט קובע שהפקעה היא לא כחלק מתחולת ס' 13 . וזאת משום שס' 13 דן בעסקה בחלק מסוים במקרקעין. ולכן בהקשר הזה, כשמסתכלים על חוק המקרקעין וההגדרה של מהי עסקה במקרקעין, נראה שחוק המקרקעין בס' 6 עסקה במקרקעין היא קנייה של בעלות או זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה. הלב של עסקה בחוק המקרקעין הוא העניין הרצוני, בהקניית זכות קניינית לפי רצון המקנה. ולכן ההפקעה היא לא פעולה רצונית, מדובר באקט כפוי, שאקט כזה נמצא מחוץ לתחולת ס' 13. וכתוצאה מכך, ניתן להפקיע חלק מסוים במקרקעין מאחר והוא לא נמצא בחלק מסוים במקרקעין. ביהמ"ש טוען שאכן יש פה הפקעה, והמדינה טעתה בהודעות ההפקעה. סעיף 13 התעורר כי לא ניתן לעשות עסקה בחלק מהמקרקעין- או שהמדינה תפצה על הכל או שלא ישתמשו כלל בשטח.

ביהמ"ש: ביהמ"ש קובע שני דברים מרכזיים:

1. יש פה הפקעה של זכות בעלות במרחב התת קרקעי, המדינה כשלה שהיא לא הוציאה הודעות הפקעה מדויקות, שכן הפקעה צריכה להיות מידתית ובעלת מדדים מדויקים של הקרקע, לא לקחת הכל באופן גורף. ולכן ביהמ"ש קובע כי על המדינה להוציא הודעות הפקעה מדויקות ונקבע בנוסף לכך שהיא הפקיעה את זכות הבעלות ולא ההחזקה והשימוש כמו שהיא טענה מלכתחילה.
2. ביהמ"ש קובע לגבי סעיף 13 (שאומר שלא ניתן להפקיע חלק מהקרקע) שהפקעה זו לא עסקה, כי היא כפויה ולא רצונית- ביהמ"ש אומר שסעיף 13 מדבר רק על עסקה שהיא דבר רצוני. לעומת זאת ההפקעה היא חריג לסעיף 13 כי לא מדובר על מצב רצוני. ביהמ"ש קובע שהפקעה לא נכללת תחת הגדרת עסקה בחלק מהמקרקעין, תחת ס' 13 משום שמדובר בהליך בלתי רצוני. ס' 13 חל רק על האיסור לעשות עסקה בחלק מסוים, אם נעשה דבר כפוי כנגד מישהו, כמו הפקעה, זה לא נכנס לגדרי ס' 13 משום שהוא חל על עסקה רצונית, ולכן הפקעה היא חריג לעקרון שקבוע בס' 13. ביהמ"ש קובע כי מדובר באקט כפוי ולא רצוני ולכן לא מדובר בעסקה ולכן זה לא נכלל תחת האיסור בסעיף 13.

פס"ד העלה שאלות רציניות באיך מיישמים ורושמים את הדברים ברישום המקרקעין. הרישום, עד לתיקון החוק, הרישום שהיה נהוג במרשם המקרקעין היה רישום דו ממדי- רישום בו לא ניתן לראות מה קורה בתוך הקרקע עצמה. בשנים האחרונות, ביוזמת הממונה על המרשם, עברו לשיטת רישום תלת ממדית. ולכן נוצרה היכולת לרשום הפקעות של חלק מסוים במקרקעין, מה שלא ניתן היה לעשות בעבר.  
בייחוד בימינו הרישום התלת ממדי נפוץ עקב סלילת הרכבת הקלה בתל אביב ובכל אזור המרכז- היו הרבה מאוד הפקעות של מרחב תת קרקעי לצורך סלילת ובניית התשתיות של הרכבת הקלה והמטרו, בעקבות כל ההתפתחויות התשתיות שהתרחשו בארץ, נוצר צורך וחשיבות גדולה ברישום תת קרקעי שיכול להתבצע רק ברישום תלת ממדי.

1. **שכירות**

סעיף 78 לחוק המקרקעין קובע שעל אף הכתוב בסעיף 13 ניתן לעשות עסקה בחלק מסוים מהמקרקעין. בהשכרה בגלל שדובר בפעילות קצרת-טווח, ניתן להשכיר חלק מסוים של המקרקעין. בחלק מסוים ס' 13 מסתייג באופן עקרוני לעסקה שמחלקת את המקרקעין בגלל כל ההשלכות ההרסניות, אך כשמדובר בהשכרה, שזו רק זכות להחזיק ולהשתמש בנכס שלא לצמיתות, לתקופות קצרות אין פה השלכות דרמטיות על המקרקעין. ולכן ניתן לעשות עסקת השכרה של חלק מסוים במקרקעין ולא עסקה לצמיתות- למשל דירת שותפים בשכירות. ויש לזכור שזה נובע מכך שאין להשכרה השפעות הרסניות בעתיד, כמו למכירה של חלק מסוים במקרקעין.

אחד מהמקרים המעניינים שניסו לעקוף את המגבלה של ס' 13 בחוק המקרקעין היה פס"ד בעניין לוסטיג.

פס"ד לוסטיג נ' מייזלס:

רקע עובדתי: נכס מקרקעין שצדדים ניסו למעשה להתחכם ולעקוף את האיסור בסעיף 13. המקרה דן בחלקת קרקע בכפר שמריהו ששווה הרבה כסף. בעלת הקרקע החליטה להחכיר חלק מהשטח והיא נותנת לצד השני זכות בקרקע, היא עושה זאת בחוזה שכירות של 999 שנים (עם אפשרות לחידוש לעוד 999 שנים). הדבר נשמע מוזר- נראה כי בעסקה יש זכויות בעלים, ולא רק היתרים שניתנים לשוכרים "רגילים"- כמו שימוש והחזקה. כלומר מדובר על פניו בשכירות שאינה לצמיתות ואז לא צריך לעבור את האישורים של חלוקת הקרקע (כי לא מדובר במכירה, אלא בהשכרה).   
הסכסוך בין הצדדים מתעורר בשל שאלת זכויות הבנייה בנכס- יש זכויות בנייה שלא מנוצלות, מבחינת הסטטוס של זכויות בנייה, צריך לדעת כי זכויות בנייה תמיד צמודות לזכות הבעלות. אחרי שהצדדים עושים את העסקה, השוכרת רוצה את זכויות הבנייה היחסיות, והטענה שלה הייתה שההסכם שנתחם הוא של שכירות ולכן ברגע שלא הועברה בעלות אז גם זכויות הבנייה בנכס לא הועברו, מה שמוביל לכך שזכויות הבנייה מוחזקות אצל בעלי הנכס המקורית, ולא לצד של ההסכם.

ביהמ"ש: ביהמ"ש קובע שבפועל מה שהצדדים כיוונו לפי העסקה, לפי אופי החוזה הם לא כיוונו לעסקת שכירות בלבד, אלא להעברת בעלות (שווי הנכס, זכויות שניתנו ל"שוכרת", זמן השכירות). אומרים שגם תנאי העסקה- הכוחות שניתנו לשוכר הם כוחות שמקבילים למה שניתן לבעלים, וכו. הפרדוקס בפס"ד הוא שביהמ"ש מכשיר עקיפה של סעיף 13- הוא מכיר בתוקף של פיצול המקרקעין על ידי העסקה, וזה הקושי הגדול בפסק הדין. עם זאת, חשוב לדעת שגם אחרי פס"ד הוא לא פוטר את הצדדים מחלוקה ע"י המפקח ורשות התכנון. למרות שפס"ד מכשיר עקיפה של ס' 13, חשוב לדעת שזה לא פוטר אותם להידרש לעניין התכוני ולחלק את החלקה בצורה פורמאלית.

1. **ירושה**

ס' 6 לחוק המקרקעין מגדיר מהי עסקה במקרקעין- הקנייה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה. כלומר, כל עסקה רצונית לתת למישהו זכות במקרקעין. אחת מזכויות הרשימה הסגורה- בעלות, שכירות, משכנתא, זכות קדימה, זיקת הנאה וכל הזכויות הקלאסיות שחוק המקרקעין מדבר עליהן.

לסעיף 6 יש סיפא, והסיפא מוציאה מגדר עסקה במקרקעין הורשה על פי צוואה (ולא לפי דין). כך שמבחינה משפטית הוראה על פי צוואה לא נחשבת לעסקה במקרקעין. אם מישהו מותיר צוואה שהוא משאיר נכס במקרקעין, סעיף 6 קובע שזו לא עסקה במקרקעין. אם הורשה על פי צוואה היא לא עסקה במקרקעין, וס' 13 מדבר על עסקה במקרקעין בלבד, אז לכאורה ס' 6 מוציא את הורשה על פי צוואה מהגדרת עסקת מקרקעין ולכן הוא חריג לסעיף 13.  
למשל אם אדם מוריש נכס אך הוא מחלק אותו בצוואה, הוא יכול להוריש על פי צוואה בחלקים מסוימים כי לכאורה ס' 13 לא חל על עסקה בהורשה. הורשה על פי צוואה שאדם מוריש הוא יכול להוריש בשתי דרכים- צוואה (שאדם קובע את ההסדר) או ירושה על פי דין (לפי הוראות חוק הירושה שקובעות ברירות מחדל של הורשה).

הורשה על פי צוואה היא יציאה וחריגה מהוראות חוק הירושה. אך ירושה לפי דין לא נכללת באותו האופן- היא כן נחשבת כעסקה ולכן לא ניתן לחלק את הנכס בהורשה עפ"י דין (בגלל האיסור בסעיף 13). כלומר לפי סעיף 6 יחד עם 13 🡨 בהורשה עפ"י צוואה נכס יכול להיות מחולק. כלומר נראה שמצאנו דרך בה אדם יכול לחלק נכסים וקרקעות לאחר מותו, אך בפועל זה תאורטי בלבד, אין בכך שימוש והרבה אנשים כלל לא מודעים לאפשרות הזו. לרוב הכל הופך להיות בבעלות משותפת ולא מחלקים את הנכס לפי תתי חלקות ומיקום מדויק ליורשים.

בהערת אגב, לא קוראים להורשה על פי צוואה עסקה, כדי לא לחייב את היורש בהוראות ס' 7 לרשום אותה. כשאדם יורש על פי צוואה הוא לא בהכרח חייב לרוץ לרשום את העסקה על פי סעיף 7. הנפקות של ס' 6 הוא לסעיף שבא אחריו. עסקה במקרקעין חייבת רישום על פי סעיף 7, ולכן בשביל לפטור את העסקה על פי צוואה מרישום עוגן ס' 6. עיקר הנפקות של הסיפא היא יותר ביחס לס' 7 ולא לס' 13. כשקבעו את זה לא רצו ליצור, אומרים עסקה במקרקעין נגמרת ברישום כדי שהיא תשתכלל לעסקה קניינית לפי ס' 7, וס' 6 התייחס לס' בשביל למנוע מצב שצריך לרשום ולעגן מיד "עסקה" של צוואה. צו קיום צוואה הוא תקף קניינית, משום שהוא מתפרסם לכלל העולם. כשיש גם הודעות לצוואה מפרסמים בעיתונות ואז בית דין או בית משפט לענייני משפחה נותן צו קיום לצוואה, היא פועלת כלפי כל העולם מיידית בלי צורך של רישום. לא רצו שהאקט של הרישום יצור את התוקף כלפי כל העולם, ברגע שניתן צו קיום צוואה התוקף שלה הופך להיות קנייני, גם ביחס למקרקעין.

דה פקטו, זאת אות מתה, לא משתמשים בסיפא כדי לחמוק מ13, בדרך כלל הכל נופל בבעלות משותפת.

1. **מה מוסיפים סעיפים 11 ו-12?**

שני סעיפים מאוד חשובים גם כן:

סעיף 11: אם נסתכל על ס' 11 אדם מקבל בעלות מגלומנית בקרקע. הבעלות, כשמסתכלים באופן ראשוני על הזכות שס' 11 מייצר, היא נראית זכות חזקה שמייצרת מגוון של זכאויות. הסעיף קובע שהבעלות מתפשטת בכל העומק שמתחת לקרקע ובכל חלל הרום. עם זאת, יש סייגים: בכפוף לדינים בדבר מים, נפט, מכרות מחצבים, ובכפוף לכל דין בדבר חלל הרום.

ס' 11 נותן לכאורה זכות חזקה- בעלות של שטח אדמה שמתפרסת בכל העומק, עד מרכז כדור הארץ ועד חלל האטמוספירה. אך כשמדברים על חלל תת קרקעי, נאמר שזה בכפוף לדינים רבים (כמו מים, נפט, מחצבים וכו) וגם למעלה- זה בכפוף לכל דין, לא ניתן למנוע מעבר סדיר בחלל הרום, כך שגם פה יש הגבלה משמעותית על הזכות. למעשה, כשאדם מקבל בעלות לפי ס' 11, זה נראה המון אך בפועל הבעלות היא מסויגת ומצומצמת באופן מסוים. ההגבלים הללו ניתנו החל מחוקי המנדט הבריטי, שראו במשאבי הטבע כבעלות מדינתית.

סעיף 12: מדבר על מחוברים, מדבר על התוכן של מה כוללת הבעלות: הבעלות חלה על הקרקע וכל מה שמחובר אליה, נטוע אליה ומחובר חיבור של קבע (תמונת הראי של חיבור קבע- למעט מחוברים הניתנים להפרדה). במילים אחרות כשיש בעלות בכנס מקרקעין היא חלה על הקרקע ועל כמה שבנוי אליה, כל דבר שמחובר חיבור קבע.   
הסיפא- מדברת על הסדר מעניין בחוק, מה קורה כשמישהו אחר חיבר ובנה חיבור קבע, אפילו לא כדין, זה הופך להיות אוטומטית חלק מהקרקע, וברגע שיש רצון לבצע עסקה במקרקעין, הכל נכנס לגדר הבעלות.

הסעיפים הללו מוסיפים הבהרות והגדרות לגבי מה נכנס לגדרי אותה זכות בעלות במקרקעין- מה התוכן שלה. על מה נכלל תחת הגדרת הבעלות במקרקעין, מעל, מתחת ובמחובר לשטח הקבוע.

**רישום תלת מימדי של השטח**

כל הנושא של רישום תלת מימדי לא היה אפשרי עד היום, אך אחרי פס"ד אקונס נוצרה בעיה חריפה והוא נתן תמריץ להסדרת הנכס מעל ומתחת לקרקע. על רקע זה יצרו את ההסדר של רישום תלת מימדי. הרישום התת קרקעי מאפשר רישום מדויק ומתקדם יותר. הייחודיות: מאפשר לעשות תהליך של חלקה תלת ממדית גם בחלקות שלא הוסדרו כיוון שהיו לגביהם סימני שאלה לגבי בעלות. הלשכה הארצית לרישום תשתיות תרשום את החלקה התלת מימדית. עד כה הרישום התאפשר רק במקרקעין מוסדרים. נעשה תיקון שנכנס לתוקף בשנת 2019.

סעיפים 14 א' רבתי עד 14ו', רבתי מסדירים את כל הנושא של רישום תלת מימדי. זה כרוך בכמה שלבים: שלב תכנוני, שחב של מיפוי ומדידה, ושלב רישום תת החלקות במרשם המקרקעין. תוך ניסיון למקסם את ניצול הקרקע ולאפשר רישום של כל חלקי הקרקע, הרישום ככלל הוא רישום דו מימדי אבל לא רואים את כל הרבדים בצורה שהיא תלת מימדית. המנגנון הזה מאפשר לעשות את הרישום התלת מימדי בצורה מסודרת.

ביחס לסעיף 13 הוסיפו חריג נוסף (בסעיף 14): אם יש רצון לעשות עסקה רצונית במרחב התת קרקעי ולרשום את החלקה כתלת מימדית, ניתן לעשות עסקה בחלק מסוים במקרקעין וזה לא יפר את הוראות סעיף 13. ולמעשה יש פה חריג לסעיף משום שכן ניתן לעשות עסקה בחלק מסוים בקרקע- שהחלק המסוים במקרה הזה הוא תת קרקעי. ברגע שיצרנו את החלקות התת קרקעיות, זה לא משנה אם זה בחלל הרום וגם תת קרקעי, זה אפשרי. החריג מאפשר לעשות עסקאות בחלק מסוים במקרקעין, כשמדובר בחלקה תת קרקעי.

מנגנון שבא להגיב לשינויים הטכנולוגיים ולאפשרות של ניצול הקרקע גם במרחב התת קרקעי מעליו באופן שלא פוגע בכל חלקות הקרקע. ומאפשר לנצל את הקרקע באופן מיטבי יותר וגם רישומית מאפשר לשקף את זה בצורה יותר מדויקת במרשם, מרשם שעד היום היה דו מימדי ולא כלל רישומים כאלה. החידוש במנגנון בעיקורו זה אפשרויות ניצול מיטביות של קרקע וגם הצגה יותר מדויקת של חלקות תת קרקעיות.

**ס' 12- מחוברים לקרקע**

נושא חשוב שלא זוכה יותר מידי לדיון בפסיקה.

ראינו את ס' 12 שיצר הסדר המדבר על מה שמחובר לקרקע- הבעלות בנכס המקרקעין מגיעה יחד עם כל מה שמחובר אליה חיבור של קבע ומה שנטוע בה. למה ההסדר חשוב ולמה שנרצה להיכנס לכל הפרטים האלה?

צריך לדעת שס' 12 באופן עקרוני מה תוכנה של זכות הבעלות בקרקע. סעיף זה קובע כי הקרקע עצמה וכל מה שמחובר עליה חיבור של קבע, אך מנגד הוא מחריג את כל החיבורים הניתנים להפרדה. תוכן הזכות חשוב משום שזה מה שמאפשר לדעת על מה עסקה במקרקעין חלה. נרצה לדעת, בביצוע עסקה מה תוכנו של הסכם העסקה. נראה כמה דוגמאות שימחישו עד כמה הנושא של מחוברים לקרקע חשוב: לדוגמא:

* דוגמא 1- אדם שכר דירה והתקין מזגן בזמן השכירות. בזמן השכירות מגיע המשכיר להראות את הנכס לרוכש חדש. מגיע הרוכש החדש, ורואה שהשוכר הוריד את המזגן, בעקבות כך הוא לא מעוניין בנכס, כי הוא היה חלק מרצונו לשכור את הדירה. איך נתייחס אליו? מה הסטטוס שלו? האם המזגן הפך להיות חלק מהמקרקעין כך שנגיד הוא מחובר חיבור של קבע? או שמא הוא מחובר הניתן להפרדה שבסוף תקופת השכירות השוכר יכול להוריד? התשובה אינה פשוטה שכן כל דבר תלוי בנסיבות העסקה.
* דוגמא 2- אדם שחייב מכונה גדולה למפעל שלו, וכדי לממן את הרכישה שלה הוא צריך לקחת הלוואה מבנק לאומי. הוא רוכש את המכונה ובמקביל הוא חייב במשכנתא לבנק דיסקונט. אם הוא פשוט את הרגל ונקלע לחובות, הנושים שלו רוצים לפרוע את החוב- כל אחד בהלוואתו שלו. האם סטטוס המכונה הוא של מטלטלין או מקרקעין- מי יכול לפרוע את התשלום באמצעותה?

הנושא של מחוברים הוא נושא חשוב מאוד שיכול להשפיע עלינו מכל מיני חזיתות, ואפילו דרמטי מבינה כלכלית של עלויות המחוברים הללו. ולכן, מה שחשוב זה להיות מסוגלים לקבל החלטה משפטית של מה הסטטוס של המחובר לקרקע.

פרשת חפציבה

אחת הדוגמאות הכי בולטות שהיו בסיווג וקביעת סטטוס המחובר. בחפציבה קבלן רימה רוכשים רבים, הוא התחייב לתשלום לנושים רבים. כאשר הנושים הגיעו לפרוע את חובם, היו לאותם נכסים נושים רבים ולא ידעו מהיכן יש לגבות את התשלום. בפרויקט הותקנו מחוברים רבים (מקלחונים, משקופים, חלונות וכו') ונשאלה השאלה האם הם נחשבים כחלק מהמקרקעין וניתן לפרקם על מנת לפרוע את החוב או שמדובר במיטלטלין ששייך לרוכשים.

הספרות והפסיקה הציעו כיוונים שונים להכרעה מה הסטטוס של אותם מחוברים- האם מדובר בחיבור של קבע או בחיבור הניתן להפרדה. כלומר מתי נכס מיטלטלין מאבד את אופיו ככזה והופך לחלק בלתי נפרד מהקרקע.

ויסמן אימץ תפיסה ראליסטית המסתכלת על המציאות וטוענת כי בהחלטה על מה הסטטוס של מחובר יש לבחון את המציאות ולקבל הכרעה על סמך המציאות ולהיעזר בשיקולים שונים של הצדדים ביחס לאותו מחובר, ולקבל החלטה שנטועה במציאות. ויסמן נתן שורה של מבחנים: מבחן החיבור הפיזי, מבחן סוג הנכס ומבחן הכוונה. אלו שורה של מבחנים שצריך לחשוב על כולם, אך הם לא בהכרח מצטברים ויביאו לאותה תשובה, אך הם שלושה מבחני עזר עם שיקולי מדיניות נוספים על מנת להכריע את סטטוס המחובר.

**המבחנים של ויסמן בדבר סטטוס המחובר**

1. מבחן החיבור הפיזי - מסתכל על אופן החיבור של המחוברים לקרקע.

כאשר נכס חובר לקרקע בצורה פיזית ומשמעותית למקרקעין כך שניתוקו יגרום לנזק למקרקעין או להריסתו- נאמר שסטטוס המחובר הוא כחלק מהמקרקעין. מבחן החיבור הפיזי מסתכל על אופן החיבור, האם הם חוברו באיזשהו אמצעי פיזי לקרקע, באופן שחיבורם למקרקעין דורש ניתוק שכרוך בהריסה או גרימת נזק למקרקעין. אם הנכס חובר בצורה פיזית כזאת משמעותית, נקבע שזה מחובר חיבור קבע, חיבור שנועד להיות לצמיתות ולכן השלכות של מבחן כזה שהנכס הופך לחלק למקרקעין.

לדוגמא: מזגן או גופיי תאורה שמותקן בדירה על ידי שוכרים, הסטטוס הוא מיטלטלין כי זה חובר באופן שניתוקו לא גורם להרס המקרקעין, כך שהחיבור הוא לא חיבור של קבע.

יש לציין כי רוב הדברים, ניתוקם לא יהיה כרוך בנזק ולכן לא יעמדו במבחן זה. כתוצאה מכך ויסמן מספק מבחנים נוספים.

1. מבחן סוג הנכס

על מנת לקבוע האם נכס נחשב למחובר, יש לבחון את סוג הנכס, יש נכסים שמהותם מעיד על אופיים כמחוברים חיבור קבע (נייחים) או חיבור זמני ונייד, הניתנים לניתוק. למשל ברזים או אסלות, מאופיים הם נכסים נייחים המחוברים לקרקע ולא מתקיימים במנותק מהקרקע (על אף שניתן לנתקם בקלות יחסית). לעומת רכב שנחשב מנותק ונייד.

זהו מבחן שמנסה להתגבר על עניין החיבור לנכס וטיב החיבור שראינו במבחן הפיזי (מבחן שדרש דבר דרמטי כי רק ניתוק שיוביל להרס יחשב כמחובר). המבחן הזה לא בוחן את אופן החיבור או הניתוק (כי ברז דווקא כן ניתן לפרק בקלות) אך עדיין לא נרגיש נוח להגדירם כמיטלטלין משום שזה כחלק מהמקרקעין. כלומר נבחן את הנכס באופיו החברתי המקובל.

גם מבחן סוג הנכס לא יספק תשובה חד משמעית.

1. מבחן הכוונה

מבחן הכוונה מספק מבחן משלים המסתכל על הכוונה שניתנה ברקע החיבור. ויסמן מדבר על כוונה משני סוגים: כוונה אובייקטיבית וכוונה סובייקטיבית. בהקשר הזה, מבחן הכוונה מתמקד בכוונת הצדדים בזמן חיבור הנכס. מה הייתה כוונת הצדדים כשהנכס חובר.

* מבחן סובייקטיבי (צדדים קרובים): המצב הקלאסי הוא שהצדדים הגדירו את כוונתם בהסכם כתוב ומפורש שקובע את סטטוס הנכס (המזגן או מנותק מהנכס וינותק בסוף תקופת השכירות). הייתה כוונה סובייקטיבית גלויה שעוגנה בהסכם. אם הצדדים מסכימים בצורה מפורשת, זה חוסך את שאלת הסטטוס, שכן הייתה כוונה סובייקטיבית גלויה והיא זאת שתכריע את סוג הנכס. באופן זה נעשית ההפרדה בצורה הטובה ביותר, הכוונה הסובייקטיבית ידועה ותקבע את גורל הנכס.
* מבחן אובייקטיבי (צדדים מרוחקים): בחינת כוונה אובייקטיבית מקובלת. כאשר מדובר בצדדים מרוחקים שאיננו יודעים מה כוונתם (בהיעדר חוזה),למשל רוכש דירה שהייתה בשכירות של אחר (השוכר התקין את המזגן), במקרה כזה יש לבחון את הכוונה האובייקטיבית שמה צדדים סבירים מתכוונים בחוזה בנסיבות הקיימות לגבי סטטוס הנכס.

יש לציין כי לגבי שוכרים של נכסים, ויסמן לרוב קובע ששוכר שמחבר נכס בזמן תקופת שכירות קצרה, בדרך כלל הכוונה של צדדים להסכם כזה, זה ניתוק הנכס ולא להשאיר אותו לבעל הדירה.

הפסיקה הוסיפה מבחני מדיניות חשובים נוספים שנועדו לעזור להגיע להכרעה:

1. מונע הנזק הזול

שיקול מרכזי. בעיקר שיקול נזיקי, נטיל את האחריות לא בצורה מוסרית אלא על מי שיכול היה למנוע את הנזק בצורה הזולה ביותר ולא עשה זאת. מבחינה תועלתנית, נטיל את המבחן כי נרצה לעודד אנשים שמבחינתם מניעת הנזק תהיה זולה- לפעול.   
למשל כאשר השוכר מחבר מזגן, מונע הנזק הזולביותר הוא השוכר- בקלות הוא יכול היה לכרות חוזה (כתוב או בע"פ), שהיה מונע את כל חוסר ההבנה מלכתחילה. ובנוסף לכך בדרך כלל המחבר הוא בעל האינטרס החזק ביותר להסדרת סטטוס המחובר. לשוכר יש את האינטרס הכלכלי הכי חזק להגיע להסדר ברור.

1. וודאות השוק

אם נרצה לייצר וודאות לגבי סטטוס של מחוברים מסוימים, זה שיקול שחשוב לשקול אותו. חשוב לחשוב גם על וודאות ויציבות ביחס לסטטוס של נכסים.

שיקול נוסף שצריך לקחת בחשבון בהכרעה המשפטית לגבי המחוברים. נרצה למנוע אי וודאות בשוק.

1. עידוד פעילות כלכלית

נרצה שאנשים ישכרו נכסים וישפרו אותם בזמן המחייה בדירה. נרצה לעודד אנשים לשכור נכסים, ולשפץ את הדירה בזמן שהוא שוכר אותה ולכן יש להסתכל מנקודת מבטו של השוכר לעודד פעילות ולא למנוע אותה. ומצד שני גם להגן על התוצאות של הפעילות שלו.

1. יעילות מצרפית

ערכי יעילות כלכלית, מה יעיל ומה פחות יעיל? בהקשר של יעילות מצרפית ניתן לדוגמא את שוק ההלוואות- נרצה לעודד בנקים לתת הלוואות ולכן יש להתחשב בהשלכות של הכרעה משפטית בעניין המחוברים אשר שעלולה להשפיע על שוק ההלוואות- האם נפגע בגורם שנותן הלוואה לממן רכישה של כל מיני נכסים.

1. שיקולי חלוקה?

להסתכל על פערי המעמדות והכוחות שבין הצדדים, פערי כוחות, שוכרים חלשים ומשכירים חזקים וכו. האם יש מקום לשקול גם שיקולים חלוקתיים זה מחזיר לשיח וערכי הקניין. ראינו שזה ערך שהוא שנוי במחלוקת ולכן צריך לבחון האם מדובר בשיקולים שיש להתחשב בהם או לא.

מדובר בשיקולים שהפסיקה תרצה להתחשב בהם במתן הכרעה משפטית בנוסף למבחנים שקבע ויסמן (יש לקבוע עפ"י המבחנים המקובלים אך בו בזמן להתחשב בשיקולי המדיניות הנוספים). לא תמיד הנושא של ערכים חלוקתיים הוא נושא מקובל והוא שנוי במחלוקת, כל התפיסה הזאת של דגן של ערכים חלוקתיים גם במסגרת הגדרת הזכות הקניינית. אך האחרים עולם כשיקולים חשובים ביחס לסטטוס של מחוברים- לנסות לעודד כל מיני פעולות בשוק, יעילות, וודאות, קידום רווחה חברתית וכו.

סיכום: דיברנו על מחוברים ואמרנו שהנושא של מחברים רלוונטי להגדרה שעל מה חלה עסקה במקרקעין- אם יש זכות בעלות, נרצה לדעת מה גבולות הזכות. בהקשר הזה, חשוב לדעת כאשר מדובר בבעלות, ס' 11-12 מגדירים את היקף הזכות, גם את ממדי עומק גובה וגם ממדי התוכן המעשי של הזכות (כמו בנוי, נטוע, חיבור קבע).

דיברנו על שורה של מבחנים- שלפעמים היישום יכול להוביל לתוצאות סותרות, יש לחשוב מה צריכה להיות התוצאה הראויה לאור המבחנים השונים. ככלל, כהנחיה לצדדים שמתקשרים בעסקה תמיד כדאי לטרוח לפרט על מה חלה העסקה- צירוף נספח שמעיד על תוכן העסקה שכן אנשים לא צפויים ולא וודאים ולכן כדאי לעגן משפטית ולא לקחת סיכון. מבחינת הנחיה משפטית, הרבה מהסכסוכים לא עולים בערכאות בית המשפט הרבה כי הצדדים מסדירים את הדברים הללו בצורה מפורשת, בהסכם מפורש, וקובעים מה הסטטוס של המחובר. עורך דין זהיר תמיד יפרט על מה חלה העסקה, על כל דבר שהצדדים בוחרים להחיל עליו את ההסדר, הציפייה היא שהצדדים יסדירו את זה מבחינה חוזית.

**ס' 11- אוצרות טבע ועתיקות**

ס' 11 כל הנושא של משאבי טבע ועתיקות אלו נושאים שהמורשת הבריטית שירשנו מתקופת המנדט, הייתה התפיסה שמשאבים כאלו (כפי שמצוין בסעיף) הם בבעלות ציבורית. כלומר, זה שבעלים רכשו קרקע ממדינה, לא אומר שהם הם הבעלים וצריכים לזכות בכל המשאבים הטבעיים שבמקרה נמצאים באותה הקרקע (נפט, גז מחצבים אחרים). כך שיש לך בעלות באותה קרקע שרכשת אך ככל שנמצא באותן חלקות משאבי טבע שונים, הם יהיו בבעלות ציבורית. וזאת אותה תפיסה גם בנושא של עתיקות ארכיאולוגיות. יש לציין שזהו נושא בעייתי, כמעט בכל מקום במדינה, מוצאים אתר ארכאולוגי מתחת לפני השטח. במצבים כאלו הרבה פעמים זה מעכב פרויקטים, ברגע שיש אתר שחושדים לגבי ממצאי עתיקות, קבלנים אוטומטית צריכים להפסיק את העבודה ולהזעיק את רשות העתיקות. יש חוק עתיקות מסודר מ1988 שיוצר הרבה כאבי ראש לבעלי מקרקעין שיש בשטח שלהם עתיקות.

**עומק וגובה**

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

בסילבוס יש פס"ד שנוגע בכפר שמריהו- שיש הרבה מערות ועתיקות, ברגע שיש אתר שחושדים שיש אתר עתיקות, זה מסנדל את היכולת להשתמש בקרקע. החוק העניק סמכויות רבות לרשות העתיקות, בבירורים על הקרקע, בירורים שלוקחים זמן רב ובזמן הזה גורמים גם להפסדים משמעותיים למשקיעים. בל ככלל, גם אוצרות טבע וגם עתיקות הם משאבים בבעלות ציבורית, העתיקות שהן מורשת היסטורית ותרבותית של כולנו וגם אוצרות טבע שהם משאבים שהתפיסה היא שהם בבעלות ציבורית ככלל.

כל הגישה לגבי משאבי טבע- מכיוון שישראל היא מדינה שלא עשירה במשאבים האלו, בשונה משכנותיה, ההסדרים הם שהמדינה היא לא זאת המחפשת את המשאבים האלו- עלויות חיפוש של נפט ומשאבים טבעיים, בדרך כלל אנשים עוסקים בחיפושים האלה כאשר יש סיכוי גבוה למציאה, והמדינה יצרה הסדרים שמספקים לאחרים זיכיונות לביצוע העבודה הזאת ולקחת את הסיכון ולחפש. וכמובן היא מתגמלת בדרכים שונות בחוק (כמו בעלות על המשאב אך תשלום תמלוגים וכו). יש הסדרים שהמדינה מייצרת מול השחקנים שלוקחים את הסיכון ומחפשים. ובאמת יש חקיקה לגבי משאב נפט, גז טבעי וחוקים מסודרים שקובעים בכל המשאבים האלה הסדרים משפטיים.   
אף אחד לא חשב שבאמת משקיעים יצליחו למצוא משאבים טבעיים, ואחד הדברים שבסוף כן קרו, היה במציאת הגז הטבעי, פתאום המדינה הופעתה שמצאו כל כך הרבה גז טבעי, ואז בדיעבד אחרי שהמדינה יצרה הסדר חוקי וסיפקה זיכיונות נוצרה סיטואציה בה המדינה נפגעת, שכן המדינה נתנה לאנשים זכויות במשאב, והמדינה בדיעבד ניסתה למסות את ההכנסות- לאחר שקמה ועדת שישינסקי המדינה החליטה להכניס שיעורי מס מאוד גבוהים. הייתה החלטה למסות את כל ההכנסות מאותו גז טבעי- להטיל שיעורי מס גבוהים. כתוצאה מכך, אותם משקיעים עתרו לבג"ץ ולא הסכימו שיטילו מסים על ההכנסות האלה מעבר להסדר החוקי- אך בג"ץ הכשיר את המיסוי ובסופו של יום אכן המדינה הטילה מסים.  
הנושא באמת חריג, ודע שבאמת המשקיעים מצאו משהו, המדינה באה ורצתה לדאוג לאינטרס הציבורי.

**Samedan**

סמי דן זה פסד העוסק בחיפושי נפט שיצר הסדר משפטי לגבי המשאב- הסדר קנייני לגבי הטיפול בנפט.

במרכז פס"ד עומד הסדר משפטי המסדיר את זכויות החיפוש, מספק לחברות אפשרות לחפש את הנפט, אך אלו שקיבלו רישיון לחיפוש נפט, רצו לקבל גם אישור להובלת הנפט. החוק קובע שיש זכות להולכת הנפט אך משאיר ונותן שיקול דעת לממונה מי יוביל את הנפט.

חשין דן בסעיף עצמו הנותן את הסמכות להובלת הנפט. בפסק הדין חשין עושה שקילות בין ערכי התחרות והשוק החופשי. הוא בוחן את תכליות החוק ומדבר על כך שמטרת החוק שעוסק בהפקת הנפט הוא לעודד אנשים לחפש נפט ולקחת את הסיכון הכלכלי הכרוך בחיפוש. החוק עצמו, נוקט בלשון "רשאי", אותו אדם בעל הזיכיון לחפש, רשאי גם להוביל את הנפט. הממונה על הנפט סירב לבקשה והסכים שהחברה רק תפיק את הנפט, אך יוציא מכרז לחברה נוספת שתוביל את הנפט. הסיבה לפיצול בין ההפקה להובלה נובע ממטרה למנוע מונופול כלכלי, שהציבור כלוא בידיים של שחקן אחד, בידי אותו גורם שמפיק. חשין בא ובודק את תכליות החוק- הוא קובע כי מצד אחד, החוק רוצה לעודד אחרים לחפש נפט (פעילות שהיא יקרה והמדינה לא רוצה עשות בעצמה, ולכן היא מנסה לעודד אחרים לעשות את זה עם תמריצים שונים, ומצד שני נרצה לעודד תחרות חופשית, ולעודד ערכים של שוק חופשי עד כמה שאפשר על מנת להוזיל מחירים עבור צרכנים. ולכן, נרצה להימנע ממצבים של יצירת מונופול. חשין קובע שכדי לפרש את ההדר הזה, יש הסדר קנייני שעוסק בחיפוש נפט אך מצד שני תכליות ההסדר הזה זה מיקסום הרווחה המצרפית ויעילות כלכלית, ולכן צריך להימנע מהגדלה של המונופול. גם ככה, ניתנה סמכות לאדם אחד להפיק את הנפט, ולא נרצה להעצים את מסמכותו גם במתן סמכות להובלה. כתוצאה מכך, חשין קובע שאם יש יכולת לפצל בין זכות ההפקה לזכות ההובלה, כמובן שמבחינה ערכית זה יותר ראוי.   
ודוק: העומד מאחורי ההסדר של הפקת הנפט הוא הגדלת הרווחה המצרפית, אך הפיצול הוא ראוי על מנת לעודד שוק חופשי.

פסק הדין מעניין כי הוא מדבר על מוסד קנייני שעוסק במשאב טבע, כשעומד שופט שבא מתפיסות עולם מסורתיות של קניין, ערכי חירות והגנה מאוד חזקה לקניין, ופתאום חשין תומך בערך של רווחה מצרפית ומפרש את החוק בדרך שקובעת שהפרשנות של הממונה לגיטימית, על מנת לקדם שוק חופשי. לא נרצה בשם של חיפושי נפט לשלם מחיר כבד, במתן כוח כלכלי גדול. הוא מנסה להיות רגיש לערכים של רווחה מצרפית וזאת הדרך לאזן בין השניים.

פס"ד עוסק בהסדר קנייני שהמחוקק יצר לקידום חיפושי נפט אך במקביל המחוקק רצה לייצר תחרות בשוק, ואם נחשוב על ערכים בשיח הקנייני, כל הערכים שבחוק מוססים על רווחה מצרפית- המדינה לא רוצה לשאת בסיכונים שחיפושי נפט מייצרים, ורוצה להעביר אותם הלאה, רוצה להעביר אותם לשוק הפרטי. מצד שני הרציונל של החוק וקידום רווחה מצרפית, כשפס"ד בוחן את החלטת ממונה הנפט, הדיון נע סביב השאלות של מה יותר יעילות מבחינה תחרותית- האם להצמיד את זכות ההובלה לזכות ההפקה, וחשין באמת בא ומנסה לקדם את הערך של רווחה מצרפית. פס"ד כולו נע סביב ערך זה, ולכן מבינת הפרשנות הראויה רצו לקדם יעילות, יעיל לפצל את זכות ההובלה מזכות ההפצה. חשין לא היה שופט שדגל בערכים שונים מחירות, הוא היה מגן על זכות קניינית בצורה חזקה.

**שכלול הבעלות**

דיברנו על מאפייני זכות הבעלות- הממדים (עומק, גובה), תוכן ועל מחוברים (בנוי ונטוע), ולכן אנחנו יודעות מה כוללת זכות הבעלות בקרקעין. הדבר הנוסף שצריך לדעת זה כיצד משתכללת זכות הבעלות:

**במקרקעין**

אנחנו יודעות מה כוללת זכות הבעלות במקרקעין, הדבר הנוסף שצריך לדעת זה כיצד משתכללת הזכות במקרקעין.

ס' 7 קובע כיצד משתכללת בעלות במקרקעין:

**גמר העסקה**

(7א.) עסקה במקרקעין טעונה רישום; העסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העסקה לרישום כשעת הרישום.

עסקאות של העברת בעלות, כשמבצעים עסקה בה מתבצעת העברה של זכות בעלות, העסקה תמיד מתחילה בחוזה (שלב חוזי) כשאחרי החתימה על החוזה, הצד הקונה מקבל רק זכות חוזית על הנכס. השלב הבא שבו הבעלות משתכללת- עוברת פזה מהשלב החוזי- מזכות מחוזית לקניינית, השלב הזה או שכלול הבעלות במקרקעין (מתי הזכות הופכת לזכותב עלות במקרקעין\*, מתרחש כאשר מתקיימים תנאי ס' 7 לחוק המקרקעין, שהוא הסעיף המרכזי שמסביר איך מקבלים את זכות הבעלות. הדרך היא ברירת המחדל של ס' 7- שמדבר:

ס' 7 קובע כי עסקה (ס' 6- עסקה היא כל עסקה רצונית בה אני מקנה למישהו אחת מהזכויות הקנייניות המנויות במקרקעין), במקרקעין טעונה רישום. ככלל העסקה במקרקעין נגמרת ברישום. זאת אומרת זכות הבעלות משתכללת והופכת לקניינית ותקפה לכל העולם (עם כלל המאפיינים החזקים של זכויות הקניין), בשלב שבו הזכות נרשמת, השלב בו הבעלות הופכת לקניינית הוא שלב רישום הזכות. והרישום, מדובר במרשם המקרקעין (בטאבו), יש רק מרשם אחד ושם העסקאות נרשמות. יש לציין כי היום, חלק מהעסקאות נרשמות באינטרנט, אבל בעיקר היערות אזהרה, אבל כעיקרון עסקאות מקרקעין נרשמות במרשם, שם יש פרוצדורה שלמה.   
חשוב להבין כי ס' 7 הוא ברירת מחדל, וככלל שיש סעיף החורג מהסעיף וקובע אחרת, לא יהיה רישום. ס' 7 לחוק המקרקעין הוא המסגרת וכברירת מחדל כל העסקאות צריכות להירשם למעט שיש חריג אחר ומפורש בחוק שקובע אחרת.

ס' 7ב'- יש לו השלכות משפטיות דרמטיות ברישום זכויות.

(ב) עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה.

זה למעשה ה"מקל" שס' 7 משתמש בו כדי להרתיע צדדים להזהיר לא לרשום. במידה וסיימת עסקה אך לא רשמת, מה שיש לך זה רק התחייבות לעשות עסקה, זאת אומרת לעשות עסקה שהיא חוזית בלבד. ששוב, הזכות החוזית יותר חלשה מקניינית, ולכן את חשופה להרבה מאוד סיכונים (נדבר עליהם בדיני התחרות). חשוב לחדד כי סעיף, 7ב הוא התמריץ לרשום- כי אם לא נרשום, הצדדים עדיין נמצאים ותקועים בשלב החוזי. השלב החוזי משאיר ומעמיד רק זכות חוזית, על שלל הסיכונים הכרוכים בזה. שכלול זכות, זה הפיכה של הזכות לזכות קניינית, והפומביות היא זאת שהופכת את הזכות לכזאת המכפיפה את כל העולם. בשכלול זכות קניינית, הדרך המרכזית במקרקעין היא דרך הרישום, הרישום הופך את המרשם למרשם פומבי שהציבור הרחב יכול לעיין בו, וזה מה שהופך את הזכות לפומבית וברגע הזה הזכות הופכת לקניינית. האקט של רישום זכויות זה מה שהופך את הזכות מחוזית לזכות פומבית וכתוצאה מכך קניינית. זכות שכל העולם יודע עליה ומספקת את מעטפת ההגנה שס' 7ב מזהיר בפניו.

* הערות אזהרה זה כלי לגישור על הפער בן זכות חוזית לקניינית. בדרך כלל רישום הזכות נעשה בסיום העסקה ובתשלום מלא, בעסקאות מקרקעין, לוקח זמן שמועבר כל הכסף ולכן בתקופת הביניים הזאת (לפני שעובר כל הכסף) צריך הגנה מסוימת- בשלב החוזי לא ניתן לרשום זכויות- יש שלבים בעסקאות מקרקעין ולא כל הכסף משולם במיידי, הקונה לא מקבל זכות קניינית כל כך מהר. ולכן בשלב הביניים הערות אזהרה פועלות.

יש לזכור כי בבעלות, הדרך היחידה להפוך זכות חוזית לקניינית הוא רישום בלבד.

**במיטלטלין**

מיטלטלין זה נכס שככלל, הבעלות עוברת בדרכים אחרות, בגלל שיקולים של יעילות כלכלית אם היינו יוצרות מרשם של מיטלטלין- לא היה לדבר סוף. כל קנייה של נכס, היינו צריכות לרשום- כשנכסי מיטלטלין בדרך כלל הם נכסים זולים שאין הצדקה לתחזק מרשם עבורם, בניגוד למקרקעין שהם נכסים מוגבלים בהיקפם והרבה יותר קל לנהל מרשם לגביהם. המיטלטלין, המחוקק בחר בהסדר לא חד משמעי אך העברת בעלות קובע ס' 33 לחוק המכר, הבעלות הופכת להיות קניינית ופומביות היא באלמנט של המסירה. הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו. מועד המסירה הוא הנקודה בה משתכללת זכות הבעלות. הסעיף לא מדבר על תשלום, אלא רק המסירה, כך שהבעלות נמסרת בעת המסירה בלי קשר לתשלומים.

הסיפא נותנת מקום להסכמת הצדדים. ניתן לבצע עסקה ולקבוע כי הבעלות תעבור רק במועד התשלום המלא ללא קשר למועד המסירה- מועד העברת הבעלות הפורמלי יהיה בזמן תשלום כל התשלומים.

במיטלטלין בשונה ממקרקעין, שזה רק רישום ואין יכולת להתנות על מועד העברת הבעלות במקרקעין, במיטלטלין המחוקק פתח את זה להתניה חוזית- ככלל זה במועד המסירה, אלא אם כן הצדדים החליטו בהסכם על מועד אחר. יש לשים לב שיש פה סימן שאלה גדול בעניין הסכמות- כי לפעמים העולם לא יודע על הסכמות שבין צדדים, ולכן אני יכולה למסור למישהו את המכונית ולסכם איתו שהזכות תעבור רק בסיום התשלומים, ואם הקונה יגלגל את הרכב לצד שלישי שלא שמע על החוזה, לפעמים צד שלישי שיקבל את הרכב יקבל בתנאים טובים וההתניה הזאת לא תעזור. וזאת משום שההתניה הזאת תעבוד רק בין הצדדים להסכם, ולא בין צד שלישי.

העברת בעלות במיטלטלין- ברירת המחדל היא מסירה, זה פתוח להתנאה חוזית אם הצדדים מחליטים על מועד אחר ודרך אחרת להעברת הבעלות.

**מהות הזכות ומגבלותיה- משפט פרטי**

השיח בדיני חוזים לגבי עקרון תום הלב- המגמות האלה של מתן מקום לערכים כמו תום לב במסגרת דיני החוזים, עורר הרבה ויכוחים ושאלות סביב כל מיני ערכים שונים. מצד אחד נרצה שהצדדים יתנהגו בצורה סבירה, יפעלו ויקיימו חוזים, נרצה שהם יפעלו בתום לב ונרצה להנחיל נורמות של התנהלות ראויה בין בני אדם "אדם לאדם, אדם". מצד צריך להנחיל ערכים שיהיו נוכחים בקיום חוזים וזאת מגמה ראויה, ומהצד השני הבעיות שהתעוררו מהחלת עקרון תום הלב בדיני חוזים- על מסגרת שנוצרה מכללים ברורים, אנחנו פתאום מלבישות עולם ערכי ומעבר מפורמליזם לריאליזם. זאת מגמה שנוטשים את הכללים הפורמליים, הדווקניים והיציבים לטובת שיח ערכי.   
במעבר הזה, מצד אחד נראה את היתרונות של עשיית צדק בין הצדדים כמו הוגנות, והענשה של צדדים המתנהגים בצורה לא ראויה שמנצלים כללים פורמליים על מנת לברוח מהתחייבויות. ומצד שני, המחירים של הכנסה של מושגים כאלו, חוזים זאת פרקטיקה שצריך אותה בחיי המסחר, ויש ערך אדיר לדרישות פורמאליות, יציבות ווודאות. ונוסף לכך, תום לב זה מושג שהגדרה שלו מושפעת מהעולם הערכי של השופט והרצון שלו להנחיל סטנדרט התנהגות בין הצדדים ובכלל בקרב בני אדם- כיצד ראוי לנהוג בהתקשרויות ועמידה על זכויות. ולכן השימוש במושג כזה, מושגי שסתום מייצר הרבה פעמים עמימות וחוסר יציבות שיש להם עלות כלכלית גבוהה.

**הגבלת זכויות**

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

איזה תפקיד זה משחק תפקיד בהקשר הקנייני?

ס' 14 לחוק המקרקעין

בחוק המקרקעין יש הוראה פרטנית שנקראת הוראת ס' 14.

ס' 14 קובע כי בעלות בזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק דבר הגורם נזק לאחר. זה עיקרון שמדבר על הגבלת זכויות- הגבלה על הזכות הקניינית הפרטית במקרקעין. זה עיקרון שאומץ בכלל דיני הקנייני וגם בכל המשפט הישראלי. דברי ההסבר לס' 14 אומרים כי בעל המקרקעין לא ישתמש בהם שימוש שאין בזה תועלת לעצמו וכל השימוש גורם לנזק לאחר. כלומר גם כשאת בעלים או בעלת זכות קניינית אחרת, זה לא מצדיק עשייה של דבר שגורם נזקים לאחרים. אל תעשי דברים שאין בהם תועלת לעצמך שכל מטרתם זה לפגוע באחרים.

במילים אחרות על זכות הבעלות ועל כלל הזכויות הקניינית יש מגבלה- לא ניתן להשתמש בזכות כדי לעשות דבר שכל מטרתו הוא לגרום נזק, אי נוחות או לפגוע באחרים. כך שההסדר מגביל את הפעולות של הבעלים, שכן, לא ניתן להשתמש בזכות הבעלות אם כל המטרה של השימוש זה לפגוע באחרים. יש מעט פסקי דין שמדברים על ההסדר הזה אך בכל זאת, יש שורה של פסקי דין הרלוונטים לדיון בעיקרון תום הלב שהיה ניתן להכריע בהם בדרך זו או אחרת:

שלב נ' הררי מואב

אחד מפסקי הדין המוקדמים שעולה בהקשר הזה, הוא פס"ד שלב נ' הררי מואב.

סיפור של חלקת אדמה שפוצלה לשלוש חלקות נפרדות, שכל אחת נמצאת בבעלות של אדם אחר. בכל חלקה יש מחצבה של חול וכשפיצלו את החלקות לא יצרו זכות מעבר בין החלקות מאחת או אחרת. לא יצרו זכויות כמו זיקת הנאה שמאפשרת לצדדים לחצות את המקרקעין. כך שהבעלים של חלקה ג' לא זכאי מבחינה משפטית או יכול לעבור בחלקות של שאר הצדדים.   
שלב זו חברה ששכרה לפרק זמן מסוים את חלקה ג'. כשיש מחצבה צריך להוביל את החול החוצה ולהגיע לשבילי גישה. חברת שלב שנמצאת בחלקה ג' החליטה לחתוך דרך החלקה של ב' ולהגיע עם המשאיות לחלקה ב' ולעבור דרכה לחלקה ג' כדי להעביר את החול פנימה החוצה בכל פעם.   
הררי מואב שזו הייתה החברה שחלקה ב' הייתה בבעלותה, שלא הסכימה לשלב לעבור בחלקת האדמה, משום שאין שום זכות מעבר ולא נקבעה זיקת הנאה. בהקשר הזה, שלב בחלקה ג' ניסתה לטעון את הטענות במישור של ס' 14- זה שהררי מואב הם הבעלים של חלקה ב' זה לא נותן להם זכות לגרום אי נוחות בניוד החול מהמחצבה. זאת אומרת, אין שום תועלת במניעת המעבר, וכל מה שהררי מואב עושה פה זאת התנהגות שגורמת נזק ואי נוחות לשלב, זאת התנהגות שמפרה את הוראות ס' 14 ואין סיבה למניעת המעבר בחלקה ב'.



בית המשפט לא מקבל את הטענות של שלב וקובע כי יש זכות קניינית להררי מואב. שכן, הררי מואב הם הבעלים של החלקה, וכששלב רוצה לחתוך דרכם היא מסיגת גבול. ס' 14 לא התכוון לעסוק בהקשרים האלה- לא התכוון לאפשר הסגות גבול ולמנוע ואף לבטל את הערך הכלכלי של זכות הקניין של בעל חלקה ב'. אם ב' וג' יו היו רוצות להגיע להסדר, הן יכלו להגיע להסדר ולהסכם חוזי שמעגן זיקת הנאה הסכמית המאפשרת את היכולת לעבור בחלקה ב'. בית במשט למעשה אומר כי לא כל דבר שג' רוצה יכנס לגדר ס' 14, חלקה ב' יכול לעמוד על זכויותיו, וכל עוד אין הסכמה חוזית על מעבר, לא ניתן לתפוס את זה כעשיית דבר שגורם נזק ואי נוחות לאחר.   
פס"ד קובע כי לכל אחד יש זכויות קניין על החלקות אדמה, ואם ג' טוען שלא נוח לו הוא היה צריך חשוב על זה לפני ולהסדיר חוזה בין החלקות. יש מנגנון שוקי לפתור את הבעיה בדרך של הסכמה, וגם אם הם לא יסכימו, אין דרך לכפות עליהם, יש צורך לחשוב על זה מלכתחילה, אין יכולת לכפות זכות שימוש וזכות מעבר של ג' בחלקה ב'.

זה היה אחד מהניסיונות הראשונים להעלות את ס' 14 בפסיקה, ולא בהצלחה.

רדומילסקי נ' פרדימן

פס"ד אחר שהנושא הזה עלה, הוא רדומילסקי נ' פרידמן. זה פס"ד אחד ויחיד שהפעילו את ס' 14.

סיפור שעסק בנסיבות הבאות: הגברת רדומילסקי היא בעלי בניין עם כמה דירות, שם גר דייר מוגן. הגנת הדייר זה משטר קנייני שקובע בחוק, שנותן הגנות חזקות לשוכרים שהם בסטטוס של דיירים מוגנים. זוהי למעשה שכירות משודרגת המגנה על השוכר ברבדים מוגברים- כמו קושי לשנות את דמי השכירות, צריך למצוא עילות פינוי מוגדרות בחוק וכו. זה משטר מאוד נוקשה ביכולת הפינוי של הדייר ובטח מר פרידמן,. צריך לדעת שבדיירות מוגנת, אם סמוך וזמן קרוב למועד הפטירה, אם קרוב של הדייר גר איתו (עד חצי שנה), אז הדיירות המוגנת עוברת לקרוב המשפחה והוא הופך לדייר מוגן בעצמו. וזה בדיוק היה החשש של גברת רדומילסקי ביחס למר פרידמן- שביתו של הדייר פרידמן, שעברה לגור איתו, תקבל את הדיירות המוגנת בבוא היום.   
מה שקרה בהקשר הזה בין פרידמן לרדומילסקי- הויכוח התעורר כשפרידמן רצה למתוח כבל של אנטנה כדי לצפות בשידורי טלוויזיה בדירתו, ולכן הוא מותח את הכבל תוך כדי שזה עובר בנכס של רדומילסקי (שזה כל הבניין). הןא מותח את קו האנטנה, וברגע שהוא עושה את זה, הגברת תובעת לפנות את הכבל בטענה לפגיעה בקניינה, מאחר והגברת לא אישרה שהכבל יעבור בחלל הרום, מדובר בהסגת גבול במקרקעין.

בית המשפט בודק מה היו המניעים של הגברת, ונקבע כי הגברת רדומילסקי חוששת מאוד וידוע שהיה חשש גדול ביחס לדיירות המוגנת של הבת. הציגו לבית המשפט שהיא חששה וניסתה לגרום להם לעזוב, וכשלא הלך לה בחזית הזאת, היא החליטה להתעמר בקשיש והתביעה לא נעשית בגלל שמפריע לה כבל האנטנה אלא מתוך שיקולים נקמניים, מתוך רצון לגרום הנזק ואי נוחות לפרידמן. מתוך רצון לנקום בפרידמן וביתו שהופכים להיות דיירים מוגנים לתקופות זמן ארוכות, זה היה רקע לסירוב שלה.

מה ההבדל בין המקרה הזה לאחר? גם פה ניתן לעלות את אותם טיעונים בשלב הררי מואב- לכאורה יכלנו לקבוע כי זאת הסגת גבול ובשני המצבים אפשר וניתן היה לפתור את הבעיה בדרך חוזית. אך כאן, בהקשר של רדומילסקי היו באמת ראיות שהיא רצתה לסיים את הדיירות המוגנת. המניע הנקמני והנסיבות שלא היו קיימות בשלב נ' הררי מואב. הרקע המוקדם להתרחשויות שלא היה קיים בשלב נ' הררי מואב. רדומילסקי זה פס"ד היחיד בפסיקה הישראלית שהפעיל את ס' 14, שמנע ולא נתן סעד לגברת רדומילסקי על פגיעה בזכות הקניין.

רוקר נ' סלומון

פס"ד הראשון שבו ברק הציג לראשונה את משנתו בנוגע לתום לב בדיני הקניין, זאת פעם ראשונה שבית המשפט אומר אך דברו בהרכב מורחב (7 שופטים). פס"ד משקף איזשהו מתח אידאולוגי של ערכים בשיח הקנייני. המסגרת העקרונית לפס"ד היא סעיף 14 לחוק המקרקעין.

ברוקר נ' סלומון ברק משתמש בסעיף 39 לחוק החוזים לגבי קיום חוזים בתום לב- בקיום של חיוב יש לנהוג ולפעול בתום לב- זוהי המסגרת הכללית של תום הלב בחוק החוזים. סעיף 61ב' לחוק החוזים קובע כי ההוראות החוק יחולו גם מחוץ לחוק החוזים בהקשרים אחרים בשינויים המחויבים, מחיל גם לענפים אחרים שהם לא דיני החוזים. ברק טוען שעקרון תום לב מנסה לקבוע כיצד אנשים צריכים להתנהג ביניהם במפגש- מתוך יושר והגינות. הוא מדגיש שלאדם **מותר לשמור על האינטרס העצמי וזה לא מנוגד לעקרונות תום הלב.** אדם לאדם אדם- לא זאב ולא מלאך.

חשין טוען שגם אם לא הייתה לנו את ההוראה בסעיף 14, העקרונות של 39 יחד עם 61ב' בחוק החוזים, מלשלחים את ותה הרואה בתום הלב לכל המשפט הישראלי- ובו גם דיני הקניין. גם השופט אנגלרד קובע כי עקרון תום הלב פורש את כנפיו על כל הזכאויות והחובות בחוק המקרקעין. אין מניעה לקחת את תום הלב הכללי ולהחיל אותו גם בחוקי הקניין, על הזכויות והסעדים גם אם לא הייתה הוראה בס' 14.

עקרון תום לב, שברק ניסח את הפרשנות והעקרונות שנוגעים לכך- זה שעקרון תום הלב מנסה לקבוע ולנסח איך אנשים צריכים להתנהג ביניהם במפגשים שונים, וההתנהגות הזאת צריכה להיות ביושר ומתוך הגינות. כשברק מדגיש כי מותר לשמור על האינטרס העצמי, אך השמירה צריכה להיות הוגנת. ניתן לעמוד על אינטרס העצמי במיצוי הזכויות הכלכליות, אך צריך לעשות את זה בדרך הוגנת. הכלל שברק ניסח שאדם לאדם, לא צריך להיות לא זאב ולא מלאך, לא מצפים לוותר על הזכויות ומצד שני לא רוצים שתהיה זאב, אדם לאדם זאת התמצית של הציפייה בהקשר הזה.

המסגרת היא סכסוך שכנים בבית משותף- בית משותף עם ארבע דירות, רוקר בונים במסגרת הרכוש המשותף שלא כדין וללא הסכמה של שאר דיירי הדירות. סולומון וברקר שני דיירים בבית המשותפים דורשים ועומדים על זה שהבנייה תיהרס, מצד שני רוקר רוצים לשלם על הנזק שנגרם ולא להרוס את הבנייה. המסגרת הא שהאם המפגש של הדיירים, האם סלומון וברקר זכאים לסעד של הריסה, והאם התביעה שלהם להרוס את הבנייה של רוקר היא פעולה משפטית שנעשית בתום לב? האם העמידה על זכות הקניין מפרה את ס' 14 ומפרה את עקרונות תום הלב? האם לבית המשפט יש שיקול דעת שלא להיכנס לתביעה הזאת?

חשוב להבין כי רוקר בנו שלא כדין. דבר מעניין- בשלב כשלהו הם קיבלו היתר בנייה. צריך לדעת כי יש פער בין השלב התכנוני וקנייני-גם אם מקבל היתר בנייה, זה לא אומר שלא צריך לקבל הסכמות קנייניות מכוח חוק המקרקעין, הליכי תכנון ובנייה פועלים במקביל לחוק המקרקעין, ולא ניתן להוציא לפועל את היתרי הבנייה בלי לקבל את ההסכמות קנייניות שחוק המקרקעין דורש. היתר בנייה לא משמיע יכולת לבנות מיד בלי קבלת הסכמה קניינית שחוק המקרקעין דורש.

נקודת המוצא שהייתה בנייה שלא כדין, לפי הדין אם בודקים את חוקי המקרקעין סולומון וברקר זכאים לדרוש הריסה מכוח חוק המקרקעין. חוק המקרקעין ברור מאוד לגבי פלישות והסגת גבול גם ברכוש המשותף. מצד שני, די ברור שיגרם פה נזק כספי גדול לרוקר אם יורו על הריסה. למה סלומון וברקר יכולים להתנגד לבנייה ברכוש המשותף?  
כשדיברנו על רכוש משותף, בשטח הרכוש המשותף יש את הוראת ס 55א לחוק המקרקעין הקובע כי דירה היא בבעלות פרטית ויתר השטחים בבית המשותף נחשבים לרכוש משותף שהם בבעלות משותפת בלתי מסוימת של דיירי הבית. קביעת המנה המסוימת מעוגנת בס' 57 לחוק, לפיו השיעור של החלק בשיעור המשותף שצמוד לכל הדירה, זה לפי שטח הרצפה של כלל הדירות בבית המשותף אלא אם כן נקבע בתקנות של בית משותף מדד אחר. לכולם, סלמון, ברקר ורוקר יש זכויות בבית המשותף, אך זכות בלתי מסוימת, הכל של כולם.   
ס' 21 הוא המסגרת שמורה על היכולת לדרוש הריסה. זו המסגרת המאפשרת לבעל מקרקעין לעמוד על סעד של הריסה. כשאדם פולש לרכוש המשותף, כמו רוקר, הוא פולש גם לחלקים של האחרים, ברגע שהוא עושה את זה, הברירה היא בידי בעל המקרקעין להחליט האם לקיים את המחוברים או לדרוש את הריסתם. זה המקוום של הדיירים לעמוד ולקבל סעד של הריסה.

איך בית המשפט מכריע?

למעשה יש שלושה מחנות:

1. אנגלרד

מציג גישה לפיה לבית המשפט יש שיקול דעת לגבי מתן סעד של הריסת המבנה. בהקשר הזה, נשקול את האינטרסים ההדדיים של הצדדים ולעשות פה ניתוח של עלות תועלת- מאזן נזקים כלכלי בין הצדדים, ולכן אנגלרד חושב כי צו הריסה מהווה שימוש לרעה בזכות הקניינית ברכוש המשותף. הוא נוטה לדעתו בבירור, לצד קיום המחוברים ומתן פיצוי לדיירים האחרים. וזאת משום שנעשתה בנייה, יש לבית המשפט שיקול דעת במתן סעד של הריסה ובעיני השופט אנגלרד, הוא מאמץ טעם תועלתני- מבחינה כלכלית, הפיצוי יעשה את העבודה ולא צריך להשיב את המצב לקדמותו. גישה שעושה מאזן נזקים בין רוקר לסלומון, ונקבע כי תשלום הפיצוי הוא עדיף.

שאר השופטים לא הסכימו, שכן זו גישה מסוכנת- אם נלך על הכיוון של אנגלרד , זה כיוון הפוגע במשטר של הבניין המשותף, משטר שמבוסס על הכרעת הרוב. עלות תועלת נותנת תמריץ שלילי לאנשים לבנות כרצונם ובסוף לספק פיצוי. לא נרצה להעניק כלל שקובע שכל אחד יעשה מה שהוא רוצה, אלא נרצה להרתיע ולא לתת יכולת לאדם לעשות כרצונו בבית המשותף. שאר המחנות כולם חושבים שצריך לתת צו הריסה אך מגיעים לכך דרך גישות שונות.

1. טירקל חשין ולוין- גישה מצמצמת

השופט טירקל שאליו הצטרפו חשין וליון, קובע שבאופן עקרוני ס' 14 לא מונע מהבעלים לעמוד על זכויות הקנייניות שלו, זאת נקודת המוצא. מצד שני ככל שיש זכות קניינית האדם לא רשאי לפעול באופן שפוגע באחרים. המסגרת שלנו היא עמידה של זכויות קנייניות זה דבר כשר ולגיטימי. לגבי היקף שיקול הדעת של בית המשפט האם להפעיל את עיקרון תום הלב ובאיזה נסיבות, שיקול הדעת מוגבל ומצומצם ויופעל רק במקרים נדירים- זאת אומרת, לא בקלות נעתר לתביעות שמנסות למנוע מבעלים להגן על הזכויות, לא בקלות נשלול זכויות מבעל הקניין בשםם ס' 14. נרצה לתת שיקול דעת מאוד מצומצם לבית המשפט לעשות את זה, כי נרצה להגן על זכות הקניינית, ונקודת המוצא היא שצריך להגן על הבעלים וזכויות הקניין.   
השופט טירקל מציג שורה של ארבעה שיקולים ששוקלים את הפעלתו של שיקול הדעת: השיקולים שינחו את בית המשפט:

* עוצמת הפגיעה- עוצמת הזכות הקניינית שנפגעה, באיזה נכס מדובר, מקרקעין או מיטלטלין, פגיעה בזכות חזקה או חלשה
* היקף הפגיעה
* משך זמן הפגיעה- מוגבלת בזמן או ארוכה
* כיצד התנהגו בעלי הדין

בשונה מאנגלרד שנתן מקום מרכזי במאזן הנזקים ובאיזון הזכויות בין הפוגע לנפגע, טירקל קובע כי עוצמת התוצאות של הסרת הפגיעה כלפי הפוגע, השיקולים מה יקרה לרוקר, זה שיקול משני. להתחשב ולהיות רגיש לנזקים שיקרו לפוגע, שתפסו מקום מרכזי אצל אנגלרד, זה שיקול משני ולא ניתן לתת לו מקום מרכזי.   
  
כשהוא מיישם את העקרונות למקרה שלנו: זכות קניינית שהיא זכות הבעלות, זכות חזקה. עצומת הפגיעה היא חזקה מאוד- בנייה לצמיתות יש בנייה של ממש שמנה את האופי הצורה של הבית המשותף, מקטינה את הרוכש המשותף. יש פה פגיעה שהיא דרמטית ברכוש המשותף.   
ובהתנהגות הצדדים רוקר היה חסר תום לב- ההתנהגות שלו מעידה על חוסר תום לב. ולכן בנסיבות כאלה לבית המשפט אין שיקול דעת להפעיל את הכלל, שיקול הדעת מאוד מצומצם, ובהקשר הזה וודאי שזה לא המקרה שנראה בעמידה בזכויות של סלומון כחוסר תום לב. זה לא מקרה שנרצה לשלול סעד כנגד רוקר.

1. ברק, שטרסברג-כהן ומצא- גישה רחבה:

השופט ברק הולך שהצטרפו אליו שאר השופטים, הולך לכיוון אחר. לא צריך להיאחז דווקא בס' 14. חובות תום הלב אלו חובות כלליות, ועיקרון תום הלב צריך לקבל פרשנות רחבה ביחס לשיטת המשפט שלנו. ניתן להיעזר בעיקרון תום הלב הכללי ולא צריך את ס' 14 כדי לקבל הכרעה. תום לב מחייב שימוש בזכויות בהגינות בהתאם לסטנדרטים ראויים של החברה הישראלית. בהקשר הזה, לשופט יש שיקול דעת להעניק סעדים ביחס לפגיעה בזכויות הקניין. ואף שיקול הדעת לא יהיה תמיד מצומצם כמו גישתו של טירקל, אלא שההיקף שלו נגזר מעוצמת פעולתו של עיקרון תום הלב בנסיבות מסוימות. כל מקרה לפי נסיבותיו, נצטרך לבדוק את מערכת הנסיבות ואז להחליט האם ליישם את עיקרון תום הלב בעוצמה התלויה בנסיבות העניין.   
ברק מסכים כי עקרון תום הלב מכרסם בזכות הקניין ומטיל עליה במגבלה, שהשימוש בזכות הקניין כפופה לעיקרון תום הלב אך זכות הקניין היא זכות יחסית ולא מוחלטת, ולא באה עם הכוח לפגוע באחרים- האדם לא יכול לפגוע באחרים אלא כפוף לעיקרון תום הלב.

ברק מנסח את השיקולים אחרת והוא מדבר על שלושה שיקולים מרכזיים שהוא מיישם אותם בהמשך.

* מהו המשאב (הקנייני במקרה הזה)- בית עסק, מטלטלין, רכוש משותף וכו'
* אופי האינטרס הציבורי- מספר דברים שצריך לשים לב אליהם, האם מדובר בשותפים מכירים או באנשים זרים, האם מדובר בקשרים נמשכים או ביחסים חד פעמיים.
* מהו היקף הפגיעה בזכות הקניינית ומהו המצב הנפשי של הפוגע**-** האם הדבר מכוון או בטעות, זמני או קבוע, פגיעה שולית או קשה. יש לבחון את הפגיעה בהתאם לאותו עניין. מדובר על מוסד הבתים המשותפים, האינטרס הוא שמירה על מוסד הבתים המשותפים, זהו אינטרס ציבורי חשוב. יש כאן פגיעה מהותית בחלק ניכר.

ביישום על המקרה- אופי האינטרס העצמי שעולה לדיון זה בעלות משותפת ברכוש משותף במוסד הבתים המשותפים. יחסים נמשכים בבעלי דירות שחיים בבית משותף, זה אינטרס חשוב שצריך לתת לו מקום בהכרעה. והיקף הפגיעה הוא מדבר על כך שיש פגיעה מהותית בחלק ניכר של הרכוש המשותף, הפגיעה היא קבועה, ולגבי מצבו הנפשי של הפוגע הוא מודע להיעדר הזכות, ולכן שרואים את ההכרעה הלו הוא מגיע לתוצאה השווה של טירקל. חובת ההגינות לא יכולה לתת הכרה להשתלטות על הרכו המשותף וכי אם נעשה את זה, המשמעות תהיה הרסנית למוסד הבתים המשותפים.

שישה שופטים מתוך שבעה שהורו לאפשר הריסה של המבנה שנבנה כלא כדין.

הפערים האידיאולוגים בין השופטים המניעים את תפיסות העולם שלהם

* טירקל חשין ולוין והגישה המצמצמת את ס' 14, הגישה של טירקל אומרת כי נתערב במקרים חריגים ונדירים, ונתערב בצורה מאוד זהירה בזכות הקניין. הגישה של השופט טירקל, תפיסת עולם כזו מייצגת את התפיסה המסורתית של קניין, תפיסת הקניין כחירות של הבעלים- הזכות של הבעלים היא לקבוע מה יעשה בקניין, ההתערבות תהיה מאוד נדירה ואם בכלל. השופט טירקל בא מנקודת מוצא של הפעלה של כלל כזה במקרים חריגים, כי הוא בא מהגישה של בלאקסטון של קניין כעוגן של חירות ומקום שצריך להיות חופשי מהתערבות המדינה.
* ברק מנגד משקף את הגישות הפרוגרסיביות של קניין- הוא לא סובר שקניין זהו רק אתר של חירות הפרט, אלא הוא כולל ומייצג ערכים חברתיים וקהילתיים, זה לא רק אתר של זכויות אלא אתר של חובות כלפי אחרים וכלפי החברה ולכן השופט ברק קובע כי הפעלה של העיקרון תלויה בנסיבות, אין אימוץ אפריורי גישה מצמצמת אלא הכל תלוי בנסיבות ולבית משפט אכן יש שיקול דעת. קניין זאת לא זכות חזקה שלא כפופה לחובות. יש פה תפיסה קהילתית של הקניין ואחריות חברתית של בעל הקניין ולכן זוהי תפסיה יותר פרוגרסיבית בהשוואה לשופט טירקל.
* הגישה של אנגלרד היא גישה תועלתנית המדברת על רווחה מצרפית, זאת גישה מאוד פוגענית בקניין- הוא לא מתייחס לקניין הנפגעים, אלא שעלות תועלת זה הדבר היחידי שמכתיב את ההכרעה. זאת גישה שמונעת מרווחה מצרפית.

פס"ד זה, הוא פס"ד הכי מרכזי בהקשר של תום הלב. זהו הפסד הראשון שמדבר על היחסים בין עקרון תום הלב לזכות הקניין.

פס"ד כמעט ולא מופעל, עיקרון תום הלב בקניין, בשונה ממה שקורה בחוזים, לא נעשה שימוש תדיר בטיעונים האלה, וגם אם נעשה, הטיעונים כמעט ולא מתקבלים. חשוב לדעת כי קשה מאוד להישען על סוג הטיעונים האלו בסכסוכים בין צדדים. הפוטנציאל הגדול של פס"ד זה בעיקר בהקשר של בתים משותפים, בכל מה שקשור להתחדשות עירונית, ששם תום לב יכול לשחק תפקיד גדול יותר, אך בפועל לא רואים באמת שימוש. בניגוד לדיני החוזים שתפס בצורה שכיחה, זה לא תפס באותה עוצמה בדיני הקניין. כמעט ולא מצמצמים את זכות הקניין בשם תום הלב.

**(ב) זכות השכירות**

השכירות היא זכות קניינית חלשה יותר.

**(1) שכירות במקרקעין**

ס' 3 לחוק המקרקעין הוא הס' המגדיר את זכות השכירות: ."שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות".

אנחנו רואות שלושה יסודות של זכות השכירות:

1. תמורה- ערך כלכלי ממשי, דמי שכירות. שכירות היא תמיד עסקה בתמורה, כי אם אין תמורה אנחנו נמצאות בעסקת השאלה.
2. החזקה ושימוש- תוכן הזכות והזכאות שבזכות היא החזקה ושימוש. יש תוכן ספציפי של זכאויות מוגבלות- החזקה ושימוש.
3. שלא לצמיתות- הזכות חייבת להיות מגובלת בזמן, יש יכולת להארכת הזכות, אך הקביעה שלא לצמיתות זה החובה להיות מגובלת בזמן.

אם נסתכל על ס' 3 נראה כי הוא מציג שני מושגים חשובים- לס' 3 יש המשך- שכירות שהיא למעלה מחמש שנים נקראת חכירה ושכירות שהיא למעלה מ25 שנים נקראת חכירה לדורות. המושגים האלו חשובים בשאלה איך נעשו עסקאות במקרקעין כל השנים. המוסד של חכירה לדורות זה מוסד משפטי שכיח מאוד בנוף הישראלי כתחליף להעברת בעלות במקרקעין. זה היה הכלי המרכזי שהקצו לאנשים זכויות.

חשוב לחדד שזכות השכירות היא אחת מהזכויות ברשימה הסגורה- היא זכות קניינית. עסקת השכירות בדומה לעסקת הבעלות, רוב הזמן היא נולדת בחוזה שכירות, שזה השלב החוזי. אני חותמת על חוזה שנותן זכות להתגורר בנכס תמורת דמי שכירות מוסכמים. השלב הבא, הוא השלב הקנייני בו הזכות הופכת לפומבית ותקפה כלפי כל העולם. אחד הדברים המעניינים זה מתי הזכות הזאת הופכת לקניינית? מה המועד שבו זכות השכירות הופכת לקניינית? בהקשר הזה, לכאורה ס' 7 קובע כי אקט הפומביות הוא במועד רישום הזכות. אך זהו לא המצב בשכירויות, כי נראה חריג הקבוע בשני סעיפים: ס' 79 וס' 152.

בשכירויות המחוקק הבין שהוא לא רוצה לתזז אנשים לרוץ ולרשום זכות כזאת, כי זוהי זכות הרבה יותר שכיחה מעסקאות של העברת בעלות. המחוקק קבע כלל שסוטה מהוראת ס' 7 לחוק המקרקעין.

סעיף 7 חובת רישום.

סעיף 8 דרישת הכתב- ההסכם ייעשה בכתב.

סעיף 6 לחוק המקרקעין קובע כי עסקה במקרקעין היא כל עסקה המקנה באופן רצוני זכות במקרקעין. ס' 6 חל גם על עסקאות שכירות, כי שכירות היא זכות קניינית במקרקעין על פי חוק המקרקעין, ולכן עסקה שבה מקנה זכות שכירות למישהו אחר היא עסקה קניינית במקרקעין. אם היינו הולכות לפי ס' 7, מועד השכלול הוא מועד רישום הזכות. אך המחוקק עשה משהו מעניין: ס 79 יצר חריג לגבי עסקאות שכירות, גם ביחס לרישום וגם ביחס לדרישת הכתב (שההסכם מבחינה צורנית יעשה בכתב). ס' 79 ניסה לפטור משני התנאים האלו. ולכן בסעיף 79א' כתוב שעסקה עד 5 שנים פטורה מרישום ומדרישת הכתב. סעיף 152 תיקן את זה והאריך את התקופה לעשר שנים רק לעניין הרישום. בס' 152 רק לעניין הרישום, ס' 79 למעשה שכירות תקופה שאינה עולה על 10 שנים אינה טעונה רישום.

השורה התחתונה היא שב' 79 ו152:

* 79א- שכירות עד 5 שנים פטורה מרישום במרשם ומדרישת הכתב
* 152- שכירות עד 10 שנים לא טעונה רישום במקרקעין.
* מ5 עד 10- פטורה מרישום בפנקס המקרקעין אך כן טוענה בדרישת כתב.

מה דינן של אופציות?

אופציה- סעיף בחוזה למשל של הארכת החוזה בסיומו ברצון הצדדים. כשמדברים על אופציות, ברגע שהחוזה כולל אופציה להארכת תקופת השכירות, אז האופציה נלקחת בחשבון לצורך חוזה שכירות. כך שאם אני בחוזה של 5 שנים עם אופציה ל5 שנים נוספות- זוהי שכירות ל10 שנים! ושכירות שעד ולא עולה על עשר פטורה מרישום אך לא לכתב. אם זה שכירות שלא כוללת תקופת אופציה, ההכרעה היא לפי משך התקופה. כאשר יש בהסכם אופציה שמחשבים את תקופת השכירות ב152 ו79, תקופת השכירות נלקחת בחשבון ולוקחים אותה כחלק מהתקופה לכל דבר ועניין.   
אופציה מתפקדת כחלק מתקופת השכירות🡨 אופציה נמנית בתקופה!

**איך הזכות הופכת להיות קניינית?**

מה האפקט שהופך את זכות השכירות לקניינית?-בהקשר הזה, החוק לא מפרט או קובע את הדרך שבה הזכות הופכת להיות קניינית. אך התפיסה היא שבשכירות עד 10 שנים ללא רישום, האקט הדרוש הוא תפיסת החזקה במושכר- עצם תפיסת החזקה בנכס למשל קבלת מפתח, הופכת לבעל זכות קניינית. הפומביות היא תפיסת החזקה שבשכירויות עד 10 שנים. יש לשים לב לסיפא של ס' 152 שקובעת כי גם אם השכירויות קצרות מועד שלא חייבות רישום, ניתן לרשום את הזכות לבחירת הצדדים ואז הרישום הוא תחליף לתפיסת החזקה במושכר (אך לרוב הצדדים בוחרים שלא לעשות זאת).

לסיכום:

* עד 5 שנים- אין חובת רישום ואין חוזה בכתב.
* מעל 5 שנים- חייב חוזה בכתב.
* עד 10 שנים- פטור מרישום.
* 10 שנים ויום- חובה רישום.

אופציות מחשבים בתוך התקופה.

**עבירות הזכות- זכות השכירות**

עד כמה ניתן לסחור בזכות השכירות? האם ניתן להעביר אותה לאדם אחר? חשוב לדעת כי יש את חוק השכירות והשאילה, חוק שמסדיר הרבה היבטים והסדרים שנוגעים לשכירויות. יש להכירו ברמת התוכן, כי החוק קובע כל מיני הסדרים לגבי שכירויות באופן כללי- והוא קובע שהרבה פעמים הסדרי החוק מהווים מנגנונים משלימים לגבי הסכמים שותקים. צדדים עושים הסכם בכתב על מנת להגביר את הוודאות ולפתור תא קשיי ההוכחה. חוק שכירויות והשאילה קובע כי במצב בו צדדים לא התייחסו לכל מיני סוגיות, יחול ויכנס לריק הזה הוראות החוק והן ישלימו את הוראות השותקות של ההסכם בין הצדדים.

השאלה החשובה היא עד כמה ניתן להעביר את זכות השכירות?

סעיפים חשובים: החוק חל על כל סוגי השכרויות, מיטלטלין ומקרקעין.

**סעיף 21:** האם למשכיר יש כוח להעביר את זכות הבעלות?

1. 21א'**-** ברגע שיש זכות קניינית בשכירות, היא תקפה ופועלת כלפי כל העולם. ברגע שיש שכירות שעברה את האקט הקנייני, בין אם זה בתפיסת החזקה ובין אם זה רישום שנדרש, היא הופכת להיות פומבית ותקפה כלפי כל אדם.
2. 21ב'- המשכיר רוצה להעביר את זכותו, האם ניתן לעשות זאת? המשכיר הוא בעלי הנכס, ולכן האם יש לו זכות בזמן השכירות להעביר את זכויותיו? מתייחס למצב שהבעלים, המשכיר רוצה למכור את הדירה למישהו אחר. נקודת המוצא היא חוזה השכירות:

* אם יש איסור בחוזה- לא ניתן להעבירו.
* אם אין איסור בחוזה- כשלא קיימת התניה חוזית, ובדרך כלל רוב חוזי הזכירות נותנים כוח למשכיר למכור את הנכס. אך אם ההסכם שותק ולא מתייחס לאפשרות המכירה, =ככלל למשכיר יש זכות קניינית והוא יכול למכור את הנכס לאחר. אבל כיוון שהזכות היא קניינית, הבעלים החדשים יהיו כפופים להסכם השכירות שנקבע בין השוכר לבעלים הראשונים וחייב לשוכר את כל החיובים כלפיו.

עבירות זכות בעלות המשכיר בזמן השכירות, ס' 21 הוא המסגרת החוקית לכך.

**סעיף 22-** עבירות של זכות השכירות על ידי השוכר. האם לשוכר יש כוח להעביר את זכות השכירות?

יש לדעת שבאופן עקרוני שוכר יכול להעביר שכירות בשתי דרכים:

* המחאת זכות- העברה של הזכות, למכור את הזכות ולהעבירה לאחר. חוק המחאת חיובים, קובע איך ניתן להעביר זכויות. כלומר דרך אחת היא לעשות הסכם של המחאה, העברה.
* שכירות משנה- מצב שבו השוכר הראשוני עדיין חלק מסוים מהשכירות- למשל סאבלט. השוכר המשני הוא משני לשוכר הראשי שעדיין נחשב כשוכר.

שני המקרים הללו חייבים להיעשות בהסכמת המשכיר! אם הוא אינו מסכים בגלל טעמים בלתי סבירים- יכנס לפעולה הכלל המשפטי הבא:

1. כשבהסכם **יש הגבלת עבירות** (שכיח):

במקרקעין- נתון לשיקול דעת ביהמ"ש.

במיטלטלין- יש איסור לביצוע העסקה, כי יש חשש להעלמות המיטלטלין.

1. כשבהסכם **אין הגבלת עבירות** (נדיר):

במקרקעין- יש הרשאה לבצע את העסקה, ללא ביהמ"ש.

במיטלטלין- לפי שיקול דעת ביהמ"ש.

הסעיף מנסה לייצר איזון בין הזוכר למשכיר כי לשניהם יש זכות קניין.

כלומר **ככלל- תמיד צריך הסכמה!** כשהטעם להעברה אינו סביר, נפעל באופן הבא:

תמונה שמכילה שולחן

התיאור נוצר באופן אוטומטי

סעיף 22 מנסה לייצר איזון בין השוכר למשכיר כי לשניהם יש זכות קניין. המשכיר הוא הבעלים והשוכר הוא בעל זכות קניינית, ויש פה שוכר עם זכות קניינית שיש לו ביד והוא רוצה לסחור בה. ונראה ככל, ס' 22 קובע כי יש צורך בהסכמה של המשכיר לפעולה הזאת. בכל חוזה סטנדרטי של שכירות תמיד הסכמי שכירות כוללים התניה סטנדרטית שהזכות היא לא עבירה ללא הסכמת המשכיר, זאת ברירת המחדל בכל ההסכמים. בכל מה שנוגע לעבירות, ס' 22 קובע שכלל, צריך תמיד הסכמה, ורק בנסיבות שבהן המשכיר לא מסכים להעברה מטעם בלתי סביר, רק אז נכנסת הטבלה לתוקפה. ההסדר שהמחוקק יצר באמת מנסה להיות רגיש בין השוכר למשכיר אך הוא גם רגיש לסוג הנכס.

מכיוון שמיטלטלין עוברים ידיים והם יכולים להיעלם, המחוקק חושש לאפשר העברה כזאת, ולכן לא משנה מה ההסכם קובע בנוגע לקיומה או היעדרה של מגבלת עבירות, כשמשכיר מתנגד מטעמים בלתי סבירים, בלי קשר למגבלת העבירות, אסור לבצע את העסקה, ובזה נגמר הסיפור. כשאין הגבלת עבירות יש שיקול דעת לבית המשפט לאשר את העסקה, אך חייבים תמיד או הסכמה של המשכיר או שיקול דעת של בית משפט, מהחשש שהמיטלטלין יכולים להיעלם. אך במקרקעין, מכיוון שהנכס קבוע במקום, נראה כי כאשר ההתנגדות מטעמים בלתי סבירים (ויש הגבלת עבירות) לבית המשפט יש שיקול דעת על ההסכם, וכשאין הגבלת עבירות יש סעד עצמי. הסעד הוא זכות דרמטית שיש לשוכר, אך שוב יש לזכור, זה רק בתנאי שאין הגבלת עבירות. תמיד זה עניין שיגיע לפתחו של בית משפט, אך זה כמעט לא קורה.

זהו ניסיון לעשות איזון בין הזכות הקניינית של השוכר לזכות הקניינית של הבעלים, ולרסן גם את הכוח של המשכיר ביחס לשוכר.

**מה הם אותם תנאים בלתי סבירים?**

לגבי עבירות הזכות, נדון מה זה אותם תנאים בלתי סבירים, זה עניין של פרשנות ולכן צריך להיות זהירים ביחס למשמעות של ההיגד הזה. בהקשר הזה יש פסיקה ונעמוד עליה:

הרבה פעמים ההתנגדויות של המשכיר יהיו סבירות, המשכיר שמתנגד להעברת שכירות ההתנגדות תהיה סבירה, וכמובן יש בפסיקה כל מיני קטגוריות שבית המשפט קובע שהסבירות של הסירוב נשמעת הגיונית, ולכן בית המשפט קיבל את טענת החלת הוראות ס' 22. הסבירות של הסירוב תלויה בנסיבות המיוחדות של כל מקרה, ונטל ההוכחה הוא על השוכר, השוכר הוא זה שצריך להוכיח שהטעמים היו בלתי סבירים. אין הרבה פסיקה בנושא זה, וזאת משום שרוב השוכרים לא מעלים על הדעת להעלות או להשתמש בכלי של ס' 22.

פס"ד אשגרום- סוג הנכס

פס"ד שהתמקד בסוג הנכס, ביהמ"ש אמר שסוג הנכס יכול להיות קטגוריה שבה המשכיר יכול להתנגד מטעם סביר להעברת הנכס. בית המשפט קובע כי יש נכסים שהמידה הדווקנית של הבעלים שלהם תצדיק את אי העבירות, את ההתנגדות שלהם. במקרה זה הייתה התנגדות של מנהל מקרקעי ישראל בגלל שהקרקע התקבלה במכרז ורצו להעבירה לממסד פרטי. ביהמ"ש קבע כי בגלל שמדובר בנכס שהוא נועד לשימוש ציבורי, סוג הנכס המדובר יאפשר התנגדות של המשכיר והיא תחשב כסבירה. פס"ד המסוים הזה התייחס לקטגוריה של סוג הנכס, בכך כשנכס שהוא לייעוד ציבורי שניתן במכרז, ניתן להתנגד להעברתו לגורם פרטי.

פס"ד מדינת ישראל נ' וייס- זהות השוכר

המוקד פה הוא זהות השוכר כקטגוריה שיכולה למנוע עבירות של הנכס. פס"ד התמקד בסיפור של משיבים שגרו בשיכון בביה"ס החקלאי במקווה ישראל, ביה"ס נתן למורים הטבה למגורים בשטח, כחלק מהטבות שמורים קיבלו. נינתו להם זכויות שכירות וחכירה בתנאים מטיבים. בהמשך, באחד מהסעיפים נקבע כי לחוכר אסור להעביר את זכות החכירה שלו לאחרים, בלי הסכמת מנהל מקרקעי ישראל. המשיבים, רצו להעביר את זכות החכירה שלהם בנכס לאחרים, שהם לא עובדי ביה"ס.  
ביהמ"ש קבע שכדי שחוכרים יוכלו להעביר נכס, הם צריכים להראות שהסירוב של המשכיר הוא סירוב חסר טעם, הוגן וממשי ולכן הוא בלתי סביר. ביהמ"ש קבע שסבירות הסירוב תלויה בנסיבות כל מקרה ומקרה. בהקשר הזה, ביהמ"ש קבע כי התניה שמגבילה את העברת השכירות לאנשים אחרים שלא עובדים בביה"ס, אומנם היא מגבילה את הזכות אך היא מוצדקת מכיוון שרוצים לשמר את הייעוד של הקרקע לשימוש ביה"ס ולצורך המורים שמלמדים בו ולא לאפשר הבאת אנשים חיצוניים, ולכן ההתנגדות להעברת השכירות הייתה סבירה והיא מותרת.

פס"ד בנק הפועלים- אי עמידה בתשלומים

פס"ד שדן בהתנגדות להעברת הזכות באי עמידה בתשלומים. במקרה זה, היה שוכר שרצה להעביר את השכירות שלו, בנסיבות שהוא לא עומד בתשלום שכר הדירה. לא הייתה בעיה עם סוג הנכס או זהות השוכרים, אך ביהמ"ש קובע כי כאשר השוכר לא עומד בתשלומים ומכר את חוזה השכירות, אי אפשר להעביר את השכירות וההתנגדות תיחשב כסבירה. במקרה שההתנגדות של המשכיר להעברת השכירות בנסיבות שהשוכר עצמו לא מקיים את חוזה השכירות ומנסה להעביר את זכות השכירות לאדם אחר, כאן טעמי ההתנגדות הם סבירים.

מעבר לכך בטעמים בלתי סבירים, יכולות להיות התנגדויות רבות- כמו נטייה מינית, דת, גזענות או אפליה וכו'. התנגדות של העברת זכות יכולה להיות מכל מיני טעמים על רקע ונסיבות שהן מוכרות כאפליה, ולכן בהקשר הזה חשוב להבין שבכל מצב צריך לבחון את הנסיבות לגופן ועל בסיס מה האדם התנגד. וכל דבר שנשמע לא תקין כמו בסיסי האפליה או התנגדות אחרת שנשמעת לא הגיונית- ניתן להעלות התנגדות על רקע סבירות הסירוב. חשוב לחדד כי הרבה פעמים כן יהיו התנגדויות על בסיסים לגיטימיים, כמו ההתנגדות לשוכר מחליף מטעמים כלכליים.

לסיכום הגבלת העבירות: באופן כללי, אם יש הגבלות עבירות בהסכמים, לא ניתן להעביר את השכירות ללא הסכמת בית המשפט. ככל שיש מגבלת עבירות בהסכם נצטרך לדון בבית משפט, ואם אין הגבלת עבירות ניתן לעשות את הסעד העצמי. כדי להיות מסוגל להעביר את השכירות, צריך לזכור שחייבים את טעמי הסירוב הלא סבירים ונטל ההוכחה על השוכר- הוא צריך להוכיח שהתנגדות המשכיר היא על רקע בלתי סביר, הוכחת הבסיס המשפטי. ואם הסירוב נובע מטעמים סבירים, לא ניתן להעביר את הזכויות.

**שכירות וחכירה לדורות**

מוסד חכירה לדורות, בחוק המקרקעין, בהגדרת השכירות- שכירות מעל 5 שנים נקראת חכירה ושכירות מעל 25 שנים נקראת חכירה לדורות.

יש שאלה גדולה לגבי המתח או ההבדל בין מוסד השכירות לחכירה לדורות, ומה המרחק בין חכירה לדורות לבעלות. היסטורית יש איסור להעביר בעלות במקרקעי ישראל. חוק מקרקעי ישראל, החוק הישראלי קובע על רקע הצדקות (עליהן נרחיב בהמשך) לאיסור העברת בעלות לצמיתות- איסור להעברת קרקעות בחוק מקרקעי ישראל. האיסור הזה תקף עד ימינו. כלומר בפועל כאשר קונים שטח בישראל, הזכויות היסטורית, תמיד לא היו זכויות של בעלות. בגלל החוק, המדינה לא יכולה להקצות את השטח לאדם הפרטי ולכן רוב הקרקעות הן בבעלות מדינתית (93%) ולא פרטית.

הפערים האלה בין כל אחת מהקטגוריות, בעבר, כאשר המדינה עשתה הסכמים עם אנשים אחרים, רוב האנשים הם בעלי זכויות חכירה לדורות ולא בבעלות. רוב האנשים לא היו עם זכויות של בעלים, אלא היו זכויות חכירה לדורות לתקופות זמן ארוכות מאוד. בהקשר הזה, המדינה הייתה מקיימת הסכמים עם אנשים שהיו מקבלים זכויות של שכירות או חכירה ל49 שנים עם אפשרות לחדש לעוד 49 שנים. כשהמדינה עשתה את זה, היא לא חשבה על מה שיקרה ב"יום שאחרי", עד לשנת 2009 ברפורמה שבנימין נתניהו העביר. כך שהרבה זמן חיינו במצב של שכירות מתמשכת ללא זכויות בעלות. אנשים פורמאלית לא היו מקבלים זכויות של בעלות. אחר כך, התעוררו שאלות בנוגע לגורלן של הקרקעות הללו בסיום 49 שנות חכירה. ב2009 נעשתה רפורמה שנקבע בה סיום המצב הקיים וכי כל מי שחכר לדורות יירשם כבעלים של הקרקע. מאז הופסקה הפרקטיקה של חכירה לדורות במגזר העירוני. אפשרו להעביר לידי אנשים בעלות אמיתית. ואכן מ2009 חל מבצע רישום של כל חוכרים לדורות לבעלים, ומ2009, כל הקצאה של קרקע המדינה העבירה זכויות של בעלות ובכך הופסק המוסד של חכירות לדורות במגזר העירוני.

**הפער בין שכירות לבעלות**

פס"ד לוסטיג נ' מייזליש- מה קורה בשכירות ארוכה, האם היא בעלות או שכירות?

פסק הדין נותן אינדיקציות לקביעה. ביהמ"ש עוסק במתח שבין בעלות שכירות, מה קורה כשיש עסקה ארוכת טווח ל999- הא זאת בעלות או שכירות, שם נקבע כי הצדדים התכוונו לעשות עסקה של העברת בעלות ולא שכירות. פס"ד מחדד את המתח מתי זה בעלות ולא שכירות. האינדיקציות המרכזיות היו מחיר העסקה (מחיר החלקה בשוק חופשי), תקופת ההסכם (האם זאת תקופת זמן מוגבלת- אם זאת תקופה של 999 נראה שזאת לא תקופת זמן של שכירות רגילה), תנאי ההסכם (שם נקבע כי השוכר רשאי לנהוג בנכס מנהג בעלים). כל האינדיקציות האלו הביאו את ביהמ"ש למסקנה כי מדובר בבעלות ולא בשכירות.

לאורך השנים הפסיקה עסקה בשאלה הזו, של מוסד השכרות לטווח ארוך על ידי המדינה.

בסו נ' מלאך- ביהמ"ש העליון בפס"ד בסון נ' מלאך נכתב:

"ואולם... אין זה סוד, כי במציאות הרווחת בישראל, מרביתם של חוזי החכירה לדורות שנערכו ונערכים בין מינהל מקרקעי ישראל או הקרן קיימת לישראל לבין אנשים פרטיים, כמוהם כחוזים להעברת בעלות... נוסח החוזים הללו איננו מותיר למעשה כמעט כל הבדל בין השתיים... בנסיבות אלו, חידוש החוזה הוא עניין פורמאלי בלבד."

במהות יש הבנה שאף אחד לא יפנה את האדם בסוף עסקת החכירה. כשחיינו תחת המוסד המשפטי של חכירה דורות, לתקופות זמן לזמן ארוך, מבחינה מהותית התפיסה הייתה שדה-פאקטו מדובר בבעלות. עושים את זה כי אסור להעביר בעלות פורמאלית, על פי חוק מקרקעי ישראל, מה שהוביל "לטריק" של חכירה לדורות, עסקאות ארוכות טווח. כשהבינו שסיום העסקה קרב, נדרשה הכרעה מה לעשות לגבי מוסד חכירה לדורות, מה שהוביל לביטול המסגרת הזו ועברו לצורה של בעלות.

**סוגי חכירה לדורות**

יש שני סוגים של חכירה לדורות:

1. במגזר החקלאי**-** התשלומים על זכויות החכירה שמקבלים (מול המגזר העירוני) נעשים בהנחות מופלגות עבור הזכויות שניתנות למגזר הזה (קיבוצים, מושבים וכו'- חלק ניכר מקרקעות המדינה). חוזי החכירה האלה נעשים בתשלום מאוד נמוך, שאם זו הייתה קרקע עירונית היו משלמים הרבה יותר. המגזר החקלאי מקבל הסכם חכירה שתשלום נמוך, מתוך הכרה בתרומה של המגזר החקלאי (פיתוח וחדשנות) למדינה. מצד שני הזכויות שהם מקבלים הן זכויות מאוד חלשות עם עבירות מאוד מוגבלת. חוזי השכירות שנכרתים במגזר החקלאי נתונים תחת מגבלות הרבה יותר משמעותיות וחזקות מהמגזר העירוני. לא רוצים לאפשר למגזר להעביר את הקרקעות הענקיות שהם מקבלים, ולכן הקרקעות שהם מקבלים הם בתנאים וזכויות הרבה יותר חלשות מבחינה עוצמת הזכות. זה מגזר שמשלם מעט ומקבל מעט.
2. במגזר העירוני- לעומת המגזר החקלאי, התשלומים גבוהים, מדובר בערך ריאלי. היו עסקאות בתשלום גבוה שמשקף את שווי הנכס לפי השוק (לא נעשה בהנחות) וזכויות הן בהתאם לשוק. ובהתאם מקבלים החוזה הוא חוזה שכירות בעל זכויות מוגברות לעומת המגזר החקלאי. ההסכמים שהמדינה עושה עם המגזר העירוני יותר טובים מבחינת עוצמתם בגלל התמורה הגדולה. היום כל הקצאה חדשה במגזר העירוני בלבד הוא במסגרת בעלות (לעומת החקלאי שלא השתנה, שעובד עם הסכמים משפטיים חלשים יותר). אך טיב הזכויות אנשים תמיד קיבלו הן זכויות ארוכות טווח, והפרקטיקה מ2009 עברה שינוי, אך עדיין לא הושלמה.

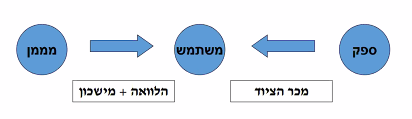
לסיכום: המוסד של חכירה לדורות היה שקול לבעלות, לפחות בקשר של רשות מקרקעי ישראל, כשהיא עשתה את העסקאות, ולכן מתייחסים לזה כבעלות לכלל דבר ועניין, במיוחד שהיום עושים את התיקון הזה במגזר העירוני.

**(2) שכירות במיטלטלין**

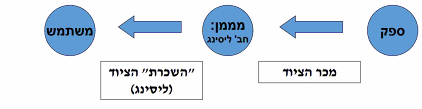
גם במיטלטלין מתעוררת הבעיה של הבחנה בין עסקאות שכירות לעסקאות מכר, כשמדברים על זכויות במיטלטלין, גם שם מתעורר הפער וההבחנה בין עסקת השכרה להעברת בעלות. הבעיה הזו מתעוררת בעיקר בהקשר של עסקאות ליסינג (לרוב מוכר בשוק הרכבים).

**עסקאות ליסינג**

לדוגמא- מתכתב עם פס"ד בעניין שורש: רופא שיניים צריך לקנות ציוד יקר והוא פונה לספק כדי לרכוש את הרכוש ואדם מממן כדי לממן את העסקה, הצורה הפשוטה היא ביצוע 2 עסקאות- אחת מול כל אחד מהצדדים: מהספק הוא רוצה לרכוש ומהגורם המממן הוא רוצה כסף. אפשר לעשות את זה בשתי דרכים:



1. לרוב הגורם המממן ירצה סוג של בטוחה, לרוב באמצעות משכון- אם לא יחזיר את ההלוואה הוא יפרע את החוב באמצעות הרכוש הממושכן. לאחר שהוא מקבל את הכסף הוא קונה את הציוד ומשתמש בו.
2. בפרקטיקה עושים עסקאות שנקראות עסקאות ליסינג= עסקאות החכרה. בעסקאות האלה, הגורם המממן רוכש את הנכס מהספק ומשכירו למשתמש, וחברת הליסינג בתורה משכירה את הציוד למשתמש. ובסוף תקופת השכירות, ניתנת למשתמש זכות לקנות את הסחורה בעלות מינימלית. כלומר פורמלית אין חוזה ישיר בין הספק למשתמש, למרות שיש ביניהם מו"מ. עסקת ליסינג אחרת- הספק והממן עושים את הרכישה כשבסופה הממן עושה עסקת שכירות עם המשתמש.



**הסיבות לעסקאות ליסינג**

1. שיקולי מימון של הרוכש- צד אשר איננו יכול לממן רכישת נכס מכספו האישי, ומסיבה כלשהי אינו יכול לקבל הלוואה רגילה בשוק האשראי, מעדיף לפנות לעסקת ליסינג מימוני כתחליף, כאמצעי מימון שהנכס עצמו משמש כבטוחה לתשלום. עסקה בדרך שלא ממנים בעצמם, אלא לאיזשהו גורם אחר, כדי לא ליטול הלוואה. בעסקת הליסינג הממנן הם בעלי הנכס והוא רק משכיר את הנכס למשתמש.
2. שיקולי מס- בעסקאות ליסינג ממוני (שהן באמת- כי לא תמיד ברור אם זאת עסקת ליסינג מהסוג הזה), שעל פי מהותה תוכר ככזאת לצורך דיני המס- היא בעלת יתרונות מיסויים, היא לא תמסה כעסקת מכר ועסקת הלוואה, והיתרון הגדול שלה שזה נעשה במודל הזה של עסקת השכרה, אותו משתמש יכול לנכות את התשלומים התקופתיים כהכנסה, לאורך כל התקופה ניתן לנכות את התשלומים כהוצאה מוכרת. ככל שיש יותר הוצאות החבות מס תהיה יותר נמוכה, והיתרון של ליסינג זאת האפשרות לנכות את כל התשלומים על השכירות כהוצאה. לא תיפסל על פי סעיף 86 לפקודה, טמונים יתרונות מס רבים.

מקבל הנכס, מנכה את התשלומים התקופתיים כהוצאה, כאמור בתקנות מס הכנסה (ניכויים מיוחדים למשתמש בציוד בשכר מכר), ובכך הוא מקדים את ניכוי עלות רכישתו של הנכס, במקרים בהם תקופת ההסכם קצרה מאורך חיי הנכס לצורכי פחת.

1. שיקול עסקי- מטפל בעניין של חוסר וודאות. לפעמים צדדים עשויים לכרות הסכם ליסינג כאשר אין להם וודאות לגבי כדאיות רכישת הנכס, לא בטוח האם רוצה לרכוש ולכן רוצים איזושהי תקופת ניסיון. כדי להתחמק מכך- יש למשתמש יכולת להשתמש ברכב לתקופת ניסיון לראות האם הוא מתחבר ואוהב את הנכס. כל הרעיון הוא שניתן לעצב את העסקה בצורה שתנטרל את הסיכון הכרוך בכך. למשל, לקבוע שהתשלומים התקופתיים הראשוניים ישקפו רק את השימוש והחזקה בנכס (כבכל שכרות) ולאחר פרק זמן מסוים להגדיל את התשלומים. אין חובה לרכוש בסוף התקופה, וניתן לעצב בדרך שתאריך ועומדת לפי רצון המשתמש, עם מרחב נשימה וללא טעויות.

הרעיון של ליסינג מעורר את המתח בין בעלות לשכירות במיטלטלין, קו הגבול בין שכירות לבעלות לא ברור.

**היתרונות של עסקת ליסינג**

מה המוטיבציה של חברת הליסינג? חסרת הליסינג אוהבת את העסקאות האלה מסיבה אחת מרכזית (הקשורה לשעבוד) הנובעת בין היתר מהניסיון לחמוק מהוראותיו הקוגנטיות של חוק המשכון. בעסקאות ליסינג, אנשים ככלל לא רוצים להיכנס להוראות חוק המשכון (כגון ס' 16- מימוש המשכון, רק לפי הוראות ח' המשכון, ס' 13- האפשרות לפדיון המשכון). הרבה פעמים אם נרצה לקבל בטוחה על נכס, הדרך הבטוחה לעסקת הלוואה, הדרך היא שעבוד הנכס שבדרך כלל יש מימון לרכישתו. דרך המלך היא ללכת ולקבל שעבוד\ משכון הרשום על הנכס. אלא שאם נקרא את הוראות חוק המשכון, נראה שיש פרוצדורה שלמה איך ממשים משכון, וכל מיני זכויות של האדם שמכן את הנכס, אז צריך להבין שכל ההוראות הקוגנטיות של חוק המשכון, ברגע שנוצר שעבוד מבחינה מהותית ומשפטית, יש הרבה חובות על האדם שקיבל את המשכון הזה לפעול בכל מיני דרכים.  
ולכן עסקאות הליסינג מנסות לעצב את העסקה בדרך שקוראים עסקת שכירות, מדביקים לה תווית של שכירות. ואם זאת עסקת השכרה, אם זה גורם מממן המשכיר את הציוד מבחינה פורמאלית- לא מעבירים למשתמש בעלות, אנחנו נמצאות מבחינה פורמאלית בחוק השכירות והשאילה. כתוצאה מכך לא יחולו הוראות חוק המשכון, והגורם המממן הבעלות נותרת בידיו והמשתמש מקבל זכות שכירות. הסיווג הפורמאלי עוזר לחמוק מהוראות חוק המשכון.  
אלא שבפועל בתי הנשפט מתחקים אחר המהות האמיתית של העסקה. ובסוף בתי המשפט לא נותנים לחברות הליסינג לתמרן עם משחק הסיווג של השכרה. בסוף, בתי משפט יתחקו אחרי המהות האמיתית של העסקה, אז הרצון לחמוק מהוראות חוק המשכון, לא תמיד יעשה את העבודה. טיפול שורש מדגים בצורה יפה, איך צדדים מנסים לעשות כל מיני קומבינות מבחינה חוזית, מנסים לחמוק מכל מיני הרואות ולעצב עסקאות המקילות על בעלי הנכסים, אך בסוף בתי המשפט מחויבים למהות האמיתית של העסקה.

**כיצד יש להתייחס לעסקת ליסינג?**

ומכאן, מגיעות לשאלה הגדולה של איך מתייחסים לעסקאות הליסינג האלו?

1. סיווג פורמאלי: למשל- איך קראת לעסקה? אם קראת לה עסקת שכירות, המשמעות המשפטית היא של שכירות. אך יש להבין כי סיווג פורמאלי לא התקבל בפסיקה. וזאת משום שבתי המשפט מחויבים למהות האמיתית של העסקה. הם מחפשים ומתחקים אחרי המהות האמיתית.   
   ולכן מבחינה מסוימת נוכל להגיד שחברת ליסינג היא הבעלים והמשכירה, כשהמשתמש הוא השוכר וזאת עסקת שכירות מבחינה פורמאלית. אך בתי המשפט לא הולכים בגישה הזאת, ומחפשים מה הכוונה האמיתית שבהסכם שבין הצדדים.

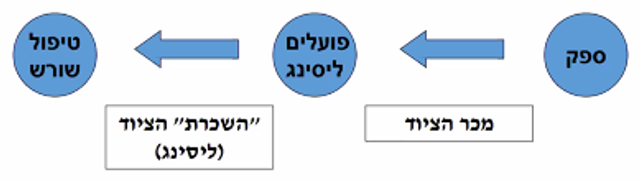
* העסקה תיחשב לשכירות ללא קשר למהותה האמיתית.
* חברת הליסינג בעלים (משכיר) והמשתמש שוכר.

1. סיווג מהותי: הגישה המקובלת שנראתה בסדרה של פסקי דין (בן חמו וכו)- היא הגישה של בתי המשפט להתחקות אחרי המהות האמיתית של העסקה. ואז, נבוא ונעשה סיווג מהותי. ולפעמים נגלה שעסקאות ליסינג נוכל לסווג לשני סוגי עסקאות:
2. שכירות אמיתית- שהכינוי שלה ליסינג תפעולי. עסקת השכרה אמיתית שחברת הליסינג נחשבת בעלים והמשתמש שוכר. התשלומים התקופתיים נחשבים לדמי שכירות של מיטלטלין.
3. עסקת אשראי (מכר והלוואה)- ליסינג ממוני. החלופה השנייה בשל תנאי העסקה יכולה לרמוז על זה שאין פה באמת עסקת השכרה, אלא לפעמים זאת עסקה שבה בעלי הנכס מוכר לאותו משתמש. זאת לא עסקת שכירות אמיתית אלא עסקת מכר שבמהות שלה היא עסקת מכר והלוואה. קוראים לזה שכירות, אך במהות חברת הליסינג מוכרת את הנכס לקונה, והרכב משמש כמשכון. עסקה בה המשתמש מקבל בעלות בפועל, ויש הלוואה שהוא צריך להחזיר, שהרבה פעמים הצדדים מעצבים את העסקה בדרך זאת לפיה הנכס משמש כבטוחה לאותה הלוואה. יש הדבקת תווית של כריות כדי להבטיח שההלוואה תוחזר, אך המהות האמיתית של העסקה תהיה שמדובר בעסקה של מכירה, העברת בעלות, ודמי השכירות הם למעשה החזר של ההלוואה. ושכל המטרה של שהכריות המאוסה שכפו עליה שכירות פורמאלית, המשמעות היא משכון- שיעבוד של הכנס כערובה לחיוב. הם קוראים לזה כבעלות משום שהם חוששים שאם תועבר הבעלות, לא תהיה בטוחה להחזרת ההלוואה. החיסרון הגדול לכך, זה שהשעבוד לא רשום- נלמד בהמשך. חשוב להבין כי חוק המשכון קובע בס' 2(ב) העסקה תהיה כפופה להוראות החוק אם משמעות העסקה האמיתית היא ליצור שעבוד של נכס כערובה לאיזשהו חיוב ולכן, עסקאות הליסינג שהמשעות האמיתית היא העברת בעלות וניסיון להבטיח ערובה, זה נכנס לגדרי חוק המשכון.

יש לזכור כי חוק המשכון חל תמיד על עסקה שמהותה האמיתית זה ליצור איזשהו שיעבוד של נכס כערובה לחיוב. ולכן בליסינג ממוני הוראות חוק המשכון חלות ומבחינה מהותית נקבע כי יש משכון.

פס"ד פועלים ליסניג נ' טיפול שורש

מידע עובדתי: שאלת טיב עסקת הליסינג, התעוררה בהקשר מסוים הקשור לחוק הריבית- אחריות של בנקים.  
פועלים ליסינג רכשה בליסינג ציוד רפואי למרפאת שיניים והשכירה אותו לטיפול שורש לתקופה של עשר שנים. יש גורם ממן שרוכש מספק ציוד למרפאת השיניים ואז עושה עסקת השכרת הציוד לחברת טיפול שורש. כשמסתכלים על העסקה עצמה ועל החוזה שנעשה, מבחינה מהותית דמי השכירות בסכם בין הצדדים שיקפו החזר של שווי הציוד (מחיר הציוד) ונלוותה לה גם תוספת ריבית והצמדה. דמי השכירות שנקבעו היו צמודים למדד המחירים לצרכן.



טיפול שורש באה ומנסה לתקוף את העסקה שנעשתה. היא טענה כי פועלים ליסינג לא עשתה עסקת שכירות אמיתית, המהות האמיתית היא עסקת מכר והלוואה- המודל השני, זה למעשה ליסינג ממוני אמיתי שיש בו מכר של פועלים על הציוד ונתינת הלוואה. בהסתכלות על גובה התשלומים- אם מדובר בעסקת מכר והלוואה, פועלים ליסינג נכנסת להוראות חוק הריבית. ולכן הפועלים ליסינג גבתה ריבית העולה על סך הריבית המותרת (בהלוואה צמודת מדד). מנגד פועלים ליסינג מתגוננת בטענה כי מדובר בעסקת שכירות אמיתית ולכן אין הכפפה של הוראות חוק הריבית ובכך היא יכולה לגבות ריבית הרבה יותר גבוה. הבנק מנסה לתחמן כדי לגבות ריבית הרבה יותר גבוהה על הלוואות. טיפול שורש, אחרי העסקה, תוקפת את העסקה הפורמאלית- הכנסת ריביות יותר גבוהות דרך קריאת העסקה כעסקת שכירות.

פועלים ליסינג טוענת שמדובר שכירות אמיתית (שלא כפופה להוראות חוק הריבית) ואילו טיפול שורש טוענת שמדובר בעסקת מכר ואשראי (אשר כפופה להוראות חוק הריבית אשר מגבילות את גובה הריבית).

השאלה המשפטית: האם מדובר בעסקת שכירות או עסקת מכר ואשראי הכפופה לחוק הריבית? ההשלכות של הסיווג זה האם העסקה כפופה להוראות חוק הריבית או לא. אם זאת עסקת מכר והלוואה, העסקה כפופה להוראות חוק הריבית, ואם זאת עסקת שכירות, עסקאות שכירות לא כפופות להוראות חוק הריבית כי זאת לא עסקת הלוואה.

ביהמ"ש- נותן הנחיות לשאלת הסיווג- מתי זאת עסקת שכירות אמיתית או עסקת מכר ואשראי? ביהמ"ש קובע שורה שלא אינדיקציות ונותן את ההנחיה איך להכריע במקרה המסוים.

קובע שיש לבחון כל עסקת ליסינג לגופה ולהכריע על פי מאפייניה לאור תכליתו של החוק הרלוונטי. בבדיקת מהות עסקה- ליסינג תפעולי או ממוני, צריך לבחון את העסקה לגופה ולהכריע על פי המאפיינים שלה לאור תכליות החוק. גם בחוק הריבית, כדי לבדוק אילו עסקאות כפופות להוראות החוק, צריך מבחינה מהותית לבדוק את סוג העסקה- האם יש פה עסקת מכר והלוואה או שמדובר בעסקת שכירות. המבחן הוא תמיד מהותי ולא ניתן להסתפק בסיווג הפורמלי. ביהמ"ש מחדד כי הסיווג של עסקה לצורך דין אחד, לא משמיע בהכרח תשובה לגבי סיווגה של עסקה בדינים אחרים. כלומר, בנסיבות של דין אחד, העסקה יכולה להיות מסווגת בדרך אחת, ובנסיבות אחרות בדרך אחרת. אז חשוב לזכור כי לא תמיד ניתן ללמוד מסיווג אחד לאחר, אלא שהכל תלוי בנסיבות העניין.

**השיקולים שיש לקחת בחשבון כדי להכריע במהות העסקה:**

פס"ד נותן 8 אינדיקציות לאיך מקבלים החלטה מהי מהות העסקה:

1. היחס בין התשלום התקופתי ובין שווי השוק של דמי שכירות הנכס- לדוגמא- בשוק של רכבים לבדוק מה שווי שוק אמיתיים בנכס, ולהשוות אותם לשווי התשלום התקופתי שנפרס בכל הסכם הליסינג שנעשה. ככל שנראה שיש פער בין התשלום התקופתי לשווי שוק של דמי שכירות בנכס, זה יחליש את היבטי השכירות של העסקה והנטייה תהיה לראות את העסקה כעסקת מכר ואשראי. אם יש פער והתשלומים התקופתיים לא נראים כמו תשלומים תקופתיים בשוק חופשי, ניטה לומר כי מדובר בעסקת מכר ולא עסקת שכירות אמיתית, כי אין פה באמת שיעורים שהייתי מצפה לראות בסוג הנכס הזה.
2. היחס בין שווי השוק הנוכחי של הנכס ובין היוון זרם התשלומים התקופתיים עפ"י הסכם הליסינג- לבדוק בכמה מסתכמים התשלומים התקופתיים כרגע על פי ההסכם (דמי השכירות), והלשוות לשווי שהוק הנוכחי של הנכס. אם אני רואה כי התשלומים התקופתיים מגיעים לשווי שוק נוכחי, זה יחזק את האופי של העסקה כעסקת מכר. ברגע שאני רואה שהשווי המסתכם של כל התשלומים התקופתיים של אותם דמי שכירות שקראנו להם דמי שכירות, אם אני רואה שהצירוף של כולם מגיע לשווי שוק של עסקת מכירה, זה מחזק את המאפיינים של העסקה כעסקת מכר ולא עסקת שכירות.
3. האם קיימת אופציה של רכישה בסיום התקופה וכמה נדרש לשלם כדי לממש את האופציה הזאת- בדרך כלל כשמדובר בעסקאות ליסינג ממוניות של מכר והלוואה, תהיה אופציה של רכישה בסוף התקופה, תרומת ערך מינימלי- יש להוסיף סכום פעוט כדי לרכוש את הנכס, וזה מצביע על עסקת מכר והלוואה ולא עסקה של שכירות אמיתית. זאת אומרת, כל התשלומים היו למעשה לקראת מימוש של החזר הלוואה, ובתשלום מינימלי בסוף, זה מעיד כי כל הזמן שילמת על קניית הנכס ולא על שכירות אמיתית שלו. קיום של אופציית רכישה ומימון מינימלי מהווה אינדיקציה לעסקת מכר ולא שכירות (כי רוב התשלום נעשה קודם לכן, במהלך ה"שכירות").
4. מספר הצדדים לעסקה- אם בדרך כלל בין בעלי הנכס ושוכרו קיים צד נוסף, שכל מה שהוא עושה הוא מימון העסקה- אשר עניינו האמיתי הוא בעסקת אשראי עם השוכר, יחזק הדבר את הנטייה לראות בעסקת ליסינג מימוני, עסקת אשראי. ברגע שנדחף בין הספק לקונה עוד גורם מימוני, זאת תהיה אינדיקציה שאותו שחקן נכנס לתמונה כדי לקנות ולמכור, ולמעשה לתת הלוואה לאותו סוחר. ככל שיש יותר גורמים ושחקנים ולא רק ספק ומשתמש, בבדרך כלל הנטייה תהיה לראות כעסקת מכר ולא עסקת שכירות אמיתית.
5. השיקולים אשר הביאו את מקבל הנכס לכריתת הסכם הליסינג:
6. איזה כוחות משפטיים ניתנו לשוכר ביחס לנכס ואיזה כוחות שוירו למשכיר? הכוחות המשפטיים שניתנו לשוכר ביחס לנכס אל מול הכוחות ששוירו בידי המשכיר. למשל בפס"ד לוסטיג, היה כתוב בהסכם כי השוכר יכול לנהוג בנכס כמנהג בעלים- איזה אדם שרוצה להשכיר את הנכס ירצה להעניק לשוכר זכות בעלות ולא שכירות? זה כמובן מחזק שמדובר בעסקת מכר. וגם כאן צריך לבדוק לפי תנאי ההסכם איזה כוחות משפטיים קיבל השוכר ביחס לנכס ואיזה כוחות שוירו בידי המשכיר, ככלל שיש יותר זכאויות למשכיר המשמיעות זכויות של בעלים ולמשכיר לא נשאר דבר, הנטייה תהיה לראות בעסקה כעסקת מכר ולא שכירות, שנותנת זכות החזקה ושימוש בלבד (אם זה חורג מזכות החזקה ושימוש לתקופה מוגבלת זה מעיד על עסקת מכר).
7. חברת ליסינג מימוני בדרך כלל משכירה את הנכס פעם אחת בלבד. אלו לא חברות שבעלות הכוחות והיכולת להחזיר את הנכסים בסוף התקופה- היא אינה חפצה בו בתום תקופת החוזה ואינה ערוכה לאחסנו. בדרך כלל הנכס עובר ישירות מהספק למשתמש. לעומת זאת, בחברת ליסינג תפעולי, משכירה את הרכב מספר פעמים ללקוחות שונים. בין השכירויות השונות היא מאחסנת את הנכס ומתחזקת אותו (כדוגמת חברות השכרת רכב). האופי פעיות של חברות- מימוני לעומת תפעולי- הוא שונה והן בדרך כלל מתנהגות אחרת ביחס לנכסים, וגם זה יכול לסייע באבחנה בין העסקאות.
8. בליסינג מימוני לא ניתן להפסיק את השכירות באמצע, משום שדמי השכירות משמשים להחזר הלוואה ולרכש, לפירעון ההלוואה שמימנה בפועל את רכישת הנכס.

**העובדות בפס"ד טיפול שורש:**

* ההזמנה בוצעה בהנחיית טיפול שורש.
* שכירות לעשר שנים יותר מאשר אורך חיי הנכס.
* סך דמי השכירות משקף מחיר הנכס בתוספת הפרשי הצמדה וריבית.
* הייתה אופציה בסוף התקופה לרכוש את הנכס ב1% ממחירו.

לכן ביהמ"ש קובע שלא מדובר בעסקת שכירות אמיתית, אלא מדובר בעסקת מכר והלוואה (ליסינג מימוני) ולכן ככזאת, העסקה כפופה להוראות חוק הריבית ולכן צריך להחזיר את הפרש הריביות שנגבו. הסיווג האמיתי שנקבע היא עסקת מכר והלוואה.

מה הסיפור מלמד אותנו? כעורכי דין ובטח בתחום של מקרקעין, תמיד חשוב להבין איזה עסקה אנחנו עושות, ומה אנחנו רוצות להשיג כשאנחנו מעצבות עסקה. הרבה פעם, קל יהיה לקבוע שעסקת שכירות אמיתית אבל לפעמים, זה לא יהיה המצב, ונצטרך לבחון דברים נוספים- כלכליים אחרים, מה הצדדים באמת ניסיון לעשות והאם זה נופל להגדרות המשפטיות שאנחנו מכירות. ביהמ"ש נכנס לתמונה כדי לעזור לנו להחליט לאיזה סיווג מהותי אנחנו נופלות כשמדבור בסוג של עסקאות כאלו.

1. **זכות השאילה**

שאילה היא זכות שמבחינה מהותית נותנת זכאויות שונות הדומות לעסקאות שכירות. ס' 26 קובע כי זכות השאילה כוללת בתוכה- זכות להחזיק ולהשתמש בנכס. ההבדל היחיד בין עסקאות שאילה לשכירות היא שאלת התמורה. לפי ס' 26 לחוק השכירות והשאילה: שאילה היא זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות, כשהזכות הוקנתה שלא בתמורה.  
עסקת שאילה זאת עסקת חסד- שעושה "טובה" לשואל, ובהקשר הזה צריך להבין כי עסקת השאלה היא עסקה שהכוחות דומים לשכירות אך שאלת התמורה לא קיימת.

חוק השכירות והשאילה קובע שורה של הוראות חוק, הכוחות שניתנים לשואל הם יותר מגובלים מהכוחות של השוכר. הוראות חוק השכירות והשאילה, נראה כי יש פרק שעוסק בהשאלת נכסים- ס' 26- 30. סעיפים אלו, עוסקים בהשאלה של כל סוגי הנכסים, חוק השכירות והשאילה עוסק בהשאלה של נכסי מיטלטלין ומקרקעין.

* ס' 27 הוא ס' מרכזי, מרבית ההוראות בחוק השכירות והשאילה לגבי שכירויות, יחולו בשינויים המחויבים גם על שאילה, והחוק בורר את הסעיפים שיחולו.

בהקשר הזה. בגלל שזה עסקת חסד, שהמשאיל עושה "טובה", החוק שולל הרבה זכויות מהשואל. למשל ס' 28 העוסק בשלילת תרופות- לא נותן לשואל כוחות לתבוע אכיפה על הפרת חוזה שאילה, אם יש פערים של אי התאמה של המושאל\ פערים העסקה זאת לא אי עילה לקבלת פיצויים, משום שהמשאיל עשה "טובה" ולכן לא ניתן להתחיל לתבוע אותו כי זאת עסקת חסד בלי תמורה כלשהי. יש כוחות מאוד מוגבלים ביחס למשאיל, כי זאת עסקה ללא תמורה.

* ס' 29 עוסק בסיום השאילה ולמשאיל, זה שנתן את הזכות לשואל, יש הרבה כוחות לסיים את השאילה מתי שהוא רוצה ובכל מיני נסיבות. ס' 29 מדבר על הכוחות האלו ומראה למשאיל יש הרבה יותר כוח בהשוואה למשכיר, מכיוון שזאת עסקה חינמית. במילים אחרות- נראה מערך כוחות שונה מהשכרה של נכסים מכיוון שזאת עסקת חסד.
* ס' 30 שעוסק בהעברת שאילה- כל הדיון של ס' 22 בהעברת שכירות, שם ראינו שיש איזונים בין המשכיר לשוכר, בשאילה, ס' 30 קובע כי כל זה לא קיים, השואל אינו רשאי להעביר לאחר. שם, כל הדיון של טעמים לא סבירים, לא קיים. לא ניתן לעשות עסקאות כאלו בלי הסכמת המשאיל.

כל זה מחדד כי זכות השאילה היא זכות הרבה יותר חלשה משכירות מבחינת הכוחות של השואל. למשאיל יש הרבה כוחות ביחס לאותו שואל, מכיוון שזאת עסקת חסד ולא עסקת בתשלום, אין תמורה.

חוק השכירות זה חוק שעבר הרבה שינויים ותיקונים מסיביים- הוסיפו בו פרק שלם ביחס לחוזה שכירות למגורים. זה רלוונטי להרבה מקרים- כל מי ששוכר דירה מנכסים של בעלים. זהו פרק יותר צרכני, שנועד להגן על שוכרים של דירות. במקור, היה ניסיון, ברוח המחאה החברתית, לקבוע הגבלות על גובה שכר דירה. הניסיון לא צלח- רצו לקבוע הגבלות על יכולת להעלות שכר דירה, משהו שדומה התערבותית להוראות חוק הגנת הדייר. אך מה שכן צלח זה הוראות התערבותיות קוגנטיות שעוסקות בחוזי שכירות למגורים. מגינות בעיקר על שוכרים וקובעות כל מינ הגבלות לגבי התאמה של דירה למגורים, מהי דירה ראויה למגורים, מה קורה כשיש פגמים וליקויים בדירות, איזה תשלומים צריך לשלם, כמה פקדונות המשכיר יכול לקחת וכו. החוק הוסיף תוספת ראשונה ושנייה שמדברות על דירות שלא ראויות למגורים ומה הסנקציות במצב כזה-למשל דירה ללא מערכת ניקוז וכו. החוק יצר כל מיני מנגנונים התערבותיים כדי להגן על שוכרים, ומעניקות לשוכר הרבה כוחות ביחס לחוזה שכירות למגורים.

בנוסף נראה כ החוק קובע בס' 25ב- יש לכאורה המלצה בחוק לעשות את ההסכמים בכתב בלי קשר לתקופה (מנגד לחוק שקבע כי עד חמש שנים לא צריך דרישת כתב), גם אם לא עשיתם את זה החוזה תקף, זה לא משנה את הוראות החוק שחוזה שכירות יכול להיות בע"פ.

1. **זיקת הנאה**

זיקת הנאה זאת זכות קניינית יותר חלשה מזכות השכירות מבחינת הזכאויות שהיא נותנת. סעיף 5 לחוק המקרקעין מגדיר מהי זיקת הנאה: "זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם".   
כלומר השעבוד לא בא עם זכות החזקה. זיקת הנאה נחותה משכירות, היא באה עם כוחות מאוד מוגבלים- למעשה זו הכפפה של מקרקעין להנאה לצד שלישי, שלא באה עם זכות החזקה בנכס. חשוב להבין כי זהו ענף משפטי לא נפוץ ולא נעשה בו שימוש רב, וכמעט ולא נעשית בצורה רצונית על ידי אנשים. כל עוד בעל המקרקעין לא יוצר אותה היא לא תתרחש.

יש בחוק מס' סוגים של זיקות הנאה, שמקובל לדבר על 4 סוגים: ארבעת הסוגים אלו ארבעה דפוסים של יצירת זיקת הנאה: אנחנו כפופים לדרכים האלה בלבד, ולא ניתן ליצור דפוסים נוספים:

* **מקרקעין זכאים** – כאלו המקבלים זיקת הנאה, זכאית להנות מהזיקה.
* **מקרקעין כפופים** – אלו שנותנים זיקה במקרקעין שלהם למישהו אחר, הוא כפופים לזיקה שניתנה.

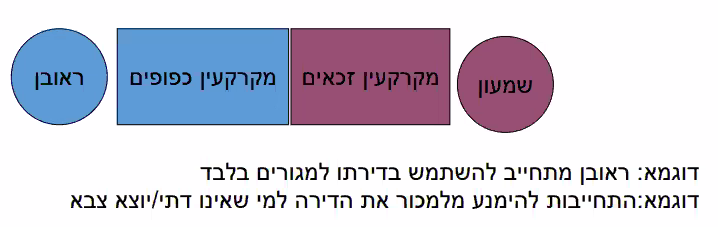
1. **זכות לעשות שימוש במקרקעין הכפופים**

סעיף 93(א)(1): "זיקת הנאה יכול שתקבע כי בעל המקרקעין הזכאים או מי שהזיקה ניתנה לטובתו זכאי לשימוש מסויים במקרקעין הכפופים".   
יש כמה מונחים שצריך להבין: זיקת הנאה בהקשר הזה קובעת כי ניתן לתת למישהו לעשות שימוש במקרקעין הכפופים. למשל ראובן הוא בעלי מקרקעין והוא ראובן בלי מקרקעין והוא יוצר את הזיקה, ביצירת זיקה יש הכפפה של מקרקעין להנאה לטובת מישהו אחר. ולכן קוראים למקרקעין כפופים, כי הם כפופים לזיקה. ראובן נותן למישהו אחר זכות לעשות שימוש במקרקעין הכפופים.   
החוק קובע כי טיב זיקת הנאה, זה אומר שבעל המקרקעין הכפופים- ראובן, יכול לתת את הזכות למקרקעין זכאים (נגיד חלקת אדמה הכפופה אליו) ושהיא תהיה זכאית להנות מהזיקה. מי שנמצא בחלקה הזו יכול להנות מזיקת ההנאה. למשל זכות מעבר- כל מי שחי במקרקעין הזכאים, זכאי לעבור דרך חלקת האדמה של בעל המקרקעין הכפופים. זו דוגמא לזיקת הנאה לטובת מקרקעין זכאים או לטובת אדם מסוים.



הדוגמא הקלאסית לזיקה הנאה של זכות לעשות שימוש זו זכות מעבר.

1. **התחייבות של בעל המקרקעין להימנע מביצוע פעולה בקרקע שלו.**



הדפוס השני של זיקות הנאה נקבע בסעיף 93(א)(2)- "כי בעל המקרקעין הכפופים חייב להימנע מביצוע פעולה מסוימת באותם מקרקעין".

תוכן הזיקה מהסוג השני הוא למעשה התחייבות של בעל המקרקעין להימנע מביצוע פעולה בקרקע הכפופה, בקרקע שלו.

למשל- ראובן יכול להתחייב להשתמש במקרקעין שלו למטרות מגורים בלבד ולא למשרדים, למרות שהוא יכול טכנית לעשות זאת או להימנע להשכיר למישהו מסוים. להימנע מביצוע פעולה במקרקעין שלו, כשההימנעות הזו נותנת איזשהו יתרון למישהו אחר. הסוג השני לא נותן זכות שימוש לאדם שמקבל את זיקת ההנאה, אלא זה נותן לו איזשהו יתרון שהוא נהנה ממנו, ההימנעות של בעל הקרקע לעשות פעולה בקרקע, נותנת לצד השני יתרון שחשוב לו. דוגמא של התחייבות של הימנעות מתיפוף לאורך שעות היום. הם לא מקבלים זכות פוזיטיבית ליהנות מהמקרקעין בצורה כלשהי, אבל מקבלים יתון שקשור לשימוש של בעלי המקרקעין. במקרה הזה הימנעות של ביצוע פעולה מסוימת.

1. **ביצוע פעולה ע"י בעל המקרקעין הכפופים**

מחייב את בעלי המקרקעין הכפופים בביצוע פעולה מסוימת. סעיף 93(ב): "זיקת הנאה לטובת מקרקעין יכול גם שתקבע כי בעל המקרקעין הכפופים חייב לבצע בהם פעולה מסוימת או שלא יהיה זכאי למנוע ביצוע פעולה מסוימת במקרקעין הזכאים".



כאן אנחנו עוברות מזכות שימוש או הימנעות לדבר שמחייב את בעל המקרקעין לעשות פעולות. והסוג השלישי קובע כי בעל המקרקעין הכפופים, חייב לבצע פעולה במקרקעין שלו. כאן זה כבר חובות אקטיביות על בעל המקרקעין שמישהו מקבל מזה יתרון. ברוב המקרים הדבר ייעשה על מנת לקבל תמורה מסוימת.

למשל- ראובן חייב לתחזק גדר שמפרידה בין החלקה שלו לחלקה השכנה לו. כאן הוא מתחייב לבצע פעולה מסוימת. לשים לב שבדרך כלל זה לא יעשה בהתנדבות, ביצירת זיקות הנאה כאלו לרוב זה נעשה בתמורה והצדדים מסכימים שתהיה תמורה. אלו אל עסקאות או נטלים שאנשים קובעים במקרקעין שלהם בלי תמורה. נעשה את זה כי אנחנו רוצות לקבל איזשהו יתרון, כולם מרוויחים פה משהו ובדרך כלל הם לא יעשו בלי לקבל יתרון מיידי.

1. **בעל המקרקעין הכפופים אינו זכאי למנוע פעולה במקרקעין הזכאים**

לפי סעיף 93(ב): "זיקת הנאה לטובת מקרקעין יכול גם שתקבע כי בעל המקרקעין הכפופים... לא יהיה זכאי למנוע ביצוע פעולה מסוימת במקרקעין הזכאים".

זיקת הנאה במקרקעין יכול להיות שתקבע כי בעל המקרקעין הכפופים לא יהיה זכאי למנוע ביצוע פעולה מסוימת במקרקעין הזכאים. כאן זה יותר דרמטי, כי בעל המקרקעין הכפופים קובע התחייבות כי הוא לא יוכל למנוע פעולות של בעל מקרקעין אחר שבמצב רגיל כן היה יכול למנוע.

למשל- שלילת הזכות למנוע רעש במקרקעין הזכאים (אחרי השעה 23:00 או בין 2 ל4). בזיקת הנאה המסוימת הזאת, כאן האדם מגביל רק את עצמו, מקום שבמצב אחר הוא יכול היה לפעול מבחינה חוקית.

יש שאלה לגבי תוקף העסקאות האלו כמו תקנת הציבור, אך יש לזכור שמדובר בעסקאות רצוניות, שהצד מקבל תמורה. יכולות להיות בעיות, ומישהו אחר כן יכול לפעול נגדו, אך כבעל מקרקעין כפופים המשפט לא מונע ממנו ליצור זיקות הנאה כאלו.

**דרכי יצירת זיקת הנאה**

זיקות הנאה נוצרות במגוון דרכים:

1. זיקת הנאה מכוח הסכם- הדרך הקלאסית שבה זיקת ההנאה נוצרת היא מכוח הסכמי. בעלי מקרקעין יוצר הסכם עם אדם מסוים וקובעים בהסכם את התוכן של זיקת ההנאה- איזו זיקת הנאה תהיה לאותו אדם, לפי ארבעת הדפוסים. יש לזכור כי ניתן לקבוע את תקופתה של זיקת ההנאה- לתקופה מוגבלת או לצמיתות, כל הוראה המקובלת לשני הצדדים לגבי משך זיקת ההנאה. כדי שזיקת הנאה שנוצרה מכוח הסכם תהפוך לזכות קניינית, חלות עליה הוראות ס' 7 לחוק המקרקעין. ברירת המחדל הוא ס' 7, אם המחוקק לא מחריג, ברגע שנחתם הסכם מול אדם מסוים, כדי שהזכות תצא מהמרחב של זכות חוזית בין הצדדים, חייב לרשום אותה, זאת נחשבת עסקה במקרקעין לצורך ס' 6, ולכן לפי ס' 7 יש חובה לרשום אותה במרשם המקרקעין כדי שתהפוך לקניינית. ללא הרישום תינתן התחייבות חוזית להקנות זיקת הנאה בלבד- אך אחד לא יודע על הזכות חוץ מצדדי החוזה.
2. זיקת הנאה מכוח שנים (התיישנות)- הדרך השנייה היא זיקת הנאה מכוח התיישנות, ובזה עוסק ס' 94 לחוק המקרקעין הקובע כיצד נוצרת זיקת הנאה מהתיישנות. אלו זיקות הנאה יותר נדירות. סעיף 94 לחוק המקרקעין מפרט:

* עושה שימוש בזכות שנופלת בגדר ארבעת דפוסי יצירה זיקות ההנאה 0ס' 93א-ב), מי שמשתמש בזכות כזו לפי ס' 94, בזכות שראויה להיות זיקת הנאה למשך 30 שנים רצופות, החוק קובע כי המשתמש רכש את הזיקה- הזכות הופכת להיות קניינית מכוח השימוש הממושך אפילו ללא רישום. כלומר, המשתמש זכאי לדרוש את הרישום אך הוא לא חייב משום שהזכות הקניינית נוצרת מכוח זה ששלושים שנים, המשתמש עושה דבר פומבי שכולם יודעים ממנו, ואז יש זכות קניין.
* התנאי של 94, מעבר לשימוש בזכות מעבר ל30 שנים רצופות זה שהשימוש יהיה שימוש פומבי שנוגד את זכות הבעלות שהבעלים מודע לו. אחרי שימוש למשך שלושים שנים, גם אם הבעלים לא התנגד באופן פומבי לשימוש בזיקת הנאה, המשתמש רוכש זכות קניינית מכוח התיישנות במקרקעין. הזכות הקניינית, השימוש הממושך יוצר אותה ולא הרישום, אין הכרח לרשום- את רשאית אך לא חייבת לדרוש את רישומה בשביל להפוך אותה לקניינית.   
  ודוק- ללא הודעה בכתב של בעל המקרקעין שהוא מתנגד לשימוש בזכות. 🡨 סעיף 94 ב': אם ניתנה הודעה בכתב לאסור את השימוש שנעשה במקרקע, היא מוחקת את שנות השימוש בקרקע עד אז. אם הבעלים נותנים הודעה בכתב, כל הודעה כזאת קוטעת את הקצף ומוחקת את התקופה שהצטברה. כל הודעה בכתב לרבות הודעה לציבור, מוחקת את הצטברות התקופה ומונעת את האפשרות לזיקת הנאה מכוח שנים.
* הזכות הקניינית נוצרת מכוח השימוש הממושך, אף ללא רישום. ס' 94ב' מסיים את רציפות השלושים שנים.
* לא ניתן לרכוש זיקות הנאה במקרקעי ציבור (עפ"י סעיף 113(ג')). אין זיקת הנאה מכוח שנים במקרקעי ציבור, מקרקעי ציבור כוללים את כל סוגי מקרקעי ישראל (מקרקעין של מדינת ישראל, קק"ל, רשות הפיתוח, רשויות מקומית ומקרקעין שהוקמו על ידי חיקוק). במילים אחרות, ס' 94 חל רק על קרקע פרטית של אדם פרטי, לא ניתן ליצור זיקות הנאה מכוח שנים במקרקעי ציבור והרציונל לכך הוא ברור- למדינה אין שליטה אפקטיבית בשטחים, פולשים לשטחים בלי סוף ולכן אף אחד לא מצפה שהמדינה תפעיל איזשהו פיקוח בכל אתר ואתר שיש לה, ולכן זיקות הנאה מכוח התיישנות (113ג') אין תחולה ל94 במקרקעי ציבור (93% משטח המדינה שבבעלותה).
* 30 שנה מהווה איזון בין ההסכמה המשתמעת של הבעלים לבין בעלות הבעלים.
* במידה ויש הסכם בין הצדדים שיוצר את זיקת ההנאה, ההתיישנות תתחיל בסיום ההסכם.

יש להדגיש שוב, זיקת הנאה מכוח התיישנות חייבת להיות גלויה שהבעלים מודעים לה- זה חייב להיות גלוי, שנוגד את זכות הבעלות, והבעלים מסכימים בשתיקה- מאפשרת ומודעת לזכות. התנאי הוא שהשימוש פומבי שנוגד את זכות הבעלות שהבעלים מודע לו (לא לחתוך דרך השטח ב2 בלילה כשאף אחד לא רואה).

**תקופת זיקת ההנאה ותנאיה (ס' 96)**

**תקופת הזיקה ותנאיה**

96.  זיקת הנאה היא לתקופה בלתי מוגבלת, זולת אם נקבעה לה תקופה בתנאי הזיקה; אולם בית המשפט רשאי, על פי בקשת צד מעונין או היועץ המשפטי לממשלה, לבטל את הזיקה או לשנות תנאיה, אם ראה לעשות כן בגלל אי הפעלת הזיקה או בגלל שינוי בנסיבות השימוש בה או במצב המקרקעין הזכאים או הכפופים; ורשאי בית המשפט לפסוק פיצוי למי שנגרם לו נזק על ידי הביטול או השינוי.

זיקת הנאה יכולה להיות לתקופה בלתי מוגבלת, אלא אם נקבעה לה בהסכם תקופה בתנאי הזיקה, קצבנו תקופה והגבלנו אותה לתקופה מקוצבת, שאז ההסכמה תגווע. אחד הדברים הנוספים שס' 96 עושה הוא פתח לביטול הזיקה- יכולה לחול על המקרקעין זיקה אך ס' 96 קובע כי אם ביהמ"ש או היועמ"ש לממשלה רשאים לפנות ולבקש לבטל את הזיקה ולשנות את תנאיה בגלל נסיבות שונות. אולי כי הזיקה לא מופעלת, שינוי בנסיבות השימוש בה או מצב הקרקע שנהנית מהזיקה וכו. יכולים לקרות כל מיני דברים שבגללם צריך לשחרר את הקרקע מהזיקה. כך שיש דרך לצאת מזה, דרך ס' 96. עם זאת, הסיפא קובעת כי ביהמ"ש רשאי לפסוק פיצוי אם נגרם לו נזק על ידי הביטול או השינוי.

ס' 96 מאפשר לסיים את הזיקה בתנאים האלו, הסעיף בקושי מופעל אך חשוב לדעת שיש דרך ליציאה מהזיקה בנסיבות שונות.

**מגבלה על עבירות הזכות (ס' 95)**

**העברת הזיקה**

95.  בזיקת הנאה לטובת אדם או סוג בני אדם אין בעלי הזיקה רשאים להעביר זכותם אלא בהסכמת בעל המקרקעין הכפופים, והוא באין הוראה אחרת בתנאי הזיקה.

בסופו של יום, כשנותנים זיקות הנאה ניתן להגדיר בהסכם היוצר את הזיקה, לטובת מי היא ניתנת- לטובת אדם מסוים, לטובת סוג בני אדם (קבוצת אנשים כמו דיירי בית משותף), לטובת הציבור כולו ואפילו לטובת חלק אדמה מסוימת- מקרקעין זכאים. ניתן להגדיר כל מיני זכאים בהסכם.

ס' 95 קובע כי בזיקת הנאה לטובת אדם או סוג בני אדם אין בעלי הזיקה רשאים להעביר זכותם אלא בהסכמת בעל המקרקעין הכפופים, והוא כשאין הוראה אחרת בתנאי הזיקה. לשים לב כי ס' 95 קובע בצורה מפורשת שכאשר הבעלים יצר זיקה- האם ניתן לסחור בה כשזיקת הנאה נוצרה לטובת אדם או סוג של בני אדם (פרסונלית), בעלי הזיקה לא רשאים להעביר את הזכות אלא בהסכמה של בעל המקרקעין הכפופים. בדומה לכך, אם נוצרה זיקת הנאה לטובת מקרקעין מסוימים לא ניתן להעבירה לקרקע אחרת- כי הזיקה נוצרה לגוש חלקה X ולא ניתן להעביר אותה לקרקע אחרת.   
ולכן, הזכות היא לא עבירה וצריך להקפיד על הכללים האלו.

גם אם הזיקה נוצרה מכוח השנים, הזיקה תהיה פרסונלית לטובת המשתמש, משום שזיקת הנאה מכוח שנים נוצרת מכוח שימוש תדיר של מישהו מסוים, ולכן היא נוצרת רק לטובת המשתמש ולא לטובת אנשים אחרים, וכתוצאה מכך, היא לא עבירה. אם זיקת הנאה מכוח התיישנות פוגעת בצורה קשה בבעלי המקרקעין, לא נרצה להרחיב את היקף הפגיעה בה.

**ההבדלים בין שכירות וזיקת הנאה**

|  |  |
| --- | --- |
| **שכירות** | **זיקת הנאה** |
| זכות קניין בנכס של הזולת | זכות קניין בנכס של הזולת |
| במקרקעין, במיטלטלין ובזכויות | במקרקעין בלבד |
| בתמורה | בתמורה או שלא בתמורה  אין אמירה מפורשת בהגדרת הזכות ולכן יש חופש לקבוע זכות ללא תמורה. |
| לפרק זמן מוגבל | לפרק זמן מוגבל או לצמיתות |
| **כולל החזקה** | **העדר זכות החזקה** |

זיקת הנאה לא כוללת החזקה וזה ההבדל המשמעותי! לעומת זאת, שכירות כן כוללת החזקה.

1. **זכות קדימה**

זכות קדימה היא זכות קניינית שקיימת רק במקרקעין ומוסדרת בסעיפים 99-106 בחוק המקרקעין. זכות קדימה היא זכות, שלמעשה אם נסתכל על הגדרות החוק, זוהי זכות סירוב ראשונית לרכוש מקרקעין- ניתנת לאדם אופציה לרכוש את המקרקעין והוא מקבל עדיפות על פני כל אדם אחר ביום שהבעלים ירצו למכור את המקרקעין שברשותם. עדיפות להיות ראשון בתור כניצע לעשות עסקה כזאת. נראה כי יש שני סוגים של זכויות קדימה:

* זכויות קדימה הסכמיות- על פי הסכם.
* זכויות קדימה שהדין יצר- כאלה שהחוק יצר- עפ"י דין.

המשמעות האופרטיבית היא שאם יש זכות קדימה כזאת, האדם שמקבל אותה יהיה רשאי לרכוש את הנכס לפני אנשים אחרים, כשבעלי הנכס\ החוכר ירצה להעביר לאדם אחר.

המסגרת שלנו היא זכות הקדימה ההסכמים מכוח ס' 99. ונוסף אליו, ס' 106 מבהיר כי הוראות הסעיף חלות לא רק לגבי בעלויות אלא גם לחכירות לדורות. גם חוכר לדורות יכול ליצור זכויות קדימה ביחס לזכויות האלה.

1. **זכות קדימה עפ"י הסכם**

מפורטת בסעיף 99, הזכות נעשית ברמה ההסכמית, היא חייבת רישום. אחרי שנעשה ההסכם של זכויות קדימה, לפי ס' 7 לחוק המקרקעין חייבים לרשות את זכות הקדימה- כדי שיהיה לה תוקף קנייני כלפי כל העולם, השלב הבא הוא רישום, וזאת בשביל שהזכות החוזית תהפוך לקניינית ותהיה תקפה.

זכויות הקדימה חייבות רישום אם הן נעשות לפי ס' 99 לחוק.

1. **זכות קדימה מכוח דין**

יש שתי זכויות קדימה שלא חייבות רישום והן נוצרות מכוח החוק ומפורטות בסעיפים 100 ו-101. מדובר בשתי זכויות קדימה שהמחוקק יצר בגלל הנסיבות, שנדון עליהן בהמשך.

סעיף 100**-** זכות קדימה בין יורשים

ס' 100 עוסק בזכות קדימה מכוח דין בין יורשים במשק חקלאי.

באופן עקרוני ס' 100 קובע כי כאשר יש יותר מיורש אחד במשק חקלאי, כאשר חלקת מקרקעין עוברת בירושה לכמה יורשים, ללא קשר להאם זאת הייתה צוואה מפורשת או ירושה על פי החוק, החוק יוצר זכות קדימה הדדית מכוח חוק. לא ניתן לוותר על כך, מאחר וזאת זכות קוגנטית- לכל היורשים יש זכות קדימה לרכוש בעדיפות את החלקים של אחרים לפני אנשים זרים.   
זאת אומרת, לטובת כל יורש יש זכות קדימה לרכוש את החלקים של יתר היורשים (נוצרת פה בעלות משותפת במשק חקלאי- ברגע שיש יותר מאדם אחד, הם יורשים במנות בחלקים שווים או לפי מה שהמוריש קבע- ואז כל אחד מקבל מנה בלתי מסוימת). כל אחד מקבל זכות קדימה לרכוש את המנה של אחרים, לפני אנשים חיצוניים. כשהרציונל הוא להשאיר את הקרקע החקלאית בתוך המשפחה, ואם הם ממצים את זה ניתן לעביר החוצה לאחרים, אך הרעיון הוא שבסוף אדם אחד יכשיר תא הנכס בתוך המשפחה לפני שיעבור לאנשים חיצוניים. בעצם הרציונל נובע מהקשר של המשפחה לשטח החקלאי, הם אלו שעיבוד את הקרקע במשך שנים, ולכן נרצה לאפשר להם להחזיק בקרקע בהמשך.

**זכות קדימה בין יורשים**

(100א.) מקרקעין שהם משק חקלאי כמשמעותו בסעיף 114 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, והם עברו בירושה, בין על פי דין ובין על פי צוואה, ליורשים אחדים במשותף, לא יהיה יורש זכאי להעביר חלקו בהם לאחר אלא אם הציע אותו תחילה ליורש בעל זכות הקדימה.

(ב) שנתיים הראשונות לאחר מתן צו הירושה או צו אישור הצוואה, יראו כל יורש כבעל זכות קדימה לגבי חלקו של יורש אחר; מכאן ואילך יראו כבעל זכות קדימה רק יורש שרשם תוך השנתיים הראשונות זכות קדימה לעצמו לגבי חלקו של יורש אחר.

בסוגיית הרישום נקבע כי בשנתיים הראשונות, ברגע שניתן צו ירושה או צו אישור צוואה (שמאשרים את הורשה על פי דין), מכוח החוק יש זכות קדימה קניינית לכל היורשים. שחולפות השנתיים, יראו כבעל זכות קדימה רק יורש שרשם תוך השנתיים הראשונות זכות קדימה לעצמו לגבי חלקו של יורש אחר. כלומר, אם נרצה שהזכות הקניינית תרבוץ על הנכס מעבר לשנתיים, חובה בשנתיים הראשונות לרשום זכות קדימה לגבי חלקם של האחרים. בשנתיים הראשונות הזכות היא קניינית מכוח ס' 100 ולא צריך לרשום אותה, בסיום השנתיים, יש לרשום זכות קדימה כדי שהיא תהיה תקפה גם לאחר מכן. מי שלא רשם אין לו עדיפות על פני רוכשים אחרים.

סעיף 101-זכות קדימה בין בני זוג

**זכות קדימה בין בני זוג**

101. מקרקעין שהם בבעלות משותפת של בני זוג, והם משק חקלאי או בית עסק המתנהלים על ידיהם במשותף או דירה המשמשת להם מגורים, לא יהיה בן זוג זכאי להעביר חלקו לאחר אלא אם הציע אותו תחילה לבן-זוגו.

קוגנטית וחלה על מקרקעין שבבעלות משותפת של בני זוג- מכמה סוגים, משק חקלאי, בית עסק או דירת מגורים. גם כאן יש זכויות קדימה מכוח החוק בין בני זוג. יש לשים לב כי הזכות הקניינית לא מחויבת רישום לעולם- תמיד תהיה לבני הזוג עדיפות (ללא המגבלות של סעיף 100), תמיד יש זכויות קדימה בין בני הזוג לרכוש את החלק של האחר. הרציונל חוזר לרציונליים האישיותיים בנושא של ערכים בשיח הקנייני. יש נכסים שאנשים יותר קרובים אליהם, ובין בני זוג דירת המגורים זה המקום הכי חזק, אך הסעיף מדבר גם על נכסים האחרים שהמשפחה קשורה אליהם- רוצים לשמור בתוך המשפחה ולתת עדיפות למשפחה על פני זרים.

**רכישה ע"פ זכות קדימה**

בסעיף 102 מפורט איך רוכשים עפ"י זכות קדימה. החוק קובע פרוצדורה שלמה בשאלה איך כותבים את ההצעה כשרוצים להציע לבעל זכות קדימה לממש את הזכות. החוק קובע כללים טכניים, תוך כמה זמן ניתן לענות, מה קורה כששני אנשים רוצים לממש (102ד') וכו.

סעיף 103- מה קורה כשאדם מסרב לממש זכות קדימה? כשאדם מסרב לרכוש עפ"י זכות קדימה היא ניתנת להעברה תוך חצי שנה בתנאי שמחיר ההצעה שלו לא יהיה נמוך מההצעה למי שיש לו זכות קדימה.

**זכות קדימה- אי תחולה על מתנה**

החובה להציע ממקרקעין לבעל זכות קדימה קובעת ומפורטת בסעיף 104- לפיו זה לא יחול על עברה ללא תמורה. בהעברה ללא תמורה= מתנה, זה לא נחשב שהמקרקעין נימכר למישהו אחר אך זכות הקדימה לא תתבטל, אלא שהיא תחול לגבי מי שקיבל את המקרקעין במתנה. מתנה לא נתפסת כעסקה המקפיצה את זכות הקדימה המחייבת הפעלה שלה, מי שקיבל את הנכס מתנה, יהיה כפוף לזכות, וכשהוא ירצה להציע את הנכס בתמורה (למכור), א ז הזכות תיכנס לפועל, עד לנקודת הזמן הזו היא חסרת משמעות.

זכות קדימה חלה רק בעסקת רכישה ולא בעסקת מתנה. אם מקבל המתנה ירצה למכור את הנכס אז הוא יהיה כפוף לאותה זכות קדימה.

1. **זכות המשכון**

ככלל, כשאנחנו מדברות על שעבודים, אנחנו מדברות על כל השעבודים האפשריים ולא רק שיעבוד במקרקעין שנקרא משכנתא. ניתן לשעבד גם דברים אחר כמו מיטלטלין זכויות וזאת גם פרקטיקה שמתבעת במקרקעין- שיעבוד זכות חוזית במקרקעין. אנחנו נראה שמוסד המשכון מתייחס למשכון של ככלל סוגי הנכסים- מקרקעין, מיטלטלין וזכויות.

**מהו שעבוד?**

נקודת המוצא זה ס'1א לחוק המשכון. ההגדרה של משכון והיא כללית לכלל סוגי הנכסים- משכון הוא שיעבוד של נכס בערובה לחיוב ובוא מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון, אם לא סולק החיוב. יש לזכור כי בעסקת משכון רגילה יש שתי צלעות- חייב ונושה. הנושה הוא בדרך כלל האדם שנתן לחייב דבר מסוים- נכס\ כסף, ועסקת המשכון זאת עסקה שבאה להטיח שהחייב קיים את חיוביו לאותו נושה. השעבוד הוא מנגנון שבא להבטיח את קיום החיוב, את החיוב האדם חייב לקיים והמשכון בא ככלי שנועד לתת לנושה איזשהו שקט נפשי שהחייב יקיים את חיוביו. עסקת המשכון, למעשה מייחדת נכס, ושנכס יהיה משועבד כערובה לחיוב- אם לא יסולק החיוב, הנושה יכול להיפרע מהנכס הממושכן. משכון של נכס ספציפי וייחודו כדי להבטיח קיום של חיוב. חיוב שלא קוים ניתן יהיה להיפרע כדי גובה החוב שנותר כנגד אותו חיוב ששועבד.

כדי ששעבוד יהיה תקף וקנייני, אותה עסקת שיעבוד- היא עסקה שמתחילה בחוזה. כדי שעסקת המשכון תהפוך לעסקה שיוצרת והופכת זכות קניינית, וזכות המשכון היא זכות קניינית, בדרך כלל האקט שהופך את המשכון לפומבי שתקף כלפי כל העולם ביחס לנכס המשועבד הוא אקט הרישום. בנוסף לרישום, יש מנגנון אחר שנקרא מנגנון של הפקדה, אך הוא פחות שכיח. אבל רוב הזמן המנגנון ליצירת משכון קנייני שתקף לכל העולם- הוא האקט הרישומי- רישום השעבוד על הנכס, ואז העולם יודע שאותו נכס שועבד לטובת אותו נושה.

חשין בפס"ד קידוחי הצפון אומר כי לשעבוד בנכס יש שלושה יסודות:

1. החייב חב חיוב כלשהו לנושה- עסקת היסוד למעשה, יש עסקת חיוב שבה החייב חייב משהו לנושה.
2. החייב מכפיף או משעבד נכס לערובה לקיום החיוב- בעסקת השעבוד\המשכון, אנחנו הופכות את הזכות לבעלת אופי קנייני שתקפה לגבי כל העולם. בדרך כלל זה נעשה באקט של רישום במרשם רלוונטי. החיוב, הגדולה של המשכון זה שהוא הופך לקנייני באקט רישומי שנותן לו תוקף לגבי כל העולם. אם לא נרשם, זה כמו זכות חוזית, שלא שווה הרבה- כמו צדדים שלישיים שרוצים לשים יד על הנכס כי הם לא יודעים על השעבוד. ולכן, שעבודים חייבים לרשום כדי שהם יהיו תקפים לגבי כל העולם.
3. השעבוד משמיע אפשרות להיפרע מהנכס עצמו- אם החיוב לא קוים ניתן להיפרע מהנכס עצמו.

**יתרונות המשכון**

מה היתרונות של המשכון?

מוסד המשכון הוא מוסד שמספק ההרבה מאוד יתרונות שמשרתים את כולנו כחברה, וגם חייבים ונושים בדרכים שונות. נחשוב על יתרונות שהמוסד נותן לשחקנים השונים:

* הנושים- הנושים שהם אנשים שהחייב חייב להם משהו. היתרונות המובהקים שעסקת המשכון נותנת:
* הראשון שהנושה יכול להיפרע מהנכס עצמו. אנחנו מייחדים נכס כבטוחה, וזכות המשכון נותן יכולת להיפרע מהנכס עצמו אם החיוב לא קוים.
* היתרון השני בגלל היסוד הקנייני של הזכות, מכיוון שהזכות נרשמת, זה שהזכות להיפרע מהנכס היא גם בקדימות ביחס לאנשים אחר. מה שהמשכון הקנייני הרשום נותן שברגע שיש זכות קניינית, בשל מאפייניה של הזכות הקניינית- העקיבה והעדיפות, האקט הרישומי הופך את השעבוד של הנכס לכזה שכל העולם כפוף לו. וברגע שיש שעבוד של נכס מסוים כבטוח לקיום חיוב, היתרון הגדול הוא שזה נותן קדימות ביחס לאנשים אחרים. גם יכולת פירעון מהנכס עצמו וגם הקפצה לקדמת התור של נושה מובטח, לו יתרונות אדירים במצב שיש הרבה נושים שרוצים לפרוע את חיובי החייב. בשל הדבר הזה, הטרגדיות הגדולות בקריסת חברות וחדלות פירעון, הרבה פעמים חברות נדלן שקורסות, האנשים שנמצאים בסוף התור, אלו חסרי היכולת שלא הייתה להם שום בטוחה, שום זכויות קנייניות אלא רק חיובים חוזיים שתלויים באוויר. ולכן, היכולת לבוא ולהבטיח את עצמך עם בטוחות, ובדרך כלל האנשים הזהירים מקבלים בטוחות, משנה את מצבך בצורה דרמטית ביחס לאחרים בתור. ברגע שיש שיעבוד ספציפי בנכס, הנושה נמצא במצב הרבה יותר טוב ביחס לאנשים אחרים.
* החייבים- מה היתרונות שהחייב מקבל?   
  היתרון המרכזי של עסקת משכון זה הקטנת הסיכונים- לנושה אך גם לחייב. והיתרון בהקטנת סיכונים זה בקבלת תנאי עסקה טובים יותר לחייב. ברגע שהחייב מציג בטוחה חפצית, למשל נכס שהוא משעבד, כערובה לחיוב, בדרך כלל תנאי ההלוואה שיקבל יהיו טובים יותר, מכיוון שהנושה פחות חושש. ברגע שיש נכס שמבטיח את הפירעון, יש פה נכס משועבד שמבטיח את החיוב. אם לא יהיה נכס משועבד, ריביות העסקה היו גבוהות מאוד, שהחייב היה צריך לשלם הרבה מאוד כסף על החזרת החיובים. למשל גובה הריביות של משכנתאות- בדרך כלל הריביות על משכנתא הרבה יותר נמוכות, וזאת משום שיש בטוחה שמקטינה את החשיפה והסיכון. ברגע שיהיה נכס משועבד תנאי העסקה תמיד יהיו הרבה יותר טובים. גם הנושים וגם החייבים מקבלים הרבה יתרונות ממוסד המשכון.   
  בנוסף לכך זה פתרון חשוב לשוק האשראי- החייב יכול להמשיך להשתמש בנכס, להמשיך להנות מהדירה, לנסוע ברכב הנכס משועבד ומבטיח את החיוב, אך יש לזכור שהנטל על החייב לא גדול. זה לא שהנכס יוצא מרשותו- זה נכון שהשעבוד הזה רובץ על הנכס מבחינה קניינית, אך זה רק אם אין עמידה בחיובים. זאת דרך שגם מטיבה עם החייב בתנאי העסקה שהוא מקבל, הנושה מקבל מקור לחיוב ולכן כל הצדדים נהנים. מהבחינה הזאת, מוסד המשכון הוא מוסד חכם הוא נותן הרבה מאוד יתרונות גם לנושים וגם לחייבים.
* לחייב ולחברה בכללותה- מוסד המשכון נותן יתרון שהוא מתמרץ עסקאות מועילות- אנחנו יודעות שברגע שיש משכון החייב מצהיר על הכוונה שלו להחזיר את החוב, בין אם זה בקיום החיוב בצורה של תשלום או אפשרות להיפרע מהנכס עצמו. והעסקאות שמקבלים בשוק אלו עסקאות הרבה יותר טובות גם לחייבים וגם לנושים מבחינת תנאי העסקה. הנושים בטוחים בהחזר והם נותנים עסקאות הרבה יותר טובות לחייבים. וגם מצד שני הנושה מקבל את הכסף שלו, שיכול לממשך את שהשעבוד. העסקאות הרבה יותר יעילות מבחינה חברתית, תנאים ובטוחות טובות, אין סיכון של שוק האשראי אך גם מתן יתרונות לחייבים של עסקאות הרבה יותר מועילות.

**סדר הפירעון**

מה המשמעות של שיעבוד? דברנו על כך שאחד היתרונות מהיתרונות, זה שהוא נותן קדימות ביחס לנושים אחרים. הקדימות משמעותית ביותר במצב של חדלות פירעון.  
מצב של חדלות פירעון יכול להיות גם ביחס ליחידים וגם ביחס לחברות. חדלות פירעון זה מצב בו אדם יחיד או חברה נקלעים למצב שבו החובות שלו עולים על כמות הנכסים- מצב של חדלות פירעון זה מצב של מצבת נכסים וחובות- כשהחובות עולים על הנכסים שיש ברשות החייב. למשל- שווי של מיליון שקלים בנכסים מול חוב שעומד על שני מיליון. זה מוביל למצב זה מצב שלא ניתן לפרוע את החובות עם הנכסים. כשיחידים מגיעים למצב של חדלות פירעון זה נקרא פשיטת רגל, מול חברות, שחדלות פירעון מוביל להליך פירוק החברה או הליך של הבראת חברות- ניסיון להציל בניהול כלכלי התערבותי נכון. כאשר מגיעים למצבים של חדלות פירעון יש סדר קדימויות, סדר פירעון, מדרג של החזרת חובות:



ורואים את הקצוות- אנשים שתמיד עומדים בסוף התור זה נושים שאין להם בטוחות- יש להם זכויות לקבל כסף, החייב חייב כסף אף אין בטוחה לקבל את החייב- אין בטוחה חפצית המבטיחה את החזר החוב.

מעליהם נמצאים כל אותם אנשים שנציין עכשיו:

1. שסל"ן- בקדמת התור יש את השסל"ן והשעבוד הספציפי- השסל"ן זה שעבוד ספציפי לרכישת נכס. שסל"ן זה סוג של שיעבוד שמתקיים בנסיבות מיוחדות- עסקת משכון או עסקת שיעבוד של כל נכס שבה אנחנו משעבדות נכס ספציפי שהנושה יכול להיפרע ממנו, והשעבוד נוצר בנסיבות מיוחדות שבהן הנושה מימן את רכישתו של הנכס הספציפי המשועבד. הדוגמא לכך היא משכנתא על ידי הבנק. כדי להחזיר את החזר ההלוואה, ההלוואה שניתנת מממנת את עסקת הרכישה וחלק מהחיובים שיהיו לחייב זה לשעבד את הנכס שההלוואה משמשת לרכישתו. יש להבין כי השסל"ן זאת הבטוחה הכי חזקה, הם עומדים ראשונים בתור לפירעון החוב. בהקשר הזה, מקבל רק את גובה החוב שלא סולק, לא את כל הנכס (אם נלקחה הלוואה בגובה של חלק מהנכס). בדרך כלל הבנק ייקחו בטוחה בגובה כל החוב, ולכן פריעת הנכס תביא לעמידה בכל החוב.
2. השעבוד הספציפי- מצב שבו אני מעמידה בטוחה לפירעון חוב שיש לי ביחס לנושה, והנושה מבקש בטוחה לקיום החיוב ("תן לי איזושהי בטוחה שתבטיח את החזר החוב"), זה המשכון הרגיל. בשעבוד ספציפי, חשוב להבין כי ההלוואה לא מימנה את הנכס שמשמש ערובה לחיוב. בחיוב ספציפי בשונה לשסל"ן אין מצב שבו הנכס שמשועבד הוא נכס שהחייב קנה עם הכסף שנתן לו הנושה (למשל הלוואה כדי לטוס לחופשה משפחתית והנכס שמשועבד הוא רכב המשפחה). הצבת נכס שמבטיח הלוואה אבל ההלוואה לא מימנה את רכישת הנכס- משכון נכס ללא קשר להלוואה שנלקחה.

הם הראשונים בתור.

1. שכר עבודה+ פיצויי פיטורים- ככל שהיו לגורם עובדים שעבדו אצלו, השלישי בתור יהיה שכר עבודה ותשלום פיצויי פיטורים של עובדים (היום זה מובטח בהפרשות המעסיק בכל מקרה). שכר עבודה חייב להיפרע מתוך נכסי החייב.
2. חובות לרשויות המס- רשויות המס יחד עם דמי שכירות על הנכס.
3. שעבוד צף- סוג של משכון שקיים רק ביחס של חברות (נלמד בדיני חברות). הוא נקרא שעבוד צף משום שהוא לא שעבוד ספציפי. למשל- נגיד שיש חברה בעלת פעילות עסקית, שבה היא מוכרת מלאי עסקי, ועל מנת קיום העסקי נותנת הלוואות מבנקים בשוטף. בדרך כלל, במצבים כאלה, לא חברות אין נכסים ספציפיים שהן יכולות לשעבד. אז יצרו בהקשר של בחרות, שעבוד שנקרא שעבוד צף, שזהו שעבוד שהגורם המלווה יכול לקבל, שהוא שעבוד שרובץ על כלל נכסי החברה, ושהוא מתגבש בעת שהבנק רוצה להיפרע מחוב כלשהו. השעבוד יכול לפרוע את מה שיש לחברה באותה נקודת זמן ולכן המשמעות שלו זה שהוא צף מעל ומתגבש במועד שבו קמה עילה למימוש השעבוד, אך הוא אינו ספציפי כלפי נכסים מסוימים. לא מייחדים לנושה נכסים מסוימים אלא הוא צף מעל לנכסי החברה- ולכן הפירעון נוגע למה ש"נתפס" באותו הרגע, כשלפעמים יכול להיות שמה שיתפס הוא בעל שווי נמוך מאוד. שעבוד צץ תופס את כל הדברים חוץ מהנכסים שירדו ממצבת הנכסים, שזה כל האנשים שקדמו לשעבוד הצף.  
   היתרון של השעבוד הצף זה הוא שהוא נותן לחברה יכולת לנשום ולקיים פעילות עסקית על סמך המלאי הקיים ובלי שעבוד על הנכסים הספציפיים שיש לה- מלאי עסקי דינו להימכר, ולכן קשה שלעבד מלאי עסקי שצריך להימכר, וכתוצאה מכך אין יכולת לשעבד שעבודים ספציפיים. עם זאת סדר הקדימות הוא יחסית נמוך, אחרי הרבה גורמים שנפרעים לפניו.

יש לשים לב כי יכול להיות שלבנק יהיו תמהיל של בטוחות, תלוי בסיכון ובסוג ההלוואה שהוא נותן- ולכן הוא יכול להיות גם בשסל"ן וגם בשעבוד צף.

1. נושים אחרים- ספקים ללא בטוחות, הם נקראים האנשים הלא מובטחים, שאם הם היו מובטחים הם היו קופצים למעלה, ככל שהם לא מובטחים הם נדחקים לסוף- בעלי זכות חוזית בלבד שאינה מובטחת בשום צורה ולכן היא נדחקת לסוף התור.

לא נבחנים על סדר הפירעון, המטרה היא להראות את כוח השעבוד שכן, זכות הפירעון ממחישה את הקדימות של הנושים.

**אילו עסקאות נראה כשעבוד?**

ס'2(ב) לחוק המשכון קובע כי הוראות החוק יחולו על כל עסקה שכוונתה שיעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינוייה של העסקה אשר יהא. יש פרקטיקה שאני באה ומסתכלת על מהות האמיתית של עסקה, והוראות חוק המשכון על כלל תוכנו, קובעות כי צריך להתחקות אחרי המהות האמיתית של העסקה. ואם המהות האמיתית היא לייצר עסקה שהמטרה שלה היא לשעבד נכס כערובה לחיוב, הוראות החוק יחולו עליה לכל דבר ועניין. שלחוק המשכון יש השלכות דרמטיות.

העסקאות שנראה אותן כשיעבוד, ס' 2ב קובע כי לפעמים זה לא יהיה ברור שהסכם שהצדדים יצרו יהיה הסכם של שעבוד. לא יעשו את זה בצורה מפורשת, אך בהתחקות אחרי מהות העסקה ונסיבותיה, נבין כי מה שהצדדים באמת ניסו לעשות, זה לא העסקה הפורמאלית, אלא מהותית עשו עסקת משכון. אם יש עסקה שהסוו בה משכון, מהותית היא תהיה משכון על כל השלכותיה.

**הסוואת משכון**

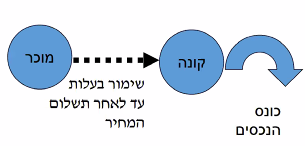
איך נדע אם עסקה היא עסקת משכון על אף שהיא מוסווית? נציג מס' פסקי דין שנדנים בסוגיה של הסוואת משכון.

1. **פס"ד קולומבו**

הלכת קולומבו דנה בעסקת קונסיגנציה. בעסקת קונסיגנציה יש ספק ובעל עסק שרוצה לקנות ממנו סחורה. אלו עסקאות מאוד שכיחות במשק, שבהן לספק נשארת בעלות בנכסים, כל עוד בעל העסק משלם על הסחורה. יש את המלאי העסקי, העסק מוכר, ומה שהוא לא מוכר- ההיגיון העסקי של העסקאות האלה בדרך כלל, עסקאות הקונסיגנציה הקלאסיות אלו עסקאות שבעל העסק קונה מהספק, וכל מה שהוא קנה ולא מכר מוחזר לספק. העסקאות בדרך כלל כוללות תנית שימור בעלות, לפיה הבעלות בסחורה נשארת אצל הספק, בעל העסק משלם רק על מה שהוא מכר, ומה שלא מכר הספק לא מחייב ונשאר בבעלותו. העסקאות האלה הן עסקאות של ניהול סיכונים.



הסיפור בקולומבו היה חברת הצעצועים קולומבו המספקת למאמא יוקרו והסכימו ביניהן על עסקת קונסיגנציה. קולומבו בעלת הצעצועים מספקת למאמא יוקרו מלאי עסקי. כשהן עושות את העסקה, חברת קולומבו ידעה שיש ליוקרו קשיים כלכליים, ולכן היא יצרה עסקת קונסיגנציה שכוללת בה תנית שימור בעלות, זו תניה שכיחה שאומרת שהבעלות נשארת אצל הספק, מה שמוכר המוכר ישולם, ועל מה שלא נמכר יקבל המוכר זיכוי מהספק והבעלות נשארת תמיד אצל הספק, כלומר מדובר בניהול סיכונים (כי ידעו על המצב של יוקרו), כדי שיהיה לקולומבו עם מה להיפרע במקרה שיוקרו יפשטו רגל. אלא שהעסקה נעשתה כשמאמא יוקרו בבעיות כלכליות, הם ידעו שהרשת יכולה להידרדר לחדלות פירעון, ולכן היה להם חשוב מעבר למבנה העסקה הרגיל, זה שהבעלות בסחורה תשאר אצלם, כדי שלא יווצר מצב שהחברה פושטת רגל ואז הנכסים הם בבעלות יוקרו ואז נושים אחרים יכולים לשים יד על המלאי.   
יש להבין שזו עסקה שכיחה שנעשית כל הזמן, רק שהסיפור מתעורר בכך שקולומבו ידעה על הקשיים של יוקרו ורצתה לוודא שאין מצב שהבעלות עוברת ולא יהיה לה ממה להיפרע. הבעיות מתחילות כאשר הקונה נקלע לקשיים, לרוב בין המוכר לקונה אין בעיות. אבל כשהקונה נקלע לקשיים, נכנסים לתמונה צדדים שלישיים שהחייב חייב להם כסף, ואז הסחורה הזאת, יש נושים רבים שרוצים לשים עליה יד. יש לזכור כי העימותים לק קיימים כששני הצדדים התמונה, רק כשהקונה מתחיל להסתבך אז מתחילות הבעיות.



השאלה שמתעוררת היא כיצד יש להתייחס לתנית שימור הבעלות בתנאים של מאמא יוקרו וקולומבו- איך להתייחס לעסקה בין קולומבו ליוקרו?

כל אחד מהצדדים ירצה שהנכסים ישארו בבעלותו, טענות הצדדים:

* המוכר: יש לכבד את החוזה שנעשה, יש חוזה שצריך לכבד את תנאיו ולכן הבעלות צריכה להישאר אצל המוכר, עפ"י תנית שימור הבעלות בחוזה, מכוח עקרון חופש החוזים והזכות לקניין. הבסיס המשפטי לטענה הוא סעיף 33 לחוק המכר- הקובע כי הבעלות בממכר עוברת הבעלות במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר להעברת הבעלות..." בעלות הממכר עובר למוכר בזמן המסירה, אם הצדדים לא הסכימו על מועד אחר. המוכר לא הסכים כי מועד המסירה הוא הזמן בו הקונה מקבל בעלות בנכסים, וזאת משום שהמוכר קבע שיש תניה המשאירה את הבעלות בידיו עד למועד התשלום. הוא יטען שלא סיכם על מועד אחד להעברת הבעלות כי הבעלות עדיין נותרת בידיו של המוכר.
* הכונס (צדדים שלישיים): אין תנית שימור בעלות, המהות האמיתית שהמוכר והקונה עשו זה עסקה של הסווית משכון, שהעסקה כוללת בעצם שתי עסקאות- עסקה שבה המוכר העביר לקונה את בעלות בסחורה (יש עסקת מכר אמיתית- הקונה קיבל סחורה והמוכר נפרד ממנה), ומה שהם עשו באמת בתנית שימור הבעלות, זאת פיקציה. מבחינה מהותית זה ניסיון שמהותו הוא שיעבוד הסחורה על ידי הקונה לטובת המוכר, כדי להבטיח את החוב של הקונה למוכר. זאת אומרת, מבחינת העברת הבעלות, הבעלות הפורמאלית עברה לקונה, מה שהצדדים ניסו לעשות בתנית שימור הבעלות זאת תניה מלאכותית, והמהות זאת עסקת שעבוד.

משכון מוסווית, לא מדובר בשימור בעלות. מדובר בשתי עסקאות- העברת הבעלות בסחורה= עסקת מכר אמיתית, תנית שימור הבעלות היא עסקה שקרית שמהותה הוא שיעבוד הסחורה על מנת להבטיח את החוב. הבעלות הפורמלית עברה לקונה, מדובר בהעברת בעלות לקונה. הטענה הזו משרתת את הכונס כי אם אכן מדובר במשכון, והוא **לא נרשם**, הספק עובר לתחתית הרשימה- הוא בעל זכות חוזית בלבד, ללא בטוחה. כלומר זה שיעבוד שלא נרשם ולכן אין לו זכות קניינית.

למה זו עסקה שמשרתת את הכונס? כונס הנכסים קובע כי יש עסקת משכון משוות, עסקה של הסווית משכון. המשכון לא נרשם בכל מקום, ולכן אין לו תוקף כלפי צדדים שלישיים-העסקה הייתה חוזית, ואם הסווית את המשכון, אולי זאת המהות האמיתית, אבל ברגע שזה לא נרשם, זה לא מחייב את כל הצדדים השלישיים שכרגע נקלעים לצורך לממש את החובות מול הקונה. ברגע שמשכון נרשם זה שיעבוד שהוא חוזי בין הצדדים לחוזה, ברגע שהוא לא נרשם אין לו תוקף לצדדים שלישיים לחוזה, ולכן מהותית, הנכס הוא בבעלות הקונה, ניתן לשים על זה יד, והמוכר לא יוכל לטעון שום טענה- בשל מדרג הפירעון, יש לו רק זכות חוזית בלי בטוחה. אם הוא היה רושם את השעבוד הוא היה למעלה, וברגע שלא רשום הוא בתחתית, שעבוד חוזי לא שווה כלום ברגע שהוא לא רשום, משום שאין לו תוקף קנייני.

למה המוכר לא רשם משכון? למה לא רשם עסקת שיעבוד ועסקת שימור בעלות? צריך להבין כי המוכר בונה את העסקה בין הצדדים כתנית שימור בעלות, משום שהרבה יותר פשוט לייצר חוזה עם תניה. המוכר לא נכנס לעסקת משכון, כי מבחינתו הוא עוקף את הוראות חוק המשכון הקוגנטיות, ונותן לעצמו עדיפות על פני אחרים מבלי לרשום. הפרוצדורה לממש משכון היא פרוצדורה מסובכת שיש פיקוח עליה, ורישום משכונות על מלאי עסקי הוא בלתי אפשרי משום שאז לא ניתן לממש את הסחורה. או שהסחורה תימכר ולא תהיה כפופה למשכון. הוא לא רוצה לרשום משכונות או תהיה דרך לפקח על דרכי המימוש- משכון נעשה עם הוצאה לפועל ונעשה בדרך של מכירת מעוקלים בהוצאה לפועל, יש פיקוח על מימוש, ומעורבות שלך רשויות איכפה. ולכן בהקשר הזה, למוכר אין אינטרס להיכנס לחוק המשכון ומעדיף תניות של שימור בעלות. זה עדיף לו מאשר לרשום משכון.

ובקצרה:

מבחינת המוכר:

1. ללא צורך ברישום המשכון
2. ללא פיקוח על דרכי המימוש

מנקודת המבט של הקונה הוא מסתיר את עובדת קיום המשכון מפני הספקים שלו.

מנקודת המבט של הקונה זה גם טוב- ברגע שאין שעבודים המצב יותר טוב. יש יותר נכסים פנויים, הספקים מבינים שאין קושי כלכלי שצריך בטוחות. זה גם משרת את הקונים והמוכרים להיכנס להתניות שימור בעלות ולא להיכנס לעסקה אמיתית של משכון. יש לזכור כי לא מדובר על שעבוד צף, שנוגע רק לחברות ולא לגבי שחקנים פרטיים.

ביהמ"ש: קבע כי בנסיבות הללו, עסקת הקונסיגנציה שנעשתה היא עסקה להסוות משכון, ולא תנית שימור בעלות. למעשה עסקת שיעבוד מוסווית , יש פה תנית שימור מלאכותית, יש פה עסקה שהמשמעות האמיתית שלה היא עסקה של הסוואת משכון ולא עסקה של קונסיגנציה עם תנית שימור בעלות. ולכן, אם נקלעים למצב של חדלות פירעון, הבעלות האמיתית בסחורה היא של הקונה ולא של המוכר. והמשכון לא שווה הרבה, משום שלא נרשם , הוא לא פועל לצדדים שלישיים, ולכן זה לא מועיל למוכר בעדיפות ליתר הנושים.

איך ביהמ"ש מגיע למסקנה הזו? איך מגיעים מבחינה מהותית לתוצאה?

השופט וינוגרד מסתכל על הנסיבות של עסקאות שנעשו בין הצדדים, וקובע כי באופן היסטורי, קולומבו עשתה עם יוקרו עסקאות מכר רגילות. לא הייתה היסטוריה של עסקאות קונסיגנציה בין הצדדים ולכן ההסכם שנתכתב כאן, לא היה הסכם קונסיגנציה אמיתית, וזה מתוך שתי אינדיקציות לקביעה שמדובר בעסקת משכון מוסווית:

1. הספקית, קולומבו, הוציאה חשבונית מס על העסקאות. חשבונית מס רגילה זה כאילו מדובר בעסקת מכר רגילה ולא עסקת קונסיגנציה. החשבונית שהוצאו על הסחורה היו אלו שהראו שלכאורה הייתה עסקת מכר רגילה ולא עסקת קונסיגנציה, אחרת לא היו מוציאים חשבונית מס כאילו הם נפרדו מהעסקה. ולכן בעיני הקונה, מדובר בעסקת מכר רגילה, ומה נעשה לא היה עסקת קונסיגנציה רגילה.
2. בעסקאות קונסיגנציה בדרך כלל, עסקאות של שימור בעליות, הקונה היה אמור לדווח לספקים מה הוא הצליח למכור. זה הנוהג, שיש דיווחים איטיים של הקונה לספק מה הוא הצליח למכור כדי לדעת על מה הוא צריך לשלם ועל מה לא. השופט קובע כי במקרה זה, הנוהג לא היה קיים. הם לא התנהגו כך, לא היה דיווח איטי על היקף המכירות בפועל, כמו בעסקת קונסיגנציה אמיתית.

השופט בך הולך לנסיבות אחרות, ובוחן את נסיבות ההגעה והמניע לחתימת ההסכם בין הצדדים. בעסקאות קונסיגנציה רגילות , החשש המרכזי בתניות שימור בעלות רגילות, זה החשש שהקונה לא יצליח למכור את הסחורה. זאת בדרך כלל המוטיבציה. אך כאן היה חשש אחר- היסטורית, ביחסים בין הצדדים, כל השנים מאמא יוקרו קנתה סחורה בעסקאות מכר רגילות מקולומבו, ללא עסקאות קונסיגנציה- תמיד מאמא יוקרו ידעה בדיוק את הכמויות שהיא צריכה למכור את הסחורה. המניע היה בגלל החשש הכלכלי שנוגע ליוקרו, קולומבו ידעה כי יוקרו נמצאת בקשיים כלכליים ולכן בגלל החשש שהיא תקרוס, הכניסו את התניה הזאת. זאת לא תנית שימור היסטורית ואמיתית, היא לא הייתה קיימת בעבר. לכן השופט בך קובע כי המטרה של העסקה הוא כדי לקבל בטוחה שתהיה לקולומבו בטוחה לתשלום ולא עסקת קונסיגנציה אמיתית מהחש לאי יכולת למכור את הסחורה. ולכן יש להחיל את הוראות חוק המשכון, ולקבוע שמדובר בעסקת הסוואת משכון, כי טיב העסקה היא קבלת בטוחה שניתן יהיה לשלם על הסחורה שסופקה.

הלכת קולומבו מבחינת הניתוח נתפסת כניתוח ראוי, ניתוח שמעדיף את המהות האמיתית על פני ניתוח פורמאלי של העסקה. פסיקה שמעדיפה לבחון מה המהות האמיתית של העסקה שנעשתה בין הצדדים, ולא לדבוק בפרשנות פורמאלית המנתחת כתניה לשימור בעלות.

התוצאה

התוצאה מנסה לקדם את האינטרס ההסתמכות של הנושים של הקונה- הקונה הוא זה שיש לו החזקה ושימוש בסחורות, הנושים עבדו מולו ונעשו מולו עסקאות, ולכן הנושים הסתמכו על הנכסים האלה, ובמידה רבה המוכר היה שותף למצג הזה, שכן אם הוא היה רוצה ליצור מצג נוגד, הוא היה צריך לבוא ולשעבד את הנכסים, אם היה רוצה באמת שהעולם ידע על אותו שיעבוד, ולא להסוות את העניין. ולכן התוצאה ביחס לקונה ולנישום היא ראויה יותר.

ההלכה הזו נתפסת כהלכה ראויה, ככזו שמעדיפה מהות על פני פורמליזם- על פני העיצוב הכללי של העסקה. זו גישה הבוחנת את מהות העסקה האמיתית ולא את החזות שלה. וחלק מהשיקולים בהכרעת הדין היו גם הרצון להגן על נושים אחרים של החייב ולהבטיח שלא תעשנה עסקאות משכון מוסוות ונסתרות שיכולות לפגוע בזכויות של נושים.

ולכן, לפי הלכת קולומבו, כל מקרה נתון שניתקל בו ותהיה תנית שימור בעלות, הוא יבחן תמיד בפריזמה של הוראות חוק המשכון, שמטרותיו להגן על צדדים שלישיים ולוודא שככל שיש שיעבוד ניתנת לו פומביות בדרך של רישום, וככל שלא נעשה רישום התוצאות הן שאין לשעבוד הזה תוקף.

ודוק: נקבע כי לא מדובר בעסקת קונסיגנציה אמיתית, אלא עסקת משכון מסווית. קולומבו היא חברה, שלא רשמה את המשכון לפי פקודת ס'178 לחוק החברות, קיימת חובה לרשום שעבודים של חברה ברשם החברות ואם הדבר לא נעשה אין תוקף לשעבוד כלל, הסחורה תיראה כאילו עברה לקונה ונכסי החברה מצויים נמוך ביותר בדין הקדימה.

1. **קידוחי הצפון נ' ורד גוילי**

לאחר הלכת קולומבו הגיעה הלכה שהייתה הרבה יותר שנויה במחלוקת. הלכת קידוחי הצפון שההסברים לה זה חוסר הבנה של הלכת הקולומבו ומה הלכת קולומבו קובעת. קידוחי הצפון זו הלכה שבאה ומנסה להפוך את הלכת קולומבו וליצור שינוי בהלכת תנית שימור הבעלות. אך אם נקרא את קידוחי הצפון בצורה דווקנית, נראה כי השופט לוין(שכתב את חוות הדעת העיקרית) לא הבין מה הלכת קולומבו קובעת ובאיזו נסיבות היא ניתנה- הוא לא התייחס מספיק להנמקות של וינוגרד ובך שבחנו את הנסיבות שאפפו את ההגעה להסכם. ולכן בעיני הרבה מלומדים, הלכת קולומבו טובה וראויה- שהוכרעה על בסיס נסיבותיה ולא קובעת כלל גורף לגבי תניות שימור בעלות.

בקידוחי הצפון, בית המשפט העליון פועל ואומר כי יש לבטל את הלכת קולומבו, שהיא הלכה שצריכה להתפרש בצורה מצומצמת. השופט לוין אומר כי צריך לבטל את הלכת קולומבו משום שהיא הלכה שתמיד ש"חושדת" בתניות שימור בעלות. כשהיחס החשדני לתניות שימור בעלות, הוא בעייתי ולכן הכלל בקידוחי הצפון צריך להיות שבהיעדר טעמים מיוחדים לסתור, בכל מה שנוגע לעסקאות אשראי שיש תנית שימור בעלות, יש לכבד את תנית שימור הבעלות כלשונה. למעשה, ההבנה של שהשופט לוין את הלכת קולומבו, היא שהלכת קולומבו קבעה כי תניות שימור בעלות חשודות תמיד. אך זה לא המצב, פס"ד אומר כי תניות שימור בעלות לגיטימיות ותקפות כשאכן מדובר בתנית שימור בעלות, אך בנסיבות הספציפיות של המקרה הן שהובילו למסקנה שניתנה בסוף פס"ד. אין בפס"ד אמירה גורפת לגבי תניות שימור בעלות, וזה המקוד לדרמטיות שבקידוחי הצפון. למרות שקולומבו לא קבעה כלל גורף, קידוחי הצפון אכן קבע כלל גורף בתניות שימור בעלות.

ביהמ"ש קובע כי ברירת המחדל היא שבהעדר טעמים מיוחדים לסתור, תניות שימור בעלות יישארו כלשונן. ולכן, בית המשפט קובע כי עסקאות קונסיגנציה, הן עסקאות שחייבים לכבד אותן ויש להן תוקף, ולמעט מקרים שברור ששיש איזשהו רצון להבריח נכסים (ובית המשפט יתן כלים איך להתחקות אחר העסקאות הבעייתיות), כלל צריך לתת תוקף לתניות שימור בעלות. לפי מרים, ביהמ"ש בקולומבו לא היה מתנגד לאמירה הזו. ברירת המחדל היא שיש לכבד תניות שימור בעלות והן תקפות. במידה ויש טעמים מיוחדים לסתור את הכלל- שרק אז לא נצטרך לכבד את התניות. כפי שלוין מבין את הלכת קולומבו, הוא מנסה ללכת לכיוון ההפוך- נאמין לתניות שימור בעלות כל עוד לא ניתנה לנו סיבה לעשות אחרת.

מה הרציונליים להלכת קידוחי הצפון שלא ראוי לחשוד בהכרח בתניות שימור בעלות? ביהמ"ש מציין שורה ארוכה למה לא ראוי לחשוד תמיד בתניות שימור בעלות:

1. הרבה מעסקות המכר הכוללות תנית שימור בעלות הן עסקאות אמיתיות, מוצדקות והגיוניות מבחינה כלכלית. זה מאוד הגיוני שאדם המספק סחורה שלא קיבל עליה תמורה, יסייג את העברת הבעלות עד שייפרע מהקונה את תמורת הממכר. ולכן, ההנמקה הראשונה אומרת שזו עסקה בעלת הגיון כלכלי, ואין הצדקה שבית המשפט יתערב באוטונומיה של הצדדים וישכתב עבורם את ההסכם ויצוק תוכן חדש. ההנמקה הראשונה שמתנגדת לחשד, אומרת כי אלו עסקאות מאוד הגיונית ולכן אין סיבה לחשוד בהן תמיד על אוטומט.
2. תנית שימור בעלות לא תמיד פוגעת בצדדים שלישיים- הרי בקולומבו, חלק מההנמקה שהייתה נכונה לנסיבות פס"ד הייתה שאין רצון לפגוע בנושי הקונה שהסתמכו על הסחורה שיוקרו החזיקה. תניות שימור בעלות לא תמיד פוגעת באינטרס ההסתמכות של צדדים שלישיים, וזה בית המשפט מסביר מכמה סיבות:

* ראשית, ההחזקה בנכס שעליה מסתמכים אותם נושים, החזקה בנכס זה לא מסר חד משמעי שהמחזיק הוא הבעלים, איננה יוצרת מסר חד משמעי של בעלות. כשאדם מחזיק נכס, הוא יכול להיות הבעלים, שוכרת, שואלת או אדם שאין לו שום זכות קניינית בנכס. ולכן, צדדים שלישיים לא יכולים תמיד להסתמך על החזקת נכסים כערובה לכך שהמחזיק הוא בעלי הנכס. מעבר לזה, גם אם נושים מסתמכים על זה שאני מחזיקה בנכס וזה מייצר מצג של בעלות על הסחורה, יש לזכור כי הקונה תמיד יכול למכור את הסחורה ולהיפרע מהנכס. ההסתמכות של הנושה על הנכסים האלה לפירעון חובות היא מאוד חלשה. צריך להבין כי בית המשפט הנמקתו השנייה אומרת שכיבוד תניות שימור בעלות לא באמת פוגע בצורה קשה באינטרס ההסתמכות של צדדים שלישיים- לא ניתן לטעון שהם בנו על ההחזקה בנכס כאיזשהו מקור לפירעון החובות.

1. רציונליים מסחריים- רוב מדינות האיחוד שיש לישראל הסכמי סחר עמן, מכירות בתניות שימור בעלות. אי הכרה בתניות שימור בעלות, יכולה לפגוע והשליך על יחסי מדינת ישראל עם מדינות אחרות. נראה כי זה יכול לערער את היכולת לבצע עסקאות אם ההסדר המשפטי בארץ לא יכיר בתניות האלו.
2. אם לא נכיר בתניות שימור בעלות, נטיל נטל כבד מאוד על ספקים- כאשר מדובר במלאי עסקי, המוכר לא יכול ללכת ולשעבד את המלאי כל פעם ולרשום עליו שעבודים, זה דבר לא מעשי. רישום שעבודים, ברגע שנרשום שעבוד על מלאי עסקי, ואנשים לא עושים, פרקטית מאוד קשה לעשות דבר כזה, ברגע שהנכס נמכר על ידי בעל העסק, אותו אדם שקנה את הסחורה ונעביר אותה הלאה לצדדים שלישיים בעסקאות, גם כספק, היה רושם שעבוד על כל הסחורה, ברגע שאדם שקנה ממנו ועושה עסקה בסחורה, כלל משפטי שנלמד עליו- תקנת השוק במיטלטלין, קובעת כי השעבוד לא תקף לאנשים שקנו את הסחורה. אנשים לא צריכים לבדוק במקרים כאלו אם יש רישום, וקשה לזהות סחורה במרשם המשכונות. זה לא מעשי לצפות שספקים ירשו שעבודים על מלאי עסקי, ולכן, תנית שימור בעלות היא פתרון לביצוע עסקאות כאלו, ולכן לא צריך לחשוד בהם אוטומטית.
3. ייקור והטלת נטל כבד- דבר נוסף שבית המשפט עומד עליו זה שאם לא נכיר בתניות שימור בעלות, אנחנו נוכל לייצר בשוק בעיה קשה לאנשים שרוצים לקנות סחורות. ספק שיודע על תנית שימור בעלות לא תקפה, ומבחינה מעשית הוא לא יכול לרשום שעבוד על מלאי עסקי- הוא ידרוש אשראי או דרך אחר שמבטיחה, וזה ייקר את הסחורה. לא ניתן להשתמש בפתרון הזול של תניית שימור בעלות, יש דחיקה של הספק ללכת ולחפש פתרונות יקרים יותר, וכמובן זה מטיל נטל קשה יותר על מי שצריך לקנות את הסחורות האלו. ולכן, תנית שימור בעלות, הן פתרון שלכאורה הרבה יותר פשוט במצבים האלה.
4. פרשנות מצמצמת- חשוב לדעת שהסבר נוסף שביהמ"ש נוגע בו זה שס' 2(ב) לחוק המשכון, עוסק בהסוואת משכון שאומר שצריך לפרש את העסקאות- אם יש עסקה שמתפרשת כשעבוד אז היא עסקת שיעבוד, אומר ביהמ"ש שס' זה שמתחקה אחר המהות האמיתית של העסקה, צריך לפרש אותו בצמצום ולהחיל אותו רק במקומות שברור שמדובר בהסוואת משכון, אחרת נעדיף באופן לא הוגן את הנושים של הקטנה על פני נושה המוכר, ואם נרצה לעשות צדק לכל הנושים- אנחנו מפספסות את המטרה, צריך לבוא ולתת פרשנות יותר מצמצמת לס' 2(ב).

מהם אותם "טעמים לסתור"?

מה יקרה עם תנית שימור בעלות? האם יהיו מצבים שנחשוד בהן?

בית המשפט קובע כי פס"ד קידוחי הצפון עדיין מותירה פתח לסתור את תנית שימור בעלות, ולקבוע שמדובר בעסקת משכון שהיא מוסווית. הטעמים לסתור, שמאפשרים החלת חוק המשכון על עסקה עם שימור בעלות (ובכך למעשה מתנים את תוקפה בקיום הוראות חוק המשכון, קרי רישום משכון כדי לתת למשכון תוקף כלפי צדדים שלישיים). בהקשר הזה, אומר בית המשפט שייתכן וכן נאמר שמדובר בהסוואת משכון בנוגע לתנית שימור עלות, כאשר מדובר בתנית שימור בעלות שהיא מלאכותית, התכלית היחידה שלה היא לתת העדפה למוכר הסחורה על פני שאר הנושים, תוך עקיפה של הוראות חוק המשכון. צריך לוודא שבתנית שימור בעלות, לא היה שום הגיון כלכלי או תכלית עסקית למעט הסוואה של משכון. מבחינה מעשית, בית המשפט קובע כי כאשר התניה מלאכותית, שנועדה להעדיף את המוכר על פני הקונה ואין לה היגיון כלכלי- אז מדובר בהסוואת משכון.

"מתקיימים כאשר מדובר בתנית שימור בעלות מלאכותית שתכליתה היחידה הענקת עדיפות למוכר על פני שאר הנושים והקונה תוך עקיפת הוראות חוק המשכון. תניה שאין בה כל היגיון או תכלית עסקית למעט הסוואות משכון."

המתודה של הלכת קידוחי הצפון

אך מה זה אומר מבחינת מעשית? איך ניתן לזהות אם מדובר בעסקה חסרת היגיון כלכלי או תכלית עסקית? איך אני מקבלת אינדיקציות להבחין בין עסקה כשרה אחת לעסקה אחרת?

הלכת קולומבו נטועה בנסיבות המקרה שעמד לפניה, ונסיבות העסקה שם כן עוזרות לנו להבין למה בית המשפט הגיע לקביעה הזו- שמדובר בתנית שימור בעלות שהיא מלאכותית. בית המשפט נותן איזושהי הנחיה, אך היא לא תמיד עוזרת, ולכן הפסיקה המאוחרת מנסה לעזור לנו יותר. הלכת קידוחי הצפון קובעת כי סעיף 2(ב) לחוק המשכון, חל רק על העסקאות שכוונתן באמת להסוות משכון- עסקאות נטולות היגיון כלכלי או חסרות תכלית עסקית, הן בעלות רצון להסוות את המשכון ולעקוף את הוראות החוק. עסקאות שכל כוונתן הסוואת משכון, ואין תכלית אחרת להן.

הלכת קידוחי הצפון

איך אנחנו בכל זאת יכולות להצליח להבין מתי התניה מלאכותית או לא? כאן אומר בית המשפט, שכדי ללמוד על הכוונה ובאמת להבין האם זאת תנית שימור בעלות אמיתית או מלאכותית- צריך לעשות פרשנות דו שלבית, לפי לשון חוק הוראות המשכון:

1. השלב הסובייקטיבי- לבדוק את פרטי ההסכמה בין הצדדים, מה הצדדים סיכמו בהסכם ביניהם לגבי התנאים שבהם הסחורה נמכרת, לבדוק את פרטי ההסכמה בין הצדדים. שלב סובייקטיבי המתחקה אחר כוונת הצדדים בחוזה.
2. השלב האובייקטיבי- השלב השני הוא השלב שבו אנחנו צריכות לבדוק האם ההסכמות בין הצדדים, על פי מהותן הן עסקת משכון, הנותנת עדיפות למוכר על פני צדדים שלישיים או לא, וזאת ללא קשר לכינויה על ידי הצדדים. נסתכל על ההסכמה בעיניים ביקורתיות, ונבדוק את המהות האמיתית שלה.

בפועל, ההלכה לא מורה לנו איך בודקים את "פרטי ההסכמה" ו"הסכמת הצדדים"- מדובר במילים גבוהות וחסרות משמעות פרקטית. זה כללי מאוד ולא נותן כללים מעשיים איך להבחין בעסקה של תנית שימור בעלות.

הלכת קידוחי הצפון, הטעמים לסתור, יש לזכור כי שהשורה התחתונה של בית המשפט היא שניתן לסתור את קביעתה של תנית שימור בעלות כלא אמיתית, לבוא ולהגיד שתנית שימור בעלות לא תמיד תקפה, וכל המטרה היא הסוואת משכון. כשהכלי של בית המשפט נותן לנו הוא התחקות אחר כוונת הצדדים עסקה, בשני שלבים של פרשנות סובייקטיבית ואובייקטיבית. אך מבחינה מעשית, ההנחיה רזה ואין פרטים מלאים לאיך מגיעים לאיזושהי הסכמה.

קידוחי הצפון, זו הלכה שהתפיסה לגביה היא שככלל, ברירת המחדל היא שנעדיף את הקביעה העקרונית של הצדדים, על מהות העסקה. וזו בדיוק הביקורת המרכזית על פס"ד- לא ניתן להגיד כי תמיד, ברירת המחדל היא שתניות כאלו הן תקפות. התנאי היותר נכון או היותר ראוי מבחינה משפטית, זה לקבוע כי כל עסקה תיבדק על פי נסיבותיה, אין כלל גורף. תניות שימור בעלות יכולות להיות תקפות או לא תקפות, ולא נאמץ שום ברירת מחדל. קולומבו ראינו שהן לא תקפות, וקידוחי הצפון לבוא ולצאת באיזושהי אמירה גורפת- בהיעדר תנאים לסתור תמיד נכבד את התניה, זה להעדיף את הבחירה הפורמלית של הצדדים וכינוי העסקה על פני המהות שלה, וזו אמירה שגויה, אמירה המעדיפה פורמליזם על פני מהות אמיתית. הלכה ראויה יותר (כמו הלכת קולומבו), הייתה עומדת על כך שאין לקבוע כלל גורף או חזקה לגבי מהותה האמיתית של העסקה- אלא יש לבדוק את מהותה האמיתית של העסקה והיא תגבר על לשון העסקה.   
הניסוח של הקביעה הוא מאוד בעייתי, כי לעולם לא צריך לקבוע כלל גורף על פני מהות אמיתית. נכון שזה נשמע שפס"ד מאמץ את שתי הדרכים ונותן להם מקום, אך ברירת המחדל תמיד היא תקפה- זה כלל לא נכון החוטא למציאות, כי תמיד צריך לבדוק את תנאי העסקה.

**על הקושי להשלים על הלכת קידוחי הצפון**

בהמשך, בתי המשפט בערכאות נמוכות נרתעו מהלכת קידוחי הצפון, ועשו הכל על מנת להחזיר את הלכת קולומבו ב"דלת האחורית". הם סברו שהלכת קולומבו היא ההלכה היותר ראויה המתחקה אחר מהות אמיתית של עסקה, וקובעת כלל משפטי יותר ראוי של המהות האמיתית של העסקה, ללא קביעה גורפת. הפסיקה המאוחרת לקולומבו, נותנת מבחני עזר היוצקים יותר תוכן לאמירות איך מתחקים אחר כוונת העסקה. הם באמת נותנים את התוכן שקידוחי הצפון לא נתן.

פסיקות מאוחרות יוצקות תוכן, שהיה חסר בעניין קידוחי הצפון, באשר לשאלה אילו מבחנים יסייעו להבחנה שקידוחי הצפון הציעו.

הפסיקה הנמוכה הולכת לכיוון של אי כיבוד תניות שימור בעלות, ובצורה חשדנית- אם הם היו הולכים לפי רוח קידוחי צפון, היינו רואות יותר מתן תוקף לתניות האלה, אך בתי המשפט עושים הכל בשביל להתחקות אחרי המהות האמיתית של אותן תניות, ולרוב מגיעים למסקנה כי מדובר בתניה מלאכותית. קידוחי הצפון לא באמת נתנה הנחיות לטעמים הסותרים, אך בתי המשפט בערכאות הנמוכות טוענים כי יש לבדוק את פרטי ההסכמה. לא רואים את הרוח של קידוחי הצפון, של על אוטומט יש הכשרה וכיבוד של תניות אלו. אנחנו רואות יותר גישה דווקנית המגיעה לתוצאות הדומות לקולומבו.

1. **בנק הפועלים נ' לב אופיר**

עובדות: הסיפור היה על חברת לב אופיר שסיפקה לחברה אחרת פנסי רחוב. אותה חברה הרכיבה באתר באשדוד את פנסי הרחוב. בחשבונית המס שהונפקה על ידי לב אופיר לחברה בשם שוסטרמן שקנתה ממנה את הפנסים, נכתב כי "הסחורה נשארת בבעלות לב אופיר כל עוד לא שולמה התמורה במלואה.."- קרי, תנית שימור בעלים. נוצר מצב בו חברת שוסטרמן נקלעה לקשיים והבנק ביקש לכנס את נכסיה. כתוצאה מכך, לב אופיר פירקה את הפנסים שהורכבו באתרים ולקחה אותם לחזקתה- בגלל תנית שימור בעלות.

השאלה הגדולה היא האם לב אופיר, שמנסה לממש את תנית שימור הבעלות, האם פעלה כדין?

לב אופיר בטיעוניה נסמכה על הלכת קידוחי הצפון, לפיה ככלל, תנית שימור בעלות תקפה ויש לכבדה בהיעדר טעמים לסתור.

ביהמ"ש: דוחה את הטענה: וקובע כי צריך לבחון את פרטי ההסכמה בין הצדדים. לזכור, כי בהלכת קידוחי הצפון נקבע כי יש לבחון את כוונת צדדי העסקה- מה התכוונו לעשות באופן סובייקטיבי, ואיך באופן אובייקטיבי צריך לקרוא את מה שעשו.

כאן, ביהמ"ש בודק את מה שהצדדים עשו ואת נסיבות העסקה, ואומר כי תנית שימור בעלות לא הופיעה לא בהצעת המחיר ולא בתעודות המשלוח, אלא רק בשלב שהוצאה חשבונית ועל כן איננה מהווה חלק מההסכמות בין הצדדים. לב אופיר נותן לנו אינדיקציה לפיה, כדי שתהיה תנית שימור בעלות צריך אינדיקציות על כך שהצדדים התכוונו שתהיה תנית שימור בעלות. ועל כן, נרצה לראות בשלבים המקודמים של הצעת מחיר, תעודת משלוח, שהצד השני הסכים על תנית שימור בעלות. במידה ורק בשלב שהוצאה חשבונית, בסוף העסקה, רק אז צוינה התניה, זה מעיד על כך שהתניה לא הייתה חלק מההסכמות המוקדמות, ולכן אין תנית שימור בעלות והבעלות עברה. התניה לא נתפסה כתניה אמיתית בנסיבות המקרה. ולכן, הסחורה עברה בפועל לשוסטרמן וכונס הנכסים יכול לקחת נכסים אלו לידיו.

בפס"ד זה, בית המשפט מקשה על אנשים, במצבים של חדלות פירעון. אם באמת היו רוצים, הצדדים היו מתעדים את התניה הזאת בשלבים יותר מוקדמים.

לב אופיר מספק מבחן עזר ותוספת לקידוחי הצפון: יש לבדוק את המסמכים שעברו בין הצדדים, בשלב של הצעות מחיר, תעודות משלוח, ואם אין בשלב המקדמי תנית שימור בעלות, קשה לומר שאותה תניה הייתה חלק מההסכמה בין הצדדים.

מקרים בהם ניתן להסתפק בחשבונית (בלב אופיר לא הסתפקו בה)

חשוב לציין כי היו פסיקות נוספות לפיהן בנסיבות מסוימות, כן ניתן תוקף לתנית שימור בעלות, שהודפסה רק על חשבונית, גם אם לא הייתה אינדיקציה לתניות שימור בעלות בשלבים המוקדמים. יש פה סייג ללב אופיר, אך הוא ממוקד בעסקאות מזדמנות, עסקאות הן בסדרי גודל קטנים שנערכות במהירות ואין יחסים עסקיים מתמשכים בין הצדדים. במצב כזה, אין ציפייה שיהיה תיעוד להחלפת הסכמות בשלבים המוקדמים, בעיקר במדובר בעסקאות קטנות ביחס לסחורה מעטה. טכנוטייר נ' אלי פריואת- עקרונית ניתן ליתן תוקף לתנית שימור בעלות אשר הודפסה על חשבונית גם בהיעדר הסכם כתוב המורה על שימור בעלות וזאת במצבים של עסקאות מזדמנות, קרי: עסקאות בסדר גודל קטן יחסית או כאלה הנערכות במהירות ללא יחסים מסחריים נמשכים בין הצדדים.

1. **תרמועוז אחזקות נ' שף הים**

פס"ד שניתן במסגרת הליך של פשיטת רגל, שם חברת תרמועוז התקשרה בהסכם מכר עם שף הים, לפיו שף הים רכשה מכונות מתרמועוז. ובהסכם נקבע הדבר הבא: "המערכת תהיה רכושו של הספק והוא יוכל לקחתה חזרה, והלקוח נותן בזאת ההרשאה בלתי חוזרת, או למי מטעמו, להיכנס לחצריו, ולקחת המערכת וזאת במקרה והלקוח הפר הסכם זה הפרה יסודית או בהתקיים אחד או יותר מהתנאים הקבועים בסעיף 11".   
כלומר הייתה הסכמה מפורשת בה נקבע שהספק תרמועוז, יכול לקחת את המכונות שנמכרות- עם תנית לכאורה שימור בעלות בנסיבות של הפרת ההסכם, למשל אי תשלום על המכונות. לאחר תשלום חלק מסכום התמורה, נקלעה שף הים לכינוס נכסים ולא שילמה את יתרת התמורה. ולכאורה, הסעיף נכנס לתוקף ותרמועוז יכולה להוציא את המכונות משטחי שף הים

תרמועוז טענה כי יש לקיים את תנית שימור הבעלות ככתבה וכלשונה, ולקבוע כי המכונות נשארו בחזקתה של תרמועוז לפי ההסכם הכתוב.

ביהמ"ש **דוחה** את הבקשה וקובע כי התניה שהייתה היא תנית שימור בעלות מלאכותית ולא אמיתית. פס"ד מספק הנחיה ושיקולים יותר מנחים לאיך להגיע למסקנה שמדובר בעסקת שימור בעלות אמיתית או משכון. ביהמ"ש קובע כי יש שלושה מבחני עזר להתחקות אחר המהות האמיתית של העסקה.

1. מבחן הפיקוח והזיקה:

* האם המוכר שמר על זיקה כלשהי לנכס (הן על פי הוראות ההסכם והן הלכה למעשה על פי התנהגותו)?
* האם המוכר הפעיל מנגנון פיקוח כלשהו על המכונות?
* האם הרוכש היה מחויב להגיש למוכר דו"ח תקופתי על מצב הנכס?

האינדיקציה של פיקוח וזיקה מדברת על כך שאם הצד באמת בעלים ואכפת לו מהנכסים, הוא ישמר איזשהו פיקוח וזיקה לוודא שהנכסים האלה נמצאים תחת עיניך הפקוחה. ואם אותו מוכר לא עושה זאת, זה לא נשמע הגיוני ולא באמת מעניין אותו מה קורה עם הנכסים

1. מבחן הרישום החשבונאי: כיצד הצדדים רשמו את העסקה בספרים שלה- האם כעסקת מכר שהפרידה את הנכסים מהמלאי של "המוכרת", או בדרך אחרת המרמזת שתרמועוז השאירה את הנכסים בבעלותה כחלק ממצבת הנכסים שלה.
2. מבחן יחסי הכוחות: יש לבחון את הכוחות שניתנו לקונה ביחס לנכס אל מול הכוחות ששויירו בידי המוכר (כלומר, את היקף הזכויות שקיבל הקונה בנכס). איזה כוחות העסקה נתנה לכל אחד- האם הוא רשאי לנהוג במכונות מנהג בעלים, שזה מראה שהמוכר באמת נפרד מהסחורה וכו.

לפי המבחנים האלו, נראה כי בין תרמועוז ושף הים לא הייתה תנית שימור בעלות אמיתית כי אם עסקת משכון מוסווית.

סיכום- קיים קושי רב להשלים עם קידוחי הצפון: הפסיקות בבתי המשפט המחוזיים יותר חשדנים לגבי תניות שימור בעלות, בדוקים כל עסקה לפי מהותה ולא פועלים לפי כלל גורף שקובע כי התניות תמיד תקפות כברירת מחדל. רוב הפסיקה מפרשת את הלכת קידוחי הצפון בצמצום, ומגיעה למסקנה כי תניות שימור בעלות הן בהסוואה למשכון.

מדוע הקושי להשלים עם קידוחי הצפון?

1. כיבוד גורף של תנות שימור בעלות פוגע בעקרון השוויון בין הנושים, יפגע בסיכויי שיקום חברה חדלת פירעון, ועשוי להרתיע משקיעים מוסדיים ממתן אשראי לחברות.
2. הלכת קידוחי הצפון מאפשרת נטילת הסחורה על ידי הספקים במצבים של חדלות פירעון של החברה הקונה, תשלול מן החברה את היכולת ליצור מזומנים (על דרך מכירת הסחורה) ועסקיה ייעצרו ובכך תסוכל יוזמת ההבראה תוך פגיעה ביתר הנושים ועובדי החברה.

הסיבה שבגללה בתי המשפט הגיבו כך, זה שכיבוד גורף של תניות שימור בעלות, נראה כי אחת הטענות, בעיקר מהתחום של חדלות פירעון, זה פגיעה בשוויון בין הנושים. אם יש חברה בחדלות פירעון, אם נלך לכלל גורף של תנית שימור בעלות, עשוי לפגוע בנושים של הקונים ולהרתיע משקיעים לא לתת אשראי לחברות לא נרצה להגיע למצב שנעדיף תמיד את המוכר על פני הנושים בלי בדיקה יסודית. נראה כי רוב התיקים והבעיות האלו מתעוררות בשלבי פשיטת רגל וחדלות פירעון, ולכן, נראה גישה יותר חשדנית בשל הדאגה לנושי החברה.

סיכום: אנו רואים גישה החושדת יותר בכוונת הצדדים ביחס למטרת העסקה.

1. **ויטה פרי גליל בע"מ נ' עו"ד נוב**

המילה האחרונה היא של בית המשפט העליון- בפס"ד שוב עולה שאלת היחס בין קולומבו לקידוחי הצפון וכל הפסיקה המחוזית המאבחנת את הלכת קידוחי הצפון. בית המשפט העליון בויטה פרי גליל תופס את קידוחי הצפון כהלכה לא ראויה במסר העקרוני שלה. הוא לא מבטל את ההלכה, אך הוא קובע כי אין מקום להלכה נוקשה ודווקנית ביחס לתניות שימור בעלות, שאומרת כי תמיד התניות תקפות, אלא אם יש טעמים לסתור. המקום הזה, של כיבוד אוטומטי של תניות שימור בעלות, לא נכון מבחינה מעשית- כל עסקה צריכה להיבחן על פי נסיבותיה.

בית המשפט קובע כי תמיד שנעסוק במתח בין זכויות הקונה למוכר ולצדדים שלישיים, נצטרך לייצר איזון ורגישות- מצד אחד לעקרונות די החוזים (המכבדים את הסכמת הצדדים) אך מצד שני גם לעקרונות ולכללים של דיני חדלות פירעון (השואפים, לעיתים, לפעול לטובת הנושים או להבריא את החברה שנקלעה לקשיים). אם אנחנו נקלעות למצב בו יש צדדים שלישיים המסתמכים על החובות האלה, נצטרך להיות זהירים ולבדוק את המהות האמיתית של עסקאות אלו.

בפס"ד, בית המשפט מותיר על כנה את הקביעה העקרונית של הלכת קידוחי הצפון המכירה בתוקפה של תניית שימור בעלות- אותה נכבד, אך מצד שני בית המשפט ממתן את הרושם לפיו הלכת קולומבו בוטלה: שתי ההלכות יכולות לחיות זו לצד זו והיישום תלוי נסיבות וראיות. במילים אחרות**,** אמירות ההלכה בקידוחי הצפון היו יותר מידי נוקשות, ככלל זה תקף אלא אם כן, לא נרצה לתת תוקף אוטומטי, ולכן שתי ההלכות, לפי הרציונליים שלהן, שתי ההלכות יכולות לדור זו לצד זו, אך בסוף תוקפה של תנית שימור בעלות תלויה בנסיבות העסקה המוצגות.

תניית שימור הבעלות אכן עשויה להתפרש כפשוטה ולהותיר את הבעלות בממכר בידי המוכר עד לגמר התשלומים. יכולה להיות תניה שיש לה תוקף, אף כדי שהתניה תתפרש כך יש לבחון היטב את מסכת הראיות שעל המוכר, הטוען לתוקפה, לפרוש לפני בית המשפט. המוכר הוא זה שצריך להראות שמדובר בהלכת שימור בעלות אמיתית. כלומר, חובת ההוכחה שמדובר בתניית שימור בעלות תעמוד על הטוען שמדובר בכזו(קרי, המוכר-מעביר).

המבחנים בהם נשתמש: שתי אינדיקציות חשובות שיכולות לסייע להבין האם יש תניה אמיתית או לא, זה לבחון האם:

1. ביסוסה של תנית שימור הבעלות בהסכם כתוב ומפורש שמתעד את הסכמות הצדדים. המבחן הראשון **מהותי** בנסיבות שבהן מתקיימים יחסים נמשכים בין המוכר-הספק לבין הקונה. בנסיבות כאמור אין להסתפק בהדפסה אגבית של תנית שימור בעלות על גבי חשבונית בלבד לשם ביסוס כוונת הצדדים, צריך הסכם מפורש המתעד את הסכמות הצדדים שתהיה בו אותה תניה של שימור בעלות (כפי שהיה בעובדות עניין קולומבו).
2. קיומם של מנגנוני פיקוח ושליטה על המוכר על אותה סחורה- בשימור בעלות, האם יש מנגנוני פיקוח ושמירה על הסחורה שמשייר את הבעלות בה. המבחן השני, דוגמת דיווחים שוטפים של הקונה למוכר- הספק , נועד ללמד על הותר העניין(Interest/אכפתיות) הכלכלי והמשפטי של הבעלות בידי המוכר. נרצה אינדיקציות שלמוכר באמת אכפת מהנכסים שהוא מכר, והוא מפעיל זיקה ופיקוח ביחס לנכסים האלו. למשל- הקונה צריך לדווח על מצב הסחורה.

אם מבחני המשנה אינם מתקיימים במקרה המסוים- אין ביסוס של תניה בהסכם כתוב ומפורש ואין מנגנוני פיקוח ושליטה, ייטה בית המשפט לפרש את התניה כהסוואת משכון, כבטוחה, ולא כתנית שימור בעלות בממכר בידי המוכר.

למעשה, ויטה פרי גליל מאשרר את התנאים שקבעו ערכאות נמוכות, קובע מבחנים רלוונטיים ועומד על כך שבודקים את תניית שימור הבעלות לפי נסיבות העניין.

נבהיר את הרציונל שבעסקאות כאלה : איזון בין כוונת הצדדים שבדיני החוזים לאינטרס הנושים שבדיני חדלות פרעון. זה לא רק לתת תוקף למה שהצדדים קבעו, ולזכור כי הצדדים לפעמים עושים הסכם להברחת נכסים ולכן נרצה לאזן גם בין חדלות פירעון.

שורה תחתונה- מה עושים במבחן? ויטה פרי גליל, על הנחיותיה והמבחנים שהיא מציגה, היא ההלכה ואותה בודקים! ההלכה חוזרת, במובן מסוים, להלכת קולומבו אך קובעת לה מבחני משנה והופכת אותה, בכך, לגורפת וכזו שניתן ליישם גם למקרים כלליים. ובקצרה: נתייחס לסעיף 2(ב) הנוגע להסוואת משכון, ננתח את מבחני ויטה פרי גליל ונתקדם ליישום על המקרה.

**כוחו של משכון**

סעיף 4 לחוק המשכון- מבהיר את סדר הקדימויות בפירעון. אנחנו מכירות את הדין לגבי דין ספיציפי מול כללי והסעיף קובע בדיוק את זה- כשיש הוראות מיוחדות בחוק לגבי שעבודים, ההוראות הרלוונטיות יחולו בהקשר המסוים הזה:

4(1) "בנכסים שיש לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין זה- בהתאם לאותן הוראות;"

* דיני חברות- נראה כי בדיני חברות הסעיפים הרלוונטים לרישום שעבודים הם סעיפים 178-179 לשעבוד נכסי חברה, בפקודת החברות. יש הוראות לגבי שעבודי חברות, שהם נרשמים ברשם החברות ולא ברשם המשכונות. שעבודי חברה נרשמים לפי הדין הספציפי ברשם החברות, ואם ה לא נרשמים ברשם החברות אין להם תוקף, כך גם אם הם נרשמים רק ברשם המשכונות.
* דיני המקרקעין- ס' 7 לחוק המקרקעין שעוסק בחובות רישום עסקה במקרקעין, כשנעשית עסקת משכנתא, שהיא שעבוד של מקרקעין, חייבים לרשום את המשכנתא במרשם המקרקעין. חייבים לרשום- לא משנה נכס של מי זה, חברה או אדם פרטי, קודם צריך לרשום את המקרקעין ברשם, ולתת לו תוקף. סעיפים 7(חובת רישום), 9ו10(דיני תחרויות). חשוב לדעת כי כשרושמים מקרקעין, אין צורך לרשום ברשם המשכונות, אלא רק במרשם המקרקעין. אם אני משעבדת מקרקעין במשכנתא, שהיא זכות קניינית במקרקעין, הרישום נעשה לפי ס' 7 בלשכת רישום המקרקעין ולא אצל רשם המשכונות.  
  יש לשים לב אם חברה משעבדת מקרקעין, היא רושמת אותו במרשם המקרקעין בלבד, ואין צורך לרשום ברשם החברות. אז החריג היחיד לס' 178-179 הוא לגבי שעבוד של מקרקעין ואין צורך לרשום במרשם החברות.
* מיטלטלין, ניירות ערך וכל מקרה אחר- ס' 4(3) לחוק המשכון קובע כי נכס נייד, מיטלטלין וני"ע שלא הופקדו או כל מקרה אחר (כמו וזכויות חוזיות ששועבדו) במצבים כאלו צריך לרשום את המשכון ברשם המשכונות.  
  נשים לב לסיפא הסעיף: יש כאן חריג שלא קיים בשום מקום אחר ומתייחס לידיעה: אם נושה ידע או היה צריך לדעת על המשכון, הוא יהיה כפוף לשעבוד, המשכון יהיה תקף כלפיו. לא נראה את זה באף הסדר משפטי אחר- שמכפיפים אדם לזכות של משכון קנייני אם הוא ידע על הזכות. אפשר לזוז מהקביעה הזאת דרך תום לב (ורוקר נ' סלומון) ולהישען על משהו כשידעת על זכות בלי רישום, ניתן לשחק משחקים דרך עקרונות תום הלב. אך 4(3) קובע שכשמדובר על מיטלטלין ניירות ערך וזכויות אחרות, כדי שהמשכון יהיה תקף צריך לרשום אותו ברשם המשכונות, לתת לו פומביות ואז הוא תקף כלפי כל העולם ואז הוא משכון קנייני. שידע עליה ואפילו אם לא נרשמה! אפשר יהיה ללכת ולטעון שהתכחשות לידיעה עולה כדי שימוש בחוסר תום לב בזכות קנייניית וכו' לפי רוקר , אבל סיפא ס'4(3) חוסמת, לכאורה, טענה שכזו.

ס'4(3): "במיטלטלין ובניירות ערך שלא הופקדו כאמור **ובכל מקרה אחר**(למשל, זכויות חוזיות ששועבדו)- עם רישום המישכון בהתאם לתקנות שהותקנו לפי חוק זה, אולם כלפי נושה שידע או היה עליו לדעת על המישכון יהיה כוחו של המישכון יפה אף ללא רישום".

* נכסים של חברות/אגודות שיתופיות- לא צריך לרשום ברשם המשכונות אלא רק ברשם החברות/האגודות השיתופיות, לפי העניין.
* מקרקעין רושמים רק במרשם המקרקעין ולא צריך במרשם אחר.

**עם רישום המשכון**

ברגע שנרשם משכון, הוא תקף כלפי צדדים שלישיים מרגע רישומו, כלומר כל העולם כפוף לזכות שנוצרה בשעבוד זה. יש לשים לב כי רישום של משכונות זה רישום המעיד שהייתה עסקת משכון על הנכס, הרישום נותן תוקף קנייני לשעבוד הקנייני שנוצר בהסכם. הדבר שנוצר פה הוא למעשה שעבוד שנוצר כלפי העולם, אך יש חריג לכלל הזה, שהוא תקנת השוק במיטלטלין.

"נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקייה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב"

תקנת השוק במיטלטלין לפי ס'34 לחוק המכר: ברגע ששעבוד רשום, לכאורה כל העולם כפוף לו. אך יש סייג חשוב שנרחיב עליו בתחרויות והוא הסייג של תקנת השוק במיטלטלין. מה שהסייג הזה עושה, והדגמנו אותו בשעבוד מלאי עסקי. השורה התחתונה של ס' 30 הוא אם היה שעבוד למלאי העסקי, הקונה לא כפופה אליו.   
זהו כלל שלמעשה קובע שבמצב שאדם קונה נכס ממישהו שעוסק במכירת נכסים מהסוג של הנכס הזה, והמכירה הייתה במהלך הרגיל העסקים, הקונה שקונה את הנכס בתנאים האלה של שוק פתוח, מאדם שעוסק במכירת נכסים ובמהלך הרגיל עסקיו, הקונה קונה את הנכס כשהוא נקי מכל שעבוד וזכות של צד שלישי, גם אם הנכס היה רשום. וזאת גם אם המוכר לא היה בעל הממכר (כמו תנית שימור בעלות) ולא היה זכאי להעבירו, והעסקה הייתה בתו"ל, הקונה יקבל את המיטלטלין לידיו גם אם היה משועבד ואפילו אם השעבוד היה רשום.

החיסרון הגדול הוא שלא משנה מה המוכר יעשה מול הקונה- מה הוא יכתוב, תניות שימור בעלות ואפילו ישעבד בשעבוד רשום, הקונים לא כפופים לכך. זה החריג הגדול שהופך את הפרקטיקה הזאת, של רישום משכון, ללא חכמה, כי היא לא תעבוד מבחינה קניינית ולא תיתן למוכר שום דבר מבחינה מעשית בסופו של יום.

עוד מנגנון נוסף שכדאי להכיר הוא הפקדת משכון (ס' 4): אפשר ליצור פומביות למשכון שלא בדרך של רישום, ניצור ליצור פומביות בדרך של הפקדה, שהייתה הדרך המסורתית בעבר ליצירת משכון. מה שהיה יוצר את הפומביות זה ההחזקה של האדם, כלומר הגורם שיצר את הפומביות היה החזקה בנכס שלא שייך לא כתחלופה לרישום. עצם ההחזקה של הנכס שלא היה שייך לאדם יצר את הפומביות.

החיסרון של הפקדת המשכון- זה מניעה מהבעלים המקורי להשתמש בנכס. הגדולה של השעבוד רשום זה שהוא מאפשר לאנשים להמשיך להשתמש בכנס, כשהמשכון רובץ על הנכס. במופקד, הכנס יוצא מרשות הבעלים ומופקד אצל הנושה, ועד לתשלום כל החובות, הנכס לא יחזור לרשות הבעלים. בשל החיסרון הגדול, הרישום הוא הדרך המרכזית ליצירת משכון, ולא דרך הפקדה.

חשוב להדגיש: אי אפשר לשעבד נכס שלא בהסכמה(או להסתיר מנושה ראשון שעבוד נוסף של אותו הנכס המשועבד).

**משכון נוסף**

נקודה נוספת שלא דיברנו עליה בעבר זו האפשרות לשעבד נכס יותר מפעם אחת. משכון שני לאותו הנכס שכבר מושכן פעם אחת.

ס'6 לחוק המשכון : "בהיעדר התנאה בין החייב והנושה הראשון- ניתן לרשום משכון נוסף".

חשוב להדגיש כי ניתן לשעבד נכס יותר מפעם אחת, ובדרך כלל, כשעושים את עסקאות השעבוד האלה, נעשה את השעבוד בדרגה- שעבוד מדרגה ראשונה, שנייה וכו'. כלומר, יוצרת מדרג של הסדר של פירעון השעבודים. ועד שהשעבוד הראשון לא ייפרע, לא נוכל לעבור הלאה לשעבודים האחרים. ברגע שיוצרים שעבודים בדרגות, נוכל לשעבד פעם אחת. למשל- יש דירת מגורים בשווי שני מיליון שקלים, נשעבד את הנכס לבנק (על חצי מיליון שקל), אך הנכס שווה שני מיליון ולכן ניתן ליצור שעבוד נוסף- מלווה נוסף על סך 100,000, ניתן לרשום שעבוד שני בדרגה שנייה למשעבד בנוסף.  
מה המשמעות של הדרגות? זה שעד שהראשון לא יפרע לגמרי, השני, השעבוד שלא לא נכנס לתמונה האופרטיבית. רק כשיסולק החוב של הראשון, רק אז השני יוכל לעשות פעולות בנכס. השני לא יכול לממש את שהראשון מסיים את ענייניו. ברגע שהוא היה ראשון בזמן, השני צריך לחכות.

* יתרון: הסעיף עושה דבר טוב מבחינה כלכלית, הוא נותן בטוחות לאנשים וחבל לא לנצל את הנכס למתן בטוחות. ולכן, הוא מאפשר מתן לבטוחות עבור כמה נושים גם בנכסים ששוויים עולה על גובה המשכון.
* החסרון: היבט של דחייה וחלוקה, הנושה השני יוכל להיפרע מהנכס רק לאחר שייפרע הנושה הראשון או שחובו יסולק לגמרי. כלומר יש דחייה במועד החלוקה של מימוש החוב.

למה הנושה יסכים לשעבוד שני?

* עדיף שעבוד רשום (גם אם שני במדרג הפירעון) מאשר שלא יהיה שעבוד רשום בכלל- זכות חוזית. זכות חוזית משמעותה אחרון בתור לפירעון, ולכן עדיף להיות עם בטוחה לשעבוד נושה מובטח, מאשר רק להיות עם זכות חוזית ביד. והרבה פעמים, שווי הנכס שווה יותר משיעור החוב. לפחות החוב מובטח בשעבוד רשום ולא מדובר בזכות חוזית בלי שום בטוחה. יש לזכור כי מועד הפירעון יכול להיות קרוב והסבירות שייפרע גבוהה מאוד, ולכן הסיכון נמוך ויוצר יתרונות עבור המשעבד והנושה.
* סיבה נוספת זה העניין של נושים המוכנים ליטול סיכון. אם נושה מוכן ליטול סיכון ולא לקבל בטוחה, תנאי העסקה יהיו יותר גבוהים. אם הנושה מוכן לבוא ולקחת את סיכון של שעבוד שני, אז הריבית לא תהיה גבוהה מאוד כמו עסקה בלי בטוחה, אך לא תהיה נמוכה כמו עסקה מדרגה ראשונה. אם נושים מכונים להיכנס לעסקה כו, בכל מקרה זה טוב לחייב ולנושה שלא יקבל כלום, וזה יגולם בריבית.

סיכום עד כה: עברנו על כל רשימת הזכויות הקנייניות בנכסים, דיברנו על יצירת הזכויות (לרוב דרך עסקה רצונית), הכללים שיחולו ביחס לכל זכות קניינית, דרך יצירתן, ושעבודן של זכויות קנייניות אלו.

**המשטר הקנייני\ משטר המקרקעין בישראל**

ככלל, ברוב מדינות העולם ההסדרים המשפטיים של בעלויות, הם שרוב הקרקעות במדינה הן בבעלות של אנשים פרטיים, ומיעוטן בבעלות המדינה. רוב הזמן, רוב המדינות, רוב הקרקעות נמצאות בבעלות פרטית. משטר הקרקעות בישראל הוא משטר אנומלי, הוא משטר שמרבית קרקעות המדינה נמצאות בבעלות וניהול המדינה, כשהמיעוט הוא בבעלות פרטית- בעוד ש93% מהקרקעות בישראל נמצאות בבעלות/ניהול המדינה, 7% בלבד בבעלות פרטית. חשוב לדעת, שבפועל-מבחינה אופרטיבית, הבעלות ב93% מרשם המקרקעין רשומה על מדינת ישראל, מי שיהיה רשום הבעלים היא מדינת ישראל.

השאלה היא למה המצב הוא כזה, למה לאחר 70 שנות קיום זה עדיין המצב המשפטי?

**חוק יסוד: מקרקעי ישראל**

סעיף 1: "מקרקעי ישראל, והם המקרקעים בישראל של המדינה, של הרשות הפיתוח ושל הקרן הקיימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר אם במכר ואם בדרך אחרת".

2. סעיף 1 לא יחול על סוגי מקרקעין וסוגי עסקאות שנקבעו לעניין זה בחוק.

המסגרת המרכזית שבגללה זה המצב זה חוק יסוד מקרקעי ישראל. חוק יסוד: מקרקעי ישראל בס' 1 הוא סעיף חריג שלא קיים ברוב מדינות העולם.

חוק היסוד קובע איסור העברת בעלות במקרקעין שהם בבעלות מדינת ישראל משלושה סוגים: רשות הפיתוח, המדינה או קק"ל. במילים אחרות, יש איסור העברת בעלות במקרקעי ישראל, ולכן המצב הקיים הוא שרוב שטחי המדינה נמצאים בבעלות המדינה ולא בבעלות פרטית.

ס' 2 קובע כי אם יש חוק המאפשר לעשות עסקאות מסוימות ולהעביר סוגי מקרקעין מסוימים, ס' 1 לא יחול. ס' 2 לחוק היסוד פותח פתח להעברת בעלות, ובאמת יש חקיקה המסדירה מתי כן ניתן להעביר בעלות. אך ברירת המחדל והמסגרת החוקית הוא ס' 1 האוסר להעביר בעלות במקרקעי מדינת ישראל.

ואכן יש חקיקה- חוק מקרקעי ישראל (1960) מהווה המסגרת שדרכה ניתן להעביר בעלות במקרקעי המדינה באופן חריג. קרי, ס' 2 לחוק היסוד, מופעל בצורה אופרטיבית דרך חוק מקרקעי ישראל, ביחס לחריגים שיאפשרו העברת בעלות בנסיבות מסוימות. נראה גם כי דרך החריג הזה, נעשית כל הרפורמה החדשה במקרקעי ישראל המאפשרת העברת בעלות לידיים פרטיות (שנדון בה בהמשך). כלומר, לא ניתן לעבור על חוק היסוד, אך הסטיות שנעשות הן דרך חריגים, שכולם קבועים בחוק מקרקעי ישראל, כולל אותה רפורמה שנדון עליה בהמשך. הפגיעה בחוק יסוד: מקרקעי ישראל תיעשה, לכן, לפי חוק מקרקעי ישראל.

**סוגי מקרקעי ישראל**

חוק היסוד קובע כי מקרקעי ישראל הם משלושה סוגים:

1. קרקעות שהבעלים הרשום שלהן במרשם המקרקעין יהיה המדינה

הסוג הראשון הוא מקרקעין של המדינה. צריך להבין כי מקרקעין של המדינה זה מקרקעין שהם בבעלות של מדינת ישראל, הרשומים במרשם המקרקעין שהבעלים הם מדינת ישראל. מרבית הקרקעות המנויות ב93% האחוזים שדיברנו עליהם הן קרקעות מסוג זה. כל המקרקעין הם אלו שקיבלנו מהבריטים בסיום תקופת המנדט, עזבו את שטח הארץ והוכרז על מדינת ישראל, אלו הקרקעות שעברו לבעלות מדינת ישראל. כל אותן הקרקעות בבעלות המדינה מנוהלות על ידי רשות שנקראת "רשות מקרקעי ישראל", המוסדרת בחוק רשות מקרקעי ישראל, שבו יש הסדר משפטי המסדיר את פעילותה. רשות מקרקעי ישראל היא הגורם שמנהל את הקרקעות ונחשבות למקרקעין של מדינת ישראל.

חשוב לדעת כי למדינת ישראל בעלות שיורית בקרקעות- קרי, כשקיים שטח שלא ידוע מי בעליו, השטח יעבור לבעלות המדינה- המדינה תהפוך לבעלי הקרקע. אותו הסדר לגבי ירושה- אדם שנפטר ולא הניח אחריו יורשים, ולא הניח צוואה, הבעלות עוברת למדינת ישראל כעניין שיורי, ובגלל זה יש את האפוטרופוס שמנהל בין היתר את העניינים האלה, של אנשים שנפטרו בלי שהניחו יורשים, ואז מדינת ישראל היא היורשת אותם.   
המדינה חולשת על הרבה מאוד קרקעות, שרובם היו ירושה מהמנדט הבריטי, וחלקם קרקעות הנוספות כל הזמן בשל ירושות, עסקאות שהמדינה עושה וכו.

1. קרקעות שהבעלים הרשום שלהן במרשם המקרקעין יהיה רשות הפיתוח (חוק רשות הפיתוח)

רשות הפיתוח היא תאגיד סטטוטורי של המדינה, שקם בשנות החמישים זמן קצר לאחר קום המדינה. זהו תאגדי שמנהל קרקעות עבור המדינה. בעצם, זאת קרקע שנמצאת תחת בעלות המדינה אך מי שרשום פורמאלית במרשם המקרקעין זוהי רשות הפיתוח ולא מדינת ישראל. אך עדיין זה תאגיד מדינתי ולכן הקרקע נחשבת בבעלות המדינה.

רשות הפיתוח זאת רשום שהוסמכה בחוק לרכוש עבור המדינה נכסים, לפתח אותם ולמכור אותם. המקרקעין שרשות הפיתוח קיבלה הם מקרקעין שמקורם בשני סוגים מרכזיים ובאו מכוח שני דברי חקיקה:

1. מכוח חוק רכישת המקרקעין (אישור פעולות ופיצויים- 1952)- דבר חקיקה שאיפשר לרשות הפיתוח להפקיע ולקנות מקרקעין שלא היו להם בעלים/בעליהם ברחו (אחרי מלחמת העצמאות וכו'). החוק אפשר לרשות הפיתוח להפקיע ולהקנות מקרקעין (בשנת 1952, בנקודת זמן מסוימת שהחוק מדבר עליה, מהחזקת בעליהם). מכוח החוק, הרשות קיבלה מעל 1.2 מיליון דונם. חשוב להבהיר כי החוק מחייב מתן פיצויים על ההפקעה. נתן זכות הפקעה לקרקעות שננטשו בנקודת זמן מאוד מסוימת.
2. מכוח חוק נכסי נפקדים (1950)- החוק הקנה לאפוטרופוס לנכסי נפקדים, מקרקעין של נפקדים (כפי שהוגדרו בחוק). ב1953 האפוטרופוס לנכסי נפקדים יצר הסדר עם רשות הפיתוח, כזה שהקנה לרשות את כל מקרקעי הנפקדים שהיו בידיו וכאלו שיהיו לו בעתיד.

ודוק: רשות הפיתוח זה תאגיד סטטוטורי שהקום וקיבל לידיו נכסים שונים שהגיעו בעיקר משני מקורות- מקרקעין מכוח חוק רכישת מקרקעין, ואת כל הקרקעות המנוהלות מכוח חוק נכסי נפקדים כהגדרתם בחוק רשות הפיתוח בעיקר חולשת על קרקעות שננטשו על ידי אוכלוסיות ערביות שחיו בארץ ובזמן מלחמה ברחו. יש שני הסדרים לקבלת פיצוי על אותן קרקעות (יש לזכור כי הבעלים המקוריים לא יקבלו את הבעלות בחזרה, אלא רק פיצויים). אף שהסדרי פיצויים כאלו היה נדירים למדי ולא מומשו בפועל).

1. קרקעות שהבעלים הרשום שלהן במרשם המקרקעין יהיה קק"ל (פעילותה הוסדרה באמנות מדינת ישראל- קק"ל).

קרקעות של מנהל ישראל ומקרקעין של רשות הפיתוח הן בבעלות מדינת ישראל, כי רשות הפיתוח הוא תאגיד סטטוטורי של המדינה. אך קרקעות קק"ל אלו קרקעות שהועברו לניהול המדינה- המדינה היא לא הבעלים שלהם, הם נחשבים כמקרקעי ישראל אך אלו קרקעות המנוהלות על ידי רשות מקרקעי ישראל לטובת קק"ל, אך הם לא בבעלות מדינת ישראל. (נחשבים למקרקעי ישראל כי זה מה שחוק היסוד קובע וזה מה שסוכם) אך הם רק מנוהלים על ידי המדינה לטובת קק"ל. שני סוגי הקרקעות האחרים, לפי חוק רשות הפיתוח, הם באמת בבעלות מדינת ישראל.   
יש לזכור כי בשונה מרשות הפיתוח ומנהל מקרקעי ישראל, קרקעות אלו הן לא בבעלות המדינה. הקרקעות האלה הועברו רק לניהול המדינה.

קק"ל זהו גוף פרטי, חברה בריטית שפעלה באנגליה, לפני הקמת המדינה, ומטרתה הייתה יישוב יהודים על קרקעות. גוף שהוקם במטרה לגאול אדמות בארץ ישראל (יהודי התפוצות שמימנו רכישה מסיבית של קרקעות בשטח המדינה), שרכש עבורם מכספי תרומות. חוק הקרן הקיימת לישראל הוא חוק שנתן גושפנקא חקיקתית לקרן הקיימת ישראל, בשנת 1960 חוקקו חוק המסדיר את ניהול הקרקעות על ידי מדינת ישראל. חוק הקק"ל הוא שמסדיר סמכויותיה ונתן לה סמכות חוקית והכרה.

* אמנת מדינת ישראל-קק"ל הסדירה את היחסים ביניהן, ונקבע בה שהקרקע תיועד רק ליישוב יהודים במדינת ישראל (מדובר בהגבלה רצינית שיוצרת המון בעיות, כפי שנראה בהמשך).

מה הסטטוס של קק"ל? רוב הקרקע החקלאית בישראל היא ברשות קק"ל. ההגדרה המדויקת של קק"ל זה גוף דו מהותי מבחינה משפטית, גוף שכפוף במידה מסוימת לכללי המשפט הציבורי, בעיקר בגלל שהוא חולש על כמות קרקעות על כל כך ניכרת על כמות גדולה של אנשים. קק"ל בהקשר הזה, הוא גורם שמייצר בעיות, מהבחינה הזו, שכל הפסיקה שנדבר עליה, כשמדובר בקרקעות מדינה, המדינה מחויבת לשורה של עקרונות של המשפט הציבורי (כמו שיוויון בהקצאת מקרקעין),וקק"ל מייצרת בעיה כי בהגדרתה היא גורם שמפלה מבחינה פורמאלית לגבי גישה לקרקעות- בכל שרק יהודים יכולים לקבל גישה במקרקעות אלו. היו הרבה בעיות וויכוחים, שהגיעו עד לכדי איום של קק"ל להתנתק מניהול המדינה כדי שלא יחולו עליה עקרונות שהמדינה מחויבת אליהם.

אם נפתח את נוסח הטאבו, נראה שמבחינה טכנית הבעלים על שטחי מדינת ישראל יהיו רשומים: מדינת ישראל, רשות הפיתוח או קק"ל. אך מבחינה מעשית, מי שמנהל את שלושת סוגי הקרקעות האלו היא רשות מקרקעי ישראל (93% מהקרקעות במדינה). רשות מקרקעי ישראל היא בעצם האורגן של המדינה האחראי על ניהול הקרקעות.

**חקיקה מרכזית**

**חוק מקרקעי ישראל (שמהווה, כאמור, החריג לס' 1 לחוק יסוד מקרקעי ישראל)**

החוק המרכזי המאפשר להעביר קרקעות של מדינת ישראל זה ס' 2 לחוק מקרקעי ישראל. זהו החריג למעשה שס' 2 לחוק היסוד מאפשר. בס' 2 ניתן לעשות עסקאות במקרקעי ישראל ולהעביר בהם בעלות, למרות ברירת המחדל של איסור העברת הבעלות. חוק היסוד עצמו אפשר חריגה מהוראות חוק היסוד, בנסיבות פרטניות, וזה נעשה בס 2 בחוק מקרקעי ישראל, זאת אומרת, יצרו פלטפורמה שאפשרה את זה.

אלה סוגי העסקאות שסעיף 1 לחוק היסוד לא יחול עליהן. יש שם מגוון עסקאות, אך לא נרחיב עליהן.

(1)   פעולות רשות הפיתוח לפי חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), תשי"ג-1953;

(2)   העברת בעלות במקרקעי ישראל, לפי כללים שייקבעו בתקנות, באישור ועדת הכספים של הכנסת, לנפקדים הנמצאים בישראל או ליורשיהם הנמצאים בישראל, תמורת מקרקעין שהוקנו לאפוטרופוס לנכסי נפקדים מכוח חוק נכסי נפקדים, תש"י-1950;

(3)   העברת בעלות במקרקעי ישראל למילוי התחייבות שנתחייבו בה כדין או חבות שנוצרה כדין לגבי אותם מקרקעין לפני תחילת חוק היסוד;

(4)   העברת בעלות במקרקעי ישראל תוך חליפין במקרקעין שאינם מקרקעי ישראל או כפיצוי בעד מקרקעין כאלה שהופקעו על פי חוק, ובלבד שלא תוחלף קרקע חקלאית בקרקע עירונית אלא בנסיבות מיוחדות ובאישור שר החקלאות;

(5)   העברת בעלות במקרקעי ישראל במידה שיש בכך צורך ליישר גבולות או להשלים נחלאות, ובלבד ששטח המקרקעין לא יעלה על מאה דונם כל פעם; היתה ההעברה ללא תמורה, טעונה היא אישור ועדת הכספים של הכנסת;

(6)   העברת בעלות במקרקעי ישראל בין המדינה, רשות הפיתוח והקרן הקימת לישראל לבין עצמם; ואולם העברת בעלות במקרקעי המדינה או במקרקעי רשות הפיתוח לקרן הקימת לישראל בשטח מקרקעין העולה על 16 דונם טעונה אישור ועדת הכלכלה של הכנסת;

(7)   העברת בעלות במקרקעי המדינה או במקרקעי רשות הפיתוח שהם קרקע עירונית, ובלבד ששטח כל ההעברות מכוח פסקה זו יחד לא יעלה על 400 אלף דונם – בתקופה שמיום י"ב באלול התשס"ט (1 בספטמבר 2009) עד יום ה' בעלול התשע"ד (31 באוגוסט 2014) (בפסקה זו – התקופה הראשונה), ו-400 אלף דונם נוספים למשך חמש שנים מתום התקופה הראשונה;

יש פה כל מיני היתרים להעברת בעלות, וזה מכוח המציאות. יש הבנה שלא ניתן לא לעשות בכלל עסקאות והעברת בעלות. החוק יצר את המסגרת החוקית מתי אפשר לעשות את זה, ואם מדובר בעסקה שלא מנויה בחוק, לא ניתן לעשות אותה ולא יהיה לה תוקף.

החריג החשוב ביותר לענייננו הוא ס'2(7), העוסק ברפורמה במקרקעי ישראל. בקרקע עירונית, ה2009 החליטו להעביר רפורמה שתאפשר לאנשים לקבל בעלות במקרקעין. את הרפורמה עשו דרך ס' 2(7).

בגלל האיסור על העברת הבעלות בחוק יסוד, רשות מקרקעי ישראל הייתה צריכה למצוא מנגנון לביצוע עסקאות והעברת הקרקעות הללו מבחינה חוקית. בגלל המציאות המשפטית הזו- איסור העברת בעלות בחוק היסוד, רשות מקרקעי ישראל לא יכולה להקצות קרקעות לאנשים. כך שהכלי שפותח הוא חכירות ארוכות הטווח (שהזכרנו בהבחנה ביו בעלות לשכירות ומוסד שכירויות ארוכות טווח). ההבנה הייתה שהמדינה נותנת לאנשים משהו שהיא לא תיקח בסוף תקופת החכירה.   
ב2009 הייתה הבנה שיצריך לקבל הכרעה, כי מתישהו תקופת החכירה תסתיים ושכירויות ארוכות טווח יסתיימו, אך מה אז? שהרי המדינה לא תפקיע מאנשים את זכויות הקניין שלהם וצריך למצוא פתרון. ולכן נעשתה רפורמה בשנת 2009 ע"י חריג 2 (7) בחוק מקרקעי ישראל. ובאמת, הרפורמה קבעה שהמדינה תיתן בעלויות לאנשים, ותפסיק את הפרקטיקה של חכירה לדורות, בשטחים עירוניים בלבד. מ2009 התקבלה ההחלטה על הרפורמה הגדול במקרקעי ישראל, משנה זו הקצאה של זכויות במקרקעין במגזר העירוני תעשה על דרך הבעלות לאנשים. ההחלטה לתת ש חכירות ארוכות הטווח היו בעלות אופרציה ארוכה ומסובכת, ולכן ב2009 החליטו על הרפורמה. כמו כן, היבט נוסף של הרפורמה היה ההחלטה שלכל מי שיש חכירה לדורות זכויותיהם יוסדרו ויועברו לזכויות של בעלות. כלומר נעשה פה תיקון ע"י הרפורמה, גם משם ואילך וגם רטרואקטיבית- כל הקצאה חדשה תעשה באותה נקודת זמן, בדרך של העברת בעלות.

האיסור בסעיף 1 לחוק היסוד עומד בתוקפו, וכל הרפורמה נעשתה על ידי סעיף 2(7) בחוק מקרקעי ישראל נעשתה על דרך החריג. החוק עשה זאת בצורה זהירה, על ידי 2 פעימות בהגבלה כמותית על שטח הקרקע. כשהפעילו את הרפורמה, מבחינה אפקטיבית, החזקות המדינה עדיין עומדות על 92% והרפורמה לא צמצמה בצורה ניכרת את כמות השטחים בבעלות מאז שהופעלה הרפורמה היא השפיעה באופן זניח, וזאת מפני שכיום רוב הבנייה נעשית לגובה, כשיש בנייה לגובה ועשרות דירות להעברת בעלות, זה משפיע על שטחים מאוד קטנים. אז גם אחרי הרפורמה- החזקות המדינה הן דרמטיות מבחינת הנתח כל שהרפורמה לא צמצמה בצורה ניכרת את בעלות שטחי המקרקעין בישראל.

סיפא סעיף 2 – כל הרפורמה הזו במגזר העירוני לא חלה עדיין על אדמות קק"ל (המרצה מניחה שהמדינה תגיע עם קקל להסכמות וגם שם תעשה הרפורמה). גם אם יש עליה חכירה לדורות, ככל הנראה בעתיד גם בהקשר הזה ייעשה תיקון.

**"מי ימלל גבורות מקרקעי ישראל" -מאמר מאת רחל אלתרמן**

רחל אתרמן היא אחת מהחוקרות החשובות בעולם בנושא של תכנון ובניה. אלתרמן כתבה מאמר הבוחן את זכות הבעלות בשטחים מדינתיים בצורה ביקורתית. אלתרמן מסתכלת על המדיניות בישראל של בעלות מדינתית, ומנסה לתת לנו דרך ביקורתית לחשוב על המציאות הזו. אין ספק שהשורה התחתונה שלה במאמר ומה שהיא חושבת על המציאות בישראל של בעלות מדינתית בשטח כל כך ניכר משטחי המדינה הוא לא הגיוני או נדרש. מבחינה היסטורית הסיבה שבגינה אימצנו את המשטר של בעלות מדינתית בשטח מסיבי וחוק היסוד, היו לכך להרבה סיבות, אך מבחינה ביקורתית ומהותית הם חסרי בסיס. מבחינה עקרונית הסיבות למשטר שקבע חוק היסוד את האיסור על העברת קרקעות המדינה לידיים פרטיות:

1. חשש ביטחוני היסטורי- חשש מהקרקעות יפלו לידיים וגורמים זרים שיקנו קרקעות. זהו החשש המרכזי, שגורמים עוינים יקנו קרקעות מדינתיות וישתלטו על קרקעות מדינה. היסטוריה של מדינה שהוקמה אחרי מלחמות ומציאות ביטחונית לא פשוטה, ולכן האתגר הביטחוני הוא זה שהוביל לחשש המרכזי ולקביעת המשטר המדינתי.
2. מניעת עליית מחירים- אחת הסיבות הנוספות שבגללן קבעו את איסור העברת הבעלות היא ההנחה ששליטה מדינתית תמנע ספסרות ביחס לרכישה ומכירה של מקרקעין ותאפשר למדינה לשלוט במחירי הנדל"ן (שהמחירים יהיו סבירים). החשש של ספסרות ועליית מחירים, דה פאקטו כיום נראה כי הבעיה שהובילה לעליית מחירי הדיור נובעת בדיוק מכך- המדינה לא משחררת קרקעות. אם היו יותר פרויקטים ויותר דירות- ככל שיהיה יצע יותר גדול שמגיב לביקוש המחירים ירדו. כיוון שיש מחסור תמידי בדיור, זה מה שהוביל למחירי הדירות הגבוהים. כתוצאה מכך שהמדינה שולטת בקרקעות הללו היא הסיבה המרכזית לעלות הגבוהה של הנדל"ן, כמו כן המיסים הרבים על עסקאות הנדל"ן גורמים גם הם למחירים גבוהים על הנדל"ן. הבעיה האמיתית היא הקצאת קרקעות שחרור קרקעות בדרכים מהירות יותר. מצד אחד המדינה רוצה את העסקאות בשביל המיסוי הגבוה ומצד שני לא משחררת את הקרקעות, והיא זו המייצרת את הבעיות האלו.

שתי הסיבות המרכזיות שהזכרנו היא הבעיה הביטחונית והחשש שבעלות פרטית תביא לעלייה במחירי הדיור, שתי הסיבות האלו לא משכנעות. הנימוק הביטחוני הוא חשוב, אך יש דרכים אחרות להתמודד איתו- כמו רגולציה רכה יותר, וביחס לספרסרות ועליית מחירים, אנחנו יודעות שהנימוק לא נכון כי אנחנו מכירות את שוק הדיור בו אנחנו חיים, כשהמדינה היא הבעיה ולא אף שחקן אחר, ובטח לא הסקטור הפרטי החולש על אחוז קרקעות כל כך קטן.

1. לשמר את הקשר עם יהדות התפוצות הרבה מקרקעות המדינה, על ידי קק"ל, נרכשו מתרומות וכספים של יהדות התפוצות. כשאחת הסיבות לשימור בעלות מדינתית הוא הרצון לשמור על הקשר עם יהדות התפוצות, לוודא שהקרקע באמת בבעלות לאומית (כי בכל זאת מדובר בהשקעה של אנשים פרטיים שתרמו לרכישת הקרקעות) ולכן בעלות לאומית תשמר את האינטרסים האלה. היו סיבות נוספות, אך אלה המרכזיות.

הסיבות הללו לא נראות כה משכנעות, ניתן להתמודד עמן באופן שונה.

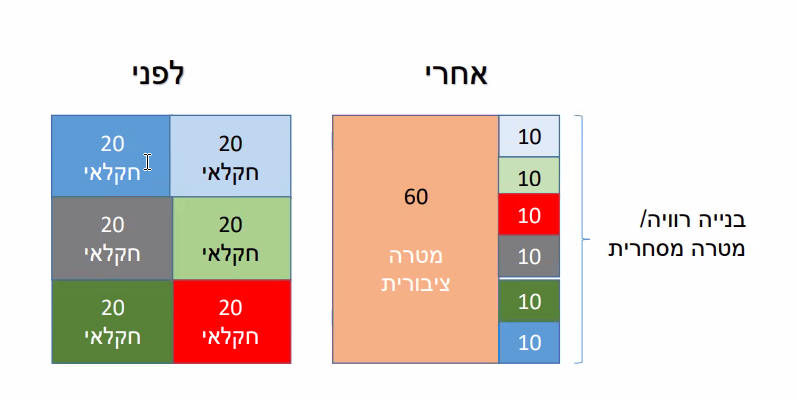
אלתרמן לא מזלזלת בנימוק הביטחוני שהוא המרכזי והחשש הכי כבד. אלתרמן באה מנקודת מוצא בה היא אומרת שהיא מבינה שיש כל מיני שיקולים אך צריך לנסות לחשוב ולבחון כיצד מדינות אחרות פועלות ומהן האלטרנטיבות שקיימות. המציאות בארץ היא של התערבות מרבית בשוק, רוב הקרקעות במדינה בבעלות מדינתית וזה החריג ולא הכלל. רוב מדינות העולם, המשטר המשפטי הוא לא כזה, זה משטר שרוב קרקעות המדינה בבעלות פרטית. התערבות מירבית בשוק זה האמצעי הכי דרמטי שישראל מאמצת, ולדעת אלתרמן הוא לא ראוי. יש כלים אחרים שניתן להשתמש בהם, ואלתרמן מדברת על המנגנונים הבאים:

**מנגנוני התערבות בקרקעות המדינה**

1. הלאמה מלאה של זכויות הקרקע- המדינה מחזיקה בידיה במרבית הקרקעות או בכולן (מה שקורה בישראל). בסיטואציה כזו המדינה היא הבעלים של רוב הקרקעות. כאשר יש למדינה הלאמה מלאה, זה נותן למדינה את הכוח להחליט ולהשפיע מה יעשה בקרקע, למדינה יש כלי שליטה בקרקע.

אך אלתרמן טוענת כי יש כלים נוספים שמשתמשים בהם בעולם, כלים פחות מסיבים מהלאמה מלאה:

1. הפקעה מסיבית של קרקעין**-** מדינות שמפקיעות קרקעות בצורה לא פרופורציונלית (כמות גדולה של קרקעות) שלא תמיד קשורות לצורך מסוים של המדינה. נראה כי הפקעה ככלל דורשת צורך ציבורי- כדי להפקיע יש צורך ציבורי קיים או קרוב שבגינו נפקיע את הקרקע, אך יש מדינות שמשתמשות בכלי של הפקעה מסיבית של מקרקעין בצורה לא פרופורציונלית ולא לצורך מסוים, לרוב זה נעשה בגלל טעמים ביטחוניים (כמו בחוק נכסי נפקדים- היה מנגנון של הפקעה מסיבית של מקרקעין בתקופה המלחמתית שישראל עברה, ששם הפקיעו בצורה מסיבית הרבה קרקעות של אנשים שברחו).
2. רכישה לצורך יצירה של בנק קרקעות- הרבה פעמים מדינות לא משתמשות בשני המנגנונים הראשונים (לא מפקיעות שלא לצורך), אך כן יוצרות "בנק קרקעות" עם רזרבות (יותר ממה שהן צריכות באופן מיידי) שבמקרה והן יצטרכו קרקעות יהיה להן בבנק מספיק קרקעות שממנו יוכלו לתת מענה לצרכים עתידיים. בנק קרקעות זה כלי יותר מרוסן, לפיו יש הפקעה שעוברת את הצורך המיידי, אך לא בהרבה, על מנת שימלא כל מיני מטרות.
3. איחוד בעלויות וחלוקה מחדש (רפרצלציה)- מנגנון שהוא מעין "טריק". במדינת ישראל וגם במדינות אחרות מקרקעין מזוהה כבעל גוש וחלקה- יש תעודת זהות של גוש וחלקה. לאנשים יש קרקעות מוגדרות בבעלות חקלאית, אם המדינה צריכה שטח למטרה ציבורית (למשל סלילת כביש) היא יכולה לקחת מבעלים מסוימים ולחלק את השטח מחדש עפ"י צורכה. אבל בכלי הזה יש לה כוח תיכנוני שמאפשר לה לאחד בעלויות של קרקע ולייצר חלקה אחת גדולה מכל הקרקעות, ובעצם לייצר חלוקה מחדש (=רפרצלציה). לוקחת את כל החלקה ויוצרת חלוקה מחדש. את החלוקה מחדש נעשה בדרך של שינוי ייעוד הקרקע. בדוגמא הזו: הערך של שטח 20 בשטח חקלאי שווה ל10 בייעוד המחודש. כך "מערבבים" את הקרקעות וניתן להם ייעוד יקר יותר, כך אין צורך לפצותם ולגרום להוצאה מדינית. מקרקע חקלאית השווה פחות, המדינה משנה את ייעוד הקרקע למטרה מסחרית, דבר שמעלה את שווי הקרקע, ולא מצריך פיצוי. במקום פיצוי, המדינה מקנה שינוי ייעוד תכנוני יקר יותר- הם מקבלים את אותו ערך כלכלי ואין חובת פיצוי בכלל.



1. הפקעה נקודתית- מנגנון של דיני הפקעות- כאשר מדינה צריכה קרקע למטרה מסוימת היא יכולה להפקיע קרקעות מסוימות לטובת מטרה מסוימת ולעשות הפקעה נקודתית. למשל סלילת כביש ע"י הפקעה נקודתית לצרכים האלה של שטח ספציפי (כמו שהיה בכריית מנהרות הכרמל). קל מאוד להצדיק את הכלי, כי הוא הרבה פחות פוגעני משאר הכלים.
2. תכנון ציבורי- המדינה לא לוקחת דבר מהבעלים, והיא משתמשת בכלי התכנון והבנייה- השולטים בשימושים ובתכנון של מקרקעין גם כשהם בידיים פרטיות. דרך כלי התכנון, הוועדות שפועלות (ארצית, עירונית, אזורית וכו') מחליטות מה יהיה הייעוד של השטח, הם יכולים להחליט למה תהיה הקרקע מיועדת. הכלי של תכנון ציבורי נותן את האפשרות לתכנן ולקבוע את ייעוד הקרקע גם כשהיא בידיים פרטיות, כלי המאפשר תכנון ושליטה בקרקעות.
3. שוק חופשי ללא התערבות**-** המדינה כלל לא מתערבת- קצה שני בו השוק פועל ללא שום התערבות של המדינה.

אלתרמן מציגה את כל האלטרנטיבות וטוענת שלא צריך ללכת למנגנון הכי התערבותי כמו בישראל, אלא אפשר להשתמש בכלים אחרים. השאלה הגדולה שהיא שואלת במאמרה היא שואלת האם יש להשתמש עדיין בכלי של מדינת ישראל או להחליפו. הכיוון של המאמר, לדעתה הכלי הקיים הוא לא ראו., היא לא אומרת על כמה כן צריך לשלוט, אך היא אומרת שהקיים כרגע מהווה יותר מדי שליטה למדינה ויש צרוך לחשוב על מצבים שבהם נכון לשמר מידת התערבות מסוימת. היא נותנת את הסיבות למה צריך לשמר מידת התערבות מסוימת ומה המצבים בהם היא כן הייתה מתערבת, ולאיזה מטרות.

**הצדקות לבעלות מדינתית**

אלתרמן נגד בעלות מוחלטת או מסיבית בהרבה מהקרקעות, בעולם שלה מבחינה אופטימלית רוב הקרקעות צריכות להיות בבעלות פרטית. אלתרמן אומרת כי צריך כלים יותר מתונים המגיבים לבעיות מסוימות המצדיקות התערבות מדינתית וציבורית ושליטה על היקף קרקעות מסוים. כשאלתרמן רואה התערבות במקרקעין, היא תרצה לראות אותה בכמה מצבים מסוימים:

למה לא הולכים למנגנון הפרטה מלאה והעברת כל הבעלות לידיים פרטיות, לזה ניתן למצוא שתי סיבות עיקריות:   
בספרות יש שתי הצדקות מרכזיות המתנגדות לכלי של שוק חופשי שהכל בידיים פרטיות ללא התערבות\ הצדקות לבעלות מדינתית:

1. מילוי צרכי האזרחים- במדינה ליברלית יש למלא קבוצה של צרכים בסיסיים אצל כל אזרח. אסור להפריט משאבים כמו מים, אוויר, וכו. יש כל מיני משאבים שמדינה ליברלית רוצה להשאיר לכלל אזרחיה ולכן, אנחנו צריכות שלמדינה תהיה שליטה על נכסין מסוימים בהיקף מסוים, כאלו שלא יהיו בידיים פרטיות. גם מקרקעין, נחשוב שגם מקרקעין אם יש צורך לספק צרכים בסיסיים כמו כבישים מהירים, תשתיות לרכבות, תשתיות לחשמל, מבני ציבור, שירותי בריאות- צריך מקרקעין לדברים האלו, בטח כשהמדינה היא זו שתפסיקה לספק את הדברים הללו, ולכן בשביל למלא את הצרכים הללו המדינה צריכה מקרקעין.
2. "קומדיית ההמונים"- מאת קרול רוז, המדברת ע קומדיית ההמונים. רוז טוענת כי אם נלך למנגנון של הפרטה מלאה, הכל בידיים פרטיות, אנחנו נאבד את ערך החברתיות של החברה שלנו. במובן, שלא יהיו אתרים שבהם יוכלו להיווצר קשרים בין בני אדם. חלק מזה שאנשים מייצרים או יוצרים קשר בחברה עם אנשים ומתקשרים עם אחרים, זה בגלל אותם מקומות בבעלות ציבורית ואתרים שבהם כולנו נוכל להיפגש ולהתחבר זה לזה. אם הכל היה בידיים פרטיות, לא היו אתרים והמקומות שבהם אנשים נפגשים ומתחברים כבני אדם. הצורך של אנשים לא ללכת לכיוון של הפרטה מלאה זה הצורך בחברתיות וחיבור בין אנשים.

אלו שתי הצדקות בספרות כלל למה לא לפנות להפרטה מלאה.

**האם נכון לשמר מידה מסוימת של התערבות ציבורית?**

מידת ההתערבות הנדרשת לטענת אלתרמן, יכולה להיות מוצדקת על בסיס כשלי שוק והצדקות חברתיות. כשאלתרמן מדברת על כשלי שוק, היא מציינת חמישה פקטורים, שבמצבים כאלה כן נצטרך בעלות מדינה בקרקעות ברמה מסוימת- היא אל תגיד לנו כמה, אלא מציינת שיש מצבים שבהם באמת מוצדק שהמדינה תשלוט בנכסים, והמצבים האלו כשלי שוק.

**א. כשלי שוק**

1. טרגדיית המאגר המשותף- אלתרמן טוענת כי טרגדיית מאגר המשותף זהו כשל שוק קלאסי שבו הרבה פעמים בנסיבות של בעלות משותפת של אנשים בלי משטרים של קניינים פרטיים- החשש הוא שהמשאב לא ינוצל בצורה יעילה. ולכן הרבה פעמים במצבים האלה נרצה להתערב. לא תמיד ההתערבות או הפתרון לטרגדיית המאגר המשותף הוא הקניין הפרטי- לפעמים בעלות מדינתית יכולה להיות יותר מועילה, יכולים להיות משטרים אחרים שיעשו עבודה הרבה יותר טובה. טרגדיית המאגר המשותף הוא סוג של כשל שוק שבו משאב ידלדל ולא ינוצל בצורה מיטבית בגלל דרך הניהול שלו והקצאת הזכויות, ולכן יש צורך לחשוב איך לפתור את הכשלים האלו.
2. הצורך בטובין ציבוריים- מדינה צריכה לתת אפשרות שיהיו מוצרים ציבוריים\ מתן טובין ציבוריים לציבור. למשל מים, אוויר, ביטחון, פארקים, שמורות טבע, שטחים צבאיים וכו'. כשחושבים על כשלי שוק צריך לחשוב גם על הצורך להגן על צרכים ושטחים ציבורים שיהיו לטובת כלל האזרחים. צריך את השטחים האלה והמדינה חייבת להקצות אותם כדי לענות על כלל הצרכים, ולכן צריך בעלות ציבורית בקרקעות- כדי שיהיו את כל המוצרים הציבוריים האלו. כשהיא מדברת על שמירה על משאבים לדורות הבאים, היא מדברת הרבה על חופים ואוצרות טבע. הרבה פעמים צריך בעלות ציבורית גם לשמור על כל המשאבים הטבעיים ומשאבי טבע שנרצה לשמר- לא נרצה שחוף יהיה בבעלות פרטית, או אוצרות טבע- משאבים, נפט ומים יהיו בבעלות אנשי פרטיים ולכן יש צורך בבעלות מדינתית בקרקעות. גם הצרכים הציבוריים וגם הצורך לשמור על משאבים לדורות הבאים מהווים הצדקות מרכזיות בבעלות מדינתית.
3. טיפול בהשפעות חיצוניות\ החצנות- השפעות חיצוניות הן השפעות הגורמות לפעילויות מסוימות שעל פי כללי השוק אם המדינה לא תתערב ההשפעות הללו לא יופנמו. הדוגמאות הכי טובות לכך זה מצבים של מפעל מזהם שללא התערבות מדינתית הוא לא יפנים את נזקי הזיהום שהמפעל יוצר. בדרך זו המדינה מכריחה את הגורם להכניס למאזן הרווח וההפסד שלו, את החצנות וההשפעות שהפעילות שלו מייצרת מבחינה חברתית וכלכלית. התייחס בהשפעותיו החיצוניות. כדי לטפל בהחצנות שהמייצרים כל מיני גורמים בחברה, יש צורך בבעלות מדינתית ושליטה על משאבים וצורך אפילו לשלוט ולהתערב במה שקורה במקרקעין של אנשים פרטיים. בעלות מדינתית מתחייבת על פי אתרמן במצבים האלה כדי לטפל בהחצנות האלה. היא לא חושבת שהשליטה במשאבים כדי לטפל בהשפעות הללו, לא צריך להאט את ההפרטה- יש להפריט את רוב הקרקעות אך כדי לטפל בהחצנות נצטרך לאמץ כלים שיכריחו את אותם גורמים להתייחס להחצנות הללו.
4. שליטה בעיתוי הפיתוח ופערי מידע- שליטה בעיתוי הפיתוח והשקעה בתשתיות- הרבה פעמים המדינה צריכה רזרבה קרקעית כדי להיות מסוגלת להחליט מתי לפתח קרקעות למטרות מסוימות ולהשקיע בתשתיות. למשל הרכבת הקלה בתל אביב- רוב הקרקעות היו בבעלות פרטית מה שהוביל את המדינה להפקיע מרחב תת קרקעי. כשזה לא בבעלות ציבורית יש צורך להתעסק עם כל כך הרבה גורמים כדי לאפשר את הפרויקטים האלה ושלוט בעיתוי של הפיתוח- המדינה נדרשה להפקיע הרבה מאוד קרקעות כדי להוציא לפועל. ולכן התערבות ובעלות ציבורית חיונית אם נרצה לשלוט בעיתוי פיתוח. השליטה היא חיונית לתכנון תוכניות ארוכות טווח ופיתוח המדינה והוצאה לפועל של פרויקטים. כדאי שלמדינה תהיה שליטה על קרקעות שיוכלו להוציא לפועל פרויקטים גדולים וארוכי טווח. לפי אלתרמן נצטרך בעלות ציבורית נרחבת כדי להבטיח את קיום הפרויקט לטווח הארוך.
5. פערי מידע**-** הרבה מכשלי השוק נובעים מפערי מידע בין הצדדים ודווקא שליטה מדינתית על קרקעות יכולה להתגבר על בעיות של פערי מידע בין צדדים בעסקאות ולשבור מונופולים בתחום הנדל"ן. אך נגענו בהצדקה הזאת כבר- הטענה הקלאסית למה צריך בעלות מדינתית שהיא תמנע ספסרות, עליית מחירים והיווצרות של כוח כלכלי במקרקעין, ודווקא הטיעון הזה הוא טיעון פחות חזק, ואף אלתרמן בעצמה טוענת כי טיפול בפערי מידע לא מצדיק התערבות מסיבית בקרקעות. מה שדובר קודם לגבי הסיבה שבגללה המדינה לא רצתה להפריט את השטחים).

אלו כשלי השוק המצדיקים התערבות ובעלות מדינית בקרקעות, אך יש לזכור שלא מדובר בהתערבות מסיבית.

**ב. הצדקות חברתיות**

הסוג השני של הצדקות הן הצדקות חברתיות:

1. קידום ערכים פוליטיים אידאולוגיים- דווקא בישראל, המדיניות הציבורית היא בעלת דוגמאות רבות של איך רותמים את הכלים של תכנון ציבורי לקידום ערכים ואידאולוגיות. בישראל, הרבה רואים בבעלות לאומית בקרקעות או על רוב שטח המדינה ושמירה על כך שהקרקעות יישארו בבעלות יהודית כביטוי אידיאולוגי ופוליטי של הלאום היהודי וזיקת העם היהודי לקרקע. אלתרמן מציינת שהפן האידיאולוגי-פוליטי נחלש והרכיב היותר דומיננטי הוא בעלות מדינתית כדי למנוע השתלטות של גורמים עוינים על המקרקעין. אך כן ניתן לראות בחשש הזה הסבר משכנע, החשש של השתלטות של גורמים עוינים עדיין מהווה חשש מהותי ונוכח, אך עם זאת ניתן להתמודד עם זה באמצעות רגולציה (אין צורך בבעלות כה נרחבת), ובאמת יש רגולציה המסדירה העברת בעלות לזרים- כל קרקע בבעלות של כל אדם בישראל נתונה לאישורים שצריך לקבל ממשרד השיכון- יש מנגנון שלם במקרקעי ישראל, יש רגולציה ואין צורך בבעלות מסיבית. למשל עסקת תנובה שנרכשה על ידי תאגיד סיני- מכירה של מפעלי תנובה שנמצאים על מרחבים גדולים, הייתה העברה מסיבית של קרקעות שהצריכה אישור לעסקה משמרד השיכון. אז יש דרך להתמודד מבלי להיות בעלים של כל הקרקעות- אפשר ליצור בחוק פרוצדורה שאין תוקף לעסקה בלי אישור של משרדי הממשלה הבודקים שהקרקע לא עוברת לגורמים עוינים.
2. ביטול פערים חברתיים- לעיתים התערבות מדינית במקרקעין מוצדקת על רקע של רצון לחלק באופן צודק יותר של הנאות, סבל וקידום יעדים חברתיים. בעלות מדינתית מוצדקת רק ביחס לכמות מקרקעין הנדרשת- דוגמא לכך יכולה להיות הקצאת דיור ציבורי עפ"י הצורך. עם זאת, אין צורך כה נרחב בשליטה מדינתית על הקרקע בכדי לבטל פערים חברתיים ולהתמודד עם בעיות כאלה. אך זאת בהחלט הצדקה המצדיקה שליטה מדינתית על קרקעות.
3. הערכות להתמודדות עם משברים- פעמים רבות המדינה יכולה להיקלע למשבר שמצריך קרקעות ברמה נרחבת, למשל גלי עלייה- בשנות 90 היו גלי הגירה גדולים מרוסיה ואוכלוסיות רבות שצריכות דיור- גם שם היה צורך בהתערבות מסיבית בשוק הנדלן והקצאות של קרקעות ובנייה מאסיבית. במצב כזה וודאי שצריך עתודות קרקע שיתנו מענה להתמודדות עם המשבר, אך שוב גם להצדקה הזאת לא צריך שליטה מדינתית כה נרחבת על קרקעות.
4. מיתון שיקולים פוליטיים בקבלת החלטות- שליטה ממלכתית על בעלות בקרקע אמורה למתן שיקולים פוליטיים בין קבוצות, בכך שהיא תעשה חלוקה יותר הוגנת של משאבים בין קבוצות שונות מבחינה כלכלית. ההנחה המובלעת שדווקא בעלות מדינתית תמנע חלוקה של קרקע לא מאוזנת. מצד שני, לאורך השנים הייתה הרבה ביקורת על רשות מקרקעי ישראל לגבי פערים בין המגזר החקלאי לעירוני, אז במבחן הביקורת זה לא תמיד עבד ובטח לא יסוד או בסיס לבעלות מדינית כל כך מסיבית. אם אין התערבות מדינתית לעיתים החלוקה של הקרקעות או ההטבות שיינתנו יהיו מוטות פוליטיות (מגזר מסוים יהנה מהטבות שאחרים לא נהנים), כאשר הבעלות היא מדינתית המדינה יכולה למתן את הפוליטיקה שעלולה לקרות בקרקעות- אך זה לא עומד במבחן הביקורת. נראה שבפועל, לשל רשות מקרקעי ישראל יצרה רבה הפליות נגד המגזר החקלאי. ההנחה המובלעת היא שוודא בעלות של מדינה בקרקע תגרום לחלוקה הוגנת יותר של הקרקעות. לעיתים שליטה ציבורית על הקרקע תמנע את הפוליטיקה בחלוקת הקרקעות לעומת קבוצות, דווקא בעלות מדינתית תמנע הטיות בחלוקת קרקע, ותעזור למנוע חלוקה לא צודקת בין קבוצות שונות בחברה.

**הבעלות בידי המדינה**

המשטרים שהמדינה יצרה לאורך השנים על ידי רשות מקרקעי ישראל:

* המגזר העירוני- במגזר העירוני רשות מקרקעי ישראל לאורך השנים ניהלה את הקרקעות והקצתה קרקעות לאנשים פרטיים בדרך של חכירות ארוכות טווח\ חכירה לדורות. רוב המקרקעין היו מוחכרים ל49 שנים עם אופציה להארכה של 49 שנים נוספות. החכירות של המגזר העירוני נתפסו לאורך השנים כזכויות מאוד חזקות- זכות שכירות קניינית, אך התפיסה הייתה שחכירה לדורות דה פאקטו היא למעשה קרובה לבעלות ולא שכירות. המטרה של העסקאות האלה הייתה ליצור תחליף לעסקת בעלות (שלא ניתן לעשות אותה בגלל חוק היסוד). הפסיקה לאורך השנים (למשל בסון נ' מלאך) הייתה כי שבפועל מה שיש למגזר העירוני בחכירות לדורות שהמדינה נותנת היא זכות קניינית חזקה שקרובה לבעלות, שלא נלקחת בתום התקופה. כשהתפיסה היום לאחר הרפורמה היא שבפועל המדינה באמת מעבירה לכל אותם חוכרים לדורות היסטוריים, את הזכויות ובעלויות. יש תיקוני רישומים של כל העסקאות ההיסטוריות של חכירות לדורות בדרך של העברת בעלות, ע"י פעימות (המדינה טרם סיימה את ההעברה). הפרקטיקה היא להעביר את כל הזכויות מחכירה לבעלות, זה עדיין לא הושלם התיקון ההיסטורי. כשהקצאות חדשות במגזר העירוני נעשית בדרך של העברת בעלות מאז 2009- כשהכל נעשה דרך ס' 2(7) לחוק מקרקעי ישראל. חשוב לדעת כי כל מה שנוגע בהעברת בעלות בין אנשים, חוק מקרקעי ישראל קובע איך זה נעשה-אם יש חוב תלוי ועומד של דמי חכירה שלא שילם לרשות מקרקעי ישראל, העברת הבעלות על שם אנשים כרוכה בסיום התשלומים- אם את רוצה רישום בעלות פורמאלי, יש לסיים את העסקה מול רשות מקרקעי ישראל ולשלם את כל יתרות החוב. רק אחרי שהכל משולם יש העברת בעלות וחוק מקרקעי ישראל עוסק איך כל הדברים נעשים ברמה הטכנית.

ודוק: אז במגזר העירוני ההקצאה תמיד הייתה של שכירויות ארוכות טווח, שגם שהן היו בפרקטיקה הזו לפי הרפורמה, התפיסה הייתה שהזכות קרובה לבעלות ולא שכירות, ושבסוף התקופה לא יבקשו להחזיר את הנכסים. ואחרי הרפורמה יש תיקון היסטורי של החכירות לבעלויות ולכן הפרקטיקה של חכירה עברה מין העולם במגזר העירוני.

* המגזר החקלאי- הוא מגזר בעל זכויות חלשות יותר. צריך להבין כי במגזר החקלאי, לרוב האנשים שעובדים על קרקעות ועוסקים בעיבוד קרקעות יש זכויות חלשות שטיבן זכות חוזית מסוג רישיון במקרקעין (ולא קניינית), המגזר החקלאי לא מקבל זכויות קנייניות בקרקעות. רוב האנשים עובדים עם זכויות שנקראות רישיון במקרקעין- זכות חוזית ולא קניינית, ולמעשה רישיון במקרקעין זה הרשאה שבעל המקרקעין נותן לאנשים לפעול בקרקע (כמו עיבוד לצורך חקלאי), לא מדובר בזכות אישית, חוזית שאינה עבירה שבאופן עקרוני הבעלים יכול לחזור בו מהעברתה. מדינת ישראל עם מגזר חקלאי (שחולש על לא מעט קרקעות) התקשרה בעיקר ע"י הסכמים עם מושבים, קיבוצים, אגודות שיתופיות. ההסכם שמדינת ישראל עשתה עם המגזר וענפיו השונים נקרא "הסכם בר רשות"=

הסכם משבצת, שלרוב הוא חוזה תלת שנתי (הניתן לחידוש) שבו המדינה נותנת למושב או לקיבוץ רישיון לשבת על המקרקעין, לפעול, לעבד את הקרקע ולעשות את כל הפעילות החקלאית. יש לשים לב כי ההסכמים מעניקים זכויות מאוד חלשות למגזר (בהשוואה למגזר העירוני שבעל זכויות יותר חזקות). הזיקה של המגזר החקלאי לקרקע יותר חלשה בהשוואה למגזר העירוני. ההסכמים כל שלוש שנים מתחדשים ולכן קל יותר למדינה לשלוט בקרקעות הללו ולפקח עליהן ואף לעשות התאמות בתנאי ההסכם. המדינה בשנים האחרונות מפעילה יותר כלים נגד ורמים שלא עסוקים בעיבוד קרקע והיא אף מפקיעה קרקעות אם היא רואה שהן לא משמשות למטרות חקלאיות- המדינה מקיימת פעילות יותר מסיבית בקרקעות האלו מבחינת הפיקוח ולא נותנת למגזר להחזיק בקרקעות ללא צורך.

כאשר משווים את המגזרים, המגזר העירוני הוא בעל זכויות חזקות בהרבה כי זיקת המגזר החקלאי כלפי הקרקע הוא חלש יותר. לא לשכוח שהרפורמה ברשות מקרקעי ישראל לא חלה על המגזר החקלאי. ההפעלה של הרפורמה והפרטים שלה- הוסדרה בחוק רשות מקרקעי ישראל בס' 4(יז)- 4(כב).

**הרפורמה ברשות מקרקעי ישראל (2009)**

תנועת דרור לישראל נ' ממשלת ישראל

בדרור לישראל ניסו לתקוף את הרפורמה של מקרקעי ישראל בטענה כי הרפורמה מאסיבית מדי ומעבירה כמות קרקעות גדולה מידי ולכן פוגעת בהוראות חוק היסוד. התיקון של סעיף 2(7) המאפשר העברה של מס' מסוים של דונמים, היה צריך להיעשות בחוק היסוד ולא על ידי חוק רגיל כמו חוק מקרקעי ישראל. בג"ץ השיב כי העקרונות החוקיים שאוסרים העברת העלות לא באמת נפגעו או שונו בצורה דרמטית בעקבות התיקון, כי חוק היסוד עצמו קבע בס' 2 דרך לחרוג מהוראותיו והכיר בצורך לחרוג מהוראות החוק למציאות מבלי לסטות מהעיקרון הכללי. ולכן החוק עצמו בס' 2 נתן הכשר לרפורמה, וכבר בחוק היסוד לחריגה. ביהמ"ש מדגיש שמדובר בקרקעות בכמות קטנה ולא משפיעה באופן דרמטי על כלל בעלות מדינית כברירת מחדל ולכן בית המשפט קובע כי הרפורמה חוקתית ולא פוגעת בעקרונות חוק היסוד.

נקודה אחרונה שעלתה בפס"ד- כל הנושא והחשש מהעברת קרקעות לזרים- החשש שהיה חשש דומיננטי הוסדר בחוק- יצרו רגולציה מסודרת בחוק מקרקעי ישראל בס'2א'- מסדיר את האישורים הנדרשים להעברת קרקעות לזרים. אחד הנימוקים שאלתרמן מעלה במאמרה נגד הטיעון של מעורבות מדינתית בקרקעות על מנת למנוע העברתם לזרים, אין צורך להחזיק בהיקף כל כך גדול של מקרקעין כדי להתמודד עם החשש הזה, ורגולציה יכולה לפתור את הבעיה ללא צורך בהתערבות מסיבית בכל מה שנוגע לבעלות במקרקעות מדינה? ולכן לא נדרש להיות בעלים של אחוזים גדולים מקרקעות המדינה כדי להיות מסוגלים להתמודד עם החשש הזה. הסעיף יוצר הגבלה על הקנייה או העברה של זכויות במקרקעין לזרים, כלומר החוק נותן יכולת להגביל את העברה גם מבלי להיות בעלי הקרקע כמדינת ישראל- ניתן ליצור הגבלות ולהגביל את העסקאות שנעשות על ידי בקשות לאישורים. כלומר בלאו הכי יש רגולציה המפקחת על הדרך בה קרקעות עוברות לאנשים. מנגנון מפורט מאוד שבלעדיו אין תוקף לעסקה ואף ניתן לפנות לבטלות עסקה.

**רישום מקרקעין וסוגי קרקעות בישראל**

סעיף 1 לחוק המקרקעין מגדיר את הרישום במקרקעין- בישראל מתנהלות שלכות רישום מקרקעין, וסעיף 1 לחוק מגדיר את אותו רישום שאנחנו עוסקות בו דרך ס' 7 לחוק המקרקעין המדבר על רישום עסקאות במקרקעין. אותו רישום נרשם בפנקסי הרישום המתנהלים לפי חוק המקרקעין, או התקנות של חוק המקרקעין. אותו רישום, לצורך חוק המקרקעין, הם שלושה סוגי פנקסים המתנהלים בלשכות רישום המקרקעין או בשפת העם "בטאבו" (מילה טורקית, אותו מילה ללשכות רישום המקרקעין). צריך להבין כי בישראל יש שלושה סוגים של פנקסים בהם נרשמות זכויות המקרקעין: בכל אחד מהפנקסים נרשמים סוגים של מקרקעין שונים.

"רישום" – רישום בפנקסי המקרקעין המתנהלים לפי חוק זה או התקנות על פיו;

1. פנקס הזכויות**-** בו נרשמות עסקאות במקרקעין מוסדרים, מקרקעין שעברו תהליך של הסדר זכויות.
2. פנקס השטרות- שם נעשה רישום לגבי עסקאות מקרקעין שלא עברו הסדר, מקרקעין לא מוסדרים.
3. פנקס הבתים המשותפים- בו נרשמים כל הבתים המשותפים הרשומים בישראל, צריך להבין כי יש הרבה יתרונות לרישום של בית משותף (לעומת מצב משפטי בו הבית לא נרשם כבית משותף).

בנוסף לרישומים הללו יש מרשמים נוספים שמתנהלים במקומות אחרים בישראל ומעמדם נטול משמעות לגבי חוק המקרקעין, כלומר, רישום בפנקסים הנוספים לא נחשב לרישום לצורך חוק המקרקעין. רישום הנדרש לחוק המקרקעין, לדוגמא לס' 7, הוא רק רישום בפנקסי המקרקעין המתנהלים לפי החוק, בלשכות רישום המקרקעין בישראל (הנפוצות בכל הארץ). הרישומים הנוספים כמו בפנקסים וספרים, או מרשמים שנרשמים בחברות משכנות (כמו עמידר) כל אלה רישומים וולנטרים שאין להם שום סטטוס בחוק המקרקעין, ורישום בהם חסר כל משמעות לחוק המקרקעין. כן נציין כי במקרים מסוימים יש לרישומים האלה נפקויות, במיוחד כשנדבר על תחרות, אבל ככלל, למרשמים הנוספים אין שום נפקות לחוק המקרקעין.

**תכלית מרשם המקרקעין**

מרשם המקרקעין מטרתו היא לתת פומביות לזכויות הקניין, לתת אפשרות לצדדים שלישיים להיות מודעים לזכויות וליצור את קניינות הזכות- ניתנת אפשרות לאנשים ללמוד על קיומן של הזכויות, וברגע שיש את ההזדמנות הזאת הם כפופים לזכויות הללו ברגע שהן הופכות להיות פומביות- זאת משמעות הזכות הקניינית, ברגע שהיא עוברת תהליך של פומביות, העולם כפוף לזכויות הללו (כל המאפיינים החזקים של הזכות הקניינית נובעים מאותו הליך הפומבי באמצעות הרישום).

דבר נוסף שהרישום פועל הוא לשקף את בעלי הזכויות השונות במקרקעין, לתת מידע בדבר הזכויות השונות שנרשמו על מנת שתהיי תמונת ראי טובה לגבי מאפייני בעלי הקרקע האלו או האחרים.

המטרות \ התכליות הללו באות לידי ביטוי בחוק:

* יש לזכור כי נרצה לתמרץ אנשים לרשום זכויות במקרקעין, שהסעיף החזק ביותר הוא ס' 7(ב). ס' זה מהווה המקל שמרתיע אנשים שלא להגיע למצב שהם לא רושמים עסקאות, מפני אי רישום של עסקאות במקרקעין. ברגע שאין רישום של העסקה, ס' 7ב מספק תמריץ לרשום את העסקה- אם העסקה לא נרשמת, זכות שלא נרשמה נראה אותה כהתחייבות בלבד, כהתחייבות לבצע עסקה, ולכן תוקפה הוא חוזי ולא תקף כלפי כל העולם. הביטוי המובהק של ס' 7ב הוא רצון לחזק את המרשם ולתת לאנשים תמריצים לרשום זכויות- יצירת התרעה בכך שהזכות תהיה בעלת תוקף חוזי בלבד.
* ס'124 משקף את תכונת הפומביות. ס' 124 קובע כי הפנקסים המתנהלים בלשכות רישום המקרקעין יהיו פתוחים לעיון הציבור וכל אדם יוכל לעיין ולקבל עותקים מהרשום בהם. ס' 124 יוצר את תכונת הפומביות בכך שלכל אדם יש זכות לעיין ולבדוק את הפנקסים ולקבל העתקים, זה מה שיוצר את אותה תכונת פומביות.

**מקרקעין מוסדרים ושאינם מוסדרים**

תהליך הסדר מקרקעין הוא תהליך שבו יוצרים רישום חדש לגביי הקרקע- בודקים את כל המרשמים מחדש ולמעשה עושים בדיקה יסודית של בירור מצב הזכויות במקרקעין מסוימים. התהליך הזה הוא תהליך בו עושים דבר המקביל להליך תביעה- כל מי שרוצה לטעון לקרקע נתונה, תשקפו את מצב זכויות בקרקע מסוימת. זהו תהליך שנקרא של הסדר מקרקעין- תהליך בו נעשה סדר ברישום הזכויות במקרקעין ורצון לבוא ולנקות את המרשם וליצור רישום מדויק לגבי מצב הזכויות בכלל הקרקעות- האם זאת קרקע מוסדרת או לא. בשורה התחתונה, תהליך של הסדר מקרקעין הוא תהליך של בירור זכויות בקרקע מסוימת, בו נרצה לבדוק מה מצב הזכויות המדויק בקרקע.

בעבר בתקופה העות'מנית היה מרשם של עסקאות, מרשם שהיה מאוד לא מדויק עם שיטות מדידה ורישומים שנעשו בצורה פרימיטיבית- היה מאוד קשה לדעת היכן נמצאת החלקה על בסיס הרישומים האלו. אם נקרא את ההיסטוריה של הרישומים בתקופה העות'מאנית וסוגי הקרקעות שנשארו, גם בשיטה המוסדרת כיום, למשל חלקים של המג'אדלה וסיווג של קרקעות, חלק מההסדרים כן שרדו במתכונות כאלו או אחרות בדין הישראלי זה הדין הרווח למשל ביהודה ושומרון. בחלקים מסוימים הדין הטורקי עדיין שולט, אך חשוב להבין כי בתקופה העות'מאנית הרישומים לא היו מדויקים והיה קושי לדעת איפה נמצאות חלקות האדמה. אלו היו רישומים של עסקאות ולא זכויות.

במהלך השנים, כשהשלטון הבריטי נכח בארץ, נעשה סדר מסוים. ובמהלך השנים, הם עשו פעולות של מיפוי מדידה ורישום מדויק של הקרקעות במדינה. הם התחילו למעשה את כל התהליך של חלוקת הקרקעות במדינה לגושים וחלקות, וביצוע של הסדר מדויק- הליך של הסדר מקרקעין בו נעשו מדידות מדויקות והליכים של בירור זכויות לגבי כל חלקת אדמה. בשורה התחתונה, הם עשו רישום מסוימים של קרקעות לפי גושים וחלקות, ואז יצרו הליך מסודר של מדידה מדויקת ובסוף בירור זכויות. הם באו ושמעו כל אדם שטען שיש לו זכות כלפי חלקת אדמה, ועשו הסדר לגבי כל אחת מהחלקות השונות, ונתנו הכרעה משפטית של מי הקרקע ורישום במרשם.

* קרקע מוסדרת היא כל קרקע שעברה את התהליך הזה של הסדר מקרקעין- היא עברה מדידה, מיפוי, רישום וגם הליך של בירור זכויות, והזכות שנרשמת היא זכות שנרשמה אחרי ביצוע הליך מסודר. כאשר קרקע עברה ההליך הזה של הסדר מקרקעין, היא נקראת קרקע מוסדרת. מקרקעין מוסדרים הם כאלו שיש לנו ביטחון ברישום, עברו תהליך של בירור זכויות והרישום הוא רישום מדויק.
* מקרקעין שלא עברו את התהליך הזה נקראים מקרקעין לא מוסדרים. מרבית הקרקעות במדינת ישראל, כיום 96% מקרקעות המדינה עברו את תהליך הסדר המקרקעין (שהבריטים התחילו ומדינת ישראל סיימה) ולכן הסטטוס שלהם הם מקרקעין מוסדרים. אחוז קטן של 3% נמצא בהליכי בירור ו1% לא עבר שום תהליך של הסדר כלל כמו אזורים מאוד מסוימים- כמו שוק הכרמל. חשוב לחדד כי זה תהליך לא פשוט לסיום, כי לא תמיד ברור היכן הקרקעות נמצאות ולמי הן שייכות. במקרקעין לא מסורים אין את הביטחון של רישום מדויק, משום שאין תהליך מסודר של בירור זכויות במקרקעין.

להבחנה הזו יש נפקות בסעיף 125 לחוק המקרקעין:

ס' 125 קובע את סטטוס הרישום בפנקסי המקרקעין לגבי כל אחד מסוגי הקרקעות הללו.

125א': רישום בפנקסי המקרקעין לגבי קרקע שעברה הסדר מהווה ראייה חותכת לתוכנו. קרקע שעברה הליך של הסדר ובירור הזכויות באותה קרקע, סביר להניח וככל הנראה יש אמיתות של הרישום מבחינת הדיוק של הרישום, ולכן מבחינה ראייתית נקבע בס' 125א' כי ברגע שקרקע עברה הליך של הסדר, הרישום לגביה הוא ראיה חותכת לתוכנו. יש ראיה חד משמעית וחותכת לתוכנו. יש לנו ביטחון ברישום, ולכן כל קרקע שעברה הסדר ניתן להסתמך עליה ועל הרישום לכל דבר ועניין, ואפילו גם אם הייתה טעות ברישום. הדבר הדרמטי ברישום קרקע שעברה הליך של הסדר זה שניתן להישען עליו והוא ראיה חותכת תוכנות גם במצבים שהייתה טעות, כי אנחנו סומכות על תהליך ההסדר ורוב הזמן הוא מדויק ונכון, ונרצה לאפשר הסתמכות על רישומים ביחס לקרקעות.

125ב**':** רישום במקרקעין לגבי קרקע לא מוסדרת, קרקע שלא עברה תהליך של הסדר זכויות, יהווה ראייה לכאורה לתוכנו. הרישום הוא לא מדויק בהכרח ולכן אין ביטחון בדיוק הרישום, במצב כזה ס' 125ב' קובע כי רישום בפנקסים של קרקע שלא עברה הליך של הסדר, הוא רק ראיה לכאורה לתוכנו. המחוקק מזהיר כי אין ביטחון שהרישום מדויק ולכן ההסתמכות צריכה להיות יותר מהוססות ומפוקפקת, זה רק לראיה לכאורה- ניתן לסתור את הרישום אם אדם יציג ראיות, כיוון שאנחנו יודעות שאין לנו ביטחון ברישומים הללו.

להבחנה הזו בס' 125 יש נפקויות- ס' זה נותן ביטחון להסתמך על המרשם, וביטוי של ההבחנה בין מקרקעין מסודרים שכאלו שלא עולה בכל מיני הקשרים, ההקשר המרכזי ביותר שנקרא הוא דיני תחרויות, בעיקר בתקנת השוק במקרקעין- שם יש נפקות גדולה להבחנה (ס' 10 חל רק לגבי מקרקעין מוסדרים). ההבחנה הזאת בין קרקע מוסדרת ללא מוסדרת עולה גם בבנייה בתום לב- החוק מדבר על מצב בו אדם בתום לב בונה מחובר במקרקעין של חברו. יש הסדר דרמטי לבנייה בתום לב על קרקע לא מוסדרת שישמע תמוה. הס' עוסק במצב בו אדם מקים מחוברים בקרקע לא מוסדרת, בטעות ועל קרקע של חברו, המחוקק מקים אפשרות לרכוש את הקרקע הלא מוסדרת מהבעלים שלה, כמובן בהתקיים שלושת התנאים של הסעיף, זה יכול לקרות רק בקרקע שאין ביטחון לדיוק הרישום, בעיני המחוקק זאת טעות לגיטימית ולכן הוא מאפשר למקים לרכוש את הקרקע, שבדרך כלל זו לא ברירת המחדל (לפי ס' 21 בהקמת מחוברים על הקרקע ניתן לדרוש את סילוקם). המו'' מבין כי קרקע לא מוסדרת זו קרקע שהרישום עליה מפוקפק ולא ברור, ולכן לא נסתמך עליו.

**מקרקעין רשומים ושאינם רשומים**

במרשם המקרקעין לא בהכרח כל הקרקעות יהיו רשומות, יש במרשם שני סוגים של קרקעות שלא רשומים:

1. סוג של קרקעות שכלל לא מופיעים במרשם המקרקעין. מקרקעין שלא מוזכרים כלל בפנקסי המקרקעין (לא גוש ולא חלקה), מדובר במקרקעין לא מוסדרים והכמות שלהם מועטה מאוד. קרקע שאינה רשומה בכלל בשום מקום.
2. יחידות מקרקעין המהוות חלק מגוש מקרקעין מוסדרים- כאשר הגוש עדיין לא עבר תהליך של פרצלציה. פרצלציה זה תהליך של פיצול חלקות- בו הגוש רשום אך החלקות לא רשומות. הרבה פרויקטים של בנייה נבנים על קרקעות שהגוש רשום אך החלקות עדיין לא עברו את התהליך הרישומי של פיצול החלקה. מצד אחד הגוש רשום אך החלקות לא רשומות ואז יש הרבה מבנים שנמצאים על קרקעות ולא ניתן לעשות רישום מסודר- זהו הליך שלוקח זמן רב ולכן צריך להיות מודעים שהרבה פעמים הליכי הרישום של גושים וחלקות, הרגולטור נותן אור ירוק להתחלת הבנייה, לצד ההבנה שההליך הרישומי יקח יותר זמן. גם יחידות שהגוש רשום, החלקות עדיין לא יהיו רשומות ולכן יהיה יותר קשה לאפשר את רישומן של אותן חלקות אדמה. עברו את התהליך הרישומי של שינוי החלוקה. המצב הזה שכיח, לכן הרבה דירות לא ניתן לרשום אותן במרשם.

המצב הזה הוא שכיח, כאשר נעשה עסקה במצב השני, זה קורה ביחס להרבה עסקאות שנעשות- קנייה של דירה חדשה מקבלן תוך גילוי שעדיין אין רישום מסודר של החלקה- רק הגוש רשום בלי החלקה ולכן הרבה מהדירות שיהיו בבניינים מסוימים לא ניתן לרשום במרשם. במצב הזה ככל שאין עדיין יחידה רישומית הניתן לרשום עליה עסקאות כמו חלקה או תתי חלקה, לא נמצא בחוק המקרקעין. במצב של עסקה מהסוג של היעדר חלקה רישומית במרשם המקרקעין היחס לסוגי העסקאות האלה הוא לא כיחס של עסקה במקרקעין אלא נתייחס אליהן כעסקאות לא במקרקעין- עסקה כמו כל דבר אחר, בדרך כלל זאת תהיה עסקה רגילה בזכות חוזית לקבלת נכס בבוא היום (שלא נתייחס לנכס כרגע כעסקה במקרקעין). כשאין יחידה רישומית, גם אם היא חלק ממקרקעין מוסדרים, יחס חשדני כעסקה רגילה ולא נתייחס לעסקה כזו כעסקה במקרקעין.

בפועל הרבה מהדירות לא רשומות בלשכת הרישום המקרקעין, הקבלן מכור רק התחייבות ואתה זכות חוזית לדירה שתרשם בעתיד. לקונים, עד שהדירה לא נרשמת אין להם זכות קניינית רשומה אלא רק זכות חוזית לקבלת דירה.

**מקרקעי יעוד**

מקרקעי ייעוד מוסדרים בס' 107 בחוק המקרקעין- מקרקעי ציבור המיועדים לתועלת הציבור. כוללים ומפורטים חמישה סוגים של מקרקעי ייעוד: שפת הים (לרבות מקרקעין בנמל), נהרות והחלים, דרכים ומסילות (לרבות תחנות מסילות ברזל), נמלי תעופה וסוגים אחרים שנקבעו. רוב הדברים שאנחנו רואות ביחס למקרקעי יעוד כקטגוריה של מקרקעין, חשוב לחדד שרוב הדברים האלה מדברים, לפחות חלקית, על תחבורה ומקורות מים ושטחים שנרצה גישה אליהם כמו שפות ים, נהרות, נחלים וכו.

אותם מקרקעי יעוד מספקים צורכי ציבור מרכזיים, אלו שטחים המשרתים את כל הציבור וחשובים לו. נראה כי ההסדר המשפטי לגבי ההגדרה של מקרקעי יעוד קובע בס' 111- איסור שהמחוקק קובע כי מקרקעי יעוד לא ניתן לעשות עסקאות הטעונות רישום. עסקאות שאינן טעונות רישום- כמו שכירות קצרת טווח וכו, הן כנראה אפשריות משום שהן עסקאות זמניות, אך כל עסקה הטעונה רישום, החוק מכריז עליה כבטלה- אין תוקף ועסקאות טעונות רישום במקרקעין מבוטלות (אלא אם הממשלה אישרה זאת).

הסעיף מעלה כמה שאלות:

1. למה ההסדר המשפטי הזה קיים רק במקרקעין? ניתן לחשוב על נכסים אחרים בעלי חשיבות לאומית משמעותית, זה חורג ממקרקעין אך נרצה לתת הגנה דומה- למשל יצירות אומנות, או טפסים היסטוריים. בתי משפט התערבו בעסקאות אלו בטענה לחשיבות לאומית, בכל מקרה מבחינה פורמלית חוק המקרקעין מתמקד במקרקעי יעוד, אך ניתן לשאול למה רק מקרקעין- יש עוד נכסים אחרים שנרצה שיהיו מחוץ לתחום העסקאות והמדינה תהיה בעלת הנכסים.
2. למה רק היעודים המנויים? ניתן לחשוב על עוד מקומות חשובים למשל עתיקות וגנים לאומיים שגם הם נכסים חשובים מאוד המיועדים לכלל הציבור. נכון שיש את ס' 5 המאפשר הכנסה של מקרקעין אחרים, כמו עתיקות, מעבר לקטגוריות שהוכרו בו, אהבל נשאל למה רק נדאג לייעודים המסוימים האלה ולא לקרקעות אחרות? למה לא נכנסו לגדרי יעוד?
3. אם אנחנו מחשיבים את הקרקעות הללו ככל כך חשובות, למה בסיפא (שיש אפשרות לאשר על ידי הממשלה) המחוקק נותן מקום להפרטה של המקומות הללו ופותח פתח? לעיתים לא תמיד יש תשובות, ולפעמים האפשרות להפריט בנסיבות האלה קשורה לשאלות כלכליות שהמדינה תפריט לצורך מימון, וגם תפתח פתח להפרטה של מקרקעי יעוד אנחנו נראה שבפעול הדברים הללו לא נעשים ולא נעשים על הקרקעות הללו עסקאות, וברירת המחדל שבקרקעות האלה לא יעשו עסקאות או הפרטה.

**הפליה בהקצאת קרקעות**

**ארצות הברית מול ישראל**

הפרדה במקרקעין ובמגורים הייתה רווחת בארה"ב בשנות ה60 (בעבר אף הייתה שם עבדות וניצול רב של אוכלוסיית השחורים). בשנות ה60 העבירו חקיקה שניסתה לחזק את זכויות האזרח לקראה לשוויון ולאסור הפליה בבעלות מקרקעין- שאף יש הסכמה בשתיקה של איסור מכירה לשחורים. עם הזמן התופעה השתנתה אך עדיין לא בצורה משמעותית, עד היום סגרגציה במגורים היא תופעה מציאותית ונוכחת, עד כדי כך שיש שכונות שלמות שגרים בהם רק לבנים. בהתפתחות הזמן הפסיקה מנסה להתגבר על כך ולהעניק שוויון זכויות לכלל האזרחים. יש להבין כי בהקשר האמריקאי יש קשר חזק בין אזרחות לבין קניין, הזכות להיות בעלים של נכסים קשורה למעמדך כאזרח שווה זכויות. דוגמא לכך היא שבמשך הרבה שנים חל איסור לפיו עבד לא יכל להיות בעל פטנט. למרות כל זאת, המציאות המשפטית משתנה, צעד מרכזי בכך חל בשנות ה80, כשהצליחו להעביר חקיקה האוסרת על הפליה במגורים והחלת חובת שיוויון במידור המרחבי- ככל יש איסור להפלות במגורים, ולכן כן נראה שינוי והתפתחות בנושא. אך האם נראה שינוי בפועל בחיי השחורים בארצות הברית? התשובה שלילית, כשגורם מרכזי לכך הוא מצב סוציו-אקונומי, אנשים לא יכולים לגור בהרבה מקומות בגלל יכולת כלכלית לא קשר להפליה.

כמו שצוין, בארצות הברית יש איסור הפליה במכירה והשכרה של מקרקעין, האמריקאים צעדו יותר רחוק מהשיטה הישראלית, בישראל אין הסדר פורמאלי מפורש בהקשר של איסור הפליה במגורים במגזר הפרטי או במגזר הציבורי. עיקר הפסיקה בישראל עוסקת בקרקע ציבורית והקצאות מטעם המדינה, בעוד שבארצות הברית החקיקה התקדמה עד לכדי איסור בחוק (אך יש בחוק הרבה מאוד חריגים המאפשרים הפליה בנסיבות מוגבלות), ניתן לשער כי סיבה מרכזית להבדל זה שבארצות הרבית מרבית הקרקעות הן בבעלות פרטית (בניגוד לישראל שמרבית קרקעות בבעלות מדינתית). משום שאין בישראל הסדר מפורש בחוק להתמודדות עם סוגית ההפליה בהקצאת קרקעות, בעיקר ניזונים מפסיקה של ביהמ"ש העליון וגם ערכאות נמוכות העוסקת בערך השוויון ממול ערכים אחרים- מהפסיקה הזאת ננסה לחלץ את עקרונות הדין הישראלי ולראות איך הדין מתמודד עם הסוגייה.

הסוגיה של הפליה במקרקעין מתעוררת בהקשר רחב יותר מרק לקנות ולשכור מקרקעין, כמו כניסה למועדונים, הזכות להיכנס לבית עסק (חוק הדיסקוטקים), כמו קריאות של רבנים לא להשכיר דירות לערבים, עד כמה כל התופעות מותרות או לא, ואנחנו ניזונים בעיקר מהפסיקה, אך יש גם חקיקה המתייחסת לנושא- כמו חוק הפליה בשירותים ומוצרים, חוק הדיסקוטקים- העוסק בהפליה בכניסה למקומות בידוריים. יש בעיקר פסיקה שמנסה להתמודד עם התופעות האלה אך גם חקיקה חלקית המטפלת בסוגיות ספציפיות  
השאלה הגדולה היא עד כמה נוכל ליצור הגבלות של כניסת אנשים למקרקעין, בכל מיני הקשרים- בין אם זה קנייה, השכרה, כניסה לאירוע וכו. זה יכול לעלות בכל מיני והקשרים ושהאלה של מה מותר, מה אסור והשאלה של עד כמה כשמדבור בקרקע פרטית לעומת ציבורית.

**שיוויון למול ערכים אחרים**

המתח בין ערך השוויון לערכים אחרים עולה בצורה חריפה בהקשרים רבים וערכים מתנגשים, השאלה היא איך בתי המשפט מאזנים ומתגברים על המתח בין הזכויות הללו. שני פסקי דין המדגימים את המתח בין ערך השיוויון לערכים אחרים:

1. פס"ד מאסטרפיס

פס"ד אמריקאי שעסק באופה שסירב להכין עוגת חתונה לזוג חד מיני. פס"ד מאסטרפיס אירע ב2018, אופה מומחה לאפיית עוגות חתונה במאפייה בקולורדו. האופה הוא נוצרי מאמין שעל פי השקפות עולמו אורח חיים של זוג הומוסקסואלי נוגד את עקרונותיו וההשקפה הדתית שלו. ואכן, הוא מסרב לזוג להכין את עוגת החתונה. יש לציין כי בארצות הברית יש מנגנונים הפתוחים לציבור על תלונות ביחס לפגיעה בזכויות האזרח, ואכן הזוג מתלונן עליו וטוענים שהוא פגע בזכות השוויון שלהם כי סירב להעניק להם שירות על בסיס נטייה מינית. הם פונים לוועדה שאמונה על זכויותיהם, והמקרה עולה ונדון בביהמ"ש העליון האמריקאי (בו נידונים מקרים בודדים בלבד). חשוב להבין כי לעיתים ההכרעות המשפטיות נקבעות על פי מניעים והשקפות אידיאולוגיות, שבבסיס יש מתח תמידי בין הזרם השמרני לליברלי.   
ברוב של שבעה מול שניים, נקבע כי הוועדה לא נתנה מספיק מקום לחופש הדת של ג'ק האופה, כל העניין המצפוני-דתי- שבגלל השקפות העולם, האדם מנוע מלהעניק שירות. הוועדה לא התייחסה לכך בכובד ראש, ולא נתנה מספיק מקום לטיעון המצפוני ולכן לא ניתן היה לקבל את החלטת הוועדה, וזאת משום שג'ק לא קיבל הליך הוגן. בארצות הברית יש משקל כבד להליך הוגן- ככל שרוצים לפגוע באדם ולשלול זכות, בכל הקשר- פלילי, אזרחי וכדומה, לאדם יש זזכות להליך הוגן בו הוא ישמיע את טענותיו. ביהמ"ש סבר כי הועדה לא נתנה מספיק מקום לטענות חופש דת ולכן, לא קיבל הליך הוגן, מה שמוביל לביטול החלטת הוועדה, ככזו שלא עמדה בתנאים של הליך הוגן.

* פס"ד אנגלי

באנגליה היה פס"ד דומה שקבע בצורה חד משמעית שהחיוב לתת שירות לאוכלוסייה מסוימת, כנגד השקפות העולם של נותן השירות, מהווה פגיעה בחופש המצפון של האדם. החובה לתת שירות לאנשים כשזה פוגע באני המאמין של האדם, בהשקפות העולם הדתיות שלו- יש צורך לעשות איזון, ובאיזון הזה חופש המצפון גובר על פני ערך השוויון.

1. פס"ד דפוס הקשת

פס"ד דפוס הקשת שהתנגד להדפיס כרזות לתנועה הלהט"בית באוניברסיטת בן גוריון. במקרה זה, חל חוק הפליה במוצרים ושירותים- חוק שעוסק בשאלת ההפליה בצורה יותר מפורשת ונותן הקשר אחר בדין הישראלי, מייצר הרבה יותר קושי לעשות פעולות כאלה בארץ לעומת ארצות הברית.

פס"ד בעניין דפוס הקשת הגיע לעליון (שדחה את העתירה מהר לא על בסיס מהותי). בפס"ד הסיפור היה שתא סטודנטים גאה באוניברסיטת בן גוריון פנו לדפוס הקשת להדפסת מודעות, ובית הדפוס סירב אף ללא הסתכלות בתוכן הכרזות- כשהתוכן עצמו היה ניטרלי בלי תוכן להטב"י בולט. למרות שבית הדפוס לא ידע מה הוא נדרש להדפיס, הוא סירב בצורה מוחלטת. התעורר דיון סביב חוק המוצרים והשירותים בשאלה עד כמה ניתן להגביל על פי החוק?   
סביב הפרשה, היה ערעור ושתי הערכאות קבעו כי התקיימה אפליה, וזאת משום שיש סירוב לתת שירות רק עפ"י נטייה מינית, שאינם רלוונטיים. בית המשפט קובע כי אין רלוונטיות לחופש דת וטענות מצפוניות וכי בית הדפוס לא יכול לטעון לפגיעה בחופש הדת והמצפון וזאת משום שהוא לא ראה את תוכן הכרזה- אין קשר בין התוכן להתנגדות אלא רק מסטריאוטיפים קודמים. בכל הערכאות נתנו משקל כבד לכך לסירוב האוטומטי של בעל העסק ללא בחינה של הכרזות.

ההבדל הגדול בין ישראל לארצות הברית הוא בכך שבארץ יש את חוק האפליה במתן שירותים ומוצרים. החוק מאוד ברור, לגבי איסור הפליה גורף- אין בו איזונים לגבי זכויות אחרות (למעט סייגים ספציפיים). ולכן, ביהמ"ש אומר שאין לו שום מוצא כי זה לשון החוק (שאסור להפלות על רקע של נטייה מינית) ולפיו הוא חייב לפעול. בגלל המציאות החוקית הפסיקה שונה בין הארץ לארצות אחרות. ניסו להגיע עם הפרשה לעליון על בסיס ערכי ורצון לאזן בין ערך השיוויון לערכים מצפוניים- אך השופטים נמנעו מלהיכנס לפרשה ודחו על הסף את העתירה.

פסקי הדין הללו חשובים בגלל השוואה בין ערך השוויון לערכים אחרים שלעיתים נצטרך לאזן ביניהם. זה לא משנה באיזה הקשר ערך השיוויון עולה, תמיד יעלו ערכים אחרים וייווצר מתח עם ערך השיוויון, מה שמעמיד את החובה לאזן בין השניים. בענייננו, מאסטרפיס וצבע הקשת נוגעים במתח שבין זכות השיוויון לזכות המצפון והדת. או דוגמא של חרדי המסרב להשכיר דירה לערבי בשל הצביון הדתי וכדומה.

**זכות הכניסה למקרקעין בישראל**

עד כמה הנושא של ערך השיוויון נוכח בתחום המקרקעין ועד כמה אנחנו רגישות לערכים של שיוויון בהקשר של מקרקעין, יש לכך כמה מופעים, המתח מתעורר בעניינים שונים:

1. אפליה בהשכרת דירות- עד כמה נוכל להפלות על רקע בסיסים שונים ולסרב להשכיר?
2. אפליה במכר דירות- עד כמה נוכל להפלות במכירה?
3. ועדות קבלה לישובים- מופעלים מנגנוני קבלה, סינון ומיון מעורר מתח בהקצאת מקרקעין בישובים האלה ועד כמה הכוח של ועדות הקבלה הוא גדול.

השאלות האלה מתעוררות גם ביחס לקרקע פרטית וגם ביחס לקרקע בבעלות ציבורית- והאם הסטטוס של הקרקע (בעלות ציבורית\ פרטית) אמור לשנות בניתוח או לא? נראה הבדל גדול במדיניות ביחס לכל סוג, כאשר מדובר בקרקע ציבורית הפסיקה אמרה את דברה בצורה ברורה- יש את עיקרון השיוויון וזה חל על כל פעולות המדינה- הלכת קעדאן היא זו שיצרה את המסגרת המשפטית לסוגית ההפליה. ביחס לקרקע פרטית זו שאלה גדולה עד כמה ניתן להפלות ומה פועלה של ההפליה. עם השנים נוטה ביהמ"ש להגביל יותר את הסטנדרט ולייצר גם נורמות לגבי אנשים פרטיים.

1. **הפליה בהשכרת דירות**

בהפליה בהשכרת דירות, יש מציאות משפטית בה אנשים מסרבים להשכיר דירה לכל מיני אוכלוסיות, אין בארץ חוק הדומה לחוק האמריקאי המחייב לשוויון בהשכרה, אם אדם פרטי מסרב להשכיר את הדירה שלו לאחר (על בסיס רקע מסוים), לא נראה שיש דרך לחייב אותו להשכיר לאחר, אין חובה ואין חוק חד משמעי שאוסר זאת. בהפליה של השכרת דירות, שופטים, כמו אהרן ברק- "הפליה היא הפליה היא הפליה"- לא משנה אם האדם פעל בכובע פרטי או ציבורי, ברגע שהפלת פגעת בכבוד האדם של אותו אדם וזה דבר בעייתי מבחינה משפטית. או השופט אנגלרד שטען כי במקרה כזה, יש להפעיל את עיקרון תום הלב, ואמצעותו לייבא את זכות השיוויון ביחס לתחום ההשכרה- נחשב לחוסר תום לב במשא ומתן לסרב לאדם בגלל סיבות הנטועות בהפליה.   
הגישה הרווחת בהפליה להשכרה, אם אדם יפלה בהשכרה גם בכובעו כאדם פרטי יהיה אפשר להגיש תביעה על הפרת תום לב במו"מ, לקראת כריתת חוזה, כשלדעת מרים, בתי המשפט יקבעו לכל היותר פיצויים ולא אכיפה, כי בכל זאת יש זכות קניין והגישה היא שלא נתערב בקניין בצורה דרמטית. אך ככל שתהיה הפליה בהשכרה והשפלת אנשים בהליך חיפוש דירה לשכירות, בתי המשפט יפסקו פיצויים. כלומר, זה שאין חוק הקובע איסור וחובת שיוויון, לא מעיד על כך שאין עילת תביעה, אלא שהתפיסה לגבי המציאות בארץ היא שניתן לייבא את ערך השיוויון דרך עקרון תום הלב, ודרך זה לקבל סעד על הפרת תום לב.

1. **הפליה במכר דירות**

הדיון העקרוני שמדובר בדירה בבעלות פרטית העיקרון יהיה זהה לדיון בשכירות- הפליה מכר דירות בבעלות פרטית ככל הנראה ההסדר יהיה זהה להסדר בהשכרת דירות. הפליה במכר דירות, הניתוח שתואר לגבי השכרה, יחול גם על מכר- אין לזה פסיקות שאנחנו מכירות, אך פס"ד מעניין שעסק בנושא הוא פס"ד בעניין מיטל הנדסה.

**פס"ד מי-טל הנדסה**

בפס"ד דובר בחברה קבלנית שסירבה למכור דירה לזוג ערבי. חשוב לחדד כי מדובר בחברה שזכתה במכרז של רשות מקרקעי ישראל, בנתה את הפרויקט, כשבזמן הבנייה פנה זוג ערבי שרצה לקנות דירה, אך הם נענו בסירוב. היו חילוקי דעות בין השופטים כיצד להגיע להכרעה המשפטית.

* השופט שטיין מחדד כי לגבי הפליה במכירה על ידי אדם פרטי אין בישראל אמירה משפטית ברורה שהדבר אסור. בישראל אין איסור הפליה במכר דירות באדם פרטי, פה זה מתחיל ופה זה נגמר- אין איסור בחוק.

השאלה היותר גדולה היא מה עשה השופט מזוז ואיך שטיין הגיב לזה. בדיון העולה חוק איסור אפליה במוצרים ושירותים.

* השופט מזוז- נאחז בחוק בצורה מעניינת. פס"ד עוסק בשאלה האם חל החוק על מכר דירה מצד קבלן, האם ניתן להתייחס לדירה כאל מוצר, והאם הסירוב לקבלנים במיטל הנדסה, מפר את הוראת סעיף 3. השופט מזוז, עושה דבר שלדעת מרים אינו ראוי מבחינה משפטית, וזאת משום שדברי ההסבר לחוק היו ברורים. השופט מזוז מנסה להרחיב את תחולת החוק, מבחינת דברי ההסבר לחוק- המחוקק הישראלי (ואף השופט שטיין מעיר על כך) לא התכוון להכניס את תחום מכר הדירות לחוק איסור הפליה בשירותים ומוצרים, לא הייתה כוונה חקיקתית להחיל את זה על תחום מכר הדירות. והסיבה שהמחוקק עשה זאת היא כי הוא לא רצה לכבול את ידי האנשים שעושים עסקאות בהקשר של מכר דירות, לחובת ועיקרון השוויון. הלכת קעדאן משמעותית ביחס לפעולת המדינה, אך ורק בבעלות מדינתית ולא ביחס לבעלות פרטית.

לפי השופט שטיין במוצר הכוונה למיטלטלין, על דירה לא חושבים כמוצר אפילו לא מבחינה לשונית, ולכן מכר דירות היה ברור שנמצא מחוץ לתחומי החוק ולא ניתן להחיל את החוק גם על דירות. השופט מזוז לא מתרשם וקובע כי זה כן צריך להיכנס מבחינת דין ראוי- מבחינת תכלית החוק, אם נתסכל על תכלית החקיקה לבער מופעים של הפליה- למה שנתייחס לכל המוצרים אחרת מדירה? דירה לא צריך לקבל יחס אחר, אלא להיפך- שוק הדירות משמעותי לכל האנשים ולכן מבחינת תכליות החוק אם נרצה לבער הפליה ופגיעה באוכלוסיות שונות, אין להתייחס אחרת לדירה וכי יש לכלול בפרשנות המילה מוצר גם דירות, פרשנות מוצר סובלת גם דירה. גם לעניינו של החוק, השופט מזוז מוסיף ואומר שדברי ההסבר אינם חד משמעיים, הוא מוצר בלשון של דברי ההסבר חוסר ביטחון האם הכל נמצא מחוץ לחוק.

עם זאת השופט שטיין פונה לכיוון אחר- כיוון שלא סותר את דברי ההסבר לחוק. השופט שטיין מבהיר כי החוק לא חל על הסקטור הפרטי, אדם פרטי לא כפוף לחובת השוויון, אך הוא מכניס את העקרונות באופן הבא- אותה חברה המסרבת למכור לזוג הערבי דירה עשתה דבר פסול וזאת משום שנסיבות המקרה של קבלן שזכה בקרקע במכרז מטעם המדינה. אחרי הלכת קעדאן, ממשלת ישראל עשתה שינוי שכל מכרז שהמדינה מוציאה היא מכפיפה את הזוכים במכרז לעיקרון השוויון- אם קבלן זוכה בקרקע שהמדינה מקצה הוא חייב לשווק את הקרקע לכולם בצורה שיווניות. על בסיס תנאי המכרז השופט שטיין קובע שהקבלן היה כפוף לעקרונות השיוויון, ובסירובו למכור לזוג הוא הפר את אותם העקרונות ולכן המעשה שעשה הקבלן אסור. שטיין מגיע לאותה תוצאה משפטית (שהמעשה פסול) וזה על בסיס תנאי המכרז. חשוב לחדד כי היום, בהקצאת קרקעות במכרזים על ידי המדינה, המדינה מחייבת לנהוג בשוויון. והקבלן פעל בחוסר תום לב, וקבע לו סעד של פיצויים (ולא אכיפה), שטיין לא כופה על הקבלן לספק דירה, אך פוסק בפיצויים בגלל חובות תום הלב בהתנהגות הקבלן, כשהעוגן הוא תנאי המכרז שחייב שיוויון בהקצאת קרקעות. ככל שהמדינה מקצה קרקע ופרויקטים לחברות פרטיות, המכרזים כוללים תניה של חובת שיוויון חוזית, וברגע שהתנאים מופרים כן נראה שבתי המשפט ומכר דירות כאלה על ידי קבלנים שזכו בקרקע מדינתית, ככל שהקבלן זכה בתנאי מכרז כאלה, הוא כפוף לחובות תום הלב ומחויב לעקרונות השוויון.

פיצוי או אכיפה?

גם השופט שטיין וגם הנדל סוברים כי הסירוב למכור לזוג ערבי דירה מפרויקט קבלני שכמובן זכה בקרקע במכרז, והמכרז עקרונית כפוף בכל מקרה לעקרונות השיוויון של רשות מקרקעי ישראל, ולכן הקבלנים מנועים להפלות במכירה. מה שחשוב לקחת מפס"ד זה שבית המשפט מסכים עם התוצאה שעקרונות תום הלב מכתיבים תוצאה לפיה התנהלות הסירוב למכור דירה לזוג ערבי, זה דבר אסור וזו התנהלות שלוקה בחוסר תום לב, ועל בסיס זה יש חובה לפצות את אותם רוכשים. בהקשר הזה הסעד הוא לא סעד של אכיפה- השופט שטיין לא הולך לסעד דרמטי לפיו הקבלן חייב למכור לזוג, אלא פונה לסעד צנוע לפיו יש חובת פיצוי. הכיוון של הסעד מייצר לא מעט בעיות- מדובר בקרקע שזכו בה במכרז, הכפוף לעקרונות השיוויון מכוח תנאי המכרז, וזה הסטנדרט של רשות מקרקעי ישראל בכל הקצאה של קרקע במכרז. העובדה שבית המשפט נותן אפשרות לצאת מזה במחיר של פיצוי על הפרת חובות תום הלב ולא פונה לאכיפה- יוצר פה קושי. קבלנים בסוף הם המקור המרכזי לדירות בישראל, רוב הפרויקטים נבנים על ידי קבלנים פרטיים ולא על ידי המדינה, ולכן קבלן שבמודע בוחר לייצר הפליה במכירה ויודע כי יש קנס שצריך לשלם- הוא יטה לקחת את הקנס ולהמשיך בסירובו למכור. סעד כמו של השופט שטיין עשוי לייצר תופעה של תג מחיר על הפליה- לפעמים קבלנים יסכימו להעמיס על עצמם ולגלגל על לקוחות שקונים דירות בבניינים האלו, לפיכך, זוהי תוצאה לא ראויה בהינתן שהקבלן כפוף לעקרון השיוויון.

האם ההלכה תקפה גם לאדם פרטי?

חשוב לציין כי השופט שטיין והנדל מציינים בפס"ד שהפסיקה לא חלה על אדם פרטי לגמרי- כשהוא מסרב למכור לאוכלוסיות מסוימות או מפלה במכר פרטי לגמרי. אנשים פרטיים של דירת מגורים או של נכס אחר של מקרקעין ויש סירוב על בסיס הפלייתי, שם הכוח התערבותי לא סביר. כן ציינו את האפשרות ודעת ברק לפיו הפליה זו הפליה והשפלה זו השפלה, שהיה מתערב בחוסר תום לב, בלי קשר לזהות המוכר- בין אם אלו מאפיינים ציבוריים או לא. ברק היה מרחיק לכת וקובע חיוב של לפחות פיצוי של אדם פרטי שמסרב למכור- בין אם זה בהשכרה או מכירה. האמירה העקרונית של השופט שטיין שבסקטור הפרטי ובעלות פרטית לא נכנס לזה, וזו כרגע העמדה, שלפחות השופט שטיין בעליון, ביחס למכר באדם פרטי.

* הגישה של מזוז מעניינית ויש פה ניסיון להרחיב את תחולת החוק גם להקשרים של מכר דירות- דבר שקשה ליישב עם לשון החוק או כוונת המחוקק, אך עדיין יש רצון לחנך את כלל הציבור, הקבלנים ואוכלוסייה העוסקת במכירה של נדלן. הגישה של שטיין והנדל היא הגישה הרווחת אך עדיין יש סעד של תום לב (יש לזכור כי מדובר בפיצוי ולא אכיפה, עם כל הקשיים שזה מעורר).
* נחדד כי יש לא מעט תופעות של קבלנים המסרבים למכור לאוכלוסיות מסוימות או פרויקטים שמופנים רק לאוכלוסיות יהודיות כאלו או אחרות. זוהי תופעה רווחת, גם אם זה לא נמצא בהכרח בחוזים, נוכח משפטית פורמאלית בהסכמים, עדיין הפרקטיקה שיש מכירה בפרויקט רק לאוכלוסייה מסוימת, התופעה בעייתית במיוחד שזה נוגע למרחב העירוני שם יש מחסור בדיור ויש רק התייקרויות במחירי מקרקעין ולכן אפילו ההחלטה של שטיין היא בעייתית היא כי פותחת פתח לתג מחיר על הפליה ואז דה פקטו יש הדרה של אוכלוסיות.

**(3) ועדות קבלה לישובים**

**קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**

אחד מפסקי הדין המרכזיים ביחס לשוויון בהקצאת מקרקעין בישראל הוא פס"ד בעניין קעדאן, פס"ד חשוב ומרכזי ביחס לעקרון השיוויון במקרקעין בקרקעות מדינה- פס"ד חשוב וצפוי מבחינת הקביעות המשפטיות שבו, שכן הנסיבות היו פשוטות ולכן היה קל להגיע להכרעה המשפטית בפס"ד.

רקע עובדתי: וועדת הקבלה של היישוב היהודי קציר סירבה לקבל את בני משפחת קעדאן ליישוב. טענתם: הדבר יפגע בצביון היישוב. הסיבה המרכזית לדחייה הייתה שלא ניתן לקבל אותם כי זה יפגע במרקם הקהלתי של היישוב כי הוא יישוב יהודי וציוני ששירתו בצבא ובמסגרות אחרות של המדינה. מדובר בקרקע של הסוכנות היהודית שהיא אורגן של המדינה, זה תאגיד ציבורי וכזה הוא כפוף לנורמות של המשפט הציבורי.

בית המשפט העליון קובע כי במדינת ישראל ואורגניה- הרשויות שלה מחויבות לעקרונות המשפט הציבורי, ובכלל לעקרון השיוויון ולכן בהקצאת מקרקעין בישובים כמו ביישוב קציר שהוא ישוב רגיל שלכאורה כל האוכלוסייה שגרה שם אין לה מאפיינים ייחודיים, ביישוב כזה אין שום סיבה שהזוג לא יוכל לקנות דירה ביישוב. עקרון השיוויון מחייב מניעה של תופעות של הפליה בהקצאת קרקעות ולכן בית המשפט העליון אומר את דברו בצורה ברורה. חייבים להקצות לזוג מקרקעין ביישוב עצמו.

בית המשפט מחדד בפס"ד מדיניות אמריקאית של נפרד אך שווה- עלו טענות במסגרת העתירה שלציבור הערבי בישראל יש את היישובים שלהם ולכן אין מניעה לנהל פרקטיקה של נפרד אבל שווה בית המשפט העליון אומר שזה לא ראוי, כי מדיניות של נפרד אבל שווה היא מדיניות משפילה המשדרת מסר לא ראוי לציבור הערבי שהוא לא מספיק ראוי לציבור הישראלי. זו מדיניות בעייתית ולכן זו מדיניות פסולה- בית המשפט מאזכר את פס"ד בראון האמריקאי שדן במדיניות נפרד אבל שווה ומה הבעיות במדיניות הזו.

אחד הדברים שכן עולים בפס"ד אך הוא לא מרחיב עליהם זה היכולת של ישוב קהילתי להתבדל ולהגביל את זכות הכניסה אליו- בית המשפט כן מזכיר את האפשרות שיהיו יישובים שכן נוכל להדיר אוכלוסיות מסוימות ולקבוע כי אכן יש מאפיינים ייחודיים שבשמם נוכל לפגוע ולמנוע מאנשים אחרים להיכנס ליישוב אם הם לא עונים על הקריטריונים. בהקשר הזה, בית המשפט קובע כי יש ישובים שיש בהם התבדלות (כמו קיבוצים, מושבים, יישובים בדואים, דתיים וכו). לפעמים יהיו נסיבות שבהן ניתן יהיה להכשיר ישוב שיש לו מאפיינים ייחודים. אך בת המשפט לא מרחיב ולא נכנס לנושא (שכן זה לא היה נשוא העתירה), הוא לא נכנס לקריטריונים איך ניתן להדיר על בסיס חוקי- וזה אחד הקשיים הגדולים עם קעדאן. פס"ד עסק בנסיבות קלות של הקצאת מקרקעין שבשליטת המדינה, ולן התוצאה הייתה מתבקשת ופשוטה, אך השאלות היותר קשות שההלכה אל מתמודדת איתן, והסוגיות שעולות שוב ושוב זה העניין של ישובים קהילתיים ועד כמה ישוב קהילתי יכול להדיר אנשים ועל בסיס מה- מה הבסיס החוקי. הוא כן מזכיר שלפעמים יהיו ישובים בעלי אורחות חיים ייחודיים שאם נכנס לאותה קהילה אדם שלא שייך הוא יכול לפגוע באורחות החיים ולכן לא נאפשר כניסה של אנשים מסוימים, אך בית המשפט לא נותן הנחיה מי זה חוקי או לא. הלכת קעדאן לא נותנת הנחיה ברורה לגבי הזכות להדיר במצב של יישוב עם מאפיינים ייחודיים- מתי ההדרה לגיטימית ומתי לא.

**תיקון פקודת האגודות השיתופיות**

בשנת 2011 תוקן חוק האגודות השיתופיות, כתגובה להלכת קעדאן. תיקון לפקודת האגודות השיתופיות, שקרוי כחוק ועדות קבלה המסדיר את כל הנושא של פועלן של ועדות קבלה בישובים שיתופיים. התיקון לחוק הוא תגובה לקעדאן משום שאחרי פסק הדין הישובים השיתופיים באו בדרישה להפעיל ועדות קבלה יישוביות שיוכלו להדיר אוכלוסיות העלולות לפגוע במרקם הקהילתי של הישובים. התיקון, סעיפיו המרכזיים שנוצרו זה תיקונים לס' ההגדרות והוספה של ס' 6ב-ג הבאים ומחוללים שינוי ביחס לפועלן של ועדות קבלה בישובים. התיקון לפקודה יצר מנגנון המאפשר לישובים לסנן מועמדים הרוצים להתקבל ליישוב, וחשוב לציין כי הישובים הקהילתיים שעליהם חלה הפקודה. הישובים הקהילתיים שעליהם חלה פקודת האגודות השיתופיות שעליהם חל ס' ההגדרות (ס' 2 לפקודה), יש הגבלות חשובות:

1. ישוב בגליל או בנגב
2. הוגדר כאגודה שיתופית.
3. שסווגה על ידי רשם האגודות השיתופיות.
4. או הרחבות של קיבוצים ומושבים בכל אזור- יש פה הרחבה להרבה מאוד יישובים.

הגדרה יחסית רחבה שיש בה עוד הגבלות- כמו מס' בתי האב בישוב (שלא עולה על 400). יש הגבלה כמותית שבגללה גם ישובים רבים לא יכולים לצמוח ולהרחיב את גבולותיהם.

ס' 6 לחוק קובע כי זכות כניסה למקרקעין- הזכות לרכוש מקרקעין בישוב קהילתי שיש בו ועדת קבלה פעילה, תיעשה לאחר אישור של וועדת קבלה. החוק מונה את הרכב החברים בוועדה. ועדות קבלה רשאיות לסרב מועמדים ליישוב קהילתי והיא צריכה לפרט ולצרף נימוק לסירוב. לצד המסורב יש גם זכות להגיש השגה לוועדת השגות. אחד הנתונים המעניינים מראה שלמעלה מ60% מההחלטות שמשיגים עליהן, נהפכות. יש הרבה השגות ובעיות בפועלן של וועדות- וזה נתון שהוא רק ביחס למי שהחלטות שערערו עליהן.

ס' 6 נותן עילות סירוב, באילו נסיבות נוכל לקבל מועמדים ליישובים:

* המועמד קטין
* המועמד חסר יכולת כלכלית להקים בית ביישוב
* אין למועמד כוונה להמיר את מרכז חייו ביישוב הקהילתי- למשל אם המועמד רק מתכנן לרכוש דירה להשקעה.

עילות החשובות בהקשר הזה אלו העילות ב6ג(א)- על עילות הסירוב בס' 4-5

* המועמד לא מתאים לאורחות חיי הקהילה
* המועמד לא מתאים למרקם החברתי תרבותי של היישוב הקהילתי

אלו שתי עילות הסירוב שעלו לדיון בהלכת סבח נגד הכנסת. העילה של אי ההתאמה לחיי חברה של קהילה, החוק קובע שהחלטת ועדה לסרב לקבל מועמד בגלל שהוא לא מתאים לחיי חברה בקהילה, תהיה על סמך גורם מקצועי באבחון התאמה- בדרך כלל מכוני מיון. והעילה השנייה של אי התאמה למקרם החברתי תרבותי- חייב להיות ליישוב מרקם חברתי תרבותי וסביר להניח שהקבלה של הועמד תפגע במרקם. חוסר התאמה למרקם לא דורש לאבחון של מכון מקצועי בשונה לעילה של אי התאמה לאורחות חיי הקהילה.

מעל כל זה מרחפות ההגבלות לפיהן ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד על בסיס מאפיינים כמו גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית. הכניסו את כל עילות ההפליה לס' שלמעשה אומר כי ועדות קבלה לא תסרב לקבל מועמדים על בסיס עילות הפליה המוגדרות שהחוק מונה. לפני שנפנה לסבח, שוב חשוב להבין כי התיקון נעשה כתגובה לקעדאן ולעגן את האפשרות של ישובים שותפים להדיר ולסרב לקבל מועמדים ליישוב. העניין מגיע לסבח בו תוקפים את תיקון החוק והחוקתיות שבו. הפרקטיקה בישובים הקהילתיים, יש נותנים על בסיס תלונות של אנשים כי הרבה אוכלוסיות נדחות באופן עקבי, ומרגע שאומץ המנגנון הזה יש סינון גדול, והאוכלוסיות שנפגעות הכי הרבה אלו אנשים בעלי צרכים מיוחדים, מזרחים, נטייה מינית, נשים חד הוריות, אתיופים, ערבים וכו. יש קבוצה גדולה המודרת מישובים קהילתיים והכל בכסות של אי התאמה לאורחות חיי הקהילה או התאמה למרקם החברתי תרבותי. העילות האלה הן עילות "מכובסות" וזה מה שניסו לטעון בסבח.

ניתן להוסיף כמה מילים על מכוני מיון- זוהי שיטה שבמדינת ישראל משתמשים בצורה רווחת על מנת למיין, זה לא קיים בשאר העולם, ישראל היא חריגה. מיונים במכוני מיון זוהי תופעה ישראלית בעלת תוצאות הדרה ברורות. כשהמחקרים העוסקים במכונים האלה, יש להם שורה של מבחנים למיון (כמו מבחנים שכליים אבל מלבד זאת יש מבחני יושרה, אמינות וכו), יש מבחנים אמפיריים על כל אחד מסוגי המבחנים שהמכונים משתמשים, שנראה כי יש רק מבחן אחד שהתוצאות ההפלתיות שלו לא קשות. כל יתר המבחנים, הם יוצרים תוצאות הפליתיות. המבחנים היחידים שעושים עבודה טובה זה מבחנים של פסיכולוג וראיון אישי או מבחני יושרה. אך מרבית המבחנים פוגעים באוכלוסיות ויוצרות הדרה ולכן יש קושי גדול לצלוח את המבחנים האלה.  
יש לזכור כי מכוני המיון ממיינים אנשים להתיישבות, שהמבחנים הם אותם מבחנים, כמו מבחן שכלי. הרבה מהמבחנים האלה לא רלוונטיים להתיישבות ולקבלה לישובים. המנגנון עצמו רקוב. מרים מוסיפה כי העותרים בסבח לא סיפקו נתונים רלוונטיים ומשכנעים- שכן אם היו הנתונים בידי השופטים אולי היו פוסלים את המנגנון.

**סבח נ' הכנסת**

תקיפה של חוק וועדות הקבלה, ובעיקר שני הסעיפים האחרונים, שעולים כדי עילות מכובסות להפלות בלי להודות בכך. העתירה נדחתה: העילות המדוברות כפופות לאיסור ההפליה הכללי בחוק וועדות הקבלה.

שופטי הרוב (גרוניס, רובינשטיין, חיות, מלצר): בית המשפט העליון קובע כי יש בעיה של בשלות- העתירה טרם בשלה כדי להכריע בה, צריך להמתין ליישום החוק ואז לדון בעתירה לגופה. בעצם השופטים טוענים כי יש לחכות למקרים קונטקטים של עותר מסוים הטוען לפגיעה בפעולת ועדת הקבלה ואז נבדוק את המנגנון. כרגע זה לא קרה ולכן מדובר בעתירה שהיא תיאורטית לגבי החוק. השופטים מזהירים כי במידה ובעתיד תתעורר בעיה, תהיה התערבות של בית המשפט. אך כרגע, נראה מנגנון מאוזן כי יש שם איסור הפליה על בסיס כל עילות ההפליה.

* גרוניס דיבר על דוקטרינת הבשלות- צריך יישום של החוק כדי להיות מסוגל לענות על השאלה כדי להיות מסוגל לענות על השאלה המשפטית- שבמקרה דנן הוא האם החוק מפלה. גרוניס הוסיף כי אין טעמים להתערבות לפני התעוררות מקרים.
* רובינשטיין- גם הולך בקו של גרוניס.
* חיות- דעתה של חיות היא המעניינת, חיות מצטרפת לפסק דינו של גרוניס אך מוסיפה שכדי לצמצם את עמימות הוראות בס' 6(ג) העוסק בעילות הדחייה של מועמדים, נרצה לקרוא אל תוך ההוראות האלה על דרך של פרשנות כל מיני אמות מידה אובייקטיביות ליישום ההנחיות האלה. לדעת מרים אם העותרים היו מציגים נתונים קונקרטיים, חיות הייתה מבינה שהמנגנון הזה הוא שגוי. מנגנון של חוות דעת אובייקטיבית מגורם בלתי תלוי (ראי דיון במכוני מיון), זאת אומרת חווות הדעת המקצועית על אי התאמה לחיי חברה בקהילה חייבת להיות כזו שהיא אובייקטיבית ובלתי תלויה, למשל מכון מיון. אבל יש לציין כי אחד הדברים שנחשפו בדוחות של ועדת ההשגות שהרבה פעמים יש קשר בין מכון המיון ליישוב- היישוב בוחר במכון מסוים שהמכון מפרנס מהיישוב ויש שיח בין היישוב למכון לגבי מועמדים, המכונים מתאמים עמדות לגבי עם ועדות הקבלה לגבי קבלה של מועמדים ולכן לדבר על מכוני מיון כגורם בלתי תלוי זו אמירה בעייתית, כי הבחירה איזו מכון להיעזר זו בחירה שמפרנסת את המכון הזה ויש קשרים מסחריים ולכן לדבר על המכונים כגורמים בלתי תלויים זה בעייתי. לפיכך, לדעת מרים ההבנה של חיות כחוות דעת בלתי תלויה היא הבנה שגויה.   
  אחד הדברים שחיות כן מוסיפה ומהווה מגבלה ביחס לעילת אי התאמה למרקם החיים הקהילתי- חיות טוענת כי הסמכות הזו לדחות מועמד על סמך אי התאמה למרקם החיים הקהילתי, הוועדה רשאית להפעיל רק מקום בו המרקם החברתי-קהילתי קיבל ביטוי מוצהר בתקנון האגודה ותואם את ההוויה הקהילתית של אותו יישוב. יש רצון לראות כי התקנון אכן אימץ כזה מרקם בפועל וההוויה היא כזו, ונטל ההוכחה להפעיל על מנגנון דחייה על בסיס הטעמה למרקם הוא על הוועדה. בעצם, הנשיאה חיות מגבילה את היכולת לנצל את עמימות החוק בטענה לסירוב מטעם אי התאמה למרקם.

דעת המיעוט (ג'ובראן, הנדל וארבל):סוברים כי יש מקום לבטל את עילות הדחייה ולהכריז עליהן כעילות לא חוקיות.

* ג'ובראן- לדעת ג'ובראן, במציאות, תמיד היו ועדות קבלה גם לפני פקודת אגודות שיתופיות, יש פה פרקטיקה של הדרה וסינון הפועלת כבר שנים. למרות שזה לא מגובה על בסיס חקר מסודר, הפרקטיקה היא כזו שעילות הדחייה הן בהגדרה מאפשרות הפליה. אם רוצים לדחות מועמד הם יוכלו להלביש עילת הפליה. יש פה מסר לא נכון אם לא נתערב.
* ארבל- הולכת גם כן לכיוון של השופט ג'ובראן. לטענתה, על רקע הדברים שג'ובראן מעלה, גם היא הייתה מתערבת והייתה פוסלת את עילות הדחייה. ארבל מדגישה כי עילות הדחייה הן עילות עמומות ומאפשרות ליצוק כל תוכן שוועדות הקבלה ירצו ליצוק ובעצם לדחות בערך על כל דבר ולנמק זאת בעילות האלה. לאנשי הוועדה, שהם בעצם אנשי היישוב, יש כוח שרירותי לקבל לא לקבל את מי שירצו. ההתרשמות מאנשים היא על יסוד סובייקטיבי לחלוטין ומתוך השפעה אפשרית של דעות קדומות וסטריאוטיפים. ולכן ההחלטה פוגעת באופן חריף בשוויון באשר להקצאה של קרקעות ציבוריות. ארבל מדברת על מבחני ההתאמה ומציינת שגם הם בעייתיים. מבחני ההתאמה זה לא מדד שיכול להכשיר את ההדרה או הדחייה של המועמדים האלה אם אין הנחיות ברורות ביחס למהות של מבחני ההתאמה- אנחנו לא יודעות עד כמה מבחני הקבלה מתאימים לבדיקה של התאמה למגורים ביישוב הקהילתי ולחיי הקהילה. השופטת ארבל טוענת כי המנגנון הזה הוא מנגנון שיכול לאפשר הפליה בין אם היא מודעת או לא מודעת וקל מאוד להסוות את ההפליה תחת העילות של אי התאמה לחיי קהילה ומרקם חברתי. היא מדברת גם על השלכות ארוכות הטווח של מנגנוני ועדות קבלה- מסר שהוא מפריד, מבודד ומונעת התניידות של אנשים מקבוצות חלשות לחזקות. הוועדות מייצרות השלכות ארוכות טווח ללכידות חברתית.   
  חשוב לציין כי ארבל לא אוסרת ומונעת קיום חיי קהילה עם צביון מסוים, זה אפשרי והרבה פעמים כן נאפשר לאנשים להתבדל ולהקים ישובים קהילתיים אבל שם צריך אופי בלתי דומיננטי משמעותי מאוד שכניסה של קהילות מסוימות יכולות לפגוע במרקם הקהילתי.  
  בנוסף, המנגנון פוגע בכבודם של המתמיינים, בפרטיות שלהם (ב שהם צריכים להציג על מנת להוכיח כי הם מתאימים לישוב) והיא מדגישה כי בבחירת מקום מגורים זה כחלק מהאוטונומיה האישית שלהם, משנמנעת מהם הכניסה למקום המגורים על יסוד הפליה.
* הנדל- הסכים עם דעת הרוב שיש הרבה מקומות בהם יש חוסר בשלות לעתירה, אבל הוא חושב שהעתירה בשלה חלקית בשל הרכב וועדת הקבלה, שהרכב הוועדה הוא בלתי חוקי. זאת, מפני שהרכב וועדות הקבלה מעניק רוב לבני היישוב הקהילתי. במידה ויש רוב בוועדה לדיירי היישוב, זה יכול ליצור הפליה בלתי מודעת (אנשים יקבלו רק מי שדומה להם מבלי שהם אפילו שמים לב לכך), אין מנגנון ביקורת פנימי ולכן לא ייתכן שזה יהיה ההרכב הראשוני.

בית המשפט דוחה את העתיר וקובע כי תיקון החוק חוקתי. מאז לא הגיעו לבג"ץ עוד עתירות, אך יש קושי גדול עם וועדת הקבלה עצמה- שכן נתון האחרון מראה שוועדת ההשגות הופכת 60% מההחלטות.

**האם יש לקבוצה בעלת מאפיינים ייחודיים אפשרות לבידול?**

פס"ד סבא' נ' מנהל מקרקעי ישראל

עתירה מנהלית שהגיעה לבית המשפט העליון. בפס"ד הייתה עתירה נגד מנהל מקרקעי ישראל להקצאת מגרש לבניית דירות ביפו, המכרז היה פתוח ליהודים דתיים לאומיים בלבד. העתירה הייתה בטענת הפליה- שזו מדיניות שיווק מפלה ולכן זה לא פרויקט כדין, שהמנהל נהג לא כדין.

לגופו של עניין, בית המשפט העליון לא התערב בסיפור מסיבה מרכזית אחת שהמעשה כבר עשוי, המכרז הסתיים והאנשים כבר קיבלו את הדירות, כלומר העתירה נדחתה מכיוון שההתערבות הייתה בשלב מאוחר מדי (בשונה מהעבודה). תקפו את המיזם בטענה שהוא פוגע בעקרון השוויון שאליו כפוף מנהל מקרקעי ישראל- הדבר היה לפני חובת השוויון על ניהול מכרזים. מנגד חברת אמונה טענה כי היא בחרה פרטית שזכה בקרקע, לא מוטלות עליה חובות השיוויון כמו שמוטלות על הרשות. היום הטענה לא הייתה יכולה להתקבל כי כיום יש חובת שוויון בכל מכרז שהמדינה מקצה קרקע לקבלנים.

ביניש מציינת כי הסיפור מעורר קשיים רבים בהקשרים שונים- עד כמה תאגיד פרטי כפוף לאיסור הפליה, איזה פיקוח נדרש על מנהל מקרקעי ישראל על אופן השיווק וכו', אך היא אינה מפרטת משום שמדובר במעשה עשוי, הערעור תיאורטי והרוכשים כבר קיבלו את הדירה. אך ביניש כן מציינת בפסקה 7 לפסק דינה נכתב כי רשות מקרקעי ישראל מחויבת לפקח על הנעשה במקרקעין לאחר זכייה במכרזים על קרקעותיה. ובאמת על רק זה, כל הפרקטיקה השתנתה.  
היא אומרת דבר חשוב נוסף- הציבור הדתי לאומי אינה קבוצה הנמצאת בקבוצת מיעוט, אשר דורשת הגנה על מאפיין דתי תרבותי ייחודי, במיוחד כאשר מדובר ביישוב עירוני בו יש מחסור מלכתחילה. משתמע מדבריה שאולי היא הייתה שומרת על מאפייני הקבוצה ביישוב קהילתי אך לא ביישוב עירוני.  
אין כאן עיסוק בשאלות העקרוניות, אך היא כן אומרת שמקרקעין בדיור הוא משאב ציבורי מוגבל ויש לנהוג בשוויון, השאלה האם ניתן לדחות קבלה על בסיס שמירה על אופי המקום היא שאלה לא פשוטה אך יש צורך באיזון בין הזכות לשוויון לזכות לחיים בקהילה תרבותית.

פס"ד חשוב, על אף שאיננו הלכה, כי פס"ד הוכרע על בסיסים אחרים.

**איך פועלות וועדות הקבלה לישובים?**

במאמר של ד"ר שי שטרן העוסק בערכים של קהילה ועד כמה יכולים לאפשר הדרה, במאמרו הוא פורס את העקרונות ושהאלות שצריך לשאול ולמעשה הוא מנסה להסביר באילו תנאים מותר להדיר ומתי ניתן לעשות זאת (משלים את החסר מפס"ד סבא, קעדאן וסבח). הוא מגדיר ארבעה שלבים להגדרת הקהילה שיכולה להדיר אוכלוסיות בקבלה:

1. האם לקהילה יש תפיסת עולם משותפת\ תפיסת טוב (למשל בקעדאן נקבע כי תפיסת עולם ציונית היא לא תפיסת עולם משותפת ומגובשת מספיק על מנת ליצור קהילה, לא רוצים ערך כללי אלא צריך תפיסת עולם מסוימת ונקודתית).
2. מהו תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסות הטוב שלה- עד כמה נדרש שיתוף פעולה קהילתי על מנת לקיים תפיסות עולם. שטרן טוען שיש 4 סוגים של שיתופי פעולה למימוש תפיסות עולם ומצוינים מהקל לכבד:

* לא קיים- אין אפשרות להדרה.
* מסייע- אם אדם חי בקרבה עם אנשים נוספים זה מסייע לו לממש את אותה תפיסת עולם (סיוע במימוש תפיסת העולם מוסיף ערך, למשל צמחונות- צמחונות תעודד מסעדות רבות לעבור לתפריט צמחוני וכו). עוזר זה מסייע
* מוסיף ערך- שיתוך הפעולה הוא כזה המוסיף ערך משמעותי באופן כללי על פי תפיסות העולם (למשל תפילת יחיד לעומת מניין- ברור שניתן להתפלל לבד אך תפילה במניין זה מוסיף ערך לחיים). כן מוסיף ערך משמעותי, שיתוף הפעולה כן משנה את הפעילות שלי (אם אדם צמחוני מבחינתו עדיין יוכל לקבל אוכל צמחוני אך זה יקל עליו, אך תפילה במניין דרמטית שונה מהיכולת להתפלל לבד- השיתוף הפעולה משנה והופך את הפרקטיקה ליותר איכותית.
* מכונן- ללא שיתוף הפעולה אין דרך לממש את הערכים (למשל הקיבוץ ההיסטורי).

1. מה ההשפעה של מניעת הדרה על הקהילה- לשאול ביושר האם מניעת הדרה תשפיע על הקהילה או לא (למשל כניסה של אדם חילוני לישוב דתי)- האם מניעת הדרה תשפיע על הקהילה או לא.
2. חוסנה הפוליטי כלכלי של הקהילה- לבחון את החוסן של הקהילה, ככל שהיא חזקה יותר היא תצליח לשמור על מאפייניה גם ללא תמיכה ממשלתית (כמו קיבלו הקיבוצים ההיסטוריים).

לתפיסתו יש לבחון את כל השלבים הללו על מנת להגיע לתמהיל של אפשור הדרה או לא.

**מתח בין עקרון השיוויון**

פס"ד נוספים הקשורים למתח בין עקרון השוויון לערכים אחרים

פס"ד שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומי- "בג"ץ הבואינגים"

עסק בחוקיות שלוש החלטות של מועצת מנהל מקרקעי ישראל בנוגע ליישובים חקלאיים. כשדיברנו על ערכים בשיח הקנייני, דיברנו גם על עקרונות של צדק חלוקתי וזה אחד מפס"ד המרכזיים העוסקים בהקשר הזה. עמותת שיח חדש נתנו הטבות לישובים חקלאיים הגישו נגדם עתירות על בסיס טענות של פגיעה בעקרון השיוויון ועקרונות צדק חלוקתי, שלושת ההחלטות אלו (717, 727 ו-737 לכן קראו לו בג"ץ הבואינגים) התבטלו על ידי בג"ץ.

* 717- ניתן לפתח אזורי תעשיה בחלק הקרקעות המוחכרות בישובים. נותן הנחות מופלגות בגובה דמי החכירה, הנחות שאף מגזר אחר לא מקבל ביחס לניצול של קרקעות.
* 727- אפשרה לשנות ייעוד (לפנאי ולקיט) של קרקעות שיעודן המקורי היה לחקלאות, לפי ההחלטה יתנו לאותם חוכרים פיצויים שגובה הפיצוי יגבה על פי שווי הקרקע אחרי הייעוד (פיצוי יותר גבוה). פיצוי גבוה לסקטור קטן מהאוכלוסייה ללא הצדקה על חשבון הקופה הציבורית.
* 737- מאפשר שינוי ייעוד על מנת ליצור הרחבות של יישובים חקלאיים, ניתנו הטבות מופלגות לבעלי הקרקעות\ לסקטור החקלאי, בלתי סביר באופן קיצוני כי הוא פוגע בצדק החלוקתי, אין סיבה לאפשר את הפער המשמעותי הזה בקבלת קרקע במחירים מוזלים כאשר אין מקבילה לכך בסקטור העירוני.

בג"ץ ביטל את שלושת ההחלטות לפי שורה של נימוקים, הטענה המרכזית שבהן הייתה שהמדינה נותנת הטבות מופלגות ובלתי סבירות כי הן נותנות הטבות לחוכרים חקלאיים פרטיים על חשבון הקופה הציבורית, הן גם מזניחות שיקולים של צדק חברתי, חלוקתי ואיכות הסביבה.   
בג"ץ חשוב כי לראשונה ביהמ"ש מתערב על בסיס שיקולים בעיקר חלוקתיים, ומבטל החלטות שניתנו הטבות לסקטורים שנחשבו מאוד לפיתוח המדינה. למרות זאת העתירה ביטלה הרבה עתירות הטבות מופלגות ולא אפשרה קבלה של ההטבות האלה, הדבר החשוב שצריך לזכור זה כי יש שקילה של שיקולים של שיוויון וגם עקרון הצדק החלוקתי תוך בחינת השפעת ההטבות בסקטורים האחרים.

שמחה רוטמן בספרו כותב שהבג"ץ הזה השפיע רבות על שוק הדיור ועליית המחירים אך לדעת מרים הוא שוגה, בעיקר כי מדובר בשוק ספציפי של בעלי הקרקעות החקלאיות ללא קשר למרחב העירוני.

פס"ד פרוז'אנסקי נ' לילה טוב הפקות

מידע עובדתי: פס"ד שעסק במועדון לילה שקבע גיל כניסה שונה בין נשים (24) לגברים (26), עוסק בחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים. בחור שלא יכול להיכנס למועדון טוען שמדובר בהסדר הפליה לפי חוק איסור ההפליה, בעוד שהמועדון טוען שמדובר במקום פרטי ולכן ניתנת לו הזכות לקבוע את גיל הכניסה.

ההקשר שלנו- הזכות להיכנס למקרקעין הזה נבחנת בהיבט של מקרקעין ציבורי (הכפוף לעקרונות השיוויון) או פרטי, עד כמה ניתן להפלות בכניסה למקרקעין הזה והאם השוני רלוונטי.

בית המשפט קובע כי הוא זכאי לפיצוי משום שמדובר בהבחנה לא לגיטימית והבחנה לא רלוונטית הפוגעת בגברים ובנשים ומשמרת מבנה פטריארכלי. בסוף מדובר במקום בידור ציבורי ונעסוק לשאלה עד כמה ניתן להיכנס למקרקעין כנופלים לגדרי החוק ועד כמה ניתן להפלות בכניסה למקום הבילוי. זה חוק שמפעיל הרבה בהדרת קבוצה מסוימת מהמועדון, הרבה במקרים של סירוב כניסה של אתיופים וערבים.

בית המשפט קובע כי המועדון הוא מקום ציבורי, הנכס לגדרי החוק, וככזה לא ניתן להפלות בכניסה למועדון, גם לא על בסיס מין. השופטים דנצניגר וג'ובראן מעלים את הנקודה שעקרונית הגברים כקבוצה היא לא קבוצה שסבלה מהפליה היסטורית. תכלית החוק הייתה לקדם ערכים של שיוויון בין פרטים בחברה, והשאלה העקרונית היא עד כמה באמת הפליה על בסיס מגדרי היא אפשרית או לא. הנחת החוק היא ששילה של הפליה השומרת על הכובד על מי שנמנה בקבוצות ותעזור למגר הפליה ובאמת יעדי החוק היו לקדם חברה שוויונית וצודקת יותר עבור כל הקבוצות בחברה.   
השופט דנצינגר קבע כי המועדון לא הצליח להראות שוני רלוונטי בהבחנה בין נשים לגברים, ולכן לאחר שלא נראה שוני רלוונטי בקבוצות האלה, נקבע שההפליה אסורה על פי דין. הטענה של המועדון הייתה שבמציאות החיים במרבית הזוגות האישה צעירה מהגבר ולכן הם ביצעו את השוני הרלוונטי כמו כן, שיש סבירות גבוהה יותר שגברים ישתכרו ויתנהגו באופן לא ראוי ולכן ראוי להעלות את גיל הכניסה שלהם על מנת שינהגו ביותר בגרות. אך ביהמ"ש קבע שהסיבות האלה אינם יכולות להיות רלוונטיות ומוצדקות להפליה בין המינים.

השופט ג'ובראן טוען שהנחת המוצא בהבחנה בין נשים לגברים נגועה בהפליה יותר עמוקה, עצם החלוקה לקטגוריות גילאיות שונות משקפת הנחת מוצא מפלה- הנחת המוצא היא שכל הנשים והגברים ומוגנים בקבוצות הגיל האלה, ואין שום סיבה להניח שכולם זהים ודומים, כלומר אין סיבה להניח מראש שכל קבוצת המין מתנהגת באופן זהה- גם אם יש גיבוי סטטיסטי, יש פה הנחת מוצא מפלה לגב כל הקבוצות. הפגיעה שהמועדון יצר היא לא רק בגברים, הפגיעה העמוקה יותר שהמועדון מייצר היא פגיעה דווקא בנשים ולא נרצה לאפשר אותה כיוון שזו מדיניות שבאופן כוחני גוררת לשימור היררכיות מגדריות ומשרמת מסגרת פטריארכלית בכניסה למועדונים, ולא נרצה לאפשר אותה בכלל אם אנחנו שואפות לשיווין מהותי ואמיתי.

**קרקעות קק"ל**

אמרנו שקק"ל מחזיקה באות אלפי דונמיים-13% מקרקעות המדינה, שמרבית הקרקעות הן קרקעות חקלאיות. 2009- קק"ל חתמה על הסכם עקרונות לחילופי קרקעות עם המדינה. אמרנו שבקק"ל יש הגבלה במכרזים שלהם כי הקרקע תוקצה רק לאוכלוסייה יהודית. ב-2004 הייתה עתירה נגד מנהלי מקרקעי ישראל לתקן את ההסכם ולבטל את הדרישה המונעת מערבים להשתתף במכרזי קק"ל. המדינה עשתה חילופי קרקעות כדי למנוע אפשרות שיחילו עליה את עקרונות השוויון. כלומר, היא החליפה לקרקעות פחות נחשקות על מנת להמשיך בפרקטיקה הזו. דה פקטו, אי אפשר יותר לקיים ולשלב דרישה כזו במסגרת ההסכם, היא גם אורגן ציבורי הכפוך לעקרונות השיוויון, וזה היה דרך לעקוף זאת. בהתחלה קק"ל רצתה לצאת מניהול המדינה כדי שהמדינה לא תנהל את הקרקעות, אבל לבסוף עשו את ההסכם – כיום הקרקעות הללו אינן למגורים ולכן אינן נחשקות. ולכן אין היום תופעה של "אי השתתפות אוכלוסייה ערבית בקרקעות של קק"ל".

חשוב לדעת שגם את קק"ל מאתגרים בעניין הזה של העברת בעלות, ולבסוף כנראה אומרת מרים שאם זה יעלה שוב התניה תבוטל וההסכם יחשב לאינו חוקתי – (קק"ל היא הלכה למעשה סוג של גוף דו מהותי).

**הגנת הבעלות וההחזקה**

הגנת הבעלות וההחזקה עוסקת בשאלות של פלישות למקרקעין, ואיך צריך להתמודד עם פלישות והסגות גבול. כל הנושא של הגנה על בעלות וזכות החזקה מדבר על הדרכים שבהן חוק המקרקעין מתמודד עם פלישות. הנושא מוסדר בצורה שנותנת מקום לא רק לבעלים הפורמליים מבחינה משפטית אלא גם כלפי המחזיק. הרבה מהשיח סובב לא רק סביב זכויות פורמליות אלא גם סביב המוסד של מחזיק.   
המוקד בהגנת בעלות והחזקה זה כיצד דיני הקניין מאפשרים להגן על זכות הבעלות והחזקה- איך נשמור על הנכסים ומה גבולות הכוח שיש לבעלים והמחזיקים. נתרכז בדיני הקניין אך חשוב לדעת כי הגנת הבעלות והחזקה מוסדרת גם דרך עוולות נזיקיות (פקודת הנזיקין העוסקת בעוולה של הסגת גבול) וחוקים פליליים. המוקד שלנו והמסגרת הם דיני הקניין, ואיך הם מגנים על זכות הבעלות והחזקה.

מבחינה מעשית נראה שבנכסי מקרקעין יהיה אדם שאינו הבעלים של הנכס- למשל שוכר, שואל, משכיר, רישיון להשתמש במקרקעין גם לא בדמות שכירות וכדומה. נכסים מוחזקים לא על ידי האדם שיש לו זכויות קניינות אלא על ידי אנשים אחרים ולכן המחוקק יצר הסדר הנוגע להגנת הבעלות והחזקה באופן כללי מבלי להיכנס דווקא לזכות פורמלית בנכסים.

מושג ההחזקה מדבר על שני רכיבים מרכזיים- כדי להיחשב למחזיק בנכס צריך להיות שני רכיבים:

1. רכיב נפשי של כוונה לשלוט בנכס- כדי שאדם יחזיק בנכס נדרשת כוונה לשלוט בנכס, וזהו הרכיב המרכזי ביותר.
2. ביטוי פיזי של ההחזקה- האדם בפועל מחזיק בנכס (לא תמיד יתקיים). מלבד הרכיב הנפשי נקבל ביטוי פיזי, שאדם מחזיק בנכס- שליטה בפועל בנכס החורג רק מהכוונה לשלוט בנכס. אם אין שליטה פיזית בנכס, אין שום אפקטיביות מבחינת השליטה בנכס מסוים. לפעמים לא נדרשת החזקה בפועל והממד הפיזי.

**ההצדקות להגנת הבעלות והחזקה**

בספרות מוצגים טיעונים שויסמן מעלה ליציאת להסדר הגנת הבעלות והחזקה:

1. שמירה על הסדר הציבורי- הנימוק המרכזי שבגינו נותנים הגנה לזכות הבעלות והחזקה במקרקעין, חשוב לדעת שסכסוכי מקרקעין מאיימים על הסדר הציבורי, במובן שאיננו יודעות מי רשאי לשהות בנכס. ברגע שאנשים מאתגרים את כל הנושא הזה של זכויות במקרקעין, אנחנו במידה רבה מערערות את הסדר הקיים בחברה. לפי ויסמן, אם ניתן קדימות ועדיפות לאדם הנמצא פיזית במקרקעין זה עשוי לתת לנו תחושת בטחון לגבי מי נמצא בנכס באופן כללי, ואם ניתן משמעות ליכולת של אדם להחזיק מבלי להתעמק בשאלת מצב הזכויות שלו, אז נדע שאנחנו מעמיקות את היציבות והידיעה החברתית בדבר המקרקעין עד לבירור המשפטי.

ביקורת- מדוע ערכים של שמירה על הסדר הציבורי הם עניין שהמשפט הפרטי צריך להתמודד איתו? נראה כי בהקשר הזה, אם נרצה לשמור על הסדר הציבורי לא תמיד החוק שדיני המקרקעין מייצרים הוא הכלי הראוי המשיג את היעד, לא תמיד הם הכלי המשפטי להתמודדות עם המצב הבעייתי. דווקא הכלל הנועד להתמודד עם פלישות הוא כלל כזה שיוצר אתגרים לסדר הציבורי בכל מיני דרכים.

1. יעילות בהגנה על נכסים- הטענה עלתה בישראל בעקבות המחאה החברתית ב2011. אותו משבר כלכלי חברתי, שם הועלו טענות שיש הרבה נכסים שאנשים קונים להשקעה, והם נכסי "רפאים". רצו לפלוש לדירות ולנצל אותן כל עוד הן לא מנוצלות. הם טענו כי הרבה יותר יעיל שאנשים ישתמשו בהם ויגורו בהם מאשר שהן יהוו דירות רפאים לא מנוצלות.הטענה לא התקבלה והיא אינה מקובלת!

ביקורת-האם הטיעון משכנע? לכאורה הטענה היא שרואים במחזיק כמי שצריך להיות בנכס וזה ההסדר הכלכלי הראוי להגנה על הנכס**-** הוא זה שייהנה ויגן על הנכס, זה יעודד יעילות בהגנה על נכסים.אך מנגד טוענים שהרציונל הזה לא רלוונטי לשוק בו אנו חיים כיום (אדם יכול להחזיק במקרקעין גם שהוא רחוק ממנו, אין צורך לשימוש בפועל בנכס).

1. הטלת הנטל על התובע-החזקה היא למעשה סוג של מכשיר דיוני בדיני הראיות, היא לא אומרת שום דבר מהותי על המחזיק והאם הוא צודק או לא, לא נכנס לשאלה האם אפשר או לא ניתן לתבוע אותו. מה שאומר המושג הזה שנרצה לדעת מי יכול להוכיח את התביעה, ואם יש מישהו שיושב במקרקעין הנטל צריך להיות על מי שרוצה לפנותו. מכאן שמשמעות ההחזקה האי רק ראייתית ורק לנטל ההוכחה. שרוצה לתבוע ולהיפרע מהמחזיק הפיזי בנכס הוא זה שיצטרך להוכיח שהמחזיק לא רשאי להחזיקו.

ביקורת- קיימת טענה כי החזקה היא מכשיר דיוני בדיני הראיות, היא לא אומרת דבר מהותי דיוני על המחזיק בנכס.

1. לעודד שימוש בנכסים פנויים- דומה לטיעון של יעילות בהגנה על נכסים. שכאן הטענה אומרת שאין סיבה להשאיר נכסים פנויים, ואם יש אדם שמחזיק בהם יש לתת תוקף להחזקה, לכן אם אדם מחזיק בנכס הוא יכול להביא לניצול טוב יותר של הנכס של הגנה על נכסים. אין סיבה לתת לנכסים הפנויים לעמוד לבד ואפשר לעודד אנשים לעשות דין עצמי ולהנות מנכסים- ואינו צריך להוכיח שהוא יכול להחזיק בנכס.

ביקורת- לא שומרים על הסדר הציבורי, כאנשים פרטיים אנחנו לא יכולים לנהל דברים מהסוג הזה ולטעון כי נגזול מהעשירים עבור העניים- זה רובין הוד לא חוקי. עם זאת, המדינה צריכה להסדיר את הנושא ולתת פתרון ציבורי לנושא ותיישם מדיניות מסוימת לנכסים פנויים- לטעון כי יעיל לנשתלט על נכסים פנויים בעייתי ולא נרצה לאפשר מדיניות כזו מבחינה ציבורית אלא ללכת לכיוונים אחרים.

נראה כי יש הצדקות שונות שהרבה פעמים לא עומדות במבחן הביקורת. את זכות החזקה בבעלות נרצה להגן על זכויות של אנשים, למנוע אנדרלמוסיה ביחס לזכויות, לשמור על הסדר הציבורי, לייעל את ההגנה על נכסים, לעודד שימוש בנכסים פנויים וכו. אך כמובן יש הרבה ביקורות לגישות האלה ומתן משמעות להחזקה בכלל.

**שחקנים**

יש ארבעה שחקנים מרכזיים:

1. הבעלים- בעלי נכס המקרקעין
2. מסיג הגבול- אין שום קשר לנכס ורוצה להשתלט עליו שלא כדין.
3. המחזיק- שמחזיק כדין בפועל בנכס- כזה שקיבל רשות מהבעלים להחזיק במקרקעין, יש לשים לב כי המחזיק כדין יכול להיות הבעלים או כזה שקיבל רשות.
4. בעל זכות להחזיק- קיבל הרשאה להחזיק במקרקעין, אך בשונה מהמחזיק הוא לא ממש אותה בפועל. יש לו זכות אך הוא לא מממש אותה.

נראה כי המחוקק יוצר הסדר משפטי מפתיע בנוגע ליחסים בין השחקנים לנכס.

**החזקה**

15.  בסימן זה, "מחזיק" – בין שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידיו ובין שהשליטה הישירה בהם היא בידי אדם המחזיק מטעמו.

**החזקה**

ס' 15 מגדיר מי אותו מחזיק. המחזיק יכול להיות מי ששולט בפועל במקרקעין (למשל כבעלים) או שהשליטה הישירה היא על ידי אדם אחר מטעמו של הבעלים.

**הסגת גבול**

**תביעה למסירת מקרקעין**

16.  בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין.

הסעיף המרכזי העוסק בהסגת גבול הוא סעיף 16, זאת נקודת המוצא המשפטית. ס' 16 למעשה קובע כי הבעלים של המקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם (אך עדיין לא מחזיק), זכאי לדרוש החזרת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין. גם הבעלים וגם מי שזכאי להחזיק בנכס רשאים להגיש תביעת פינוי נגד מי שמחזיק בקרקע שלא כדין, נגד אותו מסיג הגבול ולדרוש פינוי מהנכס.

סעיף 17

**תביעה למניעת הפרעה**

17.  המחזיק במקרקעין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות לכך שיימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה לשימוש במקרקעין ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזאת.

יש שטוענים שסעיף 17 הוא סעיף העוסק בהפרעה בשימוש במקרקעין בלבד שאינה מגיעה לכדי הסגת גבול. המעניין הוא שהסעיף נותן זכות תביעה למחזיק במקרקעין, כשהמחזיק יכול להיות אחת משתי האופציות- או מחזיק במקרקעין כדין או מסיג גבול (מחזיק שלא כדין). וזאת משום שבחוק לא כתוב והסעיף שותק לגבי החזקה כדין. יש פה לכאורה זה סעיף רחב מאוד המאפשר למחזיק במקרקעין לדרוש מהמפריע להפסיק להפריע בשימוש בנכס, וניתן את הכוח הזה גם למחזיק שלא כדין. מבחינה פרשנית, גם המחזיק כדין וגם המחזיק לא כדין יכולים לדרוש ולהגיש תביעה כנגד מסיג הגבול.

מתעוררת השאלה למה המחוקק מאפשר זאת ונותן זכות תביעה למסיג גבול, אדם שלא נרצה לקדם את הזכויות שלו? כאן המטרה היא לשמור על הסדר הציבורי- אם נחזור למטרה הראשונית למה יצרנו הסדר של הגנה על בעלות וחזקה, אחד הדברים המרכזיים זה הרצון שלנו לשמור על הסדר הציבורי, גם במחיר שניתן למסיג הגבול למנוע את ההפרעות הללו. נעדיף שמסיג גבול ימנע הסגות גבול נוספות מאשר שהוא לא יוכל לתבוע בכלל במצבים האלה.

יוסף נ' עוקאשי

פרשנות הסעיף עלתה לדיון בפס"ד יוסף נ' עוקאשי- שם הייתה מחלוקת פרשנית על מה חל ס' 17 מבחינת לשונו. פס"ד נחלק בין אנגלרד לפרוקצ'יה:

* אנגלרד- הפרעה לשימוש היא כל הפרעה שלא מגיעה לסטטוס של פלישה, וההסבר שלו היה שהסעיפים האחרים עוסקים במצבי פלישות (כמו ס' 16, 18) ולכן המסקנה היא שס' 17 לא מדבר על מצבים של פלישה ממש, זאת אומרת הפרעה לשימוש לא חלה על מצבי פלישות כי פלישות הוסדרו בסעיפים אחרים (15-20). במילים אחרות, הפרעה לשימוש המוגדרת בס' 17 מוגבלת מאוד רק בנסיבות שאדם מפריע לשימוש במקרקעין אך לא באמת פולש.
* פרוקצ'יה- סברה כי הפרעה לשימוש כוללת גם מצבים של פלישה. עם זאת, הפרשנות שלה לא מסתדרת עם שאר הסעיפים בחוק שעוסקים בפלישה. לכאורה זה סעיף מיותר הנותן כוח מיוחד לפולשים.

**סעד עצמי- האם ראוי?**

הסעיף המעניין ביותר לגבי ההסדר המשפטי. ס' 18 הוא הס' הכי מפתיע בחוק העוסק בסעד עצמי. הס' נותן לאנשים במצבים של פלישות סמכות לעשות סעד עצמי, לעשות דין עצמי ולהפעיל כוח כנגד מסיגי גבול. למה לתת לאדם את האפשרות לעשות סעד עצמי כנגד פולשים (המקרה שהתעורר בפס"ד דרומי ופס"ד שיף)? הסעד העצמי זה סעד המאפשר לאנשים להפעיל כוח סביר ביחס לאנשים פרטיים אחרים, כשדנים בשאלות של סעד עצמי יש שלוש הצדקות עיקריות מדוע ניתן לאנשים סעד עצמי במצבים של פלישה למקרקעין

ביחס לסעד עצמי יש 3 הצדקות מרכזיות

1. מענה לאופי אנושי- מתן סעד עצמי מהווה מנגנון של שחרור קיטור. המשפט יודע כי כאשר פוגעים לאנשים בחזקה ומפריעים להם לזכויותיהם במקרקעין, אנשים כאלו יפעלו באלימות ויפעילו כוח כלפי מי שפוגע בהם, האינסטינקט הבסיסי של האדם הוא להגן על רכושו ולהרחיק אנשים המנסים לפגוע בזכות החזקה והבעלות במקרקעין. כתוצאה מכך מכשירים את המענה לאופי האנושי, בנסיבות טבעיות האדם היה רוצה להגיב בכוח- לוקחים את האופי האנושי ונותנים לגיטימציה משפטית לאופי האנושי. הרבה משפטנים לא אוהבים את ההצדקה הזאת, משום שהמשפט לא יכול להכשיר את זה, המשפט צריך להפוך בעלי ריב לבעלי דין ולתת להם להתדיין מבלי להפעיל אלימות ולהגיע לסעדים עצמיים.
2. חלופה מעשית יחידה ביחס לנכסים מסוימים- למשל ביחס במיטלטלין, לפעמים, אם לא ניתן לאנשים לעשות סעד עצמי, אנשים יאבדו את הזכות שלהם וזה כבר לא יהיה רלוונטי. למשל- אם אדם גונב ציוד מהיד, אם הבעלים לא יפעיל כוח עצמי ויחטוף את הרכוש חזרה מאותו גנב, סביר להניח כי הוא לא יראה את רכושו יותר. סעד עצמי זו הדרך היחידה לחלץ את הנכס, ולכן למשל במיטלטלין יש משמעות גדולה להפעלה של סעד עצמי.
3. כלל קנייני לעומת כלל אחריות- כללים קניינים מחייבים הסכמה מהבעלים לשימוש בנכס, לעומת זאת כלל של אחריות קובע כי ניתן פגוע בזכות הקניין תוך תשלום פיצויים- למשל הסדר בס' 23 שעסק בקרקע לא מוסדרת, שם נקבע כי יש יכולת לעשות שימוש בזכות הקניין אך תצטרך לשלם את מחיר החיבור של המקרקעין. מאפשרים פגיעה בקניין ולקחת את הנכס תוך תשלום על כך. כלל קנייני קובע כי בשביל לקחת נכס צריך הסכמה, בעוד שכלל אחריות כופים הסדר משפטי ללא תנאי של הסכמה. בהקשר הזה סעד עצמי נתפס כביטוי לכלל הקנייני. המחזיק מונע מהפולשים להגיע למצב בו נצטרך לפצות את הבעלים, כשהכלל הקנייני הוא זה המונע סכסוכים או את הפלישה מלכתחילה. הכלל הקנייני מחייב הסכמה של הבעלים, בלי הסכמה לא ניתן לקחת את הנכס ובמצבים כאלה המחזיקים הם באמת מונעים מהפולש להגיע למצב בו יצטרך לפצות אותם.

הכלל הוא שהסעד ראוי, אך ראוי לצמצם אותו!

ס'18(ב') קובע שאם אדם תפס את המקרקעין שלא כדין (פולש), המחזיק (כדין) רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו תוך שלושים ימים מתפיסת הפולש. כיצד יש לפרש את הסעיף?

**שימוש בכוח נגד הסגת גבול**

(18א.) המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין.

(ב) תפס אדם את המקרקעין שלא כדין רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים ימים מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהם.

* החוק קובע כי ניתן 30 ימים מהיום שנתפס הנכס בפועל, 30 ימים בהם ניתן להפעיל את הסעד העצמי כדי להוציא מסיג גבול- אך לשים לב, שלושים ימים מיום התפיסה בפועל, כשידוע מתי הפולש נכנס.
* על ידי שימוש בכוח סביר-כוח במידה סבירה\ כוח מתון ופרופורציונלי לנסיבות המקרה, העדיפות היא שמשטרת ישראל היא זו שתפעיל את הכוח.
* הפרשנות מאוד מצמצמת- התאגידים לא יכולים להפעיל סעד עצמי כדי למנוע הסגות גבול, משום שזה נתון רק לאנשים שהם יחידים. רק אנשים פרטיים שיש להם את האינסטינקט להגיב מיד יכולים להפעיל סעד עצמי- מכיוון שאם מדובר בתאגידים, אין את האינסטינקט הבסיסי וראש אנושי שצריך לקבל את החלטות, ברגע שזה גוף מלאכותי פחות נכיר באינסטינקט שלו להגן על בעלותו והחזקה, אלא מתמקדים באנשים שיש להם את הצורך האנושי להגן על הנכס.

הסעיף חריג מאוד וזה נובע מכך שהוא הסעיף היחידי שנותן אפשרות לאנשים להפעיל כוח במידה סבירה.

**ס' 18- א' וב'**

* ס' 18ב' עוסק במצב שאדם פלש ואז מופעל תוך שלושים ימים מיום התפיסה בפועל את אותו כוח במידה סבירה.

**18(א)🡨 טרם הפלישה**

**18(ב)🡨 לאחר הפלישה**

* ס' 18(א') עוסק במצב אחר שעדיין לא התרחשה הסגת גבול. עוסק בפלישה שטרם התרחשה, שלב אחד לפני הסגת הגבול. גם כאן המחזיק במקרקעין כדין יכול להפעיל כוח במידה סבירה כדי למנוע את הפלישה של מסיג הגבול למקרקעין. חשוב לשים לב שאין כאן מגבלת זמן לגבי היכולת להפעיל את הכוח נגד אותם פולשים. אך אכן יש דרישה של החזקת המקרקעין כדין, מחזיק בפועל ובעל שליטה על המקרקעין. וגם פה הלשון מדברת על כוח במידה סבירה.

**דין עצמי שלא כחוק (ס' 19)**

ס' 19 עוסק במצבים בהם אנשים עושים דין עצמי כאשר המקרה הוא לא כפי המתואר בסעיף 18. ס' 19 עוסק במצבים של דין עצמי שנעשו בניגוד להוראות 18ב'. ס' 19 מנסה להרתיע את האנשים שעושים סעד עצמי בניגוד לס' 18ב- כמו הפעלת כוח לא סביר או לאחר 30 ימים, הפרה של הוראות הסעד העצמי הקבועות בס' 18ב. יש לשים לב כי הנפקות של ס' 19 זה כי העושה דין עצמי שלא כדין, חייב להשיב את המקרקעין למחזיק. זהו כלי שמאיים בהחזרת המצב לקדמותו- החזרת הקרקע למחזיק שלא כדין, לפולש. עם זאת בסיפא מצוין כי ניתן שיקול דעת לביהמ"ש להתנהל ולפסוק אחרת על פי נסיבות העניין.

מה קורה עם שוכרים שלא מתפנים בסוף תקופת השכירות? שוכר שלא מתפנה בסוף תקופת השכירות לכאורה יכלנו להגיד כי הוא מסיג גבול ופולש. אך האם באמת ניתן להתייחס לשוכר שלא מתפנה כאל פולש? לכאורה ניתן להפעיל לגביהם את נסיבות ס'18(ב')- תוך שלושים ימים ובכוח סביר. אך החוק ופסיקת בית המשפט העליון קבעה כי הפעלת סעדים עצמיים נגד שוכר שלא מתפנה מהנכס בסוף תקופת השכירות, זה לא נכנס לגדרי ס' 18ב ולא ניתן להפעילו דין עצמי, כשאם רוצים לפעול כנגד השוכר, יש לפנות למסלול הקבוע בס' 16. ס'18(ב) לא יחול במצב של שוכר שלא מתפנה מהנכס.

כל העקרונות בסעיפי החוק הללו תקפים גם בהגנת זכות החזקה במיטלטלין עפ"י ההתאמות הנצרכות.

לסיכום: מתוקף אילו סעיפים ניתן לתבוע?

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| צד א' | צד ב' | לפי ס'16 לחוק(הגשת תביעה להתפנות) | לפי ס' 17 לחוק(להציב דרישה לסלק דבר המפריע) | לפי ס' 18 לחוק(לעשות דין עצמי ולסלק בכוח סביר תוך 30 יום מהפלישה) |
| בעלים | מסיג גבול | רשאי לפנות לבהמ"ש | אם הוא מחזיק- רשאי לפנות | רשאי לפנות אם הוא מחזיק כדין |
| מחזיק כדין ובפועל | מסיג גבול | אם הוא מחזיק כדין- רשאי לפנות | רשאי לתבוע | אם הוא מחזיק כדין- רשאי לפעול |
| בעל זכות להחזיק | מסיג גבול | רשאי לפנות לבהמ"ש | הסעיף אינו עוסק במי שזכאי להחזיק- לכן הוא לא רשאי. | הסעיף אינו עוסק במי שזכאי להחזיק- לכן הוא לא רשאי. |

הדין לגבי מסיגי גבול:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| צד א' | צד ב' | לפי ס'16(הגשת תביעה להתפנות) | לפי ס' 17(להציב דרישה לסלק דבר שמפריע) | לפי ס'18(לעשות דין עצמי ולסלק בכוח סביר תוך 30 יום מהפלישה) |
| מסיג גבול | מסיג גבול | לא רשאי. | רשאי רק לגבי הפרעה. | לא רשאי. |
| מסיג גבול | בעל זכות החזקה שלא מנצל אותה, בעלים, או בעל זכות החזקה שניצל אותה | לא זכאי- אין זכות תביעה מפני שהוא לא בעל זכות. | עוסק בתביעה כנגד מי שלא רשאי להפריע- כל אותם "שחקנים" רשאים להפריע מפני שלהם הזכות. | לא רשאי. |

**חקיקה ייעודית לקרקעות מדינה- חוק מקרקעי ציבור**

מה משמעות החזקה כשהמדינה היא הבעלים?

החוק מסדיר את הזכות לסילוק חזקה כלפי קרקעות מדינה. במקרקעי מדינה למדינה יש סמכויות יותר חזקות ומשמעותיות. כשמדינת ישראל היא בעלי הקרקע, סעיפי החוק 17-20 יכולים לחול, אך הבעיה היא שכאשר מדובר במדינת ישראל, היא חולשת על תחום נרחב של קרקעות, ורוב הזמן אין לה שליטה אפקטיבית ברוב הקרקעות. מה שהוביל את המחוקק לקבוע סמכויות יותר דרמטיות לגבי הגנת הבעלות והחזקה. החוק מעניק שורה של יתרונות למדינה לעומת בעלים "רגילים" של הקרקע. החוק נותן למדינה סמכויות דרקוניות, כשמי שמוסמך ורשאי להפעיל את הסמכויות הללו בדרך כלל הם מנהלים ברשות מקרקעי ישראל או ראשי רשויות מקומיות.

הסעיף הדרמטי ביותר הוא ס' 4 לפיו אם השתכנענו שאכן יש פלישה לקרקעות מדינה ניתן להוציא צו לסילוק יד לפינוי מקרקעי ציבור, ולשים לב ללוחות הזמנים- הרשות המבצעת רשאית תוך חצי שנה מגילוי הפלישה ולא יאוחר עד שלוש שנים מיום התפיסה.כלומר למדינה ניתנות סמכויות משמעותיות- להוציא צווים שיפוטיים ולבצעם, וניתן זמן רב בהרבה כי למדינה אין שליטה אפקטיבית בקרקע. כמו כן, אחד הדברים החשובים בחוק זה שלא נדרשת החזקה של המדינה (כי בפועל היא אינה מחזיקה ברוב השטח שבבעלותה), ולכן רוב הסעיפים בחוק המקרקעין לא יחולו עליה. זו הסיבה שיצרו הסדר חקיקתי חדש, שלא מחייב את דרישת ההחזקה ושליטה בקרקעות, לא ריאלי לדרוש ממנה להחזיק בפועל כתנאי להפעלת הסמכויות האלה ורק נדרשת שהיא תהווה מחזיק פורמאלי.

**פס"ד מדינת ישראל נ' בן שמחון**

פס"ד חשוב שמדבר על רתיעה מהשימוש בהסדר החוק. פס"ד קובע כי יש להשתמש בחוק בזהירות כי הוא מאוד דרקוני (על אף האפשרות לשימוש בשק"ד שיפוטי), תוך שמירה על האינטרס הציבורי. יש צורך למתן את היכולת להפעיל את הסעד ולהשתמש בו בזהירות.

**ס'4א' (רבתי)**

סעיף העוסק במצבים של חוזה שהסתיים והיכולת להפעיל את הסמכויות בחוק במצב שהסתיים החוזה עם המדינה. אם בס' 18 ראינו כי לפי פסיקת בית המשפט לא ניתן להפעיל סעד עצמי ולכן יש צורך לפנות לס' 16, כאן, נוצר הסדר הקובע כי מצב בו המדינה השכירה נכס לאדם והוא לא מתפנה לאחר תקופת השכירות, נוכל להפעיל את סמכויות החוק גם בהקשר אליו (בניגוד לאדם פרטי המופנה לסעיף 16) אך זאת בתנאי שהשכירות התקימה עד 7 שנים.

תמונה שמכילה טקסט, אוסף תמונות

התיאור נוצר באופן אוטומטי = בעלים  **סיכום:**

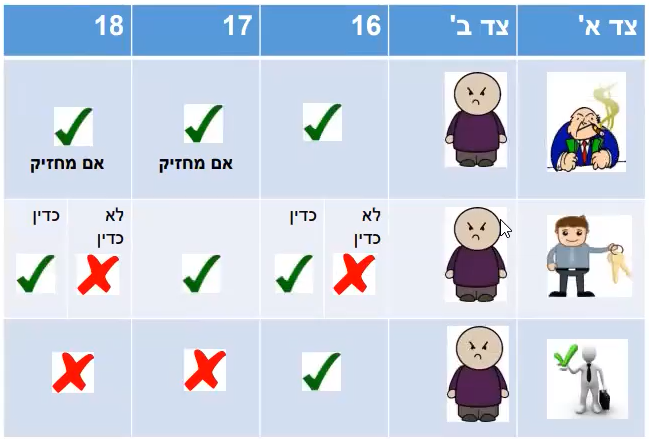
תמונה שמכילה טקסט, בובה, צעצוע, אוסף תמונות

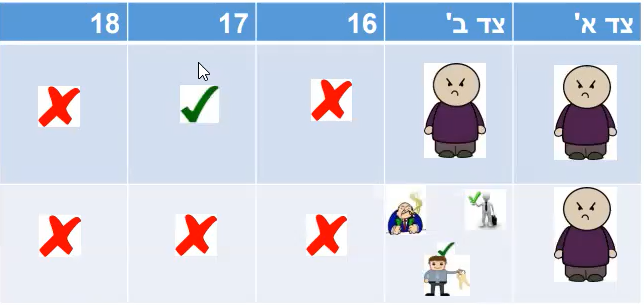
התיאור נוצר באופן אוטומטי= מחזיק כדין

= מסיג הגבול, פולש

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי= זכאי להחזיק בנכס (לא מחזיק בפועל)





**דרכי רכישת זכויות קנייניות**

בהבחנה בין זכויות חוזיות לקנייניות דיברנו על כך שיש פערים ושלבים שונים בכל עסקה- שלבים חוזיים מול שלבים קניינים. בשלב הקנייני בעלי הזכות מקבלים גישה בלתי אמצעית לנכס והפכת את הזכות לזכות חזקה יותר, להבדיל מהזכות החוזית שהיא זכות אישית ביחס לאדם אחר ומוגבלת בפועלה. המעבר הינו דרמטי ומשמעותי בעוצמת הזכות- בין זכות התקפה בין צדדים לזכות חזקה יותר וגישה בלתי אמצעית לנכס.

ישנן דרכים שונות לרכישת זכויות קנייניות:

1. ירושה- דרך רווחת, אדם שנפטר יכול להעניק את זכותו בנכס לאחרים ע"י הורשה. אחת הדרכים שבעלים יכולים לקבל נכסים היא דרך ההורשה, בין אם היא הורשה לפי דין מחוק הירושה או ע"י צוואה.
2. תפיסת חזקה- קיימת היום בעיקר במיטלטלין ביחס לנכסים שאנשים הפקירו או איבדו אותם. נכס שאדם הפקיר, למשל אדם שזרק שטיח, כל אדם יכול להפוך לבעליו ולרכוש את הזכות הקניינית בו. אם האדם בא ומחזיק את הכנס, החזקה הזו יכולה לגבש זכות קניינית בנכס.   
   במקרקעין תפיסת חזקה הייתה מנגנון לקבלת בעלות במקרקעין. יתכן מצב (ויש מדינות בעולם המערבי שהשיטה עדיין קיימת) שאם אדם תופס נכס מקרקעין ומחזיק בו לתקופה מסוימת הוא יכול להפוך לבעלי זכויות הקניין בנכס, הדבר נקרא "התיישנות רוכשת". על פי התפיסה הזו אם אדם תופס חזקה במקרקעין לאורך זמן רב, בשלב מסוים בגלל ההחזקה במקרקעין לתקופה כל כך ארוכה, מתגבשת אצלו זכות קניין בנכס. כיום הפרקטיקה לא קיימת אחרי ביטולה בפסיקת בית המשפט העליון. אך ס'78 לחוק הקרקעות העות'מאני אפשר את הפרקטיקה הזו, אך כיום הוא לא קיים בהקשר הישראלי אלא רק בנקודות מסוימות ביו"ש- שכן מאפשרת לרכוש בדרך של התיישנות רוכש, אך תפיסת חזקה כדרך לקבלת בעלות במקרקעין לא חלה בשטחי ישראל.
3. חלוף זמן+ שימוש שאין עמו חזקה- מעצם העובדה שמישהו עושה שימוש מסוים במקרקעין לאורך זמן ארוך מאוד נוצרת זכות קניינית לטובת המשתמש, אין עם כך החזקה אלא רק הנאה מהנכס. למשל, זיקת הנאה מכוח שנים, אחרי שנים של שימוש גלוי בזכות הבעלות, אם נעשה שימוש מסוים במקרקעין, נוצרת זיקה וזכות קניינית לטובת אותו אדם שעשה את השימוש הממושך (אך פה אין החזקה רק תוכן של הנאה). חלוף הזמן והשימוש יכול ליצור זכות קניינית, אך במשפט הישראלי זה קיים רק ביחס לזיקת הנאה מכוח שנים.
4. שיפור נכסי זולת- למשל ערבוב וחיבור מקרקעין או בניה במקרקעי הזולת- כמו בנייה של מחוברים לקרקע בקרקע של אדם אחר, פעמים רבות בחיבור לקרקע הזולת הופך להיות בעלי הקרקע, הזולת הופך להיות בעלי הכנס שחובר. אז לפעמים פעולות של ערבוב ושיפור נכסים של הזולת, מקנה לבעלי הנכס מלכתחילה. במיטלטלין ההסדר שונה- אם לא ניתן להבחין בין הבעלים נוצרת בעלות משותפת על כל המיטלטלין כי לא ניתן להפרידו (דוגמת שקית העגבניות). בעוד במקרקעין ברגע שיש חיבור הבעלות הופכת להיות בעלי המקרקעין, במיטלטלין לא ניתן להבחין בנכסים ולכן נוצר משטר של בעלות משותפת.
5. עסקה רצונית- דרך המלך והדרך השכיחה ביותר בה נוצרות זכויות קניין, ניתן לחשוב על מגוון זכויות הניתנות, למשל עסקת מתנה, משכון, שכירות. תקף בכלל סוגי הנכסים, אך יכולות להיות דרישות מסוימות של הדין ביחס לכל סוג של עסקה וקיום אותן עסקאות ספציפיות.

**עסקה רצונית**

כשמדברים על עסקאות אנחנו צריכות להיות רגישות לסיווג הנכסים בהם עושים עסקה- רגישות של סוג הנכס והכללים החלים על כל סוג. כשאנחנו עושות עסקה בנכסים נוכל לעשות עסקה במקרקעין, מיטלטלין וזכויות, לא תמיד מושא העסקה יהיה נכס פיזי, או נכס שהוא בנוי ורשום, לא תמיד יהיה מיטלטלין שזה נושא העסקה אלא רק רכישת זכות. חשוב לדעת מה סיווג העסקה ומה הנכס שעליו עושים את העסקה- יש לזה נפקות דרמטית בדרך בה נעצב את העסקאות וכתיבת החוזים בנכסים השונים כי טיב הנכס משפיע על הדרך בה נעצב את העסקה וההגנות שאנשים רוכשים בנכסים האלה.   
ללא קשר לסוג העסקה, בעסקה רצונית, תמיד דיני החוזים יחולו על העסקאות האלה- מדוברי בחוזים שאנשים עושים ודיני החוזים חלים על כלל העסקאות, כמו דרכי כריתת ההסכם, פגמים הכריתה, יכולת ביטול, אי חוקיות, תרופות וכו. כל דיני החוזים חלים על עסקה רצונית בשלב החוזי.

דרישות מיוחדות

צריך גם לזכור כי יש דרישות מיוחדות לגבי נכסים מסוימים:

בהקשר של מקרקעין דרישת הכתב- בעסקאות במקרקעין ס' 8 דורש שהעסקאות תעשנה בכתב- החוזים עצמם שנעשים צריכים לעמוד בדרישת הכתב ולכן יש צורך לכתוב את החוזה. דרישת הכתב היא שונה מדרישת הרישום של העסקה, דרישת הכתב זו דרישה צורנית של ההסכם ביחס העסקה במקרקעין לפי ס' 8, בעוד שדרישת הרישום היא דרישה אחרת המדברת על פומביות הזכות במרשם מקרקעין. דרישת הכתב משתנה בהתאם לסוג העסקה: לדוגמא, ראינו כי דרישת הכתב משתנה בשכירויות- שכירויות עד 5 שנים פתורות בכתב בעוד שמעל 5 שנים צריכות לעמוד בדרישת הכתב.

**השתכללות הזכות**

כשמדברים על שכלול זכות בנכסים שונים, למעשה אנחנו שואלות מתי הזכות עוברת מהשלב החוזי לשלב הקנייני- השתכללות הזכות זה השלב בו הזכות החוזית שהתקבלה מכוח ההסכם תהפוך לפומבית. חשוב לזכור ולדעת מתי השלב הזה קורה, מתי הזכות עושה את המעבר בין השלב החוזי לשלב הקנייני ומתי עוברים מהתחייבות העסקה שדיני החוזים חלים עליה לשלב בו משדרגים את הזכות לחזקה יותר, לכזו במעמד קנייני. נראה שבנכסים שונים נקודת הזמן הזו מתרחשת בזמנים שונים.

מה המשמעות שלה השתכללות הזכות? יש לזכור כי השלב החוזי הוא שלב שבדרך כלל תקף בין הצדים לחוזה, המעבר לשלב הקנייני הופך את הזכות הזו לזכות שהיא פומבית ומשפיעה על צדדים שלישיים, שהעולם יודע על הזכות ולכן נקודת המעבר הזו היא קריטית. שלב המעבר הוא השלב שלמעשה בו העסקה מסתיימת והצד לחוזה הופך להיות בעל זכות קניין בנכס שהיא פומבית כלפי כל העולם, מעמד של זכות הרבה יותר חזקה מאשר השלב בו היית בשל המוקדם יותר, בשלב החוזי. ולכן חשוב לזהות את השלב הזה ולדעת כיצד הוא מתרחש בכל סוג של נכסים.

1. **מקרקעין- מתי הזכות הקניינית משתכללת במקרקעין?**

למדנו כי נקודת הזמן בה עוברים מהשלב החוזי לקנייני במקרקעין, הוא שלב הרישום- ברוב המקרים מצב בו נעשה רישום הזכות אז נעשה המעבר מזכות חוזית לקניינית, שכן לפי ס' 7, ברגע שבו רשמתי את המקרקעין במרשם, משתכללת הזכות הקניינית.

בעסקאות במקרקעין המעבר בין השלב החוזי לקנייני הוא לא מעבר מהיר אלא כזה שלוקח זמן. ומכיוון שהוא לוקח זמן הרבה דברים יכולים להשתבש- בשלב הזה בין החוזי לקנייני, הרבה פעמים יש פערי זמן וזה הסיבה הפשוטה שהעסקאות האלה לוקחות זמן. תקופה ארוכה בה לא ניתן לעבור שלב הקנייני, וזה המצב לגבי רוב העסקאות במקרקעין. שכן, אין חתימה על חוזה ובאותו יום נרשמת הזכות במרשם, ויש התארכות של פרק הזמן בין השלבים. ולכן צריך לדעת שאנחנו נמצאות בעסקאות שאנחנו חשופות עם זכות חוזית לפרקי זמן יחסית ארוכים. נראה איך המשפט מספק פתרונות והגנה בתקופת הביניים- במעבר ביו השלב החוזי לקנייני.

**מעמד הזכות בשלב חוזי\ אובליגטורי**

מה קורה בשלב החוזי בעסקת מקרקעין? מה יש לרוכש ביד- האם זו זכות במעמד זכות חוזית או שמה יש זכות חזקה יותר? צריך להבין כי רוב הזמן המעבר בין השלב החוזי לקנייני במקרקעין מתרחש בשלב רישום הזכות במרשם המקרקעין. ברגע שרושמים את הזכות לפי ס' 7 לחוק המקרקעין, עושים את המעבר בין השלב החוזי לקנייני.   
אך מה קורה לפני? ס' 7ב קובע כי כל עוד לא נרשמה העסקה יש רק התחייבות לעשות עסקה במקרקעין- כך שיש לרוכש רק זכות חוזית ביד. בדין הישראלי, צריך לדעת כי החל מחקיקת חוק המקרקעין, התעוררו שאלות מה מעמד רוכש הזכות החוזית בשלב החוזי? האם יש לו באמת רק זכות חוזית או משהו יותר מזה? נדון בכך בקשר לדיני היושר והלכת בוקר.

הפסיקה שעסקה בשלב החוזי בעסקאות מקרקעי הייתה מאוד טרודה גם לפני אימוץ חוק המקרקעין מהסטטוס של מי שעשה רק עסקה חוזית. צריך לדעת כי לפני חקיקת חוק המקרקעין, שלטו בדין הישראלי דיני היושר האנגלי. דין זה לא אהב את הסיטואציה שבה אדם חתם על חוזה רכש נכס, לא הספיק לרשום, שילם את מרבית התמורה אך לא עשה את האקט הרישומי של העברת הזכות במרשם המקרקעין, ואז נגיד שבסיטואציה הזו הופיע נושה ומטיל עיקול על הנכס במסגרת הליך משפטי ורוצה לעקל את הנכס כדי שיהיה לו ממה להיפרע בסיום ההליך.

* חשוב לציין כי כשמנהלים הליך משפטי, למשל על חוב כספי, במסגרת הליל משפטי שאדם חייב כספים ובעיות כלכליות קשות, בדרך כלל במסגרת ההליך המשפטי בגלל החשש שהאדם יבריח כספים, הנושה יבקש סעדים זמניים, שהם משני סוגים: צו איסור יציאה מהארץ (למנוע בריחה של החייב) והשני הוא סעד העיקול. בדרך כלל מבקשים את הסעד במעמד צד אחד (דיון במעמד צד אחד הינו דיון שבו מקבל בית המשפט החלטה על סמך בקשה של בעל דין אחד בלבד, מבלי לבקש את תגובתו של בעל הדין שכנגד), כתוצאה מהסעד הנושים פונים לכל מקום שבו יכול להיות שיש לחייב נכסים, מוסר את צו העיקול, נרשם עיקול והנכס מוקפא- החייב לא יכול לעשות שום פעולות בנכס. בדרך כלל אחרי הצווים, הצדדים מגיעים לבית המשפט ויש דיון במעמד שני הצדדים וכו.

שלב א'- דיני יושר

לפי חקיקת חוק המקרקעין, כשלאנשים היו רק זכויות חוזיות בנכס שעשו בו עסקה, לפעמים לאחר ביצוע העסקה, אז היינו חושבות שיש להם רק זכות חוזית ביד, ולכן במקרה של נושה ומעקל הוא יטיל עיקול על הנכס מה שיגרום להיווצרות סכסוך בין בעל הזכות החוזית לבין המעקל המאוחר, ובבית המשפט היה נשאל מה העיקול תופס. לפני שחוקקו את חוק המקרקעין, בתי המשפט לא רצו לגרום לאותו בעל זכות חוזית להפסיד את זכויותיו, ומכוח דיני היושר הם קבעו כי אדם שיש לו זכות חוזית ושהוא מושהה בשלב החוזי בעסקה במקרקעין שפתאום מתעמת עם מעקל מאוחר, מכוח דיני היושר בתי המשפט קבעו כי יכירו בזכות כזכות מעין קניינית שצריך לתפוס אותה כזכות שתהיה תקפה כנגד אותו מעקל מאוחר ולכן נראה את העסקה כעשויה. הרבה פעמים אלו היו הנסיבות בהן אדם שילם הכל אך לא הספיק לרשום, ובתי המשפט אומרים כי תחושת הצדק לא מניחה שאדם יפסיד את נכסו בגלל אותו מעקל מאוחר ובגלל סוגיית הרישום, ולכן דיני היושר ששלטו בדין הישראלי לפני חוק המקרקעין, קבעו כי נראה את העסקאות החוזיות כעסקאות שלמעשה נגמרו, כך שהעסקה תהיה תקפה כנגד אותו מעקל מאורח והוא לא יוכל לשים את ידו על הנכס. יש לזכור כי זאת הייתה התפיסה לפני חוק המקרקעין.

שלב ב'- הלכת בוקר

אחרי חוק המקרקעין המצב השתנה- מדינת ישראל מאמצת את חוק המקרקעין ב1969, ואז ס' 161 לחוק המקרקעין מבטל את דיני היושר. ס' 161 ועקרון הרשימה הסוגרה קובע כי בתחילת חוק זה אין זכויות אלא לפי חוק– לבית משפט אין בכלל סמכות לעשות את מה שהוא עשה מכוח דיני היושר. המצב המשפטי החדש בתחילת שנות ה70, מבטלים את דיני היושר האנגליים וכעת מתעוררת השאלה מה הסטטוס של אותו רוכש שלא רשם את העסקה ופתאום מתעמת עם אותו מעקל מאוחר. ההלכה ששלטה מאז תחילת חוק המקרקעין ועד סוף שנות ה90, הייתה הלכה שנקראת הלכת בוקר. הלכת בוקר שינתה את הקביעה המשפטית באותן נסיבות שתוארו, נסיבות שהפסיקה בדיני היושר קבעה כי נראה את העסקה כעסקה גמורה גם אם הרוכש לא הספיק. הלכת בוקר היא הלכה של ביהמ"ש שבאה ממקום לתמרץ ולעודד אנשים לרשום זכויות ולבצר את מעמדו של המרשם. העמדה בבוקר באותן נסיבות- נסיבות שבהן הזוג בוקר קונה דירה, משלם כמעט את כל הכסף אך לא מספיק לרשום, כבאותה העת חברה מטילה עיקול על הנכס ונוצר עימות האם המעקל המאוחר יכול לשים יד על הנכס. הלכת בוקר אומרת כי חשוב לרשום זכויות, נרצה לעודד אנשים לרשום זכויות ולכן התוצאה חייבת להיות כזאת שכל עוד העסקה לא נגמרה ברישום כפי שנדרש בחוק המקרקעין ס' 7(א), הזכות היא חוזית בלבד, וככזו היא לא תקפה כלפי כל אחד וצדדים שלישיים וקושרת רק את הצדדים לחוזה. הלכת בוקר נתפסה כהלכה נוקשה מאוד, משום שהיא מתייחסת גם לנסיבות בהן לא היה ניתן לרשום, אך היא שלטה לתקופה ארוכה. אחרי שההלכה הזו התקבלה המחוקק עשה מעשה ויצר הסדר חוקי לגבי הערות אזהרה, שניסה להתמודד איתה לפחות באופן חלקי.

שלב ג'- בנק אוצר החייל נ' אהרונוב

בשנות ה90, השופט ברק חיכה ליום בו הוא יוכל להפוך את הלכת בוקר, ולהחיות את ההסדר שהיה לפני חקיקת חוק המקרקעין אך בדרך קצת שונה, שכן ביהמ"ש כפוף לס' 161 לחוק המקרקעין האוסר להכיר בזכויות שביושר. היום הזה אכן קרה בפס"ד בנק האוצר נ' אהרונוב:

מידע עובדתי: הגברת אהרונוב עושה הסכם גירושין עם בן זוגה, מקבלת מקרקעין, לא מספיקה לרשום את הזכויות מכול הסכם הגירושין ואז מגיע בנק אוצר החייל ומטיל עיקול על המקרקעין, אחרי שהיא עושה את ההסכם. שוב, אותה שאלה שהתעוררה בבוקר- עסקה חוזית במקרקעין, הגברת אהרונוב עשתה הכל חוץ מלהספיק לרשום, בנק אוצר החייל מעקל מאוחר הרוצה לשים יד על הנכס של אהרונוב. השופט ברק רק חיכה ליום הזה, בהרכב מורחב כדי להפוך את הלכת בוקר, ואכן זה מה שקורה.

ביהמ"ש: ברק קובע כי בעימות הזה, המעמד של האדם שיש בידו רק זכות חוזית המתעמת מול מעקל מאוחר, יש לאותו רוכש של הזכות החוזית שעדיין לא הספיק לרשום זכות "מעין קניינית" כנגד המעקל המאוחר. השופט ברק עושה את זה בעזרת קונסטרוקציה מעניינת שעוד נדון בה בהמשך- ברק בעצם מכיר בזכות מעין קניינית, זכות קניין שביושר על בסיס הוראות חוק המקרקעין. והאחיזה של ברק היא בס' 9 לחוק המקרקעין, שעוסק בעסקאות נוגדות. ברק לומד מס' 9 העוסק בעסקאות נוגדות על סטטוס של בעל זכות החוזית המוקדמת בזמן. כשמסתכלים על ההסדר בס' 9 הנותן עדיפות על הרוכש הראשון על פני המאוחר, במצב כזה של עסקאות נוגדות במקרקעין, ראינו שהמחוקק נותן עדיפות לבעל הזכות החוזית המוקדמת בזמן על פני המעקל המאוחר, כברירת מחדל, אלא אם כן מתקיימים תנאים מסוימים. אבל ככלל, מההסדר של ס' 9 הוא למד כי לבעל הזכות החוזית הקודמת בזמן אין רק זכות חוזית אלא יש לו זכות התקפה גם כלפי צדדים שלישיים מסוימים, כמו רוכש מאוחר. ולכן ההסדר החוקי בחוק המקרקעין משמיע כי כאשר אדם עושה עסקה במקרקעין יש לו קצת יותר מזכות חוזית, אלא זכות מעין קניינית התקפה כלפי אנשים מסוימים. בנסיבות מסוימות יש לזכות הזו תוקף כלפי צדדים שלישיים, ולכן אם הזכות תקפה כלפי רוכש מאוחר היא תהיה תקפה כלפי מעקל מאוחר. הקונסטרוקציה של ברק באה והופכת את הלכת בוקר, וקובעת כי בעל זכות חוזית הקודמת בזמן, המתמודד עם המעקל המאוחר יש לו זכות מעין קניינית בתקופת הביניים הזו. כך שבשלב החוזי הרוכש אינו תקוע עם זכות חוזית אלא עם זכות יותר חזקה מכך, ואם הוא מתמודד עם מעקל מאוחר הוא יוכל לקבל עדיפות עליו.

היום התפיסה שבתקופת הביניים בין השלב החוזי לקנייני, לפחות בהתמודדות עם מעקלים מאוחרים, לרוכש המוקדם יש זכות הנתפסת כמעין קניינית והתקפה כלפי צדדים שלישיים, למשל המעקל. בהמשך שנגיע לדיון בקניין שביושר יש דיון שלם לאיך הגיעו להחלטה הזו, מה המשמעות שלה, מה קורה בתחרויות אחרות וכו. אך שוב חשוב לחדד, כי בשלב החוזי האדם לא תקוע בהכרח עם זכות חוזית טהורה, אלא זכות העשויה להיות תקפה כלפי צדדים שלישיים, אך זה קורה רק מנקודת הזמן של אהרונוב.

התיישנות רוכשת

ס' 78 לחוק הקרקעות העות'מאני והתיישנות הרוכשת שמאפשרים לשאוב זכויות קנייניות מכוח החזקה, הנושא הזה בוטל בבית המשפט העליון, ולכן אין לנו את המשטרים האלו.

**למה יש פער זמנים בין שלב ביצוע העסקה לשלב הרישום?**

השתכללות הזכות הקניינית כפי שאמרנו, מתרחשת ברישום הזכות. ברגע שנכנסים לס' 7 לחוק המקרקעין, השתכללות הזכות מתרחשת בזמן שהזכות נרשמת במרשם המקרקעין.

למה יש את אותו פער הזמנים בין כריתת החוזה ושלב ביצוע העסקה לשלב הרישום? למה לא נרשום בסיום כריתת החוזה את העסקה בטאבו? צריך לזכור כי כאשר רוכשים זכויות במקרקעין, לוקח זמן עד שרוכשים את הנכס על שם הרוכשים, עד שנעשה שלב הרישום. כל עוד העסקה המדובר היא אינה קנייה של דירה יד 2 שכבר בנויה, לוקח זמן עד שנעשה שלב הרישום, וזה מפני כמה סיבות:

1. הרבה פעמים העסקאות מעוצבות בצורה כזו הבנויה על תשלומים- לא נקנה את הנכס מיד ונשלם את כל הסכום במועד העסקה, ולכן רוב העסקאות נעשות בדרך של תשלומים, שהרוכש משלם תשלום ראשוני, ואז המוכר לא ייתן מיד לרוכש לרשום את הזכויות, ובעצם המוכר מתנה את הרישום בקבלת התשלום המלא. מצד אחד, הרוכש מתחיל לשלם, אך מהצד השני לא את כל הסכום, ולכן המוכר מהפרספקטיבה שלו לא ייתן לרשום את הזכות עד לסיום כלל התשלומים.
2. מיסוי ואישורים שונים הנדרשים לצורך רישום- כדי לקנות דירה, צריך להביא למרשם המקרקעין חבילה של כל מיני אישורים, וכל התהליך של העברת הממסכים לוקחת הרבה זמן.

* מיסוי- יש מיסים רבים שצריך לחשב על מנת להעביר את הזכויות (מס שבח, שומה, מס רכישה וכו'), הדבר לוקח זמן רב ועד שכל המיסוי לא יושלם, הרישום לא יועבר.
* אישורים- בקניית דירה יש צורך בהמצאת אישורים רבים, אשר המצאתם לוקחת זמן לא מועט ועד שלא יועברו כל האישום, לא יהיה רישום בטאבו.

1. מימון והסרת משכנתאות- רוב הזמן, אנשים הרוכשים נדלן אין להם את ההון העצמי לשלם על הנכס כולו, ובדרך כלל הם חייבים לקחת הלוואות. ההלוואות האלה נלקחות מבנקים, שהבנקים עצמם לא רוצים להסתכן ולכן הבנקים ידרשו שעבוד של נכס כלשהו לבטוחה לחיוב של תשלום הבנק. בדרך כלל תרשם משכנתא על נכס המקרקעין כתנאי לקבלת ההלוואה. לעיתים אף שורץ משכון על הנכס שרוכשים, ההסדרה לוקחת זמן.

כל אלו הופכים את העסקה של מקרקעין לכזו שיש זמן לא קצר בין השלב החוזי לשלב הקנייני.

חשוב להבין כי אם הנכס רשום בטאבו, אז רישום הזכות נעשה במרשם המקרקעין. אך מה קורה הנכס לא רשום במרשם המקרקעין? דיברנו כי יש הרבה נכסי מקרקעין לא רשומים, שאחד המצבים הקלאסיים זה קניית דירה מקבלן- אנשים רוכשים דירה עם הנייר, אין בניין, אין נכס רשום. כשנכס לא שום בטאבו, אין עסקה במקרקעין כי אין עדיין זכות במקרקעין. כשהנכס רשום במרשם המקרקעין, ניתן לעשות פעולה רישום ובכך להפוך את הזכות לקניינית. אך כשאין נכס רשום במרשם המקרקעין. אין איפה לרשום את הזכות, ובכלל לא נמצא בחוק המקרקעין! זו לא עסקה במקרקעין עדיין. אז כאשר הנכס לא רשום בטאבו, לא ניכנס לחוק המקרקעין- מדובר במקרקעין לא רשומים שההסדר לסוג העסקאות האלה הוא עם סיכון גבוה, שכן בקניית מקרקעין לא רשומים, לקבלן לא יהיה מה לתת מבחינת בטוחה רישומית. אכן יש להם התחייבויות רישומיות, אך כל עוד אין נכס לא רשום בטאבו, המקרקעין לא רשומים ואין להיכנס לחוק. כי כשאין נכס בטאבו לא ניתן לרשום זכויות ולא ניתן להגיע לשלב הקנייני לפי ס' 7. הסטטוס הוא כזה שמדובר בעסקה\ רכישת זכויות חוזיות בלבד- אלו עסקאות בזכויות שנותנים בהן זכויות חוזיות. מתייחסים לעסקאות כעסקאות חוזיות, בדומה לכך במשכון, העסקה תהיה משכון על זכויות בלבד, שבמשכנתא המשכון יהיה על זכויות הדירה ולא על הדירה עצמה, והרישום של המשכון לא יעשה במרשם המקרקעין אלא ברשם המשכונות.

אם הנכס רשום בטאבו🡨 הרישום כבר בטאבו

כאשר הנכס אינו רשום בטאבו 🡨 המקרקעין לא רשומים

למשל בקניית נכס "על הנייר" אין מקרקעין קיימים והם אינם רשומים. **כשאין נכס רשום במרשם זו עדיין לא עסקה במקרקעין!**

**כיצד מתבצע הליך הרישום הסטנדרטי?**

הליך הרישום הסטנדרטי, כשמצליחים להגיע לשלב הרישום, צריך להביא שורה של מסמכים:

1. חמישה עותקים של שטרות מכר- מסמך פורמאלי של המדינה שחייבים למלא אותו כדי להביא לרישום במרשם המקרקעין.
2. חוזה המכירה- המאשר כי אכן נעשתה עסקה במקרקעין- הסכם החתום על ידי שני הצדדים ומאומת על ידי עורך דין.
3. אישורי עיריות- תשלומי מיסים עירוניים, היטלי השבחה, ארנונה, כל הדברים שעיריות צריכות לאשר שלא רובצים על הנכס חובות לעירייה. המדינה משתמשת ברישום כדי להשיג מגוון של יעדים, תשלום מיסים מקומיים, ארנונה וכו, המדינה ממנפת את הכל בשביל שהרוכש ישלם את כל חובותיו.
4. אישורי מיסוי- כל אישורי המיסוי הנדרשים לצורך ביצוע העסקה, אישורים על כך ששולמו המיסים בגין העסקה ולא רובצים חובות על הנכס.

**הערות אזהרה**

השאלה הגדולה היא מה עושים בתקופת הביניים?

בתקופת הביניים לכאורה, פס"ד אוצר החייל קובע כי בתקופת הביניים הרוכש מוגן כנגד המעקל המאוחר- יש זכות חוזית שתקפה כלפי המעקל המאוחר. אך יש להבין כי הרוכש יכול להיפגש באנשים נוספים שביצעו עסקה מאוחרת, ואז אוצר החייל לא עוזר במקרה כזה. אוצר החייל מדבר על המערכת היחסים בין הרוכש למעקל האוחר, אך לא קובע כלל גורף כלפי כל האנשים בעולם.

בתקופת הביניים- בין השלב החוזי לקנייני, המחוקק יצר כלי שנקרא "הערת אזהרה". כאשר רוכשים נכס במקרקעין, המחוקק ניסה לתת פתרון לתקופת הביניים, פתרון רישומי בשם הערות אזהרה- זהו כלי רישומי שמאפשר לרשום את הזכויות במקרקעין בין השלב החוזי לקנייני. זה רישום ביניים שנותן יתרונות רבים לרוכש, שנדון בהם בתחרויות.

בעסקה במקרקעין בדרך כלל, משולם תשלום ראשון במעמד ביצוע העסקה, ואז לפי תנאי ההסכם הרוכש הזהיר יבקש לרשום הערת אזהרה מיד או בימים הקרובים והסמוכים לחתימת החוזה (הערה- היום ניתן לרשום הערת אזהרה בצורה מקוונת, ולכן אין סיבה לא לרשום באותו היום, עורכי הדין הזהירים יעשו את הדברים האלו מהר). הערת אזהרה, כשם כן היא- היא מזהירה את שאר העולם שיש עסקה על הנכס, זה נרשם במרשם המקרקעין לפי הוראות ס' 106, ואז למעשה יש אינדיקציה רישומית שנעשתה עסקה. אך חשוב להבין כי האינדיקציה הרישומית הזאת נותנת הגנות לקונה, ההגנות המרכזיות שהקונה מקבל לאחר שרשם הערת אזהרה הן הגנות דרמטיות:

היתרונות:

1. בלעדיות- ברגע שנרשמת הערת אזהרה לא ניתן לבצע הערות רישומיות בנכס, ברגע שנרשמת הערת אזהרה אף אדם לא יכול לרשום עסקאות קנייניות במקרקעין, ורשם המקרקעין חסום.
2. עדיפות- כשנרשמת הערת אזהרה היא נותנת לבעל ההערה עדיפות כלפי כל נושה מאוחר שירצה לשים ידו על הנכס- למשל מעקלים, נושים בפשיטת רגל, נושים בפירוק חברה.

היתרון האדיר הוא של רק שהערת אזהרה חוסמת מרישום נוסף, אלא שהיא נותנת עדיפות משפטית לגבי הנכס ביחס לצדדים מאוחרים, נושים מאוחרים שירצו לשים יד על הנכס.

עם זאת, הערות האזהרה לא נותנות זכויות קנייניות מלאות ולא מתפקדות כמו זכויות קניין, משום שהעסקה לא הסתיימה, סיום העסקה הוא ברישום מלא של זכות קניין. הערת אזהרה לא נתפסת כזכות קניינית מלאה אלא "מעין קניינית". אך כדי לסיים את העסקה ולצורך קבלת הזכות הקניינית חייבים לרשום את הבעלות בנכס. כדי לתת מענה בשלב ביניים בין השלב החוזי לשלב הקנייני, הערת אזהרה פותרת את החוסר שנוצר בפס"ד אוצר החייל (שם דובר רק על זכויות מול מעקלים).

**לשים לב:** ס'7 חל רק על עסקה במקרקעין הטעונה רישום, בעוד שיש זכויות שאינן טעונות רישום. למשל:

זכויות במקרקעין שאינן טעונות רישום:

* זיקת הנאה מכוח שנים (הנוצרת מכוח השימוש הממושך)- ניתן לרשום אותה, ס' 93-94 שעוסקים בזיקת הנאה מכוח שנים, ניתן לדרוש את רישומה אבל לא חייבים כדי שהיא תהפוך לקניינית.
* זכות קדימה מכוח החוק- כמו משק חקלאי וזכות קדימה בין בני זוג.

זכויות שהן תוצר של עסקה ואינן טעונות רישום: כל שכירויות קצרות מועד (עד 10 שנים), לא טעונות רישום, אך שוב, אם רוצים ניתן לרשום אותן.

1. **השתכללות זכות במיטלטלין**

במיטלטלין ההליך יותר פשוט. גם במיטלטלין יש שלב חוזי ושלב קנייני, ובדרך כלל שנעשות עסקאות במיטלטלין, השלבים נעשים סימולטנית- בו זמנית. בדרך כלל מעמד החתימה ומעמד השכלול הקנייני נעשה יחד ולרוב מאוחדים. מתי הם לא יהיו מאוחדים? לרוב ברכישת מיטלטלין יקרי ערך, למשל ברכישת רכב, רהיטים שההתחייבות היא לספק את המוצר אחרי כמה ימים וכו. כל העסקאות המהירות שנעשות, כמו מכירה במכולת, בגדים וכו, בדרך כלל מבחינת התזמון השלבים מתאחדים. אבל יהיו גם מקרים של פערי זמן. הכל תלוי בתנאי העסקה- יש עסקאות המתבצעות מהר ולכן אין סיכונים כי הכל קורה מיד וכאלו שלא.

שלב חוזי/אובליגטורי (התחייבות לעסקה)🡨 שלב קנייני (השתכללות העסקה)

סעיף 33 בחוק המכר קובע כי הבעלות בממכר עוברת במסירתו, אם לא הסכימו על מועד אחר. ברירת המחדל, שאפשר להתנות עליה בחזה, היא שבעלות הנכס עוברת בזמן המסירה. השלב החוזי הוא שלב ההסכם ביניהם והשלב הקנייני יהיה ברגע המסירה, שם תעבור הבעלות (רכב, רהיטים, שוקו במכולת). ברגע שהנכס נמסר החזקה עוברת לרוכש. אך יש לזכור כי יש פתח להתניה חוזית, ואם הצדדים מסכימים על מועד אחר, יחול אותו מועד. שלב המסירה והחזקה הוא החשוב ביותר.

1. **השתכללות בזכויות**

זכויות הן כל דבר שהוא לא מקרקעין וגם לא מיטלטלין, ראינו דוגמא אחת- מקרקעין לא רשומים (פורט במקרקעין)- אין נכס פיזי, אין כלום ביד מלבד התחייבות של הקבלן לספק דירה. יש גם זכויות מסוג אחר שאותן נוכל לעשות וזאת עסקה בזכויות, זה יכול להיות חוב שאדם מוכר לאדם אחר (כמו א' מעביר סכום כסף לב' ובתמורה, ג' מקבל במתנה את הזכות לקבל את הסכום מא'). ניתן להעביר גם זכויות לגבות חוב, אשר נקראת המחאת חיובים. ממחה את החיוב של א' כלפי ג'- הנושא של העברת זכויות, המינוח המשפטי זה המחאה, ויש שני דברים חקיקה חשובים ורלוונטיים:

* חוק המכר
* חוק המחאת חיובים

כאשר נרצה לעשות עסקה של העברת זכויות, זכות גם שהיא לא פיזית, הזכות הערטילאית גם לה יש מועד בו היא עוברת ומשתכללת הזכות בה. גם בהקשר הזה יש שלב חוזי וקנייני אך המחוקק פותר את זה בצורה יותר אלגנטית כברירת מחדל מתי קורים הדברים האלו.

חייב🡨 ממחה🡨 נמחה

לדוגמא:

החייב א' חייב 50 ₪ לממחה ב'. הממחה יכול לעשות עסקה בה הוא מעביר את החוב לנמחה ג', את הזכות לקבל את הסכום מ-א'. בהסכם המחאה הממחה מתחייב לנמחה להעביר את החוב מאותו חייב, אז מבחינה משפטית ה**מועד בו ההסכם נכרת** נחשב גם למועד בו הזכות עוברת, אלא אם כן נקבע אחרת בין הצדדים. ס' 33 חל גם על זכויות ולכן מועד כריתת ההסכם נחשב כמועד העברת הבעלות. השלב החוזי והשלב הקנייני מאוחדים בהסכמים של העברת זכויות, אלא אם כן הצדדים קובעים אחרת לפי הסיפא של 33.מכיוון שמדובר בזכות, יש קושי לדבר על העברת זכות ערטילאית לאדם אחר.

יש לזכור כי עסקאות בזכויות לא כפופות לחוק המקרקעין, אלא תחת חוק המכר.ההסדר הזה חל גם לגבי מקרקעין לא רשומים! כי מקרקעין שאינם רשומים לא נכנסים למקרקעין כי אין יחידה רישומית, גם במצב זה העסקה היא על זכויות.

לכן כשמדובר בקרקע שאינה רשומה והיא מתקבלת מהקבלן, זכות חוזית לקבל דירה, אז בדרך כלל הסדר המשפטי הוא כזה שהעסקה היא בזכויות, הקבלן נותן זכות חוזית בלבד. מתי הזכות החוזית עוברת והרוכש הופך לבעלים? בדרך כלל כן יקבע אחרת בהסכם בין הצדדים ובדרך כלל הקבלן יכניס הוראות להסכם הקובעות כי הזכות עוברת בסיום כל התשלומים זה אותו הגיון מסחרי שיש במקרקעין. אז בעסקאות כאלה מועד העברת הזכות לא יהיה בכריתת החוזה, אלא הצדדים יקבעו אחרת.

**רכישת דירה מקבלן**

ברכישת דירה מקבלן יש אי שוויון משמעותי בין הצדדים להסכם. לכן המחוקק הישראלי עשה הסדרה בחוק מיוחד וייעודי המסדיר את היחסים ברכישת דירה מקבלנים. בשונה מחוק המקרקעין שחל על כל עסקאות המקרקעין בכלל, המחוקק יצר הסדר משפטי העוסק ברכישת דירה יד ראשונה מקבלנים. נחדד בדירות יד ראשונה מקבלנים יש הסדר משפטי מיוחד בשורה של דברי חקיקה מאוד אגרסיביים וצרכניים, כדי להגן על הרוכשים מפני הקבלנים.

כשמדברים על רכישת דירה מקבלן, צריך להבין כי יש הרבה ליקויים קוגניטיביים כשמתקשרים בחוזים וביחסים בין הקבלן לרוכש. סוגי הבעיות שיש בהקשר זה:

1. הצפת מידע- הקבלנים יודעים להכניס לתוך החוזים פרטים רבים להסכם, רלוונטיים יותר ופחות. הצפת החוזה בהרבה פרטים היא הרבה פעמים מיותרת ומקשה מאוד על הקונה מבחינה קוגניטיבית. כשיש הצפה של מידע הקונה מפספס את החשוב, הקשב יותר מוגבל ולכן הרבה פעמים כדאי לעשות את העסקאות האלה כשהקונה מיוצג על ידי עורך דין. קונה לא מנוסה צריך הגנה במצבים כאלה והצפת מידע היא אחת הבעיות המרכזיות.
2. מסגור- קבלנים יודעים למסגר את ההסכמים מבחינה משפטית באופן המתאים להם. הם יסדרו את הסעיפים באופן שמתאים להם, ישלבו את החובות בדרך מסוימת שבזמן שהקונה יקרא את ההסכם, הוא לא ידע מה חובותיו וזכויותיו. יש לזכור כי הקבלן הוא זה שמספק את ההסכם, אין מו"מ לגבי תנאי החוזה, מדובר בחוזה אחיד וחד צדדי המשרת את טובת הקבלן.
3. "שגיאות הסתברותיות"- במצב כזה יתכן שהרוכש יתעסק ויתעקש על דברים פחות חשובים, לעומת חוסר תשומת לב לפרטים חשובים. למשל מועד מסירת הדירה, שנחשב לרוכש חשוב מאוד לעומת חוסר תשומת לב לפגמים ונזקים מהותיים בנכס- מה קורה אם הדירה הנמסרת לא עומדת בסטנדרט המובטח, מצבים של פשיטות רגל, מצבים של אי קבלת נכס וכדומה. מחקרים שנעשו על חוזה דירות מגלים כי הרבה פעמים יש כשל בהערכות הסתברותיות של נזקים שיקרו, הרוכשים נותנים משמעות מאוד גדולה לנזקים שהסבירות שהם יקרו הרבה יותר גבוהה אך תוחלת נזק יותר נמוכה, לעומת נזקים שההסתברות שלהם נמוכה בעוד שתוחלת הנזק הרבה יותר גבוהה ותוצאות יותר הרסניות. קל מאוד לרוכשים לחשוב על האירועים השכיחים יותר ומבטיחים את עצמם מפניהם.
4. הטיה בין מידע מוחשי ושאינו מוחשי- לרוב ברכישת דירה, יש ומקבלים מפרט שמתאר את הנכלל בנכס- מה מקבלים בדירה, איך תראה הדירה וכו. אנשים נוטים להתעסק יותר במידע מוחשי (אריחי קרמיקה, רמת גימור וכו), לעומת זאת כל ההוראות המשפטיות הקשורות למידע לא מוחשי (חובות, זכויות וכדומה), אנשים פחות מתמצאים ולכן פחות מתעסקים בכך.

על רקע כל זה נולד אי שוויון בין הקבלן לבין הרוכש ,ולכן המחוקק החליט להתערב בדרך של חקיקה צרכנית יוצרת שורה של הסדרים הייחודים לרכישת דירה מקבלן:

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

כל אלו מהווים חקיקה קוגנטית שחייבים לעמוד בפניו. שני דברי החקיקה הם החשובים ביותר היוצרים הוראות קוגנטיות המגינות על הרוכשים:

* חוק המכר (דירות) 1973– העוסק ויוצר חובות גילוי על הקבלנים ביחס לרוכשים.
* חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) 1974- חוק העוסק בבטוחות שקבלנים מחויבים לספק לרוכשי דירות יד ראשונה.

**(1) חוק המכר (דירות) 1973**

עוסק בחובות גילוי ואינפורמציה שהקבלנים חייבים לגלות לרוכשי הדירות. כל אחד מהסעיפים עוסק ומדבר על זכויות שיש ביחס לקבלן, זכויות הרוכשים מקבלן:

* סעיף 2- מדבר על חובה של קבלן למסור לרוכש מפרט של הנכס והראות תחזוקה ושימוש לגבי הנכס. החוק קובע כי מוכר כי כל תיקון במפרט טעון חתימה והסכמה של שני הצדדים.
* סעיף 3- עוסק במפרט הנכס וקובע מה יהיה תוכנו. המפרט למעשה קובע מה הרוכש מקבל בדירה, זה פירוט מאוד ברור של מבנה הדירה עצמה והדברים שהקבלן מתחייב לספק בדירה, מדובר ברזולוציות מאוד נמוכות- כמו אריחים, סוג מטבח, דלתות, מערכת חשמל, מיזוג מרכזית וכו.
* סעיף 4- מדבר על מצבים בהם המוכר\ קבלן לא מקיים את החיובים לו כלפי הקונה, ועוסק באי התאמות בין המובטח לבין מה שהתקבל בפועל. סעיף זה חשוב לרוכשי דירות, הס' יוצר את "תקופת הבדק" המעניקה למעשה אחריות של הקבלן לתקן את כל אי ההתאמות בין המובטח לקיים, בתוספת לחוק יש פירוט של התקופות שבהן הקבלן אחראי לליקויים שונים, שבדרך כלל מותאמים לשלב בו הליקויים מתגלים. כשאדם קונה דירה, בניין חדש שבונים אותו, לוקח זמן ליסודות לשקוע, יש תופעות נורמליות (כמו סדקים) שמופיעות בשלב יותר מאוחר, שכן זה חלק מהשקיעה של הבניין וההתייצבות שלו עם הזמן, ולכן החוק קובע תקופות לתיקונים החלות על הקבלן ונותן פרקי זמן שונים לליקויים שונים. אז החוק נותן תקופות אחריות של אותו קבלן לבעיות שמתעוררות, חלקן נורמליות אך עדיין הקבלן אחראי לתקן את כל הליקויים האלה בפרקי הזמן שהמחוקק קובע, וזה על מנת להגן על הצרכן ולהבהיר לקבלן את תחומי אחריותו. כל עוד הליקוי לא נגרם ממחדל ורשלנותו של הקונה, הקבלן מנוי על התיקון.
* סעיף 5- קובע מה הסנקציה לגבי מוכר שלא מוסר לקונה מפרט. המפרט קובע בצורה מאוד מפורטת מה רמת הפרטים שהרוכש מקבל בזמן הבנייה, והמוכר שלא מוסר את המפרט ולא מפרט מה הוא מקבל ומה המחירונים ואיכות הדברים, המחוקק יוצר סטנדרט ובעצם מעניש את הקבלן וקובע כי הוא יהיה מחויב לספק את המוצרים באיכות הכי גבוהה. המחוקק לא נותן לקבלן פתח לחמוק מהחובה, ואף מעניש בכך מרתיע את הקבלן אם ינהג בצורה כזו- האיכות הכי גבוהה זה סטנדרט המטיל נטל כספי גבוה מאוד על הקבלן, שמצידו רק רוצה לצמצם עלויות.
* סעיף 6- מדבר על תקנון בבית משותף. זה ס' מאוד חשוב משום ששיטה נהוגה אצל הקבלנים זה לעשות כל מיני תרגילים במכירת הדירות בבניין. כשקבלן מוכר דירות, בבניין יש הרבה מאוד חללים שהם בבחינת רכוש משותף או כל מיני חללים נוספים האמורים לשמש לטובת כל דיירי הבניין. ס' 6 קובע כי מי שמוכר דירה בבית משותף או בית שעתיד להירשם כמשותף והתקנון שהוא מתכוון לאמץ מבטל או משנה תקנות של התקנון המצוי שמתייחס לס' שס' 6 מונה, חובה לכלול במפרט או לצרף לחוזה המכר, פרטים על אותו עניין. כלומר אם הקבלן מתכנן לסטות מהתקנון המצוי, ולעשות כל מיני שינויים, על הקבלן מוטלת החובה לפרט במפרט את כל השינויים שסוטים מהתקנון המצוי.

כאן המחוקק מבהיר בסעיף 6 ומפרט מהם הדברים עליהם חובה להתייחס ולדווח בשינוי התקנון המקובל:

* הוצאת חלק מהרכוש המשותף- המחוקק מנסה למנוע מצב בו הקבלן מפתיע את הדיירים ומגלים רק בסוף הבנייה כי הוצאו חללים מהשטח המשותף. אם הקבלן רוצה להוציא חלקים מהרכוש המשותף, על הקבלן מוטלת החובה לעשות זאת בצורה גלויה ומפורטת במפרט שהדיירים כולם ידעו על הוצאת חלקים מהרכוש המשותף.
* חובה לדווח על הצמדות- איזה חלק מהרכוש המשותף צמוד לדירות, חובה לדווח על הצמדות כדי שכל דייר ידע מה צמוד לדירה שלו.
* שיעור ההשתתפות בהוצאות הבית המשותף- אם הקבלן סוטה מההוראות של התקנון המצוי, גם את זה הקבלן חייב לפרט במפרט.
* סדרי קבלת ההחלטות בדבר ניהול הבית המשותף- דבר חשוב ונוסף שעולה בעיקר בהקשר של מגדלים, כשקונים דירות בבניינים האלה, אל לקונה להיות מופתע כי דמי האחזקה שהוא משלם כל חדש גבוהים מאוד- זה יכול להגיע עד לאלפי שקלים, ולכן על הקבלן החובה להגיד מהם סדרי קבלת ההחלטות בדבר ניהול הבית המשותף. איך הבית המשותף מנוהל, כשהרבה מאוד קבלנים מודיעים מראש שהם מביאים חברת אחזקה שתתחזק את הבניין, כשגם על זה יש חובת גילוי- יש לפרט מה העלות המשוערת לניהול הבית המשותף, וההכרח להשתמש בחברת הניהול בלי הקמת וועד מנהל. אל לקבלן להפתיע את הדיירים בקיומה של חברת אחזקה שמתחזקת את הבניין- הדיירים לא יכולים להביא מעצמם מנקה או גננים וכדומה, אלא זו חברת ניהול שהקבלן בוחר והוא ינהל את הבית המשותף. ניתן להבין את הפרקטיקה הזאת, שכן הרבה מהבניינים האלו יש מעל מאות דיירים, כמות גדולה, וכדי שיהיה ניהול אפקטיבי, חייבים שהדברים האלה יהיו מוסדרים במפרט.

ס' 6ב' קובע כי אם הקבלן לא מסר את הפרטים הללו, יראו את הקבלן כמי שהתחייב שהוראות התקנון המצוי יחולו לגבי אותו עניין. ברירת המחדל העונשית היא שאם הקבלן עושה אחרת ולא מעדכן את הדיירים הוראות התקנון המצוי יחולו ואין שום נפקות לפעולות בפועל. המחוקק למעשה מגן על הצרכנים ומונע הפתעות בהקשר הזה.

פס"ד שמעונוף נ' ברוכים

המחוקק אומר כי הסעיפים השונים, ובפרט ס' 6, באים לתת מענה לכל הקשיים הקונטיביים ביחס לנכסים וחוזים מהסוג הזה. פס"ד קובע כי מטרתו של חוק מכר הדירות היא להביא לקונה בצורה ברורה ומובנת ללא הסתתרות וערפול מאחורי אמירות מעורפלות וגורפות, מבלי להבליע דברים שלהם יש עלות כספית גבוה, מתוך ריבוי דברים בלתי חשובים. למעשה בית המשפט מחדד את כל הכשלים הקוגנטיביים שצוינו.

דבר נוסף שבתי המשפט מחדדים בפסיקה, שחובות הגילוי מכוח החוק, ובכלל בחוק מכר, הן חובות שחייבות לעמוד בשורה של דרישות לגבי אופן הגילוי:

1. מפורט- חייבים שאופן הגילוי יהיה מאוד מפורט מה הקונה מקבל.
2. בהיר- חייב להיות ברור, לא בשפה משפטית עמומה.
3. במועד עריכת החוזה- לא בדיעבד, הגילוי חייב להיות בזמן עריכת החוזה, טרם החתימה של הרוכש.

ס' 6 והסנקציות שהוא מעגן בו, קובע כי אם הקבלן לא עומד בכל זה, סעיף 6 יטיל סנקציות רלוונטיות שמבטלות את כל מה שינסה לעשות הקבלן ברמה הלא מפורטת או בהירה ולא עפ"י חובת הגילוי המוטלת עליו, ובעצם מחזיר את כל ברירת המחדל שהרוכש יכול להניח שהן אלו השולטות בעסקה. אנחנו נעניש את הקבלן על כל ניסיון לסטות מהוראות החוק.

בסעיף 6 ג' רבתי- כלל, בעסקאות של רכישת דירה מקבלן, זו העסקה היחידה שעורך הדין מבחינה אתית יכול לייצג את שני הצדדים לעסקה- גם את הקונים וגם את המוכרים (לרוב, בעסקה בשני גורמים פרטיים, הוא מוגבל רק לצד אחד). בדרך כלל בקניית דירות מקבלן יש עורך דין שמייצג את שני הצדים לעסקה, קיימת חובת נאמנות לשני הצדדים. זאת העסקה היחידה שמבחינה אתית ניתן לשכור עורך דין אחד, וזה מכיוון שהמחוקק רוצה להוזיל את עלויות ומחיר העסקה. המחוקק רצה להקל על צרכנים ולמנוע מצב שהם ישלמו שכר טרחה גבוה, ולכן יצר קונסטרוקציה המייצרת את הייצוג הייחודי הזה.

**(2) בטוחות- חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) 1974**

ההגנה השנייה שהמחוקק נותן לרוכשי דירות זה העניין של בטוחות.

ב2006 הייתה פרשייה שהסעירה את ישראל- פרשיית חפציבה, חברת חפציבה בנתה דירות בכל רחבי הארץ, אך נקלעה לקשיים כלכליים כשבשלב כשלהו בעלי החברה ברח מהארץ. הסיפור בפועל היה כזה שרוכשי הדירות היו משלמים כסף אך הכסף לא נכנס לבנק שליווה את הפרויקט, במילים אחרות, הכספים שולמו לחשבונות פרטיים, ולכן בדיעבד התגלה כי כספים רבים הוברחו. יש להבין כי בדרך כלל תמורת תשלום לבנק הבנק מבטח ויוצר ערבות בנקאית המבטחת את הכסף, אך משום שהכסף לא הועבר לבנק מעולם הכסף לא הובטח, חברת חפציבה הצליחה להבריח את הכספים שהיו אמורים לממן את השלומים של החברה לכל מיני מקומות מפוקפקים. גילו שחלק בחוק שהיה קיים ב2006, משהו בו לא עובד, לאחר המקרה הדיירים פתאום גילו כי הכספים ששילמו לחברה לא היו מבוטחים בערבות בנקאית- כלומר אין להם שום בטחון שיקבלו את הדירות. ובאמת באוגוסט 2007 התגלה שהחברה נקלעה לקשיים כלכליים. נפגעי הדירות פלשו לדירות וחשבו כי תהיה להם אחיזה מכוח פלישה- אין לכך שום אחיזה מבחינה קניינית, לכאורה שילמת על הדירה אך הכסף מעולם לא הגיע לחשבון שמימן את הפרויקט והכסף לא בוטח.

מטרת החוק והסיבות להבטחת בטוחות

מקרה חפציבה מוביל אותנו לדון בחוק ומה מטרתו. נראה שזוהי חקיקה קוגנטית, כלומר לא ניתן לסטות ממנה, חייבים לתת את מה שהחוק קובע. הנושא מעורר שורת שאלות- החוק מחייב קבלן שמוכר דירות יד ראשונה, לתת בטוחה שמבטיחה את תשלומי הדירות של הרוכש. כלומר במילים אחרות, הוא כופה בטוחות על הקבלן. השאלה העקרונית האם כפיית בטוחות היא מוצדקת? את הבטחות הללו צריך משתי סיבות מרכזיות:

1. בעיות כלכליות של הקבלן- הבטוחות מבטיחות מניעה של סוג סיכון אחד הנובע מבעיות כלכליות אפשריות של הקבלן. לא נרצה להגיע למצב בו הקבלן פושט את הרגל והרוכשים מנגד נשארים בלי כסף ובלי דירה. הרצון לתת בטוחה נועד כדי להבטיח את הכסף של הרוכש, כך שאם הקבלן נקלע לבעיות כלכליות לפחות הכסף של הרוכש יהיה מובטח- גם אם לא יקבלו דירה לפחות את הכסף יקבלו. היו מספיק דוגמאות בשוק הישראלי שהדגימו את המציאות האפשרית של פשיטת רגל מצד הקבלן. זה לא סיכון גדול אך הוא קיים, ובמידה הוא מתממש נופל נטל מאוד גדול על הרוכשים. יש להבין כי הרבה פעמים לא ניתן להבטיח את קיומן של הבטוחות האלה, כמו קבוצות רכישה, שכן החוק חל רק על מצב של קנייה מקבלן.
2. פגמים בזכות הקניין של המוכר- הרבה פעמים, כשקונים דירה מקבלן, הבעלים של הקרקע הוא לא תמיד הקבלן עצמו, לפעמים הקבלן הוא רק צד ומי שמבצע את עבודת הבנייה ובעלי הקרקע יכול להיות אדם אחר, כשהדוגמא הזאת קורית לא מעט- ואלו נקראות עסקאות קומבינציה. צד אחד מאפשר בנייה על הקרקע שלו וצד שני מעניק דירות לבעלים בעבור כך, כלומר עבודת הבנייה והשירותים נעשים על חשבון הקבלן. לכן הרבה פעמים יש בעלים אחרים בקרקע, כשהסיכון הוא שהקבלן המוכר את הדירות, אין לו שום זכויות קנייניות במקרקעין, מה שמגביר את הסיכון. כי הקבלן בעצם מוכר דירות שבפועל אין לו, וכשהוא גם אינו בעלי הקרקע, ומהצד השני, בעלי הקרקע האמיתיים יכולים לבטל את העסקה ואת הזכויות. כדי לבטח את הסיכונים האלה, גם הקבלן וגם בעל הקרקע, רוכשי הדירות צריכים לקבל בטוחה מסוימת שתתן מענה לסיכון כזה.

לכן החוק בחר בפתרון של כפיית בטוחות.

עקרונות החוק

העקרונות שהחוק קובע, בראש ובראשונה זה כפיית בטוחות, אך יש לשים לב כי יש שורה של סייגים:

* החוק חל רק על רכישת דירה, ולא רק דירות מגורים, אלא הגדרה רחבה יותר, ניתן לקנות מקבלן במתחם מסחרי גם חנות. "חדר או מערכת חדרים למגורים, לעסק או לכל צורך אחר". כשאדם קונה דירה יד ראשונה מקבלן, ההגדרה רחבה ולא מהווה רק דירות למטרות מגורים אלא גם לעסק וכל צורך אחר.
* מכירה מהווה גם על עסקאות של חכירה לדורות, ולא רק על קניין מסוג בעלות.
* החוק אינו חל על בנייה עצמית (למשל קבוצת רכישה- אנשים פרטיים הרוכשים יחדיו יחידת אדמה ועליה בונים את הבניין) ולא על מכירה יד שנייה כאשר הדירה כבר רשומה. בשני המצבים האלו אין כפיית בטוחות.

**דרכי הבטחת הבטוחות**

החוק מונה לקבלן שורה של אפשרויות ו5 דרכים שונות להבטחת השקעתם של רוכשי הדירות (ס'2)- הבטחת הבטוחות:

חשוב לדעת כי יש שני סוגי של בטוחות- בטוחות פיננסיות, ובטוחות קנייניות שנותנות אינטרס קנייני בקרקע אך לא נותנות בטוחה פיננסית. הקבלן מחויב לבטוחה אחת בלבד ולא כל חמשת האפשרויות: יש להבין כי ס' 2 לחוק, תיקון שנעשה אחרי פרשת חפציבה שינה את סף הבטוחה ל7%.

בטוחות פיננסיות:

1. ערבות בנקאית- זאת הבטוחה השכיחה ביותר והבטוחה שרוב הקבלנים יתנו לרוכשי הדירות. הערבות הבנקאית זה מצב בו הרוכש משלם לקבלן תשלומים, אשר מופקדים ישירות לחשבון הבנק המלווה את הפרויקט. תמיד כשיש פרויקט בנייה חדש וקבלן המוציא לפועל פרויקט הוא נצמד לבנק המלווה את הפרויקט וכל הכספים מופקדים לבנק הזה. הערבות הבנקאית היא כלי הנוצר כשהקבלן משלם לבנק את כל התשלומים מכוח הסכם הרכישה, כשתמורת כל תשלום של הרוכש, מקבלים שטר ערבות- כלומר הבנק ערב לכל סכום אם הקבלן לא יממש וימלא את חובותיו מכוח ההסכם. זו הבטוחה הכי אופטימלית מבחינת הקונה כי כל הכסף שהוא שילם מבוטח, אך יש לשים לב שרק הכסף מבוטח ולא הדירה. ערבות בנקאית לא מבטיחה קבלת הדירה כשהפרויקט יקרוס אלא רק הכספים ששולמו.

כדי לקבל את הערבות הבנקאית, אחד השינויים שקרו בעקבות פרשיית חפציבה, עד הפרשה כדי לקבל ערבות בנקאית היה צורך לשלם 15% משווי העסקה- החובה לתת ערבות בנקאית נוצרה רק מהתשלום שמגיע עד ל15% משווי הדירה שנקנתה. כלומר עד תשלום ,15% אז לא הייתה בטוחה כלל, כיום בעקבות הפרשייה, החובה והסף ירד ל7% כשלרוב התשלום הראשון גבוה מכך. לכן כל הכספים שהרוכש משלם, מבוטחים בערבות בנקאית.

1. ביטוח- הסוג השני והפחות שכיח של בטוחה פיננסית הוא הביטוח, הביטוח דומה לערבות בנקאית רק במקום בנקים נעשה את העסקה עם חברת הביטוח. חברת הביטוח מבטיחה בטוחה על כך הכסף המשולם לקבלן, כך שאם יקרה משהו לקבלן, חברת הביטוח תשלם את הכסף וכל הכספים שהושקעו ברכישת הדירה- גם כאן הסף הוא 7%.

בטוחות קנייניות: בטוחות הנותנות אינטרס קנייני במקרקעין. הן לא תמיד אפשריות.

1. שעבוד הקרקע במשכנתא ראשונה בדרגה- יכול להחליט לא להתעסק עם בנקים וחברות ביטוח (בטוחות פיננסיות עולות הרבה כסף, וכדי שבנקים והביטוח יתנו ערובה הקבלן חייב לשלם מכיסו כסף- שכמובן גם מגלגל זאת על הקונה), במקום זה הוא יכול להחליט לתת לטובת הרוכשים משכנתא ראשונה בדרגה על חלק מהמקרקעין. חוק מטיל את החובה שהמשכנתא תהיה ראשונה בדרגה על חלק מהמקרקעין, שאם חלילה הפרויקט נופל והחובות לא ממומשים, המשכנתא תבטיח את הכסף- אם הפרויקט נופל והחובות לא ממומשות ניתן להיפרע מהנכס. הבעיה הגדולה היא שלרוב הקבלן הוא אינו בעלי הקרקע ולכן הוא לא יכול למשכן את הקרקע. לפעמים הקרקע תהיה בבעלות שחקן אחר שהקבלן משתף איתו פעולה, אז לא תמיד הוא יהיה הבעלים. כשלפעמים הקרקע תהיה ממושכנת לטובת הבנק (כדי לבטח את ההלוואה, הפרויקט ושיתוף הפעולה למימון הפרויקט), ולכן לטובת הבנק תמיד תהיה משכנתא ראשונה בדרגה, כך שסביר להניח שלא יהיה ניתן לשעבד בדרגה ראשונה את הקרקע. דרגה ראשונה קובעת כי החוב ייפרע ראשון מהמשכנתא, וכל האחרים יפרעו מאוחר יותר.
2. רישום חלק יחסי של הקרקע על שם הרוכש-כל אחד מהרוכשים משלם על הדירה העתידית והקבלן מעניק בטוחה לפי החלק היחסי של הקרקע לפי התשלום של כל רוכש, זו הבטוחה שקיימת לרוב בקבוצות רכישה. בקבוצות רכושה אין חובת בטוחות כי החוק לא חל, אבל במצב בו יש בעלות חלקית- בדרך כלל הרוכשים ירשמו מנה מסוימת של המקרקעין על שמם, כל אחד מהרוכשים מקבל בעלות על החלק היחסי שלו בקרקע. זהו משטר בעלות משותפת שפשוט יוצרים בעלות משותפת על שם כל רוכשי הדירות. המצב הזה לא תמיד אפשרי לגבי הקבלן כי לרוב הקרקע לא תהיה בבעלותו – אולי בשעבוד הקרקע או בבעלות בעלי הקרקע (בעסקת קומבינציה)- ולכן כל עוד אין זכויות קניינות בשטח לא ניתן לייצר את הבטוחה הקניינית.
3. רישום הערת אזהרה לגבי הדירה או חלק יחסי מהקרקע עליה נבנית- במקום לתת משכנתאות או חלק יחסי מהמקרקעין, קבלן יכול לרשום הערות אזהרה על שם הרוכשים. אך יש להבין כי הערות האזהרה צריכות להיות במעמד ראשוני- כאשר אין הערות אזהרה אחרות כלפי כל אדם אחר. ניתן לרשום הרבה הערות אזהרה על חלקים שונים על הקרקע לטובת הרוכשים. אך יחד עם זאת, הערות אזהרה לא מעניקות ונותנות את אותה ההגנה והזכויות שהרישום נותן על הקרקע. היא נותנת הגנה מסוימת מפני נושים מאוחרים, מעקלים מאוחרים, אך לכל היותר מבטיחה קבלת כסף ולא קבלת הנכס עצמו.

בטוחות קנייניות הן בעלות קשיים ובעיות מבחינה מעשית, הן לא נותנות בטוחה מוחלטת, הן לא תמיד נותנות את ההגנה החזקה ביותר שכן הן חלשות יותר ובעלות בעיות כפי שפירטנו. בעוד שהבטוחות פיננסיות מעניקות הבטחה כספית והיא זו הנותנת את הביטחון הגבוה ביותר, אך לא זכות לקבלן הדירה.

המשמעות המעשית- שיעבוד או רישום על הקרקע לא תמיד מעשי, שהקבלן אינו בעלי הקרקע ולא תמיד בעלי הקרקע יאפשרו רישום. הערות אזהרה לא תמיד ניתן ליישם אותן כי לא תמיד הקבלן או בעלות הקרקע יסכימו לתת הערות אזהרה, שעלותן גבוהה בעסקאות קומבינציה וכי יש מצבים שבהם כבר יש הערות אזהרה על הנכס לטובת אנשים אחרים ולא ניתן יהיה לרשום הערת אזהרה ראשונית. מהסיבות האלו כל הבטוחות הקנייניות לא מאפשרות הגנה מלאה וטובה.   
אחרי פרשיית חפציבה הרוכש תיקן את החוק וחייב כי כל הדירות הנרכשות מקבלן מחויבות לעשות עסקאות בלווי בנקאי בלבד, ועשו שורה של שינויים כמו הורדת גובה רף הבטוחות (מ15% ל7%), והתשלומים כדי להימנע מהמצב שקרה בחפציבה, יצרו חובה לתת לרוכשים בזמן הרכישה פנקסי שוברים, שמופנים ישר לחשבון הבנק המלווה.

תיקונים נוספים שנעשו בחוק:

* שינוי רף האחוזים בערבות בנקאית
* שינוי שיטת התשלום ופנקסי שוברים
* ס'2א2(1)- המוכר חייב ליידע את הקונה בכתב על זכויותיו מכוח חוק המכר והדרך שבה הפרויקט מלווה- שיש ליווי בנקאי וכל הזכויות מכוח החוק- איזה בטוחות הרוכש מקל, למי משלמים, איך העסקאות נעשות וכו. כמו כן הוא מחוייב להודיע אם הוא עושה זאת בשיטה שאינה פיננסית ובוחר באחת משלושת הבטוחות הקנייניות.
* ס'3ג'- מטיל חובה על הבנקים שמלווים את הפרויקט, ליידע את הקונה על זכויות לקבלת בטוחות מכוח החוק. כך שלא מוטלת רק חובה על הקבלן ליידע את רוכשיו לקבל בטוחה, אלא גם חובה על הבנקים ליידע את רוכשי הדירות שיש להם זכות לקבל בטוחה מכוח החוק. ואף יותר מזה- לבנקים אסור לו להעביר את כספי ההלוואה עצמה לטובת הקבלנים, אלא אם כן הם מוודאים שבוצעה בטוחה כלשהי. אם זו לא בטוחה פיננסית שהבנק מספק, הבנק חייב לוודא שהניתנת בטוחה לטובת הקונה. מנסים ליצרו מערך של אחריות יותר מוגברת כדי לוודא שהוראות החוק מוגשמות- לא רק מזווית הקבלן אלא גם מזווית הבנקים.

פס"ד מטרי נ' כונס הנכסים הרשמי

עסק בפרשת חפציבה ופרשנות החוקים. השופט צבן ספק דינו עומד על מטרות החוק, שמדובר בצורך צרכני עם רציונליים צרכניים. ואחת השאלות שהוא שואל, זה האם יש מקום לעשות הבחנה בין סוגי רוכשים שונים לצורך החוק.  
בפסק הדין הוא ניסה לבוא לקראת הרוכשים אך הוא סבור שהחוקים נועדו לתת הגנה לרוכש הפרטי המחפש קורת גג ולאו דווקא לרוכש המסחרי שרוכש דירות להשקעה כחלק מעסקה מסחרית. כלומר הוא מייצר הבחנה שקובעת כי יש לחוק התכליות צרכניות, אך לדעתו תכלית החוק הייתה לספק הגנה לרוכש הפרטי שקונה דירה לצרכיו ולחיות בה, אך כשמדובר בשחקן צרכני חזק הוא פחות זקוק להגנה הזאת, שכן החוק נועד על האזרח הקטן ואדם שהוא שחקן שקונה דירות להשקעה ומשקיע בקניית דירות כחלק מעסקה מסחרית, הוא לא סובל מאותם פערים של לקוחות שאנחנו רואות בדרך כלל בכר דירות יד ראשונה. השופט צבן גורס כי יש לתת להבחנה הזאת משקל שונה במתן סעדים מכוח החוק .

זו דעה שקיימת אך אינה הלכה מחייבת, אך השופט צבן מנסה לעשות הבחנה מסוימת בין רוכשי דירות פרטיים למחיה לבין רוכשים להשקעה. לדעת מרים יש בזה משהו מבחינת התחכום- אדם שרוכש כחלק מעסקה מסחרית יש לו יותר ניסיון ופחות פערים קוגניטיביים מרוכש רגיל.

**האם כפיית בטוחות היא ראויה?**

יש לזכור כי מדובר בחוק קוגנטי שחייב להתמלא ע"י הקבלן ואין מקום לתמרון ושיקול דעת. כשמדברים על מחירי הדירות בישראל וכפיית הבטוחות, דווקא בגלל כפיית הבטוחות המחיר לרוכשים יקר יותר, שכן, כדי לקבל את הבטחות הפיננסיות, עלות הבטוחות יקרה לקבלן. כשהמחיר מגולגל על חשבון הרוכשים (למרות שאסור לו).

* מצד אחד הבטוחות מוצדקות ומועילות כי הן מבטיחות את כספי הרוכש ונותנת לו הגנה לרוכש.
* מצד שני יש לכך עלות כלכלית כבדה, כשיש לזכור כי לרוב הקבלנים יציבים וחזקים ומקרים כמו חפציבה הם אינם המקרים השכיחים. ולכן מתעוררת השאלה האם יש לכפות את הבטוחות ולא לאפשר כבחירה של הרוכש? זה עלול להקשות על הקבלן החלש יותר.

**דיני תחרויות**

דיני תחרויות נוגעים למצב שבו אנשים מתעמתים ביחס לנכס. יכולים להיות שורה של שחקנים: למשל אדם אחד שמוכר ועושה עסקה עם שני אנשים שונה על מכירת אותו הנכס- ולכן נוצרת תחרות ועימות בין שני הקונים למי ירכוש את הנכס. כשהשאלה שמתעוררת היא מי יזכה בנכס. אך באופן כללי שאנחנו מדברות על תחרויות, חשוב לחדד שיש שלושה מושאים לזכויות הקניין= שלושה סוגי נכסים וזאת תהיה המסגרת שנעבוד איתה:

1. מקרקעין
2. מיטלטלין
3. זכויות- כוללות גם את המקרקעין הלא רשומים.

בהתאמה יש שלושה סוגי תחרויות:

1. עסקאות נוגדות
2. תקנת השוק
3. קניין שביושר

למעשה נראה שיש 9 סוגים של הכרעות בהסדרים משפטיים. שלושה סוגי תחרויות לגבי שלושה מושאי קניין, ונראה מה ההסדר המשפטי ביחס לכל סוג תחרות שביחס לכל נכס.

הגישה הקלאסית בדיני התחרויות דיברה על כך שהמוכר עושה עסקה עם כמה קונים אשר מתחרים על אותו הנכס. בדיני חוזים לא ניתן מענה לשאלה כיצד לנהוג כאשר יש וכל החוזים בין הצדדים הם תקפים- שני הצדדים עושים את החוזה בתמימות ופועלים על פי דין.   
צריך לדעת כי בתחילת הדרך כאשר ניסו לייצר הכרעה, חשבו על מערך הזכויות וניסו לבדוק כל חוזה וניסו לראות כל חוזה מול ב' איזה חוזה התקדם יותר מבחינת קיום תנאיו ואז ננסה לקבל איזושהי החלטה איזה חוזה כדאי לאכוף. בשלב מאוחר יותר הבינו שהמוכר לא רלוונטי להכרעה, כי או שהוא בורח, נעלם או שחודל להתקיים מבחינה כלכלית (פושט רגל למשל). לכן מי שמעניין הוא המצב בין הצדדים שנפגעו (הרוכשים). הגישה של דיני התחרויות בכלל בלי קשר לסוג התחרות, לאורך השנים השתנתה באופן ההסתכלות- צריך להסתכל על המצבים ככאלו שהמוכר לא רלוונטי, מי שמעניין אלו הצדדים שנקלעו לתחרות וצריך להסתכל עליהם כמעין "תאונה משפטית", בדומה לשאר התאונות המשפטיות שהמשפט מכיר. ואכן, הגישה והשינוי המרכזי שקרה ביחס לתחרויות בדין הישראלי היה שינוי ההסתכלות מהמוכר אל עבר הצדדים הרוכשים. יש שני צדדים שנקלעו לתאונה על ידי אותו מוכר, ומי שחשוב לחשוב עליו הוא שני הצדדים המתחרים. אין הרבה מה לעשות עם המוכר בחשיבה על ההחלטה איך להכריע בתחרות. היחס בתחרויות היא שתחרות היא תאונה משפטית, זו התפיסה הרווחת היום ונראה את המשמעות שלה.

בדיני תחרויות יש שני פקטורים מרכזיים שמשחקים תפקיד בהכרעה לתחרויות ונראה אותם לכל אורך הדרך בהכרעות בתחרויות:

1. דרישת תום הלב
2. דרישת התמורה

אלו שני הרכיבים המרכזיים, יחד עם דרישות זניחות נוספות, כשהתפיסה היא שתום לב ותמורה צריכים לתפקד תפקיד מרכזי בהכרעה בתחרויות.

1. **תום הלב**

תום הלב כולל שתי אפשרויות פרשניות:

1. סובייקטיבי- נבדוק האם האדם המסוים- בבחינת תום ליבו, האם פעל בתו"ל לגבי העסקה שנעשתה. תום הלב הסובייקטיבי מתחקה אחר תום ליבו הספציפי של האדם המסוים שכרגע נקלע לתחרות. כך שנבדוק את תום ליבם הסובייקטיבי של שני הרוכשים, ונבדוק מה הם ידעו כאשר הם ביצעו את העסקה- האם נכנסו לעסקה בתום לב\ בתמימות, או שאולי הם ידעו שאחד מהם קיים, שהייתה עסקה נוגדת וכו.
2. אובייקטיבי- נבדוק האם אותו אדם נהג כמו שהאדם הסביר היה נוהג- כלומר לא נתייחס לידיעה הספציפית שלו, אלא נבדוק האם התנהלותו עומדת בסטנדרט של האדם הסביר. מה האדם הסביר היה עושה באותן הנסיבות והאם אותו אדם נהג לפיו. תום הלב האובייקטיבי מנסה להלביש סטנדרט של סבירות לגבי דרכי הפעולה של צד לעסקה.

ההבדל המרכזי ביניהם- הסובייקטיבי בוחן ידיעה בפועל, מה האדם ידע בפועל, אל מול אובייקטיבי בו נבחן ונשאל האם האדם היה צריך לדעת, האם יכול היה לבדוק ולא עשה פעולות מסוימת. הפער הגדול הוא בין ידיעה בפועל לבין האם היה צריך לדעת על העסקה המוקדמת.

1. **התמורה**

התשלום שכל אחד מהשחקנים השונים שנקלע לתחרויות, שילם תמורת הנכס. לכל אורך הדרך במבחנים שדיני התחרויות יוצרים, נשאל האם הייתה תמורה בעסקה וכמה שילמו. תמורה יכולה להיות משני סוגים:

1. תמורה כלשהי- תמורה מסוימת (אפילו אחוז אחד משווי העסקה).
2. תמורה בת ערך- לפי השווי הריאלי, השמאי של הנכס. נראה שהתמורה הנדרשת בדיני התחרויות היא תמורה שוות ערך. יש ציפייה שהאדם ישלם על ערך הנכס אם הוא רוצה לזכות בו. יש ציפייה לתשלום שווי העסקה כולה או לפחות את מרבית הסכום.

**תחרות= תאונה משפטית**

מאמרו של מני מאונטנר עוסק בדיני התחרויות ועוסק בשינוי שדיני התחרויות עברו- השינוי של התעלמות מהמוכר והתייחסות לצדדים כאל צדדים שנקלעו לתאונה משפטית שקורית בדיני הנזיקין.

הוא סבר שבהקשר של תחרויות במקרקעין, יש מקור השראה ברור איך לטפל בדיני תחרויות דרך דיני הנזיקין. דיני הנזיקין כוללים מערכת שלמה של שיקולים שקובעים איך מתמודדים עם תאונות משפטיות ולכן מאוטנר קובע כי אין להמציא דינים חדשים. שכן, ניתן להסתמך בדיני הקניין על דיני הנזיקין וללמוד מההסדרים איך להתמודד גם עם תאונות במקרקעין, הוא למעשה ממליץ "לייבא" את הדינים מדיני הנזיקין לדיני הקניין.

**שיקולים שנבחנים בדיני תחרויות**

במסגרת הזו, מאוטנר מונה שלושה שיקולים מרכזיים שחשוב שינחו במסגרת דיני התחרויות:

שיקול מראש:

1. מניעת תאונות מראש EX HANTE - עיקרון מונע הנזק הזול ביותר (שראינו גם בהקשר של מחוברים). בהקשר של מניעת תאונות, מערכת משפטית טובה רוצה למנוע תאונות מראש ולכן היא צריכה להשקיע ולתמרץ אנשים לא להיקלע לתאונות מלכתחילה, כי תאונות זהו לא מצב רצוי. מאוטנר אומר כי בעיצוב דיני התחרות צריך לקחת בחשבון גם שיקולים של מניעת תאונות מראש ולחשוב איזה כלל משפטי נאמץ כדי לתמרץ צדדים לא להיקלע לתאונה מלכתחילה. כשחושבים על שיקול שימנע תאונות מראש, מאוטנר קורא לשיקולים הללו שיקולים של צדק מתגמל- למשל עקרון של מונע הנזק הזול ביותר. נרצה לאמץ כלל המונע ומתמרץ את הצדדים שלא להיקלע לתאונה, לתגמל אנשים למנוע את התאונה טרם התרחשותה. למשל כלל מונע הנזק הזול ביותר יקבע כי כדי לזכות בתחרות במקרקעין על נכס, נצפה למנוע את הנזק מראש בדרך של רישום הערת אזהרה. רישום הערת אזהרה הוא אמצעי זול ופשוט, וברישום הערת אזהרה שמפורסמת לכל עולם, שאר האנשים ידעו לא לעשות עסקה מחשש לעסקאות נוגדות. העקרון של מונע הנזק הזול ביותר מתגמל אנשים שמונעים את התאונה מראש.   
   הדרישה הזו של צדק מתגמל מעוגן בעקרון תום הלב, במסגרת דיני התחרויות, למשל בעסקאות נוגדות, אחת החובות המוטלות על רוכש היא הדרישה של הערת אזהרה על מנת למנוע תאונות. דרישת תום הלב תקבע כי האדם חייב לרשום הערת אזהרה, זה גילום של מונע הנזק הזול ביותר ובמידה וזה לא נעשה, אותו אדם הוא זה שישא בנטל. כלומר רישום הערת אזהרה מהווה ביטוי של עקרון תום הלב ובכך מונע תאונות מראש.

שיקול בדיעבד:

1. מזעור עלויות התאונה EX POST- מרגע התרחשות התאונה נרצה לצמצם את עלותה, קרתה תאונה- למשל שני אנשים נכנסו לעסקאות נוגדות, לכל אחד נגרם נזק מסוים ונרצה שהנזק שנגרם יהיה המופחת ביותר. שני אנשים שכל אחד שילם הרבה מאוד כסף- לפי מאוטנר, אחרי שקרתה התאונה נרצה למזער את עלויות התאונה, וכאן במסגרת דיני התחרויות נצטרך לדבר על עקרונות של צדק חלוקתי, צריך לשאול איך נרצה לחלק את הנזק בין הצדדים ועל מי נטיל את תוצאות התאונה- על הצד ששילם פחות או יותר? בהקשר של דיני התחרויות נותנים מקום לדברים האלה בדרישת התמורה שדובר עליה- איזו מצוקה נגרמה לכל אחד מהצדדים, כמה כסף כל אחד שילם, נבחן מי יפסיד יותר או פחות- אולי מי ששילם יותר הוא הניזוק יותר, או שדווקא מי ששילם פחות אבל מצבו סוציואקונומי יותר גרוע, שהתפיסה היא שמי שניזוק יותר הוא זה שאמור לנצח. בהקשר הזה כן נרצה לתת מקום לצדק חלוקתי ובדרך כלל נעשה דרך דרישת התמורה.
2. התנהלות מערכתית EX POST-לאחר התרחשות תאונה היא יוצרת גם החצנות ותוצאות לגבי המערכת כללית של המדינה (למשל דיונים משפטיים, עלויות של בירור המקרה במסגרת מערכת המשפט- אלו עלויות שהמערכת משלמת עליהם מחיר). גם כאן מאוטנר מדבר על צדק חלוקתי, ושואל איך נחלק את הנזק כדי לצמצם את ההתנהלות המערכתית, בצורה כזאת שהנזק יחול באופן שיקל במידת האפשר על המערכת, על ידי צדק חלוקתי ודרישת התמורה.

לסיכום: נזכור שמאוטנר מציע לתחרויות בקניין שנתייחס אליהן כמו לתאונות משפטיות שאנחנו מכירות מדיני הנזיקין- לשאוב השראה מדיני הנזיקין בשאלת טיפול בתאונות, והוא מזכיר שלושה שיקולים מרכזיים שחשוב שינחו אותנו במסגרת דיני התחרויות- איך למנוע את התחרויות מראש, וכשקרו התאונות לחשוב איך ניתן למזער את עלויות התאונה וההתנהלות המערכתית, כשהוא חושב שצריך לעשות את זה דרך הדרישות השונות בדיני התחרויות, כמו עקרונות הבסיס צדק חלוקתי או צדק מתגמל, תום הלב והתמורה.

בתחרות כמה צדדים נקלעים לתחרות על נכס. בדיני הקניין השאלה שנתמקד בה היא מי יזכה בנכס. המטרה שלנו היא לנסות לזקק הכרעה קנייני שייתן תשובה לשאלה הזאת. דיני הקניין לא נותנים לנו תשובה לגבי מה קורה עם הצד המפסיד. זה לא שהוא לא מקבל סעדים אבל הוא לא מקבל סעד קנייני- הסעד הקנייני ילך לזוכה. הוא יכול לנסות לקבל למשל סעד חוזי- במישור דיני החוזים נוכל לתת מענה לכל צד שרימו אותו והפרו כלפי חוזה (למשל תביעה על הפרת חוזה, אם הוא לא קיבל את הנכס והמוכר רימה אותו ומכר את הנכס פעמיים), או סעד נזיקי (עוולת התרמית) וסעד עונשי.  
כלומר, זה לא אומר שהצדדים המפסידים יצאו מפסידים לגמרי, למרות שבפועל בדרך כלל זה כן קורה כי המוכר בורח או נעלם ואז אין ממי לקבל את הסעדים, ולכן המפסידים כן נשארים בלי כלום. לא תמיד הסעד שיקבלו המפסידים יהיה אפקטיבי, אבל חשוב להבין שזה לא שהמשפט נותן אותם והם יכולים בעיקרון לקבל סעדים דרך דינים אחרים.

האם השיקולים להכרעה בתחרות הינם כלכליים בלבד?

ישנם שיקולים נוספים להכרעה בתחרויות והם לא תמיד שיקולים כלכליים (כלומר שיקולים בנוסף לאלה שבמאמר של מאוטנר, שמקורם בתיאוריות בשיח הקנייני).   
במחקר/פרויקט שמרים עשתה לאחרונה ובו נבחנו כל סוגי התחרויות בישראל (3), אחד הממצאים בהיבט הזה היה שמרבית הצדדים המעורבים בתחרויות באופן שלא עומד ביחס ישיר לייצוג שלהם באוכלוסייה - הוא האוכלוסייה הערבית. היא נקלעת לעסקאות נוגדות, בעיקר במקרקעין, בשיעור גבוה יחסית וחריג ביחס ליתר האוכלוסיות - היחס הוא 20% מול 80% בממוצע לאורך 40 השנים האחרונות. כלומר יש ייצוג ביתר של המגזר הערבי בדיני התחרויות. בנוסף, במסגרת המחקר נבדקו האשכולות הכלכליים-חברתיים של היישובים שבהם נמצאים נכסי המקרקעין, ורובם הם יישובים מאוד חלשים כלכלית. כלומר הצדדים שנקלעים לתחרויות הם בדר"כ צדדים חלשים כלכלית. אחת הבעיות היא שהאוכלוסיות החלשות לא רושמות את זכויותיהן, ולכן הן נקלעות יותר לתאונות ומפסידות בהן. זה מעלה את השאלה עד כמה המרשם נגיש לאוכלוסיות כאלה. אחת השאלות שנבדקו במחקר היא וכמה ביהמ"ש רגיש לשיקולים שהם לא שיקולים כלכליים (כמו מאזן מצוקה בין הצדדים…)?  
נראה שהוא כמעט ולא מייחס חשיבות לעקרונות האלה. אולי לפעמים מתייחסים לזה שהאוכלוסייה הערבית נמצאת בעמדה נחותה יותר מבחינת גישה למשאבי המדינה ורישום זכויות וכו'. אבל בתי המשפט לא מתגמשים, לא מעקמים את הכלל רק משום שישנה אוכלוסייה חלשה, אלא במקרים מעטים, נדירים.

אך בתי המשפט כן רגישים לפחות לפעמים לעקרונות הבאים:

1. אחריות חברתית- האם לבעל הקניין יש אחריות כלפי אנשים אחרים?  
   זה מתקשר לעניין ערכי הקהילה, ועמדתו של **גרגורי אלכסנדר** שקניין בא גם עם חובות. כאשר אדם מוכר נכס יש לו אחריות כלפי אחרים וכלפי הקונה למסור מידע ופרטים על הנכס/העסקה. מבחינה אמפירית - לא נמצאו הרבה מקרים בהם ביהמ"ש השתמש בעקרונות כאלה בשיקוליו.
2. צדק חלוקתי- עד כמה השיקולים החלוקתיים תופסים מקום בדיני תחרות? לפעמים בתי המשפט רגישים מאוד לשיקול זה בתחרויות, בעיקר במקרים של תחרות של קניין שביושר. במחקר של מרים זה עלה בצורה מאוד בולטת, אפילו בעיצוב כלל התחרות - שבתי המשפט מאוד רגישים כאשר אדם "קטן" נקלע לעימות על נכס מול בנקים למשל או גורם עסקי חזק. הם נותנים לכך משקל ונותנים עדיפות בדר"כ לצד החלש. למשל ב**פס"ד בנק אוצר החייל נ' מזל אהרונוב** - אישה שהתגרשה וקיבלה נכס במסגרת הסכם פשרה עם בן זוגה, והבנק (אוצר החייל) רוצה לעקל את הנכס. כל פסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן היה רגיש לשיקולים של צדק חלוקתי, היא אומרת שבדר"כ יהיה זה אזרח קטן שזה כל הנכס שלו, שמתמודד מול נושה מוסדי חזק, ולכן צריכים להיות רגישים לתת לשיקול הזה ואין לתת לבנק לעקל את הנכס מהאישה. אבל נראה זאת בהקשר של קניין שביושר ולא במקומות אחרים. יש מעט שופטים במעט פסקי דין שרגישים לצדק החלוקתי.

שאלת מחשבה שהייתה בבחינה - פס"ד מחוזי של שופט שהחליט להתעלם מהחוק. היה מצב של 6 עסקאות נוגדות במגזר ערבי, ובמקום ליישם את ס' 9 הוא פשוט אמר שניקח את הנכס, נמכור אותו, ונחלק את התמורה בין ששת האנשים. השאלה הייתה האם הפתרון הזה עדיף וראוי יותר על ההסדר החוקי בס' 9? זו רגישות לצדק חלוקתי, יש 6 אנשים שנפלו בפח אז נחלק את התמורה ביניהם כדי שאף אחד לא יצא מופסד לגמרי. העליון הופך אותו ואומר שיש את ס' 9 שיוצר את האיזון בין הצדדים ואי אפשר להתעלם ממנו.

1. תיאוריית האישיות- לפעמים אנחנו נראה שמדובר בנכסים שהם מאוד משמעותיים או בעלי חשיבות מיוחדת כלפי צד מסוים לתחרות. למשל משפחה שמתגוררת בנכס מול צד אחר שבשבילו זה סתם נכס כלכלי (דוגמא - בנק שרוצה לעקל את הנכס). בתי משפט לפעמים נותנים מקום גם לשיקול זה בתחרות, כלומר עד כמה צדדים קשורים לנכס נשוא התחרות.

כאמור, שיקולים אלה מאוזכרים לעתים נדירות. **עבודה בקטגוריות = תפיסה ריאליסטית**. מבחינה מעשית, בתי המשפט עובדים בקטגוריות מסודרות על בסיס החקיקה והפסיקה. בודקים תמיד באיזה נכס מדובר, באיזה סוג תחרות מדובר, ויש כללים ועקרונות מסודרים איך מתמודדים עם הדברים האלה. לא תמיד קל לבתי המשפט (וגם לנו כסטודנטים) לזהות את סוג התחרות שנקלענו אליה, וזה אחד הקשיים הגדולים כשעובדים על נושא התחרויות. לכן צריך להיות זהירים בהקשר הזה ולדעת לאיזו קטגוריה אנחנו נכנסים, כי לכל קטגוריה שיקולים משלה וכללים משלה (ולא צריך להיכנס בכל פעם לכולם).

הערות אזהרה

דיברנו על ה"א עד כה בצורה כללית (בנושאים דרכי רכישת זכויות ורכישת דירה מקבלן), ועל כך שהערת אזהרה היא מנגנון רישומי לעסקאות שבין השלב החוזי לשלב הקנייני. חשוב לראות את הרקע להערות האזהרה משום שהן עולות במסגרת דיני התחרות בכל מיני הקשרים, חשוב להבין את הנושא בצורה טובה כי הוא רלוונטי מאוד לדיונים שנקיים בהמשך. תת-נושא מקדמי לפני שמדברים על התחרויות עצמן.

רישום הערה כמכניזם משלים לרישום זכויות- הערות אזהרה מגשרות על הפער בין השלב החוזי לבין השלב הקנייני בעסקאות במקרקעין, זהו מנגנון משלים לרישום זכויות בתקופת הביניים בין השלב החוזי לקנייני, שלא ניתן לסיים בו את העסקה ברישום (בשל ענייני מיסוי, אישורים וכל ההיבטים הקשורים לקושי לסיים את העסקה ברישום).

רישום הערות: עפ"י סימן ב' לפרק ט' ל**חוק המקרקעין** (**סעיפים 133-126** לחוק המקרקעין). שם נושא הערות האזהרה מוסדר. ניתן לרשום הערות גם מכוח חיקוקים אחרים:

* למשל בחוק העתיקות - אם מתגלה אתר שנחשד כאתר עתיקות, רשות העתיקות יכולה לכתוב הערה במרשם שישנו אתר עתיקות. זו לא ה"א כי זו לא הערה על עסקה, והרי ה"א הן מנגנון שמדווח על **עסקאות במקרקעין**.
* אבל גם ביחס למקרקעין אפשר לרשום הערות מכוח חיקוקים אחרים - למשל הערה על הפקדת תוכנית, או הערה על הפקעה. הערות כאלה לא יהיו בסטטוס של ה"א, אך חשוב לדעת שהן קיימות.

**מטרת רישום הערות**

למה יש בכלל את הכלי של רישום ה"א?

1. הפיכת המרשם לראי יותר משוכלל- מטרה מרכזית של הערות בכלל ושל הערות אזהרה בפרט. אנחנו רוצים שלאנשים יהיה מידע מפורט ומדויק יותר בנוגע למצב המקרקעין. ה"א והערות בכלל נותנות מידע מלא יותר בדבר סטטוס המקרקעין, מעבר לרישום זכויות הקניין.
2. חיזוק מעמד המרשם ואמינותו (פומביות)- ברגע שהמרשם הוא ראי משוכלל יותר ועם מידע מדויק יותר, מעמדו חזק יותר בעיני הציבור חזק יותר. אנשים מסתמכים עליו, הפומביות שהוא יוצר הרבה יותר טובה ומשמעותית.

דוגמאות להערות מסוגים שונים (הערות שהן לא הערות אזהרה!)

* **ס' 128** **- הערה על צורך בהסכמה**- מאפשר לרשום הערה על צורך בהסכמה לצורך עסקה במקרקעין. לדוגמא: אם אמא לילדה לא אחראית רוצה להעביר לה בעלות בדירה אבל מצד שני היא לא כ"כ סומכת עליה וחוששת שהיא תעשה בה שטויות, והאם לא רוצה מצב בו הבת תוכל לעשות עסקה במקרקעין ללא אישורה. לכן האם תעביר את הנכס על שמה (של הבת) ובעת ביצוע ההעברה היא תוסיף הערה על צורך בהסכמה של האם לשם ביצוע עסקה במקרקעין. זו **לא ה"א**, אלא הערה על צורך בהסכמה.
* **ס' 129 - הערה על הגבלת כשרות**- יכולים להיות אנשים עם בעיות של כשרות משפטית ושאין להם יכולת להתחייב משפטית בשל ליקויים קוגניטיביים וכו'. לכן למשל אדם עם מוגבלות נפשית או קשיים מסוימים (ביניהם קטין), לפי סעיף זה ניתן לכתוב הערה במרשם על הגבלת כשרות לפי חוק המקרקעין, שמתריעה שאותו אדם לא יכול להתקשר בעסקה, ואם כן יעשה זאת - שידעו שיש בעיה איתה. זה נוגע למקרה בו אדם ללא כשרות משפטית הוא בעלים של נכס, אך ההערה מתריעה על כך שהוא לא רשאי לבצע פעולות בנכס.
* **ס' 130** **- הערה לפי צו בית משפט**- נותן לביהמ"ש סמכות לרשום הערות בכל מיני עניינים שיכולים להתעורר בפניו בהקשרים שונים. זאת במגוון הליכים ועניינים. הערות כאלה נותנות מידע לציבור על כל מה שקשור במקרקעין.

**הערת אזהרה, מהי?**

**הערה אזהרה** הן מנגנון רישום במרשם המקרקעין (הערה) המצביע על קיום התחייבות כתובה של בעל המקרקעין או בעל זכות קניינית אחרת במקרקעין, לעשות במקרקעין מסוימים עסקה או להימנע מלעשות בהם עסקה.

* מתן מידע חשוב על התחייבויות קודמות.
* הערת אזהרה מהווה מכניזם של רישום זכויות חוזיות ביחס למקרקעין.

אלה הערות שנותנות אינדיקציה על עסקה חוזית שנעשתה, שטרם הסתיימה כרישום קנייני של זכות קניינית גמורה (שכירות, בעלות, משכנתא וכו'). זהו מנגנון שמתווך בין שלב חוזי לקנייני ומזהיר את הציבור מפני עסקה חוזית שטרם הסתיימה ברישום של זכות קניינית במקרקעין.

(א) הוכח להנחת דעתו של הרשם כי בעל מקרקעין, או בעל זכות שכירות, שאילה, זיקת הנאה, זכות קדימה או משכנתה, התחייב בכתב לעשות בהם עסקה, או להימנע מעשות בהם עסקה, ירשום הרשם, על פי בקשת מי שהתחייב או מי שזכאי לפי ההתחייבות (להלן - הזכאי), הערה על כך; לענין זה אין נפקא מינה אם ההתחייבות היתה בהסכם, בהרשאה בלתי חוזרת או במסמך אחר, ואם היתה מפורשת או משתמעת, מוחלטת או מותנית.

ס' 126 לחוק המקרקעין: סעיף זה קובע באילו תנאים הערות צריכות ויכולות להירשם, וחשוב להכיר אותו בצורה קונקרטית. מכוחו נרשמות ה"א.

**יסודות סעיף 126**

ס' זה קובע 3 תנאים חשובים שחייבים כולם להתקיים במצטבר כדי שאדם יהיה מסוגל לרשום ה"א:

1. בעל מקרקעין או בעל זכות קניינית קלאסית המנויה בסעיף, קרי שכירות, שאילה, זיקת הנאה, זכות קדימה או משכנתה. נקודת המוצא היא שכדי לרשום ה"א, חובה שמי שמתחייב לעסקה במקרקעין יהיה בעל זכות קניינית במקרקעין. כלומר שמדובר באדם בעל זכות קניינית במקרקעין, אחת מהזכוית הקנייניות המנויות בחוק המקרקעין. חשוב, כי לפעמים אנשים עושים עסקאות לפני שקיבלו בכלל זכויות בנכס עדיין.

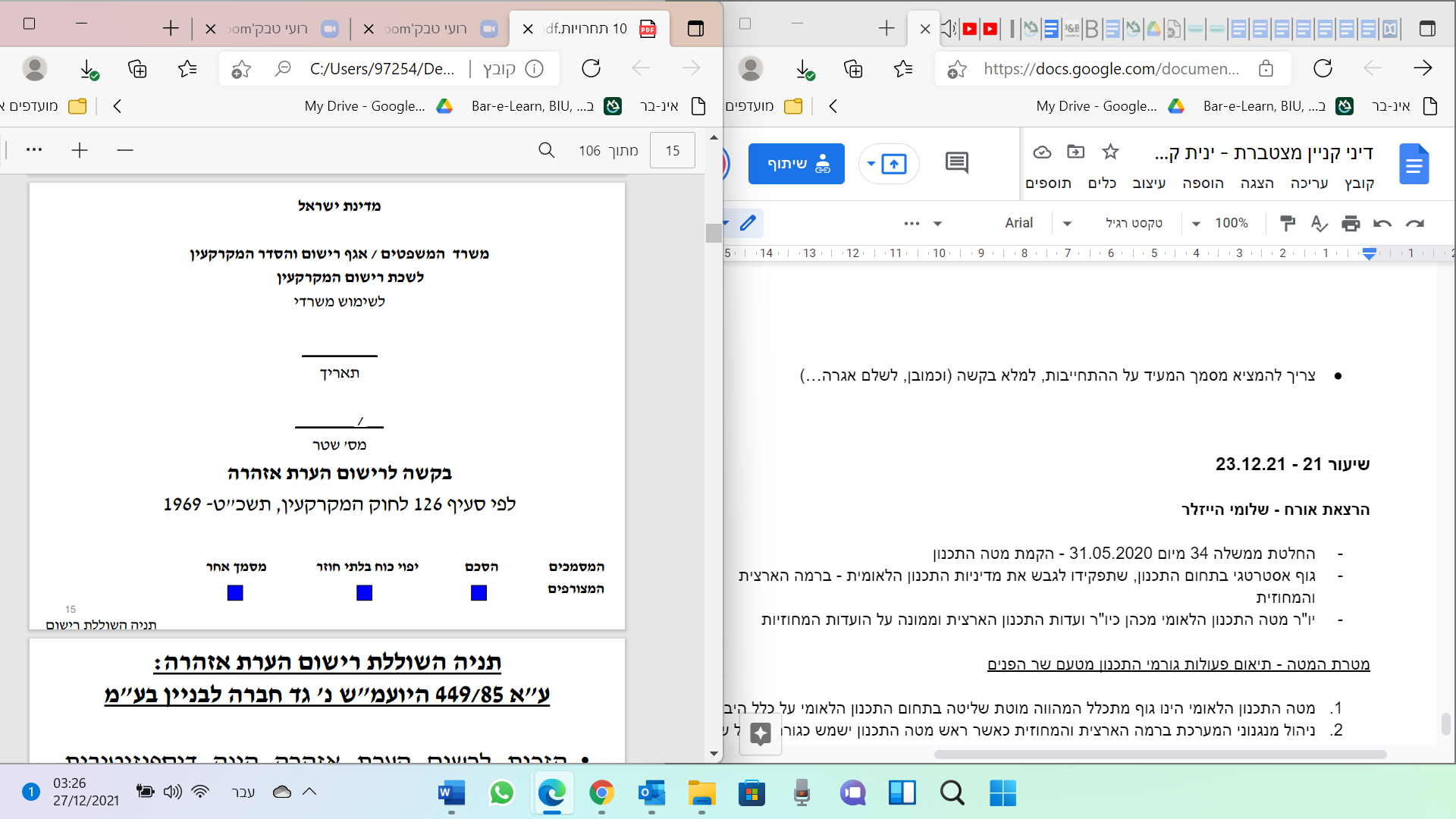
* הרשימה של המתחייבים היא סגורה.

1. התחייב בכתב- הכוונה להתחייבות באופן רצוני. סיבת ההתחייבות איננה חשובה. גם התחייבות לתת מתנה נחשבת כהתחייבות. צריך שתהיה התחייבות רצונית בכתב, לא משנה מה תוכנה של ההתחייבות, זו יכולה להיות עסקת מתנה או כל עסקה מסוג אחר, עם תמורה אפילו. כל התחייבות שנעשית ברצון שני הצדדים (כולל התחייבות לתת מתנה, היא עסקה לכל דבר). אם יש התחייבות רצונית בכתב, סיבת ההתחייבות לא חשובה.
2. לעשות בהם עסקה- הכוונה לעסקה במובן סעיף 6 לחוק המקרקעין, קרי התחייב להקנות בהם **זכות קניינית במקרקעין**. תוכן ההתחייבות. ניתן לרשום ה"א גם על רצון להימנע מלעשות עסקה בנכס. למשל ניתן לרשום ה"א על התחייבות של צד לא לערוך עסקה בדירה למשך תקופה מסוימת. מנגד, ניתן לכתוב ה"א בגין התחייבות שכן לערוך עסקה בנכס.

אם מתקיימים 3 התנאים במצטבר - אפשר לרשום ה"א, זה נעשה בלשכת רישום המקרקעין.

**כיצד רושמים הערת אזהרה?**

* הרישום נעשה בלשכת רישום המקרקעין **לבקשת הזכאי או החייב**- כלומר רושמים אותן במרשם המקרקעין (בטאבו. אותו מרשם שיש בו את פנקס הזכויות, בתים משותפים…).
* "לבקשת הזכאי או החייב" - האדם שמתחייב או האדם שמקבל את ההערה לזכותו זכאים לערוך את הרישום, בדר"כ הרישום נעשה ביוזמת הזכאי (מקבל ההערה) לא נוכחות החייבים משום שיש לו אינטרס לקבל את ההערה, ולמתחייב בדר"כ לא אכפת - כי זו הגנה שעמדת לזכאי, והחייב לא מתרגש ממנה בדר"כ.
* הרישום איננו חובה אלא וולונטרי- אין חובה חוקית לרשום ה"א. כדאי מאוד לרשום אותן משום שכך מגנים על הזכויות שלנו, אך אין שום הוראה חוקית המחייבת רשימת ה"א בטאבו. רק מזהירים שאם לא עושים את זה פשוט לוקחים סיכון.



* הרישום נעשה לרוב באופן מיידי לאחר כריתת הסכם- כיום ניתן לערוך רישום אפילו באותו היום או בסמוך לו משום שרישום ה"א הוא מקוון. לא חייבים להגיע באופן פיזי למרשם המקרקעין. עו"ד זהירים שדואגים ללקוחות שלהם עושים זאת ביום העסקה או בסמוך לעסקה. זו הערה שמעניקה הגנות חשובות כ"כ ולכן חשובה ומומלצת, והפסיקה בערכאות נמוכות מנחה שיש לרשום את הערות האזהרה כמה שיותר מהר (אחרת אתה חשוף).
* צריך להמציא מסמך המעיד על ההתחייבות, למלא בקשה (וכמובן, לשלם אגרה…)- המסמך - של בעל ההתחייבות הקניינית כלפי אותו הזכאי שרוצה לרשום את ההערה - להראות את המסמך של העסקה, כמו חוזה מכר או שכירות וכד'. צריך גם לשלם אגרה (כ-200 ש"ח), למלא טופס של בקשה. היום עושים את זה בצורה מקוונת.

**תניה השוללת רישום אזהרה**

מה קורה כאשר אדם מכניס להסכם/חוזה מכר תניה לפיה אדם לא יהיה זכאי לקבל ה"א לזכותו? מרים ממליצה קודם כל מראש לא להיכנס להסכם כזה ולא לחתום, לא לבצע עסקאות עם אדם ששולל הגנה כזו, אלא אם כן מקבלים בטוחה אחרת שמגנה על הזכות החוזית שלך בתקופת הביניים(אך יש לזכור שגם בטוחה לא מבטיחה שאותו אדם יקבל את הנכס). ה"א באה להגן על הקונה בין השלב החוזי לשלב הקנייני. אבל אם אדם כן נכנס להסכם כזה, נשאלת השאלה מה התוקף של תניה כזו? התשובה תלויה בנסיבות העסקה ובזהות המוכר. ככלל, נקבע בעליון:

ע"א 449/85 **היועמ"ש נ' גד חברה לבניין בע"מ**

הזכות לרשום הערת אזהרה הינה דיספוזיטיבית וניתן להתנות עליה, **קרי המוכר יכול להתנות בהסכם המכירה, כי לא תירשם הערת אזהרה על המקרקעין**. המוכר יכול להתנות בהסכם המכירה שלא תירשם ה"א על המקרקעין. אם הקונה מסכים לזה, הכל בסדר.  
עם זאת, בסיטואציות מסוימות, כאשר המוכר הוא קבלן, אזי נקבע כי תנאי בחוזה אחיד המסייג את זכותו של הרוכש לרשום הערת אזהרה עשוי להיפסל כתנאי מקפח בחוזה אחיד. לכן אולי בנסיבות מסוימות אפשר יהיה לתפוס את התניות האלה ששוללות זכות היסוד שמגנה על הצדדים, כתנאי מקפח.   
חשוב לזכור לאור הפס"ד - שאפשר להתנות על הזכות לרישום ה"א בהסכם, כמובן בכפוף לזהות הצדדים והאפשרות שזה יתפס כתניה מקפחת.

**מחיקת הערה: ס' 132 לחוק**

**מחיקת הערה** [תיקון: תשל"ג]

(א) הערה שנרשמה לפי סעיפים 128, 126 או 129 תימחק על פי צו של בית משפט או אם הוכח להנחת דעתו של הרשם אחד מאלה:

1. הצדדים המעוניינים הסכימו למחיקה;
2. עילת ההערה בטלה, ובלבד שהרשם הודיע מראש לצדדים המעוניינים על כוונתו למחוק את ההערה ונתן להם זמן סביר לפנות לבית המשפט;

(ב) הערה שנרשמה לפי סעיף 130 [=נרשמה לפי צו בימ"ש] תימחק על פי צו של בית משפט.

לא ניתן למחוק הערות אזהרה בקלות. מהרגע שהערה נרשמת ניתן למחוק אותה רק בעזרת צו בית משפט, אלא אם כן הוכח מול הרשם שהצדדים לחוזה הסכימו למחוק - ואז שני הצדדים צריכים להגיע לרשם, או שעילת ההערה בטלה.

את יתרונות הערות האזהרה ניתן לחלק לנק' מבטם של הזכאי, המתקשרים הפוטנציאליים ונק' מבט חברתית:

**מטרת ה"א: מנקודת מבטו של הזכאי**

הבעיה: פער בין השלב החוזי לקנייני.   
התפקיד של הערת אזהרה:

* + - 1. הגנה על הזכות החוזית ונטרול הסיכונים בשלב החוזי- מפני הערות סותרות וסיכונים בשלב הביניים. מפני רוכשים מאוחרים, נושים או מעקלים מאוחרים שירצו לשים יד על הנכס. ה"א נותנת לשמעון הגנה מפני כל שלושת המצבים האלה.
      2. גישור בין השלב החוזי לשלב הקנייני.

לדוגמא: ראובן עושה עסקה עם שמעון ורוצה לרשום ה"א. ברגע ששמעון רושם את הערת האזהרה לטובתו, הוא מקבל הגנה על הזכות החוזית שלו ומכל מגוון הסיכונים והאירועים שהוא חשוף אליהם בכל תקופת הביניים בין השלב החוזי לשלב הקנייני, בפני כל מי שינסה לטעון לזכויות בנכס.

**כיצד ההערה מגשימה מטרות אלו?**

**127**. **תוצאות של הערת אזהרה**

(**א**) נרשמה הערת אזהרה וכל עוד לא נמחקה, לא תירשם עסקה הסותרת את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית המשפט.

הערת אזהרה כמגנה על הזכות החוזית: הגנה מפני עסקאות סותרות

ס' 127 הוא המסגרת שאומרת לנו מהם היתרונות של ה"א. הוא מונה תוצאות של ה"א ואת ההגנות שהיא נותנת על סוגי הסיכונים השונים. ההגנה היא **טכנית** (מניעת רישום), אך תוצאתה **מהותית**. הסעיף נותן הגנה מפני עסקאות סותרות מאוחרות. מה ש127(א) אומר הוא שברגע שנרשמת ה"א לטובת שמעון בגין העסקה שנעשתה בין ראובן לשמעון, הרישום יוצר **חסם רישומי**. רשם המקרקעין לא מוסמך לרשום שום עסקה שסותרת את תוכן ההערה. הוא לא יכול לרשום זכויות קנייניות במקרקעין על הנכס הזה מרגע שרשומה ה"א. אלא אם שמעון מסכים (אבל בדר"כ הוא לא, כי ההערה נותנת לו הגנה).

**המשמעות המעשית** - אסור לרשום זכויות קנייניות במקרקעין ברגע שיש ה"א על הנכס. אנשים יכולים לעשות עסקאות סותרות מאוחרות, אבל הסעיף לא מדבר על זה. הוא לא אומר "לא יעשו אנשים עסקאות", אלא רק על זה שאי אפשר יהיה לרשום אותן. אנשים חכמים/מחושבים לא יכנסו לעסקה כשהם רואים שלא ניתן לרשום אותה בטאבו, כשהם רואים שנעשתה כבר עסקה בנכס הזה.

הערת אזהרה שוללת תום לב במצבי עסקאות סותרות

* סעיף 127(א) מונע רישום אך לא ביצוע של עסקה סותרת- צדדים יכולים לעשות מה שהם רוצים בעקרון, ויכולים לחתום על עוד עסקאות, אבל הם לוקחים סיכון בכניסה לעסקה סותרת שהיא לא תהיה שווה כלום בעצם. הסעיף מונע רק רישום ע"י הרשם.
* תיתכן עסקה סותרת ללא רישום במקרה והשלמת העסקה איננה טעונה רישום (שכירות קצרת מועד).
* במצב שבו בוצעה עסקה סותרת, הערת אזהרה תשלול תום ליבו של ג'.

לה"א ברגע שהן נרשמות יש תפקיד חזק מעבר לחסם הרישומי. למשל אם א' עושה עסקה עם ב' ומעביר לו בעלות בנכס מקרקעין וב' רושם ה"א מכוח העסקה - ברגע שנרשמת ה"א, כל מי שירצה להתקשר בעסקה מאוחרת, בין אם הוא בדק את המרשם ובין אם לא, בין אם הוא ידע על הערת האזהרה ובין אם הוא יכול היה לדעת עליה - אנחנו נתפוס אותו כחסר תום לב לצורך מצבים שנדבר עליהם בעסקאות נוגדות. הרישום הזה הוא פומבי וכל העולם כפוף לו. תפקיד ההערה הוא לשלול מכל מי שיבוא לעשות עסקה סותרת ולעשות רישום מאוחר יותר את תום הלב (לכל ג'). הוא מוחזק כאחד שיודע או שהיה עליו לדעת על קיומה של ה"א.

לא תמיד אנשים בודקים את המרשם ונכנסים לעסקאות נוגדות. אך אין מה לעשות וזה לא יעזור להם: ברגע שרשמתי הערה במרשם פומבי כל צד מאוחר שירצה לעשות עסקה בנכס, גם אם זו עסקה שלא דורשת רישום (למשל שכירות קצרת מועד שדורשת רק תפיסת חזקה). זה לא משנה איזו עסקה, ברגע שאתה עושה עסקה במקרקעין - המחוקק אומר שיש מרשם פומבי שפתוח לעיון הציבור וכל אחד יכול לפתוח אותו ולדעת מהו מצב הנכס. ברגע שהייתה ה"א רשומה ומישהו רוצה לעשות עסקה בנכס, הוא מוחזק כמי שיודע או היה עליו לדעת על תוכן המרשם, ולכן לא תהיה לו אף פעם דרך לטעון שהוא היה תם לב כשהוא עשה את העסקה הזו (בין א' לג').

ה"א מהווה גם חסם רישומי לעסקאות סותרות (אי אפשר לרשום הערות סותרות ע"י הרשם), וגם שוללת תו"ל מצדדי ג' מאוחרים שירצו לבצע עסקאות בנכס בגלל הפומביות שברישום במרשם ושכל העולם נתפס כיודע עליה. אלה שני דברים טובים שס' 127(א) עושה.

הערת האזהרה מקנה עדיפות במקרים של עיקול וחדלות פירעון - ס' 127(ב)

**ס' 127(ב)** לחוק המקרקעין:

"נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה, או שניתן צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל או צו פירוק נגד בעל המקרקעין או בעל הזכות במקרקעין, או שנתמנה כונס נכסים על רכושו, הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה,..."

ברגע שנרשמת ה"א, ס' 127(ב) מקנה יתרון נוסף שהוא אדיר וחשוב - ה"א נותנת עדיפות במקרים בהם מתמודדים מול מעקל מאוחר או נושים בפשיטת רגל ופירוק של אותו חייב (ראובן).

כלומר לא רק שהערת האזהרה מעניקה עדיפות כנגד רוכשים מאוחרים, היא לא רק חסם רישומי או שולל תו"ל של רוכש מאוחר (צד ג') - אלא אותו האדם שרשם ה"א מקבל עדיפות בנכס הזה ביחס למעקלים מאוחרים שינסו לעקל אותו. אתה מקבל עדיפות על נושים של ראובן, בין אם הוא יחיד או חברה כאשר הוא נקלע להליכי פשיטת רגל או פירוק. ההערה מנטרלת את כל הסיכונים ששמעון חשוף אליהם בין השלב החוזי לקנייני. מרגע שיש ה"א שמעון מקבל עדיפות חזקה מאוד.

עלינו לזכור שמבחינה פורמלית הנכס רשום על ראובן ולא רק על שמעון, כל שיש לשמעון היא הערת אזהרה.

מהות העדיפות

**ס' 127(ב)** "…כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה (עיקול וחדלות פירעון) כדי לפגוע בזכויות הזכאי מההתחייבות נשוא ההערה."

מה משמעות סיפת ס' 127(ב), העדיפות שהסעיף מדבר עליה? כלומר מה תוכן העדיפות ששמעון מקבל. יש שורה של גישות מה המשמעות האופרטיבית:

גישה 1 - עצם האפשרות להשלים את הרישום היא זו המוגנת מכוח ס' 127(ב)

גישה זו אומרת שמרגע שיש לשמעון הערת אזהרה הוא יקבל סעד של **אכיפה** - עצם האפשרות להשלים את הרישום ולסיים את העסקה ולעבור לשלב הקנייני - זו המשמעות האופרטיבית של רישום הערת האזהרה. כלומר ה"א מאפשרת לך לסיים את העסקה. יש לזכור שה"א לא משנה את אופי הזכות שיש לשמעון (יש לו זכות חוזית שרשומה עליה ה"א שמקבלת את היתרונות של ס' 127(א)+(ב), אבל היא עדיין לא זכות קניינית). ה"א היא לא זכות קניינית, אלא את הזכות הקניינית מקבלים כאשר רושמים אותה במרשם המקרקעין. יש גישה שסוברת שברגע שנרשמה ה"א, הסיפא של ס' 127(ב) משמיעה שאותו אדם יוכל לקבל סעד של אכיפה, את האפשרות להשלים את העסקה ולסיימה, להגיע לשלב הקנייני.

* **ראשית**, אמנם הערת האזהרה איננה מעלה את הזכות החוזית שבידי הרוכש לזכות קניינית. ברם, ההערה מעלה את הזכות לזכות מעין קניינית שמצדיקה אכיפת אותה זכות. חשוב לזכור שה"א הן לא זכות קניינית, אלא זכות **מעין קניינית**. היא לא משנה את אופי הזכות שיש לשמעון. אבל ההערה מעלה את הזכות למעין קניינית, מה שמצדיק את אכיפתה.
* **שנית**, זכות האכיפה היא הזכות הראשונה במעלה בדיני החוזים שאיננה תלויה כמעט בשיקול דעתו של בית המשפט. הערת האזהרה נועדה להגן על זכות האכיפה. אם לא נאפשר לזכאי מכוח ההערה לממש את זכותו העיקרית – הזכות לאכיפת ההתחייבות של החייב, לביצוע הרישום והשלמתו, אזי תרוקן זכותו של הזכאי הנובעת מההתחייבות.

התפיסה שמעדיפה אכיפה וסיום עסקה אומרת שאם לא נעניק זכות לאכוף התחייבות לביצוע של הרישום, אין טעם ברישום ה"א, לא עשינו כלום בזה בעצם. לכן אכיפה צריכה להיות הזכות ששמעון יקבל מבחינת תוכן העדיפות.

גישה 2 - הגישה המעדיפה השבה

הערת האזהרה צריכה לתת לשמעון לפחות יכולת לקבל את הכספים שלו. כלומר הגישה שמעדיפה השבה של מה שהוא שילם על חשבון העסקה הזו. הערת האזהרה מבטחת את אותם כספים שכבר שולמו. כלומר זו גישה שאומרת שה"א נותנת לך עדיפות כנושה מובטח, היא לא בהכרח תאפשר אכיפה, אלא לכל הפחות את הכסף ששילמת. זו בטוחה ששומרת על הכסף שלך, ולא בהכרח תתן לך לזכות בדירה.

גישה 3- הגישה הראויה: תלוי בנסיבות

הכל תלוי בנסיבות. כלומר לביהמ"ש יש שיקול דעת להחליט איזה סעד לתת בטווח שבין השבה לבין אכיפה וסיום העסקה, הכל תלוי בנסיבות.

זו גישה שנוצרה בפסיקה: **פס"ד איטונג נ' לוי דוד ובניו**  הש' דב לוין, סע' 26 לפסה"ד: "כאשר ניתן צו לפירוק חברה בטרם השלימה זו את מימוש התחייבותה לבעל ההערה, מוסיפה הערת האזהרה "לרבוץ" על נכס המקרקעין ואינה נמחקת, ובכך מבטיחה כי בעליה לא יצא בלא כלום - גם אם לא תוענק לו הזכות שהובטחה לו בקרקע, הוא יזכה בתמורה כספית בעבור הסכמתו למחיקת ההערה". "... במקרים המתאימים, **היתרון המתגלם בהערת האזהרה יבוא לכלל מימוש** ברישום הזכות נשוא ההערה, **כלומר, בהשלמת הזכות הקניינית המובטחת,** וזאת גם אם התרחש ארוע מפקיע כמפורט בסעיף 127(ב)".

יישום הגישה הראויה- ניתן לראות גם בפסיקה מאוחרת שהבחירה אכן תלויה בנסיבות העניין, וביהמ"ש יתחשב בשורת שיקולים להעניק סעד של השבה או אכיפה.

**חברת אברהם גינדי נ' ברקאי**

להלן מספר שיקולים שיש להתחשב בהם לפי גישת הפסיקה:

* מידת הזיקה שיש לזכאי לנכס (התמורה ששולמה, באיזה שלב העסקה נמצאת)- נבדוק לגבי שמעון כמה הוא שילם מהתמורה, האם הוא שילם הכל או חלק נכבד, באיזה שלב נמצאת העסקה - אם נשאר עוד תשלום או רק למסור את הנכס ולרשום או שהוא שילם רק כמה גרושים, וכו'.
* הזיקה שיש לשאר הנושים לנכס- הרבה פעמים לנושים לא יהיו שום זיקות, ואם כן - זיקות חלשות יותר. הרי סעד של עיקול ניתן בשלב מאוחר יותר כשהנושה רק רוצה להיפרע ממנו.
* מחיר הנכס על פי העסקה לעומת המחיר על פי השוק; וכיוצ"ב. יש לבדוק את מחיר הנכס בעסקה לעומת שווי השוק שלו. נניח שראובן ושמעון ערכו עסקה לא כדאית מבחינה כלכלית משום שנקבע שהדירה תימכר בחצי מיליון אך בפועל יכלה להימכר במיליון - במצב בו יש עוד נושים בתמונה, יכול להיות שביהמ"ש יפעיל שיקול דעת ויקבע שזו עסקה לא כדאית ויעדיף להעמיד את הנכס למכירה, להעניק לשמעון חצי מיליון ואת היתר לשאר הנושים בכינוס הנכסים. זה מצב בו לא עדיף לא לתת אכיפה. לכן הרבה פעמים אם מדובר בעסקאות לא כדאיות ולא כלכליות (למשל עסקאות שלא בשווי שוק) - בתי משפט לא יתנו אכיפה לשמעון על בסיס הערת האזהרה שלו. הוא יקבל את הכסף שלו אבל לא אכיפה.

**דה פקטו**- הגישה כיום היא הגישה שלא תמיד הערת האזהרה תעניק אפשרות לסיים עסקה באכיפה קניינית. לכל הפחות היא תחזיר את הכסף ששולם, ולכל היותר תעניק סעד של אכיפה, אבל בטווח הזה הכל תלוי בנסיבות ובפסיקת ביהמ"ש ושיקול הדעת שלו. הוא לא יתן על אוטומט את הסעד של אכיפה.

**מנקודת מבט של מתקשרים פוטנציאליים (צדדים שטרם ביצעו עסקאות בנכס)**

1. **תמרור אדום שמזהיר מתקשרים פוטנציאליים** – (ג' לא ייכנס לעסקה אם יש הערת אזהרה לטובתו של ב'). ה"א מעניקה תמרור אזהרה אדום למתקשרים פוטנציאליים (ג'), להיזהר שלא להיכנס לעסקה משום שכבר יש עסקה באותו הנכס בין א' לב'.
2. רישום ההערה ע"י הרוכש השני (ג') יכול למנוע מהרוכש הראשון (ב') (או כל רוכש מאוחר יותר) לשכלל קניין ולחייבו לפנות לבית המשפט. (אלא אם ב' כבר רשם זכותו).

**מנקודת מבט חברתית**

* **מניעת תאונות במינימום עלויות**- ב-200 ש"ח אפשר למנוע תאונה במיליון ש"ח של עסקה מאוחרת. כדבריו של השופט עמית ב**ביאן נ' לחם** - ה"א היא אמצעי זול וקל למנוע תאונות כ"כ יקרות, לכן צריך להחמיר עם אנשים שלא רושמים הערות אזהרה. זהו מונע הנזק הזול ביותר, מי שרושם את הערות האזהרה עושה דבר חשוב לרווחה החברתית של כולנו ומונע תאונות.
* **חיזוק המרשם ואמינותו**- ה"א מדייקות אותו, מעניקות תמונת ראי טובה כלפי העסקאות החוזיות במרשם.
* **שיפור יעילות המרשם ושכלולו**.

**הבחנה בין רישום ה"א אופקיות לאנכיות**

רישום ה"א נעשה לפי ס' 126 ודורש התקיימות של 3 תנאים מצטברים. הוא נעשה מכוח התחייבות של אדם שיש לו זכות קניינית במקרקעין. על רקע זה, יש שני דברים שצריך לשאול:

האם מותר לרשום הערות אזהרה סותרות מאוחרות?

רישום הערת אזהרה סותרת (ה"א אופקית)

**סעיף 126(א)** קובע: "נרשמה הערת אזהרה וכל עוד לא נמחקה, **לא תירשם עסקה הסותרת** את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית המשפט".

האם רישום הערה מהווה "עסקה סותרת"?

א', הבעלים של נכס מקרקעין, התחייב לב' להקנות לו זכות בנכס. ב' רשם הערת אזהרה על התחייבות זו.

יש כאן התחייבות של הבעלים, שיש לו זכות קניינית כלפי ב', ויש לו את היכולת לרשום ה"א מכוח ס' 126. יש לזכור שמרגע שנרשמה הערת האזהרה, היא יוצרת חסם רישומי לעסקאות מאוחרות הסותרות את תוכן ההערה. כלומר מהרגע שלב' יש ה"א לזכותו רשם המקרקעין לא יכול לרשום זכויות קנייניות במקרקעין האלה.

בטרם הושלמה העסקה עם ב', א' התחייב לג' להקנות לו זכות בנכס. כלומר עושה עסקה סותרת מאוחרת. האם ג' יכול לרשום הערה על בסיס התחייבותו של א' (**הערה אופקית**)? אלו הן ע"א אופקיות, משום שהערות האזהרה של ב' וג' הן באותו מישור, מכוח התחייבויותיו של א', הן אופקיות - באותה רמה. כלומר השאלה היא בעצם האם ג' יכול לרשום ה"א על התחייבותו של א' כמו שב' עשה?

התשובה היא **כן**. במצב שמתואר כאן ג' יכול לרשום ה"א סותרת מאוחרת בנסיבות האלה. משתי סיבות מרכזיות:

1. מבחינה פורמלית - ס' 127 לא מונע רישום ה"א סותרות מאוחרות. רישום ה"א סותרת מאוחרת זו לא עסקה, זו לא זכות קניינית מאוחרת במקרקעין. החסם הרישומי שמכוח ס' 127(א) מונע רישום זכויות קנייניות, לא של ה"א. זו זכות מעין קניינית, זה לא סיום העסקה. אם היא הייתה קניינית לא היינו צריכים לרשום אותה. רישום ה"א לא שקול לזכות קניין ואין חסם רישומי!
2. מבחינה מהותית - למה אנחנו רוצים לאפשר את זה? מי שרשם ה"א ראשון יהנה מכל מה שמגיע לו ראשון. אפשר לרשום ה"א מאוחרות, אבל זכותו של הרושם הראשון עדיפה. ה"א שנרשמה ראשונה לטובת ב' מעניקה הגנה על התחייבויותיו של ב', ועד שלא יקבל את שמגיע לו לא נידרש בכלל להערה המאוחרת של ג'. מי שרשם ה"א ראשון יהנה מכל היתרונות שהוא צריך לקבל לפני כל מי שבא אחריו. ג' בנחיתות כלפי ב' - עד שב' לא יקבל את מה שמגיע לו, זה לא יעבור לג'.

אך מהו הרציונל לפיו נאפשר גם לג' לרשום ה"א סותרת מאוחרת?

* נרצה שיהיה רישום כזה כדי שמבחינה חברתית כולנו נדע שהייתה עסקה נוספת עם ג', שהעולם יידע שא' הוא רמאי ושיש עסקאות סותרות. זה טוב שיש שיקוף מלא של כל העסקאות שנעשו בנכס, זה דבר בעל יתרונות חברתיים טובים.
* ג' יכול להיכנס לעסקה הזו גם בתו"ל - נניח וא' וג' התקשרו בעסקה יום לאחר החתימה בין א' לב', כלומר ג' חתם על עסקה עוד לפני שב' כתב הערת אזהרה. מבחינה מהותית אין סיבה שגם ג' לא יקבל הגנה על הזכות החוזית שלו ביחס לד' שיבוא אחריו. מעבר לסיבה הטכנית שנרצה רישום מדויק במרשם, נרצה גם שצדדי ג' יקבלו הגנה כמו ב'. זו תהיה הכרעה נכונה, שכן ה"א נועדה להגן על עסקה שהתקיימה.
* בנוסף, ניתן לחשוב על אפשרות שבה העסקה בין א' לב' תיפול מסיבה כלשהי - למשל שיתברר שב' הוא קטין, אדם ללא כשרות משפטית, או עסקה עם פגם של הטעיה… ולכן העסקה תיפול, תבוטל. ואז אין סיבה שג' לא יגן על עצמו מול צד ד', אין סיבה שהוא לא יקבל הגנה קדימה ולא יגן על הזכות החוזית שלו כלפי מי שיבוא אחריו, יקבל קדימות משפטית בעסקה הנוגדת הבאה שא' יעשה עם ד'. כלומר, ייתכן שהעסקה המוקדמת בזמן תיפול ובמצב כזה נרצה לתת הגנה לעסקה המאוחרת. כל הרציונל של הערות האזהרה של לשמור על הזכות החוזית של מי שהתחייב כלפיו.

לכן, מבחינה מהותית - גם נרצה מרשם שישקף את מצב הנכס בצורה יותר מדויקת, שנדע על כל העסקאות שנעשו במקרקעין, וגם נרצה שלג' תהיה הגנה כלפי מי שיבוא אחריו, ובנוסף, לחשוב על תוחלת העסק הזה - לפעמים עסקה קודמת עם ב' תיפול, וג' צריך הגנה קדימה כלפי מי שיבוא אחריו. לכן רישום של ה"א סותרות ואופקיות כאלה מותר ואפשרי.

ע"א 90/2590 **ניסים נ' דניאלי**

* נקבע כי ניתן לרשום הערה סותרת ובמצב זה יש על אותה זכות שתי הערות סותרות שמקובל לכנותן "הערות אופקיות".
* ברור, כי המושג 'עסקה', מתייחס להקניית זכות במקרקעין (בעלות, שכירות, משכנתא וזיקת הנאה) כהגדרתה בסעיפים 1-5 לחוק.
* השאלה היא האם הערת אזהרה הינה בבחינת זכות במקרקעין?
* בפסק דין זה הועדפה הגישה שהערת אזהרה איננה זכות קניינית לצורך סעיף 127(א).

לכן מבחינה טכנית ומהותית ס' 127(א) לא מונע רישום ה"א סותרת ומאוחרת (ה"א אופקיות).

רישום הערת אזהרה אנכית (הערת אזהרה על גבי הערת אזהרה)

א' הבעלים של נכס מקרקעין. א' התחייב כלפי ב' למכור לו את הנכס. (או להקנות לו זכות קניינית אחרת בנכס) ב' רושם הערת אזהרה על התחייבות זו. ב' מוכר את זכויותיו החוזיות בנכס ל-ג'. לפני שנרשמת זכות קניינית לטובת ב', ב' חוזר ועושה הסכם מאוחר עם ג' ומתחייב למכור לו את הנכס שהוא קנה מא'. האם ג' יכול לרשום הערת אזהרה? כלומר השאלה היא האם ג' יכול לרשום הערת אזהרה על התחייבותו של ב' שיש בידו רק הערת אזהרה ולא זכות במקרקעין (הערת אזהרה אנכית)?

**לא** ניתן לרשום הערת אזהרה במצב זה:עלינו לזכור שבכדי לרשום ה"א מכוח ס' 126 - האדם שמתחייב חייב להיות עם זכות קניינית קלאסית, אחת מהזכויות הקנייניות הקיימות. בנסיבות המקרה שלפנינו, של ה"א אנכיות (הערה על גבי הערה) - כשא' עושה עסקה עם ב', ואז ב' עוד לפני שיש לו זכות קניינית (רק ה"א שהיא זכות מעין קניינית) עושה עסקה עם ג', ג' לא יכול לרשום ה"א מבחינה משפטית בנוגע לחייב שאין לו זכות קניינית. לכן מבחינה טכנית ג' לא יכול לכתוב ה"א מכוח התחייבותו של ב'.

**126 (א)** הוכח להנחת דעתו של הרשם כי בעל מקרקעין, או בעל זכות שכירות, שאילה, זיקת הנאה, זכות קדימה או משכנתה, התחייב בכתב לעשות בהם עסקה, או להימנע מעשות בהם עסקה,... **ניתן לרשום הערת אזהרה רק על התחייבות של מי שיש בידו אחת מהזכויות המנויות בסעיף והערת אזהרה איננה מנויה בין הזכויות הללו**.

מה כן ניתן לעשות כדי להגן על זכויותיו של ג': היכולת של ג' לרשום הערת אזהרה לטובתו תלויה **בטיב העסקה** שבינו לבין ב'. עקרונית, ניתן להצביע על 2 סוגים (מודלים) של עסקאות שיכולות להתבצע בין ב' ל -ג'

1. **המחאת זכויות-** ב' ימחה לג' את הזכויות שיש לו מכוח החוזה עם א', כלומר ימכור לג' את החוזה שלו עם א' (בהנחה שהחוזה לא מונע עסקת המחאה). כאשר ב' עושה המחאת זכויות עם ג', הוא בעצם ממחה לו את הזכויות יש לו כלפי א'. כך גם הזכות לרשום ה"א מומחית כלפי ג', ואז ג' יכול לרשום ה"א.
2. **התחייבות ישירה של א' כלפי ג'-** ב' יכול לבקש מא' להתחייב ישירות לג'. שא' יאפשר לג' לרשום ה"א - אם א' יתחייב כלפי ג' לזכויות בנכס, תהיה התחייבות ישירה מאדם שיש לו זכות קניינית, וזה יאפשר רישום של ה"א.

אלה פתרונות שיוצרים זיקה כלפי א'. כדי שג' יוכל לרשום ה"א ההתחייבות חייבת להיות מטעם א'. לכן המודל חייב להיות מודל של התחייבות ישירה.

* רישום ה"א חדשה מחייבת **מחיקה של ההערה הקודמת**. הכל נעשה בהסכמה ובצורה גלויה. בהערה סותרת מאוחרת יהיו רשומות כמה, באנכיות בדר"כ ב' יצטרך למחוק את ההערה שלו ואז תירשם הערה לטובת ג'. זה ייעשה בהסכמה ובצורה גלויה.

**הערת אזהרה כשעבוד**

האם הערות אזהרה הן בסטטוס של שעבוד? בעבר הייתה פסיקה שקבעה שמהרגע שנרשמת ה"א היא תיחשב כשעבוד שחייבים לרשום ברשם החברות. פסק הדין שקבע זאת יצר בלאגן, משום שחברות נלחצו - שהן צריכות לרשום שעבוד ברשם החברות על כל הערת אזהרה. המחוקק תיקן את החוק.

**לאחר תיקון תשנ"ד** - המחוקק הוסיף **סעיף 127(ב1)** - "הערת אזהרה שנרשמה כאמור בסעיף 126, אינה טעונה רישום בכל מרשם או פנקס אחר המתנהל על-פי דין."הסעיף קובע שגם אם מבחינה מהותית היינו מתייחסים לה"א כשקולה לשעבוד, המקום היחיד בו צריך לרשום ה"א הוא במרשם המקרקעין ולא בשום מקום אחר.

* **הלכת גנז** הסבירה את המחיר ששלמים כשלא רושמים הערות אזהרה ושלפעמים היא איבוד היכולת לסיים את העסקה.
* ס' 127(ב1) - הערת אזהרה שנרשמה כאמור בסעיף 126 אינה טעונה רישום בכל מרשם או פנקס אחר המתנהל על פי דין.

סוגי תחרויות

ישנם שלושה סוגים בהם נתמקד, והם קיימים לגבי כלל סוגי הנכסים - מקרקעין, מטלטלין וזכויות.

1. עסקאות נוגדות – יותר מעסקה אחת ביחס לנכס אחד - התחייבות לעסקה מוקדמת בזמן מול התחייבות לעסקה מאוחרת בזמן. מצב שבו אדם מתחייב לעשות יותר מעסקה אחת ביחס לנכס אחד. בדר"כ המצב הטיפוסי הוא 2 עסקאות נוגדות, אך יכולות להיות גם יותר. כלומר זה מצב בו א' מתחייב לעסקה בנכס כלפי ב', ולפני שהעסקה הסתיימה והזכות משתכללת לזכות קניינית, א' מתחייב כלפי אדם אחר (ג') לעסקה מאוחרת בנכס. המשפט שואל מי צריך לזכות בנכס הזה, ב' או ג'? (חשוב לזכור שהעסקה הראשונה תקועה בשלב החוזי). נדבר בהקשר הזה על שני סעיפי החוק הרלוונטיים שמעגנים את כלל ההכרעה - **ס' 9 לחוק המקרקעין**, העוסק בעסקאות נוגדות במקרקעין, ו**ס' 12 לחוק המיטלטלין** העוסק בעסקאות נוגדות במיטלטלין וזכויות.

**כלל ההכרעה בעסקה נוגדת** - הראשון בזמן עדיף על המאוחר בזמן, אלא אם כן המאוחר בזמן מקיים 3 תנאים מצטברים:

* תום לב - המתקשר המאוחר לא ידע ולא היה עליו לדעת על העסקה המוקדמת בזמן.
* תמורה - שילם תמורה מלאה וריאלית, המשקפת את השווי האמיתי של הנכס (שילם את כולו או רובו).
* רישום - רשם את העסקה לזכותו במרשם המקרקעין, כבעל זכות קניינית במרשם.

במטלטלין וזכויות- התנאי השלישי לא יהיה רישום אלא מסירה של הנכס כתנאי לשכלול קניין במיטלטלין. אם שלושת התנאים מתקיימים - המאוחר בזמן יקבל עדיפות.

1. קניין שביושר – התחייבות לעסקה מוקדמת בזמן מול מעקל או נושה אחר של בעלי הנכס. מצב שבו ישנה עסקה חוזית מוקדמת בזמן שתקועה בשלב החוזי, ולפני שהיא מסתיימת בקניין (בין אם במקרקעין, מיטלטלין או בזכויות) מגיע מעקל או נושה אחר ומטיל עיקול על הנכס. כלומר מצב בו ישנה התחייבות לעסקה מוקדמת בזמן שמעומתת עם מעקל או נושה מאוחר של בעלי הנכס. המעקל המאוחר הזה הינו אדם שבדר"כ אין לו קשר לנכס, הוא מחפש לשים יד על הנכסים של הבעלים הרשום של הנכס הזה, ופתאום תופס אותו ומטיל עליו עיקול.

* עיקול הוא סעד דיוני שמקבלים בהליך משפטי בכדי לתפוס נכסים בגין חוב אחר - כאשר רוצים להיפרע על חוב, מגישים תביעה כספית על הדבר ומבקשים סעד עיקול, סעד דיוני לתקופת ביניים בו תופסים נכס שיבטיח שיש ממה להיפרע בתום ההליך המשפטי.

חשוב לדעת שאם נקלעים למצב כזה זה **לא עסקאות נוגדות**! - משום שעיקול הוא לא עסקה אלא סעד דיוני. יש בעצם התחייבות חוזית מול סעד של עיקול. מי גובר במצבים האלה?

כלל ההכרעה נקבע בהלכת **אוצר החייל נ' אהרונוב** - בעל הזכות החוזית המוקדמת בזמן עדיף על פני המעקל המאוחר (רוב הזמן), אך יש חריגים לכלל הזה בנסיבות שונות. החריג המרכזי - עסקאות מתנה. אם הייתה עסקת מתנה מוקדמת, המעקל עדיף. אבל ככלל, ככל בעל הזכות החוזית המוקדמת בזמן עדיף על פני המעקל.   
קוראים לזה **קניין שביושר** - משום שהפתרון לעימותים אלו לא נוצר בחוק, אלא צמח בפסיקה לפני חוק המקרקעין, וגם לאחריו - הלכת **בוקר** שיצרה פתרון שונה, שם ראינו שהמעקל גבר, ואז הלכת **אוצר החייל** הפכה את ההלכה והעדיפה את בעל הזכות החוזית המוקדם על המעקל המאוחר. גם בקניין שביושר - ההתחייבות המוקדמת תקועה בשלב החוזי, לא הסתיימה בשכלול לזכות קניינית.

1. תקנת שוק – מצב בו אדם מנסה למכור יותר ממה שיש לו (אין לו כלום או שיש לו זכות פחותה מזו שמנסה להעביר). מצב בו א' מוכר נכס שלא בבעלותו או שיש לו זכות פחותה מזו שהוא מנסה להעביר. למשל ניסיון להעביר בעלות בדירה בעוד שהוא רק שוכר את הנכס, או למכור מכונית שלא שייכת לו. במצבים אלה דיני הקניין יקבעו שאם מתחקים אחר העקרונות הבסיסיים שלמדנו של **עקיבה ועדיפות** - במצבים של תקנת השוק אם ניקח את תכונת העקיבה ברצינות - אדם לא יכול למכור יותר ממה שיש לו לפי החוק, הרי אם נכס לא שייך לו בטח שהוא לא יכול לעשות בו עסקה.

* שתי תקנות השוק המרכזיות מוסדרות ב**ס' 34 לחוק המכר** (תקנת השוק במיטלטלין) **וס' 10 לחוק המקרקעין** (תקנת השוק במקרקעין). שם נראה שהמחוקק מאפשר לאדם למכור יותר ממה שיש לו. כלומר לפעמים העברות אלו של נכסים יהיו טובות משום שיש איזשהו אינטרס חברתי המגולם בסעיפים אלה, שבגללו רוצים לאפשר לאנשים למכור יותר ממה שיש להם, ואז הבעלים האמיתיים של הנכס מפסיד את הנכס שלו.

לדוגמא: אם נגנב למישהו רכב ומתקיימים תנאי ס' 34 לחוק המכר - הוא יפסיד את המכונית, ואם היה בעל מקרקעין שהתקיימו תנאי ס' 10 לחוק המקרקעין - הוא יפסיד את הנכס. נדבר על איך מצבים כאלה נוצרים מבחינה טכנית.

* בשני המצבים הראשונים – העסקה הראשונה בזמן **טרם הסתיימה בשכלול קניין**!

בעסקאות נוגדות ובקניין שביושר תמיד יש עסקה חוזית מוקדמת בזמן שלא הסתיימה בשכלול קניין.

תחרות 1 - עסקאות נוגדות במקרקעין

עסקה נוגדת חייבת להיות עסקה שעומדת ב**תנאי של ניגוד** - כלומר עסקאות נוגדות הן עסקאות בהן לא ניתן לקיים עסקה אחת מבלי להפר את העסקה האחרת, עסקאות שלא ניתן לקיים בו-זמנית. אם מדובר בעסקאות שניתן לקיים בו זמנית - אנחנו לא נמצאים במצב של עסקאות נוגדות.

למשל מקרה בו אדם משכיר את הנכס שלו לחודש ובמקביל מתחייב למכור אותו, כאשר מועד המסירה וקיום החוזה הוא לעוד 3 חודשים. זה לא נוגד, משום שאפשר לקיים את העסקה הראשונה (שכירות), היא תסתיים, ואז לאחר 3 חודשים העסקה השנייה רק תתחיל (מכר) ותתקיים גם היא. עסקאות נוגדות הן למשל כאשר אדם מתחייב למכור את אותה דירה לשני אנשים במקביל, יש בכך ניגוד, אלה עסקאות שהמהות שלהן זהה.

הסעיף המרכזי שמסדיר את נושא העסקאות הנוגדות במקרקעין - **ס' 9 לחוק המקרקעין**: קובע למעשה את **כלל ההכרעה בעסקאות נוגדות** - הראשון עדיף על המאוחר בזמן, אלא אם כן המאוחר בזמן קיים 3 תנאים מצטברים (תמורה, תו"ל ורישום).

ראינו כי המסגרת לעיסוק בעסקאות נוגדות הוא ס' 9 לחוק המקרקעין. וכדי להיכנס לסוג התחרות הזו צריך שבעל הנכס, (וגם אדם שהוא לא בעל הנכס), אדם צריך להתחייב לעשות יותר מעסקה אחת במקרקעין. בדרך כלל מי שעושה את העסקאות האלה, הם בדרך כלל בעלי זכויות קנייניות בנכס אך ניתן גם להתחייב לעסקאות נוגדות למרות שעדיין אין זכות חוזית או קניינית בנכס. ס' 9 לשון החוק לא קובע כי התחייב אדם שיש לו זכות קניין, אלא כל אדם, על בסיס זה שהוא יודע שיהיו לו זכויות בנכס ועל פיהן ניתן לסחור בנכס.

חידדנו כי כדי להיות עסקה נוגדת חייב להיות ניגוד, לא ניתן לקיים את העסקה האחת בלי להפר את השנייה- שתי העסקאות לא ניתנות ליישוב. אן התחייבתי לתת לאדם אחד אין דרך לתת לאדם אחר, כי העסקה היא עסקה בלעדית. אם נעשו שתי עסקאות שאין בהן ניגוד, אין בזה עסקה נוגדת, שתי העסקאות ניתנות ליישוב. יש לבחון את תנאי העסקה כדי לדעת אם יש או אין ניגוד.

ס' 9 לחוק המקרקעין מדבר על כלל ההכרעה בסוגי ומצבי תחרויות מהסוג הזה- כלל ההכרעה הוא כלל בינארי, לפיו הראשון בזמן עדיף על השני, אלא אם כן השני בזמן מקיים שלושה תנאים מצטברים. יש מאחוריו היגיון, זה כלל שמנסה לתת בהירות לגבי זכייה בסוג התחרות הזו. שכן, מי שראשון בזמן (צדק טבעי- כל הקודם זוכה), כלל עדיף על המאוחר בתנאים הרגילים. אבל אם המאוחר בזמן מספיק לעשות שלושה תנאים במצטבר:

1. תמורה- ממשית המשקפת את שוויו האמיתי של הנכס, הכסף עבר ידיים בין הרוכש למוכר שלו. התמורה חייבת להתבצע- היא צריכה לעבור.
2. תום לב- אם הרוכש שהשני בזמן היה תם לב- לא ידע ולא היה עליו לדעת על העסקה השנייה בזמן. תום לב כזה הוא אובייקטיבי וסובייקטיבי, האם מבחינה סובייקטיבית ידעת בפועל כי הייתה עסקה שנייה והתנאי הוא אובייקטיבי שואל האם היה עליו לדעת, האם היו אינדיקציות שאדם סביר היה יכול לדעת וללמוד על קיום עסקה.
3. ששכלול העסקה בזכות קניינית- החוק אומר רישום, העסקה שלטובתו נרשמה בעודו תום לב. העסקה הסתיימה ברישום, אבל חשוב לזכור כי ס' 9 יכול לעשות גם במקומות שאין בהם רישום, כמו שכירות קצרת טווח. נקבע כי חייבים לרשום זכות קניינית ולא הערות אזהרה. אם אין דרישת רישום בעסקה השנייה כמו השכרה, נסתפק בדרך השכלול קנייני הנדרש לצורך העסקה, כמו תפיסת חזקה. הס' יותאם בדרך שנגיב לדרישות של חוק המקרקעין ושכלול זכות הקניין.

חשוב לשים לב שעל פניו סעיף 9 הוא סעיף שותק לגבי הראשון, הוא לא אומר הרבה דברים על הראשון בזמן- מספיק שהוא ראשון בזמן כדי לגבור על השני. אם השני עושה את שלושת הדברים האלה במצטבר הוא גובר על הראשון. יש פה סיטואציה שלכאורה נראית מוזרה כי בעוד שמהרוכש השני דורשים כל כך הרבה דברים מהראשון לא דורשים כלום. כן חשוב לנסות להבין את ההיגיון של ס' 9, מבחינה תמריצית ס' 9 במבנה הבינארי וכלל ההכרעה שהוא מייצר, ס' 9 מנסה לעודד לקיים את שלושת התנאים. וזאת משום שבחיים האמיתיים אף רוכש לא יודע אם הוא הראשון או השני, ומבחינה תמריצית ס' 9 מעוצב בדרך שמעודדת אנשים לסיים את העסקה כמה שיותר מהר. אך בחיים האמיתיים יש לזכור כי עסקאות במקרקעין לא מאפשרות לעשות את שלושת הדברים האלה כל כך מהר. יש פער בין השלב החוזי לקנייני ולכן זה לא ריאלי. כך שהכלי שבדרך כלל נעשה אותו מיד עם חתימת ההסכם יהיה הכלי של רישום הערות אזהרה כמנגנון שמגן על הזכות חוזית. התמריצים שהחוק נותן זה לקיים את שלושת התנאים במצטבר כמה שיותר מהר, ואם לא ניתן לקיים אותם מהר, יש לנסות לרשום הערת אזהרה במועד העסקה, כי רישום הערת אזהרה ישלול תום לב שכל מי שבא אחרי. וכמובן אתקדם לסיום העסקה בקצב העסקה, אבל הוא כן נותן תמריץ להתקדם עם העסקה ולנסות לעמוד בתנאים שלה, ובמינימום הוא כן מעודד להגן על הזכות החוזית- כי הראשון בזמן חשוף אם השני מתקדם. ההתמקדות לא תמיד ריאלית אז המינימום יהיה הערות אזהרה שתמיד ישלול תום לב של מי שבא אחרי.

הדרישות של ס' 9 משקפות את מטרות הכתיבה של מאוטנר ודיני התחרויות, דרישת תום הלב למעשה באה ומנסה לעודד צדדים למנוע את הנזק באופן הזול ביותר, ואומרת כי אם לא נמנע הנזק בצורה זולה, כמו רישום הערת אזהרה, הוא ישא בתוצאות הסיפור- יכולת בעלות זולה למנוע את התאונה ולכן אם לא עשית את זה לא נתייחס כמי שהיה תם לב. רישום הערת אזהרה כן נתפס כאקט שימנע את הנזקים מתאונות אחרות, כן יש הגשמה של עקרונות שמנסים לבוא ולמנוע את התרחשות הנזק מלכתחילה. ויש לזכור כי דרישת התמורה נוגעת לצדק חלוקתי, שבאה ובודקת כמה שילמת וכמה ניזוק, ושמתייחסים לגובה התמורה יש פה התייחסות לשאלות של מאזן המצוקה והנטל שנופל על כל אחד מהצדדים. דרישת התמורה גם רגישה לשיקולים של תום לב ומשקפת תום לב, אם נעשתה עסקה בנכס שווי מאוד גבוה בעוד שבעסקה הוא מאוד זול, זה אמור להחשיד. עסקת מציאה במקרקעין, דרישת תמורה זולה מאוד צריכה להדליק נורה אדומה לאדם שרוכש. וגם דרישת התמורה צריכה לשקף את מטרת תום הלב של האדם שהתקשר בעסקה.  
כל אחת מהדרישות כן יושבת על ערך חברתי חשוב שנצרה לגלם בכלל המשפטי. אבל תמיד צריך לדעת שמי שלא תם לב אף פעם לא יזכה, אם אין דרישות תום לב כדרישת סף, האדם לעולם לא יזכה בתחרות.

**ורטהיימר נ' הררי**

מידע עובדתי: הררי חותם על עסקה עם ורטהיימר לפיה תימכר הדירה לו לפי שווי של מיליון לירות. בפועל, שילם ורטהיימר 5000 לירות בלבד. אחרי שהם עושים את העסקה הראשונה בזמן, הררי עושה עסקה מאוחרת בנכס עם בנימיני, לפי שווי של 800 אלף לירות. במהלך קיום החוזה בנימיני גילה שנעשתה עסקה מוקדמת עם ורטהיימר. עד למועד הגילוי, הוא שילם 350 אלף לירות ואחרי שהוא גילה על העסקה עם ורטהיימר הוא משלים את שארית הסכום לתמורה החוזית שסוכמה בין הצדדים. ולכן התוצאה היא שיש במקרה תאונה משפטית- עסקה נוגדת בין ורטהיימר לבנימיני.

כשמדברים על דרישת תום הלב, תום הלב של השני חייב להימשך עד לרישום העסקה- כלומר סיום העסקה ושכלול זכות קניינית במקרקעין במועד הרישום. ברור במקרה זה, שזה לא היה המצב- בנימיני עוד במהלך העסקה גילה על העסקה הקודמת.

שאלה משפטית: פס"ד עוסק במתח בין ס' 3-4 לחוק התרופות וס' 9 לחוק המקרקעין. יש את כלל ההכרעה בס' 9, ולכן ההכרעה בתיק היא קלה- אין תום לב ולכן לפי כלל ההכרעה ורטהיימר מנצח. אך הצדדים ניסו לעורר טענות על בסיס ס' 3-4 בחוק החוזים ואיך הוא עומד מול סעיף 9 לחוק המקרקעין. אם הנושא היה עולה היום פס"ד היה מוכרע אחרת.

תשתית נורמטיבית: חוק החוזים תרופות קובע כי הנפגע ככלל זכאי לאכיפת החוזה זולת אם התקיימה אחת מהעילות הקבועות בחוק ושוללות אכיפה. מה שמעניין זה סייג הצדק- העילה הרביעית שאכיפת החוזה בלתי צודקת בנסיבות העניין. בנימיני ניסה לטעון כי זה לא הוגן לאכוף את העסקה עם ורטהיימר משום שאכיפת החוזה בין הררי לוורטהיימר היא לא צדקת בנסיבות העניין- בשל הפער בין התמורה ששולמה- ורטהיימר שילם רק 5,000. הטענה של בנימיני נגד אכיפת החוזה מתמקדת בס' 3-4 לחוק החוזים וכי מאזן המצוקה הוא לצד בנימיני.  
מהצד שני יש את ס' 9 שעוסק בדיוק במקרה הזה של עסקאות נוגדות וקובע את כלל ההכרעה הבינארי, וראינו שאם מיישמים את הכלל בנימיני צריך להפסיד. בית המשפט העליון מתלבט מה צריך להיות היחס בין חוק החוזים לחוק המקרקעין, האם ניתן לקבל את הטענה הזו?

ברק קבע את התשובה כי ורטהיימר גובר כיוון שהוא היה הראשון בזמן, בעוד שבנימיני מפסיד כי הוא לא מקיים את ס' 9- הוא שילם את התמורה אך לא היה תם לב מאחר ונודע לו לפני הרישום על העסקה עם ורטהיימר (הוא המונע הנזק הזול ביותר, ולכן עליו החובה לא להתקדם עם העסקה). ס' 9 קובע את כלל הכרעה המשפטי ולכן ס' 9 הוא הכלל שיקבע מה צריך להיות בתחרות המסוימת הזו. לגבי העניין של ס' 3-4 ברק קובע כי שיקולי הצדק, השיקולים שס' 3-4 מעורר, לא יכולים להיות שיקול בשאלת האכיפה בחוזה של הררי וורטהיימר. ס' 3-4 לחוק החוזים קובע כי אכיפת החוזה בלתי צודקת בנסיבות העניין, שמדברים על שיקולי הצדק מדברים רק על שיקולי הצדק של צדדי העסקה, ולכן שיקולי הצדק שבנימיני החיצוני להם לא יכולים לבוא לידי ביטוי בשאלת אכיפת החוזה בין הצדדים. הפרשנות של ס'3-4 מתייחס רק לנסיבות שבין הצדדים לעסקה, שיקולי הצדק של צדדים חיצוניים לא רלוונטיים לפי ס' 3-4 להכרעה בתיק.

ברק משאיר בצריך עיון מספר שאלות שנידונות בהמשך הדרך בפסיקה- שאלות שקיבלו מענה בהלכת גנז :

1. האם התעקשות הראשון בזמן, חרף המצוקה הגבוהה יותר של השני בזמן עולה כדי חוסר תום לב? האם במצב בו ורטהיימר מתעקש לאכוף את החוזה שלו כשהוא יודע שמצוקת בנימיני גדולה יותר, האם התנהגות כזו מהווה חוסר תום לב של הראשון בזמן?
2. הוא גם מעורר שאלה שמגיעה להכרעה בגנז, שאם היא הייתה נידונה בפס"ד זה אולי התוצאה הייתה אחרת- בהנחה שהראשון בזמן יכול היה לרשום הערת אזהרה, מה ההשלכה של אי רישומה על ידי הראשון בזמן?

ורטהיימר נתפסה בזמנה כהלכה לא הוגנת, משקפת תפיסות יותר פורמליסטיות, ושהתוצאה לא צודקת במאזן המצוקה בין הצדדים. פס"ד עדיין משקף באופן ראוי את כלל ההכרעה (שהתחרות צריכה להיפתר על פי סעיף 9 וכי כל הנושא של נסיבות של אי אכיפת חוזה באמת רלוונטיות רק לצדדי העסקה ולא לצדדים החיצוניים, שלא יכולים להעלות טענות במישור האכיפה).

**גנז נ' בריטיש**

סיפור שבמידה רבה שינה את דיני התחרויות בצורה דרמטית בישראל.

רקע עובדתי: לחברת בריטיש יש מקרקעין השייכים לה, כשבשלב מסוים היא מוכרת אותם לנוטריקון. נוטריקון לא רושמת את המקרקעין על שמה כשלמעשה מבחינה פורמלית המקרקעין הם עדיין בבעלות בריטיש, אך הדבר כאמור לא מונע ביצוע עסקה שמגלגלת את הזכויות החוזיות שלה הלאה ועושה עסקה במקרקעין. לא חייבים להיות בעלים של נכס בעסקאות נוגדות, כי ס' 9 מאפשר מצב כזה. נוטריקון, בשלב ראשון, מתחייבת לעשות עסקה מול שלמה גנז. גנז משלם לה תמורה מלאה ותופס את המקרקעין, אך לא רושם את הזכויות בנכס ולא רושם הערת אזהרה (אנכית- כי נוטריקון עדיין לא בעלת זכויות קניין) אף שלכאורה, ביריטיש ונוטריקון הגיעו למציאות כזו שגנז יכול היה לרשום הערת אזהרה.   
בשלב הבא, נוטריקון מתקשרת בעסקה עם קיבוץ אפק (שלא ידע על העסקה עם גנז), שלא השלים את העסקה ברישום אך שילם תמורה מלאה, בתו"ל (לא ידע ולא היה עליו לדעת- כי לא הייתה שום אינדיקציה על מצב בעייתי מאחר וגנז לא רשם הערת אזהרה) ורשם הערת אזהרה על הנכס ולא רק על זכותו החוזית.

נשאלת השאלה האם קיבוץ אפק יכול לגבור על גנז? יש עסקה נוגדת- ראשון בזמן מאוחר בזמן, ודרישת הרישום האמורח היא דרישת רישום של זכות קניין, ולכן רישום הערת אזהרה לא היה מספיק. לכאורה קיבוץ אפק צריך להפסיד. אם היינו מכילות את ס' 9 מבחינה פורמאלית, היה תום לב, תמורה אך לא רישום ולכן אפק צריך להפסיד. לא מסתפקים בהערת אזהרה על פי הפסיקה, עד לנקודת הזמן בגנז.

אך ברק אינו מסכים לתוצאה המשפטית הצפויה בטענה כי גנז עשה דבר שלא יעשה. בית המשפט העליון בהלכת גנז, בצורה בוטה משכתב את ס'9 לחוק המקרקעין ומוסיף לו דרישות שלא נכתבו. ואכן הלכת גנז מוסיפה את חלקו של הראשון בזמן- בית המשפט קובע כי אם הראשון בזמן יכול היה לרשום הערת אזהרה מה ההשלכות של זה? גנז ששבע עשרה שנים יושן על הזכויות שלו ולא רושם הערת אזהרה, האם הוא צריך להפסיד? האם נוכל להגיד דבר רע עליו אם הוא לא רשם הערת אזהרה? פורמאלית, לא ניתן לעשות את זה- כי כשהמחוקק רצה להכניס דרישות תום לב הוא ציין במפורש והלביש חובות של תום לב על השני, אך הוא לא עשה את זה על הראשון בזמן.

אך בית המשפט קובע כי התוצאה אינה הגיונית ועיקרון תום הלב חל על כל הדין הישראלי. דה פקטו בית המשפט משנה את כלל ההכרעה בסעיף 9. ברק קובע כי לא ניתן להתעלם בדיני הקניין ובכלל בדין הישראלי מזה שיש כלל החולש על כל הדין הישראלי והוא גם עקרון תום הלב. סעיפים 39 ו61 לחוק החוזים מחילים את עקרון תום הלב על כל המשפט הישראלי, על כל זכות ועל כל חובה שיש. וגם אם אין בס' 9 לחוק המקרקעין דרישה מפורשת לתום לב של הראשון, עדיין לא הגיוני שהזכויות של הראשון מכוח ס' 9 לא תהיינה כפופות לחובות של תום לב.

ההלכה- עקרון תום הלב חל על כל הצדדים, כולל הרוכש הראשון!. הזכייה של הראשון בזמן כפופה לדרישות תום הלב. זה מתבקש שאם הראשון בזמן יכול היה לרשום הערת אזהרה כדי למנוע תאונות ועסקאות נוגדות אחרות, ולא עשה את זה- כלי פשוט וזול של רישום הערת אזהרה, אם היית יכול לממש את הזכות ולרשום הערת אזהרה ולא עשית את זה- הפרת את חובות תום הלב שלך כלפי השני בזמן.   
אי רישום של הערת אזהרה מקום שניתן היה לרשום אותה, ולא רשמת אותה תוך זמן סביר זו אינדיקציה לחוסר תום הלב של הרוכש הראשון, מה שעלול להוביל להפסד היכולת לזכות, זה יכריע את התחרות לטובת הרוכש המאוחר בזמן (וזה גם אם הרוכש המאוחר בזמן לא קיים את דרישת הרישום או התמורה. אך אם הרוכש המאוחר בזמן לא היה תם לב בעצמו, השני לא יזכה. כשהשני בזמן לא מילא את הדרישות של תמורה ורישום, הוא יכול להכריע את הראשון בתנאי שהוא לקה בחוסר תום לב- אי רישום הערת אזהרה תוך זמן סביר.

שורה תחתונה: הלכת גנז מכניסה שיקול ודרישה חדשה לתוך כלל ההכרעה- הראשון בזמן עדיף על המאוחר בזמן אם רשם הערת אזהרה במקום שיכל לרשום ותוך זמן סביר, ואם לא עשה את זה- השני יוכל לזכות גם אם הוא לא מקיים את כל דרישות ס' 9 (ובלבד שהוא היה תם לב).

**סייגים לכלל ההכרעה**

אך בית המשפט העליון קבע שורה של סייגים לכלל ההכרעה החדש- סייגים לחובת רישום של הערות אזהרה: יש כלל שבהיעדר הערת אזהרה במקום שניתן היה ותוך זמן סביר, עשוי להצביע על חוסר תום לב של הראשון ולהכריע את התחרות לטובת השני, אך יש מספר סייגים:

1. **כשאין התרשלות/חוסר תו"ל.**

במסגרת זאת, אנו עוסקים בשני מצבים:

1. לא ניתן לרשום הערת אזהרה- למשל, בחוזה התנו שלא ניתן יהיה לרשום הערת אזהרה בכלל או שלא ניתן לרשום הערת אזהרה לתקופה מסוימת. במצב כזה, שמבחינה חוזית המוכר מתנה את זכותו של הרוכש לרשום הערת אזהרה עם מגבלות זמן, לא נתערב בחופש החוזים של הצדדים ולא נראה את הרוכש הראשון בזמן שנכנס לעסקה ולא רשם הערת אזהרה כחסר תו"ל.

פרופ' מרקוביץ': מדובר בשיקול לא ראוי- בכך, שמבחינה תמריצית זה דוחף שבכל הסכם יצרו תניה כזו. הרוכש ישתמש בהתניה כדי לטעון שהוא תם לב ויעקוף את הלכת גנז והדבר לא מתמרץ רוכשים לרשום הערות אזהרה ועלול להגדיל את מספר התאונות המשפטיות שיקרו. כל הסיבה של פס"ד זה לתמרץ אנשים למנוע תאונות, ולכן למה שניתן לחופש החוזים למנוע רישום של ה"א?

1. אי הרישום מוצדק משיקולי מדיניות (בני זוג)- למשל, כשמדובר בעסקאות בתא המשפחתי, לא נמפה מקרובים בתא משפחתי לרשום הערות אזהרה ביניהם, כי זה יכול לפגוע במאפייני התא המשפחתי. ברק התמקד בעיקר בבני זוג, אך ניסו להרחיב את השיקול גם ליחסים אחרים- כמו יחסי הורים-ילדים, אחים, מגזר ערבי, יחסי שכנים וכו'. ביהמ"ש דחה את הטיעון בכל המצבים האלה בטענה כי אין במצבים אלו שום שיקולי מדיניות המצדיקים אי רישום של הערת אזהרה, וקיבל את השיקול רק ביחס לבני זוג.

הקושי: הרבה נכסים מוחזקים על ידי בני זוג, ותאים משפחתיים מחזיקים בהרבה נכסי מקרקעין שעושים בהם עסקאות, ולחשוב שצדדים לא משתפים את העסקאות שהן עושים ביניהם לגבי המקרקעין בגלל קדושת התא המשפחתי, שברק חשב שראוי לקדם דרך הפטור מרישום הערת אזהרה, גם זה בעייתי כי המרשם הופך להיות פחות משוכלל. הדבר מחבל באמינות המרשם ועלול להגביר את מספר התאונות המשפטיות.

1. **גם אם לא נרשמה הערת אזהרה, אין קש"ס בין רישום ההערה לתאונה שהשני נקלע אליה**

במצב שהיעדר רישום הערת האזהרה אינו משפיע על כניסת הרוכש המאוחר בזמן.

1. במצב בו השני בזמן ידע על העסקה של הראשון- אם הייתה ידיעה פוזיטיבית הרוכש השני לא היה צריך להיכנס לעסקה.
2. במצב בו השני בזמן לא בדק את הרישום- כך שרישום הערת האזהרה לא היה מעלה או מוריד, לא היה יכול להימנע מביצוע עסקה באמצעות הערת האזהרה. במצב כזה, אי-רישום הערת האזהרה לא גרם לתאונה המשפטית ולא נרצה להטיל את האחריות לתאונה המשפטית על הרוכש הראשון כשהשני גם ככה היה פועל באותה הצורה.
3. במצב בו השני בזמן לא "ירד אל השטח"- במצב בו הרוכש הראשון מצוי במקרקעין, והמאוחר לא הגיע לבדוק זאת, לא טרח לבדוק את המקרקעין- לבדוק אם מישהו נמצא שם, האם המקרקעין פנויים או לאץ כי אם האדם נמצא במקרקעין אך לא עשית בדיקה כזו, השופט מצא אומר כי ירידה לשטח יכלה לעזור לא להיקלע בכלל לתאונה ולכן ראוי להשית עלייך חובות לבדוק את המקרקעין לפני כניסה לעסקה ולא להיאחז רק בקטע הרישומי ולעשות רק בדיקה בשטח ובפועל.
4. **שיקול לא ראוי: התחייבות כלפי המוכר שלא לרשום הערת אזהרה לזמן מסוים** נראתה, ע"י ברק, כשיקול ראוי. כאמור, פרופ' מרקוביץ חושבת שמצב כזה אינו ראוי, אך אם יש מניעה טכנית לרישום זה מוצדק ולא בגלל תניה חוזית (שביתת מרשם המקרקעין, מגפת הקורונה ונסיבות חיצוניות).

השופט פרוקצ'יה מעלה את השאלה מדוע רישום ה"א על ידי השני בזמן לא מספיק לצורך קיום התנאי השלישי בס' 9 הדורש רישום העסקה? היא מעלה גישה שלא התקבלה כהלכה, למרות שדה פקטו בית המשפט הגיע לטובת קיבוץ אפק. השופטת פרוקצ'יה הייתה מוכנה להסתפק ברישום הערת אזהרה במקום רישום רגיל לצורך ס' 9, לטענתה, לא תמיד ניתן לסיים את זה ברישום ולכן אולי כדי להנמיך את הדרישות של ס' 9 לגבי רישום.   
ודוק: די בה"א כדי לשכלל את התנאי השלישי מפני שלעיתים לא ניתן יהיה להשלים את העסקה ברישום.

סיכום- מקום שהרוכש הראשון יכול היה לרשום ה"א בזמן סביר ולא פעל לפי הסייגים, השני יזכה (ככל שהשני פעל בתו"ל ושילם תמורה ממשית, המייצגת גם היא תו"ל).

**ביאד נ' לחאם**

אחרי פסק הדין בעניין גנז, הפסיקה הישראלית שבראשה השופט עמית שקיבל הרבה תיקים של עסקאות נוגדות, מאוד החמירו את הדרישות והרחיבו את גנז. בלחאם רואים עד כמה בית המשפט מוכן לקבל את הלכת גנז ומוכן להחמיר איתו.

"רישום הערת אזהרה הוא אקט פשוט וזול שעולה 159 שקלים ויכול למנוע תאונות משפטיות קשות. כלומר, עלות מניעת הנזק אפסית מול תוחלת נזק גבוהה יותר".

הגישה היא להרחיב את הלכת גנז, המגמה היא כן לאמץ את ההלכה הזו כקובעת סטנדרטים ראויים של רישום הערת אזהרה ועידוד הצדדים לרשום.

**דיני תחרויות ומתנה**

עסקאות מתנה הן עסקאות על נכס ללא תמורה. שהמתנה אינה מוגבלת לסוג מסוים של נכסים- ניתן לתת הכל, מזכויות ועד מקרקעין. יש את חוק המתנה הקובע שורה של הסדרים איך מעצבים הסכמי מתנה. אחד הכללים החשובים שצריכים לדעת הוא שנותן המתנה יכול לחזור בו בנסיבות מסוימות (ס' 5).

לכן השוני ביחס לעסקאות רגילות הוא שאין תמורה ושניתן לחזור מהמתנה. הדבר הזה מאוד בעייתי אם מסתכלים על צדדים שלישיים שעשויים להיפגע מהמתנה הזו.

ס' 5 לחוק המתנה:

* סעיף קטן ב'- המדבר על היכולת לחזור בכך מהמתנה- כל עוד מקבל המתנה לא משנה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות רשאי הנותן לחזור בו ממנה- אלא אם כן הוא ויתר בכתב על היכולת לחזור בו.
* סעיף קטן ג'- קובע כי ניתן לחזור מההתחייבות לתת מתנה, גם אחרי שהיה שינוי מצב לרעה של המקבל- אם הייתה חזרה מוצדקת התנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או בן משפחתו, או ברעה ניכרת במצבו הכלכלי של הנותן. יש נסיבות מסוימות שבהן גם אם היה שינוי מצב של מקבל המתנה בעקבות הסתמכות על ההתחייבות, ניתן לסגת.

מה המשמעות?

1. מדובר בעסקה ללא תמורה- משליך על דרישת התמורה בעסקאות נוגדות- צריך להבין שעסקאות מתנה יכולות להיות גם עסקאות במקרקעין. ולכן הן יכולות גם להשפיע על דיני התחרות, הבעיות המרכזיות והדרך המרכזית שבה זה משפיע על דיני התחרות זה בכך שעסקת מתנה זו הקניית נכס שלא בתמורה, כלומר דרישת התמורה הקבועה בס' 9 לא מתקיימת- תנאי שיורד בעסקאות נוגדות לגבי השני בזמן. ללא תמורה, השני בזמן לכאורה לא עומד בדרישת התמורה, הוא יכול לסגת- עד שלב הרישום נותן המתנה יכול לחזור בו, משום שמדובר עד אז בהתחייבות.
2. מדובר בעסקה שניתן לחזור ממנה בתנאים מסוימים(ס'5)- הדבר משליך על הסתמכות מקבל המתנה על הנכס.

בעיה שנייה היא שחוק המתנה מאפשר לחזור מהמתנה וההסתמכות של מקבלי המתנה מושפעת מיכולת החזרה הזו. ניתן לחזור מעסקאות מתנה ולכן הדברים האלה יכולים להשפיע על כך המערך של עסקאות נוגדות.

**הלכת סולימאן נ' מדינת ישראל**

ומה קורה במצב בו עסקת המתנה היא השנייה בזמן, האם אפשר לזכות לפי ס' 9- כלומר מה קורה כשאין תמורה? האם רוכש שני יכול לזכות אפילו אם לא שילם תמורה? אם זו עסקת מתנה מאוחרת תמיד לא תהיה תמורה, האם ניתן לזכות?

על שאלה זו עונה השופט דנציגר בפס"ד סולימאן. הוא קובע כי עסקת מתנה היא עסקה בלתי הדירה, כלומר, כזו שאי אפשר לחזור ממנה, עדיין מקבל המתנה יצטרך להוכיח ששינה מצבו לרעה בהסתמך בתו"ל על המרשם, ולא די ששינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות למתנה.

במילים אחרות, במצב בו העסקה השנייה בזמן היא עסקת מתנה, נראה כי הסיכויים להעדפת השני בזמן קלושים. דנצינגר קובע כי אם יש עסקת מתנה מאוחרת בעסקה שאין בה תמורה- גם אם יש תום לב ורישום, צריך להבין שהעסקאות האלה הן בנחיתות לעומת עסקאות אחרות. הסיכויים שיגבר הראשון בזמן הם קלושים, כי בשיקול של מאזן המצוקה זו עסקה בלי תמורה, ולכן מצבו יותר נחות מרוכש אחר.

הבעיה בפס"ד זה שהוא מתעלם באופן גורף מנסיבות שבהן מאזן המצוקה ייטה לרעת בעל ההתחייבות לתמורה. שהראשון בזמן לא נאמרה מילה על התמורה ולכן גם אם הוא לא שילם שקל, הוא תמיד ימצא בעמדת עליונות.   
מעבר לזה, אם תייחס להלכת גנז, השופט דנצינגר לא מתייחס להשלכות על הלכת גנז- מה קורה ביחס מול הראשון, ואם הראשון אינו רושם הערות אזהרה, תמיד הוא ינצח את מקבל המתנה? אין פה באמת רגישות לעסקאות מתנה מול הלכת גנז. פסק הדין מעקר את הלכת גנז מתוכן בכל הקשור לתום הלב האובייקטיבי של הראשון בזמן- דנציגר כלל לא מתייחס לשאלה אם הרוכש הראשון פעל בתו"ל ורשם ה"א או לא ואינו בוחן התנהגותו.

ההלכה- בעסקאות מתנה נעדרות תמורה (ואפילו אם הן בלתי הדירות והסתמכו על המרשם), מאזן ההפסדים נוטה מאוד לטובת הרוכש הראשון.

פסק הדין מחיל את שיקול מאזן המצוקה כשיקול אולטימטיבי.

1. **עסקאות נוגדות במקרקעין שאינם רשומים, במיטלטלין ובזכויות**

**מקרקעין שאינם רשומים**

מקרקעין שאינם רשומים היחס אליהם כאל מקרקעין משום שזה לא נכס שנופל לגדרי חוק המקרקעין ולכן ס' 9 לא רלוונטי לגבי קרקעות כאלה. הבעיה המרכזית היא שאין מרשם ולכן ממילא לא ניתן לקיים את הוראות ס' 9 לחוק המקרקעין (מאחר והקרקע לא רשומה בשום מקום לא ניתן לרשום עליה).

האפשרויות המשפטיות שיש זה לטפל בכל סוגי העסקאות האלה במקרקעין שאינם רשומים דרך שני סעיפים מרכזיים העוסקים במצבים שונים:

1. עסקאות נוגדות במיטלטלין- ס' 12+13 לחוק המיטלטלין.
2. המחאת זכויות נוגדות- ס' 4 לחוק המחאת זכויות נוגדות (שהוא למעשה מתייחס לתקנות שוק).

כאשר מדובר במקרקעין שאינם רשומים ניתן לטפל בעסקאות נוגדות אלו דרך שני הסעיפים הללו, שהכניסה לסעיפים מותנית בעיצוב של העסקאות. דרך המלך כלל תהיה להתייחס כעסקאות נוגדות במיטלטלין ולהחיל את העקרונות של ס' 12 ו13 שמרחיב את הסעיף לא רק למיטלטלין אלא גם לזכויות. המחאת זכויות נוגדות יהיה במצבים מאוד מסוימים, וזה לא באמת עסקאות נוגדות אלא מצב של תקנת שוק.

1. **עסקאות נוגדות במיטלטלין ובזכויות – השלב החוזי סעיף 13+12 לחוק המיטלטלין**

ס' 12**:** קובע עקרון דומה לזה של ס' 9 רק מתייחס למיטלטלין. במיטלטלין אין מרשם ולכן הס' רלוונטי גם למיטלטלין וגם לזכויות שאין בהן מרשם וגם מקרקעין שאינם רשומים- נכס שאין לגביו רישום זכויות. כל מה שנקבע בס' 9 רלוונטי גם לסעיף זה אך עם הבדל מרכזי אחד: נכס מיטלטלין שאין לגביו מרשם, ואם אין מרשם נתייחס אליו כפי שדיברנו בדרכי רכישת זכויות מיטלטלין- השכלול כברירת מחדל יהיה מסירה.

"התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות, חזר והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת, זכותו של הראשון בזמן עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה- זכותו עדיפה".

הראשון בזמן עדיף, אלא אם כן השני התקשר בעסקה ועמד בשלושת התנאים :

* תום-לב- לא היה ולא היה עליו לדעת על העסקה.
* תמורה- ריאלית על הנכס
* מסירה- המסירה היא הדרך לשכלל קניין ויוצרת את האקט הקנייני (החליף את הרישום של ס' 9). אם זה מיטלטלין אז זה מסירה אך אם זו זכות במקרקעין לא רשומים צריך לבדוק את תנאי החוזה- או כברירת המחדל (בעת כריתת החוזה) או במועד אחר.

ס' 13: זה הצינור שדרכו ניתן להחיל את העקרונות של עסקאות נוגדות במיטלטלין- נכסים ניידים פיזיים. דרך 13 ניתן להחיל גם לגבי זכויות- נכס שאיננו מוחשי כמו זכות חוזית הכוללת גם זכות במקרקעין אינם רשומים. יש לשים לב שאלו עקרונות שאינם רגשים לרישום במקרקעין כי אין מרשם במצבים האלה.

מה קורה במקרקעין שאינם רשומים?

במקרקעין שאינם רשומים עיצוב העסקאות בדרך כלל הוא כמו עיצוב של עסקאות במקרקעין רגילים- כשנמכרת לאדם זכות בקרקע שאינה רשומה, העסקה מעוצבת באותם העקרונות ורק דבר אחד שלא נמצא בעסקה זה העניין של רישום במרשם או אקט רישומי של הערות אזהרה. הקושי בעסקאות האלה הוא מכמה סוגים:

1. להבין את המבנה של העסקה- כמו במקרקעין רגילים. הרציונליים של עסקאות במקרקעין לא רשומים ובמבנה העסקאות בדרך כלל יהיה אותו מבנה כמו בעסקאות מקרקעין רגילות ולכן כל המועד שבו הזכות תעבור למי שקונה את הזכות בקרקע לא רשומה, יהיה בדרך כלל בסיום כלל התשלומים. אין הבדל מהותי.
2. מתי הזכות עברה מהמוכר לקונה- יש פסיקה חשובה שאומרת כי כלל, בסחר בזכויות חוזיות גם בקרקע שאינה רשומה ברירת המחדל היא שכאשר אדם עושה עסקה של המחאה או העברת זכויות חוזיות, המועד שבו הזכות עוברת הוא מועד כריתת החוזה (אלא אם כן נקבע אחרת). יש איחוד של השלב החוזי והקנייני בעסקאות של זכויות.

פס"ד טקסטיל ריינס

אדם א' שמבקש להעביר זכות חוזית שיש לו כלפי אדם ב' לאדם שלישי ג', מתכוון להעביר את הזכות כמו שהיא ברגע ההעברה. זו ברירת המחדל, הכלל, אלא אם נקבע אחרת בחוזה (מכוח ס' 33 לחוק המכר). אך על-מנת לדעת איפה נמצאים במיטלטלין ובזכויות, חייבים לבדוק את החוזה. אם הנכס הוא מהותי כמו מקרקעין, גם אם הוא לא רשום, צריך לבדוק מה התנאים הקבועים בהסכם והאם הצדדים קבעו תנאים אחרים- מה שקורה בדרך כלל.

ברגע שנחתם הסכם על העברת זכויות חוזיות בקרקע לא רשומה, כשהצדדים שותקים מועד העברת הזכות הוא מועד הכריתה, אלא אם כן מציינים משהו לפי ס' 33 לחוק המכר. אם זה לא נעשה, מועד העברת הזכות הוא בכריתת החוזה, בלי שאלה של תשלומים- זה מה שקורה אם הצדדים לחוזה לא סייגו את מועד העברת הזכות, הזכות עברה ברגע חתימת החוזה. במקרקעין לא רשומים העניין של מתי נמצא בשלב קנייני או חוזי בעיקר מוכתב על בסיס השאלה מה החוזה קבע ומה היו תנאים ולפעמים זו עסקה שבה השלב החזוי והקנייני מתאחדים- כי הצדדים לא מפרשים או כוללים שום תנאים שקובעים את מועד העברת הזכויות.

בכל מה שקשור להלכת גנז ומונע הנזק הזול ביותר, לא נמצא בחוק המקרקעין ולכן כל הדיון הזה לא רלוונטי בהקשר הזה- אין מרשם זכויות, ולכן לא נמצא בכלל בחוק המקרקעין, כך שכל הרציונליים של הלכת גנז לא רלוונטיים למישור של סוגי העסקאות האלה.

1. **המחאת זכויות סותרות**

בנסיבות מסוימות ניכנס לס' 4 לחוק המחאת חיובים. ס' 4 לחוק עוסק במצב של המחאות סותרות, וזה לא המצב של עסקה נוגדת. זה מצב, למעשה של תקנת שוק. מצב בו אדם מנסה למכור יותר ממה שיש לו, ובמצבים כאלה ניכנס לס' 4 לחוק.

למשל יש קרקע לא רשומה וא' עושה שתי עסקאות- האחת, המחאת זכות בקרקע הלא רשומה (עסקת המחאה) ובהסכם לא נקבע שום דבר על המועד שהזכות תעבור, כך שמועד הכריתה הוא מועד כריתת החוזה. השנייה, יש עסקה נוספת בה נקבע כי יש המחאה של הזכות במקרקעין הלא רשומים, ששוב אין סטייה מברירת המחדל. זו לא עסקה נוגדת, כי לכאורה בהעברת הזכויות, יש פה שתי עסקאות שהן לא נוגדות- כי העסקה הראשונה נגמרה בקניין (שכן ברגע כריתת החוזה עוברת זכות קניינית), והעסקה השנייה זו עסקה בה מנסים להעביר יותר ממה שיש- כי אין שום זכות במקרקעין הלא רשומים והיא מתיימרת להעביר זכות שאינה בעליה. עסקאות נוגדות זה כאשר אין השתכללות קניינית.

זה מצב של תקנת שוק- בו העסקה הראשונה הושלמה בהעברה של הזכות לראשון. ואז המוכר כבר מוכר נכס שלא שייך לו (הזכות כבר עברה לראשון). המחאות סותרות זה לא עסקאות נוגדות. עסקאות נוגדות במקרקעין שאינם רשומים תמיד יהיו במצב כאשר העסקה הראשונה נגמרה בהתניה של הזכות- כי אחרת מגיעים להמחאת זכויות.

ודוק:

* במצב של עסקאות נוגדות במקרקעין שאינם רושמים- תחת ס' 12-13 לחוק המיטלטלין (כלומר עסקה של המחאת זכויות שנגמרה בהתניה)
* במצב של המחאת זכויות נוגדות במקרקעין שאינם רשומים, מצב של תקנת שוק- תחת ס' 4 לחוק המחאת זכויות נוגדות (כלומר עסקה של המחאת זכויות שלא נגמרה בהתניה על ברירת המחדל).

מי יזכה במקרה של תקנת שוק? **הראשון בזמן זוכה, אלא אם כן הודיעו לחייב (מי שחייב לבצע את ההסכם ולמסור את הנכס) על ההמחאה השנייה לפני שהודיעו לו על הראשונה, שאז הזכות היא של הנמחה השני.** במצב של ס' 4 מדברים על מצב בו יש לאדם זכות שהוא ממחה אותה לאחד ואז לאחר- ס' 4 קובע כי הראשון עדיף על פני המאוחר אלא אם כן הודיעו למי שחייב להעביר את הנכס, אלא אם כן ניתנה לחייב הודעה על השני לפני שהיא ניתנה על הראשון.

סיכום:

* עסקאות נוגדות במקרקעין שאינם רשומים המצב היחיד בו מדובר בעסקה נוגדת אמיתית זה כשנמצא בשלב חוזי בעסקה הראשונה, כלומר הזכות החוזית עדיין לא הועברה ואז נימצא בס' 12-13 לחוק המיטלטלין.
* אם מאחדים את השלב החוזי והקנייני והעברת הבעלות הושלמה בזמן הכריתה כי לא התנו את העסקה- מועד המסירה אל נדחה אלא הוא מיידי בזמן הכריתה של הקרקע הלא רשומה, נכנסים לסיטואציה של המחאות סותרות לפי ס' 4 לחוק המחאת חיובים, שהוא דה פקטו מצב של תקנת שוק- שאז הראשון יגבר על המאוחר אלא אם כן אנחנו מגיעות למצב שהחייב מקבל הודעה על ההמחאה השנייה לפני הראשונה.

האם יש לבחון גם תו"ל אובייקטיבי?

השופט מצא בגנז שואל ויש על כך פסיקות מאוחרות, מקרקעין לא רשומים הרבה פעמים יהיו רשומים במרשים אחרים כמו ברשות מקרקעי ישראל, אך לא בטאבו. אז מצא שואל בגנז האם יש חובות לרשום דבר מקביל לזכויות שנרשום במרשמים רגילים? יש פרקטיקה דבר המקביל להערות אזהרה גם במרשמים האלה. המרשם משתף עם זה פעולה כדי שהוא יוכל להיות מדויק- אז קיימת פרקטיקה של רישום בחברות משכנות, רשות מקרקעי ישראל וכו. השופט מצא חושב שאם ניתן לעשות את זה, גם בקרקע לא רשומה יש לפעול כך. מצא אמר שבאופן עקרוני, ניתן לרשום הערות כאלו ואחרות.

יש פסיקה מאוחרת שמעגנת את עמדתו של מצא כהלכה וקובעת כי אם זה לא נעשה, ויש פרקטיקה המאפשרת את זה, הקונה הראשון יהיה חסר תום לב. הקונה הראשון בזמן בקרקע לא רשומה שיכול היה לרשות הערת אזהרה בספרי חברה משכנת, ולא נעשה כשפרקטיקה מאפשרת- הוא לא יחשב כתם לב, ואז בעל העסקה המאוחרת יגבור על בעל העסקה המוקדמת.זו פרקטיקה וולונטרית אך כשהיא מפותחת וכולם עושים את זה, אז יש ציפייה לפעול כך.

1. **קניין ביושר- בעל התחייבות לעסקה מול נושי המוכר**

בדרך כלל המצב הטיפוסי שמעמתים בעל התחייבות לעסקה זה מול מעקלים. חשוב לחדד כי התחרות עוסקת במצבים שאינם תחרויות נוגדות- יש בעל אדם שביצע עסקה שנמצא מול אחר שמנסה לשים יד על הנכס, בגלל דבר שאינו עסקה. עסקאות נוגדות- זה מצב של עסקה מול עסקה באותו הנכס, אל מול התחייבות בעסקה מוקדמת מעומת מול נושים או מעקלים אחרים אנחנו נמצאות בסיטואציה שאין עימות בין שתי עסקאות- אלא התחייבות מוקדמת מול נושה שמנסים לשים יד על הנכס בגלל חוב של בעלי הנכס הפורמליים שעדיין רשומים כבעלים. פה חשוב לחדד שבעל ההתחייבות בעסקה בסיטואציה הזו הוא אדם שהעסקה עדיין לא נגמרה.

כאן אנחנו לא במצב של עסקאות נוגדות- אדם שחתם על חוזה (ומרחיבים לא רק לגבי מקרקעין) אבל לא רשם אותו בטאבו (כל מה שיש לו זה זכות חוזית)- כך שהעסקה לא נגמרת בקניין, לאחר מכן באים הנושים של המוכר, שרוצים להיפרע מהנכס. עדיין מבחינה פורמאלית הנכס בידי הבעלים הקודמים, שכן העסקה לא נגמרה בשכלול זכות קניינית, אלא יש רק זכות חוזית.

**התשתית הנורמטיבית**

בדין הישראלי לאורך השנים, הטיפול בסיטואציה הזו נעשה בעיקר דרך הפסיקה. היו שינויים בדרך שהדין הכריע בסוג התחרויות האלו- בתחילת הדרך שלטו דיני היושר במשפט האנגלי– הם קבעו שאדם שעשה עסקה במקרקעין ושרכש זכות במקרקעין עדיף כמידת המחיר שהוא שילם על פני שאר הנושים של המוכר. אדם ייפרע כגובה הזכות ששילם ואז היתרה תלך לנושים. בעל ההתחייבות לעסקה גובר על הנושים במובן הזה שהוא מקבל ראשון את החלק שהוא שילם עבור הדירה. אם נשאר משהו אז יתר הנושים מתחלקים ביתרה. אם א' שילם 100% מהתמורה הוא מקבל את הדירה. מצד אחד אין פה הכרעה בינארית, אלא חלוקה אבל הרוכש ייפרע לפני הנושים. הרציונל היה, שבכל זאת הוא עשה עסקה מוקדמת ודיני היושר רצו לבוא לקראת בעלי עסקאות מקודמות בזמן ולא לתת להם להפסיד את הכל כי מדובר בעסקאות מאוד יקרות.

ב-1969 נחקק חוק המקרקעין הישראלי**.** בחוק המקרקעין אימץ את סעיף 161, שם קבע את עיקרון הרשימה הסגורה במקרקעין- מתחילת חוק זה, אין זכויות אלא לפי חוק- הסעיף עוסק בביטול דיני הקניין שביושר. המחוקק הישראלי לא מעגן או מתייחס בחוק לתחרות מסוג זה ומספק מענה (זאת למרות שזו התחרות הכי שכיחה). אין מענה בחוק הישראלי לעימות הזה, אך מצד שני הוא כן קבע בס' 161 שלא ניתן לייצר פתרונות מכוח דיני היושר, החוק הכיר בזכויות קנייניות בחוק.

**הלכת בוקר (שנת 1971)**

לראשונה נתנה הכרעה בסוג העימות הזה.

עובדות המקרה **–** משפחה קנתה דירה ונכנס אליה (תפסו חזקה). היא עוד לא רשמה את הדירה בטאבו. בשלב מסוים מגיע נושה שמטיל עיקול על הנכסים של המוכר. נוצר עימות בין רוכשי דירה לבין מעקל מאוחר.

באותו הזמן חוק המקרקעין בתוקף ולכן אין יותר זכויות שביושר בדין הישראלי. הלכת בוקר מעדיפה לבצר את מעמדו של המרשם. היא מכירה בתוצאה הקשה אך היא בלתי נמנעת. וקובעת שבעימות בין בעל זכות חוזית מוקדמת למעקל מאוחר, ככל שבעל הזכות החוזית לא השלים את העסקה ברישום מדובר בזכות חוזית שתוקפה אינה חל על צדדים שלישיים וניתן לעקל את הנכס. נקודת המוצא הייתה לעודד אנשים לעשות שימוש במרשם. אכן הייתה הרבה ביקורת על הלכת בוקר, כהלכה פורמליסטית שלא נותנת מספיק מקום לצדדים שבאמת עשו הכל חוץ מרישום. בבוקר מכירים בכך שאין יותר זכויות שביושר. לכן, במצב כזה בו יש עיקול על נכסי המוכר ויש עסקה שעוד לא הושלמה ברישום, מי שגובר הוא הנושים. אם נרצה לתמרץ רישום זכויות הדרך המתאימה לעשות את זה, זה להגיד שצריך לסגת מפני הנושה המאוחר.

תיקון החוק (שנת 72) – אחרי הלכת בוקר, הוסיפו תיקון לחוק המקרקעין ויצרו את כל המנגנון של ס' 127 לחוק המקרקעין והיתרונות של רישום הערת אזהרה. כדי להתמודד עם תוצאות הלכת בוקר, אם תירשם הערת אזהרה, הם יקבלו גם יתרון של עדיפות על פני מעקלים מאוחרים. יש פה ניסיון של המחוקק למתן את התוצאות הקשות שהלכת בוקר יצרה. הערת אזהרה היא זו שתעשה את העבודה בתקופת הביניים ותיתן עדיפות גם על המעקל המאוחר.

בנק מזרחי נ' רוזובסקי- לפני הלכת בנק אהרונוב, הייתה הלכת רוזובסקי שחידדה את היחס בין רישום הערות אזהרה להלכת בוקר, ואמרה בצורה חד משמעית שאם באמת רכשת ורשמת הערת אזהרה כפי שהמחוקק ממליץ, ניתן לגבור על הנושים הלא מובטחים וגם המעקלים. אך אם לא רשמת הערת אזהרה, תחול הלכת בוקר ואז הרוכשים המובטחים לפניך בתור לגבייה.

**בנק אוצר החייל נ' אהרונוב (1999)**

בשונה מעסקאות נוגדות שם יש סעיף מפורש, באוצר החייל נג' אהרונוב מנסה לייצר פתרון מכוח דיני היושר. ברק לא אהב את פסד בעניין בוקר וחיכה להזדמנות להפוך אותו- אך הוא עשה את זה בדרך שלא מבוססת על הרישום. זהו פס"ד דרמטי בנוף של תחרויות כי הוא מבטל את דרישת הרישום לגמרי, גם של הערות אזהרה. המשמעות המעשית היא שבחיים את לא יודעת מול מי תתעמתי, אם מתמזל מזלך מול מעקל או נושה אז אהרונוב יועיל איתך. עדיין מבחינה תמריצית, בחיים לא תדע מול מי תתעמת כך שאי רישום הערת אזהרה מהווה סיכון להפסד. המקום היחיד שמזלך שפר עלייך זה אם תיפול לסיטואציה של נישום ומעקל. זה המקום היחיד שבתי המשפט ניסו לבטל דרישות של רישום, גם של הערות אזהרה.

רקע עובדתי- התאם להסכם גירושין בין המשיבה לבעלה, התחייב הבעל להעביר נכס מקרקעין הרשום על שמו לבעלותה המלאה של אשתו. על-אף ההסכם לא הועברו המקרקעין על שמה של המשיבה ואף לא נרשמה הערת אזהרה על זכויותיה. לאחר שאושר הסכם הממון ולאחר הגירושין הגיש בנק אוצר החייל תביעה כספית נגד הבעל בגין חוב שנוצר לטענתו לפני שנחתם הסכם הגירושין בין בני-הזוג. במסגרת התביעה הוטל על המקרקעין עיקול זמני שנרשם ואושר על-ידי בית-המשפט בסיום ההליכים. משביקשה המשיבה למכור את המקרקעין, גילתה כי אלה עוקלו לטובת המערער. היא עתרה לקבלת סעד הצהרתי, שלפיו היא בעלת מלוא הזכויות במקרקעין מכוח ההסכם. בית-המשפט המחוזי פסק כי זכותה של המשיבה במקרקעין מכוח ההסכם גוברת על זכותו של הבנק מכוח העיקול. מכאן הערעור, אשר במרכזו עמדה טענת המערער כי מכוח הלכת בוקר גובר העיקול המאוחר שהטיל המערער על זכות אובליגטורית קודמת שבידי המשיבה.

שאלה משפטית- בית המשפט נדרש לשאלה מי עדיף על מי? אם היינו נצמדות להלכת בוקר, או לרוזובסקי היינו אומרות שאהרונוב הפסידה מאחר ויש לה רק זכות חוזית, זה מגיע לבית השפט העליון- שם הוא הופך את הלכת בוקר.

**השופט ברק** : ברק בדעת רוב והוא דוחה את הניתוח הערכי של שטרסברג-כהן. השופט ברק הופך את הלכת בוקר. השופט ברק באופן תמוה לא נכנס לשאלות ערכיות שהשופטת שטרסנברג מתייחסת אליהם, הוא מגיע לפתרון פורמאלי הנצמד ללשון חוק המקרקעין. הלכת בוקר קובעת כי אין יותר דיני קניין שביושר מכוח החלטות של בתי משפט. אך מה שמעניין הוא שברק אומר שהוא לא צריך להיכנס לניתוח ערכי של הסיטואציה. השופט ברק קובע כי ס' 9 הוא המפתח לפתרון של הסיטואציה- לפי ברק, ס' 9 (שעוסק בעסקאות נוגדות), יצר את האפשרות של קניין שביושר של תוצרת הארץ. זה הבסיס שדרכו ניתן להבין מה מעמדה של התחייבות עסקה קודמת מול נושים מאוחרים. ס' 9 עוסק בעסקאות נוגדות- רוכש מקודם המתעמת מול הרוכש המאוחר בזמן, כשקוראים את ס' 9 הוא משמיע לנו שהרוכש הקודם בזמן עדיף על המאוחר בזמן כברירת מחדל. ס' 9 משמיע שלבעל הזכות החוזית המוקדם בזמן יש יותר מזכות חוזית, כי רוב הזמן אלא אם כן מקיים שלושה תנאים ברירת המחדל הוא של בעל הזכות החוזית המקודמת. ס' 9 משמיע שזכות חוזית תקפה כנגד צדדים שלישיים. ס' 9 משמיע שלבעל הזכות החוזית המקודמת בזמן יש זכות חוזית משודרגת שהיא בדרגה מעין קניינית- תקפה כלפי צדדים שלישיים מסוימים, אלא אם כן שלושת התנאים. אך כברירת מחדל- אם נעמת אחד מול השני הראשון יגבר, ולכן לא ניתן להגיד שיש לו רק זכות חוזית ביד. המשמעות היא שברגע שאתה כורת עסקה לזכות קניינית בנכס אתה למעשה הופך להיות בעל זכות מעין קניינית. זו לא זכות חוזית רגילה. אם הבעל עסקה חוזית מקודמת בזמן עדיך על בעל עסקה חוזית מאוחרת בזמן, אם זה המצב כברירת מחדל, אז אם הוא גובר על בעל עסקה ספציפית בנכס שיש לו קשר לנכס, קל וחומר שהוא יגבר על אדם זר לחלוטין לנכס. מעקל שבכלל לא קשור לנכס אלא רק מחפש נכס להיפרע ממנו, לא יוכל לעשות ולפעול בנכס. סעיף 9 משמיע שיש קניין שביושר תוצרת הארץ- מדבר על הקדימות והחוזק של הראשון בזמן. ולכן ברק לומד בדרך של קל וחומר מתוך סעיף 9 ללא הזדקקות לשיח ערכי. לכן על בסיס ס' 9 בעל ההתחייבות צריך לגבור על המעקל המאוחר, גם אם הוא לא רשם הערת אזהרה. העניין של הערות אזהרה חשוב לחדד כי הוא לא צריך לרשום- כל השופטים מדברים על רישום הערות אזהרה כ בהקשר הזה רישום של הערות אזהרה לא רלוונטי כי המעקלים הם לא מסוג האנשים המסתמכים על המרשם כמו בעל עסקה חוזית מאוחרת.

ההלכה-ס' 9 חל גם כלפי נושים מאוחרים. אפשר ללמוד מסעיף 9 את מעמדו של הרוכש הראשון בזמן יש לו "קניין שביושר" תוצרת הארץ.

**דעת מיעוט- שטרסברג-כהן**: לדעתה, לא ניתן למצוא פתרון לענייננו בהסדר שבסעיף 9 לחוק המקרקעין משום שלא מדובר כאן בעסקאות נוגדות. ס' 9 לא רלוונטי להכרעה ולא ניתן ללמוד ממנו על העימות. צריך לבחון את התחרות הזו בכמה מדדים ולחשוב עליה מכמה כיוונים. השיקול המרכזי שלה הוא שיקול של יעילות מלכתחילה- איזה כלל הכרעה נאמץ מראש כדי למנוע את סוג התאונות האלו? היא מדברת על שני שיקולים מרכזיים שלדעתה זה מה שצריך להוביל אותנו לכלל הכרעה שברק מאמץ- בעל עסקה מוקדמת קודם למאוחר.

1. צריך לשים לב שבתחרות מהסוג הזה הזכויות הן לא שוות מעמד- יש פה גורם אחד שקשור לנכס והוא בעל ההתחייבות הקודמת בזמן, והוא מעומת מנגד ממישהו שהרבה יותר רחוק מהנכס ולא קשור אליו שבא להטיל עיקול מחוב של בעלים פורמליים. חשוב לחדד שלבעל ההתחייבות הקודמת בזמן יש זיקה חזקה יותר לנכס, והמשקל הסגולי של הזכות שלו היא זכות חוזית בנכס עצמו, זכות הרבה יותר חזקה מזכותו של המעקל המאוחר. כאן היא גם נותנת מקום לתיאורית האישיות. התחרות הזו היא תחרות על אותו הנכס, אבל הזכויות שמדברים עליהן הן שונות (אדם שרוצה את הדירה הזו לעומת אדם שרק רוצה כסף ולא משנה לו מאיפה הוא מגיע). זה למעשה יישום של תיאורית האישיות.
2. זהות הצדדים הטיפוסית היא זהות שמבטאת הבדל מאוד משמעותי במאזן המצוקה- שטרסברג נותנת מקום גם למאזן המצוקה וגם לטיפוסים השכיחים שנקלעים לתחרות הזו. כשמסתכלים על סוג התחרות של בעל ההתחייבות לעסקה אל מול נושיםף זהות הצדדים הטיפוסיים שנקלעים לעסקאות האלה זה בדרך כלל אדם שרכש דירה שהיא כל עולמו, האדם הפרטי צד יותר חלש אל מול נושים מוסדיים, חזקים, שיודעים לדאוג לאינטרסים שלהם ושחקנים רב פעמיים שרוצים את הכסף שלהם. פה היא מכניסה את מאזן המצוקה- בדרך כלל מצוקתו של אדם שעשה את העסקה, כל רכושו, מצוקתו יותר גדולה מבנק מבוסס. בנקים יודעים לדאוג לעצמם לבטוחות- זהות הטיפוסים בתחרות הזו, רוב הזמן זה בנקים שמנסים לעקל נכסים של לקוחות שחייבים כסף שמעומתים מול אדם חלש. שטרסברג-כהן מכניסה פה שיקולים חלוקתיים בין הצדדים.

שטרסברג-כהן מוסיפה כי כל הנשוא של הערת אזהרה, לא ניתן לדרוש מבעל ההתחייבות לעסקה כדרישה כנגד המעקל. רישום של הערות אזהרה ומרשם בכלל לא רלוונטי לנושים, אלא למי שעושה עסקאות מאוחרות. אדם שהוא מעקל בא ונופל על נכס, לא בודק את המרשם- הוא לא מעלה ולא מוריד. הוא לא יכול לטעון שבעל התחייבות לעסקה שלא רשם הערת אזהרה צריך לסגת מפניו בגלל שהוא לא רשם הערת אזהרה. ההלוואה של המעקל ניתנה מלכתחילה בלי קשר למצב הרישום בנכס, כך שזו לא טענה אמינה.

חשוב לציין שמבחינה תמריצית תמיד כדאי לרשום הערת אזהרה- כי אף פעם לא נדע מי מול מי יהיה העימות.

שורה תחתונה- ההכרעה משנה את ס' 127ב ביחס ליחסים בין בעל התחייבות לעסקה מול נושים או מעקלים מאוחרים. הכלל החדש הוא שאין צורך לרשום הערת אזהרה כדי לגבור עליהם! אם רשמת- בטוח תגבר, אבל גם אם לא רשמת- ייתכן שתגבר.

מה יקרה אם שולמה רק חלק מהתמורה?

אחד הדברים החשובים שפסד מחדד זה מה קורה אם שולמה רק חלק מהתמורה, שדיברנו על הדין האנגלי ציינו כי דיני היושר נותנים עדיפות עד לכדי שווי התמורה ששולמה. האם זה ישפיע על תוכן העדיפות?

* לפי שטרסברג-כהן, מה שצריך לעשות במצב כזה זה לנסות להחזיר את החלוקה של דיני היושר (את הדין האנגלי). כלומר, היקף העדיפות יהיה עד גובה הסכום שהוא שילם.
* ברק וחשין (ברוב) קובעים שהראשון תמיד זוכה בלי קשר לגובה התמורה שהוא שילם. אין השלכה לשאלת התמורה לגבי שאלת הזכייה בנכס. יש לזכור כי הראשון עדיין צריך להשלים את שאר התמורה, ולכן המעקל יוכל לעקל את החוב של בעל ההתחייבות העסקה לבעלים- אם יש יתרת חוב שלא שולמה, הוא יוכל להטיל עיקול על הכספים שבעל התחייבות העסקה חייב לבעלים, אך הוא לא יוכל לשים את ידו על הנכס. לכן זה לא אומר שאם הנושה מפסיד את הנכס הוא מפסיד הכל. הוא עדיין יכול לקבל את יתרת התשלום עבור הדירה ממי שזכה בדירה.

**השפעת הלכת גנז על עקרונות הלכת אהרונוב?**

פס"ד בנק המזרחי נ' גדי

רקע עובדתי: מקרה בו נמכרה דירה. הקונה לא רושם הערת אזהרה במשך 7 שנים ואז בנק המזרחי מתיל עיקול על הדירה בגלל החובות של המוכר. זה מקרה שמגיע אחרי פס"ד גנז, והוא מחזיר אותנו לתחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושה. פס"ד אהרונוב הוכרע בכך שהראשון בזמן זוכה משום שיש לו זכות מעין קניינית, מתוקף ס' 9. אחרי פס"ד גנז, בו ברק הוסיף את חובת רישום הערת אזהרה, עולה השאלה האם חוזרים לתחרות הראשונה ומייבאים אליה את חובת רישום הערת האזהרה, או שמספיק להיות בעל התחייבות לעסקה ראשון בזמן מול נושה?

ביהמ"ש קובע שלא מייבאים את דרישת רישום הערת האזהרה כתנאי לזכייתו של הראשון לתחרות בין רוכש לקונה**,** כי המעקלים הם לא מסוג האנשים שמסתמכים על המרשם, זאת למרות שאת עצם הזכות לומדים מס' 9. יש שלוש סיבות לכך שלא מייבאים את הדרישה

1. מוסד העיקול אינו עסקאות נוגדות- עיקול זו לא עסקה נוגדת, זו לא אותה התחרות. אין פה חשש שאם הראשון בזמן היה רושם הערת אזהרה זה היה משנה את השיקולים של הנושה המעקל. לא מעניין את הנושה המעקל הנכס, הוא רק רוצה לגבות את החוב.
2. אין הסתמכות על נכס ספציפי- זה מעט חוזר למה שאמרה שטרסברג באהרונוב. כשמטילים עיקול על נכסי המוכר לא מטילים על נכס מסוים, מטילים עיקול על כל נכסי המוכר. זה לא שעבוד של נכס. עיקול אומר שתופסים את כל נכסי המוכר ושהוא לא יכול לעשות בהם עסקאות.
3. עוצמת האינטרס של המעקל בנכס- גם אם היו מטילים עיקול ספציפית על הנכס לא הנכס הוא מה שמעניין, רוצים את הכסף. בעצם הערת האזהרה לא הייתה משנה את הרצון לעקל.

**הנושה המקצועי**

מה קורה כשבעל ההתחייבות לעסקה מוקדמת(ממשכן) הוא נושה מקצועי (כמו בנק) ?

פס"ד רשף נ' יוסף(פס"ד מחוזי)

השופט אוקון קובע כי אם בעל ההתחייבות הקודמת בזמן שהוא נושה מוסדי\מקצועי (ולא האדם הקטן), שמעומת עם מעקל מאוחר- שם אומר השופט אוקון שם צריך להחמיר וכן לדרוש רישום של הערת אזהרה כתנאי לעדיפות על פני המעקל המאוחר. בנקים הם שחקנים מקצועיים, וככאלה הם יודעים לדאוג לעצמם. אם הוא שחקן מקצועי שירשום הערת אזהרה- אם אתה רוצה לקבל עדיפות על פני נושים מאוחר, מכיוון שאתה נושה מקצועי, נרצה שתרשום הערת אזהרה כי אתה שחקן חזק, ולא האדם הקטן שממנו לא נצפה הערת אזהרה. אם הוא נושה מקצועי ספיקות נמוכות החמירו את הדרישות. למעשהמייבא את חובת רישום הערת האזהרה מפס"ד גנז לתחרות שבין נושה מקצועי למעקל מאוחר. הוא עושה זאת רק ביחס לנושים מקצועיים (בעיקר בנקים). בית המשפט מכון להחיל את הלכת גנז ביחס לנושה מקצועי. כיוון שהם נושים מקצועיים, כיוון שיש להם אינטרס גדול במרשם מדויק, וכיוון שהם שחקנים חוזרים, מוטלת עליהם חבות לרישום הערת אזהרה כתנאי לניצחון בתחרות הראשונה.

**האם הלכת אהרונוב תקפה גם ביחס להתחייבות למתן מתנה?**

פס"ד אהרונוב אומר שאם יש בעל התחייבות לעסקה במקרקעין הוא גובר על נושה מעקל מאוחר יותר, גם אם הוא לא רשם הערת אזהרה. גם אחרי פס"ד גנז, ברגע שמדובר בבעל התחייבות מול נושה מעקל לא דורשים מהראשון בזמן לרשום הערת אזהרה. נשאלת השאלה מה קורה אם ההתחייבות לעסקה היא התחייבות לעסקת מתנה?

בהתחייבות למתנה מול מעקל מאוחר- בלי קשר לסוג העסקה- כל מי שרושם הערת אזהרה גובר על מעקל או נושה מאוחר. כך שאם נרשמה הערת אזהרה, בן אם מקבל מתנה או אדם של עסקה בתמורה, תמיד יגבר על מעקל מאוחר. מה קורה אם יש התחייבות למתנה אך בלי הערת אזהרה?

**ביהמ"ש בפס"ד לניאדו**

ברירת המחדל- בעל ההתחייבות המוקדמת למתנה יפסיד למעקל המאוחר כך שהלכת אהרונוב לא תקפה במצבים כאלה. ההסבר מצוי במאזן המצוקה שייגרם מכל אפשרות- עסקת המתנה עושה חסד עם אדם ולא כפופה לתמורה, בעוד שהמעקל המאוחר רוצה להיפרע מהנכס בשל אמצעים/כספים שנתן לבעלים וייפגע אם לא יזכה לעיקול. השופט אלון אומר שנקודת המוצא בתחרות זו תהיה בהעדפת הנושה על פני מקבל המתנה. עם זאת, עדיין יכול מקבל המתנה לגבור על הנושה הלא מובטח בתנאים מסוימים (במצבים שלא רשם הערת אזהרה):

1. הנסיבות יעידו על כך שהמתנה היא אמיתית (בעיקר מצבו הכלכלי של נותן המתנה עובר למתן המתנה). צריך להראות שאין מצב כלשהו של פשיטת רגל וניסיון הברחת נכסים.
2. כאשר בעל ההתחייבות למתנה שינה מצבו לרעה- האם בעל ההתחייבות למתנה הסתמך על זה?
3. כאשר החזרה מהמתנה אינה אפשרית- למשל ייפוי כוח בלתי הדיר, שלא ניתן לחזור בה לפי הסכם המתנה.
4. כאשר הנושה המעקל ידע על המתנה- חוסר תום לב.

מספיק שתנאי אחד לא יתקיים באופן קיצוני כדי שיקבעו כי הנכס ילך לנושה המעקל.

1. **תקנת שוק במקרקעין**

תקנת השוק במקרקעין ובכלל תקנת שוק, זהו מצב בו אדם מנסה למכור יותר ממה שיש לו- יכול להיות מצב בו למוכר אין לו כלום או כשיש לו זכות בנכס אך הן פחותות ממה שהוא מנסה להעביר (למשל יש לו שכירות והוא מוכר בעלות). לזכות הקניינית יש כל מיני מאפיינים דומיננטיים בהם העקיבה והעדיפות, ולכאורה אם נצמד להגדרה של עקיבה ועדיפות היינו אומרות שההיגיון הבריא אומר שאדם לא יכול למכור יותר ממה שיש לו- ואכן זו ברירת המחדל. כאשר יש זכות קניינית היא תקפה כלפי כל העולם ולכן אם אדם מתיימר לעשות עסקה עם זכות פגומה, או שאין זכות בכלל- אין תוקף למה שנעשה, ואכן זו ברירת מחדל. אך תקנות שוק זה מצב חריג בו בגלל איזשהו אינטרס חברתי חשוב הדין מחליט לכופף את כלל החזרת הנכס בגלל תכונות העקיבה והעדיפות ולהסתכל על העסקה כעסקה תקפה. ולכן נוצר עימות בין בעל הקניין לבין רוכש תם לב.

**סעיף 10 לחוק המקרקעין**

"מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון".

ס' 10 למעשה נותן את הכלל לגבי תקנת שוק במקרקעין, וקובע כי כדי לזכות מכוח תקנת שוק במקרקעין, חייב לעמוד בשורה של תנאים מצטברים:   
כדי שאדם שרוכש זכות פגומה בנכס מקרקעין והוא יהפוך לבעליו- למשל מישהו מנסה למכור נכס מקרקעין שלא שייך באמת, כדי שהקונה תוכל לזכות בנכס, למרות שמקור הזכות הוא פסול, צריכים להתקיים לפי לשון החוק שישה תנאים מצטברים:

בתקנת שוק במקרקעין העימות הוא בין הבעלים האמיתי לבין אותו רוכש שקונה זכות פגומה, שהרוכש קונה בגלל איזשהו צד שלישי שנכנס לתמונה ועושה עסקה בנכס. יש בעלים אמיתי שפתאום נוצר בינו לבין רוכש הזכות עימות. כדי שהרוכש יוכל לזכות הוא חייב לעמוד בששת התנאים:

1. רכישת זכות במקרקעין- אותו אדם שרכש את הזכות, רכש זכות במקרקעין. כלומר, רכש את אחת מהזכויות הקנייניות וסיים את העסקה ברישום קנייני. זו יכולה להיות כל עסקה קניינית בנכס ולא רק בעלות. חייבים לסיים את העסקה ברכישת זכות במקרקעין, לפי הפסיקה לא מספיק שהעסקה מסתיימת רק בהערת אזהרה, אלא ברכישת זכות- על ידי רישום. "רק קניין מכה קניין"- אם נרצה להפקיע קניין ממישהו הוא חייב להיות בעל זכות קניינית כדי להתמודד מולו. תקנת השוק במקרקעין לא פועלת נגד זכויות לא רשומות- כשזוכים מכוחה, אם אתה זוכה מכוח ס' 10 אתה יכול רק לנצח אנשים שיש בידם זכות רשומה. זכויות לא רשומות (כמו שכירות קצרת טווח או זיקת הנאה מכוח שנים) לא נסוגות מפני תקנת השוק.
2. תמורה- הקונה שילם את כל התמורה או לפחות את החלק הארי ושהתמורה משקפת את השווי האמיתי של הנכס. דרישת התמורה מגלמת גם במידה רבה עניין של תום לב, אם התמורה לא ריאלית ולא משקפת את השווי האמיתי, אז צריכה להידלק נורה אדומה לגבי העסקה- צריך לחשוד שדבר לא כשר בעסקה.
3. תום לב- כדי שהרוכש יהיה מסוגל לרכוש את הנכס הוא צריך להיות בעל תום לב הנמשך עד לרגע השכלול הקנייני, לא ידע על נסיבות העסקה- לא ידע על רכישת זכות פגומה. הפרשנות בעסקה לגבי דרישת תום הלב היא של תום לב סובייקטיבי- לא ידע שהוא רוכש את הנכס בנסיבות שהמוכר אינו הבעלים של הנכס. יש פסיקה שבאה והציגה גם מדדים אובייקטיבים לדרישת תום הלב (הלכת **מרדכיוב**)- היא הכניסה לתוך תקנת השוק דרישות של ממדים אובייקטיבים, דרישות לבדיקות ראויות.
4. במקרקעין מוסדרים- תקנת השוק חלה רק לגבי מקרקעין מוסדרים, זה נוגע ללב ליבו של רציונל תקנת השוק. מקרקעין מוסדרים זו קרקע שעברה הסדר ויש ביטחון ברישום שלה. רציונל התקנה מתחבר גם לדרישה השישית, לתת לאנשים יכולת להסתמך על רישום המקרקעין, מבלי לעשות בדיקות מעמיקות ומבלי שנפקפק ברישום. תקנת השוק לא חלה במקרקעין לא מוסדרים מכיוון שאין ביטחון ברישום. הרישום במקרקעין לא מסודרים רק מהווה ראיה לתוכנו. תקנת השוק במקרקעין עוסקת רק במצבים שבהם יש רישום שגוי בקרקע שעברה הסדר- אומרים כי בשם הרצון לעודד אנשים להסתמך על המרשם נהיה מוכנות להסתמך על רישום בקרקע מוסדרת גם כאשר הוא שגוי.
5. בהסתמך על הרישום בפנקסי המקרקעין- חייב להסתמך על הרישום בפנקסי המקרקעין. כאשר נעשתה עסקה בנכס שהזכות של המוכר היא פגומה, חייב לעשות את העסקה על בסיס בדיקה של פנקסי המקרקעין. הרציונל המרכזי של תקנת השוק הוא חיזוק המרשם. אם אדם לא הסתמך על המרשם, למה שנגן על זכותו הקניינית? המשמעות לדרישה- אסור להסתמך על מסמכים חיצוניים בלבד לצורך ביצוע העסקה, רק על הטאבו ורישום המקרקעין.
6. כאשר הרישום לא היה נכון- תקנת השוק במקרקעין חלה רק כאשר הרישום בפנקסים לא היה נכון, חייבת להיות טעות במרשם. קנית ממישהו שהצליח להירשם בטעות במרשם המקרקעין, והרישום לא משקף את המשמעות האמיתית בנכס. כל מצב אחר, אין תחולה לתקנת השוק. וההבחנה הגדולה בין התנאי השישי למצב של התחזות.   
   הטעות צריכה להיות במרשם ולא טעות של הקונה (שקנה מאדם מתחזה). מקור הטעות היא תרמית חיצונית למרשם, הרישום הוא נכון אך האדם נפל קורבן להתחזות. אם המרשם נכון ואדם רוכש ממתחזה, תקנת השוק לא תחול והנזק ייפול על רוכש הזכות הפגומה.

אם חלילה כן היינו מרחיבות את הכלל לרישום נכון אך להתחזות, זה היה מעודד התחזויות- אם היינו מאמצות כלל משפטי לפיו גם במצב בו הרישום נכון אך נפל קורבן להתחזות, הזכות תעבור עלייך- האפקט הנורא שהיה קורה זה שהרבה מאוד אנשים היו פועלים באותה הצורה.   
מאחר וצריכים להתנהל שישה תנאים דווקנים אין הרבה מקרים שאכן חלה תקנת השוק (פחות מחמישה פסקי דין)- יש הפקעה של קניין מאדם אחד לאדם אחר, ולכן צריך להבין את הקושי והחומרה אם הכלל היה תקף.

היכולת להימנע מהתחזות זה לבקש מספר אמצעי זיהוי- בדרך כלל לנוכלים יש רק אמצעי זיהוי אחד מזויף.

**רציונל תקנת השוק**

הרציונל של התקנה זה לבוא ולעודד אנשים להסתמך על המרשם, לחסוך עלויות עסקה ובירור לגבי שרשרת העסקאות בנכס, לא נרצה לבזבז הרבה מאוד זמן כדי לברר אצל מי הזכויות ואילו זכויות, יכול להיות מאוד יקר ומאוד בזבזני להתעסק בכך ולכן באו וניסו לחסוך לנו את המצבים האלה.

**באיזה מצב תקנת השוק יכולה לחול?**

הדוגמא הקלאסית בה תקנת השוק תחול- בעלי דירה נותן ייפוי כוח לעורך דין שלו לייצג אותו בתביעות מטעמו. עורך הדין משנה את המרשם באמצעות מרשמים מזויפים ומעביר את הנכס לבעלותו. הוא מוכר את הנכס לרוכשת א', שמוכרת את הנכס לרוכש ב'. במצבים כאלה, עלינו לבדוק אם התקיימו כל שש התנאים שבתקנת השוק, אך זה המצב הקלאסי שבו המרשם שונה ונעשתה תרמית במרשם, בו התנאי השישי מתקיים. הוא נרשם כבעלים למרות שאין לו שום זכות של בעלים, אך הוא עשה את זה בתרמית. ותקנת שוק במקרקעין.

**הפסיקה המרכזית על תנאי תקנת השוק במקרקעין**

תנאי 6- תנאי הסתמכות בתו"ל על הרישום ולא על מסמכים אחרים

* הלכת קורצפלד נ' אדלר- "ההסתמכות שבה מדבר ס'10 צריכה להיות ממשית, על יסוד נתונים הקיימים בפועל בעת הרכישה".
* הלכת מורדכיוב נ' שלמה- "קונה הרוכש זכות במקרקעין על בסיס מסמכים מזויפים או ייפוי כוח מזויף, לא זכאי להגנת תקנת השוק אף אם השלים בתום לב את העסקה ברישום". ההסתמכות חייבת להיות על מרשם המקרקעין ולא על מסמכים אחרים- לא מעניין על בסיס איזה מסמך נעשתה העסקה אלא רק שהקונה הסתמך על מרשם המקרקעין ובדקת שמי מכר באמת רשום כבעלים.
* הלכת ג'הנשה נ' עזורי- עסק בתרמיות של חלה תקנת השוק, בית המשפט קבע כי לא חלה תקנת השוק שבהן התחזה המוכר לבעל הזכות הרשומה, כמו יפוי כוח מזויף. כי במקרה כזה הסתמכו על יפוי הכוח ולא על הרישום. התרמית צריכה להיות במרשם ולא מאפשר תרמית חיצונית למרשם לצורך תחולת תקנת שוק במקרקעין.

תנאי 3- תו"ל סובייקטיבי- הלכת בעלי מקצוע נכסים נ' סונדרס:

פסק הדין החשוב ביותר שעוסק בשאלת תום הלב הסובייקטיבי.

* בפס"ד עולה כי תום לב חייב להיות סובייקטיבי- "בהקשר של ס'10 לחוק המקרקעין תו"ל משמעותו אמונה, הלכה למעשה של הקונה, כי המוכר או בעל זכות במקרקעין כאמור במרשם, וכי הוא רשאי להעביר את זכותו זו נקיה מכל זכות של אדם אחר". בית המשפט פירש את הדרישה הזו כתום לב סובייקטיבי- זה המבחן המרכזי.  
  דברים נוספים שבית המשפט כן הוסיף זה שאם הרוכש יודע כי למוכר אין זכות קניינית במקרקעין או שהיא מוטלת בספק, או לחילופין אם חשדת שיש בעיות עם זכויות המוכר אך לא ביררת זה מצב של עצימת עיניים, ואלו מקרים שלא יחשב כתם לב. המקרים היחידים שבית המשפט מסכים כי הקונה עומד בדרישת תום הלב זה אם הוא לא ידע או חשד בזכות- אין אחריות במצב שהקונה באמת לא ידע. בית המשפט אומר שאם הרוכש התרשל, נגיד לא נקטת באמצעים שאדם סביר היה נוקט- רשלנות ותום לב יכולים לעמוד בכפיפה אחת, אך יכול להיות שבמצבי התרשלות אתה לא תיתפס ככזה שהיה חסר תום לב. "להתרשלותו עשויות להיות תוצאות משפטיות אך לא מתחייבת שלילת תום לבו כתוצאה מההתרשלות". לא בטוח שישללו תום לב אם האדם באמת תמים.
* תום הלב צריך להיות הן בשלב העסקה והן בשלב הרישום- "מאחר שהרישום הוא תנאי הכרחה להגנה על הרוכש, מן הראוי כי יסוד תום הלב יימשך וילך עד למועד הרישום. אין מקום ליצור הפרדה בזמן בין קיום תום הלב לבין ביצוע הרישום". עד לשלב סיום העסקה חייבים להיות תם לב- אם מגלה באמצע הדרך משהו לא תקין חלה חובה לעצור את העסקה (בדומה למה שנקבע בורטהיימר).

**מה הדין כאשר למוכר יש רק הערת אזהרה?**

חשוב להבין שהפרקטיקה הזו שאנשים מוכרים מקרקעין כשיש לטובתם רק הערת אזהרה היא פרקטיקה מאוד נוהגת. המצב הוא כזה- אדם שנחזה לבעלים מוכר זכות קניינית בנכס ל-א'. בשלב זה לרוכש א' יש רק הערת אזהרה, ועדיין הוא יכול למכור את הזכות שלו בנכס. כעת הוא מוכר את הזכות הקניינית שלו ל-ב'. בתקנת השוק אין רצון לפגוע בפרקטיקה הזו, היא חלק מהשוק של המקרקעין וכל המטרה של תקנת השוק היא לשמור על השוק מתפקד. לא רוצים להגיע למצב בו כל אדם שיש לו רק הערת אזהרה לא יוכל למכור את המקרקעין.

פס"ד מרדכיוב

רקע עובדתי: אדם התחזה לבעלי הנכס ולא משנה את הרישום. מגיע רוכש א' שרוכש זכותו המזויפת של הבעלים המזויף, ורושם הערת אזהרה על רכש כזה. לכאורה בחוליה בין רוכש א' למתחזה- רוכש א' לא יכול לזכות בנכס מפני שהוא לא עומד בתנאי השישי של תקנת השוק (הרישום הוא נכון)- הוא לא ביצע עסקה בהסתמך על המרשם, אלא על סמך תרמית חיצונית לו. הסיפור ממשיך- רוכש א' עושה עסקה עם רוכשת ב', ומנסה לגלגל הלאה את הנכס לרוכשת ב', כשעכשיו העימות נוצר בינה לבין הבעלים.

שאלה משפטית: האם רוכשת ב' יכולה לזכות בתקנת השוק במצב בו היא הסתמכה רק על הערת אזהרה שנרשמה כראוי במרשם?

ביהמ"ש (רובינשטיין)- רוכשת ב' כדי שהיא תזכה מול הבעלים היא צריכה לעמוד בכל תנאי התקנה- בעלת זכויות קנייניות, תמת לב, לשלם תמורה, להסתמך על המרשם, רישום נכון וכו. כשבית המשפט העליון בודק את התנאים, הוא אומר הרבה דברים חשובים כמו הרציונל של התקנה, שהתקנה לא חלה במקרים של תרמיות חיצוניות למרשם וכו. בית המשפט חוזר על הדברים שאנו מכירים כבר- רוכש א' היה בוודאות מפסיד כי הוא לא עמד בתנאים. בעסקה הראשונה- המרשם היה נכון ולכן תקנת השוק לא חלה כשהמרשם נכון כך שהרוכש לא יזכה.

באשר לרוכשת השנייה, שהסתמכה על הערת אזהרה שנרשמה לא כראוי על הנכס- ביהמ"ש לא שולל אפשרות להחיל את תקנת השוק. בית המשפט העליון אומר דבר מעניין- באופן עקרוני אם רכשתי מאדם שאין לו זכות קניין אלא רק הערת אזהרה שהיא זכות מעין קניינית, זה אל שולל את החלתה של תקנת השוק במקרקעין. אם נרשמה הערת אזהרה (שכזכור, אינה מעבירה זכות קניינית) בהסתמך על טעות במרשם- נוכל להחיל את תקנת השוק במקרקעין, אך זאת בתוספת שני תנאים:

1. החלת תקנת השוק מחייבת "בדיקה ראויה"- סטנדרט אובייקטיבי. אם רוכשת ב' רוצה לקנות, היא צריכה לעשות בדיקות ראויות- היא צריכה להוכיח כי היא בדקה ובחנה כראוי את עסקת היסוד שבין הבעלים הרשום ומי שיש לטובתו הערת אזהרה. בית המשפט שולח את רוכשת ב' לבדוק את תנאי העסקה בין רוכש ב' לרוכש א' והבעלים המקורי. התוכן של הבדיקה הראויה משמיע סטנדרט אובייקטיבי כשהאחריות בפועל מוטלת בד"כ על עורכי הדין של הרוכש. תוכן העסקה נקבע על פי נסיבות המקרה, אך הפעולה הבסיסית הנדרשת מאדם שרוכש דירה שלא רשומה על הבעלים, זה ליצור קשר עם הבעלים הרשום. לא ניתן להסתפק רק במערכת היחסים שבינו לבין הרוכש הראשון.   
   בנוסף, כשמדובר בעסקת מכר תכוף (קניתי נכס ומכרתי אותו מייד- כשהמישהו מזדרז למכור זכויות רק על בסיס הערת אזהרה- חובה לחשוד ונדרוש מהרוכש השני להתעניין בנסיבות ובדוק מדוע המכירה נעשתה כל כך מהר מפני שהדבר מעודד חשד, ואם לא עשה זאת נשלל גם תום לבו הסובייקטיבי. אלו נסיבות שעלות חשד שמצריך בירור. כשבמידה ולא נעשה בירור, זה עולה לכדי עצימת עיניים.

כיוון שהרוכש לא עשתה בדיקה ראויה בהסכם שבין הבעלים לרוכש א', רוכשת ב' לא עומדת בתנאים.

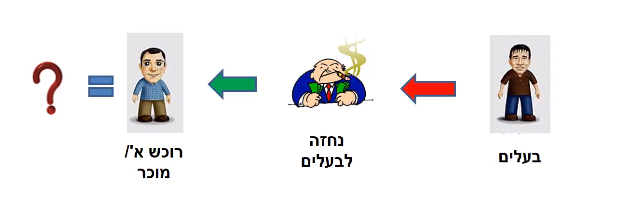
1. התניית תשלומים- א נדרוש מהרוכשת השנייה גם להתנות את התשלומים עד השלמת העסקה המקורית בין הרוכש הראשון לבעלים. אתה קונה נכס על בסיס הערת אזהרה, אתה צריך להתנות את מירב התשלומים לשלב של אחרי הרישום ע"מ להנות מההגנה של תקנת שוק.

בית המשפט כן מוכן לאפשר פרקטיקה של רכישה על בסיס הערת אזהרה, כי הוא מבין שזו פרקטיקה שאכן קיימת ולפעמים היא כשרה. אבל בית המשפט לא מוכן לאפשר לצדדים להתחמק מחובות של בדיקות ראויות ולא נותן לצדדים דרך לצאת מזה מבלי ביצוע של בדיקה ראויה. זהו הסייג לתום לב סובייקטיבי שהלכת מרדכיוב באה ויוצרת תנאים של בדיקה ראויה בנסיבות כמו למשל עסקאות שנעשות על בסיס הערת אזהרה.

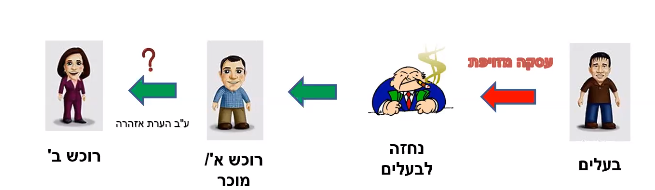
חשוב לזכור - רוכש ב' עדיין חייב לעמוד ב-6 התנאים של ס' 10!

**סיכום תקנת שוק במקרקעין (מנוי פלח)**

* אם הנחזה לבעלים לא שינה את הרישום- רוכש א' לא ייהנה מתקנת שוק. הסיבה היא שלא היה פגם ברישום, הפגם היה בכך שהרוכש הסתמך על תיעוד מזויף של הנחזה.



* אם הנחזה לבעלים שינה את הרישום (למשל באמצעות ייפוי כוח מהבעלים), רוכש א' ייהנה מתקנת שוק. הסיבה היא שהעסקה בוצעה בשל פגם ברישום.
* אם רוכש א' שינה את הרישום, רוכשת ב' תהנה מתקנת שוק, משום שהרכש על בסיס פגם ברישום.
* אם רוכש א' לא שינה את הרישום בזמן העסקה עם רוכשת ב', ורוכשת ב' קונה את הנכס על בסיס הערת אזהרה בלבד, צריך להבחין בין שני מצבים:



1. הרישום לא הושלם גם לאחר העסקה. כלומר, בשום שלב במהלך ההתקשרות עם רוכש ב' רוכש א' לא העביר את הבעלות על שמו. רוכש ב' לא ייהנה מתקנת שוק, מהסיבה שאין פגם ברישום באף שלב.
2. בשלב כלשהו לאחר העסקה עם רוכש ב' רוכש א' כן העביר את הרישום על שמו. מכשירים בתנאים מסוימים החלה של תקנת שוק בסיטואציה הזו. ניתן להנות מתקנת שוק אם עומדים בשני תנאים, התנאת תשלומים עד לרישום ובדיקה ראויה של עסקת היסוד**.**

**(5) תקנת שוק במיטלטלין**

**ס'34 לחוק המכר**

תקנת השוק במקרקעין עוסקת במצב בו אדם רוכש מיטלטלין ממישהו שזכותו בנכס פגומה- למשל רכב גנוב, רכב שכור מאדם שמתיימר להיות בעליו. אדם מתיימר למכור מיטלטלין שהזכות היא לא של השוכר. כך שהקונה מעומת עם הבעלים.

סעיף 34 קובע כי: "נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב".

שורה של תנאים המצטברים להשלמתה של העסקה:

1. מכירה: דרישת המכירה מקפלת בתוכה שתי דרישות:
2. **עסקת העברת בעלות**- תקנת שוק במיטלטלין חלה רק במקרים של עסקאות מכר והעברת בעלות בלבד, בשונה מתקנת השוק במקרקעין שחלה על כל סוגי העברת הזכויות הקנייניות, הפחותות ממכר והעברת בעלות.
3. **העסקה הייתה** **בתמורה-** עסקה תמורת מחיר, אנחנו נמצאים תחת חוק המכר- מכר= הקניית נכס תמורת מחיר.

נראה כי פס"ד כנען הוסיף כי על התמורה להיות אובייקטיבית ולשקף את שווי השוק של הנכס. בכנען הסיפור היה של מכירת נכסים בשווי 100 אלף דולר שנמכרו בתמורה ל200 שקלים. ניסו לטעון שהתמורה צריכה להיות סובייקטיבית ולא אובייקטיבית ולשכלל עסקה גם מקום שהפרטים טעו בהערכת השווי. בהמ"ש לא קיבל את הטענה וקבע כי חובה תמורה ריאלית המשקפת את שווי השוק האמיתי של הכנס, חייבת להיות עסקת העברת בעלות בה נעברה תמורה שמשקפת את השווי האמיתי של הנכס.

1. נכס נד- ס' 34 לחוק המכר מדבר רק על נכסים מוחשיים של מיטלטלין (לא זכויות מופשטות, מקרקעין או קניין רוחני כלשהו). רק נכים מוחשיים וניידים.
2. על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר
3. המכירה- במהלך הרגיל של העסק: לא "בסמטה חשוכה בלילה" או שלא בבית העסק.

שני התנאים משקפים את הרציונל לתקנת השוק, והם מתארים **תנאי שוק פתוח**. הם מתארים פרשנות אובייקטיבים ומשקפים את הרציונל של התקנה. תקנת השוק במיטלטלין מנסה לעודד אנשים לקנות נכסים ממי שעוסק במכר הממכר במהלך הרגיל של עסקיו- מנסים להפנות לשווקים חוקיים, מוכרים ולא מפוקפקים. התנאים האלה מתפרשים לפי סטנדרט אובייקטיבי (זמיר בפס"ד כנען).  
הדרישות מנסות גם לתמרץ אנשים לבדוק באופן רחב את מקור הנכס שהם מכניסים לשוק.

יש שאלה לגבי קניה באינטרנט- ראוי להתאים את תקנת השוק שכן המציאות המסחרית באינטרנט השתנתה (שתקנת השוק שדיברה על מושגים של "עולם ישן" צריכה לחשוב על אתרי אינטרנט- כמו אדם שמוכר ביד 2).

1. הקונה קנה וקיבל לחזקתו- התנאי של שכלול קנייני במיטלטלין: הקונה קנה וקיבל את הנכס, כלומר התקיימה מסירה של הנכס- מה שמהווה שכלול קניין בדרך של מסירת הנכס.
2. תום לב- בחינת תו"ל סובייקטיבי לאורך כל העסקה- מתחילתה ועד שכלולה. דרישת תום לב סובייקטיבית, ולא אובייקטיבית שמתייחסת רק לעסקאות מקרקעין ורישום של הערת אזהרה. המבחן הוא סובייקטיבי- העדר ידיעה והעדר עצימת עיניים, אך יש לזכור כי הדרישות לבירור לא גבוהות- תנאים של שוק פתוח ומסחר תקין. מבחן המתייחס למכלול הנסיבות של המכר ורלוונטי למועד כריתת הסכם המכר. מקום עריכת העסקה (חנות לעומת סמטה אפלה), מועד עריכת העסקה (בשעות פעילות העסק או באישון ליל), תנאי העסקה.

יש שאלה עד כמה נדרשת ידיעה קונסטרוקטיבית? האם רוכש רכב, אשר שועבד במרשם יכול להיחשב תם לב? עד כמה שקיים רישום במרשם שולל תום לב? הפסיקה הישנה (הלכת רוזנשטרייך)- לא מייחסים את הידיעה הזו לרוכש, ולא דורשים\ מצפים מהרוכש את הבדיקה הזו. רציונל של סחר חופשי ושוטף במיטלטלין. עד כמה ההלכה הישנה הזו רלוונטית למצב כיום שהרבה יותר קל לעשות את הבירורים האלה? אולי צריך להתאים את הדרישה, אך כיום הפסיקה לא השתנתה!

**כנען נ' ממשלת ארה"ב**

בעלי תמונה השאיל את תמונותיו למוזאון הפדרלי, אשר ביטח את התמונות. התמונות נעלמו והתגלגלו לשוק הפשפשים ביפו לגברת זהבה כנען במחיר נמוך מאוד (250 ₪), כנען גילתה שזה מהמוזאון הפדרלי, והלכה לברר. העימות הוא בין ממשלת ארה"ב שדורשת את התמונות לגברת כנען.

כמעט כל תנאי השוק התקיימו, השאלה הייתה לגבי דרישת התמורה- האם נדרשת תמורה סובייקטיבית שנובעת מההבנה השגויה של הצדדים? או שמא הפרשנות חייבת להיות אובייקטיבית- הערך האמיתי של התמונות, התמורה הריאלית היא מעל 100,000$ .

ביהמ"ש העליון קובע שמדובר בדרישה אובייקטיבית לתמורה הריאלית. בין השופטים יש ויכוח עד כמה זה ראוי או לא. אך ההלכה היא שנדרשת תמורה ריאלית. חלק מהשופטים העלו את השאלה לגבי תנאי השוק הפתוח- האם שוק הפשפשים נחשב כתנאי השוק הפתוח כולל את מכירת תמונות האומנות בשוק הפשפשים.

השופטים מגיעים להלכה דרך שני מסלולים:

1. מסלול פנימי- אין עמידה בתנאי התקנת השוק—אין עמידה בעיקר בדרישת התמורה הריאלית.
2. מסלול חיצוני- אין הצדקה ל"מתנות משמיים". לא הגיוני לתת לכנען את המתנה בשווי הזה אם היא שילמה רק 250 ₪ לעומת ההפסד הגדול של ממשלת ארה"ב. על בסיס המשפט רק קניין יכה קניין- נרצה שהבעלים יספוג את אותו חסרון הכיס, תספוג את הנזק על רכישת הנכס שעלה לדיון, אין שום היגיון לתת מתנות משמיים ששילמה רק 250 שקל מול המצוקה של ממשלת ארצות הברית.  
   היה ניסיון לתת לכנען את הסכום ששילמה, אך אין לכך הצדקה- כי תקנת השוק זה הכל או לא כלום, אם הבעלים זוכה הקונה מפסיד וכו. ברגע שהקונה זכה הנכס מתחיל "חיים חדשים" ללא התייחסות להיסטוריה, לזכויות אנשים אחרים.

דרך א' בהגעה לפתרון- הייתה טעות משותפת של הצדדים, ובמצבים של טעות משותפת ניתן לבטל את העסקה. ולמעשה ממשלת ארצות הברית מפעילה את הזכות לבטל את הסקה בנכס בגלל דיני העקיבה. היא נכנסת לנעלי הבעלים האמיתיים וטוענת שיש טעות משותפת שבגינה ניתן לבטל את החוזה.

דרך ב' (השופט ברק)- שולל את דרישת תום הלב האובייקטיבי. ברגע שקונים נכס ששווי הריאלי הרבה יותר גבוה ממה ששילמת, לא תוכלי להיחשב לתמת לב. אך הדבר המרכזי שדרישת התמורה לא מתקיימת.

בית המשפט אכן מחיל את מאזן המצוקה, והיגיון בריא של כל אחד יגיד שאין היגיון שממשלמת ארצות הברית תישא בנזק הגדול.

**מכוניות**

לגבי רכבים חשוב לזכור שאם רוכשים רכב מאדם פרטי אין הגנה של תקנת השוק (למרות שזו עסקה שכיחה). היה ניסיון להרחיב את החוק גם לעסקאות של רכישת רכב מאדם פרטי אך זה לא קרה. לכן רכישה של רכב מאדם פרטי, יש לעשות בדיקה מקיפה על הרכב והפתרון הוא להתנות את התשלום בהעברת בעלות במשרד הרישוי- כלומר רק לאחר העברת הבעלות ישולם הכסף (אלא אם מוחלט אחרת), אך הרישום במשרד התחבורה אינו מקנה זכויות.

**תקנת שוק בזכויות**

מדובר על הדיון של המחאת חיובים לפי סעיף 4!

**נטילה שלטונית של מקרקעין**

כשמדובר על נטילה שלטונית של מקרקעין יש שני סוגים של נטילות שלטוניות:

1. הפקעות- מצב בו הרשות לוקחת את המקרקעין של האדם הפרטי ומעבירה את רישום הזכויות של המקרקעין על שמה או על שם גורם אחר מטעמה. למצב הזה, כשרשות מפקיעה את המקרקעין, למעשה לא נותר לבעלים דבר והוא מאבד את המקרקעין. הפקעות באנגלית המונח המקובל הוא expropriation\takings .
2. גריעות תכנוניות- זה גם סוג של נטילה שלטונית של מקרקעין, אלא שכאן במצב של גריעה תכנונית הבעלים נותר הבעלים של המקרקעין אבל על המקרקעין מוטלות כל מיני מגבלות המכרסמות ביכולת של בעלי המקרקעין לעשות בהם שימושים שונים. הדוגמא הקלאסית למצב כזה היא דוגמא שבה מעבירים תוכנית בניין למקרקעין למרות שהוא המקרקעין של הבעלים. מה שזה אומר שהוא יכול לעשות במקרקעין פחות דברים ממה שיכל לפני כן. מצב כזה נקרא regulatory takings . נעשית בדרך כלל באמצעות תוכניות המתפרסמות ברשויות המקומיות.

חשוב לדעת כי בישראל מפצים על שני סוגי הנטילות- גם על הפקעות וגם על גריעות תכנוניות. בעוד שבארצות הברית מפצים על הפקעות אך לכל מה שנוגע לגריעות תכנוניות הפיצוי מאוד נמוך, וחובת הפיצוי על גריעה תכנונית היא רק כאשר היא משמעותית מאוד, באופן ששקול למעשה להפקעה.

נטילות שלטוניות של מקרקעין בישראל מטופלות דרך חוק יסוד כבוד האדם וחירותו- דרך ס' 3 (הגנה על הקניין) וס' 8 (פסקת ההגבלה). יש בישראל 25 דברי חקיקה המאפשרים לרשויות להפקיע מקרקעין או להטיל גריעות תכנוניות על מקרקעין של אנשים פרטיים.

**דברי חקיקה מרכזיים**

שני דברי החקיקה המרכזיים הם:

* חוק התכנון והבניה
* פקודת הקרקעות

חשוב לדעת שהם דברי החקיקה שעל בסיסם נעשות למעלה מ95% הפקעות וגריעות תכנוניות. כן צריך לדעת שיש דברי חקיקה אחרים המאפשרים להפקיע- למשל חוק הנחלים והמעיינות המאפשר להפקיע קרקעות לצורכי מים. חוק הבזק- הפקעות לשם הצבא, קווי תקשורת וכו. חוק מסילות הברזל, עד 2010 השתמשו בו רבות- והוא היה מדורג מקום שלישי לאחר פקודת הקרקעות. אבל משנת 2010 כבר לא בתוקף.

1. **הפקעה של מקרקעין**

מהי הפקעה של מקרקעין? היא פעולה שלטונית המורכבת משלושה חלקים:

1. רכישה כפויה של מקרקעין- אקט כפוי על בעלי המקרקעין, הבעלים לא רוצה לתת את הקרקע למדינה או לרשות המקומית, אך למרות חוסר הרצון שלו המדינה לוקחת את המקרקעין מתוקף סמכותה.
2. לשם הגשמתו של הצורך הציבורי-הפקעות של מקרקעין הנעשות על ידי המדינה או הרשות המקומית נעשות לשם הגשמה של צורך ציבורי ולשם הגשמתו בלבד, לא ניתן להפקיע למטרות אחרות.
3. תמורת פיצוי בעל המקרקעין- פעולת ההפקעה חייבת להיות תמורת פיצוי של הבעלים בגין הפקעת המקרקעין.

נעבור כל רכיב ונפרט לגביו

1. **רכישה כפויה של מקרקעין**

**הבסיס התיאורטי לנטילה שלטונית של מקרקעין**

מכוח מה יכולה הרשות השלטונית לשלוח את ידו ולקחת את המקרקעין של האדם הפרטי? למה שהשלטון לא יהיה חייב להגיע עם האדם להסכם רצוני, משא ומתן ואז לקבל את המקרקעין? למה נותנים לשלטון את היכולת להפקיע קרקעות של אנשים בכוח?

יש לזה שלושה הסברים:

1. תיאורית שימור הכוח- התיאוריה הראשונה המצדיקה את הנטילה השלטונית הכפויה היא תיאורית שימור הכוח. תיאוריה זו אומרת כי השלטון שומר את עיקר המקרקעין אותם הוא רוצה להפקיע, הוא תמיד יכול להפעיל את הזיקה הזו ברגע שהוא רוצה את הקרקע. זאת אומרת, הבעלות הפרטית ניתנת על ידי הריבון כשהוא משמר בידיו תמיד את הכוח לקחת את הקרקעות בכפייה מתי שהוא יצטרך. תיאורית שימור הכוח- גם שנתתי את הקרקע תמיד שימרתי את היכולת לקחת את הקרקע כאשר אצטרך אותה.
2. Police power תיאוריה זו טוענת כי המדינה קיימת כדי להגשים מטרות מסוימות וכדי לממש את המטרות הללו, היא חייבת לשמר את הכוח לקחת מקרקעין כדי להגשים את תפקיד המדינה. למשל- לדאוג למרחבים ירוקים, המדינה חייבת להיות מסוגלת גם להפעיל את הסמכות שלה להפקיע.
3. תיאורית ההסכמה הראשונית- התיאוריה השלישית שמסדירה את היכולת להפקיע היא תיאורית ההסכמה הראשונית. לפי לוק, כאשר אנחנו בוחרות את הנציגים שישרתו אותנו, אנחנו נותנות להם איזשהו כרטיס אשראי פתוח לבצע הפקעות. אנחנו בוחרות את הנציגים שלנו ואנחנו לא יודעות לראות מתי נדרש להפקעה ואיזה קרקעות יילקחו, אך אנחנו נותנות הסכמה מראש ומודעת לנציגים שלנו להפקיע קרקעות כאשר צריך את הקרקע לצרכים כאלה או אחרים. כלומר ברגע שבחרנו את הנציגים שלנו, נתנו להם גם את הסכמתו לפעולות של הפקעה.

**למה צריך השלטון את הכוח להתערב בקניין פרטי?**

בישראל השאלה עולה בצורה יותר חריפה- הבעלות המדינית היא של 93% מקרקעות המדינה.

1. כשלי שוק- הסיבה העיקרית לשימוש בהפקעה היא של כשלי שוק. יש מצבים שבהם אנשים מבינים שהמדינה חייבת את הקרקע שלהם כדי להיות מסוגלת להגשים צורך ציבורי, ולכן אם אני צריכה דווקא את הקרקע של פלוני, הוא הופך להיות סוג של מונופול- אם הוא יודע שצריכים את הקרקע שלו, הוא יכול להיות שחקן ולסחוט את המדינה לצורך קבלת האישור שלו לעשות שימוש בקרקע. יכול לקרות מצב בו המדינה מצליחה להגיע להסכמות עם כלל האנשים אך אדם אחד שמסרב לשתף פעולה תוקע את כל הפרויקט. כך שאם הכל היה על בסיס הסכמי היה כשלון עסקה כיוון שאותו אחרון יהיה שחקן שידרוש דרישות לא פרופורציונלית בקיום הפרויקט. ולכן אנחנו מעדיפות להתגבר על כשל השוק בכך שלמדינה סמכות הפקעה ובכך נפתור את הבעיה לא לתת לאנשים מרחב של סחטנות.
2. צדק חלוקתי- לפעמים היינו רוצות לאפשר הפקעה של שטחים לצורך הגשמה של שיוויון- לאפשר לאוכלוסיות שונות נגישות למקרקעין, למשאבים או למוצרים מסוימים שכולם צריכים לקבל גישה אליהם. ולכן במקרים כאלה המדינה יכולה לבצע הפקעות כדי להגשים מטרות של צדק חלוקתי.
3. כוח שלטוני קלאסי- צריך להבין שיש הרבה דברים שהמדינה תקים עבורנו אם היא מגשימה את הכוחות השלטוניים שלה. למשל- כוחות כיבוי אש, צבא, בתי חולים. ולכן בשביל להקים את כל הצרכים האלה המדינה צריכה קרקעות כדי להגשים את הכוחות השלטוניים הקלאסיים שלה. לרוב, יהיה קשה מאוד למצוא את כל הקרקעות האלה ולכן נרצה לאפשר סמכויות של הפקעה כדי לאפשר הקמה של כל מיני מבנים לצורך הגשמה של מטרות המדינה והסמכויות שלה.

נעבור לרכיב השני

1. **לשם הגשמתו של הצורך הציבורי**

**מהו צורך ציבורי?**

החוק בישראל קובע בס' 2 לפקודת הקרקעות, צורך ציבורי הוא תנאי להפקעה. צריך צורך ציבורי כדי להפקיע מקרקעין, ההפקעה חייבת להיות רק לצורך ציבור. צורך ציבורי מוגדר כצורכי ציבור כמוגדר בס' 188 לחוק התכנון והבניה- שם יש שורה ארוכה של צרכים ציבוריים, והוא מעגן גם סעיף פתוח שניתן להלביש עליו. ההגדרה מאוד רחבה וכללת הרבה מאוד צרכים. מעל הכל מרחף ס' 10, סעיף סל רחב אחר הנותן לשר האוצר להגדיר צרכים ציבוריים נוספים.

היינו מצפות שאם נאפשר למדינה לבוא ולהפקיע מאיתנו קרקעות, הינו רואות רשימה מאוד מוגדרת של צרכים ספציפיים, המגבילים את היכולת של המדינה להפקיע- אך החוק בס' 2 לפקודת צרכי ציבור נותן סמכות מאוד רחבה ויוצר את עילת הסל. חשוב לדעת כי אין ספק שההסדר הזה הוא הסדר רחב שנותן למדינה הרבה מאוד כוחות וכיולה להפקיע לכמעט כל מטרה שר האוצר חושב שיש בו צורך ציבורי.

מה המשמעות האופרטיבית? ס' 3 קובע כי "אם נוכח שר האוצר לאחר התייעצות עם הוועדה המייעצת כי דרוש או נחוץ הדבר לצורך ציבורי":

* לרכוש את בעלותה של כל קרקע;
* לרכוש את החזקה או את השימוש בכל קרקע לתקופה מסוימת;
* לרכוש כל זכות שימוש בכל קרקע או כל זכות אחרת בה או עליה;
* להטיל כל זכות שימוש על כל קרקע או כל הגבלה אחרת על השימוש בכל זכות הקשורה בבעלות על אותה קרקע, בשלמו אותם פיצויים או אותה תמורה כפי שיוסכם עליהם או כפי שיוחלט עפ"י הוראות הפקודה הזאת.

יש מגוון של אפשרויות שהאפשרות הכי דרקונית היא הפקעת הבעלות של כל הקרקע.

**מבט השוואתי**

ארצות הברית

מבט השוואתי לארצות הברית- שם נראה כי כל הנושא של הפקעות מסודר דרך החוקה האמריקאית, הפדרלית ודרך חוקים מדינתיים. כל הסוגיה של הפקעות מתחלקת לשני רבדים משפטיים- החוקה הפדרלית קובעת כי לא ניתן לקחת קניין פרטי לצורך ציבורי ללא פיצוי הוגן. ויש גם חקיקה מדינתית במדינות השונות המסדירה את כל נושא ההפקעות- כל דמינה מסדירה את דיני ההפקעות בצורה אחרת, שכן לכל אחת יש תפיסת עולם שונה. ככל שמדובר במדינות שהן יותר רפובליקניות המדינות יהיו פחות סובלניות להפקעות ויפעלו לשימור הקניין הפרטי. מצד שני, ככל שהמדינה יותר בצד הדמוקרטי של המפה הפוליטית, המדינה תהיה יותר סובלנית להפקעות לצורכי ציבור. רוב המדינות גם הדמוקרטיות נווטות להגן על זכויות קניין בצורה חזקה ולא מאמצות תפיסה שהמדינה יכולה לעשות כרצונה. הגישה היא גישה כזו המאפשרת למדינה להפקיע אך נותנת הגנה חזקה מאוד לזכויות קנייניות.

אחד מפסקי הדין החשובים ביותר בבית המשפט העליון האמריקאי העוסק בהפקעות- עוסק בשאלת הצורך הציבורי בדין האמריקאי, שם השאלה מהו צורך ציבורי על פי החוקה הפדרלית.

סיפור בעיר קילו שם הייתה עיירה בקונטיקט, שהייתה עיר במשבר כלכלי עם אחוזי אבטלה גבוהים, שבמשך שנים ניסו להשתקם ולמשוך חברות מסחריות להקים אצלם מפעלי פיתוח כדי להעסיק את האוכלוסייה המקומית. אחרי הרבה שנים של ניסיונות העיר הגיעה להסדר עם חברת פייזר, שם סוכם כי היא תקים מרכז פיתוח שיקדם את העיר מבחינה תעסוקתית. כדי להקים את מרכז הפיתוח היה צורך בקרקע. החברה לא רצתה להתחיל משא ומתן לקניית קרקעות וחלק מתנאי הכניסה לערי שהעירייה תקצה קרקע. ואכן העירייה מתחילה בהפקעת שטחים, היא מגיעה לאזור מסוים בעיר ויצא שבאחד הבתים גרה העותרת. בדיון בבית המשפט האמריקאי הטענה הייתנה שאסור לקחת קרקעות אלא אם כן מדובר בהגשמה של צורך ציבורי. אך במקרה הזה, לא מדובר בהפקעה לצורך שימוש ציבורי- לוקחים את הקרקע הפרטית ומעבירה לגורם פרטי אחר, בלא צורך ציבורי. ולכן היא טוענת שאין צורך ציבורי שהגשמתו מחייבת הפקעת המקרקעין. בית המשפט העליון האמריקאי מכשיר את הסיפור הזה ומכריע נגדה- רוב השופטים סברו שיש פה שימוש ציבורי וצורך ציבורי לגיטימי שבגינו ניתן להפקיע את המקרקעין. ההסבר של בית המשפט העליון נתן הוא שהפרויקט יבוא ויקדם את התעסוקה בעיר, ולכן גם אם הקרקע עוברת לידיים פרטיות כל העיר תרוויח מזה. פרשנות יותר מרחיבה של הגשמת הצורך הציבורי. בית המשפט העליון מאשר את ההפקעה ברוב דעות, יש מיעוט לא קטן אך חשוב להבין כי בית המשפט בסוף אומר שניתן לקחת את הקרקע.

מה שקרה בסוף, זה שלמרות שההפקעה אושרה חברת פייזר החליטה לא להגיע לעיר, והסיפור נגמר בזה.

אחרי פסק הדין הייתה תגובת נגד חזקה בארצות הברית, ומדינות שונות לא רצו לאפשר את פעולות ההפקעה האלה מאדם פרטי לגורם פרטי אחר גם אם יש תועלת ציבורית. מדינות השונות כתגובה לפסיקה של בית המשפט העליון האמריקאי, זהב שכמובן הן לא יכולות למנוע הפקעה כזו כי בית המשפט העליון קבע שזה צורך ציבורי, אך המדינות הגיבו בדרך של הקשחת התנאים- כמו פיצוי גבוה יותר מהנדרש- לא רק פיצוי בגובה שוק אלא לבוא ולשם יותר מהנזק שנגרם.

בישראל

צורך ציבורי הוא לא באמת מגבלה אמיתית. בישראל המציאות המשפטית היא שצורך ציבורי הוא מציאות בה בתי המשפט למעשה מכשירים הכל. אחד הדברים המעניינים ופסקי הדין החשובים בדיני הפקעות הוא פסק הדין בעניין קרסיק.

קרסיק נ' מנהל מקרקעי ישראל- בפסק הדין בייניש קובעת כי חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו מבטאת את צמצום סמכות ההפקעה הציבורית על מקרקעין. נוצר רושם מדבריה של בייניש, שלמעשה בישראל יש נוקשות רבה כשמדובר בהפקעה של קרקעות לצורך ציבורי, הסמכות מצומצמת. השאלה האם זה באמת נכון, שהתשובה היא שלילית.

אם נבחן את הפסיקה לאורך השנים, נראה כי סמכויות ההפקעה שניתנות בישראל הן סמכויות הפקעה מרחיקות לכת- מאוד חזקות, צורך ציבורי מתפרש בהרחבה, בתי המשפט כמעט אף פעם לא מתערבים וכו. נבחן כמה פסקי דין מרכזיים המעידים על המגמה הזו:

* פרשת דור נ' שר האוצר-בראשית קום המדינה הייתה את פרשת דור נ' שר האוצר. מדובר על הפקעת קרקע לטובת הקמת בתים לעולים חדשים. בעלי הקרקע, משפחת דור פנתה לביהמ"ש שלוקחים קרקע פרטית לצורך יישוב אנשים פרטיים אחרים- טיעון דומה בפרשת קילו. ביהמ"ש קובע כי הוא לא מתערב, ברגע ששר האוצר קובע שזה צורך ציבורי, בית המשפט לא יכול להעביר ביקורת שיפוטית על החלטת שר האוצר.
* פרשת שוורץ נ' שר האוצר- המשך של פרשת אתא נ' שוורץ. שוורץ התנגד לפעילות מפעל שהוקם מול ביתו. הוא טען שהמפעל מזהם ועושה הרבה רעש. לבסוף, ביהמ"ש והעליון חייב את המפעל לנקוט באמצעים וצעדים להסרת הנזקים שנגרמו לשוורץ. לאחר המקרה, בעלי המפעל פנו לשר האוצר וביקשו להפקיע את הקרקע של שוורץ, אחרת יסגרו את המפעל ויפטרו עובדים (כלי נשק שהרבה חברות משתמשות בו). המדינה נכנעת ללחצים, ושר האוצר הפקיע את הקרקע של שוורץ. שוורץ מגיש עתירה לבג"ץ נגד ההפקעה. ביהמ"ש מאשר את ההפקעה, מהרגע בו שר האוצר החליט שיש צורך ציבורי, אין לו יכולת לבצע ביקורת שיפוטית על הצעתו. באמרת אגב- גם אם הוא היה יכול להפעיל ביקורת שיפוטית, קיים צורך ציבורי לגיטימי- אבטלה רבה בעיר וסגירת המפעל שתוביל לפיטורין של 600 עובדים, הופכת זאת לצורך ציבורי. מספיק בהשלכות ציבוריות כדי להכיר בהפקעה במקרה זה.

הדין הישראלי כפי שנראה בפסקי הדין, הקדים את בית המשפט העליון האמריקאי ואומר כי מספיק שיש תועלת והשלכות ציבוריות כדי שנכיר בהפקעה ככזו הנדרשת להגשמת צורך ציבורי.

* בג"ץ מהדרין נ' שר האוצר- הפקעת הרבה קרקעות של חברת מקרקעין לצורך הקמת שדה התעופה נתב"ג. בית המשפט קבע כי אין ספק כי הקמת השדה הוא צורך ציבורי, אך החברה, בעלת המקרקעין, טענה כי בתוך הפרויקט יש הרבה צרכים מסחריים שלא באמת מהוויים צורך ציבורי מובהק- כמו הדיוטי-פרי. ולכן הם כי יש לפצל- כל מה שנוגע לצרכים ציבוריים שיפקיעו את הקרקע, אך כל מה שקשור לצורך מסחרי שיתנו לחברה להקים ולעשות את העבודה בעצמה. ביהמ"ש העליון לא מתערב בהחלטת שר האוצר. בגלל שמדובר בפרויקט גדול, לא יתנו לגורם אחד להקים את החלק של הפרויקט הזה, יתנו למדינה להקים את כולו.
* מחמוד חליל נ' מדינת ישראל- הפקיעו מחליל קרקעות לצורך התרת שטח ציבורי פתוח. גם כאן בית המשפט פוסק השוא לא מתערב בשיקול דעתו של שר האוצר ולכן גם בהקשר הזה, הוכשר הצורך הציבורי גם כשהוא שטח ציבורי פתוח.

האמירה של השופטת ביניש בפס"ד קרסיק לא מדויקת, האמירה הנכונה יותר היא של השופט שמגר בפסיקה יותר מאוחרת ב"לוביאניקר נ' שר האוצר" - לשר האוצר יש שיקול דעת רחב, ולכן כשר האוצר מזהה כי יש צורך ציבורי, אין לבית המשפט יכולת לבוא ולהתערב ואף ימנע מלהעביר ביקורת על שיקול דעתו של שר האוצר. אם שר החליט שקיים צורך ולכן הוא מאשר אותו ככזה, יהיה קשה לתקוף החלטות מסוג זה, זה שיקול דעת רחב הניתן לשר.

אז היכן כן מתערבים? בשאלת הצורך בית המשפט אינו מתערב, אך הוא כן מתערב במידתיות ההפקעה. כלומר, בדרך כלל הם כן יכשירו את מטרת ההפקעה אך הם כן יתערבו ויעבירו ביקורת שיפוטית זה במידתיות ההפקעה- האם ההפקעה מידתית.

**התערבות במידתיות ההפקעה**

מאחר ופגיעה בזכות הקניין כפופה לפסקת ההגבלה, מבחן המידתיות הפך להיות מרכזי בשאלה האם היא כשרה או לא כשרה. לכן, תקיפת ההפקעות נעשית דרך מידתיות ההפקעה ובמישור זה ניתן להכריז על הפקעות כבטלות אם הן לא מידתיות. לאורך השנים נולדו בפסיקה שבעה מבחנים לבחינת מידתיות ההפקעה:

1. ניסיון הרכישה ההסכמי- בתקופת שמגר התפתחו ההנחיות של היועמ"ש לממשלה והוא יצר שורה של הנחיות לפיהן כדי שרשויות יתניעו הליך של הפקעה חייב להיות לפי הליך ההפקעה, ניסיון של רכישה הסכמי מטעם הרשות. לנסות להגיע להסכמה עם בעלי הקרקע לפני שהרשות מפקיעה את הקרקע. כלומר, הרשות צריכה להעמיד הצעה לבעלי המקרקעין לרכישה הסכמית, לנהל משא ומתן ולרכוש את הקרקע בצורה הסכמית ולא כפייה. הרציונל היה להתחיל את התהליך בצורה שהיא טובה, רצונית ובלי לפגוע בזכויות קניין. אם זה לא נעשה והרשות ישר קופצת לאפשרות של הפקעה זה כן נתפס כחוסר מידתיות בפעילות ההפקעה. אם הרשות לא מנסה להגיע להסכם טוב, בצורה של ניהול משא ומתן בית המשפט יכול לתקוף את ההפקעה על בסיס זה שלא נעשה ניסיון רכישה הסכמי מוקדם.
2. עילת הביצוע עצמי- יש שני פסקי דין מרכזיים הנוגעים לעילת הביצוע העצמי. עילת הביצוע העצמי מודגמת בצורה טובה בעניין נוסייבה:  
   פס"ד נוסייבה- למשפחה היו המון קרקעות על קו התפר בין ירושלים המזרחית למערבית, והחליטו לבנות על קו התפר והפקיעו מהם קרקע לצורך הקמת מרכז מסחרי, לא עשו שימוש בקרקע כ20 שנה. נוסייבה ביקשו חזרה את הקרקע שלהם. ביהמ"ש קובע כי יש להחזיר להם את הקרקע לא רק בגלל הזמן הרב שעבר אלא מכיוון שלמשפחה יש את היכולת הכלכלית להפעיל את המרכז המסחרי בעצמה, כך מכיוון שבעלי הקרקע עצמו יכלו לבצע את מטרת ההפקעה בעצמו, לא הייתה הצדקה להפקיע מלכתחילה את הקרקע. המבחן הוא האם הבעלים המקוריים של הקרקע יכול להגשים את הצורך הציבורי בעצמו בדרך של ביצוע עצמי?אם כן, ההפקעה אינה מידתית. בדיון הנוסף בית המשפט קבע כי המטרה לא נזנחה ולכן ההכרעה התהפכה. יש להדגיש כי בית המשפט לא התנגד לקו המחשבה של המימוש העצמי כך שהמבחן נשאר עומד בעינו. בדיון הנוסף גם עלתה הסוגיה שבית המשפט לא יכול לבוא ולעלות בעצמו טענות למימוש עצמי, כפי שנעשה בדיון המקדמי שהיה בדיון הראשון- כי זו טענה שהבעלים עצמם צריכים לטעון ולהוכיח ולא בית המשפט.
3. איחוד משאבים-זהו תת מבחן של ביצוע עצמי, שכן הוא מדבר על ביצוע עצמי בנסיבות מיוחדות של ריבוי בעלים. פס"ד שעסק בנושא- "מקור הנפקות וזכויות נ' מדינת ישראל", שעסק בהקמת שכונת הר חומה. לצורך הבנייה הפקיעו קרקעות שהיו בבעלות מס' בעלים. בעלי הקרקע טענו כי הרשות הייתה צריכה לנהל מו"מ ולא להפקיע, וכי אין סיבה שהמדינה תגזור את הרווח היזמי על הקרקעות, הם רצו שהמדינה תיתן לבעלי הקרקע את האפשרות להקים את שכונת המגורים. כך שהטענה הייתה שיתנו לבעלי הקרקעות לאחד את כלל הקרקעות ולהקים את הפרויקט. בית המשפט מקבל את הטענה וקובע כי הרשות צריכה לתת לבעלי הקרקע את האפשרות להתקשר עם קבלנים, אך מכיוון שיש הרבה בעלי קרקע צריך לאחד את המשאבים כדי לדבר עם הקבלנים. מצד אחד הם צודקים ומצד שני הוא נתן להם פרק מאוד מוגבל להגיע להסכמה לגבי הפעולה המשותפת מול היזם. זה נכון שמבחינת המידתיות יש הרבה בעלים ולא נרצה למנוע מלהגשים את הפרוייקט בעצמכם, ומצד שני נרצה להטיל עליכם מגבלת זמן. יש לציין כי נוכח פרק הזמן הקצר היה צפוי שהמשימה שבעלי הקרקע עמדו בפניה תיכשל. באופן עקרוני בתי המשפט כן מקבלים את הטענה וכן מאפשרים לבעלי הקרקע להגשים את הצורך הציבורי, אך יש לזכור את הזמן הקצר שבית המשפט התנה להם, כך שזה נראה שלא באמת ניתנה להם אפשרות.
4. שיהוי- לשיהוי יש שני פנים:
5. פן ראייתי- עלה בנוסייבה, העובדה שבמשך 20 שנה העיריה לא בנתה את המרכז ולכן היא זנחה את המטרה. מבחינה ראייתית המשמעות של השיהוי היא בכך שהשיהוי עשוי לשמש כראייה שלא באמת מתכוונים להשתמש בקרקע למטרה ציבורית.
6. פן מנהלי- קשור לדרך התנהלות הרשות. פחות מתעסקים בשאלה האם העובדה שהרשות לא פעלה זה מעיד על כוונותיה ביחס למקרקעין אלא מתייחסים לאופן שבו הרשויות צריכות לעבוד, ובהקשר הזה נרצה לפקח ולהעניש על התנהלות לא תקינה של הרשות. מבחינה מנהלית השיהוי מעיד שהרשות לא עובדת בצורה תקינה אם היא לא משלימה תוך זמן מסוים את המטרה. עד שנת 2010, כל הנושא של שיהוי היה מאוד משמעותי והיו משתמשים בשיהוי כעילה לביטול הפקעות לא מידתיות כאשר הרשויות לא עשו עם הקרקע שום דבר. משנות ה50 והילך בית המשפט העליון אומר כי הפקעה עשויה להתבטל אם הצורך הציבורי לא מוגשם.

למשל: בשנת 88' **בפסד אמיתי** ביטלו דה פקטו הפקעה, לאחר שבמשך 26 שנים לא עשו דבר בקרקע. זו הפעם הראשונה שביטלו הפקעה בעילה של מידתיות בשל שיהוי.

משנת 2010, היה טיפול מאסיבי בפקודת הקרקעות, ויש בחוק הסדר משפטי ברור כמה זמן הרשות יכולה להחזיק בקרקע מבלי לעשות בה דבר. ברירת המחדל היא שיש לרשות פרק זמן של עד 8 שנים להגשים את פעולת ההפקעה. אך המחוקק גם יצר אפשרות לשר האוצר להאריך את התקופה אם הוא סבור שזה ייקח יותר מ8 שנים, עליו לנמק זאת ואז ביכולתו להאריך את התקופה לעד 15 שנים. אם ה15 שנים לא מספיקות, המקסימום הוא 17 שנים להתחיל בביצוע מימוש התועלת הציבורית. יש לזכור כי מה שגובר היום זה החוק מ2010.   
לעיתים מימוש מטרת ההפקעה לוקח זמן רב וזאת בשל דיני המכרזים על הקרקע שהופקעה- לוקח הרבה מאוד זמן עד שמוכרז זוכה במכרז שמטרת ההפקעה מוגשמת.

1. תום/שינוי המטרה הציבורית-פס"ד קרסיק- שטחים שהופקעו מבעליהם לצורך שטחי אש של הצבא. לאחר 40 שנים המדינה מחליטה לשנות את ייעוד הקרקע הזו לצורך שיכון של עולים חדשים. המדינה עושה סוג של הצרכה- הצבא מוותר על הקרקע לטובת המדינה ובתמורה מקבל קרקע חדשה. בעלי הקרקע לא הסכימו לקבל פיצוי על הקרקע שהופקעה ודרשו להחזיר את הקרקע. לטענתם משום שינוי מטרת הקרקע, היא מגיעה להם חזרה. ביהמ"ש קובע שהתובעים צריכים להגיע להסכמה עם משרד האוצר- ברור שאת הקרקע לא יחזירו אך יש צורך לפצות. השופט חשין אומר בצורה ברורה שיש לשנות את תפיסת הקניין הישראלית (כפי שנעשה בשנת 2010 שהמחוקק עיגן את העקרונות שחשין דיבר עליו בקרסיק). קרסיק נחשב לפסקי הדין מהאקטיביסטים ביותר, בו חשין משנה בצורה גלויה את הדוקטרינה לגבי כל מה שקשור למקום הבעלים במרחב לאחר ביצוע ההפקעה. הוא מציג 2 דוקטרינות:

* הפקעה יכולה לנתק את זיקת הבעלים לקרקע- ברגע שהמדינה מפקיעה קרקע, הבעלים יוצא לחלוטין מהתמונה ואין לא יותר זיקה לקרקע, והופך לא רלוונטי. לאחר ההפקעה, בשאלה לאן הקרקע תתגלגל ומה יעשו איתה, אין לבעלים קשר לקרקע.
* רואה את ההפקעה כמעשה שמשמר את זיקת הבעלים לקרקע- אם עד כה התייחסנו להפקעה כמנתקת זיקה, חשין מציג שינוי גישה, לפיו הבעלים שומר על זיקה ועדיין יש קשר לקרקע. הגישה היא שברגע שמוצתה המטרה הציבורית (למשל שטחי אש לא משמשים כשטחי אש), ניתן להחזיר לבעלים את הקרקע שהופקעה.

אך חשין אומר דבר אחר, לפיו ישהמשך זיקה- הפקעה היא דוקטרינה המשמרת את הזיקה אךמבחינה אופרטיבית המדינה יכולה לעשות אחד משניים לאחר מיצוי המטרה הציבורית:

* **אופציה א':** המדינה תחזיר את הקרקע לבעלים, והבעלים ישלמו בעבורה. כלומר הם יקבלו תחילה פיצוי על הקרקע ואז ישלמו על הקרקע שהם ירכשו חזרה.
* **אופציה ב':** אותה מגבש חשין בפס"ד- שינוי מטרת הקרקע אינו מחייב את המדינה להשיב את הקרקע לבעלים, אך כן מחייב את המדינה להשתמש בקרקע רק למטרה ציבורית אחרת. העובדה שהקרקע נלקחה בכפייה מחייבת את המדינה להמשיך להשתמש בקרקע למרה ציבורית אחרת, אבל לא ניתן להשתמש בה למטרות פרטיות.

מבחינה אופרטיבית, בפס"ד אומר חשין שהמדינה יכולה להמשיך להחזיק בקרקע כל עוד היא צריכה אותה למטרה ציבורית אחרת, אך מה שחשוב לחדד שיש עדיין בהפקעה פעולה המשמרת את הזיקה של הבעלים לקרקע ולמדינה יש שתי אופציות- או להחזיר את קרקע או להמיר את הקרקע למטרה ציבורית אחרת אם התקיימה המטרה הראשונית.   
  
ב2010 אימץ המחוקק את הגישה הזו, וכך החוק קובע- אם תמה המטרה הציבורית, הבעלים יכולים לטעון כנגד ההפקעה של הקרקע (כביכול בפעם השנייה), בדיוק כפי שהוא יכול לעשות בהפקעה המקורית. למעשה יוצרים הפקעה מחדש ויוצרים מעין מנגנון של הפקעה מחדש. אין ניתוק מוחלט של זיקת הבעלים מהקרקע.

1. זכות מזערית-מבחן מידתיות המדבר על חובת הרשות להפקיע את המינימום הנדרש לקיום המטרה הציבורית. הדוגמא הטובה היא פס"ד אקונס-הוצאת הודעות הפקעה רחבות מאוד לשימוש בקרקע (לא לבעלות) לכריית מנהרות הכרמל. בימה"ש קבע שיש להוציא הודעות הפקעה מתוקנות להפקיע את המינימום הנדרש ולא הפקעה גורפת. כלומר ביהמ"ש יכול להגביל את היקף הזכות שהרשות לוקחת. לא לקחת יותר ממה שצריך- אם הרשות לוקחת יותר ממה שהיא צריכה בית המשפט יכול להתערב ולהוציא הודעה מתוקנת.
2. מיקום רלוונטי ומיטבי-פס"ד זמר- עוסק במיקום והתוואי של כביש 6 שעבר במועצה אזורית עמק חפר שאחר כך הוסת למועצה אזורית זמר, אשר מערערת על מידתיות ההפקעה משום שהתוואי המקורי היה אמור להיות באזורי עמק חפר והוסת לאזור יישוביה, דבר הגורם להפקעה לא מידתית. ביהמ"ש אומר שחלק ממבחני המידתיות הוא יכול להתעמת בשאלת המיקום הראוי והאידיאלי להגשמת הצורך הציבורי- ניתן להידרש גם למיקום האופטימלי של ההפקעה בשאלת המידתיות. אם המדינה באמת מסיתה את התוואי היא צריכה לתת הסבר מפורט מדוע עשתה זאת- כי אם זה לא אופטימלי ואידאלי ניתן להתערב.

בישראל הנושא של מידתיות ההפקעה הפך להיות מרכזי, באימוץ חוקי היסוד הפך מבחן המידתיות למבחן המרכזי שעל פיו תוקפים הפקעות ובוחנים את תקינותן.

1. **צדק ופיצוי בפקעת קרקעות**

**צדק**

כאשר מדברים על צדק ופיצוי, הרכיב הבא שחשוב לחשוב עליו הוא פיצוי האנשים על הפקעות. בישראל ביהמ"ש מדברים לרוב על מושגים של פיצוי נאות, פיצוי הוגן, צודק- המשקפים תפיסה של צדק. אך כאשר מדברים על צדק יש מושגים שונים של צדק עליהם ועל טיבם ניתן להתווכח. שכן יש להבין שתפיסות הצדק יכולות להוביל לתוצאות שונות.

* גישת הצדק המתקן- הגישה הקלה יותר, המומלצת ע"י דיני ההפקעות- גישת הצדק המתקן מדברת על השבת המצב לקדמותו. לפיה אם אדם פוגעוגורם נזק שעלותו X , הפוגע צריך להשיב את גובה הנזק לנפגע. התפיסה אומרת שנרצה לפצות כמידת הנזק המוערך שנגרם. אך יש להבין כי זוהי תפיסה המתעלמת מגורמים רבים- מהקהילה, הנסיבות, העולם החיצוני וכדו' ובוחנת מקרה ספציפי של הפגיעה ומתעלמת מנזקים סובייקטיביים, היא מחייבת את הפוגע לשלם ומפצה רק בעבור גובה הנזק האובייקטיבי שנגרם. היא מאוד קלה ליישום משפטי, ורווחת מאוד בעולם המשפט.

אמנם יש גישות נוספות אך הן הרבה פחות מקובלות ושמישות.

* גישת הצדק החלוקתי- ניסיון להחיל צדק חלוקתי במשפט הפרטי יכול אולי להישמע הגיוני למען קידום אנשים מקבוצות חלשות, אך יש עם כך בעיות קשות עליהן דיברנו בגישתו של דגן במסגרת דיני הקניין. הבעיה העיקרית היא שהדבר יוצר עימותים רבים משום שהמשפט הפרטי הוא אד הוקי, העקרונות בהם מתעסקים לא חלים או מתעוררים לגבי כלל האוכלוסייה, וכל פעם מגיע מקרה ספציפי לביהמ"ש. ולכן ניתן מענה לכלל החברה אלא מענה נקודתי בלבד. לכן הגישה פחות מקובלת בדיני הקניין למענה על סוגיות שונות, אך יש מערכות דינים אחרות שעושות זאת בצורה טובה יותר, כמו למשל דיני המס שעוסקים בצדק קולקטיבי ורואות את המצב הכלכלי של כולם.
* גישת צדק הליכי- הגישה אומרת שההליך יותר חשוב מהתוצאה, כלומר חשוב לקיים צדק בהליכים עצמם המובילים לתוצאה מסוימת. ההליך חייב להיות הוגן בו הצדדים מקבלים את זכויותיהם. בהיבט הזה זו גישה הקיימת בשיטות משפט רבות אך יש בה קשיים רבים. חשוב לדעת שבדיני הנטילה השלטוניים ההליכים מתבצעים באופן מסודר. עם זאת, ההליך בישראל הוא רק חלק מהעניין ושלב מסוים אך התוצאה חשובה גם היא. זו אינה התפיסה המקובלת בישראל- ההליך חשוב אך אינו העיקר והדבר היחיד, שכן חשובה גם התוצאה, זוהי גישה חלקית ואינה ממצה בדרך הטיפול בהפקעות.
* גישת הצדק המאחה- גישה המסתכלת גם על ההליך וגם על התוצאה, משמשת בעיקר במשפט הפלילי, ויש האומרים שראוי להחילה גם בהקשר של קרקעות. בהפקעה, הפגיעה ומי שפוגע במקרקעין זה לא רק ע"י אדם פרטי אלא ע"י קהילה שלמה- הרשות, ולכן צריך להסתכל על הפגיעה כבעלת משמעות כמו במשפט הפלילי- כסוג של מערכת יחסים בין הנפגע לקהילה כולה ולא רק בין הפוגע לנפגע- תפיסה רחבה ולא צרה. לדעתם יש ליצור שיתוף רחב יותר של האדם עצמו במטרות ההפקעה ועוד.

**פיצוי**

בדין האמריקאי חובת הפיצוי קובעת שלא ניתן לקחת קרקע מבלי לתת פיצוי הוגן, אך החוקה האמריקאית שותקת בנוגע לגובה הסכום. ביהמ"ש העליון האמריקאי קובע שפיצוי הוגן משמעותו שווי השוק של הנכס ((FMV-fair market value, כלומר מדובר בתפיסת הצדק המתקן כפי שקיים בישראל (נפצע רק על שווי הקרקע בשוק ולא מעבר לכך). עם זאת, נראה כי הפיצוי להשיב את הבעלים למצב כלכלי, עובר טרם ביצוע ההפקעה בפועל. לעיתים יש מענק פיצויים קטן עקב צורך במעבר לאזור גאוגרפי אחר אך לא מעבר לכך (עו"ד, תיווך ועוד).

האם פיצוי על פי מחיר השוק של הנכס הינו פיצוי צודק?

יש להבין כי בפיצוי לפי שווי שוק ישנם שלושה ראשי נזק שאינם נכללים במחיר שווי השוק, ולא תמיד בטוח שהדרתם צודקת- יש ערכים אחרים שנפגעים מעבר לשווי השוק ושהאלה היא למה שלא נכלול גם אותם?

* אובדן ערכים סובייקטיביים-יש אנשים בעלי ערכים סובייקטיביים לנכס וזה לא תמיד יהיה מגולם לפי שווי שוק. לא מדובר בהכרח על ערכים סנטימנטליים אלא לעיתים ערכים כלכליים עבורם ולא לאחרים (למשל- קרבה למקום העבודה, או לסוג קהילה, משפחה או חברים). השאלה שמתעוררת היא מדוע לא ניתנים פיצויים גם בהקשר הזה. חשוב לדעת שלא תמיד קל לכמת את הערכים הללו ולכן קשה לפצות בגינם, לא ניתן לשים על זה תג מחיר ולהעריך את הערכים הסובייקטיביים.
* כשלי השוק המדומיין- בישראל, בניגוד לארה"ב כן טיפלו בכך באופן ראוי. מדובר על מצבים בהם נעשות הפקעות בשכונות בעייתיות ובעלות ערך קרקע נמוך, במצבים הללו גם אם ניתנים פיצויים במלוא שווי הנכס לבעלים לא יהיה מה לעשות עם הפיצוי הנמוך. הבעלים יוכלו לרכוש בית בשכונה מתפוררת אחרת שכעבור כמה שנים יפנו אותם גם משם וכך הלאה. בישראל, בקונספט של פינוי בינוי למשל מתאפשר לבעלים להתנייד ולקבל את שווי הקרקע של השכונה החדשה שנבנית ולא של השכונה הישנה (אם הבעלים לא רוצה לגור בפרויקט).
* הדרת ערכים כלכליים- ישנם דברים נוספים שלא מפצים בגינם בפיצוי לפי שווי שוק, למשל עלויות הובלה, פגיעה במוניטין, תשלום לעו"ד, מתווך ועלויות נוספות.

מהו פיצוי?

בדין הישראלי עקרונות הפיצוי החשובים הם לפי שווי השוק. בפס"ד אדוארד ארידור נ' עיריית פ"ת השופט חשין אומר שפיצוי הוא חשוב ויש לעשות צדק עם הבעלים שלקחו להם את המקרקעין. בהסדרים בחוק הישראלי, פקודת הקרקעות וגם חוק התכנון והבנייה הם שני מסלולים שונים להפקעות, הם שני חוקים נפרדים שניתן לבצע הפקעה מכוח כל אחד מהם בנפרד, אך הם גם מתייחסים ומפנים אחד לשני. בהקשר של פיצוי יש שוני בין החוקים:

1. **פקודת הקרקעות**

**הפיצוי הוא לפי שווי השוק- למעט הפחתה של 25% הניתנת רק כשההפקעה היא לטובת רשויות מקומיות**

סעיף 12 קובע שכאשר ביהמ"ש קובע על פיצוי, הכלל הוא שהפיצוי הוא עפ"י שווי השוק של הנכס. כלומר הכל קבוע בחוק ויש הסדר חוקי לעומת הדין האמריקאי שם יש פרשנות לגבי גובה הפיצוי- שיהיה לפי שווי השוק נקבע ע"י הפסיקה ולא בחוקה.

סעיף 12 א' רבתי לפקודה קובע שאסור לקחת בחשבון בחישוב הפיצוי את העובדה שהקרקע נלקחה בכפייה- ללא הסכמת הבעלים, כלומר לא ניתן לפצות בגין הפגיעה באוטונומיה והכפייה. כך שסטנדרט הפיצוי לפי פקודת הקרקעות הוא מחיר השוק של הנכס ללא התחשבות בפגיעה בבעלים.

בסעיף 20 ניתנת סמכות הפחתה לגבי גובה הפיצוי. לפני 2010 היה חריג בחוק שאפשר לשר האוצר והקנה לו סמכות להפחתת הפיצוי עד 25% משווי הקרקע (סעיף 20 א'+ב')- לא חייבים לשלם פיצוי על רבע החלקה שנלקחת. בשנת 2010 נעשה תיקון החוג שביטל את החריג להפחתת הפיצוי, למעט חריג אחד- כאשר ההפקעה נעשית על ידי רשויות מקומיות. כלומר שר האוצר לא יכול להפחית את גובה הפיצוי, אך רשויות מקומיות כן יכולות להפחית את הפיצוי. החריג= כאשר ההפקעה נעשית ע"י הרשויות המקומיות בלבד.

סעיף 20(ג') מאפשר לשר האוצר בנסיבות המקרה כאשר הוא רואה זאת לנכון, להעניק פיצוי נוסף לבעלים, או לבטל את ההפחתה. הסייג לחריג= ביטול ההפחתה או הענקת פיצוי נוסף ע"י שר האוצר לפי שיקול דעת.

1. **חוק התכנון והבנייה**

גם לחוק זה יש סמכות פיצוי על הפקעה, לצד סמכותו של שר האוצר מהפקודה.

חוק התכנון והבנייה קובע בסעיף 190 החוק שניתן להפקיע לפי הפקודה ולפצות על פי העקרונות של פקודת הקרקעות, אך יש סמכות הפחתת פיצוי לפי החוק בסעיף 190(א)(1) עד לגובה של 40%. כלומר אם מפקיעים דרך הפקודה- ניתן להפחית פיצוי עד 25% ואם מפקיעים דרך החוק- ניתן להפחית עד 40% מגובה הפיצוי. זאת אם ההפקעה נעשתה לצרכים המנויים- הקמת גנים, שטחי נופש וספורט, בנייני חינוך, תרבות דת ובריאות.

אחת השאלות המתעוררות היא למה יש את הפער הזה בסמכויות ההפחתה- למה בפקודת הקרקעות לשר האוצר יש יכולת להפחית ע25% ובחוק התכנון והבנייה עד ל40%? הסיבות לשוני: (סיבות א' ו-ג' הינן המרכזיות)

* לצורכי הכלל- שבחוק התכנון והבנייה ההפקעות נעשות לצורך ולטובת כל הקהילה, צורך הציבורי שמטיב גם עם מי שהפקענו ממנו חלק מהקרקע ולכן ניתנת סמכות הפקעה גדולה יותר, שכן ההפקעה ניתנת לכולם גם לבעלי הקרקע שנפגע.
* גירעון- הגירעון הכלכלי של רשויות מקומיות נעניק להם סמכויות הפחתה נוספות- גדולה יותר.
* קיימת השבחה של המקרקעין- ערך הקרקע שנותרה לבעלים ייעלה בעקבות ההפקעה. לכן אם הבעלים יפוצה בשוויה המלא של הקרקע הוא ירוויח יותר ממה שהוא אמור לקבל על חשבון הפיצוי.

חשוב לדעת: הסיפא של סעיף 190 (א)(1) קובעת כי אם רשות מקומית מחליטה להפקיע רק חלק מהמקרקעין של הבעלים, וכתוצאה מההפקעה החלקית, השווי של יתרת הקרקע הופחת, אז הרשות המקומית לא יכולה להפקיע את החלקה הזו- בין אם זה נעשה בתשלום או שלא בתשלום. ודוק: הרשות המקומית אינה רשאית להפקיע את חלק מהקרקע- עליה להחליט אם להפקיע את כולה (בתשלום) או לא להפקיעה כלל. אם רוצים להפקיע רק חלק ממגרש, לא ניתן לעשות זאת אם כתוצאה מההפקעה של החלק, היתרה שנשארת אצל הבעלים שוויה יורד.

חשוב להבין כי אם היינו מתייחסות לסיפא הזו ברצינות, לא היינו יכולות להוציא לפועל שום הפקעה-כי לרוב יופחת ערכה של יתרת הקרקע, ואז הפקעות רבות לא יוכלו לצאת לפועל בגלל חוק תכנון והבנייה שמכוחו הסיפא. ולכן באו ופירשו את הסעיף בצורה שונה. הפרשנות הסבירה של סעיף 190(א)(1) היא שההגנה תחול רק במקרים בהם לא ניתן לנצל באופן סביר את יתרת הקרקע ולא ניתן לפצות את בעלי הקרקע על הפגיעה בשוויה של יתרת הקרקע. מבינים כי תהיה ירידה בשווי הקרקע, ולכן בתי המשפט פירשו את הסיפא אחרת בצורה שאם הבעלים יכולים להשתמש בחלקה באופן סביר ויש דרך לנצל אתה, הרשות יכולה להפקיע ללא קשר לשוויה. אך אם אין יכולת לעשות שימוש סביר הרשות צריכה להחליט על הפקעה מלאה או אי הפקעה רק במצבים שלא ניתן לפצות/לנצל את יתרת הקרקע, כלומר הפרשנות לא נוגעת לשווי היתרה אלא האם יש לו אפשרויות לשימוש סביר של החלקה.

**האם באמת ניתן להפחית 40% מהפיצוי?**

לכאורה חוק התכנון והבניה נותן סמכות הפחתה יותר דרמטי מאשר פקודת הקרקעות- שאפשרה רק 25%. צריך להבין שדה פקטו, הסמכות הפחתה של 40% מהפיצוי היא לא באמת סמכות הפחתה של 40%, אלא ישנה מדיניות פעולה אחרת.

לרוב, ברקע ההפקעה עומדת הרשות המקומית (בחוק התכנון והבנייה) אשר בשלב הראשון מעבירה תוכנית שמייעדת את המקרקעין המסוימים להפקעה של קרקע לצורך ציבורי. והשלבים בתוכנית התכנונית הם שקודם כל הרשות מכינה את תוכנית להפקעה, מפקידה אותה- כלומר מעבירה את התוכנית לוועדת התכנון המקומית- שהיא קוראת לכל בעלי העניין להגיש התנגדויות באם ישנה. ובשלב האחרון מאשרים את התוכנית.   
באופן עקרוני, ברגע שיש תוכנית שאושרה, והיא משנה את ייעוד המקרקעין ומשפיעה על שווים, הבעלים נקלע למצב קשה. מצד אחד- אף אחד לא ירכוש ממנו את המקרקעין שלו (כי ברור שהיא מיועדת להפקעה ולצורך ציבורי וערכה הכלכלי ירד משמעותית), מנגד ברגע שאושרה תוכנית עדיין לא הפקיעו את הקרקע. השלב הראשוני הוא רק תכנוני ולא ניתן לקבל פיצוי על ההפקעה. כך נוצר מצב בו בעלי הקרקע עלול להיות תקוע זמן רב עם תוכנית תכנונית המרחפת על פני הקרקע, אך בפועל הוא אינו זכאי לפיצויים.

השאלה היא מה הוא יכול לעשות? בשלב הזה הוא עדיין לא יכול לתבוע פיצויים מסעיף 190 שנכנס לתוקפו רק לאחר ההפקעה. על הרקע הזה מגיעה **הלכת חממי** (פס"ד הוועדה המקומית לבנייה ולתכנון ערים ראשל"צ נ' עזרא חממי) המדברת על הפיצויים בגין הפקעות וקובעת שצריך להסתכל על זה כשני שלבים- לראות את התהליך הזה כדו שלבי:

* שינוי יעוד- השלב הראשון בפרסום תוכנית המתאר להפקעה הוא בשינוי ייעודה, בכך נכנסים לסעיף 197 לחוק התכנון והבנייה (שעוסק בשינוי ייעוד וירידת שווי המקרקעין). בשלב זה נודע על ירידת הערך של המקרקעין וקמה הזכאות לפיצוי על ירידת הערך שנגרמת בגלל שינוי הייעוד דרך ס' 197 שעוסק בשינוי ייעוד והשלכתו על שווי המקרקעין. זה השלב בו יש את ההתרסקות הגדולה בשווי המקרקעין, קמה חובת פיצוי ובו משולם רוב הפיצוי על ירידת ערך המקרקעין.
* הפקעה- השלב המאוחר יותר, תיעשה הפקעה בפועל לפי סעיף 190- ואז נכנסת לתוקפה היכולת להפחית את הפיצוי בגובה 40%, אך זהו השלב הזניח כי המקרקעין הם כבר בעלי ערך נמוך ולא מדובר בירידת ערך משמעותית.

כלומר הלכת חממי אומרת שבפועל לא מדובר בבעיה משמעותית, כי חוק התכנון והבניה נותן את סמכות ההפחתה חל רק בשלב ההפקעה- שם ערך הקרקע מלכתחילה נמוך! את רוב הפיצוי בירידת ערך המקרקעין יקבל הבעלים כבר בשלב הראשון לפי סעיף 197. הבעלים צריך לתבוע את הפיצוי דרך סעיף 197 תוך 3 שנים מיום תוקף התוכנית (לפי ס'197ב'), אחרת בשלב ההפקעה הוא יקבל חלק קטן מהפיצויים בלבד. לכן חשוב לתבוע מיד בירידת הערך על מנת לקבל את הפיצוי על הפגיעה בשווי המקרקעין.

חשוב להבין שסעיף 197 לא עוסק בהפקעות, הוא מדבר על פגיעה בתכונות המקרקעין-במצב בו שווי המקרקעין נפגע "שלא בדרך הפקעה", כמו הפגיעה שנעשית טרם ההפקעה. שם אין את סמכות ההפחתה, אלא רק בשלב ההפקעה. רציונל ההלכה הוא דאגה לבעלים, שרוב הכסף יועבר להם תוך זמן קצר- מרבית השווי יינתן כבר באישור התוכנית ושאר הפיצויים יינתנו בשלב ההפקעה.

**מתי, אם בכלל, ניתן להפעיל את סמכות ההפחתה של 40%?**

יש לזכור כי לפי סעיף 190 ניתן להפחית את גובה הפיצוי 40%. השאלה היא מתי ניתן לעשות זאת? ביהמ"ש נדרש לענות על כך בשני פס"ד מרכזיים:

פס"ד אדית פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ר"ג

ביהמ"ש אומר בצורה ברורה שניתן להפחית פיצוי משום ההשבחה. לדוגמא אם הייתה לבעלים קרקע בשכונה ללא ביה"ס, ולאחר ההפקעה בונים ביה"ס- ערך הקרקע יעלה לאחר הקמת בית הספר מה שמוביל לכך שיש השבחה של הקרקע (ניתן גם להפחית כשמפקיעים חלקה בשלמותה). באופן עקרוני אך סמכות ההפחתה ניתנת משום שיש השבחה ליתר הקרקעות בשכונה.   
כלומר עקרונית לפי ביהמ"ש אם הופקעה חלק מהקרקע יש השבחה של החלק שנותר, לכן גם אם מפקיעים את כולה יש סמכות של הפחתת פיצוי. סמכות ההפחתה ניתנת בגלל ההשבחה.

* הכלל: מותר להפחית עד 40% גם אם החלקה מופקעת בשלמות (ישתנה בפס"ד הולצמן).

פס"ד הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית אתא נ' הולצמן

השופטת דורנר אומרת שכאשר מפקיעים חלקה במלואה, לא צריך ולא ניתן להפחית פיצוי. כשמפקיעים חלקה בשלמותה אין מה להשביח כי הכל נלקח ואין השבחה, במצב בו נלקחת כל החלקה ברור שלבעלים לא יכולה להתקיים השבחה כי לא נותר בידו דבר. ביהמ"ש רוצה לתקן ואכן מתקן את העיוות של הלכת פייצר כי היא לא הגיונית- משום שברור שאם מפקיעים חלק מחלקה יכולה להיווצר השבחה, אבל כשלוקחים את הכל- זה חסר הגיון כי אין השבחה על כלום- ואז איך ניתן לקבל\ להפחית פיצוי?

* הכלל: כאשר החלקה מופקעת במלואה- לא ניתן להפחית פיצוי.
* אוביטר: תשלום פיצויים בשיעור הנופל מערך המקרקעין שהופקעו יהיה מוצדק רק אם עקב ההפקעה ערך הרכוש שנותר בידי הבעלים או אם הם זוכים בהנאה שוות ערך אחרת.

**מה קורה כשאין השבחה ליתרת החלקה?**

פס"ד רוטמן נ' מע"צ- החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ

עסק במצב של הפקעת חלק מחלקה, אך הצליחו להוכיח שיתרת החלקה לא הושבחה- ערך החלקה שנותרה נשאר ולא הושבח. ביהמ"ש קבע עפ"י פקודת הדרכים ומסילות הברזל, שבמצב כזה (בו הקרקע הופחתה חלקית והקרקע לא הושבחה). הסמכות של שר האוצר להשלמת הפיצוי שהייתה סמכות רשות- הופכת להיות סמכות חובה! שר האוצר חייב להשלים את הפיצוי כך שהבעלים יקבל את מלוא (100%) הפיצוי בשווי השוק.

הכלל: כשאין השבחה על יתרת הקרקע- חובה על שר האוצר להשלים את גובה הפיצוי לשווי השוק המלא.

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

עסק בסמכויות מכוח חוק התכנון והבניה, עסקו בשאלה מה קורה כשאין השבחה מכוח חוק זה. ההסדר בחוק אומר שניתן להפחית עד 40%, אך לפי פס"ד על שר האוצר להשלים את הפיצוי על פי שיקול דעתו כפיצוי "סבל" כפי שהראנו בסעיף 195(א)(2) זו אינה חובה.

השיקולים בדעתו של שר האוצר שעל פיהם אין חובה לשר האוצר להשלים את הפיצויים:

* כאשר הפגיעה מינורית
* הפגיעה מבוזרת על בעלי קרקעות רבים
* ההפקעה הינה לצורך קהילתי

הכלל: כשאין השבחה על יתרת הקרקע- שר האוצר רשאי לשלים את גובה הפיצוי לשווי השוק המלא עפ"י שק"ד: אם הפגיעה מינורית/מבוזרת/לצורך קהילתי.

לסיכום- כאשר אין השבחה על יתרת הקרקע, עומדת החובה על שר האוצר להעניק את כל הפיצוי, אך ככל שזה מתקרב למצבים שנכנסים לשלושת השיקולים, לא תהיה חובה להשלים את הפיצוי ולתת את מלואו.

**לסיכום: מתי מותר להפחית פיצוי?**



**האם יש סוגי סעדים נוספים לפי הדין הישראלי? (מעבר לפיצוי לפי שווי שוק)**

* חוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום: כשהתחילה הפרקטיקה של פינוי בינוי העבירו את החוק המנסה להיות רגיש לפרויקטים של פינוי בינוי במקומות חלשים מבחינה סוציו-אקונומית. סעיף 39(א) קובע שאם אדם מפונה (באותם מקומות חלשים), הוא יקבל דיור חלופי. והדבר הדרמטי שהדיור החלופי צריך להיות לא באזור חלש שאמור להיות מפונה זמן מה לאחר מכן. זו דוגמא לסעד בעין ולא ע"י פיצוי כספי.
* חוק התכנון והבניה: בסעיף 194 ישנו סעד בעין נוסף- מאפשר דיור חלופי סביר אם האדם רוצה בכך בהליכי הפקעה. יש כאן 2 חלופות- או נכס פיזי (נכס חלופי במקום כסף), או פיצוי כספי בשיעור שיאפשר רכישה של דיור חלופי סביר (יתכן אף ברמה גבוהה יותר משהיה בו).
* חוק יישום תוכנית ההתנתקות**:** גם בתקופת ההתנתקות ניתנו סעדים אחרים שאינם כספיים בלבד. ניתנו להם זכויות שלא תמיד ניתנות בהפקעות. למשל:
* העתקה קהילתית- כל הישוב זכאי לעבור כישוב למקום אחר.
* פרמיה עבור ותק- ככל שחיו ביישוב יותר זמן ניתן פיצוי גדול יותר. פיצוי יתר מעבר לשווי שוק שנפגע.

דיברנו על קהילה ומתי היא לגיטימית שבשיח מדברים גם על אובדן הקהילתיות. כאשר אומדים את מרכיב הקהילתיות על מנת לפצות בעבורו, ממקמים אותן על ציר הקהילתיות- ככל שהקהילה יותר חזקה עם ערכים יותר חזקים יתקבל יותר פיצוי (דיברנו על כך בהקשר של יישובים קהילתיים). בהקשר הזה מלומדים רבים כותבים על כך שיש לבחון את השפעת ההפקעה על הקהילה ולפצות עפ"י זה. פרופ' פחומובסקי ופרופ' בל כתבו שככל שההשפעה יותר דרמטית יינתן פיצוי רב יותר- אם נפגע אדם אחד אולי יש לפצות רק אותו לעומת אם הקהילה נהרסה כליל.

**חזרה מהפקעה**

בפס"ד קרסיק ניתנה המלצה למחוקק, 10 שנים מאוחר נעשה התיקון לפקודת הרכישה שקובע:

* ביטול הפחתת הפיצוי
* הקמת וועדה מייעצת + שימוע
* חובת תחימת זמן ההפקעה

זה התחיל בפס"ד קרסיק שם נשאל אם המדינה רוצה לחזור בה מההפקעה מה ניתן לעשות? כשאחרי הלכת קרסיק תוקן החוק. אם המדינה רוצה לחזור בה מההפקעה ולהפקיע את הקרקע למטרה אחרת ולצורך הציבורי לצורך חדש, צריך לקחת את הכסף חזרה מהבעלים, לעשות שימוע מחודש לגבי הצורך הציבורי החדש ויש גם תחימת זמנים להפקעה החדשה.   
כך שניתן לחזור בכך מההפקעה, אך יש לבצע את כל התהליך מחדש.

**(2) גריעות תכנוניות**

**המנגנון בחוק התכנון והבנייה**

במצב של גריעה תכנונית, ס' 197 לחוק תכנון והבנייה עוסק בגריעות תכנוניות ושינוי מדיניות בנוגע למקרקעין. שבהן בשלב ראשון לא מפקיעים את הקרקע, אלא יוצרת תוכנית שמשנה את תכונות הקרקע, אבל הזכויות שנותרות בידי הבעלים פחותות בשווין שהיה לפני ההפקעה. ס' 197 עוסק בפגיעות כאלה, שנותן גם מסגרת של 3 שנים על הפגיעות בגין אישור תוכנית שעדיין לא הגיעה לשלב ההפקעה. כך שלפי ס' 197 יש חובת פיצוי.

בסעיף 200 יש חריג לפיצוי, הוא מונה שורה ארוכה של הוראות שחזקה שבנסיבות מסוימות לא תהיה חובה לפצות. למעשה יש שלושה תנאים מצטברים שלפיהם לא תהיה חובת פיצוי אם יש פגיעה בתכונות הקרקע במצבים של גריעה תכנונית:

* כאשר הפגיעה לא עוברת את תחום הסביר
* אין זה מן הצדק לשלם פיצויים
* אם הקרקע נפגעה ע"י אחת מההוראות המצויות בסעיפים קטנים 1-11

לגבי היחס בין הסעיפים ומתי מפעילים את כל אחד מהם, יש פס"ד משמעותי:

**פס"ד פרי הארץ**

השופט מלץ קבע שצריך להעניק פיצוי על גריעות תכנוניות כברירת מחדל מכוח סעיף 197, והחריג הוא סעיף 200. כברירת מחדל חייב להיות פיצוי מכוח ס' 197, וס' 200 הוא החריג לכלל. השיקולים הנורמטיביים המנחים את דיני הנטילה השלטונית הם שיקולי יעילות וצדק חלוקתי.

* יעילות: כדי שרשויות יתנהלו ביעילות הן חייבות לפצות, הן חייבות לדעת שאם הן פוגעות בקרקע יש חובה לפצות, כך יחשבו פעמיים האם הגריעה מוצדקת או לא.
* צדק חלוקתי: לא ראוי שאנשים בודדים יישאו בכל העלויות לטובת הכלל, ייפגעו ולא יפוצו כלל.

המבחן המרכזי לפיצוי הוא מבחן ירידת ערך המקרקעין- האם ירידת הערך היא זניחה או לא, עד כמה ירידת הערך סבירה או לא סבירה. אם הירידה היא משמעותית חייבים להעניק פיצוי.

**פס"ד הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רעננה נ' הורוויץ**

פסיקה מאוחרת שהאירה את הקריטריונים שקבע השופט מלץ. השופט אור קובע שהמבחן לקביעת ירידת ערך סבירה או לא מורכב משלושה מבחני משנה:

* שיעור ירידת הערך ביחס לנכס- כמה ירידת ערך הייתה ביחס לערך המקרקעין
* מידת פיזור הנזק- האם יש עוד בעלי קרקעות הנושאים במידת ירידת הערך או אדם אחד בלבד ואז הפגיעה קשה יותר.
* קיומו של אינטרס ציבורי חיוני- מה האינטרס הציבורי בגריעה התכנונית, האם עוצמתו רבה וחשובה או שעוצמתו חלשה.

יש לבחון את כלל השיקולים הללו יחד כמכלול!

**גבול התוכנית**

בסעיף 197 נכתב שזכאות הפיצוי היא בתחום התוכנית או גובלת עמה. אחת השאלות הפרשניות היא לגבי מה המשמעות של הגבילה הזו.

פס"ד שרגא ויטנר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה "שרונים"

ככלל, מקרקעין ייחשבו כגובלים אם הם גובלים פיזית בקו הכחול של התוכנית כפי שסומנה בתשריט התוכנית. עם זאת, כאשר מדובר בדרך צרה/כביש צר נתייחס גם למקרקעין מעבר אליהם כגובלים.   
בעבר, היה מדובר רק על גבול פיזי בתוכנית, אך בויטנר זה השתנה- כיום גם אם אין השקה, אלא יש שטח צר, עדיין נתייחס למקרקעין מעבר לכך ככאלה הגובלים במקרקעין של התוכנית.

**האם ומתי חלה התיישנות בתביעת פיצויי הפקעה?**

פס"ד אדוארד ארידור נ' עיריית פ"ת

בשנת 1962 הפקיעה עיריית פ"ת קרקעות שהיו מצויות בתחומה. כעבור 40 שנה, בשנת 2002, הוגשה תביעה מטעם עזבונו של יורשם של הנפקעים לקבלת פיצויי הפקעה. העירייה טענה שיש לסלק את התובענה על הסף הן מחמת התיישנות והן מחמת שיהוי.   
ביהמ"ש המחוזי דחה את התביעה מחמת התיישנות. נקבע כי הוראות חוק ההתיישנות חלות על תביעה לפיצויים וכי עפ"י הוראות החוק חלפה תקופת ההתיישנות.

**העיקרון המוסכם: חוק ההתיישנות חל על הפקעות**

המחלוקת שהייתה: לפי סעיף 6 לחוק ההתיישנות, "תקופת ההתיישנות מתחילה ביום שבו נולדה עילת התובענה".  
השאלה הפרשנית היא מתי נולדת עילת התובענה בגין הפקעה?

* גרוניס: העילה נולדת כשהרשות תופסת חזקה במקרקעין, גם אם לא בנתה או מימשה את סיבת ההפקעה בקרקע. מרגע פינוי הבעלים נספרות 7 שנות ההתיישנות. נקבע להלכה!
* חשין: בא לטובת הבעלים. אומר שצריך להיזהר ממצב בו אין לבעלים פיצוי משום התיישנות. לכן העילה נולדת כשהרשות מסרבת לשלם פיצוי. ברגע שפנית והם סירבו רק אז מתחילה התקופה. זו גישה מאוד קיצונית שהיא לטובת הבעלים ואכן לא התקבלה להלכה.
* ארבל: גישת ביניים- ההתיישנות והעילה נולדת כשמומשה המטרה הציבורית. דעתם של גרוניס וחשין או שהזה מאוחר מייד או מוקדם מידי. אין טעם לשלם פיצויי הפקעה קודם לכן, כי אולי לפי שיטת גרוניס, יתכן והרשות תתחרט ותחליט לא לממש את מטרת הקרקע- ואז נצטרך לפצות ולקחת את הפיצוי בחזרה, לכן לדעתה זה מוקדם מדי. הבעיה היא שזה עלול להיות מאוחר מדי לבעלים, כי יעבור זמן רב מאז ההפקעה עד למימוש ייעוד המקרקעין.

פס"ד ניתן בשנת 2013 וההלכה נכנסה לתוקף 3 שנים לאחר מכן.