*שיעור 1- 12/10/21*

דרישות של הקורס:

* מרכיבי הציון: הגשת עבודה אחת (10%); 4 בחנים (10%) ובחינת סיום עם ספרים פתוחים (80%).
* הבחנים יהיו בזום- יש לענות נכון על 6 מתוך 10 שאלות כדי לקבל את ה100% על הבוחן. החומר לבוחן הוא חזרה על החומר הנלמד. מועדי ב' של הבחנים יהיו בסוף הקורס.
* ציון מיטיב בגין השתתפות טובה – עד 5 נקודות (עד רבע מתלמידי הקורס זכאים לציון מיטיב).
* 4 שיעורי תירגול- מחולקים ל2 קבוצות עם 2 מתרגלים. הרוב יהיה בזום. הנושאים לא ילמדו בשיעורים- דיני תחרויות, בתים משותפים ושיתוף.
* יום עיון בנושא העבודה בארגון הסטודנטים (יתקיים בזום) בנושא "דיור בר השגה בישראל".

**I. הקניין הפרטי**

דיני קניין תחום משפטי שיוצר שורה של נורמות משפטיות שיוצרים הסדרים ביחס לזכויות שלנו במשאבים, נותנים לנו מענה לשאלה למי יש זכות בנכס נתון בכל נק' זמן. גם במצבים של תחרויות. התחומים של דיני קניין שנעסוק בהם במסגרת הקורס הם מקרקעין, מטלטלין וזכויות.

זכות קניינית נשמעת חזקה ומוחלטת, בלעדית, ללא הגבלות.

"אין פוגעים בקניינו של אדם..." *ס' 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו*= הגנה חוקתית על זכות הקניין.

אולם קונוטציה זו אינה נכונה. **זכות הקניין כפופה להגבלות, היא אינה מוחלטת.**

דוגמא 1- חזקת הפטנט ; **פטנט=** המצאה טכנולוגית.

חברות הצליחו לפתח חיסון נגד הקורונה. לאחר מכן, הן הגישו בקשה לפטנט והבקשה אושרה.

חזקת הפטנט הינה הגנה משפטית למי שהמציא המצאה חדשה, שניתנת ע"י המדינה (רשות הפטנטים המקומית שבכל מדינה). כדי לקבל את ההגנה צריך לעבור הרבה משוכות כמו לעמוד בדרישות של חוק הפטנטים.

הגנת הפטנט נחשבת לסוג של הגנה קניינית חזקה מאוד, **הגנה ל20 שנים** **של בלעדיות על ההמצאה**, שבתקופת זמן זו למי שהמציא אותה יש זכות בלעדית להשתמש בה.

**אין זכות קניין מוחלטת על פטנטים***.*

*למה?*

1. מוגבלת בזמן, לא לעולמי עד.
2. הגנה טריטוריאלית- כדי לקבל הגנת פטנט צריך להגיש בקשה בכל מדינה בה אתה רוצה הגנה.
3. "רישיון כפייה"- בנסיבות של ניצול פטנט לרעה ניתן לתת רישיונות ליצרנים אחרים שיוכלו לייצר גם את ההמצאה.

דוגמא 2- חזקת שיתוף נכסים

במסגרת דיני משפחה ישנו מוסד הנישואין- דרכו מתקבלות זכויות קנייניות לשני בני הזוג. למשל, כל נכס בתקופת הנישואין הוא בבעלות כל אחד מבני הזוג, גם אם פורמאלית הרכוש רשום על שם רק אחד מהם. **בעבר זה לא היה כך**. אולם המציאות המשפטית היא שיש **דוקטרינת חזקת שיתוף נכסים בין בני זוג** **שמתעלמת מהבעלות הפורמאלית.** כלומר, אין חזקת בעלות מוחלטת גם אם פורמאלית אתה רשום כבעלים הבלעדיים על הנכס. נבע כתוצאה משינוי תפיסתי גדול במשפט הישראלי שקבע שצריך להביט על קניין של בני זוג בדרך אחרת כיוון שכאשר אנשים חיים בזוגיות הם מנהלים משק בית משותף ומשקיעים בנכסים, לכן המטרה היא להגן על בן הזוג השני, שאם חו"ח יפרדו, הוא לא ישאר בלי כלום.

נכסים שנרכשו לפני הנישואין לא רלוונטיים- החזקה לא חלה עליהם.

לדוגמא 3- הגנת השימוש ההוגנת במקרה של הפרת זכויות יוצרים

חוק זכויות יוצרים נותן הגנה ליוצרים על יצירות שיצרו (בתחומי האומנות, המוזיקה, הספרות, הדרמה וכו'). הממציא מקבל **שורה של זכויות בלעדיות** על המצאה שלו למשך זמן ארוך מאוד- כל חייו ו70 שנים לאחר מותו.

אם אדם מפר את זכויות היוצרים של הממציא, המפר חייב לפצות את האחרון. הפרה נפוצה של זכויות יוצרים הינה יצירת עותקים לא חוקיים והפצתם (הורדות, תמונות). אולם, **גם זכות זו נתונה למגבלות**.

**הגנת השימוש ההוגנת**- אם הפרת זכויות היוצרים נעשית בצורה הוגנת למטרת ביקורת על היצירה המקורית (למשל פארודיות או סאטירה), הוראה, סקירה וכו' אז הדבר יחשב לשימוש מותר. לדוג' כל הפרודיות שנוצרו לשיר גאנגם סטייל קיבלו הגנה של שימוש הוגן מכוח דיני זכויות היוצרים. **גם בלי הסכמת היוצר**. למה? כי רואים בביקורת מטרה חברתית חשובה שגוברת על זכות הקניין של היוצר.

**עוד דוג' שזכות הקניין אינה מוחלטת.**

3 תאוריות להגדרת הזכות הקניינית:

**1.התיאוריה הקלאסית**

לפיה, יש מערכת יחסים בין אדם לבין הנכס. לאדם יש זיקה לנכס ולכל העולם אסור להפריע לו במערכת יחסים זו. תאוריה שהייתה נפוצה לאורך שנים רבות אך יש עם כך בעייתיות כי קשה לדבר על מערכת יחסים בין אנשים לרכוש. לכן היו התפתחויות בהבנה מהי אותה זכות קניינית.

**2.התאוריה הפרסונאלית**

התפחתה לאור הקושי של הגדרת יחסים בין חפצים דוממים לאנשים. אומרת שאין הבדל מהותי בין חוזים לקניין, אלא ההבדל ביניהם הוא רק כמותי (מספרי). בזכויות חוזיות ההתחייבות היא בין הצדדים לחוזה, ואילו זכות קניינית היא מול כל העולם. לכן זכויות חוזיות חלשות יותר, וזכויות קנייניות חזקות יותר. כי זכות קניינית מכפיפה את כולם אליה.

**3.תאוריה מודרנית קלאסית**

זכות קניינית מעניקה במישרין לאדם את היכולת להפיק תועלת ומשאבים מהנכס ללא תלות באף אדם. הייחוד של הזכות הקניינית- יוצרת זיקה בלתי אמצעית לנכס. הפקת תועלת הניתנת להערכה כספית. להבדיל מזכות אישית (חוזית), המאפשרת הפקת תועלת מנכס רק באמצעות פעולות שהחייב צריך לעשות.

לדוג': זכות המשכנתא/זכות המשכון. זכות קניינית שקיימת ביחס למקרקעין, מטלטלין וזכויות. משכנתא = ניתן **לשעבד** נכס מסויים בתמורה לזכויות בנכס. אם אדם לוקח הלוואה מהבנק, והוא לא עומד בחובות שהתחייב אליהן, לבנק יש זכות קניינית על הנכס (שנקראת משכנתא), ויכול להיפרע מהנכס שמושכן לטובתו. במקרה של משכנתא, הבנק יכול לממש את הנכס באופן ישיר שעוקף את התלות בחייב, ששכיחה בדיני חוזים.

לסיכום:

* **התאוריה הקלאסית**- זכות קניינית יוצרת מערכת יחסים בין אנשים לנכסים.
* **התאוריה הפרסונלית**- הכל מוצג כפריזמה של חוזים, בקניין אנשים כפופים לחוזים מול כל העולם, לעומת זכות חוזית שנעשית מתוך עסקאות רצוניות וחלה רק בין הצדדים לחוזה.
* **התאוריה המודרנית**- מעניקה את היכולת להפיק מהנכס משאבים ותועלת מבלי שהדבר יהיה תלוי באף אדם. זה לא מערכת יחסים אלא **יכולת טכנית** לעשות מה שאני רוצה בנכס (בהתאם למגבלות).

2 תפיסות להצדקת הזכות הקניינית:

**BLACKXTONE-** מה ששלי שלי – מה שלך שלך.

אדם עם תפיסת עולם ליברטריאלית (מהמילה liberty = חירות). סבר שהערך האולטימטיבי שחברה צריכה לאמץ זה ערך של חירות הפרט. לפי תפיסת עולמו, למדינה יש תפקיד מצומצם **מאוד** בחיים שלנו. מאחר והזכות הקניינית היא זכות מוחלטת וקשיחה, היא צריכה לקבל הגנה חזקה- אסור לפגוע בה, כל גריעה או פגיעה במה ששייך לאדם, היא פגיעה בקניין שלו **ומחייבת בפיצוי**. למדינה מקום מצומצם, יש לה כוח התערבות מוגבל, תותר רק התערבות שתבטיח את הביטחון הלאומי. לא ליברלי.

**HOHFELD-** אגד הזכאויות.

הופלד נותן תמונה מורכבת להגדרה של הזכות הקניינית. לפי תפיסת עולמו, **זכויות קניין גמישות**, אין להן תוכן אחיד, מוגדר או קבוע. בדין הישראלי ישנה רשימה סגורה של זכויות קניין, ולכן הזכות הקניינית יכולה ללבוש הרבה צורות עם זכאויות שונות שמשתנות בהתאם לנסיבות בכל מקרה ומקרה. התיאור שלו הולם יותר את המציאות בה אנו חיים.

לגישתו, ניתן לפרק את מאפייני הזכות לקניין ולא כל גריעה מהווה בהכרח פגיעה בקניין. כלומר, בגלל שזכויות קניין מאופיינות בצורה עשירה, לא כל פגיעה בזכות תהיה פגיעה בקניין (כמו בלקסטון). לדבריו, לפעמים הזכות באה מלכתחילה עם אפשרויות מצומצמות (למשל: בעלות מעניקה את הזכות הקניינית **לשלוט** בנכס, אולם שכירות מעניקה את הזכות להשתמש בנכס ולחיות בו). צריך לפרק את המאפיינים של כל אחת מהזכויות ולהבין מאיפה היא באה. לא תמיד כל פגיעה מחייבת פיצוי.

\*תפיסה יותר מציאותית ומודרנית לאיך העולם של זכויות קניין נראה.

דיאלוג של תפיסות קנייניות

**במישור של תורת המשפט**- התאוריה הבסיסית של מדע המשפט. ישנם זרמים לתפיסות העולם:

* פורמאליזם-נצמדת לדרישות החוק, ללשון החוק, מקובעת לחוקים, לדרישות צורניות. מנסות לקדם יציבות ו-וודאות משפטית. הופכת את הכללים לברורים. **התוצאה ידועה מראש.**
* ריאליזם-סטייה מהכלל הפורמאלי, התאמת הכלל המשפטי למציאות תוך הבנת ההשלכות כלפי הנסיבות המסויימות. פוגע בוודאות המשפטית. **תוצאה צודקת יותר.** לדוג'- חזקת השיתוף.

**במישור התחולה-** בהקשר הקנייני. 2 תפיסות עולם:

* מוניסטית- יש ערך אחד שמכתיב את ההבנה הקניינית שלנו. אצל בלאקסטון זה ערך החירות.
* פלוראליסטית- יש יותר מערך אחד שמנהל את ההבנה מהו קניין, ישנם עוד ערכים חבריים ואנושיים. לדוג': רווחה מצרפית, קידום בריאות הציבור, יעילות כלכלית. הופלד- שורה של ערכים שיסבירו את ההבנה הקניינית. דוג' לפלוראליסטי: *ההסדר בחוק המקרקעין לגבי בית משותף*- אמנם לאדם שקונה בית בבית משותף (בניין) יש שליטה בנכס, **אולם הוא כפוף לחובות** **וכללים** כלפי יתר דיירי הבניין (למשל הרוב קובע, ערכים קהילתיים וכו'). משטר משפטי שמטיל עלייך חובות על מנת לעמוד בציפייה לחיות איתם בשלום.

**במישור הנורמטיבי**- תפיסות עולם שעוסקות בתוכן של ערכים:

* ליברטאריאנית- סוג של תפיסה מוניסטית. לפי התפיסה הליברטיריאנית, ערך החירות הוא הבלעדי.
* ליבראלית- סוג של תפיסה פלורליסטית, הזכות הקניינית מוכתבת עפ"י שורה של ערכים, וערך החירות הוא אחד מהם.

*שיעור 2- 14/10/21*

ביקורת על התפיסה הליברטריאנית:

1. **ביקורת תיאורית**- תפסיה זו חוטאת למציאות. המציאות היא כזו שיש הרבה מאוד זכויות קניין שלובשות דפוסים שונים, שורה של זכאויות, חלקן חזקות יותר או חלשות יותר. לא כולן נותנות עוצמה למי שמחזיק בהן. התפיסה של בלקסטון לא משקפת את המציאות.
2. **ביקורת דיסקורסיבית**- בנוגע לפיצוי. לא ניתן לאמץ גישה שאומרת שהדיון מתחיל ונגמר בפיצוי על כל פגיעה קניינית כי הן יחסיות, לעיתים היא נסוגה מפני אינטרסים אחרים וכפופה להרבה מגבלות.

ביקורת על התפיסה של הופלד:

1. **אד הוקיזם**- בגלל שאין הגדרה מדוייקת, או קווים מנחים להגדרת זכות הקניין, כל פעם צריך להכריע בנסיבות העניין אם מדובר בזכות קניינית או לא.
2. **פריקות יתר של הזכות**- בגלל שאין שום דבר מוגדר, נוצרת אי וודאות בנוגע לתוכן הזכות הקניינית, כי היא כוללת הרבה זכאויות עם תכנים שונים. במידה רבה הגישה מבטלת את ההבחנה בין חוזים לקניין.

מאפייני הזכות הקניינית

*פס"ד בן חמו נ' טנא נגה*- **עוסק בשאלה האם זכות ההפצה היא זכות קניינית או חוזית?** ביהמ"ש מתקשה להכריע כי לפי התפיסות של בקסטון והופלד אין הגדרה חד משמעית. בפס"ד נקבעו המאפיינים לזכות הקניינית.

רקע: במסגרת החוזה בין בן חמו לבין טנא נוגה, נקבע שלבן חמו יש זכות הפצה בלעדית על המוצרים של טנא נוגה, ושזכות זו היא זכות קניינית. בנוסף הם קבעו שהוא רשאי להעביר את זכות ההפצה לאחרים. 17 שנים לאחר מכן טנא נוגה רצו לסיים את ההתקשרות איתו. **בן חמו תבע אותם**.

\*זכות לא יכולה להיות גם קניינית וגם חוזית, היא יכולה להיוולד בחוזה ולהשתכלל לקניין. לכן בן חמו נקט בכיוון הקניין כי אם מכריעים שכן, מחייב אכיפה. אולם אם היה טוען לזכות חוזית- ישנם סייגים לאכיפה כמו חוזה למתן שירות אישי, שאסור לאכוף לפי חוק התרופות.

*פס"ד חריג*- נדיר שצדדים לחוזה מנסים ליצור זכות קניינית. אולם, הפצה איננה קניין, לכן אין לזכות תוקף קנייני.

מאפייני הזכות הקניינית (לא מצטבר)- יכולה להיות בעלת רק חלק מהתכונות ולא כולן.

1. **שליטה וניהול**- ס' 2 לחוק המקרקעין "הבעלות": "הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם..." היכולת של הבעלים לשלוט ולנהל את המשאב שנמצא בבעלותו ולהדיר אחרים שמנסים לפגוע ביכולת זו (להחליט מה נעשה בו). בסיס הזכות הקניינית לפי תפיסות עולם ליברטריאניות- חשין, דורנר ובלקסטון. דיני ההפקעות מאפיינים את הפגיעה הקשה ביותר בזכויות הקניין- שוללים מהבעלים מאפיין זה.
2. **שימוש והחזקה**- שימוש בפועל בנכס, היכולת לנצל אותו (דירה- לגור בה, שטח חקלאי- לעבד אותו). עולה השאלה **האם מותר להרוס אותו?** מחלוקת בפסיקות ביהמ"ש העליון. נקבע כי זכות השימוש **לא כוללת** הרס המשאב, רק זכות הבעלות מתירה זאת. דיני קניין רוחני יכולים להגביל שימוש פוגעני בנכס.
3. **עקיבה ועדיפות**- זיקה בלתי אמצעית לנכס להפקת רווחים.

תיאורטית: הנכס אינו מתווך באמצעות אדם אחר או באמצעות הרצון של אותו אדם.

מעשית: ברגע שיש לי זכות קניין בנכס, יש לי יכולת לעקוב ולהוציא מידי מי שמחזיק בו שלא ברשותי. אולם בפועל, דיני הקניין מצמצמים תכונות אלה באמצעות מנגנונים של תקנת שוק, דיני תחרויות וכו'. למשל, אם אדם רכש נכס גנוב (והוא עומד בתנאים קשיחים) הבעלים של הנכס לא יוכל להוציא אותו מידיו. בגלל אינטרסים חברתיים כמו הרצון לעודד שוק חופשי וסחר.

1. **עבירות**- **העברת זכות מאחד לאחר**. מאפיין זכויות חוזיות וקנייניות. אם אין הגבלה בחוזה, ניתן לשכור בזכויות. בדר"כ לזכויות קנייניות יש ערך כלכלי גדול. כדי שהאדם שיש לו זכות קניינית בנכס יוכל לממש את הערך הכלכלי, הוא צריך להיות מסוגל לשכור בה, דהיינו **להעביר אותה לאחרים.**

אולם, יש הרבה הגבלות על עבירות בחוק. ***האם זה נגיסה בזכות הקניין?***

לדוג': כאשר אדם מת הוא יכול להוריש את נכסיו בשתי דרכים מרכזיות: 1.**צוואה**- עם הסבר פרטני איך הוא מחלק את רכושו ולמי. 2.**חוק הירושה**- שקובע כללים כשאין צוואה.

אך בס' 42(א) בחוק הירושה ישנו הסדר שנקרא "יורש אחר יורש" **שמגביל** את המוריש **בצוואתו** לצוות את נכסיו עד שניים קדימה; כלומר לאחר שפלוני זכה ברכוש, המת יכול לקבוע שהכל יעבור לאלמוני. לא ניתן לצוות על אדם נוסף לאחר מות השני.

הסבר: **חברתי**- רוצים לאפשר מוביליות ודינמיות; למנוע מצב של שימור הטיות תרבותיות, למשל משטרים שהעדיפו רק זכרים ונישלו נקבות. **כלכלי**- פגיעה ברווחה המצרפית (ביעילות הכלכלית), כי יתכן שהבחירות של המוריש לא ישיאו את הרווחים הכלכליים בצורה המיטבית ביותר. רוצים לאפשר ליורש השני לקבל את ההחלטה המתאימה ביותר לפי הנורמות בתקופה בה חי ולא להתקבע ברצון המצווה לנצח.

1. **חיובים** **קנייניים** (*גרגורי אלכסנדר*)- הזכות הקניינית באה גם עם **חובות** לחברה ולא רק עם מאפיינים שמעניקים זכאויות.

לדוג': רכישת דירה בבית משותף מעניקה את זכות ה"בעלות" 🡨 הזכאות ל"שליטה וניהול" + "שימוש", אך גם את *החובה* לשלם את דמי ועד הבית, לשמור על שקט בשעות מאוחרות, לא ללכלך או להזיק למרחב הציבורי וכו'.

דוג' נוספת: בפק' הקהילות השיתופיות ישנו הסדר שקובע שוועדת הקבלה ביישוב הקהילתי צריכה לאשר כל עסקת מכר שנעשית **🡨 לבעלים אין "שליטה" על זהות הקונים** של הנכס. מהווה חובה קניינית שנובעת מזכויות הקניין שבחוק.

1. **פומביות**-תמיד יהיה בזכות הקניינית. *ההבדל הדומיננטי ביותר בין זכויות חוזיות לבין קנייניות.*

הזכות הקניינית חזקה מהחוזית, כי בחוזית- רק הצדדים יודעים על ההסכם ביניהם. בעוד שהקניינית, היא **כלפי כולי עלמא-** כל העולם כפוף אליה ומחוייב לה. לרוב נוצרת מכוח החוזה, אולם מרגע שיש פומביות היא הופכת לקניינית.

**מקרקעין**- נרשמת במרשם פומבי. פומביות = אקט הרישום. **עד לרגע הרישום של אין זכות קניין! יש התחייבות חוזית.** לפי ס'7(א) לחוק המקרקעין, עסקאות מקרקעין טעונות רישום.

**מטלטלין**- פומביות = מסירה והחזקה בנכס. **ההחזקה היא זו שמייצרת את הפומביות** כתחליף לרישום.

*שיעור 3- 20/10/21*

1. **עקרון הרשימה הסגורה**- ישנה רשימה סגורה שמגדירה את הדפוסים, ההשלכות והתוכן של זכויות הקניין. לא רוצים לתת לאנשים את הכוח לייצר זכויות קנייניות לפי כל תוכן שבא להם. קיים בהרבה שיטות משפט.

לדוג': טרם חוק המקרקעין, הפרקטיקה הנהוגה הייתה שמכוח דיני היושר (מהדין האנגלי), לבתי המשפט היה כוח להכיר בזכויות קניין בנסיבות מסויימות כדי להגיע להכרעות צודקות יותר. בחוק המקרקעין נקבע ס' 161 שכותרתו "ביטול זכויות שביושר"- קבע שמתחילת החוק, זכויות קניין יוכרו רק לפי חוק המקרקעין.

**מה ההצדקות לעיקרון זה?**

טעם כלכלי: אם לא תהיה רשימה סגורה של זכויות עם תוכן ידוע, הדבר ייפגע ביעילות המשפטית, כי יהיו פערי מידע גדולים. צדדים שלישיים לא ידעו למה הם כפופים 🡨 יפגע בוודאות וביציבות המשפטית. יביא לעלויות גבוהות לבירור תוכן הזכות. לזכור- העולם כפוף לזכויות קניין. לא רוצים לחיות בעולם של אי וודאות, אלא שאנשים ידעו מה המשמעות של כל זכות קניינית. לכן צדדים לא יכולים ליצור תוכן.

\**ביקורת\*:* לא טעם מספק לרגולציה כזאת קשיחה, ולפעמים צריך לאפשר חופש לביהמ"ש לעצב זכויות. הביקורת לעיתים מוצדקת אבל לא ככלל, אלא רק במצבים נדירים וחריגים.

טעם נורמטיבי: אימוץ זכויות קנייניות צריך להיעשות ע"י המחוקק. הוא זה שמייצג את החברה וערכיה. לשופטים אין בהכרח את רוחב היריעה שנדרש כדי לשקול את השיקולים הרלוונטיים, כמו שיש למחוקק. לכן נעדיף שהמחוקק יעשה זאת, **הכרעה נורמטיבית חברתית.**

ישנן עוד תכונות (מפס"ד בן חמו נ' טנא נוגה):

1. **עצמאות**- זכות לא מתווכת ע"י אדם (עקיבה).
2. **רכושיות**- זכות שנותנת זכויות כלכליות בנכס מסויים.
3. **מיידיות**- ניתן לממש את הזכות הקניינית מיד.

*פס"ד בן חמו נ' טנא נגה* - השופטת שטרסברג-כהן יכלה לקבוע שלפי עיקרון הרשימה הסגורה אין לזכות ההפצה תוקף קנייני, כי היא לא חלק מהרשימה, ולכן לא להיכנס לכל הדיון המשפטי שערכה. אולם היא בכל זאת עשתה כך, ונדרשה מהותית לשאלה אם זכות ההפצה היא חוזית או קניינית. מגיעה להכרעה שחוזית. מרים: אם המאפיינים היו תומכים במאפיין הקנייני היא כן הייתה מכירה בה כזכות קניין.

הרשימה הסגורה בדין הישראלי

1. בעלות- **הזכות הקניינית הכי חזקה.** חלה על מקרקעין, מטלטלין או זכויות. נותנת למי שמקבל אותה את מירב הכוחות ביחס לנכס. בהגדרתה מעניקה את הזכות לשלוט בנכס, לנהל אותו, להשתמש בו, לעשות בו עסקאות והחוק אומר "כל דבר וכל עסקה". \*כמו כל זכות, גם היא כפופה להגבלות.
2. שכירות ושאילה- **תוכן מוגבל + זמן מוגבל**. חלה על מקרקעין, מטלטלין או זכויות.נותנת למי שמקבל אותה להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות. **שכירות** היא בתמורה לדמי שכירות; ו**שאילה** היא עסקת חסד- נעשית ללא תמורה. החוק מעניק למשאיל **יותר כוח** כלפי השואל מאשר למשכיר, כי המשאיל יכול לפנות אותו למחרת, בעוד שהמשכיר לא יכול כי השוכר משלם על מגוריו.
3. זיקת הנאה- **תוכן מוגבל** (יותר משכירות). קיימת רק במקרקעין. מעניקה שיעובד של נכס להנאה שאין עימה זכות להחזיק בנכס. לדוג' זכות מעבר. אדם, הבעלים של הנכס, נותן לאדם אחר את הזכות לעשות שימוש בנכס שלו אבל ללא הזכות להחזיק בו.
4. זכות המשכנתא או המשכון- **משכנתא** ביחס למקרקעין. **משכון** ביחס למטלטלין וזכויות. שיעבוד של נכס כערובה לחיוב. אם לא קויים החיוב, ניתן להיפרע מהכנס. מהווה בטוחה. היתרון- כל עוד הבעלים משלם את החובות שלו, לא פוגם בזכות שלו להשתמש בנכס.
5. זכות הקדימה- זכות **קניינית רק במקרקעין**. קיימת גם בנכסים אחרים (מטלטלין או זכויות) אבל לא כזכות קניינית. זכות סירוב ראשונה לרכוש מקרקעין. משמעות- בהסכם נקבע שאדם X יהיה הניצע הראשון למכירת הנכס. יוכל לזכות בה לפני כולם.
6. זכות העכבון- **תוכן מוגבל** (יותר מצומצם מהמשכנתא). חלה על מקרקעין, מטלטלין או זכויות. זכות לעכב נכס כערובה לחיוב. כלומר אם החיוב לא קויים, אין לי זכות להיפרע מהנכס אלא רק לעכב אותו. למשל אם הרוכש לא משלם לקבלן, הקבלן יכול **לעכב** את ההעברה. אך הוא לא יכול לעשות בנכס מה שהוא רוצה כמו לגור בו.
7. זכות הנאמנות- **תוכן מוגבל** **מאוד**. חלה על מקרקעין, מטלטלין או זכויות. הנאמן הוא הבעלים הפורמאליים של הנכסים, אבל בכפיפות לכך שהוא פועל לטובת הנהנים. משטר משפטי, כדי להבטיח את מטרות הנאמנות, מכניסים בין שני צדדים צד שלישי. אדם **שיוצר** את הנאמנות, ממנה **נאמן** (האדם שינהל) **ונהנה** (מי שנהנה מהנאמנות).

**לסיכום**, פרט לבעלות, כל הזכויות הם עבור צדדים שלישיים לנכס. הבעלים יוצר כלפי צד ג'. מרביתן קיימות בכל סוגי הנכסים, **החריגים** שחלים רק במקרקעין הם זיקת הנאה וזכות קדימה. מה שמבחין כל זכות מאחרת זה התוכן שלה. כל אחת מהן נותנת למי שקיבל אותה אגד זכאויות שונה (הופלד). יש מדרג בין הכי חזקה להכי חלשה. סיווגה ומיונה של הזכות כזכות חוזית או קניינית **יוכרעו בכל מקרה לגופו**, על רקע מאפייניה של הזכות בהקשר הקונקרטי הנדון ולא התווית שהצדדים נתנו לה (למשל לא ניתן לקבוע שהיא זכות צמיתה).

\*המנגנון הקנייני נותן לי כוח לאכוף את הזכות שלי מול כל העולם.

**ב. קניין פרטי- למה?**

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

סוגים של משטרי קניין כרקע לדיון בהצדקות:

1. **קניין פרטי**- משטר משפטי שאומר שאנשים פרטיים יכולים לרכוש רכוש ולהיות הבעלים שלו.
2. **קניין משותף**- מצב שלנכס יש יותר מבעלים אחד- אנשים מחזיקים בבעלות משותפת בבית אחד (יש בו לפחות 2 דירות תחת קורת גג אחת). מתקיים במדינות שמכירות במשטר של קניין פרטי.
3. **קניין קולקטיבי**- אין בעלות פרטית על נכסים. הבעלות היא קולקטיבית, של הריבון, והריבון יכול להקצות לאנשים הפרטיים זכויות לעשות שימוש במשאבים.

ההצדקות למשטר של קניין פרטי

**ערך החירות**

הוגה: *רוברט נוזיק*, אחד ההוגים הליברטריאנים הגדולים של המאה האחרונה (ממשיכו של בלקסטון).

התאוריה: משטר של קניין פרטי הוא **עוגן לחירות**, להבדיל ממשטר קולקטיבי, שבו אנשים כפופים לריבון בכל היבט בחיים. רק משטר מסוג זה מפקיד בידי יחידיםחירות מספקת לעמוד מול השלטון **ולא** להיות כפוף לו. המשמעות של ערך החירות, היא **אוטונומיה** (בסיס יותר חזק לחירות)- מרחב חופשי מהתערבות הריבון מבלי להיות כפוף לו. היכולת של האדם לכתוב בעצמו את סיפור חייו.

לפיו, כדי שיתקיים משטר של קניין פרטי, צריך לאמץ שלושה כללים:

1. **כלל תפיסה תקפה**- צריך שיוגדר מתי תפיסה בנכס היא תקפה. כלומר, מתי אדם רוכש בעלות פרטית ובאמצעות מה. למשל בישראל, הבעלות מוענקת כאשר הזכויות נרשמות במרשם המקרקעין= פומביות.
2. **כלל העברה תקפה**-צריך שיוגדר מתי מעבירים נכסים ואיך מעבירים אותם. כאמור, אחת התכונות לזכות קניין היא "עבירות"- לאפשר לאנשים לשכור בה. ואם רוצים קניין פרטי, אז המשטר צריך לאפשר זאת. למשל בארץ, בחוזה בין צדדים יוגדר איך מעבירים את הנכס, או במצב בו מאמצים את חוקי ירושה- מוגדר שם איך הנכסים מועברים הלאה.
3. **כללי תיקון**- לא כולם יקיימו את שני הכללים שלעיל תמיד. לעיתים יתפסו נכסים שלא כדין (גניבה, או יעשו עסקה בנכס שלא שייך להם). לכן, צריך כללים שיתקנו את המצבים המעוותים שבהם היו תפיסות או העברות לא תקפות.

ביקורת:

1. זה לא נכון לתפוס את הקניין כהגשמה של אוטונומיה. אדם יכול לבטא את עצמו ולהיות חופשי מהתערבות המדינה, גם ללא רכוש. לא צריך קניין כדי לאפשר אוטונומיה, יתרה מזאת, **לא רוצים שאנשים יגשימו עצמם דרך רכוש**.
2. *הופלד* יצר את טבלת הזכאויות. לפיה, כנגד כל זכות של אדם מסויים, יש היעדר זכות לאדם אחר. לכן כאשר אחד מגשים את חירותו דרך קניין פרטי, האחר לא יכול לפגוע בקניינו הפרטי. מכאן נובע שאם זכות קניין מבטיחה חירות של אנשים, אז צריך לתת **לכולם** זכויות קניין ברמה מינימאלית. *נוזיק* לא מסכים עם זה. טוען **שלא לכל אדם צריך שיהיה קניין פרטי** כדי שיהיה לו חירות. אלא שקניין בהכרח מביא איתו חירות. ביקורת: לא באמת אכפת לו מהחירות. כי אחרת אחד התנאים המרכזיים היה שלכל אחד יהיה קניין פרטי. אחד הכשלים המרכזיים עם התפיסה של *נוזיק* ותפיסת החירות באופן כללי הוא שהיא שומרת רק על מי שיש לו קניין.

**ערך העבודה**

הוגה: *ג'ון לוק*. יועץ מלך אנגליה, נדרש להצדיק את המשטרים באנגליה, כולל המשטר הקנייני הפרטי. המסכת על הממשל המדיני.

התאוריה: נק' המוצא שלו לגבי קניין פרטי היא דתית. כל העולם והמשאבים שבו, ניתנו לכולנו, לכן כולם בעלים במשותף של הכל. הדבר היחידי שניתן לכל אחד באופן פרטי הוא **הגוף** שלנו. אדם רוכש קניין פרטי כאשר הוא **מערבב** את הכוח שלו במשאב מסויים- הכוח הוא תוצאה של הפעלת הגוף. בכך, הוא מעביר את הבעלות המשותפת במשאב זה, **לבעלותו הפרטית**. למשל, אם אני קוטפת תפוח מעץ ברחוב, התפוח הופך להיות שלי בגלל שהפעלתי עליו כוח, ערבבתי את הכוח שלי עם המשאב.

הסבר: **שיקול תועלתני-** **יותר יעיל** להסתכל על הכוח שאתה מפעיל במשאב כדרך לקבל בעלות מאשר על הסכמה פרטית. אם היה צריך לבקש רשות לקטוף את התפוח, היינו גוועים ברעב. לכן, ההצדקה צריכה להיות כלל אחר.

**אולם,** חלק מהאנשים חזקים וחלק חלשים. לכן העלה סייגים מוסריים.

סייגים לוקיאניים:

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

ביקורות:

1. **התאוריה לא מידתית-** צריך להכניס פרופורציונאליות בין מידת ההשקעה או המאמץ לבין קבלת הבעלות. אדם שעבד קשה מול אדם שעבד מעט לא שווה ערך.
2. **התאוריה לא הגיונית-** *נוזיק.* אם אדם ישפוך משהו לאוקיינוס, האוקיינוס שלו? לכאורה הוא הפעיל את הכוח שלו על משאב. אבל זה לא הגיוני שתאוריה של ערבוב כוח במשאב היא דרך לקבל בעלות על האוקיינוס שמהווה משאב משותף לכלל הציבור.
3. **חוסר בהירות-** *נוזיק.* כלל הערבוב לא ברור. עולות שאלות כמו: כמה ערבוב נדרש, כמה עבודה נדרשת כדי לקבל בעלות במשאב. אין מספיק פרטים להצדיק בעלות במשאבים. הפרקטיקה לא ברורה.
4. **על הסייג הראשון**- העולם במחסור. זה תיאורטי בלבד שיש מספיק לכולם. אף פעם לא יקרה מצב שאדם לוקח משהו ומשאיר מספיק לאחרים.

פרשנות מודרנית לתאוריה של לוק: **עבודה = גמול.**

לפי התפיסה המודרנית,*לוק* רצה למעשה לתגמל אדם שעמל. והרי, גם המשפט מתגמל על התנהגות רצויה. לכן, זכויות קניין הן **גמול** שהחברה נותנת לנו על ההתנהגות שלנו. ניתן זכויות קניין בצורה שהיא רצויה וראויה. אבל עולות הרבה מגבלות לתאוריה זו.

לכן הועלו שלושה כללים:

1. רק התנהלות שהיא **ראויה** מזכה בפרס.
2. רק אם התוצאה של העשייה היא **חיובית לחברה** והחברה יוצאת נשכרת ממנה.
3. הפרס צריך להיות **פרופורציונאלי** למידת ההתנהלות, התרומה וההשקעה שלך.

תאוריית העבודה זכתה לפרשנות עדכנית שמתמקדת בהתנהגות שלך ומזכה בגמול. איתה יותר קל להזדהות.

*שיעור 4- 21/10/21*

**רווחה מצרפית/יעילות כלכלית**

הוגה: *הארדין*.

התאוריה: כתב מאמר על טרגדיית הפעולה המשותפת/המאגר המשותף שנקראת "דוגמת כר המרעה". טרגדיה זו מדברת על מצב של בעלות משותפת בכר מרעה של כמה רועים, ולכל אחד חלק מסוים בנכס (ביחד יש להם בעלות משותפת). לכולם יש אינטרס כלכלי בכר המרעה.

נניח שיש כר מרעה של 80 רועים, לכל אחד מהרועים יש מנה של 1/80 מהשטח, ונניח שלכל אחד 10 ראשי צאן ומותר לו לעשות מה שהוא רוצה בשטחו. כר זה יכול להכיל רק עד 800 ראשי צאן בשביל לשמור על יעילות.

*הארדין* מנסה לחשוב מה יקרה במציאות כזו. האסטרטגיה הדומיננטית היא שלכל אחד יהיה אינטרס להגדיל את כמות הצאן שהוא מעלה על השטח שלו, כדי להשיא את הרווחים שלו (למקסמם תועלת). אולם כל 1/80 מהשטח יכול להכיל רק 10 ראשי צאן. **וזו הטרגדיה**: תוצאה בלתי נמנעת בה המשאב ידלדל ויפגע. האינטרס האישי של כל רועה **יגבר** על האינטרס הקולקטיבי של שימור המשאב. אף אחד מרועי הצאן לא מפנים את העלויות לכר המרעה, אלא חושב רק על עצמו. זאת התוצאה של משטר של פעילות משותפת- ניצול יתר של המשאב והשקעה בו בחסר. משטר לא יעיל עם תוצאות הרסניות. קניין משותף פחות יעיל מקניין פרטי.

תמונה שמכילה שולחן

התיאור נוצר באופן אוטומטי

*דילמת האסיר:* אסיר א' ואסיר ב'. שניהם נכנסים לחקירה. כל אחד תלוי בהתנהגות של האחר. האפשרויות להתנהגויות הן: הכחשה, הודאה או הפללה. כאשר הכחשה של שניהם מובילה לתוצאה המיטבית עבורם- שנתיים מאסר. אבל כל אחד מהם רוצה לצאת לחופשי. לכן כל אחד יעדיף להודות ולהפליל ושהאחר יכחיש. אבל הם לא יודעים מה השני יבחר, לכן אם שניהם יעשו זאת- הם יסיימו עם 5 שנים כל אחד. דילמה זו מהווה טרגדיה, מאחר ו**המצב בלתי נמנע**, בגלל **פערי המידע** 🡨 הם לא מתואמים אחד עם השני. מקבלים החלטות לא אידיאליות מבחינת רווחה מצרפית, כי **כל אחד מתומרץ לצאת לחופשי**.

לכן דומה להתנהלות במשאב בבעלות משותפת. אין תמריץ להתנהג אחרת, כי המציאות דוחפת אותם למקום הזה.

*הארדין* מציע- **לפצל את החלקות** ולתת לכל רועה חלקה שתהיה **בבעלותו הפרטית**. בכך כל אחד ימקסם את התועלת שיוכל להשיג בחלקה שלו, יטפח אותה ויטפל בה. כל רועה ידע שהוא ישא בתוצאות של ההתנהגות שלו בלבד ולכן הוא יפנים את ההחצנות השליליות של מה שהוא עושה. בכך נגיע למיקסום הרווחה המצרפית.

ביקורות על התאוריה הכלכלית- *הרולד דמסטץ*

1. **ניתוח כלכלי אינו מניח שיטת קניין אחת מסויימת**- הדוג' נכונה בהקשר של כר המרעה בלבד. הניתוח לא תמיד יהיה נכון ביחס לכל משאב ולכל מציאות נתונה, כי בנסיבות מסויימות, הוא יניב תוצאות אחרות. ניתוח כלכלי צריך לבדוק את כל העלויות והתועלות בכל מצב נתון, וזה לא הגיוני שתמיד קניין משותף יוביל לתוצאה אחת. הכל תלוי נסיבות, צריך לבדוק מה עובד יותר טוב. לא להכליל.
2. **הניתוח הכלכלי אינו מביא בחשבון החצנות על דורות העתיד**- הואהתעסק רק בהחצנות על השותפים הנוכחיים. כדי להצדיק שיטת קניין מסויימת, צריך להביא בחשבון גם את ההשלכות על דור העתיד.
3. **אבולוציה של מושאי הקניין ושל הדרכים למשטר קניין**- הפתרון המוצע הוא חלוקה של כר המרעה לכל אחד. אבל אי אפשר לחשוב בצורה כה מוגבלת על קניין, החיים דינמיים- חלק ממושאי הקניין היום בעולם דיגיטליים, שלא ניתנים לחלוקה. כמו כן, יש מעבר לעולם מקוון ולכן ייתכנו מצבים בהם משטר הקניין המשותף יהיה יעיל יותר עם פחות עלויות.

**אישיות**

הוגה: *מרגרט ראדין*

התאוריה: לא כל חפץ או נכס בהכרח צריך להיות משאב בבעלות פרטית ולא כל משאב צריך לקבל את אותה הגנה קניינית כמו משאבים אחרים. מציעה למקם נכסים על ספקטרום: ככל שהחפץ **קרוב לגרעין האישיות שלנו** ניתן לו הגנה גבוהה יותר, וככל שהוא **רחוק** מהגרעין האישיותי שלנו ניתן לו הגנה פחותה יותר.

אם פוגעים בנכס שקשורים אליו- הפגיעה תהיה גדולה יותר, למשל בית, טבעת נישואין אלבומי תמונות וכד', כי אנו נפתח לסוגי קניין אלה **רגש חזק יותר.** לעומת נכסים ברי החלפה (נכס כלכלי, מסחרי, נכס להשקעה וכו'), שאנשים מייחסים להם ערך נמוך יותר, עם **רגש חלש יותר** ולכן הפגיעה פחותה. לשיטתה, אם יפקיעו בית מגורים מאשר דירה להשקעה- הפיצוי צריך להיות גדול יותר.

במשפט יש התייחסות להיבטים אישיותיים, למשל כשבני זוג מתגרשים ישנה זכות קדימה לאחד מבני הזוג לרכוש את החלק של האחר לפני שהדירה תוצא למכירה בחוץ, מתוך התפיסה שהתא המשפחתי יותר מחובר לנכס.

הביקורות:

1. **פרשנות סובייקטיבית**- כל אחד מתייחס לנכסים אחרת לכן קשה ליישם את העקרונות שלה.
2. **קושי בהגנה על הנכס**- לא נותנת מספיק כלים איך להגן על הנכסים, קשה להצדיק את התאוריה.

**קהילה**

לפי *התפיסה הליבראלית*, הקניין הוא מקור לערכים של שיתוף ואחריות חברתית של בעל הקניין כלפי הקהילה. דהיינו, **הזכות באה גם עם חובות לקהילה שאתה חלק ממנה, החובות אינן מגבלה חיצונית אלא טבועות במושג עצמו**. כשמדברים על הערך הקהילתי בתחום הקניין, הקניין נתפס כאתר של זכויות. אנו נצפה שכל אחד מהקהילה ייתן ויתרום יותר לאחרים.

יכול להתבטא בשורה של מגבלות שנטיל על בעלי הקניין, כמו קביעת כלל שאין חובה לפצות בעל קניין מסויים על פגיעה בקניין שלו אם הפגיעה נעשתה לטובת הקהילה.

גם במשפט העברי יש ביטוי לערך הקהילתי בזכויות הקניין (חובות של בעל זכות הקניין כלפי החברה) למשל החובה לתת צדקה לאוכלוסיות החלשות. אף המסורת הקונטיננטלית מכירה במגבלות ביחס לזכות הקניין. כמו למשל חובת הזהירות המוגברת בנזיקין שיש על בעלי המקרקעין = מהווה מקור אחריות של בעל הקניין כלפי אנשים אחרים. לא ניתן לעשות כראות עינייך ולהתעלם מיתר האנשים בחברה.

דגמים של קהילות:

1. **קהילה וולנטרית/ליברטריאנית** - קיצון. *נוזיק*

* קהילה תהיה לגיטימית **רק אם היא וולנטרית**- כל אחד יכול להצטרף לקהילה ולצאת ממנה בחופשיות.
* כל קהילה יכולה לקבוע את הערכים שלה אבל **לא ניתן לכפות** אותם על הפרטים. הכוח שלה יהיה מאוד מצומצם.

1. **קהילה ליבראלית**- אמצע. *חנוך דגן*.

* כל אחד יכול להצטרף לקהילה ולצאת ממנה בחופשיות.
* קהילה **לא יכולה לכפות על חבריה**, צריך להתחשב ביחידים ולכבד אותם.
* אבל כן אפשר לבקש מחברי הקהילה **לעשות התאמות** מסוימות ביחס לקניין שלהם, לייצר מערכת ציפיות שבה כל חבר יתאים את הנכסים שלו באופן שיהיה רגיש לחלשים בחברה, כדי לעזור להם.
* למשל להקים מערכת של תמיכה סוציאלית שתתרום לחברה.

1. **קהילות קהילתניות**- *גרגורי אלכנסדר*.

* קהילה קהילתנית **מכוננת את היחידים** שחיים בה, היא משמעותית עבורם, יש לה **ערך כשלעצמה**.
* **לקהילה יש יכולת כפייה כלפי הקניין שלך-** אתה מקבל בקהילה הרבה, ולכן עלייך לתת הרבה בחזרה גם אם הקהילה תכפה עלייך לתת מקניינך, זאת לשם המשכיות קיום הקהילה.
* דוג'- קיבוץ עם ערכים סוציאליסטיים ושיתופיים, אנשים נדרשים להקריב יותר ולתת מהקניין שלהם עבור הקהילה.

ההשפעות של המשטר הקנייני הקהילתני:

**כניסה לקהילה-** ישנן מגבלות על יכולת הכניסה לקהילות. למשל בישובים קהילתיים יש ועדת קבלה שכופות עלייך תפיסות עולם או מפעילה מנגנוני סינון לפי ערכים קהילתיים שהן תופסות כחשובים, כדי לקבוע אם תיכנס או לא. הכוח של קהילה משפיע על היכולת של הפרט לרכוש בה קניין.

**המשטר בקהילה-** איך לנהל את אורח החיים. למשל ביישוב שאסור להיכנס עם רכבים בשבתות. יש כוח כופה גם ביחס לניהול החיים בקהילה.

**היציאה מהקהילה**- לעיתים, הקהילה יכולה להוציא אדם מהקהילה ואז חייב לעזוב ולמכור את הבית. או להקשות על אדם לצאת מהקהילה (כמו לא אפשר לו למכור לאנשים מסויימים), למרות שזה הבית הפרטי שלו.

*שיעור 5- 26/10/21*

**צדק חלוקתי** הצדקה מודרנית כהגבלה על זכות הקניין.

הוגה: *חנון דגן*.

התאוריה: לא ניתן לדבר על קניין מבלי לחשוב על **ההשלכות החלוקתיות.** צריך לקדם ערכים של צדק חלוקתי- לצמצם או לפחות לא להרחיב את הפערים בין החזקים לחלשים בחברה.

דיני הקניין לא צריכים להחליף את המנגנונים של החלוקה מחדש של העושר, כי יש את מערכת המס, דמי המל"ל, שעושים את העבודה העיקרית. **אלא להתווסף להם באופן צנוע** (לחיות לצידם)- לוודא שלא יהיו כללים או עקרונות שמעצימים את אי הצדק החלוקתי.לפיכך מציע, שדיני הקניין צריכים להיות **רגישים** לריכוזי הכוח של אנשים פרטיים. לדאוג לכולם! לוודא שהכוח הכלכלי של חלק מהפרטים לא משפיע לרעה על אנשים אחרים.

הואיל ולאדם שיש כוח כלכלי (בעל הון, ריכוזיות בשוק), יש גם כוח במישורים אחרים והדבר יכול לסכן את החירות של האחר לא פחות מכוחה של המדינה.

*בג"צ הקשת המזרחית*- דוג' למצב בו הצדק החלוקתי היה הבסיס להכרעה השיפוטית. העליון פסל את ההחלטה של רשות מקרקעי ישראל, שהעניקה הטבות למגזר מסויים מבלי לתת הטבות למגזרים אחרים. אדם מבית שאן לא מקבל את ההטבות הכלכליות (הקלות בהרחבות, רכישה בתנאים מוטבים) שמקבלים אנשים בקיבוצים או במושבים. **ביהמ"ש ביטל את ההחלטה.**

ועדיין, הגישה של דגן לא מקובלת. גישה חריגה בדין הישראלי.

הסיבות שיש מקום לצדק חלוקתי בדיני הקניין:

*טעם חיצוני*- **מעצם ההגדרה המשפטית של הזכות הקניינית** (עוגן של ביטחון, פרטיות, עצמאות) הזכות לקניין עוסקת במשאבים ובחלוקה שלהם בין הפרטים.

*טעם פנימי*- ישנן השלכות חלוקתיות **לכל אחת מההצדקות** עצמן. קניין הוא מקור צבירה של הפרט לכוח כלכלי, שיכול להביא להשלכות חלוקתיות בחברה. כוח כלכלי מתרגם לכוח חברתי, פוליטי, תרבותי ולכן זה יכול לסכן את החירות של יתר בני האדם. דגן חושש מריכוזיות הכוח של אדם פרטי שיש לו כוח כלכלי חזק. מצריך ריסון באמצעות דיני הקניין. כי לכל הצדקה (כל ערך שתאמץ) תהיה השכלה חלוקתית. לדוג' ערך החירות- לרעת מי שאין לו קניין. ערך קהילתי- הגבלת היחיד והקהילה.

*הביקורות*:

1. **טעם מעשי**- יש את המנגנונים הקלאסיים: מערכת המס ודמי המל"ל. דיני הקניין לא עוצבו מלכתחילה עם רגישות לערך זה, ולכן אי אפשר להשתמש בהם. כל פעם שיהיה ניסיון לכך- זה יענה על מקרה פרטני בלבד. גם מהבחינה של רווחה מצרפית ויעילות כלכלית- דווקא המנגנונים של מיסוי הכי יעילים לקידום צדק חלוקתי ולא אמצעים שעשויים להיות פוגעניים בקניין של הפרטים האחרים בחברה.
2. **תפיסה ליברטיראנית**- דרך הרכוש שלי אני לא צריך לדאוג לזולת. ביקורת ערכית באה ממקום של חירות. למה לקדם צדק חלוקתי ע"ח אדם פרטי? המדינה צריכה לדאוג לרווחת הציבור. הדאגה לזולת לא צריכה ליפול על אדם פרטי.

* דגן מגיב שזה לא נכון, אפשר לעשות זאת בצורה זהירה דרך דיני הקניין מבלי לפגוע בחירות של אנשים או ברווחתם.

**סביבה**

דיני איכות הסביבה מטילים הגבלות על הקניין של הפרטים בהרבה תחומים- איסור זיהום של נחלים ונהרות ע"י מפעלים, מטרדים על קרקע פרטית. יש דיון ער לאחריות הסביבתית של בעל הקניין ועל החובות שניתן לכפות עליו מכוח ערכים סביבתיים, בגלל המציאות בה אנו חיים (לדוגמת משבר האקלים).

**סיכום ביניים**: זכות הקניין מבטאת הכרעה חברתית, המאזנת בין ערכים שונים: חירות, עבודה, אישיות, רווחה מצרפית, סביבה וקהילה. וצדק חלוקתי שמהווה הצדקה שנויה במחלוקת. כאשר המחוקק מכונן מוסד קנייני חדש- הוא עורך איזון בין ערכי הקניין השונים. ולכן, משמעות זכות הקניין תהיה תלויה בהצדקה שנאמץ.

**ג. קניין פרטי- במה?**

**במה אנחנו מעוניינים להעניק קניין פרטי?** באיזה נכסים?

שאלה שלא תמיד נסכים על התשובה. לא כל נכס יהיה מושא של זכות קניינית, יהיו כאלה שלא נאפשר עסקאות בהן. התשובה היא תולדה של **הכרעה חברתית**- איזונים בין הערכים הקיימים בחברה בה אנו חיים.

גם המוסד של הגנת הפטנט וגם המוסד של זכויות יוצרים מבוססים על הכרעה חברתית:

* דיני הפטנט- ההצדקה הכלכלית היא הדומיננטית. כדי לתמרץ אנשים לעסוק בפיתוח של המצאות, בחדשנות טכנולוגיות, צריך לאפשר להם להחזיר את ההשקעה שלהם, שקשה להשיג אותה בלי זכויות של בלעדיות על הפטנט. **מצד שני**, מוסד של רישיונות כפייה **מרסן** את זכות הבלעדיות. ערכים חברתיים של **קהילה** (יש לך חובות כלפי הקהילה) **ויעילות כלכלית** (לא יעיל שיצרן אחד מספק את כל הביקוש). אם יצרן שיש לו בלעדיות לפטנט, מסרב לייצר עוד ממנו, ויש ביקוש לכך, אזי המוסד הקנייני יכפה עליו לייצר עוד, או שיפגע בזכות הבלעדיות שלו, ויתיר ליצרן אחר לייצר במקומו.
* זכויות יוצרים- מורכב מבחינת הערכים שלו. ההצדקה הכלכלית היא הדומיננטית, אבל יש גם מקום להצדקות של אישיות- הם קשורים ליצירות שלהם, ועבודה- הם עובדים ועמלים, צריך לתגמל אותם על כך.

*פס"ד אלוניאל נ' מקדונלד*- השחקן אריאל מקדונלד פרסם את ברגר קינג בפרסומת מתריסה כלפי מקדונלד'ס (בורגר קינג המציגה בצורה מתוחכמת שאדם ששמו מקדונלד מעדיף אותה). **כתגובה**, מקדונלד'ס הוציאה פרסום לפיו השחקן **עצמו** אמר בראיון ישן שהוא דווקא נהנה לאכול במקדונלד'ס. **אריאל טען** כי המערערות פגעו בזכותו לפרטיות, גרמו נזק למוניטין שלו- הוצג כאדם לא אמין שמפרסם רשת אחת ונהנה יותר מהרשת השנייה, וכי בפעולותיהן עשו עושר ולא במשפט.מקדונלד'ס טענה שהיא רק הציגה את מה שהוא אמר. המחוזי **קיבל את התביעה**. מקדונלד'ס ערערה.

ההכרעה המשפטית: אריאל מפסיד! הערעור התקבל.

תקדים: **ריבלין מכיר בראשונה בזכות לפרסום**.

הגדרה: הזכות לפרסום היא זכות כלכלית שמקנה לאדם שליטה **מונופוליסטית** על השימוש שייעשה בדמותו, בקולו ובשמו לצורכי מסחר וקידום מכירות. נותנת לאדם את היכולת לסחור ב"פרסונה"- בדמותו, בקולו, בשפתו, חזותו ושמו.

הסבר: זכות של ידוענים שנותנת להם זכות **בלעדיות** (על בסיס זה שהם מוכרים) להשתמש במאפיינים הבלעדיים שלהם ושוללת מאחרים את האפשרות לכך.

ריבלין יצר זכות, "הזכות לפרסום", שבמהותה היא **קניינית** דרך הענף של דיני עשיית עושר ולא במשפט- כשאתה משתמש בדמות של הידוען ללא הסכמתו, אתה עושה עושר על חשבונו.

**ההצדקות לקיומה של הזכות לפרסום של ריבלין:**

1. תורת העבודה (*ג'ון לוק*)- יש להגן על זכותו של הידוען בדמותו, כיוון שהינה פרי עמלו- התוצר של מאמציו להצטיין בתחום מקצועו.
2. רווחה מצרפית- אם יעשה שימוש-יתר בדמותו למטרות פרסום, הוא יאבד ערכה הפרסומי של דמותו, יביא להאטה של הכלכלה. פגיעה ביעילות. הגנה על הזכות לפרסום מעניקה תמריץ ליצירה וליוזמה אישית.
3. אישיות- הזכות לפרסום מהווה אובייקטיביזציה של האישיות. לפי *ראדין,* כרוכים נכסים מסוימים באישיותו של האדם, ועל כן זכותו ראויה להגנה רחבה. הפרסום קרוב לגרעין האישיותי שלו- שהרי אדם קשור לתוצרים שהוא עושה- כמו פיתוח של פרסונה, שמו, קולו. יש לו רגש חזק אליהם.
4. שיקול צרכני- לא רוצים להטעות צרכנים, לחשוב שהידוען נתן חסות כשעושים שימוש בדמותו או בפרסונה שלו. כאשר הוא לא נתן.

**על בסיס ערכים אלה, מכיר בזכות הפרסום כקניינית, דרך דיני עשיית עושר.**

**מבחינת הדרך**- הוא עושה את הניתוח הקלאסי בדרך טובה, שמשקפת ניתוח ערכי נכון סביב ההצדקות, עד כמה הן חזקות או לא.

**מבחינת התוצאה**- ההגבלה שייצר פחות חזקה- כי הוא לא יצר זכות קניינית במקרקעין.

**מבחינה מוסדית**- **ריבלין יצר חקיקה שיפוטית.** וזה שיח ערכי שאנו כחברה צריכים להכריע אם ראוי להכניס את הזכות לדיני הקניין או לא. ואם כן, על בסיס איזה הצדקות. ולא בית המשפט. ביהמ"ש לא המקום לקבל הכרעות שמשפיעות על החיים של כולנו כמו הכרה של זכויות קניין. בתי המשפט המחוזיים פיתחו את הזכות ויצרו לה הגבלות של תוקף.

לא ראוי שביהמ"ש יקבע הסדר כזה:

1. בישראל אין ביקוש לזכות זו- כמעט ואין תביעות סביב הנושא הזה.
2. חקיקה שיפוטית- הדרך הראויה היא קביעת הסדר חקיקתי, ע"י הכנסת.
3. לא היה צורך חיוני להכרה בה- היה אפשר להכריע גם בלי להזדקק להכרה לזכות לפרסום.

דוגמאות למוסדות קניינים שמבטאים הכרעות חברתיות (איזונים בין ערכים חברתיים):

1. **חוק הדיור הציבורי-** מוסד קנייני שהחל בתקופת הקמת המדינה לאור רגישות לאוכלוסיות חלשות. החוק מאפשר למדינה למכור דירות בעלויות מופחתות מאוד בהשוואה לשווי השוק שלהן, למי שידו אינה משגת, מתוך הבנה שצריך להעניק להם הזדמנויות כלכליות לרכוש דיור. החוק מסדיר למי מגיע, איזה הטבות מגיעות וכו'. היום היקף הדיור הציבורי הצטמצם, ונעשה שימוש בהרבה מנכסי הדיור הציבורי למטרות אחרות.
2. **חוק הדיור המוגן-** מוסד קנייני. בישראל ישנה תופעה רווחת של הקמת בתי דיור מוגן של הפרט 🡨 הפך לעסק כלכלי משגשג. אדם מקים מבנה, מחליט לשקם אוכלוסייה חלשה, לרוב מבוגרים בני הגיל השלישי. המחוקק משית עליו חובות רישוי, תנאים בטיחותיים, בריאותיים ותברואתיים לתפעול המקום. החוק קובע לאדם פרטי, שהוא בעל הקניין של הנכסים האלה, חובות- מתוך הבנה שצריך להגן על החלש.
3. **חוק המקרקעין: בתים משותפים-** הסדרים שונים מאשר אלה של בעלות פרטית. ס'58(א) קובע חובות על בעלי דירות, למשל חובה להשתתף בהוצאות להחזקה התקינה של הבניין. מתוך הבנה שכולם חיים בקהילה ולכל אחד יש חובות כלפי האנשים האחרים שחיים איתם.

*פס"ד צ'ודלר*- בית שנפגע ונהרס מפגיעה של טיל במלחמת המפרץ. רצו לשקם את הבית המשותף. והיה דייר שהתנגד לשיקום. ס'60 (ב) קובע שאם אתה מסרב להשתתף בשיקום, לוקחים ממך את הזכות שלך בדירה, לפחות ל6 חודשים. בשם הרצון לחיות חיים משותפים, **ניתן לכפות על בעל הקניין חובות או הגבלות מסויימים.**

המחוקק יוצר מוסדות משפטיים שמשלבים מס' ערכים חברתיים ומאזנים האחד את השני.

*האם אינטרס של הסתמכות יכול להקים משטר של קניין פרטי?* לא ממש.

**1.קניין חדש-** מתוך שמירה על החירות

"קניין ישן"- האדם קנה רכוש/שירות/מוצר באמצעות הכסף שלו. כמו הבית שלו.

"קניין חדש"- קניין שהמדינה נותנת לאזרח, מבלי שהוא שילם עבורה או פעל לקראתה בדרך כלכלית (כמו הטבות, מענקים וכו').

**האם "קניין חדש" מהווה קניין פרטי?** יש משמעות לתשובה, כי אם היא חיובית- כאשר המדינה תחליט לבטל או לצמצם את היקפם, יש חובה לפצות על הפגיעה בקניין הפרטי.

*צ'רלס רייך* טוען שהרבה מבני האדם בחברה שלנו, **מסתמכים** על הקצבאות וההטבות שהמדינה נותנת להם לאורך זמן. **התלות** בהטבה, היא זו **שהופכת** את **ההטבה לקניין פרטי** של אותו אדם.

ההצדקה היא של ערך החירות- פגיעה בקניינם, מביאה לפגיעה באוטונומיה שלהם ובאפשרות שלהם לנהל את חייהם כראות עיניהם.

*פס"ד מנור*- קצבאות זיקנה. ביהמ"ש סבר שזוהי פגיעה בקניין הישן, כיוון שקצבאות הביטוח הלאומי נגזרות מתשלומים שהופרשו לביטוח לאומי- האדם שילם כל חייו עליהם. ועל כן זהו קניינו וניתנה ההגנה. אולם לבסוף הצדיק את הפגיעה דרך מבחני פס' ההגבלה.

*פס"ד מנחם*- המדינה שינתה את התנאים לקבלת רישיון למוניות. בייניש מצדיקה את המדינה וטוענת שיש לה שק"ד לבצע את השינויים ברישיונות. על אף שביהמ"ש **לא מתייחס** לרישיונות כ"קניין ישן", אלא כ"קניין חדש", עסקו בסוף בנושא דרך חופש העיסוק.

לסיכום: המושג עלה בפסיקה אגבית, אבל לא הגיע לכדי הכרעה משפטית. הגישה של הקניין החדש היא חריגה. הוא לא השתרש בפסיקה כמושג מקובל.

מרים: טוב שלא יושם! אם היה נכנס לדין, היה מביא לעלויות מאוד כבדות- המדינה לא הייתה יכולה לשנות מדיניות ממשלתית מבלי לפגוע בזכויות קניין ולפצות על כך.

**2.קניין פרוגרסיבי*-*** מתוך חובתו של בעל הקניין

*התפיסה הפרוגרסיבית* מדגישה את **החובות** של בעל הקניין לחברה ולאנשים שהוא בקשר איתם.

*ג'וזף זינגר*, אחד מראשי התפיסה הפרוגרסיבית לקניין, מאמין בערך החברתי של **קהילה** ובחובות של בעל הקניין כלפי הקהילה. תומך בערכי הקהילה.

זינגר כתב מאמר על עיר מפעל באוהיו. רוב אנשי העיר התפרנסו ממפעלי הפלדה שפעלו בה. יום אחד, בעל המפעלים החליט לסגור אותם. נותרה קבוצת אנשים די גדולה, נטולת אפשרויות פרנסה (לא הייתה להם הכשרה נוספת).

זינגר מעלה את השאלה **האם יש מקום להכיר בזכות קניין כלשהי לאותם עובדים כלפי המפעל?** עונה שכן.

מסביר: בגלל ההסתמכות שלהם על מקום העבודה במשך שנים כמקור פרנסה (הקריבו את עצמם למפעלים ולא רכשו שום הכשרה נוספת) ובגלל יחסים ארוכי הטווח, **יש לאפשר להם לקבל זכויות קנייניות במפעל.** כמו הזכות לרכוש את המפעל מבעל המפעל ולהמשיך לתפעל אותו.

מרים: הפסיקה בארץ כן הכירה באינטרס קנייני במקום העבודה, אבל עם הרבה מאוד הגבלות. זה קיים, אבל לא בזכות לקנות מפעל. **הקושי העיקרי**- יש כלל משפטי שקובע מתי הסתמכות היא לגיטימית, אולם לזינגר אין מקור משפטי לבסס עליו את טענת ה"הסתמכות" ולכן לא יכול לטעון אותה. זאת הסיבה שחזר בו מטענה זו, לאחר שנים.

*שיעור 6- 28/10/21*

**באילו מצבים נרצה שהמשפט לא יאפשר עבירות/המרה של נכסים? במה לא ניתן להכיר כקניין פרטי?** האם מותר לנו להעביר לאחרים את הזכאויות שלנו או להמירן בכסף? יהיו מצבים שבהם לא נרצה לאפשר סחר או שוק בנכסים מסויימים, מבחינה ערכית. למשל סחר באיברים, צריכה של זנות, סחר בעבדים. המשפט יוצר הגבלות על דברים שאנו לא יכולים לסחור בהם.

הדוגמא החזקה ביותר- לא ניתן להחליט לתרום איברי גוף על דעת עצמי, אלא יש רגולציה שלמה סביב זה. שוק זה הוא מוסדר, המשפט נמנע משוק חופשי בסחר של איברי גוף.

**הטיעונים בעד ונגד ליצירת רגולציה ומיסוד בתחום של סחר באיברים:**

בעד-

1. **מלאי האיברים יגדל**- יש הרבה אנשים שממתינים לתרומת איברים שנים רבות, ולאור מלאי יחסית מצומצם, הם נפטרים- בכך הם יוכלו להינצל.
2. **למנוע היווצרות של שוק שחור**- אם הסחר באיברים יוסדר התופעה לא תתפתח לשווקים שחורים. ובכך המיסוד ייתן הגנה למי שמתעסק בתחום זה.

\*מיסוד בזנות- ניתן לפקח יותר, לשמור על התנאים של מי שעוסק בתחום, להגן עליו. מצד שני- זה נותן לגיטימציה, ואז אולי יותר נשים יכנסו לתחום. ההתנגדות הפמיניסטית למיסוד היא בנוגע לגיטימציה שתיווצר.

נגד-

1. **בעיה חלוקתית כפולה**- 1. ההיצע יגיע מקבוצות סוציואקונומיות חלשות (והביקוש מצד העשירים). 2. העני שצריך את התרומה, לא יוכל לרכוש זאת.
2. **מסחור של טובין אישיים**- קשה לנו רעיונות שאנשים ימכרו את אברי הגוף שלהם. מדובר ברכוש ששייך לנו והכנסה לתוך שוק, קשה לנו קונספטואלית. נתפס כמשהו שלא צריך להיות בתוך השוק. למרות שלאור צרכים חברתיים נמצא בשוק סחר באיברים מתחדשים כגון: זרע, ביציות, שיער.



1. **ההחצנות לצדדים שלישיים**- סחר בנושאים שנויים במחלוקת מייצר החצנות על צדדי ג' שמושפעים מכך שלא חושבים עליהם בעת ההליך. למשל ילד מתרומת ביצית לא יודע עד גיל 18 מי הם הוריו הביולוגיים, או מגוריו אמנם טובים יותר בעולם המערבי אך עמדתו לא נשמעת- לא מתאפשרת לו הבחירה היכן לגור. מעורר שאלות וקשיים וצריך להיות מודעים לכך.



**הרחבה- מסחור של טובין אישיים**

מסחור = לוקחים משהו שבאופן טבעי לא נמצא בשוק, אבל מנסים להכניס לשוק ולסחור בו.

למשל אם היה **שוק לתינוקות**. לא רוצים להכניס את זה לספירה חוקית. מאחר שנמצא בספרה המשפחתית. לא נהפוך אותו למוצר בשוק.

הבעיות במסחור של טובין אישיים (כגון תינוקות) הם:

1. **בעיית ההשחתה**- התייחסות לתינוקות כמוצר תשחית את הערך שלהם. אם הוא נתפס כאדם עצמאי חלק ממשפחה, כשהוא יהפוך למוצר סחיר, **הוא יאבד את המשמעות הטהורה והערכית שמייחסים לו**.
2. **בעיית הכפייה**- ברגע שמאפשרים סחר בתחום שלא היה מוסדר לפני כן, זה יאלץ הרבה אנשים שלא היו בשוק זה, להיכנס אליו. אלמנט של כפייה- אישה בהודו שבאופן טבעי לא תיכנס להיריון כדי למכור ילד, ברגע שיהיה מותר וחוקי היא תרצה פרנסה ואז כופים עלייה. כי בלי שוק היא לא הייתה נכנסת לכך.

* **טענת נגד-** *ראדין*. לרוב, אנשים אלה נמצאים במלכוד; החברה לא נותנת אפשרויות פרנסה לאישה ענייה בהודו, והדבר היחיד שיכולה לעשות זה להתפרנס מהמכירה שלה. כי אם העולם היה דואג לה, היא לא הייתה מגיעה לסיטואציה כזאת.

**II. הבעלות במקרקעין**

*עוברים לעולם המעשי*

**ד. תחום הבעלות**

*זכות הבעלות-* הזכות הקניינית החזקה ביותר. מגיעה עם אגד זכאויות הגדול ביותר במקרקעין (וגם במטלטלין).

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

לכאורה נשמעת זכות חזקה. מצד שני, לסיפא "בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם". בפועל כלל הזכויות כפופות להגבלות שיכולות להיווצר מכוח הדין (דיני איכות הסביבה, דיני המטרדים, דיני הנזיקין) או הסכם. נלמד על הרבה הסדרים חוקתיים מגבילים.

*יתכן שבנכס אחד תיכנסנה כמה זכויות קנייניות בו זמנית!* למשל, אני יכולה להיות בעלים של נכס לאחר שמשכנתי אותו כדי לקבל הלוואה מהבנק כדי לקנות אותו, ואז להשכיר אותו כדי להחזיר את ההלוואה- כלומר יש 3 זכויות קנייניות על נכס אחד- בעלות, מישכון ושכירות.

מלבד הקרקע עצמה, זכות הבעלות שיש לאדם במקרקעין חלה גם על:

*ס'11 –* קובע את הממדים של עומק (עד מרכז כדוה"א) וגובה (בחלל הרום שמעליו). ממדים משמעותיים.

*ס'12 –* קובע כלל שסוג מסויים שחובר למקרקעין (שאינם ניתנים להפרדה), הם חלק בלתי נפרד מהקרקע.

כלומר, הבעלות לא חלה רק על הקרקע עצמה, אלא גם על העומק והגובה, וגם על כל מה שעלייה כמו בית. אולם לפי הסיפא בשניהם, **יש חריגים**- נדבר עליהם בהמשך.

*ס' 13 לחוק המקרקעין:* "עסקה במקרקעין חלה על הקרקע יחד עם כל המנוי בסעיפים 11 ו-12, ואין תוקף לעסקה בחלק מסויים במקרקעין, והכל כשאין בחוק הוראה אחרת."

כלומר, כאשר עוסקים עסקה במקרקעין, העסקה חלה על הקרקע יחד עם כל מה שמנוי בס'11 וס'12, שבה הבעלים של זכות קניין במקרקעין מקנה זכות קניינית בנכס, **ואין סמכות לעשות עסקה בחלק מסויים במקרקעין.**

**למה אין תוקף לעסקה בחלק מהמקרקעין?**

מרבית מקרקעות המדינה בעלות תעודת זהות כדי לאפשר חלוקה לגושים וכל גוש לחלקות. כשמדובר בבתים משותפים, נוספת חלוקה של תת חלקה. החלוקה משמשת לצרכים תכנוניים, חקלאיים. למשל בעיר ת"א- חלקות המקרקעין יהיו קטנות יחסית, שטחים שמתאימים לבניית בתים או בניינים, לעומת בקיבוצים או מושבים- שטחים גדולים, חלקות שמיועדות לחקלאות לגידול תבואה. כל מגרש מתאים לצרכים תכנוניים שונים.

ס' 13 אוסר על אנשים לחלק את החלקות שלהם כרצונם, **למה?**

1. **טיעון ציבורי**- לא לחתור תחת הרציונאל הראשוני. החשש שאנשים יתעלמו מהצרכים הציבוריים והחברתיים שוועדות התכנון והבנייה **שקלו** כשהם חילקו את הגושים לחלקות מלכתחילה.
2. **טיעון כלכלי**- החשש מפני פיצול יתר, יביא למס' בעיות. למשל, הרשויות יצטרכו את המקרקעין למטרות ציבוריות כמו הקמת מוסד ציבור או סלילת כבישים.

מצב בו המדינה מגלה שהחלקה פוצלה יגרום ל:

* **בעיות איתור**- קושי גדול לאתר את הבעלים השונים ולאחות את המקרקעין חזרה לחתיכה אחת.
* **עלויות עסקה**- להתעסק עם כמה אנשים עולה יותר. המדינה תצטרך לעשות כמה הסכמים ולא אחד.
* **פעולה משותפת (בעיית הסחטן)**- כמה אנשים שהם בעלי הקרקע, מגדילה את הסיכוי שיהיה בעלים אחד שיסרב לעסקה עם המדינה ובכך יעכב את ההליך. יוכל לסחוט את הקונה (המדינה), כי ידע שיש לו כוח גדול.

כל אלו, מקשים על היכולת להגיע לניצול מיטבי של הקרקע במצב בו האדם מחלק את הקרקע שלו למס' אנשים.

לסיכום, החשיבות של אותה חלוקה ראשונית של ועדות התכנון (ההקצאות הראשוניות של גושים וחלקות), עונות על הצרכים החבריים שלנו, ולא רוצים לתת לאנשים את הכוח לערער את הסדר שנבנה.

*שיעור 7- 2/11/21*

**שיתוף מקרקעין**

שיתוף הוא מצב בו קיימת בעלות משותפת במקרקעין. זה לא לפצל את הקרקע ל2, אלא **הזכויות בנכס מתחלקות באופן יחסי זה**. כל אחד מקבל **מנה בלתי מסויימת** מהקרקע,למשל מנה של 50%, היא מחצית מהזכויות.

**פרק השיתוף**

במצב בו רוצים לפרק את השיתוף, החוק מסדיר את היציאה ממשטר של שיתוף. פרק זה מקדש את זכות היציאה.

38(א) לחוק המקרקעין פירוק על פי הסכם או צו ביהמ"ש- "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 והבנייה וכל חיקוק אחר בנדון."

לפי סעיף זה, הצדדים יכולים בהסכמה, לסיים את יחסי השיתוף של המקרקעין לפי אותה חלוקה שהגדירו בהסכם. **אולם,** אם נקבעה חלוקת המקרקעין בעין- **ההגבלות בס'13 עדיין חלות**, לכן צריך לעשות זאת באישור של המפקח של המקרקעין ולאחר שנעשתה בדיקה שזה עומד בחוק התכנון והבנייה. שהרי, המקרקעין חולק לפי רציונל ויש לשמור עליו.

ישנה טענה שהשוק החופשי יכול לתת את המענה, כי הוא יכול להביא לתוצאות יעילות מבחינה חברתית. **אז למה בכל זאת נרצה להתערב משפטית וליצור את ההסדר בס'13?**

1. כשלי שוק- גם בתנאים של שוק חופשי יכול להיות כשלי שוק. למרות שהיינו חושבים שאם נתנהג בתנאים של שוק חופשי נגיע לחלוקה אופטימאלית ולתוצאה יעילה, לא תמיד זה נכון. ישנן תופעות שקשה למנוע כמו סחטנות במצבים של התחדשות עירונית - הסחטן הופך לסרבן.
2. שנאת סיכון ציבורי- המדינה רוצה לנקוט בזהירות יתרה, לא רוצה לקחת את הסיכון שיהיו כשלים בהתנהלות השוק והיא תהיה חשופה לתופעות כמו סחטנות. לכן ס'13 יוצר כלל, כדי לא להיקלע מלכתחילה לסיטואציות אלה.

הסיפא של ס'13 "הכל כשאין בחוק הוראה אחרת". יש חריגים לכלל, שהוסדרו בחקיקה או בפסיקה.

**מהם?**

1. **בעלות נפרדת בדירות**- ס' 54 "על אף האמור בסעיף 13 תהא דירה בבית משותף נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות."

ניתן לעשות עסקאות מכר של דירות בבתים משותפים. למה זה לא מובן מאליו? כי בית משותף הוא יצור כלאיים בין קניין פרטי לקניין בבעלות משותפת. הבעלות **בכל דירה** בבית המשותף היא **פרטית**, אבל ישנם שטחים שהבעלות עליהם **משותפת**, כמו חדר מדרגות, גינה, לובי וכו'. אלו מכונים "רכוש משותף" שלכל בעל דירה יש **מנה** ברכוש זה. לגודל המנה של כל בעל דירה יש משמעות משפטית.

1. **זיקת הנאה-** ס'93(ג) "על אף האמור בסעיף 13 יכול שתהא זיקת הנאה לגבי חלק מסויים במקרקעין."

יכולה להיות עסקת מקרקעין בנוגע לזכות שמעניקה לאדם להנות מחלק מסויים של המקרקעין של אחר. רק זכות השימוש, לא ההחזקה. לדוג' "זכות המעבר"- הזכות לעבור בחלק מסויים בתוך חלקת המקרקעין של אדם פרטי. לולא סעיף 93, לא היה תוקף לזכות הקניינית "זיקת הנאה".

1. **הפקעה-** *פס"ד אקונס.* ס'13 אינו מונע הפקעה של חלק מהמקרקעין, כיוון **שהפקעה היא חריג לעקרון אחידות הקרקע (=ס'13**). ההסבר לכך: ס' 13 אוסר לעשות "עסקה" בחלק מסויים מהמקרקעין. אבל עסקה במקרקעין מוגדרת בס'6 כהקניית זכות *"לפי רצון המקנה".* הפקעה לעומת זאת, אינה עסקה רצונית, אלא אקט כפוי. לכן ניתן להפקיע חלק מסויים של המקרקעין. \*עוד נקבע כי שימוש במרחב התת קרקעי בדרך שהורסת אותו, מחייבת הפקעה של זכות הבעלות ולא של זכות ההחזקה והשימוש.
2. **שכירות-** ס' 78 "על אף האמור בסעיף 13 ניתן להשכיר חלק מסויים של מקרקעין."

ניתן להשכיר חלק מהמקרקעין, בגלל שזו עסקה קצרת טווח (החזקה ושימוש בנכס שלא לצמיתות). הנימוקים לכלל בס'13 הוא כתוצאה ממצבים של שימוש לטווח הארוך, ולכן ההשלכות כמו פיצולים קבועים, עלויות עסקה לאסוף את החלקים בדיעבד וסחטנות- **לא רלוונטיים לשכירות.**

*פס"ד לוסטיג-* צדדים מנסים לעקוף את האיסור בס'13.

*רקע:* מייזלס היא בעלת שטח מקרקעין, עושה עסקת השכרה בחלק מסויים ממנו עם גברת לוסטיג. בהסכם ניתנה לאחרונה זכות השכרה ל999 שנים עם אפשרות לחידוש ל999 שנים נוספות. **בגלל שמהות העסקה היא העברת בעלות**, השוכרת רצתה את זכויות הבנייה היחסיות בקרקע, ומייזלס סירבה בטענה שזו עסקת שכירות וזכויות בנייה לא כלולות בה.

*בעליון*: בחנו את תנאי העסקה וקבעו כי שכירות לתקופה ממושכת (שמעשית היא לצמיתות), מעניקה את זכות הבעלות בקרקע ולא השכירות. ולכן מגיעות ללוסטיג זכויות הבנייה היחסיות.

*האבסורד:* **ביהמ"ש מכשיר עקיפה של ס'13-** מאשר לעשות עסקת מכר **בחלק** **מסויים** מהמקרקעין. אולם, זה לא פתר את המשכירה מלפצל את החלקה ברישום המקרקעין מבחינה פורמאלית.

1. **ירושה-** חריג תאורטי. ס'6 "עסקה במקרקעין היא הקניָה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה."

*רישא:* עסקה במקרקעין יכולה להקנות כל זכות מהרשימה הסגורה.

*סיפא:* עסקה במקרקעין **לא כוללת הורשה עפ"י צוואה**. לכאורה ס' 6 מאפשר לחרוג מס'13! נכס מקרקעין שפלוני מוריש לפי צוואה (לא עפ"י דין), יכול להיות מפוצל לחלקים. כלומר **אדם יכול להוריש לשני אנשים שונים את הקרקע שלו, כאשר היא מחולקת באופן אחר מהחלוקה בטאבו.**

*הסבר*: אין שימוש מעשי בחריג. הוא נועד להתמודד עם חובת הרישום לפי ס' 7, כי צוואה לא מחייבת רישום בטאבו, לכן **לא** קוראים לזה עסקה, אלא נקרא "בעלות משותפת". מה שקרה זה שפשוט לא חשבו על ההשלכות שזה יצור בנוגע לכלל בס'13...

*מרים*: אין הצדקה מהותית לסיפא. קובע הסדר בעייתי ולא ראוי.

**מה מוסיפים סעיפים 11 ו-12?**

ס'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."

זכות שנותנת לאדם את הבעלות ממרכז כדה"א ועד החלל המרום**, אבל בכפוף לכל דין**. כלומר, הזכות מצומקת כי אם יהיו צינורות מים תת קרקעיים או שמתגלה משאב טבע כמו נפט- ניתן יהיה להשתמש בהם. לפי המורשת הבריטית- הם בבעלות מדינתית. \*מדובר על מעבר סביר בחלל הרום, מס' מטרים מעל הקרקע. לא נקבע גובה מדוייק.

ס'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."

ברגע שמטלטלין מחובר חיבור של קבע או לצמיתות, גם אם הוא בנוי ונטוע- הוא הופך להיות חלק מהקרקע.

מצד אחד, הסעיף מגדיר מה תוכנה של זכות הבעלות בקרקע- כוללת את הקרקע עצמה, כל מה שבנוי, נטוע עליה ומחובר חיבור של קבע. מצד שני מחריג את המחוברים שניתן להפריד אותם. **התוכן חשוב כדי לדעת על מה חלה עסקה במקרקעין.**

דוגמאות להבנת הדילמות שיווצרו אם התוכן לא יהיה ברור:

1. בעלים משכיר את הדירה שלו לשוכרים, שהתקינו מזגן במהלך תקופת השכירות. הדירה נקנתה בהינתן שיש מזגן מותקן, ובהסכמה להיכנס לדירה בתום השכירות הקיימת. אולם, כשהשוכר עזב הוא לקח איתו את המזגן. האם המזגן נחשב לחלק מהמקרעין?
2. בנק דיסקונט נתן הלוואה למנהל המפעל לרכישת הקרקע והמנהל מישכן את הנכס כהבטחת הפירעון. אולם גם בנק לאומי הלוואה למנהל כדי לרכוש מכונה חדשה. אם המנהל לא יכול להחזיר את החובות, האם דיסקונט יכולה למשכן את המפעל שנבנה על הקרקע, כשהמכונה מהווה חלק מהנכס? המכונה שווה כסף, אם היא כלולה- זה מעלה את ערך המפעל.
3. *פס"ד חפציבה*- קבלן שמכר הרבה דירות לרוכשים ורימה אותם (לקח כספים לכיס). חפציבה לא ביטחה את הכספים של הרוכשים לכן הם הוציאו את המחוברים מהדירות, כי לא יכלו לקבל את כספם בחזרה.

**מתי נכס מטלטלין הופך לחלק בלתי נפרד מהמקרקעין?**

אין תשובה חד משמעית. שאלה של מדיניות חברתית.

*ויסמן*- תפיסה ראליסטית. להביט על המציאות כדי להבין מה הצדדים ניסו לעשות ולאזן בין האינטרסים שלהם.

הציע שלושה מבחנים, צריך להתייחס לכולם ולהכריע מה הסטטוס שלהם לפי השכל הישר, ההיגיון.

1. **מבחן החיבור הפיזי**- אם **ניתוקו** של מטלטלין שחובר למקרקעין, **יגרום להריסה או לנזק** משמעותי למקרקעין, או שאין למטלטלין קיום ללא חיבור לקרקע, אזי הוא ייחשב לחלק מהמקרקעין. דגש על תוצאת החיבור והנזק מהניתוק, ולא משנה האמצעי הפיזי בו השתמשו לחיבור.
2. **מבחן סוג הנכס**- מבחן פונקציונאלי שבוחן האם הנכס המחובר, מסוגו, נועד להיות מחובר באורח קבע. נותן אינדיקציה להתרשם מטיב הנכסים, לפי המקובל מבחינה חברתית. נכסים כמו גופי תאורה, ברזים, מזגנים וכו' אפשר לפרק בקלות אבל זה לא מרגיש מטלטלין, כי הם יותר נוטים לחלק מהמקרקעין.
3. **מבחן הכוונה**- מתמקד בכוונת הצדדים בזמן שהם חיברו את הנכס לקרקע.

* כוונה סובייקטיבית- ביחס לצדדים קרובים. הצדדים גילו את כוונותיהם בצורה מפורשת, בהסכם כתוב או בע"פ. אם ידועה כוונה ספציפית היא זו שתכריע.
* כוונה אובייקטיבית- צדדים מרוחקים או כשאין חוזה. נחפש אחר הכוונה שהמתבונן יכול להסיק ממכלול נסיבות העניין. נשאל למה היו מתכוונים צדדים סבירים בנוגע למחובר בנסיבות אלה?

הציפייה היא שאנשים יסדירו את העניינים האלה מבחינה חוזית. עו"ד זהיר יכניס תרחישים אלה לחוזה, כדי להימנע ממצבים אלה מלכתחילה.

**הפסיקה מוסיפה מבחני מדיניות נוספים**

1. מונע הנזק הזול- לא האשם ברמה המוסרית יהיה אחראי לנזק, אלא מי שיכול היה למנוע אותו בצורה הזולה ביותר. אם הוא מונע הנזק הזול ולא עשה כך- הוא ישא באחריות וההוצאות יושטו עליו. מעודד צדדים להתנהג בצורה זהירה, כדי למנוע נזקים.

**שיקול משמעותי בדיני התחרות**. במקרה של השוכר עם הקונה החדש של הדירה- השוכר הוא מונע הנזק הזול, יכל להוסיף סעיף בחוזה ובכך הנזק היה נמנע. יש לו אינטרס כלכלי להגיע להסכם ברור בנושא.

**שיקולים נוספים שביהמ"ש רשאי לשקול** (לחשוב מה צריכה להיות התוצאה הראויה לכל אחד מהמבחנים)

1. וודאות בשוק- כל אחד ידע מה התוצאות של מצב בו נכס חובר לקרקע ולא היה סעיף בהסכם בעניין.
2. עידוד פעילות כלכלית- לקדם רווחה כלכלית. מנק' המבט של השוכרים- יעודד אותם לשפר ולהשקיע בנכסים אותם שוכרים.
3. שיקולי יעילות מצרפית- ערכים של יעילות כלכלית. מנק' המבט של שוק האשראי- אם רוצים לעודד בנקים לתת הלוואות- צריך להסדיר את העניין, כדי שהם לא יחששו שערך הבטוחות שלהם ירד בגלל מחוברים שיוצאו מהמקרקעין.
4. שיקולי חלוקה? השוכר החלש מול הבעלים החזק. **שיקול שנוי במחלוקת**. לחשוב אם ראוי להתחשב בו.

[**https://www.youtube.com/watch?v=k2Ru46uSi4M**](https://www.youtube.com/watch?v=k2Ru46uSi4M)

**תיקון חוק המקרקעין 2019**- סימן א'1: בעלות בחלקה תלת ממדית.

ככלל, הרישום בטאבו הוא רישום דו ממדי (על מפות). אולם נקבע הסדר חדש של רישום חלקות תלת ממדיות. המנגנון מנסה לאפשר לראות את הדברים **בצורה תלת ממדית**. מתבסס על אותם עקרונות של ס'11 ו12.

**אולם** נוסף חריג לס' 13 בס' 14ד. "בעלות נפרדת בחלקה תלת ממדית"- ניתן לעשות עסקה בחלק מסויים מהקרקע, אם היא במרחב התת קרקעי שלי ולרשום אותה במרשם המקרקעין כחלקה תלת ממדית.

מנגנון שבא להגיב לשינויים הטכנולוגיים, באופן שלא פוגע בכל חלקות הקרקע האחרות.

חשיבות המנגנון: 1. מעשית- מתן אפשרויות ניצול מיטביות של הקרקע. 2. רישומית- הצגה מדוייקת יותר של רישום הזכויות בחלקות, לדעת מה נעשה בכל חלקה.

*שיעור 8- 4.11.21*

לסיכום הנושא של **מחוברים**- רלוונטי לשאלה "על מה חלה עסקה במקרקעין". כאשר מדובר על "בעלות" סעיפים 11 ו-12 מגדירים את היקף הזכות.

* ס' 11 מגדיר ממדי עומק וגובה;
* ס'12 קובע את תוכן הזכות- בנוי, נטוע, חיבור קבע. בהתאם למבחנים השונים.

**אוצרות טבע ועתיקות**

קיבלנו מהמורשת הבריטית את התפיסה, שהבעלות על אוצרות טבע ועתיקות (מורשת תרבותית של כולנו) היא בעלות ציבורית.

אם ימצאו משאבי טבע בחלקת קרקע שבבעלות פרטית- הם יהיו בבעלות ציבורית!

עתיקות- נושא בעייתי. תוקע פרוייקטים כשיש אתר שחושדים שיש בו עתיקות. יש חוק עתיקות מסודר שיוצר כאבי ראש לבעלי מקרקעין שיש בשטח שלהם עתיקות.

סטודנטים בשנים קודמות של מרים כתבו על חיפוש הגז הטבעי.

המדינה בדר"כ לא מחפשת את משאבי טבע, כי סיכוי נמוך למצוא וזה כרוך בעלויות גבוהות. יצרה הסדר חוקי של זכיינות, לפיו היא נתנה זכויות למס' חברות גדולות לחפש אחר גז, ואם ימצאו לאחר שלקחו את הסיכון- הם יקבלו תגמול (זכויות במשאב הגז). הם אכן מצאו גז טבעי, ובכמויות גדולות.

אף אחד לא חשב שבישראל ימצאו משאבים ששווים הרבה כסף. המדינה לא הייתה מרוצה מההסדר שקבעה. לכן, החליטה בדיעבד למסות את ההכנסות מהגז הטבעי, קבעה שיעורי מס מאוד גבוהים.

**החברות עתרו לבג"ץ** בטענה שלא צריך להיות מס על העסקאות האלה. נוצר הסדר חוקי שהמס לא היה כלול בו.

בג"ץ הכשיר את המיסוי. קבע שזה לגיטימי. הנסיבות של מציאת הגז הטבעי היו **לא צפויות**, ולכן הם מיסו אותם.

***נושא חריג.*** עד שמצאו, המדינה רצתה לדאוג לאינטרס הציבורי. הטענות היו שהגז של כולם ולא ניתן להם להתעשר על חשבון הציבור. המדינה הרוויחה מזה, אבל גם החברות- הם מצאו משאב שיצא להם טוב, שלקחו את הסיכון.

*פס"ד Samedan*- חברות שעוסקות בחיפוש נפט טבעי בים ובהפקתו, מבקשות גם להוביל את הנפט. **הממונה על הנפט דחה את בקשתן.** הממונה על הנפט רצה למנוע מצב של מונופול ולכן סירב. בטענה שרוצה להוציא מכרז על מנת לאפשר קיום של שוק חופשי.

*ס'35(א) לחוק הנפט* יוצר הסדר קנייני לגבי החיפוש של נפט, "בעל חזקה **רשאי** לבנות קווי צינור להעברת נפט ומוצרי נפט ולעשות שאר סידורים הדרושים לכך".

חשין:לחוק הנפט מספר תכליות- מטרתו העיקרית היא לעודד אנשים לחפש נפט, לאור הסיכון הכלכלי שלא ימצאו, ולכן נותן להם זכויות קנייניות (הפקת הנפט). אבל מהמילה "רשאי" ניתן להסיק שמטרתו **גם** למקסם את הרווחה המצרפית (יעילות כלכלית), ע"י כך שייצור תחרות חופשית עם יתר החברות במשק, כדי להוזיל מחירים לצרכנים. **חשין תמך בהחלטת הממונה.**

לא רוצים להעצים את כוחה של החברה, ולכן אם רוצים לקדם יעילות- יש לפצל בין זכות ההובלה לזכות ההפקה.

מרים: שופט שדווקא בא מתפיסות עולם מסורתיות של קניין (ערכי חירות, הגנה חזקה לקניין), מחליט לפי הערך של רווחה מצרפית כדי לקדם תחרות חופשית.

*שיעור 9- 9/11/21*

חוק העתיקות כולל הוראות דרמטיות ביחס לסמכויות של רשות העתיקות בנוגע לחיפוש, ויוצר קיפאון בנוגע לניצול הקרקע אם מוצאים עתיקות בשטח שלך. יש עוד פסיקה שעוסקת בנושא.

*פס"ד דנקנר*- עוסק בסמכויות של רשות העתיקות. הרשות הכריזה על קרקע בכפר שמריהו כאתר שחושבים שיש בו עתיקות. **ההכרזה מנטרלת את הקרקע**, ואז הבעלים צריך להוכיח שאין שם עתיקות, באמצעות מומחה.

זמיר: מבקר את הפרקטיקה הזאת. לא סביר לגלגל את האחריות על הבעלים.

**זכות הבעלות**

שכלול בעלות

2 שלבים לקיומה של זכות הבעלות:

1. זכות הבעלות **נולדת** דרך חוזה בהסכמת הצדדים.
2. היא מקבלת את **עוצמתה** ברגע שהיא משתכללת (הופכת מחוזית **לקניינית**). יש הבדל באופן השכלול בין נכסי מקרקעין לבין נכסי מטלטלין.

במקרקעין

**כלל משפטי**: ס'6- עסקה במקרקעין היא עסקה **רצונית.** ס'7- עסקה במקרקעין טעונה **רישום** במרשם המקרקעין (הטאבו).

**יישום**: הזכות מקבלת את הפומביות באמצעות **אקט הרישום** בלבד. בכך הזכות משתכללת מחוזית לקניינית. **במועד** הרישום, היא הופכת להיות תקפה כלפי **כולי עלמא.**

במטלטלין

**כלל משפטי**: ס'33 לחוק המכר: "הבעלות בממכר עוברת לקונה **במסירתו**, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות".

**יישום**: זכות הבעלות במטלטלין מקבלת את הפומביות באמצעות **מסירה פיזית**. ברירת המחדל- השכלול יכנס לתוקף **בעת המסירה**, אלא אם הצדדים הסכימו על מועד אחר בחוזה. המחוקק השאיר פתח להתנאה חוזית.

בעיה: בדיני תחרויות, העולם לא יודע תמיד על ההסכמות בין שני צדדים. למשל, סוכם בין שני צדדים שהבעלות על הרכב תועבר לקונה לאחר שיסיים לשלם את כל התשלומים. המוכר בזמן זה יכול למכור את הרכב לצד ג'. אם הוא ישלם מזומן במועד המסירה, לפי כלל ברירת המחדל, הוא יקבל את הבעלות!

לכן, האפשרות לקבוע תנאים אחרים תחול רק בין שני הצדדים, ברגע שיכנס צד שלישי, יפעיל עליו כללי ברירת המחדל **והם שיקבעו.**

**ה. מהות זכות הבעלות ומגבלותיה- משפט פרטי**

עם הזמן, בתי המשפט נטשו את הגישה הפורמאליסטית, שדוגלת בכללים ברורים, היצמדות ללשון החוק, פרשנות לפי כוונת המחוקק. ועברו לגישות יותר ריאליסטיות או ליברליות, בעלות כללים יותר גמישים. הם מוסיפים מושגי שסתום כמו "תום לב" או "תקנת הציבור" להכרעות השיפוטיות.

מה היתרונות והחסרונות של המעבר?

**חסרונות**- שימוש במושגי שסתום מייצר עמימות, פוגע בוודאות וביציבות המשפטית, מוסיף עלויות עסקה, מושפע מתפיסה אישית של כל שופט. הכללים הפורמאליים הם פרקטיקה שצריכים בחיי המסחר.

**יתרונות**- עשיית צדק בין הצדדים, הוגנות, הענשה של צדדים שמתנהגים לא כראוי ומנצלים דרישות פורמאלית כדי לחמוק מהתחייבויות שלקחו עליהם.

בהקשר הקנייני

**הגבלת זכויות** בס'14 "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר."

בדברי ההסבר לחוק: אסור לבעל מקרקעין או בעל כל זכות קניינית אחרת במקרקעין, לגרום נזק לאחרים, אם אין באותה פעולה תועלת לצרכים שלו, וכל מטרתה היא לפגוע באחרים.

*פס"ד שלב נ' הררי מואב*- חלקת אדמה שפוצלה ל3 חלקות- חלקה א', חלקה ב' וחלקה ג'. כל חלקה הייתה בבעלות אחרת. כך שבעל חלקה ג' לא זכאי לעבור בחלקות של ב' ו-א'.

בחלקה ג' יש מחצבה של חול. **שלב** זו חברה ששכרה לפרק זמן מסויים את חלקה ג'. כשיש מחצבה צריך להעביר את החול החוצה ולהגיע לשבילי גישה. שלב החליטה להוציא ולהכניס את החול דרך החלקה של ב' (הררי מואב).

הררי מואב טענה **להסגת גבול**. ההסכם ביניהם לא כלל זכות מעבר (זיקת הנאה) לטובת שלב.

שלב טענה: הררי מואב **מפרה את הוראות ס' 14-** על אף שהיא בעלת החלקה, זה לא נותן להררי את הזכות למנוע ממנה לנייד את החול מהחלקה שלה. למעשה, ההתנהגות של הררי גורמת לשלב לנזק ולאי נוחות.

**ביהמ"ש דחה את טענותיה של שלב.** יש זכות קניינית להררי מואב היא הבעלים של חלקה ב', ולא ניתן לכפות עליה להסכים. לכן שלב אכן מסיגת גבול. ס'14 לא התכוון לאפשר הסגות גבול, להתחמק מעסקה כדי לחסוך עלויות ולבטל את הערך הכלכלי של זכות הבעלות במקרקעין, אלא לשמור על אחרים כשיש ניצול לרעה של הזכות. כל עוד אין הסכמה חוזית בנוגע לזכות המעבר, אי אפשר להיכנס לגדרי ס'14.

מרים: פס"ד נכון. לכל אחד יש זכות קניינית משלו. שלב הייתה צריכה לחשוב על זה לפני שחכרה את האדמה.

*פס"ד רדומילסקי נ' פרדימן*- **הפעם היחידה שהופעל ס' 14.** פס"ד חריג.

רקע: גברת רדומילסקי מנהלת בניין של דיור מוגן. בדיירות מוגנת יש כלל שקובע שאם בן משפחה של דייר בדיור מוגן עובר לגור איתו, לאחר מותו של הדייר המוגן, בן המשפחה מקבל זכות בעלות במקומו על אותה הדירה. הדייר פרידמן התגורר באחת הדירות בבניין. ביתו עברה לגור איתו.

רדומילסקי לא רצתה שהיא תהפוך להיות דיירת מוגנת, לכן כאשר ראתה את פרידמן מותח את הכבל של האנטנה מעל הגג של הבניין, היא הגישה תביעה להוצאת החוט כיוון שמדובר בפגיעה בזכות הקניין שלה, היא טענה שהוא מסיג גבול. היא הבעלים על הקרקע (עד החלל המרום) ולכן רק היא יכולה לעשות זאת בנכס (ס' 11).

ביהמ"ש הפעיל את ס'14 ומנע מרדומילסקי פיצוי בגין הסגת הגבול. הטענה להסגת גבול נבעה מתוך שיקולים נקמניים לגרום לו נזק ואי נוחות, ולא כי באמת הפריע לה כבל האנטנה. היא ניסתה חזית אחרת לאחר שלא הצליחה למנוע מהבת להפוך לדיירת מוגנת.

מה ההבדל בין שני המקרים? המניע הנסתר. במקרה דנן, היו ראיות לכך שהיא ניסתה להפסיק את הדיירות המוגנת של פרידמן, כי היא לא רוצה את ההמשכיות.

**עיקרון תום הלב**

חוק החוזים: *ס'39* - קיום חיוב או שימוש בזכות שנובעים מהחוזה, בדרך מקובלת ובתום לב. *ס'61ב'*- עקרון תום הלב יחול בכל תחום, ולא רק בחוק החוזים.

לפי ברק, עקרון תום הלב = אנשים צריכים להתנהג ביניהם במפגשים שונים ביושר ובהגינות.

הכלל שברק ניסח: לא צריך להיות מלאך אחד לשני, אבל גם לא זאב. במילים אחרות "אדם לאדם אדם".

בהקשר הקנייני

*פס"ד רוקר נ' סלומון* ממחיש שיח ערכי הקניין. לראשונה דובר על היחס בין עקרון התו"ל לדיני הקניין.

רקע: רוקר וסלומון שכנים בבית משותף. רוקר בנו תוספת לדירה שלהם על חשבון חלק מהדשא של הבניין וחלק מהמקלט הקיים בבניין. זאת עשו **לאחר שקיבלו היתר בנייה,** אולם **ללא הסכמת שכניהם** (החלטת האספה הכללית של הדיירים) כנדרש בחוק המקרקעין. תמורת חלק מהמקלט, בנו רוקר, לדרישת הוועדה המקומית, **שני מחסנים עבור משפחת סלומון.** בימ"ש השלום הוציא לבקשת סלומון צו המחייב את משפ' רוקר להרוס כל בנייה שבוצעה ברכוש המשותף כדי להשיב את המצב לקדמותו. כמו כן, חויבו רוקר לשלם פיצויים בשל עוגמת נפש ושלילת הנאה מהרכוש המשותף. רוקר רצו לשלם לסולומון, רק שלא יהרסו להם את הבנייה, כי יגרם להם נזק כלכלי גדול. **ערעורם לביהמ"ש המחוזי נדחה.**

טענות סלומון: ס'21א- ברגע שאדם פולש למקרקעין של בעל המקרקעין, הבחירה היא בידיו מה לעשות- אם לקיים את המחוברים או להרוס אותם.

השאלה המשפטית: האם העמידה על זכות ההריסה של הבנייה מצד סלומון, היא עמידה דווקנית וחסרת תו"ל?

אנגלרד (מיעוט): מכיר בס' 14 המתיר לביהמ"ש שק"ד בשלילת הסעד גם אם זכות הבעלות נפגעת. קובע שמבחינת **עלות מול תועלת** אין טעם להרוס את הבניה, כי הפיצוי יספק מענה הולם.

עושה זאת בהתבסס על **מאזן נזקים:** הריסת התוספת והחזרת המצב לקדמותו יגרמו נזק גדול לרוקר (תוספת הדירה היא שימושית ומהותית עבורם), מאשר הנזק שיגרם לסלומון מקיום הבנייה (הסרת התוספת היא עניין עקרוני).

לכן צריך לבטל את הצו ולקבל את הערעור.

פרט לאנגלרד, כל השופטים רוצים לתת צו של הריסה. אבל כל אחד מגיע לכך בדרך שונה.

טירקל, חשין, לוין: דוגלים בפרשנות מצמצמת לעיקרון תו"ל בזכות הקניינית. שקה"ד של ביהמ"ש (מייצר חריג בהתבסס על עיקרון תום הלב), שבגדרו רשאי לא להיעתר לתביעה שמטרתה להגן על זכות בעלות, **הוא מוגבל ומצומצם ביותר** ויופעל **רק** במקרים חריגים ונדירים.

**נק' המוצא היא שצריך להגן על הבעלים ועל הקניין שלו.** עמידה על זכויות קנייניות היא לגיטימית! רק במקרים החריגים, לביהמ"ש יש שיקול דעת להשתמש בעיקרון זה, אבל שק"ד **מאוד מצומצם!**

ארבעה שיקולים שינחו את טירקל להפעיל שק"ד:

1. **עוצמת הפגיעה-** לצמיתות/זמנית, משמעותית/שולית, מכוונת/מוטעית. יישום: פגיעה חזקה 🡨 לצמיתות, אופי הבית המשותף השתנה, גודל הרכוש המשותף קטן (הוציאו חלקים מהרכוש המשותף).
2. **איזה נכס**- בעלות על איזה נכס? מקרקעין, מטלטלין, זכויות. יישום: מקרקעין- הנכס החזק ביותר.
3. **התנהגות הצדדים**- רוקר עשה מה שהוא רוצה, לא שאל את סלומון בנוגע להסכמתו.
4. **עוצמת הפגיעה בפוגע בזכות**- מה יהיו התוצאות ביחס לפוגע (שיקול משני). לא רלוונטי להכרעה. גם אם התוצאות הרסניות, לא נותן לשיקול זה חשיבות. מעדיף את מערכת הנסיבות (שמוצג בשיקולים 1-3).

לפי הנסיבות האלה, ניתן לראות כי אין פה עמדיה דווקנית של סלומון, ואין לשלול את הסעד שלהם כנגד רוקר.

מרים: **חובת ההגינות לא יכולה לאפשר הרס הרכוש המשותף ללא הסכמת בעלי הדירות.** אם נאמץ את גישת אנגלרד זה יביא להרס מוסד הבתים המשותפים.

ברק, שטרסברג-כהן, מצא: הזכות הקניינית, בנוסף לחבילת הזכאויות שמעניקה, גם טומנת בחובה חובות כלליות, כגון עיקרון התו"ל. חובה לפעול על פיו, גם במחיר פגיעה מסויימת בזכות הקניין. צריך להיעזר בעקרון תו"ל הכללי ולא להיצמד לס'14 כדי להכריע. היקף ההתערבות לא תמיד יהיה מצומצם או רחב, אלא נקבע כל מקרה לגופו לפי נסיבות העניין. יש לבדוק את כל מערכת הנסיבות ורק אז להחליט אם ליישם את **התו"ל** בעוצמה חזקה או חלשה.

השיקולים להפעלת עקרון תו"ל: אם יפעילו- יכול להביא לשלילת הסעד של בעלי הקניין.

1. **מהו המשאב (המוסד הקנייני)-** אופי האינטרס העצמי. מטלטלין; בית עסק; בית פרטי; רכוש משותף; דירה. ככל שהמוסד הקנייני הוא פרטי יותר, נפרש בצמצום את ס' 14. יישום: ברכוש משותף בבתים משותפים- ציבורי, ניטה להפעיל שק"ד.
2. **מהי מערכת היחסים שבתוכו המוסד נטוע**- אופי האינטרס הציבורי עליו המוסד נועד לשמור. מה מהות היחסים בין הצדדים, האם בין שותפים או בין אנשים זרים. קשרים נמשכים או יחסים חד פעמיים. יישום: יחסים נמשכים בין בעלי דירות במוסד הבתים המשותפים 🡨 אינטרס ציבורי חשוב.
3. **היקף הפגיעה בזכות הקניין**- פגיעה קשה/שולית; פגיעת קבע/זמנית; פגיעה מכוונת או טעויות חישוב/הערכה; יישום: פגיעה חזקה ומהותית בחלק ניכר של הרכוש המשותף, פגיעה קבועה כי זו בנייה לצמיתות.
4. **מה היה המצב הנפשי של הפוגע**- הפוגע היה מודע להיעדר הזכות.

לכן מגיע לתוצאה זהה של טירקל.

תפיסות עולם שונות לשיקולים חברתיים:

1. **טירקל (חשין + לוין)**- תפיסת עולם מסורתית לקניין (בלקסטון)- קניין כעוגן של חירות, ריבונות הבעלים, לא לאפשר למדינה להתערב, לא נפגע בזכות לקניין בשם שום ערך אחר.

* גישה מצמצמת לשימוש בס'14- פוגע בחירות הבעלים. יתערבו רק במקרים חריגים, ובצורה זהירה, אם בכלל.

1. **ברק**- תפיסה קהילתית לקניין (קניין פרוגרסיביות). הקניין הוא לא רק אתר של חירות הפרט, אלא כולל גם היבט ציבורי, ערכים קהילתיים, אחריות חברתית, במטרה לשרת את החברה והקהילה, כפופה לחובות.

* יש לביהמ"ש שק"ד בהחלטה, אבל לא מאמץ מראש כלל מנחה- הפעלת העיקרון תלויה בנסיבות.

1. **מרים**- לא נעשה שימוש תדיר בטיעון של תו"ל, וגם אם נעשה- כמעט ולא מתקבל. לא פשוט להשתמש בטיעונים אלה בסכסוכים בין צדדים.

**III. זכויות בנכסי הזולת**

**זכות השכירות**

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

מורכבת מ3 יסודות:

1. **תמורה**- אם אין תמורה, זה לא שכירות, אלא עסקת שאילה.
2. **תוכן הזכות**- מקבל זכאות של החזקה ושימוש.
3. **הגבלת זמן**- לא לצמיתות. אופציה להאריך את התקופה, אבל רק אם ההארכה נקבעת בחוזה במפורש, בתקופת זמן סבירה (ראו: פס"ד מייזליס).

סיפא ס'3 לחוק המקרקעין מגדיר:

* **חכירה**- שכירות מעל 5 שנים.
* **חכירה לדורות**- שכירות מעל 25 שנים. מוסד משפטי שכיח בנוף הישראלי, כתחליף להעברת בעלויות.

שני שלבים לקיומה של זכות השכירות:

1. **יצירת הזכות**-נולדת בהסכם שכירות בין המשכיר לשוכר.
2. **שכלול הזכות**- הופכת לפומבית ותקפה כלפי כולי עלמא.

מועד השכלול

**ממתי תקף השכלול?** מתי הזכות הופכת מחוזית לקניינית? כביכול עסקת שכירות היא רצונית (ס'6), ולכן היא טעונה רישום (ס'7), כך שבאותו הרגע הזכות משתכללת. אולם, המחוקק לא רצה בהסדר זה בנוגע לזכות השכירות, כי זו זכות שכיחה יותר. לכן קבע חריג לס' 7 ולס'8 (דרישת הכתב במקרקעין):

1. **ס' 79א לחוק המקרקעין**- עסקה שכירות שהיא לתקופה של עד 5 שנים, פטורה מדרישת הרישום (ס'7) ומדרישת הכתב (ס'8).
2. **ס'152 לחוק הגנת הדייר**- עסקת שכירות עד לתקופה של 10 שנים בדירה או בית עסק (לא דיור מוגן), לא טעונה רישום.

**ולכן**:

\* שכירות עד 5 שנים פטורה מדרישת הכתב ומהרישום.

\* שכירות מעל 5 שנים ועד 10 שנים פטורה מהרישום אבל **כן** טעונה מסמך בכתב.

\* שכירות מעל 10 שנים (כלומר כל יום לאחר שעברו 10 שנים)- צריכה להיות בכתב ורשומה.

**מה בנוגע לאופציית הארכה?** אופציה = סעיף בחוזה שמאפשר להאריך את תקופת השכירות לפי רצונו של השוכר.

*ס'79ב לחוק המקרקעין*- אופציית הארכת השכירות נלקחת בחשבון **לצורך חישוב תקופת השכירות** בין אם יש חובת רישום או אין (כלומר רלוונטית לגבי 79 ו152).

*לדוג'*: השכרת הנכס ל5 שנים עם אופציה לעוד 5 שנים = שכירות ל10 שנים. לכן חייב לעמוד בדרישת הכתב, אבל לא בדרישת הרישום.

**ועדיין המחוקק לא אומר מהו אקט הפומביות**. לכן יכולה שתהא תפיסת החזקה בנכס. למשל, קבלת מפתח.

לפי ס'79 "אין בהוראות סעיף זה כדי למנוע רישום של שכירות שאינה טעונה רישום, אם ביקשו זאת הצדדים".

כלומר, אפשר ששכלול הזכות יהיה באמצעות רישום בעסקת קצרת מועד, אם שני הצדדים מסכימים להוסיף לחוזה (ואז זה מבטל ברירת המחדל- שכלול באמצעות חזקה פיזית בנכס).

**עבירות זכות השכירות**

**חוק השכירות והשאילה** מסדיר הרבה היבטים שנוגעים לשכירויות (בכל סוגי הנכסים). קובע הוראות קוגנטיות בעלות תוכן חשוב. המנגנונים שלו משלימים לחוק המקרקעין, אם הצדדים לא קבעו את כל הפרטים בחוזה- חובות, בטוחות, אופן מסירת הדירה. מטיל הגבלות. היבטים צרכניים- לשפר מעמד שוכרים.

מצד המשכיר 🡨 **יכול למכור לאחר תוך** **הגנה על השוכר.**

*ס'21א-* לאחר הפומביות = תפיסת חזקה/רישום (תלוי בחוזה) 🡨 הזכות משתכללת לקניינית = תקפה כלפי כולי עלמא.

*ס'21ב-* מצבו בו הבעלים רוצה למכור למישהו אחר, בזמן שיש לו שוכר בנכס. כאשר ההסכם שותק בנוגע לאפשרות של מכירה, אזי המשכיר רשאי להתנות את זכותו במושכר למישהו אחר. אולם, הבעלים החדש יהיה כפוף להסכם השכירות שקיים בין המשכיר המקורי לבין השוכר. **השוכר נהנה מהחוזה הישן עד סוף תקופת השכירות שלו**.

מצד השוכר 🡨 **האם לשוכר יש כוח להעביר את זכות השכירות?** **תלוי בהסכמת המשכיר.**

*ס'22-*

אם המשכיר **מסכים**, השוכר יכול להעביר את **זכות השכירות** באחת מ-2 דרכים:

* **המחאת זכות**- חוק המחאת חיובים. דרך להעברת זכות- מכירת הזכות לשוכר חדש. השוכר הישן יוצא מהתמונה.
* **שכירות משנה**- סאבלט. השוכר הישן לא יוצא מהתמונה. הוא שוכר בזכות שלו באמצעות "הסכם שכירות משנה". כך שיש שני הסכמים במקביל. השוכר הישן הופך למשכיר בחוזה של שכירות המשנה.

אם המשכיר **מסרב** או מתנה את הסכמתו **בטעמים בלתי סבירים**:

1. **אם החוזה מגביל את העבירות, אז אופן ההעברה תלוי בסוג הנכס:**

* מקרקעין- אפשר לפנות לביהמ"ש, כדי להראות שמדובר בטעמים לא סבירים.
* מטלטלין/זכויות- אי אפשר להעביר את השכירות בנכס. בגלל שמטלטלין נוטים להעלם, לא משנה מאיזה טעמים הסירוב.

1. **אם החוזה לא מגביל את העבירות (שותק בנוגע להיבט זה):**

* מקרקעין- יש הרשאה להעביר את הזכות לאחר. עשיית **דין עצמי** של השוכר, מבלי לפנות לביהמ"ש. לוקח סיכון- כי המשכיר יכול לערער על כך בבימ"ש ולטעון שהטעמים היו סבירים.
* מטלטלין/זכויות- ניתן לפנות לביהמ"ש שיפעיל שק"ד בהתאם לנסיבות העניין.

*שיעור 10- 11/11/21*

**מה זה "טעמים בלתי סבירים"?**

לרוב, ההתנגדויות של המשכיר תהיה סבירה ואז ביהמ"ש לא יחיל את ס' 22.

*פס"ד הכשרת הישוב הישראלי בע"מ*-

הלכה: בחינת סבירותה של הסירוב תהיה תלויה **בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה**.

*אשגרום נכסים בע"מ*- **סוג** הנכס מהווה **טעם סביר** לסירוב.

רקע: מנהל מקרקעי ישראל העניק לגורם ציבורי (ההסתדרות) פטור ממכרז בנכס בעל ייעוד ציבורי. ההסתדרות רצו להעביר את הנכס לידיים פרטיות. המנהל התנגד בטענה שהייעוד של הנכס הוא ציבורי.

ביהמ"ש: נקבע שגם עמידה דווקנית יכולה להיות מוצדקת. בנסיבות דנן, מדובר בנכס לשימוש ציבורי והעברת הנכס לידיים פרטיות תשנה את הייעוד של סוג הנכס.

*מדינת ישראל נ' וייס*- **זהות השוכרים** מהווה **טעם סביר** לסירוב + **נטל הוכחה** על השוכר.

רקע: וייס חוכרים בנכס בשטח ביה"ס שהוענק להם בהטבה מעצם היותם עובדי ביה"ס. הם רצו להעביר את זכות החכירה שלהם בנכס לאחרים, שהם לא עובדי ביה"ס.

ביהמ"ש: ההגבלה של העבירות אמנם מהווה תנאי מגביל, **אבל היא מוצדקת**- רוצים לשמר את הייעוד של הקרקע לצורכי ביה"ס ולצורך המורים שגרים בו, ולא להעביר לזרים.

**נטל ההוכחה הוא של השוכר**. עליו להוכיח שהטעמים היו בלתי סבירים בהתאם לנסיבות. וכדי שחוכרים יוכלו להעביר נכס בטענה שהסירוב הוא בלתי סביר, עליהם להראות שהסירוב של המשכיר הוא **"סירוב חסר טעם הוגן וממשי".** הטעם יהיה תלוי בנסיבות בכל מקרה ומקרה. במקרה דנן, ההתנגדות סבירה ומותרת.

*פס"ד בנק הפועלים*- **טעמים כלכליים** מהווים **טעם סביר** להתנגדות להעברת הנכס.

רקע: שוכר רצה להעביר את השכירות שלו. אולם, הנסיבות היו כאלה שלא עמד בתשלומי שכר הדירה שלו.

ביהמ"ש: במצב בו ההתנגדות של המשכיר להעברת הנכס היא בגלל שהשוכר לא עומד בתשלומיו- הסירוב סביר.

*\*הרחבה*: התנגדויות מטעמים כלכליים היא לגיטימית, אולם צריך להראות שיש ידע ממשי כלפי האדם. לא רק חשד.

כגון- לשוכר החדש אין עבודה מסודרת, הוא נראה מפוקפק, רקע עברייני, נראה שלא מסוגל לתת בטוחה או לשלם את חובותיו.

\*טעמים בלתי סבירים עשויים להיות על בסיס דת, נטייה מינית, לאום, וכל סיבה מוכרת לאפליה. **לכן חשוב לבחון בכל מצב את הנסיבות ולראות על בסיס מה המשכיר התנגד**.

**מה ההבדל בין שכירות לבעלות במקרקעין?**

\*לפי ס'3 "חכירה לדורות" = שכירות מעל 25\*

היסטורית- יש איסור להעביר בעלות על מקרקעי ישראל. על רקע הצדקות ביטחוניות, תמיכת יהדות התפוצות והקשר לקרקע, חוק יסוד מקרקעי ישראל אוסר על העברת הבעלות בקרקעות המדינה לצמיתות. ולכן, 93% בבעלות מדינתית ולא בבעלות פרטית.

מעשית- כשרוצים לרכוש נכסי מקרקעין מקבלן, זה יהיה רק ע"י שכירות. לא ניתן להעביר בעלות.

מהותית- רוב האנשים יהיו עם זכויות חכירה לדורות לתקופות זמן ארוכות מאוד. המדינה עשתה הסכם עם אנשים לחכירה של 49 שנים עם אפשרות לחידוש של עוד 49.

*פס"ד לוסטיג*- מחדד את **המתח** מתי מהות העסקה היא בעלות על אף שההסכם מכונה "חכירה לדורות".

ביהמ"ש מחפש את מהות העסקה.

האינדיקציות המרכזיות לבחינת העסקה הן:

1. המחיר של העסקה (לעומת מחיר החלקה בשוק חופשי);
2. משך זמן ההשכרה בפועל (תקופת ההסכם- חכירה לדורות לכמעט אלף שנים ולחידוש של עוד אלף שנים);
3. תנאי ההסכם (הם קבעו כי "השוכר רשאי לנהגו בנכס מנהג בעלים").

**כל אלו מעידים על כך שהצדדים התכוונו להעברת בעלות**. ולא לשכירות.

*פס"ד* *בסו נ' מלאך*- המשטר המשפטי של חכירה לדורות (תקופות זמן מאוד ארוכות טרם בוצעו כל הרישומים להעברת בעלות לגבי כל הנכסים) מביאים לכך שמבחינה מעשית מהות ההסכם היא בעלות. **נוסח החוזים לא מותיר כל הבדל בין השתיים ולכן חידוש החוזה הוא רק פורמאלי.** שהרי אף אחד לא מפנה אותך בסיום העסקה.

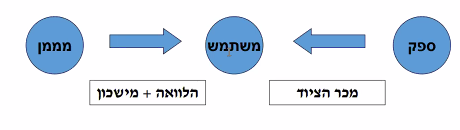
יש 2 סוגי חכירה לדורות:

* **מגזר עירוני**- חוזי השכירות יותר עוצמתיים (תחת פחות מגבלות מאשר במגזר החקלאי, מקבלים זכויות חכירה מוגברות, עבירות גבוהה). אולם, העלות גבוהה- הם משלמים את הערך הריאלי על הנכס ללא הנחות.
* **מגזר חקלאי**- חוכרים את הנכס בתשלום נמוך! מתוך הכרה לתרומה של פיתוח החקלאות במדינה. אולם, מאחר והם משלמים מעט, חוזי השכירות הם תחת מגבלות מאוד משמעותיות (חוזים עם זכויות חלשות- העבירות מוגבלת). לא רוצים לאפשר למגזר להעביר את הקרקעות הענקיות שמקבלים.

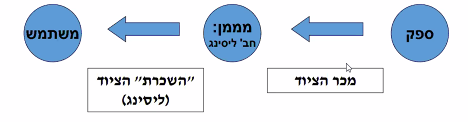
כך היה עד שרצו להפסיק עם הפרקטיקה. **בשנת 2009 נקבע רפורמה שהפסיקה את המשטר של חכירה לדורות.**

הרפורמה בשנת 2009 קבעה, שבתום תקופת החכירה, החוכר ירשם כבעלים! רק במגזר העירוני (לא החקלאי).

המתח בין שכירות לבעלות מתעורר לא רק במקרקעין, אלא גם במטלטלין דרך עסקאות ליסינג.

****משתמש (רופא שיניים וכו') צריך ציוד ואין לו כסף. איך בכל זאת ירכוש את הציוד?

**הדרך הפשוטה:** באמצעות שתי עסקאות נפרדות- 1. המשתמש פונה למממן לקבל הלוואה וישעבד את הציוד שירכוש כבטוחה עבור ההלוואה. 2. לאחר מכן, המשתמש פונה לספק לרכוש את הציוד עם כספי ההלוואה.

**הדרך השנייה: עסקת ליסינג-** עסקת **החכרה** של המשתמש **עם** חברת הליסינג.

חברת הליסינג רוכשת ציוד = היא הבעלים 🡨 היא משכירה את הציוד למשתמש, בתמורה ל"דמי שכירות".

בסוף תקופת השכירות, ניתנת למשתמש **הזכות לרכוש** את הציוד בתמורה מינימלית.

\*פורמלית **אין חוזה** בין הספק למשתמש למרות שיש ביניהם **מו"מ**.\*

היתרונות בעסקאות ליסינג:

1. **שיקולי המימון של הרוכש**- אדם יפנה לעסקת ליסינג מימוני (עסקה זו היא אמצעי המימון והנכס עצמו משמש כבטוחה לעסקה) כאשר הוא **לא** **יכול ליטול הלוואה** רגילה בשוק האשראי. אז הוא פונה לחברת ליסינג שמשכירה לו את הנכס בכך הוא כל חודש משלם רק שכירות (כמו תשלומים תקופתיים של החזר ההלוואה) אך הוא **לא משלם את הריביות** על ההלוואה. ואז רוכש בתמורה סמלית.
2. **שיקולי מס**- עסקאות ליסינג מימונית לא תמוסה כעסקת מכר ולא כעסקת הלוואה. היתרון הגדול שבה- מי שמקבל את הנכס יכול לנכות את התשלומים התקופתיים **כהוצאה מוכרת**. כך הוא מגדיל את ההוצאות שלו וחבות המס שלו באותה שנה תהיה יותר נמוכה.
3. **שיקול עסקי**- המטרה היא לעצב את העסקה כך שתנטרל את הסיכונים הכרוכים **בחוסר הוודאות** של הרכישה. צד עשוי לרכוש את הציוד, בתום תקופת הליסינג כאשר **יש לו וודאות** אם הרכישה תהיה כדאית.

למשל, ניתן לקבוע שהתשלומים התקופתיים הראשונים ישקפו רק את השימוש וההחזקה בנכס, ולאחר זמן מה, התשלומים יוגדלו. בסוף התקופה תהיה אופציית רכישה, ובכל עת השוכר זכאי לסיים את החוזה. לדוגמא בשוק הרכבים, לוקחים רכב בליסינג כדי להתנסות ואם לא אוהבים- אפשר להחזיר.

*שיעור 11- 16/11/21*

**מה המוטיבציה של חברת הליסינג?** לחמוק מהשיעבוד. כל ההוראות בחוק המשכון קוגנטיות- ברגע שנוצר שיעבוד, יש הרבה חובות לאדם שקיבל את המשכון (הנושה) כדי לממש אותו אם החייב לא מקיים את חיוביו (ס'13 לחוק המשכון). לכן הנושה ינסה לעשות את העסקה בדרך של "עסקת שכירות". בכך, הוא נשאר הבעלים וחוק המשכון לא חל עליו, אלא חוק השכירות והשאילה.

איך מתייחסים לעסקאות הליסינג?

1. **סיווג פורמאלי-** העסקה תיחשב לשכירות ללא קשר למהותה האמיתית.

* *שכירות אמיתית-* **ליסינג תפעולי.** חברת הליסינג נחשבת בעלים והמשתמש הוא השוכר, והתשלומים התקופתיים נחשבים לדמי שכירות למיטלטלין.

אבל אנו רואים שביהמ"ש לא פועל כך.

1. **סיווג מהותי-** להתחקות אחרי המהות האמיתית של העסקה:

* *עסקת אשראי* (מכר והלוואה)- **ליסינג ממוני.** המשתמש הוא הבעלים ואילו חברת הליסינג מקבלת משכון (שעבוד) על הציוד שנרכש. אין עסקת השכרה.

צדדים מנסים לעשות קומבינות מבחינה חוזית, לעצב עסקה כדי לחמוק מחוק המשכון, אבל ביהמ"ש מתייחס למהות. לפי ס'2(ב) לחוק המשכון, *הוראות החוק יחולו* *על כל עסקה שכוונתה שיעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה אשר יהא.*

*הפועלים ליסינג נ' טיפול שורש*-

פועלים ליסינג, היא הגורם המממן. רכשה מספק ציוד למרפאת השיניים, ואז עשתה עסקה של השכרת הציוד לחברת טיפול שורש. **ליסינג תפעולי**.

טיפול שורש טוענת- פורמאלית נעשתה עסקת שכירות. אולם, המהות האמיתית היא עסקת **מכר** (דמי השכירות שיקפו החזר של **השווי האמיתי** שלהציוד) **והלוואה** (נלווה לתשלום דמי השכירות **ריבית והצמדה**). כלומר מדובר ב**ליסינג ממוני**. ולכן, הוראות חוק הריבית צריכות לחול (על כל הלוואה). הפועלים גבתה ריבית שעולה על סך הריבית המותרת לפי החוק. טיפול שורש לא רוצה לבטל עסקה, אלא רק את הפרשי הריביות שאסור היה לה לגבות על ההלוואות.

הפועלים מנגד- מדובר בעסקת שכירות אמיתית ולכן היא יכולה לגבות ריבית הרבה יותר גבוהה.

השאלה המשפטית: **האם מדובר בעסקת שכירות או עסקת מכר ואשראי הכפופה לחוק הריבית?** המשמעות היא שאם מדובר בליסינג ממוני יש כפיפות להגבלות חוק הריבית.

**ביהמ"ש**: בודק את המקרה **במבחן מהותי –** לפיו יש לבחון כל עסקת ליסינג לגופה ולהכריע עפ"י מאפייניה.

ביהמ"ש קובע כי השיקולים שיש לקחת בחשבון כדי להכריע במהות העסקה:

1. **היחס בין התשלום התקופתי לבין שווי השוק של דמי שכירות הנכס**: ככל שהתשלום התקופתי גבוה יותר משווי השוק של שכירות בנכס מסוג זה 🡨 ניטה לראות את העסקה כעסקת מכר + הלוואה.
2. **היחס בין שווי שוק הנוכחי של הנכס ובין צירוף זרם התשלומים התקופתיים ע"פ הסכם הליסינג-** זו בדיקה של השווי הכולל (ולא התקופתי). יש לסכום את כל זרם התשלומים התקופתיים, אם כל אלה מגיעים לשווי השוק של הנכס זה יחזק את הטענה שמדובר בליסינג מימוני שכמוהו כמכירה.
3. **קיומה של אופציית רכישה בסוף התקופה וגובה התשלום לביצועה**- ככל שהאופציה קיימת וערכה מינימלית זה יצביע על אופי העסקה כעסקת מכר ולהפך.
4. **מספר הצדדים לעסקה-** נוכחות גורם מממן (בין בעל הנכס לשוכר הנכס) מחזקת את ההשערה שמדובר במכר.
5. **הרקע או השיקולים** לכניסה להסכם- מהם הסיבות שהביאו את מקבל הנכס לכרות את ההסכם.
6. **הכוחות המשפטיים שניתנו לשוכר** ביחס לנכס אל מול הכוחות שישארו בידי המשכיר.
7. חב' ליסינג מימוני **משכירה את הנכס פעם אחת בלבד.** היא אינה חפצה בו בתום תקופת החוזה ואינה ערוכה לאחסנו. בדר"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).
8. בליסינג מימוני **לא ניתן להפסיק את השכירות באמצע**, משום שדמי השכירות משמשים לפירעון ההלוואה שמימנה את רכישת הנכס. לעומת ליסינג תפעולי שמאפשר לעצור את העסקה בכל רגע.

העובדות בפס"ד-

* ההזמנה בוצעה בהנחיית טיפול שורש.
* **שכירות לעשר שנים היא יותר מאשר אורך חיי הנכס.**
* סך דמי השכירות משקף מחיר הנכס בתוספת הפרשי הצמדה וריבית.
* אופציה בסוף התקופה לרכוש את הנכס עבור 1% ממחירו.

לכן, מדובר בעסקת **ליסינג ממוני** = **מכר + הלוואה** שכפופה לחוק הריבית שקובע תקרת ריבית מקסימאלית להלוואה צמודת מדד.

**זכות השאילה**

**סעיף 26 לחוק השכירות והשאילה** "שאילה היא זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות, כשהזכות הוקנתה שלא בתמורה".

רוב הוראות החוק שעוסקות בשכירות חלות גם על שאילה, אך בגלל שמדובר **בעסקת חסד בלי תמורה**, החוק שולל הרבה זכויות מהשואל (יש לו כוח מוגבל ביחס למשכיר). דוגמאות:

* ס'28 לחוק- **שלילת תרופות.** לא ניתן לתבוע אם שללו לך את זכות השאילה.
* ס'29- **סיום השאילה**. המשאיל יכול לסיים את העסקה מתי שרוצה. מערך כוחות שונה מהשכרה.
* לפי ס'30 **לא ניתן להעביר את זכות השאילה**. בשונה מס' 22 לחוק השכירות (העברת זכות השכירות בתנאים מסויימים).

לכן, אמנם לשואל יש זכות קניינית (לשתיהן יש את התכונות לשימוש ואחזקה), אך היא חלשה יותר מהשכירות.

**סימן ו' – חוזה שכירות למגורים**

הוראות התערבויות קוגנטיות **שנועדו להגן על שוכרים של דירות**. תוספת ראשונה ותוספת שנייה- סנקציות במידה והדירה לא ראויה למגורים.

**זיקת הנאה**

ס' 5 לחוק המקרקעין: "זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם."

זכות זו נותנת הנאה במקרקעין של אדם אחד, לאדם אחר, אבל ללא החזקה בהם. ולכן, כזכות קניינית, היא חלשה יותר ומוגבלת יותר, מזכות השכירות.

חוק המקרקעין מפרט את **סוגי** זיקות הנאה: (אין עוד סוגים, רשימה סגורה!)

1. **ס'93(א)(1) זכות שימוש במקרקעין הכפופים-** בעל המקרקעין הזכאים או מי שהזיקה ניתנה לטובתו, **זכאי לשימוש** מסויים במקרקעים הכפופים לזיקה = המקרקעין שלגביהם נוצרת הזיקה.
2. **ס'93(א)(2) הימנעות מביצוע פעולה במקרקעין הכפופים-** בעל המקרקעין הכפופים **מתחייב להימנע מביצוע פעולה מסויימת** באותם מקרקעין. יש לבעל הקרקע מגבלות בקרקע שלו לטובת מי שזיקת ההנאה היא לטובתו- מקבל יתרון על פני בעל המקרקעין.
3. **ס'93(ב) ביצוע פעולה ע"י בעל המקרקעין הכפופים-** בעל המקרקעין הכפופים **חייב לבצע פעולה מסוימת** בקרקע שלו. למשל, התחייבות לתחזק את הגדר שמפרידה בין החלקה שלו לחלקה של השכן (מי שזיקת ההנאה לטובתו).
4. **ס'93(ב) בעל המקרקעין הכפופים מתחייב שלא למנוע ביצוע פעולה מסוימת במקרקעין**- למשל: שלילת הזכות למנוע רעש במקרקעין הזכאים. התוכן של ההסכמים הללו לא תמיד יהיו זכאים.

דרכי יצירת זיקת הנאה

1. **מכוח הסכם.** קובעים את תוכן הזכות (לפי 4 הסוגים), ואת משך התקופה אם מוגבלת או לצמיתות. מאחר וזיקת הנאה נחשבת עסקה במקרקעין (ס'6), כדי שהיא תשוכלל מזכות חוזית לקניינית, צריך לרשום אותה (ס'7). אם היא לא תירשם, היא נשארת התחייבות חוזית ולא תקפה כלפי צדדים שלישיים.
2. **זיקת הנאה מכוח שנים (התיישנות).**

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

* שימוש בזכות מסוג אחד מתוך ה4 הסוגים, במשך 30 שנים רצופות.
* הזכות הקניינית נוצרת מכוח השימוש הממושך, אפילו ללא רישום (**זכאי** לרשום אותה, אבל **לא** חייב).

**אולם,** לפי 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)."

**שימוש באופן גלוי-** רק אם בעל המקרקעין מודע לכך, ולא הביע התנגדות ע"י הודעה בכתב שהוא מתנגד לשימוש בזכות. כל הודעה בכתב, לרבות הודעה לציבור- מוחקת את הצטברות התקופה ומונעת אפשרות זו.

לפי ס'113(ג): אין זיקת הנאה מכוח שנים במקרקעי ציבור! **חל רק על אדמות פרטיות**.

תוקפה של זיקת הנאה- *ס' 96* קובע כי זיקת הנאה היא לתקופה בלתי מוגבלת, אלא אם נקבעה לה תקופה מוגבלת בהסכם (דרך היווצרות 1), ואז הגבלה זו תקבע.

ביטול הזיקה ע"י ביהמ"ש- *ס' 96* מאפשר לביהמ"ש לבטל או לשנות את התנאים אם: 1. הנסיבות השתנו. 2. זיקת ההנאה לא מופעלת. אחד מהשניים. הפנייה יכולה להיות ע"י צד מעוניין או היועמ"ש. בנוסף, ביהמ"ש רשאי לפסוק פיצוי למי שנגרם לו נזק ע"י הביטול או השינוי.

מגבלה על עבירות הזכות- *ס' 95* קובע כי בזיקת הנאה לטובת אדם או סוג בני אדם **אין** בעלי הזיקה רשאים להעביר זכותם **אלא בהסכמת בעל המקרקעין הכפופים**, באין הוראה אחרת בהסכם. אם נוצרה זיקת הנאה לטובת מקרקעין, לא ניתן להעביר אותה למקרקעין אחר.

**שכירות מול זיקת הנאה:**

|  |  |
| --- | --- |
| **שכירות** | **זיקת הנאה** |
| זכות קניין בנכס של הזולת | זכות קניין בנכס של הזלת |
| במקרקעין, במיטלטלין ובזכויות | במקרקעין בלבד |
| בתמורה | בתמורה או שלא בתמורה  *\*לא נדרשת תמורה ביסודות הזכות לקבלת הזכאות* |
| לפרק זמן מוגבל | לפרק זמן מוגבל או לצמיתות |
| כוללת החזקה | **תמיד - היעדר** זכות החזקה |

**זכות קדימה**

זכות קניינית קיימת רק במקרקעין.

**זכויות קדימה הנוצרות על-פי הסכם** **(סעיף 99)** - בדרך כלל הסכמים אלו נוצרים בשל כדאיות כלכלית. החוק מבהיר שמי שיכול לבצע עסקה כזו הוא רק בעלי המקרקעין או **חוכרים לדורות** רשומים (**סעיף 106**). לאחר שנחתם הסכם, נדרש לרשום את הזכות במרשם המקרקעין = פומביות (ס'7 לחוק). כך שאף עסקה מאוחרת לא תוכל לקבל תוקף לפני שבעל הזכות הקדימה יממש את זכותו.

יצירת זכויות הקדימה - **מכוח דין**: המחוקק יצר זכויות קדימה קנייניות סטטוטוריות, קוגנטיות שחלות בכל מקרה.

1. *ס'100-* **זכות קדימה בין יורשים.**
2. מקרקעין של משק חקלאי שעוברים בירושה (מכוח חוק/צוואה)- כל יורש של הנכס החקלאי בעל זכות קדימה על חלקו של יורש אחר, לפני שיוצע לזרים = זכות קדימה הדדית בין יורשי הנכס לרכוש את החלקים של האחרים. מתוך אינטרס חברתי- המשפחה קשורה אליו יותר מאשר זרים (הם עיבדו אותו במשך שנים). יש להם קשר אישי לנכס, ולכן היכולת לסחור בו צריכה להיות מוגבלת (מזכיר מעט את הרציונל של **רדין**).
3. לא נדרש רישום הזכות בשנתיים הראשונות- הזכות הקניינית תקפה מרגע שהנכסים מורשים למשפחה, אך לאחר חלוף שנתיים, נדרש לרשום את הזכות במרשם המקרקעין.
4. *ס' 101-* **זכויות קדימה בין בני זוג.** במקרקעין הנמצא בבעלות משותפת של בני זוג שהינו משק חקלאי, בית עסק או דירה המשמשת להם מגורים, בן הזוג צריך תחילה להציע את חלקו בנכס לבן הזוג השני, ורק אם הוא סירב להצעה- יוכל להעביר לאחר. לא נדרש רישום! צריך לוודא אם בן הזוג **וויתר באמת** כי זו זכות קניינית קוגנטית!

*ס' 102* העברת המקרקעין: מפרטים את דרכי הרכישה וההעברה (ברירת מחדל, אם הצדדים לא הסכימו אחרת).

*ס' 103* רכישה על-פי זכות קדימה: כאשר בעל זכות קדימה מסרב לרכוש את המקרקעין, בעל המקרקעין **לא** יוכל להציע לרוכש אחר מחיר נמוך יותר משהציע לבעל זכות הקדימה, במשך חצי שנה!

*ס'104* אי תחולה על מתנה:החובה להציע את המקרקעין לבעל זכות קדימה לא תחול על מתנות, אך הזכות לא תתבטל ותחול גם על מי שקיבל את המקרקעין במתנה. כלומר, הזכות מתניידת למקבל המתנה וכשהוא ירצה למכור, אז זכות הקדימה תיכנס לפעול, והוא יצטרך להציע למי שיש לו את זכות הקדימה. הטריגר- רק בעסקאות עם תמורה.

*שיעור 12- 18/11/21*

**בטוחות**

**סעיף 1(א)** לחוק המשכון: "משכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב". הוא מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב.

עסקת המשכון באה להבטיח שהחייב יקיים את ההתחייבות שלו כלפי הנושה. אם החיוב לא קויים, ניתן יהיה להיפרע מגובה החוב שנותר מהנכס המשועבד.

השיעבוד נוצר בחוזה, אך כדי שזכות המשכון תהפוך לקניינית (השיעבוד יהיה תקף) צריך לרשום אותו = שכלול השיעבוד. ניתן לשכלל אותו גם באמצעות מסירה פיזית (בעיקר ביהלומים), אך פחות נפוץ. נראה יותר באמצעות רישום.

*פס"ד קידוחי הצפון*

חשין: **ישנם שלושה יסודות לשיעבוד**-

1. החייב חב חיוב כלשהו לנושה.
2. החייב מכפיף (משעבד) נכס כערובה לקיומו של החיוב- הפיכת הזכות לבעלת "אופי" קנייני. הזכות תירשם; אם מדובר במקרקעין אז ברשם המקרקעין, אם מדובר במטלטלין אז ברשם המשכונות.
3. אפשר להיפרע מהנכס אם החיוב לא קויים.

**יתרונות מוסד המשכון:**

לנושים:

* **זכות להיפרע מהנכס עצמו**- ייחוד נכס כבטוחה.
* **זכות להיפרע מהנכס בקדימות לנושים אחרים**- נושה עם נכס משעובד לטובתו, יהיה עדיף בסדר קדימות הפירעון במצב של חדלות פירעון.

לחייב בעל המשכון: ריבית נמוכה מאחר והשיעבוד מקטין סיכון לנושה.

לחייב ולחברה בכללותה: תמריץ לעסקאות מועילות.

**סדר הפירעון- אחד מהיתרונות של הנושים**

חדלות פירעון היא מצב בו החובות של בעל החוב, עולים על מצבת הנכסים שלו.

סדר הקדימות קבוע בחוק:

1. **שסל"ן= שעבוד ספציפי לרכישת נכס:** עסקה בה הגורם המממן מקבל שיעבוד על הנכס הספציפי שמימן את רכישתו, לא משנה איזה חלק הוא מימן ביחס לחייב (למשל משכנתא לרכישת בית). הבטוחה החזקה ביותר.
2. **שעבוד ספציפי:** ההלוואה לא מממנת את רכישת הנכס המשועבד (הנכס המשועבד כבר נמצא בידי החייב). רק במידה ושהשעבוד הצף הראשון בזמן, אינו מגביל נכס זה (ס'169(ב) לפק' החברות).
3. **שכר עבודה ופיצויי פיטורין:** עובדים נמצאים במקום השלישי בתור.
4. **רשויות המס ודמי שכירות על הנכס:** מדינת ישראל דואגת לעצמה.
5. **שעבוד צף:** משכון שקיים רק ביחס לחברות. "צף" כי לא משעבדים נכס ספציפי, אלא על מצבת הנכסים של החברה. המשכון הוא על מצבת הנכסים - ברגע שהחברה לא עומדת בחיוב/מועד הפירעון- השעבוד נוחת על מה שהוא תופס (יהיו נכסים שיצאו ממצבת הנכסים בעת גביית השיעבוד לאור מצב של חדלות פירעון או מהלך העסקים הרגיל).

* לחברה 🡨 מאפשר את היכולת לקיים פעילות עסקית.
* לנושים 🡨 מאפשר ביטחון מול חברות שמהלך העסקים הרגיל שלהן הוא מכירה של המלאי העיסקי שלהן. **במצב של חדלות פירעון**- נותן קדימות על נושים לא מובטחים.אולם, לא מבטיח שלחברה יהיה מספיק נכסים כדי לפרוע את החוב, כי הוא ממקום בעדיפות חמישית.

1. **נושים אחרים (ספקים) ללא בטוחות** –הם הנושים הלא מובטחים. יש להם רק חוב חוזי שלא הובטחה שום בטוחה ולכן הם אחרונים בתור.

שורה תחתונה-הזכות להיפרע ממחישה את היתרון של השיעבוד, שבא לידי ביטוי בסדר הקדימות של נושה אחד, על פני נושים אחרים.

**אילו עסקאות יש לראות כשעבוד?**

הסוואת משכון

האינטרס של הנושה בנוגע למשכון הוא **התחרות שלו מול נושים אחרים**, שרוצים להיפרע מהנכס. לכן, הוא רוצה להסוות את המשכון לטובתו, ולייצר מראית עין של "בעלות".

*ס' 2(ב) לחוק המשכון*- "הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא".

כאשר בודקים אם יש שעבוד, החוק מחייב להתחקות אחר המהות האמיתית של העיסקה, ללא קשר לכותרת שנותנים לה הצדדים.

איך ניתן לקבוע אם עסקה כוללת משכון מוסווה? עסקת **קונסיגנציה** היא שיטה שכיחה, המכונה גם מכר מותנה. על פי שיטה זו בעל חנות מקבל את הסחורה מהיצרן ולא רוכש אותה, אלא משלם ליצרן רק לאחר שהפריט נמכר ללקוח. אם לא נמכר, חוזר ליצרן. **המניע לעסקאות אלה הוא ניהול סיכונים,** כאשר למוכר בחנות אין וודאות בנוגע להיקף מכירת המלאי שרכש מהיצרן.

למה לבנות את העסקה כמוכר וקונה בדרך של תניית שימור בעלות?

**מנק' המבט של המוכר**- חוזה מסוג זה עוקף את הוראות חוק המשכון (לא חלות עליו הוראות קוגנטיות מחייבות- כגון הצורך ברישום המשכון וגורם שמפקח על דרכי המימוש). בכך, הוא מקנה לעצמו עדיפות על פני שאר הנושים.

**מנק' המבט של הקונה**- משכון פוגע באינטרסים הכלכליים של חברות. וחוזה כזה, מסתיר את קיומו של המשכון מפני ספקים אחרים, כך שהמצב של החברה נראה יותר טוב, מעודד צדדים שלישיים לעשות איתה עיסקאות.

*פס"ד קולומבו*- חברת קולומבו (יצרנית צעצועים) עשתה עם חברת מאמא יוקרו (משווקת ללקוח) **עסקת קונסיגנציה**, שנקבע כי מועד התשלום **נדחה** למועד שבו מאמא יוקרו תצליח למכור את המוצרים 🡨 "תניית שימור בעלות". כך שכל עוד הצעצועים לא נמכרים, הם שייכים לחברת קולומבו.

העימות של הקונה עם הנושים מתהווה רק כאשר הקונה נקלע לקשיים ומתמנה כונס נכסים, שמתחיל לחלק את נכסיו בין כל הנושים. ואז, אז כל הנושים שלו רוצים את נכסיי הקונה, בשווי החוב שלו עבורם.

טענות קולומבו- יש לכבד את תניית שימור הבעלות ככתבה וכלשונה וזאת מכוח עקרון חופש החוזים והזכות לקניין. קולומבו טענה ל *ס'33 לחוק המכר* "הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, **אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר**.." היא לא כללה תנייה חדשה שקובעת מועד חדש להעברת הבעלות, כי מאמא יוקרו טרם שילמה את מלוא תמורת הסחורה, ועל כן פורמאלית הסחורה עדיין בבעלותה.

טענות הכונס (צדדים שלישיים)- הכוונה האמיתית של הצדדים היא 2 עסקאות נפרדות כדי להסוות את המשכון:

1. עסקת מכר- **העברת הבעלות** בסחורה מקולומבו למאמא יוקרו.
2. עסקת שיעבוד- **שיעבוד הסחורה** שנמכרה למאמא יוקרו, לטובת קולומבו, כדי להבטיח את החזר החוב (שהתמורה תשולם במלואה).

**לכן תניית שימור הבעלות היא תנייה מלאכותית שמטרתה הסוואת משכון!** ומאחר והשיעבוד לא נרשם (ס'178 לפק' החברות), הוא מהווה התחייבות חוזית, ולא תקף כלפי צדדים שלישיים (מעמד של נושה לא מובטח). אין לו עדיפות על פני נושים אחרים שרשמו את השעבודים שלהם.

הכרעה: במקרה דנן, תניית שימור הבעלות מלאכותית! מטרתה לשעבד את הסחורה כערובה לקיום החיוב ע"י הקונה (ס'1 לחוק המשכון), ולכן העסקה הסוותה את המשכון ומכוח ס'2 לחוק המשכון, **הוראות החוק חלות עלייה**.

התוצאה: הבעלות על הסחורה היא של מאמא יוקרו. הסחורה משועבדת לטובת קולומבו, אולם מאחר ולא היה רישום (ס'178 לפק' החברות), השיעבוד לא תקף כלפי צדדים שלישיים, וקולומבו לא תקבל כלום.

מבחינה מהותית, איך בתי המשפט מגיעים לתוצאה שזו לא עסקת קונסיגנציה אמיתית, אלא עסקת מכר ושיעבוד?

* **השופט וינוגרט (במחוזי)**- מסתכל על אינדיקציות בין הצדדים ואומר: 1. ההיסטוריה בין הצדדים מראה **שהן מעולם לא עשו עסקאות קונסינגציה**, אלא רק עסקאות מכר. 2. הספקית הוציאה **חשבונית מס רגילה** כאילו המלאי עבר למאמא יוקרו במכר, ונפרדה מהסחורה. 3. מאמא יוקרו **לא קיימה את הנוהג** בעסקאות קונסינגציה- דיווחים עיתיים בנוגע להיקף המכירות. ולכן זו תניית שימור בעלות מלאכותית.
* **השופט בך** **(עליון)**- מסתכל על נסיבות כריתת החוזה ובוחן **מה היה המניע להסכם בין הצדדים**. המניע לעסקה קוסניגנציה אמיתית הוא החשש הנובע מאי וודאות בנוגע להיקף המכירה של הקונה. אולם לדעת בך, התנייה לא הייתה מהצד של מאמא יוקרו, כיוון שלאורך השנים היא רכשה את הסחורה באופן רגיל וידעה מה היכולת שלה למכור אותה. אלא מצדה של קולומבו- **המניע היה לשמור על זכות הבעלות שלה בסחורה.** קולומבו ידעה שמאמא יוקרו במצב כלכלי קשה, לכן היא רצתה להבטיח לעצמה עדיפות על פני נושים אחרים במצב שמאמא יוקרו תגיע לחדלות פירעון, כי אז היא נשארת הבעלים.

**נתפסת כהלכה ראויה- מעדיפה מהות על פני צורה.** דובקת בכוונה האמיתית של הצדדים ולא רק בלשון העיסקה.

*שיעור 13- 20/11/21*

*קידוחי הצפון*- השופט לוין רומז שלפי הלכת קולומבו, תניית שימור בעלות תמיד תהיה חשודה. לכן קובע כברירת מחדל, בהעדר טעמים מיוחדים לסתור, בכל הנוגע לעסקת אשראי שנכלל בה סעיף של שימור בעלות, **יש לכבד את תניית שימור הבעלות ככתבה וכלשונה.** דהיינו, ככלל הן תקפות, אלא אם יש טעמים מיוחדים לסתור את הכלל, ואז לא נכבד אותן.

מרים: טוענת שלוין לא הבין כראוי את ההלכה. כנראה נבהל מהתוצאה ולכן קבע זאת. אולם אין בקולומבו אמירה שרומזת על כך! הנסיבות הספציפיות הן אלה שגרמו לשופט בך לחשוד בתנייה.

**מה הרציונליים להלכת קידוחי הצפון?**

1. מבחינה כלכלית: עסקת מכר הכוללת תניית שימור בעלות היא עסקה אמיתית, מוצדקת והגיונית. זה טבעי מאוד שמוכר יסייג את העברת הבעלות בנכס עד שהקונה יעביר לו את מלוא התמורה. לכן, **אין הצדקה להתערב באוטונומיית הרצון של הצדדים** לעסקה ולכתוב עבורם חוזה חדש או לצקת לתוכו משמעויות שלא התכוונו אליהן.
2. כיבוד התנייה לא פוגע באינטרס ההסתמכות של צדדים שלישיים לפירעון החוב (נושים אחרים):
3. **ראשית,** ממילא צדדים שלישיים לא יכולים להסתמך על כך שעצם זה שהקונה מחזיק בנכס אומר שהוא הבעלים, מאחר שייתכן שנכסים אלה מוחזקים בשכירות, בהשאלה וכיו"ב.
4. **שנית,** גם אם הנושים מניחים שהקונה הוא הבעלים בנכס, תניית שימור הבעלות לא מונעת ממנו למכור אותו. ההפך- היעוד שלה זה לאפשר מכירה של נכסים במהלך העסקים הרגיל.
5. רציונאלים מעשיים להכרה בתנייה:
6. **סחר עם מדינות אחרות-** רוב מדינות האיחוד, שישראל קשורה עימן בהסכמי סחר, מכירות בתניית שימור בעלות. אי הכרה בהן, פוגעת בקשרי המסחר בין ישראל לגורמים אלו.
7. **פיתרון פשוט-** זהלא מעשילצפות שספקים ירשמו את השיעבוד שלהם על המלאי העיסקי שהם יוצרים, כל פעם שהם מספקים זאת לקונה. יצריך אותם לרשום במרשם כל הזמן. אמנם ניתן ליצור שעבוד צף אך שעבוד צף ניתן לרשום כאשר מדובר בחברה ולא כאשר מדובר ביחיד.
8. **מוזיל עלויות-** אם לא יכירו בהן, ספקים יגבו בטחונות גבוהים כנגד הספקת הסחורה באשראי. דבר שהיה מייקר את הסחורה. גם אם תניית שימור בעלות היא בטוחה (שיעבוד נכס כערובה לחיוב), הרי היא בטוחה זולה יותר מבטוחות אחרות.
9. איזון בין הנושים: צריך לתת פרשנות מצמצמת לס'2(ב) לחוק המשכון, ולהחילו רק במקום שברור שמדובר בהסוואת משכון, אחרת נעדיף באופן לא הוגן את הנושים של הקונה, על פני נושי הספק.

**המסקנה**: צריך לכבד מאוד תניות שימור בעלות.

**טעמים לסתור, מהם?**

כאשר מדובר בתניית שימור בעלות שאין בה כל היגיון כלכלי או תכלית עסקית 🡸 **שימור בעלות מלאכותית** שתכליתה היחידה היא הסוואת משכון = הענקת עדיפות למוכר על פני שאר הנושים תוך עקיפת הוראות חוק המשכון (כדי לא לרשום).

**איך נדע מעשית מתי התנייה מלאכותית ?**

בהלכת קולומבו, הנסיבות הן אלה שהיוו אינדיקציה לכך. אולם הכלל-

להתחקות אחר "כוונת העסקה" (אם התנייה ללא כל היגיון עסקי/מסחרי) באמצעות פרשנות דו-שלבית, לפי לשון החוק:

1. **סובייקטיבית**- לבדוק את פרטי ההסכמה בין הצדדים, על מה הם הסכימו.
2. **אובייקטיבית**- מסתכלים על ההסכמה בעיניים ביקורתיות כדי לבחון את המהות האמיתית שלה, אם היא עסקת משכון (הקניית עדיפות על פני נושים אחרים). מבלי להתחשב בכינויה ע"י הצדדים.

הביקורת המרכזית על הלכת קידוחי הצפון: לוין קבע כלל ברירת מחדל- עדיף הכינוי של הצדדים לעסקה, על פני המהות האמיתית שלה. אמנם השאיר פתח לחריגים באמצעות כללי הפרשנות, אולם הם לא ברורים מספיק.

מרים: הלכה ראויה יותר לא הייתה קובעת תנאי גורף, כי תמיד המהות האמיתית צריכה לגבור.

**על הקושי להשלים עם הלכת קידוחי הצפון**

הערכאות הנמוכות(מחוזי ושלום) בפסיקה מאוחרת יותר, לא כ"כ משלימות עם הלכת קידוחי הצפון, כי לא ניתנה הנחייה מעשית לבתי המשפט!

ראו שהלכת קולומבו מתחקה בדרך נכונה יותר אחר המהות האמיתית של העסקה וקובעת כלל יותר ראוי- **צריך תמיד לבדוק מהי המהות האמיתית בהתאם לנסיבות העניין**, ללא כלל ברירת מחדל.

בתי משפט הולכים לכיוון שלא מכבדים תניות שימור בעלות כמעט 🡨 עושים הכל כדי להתחקות אחר המהות האמיתית, ולרוב מגיעים למסקנה שמדובר בתנייה מלאכותית. חיזוק להלכת קולומבו.

**דוגמאות**:

*לב אופיר -* לב אופיר סיפקה לשוסטרמן פנסי רחוב שהורכבו על ידה באתר באשדוד. בחשבונית המס שהונפקה ע"י לב אופיר לשוטסרמן נכתב "הסחורה נשארת בבעלות לב אופיר כל עוד לא שולמה התמורה במלואה". כלומר תניית שימור בעלות. לאחר מכן, שוטסרמן נקלעה לקשיים והבנק ביקש כינוס נכסים. לב אופיר פירקה את הפנסים ולקחה אותם לחזקתה בגלל התנייה.

השאלה המשפטית: **האם לב אופיר פעלה כדין?**

לב אופיר טענה: מאחר והתמורה לא שולמה, היא הבעלים של הסחורה, צריך לכבד את התנייה ככתבה וכלשונה. הסתמכה על הלכת קידוחי הצפון.

ביהמ"ש: **דחה טענה זו.** לפי הלכת קידוחי הצפון, יש לבחון את **פרטי ההסכמה** בין הצדדים. תניית שימור בעלות לא הופיעה בהצעת המחיר ולא בתעודות המשלוח. אלא רק בחשבונית, לכן היא לא חלק מההסכמות בין הצדדים. היא "נדחפה" לחשבונית שיצאה במהלכה של העסקה.

הלכה: להסתכל על פרטי ההסכם בלבד. אם התנייה לא כלולה בו- אין לה תוקף.

**סייג על לב אופיר-**מתי ניתן להסתפק רק בחשבונית? *עסקאות מזדמנות.*

*פס"ד טכנוטייר בע"מ נ' אלי פריואת-* במצבים של **עסקאות מזדמנות,** קרי: עסקאות בסדר גודל קטן יחסית או שנערכות במהירות ואין יחסים מסחריים נמשכים בין הצדדים, אזי אין ציפייה שיהיה תיעוד להסכמות בין הצדדים בתחילת העסקה. ולכן אם הייתה תניית שימור בעלות על חשבונית, ניתן יהיה לכבד את התנייה. רק בנסיבות אלה.

*פס"ד תרמועוז נ' שף הים-* תרמעוז 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, להכנס לחצריו, ולקחת את המערכת...". כלומר, הסכמה מפורשת שהספק יכול לקחת את המכונות בכל רגע – תניית שימור בעלות.

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

תרמעוז טענה: יש לקיים את תניית שימור הבעלות ככתבה וכלשונה.

ביהמ"ש: **דחה את הבקשה**. קבע שתניית שימור הבעלות מלאכותית שנועדה אך ורק למטרה אחת: שעבוד המכונות כערובה לקיום החיוב של שף הים כלפי תרמועוז.

השיקולים בקביעת מהות העסקה: משכון מוסווה או שימור בעלות

1. **מבחן הפיקוח והזיקה:** אינדיקציה למידת האכפתיות של הבעלים כלפי הנכסים, ליצירת וודאות עבורו. נשאל- האם המוכר שמר על זיקה כלשהי לנכס (לפי הוראות ההסכם ולפי התנהגותו)? האם הוא הפעיל מנגנון פיקוח כלשהו על המכונות? האם הרוכש היה מחוייב להגיש דו"ח תקופתי על מצב הנכס?
2. **מבחן הרישום החשבונאי:** כיצד הצדדים רשמו את העסקה בספרים שלהם? האם התייחסו לעסקה זו כ"מכר" והוציאו את הנכס ממצבת הנכסים או לא.
3. **מבחן יחסי הכוחות:** איזה כוחות ניתנו לקונה ביחס לנכס בהשוואה לכוחות שנשארו בידי המוכר (למשל, האם ניתנה לו הרשאה לנהוג בנכס מנהג בעלים וכו').

**למעשה, הפסיקה במחוזי מנסה לפרש את הלכת קידוחי הצפון בצמצום.**

* *דרך אחת-*ע"י קביעה שתניית שימור הבעלות לא כלולה בהסכם בין הצדדים.
* *דרך שנייה-*פרשנות תכליתית לתניית שימור בעלות, תוך בחינת התנהגות הספק והזיקה שנותרה לו לסחורה אותה מכר. לרוב, המסקנה תהא שמדובר בתניית שימור הבעלות למראית עין (הסוואת המשכון).

מהי הסיבה לקושי להשלים עם כיבוד גורף של תניות שימור בעלות (הלכת קידוחי הצפון)?

1. **פוגע בעקרון השוויון** בין הנושים (מעדיפים אחד על פני האחר רק בגלל תנייה חוזית).
2. זה **יפגע בסיכויי השיקום** של חברה חדלת פרעון.
3. עשוי **להרתיע משקיעים** מוסדיים ממתן אשראי לחברות.

*פס"ד ויטה פרי גליל*- לאור הקשיים בהלכת קידוחי הצפון, עלתה שאלת היחס בינה לבין הלכת קולומבו בדבר תוקפה של תניית שימור הבעלות. ביהמ"ש מכיר בפסקי הדין המחוזיים המאבחנים את הלכת קידוחי הצפון.

ביהמ"ש: **הלכת קידוחי הצפון אינה הלכה ראויה מבחינת המסר העקרוני שלה.** אין מקום להלכה נוקשה ודווקנית ביחס לתניות של שימור בעלות שאומרת שתמיד הן תקפות אלא אם כן מתקיימים החריגים, כיוון שכל עסקה צריכה להיבחן עפ"י נסיבותיה.

החידוש- לא אומר שהתניות לא תקפות. הוא מכבד את הקביעה העקרונית של קידוחי הצפון, **שהן יכולות להיות תקפות**. מצד שני, **לא צריך לבטל את הלכת קולומבו**. שתי ההלכות יכולות לחיות זו עם זו!

תוקפה של התנייה יהיה תלוי בניסבות של כל עסקה. המטרה היא להתחקות אחר המהות. כדי שהתנייה תתפרש כתקפה, נבחן בזהירות את הראיות שמוצגות ע"י המוכר.

**מנסה ליצור איזון בין דיני החוזים לדיני חדלות פרעון.** לא רק לתת תוקף למה שהצדדים קבעו, אלא לזכור שהצדדים לפעמים עושים זאת כדי להבריח נכסים ואז נקלעים למצב שיש צדדים שלישיים שנפגעים מכך. ולכן צריך לאזן בין הצדדים.

2 אינדיקציות לקביעה אם התנייה אמיתית או לא: (מיישם את קביעות המחוזי, נותן תוקף למבחנים)

1. **לבחון האם יש ביסוס לתנייה שימור בעלות בהסכם כתוב ומפורש** שמתעד את הסכמות הצדדים. מבחן מהותי בנסיבות שיש יחסים נמשכים בין הספק (המוכר) לבין הקונה. אי אפשר להסתפק בהדפסה אגבית על חשבוניות, צריך הסכם מפורש שמתעד את ההסכמות של הצדדים.
2. **קיום של מנגנוני פיקוח ושליטה** **של המוכר על אותה סחורה שהוא מוכר**- אינדיקציה למידת האכפתיות ולשימור הזיקה של הבעלים כלפי הנכס. למשל, מנגנון של דיווח שוטף שהקונה חייב לדווח למוכר על מצב הסחורה, כמות הנכסים שמכר וכו'. (יישום פס"ד לב אופיר, טרמועוז).

אם מבחני המשנה אינם מתקיימים במקרה מסוים, התנייה תתפרש לכל היותר כבטוחה, ולא כשימור בעלות.

נותנת את המילה האחרונה. אין יותר כלל נוקשה "תניית שימור בעלות תמיד תקפה", אלא כל תנייה תיבדק לגופה. נבחן את המהות של העסקה עפ"י נסיבותיה, תנאי ההסכם, וקיומם של מנגנוני פיקוח ושליטה.

**כוחו של המשכון כלפי נושים אחרים**

*ס'4(1) לחוק המשכון* כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של מישכון יפה בנכסים שיש לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין זה – בהתאם לאותן הוראות;

למשל:

* *ס' 7 לחוק המקרקעין-* צריך לרשום את המשכנתא (שיעבוד מקרקעין) ברשם המקרקעין. לא משנה נכס של מי, חברה או אדם פרטי.
* *ס'178-179 לפק' החברות-* כל שיעבוד של חברה ירשם ברשם החברות, (תוך 21 יום) ואם לא נרשמים שם- אין לו תוקף. דיני החברות יוצרים דין ספציפי בנוגע לשעבוד נכסי חברה.
* חריג לחברות: **אם חברה משעבדת מקרקעין** 🡨 זה רק **ברשם המקרקעין!** לא רשם החברות.

אפשר ליצור פומביות למשכון בשני סוגים:

1. *ס'4(2) לחוק המשכון* **הפקדת משכון:** מצב בו הנכס מופקד אצל הנושה כבטוחה. רלוונטי לנכסים שניתן להחזיק בהם. המשכון תקף כלפי צדדים אחרים בעת המסירה. חיסרון: החייב לא יכול להשתמש בנכס. לדוג'- יהלומים מופקדים בכספת בבנק.
2. **רישום משכון**: השיטה המודרנית והשכיחה כיום. כל משכון ירשם ברשם שלו לפי הוראות הדין, כקבוע בס'4 לחוק המשכון. דרך המלך. החייב יכול להשתמש בנכס על אף שהוא משועבד.

*ס'4(3) לחוק המשכון-* בנכסי מטלטלין ובניירות ערך שלא הופקדו, או בכל מקרה אחר (למשל זכויות חוזיות), צריך לרשום את המשכון **ברשם המשכונות.** אולם גם אם לא נרשם, והנושה ידע על המשכון או שהיה עליו לדעת, הוא **עדיין יהיה כפוף לו!**

חריג לעיקרון הפומביות: הכלל הוא חובת רישום שנותן פומביות לזכות והופך אותה לקניינית. וכאן הסעיף מתיר בנכסי מטלטלין וזכויות **הקניית תוקף לזכות קניינית רק עפ"י ידיעה בכוח או בפועל.**

ברגע שמשכון נרשם, הוא תקף כלפי צדדים שלישיים מרגע רישומו. אולם ישנו חריג "תקנת השוק במטלטלין":

*ס'34 לחוק המכר*- **קונה שרוכש מוצר משועבד בחנות כחלק מהמלאי העסקי שלה, המוצר לא כפוף לשיעבוד.**

הרחבה: במצב שאדם קונה בתו"ל נכס ממוכר בתנאים של שוק פתוח- 1. המוכר עוסק במכירת נכסים מסוג הנכס הזה (למשל מחשב מחנות מחשבים). 2. המכירה הייתה במהלך העסקים הרגיל 🡨 הנכס **נקנה נקי מכל שיעבוד** (מכל זכות של צד שלישי), **גם אם המוכר לא היה בעל הממכר, או לא היה זכאי להעבירו!**

חיסרון לשיעבוד- עוקף את עיקרון העקיבה והעדיפות- מה שמקנה לשיעבוד את היתרון שלו. כי נכס כחלק ממלאי עסקי שדינו להימכר בתנאים של שוק פתוח, לא משנה מה הספק יעשה (שיעבוד לסוגיו, תניית שימור בעלות וכו') המוכר שיקבל ממנו את הסחורה, לא כפוף לשיעבוד הזה אם ימכור אותו בתנאים של שוק פתוח ללקוח.

מרים: פרקטיקה שלא נותנת לספק יתרון מעשי להלוואה שלו, כי השיעבוד יכול להימכר ואין לו יכולת לעקוב אחריו.

**משכון נוסף**

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

החיסרון בשעבוד דרגה שנייה: דחייה במועד החלוקה של מימוש החוב כלפי הנושה השני. כי הוא יוכל להיפרע מהנכס רק לאחר שהנושה הראשון ייפרע ממנו. מי שהיה ראשון בזמן, יפרע את חובו תחילה.

**למה שהנושה שני יסכים לכך?**

1. עדיף תמיד להיות נושה מובטח על פני נושה לא מובטח (רק עם זכות חוזית), גם אם יש סיכון.
2. כששווי הנכס עולה בהרבה על גובה החיוב- אפשר לשעבד נכס גם אם השיעבוד עולה על השווי של ההלוואה, אבל אין אינטרס לנושה. הוא רוצה נכס שיוכל לפרוע את החוב ממנו.
3. כשמועד פירעון חיוב ראשון קרוב והסבירות שיפרע גבוהה מאוד.
4. כשנושה מוכן ליטול סיכון- יבוא לידי ביטוי בריבית גבוהה.

בדר"כ החוזה לא מאפשר לשעבד את הנכס פעם נוספת, אלא בהסכמת הנושה הראשון.

**VI. המשטר הקנייני בישראל**

בעוד שבמדינות אחרות, רוב הקרקעות בבעלות פרטית, ומקצתן בבעלות המדינה - מדינת ישראל חריגה, רוב הקרקעות הן בבעלותה (93%). ורק אחוז קטן מהקרקעות (7%) בבעלות פרטית. הבעלות על הקרקעות היא תחת "מינהל מקרקעי ישראל" והרישום בטאבו כבעלות יהיה על שם "המדינה".

חקיקה מרכזית להסדר:

*ס' 1 לחוק יסוד מקרקעי ישראל-* ברירת המחדל. איסור העברת בעלות במקרקעין שהם בבעלות מדינת ישראל משלושה סוגים- 1. מקרקעי המדינה, 2. מקרקעי רשות הפיתוח, 3. מקרקעין של קק"ל - לא במכר ולא בדרך אחרת.

*ס'2 לחוק יסוד מקרקעי ישראל-* אם חוק מאפשר לעשות עסקאות ולהעביר סוגי מקרקעין מסויימים, ס' 1 לא יחול. העסקה תהיה תקפה.

*ס' 2 לחוק מקרקעי ישראל-* המסגרת החוקית דרכה אפשר להעביר בעלות (סעיפים קטנים 1-7). החריג בס'2 לחו"י מופעל באמצעות חוק זה- יוצר את היתר העברת בעלות. הרפורמה נעשתה דרך חריג זה [ס'2(7)].

שלושה סוגי קרקעות (מהווים את 93%) שרשות מקרקעי ישראל אחראי עליהן (האיסור בס'1 לחו"י מקרקעי ישראל):

1. **קרקעות בבעלות מדינת ישראל:** קרקעות שכתוב במרשם "מדינת ישראל" כבעלים. מנוהלים ע"י רשות מקרקעי ישראל מכוח *חוק רמ"י*. סוג זה מהווה את רוב הקרקעות מתוך ה93%. הקרקעות עברו לבעלות מדינת ישראל, מהמנדט הבריטי. לפי *חוק נכסי המדינה*, כאשר יש בשטח מקרקעין ללא בעלים, הבעלות עוברת למדינה (בעלות שיורית). לפי *חוק הירושה*, אם אדם נפטר ללא יורשים, הבעלות עוברת למדינה באופן שיורי- המדינה יורשת את נכסיו.
2. **קרקעות בבעלות רשות הפיתוח:** אמנם כתוב במרשם "רשות הפיתוח" כבעלים, אולם רק בגלל שהוא תאגיד סטטוטורי - תאגיד של מדינת ישראל = בעלות מדינתית. כך שהתאגיד רק מנהל את הקרקעות עבורה. הוקם עפ"י *חוק רשות הפיתוח*, שהסמיך את הרשות לרכוש נכסים, לפתחם ולמוכרם. שני מקורות מרכזיים למקרקעין מסוג זה: **(1)** *חוק רכישת* מקרקעין, אישור פעולות ופיצויים- איפשר לרשות להפקיע ולהקנות לעצמה מקרקעין שלא היו בהחזקת בעליהם בנק' זמן מסוימת בשנת 1952 (1.2 מיליון דונם). נתנן לה סמכות הפקעה לקרקעות שננטשו בזמן מלחמות, כי אנשים ברחו מהמדינה. **(2)** *חוק נכסי נפקדים* (1950)- הוקנה לאפוטרופוס של נכסי נפקדים מקרקעין של נפקדים, נעשה הסכם בינו לבין הרשות את כל מקרקעי הנפקדים שהוקנו אליו או יוקנו אליו בעתיד. בשני החוקים ישנו הסדר פיצוי לבעלי הקרקעות שהופקעו.
3. **קרקעות של קק"ל** **(המדינה לא הבעלים, אלא רק מנהלת**): קרקעות שכתוב במרשם " קק"ל " כבעלים. אולם נחשבות למקרקעי ישראל לפי חו"י לכן היא חלק מהרשימה. קק"ל הייתה חברה פרטית בריטית, אשר נוסדה לצורך יישוב יהודים במדינת ישראל טרם הקמת המדינה. *חוק הקק"ל* נתן לה גושפנקא חוקית בשנת 1964 שניהול הקרקעות יהיה על ידה. ב**אמנה שמדינת ישראל עשתה עם קק"ל** בשנת 1961- נקבע כי מדינת ישראל רק תנהל את הקרקעות. המשמעות: (1) הרפורמה משנת 2009 לא חלה על קרקעות אלה. (2) המדינה כפופה לעקרונות קק"ל בניהול הקרקעות, למשל **המגבלה שהקרקעות יועברו רק ליהודים**.

רוב הקרקע החקלאית במדינה בבעלותה של קק"ל. גוף דו מהותי, בעיקר בגלל כמות הקרקעות שחולשת עליהן.

*שיעור 14- 25/11/21*

הייתה הבנה שצריך להפסיק את הפרקטיקה של שכירויות ארוכות טווח, כי היא כללה בירוקרטיה שהייתה כרוכה במחיר מאוד כבד- לא לוקחים את הזכויות מהחוכרים בתום החכירה, אלא מאריכים לחכירה נוספת. ולכן ב2009 נעשה רפורמה במקרקעי ישראל, שקבעה דרך חריג ס'2(7) לחוק מקרקעי ישראל, שהמדינה תיתן בעלויות לאנשים במגזר העירוני בלבד. מאותה שנה, הקצאת קרקעות תהיה על דרך העברת בעלות. וכל החכירות הקיימות תתוקנה בפעימות ויקבלו בעלות בנכסים. חוק מקרקעי ישראל יצר פרוצדורה שלמה בנוגע להסדר של העברת הבעלות. ניתן לראות שס'1 לחו"י מקרקעי ישראל עומד בתוקפו.

מדובר בשטחים מאוד קטנים שהועברו לבעלות פרטית כי רוב הבנייה היא לגובה ולכן אין השפעה מעשית ניכרת. כך שגם לאחר הרפורמה, מרבית הקרקעות בבעלות מדינתית (92%).

*מאמר של רחל אלתרמן-* חוקרת חשובה בתחום של תכנון ובנייה.

החששות שהיו ברקע לאיסור העברת בעלות לידיים פרטיות (ס'1 לחוק היסוד):

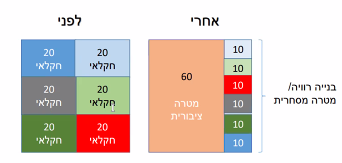
1. **חשש ביטחוני-** לאור היסטוריית רוויית המלחמות של מדינת ישראל, ומציאות ביטחונית לא פשוטה, ישנו חשש שגורמים עוינים ירכשו קרקעות פרטיות וינסו להשתלט על המדינה.
2. **כשלי שוק**- ההנחה היא ששליטה מדינתית תמנע ספסרות ביחס לרכישה ומכירה של מקרקעין. בכך יתאפשר למדינה לשלוט במחירי הנדל"ן, ולדאוג שיהיו סבירים (מתוך ההנחה ששוק פרטי יגרום לעליית מחירים).

* *הפרחת הטענה*: המדינה מייצרת את הבעיה. כיום ניתן לראות שבגלל שהמדינה שולטת בקרקעות, המחירים עולים. אם היה יותר היצע (המדינה הייתה משחררת קרקעות) אז המחירים היו יורדים. יש לה אינטרס כלכלי בכך- עסקאות נדל"ן מכניסות הרבה כסף למדינה (מס שבח, מס רכישה).

1. **לשמור על הקשר עם יהודי התפוצות**- מדובר בהשקעה של אנשים פרטיים ששילמו הרבה כסף כדי לגאול את המקרקעין, על מנת שהקרקעות יהיו בבעלות לאומית.

כאמור, המשטר המשפטי ברוב מדינות העולם הוא בידיים פרטיות. ישראל חריגה בהיבט זה- משתמשת במנגנון "הלאמה לאומית". לדעת רחל, הוא לא ראוי. יש מנגנונים אחרים שניתן להשתמש בהם.

ספקטרום של מנגנונים- מהכי קשה להכי ליבראלי:

1. **הלאמה מלאה של זכויות בקרקע**- המדינה היא הבעלים של הרוב המכריע של הקרקעות, היא מחזיקה בידיה את מרבית הקרקעות אם לא את כולן. נותן למדינה את הכוח להשפיע מה יעשה בקרקעות. ***המנגנון אצלנו, הכי קיצוני.***
2. **הפקעה מסיבית של מקרקעין**- הפקעה לא פרופורציונאלית מטעמים ביטחוניים. למשל, חוק נכסי נפקדים, איפשר הפקעת נכסים בתקופה מלחמתית של מדינת ישראל 🡨 סיבות ביטחוניות, הצורך לפתח את הארץ. ***קצת יותר מתון מהלאמה מלאה.***
3. **רכישה לצורך יצירת בנק קרקעות**- עם רזרבות כדי שיהיה קצת יותר ממה שהמדינה צריכה באותו רגע. בשביל לתת מענה במידה ויהיה צורך עתידי. מאגר קרקעות שתוכל להשתמש בו לטובת הציבור.
4. **ריפרצלציה**- איחוד בעלויות וחלוקה מחדש. המדינה יכולה לאחד את הבעלויות על אותה קרקע, לחלק מחדש כך שחלק ילך למטרה ציבורית (צורכי המדינה) וחלק לאנשים שהקרקע הייתה בבעלותם תוך שינוי ייעוד הקרקע. לכאורה זה לפגוע בהם, כי לכל אחד נלקח חלק מהקרקע. אולם, המדינה יכולה לשנות את הייעוד של הקרקעות מבחינה תכנונית (פונקציה דינמית וגמישה בהתאם לצרכי המדינה). כך שאם ייעוד הקרקע ישתנה מחקלאות ל"מסחרי" הערך הכלכלי שלה לא יפגע, ואפילו יעלה. לא צריך להפקיע ואין חובת פיצוי.
5. **הפקעה נקודתית**- כאשר מדינה צריכה קרקע למטרה מסויימת, מפקיעה קרקע נקודתית. כלי מידתי. קל להצדיק אותו.
6. **תכנון ציבורי**- המדינה לא לוקחת כלום מאף אחד. ועדות תכנון ובנייה ינהלו את מטרת הקרקעות. לפי דיני תכנון ובנייה, הוועדות שולטות על השימושים והניצול של המקרקעין גם כשהם בידיים פרטיות. לייעל אותה למטרות כאלה ואחרות.
7. **שוק חופשי**- אף אחד לא מתערב לאף אחד בשום דבר.

**האם נכון לשמר מדיניות של בעלות מדינתית ברמה כזו?** לדעתה, המנגנון הקיים לא ראוי. צריך כלים יותר מתונים שמאפשרים התערבות מדינתית-ציבורית, ושליטה על היקף קרקעות מסויימות, אבל לא באופן קיצוני. אבל לא אומרת מהו היקף הקרקעות שכן צריך לשלוט (מידת הצמצום של הבעלות המדינתית).

יש כלים שיכולים להיות פוגעניים פחות. צריך לחשוב על מצבים בהם נכון לשמר מידה מסויימת של התערבות ציבורית.

שתי סיבות מרכזיות למה לא הולכים למנגנון של הפרטה מלאה (מהספרות המשפטית):

1. **מצרכים בסיסיים**- במדינה ליבראלית צריך לתת צרכים בסיסיים לתושבי המדינה. המדינה רוצה לתת להם. לכן צריך שלמדינה תהיה שליטה על היקף מסויים של נכסים. שירותי בריאות, חינוך, ביטחון. לשם כך צריך קרקעות.
2. **הקומדיה של ההמונים**- אנו נאבד את ערך החברתיות. לא יהיו אתרים בהם יכולים להיווצר קשרים בין שני בני אדם. בגלל שיש מקומות שבבעלות ציבורית, אנשים יכולים להתחבר זה לזה ולהקשר האחד לשני.

**מידת התערבות מסויימת יכולה להיות מוצדקת על בסיס 2 הצדקות:**

כשלי שוק:

1. **טרגדיית המאגר המשותף**- אם המדינה לא תתערב, המשאב ידלדל ולא ינוצל בצורה יעילה ומיטבית בגלל דרך הניהול שלו והקצאות הזכויות.
2. **טובין ציבוריים**- המדינה צריכה לשלוט על קרקעות כי צריך משאבים ציבוריים לתושבים- פארקים, ביטחון, שטחים צבאיים, שמורות טבע. שמירה על משאבים ציבוריים לטובת כולנו ולטובת הדורות הבאים.
3. **טיפול בהשפעות חיצוניות**- השפעות שגורמות לתוצאות חיצוניות שאם המדינה לא תתערב, הטיפול בהם לא יופנם. משרד איכות הסביבה מעביר תקנות בנוגע לזיהום אוויר, כך שמכריח את הגורם המזהם להפנים את ההחצנות של הפעילות שלו מבחינה חברתית וכלכלית. ההצדקה לא צריכה להאט את ההפרטה, אלא לצמצם את מידת ההחצנות.
4. **שליטה בעיתוי הפיתוח**- המדינה צריכה שתהיה לה שליטה על מידה מסויימת של קרקעות (כך יהיה לה רזרבה קרקעית), כדי שתוכל להחליט מתי לפתח קרקעות למטרות מסוימות. בכך היא תוכל להוציא לפועל פרויקטים ארוכי טווח, כמו סלילת קו לרכבת קלה. השקעה ציבורית בתשתיות. התערבות ציבורית ושליטה במשאבים היא חיונית אם רוצים לשלוט בעיתוי הפיתוח.
5. **פערי מידע**- שליטה מדינתית יכולה לסייע למנוע ספסרות, ליצור שליטה.

הצדקות חברתיות:

1. **קידום ערכים פוליטיים-אידיאולוגיים**- המדיניות הציבורית מבטאת את המובן הסמלי של הלאום היהודי וזיקת העם היהודי לקרקע. ההיבט האידיאולוגי היסטורי נחלש, והרכיב היותר דומיננטי הוא בעלות מדינתית כדי למנוע השתלטות של גורמים עוינים על המקרקעין.

* ביקורת: על אף שחשש בטחוני מהווה נימוק משכנע, לא חייבים בעלות של 90%. ניתן להתמודד ע"י רגולציה. כפי שהמצב כיום, אין תוקף לעסקה (גם בנוגע לקרקע בבעלות פרטית) בלי אישור משרד השיכון, כדי לוודא שלא עובר לגורמים עוינים.

1. **ביטול פערים חברתיים**- התערבות מדינתית במקרקעין מוצדקת בשל הרצון לעשות חלוקה צודקת יותר של הנאות או סבל וקידום יעדים חברתיים לזכאים.

* ביקורת: ביטול פערים חברתיים אכן מצדיק שליטה מדינתית, אך לא למעלה מ- 90% בעלות. להקצות קרקעות רק לפי הכמות הנדרשת. למשל קרקעות לדיור ציבורי כי רוצים לקדם יעד חברתי- לעזור לאוכלוסיות חלשות.

1. **הערכות להתמודדות עם משברים**- אם המדינה נקלעה למשבר שמצריך התערבות מסיבית בשוק הנדל"ן, צריך הקצאה מסיבית של קרקעות לצורכי בנייה. לכן צריך עתודות קרקע.
2. **מיתון שיקולים פוליטיים בקבלת החלטות**- שליטה ממלכתית בבעלות על קרקע אמורה למתן שיקולים פוליטיים בין קבוצות, כך שתעשה חלוקה יותר הוגנת של משאבים בין קבוצות מבחינה כלכלית.

* ביקורת: ההנחה המובלעת היא שבעלות מדינתית תמנע הטיות בחלוקה של קרקע והחלוקה תהיה מאוזנת. היא שגויה. מבחן הביקורת מראה שזה לא באמת קורה- החלטות של רשות מקרקעי ישראל יצרה הרבה הטיות לטובת המגזר החקלאי על פני המגזר העירוני. בטח לא בסיס לבעלות מדינתית כה מסיבית.

לסיכום: צריך לתת ביטוי לשיקולים אלו, אין הצדקה ל92%. מבחינת כלכלית- הכי אופטימלי זה מצב בו מרבית הקרקעות יהיו בידיים פרטיות (לא מציינת את דרך החלוקה באחוזים).

**בעלות בידי המדינה**

מגזר עירוני- רמ"י ניהלה את הקרקעות וחכרה אותן בשכירות ארוכת טווח, 49 שנים עם אופציה להארכה ל49 שנים נוספות. החכירות נתפסו כזכויות מאוד חזקות. **זכות קניינית = שכירות**.

*פס"ד באסו נ' מלאך*- דה פאקטו חכירה לדורות היא זכות קניינית שקרובה יותר לבעלות מאשר לשכירות. כי המטרה של העסקאות היא למצוא תחליף להעברת בעלות שלא ניתן לעשות בגלל חו"י שאוסר.

מהרפורמה ב-2009 הקצאות חדשות של קרקע במגזר העירוני נעשות בדרך של העברת בעלות דרך ס'2(7) בחוק מקרקעי ישראל. הפרקטיקה היא להעביר את כל הזכויות מחכירה **🡨 לבעלות**. נעשה בפעימות. המדינה עדיין לא סיימה.

מגזר חקלאי- **זכויות חלשות**. הסכמים שהמדינה עשתה עם המגזר החקלאי (קיבוצים, מושבים, אגודות שיתופיות וכו') נקרא **הסכם בר רשות** או **הסכם משבצת**. חוזה ל3 שנים שכל פעם מחדשים אותו. בו המדינה נותנת להם לעבד את הקרקע ולעבוד אותה. זכות זו היא **זכות חוזית מסוג רישיון במקרקעין**. לא מקבלים זכויות קנייניות בקרקעות. מאחר שהם מתחדשים, קל למדינה לבצע שינויים והתאמות בנוגע לחוזים. לאחרונה, המדינה לא מחדשת חוזים מול גורמים שלא באמת עושים שימוש חקלאי בקרקע (עיבוד, טיפוח וכו'). הרפורמה לא חלה על המגזר.

*פס"ד תנועת דרור לישראל נ' ממשלת ישראל*- ניסו לתקוף את הרפורמה ברשות מקרקעי ישראל וטענו שהיא מאסיבית מידי. העברת כמות קרקעות כה גדולה לידיים פרטיות צריכה להיעשות בתיקון חוק היסוד, ולא דרך חריג (ס'2 לחו"י) שמאפשר הפעלת ס'2(7) בחוק.

ביהמ"ש: **הרפורמה חוקתית ולא פוגעת בעקרונות של חוק היסוד.** העקרונות החוקתיים לא באמת נפגעו או שונו בצורה דרמטית בעקבות התיקון. חוק היסוד עצמו קבע דרך לחרוג מהוראותיו, בכך הוא הכשיר את הרפורמה. ביהמ"ש מדגיש שמדובר בכמות קרקעות קטנה שלא משפיעה באופן דרמטי על הכלל של בעלות מדינתית כברירת מחדל.

**החשש להעברת בעלות לזרים מהווה הצדקה עיקרית לאיסור בס'1 לחו"י: מנהל מקרקעי ישראל**.

אולם, הנושא הוסדר ב *ס'2א לחוק מקרקעי ישראל* ! יצר רגולציה, שמסדירה את הנושא של כל האישורים וההגבלות שנדרשים לצורך העברת זכויות במקרקעין לזרים, כך שאם לא עומדים בהם 🡨 העסקה לא תקפה.

ולכן- ישנו חוק שמראה כי ניתן להתמודד עם החשש גם ללא בעלות מדינתית של 92% מהקרקעות.

*שיעור 15- מוקלט בזום*

היבטים טכניים של משטר המקרקעין בישראל:

**מרשם המקרקעין**

*ס'1 לחוק המקרקעין*: רישום הזכויות במקרקעין נעשה בפנקסי המקרקעין **בלשכת רישום המקרקעין** (הטאבו).

ישנם שלושה סוגי פנקסים שמתנהלים בלשכת רישום המקרקעין, שבאמצעותם עורכים את רישום המקרקעין:

1. **פנקס הזכויות:** נרשמות עסקאות במקרקעין "מוסדרים". הפנקס מכיל רישומים של מקרקעין שעברו תהליך של הסדר זכויות.
2. **פנקס השטרות:** נרשמות עסקאות במקרקעין "לא מוסדרים". הפנקס מכיל רישומים של מקרקעין שטרם עברו הליך של הסדר זכויות.
3. **פנקס הבתים המשותפים:** נרשמים כל הבתים המשותפים שנרשמו בישראל (כל המקרקעין שלגביהם ניתן צו לרשמם כבתים משותפים). יש יתרונות לרישום בית כ"בית משותף".

*הערה*: הרישום הרלוונטי לחוק המקרקעין הוא הרישום בפנקסי המקרקעין בלבד. **לרישומים במאגרי מידע אחרים אין תוקף קנייני** (כמו רישום בספרי מנהל מקרקעי ישראל, רישום של דיור ציבורי, רישומים של חברה משכנת וכו').

התכליות של רישום המקרקעין:

1. **משפטי: מתן פומביות לזכויות הקניין**- מתן אפשרות לצדדים שלישיים להיות מודעים לזכות (מאחר שכל העולם כפוף לה).
2. **מעשי: שיקוף בעלי הזכויות השונות** **במקרקעין**- לתת מידע בדבר הזכויות השונות שנרשמו.

תכליות אלו באות לידי ביטוי בהוראות החוק:

* **ס'7(ב):** זכות שלא נרשמה נחשבת כהתחייבות בלבד "חיזוק המרשם = תמריץ לרישום זכויות". מרתיע- אם לא רשמת, אתה לוקח סיכון.
* **ס'124:** הפנקסים המתנהלים בלשכה יהיו פתוחים לעיון הציבור, **וכל אדם רשאי לעיין בהם** ולקבל העתקים מהרשום בהם. חשיבות- לייצר ולאפשר את קיומה של תכונת הפומביות של הזכות הקניינית.

מקרקעין מוסדרים ושאינם מוסדרים:

**בעבר, הממשל העות'מאני ניהל מרשם לא מדוייק.** שיטות המדידה והרישומים היו פרימטיביים, בדרכים תיאוריות ולא מדויקות. חלק מהרישומים הללו שרדו עד היום.

**לאחר מכן השלטון הבריטי החל תהליך הסדר מקרקעין**- מחיקת ההיסטוריה של הקרקע. במסגרתו ביצעו מדידות מדויקות וביררו את הזכויות במקרקעין (שמיעת טענות מי שטוען לזכות בקרקע נתונה). לאחר שהחליטו של מי המקרקעין- מחקו את הרישום הישן ויצרו מרשם חדש לפי גוש וחלקה. כל בעל זכות קיבל גוש וחלקה, וכך נרשם במרשם כקרקע מוסדרת.

* **קרקע מוסדרת**- כל קרקע שעברה תהליך של הסדר מקרקעין (מדידה, ניקוי, רישום). כיום, 96% מהקרקעות עברו הליך של הסדר. יש ביטחון ברישום הזכויות שנעשה.
* כ-3% **מהקרקעות בהליכי הסדר.**
* **מקרקעין שאינם מוסדרים**- כ-1% , למשל שוק הכרמל ומזרח ירושלים.

יש להבחנה זו נפקות: *ס'125 לחוק המקרקעין* אומר לנו מהו סטאטוס הרישום של המקרקעין-

1. רישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים יהווה **ראיה חותכת לתוכנו.** מסקנה: אפשר להסתמך על הרישום לכל דבר ועניין. גם אם הייתה טעות!
2. **מקרקעין שאינם מוסדרים**- לא ניתן להסתמך על המרשם, מדובר **בראיה לכאורה** **לתוכנו**. לא נעשה לגביהן בירור מדוייק, לכן ניתן לסתור את הרישום אם יציגו ראיות אחרות.

לנפקות בין השניים לפי ס'125 יש משמעות דרמטית, בעיקר בקשר לתחרויות ותקנת השוק במקרקעין.

**מקרקעין רשומים ומקרקעין שאינם רשומים**

שני סוגי מקרקעין שאינם רשומים במרשם המקרקעין (לא יופיעו בטאבו):

1. מקרקעין לא מוסדרים (לא עברו תהליך בירור, בדיקה של רישום זכויות), **שלא בא זכרם כלל בפנקסי המקרקעין** (אין להן גוש וחלקה). מעט מאוד, בגליל, בנגב ובירושלים.

*\*הערה*: ישנן קרקעות לא מוסדרות שלא רשומות בפנקסי הזכויות, אך יופיעו בפנקס השטרות בדרך מאוד מוזרה.

1. יחידות מקרקעין, המהוות חלק מגוש מקרקעין מוסדרים, **כאשר הגוש טרם עבר פרצלציה** (כלומר, מצב בו הגוש רשום אבל החלקות לא רשומות). רישום של אלפי דירות מגורים מתעכב, בדר"כ בשל התמשכות הליכי התכנון לחלוקת הגושים לחלקות. מופיע רק הגוש ולא החלקה.

**\*בפועל, המצב שכיח!** קונים דירה חדשה מקבלן ועדיין אין רישום של החלקה. במצב בו אין יחידה רישומית שעליה אפשר לרשום זכויות במקרקעין 🡨 לא מדובר בעסקה במקרקעין! אלא בעסקה חוזית רגילה, מקבלים התחייבות חוזית לרכישת זכות קניינית. לא נמצאים בחוק המקרקעין.

**מקרקעי ייעוד**

*ס'107 בחוק המקרעין*- ס' (1) עד (5)- אומר שמקרקעי ייעוד הם מקרקעי ציבור שמיועדים לתועלת הציבור. סעיפים 1+2 מדברים על שטחים של מקורות מים (שפת הים, נהרות, נחלים ותעלות) וסעיפים 3+4 מדברים על תחבורה (מסילות ברזל ותעופה). ס'5 קובע שיש הסדרי חקיקה אחרים שמטפלים בסוגיות אלו.

*ס'111 לחוק המקרקעין* קובע איסור- כל עסקה שטעונה רישום בנוגע למקרקעי ייעוד- לא תהיה תקפה. אלא באישור הממשלה. כך שעסקאות שאינן טעונות רישום (שכירויות או עסקאות קצרות), ניתן לבצע בקרקעות אלו.

**מדוע ההסדר הזה חל רק על מקרקעין?** מה לגבי מטלטלין כמו יצירות אומנות בעלי ערך לאומי. האם ניתן לאנשים לזכות בהם במסגרת מכירות פומביות?

**מנו רק את ארבע הסעיפים הללו,** מה לגבי עתיקות או גנים לאומיים? גם הם מהווים נכסים שיש להם משמעות לתועלת הציבור. כך שלדעת מרים יכלו לכלול גם אותם.

**מדוע לא ניתנים בכל זאת להפרטה?** לעיתים גופים פרטיים שומרים על נכסים אלו בצורה טובה יותר מאשר המדינה, התחזוקה עשויה להיות טובה יותר.

*שיעור 16- 2/12/21*

**שוויון מול ערכים אחרים**

המתח בין ערך השוויון לערכים אחרים עולה בהרבה בקשרים. הליבה של העבודה- הזכות לשוויון. והשאלה איך אנו מאזנים בין ערכים אלו.

2 פסקי דין שמדגימים את המתחם בין ערך השוויון לחופש הדת/המצפון:

*פס"ד מאסטרפיס קייק שופס*- אופה מומחה ליצירת עוגות חתונה שלו מאפייה בקולורדו, אדם נוצרי מאמין. יום אחד נכנס זוג הומואים שביקש שהאופה יכין להם את העוגה לחתונה שלהם. הוא סירב, לפי השקפותיו הדתיות אורח חיים הומוסקסואליים הוא דבר שלא מתקבל. הם התלוננו והגישו תלונה- פגע בזכות השוויון שלהם בכך שסירב להעניק להם שירות.

המקרה הגיע לעליון האמריקאי- ההכרעות נעשות על בסיס אידיאולוגיה. יש שם מתח בין השמרנים לליבראליים.

ברוב של 7 מול 2 הוכרע שנפגעה **הזכות של ג'ק לדת**- בנסיבות הספציפיות הועדה **לא התייחסה ברצינות לטענות שלו** **בנוגע לחופש הדת** (אם בשם חופש הדת אפשר לא לספק שירותים באופן שוויוני). לכן העליון לא קיבל את החלטת הועדה שקבעה שהוא הפלה את הזוג כי אי-אפשר לקבוע שהוא חייב היה לשרת אותם, הואיל והוא לא קיבל הליך הוגן בוועדה. לא כל השופטים מסכימים עם התפיסה הזאת.

*פס"ד דפוס הקשת*- בית דפוס בבאר שבע סירב להדפיס מודעה לקהילת הלהט"בים של סטודנטים מאונ' בן גוריון. אפילו מבלי שראה את תוכן המודעות. התוכן היה ניטראלי, בלי אמירות פרובוקטיביות. אבל בית הדפוס סירב, טען שלא נותן שירות לעסקים כאלה, בגלל רקע מצפון, המצפון שלו לא מאפשר לו.

התעורר דיון סביב השאלה- חוק ההפליה במוצרים ושירותים, עד כמה אפשר להפלות ומה הגבולות של היכולת להפלות על בסיס דתי.

ביהמ"ש אמר יש בארץ חוק ההפליה במתן שירותים הוא מאוד ברור לגבי איסור הפליה גורף. אין איזונים של ערכים אחרים. החוק אומר את דברו בצורה חד משמעית- אסור להפלות על רקע של נטייה מינית. מאחר שכך פעל- בית הדפוס אוטומטית סירב לתת שירות- הוא דוחה את הערעור ומחייב אותו בפיצוי לתא הסטודנטים באונ' בן גוריון.

פסקי דין אלו עוזרים לנו לחשוב עד כמה אפשר או אי אפשר בנסיבות מסויימות לאזן בין הערכים.

בהשוואה בין המצבים, ניתן למצוא הבדל מסוים, **פיליפס ידע מה התוכן המבוקש ובדפוס קשת הבקשה נדחתה אוטומטית**, ללא עיון בבקשה להדפסה. הסירוב נבע מהנטייה המינית של המזמין, זה לא היה קשור לתוכן ולכן אין קשר להשקפות העולם של הבעלים באשר לדת ומצפונו.

**זכות הכניסה למקרקעין**

עד כמה ניתן ליצור מגבלות על כניסה של אנשים למקרקעין- קנייה, השכרה, כניסה לאירוע. יכול לעלות בהרבה הקשרים והשאלה מה מותר ומה אסור ועד כמה משפיע אם הקרקע בבעלות ציבורית או פרטית. **אין חקיקה שעוסקת בנושא של הפליה במגורים בצורה מפורשת**, לא במגזר הפרטי ולא בציבורי.

נראה בפסיקה עד כמה ביהמ"ש רגיש לזכות השוויון בהקשר של מקרקעין וננסה לחלץ מהם את העקרונות של הדין הישראלי.

כיצד הפליה באה לידי ביטוי בעניינים קנייניים? השאלה באה לידי ביטוי גם בקרקע ציבורית וגם פרטית.

1. **ועדות קבלה לישובים**- בקיבוצים, אגודות שיתופיות ומושבים. מופעלים מנגנוני סינון לקבלה מכוח פק' האגודות השיתופיות. הנושא עלה לדיון בעניין סבח, הפליה בוועדות קבלה לישובים- מעורר מתח גדול ביחס לזכות שלהם לקבל הצעת מקרקעין בישובים האלו, ועד כמה הכוח של ועדות הקבלה גדול.
2. **הפליה בהשכרת דירות**- יש אנשים שמסרבים להשכיר דירה. אין שום הוראת חוק שמחייבת שוויון בשכירות. אם אדם פרטי מסרב על בסיס רקע מפלה, אפשר יהיה לטעון, לדעת מרים, לחוסר תו"ל בעת מו"מ, וככל הנראה אי-אפשר יהיה לחייב אותו להשכיר את הנכס בגין ההשפלה, אלא ניתן יהיה לקבל לפחות פיצוי. המצב כנראה יהיה שונה אם יהיה מדובר בגוף ציבורי או דו-מהותי, **אותו ניתן יהיה לחייב**. כי התפיסה בארץ היא שאפשר לייבא את ערכי השוויון דרך עיקרון תו"ל.
3. **הפליה במכר דירות**- עד כמה ניתן להפלות במכירה של דירות. כאשר מדובר על קרקע ציבורית- הלכת קעדאן קבעה שלמדינה אסור להפלות. אולם, ביחס לנכסים פרטיים לא ברור עד כמה ניתן להפלות, כנראה היחס יהיה זהה להפליה בהשכרה.

*פס"ד מיטל הנדסה*- **עוסק בהפליה במכר דירות**

רקע: החברה זכתה במכרז של רמ"י בקרקע, בנתה פרוייקט והגיע זוג ערבי שרצה לקנות דירה וסירבו למכור לו.

השאלה: האם בחוק איסור הפליה בשירותים ומוצרים ניתן להתייחס לדירה כמוצר? האם הסירוב של הקבלנים ממיטל הנדסה, מפר את הוראת ס'3?

השופט מזוז: מנסה להרחיב את תחולת חוק איסור הפליה ואומר, שבאופן עקרוני למחוקק לא הייתה כוונה להכניס את תחום הדיור, אולם זה צריך להיכנס כי זה יותר ראוי. **1. מדובר בתכלית אובייקטיבית-** אין הבדל בין כל מוצר אחר לבין דירה. 2. **מבחינה סובייקטיבית-** לא בטוח שדברי ההסבר חד משמעיים, ואולי המחוקק לא רצה להשאיר את זה בחוץ.

מרים:זה פשוט לא נכון. מה שהשופט מזוז עשה הוא מהלך לא ראוי מבחינה אינטלקטואלית.

השופט שטיין: המחוקק הישראלי ללא ספק לא התכוון להכניס את תחום מכר הדירות לחוק איסור ההפליה בשירותים ומוצרים, כיוון שלא רצה לכבול את הידיים של מי שעושה את העסקאות המרכזיות במקרקעין (המדינה או אנשים פרטיים) לחובת שוויון. בנוסף, מוצרים נתפסים כמטלטלין, ודירה מקרקעין. מתאר את המצב העובדתי, **בישראל אין איסור מכר דירות שכפוף לשוויון על אדם פרטי.** לא משנה אם המחוקק התכוון להכניס מכר דירות או לא. זה החוק. האם זה נכון או לא זו שאלה אחרת. **עם זאת,** אותה חברה שסירבה למכור דירה לזוג ערבי עשתה משהו שאסור לעשות. לא מדובר פה על מכר דירה מאדם פרטי, **מדובר על קבלן שקיבל קרקע במכרז מהמדינה והחליט שהוא משווק את הקרקע רק ליהודים**. הקבלן במקרה זה הפר את חובת תום הלב. החובה כוללת את החובה לנהוג בשוויון. לכן, הקבלן היה חייב לשווק את הקרקע בצורה שוויונית. מאחר שהוא **החליט שהוא משווק את הקרקע רק ליהודים**, הוא הפר את חובת תום הלב. הגיע לאותה הכרעה כמו שמזוז הגיע, בדרך אחרת.

ההכרעה לפי שטיין: לא מדובר בהפרה של החוק, אלא בהפרת חובת תום הלב. מכוח זה הם יהיו חייבים לשלם פיצוי אך לא יהיה סעד של אכיפה.

הקושי- כשהוא קובע שלא יהיה סעד של אכיפה הוא מסביר לקבלנים שהם יכולים, אם הם רוצים שלא יגורו זוגות ערבים בדירה, לשלם קנס מסוים על הפרת תום הלב ואכן לא למכור את הדירה.

תופעה של קבלנים המוכרים רק לאוכלוסייה מסוימת זו פרקטיקה רווחת, וגם אם זה לא נעשה באופן מפורש בחוזה, זה קורה בתכלס. פרקטיקה זו בעייתית, במיוחד בשוק הדירות העירוני.

*שיעור 17- 7.12.21*

**ועדות קבלה לישובים**

*בג"צ קעדאן-* פסק דין חשוב ביותר לעניין עקרון השוויון במקרקעין, בקרקעות מדינה!

רקע: הישוב קציר סירב לקבל משפחה ממוצא ערבי. הסיבה שניתנה להם שזה יפגע במרקם הקהילתי של הישוב. הקרקע עליה יושבת היישוב, היתה בבעלות הסוכנות היהודית. הסוכנות היהודית היא גוף מדיני ולכן חל עליה הוראות המשפט המנהלי, וכך גם עקרון השוויון. לכן, בהקצאת מקרקעין באוכלוסייה שאין בה באמת מאפיינים ייחודים, עיקרון השוויון מחייב מניעת הפליה של הקצאת קרקעות. ואסור היה לה להפלות.

עלו טענות שלציבור הערבי בישראל יש את הישובים שלו והם יכולים לעבור לגור שם.

מחדד דברים שעלו בפסיקות אמריקאיות: טיפול "נפרד אך שווה" מהווה מדיניות משפילה. האדם רואה את עצמו כפחות טוב, לא מספיק כדי להיות חלק מהמדיניות היהודית. **לכן מדובר במדיניות פסולה**. מאזכר את *הלכת בראון*.

ביהמ"ש לא מחדד בנושא: היכולת של קהילה להתבדל ולהגביל את זכות הכניסה אליה. מזכיר את האפשרות שיהיו ישובים שניתן יהיה להדיר אוכלוסיות מסויימות, בהתקיים מאפיינים יחודיים, ואז תתאפשר התבדלות (ישובים בדואיים, ישובים דתיים, מושבים, קיבוצים). לפעמים יהיו נסיבות בהן ניתן יהיה **להתבדל ולהגביל את זכות הכניסה** ליישוב שיש לו מאפיינים ייחודיים. לא נותן קריטריונים איך ניתן יהיה להדיר. מהו הבסיס החוקי לאפשרות ההדרה.

**הלכה:** על המדינה מוטלת החובה לנהוג בשוויון בין כל המבקשים ממנה זכות להקים בית באותו מקום, והיא אינה רשאית להפלות במישרין או בעקיפין על בסיס דת או לאום בהקצאה של מקרקעי המדינה.

מרים: הקושי בקעאדן, ביהמ"ש מכיר בכך שיהיו ישובים בעלי אורחות חיים מיוחדים שהכניסה של אדם שלא שייך לאותה קהילה עשוייה לפגוע באורוחות החיים הללו, ולכן תתאפשר הדרתו. אולם הוא לא קובע תנאים או הנחיות מתי יהיה חוקי להדיר במצב זה.

ב-2011, בעקבות *פס"ד קעאדאן*, חוקק תיקון ל*פקודת האגודות השיתופיות*. רצו לתת לישובים אפשרות לסנן מועמדים בכניסה אליהם. התיקון יצר מנגנון שמאפשר לסנן מועמדים שרוצים להתקבל לישוב קהילתי. \*תיקונים לסעיף ההגדרות והוספה של סעיף 6ב ו6ג שמכוננים שינוי גדול.

* **סעיף ההגדרות**- בעבר היה אפשר להקים ועדת קבלה בכל ישוב קהילתי, אולם כעת ניתן רק בישוב בנגב או בגליל, שנרשם כ"אגודה שיתופית", שסווגה ככזאת ע"י הרשם לאגודות שיתופיות, ומספר בתי האב אינו עולה על 400 (הגבלה כמותית). ויש עוד הגבלות.
* **ס'6ב** מגדיר סמכות לישוב קהילתי **להחזיק ועדת קבלה** שיכולה "לסנן" מועמדים שרוצים לרכוש מקרקעין בישוב. החוק מונה את הנציגים שישבו בוועדה.במידה ויש סירוב על הועדה לתת **החלטה מנומקת** בדבר הסירוב. לפי אחד העילות המפורטות בחוק. במידה ואדם קיבל סירוב, הוא יכול להגיש השגה על ההחלטה **לוועדת ההשגות**, שיכולה להפוך את ההחלטה.
* **ס'6ג**קובע את עילות הסירוב שבגינן ועדת הקבלה יכולה לסנן מועמדים ברכישת מקרקעין בישוב: קטין, היעדר יכולת כלכלית, דירה להשקעה ולא למגורים. יש 2 עילות שמעלות קושי:
* ס'6ג(א)(4): דחיית מועמד בשל **אי ההתאמה לחיי חברה** (החוק קובע שסירוב בגין עילה זו תהיה ע"ב חוו"ד מקצועית של מכוני מיון) מרים: מכוני מיון אחראים על המבחנים שנועדו למיין לעבודה! יש קושי גדול להראות שיש קשר בין חיי קהילה להתאמה לעבודה. כמו כן, מרבית המבחנים מביאים לתוצאות מפלות לאוכל' מסויימות.
* ס'6ג(א)(5): **חוסר התאמה למרקם החברתי תרבותי של היישוב הקהילתי** (כלומר חייב שיהיה לישוב איזה שהוא מרקם כזה). יש יסוד להניח כי הכניסה של האדם תפגע במרקם זה. עילה זו לא דורשת אבחון.
* ס'6ג(ג): ועדת קבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי **גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות,** **מעמד, גיל, השתייכות מפלגתית פוליטית** וכיו"ב. הכניסו את כל עילות ההפליה.

*בג"צ סבח*- מגיע ב-2011, לאחר תיקון פקודת האגודות השיתופיות. תוקפים את חוקיות התיקון.

רקע: העותרים הם אנשים שכבר חיים בישובים קהילתיים, עותרים כנגד העילות המנויות **בסעיפים 6ג(א)(4)-(5)** בפועל מכילות קריטריונים עמומים, שישמשו כסות להפליה הלכה למעשה.

שופטי הרוב (**גרוניס, רובינשטיין, חיות, מלצר**)- יש לדחות את העתירה מכוח **דוקטרינת הבשלות**. מדובר בטענה תאורתית, ולכן יש להמתין ליישום החוק עד לבחינתן. מחכה לעותר קונקרטי שנפגע מהמנגנון הקיים. כרגע על פניו, המנגנון נראה מאוזן, יש בו איסור הפליה על בסיס כל העילות (דת, כזע, מין וכו') וכן מנגוני אכיפה (הקמת ועדת השגות) שנועדו לפקח על יישום מטרות החוק.

**חיות**: מצטרפת לגרוניס לגבי עניין הבשלות, אבל אומרת שכדי לצמצם את העמימות של ההוראות בס'6ג, צריך לקרוא לתוכן אמות מידה אובייקטיביות איך ליישם את ההנחיות הללו. אומרת שחוות הדעת המקצועית שתקבע **אי התאמה לחיי חברה בקהילה**, צריכה להגיע מגורם בלתי תלוי, למשל מכון מיון.

מרים: לא נכון לדבר על מכון מיון כ"בלתי תלוי". המכון והישוב מתאמים עמדות לגבי קבלת מועמדים. הרבה פעמים הבחירה באיזה מכון להיעזר היא מתוך אינטרסים כלכליים. יש קשרים עיסקיים, עובדים איתם שנים.

**חיות**: מנסה לרסן עם נטל הוכחה כבד יותר על הישוב- הועדה רשאית לדחות מועמד על ב**סיס אי התאמה למרקם חברתי קהילתי**, רק אם **התקנון** אימץ את המרקם, וניתן לראות את **היישום** של המרקם ביישוב בפועל, שאכן כך מנהלים את היישוב.

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

**ג'ובראן**: **עילות הדחייה הן עילות מכובסות, שמאפשרות הפליה**. זו פרקטיקה של הרבה שנים, יהיה מסר לא נכון אם לא נתערב.

**ארבל**: הולכת לכיוון של ג'ובראן. יש לבטל את העילות:

1. **המנגנון של ועדות קבלה** **מורכב מאנשים פרטיים תושבי היישוב,** זה נותן להם כוח על בסיס התרשמות סובייקטיבית, שיכולה להיות מושפעת מדעות קדומות. המנגנון יכול לאפשר אפליה בין אם היא מודעת או לא, קל להסוות את ההפליה. לכן פוגעת באופן קשה בשוויון בהקצאה של קרקעות ציבוריות.
2. **במבחני ההתאמה יש פגיעה בכבוד** **המועמדים להוכיח שהם מתאימים**. הוא נחשף אישיותית בפני ועדות הקבלה, וצריך להוכיח אם הוא מתאים או לא לחיי הקהילה. חלק מכבוד האדם והאוטונומיה זה לבחור איפה לגור.
3. **השלכות ארוכות טווח**- ועדות קבלה משדרות מסר מפריד, מפורר, מאפשר התבדלות, הדרה של אחרים, מונעת התניידות של אנשים בקבוצות חזקות לחלשות, מחלישה את היכולת לקיים חברה עם אחידות חברתית.

לא אומרת שאין זכות לקיים חיי קהילה עם צביון מסויים, זה אפשרי- אבל צריך אופי קהילתי דומיננטי משמעותי ומיוחד, שכניסה של קהילות אחרות תוביל לפגיעה באופי זה.

**הנדל**: מסכים חלקית עם דעת הרוב לחוסר בשלות לגבי מרבית העילות, אך לטענתו יש בשלות חלקית בנוגע להרכב ועדת הקבלה. **יש לבטל את ההרכב כיוון שהוא בלתי חוקי.** ההרכב נותן **רוב** לבני היישוב, אין נציגות של קבוצות מיעוט. עלול לייצר הפליה בלתי מודעת, אנשים ירצו עוד כמוהם. לא יתכן שזה ההרכב הראשוני.

ביהמ"ש מכשיר את החוק וקובע שהוא חוקתי.

גם סבח וגם קעדאן לא נותנים הנחיות בנוגע להדרה בכניסה לישובים.

*פס"ד סבא*- עתירה נגד החלטת רשות מקרקעי ישראל שעשו מכרז על מגרש בניה.

רקע: אמונה (חברה קבלנית) זכו בקרקע ביפו והקצו מגרש של בניינים רק לבני הציבור הדתי הלאומי. תקפו את המיזם על בסיס טענות שפוגע בחובת השוויון שמוטל על מנהל מקרקעי ישראל ובזכות לשוויון של האוכלוסייה הלא דתית לאומית. אמונה טענה שהיא לא כפופה לשוויון. (כיום אם אמונה הייתה זוכה בקרקע, היא לא הייתה יכולה לעשות פרוייקט מפלה כי תנאי המכרז כוללים איסור הפליה).

ביהמ"ש: העתירה נדחתה כיוון שההתערבות הייתה בשלב מאוחר מידי, המכרז הסתיים, אנשים כבר קיבלו את הדירות. אולם בייניש טוענת (ס'7 לפסה"ד): רמ"י מחוייבת לפקח ולשמור על חובת השוויון כאשר היא מקצה קרקעות במכרז לחברה פרטית. מוסיפה, שייתכן כי הציבור הדתי לאומי אינו בגדר קבוצת מיעוט שדורשת הגנה על בסיס מאפייניה התרבותיים הייחודיים, בייחוד שמדובר על קרקע בתחום של ישוב עירוני (יש מחסור במקרקעין, אין מספיק דיור לכולם). מדובר באוביטר בלבד.

אין עיסוק בשאלות עקרוניות, **אבל מקרקעין לדיור זה משאב מוגבל,** צריך לנהוג בו בשוויון וההקצאה צריכה להיות על בסיס איזון בין הזכות החוקתית לשוויון לבין הזכות לקהילה תרבותית- איך עושים את האיזון? לא מכריעה.

ישנם עוד פסקי דין שעוסקים במתח בין עיקרון השוויון לערכים אחרים- לאו דווקא בעניין ועדות קבלה לישובים.

*בג"ץ עמותת שיח חדש*- מועצת מקרקעי ישראל קיבלה 3 החלטות שנתנו הטבות לישובים חקלאיים:

* **החלטה 717** נתנה הטבה לפיתוח אזורי תעשייה ביישובים כמקור תעסוקה נוסף, ההחלטה מאפשרת ליישובים החקלאיים המעוניינים בכך, לפתח אזורי תעשייה בחלקים מן בקרקע שחכרו ממנהל מקרקעי ישראל.
* **החלטה 727** עפ"י ההחלטה יינתנו לחוכרים חקלאיים פיצויים על שינוי ייעוד הקרקע (מחקלאית למסחר, תעשייה, מגורים וכו'), כאשר גובה הפיצוי ייקבע עפ"י שווי הקרקע **לאחר שינוי הייעוד** \*הפיצוי שניתן אמור להיות **טרם** שינוי הייעוד.
* **החלטה 737** עוסקת בשינוי ייעוד לצורך הרחבת שטחי המגורים ביישובים חקלאיים. ההחלטה מפחיתה את דמי החכירה ליישובים החקלאיים ומאפשרת לבני המקום להחכיר את המגרשים שהורחבו ללא מכרז.

העותרים: תוקפים את חוקיות ההחלטות בטענה שהן בלתי סבירות משום שהן מעניקות טובות הנאה יקרות ערך לחוכרי הקרקעות על חשבון קופת הציבור, ולא במקביל גם למגזר העירוני ומזניחות שיקולים של צדק חלוקתי ושל איכות הסביבה.

בג"ץ: **מבטל את ההחלטות**. המדינה יוצרת הסדר בהחלטות של רשות, לא בחקיקה. זה בלתי סביר באופן קיצוני, פוגע בעיקרון השוויון ובצדק החלוקתי. 717- ניתנו הנחות ניכרות בדמי החכירה, שאף מגזר אחר לא מקבל ביחס לניצול קרקעות. 727- סקטור קטן מהאוכלוסייה מקבל פיצוי מופלג על חשבון הקופה הציבורית. 737- החלטה בעייתית מבחינה תכנונית. אין סיבה לאפשר מחיר מוזל בהרחבות למגורים בישובים חקלאיים, כשאין לזה מקבילה בסקטור העירוני.

בג"ץ חשוב: פעם ראשונה שהוא מתערב **בעיקר בגלל שיקולים חלוקתיים**, וגם נותן מקום לעיקרון **השוויון**- בודק את ההשפעות של ההחלטה, אם יש מקבילה להטבה במגזר העירוני. מבטל את כל ההחלטות על בסיס **סבירות** ההחלטות.

*פבל פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות*- המשיבה הפעילה מועדון שאסר כניסה למערער בגין גילו. הוא טען לאפליה מגדרית לעומת בנות שנכנסות בגיל צעיר יותר. העותר טוען שהסדר זה מפלה לפי חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים. המועדון טוען שהוא עסק פרטי יש לו חופש עיסוק, זכות קניין, חופש התקשרות שמקנים לו להציב רף מינימאלי כתנאי כניסה.

*השאלה המשפטית:* האם חוק איסור הפליה חל על המקום?

השופט דנציגר (רוב): המועדון הוא "מקום ציבורי" (ס'2(א) לחוק - כל מקום המיועד לשימוש הציבור), ולכן הוא נכנס לגדרי החוק. ככזה הוא לא רשאי להפלות בכניסה למקום. גם לא על בסיס מין.

שאלה עקרונית- עד כמה הפליה על בסיס מגדרי אפשרית או לא? עקרונית, הגברים כקבוצה לא סבלו מהפליה היסטורית, ותכלית החוק היא לקדם ערכי שיוויון בין פרטים שונים בחברה, להביא לחברה צודקת יותר. דנציגר קבע כי **חוק איסור הפליה חל על כל הפליה מהטעמים המנויים בו, בין אם היא מופנית כלפי קבוצה הסובלת מהפליה מתמשכת ובין אם היא מופנית כלפי קבוצה "חזקה",** בין אם היא כוללת אלמנטים של השפלה ופגיעה באוטונומיה ובין אם לאו.

בנסיבות העניין, השוני עליו מצביעה המשיבה אינו בגדר "שוני הגיוני משמעותי" להבחנה שהמועדון ערך בין נשים לגברים. ולכן מדובר בהפליה אסורה. (טענה 1. בדר"כ בין בני זוג, האישה צעירה מהגבר, 2. גברים ישתכרו יותר מנשים כי הם ילדותיים יותר). ביהמ"ש דחה את הטענות. לא בסיס להפלות.

השופט ג'ובראן (יחיד): החוק אינו מכיל איסור הפליה גורף אלא מחייב לפעול באופן **המכבד את עקרון השוויון**. במשפט הישראלי, אין משמעות מושג השוויון "עיוורון לשונות". הנחת המוצא שכל הגברים והנשים הומוגניים לא נכונה, אין סיבה להניח שכולם זהים. אולי יש שוני רלוונטי. למרות שהמדינה מפלה גברים מקבוצת הרוב, **המדיניות למעשה משקפת פגיעה עמוקה באוכלוסיית הנשים.** זו מדיניות שבאופן כוחני גורמת לשימור היררכיות מגדריות. מייצרת מסגרת פטריארכלית בכניסה למועדונים.

הכרעה: המועדון פעל שלא כדין.

**קרקעות קק"ל**

קק"ל חברה פרטית, שולטת במאות אלפי דונמים, בעלת היקף החזקות של 13% מקרקעות המדינה (מרבית הקרקעות הן חקלאיות) והמדינה מנהלת אותן.

קק"ל מגבילה את הקצאת הקרקעות במכרזים שלה, רק לאוכלוסייה היהודית. **הגישו עתירה ב2004** נגד מנהל מקרקעי ישראל ונגד קק"ל לבטל את הדרישה הזו בתקנות המכרזים, שמונעות מערבים מלהשתתף במכרזים.

תחילה, קק"ל רצתה שהמדינה לא תנהל יותר את הקרקעות שלה, אבל בסוף לא הלכה לכיוון זה. אלא **ב2009 המדינה וקק"ל חתמו על הסכם** **עקרונות לחילופי קרקעות**. קק"ל החליפה את הקרקעות שלה שחייבים להפעיל בהן עקרונות של שוויון במגורים, בתמורה לקרקעות פחות נחשקות באזורים עם פחות ביקוש, כדי שהיא תוכל להמשיך בפרקטיקות שלה.

**דה פאקטו, אי אפשר לשלב את הדרישה המפלה במכרזים שלה.** אבל זה לא קרקעות שאנשים נאבקים עליהם, ולכן לא רואים את התופעות של אי השתתפות של אוכלוסייה ערבית בקק"ל.

חשוב לדעת שאם יעלה שוב- אין ספק שיבטלו את המגבלה בתניות המכרז שלה ויקבעו שהיא לא חוקתית. כי יתפסו את קק"ל כגוף דו מהותי בגלל היקף ההחזקות שלה על מקרקעי המדינה, שכפוף לעקרונות השוויון. יש קושי לעצב פרקטיקות מפלות במכירת קרקעות.

**ישובים קהילתיים והדרה לגיטימית- שי שטרן**

איך בפועל ועדות קבלה לישובים יכולות לפעול ולהדיר אנשים בישובים? שטרן פורס את העקרונות והשאלות שצריך לשאול. מנסה למלא את החלל שקעדאן, סבח וסבא לא ממלאים. עיקר השאלות שהוא שואל מתי ניתן להדיר אנשים, על בסיס ערכים של קהילה?

המודל להדרה:

1. האם לקהילה יש תפיסת טוב משותפת? למשל קעדאן, טענו תפיסת עולם ציונית, וביהמ"ש אמר שזו לא תפיסה חזקה מספיק כדי להפוך לקהילה מגובשת. לא מספיק ערך כללי, אלא תפיסה מגובשת ומפורטת.
2. לבדוק מהו התפקיד של שיתוף הפעולה באותה קהילה במימוש תפיסת הטוב שלה? אפשר לראות 4 סוגים של שת"פ, שנועדו לתעדף קהילות. אם מסתכלים על מספר קהילות וצריכים להכריע לאיזו מהן לתת קרקע יש לבחון איפה הן נמצאות על הציר מהקל אל הכבד: (יש לבחון על אילו קהילות חייבים להגן מבחינת תפקיד שיתוף הפעולה בהן)

* **לא דורש שת"פ-** אין אפשרות להדיר אחרים, כי מימוש התפיסה היא באופן אינדבדואלי. למשל כלכליות.
* **שיתוף הפעולה מסייע-** מקל על היכולת שלי לממש את תפיסות העולם שלי. למשל, יש איזור עם הרבה צמחונים, אז סופר שמוכר מוצרים צמחוניים או מסעדה צמחונית, יסייעו. אבל רק הופך ליותר קלים מבחינת התנאים, לא הכרחי.
* **שיתוף הפעולה מוסיף ערך-** משפר בצורה משמעותית את המציאות שלי. למשל, ניתן להגשים לבד את תפיסות העולם כאדם דתי, ולהתפלל לבד. אולם לתפילה במניין ערך גבוה יותר בדת, שיתאפשר ע"י שת"פ.
* **שיתוף פעולה מכונן-** אדם לא יכול לממש תפיסות עולמו בלי שת"פ, הוא קריטי ליכולת להוציאן לפועל, כי אין דרך לעשות זו לבד. למשל, הקיבוץ ההיסטורי- חלק מתפיסת העולם הסוציאליסטית, ללא שת"פ הוא לא היה קיים.

1. מה ההשפעה של מניעת הדרה על הקהילה? צריך לבדוק מה יקרה אם לא ניתן לקהילה לסנן מועמדים, האם כניסה של אדם חילוני לקהילה חרדית, תמנע מהקהילה לקיים את תפיסות הטוב שלה? ניתן מענה לפי הנסיבות.
2. לבחון את חוסנה הפוליטי כלכלי של הקהילה- יש קהילות חזקות מאוד, סבור שככל שהקהילה חזקה יותר, היא תצליח לשמור על המאפיינים שלה ועל היכולת שלה להגשים תפיסות עולם, גם בלי תמיכה ממשלתית ("כלל אצבע"). למשל, קיבוצים היסטוריים היו חזקים כלכלית ופוליטית, אבל כן קיבלו תמיכה מדינתית.

צריך לעבור את כל 4 הדרכים האלה. לבדוק את כל הפקטורים השונים ולהגיע לתמהיל- האם המדינה צריכה להתערב ולאפשר הדרה או לא. הדרך שלו לקדם את השיח ביחס ליכולת הדרה לישובים, כמסגרת תיאורתית מסודרת. מרים: מודל סובל מחוסר בהירות. אבל כן מסייע במידת מה.

*המשך שיעור 15- מוקלט בזום*

**הגנת הבעלות וההחזקה**

הסדר (ס'15-20 לחוק המקרקעין), שעוסק בשאלות של הסגות גבול. נלמד כיצד דיני הקניין מאפשרים להגן על זכות הבעלות וזכות החזקה, איך שומרים על הנכסים, ומה הכוח שיש לי כנגד פולשים.

**המוקד- דיני הקניין**. חשוב לדעת שהגנת הבעלות נעשית גם מכוח דיני הנזיקין ודיני העונשין (עוסקים בהשגת גבול). נראה מצבים בהם שוהים בנכסי מקרקעין אנשים שהם לא תמיד הבעלים של הנכס (שוכר, שואל, אדם עם רישיון להשתמש במקרקעין ואפילו אם הוא נכנס שלא כדין). נראה כיצד הגנת הבעלות או חזקה מעניקה כוח לבעלים לשמור על זכויותיו.

"החזקה" מורכבת מ2 יסודות:

1. יסוד נפשי (המרכזי)- **הכוונה** לשלוט בנכס, צריך להראות העדה חיצונית.
2. יסוד פיזי (לא תמיד)- שליטה **פיזית** בנכס, בדגש על היכולת למנוע מאחרים להתערב בו.

למשל בנעילת הבית, אין שליטה פיזית אבל יש בפעולה כוונה לשלוט בנכס, ולכן במצב זה לא נידרש ליסוד הפיזי.

ויסמן- ההצדקות להגנת החזקה:

1. **שמירה על הסדר הציבורי-** ההצדקה המרכזית והמהותית ביותר. סכסוכי מקרקעין מאיימים על הסדר הציבורי- מחזיק שאין לו הוכחות בדבר זכותו לנכס יהיה חשוף לבעל זרוע שינשל אותו מהנכס וכך הלאה לגבי כל מי שיחזיק בנכס. לפי ויסמן, כדי לשמור על הסדר הציבורי, צריך לקבוע מערכת דינים שמגנה על הבעלות והחזקה. אם מכבדים את זכות החזקה- נותנים יציבות משפטית בנוגע למצב הזכויות במקרקעין.

* ביקורת: האם נכון לפעול לטובת שמירה על הסדר הציבורי באמצעות מערכת כללים ייחודית במשפט הפרטי? במישור של המשפט הפרטי אין מקום להגנה זו.

1. **יעילות ההגנה על הבעלות בנכסים:** ברוב המקרים מי שמחזיק בנכס זה הבעלים. אולם, הוכחת ההחזקה בקניין קלה יותר מהוכחת בעלות, ולכן במקרה שלוקחים לך את הנכס, אם לא נאפשר הגנה עצמית מהירה, אז לא תהיה עליהם הגנה בכלל. הגנת החזקה היא מעין תרופה מידית וקלה.

* ביקורת: הרבה נכסים מושכרים, הגנת החזקה תפגע כלכלית בהרבה בעלי דירות שרוכשים נכסים להשקעה, מבלי להתגורר בהם. (לפי הנימוק הזה- זרים יוכלו להיכנס לדירה עם כוונה לשלוט בנכס ולטעון לחזקה בנכס).

1. **הטלת הנטל על התובע:** חזקה כשלעצמה אינה אומרת משהו מבחינה מהותית, אדם המחזיק בנכס אינו בהכרח בעל זכויות. אולם, אם מישהו כבר מחזיק בנכס, **הנטל צריך להיות על התובע, שרוצה לפנותו**. המחזיק בקרקע מבחינתו הוא בעל הזכות, ועל מי שרוצה לתקוף את החזקה, להוכיח שאותו מחזיק נמצא בנכס שלא כדין.

* ביקורת: האם מדובר על נטל ראייתי? או שמדובר על נטל הוכחה מהותי?

1. **עידוד שימוש בנכסים פנויים:** אין סיבה להשאיר נכסים פנויים, אם יש אדם שמחזיק בהם, יש לתת תוקף להחזקה. ע"י הענקת הגנה למחזיק, אנו **מעודדים ניצול נכסים שבעליהם אינם משתמשים בהם.** דומה לשמירה על הסדר הציבורי.

* ביקורת: האם אנו עושים בדין מדיניות של רובין הוד לעניים? האם לוקחים מהעשיר ומחייבים בעל דירה לתת אותה לאחרים? האם זה לגיטימי בשיטת המשטר הישראלי?

ישנם 4 שחקנים מרכזיים בהגנת הבעלות והחזקה:

1. **בעלים:** מבחינה פורמלית ומשפטית **רשומים כבעלי** הנכס, הבעלים יכול לשבת במקרקעין או לא, אבל בכל מקרה יש לו זכות בעלות במקרקעין.
2. **המחזיק כדין:** הבעלים אם מחזיק פיזית בנכס, אך יכול להיות גם אדם שקיבל **זכות החזקה** מהבעלים, והוא מחזיק בנכס פיזית.
3. **בעל הזכות להחזיק:** אדם **שמבחינה משפטית יש לו זכות** והרשאה להחזיק במקרקעין, אך **בפועל אינו מחזיק** את המקרקעין. למשל: בעלים שקנה דירה להשקעה.
4. **מסיג גבול:** ס'15-20 מפרטים כיצד מטפלים במסיג גבול. מדובר באדם שמחזיק במקרקעין או נכנס למקרקעין אבל אין לו זכות כלשהי להחזיק במקרקעין.

סעיפי החוק הרלוונטיים:

* 1. **סעיף 15:** מחזיק יכול להיות אדם שהשליטה הישירה במקרקעין בידיו או שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידי אדם מטעמו.
  2. **הסעיף המרכזי שעוסק בהסגת גבול- סעיף 16:** "בעל הזכות להחזיק": בעל המקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם, זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק במקרקעין שלא כדין (=מסיג הגבול). המשמעות היא שהבעלים והזכאים להחזיק יכולים להגיש תביעת פינוי נגד מסיג הגבול. ביהמ"ש אחראי על הסעד. חשוב לחדד, היום יש אפשרות להגיש תביעות פינוי בהליך מהיר.
  3. **סעיף 17:** המחזיק במקרקעין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות להחזיק במקרקעין, שיימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה לשימוש במקרקעין, ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזו. יש לשים לב- המחזיק במקרקעין יכול להיות גם מסיג גבול! מי שאינו מחזיק במקרקעין כדין! אם יש משיג גבול אחר שמפריע לו, הוא זכאי להגיש תביעה. מאחר שהדרישה של הסעיף היא רק להחזיק במקרקעין (ולא להחזיק כדין), ביהמ"ש עשוי להכריע במצב כזה לתת צו מניעה לטובת אדם שהוא מסיג גבול מלכתחילה. הרציונאל לסעיף הוא שמירה על הסדר הציבורי, גם במחיר מתן תוקף למצבים מסוג זה.

*פס"ד יוסף נ' עוקשי*- **מחלוקת בנוגע לפרשנות ס'17** "הפרעה לשימוש". מהו היקף ההגנה הנדרש?

* פרוקצ'יה: ס'17 חל גם על הפרעה לשימוש וגם על הסגת גבול ונישול.
* אנגלרד: הסעיף חל רק על הפרעה לשימוש (כל דבר שעושים), אבל לא על פלישות, אחרת קיימת כפילות עם ס'15-20. מרים- כנראה אנגרלד צודק.

1. **סעיף 18:** **הסעיף הכי מפתיע.** מותר לעשות סעד עצמי- המחזיק במקרקעין יכול להפעיל כוח נגד מסיגי גבול. מותר להשתמש באלימות או במעשה פיזי ברמה סבירה. למה החוק מאפשר עשיית דין עצמית?
   1. מענה לאופי האנושי: מתן סעד עצמי הוא מנגנון של שחרור קיטור. המשפט אומר שהוא יודע שאנשים שפוגעים להם בחזקה ושמפריעים להם בזכויות במקרקעין, יגיבו באלימות או יפעילו כוח כדי להדוף את מי שפוגע בהם, ולכן מכשירים את זה מלכתחילה. האינסטינקט הבסיסי הוא להגן על הרכוש שלנו. לא רוצים להפוך התנהלות זו להתנהלות עבריינית. **לכן נותנים לזה לגיטימציה משפטית**.
   2. חלופה מעשית במקרים מסוימים (בעיקר מיטלטלין): לפעמים אם לא נותנים לאדם לעשות סעד עצמי הוא יאבד את הזכויות שלו וזה כבר לא יהיה רלוונטי. למשל, גניבה של טלפון נייד מהידיים של המחזיק בו, אם הבעלים לא יפעיל כוח, אז סביר להניח שהוא לא יראה את הנייד שלו יותר. לכן, לפחות במיטלטלין, יש משמעות גדולה ליכולת להפעיל סעד עצמי מידי ולא לדחות את זה רק לבירור הזכויות בשלב יותר מאוחר. נכון שבמקרקעין הסיפור מעט שונה (הם לא יברחו לשום מקום), אבל עדיין ניתן להעלות על הדעת נזקים שחשוב למנוע אותם משום שלא ניתן יהיה להשיב את המצב לקדמותו.
   3. כלל קנייני לעומת כלל אחריות: כלל קנייני 🡨 כדי לקחת נכס מהבעלים, חייבים שהוא יסכים לכך. כלל אחריות 🡨 ניתן לקחת נכס בלי הסכמת הבעלים, אבל חובה לשלם פיצוי על הפגיעה. **סעד עצמי הוא ביטוי של כלל קנייני. המחזיק מונע מהפולש את הצורך לפצות אותו**. כלל קנייני הוא כלל שמונע סכסוכים, כי הוא מונע את הפלישה מלכתחילה.

**לסיכום,** אפשר להגיד שסעד עצמי עשוי להיות מוצדק בנסיבות מסוימות, אבל זה לא יכול להיות גורף. לא נאפשר למחזיק להפעיל כוח לא סביר. הסעד צריך להיות תחום.

**סעיף 18(ב):** תפס אדם את המקרקעין שלא כדין רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים ימים מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהם.**מישהו פלש 🡨** יש **30 ימים** בהם ניתן להפעיל סעד עצמי כדי להוציא מסיג גבול.

תנאים להפעלת הסעד העצמי לפי ס'18(ב):

* + 1. **לא מדובר על תאגידים או אנשים מטעם המחזיק** אלא רק על אדם- בתי המשפט הפעילו פרשנות מצמצמת לגבי מי שיכול להפעיל את הסעד.
    2. החוק **מגביל את תקופת הסעד העצמי ל-30 יום**, מהווההרבה זמן (אמורים להפעיל סעד עצמי מיידית). 30 יום הם היענות לדרישה של הסקטור החקלאי, שאמר בזמנו שהם לא נמצאים כל יום בשטחים שלהם ולכן הם צריכים פרק זמן שיוכלו להפעיל את הסעד העצמי. מבחינת החוק מדובר כאן על כניעה לסוג מסוים של לובי, שביקש להרחיב את מסגרת הזמן.
    3. **כוח במידה סבירה**. חוץ מכוח ברמה מינורית של להוציא את האדם בעדינות זה בד"כ משטרה.

**הפעלת סעד עצמי כנגד שוכר שלא מתפנה בתום תקופת השכירות, לא נכנס בגדר ס'18(ב), אלא לפי ס'16.**

**סעיף 18(א):** המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי **למנוע** הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין. **טרם הפלישה** **🡨** סעיף זה למעשה מדבר על שלב אחד לפני כניסה של מסיג הגבול.

התנאים להפעלת סעד עצמי לפי ס'18(א):

* + 1. המחזיק במקרקעין **כדין.**
    2. הפעלת **כוח סביר**.
    3. לשם **מניעת הכניסה** של מסיג הגבול.

חשוב לשים לב שבהקשר זה אין מגבלת זמן להפעלת הכוח שקבועה בחוק. כוח במידה סבירה.

1. **סעיף 19:** "מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כאמור בס' 18(ב) חייב להחזירם למחזיק" 🡨 אם נניח עברו 30 ימים, חייבים להחזיר את המקרקעין למחזיק שלא כדין.

"אולם אין בהוראה זו כדי לגרוע מסמכות ביהמ"ש לדון בזכויות שני הצדדים בעת ובעונה אחת, ורשאי ביהמ"ש להסדיר את ההחזקה, ככל שייראה לו צודק ובתנאים שימצא לנכון, עד להכרעה בזכויותיהם"🡨עדיין ביהמ"ש יכול לדון בזכויות של כל אחד מהצדדים. תוך כדי הדיון ביהמ"ש יכול לקבוע את הסדרת החזקה איך שהוא חושב. תיאורטית הוא יכול להחזיר את מסיג הגבול למקרקעין עד להכרעה המהותית בזכויות.

**בהתמודדות מול מסיג גבול:**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | זכות לתבוע מסירת המקרקעין (ס'16) | זכות למנוע הפרעה לשימוש (ס'17) | זכות להפעלת כוח – סעד עצמי (ס'18) | חובת השבת הגזילה (ס'19) |
| מחזיק שלא כדין | **X** | V | **X** | V |
| מחזיק כדין | V | V | V | V |
| בעל מקרקעין | V | **X (אלא אם מחזיק בפועל)** | **X (אלא אם מחזיק בפועל)** | V |

**\*מחזיק שטרם מימש את ההחזקה שלו, רשאי לתבוע לפי ס'16 בלבד.**

החזקה כשהמדינה היא הבעלים

ס' 15-19 יכולים לחול גם על מדינה (ולא רק על אנשים פרטיים). אולם מדובר בהרבה קרקעות וזה לא אפקטיבי. לכן כשמדובר על מקרקעין של המדינה, יש הנחיות אחרות לטיפול בפולשים.

*סעיף 4(א) לחוק מקרקעי ציבור*- נותן למדינה שורה של סמכויות דרמטיות לפינוי פולשים בקרקעות המדינה.

אם השתכנענו בבדיקה שיש פלישה לקרקעות המדינה אז הרשות המבצעת רשאית תוך **חצי שנה** מיום שהתברר לה שהתפיסה הייתה שלא כדין, ולא יאוחר **מ3 שנים** מיום התפיסה, להוציא צו שדורש לסלק את ידו של הפולש. ואם לא סולק 🡨 יש לה סמכות לבצע את הצו (פינוי פיזי) לפי ס'5.

התנאים להפעלת הסעיף:

* + - 1. **הגבלת סעד עצמי**- לא מדובר על הפעלת כוח, אלא רק על הוצאת צווים וביצועם.
      2. **הרחבת מסגרת הזמנים**- 6 חודשים עד 3 שנים. נותנים זמן רב יותר משום שהמדינה לא נמצאת במקרקעין כל הזמן.
      3. **אין צורך בהחזקה של המדינה**- לא נדרשת שליטה פיזית, מספיק בעלות (רישום בטאבו). לא צריכה להחזיק אותם בפועל. הסיבה לכך היא שהמדינה לא נמצאת ונוכחת כל הזמן בכל מקרקעי הציבור בישראל.

*פס"ד מדינת ישראל נ' בן שמחון*-מ"י הוציאה לבן שמחון צו סילוק יד ממקרקעין בחיפה ע"פ חוק מקרקעי ציבור. ערעורו לשלום נדחה, וצו הסילוק נותר בעינו, אך המחוזי קיבל אותו. **האם למדינה סמכות לפנות פולשים ללא משפט?**

השימוש בסמכות הוצאת צו סילוק פולש ע"פ החוק מחייב עמידה בכמה תנאים:

1. תפיסה של קרקע ציבור.
2. מתן הצו לא יאוחר מפרק הזמן הנקוב בחוק.
3. דעת הממונה כי תפיסת הקרקע הייתה שלא כדין (שיקול-דעתו של הממונה לעניין זה מחייב קיומה של רמת **ודאות גבוהה** בדבר עובדת הפלישה לקרקע. קיומו של ספק, או צורך בהוכחה באשר לעצם הפלישה או לגבי היקפה, מחייב להימנע מהפעלת הסמכות המנהלית להוצאת צו סילוק ומצדיק פנייה לערכאות המשפט לצורך הכרעה בעניין במסגרת תביעה רגילה).

ביהמ"ש: תחימה זו של מסגרת התנאים להוצאת הצו **מתיישבת עם תכלית החוק לסילוק פולשים**, המבקשת לאזן בין חריגותו של ההסדר כהסדר שנועד לתת מענה לצורך בהגנה מיוחדת לקרקעות הציבור, לבין הצורך לצמצם את השימוש בו בבחינת עשיית דין עצמית רק למצבים הכרחיים ביותר, כאשר שוררת ודאות בדבר מעשה הפלישה. כאשר תנאי הוודאות אינו מתקיים, תבורר דרישת המדינה לסילוק יד בדרך הרגילה של פנייה לערכאות.

**במקרה הקונקרטי-** הצו שהוציאה המדינה נ' בן שמחון **לא תקף וצריך להתבטל**. אם המדינה רוצה – שתתבע במסלול ביהמ"ש הרגיל ויבררו למי יש זכאות.

*המשך שיעור 17- 7.12.21*

**V. דרכי רכישת זכות קניינית**

זכות קניינית, לאחר **שמשתכללת,** מקנה לבעלים שלה זיקה בלתי אמצעית לנכס- בשונה מזכות חוזית שתקפה רק בין שני צדדים.

דרכי רכישת בעלות:

* + **ירושה**- אדם נפטר ומוריש את הזכות הקניינית שלו בנכסי מקרקעין, מטלטלין או זכויות (צוואה או לפי חוק).
  + **תפיסת חזקה**- במיטלטלין שהופקרו או אבדו, עצם החזקה יכולה לגבש זכות קניינית בנכס. בעבר תפיסת חזקה שימשה גם למנגנון של רכישת זכות קניינית במקרקעין לפי הפרקטיקה של "**Adverse Possession"** או **התיישנות רוכשת**- לפיה כאשר אדם תופס מקרקעין למשך תקופה ארוכה מאוד, בשלב מסוים מתגבשת אצלו זכות במקרקעין. כיום פרקטיקה זו אינה קיימת בישראל, מאחר ובית המשפט ביטל אותה. אולם בחלק משטחי יהודה ושומרון עדיין ניתן להשתמש בפרקטיקה זו, בשל החוק העותמאני שקיים שם.
  + **חלוף זמן + שימוש שאין עמו החזקה**- זיקת הנאה מכוח שנים. מעצם העובדה שעובר מספיק זמן והשימוש גלוי לעיני הבעלים והבעלים לא מביע התנגדותו, צומחת זכות קניינית של זיקת הנאה.
  + **שיפור נכסי זולת**- ערבוב/חיבור של מיטלטלין או מחוברים/בנייה במקרקעי הזולת. מצבים שבהם אדם מכניס נכס מיטלטלין שהוא לא שייך לבעלי הקרקע, ומאחר שהנכס הפך למחובר למקרקעין, הוא משנה את הבעלות ונוצרת בעלות משותפת לפי המוסד הקנייני של שיתוף מקרקעין. פעולות של שיפור הנכס, הזולת מקנה לי את הבעלות על הנכס שחובר.
  + **עסקה רצונית**- מכר, מתנה, שכירות, משכון וכו'. כלל סוגי הנכסים וכלל סוגי הזכויות. **חלים דיני החוזים** (כריתת חוזה, פגמים בכריתה, בטלות עקב אי חוקיות, תרופות וכו'). במקרקעין **חלה דרישת הכתב בס'8** לחוק המקרקעין (חריג- שכירות קצרת מועד עד 5 שנים).

*שיעור 18- 9.12.21*

**בעסקה רצונית,** חשוב לדעת מתי הזכות עוברת מהשלב החוזי/אובליגטורי (התחייבות לעסקה) אל השלב הקנייני (השתכללות העסקה) כיוון שזה משפיע על צדדים שלישיים, העולם יודע על הזכות- תקפה כלפי כולי עלמא.

**עסקה במקרקעין**

שלב חוזי/אובליגטורי

לרוב, עוברים משלב זה לשלב הקנייני, כאשר הזכות מקבלת פומביות (רישום לפי ס'7(א) לחוק המקרקעין).

**אולם, המעבר אינו מהיר, אלא לוקח זמן**. לכן, אנו חשופים עם זכות חוזית עם פרקי זמן ארוכים.

מה קורה לפני הרישום? לפי ס'7(ב), כל עוד העסקה לא נרשמה, יש זכות חוזית לעשות עסקה במקרקעין. התעוררו שאלות מה המעמד של הזכות החוזית.

דוגמא להמחשה: אם חתמתי על חוזה לרכישת דירה, ויום לאחר מכן הבעלים חותם על חוזה נוסף מול גורם אחר, ואותו גורם מעקל את הנכס של הבעלים. במקרה כזה השאלה האם אנחנו בשלב החוזי או הקנייני היא קריטית – אם אנחנו בשלב החוזי ולא מכירים בעובדה שיש לי גישה בלתי אמצעית אני נשאר קירח - אני לא מקבל נכס ולא מקבל את הכסף שכבר שילמתי כי הנכס מעוקל לטובת גורם אחר.

רקע היסטורי: לפני שחוקקו את חוק המקרקעין, חלו דיני היושר האנגליים במקרקעין ששלטו בדין הישראלי. במצב של עיקול ע"י צד ג' שמאוחר לחוזה (נוצר עימות בין הרוכש לבין המעקל), אז נראה את העסקה כעשוייה, נגמר השלב החוזי וההכרה בזכות היא כמעין קניינית. כך שתהיה תקפה גם כנגד אותו מעקל. רוב הנסיבות היו שהקונה עשה הכל, שילם הכל, רק לא הספיק לרשום את זכותו על הנכס במרשם המקרקעין.

**ס'161 לחוק המקרקעין** מבטל את דיני היושר. הוא קובע שלביהמ"ש אין סמכות לעשות מה שעשה לפני כן.

אז מה עושים במצב זה?

*פס"ד בוקר*- ההלכה שלטה מתחילת שנות ה70 עד שנת 99'. המטרה לעודד אנשים לרשום זכויות, ולנצל את מעמד המרשם. נתפס כהלכה קשה.

רקע: בני הזוג בוקר, קנו דירה, משלם כמעט את כל הכסף, אבל לא מספיק לרשום. ואז צד ג' עיקל את הנכס.

ההלכה: ביהמ"ש אומר ש**כל עוד העסקה לא נגמרה ברישום הזכות** (לפי סעיף 7(ב))**,** ישנה רק **זכות חוזית.** ותו לא.

*פס"ד אוצר החייל*-ברק הפך את הלכת בוקר. סוף שנות ה-90, רוצה להחיות את ההסדר של דיני היושר, אבל מחפש דרך אחרת לאור ס'161 שאסר עליו.

רקע*:* מזל אהרונוב עושה הסכם גירושים עם בעלה, מקבלת מקרקעין, לא מספיקה לרשום את הזכויות ואז הבנק מטיל עיקול על המקרקעין הללו.

ברק: מייצר זכות "קניין שביושר" על בסיס חוק המקרקעין. בנסיבות מסויימות, יש לרוכש המאוחר (שמחזיק בזכות חוזית לפי החוק) **זכות מעין קניינית** בתקופת הביניים הזאת, שתקפה כנגד צדדים שלישיים **מסויימים** (למשל מעקל מאוחר או רוכש מאוחר).

איך הוא עושה זאת? *ס'9 לחוק* **שעוסק בעסקאות נוגדות**- במצב זה, המחוקק נותן עדיפות לרוכש המוקדם כברירת מחדל, על פני המאוחר. ברק למד ממנו על סטטוס בעל הזכות החוזית המוקדמת בזמן.

**התפיסה הרווחת היום:** ההלכה של ברק. שדרוג לשלב החוזי, זה פחות מזכות קניינית אבל גם יותר מזכות חוזית. בגלל החשיבות של עסקאות במקרקעין, לא רוצים להסתכל על השלב החוזי באופן דיכוטומי ושגוי, שלא מקנה לרוכש שום דבר זולת ההתחייבות החוזית.

למה יש פער זמנים בין העסקה לבין הרישום?

1. **רשת ביטחון למוכר**- לרוב העסקאות מעוצבות כך שהתמורה מחולקת לתשלומים. ואז המוכר לא יתן לרוכש לרשום את הזכויות עד שלא עברה התמורה המלאה.
2. **מיסוי ואישורים**- כדי לרשום את הנכס בטאבו צריך להראות אישורים של כל המיסים (רכישה, שבח, היטלי השבחה של עיריות), והחישובים לצורך הוצאת השומה לוקחת זמן.
3. **מימון והסרת המשכנתאות**- כל הנושא של קבלת המימון מהבנק כרוכה בשיעבודים כבטוחה עבור הבנק, להלוואה שנתן. רישום הנכס כמשועבד לוקח זמן. כמו כן, לעיתים צריך להסיר משכנתא קיימת- גם לוקח זמן.

לכן יש פער זמן גדול בין השלב בחוזי לשלב הקנייני.

**כאשר הנכס לא רשום במרשם (בטאבו), זו לא עסקה במקרקעין 🡨 לא חל חוק המקרקעין.** הקנייה היא של זכות חוזית לקבל בעלות על מקרקעין.

*הערה*: מצב בו קונים דירה מקבלן והנכס לא רשום, הקבלן לא יכול למכור את זכות הבעלות. אבל כן יבטיח בהסכם שביום שהדירה תירשם בטאבו היא תירשם על שם הקונה. אבל כל עוד הנכס לא רשום בטאבו **אין על מה לרשום זכויות**. אם הרוכש ירצה לקחת משכנתא מהבנק, במצב זה, הוא יוכל למשכן את הזכות החוזית שלו (ברשם המשכונות).

איך נעשה הליך הרישום? יש להביא:

1. שטר המכר- חמישה עותקים. טופס סטנדרטי לרישום הזכות בטאבו.
2. חוזה המכירה- חתום ע"י שני הצדדים, מאומת ע"י עו"ד. מאשר שעשו את העסקה.
3. אישור עירייה- תשלומי מיסים עירוניים, ארנונה, היטלי השבחה. להראות שאין חובות על הנכס.
4. אישורי מיסוי- מס רכישה/שבח או פטור, ואז רשויות המיסוי נותנות את האישור לבצע את הרישום במרשם.

מה עושים במצב הביניים?

בין השלב החוזי לשלב הקנייני? משום שיש פער זמנים מחויב, צריך להגן על הרוכש החוזי. המחוקק יצר פיתרון - כלי לרישום עסקאות חוזיות בתקופת הביניים. **"הערת אזהרה"** לפי ס'126 לחוק המקרקעין- מאפשרת לרשום בטאבו את **הזכות החוזית** בתקופת הביניים.

* היא **לא** זכות קניינית. כדי לקבל זכות קניין (הבעלות), חייבים לרשום ברשם המקרקעין בסוף התהליך.

איך מתבצע פרקטית: בדר"כ, לאחר התשלום הראשון, הרוכש ירשום בטאבו הערת אזהרה לטובתו. כשמה כן היא- מזהירה אחרים שנעשתה עסקה על הנכס, ויש לרוכש זכות חוזית על הנכס.

היתרונות שלה:

* + - * 1. **תמרור אזהרה-** כל אדם או גורם אחר שמתעניין במקרקעין האלו, יראה שנעשתה עליהם עסקה כבר.
        2. **חסם רישומי-** לא ניתן לעשות פעולות רישומיות בנכס. רשם המקרקעין מנוע מלרשום זכויות לטובת גורמים אחרים. אלא אם כן מסירים הערות אזהרה או אישור מבעלי הערות אזהרה להחלפת הבעלות.
        3. **עדיפות כלפי צדדים שלישיים-** מקנה עדיפות משפטית על הנכס ביחס למעקלים בפשיטת רגל, נושים בפירוק של חברה וכו'. הגנה משמעותית.

***לשים לב:*** ס' 7 חל רק על עסקה במקרקעין **הטעונה רישום.**

מה לא טעון רישום?

* זכויות במקרקעין- זיקת הנאה (נוצרת מכוח שימוש ממושך), זכות קדימה מכוח חוק (למשל, למשך השנתיים הראשונות במשק חקלאי שעובר בירושה במשפחה).
* זכויות שהן תוצר של עסקה- שכירות קצרת מועד.

**עסקה במטלטלין**

גם כאן יש את החלוקה לשלב האובליגטורי (חוזי, התחייבות לעסקה) ושלב קנייני (השתכללות העסקה).

* עסקאות מהירות- משלמים על הנכס והבעלות עוברת **באותו זמן** (שוקו במכולת). אין פער זמנים.
* עסקאות ארוכות- תשלום מראש על הספקה או שירות שיגיע בהמשך 🡨 פער זמנים = יש סיכון.

*ס' 33 לחוק המכר-* **הבעלות** בממכר עוברת לקונה **במסירתו**. הוא הדין לגבי מכוניות, תכשיטים וכו'.

ככלל, ברירת המחדל (שניתן להתנות עליה) היא **שכאשר המיטלטלין נמסר לרוכש, הוא הופך לבעלים באותה העת,** ואז מתגבשת הזכות הקניינית. מועד המסירה = מועד העברת הבעלות. יש ממד חשוב לחזקה בנכס !

אולם, הסעיף מתיר לצדדים להסכים על מועד אחר, או על דרך אחרת להעברת הבעלות, זה מה שיחול.

ניתן לשאול מדוע קיים ס' 33 ולא פשוט מעבירים את הבעלות בשלב הרישום בדומה למקרקעין? הסיבה היא שאין מרשם של מיטלטלין ולכן אין יכולת ליצור מנגנון שמתנה את גיבוש הבעלות ברישום.

**עסקה בזכויות**

העברת זכויות = המחאה. עסקה בזכות, לא ניתן לתפוס בחזקה פיזית, לכן נרשמתברשם המשכונות.

החוקים הרלוונטיים הם **חוק המכר** **+ חוק המחאת חיובים**.

*ס' 33 לחוק המכר-* **הבעלות** בממכר עוברת לקונה **במסירתו**, אלא אם כן הצדדים הסכימו אחרת.

הסעיף לא יכול לחול בלי שינוי מסוים, משום שאי אפשר לעשות מסירה פיזית של זכויות.

ולכן התפיסה המשפטית היא **שמועד כריתת ההסכם** נחשב **מועד העברת הבעלות**, אלא אם כן נקבע אחרת בין הצדדים. ולכן בדר"כ, השלב הקנייני והשלב החוזי מאוחדים!

* מכירת זכות בקרקע לא רשומה- מקרקעין **שאינם רשומים** בטאבו (לא עברו תהליכי הסדר) = זכויות, והבעלות עוברת **במועד** כריתת ההסכם.
* מכירת זכות לקבל חוב- אם החייב חייב כסף לממחה, הממחה יכול להמחות את החוב הזה לנמחה ואז החייב משלם לנמחה באופן ישיר. להמחשה: משה חייב לחיים 50 ₪. חיים יכול למכור את הזכות שלו לקבל את ה-50 ₪ לציון ואז חיים חייב לציון. במצב זה, ציון **מגבש** את הבעלות שלו על החוב **במועד כריתת ההסכם** עם חיים, (כאמור, אלא אם כן נקבע אחרת ע"י הצדדים).

**רכישת דירה מקבלן**

עסקה רצונית. כשרוכשים דירות יד ראשונה מקבלנים, החוזה מנוסח בצורה חד צדדית (אין מו"מ או שינויים של החוזה) יוצר פערי כוחות משמעותיים בין הצדדים שמביא לליקויים קוגנטיביים. לכן, המחוקק קבע הסדר משפטי שמגן על רוכשי הדירות.

סוגי הליקויים:

1. **הצפת מידע**- לקבלנים יש עורכי דין מיומנים ומנוסים. הם יודעים להכניס לתוך החוזה הרבה מאוד פרטים. כשהאדם מוצף במידע, הוא מפספס חלק מהפרטים החשובים. זה מיותר (ניתן להסתפק בשישה עמודים). מקשה על הקונה מבחינה קוגניטיבית- קשב מוגבל.
2. **מסגור**- הקבלן יסדר וינסח את הסעיפים בסדר ובאופן שמתאים לו. ישלב חובות בדרך מסויימת, כך שהרוכש לא תמיד יבין מתי מדובר בחובות או בזכויות שלו או של הקבלן בקריאת החוזה. להדיוטות קשה להתגבר על המסגור. הקונה לא מתווכח יותר מדי על החוזה שהקבלן מספק לו, הוא יחתום על הנוסח המוצע.
3. **שגיאות הסתברותיות**- לרוב, רוכש הדירה מתעקש על תניות הנוגעות למועד מסירת הדירה או הפיצויים אם יש עיכוב במסירה. אולם, **פחות מתעסקים בפגמים מהותיים** בנכס, כמו פשיטות רגל של הקבלן שיכול להוביל לאי מסירת הנכס. מחקרים שנעשו על חוזי דירות מגלים שלרוכשים יש כשל בהערכות הסתברותיות. **הטיה קוגנטיבית** לפיה המוח נותן **משקל משמעותי** למצב השכיח יותר (סבירות שיקרה גבוהה, אבל תוחלת נזק מזערית) מאשר למצב המזיק יותר (הסתברות נמוכה אבל תוחלת הנזק גבוהה מאוד).
4. **הטיה בין מידע מוחשי למידע שאינו מוחשי**- כשמקבלים חוזה, מקבלים גם מפרט שמראה איך יראה מה שמקבלים בדירה (מטבח, אריחים, שירותים). אנשים נוטים להתעסק עם המידע המוחשי, כי יודעים איך להתייחס אליו. לעומת הדברים המופשטים, שלא מבינים במה מדובר אז מתעלמים. למשל, הוראות משפטיות שקשורות לחבויות וזכויות כאלו ואחרות.

**על רקע כל זה נולד אי שוויון בין הקבלן לבין הרוכש**. ולכן המחוקק התערב בדרך של רגולציה מחמירה בסוגי עסקאות אלה באמצעות חקיקה צרכנית, שקובעת חובות קוגנטיות ע"מ לשמור על הרוכשים.

שני סוגים של הסדרים משפטיים ייחודיים לרכישת דירה מקבלן.

* **חובות גילוי**- נמצאות בחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973.
* **בטוחות**- נמצא בחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה-1974.

*שיעור 19- 16.12.21*

**חובות גילוי**

בחוק המכר (דירות) יש את ס' 2-6. החוק מחייב את הקבלן לפרט בצורה ברורה מה מקבלים ממנו:

* + סעיף 2- הקבלן **חייב לצרף לחוזה מפרט** **והוראות תחזוקה לשימוש**. פירוט מאוד ברור של המתווה של הדירה עצמה ושל הדברים שהקבלן מתחייב לספק בדירה. ברזולוציות מפורטות של שקעים, עבודות חשמל, ריצוף, רמת צביעה, גימור, תריסים, דלתות וכו'.
  + סעיף 3- קובע את **מבנה המפרט**. מחייב את הקבלן לאפשר לקונה לוותר על חלק מתכולת הדירה בתמורה להנחה על הדירה.
  + סעיף 4- הסעיף מדבר על מתי תופסים את הקבלן כמי שמפר את חוזה המכר בשל אי התאמה בדירה ס'4(א). הסעיף קובע **תקופות אחריות** שונות לליקויים שונים. חלק מהבעיות נורמאליות, אבל הקבלן אחראי לתקן את הליקויים בהתאם לתקופת הזמן שהחוק קובע. אם המוכר לא מקיים את החיובים שלו לקונה בהתקיים אחד ממספר תנאים, נתפוס את הקבלן כמי שמפר את חוזה המכר בשל אי התאמה בדירה.
  + סעיף 5- עוסק במצבים בהם הקבלן **לא מוסר מפרט**. ישנה חזקה שהוא חייב לספק את הדברים בדירה באיכות גבוהה. סעיף 5(ג) חובת ההוכחה שהדבר באיכות גבוהה היא על המוכר, על אף שאין מפרט.
  + סעיף 6- **עוסק בתקנון בבית משותף**. ס' חשוב שנותן מענה לכשל הקוגניטיבי בנכסים מוחשיים- רוצה למנוע מצבים בהם קבלנים מותירים לעצמם חלקים מהרכוש המשותף בבעלותם ולפני המסירה הם יכולים להצמיד את הרכוש המשותף לדירות שונות. הס' מחייב את הקבלן להבהיר במפורש לדיירים על חלקים שונים מהרכוש המשותף שהוא הוציא, על כל ההצמדות שהוא עושה, מהו שיעור ההשתתפות בהוצאות הבית המשותף (אם יש חברת החזקה לבניין שמספקת גננות, ניקיון וכו'). ס'6ב- ברירת המחדל העונשית, היא שאם אתה עושה דברים אחרת מהמפרט **ולא מעדכן את הדיירים במה שאתה עושה**, הוראות התקנון המצוי **יחולו** ואין נפקות למעשים שלו. הסדר שנועד להגן על הצרכנים. ס'6ג מאפשר שעסקת מכר עם קבלן יכולה להיעשות **עם עורך דין אחד,** משותף. המטרה- לחסוך את העלויות הרבות בעסקה.

*פס"ד שמעונוף נ' ברוכים*-עוסק בסעיפי החוק ומסביר את הרציונל. מטרת חוק המכר היא להביא לידיעת הקונה בבהירות ובדיוק, את **כוונותיו האמיתיות** של המוכר ואת **הזכויות** שהקונה רוכש עמו. הצורך בהגנה על הקונה הוא בשל מעמדו הנחות מול המוכר מבחינת כוח מיקוח, יכולת תמרון, וניסוח החוזה לעומת הקבלן שיש לו כוח רב.

הפסיקה קבעה את אופן הגילוי:

* + **מפורט**- לפרט בדיוק מה הקונה מקבל, בגלל זה יש את ה"מפרט". אופן הגילוי חייב להיות מפורט מאוד.
  + **בהיר**- לא בשפה משפטית עמומה, אלא כך שהרוכש יבין, בלשון ברורה מאוד.
  + **במועד עריכת החוזה**- מועד הגילוי יהיה בעת עריכת החוזה, טרם החתימה.

אם לא מולאה חובת גילוי: אם הקבלן לא גילה דבר מה (רלוונטי בעיקר לס' 6) יראו את זה כאילו התקנון המצוי חל על הבית. המשמעות היא שכל מה שהקבלן ניסה לעשות ע"מ לסטות מהתקנון המצוי, לא יהיה תקף. הקבלן יכול הרבה פעמים לקבל החלטות שונות ולרשום את זה כחלק מהתקנון של הבית המשותף. אם הדיירים לא ידעו על כך טרם חתימת החוזה, הסנקציה היא ביטול כל הדברים שהוא עשה וחזרה להוראות של התקנון המצוי.

**בטוחות -** חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה-1974

**פרשת חפציבה**- חפציבה הייתה חברת בנייה שבנתה הרבה דירות בפרויקטים. הייתה לה בעיה בתזרים המזומנים. היא משלמת הרבה מאוד כספים עבור הפרויקטים ולא מקבלת מספיק בתמורה על הפרויקטים.

באוגוסט 2007 מתפרסם שהחברה נמצאת בקשיים כלכליים חמורים. כמה ימים אח"כ, יש נהירה של רוכשי דירות לבניינים שעוד לא הסתיימו. באופן עקרוני אנשים שקנו דירה יודעים שיש הבטחת השקעות עבור הכסף שלו. הדוגמה הקלאסית היא ערבות בנקאית. לכן לא אמור לעניין את הרוכשים שהקבלן פושט את הרגל או לא מוסר את הדירה כי הבנק יחזיר לרוכש. אולם חפציבה לא פעלה לפי החוק. בד"כ כשמקבלים ערבויות של בנקים צריך להעביר את הכסף לחשבון מיוחד ורק כספים שנכנסו לחשבון הזה הבנק הוציא עבורן ערבויות. אולם חפציבה סיפקה ללקוחות שלה מספרי חשבון שונים. הם שילמו את הכספים, לא קיבלו ערבויות ונשארו ללא בטוחות על ההשקעות שלהם.

למה החוק כופה את מתן הבטוחות? שני סיכונים משמעותיים שבגינם נדרש בטוחות

1. **סיכון שנובע מבעיות כלכליות של החייב-** יש סיכון שהקבלן יפשוט רגל. רוצים להבטיח שהכסיפם של הרוכשים מבוטחים.
2. **סיכון שנובע מפגמים בזכות הקניין של המוכר**- הרבה פעמים הקרקע עליה נבנה הבניין שייכת לצד שלישי ולקבלן אין זכות קניינית עליה ותמיד יש סיכוי שבעל הקרקע יוציא את הקבלן מהקרקע. לא רוצים שהפגמים בזכות הקניין של הקבלן יפגעו בזכויות של הרוכשים.

לכן החוק בחר בפרקטיקה של כפיית בטוחות. כלומר, **העסקאות מחייבות מתן בטוחות**. אם מוכרים דירה יד ראשונה, ולא נותנים בטוחות, יש סנקציות חמורות על הקבלן.

חריגים לתיקון:

1. החוק חל רק על רכישת **דירה**. למשל דירת מגורים, חדר למגורים, מערכת חדרים למגורים, לעסק או לכל צורך אחר.
2. החוק תקף גם על עסקת **חכירה לדורות**, ולא רק בעסקת מכר.
3. החוק **אינו חל** על בניה עצמית (קבוצת רכישה- אנשים פרטיים שקונים חלקת אדמה ובונים בניין), ולא על מכירה של דירות יד שנייה, כאשר הדירה כבר רשומה.
4. כל הבטוחות מתחילות ב7% משווי הדירה. אם משלמים פחות- אין כפיית בטוחה. אבל בדר"כ בחוזי מכר התשלום הראשון הוא מעל שיעור זה.

**החוק מונה 5 אפשרויות להבטיח השקעתם של רוכשי הדירות (ס'2)**

בטוחות פיננסיות-

כדי שבנק או חברת ביטוח יתנו ערבות או ביטוח יש פרמיות וריביות וזה עולה לקבלן הרבה כסף.

1. **ערבות בנקאית-** בטוחה זו בדר"כ השכיחה ביותר והאופטימלית ביותר מבחינת הקונה. מצב בו הרוכש משלם לקבלן תשלומים, בדר"כ התשלומים מופקדים ישירות לחשבון הבנק שמלווה את הפרוייקט ועבור כל תשלום מקבלים כתב ערבות מהבנק.כך שאם הקבלן יפר את ההסכם, הבנק יחזיר לרוכש את כל הכסף ששילם.
2. **ביטוח-** דומה לערבות. חברת הביטוח מבטחת את כל הכסף, אם יקרה משהו לקבלן- היא תחזיר לרוכש.
   * הבעיות בבטוחות פיננסיות- 1. לא מבטיח לקבל את הדירה. 2. אין פיצוי על נזקים שנגרמו לקונה כאשר הדירה **כן** נמסרת (אי עמידה בלוחות זמנים, אי-התאמה).

בטוחות קנייניות-

הקבלן יכול להחליט שלא רוצה לשלם כסף לבנק או לביטוח אלא מעדיף לתת זכות קניינית במקרקעין, לא תמיד אפשריות.

1. **שיעבוד הקרקע במשכנתא ראשונה בדרגה**-מבטיחה שהחוב יפרע ראשון.קבלן יכול לשעבד את הקרקע לטובת הרוכש, כך שאם הוא יפשוט את הרגל, הרוכש יכול להיפרע ישירות מהמקרקעין.
   * הבעיות- 1. לרוב, הקבלן לא הבעלים של הקרקע ולכן לא יכול לתת משכנתא. 2. גם אם כן- לרוב היא משועבדת לבנק שמלווה את הפרויקט כך שהמשכנתא מדרגה ראשונה ניתנה כבר לטובת הבנק, ולא לטובת הקונים.
2. **רישום חלק יחסי של הקרקע ע"ש הרוכש**- הקבלן נותן לרוכש זכות בעלות יחסית על המקרקעין, בהתאם לגובה התשלום. הבטוחה הנפוצה בקבוצות רכישה, על אף שהחוק לא חל עליהן. כי זה מצב של שיתוף מקרקעין, עושים רישום בעלות משותפת על שם כל רוכשי הדירות.
   * הבעיות- 1. לרוב הקרקע לא בבעלות הקבלן, לכן לא יכול להעביר את הבעלות. 2. גם אם כן- יכול להיות שהיא משועבדת לבנק וכדי לרשום בעלות יש צורך בקרקע נקיה מרישום (כל המשכנתאות והחובות הוסרו מהנכס).
3. **רישום ה"א לגבי הדירה או חלק יחסי מהקרקע עליה נבנית**-קבלן יכול לרשום ה"א לטובת הרוכשים. מגנה מפני נושים מאוחרים או מפני רישום עסקאות אחרות.
   * הבעיות: 1)לרוב הקרקע לא בבעלות הקבלן, לכן לא יכול להסכים לרוכשים לרשום אותן. 2) גם אם כן או שהבעלים הסכים- בדר"כ הקרקע המשועבדת לטובת הבנק, והוא גם דורש לרישום הע"א לטובתו, ולא ניתן לרשום הע"א סותרות. רוצה את הקרקעות נקייה מאנשים שיפריעו לו לממש את המקרקעין במידת הצורך. 3) גם אם הע"א ראשוניות ואין משכנתא על הנכס, פרקטית- לא מבטיחה לקבל את הנכס אם הקבלן פושט רגל, אלא מגנה מפני נושים מאוחרים או מפני רישום עסקאות אחרות. לכן, הבטוחות הקנייניות מסובכות ולא תמיד מעשיות. ומבחינה מעשית הבטוחות הפיננסיות הכי רווחות.

לאחר פרשת חפציבה

* + **כל העסקאות בעלות ליווי בנקאי**- קבעו חובה שכל עסקה צריכה להיות עם ערבות בנקאית מתחילתה ועד סופה.
  + הסכום ממנו יהיה **ערבות הוא 7%** ולא 15%.
  + **אופן התשלום: פנקס של שוברים-** לא משלמים את כל הסכום בפעימה אחת, אלא מפקידים כל תשלום בנפרד ישירות לבנק, והוא מנפיק שוברים שמאשרים כל תשלום ששולם ע"י הרוכש.

תוספות לאחר תיקון 2008

* סעיף 2א1 – חובת המוכר **לידע את הקונה בכתב** על זכויותיו מכוח החוק. לפני התיקון לא הייתה חובה לידע בכתב את הקונה על זכויותיו. כמו כן התיקון מחייב את הקבלן ליידע אם הוא בוחר בבטוחה לא פיננסית.
* סעיף 3ג – התיקון לחוק **מטיל חובות גם על בנק** או תאגיד אחר שמלווה לקונה כסף כדי שהקונה יוכל לרכוש את הדירה. החובה על המלווה הינה, שעליו ליידע את הקונה על כך שיש לו זכות לקבל בטוחות מכוח החוק. כמו כן, אסור לו להעביר את כספי ההלוואה למוכר, עד שהוא לא מוודא שניתנה בטוחה לטובת הקונה.

*פס"ד עו"ד רונן מטרי*- עסק בפרשת חפציבה ובפרשנות החוקים. השופט עמד על הרציונלים מאחורי התיקון לחוק, מהן ההבחנות בין רוכשים פרטיים לרוכשים עסקיים. השופט קובע, שמתוך ההנחה שהמערכת החוזית אינה שוויונית וישנם פערי כוחות משמעותיים, התיקון מייצר הגנה על האזרח הקטן.

אולם, רוכשים עיסקיים (רוכשי דירות להשקעה) הם מתוחכמים, ולא צריכים אותה הגנה, כי אין את פערי המידע שלשמם התיקון נעשה.

מרים: זאת לא ההלכה, דעה שקיימת לגבי יישום החוק וההגנות שלו. לא חושבת שצריך לעשות את ההבחנה.

**האם צריך לכפות בטוחות או לתת לרוכשים את האפשרות להחליט? \***לזכור- החוק קוגנטי, ההוראות בו מחייבות ולא ניתן להתנות עליהן.

מצד אחד הכפייה מוצדקת, הנחת המוצא היא שיש כשל שוק, עיוות מאוד ברור ביחסי הכוחות בין אותם קבלנים לבין הרוכשים. במצב כזה, אם לא נכפה בטוחות, נגיע למצב בו הפערים הללו יובילו רוכשים לאבד חלק משמעותי מהכסף שלהם.

מצד שני, כפיית בטוחות מייקרת את מחירי הדירות. הקבלן צריך לשלם כסף לבנק על הערבות או לחברת ביטוח שתבטח את הכסף. לכן הקבלנים מגלגלים את העלויות האלו אל הלקוחות.

**דיני תחרויות**

ישנם 3 סוגי תחרויות עיקריים: 1. עסקאות נוגדות. 2. תקנות שוק. 3. קניין שביושר.

בהתאמה, לכל אחד יש דבר חקיקה שמסדיר את הנושא ביחס ל3 סוגי נכסים: מקרקעין, מטלטלין וזכויות (זכות לקבל נכס, למשל במקרקעין לא רשומים).

מכאן, ישנן 9 רובריקות של זכויות ויחסים. נראה איך מתמודדים עם כל סוג של תחרות ביחס לכל סוג של נכס.

הגישה הקלאסית בדיני תחרויות: מדובר על מצב בו בעל נכס עושה עסקה עם יותר מאדם אחד על מכירת אותו הנכס ומתחייב להם. כך, שישנם כמה חוזים תקינים ותקפים אך סותרים זה את זה. איך מכריעים בעימות על קבלת הנכס בין רוכשים שונים?

בעבר, היו בודקים את מערכת הזכויות של כל אחד מהרוכשים השונים מול המוכר, וההכרעה הייתה על בסיס הזכויות שנוצרו מול המוכר.

אולם בשלב מאוחר יותר התייחסו למצב כמו **תחרות = תאונה משפטית**. קבעו שיותר נכון לבדוק את מערכת היחסים בין שני הרוכשים, ולהוציא את המוכר מהתמונה. אין לו חלק בתחרות עצמה, הוא רק יצר אותה. לרוב, המוכרים במצבים אלה לא יהיו נוכחים ממילא (פשטו את הרגל, ברחו מהארץ, מסתבכים).

דרישות מרכזיות בדיני התחרויות:

1. **תום לב**- כולל 2 אפשרויות פרשניות.

* סובייקטיבי- בודק מה האדם במקרה דנן ידע בפועל טרם הכניסה לעסקה. האם האדם המסויים שבוחנים את תום ליבו, פעל בתום לב בעסקה אותה עשה. כלומר, אם נכנס לחוזה בתמימות או לא.
* אובייקטיבי- בודק מה האדם צריך היה לדעת טרם הכניסה לעסקה, ואם היה צריך לעשות פעולות כדי לגלות ולא עשה. האם אותו אדם נהג כמו שאדם סביר היה צריך לנהוג באותן נסיבות. כלומר, אם ההתנהלות המסויימת שלו עומדת בסטנדרט של האדם הסביר בנוגע לכניסה לחוזה.

1. **תמורה**- התשלום ששילם עבור הנכס כל אחד מהשחקנים שנקלע לעימות.

* תמורה כלשהי- תמורה מסויימת ששילמתי, יכול להיות גם 1% משווי העסקה. כל סכום.
* תמורה בת ערך- הערך הריאלי השמאי של הנכס.

התמורה הנדרשת היא תמורה בת ערך בדיני תחרויות. יש ציפייה שנשלם את שווי העסקה כולה אם אני רוצה לזכות בו. או לפחות מרבית הסכום.

**מאוטנר - שיקולים בדיני תחרויות**

מאוטנר במאמרו אמר כי דיני הנזיקין יצרו מערכת כללים ושיקולים המכריעים כיצד להכריע בתאונה. לכן, אין סיבה להמציא מחדש את הגלגל ביחס לדיני הקניין. מציע 3 שיקולים מרכזיים שיש לשאוב מדיני הנזיקין כשחושבים איך להתמודד עם התחרויות:

1. **מניעת תאונות**- לפי מאוטנר שיקול זה הוא **שיקול יעילות לכתחילה** (EX ANTE). מערכת משפטית טובה צריכה להשקיע משאבים במניעת תאונות. אם נסתכל על התנועה בדרכים קבענו כללי בטיחות- שמים תמרורים ורמזורים וכו'. מעדיפים להשקיע את מרבית האנרגיה בשלב המניעה כדי שזה לא יקרה. באילו כלים נשתמש כדי למנוע תאונות משפטיות? במונחי נזיקין = מונע הנזק הזול. רוצים לתמרץ את מי שיותר זול עבורו לפעול כדי למנוע את התאונה הזו. למשל, אם לא תרשום הערת אזהרה (שזה משהו זניח וקל) אפשר להפסיד את הדירה. השיקולים של **הצדק המתגמל** יתקשרו בד"כ לדרישת תום הלב. באמצעות דרישת תום הלב ננסה לתמרץ גורמים שיהיה להם תפקיד במניעת התאונה.
2. **מזעור עלויות התאונה**- שיקול זה הוא **שיקול בדיעבד** (EX POST). קרתה התאונה. עלויות שקשורות לצדדים. רוצים למנוע מצב בו אנו מטילים עלויות גבוהות על המשתתפים ופועלים בצורה לא יעילה. לפי **צדק חלוקתי**- נשאל על מי נטיל את העלויות של הנזק שקרה? כאן נכנסים שיקולים של **זהות** הצדדים, מאזן המצוקה של כל אחד מהצדדים (איזה מצוקה נגרמה לכל אחד מהצדדים). ניעזר בדרישת התמורה- כמה כסף כל אחד שילם, שואלים מי יפסיד יותר או מי יפגע יותר כתוצאה מההכרעה.
3. **התנהלות מערכתית**- שיקול זה הוא **שיקול בדיעבד** (EX POST). התאונה יוצרת החצנות. כיצד נבטיח שהעלויות של המערכת יהיו זולות (פחות התדיינויות, פחות הוצאות לבירור המקרה). אלה עלויות שקשורות למערכת כולה. גם כאן, לפי צדק חלוקתי- נשאל איך מחלקים את הנזק, כדי לצמצם את ההתנהלות המערכתית? שהצדדים לא ישרפו הרבה זמן למערכת. וגם כאן, נעזר בדרישת התמורה.

נקודה לחידוד: בתחרויות התאונה שמתרחשת מייצרת תחרות על נכס. דיני הקניין מנסים לייצר כלל הכרעה בשאלה מי יזכה בנכס. דיני החוזים קובעים מה קורה עם מי שמפסיד ומה ביכולתו לעשות ביחס להפסד שנגרם לו.

*שיעור 20- 21/12/21*

**ישנם שיקולים נוספים להכרעה בתחרויות** מעבר ל3 שלעיל, שהם לא שיקולים כלכליים. מרבית הצדדים שמעורבים בתחרויות בדר"כ חלשים כלכלית. כמו כן, נראה בעיקר את האוכלוסייה הערבית שנקלעת למצבים של עסקאות נוגדות (לא רושמים זכויות) ובגלל זה נקלעים יותר לתאונות. מעורר שאלה- עד כמה המרשם רגיש לאוכלוסיות אלה?

המאמר של מרים בדק עד כמה ביהמ"ש רגיש לשיקולים שאינם כלכליים: (ספויילר- אין השפעה)

1. **אחריות חברתית**- קניין בא גם עם חובות. האם יש אחריות לאדם שמוכר נכס, לספק מידע בכל מה שקשור לנכס? אמפירית לא מצאו מקום של שיקול זה בהכרעות, אבל תיאורטית ניתן להכניס.
2. **צדק חלוקתי**- עד כמה תופס מקום? לעיתים בימ"ש כן יתן מקום. בעיקר בהקשר של קניין שביושר.

* שאלה במבחן משנה שעברה- פס"ד שבו היה מצב של 6 עסקאות נוגדות (אותו נכס הובטח ל6 אנשים שונים). השופט במחוזי אמר בוא ניקח את הנכס נמכור אותו לפי שווי השוק ונחלק את התמורה בין כולם. האם זו תוצאה ראויה יותר על פני יישום ס'9? זה רגיש לצדק חלוקתי, כדי שאף אחד לא יצא מופסד לגמרי. העליון פסל את החלטת המחוזי וביסס את ההכרעה על סעיף 9.

1. **תיאורית האישיות**- מדובר בנכסים משמעותיים מאוד לגבי צד מסויים בתחרות, למשל משפחה שמתגוררת בנכס לעומת צד אחר שמעוניין בנכס מההיבט הכלכלי (נושה או מעקל).

בתי משפט עובדים בקטגוריות מסודרות- באיזה נכס מדובר, באיזה סוג תחרות מדובר. לא תמיד קל לזהות את התחרות שנקלענו אליה. אחד הקשיים אפילו לסטודנטים.

**הערות אזהרה**

**הערות אזהרה** = מנגנון שמדווח על עסקאות במקרקעין. מדובר על מכניזם משלים לרישום זכויות במרשם המקרקעין (טאבו) בין השלב החוזי לשלב הקנייני, כאשר לא ניתן לסיים את העסקה ברישום (אישורים, מיסויים וכו'). כמו כן נותן מידע חשוב על התחייבויות קודמות.

ישנם מס' סוגי הערות שמוסדרים *בסעיפים 128-133 לחוק המקרקעין*:

* + - * 1. **סע' 128 –** **הערה על צורך בהסכמה**. ניתן לכתוב הערה במרשם, שאם א' רוצה לעשות עסקה בנכס, הוא חייב את הסכמת ב'.
        2. **סע' 129 –** **הערה על הגבלת כשרות**. אנשים יכולים להיות עם ליקויים קוגנטיביים, מוגבלות נפשית, קטינים וכו'. ההערה תתריע שהאיש הזה לא יכול להתקשר בעסקה לגבי הנכס, כי הוא לא כשיר משפטית.
        3. **סע' 130 –** **הערה לפי צו בית משפט**, נותן לבימ"ש לרשום הערות.

ניתן לרשום הערות גם מכוח חיקוקים אחרים. למשל בחוק העתיקות אם מתגלה אתר עתיק. זה לא הערת אזהרה.

מטרת רישום הערות במרשם: (1) הפיכת המרשם לראי יותר משוכלל, יותר מדויק. מידע יותר מלא בדבר הסטטוס של המקרקעין. (2) ברגע שהמרשם הוא ראי משוכלל- אז זה מהווה חיזוק למעמד המרשם ואמינותו (פומביות).

*ס'126 לחוק המקרקעין* קובע 3 יסודות לרישום הערת האזהרה (תנאים מצטברים שלפיהם ניתן לרשום ה"א):

* + - * 1. **בעל מקרקעין או בעל זכות קניינית קלאסית** המנויה בסעיף, קרי שכירות, שאילה, זיקת הנאה, זכות קדימה או משכנתה. הרשימה של המתחייבים היא סגורה. נק' המוצא לרישום הע"א היא שמי שמתחייב בעסקה במקרקעין הוא בעל זכות קניינית באותו המקרקעין.
        2. **התחייב בכתב:** התחייבות באופן רצוני, סיבת ההתחייבות איננה חשובה. כל עוד יש התחייבות רצונית ובכתב.
        3. **לעשות בהם עסקה:** עסקה במקרקעין(ס'6 לחוק) = התחייב להקנות בהם **זכות קניינית במקרקעין.** התחייבות לתת מתנה, נחשבת להתחייבות לעסקה במקרקעין, גם ללא תמורה. גם להימנע מלעשות עסקה נחשב עסקה במקרקעין, שבגינה ניתן לרשום הע"א.

הערת אזהרה היא רישום במרשם המקרקעין 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 של הע"א נעשה בלשכת רישום המקרקעין **לבקשת הזכאי או החייב.**
* הרישום איננו חובה אלא וולנטרי. אבל אם לא תעשה- אתה לוקח סיכון.
* הרישום נעשה לרוב באופן מיידי לאחר כריתת הסכם.
* צריך להמציא מסמך המעיד על ההתחייבות, למלא בקשה ולשלם אגרה.

תניה השוללת רישום הערת אזהרה: מה קורה אם בהסכם נקבע תנאי שהקונה לא יהיה זכאי לרשום הע"א? לא להיכנס לעסקה כזאת, שהרי היא נותנת הגנה עצומה לקונה בין השלב החוזי לקנייני, אלא אם ניתנה בטוחה אחרת. אבל משקרה דבר כזה, **מה התוקף של התניות הללו?** תלוי בנסיבות העסקה ומיהו אותו מוכר.

*היועמ"ש נ' גד*: ככלל, הזכות היא דיספוזיטיבית וניתן להתנות עליה. אולם, בנסיבות מסויימות, **כאשר המוכר הוא קבלן**, אזי תתאפשר פרשנות לפיה, התנאי מהווה תניה מקפחת (ולכן יפסל) הואיל ומדובר בחוזה אחיד.

מחיקת הערה *ס'132 לחוק המקרקעין*:1. ה"א מכוח ס'126, תימחק רק עפ"י צו של בית משפט, או אם הוכח לרשם שהצדדים מעוניינים במחיקה. 2. הערה מכוח ס'129+128- תימחק כאשר תתבטל עילת ההערה (למשל במקרה של קטין שהפך לבגיר, או אדם כשיר נפשית שכבר אין לו אפוטרופוס יותר), עפ"י צו של בימ"ש. הרשם יכול למחוק, תוך זמן סביר. 3. הערה שנרשמה עפ"י צו של בימ"ש מכוח ס'130- תימחק רק עפ"י צו בימ"ש.

**מטרת הערות אזהרה מ3 נקודות מבט**

מנקודת מבטו של הזכאי:

תפקיד ההערה הוא להגן על הזכות החוזית של הזכאי ולנטרל סיכונים בשלב החוזי, כלומר **לגשר** על הפער בין השלב החוזי לשלב הקנייני. היא מנטרלת את כל הסיכונים שהזכאי חשוף אליהם, בגלל שיש לו רק זכות חוזית.

* 1. *סעיף 127(א)* **הערת אזהרה מגנה על הזכות החוזית מפני עסקאות סותרות מאוחרות.** הגנה טכנית- אם נרשמה הערת אזהרה, רשם המקרקעין לא יוכל לרשום זכויות קנייניות שנוגדות את הע"א, אלא בהסכמת הזכאי. אך תוצאה מהותית- בפועל, לא יכולה להירשם עסקה הסותרת את תוכן הערה! כלומר, מדובר בחסם רישומי.
  2. *סעיף 127(א)* **הערת אזהרה שוללת תום לב במצבי עסקאות סותרות.** ההערהמונעת רישום ע"י הרשם, אך לא מונעת ביצוע של עסקה סותרת. תיתכן עסקה סותרת ללא רישום במקרה והשלמת העסקה איננה טעונה רישום (למשל, שכירות קצרת מועד). אם יש הע"א לטובת אדם ב', אז כל מי שינסה להתקשר באותה עסקה (לבצע עסקה סותרת לה), הערת אזהרה הקיימת תשלול את היותו של ג' תם לב. בין אם היה רישום קנייני ובין אם היה הע"א, ברגע שזה רשום 🡨 ג' מוחזק כיודע או כאחד שהיה צריך לדעת. שוללת את תו"ל של כל ג' שיבוא מאחור יותר.
  3. *סעיף 127(ב)* **הערת אזהרה מקנה עדיפות במקרים של זכאי מול עיקול וחדלות פירעון מאוחר.**

לא רק נותנת חסם רישומי (עדיפות על פני קונים מאוחרים) ולא רק שוללת תו"ל של רוכש מאוחר, אלא שאתה מקבל עדיפות בנכס ביחס למעקלים מאוחרים שינסו לתפוס את הנכס. בין אם הנושים הם יחיד או חברה.

**מה המשמעות אופרטיבית?**

* *גישה 1:* מאפשרת לך לסיים את העסקה. ברגע שנרשמה הע"א לטובת צד ב', הוא יהיה זכאי לקבל סעד של אכיפה אם הוא יעמוד מול מעקל או נושה מאוחר לו. \*לזכור- הע"א לא משנה את האופי של הזכות החוזית של צד ב'. הזכות הקניינית תתקבל כאשר רושמים את הבעלות כל זכות השכירות, המשכון, זיקת הנאה, זכות קדימה וכו'. ואם לא יתנו את האפשרות לאכוף את ביצוע הרישום, זה מרוקן את ס'126 מתוכן.
* *גישה 2:* לאפשר לצד ב' לפחות לקבל חזרה את הכספים ששילם. גישה שמעדיפה השבה של מה ששולם על חשבון העסקה הזו, על פני זכייה בדירה. הע"א מבטחת את הכסף שהוא שילם בפועל.
* *גישה 3:* ההלכה *בפס"ד איטונג*- יש לבימ"ש שק"ד להחליט איזה סעד לתת, בטווח בין השבה של מלוא התמורה ששולמה, לבין אכיפת סיום העסקה. אבל הכל תלוי בנסיבות.

*גינדי נ' ברקאי*- מספר שיקולים להכרעה:

1. מהי מידת הזיקה שיש לאותו זכאי לנכס- התמורה ששולמה; באיזה שלב העסקה נמצאת.
2. מהי מידת הזיקה שיש לשאר הנושים בנכס- לרוב, לא יהיו. ואם כן- הן חלשות יותר (סעד של עיקול הוא **סעד דיוני**, לתקופת ביניים, הוא **לא נותן למעקל זכות קניין** **בנכס**. נופל על הנכס בשלב מאוחר כאשר לנושה אין קשר לנכס אלא רק אינטרס כלכלי להיפרע ממנו).
3. מחיר הנכס עפ"י העסקה לעומת שווי השוק. אם עסקה אינה כדאית, ביהמ"ש לא יתן סעד של אכיפה לצד ב' אם הוא קנה את הדירה במחיר נמוך מאוד ממחיר השוק. כחלק מהפעלת שק"ד של ביהמ"ש הוא יכול להשיב ל-ב' את הכסף ששילם, כדי למכור את הנכס במחיר השוק ולהגדיל את כינוס הנכסים.

מנקודת מבט של מתקשרים פוטנציאליים:

1. **תמרור אדום שמזהיר אותם**,ג' לא ייכנס לעסקה אם יש הערת אזהרה לטובתו של ב'.
2. רישום ההערה ע"י הרוכש השני **יכול למנוע** מהרוכש הראשון, או כל רוכש מאוחר יותר, **לשכלל קניין** ולחייבו לפנות לבית המשפט (אלא אם הרוכש השני כבר רשם זכותו).

מנקודת מבט חברתית: (1) מניעת תאונות במינימום עלויות. (2) חיזוק המרשם ואמינותו. (3) שיפור יעילות המרשם ושכלולו.

**אפשרויות לרישום הערות אזהרה**

רישום הערת אזהרה סותרת (אופקית): א' בעלים של נכס מקרקעין, התחייב להקנות זכות בנכס לצד ב' שרשם לטובתו הערת אזהרה על ההתחייבות. לכן רשם המקרקעין לא יכול לרשום זכויות קנייניות על המקרקעין האלה. אך בטרם הושלמה העסקה עם ב' (רישום זכות קניינית בטאבו), א' התחייב לג' להקנות לו זכות בנכס. האם ג' יכול לרשום הע"א על התחייבותו עם א'?כן, בהתאם לנסיבות הספציפיות הנ"ל יתאפשר רישום של הע"א סותרות!

לפי שלוש סיבות מרכזיות:

1. **סיבה טכנית**- החסם הרישומי הוא רק לרישום זכות קניינית, והע"א הינה זכות מעין קניינית.
2. **סיבה חברתית**- דיוק במרשם, רוצים שהעולם ידע שבעלי הנכס הוא רמאי, שיקוף מלא של כל העסקאות שנעשו בנכס.
3. **סיבה מהותית**- אם העסקה עם ב' תיפול מסיבה משפטית- פגם בכריתה למשל. אין סיבה שצד ג' לא יגן על הזכות החוזית שלו ויקבל הגנה על פני מי שיבוא אחריו, למשל צד ד'.

הרבה פעמים צדדים יכנסו לעסקה בתום לב, אולם אם ב' רשם הע"א לפניו, צד ג' יוחזק כמי שלא היה תם לב.

**ייתכנו מצבים של כמה הע"א אופקיות סותרות, אבל הראשון יקבל את הזכות, לפי ס' 9 (נלמד בהמשך).**

רישום הערת אזהרה אנכית: א' הבעלים של נכס מקרקעין. א' התחייב לב' למכור לו את הנכס (או להקנות לו זכות קניינית אחרת בנכס). ב' רושם הערת אזהרה על התחייבות זו. לפני שנרשמת זכות קניינית לטובת ב', ב' מוכר את זכויותיו החוזיות בנכס ל-ג'. האם ג' יכול לרשום הערת אזהרה מכוח ההתחייבות עם ב'? טכנית- לא. **נק' המוצא כדי לרשום הע"א מכוח ס'126 היא שהאדם שמתחייב חייב היות עם זכות קניינית קלאסית!**

אולם, אם נייצר מצב שההתחייבות כלפי ג' היא מטעם א', ג' יוכל לרשום לטובתו הא"ע. המודל חייב להיות של התחייבות ישירה - (1) התחייבות ישירה של א' כלפי ג'; (2) המחאת זכויות של ב' כלפי ג', ג' נכנס לנעליו של ב'.

בכל מקרה, **הרשם יצטרך למחוק את ההערה של ב', כדי שצד ג' ירשום את ההערה שלו, כי הכל בהסכמה ובצורה גלויה**. אם יש הוראה בהסכם בין א' לבין ב' שאוסרת את זה, לא יהיה לזה תוקף. אולם לא סביר, כי לצד ב' אמור להיות אינטרס כלכלי.

ה"א אנכית היא פיתרון לפלונטר שנוצר בגלל שס'126 מחייב שהרישום יהיה בהסכמת בעל הזכות הקניינית בנכס.

**הערת אזהרה כשעבוד**: סעיף 127(ב1) הערת אזהרה שנרשמה כאמור בסעיף 126, אינה טעונה רישום בכל מרשם או פנקס אחר המתנהל על-פי דין. כלומר, מספיק הרישום במרשם המקרקעין.

**סוגי תחרויות**

עסקאות נוגדות: **יותר** מעסקה אחת ביחס לנכס **אחד**. העסקה הראשונה בזמן **טרם** הסתיימה בשכלול הקניין!

קניין שביושר: נקרא קניין שביושר, כי הפתרון לעימות נוצר בפסיקה, לפני חוק המקרקעין. העסקה הראשונה בזמן טרם הסתיימה בשכלול הקניין!

מתאר מצב של התחייבות לעסקה מוקדמת בזמן, מול מעקל או נושה מאוחר של בעלי הנכס. *הלכת אהרונוב*- ככלל, בעל הזכות החוזית המוקדמת בזמן עדיף על המעקל המאוחר. יש לזכור, כי מעקל או נושה רוצים להיפרע מהנכס בגלל חוב של המוכר (אינטרס כלכלי). חריג להלכה- במצבים של מתנה, הכלל מתהפך.

תקנת שוק: מצב בו אדם מנסה למכור יותר ממה שיש לו (אין לו כלום או שיש לו זכות פחותה מזו שמנסה להעביר). אולם, הבעלים האמיתיים יפסיד את הנכס שלו בשל אינטרסים חברתיים וכלכליים במצב זה, כי תחול תקנת השוק. היא אומרת שבהתקיים נסיבות מסוימות, אדם יכול למכור יותר ממה שיש לו. 3 סעיפים רלוונטיים: סעיף 10 לחוק המקרקעין, סעיף 34 לחוק המכר וסעיף 4 לחוק המחאת חיובים.

*שיעור 21- 23/12/21 -* הרצאה של שלומי הייזר.

*שיעור 22- 04/01/2022*

**עסקאות נוגדות**

התחייבות לעסקה מוקדמת בזמן על **אותו** נכס מול התחייבות לעסקה מאוחרת בזמן. העסקה הראשונה בזמן, טרם הסתיימה בשכלול הקניין, אלא **תקועה בשלב החוזי**! ורק אז בוצעה העסקה המאוחרת. במצב של עסקאות נוגדות, **לא ניתן יהיה לקיים את העסקה האחת מבלי להפר את העסקה האחרת.** למשל, מכירת דירה לטובת א' ובמקביל התחייבתי למכור את הדירה לצד ב'. המהות שלהן זהה, יש רק דירה אחת שלא ניתן לקיים את שתיהן בו זמנית ולכן הן נוגדות. אחרת, זה לא עסקה נוגדת.

**תחרות I – עסקאות נוגדות 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 בתו"ל ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתו"ל – זכותו עדיפה".

כלל ההכרעה: **הראשון בזמן עדיף על המאוחר בזמן, אלא אם כן,** **המאוחר בזמן קיים שלושה תנאים במצטבר**:

1. **תמורה**- חייבת להיות ריאלית שמשקפת את השווי הריאלי של הנכס, היא **חייבת להיות מבוצעת**, הכל או חלק הארי של התמורה הכוללת. באשר לעסקות מתנה, לא תהיה עדיפות על פני הראשון בזמן.

* דרישת התמורה משקפת עקרונות של צדק חלוקתי. כמה ניזקת, כמה שילמת (צד ששילם יותר יהיה שיקול, אבל לא מכריע) מאזן המצוקה. אבל לא חד משמעי.
* מעידה גם על תום לב. אם רוכש משלם מחיר מאוד זול על נכס מקרקעין ששווי השוק שלו יקר יותר, צריך להדליק נורה אדומה. אין במציאות. כנראה יש סיבה.

1. **תום לב**- מתחלק לשני מבחנים:
2. סובייקטיבי: נשאל אם הייתה ידיעה בפועל על העסקה המוקדמת.
3. אובייקטיבי: נשאל האם היה עליו לדעת, אם אדם סביר היה צריך לדעת על קיומה של עסקה לפי הנסיבות. נבדוק אם היו אינדיקציות שאדם סביר היה לומד מהן על עסקה מוקדמת. למשל, האם הוא בדק את המרשם.

* דרישה מחייבת מתחילת העסקה ועד תום הרישום הקנייני, כולל.
* משקפת שיקולים של מונע הנזק הזול- אם היה ניתן למנוע את התאונה בעלות זולה, ולא עשית זאת, לא יתייחסו אלייך כ"תם לב" ולכן לא תזכה 🡨 **השני בזמן לעולם לא יזכה אם הוא היה חסר תום לב.**
* הרוכש הראשון לא כפוף לדרישות של תמורה (כלל של צדק טבעי).

1. **רישום**- חייבים לרשום את הזכות במרשם המקרקעין, לא די ברישום הערת אזהרה. מה לגבי זכויות קנייניות שלא טעונות רישום? למשל, שכירות קצרת טווח- יש לקונה בחוק.

לסיכום, רוכש לא יכול לדעת במציאות אם הוא הרוכש הראשון או השני. לכן ס'9 מעוצב בצורה של שמייצר תמריצים, ומכריע באופן בינארי- יש לקיים את 3 התנאים במצטבר כמה שיותר מהר. כך שהוא מעודד את הרוכש המאוחר להשלים את העסקה במהירות כדי לנצח את הראשון בזמן. אולם לא תמיד ניתן ולכן הוא יכול לרשום הע"א שישלול את תום ליבו של מי שיבוא אחריו.

*פס"ד ורטהיימר-* הררי בעל דירה וחותם על זכרון דברים מול ורטהיימר. בשלב החתימה על זכרון הדברים הם סוגרים על מחיר הדירה של **מיליון** **לירות**. ורטהיימר משלם להררי 5,000 לירות בלבד כמקדמה. הררי מוכר את הדירה לאחר מכן גם לבנימיני במחיר של 800,000 לירות והוא משלם 350,000 לירות, ואז פתאום מתגלה לו שהייתה עסקה פוטנציאלית ראשונית עם ורטהיימר, ולכן הוא משלים את שאר ה-450,000 מהר (סה"כ 800 אלף), לפני שהספיק לרשום את הדירה.

פסה"ד עוסק במתח בין שני חוקים:

* *ס'3(4) לחוק החוזים (תרופות)* 🡨 הנפגע זכאי לאכיפת חוזה, אלא אם אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין. בנימיני טוען- לא הוגן לאכוף את העסקה עם ורטהיימר, הוא שילם פחות ממנו. מאזן המצוקה פועל לטובתו, הוא שילם יותר, ניזוק יותר.
* *ס'9 לחוק המקרקעין* 🡨 עוסק בדיוק במצבים אלה, 3 תנאים שצריך לקיים כדי שהשני בזמן יזכה. ורטהיימר תובע לאכיפת החוזה שלו כיוון שבנימיני לא עמד בכל התנאים. הוא לא רשם את הזכות שלו.

השאלה: מה היחס בין שני הסעיפים?

ברק: בנימיני מפסיד, הוא לא עומד בכל התנאים. תום הלב של השני חייב להימשך עד לסיום העסקה המאוחרת. כאן, בנימיני במהלך העסקה גילה שהייתה עסקה מוקדמת. היה עליו להפסיק לשלם ולא להתקדם בעסקה. לכן לא קיים את 3 התנאים בס'9- אמנם הוא שילם תמורה, אבל הוא לא היה תום לב ולא היה רישום. **לכן ורטהיימר זכה.**

ברק מוסיף: כשמדברים על שיקולי צדק שבנימיני רוצה לעורר לפי ס'3(4), הם לא רלוונטיים בשאלת האכיפה בחוזה של ורטהיימר והררי, כי הם חלים רק כלפיי הצדדים לעסקה **ובנימיני חיצוני להם.**

משאיר 2 שאלות בצריך עיון:

1. **האם התעקשות הראשון בזמן, חרף המצוקה הגבוהה יותר של השני בזמן, עולה כדי חוסר תו"ל?** כלומר האם עצם ההתעקשות של ורטהיימר לקבל את הדירה, למרות מאזן המצוקה שנוטה לטובת בנימיני, היא חסרת תו"ל. זה נשאר בצריך עיון משום שלא אומרים שהראשון צריך להיות תם לב.
2. **בהנחה שניתן לרשום הע"א, מה ההשלכה של אי רישומה ע"י הראשון בזמן?** האם ניתן לתפוס את הראשון בזמן כאחראי על התאונה המשפטית שקרתה. בשאלה זו דנים בפס"ד גנז.

בהנחה שניתן לרשום ה"א – מה ההשלכה של אי רישומה על ידי הראשון בזמן?

*פס"ד גנז נ' בריטיש*- שינה את דיני התחרות בצורה דרמטית.

רקע: חברת בריטיש מכרה מקרקעין שבבעלותה לחברת נוטריקון. **העסקה לא הסתיימה ברישום**. כמו כן, נכרת חוזה לפיו נוטריקון מוכרת את המקרקעין לגנז. **עסקה זו לא הסתיימה אף היא ברישום**. גנז יכול היה לרשום הערת אזהרה, אך לא עשה זאת. 17 שנים לאחר מכן, נוטריקון חתמה על חוזה מכר גם עם **אפק, שקנו את המקרקעין בתום לב, בתמורה ותוך רשימת הע"א בדבר העסקה לאחר שקיבלו את הסכמת בריטיש ונוטריקון**. גנז תבע את אכיפת ההסכם וביקש שיוצהר שהוא זכאי להירשם כבעל המקרקעין לפי ס'9.תביעתו נדחתה.

למרות שהעסקה של נוטריקון לא הושלמה עם בריטיש, אדם יכול לעשות עסקה במקרקעין גם כשהוא לא בעלים וכשיש לו רק התחייבות מהבעלים. לשניהם יש התחייבות לעסקה במקרקעין מבריטיש הבעלים (לכן היו יכולים לרשום הע"א). לכן הדיון בין גנז לאפק צריך להיקבע עפ"י ס' 9, לפי מה שלמדנו עד עתה, גנז אמור לזכות משום שהוא הראשון בזמן ואפק לא סיים את העסקה ברישום.

העליון: ביהמ"ש לא ממהר לקבוע זאת. משנה את כלל ההכרעה בסעיף 9.

ברק קובע ש-**אי-רישום הערת האזהרה ע"י גנז במשך 17 שנים עשוי להצביע על חוסר תו"ל של הראשון בזמן**.

**מה זה אומר**? בס' 9 אין דרישה לתו"ל של הראשון בזמן. ברק אומר, לא ניתן להתעלם מעקרון תום הלב בסעיף 39 וס'61ב בחוק החוזים שחולש על כל המשפט הישראלי. גם אם אין בס'9 לחוק המקרקעין דרישה לתום לב על הראשון, לא הגיוני שהזכויות שלו לא תהיינה כפופות לחובת תום הלב.

**מה תוכנה של חובת תום הלב?** אם הראשון בזמן יכול היה לרשום את הע"א כדי למנוע תאונות במקרקעין, ולא עשה זאת תוך זמן סביר 🡨 מצביע על חוסר תום לב. כלומר, **המאוחר בזמן יכול לזכות גם אם הוא לא מקיים את 3 התנאים ובלבד שהוא היה תו"ל** (אפשר שלא יקיים את דרישת הרישום או התמורה) **והראשון לא היה תו"ל** (לא רשם הע"א תוך זמן סביר). \*במצב ששניהם חסרי תום לב- מורכב.

**הלכת גנז מוסיפה כלל הכרעה לס'9 – אי רישום ה"א עשוי להצביע על חוסר תו"ל של הראשון בזמן ולהכריע את התחרות לטובת השני בזמן.**

סייגים לגבי ההלכה:

1. **מצב בו אי רישום הע"א לא יעלה לכדי חוסר תו"ל (**או אין התרשלות). מצבים משני סוגים:

* מצב בו לא ניתן לרשום:

1. **תניה חוזית** המגבילה בזמן את יכולתו של הרוכש לרשום הע"א- החוזה קובע שהרוכש מנוע מלרשום למשך חודשיים. במצב זה, לא נתפוס את הראשון בזמן כחסר תו"ל. ברק: לא רוצים להתערב בחופש החוזים בעיצוב העסקה. מרים: לא מתמרץ למנוע תאונות, אלא מתמרץ להכניס תניות שמגבילות בזמן את רישום הע"א, לא ראוי – העלויות גוברות על התועלות מבחינה חברתית.
2. **סיבות טכניות**- לא ניתן לרשום מסיבות אובייקטיביות. המרשם סגור, שביתה בטאבו, האתר קרס, סגר בגלל מגפת הקורונה. שיקול ראוי.

* אי הרישום מוצדק משיקולי מדיניות: לא מצפים מקרובי משפחה, בני זוג, לרשום הע"א, כי הדבר יפגע במאפיינים של התא המשפחתי. לדעתו של ברק, הכרה זו ראויה מבחינה חברתית. במהלך השנים ניסו לטעון שהחריג מתפרש גם על יחסי הורי ילדים, המגזר הערבי (שלא נהוג לרשום הע"א), יחסי שכנים- ביהמ"ש דחה את הטיעון, אין שיקולי מדיניות לשלול חובת רישום הע"א. **בני זוג הם החריג היחיד שביהמ"ש העליון הכיר בו**. ביקורת: הרבה נכסים מוחזקים ע"י בני זוג, לחשוב שצדדים לא משקפים את העסקאות שעושים ביניהם לגבי המקרקעין בגלל הקדושה של התא המשפחתי, שמעודד פטור לרישום הע"א - מעורר בעיות בנוגע לאמינות המרשם. אבל נתפס כחריג מוצדק, לא להכניס חוסר אמון.

1. **אין קשר סיבתי בין אי הרישום לבין פעולת השני שהתרחשה**- על הראשון בזמן להוכיח שזה מתקיים. הטענה היא שהראשון אמנם לא רשם, אבל זה לא השפיע על הכניסה של השני לתאונה, הוא נכנס בלי קשר לאי הרישום של הראשון בזמן. מצבים בהם השני לא יכול להיאחז בטענה זו:

* השני ידע בכל מקרה- כך שאם הוא ידע, היה עליו לא להיכנס עסקה.
* השני לא בדק את המרשם- המרשם בכלל לא נבדק ע"י המאוחר בזמן.
* השני בזמן לא ירד אל השטח- הרוכש הראשון נמצא במקרקעין, והשני בזמן לא בדק את המקרקעין, אם הם פנויים או לא. כי אם הוא נמצא במקרקעין ולא עשה את הבדיקה- היה יכול להימנע מהכניסה לתאונה. מצא מעלה טענה זו ומוסיף: ראוי היה להשית עליו חובות.

ברגע שהראשון הוכיח שאחד המצבים מתקיים 🡨 השני צריך להראות שמתקיימים לגביו התנאים של ס'9.

לסיכום הכלל המשפטי: כאשר הגענו למסקנה שהראשון בזמן יכול היה לרשום הע"א תוך זמן סביר ולא עשה זאת ולא מתקיימים הסייגים, אי רישום הע"א יכול להכריע את התחרות **לטובת השני**.

פרוקצ'יה: **האם רישום של הע"א מהווה רישום לפי ס'9?** הייתה מוכנה להסתפק ברישום הע"א במקום רישום רגיל לצורך רישום בס'9. טוענת שלא תמיד ניתן לסיים את העסקה ברישום אולי כדאי להנמיך את הדרישות. אבל הגישה שלה לא התקבלה להלכה. עמדה חריגה, אבל חשוב להיות מודעים אליה ולהכיר.

*פס"ד ביאד נ' לחם*- השופט עמית מאמץ את פסה"ד גנז ומחמיר אותו.

"רישום הערת אזהרה הוא אקט פשוט וזול. במחיר של 159 ₪ נכון ליום פסק דין זה, ותוך דקות ספורות, ניתן לרשום ולמנוע תאונות משפטיות קשות, שעלולות לבזבז משאבי שיפוט. עלות מניעת הנזק היא אפסית מול תוחלת נזק גבוהה ביותר." **הדגש הוא על הערך הגדול למנוע תאונות**, בעלות נמוכה.

"יש לפרש את הלכת גנז על דרך ההרחבה, ולהטיל נטל על הקונה ראשון בזמן – עליו להראות כי הקונה השני בזמן פעל בחוסר תום לב או כי ידע או צריך היה לדעת אודות העסקה הראשונה".

כלומר, **להקפיד עם דרישות הרישום.** אימוץ הלכת גנז כקובעת סטנדרטים ראויים של חיזוק מעמד המרשם ועידוד צדדים לרשום הע"א.

**עסקה נוגדת שהיא עסקת מתנה**

**עסקאות מתנה** 🡨 לפי ס'1(א) לחוק המתנה: "מתנה היא הקניית נכס שלא בתמורה".

**ס'5 לחוק התחייבות לתת מתנה 🡨** (א) התחייבות לתת מתנה טעונה במסמך בכתב. (ב) כל עוד מקבל המתנה לא משנה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות (למשל טרם העניק את המתנה לאחר), נותן המתנה יכול לחזור בו מההתחייבות. אלא אם הוא ויתר בכתב על זכותו לחזור בו מההתחייבות. (ג) אם מקבל המתנה התנהג באופן מכפיר כלפי נותן המתנה או כלפי בני משפחתו, או חלה הרעה ניכרת של נותן המתנה (פושט רגל, נקע לקשיים) הוא יכול לסגת מההתחייבות, גם ללא כתב.

2 בעיות הנובעות ממאפיינה של "מתנה":

1. **מדובר בעסקה ללא תמורה**- יש השלכה על דרישת התמורה בעסקאות נוגדות למשל, בהכרעה מי יזכה בנכס.
2. מדובר בעסקה **שניתן לחזור** ממנה בתנאים מסוימים- משליך על ההסתמכות של מקבל המתנה על הנכס. יכול להשפיע על עסקאות נוגדות.

**מה קורה אם אין תמורה בעסקה המאוחרת, כך שההתחייבות ליתן מתנה היא השנייה בזמן??**

החוק לא מדבר על התמורה של הראשון, היתרון האדיר שלו נובע מכך שהוא מוקדם בזמן. לגבי הרוכש השני- גם אם התמורה לא בוצעה, כל עוד ההתחייבות החוזית מחייבת תשלום, הדרישה תתקיים. השאלה- אם זו עסקה שבהגדרתה היא בתמורה או לא.

*פס"ד סולימאן נ' מ"י*- דנצינגר: במקרה בו העסקה השנייה היא עסקת מתנה שלא ניתן לחזור ממנה, עדיין על מקבל המתנה **להוכיח** כי שינה את מצבו **לרעה בהסתמך על המתנה, בנוסף לתום לב ולרישום,** ולא די ששינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות למתנה בלתי הדירה.במצב כזה, נראה שהסיכויים של העדפת השני בזמן **קלושים**, כי צריך לקחת בחשבון את הנזק שיגרם לראשון בזמן, אם תבוטל העסקה עימו.

מקבל המתנה (בעסקה המאוחרת) נמצא בעמדת נחיתות לעומת הראשון, גם אם הוא היה תם לב וזה נגמר ברישום. דנציגר מחיל את שיקול מאזן המצוקה כשיקול אולטימטיבי-מרכזי 🡨 עסקה בלי תמורה היא נחותה יותר ולכן מקבל המתנה ייסוג מפני הרוכש הראשון.

ההלכה לא מתייחסת לשני מקרים:

1. מתעלמת מהאפשרות **שמאזן המצוקה יטה לטובת מקבל המתנה**- מצב בו מקבל המתנה הסתמך עליה, ואולי הוא יזוק יותר.
2. **מרוקנת את הלכת גנז מתוכן**- בכל הקשור לתום הלב האובייקטיבי של הראשון בזמן. אין התייחסות לעסקאות מתנה מאוחרות מול רוכש ראשון שלא רשם הע"א ונראה בו כחסר תו"ל. השופט לא מספיק רגיש לתנאיה ולהשלכותיה.

**תחרות 2 +3 – עסקאות נוגדות במקרקעין שאינם רשומים, במטלטלין ובזכויות**

מקרקעין שאינם רשומים

הבעיה- לא נכס מקרקעין, אלא זכות חוזית. אין אפשרות לקיים את תנאי ס'9, כי הקרקע לא רשומה בשום מקום.

**מהי האפשרות המשפטית לצורך ההכרעה בסוגי העסקאות במקרקעין שאינם רשומים?**

עסקאות נוגדות במטלטלין:

**ס' 12:** **רלוונטי רק למיטלטלין-** "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."

עיקרון דומה לס'9 🡨 הראשון עדיף על המאוחר, אלא אם כן השני היה תם לב (נדרש עד תום העסקה), שילם תמורה.

שינוי- "**וקיבל** את המטלטלין" 🡨 **שכלול** הנכס באמצעות **המסירה,** יוצרת את האקט הקנייני כי אין מרשם.

**ס'13(א):** **מחיל את ס'12 גם על זכויות**- "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים, גם על זכויות."

שני סוגי תחרויות להתחייבות לתת זכות בחלקה לא רשומה: 1. עסקאות נוגדות במקרקעין לא רשומים;. 2. תחרות של תקנת שוק בהמחאת חיובים.

**שכלול זכות במקרקעין שאינם רשומים? מה מועד המסירה של הזכות?**

לרוב, העסקה מעוצבת כמו עסקה של מקרקעין רגילים. אותם עקרונות, פרט לעניין של רישום הזכות במרשם.

*הלכת טקסטיל ריינס*: כברירת מחדל, אם הצדדים שותקים, אם אדם א' מבקש להעביר זכות חוזית שיש לו כלפי אדם ב' לאדם ג' - **הזכות תעבור לרוכש במועד חתימת ההסכם.** יש איחוד בין השלב הקנייני לחוזי.

**אולם,** במרבית הפעמים הם יסכימו ביניהם שהזכות תשתכלל כאשר הרוכש יסיים לשלם את כל התשלומים (לפי ס'33 לחוק המכר שמאפשר התנאה להעברת הבעלות בהתאם להסכמת הצדדים), ואז יש הפרדה בין השלבים.

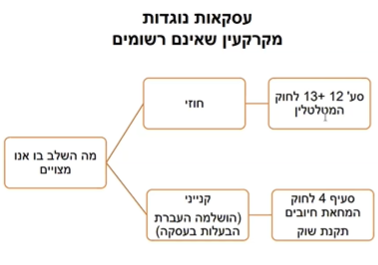
**לכן, במקרקעין שאינם רשומים, כדי לדעת אם אנו בשלב החוזי או הקנייני, יש לבדוק מה החוזה קבע!**

**ס'12 + 13 לחוק המטלטלין**

לא מדברים על מטלטלין או זכות חוזית רגילה, בהם חל הכלל הרגיל. המעניין- מקרקעין לא רשומים. הכל שאלה איך החוזה עוצב. לפי זה מכריעים. חשוב: לבדוק בצורה זהירה את תנאי החוזה בקרקע שאינה רשומה, לבדוק אם קבעו בה מועד להעברת הבעלות.

**אם יש הפרדה בין השלב החוזי לקנייני -** מדובר על מצב של עסקאות נוגדות במקרקעין שאינם רשומים.

לכן, לפי ס'12 +13 לחוק המטלטלין, הראשון זוכה אלא אם כן השני התקשר בעסקה וקיבל את המטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה:

1. **קיבל-** יש צורך בחזקה + קניין (אופן הקניה תלוי בסוג הנכס- מטלטלין או זכויות, השאלה מה החוזה קבע בנוגע למסירת מקרקעין שאינם רשומים או הזכות החוזית).
2. **תמורה**- ערך ממשי או שינוי מצב לרעה.
3. **תום לב-** סובייקטיבי.

**למה השני זוכה?** ניתן לראות בראשון את מונע הנזק הזול ביותר, שכן העובדה שלא דואג לקבל את הנכס לידיו, היא שאפשרה את התאונה המשפטית.

**חוק המחאת חיובים**

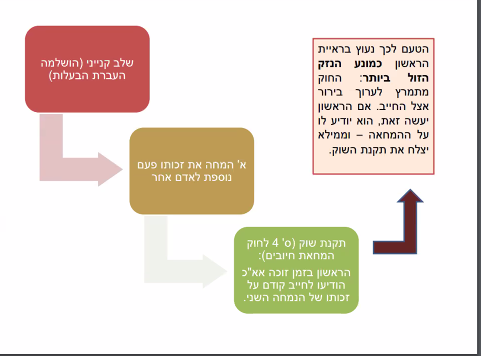
**אם אני מאחד את השלב החוזי והקנייני -** מועד מסירת הזכות החוזית לא נדחה, אלא הזכות על קרקע הלא רשומה עוברת מיידית לרוכש 🡨 חל ס'4 לחוק המחאת חיובים.

**המחאות סותרות.** לא המצב של עסקה נוגדת אלא של תקנת שוק. רק אופן עיצוב העסקה במקרקעין לא רשומים יכול להכניס אותנו לחוק זה.

ס' 4 לחוק המחאת חיובים עוסק בעסקאות נוגדות אבל למעשה, מדבר על מצב של **תקנת שוק** – **אדם מנסה למכור יותר מכמה שיש לו = המחאות סותרות.**

למשל, יש קרקע לא רשומה. אדם א' ממחאה את הזכות שלו בקרקע לאדם ב', לא נאמר כלום בהסכם ביניהם, לכן ברירת המחדל היא מועד כריתת החוזה (פס"ד טקסטיל). לאחר מכן, אדם א' עושה עם אדם ג' עסקה נוספת- החוזה נבנה באותה דרך. **זה לא עסקה נוגדת**, כי הקניין הועבר כבר לאדם ב'. אדם א' מתיימר להעביר זכות שכבר אין לו! הזכות החוזית כבר לא שייכת לאדם א', אלא לאדם ב'. לכן מדובר בתקנת שוק, מוכר יותר ממה שיש לו.

במצב זה, ס' 4 לחוק המחאת חיובים קובע: "המחה הנושה זכות לאחד וחזר והמחה אותה לאחר, הזכות היא של הראשון".

**אדם ב' מנצח,** אלא אם כן, הודיעו לחייב (בקרקע לא רשומה מדובר על רמ"י) על כך שהחוב עבר לאדם ג', לפני שהודיעו לו על החוב כלפי אדם ב'.

**הודעה לחייב היא המפתח-** הוא זה שצריך לקיים את העסקה.

עולה שאלה זהה לזו העולה בגנז –

**האם יש לבחון גם תו"ל אובייקטיבי של הראשון בזמן?**

יש פרקטיקה למשהו שמקביל להע"א (רישום בספרי החברה המשכנת/ מנהל/ קבלן).

השופט מצא אומר שבעסקה נוגדת במקרה של רכישת מקרקעין לא רשומים, אם הראשון יכול לעשות זאת, ולא עשה, אז זה עשוי להשפיע על תו"ל האובייקטיבי שלו. הוא לא יחשב לתם לב, **ובעל העסקה המאוחרת יוכל לגבור עליו.**

חשוב לדעת: יש מחיר די כבד אם לא רשמת. מצופה מאנשים לרשום שם כי זו פרקטיקה נוהגת.

*שיעור 23- 6/1/21*

**תחרות 4+5+6 – קניין שביושר בעל התחייבות לעסקה מול נושי המוכר (כל סוגי הנכסים)**

תחרות בין אדם שחתם על חוזה אבל לא רשם אותו בטאבו (זכות חוזית, לא נגמר בשכלול הזכות לקניינית) לבין נושים של המוכר. יש לזכור! אם בעל הזכות רשם הערת אזהרה- הוא גובר על כל הנושים שיבואו אחריו! מבחינת בעלות פורמאלית הנכס בבעלות המוכר.

השתלשלות היסטורית:

**דיני היושר במשפט האנגלי** – לפני חוק המקרקעין, הכלל ששלט הוא שאדם שרכש זכות במקרקעין עדיף כמידת המחיר שהוא שילם על פני שאר הנושים של המוכר. אין פה הכרעה בינארית, אלא חלוקה יחסית. בעל ההתחייבות לעסקה גובר על הנושים במובן הזה שהוא מקבל ראשון את החלק שהוא שילם עבור הדירה. אם נשאר משהו אז יתר הנושים מתחלקים ביתרה. אך אם א' שילם 100% מהתמורה הוא מקבל את הדירה.

**ב-1969 נחקק חוק המקרקעין**- לא מתייחס לתחרות הזו. בנוסף, ס'161 מבטל את ההסדר שהיה רווח בארץ - זכות הקניין שביושר. כך שאין מענה בחוק הישראלי לתחרות מסוג זה (למרות שזו התחרות הכי שכיחה).

**ב-1971 נקבע הלכת בוקר** שנתנה מענה. המשפחה קנתה דירה ונכנסה אליה. היא עוד לא רשמה את הדירה בטאבו. אח"כ מגיע נושה שמטיל עיקול על הנכסים של המוכר. ההלכה מכירה בכך שחוק המקרקעין ביטל את הזכויות שביושר. לכן, **במצב כזה בו יש עיקול על נכסי המוכר ויש עסקה שעוד לא הושלמה ברישום, מי שגובר הוא הנושים.** הרציונלים: 1. חיזוק מעמדו של המרשם ע"י עידוד אנשים לרשום זכויות במקרקעין (לתת פומביות). 2. הנמקה כלכלית- אם יכולת לרשום ולמנוע את התאונה ולא עשית זאת, אזי אתה מונע הנזק הזול, לכן המעקל המאוחר יזכה.

יש הרבה ביקורת על הלכת בוקר כהלכה פורמליסטית:

* התוצאה- עושה עוול לצדדים שעשו הכל חוץ מרישום. מתעלמת מהאפשרות שלפעמים לא ניתן לרשום את העסקה, כי הקרקע עוד לא רשומה בטאבו לפי גוש חלקה.
* אין הצדקה להעדיף את המעקל- אין לו זכות קניינית, אלא סעד דיוני. נחות מאשר זכות חוזית.
* למעקל יש אינטרס חלש יותר בנכס על פני בעלת ההתחייבות המוקדמת שיש לו זיקה ישירה לנכס.

**ב-1972 תוקן החוק** **בעקבות פס"ד בוקר**- המחוקק פועל במהרה והוסיף את היתרון בס' 127(ב) נקבע "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 הנובעת מההתחייבות נשוא ההערה*".* לפי התיקון, **הע"א מקנה קדימות לבעל ההערה על פני הנושים האחרים של המוכר.** כך שאם בוקר היו רושמים הע"א על הנכס- הם היו מקבלם עדיפות על פני המעקל.

**ב-1994 ביססו את ההכרעה בתחרות כזו**- *פס"ד בנק מזרחי נ' רוזובסקי* נתנה תוקף לס'127 (ב). ההלכה קובעת שאם רכשת וכתבת הערת אזהרה, גברת על יתר הנושים המובטחים. אם רכשת ולא כתבת הערת אזהרה, הרוכשים המובטחים לפניך בתור לגבייה.

**ב-1999 נקבעה ההלכה הנוכחית 🡨** *פס"ד בנק אוצר החייל נ' אהרונוב*.

רקע: זוג שהיה בהליכי גירושין, חתמו על הסכם גירושין במסגרתו העביר לה קרקע מסוימת, הוא קיבל תוקף של פס"ד. האישה עדיין לא רשמה ה"א, והבנק מטיל עיקול על הדירה בגלל חובות של הבעל שנוצר לטענתו לפני שנחתם הסכם הגירושין בין בני-הזוג. האם האישה מקבלת את הקרקע (בעלת ההתחייבות לעסקה) או הבנק (נושה לא מובטח, אין משכנתא)?

**ביהמ"ש קובע בפה אחד שיש לבטל את הלכת בוקר! יש להעדיף את בעל העסקה החוזית הראשון בזמן.**

ישנו ויכוח לגבי הדרך אל התוצאה:

ברק (רוב): פיתרון פורמאלי שנצמד לחוק המקרקעין. דוקטרינרית ס' 9 קובע את הקדימות של הראשון בזמן, ואין שום צורך להגיע לחישובים לגבי זהות הצדדים ולגבי מאזן המצוקה, תוך ניתוח ערכי.

*הלכת בוקר* קבעה שלביהמ"ש אין סמכות ליצור זכות קניין שביושר מכוח הדין האנגלי, אך ברק מראה **שהמחוקק משמיע לנו שס'9 מייצר זכות קניין שביושר תוצרת הארץ**. אמנם הוא עוסק בסוג תחרות אחרת (עסקאות נוגדות), אך ברק לומד מהסעיף על טיב המעמד של הזכות של בעל ההתחייבות הקודמת – הוא לא מחוייב לרשום הע"א ועדיין יש לו זכות שמכניעה רוכשים אחרים. אז וודאי שאדם זר לנכס, עם סעד דיוני, שהינו נחות ולא מהווה זכות קניינית, לא יקבל יתרון על פני מי שיש לו זיקה ישירה לנכס.

**העקרון הקיים בעסקאות נוגדות לא נעלם כשמדברים על תחרות בין בעל התחייבות מוקדמת לבין נושים.** זה הבסיס שדרכו אפשר להבין מה מעמדה של ההתחייבות של העסקה הקודמת. זה מראה שזו זכות יותר חזקה מזכויות חוזיות ולכן אין סיבה שהיא תהיה בעלת מעמד שונה כאשר היא ניצבת מול מעקל.

המשמעות: ברגע שאתה כורת עסקה לזכות קניינית בנכס, הראשון בזמן גובר. אין לו זכות חוזית, אלא זכות מעין קניינית. **לא רלוונטי לס'127(ב).**

ביקורת: אקטיביזם שיפוטי במיטבו, שהמחוקק יגיד במפורש.

שטרסברג-כהן (מיעוט בדרך): מעוניינת לבטל את הלכת בוקר. לא נכון להסתכל על תחרות בין בעל התחייבות מול נושה, רק לפי תפיסה של יעילות מלכתחילה (מונע הנזק הזול ע"י רישום הע"א). **מעקלים לא מסוג האנשים שמסתמכים על המרשם** ולכן לא ניתן להתנות את העדיפות של בעל ההתחייבות לעסקה על פני המעקל על רקע אי רישום הע"א. וגם אם היו מסתמכים- זה לא רלוונטי אליהם, הסתמכות חלשה. הנכס היה יכול להימכר, וזה לא מה שימנע מהמעקל לפרוע את חובו.מדובר על הכרעה בתחרות שיש בה עוד שיקולים שחייבים לקחת בחשבון.

לכן, רוצה לעבור לדרך אחרת להכרעה בתחרות הזולפי שיקולים יותר ראויים-ערכיים:

* 1. **הזכויות הן לא שוות מעמד.** תחרות על אותו הנכס, אבל הזכויות שונות (זכות מעין קניינית לעומת סעד דיוני). עיקול יותר נחות מבעל זכות חוזית מוקדמת. **יישום של תיאורית האישיות.** לבעל הזכות המוקדמת יש זיקה לנכס הספציפי הזה (רוצה אותו) בעוד שלמעקל יש אינטרס כלכלי בלבד מהנכס, אין לו שום עניין בדירה הזו.
  2. **מאזן המצוקה**- כשמסתכלים על **זהות הצדדים הטיפוסית**, ישנו הבדל משמעותי: בד"כ בעל ההתחייבות לעסקה יהיה אדם פרטי, או משפחה קטנה, ואם היא תפסיד בתחרות יהיה נזק הרבה יותר משמעותי. ומנגד, הנושים יהיו בנקים וגורמים מוסדיים חזקים, שחקנים רב פעמיים. בדר"כ מצוקתו של האדם הפרטי תהיה יותר גדולה מאשר הבנק (לזכור: הבנקים יודעים לדאוג לעצמם לבטוחות).

**ההכרעה בתחרות צריכה להיות ע"י בחינת זהות הצדדים ומהות הזכויות של כל אחד.**

מרים: פסה"ד לא מתרמץ אנשים לרשום זכויות. אתה לא יודע מול מי אתה עומד- ואם זה בעל עסקה מאוחרת אפשר היה לשלוף את גנז. פסה"ד מגיע לתוצאה ספציפית צודקת ונכונה שרלוונטית לסוג העימות המסויים הזה. ואם נפלת כאן- הסתדרת, לא צריך לרשום הע"א ואתה גובר.

**מה יקרה אם שולמה רק חלק מהתמורה? האם ישפיע על תוכן העדיפות?**

שטרסברג-כהן (מיעוט): לחזור לדין האנגלי. **לתת עדיפות באופן יחסי**, לנסות להחזיר את החלוקה של דיני היושר.

ברק וחשין (רוב): הזכייה של הראשון היא אבסולוטית. **הראשון עדיין זוכה**, ללא קשר לגובה התמורה ששולמה. המעקל לא יוכל לשים יד על הנכס. אך זה לא אומר שאם הנושה מפסיד את הנכס הוא מפסיד הכל. כי הראשון בזמן צריך להשלים את התמורה, **ואז המעקל יוכל לעקל את יתרת התשלום**.

**השפעת הלכת גנז על עקרונות הלכת אהרונוב**

*פס"ד בנק המזרחי נ' גדי*-מקרה בו נמכרה דירה. הקונה לא רושם הערת אזהרה במשך 7 שנים ואז בנק המזרחי מתיל עיקול על הדירה בגלל החובות של המוכר.

הדילמה: **אהרונוב** 🡨 הראשון בזמן גובר על פני מעקל מאוחר, ללא צורך ברישום הע"א. **גנז**🡨 ברק הוסיף שהראשון בזמן **חייב לרשום הערת אזהרה תוך זמן סביר**.

עולה השאלה האם חוזרים לתחרות הראשונה (עסקאות נוגדות במקרקעין) ומייבאים אליה את חובת רישום הערת האזהרה, או שמספיק להיות בעל התחייבות לעסקה ראשון בזמן מול נושה?

ביהמ"ש קובע **שלא מייבאים את דרישת רישום הערת האזהרה** כתנאי לזכייתו של הראשון משלוש סיבות:

* + - * 1. **מוסד העיקול אינו עסקאות נוגדות.** זו לא אותה התחרות. אין פה חשש שאם הראשון בזמן היה רושם הערת אזהרה זה היה משנה את השיקולים של הנושה המעקל. הנכס לא מעניין אותו, הוא רק רוצה לגבות את החוב.
        2. **אין הסתמכות על נכס ספציפי**. זה מעט חוזר למה שאמרה שטרסברג באהרונוב- כשמטילים עיקול על נכסי המוכר לא מטילים על נכס מסוים, מטילים עיקול על כל נכסי המוכר. הנכס הספציפי יכול היה להימכר, זה לא שעבוד של נכס. עיקול אומר שתופסים את כל נכסי המוכר ושהוא לא יכול לעשות בהם עסקאות.
        3. **עוצמת האינטרס של המעקל בנכס.** גם אם היו מטילים עיקול ספציפית על הנכס, לא הנכס הוא מה שמעניין, רוצים את הכסף. הערת האזהרה לא הייתה משנה את הרצון לעקל.

**חריג לכלל לפיו גנז לא חלה על הלכת אהרונוב 🡨** *פס"ד רשף נ' יוסף (מחוזי)*

אדם נטל הלוואה מהבנק והתחייב לתת משכנתא על הבית. לבנק הייתה התחייבות למשכנתא **שטרם** שוכללה ברישום. בנוסף, **הבנק לא רשם הערת אזהרה**. יש לנו כאן את הבנק, כנושה מוסדי שהוא בעל התחייבות מוקדמת בזמן. לאחר מכן, מוטל עיקול על הנכס.

**מהי התחרות?** קניין שביושר 🡨 מעצם העובדה שמוזכרת כאן המילה עיקול, ניתן להבין שנמצאים בהתחייבות לעסקה מוקדמת בזמן מול נושה מאוחר.

הטענות: הבנק במקרה זה טען **אהרונוב** (יש לו זכות מעין קניינית מעצם זה שהוא מול מעקל). אולם המעקל טען להלכת **גנז**, הבנק לא רשם הערת אזהרה ולכן יש לו חוסר תו"ל.

לכאורה, הבנק גובר על הנושה (*בנק המזרחי נ' גדי).* לא צריך הע"א אם ניצבים מול מעקל.

השופט אקון: הוא מייבא את חובת רישום הע"א *מפס"ד גנז*. יש להחמיר את הסטנדרט **ביחס לנושים מקצועיים (בעיקר בנקים)**. מוטלת עליהם חובת רישום הע"א כשהם נמצאים בהתחייבות מוקדמת מול נושה מאוחר.

הרציונאל: **הבנקים הם אחד הגורמים שהכי מסתמכים על המרשם**, לכן יש להם אינטרס עצמי שהמרשם יהיה מדויק וברור. כמו כן, הם נושים מקצועיים, שחקנים חוזרים, מהווים סוכנות חברתית שאמורה לדאוג גם לציבור, יש להם כלים ומערך מקצועי לרשום את זכויותיהם. \*לא מעלה ולא מוריד ביחס להלכת אהרונוב.

ההלכה- ביחס לנושים מקצועיים יש חובה לרישום הערת אזהרה בתחרות מול מעקלים או נושים אחרים. כלומר, הלכת גנז חלה על מע' היחסים בין נושה מקצועי למעקל מאוחר.

מרים: מנסים לעשות חיים קשים למעקלים. הלב זה בגלל שהוא שחקן מקצועי. תמיד שירשום את העסקאות שלו.

**מה קורה אם העסקה הראשונה היא עסקת מתנה מול מעקל מאוחר? האם הלכת אהרונוב תקפה?**

בעל ההתחייבות למתנה רשם הע"א - ביחס **לכל** עסקה 🡨 הוא תמיד מנצח לפי 127(ב).

בעל ההתחייבות למתנה **לא** רשם הע"א🡨 *לאניאדו* ברירת המחדל: העדיפות לטובת המעקל. השיקול המוביל הוא מאזן המצוקה. **הלכת אהרונוב לא תקפה כאן.**

מתי בכל זאת יגבר בעל ההתחייבות למתנה?

1. כאשר הנסיבות יעידו על כך **שהמתנה היא אמיתית** (בעיקר מצב כלכלי של נותן המתנה). צריך להראות שאין מצב כלשהו של פשיטת רגל לפני שנתן את המתנה.
2. כאשר בעל ההתחייבות לקבל את המתנה **שינה מצבו לרעה** בהסתמך על המתנה.
3. כאשר החזרה מהמתנה **אינה אפשרית** (למשל ייפוי כוח בלתי הדיר).
4. כאשר הנושה המעקל **ידע על המתנה** (חוסר תום לב).

מספיק שתנאי אחד לא יתקיים באופן קיצוני כדי שיקבעו כי הנכס ילך לנושה המעקל.

*שיעור 24- 11/01/22*

**תחרות 7 תקנות שוק במקרקעין**

תקנת שוק היא מצב בו אדם מנסה למכור יותר ממה שיש לו. והעימות שנוצר הוא בין הבעלים האמיתי, לבין הרוכש שקונה זכות קניינית פגומה. זה חריג לדיני הקניין, כי ברירת המחדל היא שהנכס חוזר לבעליו בגלל תכונת העקיבה והעדיפות. אולם הדין מאפשר את תוקף העסקה (של תקנת שוק) בגלל אינטרסים חברתיים. אם התקנה חלה על הרוכש- **כל הרישום הקודם נמחק**, מקבל את הנכס נקי מכל שיעבוד, עיקול או חוב.

ס'10 לחוק המקרקעין: מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון.

כדי שהרוכש יהפוך את זכותו לתקפה על אף שהיא פגומה, צריכים להתקיים 6 תנאים (במצטבר):

1. **רכישת זכות במקרקעין**- זכות **קניינית** + העסקה נגמרה **ברישום** קנייני. לא מספיק הע"א. *רק קניין יכה קניין.*
2. **בתמורה**- הרוכש שילם את **מלוא התמורה** או החלק הארי + המחיר מגלם את **השווי** האמיתי.
3. **בתום לב סובייקטיבי**- הרוכש לא ידע על נסיבות העסקה (שרכש זכות פגומה) עד לשכלול הקנייני. אולם, לאחרונה הפסיקה הציגה מדדים אובייקטיביים לתו"ל (*הלכת מורדכיוב)*.
4. **רק במקרקעין מוסדרים**- קרקע שעברה הסדר, בוטחים ברישום (נוצר רישום נקי ומוסדר במקרקעין). מכיוון שרישום ראיה חותכת לתוכנו.
5. **בהסתמך על הרישום** **בפנקסי המקרקעין**- צריך לבדוק שהזכות רשומה בטאבו (שכירות קצרת מועד לא טעונה רישום). לא להסתמך על מסמכים חיצוניים לטאבו. *רק קניין יכה קניין*.
6. **כאשר הרישום לא היה נכון**- רק אם הרישום בטאבו היה שגוי! **הטעות צריכה להיות במרשם.** כלומר הרישום לא משקף את הבעלות האמיתית בנכס. בכל מצב אחר- אין תחולה לתקנת השוק.

**הרציונאל של התקנה**=לעודד אנשים להסתמך על רישום המקרקעין גם כאשר הוא שגוי, כל עוד מדובר בקרקע מוסדרת, כדי לחסוך בעלויות עסקה ובירור, לגבי מידע על הנכס. לא רוצים לבזבז בזמן.

**מה היה קורה ללא קריטריון 6?** מצב בו הרישום נכון, אבל הרוכש נפל קורבן להתחזות. אם הוא היה מקבל את הזכות בנכס בכל זאת, זה לא יהיה ראוי! זה יתן פתח להרבה התחזויות ורמאויות. בכך אנוהיינו מאבדים הרבה הנכסים שלנו בקלות.

**לכן, באמצעות קריטריון 6**, כדי שתקנת השוק תחול, צריך להערים על פקידי המרשם, כדי שהטעות תהיה במרשם. וזה קשה. נדיר שיש תחולה לס'10 וטוב שכך.

**תרחיש בתקנות שוק – מצב פרטני**

הבעלים המקורי של המקרקעין נתן ייפוי כוח לעו"ד לנהל את הנכס, לייצג אותו בעסקאות שונות בשמו. הרבה פעמים ייפויי הכוח מנוסחים בצורה מאוד רחבה כי לא יודעים לצפות מה מיופה הכוח יצטרך לעשות עם הנכס.

עוה"ד – יכול לשנות את הבעלות בנכס במרשם על שמו. ולמכור את הנכס. והעו"ד הולך ומוכר את הנכס לרוכשת א'.

רוכשת א' – כשהיא הולכת לרישום היא תראה את שעוה"ד הוא הבעלים על המקרקעין ויכולה לבצע את העסקה. היא תוכל להעביר את הנכס לרוכשים נוספים.

במצבים כאלה צריך לבדוק שרוכשת א', או הרוכשים הנוספים, מקיימים את כל תנאי תקנת השוק. כיוון שסעיף 10 על כל תנאיו דורש יישום דקדקני וקפדני. לא נסתפק בתמורה חלקית, לא נסתפק בתו"ל חלקי או בהסתמכות חלקית.

**זה המצב הקלאסי** – **מרשם שגוי !** 🡨  **השתנה בגלל תרמית**! עוה"ד רשום כבעלים בטאבו למרות שאין לו זכות לכך. לא היה מצב של התחזות (שעוה"ד הציג עצמו כאדם אחר).

**הסתמכות בתום לב על הרישום**

1. ההסתמכות של הרוכש חייבת להיות ע"ב המרשם – ולא על מסמכים חיצוניים.

* *פס"ד אדלר*: "ההסתמכות צריכה להיות ממשית, על יסוד נתונים הקיימים בפועל בעת הרכישה".
* *פס"ד מורדכיוב*: "קונה שרוכש זכות ע"ס מסמכים כגון דרכונים, ת"ז, יפוי כוח – שהם מזוייפים, אינו זכאי להגנת תקנת השוק אף אם השלים בתום לב את העיסקה ברישום".
* *פס"ד להיגי נ' עוזרי*: "לא הכירה הפסיקה בתחולת תקנת השוק במצבים שההסתמכות היא על מסמכים מזוייפים. שכן ההסתמכות צריכה להיות על הרישום".

1. תו"ל הנדרש הוא סובייקטיבי – *פס"ד בעלי מקצוע נכסים נ' סונדרס*: תו"ל סובייקטיבי הוא מצב נפשי. משמעותו יושר הלב. בהקשר של ס'10 משמעותו **אמונה** מצד הקונה, שהמוכר הוא בעל זכות במקרקעין כאמור במרשם, ולכן הוא רשאי להעביר אליו את הזכות כאשר היא נקייה מכל זכות של אדם אחר.

* האמונה לא קיימת: אם הקונה **לא ידע**: 1. שלמוכר אין זכות במקרקעין; 2. שזכותו מוטלת בספק; אך הוא **חשד** בכך **ובמודע** נמנע מלברר 🡨 מצב של עצימת עיניים 🡨 שקול כנגד ידיעה **והוא שולל תו"ל.** אם יש אינדיקציות לכך, עליו לברר. אסור לעצום עיניים.
* האמונה קיימת: אם הרוכש לא ידע ולא חשד בפגם, אך אם היה נוקט אמצעים שקונה סביר היה נוקט הוא היה יודע או היה חושד 🡨 **לא נשלל תום ליבו,** אבל הוא התרשל. רשלנות ותו"ל סובייקטיבי יכולים לדור בכפיפה אחת. מצבים נדירים.

1. תום הלב חייב להיות מתחיל העסקה ועד סיומה – *פס"ד בעלי מקצוע נכסים נ' סונדרס*: גם בשלב העסקה וגם בשלב הרישום (סיום העסקה בשכלול קנייני). ברגע שהוא רשם את זכותו נגמרת חובת תום הלב שלו כלפי הבעלים המקורי.

מרים: אם משהו מתגלה בדרך (פס"ד ורטהיימר נ' בנימיני), תעצור! אל תמשיך את העסקה. ואם המשכת- הנזק יפול עלייך. \*לזכור: תמיד אפשר לצאת מעסקאות.

**מה הדין כאשר למוכר יש רק הערת אזהרה**

מי שרשום על הנכס הוא הבעלים המקורי, אבל הוא מעוניין למכור את הזכות שלו בנכס לרוכש א'. רוכש א' רשם לטובתו הע"א בלבד, ומעוניין למכור לרוכש ב'. הוא יכול למכור את הזכות שלו בנכס לרוכש ב', על-אף שיש לו הע"א בלבד. פרקטיקה מאוד נוהגת לא רוצים שתקנת השוק תמנע מאדם שיש לו רק הערת אזהרה למכור את המקרקעין מהחשש שמדובר במתחזה. אם נקבע שמקרה כזה פסול נפגע בשוק המקרקעין הישראלי שכן המטרה שלה היא לשמור על השוק מתפקד.

*פס"ד מרדכיוב*: בעסקאות על סמך הע"א בלבד- הרף מוחמר, נדרשות בדיקות לפי מדד אובייקטיבי.

רקע: מתחזה לבעלים של נכס, רוצה למכור את הנכס לרוכש א', אדם תמים. הם הולכים לעו"ד שחשד בתיעוד של המתחזה. המתחזה חוזר עם תיעוד אחר. חותמים על ההסכם (המתחזה במקרה זה מעביר משהו שהוא לא יכול למכור). רוכש א' רשם לטובתו הערת אזהרה. ולאחר מכן, על בסיס ההערה, החליט למכור את הנכס לרוכש ב'. כשרוכש ב' מגיע למרשם, הוא רואה שהבעלים המקורי הוא הרשום על הנכס, כאשר יש הערת אזהרה לטובת רוכש א'. העו"ד של ב' אמר להם שמשום שיש רק הערת אזהרה בשלב זה, כדאי להם לדחות את עיקר התשלומים עד לאחר שרוכש א' ירשם כבעלים. רוכש ב' לא הקשיב לו, המשיך את העיסקה, שילם את כל התשלומים לרוכש א', לפני שרוכש א' קיבל בעצמו את הזכאות בנכס. אחרי כמה שנים מגיע הבעלים המקורי ותובע את קבלת הדירה.

השאלה המשפטית: **האם אפשר להתייחס לזה כאל מרשם לא נכון?** בנוגע לרוכש ב'- אין הסתמכות על השגיאה במרשם במובן העמוק, כי הרישום הוא עדיין על שם הבעלים המקורי. אולם ישנה הע"א (בטאבו) מטעה! הרישום שלה היה שגוי, כי המוכר לא זכאי לרשום אותה.

רובינשטיין: אין מניעה עקרונית להחיל תקנת השוק, משום שקיימת **טעות במרשם**. עם זאת, מאחר שמדובר בעסקת מכר תכוף ע"ב הע"א בלבד, צריכים להתקיים שני תנאים נוספים:

1. יש להחיל **סטנדרט אובייקטיבי של "בדיקה ראויה"** על עוה"ד/לקוח, בנוגע **לכלל הנסיבות בעסקת היסוד** שבין הבעלים הרשום לבין מי שיש לטובתו הע"א. **איך?** תלוי בנסיבות של כל מקרה. אולם, **הפעולה הבסיסית** המתבקשת היא ליצור קשר עם הבעלים הרשום (לאתר אותו- טלפון, כתובת). הוא חייב לחזור אחורה ולבקש לראות מסמכים מהעסקה הראשונה, לראות שהכול שם היה תקין, ע"מ להוכיח שהוא בדק בצורה סבירה וראויה שהמתחזה רשום בטאבו כבעלים. אם לא בדק 🡨 אין עמידה בסטנדרט אובייקטיבי.

* **בנוגע לתו"ל סובייקטיבי**- רוכש ב' צריך לברר את הנסיבותלמה רוכש א' מזדרז, כי עסקת מכר תכוף ע"ב הע"א בלבד, היא נסיבה שמדליקה חשד. אם לא 🡨 זה עצימת עיניים.

1. **נדרשת התניית תשלומים ברישום**- רוכש ב' צריך להתנות את מתן מירב התשלומים לשלב לאחר הרישום ע"מ להנות מההגנה של תקנת השוק. המוכר יקבל את התשלומים רק לאחר הרישום.

הכרעה: אין הסתמכות על הרישום בתו"ל. רוכשת ב' הפסידה. ביהמ"ש מכריע שלא לבטל את הפרקטיקה הזו.

הלכה: לא רק רישום של זכות קניינית, אלא גם רישום על בסיס הע"א מאפשרת הסתמכות על המרשם. (כל התנאים של תקנת השוק צריכים להתקיים במצטבר + 2 דרישות מחמירות לתמורה ולהסתמכות על המרשם).

**הרציונל הוא מתן תוקף לרישום ועידוד עסקאות במקרקעין.** השופט לוקח שתי פרקטיקות מסחריות נוהגות וקובע שאם אנשים שרוכשים נכס על בסיס הערת אזהרה מתנהלים בצורה תקינה מבחינה מסחרית זה מעיד לביהמ"ש על זה שהם תמי לב ועל זה שצריך להחיל את תקנת השוק במקרה שלהם. אך אם הם פועלים בצורה לא תקינה מבחינה מסחרית, מוותרים על דברים שמגנים עליהם בעסקה, יש פה משהו שמעיד על כך שהם מזדרזים מדי לסיים את העסקה. הם מוכנים לקפוץ למים בצורה שאדם סביר לא היה עושה.

**תחרות 8 – תקנת שוק במטלטלין**

אותו מצב כמו במקרקעין- אדם רוכש נכס מטלטלין מאדם שהזכות בהם לא שלו, והעימות של הרוכש הוא מול הבעלים המקורי. אם תקנת השוק חלה- הנכס מתחיל חיים חדשים. הבעלות עוברת נקייה מכל ההיסטוריה הקיימת.

סעיף 34 לחוק המכר: נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שיעבוד, 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.

להכרה בקיומה של תקנת שוק כל הקריטריונים צריכים להתקיים במצטבר:

1. **נמכר-** 1. עסקת **העברת בעלות** בלבד, המוכר הוא הבעלים. 2. **בתמורה למחיר** לפי ס'1 לחוק המכר (חידוש: *פס"ד כנען*- תמורה אובייקטיבית שמשקפת את השווי האמיתי של הנכס).
2. **נכס נד**- רק נכסים מוחשיים פיזיים (לא זכויות או קניין רוחני). אין הבחנה אם המטלטלין רשומים או לא.
3. **ע"י מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר-** הגישה הנהוגה *זמיר בפס"ד כנען* זהו תנאי אובייקטיבי שמסייע בבדיקת תום ליבו של הקונה. הקנייה חייבת להיות של נכסים מסוגו של הממכר. דגן- **תימרוץ הסוחרים** לבדוק באופן רחב יותר את מקור הנכס שהם מכניסים לשוק (במשרד הרישוי, משטרה אם דווח על גניבה, תעודות מזהות), כדי לוודא שאדם שמולנו הוא הבעלים האמיתיים.
4. **המכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו-** הגישה הנהוגה *זמיר בפס"ד כנען* תנאי אובייקטיבי שמטרתו להבטיח את תום ליבו של הקונה.המכירה חייבת להיות בשעות הפעילות הרגילות של העסק. לבדוק שאין **נסיבות מחשידות** לגבי העסקה וזכויותיו של המוכר בנכס – זהו מבחן המתייחס למכלול הנסיבות של הסכם המכר: תנאי העסקה, זמן (בשעות הפעילות הרגילות), מקום (לא בסמטה חשוכה). לגבי אתרי אינטרנט- ראוי שתקנת השוק תחול, צריך לחשוב איך ליישם.
5. **הקונה קנה וקיבל את הנכס לחזקתו-** חזקה במטלטלין = מסירה כשכלול הקניין, יכול להיות לידי מי מטעמו. אלא אם קבעו שהבעלות תעבור בדרך אחרת (ס'33 לחוק המכר).
6. **תום לב סובייקטיבי**- צריך להתקיים מכריתת ההסכם ועד לשכלול הקניין (לפי המאוחר). אחרת לצאת מהעסקה (מונע הנזק הזול).

* מבחן סובייקטיבי- הרוכש לא ידע שמקור הזכות פגום + לא עצם את עיניו (כלומר לא נמנע מלברר את החשד במודע ובמתכוון) כי לא היו נסיבות לחשוד. אם כן ידע או כן עצם את עיניו- שולל את תום ליבו. חשוף לאובדן הנכס והוא ישאר בידי הבעלים.
* תו"ל סובייקטיבי עולה מרציונאל לתקנת השוק- תקינות חיי מסחר, חוסר רצון לעכב "זרימת הסחורות" ע"י חיוב בבדיקות.

רציונאל התקנה: **דרישות 3 + 4** 🡨 **תנאי השוק הפתוח**. "מי שקונה בתנאי השוק הפתוח רוכש על בטוח". המטרה הינה לעודד לקנות בשווקים חוקיים וחופשיים ולהימנע להיכנס לשווקים שחורים לעסקאות מפוקפקות, שמקור הנכס לא ברור.

**האם נדרשת ידיעה קונסטרוקטיבית לבחינת תום ליבו של הרוכש?**

רלוונטי בעיקר לשוק הרכבים.

עקרון "הידיעה הקונסטרוקטיבית"- כל אדם שבא במגע עם חברה רשומה, מוחזק כמי שיודע את תוכן מסמכיה הפומביים וכן כל פעולה או החלטה מיוחדת החייבת דיווח (כמו שעבוד שהוטל על נכסי החברה).

נקבע הלכה ישנה: *פס"ד רוזנשטרייך*: "אין מחילים דרישה לידיעה קונסטרוקטיבית".

מנחה את הדין עד היום- לא מצפים מאנשים לבדוק עיקולים או שיעבודים שרובצים על הנכס. אין ציפייה לבדיקות מקיפות וכבדות לעמידה בתקנה כי זה לא סביר. מה שצריך לדעת זה שאם יהיו לכך השלכות בשלב מאוחר יותר יצטרכו לשאת בהשלכות. **הרציונאל: סחר חופשי ושוטף במטלטלין.**

**עד כמה שאלה זו רלוונטית להיום?**

כיום יותר קל לעשות את הברורים (באופן מקוון- משרד הרישוי, רשם המשכנות), לכן אולי ראוי היה שכן היו מחילים ידיעה קונסטרוקטיבית בימינו.

*פס"ד זהבה כנען*- החידוש: התמורה חייבת להיות אובייקטיבית שמשקפת את שווי השוק האמיתי של הנכס.

רקע: בעלים של תמונות השאיל אותם למוזיאון היהודי בניו יורק, והתמונות בוטחו במקרה של גניבה ע"י ממשלת ארה"ב. בדרך לא ידועה- התמונות התגלגלו לשוק הפשפשים ביפו לידי הגברת מזרחי שמכרה לזהבה כנען אותן בעלות של 250 ₪. התברר שהתמונות ששייכות לממשלת ארה"ב ושוות כ-100 אלף$.

מי מקבל את התמונות? העימות הוא בין כנען לממשלת ארה"ב. כי הממשלה רוצה שהכסף יחזור אליה. הביטוח הופעל כדי לפצות את הבעלים המקורי.

השאלה המשפטית: האם נדרשת תמורה סובייקטיבית? או תמורה מלאה אובייקטיבית? הצדדים ניסו לטעון שהתמורה יכולה להיות מוטעית על בסיס הבנה שגויה, הם באמת סברו שהתמונה שווה 250 ₪.

השופט לווין: האם שוק הפשפשים הוא שוק פתוח לתמונות אומנות? אולי תמונה צריכה להימכר בגלריה? לא התעסקו בזה.

**הדיון בביהמ"ש התחלק לשני מסלולים:**

1. מסלול חיצוני: **אין הצדקה ל"מתנות משמיים".** היא שילמה 250 ₪ לא ראוי להעניק מתנה בשווי 100 אלף$.
2. דרך א'- **ברק ואור**: במצבים של טעות משותפת (פגם בכריתת החוזה) אפשר לבטל את העסקה באמצעות הבנייה קונסטרוקטיבית של דיני העקיבה (עשיית עושר). לכן ממשלת ארה"ב יכולה להפעיל את זכות העקיבה שלה על הנכס ולבטל את העסקה של כנען. **חיסרון**- רלוונטי רק למצבים של טעות משותפת.
3. דרך ב'- **ברק**: החלת תו"ל אובייקטיבי. אי אפשר להיחשב לתם לב אם קונים נכס במחיר זעום לעומת שווי הריאלי. מדובר על פער עצום.
4. מסלול פנימי: **אי עמידה בתנאי תקנת השוק** 🡨 **החלת שיקול "מאזן המצוקה"** 100 אלף$ לעומת 250₪, אין היגיון שממשלת ארה"ב תספוג נזק כזה, כדי שגב' כנען תזכה. מנסה לפעול בשני מישורים:

* **כיצד יש לסווג את סוג הנכס?** אולי אינו מסוג הנכסים שהמוכר רגיל למכור. האם תמונות מקוריות של רובין הן סוג הנכסים שאותה המוכרת בשוק הפשפשים רגילה למכור? השופטים עושים משהו שחותר תחת הרציונל של תקנת השוק. כל הרעיון בסוג הנכס הוא **לבטא אינדיקציה לתו"ל** של הקונה, פה אין ספק שזהבה פעלה בתום לב. כל הרעיון של תקנת שוק הוא שכשעובר נכס מיטלטלין לא נבוא ונטיל על הקונה לעשות בירורים יותר מדי משמעותיים עם עלויות גבוהות. רוצים לאפשר את השוק, לכן בירור בדיעבד או ניסיון להלביש את הטעות הזו על תקנת השוק מרוקן אותה מתוכן.
* **תמורה**- משגילנו שהתמונות שוות מאה אלף דולר, אז ניתן לזהות כאן **כישלון תמורה בדיעבד**. ביהמ"ש מכריע על בסיס גילוי הטיב האותנטי של התמונות שאין תמורה לצורך תקנת השוק. המצב של כישלון תמורה בדיעבד (הרוכש שילם את הסכום על מה שהוא חשב שהוא קונה, אבל בדיעבד התברר שיש כישלון תמורה משום שהמוצר שונה), שמונע את תחולתה של תקנת השוק, מעיד ש**דורשים תמורה אובייקטיבית (=שווי שוק אמיתי של הנכס).**

מרים: קשה להזדהות עם התוצאה כי לא נופל פגם- הנסיבות היו נדירות, טעות משותפת בין הצדדים, הכל נעשה בתמימות ובתו"ל (כנען לא מתחמקת מאחריות, מדווחת על המציאה). אבל במבחן התוצאה: **התוצאה ראויה.**

**עסקאות לרכישת רכבים**

הקונה מאדם פרטי – אינו מוגן על-ידי תקנת השוק. ההלכה היא שאין הגנה מפני תקנת השוק כיוון שזה לא מסחר תקין.

**הפתרון:** הרוכש צריך להתנות את התשלום בהעברת הבעלות באמצעות רישום **במשרד הרישוי**.

אמנם, הרישום במשרד הרישוי הוא פורמאלי, לא יוצר זכות קניינית + הדרך שבעלות עוברת במטלטלין זה בדרך של מסירה. **אולם**, לפי ס'33 לחוק המכר ניתן לקבוע "כל דרך אחרת".

כלומר, לא לשלם על נכס לפני שמקבלים את הבעלות בו (במשרד הרישוי ירשם שהרוכש הוא הבעלים). לעשות בדיקה יסודית של מקור הזכות, עיקולים, שיעבודים – הכל.

תקנות התעבורה העוסקת בהעברת הבעלות מחייבת את הבנק המקוון לבדוק: 1. את זהות המתקשרים; 2. אם קיימת הגבלה ברישום משרד התחבורה.

**דיני נטילה שלטונית של מקרקעין**

הנושא שעוסק בפגיעה הכי חמורה בזכויות קניין של אנשים.

יש 2 סוגים של נטילות שלטוניות:

1. **הפקעות**- מצב בו הרשות/שלטון לוקחת פיזית את המקרקעין של אדם פרטי ומעבירה את רישום הזכויות על המקרקעין על שמה או על שם הגורם מטעמה. במצב זה, לא נותר בידי האדם הפרטי דבר- הוא מאבד את המקרקעין.
2. **גריעה תכנונית**- הבעלים נשאר הבעלים של המקרקעין, אך מוטלות על המקרקעין כל מיני מגבלות המונעות ממנו לעשות שימושים שונים. בעל המקרקעין יכול לעשות במקרקעין פחות דברים ממה שיכל לעשות לפני כן.

**בישראל** מפצים על שני סוגי הנטילות הללו. **לעומת זאת,** בארה"ב מפצים על הפקעות, אך בכל הנוגע לגריעות תכנוניות- מפצים רק כאשר הגריעה התכנונית משמעותית ושקולה לפעולה של הפקעה **בפועל.**

החקיקה הרלוונטית ביחס **לנטילות שלטוניות**:

* חו"י: כבהו"ח - ס'3 עוסק בשמירה על הקניין; ס'8- פסקת ההגבלה והיכולת להטיל מגבלות בתנאים מסויימים. יש מתח בין שני הסעיפים שמתעורר בנטילות שלטוניות.
* בישראל יש 25 דברי חקיקה המאפשרים לרשויות להפקיע מקרקעין או להטיל מגבלות תכנוניות על מקרקעין של אנשים פרטיים: שני דברי החקיקה המרכזיים- חוק התכנון והבנייה **+** פקודת הקרקעות, על בסיסן נעשות למעלה מ95% **ההפקעות** בישראל (**גריעות תכנוניות** נעשות בעיקר באמצעות חוק התכנון והבנייה).

**הפקעות**

הגדרת הפקעת מקרקעין **=** פעולה שלטונית שמורכבת משלושה חלקים:

1. **רכישה כפויה** של מקרקעין- אקט כפוי על הבעלים, אינו מעוניין בכך, אך עדיין הרשות לוקחת מתוקף סמכותה.
2. לשם הגשמתו של **צורך ציבורי**- בלבד. לא ניתן להפקיע למטרות אחרות.
3. תמורת **פיצוי** בעל המקרקעין- חייבת לתת פיצוי לבעלים בגין נטילת המקרקעין.

**א. רכישה כפויה של מקרקעין**

מכוח מה קיימת סמכות הפקעה?

1. **תיאוריית שימור הכוח**- הבעלות הפרטית בכל קרקע בכל מדינה שהיא, ניתנת בידי הריבון, כי הקרקע בבסיסה, שייכת לו. הוא זה שמחליט לחלק את הבעלויות במשטר של קניין פרטי. ולכן **תמיד** שומר לעצמו את הכוח הבסיסי להחזיר לעצמו את הקרקע. המדינה יכולה לקחת לכל מטרה ומתי שהיא רוצה את הקרקע, כאשר יש לה צורך.
2. **תיאוריה של "Police Power"**- המדינה קיימת כדי להגשים מטרות מסוימות. לכן היא צריכה את הכוח לקחת מקרקעין לשם מימוש תפקידיה כמדינה. המדינה יכולה לקחת **רק** לטובת המטרות הבסיסיות של תפקידיה (בניגוד לתאוריית שימור הכוח).
3. **תאוריית ההסכמה הראשונית**- ג'ון לוק. לפיה, כאשר כל אחד מהאזרחים בחר את הנציגים שישרתו וייצגו אותו, הוא נתן להם "הסכמה ראשונית" לבצע הפקעות ככל שיידרש. ההסכמה ניתנה מראש כי לא ניתן לדעת מתי תידרשנה פעולות הפקעה או איזו קרקע תידרש לאיזו מטרה.

למה השלטון צריך את הכוח לקחת קניין פרטי? מו"מ רצוני לא היה יעיל להגשת צרכים ציבוריים מ3 סיבות:

1. **כשלי שוק**- למנוע מבעל הקרקע להפוך למונופול, כאשר המדינה צריכה בדיוק את הקרקע שלו לצורך ציבורי, ולא אחרת, כך שינסה לסחוט אותה כדי שתוכל לעשות שימוש בקרקע. **הסיבה העיקרית.**
2. **צדק חלוקתי**- הפקעת שטחים לצורך הגשמת מטרות של צדק חלוקתי; לאפשר מצב שלאוכלוסיות שונות תהיה גישה למקרקעין, למשאבים או למוצרים מסוימים.
3. **כוח שלטוני קלאסי**- ישנם צרכים ציבוריים, ללא ערך שוק, שאף אחד לא יסכים לתת את הקרקע שלו לטובתם. כגון סלילת כבישים, הקמת מבנים של כיבוי אש או תחנת משטרה.

**ב. הגשמת צורך ציבורי**

**ס'2** לפקודת הקרקעותמגדיר **צורך ציבורי**: "צורכי ציבור כמשמעותם לפי ס'188 לחוק התכנון והבניה, וכן כל אחד מאלה, ולרבות צורך הנובע מהם או הכרוך בהם".

זו הגדרה מרחיבה מאוד: ס'2 מונה 10 דברים כ"צורך ציבורי" **מעבר להגדרה בחוק התכנון והבניה** (ששם קבועים גם רשימה של צרכים), כאשר ס'2(10) מציין "צורך ציבורי אחר שאישר שר האוצר, בהתייעצות עם הועדה המייעצת ובאישור ועדת הכספים של הכנסת" 🡨 סעיף סל. סמכות רחבה לשר האוצר- יכול להגדיר צרכים ציבוריים נוספים אם כך יחליט.

**ס'3** לפקודת הקרקעותקובע שלאחר ששר האוצר איתר צורך ציבורי, **הוא רשאי** (1)לרכוש את הבעלות על כל קרקע; (2) לרכוש חזקה או השימוש בקרקע לתקופה מסוימת; (3) לרכוש כל זכות שימוש או כל זכות אחרת על הקרקע; (4) להטיל כל זכות שימוש או כל הגבלה אחרת על קרקע.

משמעות אופרטיבית: ברגע ששר האוצר זיהה צורך ציבורי, הוא יכול לעשות כמעט כל מה שירצה עם הקרקע.

**בארה"ב** התיקון החמישי לחוקה קובע "לא ניתן לקחת קניין פרטי לצורך ציבורי, ללא פיצוי הוגן". בכל מדינה ישנה חקיקה מדינתית שמתכתב עם תפיסת העולם של הנציגים. **במדינות רפובליקניות**, תהיה פחות סובלנית להפקעות ותשמר את זכויות הקניין הפרטי. **במדינות דמוקרטיות**, תהיה יותר סובלנית להפקעות לצורכי ציבור.

*פס"ד סוזט קילו*- מהו צורך ציבורי שהדין האמריקאי מאפשר?

רקע: בעיירה ניו לונדון שבקונטיקט, היו הרבה מובטלים. חיפשו פתרון תעסוקתי ע"י הבאה של חברות שיפעלו בעיר. חברת פייזר הסכימה להקים בעיר מרכז פיתוח, כדי לקדם את העיר, אולם דרשה מהעירייה קרקע לצורך הקמת המפעל. העירייה, במקום לנהל מו"מ עם הדיירים, מפקיעה קרקעות. אולם, **סוזט קילו, מחליטה להילחם**.

טענות קילו: "לא ניתן להפקיע קניין פרטי לטובת חברת פייזר (חברה פרטית) כי זה לא נכנס להגדרת "צורך ציבורי" לפי החוקה". ניתן להפקיע לטובת **מוסדות** ציבור או לטובת צורך **שישמש את כל הציבור**. פה העירייה לוקחת קרקע **מאדם פרטי אחד** ומעבירה אותה לגורם פרטי **אחר**, לא מדובר בשימוש ציבורי.

ביהמ"ש העליון בקונטיקט (רוב): **מכשיר את ההפקעה**. מדובר פה בצורך ציבורי לגיטימי. החברה תשלם מיסוי עירוני ותעסיק הרבה אנשים בפרוייקט שיקדם ויפתח את הכלכלה בעיר, ובכך יגדיל את רווחיה. גם אם הקרקע עוברת לידיים פרטיות- כל העיר תרוויח! הסיפור מגיע לעליון האמריקאי.

העליון האמריקאי: **מאשר את ההכרעה** של ביהמ"ש בקונטיקט וקובע שלצורך פיתוח כלכלי, הפקעה של קרקע מגורם פרטי אחד לגורם פרטי אחר עומדת בהגדרה של התיקון החמישי לחוקה. לקחו לקילו את הקרקע.

המשך המקרה: אחרי כל הסיפור חברת פייזר לא הקימה את הפרוייקט. הקרקע נשארה ללא כל שימוש, אבל בארה"ב אם קרקע מופקעת- לא מחזירים אותה.

פסיקת העליון האמריקאי יצרה תגובת נגד בקרב מדינות רבות בארה"ב. המדינות לא רצו לאפשר את פעולות ההפקעה מאדם פרטי לגורם פרטי אחר, גם אם יש תועלת ציבורית, כי יש פגיעה חמורה בתפיסה של קניין פרטי. לכן, כדי להקשות על ההפקעות (כי כעת גם תועלת ציבורית נכנסת להגדרה), הם העלו את הדרישות לפיצוי.

אם בד"כ הפיצוי האמריקאי הוא שווי השוק של המקרקעין שנלקחים (בהתאם לנזק שנגרם), אז במקרה שמטרת ההפקעה היא פיתוח כלכלי הפיצוי יהיה גבוה יותר. הם שינו את הדרישה שהפיצוי שינתן יהיה גבוה יותר!

בישראל- צורך ציבורי הוא לא באמת מגבלה. המציאות היא- שהשופטים מכירים בהכל.

*פס"ד קרסיק נ' מנהל מקרקעי ישראל*: בייניש אומרת שלאחר חקיקת חו"י כב"א, ביהמ"ש נוקשים יותר כאשר מדובר על סמכות הפקעה לצורך ציבורי, מצמצמים את הסמכויות ומתערבים בהפקעות שלטונית.

***האם זה באמת נכון*?** **לא!** למעשה, צורך ציבורי מתפרש הרחבה, בתי משפט כמעט לא מתערבים. ניתנו סמכויות מרחיקות לכת בנוגע להפקעה. נראה פסקי דין מרכזיים שמשקפים את המגמה:

* *פרשת דור*- שנת 52. הפקעת קרקע לטובת הקמת בתים לעולים חדשים. בעלי הקרקע, משפחת דור פנתה לביהמ"ש שלוקחים קרקע פרטית לטובת הקמת יישוב לאנשים פרטיים אחרים. ולא מדובר בצורך ציבורי שמאפשר הפקעה. ביהמ"ש קובע שלא ניתן להעביר ביקורת שיפוטית על החלטת שר האוצר. סומך על שיקול דעתו.
* *בג"ץ שוורץ*- שנת 77. המשך של פרשת אתא נ' שוורץ. בפרשה, מפעל מזהם הוקם ליד ביתו של שוורץ. פנה לעליון וטען שהמפעל עושה הרבה רעש. לבסוף, ביהמ"ש העליון חייב את המפעל לנקוט באמצעים וצעדים להסרת הנזקים שנגרמו לשוורץ. לאחר הפרשה, בעלי המפעל ביקשו משר האוצר להפקיע את הקרקע של שוורץ, אחרת יסגרו את המפעל ויפטרו עובדים. המדינה נכנעת ללחצים, לא רוצה להגדיל את התעסוקה, ולכן שר האוצר הפקיע את הקרקע של שוורץ. **שוורץ מגיש עתירה לבג"ץ נגד ההפקעה**. המקרה דנן, **בג"ץ מאשר את ההפקעה**, מהרגע בו שר האוצר החליט שיש צורך ציבורי, אין יכולת לבצע ביקורת שיפוטית על ההחלטה. באמרת אגב- גם אם הוא היה יכול להפעיל ביקורת שיפוטית, יש אבטלה רבה בעיר וסגירת המפעל שתוביל לפיטורין של 600 עובדים, הופכת זאת לצורך ציבורי.

**מקדימים את קילו. מספיק שיש תועלת והשלכה ציבורית, בכדי לקבוע שההפקעה מגשימה צורך ציבורי**.

* *בג"ץ מהדרין*- שנת 94. הפקעת הרבה קרקעות חקלאיות של חברת מהדרין לצורך הקמת נתב"ג. לא עותרת כנגד הפקעת קרקעותיה לצורך הקמת שדה התעופה כי אין ספק שזה צורך ציבורי. אך יש בו גם צרכים מסחריים, כמו הדיוטי-פרי. ולכן מבקשת להקים אותו, **כי מדובר בעסק פרטי.** בג"ץ לא מתערב בהחלטת שר האוצר שהדבר מהווה צורך ציבורי. בגלל שמדובר בפרויקט גדול, לא יתנו לגורם שונים להקים חלקים שונים, אלא יתנו למדינה להקים את כולו.
* *מחמוד חליל נ' מדינת ישראל*- הפקיעו מחליל קרקעות לצורך התרת שטח ציבורי פתוח. ניתן היה לעשות זאת בדרך אחרת (אמצעים תכנוניים ושינוי ייעוד). ביהמ"ש פוסק שלא מתערב בשיקול דעתו של שר האוצר.

מרים: האמירה של **בייניש** *בפס"ד קרסיק* לא מדויקת, האמירה הנכונה היא של **השופט שמגר** *בפס"ד לוביאניקר*, שאומר שאם שר החליט שקיים צורך ציבורי, ביהמ"ש ימנע מלהעביר ביקורת על שיקול דעתו, מכיוון שזו הסמכות שניתנה לו מכוח ס'2 לפקודה. מקנה לו מעמד של הכרעה החלטית. אז אם לא נתערב בציבוריות הצורך, איפה כן?

התערבות **במידתיות** ההפקעה (ולא בשאלה האם היא לצורך ציבורי)

תנאי המידתיות בפסקת ההגבלה הפך להיות **המבחן להכרעה** האם ההפקעה מידתית. אם לא 🡨 תבוטל.

שבעה מבחנים שנולדו בפסיקה:

1. **ניסיון הרכישה ההסכמי**-הנחיות היועמ"ש, כאשר שמגר כיהן התפקיד. הנחה את כל הרשויות: טרם ההפקעה, בשלב הראשון הרשות חייבת לנהל מו"מ ולנסות לרכוש את הקרקע בטענה שהיא זקוקה לקרקע. כלומר, הרשות צריכה להוציא הודעה לבעלי המקרקעין ששיש להם הזדמנות למכור את הקרקע טרם מפקיעים אותה. אמנם זה לא מו"מ רצוני אמיתי, אך אם הרשות לא תפעל כך 🡨 ההפקעה לא תהא מידתית וזו עילת פסילה.
2. **ביצוע עצמי**- *פס"ד נוסייבה* למשפחה עשירה ממזרח ירושלים, היו המון קרקעות על קו התפר בין ירושלים המזרחית למערבית. החליטו לבנות מרכז מסחרי על קו התפר הזה, ולכן הפקיעו לנוסייבה אחת הקרקעות. אך לא נעשה שימוש בקרקע המופקעת כ20 שנה! נוסייבה ביקשו חזרה את הקרקע. מטרת ההפקעה נזנחה. **ביהמ"ש** **קובע מבחן**: **האם בעלי הקרקע יכולים לבצע בעצמם את מטרת ההפקעה להגשמת הצורך הציבורי?** אם כן, ההפקעה אינה מידתית. במקרה דנן, מלכתחילה למשפחה הייתה את היכולת הכלכלית להפעיל את המרכז המסחרי בעצמה. לכן נקבע שיש להחזיר לה את הקרקע. לא בגלל הזמן הרב שעבר, אלא בגלל שההפקעה לא הייתה מוצדקת. בד"נ ההכרעה התהפכה, כי הצדדים צריכים להעלות את הטענה, והשופטים היו אלה שטענו אותה. נוסייבה טענו לפסלות מעצם הזמן הרב שעבר. נקבע שגם לאחר 20 שנה ניתן להגשים צורך ציבורי. אבל המבחן נשאר עומד בעינו.
3. **איחוד המשאבים**-תת מבחן של ביצוע עצמי. **ביצוע עצמי בנסיבות של ריבוי בעלים**. פס"ד *מקור הנפקות וזכויות נ' מ"י* עסק בהקמת שכונת הר חומה בי-ם. הצריך הפקעות קרקעות שהיו בבעלות מס' בעלים. הם טענו: 1)צריך קודם לנהל מו"מ. 2) אין סיבה שהמדינה תגזור את הרווח היזמי מהקמת השכונות, אם יש להם את היכולת, בתור בעלי הקרקע, **לאחד את המשאבים** ולפנות לקבלן בעצמם. ביהמ"ש אישר זאת אך קבע פרק זמן מוגבל (3 חודשים). לא רוצה לחכות לנצל להגשמת הצורך הציבורי. אם לא יעמדו במגבלת הזמן- ההפקעה תהיה מידתית.

ביקורת: זמן קצר מידי, כדי לאחד משאבים של הרבה בעלים, לכן נכשלו. אולם עקרונית- ביהמ"ש הכשיר זאת.

1. **שיהוי-** עילת השיהוי. יש לו 2 פנים:
2. פן ראייתי- עלה ב*נוסייבה*, העובדה שהעירייה השתהתה 20 שנה, מעיד שכוונתה הייתה לזנוח את הגשמת המטרה הציבורית. שיהוי נטען בהיבט הראייתי שיעיד על הכוונה המשתמעת של העירייה. אולם ביהמ"ש לא מקבל טענות אלה.
3. פן מנהלי- לאופן בו הרשויות אמורות להתנהל. משנות ה-50 ואילך, אם המטרה הציבורית לא מוגשמת תוך זמן קצוב, מתוך הרצון להעניש את הרשות שמשתהה הרבה שנים, ניתן היה לבטל את ההפקעות. בטענה שאינה מתפקדת כראוי.בשנת 88' *בפסד אמיתי* ביטלו הפקעה לאחר שבמשך 26 שנה לא עשו דבר בקרקע. שיהוי ברמה קיצונית. **זו הפעם הראשונה שביטלו הפקעה על רקע של מידתיות בעילת של שיהוי**.

משנת 2010, נעשה תיקון לפקודת הקרקעות, שקובע הנחיות ברורות: ברירת המחדל היא שיש לרשות 8 שנים להתחיל לבצע את פעולת ההפקעה. אולם החוק מאפשר לשר האוצר להאריך את התקופה עד ל15 שנים אם חושב שזה ייקח יותר תוך נימוק משכנע. כמו כן, אם יצטרך עוד, יוכל להאריך בעוד שנתיים עם בקשות מנומקות.

המקסימום כדי להתחיל בביצוע מימוש התועלת הציבורית הוא 17 שנים.

1. **תום/שינוי המטרה-** *פס"ד קרסיק* שטחים הופקעו מהבעלים לצורך שטחי אש לצה"ל. לאחר 40 שנה, המדינה המירה את השטחים לצורך שיכון עולים חדשים. בעלי הקרקע המקוריים לא מסכימים לקבל פיצוי על ההפקעה אלא לקבל את הקרקע חזרה כשהמטרה הסתיימה. **חשין מעלה 2 גישות:**

* מרגע ההפקעה, זיקת הבעלים לקרקע מתנתקת-הבעלים יוצא מהתמונה. חשין דוחה גישה זו.
* הזיקה לקרקע נשמרת גם לאחר ההפקעה- ואז, בתום מיצוי המטרה הציבורית, יש 2 אפשרויות שהמדינה יכולה לבצע: 1)למכור את הקרקע לבעלים (יחזירו את הפיצוי על ההפקעה); 2) הגישה שחשין מאמץ- על המדינה להשתמש בקרקע למטרה ציבורית אחרת, ולא ניתן להשתמש למטרות פרטיות.

הלכת קרסיק- ההפקעה לא מנתקת את זיקת הבעלים לקרקע. אם תם הצורך הציבורי- המדינה חייבת לייעד את הקרקע למטרה ציבורית אחרת.

בתיקון שנעשה ב2010 בפקודת הקרקעות המחוקק אימץ את הגישה- אם רוצים לייעד את הקרקע למטרה ציבורית חדשה, יש לבצע את תהליך ההפקעה **מחדש** (הקמת ועדה מייעצת + שמיעת התנגדויות הבעלים וטענותיהם לפי העילות). ואם המדינה חוזרת בה- עליה לקחת את הפיצוי שניתן לבעלים.

1. **זכות מזערית-** עלה *בפס"ד אקונס*. המבחן- **חובת הרשות להפקיע את המינימום הנדרש לצורך הציבורי**. בתחילה המדינה הפקיעה באופן גורף את כל השטח התת-קרקעי, עד שביהמ"ש קבע כי עליה להפקיע את המינימום. עליה להוציא הודעות הפקעה מתוקנות. אם הרשות לוקחת יותר ממה שהיא צריכה- ביהמ"ש יתערב.
2. **מיקום רלוונטי ומיטבי**-*פס"ד זמר* תוואי כביש 6 היה אמור לעבור דרך מועצה איזורית עמק חפר, אך הוא שונה, כך שיעבור דרך מועצה איזורית זמר. לטענתה, ההסתה גורמת להפקעה לא מידתית. ביהמ"ש קובע שניתן לדון במיקום האופטימאלי של ההפקעה. **אם המיקום אינו רלוונטי ומיטבי, ולא ניתן הסבר טוב לכך, ניתן לבטל את ההפקעה.**

**ג. הזכות לפיצוי**

בתי המשפט מדברים על "פיצוי" כך שצריך להיות פיצוי צודק או פיצוי הוגן. אולם לפי איזו תפיסת צדק?

* **צדק מתקן**- השבת המצב לקדמותו לפני אירוע הנזק, רוצים לפצות כמידת הנזק המוערך שנגרם לאדם. ההסתכלות על הנזק היא לפי ערכים אובייקטיבים. מחייבים את הפוגע לשלם את אותו הסכום לנפגע. בהפקעה - להחזיר את השווי הכלכלי של הקרקע. קלה ליישום מבחינה משפטית. כל דבר אפשר לשערך בשווי כלכלי.

ביקורת:הגישה מתעלמת מערכים סובייקטיביים (כמו קהילה), מהנסיבות החיצוניות. בודקת מקרה ספציפי.

* **צדק חלוקתי**- לפזר את העושר באופן צודק בחברה. ביקורת: לא ניתן ליישם צדק חלוקתי כי המשפט הפרטי עוסק בהתנגשויות בין שני צדדים פרטניים במקרה קונקרטי. לכן לא יכול להסתכל על כלל האוכלוסייה. החלת צדק חלוקתי תביא לעיוות שלו. הוא ייושם טוב יותר בדיני המס- כלל דיפרנציאלי בהתאם למצב הכלכלי של כל אחד.
* **צדק הליכי**- ההליך חייב להיות הוגן, כדי שהצדדים יהיו מיודעים לטענות נגדם, לזכויות שלהם, וכו'. לא משנה התוצאה. בפקודת הקרקעות קבועים הרבה הליכים שמיידעים את הצדדים ביחס לזכויות שלהם, אולם ההליך הוא רק חלק, **חשובה גם התוצאה**. לא התפיסה בישראל- לא ממצה את הדרך בה מטפלים בהפקעות.
* **צדק מאחה**- מסתכלת גם על ההליך וגם על התוצאה. נפוצה בהליך הפלילי- מדינות תובעות בשם העם, כי מערכת היחסים אינה בין הנפגע לפוגע, אלא בין הנפגע לקהילה. לכן מנסה לגרום לכל הצדדים להרוויח ולהרגיש שקיבלו צדק. **יש מי שטוען שניתן להחיל גם בהקשר לקרקעות**. כי בהפקעה- מי שפוגע בבעל המקרקעין זה לא אדם פרטי, אלא הקהילה כולה (המדינה). אדם שנפגע מקהילה רחבה שנהנית מההפקעה. לכן צריך לאפשר שיח עם בעל המקרקעין, בו הוא מעלה את טענותיו (להבין מה כואב לו), לשתף אותו במידע הרלוונטי (מהו הצורך הציבורי), ובעיקר לאפשר לו לבחור סעד שיתאים לאינטרס שלו.

**בישראל-** הגישה הנהוגה הינה צדק מתקן (יש גם צדק הליכי אבל הוא לא חזות הכל). בארה"ב- גם צדק מתקן.

**מהו פיצוי בדין האמריקאי?**

בחוקה של ארה"ב נקבע כי "קניין פרטי לא יילקח לשימוש ציבורי ללא פיצוי הוגן". אולם לא ניתן הסבר מהו פיצוי הוגן. ביהמ"ש העליון האמריקאי פירש 'פיצוי הוגן' בתור **שווי שוק של המקרקעין.** **מטרת הפיצוי היא השבת הבעלים למצבו הכלכלי לפני ההפקעה**.

האם פיצוי על פי מחיר השוק של הנכס מבסס צדק מתקן? ישנם דברים נוספים שנפגעים מההפקעה, שמחיר השוק לא לוקח בחשבון:

1. **אובדן ערכים סובייקטיביים** **לנכס**– לא בהכרח סנטימנטלי, אלא שהנכס תואם לצרכים מיוחדים שרלוונטי אליי ולא לאחרים, כמו מיקום (לעבודה/למשפחה). סיבה: קשה להעריך ולכמת אותם.
2. **כשלי השוק ה"מדומיין"** – עד תחילת שנות ה-2000 רוב ההפקעות לטובת בניית שכונות חדשות בארה"ב, היו בשכונות מצוקה. בעלי הנכס קיבלו את שווי השוק שלו, שהיה נמוך כי מצבו היה קשה ובלוי. הפיצוי לא היה אפקטיבי כי לא היה להם איפה לרכוש נכס אחר במחיר כזה. אלא רק בשכונות מצוקה אחרות. לא יכלו לצאת ממעגל העוני. חישוב הפיצוי נעשה לפי שווי הנכס לפני ביצוע ההפקעה;  **בישראל** החוק מחייב את הקבלן/יזם לתת לדיירים שגרו בשכונות מצוקה, המפונים למען פרוייקט פינוי בינוי, אתהערך החדש של הנכס ולא הישן, או לספק להם דירות חלופיות באזור או בסמוך לאזור המשוקם.
3. **הדרת ערכים כלכליים**– שכ"ט עו"ד, הוצאות מטווח, פגיעה במוניטין, עלויות איתור דירה חלופית, הובלה וכו'.

**מהו פיצוי בדין הישראלי?**

עקרונות הפיצוי בדין הישראלי: תפיסה של צדק מתקן. יש להעמיד את הנפגע במעמדו הכלכלי **לפני** ההפקעה.

*בפס"ד ארידור*- השופט חשין אומר שפיצוי הוא דבר חשוב, צריך לקחת אותו ברצינות. יש לעשות צדק עם בעל המקרקעין. ביהמ"ש חייב להתייחס למקרקעין המופקעים כקניין של הבעלים.

בהקשר של פיצוי, יש שוני בין חוק התכנון והבנייה לבין פקודת הקרקעות.

**פקודת הקרקעות** (חוק שנועד לרשויות שלטוניות)

* ס' 12 קובע כאשר ביהמ"ש פוסק פיצוי על הפקעה, **הכלל הוא פיצוי עפ"י שווי השוק** **של הנכס** (בניגוד לארה"ב שהכלל נקבע ע"י פרשנות ביהמ"ש), וללא התחשבות בעובדה שהקרקע נמכרה בכפייה. המטרה היא למנוע פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה.
* ס' 20(2) **קובע חריג-** פיצוי מופחת משווי השוק. עד 2010, לפי ס' 20(2)(א) בסמכות שר האוצר, אם מתקיימים תנאים מיוחדים, **להפחית פיצוי עד 25% משווי הקרקע.** כך שאם לקחו עד רבע מהמגרש, יש פטור מלשלם פיצוי. כמו כן, גם אם הוא מפקיע 40% הוא חייב לשלם רק 15%. עדיין יקבל את הפטור.
* בשנת 2010 תוקנה פקודת הקרקעות **וביטלה את החריג** בנוגע לשר האוצר. אולם תחולת החריג נשארה רק **כאשר ההפקעה מתבצעת ע"י רשויות מקומיות בלבד.**
* סייג לחריג: ס'20(ג) מאפשר לשר האוצר, אם הוא רואה שהפחתת הפיצויים יגרמו לסבל, בהתחשב בנסיבות המקרה, **לתת פיצוי נוסף מעבר לשווי שוק של הנכס**, **או לבטל את ההפחתה**, כראות עיניו.

**לסיכום- מכוח פקודת הקרקעות** רק אם ההפקעה לטובת רשות מקומית ניתן להפחית פיצוי עד 25%, ובסמכות שר האוצר לבטל את ההפחתה או להעניק פיצוי נוסף מעבר לשווי השוק.

**חוק התכנון והבניה** (חוק שנועד לרשויות מקומיות בלבד)

* ס' 190(א)- אם לא נקבעו הוראות בחוק התכנון והבנייה בנוגע להפקעה, הועדה המקומית רשאית לבצע את ההפקעה מכוח **פקודת הקרקעות** ויחולו עליה ההוראות מכוחו (אופן ההפקעה + מתן פיצוי, כולל חריג להפחתת פיצוי עד 25%).
* ס' 190(א)(1)מחיל את ס'20 לפקודת הקרקעות (שמאפשר הפחתת פיצוי עד ל-25%) על חוק התכנון והבנייה וקובע שכאשר ההפקעות הן לצרכי הקמת גנים, שטחי נופש וספורט, בנייני חינוך, תרבות, דת ובריאות, הפחתת הפיצוי תהיה בשיעור של 40%. כלומר, אם רשויות מקומיות מפקיעות קרקע מכוח חוק התכנון והבנייה לצרכי הציבוריים הנ"ל, יש להן פטור גדול יותר של עד 40%.

**למה הפער בין החוקים?** סיבות אפשריות שיש לרשויות המקומיות סמכות הפחתה יותר גדולה:

* מטרת ההפקעה- רשויות מקומיות יפקיעו בשיעור של 40% רק אם זה **לצרכים קהילתיים** שיטיבו עם כלל חברי הקהילה. כולל האדם שמפקיעים ממנו. לכן משלמים לו פחות פיצוי.
* מצב כלכלי- לרשויות המקומיות יש גירעונות כלכליים. שיעור הפחתה גדול יותר מקל עליהן. לא סיבה משמעותית.
* למנוע פיצוי ביתר- הרשות המקומית תפחית פיצוי בשיעור של 40% רק כאשר ההפקעה לצורכי אחת המטרות הנ"ל מה **שמשביח את המקרקעין**, כי בקרבת מקום, ישנו בית ספר, גינה או מבנה נופש.

**הגבלת סמכות ההפקעה אם מפקיעים חלק: הפחתת שוויה של יתרת המגרש.**

ס' 190(א)(1)סיפא- לשון החוק: אם כתוצאה מהפקעה של **חלק** מהמקרקעין, השווי של יתרת הקרקע יהיה נמוך יותר הרשות המקומית לא יכולה להפקיע רק חלק מהקרקע 🡨 או שלא תפקיע כלל או שצריכה להפקיע הכל, בין אם ההפקעה בתשלום ובין אם לא. מקנה הגנה לבעלי המקרקעין. אולם סעיף זה חסר משמעות כפשוטו. שכן, כל הפקעה מפחיתה את השווי של יתרת הקרקע שלא הופקעה, זה יגביל את פועלן של הרשויות.

לכן:ביהמ"ש קבע מבחן **🡨 האם ניתן לעשות שימוש סביר ביתרת הקרקע?** אין קשר לירידת השווי. כלומר, אם הבעלים יכול להשתמש **ביתרת** החלקה באופן **סביר** (יש דרך לנצל אותה) הרשות יכולה להפקיע! רק אם לא ניתן לעשות שימוש סביר ביתרת החלקה, תינתן ההגנה לבעל המקרקעין והרשות תחליט אם מפקיעה הכל או כלל לא.

**האם בפועל באמת מפחיתים 40% מהפיצוי?** לא. סמכות ההפקעה בחוק התכנון והבנייה לא דרמטית כמו שזה נראה.

נסביר טכנית את השלבים בהליך ההפקעה:

1. הרשות המקומית **מכינה** תוכנית שמשנה את ייעוד המקרקעין להפקעה לצורך ציבורי (שמשנה את שווי הקרקע).
2. לאחר מכן **מפקידה** את התכונית- בפני וועדת התכנון והבנייה המקומית.
3. וועדת התכנון והבנייה קוראת לכל הגורמים הרלוונטיים להגיש התנגדויות.

לאחר שהתוכנית מאושרת, יכולות לחלוף עשרות שנים עד שההפקעה תצא לפועל. **למה זה בעייתי?** כי אם האדם שהפקיעו ממנו את הקרקע רוצה למכור, **אין לקרקע כעת שווי שוק** כי היעוד שלה השתנה (למשל- הייעוד של הקרקע עכשיו הוא ביה"ס- אין לזה שווי שוק).

**מה עושים בתקופה זו?** יכולות תביעת הפיצוי מכוח ס'190 היא רק לאחר שלוקחים את הקרקע. במצב זה, טרם הפקיעו.לכן נוצר מצב בו לבעלים ישנה **קרקע שלא שווה** כלום מבחינה שוקית **ולא יכול לתבוע** לפיצוי.

*בפרשת חממי* בעלים חיכו שנים עם קרקע קפואה. נקבע שיש לפצות בגין כל שלב בהפקעה בנפרד כפי שקבוע בס' 189. **הפיצוי הדו-שלבי:**

1. שלב ראשון- ס'197(א) לחוק התכנון והבניה- לפיו **קמה חובת פיצוי** ע"י ועדת התכנון והבנייה אם לאחר אישורה של **שינוי הייעוד,** שווי המקרקעין יורד (התכונות שלו השתנו, בכפוף לאמור בס'200). שווי הפיצוי יהיה 90% מערך הקרקע. משולם מרבית הפיצוי.
2. שלב שני- ס'190 לחוק התכנון והבניה. לפיו ניתן להגיש תביעת **פיצוי** לאחר ההפקעה בפועל. הפיצוי שינתן יהיה בשווי 10% מערך הקרקע.

**לפי הלכת חממי- סמכות ההפחתה של 40% חלה רק בתביעה לפי ס'190!** כאשר ערך הקרקע נמוך והפיצוי זניח. בכך, אין משמעות דרמטית להפחתה והיא מפחיתה חלק זניח. הרציונאל: לבוא לטובת הבעלים. לא לחכות להפקעה עצמה, לתת את מרבית השווי על הירידה בערך הקרקע כבר מיום אישור התוכנית (בשלב הראשון, בתביעה לפי ס' 197 על שינוי היעוד).

התיישנות לתביעה על ההפקעה: לפי ס' 197(ב): **יש 3 שנים** להגיש את התביעה מיום אישור שינוי ייעוד הקרקע.

מה קורה אם לא?*פס"ד חגולי* ברגע שנקבע שהפיצוי לפי 2 שלבים נפרדים, זה פועל לשני הכיוונים- אם לא תבעת תוך 3 שנים, לא תוכל לתבוע את הפיצוי על ירידת ערך המקרקעין בגין שינוי הייעוד. אלא רק לתבוע בגין שווי המקרקעין טרם ההפקעה (ולאחר שינוי הייעוד).

**מתי, אם בכלל, ראוי להפחית פיצוי?** (בנוגע לשני החיקוקים- גם פקודת הקרקעות וגם חוק התכנון והבנייה)

* *פס"ד פייצר*- סמכות ההפחתה עד 40% מוענקת **רק כאשר יש** **השבחה בקרקע**, גם אם היא מופקעת בשלמותה.
* *פס"ד הולצמן*- דורנר בתפיסה ליברטריאנית: פס"ד פייצר חסר היגיון, במצב בו לוקחים את כל החלקה לא נותר לבעלים דבר, אין מה שיושבח.

תיקון הלכת פייצר: **כשמפקיעים קרקע בשלמותה, אסור לבצע הפחתה ויש לשלם פיצוי מלא**. כי אין השבחה ולכן אין ממה לקזז.

באוביטר: כאשר מפקיעים **חלק** מהקרקע, ויש השבחה (בכסף או בשווה כסף), ראוי להפחית פיצוי. ההלכה כיום.

**מה קורה כאשר אין השבחה?**

* *פס"ד רוטמן*- במצב בו מפקיעים **חלק** מקרקע מכוח *פקודת הדרכים*,והקרקע הנותרת **אינה מושבחת**, נוצרת פגיעה בלתי מידתית בזכות הקניין של הפרט ובעקרון השוויון **ומחייבת את שר האוצר להעניק פיצויי "סבל"** לבעלים (לפי ס'7 לפקודת הדרכים). דהיינו, אין סמכויות הפחתה = הבעלים צריך לקבל 100% מהפיצוי מטעם שר האוצר.
* *פס"ד מסרי*- במצב בו מפקיעים **חלק** מקרקע מכוח *חוק התכנון והבנייה* והקרקע הנותרת **אינה מושבחת**, לשר הפנים (והאוצר) יש שק"ד לתת "פיצויי סבל" לפי ס'190(א)(2). לא מדובר בחובה. השיקולים לשלילית פיצויי הסבל: 1)אם הפגיעה מינורית; 2)הפגיעה מבוזרת על בעלי קרקעות רבים; 3)ההפקעה הינה לצורך קהילתי.

**לסיכום, מכוח חוק התכנון והבנייה:**

שלב א'- תביעה לפי 197 על הפגיעה במקרקעין (שינוי הייעוד) 🡨 אין הפחתה, הפיצוי הוא בשווי השוק.

שלב ב'- תביעת פיצויי הפקעה מכוח ס'190 אם ההפקעה לצרכים הקבועים בסעיף:

* יתרת הקרקע **לא** נפגעת (**ניתן לעשות בה שימוש סביר**) 🡨 ניתן להפקיע **חלק** מהמקרקעין ולהפחית עד 40%.
* ראוי להפחית עד 40% כי **יש** **השבחה ליתרה** (בכסף או בשווה כסף).
* יתרת הקרקע **כן** נפגעת 🡨 צריך להפקיע הכל או לא להפקיע כלום.
* **הפקעה של כל המקרקעין-** אין השבחה ולכן נפצה 100% , מכוח פקודת הדרכים (*פס"ד רוטמן*)- אסור להפחית, חייב לתת 100% כ"פיצויי סבל".
* **לא מפקיעים כלל**- לא צריך פיצוי.
* **חריג: מפקיעים רק חלק:** מכוח חוק התכנון והבניה (*פס"ד מסרי*)- שק"ד לשר הפנים לפי 190(א)(2) להעניק "פיצויי סבל" בגובה ההפחתה, כראות עיניו (ואם כן, יינתן 100% פיצוי לפי שווי שוק הקרקע).

**אפשרות לפיצוי בעין:**

* *ס' 39(א) לחוק בינוי ופינוי של איזורי שיקום*- אם רוצים לפנות אדם מאיזור שיקום שגר בה, לפרוייקט "פינוי בינוי", ינתן סעד בעין- דיור חלופי באיזור חזק, **שלא מיועד לשיפוץ**. דירה חלופית באיזור טוב יותר.
* *ס' 194 לחוק התכנון והבניה*-במצב של הפקעה, שני סעדים:1)דירה חלופית פיזית סבירה. 2)פיצוי בשיעור שיאפשר לו רכישה של דיור חלופי סביר (לעיתים יותר ממה שהיה לו מלכתחילה).
* *חוק יישום תוכנית ההתנתקות*- בהתנתקות. היו סעדים לאנשים שפינו: 1)העתקה קהילתית- כל היישוב זכאי לעבור למקום אחר. 2)פרמיה עבור ותק- ככל שגרת בישוב זמן ארוך יותר, הפיצוי גדול יותר.

**גריעות תכנוניות**

ס' 197 לחוק התכנון והבנייהדן גם בגריעות תכנוניות- שינוי מדיניות הקרקע ללא הפקעה. אלו מצבים בהם לא נפרדים מהקרקע אך חלק משוויה נעלם בשל השינוי בטיב הזכויות שנותרות בידי הבעלים. על גריעה תכנונית מפצים מכוח ס' 197 ויש התיישנות של כ3 שנים.

ס' 200 לחוק התכנון והבניה: חריג לפיצוי. אם מתקיימים 3 תנאים מצטברים המנויים בו, לא חייבים לפצות:

1. הפגיעה לא עוברת את **תחום הסביר.**
2. אין זה מן הצדק **לשלם פיצויים.**
3. **התנאי התכנוני**- אם הקרקע נפגעה ע"י הוראה בתוכנית שנכללת באחד מההוראות התכנוניות בס' 200, נקבעת חזקה שלא יראו את הקרקע כנפגעת.

* *פס"ד פרי הארץ*-השופט מלץ קבע כי **יש להעניק פיצוי כברירת מחדל על גריעות תכנוניות**. הוא אומר כי ברירת המחדל היא שצריך להיות פיצוי מכוח 197 וס' 200 הוא החריג לכלל. השיקולים הנורמטיביים המנחים את דיני הנטילה השלטונית הם **שיקולי צדק חלוקתי ושיקולי יעילות**, כדי שרשויות מקומיות תתנהלנה ביעילות, חייבת לרחף מעל ראשן החובה לפצות אנשים. הדבר חשוב מבחינת יעילות כלכלית. גם שיקולי צדק חלוקתי צריכים להנחות אותנו, לא ראוי שאדם בודד יישא בכל העלויות לטובת תועלות שנועדו לציבור כולו. מלץ קבע כי המבחן לפיצוי הוא **מבחן ירידת ערך המקרקעין- האם הוא זניח או לא זניח**. אם הפגיעה לא סבירה, חייבים להעניק פיצוי.
* *רעננה נ' הורוויץ*- השופט אור מוסיף כלים מעבר לכלים שהשופט מלץ נתן. לא ניתן להסתמך רק על ירידת ערך. הוא אומר שקניין זה לא רק שרירות בעלים, אלא הוא כולל גם חובות לסביבה. לכן המבחן לקביעת מידת הסבירות של הגריעה התכנונית מורכב מ3 מבחני משנה:
  + **שיעור ירידת הערך-** המבחן של השופט מלץ בפס"ד פרי הארץ.
  + **מידת פיזור הנזק**- האם עוד בעלי קרקעות נושאים בו? ככל שהוא יותר שכיח זה יעיד כי הפעולה סבירה. כשאדם אחד נושא בו זה פחות סביר.
  + **קיומו של אינטרס ציבורי חיוני**- בגינו נעשית הגריעה התכנונית. אם עוצמתו רבה, הוא חריף וחשוב, יתכן כי יינתן פטור מפיצויים.

יש לאזן בין 3 השיקולים הללו. זוהי ההלכה.

**מיקום המקרקעין-** ס' 197 חל על קרקע הנמצאת בתוך התוכנית וגם על קרקע שגובלת עמה (נמצאת על קו הגבול עם התוואי של התוכנית).

**מה הכוונה בגובלים עמו?** לרוב ההבנה הייתה שהמקרקעין צריכים להיות ממש צמודים לתוכנית.

*פס"ד ויטנר*: הרחיבו וקבעו כי גם שטח צר או כביש צר מפריד, עדיין יהיה מדובר במקרקעין גובלים.

**התיישנות:** *פס"ד ארידור*: נקבע כי חוק ההתיישנות חל על הפקעות. כלומר יש 7 שנים להגיש תביעה, מהיום בו נולדה עילת התובענה. מתי נולדת עילת התובענה בתביעה על הפקעה?

* גישת חשין- ביום בו הרשות מסרבת לשלם פיצוי. זו גישה מרחיבה. יכול גם לא לקרות כלל.
* גישת גרוניס- התפיסה המקובלת, ההלכה. העילה נולדת כשהרשות תופסת חזקה פיזית במקרקעין.
* השופטת ארבל- גישת ביניים. העילה נולדת כשמומשה המטרה הציבורית.