שיעור 1- 12.10.21
מידע על הקורס

- יעבור בזום, יהיו הקלטות
- יהיו מצגות לכל הנושאים וכל מצגת תישלח אחרי כל נושא שנסיים
- יש סילבוס מסודר במודל עם רשימת קריאה
- שלישי- הפסקה אחרי שעה ורבע (10:15-10:30) ואז עוד שעה של שיעור, חמישי- אין הפסקה

● בחינה סופית- 80% מהציון- חומר פתוח
● עבודה עיונית- 10% מהציון- תינתן כנראה עד שבוע הבא עם תאריך הגשה בדצמבר
● ארבעה בחנים- 10% מהציון- מועד ב' רק בסוף הקורס. במודל עם זום פתוח, 10 שאלות אמריקאיות, ציון עובר (צריך לענות נכון 6 מתוך 10)
● ציון מיטיב- עד 5 נקודות

● ארבעה שיעורי תרגול עם שני מתרגלים- רובם בזום, אחד ככה"נ פרונטלי
● יום עיון בנושא העבודה בארגון הסטודנטים (אירוע בזום), בנושא: "דיור בר השגה בישראל"- לא ברור עדיין אם יהיה בזום או פרונטלי
● רשימת קריאה מקושרת

★ לגבי העבודה- חומרים בסילבוס שעוסקים בערכי הקניין- כל החלק הראשון של הסילבוס- למה יש קניין (קניין למה?), ערכים בשיח הקנייני, משטר המקרקעין בישראל (בנושא תחום הבעלות)- נדבר בהמשך לפני שנגיש את העבודה. להכיר את המקורות המרכזיים, הגישות המרכזיות, המתנגדים, איך מעצבים משטרים כאלה, מה הגבולות שלהם… אין הרבה מרחב, זה או בעד או נגד (ספק שמישהו יתנגד, אפילו העותרים לא מתנגדים) השאלה איך עושים את זה.
★ יום עיון- בתחילת ינואר כנראה- יעסוק בנושא של העבודה. לפנות לאלי כדי להירשם להתנדבות, אפשרות למיטיב למי שהיה פעיל מאוד.

לגבי המבחן (מה-14.1.22)

- לעבור על מבחנים, בדגש על של השנים האחרונות כי הדין השתנה לאורך השנים (בערך 5 שנים אחרונות).
- לעבור על החומר לפחות פעם אחת ואז לתרגל בחינות.
- יש אירועונים שבוחנים על הרבה היבטים קנייניים של הקורס ומיישמים עקרונות שלמדנו.
- יש הגבלות מקום קשיחות. לא רוצים חפירות או שפיכת חומר. הציפיה היא ליישום ורציונלים, ואזכור של סעיפי חוק ופסקי דין בצורה מדויקת.
- לא להסתמך על מחברות משנים קודמות, רק על מה שנלמד בכיתה, הקלטות ומצגות.
- לא לכתוב סתם "מתקיים", ליישם כל הזמן עם העובדות ולומר מה הכלל המשפטי ומה היישום. לתת תמונה שאנחנו מבינים את הפסיקה והרציונלים שלה.
- אם מפתיעים בנסיבות שלא נדונו בפסיקה (בדר"כ אין כאלה ועל הרוב מדברים הכיתה) חשוב להראות שאנחנו מבינים, ולא סתם לסמן וי שמתקיים משהו. יש ציפיה לפתור את השאלות בצורה אחראית.
- האירועונים הם גדולים, בדר"כ 50-60%.
- השאלות המאתגרות יותר שדרכן גם עושים את הנרמול - שאלות המחשבה. יכולה להיות גם שאלה שמשלבת אירועון עם רציונלים, או דעות מיעוט, או שיתנו מאמר חדש שמישהו כתב עם דעה ביחס לסוגיה קניינית שנדונה או לא נדונה בקורס וצריך להביע דעה לגביה…

- לא ברור עדיין לגבי הזמנים של הבחינה, אם יהיה שעתיים או שיצליחו להשיג יותר. בדר"כ מרים נותנת זמן מומלץ למענה על כל שאלה.
- לגבי אזכור - אפשר לכתוב "הלכת גנז", או "גנז נ' בריטיש", סעיף חוק אפשר לכתוב ס'.
- להכיר את הסילבוס ואת הקריאה לשיעורים על בוריים. להכיר את הפסיקה וסעיפי החוק **במקור**. שלא יהיה מצב שמישהו לא קרא את **אוצר החייל נ' אהרונוב, גנז, מורדכיוב, לאיגי, כנען**, ופסיקות אחרות חשובות. מרים יכולה להפתיע ולשאול על דעת מיעוט שלא קראנו.

<u>הנושאים שעליהם נלמד בקורס</u>

- **הקניין הפרטי**, שיעורי מבוא. מהו בכלל קניין ומה ההבדל בינו לבין תחומי משפט אחרים (למשל חוזים), למה בכלל צריך את דיני הקניין. הזכות הקניינית, התיאוריה של קניין פרטי, ההצדקות למשטר כזה, במה יש קניין פרטי- לא כל דבר יכול להיות נושא של זכויות קנייניות. למה המשפט יוצר הבחנות בין נושאים שכן מוגנים לבין שלא מוגנים בזכות קניינית
- **הבעלות**- הזכות הקניינית הכי חשובה. לצידה יש זכויות קנייניות אחרות שהן בדר"כ נחותות יותר בהיקף ובעוצמה. יש שורה של דינים שמסדירים את תחום הבעלות- נפט, מים, גז...
- מגבלות על הזכות הקניינית
- המשטר הקנייני בישראל. מדינת ישראל היא מדינה חריגה, יש לנו הסדר חריג- רוב הקרקעות הן בבעלות של המדינה ולא בבעלות של אנשים פרטיים. נלמד על הרקע להסדר הזה, רפורמה ששינתה את המציאות הזאת ועוד, ושאלות כמו היכולת להפלות בדיוק, היכולת להדיר אוכלוסיות מקרקע ציבורית/פרטית...
- דיני נטילה שלטונית- דיני הפקעות- הסדרת היכולת של המדינה לקחת לננו מקרקעין, הזכות לפיצוי ומתי לא חייבים לפצות באופן מלא, גריעות תכנוניות- לצד הסמכות להפקיע יש גם סמכות של רשויות מקומיות בעיקר וועדות תכנון מקומיות לבוא ולשנות את המצב התכנוני של המקרקעין (למשל מבניין מגורים למטרות מסחר), מה עושים במצבים כאלה
- הגנת הבעלות והחזקה- תחום שבודקים בו מה הכוחות שיש לנו להגן על זכות הבעלות שלנו בנכס, השגות גבול ויכולות נגד פולשים- ביחס לקרקע פרטית וביחד לקרקע ציבורית
- **דרכי רכישת בעלות**- לא להפסיד, הכי קשה בקורס. עוסק בדרך בה אנשים מקבלים בעלות בנכסים. יש שורה ארוכה ומגוונת של דרכים לרכוש בעלות בנכסים, הכי נפוץ זה בעסקאות רצוניות אבל גם למשל בהורשה/צוואה, ערבוב נכסים
- רכישת דירה מקבלן- הסדר משפטי צרכני חזק שמגן על אנשים שרוכשים דירות כדי לכפר על פערי הכוחות
- תחרויות- מה קורה כשבעלי נכס עושים עסקה עם יותר מאדם אחד על אותו עסק (למשל כמו במקרה של ענבל אור), מה קורה כשאדם מתחייב למכור את אותו נכס (לא בהכרח פיזי, יכול להיות גם זכויות וכו'). 3 סוגי תחרויות- עסקאות נוגדות במקרקעין, תקנות שוק במקרקעין, וקניין שביושר- כל אחד מהם ביחס לכל סוגי הנכסים (מקרקעין, מטלטלין וזכויות, לכל אחד הסדר שונה)
- **ריבוי בעלים**- יילמד בעיקר דרך שיעורי תרגיל. מה קורה כשלנכס יש יותר מבעלים אחד, בתים משותפים, שיתוף במקרקעין/בעלות משותפת- המשפט לא אוהב את זה ובעיקרון מעודד לצאת משיתוף
- דיון בכל הזכויות הקנייניות הנוספות- זיקות הנאה, שכירות, בטוחות, משכון, שעבוד וכו' (ככה"נ נדבר אחרי תחום הבעלות)

קניין?!

דיני קניין באופן כללי 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. התחומים שנעסוק בהם

במסגרת הקורס הם בעיקר התחום של דיני קניין במקרקעין, מטלטלין וזכויות. לא נעסוק בתחום הלא מוחשי של קניין רוחני (אם כי הוא יוזכר בכל מיני הקשרים). נתעסק בעיקר התחום של הקניין הפיזי.

כשאומרים קניין או עוסקים בשאלה מהו קניין האינטואיציה הראשונית של כל אחד ואחד מאיתנו הוא לומר שקניין משמיע משהו שהוא שלי, קניין שלי, משהו ששייך לי.

"אין פוגעים בקניינו של אדם..." (**סעיף 3** לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו)
יש הגנה חוקתית על הקניין.
חוק היסוד הזה אומר לנו באותה נשימה ב**ס' 8** שאם רוצים לפגוע בזכות כזו או באחת הזכויות האחרות שמנויות בחוק היסוד, צריך לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. אבל כשמדברים על קניין האינטואיציה בהבנה הלא משפטית שלנו היא שמדובר על משהו שלגמרי שלנו, שיש לנו בו זכות מוחלטת. בפועל <u>זה לא תמיד המצב</u>. התפיסה שזכות קניינית היא זכות מוחלטת לא תואמת את המציאות. זכות קניינית היא זכות שלפעמים באה עם הרבה מאוד הגבלות, שנלמד עליהן במהלך הקורס.

שלושה מקרי מבחן מרכזיים:

1. <u>הפטנט</u>- למשל חיסוני קורונה- חברות גדולות בעולם כמו פייזר ומודרנה עבדו קשה כדי לפתח חיסונים לנגיף. לאחר שהן פיתחו אותם וידעו שיש משהו שעובד הן הלכו והגישו בקשה לפטנטים, וגם קיבלו אותו. **פטנט-** הגנה משפטית בתחום הקניין הרוחני שנותנת הגנה להמצאות חדשות של ממציאים. זו הגנה קניינית ע"י המדינה לאחר שהיא בוחנת את הבקשה שלו ומתרשמת שהוא עומד בדרישה של חוק הפטנטים. יש משוכות רבות שצריך לעבור כדי לקבל את ההגנה הזאת. הגנת הפטנט נחשבת הגנה קניינית מאוד חזקה. היא בדר"כ הגנה קניינית של 20 שנה, כשבדר"כ לממציא שמקבל את ההגנה יש זכות בלעדית לנצל את ההמצאה. ראינו עם החיסונים שהייתה בעיית אספקה של חיסונים לכל מיני מדינות, החברות לא עמדו בביקושים ולא ייצרו מספיק וכו', מה שגרר תלונות והצעות לתת לחברות אחרות לייצר את החיסונים. הגנת הפטנט אמנם חזקה אבל היא הגנה שמוגבלת בזמן- 20 שנה. אנחנו בעצם נותנים לממציאים הגנה קניינית על ההוצאות שלהם ל-20 שנים של בלעדיות שבה הם יכולים לנצל את ההמצאה, אבל אי אפשר לומר שיש כאן זכות קניין מוחלטת. קודם כל היא **מוגבלת בזמן**, לא רוצים לתת את ההגנות האלה לעולמי עד. בנוסף, היא **טריטוריאלית** (צריך להגיש בקשה בכל מקום שרוצים בו הגנה), וניתן גם במקרים ונסיבות מסוימים (למשל כשיצרן לא עומד בביקושים, לא עומד בצורך העולמי, או מנצל את הפטנט לרעה...) לתת **רישיונות כפייה** שיתנו אפשרות ליוצרים אחרים לייצר את ההמצאה. כלומר העובדה שיש מוסד כזה של רישיון כפייה משמיע שזכות הקניין לא זכות מוחלטת, היא כפופה להגבלות.

2. דיני משפחה, <u>זכויות של בני זוג בנכסים</u>- במשך הרבה שנים הייתה תפיסה גם במערכת זוגית שאם יש נכס שנרכש בתקופת הנישואין, מי שעל שמו הנכס רשום- הוא הבעלים של הנכס. מאוחר יותר היה שינוי תפיסתי גדול, כשהמשפט הישראלי, בדומה לשיטות משפט אחרות, אמר שצריך להביט על קניין של בני זוג בדרך אחרת. יש חזקה שנקרית **חזקת השיתוף**, שמתעלמת מהרישום הפורמלי- גם אם פורמלית רשום שהבעל הוא הבעלים של הנכס, כשאנשים חיים בזוגיות ומנהלים משק בית משותף, משקיעים בנכסים במסגרת זוגית, אין שום סיבה שאחד מבני הזוג ייצא בלי כלום והשני ייצא עם הנכס שרשום פורמלית על שמו. נקבעה חזקה שאומרת שכל נכס במהלך הנישואין הוא בבעלות משותפת של בני הזוג ולכל אחד מהם יש 50% זכות מהנכסים שנרכשו במהלך הנישואין. גם כאן ניתן לראות שלמרות שיש רישום פורמלי ובעלות פורמלית מכוח דיני הקניין, הזכות/הבעלות היא לא מוחלטת למרות האינטואיציה שזכות קניינית היא כזו.

3. <u>הגנת השימוש ההוגן בזכויות יוצרים</u>- בדומה להגנת הפטנט, חוק זכויות יוצרים נותן הגנה ליוצרים על יצירות שהם יצרו (פטנט לעומת זאת מגן על המצאות, בדר"כ חדשנות טכנולוגית). התחום של זכויות

יוצרים עוסק באנשים שיצרו יצירות שונות: יצירות אומנות, ספרותיות, מוזיקליות, דרמטיות (סרטים, תוכניות טלוויזיה...). אדם שיוצר יצירה מקבל על יצירותיו שורה של זכויות בלעדיות בה, הגנה לתקופה מאוד ארוכה- לתקופת חייו ו-70 שנים אחרי מותו. אחת ההגנות הכי ארוכות וחזקות. לאחר מותו יורשיו נהנים מזה. למשל מייקל ג'קסון - עד היום הוא אחד היוצרים המרוויחים ביותר, מרוויח לאחר מותו יותר מבחייו. כשאתה מפר את זכויות היוצרים של היוצר, אתה חייב לפצות אותו. גם זכות היוצרים היא זכות קניינית, והיא נתונה למגבלות, שאחת מהן היא **הגנת השימוש ההוגן**. שימוש הוגן זו הגנה בזכויות יוצרים שאומרת שבנסיבות מסוימות אם מישהו משתמש ביצירה שלך למטרות מסוימות (ביקורת, הוראה, סקירה…) והוא עושה את **בצורה הוגנת**, זו **לא** הפרה של זכויות יוצרים אלא זה שימוש מותר. <u>פרודיה או סאטירה</u> למשל, שהיא מעין ביקורות על היצירה המקורית שמנסה להגחיך אותה- היא דוגמא קלאסית לשימושים הוגנים, חוסה תחת הגנת השימוש ההוגן. גם זה מראה לנו שהזכות הקניינית היא מוגבלת, מוחלטת.

תיאוריות

נדבר על תיאוריות קנייניות ועל הערכים בבסיס דיני הקניין. מדוע יצרו את דיני הקניין, מה מצדיק אותם וכו'. לעומת הדין, התיאוריה לא משתנה, ומשפיעה על שינויים בדין ועל השיקולים בבסיסם. יש מסגרת תיאורטית בדיני הקניין שהיא לא דינמית ודי ברורה, והיא הבסיס לכל השיח הקנייני שנראה בפסיקה ובכל מקום אחר ולכן חשוב להכיר אותה. נראה הרבה פסקי דין בהם השקפת העולם של השופטים מכתיבה את התוצאה.

לאורך השנים היו שלושה סוגי תיאוריות קנייניות, שהגדירו את הזכות הקניינית באופנים שונים, מהי אותה זכות קניין:

תיאוריה קלאסית

התיאוריה הקלאסית של דיני הקניין סברה שלאדם שיש זכות קניינית- יש זכות בנכס. כלומר זכות הקניין יוצרת מערכת יחסים מול נכסים. לאדם יש זכות קניינית כפי נכס מסוים, ולעולם/לכל השאר- יש חובה לא להפריע למערכת היחסים הזאת בין האדם לנכס שלו. זו הייתה תיאוריה שרווחה עד סוף המאה ה-18, הייתה שכיחה הרבה מאוד שנים אבל בעיקר בתחילת הדרך. זו כמובן תיאוריה בעייתית, כי קשה לדבר על יחסים בין בני אדם לנכסים.

תיאוריה פרסונלית

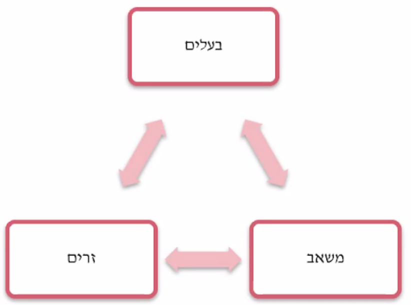
תיאוריה מאוחרת יותר, שנתנה הגדרה אחרת. הסיבה לשינוי הייתה הקושי עם התיאוריה הקלאסית, הקושי לבוא ולהפוך נכס מסוים למושא של זכויות וחובות, לדבר על יחסים בין אנשים לנכסים. זה נשמע יותר נוקשה לתפיסת אותם אנשים שחשבו על התיאוריה הפרסונלית.
תיאוריה זו מדברת על ההבדל בין זכות חוזית לזכות קניינית. הזכות החוזית/האישית נתפסת כזכות בין אנשים שכרתו חוזה ביניהם, זו זכות שמחייבת צדדים לחוזה, מי שנכנס ליחסים בצורה רצונית וחתם על החוזה כפוף למערכת החוזית. התפיסה הקלאסית היא שזכויות חוזיות נתפסות חלשות יותר מזכויות קניין. זכויות קניין בתיאוריה הפרסונלית לא מוגדרות בדרך של התיאוריה הקלאסית של הקשר בין אדם בנכס, אלא הם אומרים ש<u>זכות קניינית היא בסה"כ זכות חזקה יותר מזכויות חוזיות, וההבדל הוא רק כמותי</u>. בעוד זכות חוזית היא זכות בין אנשים שחתמו על חוזה, <u>הזכות הקניינית היא זכות שפועלת כלפי כל העולם כמעין מארג גדול של חוזים בין האדם לבין כל העולם</u>. היא פועלת כלפי הרבה יותר אנשים מזכות חוזית, שחלה רק בין צדדים שחתמו על חוזה ביניהם. זכות חוזית היא זכות בין קבוצה של אנשים שחתמו על חוזה, וכך גם זכות קניינית היא זכות בין קבוצה של אנשים רק שכאן ברגע שאומרים שיש זכות קניינית בנכס מסוים- כל העולם פשוט כפוף לחוזה הזה בין האדם לבין כל העולם. מערכת בין בני אדם, ביחס לנכסים. זכות קניינית חלה על כל העולם ביחס לכל העולם.

התיאוריה הפרסונלית לא עושה איזושהי הבחנה מהותית והגדרתית בין זכות חוזית וקניינית, הפער ביניהן הוא רק הבדל כמותי. היא לא נותנת הגדרה מסוימת לזכות קניינית אלא פשוט אומרת שזה כמו המון חוזים. התפיסה במשפט היא שזכויות חוזיות נתפסות כחלשות יותר מהזכות לקניין, בגלל התחולה הרחבה שלה.

תיאוריה מודרנית קלאסית

מעין שילוב של שתי התיאוריות הקודמות.

זכות קניינית מעניקה יכולת להפיק מהנכס, במישרין, תועלת הניתנת להערכה כספית. המייחד זכות קניינית הוא זיקה בלתי אמצעית לנכס, להבדיל מזכות אישית המאפשרת הפקת תועלת מנכס רק באמצעות אישיותו של חייב.



סוברת שצריך לנסות לדייק את ההגדרה, וההגדרה היא שזכות קניינית, לפי התיאוריה המודרנית הזו, היא יכולת של אדם, של הבעלים, להפיק מהנכס במישרין איזושהי יכולת כספית ללא התערבות של גורם אחר. מה שמייחד את הזכות הקניינית הוא שהיא לא מתווכת ע"י אדם מסוים, להבדיל מזכויות חוזיות שמאפשרות לך ליהנות מנכס רק באמצעות האישיות של החייב. כשחותמים על חוזה ומקבלים זכות חוזית והיא מתווכת ע"י אותו אדם/חייב שנותן שירות כלשהו, אין איך לממש את הזכות או החוזה בלעדיו, בלי זה שצריך לממש את הפעולות. הזכות הקניינית לעומת זאת לא מדברת על יחסים בין אדם לנכסים אלא אומרת שכשיש זכות קניין היא נותנת לאותם בעלים יכולת להנות ולהפיק תועלת ממשאבים באופן ישיר מהנכס, בלי להיות תלוי באף אחד. יוצרת זיקה לנכס שלא מתווכת ע"י בני אדם.

<u>דוגמא לחידוד התיאוריה</u>: זכות המשכנתא/זכות המשכון- זכות קניינית שקיימת ביחס למקרקעין, למיטלטלין ולזכויות, שנותנת אפשרות לשעבד נכס מסוים כערובה לחיוב מסוים, שאם הוא לא מקויים- אני יכול להיפרע מהנכס המשועבד. למשל אם רוצים לקנות דירת מגורים והולכים לבנק כדי לקבל הלוואה, הם נותנים אותה עם בטוחה שהכסף ישולם. הבטוחה הקלאסית היא שעבוד של הנכס שנקנה. כלומר הזכות הזאת שנקרית משכנתא היא בעצם זיקה בלתי אמצעית לנכס. יש לבנק יכולת לבוא ולממש את הזכות באופן ישיר אם לא משלמים לו את המשכנתא. זה לא יהיה תלוי בחייב, נוצרה זיקה בלתי אמצעית של הבנק לנכס שמאפשרת לו להיפרע ישירות מהנכס. לכן התיאוריה הזו לא מדברת על מארג של זכויות בין אדם לנכס או מערכת יחסים שלנו עם נכסים, אלא אומרת שזו יכולת לבוא ולממש את הנכס באופן ישיר. עקיפת התלות בחייב (שנפוצה בדיני חוזים).

דיאלוג של תפיסות קנייניות

השקפות עולם, התפיסות הבסיסיות בדיני הקניין

<u>Blackstone</u>

היה פילוסוף משפטי חשוב באנגליה.

- שלי שלי - שלך שלך
- כל גריעה ממה שיש לי היא פגיעה בקניין

תפיסת העולם שלו אמרה שהזכות הקניינית בעיניו היא זכות מוחלטת. היא זכות שצריכה לקבל הגנה מאוד חזקה. בעיניו, קניין משמיע את אותה זכות מוחלטת שאמרנו שהיא לא מציאותית, מה ששלי שלי ומה ששלך שלך, הזכות הקניינית היא משהו מוחלט ואסור לפגוע בה, צריך לקדש את המוסד הזה. בלקסטון היה בעל תפיסת עולם ליברטריאנית, שסוברת שהערך האולטימטיבי שאנחנו כחברה צריכים לאמץ ולשמור עליו הוא ערך של חירות הפרט, ושלמדינה יש תפקיד מאוד מצומצם בחיים שלנו, צריך להיות לה מרחב התערבות מאוד מצומצם- הבטחת ביטחון אישי ולאומי, סדר ציבורי, דברים מאוד בסיסיים. "מדינת שומר הלילה". המדינה לא אמורה להתערב בשום דבר שקורה בחברה אלא רק להבטיח את היכולת שלנו לחיות כאנשים חופשיים. אלה דברים שמעוררים ויכוחים רבים במדינות רבות, למשל בתקופת שלטון אובמה- הרפורמה באשר לביטוח רפואי לאוכלוסיות חלשות, Obama Care. רפורמה שבעצם השיטה שלה הייתה שהעשירים מימנו את ההוצאות הרפואיות וכו' של מעוטי היכולת. הביקורת על הרפורמה הזו הייתה ליברטריאנית- מה פתאום שיקחו ממה ששייך לי וימנו איתו משהו אחר, יסבסדו איתו מישהו אחר. זה הכסף שלי- מה ששלי שלי, מה ששל העני הוא של העני, לא צריכים להכניס לי יד לכיס, זו פגיעה בקניין שלי.

במציאות, התפיסות הליברטריאניות הן לא השכיחות לקבלת החלטות, ובארץ נראה שלמשל בחוק הפטנטים יש מנגנון של חיוב כפייה, או ביטוח לאומי וכד'.

<u>Hohfeld</u>

היה פרופסור מ-ייל שנפטר בגיל מאוד צעיר, והיה הוגה מאוד חשוב.

- אגד הזכאויות
- ניתן לפרק את מאפייני הזכות לקניין וממילא לא כל גריעה מהווה פגיעה בקניין

זכות קניינית היא לא דבר שהוא מוגדר בצורה אחידה, אי אפשר לדבר על זכות קניינית מוגדר. זכות קניינית יכולה להיות משהו שלובש הרבה צורות, עם זכאויות שונות. התיאור שלו הולם יותר את המציאות שאנחנו חיים בה. אנחנו מלבישים על הזכות הקניינית כל פעם משהו אחר. בדין הישראלי הן לובשות זכאויות שונות- יש רשימה סגורה של זכויות קניין, ולכל אחת מהן תוכן אחר, משתנה. זכות קניין היא דבר הרבה יותר מורכב בעיניו, שיכול לתת לאנשים "תפריט" של כל מיני זכאויות שמשתנות, אין לה תוכן אחיד ומוגדר, אי אפשר לדבר על משהו קשיח, קבוע ועם תוכן הכרחי. למשל: הזכות לשלוט ולנהל נכס- כשיש זכות קניין, אחד המאפיינים של זכות הבעלות למשל הוא זכות השליטה והניהול בנכס. אבל יש זכויות קנייניות שלא באות עם זכות שליטה וניהול, למשל זכות שכירות, שמקנה רק זכות להחזיק ולהשתמש בו, לא לשלוט ולא לנהל אותו. מה שלמעשה הופלד אומר הוא שזכויות קניין משמיעות משהו שיכול ללבוש כל פעם תכנים אחרים בגלל הצורך במציאות שבה אנחנו חיים בה, וזו אכן הפרקטיקה ברוב המדינות כיום.
בגלל שזכויות קניין מאופיינות בצורה מאוד עשירה, לא כל גריעה מכל זכות תהיה גריעה מקניין, לא כל פעם שמישהו לוקח ממני משהו זה יהיה פגיעה כמו אצל בלקסטון. לפעמים הזכות באה מלכתחילה עם זכאויות מאוד מצומצמות. אנחנו צריכים להיות הרבה יותר זהירים כאן, אי אפשר לומר שכל פגיעה בכל זכות היא פגיעה בקניין כמו אצל בלקסטון. אנחנו צריכים לבוא ולפרק כל זכות ולבדוק עם איזו "חבילה" היא באה מלכתחילה. תפיסה יותר מציאותית לגבי איך עולם זכויות הקניין, יותר מודרנית מבלקסטון.

פורמליזם וריאליזם- תנועות משפטיות שהולכות בכיוונים שונים, שמשפיעות גם על כל השיח בביהמ"ש העליון, בפסיקה, תפיסות עולם של שופטים.

<u>תפיסות עולם פורמליסטיות</u>- תפיסות עולם שנתפסות לדרישות צורניות, ללשון החוק, לקביעות שמוגדרות בחוקים. למשל תפיסת עולם שאומרת שהיא לא מקבלת את חזקת השיתוף שהוכרה ע"י ביהמ"ש, יש סעיף בחוק המקרקעין שאומר אחרת (שרק מי שרשום כבעל הנכס הוא הבעלים) והם יתפסו בזה ויצמדו ללשון החוק, הרישום הוא שקובע.
תפיסות שמנסות לבוא ולקדם ודאות משפטית, יציבות משפטית, רוצים לתת כלל שיהיה ברור וידוע.

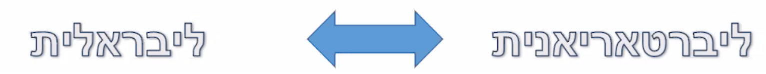
<u>תפיסות עולם ריאליסטיות</u>- באות ואומרות שאנחנו צריכים להסתכל על המציאות בעיניים, לבדוק מה ההשלכות של כלל משפטי בנסיבות מסוימות. אם נסתכל על זכויות בני זוג בנכסים, זה לא יהיה הוגן לפעול רק לפי הרישום הפורמלי כשיש בני זוג שמנהלים בית משותף שבמקרה נרשם רק על שם הבעל כשבעצם שניהם השקיעו במשק הבית הזה. התפיסה הריאליסטית תאמר להניח לרגע בצד את הכלל הפורמלי.
תפיסות שהן פחות ודאיות, פחות צפויות. ביהמ"ש בא ומחליט לפי איך שהוא רואה את המציאות, פוגע בוודאות המשפטית. עלול לערער את ההבנה לגבי למשל מצב הזכויות הנכס.

כשמדברים על זכויות קניין, ודאות ויציבות הם ערכים מאוד חשובים. לכן אנחנו אולי פחות נרצה גישות ריאליסטיות שבאות ומאמצות מציאות אחרת, סוטות מהכלל הפורמלי. אבל הרבה פעמים כללים פורמליסטיים מובילים לתוצאות לא צודקות, ותפיסות עולם ריאליסטיות מנסות להגיע לתוצאה צודקת יותר ומותאמת למציאות בשטח.

<u>תפיסות עולם/קניין מוניסטיות</u>- תפיסות קנייניות שאומרות שיש ערך אחד כשעל פיו אנחנו מנהלים את כל ההבנה של מהו קניין.

<u>תפיסות עולם פלורליסטיות</u>- יש יותר מערך אחד שמנהל את ההבנה שלנו לגבי מהו קניין, יש יותר מערך אחד (חברתיים, אנושיים) שיכול לנהל את ההבנה הקניינית שלנו.
אצל **בלקסטון** למשל יש תפיסת עולם מוניסטית (ולכל הליברטריאנים)- ערך החירות הוא היחיד שמכתיב את ההבנה הקניינית שלנו לדעתו. לעומת זאת יש שסוברים שיש שורה ארוכה של ערכים שיכולים לעזור לנו בהבנה מהו קניין, שבאים בחשבון בשיח, ושאולי הכל מתחיל בחירות אבל לא נגמר בה. למשל רווחה מצרפית, יעילות כלכלית, ערכי קהילה ועבודה, ערכי אישיות... (נראה בהמשך). התפיסה היום היא הרבה יותר פלורליסטית, ביהמ"ש שוקל הרבה ערכים היום כשהוא מדבר על קניין, שחורגים מחירות ומההבנה של "מה ששלי - שלי". זכויות קניין מחייבות איזון בים שורה ארוכה של ערכים.
<u>דוגמא</u>: חוק המקרקעין וההסדר על בתים משותפים- אם היינו חיים בעולם של ערך אחד שהוא חירות, החוק היה נראה אחרת לגמרי. היום ההסדר לגבי בית משותף הוא הסדר שאומר שאדם שקונה דירה בבית משותף יש לו בעלות פרטית בדירה שלו, אבל הוא כפוף להרבה זכויות וחובות ביחס ליתר הדיירים. כשמדברים על חובות, זהו ערך שהוא זר לערך של חירות. אם היינו מאמצים תפיסה של חירות היינו אומרים שהדירה היא של מי שנכנס ושם זה נגמר, אין כפיפות לכלום. יש הרבה ערכים שמכתיבים את החובות אליהן כפופים בעלי דירות. למשל יעילות כלכלית- בבית משותף הרוב קובע, לא כל אחד יכול לעשות מה שהוא רוצה. ערכי קהילה- בית משותף, ציפיה לכבד אותם. כלומר המחוקק, כשהוא אימץ את חוק הבתים המשותפים, הוא לא אימץ את הערך הבלעדי של חירות הפרט. הוא בא ממקום יותר פלורליסטי כדי לאפשר את החיים המשותפים האלה.

מישור נורמטיבי:



אנחנו יותר עוסקים כאן בתוכן של הערכים.

<u>תפיסות עולם ליברטריאניות</u>- בלקסטון כדוגמא- הערך המרכזי שלהן הוא ערך החירות, החירות של הבעלים.
<u>תפיסות עולם ליברליות</u>- ערך החירות הוא לא הערך הבלעדי. תפיסות עולם שחושבות שיש מקום לתת גם לערכים אחרים מקום, הערך של חירות הוא לא הבלעדי. הן תפיסות עולם פלורליסטיות גם.

ביהמ"ש העליון שלנו כן מאמץ תפיסות עולם פלורליסטיות ביחס לזכות הקניינית (ברובו), מאמץ תפיסות יותר ריאליסטיות, ומאמץ תפיסות עולם ליברליות, לוקח ערכים נוספים בחשבון.

שיעור 2- 14.10.21

אז מה הבעיה?

<u>תפיסה ליברטריאנית (בלקסטון)</u>:

1. **ביקורת תיאורית**

התפיסה הזו חוטאת למציאות, המציאות היא כזו שיש הרבה מאוד זכויות קניין שלובשות דפוסים שונים, שורה של זכאויות שונות, חלקן חזקות וחלקן חלשות יותר, לא כולן עם עוצמה גדולה שנותנות למי שמחזיק בהן בהכרח הרבה מאוד כוחות. לכן התפיסה של בלקסטון חוטאת למציאות מבחינת לומר שקניין זה משהו חזק ומוחלט וכו'. למשל זכות השכירות לעומת זכות הבעלות. הבעלות היא הזכות הכי חזקה, נותנת למי שמחזיק בה הכי הרבה כוחות, זכות לעשות כמעט הכל (להחזיק בנכס, לעשות בו עסקאות וכו'), לעומת זכות השכירות שהיא זכות מוגבלת- זכות להחזיק במושכר ולהשתמש בו לתקופה בלבד. לכן לא נכון לדבר על כל הזכויות בצורה אחידה כמו בלדסטון שאומר שהכל מקבל הגנה חזקה ואי אפשר לגרוע.

2. **ביקורת דיסקורסיבית**

הביקורת השנייה אומרת שהתפיסה של בלקסטון אומרת שברגע שיש ערך של חירות, כל פגיעה בקניין מחייבת פיצוי, אי אפשר לפגוע בזכויות קנייניות, נקודה. הביקורת אומרת שאתה לא יכול לאמץ גישה שאומרת שהדיון מתחיל ונגמר בפיצוי על כל פגיעה קניינית, כיוון שזכויות קניין הן יחסיות. אי אפשר להתחיל ולסיים את הדיון באמירה הנוקשה שברגע שיש זכות קניין היא בלתי ניתנת לפגיעה או מחייבת פיצוי וזהו.

בעצם יש שתי ביקורות שאומרות שהתפיסה הזאת לא מציגה את המציאות בצורה נכונה. העולם של זכויות הקניין הוא הרבה יותר מורכב מהפשטנות הזאת שהכל נוקשה, חזק, מקבל הגנה אבסולוטית. כל זכות קניינית היא יחסית וכפופה להרבה הגבלות.

<u>תפיסה הופלדיאנית</u>:

גם על התפיסה של הופלד שאומרת שזכויות קניין הן זכויות שהתוכן שלהן לא הכרחי, הן יכולות ללבוש כל מיני צורות, יש שתי ביקורות מרכזיות:

1. **אד-הוקיזם**

תפיסה כזו מובילה לגישה שהיא למעשה אד-הוקיסטית, לא נותנת לנו קווים מנחים מה התוכן של זכות הקניין. היא רק אומרת שהיא יכולה ללבוש כל מיני צורות ועם תוכן לא הכרחי, לתת זכאויות שונות, ולכן

התפיסה הזאת סובלת מזה שכל פעם אנחנו צריכים להכריע מחדש אם יש או אין זכות קניין בלי הנחיה בעצם. כל זכות יכולה לבוא עם חבילת זכאויות שונה (למשל שכירות- עם שימוש והחזקה), והביקורת היא שלא באמת אומרים כאן מהו קניין. כל פעם צריך להכריע מחדש אם זה קניין או לא בלי שהופלד נותן לנו כלים להכריע מה ההגדרה של הזכות הזאת. לא גישה יציבה וודאית.

2. פריקות יתר של הזכות

אנחנו יכולים לאפשר מבחינה מעשית "תפריט" גדול של זכויות קניין שלובשות כל מיני זכאויות. הקושי הגדול עם התפיסה הזאת הוא שנגיע לסוג של דיני חוזים, שלא תהיה ודאות לגבי התוכן של אותן זכויות קנייניות. כשפותחים את זה למצב של חוסר ודאות יוצרים פריקות יתר של הזכות, אין דבר מוגדר, יש יותר מדי זכויות עם תכנים שונים, והגישה הזאת בעצם אפילו מבטלת במידה מסוימת את ההבדל בין חוזים לקניין. יוצר בעיה קשה של חוסר ודאות.

אבל אנחנו נראה שהמציאות שאנחנו חיים בה היא הרבה יותר יציבה, ולזכויות קניין יש מאפיינים ברורים ומקובלים שמכתיבים את השיח הקנייני.

חשוב להבין שכל הדיונים התיאורטיים האלה הם מצע חשוב להבנה של הפסיקה והגישות בפסיקה.

מאפייני הזכות הקניינית

פס"ד **בן חמו נ' טנא נוגה**- פס"ד חריג. יש עוד שני פס"דים בדיני הקניין שעוסקים בשאלה האם זכות מסוימת היא קניינית או לא. בן חמו נ' טנא נוגה הוא פס"ד "מוזר" מהבחינה של מה שעושה השופטת שטרסברג-כהן. יש חוזה שהצדדים יצרו, שבמסגרתו הם קובעים ביניהם שהזכות שהחוזה מייצר היא זכות קניינית, שיש כאן זכות הפצה בלעדית למפיץ. אחת השאלות שמגיעות לביהמ"ש העליון היא האם זכות ההפצה היא זכות חוזית. השופטת שטרסברג-כהן יכלה לסיים את הדיון בפס"ד תוך שורה אחת, בלי דיון אפילו. היא נכנסת לדיון בשורת מאפיינים שהם טיפוסיים לזכות קניינית, ואומרת שכשהיא חושבת עליהם ופורטת אותם אחד אחד- היא רואה שהזכות הזאת לא יכולה להיות קניין ולכן היא רק זכות חוזית. הצדדים מנסים ליצור משהו שהוא קניין, ולכן היא גם לא יכולה לתת לו תוקף קנייני.
נדיר שמקרים כאלה בכלל מגיעים לביהמ"ש ועוד לביהמ"ש העליון.

- ★ זכות לא יכולה להיות גם חוזית וגם קניינית. היא יכולה להיוולד בחוזה ולהשתכלל לקניינית.

1. שליטה וניהול

אחד המאפיינים הכי בולטים של הזכות הקניינית הוא היכולת של הבעלים לשלוט ולנהל את המשאב שנמצא בבעלותו. אחד הכוחות הכי חזקים שיש לבעלים של זכות קניינית חזקה (למשל בעלים) זה זכות השליטה והניהול ביחס למשאב.

בלקסטון- היה זה שביצר בצורה הכי חזקה את הזכות של שליטה וניהול כבסיס לזכות הקניינית.
חשין היה הנציג הכי חזק של הגישה הזו והלך בעקבות בלקסטון. הוא ו**דורנר** גם הם ביצרו את המאפיין הזה בצורה חזקה בדין הישראלי. נקודת המוצא שלהם הייתה שזכות הקניין היא זכות חזקה שמשמיעה יכולת לשלוט, לנהל את המשאב, ולהדיר אחרים שמנסים לפגוע ביכולת שלך לנהל אותו. תפיסות עולם מאוד ליברטריאניות. כשחושבים על זכות השליטה והניהול, אחד המופעים הכי קשים של פגיעה בזכויות קניין הוא דיני הפקעות. זה המקום שבו שוללים ממך את היכולת לשלוט ולנהל את המשאב. הפקעות נתפסות כאחת הפגיעות הכי משמעותיות בקניין של הבעלים, ולכן המתח הכי חזק בין הזכות של שליטה וניהול של הבעלים לבין דיני ההפקעות עולה בצורה הכי חזקה בדיני ההפקעות, בהם מנסים לשלול ממך את המאפיין הדומיננטי הזה.

2. שימוש

בדר"כ זכות קניינית באה עם הזכאות לעשות שימוש בנכס. מעבר לשליטה וניהול אחד המאפיינים החשובים של זכויות קניין זה היכולת להשתמש בו כשמקבלים את הזכות הקניינית בו. לדוגמא זכות הבעלות במקרקעין, שנותנת אפשרות להחזיק במקרקעין אבל גם להשתמש בו.

ס' 2 לחוק המקרקעין:

2. הבעלות:
"הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם…"

כלומר הגדרת הזכות הקניינית כוללת את ההיבט של שימוש בנכס, ואחת השאלות שמתעוררות לא מעט זה האם כשאני רוכש נכס יש לי זכות להרוס אותו?
יש פסיקות של העליון שעוסקות בזה. התשובה לא תמיד ברורה. יש פסיקה של העליון בנסיבות מסוימות (הריסת אדמה לצורך סלילה של מנהרה) שאומרת שכדי להרוס אתה צריך להיות בעלים. יש פסיקה מעניינת שעוסקת בשאלות האלה וחושבת האם זכות השימוש כוללת גם שימושים שליליים ביחס למשאב, שפוגעים בו. לכאורה, אם משהו בבעלותי האינטואיציה היא לומר שזכותי לעשות בה כרצוני, אבל לא תמיד ביהמ"ש אוהב לכלול זאת בזכות השימוש. יש מחלוקות בעניין.

מה שחשוב לדעת הוא שהשימוש הוא מאפיין דומיננטי של זכות הקניין, זו היכולת לנצל את המשאב, ויש שאלות סביב איך אפשר לנצל את המשאב.

- ★ שליטה וניהול- היכולת להחליט מה יקרה עם הנכס, מה ייעשה בו, לעומת שימוש- השימוש עצמו בנכס, בפועל

3. העקיבה והעדיפות

<u>תיאורטית</u>: הנכס אינו מתווך באמצעות אדם אחר.

תכונה שנדבר עלי הרבה בהמשך הקורס, בעיקר בדיני תחרויות.
אחד המאפיינים הכי דומיננטיים של הזכות לקניין זה שהנכס לא מתווך ע"י בני אדם, יש לאדם זיקה בלתי אמצעית לנכס. היכולת להפיק תועלת (ערך כלכלי) מהנכס לא תלויה בבני אדם, יש זיקה ישירה אליו. ברגע שיש לנו נכס שלא מתווך ע"י אנשים אחרים, מבחינה מעשית זה אומר שיש לי יכולת **לעקוב** אחרי מי שמחזיק מה שלא ברשותי, להוציא את זה ממנו חזרה. ברגע שיש לי זכות קניין בנכס יש לי **עדיפות** על פני כל אדם אחר- אני רכשתי את הדבר בכספי, הוא שלי, הזכות הקניינית היא שלי.

<u>מעשית</u>: דיני הקניין מצמצמים תכונות אלה באמצעות מנגנונים של תקנת שוק, דיני תחרויות וכו'.

בפועל, תכונת העקיבה והעדיפות צומצמו בצורה משמעותית בדיני הקניין. בדיני התחרות יש מצבים מסוימים בהם אי אפשר לקחת את הדבר חזרה- למשל אם גנבתי טלפון ומכרתי אותו לסוחר שמכר לצד שלישי.
במצבים מסוימים כאלה, בגלל אינטרסים חברתיים מסוימים חשובים, המשפט יגיד שבעל הנכס לא יוכל לעקוב אחריו ולהוציא אותו מאותו צד שלישי שרכש אותו. דיני הקניין יצרו שורה של כללים שנקראים תקנת שוק, שאומרים שבנסיבות מסוימות גם אדם שרכש נכס גנוב, שהוצא מבעליו שלא כדין (בתנאים מסוימים ומאוד קשיחים)- הבעלים של הנכס לא יוכל להוציא אותו מידי בעליו המקורי. למשל האינטרס של לעודד שוק חופשי, סחר חופשי, שווקים חוקיים.

לכן זהו מאפיין דומיננטי שקיים רוב הזמן, אבל יש נסיבות בהן הוא לא קיים.

4. עבירות

האם הגבלה של עבירות על פי חוק הינה נגיסה בזכות הקניין?

מאפיין דומיננטי של זכויות קניין, אבל לא רק של זכויות קניין. זכויות חוזיות למשל עבירות גם כן, אפשר לסחור בהן אם אין הגבלה על עבירות בהסכם. המאפיין הזה אומר שמי שיש לו זכויות קנייניות צריך להיות מסוגל להעביר אותן לאנשים אחרים. הרבה פעמים, הרבה מהזכויות הקנייניות הן זכויות בעלות ערך כלכלי גדול ואנחנו רוצים להיות מסוגלים לסחור בהן כדי לממש את הערך הכלכלי הזה. כדי לנצל את הנכס ולקבל את התמורה ממנו, יכולת ההעברה שלו היא אחת הדרכים המרכזיות לכך.
אבל לא תמיד כל הנכסים הם עבירים. יש הרבה נכסים שיש עליהם הגבלות של עבירות. יש הרבה מאוד מצבים שבהם יש נכסים שאי אפשר לסחור בהם. הדוגמא הקלאסית- איברי גוף. הם בבעלותנו והם קניין שלנו כביכול, אבל עפ"י ההסדר המשפטי הקיים היום אין שוק חופשי למכירת איברי גוף תמורת כסף. כנ"ל תינוקות למשל. אין סחר בבני אדם, יש איסור לקיים משטרים של עבדות, זנות אינה חוקית, וכו'.
הרבה פעמים המשפט אומר שיש דברים שהוא לא רוצה שהם יהיו מושאים לזכויות קנייניות או עסקאות קנייניות.

<u>דוגמא</u>: ההסדר של יורש אחר יורש

42. (א) המצווה רשאי לצוות לשניים על מנת שיזכה השני אחרי שזכה הראשון; השני יזכה במות הראשון או בהתקיים התנאי או בהגיע המועד שנקבע לכך בצוואה, הכל לפי המוקדם יותר.
(ב) הראשון רשאי לעשות במה שקיבל כבתוך שלו, והשני לא יזכה אלא במה ששייר הראשון; אולם אין הראשון יכול לגרוע מזכותו של השני על ידי צוואה.
(ג) השני יזכה אם היה כשר לרשת את המצווה בשעת זכייתו, אף אם לא היה כשר לכך במות המצווה; מת השני לפני שעת זכייתו או שנמצא פסול לרשת או שהסתלק מן המגיע לו, הוראת הצוואה לטובתו מתבטלת.
***(ד) הוראת צוואה על דרך זו ליותר משניים - בטלה**, זולת הוראה לטובתו של מי שהיה בחיים בשעת עשיית הצוואה.*

יש הסדר של **יורש אחר יורש-** כאשר אדם עוזב את העולם, הוא יכול להוריש בשתי דרכים- צוואה בה מוסבר מה ייעשה בנכסים שהיו לו בחייו, וההסדר של חוק הירושה (אם הוא לא עשה צוואה), שבדרך כלל רלוונטי כשהוא בא לסטות מההסדר שבחוק. יש בחוק הוראה מעניינת בס' 42 (הסדר יורש אחר יורש). החוק הישראלי, כמו חוקים במדינות אחרות, באים ויוצרים הגבלה כמה המת יכול לשלוט קדימה על מה ייעשה בנכסיו. הוא יכול לשלוט בהם **עד פעמיים**. למשל שהיורש הראשון של מרים יהיה יוסי ולאחריו (אחרי שיוסי יהנה מהנכסים ויעזוב גם הוא את העולם) חיים. רשאים לצוות עד שניים קדימה וזהו.

<u>הסיבות לכך</u>:

- טעם **כלכלי**: אנחנו לא יכולים לדעת מראש באילו נסיבות הנכסים האלה ישיאו את הרווחים הכלכליים בצורה המיטבית. לכן אנחנו לא רוצים לתת ליותר משניים, מבחינת יעילות כלכלית כנראה יש משהו לא נכון, מבחינת רווחה מצרפית, בלתת לאדם מת לנהל את זה לתקופות זמן לא מוגבלות. ייתכן שהבחירות שלו לא יהיו כאלה שיקדמו את הרווחה המצרפית. בעצם שיקול של רווחה מצרפית לא לתת שליטה קניינית ליותר משניים. רוצים שהנכס ישתחרר משליטת המצווה.

- טעם **חברתי**: אנחנו לא רוצים לשמר הטיות תרבותיות וחברתיות שלפעמים נוצרות בהורשה לדורות, למשל משטרים שהעדיפו רק בנים לאורך זמן ונישלו בנות וכו'. אנחנו רוצים מבחינה חברתית לאפשר מוביליות ודינמיות ולכן אומרים שנכבד עד פעמיים אבל מעבר לזה לא ניתן אפשרות לשלוט. אנחנו רוצים שזה יתנהל לפי התקופה שהיורש השני חי בה והנסיבות והנורמות שהוא חי בהן, ולא להתקבע על רצון המצווה לנצח.

בעיקרון קל לעקוף את ההסדר הזה בחוק הירושה, אפשר לצוות את כל הכסף והרווחים העתידיים לקרן נאמנות, למנות נאמן, ולומר לו מה לעשות איתו גם לעוד 200 שנים. אפשר ליצור מערך שיעקוף את האיסור הזה.

5. חיובים

<u>Gregory Alexander</u>

פרופ' בקורנל, חוקר חשוב מאוד בקניין שכתב הרבה על החיובים שגלומים בזכות הקניינית. אחד המאפיינים המרכזיים לדעתו שקיים ובא לידי ביטוי בכל מיני צורות הוא המאפיין ש<u>בעלי הזכות חב חובות לחברה</u>. **זכויות קניין כפופות גם לחובות, הן לא באות רק עם זכויות**. זה בא לידי ביטוי בכל מיני מוסדות קנייניים שאנחנו מכירים, <u>למשל</u> בית משותף- נכון שיש לי דירה שהיא בבעלותי, אבל זה גם בא עם הרבה חובות כלפי יתר הדיירים בבית המשותף. הבעלות הזאת בדירה באה לא רק עם זכויות אלא גם עם חובות (כמו לתקן נזקים בדירה שפוגעים באחרים, לשלם ועד בית, לשמור על שקט בשעות מנוחה וכו'). <u>דוגמא אחרת</u>: ישובים קהילתיים- בהרבה יישובים קהילתיים בגודל מסוים יש הסדר של קבלה ליישובים האלה באמצעות ועדות

קבלה. אם אתה מתקבל דרך ועדת קבלה ליישוב, אתה כפוף לכללים של היישוב. למשל אתה לא יכול למכור אותו לכל מי שתרצה, אלא רק לאדם שיהיה כפוף לועדת קבלה בעצמו. יש שיקול דעת לקהילה להחליט האם מכירת הנכס שתיעשה תצליח או לא. זו דוגמא למצב שבו הקניין שלך בא עם חובות. אנחנו מדברים על חיובים קנייניים שנובעים מהזכות החוזית שלך, לא על חיובים חוזיים שאתה לוקח על עצמך.

בלקסטון למשל לא היה אוהב את החיובים האלה שאנחנו מדברים עליהם. המודל שלו לא ממש עובד במציאות שלנו, אי אפשר פשוט לעשות מה שרוצים עם הקניין.

Social Obligation Norm

6. פומביות

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

תמיד יהיה בכל זכות קניינית, יאפיין את כל זכויות הקניין. אחד ההבדלים בין הזכות הקניינית לחוזית. מבדיל ביניהן בצורה הכי דרמטית. בעולם של זכויות חוזיות, אם אני עושה הסכם עם מישהו וחותם איתו על חוזה- אני והוא יודעים על ההסכם וכפופים לו, העולם לא יודע מההסכם הזה. הזכות הקניינית רוב הזמן תיוולד בהסכם, זכות שנוצרת מקבלת פומביות והעולם יודע עליה כי היא רוב הזמן נרשמת באיזשהו מרשם פומבי, שהציבור יכול ללמוד עליה מאותו מרשם פומבי. ברגע שיש פומביות לזכות- כל העולם הופך להיות כפוף לה.

עד לרגע הרישום: אין קניין. יש התחייבות.

זכות חוזית היא בין שני אנשים, הם חותמים על הסכם ורק שניהם יודעים עליו. ברגע שיש רישום- כל העולם יודע ולכן הזכות החוזית משתדרגת לזכות קניינית. הרישום הוא אקט הפומביות. הרישום משדרג את הזכות החוזית לזכות קניינית.
אחד המאפיינים החשובים ביותר של זכויות קניין.
(במטלטלין יש הסדר אחר כי אין מרשם).

★ אנחנו מדברים על שורה של מאפיינים של הזכות הקניינית. הם לא יחולו תמיד בכל זכות, הם פשוט מאפיינים טיפוסיים של הזכות לקניין. בכולן יהיה את הרוב, אבל לא את הכל. זה לא משהו מצטבר אבל רוב המאפיינים כאן הם דומיננטיים וכן יהיו, פשוט לא תמיד הכל יהיה.

שיעור 3 - 19.10.21

המשך פומביות

תכונת הפומביות היא אחת התכונות הכי חשובות של הזכות הקניינית. היא תכונה שמבדילה בין הזכות הקניינית לחוזית והיא אחד המאפיינים הדומיננטיים שמבדילים ביניהן. הזכות הקניינית תקפה כלפי כל העולם כיוון שהיא עוברת הליך של פומביות שהזכות החוזית לא עוברת. הפומביות נעשית בדרכים שונות לפי סוג הנכס. כאשר מדובר בזכות קניינית במקרקעין, הפומביות בזכות הזאת נוצרת ברגע שהעסקה מקבלת תיעוד במרשם פומבי במרשם המקרקעין. המרשם נותן מידע שזמין לעיון כלל הציבור בדבר הזכויות באותו נכס. הפומביות מייצרת את הכפיפות הגדולה הזאת, שכולם כפופים לאותה זכות קניינית.

בנכסים אחרים נראה שאין רישום, למשל במטלטלין ובזכויות אין חובת רישום. נדבר על זה בהמשך- זה מסיבות פרקטיות. אם היינו צריכים לכתוב כל זכות שיש לנו במטלטלין כמו בחולצה, בשוקו, בלחם, לא היה סוף לדבר ואין טעם בזה. לכן במטלטלין נקבע כלל אחר, שהוא מסירה ואחזקה בנכס. ברגע שנכס נמסר- הבעלות עוברת, וההחזקה בו לפי התפיסה המקובלת מגדירה את בעליו. האחזקה היא זו שמייצרת את הפומביות. אם כי נראה שאחזקה היא לא תמיד אינדיקציה לבעלות.

7. עקרון הרשימה הסגורה

עקרון שקיים בהרבה שיטות משפט, שמה שעומד מאחוריו הוא שאנחנו לא רוצים לתת לאנשים כוחות לייצר או ליצור זכויות קנייניות לפי כל תוכן שבא להם, לתת לצדדים כוח ליצור זכויות קניין. עקרון זה אומר לנו שיש רשימה סגורה של זכויות קנייניות, אנחנו רוצים שבכל מדינה ובכל מקום הזכויות האלה יהיו מוגדרות, שכל אחד ידע מה הדפוסים ליצור את אותן זכויות קנייניות, וכאשר אנשים רוכשים נכסים הם ידעו מה הזכויות האלה, ההשלכות שלהן, ומה תוכנן. יש רשימה סגורה של זכויות קניין, אין כוח לצדדים ליצור זכויות קניין שלא נוצרו ע"י המחוקק. התפיסה מאחורי העיקרון הזה היא של רצון לתת וודאות, הגדרה ברורה מהן אותן זכויות קנייניות ומה תוכנן.

סעיף 161 לחוק המקרקעין:
"מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק"

סעיף שהוא הביטוי המובהק לעיקרון הרשימה הסגורה. כותרתו היא "ביטול זכויות שביושר". עד לאימוץ חוק המקרקעין הייתה פרקטיקה שלבתי משפט היה כוח, מכוח דיני היושר וכדי להגיע להכרעות צודקות, להכיר בזכויות קניין בנסיבות מסוימות ולהכריז על זכות כזכות שהיא קניינית או מעין קניינית בנסיבות המקרה שלפני ביהמ"ש. זו פרקטיקה שאומצה מהאנגלים, ובוטלה עם אישור חוק המקרקעין. לבתי משפט אין יותר כוח לעשות זאת. המחוקק הוא שמייצר את הזכויות הקנייניות לאחר שחשב על ההשלכות של יצירת הזכות, ואין כוח לצדדים ליצור זכויות חדשות.

לגבי מטלטלין לא נראה הוראה דומה, אבל הפרקטיקה גם במטלטלין היא שרשימת זכויות הקניין היא רשימה סגורה. לא קיים הכוח ליצור זכויות שלא הוכרו או פורשו בחוק, בין אם חוק המקרקעין ובין אם חוק המיטלטלין.

פס"ד בן חמו נ' טנא נוגה

השופטת שטרסברג שאלה בפסק הדין האם זכות ההפצה היא זכות קניינית. עקרון הרשימה הסגורה יכול היה לסיים את הדיון, ולומר שיש רשימת זכויות קניין שהוכרה בחוק ולכן לא ניתן להכיר בזכויות בדרכים אחרות. לכן כשצדדים באו לביהמ"ש העליון עם שאלה משפטית על זכות אם היא חוזית או קניינית- הדיון יכול היה להיגמר בכך שזכות ההפצה היא לא חלק מהרשימה הסגורה ולכן אינה זכות קניינית. בכל זאת השופטת חשבה שהיא יכולה לדון ולחשוב אם מדובר בזכות קניין או לא, והיא בוחנת זאת לפי מאפייני הזכות המרכזיים בהם דנו בשיעור האחרון. יתכן שתיאורטית היא כן חשבה שאם המאפיינים יתמכו בכך היא תכיר בזכות כקניינית, דבר שלא היינו רוצים שיקרה לאור סעיף 161 והעקרונות הזהים במטלטלין. בסופו של דבר ואחרי הדיון שהיא לא הייתה חייבת להידרש אליו, היא מגיעה למסקנה שמדובר בזכות חוזית.

למה העיקרון הזה מוצדק?

- <u>טעם כלכלי</u>: צדדים שלישיים, מידע.

כאשר מדברים על זכויות קניין אנחנו רוצים שאנשים ידעו מה התוכן של הזכויות שהם מקבלים. אנחנו לא רוצים שיהיה תוכן משתנה, לחיות בעולם של אופל, שאפשר ליצוק הרבה מאוד תכנים לתוך הזכויות האלה. אנחנו רוצים שלאנשים יהיה מושג מה המשמעות של כל זכות קניינית, כי אם זה לא יהיה המצב ולצדדים יהיה

חופש- יהיו פערי מידע גדולים ועלויות מאוד גבוהות לברר כל פעם מה התוכן של זכות הקניין שקיבלתי. אנחנו לא אוהבים את זה כי אלה דברים שמובילים לחוסר ודאות. לכן הטעם המרכזי כאן הוא טעם כלכלי. בנוסף, זכויות הקניין הן זכויות שהעולם כפוף להן. העולם צריך להיות מסוגל להבין למה הוא כפוף. אם היינו נותנים חופש לצדדים ליצור זכויות, כל פעם העולם יצטרך לבוא ולברר מה המשמעות של הזכות החדשה הזאת שהם יצרו. אנחנו מעדיפים וודאות ויציבות, ולכן שזכויות קניין יוגדרו בחקיקה ותוכנן יהיה ברור מראש.

- <u>ביקורת</u>: לא טעם מספק לרגולציה דווקנית ונוקשה.

לפעמים צריך לאפשר לבתי משפט חופש ברמה מסוימת לעצב זכויות. בפועל בתי משפט אכן עושים זאת במקרים נדירים, העיקרון הזה גם בדין הישראלי לא נשמר ב-100%. לכן הגמישות הקטנה הזו לפעמים מתבקשת ולעתים היא גם מוצדקת, אבל רק במקרים נדירים וחריגים.

- <u>טעם נורמטיבי</u>: הכרעה נורמטיבית חברתית.

אימוץ של זכויות קנייניות צריך להיעשות ע"י המחוקק, הוא זה שמייצג את החברה וערכיה. אנחנו לא רוצים לתת כוח לשופטים לבוא וליצור זכויות, כיוון שלא מדובר בגורמים שיש להם בהכרח את כל רוחב היריעה שנדרש כדי לשקול את כל השיקולים השונים אם להכיר או לא להכיר בזכות קניינית. לכן אנחנו מעדיפים שהמחוקק יעשה את העבודה הזאת.

זה עיקרון די קשיח שקיים בקניין, לא נראה אותו בחוזים למשל. עושה עבודה חזקה מאוד בדיני הקניין וגם די מקל, כי עובדים עם רשימה סגורה. עושה עבודה טובה בקידום של יציבות וודאות.

בדין הישראלי יש רשימה סגורה של זכויות קניין, שהיא: בעלות, שכירות ושאילה, זיקת הנאה, זכות המשכנתא/המשכון, זכות הקדימה, העיכבון, הנאמנות.
מה שמאפיין כל אחת מהזכויות האלה הוא שמרביתן קיימות בכלל סוגי הנכסים (מקרקעין, מטלטלין, זכויות). חלקן קיימות רק במקרקעין, ומה שמבחין כל זכות מרעותה הוא התוכן של הזכות. הזכויות הקנייניות הן זכויות שכל אחת מהן נותנת מה שהופלד דיבר עליו- אגד זכאויות שונות למי שמקבל אותה. כולן קנייניות, אבל תוכנן משתנה והן נותנות כוחות שונים למי שמקבל אותן.

יש כמובן מדרג מהזכות הכי חזקה להכי חלשה (נדבר עליהן יותר בהרחבה כשנדבר על בעלות):

1. **זכות הבעלות-** הכי חזקה. נותנת למי שמקבל אותה את מירב הזכאויות, מירב הכוחות ביחס לנכס. היא בהגדרה נותנת למי שמקבל אותה את הזכות לשלוט בנכס, לנהל אותו, להשתמש בו, לעשות בו עסקאות, והחוק אומר שכל דבר וכל עסקה- מה שאתה רוצה. גם היא בכל זאת כפופה להגבלות. זכות הבעלות קיימת ביחס למקרקעין, מטלטלין, וגם זכויות אחרות (למשל אפשר להיות בעלים של זכות חוזית שכירה, זכות לקבל כסף ממישהו).

2. **זכות השכירות והשאילה-** זכויות קניין שנותנות למי שמקבל את הזכות כוחות מוגבלים יותר. הכוחות שהן נותנות הן זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו, שלא לצמיתות. כלומר זכות עם תוכן מאוד מוגבל, אין שליטה בנכס ואי אפשר לעשות בו פעולות דרמטיות. לא לעולמי עד, יש הגבלת זמן. שכירות ושאילה תמיד מוגבלות בזמן, אחרת זאת בעלות. ההבדל בין שכירות לשאילה הוא עניין התמורה- בשכירות התמורה היא דמי שכירות, ובשאילה בדר"כ זו עסקת חסד שנעשית ללא תמורה, רכיב התמורה לא קיים בה. נראה בהמשך שבשאילה למשאיל יש הרבה יותר כוחות ביחס לסיום העסקה לעומת המשכיר. בדר"כ הן נדונות יחד כי ההבדל ביחיד ביניהן הוא שאלת התמורה.

3. **זיקת הנאה- קיימת רק במקרקעין-** זכות שהתוכן שלה מאוד מוגבל. ההגדרה שלה- שעבוד נכס להנאה שאין עמה זכות להחזיק בנכס. הרבה יותר מוגבלת משכירות. לא מקבלים זכות להחזיק בנכס. זיקת ההנאה הקלאסית והמפורסמת שהיא הדוגמא הכי שכיחה היא זכות מעבר בשטח, למשל

מתן זכות למישהו לחתוך דרך הגינה שלי בדרך לבית הספר כל יום. הבעלים של הנכס נותן למישהו אחר זיקה/זכות שהתוכן שלה מוגבל, נותן אפשרות לעשות שימושים בנכס שלו אבל בלי זכות להחזיק בו. זכות לשאוב מים מהבאר/להשתכשך בבריכה וללכת. שעבוד של המקרקעין שלי לטובת מישהו אחר להנאה שלא באה עם אחזקה. לא משתמשים הרבה במוסד המשפטי הזה.

4. **משכנתא/משכון-** אותו מונח משפטי מבחינת המשמעות, רק שמשכנתא זה ביחס למקרקעין ומשכון ביחס למטלטלין וזכויות. המשמעות היא משכון או שעבוד של נכס כערובה לחיוב, ואם לא קוים החיוב אפשר להיפרע מן הנכס. המשכנתא/משכון אומרים שאני יכול לבוא ולשעבד נכס, שהוא יהיה הבטוחה לקיום החיוב שאני מציג כחייב לנושה שלי, ואם לא אעמוד בחיובים/החזרי ההלוואה- הוא יוכל לבוא ולממש את הנכס ולהיפרע ממנו.

5. **זכות הקדימה-** זכות קניינית **שקיימת רק במקרקעין**. זכות סירוב ראשונה לקנות מקרקעין. היא למעשה זכות שאומרת שאם בעלי הנכס ירצה למכור את הנכס שלו, מי שיש לו את הזכות יוכל לרכוש אותו לפני כולם. זה בעצם הסכם שעושים עם בעלי הנכס, זו זכות שתירשם במרשם וכולם ידעו מזה, וברגע שירצו למכור את הנכס- אותו אדם יהיה הניצע הראשון.

6. **זכות העכבון-** זכות קניינית עם תוכן מצומצם, מוגבל. זו זכות לעכב נכס כערובה לחיוב. אם במשכנתא אפשר להיפרע מהנכס אם החיוב לא קוים, זכות העכבון מצומצמת הרבה יותר. בעכבון הזכות נותנת לי רק יכולת לעכב נכס כערובה לחיוב. למשל בחוזי קבלנות (שירות, תיקון וכו'), אם אני מכניס רכב למוסך לתיקון- בסיום העבודה המוסכניק דורש תשלום. אם אתה מסרב לשלם, המוסכניק יכול לעכב את המסירה של הנכס שהוא עשה בו את העבודה עד שתשלם. הוא לא יכול לעשות עם הנכס מה שהוא רוצה- לנהוג ברכב, למכור אותו וכו'. הוא רק יכול לעכב אותו עד שהחיוב מקוים. החוק מגדיר כל מיני סוגי עכבונות, למשל עכבון מסמכי לקוח ע"י עו"ד. הכוח שהזכות נותנת הוא מאוד מוגבל.

7. **נאמנות-** מוסד משפטי שהוא למעשה משולש- יש בו אדם שיוצר את הנאמנות, נאמן- שהוא האדם שממונה ע"י יוצר הנאמנות לנהל אותה, ונהנה- האדם שהוא מוטב הנאמנות. חוק הנאמנות מסדיר את המוסד המשפטי הזה, ובדר"כ מוסד הנאמנות הוא מוסד שקיים מכל מיני סיבות. אם אני יוצרת הנאמנות ואני רוצה להיטיב עם מישהו ולעזור לו, אבל יודע שהוא בזבזן כספים גדול והוא יגמור את הכסף מהר, אני יכול כיוצר הנאמנות יכול למנות נאמן כלשהו- שינהל את הכסף שאתן לנהנה. אני מגדיר בנאמנות את תנאיה, למה הכסף או איך זה יעבוד, איך לשחרר לו את הכסף וכל כמה זמן… אבל לא נותנים לנהנה לשלוט בכסף. מכניסים בין שני צדדים צד שלישי שינהל את הכל לטובת אותו נהנה מכוח הנאמנות. כך אני יכול להבטיח את קיום מטרותיה. מקימים המון מוסדות נאמנות בהרבה הקשרים, בעיקר אנשים שמתים ולא רוצים להוריש את הכסף שלהם לפי יורש אחרי יורש ולשחרר את עצמם מהרבה הגבלות בעקבות הנאמנות. הנאמן מקבל זכויות קנייניות אבל מאוד מוגבלות, הבעלות בנכסים עוברת אליו אבל עם הגבלה שהוא מנהל את הנכסים לטובת הנהנה. הנאמנות נרשמת, והנאמן הוא בעלים פורמלי של הנכסים אבל בכפיפות לזה שהכל מנוהל לטובת הנהנים.

★ לגבי מאפייני הזכות הקניינית - יש מאפיינים אחרים שמוזכרים למשל בפס"ד טנא נוגה, אבל דיברנו על המאפיינים המרכזיים. למשל עצמאות, מיידיות. אבל הרבה מהמאפיינים המרכזיים שמדברים עליהם הן תכונות שנוגעות לתכונות שכבר דיברנו עליהן.
רכושיות- זכות שנותנת זכויות כלכליות בנכס מסוים.
עצמאות- הזכות לא מתווכת ע"י אדם, הזיקה הבלתי אמצעית לנכס. זו מהות הזכות. עקיבה ועדיפות.
מיידיות- זכות קניין היא בבחינת זכות שניתן לממש אותה מיד. נובע מהזיקה הישירה לנכס.

ייחודיות- לעולם יהיו 100% זכויות קניין, לא יכול להיות יותר. זכות קניין היא תמיד אבסולוטית למישהו מסוים, אי אפשר ליצור יותר מ-100 אחוז זכויות בנכס. קניין הוא רק נכס אחד שאדם אחד יכול להחזיק בו (או כמה בבעלות משותפת).

קניין פרטי - למה?

מה ההצדקה לזכויות קניין? איזה ערכים מצדיקים את מתן הזכות הקניינית?

- קניין פרטי

משטר משפטי שאומר שאנשים פרטיים יכולים לרכוש רכוש ולהיות בעלים שלו. למשל בישראל- כל אחד מאיתנו יכול לרכוש נכסים ולהיות בעליהם.

- קניין קולקטיבי

משטר שאומר שאין בעלות פרטית, אנשים לא יכולים להיות בעלים של נכסים באופן פרטי. הבעלות היא קולקטיבית, של הריבון, והריבון יכול להקצות לפרטים זכות לעשות שימוש במשאבים. המדינה היא הבעלים של הנכסים.

- קניין משותף

מצב שבו לנכס יש יותר מבעלים אחד. מצב בו אנשים מחזיקים בבעלות משותפת בנכסים. הבעלות היא לא יחידנית בנכס של אדם אחד בלבד אלא לפחות שניים או יותר. קניין משותף מתקיים במוסדות משפטיים במדינות שמכירות בקניין הפרטי, אם אדם אחד יכול להיות בעלים וודאי ששניים או יותר יכולים יחד.

ההצדקות לקניין פרטי

- חירות
- עבודה
- רווחה מצרפית
- צדק חלוקתי
- סביבה?
- אישיות
- קהילה

חירות

ערך שדיברנו עליו גם בשלבים המוקדמים יותר- על בלקסטון. אבל נדבר יותר על ההצדקות והמופעים המודרניים שלה, הפיתוח שלה והביקורות עליה.

<u>Robert Nozick (1938-2002)</u>

מלומד שהיה פרופסור בהרווארד הרבה שנים. הוא אחד ההוגים הליברטריאנים הגדולים של המאה האחרונה. הוא ממשיכו של בלקסטון מבחינה תפיסתית. כשהוא מדבר על הצדקת החירות הוא אומר שהסיבה שבגללה אנחנו צריכים לאמץ משטר של קניין פרטי היא כיוון ש<u>רק משטר מהסוג הזה מפקיד בידי יחידים חירות מספקת לעמוד מול השלטון ולא להיות כפוף לשלטון</u>. כלומר ההצדקה המרכזית לקניין פרטי היא שהיא נותנת לי מספיק חירות לעמוד מול השלטון חופשי בלי התערבות. מרחב לחירות של הפרט כשיש לו שליטה בנכסים שלו.

במשטרים של קניין קולקטיבי, שאין בהם בעלות של קניין פרטי, אומר נוזיק שאנשים כפופים לחלוטין למשטר ולרצון הטוב של המשטר. המדינה מקצה לאנשים זכויות שימוש במשאבים, וכשאתה חי במשטר כזה אתה כפוף לגמרי למשטר לא רק במה שקשור לקניין אלא בהכל, המשטר מנהל את כל החיים שלך. במצבים כאלה, כשאין לאדם קניין פרטי, כל החיים שלו מוכתבים ע"י המדינה ולמשטר יש כוח להחליט ביחס להכל. לכן משטר של קניין פרטי הוא עוגן של חירות וצריך אותו כדי לתת חירות מספקת מול השלטון.

אם מקבלים את ההנחה שיש קניין פרטי, לדעתו בכל משטר קנייני מהסוג הזה צריכים להיות 3 כללים לקיום של משטר של קניין פרטי:

- כלל תפיסה תקיפה

נוזיק חושב שאם אנחנו רוצים משטר של קניין, צריך שיהיה כלל שאומר מתי האדם רוכש בעלות פרטית בנכס. לכן אנחנו צריכים להגדיר כלל שיאמר לנו מתי תפיסה בנכס היא תקפה. לתת הגדרה מתי אדם רוכש בעלות פרטית בנכס שהיא לגיטימית לפי משטר של קניין פרטי. למשל בישראל- כלל כזה יהיה הכלל של רישום זכות במרשם המקרקעין.

- כלל העברה תקיפה

אמנו שאחת התכונות של זכויות קניין היא תכונת העבירות. אנחנו רוצים לאפשר לאנשים לסחור בזכויות הקנייניות שלהם. וכדי לאפשר משטר של קניין פרטי, משטר כזה צריך גם לאפשר לאנשים לסחור בנכסים שלהם. כדי לאפשר זאת, צריך <u>לקבוע כללים מתי אפשר להעביר נכסים ואיך מעבירים אותם</u>. דוגמא לכלל העברה: תוקף של עסקאות רצוניות בנכסים. דוגמא נוספת: אימוץ של חוקי ירושה.

- כלל תיקון

צריך לקחת בחשבון שהרבה פעמים אנשים לא יקיימו את הכללים הראשונים. לפעמים אנשים יתפסו נכסים שלא כדין, למשל יגנבו נכס, יעשו עסקה בנכס שלא שייך להם, לפעמים יעבירו נכסים בדרכים לא לגיטימיות (למשל להתחזות לבעלי נכס). לכן נוזיק אומר שאנחנו צריכים גם כללי תיקון- <u>כללים שיתקנו את כל המצבים המעוותים בהם היו תפיסות או העברות לא תקפות</u>. <u>דוגמא</u>: כלל של תקנה שוק- אומר באיזה תנאים כשאדם שמוכר בנכס שלא שייך לו העסקה תהיה תקפה ומתי לא. כללי תיקון יגידו לנו מה קורה בכל העיוותים כשלא מתקיימים שני הכללים הראשונים, כשהנכס לא נתפס באופן תקף או לא מועבר בצורה תקפה.

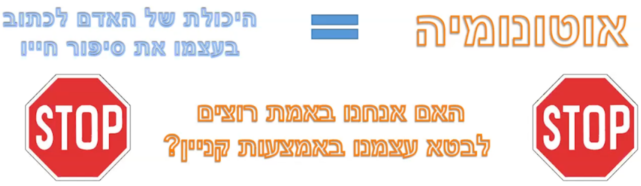
כל משטר פרטי בעיניו צריך לאמץ את שלושת הכללים האלו. אך הוא לא קובע מה הכללים- הוא לא נותן את הפרטים מתי תפיסה או העברה תקפות ומהם כללי התיקון, אלא שמשטר שמאפשר קניין פרטי צריך לאמץ את שלושת סוגי הכללים האלה.

כשחושבים על המשמעות של התפיסה של החירות של נוזיק, צריך להבין שהפרשנות של הערך הזה שנוזיק מתמקד בו הוא למעשה אוטונומיה. מרחב שהוא חופשי מהתערבות המדינה או השלטון. אנחנו לא רוצים שאנשים יהיו כפופים למרות השלטון בכל היבט של החיים שלהם.

אחת השאלות שעולות כביקורת על נוזיק היא למה לאפשר לאנשים אוטונומיה דרך נכסים? למה צריך קניין דווקא כדי לאפשר אותה? האם אנחנו באמת רוצים שהמרחב האוטונומי שלנו יהיה דווקא בנכסים ובקניין פרטי? יש שסוברים שזה שהמוקד של נוזיק הוא דווקא בקניין הוא בעייתי, לא היינו רוצים שאנשים יגשימו או יבטאו את עצמם דרך רכוש. הוא תופס את הקניין כאתר להגשמה של אוטונומיה וספק שזה חייב להיות דרך רכוש.

מעבר לזה, יש <u>ביקורות נוספות על ערך החירות</u>:
אחד הקשיים המרכזיים עם ערך זה הוא שברגע שלאדם יש חירות לעשות משהו, כמו חירות להחזיק בנכסים ולשלוט בהם ומרחב בו הוא חופשי מהתערבות של אחרים בהם, כנגד זה אין זכות לאחרים להפריע לקניין של

האדם. כנגד כל חירות שיש לאדם יש היעדר זכות לאדם אחר לפעול. כשאנחנו נותנים לאדם חירות אנחנו שוללים זכויות של אנשים אחרים להתערב באותו מרחב, ואחת הביקורות על נוזיק היא שאם הוא באמת מדבר על זכויות קניין כמשהו שמבטיח חירות של אנשים, אנחנו חייבים גם ללכת צעד אחד נוסף- אם הוא חושב שאדם צריך קניין כאתר לחירות ואוטונומיה והמרחב של אנשים, <u>צריך לתת לכולם זכויות קניין ברמה מינימלית</u>. כל חירות של אדם אחד יוצרת הגבלות על כל השאר לא להיכנס למרחב הזה. זה צעד שנוזיק לא עושה, הוא לא אומר שכולם צריך להיות קניין פרטי כדי שהוא יהיה עם חירות, אלא הוא רק אומר שקניין הוא אתר של חירות. אומרים שלא באמת אכפת לו מחירות, כי אם היה לו אכפת באמת מחירות אחד התנאים המרכזיים שלו היו שלכל אחד יהיה קניין.



טבלת הזכויות של הופלד

זכות	חירות		כוח	כפיפות
חובה	היעדר זכות		חסינות	היעדר כוח

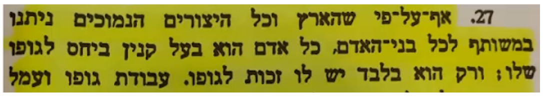
כשנותנים חירות לאדם אחד אין זכות לאדם אחר. היינו מצפים שניתן חירות וקניין לכולם, ונוזיק לא עושה את המהלך הזה אלא רק שומר על מי שיש לו קניין מהתערבות המדינה.

עבודה

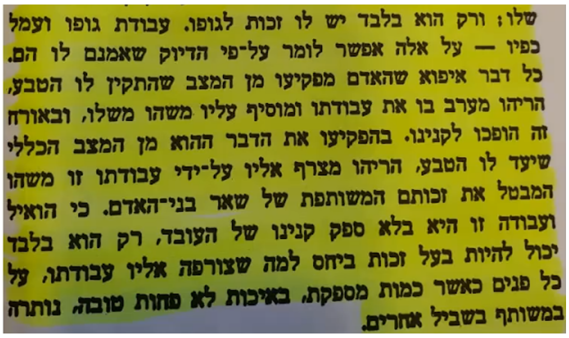
<u>John Locke (1632-1704)</u>

- המסכת על הממשל המדיני

ג'ון לוק היה יועץ של מלך אנגליה והיה צריך לנסות להצדיק את כל המשטרים של קניין פרטי באנגליה. יש הרבה משפחות מבוססות שיש להן הרבה קרקעות וקניין פרטי, לעומת אנשים שאין להם כלום. ג'ון לוק ניסה לבוא במסכת שלו על הממשל המדיני שלו ולהסביר איך נוצר משטר של קניין בעולם.


27. אף־על־פי שהארץ וכל היצורים הנמוכים ניתנו במשותף לכל בני־האדם, כל אדם הוא בעל קנין ביחס לגופו שלו; ורק הוא בלבד יש לו זכות לגופו. עבודת גופו ועמל

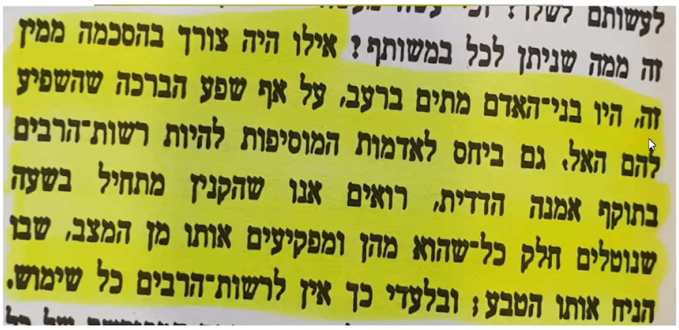
למעשה נקודת המוצא של ג'ון לוק לגבי קניין פרטי היא <u>נקודת מוצא דתית</u>. אצלו <u>כולם בעלים במשותף של הכל</u>, וכל העולם ניתן לכולנו במשותף, כל המשאבים בו וכו'. הדבר היחיד שניתן לכל אחד מאיתנו שהוא באמת שלנו- הוא הגוף שלנו, ועליו יש לנו באמת זכויות ולאחרים לא. כדי להסביר את הקניין הפרטי הוא עובר להצדקה של עבודה ואומר:


שלו; ורק הוא בלבד יש לו זכות לגופו. עבודת גופו ועמל כפיו — על אלה אפשר לומר על־פי הדיוק שאמנם לו הם. כל דבר איפוא שהאדם מפקיעו מן המצב שהתקין לו הטבע, הריהו מערב בו את עבודתו ומוסיף עליו משהו משלו, ובאורח זה הופכו לקנינו. בהפקיעו את הדבר ההוא מן המצב הכללי שיעד לו הטבע, הריהו מצרף אליו על־ידי עבודתו זו משהו המבטל את זכותם המשותפת של שאר בני־האדם. כי הואיל ועבודה זו היא בלא ספק קנינו של העובד, רק הוא בלבד יכול להיות בעל זכות ביחס למה שצורפה אליו עבודתו, על כל פנים כאשר כמות מספקת, באיכות לא פחות טובה, נותרה במשותף בשביל אחרים.

התיאוריה של לוק כדי להצדיק קניין פרטי היא **הערבוב-** כשאדם מערבב את הכוח שלו במשאב, הוא מעביר את הבעלות במשאב הזה לעצמו. ברגע שאדם מפעיל את הכוח שלו, שהוא משהו ששייך לו (כי הגוף הוא שלו), הוא הופך להיות הבעלים של אותו משאב. כלל של עבודה, הפעלת עבודה על משאב- הפכת לבעלים שלו.

יש ללוק כל מיני השגות וסייגים על כך, אבל נקודת המוצא שלו היא שאדם רוכש קניין פרטי בגלל שהוא מערבב את הכוח שלו במשאב מסוים. לפי לוק, לדוגמא: אם אני אלך ברחוב ואקטוף תפוח מעץ שברשות הרבים, התפוח הופך להיות שלי בגלל שהפעלתי כוח כדי לקטוף אותו.

כשקוראים את לוק בצורה יותר מדוקדקת, רואים שיש בו הצדקות שהן גם תועלתניות.


לעשותם לשלו ?
זה ממה שניתן לכל במשותף ? אילו היה צורך בהסכמה ממין
זה, היו בני־האדם מתים ברעב, על אף שפע הברכה שהשפיע
להם האל. גם ביחס לאדמות המוסיפות להיות רשות־הרבים
בתוקף אמנה הדדית, רואים אנו שהקנין מתחיל בשעה
שנוטלים חלק כל־שהוא מהן ומפקיעים אותו מן המצב, שבו
הניח אותו הטבע ; ובלעדי כך אין לרשות־הרבים כל שימוש.

אילו היינו אומרים שזה לא כוח, אלא למשל צריך לבקש רשות מכל העולם כדי לקטוף את התפוח הזה- היינו בבעיה. היינו מתים מרעב. הוא מסביר שלא נכון להבנות משטר של קניין פרטי דווקא על הסכמה. לא צריך על כל דבר לבקש הסכמה של אנשים, כי אם כך היה ולא היינו הולכים לכיוון של עבודה (שהוא כלל יותר קל מהזווית של האדם שעושה את זה)- היינו מתים, למרות שיש בטבע הרבה משאבים והרבה שפע. לכן לוק אומר שההצדקה למשטר פרטי צריכה להיות העבודה שמפעילים על המשאב.
בסיס תועלתני- נראה שהוא אומר שזה פשוט לא מעשי להתחיל לבקש הסכמות.

<u>סיכום העקרונות</u>:
- מצב הטבע- הקניין הוא משותף
- לכל אחד יש זכות לשימור עצמי ולכן מותר לו לקחת משאבים
- ערבוב עבודה של אדם עם משאב- מקנה לו את המשאב

אבל לוק גם היה מספיק רגיש ואמר שצריך גם סייגים לכלל הזה, כי החזקים יוכלו להשתלט על הרבה נכסים והחלשים יותר לא יוכלו תמיד לעשות את זה. הוא נותן סייגים מוסריים לתיאוריה שלו על העבודה.

<u>הסייגים הלוקיאניים</u>:

1. מותר לאדם לקחת משאב רק אם משאיר מספיק, ובאיכות דומה לאחרים.

אם אתה רואה עץ עם תפוחים, אל תיקח את כל התפוחים, תיקח מה שאתה צריך בשבילך ותשאיר מספיק לאחרים. לוק רגיש גם לצורך של הכלל.

2. אסור לקחת יותר מכפי שיכול האדם לצרוך.

בל תשחית- קח רק מה שאתה יכול להשתמש בו וצריך אותו, אל תיקח יותר מדי. זה סייג שהולך כביכול עוד צעד קדימה, כי הוא אומר שגם אם יש מספיק ובאיכות דומה לא לקחת יותר ממה שאתה יכול להשתמש בו. לא לקחת סתם.

יש הרבה **בעיות עם הגישה** הזו של לוק ונכתב הרבה על הגישה הזאת והקשיים בה:

- <u>חסר במשאבים</u>

ביקורת על הסייג הראשון. הרבה מלומדים סוברים שלוק מדבר על איזשהו מצב אוטופי בו יש מספיק בעולם לכולם. כולנו יודעים שהעולם הוא במחסור, זה תיאורטי בלבד שיש מספיק לכולם. לכן נקודת המוצא של התיאוריה בסייג הראשון היא שרוב הזמן הסייג הראשון אף פעם לא יכול להתקיים. אף פעם לא יתקיים מצב

בו אדם שלוקח לא גורע מאחרים. הרבה אנשים חיים מתחת לקו העוני, אין מספיק משאבים לכולנו. תמיד יש חסר במשאבים ולכן הסייג הראשון אף פעם לא יכול להתקיים, תמיד יהיה חסר למישהו ולא יהיה מספיק באיכות דומה לאנשים אחרים.

- <u>תיאוריית הערבוב</u>

ביקורת של נוזיק על לוק- נוזיק האמין שהקניין הוא עוגן של חירות. לכן הוא מנסה להגחיך את התיאוריה של הערבוב של לוק (ערבוב כוח במשאב כדי לקבל בעלות במשאב). נוזיק אומר שתיאוריית הערבוב היא שטות, מכמה סיבות:

- אם אדם ייקח למשל צנצנת של מיץ עגבניות וישפוך אותה לאוקיינוס, משמע הוא מפעיל כוח על האוקיינוס- האם זה אומר שהאוקיינוס שייך לו? הוא הפעיל עליו עבודה הרי, האם זה הופך את האוקיינוס (משאב) לבעלות שלו? לא נשמע לו רציני שזו תהיה הדרך לקבל בעלות במשאבים.
- מעבר לזה, יש גם שאלות כמה ערבוב נדרש, כמה עבודה נדרשת כדי לקבל בעלות במשאב. לא הגיוני שבפעולה כ"כ פשוטה אדם יקבל בעלות על משאב שלם. הכלל איך מקבלים קניין לא מספיק ברור ולא הגיוני. אין מספיק פרטים שמשכנעים את נוזיק שזה מספיק חזק כדי להצדיק בעלות במשאבים.

- <u>נמלה 1 - צרצר 0</u>

ביקורת שעוסקת בפרופורציונליות. לוק לא נותן לנו איזושהי מידה של פרופורציונליות בכלל שהוא מייצר. אדם משקיע איזשהו מאמץ, לא משנה אם קטן או גדול, והוא מקבל בעלות על המשאב. כל השקעה של מאמץ אצל לוק מקנה 100% בעלות. אתה יכול לא להתאמץ יותר מדי ולקבל בעלות במשאב. מה שחסר כאן לא זהה למה שנוזיק אומר (שהערבוב הוא כלל לא ברור בכלל וזהו), אלא שאין כאן כלל של מידתיות. מה אם אדם עשה מעט או הרבה מדי, למה אין פרופורציונליות של עבודה והשקעה כדי להצדיק את הבעלות במשאב? לא נשמע הגיוני שכל השקעה תצדיק בעלות, חייבים מימד של מידתיות כדי שהתיאוריה הזאת תישמע הגיונית.

אבל עדיין התיאוריה הזאת היא תיאוריה די דומיננטית עדיין, וגם בקניין רוחני. זו תיאוריה שעברה עדכונים ושינויים ונתנו לה פרשנויות אחרות, והיא עברה שינוי בעיצוב והלגיטימיות שלה.

קריאה אוהדת של תיאוריית העבודה = גמול

אם מסתכלים על ההצדקה הרגילה של לוק- ערבוב, עם זה פחות מזדהים היום ופחות "קונים" את זה, וההוגים המודרניים יותר ניסו לקרוא את לוק בצורה אחרת, יותר אוהדת ועל בסיס יותר של גמול, שלא מתמקד בערבוב כהצדקה לקבלת הזכות הקניינית אלא תפיסה שהיא יותר גמולית. לוקחים את התפיסה שלו שאדם השקיע עבודה ועמל וקוצר פירות, ומעבירים את זה לסיפור של גמול: לוק רוצה לתגמל אותנו על התנהגות שהיא רצויה, לומר שאדם שעמל ועבד צריך להיות מתוגמל על העבודה שהוא השקיע. וכשעושים את המעבר הזה ללומר שהתגמול הוא בגלל שעשית משהו שהוא רצוי מבחינה חברתית- יותר מסתדרת תיאוריית העבודה והביקורות נחלשות יותר. זו הקריאה המודרנית יותר של התיאוריה. המשפט רוצה לתגמל אותנו על ההתנהגויות הרצויות שלנו, ולכן הוא נותן לנו זכויות קניין כשאנחנו מתנהגים בצורה רצויה וראויה.

ברגע שאנחנו הולכים לכיוון הזה ונוטשים את הערבוב, רואים שיש פתאום הרבה מגבלות לתיאוריה הזו שמלומדים הציגו והתיאוריה העדכנית המודרנית אומרת שחייבים לקרוא את לוק עם מגבלות.

<u>המשפט מתגמל על התנהגות רצויה, אבל:</u>

- רק התנהגות ראויה מזכה בפרס

רק התנהגויות שהן ראויות מזכות בפרס, התנהגות חיובית ורצויה

- התוצאה של העשייה היא חיובית

רק כשהתוצאה של העשייה היא חיובית לחברה, והחברה יוצאת נשכרת מההתנהלות שלך

- הפרס צריך להיות פרופורציונלי

למידת ההתנהלות והתרומה וההשקעה שלך

תיאוריית העבודה זכתה לפרשנות עדכנית מודרנית שמתמקדמת בגמול, שהמוקד שלה הוא ההתנהגות שלך. עם תיאוריה כזאת קל יותר להזדהות כי יש כאן הרבה יותר מגבלות לעומת הערבוב.
הגישה הזו של עבודה כגמול על דברים טובים שעשית היא הצדקה מאוד דומיננטית בהרבה שיטות משפט בהקשר של קניין רוחני, אנחנו רוצים לתגמל אנשים עם מה שהם עושים אבל עם הגבלות ופרופורציונליות.
למשל הגנת הפטנט על המצאה- נותנים לאנשים הגנה על המצאות שהן תורמות לחברה וטובות לה, אבל עם הגבלת זמן והגבלות, כלומר עם פרופורציה.

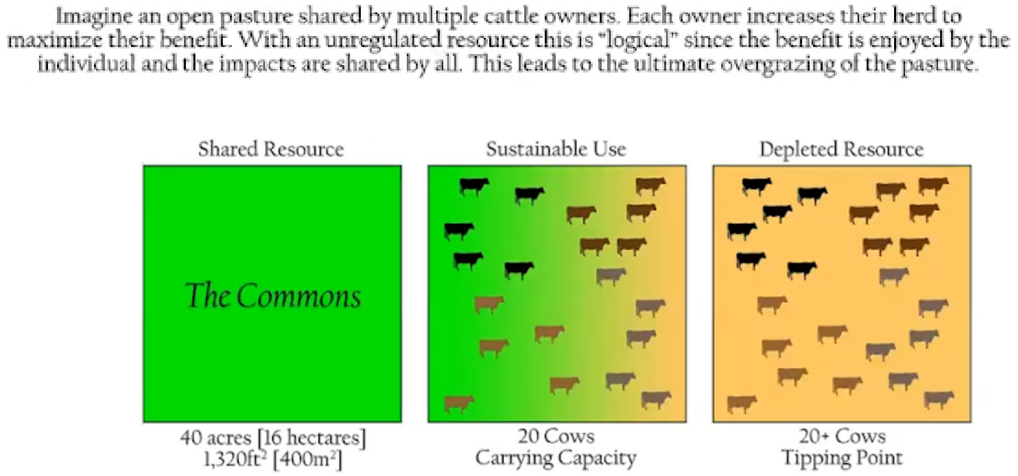
שיעור 4 - 21.10.21

(המשך הצדקות)

רווחה מצרפית / תועלתנות / יעילות כלכלית

<u>בעיית הפעולה המשותפת</u>

The Tragedy of the Commons



ההצדקה של רווחה מצרפית מתחילה במאמר מפורסם של **גארט הרדין**, שנקרא **"הטרגדיה של המאגר המשותף" / בעיית הפעולה המשותפת**. מדובר על מקרה בו יש לנו כר מרעה משותף, שקבוצה של אנשים חולקים בבעלות משותפת, כלומר קניין משותף - כל הקרקע נמצאת בבעלות משותפת של כמה בעלים. כר המרעה הזה יכול להכיל עד 20 פרות (מבחינה אופטימלית, כדי שימשיך להתקיים ולהיות חיוני, להצמיח עשב וכו'). במצב של בעלות משותפת הרדין טען שהמצב הזה הוא <u>לא מצב טוב מבחינת המשאב וקיומו</u>, כי במצב שיש 20 פרות, אם נעלה את מספר הפרות כר המרעה הזה ירושש והמשאב ייהרס (הירוק שהופך לחום בתמונה). הוא מנסה להסביר את הבעיה למה זה יקרה. אם יש 4 בעלים ולכל אחד יש את 5 הפרות שלו, האם לכל אחד מהם יש תמריץ להגביל את מספר הפרות הרועות בכר המרעה הזה, או להוסיף עוד ועוד פרות לכר המרעה ולמקסם את התועלות האישיות של כל אחד ואחד מהם? כלומר האם בגלל שהם יודעים שכר המרעה הזה ירושש כל אחד מהם יצמד ל-5?

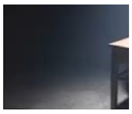
הרדין אומר שבמצב כזה של מספר רועים בכר מרעה משותף, זה <u>מקור לטרגדיה של המאגר המשותף</u>, טרגדיית העוולה המשותפת. קוראים לזה טרגדיה- כי מדובר במצב בלתי נמנע. כל רועה רציונלי במצב כזה שואף במודע או שלא במודע להשיא את הרווחים שלו, ולכן הוא כל פעם יחשוב האם להוסיף עוד פרה למרעה וכאשר הוא עושה זאת הוא חושב רק על התועלת הפרטית שלו. הבעיה היא שאותו רועה לא חושב על ההשלכות על כר המרעה כולו. כל אחד מהאנשים בסיטואציה הזאת חושב על התועלות שהוא יקבל, ולא מפנים את העלויות, לא חושב מה יקרה לכר המרעה. כל אחד רוצה לזכות בכל היתרונות מבלי לשאת בעלויות של דלדול המשאב הזה. 'כל העלויות הן על כולן, אבל כל התועלת היא עליי'. הנזק יתחלק בין כולם, אבל אני אקבל יותר תועלת. כל אחד מהרועים ייטה להוסיף עוד ועוד פרות ללא גבול, ומצד שני אף אחד מהם לא יתומרץ להשקיע בטיפוח המרעה כי אף אחד לא רוצה להיות "הפראייר" שישקיע במשאב ויישא בעלויות כשאחרים לא משתתפים. מה שיקרה בסוף הוא שכולם יעשו את אותו הדבר, יוסיפו פרות, ידללו את המשאב עד שהוא יחרב. זו התוצאה של משטר של בעלות משותפת.

הרדין אומר שבמשטר כזה של בעלות משותפת יש עידוד להתנהג באופן שהוא לא קואופרטיבי, לא משתף פעולה, ניצול יתר של המשאב והשקעה בחסר בטיפוח של המשאב. לכן משטר כזה הוא לא יעיל והתוצאות שלו הן הרסניות.

הקושי הגדול במצבים כאלה הוביל את הרדין וכלכלנים אחרים להציג את המשטר של קניין פרטי כמשטר יותר יעיל.

<u>רווחה מצרפית</u>

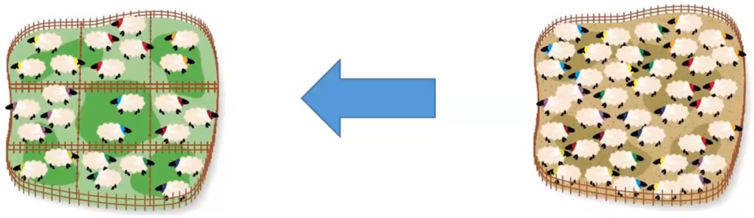
זה מזכיר גם את דילמת האסיר- מדבר על מציאות שבה יש לנו אסיר א' ואסיר ב' ששניהם נכנסים לחקירה, וכל אחד תלוי בהתנהלות של האחר. אם שניהם מכחישים- הם יוצאים הכי בזול, אם אחד מודה ומפליל והשני מכחיש- מי שמודה ומפליל יוצא לחופשי ומצד שני המכחיש "אוכל אותה" בצורה כבדה, ולהיפך. לעומת זאת אם שניהם מודים ומפלילים- שניהם "אוכלים אותה" וחוטפים יותר ממה שיקבלו אם שניהם יכחישו.



		אסיר ב	
		מכחיש	מודה ומפליל
אסיר א	מכחיש	שנתיים, שנתיים	10 שנים, חופשי
	מודה ומפליל	חופשי, 10 שנים	5 שנים, 5 שנים

במצבים כאלה, מבחינת התנהגות, יש כל מיני אופני פעולה. הכחשה הדדית מובילה לתוצאה הכי יעילה לשניהם במקביל. אבל כל אחד מהם רוצה לצאת לחופש ולכן כל אחד בסוף מעדיף שהוא ייצא לחופשי ושהשני יישא במחיר, הבעיה היא ששניהם עושים את זה ובסוף מסיימים עם 5 שנים ולא שנתיים. גם זו סוג של טרגדיה- כל אחד מהם חושב שהוא יכחיש והשני יפליל ואז הוא ייצא לחופשי, אבל בפועל הם לא מתואמים ולכן הם יוצאים עם עונש גדול יותר ממה שהיו מקבלים אם היו שניהם מכחישים. המצב הזה של דילמת האסיר נובע מכך שיש פערי אינפורמציה, חוסר תיאום. הם מקבלים החלטות לא אידיאליות מבחינת רווחה מצרפית כי כל אחד רוצה לצאת לחופשי, כל אחד מהם מתומרץ לנקוט בקו הזה ויוצא מופסד. זו לא התנהגות יעילה כלכלית אבל היא בלתי נמנעת בגלל פערי המידע ובמידה מסוימת גם דומה לסיפור הקודם של התנהלות בבעלות משותפת של משאב.

<u>Hardin</u>
The tragedy of the commons



קניין משותף   קניין פרטי

לכן כדי לפתור את הבעיה הזאת, הפתרון הוא לעבור למשטר של קניין פרטי. הרדין טען שכדי לפתור את בעיית הטרגדיה המשותפת הוא יכול לקחת את אותו כר מרעה, לפצל אותו לחלקות, ולתת לכל אחד חלקה שתהיה בבעלות פרטית של אותו רועה. ואז במצב כזה, מבחינה כלכלית זה ימקסם את הרווחה המצרפית. כל אחד שיש חלקה בבעלותו וירצה לרעות את הפרות שלו בכר המרעה הזה כשהוא נושא בכל התוצאות של ההתנהגות שלו. רק כך אותם אנשים ידאגו לכר המרעה ולטפל בו ולטפח אותו, כי אין מישהו אחר שאולי יוכל לעשות את הדברים האלה. לטעם הרדין רק משטר של קניין פרטי יביא לזה שאנשים יפנימו לא רק את התועלות של הבעלות בנכס אלא גם את ההחצנות השליליות של מה שהם עושים. אין אף אחד אחד שיכול לדאוג להם במציאות כלכלית כזאת.

המעבר הזה הוא ההצדקה של הרדין לקניין פרטי, בעלות פרטית. זה מעבר שנראה יותר ראוי לדעתו.

<u>Harold Demsetz</u>

1. **הניתוח הכלכלי אינו מניח שיטת קניין מסוימת**

אולי הדוגמא של הרדין נכונה בהקשר המסוים של כר המרעה, אבל הניתוח הכלכלי לא מניח ששיטת קניין פרטית היא תמיד עדיפה על קניין משותף. הניתוח לא תמיד יהיה נכון ביחס לכל משאב, לכל מציאות נתונה. זה טוב רק לנסיבות האלה אולי, אבל למשל גינות קהילתיות- משאב משותף שמטפחים היום. יש הרבה דוגמאות של התנהגות קואופרטיבית שמביאה לטיפוח של המשאב ולא לדלדול שלו. לא כולם מתנהגים כמו האנשים בדוגמא של הרדין. ניתוח כלכלי אמיתי לא יכול להניח שיטת קניין מסוימת. ניתוח כזה צריך תמיד לבדוק אם משהו יעיל, לבדוק את כל העלויות ואת כל התועלות במצב נתון, וזה לא הכרחי שתמיד קניין משותף יוביל אותנו למציאות מסוימת. הרדין עשה ניתוח כלכלי מאוד מצומצם, הוא זיהה עלויות ותועלות מסוימות במציאות מסוימת של כר מרעה, אבל הוא לא יכול לגזור מזה מסקנות כוללניות בלי לבוא ולנתח כל מצב. לכן צריך להיות זהירים מאוד עם לומר משהו דרמטי כמו שקניין פרטי תמיד עדיף על קניין משותף. לצורך הדוגמא מפעל גדול כמו ויקיפדיה- הרבה אנשים תורמים ויוצרים משהו משותף, משטר שעובד מעולה ומאוד איכותי מבחינת רמת דיוק וניתוח בערכים השונים. כלומר מוצר איכותי שהוא מעין משטר של קניין משותף, כל אחד תורם תוכן שהוא בסוף מוגן, לא תמיד אנשים הם לא קואופרטיבים. ההנחה הזאת שכולנו נדאג רק לעצמנו, נמקסם תועלת ונחצין את כל התוצאות השליליות על אחרים- לא תמיד נכונה ביחס לכל משטר של קניין. משטרים משותפים יכולים לעבוד תוך השתתפות משותפת בהוצאות ושיתוף פעולה. הכל תלוי נסיבות וצריך לבדוק מה עובד טוב יותר בהקשר מסוים לעומת קניין פרטי, צריך להשוות את המשטרים האלה ואי אפשר להכליל מדוגמא אחת של הרדין.

2. **הניתוח הכלכלי מביא בחשבון החצנות - על השותפים, על דורות העתיד**

אף אחד לא חושב בניתוח הזה על הדורות הבאים. כשאתה חושב על החצנות של דלדול של משאב וכד', הניתוח הכלכלי צריך לחשוב גם על החצנות על דורות העתיד ולא רק החצנות נוכחיות. לכן הוא אומר שכשאתה רוצה לבוא ולהצדיק שיטת משפט מסוימת, מה יעיל/כלכלי יותר- קניין פרטי או משותף, אתה צריך להביא בחשבון גם את ההשלכות על דורות העתיד. אלה דברים שהרדין היה אדיש להם, כי הוא דיבר רק על ההחצנות לגבי ארבעת השותפים בכר המרעה. אולי הדברים שהוא אמר נכונים לתקופתו ולנסיבות המסוימות האלה, אבל הוא לא חשב על עלויות נוספות ועל ההשלכות של זה על דור העתיד. משטר קניין צריך להיות רגיש יותר גם לזה, ולא רק לצדדים המיידיים לבעלות המשותפת כרגע.

3. האבולוציה - הן של מושאי הקניין והן של הדרכים למשטר קניין
לא תמיד חייבים קניין פרטי, כי המציאות משתנה. החיים משתנים, התרבות, העולם משתנים. מושאי הקניין היום בעולם חלקם דיגיטליים, הם יותר פתוחים לציבור מאשר קרקע ומטלטלין בעבר. יש יותר שיתוף בתוכן, מדיניות של יותר פתיחות, תכנים שזמינים יותר בחינם וכו'. המציאות השיתופית יותר היא יותר דומיננטית בדור הזה והייתה פחות נפוצה אז. היום בעולם המקוון יש גם פחות עלויות במשטור של קניין. אם בעולם הישן היה צריך גדר כדי לשמור על הקרקע, היום יש פתרונות יותר רלוונטיים כדי לשמור על תוכן אבל לתת לאחרים גישה אליו... הרבה דברים משתנים, לכן אי אפשר לחשוב בצורה כ"כ מוגבלת על קניין.

הרדין הוא נקודת מוצא לשיח של למה צריך קניין פרטי, הוא מנסה להצדיק את המשטר הזה. הוא מתחיל בדוגמא שהוא בטוח שהיא מייצגת, והביקורות עליה מדברות על זה.

הגישה הכלכלית וההצדקות הכלכליות הן מאוד דומיננטיות בקניין בהרבה הקשרים, זה אחד הערכים המובילים ביצירת משטרי קניין.

אישיות

תיאוריית האישיות- מי שהעלתה את ההצדקה הזאת וכתבה עלי ההברה היא מלומדת בשם מרגרט ראדין, חוקרת קניין שהייתה אחת מאלה שעיצבו את הנושא הזה. היא טוענת שלא כל חפץ או נכס בהכרח צריך להיות משאב בבעלות פרטית, ולא כל משאב צריך לקבל את אותה הגנה קניינית כמו משאבים אחרים. לטענתה, יש הרבה משאבים שהם קרובים יותר לגרעין האישיות שלנו, ויש כאלה שפחות, בעלי אופי יותר כלכלי. במילים אחרות- כל עולם הנכסים של כולנו- המשמעות שלו שונה בין משאב למשאב. לא לכל המשאבים יש אותה חשיבות ביחס לכל אחד ואחד מאיתנו.

לכן ככל שיש לחפץ קרבה גדולה יותר לגרעין האישיות שלנו, ניתן לו הגנה הגדולה יותר, וככל שהוא רחוק מגרעין האישיות שלנו- ניתן לו הגנה פחותה יותר.

הטיעון שלה הוא שיש נכסים שהם חלק מהאישיות שלנו, ולכן החברה צריכה לתת להם הגנה כפי שהיא מגינה עלינו. אם פוגעים בנכס הזה- הפגיעה בנו היא פגיעה אישית.

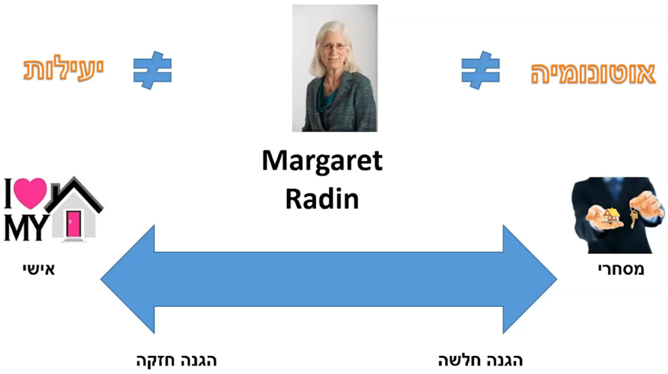
למשל כלב, טבעת נישואין או אלבום תמונות- הנכסים הכי קרובים אלינו, הראשונים שנחלץ אם יש שריפה למשל. זאת לעומת דברים שאנחנו פחות קשורים אליהם, כמו עסק או נכסים/דירה להשקעה.

<u>טבעת נישואין</u>- כל זמן שהיא נמכרת בחנות היא חפץ רגיל ונמכרת כמו כל טבעת אחרת. אבל ברגע שהיא טבעת נישואין של מישהו שהתחתן וקנה אותה, היא מייצגת את חיי הנישואין שלו, ולכן כשהוא מאבד אותה האובדן הזה הרבה יותר משמעותי עבורו כלכלית לעומת הערך שלו בחנות. אנשים מייחסים ערך גבוה יותר לנכס שהם קשורים אליו בהשוואה ל"סתם" נכס שנמכר בשוק. הרבה יותר ראוי לתת לנכסים האל ההגנה חזקה יותר, כי אנחנו קשורים אליהם יותר מאשר לנכסים אחרים.

דוגמא נוספת- <u>בית המגורים</u>- ביתו של אדם מבצרו. זה כנראה המשאב האולטימטיבי של כל אחד שהכי קרוב לאישיות שלו. זה לא נכס להשקעה אלא המקום בו אנו חיים, ולכן כשפוגעים בו הפגיעה היא הרבה יותר קשה מסתם פגיעה בנכס כלכלי. מדובר בנכס שאנחנו קשורים אליו הרבה יותר, שהוא יותר אישיותי. הפגיעה שתיגרם אם יקחו מאיתנו את הנכס הזה תהיה גבוהה יותר ולכן היא מציעה להגן עליו יותר.

גם המשפט נותן הרבה מקום להיבטים אישיותיים. למשל כשבית מתפרק ובני זוג מתגרשים, החוק קבע שיש זכות קדימה בין בני הזוג לרכוש את החלק של האחר בדירת המגורים לפני שהנכס יועמד למכירה בחוץ,

מתוך ההבנה שהם יותר קשורים ומחוברים לנכס הזה, יש להם קשר אישי אליו. כך גם בנק שרוצה לממש נכס בהוצאה לפועל- הדרישות הן יותר מחמירות כשמדובר בבית מגורים לעומת נכסים אחרים.



ראדין מדברת על ספקטרום שעליו ממקמים נכסים, אלה שיקבלו הגנה חזקה יותר הם אלה שקרובים יותר לגרעין האישיות שלנו, ואלה שפחות קרובים אליו- יקבלו הגנה פחותה יותר. המשטרים של דיני קניין צריכים לתת הגנה חזקה יותר לאלה שקרובים אלינו יותר.

הביקורות על הגישה הזו הן בעיקר שכל אחד מתייחס לנכסים אחרת, חלק יותר קשורים אליהם וחלק פחות, לא תמיד העקרונות של השיטה הזאת הם יישימים מבחינה משפטית. היא לא נותנת לנו מספיק כלים כדי לדעת איך למקם את היחסים, איך לפצות על הפגיעה בהם. תיאורטית אנחנו מזדהים עם העקרונות שלה ויש לזה גם ביטוי במשפט בעקרונות משפטיים שונים, אבל פחות קל לעבוד עם תיאוריה כזאת ביחס לקניין כשיש כאן הרבה פרשנות ובחינה סובייקטיבית של תחושה ביחס לנכס לעומת אחרים. יש אנשים למשל שאוהבים כסף מאוד והוא כל עולמם, מה נאמר עליהם? שהם קשורים אליו רגשית? הניתוח שלה הוא ניתוח שלא תמיד קל לקבל ולהצדיק.

קהילה

ערכים קהילתיים בקניין- קהילה (וגם צדק חלוקתי) אלה ערכים שהשיח לגביהם התחיל יותר בשנים האחרונות. כשמדברים על קהילה, זה ערך שמדבר על ערכים של שיתוף ואחריות חברתית, ועל ערכים קנייניים. להרבה אנשים, בעיקר אנשים שחושבים על קניין מהמקום של ערך החירות, יאמרו שזה מהפכני וזה יותר מדי. שיתוף ואחריות חברתית של בעל הקניין נראה כמו משהו מהפכני לעומת אנשים שמחזיקים בגישות של קניין כעוגן של חירות, בלי חובות לאף אחד ובלי מחויבויות. אבל יש הרבה שיטות משפט שבמשך שנים שכן מכירות בערכים של קהילה כערכים שמכוננים את זכות הקניין. הדוגמא הטובה לכך היא המשפט העברי- יש בו חובות של מתן צדקה לחלשים בקהילה, בלקסטון היה אומר שזה שלך ואתה לא חייב לתת כלום לאף אחד. אבל ערך קהילתי במשפט העברי אומר שיש חובה לעשות זאת, וזה ערך שמובנה כחלק מערכי הקניין שמכירים בהם במ"ע. אבל גם במסורות יותר מודרניות- מסורת קונטיננטלית, גם מדינות באירופה מכירות במגבלות ביחס לזכות הקניין וחובות כלפי החברה של בעל זכות הקניין. גם שיטות משפט אנגלו-ספסטיות(?) מכירות בזה שיש לנו חובות מסוימות. למשל חובת הזהירות המוגברת בנזיקין שיש על בעלי מקרקעין, שהיא חלק ממשטר דיני הנזיקין גם אצלנו וגם בשיטות אחרות. אלה דברים שמשמיעים אחריות מסוימת של בעל הקניין כלפי אנשים אחרים. אתה לא יכול לעשות מה שאתה רוצה ולהתעלם מזה שיש עוד אנשים.

כשמדברים על הערך הקהילתי, אם באים לתפיסות הליברליות שדיברנו עליהן שמדברות על כך שבקניין לא רק הערך של חירות מקבל ביטוי אלא גם ערכים אחרים, הן לא תופסות את המושג קניין כאתר של זכויות בלבד, הן תופסות את התחום של קניין גם כאתר של חובות כלפי אחרים. בהקשרים מסוימים התפיסה הליברלית אומרת שקניין זה גם אתר קהילתי, הוא מושא ליחסים של שיתוף עם אנשים אחרים, הוא מקור לאחריות של הבעלים כלפי אחרים, כלפי הקהילה, ואותה אחריות חברתית או שיתוף עם אחרים בנכסים שלך היא חלק מהמשמעות של זכות הקניין. היא באה גם עם חובות לקהילה ולא מנותקת מזה.

האחריות הזו יכולה לבוא בכל מיני מגבלות שנטיל על בעלי הקניין לטובת קידום האינטרס החברתי. היא יכולה במצב מסוים לבוא לידי ביטוי בכלל שיגיד שאין חובה לפצות בעל קניין מסוים על פגיעה בקניין שלו אם הפגיעה נעשתה לטובת הקהילה (כי יש לו הרבה ומצופה ממנו לתת יותר). אחריות חברתית כלפי הקהילה שאתה חלק ממנה. במצבים כאלה אנחנו כן נצפה שכל אחד מחברי הקהילה יתן יותר ויתרום יותר גם לאחרים.

יש 3 תפיסות מרכזיות לקהילות שונות, **3 דגמים/טיפוסים של קהילות בערך הקהילה**:

<u>ליברטריאני Libertarian</u>
לפי התפיסה של נוזיק. אפילו הוא, שהיה ליברטריאן שדיבר על ערך החירות ושמידת ההתערבות בקניין צריכה להיות מינימלית ללא התערבות המדינה, עדיין אומר שיכולות להיות קהילות וולונטריות (התנדבותיות) ושאנשים גם בדגם הליברטריאני יכולים להצטרף לקהילות כשהם רוצים להיות חלק מקהילה, וכל קהילה יכולה לקבוע את הערכים שלה. הוא לא אומר שזה לא טוב שאנשים יתחברו לאנשים ויהיו חלק מהקהילה, אבל הוא כן אומר ש**קהילה לא יכולה לכפות על פרטים נורמות**. כלומר יכולה להיות קהילה, אתה יכול להיות שותף בה, אבל היא יכולה לעשות דברים ובלבד שאתה מסכים להם. הוא אומר אי אפשר לכפות על חברים דברים גם בקהילה, הוא לא יאפשר משטר של כפייה של חובות על יחידים. רק קהילה וולונטרית יכולה להיות לגיטימית, שלא מחייבת את היחיד לתת בכוח משהו. קהילה עם כוח מאוד מצומצם לגבי יחידים.

<u>קהילתני Communitarian</u>
קיצוניות הפוכה מהליברטריאני. גרגורי אלכסנדר ואדוארדו פנלבר- פרופסורים בקורנל- אמרו שסוג שני של קהילות הוא קהילות קהילתניות, כלומר שלקהילה יש ערך כשלעצמה. היא מכוננת את היחידים, היא נותנת ערכים ליחידים שחיים בה. קהילה קהילתנית היא קהילה שמשמעותית מאוד לחיים של האנשים בה. למשל הקיבוץ של פעם והערכים הסוציאליסטיים והשיתופיים שהם נתנו לאנשים. לכן בדגם הזה של קהילות קהילתניות חשבו שלקהילות כאלה יש יכולת כפייה על יחידים. אפשר לדרוש מהיחידים להתרים למען הקהילה, ואם בהקילות של נוזיק אי אפשר לכפות כלום, כאן ודאי שאפשר לכפות, ודאי ביחס לקניין שלך. בדגם הזה בגלל שאתה מקבל מהקהילה כ"כ הרבה, הם סבורים שהיא יכולה גם לדרוש ממך לתת, גם במחיר של כפייה ושל לתת מהקניין שלך כדי שהקהילה תמשיך להתקיים ולתרום את אותם ערכים ולכונן את כל היחידים שחיים בה. אנשים נדרשים להקריב יותר עבור החברה לעומת אחרים.

<u>ליבראלי Liberal</u>
חנוך דגן מציע קהילה שהיא בתוון בין נוזיק לבין אלכסנדר ופנלבר, קהילה ליברלית. קהילות זה דבר חשוב ורצוי, אבל אנחנו לא רוצים כוח כפייה על יחידים ודרישה להקרבה במודל הקהילתני. כלומר הוא מסתייג מהכוח הכופה של הקהילות הקהילתניות. הוא אומר שהערך חייב להיות אוטונומיה של היחיד, ואנחנו כן צריכים להתחשב ביחידים ולכבד אותם. אי אפשר לכפות עליהם להקריב, אבל כן ניתן לדרוש מהם לעשות התאמות כדי לעזור לחלשים בחברה. הוא אומר שהוא לא רוצה לייצר מערכת של כפייה כמו במודל הקהילתני, אבל כן רוצה להציג איזושהי מערכת של ציפיות שבו בגלל שאתה חבר בקהילה תתאים גם את הנכסים שלך באופן שיהיה רגיל חלשים בחברה. למשל- מערכת של תמיכה סוציאלית שיכולה לתרום לחברה. יש ציפיה שתתן אבל מרצון. מה שחשוב אצל דגן הוא שתהיה לך זכות יציאה. מנסים לדאוג שהמשטר הזה יהיה פחות כופה.

יש למעשה מעין ספקטרום בין הקילתני לליברטריאני.

קהילה, אחריות חברתית וחיובים לקהילה- משפיעים על הקניין שלנו בכל מיני הקשרים:

- הכניסה לקהילה

הרבה פעמים כשנכנסים לקהילה מסוימת יש לזה השפעה גדולה עלינו. כשאנחנו רוצים להתקבל ליישוב קהילתי, לעבור הליך קבלה אליו, בשלב של כניסה לקהילה רואים הרבה פעמים שהקהילה כופה עליך כל מיני תפיסות עולם או מנגנוני סינון כאלה ואחרים, כדי לאפשר/לא לאפשר להיכנס אליה. יש לה את הכוח הכופה לומר אם אתה מתקבל או לא. יש מגבלות על יכולת הכניסה שלנו לקהילות, הרבה פעמים הן מפעילות מנגנוני סינון לפי מאפיינים מסוימים. הכניסה לקהילה, שזה בעצם לרכוש בית ביישוב קהילתי או לגור בו, כלומר הזדמנות לקנות זכות קניינית- המשטר הקנייני של קהילות מפעיל ערכים קהילתיים לסינון הזה. זה משפיע על היכולת של יחידים להיכנס לקהילה, להשתלב בה ולרכוש בה קניין.

- המשטר בקהילה

משפיע על איך מנהלים את החיים שלנו בקהילה. אנשים שחיים בשיתוף בקהילה שיש לה מאפיינים קהילתיים (כמו קיבוץ)- הרבה פעמים יהיה משטר משפטי שמנהל את החיים בה גם בהיבטים הקנייניים. למשל בקיבוץ- הכל היה שיתופי, של כולם יחד. יישובים קהילתיים יאמרו לך איך לנהל את אורח החיים שלך, למשל לא להיכנס עם הרכב בשבת ליישוב או כל דבר אחר שיתבקש מאורח החיים בה. אז יש בקהילה כוח כופה עליך גם ביחס לניהול חייך והנכסים הקנייניים שלך בהן.

- היציאה מהקהילה

קהילות יכולות להוציא אותך לפעמים, לומר שאתה לא יכול יותר להיות חבר בה מסיבות מסוימות. ולפעמים היא יכולה לייצר חסמים שלא יאפשרו לך לעזוב, למשל לומר למי אתה יכול למכור את הבית ולמי לא. גם ביציאה מקהילה יכולות להיות הגבלות רבות ויכולות כפייה על הקניין שלנו, כמו על מכירת הבית, וזה יהיה לגיטימי כי אלה הכללים של הקהילה המסוימת הזאת.

זה כן ערך ששולט בשיח הקנייני גם בישראל. הדברים האלה מגיעים הרבה לבתי משפט ועוסקים רבות בגבולות שלהם.

צדק חלוקתי

הערך הכי "בעייתי" ואף מרחיק לכת לעומת קהילה. גישה שאומרת שלצד הערכים של קהילה, חובות ואחריות חברתית, צריך גם להפנים שאיפה לקידום של צדק חלוקתי בחברה. כלומר שאיפה לצמצם או לפחות לא להרחיב את הפערים בין החזקים והחלשים בחברה. יש תפיסה שאומרת שלצד ערכי הקהילה, השיתוף והאחריות החברתית של כל אחד ואחד מאיתנו, אנחנו צריכים גם לקדם ערכים של צדק חלוקתי דרך דיני הקניין, לא להרחיב או לשאוף לצמצם את הפערים בחברה. **חנוך דגן** הוא אחד ההוגים המרכזיים של התפיסה הזאת, שסבר שצריך להכניס את הערך הזה גם לתוך הגדרת הזכות הקניינית, כחלק מההגדרה שלה. שזה צריך להיות ממש חלק מובנה ממנה. היא תפיסה מאוד שנויה במחלוקת. הוא אומר שדיני הקניין לא צריכים להחליף את המנגנונים שעוסקים בחלוקה מחדש של העושר. המנגנונים הקלאסיים, המרכזיים- דיני המס, דיני הביטוח הלאומי. הם אלה שעושים את החלוקה בצורה הכי טובה ואלגנטית. הם רגישים ליכולת הכלכלית של האדם, מה הוא צריך. דגן אומר שדיני הקניין צריכים לעשות את זה אך בצורה יותר צנועה. אנחנו צריכים להיזהר שבדיני הקניין לא יהיו כללים או עקרונות שמאמצים במסגרתם שחלילה יעצימו אי-צדק חלוקתי. כלומר ברגע שיש לנו כללים בדיני הקניין, אנחנו חייבים להיות רגישים גם לערך הזה, לא צריך לעשות צדק חלוקתי דרך דיני הקניין כמנגנון מרכזי אבל צריך להיות רגישים לערך הזה כשאנחנו מעצבים כללי קניין.

שיעור 5 - 26.10.21

<u>דוגמא</u> (נדבר גם בהרחבה יותר בהמשך הקורס): **הבג"צ של הבואינגים-** 3 החלטות של רשות מקרקעי ישראל שהקצתה כל מיני הטבות למגזר החקלאי, להתיישבות, בג"צ הקשת המזרחית. הקשת המזרחית וארגונים חברתיים נוספים עתרו לבג"צ נגד ההחלטות האלה בטענה שהם נותנים הטבות לסקטור מסוים,

כשאין מקבילה לזה בסקטור העירוני. כלומר אדם בבית שאן לא מקבל את ההטבות הקרקעיות שנותנים לקיבוצים ומושבים. אחד הבסיסים של פסק הדין שביטל את ההחלטות האלה היה השיקול של צדק חלוקתי. זו דוגמא לאיך שביהמ"ש לא רוצה להעצים אי-צדק חלוקתי דרך ההחלטות הקנייניות האלה של רשות מקרקעי ישראל, לכן הוא מבסס את ביטול ההחלטות על זה.

הסיבות שדגן חושב שיש מקום לערך הזה בתוך דיני הקניין הן 2 סיבות מרכזיות:

לא ניתן לדבר על קניין מבלי לחשוב על ההשלכות החלוקתיות.
קניין הוא עוגן של פרטיות, ביטחון, עצמאות, מקור לצבירה של כוח כלכלי ע"י פרטים. ברגע שיש לי כוח כלכלי ואני שולט על הרבה נכסים/קרקעות למשל, הכוח הכלכלי מיתרגם גם לכוח חברתי, פוליטי, תרבותי. "בעל המאה הוא בעל הדעה". לאנשים בעלי כוח כלכלי יש כוח בהרבה מישורים והם משפיעים הרבה על החיים שלנו. לכן דגן אומר שמעצם ההגדרה של קניין כחירות אתה יכול פוטנציאלית לתת הרבה כוח לאנשים, שבתורו יכול לסכן את החירות של בני אדם אחרים. דגן חושש מריכוזי הכוח הפרטיים ומפער חברתי גדול בין אדם פרטי אחד לאדם פרטי אחר בגלל הנכסים שיש להם. הוא חושב שלא צריך להתייחס לזה אחרת מהכוח הכופה של המדינה, כלומר אדם פרטי בעל ריכוז כוח והון כלכלי כזה מדאיג את דגן לא פחות מהמדינה (המדינה היא בדר"כ הגורם שנתפס בעינינו כחזק ומצריך ריסון). אם אנחנו לוקחים את השיקול של צדק חלוקתי ברצינות אנחנו צריכים לדאוג לכולם ולוודא שהכוח הזה לא משפיע לרעה על אנשים אחרים ושדיני הקניין יהיו רגישים גם להשלכות של ריכוזי הכוח הפרטיים האלו.
הוא חושב גם שאנחנו צריכים להבין שלכל אחד מגיע איזשהו מינימום. דומה לביקורת של נוזיק על ערך החירות. אם אתה באמת תופס את הקניין כמשהו שמבטיח חירות של אנשים, אתה צריך להבטיח שבמינימום לכל אחד יהיה קניין, אחרת לא כל אדם יהיה חופשי מהתערבות מדינה ולא יהיה לו מקום של חירות וביטחון. אז דגן לוקח את זה עוד צעד קדימה- מינימום קנייני לכולם של קיום אנושי בכבוד, שלכל אחד יהיה.

- <u>טעם חיצוני</u>- מעצם ההגדרה המשפטית של הזכות

הזכות לקניין עוסקת במשאבים ובחלוקה שלה, באופן שבו אנחנו מאפשרים לשחקנים שונים לקבל זיקה למשאבים. דגן חושב שמעצם העיסוק בזכות שדנה במשאבים ובהקצאה שלהם ברור שיש השלכות חלוקתיות. אתה לא יכול לא לדבר על השלכות חלוקתיות כי עצם ההגדרה המשפטית של זכות הקניין עוסקת בהקצאת משאבים, ובכל הקצאה כזו, לא משנה למי, אתה משפיע על צדק חלוקתי וחייבים באופן טבעי לדבר עליו.

- <u>טעם פנימי</u>- השלכות חלוקתיות של ההצדקות עצמן

לכל ערך שאתה מאמץ יש השלכה חלוקתית. אם אתה יוצא מהעוגן של חירות יש לזה השפעה חלוקתית (בדר"כ לרעת הרבה אנשים), אם אתה בא מערך קהילתי- יש השלכות גם על היחיד וגם על הקהילה... יש השלכות חלוקתיות לכל הצדקה קניינית שאתה בוחר, לא משנה איזו הצדקה תבחר, לכן חשוב להכיר בעובדה שיש השלכה חלוקתית גם לשיח על קניין.

יש כמובן ביקורות על הגישה הזו, היא שנויה במחלוקת, לא מקובלת ותוקפים אותה בהרבה חזיתות:
- <u>טעם מעשי/ביקורת מעשית</u>- המנגנונים הקלאסיים לצדק חלוקתי הם דווקא דיני המס וביטוח לאומי, דיני הקניין הם לא דינים שעוצבו מלכתחילה עם רגישות לערך הזה ולכן אי אפשר להשתמש בהם כדי להשיג יעדים כאלה. כל ניסיון לעשות את זה יהיה בדר"כ בעייתי כי הוא יהיה כנאה על בסיס פרטני.
- <u>ביקורת מהכיוון של רווחה מצרפית ויעילות כלכלית</u>- דווקא המנגנונים של מיסוי הם המנגנונים הכי יעילים לקידום צדק חלוקתי ולא אחרים שעשויים להיות פוגעניים. לא צריך לעשות את זה כי יש לנו את המנגנונים הקלאסיים ולא טבעי להשתמש במנגנונים אחרים לכך. גם כלכלנים טוענים שאלה האמצעים הכי יעילים, מנגנוני המס.
- למה רוצים לקדם צדק חלוקתי על חשבון אדם פרטי? המדינה צריכה לעשות את הדברים האלה ולדאוג לרווחה של האנשים, הדאגה לזולת לא צריכה ליפול על אדם פרטי. טיעון של הליברטריאנים

הקלאסיים- אל תעשה את החלוקה מחדש של העושר על הגב שלי, שהמדינה תדאג לזה אבל לא על חשבון הכיס שלי והרכוש שלי. ביקורת ערכית שבאה ממקום של חירות.

דגן מנסה להגיב לטענות האלה- הוא לא חושב שזה נכון, אפשר לעשות את זה בצורה מדודה וזהירה כן דרך דיני הקניין ומבלי לפגוע יותר מדי בחירות של אנשים וברווחתם. אבל הוא ממש לא מקובל והגישה הזאת יחסית חריגה בדין הישראלי.
בעליון כן יש שימוש בגישה הזאת לעתים.

סיכום ביניים

- זכות הקניין מבטאת הכרעה חברתית, הנשענת על איזון בין ערכים שונים:
  חירות, עבודה, אישיות, רווחה מצרפית וקהילה.

בסוף, העיצוב של הענף הזה שנקרא זכויות הקניין וכל מיני מוסדות קנייניים שהוא מייצר - נשען על איזון ערכי. כל מדינה והערכים שלה והדגשים שלה, והערך שהיא שמה עליו יותר דגש. הכנסת שלנו יכולה לקבל כל מיני הכרעות שקשורות לזכויות קניין שמאזנות קניין בדרך שנתפסת כנכונה ע"י המחוקק באותה נקודת זמן. כל השיח הערכי הזה, גם אם הוא לא מוצא ביטוי מפורש בניסוח של החקיקה או דברי ההסבר שלה, כל הערכים האלה עולים, הם לא זרים לשיח, והם מהווים את הבסיס ליצירה של הזכויות והמוסדות הקנייניים שאנחנו מכירים.

- כאשר המחוקק מכונן מוסד קנייני חדש - הוא עורך איזון בין ערכי הקניין השונים.

- אין משמעות אחידה לזכות הקניין.

לא תמיד כל זכות קניין מושתתת על אותם ערכים. כל פעם העוגן יהיה עוגן אחר, ולכן צריך להיות רגישים גם לזה כשחושבים על הסדרים משפטיים.

סביבה

בשנים האחרונות יש גם שיח על ערכים סביבתיים בעיצוב של קניין. אנחנו יודעים שדיני איכות הסביבה משפיעים על הרבה דברים- למשל זיהום מפעלים, מפגעים מקרקע פרטית וכו'. יש דיון יותר ער לגבי האחריות הסביבתית של בעל הקניין, איזה חובות ניתן לכפות עליו בגלל ערכים של סביבה ובמציאות החיים שאנחנו חיים בה היום (משבר האקלים וכו'). אנחנו רואים מקום הולך וגדל סביב השאלות האלה.

קניין פרטי - במה?

באיזה נכסים נרצה לתת קניין פרטי? זו שאלה שלא תמיד נסכים עליה. לא כל נכס יהיה מושא של זכות קניינית, יהיו נכסים שלא נרצה לאפשר עסקאות בהם.

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

מקרקעין, מטלטלין, זכויות ועוד. אנחנו נראה שיש גם מצבים שהמשפט לא רוצה לאפשר עבירות והמירות של נכסים, כלומר לא בכל דבר נרצה להעניק קניין פרטי.
בסופו של דבר, זכויות קניין נקבעות בהכרעה חברתית. זו הכרעה חברתית שהמחוקק שלנו מקבל כי הוא חושב שיש איזשהו ערך שמצדיק את ההכרה בזכות הקניין. זה לא כ"כ משנה מה ההצדקה, בסוף זכות קניינית היא תולדה של הכרעה חברתית שמאזנת בין ערכים שונים. לכן כשאנחנו שואלים במה אנחנו מעוניינים להעניק קניין פרטי, אנחנו נחשוב אם אנחנו רוצים או לא רוצים להכיר בו לאור הערכים של החברה

שבה אנחנו חיים. באותה מידה יהיו מצבים שהחברה והמשפט לא ירצו לאפשר סחר או שוק בנכסים מסוימים בגלל סיבה ערכית.

<u>דוגמאות</u>

- זכות הפטנט, זכות היוצרים

גם המוסד של הגנת הפטנט וגם המוסד של זכויות היוצרים מבוסס על הכרעה חברתית. במוסד המשפטי של הגנת הפטנט לממציאים על ההמצאות שלהם- ההצדקה הדומיננטית היא הצדקה כלכלית, לתמרץ אנשים לעסוק בפיתוח של המצאות, חדשנות טכנולוגית. אם אני רוצה לקדם ערך כזה צריך לתת לו יכולת להחזיר את ההשקעה שלו. לכן על בסיס אותה תכלית אנחנו מעצבים ענף שלם של דיני פטנטים שאומר שהם יקבלו זכויות בלעדיות לזמן מסוים וכו'. מצד שני, יהיו גם ערכים אחרים שיבואו וירסנו את הזכות הזו, למשל מוסד של רישיונות כפייה. כאן הערך החברתי יהיה שיש גם חובות לקהילה שאתה חי בה, אם צריך עוד חיסונים למשל ואתה לא מייצר מספיק- יהיה מוסד שיחייב אותך לייצר.
הרבה פעמים יש מוסד קנייני שמנציח בתוכו כל מיני ערכים שאנחנו מאזנים כראות עינינו כדי לייצר משטר שעובד מספיק טוב לטובת כולנו.

בדומה, גם המוסד לזכויות יוצרים. זהו מוסד מורכב יותר מבחינת הערכים שלו. בזכויות יוצרים ההצדקות הן גם כלכליות- תמריציות, אבל גם עבודה ואישיות. היוצרים קשורים ליצירות שלהם בצורה חזקה, הם עובדים ועמלים וצריך לתת להם גמול על העבודה הקשה שלהם. יש הרבה ערכים המשמשים יחד, וגם שם השיח מאוד מאוזן- מצד אחד נותנים תמריץ וזכות קניינית ליוצר ביצירות שלו, הגנה לפרקי זמן ארוכים מאוד, אבל מצד שני מרסנים את הזכות הזאת בכל מיני הגנות - שימוש הוגן וכו', שמרסנות את היקף ההגנה שמקבל אותו יוצר בגלל ערכים חברתיים.

<u>תכלית</u>
רווחה מצרפית
עבודה
אישיות
חירות

פס"ד מקדונלד

פרסומת של ברגר-קינג שמשתמשת במקדונלד (שחקן כדורסל), ואז המתחרה מוצא ציטוט של השחקן שאמר פעם שהוא אוכל רק מקדונלדס. תחרות בין פרסומות. זה מגיע לעליון בשלל עילות משפטיות. המעניין בפסק הדין הוא שהשופט ריבלין מכיר בו לראשונה בזכות נקראת לראשונה הזכות לפרסום. זו הזכות של ידוענים והמאפיינים הקשורים לפרסונה שלהם (החזות, התמונה, הקול, השם וכו'), שנותנת להם זכות בלעדית להשתמש בהם ולמנוע מאחרים לעשות בהם שימוש למטרה מסחרית. השופט ריבלין יצר פה זכות שהיא במהות שלה זכות קניינית, והוא עושה זאת דרך הענף של דיני עשיית עושר ולא במשפט, הוא אומר שברגע שאתה משתמש בדמות של הידוען אתה עושה עושר על חשבונו.

<u>הזכות לפרסום</u>
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.

<u>הזכות לפרטיות</u>
הזכות להיעזב לנפשך.

השופט ריבלין בפסק הדין עובר על חלק מההצדקות שדיברנו עליהן, ואומר למה לדעתו צריך להכיר בזכות של הידוען ומה הבסיס להכרה הזאת. אחת ההצדקות שהוא מזכיר היא הצדקה של עבודה- הידוען עבד קשה והגיע לפרסום בעצמו לכן מגיע לו להנות מה"הטבות" שבכך. הוא מדבר גם על שיקולים של אישיות, כלכליים (לא רוצים להביא לניצול יתר של הדמות).

<u>האם אלה טיעונים משכנעים, והאם זוהי עבודתו של השופט להכיר בזכות כזו או שמא של המחוקק?</u>

- קשה לייחס את ההצלחה של הידוען רק לעצמו. האהדה הציבורית והמקום שאנחנו נותנים לידוענים שאנחנו אוהבים את פועלם- הרבה מההצלחה הזאת תלויה גם בנו, בקהל, לכן לדבר על הצלחה טהורה של ידוען כבסיס להצלחה היא לא תמיד נכונה. זה גם שיח ערכי בעייתי לתמרץ תופעה של ידוענים.
- גם השיקול של עבודה- הם מתוגמלים על העבודה שלהם בכל מקרה, האם צריך לתגמל אותם גם בזכות לפרסום, ברובד הגנה נוסף?
- השאלה היא אם ראוי שביהמ"ש יגן על הנושא הזה וינהל דיון ערכי כזה לבד. הוא לא יכול להחליף את כל העם כביכול כדי להחליט דבר כזה. לא היה הכרח גם להכיר בזכות הזו לצורך ההכרעה בפסק הדין. המחוקק עד היום לא בחר אפילו להסדיר זאת בחקיקה מפורשת, זה לא נושא שנמצא בשיח הציבורי בישראל כ"כ (לא כמו בהוליווד למשל), אין ביקוש חקיקתי כזה. לא תמיד ביהמ"ש הוא המקום לעשות את הדיונים האלה, ויש בעיה עם הכרעות כאלה.

זה פס"ד מאוד שנוי במחלוקת וכך גם ההכרה בזכות לפרסום, אבל זו דוגמא לשיח ערכי שריבלין מנהל כשהוא בא להכיר במוסד קנייני מסוים. זו זכות קניינית במהות ובמאפיינים שלה, כי היא נותנת לו בלעדיות בפרסונה שלו ובכל המאפיינים האלה. השופט ריבלין יצר מוסד קנייני שהיה רגיש לשורה של ערכים שהוא רצה לתת להם מקום (עבודה, אישיות, ערכים כלכליים), ועל בסיס זה הוא בא ומכיר דרך דיני עשיית עושר בזכות הזו. זו דוגמא לאיך ערכים יכולים לשחק תפקיד בהכרה באיזשהו מוסד קנייני, הבעיה הגדול היא עצם העובדה שזה נעשה בביהמ"ש (ולא הניתוח עצמו), זה שהוא לא אפשר למחוקק לפתוח שיח ודיון על כך, בסוף זה שיח ודבר שצריך לקיים, לקבל ולהכיר בו כחברה ולא שופט בשם כולם.

נסתכל על <u>עוד כמה דוגמאות</u> לאיך המחוקק עושה זאת (יוצר מוסדות קנייניים, כפי שנעשה בפסק הדין):

כל מיני הסדרים שיוצרים מוסד קנייני שעוסק בנכסים, זכות לרכוש/למכור נכסים, וכופים עליהם הגבלות מכוח דיני הקניין על רקע איזון ערכי שנעשה.

<u>חוק הדיור הציבורי</u>

סעיף 3 - מחיר דירה ציבורית - מחיר שוק "שממנו יופחת סכום שיהפוך למענק אם התקיימו התנאים המפורטים"

סעיף 4 - זכות דייר ממשיך לרכוש דירה ציבורית

חוק הדיור הציבורי הוא מוסד משפטי שנחלש מאוד בשנים האחרונות, כשהיו גלי עלייה גדולים הייתה רגישות מאוד גדולה לאוכלוסיות חלשות והצורך לספק להן דיור ציבורי בעלות מופחתת, בעיקר לאוכלוסיות מעוטות יכולת. היום היקף הדיור הציבורי בישראל הצטמצם משמעותית, והרבה מנכסי הדיור הציבורי משומשים למטרות אחרות ולא לשיכון מעוטי היכולת. המלאי של הדירות האלה הוא מאוד קטן. יש חוק שמסדיר את הזכויות של מי שזכאי לדיור ציבורי, הטבות שונות שהם מקבלים וכו'. כשאנחנו קונים דירה אנחנו קונים אותה בערך שוק, במחיר של שוק תחרותי. בדיור ציבורי מדובר בדר"כ באוכלוסיות חלשות, שמבחינה הכנסה כלכלית המצב שלהן פחות טוב, ולכן המדינה באה לקראתן ומאפשרת להן לגור בדירות האלה בעלות זניחה. כשהם רוצים הם יכולים לרכוש את הדירות האלה במחיר השוק פחות סכום מסוים שהופך למענק. כלומר המדינה מאפשרת לרכוש את הדירות האלה בעלויות מופחתות מאוד בהשוואה לשווי השוק של הנכס. החוק הזה הוא תמהיל של ערכים, המדינה בעצם אומרת שיש כאן אוכלוסיות יותר מאותגרות כלכלית, לכן באים

לקראתן. זהו סוג של חקיקה שיותר רגישה לערכים של צדק חלוקתי בעיקר וערכים נוספים, ועל רקע זה יוצרים הסדר משפטי שנותן שורה של זכויות לאוכלוסיות האלה.

<u>חוק הדיור המוגן</u>
סעיף 1 - חובת רישוי
סעיף 13 - תנאים לפעילותו של בית דיור מוגן (תנאים פיזיים, סביבתיים, בטיחותיים ותברואתיים)
סעיף 16 - חובת התקשרות בהסכם (בשפת הדייר)
סעיף 19 - חובה לספק שירותים לדייר (ניקיון, בריאות, תרבות, העשרה וכו')

חוק שעוסק גם הוא בנכסים של אנשים. בישראל יש תופעה רווחת של הקמת בתי דיור מוגן, זה הופך להיות עסק כלכלי מאוד משגשג. מדובר בנכס שתתגורר בו אוכלוסיה חלשה, בדר"כ אנשים מבוגרים בגיל השלישי שלא תמיד מקבלים את הייעוץ ואת מנגנוני קבלת ההחלטות שיכלו להיות להם כאנשים צעירים יותר עם יותר גישה לייעוץ משפטי וכד'. בגלל שמדובר באוכלוסייה כזו המחוקק יוצר הסדרים שנועדו להגן עליה. אם אתה מקים בית דיור מוגן המחוקק משית עליך כל מיני חובות- רישוי, תנאים לפעילות, תנאים פיזיים, סביבתיים, בטיחותיים, איך לתפעל את המקום, מקלחות בטיחותיות, אחות ורופא זמינים, וכו'. אלה דברים שהחוק מסדיר אותם, למרות שמקים המקום הוא בעלים פרטיים שהקים עסק. יש על בעל הקניין גם הרבה מאוד חובות בגלל סוג האוכלוסיה שמתגוררת וסוג הנכס.

<u>חוק המקרקעין - בתים משותפים</u>
58(א) בעל דירה חייב להשתתף בהוצאות הדרושות להחזקתו התקינה ולניהולו של הרכוש המשותף ולהבטחת השירותים המחויבים על פי דין ....
60(ב) סירב בעל דירה להשתתף בהקמת הרכוש המשותף או תיקונו, רשאי המפקח, על פי בקשת המשקמים .... לצוות על בעל הדירה להעביר, תוך המועד שקבע ושלא יפחת משישה חודשים, את זכותו בדירה לאדם אחר שיקבע בעל הדירה, ושיבוא במקומו בכל הנוגע לחובת ההקמה או התיקון.

חוק המקרקעין משקף בצורה מאוד יפה איזונים ערכיים שהמחוקק עושה בדרכים שונות ביחד לקניין. הוא מדבר על שני מוסדות/מודלים קנייניים אפשריים - קניין פרטי בבעלות פרטית נפרדת (למשל אדם שיש לו בית פרטי), והמוסד של בתים משותפים, שזוכה להסדרה ענפה בחוק. כאשר המחוקק מדבר על ההסדר של בתים משותפים לעומת בעלות פרטית, ההסדרים הם שונים לגמרי. החיים במוסד הזה הם עם הרבה יותר חובות כלפי האחרים שחיים איתם בבית במשותף, ולא רק זכויות. למשל חובה על כל הדיירים לשאת יחד בהוצאות של הבית המשותף- ניקיון, הסקה, תיקון גג וכו'. ס' 60- מצב שבו בית משותף נהרס וצריך להקים אותו מחדש, ובעל דירה מסרב להשתתף בשיקום. הסעיף הזה יכול לצוות על בעל דירה כזה להעביר את הזכות שלו לבעלים אחר, כלומר "להעיף" אותו מהבית המשותף ושיעביר את זכויותיו למישהו אחר, בעצם כופים עליו להיפרד מהזכות הקניינית שלו. הסדר מאוד דרמטי. השיח הערכי כאן שונה מבעלות פרטית, מבינים שאלה חיים עם אנשים אחרים ורוצים לאפשר דברים שחיוניים לחיים משותפים כאלה גם אם בשימוש לעתים בכפייה.

בשלושת הדוגמאות אנחנו רואים איך המחוקק יוצר הסדרים שרגישים לערכים שונים. בשני המקרים הראשונים- אוכלוסיות חלשות שצריכות הגנה והמחוקק נחלץ לכך בכל מיני הסדרים שהוא כופה על בעלי הקניין.

The New Property

הקניין החדש- נושא שעולה גם בפסיקה שלנו בכל מיני הקשרים.
במאמר של צ'רלס רייך, אחת הטענות שלו היא שהרבה מבני האדם בחברה שלנו מסתמכים על כל מיני הקצאות והטבות שהמדינה נותנת, למשל זיכיונות, רישיונות, קצבאות ועוד. השאלה שהוא שואל היא האם

אותן הקצאות והטבות שהמדינה נותנת להם הופכים להיות של קניין של אותם אנשים? האם הם צריכים להיחשב כמשהו שהוא זכות קניינית?

יש משמעות לשאלה הזו, כי אם המדינה תחליט יום אחד לבטל את הקצבה או לצמצמם את היקפה, אם יש פגיעה בקניין פרטי יש חובה לפצות על הפגיעה הזאת. מצד שני, אם לא מכירים בהטבות וההקצאות האלה כמשהו שהוא קניין, ההחלטה של המדינה לשנות את המדיניות שלה ולשלול את ההטבה אולי יותר לגיטימית. **רייך** אומר שאנשים שמקבלים את כל ההקצאות האלה מהמדינה מפתחים בה תלות גדולה, והתלות הזאת שנוצרת הופכת לדעתו את אותה הקצבה/הטבה/סובסידיה לקניין. ברגע שנוצרת התלות, אם אתה פוגע בהטבות האלה אתה פוגע באוטונומיה של האנשים ובאפשרות שלהם לנהל את החיים שלהם כמו שצריך. לכן הוא היה רוצה לבוא ולטעון שמדובר שמשהו שהוא קניין פרטי.

הרבה פעמים קצבה זה משהו שמתקבל על בבסיס הפרשות שהפרשתי בעצמי. למשל ביטוח לאומי- משלמים במהלך השנים והקצבאות שאנחנו מקבלים לעת זקנה למשל הם בגלל ששילמנו לקראת קבלתן כל חיינו. זה מעין קניין ישן, זה משהו שמגיע לי כי הפרשתי כסף לקראתו. לעומת זאת קצבאות יכולות להיות כאלה שהמדינה נתנה כהטבה מבלי שהפרשתי לשם כך כל חיי. יש הבדל בין שני הסוגים האלה- הקצבאות שהפרשתי לקראתן- מעמדן כקניין קלאסי, לא משהו חדש. הקניין החדש שמדבר עליו רייך הוא קניין שהוא הטבה שהמדינה נותנת מבלי שהאדם פעל או שילם לקראתה בצורה כלכלית כלשהי, ולכן התלות בהטבה היא זו שהופכת אותה לקניין של אותו אדם שהוא לא רוצה לאפשר פגיעה בו.

- **פסק דין מנור** - קצבאות זקנה

עוסק בקיצוצים בקצבאות זקנה, שנדון יותר דרך חו"י כבוד האדם וחירותו, וגם דרך הפגיעה בקניין. אלה קצבאות שאנשים שילמו עליהן כל השנים ולכן אין שם משהו דרמטי, ביהמ"ש כן סבר שקיצוץ שנעשה בקצבאות האלה הוא קניין ישן, זה משהו שהם שילמו עליו. לכן כן מדובר בפגיעה בקניין אבל ביהמ"ש הצדיק אותה ע"י פסקת ההגבלה.

- **פסק דין מנחם** - רישיון למוניות

האם המדינה יכולה לשנות את ההטבות והרישיונות שאנשים מקבלים. ביהמ"ש גם כן מצדיק את השינויים ברישיונות כי למדינה יש שיקול דעת לשנות את הדברים האלה, הוא לא מדבר על הרישיונות האלה כעל קניין חדש.

כלומר העניין של קניין חדש לא השתרש בפסיקה שלנו כמושג שאנחנו מקבלים. הוא כן עולה בפסיקות שונות אבל לא כהכרעה משפטית. חשוב לדעת שקיים מושג כזה ותפיסת עולם שאומרת שבגלל שהקצבאות האלה הופכות להיות חלק משמעותי מהנכסים שיש לכולנו יש מקום לבוא ולהכיר בהם כקניין של אנשים, אבל זו תפיסה פחות פרוגרסיבית ופחות מקובלת במסגרת דיני הקניין. אהרן ברק למשל סבר שכן יש מקום להכיר בקניין חדש ולפתח את זה יותר, אבל זה עניין ששנוי במחלוקת. יש גם בעייתיות, למשל אם למדינה לא תהיה יכולת לסטות ממדיניות בגלל מציאות כלכלית קשה למשל, או כל סיבה אחרת כי תהיה בכך פגיעה בקניין.

ג'וזף זינגר- חוקר קניין ידוע מהארוורד. הוא אחד מראשי **התפיסה הפרוגרסיבית לקניין**. התפיסה הפרוגרסיבית לקניין היא תפיסה שהפוכה מהתפיסות שהכרנו אצל נוזיק ומהפיסה הליברטריאנית שמדגישה את חירות הפרט. התפיסה הפרוגרסיבית מדגישה את החובות של בעל הקניין לחברה ולאנשים שהוא בקשר איתם. סינגר הוא חלק מהמלומדים שמחזיקים בתפיסות קהילתניות, והוא כתב **מאמר** על סיפור שקרה בעיר Youngstown באוהיו- מפעלי פלדה שפעלו בעיר ורוב אנשי העיר התפרנסו מהם. הגיע שלב שהמפעלים האלה החליטו לסגור, ונשארה קבוצה די גדולה של אנשים נטולת פרנסה ואפשרויות לפרנסה, כל ההכשרה שלהם הייתה בזה, זה כל מה שהם יודעים לעשות. סינגר אומר שמה נשאר לעובדים האלה כלפי המעסיק שלהם? האם יש להם איזשהו פתחון פה קנייני כלפי המעסיק? כלומר האם יש איזשהו מקום להכיר בזכות קניין לאותם עובדים למקום העבודה שלהם בגלל היחסים הנמשכים ארוכי הטווח עם בעל המפעל ובגלל שהם הסתמכו על המקום הזה כעל מקור תעסוקה? האם צריך להכיר למשל בזכות שלהם לרכוש את המפעל מבעל

המפעל ולהמשיך לתפעל אותו? זינגר במאמרו אומר שהקשר ארוך הטווח הזה במשך שנים בין העובדים למפעל והעובדה שהם הקריבו את כל-כולם לעבודה בו והם יודעים לעשות רק את זה ורוב העיר מסתמכת על המפעל הזה לקיומה- יש מקום להכיר בזכות קניין של העובדים בעסק המסוים הזה, ולכן נאפשר להם להמשיך להפעיל את המפעל ולקנות אותו מבעל הקניין.

הוא מציע כאן משהו די מרחיק לכת, טענות של הסתמכות וקשר ארוך טווח צריכות לאפשר לקבל זכויות קנייניות במפעל.
הפסיקה בארץ כן הכירה באינטרס קנייני במקום העבודה, אבל עם הרבה מאוד הגבלות. זה שיח שכן קיים.
הקושי האמיתי בגישה הזאת הוא מה הבסיס המשפטי להסתמכות הזאת? צריך עוגן משפטי לומר שיש להם כאן הסתמכות שהיא לגיטימית. אין חוק או הסדר משפטי שנותן לעובדים את הזכות לעשות את זה. זה משהו שצריך אולי להסדיר בחקיקה- מתן זכות קדימה.

שיעור 6 - 28.10.21

ראינו שההכרעה מה להכניס לדיני הקניין, על מה לתת הגנה באמצעות זכויות קניין ומתי לא לתת זכויות קניין- זאת בסופו של דבר הכרעה חברתית שנתונה לשיקול דעתה של כל חברה לאור הערכים שהיא דוגלת בהם.
הרבה מהשיח סביב שאלת ההכרה בקניין פרטי היא בסוף שאלה ערכית שנובעת משורה של איזונים שהמחוקק עושה לאור שיח ערכי והצדקות ערכיות שדיברנו עליהן.

במה <u>לא</u> נותנים קניין פרטי?

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

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 רוצים לאפשר זאת בין היתר. אבל יש דברים שלא רוצים לאפשר. דוגמאות: סחר באיברי גוף, צריכה של זנות, סחר בילדים/תינוקות, פונדקאות וכו'.
דברים שמעוררים הרבה שאלות, ואלה סוגיות שנויות במחלוקת, חלקן מוסדרות וחלקן לא. המשפט יוצר הרבה הגבלות על דברים שאנחנו לא יכולים לסחור בהם.

<u>סחר באיברי גוף</u>
אנחנו לא יכולים לקום בבוקר ולהחליט פתאום למכור את הכלייה שלנו על דעת עצמנו, יש רגולציה שלמה סביב זה ותרומות איברים בגלל. זה הפך להיות נושא מאוד שכיח בארץ. זה שוק מוסדר, והמשפט נרתע ממצב של שוק חופשי באיברי גוף. סביב ההחלטה הזאת אם לאפשר או לא לאפשר שוק חופשי באיברים יש שיח ערכי ער. יש טיעונים לכאן ולכאן, אבל בסוף המשפט מחליט לבוא ולהסדיר את הסוגיות האלה בגלל החששות.

<u>יתרונות בקיום שוק לאיברי גוף</u>:

- מלאי האיברים יגדל

יש הרבה אנשים שממתינים לתרומות איברים במשך שנים, חלקם אף נפטרים במהלך ההמתנה. המלאי הוא יחסית מצומצם, וכתוצאה משוק כזה הוא יגדל.

- ימנע היווצרות שוק שחור

ברגע שיש רגולציה ושוק חוקי שמאפשרים, זה מונע יצירת שוק שחור, התופעות האלה לא ירדו לשוליים. זו סוגיה/טיעון שרואים גם בעיקר בנושא מיסוד הזנות.

<u>יתרון נוסף במיסוד הזנות</u>:
ניתן יהיה לתת הרבה הגנות לאוכלוסיה שעוסקת בתחום הזה. 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.

<u>החיסרון במיסוד הזנות</u>:
בעצם המיסוד יש מעין מתן לגיטימציה ברמה מסוימת, זה הופך משהו כביכול לגיטימי שאפשר לעודד ואולי יותר נשים יכנסו לתחום הזה.

<u>החסרונות בקיום שוק לאיברי גוף</u>:

- בעיה חלוקתית

בעיה חלוקתית כפולה- די ברור שההיצע יגיע מקבוצות סוציו-אקונומיות חלשות, הן אלה שימכרו את האיברים שלהן, תוך שספק שהאנשים המבוססים ימצאו עצמם בצד המוכר. בנוסף, גם האנשים העניים שצריכים את התרומות לא יצליחו להיות בצד הקונה. בקיום של שוק חופשי, 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 איברי גוף. זה משהו ששייך לנו ושאופטימלית אף אחד לא היה רוצה לעשות. ההכנסה של הדברים האלה לשוק וסחר מייצרת בעיות רבות. זה נתפס כמשהו שלא צריך להיכנס לספירה שוקית. זאת למרות שיש היום הרבה דברים שנמצאים בשוק- תרומות זרע, ביצית, איברים, דם. אלה דברים שמקיימים לגביהם שוק בגלל צרכים חברתיים ואלה דברים שעוזרים להרבה אנשים, וגם מי שתורם הרבה פעמים זה בתגמול.

- 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- אף אחד לא שואל את הילד שנמכר מה טוב לו ומה הוא רוצה. יש החצנה עליו, עמדתו בכלל לא נשמעת. או תרומות זרע- ניתנות בדר"כ לאנשים שזקוקים להן כי הם לא מצליחים להביא ילדים בדרך טבעית. נוצרות החצנות על צדדים שלישיים שבעת העסקה בכלל לא חושבים עליהן. 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 ולא חושפים את התורמים. יש כאן החצנות כבדות על מי שנולד מהתרומות האלה וזה מעורר תהיות סביב השאלה אם זה ראוי, כשהצד השלישי יכול להינזק מהמסחר הזה. זה דבר שמעורר הרבה שאלות וקשיים שצריך להיות מודעים גם אליהם כשמנהלים שיח על על סחר בתחומים שונים.

COMMODIFICATION

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:

<u>corruption- השחתה</u>
ברגע שמעבירים משאב מסוים מספירה לספירה אנחנו משחיתים את המשמעות שלו. 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 כלא-שוקי. זה פוגע בנורמות שלנו כבני אדם להתנהל במסגרת משפחתית ואנושית, המעבר לשוק ושהכל כסף.

<u>coercion- כפייה</u>
ברגע שאנחנו מאפשרים משהו, הרבה אנשים שעד היום לא עשו דבר מסוים נאלצים להיכנס לשוק הזה. 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.

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 בדר"כ 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.

<u>נקודות לגבי שאלת הסיכום שנשלחה במייל</u>

- 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

זכות הבעלות במקרקעין היא זכות הקניין הכי חזקה, ומגיעה עם אגד הזכאויות הכי חזקות בנוגע לניצול המקרקעין (ואותה הגדרה גם ביחס למטלטלין).

- 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 ועסקה**, בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם".

לכאורה, כשקוראים את הסעיפים האלה זכות הבעלות נשמעת כמו זכות מגלומנית שנותנת הרבה כוח כאדם שמקבל אותה, והיא אכן נתפסת כך. מצד שני, בסיפא "בכפוף להגבלות לפי דין או הסכם" יש 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 על זכות הבעלות יש המון הגבלות. למשל בדיני התכנון והבנייה, דיני איכות הסביבה, דיני המטרדים, דיני נזיקין וכו'. הגבלות מכל מיני מישורים וכל מיני הסדרים משפטיים. בפועל זו זכות מצומקת הרבה יותר משנדמה לנו.

★ בנכס אחד **יתכנו שורה של זכויות קנייניות בו זמנית**.

למשל אני יכול להיות בעלים של נכס ולבחור לא לגור בו אלא להשכיר אותו, אז יש שתי זכויות קנייניות- הבעלים והשוכר. במקביל אני יכול גם למשכן את הנכס לבנק כדי לקבל הלוואה, ואז גם לבנק יש זכות קניינית בו- הזכות השלישית בו זמנית. זאת כמובן כל עוד אין סתירה בין הזכויות שניתנות (כמו לדוג' עסקה נוגדת).

הבעלות

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.

1. מה מוסיפים ס' **11** ו-**12** על הקרקע?

סעיפים אלה עוסקים במידות העומק והגובה של המקרקעין שזכות הבעלות של האדם חלה עליהם מלבד הקרקע עצמה. "עד מרכז כדור הארץ ועד חלל הרום" (נקודה מסוימת באטמוספרה). 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 למהם אותם מחוברים שהם חלק מהמקרקעין, וגם מה לא נחשב גם אם הוא מחובר למקרקעין.
אלה סעיפים שאומרים על מה מתפרשת זכות הבעלות (או כל זכות אחרת) שיש במקרקעין, מה נכלל בה ובעסקה במקרקעין הזה.

2. למה אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין?

למה המחוקק לא נותן אפשרות לעשות עסקה למשל רק ברבע מהקרקע של חלקה מסוימת שבבעלותי, להפריש אותו למישהו אחר?

3. מהם החריגים שצופה החוק?

החריגים לפי הסיפא של ס' 13. יש שורה לא קטנה של חריגים שכן מאפשרים לעשות עסקה בחלק מסוים במקרקעין.

למה אין תוקף לעסקה בחלק מהמקרקעין?

החלוקה התכנונית בישראל היא שמרבית המרחב הקרקעי ומרבית שטח המדינה עברו הליכים של מיפוי, מדידה, רישום, ולמרבית חלקות האדמה בישראל יש תעודת זהות. החלוקה התכנונית בישראל מדברת על גושים וחלקות (בתוך כל גוש יש חלקות). בדר"כ בכל מועצה איזורית/מועצה מקומית/רשות יש גושים מסוימים, ובתוכם חלקות, ולכל אחד זיהוי מספרי. 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. כשאתה רוצה לעשות עסקה במקרקעין אתה צריך לדעת קודם כל מה מספר הזיהוי של הנכס שאתה רוצה לרכוש.
החלוקה הזאת היא חלוקה של רשויות התכנון בישראל, שהייתה הרבה חשיבה מאחוריה. הן קבעו את החלוקה הזאת לפי צרכים תכנוניים, חברתיים וכו'. 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. עמדה מאחורי זה חשיבה תכנונית, כדי שכל מגרש יתאים לצרכים שאנחנו מייעדים לו.

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

למה אנחנו לא רוצים לתת לאנשים לחלק את החלקות שלהם כרצונם ולעשות עסקה בחלק מסוים במקרקעין? בעיקר סיבות כלכליות אך גם ציבוריות וחברתיות:

- קודם כל, בגלל 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 ומהצורך שעל פיו נעשתה החלוקה. אנחנו לא רוצים שאנשים פרטיים יתעלמו מהשיקולים של המתכנן המקורי.

- סיבה כלכלית: החשש מפני פיצול יתר

לא רוצים לאפשר פיצול יתר של החלקה. מה הבעיה עם פיצול יתר?

- בעיות איתור

חשש שיכול לעלות 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 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. מקשה בהרבה על העסקה, עלויות עסקה גדולות- הסכמים רבים ולא הסכם אחד. 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.

שיעור 7 - 2.11.21

<u>פירוק על פי הסכם או צו בית המשפט</u>

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.

ממחיש כמה ההגבלות של ס' 13 קשיחות לכל אורך הדרך. הסעיף עוסק במצבים של בעלות משותפת במקרקעין ופירוק השיתוף באותם מקרקעין- אפשר להכניס אדם אחד או יותר שיהיה שותף איתי באותה קרקע. אבל אנחנו לא מפצלים את הקרקע, אלא זו בעלות על חלק יחסי ממנה שמגדירים בהסכם. למשל אם מחלקים לשניים- יש לכל צד מנה של 50%, זכויות ב-50% מכל אתר ואתר במקרקעין, מכל גרגר חול וכו'. יותר מבעלים אחד לנכס אחד שלם. אם היחסים האלה לא מסתדרים, הצדדים יכולים בהסכמה גם להחליט לסיים את יחסי השיתוף ביניהם. חוק המקרקעין מניח שצורת הבעלות האידיאלית היא יחידנית, לכן הוא הסדיר בחוק סעיפים שמגדירים במסודר איך יוצאים ממשטר של שיתוף. הפרק של שיתוף נכסים מקדש את זכות היציאה מהמשטר הזה. כל הוראות החוק עושות הכל כדי לתת לאנשים לצאת מיחסי השיתוף בצורה הכי מהירה כשיש קושי, כדי לא לפגוע ביכולת לנצל את המקרקעין.

סעיף 38 אומר שהצדדים יכולים בהסכמה להחליט לסיים את יחסי השיתוף ביניהם. 38(א) עוסק במצב של פירוק ושיתוף בדרך של חלוקת המקרקעין בעין, כלומר בחלוקה פיזית של הנכס לחלקים, שכל אחד יקבל חצי. המחוקק אומר לנו לזכור את ההגבלות בס' 13. הוא לא רוצה לתת כוח לאנשים לעשות דברים כאלה ללא אישור של המפקח על המקרקעין. אם מנסים להתחכם ולעשות חלוקה בעין, חייבים לקבל על כך אישור ביחס למקרקעין האלה, וגם לאשר שזה עומד בהוראות חוק התכנון והבנייה, כי אם האנשים האלה עושים פיצול של הקרקע בצורה לא חוקית זה לא אפשרי.

למה אין תוקף לעסקה בחלק מהמקרקעין?

למה אנחנו קובעים את ההסדר הזה ולא סומכים על השוק?
מי שמאמין בשוק חופשי יכול היה לומר שאם יש שוק חופשי, הוא יידע להתמודד עם הכשלים האלה. למה צריך שהמחוקק יקבע הגבלה בס' 13, למה אנחנו רוצים להתערב משפטית?
לכאורה ניתן לטעון שפיצול יכול להיות ההסדר הכי יעיל דווקא, ואם הם מקדמים רווחה מצרפית ומביאים לתוצאות יעילות מבחינה חברתית, למה להימנע מהם?

<u>האם השוק לא יודע להתמודד?</u>

- כשלי שוק

תמיד יש כשלי שוק, זה לפעמים מצב נתון גם במצב של חוק חופשי. הבעיה של סחטנים היא דוגמא קלאסית לכל מה שנוגע למקרקעין. לכן למרות שהיינו חושבים שאם אנחנו מתנהלים בתנאים של שוק חופשי היינו מגיעים לחלוקה אופטימלית ולאיזושהי תוצאה יעילה, לא תמיד נגיע למציאות הזאת בגלל כשלי שוק. לפעמים יהיו תופעות כמו סחטנים שקשה למנוע אותן, גם בשוק חופשי. רואים תופעות של סחטנים היום בעיקר בהתחדשות עירונית, הופכים את הסחטן לסרבן כדי להתמודד איתם. אבל זו דוגמא קלאסית לכשלי שוק, שבגללם המחוקק רוצה לשלב הוראה שיוצרת כלל שמונע את התופעות האלה מלכתחילה.

- שנאת סיכון ציבורית

גם אם השוק היה יכול להגיע לתוצאה נכונה, מכיוון שמדובר ברשויות מדינתיות שצריכות לספק את כל הצרכים הציבוריים שלנו, יש כאן תופעה של שנאת סיכון ציבורית. הגורם שצריך לספק שירותים, שצריכות לקבל החלטות, לא רוצות להיות חשופות להתמודדויות, לסיכונים, כמו תופעות של סחטנות וכו'. הרשות לא רוצה לקחת את הסיכון שיהיו כשלים בהתנהלות, ולכן כדי למנוע את המצבים האלה מלכתחילה אנחנו מאמצים כלל כמו ס' 13. גם אם לא היו כשלי שוק והוא היה יודע להתמודד, המדינה שצריכה לספק את הצרכים שלנו לא רוצה לכתחילה להיקלע למצב הזה, וכצעד הגנתי/זהירות מראש מנסה להימנע מזה.

מהם החריגים שהחוק צופה?

החריגים לעקרון של ס' 13. הוסדרו בפסיקה או בחקיקה.

1. <u>בעלות נפרדת בדירות</u>

54. על אף האמור בסעיף 13 תהא דירה בבית משותף נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות.

בית משותף הוא לא מוסד שנמצא בתחום של קניין פרטי לגמרי. זה מוסד משפטי שהוא יצור כלאיים בין קניין פרטי לקניין בבעלות משותפת. המחוקק קובע הסדר שלם בנוגע לבית משותף, פרק שלם- "פרק בתים משותפים". בישראל הרוב גרים בבתים משותפים עם דיירים נוספים. חוק המקרקעין כולל פרק שלם שאומר מה הסטטוס המשפטי של הנכס הזה שנקרא בית משותף. הבעלות בדירות בבית משותף היא של בעל הדירה, אבל יש הרבה שטחים שהם משותפים לכולם- חדרי מדרגות, גינה, לובי, מעלית, חדרי אשפה, גג, מקלטים וכו', ואף הקרקע עצמה. יש גם דבר שנקרא רכוש משותף- הרבה דברים בבית משותף שהמחוקק מגדיר נחשבים רכוש משותף של כלל בעלי הדירות, ולכולם יש בעלות משותפת בכל השטחים הנוספים האלה, שהיא לא מסוימת אלא לכל אחד יש מנה ברכוש המשותף. חוק המקרקעין קובע איך מחושבות המנות של כל אחד, בדר"כ ברירת המחדל היא שטח הרצפה של הדירה חלקי שטח הרצפות של כל הדירות. למשל בבית של 4 דירות- לכל אחד יהיו 25% של בעלות בלתי מסוימת ברכוש המשותף. יש למנה משמעות משפטית וככל שיש לך יותר לפעמים המשקל שלך יותר חזק בכל מיני החלטות, למשל על הרחבות וכד'. בבית משותף יש גם תקנון (אם בניין לא מאמץ לעצמו תקנון- משתמשים בתקנון המצוי שנמצא בתוספת לחוק המקרקעין) שמסדיר את כל החובות והזכויות של בעלי הדירות.

הרלוונטיות לס' 13- אם מישהו רוצה למכור דירה, זה כביכול עבירה על האיסור שבס' 13, כי זו עסקה בחלק מסוים במקרקעין. אז ס' 54 מחריג את הדירה מס' 13, כדי לאפשר לעשות עסקאות בדירה שלנו. אמנם בית משותף הוא יחידה אחת על חלקה אחת, אבל ס' 54 מסדיר את זה- כל בעל של דירה הוא הבעלים הבלעדי של הנכס שלו ויכול לשכור בו ולא תהיה בכך הפרה של העיקרון בסעיף 13. גם רישומית- דירה מזוהה כתת-חלקה, כלי רישומי שמאפשר את המנגנון של ס' 54.

2. <u>זיקת הנאה</u>

93.(ג) על אך האמור בסעיף 13, יכול שתהא זיקת הנאה לגבי חלק מסוים במקרקעין.

זיקת הנאה זו כל זכות שנותנים לאדם אחר ליהנות מהמקרקעין, אבל הזכות לא באה עם זכות החזקה בנכס. דוגמא- זכות המעבר במקרקעין/בחלק מסוים בו. זיקת הנאה היא לכאורה עסקה בחלק מסוים במקרקעין, הנאה מחלק בו, וס' 13 אוסר את זה. ס' 93(ג) מכשיר את המוסד המשפטי של זיקת הנאה בחלק מסוים.

3. <u>הפקעה</u>

פסק הדין בעניין אקונס - גם הפקעה היא חריג לעקרון אחידות הקרקע.

בפסק הדין המדינה מוציאה הודעות הפקעה לא מדויקות לגבי עומק מקרקעין על מנת לסלול את מנהרות הכרמל. המדינה, בגלל פיתוחים טכנולוגיים, לא רוצה להפקיע לגמרי ולהזיז את האנשים שנמצאים מעל הקרקע, ולכן רוצה להפקיע רק את המרחב התת-קרקעי שלהם. היא אמרה שהיא מפקיעה את זכות ההחזקה והשימוש בלבד, לא את הבעלות במרחב התת קרקעי אלא רק לוקחת זכות להחזיק ולהשתמש בו, משיקולי עלויות (כדי לפצות פחות). בעלי הקרקעות אומרים שהמשמעות של הזכות שהמדינה לוקחת היא לא באמת רק החזקה ושימוש, אלא היא לוקחת זכויות שבמהותן לא ניתנות בהחזקה ושימוש בלבד. כאשר היא כורה

את המנהרות ומוציאה אדמה מלב המקרקעין למטה, היא עושה בעצם פעולה של הרס המקרקעין- לוקחים חלקים ממנו, יוצרים מנהרה לצמיתות. אלה לא כוחות שנתונים לאדם שרק מחזיק ומשתמש אלא רק למי שיש לו את זכות הבעלות. לכן הנפגעים טוענים שהמדינה לוקחת יותר מבחינה כלכלית ועל כן צריכה גם לפצות יותר. ביהמ"ש אומר שאכן יש כאן הפקעה של זכות במרחב התת-קרקעי, המדינה גם כשלה בכך שלא הוציאה הודעות הפקעה מדויקות (הפקעה חייבת להיות מידתית, עם מידות עומק מדויקות ושיקחו רק מה שצריכים באמת). הוא קובע שהיא למעשה הפקיעה את זכות הבעלות. ס' 13 התעורר כי נטען שאי אפשר להפקיע חלק מסוים מהמקרקעין, זה חלק מסוים בו.

ביהמ"ש אומר שהפקעה לא נכנסת לגדרי ס' 13, כי יש כאן משהו שהוא לא רצוני וס' 13 חל על **האיסור לעשות עסקה** בחלק מסוים. אם עושים משהו כפוי ביחס למישהו, כמו **הפקעה, זו לא עסקה**. עסקה היא משהו שנעשה בהסכמת הצדדים. לכן הפקעה היא חריג לעיקרון שבס' 13. כשמסתכלים על חוק המקרקעין וההגדרה של מהי עסקה במקרקעין (ס' 6), הלב הוא העניין הרצוני, הקניית זכות קניינית לפי רצון המקנה. ההפקעה פה היא לא פעולה רצונית, מדובר באקט כפוי, ולכן זה מחוץ לתחולת ס' 13 ולכן מותר לעשות הפקעה בחלק מסוים בו.

פסק הדין עורר שאלות גדולות לגבי איך רושמים את הדברים האלה. רישום המקרקעין במרשם הוא דו-מימדי (עד התיקון), אי אפשר לראות מה קורה בתוך הקרקע עצמה, רק חלקה, גוש וכו'. לאחרונה הממונה על מרשם בא ואיפשר רישום תלת-מימדי, לכן יהיה אפשר לרשום גם הפקעות של חלק מסוים במקרקעין (בעבר היו רושמים הודעה על הפקעה אבל אי אפשר היה לראות איך הקרקע נראית בכל המימדים שלה). זה קורה הרבה- למשל הפקעות לשם סלילת הרכבת הקלה במרכז וכו'.

4. <u>שכירות</u>

78. על אף האמור בסעיף 13 ניתן להשכיר חלק מסוים של המקרקעין.

בהשכרה, בגלל שזו פעילות קצרת טווח, מותר להשכיר חלק מסוים במקרקעין. זה רק מתן זכות להחזיק ולהשתמש בנכס שלא לצמיתות, לכן מותר לעשות עסקאות בחלקים במקרקעין. זאת עסקה קצרת טווח ואין לזה השלכות הרסניות ארוכות טווח כמו פיצולים קבועים, סחטנות, עלויות העסקה שכרוכות באיסוף המקרקעין וכו'.

אחד מפסקי הדין שעסקו בניסיון לעקוף את ס' 13 זה **פס"ד לוסטיג נ' מייזלס**. מדובר בצדדים שמנסים להתחכם ולעקוף את האיסור בס' 13- יש חלקת קרקע ששווה הרבה כסף, והאישה שבעלת כלל הקרקע מחליטה לעשות עסקה בחלק מסוים במקרקעין שלה ומשכירה אותו ל-999 שנים עם אפשרות לחידוש ל-999 שנים נוספות. היו בהסכם תנאים נוספים שנשמעו מוזרים יחסית לעסקת שכירות, כמו מתן זכות לנהוג בו כמנהג בעלים. עסקה כזאת חוסכת את הצורך ללכת לפצל את הקרקע, זו התחכמות כי אסור לעשות עסקה בחלק מסוים במקרקעין אז הם עשו זאת דרך השכרה, נכנסים בגדרי ס' 78. מתעורר סכסוך סביב זכויות הבנייה בנכס. זכויות בנייה תמיד צמודות לזכות הבעלות. השוכר ל-999 שנים בא ואומר שהוא רוצה את זכויות הבנייה היחסיות, והיא אומרת שזו רק שכירות וזכויות בנייה הולכות רק עם בעלות. ביהמ"ש העליון אומר שבפועל מה שהצדדים כיוונו אליו הוא <u>עסקה עם אופי של בעלות ולא שכירות</u>, לפי תנאי העסקה- השווי, תקופת הזמן, הכוחות שניתנו ל"שוכר" ועוד. בגלל שמהות העסקה הוא של עסקת העברת בעלות, ביהמ"ש אומר למשכירה שהיא צריכה להיפרד מזכויות הבנייה היחסיות שלה.

<u>הפרדוקס</u>- ביהמ"ש מכשיר עקיפה של ס' 13, הוא מכיר בתוקף הפיצול שהצדדים עשו פה ומאפשר לעשות עסקה בחלק מסוים במקרקעין. אך חשוב לדעת שלמרות זאת זה לא פוטר את הצדדים מלפתור את ה"כאב ראש" של הפיצול, אם זה שקול לבעילות- הצדדים צריכים ללכת לפצל את החלקה ברשויות התכנון. אין סמכות לעשות עסקה בחלק מסוים במקרקעין.

5. ירושה

6. עסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה.

הסעיף מגדיר מהי עסקה במקרקעין- מבחינה משפטית מה שהסעיף אומר הוא שעסקה במקרקעין היא כל עסקה רצונית שבה אני נותן למישהו זכות קניינית במקרקעין (אחת מהרשימה הסגורה). לסעיף יש סיפא, שמוציאה מגדר עסקה במקרקעין הורשה עפ"י צוואה (לא עפ"י דין!). אם מישהו מניח אחריו צוואה שאומרת שהוא מוריש לX את המקרקעין שלו, ס' 6 אומר שזו לא עסקה במקרקעין בהגדרה שלה. לכאורה, האיסור בס' 13 חל על עסקאות במקרקעין בלבד, לכן הוא לא אמור לחול על צוואה.
אדם יכול להוריש ב-2 דרכים- בצוואה, להורות מה ייעשה בנכסיו לאחר מותו, או ירושה עפ"י דין- לפי הוראות חוק הירושה, שקובע ברירות מחדל איך נכסים נופלים בירושה לאנשים. לפעמים אנשים עושים הסדר זהה לחוק הירושה (אבל עדיין הצוואה קובעת ולא הוראות חוק הירושה, כל עוד הושארה צוואה).

דה פקטו לא משתמשים במנגנון הזה, זה לא מקובל. ספק גם שאנשים מודעים באופן מעשי לאפשרות הזאת. זה תיאורטי בלבד. אין גם הצדקה מהותית לחריג הזה. אין אפילו דברי הסבר לס' 6.
הנפקות המרכזית של הסעיף היא לשם ס' 7 (עסקה במקרקעין מחייבת רישום)- כדי לפטור אנשים מהחובה לרשום את העסקה מיד כשמדובר בצוואה.

מה מוסיפים סעיפים 11 ו-12?

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.

אדם מקבל בעלות מגלומנית בקרקע. הבעלות נראית ממש רחבה, זכות שנותנת הרבה מאוד. אבל הסיפא מגבילה את זה, בפועל הבעלות היא די מצומצמת. אמנם יש בעלות אבל אתה לא שולט בכל מה שקורה מעל/מתחת לקרקע שלך.

המחובר לקרקע

12. הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע עליה ועל כל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה, ואין נפקא מינה אם המחוברים נבנו, ניטעו או חוברו בידי בעל המקרקעין או בידי אדם אחר.

מדבר על מחוברים- התוכן של מה כוללת הבעלות. כשיש לך בעלת בנכס מקרקעין היא חלה על הקרקע ועל כל מה שבנוי ונטוע עליה, וכל דבר אחר שמחובר אליה חיבור קבע- אם זה מחובר שניתן להפריד אותו, העסקה לא חלה על החלקים האלה.

ס' 11 ו-12 מוסיפים הבהרות לגבי מה נכנס בגדרי זכות הבעלות במקרקעין ומה התוכן שלה.

סרטון (שמרים הראתה)

שנת 1969- חוק המקרקעין קבע כי: הבעלות בשטח של קרקע מתפשטת בכל העומק שמתחת לשטח הקרקע ובחלל הרום שמעל פני הקרקע, ובנוסף גבולות החלקה הם קבועים ומשתרעים לעומק ולגובה אינסופיים.
כיום, ישראל הדינמית והמתפתחת מובילה שינוי שמאפשר לפצל את הקרקע לשכבות בבעלות שונה ובכך לנצל באופן מיטבי את השימוש בקרקע.

בסוף שנת 2018 אושר <u>תיקון לחוק המקרקעין</u> שקבע כי:
1. ניתן לפצל קרקע לשכבות שונות ולרשום חלקות תלת-מימדיות, וזאת כדי לנצל את הקרקע ביעילות.
2. ניתן לרשום בעלויות וזכויות בשכבות השונות של הקרקע ובכך למקסם את שימושי הקרקע השונים בגובהה ובעומקה.

התיקון לחוק מאפשר יצירת חלקה תלת מימדית עם גבולות מוגדרים, ושתחום הבעלות בה מוגבל לתחום החלקה. הבעלות והזכויות בחלקה הקרקעית שבחלקה נוצרה החלקה התלת מימדית ממשיכות להתפרש בעומק הקרקע וברום השמיים, למעט בתחום החלקה התחת מימדית. את החלקה התלת מימדית ניצור מעל לפני הקרקע, מתחת לפני הקרקע, או באופן משולב כך שהיא תהיה גם מתחת וגם מעל הקרקע.
זאת בתהליך הכולל 3 שלבים:
1. תכנון
2. מיפוי ומדידה
3. רישום

1. <u>תכנון</u>- שלב זה כולל הכנת תוכנית סטטוטורית המאפשרת יצירת מגרש תלת מימדי ואישורה בועדות התכנון הרלוונטיות. האישור יינתן ע"י ועדות שונות בהתאם לייעוד המגרש.

ייעוד ציבורי- יאושר ע"י ועדה מקומית.
ייעוד פרטי- יאושר ע"י ועדה מחוזית או מוסד תכנון ארצי.

2. <u>מיפוי</u>- תוכן תוכנית תלת מימדית לצרכי רישום (תמ"ר).
- מה ההבדל בין תצ"ר לתמ"ר?

תצ"ר- מייצרת חלקות קרקעיות חדשות באופן דו-מימדי על מפת נייר.
תצ"ר- מייצרת חלקות תלת-מימדיות ברבדים שונים של הקרקע וכוללת את נתוני הקרקע התלת מימדית, בקובץ דיגיטלי.
חלקה תלת מימדית לא תחרוג מגבולות הגוש. את התמ"ר יכין מודד מוסמך והיא תכלול:
- נתוני חלקות קרקעיות שבתחומן נוצרו החלקות התלת מימדיות
- נתוני חלקות תלת מימדיות
- טבלאות נתונים
- הצהרת מודד
- מספר אליפסה

הצגת התמ"ר בקובץ דיגיטלי תאפשר לראות את החלקה התלת מימדית מכל צדדיה וביחס לחלקות הקרקעיות שבתחומן היא נוצרה. בסיום הכנת התמ"ר, לאחר אישור יו"ר מוסד התכנון, היא תישלח לאישור מפ"י.

3. <u>רישום</u>- בשלב זה (ולאחר אישור תוכנית המתאר ומפ"י) מגיש התיק יעביר את מספר התמ"ר יחד עם כל המסמכים הנדרשים לרישום ללשכה הארצית לרישום תשתיות לאומיות ופרצלציות. הלשכה תרשום את החלקה התלת מימדית, את מרכיביה, ואת הזכויות בה. הרישום יתאפשר רק במקרקעין מוסדרים. מעתה, החלקה הזו תהווה נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות במקרקעין.

<u>האם בית משותף יכול להירשם כחלקה תלת מימדית</u>?
וודאי. ניתן לרשום את כל הבית המשותף. אולם דירה בבית המשותף לא תירשם בחלקה תלת מימדית.

שימו לב- בעוד שהחלקה התלת מימדית מתוחמת וזכויותיה מוגבלות לתחום החלקה, הזכויות בחלקה הקרקעית ימשיכו להשתרע לעומק ולגובה למעט הגריעות שבתחומה.
בסיום התהליך יהיה ניתן להפיק נסחי רישום לחלקה התלת מימדית, ובנסח החלקה הקרקעית יוצגו נתוני הגריעות המרכיבים את החלקה התלת מימדית, ובהתאמה יופיעו נתוני הגריעות בחלקה הקרקעית.

התיקון לחוק המקרקעין יוצר רישום נכון ומדויק יותר התואם את המצב התכנוני כיום ומאפשר למקסם את השימוש בקרקעות ארצנו.

-סוף סרטון-

כל הנושא של רישום תלת מימדי לא היה אפשרי עד היום. אחרי אקונס, הסיפור הזה עלה בצורה חריפה ונתן תמריץ להתעסק בשאלות האלה. על רקע זה יצרו את ההסדר הזה. נעשה תיקון שנכנס לתוקף ב-2019, וס' 14 מסדיר את כל הנושא של רישום תלת מימדי. הרישום ככלל הוא רישום דו מימדי. המנגנון הזה מנסה לאפשר בצורה מסודרת לראות את כל שלבי הקרקע ומה קורה בה, מעליה ומתחתיה. אנחנו רואים את אותם עקרונות אבל בתלת מימד. ביחס לס' 13 נוסף חריג נוסף ב**ס' 14ד**- אם רוצים לעשות עסקה במרחב התת קרקעי ולרשום את החלקה כתלת מימדי, אפשר לעשות עסקה בחלק מסוים מהמקרקעין וזה לא יפר את הוראות ס' 13.

זה בעצם מנגנון שבא להגיב לשינויים טכנולוגיים ולאפשרות של ניצול הקרקע גם במרחב שמעליה ומתחתיה באופן שלא פוגע בכל חלקות הקרקע ומאפשר לנצל אותה בצורה מיטבית יותר, וגם רישומית מאפשר לשקף את זה בצורה מדויקת יותר במרשם, שהיה עד היום דו מימדי ולא כלל רישומים מהסוג הזה.

מחוברים

<u>מתי נכס מיטלטלין מאבד את אופיו ככזה והופך לחלק בלתי נפרד מהקרקע?</u>

12. הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע עליה ועל כל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה.

למה ההסדר בס' 12 בקשר למחוברים לקרקע חשוב?
ס' 12 באופן עקרוני נותן לנו מושג מה תוכנה של זכות הבעלות בקרקע- היא כוללת את הקרקע עצמה, וכל מה שבנוי, נטוע או מחובר אליה חיבור של קבע. מצד שני, הוא מחריג את מה שמהווה מחוברים שניתן להפריד אותם. התוכן הזה חשוב כדי לדעת על מה עסקה במקרקעין חלה. אנחנו רוצים לדעת כשאנחנו עושים עסקה בדירה למשל, מה תוכנו של ההסכם.

<u>דוגמאות</u>:
- מצב שבו אני בעלים של דירה שמושכרת לשוכרים. בזמן השכירות, השוכר מתקין מזגן בדירה. בסוף תקופת השכירות הוא רוצה להוריד את המזגן הזה. בזמן השכירות, השוכר הראה את הדירה לקונה פוטנציאלי שראה את הדירה, התרשם ממנה, רצה לקנות אותה. הבעלים מחליט למכור לו אותה, והרוכש החדש מגיע לדירה ורואה שהשוכר הוריד את המזגן, שהיה שם כשהוא בא לראות את הדירה. הוא טוען שלדעתו העסקה חלה על המזגן. <u>איך נתייחס למזגן שחובר בתקופת השכירות</u>? זה לא בנוי או נטוע, השאלה היא מה הסטטוס שלו. האם הוא הפך להיות חלק מהמקרקעין כך שהוא מחובר אליו חיבור של קבע? או שמא הסטטוס שלו צריך להיות מחוברים הניתנים להפרדה? התשובה אינה חד משמעית או אוטומטית, זה תלוי בנסיבות ביצוע העסקה.

- אדם שיש לו מפעל וזקוק בו למכונה גדולה שעולה המון כסף. הוא קונה אותה בזמן ניהול העסק, וכדי לממן את רכישתה הוא חייב לקחת הלוואה מבנק לאומי. במקביל, על הקרקע של העסק שלו רובצת משכנתא לטובת בנק דיסקונט. אותו אדם בשלב מסוים פושט את הרגל ונקלע לחובות, והנושים שלו רוצים להיפרע. בנק לאומי רוצה את הכסף על המכונה שהוא לא שילם, ובנק דיסקונט רוצה לממש את המשכנתא על המקרקעין. שאלה שיכולה להתעורר במצב כזה היא <u>האם המכונה שחוברה למקרקעין היא חלק ממנו</u> ואז בנק דיסקונט יכול להיפרע גם מהמכונה? או שמא הסטטוס שלה הוא מטלטלין? זו שאלה די דרמטית לגבי הזכויות של הבנקים כאן. האם הנכס הוא חלק מהמקרקעין כשהוא חובר?

זה נושא שיכול להשפיע בכל מיני תחומים ומצבים. חשוב להיות מסוגלים להכריע משפטית מה הסטטוס של המזגן או המכונה, ומה הסטטוס של דברים רבים אחרים שמחוברים לקרקע- האם הם חלק מהמקרקעין או לא.
הספרות והפסיקה הציעו כל מיני כיוונים איך להכריע מה הסטטוס של מחוברים, מחובר קבע או מחובר הניתן להפרדה, כלומר מתי נכס מאבד את אופיו כמיטלטלין והופך לחלק מהמקרקעין.

דוגמא בולטת הייתה **בפרשת חפציבה**- היה קבלן שמכר הרבה דירות לרוכשים ורימה את האנשים במהלך הרכישה, הרבה מהכסף שהיה אמור ללכת לבנקים שליוו את הפרויקט הלך לכיס שלו. יצא שהרבה מהאנשים האלה גם לא קיבלו בטוחות לכסף שלהם. נבנו דירות, הכסף נעלם, היו הרבה נושים ביחס לנכסים האלה. היו הרבה ספקים שסיפקו ציוד לקבלן הזה, כמו דלתות, ברזים, ציוד מטבח וכו', וכשהם ראו שהקבלן נקלע לקשיים הם הלכו למקרקעין והתחילו לנתק דברים שהם חיברו. שאלה שהתעוררה היא האם החיבור הפך את הדברים האלה לחלק מהמקרקעין, ואז זה בבעלות בעלי הדירות, או שזה מיטלטלין והספק יכול לבוא ולנתק אותם. כלומר האם החיבור הפך את הדברים לחלק מהדירות.

<u>ויסמן: תפיסה ריאליסטית</u>

אימץ תפיסה ריאליסטית שמסתכלת על המציאות, צריך להסתכל על המציאות ולאזן בין שיקולים שונים של הצדדים השונים המעורבים ביחס לאותו מחובר. צריך לקבל את ההחלטה לפי המציאות כפי שאנחנו מכירים אותה, לנסות להבין מה הצדדים ניסו לעשות.
הוא נתן שורה של מבחנים- צריך לחשוב על כולם, אבל הם לא בהכרח מצטברים או יתקיימו תמיד ולפעמים תוצאותיהם יהיו סותרות, אבל אלה מבחני עזר שיכולים לעזור לנו יחד עם שיקולים נוספים.

- מבחן החיבור הפיזי- כאשר נכס חובר לקרקע באופן שהנכס חובר בצורה משמעותית למקרקעין, כלומר באופן שניתוקו יגרום הרס או נזק למקרקעין- נאמר שהסטטוס של המחובר הוא חלק מהמקרקעין. מבחן זה מסתכל על אופן החיבור של המחוברים לקרקע, האם הם חוברו אליה באיזשהו אמצעי פיזי. אם הנכס חובר במידה כ"כ משמעותית נאמר שזה חיבור קבע וזה לא מיטלטלין, כי זה חיבור מסיבי יותר, נתפס כחיבור שהיה אמור להיות לצמיתות. למשל מזגן או גוף תאורה שחוברו עם ברגים, שהם דבר שניתן לניתוק בקלות- היינו אומרים לכאורה שזה מיטלטלין, זה לא מחובר באופן שגורם להריסה או פגיעה במקרקעין.

- מבחן סוג הנכס- יש נכסים שהם מסוגם מחוברים חיבור של קבע, ויש כאלה שמחוברים חיבור זמני יותר, נייד יותר. למשל מכוניות- באופן עקרוני הן תמיד נכס נייד, לא נייח וקבוע. לכן רכב שנמצא בבית שראינו, אי אפשר לטעון ברצינות שהיא חלק מהבית כי בהגדרה היא תמיד ניידת ולכן זה מיטלטלין קלאסי. מנגד, ברזים או אסלות- הם נכסים נייחים שמחוברים לקרקע, לא תמיד הניתוק שלהם כרוך בהרס הקרקע, ועדיין בתפיסה שלנו הם נכסים שהם כן חלק מהקרקע. הם מטבעם מחוברים לקרקע ולא מתקיימים בנפרד ממנו, ולכן לפי מבחן סוג הנכס היינו רואים בהם כנראה חלק מהמקרקעין. זה מבחן שמנסה להתגבר על עניין החיבור לנכס וטיב החיבור שבמבחן החיבור הפיזי.

גם מבחן סוג הנכס לא נותן לנו תשובה חד משמעית, צדדים שונים ינסו לטעון לכיוונים שונים. למשל מישהי שקנתה דירה ומצאה שהמוכר ניתק את כל הברזים וגופי התאורה בדירה.היום למען הזהירות אנשים עושים הסכמים ומצרפים נספח בו נכתבים בצורה מפורשת כל הנכסים המחוברים שהם חלק מהעסקה כדי למנוע מצב בו באים ומנתקים דברים כאלה, כמו הברזים או המתגים.

- מבחן הכוונה- מבחן משלים שמסתכל על עניין הכוונה שהייתה ברקע החיבור. ויסמן מדבר על כוונה משני סוגים- אובייקטיבית וסובייקטיבית. המבחן מתמקד בכוונת הצדדים בזמן חיבור הנכס. המצב הקלאסי- הצדדים גילו את כוונתם בצורה מפורשת בהסכם בעל-פה או בכתב, שאומר מה הסטטוס של הנכס. כוונה **סובייקטיבית** גלויה שאומרת למשל שמנתקים את המזגן בתום תקופת השכירות. הסכם חוזי עושה עבודה טובה בהקשר הזה. מצד שני, כאשר מדובר בצדדים מרוחקים שאנחנו לא יודעים מה הייתה כוונתם, כלומר הם גם לא הסדירו את יחסיהם חוזית- למשל מצב כמו בדוגמא לעיל עם השוכר שהתקין מזגן והקונה שראה את הדירה איתו- ויסמן אומר שכאשר מדובר בצדדים מרוחקים צריך לבדוק את הכוונה **אובייקטיבית**, למה היו מתכוונים צדדים סבירים לחוזה בסוג עסקה כזה, מה מקובל בנסיבות כאלה.

מבחן סובייקטיבי- ביחס לצדדים קרובים בעיקר, כמו אנשים שעשו הסכם/חוזה
מבחן אובייקטיבי- יחס לצדדים מרוחקים, שלא דיברו על הדברים

צריך לבדוק את כל המבחנים אבל לא בטוח שתהיה תשובה חד משמעית. ויסמן אומר שבדר"כ כשמדובר בתקופת שכירות קצרה יחסית, הכוונה היא כן לנתק את הנכס בסיומה. <u>במבחן צריך להזדקק לכל המבחנים</u> וגם לשיקולי מדיניות. רוב ההכרעות יהיו סבירות. צריך גם שכל ישר, לחשוב בצורה מושכלת והגיונית על ההכרעה המשפטית בהקשר הזה. אפשר לכאורה לפי המבחן הראשון לומר שהכל ניתן להפרדה, אבל אם נחשוב לפי שכל ישר כמובן שיהיו דברים שלא נצפה שינתקו בדירה ושבדר"כ אנחנו רגילים שמגיעים איתה ומחוברים למקרקעין (למשל בכיתת לימוד- הלוח שמחובר לקיר, הכיסאות שמחוברים למקרקעין וכו').

מבחן החיבור הפיזי
האם תוצאת החיבור היא שלא ניתן לנתק את המיטלטל מהמקרקעין מבלי שייהרס; שיגרם נזק מהותי למיטלטל או למקרקעין או שאין למיטלטלין קיום ללא חיבור לקרקע. תוצאת החיבור ולא שאלת האמצעי הפיזי בו השתמשו.

מבחן סוג הנכס
מבחן פונקציונאלי המבקש לבחון האם הנכס המחובר, מסוגו, נועד להיות מחובר באורח קבע.

מבחן הכוונה
אובייקטיבי או סובייקטיבי?
צדדים קרובים - סובייקטיבי
צדדים רחוקים - אובייקטיבי

<u>הפסיקה מוסיפה מבחני מדיניות נוספים</u>:

מונע הנזק הזול- שיקול משמעותי בדיני התחרות.
שיקול נזיקי בדר"כ. מטילים את האחריות על מי שלא "אשם" במובן המוסרי אלא על אותו אדם שיכול היה למנוע את המעשה בצורה הזולה ביותר ולא עשה את זה. מבחינה תועלתנית אנחנו רוצים לעודד את האנשים שיכולים למנוע את הנזקים בצורה הזולה ביותר לפעול, זה הכי יעיל. מי שלא עושה את זה- אנחנו רוצים להרתיע אותו, אנחנו רוצים לעודד התנהגות של מניעת נזק צורה זולה, ולכן נשית עליו את הנזק אם הוא לא עשה זאת ולא על הצד האחר. שיקול שמנסה לעודד צדדים להתנהג בצורה זהירה.
בהקשר של מחוברים ושוכר דירה שמחבר מזגן- מי היה מונע הנזק הזול ביותר של התחרות על המזגן? השוכר. כשהוא חיבר את המזגן הוא יכול היה לעשות חוזה. אם הוא היה רוצה למנוע סימני שאלה בעניין הוא

היה עורך חוזה ברור, אפילו בע"פ, שאומר שהמזגן נשאר אצלו בתום תקופת השכירות וזה היה מונע את כל הבלאגן. בדר"כ המחבר הוא גם בעל האינטרס המובהק לעשות זאת.

עוד שיקולים רלוונטיים:

- וודאות השוק- אם אנחנו רוצים לייצר ודאות לגבי סטטוס של מחוברים מסוימים.
- עידוד פעילות כלכלית- אנחנו כן רוצים לעודד אנשים לשכור נכסים, לשפר אותם בזמן שהם חיים בדירה וכו'. צריך לחשוב גם על נקודת הראות של השוכר ולעודד את הפעילות שהוא עושה (השיפור), אבל מצד שני גם להגן על התוצאות של זה.
- שיקולי יעילות מצרפית- יעילות כלכלית, מה יותר יעיל ומה פחות. למשל שוק ההלוואות והדוגמא של בנק לאומי ודיסקונט. אם אנחנו רוצים לעודד בנקים לתת הלוואות והם מסתמכים על נכסים מסוימים כבטוחות, צריך לחשוב טוב מאוד על ההכרעה המשפטית אם הנכס הוא מחובר של קבע או לא, ואיזה השלכות יהיו על שוק האשראי למשל. האם זה יעיל לאמץ כלכלית כל כזה או או אחר.
- שיקולי חלוקה ?- השוכר החלש לעומת הבעלים החזק, האם יש מקום לשיקולים כלכליים. ערכים של קניין והאם יש מקום להכניס אותם. בסימן שאלה כי ראינו שזה שנוי במחלוקת, אם סוג כזה של שיקולים ראוי במקום הזה.

שיעור 8- 4.11.21

דיברנו על נושא המחוברים, שרלוונטי לשאלה על מה חלה עסקה המקרקעין ומה הגבולות של זכות הבעלות. כשמדובר בבעלות ס' 11 ו-12 מגדירים את היקף הזכות, את מימדי העומק והגובה, ואת המימדים של התוכן המעשי של הזכות כמו בנוי, נטוע ומחוברים חיבור של קבע. יישום המבחנים שדיברנו עליהם יכול לפעמים להביא לתוצאות סותרות, לכן צריך להפעיל את כולם ולהפעיל שכל ישר ולחשוב מה צריכה להיות התוצאה הראויה לאור המבחנים השונים. תמיד כדאי לצדדים שמתקשרים בעסקה לפרט בהסכם על מה היא חלה, לצרף נספח להסכם שאומר שהעסקה חלה בין היתר על פריטים נוספים. נעדיף שזה יהיה מוסדר בין הצדדים בצורה מפורשת, ולא שיגיע לסכסוך בבימ"ש, לא להיקלע למצבים כאלה מלכתחילה.

אוצרות טבע ועתיקות

רכישת הקרקע לא אומרת שאתה צריך לזכות בכל המשאבים הטבעיים שנמצאים בה, בין אם זה נפט, גז, או מחצבים אחרים. התפיסה הזאת היא מורשת בריטית שירשנו גם לדין הישראלי, ואומרת שכל הדברים האלה הם בבעלות ציבורית. גם עתיקות- נושא בעייתי, כמעט בכל מקום במדינה מגלים אתרים ארכיאולוגים או עתיקות. הרבה פעמים זה תוקע פרוייקטים, ברגע שיש אתר שנחשד שיש בו עתיקות- קבלנים אוטומטית מפסיקים, קוראים לרשות העתיקות (יש חוק עתיקות מסודר). אם זה פרויקט מתקדם- בדר"כ לא יאמרו להרוס מה שכבר נבנה אלא מכסים את הקרקע בצורה בטיחותית כדי להגן על העתיקות ולהמשיך את הבנייה. אבל אם לא, זה עלול למנוע את היכולת לנצל את הקרקע אם עוד לא נעשה בה כלום. חוק העתיקות נותן הרבה סמכות לרשות העתיקות ולמדינה לעצור פרוייקטים, להקפיא את הקרקע עד בירור מלא (שיכול לקחת המון זמן ולעלות הרבה כסף).
אלה משאבים בבעלות ציבורית, זו המורשת ההיסטורית והתרבותית של כולנו.

בגלל שישראל היא לא מדינה שעשירה במשאבים האלה, ההסדרים הם שהמדינה לא מחפשת אותם בדר"כ. עלויות חיפוש של נפט ומשאבים טבעיים הן גבוהות, אנשים בדר"כ עוסקים בהם כשהם יודעים שיש סיכוי גבוה הם ימצאו משהו. המדינה יצרה הסדרים שנותנים לאחרים זכיונות לעשות את העבודה הזאת ולקחת את הסיכון ולחפש, והיא מתגמלת אותם בדרכים שונות בחוק (הזכויות במשאב יהיו של המוצא אבל הוא ישלם תמלוגים למשל). אף אחד לא חשב שימצאו בישראל משאבים ששווים הרבה כסף, והמדינה הופתעה כשפתאום מצאו גז טבעי. בדיעבד, לאחר שהיא יצרה הסדר חוקי ונתנה זכיונות, היא אמרה שהיא לא באמת מרוצה מההסדר הזה והחליטה בדיעבד למסות את ההכנסות מהגז הטבעי. הוקמה ועדת ששינסקי,

שהחליטה להכניס שיעורי מס מאוד גבוהים. האנשים שעסקו בזיכיונות עתרו לבג"צ ולא הסכימו שיהיה מיסוי על העסקאות האלה, אבל בג"צ הכשיר את המיסוי הזה ואמר שהוא לגיטימי.
הנושא הזה הוא חריג, ועד שמצאו משהו המדינה באה ורצתה לדאוג לאינטרס הציבורי. המדינה הרוויחה מזה אבל גם החברות הרוויחו הרבה, הן מצאו משאב שהן לקחו סיכון לגביו.

חשין בפס"ד Samedan

פס"ד שעוסק באוצרות טבע ובעיקר בקידוחי נפט וההסדר בחוק הנפט.
עידוד חיפושי נפט → ← תחרות

מוסד קנייני שמכוון למקסום הרווחה המצרפית
אקטיביזם???

יש הסדר משפטי שמסדיר את זכויות החיפוש, נותן לחברות אפשרות לחפש עם תמריצים. החברות האלה מבקשות גם להוביל את הנפט. חוק הנפט נותן שיקול דעת לממונה לעשות את מה שהוא רוצה, כלומר זה לא שזה הכרחי שהוא יתן לחברות את הזכות.

בפסק הדין חשין מדבר על הסעיף בחוק הנפט שנותן את הסמכות (ס' 35), הנוסח בו הוא "רשאי לבנות". הוא בודק מה התכליות של החוק ומדבר על כך שהמטרה של החוק שעוסק בהפקת נפט הוא לעודד אנשים לחפש נפט ולקחת את הסיכון הכלכלי שכרוך בכך. החוק נוקט בלשון "רשאי", אפשר שאותו אדם בעל הזיכיון לחפש יהיה רשאי גם להוביל את הנפט עצמו, אבל הממונה על הנפט סירב לבקשה והסכים שהם רק יפיקו. לגבי ההובלה הוא רצה להוציא מכרז ולייצר תחרות.
ההיגיון הכלכלי שעומד בין הפקה לבין הובלה הוא למנוע מצב של מונופולין כלכלי ושהציבור כלוא בידיים של שחקן אחד, בידי אותו גורם שמפיק. חשין אומר שמצד אחד המטרה של החוק היא לעודד חיפוש של נפט, שהיא פעילות יקרה שהמדינה רוצה לעשות בעצמה אלא לעודד אחרים לעשות אותה, אבל מצד שני- רוצים לעודד תחרות חופשית ולעודד ערכים של שוק חופשי עד כמה שאפשר כדי להוזיל את המחירים עבור צרכנים, לכן אנחנו רוצים להימנע ממצבים של יצירת מונופול. כשהוא מפרש את החוק הזה, יש כאן הסדר קנייני שנותן לאנשים **זכויות בנפט** כדי לתמרץ אותם לחפש, אבל התכליות של ההסדר הזה הן למקסם את הרווחה המצרפית, יעילות כלכלית, ואנחנו צריכים להימנע כמה שאפשר מלהגדיל את המונופולין- גם ככה נותנים אישור חיפוש לשחקן אחד, אז אנחנו לא רוצים להעצים את כוחו הכלכלי עוד יותר. לכן חשין אומר שאם הוא יכול לפצל בין זכות ההפקה לזכות ההובלה כמובן שמבינה ערכית זה ראוי יותר.
פסק הדין מעניין, כי הוא מדבר על מוסד קנייני שמדבר על משאב טבע, והשופט, שדווקא מגיע מתפיסות מאוד מסורתיות של קניין (ערכי חירות, הגנה חזקה לקניין, פחות רגיש לערכים אחרים), הולך עם הערך של רווחה מצרפית ומפרש את החוק בדרך שאומרת שהפרשנות של הממונה היא לגיטימית כדי לקדם תחרות חופשית. הפס"ד מדגים את הערכים בשיח הקנייני שמשחקים תפקיד.

שיעור 9 - 9.11.21

הפס"ד עוסק בהסדר קנייני שהמחוקק יצר כדי לעודד חיפושי נפט, אבל במקביל הוא בא גם לקדם תחרות בשוק. כל המודל של החוק מבוסס על ערכים של רווחה מצרפית- המדינה לא רוצה לשאת בסיכונים שבחיפושי נפט ורוצה לתת את זה לאנשים שרוצים לעשות את זה. ההסדרים החוקיים הם כאלה שנועדים להעביר את האחריות לשוק הפרטי עם תמריצים נאותים.
כל פסק הדין שבודק את ההחלטה של הממונה על הנפט נע סביב השאלה מה יותר יעיל מבחינה תחרותית, האם להצמיד את זכות ההובלה לזכות ההפקה. השופט חשין מנסה לקדם את הערך של רווחה מצרפית ופסק הדין כולו נע סביב הערך הזה. הוא אומר שמבחינת הפרשנות הראויה והסבירות של ההחלטה של הממונה על

הנפט, אם רוצים לקדם יעילות- יעיל יותר לפצל את הזכויות. רואים לידי ביטוי איך השיח הקנייני בא לידי ביטוי בביהמ"ש.

רצוי להיות מצויים בחוק העתיקות וההשלכות שלו. יש שם הוראות מאוד דרמטיות ביחס לסמכויות של רשות העתיקות בנוגע לחיפוש עתיקות, ומה קורה מבחינה קניינית כשמוצאים עתיקות בשטח שלך (יוצר קיפאון בניצול הקרקע). פסיקה שעוסקת בזה- פס"ד **עזבון המנוחה דנקנר נ' רשות העתיקות**. פסק דין של השופט זמיר, שעוסק בסמכויות של רשות העתיקות. הרבה פעמים הם מכריזים על אתרים שהם חושבים שיש בהם עתיקות, הכרזה שמנטרלת את היכולת לנצל את הקרקע. השופט זמיר מבקר את הפרקטיקה שלפיה אם רוצים להשתחרר מההכרזה הזאת, צריך להביא בעצמך מישהו שיערוך את החיפוש מהר יותר.

שכלול הבעלות במקרקעין

כיצד משתכללת זכות הבעלות?

אנחנו נמצאים קודם כל בשלב חוזי. למשל בעסקה על דירה- אחרי שחותמים על החוזה, מקבלים רק זכות חוזית לקבל את הדירה. השלב הבא- שכלול הזכות לזכות בעלות במקרקעין- מתרחש כשמתקיימים תנאי ס' 7 לחוק המקרקעין, הסעיף המרכזי שמסביר איך מקבלים את זכות הבעלות.

סעיף 7 לחוק המקרקעין:
גמר העסקה
7. (א) עסקה במקרקעין טעונה רישום. העסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העסקה לרישום כשעת הרישום.
(ב) עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה.

עסקה במקרקעין- כל עסקה רצונית שבה אני מקנה למישהו את אחת מהזכויות הקנייניות במקרקעין שמנויות בחוק המקרקעין.
השלב בו הזכות הופכת לקניינית הוא שלב רישום הזכות. זה רישום רק בלשכות מרשם המקרקעין, בטאבו.
- יש רק מרשם אחד ששם העסקאות האלה נרשמות.
- חלק מהעסקאות יכולות להירשם דרך האינטרנט, בעיקר הערות אזהרה.
- ככלל כל העסקאות צריכות להירשם, למעט כשיש חריג מפורש בחוק שאומר שלא צריך.

7(ב)- סעיף שיש לו השלכות משפטיות דרמטיות באשר לרישום זכויות. אם לא מסיימים את העסקה יש התחייבות לעשות עסקה, שהיא התחייבות חוזית בלבד. הסעיף בעצם מזהיר מפני זה, כי זכויות חוזיות חלשות יותר מקנייניות, וזה מצב בו אתה חשוף להרבה סיכונים. ס' 7(ב) הוא בעצם התמריץ לרשום.
הרישום בעצם רושם את הזכות לעיון פומבי שפתוח לרשות הציבור, אקט הפומביות. ברגע שהיא פומבית- העולם כפוף לה.

בבעלות- האופן היחיד שניתן להפוך זכות לקניינית הוא רישום.

שכלול הבעלות במיטלטלין

- סעיף 33 לחוק המכר, התשכ"ח-1968
- העברת בעלות
- "הבעלות בממכר עוברת לקונה **במסירתו**, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות"

בגלל שיקולים של יעילות כלכלית. אם היינו יוצרים מרשם למיטלטלין, לא היה לזה סוף. רוב המיטלטלין זה דברים זולים או קטנים, והכמות שלהם היא אדירה, לכן לא יעיל לנהל מרשם כזה. במיטלטלין המחוקק בחר בהסדר שהוא אמנם לא תמיד חד משמעי. אתה הופך להיות הבעלים הקנייניים של הנכס במסירה, הפומביות היא באלמנט המסירה. מועד המסירה הוא המועד בו השתכללה הבעלות. לא מדובר כאן לא על תשלום ולא על שום דבר אחר, למשל הבעלות ברכב עוברת ברגע שהעברתי למישהו את האוטו/המפתחות, ללא קשר לתשלומים. המסירה- המועד בו הרוכש קיבל את הנכס פיזית.

- ★ ברכבים הרישום שנעשה הוא לא רישום קנייני, רישום במשרד הרישוי הוא לצורך אגרות, וידוא ביטוח, קנסות וכו', אבל הוא לא רישום שיוצר זכויות.

צדדים כן יכולים להחליט מהם למשל שמועד העברת הבעלות יהיה בסיום כל התשלומים, ללא קשר למועד המסירה. זה יהיה מועד העברת הבעלות הפורמלית. זו הסיפא- ההסכמה על מועד אחר. בשונה ממקרקעין שאין בו שום דרך אחרת חוץ מרישום להשפיע על מועד העברת הבעלות, במיטלטלין המחוקק פתח את זה להתנאה חוזית.

יש כאן סימן שאלה/בעייתיות- לפעמים העולם לא יודע על ההסכמות של צדדים. אני יכול להעביר למישהו רכב ולהסכים שהעברת הבעלות הרשמית תהיה רק בתום התשלום, והוא בינתיים יעביר את הרכב לצד שלישי שכלל לא שמע על החוזה הזה. הוא יקבל בעלות, וההתניה לא תעזור לאף אחד כבר. היא טובה רק כלפי הצדדים להסכם, ולא על צדדים שלישיים.
אבל ככלל- העברת בעלות במיטלטלין- ברירת המחדל היא מסירה, פתוח להתנאה חוזית.

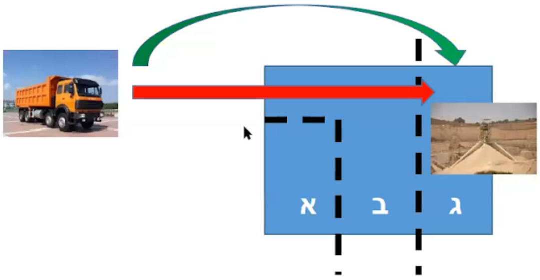
מהות הזכות ומגבלותיה - משפט פרטי

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

בחוזים ישנו שיח בין עקרון תום הלב לבין דיני חוזים. המגמות של מתן מקום לעקרונות כמו תו"ל עוררו הרבה ויכוחים ושאלות סביב ערכים שונים. מצד אחד אנחנו רוצים שאנשים יתנהגו כמו שצריך, יקיימו חוזים, יפעלו בתו"ל גם כשהם מנהלים מו"מ וגם כשהם מקיימים חוזה, רוצים להחיל נורמות של התנהגות ראויה בין אדם לאדם. ומצד שני הכנסה של מושגים כאלה שהם מחוץ למסגרת החוזית, מלבישים עליה עולם ערכי, מעבר מפורמליזם- נוטשים את הכללים הדווקניים, הברורים, היציבים, לטובת שיח ערכי יותר. החוק מכניס לצדדים דברים שהם לא סגרו מראש. מאפשר לקרוא לתוך החוזה תנאים, עקב התנהגות הצדדים.
<u>יתרונות</u>- עשיית צדק בין הצדדים, הוגנות, הענשה של צדדים שמתנהגים בצורה לא ראויה או מנצלים דרישות פורמליות כדי להתחמק מהתחייבויות.
אבל יש גם <u>חסרונות</u>/מחירים- חוזים היא פרקטיקה שאנחנו צריכים בחיי המסחר, ויש ערך אדיר לדרישות פורמליות, לוודאות, ליציבות. נוסף על כך, תום לב הוא עיקרון שהפרשנות שלו מושפעת מהעולם הערכי של השופט והרצון שלו להנחיל סטנדרט כלשהו של התנהגות בין הצדדים, איך נהוג לנהוג בהתקשרויות ובקיום של חוזים. לכן השימוש במושג כזה ובמושגי שסתום בכלל מייצר עמימות, חוסר וודאות, שיש להן עלות כלכלית גבוהה.

בחוק המקרקעין שלנו יש הוראה פרטנית שנקראת הוראת **ס' 14**. זה עקרון שכותרתו היא "הגבלת זכויות", יש כאן הגבלה על הזכות הפרטנית בנוגע למקרקעין, אבל העיקרון הזה אומץ בכלל לדיני הקניין ולדין הישראלי בכלל. דברי ההסבר לחוק ולסעיף הזה אומרים שבעל המקרקעין לא ישתמש בהם שימוש ש"אין בו תועלת לעצמו וכל התועלת היא לגרום נזק למקרקעין הגובלים או המצויים בסביבתם". כלומר הסעיף אומר שגם <u>כשאתה בעל זכות קניין במקרקעין אין בזה הצדקה לעשות משהו שגורם נזקים לאחרים</u>, אל תעשה דברים שאין בהם תועלת לעצמך. על זכויות קנייניות יש מגבלה, אי אפשר להשתמש בהן למשהו שכל מטרתו היא לפגוע באחרים. יש מעט פסקי דין שעוסקים בהסדר הזה.

אחד מפסקי הדין המוקדמים בהקשר הזה הוא פס"ד **שלב נ' הררי מואב**. מדובר בחלקת אדמה שפוצלה ל-3 חלקות נפרדות, כל אחת מהן בבעלות של מישהו אחר. בחלקה השלישית יש מחצבה של חול. כשפיצלו את החלקות, לא יצרו זכות מעבר בין החלקות מאחת לאחרת, כלומר לא נרשמו זכויות למשל מסוג זיקת הנאה שהיו מאפשרות לבעל חלקה ג' לעבור דרך חלקות ב' וא' כדי לחצוב את המקרקעין. הבעלים של חלקה ג' לא זכאי מבחינה משפטית פורמלית לעבור בחלקות של ב' וא'.



שלב זו החברה שחכרה ממנהל מקרקעי ישראל (שכרה לפרק זמן מסוים) את חלקה ג'. כשיש מחצבה, צריך להוביל את החול הזה החוצה להגיע לשבילי גישה, ושלב החליטו לשם כך לחתוך דרך החלקה של ב'. הררי מואב, שהייתה החברה שחלקה ב' הייתה בבעלותה, לא הסכימה ולא אפשרה לשלב לעבור בחלקת האדמה שלה. שלב ניסו לטעון טענות במישור של ס' 14- זה שהררי מואב הם הבעלים של החלקה הזאת לא נותן להם זכות לגרום אי נוחות כשצריך לנייד את החול מהמחצבה של שלב. אין שום תועלת במניעת המעבר הזה, זו התנהגות שגורמת נזק או אי נוחות לשלב ומפרה את הוראת ס' 14.
ביהמ"ש לא מקבל את הטענות של שלב ואומר שיש כאן זכות קניינית להררי מואב, הם הבעלים של החלקה ושלב היא מסיגת גבול. ס' 14 לא התכוון לעסוק במצבים האלה, הוא לא התכוון לאפשר השגות גבול ולבטל את הערך הכלכלי של זכות הקניין של בעל חלקה. אם ב' וג' היו רוצים להגיע להסדר, הם יכלו להגיע להסדר חוזי שיאפשר את המעבר- ליצור זיקת הנאה הסכמית, לשלם על הזכות הזו. לא כל דבר שג' רוצה נכנס לגדרי ס' 14. אי אפשר לתפוס את זה כמשהו שהוא עשיית דבר שגורם נזק או אי נוחות לאחרים.

זה פס"ד שאומר שיש חלקות אדמה, לכל אחד יש את הזכות הקניינית שלו, יש מנגנון שוקי לפתור את הבעיה בדרך של הסכמה, וגם אם הם לא יסכימו- אין דרך לכפות עליהם. הוא היה צריך לחשוב פעמיים לפני שעשה את העסקה בחלקה. אי אפשר לכפות זכות שימוש של ג' בחלקה ב'.

זה היה אחד הניסיונות הראשונים להעלות את ס' 14 בפסיקה, אבל ללא הצלחה.

פס"ד אחר שהנושא עלה בו- **רדומילסקי נ' פרידמן**

זה פס"ד אחד ויחיד שהפעילו בו את ס' 14. הגברת רדומילסקי היא בעלים של בניין עם מספר דירות, שבאחת מהן מתגורר פרידמן כדייר מוגן שלה. דיירות מוגנת - משטר משפטי שמוסדר מכוח חוק ונותן הגנות חזקות לשוכרים שהם בסטטוס של דיירים מוגנים. זו למעשה שכירות משודרגת, שמגנה על השוכר ברבדים רבים יותר משוכר רגיל (קשה מאוד לפנות אותם מהדירה, לשנות את דמי השכירות וכו'). זה משטר מאוד נוקשה ביחס ליכולת הפינוי של דייר מוגן, כמו מר פרידמן. בדיירות מוגנת - אם סמוך למועד פטירתך בן משפחה קרוב גר איתך עד חצי שנה לפני מותך, לפי החוק הדיירות המוגנת עוברת למי שגר איתך בזמן הזה, והוא הופך לדייר מוגן בעצמו. זה היה החשש של גברת רדומילסקי ביחס למר פרידמן, כי הבת שלו עברה להתגורר איתו והגברת רדומילסקי חששה שהיא הופכת להפוך לדיירת מוגנת בבוא היום ולא רצתה שזה מה שיקרה.

הבעיה מתעוררת כשמר פרידמן רוצה להעביר כבל של אנטנה כדי לצפות בשידורי טלויזיה בדירה שלו, ומותח את הכבל הזה מעל שטח המקרקעין של גברת רדומילסקי (כל שטח הרום של הבניין הוא בבעלותה). בזמן

שהוא עושה את זה, הגברת רדומילסקי תובעת לפנות את הכבל הזה בטענה שמדובר בפגיעה בזכות הקניין שלה, היא לא מאפשרת מעבר בחלל הרום שלה עם האנטנה- מדובר בהסגת גבול.

ביהמ"ש בודק את המניעים של האישה הזאת ואומר שיש "דם רע" בין הצדדים, הגב' רדומילסקי חוששת מאוד וידוע שהיה חשש גדול ביחס לדיירות המוגנת של הבת, הציגו ראיות שהיא חששה וניסתה לשכנע אותם לעזוב. בגלל שלא הלך לה בחזית הזאת, היא החליטה להתעמר בקשיש הזה. התביעה שלה לא נעשית בגלל שבאמת מפריע לה כבל האנטנה, אלא מתוך שיקולים נקמניים ורצון לגרום נזק ואי נוחות למר פרידמן.
ביהמ"ש לאור הנסיבות אומר שההתנגדות היא מתוך רצון לנקום ולמנוע ממר פרידמן ובתו להפוך לדיירים לזמן ארוך.

אפשר לשאול <u>מה ההבדל בין המקרה הזה לבין המקרה של שלב נ' הררי מואב</u>, כי גם מר פרידמן יכול היה להגיע להסכמה חוזית מול רדומילסקי ולשלם לו על זכות מתיחת הכבל של האנטנה. יכולנו להשתמש כאן באותם טיעונים שהתקבלו במקרה השני, בשני המצבים היה אפשר לפתור את הבעיה בדרך חוזית. אבל כאן היו באמת ראיות שהיא לא רצתה שימוצו הזכויות מכוח חוק הגנת הדייר, והניסיון שלה להפסיק את הדיירות המוגנת לא נבע מהתנגדות להסגת גבול כמו בשלב והררי מואב אלא בגלל שהיא פשוט לא רצתה את ההמשכיות של הדייר המוגן הזה וזו הדרך שלה להביא את "הבאסה" שלה.

זה פסק הדין היחיד בפסיקה הישראלית שהפעיל את ס' 14, ולמעשה לא ניתן סעד לגב' רדומילסקי בגין הסגת גבול.

רוקר נ' סלומון

פס"ד שממחיש טוב את כל רעיון הערכים בקניין. זה הפס"ד הראשון שבו הנשיא ברק מצא הזדמנות לפרוס את משנתו ביחס לעקרון תום הלב בדיני הקניין. זו הפעם הראשונה שביהמ"ש אומר את דברו בצורה יפה וגם בהרחב מורחב. פסק הדין משקף מתח אידיאולוגי שדיברנו עליו ברקע התיאורטי של הקורס- על ערכים בשיח הקנייני ועל תפיסות עולם (בלקסטון, הופלד וכו').

המסגרת כאן עקרונית היא ס' 14 לחוק המקרקעין. ברוקר נ' סלומון הנשיא ברק אומר שיש את ס' 39 לחוק החוזים שמדבר על קיום חוזים בתו"ל בקיום החוזה- יש לנהוג בדרך מקובלת ובתו"ל. זו המסגרת הכללית של עקרון תום הלב בחוק החוזים. ס' 61(ב) לחוק החוזים- "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין בשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה". ס' 61(ב) מחיל את הוראות חוק החוזים גם להקשרים אחרים ככלל שמדובר על פעולות וחיובים שאינם במסגרת חוק החוזים.
חשין אומר בפסק הדין "כתחנת אוטובוסים כן היא הוראת 61(ב) לחוק המשלחת את הוראת ס' 39 אל כל תפוצות משפט ישראל. חוק המקרקעין, כמוהו כחוקי ישראל כולם, גם הוא יישלט – על דרך העיקרון – בידי הדוקטרינה שבהוראת סעיף 39 לחוק החוזים." כלומר גם אם לא הייתה לנו הוראה מקומית בס'14, העקרונות של ס' 39 ו-61(ב) לחוק החוזים משלחים את עקרון תום הלב לכל שיטת המשפט הישראלי ובכלל זה גם דיני הקניין. גם השופטים ברק ואנגלרד אומרים שעקרון תום הלב פורש את כנפיו על כל הזכויות והסעדים שבחוק המקרקעין, כלומר אין מניעה לקחת את העיקרון שקבוע בסעיפים האלה ולהחיל אותו גם בחוקי הקניין על הזכויות והסעדים.

עקרון תום הלב לדברי ברק מנסה לנסח או לקבוע איך אנשים צריכים להתנהג כשהם נפגשים בכל מיני הקשרים בחיים שלהם, וההתנהגות הזו צריכה להיות ביושר ומתוך הגינות. הוא מדגיש שמותר לשמור על האינטרס העצמי, השמירה הזאת היא לגיטימית אבל צריכה להיות הוגנת. למשל אפשר לעמוד על האינטרס שלא ישיגו את הגבול שלי, או שזה יתבצע בתשלום, אבל צריך לעשות זאת בדרך הוגנת. לא מצפים מאדם להיות לא זאב ולא מלאך, לא לוותר על כל הזכויות שלך וגם לא הפוך, אבל כן להיות אדם לאדם - אדם.

המסגרת כאן היא סכסוך שכנים בבית משותף. יש בית משותף עם 4 דירות, רוקר בונים בשטח הרכוש המשותף שלא כדין, ללא הסכמה של בעלי הדירות. הם סוגרים חלל של עמודים, מחברים חלקים מהמקלט, בונים תוספות בשטח הדשא. סלומון ודרקר, שני דיירים בבית המשותף, דורשים הריסה של הבנייה. רוקר אומרים שמצידם שיבקשו לשלם להם פיצוי על הנזק שנגרם, אבל לא להרוס את מה שנבנה. השאלה היא האם סלומון ודרקר זכאים לסעד של הריסה והאם התביעה שלהם להרוס את הבנייה של רוקר היא פעולה משפטית שנעשית בתום לב? האם העמידה על זכות ההריסה כאן מפרה את ס' 14 ואת עקרונות תום הלב? והאם לביהמ"ש יש שיקול דעת שלו להיעתר לתביעה הזאת?

כרקע- רוקר בנו שלא כדין. בשלב כלשהו הם קיבלו היתר בנייה. יש פער בין השלב התכנוני לקנייני. גם אם אתה מקבל היתר בנייה כי יש לך את ההסכמות הנדרשות או שהרשות מחליטה לתת לך היתר בנייה, זה לא אומר שאתה לא צריך לקבל הסכמות מכוח חוק המקרקעין. הליכי תכנון ובנייה מתקיימים במקביל לחוק המקרקעין. יכול להיות מצב בו תקבל היתר תכנוני, אבל הוא עדיין דורש הסכמות קנייניות ולא ניתן להוציא לפועל את היתרי הבנייה האלה בלי לקבל את ההסכמות הקנייניות שחוק המקרקעין דורש. כלומר זה שנותנים היתרי בנייה לא אומר שאפשר מיד להתחיל לבנות. לפי הדין, אם בודקים את חוקי המקרקעין שלנו, סלומון ודרקר זכאים לדרוש הריסה מכוח חוק המקרקעין. החוק מאוד ברור לגבי פלישות והשגות גבול גם בשטחי הרכוש המשותף. מצד שני, די ברור שיגרם פה נזק כספי גדול לרוקר אם יורו על הריסה.

הוראת ס' 55א לחוק המקרקעין- קובע שלכל דירה בבית משותף צמוד חלק בלתי מסוים ברכוש המשותף של אותו בית משותף. דירה היא בבעלות פרטית, ויתר השטחים בבית המשותף נחשבים לרכוש משותף שהוא בבעלות משותפת בלתי מסוימת של כלל דיירי הבית המשותף. המנה של כל אחד מהדיירים נקבעת, לפי ס' 57א לחוק המקרקעין- השיעור של החלק ברכוש המשותף שצמוד לכל דירה הוא לפי יחס שטח הרצפה שלהם, אלא אם כן נקבע בתקנון הבית המשותף שיעור אחר.
לסלומון ודרקר, כמו גם לרוקר, יש מנות בזכויות בלתי מסוימות ברכוש המשותף. ס' 21א הוא המסגרת שמורה על היכולת של דייר לדרוש סעד של הריסה:

21. (א) הקים אדם מבנה או נטע נטיעות (להלן – הקמת מחוברים) במקרקעין של חברו בלי שהיה זכאי לכך על פי דין או לפי הסכם עם בעל המקרקעין, הברירה בידי בעל המקרקעין לקיים את המחוברים בידו או לדרוש ממי שהקים אותם (להלן – המקים) שיסלקם ויחזיר את המקרקעין לקדמותם.

אם אדם פולש למקרקעין של חברו, ואין כאן ספק שרוקר פולש גם לחלקים של דרקר וסלומון, ברגע שהוא עושה זאת- הברירה שלהם היא להחליט אם הם רוצים לקיים את המחוברים או לדרוש הריסה שלהם. זה המקום של סלומון ודרקר לבקש סעד של הריסה.

יש חילוקי דעות בין השופטים. יש 3 "מחנות":

- **אנגלרד**- מאזן נזקים

לביהמ"ש יש שיקול דעת בנוגע למתן סעד של הריסת המבנה. הוא אומר שבהקשר הזה אנחנו צריכים לשקול את האינטרסים ההדדיים של הצדדים לעשות כאן ניתוח של עלות מול תועלת, מאזן נזקים כלכלי בין הצדדים. הוא חושב שצו הריסה מהווה שימוש לרעה בזכות הקניינית ברכוש המשותף. הוא נוטה לדעתו בבירור לצד קיום המחוברים ומתן פיצוי לדיירים האחרים. משנעשתה הבנייה יש לו שיקול דעת של אם לתת הריסה, והוא מאמץ כאן כלל תועלתני. מבחינה כלכלית הפיצוי יעשה כאן את העבודה, לא חייבים לאלץ להשיב את המצב לקדמותו.

זו גישה די מסוכנת, כי אם מאמצים אותה- זה די יגמור את עניין הבתים המשותפים. הוא כאילו אומר שכל עוד התועלת עולה על העלות אתה יכול לעשות בבית משותף מה שאתה רוצה. נותן תמריץ שלילי להרבה אנשים.

אנחנו רוצים להרתיע אנשים לא לעשות כרצונם בבית המשותף. רוב השופטים לא מסכימים עם אנגלרד. כולם חושבים שצריך לתת צו הריסה, אבל מגיעים לזה בדרכים שונות.

- **טירקל, חשין, לוין-** צמצום ס' 14

סעיף 14 לא מונע מהבעלים באופן עקרוני לעמוד על הזכויות הקנייניות שלו אם מישהו פוגע בהן. ככל שיש לך זכות קניינית אתה לא רשאי לפעול באופן שגם פוגע באחרים. עמידה על זכויות קנייניות הוא דבר כשר ולגיטימי. לגבי היקף שיקול הדעת של ביהמ"ש אם להפעיל את עקרון תום הלב ובאילו נסיבות טירקל אומר ששיקול הדעת הוא מוגבל ומצומצם ויופעל רק במקרים חריגים ונדירים, כלומר הם לא בקלות ייעתרו לתביעות שמנסות למנוע מבעלים להגן על המקרקעין שלהם. לא בקלות הם ישללו זכויות מבעל הקניין בשם ס' 14. רוצים לתת שיקול דעת מצומצם מאוד לבתי משפט לעשות את זה, כי רוצים להגן על הזכות הקניינית ועל הבעלים.

טירקל מציג שורה של <u>4 שיקולים</u> שהם חשובים כששוקלים את הפעלתו של שיקול הדעת:

1. עוצמת הזכות הקניינית שנפגעה- באיזה נכס- מקרקעין או מיטלטלין, והאם פגעו בזכות קניינית חזקה (בעלות) או בזכות קניינית חלשה יותר
2. עד כמה פגעו בה- עוצמת הפגיעה בזכות, היקף הפגיעה, משך הזמן של הפגיעה, האם היא גדולה או מצומצמת, ארוכה או מוגבלת בזמן
3. איך התנהגו בעלי הדין, הצדדים בהקשר הזה.
4. בשונה מאנגלרד שנתן מקום מרכזי במאזן הנזקים באיזון הזכויות בין הפוגע לנפגע, טירקל אומר שהעוצמה של התוצאות של הסרת הפגיעה כלפי הפוגע, השקולים מה יקרה לרוקר שבנה- זה שיקול משני עיניו. להתחשב לנזקים שיקרו לפוגע זה שיקול משני, שלדעת טירקל אי אפשר לתת לו מקום מרכזי.

כשהוא מיישם את העקרונות האלה למקרה שלנו- יש לנו <u>זכות קניינית</u> שנפגעה שהיא זכות בעלות, זכות חזקה.
<u>עוצמת הפגיעה</u> היא חזקה מאוד- היא לצמיתות, היא משנה את האופי והצורה של הבית המשותף, מקטינה את הרכוש המשותף ואת אחוזי הבנייה והיכולת לבנות. הפגיעה ברכוש המשותף היא דרמטית. הם ממש לקחו חלקים מהרכוש המשותף והוציאו אותם.
כשמסתכלים על <u>התנהגות הצדדים</u> הוא אומר שרוקר גם חסר תו"ל, הוא ניצל כל הפוגה ובנה לא משנה אם היה צו מניעה או לא, עשה מה שהוא רוצה, והתנהגותו מעידה ללא ספק על חוסר תו"ל.
בנסיבות כאלה לביהמ"ש אין שיקול דעת להפעיל את הכלל, שיקול הדעת מאוד מצומצם. ודאי שזה לא המקרה שרואים בעמידה על הזכויות של ברקר וסלומון נגד רוקר כשימוש בחוסר תו"ל בזכויות. זה לא הנסיבות בהן הוא רוצה לשלול מהם סעד כנגד רוקר.
סמכות מאוד מצומצת לביהמ"ש להשתמש בס' 14, תפיסה שצריך לתת הגנה חזקה מאוד לבעל הקניין, להתערב כמה שפחות בזכות הקניינית.

- **ברק, שטרסברג-כהן, מצא:**

1. מהו המשאב (מוסד קנייני)
2. מהי מערכת היחסים שבתוכו המוסד הקנייני נטוע

ברק אומר שאנחנו לא צריכים להיאחז דווקא בס' 14. חובות תום הלב הן חובות כלליות ועקרון תום הלב צריך לקבל פרשנות רחבה ביחס לשיטת המשפט שלנו. אפשר להיעזר בעקרון תום הלב הכללי ולא צריך להיעזר בס' 14 לשם ההכרעה כאן. תו"ל לדעתו מחייב שימוש בזכויות בהגינות בהתאם לסטנדרטים ראויים מבחינה ערכית של החברה הישראלית. ברק אומר שלשופט יש שיקול דעת אם להעניק סעדים ביחס לפגיעה בזכויות קניין. הוא אומר ששיקול הדעת לא יהיה מוגבל ומצומצם כמו שטירקל אומר, אלא ההיקף שלו נגזר מעוצמת פעולתו של עקרון תום הלב בנסיבות מסוימות, כל מקרה לפי נסיבותיו. הוא לא אומר מראש שזה תמיד

מצומצם או תמיד רחב, אלא אומר שצריכים לבדוק את מערכת הנסיבות ואז להחליט אם צריך ליישם את עקרון תום הלב בעוצמה חזקה או פחותה.
השופט ברק אומר שעקרון תום הלב פוגע בזכות הקניין. הוא בא ומכרסם בה ומטיל עליה מגבלה, כשאתה עושה שימוש בזכות שלך היא כפופה לעקרון תו"ל. אבל זכות הקניין, כמו כל זכות, היא זכות יחסית ולא מוחלטת ולא כוללת את הזכות לנהוג שלא בתו"ל. כלומר הזכות הקניינית שלך לא מגיעה עם הזכות לעשות מה שאתה רוצה. ברק מנסח קצת את השיקולים אחרת- הוא מדבר על 3 שיקולים מרכזיים שהוא מיישם בהמשך.
השיקולים לעוצמת פעולתו של תום הלב-

1. אופי האינטרס העצמי, השאלה מהו המשאב הקנייני שעולה לדיון- אם זה מקרקעין, מיטלטלין, בית פרטי, בית עסק, דירה או רכוש משותף...
2. אופי האינטרס הציבורי- מה מהות היחסים בין הצדדים שעולים לדיון, האם יחסים בין שותפים או אנשים זרים (למשל אדם פוגע שאינו חלק מהמקרקעין), האם מדובר באנשים שמקיימים איזשהם קשרים נמשכים או שמא מדובר במשהו חד פעמי (נפגשים פעם אחת כי אחד מהם הסיג את הגבול אבל לא חיים יחד באותו נכס)... חשוב לאפיין את אופי האינטרס הציבורי שעולה לדיון.
3. מה היקף הפגיעה בזכות הקניינית ומהו המצב הנפשי של הפוגע- פגיעה קשה לעומת פגיעה שולית, פגיעת קבע לעומת פגיעה זמנית, פגיעה מכוונת לעומת פגיעה בטעות.

כשהוא מיישם את זה למצב שלנו הוא אומר שאופי <u>האינטרס העצמי</u> שעולה כאן לדיון הוא הבעלות המשותפת ברכוש המשותף בבתים משותפים. מדובר כאן בכל המוסד של הבעלות המשותפת ברכוש המשותף,
האינטרס הציבורי שעולה לדיון הוא מוסד הבתים המשותפים.
<u>יחסים נמשכים</u> בין בעלי דירות שחיים יחד בבית משותף, אינטרס ציבורי חשוב מאוד שצריך לתת לו מקום בהכרעה.
<u>היקף הפגיעה</u>- יש פה פגיעה חזקה ומהותית בחלק ניכר של הרכוש המשותף. פגיעה קבועה- בנייה לצמיתות.
מצבו הנפשי של הפוגע- רוקר מודע להיעדר הזכות.
ברק מגיע לתוצאה זהה לטירקל, ואומר שחובת ההגינות לא יכולה לתת הכרה להשתלטות על הרכוש המשותף, ואם נעשה את זה המשמעות תהיה הרסנית למוסד הבתים המשותפים.
6 שופטים מתוך 7 הורו שצריך לאפשר הריסה של הבנייה שלא כדין.

<u>הפערים האידיאולוגיים בין ברק לטירקל</u>

טירקל חשין ולוין והגישה שמצמצמת את ס' 14 היא גישה שאומרת שהם מתערבים במקרים חריגים ונדירים, ובצורה מאוד זהירה בזכות הקניין. תפיסת עולם כזו מייצגת את **התפיסה המסורתית לקניין**, תפיסה הקניין **כחירות וכריבונות של בעלים**, הזכות שלו לקבוע מה ייעשה במשאב ואי רצון לפגוע בזכות לקניין בשם שום ערך. התערבות נדירה אם בכלל. לכן השופט טירקל בתפיסה של הפעלה של כלל כזה רק במקרים נדירים.
תפיסה של **בלקסטון**, עוגן של חירות, חופשית מהתערבות המדינה.

ברק, מנגד, משקף כאן את **התפיסות הפרוגרסיביות לקניין**. הוא לא סובר שקניין הוא רק אתר של חירות הפרט אלא הוא **כולל גם היבט ציבורי**, ערכים קהילתיים, אחריות חברתית. הוא צריך גם לשרת את האינטרס הציבורי, מקור לאחריות **ולחובות של הבעלים כלפי אחרים** וכלפי החברה. לכן ברק אומר שההפעלה של העיקרון תלויה בנסיבות ולא מאמץ פרשנות א-פריורית של העיקרון. לביהמ"ש יש שיקול דעת וקניין היא לא זכות חזקה שלא כפופה כלל לחובות. מקור לאחריות וחובות של הבעלים. תפיסה חברתית ואחריות חברתית, יותר פרוגרסיבית ביחס לטירקל.

אנגלרד- גישה **תועלתנית** שמדברת על **רווחה מצרפית**. עלות מול תועלת, ניתוח כלכלי טהור. גישה מאוד פוגענית בקניין הבעלים.

פסק הדין הזה כמעט לא מופעל ולא משתמשים בו, כלומר עקרון תו"ל בקניין לא משומש באופן תדיר בטיעונים. וגם אם נעשה שימוש- הטיעונים האלה בקושי מתקבלים. קשה מאוד להישען על סוג הטיעונים האלה בסכסוכים בין צדדים. הפוטנציאל הגדול של רוקר נ' סלומון הוא בעיקר בהקשר של **בתים משותפים**, בכל הקשור ל**התחדשות עירונית** (תוכניות תמ"א וכד'), שם עקרון תו"ל יכול לשחק תפקיד גדול יותר, אבל בפועל אנחנו לא רואים את זה (בשונה מדיני חוזים למשל). זה לא תפס באותה עוצמה בדיני הקניין ונדיר מאוד למצוא פסקי דין בהם מצמצמים את זכות הקניין בגלל עקרון תו"ל. זה פחות דרמטי כאן מהקשרים אחרים אבל כן צריך להיות מודעים לזה.

- ★ אמנם הטיעונים האלה לא עולים הרבה בסכסוכים משפטיים ולא מתקבלים הרבה, אבל זה לא אומר שזה לא משפיע על התנהגות הצדדים. זה בכל זאת פס"ד מכונן כי זו הפעם הראשונה שהשתמשו בעקרון הזה.

שכירות

השכירות היא זכות קניינית חלשה יותר. ס' 3 לחוק המקרקעין מגדיר את זכות השכירות.

ס' 3 לחוק המקרקעין:
שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין להשתמש בהם שלא לצמיתות.

<u>רואים כאן 3 יסודות לזכות השכירות</u>:

1. התמורה- ערך כלכלי ממשי, דמי שכירות למשל. שכירות היא תמיד עסקה בתמורה! אם אין תמורה אנחנו בעסקה **שאילה**.
2. תוכן הזכות, הזכאויות שאתה מקבל- להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם. החזקה ושימוש. תוכן ספציפי של זכאויות מוגבלות.
3. שלא לצמיתות- שכירות חייבת להיות מוגבלת בזמן. יש יכול לתת גם אופציות להארכה. חייבת להיות הגבלת זמן על הזכות הזאת.

לס' 3 יש גם המשך, שאומר ששכירות לתקופה של למעלה מ-5 שנים נקראת מבחינה מושגית **חכירה**, ושכירות לתקופה של למעלה מ-25 שנים- נקראת **חכירה לדורות**.

המוסד של חכירה לדורות הוא מוסד משפטי שכיח מאוד בנוף הישראלי כתחליף להעברת בעלויות במקרקעין, וזה היה הכלי המרכזי שבו הקצו לאנשים זכויות.

שכלול השכירות - חשוב לציין מועד
מועד השכלול - עסקה במקרקעין = רישום במקרקעין

זכות השכירות היא אחת מהזכויות ברשימה הסגורה. זכות השכירות, בדומה לזכות הבעלות- רוב הזמן נולדת בחוזה שכירות (שזה השלב החוזי). השלב הבא הוא השלב הקנייני, בו הזכות הופכת לפומבית ותקפה כלפי כל העולם. יש שאלה מתי הזכות הזו הופכת לקניינית, מה המועד בו השכירות הופכת להיות קניינית?
ס' 7 אמר לנו שעסקה הופכת לקניינית עם רישומה, אז לכאורה במועד רישום הזכות. אבל זה לא המצב בשכירויות- המחוקק הבין שהוא לא רוצה לתזז אנשים לרוץ כל הזמן ולרשום את הזכות הזאת, כי היא שכיחה הרבה יותר מהעברת בעלות, אז הוא קבע כלל שסוטה מהוראת ס' 7 לחוק המקרקעין. החריג קבוע בשני סעיפים:

<u>חוק המקרקעין</u>

79. (א) על אף האמור בסעיפים 7 ו-8, שכירות לתקופה שאינה עולה על חמש שנים אינה טעונה רישום, והתחייבות לעשות עסקה כזאת אינה טעונה מסמך בכתב.
(ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על שכירות שיש עמה ברירה להאריך את תקופתה לתקופה כוללת העולה על חמש שנים, ולא על שכירות שתקופתה, כולה או מקצתה, חלה כעבור חמש שנים מגמירת חוזה השכירות.

<u>חוק הגנת הדייר</u>
פטור מרישום בפנקסי מקרקעין
152. על אף האמור בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, שכירות לתקופה שאינה עולה על עשר שנים בדירה או בבית עסק שחוק זה אינו חל עליה, ואין עמה ברירה להאריכה לתקופה העולה על עשר שנים - אינה טעונה רישום בפנקסי המקרקעין; אין בסעיף זה כדי למנוע רישום שכירות לתקופה של עשר שנים או פחות, אם ביקשו זאת הצדדים לחוזה השכירות.

ס' 6 חל גם על שכירות, כי שכירות היא עסקה רצונית במקרקעין. אם היינו הולכים לפי ס' 7, היינו אומרים שמועד השכלול של העסקה הוא מועד הרישום במרשם.
ס' 79 בא ואמר שלמרות שיש חובת רישום בס' 7 (חובת רישום) ו-8 (דרישת הכתב) יש חריג בעסקאות שכירות בשני המובנים האלה. הסעיף ניסה לפטור משתי הדרישות האלה. 79א אומר שעסקת שכירות עד 5 שנים פטורה גם מרישום וגם מדרישת הכתב. אבל ס' 152 תיקן את זה והאריך את התקופה ל-10 שנים. ס' 79 ו-152 אומרים לנו ש:
- אם השכירות היא לתקופה של עד 5 שנים- היא פטורה מרישום ופטורה מדרישת הכתב.
- אם השכירות היא לתקופה של עד 10 שנים- היא פטורה מרישום במרשם.
- שכירות מעל 5 שנים- חייבת כתב.

כלומר שכירות של מ-5 שנים ועד 10 שנים פטורה מרישום בפנקסי המקרקעין אבל כן טעונה מסמך בכתב.
בתיקון ב-152 נעשה תיקון חלקי בלבד ל-79, רק ביחס לדרישת הכתב.

מה דינן של **אופציות**?
<u>אופציה</u> - לפעמים יש סעיף בהסכם שאומר שמשכירים את הנכס למישהו למשל ל-5 שנים, עם אופציה להארכה ל-5 שנים נוספות בסיום תקופת החוזה. כשמדברים על אופציות, ברגע שהחוזה כולל אופציה להאריך את תקופת השכירות והאופציה נכנסת לתוקף - היא נלקחת בחשבון לגבי חישוב תקופת השכירות לגבי ס' 79 ו-152.
למשל אם אני משכיר את הנכס ל-5 שנים עם אופציה להשכרה ל-5 שנים נוספות- זו שכירות ל-10 שנים.
שכירות שלא עולה על 10- פטורה מרישום אבל כן חייבת בכתב כי היא מעל 5 שנים.
כאשר יש בהסכם אופציה, כשמחשבים את תקופת השכירות לצורך הסעיפים האלה, לצורך החלטה אם היא חייבת רישום או כתב, האופציה נכללת בחישוב.

- מתי הזכות הופכת להיות קניינית אם היא לא נרשמת? מה האקט שהופך את הזכות לפומבית ולקניינית?

המחוקק לא אומר לנו כלום בהקשר הזה. התפיסה היא שכדי שזכות תהפוך לקניינית בשכירות של עד 10 שנים כשאין רישום, האקט של הפומביות שנדרש הוא **תפיסת חזקה במושכר**. עצם תפיסת החזקה בנכס (למשל קבלת מפתח) הופכת אותי לבעל שכירות קניינית שהיא פומבית. התחליף לרישום הוא תפיסת החזקה בשכירויות עד 10 שנים.
<u>הסיפא של ס' 152</u>- אומרת שגם בשכירויות קצרות מועד שלא חייבות רישום- כן יש אפשרות לרשום את השכירויות האלה, ואז הרישום יהיה התחליף לתפיסת החזקה. אפשר לעשות רישום אם הצדדים בוחרים זאת (אבל בדר"כ הם בוחרים שלא).

"תקופה שלא עולה על עשר שנים"- עד עשר כולל לא חייב רישום, החל מעשר ויום- כן חייבת ברישום.

עבירות הזכות

יש חוק שנקרא חוק השכירות והשאילה, שמסביר הרבה היבטים שנוגעים לשכירויות. יש בו הרבה מאוד הוראות שנוגעות להסכמי שכירות. הוא קובע גם שהרבה פעמים ההסדרים של החוק הם הסדרים משלימים לחוזים שותקים. צדדים עושים הסכם בכתב כדי להגביר את הוודאות ושהכל יהיה ברור כדי שלא יהיו סכסוכים אחר כך וקשיי הוכחה לגבי מה שנאמר בע"פ. החוק אומר שבמצב בו צדדים לא התייחסו לכל מיני סוגיות, יחולו ההסדרים בו וישלימו את החסר/השותק בחוזה. יש בו הסדרים לגבי דירות, איך צריך למסור דירות, זכויות של שוכרים וחובות של משכירים, שאלות שנוגעות לבטוחות וכו'. החוק הזה מטיל הרבה הגבלות על עסקאות שכירות. יש בו הרבה היבטים צרכניים שהוספו אליו כדי לשפר את מעמדם של שוכרים, יש בו הרבה הוראות קוגנטיות. היה תיקון משמעותי ב-2017.
החוק חל על שכירות בכל סוגי הנכסים- מקרקעין ומיטלטלין.

אבל מה שמעניין אותנו הוא עד כמה אפשר לשכור בזכות השכירות, האם אפשר לשכור בה, להעביר אותה לאדם אחר?

משכיר - ס' 21 - הגנת השוכר

21. (א) משהוקנתה זכות השכירות לשוכר, כוחה של הזכות יפה כלפי כל אדם.

מרגע שיש זכות קניינית בשכירות היא פועלת כלפי כל העולם. כמו שרישום בבעלות הופך את הזכות לכלפי כולי עלמא, כך גם בשכירות כשהיא עברה את האקט הקנייני (חזקה במושכר/רישום).

(ב) המשכיר רשאי להקנות את זכותו במושכר לאחר (בסעיף זה – הרוכש); עשה כן, יבוא הרוכש במקומו של המשכיר לעניין הזכויות והחיובים של המשכיר על פי חוזה השכירות ועל פי דין, גם אם הרוכש לא ידע על קיום חוזה השכירות.

סעיף ב' מתייחס למצב בו המשכיר (הבעלים של הנכס) רוצה בזמן השכירות של מישהו למכור את הדירה למישהו אחר. נקודת המוצא היא חוזה השכירות. אם החוזה אוסר על הבעלים לעשות עסקה כזאת בזמן שמישהו שוכר את הדירה, כמובן שהבעלים לא יכול לעשות את העסקה. אבל כשלא קיימת הסכמה חוזית (מה שקורה בדר"כ), הסעיף נותן למשכיר כוח בזמן תקופת השכירות למכור את הנכס. אפשר להגיע בחוזה כל מיני הסכמים, בין אם לפנות את השוכר במצב של מכירה ובין אם שההסכמים גם יאמרו שהסכם השכירות ימשיך להתקיים. אבל ברגע שאין הסדר כזה בחוזה, אם ההסכם שותק ולא מתייחס לאפשרות של מכירה, ס' 21ב אומר שלמשכיר יש זכות קניינית והוא יכול למכור את הנכס בזמן השכירות. השוכר יחליף בעלים. אבל בגלל שהשכירות היא קניינית, האדם שנכנס לבעלי המשכיר (הבעלים החדש) יהיה כפוף להסכם השכירות, על כל הזכויות והחובות שנכללות בו ביחס למשכיר וביחס לשוכר. כלומר הוא רק נכנס לנעלי המשכיר ומחליף אותו בהסכם, והשוכר נהנה מהגנה עד סוף תקופת השכירות שלו.
אז מבחינת זכות העבירות של המשכיר- ס' 21 הוא המסגרת שלנו. הסעיף אומר שברגע שהוקנתה לשוכר זכות היא קניינית וכולם כפופים לה (גם אדם שרוצה לרכוש את הנכס), ואלא אם חוזה השכירות מונע זאת- המשכיר רשאי למכור את הנכס בזמן תקופת השכירות אבל הבעלים החדש כפוף לזכות השכירות של השוכר וחייב לקיים את ההסכם כמו המשכיר המקורי.

שוכר - ס' 22 - הגנת המשכיר

(שוכר = האדם שמקבל את זכות השכירות)

22. (א) השוכר אינו רשאי להעביר לאחר את הזכות להחזיק ולהשתמש במושכר וכן את חיוביו האחרים על פי חוזה השכירות או להשכיר את המושכר בשכירות משנה, אלא בהסכמת המשכיר; אולם אם לא הסכים המשכיר לעסקה מטעמים בלתי סבירים או התנה את הסכמתו בתנאים בלתי סבירים, יהיה –

האם לשוכר יש כוח להעביר את זכות השכירות?

באופן עקרוני- כן בשתי דרכים-
1. לעשות עסקה של **המחאת זכות**, העברה של מה שיש לי למישהו אחר. אני מוכר את הזכות שלי בהסכם, מישהו מחליף אותי בהסכם מול המשכיר. יש חוק שנקרא חוק המחאת חיובים, שקובע איך אפשר להעביר זכויות. זאת אם ההסכם שלנו לא מונע את האפשרות הזאת.
2. **שכירות משנה**, סאבלט. זהו מצב שההבדל בינו לבין מצב של הנחיה הוא שהשוכר המקורי לא יוצא מהתמונה. דוגמא: אם ליוסי יש הסכם עם מני, ומני (השוכר) רוצה להשכיר את הנכס לדני- הוא יכול להשכיר את זכות השכירות לדני, אבל הוא עושה הסכם מולו שנקרא הסכם שכירות משנה. יש בעצם רשת של שני הסכמים- יוסי מול מני ומני מול דני. בשכירות משנה דני לא נכנס לנעלי מני, אלא יש לו הסכם נפרד מולו.

ברירת המחדל של ס' 22 אומרת ששתי הדרכים האלה חייבות להיעשות **בהסכמת המשכיר**. כדי להמחות זכות שכירות או להשכיר בשכירות משנה חייב הסכמה.
אבל יש התייחסות למצב נוסף, בו המשכיר לא מסכים לעסקה מטעמים בלתי סבירים (למשל לא מסכים להכניס נשים לדירה שלו, או מיעוטים מסוימים וכו'), שאז הכלל המשפטי הוא אחר:
(1) בשכירות מקרקעין – רשאי השוכר לעשות את העסקה בלי הסכמתו של המשכיר;
(2) בכל שכירות – רשאי בית המשפט להרשות את העסקה בתנאים שייראו לו; ובשכירות של מקרקעין רשאי בית המשפט לעשות כן על אף האמור בחוזה השכירות.
צריך להתייחס למקרקעין ומיטלטלין בדרכים שונות ולבדוק מה ההסכם בין הצדדים אומר.

	מקרקעין	מיטלטלין/זכויות
יש הגבלת עבירות	שק"ד בית משפט	איסור עסקה. אא"כ בהסכמת המשכיר
אין הגבלת עבירות	הרשאה לביצוע העסקה	שק"ד בית משפט

כשבהסכם יש הגבלה של עבירות (לא הסכם שותק) והוא אומר שהעברת שכירות כרוכה בקבלת הסכמה מהמשכיר, אם המשכיר מתנגד מטעם לא סביר, במקרקעין- יש שיקול דעת לביהמ"ש והוא יכול לאשר את העברת השכירות למרות הכתוב בהסכם (במקרה הכי שכיח, ברוב ההסכמים יש הגבלת עבירות).

אם מדובר במיטלטלין או בזכויות חוזיות כשיש הגבלת עבירות בהסכם- יש איסור לעשות את העסקה. אי אפשר להעביר את השכירות בנכס. זאת בעיקר בגלל שמיטלטלין יכולים להיעלם ואנחנו לא רוצים לאפשר לשוכרים לעשות עסקאות כשיש הגבלת עבירות, חוששים לאנשים במצבים כאלה ולכן זה לא כמו במקרקעין, לא משנה מה טעם ההתנגדות.

מצב נדיר יותר- כשההסכם שותק ואין בו הגבלת עבירות-
במקרקעין- אם הבעלים מתנגד מטעם בלתי סביר יש הרשאה לבצע את העסקה. כלומר אתה יכול להעביר את השכירות בלי לבקש אישור מהבעלים. אם בעל הדירה אומר שאני לא רשאי להשכיר לנשים כי הוא שונא נשים, ואין הגבלת עבירות בהסכם בינינו- מדובר בהתנגדות מטעם בלתי סביר ויש לי אישור להעביר את הזכות בלי לשאול אותו אפילו וללא התערבות ביהמ"ש.

אם מדובר במיטלטלין וזכויות ואין הגבלת עבירות- אתה רשאי לפנות לביהמ"ש, והוא רשאי לאפשר את זה. במיטלטלין אין עשיית דין עצמי בשום מצב (לעומת מקרקעין).

שיעור 10 - 11.11.21

(הבהרות, לא קשור לרצף החומר:)

★ <u>קניין חדש וקניין פרוגרסיבי</u>- **רייך** עוסק בזה שיש הרבה סוגי הטבות וקצבאות שהמדינה נותנת לאנשים, בגלל שהם מסתמכים על זה ובגלל שזה הופך להיות חלק משמעותי של הנכסים שלנו בעולם המודרני- הוא מסתכל על זה כעל קניין. אנשים תלויים בזה ומתרגלים לזה. ראינו שיש בעיות עם התפיסה האת וראינו שהיא לא מקובלת ופחות מאמצים אותה. **זינגר**- מדבר על מקרה פרטני של המפעל עם העובדים ועל אינטרס ההסתמכות של האנשים, הקשר ארוך הטווח והתלות במפעל, כבסיס לזה שצריך לתת להם זכות קניינית לרכוש את המפעל אם הבעלים לא רוצה להמשיך לתפעל את העסק. גם זו לא גישה משכנעת, כי צריך מקור חוקי להסתמכות שלהם.

★ **פס"ד לוסטיג**- בהקשר של שכירות והעקיפה של הכלל בס' 13 - ס' 13 עוסק באיסור עשיית עסקה בחלק מסוים במקרקעין, וס' 78 יוצר חריג לגבי שכירויות- אפשר להשכיר חלק מסוים במקרקעין. בלוסטיג עשו עסקה של 999 שנים השכרה ואפשרות ל-999 שנים נוספות. הסכסוך התעורר לגבי זכויות בנייה של השוכרים. ביהמ"ש ראה בעסקה כקרובה לבעלות ולכן הכיר בזכויות הבנייה. הוא למעשה הכשיר את העקיפה של הכלל בס' 13, הרי מאפשרים שכירות על חלק מסוים כי זה משהו קצוב בזמן, זמני, פחות דרמטי, וכאן זה לא המצב, העסקה היא כמעט לצמיתות כשדה פקטו זו לא באמת עסקת שכירות, לכן זו פסיקה בעייתית.

★ <u>עקיבה ועדיפות</u>- ברגע שיש זכות קניין ואני בעלים של נכס למשל, יש לי עקיבות ביחס לאותה זכות- אני יכול לעקוב אחרי הנכס ולהוציא אותו ממי שמחזיק בו. זה בגלל מאפיין הפומביות- שמשמיע שכל העולם כפוף לזכות הקניינית שלי בנכס הזה. עדיפות- ברגע שיש לאדם זכות קניין, כל אדם אחר שיבוא אחריו ויטען לזכויות בנכס יסוג כי הזכות הקניינית משמיעה עדיפות על אחרים. זכות קניינית מעמידה אותי בראש התור, עדיפות על אנשים עם זכויות חוזיות למשל.

★ מוסד קנייני- כל מוסד משפטי שיוצר זכויות קנייניות. היצירה שלו מושפעת מערכים שונים שנלקחים בחשבון כשאנחנו מנהלים את השיח. בפועל- מוסד קנייני = זכות קניין.

<u>המשך שכירות</u>

ס' 22 מנסה לייצר איזון בין השוכר למשכיר כי לשניהם יש זכות קניינית. ככלל, ס' 22 אומר לנו שצריך הסכמה של המשכיר בשביל לשכור בזכות שלו. בדר"כ חוזי שכירות סטנדרטיים כוללים תניה שאומרת שהזכות לא עבירה ללא הסכמת המשכיר, זו ברירת המחדל. בכל הנוגע לעבירות, ס' 22 אומר שככלל צריך תמיד הסכמה. רק בנסיבות בהן המשכיר לא מסכים להעברה מטעם בלתי סביר נכנסת לתוקפה הטבלה שעסקנו בה למעלה. יש גבול לכוחות של השוכר ביחס למשכיר. בניגוד למיטלטלין, שהם נכסים שיכולים להיעלם, עם מקרקעין המחוקק פחות מחמיר ולכן מאפשר את ההסדר הזה במקרה של התנגדות בלתי סבירה.

"אולם אם לא הסכים המשכיר לעסקה מטעמים בלתי סבירים או התנה את הסכמתו בתנאים בלתי סבירים"

אנשים יכולים לעשות טעויות בנושא הזה ולכן חשוב להבין מהם אותם טעמים בלתי סבירים.
הרבה פעמים ההתנגדויות של המשכיר יהיו דווקא סבירות. יש בפסיקה כל מיני קטגוריות שביהמ"ש אומר שהסבירות של הסירוב הן תישמע הגיונית ולכן לא קיבל את הטענה שצריך להחיל את הוראות ס' 22. בסוף

זאת שאלה שתלויה בנסיבות המיוחדות של כל מקרה, ונטל ההוכחה הוא על השוכר - הוא זה שצריך להוכיח שהסירוב היה מטעמים בלתי סבירים.
אין הרבה פסיקה בנושא כי רוב השוכרים לא מעלים על הדעת שימוש בכלי הזה.

- **ה"פ (ת"א) 1374/02 אשגרום נכסים בע"מ** - סוג הנכס (ייעוד ציבורי)
פס"ד שהתמקד בסוג הנכס. ביהמ"ש אמר שסוג הנכס יכול להיות קטגוריה שבה המשכיר יכול להתנגד מטעם סביר להעברה של הנכס. יש נכסים שהעמידה הדוקנית של הבעלים שלהם תצדיק את אי העבירות שלהם, כלומר הטעם יהיה סביר. במקרה של אשגרום נכסים הייתה התנגדות של מנהל מקרקעי ישראל להעביר נכס כי הקרקע התקבלה תוך פטור ממכרז ורצו להעביר אותה לגורם/מוסד פרטי. ביהמ"ש קבע שבגלל שמדובר בנכס שהוא לייעוד ציבורי, סוג הנכס המסוים הזה יאפשר התנגדות של המשכיר והיא תיחשב ללגיטימית לאי העברה של הנכס.

- **ע"א 15/87 מדינת ישראל נ' וייס יהודה - זהות השוכר**
המוקד היה זהות השוכר כקטגוריה שיכולה למנוע עבירות של הנכס. היו משיבים שגרו בשיכון שנמצא בתחומים של ביה"ס החקלאי במקווה ישראל, שנתן למורים הטבהה לגור בשטח ביה"ס כחלק מההטבות שהם קיבלו. הם קיבלו זכויות חכירה והטבות. באחד הסעיפים בהסכם נקבע שאסור לחוכר להעביר את זכות החכירה שלו לאחרים ללא הסכמת מינהל מקרקעי ישראל. המשיבים (וייס) 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 אומר גם שהסבירות של הסירוב תלויה בנסיבות של כל מקרה ומקרה. הוא אומר שהתניה הזאת שמגבילה את העברת השכירות למי שמחוץ לביה"ס אמנם מגבילה את העברת השכירות אבל היא מוצדקת, כי רוצים לשמר את הייעוד של הקרקע לצרכי ביה"ס ולצרכי המורים שעובדים בו. ההתנגדות להעברה הייתה סבירה ומותרת.

- **ע"א 7783/00 בנק הפועלים - אי עמידה בתשלומים**
היה שוכר שרצה להעביר את השכירות שלו בנסיבות שהוא לא עמד בתשלומי שכר הדירה. לא הייתה בעיה עם סוג הנכס או זהות השוכרים, אבל ביהמ"ש אומר שכאשר שוכר לא עומד בתשלומים ומפר את חוזה השכירות, הוא לא יכול להעביר את השכירות. ההתנגדות של המשכיר להעברת השכירות בנסיבות בהן השוכר עצמו לא מקיים את חובותיו ומנסה להעביר את השכירות לאדם אחר- ההתנגדות תהיה סבירה.

תנאים בלתי סבירים יכולים להיות גם מעבר לדברים האלה- התנגדויות על בסיס גזעני, נטייה מינית, דת וכו'.
לכן חשוב להבין שכל מצב צריך לבחון את הנסיבות ולראות על בסיס מה האדם מתנגד. כל דבר שנשמע לא תקין כמו אפליה או כל התנגדות לא הגיונית אחרת- אפשר להעלות את עניין אי סבירות הסירוב לבחינה.

חשוב לציין שהרבה פעמים כן יהיו התנגדויות על בסיסים לגיטימיים. למשל שוכר שרוצים להביא במקומך שאינו חזק מבחינה כלכלית, אין לו עבודה מסודרת והוא נראה מפוקפק למשכיר (על בסיס עובדות או ידע ממשי, לא סתם ככה נראה מפוקפק), או עבריין למשל. התנגדות מטעמים כלכליים או רקע לא תקין, אדם שלא מסוגל לתת בטוחות וכו', זו התנגדות סבירה.

<u>סיכום</u>
- סבירותו של הסירוב תלויה בכל מקרה ומקרה בנסיבותיו המיוחדות (**ע"א 335/67 חברת הכשרת היישוב בישראל בע"מ**)
- נטל ההוכחה - על השוכר (**מדינת ישראל נ' וייס**)

שכירות =? חכירה לדורות =? בעלות

המוסד של חכירה לדורות- בחוק המקרקעין ראינו ששכירות מעל 5 שנים נקראת חכירה, ומעל 25 שנים חכירה לדורות. יש שאלה גדולה לגבי המתח או ההבדל בין מוסד השכירות הרגיל למוסד החכירה לדורות, ומה באמת המרחק בין חכירה לדורות לבעלות.

היסטורית, יש איסור להעביר בעלות במקרקעי ישראל. יש את חוק יסוד מקרקעי ישראל ואת חוק מקרקעי ישראל, והחוק הישראלי קובע (בעיקר בגלל הצדקות שנדבר עליהן בהרחבה יותר בהמשך הקורס, כמו ביטחוניות, קשר לקרקע וכו') שבגללן יש איסור להעביר את הקרקעות בישראל לצמיתות. כלומר כשהיינו רוכשים נכסים בישראל, הזכויות מבחינה היסטורית תמיד היו זכויות שהן לא בעלות. בגלל החוק הזה המדינה לא יכולה להקצות בעלויות לאנשים. 93% מהקרקעות בישראל הן בבעלות מדינתית ולא פרטית. המדינה עשתה הסכמים עם אנשים ונתנה להם לרכוש נכסים, הם חשבו שמהותית הם הבעלים של הדירות או הנכסים אבל בפועל הם לא- הם היו בעלי זכויות חכירה לדורות, לזמן ארוך. המדינה הייתה עושה הסכמים עם אנשים ונותנת להם זכויות של שכירות ל-49 שנים ואפשרות חידוש לעוד 49 שנים. כשהמדינה עשתה את זה, היא לא חשבה מה יקרה ביום שאחרי ורק ב-2009 ב**רפורמה** סיימו את הסיפור הזה באמירה ברורה יותר. הרבה שנים חיינו במצב של זכויות חכירה לדורות ולא בעלות פורמלית, כלומר רוב האנשים לא היו מקבלים בעלות אמיתית. היו שאלות מה יקרה כשיסתיימו אותן 98 שנים, המדינה תיקח מאנשים את נכסיהם חזרה?

ב2009 הייתה רפורמה שאמרה שלא, כל מי שחוכר לדורות יירשם כבעלים דרך חריג בחוק ולא דרך שינוי החוק או חוק היסוד. אפשרו להעביר לאנשים בעלות אמיתית. היה מבצע רישום של כל החוכרים לדורות כבעלים, ומאז 2009 כל הקצאה חדשה שהמדינה מקצה קרקעות בדרך של עבירת בעלות והפסיקו עם הפרקטיקה של חכירה לדורות במגזר העירוני.

דיברנו על **פס"ד לוסטיג נ' מייזלס** בו ביה"מש עוסק במתח שבין בעלות לשכירות. הוא נותן כל מיני אינדיקציות לכך שהעסקה רומזת שבעצם שהצדדים רצו לעשות עסקת העברת בעלות ולא שכירות.
האינדיקציות היו מחיר העסקה (האם זה באמת מחיר החלקה בשוק חופשי), תקופת ההסכם (אם זה תקופת זמן של 1000 שנים ברור שזה לא נשמע כמו שכירות לפרק זמן מוגבל), תנאי ההסכם (היו בהסכם תנאים שאמרו שהשוכר רשאי לנהוג בנכס מנהג בעלים). מהות העסקה הייתה בעלות ולא שכירות.

הפסיקה הישראלית לאורך כל השנים עסקה בשאלה של המוסד של השכרות לטווח ארוך ע"י המדינה.
ביהמ"ש העליון אמר:

ע,א 355/76 **בסו נ' מלאך**

"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 פורמלי בלבד."

כלומר במהות ברור שאף אחד לא יפנה אותך מהנכס בסיום העסקה.
כשחיינו תחת המשטר המשפטי של חכירה לדורות (והתיקון של רישומי החכירה לדורות להעברת בעלות עדיין לא נעשה עדיין לגבי כל הנכסים), התפיסה המהותית הייתה שדה פקטו זו בעלות, שעושים את זה כי פורמלית אסור להעביר בעלות לפי חוק היסוד אז הטריק היה חוזים ארוכי טווח, שברור היה שצריך להכריע מה יקרה כשיגמרו התקופות האלה ואכן אמרו שבואו נפסיק עם הפרקטיקה הזאת ומעתה ואילך נעשה עסקאות של העברת בעלות.

יש שני סוגים של חכירה לדורות:

<u>במגזר החקלאי</u>

- תשלום נמוך

התשלומים על זכויות החכירה שמקבלים חוזי החכירה שנעשים מול המגזר העירוני נעשים בהנחות מופלגות מאוד עבור הזכויות של מקבלי המגזר הזה. כשמדברים על מגזר חקלאי מדברים על קיבוצים ומושבים וכו' וזה חלק ניכר מקרקעות המדינה, בעיקר בצפון ובדרום. חוזי החכירה האלה נעשים בתשלומים מאוד נמוכים. זאת מתוך הכרה גם בתרומה שלהם להתיישבות, לפיתוח החקלאות והתרומה החקלאית במדינה. באו לקראתם.

- זכויות חלשות - עבירות מוגבלת

חוזי השכירות שנכרתים עם המגזר החקלאי הם תחת מגבלות משמעותיות הרבה יותר מאשר חוזי השכירות שנכרתים עם המגזר העירוני. לא רוצים לאפשר למגזר הזה להעביר את הקרקעות הענקיות שהם מקבלים. התנאים והזכויות הן חלשות יותר. זה מגזר שמשלם מעט ומקבל מעט.

<u>במגזר העירוני</u>

- תשלום גבוה

משלמים את הערך הריאלי, עסקאות של חכירה לדורות נעשו בעלויות גבוהות ששיקפו את שווי הנכס, זה לא נעשה בהנחות. משלמים את מה שהנכס שווה בשוק.

- זכויות מוגברות

כולל עבירות גבוהה. חוזה שכירות תחת פחות מגבלות מאשר בסקטור החקלאי. ההסכמים שהמדינה עושה עם המגזר העירוני הם הרבה יותר טובים בעוצמתם בגלל התמורה הגבוהה.

כאמור, היום אנחנו נמצאים בקטגוריה של בעלות, כל הקצאה חדשה במגזר העירוני בלבד היא בהסכמים של העברת בעלות, ובמגזר החקלאי עובדים עדיין עם הסדרים משפטיים חדשים אחרים.

ההבחנה בין שכירות לבעלות במיטלילין

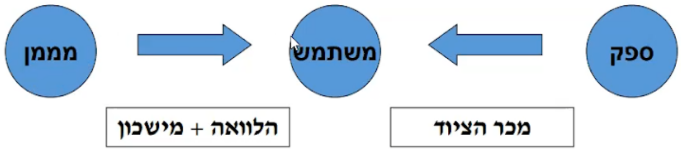
- גם במיטלטלין מתעוררת בעיית ההבחנה בין עסקאות שכירות לעסקאות מכר.
- בעיה זו מתעוררת בעיקר בהקשר של עסקאות ליסינג.

<u>ליסינג (Leasing)</u>

אלה עסקאות נפוצות, ולא רק בנושא הרכבים כמו שמכירים לרוב אלא גם בהרבה סוגים אחרים של ציוד יקר. משתמש (רופא שיניים וכד') צריך ציוד, פונה לספק כדי לרכוש ולממן לצורכי מימון.
הוא פונה לספק לרכוש ממנו ולגורם שיממן לו את העסקה, לקבל הלוואה למשל. כלומר מהספק הוא רוצה לרכוש ומהגורם המממן הוא רוצה כסף.

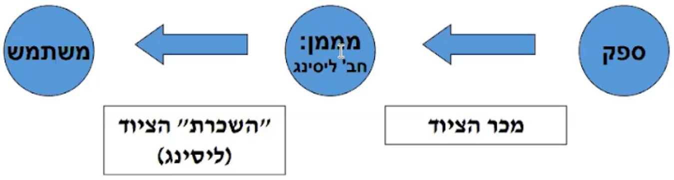
ניתן לעשות זאת ב-2 צורות:

1. <u>הצורה הפשוטה - 2 עסקאות נפרדות</u>:



המשתמש לוקח הלוואה מהגורם המממן (למשל הלוואה מבנק), ותמורת ההלוואה הגורם המממן ירצה בטוחה כלשהי (למשל שעבוד של הנכס, של הציוד). כך שהוא יוכל להיפרע מהנכס שהוא מימן את רכישתו אם לא ישולם לו החוב.

2. <u>בפרקטיקה - עושים עסקת ליסינג</u>:



ליסינג = החכרה.
המממן רוכש מהספק ומשכירו למשתמש, כאשר בסוף תקופת השכירות ניתנת למשתמש זכות לרכוש את הנכס בתמורה מינימלית. פורמלית אין חוזה בין הספק לבין המשתמש, למרות שיש ביניהם מו"מ.

המשתמש אומר לספק שהוא רוצה את הציוד וחברת הליסינג רוכשת אותו, והיא משכירה את הציוד למשתמש, שמקבל אותו ממנה ומשלם דמי שכירות. צריך לבדוק את מהות העסקה ואם באמת מדובר בשכירות.

<u>מדוע לרכוש בליסינג (משתמש)</u>

1. שיקולי מימון של הרוכש
צד אשר איננו יכול לממן רכישת נכס מכספו האישי, ומסיבה כלשהי אינו יכול לקבל הלוואה רגילה בשוק האשראי (למשל לא יכול או רוצה לקחת הלוואה מהבנק), עשוי לפנות לעסקת ליסינג מימוני כתחליף, כאמצעי מימון, כאשר הנכס משמש כבטוחה.

אנשים מעדיפים לעשות את העסקה בדרך שהם לא מממנים אותה בעצמם אלא הולכים לגורם כלשהו שמשכיר להם את הנכס ועושים את העסקה במודל מהסוג השני, כדי לא להצטרך לקחת הלוואות, לשלם ריביות וכו'. בעסקאות כאלה הנכס עצמו משמש כבטוחה. הבעלות הפורמלית היא של הגורם המממן.

2. שיקולי מס
בעסקת ליסינג (מימוני) שעל פי מהותה תוכר ככזאת לצורך דיני המס, ולא תמוסה כעסקת מכר ועסקת הלוואה, ולא 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), התשמ"ט-1989, ובכך הוא מקדים את ניכוי עלות רכישתו של הנכס, המקרים בהם תקופת ההסכם קצרה מאורך חיי הנכס לצורכי פחת.

לאורך כל התקופה אתה יכול לנקות את התשלומים התקופתיים כהוצאה מוכרת. חבות המס מושפעת מהרווחים של העסק, ככל שיש לך יותר הוצאות חבות המס שלך תהיה יותר נמוכה. יתרון עסקת הליסינג הוא שאתה יכול לנכות את כל התשלומים האלה של שכירות כהוצאה. זה נותן יתרונות מסויים רבים.

תקנות מס הכנסה (ניכויים מיוחדים למשתמש בציוד בשכר מכר), התשמ"ט-1989

- 2. ניכוי דמי שימוש
- דמי שימוש ששילם משתמש בשל שימוש בציוד מוכר לייצור הכנסתו, יותרו בניכוי.

- <u>**(4) "דמי שימוש"**</u> - סכומים המשתלמים עבור שימוש בציוד מוכר, מכוח חוזה שימוש, שמתקיימים לגביהם התנאים הבאים:
- (א) מועדי התשלומים נקבעו מראש;
- (ב) תקופת הזמן שבין תשלום לתשלום אינה עולה על שלושה חדשים, והתשלום האחרון לא יהיה מוקדם משלושה חדשים לפני תום תקופת השימוש;
- (ג) כל תשלום מחושב לפי שיעור קבוע מעלות הציוד המוכר, כאשר ניתן להוסיף לו סכום שאינו עולה על הפרשי הצמדה וריבית לגבי אותו תשלום מיום חתימת חוזה השימוש ועד ליום התשלום: לענין זה, "ריבית" - שיעור הריבית שהוסכם עליו בחוזה השימוש בתוספת הפרשים הנובעים כתוצאה משינוי תקופתי של שערי הריבית הנהוגים בארץ או בעולם, ובלבד שבכפוף לאמור לעיל, הנוסחה לחישוב הריבית תהיה שווה לגבי כל תשלום.

3. שיקול עסקי

צד עשוי לכרות הסכם ליסינג כאשר אין לו ודאות לגבי כדאיות רכישת הנכס.
ניתן לעצב את העסקה בצורה שתנטרל את הסיכון הכרוך בכך. למשל, לקבוע שהתשלומים התקופתיים הראשונים ישקפו רק את השימוש והחזקה בנכס (כבכל שירות), ולאחר פרק זמן מסוים להגדיל את התשלומים. בסוף התקופה - אופציית רכישה, ובכל עת - השוכר זכאי לסיים את החוזה.

בולט בעיקר בשוק הרכבים. מתנסים לתקופה ומחליטים אם רוצים לרכוש את הנכס או לא. בדר"כ בעסקאות כאלה זכאים לסיים את החוזה מוקדם יותר. אין חובה לרכוש בסוף התקופה ואפשר לעצב את ההסכם כך שתוכל לבדוק בסופה אם אתה רוצה אותו, לעומת רכישה- בה אתה קונה ומשלם הכל ואין לך דרך חזרה, אתה "תקוע" עם הנכס. רואים את זה הרבה בשוק הרכב, כדי להתנסות ברכב או כדי להחליף לעתים קרובות בין רכבים. השימוש בליסינג מקטין את הסיכון שבעסקאות האלה. זאת עסקה שמנסה לנהל את הסיכונים של הרוכש בצורה יותר מחושבת, יש לה הרבה יתרונות עסקיים.

שיעור 11 - 16.11.21

על השיעור הקודם: רעיון הדיון בליסינג הוא להראות שהמתח הזה שבין שכירות לבעלות מתעורר לא רק במקרקעין אלא גם במיטלטלין. לא תמיד קו הגבול הזה ברור, לא תמיד אנחנו יודעים למתוח את קו הגבול הזה. דיברנו על עסקאות ליסינג ואיך אפשר לעצב אותן. שם הנושא מתעורר בצורה הכי אמיתית- האם זאת עסקת שכירות אמיתית או שמא יש בה שעבוד לטובת הצד שמממן את העסקה, מה בדיוק העסקה הזאת עושה מבחינה משפטית.

המשך:

<u>המוטיבציה של חברת הליסינג</u>

נובעת, בין היתר, מהניסיון לחמוק מהוראותיו הקוגנטיות של חוק המשכון (כגון ס' 16 - מימוש המשכון, רק לפי הוראות חוק המשכון, ס' 13 - האפשרות לפדיון המשכון).

חברת הליסינג אוהבת את סוג העסקאות האלה מסיבה אחת- אנשים ככלל לא אוהבים להיכנס להוראות חוק המשכון. הרבה פעמים אם רוצים לקבל בטוחה על עסקת הלוואה שעושים למשל, דרך המלך היא לקבל שעבוד/משכון על הנכס שמממנים את הרכישה שלו. אבל הוראות חוק המשכון אומרות שיש דרכי מימוש למשכון ופרוצדורה שלמה איך עושים את זה, זכויות של האדם שמשכן את הנכס כמו לפדות את המשכון, ועוד. כל ההוראות האלה, ברגע שנוצר שעבוד מהותית ומשפטית, יש הרבה חובות על האדם שקיבל את המשכון הזה, לפעול בכל מיני דרכים. וזה "כאב ראש", לכן חברות הליסינג מנסות לעצב את העסקה בדרך

אחרת שהם קוראים לה בעצם עסקת שכירות. ואם זאת עסקת השכרה - נמצאים בהוראות חוק השכירות והשאילה, ולא חלות הוראות חוק המשכון. הבעלות נשארת בידי הגורם המממן והמשתמש מקבל זכויות שכירות. **הסיווג הפורמלי הזה עוזר לחמוק מהוראות חוק המשכון**.
אלא שכפי שראינו בפסקי דין רבים, לא משנה איך תקרא לדברים בהסכם, בתי המשפט מתחקים אחר המהות האמיתית של העסקה ולא נותנים לתמרן אותם עם ה"משחק" הזה של השכרה או זכות הפצה לא קניינית וכו'. הרצון הזה לחמוק מהוראות חוק המשכון לא תמיד יעשה את העבודה. פס"ד **טיפול שורש** מדגים בצורה יפה איך צדדים מנסים לעשות קומבינות מבחינה חוזית, לחמוק מכל מיני הוראות, לעצב עסקאות בדרכים שמקלות על הבעלים של הנכסים, אבל לפעמים המהות האמיתית תהיה משהו אחר ובתי המשפט יהיו מחויבים לה.

כיצד יש להתייחס לעסקת ליסינג?

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

עסקת שכירות מבחינה פורמלית.
אבל סיווגים פורמאליים לא עובדים בבתי משפט כי כאמור הם מחויבים למהות האמיתית. הם לא קונים את התוויות שהצדדים מדביקים לעסקאות.

2. **סיווג מהותי (להתחקות אחר המהות האמיתית של העסקה)**

א. שכירות אמיתית (ליסינג תפעולי).
- ובמקרה זה חברת הליסינג נחשבת בעלים והמשתמש שוכר.

עסקת הליסינג יכולה לפעמים להיות גם שכירות אמיתית, ובדר"כ הכינוי שלה הוא ליסינג תפעולי. התשלומים התקופתיים נחשבים לדמי שכירות של מיטלטלין. הסיווג הפורמלי הוא בעצם התעלמות ממה שהצדדים ניסו לעשות.

ב. עסקת אשראי (מכר והלוואה) (ליסינג ממוני).
- המשתמש הוא הבעלים ואילו חברת הליסינג מקבלת משכון (שעבוד על הנכס).
- סעיף 2(ב) לחוק המשכון קובע כי הוראות החוק יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא.

בגלל תנאי העסקה החלופה השנייה יכולה לרמוז על זה שאין עסקת השכרה אמיתית אלא זו עסקה בה הבעלים של הנכס למעשה מוכר אותו לאותו משתמש. זו עסקה של מכר, שלמעשה במהותה היא עסקה מכר בהלוואה. המשתמש מקבל בעלות בפועל ויש כאן הלוואה שהוא צריך להחזיר, עסקת הלוואה. הרבה פעמים הצדדים מעצבים את העסקה בדרך כזו שאומרת שהנכס משמש כבטוחה לאותה הלוואה. הם מדביקים לזה תווית של שכירות כדי להבטיח שההלוואה תוחזר, אבל המהות האמיתית תהיה שמדובר בעסקה של מכירה, העברת בעלות עפ"י התנאים האמיתיים, ודמי השכירות הם למעשה החזר של ההלוואה, וכל המטרה של השכירות שנכפתה פורמלית על העסקה - היא משכון (שעבוד כערובה לחיוב). הם חוששים שאם יקראו לזה העברת בעלות לא תהיה להם בטוחה שההלוואה תוחזר.

צריך כמובן כלים לדעת מתי נופלים לחלופה א (תפעולי) ומתי לחלופה ב (ממוני).

בחלופה השנייה נראה שהמשתמש הוא באמת הבעלים וחברת הליסינג היא עם שעבוד על הנכס. החזר הלוואה ועסקת הלוואה שעברה בה הבעלות ומבחינה מהותית יש בה שעבוד. החיסרון הגדול בעסקה כזו הוא שהשעבוד לא רשום (נלמד על ההשלכות של זה בהמשך).

למה נכנסים לחוק המשכון? הוא קובע בס' 2(ב) שאתה כפוף להוראות של החוק אם אתה עושה עסקה שמהותית ואמיתית היא ליצור שעבוד של נכס כערובה לאיזשהו חיוב. אם נכנסים לעסקה מהסוג השני, של מכר והלוואה ולא שכירות, נראה שהוראות חוק המשכון חלות ואומרים מבחינה מהותית שכן יש שם משכון.

פס"ד הפועלים ליסינג בע"מ נ' טיפול שורש

ההזדקקות בפסק הדין לשאלה מה טיב עסקת הליסינג התעוררה בהקשר מסוים שקשור לחוק הריבית, ואחריות של בנקים.

- פועלים ליסינג רכשה על פי הנחיית טיפול שורש ציוד רפואי למרפאת שיניים והשכירה אותו לטיפול שורש לתקופה של עשר שנים.

כמו המבנה שראינו- יש גורם ממון שרוכש מספק ציוד ואז עושה השכרה של הציוד לחברה. כשמסתכלים על העסקה עצמה ועל החוזה שנעשה, מבחינה מהותית:

- דמי השכירות משקפים החזר של הקרן (מחיר הציוד) בתוספת ריבית והצמדה.

כלומר דמי השכירות של כל השנים במצטבר משקפים במצטבר את מחיר הציוד.

- "דמי שכירות" אלה היו צמודים למדד המחירים לצרכן.

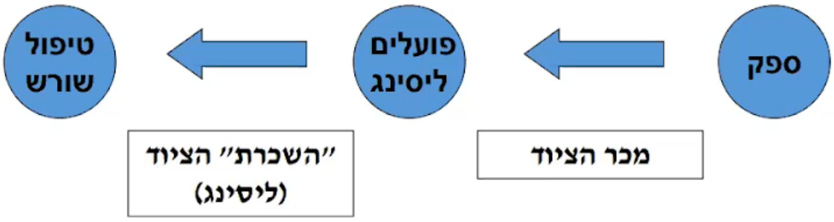
- טיפול שורש טענה כי המדובר בעסקת מכר ואשראי (ליסינג ממוני) וכי הפועלים ליסינג גבה ריבית העולה על סך הריבית המותרת (בהלוואות צמודות מדד) ואילו פועלים ליסינג טענה שמדובר בעסקת שכירות ולכן אין הגבלה על דמי השכירות.

טיפול שורש מנסה לתקוף את העסקה שנעשתה כאן בטענה של יחסים מול בנקים. היא אומרת שזאת לא עסקת שכירות אמיתית אלא מכר והלוואה, ליסינג מימוני אמיתי שיש בו מכר של הציוד ע"י פועלים לטיפול שורש. ובמצב כזה נכנסים לחוק הריבית, וכשמסתכלים על גובה התשלומים הטענה היא שנגבתה יותר מדי ריבית. טיפול שורש הולכת אחרי שנעשתה כבר העסקה ותוקפת את המהות הפורמלית שלה. הטענה היא שהפועלים ליסינג מנסה להכניס ריביות יותר גבוהות דרך הכינוי של העסקה כשכירות, כי אז לא כפופים להוראות החלות על הלוואות (חוק הריבית חל רק על הלוואות). ביהמ"ש צריך לומר מה המהות האמיתית של העסקה כדי שיוחזרו העלויות המיותרות שנגבו ע"י הריבית.

- השאלה- האם מדובר בעסקת שכירות או עסקת מכר ואשראי הכפופה לחוק הריבית?

(כלומר אם הסיווג המהותי הוא אופציה א או ב מאלה שדיברנו עליהן למעלה).

ההשלכות של הסיווג הוא האם כפופים או לא כפופים לחוק הריבית. עסקת שכירות - לא כפופה, עסקת מכר והלוואה - כן.



השופט אור כאן בא ונותן לנו הנחיות איך מחליטים לאיזו עסקה העסקה הזאת נופלת.
ביהמ"ש נותן לנו שורה של אינדיקציות ונותן לנו את ההנחיה איך להכריע במקרה המסוים.

- יש לבחון כל עסקת ליסינג לגופה ולהכריע על פי מאפייניה לאור תכליתו של החוק הרלוונטי.

מה שראינו גם בבן-חמו, לוסטיג וכו'. גם בחוק הריבית, כשרוצים לבחון אם הוא חל או לא צריך לבדוק מבחינה מהותית את סוג העסקה, האם יש כאן עסקת הלוואה (ואז הוא חל).

- לצורך בחינת חוק הריבית המבחן צריך להיות מהותי ולא ניתן להסתפק בסיווג הפורמלי.
- אין בסיווג העסקה לצורך דין אחד, בהכרח, ליתן תשובה לגבי סיווגה של העסקה לצורך דינים אחרים, כמו, למשל, דיני חיובים, דיני הקניין, דיני מיסים או דיני הבטוחות.

לא תמיד ניתן ללמוד מסיווג אחד לסיווג אחר, הכל תלוי בנסיבות העניין.

ביהמ"ש בפסק הדין נותן לנו 8 אינדיקציות:

השיקולים שיש לקחת בחשבון כדי להכריע במהות העסקה

1. היחס בין התשלום התקופתי ובין שווי השוק של דמי שכירות הנכס. ככל שהתשלום התקופתי איננו משקף שווי שוק של דמי שכירות הנכס, יש בכך כדי להחליש את היבטי השכירות בעסקה הספציפית. והנטייה לראות בה כעסקת אשראי.

למשל בשוק של רכבים- לבדוק מה שווי שוק של שכירות אמיתית ברכב ולהשוות לשווי התשלום התקופתי שנפרס בכל הסכם הליסינג שנעשה. אם אנחנו רואים שיש פער והתשלומים התקופתיים לא נראים כמו תשלומים של דמי שכירות אמיתיים בשוק חופשי, אנחנו ניטה לומר שמדובר בעסקת מכר ולא בעסקת שכירות אמיתית, כי אין כאן שיעורים של דמי שכירות שהיינו מצפים לראות בנכס הזה.

2. היחס בין שווי השוק הנוכחי של הנכס ובין היוון זרם התשלומים התקופתיים על פי הסכם הליסינג. אם היוון זרם התשלומים התקופתיים על פי הסכם הליסינג קרוב לשווי השוק הנוכחי של הנכס, יש בכך לחזק את אופייה של עסקת הליסינג כעסקת מכר בתוספת עסקת הלוואה.

כלומר לבדוק לכמה מסתכמים התשלומים התקופתיים כרגע לפי ההסכם ולהשוות אותם לשווי השוק הנוכחי של הנכס בעת ביצוע העסקה. ברגע שרואים שהשווי המסתכם של דמי השכירות מגיע לשווי שוק נוכחי של עסקת מכירה- זה מחזק את מאפייני העסקה כעסקת מכר ולא שכירות.

3. קיומה של אופציית הרכישה וערכו של התשלום הנדרש למימושה של אופציה זו. קיומה של אופציית רכישה וערך מינימאלי של התשלום הנדרש למימוש האופציה, מצביעים על אופייה של עסקת הליסינג כעסקת מכר בתוספת עסקת הלוואה.

בדר"כ בעסקאות של ליסינג מימוני אמיתיות שיש בהן מכר והלוואה תהיה אופציה של רכישה בסוף התקופה תמורת ערך מינימלי, וזה יצביע על כך שמדובר בעסקת מכר והלוואה ולא עסקת שכירות אמיתית, כלומר כל התשלומים היו מימון של החזר הלוואה. שילמת כל התקופה על החזר הלוואה ולא על שכירות אמיתית של הנכס.

4. מספר הצדדים לעסקה. אם בין בעל הנכס ושוכרו קיים צד נוסף אשר עניינו האמיתי הוא בעסקת אשראי עם השוכר, יחזק הדבר את הנטייה לראות בעסקה עסקת אשראי.

כמו במקרה שלנו- ברגע ש"נדחף" הגורם של הפועלים ליסינג בין הספק לרוכש, שהוא השחקן שמממן את העסקה, זו תהיה אינדיקציה שאותו שחקן נכנס לתמונה כדי לקנות ולמכור ולמעשה לתת הלוואה לאותו שוכר. ככל שיש יותר גורמים ושחקנים ולא רק ספק ומשתמש, הנטייה תהיה לראות בזה עסקת מכר והלוואה ולא עסקת שכירות אמיתית.

5. השיקולים אשר הביאו את מקבל הנכס לכריתת הסכם הליסינג.

הרקע לעסקה, מה הביא את מקבל הנכס להיכנס להסכם וכו'.

6. הכוחות המשפטיים שניתנו לשוכר ביחס לנכס אל מול הכוחות ששוירו בידי המשכיר.

למשל ב**לוסטיג נ' מייזלס**- היה כתוב בהסכם שהשוכר יכול לנהוג בנכס מנהל בעלים. אדם חכם שרק רוצה להשכיר נכס לא כותב משפט כזה בהסכם. ככל שיש הרבה כוחות לשוכר וזכויות שמשמיעות יותר זכאויות של בעלים ולמשכיר לא נשאר כמעט דבר- הנטייה תהיה לראות בכך עסקה של מכירה הלוואה ולא עסקת שכירות. שכירות נותנת בדר"כ זכויות של החזקה ושימוש בלבד. אם זה חורג מהמסגרת של הזכאויות האלה ולתקופה קצרה, זאת כנראה לא עסקת שכירות אמיתית.

7. חב' ליסינג מימוני משכירה את הנכס פעם אחת בלבד. היא אינה חפצה בו בתום תקופת החוזה ואינה ערוכה לאחסנו. בד"כ, הנכס עובר ישירות מהספק למשתמש. לעומת זאת, חב' ליסינג תפעולי משכירה את הרכב מס' פעמים ללקוחות שונים. בין ההשכרות השונות היא מאחסנת את הנכס ומתחזקת אותו (כדוגמת חברות השכרת הרכב).

חברות ליסינג אלה חברות שלא ערוכות לקחת את הנכסים בחזרה, הן לא רוצות את הנכסים האלה בסוף התקופה, הנכס בדר"כ עובר ישירות מהספקים למשתמשים. אין להן איזה מגרש להחזקת ציוד או משהו כזה, הן רק מממנות את העסקה ולא ערוכות לטפל בנכסים האלה ולהשכיר יותר מפעם אחת. ליסינג תפעולי לעומת זאת, כמו חברות ליסינג של רכבים, משכירות את הנכסים הרבה מאוד פעמים וערוכות לאחסן את הנכס ולתחזק אותו, הם עושים טיפולים שוטפים לרכבים והם מחזיקים אותם במגרשים מיועדים. אופי הפעילות של החברות האלה שונה בין תפעולי למימוני, הן מתנהגות אחרת ביחס לנכסים, וזה יכול לסייע לנו להבדיל בין סוגי העסקאות.

8. בליסינג מימוני לא ניתן להפסיק את השכירות באמצע, משום שדמי השכירות משמשים לפירעון ההלוואה שמימנה בפועל את רכישת הנכס.

במימוני זו עסקת מכר, הממון נפרד מהנכס. במהות זו עסקת הלוואה שחייבים לפרוע.

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.
- אופציה בסוף התקופה לרכוש את הנכס ב- 1% ממחירו.

- לאור המאפיינים של ההסכם יש לקבוע כי המדובר בעסקת אשראי הכפופה לחוק הריבית שקובע תקרת ריבית מקסימלית להלוואה צמודת מדד.
- אם מתברר שהסכום שנגבה עולה על סך הריבית המותרת (בהלוואות צמודות מדד) אזי יש להחזיר את תשלומי היתר.

ביהמ"ש לאור האינדיקציות אומר שלא מדובר בשכירות אמיתית אלא בעסקה של מכר והלוואה, ולכן היא כפופה לחוק הריבית, כלומר הגובה שלה אכן כפוף למגבלות ופועלים ליסינג חייבת להחזיר לטיפול שורש את תשלומי היתר ששולמו אם יש כאלה.

כעו"ד תמיד יהיה לנו חשוב לדעת איזו עסקה אנחנו באמת עושים ומה אנחנו רוצים להשיג כשאנחנו מעצבים עסקה. הרבה פעמים קל יהיה לקבוע שהעסקה היא עסקת שכירות אמיתית, אבל זה לא תמיד יהיה המצב ונצטרך לבוא ולבחון הרבה מאוד דברים שאפילו חורגים מהעיסוק במקרקעין כמו חשיבה על היבטי מס, היבטים כלכליים של העסקה, לחשוב מה הצדדים באמת ניסו לעשות, האם זה נופל להגדרות המשפטיות שאנחנו מכירים או לא. ביהמ"ש נכנס לתמונה כדי לעזור לנו להחליט לאיזה סיווג מהותי אנחנו נופלים כשמדובר בסוג עסקאות כאלה. תמיד צריך לחשוד בעסקאות כי אנחנו לא יודעים מה הצדדים ניסו לעשות.

זכות השאילה

זכות שמבחינה מהותית נותנת זכאויות וכוחות דומים לעסקאות שכירות.

- **סעיף 26** לחוק השכירות והשאילה:
- שאילה היא זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות, כשהזכות הוקנתה שלא בתמורה.
- החלת רוב הוראות החוק על זכות השאילה בשינויים המחויבים.

ההבדל היחיד בין עסקאות שאילה לעסקאות שכירות הוא שאלת התמורה- בעסקת שאילה זו עסקת חסד, עושים טובה למישהו ונותנים לו את הזכויות בלי לקבל תמורה. הכוחות הם דומים לשכירות אבל התמורה לא קיימת. הכוחות שניתנים לשואל הם יותר מוגבלים מהכוחות של השוכר.

אם מעיינים בחוק השכירות והשאילה, ס' 26-30 עוסקים בהשאלה של כל סוגי הנכסים.
ס' 27 הוא ס' מרכזי שאומר שמרבית ההוראות שראינו בחוק לגבי שכירויות יחולו בשינויים המחוייבים גם על שאילה. בגלל שזו עסקת חסד החוק שולל הרבה זכויות מהשואל. גם ככה עשו לו טובה, אז שלא יתחיל לתבוע דברים מהמשאיל למשל.
ס' 28 עוסק בשלילה של תרופות, ולא נותן אפילו לתבוע אכיפה על הפרה של חוזה שאילה, אם יש פערים של אי התאמת המושאל זו לא עילה לקבלת פיצויים, וכו'. הכוחות מאוד מוגבלים ביחס למשאיל כי זו עסקה ללא תמורה.
ס' 29 עוסק בסיום השאילה- למשאיל, שנתן את הזכות לשואל, יש זכויות לסיים את השאילה מתי שהוא רוצה ובכל מיני נסיבות. הסעיף מראה שלמשאיל יש הרבה יותר כוח ביחס למשכירים, כי זו עסקה חינמית ולכן הוא יכול לעשות יותר דברים. מערך הכוחות שונה ממערך הכוחות בהשכרה של נכסים.
ס' 30- עוסק בהעברת שאילה. דיברנו על ס' 22 ונושא העברת השכירות, וראינו שיש איזונים בין המשכיר לשוכר ונסיבות שביהמ"ש יכול לאפשר בהן העברה ואף סעד עצמי. ס' 30 מראה שבשאילה כל זה לא קיים, המשאיל לא יכול להעביר את זכויותיו לאחר בלי הסכמת המשאיל וזהו, אין כאן את כל הדיון של מאילו טעמים זה ואם הם סבירים או לא, זה לא משנה. זה פשוט אסור וזהו. זה מחדד כמה הזכויות של השואל חלשות ביחס לשוכר.

חוק השכירות והשאילה עבר הרבה שינויים ותיקונים מסיבים.

<u>סימן ו' לחוק</u>

ס' 25א-25טו- הוסיפו פרק שלם שנוגע לחוזה שכירות למגורים, שהוא פרק צרכני יותר, שנועד להגן על שוכרים של דירות. במקור היה ניסיון (לאור המחאה על יוקר המחייה וכו') לקבוע הגבלות על יכולת העלאת גובה שכר דירה. זה לא צלח. מה שכן צלח הוא שהכניסו כל מיני הוראות התערבותיות קוגנטיות שמגנות בעיקר על שוכרים וקובעות כל מיני הגבלות לגבי התאמת הדירה למגורים, מהי דירה ראויה למגורים, מה קורה כשיש פגמים וליקויים בדירות מושכרות, איזה תשלומים צריכים לשלם כשוכרים, כמה למשכיר מותר לקחת כבטוחות, וכו'. החוק הוסיף תוספת ראשונה ושנייה שמדברות על דירות שלא ראויות למגורים ומה הסנקציות במצב הזה. החוק יצר בעצם מנגנונים התערבותיים כדי להגן על שוכרים ולתת לו כוחות ביחס למשכיר.

בנוסף, החוק אומר ב**ס' 25ב** שחוזה שכירות ייערך **בכתב** וייחתם ע"י המשכיר והשוכר. יש המלצה לערוך את ההסכמים האלה בכתב, בלי קשר לתקופה- הרי עד 5 שנים חוזים כאלה פטורים מדרישת הכתב. אבל נאמר בסעיף שגם אם זה לא נעשה החוזה תקף, כלומר אין סתירה של ס' 79 ו-152.

- ★ הייתה פעם שאלת מחשבה בבחינה על הסימן הזה, האם הגבלת גובה דמי שכירות יכולה להיחשב ראויה או לא.

זיקת הנאה

זיקת הנאה היא זכות קניינית חלשה יותר מזכות השכירות מבחינת הזכאויות שהיא נותנת. **ס' 5** מגדיר מהי זיקת הנאה.

- סעיף 5 לחוק המקרקעין:

"זיקת הנאה היא שעבוד **מקרקעין** להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם".

השעבוד הזה לא בא עם זכות החזקה. זיקת הנאה היא משהו נחות בהרבה משכירות. הוא בא עם כוחות מאוד מוגבלים. זאת הכפפה של מקרקעין להנאה לטובת צד שלישי. לא באה איתה זכות החזקה בנכס. זו זכאות ליהנות מהמקרקעין באיזשהו אופן שניתנת לצד שלישי, שלא באה עם החזקה. זה מוסד משפטי **שלא עושים בו הרבה שימוש**. עושים אותו די מעט ובהקשרים מסוימים. רצונית העסקאות האלה כמעט ולא מתרחשות.
כל עוד בעל המקרקעין עצמו לא יוצר את הזכות הזאת - היא לא תתרחש.
יש בחוק שורה של הגדרות לסוגי זיקות הנאה.

סוגי זיקות הנאה

יש בחוק שורה של הגדרות לסוגי זיקות הנאה, ונהוג לדבר על 4 סוגים שהם ארבעה דפוסים של יצירה של זיקות הנאה. אנחנו כפופים לדפוסים האלה בלבד, אין דרך אחרת ליצור זיקות הנאה בעצם.

1. <u>זכות שימוש במקרקעין הכפופים</u>

סעיף 93(א)(1) לחוק המקרקעין:
זיקת הנאה יכול שתקבע –
כי בעל המקרקעין הזכאים או מי שהזיקה ניתנה לטובתו זכאי לשימוש מסוים במקרקעין הכפופים;

<u>דוגמא</u>: ראובן (בעל המקרקעין הכפופים) מעניק לשמעון/לבעלים של המקרקעין הזכאים זכות מעבר.

ראובן הוא בעלי מקרקעין. הוא יוצר את הזיקה. כשהוא יוצר זיקה הוא למעשה מכפיף את המקרקעין להנאה לטובת מישהו אחר. לכן קוראים להם מקרקעין כפופים- הם כפופים לזיקה. ס' 93(א)(1) מדבר על כך שראובן נותן מישהו אחר זכות לעשות שימוש במקרקעין האלה שכפופים לזיקה. הטיב של זיקת ההנאה הזו אומר שבעל המקרקעין הכפופים (ראובן) יכול לתת את הזכות למקרקעין זכאים, כמו חלקת אדמה שסמוכה אליו, שתהיה זכאית ליהנות מהזיקה. כלומר שכל מי שנמצא עליה יכול ליהנות מהזיקה. למשל שכל מי שחי במקרקעין הזכאים זכאי לעבור דרך חלקת האדמה של המקרקעין הכפופים.
זו דוגמא לטובת הנאה לטובת מקרקעין זכאים.
אבל ראובן יכול גם להגיד שהוא נותן את זכות השימוש במקרקעין שלו למקרקעין הזכאים שבבעלות שמעון, או לתת זכות שימוש במקרקעין שלו לשמעון עצמו.
כלומר או לטובת הקרקע וכל מי שנמצא עליה, או לטובת אדם מסוים.

דוגמא קלאסית לזכות שימוש - זכות מעבר.

זכאים- המקרקעין שמקבלים את זיקת ההנאה
כפופים- המקרקעין שכפופים לזיקה ונותנים אותה למישהו אחר

2. <u>הימנעות מביצוע פעולה במקרקעין הכפופים</u>

סעיף 93(א)(2) לחוק המקרקעין:
זיקת הנאה יכול שתקבע –
כי בעל המקרקעין הכפופים חייב להימנע מביצוע פעולה מסויימת באותם מקרקעין.

דוגמא: ראובן מתחייב להשתמש בדירתו למגורים בלבד
דוגמא: התחייבות להימנע מלמכור את הדירה למי שאינו דתי/יוצא צבא

תוכן הזיקה מהסוג השני הוא התחייבות של בעל המקרקעין להימנע מביצוע פעולה בקרקע שלו, בקרקע הכפופה.
למשל ראובן יכול להתחייב להשתמש במקרקעין הכפופים למגורים בלבד ולא לפתוח שם משרד עו"ד למשל, למרות שתיאורטית הוא יכול היה לעשות את זה. או התחייבות להימנע מלמכור את המקרקעין הכפופים לאדם מסוים (אם כי לא תמיד התוכן הזה יהיה חוקי!).

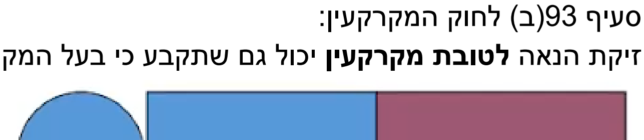
ההימנעות הזאת נותנת איזשהו יתרון למישהו אחר, למשל שמעון נהנה מזה שראובן ישתמש בדירה למגורים בלבד.
הסוג השני לא נותן זכות שימוש לאדם שמקבל את זיקת ההנאה, אלא נותן לו יתרון כלשהו שהוא נהנה ממנו.

למשל אם ראובן מתופף ומתחייב לא לתופף מהלך שעות היום כי זה מפריע לשכנים- זו הימנעות מבעל המקרקעין הכפופים לבצע פעולה מסוימת, והשכנים לא מקבלים אמנם זכות פוזיטיבית ליהנות מהמקרקעין אבל הם מקבלים יתרון שקשור לשימוש של ראובן במקרקעין.

3. <u>ביצוע פעולה ע"י בעל המקרקעין הכפופים</u>

זה סוג שמבצע את בעל המקרקעין הכפופים לבצע פעולה מסוימת.

סעיף 93(ב) לחוק המקרקעין:
זיקת הנאה **לטובת מקרקעין** יכול גם שתקבע כי בעל המקרקעין הכפופים חייב לבצע בהם פעולה מסויימת...



דוגמא: ראובן מתחייב לתחזק את הגדר המפרידה בין החלקות

מהימנעות או מתן זכות שימוש אנחנו עוברים כבר למשהו שמחייב את בעל המקרקעין לעשות פעולות. כלומר יש כאן כבר חובות אקטיביות על בעל המקרקעין הכפופים.

בדר"כ זיקות הנאה כאלה (כמו תחזוק הגדר) לא נעשות בהתנדבות, כשיוצרים אותן זה בדר"כ עם הסכמה בין הצדדים שתהיה תמורה. הם עושים זאת כי הם רוצים לקבל יתרון מסוים, כולם מרוויחים פה משהו.
העסקאות האלה לא נעשות ע"י "פראיירים", בדר"כ זה לא סתם ככה מרצון טוב אלא כל אחד מקבל משהו תמורת ההתחייבויות האלה. דברים כמו תחזוק גדר חיה בין חלקות אדמה עולים כסף.

4. <u>בעל המקרקעין הכפופים אינו זכאי למנוע פעולה במקרקעין הזכאים</u>

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

זה יותר דרמטי- זיקת ההנאה הזאת אומרת שבעל המקרקעין הכפופים לוקח על עצמו התחייבות שהוא לא יוכל למנוע מהשכן שלו למשל לעשות פעולות בקרקע של עצמו, כשבאופן עקרוני הוא יכול היה למנוע אותן.

<u>דוגמא</u>: שלילת הזכות למנוע רעש במקרקעין הזכאים

יש תקינה וכללים לגבי רעש בשכונות מגורים. אחרי 11 בלילה אם אתה עושה מסיבות רועשות אני יכול להזמין משטרה כדי שזה יפסק. אני יכול לעשות איתך זיקת הנאה לפי הקטגוריה הזאת שאומרת שאני לא אהיה זכאי למנוע ממך להרעיש בקררקע שלך למרות שתיאורטית אני כן יכול למנוע ממך מכוח התקנות וההגבלות הקיימות.

בזיקת ההנאה המסוימת הזו אני מגביל רק את עצמי, לפעמים מקום בו אני כן יכול לפעול מבחינה חוקית.
יש שאלה לגבי התוקף של הסכמים מהסוג הזה, אבל אלה פעמים רבות עסקאות רצוניות שאנשים מסכימים ביניהם ועושים תמורת משהו.

<u>דרכי יצירת זיקת הנאה</u>

1. זיקת הנאה מכוח הסכם:
הבעלים של המקרקעין יוצר הסכם עם האדם שאמור לקבל את זיקת ההנאה וקובעים בההסכם את התוכן של זיקת ההנאה.
- לתקופה מוגבלת או לצמיתות

אפשר לקבוע כל תקופת זמן שמקובלת על שני הצדדים.
- הזכות הקניינית נוצרת עם רישומה במרשם המקרקעין (ס' 7 לחוק המקרקעין)

ס' 7 תמיד יהיה ברירת המחדל שלנו אם המחוקק לא קובע אחרת. זו נחשבת עסקה במקרקעין לצורך ס' 6 ולכן לפי ס' 7 יש חובה לרשום אותה במרשם מהקרקעין כדי שהיא תהפוך לקניינית.
- ללא רישום: התחייבות להקנות זיקת הנאה בלבד.

נמצאים עדיין בעולם החוזי ואף אחד לא יודע על הזכות הזאת חוץ מצדדי החוזה.

2. זיקת הנאה מכוח שנים (התיישנות):
- סעיף **94**:

מסביר איך נוצרות זיקות הנאה מהסוג הזה. אלה זיקות הנאה יותר נדירות.

94. (א) מי שהשתמש בזכות הראויה להוות זיקת הנאה במשך תקופה של שלושים שנים רצופות רכש את הזיקה והוא זכאי לדרוש רישומה.

אם מישהו משתמש בזכות שראויה להיות זיקת הנאה, כלומר עושה שימוש בדפוס שנופל לאחד מגדר הארבעה שהזכרנו, הזכות הופכת להיות קניינית מכוח השימוש הממושך אפילו ללא רישום.

- ○ שימוש בזכות במשך 30 שנים רצופות
- ○ ללא הודעה בכתב של בעל המקרקעין שהוא מתנגד לשימוש בזכות
- ○ הזכות הקניינית נוצרת מכוח השימוש הממושך, אף ללא רישום.

אתה זכאי לדרוש את הרישום אבל אתה לא חייב, כי הזכות נוצרת מכוח זה ש30 שנים אתה עושה משהו פומבי שכולם יודעים ממנו.

- ○ אין זיקת הנאה מכוח שנים במקרקעי ציבור.

אנחנו לא יכולים לזכות בזיקות הנאה מכוח שנים במקרקעי ציבור - **ס' 113ג**. זה כולל את כל סוגי מקרקעי ישראל- של מדינת ישראל, קק"ל, רשות הפיתוח, רשויות מקומיות וכו'. ס' 107 מגדיר מהם מקרקעי ציבור. ס' 94 חל רק על קרקע פרטית של אדם פרטי. הרציונל הוא ברור- למדינה אין שליטה אפקטיבית בקרקעות האלה, יש אינסוף שטחים שאין עליהם פיקוח כלשהו וגם לא מצופה ממנה שיהיה.

- ○ השימוש צריך להיות שימוש פומבי, שנוגד את זכות הבעלות, ושהבעלים מודע לו.

למשל מישהו שעובר דרך שביל שלי בבוקר וחותך דרכו כל יום במשך 30 שנים רצופות. ואני רואה את זה, זו זכות גלויה ואני (הבעלים) מודע לשימוש שלו ולא אומר לו כלום. מכוח התיישנות הוא רכש זכות קניינית מסוג זיקת ההנאה במקרקעין שלי.

ס' 94(ב):
הודעה בכתב של בעל המקרקעין למי שמשתמש בזכות כאמור, לרבות הודעה לציבור, שהוא מתנגד לשימוש בזכות, מפסיקה את התקופה האמורה בסעיף קטן (א).

הסעיף מאפשר לסיים את הרציפות של 30 השנים. אם אני לא רוצה שלמישהו תהיה זיקת הנאה מכוח התיישנות על פעולה שהוא עושה כבר במשך 15 שנים, אני יכול לשלוח לו הודעה בכתב או לשים שלט שאסור לעבור יותר במקרקעין שלי. כל פעולה כזאת קוטעת את הרצף של כמות השנים שהצטברה.

- ★ אמנם הזיקה מכוח התיישנות רלוונטית לכל 4 הדפוסים, כולל הימנעות (למרות שהסעיף משמיע צורך בפעולה אקטיבית), אם נמנעתי מפעולה במשך 30 שנה סתם כי לא ידעתי או לא חשבתי על לעשות אותה, זה לא יתפוס כי צריכה להיות הנאה למישהו מזה, לא סתם ככה הימנעות שלא יודעים עליה או לא שמים לב אליה.

<u>תוקפה של זיקת הנאה</u>

סעיף 96 לחוק המקרקעין:

- זיקת הנאה היא **לתקופה בלתי מוגבלת**.
- זולת אם נקבעה לה תקופה בתנאי הזיקה.

אם נקבע בהסכם אחרת, הוא כמובן זה שיקבע.

<u>ביטול הזיקה על ידי בית המשפט</u>

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.

יכולה לרבוץ על המקרקעין זיקת הנאה, אבל ס' 96 אומר שצד מסוים מעוניין רשאי לפנות לביהמ"ש ולבקש לבטל את הזיקה או לשנות את תנאיה בגלל נסיבות שונות (למשל היא בכלל לא מופעלת / יש שינוי במצב הקרקע שנהנית מהזיקה או שהזיקה נוצרה עליה...). ביהמ"ש גם רשאי לפסוק פיצוי למי שנגרם לו נזק מהביטול הזה (כי זה בעצם ביטול של זכות קניין). הסעיף מאפשר בתנאים האלה לסיים את הזיקה. הוא לא מופעל כמעט אבל חשוב לדעת שיש אפשרות לצאת מזה אם אנחנו רוצים בנסיבות שונות.

<u>מגבלה על עבירות הזכות</u>

סעיף **95** לחוק המקרקעין:

- 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.
- הערה: זיקת הנאה לטובת מקרקעין אינה ניתנת להעברה.

אפשר להגדיר בהסכם שיוצר את הזיקה לטובת מי היא ניתנת. היא יכולה להיות לטובת אדם מסוים, לטובת סוג בני אדם (למשל דיירי הבית המשותף), לטובת הציבור כולו, לטובת מקרקעין מסוימים - מקרקעין זכאים (למשל ב**שלב נ' הררי מואב** הייתה בעיית גישה וזה יכול היה לפתור את המצב) וכו'. ס' 95 אומר במפורש שכאשר זיקת הנאה נוצרה לטובת אדם או סוג של בני אדם, בעלי הזיקה לא רשאים להעביר את הזכות שלהם אלא בהסכמה של בעל המקרקעין הכפופים. אם אם הזיקה נוצרה לטובת קרקע מסוימת, אי אפשר להעביר אותה לטובת חלקה אחרת. הזכות אינה עבירה.

גם אם הזכות נוצרה מכוח שנים, זה מכוח שימוש של מישהו מסוים והיא נוצרת רק לטובת המשתמש, לכן היא לא עבירה גם כן, היא פרסונלית.

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
לפרק זמן מוגבל	לפרק זמן מוגבל או לצמיתות
כוללת החזקה	היעדר זכות החזקה

זכות קדימה

זכויות קדימה מוסדרות בס' 99-106 לחוק המקרקעין, פרק שלם שעוסק בהן עם הרבה פירוט.
ס' 106 מבהיר לנו שהוראות הסעיף חלות לא רק לגבי בעלויות אלא גם לחכירות לדורות.

זכות קדימה היא למעשה זכות סירוב ראשונית לרכוש מקרקעין. אני נותן למישהו אופציה לרכוש את המקרקעין שלי, והוא מקבל עדיפות על פני כל אדם אחר ביום שארצה להציע את המקרקעין שלי. עדיפות להיות ראשון בתור כניצע של המקרקעין. יש שני סוגים של זכויות קדימה- **הסכמיות ושהדין יצר**. המשמעות

האופרטיבית כשיש זכות קדימה כזו היא שהאדם שמקבל אותה יהיה רשאי לרכוש את הנכס לפני אנשים אחרים כאשר בעלי הנכס או החוכר לדורות אם בעלי הנכס ירצה להעביר אותו לאדם אחר.

<u>זכות קדימה - על פי הסכם</u>

99.(א) בעל מקרקעין, או בעל חלק בלתי מסויים במקרקעין משותפים, רשאי לרשום זכות קדימה לגבי המקרקעין, או לגבי חלקו בהם, לטובת אדם פלוני, ומשעשה כן, לא יהיה זכאי להעבירם לאחר, אלא אם הציע אותם תחילה לבעל זכות הקדימה.
(ב) על זכות הקדימה לפי סעיף זה, יחולו הוראות הסעיפים 102-105, בכפוף למוסכם בתנאי הזכות.

המחוקק אמר בצורה מפורשת שגם חוכר לדורות יכול יצור זכויות קדימה ביחס לזכויות שלו.
ס' 99 הוא המסגרת שלנו, שאומרת שזה נעשה קודם כל ברמה הסכמית. אחרי שאני עושה את ההסכם הזה, חייבים לרשום את הזכות הקדימה הזו כדי שיהיה לה תוקף קנייני כלפי כל העולם. השלב הבא יהיה רישום כדי שהיא תהיה תקפה. זכויות קדימה חייבות רישום אם הם נוצרות לפי ס' 99 לחוק.

אבל יש 2 זכויות קדימה שלא חייבות רישום מיידי אלא נוצרות מכוח החוק:

<u>זכות קדימה - מכוח דין</u>

- **זכות קדימה בין יורשים**

100.(א) 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.

ס' 100 עוסק בזכות קדימה בין יורשים של משק חקלאי. באופן עקרוני הוא אומר שכאשר יש יותר מיורש אחד למשק חקלאי כהגדרתו בחוק, החוק יוצר זכות קדימה הדדית מכוח חוק, אי אפשר לוותר על זה, זו זכות קוגנטית בין כל היורשים- לטובת כל יורש יש זכות קדימה לרכוש את החלקים של יתר הרוכשים. נוצרת בעצם בעלות משותפת במשק החקלאי וכל אחד מקבל מנה בלתי מסוימת ויש לו זכות לרכוש את המנה של האחרים לפני אנשים אחרים, חיצוניים.
הרציונל הוא פשוט- רוצים להשאיר את החלקה החקלאית בתוך המשפחה, ורק אם זה לא עובד זה יעבור לאנשים חיצוניים, בגלל הקשר של המשפחה למשק החקלאי, הם עיבדו את הקרקע במשך הרבה שנים וכו'.

(ב) בשנתיים 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.

לכל היורשים יש זכות קדימה מכוח החוק בשנתיים הראשונות, וכשהן חולפות - אם אתה רוצה שהזכות הקניינית הזאת תרבוץ על הנכס מעל מסגרת השנתיים אתה צריך ללכת ולרשום זכות קדימה על החלקים של האחרים לפני תום השנתיים כדי שהיא תהיה תקפה בסיומן. בשנתיים הראשונות הזכות היא קניינית עפ"י ס' 100 ולא צריך לרשום אותה, אבל בסיומן כן צריך.

- **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.

גם כן זכות קוגנטית וחלה על מקרקעין שהם בבעלות משותפת של בני זוג מכמה סוגים- דירת מגורים, בית עסק ומשק חקלאי. גם כאן יש זכויות קדימה מכוח החוק לבני הזוג שלא חייבות רישום אף פעם (לעומת בס' 100). תמיד יש זכויות קדימה הדדיות בין בני הזוג לרכוש את החלק של האחר.
הרציונל כאן חוזר לרציונלים האישיותיים שדיברנו עליהם תחת נושא הערכים בשיח הקנייני - יש נכסים שאנשים יותר קרובים אליהם, וכך זה בין בני זוג, דירת המגורים היא בדרך כלל מקום שקרוב וחשוב להם. גם עסק משותף או משק חקלאי זה נכסים שהמשפחה קשורה אליהם, רוצים לשמור את זה קודם כל בתוך המשפחה ולתת להם עדיפות על פני אנשים זרים.

★ תזכורת- כשמדברים על רישום - מדובר רק על רישום במרשם המקרקעין (לפי ס' 7), שום רישום אחר לא תקף.

בין שותפים שהם לא בני זוג- אין זכות קדימה מכוח חוק, זה חייב להיות באמצעות הסכם ביניהם, בדרך ההסכמית. בני זוג - כן רלוונטי גם לידועים בציבור למשל.
כשעושים עסקאות כאלה צריך להיזהר מאוד ותמיד לוודא שאין זכויות קדימה שעוד לא הוצעו לבן זוג, הוא צריך לוותר עליהן. אלה זכויות שלא נראה אותן רשומות בטאבו, לכן צריך לבדוק את ההיבטים האלה. אם יש לבן הזוג עדיפות, העסקה שלך עלולה להתבטל.

<u>רכישה עפ"י זכות קדימה</u>

רכישה עפ"י זכות קדימה
102.(א) הצעה לבעל זכות קדימה תהיה בכתב, שיישלח בדואר רשום, ותציין את המחיר הנדרש בעד המקרקעין המוצעים; העתק מההצעה יישלח לרשם.
(ב) תוך שלושים יום מיום קבלת ההצעה רשאי בעל זכות הקדימה לשלם את המחיר הנדרש, בצירוף כל מס או תשלום חובה אחר המגיע ממנו בקשר לרכישה או להפקידם בידי הרשם, ומשעשה כן, יראו את הצדדים כאילו נעשה ביניהם הסכם להעברת המקרקעין במחיר הנקוב בהצעה; הופקד המחיר, ישולם למציע עם גמר העסקה.
(ג) בעל זכות קדימה שלא שילם או הפקיד את הסכומים האמורים בסעיף קטן (ב) תוך המועד הקבוע באותו סעיף קטן, רואים אותו, בתום המועד האמור, כמי שסירב לרכוש את המקרקעין.
(ד) היו שני בעלי זכות קדימה או יותר, תישלח ההצעה לכולם; הסכימו כולם, או אחדים מהם, לרכוש את המקרקעין המוצעים, ינהגו כאמור בסעיף קטן (ב) לפי חלקו של כל אחד מהם בזכות הקדימה; סירב אחד מהם לרכוש, יעמוד חלקו לזכותם של השאר.

הסעיף מפרט את הפרוצדורה השלמה, איך מתבצעת ההצעה כשרוצים להציע לבעל זכות קדימה לממש אותה. איך זה מתבצע מבחינה טכנית, תוך כמה זמן צריך להיענות, מה קורה כששני אנשים רוצים לממש (הם לפעמים יקבלו פשוט חלקים מתוך המנה). לא נפרט אבל צריך להכיר את ס' 102.

העברת המקרקעין
103.(א) סירב בעל זכות קדימה לרכוש את המקרקעין המוצעים לו במחיר הנדרש, יהיה המציע רשאי, תוך ששה חדשים מיום הסירוב, להעבירם כרצונו, ובלבד שלא יעבירם במחיר נמוך מהמחיר שצויין בהצעה.
(ב) העביר המציע את המקרקעין תוך תקופת ששת החדשים האמורה בסעיף קטן (א), בטלה זכות הקדימה, ואם נרשמה - תימחק; לא העבירם תוך התקופה האמורה, לא יהיה רשאי להעבירם אלא לאחר שהציעם שוב לבעל זכות הקדימה.

אם אדם מסרב לרכוש, תוך חצי שנה מיום הסירוב המציע רשאי להעביר אותם כרצונו אבל הוא חייב לעשות את זה במחיר שלא יהיה נמוך מההצעה שהוא נתן לראשון.

<u>זכות קדימה - אי תחולה על מתנה</u>

104. החובה להציע מקרקעין לבעל זכות קדימה כאמור בפרק זה לא תחול על העברה ללא תמורה, אלא שזכות הקדימה לא תתבטל ותחול לגבי מי שרכש את המקרקעין ללא תמורה.

כשאני עושה העברה ללא תמורה זה לא נחשב שהצעתי את המקרקעין למישהו אחר. הזכות הקדימה לא מתבטלת ותחול על מי שמקבל את המקרקעין במתנה. אם העברתי את המקרקעין לבן שלי למשל במתנה, זה לא נתפס כעסקה שמחייבת הפעלה של הזכות הקדימה. מי שקיבל את הנכס יהיה כפוף לזכות הזאת כשהוא ירצה להציע את הנכס כן בתמורה.

שיעור 12 - 18.11.21

שעבודים

אנחנו מדברים על כלל השעבודים האפשריים, לא רק של נכס מקרקעין (משכנתא) אלא גם על שעבודים של נכסים אחרים כמו מיטלטלין או זכויות.
עיקר הדיון יהיה ביחס לפסיקה שעוסקת בהסוואה של משכונות, שזה נושא לא פשוט מבחינת הפסיקה ולכן כדאי מאוד בנושא הזה כן לקרוא.

<u>מהו שעבוד/משכון</u>?

סעיף 1(א) לחוק המשכון:
"מישכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב"

בעסקת משכון רגילה יש לנו שתי "צלעות" - חייב ונושה. הנושה הוא בדר"כ האדם שנתן לחייב משהו (נכס, כסף...) ועסקת המשכון היא עסקה שבאה להבטיח שהחייב יקיים את חיוביו לאותו נושה, זה כלי שנועד לתת לנושה מעין שקט נפשי.
עסקת המשכון באה ומייחדת נכס ואומרת שהוא יהיה משועבד כערובה לחיוב, שאם החיוב לא סולק הנושה יוכל להיפרע מהנכס הממושכן (כגובה החיוב).

עסקת השעבוד באופן כללי היא עסקה שמתחילה בחוזה. כדי שהיא תהפוך לעסקה שיוצרת זכות קניינית (זכות המשכון), האקט שהופך את המשכון בדר"כ לפומבי הוא אקט הרישום (יש גם מנגנון שנקרא מנגנון ההפקדה אבל הוא פחות שכיח כיום).

לשעבוד בנכס יש **3 יסודות**:

חשין ב**פס"ד קידוחי הצפון**:
1. החייב חב חיוב כלשהו לנושה;

זו בעצם עסקת היסוד.
2. החייב מכפיף – משעבד – נכס כערובה לקיומו של החיוב – הפיכת הזכות לבעלת "אופי" קנייני (In Rem)

באמצעות הרישום הופכים את הזכות לפומבית, כלפי כל העולם. אם זה לא נרשם זה תקף רק בין הצדדים.
3. השעבוד משמיע אפשרות להיפרע מהנכס עצמו

אם החיוב לא קוים.

<u>מוסד המשכון - יתרונות</u>

לנושים:

- זכות להיפרע מהנכס עצמו – ייחוד נכס כבטוחה.

זכות המשכון נותנת זכות להיפרע מהנכס עצמו אם החיוב לא קוים.

- זכות להיפרע מהנכס בקדימות לנושים אחרים (כפוף לדיני הקדימות בעת חדלות פירעון).

בגלל היסוד הקנייני של הזכות ובגלל שהיא נרשמת, יש זכות להיפרע מהנכס גם בקדימות. ברגע שיש לי זכות קניינית, האקט הרישומי הופך את השעבוד למשהו שכל העולם כפוף לו. זה נותן יתרון בהשוואה לנושים אחרים שאינם מובטחים ויש להם רק זכויות חוזיות בדר"כ.

לחייב:

- מאחר והמשכון מקטין סיכון – תנאי העסקה עבור החייב יהיו טובים יותר.

עסקת משכון מקטינה סיכונים. ברגע שהחייב מציג בטוחה חפצית על נכס שהוא מעבד כערובה לחיוב שלו, בדר"כ תנאי ההלוואה שהוא יקבל יהיו טובים יותר כיוון שהנושה פחות חושש. יש נכס שמבטיח לו את הפירעון לכן הוא לא צריך להכניס ריבית גבוהה, יש לו ביטחון גבוה שהחוב יוחזר, הנכס המשועבד מבטיח את זה.
זה פתרון טוב גם לשוק האשראי- החייב יכול להמשיך להשתמש בנכס, להנות ממנו, הנכס משועבד ומבטיח את החיוב אבל הנטל על החייב כאן הוא לא גדול. השעבוד אמנם רובץ על הנכס מבחינה קניינית, אבל רק אם לא עומדים בחיובים. זו דרך מצויינת גם להיטיב עם תנאי ההלוואה שהחייב מקבל, וגם להקטין את הסיכונים לבנק. מוסד המשכון הוא מוסד חכם מאוד מהבחינה הזאת. הוא נותן הרבה יתרונות גם לנושים וגם לחייבים.

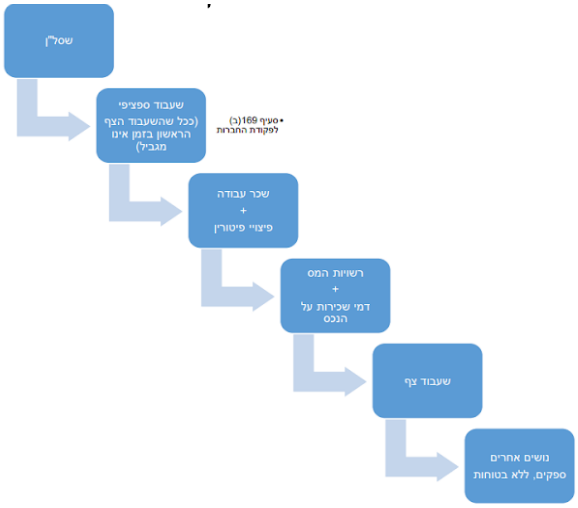
לחייב ולחברה בכללותה:

- תמריץ לעסקאות מועילות.

אנחנו יודעים שברגע שיש משכון החייב מצהיר על כוונתו להחזיר את החוב בין אם בקיום החוב ותשלום ובין אם באפשרות להיפרע מהנכס עצמו, והעסקאות בשוק יעילות הרבה יותר גם לחייבים וגם לנושים מבחינת תנאי העסקאות. לא מסכנים את שוק האשראי ובמקביל מאפשרים עסקאות יעילות יותר בשוק.

סדר הפרעון

עניין הקדימות בא לידי ביטוי במצב של חדלות פירעון. חדלות פירעון יכולה להיות גם ביחס ליחידים וגם ביחס לחברות. חדלות פירעון היא כשאדם או חברה נקלעים למצב שבו החובות שלו עולים על כמות הנכסים שלו. אם יש לי מיליון ש"ח שווי נכסים ו-2 מיליון ש"ח חובות, זה מצב בו אני לא יכול לפרוע את חובותיי עם הנכסים שיש לי. אצל יחידים מצב כזה ייקרא פשיטת רגל, אצל חברות חדלות פירעון (ואז הן ילכו להליך הבראה או להליך של פירוק).
כאשר מגיעים למצבים של חדלות פירעון יש סדר קדימויות, מדרג של החזרת חובות.



האנשים שעומדים תמיד בסוף התור הם הנושים שאין להם בטוחות. אלה אנשים שיש להם זכויות לקבל כסף והחייב חייב להם, אבל אין שום בטוחה שמבטיחה להם את החזר החוב שלהם. זו זכות חוזית שהיא די באוויר.
בקדמת התור יש את השסל"ן ואת השעבוד הספציפי.

1. השסל"ן- **שעבוד ספציפי לרכישת נכס**. שסל"ן זו עסקת משכון/שעבוד של כל נכס שבה אנחנו משעבדים נכס ספציפי שהנושה יוכל להיפרע ממנו, והשעבוד הזה נוצר בנסיבות מיוחדות שבהן **הנושה מימן את רכישתו של הנכס הספציפי המשועבד**. למשל מישהו נותן הלוואה לרכישת דירה/רכב והבנק אומר שכדי להבטיח את החזר ההלוואה על הרכישה הזו הוא צריך לשעבד את הנכס שהוא מממן את רכישתו (הרכב/הדירה). זו עסקה בה הגורם שמממן את העסקה מקבל שעבוד על הנכס שהוא מימן את רכישתו. זו **הבטוחה הכי חזקה** והם ראשונים בתור לפירעון חוב. הנכס משועבד חזרה כדי להבטיח את קיום החיוב. הבנק תמיד ישעבד נכס שהוא יכול להיפרע ממנו על כל החוב שנותר, בטוחה שהשווי שלה עולה על ההלוואה שהוא נותן.
2. שעבוד ספציפי- מצב בו אני מעמיד בטוחה לפירעון חוב שיש לי ביחס לנושה, והנושה מבקש בטוחה לקיום החיוב. משכון רגיל. **ההלוואה שהגורם נתן לי לא מימנה את רכישת הנכס שמשמש כבטוחה** לקיום החיוב. בשונה משסל"ן אין כאן מצב שבו הנכס שמשועבד הוא נכס שהחייב קנה עם הכסף שנתן לו הנושה. למשל כשאני רוצה לקנות מכונית ולוקח מהבנק הלוואה של 100,000 ש"ח והבנק מבקש שעבוד - ואני משעבד רכב אחר ולא את זה שאני קונה עם ההלוואה. זה שעבוד שמבטיח הלוואה שלא מימנה את רכישת הנכס שאני קונה עכשיו.
3. שכר עבודה ופיצויי פיטורין- ככל שהיו לגורם הזה עובדים. המשכורת שלהם אם לא שולמה להם חייבת להיפרע מהנכסים שלו. הפיצויים מובטחים בכל מקרה מההפרשות שלו. דואגים לעובדים של החייב ולכן הם שלישיים בתור.
4. חובות לרשויות המס ודמי שכירות על נכסים- למע"מ, מס הכנסה וכו'. מדינת ישראל דואגת לעצמה. ככל שיש דמי שכירות על נכס של היחיד או החברה גם הם נכנסים פה.
5. שעבוד צף- משכון שקיים רק ביחס לחברות. זה נקרא שעבוד צף כי הוא לא שעבוד ספציפי. למשל חברה עם פעילות עסקית שמוכרת מלאי עסקי, ובשביל הקיום העסקי הם לוקחים הלוואות מבנקים כדי לממן את רכישת המלאי הזה. בדר"כ במצבים האלה אין לחברות האלה נכסים ספציפיים שהן יכולות לשעבד, אז יצרו את השעבוד הצף - זה שעבוד שהגורם המלווה יכול לקבל, **שעבוד שצף על כלל נכסי החברה ומתגבש במועד שבו הבנק רוצה להיפרע מחוב כלשהו**. הוא לא ספציפי, לא מייחדים לנושה נכסים מסוימים אלא הוא מתגבש ברגע שרוצים להיפרע, ונפרעים במה שנתפס באותו רגע, אנחנו לא יודעים מראש את התוכן של השעבוד הזה. בדר"כ כבר ישאר כאן לא הרבה אחרי שכל הנושים הקודמים נפרעו. השעבוד הצף מאפשר לחברה להתנהל ולנשום מבלי לשעבד את הנכסים הספציפיים שיש לה. מלאי עסקי דינו להימכר, קשה לשעבד אותו ואין אפשרות כזאת כי אז לא יהיה מה למכור ואי אפשר יהיה לקיים פעילות עסקית. סדר הקדימות הוא די נחות. זה **שעבוד די שכיח** אצל חברות.
6. נושים אחרים ללא בטוחות- ככל שהם לא מובטחים הם נדחקים לסוף. אלה אנשים עם **חוב חוזי** שלא הובטח בשום בטוחה. למשל ספק שמכר סחורה ולא קיבל כלום חוץ מהבטחה לקבל את התשלום שלו. זכות חוזית ש**אין לה שום פומביות** ולא מובטחת בשום צורה ולכן היא נדחקת לסוף התור.

- ★ מרים אמרה שזה לא שהיא בוחנת על סדר קדימויות אבל זה ממחיש מה היתרונות של השעבודים והקדימות.
- ★ בנק יכול לייצר גם תמהיל של בטוחות, כלומר להיות בכמה מקומות שונים בתור בו"ז.

אילו עסקאות יש לראות כשעבוד?

איזה עסקאות רואים כעסקת משכון?

סעיף **2**(ב) לחוק המשכון קובע כי הוראות החוק יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא.

הסעיף אומר לנו למעשה שיש פרקטיקה שאני בא ומסתכל על מהות אמיתית של עסקה. הוראות חוק המשכון על כלל התוכן שלו אומרות שצריך להתחקות אחרי המהות האמיתית של העסקה. ואם המהות האמיתית של העסקה היא לשעבד נכס כערובה לחיוב, הוראות החוק יחולו עליה לכל דבר ועניין. ויש לזה הרבה השלכות. במילים אחרות, לפעמים לא יהיה ברור מתוך ההסכם שצדדים יצרו הסכם של שעבוד והחייב ממשכן לנושה נכס X. אבל כשמתחקים אחרי המהות והנסיבות, מבינים שמה שהצדדים באמת ניסו לעשות זה לא את העסקה הפורמלית שכתובה בחוזה או על הנייר, אלא עסקת משכון.

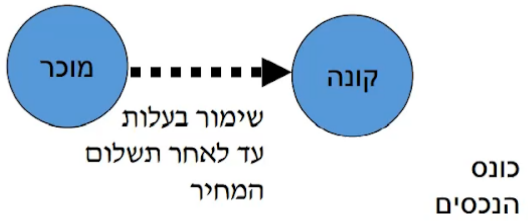
יש סדרה של פסקי דין שעוסקים בסוגיה הזאת של הסוואת משכון.

הלכת קולומבו - למי שייכים הצעצועים?

<u>הצגת הסיטואציה</u>

- הצדדים לעסקת מכר מסכימים כי "הסחורה תישאר בבעלות המוכר עד לאחר תשלום התמורה במלואה".
- תניה זו מכונה תניית שימור בעלות.
- כיצד יש להתייחס לתניה זו?

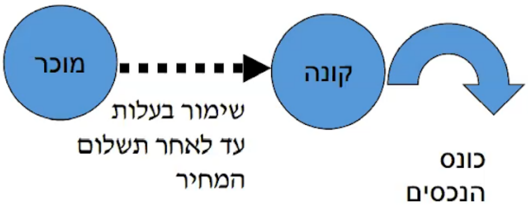
העסקה בקולומבו נקראת עסקת קונסיגנציה, שהיא עסקה שכיחה.
קולומבו היא חברת צעצועים, ומאמא יוקרו היא ספקית צעצועים. יש עסקה בין קולומבו ומאמא יוקרו שהיא עסקת קונסיגנציה. קולומבו היא בעלת הצעצועים שעושה עסקה עם מאמא יוקרו ואומרת שהיא תספק לה צעצועים, מלאי עסקי. עסקאות קונסיגנציה הן עסקאות מאוד שכיחות במשק, שבהן הספק אומר שהבעלות בסחורה נשארת אצלו עד שמשלמים עליה בסחורה. כלומר הוא נותן את המלאי העסקי כדי שימכרו אותו, ומה שלא נמכר- חוזר אליו. העסקאות האלה בדר"כ באות עם תניית שימור בעלות, שאומרת שהבעלות בסחורה נשארת אצל הספק, משלמים רק על מה שמצליחים למכור. אלה עסקאות של ניהול סיכונים, המוכר בחנות לא תמיד יכול למכור את כל הסחורה והחברה רוצה למכור את המלאי העסקי שלה, ומגיעים לאיזשהו תמהיל. אלא שהעסקה הזאת נעשתה בשלב שקולומבו ידעה שמאמא יוקרו נמצאת בבעיות כלכליות ויכולה להידרדר למצב של חדלות פירעון, ולכן היה להם חשוב מעבר למבנה העסקה הרגיל שהבעלות בסחורה תישאר אצלם כדי שלא ייווצר מצב בו החברה פושטת רגל והנכסים בבעלותה ונושים יוכלו לשים יד עליה. זו עסקה שגרתית ושכיחה, פשוט כאן קולומבו רצתה לוודא שהיא לא נקלעת למצב שהנכסים יוצאים מבעלותה.



הפסיקה והשאלות שמתעוררות דרמטיות כי הן משפיעות על פעילות עסקית מאוד רווחת.

<u>העימות עם נושים של הקונה</u>

העימות לרוב לא נוצר בין הצדדים לעסקה אלא בין המוכר לבין נושים של הקונה (נושים מעקלים כאשר הקונה עדיין סולבנטי או כונס נכסים כאשר הקונה נמצא בהליכים של חדלות פרעון (והכל בטרם שולמה התמורה על ידי הקונה.
(סולבנטי = ההיפך מחדל פירעון, שיש לו יכולת פירעון, שמסוגל לעמוד בהתחייבויותיו).



בין הקונה למוכר בדר"כ לא תהיה בעיה, כל עוד זה רק שניהם בתמונה - מה שנמכר נמכר, ומה שלא - חוזר לספק. הצרות מתחילות כשהקונה נקלע לקשיים. אז נכנסים לתמונה צדדים שלישיים שהקונה חייב להם כסף. כולם רוצים לשים יד על הסחורה הזאת, וברגע שנכנס לתמונה צד שלישי בדמות של כונס נכסים למשל (אדם שימונה כשהקונה נקלע לקשיים) הוא ינסה לראות מה הנכסים שיש לקונה, ואז יתחיל עימות בין כונס הנכסים למוכר - המוכר ירצה לקבל את הסחורה לבעלותו וכונס הנכסים ינסה להכניס את הסחורה למסת הנכסים שאפשר להיפרע ממנה, ואז זה הופך בעייתי יותר.

השאלה שמתעוררת היא איך להתייחס לתנייה הזאת בהקשר והנסיבות של הסכסוך בין קולומבו למאמא יוקרו.

<u>הטיעונים של המוכר</u>

כל צד כאן רוצה בעצם שהנכס יישאר בבעלותו.

מהות הטענה:

- יש לכבד תניית שימור הבעלות ככתבה וכלשונה וזאת **מכוח עקרון חופש החוזים והזכות לקניין**.

הוא עשה תנייה של שימור בעלות ומכוח העקרונות האלה צריך לכבד את החוזה ותנאיו ככתבו וכלשונו.

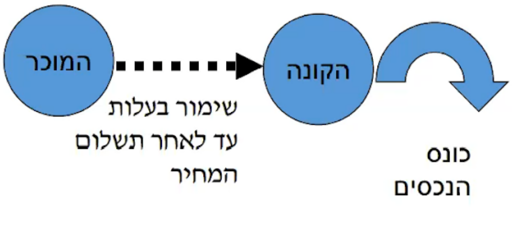
- הקונה טרם שילם את מלוא תמורת הסחורה ועל כן הסחורה עדיין בבעלותו של המוכר ואיננה בבעלות הקונה.

כל עוד הוא לא עשה את זה, לפי תנייה שימור הבעלות הסחורה עדיין בבעלותו. לכן כונס הנכסים לא יכול לשים יד על נכסים שכלל לא שייכים לקונה.

- <u>המקור המשפטי לטענה</u>: סעיף **33** לחוק המכר:

"הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, <u>אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר</u> או על דרך אחרת להעברת הבעלות".
המוכר כאן אומר שהוא לא סיכם שמועד המסירה הוא הזמן שבו הקונה קיבל את הבעלות הנכסים, כי הוא כלל תניית שימור שמשיירת את הבעלות בידיו עד מועד התשלום על הסחורה. לכן זה הולם את התנאים של ס' 33 לחוק המכר, הבעלות נותרת בידי המוכר והנכס לא עבר לידי הקונה.

<u>הטיעונים של הכונס (צדדים שלישיים)</u>



מה שהצדדים השלישיים שרוצים שהנכס יישאר בידי הקונה טוענים.

- אין המדובר בשימור בעלות אלא <u>בהסוואת משכון</u>.

אין תניית שימור בעלות אמיתית.

- העסקה הכוללת מורכבת משתי עסקאות:

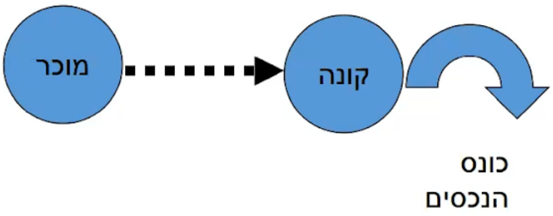
1) העברת הבעלות בסחורה לקונה (מכר).

עסקת מכר אמיתית, הקונה קיבל סחורה והמוכר נפרד מהסחורה.

2) שעבוד הסחורה על ידי הקונה לטובת המוכר להבטחת החוב של הקונה למוכר.

תניית שימור הבעלות היא פיקציה, ניסיון שמבחינה מהותית מטרתו לשעבד את הסחורה ע"י הקונה לטובת המוכר כדי להבטיח את החוב של הקונה למוכר. כלומר כונס הנכסים אומר שהבעלות הפורמלית עברה לקונה. המהות האמיתית של העסקה היא עסקת שעבוד בה המוכר מקבל את הסחורה לבעלותו ומשעבד אותה כדי להבטיח את חובותיו למוכר.

הטענה הזאת משרתת את הקונה/כונס הנכסים כי אם יש עסקת משכון מוסווית, ואם המשכון לא נרשם בשום מקום ואף אחד לא יודע עליו - אין לו תוקף כלפי צדדים שלישיים. עסקת המשכון הייתה חוזית בלבד, רק בין הצדדים. לכן זה לא מחייב את הצדדים השלישיים שנקלעים כרגע לצורך לממש את החובות שלהם מול הקונה. לכן הנכס מהותית בבעלות הקונה ואפשר לשים עליו יד. זו זכות חוזית בלבד בלי בטוחה - הוא בתחתית הרשימה בסדר הפירעון.



<u>הטעמים להבניית העסקה בצורה של שימור בעלות</u>

למה לא לרשום כאן עסקת שעבוד אם זה מה שרוצים לעשות בפועל?

1. ללא צורך ברישום המשכון.

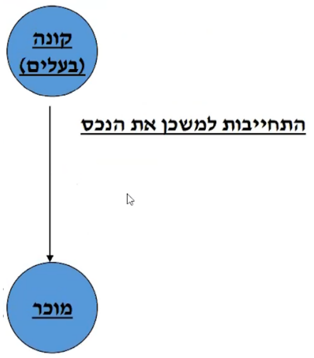
מנקודת המבט של המוכר, הוא עוקף הוראות קוגנטיות של חוק המשכון ומקנה לעצמו עדיפות על פני שאר הנושים.

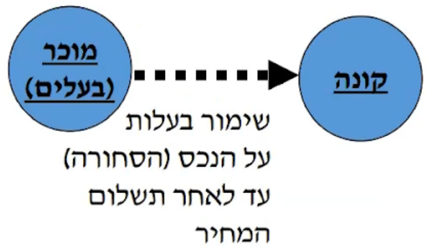
2. ללא פיקוח על דרכי המימוש.

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

העלויות בלרשום כל משכון או על כל דבר הן גבוהות, וגם הפרוצדורה לממש משכון היא מאוד מסובכת ויש עליה פיקוח. בונים את העסקה בין המוכר לקונה בדרך של תניית שימור בעלות כי היא הרבה יותר פשוטה, זה חוזה ביניהם עם תנייה וזהו. המוכר לא נכנס לבלאגן של עסקת משכון כי מבחינתו הוא עוקף את הוראות חוק המשכון שהן קוגנטיות ונותן לעצמו עדיפות מבלי להצטרך ללכת לרשום. בנוסף, רשימת משכונות על מלאי עסקי היא בעייתית ולא מאפשרת לו לעבוד, אי אפשר למכור את הסחורה (או שהסחורה תימכר ולא תהיה כפופה למשכון). הוא גם לא רוצה שיהיה גורם שיפקח על המימוש של המשכון, זה נעשה באמצעות הוצאה לפועל ובדרך של מכירה של מעוקלים, יש מעורבות של רשויות אכיפה. לכן למוכר אין אינטרס להיכנס לחוק המשכון, הוא מעדיף תניות של שימור בעלות והן עדיפות לו בהרבה.

גם מנקודת המבט של הקונה זה טוב, כי ברגע שאין שעבודים המצב שלו נראה הרבה יותר טוב, יש נכסים יותר פנויים והספקים מבינים שהוא לא באיזשהו קושי כלכלי שמצריך ממנו בטוחות, אז זה משכנע גם את הקונים והמוכרים להיכנס לעסקאות תניות שימוש בעלות ולא להיכנס לעסקה אמיתית של משכון.





<u>המסקנה: יש להחיל את חוק המשכון על שימור בעלות</u>

ביהמ"ש במקרה הזה אמר שבנסיבות של המקרה שעמדו בפניו עסקת הקונסיגנציה שנעשתה היא עסקה שהיא **למעשה הסוואת משכון**, זו לא תניית שימור בעלות אמיתית. לכן אם נקלעים למצב של חדלות פירעון- הבעלות האמיתית בסחורה היא כרגע של הקונה ולא של המוכר, והמשכון לא שווה הרבה כי הוא לא נרשם ולכן לא תקף כלפי צדדים שלישיים.

תניית שימור בעלות נועדה לשעבד את הסחורה כערובה לקיום החיוב על ידי הקונה ועל כן חל עליה חוק המשכון מכוח סעיף 2.
"הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה אשר יהא".

<u>התוצאה</u>

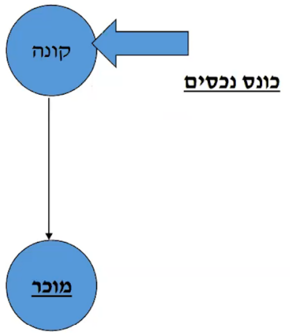
איך מגיעים בפסיקה של המחוזי והעליון לתוצאה, מה עוזר לנו להבחין בין תניית שימור בעלות להלוואה ומשכון? השופט **וינוגרד** במחוזי מסתכל על הנסיבות של העסקאות בין הצדדים ואומר שבאופן היסטורי קולומבו עשתה עם מאמא יוקרו עסקאות מכר רגילות בעבר. לא הייתה היסטוריה של עסקאות קונסיגנציה בין הצדדים אף פעם. ההסכם שנחתם כאן לא היה הסכם של קונסיגנציה אמיתית בגלל 2 אינדיקציות שהוא מצא בנסיבות:

1. הספקית, קולומבו, הוציאה חשבונית מס על העסקאות. חשבונית מס רגילה כאילו הנכס עבר לידי מאמא יוקרו. זו אינדיקציה לעסקת מכר רגילה, כי הם לא היו מוציאים חשבוניות כאלה אם הם לא היו נפרדים מהסחורה.
2. בעסקאות קונסיגנציה בדר"כ הקונה (מאמא יוקרו) היה אמור לדווח מדי פעם לספקים מה הוא הצליח למכור. בעסקאות אמיתיות יש מעקב על זה כדי שהוא גם ישלם רק על מה שהוא הצליח למכור. השופט אומר שכאן לא היה ככה, הם לא התנהגו כאילו הם בקונסיגנציה, לא היו דיווחים איטיים בפועל.

השופט **בך** הולך לנסיבות אחרות ואומר שצריך להסתכל על הנסיבות שאפפו את דרך ההגעה להסכם פה, מה היה <u>המניע לחתימת ההסכם</u> בין הצדדים. הוא אומר שבעסקאות קונסיגנציה אמיתיות החשש המרכזי של הצדדים שבגללו נכנסים לתניות שימור בעלות הוא חשש שהקונה לא יצליח למכור את הסחורה. אבל בנסיבות כאן היה חשש אחר - היסטורית, כשמסתכלים על היחסים בין מאמא יוקרו לקולומבו כל השנים, מאמא יוקרו קנתה מקולומבו סחורה בעסקאות רגילות ולא בקונסיגנציה. תמיד מאמא יוקרו ידעה בדיוק מה היכולת שלה למכור את הסחורה. <u>המניע כאן היה החשש הכלכלי</u> שנוגע למאמא יוקרו - קולומבו ידעה שמאמא יוקרו בקשיים ובגלל החשש שהיא תקרוס ומישהו ישים יד על הסחורה הוכנסה תניית שימור הבעלות. החשש הזה הוא לא החשש הקלאסי של עסקאות קונסיגנציה, זאת לא הייתה הסיבה. השופט בך אומר ש<u>המטרה האמיתית של העסקה היא לוודא שלקולומבו יהיה ממה להיפרע</u>, זה לא היה רצון לעשות עסקת קונסיגנציה

אמיתית. לכן ראוי לבוא ולהחיל כאן את הוראות חוק המשכון ולקבוע שיש עסקה של הסוואת משכון, כי טיבה הוא קבלת בטוחה שניתן יהיה לשלם על הסחורה שמסופקת.

הלכת קולומבו, מבחינת הניתוח שלה, כן נתפסת כהלכה ראויה, ככזו שמעדיפה מהות על פני הבחירה הפורמלית של הצדדים לעסקה. קידוחי הצפון למשל הולך לכיוונים אחרים ולא מבין בצורה נכונה את הלכת קולומבו, לכן מתעוררים שם קשיים (נדבר בהמשך).



שיעור 13 - 23.11.21

<u>התוצאה - המשך</u>

- הקונה הוא הבעלים של הסחורה.

הגיעו למסקנה שמדובר בעסקה שלמעשה מסווה משכון. תוצאת פסק הדין הייתה שהקונה הוא זה שזכה בבעלות בנכס, המהות האמיתית של העסקה היא שהבעלות באמת עברה.

- למוכר ישנו שעבוד (משכון לא רשום).

למוכר יש שעבוד מוסווה, שעבוד שהוא בחר לא לרשום. שעבודים לא רשומים הם כמו כל זכות חוזית - תקפה רק כלפי אנשים שהיו צד לעסקה, ולפי חוק המשכון - גם כלפי אנשים שידעו על המשכון.

- תוקפו של שעבוד זה ייקבע על פי דיני השעבודים (חוק המשכון).

עפ"י הוראות חוק המשכון ודיני השעבודים השעבוד תקף כלפי כל עולם אם הוא נרשם, אבל אם הוא לא נרשם - התוקף ייקבע עפ"י הוראות החוק: הוא לא תקף אלא אם אדם היה מודע לאותה עסקת משכון ואז הוא כפוף לה.

- במידה והמוכר הוא **יחיד** אזי יש בידו התחייבות למשכון.
- במידה ומדובר **בחברה** אזי אין לשעבוד כל תוקף וזאת לפי סעיף 178 לפקודת החברות.

חייבים לרשום שעבודים של חברה גם ברשם החברות, ואם זה לא נעשה אין תוקף לשעבוד חברה בכלל.

- האינטרס העיקרי לו טוענים **הנושים של הקונה** הוא אינטרס ההסתמכות.

התוצאה מנסה לקדם את אינטרס ההסתמכות של הקונה והנושים.

- הם טוענים כי הסתמכו על **החזקת הקונה** בסחורה והקנו לו אשראי ועשו איתו עסקים בגלל מצג זה.
- מי שהיה שותף למצג זה או אפילו יצר אותו הוא המוכר ועל כן היה עליו לדאוג ליצירת מצג נוגד בצורה של משכון הסחורה.

זאת גישה שבוחנת את **מהות העסקה האמיתית** ולא החזות החיצונית שלה, וחלק מהשיקולים בהכרעת הדין היו גם הרצון להגן על נושים אחרים של החייב ולהבטיח שלא ייעשו עסקאות משכון מוסוות ונסתרות שיכולות לפגוע בזכויות של נושים. אם מסתכלים על <u>הלכת קולומבו וההנחיה שלה</u>, כל מקרה נתון שניתקל בו שתהיה בו למשל תניית שימור בעלות - ייבחן תמיד בפריזמה של הוראות חוק המשכון, שמטרתן להגן על צדדים שלישיים ולוודא שככל שיש שעבוד ניתנת לו פומביות בדרך של רישום, וככל שלא נעשה רישום התוצאה היא שאין למשכון הזה תוקף.

<u>הלכת קולומבו</u>

- בענין קולומבו המירו **ספקית** (קולומבו) **וקמעונאית** (מאמא יוקרו) את עסקת המכר ביניהן בעסקת **קונסיגנציה** בסמוך למועד היקלעותה של הקמעונאית לקשיים כלכליים (קונסיגנציה פירושה, חוזה הנכרת במצבים בהם יצרן מעוניין למכור סחורה לקמעונאי, אך האחרון חושש שמא לא יצליח למוכרה, ולכן העברת הבעלות נדחית).
- **הבנק למסחר** הוא **נושה של מאמא יוקרו**, המעוניין לגבות את חובותיו. <u>הבעיה</u>: הסכם הקונסיגנציה מותיר את הבעלות בממכר בידי **קולומבו**.
- קולומבו טוענת: הממכר שלי מתוקף הסכם הקונסיגנציה! מחזק זאת סע' 33 לחוק המכר, סע' דיספוזיטיבי, המתיר לצדדים להתנות על מועד העברת הבעלות.
- **ביהמ"ש פסק, לאור סע' 2(ב) לחוק המשכון, כי העסקה בין הצדדים היא באופן מהותי עסקת משכון (ולא קונסיגנציה), ולפיכך הבעלות אינה בידי קולומבו, ויש להחיל את הוראות חוק המשכון**.
- **כיוון שקולומבו לא רשמה את המשכון, כמצוות סע' 178(א) לפקודת החברות, הרי שהשעבוד בטל** (סע' 4(1) לחוק המשכון קובע ששעבוד יהיה תקף אך ורק בהתאם להוראות בחוקים אחרים, באם קיימות הוראות כאלה. רלוונטי לענייננו – פק' החברות).
- השעבוד אינו תופס והבעלות בידי מאמא יוקרו. כונס הנכסים רשאי לחלק את הסחורה בין הנושים השונים.

אחרי הלכת קולומבו, הגיעה הלכה יותר שנויה במחלוקת. ההסבר להלכה הוא בעיקר חוסר הבנה של הלכת קולומבו ומה שהיא קובעת. קידוחי הצפון היא הלכה שבאה ומנסה במידה מסוימת להפוך את הלכת קולומבו ולייצר כלל אחר בנוגע לתניות שימור בעלות. אבל אם לקרוא את פסק הדין בצורה דווקנית, כנראה שהשופט לוין לא באמת הבין מה הלכת קולומבו קובעת ובאיזה נסיבות היא ניתנה. הוא לא היה מספיק רגיש לבחינת הנסיבות של השופטים בקולומבו.

מ.ש. קידוחי הצפון בע"מ נ' ורד גולי - מפרקת זמנית ומנהלת מיוחדת

ביהמ"ש אומר שהלכת קולומבו צריכה להתפרש בצורה מצומצמת. השופט לוין בפסק הדין אומר שצריך לבטל את פועלה של הלכת קולומבו שהיא הלכה שלטעמו חושדת תמיד בתניות של שימור בעלות, ופסק הדין אומר שהיחס החשדני הזה הוא בעייתי. לכן הכלל לדעתם בקידוחי הצפון צריך להיות:

- **בהעדר טעמים מיוחדים לסתור**, בכל מה שנוגע לעסקת אשראי שנכלל בה סעיף של שימור בעלות יש לכבד תניית שימור הבעלות ככתבה וכלשונה.

ההבנה של לוין את הלכת קולומבו היא שהיא יצרה איזשהו כלל שאומר שתניות שימור בעלות הן חשודות תמיד. זה לא ממש נכון, פסק הדין לא אומר את זה. הוא אומר שהן לגיטימיות ותקפות כשהן באמת תניות שימור בעלות. מדברים שם על הנסיבות הספציפיות של המקרה שבגללן התניה חשודה, ואין איזושהי אמירה גורפת לגבי תניות שימור בעלות. קידוחי הצפון לכאורה אומר משהו גורף הפוך - נכבד תמיד את התניות האלה אלא אם יש סיבה שלא, וכך גם עסקאות קונסיגנציה. למעט מקרים שברור שיש איזשהו רצון להבריח נכסים ניתן תוקף לתניות שימור בעלות. כנראה שביהמ"ש בקולומבו לא היה מתנגד לאמירה כזאת, לא נאמר שם בשום מקום שתניות שימור בעלות הן תמיד חשודות.

<u>הרציונלים</u>
(לאמירה של ביהמ"ש)

ביהמ"ש מציין שורה ארוכה של סיבות למה לא ראוי לחשוד תמיד בתניות שימור בעלות.

1. עסקת מכר הכוללת תניית שימור בעלות היא עסקה אמיתית, מוצדקת והגיונית מבחינה כלכלית: הרי אין לך דבר טבעי יותר מאשר שמוכר נכס יסייג את העברת הבעלות בממכר עד אשר ייפרע מהקונה את תמורת הממכר.

   אין הצדקה להתערב באוטונומיית הרצון של הצדדים לעסקה ולכתוב עבורם חוזה חדש או לצקת לתוכו משמעויות שלא התכוונו אליהן.

במידה רבה הסיבה כאן להתנגדות לחשד בתניות היא שאלה עסקאות הגיוניות ושתלויות בנסיבות שלהן, אז אין סיבה לחשוד בהן באוטומט.

2. <u>אין בכיבוד שימור הבעלות פגיעה באינטרס ההסתמכות של צדדים שלישיים</u>

בקולומבו חלק מההנמקה שהייתה נכונה לנסיבות פסק הדין היא שלא רוצים לפגוע בנושים של הקונה שהסתמכו על כך שיש לו סחורה בבעלותו. ביהמ"ש כאן אומר שלא תמיד תניות כאלה פוגעות באינטרס שלהם.

- **ראשית**, החזקה איננה יוצרת מסר חד-משמעי של בעלות. ממילא אין צדדים שלישיים יכולים להסתמך על החזקת נכסים בידי החייב (הקונה) כאות לכך שהזכויות בהן שייכות לו, שהרי ייתכן שנכסים אלה מוחזקים בשכירות, בהשאלה וכיוצ"ב...

החזקה היא לא תמיד סימן שהאדם הוא בעלי הנכס, הוא יכול להיות למשל שוכר שלו. יתכן שלאדם הזה אין בכלל זכות קניינית בנכס הזה.

- **שנית**, גם אם הנושים מניחים מצג של בעלות הקונה בנכסים, עדיין הקונה יכול למכור בכל רגע נתון את הנכס כך שההסתמכות עליו חלשה.

אם אני מסתמך על זה שבחנות קסטרו יש כרגע מלאי עסקי שאני אפרע ממנו אם הזכיין שלהם יקרוס, יאמרו לי שבכל רגע נתון כל הסחורה הזאת יכולה להימכר ולא יהיה לי ממה להיפרע. אלה נכסים שהקונה תמיד יכול להיפרד מהם ולכן זו הסתמכות מאוד חלשה. לכן אין כאן פגיעה באינטרס ההסתמכות, קשה לנושים באמת לטעון שהם הסתמכו כל כך על הסחורה הזאת כמקור לפרעון החובות שלהם.

<u>רציונלים מעשיים</u>

- <u>ראשית</u>, רוב מדינות האיחוד, שישראל קשורה עימן בהסכמי סחר, מכירות בתניית שימור בעלות.

- אי הכרה בתניית שימור בעלות פוגעת בקשרי המסחר בין ישראל לגורמים אלו.

זה יכול לערער את היכולת לעשות עסקאות אם ההסדר המשפטי בארץ לא יכיר בתניות האלה. מחיר כלכלי כבד.

- <u>שנית</u>, אי הכרה בתניית שימור בעלות גוזרת על הציבור גזירה שאינו יכול לעמוד בה במיוחד כאשר הממכר הוא מלאי עסקי.

זה יהיה נטל גדול מאוד על הספקים.

- המוכר לא יכול לשעבד את המלאי העסקי מחדש כל פעם שהוא שולח משלוח נוסף.

כאשר מדובר במלאי עסקי, המוכר לא יכול ללכת ולשעבד אותו כל פעם ולרשום עליו שעבודים, זה לא מעשי. בנוסף, כשהסחורה נמכרת לצד שלישי (למשל ספק מכר סחורה לחנות והחנות מכרה לקונה) - גם אם היה עליהם שעבוד רשום וזה נמכר, השעבוד לא תקף כלפי הקונה הזה.

- אמנם ניתן ליצור שעבוד צף אך שעבוד צף ניתן לרשום כאשר מדובר בחברה ולא כאשר מדובר ביחיד.

- כמו כן, ייתכן והמלאי עצמו משועבד בשעבוד צף קודם.

<u>הביקורת על הלכת קולומבו</u>

- <u>שלישית</u>, אי הכרה בתניית שימור בעלות גורמת לספקים להימנע מלספק סחורה באשראי אלא כנגד בטחונות טובים, דבר שהיה מייקר את הסחורה.

אנחנו עלולים לייצר בעיה קשה לאנשים בשוק שרוצים לקנות סחורות. ספק שיודע שהוא לא יכול לרשום שעבוד על מלאי עסקי ולא יכול לעשות תניית שימור בעלות, יציע אשראי רק אם יתנו לו ביטחון טוב כמו שעבוד על נכס למשל, וזה מייקר את הסחורה. תניית שימור בעלות היא פתרון אלגנטי וזול, ואי שימוש בה דוחקת בספק לחפש פתרונות יקרים יותר. מטיל נטל קשה על מי שצריך לקנות את הסחורות האלה.

- למעשה, גם אם תניית שימור בעלות היא בטוחה הרי היא בטוחה זולה יותר מבטוחות אחרות.

הסבר נוסף שביהמ"ש נוגע בו הוא שס' 2(ב) לחוק המשכון, שעוסק בהסוואת משכון ומתחקה אחר המהות האמיתית של העסקה, צריך לפרש אותו בצמצום ולהחיל אותו רק במקומות שברור לנו שמדובר בהסוואת משכון. אחרת נעדיף באופן לא הוגן את הנושים של הקונה על פני נושי המוכר, ואם אנחנו רוצים לעשות צדק עם כל הנושים אנחנו מפספסים את המטרה.

מכל הטעמים שהוזכרו, ביהמ"ש אומר שלא צריך לחשוד בתניות שימור בעלות וצריך לכבד אותן אלא אם יש טעמים לסתור.

<u>טעמים לסתור, מהם</u>?

האם יהיו מצבים שכן נחשוד בתניות האלה? קידוחי הצפון עדיין מותירה פתח לסתור את תניית שימור הבעלות ולקבוע שמדובר בעסקת משכון 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), מתקיימים כאשר <u>מדובר בתניית שימור בעלות מלאכותית שתכליתה היחידה הענקת עדיפות למוכר על פני שאר הנושים תוך עקיפת הוראות חוק המשכון. תניה שאין בה כל היגיון כלכלי או תכלית עסקית למעט הסוואת משכון</u>.

אבל איך נזהה שמדובר בעסקה נטולת היגיון כלכלי או תכלית עסקית? הלכת קולומבו למשל נטועה בנסיבות שלה ושל העסקה והן עוזרות להבין למה הגיעו למסקנה שזו תניית שימור בעלות שהיא מלאכותית.

<u>המתודה של הלכת קידוחי הצפון</u>

הפרשנות הנכונה של סעיף 2(ב) לחוק המשכון היא שהוא חל רק על עסקאות שכל כוונתן הסוואת משכון, לאמור: עסקאות שאין להן כל היגיון כלכלי או תכלית עסקית למעט הסוואת משכון, במטרה לעקוף את הוראות חוק המשכון (הענקת עדיפות על פני שאר הנושים ללא צורך במילוי אחרי הוראות חוק המשכון).

הלכת קידוחי הצפון

כדי ללמוד על "כוונת העסקה", קרי האם מדובר בעסקה שכוונתה משכון של ממש ללא כל היגיון כלכלי או מסחרי אחר (תניית שימור מלאכותית), יש לבצע **פרשנות דו-שלבית**, לפי לשון החוק (המשכון):

האחת, סובייקטיבית, היינו, לבדוק את פרטי ההסכמה בין הצדדים;
מה הצדדים סיכמו בהסכם ביניהם לגבי התנאים שבהם הסחורה נמכרת.

והשנייה, אובייקטיבית, כלומר לבחון האם הסכמת הצדדים על פי מהותה היא עסקת משכון (הקניית עדיפות על פני הנושים), וזאת ללא קשר לכינויה על ידי הצדדים.

גם זה לא באמת נותן הנחיה אופרטיבית. זה עדיין כללי מאוד ולא נותן כלים מעשיים איך להבחין בין עסקה שהיא תניית שימור אמיתית לבין מלאכותית. אין כאן הנחיה מעשית איך להבחין.

ברירת המחדל של קידוחי הצפון היא שאנחנו מעדיפים את הקביעה העקרונית של הצדדים על פני מהות העסקה, וזאת הביקורת המרכזית עליה. אי אפשר לומר שככלל תניות שימור בעלות תמיד תקפות. זו אמירה שמעדיפה פורמליזם על פני מהות אמיתית. הלכה נכונה יותר הייתה אומרת שצריך להתחקות אחרי הנסיבות ולא לאמץ שום כלל גורף. צריך תמיד לבדוק את תנאי העסקה. יש כאן ייצור של כלל גורף עם אפשרות לסתור, אבל בלי כלים להבין איך לסתור.

על ההבחנה בין קולומבו וקידוחי הצפון

- ב**קידוחי הצפון** נקבע ש**אם יתברר כי המדובר בתניית שימור בעלות אמיתית אזי חוק המשכון לא חל עליה** וזאת משיקולים של מדיניות: חופש החוזים, זכות הקניין, היעדר הצורך בפומביות בעסקה מעין זו, הקלה על הציבור (שלא להטיל על הציבור גזירה שאינו יכול לעמוד בה, והקלה בשוק האשראי).
- חוק המשכון יחול לפי **קידוחי הצפון** רק על עסקאות עם שימור בעלות מלאכותית שאין בהן כוונה לשימור הבעלות אלא למשכון.

על הקושי להשלים עם הלכת קידוחי הצפון

מעיון בפסיקה שניתנה לאחר **קידוחי הצפון** מתברר כי הערכאות הנמוכות (מחוזי ושלום) לא כל כך משלימות עם הלכת **קידוחי הצפון** ומחזירים את הלכת **קולומבו** בדלת האחורית.

בתי משפט בערכאות נמוכות לא אהבו את קידוחי הצפון וסברו שהלכת קולומבו היא הלכה ראויה יותר, שמתחקה אחר מהות אמיתית של עסקה וקובעת כלל משפטי ראוי יותר - שהכל נטוע בנסיבות העסקה בלי תנאים גורפים. הפסיקה המאוחרת לקולומבו נותנת לנו מבחני עזר שיוצקים יותר תוכן לאמירות של איך להתחקות אחר כוונת העסקה.

★ מה בכל זאת טוב במה שהשופט לוין עושה? - הוא מייצר ודאות עסקית, לא צריך לחשוש מלהשתמש בתניות האלה.

בנק הפועלים נ' לב אופיר
פסיקה מחוזית.

- לב אופיר סיפקה לשוסטרמן פנסי רחוב שהורכבו על ידה באתר באשדוד.
- בחשבונית המס שהונפקה על ידי לב אופיר לשוסטרמן נכתב "הסחורה נשארת בבעלות לב אופיר כל עוד לא שולמה התמורה במלואה...".

כלומר תניית שימור בעלות.

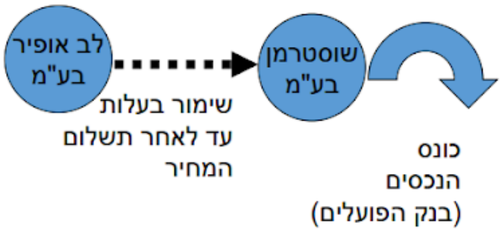
- שוסטרמן נקלעה לקשיים והבנק ביקש כינוס נכסים.

הקונה נקלע לקשיים.

- לב אופיר פירקה את הפנסים ולקחה אותם לחזקתה.

בגלל תניית שימור הבעלות.

- האם פעלה כדין?



<u>הטיעונים של לב אופיר</u>

לב אופיר טענה כי מאחר והתמורה לא שולמה אזי היא הבעלים של הסחורה בהסתמך על הלכת **קידוחי הצפון**.
צריך לכבד את תניית שימור הבעלות ככתבה וכלשונה בהיעדר טעמים לסתור.

<u>ההחלטה בעניין לב אופיר</u>

- בית המשפט דחה טענה זו.
- לפי הלכת **קידוחי הצפון** יש לבחון פרטי ההסכמה בין הצדדים.

מה הם התכוונו לעשות באופן סובייקטיבי ואיך באופן אובייקטיבי צריך לקרוא את מה שהם עשו.

- תניית שימור בעלות לא הופיעה לא בהצעת המחיר ולא בתעודות המשלוח אלא רק בחשבונית ועל כן איננה מהווה חלק מההסכמות בין הצדדים.

כלומר לב אופיר נותן לנו אינדיקציה מסוימת ואומר שכדי שתהיה תניית שימור בעלות צריך אינדיקציות שהצדדים התכוונו שתהיה תנייה כזאת, צריך לראות בשלבים המוקדמים של תעודת משלוח והצעת מחיר וכו' שהם הסכימו על תניית שימור בעלות. אם רק בסוף העסקה מציינים את זה, זה אומר אולי זה לא היה חלק מההסכמות המוקדמות בין הצדדים. לכן אין כאן תניית שימור בעלות ו<u>העברת בעלות</u>.
נותנים לנו **מבחן עזר**- צריך לבדוק את כוונת הצדדים החל מהצדדים המוקדמים.

למרות זאת, יש פסיקות אחרות שאומרות שבנסיבות מסוימות כן יינתן תוקף לתניות שימור בעלות שהותקפה רק על חשבונית, גם אם לא הייתה אינדיקציה לתנייה כזאת בשלבים מוקדמים:

<u>מקרים בהם אפשר להסתפק בחשבונית</u>

- ת.א 03 / 11653 **טכנוטייר בע"מ נ' אלי פריואת**- עקרונית ניתן ליתן תוקף לתניית שימור בעלות אשר הודפסה על חשבונית גם בהעדר 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.

כלומר יש כאן מעין סייג על לב אופיר. בעסקה מזדמנת אין ציפיה שיהיה תיעוד לכל החלפת ההסכמות בין הצדדים בשלבים המוקדמים, בעיקר בעסקאות קטנות או ביחס לסחורה מאוד מעטה. או מדובר בעסקאות מהירות ומזדמנות לא תמיד יהיה תיעוד בהצעת המחיר וכו', ולכן אם הייתה תניית שימור בעלות על חשבונית אפשר יהיה לכבד את התנייה הזאת בנסיבות האלה.

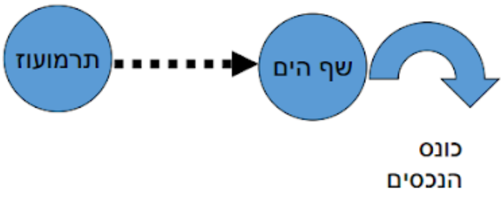
תרמועוז אחזקות בע"מ נ' שף הים (ניתן ב09/04)
פסק דין שניתן במסגרת הליך פשיטת רגל.

- תרמועוז התקשרה בהסכם מכר עם שף הים, לפיו רכשה שף הים מכונות מתרמועוז.

- בהסכם נקבע כי:

"המערכת תהיה רכושו של הספק והוא יוכל לקחתה חזרה, והלקוח נותן בזאת הרשאה בלתי חוזרת לספק, או למי מטעמו, להיכנס לחצריו, ולקחת המערכת וזאת במקרה והלקוח הפר הסכם זה הפרה יסודית או בהתקיים אחד או יותר מהתנאים הקבועים בסעיף 11 להלן."

כלומר הייתה הסכמת מפורשת שבה נקבע שהספק תרמועוז יכול לבוא ולקחת את המכונות שנמכרות, עם לכאורה תנייה של שימור בעלות בנסיבות שבהן יש הפרה של ההסכם, למשל אי תשלום על המכונות.



- לאחר תשלום חלק מסכום התמורה, נקלעה שף הים לכינוס נכסים ולא שילמה את יתרת התמורה.

לכאורה הסעיף הזה נכנס לפועל ותרמועוז יכולה לבוא ולהוציא משפע ים את המכונות.

- תרמועוז טענה כי יש לקיים את תניית שימור הבעלות שבהסכם המכר ולקבוע כי המכונות נשארו בבעלותה.

כי היא הבעלים לפי מה שהסעיף קובע.

<u>ההחלטה בתרמועוז</u>

בית המשפט דחה את הבקשה.
הוא קובע שתניית שימור הבעלות הייתה מלאכותית.

1. תניית שימור הבעלות היא חלק מההסכמות שבין הצדדים.
2. לאחר בחינת ההסכם בכללותו והתנהגות הצדדים, בית המשפט קבע, כי תנאי שימור הבעלות הוא תנאי מלאכותי שנועד אך ורק למטרה אחת: שעבוד המכונות כערובה לקיום החיוב של שף הים כלפי תרמועוז.

<u>השיקולים בקביעת מהות העסקה: משכון או שימור בעלות</u>

ביהמ"ש בפסק הדין נותן לנו איזושהי הנחיה ושיקולים יותר מנחים איך להגיע למסקנה אם מדובר בעסקה של שימור בעלות אמיתית או בעסקת משכון, 3 מבחני עזר להתחקות אחר המהות האמיתית של העסקה:

1. <u>מבחן הפיקוח והזיקה</u>:

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

האינדיקציה של פיקוח וזיקה מראה שאם אתה באמת הבעלים האמיתי עם תניית שימור בעלות, יהיה אכפת לך מהנכסים ותפעיל פיקוח ותשמר איזושהי זיקה שהנכסים האלה נמצאים תחת עינך הפקוחה. אם אתה לא עושה את זה משהו כאן לא הגיוני כי נראה שלא מעניין אותך מה קורה עם הנכסים האלה.

2. מבחן הרישום החשבונאי:
   - כיצד הצדדים רשמו את העסקה בספרים שלהם.

האם הם רשמו כעסקת מכר ונפרדו מהמלאי, או בדרך אחרת שמרמזת שתרמועוז השאירה את הנכסים בבעלותה כחלק ממצבת הנכסים שלה.

3. מבחן יחסי הכוחות:
   - יש לבחון את הכוחות שניתנו לקונה ביחס לנכס אל מול הכוחות ששויירו בידי המוכר.

האם הקונה קיבל בעלות או לא, איזה כוחות העסקה נתנה לו, האם הקונה רשאי לנהוג בסחורה מנהג בעלים למשל (וזה מראה שהמוכר באמת נפרד מהסחורה) וכו'.

על בסיס המבחנים האלה ביהמ"ש מגיע למסקנה שתרמועוז ושפע ים לא עשו עסקה אמיתית והרבה מהמבחנים האלה לא התקיימו באותן נסיבות.

<u>הקושי להשלים עם קידוחי הצפון</u>

הפסיקות בבתי המשפט המחוזיים יותר חשדניות, בודקים כל עסקה לגופה ולא הולכים לפי תנאי גורף כלשהו. הכל נבדק תחת זכוכית מגדלת, ולא "מחפפים".

- למעשה, הפסיקה במחוזי מנסה לפרש את הלכת **קידוחי הצפון** בצמצום.
- דרך אחת - על ידי הקביעה שתניית שימור בעלות איננה כלולה בהסכם בין הצדדים.
- דרך שנייה - על ידי פרשנות תכליתית לתניית שימור בעלות, תוך בחינת התנהגות הספק והזיקה שנותרה לו לסחורה אותה מכר, כאשר ברוב המקרים המסקנה תהיה שמדובר בתניית שימור בעלות למראית עין.

<u>מדוע הקושי להשלים עם קידוחי הצפון</u>

1. כיבוד גורף של תניות 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.

אם הולכים לפי כלל גורף שהמוכר הוא בעל הסחורה וצריך לכבד את התניות האלה, אנחנו עלולים לפגוע בנושים של הקונים ולהרתיע משקיעים לא לתת אשראי לחברות. לא רוצים להגיע למצב שמעדיפים תמיד את המוכרים על הקונים והנושים שלהם מבלי לעשות בדיקה יסודית. לכן אנחנו רואים גישה חשדנית יותר - כי אנחנו דואגים גם לנושים אחרים, לעובדים של החברה, רוצים לראות אם ניתן לעשות הליך הבראה של החברה... וכדי להיות מסוגלים לכך צריך להיות מאוד זהיר מי זוכה או לא זוכה בנכסים.

ויטה פרי גליל בע"מ נ' עו"ד נוב (עליון, 2013)

זו המילה האחרונה של ביהמ"ש בנושא. עולה שוב שאלת היחס בין קולומבו וקידוחי הצפון וכל הפסיקה המחוזית.

- בית המשפט העליון מכיר בפסקי הדין המחוזיים המאבחנים את הלכת קידוחי הצפון.
- אין מקום להלכה נוקשה ודווקנית ביחס לתניית שיור בעלות, כפי שעולה מהלכת קידוחי הצפון.

הוא לא מבטל את ההלכה, אבל אומר שהוא לא חושב שהלכת קידוחי הצפון נכונה היא הלכה ראויה מבחינת המסר העקרוני שלה. כל עסקה צריכה להיבחן עפ"י נסיבותיה.

- בית המשפט מבקש ליצור איזון בין דיני החוזים ודיני חדלות פרעון.

תמיד כשאנחנו עוסקים במתח בין הזכויות שבין המוכר לקונה ולצדדים השלישיים, אנחנו צריכים מצד אחד להיות רגישים לדיני החוזים- כיבוד הסכמות הצדדים, למשל התוקף לתניות שימור בעלות, אבל מצד שני גם להיות רגישים לעקרונות של דיני חדלות הפירעון. אם אנחנו נקלעים למצבים בהם יש צדדים שלישיים שמסתמכים על הסחורות האלה, אנחנו צריכים להיות זהירים מאוד ובדוק מה המהות האמיתית של העסקאות האלה.

- בית המשפט מותיר על כנה את הקביעה העקרונית של הלכת קידוחי הצפון המכירה בתוקפה של תניית שימור בעלות אך ממתן את הרושם לפיו הלכת קולומבו בוטלה: שתי ההלכות יכולות לדור זו לצד זו והיישום תלוי נסיבות וראיות.

ביהמ"ש אומר שהאמירות של ההלכה בקידוחי הצפון היו יותר מדי נוקשות, לומר שככלל זה תקף אלא אם כן… . והוא לא רוצה לתת תוקף אוטומטי לשום דבר. בסוף תניות שימור בעלות יהיו תלויות בכל עסקה והנסיבות שלה.

- תניית שימור הבעלות אכן עשויה להתפרש כפשוטה ולהותיר את הבעלות בממכר בידי המוכר עד לגמר התשלומים. ואולם, על מנת שהתניה תתפרש כך יש לבחון היטב את מסכת הראיות שעל המוכר, הטוען לתוקפה, לפרוש לפני בית המשפט.

המוכר צריך להראות שמדובר בתניית שימור בעלות אמיתית.

ביהמ"ש נותן לנו הלכה ברורה יותר ואומר שיש שני מבחנים מרכזיים שמבוססים במידה רבה על המבחנים שראינו בפסיקות היותר נמוכות. יש 2 אינדיקציות גדולות וחשובות שיכולות לסייע לנו להבין אם יש כאן תנייה אמיתית או לא:

<u>מבחנים אלו הם</u>:

3. ביסוסה של תניית שימור הבעלות בהסכם כתוב ומפורש.

שמתאר את הסכמות הצדדים.

4. קיומם של מנגנוני פיקוח ושליטה של המוכר.

על הסחורה שהוא מוכר. אם הוא משייר בעלות, האם יש מנגנוני פיקוח על הסחורה.

- המבחן הראשון הוא מהותי בנסיבות שבהן מתקיימים יחסים נמשכים בין המוכר- הספק לבין הקונה. בנסיבות כאמור אין להסתפק בהדפסה אגבית של תניה שימור בעלות על גבי חשבונית בלבד לשם ביסוס כוונת הצדדים.

צריך הסכם מפורש שמפרט את הסכמות הצדדים שבו תהיה תנייה של שימור בעלות. חשבונית בלבד לא תספיק.

- המבחן השני, דוגמת דיווחים שוטפים של הקונה למוכר-הספק, נועד ללמד על הותרת העניין הכלכלי והמשפטי של הבעלות בידי המוכר.

בהמשך לכל הפסיקות המוקדמות, ביהמ"ש רוצה אינדיקציה שלמוכר באמת אכפת מהנכסים שהוא מכר והוא מפעיל זיקה אליהם ופיקוח.

- אם מבחני המשנה אינם מתקיימים במקרה מסוים, ייטה בית המשפט לפרש את התניה, לכל היותר, כבטוחה, ולא כשיור הבעלות בממכר בידי המוכר.

אם אנחנו רואים שאין ביסוס לתנייה בהסכם ואין מנגנוני פיקוח ושליטה, ניטה לפרש את התנייה כהסוואת משכון ולא כתניית שימור בעלות אמיתית.

★ השורה התחתונה והמילה האחרונה בנושא היום היא ויטה פרי גליל בליווי הפסיקות הנמוכות יותר- אין יותר כלל נוקשה שתניות שימור בעלות תמיד תקפות, אלא כל תנייה כזו צריכה להיבדק לגופה וצריך לבחון את המהות האמיתית של העסקה עפ"י תנאי ההסכם וקיומם של מנגנוני פיקוח ושליטה.

כוחו של המשכון

סעיף **4** לחוק המשכון – מבהיר את סדר הקדימויות בפרעון.
"4(1) בנכסים שיש לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה – בהתאם לאותן הוראות;"

הסעיף מדבר בעצם על כלל ספציפי לעומת דין כללי- כשיש הוראות מיוחדות בחוק לגבי שעבודים, ההוראות הרלוונטיות יחולו בהקשר המסוים הזה.

רלוונטי בעיקר <u>לדיני החברות</u>:
סעיפים 178-179 לפקודת החברות
עוסקים בשעבוד נכסי חברה. שעבודי חברות נרשמים ברשם החברות ולא ברשם המשכונות. מטעמי זהירות רושמים בדר"כ גם וגם אבל חייבים לרשום ברשם החברות.

<u>ולדיני המקרקעין</u>: סעיפים 7 (חובת רישום), 9 ו-10 (דיני תחרויות)
כשנעשית עסקת משכנתא חייבים לרשום אותה ברשם המקרקעין. לא משנה נכס של מי זה, חברה או אדם פרטי, חייבים קודם כל לרשום שעבוד כזה במרשם המקרקעין כדי לתת לו תוקף. כשרושמים שעבוד של מקרקעין לא צריך לרשום שעבוד ברשמים אחרים, גם כשמשעבדים אותו זה אצל רשם המקרקעין ולא אצל רשם המשכונות.
בחברות - צריך לרשום אצל רשם החברות ולא רשם המשכונות. אבל אם חברה משעבדת מקרקעין - היא חייבת לרשום את השעבוד רק ברשם המקרקעין ולא ברשם החברות. כלומר החריג היחיד לס' 178-179 לפקודת החברות הוא מקרקעין.

<u>רישום משכון</u>

סעיף 4(3) לחוק המשכון:
"4(3) בנכסים נדים (מיטלטלין) ובניירות ערך שלא הופקדו כאמור ובכל מקרה אחר – <u>עם רישום המישכון</u> בהתאם לתקנות שהותקנו לפי חוק זה, אולם כלפי נושה שידע או היה עליו לדעת על המישכון יהיה כוחו של המישכון יפה אף ללא רישום."

"בכל מקרה אחר" - למשל זכויות, כמו זכויות חוזיות שרוצים לשעבד.
צריך לרשום את המשכון ברשם המשכונות.

הסיפא נותנת לנו חריג, מצד אחד חייבים ברישום כי הוא נותן את הפומביות ואז כולם כפופים לזכות הזאת, אבל מדברים כאן על ידיעה - אם נושה ידע שיש שעבוד/משכון הוא כפוף לו, הוא יהיה מחויב לו. זה הסדר שלא קיים בהקשרים אחרים.

הטעם לרישום: פומביות

<u>נכסים של חברות/אגו"ש</u>: אין צורך לרשום גם ברשם המשכונות – רק אצל הרשם הרלוונטי (רשם החברות או רשם אגודות שיתופיות).

<u>נכסי מקרקעין</u> – יש צורך ברישום בטאבו (לפי ס' 4(1)).
כלומר במרשם המקרקעין.

<u>עם רישום המשכון...</u>

תוקפו של משכון כלפי צד שלישי הינו מעת רישומו.
כל העולם כפוף לרישום הזה ברגע שנרשם המשכון. זה רישום שמעיד שהייתה עסקת משכון על הנכס.
הרישום נותן תוקף קנייני לשעבוד הקנייני שנוצר בהסכם. למעשה נוצר שעבוד שתקף כלפי כל העולם.

חריגים:
חוק המכר (סעיף 34):
<u>34</u> <u>תקנת השוק</u>: 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.

חריג לכפיפות של כל העולם- הכלל של **תקנת השוק במיטלטלין** (נדבר עוד בהרחבה בהמשך)- אם היה שעבוד על מלאי עסקי, הקונה לא כפוף אליו. מצב שאדם קונה נכס מאדם שעוסק במכירת נכסים מהסוג הזה (תכשיט בחנות תכשיטים, מחשב בחנות מחשבים), והמכירה הייתה במהלך הרגיל של העסקים שלו - בחנות מסודרת וביום עסקים רגיל וכו', אם קניתי את הנכס בתנאים האלה אני קונה את הנכס כשהוא נקי מכל שעבוד. גם אם היה רשום שעבוד על הנכס, אותי כקונה זה לא מעניין. גם אם מסתבר שהייתה תניית שימור בעלות על הנכס הזה או משכון על כל המלאי העסקי, ברגע שאני קונה בתו"ל ומקבל לחזקתי - הבעלות היא שלי והשאר לא משנה לי. מדגיש כמה שעבוד של מלאי עסקי יכול להיות פרקטיקה בעייתית.
תקנת השוק היא גם חריג לתנאי העקיבה והעדיפות. גם אם הנכס למשל נגנב ונמכר בשוק הפתוח, אני לא יכול לעקוב אחריו כבר ולקחת אותו. זאת כדי לאפשר מסחר, למנוע מצב בו כל אחד כשהוא קונה משהו ייאלץ לבדוק אם יש עליו משכון או תניית שיור בעלות וכו', זה לא ממש מעשי והעסקאות במצב כזה גם יהיו מאוד יקרות.

יש מנגנון בס' 4 שעוסק ב**הפקדת משכון**. אפשר ליצור פומביות למשכון שלא בדרך של רישום אלא בדרך של הפקדה. זאת הייתה הדרך המסורתית בעבר. מה שיוצר את הפומביות הוא ההחזקה של האדם. אם אני רוצה לקחת הלוואה ואני מפקיד אצלו יהלומים כדי לקבל אותה כך שהם יוחזרו לי רק כשההלוואה תיפרע - הפומביות נוצרת מעצם העובדה שהוא מחזיק בנכס שלא שייך לו.

<u>החיסרון</u> במנגנון של המשכון המופקד הוא שהוא מונע מהבעלים של הנכס להשתמש בו. זה חיסרון גדול, אמרנו הרי שהגדולה של שעבוד רשום הוא שהוא מאפשר לבעלים להמשיך להשתמש בנכס (למשל לנסוע ברכב או לגור בדירה) והמשכון פשוט רובץ על הנכס. במופקד - הנכס יוצא מרשות הבעלים ומופקד אצל הנושה, והבעלים לא משתמש בנכס עד שהוא משלם את הכסף והוא חוזר אליו. לכן זו דרך פחות שכיחה במשכונות, הרישום היום הוא "דרך המלך".

<u>משכון נוסף</u>

האפשרות לשעבד נכס יותר מפעם אחת.

סעיף **6** לחוק המשכון קובע:
בהיעדר התנאה בין החייב והנושה הראשון – ניתן לרשום משכון נוסף

בדר"כ כשעושים שעבודים כאלה עושים את השעבוד בדרגה - שעבוד מדרגה ראשונה, שנייה, שלישית וכו', יוצרים מדרג של סדר פירעון השעבודים. עד שהשעבוד הראשון לא יפרע אי אפשר לעבור הלאה לשעבודים האחרים. עד שיסולק השעבוד של הראשון השני לא יוכל להגיע למימוש. הסעיף עושה כאן משהו טוב - הוא נותן בטוחות לאנשים, וחבל לא לנצל את הנכס לכך.

החיסרון: הנושה השני יוכל להיפרע מהנכס רק לאחר שייפרע הנושה הראשון – דחייה בחלוקה. יש דחייה במועד החלוקה של מימוש החוב.

<u>למה שנושה שני יסכים לכך</u>?

- כששווי הנכס עולה בהרבה על גובה החיוב

עדיף להיות נושה מובטח מבעל זכות חוזית בלבד. עדיף להיות עם בטוחה כלשהי שהיא שעבוד רשום תקף קניינית, אחרת אתה בתחתית הרשימה. הרבה פעמים גם שווי הנכס עולה בהרבה על גובה החיוב, למשל נכס ששווה 2 מיליון שמבטיח חוב של מיליון וחוב של 100,000. הוא יכול לכסות את שני החובות, אז אמנם יש את החיסרון של הדחייה והוא יצטרך לחכות קצת, אבל לפחות השעבוד שלו מובטח והזכות קניינית ולא חוזית.

- כשמועד פירעון חיוב ראשון קרוב והסבירות שיפרע גבוהה מאוד

כלומר עומדים לסיים עם החוב הראשון בקרוב.

- כשנושה מוכן ליטול סיכון – יבוא לידי ביטוי בריבית

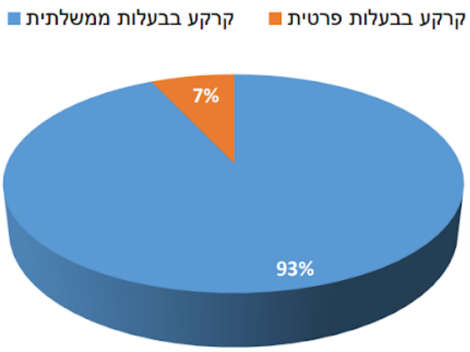
אם אתה רוצה ליטול סיכון ולא לקבל בטוחה, הריבית תהיה גבוהה יותר, תנאי העסקה יהיו יקרים יותר. אם הנושה מוכן לקחת את הסיכון ולקבל שעבוד שני, הריבית לא תהיה גבוהה כמו עסקה בלי בטוחה אבל גם לא תהיה נמוכה כמו עסקה עם בטוחה מדרגה ראשונה. הנושים יגלמו את זה בגובה הריבית.

- כשמעדיף להיות נושה מובטח על פני נושה לא מובטח – גם אם יש סיכון

כי המקום שלך בסדר הפירעון הרבה יותר טוב וגבוה במצב בו אין לך את הבטוחות האלה.

חשוב לדעת שזה כפוף להסכמה של הנושה הראשון - יהיו הסכמים שיאמרו שנכס מסוים משועבד לנושה X ולא ניתן לשעבד את הנכס יותר מפעם אחת. בדר"כ הכל נעשה בהסכמות של כל הנושים וכולם יודעים על כולם, ובדר"כ ההסכמות החוזיות גם מעגנות את זה.

המשטר הקנייני בישראל



ככלל, כשמסתכלים על מדינות בעולם, נראה שההסדרים המשפטיים בנושא של בעלויות בקרקעות הוא שרוב הקרקעות במדינה הן בבעלות של אנשים פרטיים ומיעוטן בבעלות של המדינה. המשטר הקנייני בישראל הוא אנומלי (חורג מהנורמה) בהקשר הזה. מרבית הקרקעות במדינה נמצאות בבעלות או בניהול המדינה ורק 7% בבעלות פרטית. בפועל, מה שזה אומר מבחינה אופרטיבית הוא שב-93 האחוזים האלה מי שיהיה רשום במרשם המקרקעין כבעלים הוא מדינת ישראל.
השאלה היא למה המצב המשפטי הוא כזה? המסגרת שלנו לכך היא החקיקה, ובעיקר חו"י מקרקעי ישראל.

<u>חקיקה מרכזית</u>

- **חוק יסוד: מקרקעי ישראל**

1. מקרקעי ישראל, והם המקרקעים בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת.
2. סעיף 1 לא יחול על סוגי מקרקעין וסוגי עסקאות שנקבעו לעניין זה בחוק.

ס' 1 הוא סעיף חריג, שלא קיים ברוב מדינות העולם. הוא קובע איסור העברת בעלות במקרקעין שהם בבעלות מדינת ישראל משלושה סוגים. ס' 2 אומר שאם יש חוק שמאפשר לעשות עסקאות מסוימות ולהעביר נכסי מקרקעין מסוימים, ס' 1 לא יחול. כלומר ס' 2 פותח פתח להעברת בעלות. מבחינה אופרטיבית החריג הזה מופעל דרך חוק מקרקעי ישראל.

- **אמנת מדינת ישראל-קק"ל**
- **חוק רשות הפיתוח (העברת נכסים), תש"י-1951**

<u>שלושת הסוגים של מקרקעי ישראל</u>: קרקעות שהבעלים עליהן הרשום במרשם הוא מדינת ישראל, קרקעות שהבעלים שרשום עליהן הוא תאגיד סטטוטורי בשם רשות הפיתוח (שפעילותו מוסדרת בחוק), וקרקעות שהבעלים בהן יהיה קק"ל, שהפעילות שלה הוסדרה באמנה שהוסדרה בין מדינת ישראל לקק"ל.
קרקעות שבבעלות רשות הפיתוח יהיו גם כן בבעלות מדינת ישראל, כי זה תאגיד סטטוטורי של המדינה. אבל קרקעות קק"ל הן קרקעות שהועברו לניהול המדינה, אבל המדינה היא לא הבעלים שלהן. הן נחשבות למקרקעי ישראל ומנוהלות ע"י מדינת ישראל לטובת קק"ל.

<u>מקרקעי ישראל</u> - מקרקעין של המדינה זה מקרקעין שהם בבעלות מדינת ישראל שרשומים במרשם כמקרקעין של מדינת ישראל כבעלים. מרבית הקרקעות ב-93% הם קרקעות מהסוג הזה, וכל המקרקעין שקיבלנו בירושה מהבריטים כשהכריזו על הקמת מדינת ישראל אלה הקרקעות שעברו לבעלות המדינה. כל אותם קרקעות בבעלות מדינת ישראל מנוהלות ע"י רשות מקרקעי ישראל, שיש חוק מסודר שמסדיר את פעולתה. למדינת ישראל יש גם בעלות שיורית בקרקעות. למשל במצב שבו יש שטח מקרקעין שאין לו בעלים או לא ידוע מי הם בעליו - מדינת ישראל תהיה הבעלים שלו. גם לפי חוק הירושה, אם אדם לא השאיר צוואה או יורשים אחריו - הבעלות עוברת למדינת ישראל כעניין שיורי. אלה המקורות מהם הקרקעות האלה יכולים להגיע.

קרקעות רשות הפיתוח - תאגיד סטטוטורי שהוקם בשנות ה-50, לאחר קום המדינה, ומנהל קרקעות עבור המדינה. זו קרקע שהיא בבעלות המדינה, אבל מי שרשום פורמלית היא רשות הפיתוח ולא מדינת ישראל. הרשות הזו הוסמכה בחוק לרכוש נכסים עבור המדינה, לפתח אותם ולמכור אותם. המקרקעין שהרשות הזאת קיבלה הם מקרקעין שהמקור שלהם הוא משני סוגים מרכזיים:

- מכוח חוק רכישת המקרקעין (אישור פעולות ופיצויים), שאפשר לרשות הפיתוח להפקיע ולהקנות לה מקרקעין שלא היו בהחזקת בעליהם בנקודת זמן מסוימת בשנת 1952. זה היה בעיקר בזמן/אחרי מלחמות, אחרי שאוכלוסיות רבות ברחו מישראל (בעיקר אוכלוסיה ערבית). כל הקרקעות הפנויות האלה הופקעו. מכוח החוק הזה הוקנו למדינה מעל מיליון ו-200,000 דונמים משטח המדינה. החוק קובע גם מנגנון של פיצוי לבעלים למקרקעין שנטשו/ברחו ממנו (הסדר שרוב הזמן לא ממומש).
- מכוח חוק נכסי נפקדים - חוק מ-1950 שהקנה לאפוטרופוס לנכסי נפקדים מקרקעין של נפקדים שמוגדרים בחוק הזה. ב-1953 האפוטרופוס לנכסי נפקדים עשה הסכם עם רשות הפיתוח, שהקנה לרשות הפיתוח את כל מקרקעי הנפקדים שהיו בידיו של האפוטרופוס ושיהיו לו בעתיד.

קרקעות קק"ל - לא קרקעות בבעלות המדינה. הן הועברו רק לניהול המדינה. קק"ל הוא גוף פרטי, חברה בריטית שפעלה באנגליה לפני הקמת המדינה ומטרתה הייתה ליישב יהודים במדינה. באו יהודי התפוצות בעיקר ומימנו רכישה מסיבית של קרקעות בשטח המדינה. הרפורמה במקרקעי ישראל למשל לא חלה על הקרקעות האלה כיוון שהם לא בבעלות המדינה (לכן חשוב לזכור את זה). הם רק מנוהלים ע"י המדינה לטובת קק"ל, היא משלמת למדינה כסף על ניהול המקרקעין האלה. חוק הקרן הקיימת לישראל נתן בעצם גושפנקא חוקתית לקק"ל שמסדיר את ניהול הקרקעות האלה ע"י המדינה. באמנה שמדינת ישראל עשתה עם קק"ל ההסכמות לגבי קרקעות קק"ל היא שהם מיועדים רק ליישוב של יהודים במדינת ישראל. זאת מגבלה משמעותית על העיצוב של הקרקעות האלה. רוב הקרקע החקלאית בישראל היא בבעלות קק"ל. הגוף הזה מבחינה משפטית הוא דו-מהותי, גם כפוף במידה מסוימת לכללי המשפט הציבורי (בעיקר בגלל שהוא חולש על כמות קרקעות כ"כ ניכרת שמשפיעה על חיים של הרבה אנשים).

אם נפתח את נסח הטאבו/הרישום במרשם המקרקעין נראה שמבחינה טכנית שלושת הגורמים האלה יהיו רשומים כבעלים.
מבחינה מעשית מי שמנהל את שלושת סוגי הקרעקות האלה היא רשות מקרקעי ישראל.

קק"ל הוא גורם שמייצר לפעמים בעיות. כשמדובר בקרקעות של המדינה, היא מחויבת לשורה של עקרונות של המשפט הציבורי ובכלל זה לעקרון השוויון וגם לשוויון בהקצאת מקרקעין. לכן קק"ל היא גורם שמייצר לנו בעיה- היא גורם שבהגדרה שלו מפלה מבחינה פורמלית מבחינת גישה לקרקעות (רק יהודים מורשים לשבת על הקרקעות שלה). זה הגיע אף לרצון של קק"ל להתנתק מניהול המדינה בשלב מסוים.

- **חוק מקרקעי ישראל, תש"ך-1960**

המסגרת שדרכה אפשר להעביר בעלות במקרקעי המדינה באופן חריג. אף אחד לא סוטה מחוק היסוד, אבל ככל שרוצים לחרוג ממנו זה נעשה דרך החריגים שקבועים בחוק הזה.

בתנאי ס' 2 לחוק אפשר לעשות עסקאות במקרקעי ישראל ולהעביר בעלות:

- **היתר העברת בעלות**

2. ואלה סוגי העסקאות שסעיף 1 לחוק היסוד לא יחול 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' באלול התשע"ד (31 באוגוסט 2014) (בפסקה זו – התקופה הראשונה), ו-400 אלף דונם נוספים למשך חמש שנים מתום התקופה הראשונה;

- ובלבד שהעברת בעלות במקרקעי הקרן הקימת לישראל לא תיעשה אלא באישורה.

החריג הכי חשוב - ס"ק 2(7). הרפורמה במקרקעי ישראל נעשה דרך הסעיף הזה. בקרקע עירונית ב-2009 החליטו להעביר רפורמה שתאפשר לאנשים לקבל בעלות במקרקעין.
נדבר על דרור ישראל- עוסק ברפורמה במקרקעי ישראל ובשאלה האם בכלל אפשר להעביר רפורמה כזאת מסיבית לאור הוראות חוק היסוד.

שיעור 14 - 25.11.21

בגלל איסור העברת הבעלות בחוק היסוד, רשות מקרקעי ישראל לא הייתה יכולה להקצות קרקעות לאנשים. הטריק שפותח כדי לעזור להם להתמודד עם זה היה החכירות ארוכות הטווח שהזכרנו כשדיברנו על ההבחנה בין בעלות לשכירות. ההבנה הייתה שהמדינה נותנת לאנשים משהו שהיא לא באמת תיקח מהם בסוף התקופה. ב-2009 הייתה הבנה שצריך לקבל איזושהי הכרעה, כי יגיע יום בו התקופה תיגמר והשכירות יסתיימו, והמדינה הרי לא תיקח את הבעלות מאנשים. ואז נעשתה רפורמה גדולה במקרקעי ישראל דרך חריג שמופיע בס' 2(7) לחוק מקרקעי ישראל - היא קבעה שצריך בעצם להפסיק עם המשחק הזה והפרקטיקה הזאת, ושהמדינה תיתן בעלויות לאנשים ותפסיק את החכירה לדורות במגזר העירוני בלבד. ההחלטה לתת שכירויות ארוכות טווח הייתה כרוכה גם בהרבה בירוקרטיה מבחינת האנשים שקיבלו את הזכויות, היה להם קשה גם להעביר את הזכויות הלאה וכו', והיה מחיר מאוד כבד למשטר הזה. לכן הוחלט ברפורמה שכל הקצאה חדשה של מקרקעין במגזר העירוני (ולא בחקלאי) תיעשה בדרך של העברת בעלויות באותה נקודת זמן. ההיבט הנוסף של הרפורמה היה שכל החכירות לדורות הקיימות של אנשים יתוקנו כך שהזכויות יתוקנו והם יקבלו בעלות בנכסים שלהם.
האיסור בס' 1 לחוק היסוד עומד בתוקפו, וס' 2(7) לחוק מקרקעי ישראל הוא הבסיס לרפורמה.

(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' באלול התשע"ד (31 באוגוסט 2014) (בפסקה זו – התקופה הראשונה), ו-400 אלף דונם נוספים למשך חמש שנים מתום התקופה הראשונה;

יש צורך לתקן את החוק כנראה כדי לאפשר העברות גם אחרי 2019. החוק עשה את זה בצורה זהירה - הוא אמר שהוא מקציב 800,000 דונם לשתי תקופות שבהן ייעשו כל התיקונים או ההקצאות החדשות בקרקעות שבהן זה נדרש, יש כאן הגבלה כמותית על שטח הקרקע. גם אחרי שהפעילו את הרפורמה הזאת, שטח

המדינה עומד עדיין על בעלות של 92-93%. זה משפיע בצורה זניחה, כי רוב הבנייה היא לגובה ולכן זה משפיע על שטחים מאוד קטנים. ההחזקות של המדינה עדיין דרמטיות מבחינת הנתח שלהן, כך שהרפורמה הזאת לא צמצמה אותן בצורה ניכרת.

- ובלבד שהעברת בעלות במקרקעי הקרן הקימת לישראל לא תיעשה אלא באישורה.

הסיפא אומרת שכל הרפורמה הזאת במגזר העירוני לא חלה עדיין על קרקעות קק"ל. יתכן והמדינה תגיע גם איתם להסכמות וייעשה תיקון גם באשר לקרקעות שלהם.

למה בעלות ציבורית בכ"כ הרבה שטח - המאמר של רחל אלתרמן

רחל אלתרמן היא אחת החוקרות החשובות בעולם בתחום של תכנון ובנייה. היא כתבה את המאמר "מי ימלל גבורות מקרקעי ישראל", שבו היא מסתכלת על הנושא של בעלות מדינתית בקרקעות בצורה ביקורתית. אן ספק שהשורה התחתונה של המאמר שלה היא שהיא חושבת שהמדיניות בישראל של בעלות מדינתית בשטח כ"כ ניכר משטח המדינה הוא לא הגיוני ולא נדרש.

מבחינה היסטורית היו הרבה מאוד סיבות לכך שאימצנו את המשטר הזה של בעלות מדינתית בשטח כ"כ מסיבי ואת חוק היסוד, שאם נבדוק את הסיבות האלה בצורה ביקורתית נראה שהן קשקוש מבחינה מהותית. אבל כשבחרו את המשטר המשפטי הזה שאי אפשר להעביר קרקעות שבבעלות מדינה החששות שהיו ברקע היו החששות הבאים:

- חשש ביטחוני- החשש המרכזי היה שהקרקעות האלה יפלו לידיים של גורמים זרים שיקנו קרקעות, שגורמים עוינים ירכשו וישתלטו על קרקעות מדינה. חשש גדול בייחוד במדינה עם אתגרים ביטחוניים רבים ומציאות של מלחמות.

- ההנחה ששליטה מדינתית תמנע ספסרות ביחס לרכישה ומכירה של מקרקעין, תאפשר למדינה לשלוט במחירים של הנדל"ן כדי שיהיו סבירים. אבל החשש הזה של ספסרות ועליית מחירים וששוק פרטי יגרום לעליית מחירים - דה פקטו רואים שהבעיה הכי גדולה בשוק הדיור היום היא שהמדינה לא משחררת קרקעות. זה עניין של היצע וביקוש, ככל שיש היצע יותר גדול שמגיב לביקושים - המחירים ירדו. ככל שיש מחסור תמידי בדיור - המחירים גבוהים. המדינה שולטת בקרקעות האלה, והרבה מהרווח שלה מגיע ממיסוי על העסקאות הנדל"ן האלה, היא לא מוצאת פתרונות וגם לא משחררת קרקעות כדי להביא ליותר בנייה. היא מנסה לגרום לאנשים פרטיים לשחרר את הקרקעות שלהם לדיור, וזה לא מספיק, זה לא מה שיפתור את הבעיה. מצד אחד המדינה רוצה את הכסף ממיסוי עסקאות המקרקעין האלה, ומצד שני לא משחררת את הקרקעות - היא זו שמייצרת בסופו של דבר את הבעיה הקשה.

שתי הסיבות האלה לא כ"כ משכנעות. הנימוק הביטחוני אמנם חשוב, אבל יש דרכים אחרות להתמודד איתו. אפשר לעשות רגולציה רכה יותר מאיסור לגמרי להעביר בעלות. וביחס לספסרות - הנימוק הזה פשוט לא נכון. אלה סיבות שויסמן מרחיב עליהן. היו עוד סיבות - הרבה מקרקעות המדינה, בעיקר קרקעות קק"ל, נרכשו מכספים של יהדות התפוצות, ואחת הסיבות שבגללן הם רצו לשמר בעלות מדינתית היא כדי לשמר את הקשר עם יהדות התפוצות ולוודא שהקרקע היא בבעלות לאומית, כי זו השקעה של אנשים פרטיים שהשקיעו המון כסף כדי לרכוש את הקרקעות האלה.

כשאנחנו מסתכלים על מה שאלתרמן עושה, היא לא מזלזלת בנימוק הביטחוני והוא בעינו עומד, זה כנראה החשש הכי כבד במדינה כ"כ קטנה שכולם רבים עליה. היא באה מנקודת מוצא שהיא אומרת שהיא מבינה שיש כל מיני שיקולים, אבל בואו ננסה לחשוב איך מדינות אחרות מתנהלות ואילו אלטרנטיבות קיימות.

- התערבות מירבית בשוק - רוב קרקעות המדינה הן בבעלות מדינתית, וזה חריג בעולם ולא הכלל. ברוב המדינות בעולם הקרקעות במדינה הן בידיים פרטיות. התערבות מירבית בשוק היא האמצעי הכי דרמטי שישראל מאמצת, והיא אומרת שהוא לא ראוי ויש מנגנונים אחרים שאפשר להשתמש בהם.

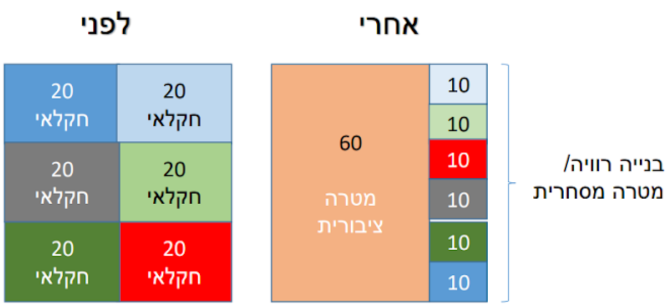
- הלאמה מלאה של זכויות בקרקע - פחות או יותר מה שקורה בישראל, כשהמדינה מחזיקה בידיה את מרבית הקרקעות אם לא את כולן. בסיטואציה כזו המדינה היא הבעלים של רוב הקרקעות או כולן. ברגע שיש הלאמה מלאה, זה נותן למדינה את הכוח להחליט ולהשפיע מה ייעשה בקרקעות האלה, דבר שמאוד נוח למדינה. זה הכלי ההתערבותי הראשון. אבל אלתרמן אומרת שיש כלים התערבותיים אחרים שמשתמשים בהם במקומות אחרים.

- הפקעה מסיבית של מקרקעין - מדינות שמפקיעות קרקעות בצורה לא פרופורציונלית, כמות מאוד גדולה של קרקעות, שלא תמיד קשורות לצורך מסוים של המדינה. הפקעה ככלל חייבת להיות לאיזשהו צורך ציבורי, מיידי או קרוב, שבגינו מפקיעים את הקרקע (לסלול דרך, להקים בי"ס, מבנה ציבור וכד'). אבל יש מדינות שמשתמשות בכלי הזה בצורה לא פרופורציונלית רק כדי שיהיה להן מאגר מאוד גדול. הרבה פעמים הפקעות מסיביות של מקרקעין נעשות בגלל טעמים ביטחוניים. למשל חוק נכסי נפקדים - זה היה מנגנון של הפקעה מסיבית של מקרקעין בתקופה מלחמתית שמדינת ישראל עברה, שבה הפקיעו באופן מסיבי הרבה קרקעות של אנשים שהם נפקדים ולא נמצאים בארץ. זה נעשה מצורך ביטחוני, מהצורך לפתח את הארץ ועוד. זה כלי מעט מתון יותר מהלאמה מלאה.

- רכישה לצורך יצירה של בנק קרקעות - הרבה פעמים מדינות לא משתמשות בשני הכלים הראשונים ולא מפקיעות סתם שלא לצורך, אבל כן יוצרות בנק קרקעות עם רזרבות, כלומר קצת יותר ממה שהן צריכות כרגע, כדי שכאשר הן יצטרכו קרקעות - יהיה להן בבנק הזה מספיק קרקעות שיוכלו לתת מענה לצרכים אפשריים עתידיים. זה כלי קצת יותר מרוסן, מצד אחד מפקיעות קצת יותר מהנדרש אבל מצד שני לא הולכות לכלי המסיבי או להלאמה המלאה.

- איחוד בעלויות וחלוקה מחדש (רפרצלציה) - זה בעצם טריק.

דוגמא איך אפשר להשתמש בכלי הזה כדי להימנע משימוש בכלים של הפקעה:



אמרנו שבמדינת ישראל וגם במדינות אחרות למקרקעין יש תעודת זהות של גוש וחלקה ולאנשים יש חלקות מוגדרות. במצב של לפני - יש לנו 6 קרקעות, חלקות של חקלאים, שכל אחת מהן היא שטח של 20 וכל הקרקעות האלה הן כרגע חקלאיות. נניח שהמדינה צריכה לסלול כביש ולהפקיע קרקעות לצורך בנייה שלו, והיא צריכה לשם כך שטח של 60. היא יכולה לומר שהיא לוקחת ל-3 החקלאים השמאליים, מפקיעה להם את הקרקע כדי לסלול שם את הכביש, ואז כל השלישיה מימין נשארת במצבה הרגיל בעוד שהשלישיה השמאלית נשארת בלי כלום וצריך לפצות אותם לפי דיני ההפקעות. זאת האופציה של שימוש בכלי של **הפקעה**.
השימוש בכלי שאלתרמן מדברת עליו, **רפרצלציה**, הוא כלי מתוחכם יותר שעושה את הדברים בדרך חכמה יותר. בכלי של איחוד בעלויות וחלוקה מחדש- המדינה בעצם אומרת שיש לה כוח תכנוני לאחד בעלויות בחלקות. חוק התכנון והבנייה מאפשר לעשות איחוד של החלקות ולייצר חלקה אחת גדולה מכל הקרקעות של ששת האנשים האלה, ולאחר מכן לעשות חלוקה מחדש. את החלוקה מחדש עושים כך שאם 60 הוא השטח שנחוץ לסלילת הדרך, את החלקה שנותרת (60) מחלקים בין כל ששת החקלאים באופן שווה.

אמנם פגעו בחלקם בכך שלקחו להם חלק, אבל כדי לא להגיע למצב שצריכים לפצות את האנשים האלה מה שעושים מבחינה תכנונית הוא **משנים את הייעוד של הקרקעות**- הייתה להם קרקע חקלאית ששווה הרבה פחות ממסחרית או למגורים וכו', אז משנים את הייעוד של כך שה-10 שהם יקבלו זהה ל-20 של החקלאי או אף עולה עליו. הכלי החכם של איחוד בעלויות וחלוקה מחדש היא טקטיקה נחמדה כדי להימנע מלפצות. למעשה לא מפקיעים כאן כלום, אלא מערבבים את הקרקעות כך שהם שומרים גם על אותו ערך כלכלי.

- <u>הפקעה נקודתית</u> - מנגנון של דיני ההפקעות שאנחנו מכירים במדינות מתוקנות. כאשר מדינה צריכה קרקע למטרה מסוימת, היא יכולה להפקיע קרקעות מסוימים לטובת מטרה מסוימת ולעשות הפקעה נקודתית. אם צריכים למשל לסלול במקום מסוים דרך ציבורית, יעשו הפקעה במקום בו היא צריכה לעבור. זה כלי מאוד מידתי וגם קל מאוד להצדיק אותו מבחינת ההצדקות גם בעיניים של אלתרמן. כלי הרבה פחות פוגעני מאלה שראינו לפני כן.

- <u>תכנון ציבורי</u> - כאן המדינה לא לוקחת כלום מאף אחד, אבל יש לה את דיני התכנון והבנייה ששולטים על הניצול והשימושים של המקרקעין גם כשהם בידיים פרטיות. יש ועדות תכנון (ועדות מקומיות/מחוזיות/ועדת התכנון הארצית - נמצאות תחת משרד הפנים) שהן אחראיות על כל המציאות התכנונית שלנו בישראל. הכלי של תכנון ציבורי נותן אפשרות להחליט איך ישתמשו בקרקע גם כשהיא בידיים פרטיות, לייעד אותה למטרות כאלה או אחרות, ואפשר להשיג דרך זה הרבה דברים. זה גם כלי שמאפשר למדינה שליטה בקרקעת גם כשהן בידיים פרטיות. יכולים לומר לי למשל שהקרקע שלי תשמש רק למגורים ולא לחקלאות.

- בקיצון השני יכול להיות לנו <u>שוק חופשי ללא התערבות</u> בכלל, הכל בידיים פרטיות.

זה כל הספקטרום של הכלים של התערבות, מהגישה הישראלית לגישות הכי פחות התערבותיות במדינה. אלתרמן מציגה את כל האלטרנטיבות ומראה שיש הרבה כלים שיכולים להיות פוגעניים הרבה פחות ולא חייבים ללכת לכלי הקיצוני של התערבות מירבית בשוק שאנחנו רואים בישראל. היא רק מציגה את הכלים מהכי קשה להכי ליברלי, כלים שהם אפשריים, אבל ברור שזה לא נותן פתרון לכל הבעיות.

האם נכון לשמר בעלות בידי המדינה?
≠
האם נכון לשמר מידה מסוימת של התערבות ציבורית?

אלתרמן שואלת בעצם האם נכון להמשיך עם הכלי הזה שמדינת ישראל משתמשת בו, האם נכון לשמר בעלות מדינתית בשטח כ"כ גדול. הכיוון שלה הוא **שלדעתה הכלי הקיים לא ראוי**, המנגנון שקיים כרגע לא נכון. היא לא אומרת על כמה צריך לשלוט, אבל כן אומרת שמה שכרגע קיים זה יותר מדי ושצריך לנסות לשוב על מצבים שבהם נכון לשמר מידה מסוימת של התערבות ציבורית. היא נותנת לנו את הסיבות שבגללן ראוי לשמר מידת התערבות מסוימת, אבל לא במתכונת הדרקונית שאנחנו רואים כיום.

<u>האם נכון לשמר מידה מסוימת של התערבות ציבורית</u>

אלתרמן נגד בעלות מסיבית בהרבה קרקעות. אופרטיבית - מדינת ישראל לא תלך ותמכור את כל הקרקעות האלה לידיים פרטיות, וזה גם לא דבר שיש בו גם צורך כרגע או ביקושים כ"כ גדולים לקנות הכל ברגע אחד. היא כן אומרת שצריך כלים יותר מתונים שמגיבים לבעיות מסוימות שכן מצדיקות התערבות מדינתית וציבורית ושליטה על היקף קרקעות מסוים. היא לא נכנסת לכמה קרקעות המדינה צריכה להחזיק, אבל אומרת שכשהיא רואה התערבות ציבורית במקרקעין היא רואה אותה בעיקר במצבים הבאים.

לפעמים כן נדרשת התערבות של המדינה ברמה מסוימת ושליטה שלה בנכסים. מידת ההתערבות שנדרשת יכולה להיות מוצדקת על בסיס:

- **כשלי שוק**
  - The Tragedy of the Commons

    טרגדיית המאגר המשותף. זה כשל שוק קלאסי שבו אני יודע שבבעלות משותפת של אנשים בלי משטרים של קניינים פרטיים החשש הוא שהמשאב לא ינוצל בצורה יעילה. לכן במצבים כאלה אנחנו כן רוצים לבוא ולהתערב. לא תמיד ההתערבות או הפתרון לטרגדיית המאגר המשותף היא דווקא הקניין הפרטי, ראינו שלפעמים גם בעלות מדינתית יכולה להיות יעילה או משטרים אחרים שיעשו עבודה טובה יותר, אבל זו דוגמא למצב של כשל שוק שבו משאב ידלדל ולא ינוצל בצורה מיטבית בגלל דרך הניהול שלו והקצאת בזכויות בו וצריך לחשוב איך לפתור את סוגי הבעיות האלו.

  - שמירה על משאבים לדורות הבאים

    היא מדברת גם על הצורך בטובין ציבוריים - מדינה צריכה לתת אפשרות שיהיו מוצרים ציבוריים לציבור, כמו מים, אוויר, ביטחון, פארקים, שמורות טבע, שטחים צבאיים וכו'. כשחושבים על כשלי שוק צריך לחשוב גם על הצורך להגן על מוצרים ציבוריים שיהיו לטובת כולנו, אנחנו צריכים את השטחים האלה והמדינה חייבת להקצות את השטחים האלה כדי לתת לנו את הצרכים האלה. לכן אנחנו חייבים בעלות ציבורית בקרקעות האלה.

    היא מדברת הרבה על חופים ואוצרות טבע, ועל כך שהרבה פעמים צריך בעלות ציבורית גם כדי לשמור על כל המשאבים הטבעיים שיש לנו ועל משאבי טבע שאנחנו רוצים לשמר. לא רוצים שחוף ציבורי או אוצרות טבע כמו מחצבים ונפט ומים יהיו בבעלות פרטית. לכן הרבה פעמים חייבים בעלות מדינתית בקרקעות. זו אחת ההצדקות המובהקות.

  - טיפול בהחצנות

    השפעות חיצוניות - השפעות שגורמות פעילויות מסוימות, שעפ"י כללי השוק אם המדינה לא תתערב הן לא יופנמו. זה יוכל להיות למשל מצב שבו יש מפעל מזהם שמייצר החצנות זיהום אוויר, ובלי

התערבות מדינתית הוא ימשיך לזהם כי אף אחד לא אומר לו מה לעשות והוא לא יפנים את הנזקים שזיהום האוויר מייצר. בגלל זה נכנס המשרד לאיכות הסביבה ומעביר תקנות סביבתיות על זיהומי אוויר, ואז מכריחים את אותו גורם להכניס למאזן הרווח וההפסד שלו את ההחצנות וההשפעות שהפעילות שלו מייצרת מבחינה חברתית וכלכלית. היא אומרת שלפעמים כדי לטפל בהחצנות שמייצרים כל מיני גורמים בחברה, צריך התערבות ציבורית ושליטה על משאבים וצורך לבוא ולומר לאנשים מה ייעשה במקרקעין שלהם אפילו. ההתערבות הציבורית מתחייבת לדעתה במצבים כאלה כדי לטפל בהשפעות האלה. היא לא חושבת שההצדקה הזאת צריכה להאט את ההפרטה, עדיין צריך להפריט את רוב הקרקעות, אבל כדי לטפל בהחצנות צריך לאמץ כלים שיכריחו כל מיני שחקנים בשוק להפנים את התוצאות של מה שהם עושים, והתערבות ציבורית תהיה ודאי מוצדקת במצבים האלה.

- שליטה בעיתוי הפיתוח

והשקעה ציבורית בתשתיות - הרבה פעמים המדינה צריכה רזרבה קרקעית כדי להיות מסוגלת להחליט מתי לפתח קרקעות למטרות מסוימות, מתי להשקיע בתשתיות... לפעמים התערבות ציבורית ושליטה במשאבים היא חיונית אם רוצים לשלוט בעיתוי פיתוח, אם יש לי תוכניות ארוכות טווח לבנות רכבת קלה למשל, כדאי שלמדינה תהיה שליטה על קרקעות שיאפשרו הוצאה לפועל של פרוייקטים גדולים ארוכי טווח. זה בהחלט צריך לאפשר להיות בעלים ציבוריים של אותן קרקעות, הרבה פעמים נצטרך קרקעות כאלה.

- פערי מידע

לפעמים הרבה מהכשלים בשוק נובעים מפערי מידע בין צדדים, ולפעמים דווקא שליטה מדינתית על קרקעות יכולה לסייע בבעיות כאלה, לשבור מונופולים בתחום הנדל"ן וכו'. אבל נגענו כבר בהצדקה הזאת ואמרנו שהטענה הקלאסית למה בכלל צריך בעלות מדינתית היא שבעלות מדינתית תמנע ספסרות, עליית מחירים, היווצרות של כוח כלכלי גדול במקרקעין, וראינו שזה דווקא טיעון פחות חזק והיא בעצמה אומרת שטיפול בפערי מידע לא מצדיק עדיין בעלות מסיבית בקרקעות.

במצבים כאלה הרבה פעמים כן צריך התערבות של מדינה במידה מסוימת, שהיא תשלוט בנכסים, אבל לא התערבות מסיבית.

- **הצדקות חברתיות**
  - קידום ערכים פוליטיים-אידיאולוגיים

דווקא בישראל אם להסתכל על המדיניות הציבורית יש בה הרבה מאוד דוגמאות איך רותמים את הכלים של תכנון ציבורי לקדם ערכים או אידיאולוגיות. בישראל הרבה רואים בבעלות לאומית על קרקעות או על רוב שטח המדינה ביטוי אידיאולוגי פוליטי סמלי של הלאום היהודי וזיקת העם היהודי לקרקעות. היא אומרת שהפן האידיאולוגי-היסטורי הזה נחלש והרכיב שהוא יותר דומיננטי היום בהקשר הזה הוא בעלות מדינתית כדי למנוע השתלטות של גורמים עוינים על המקרקעין. אפשר לראות בהנמקה הזאת משהו משכנע, החשש הזה הוא חשש אמיתי שעדיין משחק תפקיד בבעלות לאומית, אבל אפשר להתמודד איתו ברגולציה. יש רגולציה שמסדירה את עניין העברת הבעלות בקרקעות לזרים, כל אדם שרוצה למכור קרקע שבבעלותו בישראל נתון לאישורים שצריך לקבל ממשרד השיכון ויש מנגנון שלם בחוק מקרקעי ישראל לכך. לא חייבים בעלות על 92% מהשטח כדי לשלוט על זה.

  - ביטול פערים חברתיים

לפעמים התערבות מדינתית במקרקעין מוצדקת על רקע של רצון לעשות חלוקה צודקת יותר של הנאות או סבל וקידום יעדים חברתיים לזכאים. בעלות מדינתית מוצדקת רק ביחס לכמות המקרקעין שנדרשת. למשל דיור ציבורי - יש אוכלוסיות חלשות במדינה שצריכות קרקעות ורוצים לקדם יעד

חברתי של מקרקעין בשבילן ולעזור להן, אז נקצה כמות מסוימת של קרקעות לפי כמות אנשים בקו העוני ואנשים שאין להם דיור למשל. נקצה לטובת זה קרקעות, אין צורך בשביל זה בבעלות במעל 90% מקרקעות המדינה.

○ הערכות להתמודדות עם משברים

הרבה פעמים אנחנו יכולים להיקלע לאיזשהו משבר שמצריך נדל"ן בצורה מסיבית. למשל גלי עלייה שהיו בשנות ה-90 - היו גלי הגירה גדולים מאוד והרבה אוכלוסיות היו צריכות דיור, וגם שם לפעמים צריך פתאום התערבות מסיבית בשוק הנדל"ן והקצאות של קרקעות ובנייה מסיבית לאנשים. במצב כזה ודאי צריך עתודות של קרקע שתשמש ותתן מענה להתמודדות עם המשברים האלה. אבל גם לצורך זה קשה לומר שצריך מעל 90% מקרקעות המדינה.

○ מיתון שיקולים פוליטיים בקבלת החלטות

לפעמים 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 פה היא שדווקא בעלות מדינתית תמנע הטיות בחלוקה של קרקע והמדינה תעשה חלוקה יותר מאוזנת. מצד שני אנחנו יודעים שיש הרבה ביקורת על החלטות רשות מקרקעי ישראל, למשל הפערים בין המגזר החקלאי וההטבות שנתנו להם לעומת המגזר העירוני וכו'. אז במבחן הביקורת זה לא תמיד עבד, וזה בטח לא יסוד או בסיס לבעלות מדינתית כ"כ מסיבית.

<u>למה לא הפרטה מלאה</u>?

אפשר לומר שמדובר בשתי סיבות מרכזיות למה אנחנו לא הולכים על מנגנון מצד שני של הפרטה מלאה. לתת את כל הקרקעות לידיים פרטיות זה לא הפתרון, וגם אלתרמן אומרת את זה. למה לא הולכים למנגנון של הפרטה מלאה? יש <u>2 סיבות מרכזיות</u>:

- מצרכים בסיסיים לכל אזרח

במדינה ליברלית אנחנו צריכים איזושהי קבוצה של מצרכים בסיסיים לכל אזרח. אי אפשר להפריט הכל במדינה- את המים, את האוויר, את בתי הסוהר וכו'. יש כל מיני דברים שמדינה ליברלית רוצה לתת לאזרחים שלה ולכן אנחנו צריכים שתהיה לה שליטה על נכסים מסוימים בהיקף מסוים, שלא יהיו בידיים פרטיות, ובכלל זה גם מקרקעין. אם צריך לספק צרכים ציבוריים כמו כבישים מהירים, תשתיות לרכבות, תשתיות לחשמל, מבנים לעיריות, שירותי בריאות וכו' - צריך מקרקעין ושטחים לדברים האלה. ואם המדינה מספקת את הצרכים האלה- היא צריכה שטחים בשבילם.

- The Comedy of the Commons

הצדקה של מלומדת מ-ייל בשם קרול רוז, שמדברת על הקומדיה של ההמונים. אם נלך למנגנון של להפרטה מלאה, שהכל במדינה בידיים פרטיות, אנחנו נאבד את הערך של החברתיות של החברה שלנו. זאת כיוון שלא יהיו אתרים בהם יוכלו להיווצר קשרים בין בני אדם. חלק מזה שאנשים יוצרים קשר בחברה עם אחרים ומתקשרים עם אחרים זה בגלל שיש את אותם מקומות שהם בבעלות ציבורית, אתרים שכולנו יכולים להיפגש בהם ולהתחבר זה לזה, שטחים ציבוריים. אם הכל היה בידיים פרטיות לא היו אתרים כאלה. הצורך הזה לא ללכת לכיוון של הפרטה מאה נובע גם מהרצון הזה שתהיה חברתיות וחיבור בין אנשים.

בעלות בידי המדינה

המשטרים שהמדינה יצרה לאורך השנים בהחלטות רשות מקרקעי ישראל.

חכירה ארוכת טווח	רישיון במקרקעין
מגזר עירוני	מגזר חקלאי
חזק	**חלש**

במגזר העירוני רשות מקרקעי ישראל לאורך השנים ניהלה את הקרקעות והקצתה אותן לאנשים פרטיים בדרך של חכירות ארוכות טווח, חכירה לדורות לתקופות זמן ארוכות מאוד. רוב המקרקעיין היו מוחכרים ל-49 שנים עם אופציית הארכה ל-49 שנים נוספות. החכירות האלה של המגזר העירוני נתפסו לאורך השנים כזכויות מאוד חזקות, זו זכות שכירות קניינית, אבל עדיין התפיסה הייתה שחכירה לדורות דה פקטו היא למעשה קרובה לבעלות והיא לא שכירות. המטרה של העסקאות האלה הייתה ליצור לתחליף לעסקת בעלות שאי אפשר היה לעשות בגלל חוק היסוד. הפסיקה לאורך השנים כמו **בסו נ' מלאך ואח'** הייתה שדה פקטו מה שיש למגזר העירוני בחכירות לדורות שהמדינה נותנת היא זכות קניינית חזקה שקרובה לבעלות, שאף אחד לא יקח לאנשים את הנכסים אחרי תום התקופה. התפיסה היום בעיקר לאחר הרפורמה היא שדה פקטו המדינה באמת מעבירה לאותם חוכרים לדורות היסטוריים את הזכויות נותנת להם בעלויות, יש תיקוני רישומים של כל העסקאות ההיסטוריות האלה בדרך של העברת בעלות (וזה נעשה בפעימות המדינה עדיין לא סיימה להעביר את כל הבעלויות). הקצאות חדשות של קרקע במגזר העירוני נעשית בדרך של העברת בעלות מאז 2009, וכל זה נעשה דרך **ס' 2(7)** לחוק מקרקעי ישראל שהזכרנו. בכל הנוגע להעברת בעלות על שם אנשים - החוק קובע איך זה נעשה, למשל אם הם לא סיימו את התשלומים על החכירה לדורות העברת הבעלות יכולה להיות תלויה בסיום התשלומים.

המגזר החקלאי הוא מגזר עם זכויות יותר חלשות, ולרוב החקלאים שעובדים על קרקעות ועוסקים בעיבוד שלהן יש זכויות חלשות שטיבן הוא זכות חוזית מסוג רישיון במקרקעין, ולא קניינית אפילו. המגזר החקלאי לא מקבל זכויות קנייניות וקרקעות, רוב האנשים שיש להם מקרקעין במגזר החקלאי עובדים עם זכויות של רישיון במקרקעין. זו בעצם הרשאה שבעל המקרקעין נותן לאנשים אחרים לפעול בקרקע (למשל לעבד אותה לצורך חקלאי), אבל מדובר כאן בזכות שהיא חוזית, אישית, לא עבירה, והבעלים יכול עקרונית גם לחזור בו ממנה ומהעסקה. מדינת ישראל התקשרה עם המגזר החקלאי (שהוא מגזר די גדול ושחולש על לא מעט קרקעות) בעיקר דרך רישיונות במקרקעין. ההסכם שבאמצעותו היא עשתה את זה הוא הסכמים שהמדינה עשתה עם מושבים, קיבוצים, אגודות שיתופיות. ההסכם הזה נקרא הסכם בר רשות/הסכם משבצת. זה חוזה תלת-שנתי בדר"כ שמחדשים כל פעם, שבו המדינה נותנת למושב/קיבוץ/אגודה רישיון לשבת על המקרקעין ולעבוד אותו, לפעול בו וכו'. כל אותם חברים בקיבוץ/אגודה/מושב היו מקבלים רשות מבר הרשות במסגרת ההסכם הזה לעבד ולעבוד את הקרקע. אבל הזכויות האלה מאוד חלשות וההסכמים נותנים זכויות מאוד חלשות למגזר הזה. בגלל שזה הסכם תלת-שנתי קל יותר למדינה לעשות שינויים והתאמות בהסכמים האלה ובתנאיהם. המדינה בשנים האחרונות מפעילה גם יותר כלים נגד גורמים שלא באמת עוסקים בעיבוד קרקע והיא לוקחת קרקעות אם היא רואה שהם לא משמשים למטרות חקלאיות. היא מקיימת פעילות יותר מסיבית בקרקעות האלה ויותר פיקוח, לא נותנת למגזר הזה להחזיק קרקעות ללא צורך.

כשמשווים את המגזרים - למגזר העירוני יש זכויות חזקות הרבה יותר מאשר למגזר החקלאי.

<u>הרפורמה ברשות מקרקעי ישראל - 2009</u>
לא חלה על המגזר החקלאי! רק לעירוני.

- נעשתה באמצעות סעיף 2(7) לחוק מקרקעי ישראל, תש"ך-1960:
- 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' באלול התשע"ד (31 באוגוסט 2014) (בפסקה זו – התקופה הראשונה), ו-400 אלף דונם נוספים למשך חמש שנים מתום התקופה הראשונה;
- הפעלת הרפורמה הוסדרה בחוק רשות מקרקעי ישראל, תש"ך-1960 – סע' 4יז - 4כב.

- פסק דין **תנועת דרור לישראל נ' ממשלת ישראל**

בפסק הדין ניסו לתקוף את הרפורמה במקרקעי ישראל וטענו שהיא מסיבית מדי, מעבירה כמות קרקעות מאוד גדולה, פוגעת בעקרונות של חוק היסוד. הם טענו שהתיקון הזה לס' 2(7) שמאפשר העברה של 800,000 דונם במצטבר היה צריך להיעשות בחוק יסוד ולא בחקיקה כמו חוק מקרקעי ישראל. בג"צ אמר שהעקרונות החוקתיים של ס' 1 לחוק היסוד שאוסרים על העברת בעלות במקרקעי המדינה לא באמת נפגעו או שונו בצורה דרמטית בעקבות התיקון כיוון שחוק היסוד עצמו בס' 2 קבע דרך לחרוג מהוראותיו והכיר צורך להתאים את הוראות החוק למציאות מבלי לסטות מהעיקרון הכללי. לכן החוק עצמו נתן הכשר לרפורמה שמופיעה בס' 2(7). ביהמ"ש מדגיש גם שמדובר בכמות קרקעות קטנה שלא משפיעה באופן דרמטי על הכלל של בעלות מדינתית כברירת מחדל. לכן העליון קובע שהרפורמה הזאת חוקתית ולא פוגעת בעקרונות חוק היסוד.

<u>נושא העברת הקרקעות לזרים</u> - החשש הזה שהיה דומיננטי ועולה גם אצל אלתרמן וגם מצדיק היסטורית את איסור העברת הבעלות- הוא הוסדר בחוק. יצרו רגולציה מסודרת בחוק מקרקעי ישראל בס' 2א. הוא יוצר הגבלה על הקנייה או העברה של זכויות מקרקעין לזרים. החוק אומר בעצם שגם אם אתה בעלים פרטי של הקרקע יש דרך להתמודד עם זה, גם בלי שהמדינה בעלת הקרקע היא יכולה ליצור הגבלות על העסקאות שאנשים עושים עם אנשים זרים. יש בסעיף פרוצדורה שלמה איך מאשרים עסקאות עם זרים -

(2) המבקש להקנות או להעביר זכויות במקרקעי ישראל לזר, יגיש בקשה לאישור ההקניה או ההעברה ליושב ראש מועצת מקרקעי ישראל;

- ממילא יצרו כאן רגולציה שיצרה מנגנון מפקח על הדרך בה הקרקעות עוברות לאנשים, מנגנון מפורט מאוד שבלעדיו לא יהיה תוקף לעסקה.

2א(ד)(3) היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, או בעל עניין, רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה להצהרה על בטלות עסקה שנעשתה בניגוד להוראות סעיף זה, או בבקשה לסעד אחר המתאים לנסיבות העניין, לרבות מחיקת רישום מפנקסי המקרקעין.

- המחוקק בעצם אומר שאפשר להתמודד עם החשש הזה גם בלי להיות בעלים של כל הקרקע, יש כאן שליטה על עסקאות עם קרקעות של זרים באמצעות הסעיפים האלה.

שיעור 15 - 30.12.21

(שיעור מוקלט)

דיברנו על כך שבמסגרת חוק מקרקעי ישראל נעשתה הסדרה להגבלה על הקניה או העברה של זכויות במקרקעין לזרים. יש הסדר שלם בס' 2א לחוק מקרקעי ישראל שמסדיר את כל הנושא של האישורים הנדרשים לצורך הקניית קרקעות לזרים. החשש מהעברת קרקעות לזרים היה אחד החששות המרכזיים שדיברנו עליהם כשעסקנו בשאלה מדוע יש איסור על העברת מקרקעי ישראל בחוק היסוד. אחד הנימוקים ש**אלתרמן** מעלה במאמרה נגד הטיעון הזה הוא שזה לא הכרחי להחזיק בהיקף בעלות כ"כ גדול המקרקעין כדי להתמודד עם החשש של נפילת קרקעות לידי אנשים זרים, ורגולציה יכולה לפתור את הבעיה ללא צורך בהתערבות מסיבית בכל הנוגע לבעלות בקרקעות מדינה.

<u>חוק מקרקעי ישראל, תש"ח-1960 - הגבלה על הקניה או העברה של זכויות במקרקעין לזרים</u>

- **הגבלה על הקניה או העברה של זכויות במקרקעין לזרים**
- 2א. ...
- (2) המבקש להקנות או להעביר זכויות במקרקעי ישראל לזר, יגיש בקשה לאישור ההקניה או ההעברה ליושב ראש מועצת מקרקעי ישראל;
- (3) יושב ראש מועצת מקרקעי ישראל רשאי לתת אישור להקניה או להעברה של זכויות במקרקעי ישראל לזר, על פי המלצה של ועדת משנה של מועצת מקרקעי ישראל ולאחר התייעצות עם שר הביטחון ושר החוץ, ובהתאם לייעוד הקרקע ולזהות המבקש – גם עם גורמים נוספים שייקבעו בתקנות כאמור בסעיף 4(ב);
- (4) בבואו להחליט בדבר מתן אישור כאמור בפסקה (3), יביא יושב ראש מועצת מקרקעי ישראל בחשבון, בין השאר, שיקולים אלה:
- (א) טובת הציבור וביטחונו;
- (ב) זיקתו של הזר לישראל, לרבות נתוניו האישיים, תקופות מגוריו בישראל וקרבה משפחתית שלו למי שאינו זר;
- (ג) המטרה שלשמה הזר מבקש כי המקרקעין יוקנו או יועברו לו;
- (ד) היקף המקרקעין שנקנו בידי אותו זר או שהועברו לו, קודם למועד הבקשה;
- (ה) תכונות המקרקעין המבוקשים, לרבות גודל השטח המבוקש, מקום המקרקעין וייעודם;
- (5) על אף האמור בפסקאות (1) ו-(3), מנהל רשות מקרקעי ישראל או מי שהוא הסמיך לכך מבין עובדי הרשות, רשאי לאשר הקניה או העברה של זכויות במקרקעי ישראל לאחד מאלה:
- (א) זר שאינו תאגיד, המבקש לרכוש יחידת מגורים אחת במקרקעין שייעודם למגורים לפי תכנית, ובלבד שאינו בעל זכויות במקרקעין ביחידת מגורים נוספת; לעניין זה, "תכנית" – כמשמעותה בחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965;
- (ב) זר שמינהלת מרכז ההשקעות אישרה להעניק לו מענק לפי חוק לעידוד השקעות הון, לצורך יישום התכנית שלשמה אושר המענק; לעניין זה –
- "חוק לעידוד השקעות הון" – חוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959;
- "מינהלת מרכז ההשקעות" – כהגדרתה בחוק לעידוד השקעות הון;
- (ג) מדינה, בהתאם להתחייבות של מדינת ישראל בהסכם בין-לאומי, לצורך ניהול ענייני אותה מדינה בישראל במסגרת ההתחייבות שניתנה.
  - (ג) הוראות סעיף קטן (ב) יחולו גם על הקניה או העברה של זכויות במקרקעין בדרך של מכירת מקרקעין מעוקלים, מימוש משכנתה, ביצוע של פסק דין או של מסמך אחר הניתן לביצוע כפסק דין, או מכירת נכס בידי לשכת ההוצאה לפועל או רשות אחרת על פי דין.
  - (ד) (1) לא יהא תוקף להקניה או להעברה של זכויות במקרקעין או להתחייבות להקניה או להעברה כאמור שנעשו בניגוד להוראות סעיף זה;
- (2) לא תירשם עסקה בפנקסי המקרקעין בניגוד להוראות סעיף זה;
- (3) היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, או בעל עניין, רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה להצהרה על בטלות עסקה שנעשתה בניגוד להוראות סעיף זה, או בבקשה לסעד אחר המתאים לנסיבות העניין, לרבות מחיקת רישום מפנקסי המקרקעין.

רישום מקרקעין וסוגי קרקעות בישראל

<u>במקרקעין - רישום</u>

בישראל מתנהלות לשכות רישום מקרקעין. ס' 1 מגדיר לנו את הרישום שאנחנו עוסקים בו כ"כ הרבה, בעיקר דרך ס' 7 לחוק המקרקעין שמדבר על רישום של עסקאות.

סעיף 1 לחוק המקרקעין:

- "רישום" - רישום בפנקסי המקרקעין המתנהלים לפי חוק זה או התקנות על פיו
- רישום בפנקסי המקרקעין בלשכת רישום המקרקעין (טאבו)
- שלושה סוגי פנקסים:
  - פנקס הזכויות (מקרקעין מוסדרים) - שעברו תהליך של הסדר זכויות;
  - פנקס השטרות (מקרקעין לא מוסדרים) - עסקאות במקרקעין שלא עברו תהליך של הסדר זכויות;
  - פנקס הבתים המשותפים (בית משותף שנרשם) - פנקס בו נרשמים כל הבתים המשותפים שנרשמו בישראל, ויש הרבה יתרונות לרישום של בית כבית משותף.

שלושתם מתנהלים בלשכות רישום המקרקעין, בטאבו. בהם נרשמות כל עסקאות המקרקעין, לפי סוגן.

בנוסף למרשמים האלה, יש מרשמים נוספים שמתנהלים במקומות אחרים בישראל וחשוב להבין שמעמדם הוא נטול משמעות לצורך חוק המקרקעין. רישום בהם לא נחשב לרישום לצורך חוק המקרקעין, למשל לצורך ס' 7.

- ○ רישום בספרי מנהל מקרקעי ישראל?

או מרשמים שמתנהלים בלשכות משכנות למשל. עמידר וכו'. רישומים וולונטריים. כן יש הקשרים מסוימים בהם יהיו למרשמים האלה נפקויות, נראה בהמשך בדיני תחרות.

- ○ האם הצדדים יכולים לקבוע בחוזה מועד אחר להעברת הבעלות? סעיף 7 כסעיף קוגנטי.

<u>התכלית של מרשם המקרקעין</u>

- מתן **פומביות** לזכויות הקניין: מתן אפשרות לצדדים שלישיים להיות מודעים לזכויות.

אחד הדברים החשובים בהיבט הזה הוא ליצור את קנייניות הזכות. נותנים לאנשים הזדמנות ללמוד על קיומן של הזכויות, וברגע שיש את ההזדמנות הזאת והזכויות הופכות להיות פומביות הם כפופים להן, העולם כפוף לזכות הקניינית מרגע שהיא פומבית והיא מקבלת את כל המאפיינים החזקים שלה.

- **שיקוף בעלי הזכויות** השונות במקרקעין.

לתת לנו מידע בדבר הזכויות השונות שנרשמו ושתהיה לנו תמונת ראי יחסית טובה לגבי הזכויות שנרשמות ביחס למקרקעין מסוימים.

התכליות האלה באות לידי ביטוי בהוראות החוק.

- **סעיף 7(ב)**: חיזוק המרשם, תמריץ לרישום זכויות. (זכות שלא נרשמה כהתחייבות בלבד).

אנחנו רוצים לתמרץ אנשים לרשום זכויות במקרקעין, והתמריץ החזק ביותר נמצא בס' 7ב לגבי עסקאות במקרקעין וחובת הרישום שלהן. הסעיף הזה הוא בעצם המקל שמרתיע אנשים שלא להגיע למצב שהעסקאות שלהם לא נרשמות. הוא אומר שאם אתה לא רושם את העסקה הזכות שלך תיראה כהתחייבות לעשות עסקה בלבד, ותוקפה חוזי בלבד ולא תקף כלפי כל העולם.

- **סעיף 124**: הפנקסים המתנהלים בלשכה יהיו פתוחים לעיון הציבור, וכל אדם רשאי לעיין בהם ולקבל העתקים מן הרשום בהם.

סעיף נוסף שמשקף את תכונת הפומביות. לכל אדם יש זכות לבוא ולבדוק את הפנקסים האלה ולבדוק איזה זכויות נרשו בהם ביחס לאיזה נכס. חשיבות הסעיף הזה הוא ייצור תכונת הפומביות.

<u>מקרקעין מוסדרים ושאינם מוסדרים</u>

- תהליך הסדר מקרקעין: מחיקת ההיסטוריה של הקרקע:

באים ויוצרים רישום חדש לגבי הקרקע, בודקים את כל המרשמים מחדש ולמעשה עושים בדיקה יסודית ובירור מצב הזכויות של מצב מקרקעין מסוימים. זה תהליך שבו עושים משהו שהוא מקביל להליך תביעה- כל מי שרוצה לטעון לזכויות בקרקע נתונה שיבוא ויגיד אם יש או אין לו זכויות בקרקע כזו או אחרת. זה תהליך שבו עושים סדר ורישום של הזכויות במקרקעין ורוצים לנסות לנקות את המרשם וליצור רישום מדויק לגבי מצב הזכויות בכלל הקרקעות, אם זו קרקע מוסדרת או לא מוסדרת.

בעבר:

- הממשל <u>העותומני</u>: מרשם לא מדויק. שיטות מדידה ורישומים פרימיטיביים.

כשהטורקים שלטו בארץ היה מרשם של עסקאות ולא של זכויות. היה קשה מאוד לדעת היכן נמצאת חלקה כזו או אחרת על בסיס הרישומים האלה. בשיטה הקיימת אצלנו היום ניתן לראות שחלק מההסדרים האלה כן שרדו עדיין במתכונות כאלה או אחרות לדין הישראלי. זה הדין הרווח בהרבה איזורים באיו"ש למשל. שיטות מאוד לא מדויקות.

- השלטון <u>הבריטי</u>: תהליך הסדר מקרקעין: מדידות מדויקות ובירור הזכויות במקרקעין (שמיעת טענות והחלטה בנוגע לבעלי הזכויות, רישום קרקעות לפי גושים – מספרים).

הבריטים באו ועשו סדר, ובמהלך השנים הם עשו פעולות של מיפוי, מדידה ורישום מדויק של רישום הקרקעות, והתחילו את כל ההליך של חלוקת הקרקעות במדינה לגושים וחלקות. ביצוע של הליך הסדר מדויק, תהליך של הסדר מקרקעין. הם עשו הליכים של בירור זכויות לגבי כל חלקת אדמה. הם עשו רישום מסודר של קרקעות, שמעו כל אדם שטען שיש לו זכויות בקרקע מסוימת ועשו רישום מסודר לגבי כל חלקה, נתנו הכרעה משפטית לגבי למי יש זכויות בה וכו'.

קרקע מוסדרת/ מקרקעין מוסדרים- היא למעשה כל קרקע שעברה את ההליך הזה של הסדר מקרקעין, עברה מדידה, מיפוי, רישום, ותהליך של בירור זכויות. הזכות שנרשמת היא זכות שנרשמה אחרי ביצוע תהליך מסודר כזה.

כיום:

- 96% מהקרקעות עברו הליך של הסדר = מקרקעין מוסדרים. כ-3% מהקרקעות בהליכי הסדר. כ-1% אינם מוסדרים (שוק הכרמל, מזרח ירושלים).

מרבית הקרקעות במדינה כן עברו את התהליך של הסדר מקרקעין. לכן הסטטוס שלהם הוא מקרקעין מוסדרים. אחוז קטן עדין מצוי בהליכי הסדר, ויש אחוז שלא עבר הסדר כלל, באיזורים מאוד מסוימים.

זה לא כ"כ פשוט לסיים את התהליך הזה. לא תמיד זה קל ולא תמיד ברור איפה הקרקעות האלה נמצאות, למי יש זכויות בהן. קשה להכריע בסכסוכים סביב השאלות הללו.

<u>מקרקעין מוסדרים</u> הם קרקעות שיש לנו ביטחון ברישום שלהם, אנחנו יודעים שעשינו תהליך של בירור והרישום הוא רישום מדויק,
ומנגד - מקרקעין שלגביהם לא עשינו את הליך הבירור - מקרקעין ש<u>אינם מוסדרים</u> - אין לנו ביטחון ברישום שלהם, לא נעשה בהם הליך מסודר.
ויש להבחנה הזו נפקות.

<u>סעיף 125 לחוק המקרקעין</u>

הסעיף הזה אומר לנו מה הסטטוס של הרישום בפנקסי המקרקעין לגבי כל אחד מסוגי הקרקעות הללו.

- (א) רישום בפנקסים לגבי **מקרקעין מוסדרים** יהווה ראיה חותכת לתכנו…
- (ב) רישום בפנקסים לגבי **מקרקעין לא-מוסדרים** יהווה ראיה לכאורה לתכנו.

הסעיף אומר בעצם דבר מאוד הגיוני. קרקע שעברה תהליך של הסדר ובירור וכו'- סביר להניח שיש לנו ביטחון ברישום בה, ולכן מבחינה ראייתית אנחנו אומרים שהרישום לגביה הוא ראיה חותכת, חד-משמעית שזה המצב לאשורו. המחוקק אומר כאן שברגע שיש לנו רישום לגבי קרקע שעברה הסדר - אפשר להסתמך על הרישום הזה לכל דבר ועניין. אם עשית עסקה על בסיס רישום בקרקע שעברה הסדר אתה יכול להסתמך על הרישום הזה.
גם אם הייתה טעות ברישום! רישום לגבי קרקע שעברה תהליך של הסדר אפשר להישען על הרישום הזה, גם אם יתברר אחר כך שהייתה שגיאה ברישום. כי אנחנו סומכים על התהליך של ההסדר הזה ויודעים שרוב הזמן הוא מדויק ונכון, ואנחנו רוצים להמשיך לאפשר לאנשים לעשות עסקאות במקרקעין ולהסתמך על הרישום בעסקאות.
לעומת זאת, לגבי קרקע שלא עברה הסדר כזה אנחנו יודעים שלא עשינו לגביה בירור מסודר ולכן הרישום שם לא מדויק בהכרח, אין לנו ביטחון בדיוק של הרישום. לכן במצב כזה **ס' 125(ב)** אומר שהרישום הוא ראיה לא חותכת. המחוקק מזהיר אותנו שאין לו ביטחון שהרישום הוא מדויק, לכן שההסתמכות תהיה יותר מפוקפקת, זה רק לראיה לכאורה, ניתן לסתור את הרישום הזה אם מישהו יציג ראיות.

בהקשר של ס' 125- יש נפקויות לסעיף הזה. הוא נותן לנו ביטחון להסתמך על המרשם, אבל אנחנו נראה שהביטוי של ההבחנה הזאת בין מקרקעין מוסדרים ללא מוסדרים עולה בכל מיני הקשרים. ההקשר בו נראה את זה בצורה הכי בולטת הוא בדיני תחרויות, ובעיקר בהקשר של תקנת השוק במקרקעין.

ההבחנה רלוונטית גם למשל להסדרים בחוק המקרקעין לגבי בנייה בטעות על מקרקעין של חברך, אדם שבונה בתו"ל על מקרקעין של חברו, או הקמת מחוברים במקרקעין לא מוסדרים (**ס' 23** לחוק המקרקעין).

הסעיף קובע שאם הוקמו מחוברים על מקרקעין לא מוסדרים, כלומר אדם "בטעות" בונה בית על קרקע לא מוסדרת- החוק אומר לנו שהמקים זכאי לרכוש את המקרקעין במחיר שוויים המלא בלי המחוברים בתנאים מסוימים. זה יכול לקרות רק בקרקע שאין לנו ביטחון לגבי דיוק הרישום בה. הסעיף מדבר על מצב בו אדם סבר בטעות ובתו"ל שהוא בעל המקרקעין, כלומר המחוקק מכיר בזה כטעות לגיטימית ולכן מאפשר לו לרכוש את הקרקע. זו לא ברירת המחדל בדר"כ. לא נותנים כאן את הסעד של הרס המקרקעין.

<u>מקרקעין רשומים ושאינם רשומים</u>

במרשם המקרקעין לא בהכרח כל הקרקעות יהיו רשומים.
שני סוגי מקרקעין שאינם רשומים במרשם המקרקעין:

1. מקרקעין שלא בא זכרם כלל בפנקסי המקרקעין (לא גוש ולא חלקה. מקרקעין בלתי מוסדרים. מעט מאד – בגליל, בנגב ובירושלים).

לא רשומים בכלל בפנקס ויכולים לא להופיע בשום מקום במרשם.

2. יחידות מקרקעין, המהוות חלק מגוש מקרקעין מוסדרים: כאשר הגוש טרם עבר פרצלציה (הגוש רשום אבל <u>החלקות אינן רשומות</u>. אלפי דירות מגורים. בד"כ בשל התמשכות הליכי התכנון לחלוקת הגושים לחלקות).

הגוש לא עבר את התהליך של פיצול חלקות, תהליך בו הגוש רשום אבל החלקות לא רשומות. הרבה פרויקטים של בנייה נבנים על קרקעות בהן הגוש רשום אבל לא היה תהליך רישומי של פיצול החלקה עדין, והקבלן מקבל היתר להקים בניינים במקומות האלה. אז יוצא שהגוש רשום והחלקות לא, ויש מבנים רבים על הקרקעות האלה שאי אפשר לעשות לגביהם רישום מסודר וזה בדר"כ תהליך שאורך זמן. גם במצבים האלה בגלל התמשכות הליכי התכנון המחוקק/הרגולטור אומר פשוט להתקדם עם ההליך של הבנייה או הפרויקט, וההליך הרישומי יקח יותר זמן. יהיה קשה יותר לאפשר את רישומן של אותן חלקות אדמה.

המצב הזה הוא (לצערנו) שכיח. כאשר אנחנו עושים עסקה במצב השני זה קורה הרבה. יכולים לקנות דירה חדשה מקבלן ולגלות שאין עדין רישום של החלקה ולכן יש רק גוש רשום ולא חלקה מסודרת רשומה. לכן הרבה דירות בבניינים כאלה אי אפשר אפילו לרשום במרשם.

מה עושים טכנית במצב כזה? ככל שאין עדין יחידה רישומית שאפשר לרשום עליה עסקאות כמו חלקה או תתי-חלקות בדירות, היחס לסוגי העסקאות האלה הוא לא כיחס של עסקה במקרקעין אלא אנחנו נתייחס לעסקאות כאלה <u>כעסקאות שהן לא במקרקעין</u>. עסקה רגילה, כמו קניית שוקו במכולת. זו תהיה בדר"כ עסקה עם <u>זכות חוזית</u>, כמו קניית דירה מקבלן- קניית דירה על הנייר, התחייבות חוזית שיום אחד הוא יתן לי דירה וירשום אותה על שמי. **ברגע שאין יחידה רישומית שאפשר לרשום עליה זכויות- זו עדיין לא עסקה במקרקעין, אנחנו לא נמצאים במסגרת חוק המקרקעין**. גם אם היא חלק ממקרקעין מוסדרים שנרשמו. נתייחס כעסקה בנכס אחר (מיטלטלין/זכות חוזית למשל).

<u>בפועל</u>

- דירות רבות אינן רשומות בלשכת רישום המקרקעין.

כי בעסקאות האלה הקבלן מוכר רק התחייבות וזכות חוזית לקבל דירה.

- בדרך כלל – מקרקעין שבבעלות ממ"י (פעמים רבות טרם עברו פרצלציה, מוגדרים כגוש בלבד) – חוזה פיתוח עם קבלן – בניית מאות יחידות דיור – זכות חכירה לקונים – רישום במינהל מקרקעי ישראל.

- האם לקונים זכות קניינית?

כאמור לעיל, לא. עד שהזכות לא נרשמת אין להם כלום ביד חוץ מזכות חוזית לקבל נכס בבוא היום. אין איפה לרשום את הזכויות האלה כי ההליך מבחינה רישומית עוד לא הסתיים.

<u>מקרקעי ייעוד</u>

107. בפרק זה –
"מקרקעי יעוד" - מקרקעי ציבור המיועדים לתועלת הציבור, והם –
(1) שפת הים, לרבות מקרקעין שבתחומי נמל;
(2) נהרות, נחלים ותעלות וגדותיהם;
(3) דרכים ומסילות ברזל, לרבות מקרקעין המשמשים תחנות של מסילות ברזל;
(4) נמלי תעופה;
(5) סוגים אחרים של מקרקעי ציבור שנקבעו בתקנות, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, כמקרקעי יעוד לענין פרק זה

מדובר על תחבורה, מקורות מים, שטחים שרובנו רוצים גישה אליהם.
אותם מקרקעי ייעוד שמספקים לנו צרכי ציבור מרכזיים הם שטחים שמשמשים את כל הציבור וחשובים לנו.
ההסדר המשפטי לגביהם:

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

המחוקק קובע איסור, שבמקרקעי ייעוד אי אפשר לעשות עסקאות הטעונות רישום. עסקאות שאינן טעונות רישום- כמו שכירות קצרת טווח למשל, נראות אפשריות לפי לשון הסעיף כי הן עסקאות זמניות. אבל החוק מכריז על העסקאות הרציניות יותר כבטלות בעצם, לא יהיה להן תוקף.

<u>שאלות שמתעוררות בנוגע למקרקעי ייעוד</u>:

א. למה רק מקרקעין?
למה ההסדר המשפטי הזה חל רק על נכסי מקרקעין? אם נחשוב על נכסים אחרים שהם למשל בעלי חשיבות לאומית משמעותית זה כנראה חורג ממקרקעין, יש נכסים רבים אחרים שהיינו רוצים לתת בהם הגנה דומה - יצירות אמנות בעלות ערך לאומי למשל, או טיוטות של מגילת העצמאות שיש סכסוכים רבים סביבן, או דברים אחרים שהגיעו אף לביהמ"ש ועלו לגביהם שאלות אם יש לאפשר לאנשים לזכות בהם במסגרת מכרזים פומביים, מכירות פומביות וכו'. בתי המשפט בישראל התערבו ומנעו עסקאות כאלו כי הם סברו שיש להם חשיבות לאומית. מבחינה פורמלית בחוק המקרקעין ס' 107 ו-111 ממוקדים במקרקעי ייעוד אבל אפשר לתהות ולשאול למה רק במקרקעין. יתכן ויש גם נכסים אחרים שאנחנו רוצים שיהיו מחוץ לתחום העסקאות ושהמדינה תהיה בעליהם.

ב. למה רק הייעודים המנויים (ולא, למשל, עתיקות או גנים לאומיים)
נכון שיש את סעיף הסל, ס"ק (5) שמדבר על סוגים אחרים של מקרקעין שאפשר להכניס תחת הסעיף, אבל אפשר לשאול למה דואגים רק לייעודים המסויימים האלה (מה שכן בסעיף) ולא לקרקעות שמשמשות אותנו לדברים חשובים אחרים, למה לא הכנסנו אותן לגדרי מקרקעי ייעוד. עתיקות וגנים לאומיים למשל הם בעלי חשיבות לאומית אבל לא נמצאים בהגדרת קרקעי ייעוד. יש הסדרים משפטיים שמסדירים את הסטטוס של עתיקות, אבל למה הם לא נכנסים כאן למרות שהם משרתים גם כן את כלל הציבור.

ג. ההסדר המשפטי - למה ניתנים בכל זאת להפרטה?

אם אנחנו באמת חושבים שהקרקעות האלה כ"כ חשובים שאנחנו רוצים שהעסקאות בהם יהיו בטלות, למה המחוקק בסיפא של ס' 111 עדיין מאפשר את ההפרטה הזאת ופותח לה פתח?

לא תמיד יש תשובות לשאלות האלה. לפעמים האפשרות לבוא ולהפריט בנסיבות האלה קשורה לשאלות כלכליות - שלפעמים היינו רוצים שהמדינה תפריט כי היא צריכה מימון, ואז זה יפתח פתח להפרטה של מקרקעי ייעוד. מצד שני אנחנו נראה שהדברים האלה לא באמת נעשים ולא תמיד מאפשרים אותם, וברירת המחדל היא בדר"כ שבקרקעות האלה לא יהיו עסקאות ולא תהיה הפרטה.

המשך הנושא - שיעור 16 - 2.12.21

<u>כרקע - ארה"ב</u>

MRS. MURPHY

כל הנושא של הפרדה במקרקעין ובאופן כללי הפרדה במגורים והפרדה גזעית, שעולה גם במסגרת העבודה, היא תופעה שהייתה רווחת בארה"ב בשנות ה-60. יש לה רקע של עבדות והייתה שם הפליה ועבדות של שחורים במשך המון שנים. בשנות ה-60 התחילו להעביר דברי חקיקה שניסו לייצר זכויות אזרח, לבטל את מושג העבדות. הקריאה לשוויון, מרטין לותר קינג וכל המחאות - התחילו בשנות ה-60, אבל עד היום ההפרדה הגזעית שם היא תופעה וזה מתעורר כל הזמן כי הנושא לא מוסדר, עדיין קיימת סגרגציה במגורים, שכונות לשחורים, ליהודים ולקבוצות מיעוט אחרות. יש בהרבה מקומות הסכמה בשתיקה שאסור למכור להם למשל. זו מציאות לצערנו שמאוד נוכחת בנוף האמריקאי. בסוף שנות ה-60 ארה"ב העבירה חקיקה שנוגעת לאיסור הפליה במגורים. אבל עד אותה נקודת זמן המציאות הייתה מציאות של הפרדה. חשוב לדעת שבארה"ב הייתה במשך תקופה ארוכה, וגם היום בהרבה הקשרים, תופעה של ניצול, השפעה ופגיעה לא קטנה באוכלוסייה השחורה שם.

עם הזמן אנחנו רואים שמתחיל שינוי והפנמה שאי אפשר להמשיך במציאות הזאת. יש קשר מאוד חזק בין אזרחות לבין קניין בהקשר האמריקאי, וגם בהקשר שלנו. הזכות להיות בעלים של נכסים היא תופעה שקשורה למעמד שלך כאזרח שווה. בארה"ב הרבה שנים לעבד לא הייתה זכות להיות בעלים של פטנט למשל. היה קשר חזק בין אזרחות לקניין, ועם הזמן התופעה הזאת השתנתה אבל עדיין לא בצורה מאוד משמעותית. כל התופעות של הפרדה מרחבית במגורים מאוד נכחו במציאות האמריקאית ונוכחות גם היום. יש פסיקות חשובות של ביהמ"ש העליון שמשנות את המציאות הזאת לאט לאט. למשל פסק הדין בעניין **בראון**, שניתן בשנת 1954 ועסק בהפרדה בחינוך והאיסור עליה. ב-1968 העבירו חוק שאוסר על הפליה במגורים, שמנסה להטיל חובת שוויון במישור המרחבי, כלומר שיש איסור להפלות במגורים ככלל.

השינויים הם לא דרמטיים אבל קיימים, הרבה פעמים זה קשור גם למצב סוציו-אקונומי ולא יכולים לגור במקומות מסוימים בגלל מצב כלכלי ולא הפליה. אבל כן חל שינוי עם הזמן, לפחות מבחינה משפטית פורמלית. החוק קבע בשלב מסוים שיש **איסור על הפליה במכירה והשכרה של מקרקעין**. הם הלכו יותר רחוק מהישראלים - בארץ אין עדיין הסדר פורמלי מפורש כזה לגבי מכירת מקרקעין בבעלות פרטית. עיקר הפסיקה בארץ ועוסקת בקרקע ציבורית ובהקצאות המדינה. הפסיקה האמריקאית הלכה כמה צעדים קדימה עם זה, בייחוד עם העובדה שרוב הקרקע שם היא בבעלות פרטית ולא מדינתית, בניגוד לישראל. יש איסור הפליה מפורש בחוק ה- **Fair Housing Act**. עם זאת, יש בחוק הזה גם הרבה מאוד חריגים שמאפשרים הפליה בנסיבות מאוד מוגבלות. למשל חריג שאומר שאם לאדם יש עד 4 דירות במתחם אחד - הוא יכול להפלות בהשכרה של המקרקעין האלו באותו מתחם.

בארץ אין חקיקה שעוסקת בנושא של הפליה במגורים בצורה מפורשת, בטח לא כשמדברים על המגזר הפרטי. כשאנחנו מדברים על הלכות **קעדאן וסבח** ועל הפליה בשוק המקרקעין הפרטי, אין לנו באמת חקיקה שאומרת אם מותר או אסור לעשות הפליה במגזר הפרטי או הציבורי. בהקשר הישראלי אנחנו ניזונים בעיקר מפסיקה של ביהמ"ש העליון וגם ערכאת נמוכות שעוסקות בשאלות של ערך השוויון לעומת ערכים אחרים. אנחנו ננסה לחלץ מהם את העקרונות של הדין הישראלי בהקשר הזה ולראות איך הדין הישראלי מתמודד עם הסוגיות האלה.

מה מותר לי?
הזכות לכניסה בישראל

השאלה שמתעוררת בהקשר הזה ביחס למקרקעין היא הרבה יותר רחבה מרק לקנות או לשכור מקרקעין. למשל הזכות להיכנס למועדונים, הזכות להיכנס לבית עסק - עם חוק הדיסקוטקים למשל, או תופעות של אנשים שרוצים להשכיר רק לאוכלוסיות מסוימות, וקריאות של רבנים לפעמים (הרב שמואל אליהו למשל) לא להשכיר לפועלים זרים, וקעדאן שרצה לבנות את ביתו בקציר, ועוד. עד כמה על התופעות האלו מותרות?

יש גם חקיקה שעוסקת בזה - חוק הפליה במוצרים ושירותים (שמרים מכנה חוק הדיסקוטקים), שעוסק באפליה בכניסה למקומות בידור ציבוריים ומקומות אחרים. יש בעיקר פסיקה שמנסה להתמודד עם השאלות האלה, וגם חקיקה חלקית שמטפלת בסוגיות מסוימות. אבל בגדול השאלה הגדולה היא עד כמה אפשר ליצור הגבלות על אנשים בכניסה למקרקעין, בין אם בקנייה, בהשכרה, בכניסה לאירוע, יכול לעלות בכל מיני הקשרים והשאלה היא מה גבולות המותר והאסור ועד כמה העובדה שמדובר בקרקע פרטית עושה או לא עושה כאן את הבדל.

<u>שוויון למול ערכים אחרים</u>

המתח בין ערך השוויון לערכים אחרים עולה בצורה חריפה בכל מיני הקשרים. הליבה של השאלות בעבודה למשל היא הזכות לשוויון. אבל לפעמים יש ערכים מתנגשים, ואחת השאלות היא איך מאזנים ביניהם. שני פס"דים יפים שמדגימים בצורה מעניינת את המתח הזה בין ערך השוויון לערכים אחרים הם פסק הדין בעניין "**Masterpiece Cakeshop**" פס"ד אמריקאי שעסק באופה שסירב להכין עוגת חתונה לזוג הומוסקסואלים, ופסק הדין בעניין **דפוס הקשת**, של בית דפוס בבאר שבע שסירב להדפיס חומרים לקהילה הלהט"בית באוניברסיטת בן גוריון. שם היה לנו את חוק ההפליה במוצרים ושירותים, שעוסק בשאלות האלה בצורה יותר מפורשת שנותן הקר אחר לדין הישראלי ומייצר הרבה יותר קושי לעשות פעולות כאלה בארץ לעומת בארה"ב. בשני הפס"דים האלה ובאחרים, הרבה פעמים מתנגש ערך השוויון עם ערכים אחרים והשאלה היא איך בתי המשפט עושים את האיזונים האלה.

ב-**Masterpiece** זה סיפור שאירע ב-2018. מדובר באופה שמומחה ביצירה של עוגות חתונה במאפייה בקולרדו בשם ג'ק פיליפס, אדם נוצרי מאמין, שלפי השקפות העולם שלו אורח החיים של זוג הומוסקסואליים הוא בעייתי. נכנסים למאפיה שלו זוג של גברים שרוצים שהוא יכין להם עוגה לקבלת הפנים בחתונה שלהם, והוא מסרב. בארה"ב יש מנגנונים לפיהם אפשר ללכת ולפנות לוועדות שאחראיות בכל עיר ומדינה על תלונות על פגיעה בזכויות האזרח, וזה מה שהזוג עושה- הם מגישים נגדו תלונה וטוענים שהוא פגע בזכות השוויון שלהם בכך שסירב להעניק להם שירות.

המקרה מגיע לביהמ"ש העליון האמריקאי, שזה יחסית נדיר למקרים כאלה (נידונים בו יחסית לישראל מעט מאוד תיקים בשנה, הם בוחרים את התיקים שנראים להם). ההכרעות שם נדונות ומוכרעות הרבה פעמים לפי אידיאולוגיה. גם שם יש מתח בין שמרנים לליברליים במינוי השופטים וממש מלחמה על המינויים, בדומה למה שקורה גם בארץ אבל אף חריף יותר. כל העניין של הפלות למשל מייצר הרבה רעש ומחלוקות.

אחד הדברים המעניינים בפסק הדין הוא שברוב של 7 מול 2 הם קובעים שהוועדה הזאת לא נתנה מספיק מקום לטענות חופש הדת של ג'ק. כל העניין המצפוני-דתי של להעלות פה טענה שבגלל השקפות העולם שלו הוא מנוע מלתת שירות באופן שוויוני, לא מצא מקום במסגרת הדיון בפני הוועדה, הם לא התייחסו ברצינות לטענות שלו, ולכן אי אפשר היה לקבל את ההחלטה שאותה ועדה קיבלה. בארה"ב בחוקה האמריקאית יש את עניין ההליך ההוגן - ככל שבאים לשלול ממך זכות או לפגוע בה, אתה צריך לקבל הליך הוגן, יש לך זכות לכך שתשמיע את טענותיך ושדבריך ישמעו. ביהמ"ש בהקשר הזה סבר שהוועדה לא נתנה מספיק מקום לטענות של חופש הדת, ולכן ג'ק לא באמת קיבל הליך הוגן במסגרת הדיונים בוועדה, ומעילה של אי-עמידה בהליך הוגן ביהמ"ש מבטל את החלטת הוועדה בעניינו.

באנגליה היה לא מזמן פס"ד דומה שקבע בצורה חד משמעית לגבי החיוב הזה לתת שירות לאוכלוסיה הלהט"בית - ביהמ"ש קבע שזו פגיעה בחופש המצפון של בן אדם לחייב אותו לתת שירות כשזה פוגע באני-המאמין שלו ובשקפות הדתיות שלו, כלומר צריך לעשות איזשהו איזון אבל באיזון הזה חופש הדת והמצפון גובר על ערך השוויון.

בארץ יש את פסק הדין בעניין **דפוס הקשת**, שאמנם הגיע לעליון אבל "העיפו" אותו משם די מהר ולא על בסיס מהותי. מדובר בתא סטודנטים גאה בבן גוריון שביקש שירות מבית דפוס בבאר שבע בשם "צבע הקשת" (אירוני), וקיבל סירוב. נאמר להם שבית הדפוס לא מפרסם דברים כאלה, מבלי לראות את המודעות אפילו - התוכן של המודעות היה די ניטרלי, מועדי פגישות וכד', בלי תוכן להט"בי בולט. בית הדפוס לא ידע בכלל מה הוא נדרש להדפיס, הם התבקשו לתת הצעת מחיר וסירבו לתת שירות לגורמים כמו התא הגאה. התעורר כאן דיון סביב השאלה של **חוק ההפליה במוצרים ושירותים** - עד כמה אפשר ומה הגבולות של היכולת להפלות על בסיס דתי?

היה פס"ד של השלום ושל המחוזי, ושתי הערכאות קבעו שיש כאן הפליה לפי החוק, וסירוב לתת שירות על בסיס נטייה מינית הוא דבר שהחוק ברור לגביו. ביהמ"ש אומר שאין רלוונטיות בשום צורה לחופש דת וטענות מצפוניות וכד', כי בית הדפוס אפילו לא ידע את תוכן הכרזה. הוא לא יכול לטעון שההתנגדות שלו לא הייתה על בסיס דתי מבלי לדעת זאת. הם נתנו בשתי הערכאות משקל לכך שהוא סירב מיד ואוטומטית כשהוא ראה מי המבקש.

החוק של איסור הפליה במוצרים ושירותים הוא הבדל גדול בין ישראל לארה"ב, החוק מאוד ברור לגבי איסור הפליה גורף, אין בו איזון של ערכים אחרים, הוא אומר את דברו בצורה חד משמעית - אסור להפלות על רקע של נטייה מינית וזה מה שקרה כאן. לכן ביהמ"ש דחה את הערעור של בית הדפוס וחייב אותו בפיצוי לתא הגאה.
ניסו להגיע עם זה לעליון, אבל זה לא הלך כי השופטים סירבו להיכנס לדברים האלה.

פסקי הדין האלה מובאים כאן בגלל המתח בין ערך השוויון לערכים אחרים, וכשזה עולה צריך לאזן בינו לבין ערכים אחרים. למשל כאן- עניין דתי/מצפוני מול השוויון.
הרבה פעמים יעלה מתח בינו לבין ערך מתחרה אחר, ופסקי הדין האלה עוזרים לנו לחשוב איך להתייחס למתחים ההתנגשויות האלה ואיך מאזנים.

הזכות לכניסה בישראל

עד כמה הנושא של ערך השוויון נוכח בתחום המקרקעין ועד כמה אנחנו רגישים למונחים של שוויון בהקשר של מקרקעין?

יש לזה כמה מופעים:

- **ועדות קבלה לישובים**

מופעלים מנגנוני קבלה מכוח פקודת האגודות השיתופיות. הנושא של הפליה בועדות קבלה ליישובים וסינון ומיון מכוח הפקודה עלה לדיון בעליון בעניין **סבח נ' הכנסת**, וזה מעורר הרבה מתח בנוגע לזכות שלנו לקבל הקצאת מקרקעין ביישובים הללו. הכוח של ועדות הקבלה הוא גדול וזה נושא מסובך שמייצר הרבה בעיות.

- **הפליה בהשכרת דירות**

עד כמה אפשר לסרב להשכיר לאנשים על בסיס מגדרי, נטייה מינית, דת וכו'.

- **הפליה במכר דירות**

מקרקעין בכלל, כמה אפשר לעשות את הדברים האלה במכירה.

חשוב להבין שהשאלות מתעוררות גם ביחס לקרקע בבעלות פרטית וגם ביחס לקרקע בבעלות ציבורית. האם הסטטוס של בעלות הקרקע אמור לשנות בניתוח או לא? אנחנו נראה הבדל די גדול ביחס המדיניות שלנו בכל אחד מההקשרים האלו, ונראה שכאשר מדובר בקרקע ציבורית הפסיקה אמרה את דברה בצורה די ברורה בעניין, יש את עקרון השוויון והוא חל על כל הפעילויות של המדינה בכובעה הציבורי וגם בהקצאת מקרקעין (**הלכת קעדאן**). הלכה זו היא שיצרה את המסגרת לגבי הפליה והיא מאוד ברורה ביחס ליכולת להפלות.
אבל ביחס לקרקע פרטית - זו שאלה גדולה, ועם השנים הנטייה בביהמ"ש היא לבוא ולהחמיר את הסטנדרט, ולייצר נורמות גם על אנשים פרטיים.

<u>השכרת דירות</u>

יש מציאות משפטית שאנשים מסרבים להשכיר דירה לכל מיני אוכלוסיות. אין בארץ חוק שדומה לחוק האמריקאי שמחייב אותנו לשוויון בהשכרה. אם אדם פרטי מסרב להשכיר למישהו על רקע כזה או אחר, לא נראה שיש דרך לחייב את בעל הקניין להשכיר לאדם מסוים. אין חובה כזו בחוק. ככל שמדובר בגוף ציבורי, שם המצב הוא אחר כי הם כפופים לחובות השוויון באופן כללי.
בהקשר של השכרה של דירות, לדעת שופטים שדיברו בכל מיני הקשרים (ימי עיון או בשיעורים, לגבי עבודות וכו'):
<u>השופט ברק</u> למשל אמר שהפליה היא הפליה. אדם שמפלה הוא מפלה, לא משנה אם זה נעשה בכובע פרטי או ציבורי. ברגע שאתה מפלה אתה פוגע בכבוד האדם של אותו אדם, וזה בעייתי מבחינה משפטית.

<u>השופט אנגלרד</u> אמר באותו הקשר שהיה מפעיל את עקרון תום הלב ודרכו מייבא את עקרון השוויון ביחס לתחום ההשכרה, ואומר שבהקשר הזה זה נחשב לחוסר תו"ל במו"ל לסרב להשכיר לאדם בגלל סיבות שנטועות בהפליה, לא משנה על איזה רקע.

הפליה בהשכרה - <u>הגישה הרווחת</u> היא שאדם שיפלה יהיה אפשר להגיש נגדו תביעה על הפרת חובת תום הלב במו"מ לקראת כריתת חוזה, ובתי משפט ככה"נ לכל היותר יפסקו פיצויים. ספק שיפסקו אכיפה, כי בכל זאת יש שרירות בעלים בזכות קניין ולא מתערבים בקניין בצורה דרמטית. אבל ככל שתהיה הפליה והשפלה של אנשים בהליך חיפוש דירה לשכירות להערכתה של מרים בתי המשפט יפסקו פיצויים.

<u>מכר דירות</u>

הדיון העקרוני כשמדובר בדירה בבעלות פרטית - העיקרון יהיה זהה לדיון בשכירות.
אין על זה פסיקות שאנחנו מכירים, אבל פס"ד מעניין שכן עסק בנושא הוא פס"ד **מי-טל הנדסה** - פס"ד של העליון בו ישבו השופטים שטיין, מזוז והנדל. דובר בו על חברה קבלנית שסירבה למכור דירה לזוג ערבי.
מדובר בחברה שזכתה בקרקע במכרז של רשות מקרקעי ישראל, בנתה פרויקט, והגיע זוג ערבי שרצה לקנות דירה בפרויקט וסורב. היו חילוקי דעות בין השופטים איך להגיע לתוצאה המשפטית.

השופט שטיין כן מחדד שלגבי הפליה במכירה ע"י אדם פרטי אין כרגע בארץ אמירה משפטית ברורה שזה אסור. הניתוח שעשינו קודם הוא על בסיס דעות של שופטים. שטיין אומר שבישראל אין איסור על הפליה במכר דירות ע"י אדם פרטי. פה זה מתחיל ופה זה נגמר, הוא לא חושב שיש איסור כזה בחוק.

השופט מזוז מעלה לדיון את **חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים**. זה חוק קצר אבל דרמטי, שאוסר על הפליה. **ס' 3** אוסר את כל בסיסי ההפליה למי שעיסוקו הספקת מוצר או שירות. קוראים לו גם חוק הדיסקוטקים כי הפעילו אותו הרבה בהקשר של כניסה למועדונים. השופט מזוז נאחז בחוק הזה, והוא עוסק בשאלה האם הוא חל על מכירת דירה ע"י קבלן, האם אפשר להתייחס לדירה כאל "מוצר" והאם הסירוב של הקבלנים במי-טל הנדסה מפר את הוראת ס' 3? זו הייתה המסגרת של הדיון בחוק.

השופט שטיין אומר שמזוז עושה דבר לא נכון, ושמבחינת דברי ההסבר לחוק ברור שהמחוקק לא התכוון להכניס את תחום מכר הדירות לחוק של הפליה במוצרים ושירותים. הסיבה שהמחוקק עשה את זה הוא שהוא לא רצה לכבול את ידי האנשים שעושים עסקאות מהסוג הזה לחובות שוויון. הלכת **קעדאן** עשתה את שלה ביחס למדינה, אבל שם זה נגמר. לא היה רצון להחיל את החוק גם ביחס לדירה. כשמדברים על מוצר, השופט שטיין אומר שמוצרים נתפסים כמיטלטלין. על דירה לא חושבים כעל מוצר אפילו מבחינה לשונית. לכן די ברור שמכר דירות נמצא מחוץ לתחומי החוק ולא ניתן להחיל אותו בהקשר הזה.

השופט מזוז לא מתרשם מזה, הוא מנסה דווקא להרחיב את תחולת החוק. מבחינת דין ראוי הוא אומר שזה כן צריך להיכנס. אם מסתכלים על תכלית החוק - היא לבאר מופעים של הפליה, אז למה שנתייחס לדירה אחרת מכל שאר המוצרים? דירה לא צריכה לקבל יחס אחר, להיפך - שוק הדירות הוא משמעותי לחיים של כולנו, ולכן אם רוצים לבאר הפליה ופגיעה באוכלוסיות שונות על בסיס הפליה לא צריך להתייחס לדירה אחרת והמילה "מוצר" סובלת גם פרשנות שמוצר כולל דירה. גם לגופו של עניין הוא אומר שהוא לא בטוח שדברי ההסבר הם חד משמעיים, הוא מוצא בלשון של דברי ההסבר לדעתו חוסר ביטחון אם באמת הכל נמצא מחוץ לחוק. אבל זו לא הייתה באמת ההבנה.

השופט שטיין אומר שהמחוקק הישראלי לא התכוון לעשות את זה, דברי ההסבר די ברורים, והשופט הנדל גם מצטרף אליו. הוא אומר שבכל מקרה זה די ברור שאין איסור הפליה במכר דירות כשאנחנו מדברים על הסקטור הפרטי. אדם פרטי לא כפוף לעקרון השוויון, ובטח לא כפוף לחוק.
אבל הוא עושה (שטיין) מהלך אחר כאן - הוא אומר שאותה חברה שכאן מסרבת למכור לזוג ערבי דירה עשתה משהו שאסור לעשות בגלל הדבר הבא:
היה מדובר בנסיבות בקבלן שזכה בקרקע במכרז מהמדינה. וכאשר המדינה עושה מכרזים, מאז הלכת **קעדאן** מדינת ישראל עשתה תיקון לפיו היא מכפיפה את הזוכים במכרז (וכך גם במכרז הזה) לעקרון השוויון. אם קבלן זוכה בקרקע שהמדינה מקצה- הוא חייב לשווק אותה לכולם בצורה שוויונית. לכן השופט שטיין אומר שעל בסיס התנאים של המכרז הוא קובע שהם היו כפופים לחובות שוויון והפרו אותן, ולכן הוא לא יכול לעשות מה שעשה שם והמעשה של ההפליה היה אסור.

כלומר שטיין מגיע לאותה מסקנה שנעשה כאן משהו לא ראוי, אבל על בסיס תנאי המכרז שהמדינה הוציאה. היום בהקצאת קרקעות במכרזים מטעם המדינה היא מחייבת לנהוג בשוויון.
מה שמעניין הוא שהקבלן במקרה הזה לפי שטיין הפר את חובת תום הלב שלו בהתנהלותו ביחס לזוג, ולכן הוא חייב אותו לשלם להם פיצויים. הוא לא כופה על הקבלן לתת דירה ואין סעד של אכיפה, אבל מצד שני הוא כן נותן סעד של פיצויים בגלל הפרות של חובות תום הלב במסגרת התנהלות הקבלן מול הזוג הערבי, כשהעוגן הוא תנאי המכרז שחייב שוויון בהקצאת קרקעות.

אנחנו רואים בפסק הדין מי-טל הנדסה ובמדיניות המדינה שככל שהמדינה מקצה קרקע לקבלנים לפרויקטים, התנאים כוללים היום תנייה של חובת שוויון חוזית, ואסור להפר את התנאים האלה.

המשך הנושא - שיעור 17 - 7.12.21

מה שחשוב לקחת ממי-טל הנדסה זה שגם השופט שטיין וגם הנדל סוברים שהסירוב למכור לזוג ערבי דירה בפרויקט מקבלן שזכה בקרקע במכרז שכפוף לעקרונות השוויון בכל מקרה לפי התנאים של רשות מקרקעי ישראל - אינו סביר, הקבלנים מנועים מלהפלות במכירה. ביהמ"ש מסכים שעקרונות תום הלב מכתיבים כאן תוצאה לפיה ההתנהלות של הסירוב למכור לזוג ערבי היא משהו שאסור לעשותו, ויש חובה לפצות את הרוכשים האלה.

כאמור, חשוב לחדד שהסעד הוא לא סעד של אכיפה, שהוא יותר דרמטי. זה גם מייצר לא מעט בעיות, כי מדובר כאן בכל מקרה בקרקע שזכו בה במכרז שכפוף לתנאי השוויון בהקצאת הקרקע, והעובדה שביהמ"ש נותן לצאת מזה במחיר של פיצוי ולא הולך לסעד של אכיפה - יוצר **קושי** לא קטן. קבלנים בסוף הם המקור המרכזי שלנו לדירות בישראל, רוב הפרויקטים נבנים על ידי קבלנים פרטיים ולא ע"י המדינה. לכן קבלן שבמודע מייצר הפליה במדינה תוך ידיעה שמקסימום ישלם קנס אבל לא יתן למישהו אפשרות לרכוש - זה בעייתי, הסעד הזה והפסיקה של שטיין עלולה לייצר תג מחיר על הפליה, שקבלנים יסכימו לקחת על עצמם.

שטיין והנדל בפסק הדין אומרים שהפסיקה הזאת לא חלה על אדם פרטי לגמרי שמסרב למכור לאוכלוסיות מסוימות או מפלה במכר פרטי לגמרי (אם בעלים פרטי של בית מגורים או נכס אחר שהוא מקרקעין ומסרב על בסיס הפלייתי)- שם הם סבורים שהכוח ההתערבותי לא אפשרי. כן הזכרנו את עמדתו של ברק - הפליה היא הפליה והשפלה זו השפלה ולא משנה מי עושה זאת ומה זהות הגורם, צריך להתערב.
יש בגישתו של מזוז ניסיון להרחיב את תחולת החוק גם להקשרים של מכר דירות, מה שקשה ליישב עם כוונת המחוקק ולשון החוק, אבל עדיין עם רצון מסוים לחנך את הציבור, הקבלנים והאוכלוסייה שעוסקת במכירה של נדל"ן. הגישה של שטיין והנדל היא כרגע הגישה הרווחת.

יש לא מעט תופעות של קבלנים שמסרבים למכור לאוכלוסיות מסוימות או פרויקטים שמיועדים לאוכלוסיות ייעודיות כאלה או אחרות. היה לפני כמה שנים למשל פרויקט של חברת משהב שבונה בעיקר לציבור הדתי, שהכניסה לחוזה מכר הדירות שהפרויקט הוא לציבור הדתי-לאומי, וגם יצרה הגבלות על מכירה על הקונים - ברגע שהם קונים דירה בפרויקט הם גם מתחייבים למכור רק לאדם דתי.
גם אם זה לא נמצא פורמלית בחוזים זו תופעה רווחת, רואים את זה ברובעים חרדים או אפילו לחסידות מסוימת או אוכלוסייה חרדית מרקע כזה או אחר. גם אם פורמלית ומשפטית בהסכמים זה לא שקוף וכתוב בחוזה במפורש, הפרקטיקה הזאת נוהגת הרבה. אלה תופעות בעייתיות, במיוחד במגזר העירוני כשיש מחסור בדיור וכשוק הנדל"ן ממילא יקר מאוד ויש רק התייקרויות במחירי המקרקעין, זה יוצר הרבה קושי.
לכן אפילו ההחלטה של שטיין במי-טל היא בעייתית (שלא הלך לסעד של אכיפה).

<u>הפסיקה בעניין קעדאן, סבח וסבא</u>

פס"ד קעדאן

אחד מפסקי הדין המרכזיים והחשובים ביותר בנושא עקרון השוויון בהקצאת מקרקעין בישראל הוא פסק הדין בעניין **קעדאן**. זה פס"ד מאוד פשוט וצפוי מבחינת הקביעות שלו, אין שם משהו מפתיע, הנסיבות היו מאוד פשוטות ולכן היה קל להגיע להכרעה המשפטית. בקעדאן אנחנו מתוודעים ליישוב קציר שמסרב לקבל את בני משפחת קעדאן, משפחה ממוצא ערבי, ליישוב. הסיבה המרכזית לדחייה שלהם הייתה שזה יפגע במרקם הקהילתי של היישוב, שהוא ישוב יהודי וציוני, עם אנשים ששירתו בצבא ובמסגרות אחרות של המדינה. אחד הדברים החשובים בפסק הדין הוא שמדובר בקרקע ששייכת לסוכנות היהודית, שהוא אורגן של המדינה, תאגיד ציבורי, וככזה הוא כפוף לנורמות של המשפט הציבורי. ולכן זה היה פס"ד קל - ביהמ"ש העליון אומר לנו שבמדינת ישראל, הרשויות שלה והאורגנים שלה מחוייבים למשפט הציבורי ובכלל זה גם לעקרון השוויון.

לכן בהקצאת מקרקעין ביישובים כמו ביישוב קציר אין שום סיבה שבני הזוג קעדאן לא יתקבלו אליו. עקרון השוויון מחייב מניעה של תופעות של הפליה בהקצאת קרקעות ולכן חייבים להקצות לזוג הזה מקרקעין.

ביהמ"ש גם מחדד דברים שעלו בפסיקות אמריקאיות בעבר לגבי מדיניות של "נפרד אבל שווה" - עלו טענות במסגרת העתירה שלציבור הערבי בישראל יש את היישובים שלו, כל אחד חי ביישובים שלו בנפרד ואין מניעה לנהל פרקטיקה של נפרד אבל שווה. ביהמ"ש העליון אומר שזה בעיניו לא ראוי, כי מדיניות כזו היא מדיניות משפילה שמשדרת מסר לא ראוי לציבור הערבי שהוא פחות טוב, לא מספיק ראוי להתערות בקרב הציבור היהודי, המדיניות הזאת היא מדיניות בעייתית ופסולה. הוא מאזכר את פס"ד **בראון** שעסק במדיניות הזאת ומה הבעיות עם מדיניות מהסוג זה.

אחד הדברים שעולים בפסק הדין שביהמ"ש לא מחדד ולא מרחיב עליהם זה היכולת של יישוב קהילתי להתבדל ולהגביל את זכות הכניסה אליו. ביהמ"ש העליון כאן כן מזכיר את האפשרות שיהיו יישובים שעדיין נהיה מסוגלים להדיר בהם אוכלוסיות מסוימות ולומר שיש להן מאפיינים ייחודיים שבשמם אפשר למנוע מאנשים אחרים להיכנס ליישוב אם הם לא עומדים בקריטריונים. יש יישובים כאלה, והם מזכירים את הקיבוצים והמושבים או יישובים בדואים, דתיים וכו', והם אומרים שלפעמים יהיו נסיבות שבהן ניתן יהיה להכשיר יישוב שיש לו מאפיינים ייחודיים. אבל ביהמ"ש לא מרחיב ולא נכנס לזה כי זה לא היה נושא העתירה. הוא לא נותן קריטריונים להדרה על בסיס חוקי, וזאת אחת הבעיות עם פסק הדין והקושי הגדול בו. עסקו כאן בהדרה בקרקעות מדינה, התוצאה הייתה מתבקשת ופשוטה, אבל אחת השאלות היותר קשות שהלכת קעדאן לא מתמודדת איתן ורואים בהמשך עד היום בעניינים אחרים שהיא עולה שוב ושוב הוא העניין של יישובים קהילתיים ועד כמה הם יכולים להדיר אנשים ועל בסיס מה, מה הבסיס החוקי לאפשרות הזו. ביהמ"ש אומר שזה אפשרי אבל לא מרחיב ולא נותן לנו קריטריונים. הוא כן מזכיר שלפעמים יהיו יישובים שיהיו בהם אורחות חיים ייחודיים, שכניסה של אדם שלא שייך לאותה קהילה יכולה לפגוע באורחות החיים הייחודיים האלה ולכן לא נאפשר זאת.

אחרי קעדאן תיקנו את **פקודת האגודות השיתופיות** (חוק ועדות קבלה), בשנת 2011. החוק הזה מסדיר את כל נושא פועלן של ועדות קבלה יישוביות ביישובים קהילתיים. פס"ד קעדאן הביא לבקשות של יישובים שתינתן להם אפשרות להפעיל ועדות קבלה יישוביות, כדי שיוכלו להדיר אוכלוסיות שיכולות לפגוע במרקם הקהילתי שלהם. הסעיפים המרכזיים שהתיקון לחוק יצר הם: תיקונים של סעיף ההגדרות, הוספת ס' 6ב, ס' 6ג, שבאים ומחוללים שינוי גדול ביחס לפועלן של ועדות קבלה ביישובים. התיקון יצר מנגנון שמאפשר ליישובים קהילתיים לסנן מועמדים שרוצים להתקבל אליהם. היישובים הקהילתיים עליהם חלה הפקודה מוגדרים בס' **2** שלה. יש שם הגבלות חשובות -
"יישוב בגליל או בנגב המאוגד כאגודה שיתופית שהרשם סיווג אותה כיישוב קהילתי כפרי או כאגודה שיתופית להתיישבות קהילתית, או הרחבה של קיבוץ, של מושב שיתופי, של מושב עובדים או של כפר שיתופי, המאוגדת כאגודה שיתופית שהרשם סיווג אותה כיישוב קהילתי כפרי או כאגודה שיתופית להתיישבות קהילתית, ומתקיימים כל אלה..."

הגדרה מאוד רחבה ושיש בה עוד הגבלות. למשל הגבלה כמותית של 400 בתי אב. גם ההגבלות למעלה הן משמעותיות. בישראל פועלות מעל 100 ועדות קבלה בישובים קהילתיים שונים. במגזר הערבי יש גם יישובים שנופלים לגדר ההגבלות האלה אבל לא מפעילים ועדות קבלה או מנגנוני סינון למרות שיש להם את הזכאות לכך לפי ההגדרות, ובסקטור היהודי מפעילים את המנגנונים האלה.

מה המנגנון הזה נותן? ס' 6ב-
(1) הקצאת מקרקעין לאדם לשם רכישת זכות במקרקעין ביישוב קהילתי שבו פועלת ועדת קבלה, תיעשה לאחר קבלת אישורה של ועדת הקבלה;

זכות הכניסה, הזכות לרכוש מקרקעין ביישוב קהילתי שיש בו ועדת קבלה פעילה- תיעשה לאחר אישור של ועדת הקבלה. החוק פה מונה את הרכב החברים בוועדה הזאת שביניהם נציגים של היישוב, נציגים של התנועה שהיישוב מסועף אליה. הסעיף אומר שוועדות הקבלה רשאיות לסרב מועמדים ליישוב קהילתי והיא צריכה לספק לו החלטה מנומקת בדבר הסירוב. כאשר נעשה סירוב כזה - יש לך זכות להגיש השגה על ההחלטה לוועדת השגות, בה נציגים גם של המדינה.

מחקר שנעשה מראה שלמעלה מ-60% מההחלטות שמשיגים עליהן נהפכות בוועדת ההשגות, כלומר יש הרבה הפליה בהחלטות של ועדות הקבלה, וזה רק ביחס להחלטות שמשיגים עליהן, יש החלטות גם שלא השיגו עליהן. הקושי הוא שלא תמיד הכל פתוח ואין תמיד גישה למידע, יש קושי לראות איך הועדות האלה פועלות.

הדבר הכי רלוונטי לענייננו הוא **ס' 6ג**- בו נותנים לנו את עילות הסירוב לפיהן אפשר לסרב לקבל מועמדים, כמו למשל: קטין, חסר יכולת כלכלית לרכוש דירה ביישוב, לא מתכוון בכלל להיות חלק מהקהילה (אלא רק למשל לקנות שם בית להשקעה). העילות החשובות הן ב**6ג(א)(4)+6ג(א)(5)**, שקובעות שהמועמד לא מתאים <u>לחיי חברה בקהילה</u> ושהמועמד לא מתאים ל<u>מרקם החברתי-תרבותי של היישוב</u> הקהילתי.
אלה שתי עילות הסירוב שעלו לדיון בפס"ד **סבח נ' הכנסת**. החוק קובע שהחלטת ועדה לסרב לקבל מועמד בגלל שהוא לא מתאים לחיי חברה בקהילה תהיה על סמך חוו"ד מקצועית של מי שהתמחותו באבחון התאמה כזה. בדר"כ זה מכוני מיון. ולגבי אי התאמה למרקם החברתי- חייב להיות ליישוב איזשהו מרקם חברתי-תרבותי שסביר להניח שהקבלה של מישהו עלולה לפגוע במרקם הזה ואז אפשר לדחות עפ"י זה. כאן לא דרוש אבחון של מכון מקצועי.

מעל כל זה "מרחף" ס' 6ג(ג) שאומר:

ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית.

הכניסו את כל עילות ההפליה כאן. ועדות קבלה לא יכולות לסרב על בסיס לקבל מועמדים.

ב**פס"ד סבח** תוקפים את החוק הזה, שכאמור תוקן לאחר קעדאן, ואת החוקתיות שלו. חשוב לדעת שהמידע על פרקטיקה של יישובים קהילתיים קיים בעיקר על בסיס תלונות של אנשים, אין על זה מחקרים שיטתיים. הרבה אוכלוסיות נדחות באופן עקבי ע"י ועדות קבלה. צריך לדעת שמרגע שאומץ המנגנון הזה, זה ממש המנגנון של "דירה להשכיר" - בוחרים את מי שמתאים להם ומסננים את מי שלא, והאוכלוסיות שנפגעות הכי הרבה הן אנשים עם מוגבלויות, מזרחים, אנשים עם נטיות מיניות שאינן הטרו-סקסואליות, נשים חד-הוריות, מיעוטים (אתיופים, ערבים...) ועוד. הכל בכסות של אי התאמה לחיי חברה וקהילה או מרקם תרבותי קהילתי. אלה <u>עילות מכובסות</u>, וזה מה שנטען גם בסבח. הרי כולנו לא מסתדרים לעתים עם שכננו, לומר שאדם מתאים לחיי וחברה בקהילה זה קצת מרחיק לכת כי אין מישהו שמתאים ומסתדר ממש עם כולם. יש הרבה בעייתיות במנגנון המיון הזה. ישראל היא גם חריגה בעניין הזה של מכוני המיון. יש מחקרים אמפיריים על כל אחד מסוגי המבחנים שהמכונים האלה משתמשים בהם, ורק שני מבחנים מהם אינם בעלי תוצאות הפלייתיות כלפי מגזרים מסוימים- ראיונות עם שאלות של פסיכולוג ומבחני יושרה. השאר בדר"כ מוטה באופן מובנה ואוכלוסיות מסוימות נפגעות בהם. יש קושי גדול לצלוח את המבחנים האלה, והמכונים האלה הם שממיינים אנשים להתיישבות ומשתמשים באותם המבחנים (כולל שכליים למשל, מה שקשה לומר למה רלוונטי למיון לשם מגורים ביישוב). אלה דברים שרלוונטיים אולי למקומות עבודה ומשרות, אבל לא לקבלה ליישובים.

לטענת מרים - מי שטען בעתירה בסבח לא עשה עבודה טובה, כי אם היו מודעים לקשיים במנגנון אולי היו פוסלים אותו. התוצאה ב**סבח** הייתה שביהמ"ש לא התערב, כיוון שיש את הסעיף שאומר שאי אפשר לסרב לקבל מועמדים על בסיס הפליה, וזה לכאורה סעיף שמונע הפליה על בסיס כל העילות בו ולכן שתי העילות של אי התאמה לחיי חברה וקהילה ואי התאמה למרקם חברתי תרבותי כפופות לאיסור ההפליה העקרוני. לא התערבו מפאת <u>חוסר בשלות</u>, ביהמ"ש אומר שהוא מחכה למקרים קונקרטיים של עותרים מסוימים שיאמרו

שנפגעו מפעולה של ועדת קבלה ואז יבדקו את המנגנון, אבל העתירה בסבח היא יותר תיאורטית. הם אומרים שעל פניו המנגנון של החוק נראה מאוזן כרגע. היו בפסק הדין הרבה עמדות.

שופטי הרוב - גרוניס, רובינשטיין, מלצר, חיות

גרוניס מדבר על דוקטרינת הבשלות ואומר שצריך יישום של החוק כדי להיות מסוגל לענות על השאלה האם הוא מפלה. הוא לא רואה שקיימים טעמים להתערבות לפני שיהיו מקרים מתאימים.
גם רובינשטיין הולך לאותו כיוון.

עמדת השופטת חיות- היא מצטרפת לאמירות של גרוניס לגבי עניין הבשלות, אבל אומרת שכדי לצמצם את העמימות של ההוראות בס' 6ג שעוסק בעילות הדחייה של מועמדים, אנחנו צריכים לקרוא לתוך ההוראות האלה על דרך של פרשנות כל מיני אמות מידה אובייקטיביות איך מיישמים את ההנחיות האלה. מרים אומרת שאם היו מגישים את העתירה הזאת כמו שצריך חיות הייתה מבינה שהיא אומרת כאן משהו שגוי. היא אומרת שחוות הדעת המקצועית על אי התאמה לחיי חברה בקהילה צריכה להיות מגורם בלתי תלוי, למשל מכון מיון. אבל אחד הדברים שנחשפו בדוחות של ועדות השגות הוא שפעמים רבות יש קשר בין מכון המיון ליישוב - היישוב בוחר לעבוד עם מכון מסוים שמתפרנס ממנו, ויש שיח בינם לגבי מועמדים. היה מקרה שהגיע לוועדת השגות בו הראו שהמכונים מתאמים עמדות עם ועדות הקבלה לגבי התאמה של מועמדים. לכן לדבר על מכוני מיון כגורם בלתי תלוי זה בעייתי. יש משקל לגורם שמזמין את חוות הדעת המקצועית. כלומר ההבנה של חיות כאן היא שגויה.

אחד הדברים הנוספים שהיא מציבה שהוא כן מגבלה חשובה ביחס לעילה של אי התאמה למרקם הקהילתי - היא אומרת שאת הסמכות לדחות אדם על בסיס אי התאמה למרקם חיים קהילתי ועדה רשאית להפעיל רק מקום שבו המרקם החברתי-קהילתי הזה קיבל ביטוי מוצהר בתקנון האגודה ותואם את ההוויה הקהילתית של אותו יישוב. כלומר היא אומרת שלא ידחו מישהו על בסיס העילה הזאת סתם כך אלא היא רוצה לראות שהתקנון אימץ מרקם כזה, ושההוויה בפועל היא כזו. יש כאן נטל הוכחה גדול. שלא ימציאו פתאום מרקם שלא קיים רק כדי לדחות מועמד. היא מנסה לרסן קצת את עילות הדחייה האלה עם נטל הוכחה כבד יותר על היישוב.

דעות **שופטי המיעוט** (מרים יותר מסכימה איתם) - ג'ובראן, ארבל והנדל

שלושתם סוברים שיש מקום לבטל את עילות הדחייה האלה ולהכריז עליהן כלא חוקיות.

ג'ובראן אומר שוועדות קבלה היו קיימות גם לפני פקודת האגודות השיתופיות. יש כאן פרקטיקה של הדרה וסינונים שפועלת כבר שנים רבות. זה אמנם לא מגובה במחקר מסודר, שלא קיים כי קשה לחקור את הדברים האלה ואין כמעט מידע על כך, אין שקיפות. אבל הפרקטיקה היא כזו שעילות הדחייה הן עילות שבהגדרתן מאפשרות הפליה, אלה עילות "מכובסות", אם רוצים לדחות מועמד ילבישו עליו את אחת העילות מהשתיים שדיברנו עליהן. יש כאן מסר לא נכון אם לא נבוא ונתערב.

השופטת ארבל הולכת גם כן לכיוון דומה. היא סוברת שעל רקע הדברים שהוא מעלה היא גם הייתה באה ומתערבת, והייתה פוסלת את הסעיפים האלה ועילות הדחייה בס"ק 4 ו-5. היא אומרת ומדגישה שעילות הדחייה האלה הן עילות דחייה עמומות שמאפשרות ליצוק כל תוכן שוועדות הקבלה רוצות לצקת לתוכן. המנגנון הזה, שמורכב בעיקר מאנשים פרטיים, נותן להם כוח לקבל כל החלטה שהם רוצים על בסיס שרירותי. ההתרשמות מהאנשים היא סובייקטיבית לחלוטין, היא עלולה להיות מושפעת מדעות קדומות וסטריאוטיפים, ולכן היא פוגעת באופן קשה מאוד בשוויון בהקצאה של קרקעות ציבוריות. היא מדברת על מבחני התאמה ואומרת שגם הם בעייתיים. זה לא מדד שיכול להכשיר את ההדרה או הדחייה של המועמדים האלה אם אין הנחיות ברורות ביחס למהות המבחנים האלה ואנחנו לא יודעים עד כמה הם יכולים לנבא

התאמה לחיי קהילה. יש קושי גדול לומר שיש קשר בין המבחנים האלה לבין התאמה של מועמדים לחיי קהילה.
ארבל אומרת שיש כאן גם פגיעה בכבוד ובפרטיות של מועמדים שחושפים את עצמם וצריכים להוכיח ליישובים שהם מתאימים אישיותית למקום מסוים. היא מדגישה שכשאני בוחר מקום מגורים זה חלק מהאוטונומיה שלי, יש לי את הזכות לבחור איך לתוות את סיפור החיים שלי, לבטא את עצמי, זה חלק מכבוד האדם, למה צריך להשתדל ולהוכיח התאמה למקום מגורים כל כך? זאת גם אחת הסיבות שאנשים לא תוקפים את ההחלטות האלה, הם לא רוצים שיתחילו לנהל דיונים סביב התאמתם ומה נאמר עליהם במכון וכו', יש בזה מבוכה. המנגנון הזה מאפשר הפליה בין אם באופן מודע ובין אם לא, וקל מאוד להסוות אותה תחת העילות של אי התאמה לחיי קהילה או למרקם חברתי. היא מדברת גם על ההשלכות ארוכות הטווח של המנגנונים האלה, שוועדות קבלה משדרות מסר מפריד ומפורר, מאפשר התבדלות, הדרה של אחרים, ומונע התניידות של אנשים מקבוצות חלשות לחזקות, מחליש לכידות חברתית. הוועדות האלה מייצרות בעצם השלכות ארוכות טווח על כל המרקם החברתי שלנו ועל היכולת שלנו לקיים חברה עם לכידות חברתית. על בסיס זה היא חושבת שיש מקום לבטל את עילות הדחייה האלה של מועמדים לוועדות קבלה.

היא לא אומרת שאין זכות לקיים חיי קהילה עם צביון מסוים, זה אפשרי הרבה פעמים שכן נאפשר לאנשים להתבדל ולהקים יישובים קהילתיים במקומות קטנים עם אופי קהילתי דומיננטי חזק, אבל שם צריך אופי קהילתי דומיננטי משמעותי מאוד שכניסה של אחרים יכולה לפגוע בו. את זה אפשר להכשיר אבל צריך להיות מאוד זהירים עם זה ולעשות את זה בזהירות.

<u>הנדל</u> - הסכים חלקית עם דעת הרוב שיש בעיה של בשלות לגבי מרבית הסוגיות שמתעוררות בעתירה, אבל חושב שזה כן בשל חלקית מסיבה מסוימת ומרכזית שהיא <u>הרכב ועדת הקבלה</u>. הוא חושב שהרכב הוועדה הוא בלתי חוקי והוא היה פוסל אותו. הוא אומר שההרכב נותן רוב לבני היישוב הקהילתי. ברגע שיש רוב כזה לאנשי היישוב זה יכול ליצור הפליה בלתי מודעת, אנשים שישכפלו את עצמם, יקבלו רק אנשים שדומים להם, אין מנגנון ביקורת פנימי, ולכן לא ייתכן שזה יהיה הרכבה ראשוני. אמנם יש ועדת השגות עליה, אבל גם ההרכב הראשוני הוא בעייתי ולכן הוא היה פוסל אותו.

יש לנו 3 שופטי מיעוט עם דעות מנומקות מאוד, שמתנגדים מאוד לחוק הזה וחושבים שיש מקום לפסול אותו, ומרים מסרימה איתם. אבל לביהמ"ש ככה"נ לא היו מספיק כלים כדי לקבל החלטה כזאת. העתירה גם לא נוהלה נכון לטענתה. יתר השופטים שהזכרנו מקבלים הכרעה האחרת וחושבים שיש הערת בשלות, עם ההערה שכן יש בכל זאת כפיפות לשוויון וכן יוכלו להתערב כשיגיעו מקרים קונקרטיים. ביהמ"ש בסוף מכשיר את החוק הזה וקובע שהוא חוקתי, ומאז לא הגיעו מקרים לבג"צ. אבל יש קושי גדול עם ועדת הקבלה עצמה.

פס"ד סבא ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ובאמונה

זו הייתה עתירה מנהלית שהגיעה לביהמ"ש העליון בשבתו כבימ"ש לערעורים בעניינים מנהליים. בדומה לעבודה שלנו (פרויקט מיכלאנג'לו) הייתה עתירה נגד החלטה של מינהל מקרקעי ישראל להקצות מגרש בשכונת עג'מי ביפו לבנייה של 20 דירות מגורים של חברת באמונה. המכרז הזה היה פתוח ליהודים בני הציבור הדתי לאומי. העתירה הייתה על בסיס טענת הפליה, מדיניות שיווק מפלה ולכן זה לא פרויקט שהוא כדין והמינהל נהג שלא כדין כשהוא החכיר לאמונה את המגרש הזה כשהוא מיועד רק לבני הציבור הדתי-לאומי היהודי.
ביהמ"ש העליון לא התערב בכלל בסיפור הזה מסיבה מרכזית אחת- המעשה כבר היה עשוי, המכרז הסתיים, אנשים כבר קיבלו את הדירות, העתירה נדחתה כיוון שזה היה בשלב מאוחר מדי. זאת בשונה מהפרויקט ביפו שבעבודה שהוא בתחילת דרכו.
באו ותקפו את המיזם הזה בטענה שהוא פוגע בעקרון השוויון, שמוטל על מינהל מקרקעי ישראל לנהוג בו, (אם כי זה היה לפני חובת השוויון במכרזים שדיברו עליה במי-טל). מצד שני אמונה אמרה שהיא חברה

פרטית שזכתה בקרקע ולא כפופה לחובת השוויון שמוטלת על הרשות ולכן היא יכולה למכור למי שהיא רוצה. היום זה לא היה הולך, היום יש חובת שוויון בכל מכרז בו המדינה מקצה קרקע לקבלנים.

הדיון בעתירה הזאת חשוב. השופטת בייניש אומרת שהסיפור מעורר הרבה מאוד קשיים בכל מיני הקשרים. עד כמה תאגיד פרטי כפוף לאיסור הפליה מטעמים של דת ולאום, איזה פיקוח נדרש על מינהל מקרקעי ישראל על אופן שיווק הקרקעות שהוא מחכיר לשחקנים פרטיים ועוד. אבל היא אומרת שלא ניכנס לזה כי יש כאן כבר מעשה עשוי ולכן הדיון הוא תיאורטי. אבל היא כן אומרת בפס' 7 לפסק הדין:

יש יסוד לטענה כי המינהל נדרש לפקח על אופן שיווק המקרקעין בשוויון ללא הפליה גם על ידי חברות פרטיות הזוכות במכרזים המוצאים על ידו, כאשר המקרקעין הם מקרקעי המינהל על כל המתחייב מכך.

כלומר רשות מקרקעי ישראל חייבת לפקח על הקרקעות שהיא נותנת לאנשים לזכות בהם במכרזים שלה. ועל רקע זה אנחנו רואים את כל הגלגולים במי-טל הנדסה, ובחובות הפיקוח והשוויון שיש היום על מכרזים.

היא אומרת דבר חשוב נוסף:
עוד יתכן כי יש ממש בטענה שהציבור הדתי לאומי אינו בגדר קבוצת מיעוט הדורשת הגנה על מאפייניה הדתיים והתרבותיים הייחודיים, בפרט כאשר מדובר בקרקע המיועדת לדיור בתחום ישוב עירוני; ובהתחשב במיקומו של המגרש הנדון. אולם, בנסיבות העניין איננו רואים כי עלינו להכריע בסוגיות הללו כיוון שאין זה מעשי להעניק למערערים את הסעד המבוקש על ידם.

היא אומרת כאן שלא נראה שציבור דתי לאומי הוא קבוצת מיעוט, או שזאת קבוצה שדורשת הגנה על מאפיין תרבותי ייחודי כלשהו, במיוחד כשמדובר בקרקע שהיא בתחום של יישוב עירוני. יש בהם מחסור במקרקעין, אין מספיק דיור לכולם, לכן לבוא ולשים הגבלות על אפשרות של ציבורים מסוימים להשתתף במכרזים הוא דבר מאוד בעייתי בגבולות של יישובים עירוניים. משתמע מדבריה שאולי על מאפיין דתי תרבותי ייחודי של קבוצה דתית היא הייתה שומרת ביישוב קטן, אבל בתחומים של יישוב עירוני לא.

היא לא נכנסת לשאלות העקרוניות, אין עיסוק בהן בפסק הדין, אבל היא אומרת שמקרקעין לדיור זה משאב ציבורי מוגבל, צריך לנהוג בשוויון בחלוקה של מקרקעין לדיור. האם הקצאה של מקרקעין לקבוצה עם מאפיינים תרבותיים או דתיים ייחודיים היא בגדר הפליה פסולה - היא שאלה מורכבת, שמחייבת איזון בין הזכות החוקתית לשוויון מצד אחד לבין זכויות אחרות כמו הזכות לחיים בקהילה תרבותית למשל. איך עושים את האיזונים האלה ועוד - אלה שאלות שבטח יתעוררו בפסיקות מאוחרות יותר של העליון.

סבא הוא פס"ד חשוב מאוד בגלל האמירות האלה. הוא לא הלכה, כי הפס"ד הוכרע על בסיסים אחרים, אבל חשוב לדעת את הנאמר שם.

פס"דים נוספים שעוסקים במתח בין עקרון השוויון לערכים אחרים

פס"ד עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות

מכונה בג"צ הבואינגים. עסק בחוקתיות של 3 החלטות של מועצת מינהל מקרקעי ישראל בנוגע ליישובים חקלאיים. דיברנו על עקרונות של **צדק חלוקתי**, וזה אחד מפסקי הדין המרכזיים שעוסקים בהקשר הזה. ההחלטות האלה נתנו כל מיני הטבות ליישובים חקלאיים והגישו נגדם עתירות, בין היתר הקשת המזרחית, על בסיס טענות של פגיעה בעקרון השוויון ושל צדק חלוקתי. אלה החלטות 717, 727, 737 (לכן קראו לזה בג"צ הבואינגים - מספרים שמתכתבים עם שמות מטוסי הבואינג). אלה החלטות שבג"צ מחליט לבטל בגלל טיבן.

ב-717 נתנו הטבה ליישובים לפתח איזורי תעשייה ביישובים כמקור תעסוקה נוסף להם, בחלק מהקרקעות שהם חכרו מלכתחילה.
ב-727 אפשרו לשנות ייעוד לבנייה למגורים, תעשייה, מסחר, תיירות וקייט, של קרקעות שהייעוד המקורי שלהן היה חקלאי. עפ"י ההחלטה הזאת, יתנו לאותם חוכרים חקלאיים פיצויים כשגובה הפיצוי יקבע עפ"י שווי הקרקע אחרי שינוי הייעוד, כלומר עפ"י הערך היקר יותר. יש כאן הטבה לחקלאים שאומרת שמשנים להם את ייעוד הקרקע למטרות נחשקות ויקרות יותר, ובתמורה מפצים אותם לפי שווי הייעוד החדש של הקרקע.
בדר"כ זה לא קורה, אם מפקיעים קרקע נותנים את השווי האמיתי והמקורי שלה, הנמוך יותר, לפני שינוי הייעוד.
ב-737 - אפשרו לעשות שינוי ייעוד של קרקעות לצורך הרחבה של שטחי מגורים ביישובים חקלאיים, למעשה לאפשר שם הרחבות. ניתנו הטבות מופלגות לסקטורים החקלאיים, למשל לרכוש את הקרקעות בעלויות נמוכות משווי השוק וכו'.

את שלושת ההחלטות האלה בג"צ ביטל על בסיס שורה של הנמקות. הטענה המרכזית הייתה שהמדינה באה ויוצרת כאן הסדר בהחלטות של רשות (אפילו לא בחקיקה) ונותנת הטבות מופלגות ובלתי סבירות, כיוון שהן נותנות הטבות לחוכרים חקלאיים על חשבון הקופה הציבורית וגם מזניחות שיקולים של צדק חלוקתי וחברתי, וגם שיקולים של איכות הסביבה.

ביהמ"ש העליון קבע ששלושת ההחלטות בטלות. לגבי כל החלטה ניתנה הנמקה שונה למה הוא מבטל אותה:
717 - ביהמ"ש סבר שנותנים הנחות ניכרות בדמי החכירה כאשר באו ושינו ייעוד של קרקעות, הנחות ניכרות שאף מגזר אחר לא מקבל ביחס לניצול של קרקעות.
727 - ביהמ"ש סבר שיש כאן פיצויים מאוד גבוהים לסקטור קטן מהאוכלוסיה על חשבון הקופה הציבורית וללא הצדקה, אין כאן סיבה לגובה מופלג של פיצוי.
737 - ביהמ"ש העליון קבע שההחלטה בלתי סבירה באופן קיצוני כיוון שהיא פוגעת בעקרון הצדק החלוקתי והיא גם בעייתית מבחינה תכנונית. אין הסדרים מקבילים שמאפשרים מציאת דיור במגזר העירוני לאנשים בו. נתנו שם הנחות גדולות מאוד בדמי החכירה, לכן אין סיבה לתת את הפער הגדול הזה ולתת לאנשים את כל ההטבות של קבלת קרקע במחירים מאוד מוזלים ביישובים חקלאיים, כשאין לכך מקבילה בסקטור העירוני.

הבג"צ הזה הוא חשוב כי זו פעם ראשונה שביהמ"ש העליון מתערב בעיקר על בסיס שיקולים חלוקתיים ומבטל החלטות שנתנו הטבות לסקטורים שכן נתפסים כסקטורים שתרמו ליישוב המדינה, לפיתוח החקלאות וכו'. אבל יש כאן תקיפה ולא אפשרו קבלה של ההטבות האלה. חשוב לזכור שיש פה גם שקילה של שיקולי שוויון וגם של צדק חלוקתי, ביהמ"ש בודק כאן את ההשפעות של ההטבות האלה. נאמר שההחלטות בלתי סבירות באופן קיצוני ולכן מבטלים אותן.

שמחה רוטמן אומר שזה השפיע על שוק הדיור ופגע בו, ושבגלל הבג"צ הזה מחירי הדיור בישראל הם גבוהים. זה לא רלוונטי בכלל כי מדובר בקרקעות חקלאיות ביישובים שנמצאים לא בלב המגזרים העירוניים בישראל, אין שום קשר בין הבג"צ הזה לבין מחירי הדיור בישראל ואין שום ראיה שהוא מביא שמראה קש"ס בין ביטול ההחלטות האלה למחירי שוק הדיור. לא ברור על בסיס מה הוא אמר זאת, זו טענה חלשה, אך מעניין שהוא מאזכר אותה ולטענתו זה בג"צ שגוי מבחינת ההשלכות הכלכליות שלו.

פס"ד פבל פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות

פס"ד שעסק במועדון לילה שקבע גיל כניסה מינימלי לכניסת גברים שהוא 26, וגיל כניסה מינימלי לנשים שהוא 24. עוסק בחוק איסור הפליה במוצרים, שירותים וכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים. בחור שלא יכול היה להיכנס למועדון בא וטוען שההסדר הזה מפלה לפי חוק זה, והמועדון טוען לזכותו שהוא עסק פרטי ויש לו חופש עיסוק, זכות קניין, חופש התקשרות, שמקנים לו את הזכות להציב רף מינימלי של גיל לבאים בשערי המועדון. ההקשר שלנו - הזכות להיכנס למקרקעין האלה - עד כמה עקרון השוויון חל וגם חוק איסור

ההפליה במוצרים ושירותים, האם המקום הזה הוא מקום בידור ציבורי שעקרונות השוויון חלים עליו ואסורה בו ההפליה.

ביהמ"ש בסוף אומר שהוא זכאי לפיצוי לפי החוק כי מדובר בהפליה לא לגיטימית, הבחנה שאינה מותרת, שפוגעת לא רק בגברים אלא גם בנשים ומשפילה אותן, משמרת מבנה פטריארכלי (הנמקה של ג'ובראן ודנציגר). מדובר במקום בידור ציבורי, ומדובר בשאלה כמה אפשר להיכנס למקרקעין האלה בגדרי החוק וכמה מותר להפלות כניסה למקום הבילוי הזה. זה חוק שמפעילים הרבה בהפליה של אוכלוסיות שונות בכניסה למועדונים, אלה דברים שעולים הרבה ואנשים גם תובעים עליהם לא מעט לפי **חוק איסור ההפליה**.
ביהמ"ש קובע שהמועדון הזה הוא מקום ציבורי שנכנס לגדרי החוק, וככזה המועדון הזה לא רשאי להפלות במתן כניסה למקום, גם לא על בסיס מין כי זה אחד מבסיסי ההפליה שעלו לדיון (ההבחנה בין גברים לנשים).

השופטים דנציגר וג'ובראן מחדדים שאנחנו יודעים שעקרונית הגברים כקבוצה הם לא קבוצה שסבלה מהפליה היסטורית, אלא להיפך, ובמקרה הזה דווקא הגברים הם שמופלים. תכלית החוק הייתה לקדם את השוויון בין פרטים שונים בחברה, והשאלה העקרונית היא עד כמה הפליה על בסיס מגדרי כאן היא אפשרית או לא. ההנחה של החוק היא ששלילה של הפליה שומרת על הכבוד של כל מי שנמנה על הקבוצות שמנסים לפגוע בהן, ותעזור למגר הפליה. לא רוצים שיפלו לא גברים ולא נשים, ולא לייצר סטריאוטיפים ביחס לאף אחד מהם. יעדי החוק היו לקדם חברה שוויונית וצודקת יותר עבור כל הקבוצות בחברה. במקרה הזה השופט דנציגר סבר שהמועדון לא הצליח להוכיח איזשהו **שוני רלוונטי** ומהותי להבחנה שהמועדון הזה ערך בין גברים לנשים בגילאים שלהם. בגלל שהוא לא הראה שוני רלוונטי כזה - מדובר כאן בהפליה אסורה עפ"י דין.

הטענה שהועלתה שם הייתה שבמציאות החיים בדר"כ במרבית הזוגות האישה צעירה מהגבר, וניסו על בסיס זה לטעון שרצו לקדם נשים צעירות יותר וגברים מבוגרים יותר, אלה הזוגות שנראים בפועל במציאות שלנו. אבל ביהמ"ש (גם המחוזי וגם העליון) אמר שהסיבות האלה לא יכולות להוות סיבה או הצדקה להפליה. סיבות נוספות- סבירות גבוהה יותר שגברים ישתכרו יותר וינהגו פחות סביר מנשים לכן רוצים להכניס רק את הבוגרים יותר, אולי ינהגו בבגרות יותר. אבל ביהמ"ש דחה גם טענות כאלה.

השופט ג'ובראן אומר דברים חשובים גם ביחס לנשים. הנחת המוצא בהבחנה בין גברים לנשים נגועה בהפליה הרבה יותר עמוקה. עצם זה שאתה מחלק לקטגוריות גילניות שונות את הגברים והנשים, זה משקף איזושהי הנחת מוצא מפלה, שכל הגברים והנשים הם הומוגניים בקבוצות הגיל המסוימות האלה. הוא אומר אין שום סיבה להניח שכולנו זהים או דומים, גם אם סטטיסטית אפשר לומר שהרוב מתנהגים בצורה X או Y. הפגיעה כאן שהמועדון יצר היא לא רק בגברים, הפגיעה העמוקה יותר היא דווקא בנשים. זאת מדיניות שבאופן כוחני גורמת לשימור של הירכיות מגדריות ומייצרת מסגרת פטריארכלית בכניסה למועדונים שאנחנו לא רוצים לאפשר אם אנחנו רוצים לקדם שוויון בין גברים לנשים. לכן ביהמ"ש קובע שהמועדון הזה פעל שלא כדין וחייב אותו לפצות את העותר.

קרקעות קק"ל

דיברנו על כך שקק"ל שולטת במאות אלפי דונמים, בבעלותה יש כ-2.5 מיליון דונם שהם כ-13% משטחי מדינת ישראל. מרבית הקרקעות האלה הן חקלאיות. ב-2009 מדינת ישראל וקק"ל חתמו על הסכם עקרונות לחילופי קרקעות. בקק"ל יש הגבלה במכרזים שלהם שהקרקעות יוקצו רק לאוכלוסיה יהודית. הייתה עתירה ב-2004 נגד מינהל מקרקעי ישראל וקק"ל לבטל את הדרישה הזאת בתקנות המכרזים, שמונעת מערבים להשתתף במכרזים של קרקעות קק"ל. לכן המדינה עשתה חילופי קרקעות, כדי למנוע אפשרות שיבואו ויחילו עליה את עקרונות השוויון. היא החליפה לקרקעות פחות נחשקות, כדי שתוכל להמשיך בפרקטיקות שלה באזורים עם פחות ביקושים, בתמורה לקרקעות באזורים בהם חייבים להחיל עקרונות של שוויון במגורים.

דה פקטו, פורמלית, אי אפשר לשלב את הדרישה המפלה הזאת במכרזים שלה. היא גם אורגן ציבורי שכפוף לעקרון השוויון בגלל היקף ההחזקות שלה בקרקעות. אז אחת הדרכים שהיא רצתה להתמודד איתן בהתחלה הייתה פשוט לצאת מניהול המדינה, כלומר שמדינת ישראל לא תנהל יותר את הקרקעות שלה, אבל בסוף לא הלכו לפתרון הזה ועשו הסכם חילופי קרקעות גדול.

בפועל אלה לא קרקעות שהן למגורים ושאנשים נאבקים עליהן, לכן אנחנו לא רואים היום את התופעות של אי-השתתפות של אוכלוסייה ערבית במכרזים של קק"ל.
אבל קק"ל גם מאתגרים בהקשרים של הגבלה על העברת בעלות, ואם זה יעלה שוב - אין ספק שיבטלו את המגבלה הזאת ויקבעו שהיא לא חוקתית, כי יתפסו את קק"ל כגוף דו מהותי עקב החזקתו ב-13% משטח המדינה.

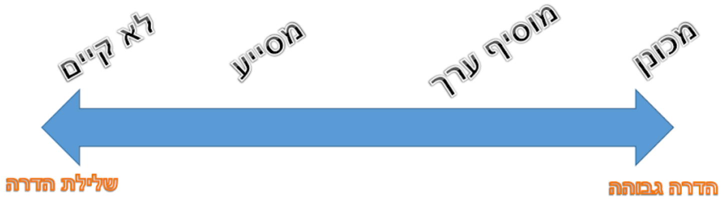
ועדות קבלה לישובים

איך בפועל ועדות קבלה ליישובים יכולות לפעול ולהדיר אנשים?
יש מאמר של ד"ר **שי שטרן** שעוסק בערכים של קהילה ועד כמה הם יכולים לאפשר הדרה. במאמר שלו הוא פורס את העקרונות והשאלות שצריך לשאול. הוא מנסה לבוא ולמלא את החלל שקעדאן, סבח וסבא לא נותנים לנו בצורה מפורשת, לבוא ולומר לנו מתי מותר להדיר ובאילו תנאים.
עיקר השאלות שהוא שואל הן על בסיס מה ומתי אפשר להדיר אנשים ולומר שהם יכולים להיכנס ליישוב ומתי לא, הוא מנסה לתת תמונה משפטית יותר בהירה על בסיס ערכים של קהילה.

הוא עושה זאת לפי **מודל של 4 שלבים** (שצריך לעבור כדי להגדיר קהילה כקהילה שיכולה להדיר אוכלוסיות בקבלה):

א. האם יש לקהילה תפיסת טוב משותפת?
למשל בקעדאן אם מדברים על אנשי היישוב קציר - הם טענו שיש להם תפיסת עולם ציונית וביהמ"ש אמר שזה לא מספיק וזו לא תפיסת עולם שהיא משותפת ועמוקה מספיק כדי להוות בסיס ליצירה של קהילה.
אפשר לומר שרוב תושבי המדינה הם ציונים או מחזיקים בעמדות ציוניות. תפיסת טוב משותפת - לא מספיק איזשהו ערך כללי של אנשים נורמטיביים או מאמינים וכו', אלא צריך תפיסת עולם מגובשת ומפורטת יותר.

ב. מהו תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסת הטוב
עד כמה נדרש שיתוף פעולה קהילתי כדי לממש את תפיסות העולם שהיישוב מנסה לקדם. יש הרבה תפיסות עולם שלא דורשות שיתוף פעולה כדי לממש אותן. יש הרבה דברים שאני יכול לממש גם אם אני לא חי בקהילה. אבל שטרן אומר שלפעמים אפשר לראות שיש 4 סוגים של שיתופי פעולה למימוש תפיסות עולם, שמנויים לאורך הציר מהקל אל הכבד.



- לא קיים - לפעמים יש תפיסות עולם שלא דורשות שיתוף פעולה כדי לממש אותן, שאז **אי אפשר להדיר אף אחד**. למשל תפיסות כלכליות, אפשר להחזיק בתפיסת עולם קפיטליסטית. זה לא דורש מגורים עם אנשים בעלי תפיסת עולם דומה כדי לממש את תפיסות העולם האלה בחיים שלי.
- מסייע (שיתוף פעולה מסייע) - הרבה פעמים אם אדם גר בקרבה לאנשים אחרים שחולקים תפיסות עולם דומות זה יכול לסייע לו לממש את אותה תפיסת עולם. למשל אם אני צמחוני שגר בקרבת צמחונים אחרים סביר להניח שבסופר ובמסעדות יהיו יותר דברים צמחוניים שיעזרו לכולנו לחיות

באזור הזה. אבל זה שיתוף פעולה שלא שאי אפשר לחיות בלעדיו או להסתדר בלי האנשים האלה, זה רק מקל מעט על תנאי החיים.

- מוסיף ערך - שיתוף הפעולה הוא כזה שמוסיף ערך משמעותי באופן כללי עפ"י תפיסות העולם שלי. הוא כן משנה את המציאות שלי (לעומת במסייע). למשל תפילה - אדם יכול להתפלל לבד, ומצד שני יש את עניין המניין. אם יש תפילה במניין זה מוסיף ערך לחיים שלי ולמסוגלות לקיים את התפילה בצורה טובה יותר עפ"י השקפת העולם הדתית שלי. יש לה ערך גבוה יותר. כלומר אני יכול להגשים את תפיסות העולם שלי לבדי, אבל שיתוף הפעולה מוסיף ערך רב יותר לפרקטיקה שלי.
- מכונן - בקצה הספקטרום נמצא מצב בו שיתוף הפעולה הוא מכונן, מצבים בהם בלי שיתופי פעולה אין דרך לממש את תפיסות העולם שלי. אני חייב את שיתוף הפעולה של הקהילה כדי לממש אותן. הדוגמא הכי דרמטית לכך - הקיבוץ ההיסטורי, בו חלק מתפיסת העולם היא שוויונית, דגלה בשיתוף עם אחרים, בלי שיתוף הפעולה לא היה לקיבוץ קיום.

אלה דרגות, ואנחנו צריכים בשלב הזה אחרי שבדקנו בשלב הראשון אם לקבוצה יש תפיסת טוב משותפת, לבדוק מה תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסת הטוב. בתפיסה של שטרן, הדרגות הגבוהות יותר מאפשרות הדרה יותר גבוהה. אם ממש קריטי שיתוף פעולה ליכולת שלנו להוציא לפועל את תפיסות העולם, צריך לאפשר הדרה יותר גבוהה.

ג. מה ההשפעה של מניעת הדרה על הקהילה

צריך לבדוק מה יקרה אם לא ניתן לקהילה לסנן מועמדים. האם כניסה של אדם חילוני לקהילה חרדית למשל תפגע ביכולת שלה לממש את תפיסת העולם שלה? צריך לשאול ביושר וברצינות האם מניעת הדרה תשפיע על הקהילה או לא. האם תפיסה של אנשים שלא מאמינים בתפיסות העולם המסוימות האלה יכולה להשפיע על הקהילה בדרך כלשהי.

ד. חוסנה הפוליטי-כלכלי של הקהילה

צריך לבחון את החוסן של הקהילה. יש קהילות מאוד חזקות מבחינה כלכלית ופוליטית, והוא סבור שככל שהקהילה חזקה יותר היא תצליח יותר לשמור על המאפיינים שלה ועל היכולת שלה להגשים תפיסות עולם גם בלי תמיכה משפטית או ממשלתית.
למשל הקיבוצים ההיסטוריים - נהנו מתמיכה חזקה מאוד של המדינה, אבל כן היו חזקים כלכלית ופוליטית. לא בטוח שהם היו צריכים את התמיכה הזאת והגושפנקא להדיר.

בתפיסה של שטרן כשאנחנו מדברים על היכולת להדיר צריך לעבור את כל ארבעת השלבים האלה וגם לבדוק עד כמה שיתוף הפעולה עומד באחת הדרגות למימוש תפיסת הטוב. צריך לבדוק את כל הפקטורים השונים ולנסות להגיע לאיזשהו תמהיל שיחשוב על השאלה האם מבחינה משפטית המדינה צריכה להתערב ולאפשר הדרה, או לא לאפשר הדרה במצב הזה.

לא תמיד קל להפעיל את המודל הזה, הוא גם סובל מחוסר בהירות. אבל הוא חשוב כי הוא מנסה להציע מתווה משמעותי יותר ממה שקעדאן וסבח נותנים לנו. כרגע אין לנו שום כלים לדעת מתי מותר ומתי אסור להדיר ביישובים קהילתיים.

המשך שיעור 15:

הגנת הבעלות והחזקה

הנושא הזה עוסק בשאלות של פלישות למקרקעין ואיך צריך להתמודד עם פלישות והסגת גבול באופן כללי. מדובר על הדרכים שבהן חוק המקרקעין שלנו מתמודד עם השאלות של פלישות. ההגדרה של הנושא והמסגרת שלו מוסדרים בס' 15-20 לחוק המקרקעין. הוא מוסדר בצורה שנותנת מקום לא רק לבעלים הפורמליים מבחינה משפטית אלא גם למחזיק. הרבה מהשיח סביב הנושא הזה סב לא רק סביב זכויות משפטיות פורמליות כמו שכירות, בעלות וכו', אלא גם סביב המושג הזה של מחזיק, שנדבר עליו. המוקד שלנו הוא כיצד דיני הקניין מאפשרים לנו להגן על זכות הבעלות וזכות החזקה שלנו? איך אנחנו שומרים על הנכסים שלנו? מה הגבולות של הכוח שיש או אין לנו בהקשרים האלה?

המוקד שלנו הוא דיני הקניין, אבל חשוב לדעת שהגנת הבעלות והחזקה נעשית גם מכוח דינים אחרים, כמו דרך עוולות נזיקיות בפקנ"ז למשל, או חוקים פליליים שעוסקים בעבירות של הסגת גבול. אבל אנחנו במסגרת דיני הקניין והמשמעות של דיני הקניין ואיך הם מגינים על זכות הבעלות והחזקה. מבחינה מעשית, נראה שהרבה פעמים בנכסי מקרקעין שוהים אנשים שלא תמיד הם הבעלים של הנכס. הרבה פעמים יהיה בהם משכיר או שואל של מקרקעין, אדם שיש לו רשיון להשתמש במקרקעין… והרבה פעמים נכסים מוחזקים לא ע"י האדם שיש לו זכויות קנייניות אלא ע"י אנשים אחרים. לכן המחוקק יצר הסדר שעוסק בהגנת הבעלות והחזקה באופן כללי מבלי להיכנס דווקא לזכות משפטית פורמלית בנכסים.

מושג ההחזקה- כדי להיחשב כמחזיק בנכס צריך להיות עם 2 רכיבים מרכזיים:
1. נדרש רכיב נפשי של מינימום כוונה לשלוט בנכס.
2. לפעמים נקבל גם את הביטוי הפיזי של ההחזקה ולא רק הנפשי, כשהאדם גם תופס את הנכס. מימד פיזי של שליטה בפועל בנכס, תפיסה שלו, שחורג רק מהכוונה לשלוט בנכס.

הרבה פעמים מספיקה כוונה לשלוט בנכס כדי לראות בי כמחזיק ולא נדרשת החזקה בפועל והמימד הפיזי.

<u>ההצדקות להגנה על הבעלות והחזקה</u>

בספרות המשפטית - שורה של טיעונים ש**ויסמן** מעלה למה אנחנו יוצרים הסדר שמגן על זכות הבעלות והחזקה.

שמירה על הסדר הציבורי ← האם זה עניין למשפט הפרטי?

הנימוק המרכזי להגנה על זכות החזקה במקרקעין. סכסוכי מקרקעין מאיימים על הסדר הציבורי במובן הזה שאנחנו לא יודעים מה מצב הזכויות, מי רשאי ומי לא רשאי לשלוט בנכס, וברגע שאנשים מאתגרים את הנושא הזה של זכויות במקרקעין אנחנו במידה רבה מערערים את הסדר שקיים בחברה. לפי ויסמן, אם ניתן קדימות או עדיפות לאדם שמצוי פיזית במקרקעין באופן כללי זה עשוי לתת לנו תחושה טובה שאנחנו יודעים מי נמצא בנכס באופן כללי. אם אנחנו נותנים משמעות לזכות של אותו אדם להחזיק גם מבלי לבוא ולהתעמק מה מצב הזכויות שלו, אנחנו מקדמים איזושהי יציבות ורגיעה ביחס למשטר המקרקעין. במידה רבה, אם מכבדים את זכות החזקה הזאת נותנים יציבות עד שיהיה בירור משפטי לגבי מצב הזכויות במקרקעין.

יש <u>ביקורות</u> גם על ההסדרים האלה - מדוע ערכים של שמירה על סדר ציבורי זה עניין שהמשפט הפרטי צריך להתמודד איתו. אם אנחנו רוצים לשמור על הסדר הציבורי, לא תמיד ההסדר שחוק המקרקעין מייצר הוא ההסדר הראוי להשיג את היעד הזה. כשנדבר על ההסדר בפועל, למשל ס' 18 לחוק המקרקעין, המגמה שם היא לא תמיד לעשות סדר ציבורי. לפעמים הכלל הוא דווקא זה שיוצר אתגרים בסדר הציבורי בכל מיני דרכים.

יעילות בהגנה על נכסים ← האם רלוונטי למצב השוק הקיים?

הטענה הזאת עלתה בישראל אחרי המחאה החברתית הגדולה ב-2011. היה משבר כלכלי-חברתי שעלה בה, אנשים העלו טענות שיש הרבה נכסים שאנשים קונים להשקעה, למשל דירות באיזורים שונים בארץ שהן

דירות רפאים - אנשים לא מתגוררים בהן. הם ממש רצו לפלוש לדירות ולנצל אותן, יש הרבה אנשים שקונים אותן ולא צריכים אותן, הדירה ריקה רוב השנה. הם טענו שהרבה יותר יעיל שהם יפלשו לנכסים האלה ויתפסו אותם בתקופה שהבעלים שלהם לא עושה בהם שימוש.

אחת השאלות שמתעוררות היא האם הטיעון הזה משכנע. הוא מנסה לומר שהרבה יותר יעיל לאפשר למחזיק או לראות במחזיק כמי שצריך להיות בנכס, כי יש בזה איזשהו הסדר כלכלי שהוא יעיל. ברגע שאני אומר שמי שמחזיק הוא זה שיהנה מהנכס, יגן על הנכס, ואותו מחזיק הוא המסגרת שלנו, זה יקדם יעילות בהגנה על נכסים. יש גם כאלה שטוענים שהרציונל הזה לא באמת רלוונטי לשוק שאנחנו חיים בו היום. אדם יכול להחזיק במקרקעין גם אם הוא נמצא בקצה השני של העולם רחוק מהמקרקעין, מספיקה הכוונה שלו לשלוט בנכס. אבל הטענה הזאת של לאפשר לאנשים להשתמש בנכסים פנויים גם כשיש להם בעלים כדרך טובה לנצל את הנכסים ולא לתת להם לשבת בלי ניצול - היא טענה שבסופו של יום לא התקבלה וגם לא מיושמת. הטיעון התועלתני נשמע נחמד אבל דה פקטו לא הולכים לכיוונים האלה.

הטלת הנטל על התובע ⟵ ראייתי או מהותי?

החזקה היא למעשה סוג של מכשיר דיוני בדיני הראיות. היא לא אומרת שום דבר מהותי על המחזיק ולא קובעת אם הוא צודק או לא, וגם לא קובעת משהו דיוני, כלומר אנחנו לא נכנסים לשאלה אם אפשר או אי אפשר לתבוע אותו. אבל מה שאומר המושג הזה הוא שאנחנו רוצים לדעת מי צריך להוכיח את התביעה ביחס למקרקעין, ואם יש מישהו שכבר יושב במקרקעין - הנטל צריך להיות על מי שרוצה לפנותו, על התובע. המשמעות של החזקה היא רק לעניין נטל ההוכחה, רק ראייתית.

לעודד שימוש בנכסים פנויים ⟵ רובין הוד לעניים?

דומה לטיעון על יעילות בהגנה על נכסים, כשכאן הטענה אומרת שאין סיבה להשאיר נכסים פנויים ואם יש אדם שמחזיק בהם בוא ניתן תוקף להחזקה הזאת. לא צריך להוכיח שיש בעלות, אלא אם אדם מחזיק בנכס הוא יכול להביא לניצול יעיל יותר של הגנה על נכסים. אין סיבה לתת לנכסים הפנויים לעמוד סתם לבד, אפשר לעודד אנשים לעשות דין עצמי ולהנות מנכסים פנויים. אבל גם הבעיות כאן דומות לבעיות שראינו בשמירה על הסדר הציבורי - אי אפשר לעשות מה שרובין הוד עשה, אנחנו כאנשים פרטיים לא יכולים לנהל דברים מהסוג הזה ולגזול מהעשיר ולהעביר לעני משהו כי הוא זקוק לו יותר.

<u>הביקורת</u> כאן דומה מאוד לביקורת בהגנה על נכסים - המדינה צריכה בסופו של דבר לנהל את הדברים האלה ולקבל החלטה שתיישם מדיניות מסוימת לגבי נכסים פנויים. לומר שכל אחד יעשה מה שטוב לו ושיעיל להשתלט על נכסים ריקים זה מאוד בעייתי עדיין, ולא היינו רוצים לאפשר מדיניות כזאת מבחינה ציבורית אלא ללכת לכיוונים אחרים.

במילים אחרות, לכל הנושא הזה של הגנת הבעלות והחזקה יש הצדקות שונות, שנראה שהרבה מהן לא עומדות במבחן הביקורת בסופו של דבר. אבל כשנותנים הגנה לזכות החזקה ולא רק לבעלות, רוצים לבוא ולהגן על הזכויות של אנשים, למנוע אנדרלמוסיה בנוגע לנכסים של אנשים, לשמור על הסדר הציבורי, לייעל את ההגנה על נכסים, לעודד שימוש בנכסים פנויים, אבל כמובן יש הרבה ביקורות על הגישות האלה ועל מתן משמעות לחזקה בכלל.

<u>השחקנים בסוגיית ההחזקה</u>

- בעלים - בעלי נכס המקרקעין. הוא יכול להיות גם המחזיק.
- מחזיק - האדם שמחזיק כדין בפועל, אדם שקיבל רשות מהבעלים להחזיק את המקרקעין.
- בעל זכות להחזיק - אדם שיקבל הרשאה להחזיק במקרקעין, אבל בשונה מהמחזיק הוא לא מחזיק במקרקעין בפועל. לא מממש את הזכות שיש לו.

- מסיג גבול - שום קשר לנכס ורק רוצה להשתלט עליו שלא כדין.

המחוקק שלנו יוצר הסדר משפטי מאוד מפתיע. הוא גורם להרמת גבות פעמים רבות ולא מבינים למה ההסדר הוא ההסדר המסוים הזה.

<u>החזקה</u>

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

- הסעיף מגדיר לנו מיהו המחזיק. הוא יכול להיות אדם ששולט באופן ישיר במקרקעין, כמו הבעלים, או שהשליטה היא ע"י אדם אחר שמחזיק במקרקעין מטעם הבעלים.

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

- הסעיף המרכזי שעוסק בהסגת גבול. הוא למעשה אומר שהבעלים של המקרקעין ומי שזכאי להחזיק בנכס אבל לא מחזיק בו בפועל - זכאים להגיש תביעת פינוי נגד מי שמחזיק בקרקע שלא כדין, נגד מסיג הגבול.

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

- סעיף די מוזר מבחינת פועלו המשפטי. יש הטוענים שזה סעיף שעוסק בהפרעה לשימוש במקרקעין בלבד, שאינה מגיעה לכדי הסגת גבול. מה שמעניין הוא שהסעיף נותן זכות תביעה למחזיק במקרקעין, שיכול להיות מחזיק בדין אבל יכול להיות גם מסיג גבול ומחזיק שלא כדין. הסעיף שותק ולא אומר "מחזיק כדין", לעומת סעיפים אחרים. יש לכאורה סעיף מאוד רחב שמאפשר למחזיק במקרקעין לבוא ולהפסיק להפריע לשימוש במקרקעין. אנחנו נותנים את הכוח הזה גם למי שמחזיק שלא כדין. למה ביהמ"ש מאפשר דבר כזה ונותן זכות תביעה למסיג גבול, אדם שעיוול ואנחנו לא רוצים לקדם את הזכויות שלו?
  כאן המטרה היא לשמור על הסדר הציבורי. אם אנחנו חוזרים למטרה הראשונית של למה יצרנו הסדר של הגנה על בעלות וחזקה, אחד הדברים המרכזיים הוא הרצון לשמור על הסדר הציבורי גם במחיר של לתת למסיג גבול למנוע את ההפרעות הנוספות האלה. עדיף שמסיג גבול ימנע הסגות גבול נוספות מאשר שהוא לא יוכל בכלל לתבוע במצבים האלה.

הפרשנות של ס' 17 עלתה לדיון ב**פס"ד יוסף נ' עוקשי**, והייתה שם מחלוקת פרשנית בין השופטים על מה חל ס' 17 מבחינת לשונו. מצד אחד היה את השופט אנגלרד ומצד שני את השופטת פרוקצ'יה. השופט **אנגלרד** סבר שהפרעה לשימוש היא כל הפרעה שלא מגיעה לסטטוס של פלישה. ההסבר שלו היה שפשוט הסעיפים האחרים עוסקים במצבי פלישות, למשל ס' 16, 18. לכן המסקנה היא שס' 17 לא מדבר על מצבים של פלישה ממש. כלומר הפרעה לשימוש לא חלה על מצבי פלישות כי פלישות הוסדרו בסעיפים אחרים. במילים אחרות, ההפרעה לשימוש בס' 17 היא רק הפרעה מוגבלת, כשמישהו מפריע לשימוש שלי במקרקעין אבל לא באמת פולש. השופטת **פרוקצ'יה** מנגד סברה שהפרעה לשימוש כוללת פלישה. מצד שני, העמדה שלה פחות מסתדרת עם לשון הסעיפים כי אין הרמוניה מבחינת ניסוח. כי אם שאר הסעיפים עוסקים בפלישות זה סעיף מיותר לכאורה, שנותן כוח מיותר לתובעים.

<u>סעד עצמי - האם ראוי?</u>

ס' 18 הוא הסעיף הכי מפתיע בחוק, שעוסק בסעד עצמי ונותן לאנשים במצב של פלישות סמכות לעשות סעד עצמי ולהפעיל כוח נגד מסיגי גבול. עולה השאלה למה לתת לאדם שיושב במקרקעין את האפשרות לעשות סעד עצמי? זה סעד שמאפשר לאנשים להפעיל כוח ביחס לאנשים פרטיים אחרים.

זה התעורר בפס"ד דרומי, ולאחרונה במקרים של שיף וארד.

יש 3 **הצדקות** למה נותנים כוח לאנשים של סעד עצמי ואכיפה עצמית במצבים של פלישה למקרקעין שלהם:

- מענה לאופי אנושי

מתן סעד עצמי הוא איזשהו מנגנון של שחרור קיטור. המשפט אומר שהוא יודע שאנשים שפוגעים להם בחזקה ומפריעים להם לזכויות במקרקעין יגיבו באלימות ויפעילו כוח כדי להדוף את מי שפוגע בהם. זה האינסטינקט הבסיסי שלנו, להגן על הרכוש שלנו ולהרחיק אנשים שמנסים להפריע ולפגוע בזכות שלנו במקרקעין. לכן מכשירים את המענה הזה לאופי האנושי ואומרים שכן תפעיל כוח כי בנסיבות טבעיות בטח היית רוצה להגיב בכוח. נותנים לגיטימציה משפטית לאופי האנושי, ורבים כמובן לא אוהבים את זה. המשפט אמור להפוך בעלי ריב לבעלי דין ולתת להם להתדיין.

- חלופה מעשית במקרים מסוימים (בעיקר מיטלטלין)

הרבה פעמים סעד עצמי הוא החלופה המעשית היחידה ביחס לנכסים מסוימים, למשל ביחס למיטלטלין. לפעמים אם לא יתן לאנשים לעשות סעד עצמי אנשים יאבדו את הזכויות שלהם וזה כבר לא יהיה רלוונטי. למשל אם אדם גונב לי ציוד מהיד, כמו טלפון נייד - אם הבעלים לא יפעיל כוח עצמי ויחטוף מהחוטף את הטלפון חזרה, סביר להניח שהוא לא יראה את הנכס שלו יותר לעולם. לכן המחוקק אומר שלפעמים סעד עצמי זו הדרך היחידה לחלץ את הנכס שלך אם אתה לא רוצה שהוא ייעלם. לכן למשל במיטלטלין יש משמעות גדולה להפעלה של סעד עצמי.

- כלל קנייני לעומת כלל אחריות

כלל קנייני הוא כלל שמחייב הסכמה של בעלים כדי לקחת את הנכס. לעומת זאת כלל של אחריות אומר שניתן לפגוע בזכות הקניין תוך תשלום פיצויים. למשל ההסדר שראינו בס' 23 שעסק בקרקע לא מוסדרת, שם אמרו שאפשר לפגוע בזכות הקניין אבל תצטרך לשלם את מחיר החיבור של המקרקעין, לשלם על הקרקע בלי המחוברים שחוברו בטעות. כלל אחריות אומר שאנחנו כופים עליך הסדר משפטי בין אם אתה רוצה ובין אם לא.
סעד עצמי נתפס כביטוי של הכלל הקנייני, המחזיק מונע מהפולשים להגיע למצב שבו אם נצטרך לפצות אותם. והכלל הקנייני הרבה פעמים שהוא שמונע סכסוכים ומונע את הפלישה מלכתחילה, כי הוא מחייב הסכמה של הבעלים כדי לקחת את הנכס. אתה לא יכול לקחת את הנכס, ובמצבים כאלה המחזיקים שלנו מונעים מהפולש להגיע למצב בו הוא יצטרך לפצות אותנו.

<u>הכלל:</u> סעד ראוי, אך ראוי לצמצם
בנסיבות מסוימות הסעד הוא ראוי וראוי להכיר באינסטינקט הבסיסי שלנו להגן על הרכוש שלנו, בטח כשמדובר במיטלטלין. אבל מצד שני צריך להיות מאוד זהירים כשמשתמשים בסעד הזה וראוי לצמצם אותו, בגלל אירועים כמו שיף, ארד וכו', שהם לא אירועים שקל להתמודד איתם ולכן לא תמיד נאהב את הפעלת הסעד העצמי הזה. צריך להפעיל ריסון מסוים לגבי השימוש בו.

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

<u>פרשנות הסעיף:</u>

- פרשנות מצמצמת - לא תאגידים, לא מטעם

תאגידים לא יכולים להפעיל סעד עצמי, רק אנשים יחידים. לתאגיד אין את האינסטינקט והצורך האנושי להגיב כדי להגן על הבעלות והחזקה.

- 30 יום מיום התפיסה

מדובר על יום התפיסה בפועל, כשאני יודע מתי הפולש הזה נכנס נותנים לי בדיוק חודש לעשות את העבודה, את הסעד העצמי, ולפנות פשוט את האנשים האלה בכוח.

- כוח במידה סבירה

בדר"כ העדיפות היא שמשטרת ישראל תפעיל את הכוח ולא אתה, שתזמין אותם ותאמר שיש לך פולש ולא עברו 30 יום מיום הפלישה, ושהם אלה שיפעילו ביחס אליו כוח סביר. מדובר על הפעלת כוח לא חזק מדי, מתון מאוד, לא לפגוע או לפצוע וכו', ובפרופורציונליות למה שאתה חווה (אם יפלשו אליך עם נשק חם ומאיימים עלייך זה שונה ממקרים בהם יש פולש רגיל ו"נחמד").

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

הסעיף הזה שונה ועוסק במצב אחר- בפלישה/הסגת גבול שעדיין לא התרחשה.
מדברים על מצב שהוא שלב אחד לפני כניסת מסיג הגבול. המחזיק במקרקעין **כדין** יכול להפעיל כוח מתון, סביר כדי למנוע את הכניסה של מסיג הגבול למקרקעין.

- אין הגבלת זמן

חשוב לשים לב שבהקשר הזה אין כאן מגבלת זמן לגבי היכולת שלי להפעיל את הכוח הזה נגד הפולש.

אבל יש דרישה להחזיק המקרקעין כדין, בפועל, וגם כאן מדובר על הפעלת כוח במידה סבירה.

19. מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כאמור בסעיף 18(ב) **חייב להחזירם למחזיק**.

אולם אין בהוראה זו כדי לגרוע מסמכות בית-המשפט לדון בזכויות שני הצדדים בעת ובעונה אחת, ורשאי בית המשפט להסדיר את ההחזקה, ככל שייראה לו צודק ובתנאים שימצא לנכון, עד להכרעה בזכויותיהם.

סעיף דרמטי מאוד - עוסק במצבים בהם אנשים עושים דין עצמי בניגוד להוראות החוק (ס' 18(ב)). הסעיף מנסה להרתיע את האנשים שמפעילים כוח לא סביר, או עושים את זה אחרי שעברו 30 ימים... מפר את הוראות הסעד העצמי שבס' 18. אם אתה עושה את זה אתה תהיה חייב להחזיר את המקרקעין למחזיק. זה כלי שמאיים להחזיר את המצב לקדמותו.
מצד שני- <u>הסיפא</u> של הסעיף אומרת שיש שיקול דעת לביהמ"ש כמובן להתנהל אחרת ולפסוק אחרת.

- מה קורה עם <u>שוכרים שלא מתפנים בתום תקופת השכירות</u>?

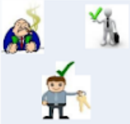
האם אפשר להתייחס אליו כאל פולש? אם עושים זאת כך יש 30 יום מיום הפלישה לפנות אותו בכוח. אבל הפסיקה של ביהמ"ש העליון אמרה שהפעלת כוח כנגד שוכר שלא מתפנה מהנכס בסוף תקופת השיכורת **לא** נכנסת לגדרי ס' 18(ב) ואי אפשר להפעיל את הסעיף הזה עליו. צריך ללכת לפי המסלול של ס' 16- לתבוע על הסגת גבול ולקבל סעד מביהמ"ש, אין כאן סעד עצמי.

ההסדרים שבין ס' 15 ל-20 הם הסדרים משפטיים שחלים גם ביחס להגנת זכות החזקה במיטלטלין. אותם עקרונות רק בהתאמה למיטלטלין.

<u>סיכום בטבלה של נושא הגנת הבעלות והחזקה לפי הסעיפים השונים</u>:
מי רשאי לתבוע את מי?

צד א'	צד ב'	16	17	18
		✓	✓ אם מחזיק	✓ אם מחזיק
		לא כדין ✗ / כדין ✓	✓	לא כדין ✗ / כדין ✓
		✓	✗	✗

אם צד א הוא הבעלים של הנכס והוא רוצה לתבוע פולש - ודאי שהוא יכול, מכוח ס' 16, וגם מכוח 17 אם הוא המחזיק, וגם 18- אם הוא מחזיק כדין. הבעלים רשאי לתבוע בעצם לפי שלושת הסעיפים אם עומד בתנאים שלהם.
המחזיק- אם לא כדין- ס' 16 לא חל, אם כדין- יכול מכוח ס' 16. לפי 17 כן- כי מדובר על כל מחזיק. 18- אם הוא מחזיק כדין אז גם מכוח 18.
בעל זכות להחזיק שטרם מימש את הזכות- רק לפי ס' 16, הוא יכול לדרוש מסירת המקרקעין.

צד א'	צד ב'	16	17	18
		✗	✓	✗
		✗	✗	✗

לגבי מסיגי גבול:
אחד את השני- רק לפי ס' 17, שמדבר על המחזיק במקרקעין. השאר מדברים על הבעלים או על הזכאי להחזיק, על המחזיק כדין.
אבל מסיג הגבול לא יכול לתבוע לפי אף סעיף את המחזיק כדין במקרקעין.

<u>מה משמעות החזקה כשהמדינה היא הבעלים</u>?

יש חוק שנקרא חוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע), שמסדיר את הזכות להגן על זכות הבעלות והחזקה ביחס למקרקעי המדינה. במקרקעי המדינה יש סמכויות הרבה יותר דרמטיות למדינת ישראל. כשהיא הבעלים של הקרקע ההוראות של ס' 15-20 יכולים לחול גם כן, אבל הבעיה היא שכאשר מדובר במדינת ישראל - היא חולשת על כמות קרקעות מאוד גדולה, ורוב הזמן אין לה שליטה אפקטיבית ברוב הקרקעות האלה. לכן המחוקק הבין שצריך לת לה סמכויות קצת יותר דרמטיות לגבי הגנת הבעלות והחזקה.

★ רצוי מאוד לעיין בחוק.

הוא נותן למדינה אפשרות להפעיל סמכויות דרקוניות של בדיקה, הוצאת צווים וגם ביצוע שלהם ביחס להסגות גבול בקרקעות מדינה. הכל מתנקז למדינה ברשות המבצעת. מי שמוסמך להפעיל את הסמכויות האלה בדר"כ הם מנהלים ברשות מקרקעי ישראל או ראשי רשויות מקומיות.

מהסעיפים הכי דרמטיים- ס' 4 לחוק, שאומר שאם השתכנענו בבדיקה שיש פלישה לקרקעות מדינה, אפשר להוציא צו לסילוק יד ופינוי אותם מקרקעי ציבור.

ס' 4(א) לחוק מקרקעי ציבור (צו לסילוק יד ולפינוי מקרקעי ציבור)

"תפס אדם מקרקעי ציבור, ושוכנע הממונה .... כי תפיסתם היתה שלא כדין, רשאי הממונה, בתוך שישה חודשים מיום שהתברר לו כי התפיסה היתה שלא כדין, ולא יאוחר משלושים ושישה חודשים מיום התפיסה, לתת צו בחתימת ידו, הדורש מהתופס לסלק את ידו ממקרקעי הציבור ולפנותם, כפי שקבע בצו ועד למועד שקבע בו (להלן – מועד הסילוק והפינוי), ובלבד שהמועד האמור לא יקדם מתום שלושים ימים מיום מסירת הצו".

חצי שנה מהיום שאתה מגלה שפלשו לקרקע, או עד 3 שנים מיום התפיסה שזו נקודת המקסימום, אתה רשאי להוציא צו שדורש לסלק את ידו מהפלישה לאותם מקרקעין ציבוריים.
אם הצו לא מבוצע והאדם לא מתפנה- יש גם סמכות לסלק אותו מהקרקע ולבצע את הצו לפי ס' 5.
יש כאן סמכויות דרמטיות למדינה לבדוק כל הזמן שאין פלישות ולפנות ממנה פולשים.

<u>מקרקעי ציבור:</u>

רע"א 4311/00 **מדינת ישראל נ' בן-שמחון**, פ"ד נח(1) 827
פס"ד חשוב שמדבר על ההסדר בחוק ואומר כמה הוא לא אוהב אותו. הוא אומר שצריך להשתמש בסמכויות של החוק הזה מאוד בזהירות כי הוא חוק דרקוני שנותן סמכויות רחבות והכל בתוך הרשות. צריך למתן את היכולת להפעיל את הסעד הזה ולהיות זהירים, להשתמש בו תוך שמירה על האינטרס הציבורי.

1. הגבלת סעד עצמי - רק צו והליך משפטי

אתה חייב להוציא צו, אתה לא יכול להפעיל כוח. לא מדובר על הפעלת כוח אלא רק צווים שיפוטיים וביצועם.

2. הרחבת הזמן העומד למדינה לפעול

בחוק זה היה 30 ימים לסעד עצמי וכאן חצי שנה מגילוי התפיסה ועד שלוש שנים. נותנים יותר זמן, כי למדינה אין שליטה אפקטיבית על כל המקרקעין שהיא חולשת עליהם בשטחי המדינה.

3. אין צורך בהחזקה של המדינה

המדינה היא לא מחזיק בפועל, אין לה שליטה אפקטיבית, לכן רוב הסעיפים ב-15-20 לא יחולו עליה. לכן יצרו הסדר חקיקתי שלא מחייב שהמדינה תחזיק בקרקעות או תשלוט בהן, כי זה לא ריאלי שהיא תשלוט ב-93% מקרקעות המדינה. אנחנו לא מצפים ממנה להחזיק בפועל כתנאי להפעלת הסמכויות האלה, מספיק שהיא הבעלים הפורמליים של הקרקעות.

ס' 4א- עוסק במצבים של חוזה שהסתיים והיכולת להפעיל את הסמכויות בחוק, כלומר במצב בו המדינה השכירה למישהו מקרקעין, הסתיים החוזה, והוא לא מתפנה בתום השכירות - כשדיברנו על ההסדר בס' 18 ראינו שבסוף תקופת השכירות המשכיר לא יכול להפעיל דין עצמי מכוח הסעיף. כאן, ביחס למקרקעי ציבור, המחוקק יצר הסדר שאומר שאפשר להפעיל את סמכויות החוק גם ביחס למישהו שלא מתפנה בתום חוזה שכירות. אבל המגבלות של 4א זה <u>רק כאשר תקופת ההחזקה מכוח החוזה לא עולה על 7 שנים</u>. רק אז אפשר להפעיל את הסמכויות האלה. זה צריך להיות חוזה שקצוב ל-7 שנים בלבד.

<u>הבהרות:</u>

★ "זכאי להחזיק" לעומת מי שמחזיק בפועל - אין הבדל גדול בין ההגדרות, לדעתה של מרים לא הייתה מחשבה מאחורי הניסוח הזה. זה אמור לכלול גם מי שמחזיק בפועל.

- בכל מצב של ספק - אם אני לא בטוח שעברו 30 יום או לא - אסור להפעיל דין עצמי. זה מסכן בכניסה לגדרי ס' 19. עדיף להזמין את המשטרה, ואם גם היא לא בטוחה אם מותר או לא - גם הם לא יפעלו. הולכים בדרך המלך של הגשת תביעה לפי ס' 16. "אם יש ספק אין ספק".

המשך שיעור 17:

דרכי רכישת זכות קניינית

נושא שחשוב מאוד להבנה של דיני תחרויות בהמשך. הוא גם עושה מעט חזקה על נושאים שכבר למדנו בהקשרים שונים. עושה סדר ומוסיף לגבי שכלול זכויות בעסקאות שונות.
דיברנו בתחילת הקורס על ההבחנה בין זכויות חוזיות לזכויות קנייניות. אמרנו שיש פערים ושלבים שונים בכל עסקה, חוזיים וקנייניים, ובשלב הקנייני אני מקבל את אותה גישה בלתי אמצעית לנכס שהופכת את הזכות שלי לזכות החזקה יותר, להבדיל מהזכות החוזית בשלב המוקדם שהיא זכות אישית ביחס לאדם אחר שמוגבלת בפועלה. המעבר הזה הוא מעבר דרמטי בעוצמת הזכות וחוזקה.

איך רוכשים זכויות בנכסים? יש <u>דרכי רכישה מגוונות לרכישת זכויות קנייניות</u>.

- ירושה

אדם יכול לעזוב את העולם ולהוריש את הזכויות שלו בנכסים שלו לאנשים. זה יכול להיות נכסי מיטלטלין, מקרקעין, זכויות. אחת הדרכים בהן אנשים יכולים לקבל זכויות ולהפוך לבעלים של נכסים היא דרך ההורשה. בין אם בירושה לפי דין - חוק הירושה, או בירושה פי צוואה שאומרת איך הנכסים של הנפטר יחולקו. זו דרך די רווחת.

- תפיסת חזקה – בעיקר במיטלטלין - נכסים שהופקרו או אבדו.

קיימת היום בעיקר **במיטלטלין** ביחס לנכסים שאנשים הפקירו או איבדו. התפיסה הזאת במיטלטלין קיימת בחוק שלנו. נכס שאדם הפקיר, למשל זרק לפח הזבל - כל אחד יכול לקחת אותו. כשרואים כוונת הפקרה, ובאים ותופסים חזקה בנכס - החזקה הזאת יכולה לגבש זכות קניינית בנכס. מי שתופס אותו ראשון מגבש זכות קניינית.
במקרקעין הייתה תקופה בה תפיסת חזקה הייתה מנגנון דרכו אפשר היה לקבל בעלות במקרקעין. יתכן מצב (ויש מדינות בעולם המערבי בהן השיטה הזאת עדיין קיימת) שאם אדם תופס נכס מקרקעין ומחזיק בו תקופה מסוימת הוא יכול להפוך לבעלי זכויות הקניין בנכס הזה. באנגלית קוראים לתופעה הזאת Adverse Possession, ובעברית **התיישנות רוכשת**. עפ"י התפיסה הזו, אם אדם תופס חזקה במקרקעין למשך תקופה ארוכה מאוד, בשלב מסוים בגלל ההחזקה במקרקעין מתגבשת אצלו זכות קניין במקרקעין. בישראל זה היה קיים עד תקופה מסוימת ואז ביהמ"ש העליון ביטל את הפרקטיקה הזאת, אז זה לא קיים היום. אבל <u>ס' 78 לחוק הקרקעות העותמני</u> איפשר את הפרקטיקה הזאת, אך הוא לא קיים יותר. זה כן רלוונטי היום בשטחים מסוימים באזור איו"ש.

<u>ס' 78 לחוק הקרקעות העות'מאני</u>:
"אדמת מירי, או מוקופה, שעיבד והחזיק בה אדם במשך עשר שנים באין מפריע, תיחשב זכות - ההחזקה שלו כמוכחת, בין אם היה ובין אם לא היה בידו מסמך בר תוקף ואין רואים אדמה זו כנטושה, אלא נותנים לו בחינם שטר טאבו חדש. אך אם הכיר המחזיק והודה בעצמו, שתפש אדמה נטושה בלי זכות, אין מתחשבים בתקופת הזמן שעברה ומציעים לו לקבל את הקרקע בשווי הטאבו; ואם סירב, תימסר פומבית לדורש."

- חלוף זמן + שימוש שאין עימו חזקה – זיקת הנאה מכוח שנים.

הדוגמא של זיקת הנאה מכוח שנים (הדוגמא היחידה שקיימת בדין הישראלי). מעצם העובדה שאני עושה משהו מסוים או שימוש מסוים במקרקעין לאורך זמן ארוך מאוד, כמו בזיקת הנאה מכוח שנים - אחרי 30

שנים של שימוש גלוי שנוגד את זכות הבעלות, אם אני עושה שימוש מסוים במקרקעין והבעלים מודע נוצרת זכות קניינית לטובת אותו אדם שעשה את השימוש הממושך. השימוש לא בא עם החזקה, אני לא מחזיק בנכס. רק משעבד את הנכס להנאה מסוימת בלי זכות להחזיק בו.

- שיפור נכסי זולת: ערבוב/חיבור מיטלטלין ומחוברים/בנייה במקרקעי הזולת

במקרקעין ההסדר הוא שכשיש חיבור הבעלות היא של בעלי המקרקעין. למשל בנייה של מחוברים על קרקע של מישהו אחר. נראה שהרבה פעמים במצבים בהם אדם מחבר נכס לקרקע, המחוברים הופכים להיות בבעלות בעלי הקרקע. אם אני משפר את נכסי הזולת, הזולת הופך להיות בעלי הנכס שחובר. לפעמים פעולות של ערבוב, שיפור, וכו' מקנה את השיפורים, הערבובים, החיבורים לבעלי הנכס.
במיטלטלין יש הסדר אחר - אם מחברים שק עגבניות שלי עם שק עגבניות של מישהו אחר למשל, נוצרת בעלות משותפת בכל העגבניות כי אי אפשר להבחין למי שייכת כל עגבניה. נוצר משטר של בעלות משותפת במיטלטלין (רק כשאי אפשר להבחין מה שייך למי!).

- עסקה רצונית – מכר, מתנה, שכירות, משכון וכיו"ב

דרך המלך, הדרך השכיחה ביותר שדרכה נוצרות זכויות קניין. אפשר לחשוב על מגוון דרכים שבהן אפשר לתת זכויות קנייניות. בדר"כ אם מדובר בעסקאות רצוניות זה יכול להיות בכלל סוגי הנכסים - מקרקעין, מיטלטלין, זכויות. כאשר נעשות עסקאות רצוניות לפעמים יהיו הוראות מיוחדות של הדין ביחס לכל סוג של עסקה, שדורש כל מיני דרישות צורניות למשל, כמו דרישת הכתב במקרקעין בהתאם לס' 8, או דרישות אחרות לפי החוק באשר לקיום של אותן עסקאות.

שיעור 18 - 9.12.21

עיקר הקורס שלנו הוא על העסקאות הרצוניות מתוך הדרכים שדיברנו עליהם, אנחנו פחות מתעסקים בשאר אבל חשוב להיות מודעים לכל הדרכים.

<u>עסקה</u>

כשמדברים על עסקאות, אנחנו צריכים להיות רגישים לסיווג הנכסים שבהם אנחנו עושים עסקה והכללים שחלים על כל סוג של נכס. אנחנו יכולים לעשות עסקה במקרקעין, במיטלטלין ובזכויות, לא תמיד הנכס בו נעשית העסקה יהיה פיזי, וגם כשמדובר במקרקעין למשל לא תמיד יהיו אלא מקרקעין שכבר בנויים או רשומים. חשוב לדעת מה סיווג העסקה ומה הנכס בו היא נעשית. יש לזה נפקות חשובה בהמשך, בדרך בה אנחנו מעצבים את העסקאות האלה וכותבים את החוזים בנכסים השונים. טיב הנכס משפיע על כך מאוד.

רכישת זכויות בנכסים – מקרקעין, מיטלטלין, זכויות – היא עסקה **שדיני החוזים** וכו' חלים עליה. לרבות – כריתת הסכם, פגמים בכריתה, יכולת ביטול, השלמת חוזה, בטלות עקב אי חוקיות, תרופות וכו'.
- ללא קשר לסוג העסקה, כשאנחנו עושים עסקה רצונית, שהיא דרך המלך - תמיד דיני החוזים חלים בשלב הראשון, החוזי.

דרישות מיוחדות –יש לעמוד בדרישות הקבועות ביחס לנכסים מסוימים. לגבי מקרקעין – <u>חלה דרישת מסמך בכתב במקרקעין</u> – ס' 8 (חריג - שכירות קצרת מועד).
- דרישת הכתב במקרקעין - החוזים עצמם שנעשים חייבים להיות בכתב. לשים לב שדרישת הכתב היא שונה גם מדרישת הרישום של העסקה. דרישת הכתב היא דרישה צורנית.
  החריג - שכירויות עד 5 שנים פטורות מכתב, ומעל 5 שנים חייבות בכתב.

<u>השתכללות הזכות בנכסים שונים</u>

מתי הזכות עוברת מהשלב החוזי האובליגטורי, לשלב הקנייני?

חשוב לדעת ולחדד מתי השלב הזה קורה והזכות עוברת לשלב הקנייני, מהתחייבות לעסקה שדיני החוזים חלים עליה לשלב שבו לוקחים את הזכות ומשדרגים אותה לזכות חזקה יותר ובמעמד של זכות קניינית. בנכסים שונים השלב הזה מתבצע בנקודות זמן שונות.

החשיבות: הן למערך היחסים החוזיים בין הצדדים הקרובים לעסקה, ובעיקר במערך היחסים עם צדדים שלישיים.

שלב חוזי/אובליגטורי — **שלב קנייני**

התחייבות לעסקה — **השתכללות העסקה**

המעבר לשלב הקנייני הופך את הזכות לפומבית, שמשפיעה על צדדים שלישיים, על כל העולם שיודע על הזכות. לכן נקודת המעבר הזאת היא קריטית. נראה גם בדיני תחרויות, אבל גם בהקשרים אחרים. זה שלב בו העסקה עצמה בעצם מסתיימת ואתה הופך לבעלים של זכות קניין ובנכס.

מקרקעין

ברוב המקרים שלב הרישום של הזכות עושה את המעבר מהשלב החוזי לקנייני במקרקעין. המעבר בין השלבים האלה הוא לא מעבר מהיר. זה מעבר שלוקח זמן, ולכן הרבה דברים רעים יכולים לקרות בדרך. יש הרבה פעמים פערי זמן, ויש תקופה בה לא ניתן לעבור לשלב הקנייני, וזה המצב לגבי רוב העסקאות במקרקעין. יש התארכות של פרק הזמן בין השלבים, ואנחנו צריכים לדעת שאנחנו נמצאים בעסקאות כשאנחנו חשופים עם זכות חוזית לפרקי זמן ארוכים מאוד. אנחנו נראה איך המשפט נותן פתרונות של הגנה בתקופת הביניים הזאת.

<u>שלב חוזי/אובליגטורי</u>

התחייבות לעסקה - נגיד שעושים עסקה חוזית ורוכשים דירה שרשומה במרשם וחותמים על חוזה, ומשלמים סכום על חשבון חלק מהתמורה בתשלום ראשוני. אחת השאלות היא מה קורה בשלב החוזי הזה, מה יש לאותו רוכש ביד? האם זו זכות חוזית במעמד חוזי שאין בו יותר ותקפה רק בין בני הצדדים, או שמא משהו שהוא קצת מעבר לזה? המעבר לזכות קניינית מתרחש ברישום במרשם. אבל לפני כן - ס' 7ב - כל עוד לא רשמנו את העסקה יש לנו רק התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, כלומר יש לי זכות חוזית ביד. בדין הישראלי החל מחקיקת חוק המקרקעין ואפילו לפניו התעוררו שאלות מה מעמד רוכש הזכות החוזית בשלב החוזי. האם באמת יש לו רק זכות חוזית, או שמא יותר מזה?
הפסיקה שעסקה בשלב החוזי בעסקאות מקרקעין הייתה מאוד טרודה גם <u>לפני אימוץ חוק המקרקעין</u> מהסטטוס של מי שעשה רק עסקה חוזית. לפני החקיקה שלטו בדין הישראלי גם במקרקעין, בין היתר, דיני היושר האנגליים. הדינים האלה לא אהבו את הסיטואציה לפיה אדם חתם על חוזה, רכש נכס, שילם אפילו את מרבית התמורה, אבל לא הספיק לעשות את האקט הרישומי - ואז אם צץ מישהו שבעלי הנכס חייב לו כסף ומטיל על הנכס הזה עיקול כדי שיהיה לו ממה להיפרע.

★ (לא קריטי לחומר, רק להבנה): בדר"כ זה קורה במסגרת הליך משפטי בתביעות על חוב כספי, כשאדם חייב כספים והוא בבעיות כלכליות יש חשש שהוא יבריח כספים או ייעלמו נכסים, בדר"כ יבקשו סעדים זמניים כמו צו עיכוב יציאה מהארץ ועיקול. צו עיקול מקבלים מביהמ"ש כשמפחדים שלא יהיה ממה להיפרע, ואיתו אפשר ללכת לכל מקום בו אולי יש לאדם נכסים (בנקים, מרשם המקרקעין...), מוסר להם את זה, העיקול נרשם והנכס מוקפא - הבעלים לא יכול לעשות בנכס שום פעולות מכוח הצו הזה. לאחר מכן בדר"כ הצדדים מגיעים לביהמ"ש ומנהלים דיון וכו'.

הייתה מתעוררת השאלה אם העיקול תפס משהו או לא, בגלל הזכויות החוזיות המוקדמות. לפני שחוקקו את חוק המקרקעין, בתי משפט לא רצו לגרום לאותו אדם שעשה עסקה חוזית להפסיד את הזכויות שלו, ולכן מכוח דיני היושר הם קבעו שאדם שיש לו זכות חוזית שתקוע בשלב הזה ומתעמת עם מעקל מאוחר, אמרו שיכירו בזכות שלו כזכות שהיא **מעין-קניינית**, שצריך לתפוס אותה כזכות שתהיה תקפה גם כנגד אותו מעקל מאוחר. אנחנו רוצים לראות את העסקה כעסקה שצריך לתפוס כעשויה, כי האדם הרבה פעמים עשה הכל ושילם הכל ורק לא הספיק לרשום. תחושת הצדק לא נעימה שאדם כזה יפסיד את הנכס בגלל אותו מעקל. לכן דיני היושר ששלטו בדין הישראלי לפני החוק המקרקעין קבעו שנראה עסקאות כאלה כעסקאות שנגמרו למעשה. המעקל המאוחר לא יוכל לשים יד על הנכס.

<u>אחרי חקיקת חוק המקרקעין</u> המצב השתנה. **ס' 161** לחוק המקרקעין מבטל את דיני היושר האנגליים ואומר שמתחילת חוק זה אין זכויות אלא לפי חוק, כלומר לביהמ"ש אין סמכות לעשות מה שהוא עשה מכוח דיני היושר. אי אפשר להכיר בזכויות מעין-קנייניות וכד' כפי שנעשה לפני כן. ומתעוררת השאלה מה עכשיו הסטטוס של אותו "מסכן" שעשה עסקה חוזית ואולי שילם את כל הכסף אך לא הספיק לרשום והגיע מעקל מאוחר? ההלכה ששלטה מאז תחילת סוף המקרקעין ועד סוף שנות ה-90 היא הלכת בוקר:

בר״ע 70/178 **בוקר נ׳ חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות**, פ״ד כה 134: כל עוד לא נגמרה עסקת הרכישה ברישום, כדרוש לפי סעיף 7(א) של החוק, נשארת זכותו של הרוכש זכות חוזית בלבד הקושרת את הצדדים לחוזה **אך לא צד שלישי**.

הלכה שבאה ממקום של עידוד אנשים לרשום זכויות ולבצר את מעמדו של המרשם. הזוג בוקר קונה דירה, משלם את רוב הכסף אך לא מספיק לרשום, ואז באה חברה ומטילה עיקול על הנכס. נוצר עימות האם המעקל המאוחר יכול או לא יכול לשים יד על הנכס. חשוב לרשום זכויות, ולכן התוצאה חייבת להיות כזאת שהזכות היא רק חוזית ולא תקפה כלפי כל אחד, גם לא כלפי המעקל, היא קושרת רק את הצדדים לחוזה. לא רשמת- "בעיה שלך".
לפעמים העידוד לרשום בכלל לא רלוונטי כי זה פשוט לא מתאפשר עדיין.
הלכת בוקר נתפסה כהלכה מאוד קשוחה, קשה, אבל שלטה בכיפה תקופה מאוד ארוכה. לאחר שהיא התקבלה המחוקק יצר הסדר חוקי לגבי הערות אזהרה, שניסה להתמודד איתה לפחות ברמה חלקית. אבל ההלכה הזאת באה ואמרה שיש את חוק המקרקעין ורוצים שאנשים ירשמו, ואם לא - יש להם רק זכות חוזית.

בסוף שנות ה-90 ברק ניצל הזדמנות להפוך את ההלכה הזאת ולהחיות את ההסדר שהיה לפני חוק המקרקעין, רק בדרך אחרת (כי הוא כבול לס' 161 לחוק שאוסר להכיר בזכויות שביושר):

פס"ד בנק אוצר החייל נ' אהרונוב

זכות מעין קניינית:
הגב' מזל אהרונוב עושה הסכם גירושין עם בעלה, מקבלת מקרקעין, לא מספיקה לרשום את הזכויות מכוח הסכם הגירושין, ואז בא בנק אוצר החייל ומטיל עיקול על המקרקעין האלה (אחרי שהיא עושה את ההסכם). עולה שוב אותה שאלה שעלתה ב**בוקר-** מעקל מאוחר שרוצה לשים יד על הנכס. השופט ברק בהרכב מורחב הופך את הלכת בוקר, ואומר שבעימות הזה בין המעמד של אדם שיש לו רק זכות חוזית במקרקעין מול מתעמת מאוחר יש לאותו רוכש של הזכות החוזית שעדיין לא הספיק לרשום זכות **מעין-קניינית** כנגד המעקל המאוחר. הוא עושה זאת בצורה חכמה - דרך הכרה בזכות מעין-קניינית, זכות של קניין שביושר, תוצרת הארץ, על בסיס חוק המקרקעין. הוא מגיע לתוצאה על בסיס הוראות בחוק המקרקעין. האחיזה של ברק היא בס' 9 לחוק המקרקעין - שעוסק בעסקאות נוגדות. הוא אומר שהוא למד מהס' הזה על הסטטוס של בעל הזכות החוזית המוקדמת בזמן. כשמסתכלים על ההסדר בס' 9, רואים שהמחוקק נותן עדיפות לרוכש הראשון על פני המאוחר כברירת מחדל, אלא אם מתקיימים תנאים שהשני עומד בהם (נדבר בהמשך). אבל ככלל, מההסדר של ס' 9 אנחנו למדים שלבעל הזכות החוזית המוקדמת בזמן אין רק זכות חוזית, אלא זכות שתקפה

גם כלפי אנשים מסוימים נוספים (לא תמיד כלפי כולם). בנסיבות מסוימות, יש לזכות הזאת תוקף כלפי צדדים שלישיים, ואם הזכות תקפה כלפי בעל זכות מאוחרת - היא תהיה תקפה גם כלפי מעקל מאוחר.

הלכת בוקר נהפכה כאן, אבל באופן מאוד מסוייג - בעל העסקה החוזית המוקדמת בזמן שמתמודד על המעקל המאוחר, יש לו זכות מעין-קניינית בתקופת הביניים הזאת, שתקפה כלפי צדדים שלישיים מסוימים (כמו למשל המעקל המאוחר, הרוכש המאוחר בתנאי ס' 9...). כלומר בשלב הביניים אתה "תקוע" עם משהו שמסתבר שהוא יותר מרק זכות חוזית, ואם תתמודד עם מעקל מאוחר תוכל לקבל עדיפות עליו.
<u>היום</u> התפיסה שבתקופת הביניים בין השלב החוזי לקנייני, לפחות בהתמודדות של רוכש מוקדם מול מעקל מאוחר - יש זכות מעין-קניינית שתקפה כלפי אותו מעקל.

השתכללות זכות קניינית = ס' 7ב = רישום
- השתכללות זכות הקניין מתרחשת כשהזכות נרשמת במרשם המקרקעין.

<u>למה יש פער זמנים בין העסקה ובין הרישום</u>?

למה שלא נלך מיד אחרי חתימת החוזה לטאבו ונרשום את הנכס על שמינו?
הרבה פעמים העסקאות מעוצבות בדרך כזו שיש תשלומים, לא משלמים את כל הסכום מיד. אדם משלם רק סכום ראשוני, ואז המוכר לא יתן לו מיד את הרישום והזכות הקניינית ולא נפרד מנה בעצמו עד ששולם לו כל הסכום. זה בדר"כ יהיה גם אחד מתנאי העסקה.

הסיבות המרכזיות הנוספות:

- מיסוי ואישורים

כדי למכור דירה צריך להביא ממרשם המקרקעין חבילה של אישורים שונים, ותהליך העברת כל האישורים הנדרשים לוקחת הרבה זמן. ברוב המקרים של עסקאות רכישת נכס יש מס רכישה שצריך לשלם, מס שבח, וכו', וצריך לחשב היטלים ודרישות מיסויות שונות. מילוי הטפסים, הוצאת השומה, טיפול רשות המסים, ועוד - כל זה לוקח זמן. עד שלא תראה את כל האישורים מהטאבו לא תיעשה העברת בעלות על שמך.

- מימון והסרת משכנתאות

בדר"כ אנשים שרוכשים נדל"ן לא יכולים לשלם על הנכס כולו מיד. לכן הם חייבים לקחת הלוואות מהבנקים, שלא רוצים להסתכן ורוצים ביטחון שהמלווה יוכל להחזיר להם את הסכום. הם ידרשו בדר"כ שעבוד של נכס כבטוחה לחיוב הזה ותירשם משכנתא על נכס המקרקעין הזה כהבטחה להחזר ההלוואה. עד שהיא לא תירשם לא יתקבל הכסף.
ולפעמים זה אף מסובך יותר - קורה שקונים ממוכר שכבר יש לו שעבוד על הנכס הזה, ולפני שהקונה משעבד את הנכס בשעבוד נוסף, המוכר צריך להסיר את השעבוד שלו. ההסרה נעשית בדר"כ כנגד תשלום וגרירה של המשכנתא לנכס החדש שהמוכר קונה.
כל הנושא של קבלת הכסף כרוך בהרבה דברים כאלה, שלוקחים זמן.

השילוב בין שניהם הופך את הפער בזמנים לגדול.

כאשר הנכס רשום בטאבו - רק רישום בטאבו
כאשר הנכס אינו רשום בטאבו - מקרקעין לא רשומים

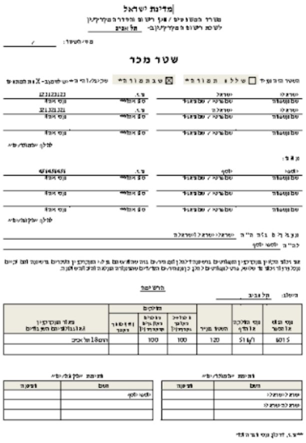
יש הרבה נכסי מקרקעין לא רשומים. אחד המצבים הקלאסיים הוא כשקונים דירה מקבלן. זו קנייה בעצם של דירה על הנייר, אין בניין, אין נכס רשום. כשהנכס לא רשום בטאבו - אין עסקה במקרקעין, אין עדין זכות בו. אם הנכס לא רשום במרשם אין איפה לרשום את הזכות ולכן בכלל לא נמצאים בחוק המקרקעין. זו לא עסקה במקרקעין עדין! זו לא עסקה שאפשר להגיע בה לשלב השני הקנייני. זו בעצם **עסקה בזכויות** וכך מתייחסים אליה - הקבלן מתחייב לתת לי בבוא היום זכות בדירה בבניין שעוד ייבנה, מתחייב לתת זכות חוזית.
איך מקבלים בטוחות על עסקה בזכויות? ממשכנים את הזכות החוזית לטובת הבנק. רושמים משכון ברשם המשכונות ולא ברשם המקרקעין, כי אין עדין מקרקעין.

<u>הליך הרישום הסטנדרטי</u>

שטר מכר + חוזה + אישור עירייה + אישורי מיסוי

- שטר מכר - צריך להביא 5 עותקים שלו, שבדר"כ חותמים עליהם כשנעשית העסקה והם נשמרים אצל עו"ד עד שנעשים כל התשלומים. זה מסמך פורמלי של המכירה שחובה למלא כדי להעביר רישום במרשם המקרקעין.
- חוזה המכירה - חתום על ידי שני הצדדים שמאשר שנעשתה עסקה במקרקעין.
- אישור עירייה - על תשלומי מיסים עירוניים, ארנונה, היטלי השבחה וכו', דברים שהעיריות צריכות לאשר, שעל הנכס לא רובצות חובות לעירייה.
- אישורי מיסוי - של רשויות המס, ששילמת את המיסים בגין העסקה, מס רכישה או אישור על פטור למשל.

עם כל אלה הולכים למרשם המקרקעין, בו מתבצע הרישום הקנייני.



מדינת ישראל / האוצר
מס רכישה
אישור לרישום בפנקסי המקרקעין
טופס 7098

גוש	חלקה	תת חלקה	רבוע	חלקים מועברים
006097	0199	049	00	00000001/00000001

מספר השומה: 113237531
אין יתרה לתשלום
תאריך המכירה: 01/08/13
שווי המכירה: 838,000
מס' זהות המוכר: 511415283
מס' זהות הקונה: 513206441
תאריך: 27/11/14

<u>אז מה עושים בינתיים</u>?

כלומר בתקופת הביניים. בתקופה זו לכאורה אוצר החייל נ' אהרונוב אומר שאתה מוגן כנגד המעקל המאוחר. יש זכות חוזית שתקפה כלפיו. אבל בחיים אפשר לפגוש לא רק מעקלים, אלא למשל אנשים שעשו עם המוכר עסקה מאוחר, ואז אוצר החייל לא עוזר.

לתקופת הביניים בין השלב החוזי לקנייני המחוקק יצר כלי שנקרא **הערות אזהרה**. המחוקק ניסה לתת פתרון רישומי לתקופת הביניים. הערות האזהרה הן כלי רישומי, שרושם עסקאות במקרקעין בפער הזמנים שבין השלב החוזי לקנייני. זה בעצם רישום ביניים. הוא נותן הרבה מאוד יתרונות. ברגע שעושים עסקה חוזית במקרקעין, בדר"כ משלמים תשלום ראשון במעמד ביצוע העסקה, ואז לפי תנאי ההסכם הרוכש הזהיר יבקש לרשם הערת אזהרה מיד או בימים הסמוכים לאחר חתימת החוזה. היום אפשר לעשות את זה בצורה מקוונת אז אין סיבה להתעכב עם זה. הערת האזהרה מזהירה את העולם שנעשתה עסקה במקרקעין האלו, זה נרשם במרשם המקרקעין לפי הוראות ס' 126 לחוק המקרקעין, ואז יש אינדיקציה לכך שנעשתה עסקה.

האינדיקציה הזאת נותנת <u>הגנות</u> לקונה - המרכזיות ביניהן:

1. מרגע שנרשמת הערת אזהרה, לא ניתן לעשות פעולות רישומיות בנכס. אף אחד לא יכול לעשות פעולה רישומית, רשם המקרקעין חסום, אי אפשר לרשום זכויות לטובת אף אחד אחר.
2. מרגע שנרשמת הערת אזהרה, היא נותנת למי שההערה רשומה לטובתו עדיפות כלפי כל נושה מאוחר שירצה לשים יד על הנכס. למשל מעקלים מאוחרים, נושים שירצו להיפרע מנכסי בעלי הנכס בפשיטת רגל או בפירוק של חברה. נותנת עדיפות משפטית ביחד לאחרים.

אגרת הרישום היא כ-200 ש"ח והיא נותנת הגנה חזקה משמעותית בעלות מינימלית.

הערות האזהרה האלה בכל זאת לא פועלות כזכויות קניין, כי עדיין לא מדובר בזכות קניינית, ההעברה לא הסתיימה. היא לא נתפסת כזכות קניין מלאה, אלא לפי הפסיקה כמשהו מעין-קנייני בתקופת הביניים. כדי לסיים את העסקה ולקבל זכות קניינית חייבים לרשום בסוף התהליך הזה.

בקשה לרישום הערת אזהרה
לפי סעיף 126 לחוק המקרקעין, תשכ"ט - 1969

מס' השטר

1. תיאור המקרקעין

הישוב	הגוש / הספר	החלקה / הדף	כתובת
תל אביב	6015	516/1	הדס 18

2. הפעולה המבוקשת: אני(אנו) מבקש(ים) לרשום בפנקס המקרקעין הערת אזהרה **על התחייבות לעשות עסקה / על הימנעות מעשיית עסקה*** במקרקעין הנ"ל, עפ"י המסמכים המצורפים בזה.

3. פרטי מי שהתחייב ופירוט זכותו במקרקעין

שם פרטי	שם משפחה/שם תאגיד	סוג זיהוי**	מס' זיהוי	כתובת	מהות הזכות במקרקעין	החלקים בזכות
ישראל	ישראלי	ת.ז.	132123123	הדס 18 תל אביב	בעלות	50/100
ישראלה	ישראלי	ת.ז.	321321321	הדס 18 תל אביב	בעלות	50/100

4. פרטי הזכאי שלטובתו ניתנה ההתחייבות

שם פרטי	שם משפחה/שם תאגיד	סוג זיהוי**	מס' זיהוי	כתובת
יוסף	יוספי	ת.ז.	456456456	ירושלים 5 תל אביב

5. המסמכים המצורפים: ☒ הסכם ☒ ייפוי כוח בלתי חוזר ☐ מסמך אחר

6. פרטי המטפל ברישום הפעולה: עורך הדין דוד דוידי (שם) תחמני 15 תל אביב (כתובת) 054-6666222 (טלפון)
הוסמך על ידי/נו לטפל ברישום הפעולה הנ"ל בפנקס המקרקעין.

* שם המבקש / מיופה הכוח	חתימה
ישראל ישראלי	
ישראלה ישראלי	

17.12.2014

צעות האינטרנט מידע מפנקס בתים משותפים דף: 1
המתנהל בלשכת רישום מקרקעין תל אביב-יפו
תאריך 01/06/2006
שעת עדכון אחרון: 07:30

[redacted] חלקה : 23 תת-חלקה : 1

קומה	שטח במ"ר	החלק ברכוש משותף
ראשונה	11.00	11/474

ב ע ל ו י ו ת

תאריך	מהות הפעולה	הבעלים	החלק בנכס
20/11/1997	מכר	[redacted] ת.ז. [redacted]	בשלמות

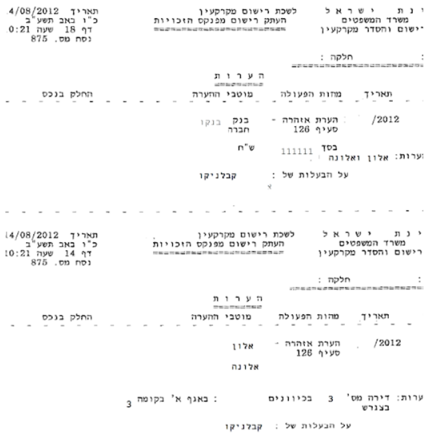
מ ש כ נ ת א ו ת

תאריך	מהות הפעולה	בעלי המשכנתא	החלק בנכס
20/09/2000	משכנתא בדרגה שווה דרגה ראשונה	משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ חברה 520017872	

בסך 350,000.00 ש"ח בשלמות

על כל הבעלים

ה ר כ ו ש ה מ ש ו ת ף


ינת ישראל
משרד המשפטים
רישום והסדר מקרקעין
לשכת רישום מקרקעין
העתק רישום מפנקס הזכויות
תאריך 4/08/2012
כ"ו באב תשע"ב
דף 18 שעה 0:21
נסח מס. 875

חלקה :

הערות

תאריך	מהות הפעולה	מוטבי ההערה	החלק בנכס
/2012	הערת אזהרה - סעיף 126	בנק בנקו חברה	

ערות: אלון ואלונה
בסך 111111 ש"ח
על הבעלות של : קבלניקו

ינת ישראל
משרד המשפטים
רישום והסדר מקרקעין
לשכת רישום מקרקעין
העתק רישום מפנקס הזכויות
תאריך 14/08/2012
כ"ו באב תשע"ב
דף 14 שעה 10:21
נסח מס. 875

חלקה :

הערות

תאריך	מהות הפעולה	מוטבי ההערה	החלק בנכס
/2012	הערת אזהרה - סעיף 126	אלון אלונה	

ערות: דירה מס' 3 בכיוונים בצנרש : באגף א' בקומה 3
על הבעלות של : קבלניקו

לשים לב: ס' 7 חל רק על **עסקה במקרקעין הטעונה רישום**.

יש זכויות במקרקעין שאינן טעונות רישום: זיקת הנאה מכוח שנים, זכות קדימה מכוח החוק.
- זיקת הנאה מכוח שנים - נוצרת מכוח השימוש הממושך. אפשר לרשום אותה (ס' 93 ו-94) אבל לא חייבים לרשום כדי שהיא תהיה קניינית. זכות קדימה מכוח החוק - של המשק החקלאי בשנתיים הראשונות ושל בני זוג בכלל.

זכויות שהן תוצר של עסקה ואינן טעונות רישום: שכירות קצרת מועד.
- אבל אם רוצים - אפשר לרשום אותן. פשוט לא חייבים.

מיטלטלין

בדר"כ כשעושים עסקאות במיטלטלין השלבים האלה נעשים סימולטנית, בו זמנית. מעמד החתימה והשכלול הקנייני נעשים לרוב יחד. השלבים מאוחדים כשהעסקאות נעשות מיד.
מתי לא? כשמזמינים למשל רהיט וחייבים לספק אותו בעוד חודש. אז כן יש פער בין השלב החוזי לקנייני.
בדר"כ הפער יהיה בעסקאות היקרות יותר, כמו רכב למשל.
כל העסקאות המהירות שנעשות - דברים במכולת, חנויות - חותמים על העסקה ומקבלים את הנכס מיד.
הכל תלוי בתנאי העסקה. יש עסקאות שמרחשות מהר ולכן אין סיכונים, הכל קורה מיד. אבל לפעמים יש פער.

<u>חוק המכר תשכ"ח - 1968</u>
החוק אומר לנו מתי עוברים לשלב הקנייני במיטלטלין:

העברת הבעלות
33. הבעלות בממכר עוברת לקונה <u>במסירתו</u>, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות.

ברירת המחדל, שאפשר להתנות עליה בחוזה, היא שבעלות בנכס עוברת בזמן המסירה. השלב החוזי יכול להיות חתימה על חוזה של רכישת רכב, והקנייני כשהרכב מגיע אליי. אבל אפשר לשנות את המועד בהסכמת שני הצדדים.

יש מימד חשוב לחזקה!
היא עקרונית מאוד לגבי השלב שבו נעשית העסקה.

זכויות

לא מדובר במשהו פיזי כאן, אלא עסקה בזכויות. זה כל מה שהוא לא מקרקעין ולא מיטלטלין. זה יכול להיות חוב שאדם מוכר לאדם אחר. למשל: אם אדם א' חייב לאדם ב', ב' יכול לומר לג' שהוא נותן לו את הזכות שא' יחזיר לו את החוב במקום לב'. הוא מקבל את הזכות לקבל את הכסף מא'. מצב כזה נקרא המחאת חיובים, בו למעשה מוכרים את החיוב שיש לי כלפי א' לג' / ממחים את החיוב של א' כלפי ג'.

העברת זכויות = **המחאה**

החוקים הרלוונטיים: חוק המכר + חוק המחאת חיובים

מועד כריתת ההסכם נחשב כמועד העברת הבעלות בזכות, אא"כ נקבע אחרת ע"י הצדדים.

דוגמא:
א' חייב 50 ש"ח לממחה - ב', חוב חוזי.
הממחה יכול לעשות עסקה בה הוא מוכר את החוב הזה לנמחה - ג'. לאדם שקוראים את הזכות מבחינה משפטית נקרא הנמחה. הממחה לוקח את הזכות של החייב ומעביר או ממחה אותה לאותו נמחה.

מועד העברת הזכויות - מבחינה משפטית המועד בו ההסכם נכרת נחשב גם המועד שבו הזכות עוברת, אלא אם נקבע אחרת בין הצדדים.
ס' 33 חל גם כאן, כלומר חוק המכר חל בהתאמה גם על זכויות. השלב החוזי והקנייני מאוחדים בדר"כ בהסכמי העברת זכויות אלא אם נקבע אחרת (לפי הסיפא של הסעיף).

כשעושים עסקה בזכויות אנחנו לא נמצאים במקרקעין או במטלטלין, אבל זו עסקה שאותו הסדר שראינו לגבי מיטלטלין חל גם עליה. בגלל שהעסקה היא בזכות קשה לדבר על הרגע בו מעבירים אותה לאדם אחר, אז ההסדר שונה מעט והשלבים משולבים אחד בשני.

עניין הזכויות חל כאמור גם על <u>מקרקעין שאינם רשומים</u>. הם לא נכנסים למיטלטלין, וגם לא מקרקעין כי אין יחידה רישומית, אז כשמדובר בקרקע לא רשומה שמקבלים מהקבלן העסקה ההסדר יהיה בדר"כ שהעסקה היא בזכויות. בדר"כ במקרה הזה כן ייקבע בין הצדדים אחרת והקבלן יכניס הוראות בהסכם שהזכות עוברת רק כשיועברו לו כל התשלומים. כאן מועד כריתת ההסכם לא יהיה מועד העברת הבעלות.

רכישת דירה מקבלן

ברכישת דירה מקבלן יש אי שוויון מאוד משמעותי בין הצדדים להסכם. המחוקק הישראלי בגלל זה בא ועשה הסדרה בחוק מיוחד וייעודי, שמסדיר את עניין רכישת דירה מקבלנים. בשונה מחוק המקרקעין הרגיל שחל על כל עסקאות המקרקעין בכלל, המחוקק יצר כאן הסדר משפטי שעוסק ברכישות דירה מקבלנים שהן <u>יד ראשונה</u>. שורה של דברי חקיקה שהיא מאוד אגרסיבית, צרכנית והתערבותית, כדי להגן על הקונים מפני הקבלנים החזקים.

ריבוי ליקויים קוגניטיביים

כשרוכשים דירה מקבלן יש הרבה ליקויים קוגניטיביים כשמתקשרים בחוזים עם קבלנים, ביחסים בין הקבלן לבין הקונה. סוגי הבעיות שיש:

- <u>הצפת מידע</u> - לקבלנים בדר"כ יש עורכי דין מאוד מנוסים ומיומנים, הקבלנים יודעים להכניס לתוך החוזים המון פרטים. חלקם חשובים מאוד וחלקם כלל לא, והצפת החוזה בהרבה פרטים היא הרבה פעמים מיותרת ומקשה מאוד על הקונים מבחינה קוגניטיבית. כשיש הצפה של מידע מפספסים מה חשוב יותר ומה פחות. הקשב והריכוז מוגבלים בהרבה ככל שיש יותר מידע. לכן כדאי לעשות את העסקאות האלה בעיקר עם עו"ד שיעבור על הכל בצורה יסודית.

- <u>מסגור</u> - קבלנים יודעים למסגר דברים מבחינה משפטית בהסכמים שלהם בדרך שהם רוצים. הם יסדרו את הסעיפים באופן שמתאים להם, ישלבו את החובות בדרך מאוד מסוימת. כך שכאשר תקרא את ההסכם לא תמיד תבין מתי מדובר בחובות של קבלן, מתי מדובר בזכויות. הקבלן הוא שמספק את ההסכם. הוא מנוסח בצורה חד צדדית ומוטל על רוכשים רבים. לא מתנהל מו"מ על תנאי החוזה. לכן הוא מעצב את ההסכם בדרך שמשרתת שלו, מציג וממסגר את הדברים בדרך שהוא רוצה, וגם זה כמובן משפיע מאוד על רוכשי דירות.

- <u>שגיאות הסתברותיות</u> - הרבה פעמים קוני דירות מתעקשים על דברים שהם לא בהכרח הדברים החשובים. למשל מועד מסירת הדירה, זה דבר שתמיד מציק לאנשים והכי מטריד את הקונים, ואיזה פיצוי יהיה אם הדירה לא תימסר בזמן. פחות מתעסקים בפגמים מהותיים בנכס למשל, או במצבים של פשיטות רגל של הקבלן, מצבים שלא יתקבל בכלל הנכס, ועוד. מחקרים שנעשו על חוזי דירות מגלים שפעמים רבות יש כשל בהערכות הסתברותיות של נזקים שיקרו. הרוכשים נותנים משמעות מאוד גדולה לנזקים שהסבירות שהם יתרחשו היא הרבה יותר גבוהה, אבל עם תוחלת נזק די מזערית. למשל עיכוב של חודש במסירת דירה, לעומת נזקים שההסתברות שלהם היא נמוכה יותר אבל תוחלת הנזק שלהם גבוהה הרבה יותר. למשל קבלן שפושט רגל באמצע הפרויקט ואז לא יהיה בכלל בניין שייבנה. אלה דברים שעדיין יכולים לקרות. אחד הכשלים שקורים ברכישות דירה מקבלנים הוא שקל יותר לבני אדם שעושים את העסקאות האלה לחשוב על האירועים השכיחים יותר, ומבטיחים את עצמם מפניהם, ופחות עוסקים באירועים משמעותיים שהשלכותיהם הרות אסון.

- <u>הטיה בין מידע מוחשי ושאינו מוחשי</u> - הרבה פעמים לחוזים למכירת דירה שקבלן מוכר לנו מקבלים מפרט שמתאר מה מקבלים בדירה, איך יראה המטבח, השירותים, אילו אריחים או ארונות יהיו וכו'. אנשים נוטים להתעסק יותר במידע מוחשי (איזה אריחים, איזה רמת גימור, איזה כיורים וכו'), לעומת זאת כל ההוראות המשפטיות שקשורות להיבטים שהם לא מוחשיים - חובות, זכויות וכו', אנשים פחות מתמצאים ומתעסקים בהם. גם זה אחד הליקויים שקורים ברכישת דירות מקבלנים.

על רקע כל זה נולד אי שוויון בין הקבלן לבין הרוכש, ולכן המחוקק שלנו החליט להתערב בדרך של חקיקה צרכנית שיוצרת שורה של הסדרים משפטיים שהם ייחודיים לרכישת דירה יד ראשונה מקבלן.

<u>הסדרים משפטיים בהקשר של קניית דירה מקבלן</u>

יש שורה ארוכה של חוקים:

חובות גילוי

חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973

- עוסק בחובת גילוי על קבלנים ביחס רוכשים. יש בו הרבה הוראות שמגנות עלינו בכל מיני דרכים. זה הסדר משפטי קוגנטי שחייבים לעמוד בתנאיו.

בטוחות

חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה-1974

- חוק שעוסק בבטוחות שקבלנים צריכים לתת לרוכשי דירות יד ראשונה.

שני דברי החקיקה האלה הם החשובים שיוצרים הוראות קוגנטיות שמגנות על הרוכשים כאשר הם קונים דירות מקבלנים. כל אחד מהם עוסק בדברים שונים. החוק יוצר הסדרים מאוד מפורטים.

חובות גילוי

חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973
סעיפים 2, 3, 4, 5, ו-6

עוסק בחובות גילוי של קבלן ביחס לרוכשים, כלומר לגבי אינפורמציה שהם חייבים לגלות לרוכשי דירות. כל אחד מההסדרים בסעיפים השונים מדבר על זכויות שיש לקונים ביחס לקבלן וחובות גילוי שיש לקבלן לקונים.

- **ס' 2** - מדבר על חובה של קבלן למסור לקונה מפרט והוראות תחזוקה ושימוש לגבי הנכס. חובה לצרף מפרט והוראות שימוש לחוזה. כל שינוי במפרט טעון הסכמה של שני הצדדים. המפרט הוא מסמך מאוד מרכזי שמצורף לחוזה הרכישה.
- **ס' 3** - עוסק במפרט ואומר מה יהיה תוכנו, איזה דברים צריכים להיות בו, רגולציה מאוד מפורטת לגביו. המפרט למעשה אומר לקונה מה הוא מקבל בדירה. פירוט המתווה של הדירה עצמה ודברים שהקבלן מתחייב לספק בה, ברזולוציות מאוד מפורטות, כולל באיזה תנאים קונה יכול לוותר על פריט מתומחר ואיך הויתורים נעשים וכו'.

שיעור 19 - 16.12.21

- **ס' 4** - מדבר על אי התאמה ועל מצבים שבהם המוכר/הקבלן לא מקיים את החיובים שלו כלפי הקונה ופוסק באי התאמות בין המובטח לבין מה שהתקבל בפועל. הוא יוצר את מה שנקרא "תקופת בדק" - נותנת לך אחריות של הקבלן לתקן את כל אי ההתאמות בין המובטח לקיים. יש בתוספת לחוק פירוט של התקופות שבהן הקבלן אחראי לליקויים שונים שבדר"כ מותאמים לשלב שבו ליקויים כאלה מתגלים בדרך כלל. לוקח זמן ליסודות לשקוע, יש דברים שלוקח להם זמן להופיע והם חלק טבעי מהדרך בה מבנים מתנהלים. לכן החוק קובע תקופות לתיקונים כאלה שחלים על הקבלן ונותן פרקי זמן שונים לסוגי תקלות שונות. זאת כדי להגן על הצרכן ולהבהיר לקבלן שליקויים שמתפתחים באופן נורמאלי במבנים הם באחריותו והוא חייב לטפל בהם. זאת כמובן אלא אם התקלה נוצרה באחריות הקונה.
- **ס' 5** - אומר לנו מה הסנקציה לגבי מוכר שלא מוסר מפרט - יראו אותו כמי שהתחייב למסור את הדירה לקונה, כשכל דבר שהיה צריך לפרט במפרט הוא באיכות גבוהה בהתחשב בנסיבות העניין. המפרט אומר בצורה מפורטת מאוד מה רמת הפריטים שמקבלים במסגרת הבנייה. מוכר שלא מוסר את המפרט הזה ולא מפרט ברמה הזאת את מהם המוצרים ואיכותם, המחוקק יוצר סטנדרט שלמעשה "מעניש" את הקבלן ומחייב אותו במתן המוצרים באיכות הכי גבוהה. סנקציה די משמעותית מבחינת המחיר שהקבלן ישלם, כדי להרתיע אותו לא להגיע למצב שהוא לא מוסר מפרט לקונה.

- **ס' 6** - נועד לתת מענה לכשל הקוגניטיבי אודות נכסים מוחשיים

מדבר על תקנון בבית משותף. סעיף חשוב, כי קבלנים אוהבים הרבה פעמים לעשות תרגילים למיניהם כשהם מוכרים דירות בבניין. כשקבלן מוכר דירות, יתכן מצב בו חלקים רבים בבניין הם בבחינת רכוש משותף, או כל מיני חללים נוספים שאמורים לשמש לכל מיני דברים - חלל אירועים, משחקים, עגלות וכד'. ס' 6 אומר שמי שמוכר דירה בבית משותף או בבית שמיועד להירשם ככזה והתקנון שהוא מתכוון לאמץ מבטל או משנה הוראות של התקנון המצוי שמתייחס לאחד מ-5 העניינים שהסעיף מונה, הוא חייב לכלול במפרט או לצרף לחוזה של המכר פרטים על אותו עניין. במילים אחרות, אומרים לאותו קבלן שאם הוא מתכוון לסטות מהוראות התקנון המצוי שנמצא בתוספת לחוק המקרקעין ולעשות בו שינויים, הוא חייב לפרט במפרט את כל השינויים שסוטים מהתקנון המצוי. המחוקק כאן מבהיר לקבלן בנוגע <u>לאיזה נושאים הוא חייב להתייחס במפרט</u>:

1. הוצאת חלק מהרכוש המשותף. אם הוא רוצה לעשות את זה הוא חייב כקבלן לעשות את זה בצורה גלויה ומפורטת כך שכל הדיירים ידעו על כך מהמפרט.
2. איזה חלק ברכוש המשותף צמוד לדירות השונות. שכל דייר ידע מה צמוד לדירה שלו.
3. שיעור ההשתתפות בהוצאות הבית המשותף.
4. עולה היום הרבה בהקשר של מגדלים למשל - דמי האחזקה שמשלמים כל חודש הם מאוד גבוהים. גם כקבלן אתה צריך לומר מהם סדרי קבלת ההחלטות בניהול הבית המשותף, איך הוא ינוהל. קבלנים רבים אומרים כבר מראש שבגלל שהם מוכרים דירה במגדל הם מביאים חברת אחזקה חיצונית שתתחזק את הבניין. גם אלה דברים שחייבים לפרט במפרט, לומר שתהיה חברת החזקה ומה העלות המשוערת לניהול הבית המשותף. אי אפשר להפתיע את הדיירים שתהיה חברה חיצונית ושהם לא יוכלו להביא גנן או מנקה וכד' חיצוניים, ולנהל בעצמם את הבית ע"י ועד למשל.
   ס' 6ב אומר שאם הקבלן לא מסר פרטים על עניין מאלה, יראו אותו כמי שהתחייב שהוראות התקנון המצוי יחולו לגבי אותו עניין. כלומר ברירת המחדל כאן היא שאם הוא עושה דברים אחרת ולא מעדכן את הדיירים, הוראות התקנון המצוי יחולו ואין שום נפקות לפעולות שלו בפועל. הסעיף הזה בא למנוע הפתעות בעצם.

ע"א 213/80 **שמעונוף נ' ברוכים**, פ"ד לז(3) 808

המחוקק אומר לנו שהסעיפים השונים, וגם ס' 6, למעשה באים לנסות לתת מענה לכל הקשיים שדיברנו עליהם (הקוגניטיביים) ביחס לנכסים ולחוזים מהסוג הזה.

"מטרתו של חוק המכר (דירות) היא להביא לידיעת הקונה, בצורה ברורה ומובנת - וללא הסתתרות וערפול מאחורי אמירות כלליות וגורפות ומבלי להבליע גופי דברים, שלהם משמעות כספית חשובה, בתוך ריבוי דברים טפלים ובלתי חשובים - מה הן כוונותיו האמיתיות של המוכר, ומה הן הזכויות אשר הוא, הקונה, רוכש הימנו הצורך בהגנה מיוחדת זו על קונה הדירה נובע ממעמדו הנחות של הקונה מבחינת כוח המיקוח, יכולת התמרון וניסוח החוזה לעומת הקבלן בונה הדירה, וזאת כאשר מדובר במצרך חיוני ביותר, הן לפרט והן מבחינת האינטרס הציבורי והחברתי, ובסכומי כסף ניכרים וגדולים".

<u>אופן הגילוי</u>

דבר נוסף שבתי המשפט מחדדים בפסיקה הוא שחובות הגילוי מכוח החוק בכלל בחוק המכר (דירות) הן חובות שחייבות לעמוד באופן גילוי בעומד בשורת דרישות.

- **מפורט** - צריך לפרט בדיוק מה הקונה מקבל. מסמך המפרט - משמיע חובת פירוט.
- **בהיר** - הוא לא יכול להיות בשפה משפטית עמומה אלא בצורה ברורה כך שהרוכש יבין, בלשון ברורה מאוד.
- **במועד עריכת החוזה** - כל הדברים האלה ומועד הגילוי חייב להיות במועד עריכת החוזה, לא בדיעבד. לפני מועד החתימה.

<u>אם לא מולאה חובת גילוי</u> - ס' 6 עם הסנקציות שלו אומר:

יראוהו על אף האמור בחוזה המכר כמי שהתחייב שהוראות התקנון המצוי לגבי אותו עניין יחולו על הבית המשותף.

מחייבים אותו בסטנדרטים הכי קשיחים וגבוהים. סנקציות רלוונטיות שיבטלו כל מה שהקבלן ינסה לעשות בצורה לא מפורטת ובהירה, ובעצם מחזירים את ברירת המחדל ו"מענישים" אותו על כל ניסיון לסטות מהחוק.

ס' 6ג - בעסקאות של רכישת דירה מקבלן ככלל (אפשר לסטות מזה) זו העסקה היחידה שהלשכה מאפשרת מבחינה אתית שעו"ד יוכל לייצג את הקונים והמוכרים. בדר"כ בקניית דירות מקבלן יש עו"ד אחד שמייצג את שני הצדדים לעסקה וחייב חובת נאמנות לשניהם.

בטוחות

חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה-1974
ההגנה השנייה שהחוק נותן לרוכשי דירות - בטוחות.

בשנת 2006 הייתה פרשה שהסעירה את הארץ - פרשת חפציבה. חברת בנייה שבנתה הרבה פרויקטים בהרבה אזורים בארץ, ופתאום נקלעה לקשיים. ראו שהיא מוציאה הרבה אבל לא מכניסה הרבה כסף, ובשלב כלשהו הבעלים של החברה ברח מישראל. בפועל הסיפור היה שרוכשי הדירות היו משלמים כסף, אבל הכסף לא באמת הגיע לחשבון הבנק שליווה את הפרויקט. הכספים שולמו לחשבונות שהיו כנראה חשבונות פרטיים, ניתן להם מידע שגוי לגבי החשבון שאליו משלמים, והרבה כספים הוברחו. בדר"כ בנק תמורת תשלום שאתה משלם נותן לך ערבות בנקאית שמבטחת את הכסף הזה, אבל הוא אף פעם לא הגיע לשם. כך חברת חפציבה הבריחה המון כספים שהיו אמורים לממן את התשלומים של החברה למקורות מפוקפקים רבים. גילו שמשהו בחוק שהיה קיים אז, ב-2006, לא עובד. אחרי שזה קרה דיירים פתאום גילו שהכספים שהם שילמו לחברה לא מבוטחים בערבות בנקאית. המשמעות היא שאין להם שום ביטחון אפילו שהם יכולים לקבל את הדירות. החברה בחובות ונושים ירצו לשים על הדירות האלה יד עכשיו, והערבות שביטחה את הכסף שלהם לא הייתה קיימת.

בדו"ח הכספי לשנת 2006 של חברת חפציבה חופים בע"מ נכתב:

"ליום 31 בדצמבר 2006, לחברה גרעון בהון העצמי בסך של 8.4 מיליון ש"ח ותזרים מזומנים שלילי מפעילות שוטפת בסך של כ-19 מיליון ש"ח. הגרעון בהון העצמי נובע בעיקר מהפסדים בפרויקטים והוצאות מימון אשר הסתכמו בשנת 2006 לסך של כ-22 מיליון ש"ח. <u>תזרים המזומנים השלילי מפעילות שוטפת נובע בעיקר מתשלומים עבור הפרויקטים (עלויות בניה ורכישת קרקעות), העולים על התקבולים ממכירת הדירות</u>. עד ליום 31 בדצמבר 2006 מכרה החברה 96 דירות בפרויקט לעומת סך של 161 דירות אשר תכננו למכור בהתאם לתוכנית המקורית. החברה מעריכה כי הפיגור בקצב מכירת הדירות נובע כתוצאה מהמצב הביטחוני ששרר בחודשים אוגוסט - ספטמבר 2006. להערכת הנהלת החברה בשנה הקרובה יושג קצב המכירות החזוי.

בתחילת אוגוסט 2007 פורסם שהחברה נתונה בקשיים כלכליים חמורים: חובותיה נאמדו בכ־1.5 מיליארד שקלים. עקב כך החלו רוכשי דירות רבים שבניית דירתם טרם הסתיימה לפלוש לדירות שרכשו ברמלה, ירושלים, נתניה, מודיעין עילית, בית שמש וביתר עילית. התברר כי לרבים מרוכשי הדירות לא ניתנו ערבויות כנגד הכספים ששילמו, בניגוד לחוק.

(פלישה כזו היא אקט שאין לו שום משמעות מבחינה קניינית).

<u>מה המטרה של חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות)</u>?

זה חוק קוגנטי. אי אפשר לסטות ממנו. הנושא מעורר שורה של שאלות. החוק מחייב קבלן שמוכר דירות יד ראשונה לתת בטוחה שמבטיחה את התשלומים של הרוכש, כלומר כופה בטוחות בעצם.

1. האם כפיית בטוחות מוצדקת?

האם אנחנו צריכים להיות פטרנליסטיים ולכפות בטוחות מכוח החוק או שמא לתת לרוכשים את האפשרות להחליט? החוק הזה הוא קוגנטי הרי וחייבים לתת, אין כאן שיקול דעת. חשוב להבין שבגלל שיש כפיית בטוחות מחירי הדירות יותר יקרים. כדי לקבל בטוחות מהשכיחות יותר (פיננסיות) הקבלן צריך לשלם הרבה כסף לבנקים, יש פרמיות, ריביות וכו', ומשלמים הרבה על הניירות והטפסים האלה שמבטיחים את כספי הרוכשים. באופן טבעי הקבלן (באופן מוסתר) מגלגל את זה למחיר הדירה. מצד אחד, הבטוחות האלה מוצדקות כי הן רוצות לשמור על הכסף שלנו, של הרוכשים, והרציונל של החוק הוא שהרוכשים לא יאבדו את הכסף שלהם. אבל מצד שני יש לזה עלות כלכלית. יש קבלנים קטנים, יש קבלנים גדולים שהם יציבים... לא תמיד יש בעיה. אחת השאלות שמתעוררות היא האם צריך לכפות את זה? אולי זה צריך להיות מנגנון שצריך להיות תלוי בזהות הקבלן ובבחירתו של הרוכש. אבל כרגע אין בחירה כזאת וזאת המציאות המשפטית היום.

2. למה צריך בטוחות?

א. סיכון שנובע מבעיות כלכליות של החייב

אנחנו לא רוצים להגיע למצב בו הקבלן פושט רגל והרוכשים נשארים בלי כסף ובלי דירה. הרצון לתת בטוחה נועד להבטיח את הכסף של הרוכש. כך שאם פתאום יקרה משהו לקבלן, הכספים שהרוכש שילם יהיו מבוטחים והם ידעו שלפחות את הכסף הם יקבלו. פעמים רבות קבלנים יכולים להיקלע לקשיים, וזה סיכון שכשהוא מתממש הוא נוראי למי שחווה את זה. הרבה פעמים אין אפילו את הבטוחות האלה (למשל בקבוצות רכישה). סוג הסיכונים הראשון נובע מבעיות כלכליות אפשריות של הקבלן, שזה לא סיכון שכיח אבל סיכון שקיים.

ב. סיכון שנובע מפגמים בזכות הקניין של המוכר

הרבה פעמים כשקונים דירה מקבלן, הבעלים של הקרקע הוא לא תמיד הקבלן. לפעמים הקבלן הוא רק צד שמבצע את עבודת הבנייה ובעלי הקרקע הוא אדם אחר. עסקאות מהסוג הזה נקראות עסקאות קומבינציה והן די נפוצות. לפעמים הסיכון הוא שלקבלן שמוכר את הדירות אין בכלל זכויות קניין במקרקעין. אנחנו מסתכנים כשעושים עסקה כזאת, כי הקבלן מוכר דירות שעדיין אין לו, ומצד שני הבעלים האמיתיים של הקרקע יכול בשלב כלשהו להחליט שהוא מעיף את הקבלן ולא נותן לקונים שום דבר ושום זכויות. כדי לבטח את הסיכונים האלה אומרים גם לקבלן וגם לבעלי הקרקע שרוכשי הדירות צריכים לקבל בטוחה.

מסיבות אלה החוק בחר בדרך של כפיית בטוחות.

כלומר העסקאות האלה מחייבות מתן בטוחות. יש גם סנקציות בחוק - יישומים מנהליים, והליכים שמשרד השיכון נוקט נגד השחקנים האלה, ועוד. המוכר הוא זה שחייב לתת את הבטוחה.

<u>עקרונות</u>

- החוק חל רק על רכישת דירה, אך יש לשים לב כי הגדרת דירה כוללת לא רק מטרת מגורים אלא רחבה יותר: "חדר או מערכת חדרים למגורים, לעסק או לכל צורך אחר".

ההגדרה כאן של דירה יד ראשונה מקבלן היא רחבה, לא רק דירות לצורך מגורים.

- מכירה= גם חכירה לדורות

לא חייב להיות זכות קניינית מסוג בעלות. לא בכל הפרויקטים היום יש בעלות ממש.

- החוק אינו חל על <u>בניה עצמית</u> ולא על <u>מכירה יד שנייה</u> כאשר הדירה כבר רשומה.

אם אתה בונה בעצמך פרויקט, למשל קבוצות רכישה - אנשים פרטיים שקונים יחד חלקת אדמה ובונים בניין זו בנייה עצמית על-ידם. זו לא נחשבת רכישת דירה מקבלן, והחוק לא חל על קבוצות רכישה, שזה אחד הסיכונים והבעיות הגדולים בהן. כפיית הבטוחות היא רק בקניית דירה מקבלן, ורק בקנייה יד ראשונה.

<u>החוק מונה 5 דרכים שונות להבטחת השקעתם של רוכשי הדירות</u> (ס' 2):

כדי לתת בטוחה לרוכשי דירות יש 5 סוגים של בטוחות שיכולות להבטיח את הבטוחות של רוכשי הדירות.

יש מעין 2 קטגוריות של בטוחות - השתיים הראשונות (ערבות בנקאית ובטוח) - בטוחות פיננסיות, בטוחה פיננסית = בטוחה שמבטיחה כסף. והשלוש הנותרות - בטוחות קנייניות, נותנות אינטרס קנייני בקרקע אבל לא נותנות בטוחה פיננסית. הקבלן צריך לתת לפחות <u>אחת</u> מאלה, לא את כל ה-5, אבל אלה האפשרויות שיש לו איך לתת את הבטוחות, לבחירתו.
החובה לתת בטוחות בכלל קמה רק ברגע ששולמו לפחות 7%! מכל הסוגים. זה תיקון לחוק שנעשה אחרי חפציבה.

- ערבות בנקאית

הבטוחה הכי שכיחה. זו בדר"כ תהיה הבטוחה שרוב הקבלנים יתנו לרוכשי דירות. הערבות הבנקאית היא מצב בו הרוכש משלם לקבלן תשלומים, בדר"כ התשלומים מופקדים ישירות לחשבון הבנק שמלווה את הפרויקט (תמיד יהיה חשבון כזה ובנק שמלווה את הפרויקט כולו). הערבות הבנקאית היא כלי שנוצר כשהרוכש משלם לבנק את התשלומים מכוח הסכם הרכישה, ותמורת כל תשלום שהרוכש משלם לבנק - מקבלים כתב ערבות שהבנק ערב לכל הסכומים ששולמו, אם חלילה הקבלן לא יממש את חובותיו מכוח ההסכם. כלומר אם ההסכם או הפרויקט יפול - כל הכספים ששולמו מבוטחים והבנק ישלם לך את כל הכסף בחזרה. הבטוחה הזו היא הכי אופטימלית מבחינת הקונה, הוא יודע שכל הכסף שהוא שילם מבוטח. אבל רק הכסף מבוטח! זה לא מבטיח שאני אקבל את הדירה אם הפרויקט לא יסיים. זה מבטיח רק שהכספים שהרוכש שילם יוחזרו לו.
אחד השינויים העיקריים שקרו בעקבות פרשת חפציבה - עד הפרשה היה צריך לשלם 15% משווי העסקה ורק אז הייתה החובה לתת ערבות בנקאית. בעקבות פרשת חפציבה שינו את זה והחובה היום חלה מ-7% משווי הדירה. ברגע שאדם משלם אותם יש חובה לתת ערבות בנקאית. בדר"כ התשלום הראשון הוא יותר מ-7% ולכן כל הכספים שהרוכש משלם מובטחים בערבות בנקאית.

- ביטוח

דומה לערבות בנקאית, רק שבמקום בנק עושים את העסקה עם חברת הביטוח. החברה אומרת שהיא מבטחת את כל הכסף שלך ובמידה ויקרה משהו לקבלן היא זו שתשלם לרוכש את כספו חזרה. ביטוח הוא פחות שכיח, כמעט ולא עושים את זה.

- שעבוד הקרקע במשכנתא ראשונה בדרגה

הקבלן יכול להחליט שהוא לא רוצה להתעסק עם בנקים וחברות ביטוח וכו', בטוחות פיננסיות עולות כסף לקבלן (ולכן בדר"כ גם לקונה). לכן הוא יכול לבחור לתת לטובת הרוכשים משכנתא ראשונה בדרגה על חלק מהמקרקעין, לשעבד את המקרקעין כדי שהמשכנתא תבטיח את הכסף. כך אם הפרויקט נופל ויש לו חוב כלפי הרוכשים - הם יכולים להיפרע מהנכס הממושכן. הבעיה הגדולה היא שהרבה פעמים הקבלן הוא לא בעלי הקרקע, ולכן הוא לא יכול למשכן אותה. לפעמים גם הקרקע תהיה משועבדת לטובת הבנק כדי להבטיח את הפרויקט ואת השותפות עם הבנק שמממן את הפרויקט, ותהיה לו משכנתא ראשונה בדרגה. לכן סביר להניח שלא ניתן יהיה לתת שעבודים בדרגה ראשונה לאנשים אחרים. דרגה ראשונה - כלומר שהחוב הזה יפרע ראשון מהמשכנתא וכל השאר יחכו בתור. בטוחה זו היא לא פתרון כשהקבלן לא בעלי הקרקע או כשהיא משועבדת לשחקנים אחרים.

- רישום חלק יחסי של הקרקע ע"ש הרוכש

כל אחד מהרוכשים קונה כביכול דירה בבניין שייבנה, והקבלן ירשום את הבעלות במקרקעין ויתן לכל אחד מנה ממנו שמשקפת את הסכום שהוא שילם, וזאת תהיה הבטוחה. זו הבטוחה שעושים בדר"כ בקבוצות רכישה. אין שם חובת בטוחות כי החוק לא חל, אבל אם למשל 50 איש קונים קרקע ששווה הרבה כסף ומביאים קבלן כדי שירים עליה בניין, הם רושמים מנה מסוימת מהמקרקעין על שמם, רושמים בעלות משותפת על שם כל רוכשי הדירות. לגבי קבלנים זה לא תמיד יהיה אפשרי כי לא תמיד הקבלן הוא בעלי הקרקע והיא עלולה גם להיות משועבדת, וכדי לרשום בעלות צריך קרקע שפנויה מזכויות קנייניות אחרות. לכן בדר"כ גם הבטוחה הזאת לא מעשית.

- רישום ה"א לגבי הדירה או חלק יחסי מהקרקע עליה נבנית

הערות אזהרה - קבלן יכול לרשום הערות אזהרה לטובת הרוכשים, והן חייבות להיות במעמד ראשוני וכשאין הערות אזהרה מוקדמות לטובת אף אחד אחד. אפשר לרשום הרבה ה"א על מנות שונות של הקרקע לטובת הרוכשים. ה"א לא נותנות את אותה הגנה שהמשכנתא למשל נותנת או שהרישום נותן, אבל היא נותנת הגנה מסוימת מפני נושים מאוחרים, מפני מעקלים מאוחרים. הגנה די חזקה. אבל צריך להבין שהיא לכל היותר יכולה להבטיח שתקבל את הכסף, לא בהכרח שתקבל את הנכס עצמו.

יש הרבה בעיות מבחינה מעשית ברוב הבטוחות הקנייניות ולא תמיד ניתן לתת אותן, לא תמיד הן נותנות את הבטוחה הכי חזקה. בדר"כ ישתמשו בבטוחות הפיננסיות אך הן מבטיחות רק שאקבל את הכסף ולא את הדירה.

שעבוד (ס' 2(3)) או רישום (ס' 2(5)) של הקרקע על שם הרוכש:

בטוחה זו אינה מעשית, כי על דרך הכלל, הקבלן אינו בעל הקרקע, משום כך:

1. לא סביר שבעל הקרקע יאפשר רישום או שיעבוד כזה;
2. לא סביר שהבנק המממן יוותר על רישום משכנתא ראשונה בדרגה על שמו.

הערת אזהרה – ס' 2(4)

גם אפשרות זו אינה קלה ליישום מבחינה מעשית:

1. במקרים מסוימים (כמו למשל בעסקת קומבינציה), בעלי הקרקע מסרבים לרישום הערות אזהרה לטובת רוכשי הדירות מהקבלן.
2. במקרים אחרים, הערות אזהרה קודמות (כמו למשל לגורם מממן) שוללות את ראשוניות ההערות לטובת הרוכשים (אינו עומד בתנאי ס' 2), או לחילופין, אותם גורמים אינם מאפשרים רישום הערות לטובת הקונים.

<u>בטוחות פיננסיות</u>:

ערבות בנקאית – ס' 2(1)

ביטוח – ס' 2(2)

<u>מטרתן</u> של ערבויות אלה: להבטיח את הקונה מפני הסיכון של אובדן כספו.

בעקרון- אין פיצוי על נזקים שנגרמו לקונה כאשר הדירה כן נמסרת- אי עמידה בלוחות הזמנים והנזקים שנגרמו לקונה עקב כך.

<u>ובחזרה לחפציבה</u>:

המחוקק הישראלי הגיב במהירות ותיקן את החוק (ב-2008):

כל העסקאות הן עסקאות בעלות ליווי בנקאי.

אין חובה להפקיד לחשבון המיוחד.

- כדי להימנע מהמצב שנתנו להם פרטי חשבונות שלא היו של הבנק המלווה, יצרו חובה לתת לרוכשים פנקסי שוברים שמפקידים ישר לחשבון הבנק המלווה ותמורת כל שובר הבנק מנפיק לך ערבות בנקאית.

בנוסף הקטינו את הסכום שמטיל חובת בטוחות.

בש"א (י-ם) 07/6971
עו"ד רונן מטרי, כונס נכסים על נכסים של חברות מקבוצת חפציבה נ' כונס הנכסים הרשמי

"חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973 וחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) התשל"ה-1974, הם חוקים צרכניים, שנועדו **לתת הגנה לרוכש הפרטי המחפש קורת גג** ולאו דווקא לרוכש הקונה מספר דירות כחלק מעסקה מסחרית. הדין מייחס חשיבות להיותו של צד לעסקה צרכן, מתוך ההנחה שהמערכת החוזית אינה שוויונית וישנם פערי כוחות משמעותיים.... ההבחנה הנדרשת לדידו של המנהל המיוחד בין רוכש פרטי, לבין רוכש עסקי איננה עולה מילולית מהחוקים עצמם ולכאורה, אין בהם הבחנה בין רכישה צרכנית לבין רכישה אחרת, קרי: רוכש דירה למטרה עסקית זוכה לאותה הגנה לה זוכה קונה דירה למגוריו הוא. אלא שהעדר ההבחנה הנו לכאורי בלבד, שכן ת**כלית חוקים אלה להגן על הצרכן הפרטי** בשל העדר שוויון בין קבלן לבין רוכש פרטי, וליתן איזונים ליחסי כוחות בלתי שווים. לפיכך, אף שההבחנה בין רכישה צרכנית לבין רכישה מסחרית...

.... אינה מעוגנת באופן מילולי בחוקי מכר הדירות, הרי שהיא נובעת ממיקומם של החוקים הללו כחלק ממערכת דינים צרכניים במשפט הישראלי.

כפי שציינתי, מדובר בחוק שתכליתו צרכנית, על כן, עלינו לבחון מהם הרציונלים הצרכניים שמאחורי החוק, והאם אותם רציונלים חלים גם לגבי רוכש שאינו רוכש פרטי הרוכש את הדירה למגוריו הוא. אם הרציונלים מתקיימים גם במקרה שכזה- הרי שאין סיבה להבחין בין שני סוגי הרוכשים, אך אם אין זה המצב- הרי שראוי להבחין בין השניים."

עסק בפרשת חפציבה ובפרשנות של החוקים האלה. השופט צבן בפסק הדין עומד על תכליות החוק, אומר שמדובר בחוק צרכני עם רציונלים צרכניים. אחת השאלות שהוא שואל היא האם יש מקום לעשות הבחנה בין רוכשים שונים לצורך החוק. הוא ניסה לבוא ולעזור לרוכשים בפסק הדין. אבל הוא אומר שהוא סבור שהחוקים האלה נועדו לתת הגנה לרוכש פרטי שמחפש קורת גג, ולאו דווקא לרוכש שקונה דירות להשקעה כחלק מעסקה מסחרית. כלומר הוא יוצר כאן הבחנה שאומרת שיש לחוק מטרות צרכניות, אבל תכליתו היא להגן יותר על רוכש שקונה דירה לצרכים שלו, כדי לחיות בה. לדעת השופט צבן, אדם שהוא שחקן שקונה דירות לצורך השקעה הוא שחקן חזק שפחות זקוק להגנה הזאת. צריך לתת לזה משקל כשבאים ונותנים סעדים מכוח החוקים ומנסים לפתור את הקשיים של רוכשי הדירות בחפציבה נתקלו בהם למשל.

זו לא הלכה מחייבת! אבל זו דעה שעלתה בביהמ"ש, ניסיון לייצר הבחנה בין סוגי הרוכשים.

<u>המשמעות המעשית</u>:

הבנקים מקפידים לתת ערבות בגין כל תשלום ותשלום בנפרד ואז יוכלו לטעון שקונה שלא קיבל ערבות ספציפית בגין תשלום, צריך לבדוק מה קרה ולגלות את מעשי הקבלן.

לחילופין,

שינוי פרקטיקת התשלומים: ואכן, בתיקון 2008 – הוחלה **החובה של שיטת השוברים**. התשלום – רק באמצעות שובר מפנקס שוברים המתייחס לכל דירה ודירה, שהונפק ע"י הבנק המלווה.

<u>תוספות לאחר תיקון 2008</u>:

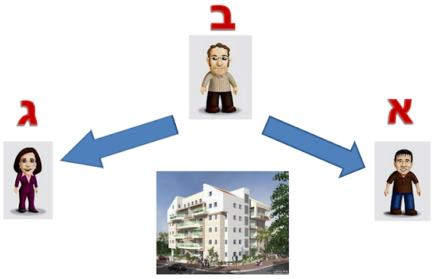
- ס' 2א1: חובת המוכר לידע את הקונה **בכתב** על זכויותיו מכוח החוק (חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות)), וכן לידע אותו על כך שהפרויקט אינו מבוצע בשיטת הליווי הפיננסי.

איזה בטוחות הוא מקבל, איך העסקאות בנויות, למי משלמים וכו'. יש חובה לתת מידע לקונים בכתב על כל הדברים האלה. חובה להודיע גם אם הוא בוחר בבטוחות הקנייניות ולא הפיננסיות.

- התיקון לחוק מטיל חובות גם על בנק או תאגיד אחר שהעמיד לקונה הלוואה שמטרתה רכישת הדירה – **המלווה חייב ליידע את הקונה על זכויותיו לקבלת בטוחות מכח החוק**, ואסור לו להעביר את כספי ההלוואה למוכר אלא אם ווידא שניתנה בטוחה לטובת הקונה – ס' 3ג.

התיקון הנוסף נעשה בס' 3ג, שמטיל חובות גם על הבנקים ותאגידים אחרים שנותנים הלוואות לצורך רכישת הדירה. אם זו לא בטוחה פיננסית שהבנק נותן, הבנק חייב לוודא שניתנת בטוחה לטובת הקונה. מנסים לייצר כאן מערך של אחריות יותר מוגברת כדי לוודא שההוראות של החוק מוגשמות, לא רק מזווית הקבלן אלא גם מזווית הבנקים המלווים את הפרויקטים האלה.

תחרות

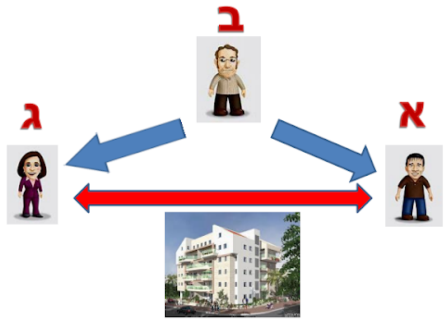


למשל ב' שעושה עסקה עם שני אנשים שונים, ומתחייב למכור להם דירה. נוצרת תחרות בין א' לג' והם רבים על אותה הדירה, והשאלה שמתעוררת היא מי יזכה בנכס.

אפר לחשוב על כל מיני דרכים איך להתמודד עם תחרויות. באופן עקרוני כשמדברים על דיני תחרויות יש לנו <u>3 מושאים לזכויות הקניין</u> - נכסי מקרקעין, נכסי מיטלטלין וזכויות (שכוללות גם את המקרקעין הלא רשומים). בהתאמה, יש לנו <u>3 סוגי תחרויות</u> עיקריים - עסקאות נוגדות, תקנת השוק, וקניין שביושר. למעשה יש 9 סוגי מצבים והכרעות שנצטרך לקבל לגבי אותם 3 סוגי תחרויות.

הגישה הקלאסית בדיני התחרויות הייתה גישה שמדברת על מצב בו ב' עושה עסקה עם כמה אנשים, למשל עם א' וג', ואז נוצרת תחרות ביניהם על הנכס. לכאורה יש כאן עסקה חוזית תקפה בין א' לב' ובין ב' וג', אבל דיני החוזים לא נותנים מענה לשאלה מה עושים כשיש כמה חוזים שהם תקפים ואכיפים, שתי העסקאות תקינות לחלוטין, ב' אמנם רמאי אבל א' וג' עושים את העסקאות בתמימות לגמרי ויש בעסקאות כל מה שנדרש. זה מה שנקרא עסקה נוגדת. השאלה היא איך מכריעים במצבים האלה?

צריך לדעת שבתחילת הדרך, כשניסו לבוא ולייצר איזושהי הכרעה, חשבו גם על ב' - ננסה לראות איזה חוזה התקדם יותר, מבחינת קיום תנאיו, וננסה לקבל החלטה איזה חוזה כדאי לאכוף מול ב'. בשלב כלשהו הבינו שב' לא צריך בכלל לעניין אותנו, כי הרבה פעמים או שהוא בכלל בורח ונעלם, או שהוא מתחיל לא להתקיים מבחינה כלכלית (פושט רגל למשל) ואין איך להתעסק איתו. הגישה של דיני התחרויות בכלל, בלי קשר לסוג התחרות המסוים, השתנתה לאורך השנים באופן שאמר שאנחנו צריכים להסתכל במצבים האלה כשמי שמעניין אותנו הוא רק א' וג'. מסתכלים עליהם כעל תאונה משפטית. תחרות היא תאונה משפטית.



בדיני תחרויות יש שני פקטורים מרכזיים שמשחקים תפקיד בהכרעה. נראה אותם לאורך כל הדרך ובשלושת סוגי התחרויות - דרישת תום הלב ודרישת התמורה. יש עוד דרישות, אבל בגלל סיבה שנסביר בהמשך התפיסה היא שתפקידן הוא המרכזי כאן.

תום לב

- אובייקטיבי

האם אותו אדם נהג כמו שאדם סביר היה צריך לנהוג. כלומר לא בודקים ספציפית מה הוא ידע או לא, אלא האם ההתנהלות המסוימת שלו עומדת בסטנדרט של אדם סביר, מה אדם סביר היה עושה בנסיבות והאם אותו אדם נהג באותה צורה. יש רכיב של בדיקה מה הוא עשה, אבל מנסים להלביש כאן סטנדרט של סבירות לגבי דרכי הפעולה של צד לעסקה. למשל האם צד ידע על העסקה המוקדמת או שהיה ביכולתו לגלות עליה. אם הייתה למשל ה"א בטאבו ואותו אדם לא הלך ובדק - תום הלב האובייקטיבי יאמר שזאת בעיה שלו, הוא יכול היה וצריך היה לבדוק.

- סובייקטיבי

בודקים האם האדם המסוים שבודקים את תום ליבו פעל בתו"ל בעסקה המסוימת שנעשתה. תו"ל ספציפי של האדם המסוים שנקלע לתחרות. למשל א' וג'. מה הם ידעו על העסקה כשעשו אותה, האם נכנסו אליה בתו"ל או שמא אחד מהם ידע על השני ושהייתה עסקה מוקדמת וכו'.

ההבדל הגדול בין הסטנדרט האובייקטיבי לסובייקטיבי הוא שהסובייקטיבי בודק מה האדם ידע בפועל בזמן ביצוע העסקה, והאובייקטיבי שואל האם הוא היה צריך או יכול לדעת או לבדוק משהו ולא עשה פעולות מסוימות.

תמורה

עניין התשלום שכל אחד מהשחקנים שנקלע לתחרות שילם תמורת הנכס. במבחנים של דיני התחרויות תמיד שואלים האם הייתה תמורה בעסקה וכמה שילמו. יכולה להיות תמורה משני סוגים:

- כלשהי - Consideration

תמורה מסוימת ששילם הרוכש, יכול להיות גם 1% משווי העסקה.

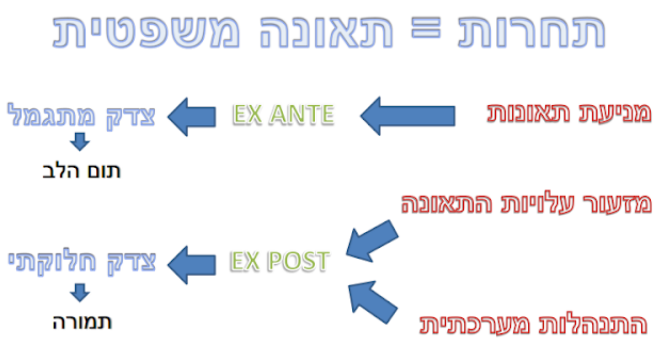
- בת ערך - (Full) Value

תמורה שהיא הערך הריאלי השמאי של הנכס.

התמורה שנדרשת היא תמורה בת ערך, יש ציפיה שישולם שווי הנכס אם רוצים לזכות בו. את כל הסכום או לפחות מרביתו. הפקטור הזה של תמורה גם הוא שיקול מרכזי בדיני התחרות.

<u>תחרות = תאונה משפטית</u>

מאמר חשוב - של **מני מאוטנר**, שעוסק בדיני תחרויות ובשינוי שהם עברו (ההתעלמות מהמוכר והתייחסות לצדדים כאל צדדים שנקלעו לתאונה משפטית). התפיסה שהיא שתחרות היא תאונה משפטית ומתייחסים אליה כמו לתאונת דרכים או לכל תאונה אחרת שמתייחסים אליה בדיני נזיקין. מאוטנר סבר שבהקשר של תחרויות במקרקעין יש לנו מקור השראה ברור איך לטפל בתחרויות דרך דיני הנזיקין. הם כוללים מערכת שלמה של שיקולים שקובעים איך מתמודדים עם מצבי תאונות. הוא יכול להסתמך בדיני הקניין על דיני הנזיקין וללמוד מההסדרים שהם איך להתמודד גם עם תאונות במקרקעין. כלומר הוא אומר לייבא את עקרונות דיני הנזיקין גם להקשר של דיני התחרויות בקניין. במסגרת הזו הוא מונה **3 שיקולים** חשובים שיכולים לסייע לנו במסגרת דיני התחרויות:



1. שיקול לכתחילי, מראש, אקס אנטה - של מניעת תאונות מראש.

במניעת תאונות מערכת משפטית טובה רוצה למנוע אותן מראש, לא רוצים שהתאונה בכלל תתרחש. צריך להשקיע משאבים ולתת תמריצים לאנשים לא להיקלע מלכתחילה לתאונות, כי אנחנו לא חושבים שהן מצב רצוי. בסוף הן כן קורות וצריך להתמודד עם תוצאותיהן, אבל מאוטנר אומר שכשמעצבים את דיני התחרות צריך לקחת בחשבון גם שיקולים של מניעה ולחשוב איזה כלל משפטי אפשר לאמץ כדי לתמרץ צדדים לא להיקלע לתאונה מלכתחילה. כשחושבים על הכלי שיעזור לנו למנוע תאונות מראש מאוטנר קורא לשיקולים האלה שיקולים של צדק מתגמל. למשל **עקרון מונע הנזק הזול ביותר**. מניעת התאונה לפני שהיא מתרחשת באמצעי הזול ביותר. זה הכלל המשפטי שנרצה לאמץ מראש. כלל של מונע הנזק הזול למשל יאמר לך שכדי לזכות בעסקה במקרקעין בתחרות על נכס, מצפים ממך למנוע את הנזק אחרי שעשית את העסקה בדרך של רישום הערת אזהרה על העסקה. זה אמצעי זול (כ-200 ש"ח) ושנעשה בקלות, ואם רושמים אותה העולם יודע שעשית את העסקה ולא תיכנס לעסקאות נוגדות. מונע תאונות יקרות מאוד בקלות ובזול. הדרישה הזאת של עקרון הצדק המתגמל מעוגנת למשל בדיני התחרות בעקרון תום הלב. לפעמים במסגרת דיני התחרויות, למשל בעסקאות נוגדות, חובות תו"ל של רוכש יכללו חובה לרשום הערת אזהרה. הכלל הזה מוצא את הביטוי שלו בתוך העקרונות של דיני תחרויות (נראה את זה בהמשך). אם לא עשית את זה ולא מנעת את התאונה בעלות נמוכה, אתה תהיה זה שישא בתוצאותיה.

2+3 - שיקולים בדיעבד, אקס פוסט, אחרי שהאירוע התרחש - של מזעור עלויות התאונה והתנהלות מערכתית.

2. מזעור עלויות התאונה

מאוטנר אומר שמרגע שהתאונה כן התרחשה, אנחנו רוצים לצמצם את העלויות של התאונה. למשל שני אנשים נכנסו לשתי עסקאות נוגדות ולשניהם נגרם נזק מסוים, אנחנו רוצים שהנזק שנוצר יהיה כמה שיותר נמוך. למשל אם א' וג' קנו דירה מב' ושניהם שילמו סכום גבוה של כסף והמוכר ברח. אחרי שקרתה תאונה כזאת, בדיעבד, רוצים למזער את העלויות. צריך לדבר כאן גם על עקרונות של צדק חלוקתי, ולשאול איך לחלק את הנזק בין הצדדים ועל מי נטיל את התוצאות של התאונה. על הצד ששילם יותר, על הצד ששילם פחות? בהקשר של דיני התחרויות נותנים מקום לדברים האלה בדרישת התמורה - נכנסים לשאלה איזו מצוקה נגרמה לכל אחד מהצדדים, כמה כסף כל אחד שילם, מי יפסיד יותר ומי יפסיד פחות. ההיגיון אומר שאולי מי שינזק יותר ראוי יותר לנצח? מאוטנר אומר שאם רוצים לשקול שיקולים של מזעור עלויות התאונה אחרי שהיא התרחשה, ניתן מקום לשיקולי צדק חלוקתי ובדר"כ זה ייעשה דרך דרישת התמורה.

3. התנהלות מערכתית
אחרי שתאונה מתרחשת היא יוצרת גם החצנות ותוצאות לגבי המערכת הכללית שלנו, לגבי המדינה. למשל התדיינויות משפטיות, עלויות של בירור המקרה במערכת המשפט. אלה עלויות שהמערכת משלמת עליהם מחיר, וזה גם כן שיקול שהוא בדיעבד אחרי שהתאונה התרחשה. גם כאן מאוטנר מדבר על צדק חלוקתי ואיך נחלק את הנזק פה כדי לצמצם את ההתנהלות המערכתית, כדי שהצדדים לא יתחילו לבוא ולהתדיין ולשרוף זמן למערכת. אפשר לטפל בהיבטים האלה גם כאן אמצעות צדק חלוקתי ודרישת התמורה.

לסיכום - מאוטנר הציע שלתחרויות בקניין צריך להתייחס כמו לתחרויות משפטיות, לשאוב השראה מדיני הנזיקין לטיפול בתאונות, ומזכיר 3 שיקולים מרכזיים שחשוב שינחו אותנו. בין אם לחשוב איך למנוע את התאונות ובין אם איך למזער את הנזק אחרי שהן כבר התרחשו. זאת דרך הדרישות השונות של דיני התחרויות - על בסיס צדק מתגמל וצדק חלוקתי, ובאמצעות שדרישות של תמורה ותו"ל.

שיעור 20 - 21.12.21

בתחרות כמה צדדים נקלעים לתחרות על נכס. בדיני הקניין השאלה שמעניינת אותנו היא מי יזכה בנכס. המטרה שלנו היא לנסות לתת כלל הכרעה קנייני שיתן תשובה לשאלה הזאת.
דיני הקניין **לא** נותנים לנו מענה לשאלה מה קורה עם הצד שהפסיד. זה לא שהוא לא יקבל סעדים, אבל הוא לא יקבל את ה<u>סעד הקנייני</u>, את הזכייה בנכס, הסעד הקנייני ילך לזוכה. הוא יכול לנסות לקבל למשל סעד חוזי - למשל תביעה על הפרת חוזה, אם הוא לא קיבל את הנכס והמוכר רימה אותו ומכר את הנכס פעמיים, או סעד נזיקי (עוולת התרמית), וסעד במישור הפלילי (שהאנשים שעשו עסקאות כאלה הם נוכלים).
כלומר זה לא אומר שהצדדים המפסידים יצאו מפסידים לגמרי, למרות שבפועל בדר"כ זה כן קורה כי המוכר בורח או נעלם ואז אין ממי לקבל את הסעדים, לכן המפסידים כן נשארים בלי כלום.
לא תמיד הסעד שיקבלו המפסידים יהיה אפקטיבי, אבל חשוב להבין שזה לא שהמשפט נוטש אותם והם יכולים בעיקרון לקבל סעדים דרך דינים ומישורים אחרים, ולא דרך דיני הקניין (לכן זה לא מעניין אותנו כאן).

<u>האם השיקולים להכרעה בתחרות הינם כלכליים בלבד</u>?

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 כמה 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 הערבי, 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.

3. 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.

<u>רישום הערה כמכניזם משלים לרישום זכויות</u>

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).

- <u>רישום הערות</u>: עפ"י סימן ב' לפרק ט' ל**חוק המקרקעין** (**סעיפים 126-133** 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 <u>זו לא הערה על עסקה</u>, 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.

<u>מטרת רישום הערות:</u>
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.

<u>דוגמאות להערות מסוגים שונים</u>
(הערות שהן **לא הערות אזהרה!**)

- **ס' 128 - הערה על צורך בהסכמה**

מאפשר לרשום הערה על צורך בהסכמה לצורך עסקה במקרקעין. <u>לדוגמא</u>: 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.

- ס' 126 לחוק המקרקעין:

(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.

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 מהזכויות הקנייניות המנויות בחוק המקרקעין. חשוב, כי לפעמים אנשים עושים עסקאות לפני שקיבלו בכלל זכויות בנכס עדיין.

- הרשימה של המתחייבים היא סגורה.

2. 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.

3. 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.

הערת אזהרה, מהי?

הערות 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.

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.

מדינת ישראל

משרד המשפטים / אגף רישום והסדר המקרקעין
לשכת רישום המקרקעין
לשימוש משרדי

____
תאריך

________/__
מס' שטר

בקשה לרישום הערת אזהרה
לפי סעיף 126 לחוק המקרקעין, תשכ"ט- 1969

המסמכים המצורפים	**הסכם**	**יפוי כוח בלתי חוזר**	**מסמך אחר**
	■	■	■

<u>תניה השוללת רישום אזהרה</u>:

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 <u>מה התוקף של תניה כזו</u>?
התשובה תלויה ב<u>נסיבות</u> העסקה וב<u>זהות המוכר</u>.

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.

<u>מחיקת הערה: ס' 132 לחוק</u>

132. מחיקת הערה [תיקון: תשל"ג]
(א) הערה שנרשמה לפי סעיפים 128, 126 או 129 תימחק על פי <u>צו של בית משפט</u> או <u>אם הוכח להנחת דעתו של הרשם</u> 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.

<u>לא ניתן למחוק הערות אזהרה בקלות</u>. 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.

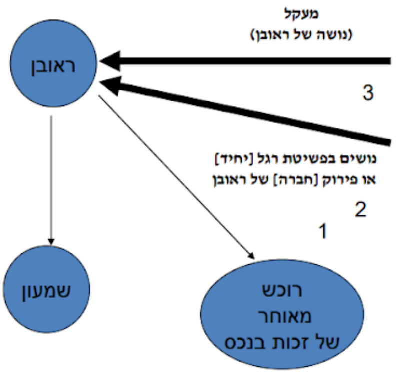
את יתרונות הערות האזהרה ניתן לחלק לנק' מבטם של הזכאי, המתקשרים הפוטנציאליים ונק' מבט חברתית:

<u>מטרת ה"א: מנקודת מבטו של הזכאי</u>

- <u>הצגת הבעיה</u>: פער בין השלב החוזי לקנייני.
- <u>התפקיד של הערת אזהרה</u>:
  - 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.

  - גישור בין השלב החוזי לשלב הקנייני.



<u>לדוגמא</u>: 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?

<u>הערת אזהרה כמגנה על הזכות החוזית: הגנה מפני עסקאות סותרות</u>

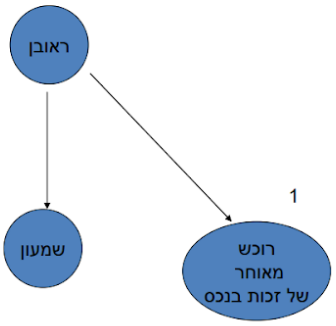
ס' 127 הוא המסגרת שאומרת לנו מהם היתרונות של ה"א. הוא מונה תוצאות של ה"א ואת ההגנות שהיא נותנת על סוגי הסיכונים השונים.

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.

- 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.

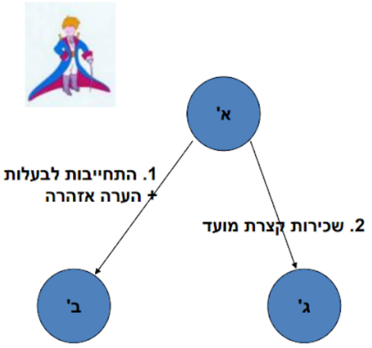
<u>הערת אזהרה שוללת תום לב במצבי עסקאות סותרות</u>

- סעיף 127(א) מונע <u>רישום</u> אך לא <u>ביצוע</u> 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 <u>תשלול</u> 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.



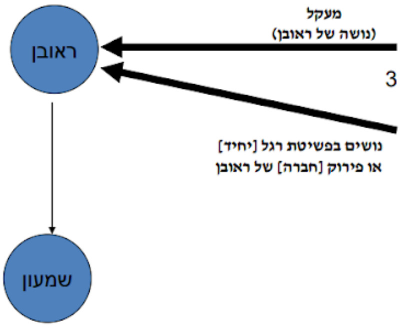
לא תמיד אנשים בודקים את המרשם ונכנסים לעסקאות נוגדות. אך אין מה לעשות וזה לא יעזור להם:
ברגע שרשמתי הערה במרשם פומבי כל צד מאוחר שירצה לעשות עסקה בנכס, גם אם זו עסקה שלא דורשת רישום (למשל שכירות קצרת מועד שדורשת רק תפיסת חזקה). זה לא משנה איזו עסקה, ברגע שאתה עושה עסקה במקרקעין - המחוקק אומר שיש מרשם 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.

<u>הערת האזהרה מקנה עדיפות במקרים של עיקול וחדלות פירעון - ס' 127(ב)</u>

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).

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,..."



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 <u>עדיפות בנכס</u> 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 <u>ראובן</u> ולא רק על <u>שמעון</u>, כל שיש לשמעון היא הערת אזהרה.

מהות העדיפות

מה משמעות סיפת ס' 127(ב), העדיפות שהסעיף מדבר עליה?
כלומר מה תוכן העדיפות ששמעון מקבל.
יש שורה של גישות מה המשמעות האופרטיבית.

ס' 127(ב):
"...כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה (עיקול וחדלות פירעון) כדי לפגוע <u>בזכויות הזכאי מההתחייבות נשוא ההערה</u>."

<u>גישה 1 - עצם האפשרות להשלים את הרישום היא זו המוגנת מכוח ס' 127(ב)</u>

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 <u>הזכות לזכות מעין קניינית שמצדיקה</u> 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**, <u>זכות האכיפה היא הזכות הראשונה במעלה</u> בדיני החוזים שאיננה תלויה כמעט בשיקול דעתו של בית המשפט. הערת האזהרה נועדה להגן על זכות האכיפה. <u>אם לא נאפשר</u> לזכאי מכוח ההערה לממש את זכותו העיקרית - הזכות לאכיפת ההתחייבות של החייב, לביצוע הרישום והשלמתו, אזי <u>תרוקן זכותו של הזכאי הנובעת מההתחייבות</u>.

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.

<u>גישה 2 - הגישה המעדיפה השבה</u>

"הערת אזהרה מקנה לזכאי עדיפות כנושה מובטח ואולם אינה מאפשרת לו לממש על פיה את הזכות המגולמת בחובה, ובוודאי שאינה מקנה לו זכות כבעלות בדירה".

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.

<u>הגישה הראויה: תלוי בנסיבות</u>

הכל תלוי בנסיבות.
זו גישה שנוצרה בפסיקה:

פס"ד איטונג נ' לוי דוד ובניו (בפירוק), פ"ד מח(2) 102

<u>הש' דב לוין, סע' 26 לפסה"ד</u>:
"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)".

כלומר לביהמ"ש יש שיקול דעת להחליט איזה סעד לתת בטווח שבין השבה לבין אכיפה וסיום העסקה, הכל תלוי בנסיבות.

יישום הגישה הראויה

ניתן לראות גם בפסיקה מאוחרת שהבחירה אכן תלויה בנסיבות העניין, וביהמ"ש יתחשב בשורת שיקולים להעניק סעד של השבה או אכיפה.

בש"א (תל-אביב-יפו) 11430/03 **חברת אברהם גינדי נ' ברקאי** תק-מח 2003(3) 554

השו' ורדה אלשיך, ס' 22:

"ההכרעה, האם יבחר הכיוון של קיום או של "פיצוי שלילי" המשיב את המצב לאחור נתונה בידי ביהמ"ש, לפי היעיל והצודק בנסיבותיו של כל מקרה לגופו".

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.

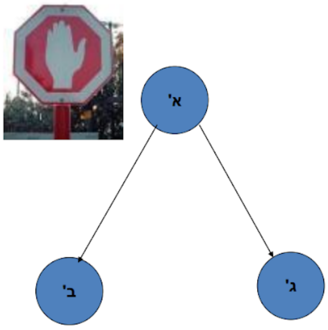
דה פקטו- הגישה כיום היא הגישה שלא תמיד הערת האזהרה תעניק אפשרות לסיים עסקה באכיפה קניינית. לכל הפחות היא תחזיר את הכסף ששולם, ולכל היותר תעניק סעד של אכיפה, אבל בטווח הזה הכל תלוי בנסיבות ובפסיקת ביהמ"ש ושיקול הדעת שלו. הוא לא יתן על אוטומט את הסעד של אכיפה.

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') יכולה למנוע מהרוכש הראשון (ב') (או כל רוכש מאוחר יותר) לשכלל קניין ולחייבו לפנות לבית המשפט. (אלא אם ב' כבר רשם זכותו).



<u>מנקודת מבט חברתית</u>

- **מניעת תאונות במינימום עלויות.**

ב-200 ש"ח אפשר למנוע תאונה במיליון ש"ח של עסקה מאוחרת. כדבריו של השופט <u>עמית</u> 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 <u>מונע הנזק הזול ביותר</u>, 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.**

<u>הבחנה בין רישום ה"א אופקיות לאנכיות</u>

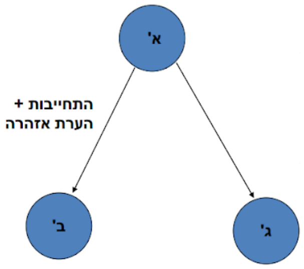
רישום ה"א נעשה לפי ס' 126 ודורש התקיימות של 3 תנאים מצטברים. הוא נעשה מכוח התחייבות של אדם שיש לו זכות קניינית במקרקעין. על רקע זה, יש שני דברים שצריך לשאול:

1. האם מותר לרשום הערות אזהרה סותרות מאוחרות?

<u>רישום הערת אזהרה סותרת (ה"א אופקית)</u>

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.

<u>משתי סיבות מרכזיות</u>:

1. <u>מבחינה פורמלית</u> - 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. <u>מבחינה מהותית</u> - 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'.

<u>אך מהו הרציונל לפיו נאפשר גם לג' לרשום ה"א סותרת מאוחרת</u>?

I. 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.

II. 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.

III. 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.

כל זה עוגן בהלכה:

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).

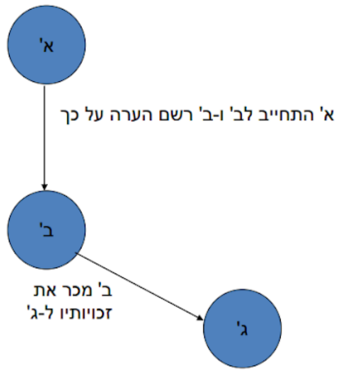
רישום הערת אזהרה אנכית (הערת אזהרה על גבי הערת אזהרה)

- 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:
- **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.**

התשובה היא לא. 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'.

<u>מה כן ניתן לעשות כדי להגן על זכויותיו של ג'</u>:

- 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.

<u>הערת אזהרה כשעבוד</u>

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 <u>ולא בשום מקום אחר</u>.

★ **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, **וס' 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.

2. 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.

3. <u>תקנת שוק</u> – 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.
<u>לדוגמא</u>: 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. <u>עסקאות נוגדות</u> 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:
"התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום-לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום- לב - זכותו עדיפה".

ס' 9 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).

שיעור 23 - 4.1.22

המשך עסקאות נוגדות

אמרנו שהמסגרת כאן היא ס' 9, ושכדי להיכנס לסוג התחרות הזה אדם (לא בהכרח בעל נכס) צריך להתחייב לעשות לפחות שתי עסקאות במקרקעין (מינימום 2 כדי להיות בעסקאות נוגדות). בדר"כ מי שעושה את העסקאות האלה הוא כן מי שיש לו זכויות קנייניות בנכס, אבל אני יכול גם להיכנס לעסקאות נוגדות אם אני יודע שאקבל זכויות בנכס בעוד חודש למשל ומתחייב למכור אותו לשני אנשים שונים. לפי לשון ס' 9 - לא נאמר "התחייב אדם שיש לו זכות קניינית" אלא כל אדם. הסעיף לא דורש שיהיו לך זכויות כדי להיכנס למצב של עסקאות נוגדות.
חידדנו גם שחייבים שיהיה ניגוד בין העסקאות, שלא ניתן לקבל את האחת מבלי להפר את רעותה. שתי העסקאות לא ניתנות ליישוב, לביצוע בו-זמנית. אם אין ניגוד ביניהן - אנחנו לא בעסקאות נוגדות.

ס' 9 מדבר על כלל ההכרעה במצבי תחרויות מהסוג הזה. זה כלל הכרעה בינארי, שאומר שהראשון בזמן עדיף על השני בזמן, אלא אם כן השני בזמן מקיים <u>3 תנאים מצטברים</u>: תמורה, תו"ל, רישום. מאחורי הכלל הזה יש גם היגיון - זה כלל שמנסה לתת לנו בהירות לגבי זכייה בסוג התחרות הזה, זה כלל של צדק טבעי, כל הקודם זוכה, הראשון ככלל עדיף על המאוחר בזמן בתנאים הרגילים. אבל אם המאוחר בזמן:

1. משלם **תמורה ממשית/ריאלית** שמשקפת את שווין האמיתי של הנכס, והכסף עבר ידיים בין הרוכש למוכר.
2. היה **תם-לב** ולא ידע **ולא היה עליו לדעת** על העסקה הראשונה בזמן (תו"ל אובייקטיבי וסובייקטיבי) - מבחינה סובייקטיבית - אם ידע שהייתה עסקה ראשונה בזמן ויכולת להימנע מביצוע העסקה המאוחרת, ומבחינה אובייקטיבית אם היה עליו לדעת - האם היו אינדיקציות שאדם סביר היה למד מהן על קיום אפשרי של עסקה.
3. **שכלול העסקה בזכות קניינית** - החוק אומר "העסקה לטובתו נרשמה בעודו בתו"ל", כלומר העסקה הסתיימה ברישום. אבל ס' 9 יכול לעסוק גם בעסקאות שלא דורשות רישום, ואז יש מעין לקונה בחוק כי הוא לא מסדיר מצבים כאלה. למשל שכירות קצרת טווח. עקרונית נדרש רישום של זכות קניינית, אבל אם מדובר בעסקה שאינה מחייבת רישום נסתפק בדרך השכלול הקניינית האחרת שנדרשת לצורך העסקה, לצורך העניין בשכירות - תפיסת חזקה.

על פניו ס' 9 הוא סעיף ששותק לגבי הראשון, הוא לא אומר עליו הרבה. אם השני עושה את שלושת הדברים האלה במצטבר הוא גובר על הראשון. זו סיטואציה שנראית מוזרה, מהראשון דורשים כ"כ הרבה ומהשני כלום. מבחינה תמריצית ס' 9 במבנה הבינארי שלו וכלל ההכרעה שהוא מייצר הוא מנסה לבוא ולעודד אותנו לקיים את שלושת התנאים. בחיים האמיתיים כשאתה נכנס לעסקה אתה לא באמת יודע אם אתה ראשון, שני או עשירי. ס' 9 מעוצב בדרך שמעודדת אנשים להשלים את העסקה כמה שיותר מהר, להיות תם לב, לשלם תמורה, לרשום. עסקאות במקרקעין בדר"כ דווקא לא מאפשרות לעשות את שלושת הדברים האלה כ"כ מהר, יש פער בין השלב החוזי לקנייני וזה לא ריאלי. הסעיף הזה הוא חכם מאוד, הוא מתמרץ את כולם לעשות את הדברים האלה וכמה שיותר מהר כי אין לדעת אם אתה הראשון או השני. כשלא ניתן לקיים כ"כ מהר - נשתדל לפחות לרשום ה"א בגין העסקה והיא תשלול תו"ל של מי שיבוא אחרי כן, כי היא רשומה במרשם המקרקעין שתוכנו חשוף לכולם. הסעיף מתמרץ אמנם לא להתקדם מהר עם העסקה אבל כן למלא אחר שלושת התנאים, ולהגן על הזכות החוזית.

הדרישות של ס' 9 משקפות את המטרות והעקרונות של דיני התחרות שדיברנו עליהן - דרישת <u>תום הלב</u> מטרתה לעודד צדדים למנוע את הנזק באופן הזול ביותר ואומרת שאם לא מנעת את הנזק בצורה זולה (יכולת לרשום למשל ה"א ולא עשית את זה) אתה תישא בתוצאות, לא יתנו לך לזכות אם יכולת למנוע את התאונה בעלות זולה, לא יתייחסו אליך כתם-לב. יש כאן הגשמה של עקרונות שמנסים לבוא ולמנוע את התרחשות הנזק מלכתחילה.

<u>התמורה</u> נוגעת לעקרונות של צדק חלוקתי, היא מנסה להבין ולבדוק כמה שילמת, כמה ניזוקת מהעסקה שנקלעת אליה, ומעלה שאלות של מאזני מצוקה בין הצדדים, כמה כל אחד שילם וכו'. דרישת התמורה גם רגישה לשיקולים של תו"ל ומשקפת תו"ל. אם אתה עושה עסקה בנכס ששוויו האמיתי הוא גבוה במחיר מאוד זול ("עסקת מציאה" במקרקעין), זה אמור להחשיד. דרישת תמורה זולה מאוד תדליק נורה אדומה לאדם שרוכש.
כל אחת מהדרישות יושבת על ערך חברתי חשוב כלשהו שאנחנו רוצים לגלם בכלל המשפטי.

חשוב לדעת שמי שלא תם לב - אף פעם לא יזכה! אם אין דרישת תו"ל כדרישת סף אתה לא יכול לזכות בתחרות.

ד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי

סיפור על שני צדדים שנקלעו לעסקה עם הררי. הררי עושה עסקה של מכירת דירה עם ורטהיימר ובנימיני.

בשלב הראשון הוא חותם על עסקה עם ורטהיימר, לפיו התמורה החוזית של הנכס תהיה מיליון לירות, כשורטהיימר שילם בפועל רק חמשת אלפים לירות.

- זיכרון דברים
- 1,000,000 ל"י
- שולם ע"ח: 5,000 ל"י

לאחר מכן הררי הולך ועושה עסקה מאוחרת עם בנימיני. התמורה החוזית היא 800 אלף לירות (מחיר זול יותר). במהלך קיום החוזה, בשלב כלשהו בנימיני מגלה שנעשתה עסקה מוקדמת עם ורטהיימר. עד שהוא גילה הוא שילם 350 אלף לירות, ולאחר הגילוי הוא הולך ומשלים את כל הסכום הנוסף לתמורה הנדרשת.

- חוזה
- 800,000 ל"י
- שולם עד למועד הידיעה: 350,000 ל"י
- לאחר הידיעה: כל הסכום

יש כאן עסקה נוגדת בין ורטהיימר לבנימיני. הראשון בזמן שילם הרבה פחות. בנימיני עדיין לא סיים את העסקה לפי תנאי ס' 9 (רישום). בשלב כלשהו נודע לו על העסקה המוקדמת. כשמדברים על דרישת **תום הלב - הוא חייב להימשך עד לרישום העסקה**, לסיום העסקה ורישום הזכות הקניינית. כאן זה לא היה המצב, ברור שבנימיני עוד במהלך ביצוע העסקה גילה שהייתה עסקה מוקדמת, לכן לא היה תו"ל ולכאורה הוא צריך להפסיד לורטהיימר. הפס"ד עוסק במתח בין ס' 3(4) לחוק החוזים (תרופות) לבין ס' 9 לחוק המקרקעין.

<u>חוק החוזים (תרופות)</u>
3. הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, זולת אם נתקיימה אחת מאלה:
(1) החוזה אינו בר- ביצוע;
(2) אכיפת החוזה היא כפיה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי;
(3) ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת הוצאה לפועל;
(4) אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין.

<u>חוק המקרקעין</u>

9. התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום- לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום- לב - זכותו עדיפה.

יש לנו את כלל ההכרעה בס' 9 שאם מיישמים כאן - השני לא היה תם לב והעסקה לא נגמרה גם ברישום, לכן הוא צריך להפסיד לראשון בזמן. אבל ניסו כאן לעורר טענות מתחום ס' 3(4) לחוק החוזים ואיך הוא עומד ביחס לס' 9. חוק החוזים מעלה כמה עילות שיכולות לשלול אכיפה, שאחת מהן היא שהאכיפה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין. בפס"ד ורטהיימר בנימיני מנסה לומר שזה לא הוגן כאן לאכוף את העסקה עם ורטהיימר, אכיפת החוזה היא לא צודקת בנסיבות העניין - כי הוא שילם פחות ממנו. הטענה של בנימיני מתמקדת בסעיף הזה, ואומרת שמאזן המצוקה הוא כזה שבנימיני שילם יותר מהתמורה והסתכן יותר, ולכן לטענתו לא צריך לתת לורטהיימר לזכות.
מצד שני, לפי ס' 9 שעוסק בדיוק בסיטואציה הזו וקובע בה כלל הכרעה בינארי, בנימיני צריך להפסיד ולא עומד בתנאי הסעיף.
ביהמ"ש מתלבט כאן בשאלה מה צריך להיות היחס בין הסעיפים. האם אפשר לקבל טענה כזו, שנראית לכאורה משכנעת?

ברק: ורטהיימר זוכה לפי סעיף 9

ברק אומר שבנימיני מפסיד כי הוא לא מקיים את תנאי ס' 9 והוא האחרון בזמן. כשאדם מגלה על עסקה מוקדמת, הצעד שמצופה ממנו הוא פשוט להפסיק את התקדמות העסקה, ולא ללכת לשלם. לא התקיים גם תנאי הרישום. הוא אומר שס' 9 קובע את תנאי ההכרעה המשפטי ולכן זה הכלל שיקבע מה צריך להיות בתחרות המסוימת הזו.
לגבי העניין של ס' 3(4) ברק אומר ששיקולי הצדק שהסעיף מעורר ושבנימיני רוצה לעורר כאן לא יכולים להיות שיקול בשאלת האכיפה של הררי מול ורטהיימר. כשמדברים על שיקולי הצדק מדברים על שיקולי הצדק של הצדדים לעסקה. שיקולי הצדק של בנימיני, שהוא <u>חיצוני לעסקה</u>, לא יכול לבוא לידי ביטוי באמצעות ס' 3(4) בשאלת האכיפה של החוזה בין הררי לבין ורטהיימר. "נסיבות העניין" - בין הצדדים לעסקה בלבד. השיקולים של בנימיני לא רלוונטיים ולא נשקול אותם בהקשר הזה.

- מרים אומרת שאם הנושא הזה היה עולה היום, הפס"ד היה מוכרע אחרת.

<u>ברק משאיר שתי שאלות בצ"ע</u>:

- האם התעקשות הראשון בזמן חרף המצוקה הגבוהה יותר של השני בזמן עולה כדי חוסר תום לב?
כלומר האם זה שורטהיימר מתעקש לאכוף את החוזה שלו מכוח ס' 9 כשהוא יודע שהמצוקה של בנימיני גדולה יותר מהווה חוסר תו"ל שלו?

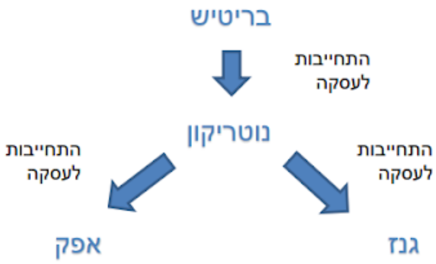
- בהנחה שניתן לרשום ה"א - מה ההשלכה של אי רישומה על ידי הראשון בזמן?
אם השאלה הזאת כן הייתה עולה ונדונה אולי התוצאה הייתה קצת אחרת.

אלה שאלות שקיבלו מענה בהלכת גנז בהמשך. ברק מחפש הזדמנות להשיב על השאלות האלה, הוא מחפש לדון בתום הלב של הראשון בזמן, דבר שלא זוכה לדיון בורטהיימר נ' הררי.
אבל התחרות כאן מוכרעת עפ"י ס' 9, מכריעים לפיו ולא לפי 3(4) לחוק החוזים.

ורטהיימר נתפסה בזמנה כהלכה לא הוגנת שמשקפת תפיסות יותר פורמליסטיות ושהתוצאה נראתה תוצאה שאינה צודקת במאזן המצוקה בין הצדדים, אדם ששילם 5,000 מנצח אדם ששילם 800,000. אבל הפס"ד משקף את כלל ההכרעה לפי ס' 9 כאמור. נושא הנסיבות של אי אכיפת החוזה רלוונטיות רק לצדדי העסקה ולא לצדדים חיצוניים.

ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש

פס"ד שבא ובמידה רבה שינה את דיני התחרות בישראל בצורה דרמטית. לחברת בריטיש יש מקרקעין והיא מוכרת אותם בשלב מסוים לחברה בשם נוטריקון. זו העסקה בשלב הראשון, התחייבות למכור את המקרקעין. נוטריקון לא רושמת את המקרקעין על שמה, ומבחינה פורמלית הם עדיין בבעלות של בריטיש. זה לא מונע ממנה לעשות עסקה שמגלגלת את המקרקעין שיש לה בהם זכויות חוזיות הלאה. ס' 9 לא דורש להיות בעלים רשום של מקרקעין כדי לעשות עסקה נוגדת. כל אחד יכול להתחייב לעשות עסקאות נוגדות.



נוטריקון מגלגלת את הזכויות שלה הלאה. בשלב ראשון היא מתחייבת לעשות עסקה עם שלמה גנז. הוא משלם לה את כל הכסף, תופס את המקרקעין (שהיו פנויים). הוא לא רושם זכויות ולא רושם ה"א. זו ה"א אנכית כי המתחייבת - נוטריקון - לא בעלת זכות קניינית במקרקעין, גנז צריך אישור של בריטיש או עסקת המחאה מול נוטריקון. בריטיש ונוטריקון הגיעו למציאות כזו שגנז כן יכול היה לרשום ה"א, בריטיש נתנה הסכמה. אך הוא לא עשה זאת - לא רשם ה"א או את העסקה למרות שהוא יכול היה.

עוברות 17 שנים ונוטריקון עושה שוב עסקה במקרקעין עם קיבוץ אפק. קיבוץ אפק היה תם-לב ולא ידע על העסקה עם גנז, וגם לא היה עליו לדעת כי אין ה"א או כל אינדיקציה שיכולה לרמוז שמשהו בעייתי בעסקה שהם עושים. הוא משלם את כל התמורה החוזית, אבל רושם רק ה"א. מבחינה פורמלית נשאלת השאלה האם הוא יכול לגבור על גנז?
יש לנו ראשון ומאוחר בזמן, והמאוחר תם לב אך דרישת הרישום דורשת רישום של זכות קניין ולא של ה"א, זה לא מספיק. לכן אם היינו מפעילים את ס' 9 לכאורה קיבוץ אפק צריך להפסיד. אבל ברק אומר שזה לא בסדר שזה מה שיקרה, שלמה גנז עשה דבר שלא ייעשה.

הפס"ד הזה במידה מסוימת משכתב את ס' 9 לחוק המקרקעין ומוסיף לו דרישות שלא פורשו בו.
השאלה המרכזית שעולה לדיון:

<u>בהנחה שניתן לרשום ה"א - מה ההשלכה של אי רישומה על ידי הראשון בזמן?</u>

האם שלמה גנז ש-17 שנים לא רושם זכויות או אפילו ה"א צריך לחטוף כאן ולהפסיד לקיבוץ אפק? האם אפשר לומר משהו רע עליו בגלל שהוא לא רשם ה"א? מבחינה פורמלית ולפי הסעיף, לא. לשון החוק די ברורה, המחוקק הלביש חובת תו"ל על קיבוץ אפק, ולא על הראשון.
ביהמ"ש העליון אומר שזו תוצאה לא הגיונית, ותום הלב חל על כל הדין הישראלי. הוא דה-פקטו שנה את כלל ההכרעה בס' 9. ברק אומר שאנחנו לא יכולים להתעלם בדיני הקניין ובכלל בדין הישראלי מזה שיש כלל שחולש על כל הדין הישראלי, שהוא עקרון תום הלב. ס' 39 ו-61(ב) לחוק החוזים מחילים את עקרון תום הלב

על כל המשפט הישראלי, על כל זכות וחובה שיש לי. וגם אם אין בס' 9 לחוק המקרקעין דרישה מפורשת לתו"ל של הראשון, עדיין לא הגיוני שהזכויות שלו מכוח ס' 9 לא יהיו כפופות לחובות של תו"ל.

הצעד הראשון שהוא עושה הוא החלת תום הלב גם על הראשון בזמן. הזכייה שלו כפופה גם היא לחובות של תו"ל. מה תוכנה של הדרישה הזאת? בהקשר שלנו זה מתבקש שאם הראשון בזמן יכול היה לרשום ה"א שהיא כלי פשוט וזול כדי למנוע תאונות ועסקאות נוגדות מאוחרות ולא עשה את זה, הוא מפר את חובת תום הלב שלו כלפי השני בזמן אבל לא רק, כלפי כל המאוחרים בזמן וכל הציבור בעצם, שלא יודע על העסקה שעשית. לכן ברק אומר:

הכלל: אי רישום ה"א עשוי להצביע על חוסר תו"ל של הראשון בזמן ולהכריע את התחרות לטובת השני בזמן.

מקום שהיה ניתן לרשום ה"א, אם לא רשמת אותה תוך זמן סביר, זו אינדיקציה לחוסר תו"ל של הרוכש הראשון בזמן שעשוי להביא לזה שהוא יפסיד את היכולת לזכות, והשני יזכה בתחרות - <u>גם אם הוא לא מקיים את שלושת התנאים</u>! זה יכריע את התחרות לטובת הרוכש המאוחר בזמן, גם אם הוא לא קיים את דרישת הרישום או התמורה. אבל - לא אם השני לא היה תם לב בעצמו.

על בסיס זה, ביהמ"ש אומר שגנז בעצם 17 שנה "ישן" ולא סיפר לעולם שעשה את העסקה המוקדמת הזאת, בגללו קיבוץ אפק נפל בפח, קיבוץ אפק עשה הכל חוץ מלסיים ברישום והיה תם לב, לכן גנז הוא זה שישא בתוצאה ויפסיד את הנכס, וזאת הייתה גם התוצאה של פסק הדין.

אין הכרעה בפסיקה למהו זמן סביר, אבל כאן ברור ש-17 שנים הן לא זמן סביר לא לרשום בו ה"א. כנראה שהיום בגלל שניתן לרשום ה"א באופן מקוון זמן סביר יהיה ביום העסקה או ימים בודדים לאחר העסקה, כי אפשר לרשום את זה מהר וזו הציפיה. הערכאות הנמוכות מדברות על כמה ימים, שנים וחודשים זה לא סביר וככה"נ אף לא כמה שבועות.

ביהמ"ש קובע גם שורה של סייגים לכלל הזה ולגבי סוג המצבים האלה (שבהם לא תהיה חובה לרשום ה"א):

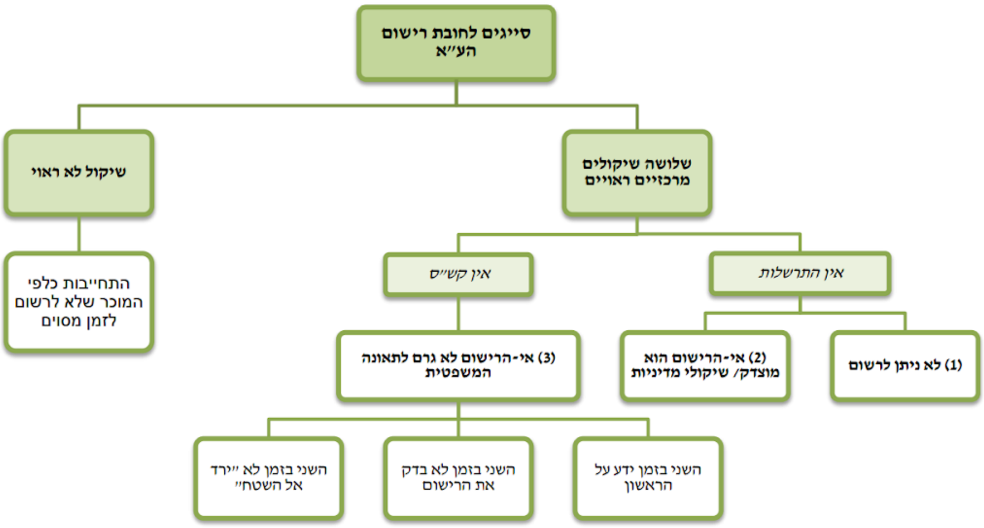
סייגים:

1. <u>אין חוסר תום לב</u>

הראשון בזמן לא היה חסר תו"ל.

2. <u>אין קשר סיבתי לפעולת השני</u>

גם אם לא רשמתי ה"א, אין קש"ס בין אי הרישום לבין התאונה שהשני נקלע אליה. למשל לא רשמתי ה"א, אבל כשהשני עשה את העסקה הוא בכלל לא בדק את המרשם. כך שרישום ה"א לא היה מעלה ולא היה מוריד. הוא לא יכול היה להימנע מביצוע העסקה גם אם הייתה שם ה"א (ואפשר בקלות להוכיח אם בדק, הוא צריך להראות נסח טאבו).



ברק מדבר על סייגים לחובות רישום של ה"א ועל שורה של מצבים. הוא בא ומפרק למה הכוונה.
מצבים בהם אין התרשלות בכלל ואין חוסר תו"ל הם מצבים משני סוגים:

1. מצב בו לא ניתן לרשום ה"א. למשל החוזה שלך קובע שהרוכש מנוע מלרשום ה"א למשך חודשיים, אלה תנאי החוזה. ברק אומר שבמצבים כאלה, בהם מבחינה חוזית המוכר מתנה את זכותו של הרוכש לרשום ה"א עם מגבלות זמן מכל מיני סיבות, הוא לא רוצה להתערב בחופש החוזים ועיצוב העסקה של הצדדים, והוא לא יתפוס את הראשון בזמן שנכנס לעסקה ולא רשם ה"א כחסר תו"ל כי הוא לא יכול, הוא מנוע חוזית.
ביקורת לדעת מרים - זה שיקול לא ראוי, כי מבחינה תמריצית זה מעודד אנשים לדחוף לכל חוזה תניה כזו, בשביל הכסת"ח. המוכר יכול באמצעות התניה כזו לחודשיים למשל סתם ככה לתת זמן לרוכש לרשום. זה נוגד את התמריץ של הפס"ד למניעת תאונות. עדיף לומר להם לא להיכנס לעסקאות האלה, שלא יקנו מאנשים כאלה נכסים. אבל אנשים כן מאמינים בחופש חוזים וחופש עיצוב וככה"נ העמדה של מרים די חריגה.
2. מצבים בהם אי הרישום מוצדק משיקולי מדיניות. יש מצבי בהם לא נצפה מצדדים לרשום ה"א, והדוגמה הקלאסית שהוא מדבר עליה היא התא המשפחתי. אם יש עסקה במקרקעין בין מוכר לקונה שהם בני זוג למשל, לא נצפה מצדדים קרובים כאלה להתחיל לרשום ה"א ביחסים ביניהם כי זה יפגע במאפייני התא המשפחתי, ייצור מתחים, יפגע ביחסי האמון וכו'. זה לא דבר ראוי מבחינה חברתית.
ניסו למתוח את הגבולות של החריג הזה שהתמקד אצל ברק בעיקר בבני זוג, ולהחיל אותו גם על יחסי הורים-ילדים, המגזר הערבי בו לא נוהגים לרשום ה"א, יחסי שכנים ועוד, וביהמ"ש דחה את זה במצבים האלה ואמר שאין כאן שום שיקולי מדיניות לשלול חובה לרשום ה"א. בני זוג זה כרגע החריג היציב היחיד שהפסיקה הכירה בו כמצב שבו ביחסים ביניהם לא צריך לרשום ה"א.
גם על זה ניתן להעביר ביקורת, כיוון שהרבה נכסים מוחזקים ע"י בני זוג, ותאים משפחתיים מחזיקים בהרבה נכסי מקרקעין שעושים בהם עסקאות. אלה צדדים שלא משקפים את העסקאות שהם עושים לגבי המקרקעין בגלל הקדושה של התא המשפחתי, והמרשם הופך להיות פחות משוכלל בגלל הדברים האלה.

מצבים בהם אין קשר סיבתי בין אי הרישום ה"א לתאונה המשפטית שהתרחשה:

מרים אומרת שזה נימוק יותר משכנע. במצבים כאלה הטענה היא שאמנם לא רשמתי כראשון ה"א, אבל העובדה הזאת לא השפיעה על הכניסה שלך לעסקה, נכנסת אליה בלי קשר אליי. זה יכול להיות בכל מיני נסיבות:

1. כשהשני ידע על העסקה הראשונה גם בלי הערת האזהרה. אם הייתה לך ידיעה פוזיטיבית לא היית צריך להיכנס לעסקה המאוחרת, לא רלוונטי אם הייתה ה"א אם בכל מקרה ידעת על העסקה.
2. כשהשני לא בדק את המרשם. המרשם בכלל לא נבדק, המאוחר בזמן נכנס לעסקה מבלי לבדוק ולכן אי רישום ה"א הוא לא שגרם לכניסה לתאונה המשפטית. השני לא יכול להיאחז בראשון כסיבה לתאונה המשפטית שהתרחשה.
3. השופט מצא - במצבים שהרוכש הראשון נמצא במקרקעין והשני בזמן לא ירד אל השטח, לא טרח לבדוק את המקרקעין, אם מישהו נמצא שם, אם הם פנויים או לא. אם האדם נמצא במקרקעין ולא עשית בדיקה כזו, ירידה אל השטח הייתה יכולה לעזור לך לא להיקלע בכלל לתאונה. לדעתו ראוי גם להשית עליו חובה לבדוק פיזית את המקרקעין ולא להיאחז רק בה"א וברישום (עמדה שמצא משמיע אבל היא כנראה לא הלכה).

שלושת המצבים האלה של היעדר קש"ס הם סיבות מוצדקות, כי אם אתה רוצה לומר שהראשון צריך להפסיד צריך להיות קש"ס בין אי הרישום שלו לתאונה שהתרחשה, וזה לא קורה בנסיבות האלה.

שיקול נוסף - **ההחייבות לא לרשום לזמן מסוים (הזכרנו כשיקול לא ראוי)**:
אם יש התחייבות חוזית כלפי המוכר שלא לרשום לזמן מסוים. במצבים כאלה מבחינה חוזית התמריצים לא ראויים.

במצבים שאין התרשלות ולא ניתן לרשום יכולים להיכנס מצבים שבהם זה כן ראוי - למשל בגלל מגפת הקורונה או שביתה של עובדי המרשם לא ניתן לרשום ה"א שבועיים. כלומר יהיו מצבים בהם לא ניתן יהיה לרשום לא בגלל התחייבות שמונעת את זה, אלא מצבים בהם המרשם סגור או יש מניעה טכנית לרשום למשך תקופה מסוימת. במצבים שלא מדובר בהתרשלות ולא ניתן לרשום מסיבות אובייקטיביות - ודאי שזה יהיה שיקול כן ראוי.

דבר נוסף, שעולה בחוות הדעת של השופטת פרוקצ'יה, הוא השאלה למה רישום ה"א ע"י השני בזמן לא מספיקה לצורך הרישום לפי ס' 9. היא מעלה גישה שלא התקבלה להלכה (למרות שדה-פקטו ביהמ"ש כן בא לטובת קיבוץ אפק). היא הייתה מוכנה להסתפק ברישום ה"א במקום רישום רגיל לצורך ס' 9. היא טוענת שלא תמיד אפשר לסיים את הרישום לכן אולי כדאי להנמיך את הדרישות של ס' 9 לגבי רישום גם לרישום ה"א ולהסתפק בזה. הגישה שלה היא **לא ההלכה**, אלא שס' 9 דורש רישום מלא.

<u>סיכום הכלל המשפטי</u>: כאשר הגענו למסקנה שהראשון בזמן יכול היה לרשום ה"א תוך זמן סביר, ולא מתקיימים הסייגים, אי רישום ההערה יכול לשלול את תום ליבו של הראשון בזמן ולהכריע את התחרות לטובת השני בזמן. השני - חשוב שהוא יהיה תם לב במינימום, אם הוא לא - אי אפשר בכלל לדבר על העדיפות שלו כלפי הרוכש הראשון.

אחרי פסק הדין בעניין גנז הפסיקה הישראלית ובעיקר השופט עמית (שטיפל בהרבה תיקי עסקאות נוגדות לאורך השנים) מאוד החמירו את הדרישות ולקחו את גנז יותר ברצינות.

ע"א 7113/11 ביאד נ' לחאם

פס"ד שנתן השופט עמית. רואים בו כמה ביהמ"ש מאמץ את גנז ואפילו מוכן מאוד להקצין אותו ולהחמיר איתו עוד יותר.

"רישום הערת אזהרה הוא אקט פשוט וזול. במחיר של 159 ₪ נכון ליום פסק דין זה, ותוך דקות ספורות, ניתן לרשום הערת אזהרה ולמנוע תאונות משפטיות קשות, אשר עלולות להוריד לטמיון סכומי עתק ולבזבז משאבי שיפוט. במונחים השאולים מדיני הנזיקין, עלות מניעת הנזק היא אפסית מול תוחלת נזק גבוהה ביותר...

כשלעצמי, נוכח העלות הקטנה הנדרשת לרישום הערת אזהרה מול תוחלת הנזק, אני סבור כי יש לפרש את הלכת גנז על דרך ההרחבה, ולהטיל את הנטל על הקונה ראשון בזמן להראות כי הקונה השני בזמן פעל בחוסר תום לב או כי ידע או צריך היה לדעת אודות העסקה הראשונה."

הגישה היא להרחיב את הלכת **גנז**, המגמה היא לאמץ את ההלכה הזו כקובעת סטנדרטים ראויים של ביצור מעמד המרשם, עידוד הצדדים לרשום ה"א, והדגש הוא על הערך הגדול בעלות כ"כ נמוכה למנוע תאונות.

האם רישום ה"א על ידי השני בזמן מהווה "רישום" לפי ס' 9?

השופטת **פרוקצ'יה**:
"ישנם חילוקי דעות באשר לשאלה אם הערת אזהרה הינה "זכות במקרקעין" אם לאו, והנטייה בפסיקת בית-המשפט הינה לאמץ את הגישה שלפיה הערת אזהרה אינה בבחינת זכות במקרקעין, אלא כל עיקרה הוא במחסום שהיא יוצרת בפני רישום עסקאות סותרות במקרקעין.

בענייננו סיווגה של הערת האזהרה כקניינית אם לאו איננו מכריע. חשיבותה משתקפת בממד הפומביות הנלווה אליה, ההופך באמצעותה את זכותו המעין-קניינית של בעל העיסקה השנייה לזכות הנחשפת לעיני הציבור ומשמשת גורם ובסיס להסתמכות צדדים שלישיים. במובן זה יש דמיון בינה לבין רישום זכות הקניין בעיסקה הקניינית.

בעל עיסקה שנייה מעין-קניינית שהוא תם-לב, נתן תמורה ורשם הערת אזהרה – מדוע לא ייראה כמי שזכותו המעין-קניינית "השתכללה" ותגבר בתוקף שכלול זה על בעל העיסקה הראשונה, בדומה לעדיפותו של בעל העיסקה השנייה הקניינית הגובר בנסיבות דומות על הראשון מכוח שכלול זכותו ברישום הקניין?"

הגישה שלה אומרת שכן, ושצריך בנסיבות העניין להכיר בזה גם בגלל המגבלות לרשום זכויות מהר. אבל כאמור זו עמדה חריגה ולא ההלכה.

תחרות ומתנה

מה קורה אם התחרות כוללת עסקת מתנה.
עסקאות מתנה הן עסקאות ללא תמורה. אפשר לתת במתנה הכל - מקרקעין, מטלטלין, זכויות. חוק המתנה קובע שורה של הסדרים איך מעצבים הסכמי מתנה.

חוק המתנה, תשכ"ח-1968
מהות המתנה
1. (א) מתנה היא הקניית נכס שלא בתמורה.
(ב) דבר-המתנה יכול שיהיה מקרקעין, מטלטלין או זכויות.
(ג) מתנה יכול שתהיה בויתורו של הנותן על זכות כלפי המקבל או במחילתו של הנותן על חיוב המקבל כלפיו.

מתנה לאלתר
2. מתנה נגמרת בהקניית דבר-המתנה על-ידי הנותן למקבל תוך הסכמה ביניהם שהדבר ניתן במתנה.

חזקת הסכמה
3. חזקה על מקבל המתנה שהסכים למתנה, זולת אם הודיע לנותן על דחייתה תוך זמן סביר לאחר שנודע לו עליה.

תנאים וחיובים

4. מתנה יכול שתהיה על תנאי ויכול שתחייב את המקבל לעשות מעשה בדבר-המתנה או להימנע מעשותו; נותן המתנה רשאי לדרוש מהמקבל את מילוי החיוב, ורשאי לדרוש זאת מי שהחיוב הוא לזכותו, ואם היה בדבר ענין לציבור - היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו.

התחייבות לתת מתנה

5. (א) התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב.
(ב) כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, רשאי הנותן לחזור בו ממנה, זולת אם ויתר בכתב על רשות זו.
(ג) מלבד האמור בסעיף קטן (ב), רשאי הנותן לחזור בו מהתחייבותו אם היתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או כלפי בן-משפחתו או בהרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן.

סעיף חשוב, מדבר על ההתחייבות לתת מתנה ועל היכולת לחזור בך ממתנה. אם מקבל המתנה לא משנה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות (למשל לא עבר עדיין לדירה שקיבל ולא מכר את הקודמת שלו), אפשר עדיין לחזור בך מהמתנה אם לא היה ויתור בכתב על היכולת לחזור בך. ס"ק ג' אומר שאפשר בנסיבות מסוימות לחזור בך גם אם היה שינוי מצב של מקבל המתנה בעקבות הסתמכות על ההתחייבות.

דרכי ההקניה

6. בעלות בדבר-המתנה עוברת למקבל במסירת הדבר לידו, או במסירת מסמך לידו המזכה אותו לקבלו, ואם היה הדבר ברשות המקבל - בהודעת הנותן למקבל על המתנה; והכל כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון.

עסקאות מתנה יכולות להיות גם עסקאות במקרקעין ולהשפיע גם על דיני התחרות.

<u>2 בעיות עיקריות הנובעות ממאפייניה של "מתנה"</u>:

1. **1.** מדובר בעסקה ללא תמורה - משליך על דרישת התמורה בעסקאות נוגדות למשל אין את דרישת התמורה. משפיע למשל לצורך התנאים שנדרשים מהשני בזמן בעסקה נוגדת.
2. **2.** מדובר בעסקה שניתן לחזור ממנה בתנאים מסוימים - משליך על ההסתמכות של מקבל המתנה על הנכס

ס' 5 על תנאיו מאפשר לחזור בך מעסקת מתנה, וזה יכול להשפיע על כל המערך של עסקאות נוגדות.

<u>השפעת העובדה כי עסקת מתנה נעדרת תמורה</u>

אם ההתחייבות למתן מתנה היא השנייה בזמן - האם זוכה לפי סעיף 9?
במילים אחרות, מה קורה אם אין תמורה בעסקה המאוחרת. אם מדובר בעסקה של רוכש ראשון זה לא משנה כי הוא לא כפוף לדרישות האלה, והוא מעומת עם עסקה של רוכש מאוחר בזמן שהוא בעצם מקבל מתנה, ואין בה תמורה (נניח שהיה רישום ותו"ל).

ע"א 2950/07 סולימאן נ' מ"י

<u>השופט דנציגר</u>: "במקרה בו העסקה השנייה בזמן היא עסקת מתנה בלתי הדירה (שאי אפשר לחזור ממנה), עדיין על מקבל המתנה להוכיח כי שינה את מצבו לרעה בהסתמך בתום לב על המרשם, ולא די ששינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות למתנה בלתי הדירה…
במצב בו העסקה השנייה בזמן היא עסקת מתנה, נראה כי הסיכויים להעדפתו של השני בזמן קלושים, זאת מאחר שבשקילת "מאזן ההפסדים" יש לקחת בחשבון גם את ההפסד שיגרם לראשון בזמן אם תבוטל העסקה עימו."

גם אם יש תו"ל ורישום, העסקאות האלה הן בנחיתות לעומת אחרות והסיכויים שהיא תגבר הם קלושים. זו עסקה בלי תמורה, הוא לא הסתכן ולכן הוא יסוג.

מחיל את שיקול מאזן המצוקה כשיקול אולטימטיבי.

- מתעלם מאפשרות שמאזן המצוקה ייטה לרעת בעל ההתחייבות למתנה

הבעיה עם פסק הדין הוא שהוא מתעלם באופן גורף מזה שיתכן שבנסיבות מסוימות האדם שקיבל מתנה הסתמך, שינה את מצבו לרעה וכו'. יתכן מצב בו הרוכש המאוחר בזמן כן יכול ליפול לגדר ס' 5 עם שינוי מצב לרעה ומאזן המצוקה דווקא יטה לכיוונו ולטובתו לעומת הראשון בזמן.

- מעקר את גנז מתוכן בכל הקשור לתום הלב האובייקטיבי של הראשון בזמן

דנציגר לא מתייחס כ"כ להשלכות של גנז ולמה קורה לראשון. אם הראשון לא רושם ה"א למשל, הוא תמיד ינצח את מקבל המתנה? אין כאן רגישות לעסקאות מתנה מול הלכת גנז ורוכש ראשון שלא מקיים את הדרישות שלה.
יש בעיות עם הלכת סולימאן, אבל היא עדיין ההלכה. מקבל מתנה מאוחר ככלל ייסוג מפני רוכש מוקדם בזמן.

תחרות 2 - עסקאות נוגדות במקרקעין שאינם רשומים, במיטלטלין ובזכויות

<u>עסקאות נוגדות - מקרקעין שאינם רשומים</u>

היחס אליהם לא כאל מקרקעין, ולכן ס' 9 לא רלוונטי לקרקעות כאלה שאינן רשומות בשום מקום, ומדברים עליהן כקטגוריה נפרדת.

הבעיה: אין מרשם – ממילא אין אפשרות לקיים את תנאי סעיף 9 לחוק המקרקעין
אין אפשרות להשלים את הרישום כי הקרקע לא רשומה בשום מקום. לכן הסעיף לא רלוונטי כאן.

מה האפשרויות המשפטיות העומדות לצורך הכרעה?
טיפול באמצעות שני סעיפים מרכזיים אחרים העוסקים ב:
- **עסקאות נוגדות במטלטלין** – סע' 12+13 לחוק המטלטלין
- **המחאת זכויות נוגדות** – ס' 4 המחאת חיובים – תקנת שוק

עוסק בהמחאת זכויות נוגדות.

הכניסה לשני הסעיפים האלה תלויה בדרך העיצוב של העסקאות האלה. דרך המלך, ככלל, תהיה להתייחס כאל עסקאות נוגדות במיטלטלין ולהחיל את עקרונות ס' 12 ו-13 לחוק המטלטלין. המחאת זכויות תהיה במצבים מאוד מסוימים.
ס' 12 לחוק המטלטלין קובע עקרונות דומים לס' 9 במקרקעין, אבל עוסק במטלטלין. במטלטלין אין מרשם ולכן הוא רלוונטי גם למטלטלין, גם לזכויות, וגם מקרקעין לא רשומים שהם נכס אחר שאין לגביו רישום זכויות.

<u>חוק המטלטלין, תשל"א-1971</u>
עסקאות נוגדות
12. התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות חזר והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת, זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה – זכותו עדיפה.
תחולה
13.(א) הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחוייבים, גם על זכויות.
(ב) הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון.

כל הדברים שאמרנו בס' 9 רלוונטיים גם כאן, ההבדל הוא אחד - אין לגבי מטלטלין מרשם, ולכן מתייחסים אליו כמו לדרכי רכישת קניין במטלטלין. הדרך לשכלול זכות במטלטלין כברירת מחדל היא מסירה. לפי ס' 12 הראשון יהיה עדיף על המאוחר בזמן אלא אם השני היה תם לב, שילם תמורה, והקבלה היא עניין המסירה של הנכס ועל אליה הוא צריך להמשיך להיות תם לב.
ס' 13 הוא הצינור דרכו אפשר להחיל את עקרונות עסקאות נוגדות במטלטלין ולהרחיב את ס' 12 גם על זכויות- נכס לא מוחשי כמו זכות חוזית לקבל 100 ש"ח למשל, או זכות חוזית לקבל מקרקעין שעדיין לא רשומים שגם הם עדיין כעסקה בזכויות.

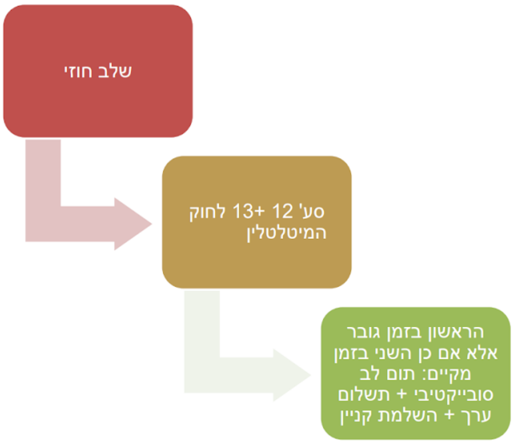
מה עושים במצבים כאלה, של מקרקעין לא רשומים?

העיצוב של העסקאות האלה הוא עסקאות במקרקעין רגילים, עם אותם עקרונות והדבר היחיד שלא נמצא בעסקה הוא הרישום במרשם וכל האקטים של ה"א וכו'. הקושי בעסקאות האלה הוא מכמה סוגים - וקודם כל להבין את מבנה העסקה. כל המועד שבו הזכות תעבור למי שקונה את הזכות בקרקע לא רשומה תהיה בדר"כ כשתסיים את כל התשלומים שלך, זה יהיה בדר"כ הרציונל בעסקאות האלה, הוא לא יהיה שונה מאוד מעסקאות מקרקעין רגילות. חשוב בעסקאות האלה בעיקר לדעת מתי הזכות עברה מהמוכר לקונה.

<u>הכלל</u> (פס"ד **טקסטיל ריינס**):
אדם (א') המבקש להעביר זכות חוזית שיש לו כלפי אדם אחר (ב') לאדם שלישי (ג') – מתכוון להעביר את הזכות כמו שהיא ברגע ההעברה.

ברירת המחדל היא שכאשר אדם עושה המחאה או העברה של זכויות, מועד מעבר הזכות הוא ב**מועד כריתת החוזה**. יש איחוד בין השלב החוזי לקנייני בעסקאות בזכויות. אלא שחייבים לבדוק את החוזה ואת תנאיו, ובדר"כ צדדים יעצבו עסקאות במקרקעין לא רשומים יקבעו תנאים אחרים. טקסטיל ריינס זו הלכה שאומרת שכשהצדדים שותקים, מועד העברת הזכות הוא מועד הכריתה. אם הם לא סייגו את מועד ההעברה של הזכות, היא עברה ברגע חתימת ההסכם.

<u>מה השלב בו אנו מצויים – שלב חוזי או קנייני?</u>
עלינו לבדוק **את החוזה** – מהו השלב בו עוברת הבעלות
- בהעדר התנאה בין הצדדים – הבעלות עוברת במועד כריתת ההסכם = מועד המסירה של הזכות, התאמה של ס' 33 לחוק המכר
- אם קיימת התנאה – הבעלות עוברת בהתאם להתנאה



ככלל, בעסקאות במקרקעין לא רשומים הסעיפים שיטפלו במצבים האלה הם:

<u>ס' 12+13 לחוק המטלטלין:</u>

הראשון זוכה אלא אם כן השני **התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה**.

- קיבל – יש צורך בחזקה + קניין (אופן הקניה – בהתאם לסוג הנכס).

אם זה מיטלטלין צריך מסירה. ואם זו קרקע לא רשומה - לבדוק מה הצדדים קבעו או אם הם שותקים.

- תמורה – ערך ממשי או שינוי מצב לרעה.
- תום לב – סובייקטיבי.

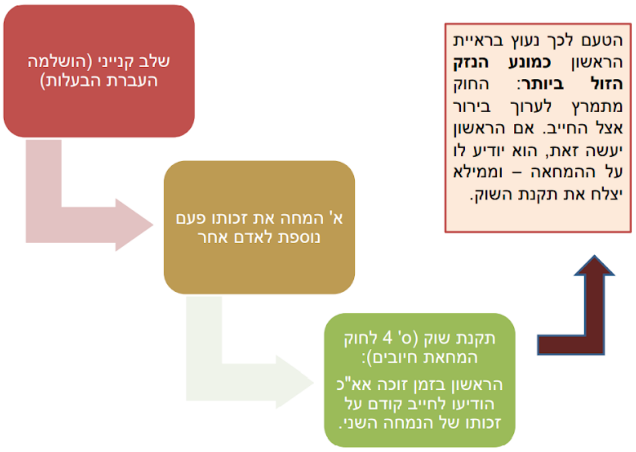
השאלה המרכזית שמתעוררת היא מה מועד המסירה של הזכות.

<u>למה השני זוכה?</u>
ניתן לראות בראשון את מונע הזול ביותר, שכן העובדה שלא דאג לקבל את הנכס לידיו, היא שאפשרה את התאונה המשפטית.

<u>למה לא מחילים את ההיגיון של פס"ד גנז על מטלטלין?</u>

- קשה ליצור מרשם במטלטלין – עלויות גבוהות מדי
- הגדרת חזקה כהפגנת תו"ל עשויה לעכב את המסחר השוטף

לזכור שגנז מדבר על מקרקעין ולכן כל השיח שם לא חל על מטלטלין/זכויות.



<u>תקנת שוק (ס' 4 לחוק המחאת חיובים):</u>
4. המחה הנושה זכות לאחד וחזר והמחה אותה לאחר, הזכות היא של הראשון; אולם אם הודיעו לחייב על ההמחאה השניה לפני שהודיעו לו על הראשונה, הזכות היא של השני.

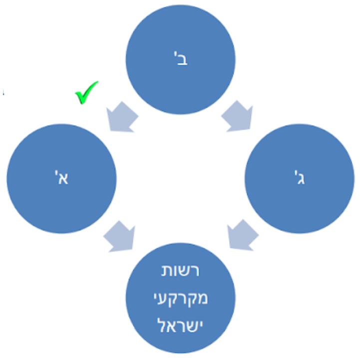
כאמור, בדר"כ בעסקאות כאלה ניכנס לס' 12+13, אבל בנסיבות מסוימות גם לס' 4 לחוק המחאת חיובים. הסעיף הזה עוסק במצב של המחאות סותרות. זה לא המצב של עסקה נוגדת, אלא למעשה מצב של תקנת שוק, בו אדם מנסה למכור יותר ממה שיש לו.
למשל א' עושה עסקאות בקרקע לא רשומה. בשלב ראשון הוא ממחה ל-ב' את הזכות בקרקע הלא רשומה, המחאת זכויות, ובהסכם לא נאמר שום דבר על המועד בו הזכות תעבור. כלומר מועד הכריתה הוא המועד בו הזכות עברה ל-ב'. לאחר מכן בשלב שני א' עושה עם ג' עסקה נוספת ואומר שהוא ממחה לו את הזכות שלו במקרקעין הלא רשומים, באותו אופן כמו עם ב'. זו לא עסקה נוגדת, כי כשהזכות הועברה ל-ב' העסקה נגמרה בקניין, ב' קיבל את הזכות. העסקה שנעשתה עם ג' היא עסקה בה א' ניסה להעביר יותר ממה שיש לו, הוא

מנסה להעביר זכות שכבר אין לו ביד. זו לא עסקה נוגדת! בעסקה נוגדת העסקה הראשונה בזמן לא הסתיימה בשכלול קניין, וכאן זה כן קרה, הזכות עברה במעמד הכריתה. זה נקרא **המחאות סותרות**, שהן לא עסקאות נוגדות.

אנחנו דנים בזה כאן בכל זאת כדי לראות מה קורה כשמעצבים את העסקה בדרך אחרת. עסקאות נוגדות הן מצב בו הראשון בזמן לא סיים את העסקה בקבלת הזכות החוזית. אם א' עושה עסקה במקרקעין שאינם רשומים ואומר ל-ב' שהזכות תעבור רק אחרי שהוא ישלם X תשלומים והוא עדיין לא שילם אותם, זו התחייבות שעדיין לא הגיעה לשלב הקנייני שלה, ואז אם נעשית עסקה נוספת - נמצאים בתוך חוק המיטלטלין בס' 12-13. אם לא מתנים את המעבר של הזכות או דוחים את המועד ויש איחוד בין כריתת ההסכם למעבר הזכות הקניינית - מדובר בהמחאות סותרות.

ס' 4 מדבר על מצב שבו יש לאדם זכות שהוא מוכר/ממחה לאחד ואז ממחה אותה לאחר. הראשון עדיף על פני המאוחר. אלא אם הודיעו למי שחייב להעביר את הנכס (למשל זכויות בקרקע שלא רשומה) על ההמחאה כלפי ג' לפני ההודעה על העסקה כלפי ב'. זה יהיה המצב היחיד בו ג' יגבר על א'.

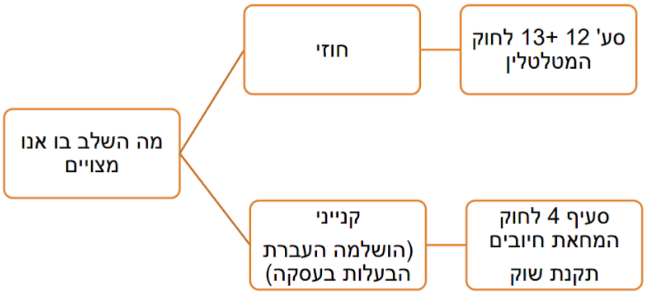
החייב - מי שמתחייב לתת את המקרקעין הלא רשומים, נושה - מי שאמור לקבל אותם, והוא עושה 2 עסקאות סותרות. אם לחייב מודיעים על העסקה המאוחרת בזמן (אומרים לו תבצע את העסקה/ההמחאה עם השני) הוא יגבר ולא הראשון.



המצב המשפטי: ל-ב' אין זכות להעביר

ס' 33 לחוק המכר:
בהיעדר התנאה - מועד כריתת החוזה
בהתקיים התנאה - עפ"י ההתנאה

מתי ס' 4 ומתי ס' 12-13 (תלוי מתי עברה הזכות):



חשוב מאוד לדעת לזהות באיזה מצב אנחנו משניהם, בחוזי או בקנייני, כדי לדעת גם באיזה סוג תחרות אנחנו נמצאים.

<u>האם יש לבחון גם תו"ל אובייקטיבי (בדומה לפס"ד גנז)?</u>

מקרקעין שאינם רשומים יהיו רשומים הרבה פעמים בכל מיני מרשמים אחרים, כמו רשות מקרקעי ישראל וכו', אבל לא בטאבו. מצא שואל בגנז האם יש חובות לרשום משהו מקביל למה שרשומים במרשמים רגילים,

למשל משהו מקביל לה"א. יש פרקטיקה לפיה אנשים רושמים משהו שמקביל לה"א גם במרשמים האלה, והמרשם משתף עם זה פעולה כי להיות מדויק.

השופט מצא בפס"ד גנז נותן מענה לשאלה זו – רישום בספרי החברה המשכנת/ מינהל/קבלן. אם הראשון לא רשם – עשוי להשפיע על תו"ל אובייקטיבי שלו.

מצא אומר שאם יש פרקטיקה לרשום במרשמים הוולונטריים האלה, גם בקרקע לא רשומה יש ציפיה לעשות את זה אם זה אפשרי. יש פסיקה מאוחרת של ביהמ"ש העליון בהקשרים שונים, שאומרת שאם יש פרקטיקה לרשום ולא עשית את זה - אתה לא תהיה תם לב (כשאתה ראשון בזמן בקרקע לא רשומה ולא רשמת למרות שהפרקטיקה מאפשרת את זה אתה לא תיחשב לתם-לב ובעל העסקה המאוחרת יוכל לגבור עליך).
יש פה מחיר די כבד למה שמצא עושה, אבל זו כן פרקטיקה נוהגת למרות שהיא וולונטרית, ובגלל שיא נוהגת יש ציפיה שכולם יעשו את זה וירשמו במקומות אחרים (כי אנחנו לא במקרקעין) משהו שמקביל לה"א (זו לא ה"א!).

- ואז יתכן וכן יחולו הסייגים של גנז, אבל אין על זה פסיקה (ולדעתה של מרים הכוח המשכנע של זה פחות חזק).

הודעה שנשלחה במייל:

כמה הבהרות בעקבות שאלות שקיבלתי:

ראשית, יש עסקאות נוגדות במטלטלין וזכויות ולא הרחבתי עליהן כי הכלל בסעיף 12 פשוט וחל על זה. הדבר החשוב לזכור הוא שבמטלטלין אין מרשם זכויות וגם לא בזכויות ולכן ההבדל המרכזי בכלל המשפטי הוא מועד מסירת הזכות במטלטלין או בזכות ושכלול הקניין. המועד הזה במטלטלין הוא מועד מסירת הנכס (ברירת המחדל של חוק המכר בסעיף 33 בו עסקנו) ובזכויות ראינו שאם לא נאמר אחרת בעסקת מכר הזכות הזמן הזה הוא במועד הכריתה (ראו דיון שקיימנו בסעיף 33 של חוק המכר ביחס לדרכי רכישת זכויות).

עיקר הדיון עסק במקרקעין לא רשומים. זכרו ששם אין רישום למקרקעין במרשם המקרקעין ולכן חוק המקרקעין וסעיף 9 לא רלוונטי כאן כי אנחנו לא בחוק המקרקעין. היחס למקרקעין לא רשומים הוא כמו לזכויות שתוארו לעיל.

ולכן בעסקאות נוגדות במקרקעין לא רשומים יחול סעיף 12 ו13 לחוק המטלטלין. השאלה החשובה היא מהו המועד בו הזכות במקרקעין הלא רשומים עברה. וכאן הדיון ביחס לזכויות ישים גם כאן לפי מה שתואר לעיל. עקרונית אם לא נאמר דבר בהסכם המועד של כריתת החוזה הוא גם המועד בו הזכות במקרקעין לא רשומים עוברת. אבל ההיגיון אומר שבעסקאות מסוג זה עיצוב העסקה יהיה דומה לעיצוב עסקאות במקרקעין רשומים ומעבר הזכות יהיה בזמן בו יושלמו התשלומים מכוח העסקה ולכן לא הגיוני שזה יקרה בעת חתימת החוזה. תזכרו גם שגם במקרקעין לא רשומים יש הלוואות ומשכונות על הזכות הזו (למשל, כל הדירות שנקנות מקבלן על הנייר - דירות יד ראשונה, הן רוב הזמן במקרקעין שטרם נרשמו כי אין בנין בנוי ובית משותף רשום ולכן אנחנו נמצאים בהסדר הזה!). אז אם המועד נדחה מועד שכלול הזכות הקניינית הוא מועד דחוי. לכן צריך לבדוק במצבים כאלו לצורכי סעיף 12 מהו מועד קבלת הזכות ושכלול הקנין בזכות במקרקעין הלא רשומים. שורה תחתונה - הכל תלוי בתנאי החוזה ורוב הזמן זה לא יהיה מועד כריתת ההסכם.

לגבי המחאת זכות לפי סעיף 4 לחוק המחאת חיובים - מדובר במצב מיוחד שעוסק בהמחאת זכויות. זה אפשרי בכל סוג של נכס (מקרקעין, מטלטלין, זכויות שכוללות גם מקרקעין לא רשומים). בכיתה התמקדנו בעיקר במקרקעין לא רשומים. כדי שנכנס לסעיף 4 לחוק המחאת חיובים חייבים שיהיו מספר שחקנים - חייב (אדם שמתחייב למכור מקרקעין לא רשומים שלו למישהו שהוא הנושה); נושה - מי שרכש את המקרקעין הלא רשומים מהחייב (**בנסיבות סעיף 4 חשוב לחדד שהזכות החוזית במקרקעין הלא רשומים טרם עברה לנושה**

מבחינה קניינית - אם זה לא היה המצב, החייב לא היה נשאר בתמונה - יש לנו פה חייב שעוד צריך להעביר את הזכות לנושה או לנמחים שלו); נמחים - אנשים שלהם הנושה ממחה את הזכות שלו **מול החייב** לנמחים.

במצב של המחאות סותרות הנושה ממחה את הזכות פעמיים. חשוב לחדד שעסקת ההמחאה הראשונה העבירה את הזכות לנמחה הראשון מבחינה קניינית ולנושה לכאורה אין מה להעביר ולכן אנחנו בסיטואציה של תקנת שוק בה הנושה מנסה להעביר יותר ממה שיש לו. תזכרו שזו **לא עסקה נוגדת כי בעסקת ההמחאה הזכות הועברה מהנושה לנמחה הראשון**. כאשר הנושה בוחר לעשות עסקת המחאה מאוחרת סותרת עם נמחה שני אנחנו נכנסים לגדרי סעיף 4 לחוק המחאת חיובים. ככל ההכרעה קובע שהראשון גובר על המאוחר אלא אם כן החייב (שהוא זה שצריך להעביר את הנכס) קיבל הודעה על עסקת ההמחאה השנייה לפני שקיבל הודעה על עסקת ההמחאה הראשונה. חשוב לחדד כאן שמדובר בעסקה שבה החייב צריך להעביר לנושה את המקרקעין הלא רשומים. התחייב להעביר לנושה את המקרקעין הלא רשומים. הנושה סחר בזכות שלו לפני שקיבל את המקרקעין ואת הזכות עצמה מהחייב.

חשוב לחדד שהמחאת זכויות לפי חוק המחאת חיובים זה כלל של תקנת שוק. לא עסקה נוגדת. כי הנושה סוחר בזכות שכבר העביר לנמחה ראשון לגמרי וחוזר וממחה אותה שוב. במילים אחרות מוכר יותר ממה שיש לו. המחה זכות שכבר אין לו.

שיעור 24 - 6.1.22

תחרות 3 - בעל התחייבות לעסקה מול נושי המוכר

(קניין שביושר)

בדר"כ מול מעקלים. הסיטואציה הזו עוסקת במצבים שהם לא עסקאות נוגדות. העימות הוא בין בעל התחייבות לעסקה מול אדם שמנסה לשים יד על הנכס בגלל משהו שהוא לא עסקה. בעסקאות נוגדות מדובר בעסקה מול עסקה באותו נכס, כשמדובר בנושים או מעקלים מאוחרים אנחנו נמצאים בסיטואציה שאין בה עימות בין שתי עסקאות. בדר"כ הנושים/המעקלים מנסים לשים יד על הנכס בגלל חוב של בעלי הנכס הפורמלי שעדיין רשום כבעלים. בעל ההתחייבות לעסקה כאן הוא אדם שהעסקה איתו לא נגמרה.

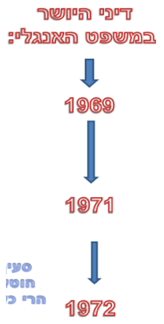
מדובר על מצב בו יש לנו אדם שהתחייבו לעשות איתו עסקה בשלב ראשון, והעסקה לא נגמרת בקניין, רק עסקה חוזית. מאוחר יותר בא אדם שרוצה להיפרע מהנכס שבו נעשתה העסקה. בדר"כ האדם הזה שיבוא יהיה אדם שהבעלים של הנכס חייב לו כסף. מבחינת בעלות פורמלית הנכס עדיין בבעלותו של אותם בעלים, לבעל ההתחייבות יש רק זכות חוזית.

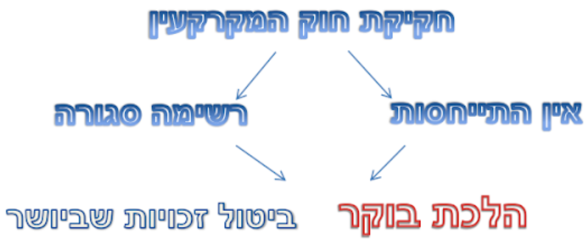
<u>איך התמודדו עם זה לאורך השנים</u>?

הטיפול בסיטואציה הזו לאורך השנים נעשה בעיקר דרך הפסיקה. היו שינויים בדרך שהדין הכריע בסוג התחרויות האלה.
בהתחלה היו דיני היושר במשפט האנגלי, שקבעו:

> רוכש זכות במקרקעין עדיף כמידת המחיר שהוא שילם, על פני שאר הנושים של המוכר.

למשל אם עשיתי עסקה של קניית דירה מחיים ושילמתי לו חצי מיליון ש"ח, ולאחר מכן הנושים של חיים באים ומטילים עיקול על הנכס הזה ורוצים לשים עליו יד. דיני היושר במשפט האנגלי אמרו שניתן לאדם שנתן את העסקה החוזית עדיפות כדי גובה הזכות שהוא שילם. כלומר הוא יקבל את חצי מיליון הש"ח שלו ואת היתר יוכלו לקבל הנושים.





בהקשר של **דיני היושר** שחלו עד חוק המקרקעין והייתה פסיקה שעסקה בהם (הלכת **שטרן נ' שטרן**) ההכרעה הייתה שאותו רוכש זכות חוזית מוקדמת בזמן ששילם משהו יקבל מחיר רק כדי עדיפות שהוא שילם. אם הוא שילם הכל - הוא יוכל לקבל הכל ולנושים לא יהיה שום דבר. אבל אם שילמת חלק - תוכן העדיפות הוא <u>חלקי</u>. הרציונל היה שבכל זאת עשית עסקה מוקדמת, ודיני היושר רצו לבוא לקראת בעלי עסקאות מוקדמות בזמן ולא לתת להם להפסיד את הכל, כי היו מודעים לכך שמדובר בעסקאות יקרות מאוד (מקרקעין).

ב-**1969** נחקק חוק המקרקעין, שאימץ את **ס' 161**, שקבע את עקרון הרשימה הסגורה במקרקעין, שאמר שמתחילת חוק זה אין זכויות אלא לפי חוק. הכותרת של הסעיף עוסקת בביטול זכויות שבקניין שביושר. כלומר מחקיקת חוק המקרקעין המחוקק הישראלי לא אומר איך פותרים את הסיטואציה, זה סוג של עימות שלא מקבל מענה בחוק הישראלי, אבל מצד שני כן נאמר שאי אפשר לייצר פתרונות מכוח דיני היושר יותר. החוק הכיר בזכויות קנייניות וביהמ"ש לא יכול יותר לעשות מה שהוא רוצה, לכן מה שדיני היושר הציעו גם ביחס לפרקטיקה להכרעה בסכסוך הזה - לא קביל יותר.

ב-**1971** מגיעה הלכה חשובה ששרדה שנים רבות - **הלכת בוקר**, שנתנה לראשונה הכרעה בסוג העימות הזה. משפחה קנתה דירה ונכנסה אליה, תפסה חזקה, ולא רשמה את הזכויות במרשם המקרקעין. בשלב מסוים מגיע נושה שמטיל עיקול על הנכסים של בעלי הדירה בגין חובות של בעלי הדירה לנושה. נוצר עימות - יש לנו עסקה חוזית מוקדמת בזמן - המשפחה, שמעומתת מול מעקל מאוחר שרוצה לשים יד על הנכס כדי להיפרע ממנו. הנכס עדיין רשום בטאבו על שם הבעלים. בזמן שהלכת בוקר ניתנה היה כבר חוק המקרקעין, שאומר שכבר אין את הזכויות שביושר בדין הישראלי. הלכת בוקר מעדיפה <u>לבצר את מעמדו של המרשם</u> ואומרת שאמנם התוצאה היא קשה אך בלתי נמנעת - בעל הזכות החוזית המוקדמת בזמן יכול היה ללכת ולרשום את העסקה (הנכס) על שמו ולא עשה זאת. ברגע שזו רק זכות חוזית תוקפה חוזי בלבד ולא תקף כלפי צדדים שלישיים. הנכס מבחינה פורמלית עדיין בבעלות הבעלים ולכן ניתן מבחינה פורמלית להטיל עליו עיקול, וביהמ"ש אכן מאפשר זאת.

ביהמ"ש לא חי בטוב עם התוצאה כי בכל זאת המשפחה שילמה, קנתה, עשתה הכל חוץ מלרשום. אבל זו הלכה שניתנה לאחר אימוץ חוק המקרקעין ומטרתה הייתה <u>לעודד אנשים לרשום זכויות</u> ולעשות רישומים של זכויות, לנצל את מרשם המקרקעין שמאפשר לעשות את זה, ולא לאפשר להם לחיות רק עם זכויות חוזיות. הייתה הרבה ביקורת על הלכת בוקר כהלכה <u>פורמליסטית</u> שלא נותנת מספיק מקום לצדדים שעשו הכל חוץ מרישום. אבל זו הייתה התוצאה בבוקר וזו הייתה ההלכה השלטת במשך הרבה שנים.

אחרי הלכת בוקר הוסיפו תיקונים לחוק המקרקעין ויצרו את כל המנגנון של **ס' 127** והיתרונות של רישום ה"א שהוא נותן. אמרו בכך לאנשים שכדי להתמודד עם התוצאות של הלכת בוקר, אם תרשמו ה"א תקבלו גם את היתרון של עדיפות על פני מעקלים מאוחרים. ב-**1972** הוסיפו את ס' 127(ב) לחוק:

סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין: "נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה..., הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה...".

יש כאן ניסיון של המחוקק למתן את התוצאות הקשות של הלכת בוקר.

בנק המזרחי נ' רוזובסקי

1994

רכשת ורשמת הערת אזהרה = גברת על הנושים הלא מובטחים

רכשת ולא רשמת הערת אזהרה = הפסדת

1999

הלכת רובזובסקי - חידדה את היחס בין רישום ה"א להלכת בוקר. היא אמרה בצורה חד משמעית שאם באמת רכשת ורשמת ה"א כפי שהמחוקק ממליץ בס' 127, אתה יכול לגבור על הנושים הלא מובטחים ועל המעקלים. אם לא רשמת ה"א - תחול הלכת בוקר ואתה תפסיד. הלכה זו נתנה תוקף לפועלו של ס' 127(ב).

בנק אוצר החייל נ' אהרונוב

פס"ד משנת **1999**. בהקשר של התחרות הזו, בגלל שאין הסדרה בחוק (בשונה מעסקאות נוגדות ותקנות שוק שיש בהן סעיף מפורש) אוצר החייל נ' אהרונוב מנסה לייצר פתרון יותר אקוויטבילי מכוח דיני היושר. ברק שנים רבות לא אהב את הלכת בוקר וחיכה להזדמנות להפוך אותה. הוא ניסה לעשות זאת באמצעות יצירת פתרון שלא מבוסס על רישום. אהרונוב הוא פס"ד דרמטי בתחום התחרויות כי הוא מבטל את דרישת הרישום לגמרי, גם של ה"א. יש לזה משמעות, כי אמנם זה "נחמד" שזו התוצאה בסוג התחרות הזה, אבל בחיים אתה לעולם לא יודע עם מי תתעמת. אם זה יהיה מול מעקל או נושה לא מובטח, אוצר החייל נ' אהרונוב יועיל לך. עדיין מבחינה תמריצית, אם תיפול על עסקה נוגדת ולא רשמת ה"א אתה תפסיד. המקום היחיד שזה יעזור בו זה בסוג התחרות הזה. זה המקום היחיד בו בתי המשפט מנסים לבטל את דרישות הרישום, זה סוג תחרות חריג.

מזל אהרונוב מתגרשת מבעלה ועושה איתו הסכם גירושים, ובמסגרתו הוא מתחייב לתת לה נכס מקרקעין שרשום על שמו לבעלותה המלאה. למרות ההסכם, מבחינת רישום זכויות הנכס לא מועבר על שמה של מזל אהרונוב, יש לה רק זכות חוזית, התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. היא תקועה בשלב החוזי, לא הגיעה לקנייני, וגם לא רושמת ה"א. בשלב מאוחר יותר מגיע בנק אוצר החייל, שהבעל חייב לו כסף, ומטיל עיקול על המקרקעין האלה, שרשומים עדיין על שם הבעל, כדי להיפרע ממנו. ביהמ"ש נדרש לשאלה מי עדיף על מי? אם היינו נצמדים להלכת בוקר או רוזובסקי, היינו אומרים שהגברת אהרונוב נסוגה וצריכה להפסיד, יש לה זכות חוזית בלבד והיא לא רשמה זכויות. זה מגיע לביהמ"ש העליון והוא הופך את הלכת בוקר בצורה מאוד דרמטית.
דעת הרוב היא של השופט ברק.

<u>השופט ברק</u>

- אין צורך לדבר ערכית.

ברק באופן די תמוה לא נכנס לשאלות ערכיות שהשופטת שטרסברג נכנסת אליהן, ולא עושה שיח ערכי אלא פתרון פורמלי בלבד שנצמד ללשון חוק המקרקעין.
יש את הלכת בוקר, שקבעה שאין יותר זכויות של קניין שביושר מכוח החלטות של בתי משפט ואין להם את הסמכויות האלה כמו לפני חוק המקרקעין. זו גם נק' המוצא שלו, אין זכויות של קניין שביושר שבתי המשפט

יכולים ליצור. אבל הוא אומר שהוא גם לא צריך להיכנס לניתוח ערכי של הסיטואציה, שיש אזרחית קטנה שהמקרקעין הוא כל רכושה והיא מתעמתת מול בנק שהוא גוף גודל וחזק (כמו שהשופטת שטרסברג עושה).

- באופן לא ברקי (אך מאוד חשיני): אין התייחסות לערכים

- <u>דוקטרינרית</u>: סעיף 9 קובע את קדימות הראשון בזמן

ס' 9 לדעתו הוא המפתח לפתרון הסיטואציה כאן. הסעיף יצר את הזכות של קניין שביושר תוצרת הארץ. זה הבסיס דרכו אפשר להבין מה מעמדה של ההתחייבות לעסקה הקודמת מול מעקל ונושים מאוחרים. ס' 9 עוסק בעסקאות נוגדות ומדבר על רוכש מוקדם בזמן שמתעמת מול רוכש מאוחר בזמן. הסעיף משמיע לנו שלבעל הזכות החוזית המוקדם בזמן יש יותר מזכות חוזית, כי רוב הזמן (אלא אם השני מאוחר בזמן) הוא עדיף על פני המאוחר, זה בעל זכות חוזית מוקדמת שעדיף על פני אחרים. לכאורה, אם היינו נצמדים להיגיון שזכות חוזית לא תקפה כלפי אף אחד חוץ מצדדי החוזה, לא היה אפשר לומר דבר כזה. הסעיף משמיע שעסקה חוזית מוקדמת בזמן תקפה כלפי צדדים שלישיים, כלומר לבעל הזכות המוקדמת בזמן יש זכות חוזית משודרגת שהיא בדרגה מעין-קניינית, ותקפה כלפי צדדים שלישיים מסוימים (אלא אם נכנסים לסיפא ושלושת התנאים). אם הראשון גובר, אפילו אם בנסיבות מסוימות, אי אפשר לומר שיש לו רק זכות חוזית.

ואם זה המצב ובעל הזכות החוזית המוקדמת בזמן גובר על בעל עסקה ספציפית שנעשתה בנכס, שיש לו קשר וזיקה לנכס ועשה עסקה חוזית בנכס, קל וחומר שהוא יגבר על מישהו זר לגמרי בנכס שלא עשה בו עסקה ויש לו רק סעד דיוני נחות. אם בעל עסקה מאוחרת בזמן לא יכול לאכוף את העסקה (כי הראשון גובר), הוא גם לא יכול לעקל את הנכס או שום פעולה קניינית אחרת בו. ס' 9 משמיע שיש קניין שביושר תוצרת הארץ, הוא מדבר על העדיפות של הראשון בזמן והחוזק של הקדימות שלו. לכן לא נזקקים יותר לס' 161, לשינוי שחוק המקרקעין עשה... ס' 9 הוא העוגן ליצירה של קניין שביושר תוצרת הארץ.

- **המשמעות**: בעל התחייבות לעסקה גובר על נושי המוכר המאוחרים גם ללא רישום

לכן בעל ההתחייבות לעסקה לדעתו על בסיס ס' 9 צריך לגבור על המעקל המאוחר הזה גם אם הוא לא רשם ה"א. כל השופטים מדברים על העניין של רישום ה"א, כי בהקשר הזה הרישום לא רלוונטי פה לטעמם, כי המעקלים הם לא מסוג האנשים שמסתמכים על המרשם, הוא לא משחק תפקיד לגביהם בסוג התחרות הזה.

ההלכה: לא צריך להידרש אפילו לרישום ה"א פה, בעל זכות חוזית מוקדמת בזמן תמיד ינצח את המעקל המאוחר על בסיס ס' 9.

הייתה פסיקה מאוחרת שעסקה בשאלה מהן ההשפעות של הלכת גנז על סוג התחרות הזה, ובתי המשפט עדיין נצמדים לעקרון הזה, לא צריך לרשום ה"א כתנאי לעדיפות על פני מעקל מהסיבה שהם לא מסתמכים על המרשם.

<u>השופטת שטרסברג-כהן</u>

דוחה את האולטימטיביות של רישום ה"א
=
דוחה את ההכרעה על פי יעילות לכתחילה

מגיעה לאותה תוצאה אבל עם נימוקים אחרים. היא אומרת שזה לא עסקאות נוגדות, ולא ברור לה למה הם הולכים לשם. ס' 9 לא רלוונטי פה להכרעה ואי אפשר ללמוד ממנו כלום לעימות הזה. היא גם אומרת שלא נכון להסתמך על שאלות של רישום ה"א כדי לפתור תחרות כזאת, ולומר שאם רשמת - זכית ואם לא - הפסדת. היא אומרת שאנחנו צריכים לבוא ולבחון את התחרות הזו בכמה מדדים ולחשוב בכמה כיוונים.

השיקולים המרכזיים שלה הם של יעילות מלכתחילה, איזה כלל הכרעה צריך לאמץ מראש כדי למנוע את סוג התאונות האלה, איזה כלל הכרעה יעשה עבודה ראויה יותר.

שני שיקולים מרכזיים שצריכים להוביל אותנו לכלל ההכרעה (לאותו כלל הכרעה שברק מגיע אליו):

- הזכויות הן לא שוות מעמד

צריך לשים לב שבתחרות מהסוג הזה הזכויות שאנחנו מעמתים פה הן לא שוות מעמד. יש גורם אחד שקשור לנכס, עשה עסקה בנכס, והוא מעומת מנגד עם מישהו הרבה יותר רחוק מהנכס הזה, לא קשור לנכס, שבא ומטיל עליו עיקול כדי להיפרע בגלל חוב אחר שהבעלים חייב לו. הקרב והזיקה שלו לנכס חלשה הרבה יותר. לבעל הזכות המוקדמת בזמן יש זיקה חזקה יותר לנכס, הזכות שלו היא בנכס עצמו. עיקול הרבה יותר נחות מהזכות החוזית המוקדמת.

- תיאוריית האישיות

יש קרבה, האדם קרוב יותר לנכס והוא משמעותי לו יותר, ולכן הזיקה חזקה יותר.

- זהות הצדדים הטיפוסית

כשמסתכלים על סוג העסקאות של בעל התחייבות חוזית מול נושים, זהות הצדדים שנקלעים לעסקאות האלה היא בדר"כ אדם פרטי שרכש דירה שהיא כל עולמו והוא צד יותר חלש, שמעומת מול שחקן שהוא שחקן חוזר, נושה מוסדי חזק שיודע לדאוג לעצמו, בדר"כ בנקים או גורמים פיננסיים חזקים אחרים.

- מאזן המצוקה

בדר"כ מצוקתו של אותו אדם שעשה את העסקה תהיה גדולה יותר משל הבנק. מעבר לזה, בנקים יודעים לדאוג לעצמם לבטוחות. כשהם עושים עסקאות הם עושים ניהול סיכונים.
גם השיקול הזה מוביל למסקנה שבדר"כ בעל ההתחייבות לעסקה יהיה בעל מצוקה גדולה יותר מהמעקל.

לכן היא אומרת שכלל ההכרעה חייב להיות כזה שמעדיף באופן טיפוסי את בעל ההתחייבות לעסקה מול הנושים של המוכר והמעקלים.

דבר נוסף שהיא אמרה ונקלט אח"כ להלכה - כל העניין של רישום ה"א לא יכול להידרש מבעל ההתחייבות לעסקה כתנאי לעדיפות שלו על פני המעקל. רישום של ה"א והמרשם בכלל לא רלוונטיים לנושים. הוא כן רלוונטי למי שעושה עסקאות מאוחרות. המעקל שפשוט נופל על הנכס יום אחד לא בודק את המרשם, המרשם לא מעלה ולא מוריד לעניין הזה ולכן לא מעניין אותו. הוא לא יכול לטעון שבעל התחייבות עסקה שלא רשם ה"א צריך לסגת מפניו בגלל זה, זו לא טענה אמינה.

- אם מדובר בהלוואה שלא הוחזרה למשל, היא ניתנה מלכתחילה בלי קשר למצב הרישום הנכס, ואולי אף לפני שבכלל נעשתה העסקה הזו.
- וגם אם הוא בנה על הנכס הזה ולא ראה שהיה רישום של עסקה, הכל צפוי - הבעלים היה יכול למכור את הנכס ולהיפרד שממנו לפני שהוא הטיל את העיקול, אז הוא לא יכול לומר שהוא בנה על הנכס הזה לעיקול. את זה אי אפשר לומר כנגד רוכשים מאוחרים, כי אותם כן ה"א הייתה מצילה מכניסה לעסקה.

מי שנכנס לסוג התחרות הזו, הכלל מעולה לו - הוא יודע שהוא מוגן גם אם עשה עסקה חוזית בלי רישום ה"א. מבחינה תמריצית, כדאי לו לרשום ה"א. הוא לא יודע אם יהיה לו מזל והוא יפול על מעקל או על בעל זכות חוזית מאוחרת. פסק הדין לא מתמרץ אנשים לא לרשום זכויות, כי אתה אף פעם לא יודע על מי תיפול.

<u>מה יקרה אם שולמה רק חלק מהתמורה</u>?

נגיד שבעל העסקה המוקדמת בזמן שילם רק חלק מהתמורה, ואז מוטל עיקול. האם זה ישפיע על תוכן העדיפות?

- **שטרסברג-כהן**: חזרה לדין האנגלי
לתת עדיפות חלקית רק עד כדי גובה התמורה ששולמה.

- **ברק וחשין (הלכה)**: הראשון עדיין זוכה
אתה תמיד תזכה, גם אם שילמת שקל או לא שילמת עדיין כלום. קביעה דרמטית.

זה לא שהם מחלקים כאן איזשהי מתנה או זכייה, הראשון בזמן יצטרך להשלים את התמורה. המעקל, אם ירצה, יוכל לעקל את החוב של בעל ההתחייבות לעסקה לבעלים. כלומר על יתרת החוב שלא שולמה עדיין. אבל לא את הנכס עצמו.

<u>השפעת הלכת **גנז** על עקרונות הלכת **אהרונוב**</u>?

האם הלכת גנז תגיד פתאום שבעל ההתחייבות המוקדמת חייב לבוא ולרשום ה"א כתנאי לעדיפות שלו על פני מעקל מאוחר? (הלכת גנז ניתנה אחרי הלכת אהרונוב). בזה עוסק פס"ד נ' המזרחי נ' גדי.
ביהמ"ש בהלכת אהרונוב אמר שלא צריך לרשום ה"א. זה שקיים 127(ב) לא אומר דבר על הסיטואציה הזאת, לא נאמר שצריך לרשום ה"א בכל נסיבה, זה לא הסדר שאומר שאם לא רשמת אתה לא עדיף על פני מעקל.

כיצד עלינו להבין את ע"א 790/97 **בנק המזרחי נ' גדי**?

- עוסקים בתחרות בין בעל התחייבות לנושים לא מובטחים
ניסו להעלות כאן את הטענה שצריך להחיל את הלכת גנז ושהיא משפיעה על אהרונוב, כלומר שחייבים לרשום ה"א כחלק מחובת תום הלב של בעל ההתחייבות המוקדמת בזמן.

- בית המשפט קובע שאי רישום ה"א - גם לאחר 7 שנים אינו מקנה את הנכס לנושה הבלתי מובטח
אי אפשר לייבא את חובת הרישום של ה"א מהלכת גנז לסוג התחרות הזה. המעקלים הם לא מסוג האנשים שמסתמכים על המרשם.

הסיבות:
1. מוסד העיקול אינו עסקאות נוגדות
אנחנו לא נמצאים בעסקאות נוגדות. לא מדובר כאן בעסקה. אם היינו אומרים לרשום ה"א - זה לא היה משפיע על מוסד העיקול. מעקלים לא מסתמכים על המרשם.

2. אין הסתמכות על נכס ספציפי

חוזר למה שאמרה השופטת שטרסברג באוצר החייל נ' אהרונוב. עיקול הוא לא סעד שמוטל על נכס מסוים אלא על נכסי החייב שמוצאים, זה לא שעבוד ואין זיקה קניינית לנכס. אין הסתמכות על נכס מסוים. לכן גם אי אפשר לטעון שאם לא היה רישום על נכס מסוים הייתה הסתמכות עליו.

3. עוצמת האינטרס של המעקל בנכס

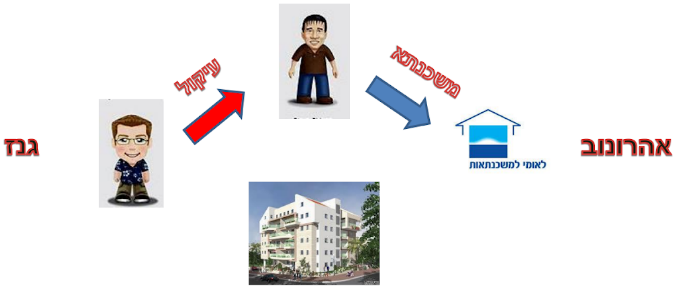
ה"א לא מעלה ולא מורידה למעקל, הוא רק רוצה לקבל את הכסף שלו. ה"א מבטיחות לפעמים זיקה קניינית לנכס והיא לא הייתה באמת משפיעה בשום צורה על הרצון לעקל. גם אם הייתה ה"א המעקל היה מחפש את הנכסים להיפרע מהם והיה רוצה לקבל את כספו. כאמור, הרבה פעמים ההלוואה ניתנת עוד לפני שנעשתה העסקה בכלל.

שורה תחתונה - הלכת גנז לא משפיעה על הלכת אהרונוב. הלכת גנז עסקה בתחרות של עסקאות נוגדות, שם רישום ה"א רלוונטית מאוד להסתמכות של בעלי עסקאות מאוחרות, וזה לא המצב כשיש עיקול מאוחר.

<u>השפעת הלכת גנז על עקרונות הלכת אהרונוב? - הנושה המקצועי</u>

מה קורה כשיש נושה מקצועי, כמו בנק, שהוא בכל העסקה המוקדמת, שמתעמת עם מעקל מאוחר?

ה"פ 2247/03 רשף נ' יוסף
(השופט אוקון - מחוזי ירושלים):



"למעשה, אין צורך להכריע בשאלה העקרונית של חובת תום הלב ומשמעותה ביחסי נושה ממשכן ונושה – הנושה המקצועי רגיל. במקרה זה, בעל הזכות שביושר הוא בנק. הבנק מהווה סוכנות חברתית אשר מוטלות עליו <u>חובות אמון מוגברות</u> לא רק כלפי לקוחותיו אלא כלפי הציבור בכללותו.... דברים אלה מקרינים גם על מקרה בו הבנק טוען לזכויות שביושר בנכס מסוים, ומבקש מכוחן לגבור על נושה מעקל.

זאת ועוד, הבנק הוא נושה מקצועי. יש לו <u>הכלים והמערך המקצועי</u> לדאוג לרישום ראוי של זכויותיו. ברגיל הבנק עצמו סומך על הרישום, ועל כן ההכרה בחשיבות הרישום ובדיוקו ידועה לו. הבנק הוא גם בעל אינטרס ישיר בדיוק הרישום, שכן ברגיל הרישום מהווה כלי עבודה העומד לרשותו במהלך העבודה השוטף שלו. על כן, ניתן לקבוע <u>שלבנק יש חובה כללית כלפי נושים לדאוג לעדכונו של הרישום בפרק זמן סביר</u>. הטלת חובה זו על הבנקים תשרת את הכלל, ותהווה מכשיר ראשון במעלה להבטחת העדכון של המרשם, שכן הבנקים מעורבים בעסקאות טעונות רישום בתדירות גבוהה. הקפדתם של הבנקים על רישום מהיר ומדויק יכולה להוות מרשם בטוח לקידום האינטרס שבמרשם.

דברים אלה אינם מכרסמים בהלכה העולה מע"א 95/189 **בנק אוצר החייל נ' אהרונוב**, פ"ד נג(4) 199. <u>הלכה זו חלה גם על הבנקים</u>. יחד עם זאת, הלוז של אותה פרשה היא הצורך להגן על הנושה הלא מקצועי - בעל ההתחייבות הראשונה - נגד הנושה המקצועי. על כן, <u>הסייג</u> שנקבע בע"א 97/2643 **גנץ נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ**, פ"ד נז(2) 385 יחול על הבנק ביתר עוצמה, בהתחשב, בין היתר, ביחסי הכוחות שבין נושה מקצועי לבין נושה רגיל. הנושה המקצועי המבקש להבטיח עצמו באמצעות משכון או משכנתא,

חייב להסיר מכשול בפני הנושים הרגילים. אי שימוש בכלים רישומיים העומדים לרשותו של הנושה המקצועי, עולה כדי מחדל הפוגם בתום ליבו של הנושה המקצועי".

השופט אוקון אומר שאם בעל ההתחייבות המוקדמת בזמן זה לא האדם הטיפוסי ששטרסברג-כהן מדברת עליו שהוא האזרח הקטן, אלא דווקא מישהו שהוא נושה מוסדי, והוא מעומת עם נושה מאוחר - שם הוא חושב שצריך **להחמיר** וכן לדרוש רישום של ה"א כתנאי לעדיפות על פני המעקל המאוחר. בנקים הם שחקנים מקצועיים ויודעים לדאוג לעצמם, ואם הם שחקנים מקצועיים ומתוחכמים - שירשמו ה"א אם הם רוצים לקבל עדיפות.

כלומר כשמדובר בבעל התחייבות לעסקה מוקדמת שהוא נושה מקצועי - פסיקות נמוכות (וגם בעליון לאחר מכן) החמירו את הדרישות וכן החילו את הלכת גנז. מהם כן נצפה לרשום ונקפיד איתם, כי הם תמיד מסתמכים על המרשם.
יש כאן קידום של האינטרס לרשום זכויות, אין סיבה להקל איתם.

<u>השפעת היות עסקת מתנה ניתנת לביטול על ידי נותן המתנה</u>

מה קורה כשמעמתים בעל התחייבות למתנה זוכה מול נושה מעקל?

- האם בעל התחייבות למתנה זוכה מול נושה מעקל?
- האם הלכת אהרונוב תקפה גם ביחס להתחייבות למתן מתנה?

- אם בעל ההתחייבות למתנה רושם ה"א – הוא גובר על נושים מאוחרים

אם אנחנו נמצאים בהתחייבות למתנה מול מעקל מאוחר, בלי קשר לסוג העסקה, כל מי שרושם ה"א לפי 127(ב) גובר על נושה או מעקל מאוחר.

- אם בעל ההתחייבות למתנה לא רושם ה"א - ?

ברירת המחדל אומרת שאם יש עסקת מתנה מוקדמת בזמן ומעקל מאוחר, בתחרות הזו נעדיף את המעקל על פני מקבל המתנה כברירת מחדל. הלכת אהרונוב לא תקפה במצבים האלה. השיקול העיקרי כאן הוא העניין הכלכלי - עם מקבל המתנה עשו עסקת חסד לעומת מעקל מאוחר שזה אדם שחייבים לו כסף.

1. זכות הנושה דיונית בלבד – נכון לגבי שני המקרים.
2. הסתמכות הנושה כללית ואילו הסתמכות בעל ההתחייבות ספציפית ביחס לנכס המסוים – נכון לגבי שני המקרים, אם כי הסתמכות בעל התחייבות למתנה חלשה יותר מהסתמכות בעל התחייבות לעסקה בתמורה.
3. אין הבטחה לנושה לא מובטח שנכסי החייב יישארו במצבם בעת יצירת החוב – נכון לגבי שני המקרים.

אין סיבה לחרוג מאהרונוב.

ע"א 11502/05 אילנה לאניאדו נ' הולנד ישראל בע"מ

<u>השופט י. אלון</u>

נקודת המוצא בתחרות זו תהיה בהעדפת הנושה על פני מקבל המתנה. אולם, פתוחה תהיה הדרך בפני מקבל ההתחייבות למתנה לנסות ולהוכיח כי עניינו הקונקרטי נמנה על אותם החריגים שבהם במאזן הציפיות המוגנות שלו ושל הנושה – תיטה הכף להעדפת עניינו.

ראש וראשון לאלה יהיה בהוכחת תום הלב של נותן המתנה ונסיבות נתינתה ובהפרכת והסרת כל ספק סביר שמא נועדה אותה המתנה להברחת הנכס מנושיו או למטרה בלתי ראויה אחרת.
כל אלה ייבדקו ויבחנו במסגרתו של שיקול הדעת השיפוטי בהתייחס לכל מקרה לגופו ולנסיבותיו.

אינדיקציה נוספת יכול ותימצא במקרה בו הצטמצמה משמעותית או התבטלה היתכנות החזרה מן המתנה הנתונה לנותנה לפי סעיף 5 לחוק המתנה. למשל, אם קודם רישום העיקול שינה המקבל את מצבו בהסתמך על ההתחייבות לתת את המתנה ומצבו הכלכלי של נותן המתנה לא הורע ואפילו השתפר.

בחינה מקבילה תיעשה בבחינת תום הלב של הנושה שלזכותו נרשם העיקול ומידת ידיעתו את דבר ההתחייבות למתן המתנה קודם שנתן את האשראי לחייב נותן המתנה.

<u>האם הלכת אהרונוב תקפה גם ביחס להתחייבות למתן מתנה</u>?

- ברירת המחדל: **לא**
- השיקול המוביל: מאזן המצוקה

ביהמ"ש אומר שמאזן המצוקה שלנו בנסיבות האלה הוא בדר"כ שהמעקל ניזוק יותר מאשר ממקבל המתנה.

<u>מתי בכל זאת יגבר בעל ההתחייבות למתנה</u>?

א. כאשר הנסיבות יעידו על כי המתנה אמיתית (בעיקר מצבו הכלכלי של נותן המתנה עובר למתן המתנה)
אם נראה שמדובר במתנה אמיתית ולא בניסיון להברחת נכסים של החייב מהנושים שלו, נוכל להשאיר את הזכייה מול מעקלים מאוחרים.
ב. כאשר בעל ההתחייבות למתנה שינה את מצבו לרעה
האם בעל ההתחייבות למתנה הסתמך על זה, למשל מכר את הדירה שלו ועבר לדירה שקיבל במתנה.
ג. כאשר החזרה מהמתנה אינה אפשרית (למשל ייפוי כוח בלתי הדיר)
מתנה שאי אפשר לחזור ממנה לפי תנאי ההסכם.
ד. כאשר הנושה המעקל ידע על המתנה (חוסר תום לב)
מה היה תום ליבו של המעקל הזה, האם הוא היה מודע לסיפור.

הלכת **לניאדו** הייתה ההלכה שקבעה את העקרונות האלה. השופט יוסף אלון הבהיר שם שאנחנו תמיד נעדיף את הנושה על פני מקבל המתנה, אבל יש אפשרות לחריגים לפי האינדיקציות האלה.
בעסקאות מתנה תמיד חושדים שאלה עסקאות של הברחת נכסים, בטח אם מצבו של מי שעשה את העסקה היה לא טוב והוא מנסה להיפטר מנכסים כדי שהנושים שלו לא ישימו עליהם יד.

בעל התחייבות למתנה מוקדמת מול מעקל מאוחר - אין חובה לרשום ה"א. בנק המזרחי נ' גדי וגנז חלים באותם רציונלים גם במצב כזה, אבל מצד שני בלניאדו הפכו את הכלל באופן עקרוני, את ברירת המחדל ומקבל מתנה נסוג מפני מעקל מאוחר. לכן רישום ה"א משנה את מצבו בצורה דרמטית. לכן כדאי בכל זאת כמקבל מתנה לרשום ה"א (עם זאת, גם אם רשמת ה"א אבל ביהמ"ש רואה שאתה מנסה להבריח נכסים, כנראה שלא יתנו לך לנצח ולא יעדיפו אותך אלא את המעקל המאוחר).

שיעור 25 - 11.1.22

תחרות 4 - תקנת שוק במקרקעין

תקנת השוק במיטלטלין, ובכלל תקנות שוק, זה מצבים שבהם אדם מנסה למכור יותר ממה שיש לו. למשל מצב בו אין לך כלום ואתה מנסה למכור משהו, כמו התחזות לבעלי דירה וניסיון למכור דירה שלא שייכת לך, או ניסיון למכור רכב גנוב שלא שייך לך, או מצבים בהם יש למישהו זכויות בנכס אבל הן פחותות מהזכות שהוא מנסה להעביר, למשל יש רק שכירות של דירה/רכב וניסיון להעביר בעלות. דיברנו על כך שלמאפייני הזכות הקניינית יש כל מיני מאפיינים דומיננטיים, וביניהם עקיבה ועדיפות. לכאורה אם ניצמד להגדרות האלה, היינו אומרים שההיגיון הבריא אומר שאדם לא יכול להעביר יותר ממה שיש לו, וזאת אכן ברירת המחדל בדיני הקניין. ברגע שיש לי זכות קניינית שתקפה כלפי כל העולם היא תקפה כלפי כולם. לכן אם אני מתיימר לעשות עסקה והזכות שלי בנכס היא פגומה או שאין לי זכות בכלל או שהיא פחותה ממה שיש לי, אין תוקף למה שאני עושה. תקנות שוק זה מצב חריג בו הדין, בגלל אינטרס חברתי חשוב כלשהו, מחליט לכופף את הכלל הזה שהנכס יחזור לבעליו בגלל תכונות העקיבה והעדיפות. הדין בא ואומר שהוא מוכן לאפשר את התוקף של העסקה הזאת, בגלל משהו חשוב שהוא רוצה לקדם. יש תקנת שוק גם במקרקעין וגם במטלטלין.

העימות כאן הוא בין הבעלים האמיתי לבין אותו רוכש שקונה זכות פגומה, בגלל צד שלישי כלשהו שנכנס לתמונה שעושה עסקה בנכס.

10. מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון.

ס' 10 לחוק המקרקעין נותן לנו את הכלל לגבי תקנת שוק במקרקעין.

<u>פירוט התנאים של תקנת השוק במקרקעין (סעיף 10 לחוק המקרקעין)</u>

לא תמיד התנאים ברורים לגמרי מתוך הסעיף ומלשון החוק. הסעיף אומר שכדי שאדם שרוכש זכות פגומה בנכס מקרקעין יהפוך לבעליו, כלומר כדי שהקונה יוכל לזכות בנכס הזה למרות שמקור הזכות הוא פסול, צריכים להתקיים ששת התנאים האלה. חלק מהתנאים מבוססים על הפסיקה הישראלית.

כדי שרוכש הזכות ירכוש זכות תקפה, חרף הפסול במקור שממנו נרכשה הזכות, צריכים להתקיים שישה תנאים (**מצטברים**):

1) רכישת זכות במקרקעין;

המשמעות - אותו אדם שרכש את הזכות רכש זכות קניינית במקרקרעין, את אחת הזכויות הקנייניות וסיים את העסקה ברישום קנייני. כל זכות, לא בהכרח העברת בעלות. חייבים לסיים את העסקה ברכישת זכות קניינית במקרקעין. לפי הפסיקה לא מספיק שהעסקה מסתיימת רק בה"א למשל, זה חייב להיות זכות קניין. יש אמירה של השופט חשין באחד מפסקי הדין, שאומר "רק קניין יכה קניין" - אם אתה רוצה להפקיע קניין ממישהו, אתה חייב להיות בעל זכות קניינית כדי להתמודד מולו. אם אתה רוצה להוציא את הנכס מבעליו האמיתיים אתה צריך להיות באותו מקום כמוהו, לרכוש זכות קניינית במקרקעין.

2) בתמורה;

דרישת התמורה. הרוכש שילם את כל התמורה או לפחות את חלק הארי שלה, והתמורה משקפת את השווי האמיתי של הנכס. דרישת התמורה מגלמת במידה רבה גם עניין של תו"ל. אם זו תמורה לא ריאלית שלא משקפת את השווי האמיתי, זה צריך להדליק אצלך נורה אדומה לגבי העסקה, אתה צריך לחשוב שמשהו לא כשר בעסקה ולבדוק היטב אם זו עסקה כשרה או בעייתית. דרישה שדומה לסוגי התחרויות האחרות.

3) בתום לב (הרוכש);

נרחיב על התנאי הזה על בסיס הפסיקה. כדי שהרוכש יהיה מסוגל לרכוש את הנכס ולזכות בו, הוא צריך שיהיה לו תו"ל שנמשך עד לרגע השכלול הקנייני. הוא לא ידע על הנסיבות של העסקה ושהוא רוכש את הנכס

מאדם שזכותו פגומה. הפרשנות בפסיקה לדרישת תום הלב - חייב להיות לו תו"ל סובייקטיבי, הוא לא ידע שהוא רוכש את הנכס בנסיבות בהן המוכר שלו אינו הבעלים של הנכס. יש פסיקה שבאה והציגה גם מדדים אובייקטיביים לדרישת תום הלב (הלכת מורדכיוב), הכניסה לתוך תקנת השוק דרישות של תו"ל אובייקטיבי, שמקשה על המנסים לרכוש מכוח תקנת השוק. בעיקרה הדרישה היא סובייקטיבית אבל יצקו תוכן גם של תו"ל אובייקטיבי בנסיבות מסוימות.

4) במקרקעין מוסדרים.

תקנת השוק חלה רק לגבי מקרקעין מוסדרים. תנאי שנוגע בלב ליבו של הרציונל של התקנה הזאת. מקרקעין מוסדרים זה קרקע שעברה הסדר ויש לנו ביטחון ברישום שם, עשו בה מיפוי, מדידה, תהליך של בירור זכויות ויצירת רישום נקי וחדש במקרקעין. רק מקרקעין מוסדרים נהנים מתנאי התקנה, וזה הרציונל שלה - לתת לאנשים יכולת להסתמך על רישום המקרקעין, לעודד אותם להסתמך עליו מבלי לעשות בדיקות מעמיקות לגבי הרישום ומבלי שנפקפק בתוקף הרישום. אם אתה עושה עסקה על בסיס רישום בקרקע שעברה הסדר, המחוקק אומר שאתה יכול להסתמך על זה. אם לא היו תקנות שוק היינו נדרשים להרבה מאוד בדיקות לגבי קרקעות, לבדוק אם הרישום באמת נכון וכו' וזה חותר תחת כל הרעיון של ניהול רישום זכויות והסדר מקרקעין. רוצים לאפשר לאנשים להסתמך על המרשם, גם כאשר הוא שגוי. תקנת השוק במקרקעין עוסקת רק במצבים שבהם יש רישום שגוי בקרקע שעברה הסדר. אומרים לך שבשם הרצון לעודד אנשים להסתמך על המרשם, מוכנים שתסתמך על הרישום בקרקע מוסדרת גם כאשר הוא פגום. לא רוצים שאנשים ישקיעו עלויות גבוהות בעוד בדיקות מעמיקות ולא לחשוד ברישומים.

5) בהסתמך על הרישום בפנקסי המקרקעין;

אותו רוכש שעשה את העסקה חייב גם להסתמך על הרישום בפנקסי המקרקעין. כאשר אתה עושה עסקה בנכס שהזכות של המוכר שלך בו היא פגומה, אתה חייב לעשות את העסקה על בסיס בדיקה במרשם המקרקעין, זה הרי כל הרציונל של התקנה. אם בדקת את הפנקסים וראית שהמוכר שעושה איתך את העסקה הוא הבעלים, עשית איתו עסקה ואז בדיעבד הסתבר לך שהוא רמאי - עדיין עשית עסקה טובה. הפרשנות של התנאי הזה אומרת שאתה לא יכול להסתמך על מסמכים חיצוניים למרשם, חייבים להסתמך רק על רישום המקרקעין בטאבו שנבדק על ידי הקונה. זה תנאי שקל להוכיח היום בעידן בו הכל דיגיטלי, יש תיעוד לכל בדיקה במרשם ומשלמים אף אגרה על קבלת נסח טאבו של הנכס. אם הסתמכת על מסמכים חיצוניים כמו חוזים, שטרות מכר וכו', זה לא מספיק.

6) כאשר הרישום לא היה נכון (הטעות צריכה להיות במרשם).

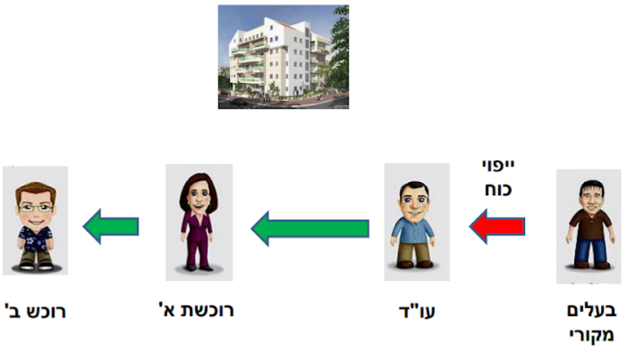
תנאי מאוד חשוב. תקנת השוק במקרקעין חלה רק כאשר הרישום בפנקסים לא היה נכון. חייבת להיות טעות במרשם. כלומר קנית ממישהו הצליח להירשם בטעות או בתרמית במרשם המקרקעין. הרישום לא שיקף את הבעלות האמיתית בנכס. בכל מצב אחר - אין תחולה לתקנת השוק! ההבחנה הגדולה בין התנאי ה-6 למצב של התחזויות: אם חיים רשום כבעלים של דירה ומישהו בא ומתחזה לו ועושה עסקה ואומר לקונה שהוא חיים ומוכר לו את הדירה שלו - הוא מסתכל על כל המסמכים ועל הטאבו וחושב שהוא אכן רשום, חיים אכן רשום כבעלים. במצב כזה הרישום הוא כן נכון, הבעיה היא שהקונה נפל על התחזות, מקור הטעות הוא חיצוני למרשם. זאת תהיה הבעיה שלו. כשהתרמית היא חיצונית למרשם ופשוט נפלת קורבן למתחזים אך הרישום הוא נכון, רק המוכר הוא אל האדם הנכון - תקנת השוק לא תחול, ומי שעשה את העסקה יישא בהפסד ויתמודד עם הנזק. במצבים האלה, אם חלילה כן היינו מרחיבים את הכלל לרישום הנכון ומחילים עליהם את תקנת השוק, זה לא היה כלל משפטי ראוי, כיוון שאם זה היה המצב היינו רואים יותר התחזויות. כולם היו מאבדים נכסים ככה. מצבים בהם חל ס' 10, מקום המדינה ועד היום, כמעט לא מתקיימים כמעט ואין טעויות כאלה בהם אדם מפסיד נכסים וכל התנאים כאן מצטברים. בתי המשפט מאוד קפדנים ומפרשים את התנאים בצורה מאוד דווקנית, כי מדובר פה בהפקעה של קניין ונכס מאדם אחד לאדם אחר, מישהו כאן מפסיד נכס מקרקעין בגלל נוכל שעשה תרמית במרשם. זה קשה מאוד לעשות דבר כזה, להערים על פקידי המרשם או לשנות אותו זה מאוד לא קל. רוב מי שעושה את זה הוא דווקא עורכי דין נוכלים. יש פחות מ-10 פס"דים בהם

מישהו הצליח להוציא נכס מאדם אחר, כלומר מאוד נדיר שיש תחולה לס' 10 - וטוב שכך. יש המון התחזויות ובעייתי מאוד להפעיל את תקנת השוק עליהן, אין שום אינטרס או רציונל להרחיב אותה.
איך נמנעים מהתחזויות? בדר"כ הטקטיקה שנהוגה בפרקטיקה היא לבקש לראות מספר תעודות מזהות. לנוכלים בדר"כ יש מסמך מזהה מפוברק אחד ולא יותר. אם הוא לא מציג כמה, כי בדר"כ אין - לא להתקדם איתו בעסקה.

תקנת השוק במקרקעין **לא פועלת נגד זכויות לא רשומות**. אם אתה זוכה מכוח ס' 10 אתה יכול לנצח רק אנשים שיש להם זכות רשומה. זכויות לא רשומות לא נסוגות מפני זוכה מכוח תקנת השוק. <u>לדוגמא</u>: אם חיים הוא בעלים של דירה, והעו"ד הנוכל שלו משנה את הרישום ועושה עסקה עם דודו ומוכר לו את הנכס. אם בנכס של חיים היה שוכר בשכירות קצרת טווח שלא דורשת רישום, השוכר הזה ימשיך לחיות בנכס. הזכייה תהיה רק בנוגע לבעלות. אלה זכויות שהמחוקק לא רצה להחריג מכוח התקנה. "רק קניין יכה קניין", רק קניין יכול להכניע זכות קניינית. לרוכש כן יכולות להיות זכויות אחרות כל עוד הן נגמרות בקניין, אבל הוא לא יכול להכניס מי שיש לו זכות לא רשומה.

<u>הרציונל למה יצרו את תקנת השוק</u>: לעודד אנשים להסתמך על המרשם, לחסוך עלויות עסקה ובירור של שרשרת העסקאות בנכס, לא רוצים שנבזבז עוד זמן לברר למי היו זכויות ואיזה. זה יכול להיות מאוד יקר להתעסק בדברים האלה.

<u>באיזה מצב תקנת השוק יכולה לחול:</u>



יש לנו נכס, והבעלים המקורי נותן ייפוי כוח לעו"ד שלו כדי לייצג אותו בעסקאות מטעמו. הוא מוסמך למשל למכור לו את הדירה ולעשות עסקה בשמו. העו"ד נעזר בייפוי הכוח, הולך למרשם המקרקעין ומשנה את הרישום. זה המצב שבו הכי קל לעשות את זה, יש לו חתימה וייפוי כוח ומסמכים אותנטיים. הוא מעביר את הרישום של הנכס על שמו. הוא עושה עסקה עם רוכשת א' ומוכר לה את הזכויות בנכס. רוכשת א' הולכת ומגלגלת את הנכס הזה הלאה לעוד רוכש. מה שצריך להבין הוא שבמצבים כאלה צריך לבדוק שרוכשת א' או רוכש ב' מקיימים את כל 6 התנאים של תקנת השוק, אבל זה מצב קלאסי שבו המרשם שונה ונעשתה תרמית במרשם. התנאי השישי מתקיים כאן, העו"ד לא מתחזה לבעלים אלא עשה שינוי רישומי, הוא נרשם כבעלים למרות שאין לו זכות להירשם כבעלים, הוא עשה זאת בתרמית. זה המצב הקלאסי בו תקנת השוק תחול. יש תרמית במרשם. לרוכשת א' אין שום דרך לדעת שהעו"ד רימה את הבעלים, ואין גם סיבה חברתית לדרוש מהרוכשים ללכת לבדוק האם ייפוי הכוח מקורי או לחשוד בעורכי דין, זו כבר לא רמת זהירות סבירה לצורך ביצוע עסקאות.

<u>בהסתמך בתום לב על הרישום:</u>

א. הסתמכות על הרישום דווקא (ולא על מסמכים אחרים) –

- "ההסתמכות שבה מדבר סעיף 10 צריכה להיות ממשית, על יסוד נתונים הקיימים בפועל בעת הרכישה" (עא 599/77 **שמואל קורצפלד נ' יוסף אדלר**);

- "קונה הרוכש זכות במקרקעין על בסיס מסמכים – דרכונים; תעודות זהות; יפויי כוח – שהם מזויפים, אינו זכאי להגנת תקנת השוק אף אם השלים בתום לב את העסקה ברישום" (ע"א 624/13 **אסתר מורדכיוב נ' שלמה**);

ההסתמכות חייבת להיות על מרשם המקרקעין ולא על מסמכים.

- "לא הכירה הפסיקה בתחולתה של תקנת השוק במקרקעין במקרים אחרים, אשר בהם התחזה המוכר לבעל הזכות הרשומה, למשל באמצעות ייפוי כוח מזויף, שכן במקרה כזה ההסתמכות היא על ייפוי הכוח ולא על הרישום" (ע"א 767/11 **ג'הנשה להיגי נ' יצחק עזורי**).

פס"ד שעסק בתרמיות שלא חלה בהן תקנת השוק. זה בדיוק המצב של התנאי ה-6 - הטעות צריכה להיות במרשם ולא תרמית חיצונית למרשם.

ב. תום לב סובייקטיבי –

"תום הלב בהקשר הסובייקטיבי הוא מצב נפשי. משמעותו יושר הלב. **בהקשר של סעיף 10 לחוק המקרקעין משמעותו אמונה, הלכה למעשה, של הקונה כי המוכר הוא בעל זכות במקרקעין כאמור במרשם, וכי הוא רשאי להעביר את זכותו זו נקייה מכל זכות של אדם אחר**. אמונה כזו אינה קיימת אם הקונה יודע שלמוכר אין זכות במקרקעין או שזכותו מוטלת בספק. כמו כן אמונה זו אינה קיימת אם הקונה לא ידע שלמוכר אין זכות במקרקעין או שזכותו מוטלת בספק, אך הוא חשד באשר לזכותו של המוכר ובמודע נמנע מלברר הדבר. זהו מצב של עצימת עיניים. הוא שקול כנגד ידיעה והוא שולל תום-לב. לעומת זאת אמונתו של הקונה אינה נפגעת אם הוא לא ידע כי למוכר אין זכות במקרקעין או אם הוא לא חשד בזכותו זו, אך היה יודע או היה חושד אילו נקט אמצעים שקונה סביר היה נוקט. במצב דברים זה הקונה התרשל – ולהתרשלותו עשויות להיות תוצאות משפטיות אך אין בהתרשלותו כדי לשלול את תום-לבו. 'רשלנות ותום לב יכולים לדור בכפיפה אחת'" (ע"א 4609/99 **בעלי מקצוע נכסים נ' סונדרס**).

- ביהמ"ש (סולברג) פירש את הדרישה הזאת כתו"ל סובייקטיבי. זה המבחן המרכזי. במצבים שבהם ידעת הלכה למעשה שהמוכר שלך עם זכויות פגומות, או שהיו לך סיבות לחשוד ועצמת עיניים, אלה מצבים שלא יהיה לך תו"ל סובייקטיבי כי היית צריך לברר. אבל אם לא ידעת, ולמשל התנהגת בהתנהלות לא סבירה אבל שהיא התרשלות (יש קו גבול מאוד דק בין עצימת עיניים לרשלנות), למשל מישהו לא ממש מבין מה צריך לעשות והוא לא חשד כי הכל נראה לו בסדר והוא לא ידע שאין לו זכויות אבל בתמימות, למרות שכל אדם סביר היה עושה בדיקות מסוימות - במצבים כאלה של התרשלות ביהמ"ש אומר שלא יישלל ממנו תום הלב. אבל מצבים של רשלנות הם נדירים מאוד.

ג. תום הלב צריך להיות הן בשלב העסקה והן בשלב הרישום –

המועד הקובע לקיומו המתמשך של תום-הלב הוא עת רישום הזכות במרשם המקרקעין. מאחר שהרישום הוא תנאי הכרחי להגנה על הרוכש, מן הראוי כי יסוד תום-הלב יימשך וילך עד למועד הרישום. אין מקום ליצור הפרדה בזמן בין קיום תום הלב לבין ביצוע הרישום (ע"א 4609/99 **בעלי מקצוע נכסים - נ' סונדרס**).

- אתה חייב להיות תם לב עד הסוף, עד השלב של סיום העסקה. דומה מאוד למה שראינו בורטהיימר נ' הררי. אם משהו מתגלה לך בדרך - תעצור את העסקה.

ד. מה הדין כאשר למוכר יש רק הערת אזהרה?

ע"א 624/13 **אסתר מורדכיוב נ' שלמה**:

יש בעלים אמיתי ומישהו שמתחזה לבעלי הנכס. הוא לא משנה את המרשם. בא רוכש א' ורוכש מהמתחזה, והוא רושם ה"א על העסקה עם המתחזה. הוא בדר"כ יכול לעשות את זה, על בסיס מסמך העסקה, שמי שמופיע בו הוא הבעלים האמיתי. לכאורה בחוליה שבין רוכש א' למתחזה - רוכש א' לא יכול לזכות מכוח תקנת השוק, כי הוא לא מקיים את התנאי ה-6, הרישום הוא נכון, מקור התרמית חיצוני למרשם. ברור כאן שרוכש א' היה מפסיד. אבל הסיפור מסתבך כי היה פה גלגול של הנכס - רוכש א' הולך ועושה עסקה בנכס עם רוכשת ב'. הוא מנסה לגלגל את הנכס הלאה אליה. עכשיו רוכשת ב' מתעמתת עם הבעלים, והשאלה הגדולה שעלתה בפסק הדין היא האם רוכשת ב' יכולה לזכות מכוח תנאי תקנת השוק אם היא רוכשת רק על בסיס ה"א מהרוכש הראשון? (בפס"ד מורדכיוב הרוכשת הפסידה).
בגלל שהעסקאות האלה נפוצות ביהמ"ש העליון באופן מפתיע יכול היה להקפיד. אבל כדי שרוכשת ב' תזכה מול הבעלים היא צריכה לקיים את כל תנאי התקנה - היא צריכה להירשם כבעלת זכויות קנייניות, להיות תמת-לב, לשלם תמורה, שהמקרקעין יהיו מוסדרים, היא צריכה להסתמך על המרשם, שהרישום יהיה לא נכון… כשביהמ"ש העליון בא ובודק את התנאים האלה, השופט רובינשטיין אומר לנו הרבה דברים חשובים - מה הרציונל של התקנה, והעובדה שהיא לא חלה במצבי תרמיות חיצוניות. הוא גם אומר שבעסקה הראשונה שבין א' למתחזה המרשם היה נכון תקנת השוק לא חלה והוא לא יכול לזכות. לגבי הרוכשת השנייה, שרוכשת רק על בסיס הסתמכות על ה"א ומרשם שגוי:

א. אין מניעה עקרונית להחיל תקנת שוק במצב כזה
באופן עקרוני, אם רכשת מאדם שאין לו זכות קניין אלא רק ה"א שהיא זכות מעין-קניינית, זה לא שולל את החלתה של תקנת השוק במקרקעין. זה החידוש של פסק הדין. לא בטוח שזה דבר נכון, כי צריך ליישם את התקנה באופן מאוד דווקני ומדובר בפגיעה קשה מאוד בקניין של הבעלים. לכן לא בטוח שזו הלכה נכונה. אבל זה מה שאמר ביהמ"ש העליון. אין מניעה להחיל את תקנת השוק במצב כזה גם כאשר הטעות שנפלה במרשם היא טעות מסוג ה"א.

ב. החלה זו מחייבת "בדיקה ראויה" - סטנדרט אובייקטיבי
אם רוכשת ב' רוצה לזכות בנכס, היא צריכה לעמוד בשורה של סטנדרטים של בדיקה ראויה. הסטנדרט האובייקטיבי שביהמ"ש מדבר עליו כאן כדי להכניע את הבעלים הוא שהיא צריכה לעשות בדיקות ראויות. רוכשת ב' צריכה להראות ולהוכיח שהיא בחנה כראוי את עסקת היסוד שבין הבעלים הרשום ומי שיש לטובתו ה"א. ביהמ"ש שולח אותה בעצם לבדוק את העסקה בין הבעלים לרוכש א', ולהראות לביהמ"ש שהיא עשתה בדיקה מול הבעלים והעסקה שעשה עם רוכש א' ושהיא באמת כשרה. תוכן הבדיקה הראויה משמיע שמדובר בדרישה אובייקטיבית שביהמ"ש מציב. האחריות לבדיקת המידע מוטלת באופן מעשי בדר"כ על עורכי הדין שמייצגים את הצדדים, כלומר עו"ד של ב', שצריך לבדוק את העסקה כדי שיהיה תם לב.

תוכן הבדיקה הראויה כאן נקבע עפ"י הנסיבות של המקרה, אבל הפעולה הבסיסית שמתבקשת לדעת ביהמ"ש אם אתה רוכש מאדם שלא רשום כבעלים זה <u>ליצור קשר עם הבעלים הרשום</u>, לבדוק אם הוא באמת עשה עסקה עם רוכש א'. אם היא הייתה עושה את זה היא הייתה מגלה שלא, ושיש כאן התחזות.

ביהמ"ש גם אומר שאם רוכשת ב' עושה עסקה עם אדם שיש לו רק ה"א ובנסיבות בהן האדם עושה עסקה של מכר תכוף, כלומר מזדרז למכור זכויות והעסקה נעשית מהר, היא חייבת לחשוד למה זה קורה, להתעניין בנסיבות למה הוא מזדרז למכור זכויות על בסיס ה"א בלבד. זה נסיבות שמדליקות חשד שמצריך בירור לדעת ביהמ"ש, ואם היא לא עושה בירור כזה - זה עולה כדי עצימת עיניים ששולל גם את תום ליבה הסובייקטיבי. אם זה לא התקיים, הם לא יכולים לומר שהתקיים כאן תו"ל והסתמכות על הרישום, גם על בסיס סטנדרט אובייקטיבי וגם על בסיס סטנדרט סובייקטיבי.

בנסיבות המקרה הוא קובע שרוכשת ב' לא עומדת בתנאי תקנת השוק וצריכה להחזיר את הנכס לבעלים המקורי, כיוון שהיא לא עשתה בדיקה של עסקה היסוד בין הבעלים לרוכש א'. היא מפסידה. הוא גם אומר לה שהיא צריכה להיזהר יותר, למשל להתנות את מירב התשלומים ברישום מלא. אם היא עושה עסקאות עם

אנשים שיש להם רק ה"א עליה החובה להיזהר יותר. כלומר ביהמ"ש כן מוכן לאפשר פרקטיקה של ה"א, אבל לא מוכן לבוא ולאפשר לצדדים להתחמק מחובות של בדיקות ראויות ולא נותן להם דרך לצאת מזה בלי ביצוען. הלכת מורדכיוב יוצרת סטנדרט של בדיקה ראויה בנסיבות כמו עסקאות על בסיס ה"א.

<u>הרציונל</u>: מתן תוקף לרישום ועידוד עסקאות מקרקעין

אם הנחזה לבעלים לא שינה את הרישום = רוכש א' לא ייהנה מתקנת שוק
<u>הסיבה</u>: לא היה פגם ברישום

אם הנחזה לבעלים שינה את הרישום = רוכש א' ייהנה מתקנת שוק
<u>הסיבה</u>: העסקה בוצעה בשל הפגם ברישום

אם רוכש א' (המוכר) שינה את הרישום = רוכש ב' ייהנה מתקנת שוק
הסיבה: רכש על בסיס פגם ברישום

אם רוכש א' (המוכר) לא שינה את הרישום בזמן העסקה עם רוכש ב'

הרישום לא הושלם לאחר העסקה
רוכש ב' לא ייהנה מתקנת השוק
הסיבה: אין פגם ברישום

הרישום הושלם לאחר העסקה
התנאת תשלומים עד לרישום
+
בדיקה ראויה של עסקת היסוד
רוכש ב' עשוי ליהנות מתקנת השוק

- ★ תו"ל סובייקטיבי - תמיד נדרש. תו"ל אובייקטיבי/בדיקה ראויה - נוצר במורדכיוב כתנאי נוסף בנסיבות של ה"א. יש החמרה של הרף של תום הלב גם לבדיקות ראויות בנוסף לששת התנאים.
- ★ אם אתה עושה עסקה עם מתחזה - תקנת השוק לא חלה. אבל אם העסקה מתגלגלת כך שמישהו נוגע במרשם בצורה שגויה ומשנה אותו בשלב מסוים - זה משנה את התמונה וביהמ"ש מאפשר לזכות במצבים כאלה, אבל עם תנאים. מורדכיוב תקדימי מהבחינה הזאת, כי תמיד הסברה הייתה שהשינוי במרשם חייב להיות שינוי קנייני של רישום זכות קניינית, וביהמ"ש מפתיע כאן ואומר שגם רישום של זכות מעין-קניינית כמו ה"א תעשה את העבודה ותהווה שינוי במרשם שעל בסיסו אפשר להיכנס לגדרי התקנה. אבל חייבים לעבור את כל 6 הדרישות, כולל סיום העסקה שלה ברישום, תו"ל עד סיום העסקה וכו'.

תחרות 5 - תקנת שוק במיטלטלין

הסעיף המרכזי הוא ס' 34 לחוק המכר. תקנת השוק היא מצב בו אדם רוכש מטלטלין ממישהו שזכותו בנכס פגומה. למשל קנייה של רכב גנוב, או קנייה של רכב שכור ממי שמתיימר להיות בעליו. העימות הוא בין הבעלים האמיתי לאדם שעשה עסקה בנכס.

<u>סעיף 34 לחוק המכר</u>

תקנת השוק

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.

יש כאן שורה של 6 תנאים שצריכים להתקיים **במצטבר**:

<u>הקריטריונים להכרה בקיומה של תקנת שוק</u>

- V נמכר

תנאי שמקפל בתוכו 2 דרישות:

1. שתהיה עסקת העברת בעלות. תקנת השוק במטלטלין חלה רק במצבים של עסקאות מכר של העברת בעלות בלבד, בשונה מתקנת השוק במקרקעין שחלה על כל סוגי העסקאות ועל זכויות שפחותות ממכר והעברת בעלות.
2. המילה נמכר מרמזת גם על חוק המכר. מכר אומר שהעסקה היא בתמורה, תמורת מחיר. **דרישת התמורה** בעצם.

החידוש הגדול של פס"ד כנען הוא שהתמורה חייבת להיות תמורה אובייקטיבית שמשקפת את שווי השוק האמיתי של הנכס. זו לא יכולה להיות תמורה שהצדדים הבינו בטעות שהיא משקפת את השווי של הנכס, אלא היא צריכה לשקף את השווי האמיתי. הסיפור שם היה תמונות ששוות מעל 100,000$ והצדדים ניסו לטעון שהתמורה יכולה להיות סובייקטיבית על בסיס הבנה מוטעית של הצדדים. ביהמ"ש דחה את זה ואמר שנדרשת תמורה ריאלית ואובייקטיבית שמשקפת את שווי הנכס האמיתי.

<u>לסיכום התנאי</u>: צריכה להיות עסקה של העברת בעלות עם תמורה שמשקפת את השווי האמיתי של הנכס.

- V נכס נד

ס' 34 מדבר רק על נכסים מוחשיים שהם מטלטלין, חוק המכר חל רק לגבי זה. לא זכויות או קניין רוחני, רק נכסים מוחשיים, ניידים. וכמובן לא מקרקעין.

- V על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר
- V המכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו

תנאים אלה נקראים תנאי השוק הפתוח. פרשנות אובייקטיבית, וזה גם לב הרציונל של התקנה, הוא נטוע בשני התנאים האלה. "מי שקונה בתנאי השוק הפתוח - רוכש על בטוח". תקנת השוק במטלטלין מנסה לעודד אותנו לרכוש נכסים מי שעוסק במכירת הנכסים מהסוג הנמכר במהלך הרגיל של עסקיו, כלומר מנסים לדחוף אותנו לשוק רגיל וחוקי, לא שווקים אפורים/שחורים ועסקאות מפוקפקות. אלה תנאים ששניהם נבחנים באופן אובייקטיבי. האם באמת קנית מאדם שעוסק ברכישת רכבים, תכשיטים וכו', או שמא מאדם פרטי שאין לך מושג מה הוא עושה ואם זה העיסוק שלו. הגישה המקובלת היא של השופט זמיר בפס"ד כנען לגבי פרשנות שני התנאים האלה, שהיא באופן אובייקטיבי. העסקה הייתה בשעות הפעילות הרגילות של הנכס ובמהלך הרגיל שלו, ולא בסמטה חשוכה בלילה או ולא בעסקה של בתי עסק.

V הקונה קנה וקיבל

תנאי של שכלול קניין למעשה. הקונה קנה וקיבל את הנכס לרשותו - תנאי של מסירה כתנאי להעברת בעלות בקניין. ברירת המחדל של חוק המכר בס' 33 היא שהמסירה מעבירה בעלות. קנה וקיבל משמע שכלל קניין בדרך כל מסירת הנכס. אם הם קבעו תנאי אחר יחול התנאי האחר אבל זו ברירת המחדל.

V תום לב

דומה לתום הלב במקרקעין - דרישת תו"ל סובייקטיבית, לא ידעת שמקור הזכות פגום וגם לא עצמת את עינייך. לא היו נסיבות לחשוד.

שיעור 26 - 14.1.22

"נמכר"

ס' 1 לחוק המכר:

מהות המכר - מכר הוא הקניית נכס תמורת מחיר

התנאי הבסיסי לקיומה של תקנת שוק הינו קיומה של עסקה בה נרכש הנכס מהמוכר (מי שאינו בעל הקניין) תמורת **מחיר**.

האם התמורה צריכה לשקף שווי אובייקטיבי או סובייקטיבי?

מקפל בתוכו שתי דרישות - זו חייבת להיות עסקת בעלות וחייבת להיות תמורה.

גובה התמורה - אובייקטיבית לפי הלכת **כנען**.

נכס נד

- הס' לא נוקט לשון מיטלטלין אלא נכס נד. המסקנה לפי הפסיקה היא שתקנת השוק שבס' 34 חלה רק ביחס **למיטלטלין מוחשיים**.
- רק לגבי מיטלטלין מוחשיים ניתן לדבר על התנאים הכלולים בתקנת שוק זו.
- אין הבחנה בין מיטלטלין שמתקיים לגביהם רישום למיטלטלין אחרים.

תקנת השוק לא תחול על זכויות חוזיות או דברים שאין להם קיום מוחשי.

על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר

דרישה שהיא לב הרציונל של תקנת השוק. תקנת השוק היא כלל משפטי שמנסה לתמרץ אותנו לקנות בשוק בטוח, בשווקים חוקיים. להימנע מעסקאות מפוקפקות או בתנאים של שוק שחור/אפור וכשלא יודעים מה מקור הבעלות בנכס. מי שקונה נכסים בתנאי השוק הפתוח הוא זה שקונה על בטוח, גם אם הוא קונה נכס שבדיעבד מסתבר שמקור הזכות בו פגום.

שתי גישות:

(לגבי הפרשנות של התנאים האלה)

- זמיר – זהו תנאי אובייקטיבי שמסייע בבדיקת תום ליבו של הקונה.

הפרשנות הרווחת - התנאי הוא אובייקטיבי ונבחן בצורה אובייקטיבית. האם קנית מאדם שהוא באמת בעל חנות מכוניות/תכשיטים וכו' או שמא מאדם שהתחזה למישהו כזה.

- דגן – המטרה הינה תמרוץ הסוחרים לבדוק באופן רחב יותר את מקור הנכס שהם מכניסים לשוק. אדם שקונה מאנשים פרטיים שלא עוסקים במכירת נכסים מסוגו של הממכר, הם חשופים לתביעה בעילות שונות כמו גזל. למשל בעל מגרש מכוניות רוכש מכונית מאדם פרטי ובדיעבד מסתבר שהיא גנובה - אם הוא מוכר אותה הלאה לאדם אחר הוא יזכה בנכס, הוא קנה אותה מאדם שעוסק במכירת רכבים. אבל בעל המגרש שרוכש מאדם פרטי חשוף לאחריות והוא לא נהנה מתקנת השוק, כי הוא לא קנה ממי שעוסק במכירת רכבים. לכן דגן אומר להיזהר ולא להיכנס לעסקאות מהסוג הזה, ואם כן - לבדוק את מקור הנכס. למשל לגבי רכבים - יש מספר של המשטרה שאפשר לבדוק דרכו אם הרכב גנוב או לא, וכו'.

במהלך הרגיל של עסקיו

- תנאי שמטרתו להבטיח את תום ליבו של הקונה – העדר נסיבות מחשידות לגבי העסקה וזכויותיו של המוכר בנכס.
- זהו מבחן המתייחס למכלול הנסיבות של המכר ורלוונטי למועד כריתת הסכם המכר:
- מקום עריכת העסקה (חנות – סמטה אפלה), מועד עריכת העסקה (בשעת פתיחת העסק או באישון לילה), תנאי העסקה.

בודקים את נסיבות המכר, אם העסקה הייתה בחנות רגילה או בסמטה אפלה למשל, מתי עשית את העסקה - בשעות העסק הרגילות או בלילה, מה היו תנאי העסקה וכו', בודקים את כלל נסיבות העסקה כדי לראות אם נעשתה במהלך העסקים הרגיל.

יש שאלה גדולה לגבי **עסקאות באינטרנט** - רכישות באינטרנט עובדות 24/7, אנשים רוכשים כל הזמן ובכל מקום. מהלך העסקים הרגיל שם הוא כל הזמן, אבל גם שם יש כל מיני תרמיות ולפעמים יש אתרים פיקטיביים או נוכלים, לכן צריך להיזהר שם מאוד. אבל ההיגיון אומר שהמציאות המסחרית שם השתנתה ואין סיבה שתקנת השוק לא תותאם גם לסביבת האינטרנט, בו נעשה אחוז גדול מאוד מהעסקאות היום. צריך לחשוב איך להתאים אותה גם לנסיבות האלה ואיך מתייחסים לאתרי אינטרנט, או למשל אתרי יד 2 בהם אדם פרטי מוכר נכסים (למשל, האם הוא נחשב כסוחר לצורך חוק המכר?).

קנה וקיבל

- חזקה – משום שהדרך הרגילה לביצוע עסקת רכישה היא העברת הנכס מרשותו של המוכר לרשותו של הקונה.
- רשותו של הקונה = גם אצל אחר מטעמו/שומר וכו'.
- אבל- מקובל לפרש- חזקה + העברת בעלות (=מסירת חזקה או מועד אחר שהצדדים קבעו- ס' 33 לחוק המכר).

מסירה היא ברירת המחדל, אלא אם הצדדים קבעו אחרת ואז נחיל כלל אחר לגבי איך תועבר הבעלות במיטלטלין המסוימים. צריך להיות רגישים לתנאי העסקה.

תום לב

- תום ליבו של הקונה צריך להתקיים מעת כריתת ההסכם ועד להשלמת התנאים של חזקה + קניין – לפי המועד המאוחר.

חייב להימשך עד לסיום העסקה. אם גילית משהו באמצע - אתה צריך לעצור ולא להתקדם איתה. להיות מונע הנזק הזול.

- המבחן הוא סובייקטיבי – העדר ידיעה והעדר עצימת עיניים (נסיבות מחשידות ועצימת עיניים מתוך כוונה להימנע מלברר את החשד).

אם לא עשית את הבדיקות האלה אתה חשוף לאובדן הנכס ושהוא ישאר בידי הבעלים. אם היית עושה יכולת לגלות אם מקור הזכות במטלטלין פגום או לא.

- תום הלב הסובייקטיבי עולה מרציונל לתקנת השוק – תקינות חיי מסחר, חוסר רצון לעכב "זרימת הסחורות" על ידי חיוב בבדיקות.

התנאים לבירור לא גבוהים, לא מצופה לחקור את גלגול הנכס או לבדיקות יסודיות, כי המטרה היא בסה"כ לאפשר תנאי מסחר תקינים ובשוק פתוח. אין סיבה לחשוד סתם כך בבעלי עסקים ואנחנו לא רוצים להטיל על רוכשים נטלים כאלה.

אותו היגיון שראינו בתקנת השוק במקרקעין.

האם נדרשת ידיעה קונסטרוקטיבית?

<u>דוגמא</u>: האם רוכש רכב, אשר שועבד במרשם יכול להיחשב תם לב?
קניית רכב מבעל מגרש, שיש עליו שעבוד במרשם המשכונות. האם יש חזקה שרוכש הרכב מודע לזכויות הרשומות האלה? או אם רשום עיקול על רכב והוא נקנה מבעליו בשוק הפתוח וכשמתקיימים תנאי התקנה, האם תום הלב של הקונה יפגע בגלל שיש רישום במרשם רשמי (משרד הרישוי, רשם המשכונות)?

בית-המשפט בפס"ד רוזנשטרייך (ע"א 716/72) קבע ש**אין מחילים דרישה לידיעה קונסטרוקטיבית**.
הפסיקה הישנה קבעה שלא מחילים את הידיעה הזו ולא מייחסים אותה לרוכש, ולא מצפים ממנו לעשות את הבדיקות האלה. אם הוא נכנס למגרש מכוניות וקונה רכב אף אחד לא בודק אם יש שעבודים או רישומים על הנכס.

<u>הרציונל</u>: סחר חופשי ושוטף במיטלטלין.
לא מצפים מאנשים לבדוק רישומים של שעבודים, עיקולים וכו'. זה מתעורר בעיקר ברכבים אבל יכול להיות גם בנכסים אחרים.

השאלה היא כמה ההלכה הישנה הזו רלוונטית לעידנים של היום שהרבה יותר קל לעשות את הבירורים האלה. גם רשם המשכונות וגם משרד הרישוי - אפשר לבדוק את הדברים האלה בצורה מקוונת ופשוטה, לא בעלות גבוהה וזה לא לוקח הרבה זמן או מאמצים. כרגע ההלכה לא השתנתה, ולא מייחסים ידיעה קונסטרוקטיבית במקרים האלה. אבל כן חשוב לדעת שאולי צריך לחשוב על הכללים האלה ולהתאים אותם להיום.

פס"ד כנען
(זהבה כנען נ' ממשלת ארה"ב)

תמונות של רובין, שאיכשהו התגלגלו מהמוזיאון היהודי בניו-יורק. תמונות במוזיאונים הרבה פעמים מושאלות מבעליהם וזה היה גם המקרה כאן. זה מוזיאון פדרלי והיה ביטוח על התמונות, אז אם מתעוררת בעיה ביחס למקור התמונות או להיעלמות שלהן אפשר לממש את הביטוח ולפצות את הביטוח על נזק, גניבה ודברים מהסוג הזה.

התמונות האלה התגלגלו מהמוזיאון בניו-יורק לשוק הפשפשים ביפו, והגברת מזרחי מוכרת את התמונות האלה לגברת זהבה כנען ב-250 ש"ח, מחיר מאוד נמוך. אחרי תקופה קצרה היא מגלה מדבקה של המוזיאון היהודי, והגב' כנען הולכת למשטרה ומוסרת להם את התמונות, ומסתבר המקור שלהן.

העימות הוא בין הגב' כנען לבין ממשלת ארה"ב. הבעלים של התמונות אחרי שהן נעלמו מימש את הביטוח וקיבל את הכסף עליהן, וממשלת ארה"ב נכנסת לנעליו כדי לדרוש את התמונות חזרה (וכך גם לקבל את הכסף עליהן חזרה).

כמעט כל תנאי תקנת השוק התקיימו. הספק הגדול שהתעורר היה בנוגע לדרישת התמורה - האם צריכה להיות סובייקטיבית, שנובעת מההבנה השגויה של הצדדים (הגב' מזרחי והגב' כנען) שבטעות סברו שהתמונות האלה שוות 250 ש"ח, או שמא הפרשנות חייבת להיות אובייקטיבית - וזה הערך האמיתי והריאלי של התמונות (מעל $100,000) שלא שולם ואז לא מתקיימת דרישת התמורה.
ביהמ"ש העליון מכריע שהדרישה היא לתמורה אובייקטיבית, שמשקפת שווי ריאלי ואמיתי ולא תמורה שנובעת מטעות. בין השופטים היה ויכוח לגבי כמה זה ראוי. אבל להלכה נקבע - נדרשת תמורה ריאלית.

חלק מהשופטים, למשל השופט לוין, העלו את השאלה לגבי תנאי השוק הפתוח, האם שוק הפשפשים הוא באמת השוק הפתוח לתמונות אומנות והאם צריך לפרש את הדרישה הזו בצורה אובייקטיבית, אולי תמונות כאלה צריכות להימכר בגלריה ולא בשוק. אבל זה פחות העסיק את השופטים. הם מגיעים למסקנה דרך שני מסלולים:

<u>שני מסלולים</u>

מסלול חיצוני

<u>הרציונל</u>: אין הצדקה ל"מתנות משמיים"
היא שילמה רק 250 ש"ח, אין סיבה להעשיר אותה ב-$100,000 על חשבון הבעלים האמיתי. רציונל שכנראה דומה לאמירה של חשין "רק קניין יכה קניין" - כדי שהיא תוכל להתמודד מול הבעלים האמיתי היא צריכה לספוג אותו נזק על הרכישה של הנכס שעלה לדיון. אין שום היגיון לתת לה מתנה על תשלום נמוך כ"כ ולגרום לממשלת ארה"ב מבחינת מאזן המצוקה להפסיד סכום כ"כ גדול.

השופטים אומרים להחזיר לה את מה ששולם, 250 השקלים, אבל בעיקרון אין הצדקה לכך - ברגע שצד זוכה בתקנת השוק, זה הכל או כלום. אם הבעלים זוכה הקונה מפסיד ולהיפך. זה פתרון בינארי לגמרי. הנכס מתחיל חיים חדשים, ההיסטוריה שלו נמחקת וגם הבעלות הפגומה שהייתה. ס' 34 לחוק המכר אומר לנו שהבעלות נקייה מכל שעבוד או זכות אחרת בממכר - אם היו עיקולים, שעבודים וכו' שלא הייתי מודע להם כשקניתי את הנכס, אני מקבל בעלות נקייה.

- <u>דרך א' (השופטים ברק ואור)</u>:
  טעות משותפת (חוזים) + הבנייה קונסטרוקטיבית של דיני עקיבה (עשיית עושר)

במצבים של טעות משותפת אפשר לבטל את העסקה. ממשלת ארה"ב מפעילה את הזכות הזו לבטל את העסקה בנכס בגלל דיני העקיבה, היא נכנסת לנעלי הבעלים ומפעילה את עילת הביטול עקב טעות משותפת.

<u>החיסרון</u>: רלוונטי רק למצבים של טעות משותפת

- <u>דרך ב' (השופט ברק)</u>:
  החלת תו"ל אובייקטיבי

ברגע שקונים נכס כזה ושוויו הריאלי גבוה יותר, אי אפשר להחשיב את הקונה לתם לב.

מסלול פנימי

<u>הרציונל</u>: אי עמידה בתנאי תקנת השוק

סוג הנכס - כיצד יש לסווג את הנכס (אולי אינו מסוג הנכסים שהמוכר רגיל למכור)

תמורה - גילוי בדיעבד של חסרון תמורה

<u>החלת שיקול מאזן המצוקה</u>

250 ש"ח שהגב' כנען שילמה מול 100,000$ שווי אמיתי שמפסידה ממשלת ארה"ב. גם היגיון בריא יגיד שאין סיבה שהיא תישא בנזק הזה.

<u>ביקורת</u>: בחינה בדיעבד של המציאות:
האם אין מדובר בחתירה תחת הרציונל של תקנת שוק?

יש ביקורת כי מדובר בנסיבות מאוד נדירות וחריגות. זו טעות משותפת של צדדים ובתו"ל, הן לא ידעו על השווי האמיתי, והגב' כנען לא מתחמקת מאחריות ומדווחת למשטרה על המקרה וכו'. קשה מאוד להזדהות עם התוצאה כי לא נופל שום פגם בהתנהלות של הגב' מזרחי והגב' כנען. אבל מבחן התוצאה והשיקול של מאזן המצוקה מכריע כאן ומביא לתוצאה שאפשר לראות כראויה.

מכוניות

- הקונה מאדם פרטי – אינו מוגן על ידי תקנת שוק

אלה עסקאות מאוד שכיחות שנעשות כדבר שבשגרה. אין על זה הגנה של תקנת השוק. היה ניסיון לבוא ולתקן את החוק ולהרחיב אותו גם לרכישת רכב מאדם פרטי, אבל זה לא קרה.

<u>הפתרון</u>: להתנות את התשלום בהעברת בעלות
בגלל שאין את ההגנה של תקנת השוק - כשמבצעים רכישה מאדם פרטי צריך לעשות בדיקה יסודית של מקור הזכות, להתנות את התשלומים בהעברת הבעלות ורישום במשרד הרישוי וכו'. להיות מאוד זהירים.

- תקנות התעבורה העוסקות בהעברת בעלות מחייבות את הבנק המקוון לבדוק זהות המתקשרים + אם קיימת הגבלה ברישום משרד התחבורה.

<u>חשוב לחדד</u> - הדרך של העברת הבעלות היא **במסירה** של הרכב כברירת מחדל, כל עניין הרישום במשרד הרישוי הוא בגלל תקנות שמחייבות את זה והוא פורמלי בלבד, אבל הרישום הזה הוא למטרות אחרות! הוא לא הדרך להעברת בעלות, הוא לא יוצר את הזכות הקניינית. אך מצד שני אפשר גם לשנות את מועד העברת הבעלות לתשלום כל הסכום למשל, ולהתנות את התשלום הזה בכך שקודם כל הרכב ירשם על שם הקונה במשרד הרישוי. יש דרכים להתגונן במקרים האלה.

דיני תחרויות - אז מה היה לנו עד עכשיו?

<u>זהות הצדדים</u>

בעל התחייבות לעסקה	⟷	נושא לא מובטח
בעל התחייבות לעסקה	⟷	בעל התחייבות לעסקה
בעלים מקורי	⟷	רוכש בתום לב

<u>המשאב</u>

מקרקעין רשומים	מיטלטלין	זכויות + מקרקעין לא רשומים

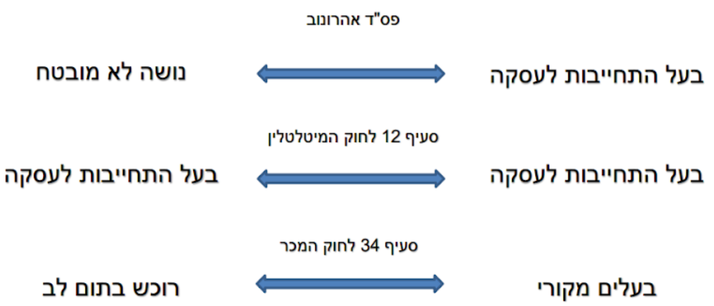
<u>מקרקעין רשומים</u>

בעל התחייבות לעסקה	פס"ד אהרונוב למעט כשבעל ההתחייבות הוא נושא מקצועי ⟷	נושא לא מובטח
בעל התחייבות לעסקה	תנאי סעיף 9 + פס"ד גנז ⟷	בעל התחייבות לעסקה
בעלים מקורי	תנאי סעיף 10 ⟷	רוכש בתום לב

<u>זכויות + מקרקעין לא רשומים</u>

בעל התחייבות לעסקה	פס"ד אהרונוב ⟷	נושא לא מובטח
בעל התחייבות לעסקה	סעיפים 12+13 לחוק המיטלטלין ⟷	בעל התחייבות לעסקה
בעלים מקורי	סעיף 4 לחוק המחאת חיובים ⟷	רוכש בתום לב

<u>מיטלטלין</u>



- ★ עברנו בשיעור על הטבלה המסכמת של התחרויות, זה סיכום של כל מה שכבר יש כאן במפורט והיא גם ממש הקריאה ממנה אז לא רשמתי :(

(אם מישהו לא מוצא אותה במיילים שלה דברו איתי ואשלח)

תרגיל מסכם בתחרויות

1. עסקאות נוגדות במקרקעין, מטלטלין וזכויות

עסקה נוגדת במקרקעין - דני הוא בעלים של דירה. הוא מתחייב למכור את דירתו בחוזה עם רינת ביום 1.1.21. יומיים לאחר חתימת החוזה עם רינת הוא נפגש עם שאול ביום 3.1.21 וחותם עימו על חוזה מכירה של הדירה.

מי יזכה בדירה? האם תשובתך תשתנה אם שאול רשם הערת אזהרה ושילם את כלל התמורה החוזית לדני? האם תשובתך תשתנה אם רינת הערת אזהרה ב-2.1.21?

סעיף 9 לחוק המקרקעין. רינת גוברת על שאול אלא אם כן שאול מקיים שלושה תנאים. בנסיבות נראה שרינת הראשונה בזמן ושאול השני בזמן והוא לא מקיים את שלושת התנאים ולכן רינת גוברת.

הלכת גנז - חלפו יומיים בין העסקאות ולכן <u>ניתן לטעון לשני הכיוונים</u> לגבי חלוף הזמן. אפשר לטעון שרישום הע"א אפשרי בצורה מקוונת ולכן אולי זה לא זמן סביר, אבל זה נראה כמו גישה נוקשה מדי בנסיבות.

שאול - רשם הע"א ושילם תמורה והיה תם לב, עדיין ייסוג כי לא חלף הזמן הסביר לרישום הערה על ידי רינת וגם הוא לא קיים את שלושת התנאים שדורשים רישום ממש. לדייק שניתן להתגמש אם רינת עברה את התקופה הסבירה לרישום הערת אזהרה.

אם רינת רשמה הערת אזהרה ב2 בינואר וודאי שזוכה כי יש לה עדיפות לכל דבר ועניין. סופר תמת לב במילים אחרות לפי גנז.

עסקה נוגדת במטלטלין - רותי היא בעלים של רכב מסוג יגואר. היא חותמת על חוזה למכירת רכבה לאבי ביום 1.1.21. הן קובעות כי הרכב יימסר לאבי ביום 10.1.21. ביום 5.1.21 רותי חותמת על חוזה למכירת רכבה לשולמית. במועד המכירה הרכב נמסר לשולמית והיא משלמת את מלוא התמורה החוזית על הרכב.

מי יזכה ברכב? אבי או שולמית? האם תשובתך תשתנה אם שולמית ידעה שנעשתה עסקה מוקדמת בזמן עם אבי?

סעיף 12 לחוק המטלטלין - הראשון גובר על המאוחר אלא אם כן המאוחר מקיים שלושה תנאים (תום לב, תמורה ומסירה של הנכס לקונה). בנסיבות - שולמית שילמה את התמורה והנכס עבר לחזקתה ונראה שלא ידעה על העסקה המוקדמת עם אבי והיתה תמת לב. לכן היא תהיה עדיפה.

אם שולמית ידעה על העסקה המוקדמת עם אבי, היא כמובן תפסיד כי היא לא תמת לב והייתה צריכה לסגת מן העסקה מול רותי.

עסקה נוגדת בזכויות - חיים חייב לאורי מאה אלף שקלים. אורי מחליט להתחייב למכור את חובו של חיים כלפיו בחוזה עם דניאלה ביום 1.1.21. הם מסכמים כי הזכויות תעבורנה לדניאלה עם סיום התשלום בגין העסקה ביום 5.1.21. לאחר יומיים, ב3.1.21, אורי מתחייב למכור את חובו של חיים כלפיו בחוזה עם אביה. הם מסכמים כי הזכויות תעבורנה לאביה עם סיום התשלום בגין העסקה ביום 30.1.21.

מי יזכה בזכות החוזית של אורי כלפי חיים? האם דניאלה או אביה?

סעיפים 12 ו13 לחוק המטלטלין חלים פה כי זו עסקה בזכויות. שימו לב שההתחייבות להמחאה השנייה בזמן נעשתה לאחר התחייבות להמחאה מוקדמת בזמן. שתי העסקאות מצויות בשלבן החוזי לפי נתוני השאלה ולא היתה המחאה מלאה בזמן העסקה השנייה בזמן (הזכות עוברת רק בחמישה בינואר).

שימו לב שיש בהסכמים התניה מפורשת מתי הזכות החוזית עוברת. יש פה עסקאות נוגדות לכל דבר ועניין. נראה שהראשון בזמן גובר על המאוחר בזמן - דניאלה עדיפה על אביה. דניאלה פשוט הראשונה בזמן ואביה לא קיימה עדיין את שלושת התנאים.

2. קניין שביושר - התחייבות של בעל עסקה מוקדמת בזמן מול מעקל מאוחר או נושה מאוחר של הבעלים

רותי היא בעלים של דירה בירושלים. ביום 1.1.21 היא חותמת על חוזה עם רווית לפיו היא מוכרת לה את דירת המגורים תמורת שני מיליון ש"ח. רווית לא מספיקה לעשות שום פעולה רישומית בנכס ולא משלמת עדיין תמורה. לאחר מספר ימים, ב-5.1.21 נושה של רותי (הבנק למסחר) מטיל עיקול על המקרקעין של רותי בגין חוב של רותי לבנק.

מי יזכה בנכס? הבנק למסחר או רווית? מה אם רווית הספיקה לרשום הערת אזהרה בגין העסקה שעשתה עם רותי? מה אם העסקה עם רווית היתה עסקת מתנה ללא תמורה?

יש פה עימות קלאסי בין בעל התחייבות חוזית מוקדמת מול נושה מעקל מאוחר. רווית עדיפה על הבנק למסחר. ההלכה החשובה היא **אוצר החייל נגד אהרונוב**. עדיפותה אבסולוטית כנושה לא מקצועית שכן לפי הלכת **גדי נגד אברהם** אין לה חובות לרשום הערת אזהרה כתנאי לעדיפותה. אם רווית רשמה הערת אזהרה היא תמיד תהיה עדיפה בכל מקרה כי **סעיף 127(ב)** נותן לה עדיפות לאחר שרושמת הערת אזהרה. אבל יש להדגיש ש**אוצר החייל נגד אהרונוב** וגם **הלכת גדי** לא דורשים רישום הערת אזהרה כתנאי לעדיפותה של רווית.

אם העסקה עם רווית היתה עסקת מתנה ללא תמורה תחול **הלכת לניאדו** והמעקל גובר אלא אם כן מתקיימים חריגי לניאדו.
(מאזני המצוקה של הצדדים השונים)

3. תקנת שוק במקרקעין ומטלטלין

תקנת שוק במקרקעין

חיים הוא בעלים של דירה בירושלים. ביום 1.1.21 עורך דינו תחמני מעביר בתרמית את הרישום על דירתו של חיים על שמו במרשם המקרקעין וזאת על בסיס ייפוי כוח חתום שחיים נתן לו. הדירה נרשמת ללא ידיעתו של חיים על שם עורך דין תחמני. עורך דין תחמני חותם על חוזה למכירת הדירה ביום 6.1.21 עם רווית.
רווית משלמת לו תמורה מלאה המשקפת את שוויה הריאלי של הדירה ומעבירה את הרישום על שמה במרשם המקרקעין.

מי יזכה בדירה? חיים או רווית? כיצד תשתנה תשובתך אם תחמני לא רשם את הדירה במרשם על שמו אלא רק התחזה לחיים וביצע את העסקה עם רווית?

רווית תזכה בדירה אם תקיים את כלל תנאי **סעיף 10** לחוק המקרקעין. חשוב לציין כי כאן הרישום לא היה נכון ולכן זהו מצב שבו תקנת השוק תחול. חשוב לפרט את כל התנאים. להדגיש ששילמה תמורה מלאה ריאלית, היתה טעות במרשם, היא נרשמה כבעלי הנכס וצריך לבדוק גם את יתר התנאים (הסתמכות על המרשם, תום לב, מקרקעין מוסדרים).

אם תחמני רק התחזה לחיים תקנת השוק ב**סעיף 10** לא תחול שכן מדובר בהתחזות והמרשם נכון (חייבים שהמרשם יהיה לא נכון כדי לזכות מכח תקנת השוק במקרקעין).

תקנת שוק במטלטלין

דנית היא בעלים של רכב יוקרה. רכבה של דנית נגנב מביתה ביום 1.1.21. גנב הרכב מוכר את הרכב לחניתה תמורת שווין הריאלי של הרכב ומוסר לה אותו ביום 3.1.21.

מי יזכה ברכב? דנית או חניתה? כיצד תשובתך תשתנה אם מוכר הרכב לחניתה הוא בעל מגרש מכוניות אליו התגלגל הרכב ולא הגנב?

חניתה לא תזכה ברכב שכן לא מתקיימים תנאי השוק הפתוח - היא רוכשת מגנב ואין חולק שהוא לא עוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר בשעות העסקים הרגילות.

אם חניתה רוכשת מבעל מגרש מכוניות, צריך לבדוק שמתקיימים כלל תנאי **סעיף 34** לחוק המכר (מכר, תמורה, מטלטלין, תום לב, מסירה של הנכס לקונה, תנאי השוק הפתוח - רכישה ממי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר במהלך עסקיו הרגיל).

שיעור מוקלט

נטילה שלטונית של מקרקעין

יש שני סוגי נטילות שלטוניות שעוסקים בהן כשמדברים על נטילה שלטונית:

- **הפקעות** = לקיחה פיזית של מקרקעין
Expropriation Takings

הפקעות הן מצב בו הרשות לוקחת את המקרקעין של האדם הפרטי, מוציאה אותם מרשותו ומעבירה את רישום הזכויות בהם על שמה או על שם גורם אחר מטעמה. במצב הזה, כשרשות מפקיעה מקרקעין למעשה לא נותר לבעלים דבר והוא מאבד את המקרקעין.

- **גריעות תכנוניות** = הטלת מגבלות על המקרקעין
Regulatory Takings

גריעות תכנוניות זה גם סוג של נטילה שלטונית של מקרקעין, אלא שכאן הבעלים נותר הבעלים של המקרקעין, אבל על המקרקעין מוטלות כל מיני מגבלות שבאות ומכרסמות ביכולת של הבעלים לעשות בהם שימושים שונים. הדוגמא הקלאסית למצב כזה - כשמעבירים תוכנית בנייה שיש לה השלכה על המקרקעין שלך, למרות שהם נותרים בבעלותך. הבעלים יכול לעשות במקרקעין פחות דברים ממה שהוא יכול היה לפני כן. מדובר בנטילה שלטונית רגולטורית שנעשית בדר"כ על בסיס תוכניות שמתפרסמות ברשויות מקומיות.

בישראל אנחנו מפצים על שני סוגי הנטילות האלה.
לעומת זאת בארה"ב מפצים על הפקעות, אבל בבכל מה שנוגע לגריעות תכנוניות האמריקאים הרבה יותר "קמצנים" מאיתנו, וחובת הפיצוי שם על גריעה תכנונית היא רק כאשר הגריעה היא משמעותית מאוד, באופן ששקול למעשה להפקעה.

נטילות שלטוניות של מקרקעין בישראל מטופלות בין היתר דרך חו"י כבוה"א וחירותו:
ס' 3 - עוסק בהגנה על הקניין, ס' 8 - עוסק בכל הקשור לפסקת ההגבלה והיכולת להטיל מגבלות בתנאים מסוימים. תמיד יש מתח מובנה בין הסעיפים האלה, שמתעורר גם ביחס לנטילות שלטוניות.

חוק יסוד כבוד האדם וחירותו

סעיף 3 ⟵⟶ סעיף 8

יש בישראל 25 דברי חקיקה שמאפשרים לרשויות להפקיע מקרקעין ולהטיל מגבלות תכנוניות על מקרקעין של אנשים פרטיים. דברי החקיקה המרכזיים שמכוחם נעשות הפקעות בישראל:

חוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965
פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1943

על בסיסם נעשות למעלה מ-95% מההפקעות בישראל (והגריעות בעיקר מכוח חוק התכנון והבנייה). חשוב לדעת בכל זאת שיש עוד דברי חקיקה שמאפשרים להפקיע (חוק רשויות הנחלים והמעיינות - שמאפשר להפקיע קרקעות לצרכי מים, חוק הבזק - שמדבר על הפקעות לשם הצבה של קווי תקשורת, פקודת הדרכים ומסילות הברזל - עד 2010 השתמשו בה רבות והיא הייתה מדורגת במקום 3, אבל משנת 2010 היא כבר לא בתוקף).

<u>מהי הפקעה של מקרקעין?</u>
פעולה שלטונית שמורכבת מ-3 חלקים למעשה:

רכישה כפויה של מקרקעין לשם הגשמתו של צורך ציבורי, תמורת פיצוי בעל המקרקעין.

- אקט כפוי על בעלי המקרקעין, הבעלים לא רוצה לתת את הקרקע למדינה או לרשות המקומית ולמרות זאת המדינה או הרשות לוקחת את המקרקעין מתוקף סמכותה.
- הפקעות של מקרקעין שנעשות ע"י המדינה או הרשות המקומית נעשות לשם הגשמה של צורך ציבורי בלבד, לא ניתן להפקיע למטרות אחרות.
- חייבים לפצות את בעל המקרקעין.

1. <u>רכישה כפויה של מקרקעין</u>

מכוח מה יכולה הרשות השלטונית לשלוח ידה ולקחת את המקרקעין של האדם הפרטי. למה שהשלטון לא יהיה חייב להגיע להסדר רצוני, לנהל מו"מ ואז לבוא ולקבל את המקרקעין? למה נותנים לשלטון את היכולת להפקיע קרקעות של אנשים בכוח?
יש לזה 3 הסברים:

- שימור הכוח

תיאוריה שאומרת שהשלטון שומר זיקה למקרקעין שאותם הוא רוצה להפקיע. הוא תמיד יכול להפעיל את הזיקה הזו ברגע שהוא צריך את הקרקע כלומר הבעלות הפרטית ניתנת ע"י הריבון כשהוא משמר בידיו תמיד את הכוח לקחת בכפייה את הקרקעות האלה כשהוא צריך.

- Police Power

המדינה קיימת כדי להגשים מטרות מסוימות, וכדי לממש מטרות מסוימות היא חייבת את הכוח לקחת מקרקעין, כדי לממש את תפקיד המדינה. למשל אם תפקיד המדינה הוא לדאוג למרחבים ירוקים וכו', המדינה חייבת להיות מסוגלת גם להפעיל את הסמכות שלה להפקיע.

- הסכמה ראשונית

תיאוריה של ג'ון לוק, שאומר שכאשר אנחנו בוחרים את הנציגים שישרתו אותנו וייצגו אותנו, אנחנו נותנים להם איזשהו כרטיס אשראי פתוח לבצע גם הפקעות. אנחנו לא יודעים מראש מתי ידרשו הפעולות של הפקעה ואילו קרקעות ילקחו, אבל אנחנו נותנים הסכמה מודעת מראש לנציגים שלנו להפקיע קרקעות כאשר צריך אותן לצרכים מסוימים.

שלושת התיאוריות האלה בעצם מצדיקות הפקעה.

<u>למה צריך השלטון את הכוח להתערב בקניין פרטי</u>?

בישראל השאלה עולה בצורה הרבה יותר חריפה כשחוזרים לזה שהבעלות המדינתית היא ב-93% מקרקעות המדינה.

- כשלי שוק

הסיבה העיקרית לשימוש בכוח ההפקעה. מדובר במצבים שבהם אנשים מבינים שהמדינה חייבת את הקרקע שלה כדי להיות מסוגלת להגשים צורך ציבורי כלשהו, ואם היא צריכה דווקא את הקרקע המסוימת של אדם ספציפי הוא הופך להיות סוג של מונופול ויכול להיות סחטן, ולסחוט את המדינה לצורך קבלת האישור שלו לעשות שימוש בקרקע. למשל מיזם בו רוצים לבנות והגיעו עם כולם להסכמות חוץ מאדם אחד:

אם הכל היה על בסיס הסכמי היה פה כשלון עסקה, כיוון שאותו אחרון יהיה סחטן וידרוש הרבה מאוד כתנאי להוצאה לפועל של הפרויקט. לכן אנחנו מעדיפים להתגבר על כשל השוק הזה בנתינת סמכות הפקעה למדינה.

- צדק חלוקתי

לפעמים היינו רוצים לאפשר הפקעה של שטחים מסוימים כדי לאפשר לאוכלוסיות שונות נגישות למקרקעין, למשאבים או למוצרים מסוימים שכולם צריכים לקבל גישה אליהם. לכן במקרים כאלה המדינה יכולה לבצע הפקעות, כדי להגשים מטרות של צדק חלוקתי.

- כוח שלטוני קלאסי

יש הרבה דברים שאנחנו רוצים שהמדינה תקים עבורנו כשהיא מגשימה את הכוחות השלטוניים שלה. למשל מבנים כמו כוחות כיבוי אש, בתי חולים, צבא... ואם המדינה צריכה להקים אותם - היא צריכה קרקעות לשם כך. רוב הזמן יהיה קשה מאוד למצוא את כל הקרקעות האלה אם זה היה נעשה במשא ומתן רצוני, לכן אנחנו רוצים לאפשר סמכויות של הפקעה, כדי לאפשר הקמתם של כל המבנים האלה שאנחנו זקוקים להם ולהגשים את מטרות המדינה והסמכויות שלה בהקשרים שונים.

2. <u>לשם הגשמתו של צורך ציבורי</u>

ס' 2 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) קובע מהו צורך ציבורי, שהוא תנאי הכרחי להפקעה. יש שורה של מטרות שלצורך הגשמתן ניתן לבוא ולהפקיע מקרקעין. ההגדרה מאוד רחבה וכוללת הרבה דברים.

2. "צורך ציבורי" – צורכי ציבור כמשמעותם לפי סעיף 188 לחוק התכנון והבניה, וכן כל אחד מאלה, ולרבות צורך הנובע מהם או הכרוך בהם"

(1) מחנה צבאי, תחנת משטרה, בית סוהר, או מיתקן או אתר המשמש לצורך צבאי או ביטחוני;
(2) הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב;
(3) אתר המשמש או המיועד להנצחה, למורשת, לתיירות, או לצורכי דת לרבות תפילה וטקס דתי, או מקום קדוש;
(4) מיתקן תשתית;
(5) מיתקן תקשורת;
(6) מיתקן להתפלת מים ומיתקן מים, לרבות מאגר;
(7) אתר סילוק וטיפול בפסולת;
(8) מעגן;
(9) תחנת גז, כהגדרתה בסעיף 42 לחוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002, תחנת כוח, קווי הולכה והספקה של גז, נפט, דלק ומוצריהם ומיתקנים לאכסונם וכל מיתקן אחר המשמש לצורכי תשתיות;
(10) צורך ציבורי אחר שאישר שר האוצר, בהתייעצות עם הוועדה המייעצת ובאישור ועדת הכספים של הכנסת

ס"ק 10 "מרחף" מעל הכל, זה סעיף סל רחב שמאפשר לשר האוצר להגדיר צרכים ציבוריים נוספים.

היינו מצפים שאם אנחנו מאפשרים למדינה לבוא ולהפקיע מאיתנו קרקעות, היינו רואים אישוזהי רשימה מאוד מוגדרת עם צרכים מוגדרים וספציפיים שמגבילים את היכולת של המדינה להפקיע, אבל בפועל החוק בס' 2 נותן סמכות מאוד רחבה. אין ספק שזה הסדר רחב שנותן למדינה הרבה כוחות ולהפקיע להרבה מטרות ולעשות כמעט כל דבר, כל מטרה ששר האוצר יחליט שהיא צורך ציבורי בעצם.

מה המשמעות האופרטיבית אם מזהים צורך ציבורי? יש את הסמכות בס' 3:

3. אם נוכח שר האוצר, לאחר התייעצות עם הוועדה המייעצת, כי דרוש או נחוץ הדבר **לכל צורך ציבורי** רשאי הוא –

(א) לרכוש את בעלותה של כל קרקע;
(ב) לרכוש את החזקה או את השימוש בכל קרקע לתקופה מסויימת;
(ג) לרכוש כל זכות שימוש בכל קרקע או כל זכות אחרת בה או עליה;

(ד) 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

הוועדה המייעצת - וועדה שיושבת ברשות מקרקעי ישראל ומורכבת מנציגים ובעלי תפקידים שונים של רשויות שונות, שעוזרת לשר לבצע את תפקידו בהקשר הזה.
לפי ס' 3 כאשר מזהים צורך ציבורי באופן עקרוני אפשר לקחת את כל הקרקע ולרכוש את בעלותה או לעשות דברים מקלים יותר אם אין צורך לקחת את הבעלות, למשל לקחת חזקה או שימוש בקרקע לתקופה מוגבלת בזמן, לרכוש זכות בקרקע וכו'. יש מגוון של אפשרויות, אבל הדרקונית ביותר היא להפקיע את הבעלות בקרקע כולה.

<u>מבט השוואתי לארה"ב</u>

nor shall private property be taken for public use, without just compensation

בארה"ב כל הנושא של הפקעות נקבע דרך החוקה האמריקאית, החוקה הפדרלית, וגם דרך חקיקה מדינתית.
<u>החוקה הפדרלית</u> - שאומרת את המשפט למעלה, שלא ניתן לקחת קניין פרטי לצורך ציבורי ללא פיצוי הוגן.
יש גם חקיקה מדינתית במדינות השונות שמסדירה את כל הנושא של הפקעות, לכל מדינה בארה"ב יש דיני הפקעות משלה, שבדר"כ מתכתבים עם תפיסת העולם של מי שבחר את הנציגים במדינות האלה. ככל שמדובר במדינות יותר רפובליקניות המדינה תהיה פחות סובלנית להפקעות ותשמר יותר את זכויות הקניין הפרטי, כלומר פחות מעדיפים או מאפשרים הפקעות, וככל שהמדינה יותר דמוקרטית היא תהיה סובלנית יותר להפקעות לצורכי ציבור. רוב המדינות נותנות להגן על זכויות קניין בצורה חזקה ולא מאמצות תפיסה שאומרת שהמדינה יכולה לעשות מה שהיא רוצה.

אחד מפסקי הדין האמריקאים החשובים ביותר שעוסק בהפקעות מ-2005 - עוסק בשאלת הצורך הציבורי בדין האמריקאי ומהו צורך ציבורי על פי החוקה הפדרלית. הפרשנות של המשפט למעלה שנמצא בחוקה ומגן על הקניין ואוסר לקחת קרקע או להפקיע אותה ללא פיצוי הולם, וגבולות הנושא - עלו בצורה מאוד חריפה **בעניין קילו** (Kelo v. City of New London).
הייתה עיירה בקונטיקט (בעיר ניו-לונדון) שהייתה עיר עם אחוזי אבטלה מאוד גבוהים והייתה במשבר כלכלי, ובמשך שנים הם ניסו להשתקם ולמשוך חברות מרכזיות להקים אצלם מפעלים ואיזורי פיתוח כדי להעסיק את האוכלוסייה המקומית. אחרי הרבה שנים של ניסיונות העיר הגיעה להסדר עם חברת התרופות פייזר וסיכמו איתם שהיא תקים שם מרכז פיתוח, וזה יכול כמובן לקדם את העיר מבחינה תעסוקתית. כדי להקים את מרכז הפיתוח היה צריך קרקע, ופייזר אמרה לעיריית ניו-לונדון שהיא לא רוצה להתחיל לנהל משא ומתן לרכישת קרקעות וחלק מהתנאים שלה לכניסה לעיר היה שהעירייה תקצה לה קרקע. עיריית ניו-לונדון הולכת ומפקיעה שטח במקום לנהל משא ומתן עם הבעלים, מפקיעה איזור מסוים בעיר, ויצא שבאחד הבתים גרה הגברת סוזט קילו. הטיעון המרכזי שלה כשהיא מגיעה לביהמ"ש העליון (וגם בערכאות נמוכות יותר) האמריקאי הוא שאסור לקחת קרקעות ולפגוע בקניין הפרטי אלא אם כן מדובר בצורך להגשים צורך ציבורי. כאן לא מדובר בשימוש ציבורי, לוקחים את הקרקע הפרטי שלה ומעבירים לגורם פרטי אחר, חברת פייזר. זה לא צורך ציבורי לטענתה שלהגשמתו צריך לקחת ממנה את המקרקעין. ביהמ"ש העליון האמריקאי מכשיר את הסיפור הזה ומכריע נגדה. הם אמרו שיש צורך ציבורי לגיטימי והסבירו זאת בכך שהפרויקט יבוא ויקדם את התעסוקה בעיר, יעסיק עובדים מהעיר, יגדיל את רווחיה, ולכן גם אם הקרקע עוברת לידיים פרטיות - כל העיר תרוויח מזה. פרשנות מרחיבה יותר של הגשמת הצורך הציבורי. ביהמ"ש העליון מאשר את ההפקעה ברוב דעות.

בסוף הסיפור הזה, למרות שההפקעה אושרה, חברת פייזר החליטה לא להגיע לעיר. לקחו לה את הקרקע והיא עמדה ריקה ללא שום שימוש ציבורי, בארה"ב לא מחזירים קרקעות מופקעות אם לא משתמשים בהן. היא הפסידה את המקרקעין שלה.

אחרי פסק הדין הזה הייתה תגובת נגד חזקה בארה"ב ומדינות שונות לא רצו לאפשר את פעולות ההפקעה האלו מאדם פרטי לגורם פרטי אחר גם אם יש איזושהי תועלת ציבורית. המדינות האלה לא יכולות למנוע פעולות של הפקעה כי ביהמ"ש העליון אמר שזה כן צורך ציבורי, אבל מה שהן עשו בתגובה הוא להקשות על ביצוע ההפקעות האלה ודרישה לפיצוי גבוה יותר מהפיצוי הנדרש, כלומר לא רק פיצוי בגובה שווי שוק (שזה הסטנדרט) אלא לבוא ולשלם יותר ממש שנלקח ממך, יותר מהנזק שנגרם.

<u>מה קורה בישראל</u>?

צריך להבין שצורך ציבורי הוא לא באמת מגבלה אמיתית. המציאות המשפטית בישראל היא שלמעשה בתי המשפט מכשירים הכל. אחד מפסקי הדין החשובים בדיני ההפקעות:

קרסיק נ' מינהל מקרקעי ישראל

<u>השופטת ביניש</u>:

"חקיקת חוק היסוד **מבטאת את צמצום סמכות ההפקעה למטרה הציבורית שלשמה נועדה**, והמסלול שעשתה פסיקתנו מאז ראשית המדינה ועד היום היה **מסלול חד סטרי שהצעיד את בית המשפט בכיוון אחד – התפתחות פרשנית שלפיה הועמד שקה"ד של הרשות בנושא ההפקעות בפני ביקורת שיפוטית**, עפ"י העקרונות הכלליים החלים על הרשות בבואה לפגוע בזכות יסוד".

האומנם?

זו אמירה שנשמעת לכאורה מאוד חזקה. כשקוראים את הציטוט הזה נוצר רושם שהשופטת ביניש אומרת שבישראל אנחנו מאוד נוקשים כשמדובר בסמכות הפקעה לצורך ציבורי ואנחנו מצמצמים את הסמכות ומתערבים. אבל השאלה היא האם זה באמת נכון.
והתשובה היא לא.

אם מסתכלים על הפסיקה הישראלית לאורך השנים, סמכויות ההפקעה שניתנות בישראל הן מרחיקות לכת וחזקות מאוד, צורך ציבורי מתפרש בהרחבה, בתי המשפט כמעט אף פעם לא מתערבים.

- **בג"ץ 180/52 דור נ' שר האוצר**
פס"ד מראשית שנות המדינה, שנת 1952 - הופקעה קרקע לטובת הקמת בתים לעולים. בעלי הקרקע, משפחת דור, מגיעים לביהמ"ש וטוענים שלוקחים את הקרקע שלהם לטובת הקמת בתים לאנשים פרטיים אחרים. טיעון דומה לסיפור בקילו, הפקעה של קרקע מאדם פרטי לאדם פרטי אחר ולא צריך לאפשר דבר כזה. מבקשים מהמדינה שתנהל משא ומתן ולא תפקיע את הקרקע כי זה לא צורך ציבורי. ביהמ"ש אומר שהוא לא מתערב, ברגע ששר האוצר קובע שזה צורך ציבורי אי אפשר להעביר ביקורת שיפוטית על החלטתו. גישה מאוד ליברלית לגבי הפרשנות של צורך ציבורי.

- **בג"ץ 114/77 שוורץ נ' שר האוצר**
ממשיך את הסיפור שהיה ב**אתא נ' שוורץ**. שוורץ התנגד לפעילות של מפעל שהוקם מול ביתו וטען שהמפעל מזהם ומרעיש וזה פוגע בו כבעלים של הקרקע שהייתה סמוכה למפעל. כשהסיפור הגיע לעליון בגלגול הנזיקי שלו, המפעל חוייב לבצע כל מיני צעדים כדי להסיר את הנזקים שנגרמו. אחד הדברים שקרו בעקבות הפסיקה הזו של העליון הוא שבעלי המפעל שהיו קשורים לשר האוצר הלכו וביקשו ממנו שיפקיעו למר שוורץ את המקרקעין, ואם לא יעשו זאת - הם יסגרו את המפעל ויעזבו את העיר, ויגרם נזק גדול לעיר עקב הנטישה הזו. הם ידעו שלמדינה חשוב מאוד לשמור על התעסוקה והיא לא רוצה להגדיל את האבטלה בעיר, ושר האוצר

אכן הוציא הודעת הפקעה לקרקע של שוורץ. הקרקע מופקעת וזה מגיע לביהמ"ש העליון, בשאלה אם ההפקעה תקינה והאם יש כאן צורך ציבורי. ביהמ"ש מאשר את ההפקעה ואומר שברגע ששר האוצר החליט שיש צורך ציבורי להפקיע ממר שוורץ את המקרקעין שלו אין יכולת להעביר ביקורת שיפוטית על ההחלטה. הוא אומר בנוסף שגם אם הוא יכול היה להעביר ביקורת שיפוטית על ההחלטה, יש כאן צורך ציבורי לגיטימי כיוון שיש אבטלה מאוד גבוהה והמון משפחות שחיות מהמפעל הזה, לכן צריך לאפשר את ההפקעה.

הדין הישראלי במידה רבה בשני פסקי הדין די הקדים את ביהמ"ש האמריקאי כפי שהתבטא בעניין קילו, ואומר שמספיק שיש איזושהי תועלת והשלכה ציבורית כדי שנכיר בהפקעה ככזו שמגשימה צורך ציבורי. פס"דים נוספים שמבטאים את אותה מגמה:

- **בג"ץ 3028/94 מהדרין בע"מ נ' שר האוצר**

עסק בהפקעות לטובת הקמת פרויקט נתב"ג 2000, בו הוקם שדה התעופה החדש. הפקיעו הרבה קרקעות של חברת מהדרין, שהיו לה בעיקר קרקעות חקלאיות באיזור נתב"ג לצורך הקמת השדה. בפסק הדין חברת מהדרין טענה שאין חולק שנתב"ג 2000 הוא צורך ציבורי, אבל בתוכו יש גם הרבה אלמנטים פרטיים-מסחריים, כמו למשל הדיוטי פרי או כל מיני עסקים אחרים שהם אולי לא באמת צורך ציבורי מובהק. היא מבקשת שבמקום שיבואו ויפקיעו לה את הקרקעות - שיקחו רק מה שהם צריכים לצורך הצורך הציבורי, ובכל מה שקשור להיבטים הפרטיים-המסחריים - שלא יקחו ממנה קרקעות אלה יתנו לה לעשות זאת בעצמה, שהיא תקים את הדיוטי פרי, זה עסק פרטי ואין סיבה להפקיע בשבילו. ביהמ"ש אומר שהוא לא יכול להתערב בהחלטת שר האוצר ברגע שהוא קבע שמדובר בצורך ציבורי. גם אם החברה יכולה להקים פה את הדיוטי פרי, כיוון שמדובר בפרויקט מאוד גדול הוא לא יכול לתת לגורמים שונים להקים חלקים שונים. הוא מעדיף שגורם אחד יעשה את זה. בשורה התחתונה - גם כאן ביהמ"ש לא מתערב בשיקול דעתו של שר האוצר.

- **ע"א 4067/07 מחמוד חליל נ' מדינת ישראל**

הייתה הפקעה שנעשתה לצורך שטח ציבורי פתוח. באו באיזור נצרת-עילית והפקיעו קרקעות לצורך שטח פתוח שלא יעשו בו כלום. גם כאן ביהמ"ש פוסק שהוא לא מתערב בשיקול הדעת של שר האוצר ולכן גם כאן הוכשר הצורך הציבורי, גם כשהוא שטח ציבורי פתוח.

מה שחשוב לקחת מכל פסקי הדין האלה הוא שהאמירה של השופטת ביניש בעניין קרסיק היא לא מדויקת. האמירה הנכונה יותר היא דווקא של השופט שמגר:

<u>שמגר</u> ב**בג"ץ 307/82 לוביאניקר נ' שר האוצר**

"לעניין הצורך הציבורי, שהגדרתו הוזכרה לעיל, מותיר בידי שר האוצר שיקול-דעת רחב, כי אמת המידה, אשר באה לידי ביטוי בהגדרה, הכלולה בסעיף 2 לפקודה, איננה מעוגנת ביסודות אובייקטיביים המצביעים על קיומו של צורך ועל אופיו של הצורך כבעל סממן ציבורי, **אלא אישורו של השר בדבר קיומו של צורך ובדבר אופיו הוא שמקנה לו את המעמד של צורך ציבורי**. בשל היקפה הרחב של ההגדרה, המקנה לאישורו של השר מעמד של הכרעה החלטית, שאין כאילו להרהר אחרי, נפתחה בעבר הגישה, לפיה לא יתערב בית-משפט זה בשיקוליו של השר, כאשר קבע מטרה פלונית כצורך ציבורי לצורכי הפקודה הנ"ל."

הוא אומר בעצם שלשר האוצר יש שיקול דעת רחב. ברגע שהוא מזהה צורך ציבורי, ביהמ"ש ימנע מלהעביר ביקורת על שיקול דעתו של שר האוצר ועל ציבוריות הצורך.

<u>מציבוריות המטרה... למידתיות ההפקעה</u>

המקום שבו בתי משפט כן מתערבים הוא מידתיות ההפקעה. כלומר הם כן יכשירו את מטרת ההפקעה, למשל להקים שדה תעופה או מגורים לעולים וכו'. הם לא יתערבו בציבוריות הצורך. אבל הם כן יעבירו ביקורת

שיפוטית ויתערבו **במידתיות ההפקעה**, בשאלה האם ההפקעה עצמה היא מידתית. באים ובוחנים את מידתיות ההפקעה כנגד חו"י כבוה"א וחירותו ופסקת ההגבלה. **מבחן המידתיות** הפך להיות המבחן המרכזי בשאלה האם ההפקעה כשרה או לא כשרה. פחות תוקפים את ההפקעות בשאלה האם יש צורך ציבורי.
לאורך השנים התפתחו שורה של מבחנים (7) שנעסוק בהם, שהם לא רשימה סגורה ולפעמים הפסיקה תדבר על מבחנים נוספים, אבל הם המרכזיים שבדר"כ עוסקים בהם כדי להחליט אם ההפקעה הייתה מידתית או לא.

1. ניסיון רכישה הסכמי:

הנחיות היועמ"ש - בתקופת שמגר

בתקופת שמגר התפתחו הנחיות של היועמ"ש, והוא קיבל שורה של הנחיות שאומרת שזה שרשויות יגיעו לשלב שבו הן יכולות להפקיע חייב להיות קודם התהליך של ההפקעה ניסיון של רכישה הסכמית. כלומר צריך לנסות להגיע להסכמה מול בעלי הקרקע לפני שמפקיעים את הקרקע. צריך להציע להם הצעה לרכוש את הקרקע על בסיס הסכמי. יש את איום ההפקעה כמובן, אבל בשלב ראשון חייבים לנהל מו"מ לפני שעוברים לשלב הפעלת ההפקעה הכפויה. זה התחיל בהנחיות היועמ"ש לכל היועמ"שים שהיו כפופים אליו, וזה חייב את כל הרשויות המקומיות. הרציונל כאן היה להתחיל בטוב, במשא ומתן ובהסכמה, בלי לפגוע בזכויות קניין. אם אתה קופץ ישר להפקעה בלי לעשות את זה ולנסות להגיע להסכם בטוב - זה נתפס כעילה של חוסר מידתיות בפעילות ההפקעה.

2. ביצוע עצמי:

דורנר ב**פס"ד נוסייבה**, **פס"ד מהדרין**

עילת מידתיות נוספת - מודגמת יפה בעניין נוסייבה. הייתה משפחה עשירה ממזרח ירושלים שהיו לה קרקעות רבות על קו התפר בין ירושלים המזרחית למערבית. החליטו בשלב כלשהו לאחר מלחמת ששת הימים להוציא תוכנית בנייה לכל קו התפר הזה והפקיעו למשפחת נוסייבה קרקע לשם הקמת מרכז מסחרי. לא עשו בקרקע הזאת שימוש במשך 20 שנה. הם באים ותובעים בחזרה את הקרקע, כי לא הוגשם בה הצורך הציבורי שלשמו המדינה הפקיעה את המקרקעין, הם טוענים שזנחו את מטרת ההפקעה ולכן שיחזירו להם אותה. ביהמ"ש אומר ב**הלכת נוסייבה** שצריך להחזיר להם את הקרקע לא בגלל שעברו 20 שנה אלא בגלל שהייתה להם היכולת הכלכלית להפעיל מרכז מסחרי בעצמה. יש להם את היכולת לבצע בעצמם את הפרויקט, לא צריך להפקיע מהם את הקרקע כשהם יכולים להגשים את מטרת הפרויקט, ולכן לא הייתה הצדקה מלכתחילה להפקיע את המקרקעין לטובת הקמת המרכז המסחרי. ההפקעה מלכתחילה לא הייתה מידתית כאן. **השאלה שאנחנו שואלים כאן ביחס למידתיות היא האם בעלי הקרקע יכול להגשים את מטרת הצורך הציבורי בעצמם**, או שמא יש הכרח לבוא ולהפקיע. במקרה של נוסייבה התשובה הייתה באופן ברור שהבעלים הפרטי יכול היה לבצע את הפרויקט בעצמו. בהמשך היה דיון נוסף בעניין נוסייבה בו ביהמ"ש קבע שהמטרה לא נזנחה ולכן אפשר גם אחרי 20 שנה לבוא ולהגשים את מטרות התוכנית. הטיעון הנוסף שביהמ"ש אומר הוא שביהמ"ש גם לא יכול לבוא ולהעלות טענות למימוש עצמי כפי שנעשה בדיון המקדמי, הראשון, כיוון שזו טענה שהבעלים עצמם צריכים לבוא ולטעון ולהוכיח ולא ביהמ"ש. בדיון הנוסף זה לא שביהמ"ש לא הסכים עם הכיוון של יכולת הביצוע העצמי או האפשרות להעלות טענות של מידתיות במישור הביצוע העצמי, אבל הוא הגיע בו למסקנות שונות בדבר זניחת המטרה וקבע שהיא עדיין לא נזנחה גם אחרי 20 שנה. כיוון שהצדדים לא העלו את הטענה של המימוש העצמי בעצמם ביהמ"ש לא יכול לקבל אותה. אבל עדיין כטענה של מידתיות חשוב להבין שביצוע עצמי היא בהחלט טענה שאפשר להעלות.

3. איחוד משאבים:

תא (י-ם) 3237/01 **מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' מדינת ישראל** - הר חומה
זה למעשה תת-מבחן לעילת הביצוע העצמי. הוא מדבר על ביצוע עצמי אבל במצבים ייחודיים שיש בהם ריבוי בעלים שמהם מפקיעים קרקעות. פס"ד מקור הנפקות - עסק בהקמת השכונה בהר חומה בירושלים. כשרצו להקים את השכונה היה צריך להפקיע חלקות להרבה אנשים, וחלק מהבעלים טוענים שאין סיבה שהמדינה תפקיע את המקרקעין אלא היא צריכה לבוא ולנהל איתם משא ומתן. הם טענו שאין סיבה גם שהמדינה תגזור את הרווח היזמי על הקרקעות אלא הם ביקשו שיתנו להם בתור בעלי הקרקע אפשרות להתקשר לקבלנים והם יקימו את הפרויקט ויבנו את השכונה והבניינים, שיתנו להם לגזור את הרווח היזמי מהקרקעות שלהם ולהקים את השכונות. הטענה הייתה שיתנו להם לאחד את המשאבים של כולם ולהגשים את הפרויקט.
ביהמ"ש מקבל את הטענה הזאת ואומר לרשות שהיא צריכה <u>לתת לבעלי הקרקע את האפשרות להתקשר עם קבלנים ויזמים, אבל בגלל שיש פה הרבה מאוד בעלי קרקע הם צריכים לאחד את המשאבים</u> כדי לתקשר מול היזמים ולפנות ביחד לאותם גורמים. כלומר ביהמ"ש מצד אחד אומר שהם צודקים, ומצד שני שהוא נותן להם פרק זמן מאוד מוגבל של שלושה חודשים להגיע להסכמה לגבי הפעולה המשותפת שלהם מול היזם. ביהמ"ש אומר שזה נכון, יש כאן הרבה בעלים והוא לא רוצה למנוע מהם להגשים את הפרויקט בעצמם, אבל מצד שני הוא רוצה להטיל עליהם מגבלת זמן להתקדם. ברור לכולם שזה פרק זמן לא הגיוני להגיע להסכמה בין כ"כ הרבה בעלי קרקעות ולכן היה ברור מראש שהם יכשלו ולא יצליחו לאחד את המשאבים. אבל צריך להבין שזה דומה מאוד לעילת הביצוע העצמי ובאופן עקרוני בתי המשפט כן מקבלים את הטענה הזאת ומאפשרים לבעלי קרקע להגשים את הצורך הציבורי הזה מבלי להפקיע. אבל יש כמובן ביקורת על הזמן הקצר שביהמ"ש הקציב להם ולכן נראה כאילו לא באמת ניתנה להם הזדמנות לבצע את הפרויקט בעצמם. רצו להקים את השכונה הזאת מהר ולכן בתי המשפט לא רצו לתת פרקי זמן ארוכים, ועל רקע זה ההחלטה יותר ברורה.

4. שיהוי:
בג"צ 174/88 **יצחק אמיתי נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה**, המרכז – שיהוי של למעלה מ-26 שנים.
יש לשיהוי שתי פנים:
1. **הפן הראייתי**. בפס"ד נוסייבה למשל במשך 20 שנה העירייה לא בנתה מרכז מסחרי והטענה הייתה שהמטרה הציבורית נזנחה. שיהוי יכול לשמש כראייה לכך שלא מתכוונים להשתמש בקרקע למטרה הציבורית.
2. **הפן המנהלי**. קשור להתנהלות הרשות. פחות מתעסקים בשאלה האם בכך שהרשות לא פעלה זה מעיד על הכוונות שלה ביחס למקרקעין, אלא מתייחסים יותר לאופן שבו הרשויות אמורות לעבוד. אנחנו רוצים לפקח ולהעניש על התנהלות לא תקינה של הרשות ביחס לזה. מבחינה מנהלית ברגע שיש שיהוי זה מעיד שהרשות לא עובדת כמו שצריך ולא מגשימה את המטרה תוך זמן קצוב. עד לשנת 2010 שבו היה תיקון גדול מאוד לפקודת הקרקעות, כל הנושא של שיהוי היה מאוד משמעותי והיו משתמשים בו כעילה לביטול הפקעות לא מידתיות כאשר הרשויות לא עשו עם הקרקע שום דבר. משנות ה-50 ואילך רואים שביהמ"ש העליון אומר תמיד לרשויות מקומיות ולמדינה שמשתהה בהגשמת צורך ציבורי שההפקעה עשויה להתבטל בסופו של דבר אם הצורך הציבורי לא יוגשם. בשנת 1988 ב**בג"ץ אמיתי** ביהמ"ש ביטל דה פקטו הפקעה, היה שם סיפור בו העירייה הודיעה על כוונה להפקיע קרקעות בגבעת שמואל אבל חוץ מלהוציא את הצו היא לא עשתה כלום במקרקעין. ביהמ"ש אומר שאחרי 26 שנים השיהוי כאן <u>חרג מכל פרופורציה</u>, ולכן צריך להחזיר את הקרקע לבעלים. זו הייתה הפעם הראשונה שביהמ"ש ביטל הפקעה על רקע מידתיות מעילה של שיהוי ואמר שאי אפשר לעשות את זה. אחרי 2010 והתיקון המסיבי לפקודת הקרקעות יש בחוק הסדר משפטי ברור כמה זמן רשות יכולה להחזיק בקרקע מבלי לעשות בה דבר, והכללים היום קובעים שיש עד 8 שנים שבהן שר האוצר יכול להגשים את מטרת ההפקעה והצורך הציבורי כשהוא מחליט על הפקעה. זו ברירת המחדל, אבל המחוקק גם יצר אפשרות לשר האוצר להאריך את התקופה הזאת אם הוא סבור שהוא דרוש לזמן נוסף למימוש המטרה הציבורית והוא צריך לתת הודעה מנומקת למה הוא עושה זאת, ולהאריך עד 15 שנים, ואם גם הן לא מספיקות אפשר להאריך גם עד 17 שנים מיום מתן

הודעת ההפקעה, שזו תקופת הזמן המקסימלית למימוש מטרת ההפקעה לפי התיקון. המימוש של מטרות ההפקעות לוקח זמן לפעמים בגלל מכרזים שלוקח זמן עד שמודיעים מי מנצח בהם.

5. תום/שינוי המטרה הציבורית:

פס"ד קרסיק

בפס"ד קרסיק היו שטחים שהופקעו מהבעלים שלהם לצורך שטחי אש לצבא. בשנות ה-90 המדינה מחליטה להמיר את שטחי האש האלה לצורך שיכון של עולים חדשים, הייתה עלייה גדולה מאוד בתקופה הזאת. המדינה עושה סוג של הצרחה, הצבא מוותר על הקרקע הזו ומקבל קרקע אחרת בדרום, והקרקע שמתפנה משמשת לבנייה של מגורים לעולים חדשים. בעלי הקרקע לא הסכימו לקבל פיצוי על ההפקעה שלה ואמרו שיחזירו להם אותה. מרגע שהסתיימה או השתנתה מטרת ההפקעה הם טענו שצריכים להחזיר להם את הקרקע. זה מגיע לביהמ"ש, והוא אומר שהתובעים צריכים לשבת ולהגיע להסכמה עם משרד האוצר. כלומר ברור שאת הקרקע לא יחזירו, אבל צריכים לבוא ולפצות אותם.

אבל ביהמ"ש בפסק הדין (השופט חשין) אומר בצורה מאוד ברורה שצריך לשנות את תפיסת הקניין הישראלית. ב-2010 המחוקק אכן בא ומעגן בתיקון את העקרונות שחשין מדבר עליהם בקרסיק. זה **אחד מפסקי הדין הכי אקטיביסטיים בדיני הקניין**, חשין אומר בצורה גלויה שהוא רוצה לעשות כאן שינוי. הוא משנה את הדוקטרינה בכל מה שקשור למקום של הבעלים במרחב אחרי ביצוע ההפקעה.

חשין אומר לנו שיש שתי דוקטרינות:

1. הפקעה יכולה לנתק את זיקת הבעלים לקרקע

ברגע שהמדינה מפקיעה קרקע הבעלים יוצאים מהתמונה ואין לו יותר זיקה לקרקע, הוא לא רלוונטי. כאשר הקרקע הופקעה הבעלים לא קשור כבר למה שייעשה בה בהמשך, הזיקה שלו נותקה.

2. רואה את ההפקעה כמעשה שמשמר את זיקת הבעלים לקרקע

זו הדוקטרינה שהוא מאמץ לדין הישראלי. הוא אומר שאם עד כה התייחסנו להפקעה כמנתקת זיקה הגיע הזמן לשנות זיקה. ברגע שהפקעתי קרקע מהבעלים, הוא עדיין שומר על זיקה למקרקעין למרות שלקחנו לו אותה. הזיקה המסוימת לפי חשין היא שברגע שמוצתה המטרה הציבורית (למשל שטחי האש שכבר לא משמשים כשטחי אש) אפשר להחזיר את הקרקע לבעלים.

אבל מבחינה אופרטיבית חשין אומר שהמדינה יכולה לעשות אחד משניים לאחר שהמטרה הציבורית מוצתה: **או** שהמדינה תחזיר את הקרקע לבעלים והם ישלמו עבור הקרקע, כלומר יחזירו את הפיצוי שקיבלו על ההפקעה או ישלמו סכום אחר בעבור הקרקע, **או** ששימור הזיקה של הבעלים לא מחייב את המדינה להחזיר את הקרקע אבל כן מחייב אותה להשתמש בקרקע רק למטרה ציבורית אחרת. העובדה שהם לקחו את הקרקע בכפייה מחייבת המשך שימוש למטרה ציבורית אחרת, ולא ניתן להשתמש בה למטרות פרטיות. כל עוד היא צריכה את הקרקעות למטרה ציבורית אחרת המדינה יכולה להמשיך להחזיק בהן.
אבל חשוב לזכור שהשופט חשין אומר שיש עדיין בהפקעה שימור של הזיקה של הבעלים לקרקע.

ב-2010 המחוקק מאמץ את הגישה הזו בפקודת הקרקעות, והחוק אכן קובע שאם המדינה מחליטה לשנות את הצורך הציבורי היא חייבת לזמן את הבעלים לשימוע, שבו הוא יוכל לטעון את כל טענותיו כנגד ההפקעה או השימוש החדש, בדיוק כפי שיכול היה לעשות לפני שבוצעה ההפקעה הראשונה. למעשה מתחילים כאן את ההפקעה מחדש ומייצרים מנגנון שמאפשר לבעלים להתנגד לה. התיקון הזה משמר את הזיקה של הבעלים לקרקע כשהסתיימה המטרה הציבורית, הוא לא דוחק אותה לגמרי. אז היום הנושא הזה מוכרע לפי החוק, שמעגן את הדוקטרינה שנקבעה בפס"ד קרסיק.

6. זכות מזערית:

פס"ד אקונס – מנהרות הכרמל

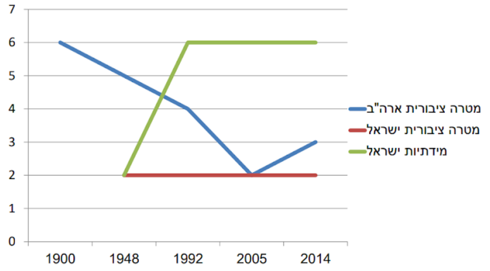
מבחן שמדבר על החובה של הרשות להפקיע את המינימום שנדרש לצורך הפעולה והצורך הציבורי. דוגמא טובה היא פס"ד אקונס שעסקנו בו - בו הוציאו הודעות הפקעה רחבות מאוד והפקיעו את זכות ההפקעה והשימוש בקרקע, אבל לא הפקיעו את זכות הבעלות. ביהמ"ש אומר בפסק הדין למדינה שהיא חייבת להוציא הודעות הפקעה מתוקנות כדי להפקיע את המינימום הנדרש, היא לא יכולה לקחת הכל בצורה גורפת. דיברנו גם על כך שזה לא באמת היה הפקעה של זכויות חזקה ושימוש אלא הפקעה של זכויות שהיו כמו בעלות. אבל זה מבחן שאומר לא לקחת יותר ממה שצריך, ואם רשות לוקחת יותר ממה שהיא צריכה ביהמ"ש יכול להתערב ולומר לה להוציא הודעות הפקעה מתוקנות שמגבילות את היקף הזכויות שהיא לוקחת.

7. מיקום רלוונטי ומיטבי:

פס"ד זמר

פס"ד שעוסק במיקום של כביש 6 והתוואי שלו שעבר במועצה האיזורית עמק חפר ולאחר מכן הוסת למועצה האיזורית זמר. המועצה האיזורית זמר מערערת על מידתיות ההפקעה ואומרת שהתוואי המקורי היה במקום אחד והסיתו אותו לאיזורים שלה, וזה גורם להפקעה לא מידתית. ביהמ"ש אומר שכחלק ממבחני המידתיות הוא יכול גם לבוא ולהתעמק בשאלה האם המיקום האידיאלי להגשמת הצורך הציבורי הוא ראוי. כלומר כאשר הוא בא ובוחן את מידתיות ההפקעה הוא יכול להידרש גם למיקום האופטימלי של ההפקעה, ואם המדינה מסיתה את התוואי היא צריכה לתת הסבר טוב מאוד למה היא עשתה את זה, ואם זה לא אופטימלי ואידיאלי הוא יכול להתערב.

בישראל הנושא של מידתיות ההפקעה הפך להיות מרכזי ואימוץ חוקי היסוד ב-1992 הפך את המידתיות למבחן המרכזי והעיקרי שעל פיו אנחנו תופסים הפקעות ובוחנים האם הן תקינות. זה המסלול העיקרי שדרכו אנחנו מתמודדים עם שאלת מידתיות ההפקעה.



3. פיצוי בעל המקרקעין

מהו צדק?

כשאנחנו מדברים על צדק ופיצוי, הרכיב הבא שצריך לחשוב עליו הוא איך מפצים אנשים על הפקעות. כאשר אנחנו מדברים בישראל על פיצוי על הפקעה בתי המשפט בישראל מדברים בדר"כ במושגים של פיצוי נאות, פיצוי הוגן, פיצוי צודק. אלה המושגים דרכם מדברים על גובה הפיצוי בגין פעולת ההפקעה. מהו שמשקף תפיסה של צדק. אבל כשמדברים במושגים האלה, יש מושגים שונים של צדק ואפשר להתווכח על טיבן של הגישות השונות. תפיסות צדק שונות יכולות להוביל לתוצאות שונות.

- צדק מתקן

תפיסת הצדק הקלה יותר שמאומצת בדיני ההפקעות. אם אדם פוגע וגורם לנזק שעלותו מוערכת ב-X ש"ח, אם רוצים להשיב את הצדק לעולם הפוגע צריך להחזיר את אותם X ש"ח לנפגע. ברור שכולנו היינו רוצים שאולי הוא יתן יותר מ-X, אבל בגדול כאשר מדברים על צדק מתקן התפיסה הזאת אומרת שרוצים לבוא ולפצות כמידת הנזק המוערך שנגרם. זו תפיסה שמתעלמת מהרבה מאוד רכיבים. מהקהילה, מהנסיבות, מהעולם החיצון, היא בודקת את המקרה הספציפי ומתעלמת מנזקים סובייקטיביים, היא מחייבת את הפוגע לשלם רק את הנזקים האובייקטיביים שנגרמו. תפיסה מאוד קלה ליישום מבחינה משפטית, אם מאמצים גישה שכל דבר אפשר לשערך באופן כלכלי. אבל זו תפיסה מאוד רווחת במערכות משפט בעולם המשפט הפרטי

וגם בארץ. פתרון של השבת המצב לקדמותו. זו הגישה הרווחת גם בדיני ההפקעות, אבל אפשר לחשוב גם על גישות אחרות.

- צדק חלוקתי

הניסיון לבוא ולהחיל עקרונות של צדק חלוקתי במשפט הפרטי אולי יכול להישמע הגיוני אם אנחנו רוצים לקדם אנשים שבאים מקבוצות חלשות, אבל יש בעיות קשות בהפעלת העקרונות האלה במשפט הפרטי. דיברנו על זה כשדיברנו על הגישה של דגן וצדק חלוקתי במסגרת דיני הקניין, וראינו שהבעיה העיקרית היא שזה יוצר הרבה מאוד עיוותים, כי המשפט הפרטי הוא אד-הוקי. העקרונות או האירועים שבהם אנחנו עוסקים לא מוחלים על כלל האוכלוסייה אלא כל פעם מתעורר מקרה שמגיע להתדיינות משפטית ואז נדרשים להכרעה, ובמצב כזה אנחנו לא באמת נותנים מענה לכל הפערים החלוקתיים בחברה אלא כל פעם למקרה שבא להתדיינות על בסיס אד-הוקי. זה לא שיש איזושהי ראייה כוללת לגבי פערים חלוקתיים בחברה. צדק חלוקתי פחות מקובל בהקשר של דיני הקניין כגישה שדרכה נותנים מענה לסוגיות שונות. יש מערכות דינים אחרות שמגשימות עקרונות של צדק חלוקתי בצורה טובה יותר, כמו דיני המס, הביטוח הלאומי ועוד, כי אלה מערכות שרואות את המצב הכלכלי של כולם ונותנות פתרונות דיפרנציאליים לכלל האוכלוסייה. במשפט הפרטי אין לנו ראייה רחבה לגבי מצבם של כלל האנשים בעולם שמטפלים בהם, לכן יותר חוששים להשתמש בצדק חלוקתי במשפט הפרטי וגם במסגרת דיני הפקעות.

- צדק הליכי

תפיסה שאומרת שההליך יותר חשוב מהתוצאה. חשוב לקיים צדק בהליכים עצמם שמובילים לתוצאה מסוימת. ההליך חייב להיות הליך הוגן שבו הצדדים מקבלים את הזכויות שלהם. צדק הליכי הוא תפיסה שקיימת בכל מיני שיטות משפט. זו תפיסה לא פשוטה ובעייתית בהרבה מישורים. אבל בדיני הנטילה השלטונית יש הליכים מסודרים לגבי איך מבצעים הפקעה, כמו החובה לקיים שימוע. יש הרבה מאוד הליכים וזה כן חלק מהתהליך, אבל ההליך בישראל הוא רק חלק מהעניין ולמרות שהוא חשוב גם התוצאה חשובה. זו עדיין לא התפיסה בישראל, היא קיימת בחלק מהמדינות בארה"ב אבל היא לא התפיסה המקובלת אצלנו. זו תפיסה שהיא חלקית בדיני הנטילה השלטונית אבל היא לא ממצה את הדרך שבה אנחנו מטפלים בהפקעות והיא לא חזות הכל בטיפול בהן.

- צדק מאחה

תפיסה שמסתכלת גם על ההליך וגם על התוצאה והיא בעיקר נפוצה היום בהקשר של המשפט הפלילי. יש כאלה שטוענים שאפשר להחיל אותה גם בהקשר של קרקעות, כי בהפקעה מי שפוגע בבעל המקרקעין זה לא רק האדם הפרטי אלא הקהילה כולה, המדינה, העיריה, ולכן צריך להסתכל על הפגיעה כבעלת משמעות, כמו במשפט הפלילי. מערכת יחסים בין הנפגע לקהילה ולא רק בין פוגע לנפגע. זו לא תפיסה צרה אלא יש לנו אדם שנפגע מקהילה רחבה ולא רק אדם אחד מול אדם אחר. לכן יש כאלה שטוענים שיש לשתף את הנפגע יותר בתהליך קבלת ההחלטות בקשר למקרקעין, לשתף אותו במימוש הצורך הציבורי של הקהילה במקרקעין.

יש תפיסות שונות של צדק כאמור, אבל התפיסה הדומיננטית ביחס לדיני ההפקעות בישראל היא תפיסה של צדק מתקן, השבת המצב לקדמותו, פיצוי בגין הנזק שנגרם לך. התפיסות האחרות מעוררות קשיים. חלקן מתעוררות בדין הישראלי אבל באופן חלקי.

<u>מהו פיצוי</u>?

מה הפיצוי שניתן ביחס להפקעות.

- <u>ארה"ב</u>: Just Compensation

בארה"ב חובת הפיצוי קובעת שלא ניתן לקחת קרקע ולהפקיע אותה ללא פיצוי הוגן. אבל החוקה האמריקאית שותקת בנוגע לגובה הסכום.

- פורש ע"י בית המשפט כ: FMV - Fair Market Value

שווי השוק של הנכס. תפיסת הצדק המתקן שיש גם אצלנו. אנחנו נפצה רק על שווי הקרקע שהופקעה בשוק ולא מעבר לכך.

- מטרת הפיצוי: השבת הבעלים למצבו הכלכלי עובר לביצוע ההפקעה

ללפני שההפקעה בוצעה. לפעמים יש מענק סיוע קטן בהעתקת מקום מגורים עד 20,000$ כדי לעבור ממקום אחד למקום אחר, אבל אין התייחסות להוצאות נוספות כמו שכר טרחה לעו"ד, תיווך, ועוד, שאתה עשוי להזדקק להם כשמפקיעים ממך.

האם הפיצוי על פי מחיר השוק של נכס מבסס צדק?

האם הפיצוי האמריקאי הוא פיצוי צודק?
יש 3 ראשי נזק שלא נכללים בפיצוי על שווי השוק, ולא תמיד בטוח שההדרה שלהם מהפיצוי היא צודקת. יש עוד דברים וערכים שנפגעים מעבר לשווי השוק, והשאלה היא למה לא כוללים אותם בפיצוי בגין הפקעה.

- אובדן ערכים סובייקטיביים

יש אנשים שיש להם ערכים סובייקטיביים לנכס וזה לא תמיד יהיה מגולם בפיצוי על הפקעה לפי שווי שוק. זה לא בהכרח ערכים סנטימנטליים אלא גם כאלה שיש להם חשיבות כלכלית רק לי ולא לכל הסביבה. למשל אם אני גר בנכס שקרוב למקום העבודה שלי, או לסוג קהילה שחשובה עבורי, קרבה לחברים ועוד. אחת השאלות היא למה לא לפצות גם על ערכים סובייקטיביים.
לא תמיד קל לכמת את הדברים האלה, אנחנו לא יודעים לשים תג מחיר על זה שהוא גם בבית 60 שנה ועל הערך הכלכלי של תקופת מגורים כ"כ ארוכה או בשכנות לאנשים שאני אוהב וכו'. לכן קשה גם לפצות בגינם.

- כשלי השוק ה"מדומיין"

בישראל כן טיפלו בדבר הזה בצורה ראויה בניגוד לארה"ב. אבל כאן מדובר על מצבים שבהם אנחנו עושים הפקעת בשכונות בעייתיות עם ערך קרקע נמוך. בהפקעות כאלה גם אם ניתן לבעלים 100% משווי השוק של הנכס, לא יהיה להם מה לעשות עם הסכום הזה. הם יוכלו לרכוש בית רק בשכונה מתפוררת אחרת ולאחר כמה שנים יפנו אותם שוב, מה שיגזור עליהם חיי נדודים ממקום עני אחד למקום עני אחר. האמריקאים לא מתמודדים עם זה, אבל בישראל חוק פינוי בינוי למשל מחייב יזמים של שכונות לאפשר לבעלים להתנייד ולקבל שווי קרקע של דירה בשכונה חדשה ולא בדירה הישנה. כלומר אם אתה רוצה לעזוב, מה שתקבל ביד כשיפנו אותך מבית ישן שלא היה שווה כלום ובונים במקומו פרויקט חדש עם דירה חדשה ומרווחת ששווה יותר - הקונספט בארץ בפרויקטים כמו פינוי בינוי הוא שנותנים לך את שווי הקרקע של הדירה בשכונה החדשה, לא את השווי הישן ואת מה שהפסדת אלא את מה שתרוויח. נכון שזה לא מיידית עוסק בהפקעות, אבל בהקשר של כשלי השוק המדומיין ולפחות בהקשר של פינוי בינוי בישראל, כן חשבו על זה ונתנו לזה פתרון ראוי.

- הדרת ערכים כלכליים

יש דברים נוספים שלא מפצים בגינם. למשל שכר טרחת עו"ד, הוצאות של מתווך, עלויות של איתור דירה חלופית, פגיעה במוניטין, עלויות הובלה והוצאות נוספות. פיצוי עפ"י שווי שוק לא לוקח בחשבון את כל הערכים הכלכליים האלה.

כל אלה הם דברים שלא נכנסים תחת הפיצוי כשהוא עפ"י שווי שוק, ואין חובת פיצוי עליהם.

<u>ישראל:</u>

בדין הישראלי עקרונות הפיצוי הם חשובים והפיצוי בארץ הוא גם לפי שווי השוק.

ע"א 5964/03 **עיזבון המנוח אדוארד ארידור ז"ל נ' עיריית פתח-תקוה**, פ"ד ס(4) 437:

"פיצויי ההפקעה חוט של קניין משוך עליהם. יתר על כן, קניין" הם. פיצויי ההפקעה באים תחת נכס הקניין, ונועדים הם לתפוש את מקומו של הקניין. אופיים אופי של קניין הוא, אופי של נכס. תחת נכס המקרקעין שהופקע בא נכס שלבושו לבוש פיצויים הוא, ותוכו הוא נכס קניין. כספי הפיצויים הם תחלוף לקניין, וקווי אופי של הקניין עוברים – ולו בחלקם – אל הפיצויים שבידי הרשות".

השופט חשין אומר לנו שפיצוי הוא דבר חשוב וצריך לקחת אותו ברצינות. צריכים לעשות צדק עם הבעלים שלקחו להם את המקרקעין.

<u>נטילה שלטונית - הזכות פיצוי</u>

ההסדרים בחוק הישראלי:
פקודת הקרקעות וחוק התכנון והבנייה הם שני מסלולים להפקעות. הם שני חוקים נפרדים שאפשר לבצע הפקעה מכוח כל אחד מהם בנפרד. מצד שני הם כמובן מפנים האחד לשני ומסתמכים האחד על השני, אבל יש בהם הוראות שונות. למשל בהקשר של פיצוי יש שוני בין החוקים.

פקודת הקרקעות

12. בבוא בית המשפט להעריך את הפיצויים שיש לפסוק בעד כל קרקע או זכות או טובת הנאה בקרקע, ינהג לפי התקנות הבאות: -
(א) אין לו לבית המשפט להביא בחשבון את העובדה שהקרקע נרכשה בכפיה;
(ב) בכפוף למותנה לקמן יקובל כשוויה של הקרקע, **אותו הסכום שהיה מתקבל ממכירת הקרקע אילו נמכרה בשוק ע"י המוכר מרצונו הטוב**;

הכלל בישראל = פיצוי על פי מחיר השוק של הנכס

הכל קבוע בחוק, לעומת ארה"ב שם זה קבוע בחוקה בלי התייחסות למה גובה הפיצוי ושם הפסיקה היא זו שאמרה שזה שווי שוק. ס' 12 לפקודת הקרקעות קובע זאת. 12(א) גם קובע שלא מפצים בגין הרכיב שהקרקע נלקחה בכפייה, אי אפשר לפצות בגין הפגיעה באוטונומיה באקט ההפקעה.

20. (2) מקום שנרכשה כל קרקע לפי פקודה זו כדי להרחיב איזו דרך קיימת או חלק ממנה או כדי להגדיל איזו דרך קיימת או חלק ממנה או כדי להגדיל איזה מגרש-משחקים או מגרש-נופש, או כדי לסלול איזו דרך חדשה, או חלק ממנה או להתקין איזה מגרש-משחקים או מגרש-נופש חדשים, יהיו הפיצויים המשתלמים לפי פקודה זו כפופים לשינויים הבאים, היינו –
(א) **מקום ששטח הקרקע שנלקח, והוא נכלל במגרש, אינו עולה על רבע כלל שטחו של המגרש**, ואין שום בניינים, עצים או דברים אחרים מחוברים אל הקרקע שנלקחה, **לא ישתלמו פיצויים**, ואם מצויים בנינים, עצים או דברים אחרים כאלה כל שהם המחוברים כן, יופחתו הפיצויים בסכום העולה כדי שוויה של הקרקע בלבד הנכללת בחלק המגרש שנלקח;
(ב) **מקום ששטח קרקע שנלקח, והוא נכלל במגרש, עולה על רבע כלל-שטחו של המגרש, יופחתו הפיצויים בסכום שמתכונתו לערך הקרקע בלבד, הנכלל בחלק המגרש שנלקח, היא כמתכונת רבע כלל-שטחו של המגרש** לכלל שטח-הקרקע, הנכלל בחלק המגרש שנלקח;

החריג = הפחתת פיצוי עד ל-25% משווי הקרקע

לפני 2010 הייתה סמכות הפחתה של הפיצוי עד ל-25% משווי הקרקע. זה היה חריג שאפשר לשר האוצר לא לפצות בסכום מלא, וזה נקבע בס' 20. לא חייבים לשלם פיצויים על רבע מהחלקה שמפקיעים. כלומר אם אתה מפקיע 25% מחלקה אתה יכול להפקיע בלי לפצות, ואם אתה מפקיע 100% - על רבע ממנה אתה לא חייב לפצות.

החוק לתיקון פקודת הקרקעות - 2010
החריג **בטל**!
למעט: הפקעה על ידי רשות מקומית
בשנת 2010 נעשה תיקון לחוק והחריג הזה התבטל. אבל יש חריג אחד בו כן אפשר להמשיך לעשות את ההפחתה - כשההפקעה נעשית ע"י רשויות מקומיות. שר האוצר לא יכול לעשות הפחתה, אבל רשויות מקומיות יכולות להמשיך להפחית את הפיצוי.

20. (ג) למרות הוראותיהן של הפסקאות (א) ו-(ב) שלעיל, מותר לשר האוצר להעניק - **לפי ראות עיניו**, אם נקבע כדי הנחת דעתו, שהצמצומים שהוטלו בכל אחת מן הפסקות ההן, יגרמו סבל - **אותם פיצויים או פיצויים נוספים**, שיראה אותם נכונים **בהתחשב בכל נסיבות המקרה**.

הסייג לחריג = ביטול ההפחתה או הענקת פיצוי נוסף
מאפשר לשר האוצר לבטל את ההפחתה או להעניק פיצוי נוסף. יש לו סמכות להתחשב ולהפעיל את שיקול דעתו.

<u>אם לסכם את המצב הישראלי כיום לאחר התיקון</u>: הסטנדרט הוא פיצוי לפי שווי השוק של הנכס, והמקום היחיד שיש בו פטור עד 25% מחובת פיצוי הוא כשההפקעה מתבצעת לטובת רשויות מקומיות בלבד, ושר האוצר יכול לבטל את ההפחתה הזאת או להעניק פיצוי נוסף.
בפקודת הקרקעות - גם לרשויות מקומיות וגם שר האוצר רשאים להפעיל את הפקודה לצורך הפקעה. לרשות מקומית יש יכולת להפקיע גם מכוח חוק התכנון והבנייה. הסמכות להפחית פיצוי בוטלה בנוגע להפקעות שנעשות ע"י שר האוצר. אין לו סמכות. מצד שני, ככל שנעשית ההפקעה ע"י הרשות המקומית הדבר הוא אפשרי.

חוק התכנון והבנייה

190. (א) במידה שלא נקבעו הוראות מיוחדות בחוק זה, **תבוצע ההפקעה על פי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943**, כאילו הורשתה הועדה המקומית בהודעה ברשומות להשתמש בסמכויות ולמלא את התפקידים של הממשלה או של היועץ המשפטי לממשלה לפי הפקודה האמורה, לענין המקרקעין העומדים להפקעה, הכל בשינויים ובתיאומים אלה:

(1) סעיף 20 לפקודה האמורה יחול גם על הפקעת מקרקעין לצרכי גנים, שטחי נופש וספורט וכן לבניני חינוך, תרבות, דת ובריאות, ובכל מקום שמדובר באותו סעיף על "רבע" יבוא "ארבע עשיריות"; אולם לא יופקע חלק ממגרש, בתשלום או ללא תשלום, אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש;

חוק התכנון והבנייה קובע בס' 190 שאם אני רוצה להפקיע אני יכול להפקיע לפי הפקודה ולפצות לפי העקרונות של פקודת הקרקעות, אבל צריך לדעת שיש סמכות הפחתת פיצוי לפי חוק התכנון והבנייה - אפשר להפקיע ולהפחית פיצויים עד 40%. כאשר מפקיעים את המקרקעין לצרכים שבס"ק 1 יש סמכות לאפשר הפחתה של פיצוי מכוח חוק התכנון והבנייה לא בשיעור של 25% אלא בשיעור של עד 40%. אם רשות מקומית בוחרת להפקיע מכוח חוק התכנון והבנייה ולא מכוח פקודת הקרקעות, היא יכולה להפחית פיצוי עד 40%. אם היא הולכת לפי פקודת הקרקעות - היא יכולה להפחית עד 25%.

אחת השאלות שמתעוררות היא <u>למה יש את הפער הזה</u>?
למה לשר האוצר יש אפשרות להפחית פיצוי עד 25% וחוק התכנון והבנייה מאפשר להפחית עד 40%?

1. בחוק התכנון והבנייה ההפקעות נעשות לטובת כל הקהילה, לצורך ציבורי שמיטיב גם עם מי שהפקענו ממנו את חלק מהקרקע, ולכן סמכות ההפחתה היא גדולה יותר, כי כולם נהנים מזה - גם הנפקע.

2. תשובה אפשרית נוספת היא הגירעון הכלכלי של רשויות מקומיות. בגלל שמצבן הכלכלי לא טוב אנחנו נותנים להן סמכויות הפחתה נוספות מעבר ל-25% שיש בחוק.

3. סיבה נוספת שמוזכרת שבגללן רוצים להפחית פיצוי יותר גדול היא שהקרקע מושבחת, יש כאן השבחה של המקרקעין. כלומר אם לקחו לי קרקע לטובת הקמת בית ספר ליד הבית, הערך של הקרקע שנותרה לי יעלה אם אשמור את החלק ממנה שלא הפקיעו לי. אם אני אקבל פיצוי מלא אני ארוויח יותר ממה שאני אמור לקבל, כי המגורים בקרבת בית הספר מעלים את ערך הקרקע שיש לי. לכן כאשר נוצרת השבחה בעקבות פעולת ההפקעה באים ואומרים שאם אתה מרוויח מהפעולה הזו וערך הקרקע שלך עולה ומושבח, אין סיבה לתת פיצוי מלא, אתה מרוויח את הרווח הכלכלי הזה בעקיפין דרך ההשבחה.

הרציונל העיקרי הוא הרציונל הקהילתי, מאפשרים להפחית פיצוי באופן רחב יותר כאשר מדובר בצרכים קהילתיים מיידיים. והרציונל השני הוא של השבחה, שגם הוא משיק לצרכים קהילתיים, ובדר"כ עשויה להיות השבחה כאשר מדובר בהפקעה לטובת צורך קהילתי מיידי.

- הגדלת החריג
  הפחתה עד 40%

- הגבלת סמכויות ההפקעה:
  הפחתת שוויה של יתרת המגרש

בסיפא של ס' 190(א)(1) המחוקק אומר לנו שאם רשות מקומית מחליטה להפקיע רק חלק מהמקרקעין, אם כתוצאה מההפקעה של חלק מהקרקע השווי של יתרת הקרקע יפחת, היא לא יכולה להפקיע את החלקה הזאת בין אם בתשלום ובין אם לא. היא יכולה או להפקיע הכל או להפקיע כלום. אם אתה רוצה להפקיע רק חלק ממגרש אתה לא יכול לעשות את זה אם כתוצאה מההפקעה של החלק היתרה שנשארת אצל הבעלים שוויה יפגע. לדוגמא אם יש לי 100 דונם ואני מפקיע 1 דונם, וה-100 דונם שווים 100 ש"ח, הרשות תוכל לבצע את ההפקעה רק אם החלק הנותר יהיה שווה 99 ש"ח כמו שהיה שווה לפני ההפקעה. זה לכאורה מה שקובעת הסיפא. אבל אם היינו לוקחים אותה ברצינות, לא היינו יכולים לבצע שום הפקעה, כי תמיד כשמפקיעים חלק מחלקה יפחת שוויה של היתרה שלה, ואז הרבה הפקעות לא יוכלו לצאת לפועל מכוח חוק התכנון והבנייה. אז באו ופירשו את הסעיף הזה אחרת.

<u>הפרשנות הקלאסית</u>: ההגנה תחול רק במקרים בהם לא ניתן לנצל באופן סביר את יתרת הקרקע ולא ניתן לפצות את בעלי הקרקע על הפגיעה בשוויה של יתרת הקרקע.

כלומר מבינים שתהיה ירידה בשווי הקרקע, ובתי המשפט פשוט פירשו את הסיפא אחרת - הרשות יכולה להפקיע ללא קשר לשווי אם יש איך לנצל את הקרקע הנותרת. ואם אין אפשרות לעשות שימוש סביר - רק במצבים האלה הרשות צריכה להחליט אם היא מפקיעה הכל או לא מפקיעה כלום. כלומר הפרשנות לא באמת נוגעת לשווי הקרקע אלא האם יש אפשרות לשימוש סביר.

<u>האם באמת ניתן להפחית 40% מהפיצוי?</u>

חוק התכנון והבנייה נותן סמכות הרבה יותר דרמטית מפקודת הקרקעות שאפשרה רק 25%. חשוב להבין שדה פקטו הסיפור הזה לא באמת נעשה בדרך הזו. כלומר הסמכות של הפחתת 40% מהפיצוי היא לא באמת סמכות הפחתה של 40% מכל הפיצוי שמשולם לבעלים הנפקע, אלא המדיניות עובדת אחרת.

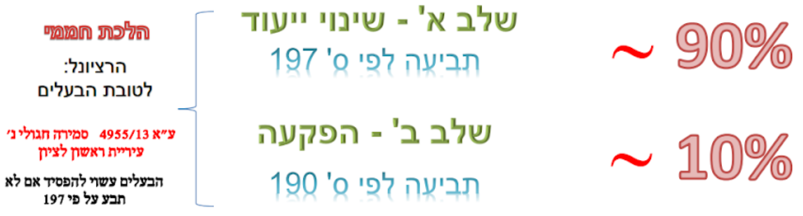
הלכת חממי

הרבה פעמים מה שעובד ברקע לפני שנעשית הפקעה ע"י רשויות מקומיות מכוח חוק התכנון והבנייה, השלב הראשון לפני ההפקעה הוא שהרשות המקומית מעבירה איזושהי תוכנית ומייעדת את המקרקעין המסוימים להפקעה לצורך ציבורי. השלבים בתוכנית התכנונית הם קודם כל שהרשות מכינה תוכנית, מפקידה את התוכנית (מגישה אותה לוועדת התכנון המקומית) וזו קוראת לכל הגורמים בעלי העניין להגיש התנגדויות, התוכנית מתפרסמת ונפתחת להתנגדויות. בשלב האחרון מאשרים את התוכנית. מהרגע שדבר כזה קורה ויש תוכנית שאושרה ועברנו את כל השלבים, והתוכנית למשל משנה את הייעוד של המקרקעין ומשפיעה עם שוויים, הבעלים נקלע למצב קשה. מצד אחד אף אחד לא יכול לרכוש את המקרקעין האלה כי ברור שהולכים להשתמש בהם לצורך ציבורי בהמשך הדרך, הערך של הקרקע הזאת יורד באופן משמעותי או אולי לא יהיה קיים. מנגד, ברגע שאושרה תוכנית עדיין לא לוקחים את הקרקע, יש פה רק תוכנית שהופקדה ברשויות התכנון ואושרה. השלב הראשון זה רק שלב תכנוני, עדיין לא לקחו את הקרקע ולא הוציאו הודעות הפקעה ולכן גם עדיין אי אפשר לקבל פיצוי עליה. מה שקורה הוא שהבעלים יכול להיות תקוע גם תקופה ארוכה מאוד עם תוכנית שמרחפת על המקרקעין שלו, הוא יודע שהולכת לצאת הודעת הפקעה בעתיד אבל עדיין לא כי הרשות עוד לא מממשת את הצורך התכנוני, והשאלה היא מה הוא יכול לעשות בשלב הזה. הוא עדיין לא יכול לתבוע פיצויים מכוח ס' 190, רק לאחר הפקעת הקרקע. על רקע זה באה **הלכת חממי** לעולם שמדברת על הפיצויים בגין קרקעות בהקשר הזה, ואומרת שצריך להסתכל על זה כשני שלבים.

ע"א 474/83 **הוועדה המקומית לבנייה ולתכנון ערים, ראשון לציון נ' עזרא חממי**, פ"ד מא(3) 370

<u>הפיצוי הדו שלבי</u>

189. הועדה המקומית רשאית, בכל עת לאחר תחילת תקפה של תכנית מיתאר מקומית או של תכנית מפורטת, להפקיע מקרקעין בתחום התכנית, כשהפקעתם דרושה, לדעת הועדה המחוזית, למטרה ציבורית שלה נועדו בתכנית האמורה, והיא חייבת לעשות כן אם הועדה המחוזית, לאחר התייעצות אתה, דרשה זאת ממנה; אם בתכנית כאמור נועדו המקרקעין להפקעה, אין ההפקעה טעונה הסכמת הועדה המחוזית.



בשלב הראשון מפורסמת תוכנית מתאר מקומית שמגיעה גם לכדי אישור ונעשה שינוי ייעוד של הקרקע, ונכנסים לס' 197 לחוק התכנון והבנייה. זה שלב בו השינוי או התוכנית פוגעים בערכם של המקרקעין, ואז קמה זכאות לפיצוי על ירידת הערך שנגרמת דרך ס' 197 שעוסק בשינוי ייעוד וההשלכות שלו על שוויים של המקרקעין. זה השלב שבו יש את ההתרסקות הגדולה בשווי של המקרקעין וקמה חובת פיצוי, וזה השלב שבו משולם רוב הסכום בגין ירידת הערך של המקרקעין.

בשלב מאוחר יותר, תיעשה הפקעה בפועל לפי ס' 190, ואז נכנסת לתוקפה היכולת להפחית את הפיצוי של ה-40%. זה השלב הזניח, כי המקרקעין הם כבר עם ערך מאוד נמוך וצריך לפצות על הערך הנמוך שנשאר. רק בשלב הזה באים ויכולים להפחית מהפיצוי.

הלכת חממי אומרת שאין כאן באמת בעיה גדולה. חוק התכנון והבנייה שנותן סמכות הפחתה של 40% חל רק בשלב השני של ההפקעה, שאז ממילא השווי כבר נמוך וגובה הפיצוי נמוך. רוב הפיצוי מקבל בעלי המקרקעין בשלב הראשון בתביעה מכוח ס' 197, שיתן את מרבית הפיצוי. החלק הארי של הירידה בשווי הנכס תקרה בשלב הראשון ואז תקבל את מרבית הפיצוי על הפגיעה בירידת הערך של המקרקעין, ושם אין סמכות הפחתה. כשמגיע שלב ההפקעה סמכות ההפחתה תהיה מחלק מאוד קטן משווי המקרקעין.

ס' 197 לחוק התכנון והבנייה עוסק בהפקעות. הוא מדבר על פגיעה בתכונות של המקרקעין, מצב בו שווי המקרקעין נפגע ע"י התוכנית שמאושרת. למשל קרקע שאפשר לבנות עליה בית למגורים משנה ייעוד לסלילה של דרך עירונית או הקמת בית ספר וכו'. כשדבר כזה קורה קמה זכאות לפיצוי מהרשות המקומית.

אין באמת השפעה דרמטית של סמכות ההפחתה של 40 האחוזים לפי ס' 190 לחוק התכנון והבנייה. הרציונל של הלכת חממי הוא לבוא לטובת הבעלים ולדאוג לו שלפחות מרבית הכסף תועבר לו תוך זמן קצר מרגע שהתוכנית אושרה, לא צריך לחכות לזמן ההפקעה עצמה.

<u>חוק התכנון והבנייה</u>:

197. (א) **נפגעו על ידי תכנית, שלא בדרך הפקעה, מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית או גובלים עמו**, מי שביום תחילתה של התכנית היה בעל המקרקעין או בעל זכות בהם זכאי לפיצויים מהועדה המקומית, בכפוף לאמור בסעיף 200.

(ב) התביעה לפיצויים תוגש למשרדי הועדה המקומית **תוך שלוש שנים מיום תחילת תקפה של התכנית**; שר הפנים רשאי להאריך את התקופה האמורה, מטעמים מיוחדים שיירשמו, אף אם כבר עברה התקופה.

מרגע שהתוכנית מאושרת יש **3 שנים** להגיש תביעה לפיצויים על ירידת הערך. תקופת התיישנות מאוד קצרה. אם לא תתבע תוך 3 שנים תפסיד חלק ניכר משווי הקרקע ואת הפיצוי על הערך שירד בעקבות שינוי הייעוד, ירידת הערך הראשונית.

<u>נטילה שלטונית - הזכות לפיצוי</u>

מתי, אם בכלל, ראוי להפחית פיצוי?
לפי ס' 190 כשיוצאת הודעת הפקעה אפשר להפחית את גובה הפיצויים ב-40%. השאלה הגדולה היא מתי אפשר לעשות את זה. ביהמ"ש נדרש לנושא בשני עניינים חשובים.

ע"א 377/79 אדית פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן

- סמכות ההפחתה - בגלל ההשבחה

ביהמ"ש ואמר בצורה ברורה שאנחנו מאפשרים להפחית פיצוי בגלל שיש השבחה. למשל הייתה לך קרקע בשכונה ללא בי"ס, אחרי שמפקיעים את הקרקע ובונים בי"ס ערך הקרקע עולה, לכן מותר להפחית עד 40% כאשר יש השבחה ביתרת הקרקע.

- <u>הכלל</u>: מותר להפחית (עד 40%) גם אם החלקה מופקעת בשלמות

אבל באופן עקרוני סמכות ההפחתה ניתנת בגלל שיש השבחה בשכונה ליתר הקרקעות. הטענה היא שברגע שאני יכול עקרונית להפחית מגובה הפיצוי שניתן, כי יתכן שאם אני אפקיע לא בשלמות יתרת הקרקע שלך תושבח וערכה יעלה, ואתה תקבל ממילא את כל השווי של המקרקעין. אם אתה מתוגמל אחרת יש סמכות של הפחתת פיצוי. לכאורה זו לא באמת הפחתה כי אתה מקבל משהו שווה כסף כשיש השבחה של המקרקעין.

ע״א 5546/97 הועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ׳ הולצמן

- <u>דורנר</u>: תפיסה ליברטריאנית

אומרת שכאשר מפקיעים חלקה במלואה לא צריך ולא ניתן להפחית פיצוי. היא אומרת שכשמפקיעים חלקה בשלמותה אין פה מה להשביח כי הכל נלקח ממך, אין לך השבחה. במצב בו לוקחים לבעלים את כל החלקה ברור שלא יכולה להיווצר השבחה. ביהמ"ש אומר שהוא רוצה לתקן את הלכת **פייצר**, היא לא הגיונית. רק כאשר מפקיעים אולי חלק מחלקה יכולה להיות השבחה ביתרה. אבל כשלוקחים ממך את הכל, זה חסר היגיון, אין השבחה לכלום כי לקחו הכל. פס"ד **הולצמן** מתקן בעצם את העיוות שנוצר בפייצר.

- <u>רציו</u>: תשלום פיצויים בשיעור הנופל מערך המקרקעין שהופקעו יהיה מוצדק **רק אם עקב ההפקעה עולה ערך הרכוש שנותר בידי הבעלים או הם זוכים בהנאה שוות ערך אחרת**.

כשמוכרים קרקע בשלמותה לא ניתן להפחית פיצוי כי אין שום השבחה ביחס לשום דבר שנותר בידי הבעלים, לכן אין במה לקזז את הפיצוי הזה, אין השבחה שאפשר לומר שהיא שוות כסף. כשמפקיעים את כל הקרקע חייבים לשלם הכל.

כלומר אם מפקיעים ממך חלק מקרקע אפשר להפחית 25% מהפיצוי אם מדובר ברשויות מקומיות כאשר ההפקעה היא מכוח ס' 20 לפקודת הקרקעות.
אם מדובר בהפקעות מכוח חוק התכנון והבנייה מותר להפחית 40% וזה נעשה רק בשלב השני שהוא שלב ההפקעה, שבא אחרי שקיבלת את מרבית הפיצוי מכוח ס' 197.
כאשר מפקיעים הכל - אי אפשר להפחית את הפיצוי בכלל.
כאשר מפקיעים חלק מחלקה ויש השבחה - אפשר לקזז את גובה הפיצוי כנגד אותה השבחה.

<u>מה קורה כשאין השבחה</u>?

ע״א 5546/97 הועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ׳ הולצמן

אם הקרקע מופקעת במלואה = אין השבחה = אין להפחית פיצוי

ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ:

הפקעת חלק מחלקה מכוח פקודת הדרכים שאינה משביחה את יתרת החלקה מקימה, ככלל, פגיעה בלתי מידתית בזכות הקניין של הפרט ובעקרון השוויון. נפסק כי פגיעה זו מחייבת את שר התחבורה להעניק לנפקע פיצויי "סבל" (לפי סעיף 7).

פס"ד שעסק בהפקעה של חלק מחלקה ויתרת החלקה לא הושבחה, הצליחו להראות זאת עובדתית. ביהמ"ש קבע שבמצב כזה, הסמכות של שר האוצר שהייתה סמכות רשות הופכת להיות סמכות חובה, כלומר הוא חייב להשלים את הפיצוי כך שהבעלים יקבל 100% משווי השוק ללא סמכות ההפחתה.

ע"א 6407/14 **הוועדה המקומית לתכנון ובניה כרמיאל נ' אחמד מסרי**

גם לפי חוק התכנון והבניה - אם יתרת הקרקע אינה מושבחת - על שר הפנים (והאוצר) להעניק פיצוי לפי סעיף 190(א)(2) - קרי פיצויי "סבל"

לא מדובר בחובה - אלא בשיקול דעת שר הפנים

הפס"ד עסק בסמכויות מכוח חוק התכנון והבנייה. עסקו בשאלה מה קורה כשאין השבחה לפי חוק התכנון והבנייה. ההסדר אומר שאפשר עקרונית להפחית 40%, אבל כאן אומר הפס"ד שאם עיקר הקרקע לא מושבחת, שר הפנים צריך להעניק את אותם פיצויי סבל לפי ס' 190(א)(2). זה לא חובה אלא שיקול דעת של שר הפנים, הוא יכול לבוא ולהשלים ל-100%.

<u>שיקולים לשלילת פיצויי "סבל"</u>:

- הפגיעה מינורית
- הפגיעה מבוזרת על בעלי קרקעות רבים
- ההפקעה הינה לצורך קהילתי

במצבים כאלה אפשר יהיה לשלול את פיצויי הסבל ולא תהיה חובה להשלים את פיצויי הסבל, אבל עקרונית כשאין השבחה שר הפנים יכול להשלים אותם ל-100%.

<u>סיכום של מתי מותר להפחית פיצויים</u>:

שאלות נוספות שחשוב להיות מודעים אליהם זה האם יש סוגי פיצוי נוספים בהפקעות חוץ מפיצוי לפי שווי שוק.

<u>פיצוי בעין... יש דבר כזה</u>?

חוק חוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, תשכ"ה:

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

כאשר התחילו עם כל הפרקטיקה של פינוי בינוי העבירו בשנות ה-60 את החוק הזה, שבא ומנסה להיות רגיש לפרויקטים של פינוי בינוי באיזורים שהם חלשים מבחינה סוציו-אקונומית. אם אדם נמצא במקומות האלה ומפנים אותו כדי לבנות פרויקט חדש, הוא יקבל דיור חלופי. הדבר הדרמטי שאומרים פה הוא שאנחנו גם לא רוצים שזה יהיה שוב באיזור חלש אלא איזור ראוי וטוב יותר, לא באותו מצב בו הוא גר היום ושגם ככה מבוסס ולא מיועד לשיקום. זה סעד של מתן פיצוי בצורה של דיור הולם חלופי ולא בכסף.

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

גם כאן הסעיף מאפשר סעד בעין של דיור חלופי סביר, לא רק שווי כלכלי, אלא אם כן הדייר רוצה למצוא לעצמו דירה חלופית. אם הוא רוצה חייבים לתת לו זכות לקבל דיור חלופי סביר אחרי שניתנו לו פיצויים כדי להשיג את הדיור החלופי הזה. למעשה יש כאן <u>שתי חלופות</u> בס' 194 - **הראשונה** היא שנותנים לו ממש דיור סביר, נכס פיזי חלופי במקום כסף, **והשנייה** היא פיצוי שהוא לא 100% משווי המקרקעין שנלקחו אלא פיצוי בשיעור שיאפשר לו רכישה של דיור סביר יותר מזה שהיה לו מלכתחילה. כל הרעיון פה הוא לאפשר לו לגור במקום שהוא סביר וטוב מבחינת מגורים.

סעיפים אלה מדגימים שני סעדים שאפשר לתת בהפקעות שהם לא סעדים כספיים אלא סעדים בעין.

<u>חוק יישום תכנית ההתנתקות</u>

גם בתקופת ההתנתקות היו סעדים אחרין ונוספים בגין ההפקעות שהיו כשפינו אנשים. בחוק יישום תוכנית ההתנתקות ניתנו סעדים מעניינים שלא תמיד קיימים בדיני ההפקעות.

- העתקה קהילתית

כל היישוב זכאי לעבור כיישוב למקום אחר. חלק מהמקומות עשו את זה, למשל גני טל.

- פרמיה עבור ותק

פיצוי יתר מעבר לשווי השוק שנפגע, ככל שגרת ביישובים האלה תקופה ארוכה יותר קיבלת גם פיצוי על הוותק בו.

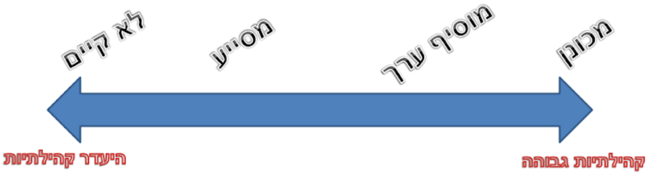
החוק משקף סוגי סעדים נוספים שניתנים בהפקעות שהן מעבר לשווי השוק של הנכס.

<u>פיצוי עבור אובדן הקהילתיות</u>

דיברנו על ערכי הקהילה והניתוח שלהם, ומתי קהילה היא לגיטימית. סביב הדיונים האלה מדברים על אובדן קהילתיות שאומדים את מרכיב הקהילתיות בקהילה שנפגעה. אפשר למקם את כל הקהילות על ספקטרום, עד כמה זו קהילה עם לכידות וקהילתיות גבוהה לעומת קהילה שהיא חלשה יותר. דיברנו על המסגרת הזאת בהקשר של יישובים קהילתיים וסמכויות הדרה, גם בהקשר של פיצוי אובדן הקהילתיות - ככל שהקהילה חזקה יותר ועם ערכים חזקים יותר, גם שם אולי הרכיב הזה צריך לקבל מקום במתן פיצויים.

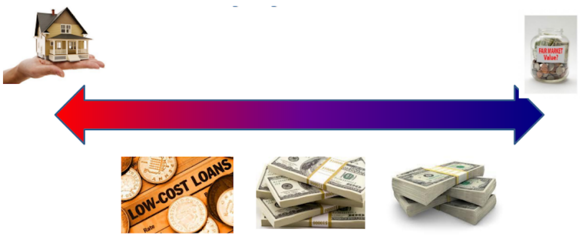
יש כתיבה של מלומדים שמדברים על גובה הפיצוי שצריך לתת לקהילות שנפגעות, וצריך לבחון את ההשפעה של ההפקעה על הקהילה, האם ההפקעה גרמה לפגיעה משמעותית בה, אם לאובדן הקהילה לגמרי, לפגיעה חלקית, או לפגיעה קטנה יותר, ולפי זה לבוא ולפצות.

א. האם יש לקהילה תפיסת טוב משותפת?
ב. מהו תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסת הטוב?



ג. מה השפעה של ההפקעה על הקהילה
isolated Tipping Clearing
ד. חוסנה הפוליטי-כלכלי של הקהילה

יש כאן קטגוריות של הפקעות שעלו בכתיבה של פרופ' פרחומובסקי ופרופ' בל על סוגי הפקעות וההשלכות שלהם. התפיסה שלהם הייתה שככל שההשפעה של ההפקעה על הקהילה יותר דרמטית אולי צריך לשקול פיצוי יותר חזק, למשל אם הקהילה נמחקת לגמרי. לעומת מצבים בהם למשל רק אדם אחד בקהילה נפגע, שאז המשמעות פחות דרמטית, או מצבי ביניים בהם חלק מהקהילה נפגעת ואז צריך לפצות חלקית את האנשים האלה.



<u>נטילה שלטונית - חזרה מהפקעה</u>

(היכולת של המדינה לחזור בה מההפקעה)

פס"ד קרסיק: המלצה למחוקק

החוק תוקן אחרי הלכת קרסיק. אם המדינה רוצה לחזור בה מההפקעה ולהפקיע את הקרקע למטרה אחרת צריך לקחת את הכסף חזרה מהבעלים, לעשות שימוע מחודש לגבי ההפקעה המחודשת שרוצים לעשות לצורך הציבורי החדש, והתיקון גם תחם את הזמנים לביצוע או מימוש הפקעה לטווח של בין 8 ל-17 שנים (8 ואפשר עם הודעות מנומקות של שר האוצר להאריך את התקופה ל-15 ואז ל-17). כלומר אפשר לחזור בך מהפקעה ולהפקיע למטרה חדשה, אבל צריך לחזור על כך התהליך מחדש.

החוק לתיקון פקודת הרכישה

- ביטול הפחתת הפיצוי

- הקמת ועדה מייעצת + שימוע
- חובת תחימת זמן ההפקעה

גריעות תכנוניות

<u>חוק התכנון והבנייה</u>

197. (א) **נפגעו על ידי תכנית, שלא בדרך הפקעה, מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית או גובלים עמו**, מי שביום תחילתה של התכנית היה בעל המקרקעין או בעל זכות בהם זכאי לפיצויים מהועדה המקומית, בכפוף לאמור בסעיף 200.

(ב) התביעה לפיצויים תוגש למשרדי הועדה המקומית **תוך שלוש שנים מיום תחילת תקפה של התכנית**; שר הפנים רשאי להאריך את התקופה האמורה, מטעמים מיוחדים שיירשמו, אף אם כבר עברה התקופה.

המנגנון בחוק התכנון והבנייה עוסק בגריעות תכנוניות. ס' 197 עוסק בגריעה תכנונית, שינוי מדיניות בנוגע למקרקעין, שבהם בשלב ראשון לא מפקיעים את הקרקע אלא רק מפקידים תוכנית שמשנה את תכונותיה, אבל הזכויות שנותרות בידי הבעלים הן פחותות בשוויין ממה שהיה לפני ההפקעה. ס' 197 הוא המסגרת שדרכה מפצים על פגיעות מהסוג הזה. אפשר לתבוע על הפגיעות האלה עד 3 שנים.

200. **לא יראו קרקע כנפגעת אם נפגעה על ידי הוראה שבתכנית הנמנית עם אחת ההוראות המפורטות להלן ובלבד שהפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות הענין ואין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים**:

(1) שינוי בתחום אזורים ובתנאי השימוש בקרקע שבהם;
(2) קביעת המירווח מסביב לבנינים וביניהם;
(3) הגבלת מספר הבנינים בשטח מסויים;
(4) הסדרת אתריהם של בנינים, גדלם, גבהם, תכנון צורתם או מראם החיצוני;
(5) איסור הבניה או הגבלתה, לצמיתות או לשעה, במקום שהקמת בנינים על הקרקע עלולה, בגלל מקומה או טיבה, להביא לידי סכנת שטפון, סחף קרקע, סכנה לבריאות או סכנת נפשות או לידי הוצאה יתירה של כספי ציבור להתקנת דרכים או ביבים, להספקת מים או לשירותים ציבוריים אחרים;
(6) איסור השימוש בקרקע או הגבלתו שלא בדרך איסור בניה או הגבלתה, כשהשימוש עלול להביא לידי סכנה לבריאות, סכנת נפשות או פגיעה רצינית אחרת לרעת הסביבה;
(7) הגבלת דרכי השימוש בבנינים;
(8) קביעת קו במקביל לדרך, שמעבר לו לא יבלוט שום בנין;
(9) חיוב להתקין על יד בנין המיועד לעסק, למלאכה או לתעשיה מקום לטעינת כלי רכב, פריקתם וציודם בדלק, הכל כדי למנוע חסימת דרך לתעבורה;
(10) חיוב להתקין בבנין המיועד לעסק, למלאכה או לתעשיה, למגורים, לבית לינה או לשימוש על ידי הציבור, או על יד בנין כאמור, מקום לחניית כלי רכב, למקלט או למחסה בפני התקפה אווירית;
(11) הוראה בתכנית שחל עליה סעיף 81.

ס' 200 לחוק התכנון והבנייה קובע חריג לפיצוי. הוא מונה שורה ארוכה של הוראות שקובעות חזקה שבנסיבות מסוימות לא תהיה חובה לפצות.
למעשה יש 3 תנאים שבהם אין חובת פיצוי אם יש פגיעה בתכונות הקרקע במצבים של גריעה תכנונית:

1. כאשר הפגיעה לא עוברת את תחום הסביר
2. כשאין זה מן הצדק לשלם פיצויים
3. התנאי התכנוני שמופיע בס"ק 1-11 - אם הקרקע נפגעה ע"י הוראה בתוכנית שכוללת את ההוראות שנמצאות בס"ק האלה

מתי מפעילים את ס' 200 ומה היחס בינו לבין 197?

197 ⟵⟶ 200

השופט מלץ ב"פרי הארץ"

- יש להעניק פיצוי

כברירת מחדל על גריעות תכנוניות חייב להיות פיצוי מכוח ס' 197 וס' 200 הוא החריג לכלל.

- שיקולים נורמטיביים: יעילות וצדק חלוקתי

(השיקולים שמנחים את דיני הנטילה השלטונית)

כדי שרשויות מקומיות יתנהלו ביעילות הן חייבות לפצות, הן חייבות לדעת שאם הן פוגעות בקרקע גם בדרך של גריעה תכנונית יש חובה לפצות אנשים, וזה גם יעיל מבחינה כלכלית כי אז הן חושבות פעמיים אם הגריעה התכנונית הזו מוצדקת או לא. וגם שיקולים של צדק חלוקתי מנחים אותם, כי לא ראוי שאנשים בודדים ישאו בכל העלויות לטובת תועלת הכלל.

השופט מלץ אמר שהמבחן המרכזי לפיצוי הוא **מבחן ירידת ערך המקרקעין**, האם ערך המקרקעין שירד הוא זניח או לא, עד כמה ירידת הערך סבירה או לא סבירה. אם הפגיעה היא לא זניחה ומדובר בירידת ערך גבוהה חייבים להעניק פיצוי.

דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, רעננה נ' הורוויץ

פסיקה מאוחרת יותר שבאה והאירה את הקריטריונים שמעבים יותר את המבחנים שמלץ קבע. נותנים כאן כלים קצת יותר טובים להכריע האם יש ירידת ערך שמזכה בפיצוי ומה זה זניח לעומת לא זניח, אמת מידה ברורה יותר.

השופט אור בפסק הדין אומר שהמבחן מורכב מ-3 מבחנים משנה:

יש מבחן לקביעת מידת הסבירות =

שיעור ירידת הערך

\+

מידת פיזור הנזק

\+

קיומו של אינטרס ציבורי חיוני

כמה ירידת ערך הייתה ביחס לנכס המקרקעין, האם יש עוד בעלי קרקעות שנושאים בירידת הערך או שמא רק אדם אחד שנושא בו (שאז הפגיעה בו היא יותר קשה), ומה האינטרס הציבורי החיוני בגריעה התכנונית והאם עוצמתו רבה וחשובה או שמא חלשה יותר.

שלושת השיקולים האלה צריכים להילקח בחשבון כשמחליטים האם ירידת הערך סבירה ולא מזכה בפיצוי או שמא לא סבירה ומזכה בפיצוי.

סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה

לשון ס' 197 אומרת שהזכאות לפיצוי היא כאשר "...מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית **או גובלים עמו**,..."

מה הכוונה בגובלים עמו?

פסק דין **עע"מ 2774/01** שרגא ויטנר נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה "שרונים"

"לסיכום, ככלל מקרקעין ייחשבו כמקרקעין הגובלים בתחומה של תוכנית לצורך תביעת פיצויים לפי סעיף 197, באשר המקרקעין משוקים פיזית ל"קו הכחול" של התכנית כפי שסומנה על גבי תשריט התכנית. יחד עם זאת, כאשר ההשקה בין התכנית למקרקעין מופרעת על ידי **שטח פתוח צר או על ידי כביש שכונתי צר**, לא יהא בכך כדי לשלול את מעמדם של המקרקעין כ"מקרקעין גובלים" בתכנית. "תחום התכנית" הוא המקום בו מסומן "הקו הכחול" על גבי תשריט התכנית ואין לקבוע גבולות אחרים לתכנית לצורך תביעת פיצויים על פי סעיף 197".

ההבנה כאן ב**ויטנר** השתנתה. בעבר, 'גובלים עמו' זה היה קרקע שממש גובלת עם התוכנית. כל מה שגובל בגוש או החלקה, מה שמשיק לקו הכחול (הקו של התוכנית) נמצא בגבולות הפיצוי. ויטנר בא ומחדש ומרחיב את זה - ואומר שגם אם אין השקה מיידית בין התוכנית למקרקעין, יש איזשהו שטח פתוח צר או כביש שכונתי צר, עדיין נתייחס למקרקעין מעבר לשטח הפתוח או הכביש הצר כלאלה שגובלים עם התוכנית.

האם ומתי חלה התיישנות בתביעת פיצויי הפקעה?

ע"א 5964/03 עיזבון המנוח אדוארד ארידור ז"ל נ' עיריית פתח-תקוה, ס (4) 437 (16.02.2006)

בשנת 1962 הפקיעה עיריית פ"ת קרקעות שהיו מצויות בתחומה.

כעבור ארבעים שנה, בשנת 2002, הוגשה תביעה מטעם עיזבונו של יורשם של הנפקעים לקבלת פיצויי הפקעה.

העירייה טענה כי יש לסלק את התובענה על הסף הן מחמת התיישנות הן מחמת שיהוי.

בית המשפט המחוזי דחה את התביעה על הסף **מחמת התיישנות**. נקבע כי הוראות חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958 חלות על תביעה לפיצויים, וכי על פי הוראות החוק חלפה תקופת ההתיישנות.

העיקרון המוסכם: חוק ההתיישנות חל על הפקעות

המחלוקת בפסק הדין:
סעיף 6 לחוק ההתיישנות, הקובע כי "תקופת ההתיישנות מתחילה ביום שבו נולדה עילת התובענה"

השאלה הפרשנית שעולה לדיון היא מתי נולדת עילת התובענה בגין הפקעה.

- גרוניס: העילה נולדת כשהרשות תופסת חזקה במקרקעין

כשהיא ממש תופסת את החזקה ולוקחת את הקרקע, גם אם היא עדיין לא בונה כלום ולא מממשת עדיין את מטרת ההפקעה. מהרגע שהיא מפנה את הבעלים סופרים את שבע השנים. **זו גם הגישה שנקבעה להלכה**.

- חשין: העילה נולדת כשהרשות מסרבת לשלם פיצוי

חשין בא לטובת הבעלים ואומר שצריך להיזהר מלהגיע למצב שאין לבעלים פיצוי בגלל התיישנות. אם הייתה הפקעה בשנות ה-60 למשל, והרשות התעלמה מהצורך לפצות אותך והבעלים לא פנה הרבה זמן, העילה

עדיין לא נולדה. לפי הגישה שלו יכולות עקרונית לעבור גם 100 שנים בין ההפקעה לתביעת הפיצויים. כל עוד הרשות לא מסרבת לשלם פיצויים, העילה לא נולדה. מאוד בא לקראת הבעלים, אפילו באופן קיצוני.

- ארבל: העילה נולדת כשמומשה המטרה הציבורית

מאמצת גישת ביניים. לא בשלב תפיסת החזקה, שזה לדעתה שלב מוקדם מדי, ולא בזמן שהרשות מסרבת לשלם פיצויים, שזה יכול להיות שלב מאוד מאוחר, אלא כאשר הרשות מממשת את הצורך הציבורי ולמשל בונה את ביה"ס, רק אז נולדת עילת התובענה. כשנעשה מימוש של המטרה הציבורית. אין טעם לשלם פיצויי הפקעה לפני כן, כי אולי הרשות אחרי שתתפוס את הקרקע תתחרט ותחליט לא לממש את המטרה הציבורית, ואז נצטרך לקחת חזרה את הפיצוי ולבטל את ההפקעה. עדיף לחכות למועד מימוש המטרה. הבעיה היא שלפעמים בשביל הבעלים זה יכול להיות שלב מאוד מאוחר עד שמממשים את המטרה.

להלכה נקבע שעילת התובענה לפי חוק ההתיישנות בתביעה על פיצויי הפקעה נולדת כאשר הרשות תופסת לך את המקרקעין ולוקחת אותם מבחינה קניינית, ומשנה את הרישום במרשם. מהרגע הזה יש לך 7 שנים.

ע"א 1595/06 **עיזבון המנוח אדוארד ארידור ז"ל נ' עיריית פתח-תקוה**, (התקבל ביום 21.3.213)

עילת התביעה בגין פיצויי הפקעה לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, נולדת, לכל המאוחר, במועד בו תפסה הרשות חזקה במקרקעין.

ההלכה תיכנס לתוקף בעוד שלוש שנים מיום קבלת פסק הדין בדנ"א. משמע, ההלכה לא תחול על תובענות לפיצויי הפקעה התלויות ועומדות לעת הזו ושטרם ניתן בהן פסק דין חלוט. כמו כן, ההלכה לא תחול אף לגבי תובענות שתוגשנה בשלוש השנים הבאות.

פסק הדין הזה ניתן ב-2013 וההלכה נכנסה לתוקף 3 שנים מיום מתן פסק הדין. היא לא חלה על תובענות שהיו תלויות ועומדות שלא ניתן בהן פסק דין ולא על תובענות הוגשו בפרק הזמן שבין מרץ 2013 עד מרץ 2016. אבל היום היא חלה וזו ההלכה.

המשך שיעור 26 - 14.1.22

דגשים והבהרות - הפקעות וגריעות תכנוניות

- ★ להבחין בין החוקים ובין הפקעות לגריעות תכנוניות. למשל עניין שני השלבים רלוונטי רק להפקעות לפי חוק התכנון והבנייה.
- ★ לדעת שהמגמה באופן עקרוני היא לתת פיצוי מלא, והפחתות כמעט ולא נעשות.
- ★ להכיר את המסלולים השונים בחוקים השונים, את הדרישות והבחינה של מידתיות, וכל עניין הפיצוי, על איזה רכיבים מפצים ועל איזה לא...

הרצאות אורח

23.12.21 - הרצאת אורח - עו"ד שלומי הייזלר (שיעור 21)

עו"ד שלומי הייזלר - ראש מטה התכנון הלאומי של מדינת ישראל, ממלא מספר תפקידים חשובים: יו"ר המועצה הארצית לתכנון ובנייה, ראש הותמ"ל (הוועדה הארצית לתכנון ובנייה של מתחמים מועדפים לדיור), יו"ר הות"ל (הוועדה לתשתיות לאומיות). כיהן גם כראש הרשות לרישום והסדר זכויות מקרקעין במשרד המשפטים, כיור ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ובנייה, היה חבר בוועדה לתשתיות לאומיות, וכו'.

מהו מטה התכנון הלאומי?

- החלטת ממשלה 34 מיום 31.05.2020 - הקמת מטה התכנון
- גוף אסטרטגי בתחום התכנון, שתפקידו לגבש את מדיניות התכנון הלאומית - ברמה הארצית והמחוזית
- יו"ר מטה התכנון הלאומי מכהן כיו"ר ועדות התכנון הארצית וממונה על הועדות המחוזיות

מטה התכנון הלאומי הוקם מכוח החלטת ממשלה מ31.5.20. כבר בממשלות הקודמות וכשכחלון היה שר האוצר התחיל משבר דיור גדול - המחאה החברתית, והחליטו בממשלה שכל גופי התכנון, האוצר והשיכון (וכל מה שקשור למטה הדיור בישראל) יהיו תחת שר האוצר. מנהל התכנון ורמ"י עברו למשרד האוצר, ונוצר גוף שאמור היה לאחד את כל הנושא הזה ביחד וייקרא "מטה הדיור הלאומי". היה בזה יתרון עצום וזה היה אירוע דרמטי מבחינת יכולות המדינה לטפל בדברים. כשהתפרקו הממשלות - עם ההסכמים הקואליציוניים התפרק גם מטה הדיור. רמ"י חזרו למשרד השיכון, מנהל התכנון חזר למשרד הפנים, והאוצר נשאר עם התפקידים הרגילים שלו וזה יצר **קושי** - כאנחנו מתכננים עיר או דיור, אנחנו צריכים לשלב את נושא התחבורה, את הצרכים שהעיר צריכה, מימון מבני ציבור, כבישים, תעסוקה, מתקני טיהור שפכים וכו'. אין לראש העיר כסף לספוג את האירוע הזה, ולכן אם המדינה באמת רוצה לקדם את נושא הדיור ובכלל ראייה ארוכת טווח - חייב להיות גוף שיתכלל את כל הנושאים האלה – הוא גם קובע את המדיניות וגם אחראי על הביצוע.

לכן כאשר הבינו שמצד אחד מפצלים שוב את היחידות האלה ל-3 הקימו בהחלטת ממשלה את **מטה התכנון**, זה נקבע בהחלטת ממשלה והוא גוף אסטרטגי בתחום התכנון שתפקידו לגבש את מדיניות התכנון הלאומית ברמה הארצית והמחוזית. כדי שיהיו לזה גם שיניים ולא רק אמירה בעל-מה, נקבע שיו"ר מטה התכנון הלאומי (שיעמוד בראש היחידה הזאת) יכהן כיו"ר ועדות התכנון הארציות לתכנון ובנייה, יהיה אחראי על כל הועדות המחוזיות וועדות הערר המחוזיות, וכמובן כל גופי המשנה של המועצה הארצית - הועדה לתשתיות לאומיות, ותמ"ל.

<u>מטרת המטה - תיאום פעולות גורמי התכנון מטעם שר הפנים</u>

1. מטה התכנון הלאומי הינו גוף מתכלל המהווה מוטת שליטה בתחום התכנון הלאומי על כלל היבטיו.
2. ניהול מנגנוני המערכת ברמה הארצית והמחוזית כאשר ראש מטה התכנון ישמש כגורם מוביל של המערכת כולה בצורה רוחבית.
3. קידום מדיניות התכנון תוך הפחתת רגולציה וייעול עבודת התכנון.

מטה התכנון הלאומי הוא כאמור גוף מתכלל - גוף שצריך להיות עם מידת השליטה הכי גדולה בתחום התכנון הלאומי ולנהל את המערכת מלמטה למעלה ומלמעלה למטה, תכלול שלם של כל הנושא וקידום מדיניות תכנון בהתאם למדיניות הממשלה. <u>תכנון הוא כלי ליישום מדיניות</u>. למשל האם לתכנן ישובים בנגב או בגולן - זה אירוע שכל כולו מדיניות בסופו של דבר. האם אנחנו חושבים שזה נכון להקים יישובים נוספים או שדווקא צריך לצופף את הערים? וכו'. אלה נושאי מדיניות שהממשלה צריכה לקבל על עצמה. לכן הנושא הזה אמור להיות בתוך מטה התכנון הלאומי. כמו כל דבר במדינת ישראל מוטל עליהם גם לצמצם רגולציה, בירוקרטיה: אנחנו יודעים שהיום לתכנן לוקח שנים במדינת ישראל, 5-8 שנים לתוכנית ועוד 2-3 שנים להיתר, אלה הליכים מאוד ארוכים ולפעמים עד שמגיעים לתוכנית היא גם כבר רלוונטית כי הכל השתנה וכו'.

<u>מוסדות התכנון הנמצאים באחריות המטה - ההיררכיה התכנונית</u>

- הועדה לתשתיות לאומית - אחראית על כל נושא התשתיות: הכבישים והרכבות, כל מתקני הגז, שדה התעופה, מחנות צה"ל)
- ותמ"ל - הוועדה שהוקמה כדי לטפל במהירות במתחמים מועדפים לדיור
- ועדות מרחביות - יש מקומות בהם לוקחים 3 ועדות מקומיות קטנות ונותנים להם ועדה מרחבית אחת שהיא האחראית על התכנון
- ועדות ערר מחוזית - מטפלות בעררים על היתרים ותוכניות שבסמכות הועדה המקומית.

במדינת ישראל חוק התכנון והבנייה הוא חוק שבא עוד מהתקופה המנדטורית וזה חוק שמאוד מקובל בעולם. הוא מאוד בירוקרטי וארוך, והוא קובע בעצם **היררכיה תכנונית**:

1. בראש ההיררכיה התכנונית יש את <u>המועצה הארצית לתכנון ובנייה</u> - המועצה מורכבת מהשרים עצמם או נציגיהם הבכירים (למשל הייזלר יושב מטעם שרת הפנים כיו"ר המועצה). הרכב המועצה הארצית נקבע בס' 2 לחוק התכנון והבנייה והוא האחראי על המדיניות הכללית. המועצה קובעת תכניות ברמה הארצית, כמו תמ"א לדרכים וכו'. תמ"א 38 ה"מפורסמת" - מה שקשור להתחדשות עירונית והחיזוק, אבל זו דווקא אחת התמ"אות הכי קטנות שיש. יש תמ"א לדרכים, תמ"א לשמורות טבע, תמ"א לימים, לכל דבר שהוא ברמה הארצית יש תמ"א, והכי משמעותית מהן כרגע - תמ"א 35 שקובעת את ה"כתמים" של פיתוחי הקרקע, איפה יהיו ערים, איפה יהיה שטח פתוח, איפה תהיה תעשייה וכו'. ברמה מאוד מלמעלה, היא קובעת איזורים שבהם זה מתוכנן.

2. <u>תוכניות מתאר מחוזיות</u> (הועדה המחוזית לתכנון ובנייה) - בתמ"א (בתוכנית הארצית) נקבעו פוליגונים ושטחים ואיזה תכנון אמור להיות, ואז במחוז מתחילים לתכנן את זה ברמה יותר מפורטת. כלומר איפה העיר נמצאת, איפה שמים איזורי תעסוקה, איפה שמים שטחים פתוחים. זה ברמה יותר מפורטת, יורד drill down בתוך המחוז. יש לה כוח עצום לקבוע למשל כמה זכויות בנייה יהיו במקום מסוים, איפה בכלל לשים את הבנייה וכו'.

3. <u>תוכניות מתאר מקומיות/כוללניות/מפורטות</u> - הם לוקחים מתחם מאוד ספציפי, הרשות המקומית היא זו שמתכננת את האירוע הזה. זה עובד כך: בתוכנית המתאר הארצית נקבע שאיזור מסוים הוא שטח מיושב, במחוזית נקבע שיהיה שם שטח מגורים בתוך עיר, והתוכנית המקומית קובעת כמה בניינים יהיו שם, איפה יעברו הכבישים הפנימיים וכו'.

מי מאשר את התוכניות במדרג?

תוכנית מתאר מקומית - מכינה הועדה המקומית, מאשרת הוועדה המחוזית.

תוכנית מתאר מחוזית - מכין המחוז, מאשר המוסד הארצי/המועצה הארצית לתכנון ובנייה.

תוכנית מתאר ארצית - מכינה המועצה הארצית לתכנון לבנייה, מאשרת הממשלה, היא חובשת כובע של מוסד תכנוני באותו רגע והיא אמורה לאשר את התוכנית הארצית. מה שמסביר את מה שאמרנו קודם, שבסוף תוכנית היא כלי להגשמת מדיניות, ולכן כשאנחנו מדברים על תוכנית מתאר ארצית שקובעת מדיניות תכנון - מי שבסופו של דבר צריך לאשר את זה זה הממשלה.

כפי שאמרנו קודם - זה הולך תמיד מלמעלה ללמטה (בהיררכיה), ומלמטה ללמעלה (באישורים).

4. <u>ותמ"ל</u>- ועדה שלכאורה עוסקת בדבר מאוד נקודתי, כי היא עוסקת במתחם ספציפי למגורים בתוך עיר או ליד עיר. למשל אם רוצים להרחיב את קרית גת ב-3,000 יחידות דיור, או להקים התחדשות עירונית של 1,500 יחידות דיור בבית שמש. לכאורה, תוכנית כזאת אמורה להיות נידונה או בוועדה המקומית או במחוזית - כי זו תוכנית קטנה, למקום ונושא מסוים. הותמ"ל - קחו וועדה שהיא במעמד כמעט שווה למעמד של ועדה ארצית, יושבים שם אותם נציגים של המועצה הארצית לתכנון ובנייה, היא ברמה של הועדה הארצית, והיא דנה במתחמים קטנים. לכאורה זה ממש נוגד את דיני התכנון והבנייה המקובלים וההיררכיה התכנונית, מה פתאום ועדה ארצית מתחילה לדון בנושא שהוא ספציפי למתחם מסוים? ובכל זאת הכנסת החליטה בחוק לחוקק את **חוק הותמ"ל** וכן לקבוע ועדה מיוחדת כזו, מהסיבה הפשוטה שאנחנו מבינים שיש לנו מצוקת דיור ושצריך לתת למשק הרבה מאוד דירות בטווח קצר, לכן המדינה החליטה להקים ועדה מיוחדת בעלת סמכויות מאוד רחבות, כדי שנוכל לתכנון כמה שיותר מהר דירות למגורים.

<u>מה הסמכויות הרחבות</u>?
אם יש תוכנית שהיא בסמכות ועדה מקומית, כפי שאמרנו כדי לאשר אותה צריך קודם כל את אישור הועדה המחוזית. אבל נניח שהתוכנית המחוזית שיושבת על אותו איזור קבעה איזשהו קו שתחם את העיר, ומטר מימין לקו הזה יש שטח שהוגדר כרגע בתוכנית המחוזית כשטח פתוח. עכשיו במצוקת העיתים צריכים להרחיב את העיר הזאת עוד קילומטר מעבר לאותו קו, וצריך להשתמש באותו שטח פתוח. כלומר יש איזור שאנחנו מבינים שהוא צריך להיות למגורים כי אין ברירה, וצריכים להגיש תוכנית. "דרך המלך" הייתה להגיש אותה לוועדה המחוזית כדי שתאשר את הבנייה הזאת, זו בנייה למגורים, לא משהו דרמטי. אבל אמרנו קודם שכדי לאשר סטייה מתוכנית מתאר מקומית - המחוזית צריכה לאשר את זה. אנחנו נצטרך כאן סטייה של התוכנית המחוזית, "סטייה מתמ"מ" (=סטייה מתוכנית מתאר מחוזית). ובשביל לעשות סטייה כזאת צריך לפנות למועצה הארצית. יוצא שכדי לאשר 1,500 או 3,000 יחידות דיור בשטח פתוח לא מעט פעמים צריך לעשות 3-5 הליכים. לכן המדינה הציעה כפתרון לקחת גוף שיש לו את הכוחות של המועצה הארצית והוא יכול כבר בהחלטה הראשונה שלו לאשר את זה ולחסוך לנו את ההליכים - שזה הרעיון של ה**ותמ"ל**. היו ויש עדיין לא מעט ביקורות כנגדה. הטענה העיקרית היא שזו עקיפה של הליכי התכנון והבנייה שקבועים בחוק, שזה מתן כוח בלתי מוגבל לוועדה, שזה פוגע בשטחים פתוחים יותר מדי, שבעצם ניתן כאן מעין צ'ק פתוח לעשות מה שרוצים. הדיון הזה היה מאוד קשה בכנסת, גופים ירוקים והגנת הסביבה התנגדו מאוד לתיקון הזה - כי מבחינתם מדובר באירוע של עקיפה של הליכי התכנון ובעיקר מניעת חסמים ודיונים בכל ועדה מחדש ומתן ההזדמנות לכל אחד להתנגד בהם. אפשר להתווכח על זה, אבל לדעת הייזלר האיזון שנקבע בחוק הותמ"ל הוא איזון ראוי בסה"כ. זאת הסיבה גם שהיו צריכים לקבוע את זה בחוק - כי יש כאן סטייה מעקרונות התכנון והבנייה שנקבעו בחוק התכנון והבנייה.

חוק הותמ"ל
קבע איזונים ובלמים.
הוקמה ועדה וניתנו לה סמכויות כפי שהתבקשו. ונקבע כך:

1. הוגבלו מספר המתחמים שניתן להביא בפי הותמ"ל בשנה כשמדובר על קרקע בשטח פתוח להרבה דירות. הותמ"ל חילק את עצמו ל-3 מסלולים:
   I. מסלול התחדשות עירונית - שזה בתוך ערים ושם אין הגבלה
   II. מסלול מיעוטים ביישובי מיעוטים - גם שם אין הגבלה וזה בתוך הישוב
   III. מתחמים גדולים על שטח פתוח - מותר לותמ"ל לדון רק ב-18 מתחמים בשנת 2022, אח"כ זה יעלה ל-20 מתחמים ב-2023 וכו' (זה לא לפי השנה הקלנדרית אלא החל מרגע תחולת החוק)

יש כאן בעצם את ההגבלה שמונעת את ה"צ'ק הפתוח". אמירה של תבחרו בקפידה את המתחמים שאתם רוצים להכניס לותמ"ל, כי יש לכם מעט מאוד.

2. אנחנו לא יכולים לקחת בבת אחת יותר מ30% משטח חקלאי פתוח - כל הכרזה יכולים לגעת עד 30% משטח חקלאי. זה גם כן כדי לומר "אל תתפרעו יותר מדי", תביאו תוכניות שהן ישימות ולא לתכנן המון דירות שבסוף אי אפשר יהיה לבנות אותן.
- נקבעו עוד דברים אך לא נרחיב.

זו תוכנית הותמ"ל וזה אמור לתת לנו המון יחידות דיור בשנים הקרובות.

<u>אתגרי המדינה</u>

- **דיור** - יעדי 2040 - 2.6 מיליון יחידות דיור (13 מ' לנפש)

עד 2040 - אנחנו הולכים להיות כ-13 מיליון נפש במדינת ישראל, וצפי התכנון שאנחנו צריכים לדירות הוא 2.6 מיליון יחידות דיור נוספות. זה צפי שהוא בלתי נתפס מבחינה תכנונית. היום בשנה טובה נבנות 100,000 יחידות דיור. בתכנית האסטרטגית שרק לפני כמה שנים אושרה במועצה הארצית קבעה שאנחנו צריכים לתכנן 104,000 יחידות דיור בשנה. גם אם להכפיל את זה אנחנו רחוקים מהיעדים של 2.6, וגם ב104,000 לא עומדים כרגע, בין היתר כי היו שנתיים קשות בלי ממשלה יציבה ומתפקדת, כל עולם התכנון וכל משרדי הממשלה לא הצליחו לתפקד כמו שצריך.

- **תחבורה**

זה נפלא שרוצים לתכנן כ"כ הרבה יחידות דיור, אבל אם לא נדאג להם לפתרונות תחבורה זה לא עזר שתכננו כ"כ הרבה יחידות דיור. הכבישים שלנו סתומים, רכבות - פתרון מצוין, אבל גם כל עיר כמעט שבתחומה נרצה להקים רכבת לא תאהב את זה או תרצה אותה רחוקה.

- **אנרגיה**

אחד התחומים שמתעסקים בו לא מעט. בגוש דן, לפי מה שקורה היום יש סיכוי לא רע שתיכף נגמר החשמל בגוש דן. אין מספיק חשמל היום לגוש דן. מדברים על כך שתהיה אנרגיה מתחדשת והגירה וכו', אבל כרגע אין, ועד שתהיה אנרגיה מתחדשת זה ייקח זמן. לכן כרגע די ברור שצריך להוסיף תחנת כוח. מדיניות של תחנות כוח - איפה נשים תחנת כוח? זה אחד האירועים הכי בעייתיים שיש. כולם אומרים "נשים בנגב", יש שם שטחים וכו', מתקני אנרגיה וכל שריפת האשפה וכו' בנגב. אז ראשית כל, אולי אנחנו כמדינה צריכים להגיד שבמקום להפוך את הנגב ל"פח הזבל של מדינת ישראל" נתחיל להפריח אותו. ושנית, ברמה הפרקטית - מה המשמעות של לעשות מתקן אנרגיה בנגב? צריך הרי להביא את החשמל שיצרנו במתקן האנרגיה לתל אביב כי שם חסר החשמל. אז אומרים תתחבר ל"קווי 400", לתשתיות שיש היום, אבל הן כמו כביש - בשעות שיא הן פקק אחד גדול של חשמל, אי אפשר להכניס עוד. אז צריך לבנות תשתיות חדשות. וזה גם סיפור כלכלי וגם סיפור של איכות הסביבה אם יעברו קווי חשמל ענקיים על כל מדינת ישראל מהנגב בשביל להביא חשמל לת"א. זה אחד הקונפליקטים הכי גדולים שיש היום, האם להקים תחנת כוח באיזור שבו צריך את החשמל על אף שברור לנו שזה בתוך שטח מבונה ונושק לבתי מגורים על כל המשתמע מכך, או לקחת את האירוע של הולכת החשמל הזה מהנגב לאיזורי הביקוש שזה גם מילארדים רבים וגם בזבוז גדול של אנרגיה בדרך וגם עניין של איכות סביבה של כל מי שזה עובר עליו בדרך.

- **תעסוקה**

חייבים שטחי תעסוקה לכל אנשים האלה שיגורו בעיר, אנחנו לא רוצים שהם יסעו רחוק כי אז שוב חוזרים לבעיה של תחבורה, שוב הכל יתנקז בת"א שהיום אי אפשר כמעט להיכנס אליה כבר.

- **שטחי ציבור**

בנינו שלושה בניינים שכל אחד הוא כמעט יישוב, שיש בהם מאות משפחות. אבל מה עם בתי ספר, גנים, טיפת חלב, מרפאה, וכו' בשביל האנשים האלה?

- **שטחים פתוחים**

חייבים גם שטח פתוח, לא יכולים לגור רק בקוביות בטון, זה לא בריא.

- **התחדשות עירונית - רעידות אדמה**

← איזון בין זכויות - מהן הזכויות?
מדובר גם על תמ"א 38 וגם על תוכניות של התחדשות עירונית. לכאורה זה הדבר הכי משמח. אחת הבעיות הכי קשות שיש לנו זה איזונים בין זכויות בהתחדשות עירונית. למה? כי כולם מבינים שצריך התחדשות עירונית, גם בשביל הדיור - לוקחים בית שהוא בין 6-10 דירות והופכים אותו למגדל של 40 דירות, אבל זה גם מחזק את הבניין בין היתר מרעידת אדמה, ממלחמות (ממ"דים). אבל הבעיה הכי גדולה היא שלא מדובר בשטח פתוח ובנייה מאפס. בהתחדשות עירונית אתה לוקח למישהו את הזכויות שלו ואומר לו שממחר בבוקר הזכות שלו היא שונה, בין אם פחות טובה או יותר טובה, זה עניין של השקפה (אחד יאמר שגם אם תתן לו דירה פי 2 הוא יעדיף את הדירה הקטנה שלו, והשני בדיוק הפוך). אבל זה לא משנה, כי יש לבן אדם זכות בעלות על הקרקע והדירה שלו ואנחנו מחליטים לקחת אותה ולעשות ממנה משהו אחר. זאת תחרות אדירה גם במהות וגם בפרוצדורה.

היום חוק המקרקעין (חיזוק מפני רעידות אדמה) קובע שלשם הריסה ותמ"א 38 צריך רוב של 80% מבעלי הזכויות שיתנו הסכמה לכך, שמצב אחד זה המון, ולא קל להשיג. אבל מצד שני ניתן לומר שזה פגיעה ב-20% בזכויות הקניין שלהם. מעבר לזה, הפרוצדורה- מדינת ישראל היום מאדירה מאוד את הזכות הקניין ותופסת אותה כזכות יסוד ומאוד משמעותית. גם הפרוצדורה, שהיא תמיד תולדה של המהות, מאדירה את זכות הקניין. אם למשל ניקח את חוק החיזוק של תמ"א 38 - זה שצריך רוב של 80% לא אומר שברגע שיש רוב כזה למחרת אפשר להתחיל לבנות, אלא עדיין יש הליך בפני המפקח של רישום המקרקעין שיאפשר את הביצוע של התהליך למרות ההתנגדות של היתרה. כלומר אם אין 80% אתה בכלל לא נכנס לשער, ואם יש לך- אתה רק פותח את הדלת ואתה רק בתחילת ההליך. מבחינת תפיסת העולם הקיימת היום, זכות הקניין היא זכות מקודשת. בתיקון של חוק ההסדרים האחרון, פעם היה כמעט אותו דבר גם לגבי כל הקשור להתחדשות עירונית ופינוי בינוי.

ההבדל בין פינוי בינוי לתמ"א 38 - בגדול תמ"א 38 מדברת על בניין בודד והתחדשות עירונית על מתחם. בחוק ההסדרים האחרון בא המחוקק ואמר שלגבי תוכנית של פינוי בינוי הוא מוריד את הרוב, משנים מגמה ומורידים את הרוב מ-80% ל-67%. הוא לא עשה את זה בתמ"א 38.
<u>למה</u>?
קודם כל, כתפיסת עולם המחוקק הבין שאין לו ברירה, הוא חייב להתחיל להבין שיש כאן בעיה, אי אפשר יותר להסתכל על זה כזכות מקודשת. בנוסף, עד היום הבנו שמדובר בתחרות בין זכות קניין של אדם פרטי לבין זכות התכנון והבנייה, זכות היזמות, הצורך בקידום מדינת ישראל בנושא הבנייה. משהו בתפיסה הזאת השתנה ולדעת הייזלר דווקא בעניין הזה יש צדק. כשאני ועוד מישהו גרים בתוך בית משותף, אני לא רוצה לעשות התחדשות עירונית והשכן שלי כן רוצה. הוא רוצה כי הוא מבין שהבית שלו מסוכן, שהוא קטן, שזה מסוכן שאין לו ממ"ד ושרעידת אדמה יכולה להפוך לו את הבית וכו', וכל זה בא מעולם של הגנה על זכות הקניין שלו. מדובר בתחרות לא בין יזמות לקניין, אלא בין קניין לקניין. מעבר לזה, כשמדברים על התחדשות עירונית ועל הפיכה של בניין של 50 יחידות דיור ל-200 יחידיות דיור או מתחם של 200 יחידות דיור ל-5000 יח' דיור, בעצם אומרים שהקרקע שהיא של כולנו וששייכת ל-50 איש תהיה עכשיו של 1500 איש. כלומר האיזון כאן הוא לא בין קניין ליזמות אלא בין קניין פרטי קונקרטי לקניין ציבורי, וכנגזרת גם לקניין פרטי, כי בסוף הקרקע הזאת היא של כולנו ולא של מישהו ספציפי.
אז למה עשו את זה רק בפינוי בינוי ולא בתמ"א 38?
קודם כל - יתכן שגם בתיקון לתמ"א 38 ישוו גם את הרוב בה.

<u>הגדרת התוכניות</u>

- **תמ"א 38** - תכנית מתאר ארצית שקבעה המועצה הארצית, שקובעת שבכל בניין שנבנה לפי 1980/1981 שהוא בעצם בניין שלא מחוזק מפני רעידות אדמה יהיה אפשר לחזק אותו באמצעות קומת ממ"דים או להרוס אותו ולבנות מחדש כי אז מגדילים את זכויות הבנייה ובונים עוד 2 קומות, ברוב שנדרש לפי כל פעולה ופעולה. תוכנית המתאר הארצית קבעה את התכנון, וחוק המקרקעין שהשלים את התוכנית קבע את הרוב הדרוש כדי ליישם את התכנון. הרעיון היה שמבינים שלתושבים עצמם אין להם את הכסף והאמצעים כדי לחזק את המבנה. אז אמרו שנעשה שותפות בין יזמים לבין בעלי הזכויות בניין. הרשות/המדינה תאפשר ליזם עוד זכויות בניה, למשל אם היה מותר כאן 3 קומות עכשיו יהיה מותר 5 קומות, היזם יקבל את הזכויות ב-2 הקומות הנוספות והוא ימכור אותן וירוויח מזה כסף, אבל ירוויח מזה גם הרבה יותר כדי לחזק את הדירות של יתר הדיירים. בסוף הדיירים מקבלים דירה מחוזקת, לפעמים אף גדולה יותר, וכך כולם יוצאים נשכרים. זו תמ"א שמכוחה ניתן להוציא היתר בנייה ולבנות את אותו בניין שהופך להיות עכשיו מחוזק. יש כמה דרכים - חיזור באמצעות בניית ממ"דים ותוספות לצד הבניין בלי להרוס אותו, ויש דרך של הריסת הבניין ובנייתו מחדש. הכל ממומן ע"י זכויות בנייה עודפות שמקבל היזם, כך הוא גם מצליח להיות רווחי עם הפרויקט הזה וגם לשפץ לדיירים את הבניין, הכל תלוי כמובן באיזור הביקוש. כלומר זו תמ"א מטפלת בבניין הבודד, אירוע נקודתי של בניין ועם זכויות מאוד מוגדרות.

- **תכנית "פינוי בינוי"** – לוקחים מתחם של בניינים, הורסים את כולם ובונים מחדש. בונים מחדש בתפיסה אורבנית טובה. כלומר עושים בנייה מרחבית. בגלל שלוקחים את כל השטח ומגלחים אותו ויכולים לבנות אותו מחדש, אז כבר בונים בצורה כזו שחלק מהבניינים יהיו גבוהים, חלק נמוכים, חלק עם דירות גדולות, חלק עם קטנות. משאירים במתחם הזה גם איזורים שיהיו לבי"ס, לפאב, למסעדה וכו', כי לוקחים איזור ואז ניתן לתכנן אותו כמו שצריך. פינוי בינוי זה התוכנית הכוללת של כל המתחם.

אם מחברים למה שאמרנו קודם - יש גם יותר סיבות למה להעדיף למה את זכות הקניין הציבורית על פני זכות הקניין הפרטית - כי לוקחים את המתחם ומתכננים אותו טוב מחדש.
בתמ"א 38 לוקחים את המבנה הבודד, ומתכננים רק אותו. אם לדמיין רחוב צפוף עם שביל צר בירושלים למשל, שאין בו כמעט חנייה או גני ילדים ופארקים וכו', ופתאום לוקחים בניין ועושים לו תמ"א 38 והופכים אותו מ-10 דיירים ל-200 דיירים. זה מעיף את הרחוב למקום אחר. פתאום מ-20 דיירים ברחוב יש 400 דיירים, ברחוב צר וחסר תשתיות. לכן הסיפור של תמ"א 38 נתקל בהרבה בעיות ולכן גם הרוב שם יותר משמעותי - כי השינוי שם באמת דרמטי לחיים של האנשים, במובן שהוא לא מתאים לסביבה.

<u>נושאים מרכזיים העומדים על הפרק</u>

1. חלופה לתמ"א 38 - הרחבה

אחד הדברים שעומדים על הפרק הוא ליצור חלופה חוקית לתמ"א 38 (ולא של תכנית מתאר). זה עבר קריאה ראשונה בינתיים. החלופה המוצעת עכשיו דומה מאוד לתכנית פינוי בינוי, היא קובעת שזה ייעשה בתוכנית ולא בהתייחסות למבנה בודד (עדיין יש התייחסות למבנה בודד אבל זו תוכנית עם ראיית טווח).

2. מטרו - תכנון קווים M1, M2, M3 - מרכז שוב?

התוכנית למטרו היא רק במרכז. זו אחת התוכניות הכי גרנדיוזיות במדינת ישראל. יש שני קווים שכבר אושרו בוועדות התכנון (שזה אומר שבפועל זה יקרה עוד 10 שנים בערך, כרגע רק אושרה התוכנית, אבל צריך גם תקציב, ולסלול וכו'). זה פרויקט שעובדים עליו מאוד קשה. זה טוב או לא טוב? יש על זה מחלוקת אדירה. זו כרגע מדיניות הממשלה - לעשות את המטרו כי מבינים שאין ברירה, חייבים אותו במדינת ישראל. אבל הוא בערך מרמלה או קצת דרומה ועד איפושהו ברעננה-הרצליה. מה עשינו בזה? שוב אמרנו ששמים את כל הכספים שלנו במרכז הארץ. אולי במקום זה צריך היינו צריכים לתכנן עיר ענקית בנגב או בגליל, או לקחת את עפולה למשל ולעשות שם מטרו? ושאלה נוספת - יש את המטרו שלקחו ושמו בת"א, האופציה השנייה היא

לקחת תשתיות טובות של תחבורה מהדרום למרכז. אבל גם בגישה הזאת יש יציאה מנקודת הנחה שמרכזי התעסוקה יהיו במרכז, למה לא לקחת את כל הכסף ולעשות תשתיות מצויינות בדרום, למה שיסעו? מטה התכנון אמור בסוף גם לתת את האמירה שלו בנושא, הוא צריך בין היתר לשבת עם הממשלה ועם השרים הרלוונטיים, ולומר מה האמירה שלו (למרות שהיא לא תמיד מתקבלת, הם בעיקר מבצעי המדיניות ולא הקובעים שלה).

3. עדכון תמ"א 35 - צפיפות (עירוני, כפרי, לוח 2)

הזכרנו שהתוכנית הכי משמעותית היום שבעצם מעצבת את התכנון בבניית ישראל זה תמ"א 35. היא מתייחסת למשל לאירוע שנקרא "<u>לוח 2</u>". כאמור, תמ"א 35 זו תוכנית המתאר הארצית של הגוף העליון שאושרה בממשלה שקובעת איך תיראה מדיניות התכנון בישראל בכל דבר. בין היתר, בתמ"א 35 יש טבלה שמצורפת אליה ומפרטת את כל היישובים הכפריים במדינת ישראל. היא קובעת את מספר היחידות המקסימליות שניתן להקים באותו יישוב ואי אפשר יותר מזה, אי אפשר לפרוץ אותה. למשל, בצפון בקיבוץ גונן אפשר 450 יחידות דיור ולא יותר. לכאורה לא הגיוני, כי יש שם יותר שטח ואיזורים וכו'. אז מה הרציונל? בערים יש מדיניות ציפוף, ושנייה מאיתנו יושב מושב מסוים שיש בו שטחים בלי סוף. אם תיתן להם לבנות עוד ועוד יחידות דיור כאלה על השטחים שלהם, כל החבר'ה שקצת מצליחים להסתדר בנתניה ועולים לרמה סוציו-אקונומית יותר גבוהה יעזבו באותה שניה וילכו לשכן שלה (המושב). ייצא שניצור בעצם ערים שהן ערים חלשות. כל מי שקצת יכול - ילך למקומות הפתוחים, ולכן ראש עיריית נתניה למשל אומרת לא לפתוח את לוח 2 כי גם ככה זה נזק שצריך לעצור. אי אפשר לומר שזה נטול היגיון, אבל צריך לאבחן בצורה מאוד מדויקת בין מקומות שבהם זה נכון לבין מקומות שבהם זה סוג אוכלוסייה שונה, מתי האינטרסים הלאומיים הם אחרים. כשיש למדינה אינטרס ליישב מקומות היא תיישב אותם. ולא דומה יישוב בפתחת ניצנה או בגולן או בעוטף עזה - למרכז הארץ. לכן צריכים לחשוב מחדש על המדיניות שלנו - איפה זה נכון ואיפה לא. יש גם שחולקים על זה: למשל ראש עיריית נתיבות אומר שגם הקמת ישוב חדש ליד נתיבות יגמור את העיר כי כל מי שיכול יעזור אותה ויעבור ליישוב החדש שיוקם, במיוחד אם מדיניות הציפוף בערים תהיה גבוהה ומדיניות הציפוף במרחב הכפרי תהיה נמוכה. ישארו כל ה"נכשלים" של העיר.

<u>לוח 2</u> - אירוע בתמ"א 35 שמצמצם את מספר היחידות בישובים כרגע נמצא בבחינה ותהיה על כך ככל הנראה עבודה משמעותית. <u>מרים</u> - שאפשר מבחינה אמפירית לבדוק את זה, אבל לא בטוח שזו טענה נכונה. למשל מבחינת תעסוקה - היא עדיין דוחפת את כולם למרכז הארץ. כלומר כלל לא בטוח שאנשים יסכימו לגור במקום מרווח ולא צפוף וכו' אם הוא באיזור כפרי ומרוחק מהמרכז.

4. 15 יישובים חדשים ברמת הגולן ובנגב (האם זה טוב?)

כאמור, יש מחלוקת גדולה האם כדאי בכלל להקים ישובים חדשים.

<u>טענות המתנגדים</u>:

1. חסרים שטחים פתוחים וכל הזמן אומרים לבנות מגדלים, לצופף בערים וכו'. אז איך פתאום יש לכם שטחים פתוחים לתת חופשי ליישוב שמתפרס על דונמים שלמים בסה"כ בשביל 200 משפחות?
2. פגיעה בערים (דיברנו קודם)
3. צריך הרי להגיע לישובים האלה. הולכים לעשות יישובים הרי לא ליד הערים. בתחילת האירוע של הקמת יישובים, מינהל התכנון (ובצדק מבחינתנו) כשהתבקש לעשות עבודה להקמת יישובים חדשים נתן ליד כל עיר/יישוב להקים יישוב נוסף צמוד, מה שנקרא "צמידות דופק". זה היה מבחינת מינהל התכנון הדבר הכי הגיוני לעשות, זה חוסך "בזבוז" של עוד כביש, נוח מבחינת תשתיות, אם מקימים איזור תעסוקה או תחנת רכבת זה יהיה לשניהם יחד וכו'. אבל בסופו של דבר הייזלר אומר שהוא ביקש קטגורית הקמה דווקא של 15 ערים שהן לאו דווקא בצמידות דופק. <u>ברמת הגולן</u> נבחרו שני פוליגונים - אחד באיזור של יונתן ואחד באיזור של שעל, שהם לא צמודים. האם זה טוב? תלוי מה מנסים להשיג. צריך לזכור שכשמקימים יישוב צריך לדאוג ל:
   - בשלב ראשון - חשמל, מים, תשתיות ניקוז, תחבורה מינימלית, ומבני ציבור - בלי זה אין יישוב.
   - בשלב שני - תעסוקה.

מכירים כבר שבלא מעט יישובים האנשים מוכנים לגור באיזורים שהם פחות מוסדרים מבחינת הדרך וכו' ורחוקים קצת מאיסורי התעסוקה ומוכנים לנסוע שעה וחצי משם. לכן צריכים להפריד בין הבסיס לבין הדברים הנוספים. את הבסיס חייבים לתת להם - שיהיו להם דרכים כי הם צריכים להגיע לעבודה, לבתי חולים וכו', אי אפשר לבודד אותם. צריך לתת להם קווי חשמל, ניקוז ועוד, שאלה תשתיות הכרחיות ומאוד יקרות. אבל דווקא אותה אוכלוסיה שמגיעה למקומות האלה מוכנה להגיע למקומות האלה וסומכת על המדינה שתספק להם את זה ושזה יגיע אליהם.

ההחלטה האסטרטגית שקיבלה מדינת ישראל היא שבמכלול האיזונים בין כמה השטח הזה נדרש כרגע ליישוב לבין כמה זה יעלה למדינה ובמה זה יפגע (הבסיס בלבד), אין ספק שהוא כן יעלה המון מאוד כסף וכן יפגע בשטח פתוח, למשל בסלילת כביש לישוב.

אבל בשטחים שאנחנו מדברים עליהם עכשיו שהם הנגב והגולן, ובמיוחד בנגב - השטח הזה חייב משילות. לא מדובר על נושא של מיעוטים יהודים וערבים, אלא על כך שכשיש שטח שאין עליו ישובים - ההפקרות חוגגת, לא משנה מצד מי. אם יש שטח שאין עליו כלום, אין עליו רשות מקומית או תשתית כלשהי, אין בו כבישים, אין בו משפחות נורמטיבית שהולכות לעבודה בבוקר וחוזרות בערב, ילדים, משטרה וחיים בכלל - זה שטח של הפקרות. מדינה לא יכולה להרשות לעצמה להיות בלי שליטה על שטחים כ"כ נרחבים בה. לכן במכלול השיקולים שהמדינה מחליטה עכשיו מה היא עושה עם האמצעים שלה והכסף שיש לה ומה היא עושה עם עולמות התכנון שלה, לגבי האינטרס הלאומי להקים ישובים על תא שטח שהוא כרגע בלי כלום - עמדת הממשלה הנוכחית היא שזה דבר <u>הכרחי וראשון במעלה</u> (יש דיונים על כך, אבל לכאורה עפ"י ההחלטה על הגולן, היישובים בנגב עוד לא הגיעו לממשלה). אסור להגיע למצב בו יש כ"כ הרבה איזורים מופקרים בלי יישובים. זה לא עניין פוליטי כלל, אלא במקום מיושב העסק מתחיל לפעול ומטבע הדברים המדינה נמצאת שם. כשאין את זה - יש הפקרות, פשיעה וכו'.

5. חוק הותמ"ל - מתחמים גדולים, התחדשות עירונית, מגזר

<u>רפורמות - תכנית הדיור</u>

הסבת תעסוקה למגורים - מה המשמעות?
רישוי - האמת זמן הרישוי - רישוי עצמי, מכוני רישוי, בניה ללא צורך בבקשה להיתר
מס רכישה דירה שניה - האם מועיל, ביטול לינאריות במס שבח

מיסוי - יש מחלוקת גדולה בתוכנית הדיור הממשלתית, קבעו שכל מי שיקנה מעכשיו ואילך דירה שנייה - מס הרכישה שלו יגדל. הייתה שאלה גדולה מה עדיף, האם עדיף לצמצם ביקושים? ואיך מצמצמים ביקושים - אומרים שמי שיקנה דירה שנייה ישלם יותר מס. או האם להיפך, לקבוע שמי שמוכר בשנתיים הקרובות דירה תהיה לו הקלה במס שבח. ניתן פטור ממס שבח, למדינה גם ככה יש הכנסות מהמכירות האלה בלי סוף, ובכך נשחרר דירות לשוק.

- **מס שבח** - על המוכר

אומרים לו שימכור מהר כי עוד שנה לא יהיה לו את פטור. הייזלר אומר שאפשר להציף את המשק במאות אלפי דירות אם יינתן פטור ממס שבח, אבל דעתו של לא התקבלה.

- **מס רכישה** - על הקונה

כשמעלים את מעלים מס שבח אומרים לך בעצם אל תקנה דירה נוספת, תשחרר לשוק.

<u>דברים שעלו בשאלות</u>

★ הפערים מתחילים להתגלות יותר ויותר וחייבים לטפל בזה וכרגע ארגז הכלים מוגבל. אבל כן יש ניסיון לעשות עבודה גם בנושא הזה ולחייב בכל מכרז אחוזים לא מבוטלים לדיור בר השגה (דב"י).

זה צעד מאוד יפה "לקראת" אבל רחוק מתשובה מלאה. זו מחוייבות בכל מכרז של רמ"י או של משרד השיכון, נותנים דיור להשכרה או לדיור בהישג יד כדי להקל על הפער בין האוכלוסיות. אבל למשל בגלילות - זה עדיין יהיה מאוד יקר כי מחירי הקרקע גבוהים מאוד.

★ פקיעת התמ"א - המועצה הארצית הכריזה על פקיע התמ"א, אבל היא אמרה שכל בקשה לתמ"א שתוגש עד אוקטובר 2022 עדיין יחולו עליה כללי התמ"א. כלומר מי שעדיין רוצה יכול עוד לעשות את זה (ויש אפשרות במקרים מסוימים להאריך אותה עד אוקטובר 2025). מעבר לזה, מה ששרת הפנים הצהירה לפני כשנה הוא שאם היא תצליח להעביר את החקיקה של החלופה לתמ"א, שנותנת זכויות אפילו יותר טובות ממנה אבל בתוכנית ולא בהיתר - אם היא תצליח להעביר את זה בסמוך למועד פקיעת התמ"א, היא תעביר את החקיקה, ואם המצב הפוליטי לא יאפשר את זה היא תאריך את התמ"א. כלומר יש ודאות כלשהי ליזמים, שהם לא ישארו בלי כלום.

★ ברור שעניין היישובים החדשים ייצור בעיה של פקקים למשל. אבל מבחינת האיזונים השאלה היא מה יותר בעיה כרגע למדינה שלנו. יש למשל קבוצה/גרעין שרוצה להתיישב באחד היישובים שהולכים להקים בשלבים מאוד מתקדמים והוא רוצה להקים אותו בנגב, והגיעו להייזלר לפגישה. הגיעה אליו קבוצה של חב"דניקים, שיש להם מיזם לבוא בקבוצה של כ-300 משפחות, והם אמורים ליצור מרכז תורני לכל התיירים מחו"ל, הם מתכנים לנהל הכל בתוך היישוב ובלי לצאת ממנו. הם לא זזים משם. התפיסה שאנחנו הולכים ליישב ביישובים האלה משפחות שיסעו למרכז ויהיו להן 2 מכוניות וכו' היא תפיסה שאנחנו חיים בה כי אנחנו רגילים אליה, אבל זה לא בהכרח נכון תמיד. יכולות להיות עוד המון קבוצות כאלה שרוצות להשתלב, וגם ראינו בקורונה את כל עניין העבודה מהבית וכו'. העולם משתנה והפרדיגמות שאנחנו רגילים לחיות איתן שלא בהכרח נכונות. ויש כאן צורך לאומי, שיש בתוכו הזדמנות טובה לראות גם מערכות חיים אחרות שאולי נגלה כמועילות יותר.

★ יש במדינת ישראל אירוע של שלטון מקומי ושלטון מרכזי. המדינה בחרה בסוג הזה של השליטה והניהול, וצריך לשאול את עצמנו האם זה דבר שהוא נכון. בסוף מטילים על ראש היישוב את האחריות לדאוג לתושביו, הוא צריך לדאוג להם למספיק בתי ספר, לדאוג לבריאות, לפינוי הזבל וכו'. מצד שני, שיעורי הארנונה נקבעו ע"י השלטון המרכזי. בתוך כך נקבע שהארנונה למגורים מאוד נמוכה, כי אף אחד לא מוכן להעלות מסים. המצב היום הוא שהארנונה לתושב היא גרעונית, כלומר ראש עיר מקבל תושב לעיר - הוא כבר ב-700 ש"ח פחות לתקציב שלו בשנה, במינוס. הוא לא יכול לכסות את זה. א מצד אחד אומרים לו תבנה ותבנה ותבנה, ומצד שני אחרי שהוא כבר בונה - איך הוא דואג להם לכל מה שהוא צריך? איך הוא מחזיק אותם עכשיו? לכן יש כאן קונפליקט קשה מאוד, כשראש עיר לא נותן היתר בנייה - זה לא כי הוא "רשע", אלא כי הוא לא מצליח לעמוד בזה. אם הוא נותן היתר בנייה היום, מחר יהיו לו עוד משפחות שהוא יצטרך לטפל בהן. השיטה היום היא האשמה וצריך לפתור אותה, לא ראש העיר ולא שלטון המרכזי. זה שייך להרבה תחומים ולא רק לתכנון, זה רק חלק מהדברים שהם אחראים עליהם.

★ לגבי הסוגיה של בניינים שנופלים/קורסים - היא תמיד הייתה, פשוט עלה לאחרונה לכותרות. זו אחת הסיבות שתמ"א 38 הגיעה לעולם בעצם. יש צוות בין-משרדי שמנכ"ל רוה"מ מוביל אותו, כדי לנסות ליצור מענה גם כספי וגם תשתיתי לדבר הזה אז כן יש טיפול. גם לתמ"א 38 עדיין צריך רוב של 80% הסכמות. אחד הרעיונות שמועלים כרגע הוא תוספת זכויות בנייה משמעותית לבניינים כאלה, יותר מהתמ"א, ובמקביל הפחתת הרוב הדרוש ל-51% או אפילו 50% כדי לאפשר במקרים כאלה הריסה. אלה שתי הכרזות מאוד דרמטיות, גם מבחינה תכנונית - כי זה המעסה על רחוב, וגם היום נותנים הרבה זכויות שלא תמיד מסתדרות עם האירוע. עוד תוספת של זכויות בנייה נשמע פתרון קל אבל בפועל זה אחד הדברים הכי קשים. וגם מבחינה קניינית - ההצדקה להפחתת הרוב היא דווקא בחוק המקרקעין. דווקא מבחינת דיני המקרקעין, המהות והמשפטנות שלהם - הרי אם הבית כבר נהרס, לא צריך שום רוב מיוחס. אבל אם נמצא מנגנון ששנייה לפני שהבית נהרס נוכל לראות אותו

מבחינה מהותית כבית שנהרס - לא תהיה בעצם פגיעה במהות של דיני המקרקעין הקיימים היום. צריך להגיע למקום שבו אומרים שהבית הולך להיהרס ולכן כך צריך לראות אותו. השילוב הזה של הפחתת הרוב בצורה דרמטית ומתן זכויות הבנייה הרציניות למי שיעשה את זה - יביא את היזמים לידי כך שהם אלה שימצאו את הבתים האלה. הבעיה והפחד הוא שמראש כשזה יהיה שווה ליזמים, גם בבניינים שלא באמת נופלים יצאו חוות דעת שהם עומדים ליפול. ואז הפגיעה בזכות הקניין היא באמת דרמטית ולא מידתית. כך עובד השוק הזה. לכן זה צריך להיות מנגנון מאוד זהיר.

28.12.21 - הרצאת אורח ישי איציקוביץ (שיעור 22)

עו"ד ישי איציקוביץ - שותף, מנהל מחלקת עסקאות והתחדשות עירונית
משרד אגמון ושות' רוזנברג הכהן ושות'

מבוא להתחדשות עירונית - מסגרת משפטית

התחדשות עירונית זה תחום שאינו מוסדר. אנחנו רגילים ללמוד מאיזשהו "טקסטבוק" בתחום הקניין וכל תחום משפטי אחר, ואין למעשה ספר מנחה בנושא ההתחדשות העירונית. עם השנים, גם משרד המשפטים וגם משרדי ממשלה אחרים מבינים שלמעשה צריך דין מיוחד לעניין ההתחדשות העירונית. התחדשות עירונית התחילה בעידן החדש בשנת 2002 במסגרת הטבות מס. עסקת התחדשות עירונית היא למעשה כמו עסקת קומבינציה. בשנת 2002 עוד לא נולדה תמ"א 38, אבל היה רק פינוי בינוי. עם השנים הבינו שהנושא הזה הרבה יותר מורכב, מצריך דין ספציפי ויש בו סוגיות משפטיות ואת זכות הקניין וכו', אבל יש הרבה מקום בתחום הזה ליצירתיות וחשיבה, זה תחום שהולך ומתהווה, אחד התחומים במשפט שבעת הזו עדיין יש הרבה מה לעצב בו עד שנחתום אותו. לצד הצורך החיוני של מדינת ישראל בתחום הזה יש את בעיית הדיור וכולם מבינים שהדרך לפתור אותה זו ההתחדשות העירונית, גם התוכנית הממשלתית מדברת על כך שעד שנת 2040 יותר מ-50% ממרכזי הערים יהיו יחידות שנבנו במסגרת התחדשות עירונית, אין דרך אחרת. מעבר לשיקולים הכלכליים יש גם סוג של ציונות, להוציא אנשים ששוכנו באזורים מסוימים בקום המדינה ולהיטיב את חייהם ותנאי המחייה שלהם, זה גם חלק לא פחות חשוב. היום כל החברות הגדולות כמעט ומשרדי עו"ד הקימו מחלקת התחדשות עירונית, וזה הפך להיות לתחום בפני עצמו (ולא רק בתוך הנדל"ן).

<u>מהי התחדשות עירונית</u>

התחדשות עירונית היום היא שם משפחה למספר פרויקטים בתחום הפינוי בינוי, ולתת"א 38, כשתמ"א 38 מתחלקת לתמ"א חיזוק ותמ"א הריסה ובנייה. בטעות קוראים לתמ"א הריסה ובנייה פינוי בינוי, אמנם הורסים ובינים אבל זו לא עסקת פינוי בינוי.

- פינוי בינוי
- תמ"א 38
  - חיזוק - "תמ"א 1"
  - הריסה ובנייה - "תמ"א 2"
- עיבוי

שלאט לאט כבר נעלם.

<u>הצורך בפרויקטים של התחדשות עירונית</u>

- מחסור בשטחים לבניה (במיוחד במרכזי הערים)
- חוסר יכולת של הרשות והמדינה לטפל במרקמים עירוניים מדרדרים

כולנו מכירים את הכניסה לערים מסוימות שהיא כזו הדורשת טיפול, ותקציבית יש בעיה גם לרשויות המקומיות

- אי עמידה בתקני בטיחות רעידות אדמה

רלוונטי גם לתמ"א 38 וגם לפינוי בינוי, הבינו שאנחנו נמצאים על השבר הסורי-אפריקאי

- צורך חברתי / שיפור מצב סוציו אקונומי

אנחנו רואים ערים שהתחילו עם ההתחדשות העירונית לפני לא מעט שנים, ושינו את פניהן. בהתחדשות עירונית מכניסים אוכלוסייה חלשה בשיעורים גבוהים יותר מהאוכלוסייה הקיימת וזה מחדש ערים

- פתרון למשבר הדיור
- מרחבים מוגנים / מצב בטחוני

צורך בטחוני שרלוונטי בשנים האחרונות כבר לכל רחבי הארץ

<u>יתרונות בהתחדשות עירונית</u>

- מאפשר שטחים לבניה תוך תכנון נכון וניצול יעיל של הקרקע, שטחים ירוקים, חניות וכיו"ב ⟵ שיפור פני העיר והסביבה בפרט בפרויקטים של פינוי בינוי.

המגמה היא בנייה לגובה וציפוף במרכזי ערים. אנחנו רוצים להשאיר מספיק שטחים ירוקים לצד ההתחדשות העירונית. היא יכולה להביא לשיפור בצפיפות.

- משביחה נכסים

מי שיש לו נכס ולוקח חלק בתהליך הזה, מן הסתם הערך של הנכס עולה

- בניינים העומדים בתקני בטיחות ורעידות אדמה
- השפעה חברתית
- מיזוג אוכלוסיות
- שיפור תדמית העיר

<u>חסרונות בהתחדשות עירונית</u>

אין...? (לכאורה)

אולי בכל זאת:

- צפיפות

דבר מורכב ובעייתי, המגמה העולמית היום היא לצופף במרכזי ערים

- מבטל מרקמים עירוניים

צפיפות זה אומר מגדלים של הרבה קומות, ויש לכך כל מיני השלכות למשל ברמה של תחזוקה וכו'. היום המגמה היא לשלב בין בנייה לגובה לבנייה מרקמית - גם מגדלים וגם מרקמית לשלב את הדברים האלה ולא לעשות רק מגדלים. בנייה מרקמית לבד לא מספיקה כתמריץ כלכלי ולכן מתבקשים המגדלים, אבל נדרש גם תכנון נכון והוא השילוב.

<u>התחדשות עירונית - תמריצים</u>

תמריצים עיקריים:

- זכויות בנייה

היום בעולם הקניין כשיש שטח מסויים שוויו נגזר ממה ניתן לעשות באותו שטח. למשל מגרש שאפשר לבנות בו דירות, חנויות או משרדים - זה גוזר את השווי של הקרקע, וכמובן גם כמה. לכל מקרקעין יש גם את זכויות הבניה, שנקבעות במסגרת תוכניות. יש הירכיה תכנונית בהקשר הזה איך מדינת ישראל מסדרת את כל עולם התכנון וקובעת תוכניות רחבות או יותר ספציפיות כדי לבנות בארץ ושיהיה היתר בניה שתואם את התוכניות שמכוחן הוא מוצא. התוכניות האלה מעניקות את זכויות הבניה, ולכן כשאדם קונה נכס,מגרש או קרקע, הוא בודק האם הבנייה נעשתה בהתאם לזכויות הבנייה המותרות, והאם יש זכויות בניה נוספות שעדיין לא נוצלו (ואז אפשר להוסיף עוד קומות או דירות בהתאם לשימושים שהתוכנית מאפשרת).

- הטבות מס

המדינה באה ואמרה שאנחנו ניתן זכויות בנייה, נאפשר הוספת זכויות בנייה למצב הקיים בין אם לתמ"א ובין אפ לפינוי בינוי, ולצד זאת ניתן תמריצי מס. בדרך הזאת המדינה מוציאה מה שהיא הייתה אמורה לעשות אולי בעצמה לשוק החופשי. על זה מבוסס כל מסלול ההתחדשות העירונית.

למעשה אמרו כאן שיאפשרו לקחת בניין קיים של 3-5 קומות בערך, יאפשרו לקדם תוכנית במשרד התכנון, לבנות במקום אותו הבניין בניין גבוה יותר או שכונה חדשה, כאשר מי שגר שם היום יקבל דירות חדשות גדולות יותר לרוב, ויתר זכויות הבנייה יוותרו בידי אותו יזם שימכור את הדירות האלה, וזה מה שיספק את הכלכליות של הפרויקט - מה שנקרא "מכפיל". אם המכפיל הוא 1 ל-4 ויש 100 דירות - הוא יבנה 400 דירות. 100 דירות הוא יחזיר לדיירים הקיימים ו-300 הוא ימכור בשוק החופשי, וכך הוא מכלכל/נותן את התוקף הכלכלי לתוכנית. כמובן שיש גם מיסים, מיסי מיסוי מקרקעין, וכאן קבעו הטבות לפיהן המיסוי יהיה מופחת יותר, נתנו הטבות מס כדי לתמרץ ולעודד את היזמים לקדם פרויקטים כאלה.

<u>התחדשות עירונית - השחקנים המרכזיים</u>

ההתחדשות העירונית זה התחום הכי מורכב היום גם משפטית וגם מבחינה חוזית, אלה חוזים מאוד מורכבים. וזה מורכב מכמה שחקנים:

- בעלי הדירות
- הקבלן / היזם

שמוציא לפועל

- רשות מקרקעי ישראל

יש לא מעט קרקעות של המדינה שהיא מחזיקה בהן ומבצעים בהן התחדשות עירונית, אז צריך את שיתוף הפעולה של רמ"י. קרקע משלימה- מתחמים בהם קשה להוציא פרויקטים לפועל והמדינה נותנת קרקעות כדי כדי שיצטרפו לאותם מתחמים ויאפשרו כלכלית את הפרויקט

- הרשות המקומית

אמורה גם לאשר את הזכויות בשלב הראשון וגם לדאוג לפיתוחה של העיר

- רשויות התכנון והבניה

הועדה המחוזית, הותמ"ל

- רשות המיסים

שנותנת את הטבות המס

- משרדי הממשלה

הרשות הממשלתית, משרד הפנים, משרד הרווחה, משרד המשפטים ועוד

WIN-WIN SITUATION

ההתחדשות העירונית נבנית על כך שכולם בסופו של דבר מרוויחים - גם הדיירים, גם היזם, גם המדינה, גם הרשות המקומית. אבל זו סיסמה שכדי להגיע ולהגשים אותה צריך לעבור דרך לא פשוטה. צריך להבין שמתעסקים כאן עם אנשים, לא כל אחד צריך או רוצה את הפרויקט, פעם זה היה נחשב כאילו "זכית בפיס". מדירה ששווה למשל מיליון ש"ח הם מקבלים דירה ששווה למשל 2 מיליון ש"ח. כביכול אין סיבה להתנגד. אבל היום מבינים שלא כולם רוצים את הפרויקט הזה, יש קשישים וכו', ומדובר באנשים שמוציאים אותם מבתיהם, יש פגיעה גם בזכות לקניין, זה לא כ"כ פשוט.

<u>מאפיינים של התחדשות עירונית</u>

יש הרבה עסקאות נדל"ן- עסקאות קומבינציה, עסקאות מכר וכו', ולא חדש העובדה שעושים עסקאות כאלה. אבל מה חדש בהתחדשות העירונית?

- **ריבוי בעלים**

יזם חותם על עסקה מול הרבה בעלים שונים. יש לזה הרבה מאוד משמעויות גם באשר ביחד-לחוד, כל אחד חותם על עסקת נדל"ן בפני עצמה מול היזם אבל יש ערבות הדדית בין הדיירים. יש כאן הרבה שאלות פנימיות לגבי היחסים בין הדיירים לבין עצמם. כל הסכם פינוי בינוי כולל גם הסכם שיתוף - איך מחלקים את הדירות, מה קורה עם בעלים אחד לא מתפנה ומעכב את כל הפרויקט... זו מורכבות שמעלה גם שאלה משפטית - אם ההסכם נחתם עם 100 בעלי דירות וקובעים למשל שאם יזם אחר באחד המועדים עשה הפרה יסודית - לכאורה דייר יכול לומר שההסכם הזה בטל עקב ההפרה היסודית והוא רוצה לבטל את ההסכם. אבל בהסכמים הללו כותבים לא אחת שדייר לא יכול לבטל את ההסכם, צריך רוב בעלי הדירות לשם כך. זה לא בטוח שזה דבר שעומד בחוק החוזים, והשאלה אם אפשר להתנות על חוק החוזים (תרופות) היא שאלה שתעסיק הרבה בהמשך, זה חייב לקרות - כי ברגע שאחד מבטל כל מגדל הקלפים נופל. לכן אולי כן יש מקום להתנות. זו סוגיה שלא נבחנה משפטית.

דבר נוסף - בשוק אנחנו רואים שהיזמים הגדולים לא כ"כ רצו להיכנס לתחום הזה אלא לקנות או לזכות במגרש וכו'. פתאום הם מצאו את עצמם יושבים בסלון של דיירים, הם לא התלהבו מהעניין הזה (לעומת היום). חשוב להבין שמדובר בהרבה בעלים ששונים זה מזה, ואין ביניהם קשר לרוב.

- **אי ודאות**

עסקת התחדשות עירונית בנויה על זכויות בנייה. כדי לאשר זכויות בניה צריך לאשר תכנון (ועדה אזורית, מחוזית, ותמ"ל...) וזה אורך זמן. יש הרבה בירוקרטיה שבגללה חלק מהליכי התכנון לוקחים שנים רבות. על כן כדי שיזם על חשבונו יתחיל לקדם פרויקט הוא רוצה שדיירים יהיו מחוייבים משפטית אליו בחוזה. הוא מבקש מהם לחתום על ההסכם כך שאם התוכנית תצא לפועל הוא יהיה היזם. העסקה נחתמת בתנאי אי וודאות, גם הדיירים וגם היזם לא יודעים כמה יאשרו לבנות, מה התמורה הסופית, לא ידועים פרטים שדיירים רוצים לדעת כמו למשל איפה יהיה החלון של המרפסת שלהם. זה תהליך שפסיכולוגית לא פשוט. יש הרבה תנאים מתלים בהסכם עליו הם חותמים, שיצא לפועל שנים אחרי חתימתו. יש בכך מורכבות משפטית, קניינית וחוזית.

- **לוחות זמנים ארוכים**

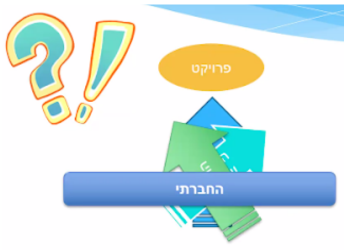
קשור גם קצת לאי הוודאות - הזמן הרב שחולף. דברים משתנים, אנשים משתנים, מי שחותם הוא לא בהכרח מי שמפנה. צריך ללמוד לחיות במסגרת חוזית עם כל הדינמיות הזאת של החיים שגם כן לא פשוטה.

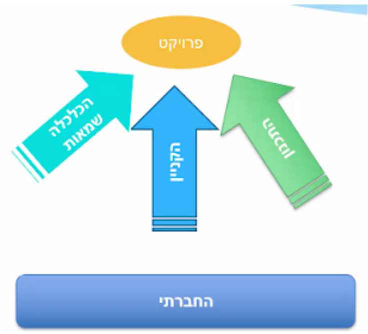
<u>כדי שההתחדשות העירונית תצא לפועל צריך למעשה שישתלבו מספר עולמות ביחד:</u>

1. עולם **הקניין** - כל ההתקשרות עם דיירים, חוזים
2. עולם **התכנון** - צריך שמה שכתוב להם בחוזה יעלה בקנה אחד עם הצורך והתכנון הנכון, ומוסד התכנון מסתכל על כל מיני היבטים: על הסביבה, על שטחים ירוקים... כשחותמים על ההסכם עם הדייר אין עדיין שום אינדיקציה מה הוועדה המקומית/מחוזית תרצה
3. **הכלכלה והשמאות** - צריך לאשר זכויות בנייה כאלה שיאפשרו את הכלכליות של הפרויקט. היזם בסוף צריך להרוויח, לקבל ליווי כלכלי, אם לא יהיו מספיק זכויות בנייה זה לא יהיה כלכלי ולא יהיה אפשר להוציא לפועל את הפרויקט.

כל אלה צריכים להשתלב, וזה הקושי בהתחדשות עירונית.

בשנים האחרונות נכנס גם העולם **החברתי**, הייעוץ החברתי - מדיניות שבסופו של דבר צריך לעשות ארגון נכון, צריך להסביר לדיירים את הזכויות שלהם, למצוא פתרונות לקשישים או אנשים עם מוגבלויות וכו'. יש הרבה שאלות שנכנסו מהעולם החברתי והיום כדי לקדם תוכנית אתה חייב כיזם להוסיף תזכיר חברתי, לעשות בדיקה חברתית על מצב הדיירים במתחם. זו התפתחות מאוד חיובית. בסוף זה אנשים ולא רק מספרים שצריך לפנות אותם, צריך גם לראות איך מחזירים אותם, איך שומרים על תחזוקה בבניינים וכו'. לרוב העולמות האלה לא ישתלבו ולכן הרבה פרויקטים לא יצאו לפועל.





<u>פינוי בינוי</u>

- החל להיות מיושם בפועל בשנת 2002 לאור הטבות המס (בעבר שיקום שכונות)
- לרוב מדובר במתחמים גדולים
- נדרשת הכרזה על מתחם "כמתחם פינוי בינוי"

תנאי סף של 24 יחידות דיור קיימות לפחות
(בניין בודד לא מספיק)

- נדרש קידום ואישור תכנית בוועדה המחוזית
- תכנון מחדש של המתחם/האזור
- יחידות דיור רבות ולרוב בניינים גבוהים

לרוב מדובר בבנייה של מגדלים גבוהים

- מכפיל בהתאם לערכי הקרקע של המתחם
- תקן שמאי מס' 21

פינוי בינוי הוא **לא** תמ"א.

בנייה של שכונה שלמה זה ממש מהפכה, לכן המדינה מעדיפה פינוי בינוי על פני תמ"א 38, כי הוא נותן תכנון נכון גם לסביבה, לבתי ספר, לשטחים ציבוריים וכו', ממש הריסה ובנייה של הכל מחדש תוך מתן מענה גם לתחבורה, חנייה, סביבה ועוד. אבל הצד השני של זה הוא שזה עורך הרבה מאוד זמן עד שמגיעים לתוכנית מוסכמת.

<u>תמ"א 38</u>

תמ"א זה ראשי תיבות של תכנית מתאר ארצית. במסגרת חוק התכנון והבניה כאמור יש היררכיה. הכל מסודר במובן של מה גובר על מה. יש הרבה תמ"אות בארץ, שבאו לקבוע עקרונות - יש תמ"א למלונות, תמ"א לחופי הים, תמ"א לתחנות דלק… תמ"אות ברמה הכי רחבה של תכנון.
אח"כ יש תכנית מתאר מחוזית - כל מחוז מחליט איפה ומה לתכנן, זכויות בניה בצורה מסודרת.
מתחת לזה - אפשר לאשר תכנית מתאר מקומית ואח"כ תכנית מפורטת שמסבירה בדיוק איפה ומה ניתן לבנות, ורק לאחר מכן מוציאים היתר בניה.

בשנת 2005 הבינו שיש בעיה קשה של חשש מרעידות אדמה ואישרו את תמ"א 38. הייחודיות שלה היא שהיא מאפשרת הוצאת היתר בניה מכוח תכנית המתאר הארצית. כלומר לא צריך את כל השרשרת למטה. היא קבעה שכל בניין בארץ מקבל אוטומטית קומה וחצי, מתנה. ולא צריך תוכניות וכו', אפשר לקבל ישר היתר בנייה.

אח"כ גם היו תיקונים לתמ"א. הבינו שיש כאן טעות במובן הזה שמעניקים זכויות זהות בכל הארץ. הרי ברור ש-2 וחצי קומות בקריית שמונה הן לא אותו דבר כמו 2 וחצי קומות בתל אביב או בגבעתיים מבחינה כלכלית. בפועל תמ"אות 38 יצאו בעיקר באיזורי הביקוש, וכך איפה שבאמת היה צריך לא היה, לא היו כמעט בניינים באיזור של השבר הסורי אפריקאי שהיא נעשתה בהן. הנושא הזה גרר הרבה מאוד ביקורת, גם במובן הזה וגם במובן של תכנון לא נכון.

- תכנית מתאר ארצית לחיזוק מבנים קיימים בפני רעידות אדמה (תמ"א 38) תקן 413 משנת 1975
- אושרה על ידי ממשלת ישראל ביום 14.4.2005
- תיקונים
  - מס' 1 משנת 2007
  - תיקון מס' 2 משנת 2010

אפשר חיזוק גם באמצעות הריסה ובנייה (ואז אפשר לקבל 2 וחצי קומות)
  - תיקון מס' 3 משנת 2013
  - תיקון מס' 3א' משנת 2016
  - תיקון מס' 4 (?)

<u>תמ"א 38 - זכויות בנייה</u>

קומות קיימות	תוספת לפני תיקון 3א'	תוספת אחרי תיקון 3א'
קומה 1	2.5	1.5
2 קומות	2.5	2.5
3 קומות	2.5	3
4 קומות +	2.5	3.5

פינוי בינוי ⟵⟶ תמ"א 38 (הריסה)

תמ"א 38 באה לתת זכויות לכל בניין ובניין. אבל הבניין הזה שנוספו לו דירות או שנהרס ונבנה מחדש - הוא לא תואם את הסביבה שלו. כשמוסיפים קומות ודיירים בבניין, באה השאלה איפה גני הילדים, איפה התושבים יקבלו מעון קשישים, קופת חולים וכו'. אין מספיק תשתיות לספק את השירותים לדיירים החדשים שהתווספו. בפינוי בינוי (בשונה מתמ"א 38) יש תוכנית שצריך לעשות לפני שמוציאים היתר בנייה, שמביאה לידי ביטוי גם את הצרכים, תשתיות החינוך, כל מה שנדרש. לכן יש עדיפות לפינוי בינוי על פני תמ"א 38. יש ביקורת של ראשי ערים על תמ"א 38, כי ראשי ערים אומרים שעם כל הכבוד להתחדשות העירונית הם צריכים גם לדאוג לדיירים ביום שאחרי. אם תהיה צפיפות של דיירים והם לא יוכלו לדאוג להם לצרכים בסיסיים יהיה בלאגן.

עקב הביקורת התמ"א לאט לאט דועכת, ויש אפילו החלטה על ביטולה משנת 2022 ורעיון להחליף אותה בחלופה אחרת שתחייה לצד הפינוי בינוי.
הבעיה בפינוי בינוי היא שמדובר בתכנון גדול יותר, הרבה הסכמים, לוקח יותר זמן, וככל שיש יותר דיירים צריך להגיע ליותר הסכמות. אם שואלים את הדייר הבודד הוא כנראה יעדיף את התמ"א, משום שהוא יודע שעוד 4-5 שנים הוא יוכל כבר לראות את הבניין. אבל מבחינה תכנונית ומבחינת ראיית הכלל, יש עדיפות לפינוי בינוי וכל החקיקה בשנים האחרונות גם נותנת לו יותר דגש.

נשאלת השאלה מה זה משנה לדייר? הפגיעה בזכות הקניין היא אותה פגיעה, הורסים לו את הבניין והדירה הקיימת שלו ובונים דירה חדשה, מה זה משנה אם יש או אין שכונה, יש או אין תכנון? אבל יש דין שונה בפינוי בינוי ובתמ"א 38, שנובע מהתמריצים של המדינה. היא רוצה לעודד יותר פינוי בינוי ולכן היא מקדמת יותר הסדרים בעניין.

<u>חלופת שקד</u>

תמ"א 38 אמורה לפקוע באוקטובר 2022, ומקדמים חקיקה חלופית שתאפשר עדיין התחדשות עירונית ברמת הבניין אבל עם כל מיני הגבלות אחרות, ושאמורה לחיות לצד הפינוי בינוי. זה כרגע עדיין בדיונים.

- תכנית + היתר
- 400%
- קומה ציבורית
- מתחמי

<u>התחדשות עירונית- המסגרת הנורמטיבית- חקיקה</u>

כאמור, אין איזשהו textbook של נושא ההתחדשות העירונית, כלומר אין חוק או קודיפיקציה שמסדירים את הדברים הללו באופן מסודר. עם השנים, בעיקר מ-2006 (בה נחקק חוק אחד ואז הייתה בצורת מסוימת עד 2016 בה קמה הרשות להתחדשות עירונית) החלה סדרה של חוקים רבים, ומאז הדברים הרבה יותר מוסדרים ויש גם הרבה דברים בקנה. תמצות החוקים הקיימים:

- **חוק פינוי ובינוי (פיצויים) תשס"ו-2006**

נועד להתמודד עם סרבנים ברמה הנזיקית. כלומר מאפשר לתבוע נזיקית דיירים על כך שהם מסרבים לפרוייקט.
- **חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), התשס"ח-2008**

נועד להסדיר ברמה קניינית את כל הקשור לתמ"א 38, כמו הסכמות.
- **חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית, תשע"ו-2016**

הקים את הרשות להתחדשות עירונית וקבע כל מיני הסדרים כדי לעודד פינוי בינוי, כמו למשל חובת המימון של קרן תחזוקה לקשישים.
- **חוק פינוי ובינוי (פיצויים) (פינוי בשל סירוב בלתי-סביר), התשע"ו-2016**

החליף למעשה את חוק הפיצויים הקודם ואפילו שינה את שמו ב-2018:
- **"חוק פינוי בינוי (עידוד מיזמי פינוי בינוי)" + <u>חוק ההסדרים החדש (תיקון מס' 7)</u>**

חוק עם קונוטציה שלילית, חוק הדייר הסרבן. בהתחלה החוק היחיד שנחקק היה החוק מ-2006, ואז כל מה שקשור לפינוי בינוי נכנס לחוק הזה גם אם הוא לא היה קשור לפיצויים ולסרבן, כי לא היה חוק אחר. אז ב-2018 גם מהסיבה הזאת וגם כי לא רצו ליצור את הקונוטציה השלילית של הסרבנים יצרו את החוק הזה.
- **חוק התחדשות עירונית (הסכמים לארגון עסקאות), התשע"ז-2017**

בא לעשות סדר בכל מה שקשור עם התופעה ארוכת השנים של כל מיני מארגנים (נקרא "חוק המאכרים") שהחתימו דיירים שאינם יזמים שהחתימו דיירים על מסמכים (מארגנים, מתווך, ועדי עובדים, שכן וכו') ואז היו סוחרים בחתימות האלה, מוכרים אותן, וזה היה מגביל את הזכות של הדיירים בהסכמים עם יזמים. היזמים היו חוששים שיצוץ יום אחד איזה מארגן כזה שיבוא וידרוש כספים על החתימות הללו. זה חוק שמסדיר איך מחתימים דיירים על הסכמי בלעדיות כאלה והסכמים אחרים, מה המועדים בהם ההסכם הזה פוקע (היו הסכמים שקבעו שהדיירים כבולים כביכול ל-10 שנים). אז קבעו בחוק קוגנטי מה המועדים שבהם ההסכמים האלה פוקעים. החוק הזה וההסדרה עשו ממש מהפכה בשוק.
- **תמ"א 38- על תיקוני השונים (תוכנית = דין, חוק ראשי, תקנות, תוכניות)**

לפי חוק הפרשנות - תכנית זה דין, אז גם תמ"א זו חקיקה ברגע שהיא אושרה היא מהווה דין לכל דבר ועניין.

- **חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה)**

עוסק בכל הטבות המס בתמ"א ופינוי בינוי.

- **חוקי התכנון והבניה השונים והתקנות מכוחם**

ההתחדשות העירונית, כפי שניתן לראות, פזורה על פני חוקים רבים.

<u>זכות הקניין בבית משותף</u>

ב-2006 חוקק חוק פינוי בינוי. החוק קבע שבמידה ויש 80% מהדיירים שחתמו על הסכם עם יזם, הם רשאים לתבוע את הדיירים הסרבנים על כך שהם מסרבים באופן בלתי סביר. המקור לתביעה הזאת היה פקודת הנזיקין. ארו שאדם שמסרב לעסקת פינוי בינוי למעשה במעשיו מתנהג באופן בלתי סביר וגורם נזק לאחרים. תביעה כזו כנגד סרבנים הייתה נראית כך: היו אומרים שהיום יש לי דירה של מיליון, יש לי עסקה/הסכם שמאפשר לי לשדרג אותה לדירה של 2 מיליון, והדיירים האלה שמסרבים בעצם גורמים לי נזק שהוא ההפרש. זאת תוך חוות דעת של שמאית. תביעה כזו של כמה מיליונים (לפי כמות הסרבנים, לא בהכרח לוקחים את כל ה-80 דיירים שיתבעו אבל בוחרים כמה מהם) היא כמובן צעד הרתעתי. רוב התביעות לא היו מתבררות, כי אנשים היו חותמים או שלא היה להם עו"ד שייצג אותם. זה די השיג את מטרתו במובן הזה. בפסיקות הבודדות שכן הגיעו להכרעה - לשופטים היה קשה מאוד להכריע בעניין הזה. הם כמובן ניסו להבין למה האדם מסרב ומה הסיבה לסירוב, והם קבעו שהסירוב של האדם לא סביר הוא חייב בנזיקין 3 או 5 מיליון למשל, אבל! אם הוא חותם על ההסכם תוך 30 יום - פסק הדין מתבטל. לא בטוח שזה עולה בקנה אחד עם סדרי הדין אבל לשופטים היה קשה מאוד לכפות על הדייר תביעה נזיקית כזו. לרוב הדייר היה חותם בסוף, אבל זה היה מעכב את הפרויקט. בדר"כ גם ביהמ"ש היה פוסק לסרבן הוצאות, היזם היה מוכן לוותר עליהן רק כדי שהוא יחתום.

השופט חשין ברע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף

עלתה שאלה לגבי זכות הקניין. יש כאן הרי פגיעה בזכות הקניין, והיא זכות יסוד. עלתה השאלה האם יש מעמד שונה לזכות הקניין בבית משותף. הפרשנות באה ואמרה שלמעשה גם לרוב בעלי הדירות יש זכות קניין, אבל זכות הקניין של הפרט היא זכות מוגבלת ויהיו שיקולים ואינטרסים שבגללם היא תצטרך לסגת מפני זכות הקניין של הרוב, של יתר בעלי הדירות.

- "נלמד מכאן, כי הרוכש דירה בבית משותף...... מעלים עליו כי הסכים מראש לוותר על חלק מן האוטונומיה הקניינית הקנויה לו....."

- "זכות הבעלות בדירות מוגבלת היא בבית המשותף, ואין היא כזכות הבעלות ה"קלאסית". בוודאי כך במקום שבית משותף נהרס".

- הרוכש דירה בבית משותף - הוא הדין במי שדירה בבית משותף נפלה לבעלותו בדרך אחרת - מעלים עליו כי הסכים מראש לוותר על חלק מן האוטונומיה הקניינית הקנויה לו, וכמו הקנה חלק מזכויותיו למסגרת השיתופית המתמשכת והקבועה.

השופט דנציגר בע"א 3511/13 - רגינה שורצברגר נ' שלום מרין

פס"ד מאוד ידוע גם כן על סרבנית, שהגיע לביהמ"ש העליון ובסופו של דבר היא חויבה בנזיקין. נאמרו שם דברים חשובים לגבי מעמדם של הסרבנים והיחס בין זכות הקניין של הפרט לזו של הרוב.

- "חרף הקושי בדבר, הענקת חשיבות יתרה לרצונותיהם הסובייקטיבים של דיירים סרבנים ולצפונות ליבם במסגרת בחינת סבירות הסירוב עלולה להותיר בידיהם, הלכה למעשה, זכות וטו לסרב לפרויקט שעלולה להוביל לסיכול תכלית החוק. יחד עם זאת, כפי שצוין לעיל, אפשר ויש מקום להתחשבות מסוימת וזהירה, במקרים חריגים, בשיקולים סובייקטיביים, כגון זיקתו המיוחדת של בעל הדירה הסרבן לדירתו.

- סיכומם של דברים: חוק פינוי ובינוי שינה את המצב הנורמטיבי ששרר עובר לחקיקתו וקבע כי לדייר הסרבן בבית המשותף לא קנויה עוד הזכות להקריב את האינטרס הציבורי ואת אינטרס יתר הדיירים

לטובת האינטרסים האישיים שלו, ככל שאלו אינם סבירים. בעקבות חקיקת החוק, התנגדות של הדייר הסרבן אינה מקנה לו עוד עמדת מיקוח מיוחדת ואין בכוחו להכשיל את הפרויקט מבלי לחשוף את עצמו לאחריות נזיקית כלפי יתר בעלי הדירות בבית המשותף".

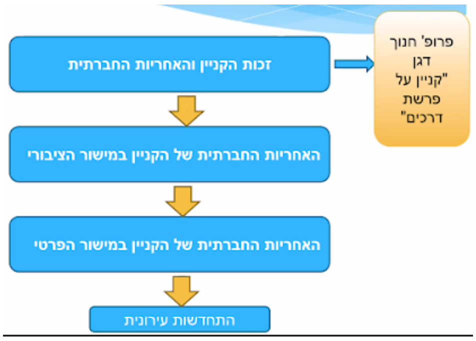
כאן למעשה חל האיזון הראשון שהחריג את זכות הקניין של הפרט מול הזכות של הרוב.

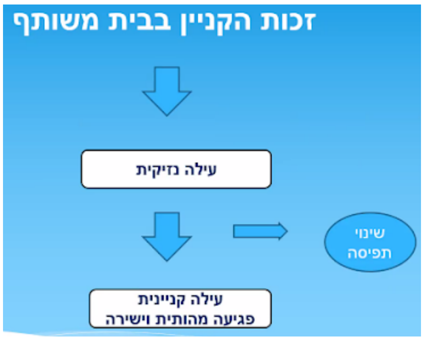
<u>המשמעות</u>: המהפכה הזו המשיכה במשרד המשפטים ב-2018, בו תוקן חוק פינוי בינוי. נקבע שלצד העילה הנזיקית אפשר לפנות לביהמ"ש שיבחן את הסירוב, ואם הוא בלתי סביר - אפשר למנות עו"ד או רואה חשבון שיחתום במקומו על ההסכם. כלומר למעשה לכפות את ההסדר על מי שלא רוצה. זה כבר לא נזיקין, שם הדייר יכול היה לשלם והפרויקט לא היה יוצא לפועל. כאן זה יותר, זה כפייה על מי שלא רוצה את העסקה לפנות אותו מביתו. מעין מינוי אפוטרופוס שימכור במקום הדייר את זכויותיו. זה מהפך מאוד משמעותי של משרד המשפטים, שלקח לו זמן להתקדם כי הוא הבין את הצורך הבעייתי בהקשר הזה.
משרד המשפטים היה קנאי מאוד לעניין זכות הקניין, עד כדי כך שבנובמבר האחרון אושרה בחוק ההסדרים הפחתה של הרוב ל-67% במקום 80%, מראה הליך של מהפכה עוד יותר משמעותית. זה אומר שאם יש מתחם של 200 דיירים אתה יכול באמצעות הגשת תביעה לגרום לפינוי בכוח של עשרות בעלי דירות. זה לא דבר של מה בכך. אמנם הצורך חשוב אבל המחיר הוא מאוד כבד. היה ויכוח משמעותי האם זה מוצדק או לא. כמובן שלצד ההפחתה ברוב, קבעו הסדרים כדי ללכת לקראת קשישים ולקבוע הסדרים שיאפשרו שההליכים יתקיימו כראוי. אבל הפגיעה כאן עדיין מהותית.

<u>זכות הקניין</u>

מאיפה התחילה המהפכה במשרד המשפטים?

יש אוסף מאמרים ידוע של פרופ' חנוך דגן שנקרא "קניין על פרשת דרכים" - שדיבר על זכות הקניין והאחריות החברתית שלה. אם מדברים על הזכות לקניין במישור הציבורי, אנחנו מכירים שהמדינה באה ופגעה בזכות הקניין של הפרט במסגרת הפקעות. המדינה מפקיעה לאדם קרקע לצורכי ציבור, וזו גם פגיעה בקניין. הפגיעה פה כמובן אחרת, אבל גם שם זה אינטרס ציבורי ואמנם עם פיצוי אבל אפשר גם לכפות על הפרט הפקעה. זה גם קיים הרבה שנים. החידוש בהתחדשות העירונית הוא שהפגיעה היא לא במישור הציבורי אלא במישור הפרטי. יש אחריות חברתית והרשויות מאפשרות למעשה משיקולים שהם גם ציבוריים (רעידות אדמה, ממ"דים וכו' מעבר לרק שיפוץ מבנה) אבל גם במישור הפרטי, יש כאן אחריות חברתית של השימוש בזכות לקניין. זו למעשה ההיסטוריה/האבולוציה/המהפכה של התחום הזה, שהביא אותנו לאחרונה להורדת הרוב ל-67%.





לסיכום: זכות התביעה בבית המשותף הייתה עילה נזיקית, היה שינוי תפיסה וב-2018 הוסיפו תיקון שיאפשר לתבוע גם בעילה קניינית, על פגיעה מהותית וישירה, וממש לכפות על אדם לחתום.

<u>חוק פינוי בינוי (עידוד מיזמי פינוי בינוי) תשס"ו-2006</u>

עיקרי החוק:
- תביעה כנגד סרבנים / אחריות בנזיקין, אכיפה
- חובת עריכת כנס ומסירת מידע
- שמאי פינוי בינוי

- בעלות ביותר מדירה אחת
- חובת גילוי ושקיפות

החוק הקיים. מדבר על תביעה כנגד סרבנים או נזיקית או לאכיפה. לדעת ישי - הסעד הנזיקי מקדם את המטרה טוב יותר. גם אם מסמיכים מישהו שיחתום במקום הדייר על ההסכם, צריך לפנות אותו ולפנות לביהמ"ש וכו', והרבה יותר נוח ברמה הפסיכולוגית להעביר את האדם לצד שלך ברצון ולא בכפיה. לצד העניין הזה של פגיעה מהותית, קבעו למשל הסדרים נוספים שנועדו לפגוע בכל מיני "רעות חולות" בתחום הזה. למשל קבעו שיש חובה לעשות כנס ולמסור מידע לפני שמחתימים על חוזה. היו יזמים שעשו "הפרד ומשול" כדי לקבל הסכמות שלא כראוי, אמרו לכל אחד שהשכן שלו כבר חתם ושכנעו כל אחד בנפרד. אז עשו סדר וקבעו שלא ניתן להחתים את הדיירים על הסכם לפני שמקבצים אותם ביחד ונותנים להם את המידע - כדי שהם יתארגנו בעצמם ולא שיארגנו אותם, כדי שיקבלו החלטה מושכלת, ייעזרו בשמאי פינוי בינוי כדי לבחון האם העסקה כדאית עבורם וכו'. קבעו בעצם חובת גילוי, רצו לעשות את התחום הזה ראוי לצד הפגיעה בזכות לקניין.

תביעה נגד סרבנים:

- מקבץ
- מתחם
- רוב מיוחס
- עסקת פינוי בינוי

סעיף 2- סירוב בלתי סביר:

סירוב להעברת זכויות בסעיף קטן (א) לא ייחשב כבלתי סביר, בין השאר, באחד מאלה:

(1) <u>עסקת הפינוי בינוי אינה כדאית כלכלית</u>: קבע שמאי פינוי ובינוי כי העסקה כדאית כלכלית, תהווה קביעה זו חזקה כי היא כדאית כאמור לעניין סבירותו של הסירוב, אלא אם כן הוכח אחרת; קבע שמאי פינוי ובינוי כי העסקה תהיה כדאית כלכלית בהתקיים תנאים שקבע, חזקה כי היא כדאית כאמור בהתקיים התנאים שקבע, אלא אם הוכח אחרת;

(2) <u>לא הוצעו לבעל הדירה המסרב מגורים חלופיים לתקופת הקמת הבניין החדש, ואם בעל הדירה המסרב או בן משפחתו המתגורר עמו הוא אדם עם מוגבלות- המגורים החלופיים שהוצעו לו אינם כוללים התאמות, ככל שהיו בדירה שהזכויות בה מועברות או ככל שהן מתחייבות ממאפייניהם של המגורים החלופיים</u>:

(3) <u>לא הוצעו לבעל הדירה המסרב בטוחות הולמות לביצוע עסקת הפינוי ובינוי.</u> ואם נקבעו תנאים על ידי שמאי פינוי ובינוי לעניין כדאיות כלכלית- לא ניתנו ערבויות הולמות להתקיימות התנאים;

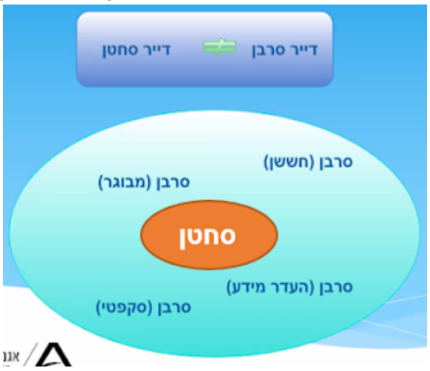
(4) <u>קיימות נסיבות אישיות מיוחדות</u> של בעל הדירה המסרב שבשלהן ביצוע עסקת הפינוי ובינוי, בתנאים שסוכמו עם שאר בעלי הדירות, הוא בלתי סביר.

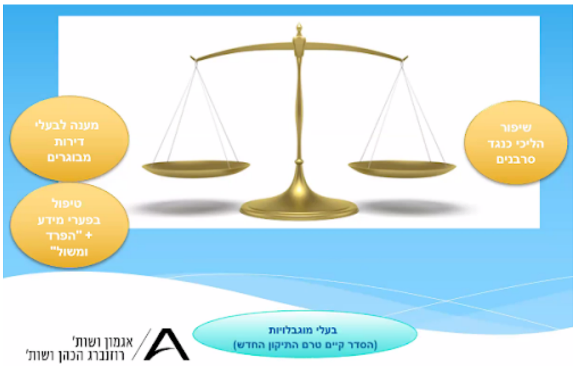
(5) <u>היה בעל הדירה או בן משפחתו המתגורר עמו אדם עם מוגבלות</u>, והתקיים אחד מאלה:
(א) כללה עסקת פינוי ובינוי מתן דירת קבע חלופית לבעל הדירה, והדירה האמורה אינה כוללת התאמות ככל שהיו בדירה שהזכויות בה מועברות או ככל שהן מתחייבות ממאפייניה של דירת הקבע החלופית;
(ב) לא כללה עסקת פינוי ובינוי מתן דירת קבע חלופית כאמור בפסקת משנה (א) - העסקה אינה כוללת תמורה

כדי שהתביעה תתקבל, הסירוב של דייר צריך להיות סירוב בלתי סביר. החוק (ס' 2) מגדיר מהו סירוב בלתי סביר. אם העסקה אינה כדאית כלכלית, או אם אדם עם מוגבלות למזל היזם צריך לדאוג לו להתאמה בדירת השכירות ובדירה החדשה. היום כשההסכמים האלה נעשים עם עו"ד, ערבות וכו' - הסיכוי שהתביעה של דייר תתקבל מאוד מצומצמת. בסטטיסטיקה אין כמעט תביעות שהתקבלו. המגמה די ברורה - אם התהליך נעשה כמו שצריך והפגיעה בזכות הקניין היא לא באופן מאוד חריג - אין לו זכות להתנגד לעסקה הזאת.

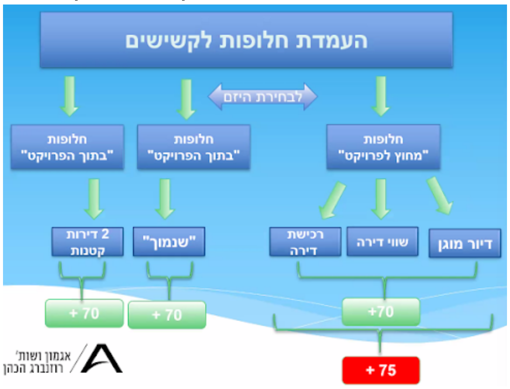
תיקון מס' 6:

לאשר את ביצוע העסקה וכן למנות עורך דין או רואה חשבון, שאינו בעל דירה במקבץ, שהיה מוסמך, בהתאם להוראות בית המשפט, להתקשר בעסקה בשם בעל הדירה המסרב;





היה דיון כבד לגבי מיהו הדייר הסרבן ומיהו הדייר הסחטן, וגם לגבי קשישים. אמרו שקשישים זה כבר סיפור אחר, הוא אומר שהוא גדל שם, כאן בית הכנסת שלו, המכולת שלו, זה לא פשוט לומר לו שאין לו SAY, הוא חייב לחתום על ההסכם אחרת הוא סרבן והוא צריך להתפנות בקרוב. לצד העניין של הפחתת הרוב והאפשרות של סעד נזיקי, דנו גם בשאלה מיהו הדייר הסרבן וגם קבעו הסדרים לגבי הקשישים. קבעו באופן משפטי שקשיש מעל גיל 75 רשאי לסרב, וזה נחשב סירוב סביר. אבל אם היזם העניק חלופות בפניו שקבועות בחוק - זה כבר לא ייחשב סירוב סביר. הפירוש של זה הוא בעצם שיזמים היום חייבים להציג לקשישים את החלופות כדי להקל עליהם את ההליך, ואם הוא הציג - לא תהיה להם עילה לסירוב.
היה דיון בכנסת אם כל דייר סרבן הוא דייר סחטן. יש הרבה הבדלים שבאו לפתור כל אחת מהסוגיות האלה ולהתמקד בדייר הסחטן. אמרו שהפחתת הרוב היא מוצדקת, הפגיעה תהיה מוצדקת כאשר מדובר בסחטן.
לאחר מכן קבעו את האיזון הנכון בין שיפור ההליכים כנגד סרבנים וסחטנים, ומצד שני טיפלו מתן מענה לבעלי דירות מבוגרים ובעלי מוגבלויות בחוק, טיפלו בעניין פערי מידע וב"הפרד ומשול" שדיברנו עליו, כדי להתמודד עם התופעות החריפות שהתקיימו בשוק הזה.



דוגמא להסדר חלופי עם קשישים: לאפשר לו לקבל דירה קטנה יותר, ואת ההפרש במזומן - כדי שיוכל לחיות בנוח יותר בפנסיה וכו', או 2 דירות קטנות - כדי אחת שישכיר למשל, או לקבל את שווי הדירה במזומן ולקנות דירה אחרת כדי לא להתפנות ולחזור אלא לקחת את הכסף לקנות דירה ולסיים את הסיפור.

<u>חוק ההסדרים</u>

הצעת חוק התכנית הכלכלית לשנים 2021-2022
פרק ד: בינוי ושיכון

חוק ההסדרים החדש שאושר לאחרונה גם לאחר 3 שנים של קיפאון בחקיקה בתחום הזה. החוק קידם לא מעט הסדרים ותיקן באופן עקיף את כלל החוקים הללו:

<u>חוק התכנון והבניה, התשכ"ה- 1965</u>

<u>התוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה- 1965</u>

- חוק פינוי ובינוי (עידוד מיזמי פינוי בינוי) התשס"ו- 2006/ חוק הדייר הסרבן
- חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), התשס"ח- 2008
- חוק התחדשות עירונית (הסכמים לארגון עסקאות), התשע"ז- 2017
- חוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך- 1960
- חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית, התשע"ו- 2016
- חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג- 1963
- חוק הדיור הציבורי (זכויות רכישה), התשנ"ט- 1999

אלה תיקונים עקיפים כדי לקדם את תחום ההתחדשות העירונית.

<u>סדר בין הדין החדש לישן:</u>

הנושא	ההסדר הקודם	ההסדר החדש	הגדרות/הערות
שיעור בעלי הדירות שהתקשרו בהסכם במקבץ	80% מבעלי הדירות	67%	מקבץ
	מחזיקים לפחות 75% מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם	בוטל	
שיעור בעלי הדירות שהתקשרו בהסכם בבית המשותף הנכלל במקבץ	67% מבעלי הדירות בבית המשותף	60% מבעלי הדירות בבית המשותף	בבית משותף של עד 5 יחידות נדרש מינימום 3 דירות בבית המשותף
	לפחות 67% מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם	לפחות 50% מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם	אם בבית משותף עד 5 יח"ד היחידות מוחזקות על ידי שני בעלים בלבד נדרשת הסכמת כל הבעלים
בעלים שעושה שימוש שלא כדין ברכוש המשותף או בשטח הגובל בבניין או פיצל את דירותו	לא קיים הסדר	לצורך חישוב הרוב המיוחס לא ילקחו בחשבון זכויותיו או חלק מזכויותיו של בעל הדירה	○ בהתחשב, בין היתר, בהיקף ובפרק הזמן ○ במסגרת ההליך המרכזי או בהליך נפרד
		שימוש לא כדין ברכוש המשותף/בשטח המשותף/פיצול דירות	
		נדרשת ראיה לבניה/לשימוש/לפיצול	
		הסכמה לכרות הסכם פינוי בינוי של לפחות 50% מבעלי הדירות בבית המשותף הרלוונטי	

פינוי בינוי - הפחיתו את הרוב ל-67%, בתמ"א 38 לעומת זאת הרוב גם בהריסה ובנייה הוא 80%. שם לא הפחיתו את הרוב. אמרנו שיש הצדקה מבחינת מדיניות לקדם פינוי בינוי, ויש על זה את הביקורת שמה זה משנה מבחינת האדם, הפגיעה בזכות הקניין שלו בבניין בודד היא אותה פגיעה בזכות כמו בפינוי בינוי, אז למה פה ב-67% ניתן לפגוע בה ושם ב-80%? משפטית אין הצדקה להבחנה הזאת. כיום קיימת הבחנה בין פינוי בינוי לתמ"א 38 מבחינת הרוב. זו טעות רווחת שחשבו שגם בתמ"א הורידו את הרוב. הדין החדש מדבר על כך שנדרש 67% במתחם ו-60% מכלא חד מהבניינים בו, ואם מגיעים לרוב הזה אפשר לתבוע את הסרבנים, זה תנאי הסף להגשה.

פולשים - הסדר נוסף הוא לגבי בעיה מאוד נפוצה בשוק הזה עם דיירים שבנו באופן לא חוקי, השתלטו לאורך השנים על גינות משותפות וגידרו אותן, השתמשו בהן, ורוב הדיירים הביעו "הסכמה בשתיקה". השאלה מה דינם של אותם אנשים? הם מבקשים להכיר בזה כדירות גן, וזה פוגע בכלכליות של הפרויקט. יש כאלה שאומרים "הרצחת וגם ירשת?" גם 20 שנה אתה פולש לשטח לא שלך וגם עכשיו תקבל תמורה במסגרת הפרויקט החדש? מצד שני, אין להם אינטרס להצטרף, זה רק ירע את התנאים שלהם. הייתה שאלה מאוד מורכבת איך צריך להתמודד עם אותם בעלי דירות.
לראשונה קבעו הסדר לגבי אותם אנשים שפלשו לרכוש המשותף או בנו בו שלא כדין. נקבע שלא סופרים אותם לצורך הגעה לרוב. כלומר אם יש 100 דיירים ו-10 מהם הם כאלה שפלשו, לא מחשיבים אותם ב-67%, סופרים 67% מ-90 ולא מה-100. קודם היה חסם ואפילו לא יכולת להגיע לבימ"ש, כי הם לא אפשרו להגיע לרוב הנדרש. הייתה ביקורת על החוק - למשל עלתה טענה שזה לא המקום להסדיר עבירות בנייה במדינת ישראל, אבל הבינו שיש חסם אז אפשרו מצד אחד לתת להם ליהנות איכשהו ממה שהם התרגלו אליו 30 שנה, אבל פתחו את האפשרות כדי לא להיפגע גם מסרבנים אחרים בכך שאפשרו לא לספור אותם במסגרת הרוב הנדרש. תיקון מאוד משמעותי וחדש מלפני ממש חודש.

הנושא	ההסדר הקודם	ההסדר החדש	הגדרות/הערות
עילות התביעה מי רשאי להגיש את התביעה	בעלי הדירות בלבד נזיקין או אכיפה	בעלי הדירות בלבד – ללא שינוי נזיקין או אכיפה – ללא שינוי	זכות ליזם לתבוע לא נכלל בנוסח הסופי
סירוב בלתי סביר מסיבות גיל	75	70	לבחירת היזם ○ החלופות לבני 80 (75 החדש) ○ שתי דירות קטנות ○ שנמוך
	80	75	לבחירת הקשיש ○ דיור מוגן ○ רכישת דירה חלופית ○ קבלת שווי הדירה
חולה הנוטה למות כהגדרתו בחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו - 2005	אין זכאות	זכאות לזכויות המוקנות לגיל 80 (75 החדש)	
בעלים של יותר מ 30% מהדירות בבית המשותף	יחשב כבעל דירה אחת	30% בתוספת 1/3 ההפרש, מהדירות בבית המשותף ההפרש" סך הדירות שבבעלות הבעלים/מספר הדירות בבית המשותף, בניכוי שלושים אחוזים משיעור זה	

גיל - הפחיתו גם את הגיל להטבות שהיו למעל 75. הורידו 5 שנים בכל אחת מהקבוצות כדי לא לקחת את הפתרון לקשישים.

חשוב לציין שגם עם כל העניין של הפחתת הרוב, גם יזמים וגם דיירים לא שואפים לתבוע דיירים סרבנים. המטרה היא להגיע ל-100% וזה אפשרי אם עושים את זה בשקיפות ובשוויון. רוב האנשים הם לא סחטנים, ואם עושים את העסקה בצורה של תמורות ריאליות, בונים אמון, פועלים בשוויון ובשקיפות, נותנים מענה לצרכים תוך כדי התחשבות באנשים, ועושים תהליך של שיתוף הציבור והבנה שיח מלא וכו' - אפשר להגיע לתוצאות יפות גם בלי החוק הזה. אין ספק שהוא מזרז, אבל זה לא כלי שישר צריך להשתמש בו אלא רק כשכבר אין ברירה. גם היזמים הגדולים מבינים את זה. אף אחד לא רוצה לתבוע את הסרבן שלו או את השכן שלו.

<u>התחדשות עירונית - הרוב הנדרש</u>

	תמ"א 38/חיזוק	תמ"א 38/הריסה	פינוי בינוי
הרוב הנדרש	2/3	80%	67% במקבץ 60%+ בבית משותף
המקור החקיקתי	חוק המקרקעין (חיזוק)	חוק המקרקעין (חיזוק)	חוק פינוי בינוי (פיצויים)
הערכאה השיפוטית	המפקח/ת על הבתים המשותפים	המפקח/ת על הבתים המשותפים	בית המשפט
בחינת הסירוב	ניתן לכל בעל דירה בבית המשותף הזדמנות לטעון את טענותיו	ניתן לכל בעל דירה בבית המשותף הזדמנות לטעון את טענותיו + ישקלו הנסיבות המיוחדות שבהריסת הדירה	בחינת "סירוב סביר" בהתאם לחלופות שבחוק + פתרונות לקשישים לאור התיקון החדש לחוק

על פינוי בינוי דיברנו. בתמ"א 38 הרוב מוסדר בחוק המקרקעין. ב<u>חיזוק</u> - נדרש רוב של ⅔ כדי להגיש תביעה לאכוף את העסקה על סרבנים, וב<u>הריסה ובנייה</u> - 80%. המקור החקיקתי הוא זהה (ושונה מבפינוי בינוי). בתמ"א 38 מי שדן בסוגיה של סרבנים הוא המפקח/ת על בתים משותפים. פינוי בינוי- ביהמ"ש המחוזי.

בתמ"א 38 אין את החלופה לקשישים. הניסוח בחוק הוא גם מאוד רחב, לא מונים פירוט כלשהו מה זה כלכליות וכו', אין סדר כמו בפינוי בינוי אלא רק אמירה כללית.
<u>העילה הנזיקית</u> - נותרה בפינוי בינוי אבל היא לא קיימת בתמ"א, העילה שם היא רק לכפות (מינוי עו"ד או רואה חשבון שיחתום בשם הסרבן) בין אם בחיזוק ובין בהריסה.
נזיקית אפשר לתבוע רק בפינוי בינוי, לאכיפה אפשר בכל אחד מהפרויקטים הללו (אבל בשיעורים שונים של רוב).

התחדשות עירונית - השלבים ועקרונות העסקה

<u>תוקפן של עסקאות פינוי בינוי ועסקאות תמ"א 38</u>

העקרונות

- רוב מבין כלל בעלי הדירות בין שחתם ובין שלא חתם
- החלטת רוב בעלי הדירות בבית המשותף באסיפה כללית המקנה זכות ביטול למי שחתם על ההסכם
- מועדים לקיום אבני דרך
- קידום בהתקשרות בהסכמים
- קידום תכנון ורישוי

חוק ההסדרים התערב בחופש החוזים וקבע מועדים בחוק (חקיקה קוגנטית) שאם המועדים האלה לא מתקיימים - אפשר לבטל את ההסכמים עם היזמים. הזכרנו בהתחלה מה הבעיות. החוזים נחתמים שנים רבות לפני שהם יוצאים לפועל, עם המון אי וודאות - שזה אחד המאפיינים של ההתחדשות העירונית. למעשה ההסכמים האלה בנויים באופן שיש להם תנאים מתלים. היו הסכמים שקבלו את הדיירים למשך הרבה מאוד שנים, היזמים אמרו ובצדק שהם לא יודעים כמה זמן יקח להם לאשר תכנית או תוך כמה זמן הדיירים יחתמו. אבל היו מועדים בלתי סבירים. היו יזמים שהחתימו את הדיירים על הסכמים מלאים ולא קיבלו את הפרויקט. משרד המשפטים בא וקבע באופן דרמטי הוראות שלפיהן אם חלפו המועדים הקבועים בחוק אפשר **לבטל את ההסכמים וזה לא יהווה הפרה**. ומעבר לזה - זה גם **חל אחורה** על הסכמים שנחתמו טרם כניסתו לתחולה של החוק, כלומר חקיקה רטרואקטיבית - שהיא מאוד נדירה. החליטו תוך הבנה ומצוקה שיש דיירים שקבולים בהסכמים שלא יוצאים לפועל ורוצים לשחרר אותם וגם לזרז את הפרויקטים, שאם היזם לא מחתים את הדיירים תוך זמן ולא מאשר תוכנית תוך זמן- ההסכם הזה בטל. זה **חוק קוגנטי** שגובר על כל הסכם שרשום בו אחרת או שיש בו מועדים אחרים. שינוי והתערבות מאוד משמעותית בחוזה קנייני בין שני צדדים, אבל כנראה הבינו שאין ברירה.

המועדים שנקבעו בחוק:

הנושא	פינוי בינוי	תמ"א 38	הגדרות/הערות
התקשרות בעסקה עם <u>מחצית</u> לפחות מבעלי הדירות בבית המשותף	24 חודשים	18 חודשים	○ בית משותף ○ הארכה בשנה למתחם שהוכרז וכולל 120 יחידות לפחות ○ דיור ציבורי עד 40%
התקשרות בעסקה עם<u>80%/60%</u> לפחות מבעלי הדירות בבית המשותף	התקשרות עם 60%	הרוב הנדרש על פי חוק החיזוק	
	4 שנים	3 שנים	
הגשת תכנית מפורטת בידי היזם בהתאם להוראות סעיף 1א83 לחוק התכנון והבניה	4.5 שנים		○ בית משותף ○ הסעיף לא חל במתחם במסלול רשויות ○ הארכה בשנה למתחם שהוכרז וכולל 120 יחידות לפחות
קליטת בקשה להיתר בניה לפי סעיף 145(א3) לחוק התכנון והבניה		3.5 שנים	אגמון ושות' רוזנברג הכהן ושות'

<u>החתמה פוגענית</u>

המחוקק כל הזמן מנסה לאזן בין הזכות לקניין לבין התהליכים עצמם שמתקיימים. קבעו שיש סמכות לבטל חוזים לא רק אם לא עומדים במועדים, אלא גם אם החתימה נעשתה **שלא כראוי**. בהתחדשות עירונית יש **ממונה על פניות דיירים** והיא רשאית לבטל הסכמים שנחתמו, מבלי להגיע לערכאה משפטית אם התקיימו כל מיני נסיבות של החתמה פוגענית:

- בעל דירה חתם העסקה בשפה שאינה מובנת לו, בלי שהיזם או מי מטעמו הסביר לו את עיקרי העסקה בשפה המובנת לו;
- היזם או מי מטעמו ניצל, לצורך החתימה, את מוגבלותו הרפואית, הנפשית או השכלית של בעל הדירה, כשהיזם או מי מטעמו ידע או היה עליו לדעת על קיומה של המוגבלות כאמור;
- היזם או מי מטעמו יצר מצג, מטעה כלפי הציג את עצמו לבעל הדירה, לצורך ההתקשרות בעסקה, באופן כוזב כי הוא נציג מטעם רשות ציבורית;
- היזם או מי מטעמו מסר לבעל הדירה מידע כוזב ומטעב, לרבות מידע כוזב מטעה על אודות מספר בעלי הדירות שהסכימו לעסקה עד ליום החתמה או מידע כוזב מטעה על אודות תנאי העסקה שסוכמו עם בעלי הדירות האחרים;

כל הרפורמה הזאת מכוסה בחוק ההסדרים החדש. למעשה באו להגן על דיירים שחתמו על הסכמים שנחתנו באופן לא ראוי ופוגעני. גם כן מהפכה בשוק הזה.

הממונה לעניין פניות הדיירים ברשות הממשלתית להתחדשות עירונית

<u>היטל השבחה בפינוי בינוי</u>

התוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965

גם כאן נעשתה רפורמה - היטל ההשבחה עמד על 50% והופחת ל-25% כדי לאפשר את הכלכליות של הפרויקטים.

<u>התחדשות עירונית - השלבים</u>

יש מנהלות עירוניות שהוקמו בערים כיוון שהרשות לא יכולה לטפל מירושלים בכל התיקים בארץ. המנהלות הוקמו כדי שיסייעו לדיירים, ימסרו להם את המידע, ויעשו הכל באופן הרבה יותר מסודר.

- התארגנות בעלי הדירות
- פניות אל / מ יזמים
- בחירת עורך דין
- התקשרות בהסכם מפורט או בהסכם טרום התקשרות / נונשופ
- קידום ואישור תכנית מפורטת- פינוי בינוי
- קידום הוצאת היתר הבניה
- רישום יחידה רישומית חדשה- תמ"א 38 חיזוק
- חיזוק/הריסה של הבניין לאחר קבלת היתר בנייה
- בנייה
- מסירה של הדירות החדשות/תוספות הבניה
- רישום

הרעיון הוא קודם כל שהדיירים צריכים להתארגן בעצמם, ולא שיזם יגיע ויר יחתים אותם, אלא שהם יקימו נציגות, יבחרו עו"ד, יבחרו יזם, יעשו מכרז... - אלה התהליכים הראויים. חוק המקרקעין מכיר בנציגות של בית משותף רק כנציגות שאמורה לנהל את הרכוש המשותף באופן שוטף, אין הכרה בחוק עד היום של נציגות לצורך פינוי בינוי. אם דיירים מקימים נציגות להתנהלות מול היזם, למעשה יראו אותם כמיופי כוח, אין הסדרה בחוק של נציגות ואין כללים מסודרים לגביה, איזה רוב צריך כדי למנות נציג לבניין וכו'. אבל המטרה בסופו של דבר היא לאפשר נציגות בוודאי במתחם של 50-100 אנשים שיוכלו לקדם תהליכים, לבחור עו"ד, לנהל איתו מו"מ על הסכם, ולעשות כל מה שצריך וכמו שצריך ואת כל ההליך הזה בצורה נכונה - כדי למנוע ניצול לרעה של הדברים הללו. התהליכים האלה כל הזמן מתקדמים.

<u>התחדשות עירונית - עקרונות יסוד בעסקה</u>

- מכירת זכויות הבניה כנגד קבלת "התמורה"
- "התמורה"

- תוספת בניה / דירה חדשה בבניין חדש
- מרפסת / חניה / מחסן
- דמי שכירות בתקופת הבניה
- דמי הובל לדירה החלופית וחזרה לדירה החדשה
- ערבויות
- הטבות נוספות
- עסקת נטו

העסקה שדייר עושה בתמ"א 38 למעשה היא שהוא מוכר את הדירה שלו ואת זכויות הבנייה החדשות שנוספו, מוכר את הקיים, ובתמורה לכך הוא מקבל דירה חדשה. התמורה היא לא רק הדירה החדשה אלא כמובן גם מרפסת, חנייה, דמי שכירות בדירה החדשה, הובלה, ערבויות, מימון עו"ד... הדייר לא משלם כלום אלא רק חותם על ההסכם. זה פשטני מדי לבוא ולהגיד שזה תמיד טוב לדייר, כפי שהסברנו.

11.1.22 - הרצאת אורח - עו"ד תמר פריאנטה (המשך שיעור 25)

מפקחת בכירה על רישום מקרקעין במחוז ת"א

המפקח על רישום המקרקעין

סקירה היסטורית וסמכויות המפקח

<u>מוסד המפקח על רישום מקרקעין - קצת היסטוריה</u>

נושא הבית המשותף הוא נושא ותיק שנים. הם התחילו להיבנות אחרי מלחמת העולם השנייה מתוך מטרה למצוא פתרונות דיור לכלל האוכלוסייה בעולם, וגם בארץ.

- חוק בתים משותפים, תשי"ג-1952 "**פקיד מוסמך**".

חוק הבתים המשותפים המקורי היה בשנת 52. המפקח נקרא אז הפקיד המוסמך, וגם כל פקיד אחר בבתי הרישום היה נקרא כך.

- חוק בתים משותפים (נוסח משולב) תשכ"א-1961

עיבד כל מיני תיקוני חקיקה שהיו עד אז.

- חוק המקרקעין תשכ"ט-1969 (כניסה לתוקף 1/1/70)

הוחלט להכניס את פרק הבתים המשותפים לתוך החוק.
זה מעורר היום שאלה אם זה היה נכון, כי מאז אם מסתכלים על חוק המקרקעין הפרק של הבתים המשותפים הוא הפרק שעבר הכי הרבה תיקונים. זה מדגים בצורה מאוד מפורשת את הדינמיות, את השינוי בערכים ובחיים בכלל ובצורך להסדיר המון מנגנונים בבית משותף, ולכן ייתכן והיה נכון להשאיר את זה בחוק נפרד.

<u>סמכות כפולה: מנהלית ושיפוטית</u>

החוק מפרט שתי סמכויות עיקריות למפקח:

- <u>מנהלית</u>- רישום בתים משותפים וסמכויות מינהליות נוספות בענייני רישום.

שקבועות בחוק המקרקעין. למשל ביטול זכות רשומה, תיקון שטח וגבולות, תיקוני רישום וכו', לרבות מתן מענה ללכשת הרישום ולרשם המקרקעין בכל פעולות הרישום.

- <u>שיפוטית</u>- בירור סכסוכים בין בעלי דירות בבית משותף.

הסמכות היותר "מפורסמת".

<u>מי כשיר להתמנות כמפקח:</u>

117. (א) שר המשפטים ימנה אנשים הכשירים להיות שופטי בית משפט שלום למפקחים על רישום מקרקעין ויקבע את איזור סמכותם. איזור סמכותו של מפקח יכול שיהיה שטח המדינה כולו או חלק או חלקים ממנו.

מי שראוי להיות שופט שלום. בפועל, כל המפקחים שממונים - איזור הסמכות שלהם הוא איזור סמכות ארצי, הגם שבפועל הם יושבים במקום מסוים. מאחר ומדובר בכמות מוגבלת של מפקחים בכל הארץ, הרעיון היה לתת סמכות ארצית כדי שתהיה אפשרות להשתמש בשירותיו של מפקח אם מפקח אחר נאלץ לפסול את עצמו או אם הוא נאלץ להעביר את התיק מסיבות אחרות, ולכן הסמכות נקבעה לכל איזורי הארץ.

<u>פיצול סמכויות המפקח</u>

- בשנת 2018, 66 שנים לאחר שנוסד מוסד המפקח, פוצלו סמכויות המפקח מבחינה ארגונית.

הדבר נבע מכך שעומס רישום הבתים המשותפים גדל מאוד. בכל שנה יוצאות בערך 55,000 יחידות דיור לשוק לבנייה והצורך ברישומן הוא צורך מיידי, כלכלי ועסקי. לכן המפקח שהיה אמור לטפל באותה לשכה גם בכל הנושאים השיפוטיים וגם בכל נושא הרישום פשוט לא עמד במשימה. לכן פוצלו הסמכויות.

<u>מבנה הרשות כיום</u>:

3 מפקחים מנהליים עוסקים ברישום בתים משותפים בכל הארץ.
מחולקים לשלושה מחוזית.
9 מפקחים שיפוטיים.

בכל לשכה שיש בה מפקח יש גם עוזרים, סטודנטים וכו' על מנת לייעל את התהליך.

הפעילות המנהלית והשיפוטית של המפקחים מתנהלת כיום <u>בתשע לשכות</u>: ירושלים, תל-אביב, חיפה, נצרת, פתח תקווה, באר-שבע, חולון ורחובות. שלוחות בחדרה, עכו ואשדוד.

החלוקה האיזורית הזאת היא חלוקה קצת ארכאית, היא לא ממש חופפת את החלוקה של בתי המשפט, ויש הרבה פעמים שאלה למשל אם ערעור על מפקח מרחובות ילך לבאר שבע לגבי בתים שנמצאים באשדוד ובאשקלון, או ילך למחוז מרכז. הדברים האלה לא לגמרי ברורים ומוגדרים, אבל מסתדרים עם זה. רחובות למשל אחראית על ראשל"צ, מודיעין, ובאופן תיאורטי אשדוד (למרות שכיום באשדוד יש לשכה שמטפלת רק באשדוד). החלוקה היא אמנם של הערים, אבל היא משקפת גם את ההתקדמות של האורבניות במדינת ישראל. משום שהלשכות המקוריות היו בת"א, חיפה, נצרת וירושלים, ובהמשך נבנו הנוספות בהתאם להתפתחות העירונית.

סמכויותיו השיפוטיות של המפקח על רישום מקרקעין

פרק הבתים המשותפים הוא פרק מאוד ארוך. בתוכו קבוע גם הסימן שעוסק בסמכות השיפוטית.

<u>סעיף 72, 73, 74 לחוק המקרקעין - סימן ד'</u>

סעיף 72 - קובע את סמכותו השיפוטית של המפקח על רישום מקרקעין להכריע בסכסוכים.
סמכות ייחודית (ס"ק א)
סמכות מקבילה לזו של בית משפט השלום (ס"ק ב).

<u>סעיף 72 לחוק המקרקעין</u>:

(א) סכסוך בין בעלי דירות בבית משותף בדבר זכויותיהם או חובותיהם לפי התקנון או לפי סעיפים 58, 59 או 59א עד 59ג ו-59ה עד 59י, לפי סעיף 1א לחוק המקרקעין (החלפת ספק גז המספק גז באמצעות מערכת גז מרכזית), התשנ"א-1991, לפי חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), התשס"ח-2008 או לפי סעיפים 6נט עד 6סא, 21ב ו-27ג לחוק הבזק, התשמ"ב-1982, יכריע בו המפקח. **סמכות ייחודית**: הוצאות תחזוקת הרכוש המשותף של הבית, התקנת מעלית, התקנת מעלית שבת, התאמה לאדם עם מוגבלות.

(ב) סכסוך בין בעלי דירות בבית משותף בדבר הסגת גבול מצד בעל דירה לגבי דירה אחרת או לגבי הרכוש המשותף, רשאי התובע להביאו, לפי בחירתו, לפני בית משפט מוסמך או לפני המפקח. **סמכות מקבילה.**

- בהסגת גבול הסמכות היא סמכות מקבילה- יש אפשרות להגיש תביעה גם לבימ"ש השלום וגם בפני המפקח. ההליכים בפני המפקח נתפסים כהליכים מהירים יותר ולכן לפעמים אנשים מעדיפים להגיע אליו.

(ג) האמור בסעיפים קטנים (א) ו-(ב) יחול גם במקרה <u>שמחזיק הדירה מטעם בעל הדירה</u> או <u>המתחזק</u> הוא צד לסכסוך, ואם היתה דירה מוחכרת בחכירה לדורות או בחכירת משנה לדורות – גם אם צד לסכסוך הוא המחכיר לדורות או מחכיר המשנה לדורות.

- מאפשר לדון במחזיק בדירה מטעם הבעלים כאשר הוא צד לסכסוך. המטרה הייתה בעיקר להסדיר בעלי הערות אזהרה שהזכויות שלהם עדיין לא נרשמו אבל הם כבר מחזיקים בדירה, **ולא** כוונה לדון בשוכרים. התפיסה של חוק המקרקעין היא ששוכר לשעה (ולא לדורות) אינו נתפס כמי שיש לו זכויות וחובות בבית המשותף בקשר למשל להצבעה באסיפות, התנהלות בנוגע לדרישות הקנייניות בבית המשותף וכו'. לכן המחזיק בדירה מטעם הבעלים בהקשר הזה הוא רק מי שזכאי להירשם כבעלים.

(ד) האמור בסעיף זה אינו גורע מתקפו של הסכם למסור סכסוכים כאמור להכרעת בורר.

ס' 72 מפרט את הסעיפים בחוק בהם יש למפקח סמכות לדון. הוא גודל וגודל במהלך השנים. אם נחזור לחוק הבתים המשותפים מ-61, דובר בו רק על סמכות שיפוטית לדון בזכויות וחובות עפ"י התקנון או לפי ס' 58, שהיה אז בנוסח אחר אבל זה ס' הסכסוך שדן בהוצאות וועד בית. היום יש סעיפים רבים, שכל אחד מהם משקף דיון בנושא אחר בבית המשותף. למשל ס' 58א מדבר על התקנת דוד שמש, 59ב על מערכת חימום מרכזית, וכו'. מדובר ברשימת מכולת ארוכה מאוד שמשקפת את השינויים הנדרשים.

חלק גדול מהסעיפים בחוק המקרקעין - צורך החקיקה שלהם נועד לטפל בנושא של **נוסחת האיזון**- נוסחת האיזון המפורסמת בין **שיתוף** הבית המשותף לבין ה**בלעדיות**. החיים ביחד ולחוד בבית המשותף. בעבר, כל פעולה בבית המשותף נדרשה להסכמה של כל בעלי הדירות, ואורח החיים ומהלך החיים הוכיחו שהדברים לא יכולים להישאר כך לעולם. נוסחאות האיזון השונות שקבועות בסעיפים לרבות סעיפים חדשים שהוספו בחוק החיזוק ובנושא הרחבת דירה- מראים את הצורך הזה בהסדרה - של פעולות מסוימות בבית המשותף לא תידרש הסכמה של כל בעלי הדירות אלא רוב מסוים שלפי העניין נקבע בכל נושא.

סעיף 73 - מי רשאי להיות צד לסכסוך בפני המפקח

סעיף 74 - אילו סמכויות יופעלו?
סמכויות של בימ"ש שלום בהליך אזרחי. למפקח יש סמכות לסטות מדיני הראיות אם הוא מפרט את הטעמים המיוחדים לכך. זה נדרש הרבה פעמים בהליכים בהם צדדים לא מיוצגים למשל בהליך בפני המפקח. יש גם הסדרה שההליך מתנהל לפי סדר דין אזרחי החדשות, לפי כללי הדיון.

סעיף 60 - בית משותף שנהרס - (סימן ב) הסמכויות כמו בסימן ד'

פס"ד צודלר- הבית ברמ"ג שנהרס ע"י הסקאד- דן בס' 60. גם הסמכויות של המפקח בהתאם לס' 60 להורות על שיקום הבית המשותף ייעשו במסגרת הסמכות השיפוטית של המפקח.

כל הנושא של הפעלת הסמכות השיפוטית- מדובר למעשה בטריבונל של בימ"ש קטן שדן בהתאם לכל הכללים.

"מורה נבוכים" - סעיפי חוק המקרקעין - פרק ו' פרק הבתים המשותפים

- 58
- 59
- 59א
- 59ב
- 59ג
- 59ה
- 59ו
- 59ז
- 59ח
- 59ט
- 59י

59י למשל הוא ס' שהוסף בשנה האחרונה- לגבי התקנת מתקנים פוטו-וולטאים על גגות של בתים משותפים, נושא חדש ונדרש. מעת לעת נדרשים לס' נוספים, לפעמים גם בחקיקה חיצונית ולפעמים בתוך חוק המקרקעין.

סעיפים 75-77 לחוק המקרקעין

- 75 - דרך הדיון

בהתאם לתקנות סד"א עם אפשרות לסטות מהן

- 76 - אכיפת החלטות

בפני רשויות ההוצאה לפועל. קיימת מחלוקת בנוגע לבזיון בימ"ש- אם דיון בנושא יתנהל בפני המפקח או בפני בימ"ש אחר. המחלוקת נעוצה בשאלה האם למפקח יש גם סמכויות פליליות שנדרשות במסגרת הליך של בזיון בימ"ש. נושא שנמצא בדיון שיתכן שיזדקק להסדר חקיקתי.

- 77 - ערעור

ערעור על החלטת מפקח על סכסוך נדון בפני ביהמ"ש המחוזי. ערעור על נושא של הסגת גבול אמור להיות נדון בהרכב של 3 שופטים. ערעור לביהמ"ש העליון- רק בנושאים שהוא מוצא לנכון להתערב בהם. מוצאים אמירות רבות שלא רוצים להתערב בערעור שני על החלטה, אבל ביהמ"ש מביע את עמדתו במעין אמירה לפרוטוקול לגבי הנושא.

מהו בית משותף?

סעיף 72(א) לחוק המקרקעין פותח במילים: **סכסוך בין בעלי דירות בבית משותף...**

בסעיף 53 הוגדר "בית משותף" - בית בו שתי דירות או יותר והוא נרשם בפנקס הבתים המשותפים.

סעיף 77ב לחוק המקרקעין החיל את סעיף 72 (הסעיף מכוחו פועל המפקח) וכן את סעיפי החוק המופיעים במסגרת סעיף 72 **גם על בתים שלא נרשמו כבתים משותפים**.

- כפי שאמרנו קודם- בגלל עומס הרישום הגדול ושלא כל הבתים מגיעים לרישום במועד בו הם מאוכלסים, לכן היה צורך בהסדרה כזאת. לפעמים יש לנו בתים מורכבים, כמה בתים שרשומים על חלקת מקרקעין אחת, וגם ביניהם סכסוכים יכולים להיות נדונים בפני המפקח. לעומת זאת בתים משותפים נפרדים שכל אחד מהם נרשם כבית משותף נפרד ויש ביניהם מחלוקת על גדר, הסגת גבול וכו'- לא יהיו נדונים בפני המפקח. לכן כעו"ד בכל מקום בו יש סכסוך צריך לפנות לפנקסי הרישום ולראות מה מצוי בו בפועל.

יש לשים לב שמדובר בסכסוך בין בעלי דירות בבית משותף. **ככל שעניינה של תביעה פרוש על שני בתים משותפים הסמכות אינה נתונה למפקח**.

תקנון הבית המשותף

<u>סמכות השיפוט בעניין התקנון - מהו?</u>

סעיף 72 - סכסוך בין בעלי דירות בבית משותף בדבר זכויותיהם או חובותיהם לפי **התקנון**:
מסמך יסוד המסדיר את היחסים בין בעלי הדירות בבית. "**הוא מהווה מעין "שולחן ערוך" אשר לפיו חייבים בעלי הדירות לנהוג". איזנשטיין (יסודות והלכות בדיני מקרקעין חלק ג', 131).**

<u>התקנון המצוי</u>- קבוע בתוספת לחוק המקרקעין, והוראותיו מחייבות את בעלי הדירות בבית כל עוד לא נקבעה הוראה אחרת בתקנון המוסכם.
יש הרבה טענות היום שהתקנון המצוי שנמצא בחוק לא מסדיר מספיק דברים ולא את כולם, ושהרבה פעמים יש הוראות שנמצאות בחוק והרבה הוראות שיהיה נכון להכניס אותן ולא נמצאות בו. אבל זו ברירת המחדל הקיימת בפני כל אדם בבית המשותף (אפילו לא רשום).

<u>תקנון מוסכם</u>- נערך על ידי בעלי הדירות ובהסכמתם. ניתן לרשום בפנקס הבתים המשותפים, ומשנרשם חלות הוראותיו כלפי כל אדם שנעשה בעל דירה לאחר מכן. (**סעיף 62**).
בדר"כ מי שקובע את התקנון בפועל הוא בכלל הקבלן. זו דוגמא לפער בין חוק המכר (דירות) והחובה לציין במפורש מה יהיו השטחים שהוצאו מהרכוש המשותף, לעומת הפרקטיקה הקיימת בפועל בה הקבלן חותם על תקנון הבית המשותף ורק בשלב הרישום לאחר מכן לבעלי הדירות מתברר אם התקנון תאם את ההתחייבויות החוזיות או לא. כשמדובר בקבוצת רכישה למשל התקנון נערך על ידם ובהסכמתם, הם מבקשים לקבוע את ההוראות וכשמאשרים את רישום הבית המשותף התקנון המוסכם נרשם גם כן ומהווה מסמך פומבי. אם פונים לרשות לרישום זכויות במקרקעין - אפשר לקבל את התקנון של הבית המשותף שנרשם אפילו באמצעות האינטרנט.

<u>**סמכות ייחודית**</u> למפקח לדון בסכסוך בין בעלי הדירות בבית הנוגע להוראה כלשהי בתקנון, בין אם ההוראה קייצת בתקנון המוסכם ובין אם התקנון המצוי.

<u>תביעות שכיחות מכוח התקנון המצוי</u>

זה רק חלק מהדוגמאות, כיוון שכל אחד מסעיפי התקנון המצוי יכול לשמש עילה לתביעה אם בבית המשותף לא מתנהגים על פיו.

<u>סעיף 2 לתקנון המצוי</u>

סוג נוסף של תביעות שמקורן בתקנון נוגעות לסכסוכים בדבר **שינויים ברכוש המשותף**:
- התקנת מזגן על קיר חיצוני

- התקנת פרגולה
- פתיחת דלת/חלון

לפעמים מדובר גם בהעברת חוטי חשמל, עניין עמדות ההטענה החשמליות והתקנתן וכו'.

2. (א) בעל דירה אינו רשאי לעשות בדירתו **שינויים או תיקונים הפוגעים ברכוש המשותף** או מסכנים או עשויים לסכן את קיומו או משנים או עשויים לשנות את ערכו, אלא אם קיבל תחילה הסכמת האסיפה הכללית של בעלי הדירות; לענין זה, "פגיעה ברכוש המשותף" – לרבות פגיעה בחזותו החיצונית התקינה והאחידה כפי שהיתה בעת גמר הבניה.

(ב) בעל דירה אינו רשאי לעשות בדירתו **שינויים או תיקונים הפוגעים בדירה אחרת** או מסכנים או עשויים לסכן את קיומה, או משנים או עשויים לשנות את ערכה, אלא אם קיבל תחילה הסכמת בעל הדירה האחרת.

(ג) כל שינוי או תיקון אחר רשאי בעל דירה לעשות בדירתו על דעת עצמו.

הס' הראשון מחייב את הסכמת האסיפה הכללית והשני מחייב את הסכמת בעל הדירה האחרת. יש גם הגדרה למהי הפגיעה. למשל מישהו שמתקין מזגן ופוגע בפסיפס שעל הבניין פוגע ברכוש המשותף.

<u>סעיף 3 לתקנון המצוי</u>

תביעות שכיחות אחרות הן תביעות לגבי ניקויי רטיבות. בין אם מדובר במרפסות גג שנוזלות לדירות מתחתן, או צנרת ביוב ישנה בין דירות שפוגעת או גורמת נזילה באמבטיה וכו'. כל סעיף כזה מקים עילת תביעה.

3. (א) בעל דירה זכאי לדרוש מהנציגות שתבצע כל תיקון בבית או ברכוש המשותף, שאי ביצועו עלול לפגוע בדירתו או בערכה.
(ב) בעל דירה זכאי לדרוש מבעל דירה אחרת שיבצע תיקון בדירה האחרת, שאי-ביצועו עלול לפגוע בדירתו של דורש התיקון.

בעל דירה רשאי לדרוש תיקון ליקוי בדירה אחרת או ברכוש המשותף. ואולם, לא ניתן לפסוק מכוח סעיף זה סעדים נזיקיים (אובדן דמי שכירות, פיצוי בגין עגמת נפש, פיצוי בגין נזקי רכוש וכיו"ב).

<u>העדר סמכות לדון בתביעות נזיקיות</u>

ד"נ 20/73 **שמע נ' סדובסדקי** (מיום 10.03.74) כב' הנשיא דאז זוסמן:
"סעיף 72 לחוק המקרקעין... מרחיב אמנם את סמכותו של המפקח, היכול עכשיו לדון גם בתביעות נזיקין בעילה של הסגת גבול, ולענין זה נעשתה סמכותו מקבילה לזו של בית-המשפט, אך משום מה אין הוא רשאי לדון בתביעות נזיקין אחרות".

הגישה הראשונית של בתי המשפט הייתה של הפרדה מוחלטת של הסמכויות. גם אם יש סמכות לדון בעילה של הסגת גבול- בשאר התביעות לא תהיה סמכות לדון בנזיקין.

חשוב לשים לב שהתביעות האלה לפי התקנון הם תביעות **לצו עשה**. מה שאומר התקנון הוא שניתן לדרוש את ביצוע התיקון. אם כתוצאה מרטיבות רבת שנים מדירה אחת לדירה אחרת הילדים חלו באסטמה ובעקבות זאת ההורים הפסידו ימי עבודה וכו' וכו' - כל אלה לא יהוו עילה לתביעה בפני המפקח, ואז יש צורך לפנות בתביעות מקבילות לביהמ"ש או לקחת אליו אל כל התביעה כתביעת נזיקין ולא כתביעה שעניינה התקנון המצוי. פיצול הסמכויות הזה מקשה על הציבור ומעורר בעיה. אבל אם אנשים רוצים סעד יחסית מהיר- התביעה למפקח יכולה לשמש פתרון טוב לעניין הזה.

כאמור, גם נושאים נוספים בתקנון המצוי יכולים לשמש עילה לתביעה.

פרשנות תקנון מוסכם

התקנון הזה קובע הוראות ספציפיות לבית המשותף ולכן יש צורך בפרשנות שלהן.
כשהבית נרשם ב-1980 ומנהלים דיון על סכסוך בשנת 2021

יש לפרש את הוראותיו של התקנון המוסכם בהתאם **לכללי הפרשנות שהותוו בדיני החוזים** (לרבות סעיף 25 לחוק החוזים).

בע"א 5043/96 **גלמן נ' הררי-רפול** (פורסם בנבו) קבע בית המשפט העליון (כב' הש' דורנר) כי:
"תקנון בית משותף הוא בגדר הסכם שנערך בין בעלי הדירות בבית המשותף, ויחולו עליו הכללים הרגילים של פרשנות חוזים".
לפי דיני החוזים כי מדובר בעצם בהסכם בין הצדדים.

פעמים רבות עולות סוגיות שעניינן פרשנות הוראות התקנון.

"Booking” או "Airbnb"
פרשנות תקנון

נושא שעולה לכותרות הרבה בשנים האחרונות. מקבלים הרבה בתים לרישום שבעלי הדירות בהם מבקשים לאסור בפירוש השכרה של דירות בבית בצורה של איירביאנבי.

האם רשאי הנתבע להשכיר את דירתו לפרקי זמן קצרים, על בסיס יומי, באמצעות אתרי המרשתת כגון "Airbnb" או "Booking", בשים לב לקיומה של הוראה בתקנון המוסכם?

(1) בעל דירה/שוכר/מחזיק בדירה רשאי לעשות שימוש לחניה אך ורק בחניה המוצמדת לדירה. אסורה החניה במקומות שלא יועדו לכך.

(2) השימוש בדירות יהיה אך ורק למגורים אפילו לא שימוש מעורב.

היה מדובר בבחור צרפתי שקנה דירה בבית משותף בת"א באחד הרחובות היוקרתיים והיה משכיר את הדירה לשכירויות קצרת טווח. בעלי הדירות האחרים הגישו כנגדו תביעה וזו הייתה השאלה בדיון. בבית המשותף בתקנון המוסכם נקבעה ההוראה למעלה, והדיון היה על ניסוחה הלא מוצלח- למה התכוונו הצדדים ב"שימוש מעורב".

נקבע כי המונח "שימוש למגורים" בתקנון המוסכם מכוון **לשימוש של קבע** או לכל הפחות להשכרה לטווחי זמן ארוכים (של מספר חודשים) ולא להשכרת דירה לפרקי זמן של ימים ספורים בלבד (תיק (ת"א) 993/17 **ניציגות נ' דריי לני**). המסקנה נבעה הן מלשון החוזה והן מאומד דעת הצדדים כפי שנלמד מעדותו של מנסח התקנון.

כתב התביעה בתיק הזה הוגש כשנה לאחר שהבית המשותף נרשם. הבית היה חדש, בעלי הדירות שבנו את הבניין ורשמו אותו עדיין יכלו להעיד- גם על הכוונה, גם מה היה מוסכם עליהם וכו'. בבית הזה יש מערכות מורכבות, כמו רובוט חנייה מתוחכם שצריך לדעת להכיר, מערכות כיבוי אש מיוחדות וכו'. זה היה אחד הנימוקים מדוע לא ניתן לאפשר השכרה לשעה או ליום לשוכרים מזדמנים ומדוע בעלי הדירות רוצים לשמור

על הבית כבית קבוע למגורים. לא הוגש כאן ערעור, זו הלכה (של מפקח) שנשארה, ובהחלט מעידה על רוח הדברים.

<u>עא (ת"א) 2572/06 זליג שמשון נ' נציגות הבית</u>
<u>פרשנות תקנון מוסכם</u>

בתקנון של בית משותף בראשון לציון שבו דירות מגורים וחנויות נקבע כי:
"הוסכם והותנה במפורש כי השימוש בחנויות מס' משנה 688/2, 688/3, 688/4, 688/5 יוגבל באופן שייאסר השימוש בהן לחנות ירקות, מסעדה, סטיקייה, חנות דגים, אטליז, **<u>בית אוכל</u>**, מכולת או מועדון ריקודים".

בתיק מפקחת 30/03 (רחובות) נקבע כי מאפיה עולה כדי "בית אוכל" ולפיכך אינה יכולה להיות מופעלת בבית המשותף. אושר בבית משפט מחוזי (ע"א 2572/06) ונקבע:

"בסעיף 4 לתקנון הבית המשותף צוינו שורה של בתי עסק העוסקים בממכר מזון: חנות ירקות, מכולת, חנות דגים, אטליז וכן בתי עסק המוכרים מזון לסועדים במקום כגון סטיקייה ומסעדה. הוספת המוח "בית אוכל" לא נועדה, אם כך, להוסיף מילה נרדפת למסעדה הכוללת את כל סוגי העסקים בהם סועדים הלקוחות, אלא להרחיב את ההגדרה לעסקים המוכרים מזון מכל סוג שהוא".

זה תיק שנדון בשנת 2006 על בית שנרשם בשנות ה-70. אחת החנויות למטה הושכרה לשימוש לבית לחם, מאפיה. השאלה שהתעוררה הייתה אם בית לחם עולה כדי "בית אוכל", כי היא לא נכנסה תחת אף הגדרה אחרת בתקנון. קשה מאוד להבין לאחר כ"כ הרבה שנים למה הצדדים התכוונו. האם הרשימה המפורטת היא רשימה סגורה ואיך אפשר לפרש אותה ברוח הזמן והמקום, והאם ברוח הזמן והמקום כיום או אלה שהיו בשנות ה-70 וכו'. מעדות הצדדים וגם מעדות הקבלן שהגיע להעיד בתיק- הרושם היה שהכוונה הייתה לשלול כל מטרד שקשור בריח, מזון ורעש, אבל בייחוד בריחות. כחלק מהדיון בתביעה תמר ביקרה בבית המשותף משום שבעלי הדירות טענו ב-3 פעמים ביום מפעילים את התנורים ומתפשט ריח של דברי מאפה בכל הבית המשותף. הייתה שאלה אם זה מהווה מטרד או לא, והיא קבעה שעורך התקנון ככה"נ התכוון לאסור עסק מהסוג הזה. גם המחוזי אישר את הפסיקה שלה.

<u>מפ' (ת"א) 1195/2021 נציגות הבית בבלי 12 ת"א נ' יודיטקס</u>
<u>פרשנות תקנון מוסכם</u>

5. לבית תקנון מוסכם רשום בסעיף 5 לתקנון נכתב כך:

5. ההגבלות הבאות בשמוש תחולנה על הדירות:-

<u>הגבלות שימוש בדירות</u>

(א) בעל דירה לא ימסור ולא יעביר בכל דרך אחרת ולא יעניק זכות חזקה או זכות שימוש בדירה בבית המשותף לאיש (כולל תאגיד) למטרת ניהול אחד העסקים המפורטים להלן:-

אא. בנק ו/או בנק למשכנתאות;

בב. עסק להכנה, הפצה, ממכר של פלפל, סטקיה, מסעדה, דגים, בשר, ירקות, פירות או מכלת.

(ב) ההגבלות הכלולות בפסקה (אא) לעיל לא תחולנה לגבי אמות השקעות בע"מ ו/או בנק הפועלים בע"מ והבאים מכוחם וזאת לגבי חלקת משנה 420/3 והנמצאת בקומת הקרקע ובקומה המרתף של הבית המשותף.

לטענת התובעים הנתבעות השכירו דירתן לאחרים מתוך ידיעה וכוונה שיופעל בה סניף של רשת "גולדה" (רשת שעיסוקה ממכר גלידות) על אף שהשימוש בדירה לצורך הפעלת עסק מסוג זה מנוגד להוראות התקנון דלעיל האוסרות על הפעלת עסקי מזון.

המפקחת קבעה שזו אכן הייתה הכוונה. דובר בתיק שנמצא כרגע בערעור. גם בו נדונה פרשנות של תקנון מוסכם וגם כאן מדובר בבית שנרשם בשנות ה-70 בשיכון בבלי. הופיעה בו הוראה דומה והשאלה הייתה האם

פתיחה של חנות גלידה אכן מהווה סטייה מהתקנון המוסכם. המפקחת עשתה סיורים גם בסניפים אחרים של גולדה כי התביעה הזו הוגשה עוד לפני שהעסק נפתח, ראתה שגולדה פועלת בסניפים גדולים שבהם יש גם שולחנות וכסאות וכו'- והיא קבעה שהפרשנות שתואמת את הוראת התקנות היא לאסור את השימוש הזה. הוגש ערעור וזה לא סוף פסוק, אבל גם זה מדגיש את הקושי של פרשנות תקנון מוסכם.

תביעות נפוצות

ע"א 549/73 **וינטרס נ' זמורה** (1974)
שימוש סביר ברכוש המשותף

פס"ד מנחה בנושא. מדובר בבית משותף משנות ה-70 עם מגרש חנייה פתוח, ללא הצמדות. השאלה הייתה האם אנשים יכולים לעמוד דרך קבע במקום החנייה. האסיפה הכללית בבית הזה לא קבעה שום הוראה לגבי השימוש במגרש החנייה.

השופט ברנזון: חניה ברכוש המשותף
שימוש סביר ברכוש משותף נבחן על פי **שני תנאים מצטברים**:
1. האם השימוש תואם את תנאי המקום והזמן;
2. אם אינו מונע שימוש דומה מדיירים אחרים בבית המשותף.

"כל שימוש מותר גם בלי החלטה של האסיפה הכללית, ובלבד שהוא רגיל וסביר לפי תנאי המקום וזמן ואינו מונע שימוש דומה מאחרים".

נקבע גם בע"א 708/72 **פרשקר נ' רוזנברג**.

- "כל הקודם זוכה"

ביטוי מפורסם מפסק הדין. כאשר יש לנו חנייה בבית משותף של 10 דירות ויש רק 8 מקומות חנייה- כל הקודם זוכה. אם בא מישהו וזוכה במקום, לא יוכל אחר לבוא בטענה שלא היה לו מקום לעמוד.

- תנאים אלה נבחנים בכל מקרה על פי עובדותיו

גם התנאים של ברנזון וגם עניין כל הקודם זוכה.

הזמן הוא גורם מאוד משפיע בפרשנות ובהבנה של הדברים.
דוגמא: בעל דירה בראשל"צ שהייתה לו סירה שהוא היה יוצא איתה בשבתות למרינה. היא עמדה על מעין נגררת על גלגלים, והוא היה מעמיד את הרכב בחנייה שהייתה רכוש משותף בטענה שכל הקודם זוכה. הוא היה מעמיד אותה דרך קבע, כי רק בשבתות הוא היה יוצא לים. הוא טען שזה שימוש סביר ברכוש המשותף. תמר קבעה שזה **לא** שימוש סביר, כי זה נועד לטובת בעלי הדירות לצורך חניית הרכבים שלהם כשהם חוזרים הביתה מהעבודה וכו'. ולא כדי להעמיד כלי נוסף להנאתו של בעל הדירה על חשבון בעלי הדירות האחרים (הייתה לו גם חנייה צמודה בה הוא היה מעמיד את הרכב שלו).

הנושא של שימוש סביר ברכוש המשותף פוגש אותנו בהמון מקרים. וינטרס נ' זמורה למשל מדבר על אמא שמעמידה עגלה של תינוקות בחצר של הבית המשותף, האם זה שימוש סביר או לא. יש דוגמאות רבות במהלך השנים לשימושים סבירים.

הקרב על הגג-
שימוש בלתי סביר ברכוש המשותף?

מפ' (ת"א) 599/20 **אולמרט עליזה נ' נציגות הבית המשותף ברח' מטמון כהן 7 ת"א** (פורסם בנבו)

עליזה ואהוד אולמרט הגישו תביעה כנגד בעלי הדירות בבית שלהם על השימוש שהם עשו בגג המשותף. מדובר בבית בתקופת הקורונה, שהגג שלו נמצא מעל דירת הפנטהאוז שהם קנו בפרויקט של תמ"א-38. זהו גג משותף, ובעלי הדירות האחרים בבית בתקופת הקורונה עלו לשם, עשו "זולה" - שמו ספות וכסאות, ועלו לשם לשמוע מוזיקה, לעשן וכו', וכל זה מעל הדירה של הזוג אולמרט שהוא דירה שמוקפת במרפסת. משפחת אולמרט טענו שמדובר בגג משותף שמיועד לפי היתר הבנייה להתקנת מתקנים טכניים, וביקשו צו שיאסור להיכנס לגג שלא לצורך תחזוקה. בעלי הדירות בכלל רצו לעשות שם דק ולהפוך את זה לגג ירוק.

נדונה השאלה האם אסיפה כללית יכולה לקבל החלטה כזאת, שיש בה פגיעה בבעל דירה שבעצם משנה את זכויותיו.

> **עניינה של החלטה זו הוא בקשה לסעד זמני שיאסור על המשיבים לבצע בניה על הגג המשותף, ולהכניס אליו ציוד ארעי או קבוע שאינו מתקנים טכניים, וכן שיאסור עליהם להיכנס לגג המשותף שלא לצורך תחזוקה ותיקון של המתקנים הטכניים ולהימנע ממפגש או התכנסות חברתית בו לצרכי פנאי, ויצווה עליהם להוציא ממנו כל חפץ שהוכנס אליו שלא למטרת מתקנים טכניים.**

הטענה הזו נבחנה בהחלטת ביניים. המפקחת מפרטת את השיקולים והנימוקים האם להכיר, האם יש כאן זכות שנפגעת, מה היו הזכויות פי חוזה המכר כשנמכרה הדירה למשפחת אולמרט, מה הייתה כוונת הצדדים וכוונת הקבלן וכו'. היא קובעת **שיש** ראיה לכאורה לפגיעה (כמו שבודקים בנושא של סעד זמני), והיא מקנה זכות שימוש מסוימת עד לדיון בתביעה העיקרית שלפיה ניתן לעלות לגג לשאוף אוויר אבל לא לשהות יותר מדי, לא לעשות רעש, לשמוע מוזיקה וכו'. קובעת תנאים מסוימים.
זו דוגמא לפרשנות של מהו שימוש סביר ברכוש המשותף, שימוש שבמקרה הזה רוצים לעשות כלל בעלי הדירות למעט מי שטוען לפגיעה, לעומת וינטרס נ' זמורה שם מדובר בשימוש שעושה בעל דירה יחיד. בנוסף מוצבת כאן שאלה פרשנות של חוזה המכר שעדיין לא נרשם (כי הבית עדיין לא נרשם, וכאמור עדיין יכול להיות נדון בפני המפקח).

יש לבחון האם החלטת אסיפה כאמור עומדת בקנה אחד עם הוראת סעיף 9.2 לתקנון המוסכם, הזהה בנוסחו לסעיף 12(ב) לתקנון המצוי שבתוספת לחוק המקרקעין, הקובע שהחלטה המשנה זכויות של בעל דירה, לא יהיה לה תוקף אלא אם הסכים לה.

החלטת ביניים מיום 10/12/2020. התיק העיקרי ממשיך להתנהל.

במהלך הדיונים בתיק הוא מגיע לתמר לשם רישום כבית משותף, ואכן נרשם ככזה, ללא התייחסות למגבלה כלשהי אלא רק בהתייחסות לחוזים וההוראות שהופיעו בהם. כך שהדיון בפני המפקחת השיפוטית בהקשר הזה ימשיך להתדיין.

<u>סעיף 58- תביעה לתשלום הוצאות אחזקת הרכוש המשותף</u>

(א) בעל דירה חייב להשתתף בהוצאות הדרושות להחזקתו התקינה ולניהולו של הרכוש המשותף להבטחת השירותים המחויבים על פי דין או המקובלים על פי הנוהג, לפי יחס שטח רצפת דירתו אל שטח הרצפה של כל הדירות שבבית המשותף, זולת אם נקבע בתקנון שיעור השתתפות אחר. לעניין זה, "החזקה תקינה"- שמירה על מצבו של הרכוש המשותף כפי שהיה בעת גמר הבניה, לרבות שיפורים שבוצעו בו לאחר מכן בהסכמת בעלי הדירות.

סעיף זה קובע את חובתו של בעל דירה לשלם את ההוצאות הדרושות לאחזקת הרכוש המשותף בהתאם לשטח הרצפה שלו מול כל שטחי הדירות. ברוב הבתים בישראל נהוגה שיטת תשלום שווה. רק בשנים האחרונות מתחילה להתפשט המודעות שדירה קטנה צריכה לשלם פחות לעומת דירה גדולה. החוק קבע כברירת מחדל את התשלום לפי שטח הדירה אבל הוא לא מונע קביעה אחרת בתקנון המוסכם של הבית או בכלל בהחלטה של כל בעלי הדירות בהסכמה (בהתאם להוראות חוק המקרקעין). התשלום לוועד בית הוא לא רק התשלום השוטף עבור חשמל, ניקיון חדר מדרגות, מעלית וכו', אלא גם עבור החזקה תקינה שהיא שמירה על מצב הרוש המשותף כפי שהיה בעת גמר הבנייה... (סוף הסעיף). אנחנו מדברים שוב על תנאי הזמן והמקום. היום לא יעלה על הדעת שבבית לא יהיה אינטרקום למשל כחלק גדול ממערכות האבטחה, מהשמירה על פרטיות וכו'. בעבר לא היה בכלל אינטרקום, וכשבאו בתים ישנים וביקשו להתקין אינטרקום והיו בעלי דירות שהתנגדו ולא רצו לשלם בטענה שאלה שינויים ושיפורים שלא מוסכמים עליהם, ואין חובה להטיל עליהם את ההוצאה הזאת. או למשל כשרוצים לחדש את הלובי ולעשות ריצוף קרמיקה במקום מרצפות טרצו שהיו פעם. האם זה שיפור/שינוי? האם ניתן לחייב את כל בעלי הדירות?
הפסיקה במהלך השנים הבינה שההסתכלות צריכה להיות לפי שינויי אורח החיים, הסתכלות בהתאם למקובל בזמן ובמקום, ואי אפשר לשמר את ההיסטוריה בדברים שלא מתאימים למועדם עכשיו.

(תל אביב- יפו) 172-16 נציגות הבית סיטי טאוור רחוב מנחם בגין 3 רמת גן נ' עופר

פס"ד בנושא נציגות הבית המשותף בסיטי טאוור ברמ"ג. מדובר באלמנתו של עופר (המפורסם). היו שם טענות שנגעו לגודל הדירה ולאופן חישוב דמי הניהול.

טענות הליבה של הנתבעת בכל התביעות, מתייחסות לגודל הדירה, אופן חישוב דמי הניהול והחובות הנטענים וכן ביחס לגביה המיוחדת. מחלוקת על גודל הפנטהאוז 217 מ"ר או 389 מ"ר. חיוב בתשלום של 313,000.

- ★ חשוב לציין שלמרות שלמפקח יש סמכות של בימ"ש שלום, כיוון שאנחנו עוסקים בתביעה ייחודית לפי ס' 58 אין מגבלה של גובה סכום לדיון בפני המפקח (למרות שסמכות של בימ"ש שלום לא מגיעה לסכומים כאלה).

התיק הזה הוא דוגמא למחלוקות שמתעוררות לגבי מדידת שטח הדירה. כאשר הבית המשותף רשום, הדברים מאוד ברורים. יש לנו את שטח הדירה כפי שהוא מופיע בנסח הרישום, ויש לנו את הוראות התקנון שקובעות בדר"כ איך יחושב התשלום. בבית לא רשום עלולה להתעורר מחלוקת - האם השטח לחישוב יהיה לפי השטח של הארנונה, או לפי השטח בנתונים שיש לחברה הקבלנית... זה חלק מהמחלוקות שעולות פעמים רבות בתיקים. הבית הזה במהלך הדיון בו הגיע לתמר לרישום ונרשם, ובעת שהמפקחת נתנה את פסק הדין למעשה כבר היו נתוני רישום שהצדדים לא יכלו לחלוק עליהם. לכן תהליך קביעת הגודל היה בסופו של דבר תהליך פשוט.

יש הלכה שאומרת שכאשר הבית לא רשום ניתן להסתמך על נתוני הארנונה, הגם שבדר"כ שטח הדירות בארנונה גדול יותר מאשר השטח ברישום עצמו, משום שהוא כולל גם חלק יחסי בשטחים משותפים. מצד שני, כאשר היחסיות ממילא נקבעת באופן שווה לכולם - זה לא כ"כ משנה. כי כאשר מדברים בעניין יחסי זה שטח הרצפה לעומת כלל שטח הרצפות בבית.

<u>הרחבת דירה- פרק ג/1 לחוק המקרקעין</u>
עוד נושא שמתנהלות לגביו הרבה תביעות. גם פרק ג/1 שחוקק בעקבות העלייה הגדולה בשנות ה-90 הוא פרק שמדגים את הנושא של האיזון, נוסחת האיזון - משום שלהרחבת דירה עד לאותו תיקון (שנות ה-90) נדרשה הסכמה של כל בעלי הדירות, ובאותו תיקון למעשה הוחלט שמספיק הסכמה של ¾ מבעלי הדירות שיש להם ⅔ מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם. התביעות האלה מעוררות הרבה פעמים שאלה של תשלומי

איזון, האם אדם שבנה דירה על הגג, רק הוא יכול היה לבנות דירה על הגג ואחרים לא יכלו. האם בכך הוא בעצם השביח את ערך הדירה שלו וחייב בתשלומי איזון לבעלי הדירות האחרים? הרבה פעמים יש עניין של פיצוי אחר שניתן לבעלי הדירות, אם למשל אדם עושה שינוי בלובי או תיקון בבית המשותף.

71ב.(א) על אף הוראות סעיף 62(א) סיפה, או סעיף 12(ב) לתקנון המצוי שבתוספת, רשאים מי שבבעלותם שלושה רבעים מהדירות ושני שלישים מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם, להחליט בדבר הוצאה של חלקים מסוימים מהרכוש המשותף והצמדתם לדירה פלונית, לשם בניה שמטרתה הרחבת אותה דירה, וכן להחליט בדבר חלוקת זכויות הבניה הנדרשות לצורך זה, ואולם, היה נושא ההחלטה כאמור הרחבת דירה פלונית אחת או יותר לשם בניית מרחב מוגן דירתי או מרחב מוגן קומתי, רשאים להחליט על כך מי שבבעלותם שישים אחוזים מהדירות.

נוסחת האיזון- לא תתאפשר פגיעה בזכויות בניה יחסיות, מנגנון פיצוי, התחשבות בהרחבה דומה. התביעה תוגש על ידי המתנגד להחלטה.

רעא 1462/10 דוד עטייה נ' ליאור שגיא

האם בניית מחסן בשטח משותף והצמדתו לדירה פלונית, שאינה בסמיכות פיסית אליו, יכולה להיחשב כ"הרחבת דירה" לצורך סעיף 71ב לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969?

בעלי דירה בקומה רביעית ביקשו לבנות מחסן בקומת הקרקע. בעל דירה בקומת הקרקע התנגד וטען שזו לא הרחבת דירה, למרות שהיה להם את הרוב הדרוש לפי החוק. ביהמ"ש העליון אומר:

המטרה שאותה ביקש המחוקק להגשים באמצעות דבר החקיקה הייתה להקל על מצוקת הדיור ולאפשר ניצול יעיל יותר של הקרקע על-ידי הרחבת הדירות. זאת באמצעות הפחתת כוחו של המיעוט, ונטילת "זכות הווטו" שלו באשר להחלטות הנוגעות לרכוש המשותף שעניינן הרחבת דירה (מיגל דויטש קניין כרך א 696-697 (1997)).

המסקנה: הצמדה של חלק מסוים ברכוש המשותף, שאינו מצוי בסמיכות פיסית לדירה אינה בבחינת "הרחבה" כמשמעותה בסעיף 71ב לחוק.

בצורה דומה נקבע למשל שבניית מרפסת יכולה להיחשב כהרחבת דירה כי היא יוצאת בסמיכות פיזית לדירה.

תמ"א 38 וחוק החיזוק

חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), תשס"ח-2008

תמ"א 38: רקע

2005- החלטת ממשלה המאשרת את תכנית מתאר ארצית לחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה- תמ"א 38.
זה היה הרקע לחוק. ב-1980 תוקן התקן לעניין בניית בתים וחייבו כבר את הקבלנים לאבטח את הבתים מפני רעידות אדמה.

התוכנית מעודדת ביצוע חיזוק לביתם משותפים **שהיתר להקמתם ניתן לפני 1.1.1980**.

חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה) תשס"ח- 2008 (להלן: "**חוק החיזוק**") הוא בגדר **חקיקה משלימה** לתמ"א ונועד להקל על יישומה, על ידי הורדת רף ההסכמה הדרוש בחוק המקרקעין.

גם חוק זה הוכנס לסמכויות המפקח לדון בתביעות בעניין הזה. המטרה הייתה הורדת רף ההסכמה. אותו רף הורד גם בהרבה נושאים אחרים בחוק המקרקעין.

<u>סמכות עניינית-</u>
<u>סמכות ייחודית למפקח על רישום מקרקעין</u>

סעיף 72(א) לחוק המקרקעין הורחב כך שגם דיון בסכסוכים לפי חוק החיזוק הם חלק מסמכותו הייחודית של המפקח.

<u>סוג העבודה מכתיב את רף ההסכמה</u>

החוק מדבר על כמה סוגי דברים בתמ"א 38.

סעיף בחוק החיזוק	מהות העבודות	הרוב הדרוש
3	שינוי ברכוש המשותף	רוב בעלי הדירות
4	הרחבת דירה	60% מבין בעלי הדירות
5	בניית דירה חדשה אחת או יותר, לרבות הוצאת חלקים מהרכוש המשותף לשם התקנת מקומות חניה לדירות החדשות	100% - ואולם רוב בעלי הדירות אשר בבעלותם 2/3 מהדירות ו- 2/3 מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם רשאים להגיש תביעה לאישור ביצוע העבודות
5 א	הריסת בניין קיים והקמתו מחדש בהתאם לתכנית חיזוק	100% - ואולם רשאי מפקח לאשר על פי תביעה של בעלי דירות שבבעלותם 80% ו- 80% מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם

ס' 3 - אם מדובר בשינוי כלשהו ברכוש המשותף - נדרש רוב. אם לבעלי הדירות יש מספיק כסף והם מסכימים לכסות את חיזוק העמודים ולממן אותו בעצמם - למעשה זה שינוי רגיל ברכוש המשותף כמו כל החלטה אחרת בבית המשותף. ס' 58- שיפורים וכו'- יכנס למבחן הזה.
ס' 4 - אם במסגרת החיזוק ניתן להרחיב דירה מסוימת למשל בדירת הקרקע וע"י זה לייצר חיזוק בבניין, כלומר ההרחבה יוצרת את החיזוק - נדרשת הסכמה רק של 60% מבעלי הדירות ולא הרוב הנדרש להרחבת דירה שהוא ¾ מבעלי הדירות, רף נמוך יותר.

- אם השינוי ברכוש המשותף נדרש לצורך חיזוק- מספיק הסכמה של רוב (מעל 50%), לא צריך הסכמה של כולם.

ס' 5 - הסעיף הנפוץ ביותר. הוספת דירות חדשות ומקומות חנייה חדשים על מנת לייצר חיזוק לבית. זה בעצם המבנה הקלאסי של תמ"א 38. אני נותן זכויות בנייה לדירות חדשות לבית, נותן אותן ליזם ובתמורה להן הוא מחזק את הבית ועושה חניות חדשות בו לטובת בעלי הדירות החדשים בעיקר. באיזורי ביקוש הוא נותן גם חניות לבעלי הדירות הקיימים, אבל החוק קבע שככל שהמיקום במגרד מוגבל החניות ינתנו לדירות החדשות. במקרה הזה צריך הסכמה של 100%, אבל אם יש לנו רוב של ⅔ מבעלי הדירות ש-⅔ מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם- אפשר להגיש תביעה למפקח לאישור ביצוע העבודות, והוא יכפה על הדיירים הסרבנים את העבודות אם ישתכנע שהתוכנית הזאת מיועדת לחזק את הבית. הוא משתכנע מכך שהחוק קבע בתיקון מאוחר יותר שיהיה היתר בנייה בתנאים. החובה על הוועדה המקומית היא להשתכנע שמדובר בתוכנית לחיזוק הבית, הוועדה המקומית מאשרת את ההיתר בתנאים מסוימים, ואז ככל שמובא בפני המפקח ההיתר בתנאים וההסכמה של ⅔ מבעלי הדירות הוא יכול לדון בתביעה הזאת.

ס' 5א - ס' חדש שהוסף בעניין תמ"א 38 2 שהוא הריסת הבניין הקיים והקמה מחדש. כאן נדרש רוב של 100% אבל ניתן להגיש תביעה כשיש רוב של 80% מבעלי הדירות. רף גבוה יותר כי מדובר על הריסה של הבית שזה שינוי הרבה יותר דרמטי מרק חיזוק של הבית. גם בין המהנדסים וכו' מעדיפים לקנות דירה בבית שעבר הריסה ולא בית שעובר חיזוק, משום שבתים של שנות ה-50 למשל מעוררים שאלה אם החיזוק הוא באמת חיזוק.

רע"א 1002/14 שומרוני נ' קופמן ואח'
משה שרת 16 תל אביב

- הסכם נחתם ביום 7/8/2008
- פסק הדין של המפקח 17/2/2013
- פסק דין מחוזי 5/1/2014
- עליון-דחיית הבר"ע 9/7/2014
- רישום יחידה רישומית 9/12/2014
- רישום סופי- 16/7/2020

כאן מוצגים לוחות הזמנים ואיזושהי תמונה של מה קורה באמת בתהליך כזה. בבית הזה נחתם הסכם באוגוסט בין בעלי הדירות ליזם. היתר הבנייה ניתן ב-2011 אחרי שהיו התלבטויות, ואז כנגד אדון שומרוני שהתנגד לפרויקט הוגשה תביעה בפני המפקח. החוק קובע שהתביעה תוגש ע"י בעלי הדירות המעוניינים בפרויקט, לא מטילים את הנטל על המתנגד אלא דווקא על המעוניינים. המפקח נתן את הפס"ד ב-2013, לאחר מכן הוא נדון במחוזי ובעליון - נדחו הערעורים. היחידה הרישומית, שמאפשרת לממש את הפרויקט, נרשמה ב-2014, והרישום הסופי ביולי 2020 - 12 שנים לאחר שההסכם נחתם נרשם הבית המשותף לאחר הפרויקט.

זה הפך לפסק דין מנחה, שקבע את אמות המידה:

<u>השיקולים שעל המפקח לשקול בתיקי תמ"א 38</u>

לצורך הפעלת סמכות המפקח בהתאם לחוק החיזוק, ולשם בחינת הבקשה לאישור בנייה בהתאם לסעיף זה, הותוו בפסק דין שומרוני שאלות מרכזיות אליהן על המפקח להידרש.

<u>על המפקח לתת דעתו לשאלות הבאות</u>:

- האם תוצג טעם להתנגדות?
- האם התוכנית עתידה להיטיב את מצב כלל הדיירים בבניין?
- האם התוכנית פוגעת באופן מהותי בזכויות המיעוט?

לפעמים יכול להיות שכתוצאה מהבנייה, בייחוד בבתים שבנויים ממדרונות כמו בחיפה או ירושלים - נחסם אוויר, אור, הדירה שנמצאת בקומת הקרקע נפגעת... אלה טענות לגיטימיות.

- האם התוכנית התקבלה בתום לב או בניגוד עניינים?
- האם הוצגה חלופה קונקרטית?

שלא הוצגה בפני הדיירים.

- האם נשמר השוויון בין הדיירים?

כל אחד מהם זה שיקול שמעורר הרבה דיונים אצל המפקח וויכוחים רבים, וקיימת פסיקה נפוצה ורבה בעניין.

<u>פרשנות מרחיבה לעניין הסמכות בפסיקה</u>

רע"א 1002/14 שומרוני נ' קופמן ואח', פורסם ב"נבו" 9.7.14:

הסיבה ששומרוני התנגד הייתה שהוא עצמו היה קבלן והוא עצמו רצה לעשות את הפרויקט, ובעלי הדירות לא רצו וטענו שהם קיבלו הצעה טובה יותר ושהחברה שעושה אותו מטיבה איתם ולכן הם בחרו לא ללכת איתו.

"סמכותו של המפקח לא טומנת בחובה רק את הסמכות לאשר תוכנית חיזוק במישור העקרוני, כי אם סמכות לאשר תוכנית פרטנית שהוגשה **ואף את מתכונת ביצוען של העבודות**".

ע"א 3700/15 רוט נ' עגנון:
למפקח סמכות לדון בתביעה לסעד הצהרתי לגבי הבעלות בדירות החדשות שיבנו.
"הגבלת סמכותו של המפקח לדון רק ביצוע של העבודות, ולא בזכויות בדירות שייבנו, חותרת אפוא תחת תכליתו של חוק ...... לקדם עסקאות מסוג זה.

הייתה שם טענה שהסמכות צריכה להיות לביהמ"ש המחוזי. העליון לא קיבל את הטענה הזאת ואמר שתכלית החוק היא שהמפקח ידון בכלל הנושאים שעולים אגב תביעה בתמ"א 38.

עם הפנים קדימה - העברת סמכויות מבתי המשפט
תיקוני חקיקה

בעת האחרונה עומדים על הפרק מספר תהליכים אשר ככל שיתרחשו ישנו את פניו של תפקיד המפקח.

בין היתר רוצים לשנות את שם המפקח, שהתחיל בכלל מ"פקיד מוסמך". היום יש הצעת חוק שבו המפקח ייקרא "דיין" כשהוא בסמכותו השיפוטית. יש גם כל מיני רעיונות כמו האם להקים טריבונל מיוחד לדיני מקרקעין, אם האם להביא למפקח נושאים נוספים לדיון.

בשנת 2018 גובש מטעם הנהלת בתי המשפט (כב' הש' טובי) מסמך ובו סמכויות שונות ונושאים שונים אשר צריכים לעבור לשיטת הנהלת בתי המשפט מבתי המשפט למפקחים. הנושאים המובאים במסמך זה הם:

- תביעות לפי חוק פינוי בינוי (כפיה על סרבן בפרויקט פינוי בינוי)
- הליכי פירוק שיתוף
- בזיון בית משפט
- סמכות ייחודית בהשגת גבול
- פיצוי כספי בגין הסגת גבול ודמי שימוש
- פיצויים בגין נזקי רכוש

תיקוני חקיקה והסדרה: עמדות טעינה לרכב חשמלי, הסדרת תחזוקת מבנים גדולים, קיצור תהליכי רישום בית משותף.

הסדרת תחזוקת מבנים גדולים- הם יהיו עיקר הבנייה במדינת ישראל שהולכת להיות מאוד צפופה לקראת שנת 2050 עם כמות גדולה מאוד של אוכלוסייה. חוק המקרקעין לא מסוגל להתמודד יותר עם תחזוקת המבנים האלה עם ההוראות הקיימות היום. למשל בעניין הסדרת חברות ניהול - נדרשת חקיקה בהקדם. המלאכה והעשייה היא רבה, והסמכויות השיפוטיות הן סוג אחד של הסתכלות על היחסים בבית המשותף, יחסים מאוד מורכבים ומשקפים תהליכים בחברה הישראלית. כיום הוספת דיירים בבית המשותף היא לא דבר פשוט, קבוצות וואטסאפ והדרת דיירים בבית משותף או אלימות ועימותים, מצלמות ברכוש המשותף וכו' - מעת לעת קיימים נושאים חדשים שהמפקחים צריכים להתמודד איתם בצורה מאוד מאתגרת.

בעקבות שאלות שעלו:

- ★ לגבי שוכר- שוכר שיש לו טענות או סכסוך בבית המשותף צריך להעביר את הסכסוך באמצעות הבעלים שלו. הוא עצמו לא יכול להיות צד לסכסוך בפני המפקח. הזכות שלו בבית המשותף נובעת מחוזה השכירות שלו, אלא אם כן בעל הדירה נתן לו מעין ייפוי כוח לייצג אותו בהליכים בפני הנציגות/האסיפה הכללית, ואז טענותיו יכולות להישמע. עולות הרבה פעמים טענות באשר לתשלומים - כיוון שהשוכר טוען שהוא צריך לשלם את ההוצאות השוטפות, בניגוד להוצאות ההוניות (למשל ליצירת רזרבה בבית המשותף, הוצאות לשיפוצים בבית המשותף וכו'), שלכאורה שוכר לא צריך לשאת בהן אבל זה נושא שצריך להיות בינו לבין הבעלים ולא בינו לבין הנציגות.
- ★ יש הרבה שיטות חישוב לשטחי דירות וזה יוצר הרבה בלבול לציבור. יש ועדה שמתכננת ליצור האחדה לחישובי שטחים.
- ★ בית משותף הוא גם כל מרכז מסחרי, קניון, בניין משרדים וכו'.
- ★ תוכנית של התחדשות עירונית/פינוי בינוי- היא תוכנית כוללת, לכן היא מייצרת/דורשת רוב נמוך יותר מתוך הסתכלות חברתית, דמוגרפית, עירונית. תמ"א 38 זה בבניין נקודתי, לכן הרוב הנדרש הוא גבוה יותר, וזה גם ישן יותר. פעמים רבות משתמשים בביטוי "פינוי בינוי" באופן לא נכון, צריך תמיד לראות אם הוא תחת פינוי בינוי או תמ"א 38 הריסה.
- ★ יש טעויות במרשם מכל מיני סוגים שאנחנו מפרידים אותן - לפעמים הטעות היא כי המסמכים שהוגשו ושימשו בסיס לרישום היו שגויים מכל מיני סיבות, לפעמים טעויות נובעות מזה שכשהסירו את הפנקסים הידניים לממוחשבים - העתיקו עם שגיאות. טעויות סופר מובהקות. כל תיק כזה נבדק בפינצטה, מנסים להבין מי הנפגעים וכיצד ניתן לתקן את זה אם צריך. בכל תיק כזה יש הליך חשיבה ארוך ועמוק של מה לעשות איתו.

בתים משותפים שלא נרשמו - חוק המכר (דירות) קבע בס' 6 בתיקון שנעשה ב-2008 את עניין המועדים לרישום בתים משותפים. שני מועדים קבועים שם -

1. המועד לרישום הפרצלציה - הסדרה כללית של החלקות והגושים שבמסגרתם נמצא הבית
2. מועד רישום הבית המשותף

בפרצלציה צריך הקבלן לרשום במועד הראשון האפשרי (כלומר בפועל אין מועד), אבל רישום הבית המשותף צריך להיעשות תוך שנה מסיום דבר הפרצלציה. בשנים האחרונות פרצלציות נרשמות היום מאוד מהר. הרישום של הבית המשותף צריך להיעשות שנה לאחר מכן, וזה יוצר בעיה די גדולה (לתמר) - יש הבדל בין פרצלציה שמתייחסת לכמות קטנה של חלקות, לבין פרצלציה שיצרה מאות חלקות ואז צריך לרשום מאות בתים משותפים תוך שנה, מה שלא היה כ"כ ריאלי. ניתן להגיש תביעה כנגד הקבלן על הפרה של הוראה כזו, כי זו הוראה קוגנטית שקבועה בחוק. הוא יכול להתגונן בטענה שיש נסיבות שלא קשורות אליו - למשל אם הוא הפקיד את התיק בלשכת המפקחת וחל אצלה עיכוב. פעמים רבות קבלנים מגישים תיק שלא במצב ראוי להגשה, רק כדי לקבל את החותמת שזה התקבל על מנת להציג שהתיק הוגש. רישום בית משותף יכול להיות רישום מאוד מורכב, למשל של מגדלים בת"א. בשנה רושמים בערך 35,000 יחידות, המספר כמובן משתנה לפי גודל הבית וכמות היחידות, כשלשוק יוצאות בערך 50,000 דירות (היתרי בנייה). לכן מתכננים את המהלך של קיצור הליכי הרישום, מה שנעשה בפיילוט של ועדה בין-משרדית. רוב הקבלנים היום גם מודעים יותר, ומופעל עליהם יותר לחץ לרישום בזמן. יש הרבה דברים שצריכים להיות מוסדרים, למשל אסיפות דיירים במקומות כמו שרונה, שכוללת 3 מגדלים ואת כל המרקט - הם שכרו מקום של מפעל הפיס כדי לקיים אותה. צריכים להיות כללים ונהלים ברורים יותר לדברים כאלה.

תרגולים

תרגול 1- בתים משותפים 2.11.21

הקדמה

<u>הבית המשותף</u>: נוצר ע"י חקיקה מיוחדת ש**מצד אחד** מאפשרת רישום נפרד של הפרט, נותן ביטוי חוקי לזכויות הקניין של בעל הזכות בדירה עצמה. **ומצד שני**: מסדירה את היחסים בין הכלל- בין בעלי הדירות בבית המשותף.

שלושה מושגים מרכזיים:
- דירה
- הצמדה
- רכוש משותף

הבית המשותף הוא לא הדבר הכי הגיוני וישיר כשחושבים על קניין. בדר"כ כשמדברים על קניין מדברים על קניין אישי, זכויות שלך, וכאן יש לנו מעין ישות משפטית שמאפשרת רישום נפרד של כמה פריטים שחיים תחת אותה קורת גג. יש קניין פרטי- הבעלות על הדירה, ויש מאפיינים של מעין שיתוף- הרכוש המשותף.

<u>ס' 52 לחוק המקרקעין</u>

"**בית**"- מבנה של קבע, ובכלל זה הקרקע שעליה נבנה.

"**דירה**"- חדר או תא, או מערכת חדרים או תאים, שנועדו לשמש יחידה שלמה ונפרדת למגורים, לעסק או לכל צורך אחר.
יש פסיקה שמתארת מהי דירה, מה יכולה להיות דירה, אילו מאפיינים בסיסיים יש לדירות. לפעמים ביהמ"ש לקח גם מקומות שהיו מחסנים או חדרי כביסה והפך אותם לדירות. המושג דירה מפורש בצורה יחסית מרחיבה.

"**בית משותף**"- בית שיש בו שתי דירות או יותר והוא נרשם בפנקס הבתים המשותפים.

"**בעל דירה**"- לגבי דירה שהוכרחה לדורות - החוכר לדורות או חוכר המשנה לדורות, לפי העניין, זולת אם נקבע בחוזה החכירה שלעניין פרק זה לא יראו אותם כבעלי דירה.

"**רכוש משותף**"- כל חלקי הבית המשותף חוץ מן החלקים הרשומים כדירות, ולרבות הקרקע, הגגות, הקירות החיצוניים, המסד, חדרי המדרגות, מעליות, מקלטים, וכן מיתקני הסקה או מים וכיוצא באלה המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם אפילו הם בתחומי דירה מסוימת.

(מסד- היסודות של הבית).
יש לנו בעלות על הדירה שרשומה כבבעלותנו, וברגע שיש לנו בעלות בדירה יש לנו גם חלק מסוים בבעלות על הרכוש המשותף.

הגדרת "דירה"

- "דירה" צריכה להיות איזור בנוי ולא שטח רצפה פתוח.
- "דירה" צריכה להיות יחידה שלמה ונפרדת.
- יחידה בעלת קיום עצמאי לצורך מוגדר- מגורים וכו'.
- "צורך אחר"- לא יכול להיות אותו צורך שנכלל במטרות הרכוש המשותף.

היא לא יכולה להיות משהו שנכלל הרכוש המשותף, למשל מעלית או מדרגות.
- מחסן או חדר כביסה, הממוקמים בקומת קרקע של הבניין ויש להם מונה מים/חשמל עצמאיים וכניסה נפרדת יכולים להירשם כיחידה נפרדת בבית משותף.

הצמדה

כאשר מוציאים חלק מהרכוש המשותף ומצמידים אותו לדירה מסוימת.
הרכוש הזה מחושב כחלק מהדירה להרבה מאוד צרכים, הבעלות מתרחבת גם על החלק הזה שהוצמד, הזכויות וגם החובות (למשל תשלום ארנונה).

הסעיפים בחוק העוסקים בהגדרת הצמדה:
- ס' 55ג
- ס' 57ג
- ס' 62א

<u>הגדרת הצמדה,ס' 55 ג'</u>

1. ההצמדה צריכה להיקבע פה אחד ע"י כל בעלי הדירות
2. אותו דין חל על ההצמדה כמו על הדירה אליה הוצמדה
3. ההצמדה לא יכולה להיקבע ביחס לחלקים שהוגדרו בסעיף, כגון חדר מעליות, מקלטים ומתקנים שצריכים לשמש את כל בעלי הדירות

כלומר את החלקים האלה אי אפשר להצמיד.

סעיף 3 שציינו קודם הינו חריג לכלל שמאפשר להוציא חלקים מהרכוש המשותף.

<u>מה מטרת הסעיף</u>?

להגן על הדיירים בבית המשותף גם אם כל בעלי הדירות מסכימים להוציא את החלק הזה מהרכוש המשותף, עדיין בא המחוקק להגן על השימוש של כל הדיירים ברכוש המשותף שמטיבו אמור לשרת את כולם.

אנחנו לא רוצים להפוך את המעליות לשימוש של אדם אחד, שלא יוכל למשל לגבות שכירות על השימוש בה. אנחנו לא רוצים שמקלטים, שנחוצים בעתות משבר והתקפה והביטחון שלנו תלוי בהם, יהיו שייכים לאדם אחד שיוכל לקבוע מי יכול להיכנס אליהם ומי לא. לכן המחוקק הגביל את האפשרות להצמיד רק חלקים שאין בהם שימוש משותף של כולם.

<u>הגדרת הצמדה, ס' 57 ג'</u>

"הוצמד חלק מסוים של הרכוש המשותף לדירה פלונית, יובא שטחו בחשבון לעניין סעיף קטן א בשיעור שנקבע לכך בתקנון ובאין קביעה כזאת בשיעור שקבע המפקח לפי הנסיבות."

<u>מה משמעות הפיכת חלק שצמוד לדירה "כדין הדירה אליה הוצמד"</u>?

החוק מבחין בין 2 סוגים של חלקים בבניין:

- חלק שהוא דירה - שאיתו ניתן לעשות עסקאות שונות (מכירה, השכרה וכו')
- חלק שהוא רכוש משותף (שכפוף לדיני רכוש משותף)

ברגע שההצמדה "עוברת" מרכוש משותף לחלק מדירה היא מקבלת עליה את המאפיינים של דירה והופכת להיות חלק מהדירה.

לדוגמא: חניה שמוצמדת לדירה, רשומה בטאבו כחלק מהדירה. זה אומר שהחנייה היא חלק בלתי נפרד מהדירה. אי אפשר יהיה למכור אותה בנפרד מהדירה למשל, כי אי אפשר לעשות עסקאות בחלק מהמקרקעין.

<u>הגדרת הצמדה, ס' 62 א'</u>

סעיף זה קובע כי הצמדה נקבעת ע"י כל בעלי הדירות-

"בעלי הדירות רשאים לערוך תקנון ולשנות את הוראותיו ברוב של בעלי הדירות ששני שליש של הרכוש המשותף צמודים לדירותיהם אולם אין לקבוע או לשנות בתקנון זכויות של בעלי דירות או להטיל עליהם חובות או תשלומים מסוג או בשיעור שלא פורשו בחוק אלא בהסכמתם, ואין לקבוע הצמדה של חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה פלונית אלא בהסכמת כל בעלי הדירות."

התקנון- רשימת החוקים של הבית המשותף שקובעת כל מיני מנגנונים כמו אילו שימושים יהיה אפשר לעשות ברכוש המשותף (למשל הגבלה על עריכת מסיבות בחצר). יש הרבה כוח לתקנון הזה, והמחוקק ראה לנכון להגביל את האפשרות של הצמדה וגם של הוספה וגריעה של זכויות, כדי שלאנשים שיש להם למשל בעלות על כמה דירות באותו בניין לא יוכלו להשתמש בכוח שיש להם כדי לרמוס את המיעוט. בדברים חשובים כמו הצמדה של רכוש משותף או שינוי של זכויות והטלת חובות המחוקק קבע שגם אם בתקנון נקבע מנגנון שאומר שהרוב קובע, בבדברים האלה ספציפית צריך הסכמה של כל בעלי הדירות.

<u>המסקנה: הצמדה נקבעת</u>:

1. ע"י כל בעלי הדירות
2. לא יכולה לחול על חדרי מדרגות, מעליות ומתקנים המשמשים את כל בעלי הדירות
3. דינה כדין הדירה אליה הוצמדה

הופך להיות חלק מהדירה לכל דבר ועניין.

רכוש משותף

<u>מהו רכוש משותף? ס' 52 לחוק</u>

כל חלקי הבית המשותף חוץ מן החלקים הרשומים כדירות, ולרבות הקרקע, הגגות, הקירות החיצוניים, המסד, חדרי המדרגות, מעליות, מקלטים, וכן מתקני הסקה או מים המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם אפילו הם בתחומי דירה מסוימת.
כל המתקנים הציבוריים בבניין הם בעצם הרכוש המשותף.

<u>איך קובעים מהו רכוש משותף</u>?

לוקחים את התשריט של הבית המשותף, "מנכים" ממנו את ה"דירות" כולל ההצמדות, ומה שנשאר בעצם זה רכוש משותף.
כל החלקים בבית שאינם דירות הם רכוש משותף.

תשריט- שרטוט אדריכלי של הבית המשותף.

<u>זכויות בעלי דירות ברכוש המשותף</u>

סעיף 55 לחוק המקרקעין קובע:

1. לכל דירה בבית משותף צמוד חלק בלתי מסוים ברכוש המשותף של אותו "בית משותף"

לוקחים את החלק של הדירה שלנו, כלומר האחוז שלה מתוך הבניין עצמו, וזה האחוז של הזכויות שלנו ברכוש המשותף. הם לא צמודים לדירה שלנו, אבל הם חלק מסך הזכויות שלנו. למשל אם יש 10 דירות (בהנחה שהן שוות בגודלן)- 1/10 מהזכויות ברכוש המשותף.

2. עסקה בדירה תחול גם על החלק ברכוש המשותף הצמוד אליה, ואין תוקף לעסקה ברכוש המשותף בנפרד מן הדירה

אם למשל יש חנייה שמוצמדת לדירה, אי אפשר למכור רק את החנייה ולהשאיר את הדירה אצלי. אפשר למכור את הדירה רק יחד עם החנייה, כי היא מוצמדת אליה.

3. בעלי הדירות רשאים לקבוע בתקנון שחלק מסויים של הרכוש המשותף יהיה צמוד לדירה פלונית, ובלבד שלא יקבעו זאת ביחס לחדרי מדרגות, מעליות, מקלטים ומתקנים המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות

אפשר להצמיד ולגרוע מהרכוש המשותף, אבל לא ביחס להכל (דיברנו קודם), ויש מנגנונים לצורך זה.

הוצאת חלקים מהרכוש המשותף

- ביחסים שבין קבלן לרוכש דירה
- פגיעה ברכוש משותף

שתי צורות של הוצאה של רכוש משותף.

<u>ביחסים בין קבלן לרוכש דירה</u>

ראינו כי סעיף 52 לחוק מגביל את הקבלן או המוכר בחלקים ספציפיים שאי אפשר להוציאם מהרכוש המשותף כגון חדרי מדרגות וכו'.
מה לגבי מתקנים שלא נקבעו במפורש בסעיף הנ"ל?

ישנם חוקים נוספים שקובעים הוראות לעניין זה.

למשל כאשר רוכשים דירה מקבלן חל חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973 שקובע באופן ברור כי הקבלן חייב לקבוע באופן ברור ביותר מה החלק שהוא צמוד לדירה ואיזה חלק הוא מוציא מהרכוש המשותף.

לפעמים כשהקבלנים בונים בניין הכל נרשם על שם הקבלן, ולפעמים לפני שמתחילים לשבץ דירות לרוכשים הם עושים שינויים מסוימים- מצמידים לדירות מסוימות רכוש למשל (כי בשלב זה הם שולטים על הכל). הוא חייב להיות גלוי כשקונים ממנו את הדירה לגבי מה חלק מהרכוש המשותף ומה לא. הוא צריך להסביר בדיוק איזה חלק הוא מוכר, מה מוצמד לאיזה דירות וכו'.

<u>פגיעה ברכוש משותף</u>

מה קורה כשאחד הדיירים פוגע ברכוש משותף (לא בהכרח באופן ישיר אלא גם בהזנחה למשל).

תקנון מוסכם ומצוי

התקנון מסדיר את היחסים בין בעלי דירות בבית משותף:

בית משותף מתנהל לפי <u>התקנון המצוי</u>: סעיף 61 לחוק המסדיר את הזכויות והחובות של בעלי הדירות, אולם לפי סעיף 62 לחוק הדיירים יכולים לשנות את הוראות של התקנון המצוי ברוב של ⅔ של בעלי הדירות שהרכוש המשותף צמוד לדירה שלהם.

כלומר ס' 62 מאפשר חופש חוזים מסוים, מאפשר שינויים בתקנון, גם בכזה שמגיע כתקנון ברירת המחדל שבנספח לחוק המקרקעין וגם בכל תקנון אחר. צריך רוב של 66% של בעלי דירות שהרכוש המשותף צמוד לדירות שלהם.

<u>תקנון מוסכם</u>

התקנון המוסכם הוא בעצם מסמך המסדיר את היחסים בין בעלי הדירות בבית משותף, את הזכויות והחובות ביניהם, בלי שהדבר יאפשר להטיל חובות או תשלומים שלא פורשו בחוק אלא בהסכמתם, או להוציא חלקים מהרכוש המשותף ולהצמיד לדירה מסוימת אלא בהסכמת כל בעלי הדירות.

תקנון משותף- לא התקנון המצוי שנמצא בחוק המקרקעין, אלא תקנון שבעלי הדירות יוצרים ביניהם, בעצמם. הם יכולים לעצב אותו, להוסיף לו סעיפים, לקבוע קביעות לגבי הרכוש המשותף וכו'. עם זאת יש דברים שצריך בשבילם הסכמה של כולם.

<u>האם ניתן להעביר הצמדה מדירה לדירה גם ללא הסכמת בעלי הדירות האחרות</u>?

- **סעיף 62א1** לחוק קובע כי ניתן להעביר הצמדה מדירה לדירה גם ללא הסכמת בעלי הדירות האחרים ובלבד שהתקיימו הוראות **סעיף 145** לחוק, כלומר- ניתנה הזדמנות לכל בעל דירה או זכות בדירה שלא הגיש את הבקשה להעברת ההצמדה לטעון טענותיו וניתנה לו הודעה מוקדמת על הבקשה.

למשל הדוגמא של חנייה- יש לי חנייה שמוצמדת לדירה שלי, לשכן שלי יש 2 רכבים ולי אין רכב בכלל, והוא מציע שאני אעביר את החנייה שתהיה רשומה על שמו ולא על שמי. העברה כזאת בינינו לא טעונה הסכמה של בעלי הדירות האחרים, והיא גם מעין **חריג לעניין מכירה של חלק מהדירה**. הרציונל אומר בעצם שהחנייה היא חלק מהרכוש המשותף שמוצמד לדירה שלי. לכן כל עוד אני לוקח את החלק הזה מהרכוש המשותף ומצמיד אותו לדירה אחרת באותו בניין, לא נעשה בעצם שינוי גדול מדי. מצד שני, יכול להיות שיהיו התנגדויות למהלך הזה- לכן צריכה להינתן זכות לכל בעל דירה אחרת בבניין להתנגד (בדר"כ מודיעים ע"י מודעה שתולים או ישיבה/אסיפה).

- תיקון נעשה במסגרת <u>תיקון צו רישום הבית המשותף</u> והוא בסמכות המפקח על רישום מקרקעין.

מגיעים אל המפקח על בתים משותפים, ומבקשים לתקן את הרישום בהתאם.

ההעברה הזאת יכולה גם להיות בתשלום, כעסקה. זה חריג לכלל שאסור למכור את הרכוש המוצמד.

<u>האם בעלים יחיד יכול לערוך תקנון של בית משותף</u>?

כן.
סעיף 63 לחוק: גם בניין שיש לו בעלים יחידים יכול לערוך תקנון בית משותף.
דוגמא לכך היא קבלנים.

למשל כאשר קבלן קונה קרקע והוא רשום כבעלים יחידים בקרקע הוא יכול לרשום את התקנון ואת הבית המשותף ורק אחר כך להעביר את הזכויות לרוכשים.

רישום התקנון

סעיף 62 (ג) לחוק המקרקעין קובע כי:

"תקנון וכל שינוי בו ניתנים לרישום ומשנרשמו כוחם יפה גם כלפי אדם שנעשה בעל דירה לאחר מכן".

אם התקנון לא נרשם בלשכת רישום המקרקעין הוא לא מחייב צדדים שלישיים אלא הוא מחייב רק את אותם בעלי הדירות שהיו צד להסכם.

אם הוא לא נרשם- מחייב רק את בעלי הדירות שחתמו על התקנון או היו בעלי דירות בזמן שהתקנון התקבל. גם אם הם התנגדו לו הוא עדיין יחייב אותם, אבל אם יכנס למשל שוכר חדש שלא חתם על התקנון- הוא לא יחוייב לשינויים האלה. רישום הופך את הזכות לכולי עלמא, כלפי כל העולם. המטרה היא לעודד את הרישום. אם התקנון לא רשום, לאנשים אין איך לבוא ולבדוק מה מופיע בו, ואז אי אפשר לחייב אותם בו. כדי להפוך אותו לכולי עלמא צריך גם לאפשר לכל העולם לבוא ולבחון אותו.
אבל אם הוא כן נרשם- תקף כלפי כולם.

לסיכום-
אדם שהסכים וחתם- מחוייב
אדם שלא הסכים וידע והיה באותו זמן בעל דירה- מחוייב
אדם שהוא צד שלישי שלא היה קשור לבית המשותף בזמן ששינו את התקנון- לא מחוייב

שינוי או תיקון התקנון

סעיף 62 (א) לחוק-

בעלי ⅔ מהרכוש המשותף (ולא בעלי שני שלישים ממספר הדירות) יקבעו את שינוי התקנון. חלק מהשינויים דורשים את הסכמת כל בעלי הדירות. למשל הוספת חיובים שלא קשורים לטיפול ותחזוקה שוטפים של הבניין, שינויים הפוגעים באפשרות דיירים להשתמש בדירה או ברכוש שלהם בבניין.

נציגות

- **סעיף 65** לחוק- נציגות הבית המשותף
  ועד הבית לפי החוק הוא נציג בעלי הדירות האחראי לנהל את הבית המשותף ולקבל החלטות על ניהול ופעילות הבית המשותף.

- נציגות זמנית, עד לרישום הבית המשותף- כיוון שלפני רישום הבית המשותף עדיין אין "נציגות רשמית" מאחר וטרם נבחר תקנון, ישנה נציגות זמנית שנבחרת על ידי אותם בעלי דירות שמגישים את המסמכים לרישום הבית המשותף.

עניין פרוצדורלי לחלוטין (רועי אמר שלא זכור לו שאי פעם שאלו שאלה על נציגות זמנית).

סמכות המפקח על רישום מקרקעין לדון בסכסוכים בין בעלי דירות בבית משותף

סעיף 72 לחוק: למפקח על הבתים המשותפים יש סמכות לדון ולהכריע בסכסוכים בין בעלי דירות בבית משותף בקשר לזכויותיהם וחובותיהם לפי התקנון המצוי ו/או התקנון המוסכם.

כמו כן מחליט המפקח על סכסוכים שעניינם חובת בעל דירה להשתתף בהוצאות הדרושות להחזקת הרכוש המשותף.

המפקחת היא כמו על תקן של שופטת בימ"ש שלום.

רישום הבית המשותף

למפקח על רישום מקרקעין סמכות שיפוטית להחליט בסכסוכים בין בעלי הדירות כמפורט לעיל וגם סמכות מנהלית- להורות על רישום הבית המשותף.

<u>סדרי רישום בית משותף</u>

תקנות המקרקעין (ניהול ורישום) תש"ל-1969 להלן "התקנות" קובעות מהו סדר הרישום של הבית המשותף.

לפי תקנה 50 לתקנות: יש להגיש ללשכת המפקח על רישום מקרקעין את המסמכים הבאים לרישום בית משותף:

- שני עותקים של הבקשה לרישום בית משותף
- תשריט הבית המשותף מאושר על ידי הוועדה המקומית לתכנון ובנייה
- תקנון הבית או הודעה מהמבקשים כי הם מאמצים את התקנון המצוי
- המלצה למינוי נציגות זמנית

<u>תקנה 54(ב)(1)</u>

קובעת כי לצורך רישום בית משותף יש להגיש תשריט "המאושר ע"י הועדה המקומית לתכנון ובנייה או תשריט אחר הנותן להנחת דעתו של המפקח תמונה נאמנה של הבית ודירותיו".

הוראת חוק זו נותנת גמישות לעורך התשריט לערוך שינוי שמתאים למצב העכשווי של הבית שאותו מבקשים לרשום, גם אם הוא לא מאושר ע"י הועדה המקומית לתכנון ובנייה.

לפעמים עובר זמן מהתאריך שבו הסתיימה בניית הבית ועד לרישום שלפיו נבנו תוספות בנייה או נערכו שינויים בשטח, ולכן הגמישות שבהוראות החוק.

בית משותף המורכב מכמה אגפים

תקנה 57א(א) לתקנות המקרקעין

כשיש בית משותף אחד שמורכב ממספר אגפים, כאשר החלקה או החלקות עליהם נבנו המבנים אינה או אינן ניתנות לחלוקה
אז למפקח על רישום המקרקעין הסמכות לתת צו לרשום את הבית כבית משותף ובלבד שהתמלאו תנאים אחרים למתן הצו.

תקנה 57(ב) לתקנות המקרקעין

ס"ק ב לתקנה דן במקרה שיש למפקח ספק אם החלקה או החלקות ניתנות לחלוקה, הוא יורה למבקש להמציא אישור ממוסד תכנון שבתחום סמכותו נמצאים המקרקעין, כלומר המפקח חושד כי כן ניתן לחלק את החלקה או החלקות ולרשום אותם כבתים משותפים נפרדים.
אם יומצא אותו אישור מהמוסד התכנוני המתאים כי החלקה אינה ניתנת לחלוקה כאמור בסעיף 142(ב) לחוק אז ייתן המפקח את צו הרישום ובלבד שהתמלאו יתר התנאים למתן הצו.

יש למפקח אפשרות להחליט אם לרשום את זה כבית משותף או לבקש אישורים תכנוניים, או לרשום כשני בתים שונים, נפרדים. יש אפשרויות שונות לרשום בית עם כמה אגפים.

הליך הגשת בקשה לתיקון צו בית משותף והגשת הטענות לבקשה

- הגשת בקשה לתיקון צו הבית המשותף וצירוף מסמכים נדרשים
- המפקח דן בבקשה
- החלטה

או לרשום הצמדה חדשה בדירה שלי, או להעביר הצמדה מדירה אחרת באותו בניין. מגישים בקשה לשם כך.

כל בעל דירה או בעל זכות בדירה יכול להגיש בקשה לתיקון צו הבית המשותף ולצרף את המסמכים הנזכרים בתקנה 58 לתקנות:

- תשריט הבית כולו או חלקו מאושר ע"י מוסד תכנון או במקרים מיוחדים באישור המפקח לצרף תשריט אחר
- העתק של הבקשה עבור כל בעל דירה או בעל זכות בדירה חוץ מהמבקש
- כל מסמך אחר שנחוץ לדעת המפקח למתן החלטה בבקשה ובדרך כלל נהוג לצרף נסח רישום

<u>המפקח דן בבקשה</u>

המפקח יכול לדון בבקשה על סמך החומר שהוגש לו ומבלי לשמוע את הצדדים והוא יכול להורות על קיום דיון לפניו.

<u>החלטה</u>

אישור הבקשה ומתן צו לתיקון הרישום, או דחיית הבקשה

תרגול 2 - שיתוף בקניין 16.11.21

שיתוף הוא משהו מיוחד בקניין, בדר"כ אנחנו מדברים על קניין כתפיסה פרסונלית שלו, הבית שלך הרכב שלך, דברים ששייכים לבן אדם, מסתכלים מנקודת מבט מאוד אישית ופרטית. בתרגול הקודם דיברנו על בית משותף- סוג של חריג לעניין של בית או שטח פרטי, זה שטח שחולקים אנשים שונים ולכן יש כל מיני דברים ששונים בו. והפעם נדבר על שיתוף בקניין- זה דומה לבתים משותפים אבל גם שונה במובנים רבים.

האם שיתוף הוא טוב או רע?

נבחן ב-3 מישורים:

- חירות הפרט
  האם ניתן לשמר את האוטונומיה של היחיד במסגרת שיתופית?

- יעילות
בעיית הפעולה המשותפת: האם בהכרח טרגדיה?
קשה ליצור יעילות בשימוש בנכס. נראה שרוב הבעיות בשיתוף נגרמות כשיש בעיה בשיתוף הפעולה בין האנשים.

- צדק חלוקתי
איך מחלקים את החובות והזכויות בצורה הוגנת בין השותפים
זכויות שימוש בנכס, מי דואג לנכס, מי נהנה מהפירות שלו.

עמדת הדין הישראלי: שיתוף אינו מצב רצוי

ע"א 623/71 גן בועז: "חיסול השיתוף במקרקעין הינו מטרה רצויה. גם לטובת השותפים עצמם וגם למען המטרה המשקית הכללית של פיתוח המקרקעין."

ע"א 540/75 דגני: "מאז ומעולם לא חיבבו שיטות המשפט את יחסי השיתוף במקרקעין, בהיותם מקור פוטנציאלי מובהק לסכסוכים ומריבות... ומשום כך אף הקלו בהבאת יחסי השיתוף אל קיצם."

המשפט הישראלי לא מחבב את השיתוף כי הוא מקשה ויכול לייצר הרבה סכסוכים, ופוגע ביעילות.

שיתוף אינו מצב רצוי?

סעיפים 34 ו-37 לחוק המקרקעין + סעיף 10 לחוק המיטלטלין
בית המשפט יכול לפרק שיתוף

דגן: שיתוף רצוי, אך חייב כללי ברירת מחדל
צריך לכתוב כללים ברורים מאוד כדי לחזק את הוודאות המשפטית.

שיתוף במקרקעין
שלושה חלקים:

- כניסה
  כיצד נכנסים לשיתוף
  סעיפים 29-30 לחוק המקרקעין

- משטר (השיתוף עצמו)
  כיצד מנהלים את השיתוף
  סעיפים 27, 28, 30-36 לחוק המקרקעין

- יציאה (פירוק שיתוף)
  כיצד יוצאים מהשיתוף
  סעיפים 37-45 לחוק המקרקעין

כניסה

29. (א) הסכם בין השותפים בדבר ניהול המקרקעין המשותפים והשימוש בהם ובדבר זכויותיהם וחובותיהם בכל הנוגע למקרקעין (להלן - הסכם שיתוף) ניתן לרישום, ומשנרשם, כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכל אדם אחר.
(ב) באין הוראות אחרות בהסכם שיתוף יחולו הוראות סעיפים 30 עד 36.

כמו הסכם בבית משותף, המחוקק נותן לנו את האפשרות לעשות הסכם ניהול במקרקעין לגבי זכויות וחובות, ואפשר לרשום אותו אבל לא מחייבים. אבל אם רושמים את הסכם השיתוף הזה - הוא תופס גם לגבי צד ג', למשל לגבי קונה חדש שלא היה חלק מכריתת ההסכם הזה. אם הוא לא נרשם - הוא לא יהיה תקף כלפי הקונה החדש ונצטרך לעשות את ההסכם מחדש.

שיתוף במקרקעין צריך להיות מנוהל בהסכמה.

אם אין הסכם - החוק מציע ברירת מחדל לניהול השיתוף. (ס' 30-36)

<u>רישומו של הסכם שיתוף</u>

במקרקעין - רישומה של הסכמה מחייבת צדדים שלישיים

חשוב - על פי ההלכה (ע"א 193/75 **אשורי מנשה נ' חיה לוי**): אם צד ג' ידע על ההסכם אך זה לא נרשם - אין הוא מחויב.

כלומר גם אם צד שלישי, למשל מישהו שקנה את הנכס, ידע על ההסכם ועל התנאים שלו וכו', וההסכם לא נרשם - הוא לא חל עליו. הדרך היחידה לחייב צד שלישי שלא היה בהסכם של השיתוף היא לרשום את ההסכם.

במיטלטלין -
9. (ג) הסכם בין השותפים בדבר ניהול המיטלטלין המשותפים והשימוש בהם ובדבר זכויות השותפים וחובותיהם בכל הנוגע למיטלטלין (להלן – הסכם שיתוף) כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכלפי כל אדם אחר, **<u>ובלבד שהשותף או האחר ידע או היה עליו לדעת על קיום ההסכם ותנאיו</u>**.
(ד) הקנה אחד השותפים לאדם אחר זכות בחלקו במיטלטלין המשותפים, עליו להודיע על כך לשאר השותפים, ואם נעשה הסכם שיתוף, עליו להודיע לאדם האחר על קיום ההסכם ותנאיו.

במיטלטלין, בשונה ממקרקעין, אם השותף האחר ידע או היה עליו לדעת על התנאים - הם חלים עליו. אין כאן אפשרות לרשום. הרציונל הוא שמקרקעין זה נכס שבדר"כ יקר הרבה יותר ויש פוטנציאל לנזק הרבה יותר גדול, והזכויות שם הרבה יותר חזקות. לכן כדי לחייב מישהו מכוח הסכם במקרקעין - צריך לרשום, ובמטלטלין לא חייבים לרשום ומספיק להראות שהאדם ידע כדי שההסכם יחול עליו.

משטר

כיצד מנהלים את השיתוף?

<u>בעלות משותפת במקרעקין</u>
27. מקרקעין שהם של כמה בעלים, בעלותו של כל אחד מהם לפי חלקו מתפשטת בכל אתר ואתר שבמקרקעין ואין לשום שותף חלק מסוים בהם.

<u>שיעור חלקו של שותף</u>

8. חלקיהם של כל אחד מהשותפים במקרקעין, חזקה שהם שווים.

כלומר אני לא קובע שטח ספציפי בתוך במקרקעין, אם השטח הוא 100 מטר אני בעלים של כל השטח, אי אפשר לבחור חלק ספציפי ממנו, אני אהיה בעלים של X אחוז מהשטח. כלומר אני יכול להיות בעלים של חצי מהכל, אבל לא באופן מלא של חצי ספציפי.

ע"א 269/74 **בוקובזה נ' הממונה על המרשם**

הסכם שיתוף המחלק את החזקה בנכס המשותף אינו משנה לעניין הבעלות (ס' 27).
גם אם כתוב בהסכם על חלוקה כלשהי, זה לא משנה, אני עדיין אהיה בעלים של חצי מהכל למשל.

איך מנהלים את השיתוף?
- הסכם שיתוף
- החלטות משותפות
- פעולות של שותפים בודדים

<u>הסכם שיתוף</u>

מחייב הסכמת כל השותפים ← אינו פוגע בחירות הפרט
אי אפשר לעשות הסכם ברוב כזה או אחר, צריך שכולם יסכימו.

מה ניתן לקבוע בהסכם שיתוף?
ניהול המקרקעין, השימוש בהם וכן זכויות וחובות השותפים בכל הנוגע למקרקעין (ס' 29(א)).

מה **לא** ניתן לקבוע בהסכם שיתוף?
הגבלת זכות של שותף לפרק את השיתוף (37) או למכור את חלקו (34).
אנחנו לא יכולים לומר לשותף שהוא מוגבל בלפרק את השיתוף או למכור את החלק שלו, אי אפשר להתנות על הזכות שלו לכך.

ויסמן - לא ניתן לקבוע הוראות בדבר פירוק השיתוף.
הרעיון שלו הוא שאנשים יוכלו לפרק איך שהם רואים לנכון את השיתוף בעסקאות מסוימות, ושגם לא צריך להגביל אנשים - אם הם רוצים להתקשר בהסכם בצורה שבה הם מוותרים על חירות כלשהי בשביל רווח שהם רוצים, למה שנעמוד בדרכם.

<u>החלטות משותפות</u>

הכלל: החלטת בעלי רוב החלקים במקרקעין
כל ההחלטות יתקבלו ככלל ע"י רוב.

סייגים:

דברים שאינם שימוש רגיל בנכס		ע"א 810/82 **זולבו נ' זיידה**
ס' 30(ג) לחוק המקרקעין	←	עשיית כל אותן פעולות (מטריאליות ומשפטיות) אשר על פי מהותו של אותו נכס, טיבו וייעודו טבעיות הן לגביו

הכרעת כל השותפים

מה שלא שימוש רגיל בנכס - אי אפשר לעשות בהחלטת רוב. צריך החלטה של כולם. לא מספיק שרק רוב של אנשים ירצו למשל לשנות את הייעוד של הנכס לגמרי. אם מישהו מחזיק ברוב החניון והשאר במיעוט שלו, הוא לא יכול פתאום להחליט שבגלל שהוא מחזיק ברוב הוא הופך את החניון הזה לבית מגורים או למלון בלי שיקבל את ההסכמה של כולם. הוא לא יכול לעשות משהו שהוא שימוש חריג.

קיפוח המיעוט — ביהמ"ש יחליט כפי שנראה לו צודק

ס' 30(ב) לחוק המקרקעין ⟵ ויעיל בנסיבות העניין.

זה כתוב בחוק אבל נתון לשיקול ביהמ"ש. למשל מצב שבו המיעוט יטען לדורסנות של הרוב כך שאפילו במסגרת ההחלטות שמותר לו הוא מנצל לרעה את הכוח שלו, יש אפשרות שביהמ"ש יעניק סעד לשותף שטוען לקיפוח, ועליו להוכיח שהוא מקופח.

פעולה בתום לב — דבר הגורם אי נוחות או נזק לאחר

ס' 61+39ב לחוק החוזים — ס' 14 לחוק המקרקעין

"מרחפים" מעל כל ההחלטות והפעולות.

<u>פעולות של שותפים בודדים</u>

זכותו של שותף יחיד

31. (א) באין קביעה אחרת לפי סעיף 30, רשאי כל שותף, **<u>בלי הסכמת יתר השותפים</u>** –

(1) להשתמש במקרקעין המשותפים שימוש סביר, ובלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר;

(2) לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה להחזקתם התקינה של המקרקעין ולניהולם;

כלומר אם למשל פתאום נפער בור באמצע החניון, מותר לך להביא דחפור כדי לסתום אותו. מותר לך לעשות כל פעולה שתתקן מה שלא יכולת לצפות מראש בלי הסכמה של אף אחד מהשותפים.

(3) לעשות כל דבר הדרוש באופן סביר למניעת נזק העלול להיגרם למקרקעין ולהגנת הבעלות וההחזקה בהם.

(ב) עשה שותף כאמור בסעיף קטן (א), יודיע על כך לשותפים האחרים ככל האפשר בהקדם.

הסעיף דן בפעולות ששותף בודד יכול לעשות בנכס.

נשיאת הוצאות

32. (א) כל שותף חייב לשאת לפי חלקו במקרקעין המשותפים בהוצאות הדרושות להחזקתם התקינה ולניהולם.

(ב) שותף שנשא בהוצאות כאמור למעלה מחלקו זכאי לחזור ולהיפרע מן השותפים האחרים לפי חלקיהם במקרקעין.

מבחינת ניהול והוצאות כל השותפים מוציאים לפי החלק שלהם, אי אפשר לדרוש ממך לשלם יותר מאשר החלק שלך במקרקעין. אם יוצא שאתה כן משלם- יש לך זכות לבוא ולהיפרע משאר השותפים, בדר"כ ע"י תביעה בביהמ"ש.

ס' 31(א)(1) - מהו שימוש סביר ומתי נכיר באי מניעה משותף אחר?
הסעיף אומר שמותר לעשות שימוש סביר, אבל מה ההגדרה לשימוש סביר ואיך נדע מתי הוא סביר ומתי לא?

ע"א 458/82 וילנר נ' גולני

<u>בן פורת</u>

שימוש סביר- מבחן אובייקטיבי
אי מניעה - רק אם השני מעוניין
(ללא קשר ליכולת לקיים את השיתוף)

<u>נתניהו</u>

שימוש סביר - מבחן משולב
אי מניעה - רק אם קיימת אפשרות מעשית

היו בפס"ד שתי דעות. בן פורת - רוב, נתניהו - מיעוט.

<u>בן פורת ובך:</u>

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

הדרך היחידה לפי הניתוח של בן פורת זה רק אם אחד השותפים משתמש ומונע בשימוש שלו באופן שלא מאפשר לצד השני בכלל להשתמש בנכס - אז זה גובר על ס' 31(א)(1).

המבחן האובייקטיבי שנקבע - האם הפעולה שהאדם הזה עושה במקרקעין היא סבירה ביחס לאדם הסביר.

<u>דמי שימוש</u>

33. שותף שהשתמש במקרקעין משותפים חייב ליתר השותפים, לפי חלקיהם במקרקעין, שכר ראוי בעד השימוש.

זרקא נ' פארס סלמאן (ע"א 1492/90)

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

מותר לי להשתמש בנכס כל עוד אני לא מונע מאדם אחר להשתמש בו כשהוא רוצה. אם אני מונע ממנו להשתמש ברגע שהוא רוצה - אני חייב לשלם לו על זה, לפצות אותו על זה שהוא לא יכול להשתמש בו.

יציאה

כיצד יוצאים מהשיתוף

לגבי מקרקעין - סעיפים 37-45 לחוק המקרקעין
לגבי מיטלטלין וזכויות - סעיף 10 לחוק המיטלטלין

דגן:
1. עדיפות לקביעות הסכמיות
2. עדיפות לחלוקה בעין
3. הוגנות בחלוקה - תשלומי איזון

עדיפות לחלוקה מוסכמת:

38. (א) פירוק השיתוף יהיה על פי הסכם בין השותפים...
- האם ניתן לקבוע בהסכם השיתוף הנחיות לפירוק השיתוף?

כלומר אם אפשר לקבוע בהסכם השיתוף הנחיות לפירוק שלו - הולכים לפיהן, לפי ההסכם. זה גם מה שביהמ"ש מעדיף כי הוא לא אוהב להיכנס לזה ולהתחיל לפרק בצורה כזו או אחרת.
- יש לבדוק אם לנכס יש "דין חלוקה" – ס' 143 בחוק התכנון והבניה – דרישת תשריט מאושר של חלוקת קרקע כתנאי מוקדם לרישום החלוקה.

לא כל מקרקעין אפשר לפרק לחלקים, יש מקרקעין שמבחינה תכנונית זה לא אפשרי בהם שכל שותף יקבל את החלק המסוים שלו בחלקה. לכן צריך לבדוק אם בכלל אפשר לפרק.
אם אי אפשר לחלק - בדר"כ מציעים את המקרקעין למכירה ומחלקים את הסכום שמתקבל בתמורה בין השותפים לפי היחס שלהם.

כשאין הסכמה - היררכיית הפירוק

חלוקה בעין
סעיף 39(א) - במקרקעין הניתנים לחלוקה יהיה פירוק השיתוף בדרך של חלוקה בעין.

חלוקה אפשרית תו"ב	חריגים לחלוקה בעין ס' 41 לחוק המקרקעין

בדר"כ ביהמ"ש אוהב ללכת על חלוקה בעין. זאת כאשר מדובר על מקרקעין שניתן לחלוקה. חלוקה בעין - אם למשל יש שטח ושני אנשים מחזיקים כל אחד ב50% ממנו. השטח ניתן לחלוקה, אז ביהמ"ש אומר שמחלקים לשתי חלקות נפרדות שכל אחת מהן נרשמת תחת כל אחד משני הבעלים. זו חלוקה בעין כי זה כאילו לוקחים מפה ומשרטטים חלוקה הוגנת של השטח.
בדר"כ כשיש פירוק שיתוף השותפים מגיעים לבימ"ש,ואם אין הסכמה כל אחד מהם מציע לביהמ"ש מה שהוא חושב שצריכה להיות דרך החלוקה וביהמ"ש בוחר את ההוגנת ביותר בעיניו. חלוקה בעין היא ההעדפה של ביהמ"ש בדר"כ. אפשר להציע למשל פירוק על דרך הפיכה של בית משותף, שזו אופציה שמופיעה בחוק, או פירוק ע"י מכירה פומבית של הנכס ומכירה של הרווחים. אתה כשותף יכול לבוא לטעון ולבקש איזו דרך שאתה רוצה אבל בסוף ביהמ"ש מחליט. חלוקה בעין היא הכי פשוטה גם.

סייג - ס' 40(א) - קיומו של הפסד ניכר
ע"א 1017 **רידלביץ**

הפסד כתוצאה מדרך הפירוק	הפסד של רווחים פוטנציאליים

חשין בפסק הדין אומר שבין אם הסכמנו על פירוק מסוים מתישהו כשעשינו את הסכם השיתוף או בין אם ביהמ"ש החליט על דרך פירוק - אפשר לערער על זה, לפי ס' 40(א), אבל צריך לבוא ולהראות שקיים הפסד ממש ניכר לאחד השותפים, שהוא יוצא ממש מפסיד וסכום גדול של כסף כתוצאה מדרך הפירוק. אבל מדובר על דרך הפירוק עצמה, אי אפשר לבוא ולומר שמפסידים למשל רווחים פוטנציאליים ובגלל זה דרך הפירוק לא מתאימה. כתוצאה מדרך הפירוק עצמה צריך להיגרם הנזק הכלכלי הכבד.
רידלביץ' זה לעניין מכירה וחלוקת פדיון, לעניין ס' 40. לא לגבי כל סוגי הפירוקים.

פירוק ע"י רישום בית משותף - **ס' 42** לחוק המקרקעין
דרך שנמצאת מאוד נמוך בהירכיה של השיתוף. בדר"כ כשיש פירוק שיתוף השותפים לא מסתדרים ביניהם, אז לכפות עליהם להיכנס למוסד שיתופי שונה של בית משותף לא בדיוק מקדם את הרעיון של לסיים את מערכת היחסים ביניהם.

בכל מקרה, אם רוצים לפרק ע"י בית משותף צריך לראות ש:

מקיים את הדרישות של בית משותף	חוות דעת של המפקח (מפקח מקרקעין)

מכירה וחלוקת פדיון -ס' 40 לחוק המקרקעין

ס' 40(ב) אינו מאפשר מכירה של חלק מהמקרקעין אלא רק שינוי של דרך המכירה
ס' 40 מאפשר רק מכירה של הכל.