**דיני קניין/ ד"ר שי שטרן**

**מה זה קניין?**....................................................................................................................................................................**עמ' 3**

המקור האולטימטיבי לקניין בישראל; תיאוריות של קניין – קלאסית, פרסונלית, קלאסית-מודרנית; תפיסות של קניין – פורמליזם, ריאליזם, מוניזם (התפיסה הליברטריאנית), פלורליזם.

**מאפייני הזכות הקניינית**...................................................................................................................................................**עמ' 5**

שליטה וניהול; שימוש; העקיבה והעדיפות; עבירות.

**קניין פרטי למה?**..............................................................................................................................................................**עמ' 6**

הבחנה בין קנייו פרטי לבין קניין משותף; הצדקות לקניין פרטי והביקורות עליהן – **(1)** חירות (**רוברט נוזיק**), **(2)** עבודה (**ג'ון לוק**), **(3)** הצדקה כלכלית (**הרדין**), **(4)** תיאוריה של אישיות (**מרגרט רדין**), **(5)** קהילה, **(6)** צדק חלוקתי.

**קניין פרטי – במה?**...........................................................................................................................................................**עמ' 8**

**פס"ד מקדונלדס**; מוסד קנייני – חוק הדיור הציבורי, חוק הדיור המוגן; במה כן לתת קניין פרטי ובמה לא? – **מאמר של צ'ארלס רייך (the new property)**; **פס"ד מנור**; **פס"ד מנחם**; **ג'ו סינגר** – חלוקה מחדש של העושר; **Commodification**(=מסחור).

**מתחם הבעלות?**..............................................................................................................................................................**עמ' 10**

**ס' 13 לחוק המקרקעין** – עסקה במקרקעין כוללת את הקרקע עצמה + מה שמופיע **בס' 11,12**; המקרקעין בישראל – **(1)** למה אין תוקף לעסקה במכירת חלקים מחלקות? **(2)** מה החריגים שצופן החוק? בעלות נפרדת בדירות, זיקת הנאה, הפקעה (**אקונס**), שכירות (**לוסטיג**); כיצד מכריעים אם מדובר במיטלטלין שהפך לחלק מהקרקע? – שלושת המבחנים של **ויסמן** (החיבור הפיזי, סוג הנכס, הכוונה) + מבחן הפסיקה – מונע הנזק הזול; **ס' 11** – מוציא מגדר הבעלות מחצבים; **ס' 35 לחוק קידוחי גז ונפט** – **פס"ד samedan**; **ס' 14 – גרימת נזק או אי נוחות לאחר** – **שלב נ' הררי מואב**, **רדומילסקי נ' פרידמן**, **רוקר נ' סלומון**.

**המשטר הקנייני בישראל**.................................................................................................................................................**עמ' 13**

3 גופים המנוהלים ע"י רמ"י – רמ"י, רשות הפיתוח, קק"ל; אחזקת מקרקעין במגזר עירוני מול המגזר החקלאי; **רחל אלטרמן** – פתרונות להתערבות המדינה במקרקעין ללא בעלות עליהם; מקרקעי ייעוד – **ס' 107**; **ס' 111** – לא יהיה תוקף במקרקעי ייעוד לעסקה הטעונה רישום; המרחב האמריקאי – **גברת מרפי**, **פס"ד brown**; המרחב הישראלי – **Phillips**, **פס"ד צבע הקשת**; ועדות קבלה לישובים – **פס"ד קעדן**, **פס״ד אביטן**, **פס"ד סבח, מי-טל הנדסה**.

**הפקעות – נטילה שלטונית של מקרקעין**............................................................................................................................**עמ' 16**

כותרת העל להפקעות היא **חוק יסוד כבוה"א וחירותו** (**סעיף 3** והמתח בינו לבין **סעיף 8**); מהי הפקעה? רכישה כפויה של מקרקעין, לשם הגשמתו של צורך ציבורי, תמורת פיצוי בעל המקרקעין; מבט מעבר לים; מה קורה בישראל? **פס"ד קרסיק, דור נ' שר האוצר, פס"ד שוורץ נ שר האוצר**, **פס"ד מהדרין**; כלים של מידתיות להפקעות – ניסיון הרכישה ההסכמי, ביצוע עצמי, איחוד משאבים, שיהוי, תום/ שינוי המטרה הציבורית, זכות מזערית, מיקום רלוונטי ומיטבי.

**תמורת פיצוי של בעל המקרקעין**.......................................................................................................................................**עמ' 20**

4 תפיסות בהקשר של פיצוי בהפקעה – צדק מתקן, צדק חלוקתי (ביקורת של **קפלו ושבל**), צדק הליכי, צדק מאחה. האם תשלום של מחיר השוק לנפגע באמת משיג תוצאה צודקת? – אובדן ערכים סובייקטיביים, ערכים כלכליים סובייקטיביים, הטיית הבעלות, כשלי השוק המדומיין, הדרת ערכים כלכליים – **החוק לתיקון דיני הרכישה** **שביטל את הפטור של 25% לרשות, אלא אם ההפקעה בוצעה מכוח פקודת הקרקעות לטובת רשות מקומית.**

**חוק התכנון והבניה**.........................................................................................................................................................**עמ' 22**

**ס' 190 לחוק התכנון והבניה**; **הלכת חממי** – שלב תכנוני, שלב קנייני (ההפקעה); **פס"ד פייצר** – הפחתת הפיצוי בשל השבחה; **פס"ד הולצמן** – אין הפחתה בהפקעה בשלמות; מה קורה כאשר נשארת יתרת חלקה בידי הבעלים, אבל אין השבחה? – **פס"ד רוטמן**, **פס"ד מסרי** (3 קריטריונים להפחתת פיצוי כשאין השבחה); הבחנה בין צורך קהילתי לצורך בעל אופי כללי; שלוש הצדקות לפיצוי – **(1)** הצדקת ההוגנות, **(2)** הצדקה שקשורה ליעילות, **(3)** חשש מפני עיוותים או השחתה פוליטית; פיצוי בעין ולא בכסף; פיצוי על אובדן הקהילה; התיישנות בתביעת פיצויי הפקעה – **פס"ד ארידור**.

**הגנת הבעלות והחזקה**.....................................................................................................................................................**עמ' 26**

מדוע נותנים משמעות לחזקה גם אם נעשית שלא כדין? ויצמן טוען שאלה הסיבות – שמירה על הסדר הציבורי, יעילות, הטלת נטלים על התובע, לעודד שימוש בנכסים פנויים; **ס' 15,16,17,18,19**; מדוע מותר להפעיל סעד עצמי? מענה לאופי האנושי, חלופה מעשית במקרים מסוימים, כלל קנייני לעומת כלל אחריות; **פרשת שי דרומי**; פלישה למקרקעי ציבור – **ס' 4(א) לחוק מקרקעי ציבור**.

**דרכי רכישת זכות קניינית**................................................................................................................................................**עמ' 28**

כיצד אדם רוכש קניין? לפי **גוזיק** – ירושה, תפיסת חזקה, חלוף הזמן + שימוש שאין עמו חזקה, שיפור נכסי זולת, עסקה רצונית; **מקרקעין** – מדוע יש פער בין העסקה לרישום בטאבו? (**יש צורך ברישום ה"א**); מה נותנת ה"א? **מיטלטלין**; **זכויות**.

**רכישת דירה מקבלן**.........................................................................................................................................................**עמ' 30**

ליקויים ברכישת דירה מקבלן – הצפת מידע, מסגור, שגיאות הסתברותיות, הטיה בין מידע מוחשי ושאינו מוחשי; **חוק המכר (דירות) תשל״ג–1973** (חובות גילוי – פערי מידע); **חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) תשל״ה–1974** (בטוחות – פערים כלכליים); **חובות הגילוי** – **פס״ד שמעונוף**; **בטוחות** – **חפציבה**; חוק המכר להבטחת השקעות – 5 דרכים להבטיח השקעות של רוכשי דירות: ערבות בנקאית, ביטוח, שיעבוד במשכנתא מדרגה ראשונה, רישום חלק יחסי של הקרקע ע"ש הרוכש, ה"א; **פס"ד מטרי** – העדפת מתן הבטחה לרוכש פרטי במצבים בהם נדרש תעדוף.

**הרצאת אורח של עמית גריידי (על קבוצות רכישה)**.............................................................................................................**עמ' 34**

קבוצות רכישה; דרכים לעקוף את חוק המכר – הלוואות, הסכמי אופציה.

**תחרות**...........................................................................................................................................................................**עמ' 35**

הסבר כללי; שיקולי דיני התחרות – כלכליים, אחריות חברתית, צדק חלוקתי, תיאורית האישיות.

1. **תחרות 1** – בעל התחייבות לעסקה מול נושי המוכר.......................................................................................................**עמ' 37**
2. **תחרות 2** – עסקאות נוגדות........................................................................................................................................**עמ' 38**
3. **תחרות 3** – תקנת שוק................................................................................................................................................**עמ' 42**

דיני תחרויות – סיכום + טבלה..........................................................................................................................................**עמ' 46**

**תחרות ומתנה**.................................................................................................................................................................**עמ' 48**

**פס"ד אילנה לאניאדו**

**שעבודים**........................................................................................................................................................................**עמ' 49**

מהו שיעבוד; למה הזכות הקניינית הזו קיימת?; סדר הפירעון – **(1)** שסל"ן, **(2)** שיעבוד ספציפי, **(3)** שכר עבודה + פיצויי פיטורין, **(4)** רשויות המס + דמי שכירות על הנכס, **(5)** שעבוד צף, **(6)** נושים אחרים + ספקים + ללא בטוחות; **הלכת קולומבו** – עסקת קונסיגנציה, הצדקות וביקורות; **פס"ד קידוחי הצפון** – צמצום הלכת קולומבו; תוקפו של משכון כלפי צד שלישי.

**התחדשות עירונית**..........................................................................................................................................................**עמ' 53**

הרציונליים להתחדשות עירונית – אז והיום; מסלולי התחדשות עירונית; חסמים להתחדשות עירונית בחברה החרדית; המוסד הקנייני של הבית המשותף; **פס"ד רג'ינה שוורצברג** – דיירת סרבנית; דין הדייר הסרבן.

**זיקת הנאה (תרגול עם אור תמר)**.......................................................................................................................................**עמ' 56**

מהי זיקת הנאה?; הדרכים להיווצרות זיקת הנאה; מי זכאי לזיקת הנאה לפי החוק?

**מה זה קניין?**

עיקר השיח נוגע למקרקעין ולכסף. אולם קניין לא מסתכם רק במקרקעין, ישנם מושאי קניין אחרים. דוגמאות לכך:

* **פילוס שלג** – אנשים שמפלסים את השלג כדי שיוכלו לנהוג. בבוסטון החליטו שבתמורה לפילוס השלג, אותו אדם יקבל חניה למשך 48 שעות באותו רחוב ציבורי בו עמד רכבו. למה אותו אדם זוכה להגנה של העיר על פני חניות של אנשים אחרים? מדובר על הקנייה קניינית לתקופה מוגבלת של חלק מהרחוב הציבורי.
* **חברת דיסני** – במשך הרבה מאוד זמן חברה זו מצליחה לשמור על הקניין הרוחני שלה (הדמויות וכו'). לפני כמה שנים, כמה גני ילדים ציירו צורים של דיסני על הקירות. חברת דיסני תבעה על שימוש ללא מתן רשות. חברת יוניברסל באה מיוזמתה וציירה על אותם הציורים.
* **טיסות** – למי שייך הרווח בין הכיסאות במטוס? עוד דוגמה היא שבעבר מי שעלה ראשון למטוס היה יכול לשמור כיסאות (עניין שמירת התורים).

כל הדוגמאות הללו לא עוסקת בליבת הנושאים הקנייניים, אולם כן משפיעים על כל תחומי החיים של האנשים בכל זמן.

**מהו המקור האולטימטיבי לקניין בישראל?**

קניין זו זכות יסוד שמעוגנת **בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** – **אין פוגעים בקניינו של אדם** (**ס' 3**). החוק הזה לא מגן על מי שאין לו קניין. הוא לא מנוסח בצורה של זכות למשהו, אלא הוא מנוסח בצורה שלילית.

**לא מדובר בזכות בטבעית** אלא בזכות שהיא יציר החברה שלנו, על כן הזכות לא מוחלטת (שרירות בעלים), ולכן כשדנים בזכות צריך להסביר **מה כלול בה**, ואז לבחון את **הפגיעה** **והיקפה**. אין הגדרה מוחלטת לקניינו של אדם (גם דירת מגורים היא אינה קניין באופן בינארי ומוחלט).

לרוב, כשאנחנו מדברים על קניין, מדברים במושג של "שלי", שייכות מסוימת. אם נגיע לעימות משפטי, נצפה שההכרעה תהיה פשוטה – אם קניתי והרכישה הייתה תקפה, ההכרעה צריכה להיות ברורה.

שלוש דוגמאות המערערות על התפיסה הבינארית של "מה ששלי הוא שלי", על אבסולוטיות הזכות הקניינית:

1. **פטנט** – פטנט היא זכות קניינית שנותנת **הגנה מאוד חזקה** לבעל הפטנט מפני שימוש או פגיעה בהמצאה שלהם ובהכנסות ממנה. לא פשוט לקבל את ההגנה הזו. ככל שהצלחנו לרשום פטנט, חברה אחרת/ אדם אחר לא יכולים להשתמש בהמצאה ללא קבלת רשות. אולם, קיימים סייגים:
* **זכות מוגבלת בזמן** (20 שנה). ברגע שפג הפטנט, ההמצאה עוברת לנחלת הכלל (רוצים שהעולם יתקדם).
* **רישיון כפייה** – אם רשם הפטנטים מגיע למסקנה שבעל הזכות הקניינית בפטנט לא פועל לטובת הציבור, הוא יכול לתת למישהו אחר רישיון חוקי לייצר את אותו הפטנט, על אף שעוד לא פג תוקפו. הנקודה היא – **לבעל זכות פטנט יש זכות קניינית**, **אך היא לא חלה כשהוא פוגע בטובת הציבור**. האם מלכתחילה אין לו זכות קניינית או שיש ורק פוגעים בה? נדון בהמשך. **לא מדובר בזכות אבסולוטית**. **הזכות לקניין היא לא זכות טבעית**. **הזכות לקניין על כל היבטיה היא יציר החברה שלנו** – מי יקבל את אותה הזכות, ובאיזה היקף תינתן ההגנה. יש לבחון כל משאב ובהתאם את היקף ההגנה.
1. **חזקת השיתוף (דיני משפחה)** – חזקה שביהמ"ש המציא כדי להתגבר על פערים מגדריים בדיני משפחה. אם בני זוג מתגרשים, מי שיקבל את הדירה הוא מי שהנכס רשום על שמו בטאבו (מאגר המקרקעין הישראלי). הרישום מהווה הוכחה לבעלות בנכס מבחינה קניינית. בעבר, זוגות נשואים לא רשמו את שמותיהם בטאבו, אלא רק הגבר. הרבה מאוד תיקי גירושין בזמנו הוכרעו בצורה קשה מבחינה מעשית; הנשים יצאו ללא דירה. זו הייתה המציאות עד **פס"ד בבלי**. בפסד זה ביהמ"ש קבע את **הלכת השיתוף** – **גם אם דירת מגורים רק על שם הגבר**/ **אחד מבני הזוג**, **הדירה שייכת לשניהם בחלקים שווים**. שני בני הזוג הם בעלים בחלקים שווים בדירה. האם יש כאן פגיעה בזכות קניינית? ביהמ"ש בעצם אומר שמעולם אדון בבלי לא היה באמת הבעלים של 100 אחוז מהדירה, אלא רק של 50 אחוז. אותו אדון ציפה לצאת מהמשפט עם דירה בבעלותו, אך יצא עם מחצית מהדירה בלבד. לא נפגעת זכות הקניין, אלא התברר המצב האמיתי והדירה התחלקה כמו שצריך. זוהי חזקה הניתנת לסתירה בנסיבות מסוימות.
2. **שימוש הוגן בזכויות יוצרים –** חוק זכויות היוצרים מתייחס לשימוש ההוגן בתור הגנה למפר. חוק זכויות היוצרים עובר שינוי – **ההגנה של שימוש הוגן נכנסה להגדרה של היקף הזכות הקניינית מלכתחילה**. כלומר, לך כבעל זכויות יוצרים אין זכות קניינית כלל כשמישהו עושה שימוש הוגן ביצירה שלך. החברה קובעת.

בתוך דיני הקניין קיימת ההבנה שישנם ערכים חברתיים ואנחנו כחברה מחליטים את הגבולות.

**התיאוריה הקלאסית:** מהי ההבחנה בין הזכות לקניין לבין זכות חוזית? למה צריך שתי מערכות משפטיות?

**זכות חוזית היא זכות מול אדם**. **זכות קניינית היא זכות מול חפץ**. התיאוריה הקלאסית מדברת על זה שזכות הקניין שונה במהות. לפי התאוריה הזו, מי שחב את החובה הקניינית הוא בעיקרון הנכס (קצת מוזר עם חפצים).

התאוריה הקלאסית התגלגלה לידי **התיאוריה הפרסונאלית:** כשאני רוכש זכות קניינית, אני חותם חוזה מול כל האנשים בעולם, לפיו אסור להם לעשות שום דבר בנכס. אין הבחנה בין קניין לחוזים כאן, העניין הוא כמות האנשים מולם נכרת החוזה. מדובר על **כריתת חוה אוטומטית מול כל יתר האנשים בעולם**.

**התאוריה הקלאסית-מודרנית:** התאוריה השלטת בשיח הישראלי. מדובר על יחס משולב – **זכות קניינית מעניקה לבעליה יכולת להפיק מהנכס, במישרין, תועלת הניתנת להערכה כספית. המייחד זכות קניינית הוא זיקה בלתי אמצעית לנכס, להבדיל מזכות אישית המאפשרת הפקת תועלת מנכס רק באמצעות אישיותו של החייב.** בזכות חוזית אין לי בהכרח זיקה למשאב עצמו, אלא למי שהתקשר איתי בחוזה. כשאנחנו מדברים על חוזה, הזכות היא מול אותו אדם שהתקשר איתי בחוזה, אך היא לא בהכרח נוגעת לנכס מסוים (חוזה לרכישת דירה – ברגע שנכרת חוזה, יש לי רק זכות חוזית. זכות קניינית תתקבל רק בעת הרישום בטאבו).

למשל: כשהבנק רושם משכנתא, לא מעניין אותו מהאדם שמחזיק בדירה, אלא רק מהדירה עצמה, הדירה משועבדת אליו. לבנק יש משכון, כלומר זכות קניינית בנכס שלי ולא זכות חוזית. הוא הרבה יותר רגוע – אם לא אוכל לפרוע את החוב, הוא יכול לגשת לנכס באופן עצמאי וללא הסכמתי, ולממש את זכותו הקניינית בו.

**תפיסות של קניין**

יש הרבה תפיסות של קניין. אנו נדבר על שתי תפיסות קצה שנוגעות לאיך אנו רואים את המכלול של הזכאויות הקנייניות. יש כמה זכאויות קנייניות, למשל: הזכות לשלוט ולנהל את הנכס, זכות לשימוש בנכס, זכות להפיק תועלת כלכלית מהנכס.

קיימת מחלוקת בתיאוריה הקניינית בין שתי תפיסות קצה (באמצע יש תפיסות ביניים).

שתי תפיסות הקצה:

1. **קניין זה מכלול (blackstone)** – זכות קניינית, ולא משנה איזו זכות קניינית (בעלות/משכון) כוללת בתוכה את כל הזכאויות הקנייניות. אי אפשר להכיר במשהו כזכות קניינית אם הוא לא כולל את כל הזכאויות הקנייניות. לא בהכרח שכל זכאות מתממש באותה זכות קניינית באותה היקף. למשל: אדם ששוכר דירה, יש לו את מכלול הזכאויות הקנייניות אבל אין לו בהכרח את אותו היקף שיש לבעלי הדירה. תפיסת האגד באה ואומרת שכל הזכאויות הקנייניות צריכות להופיע, וכשאני בודקים האם זכות מסוימת היא קניינית או לא, זה לבדוק האם כל הזכאויות מתקיימות גם אם בהיקף שונה.
2. **קניין הוא אגד פריק של זכאויות (Hohfeld)** – כמו לגו. ניתן להרכיב לעצמנו זכויות קנייניות. במקרה אחד יהיה לה זכאות אחת ובמקרה אחר זכאות אחרת., וכל תרכובת תוכר כזכות קניינית.

בתי המשפט מלהטטים בין שתי תפיסות אלה. הם מנסים לזהות קיום של זכאויות וע"י בדיקה זו הם נותנים או לא נותנים זכות קניינית.

**שני צירים משמעותיים, עליהם נעה התיאוריה הקניינית:**

פורמליזם ריאליזם

מוניזם פלורליזם

**תפיסות קניין פורמליסטיות –** תפיסות קניין פורמליסטיות מבוססות על **כללים, תבניות וצורות**. תפיסות אלו יגידו שיש סל של כללים, ואנו בסך הכל נדרש מאיתנו ליישם את התבניות הללו הלכה למעשה. למשל: דוגמת הלכת השיתוף שהובאה מקודם. רישום של דירה על שם של מישהו מהווה ראיה לבעלות, הבעל מצפה שבית המשפט יחיל תפיסה פורמליסטית, ויכתוב שמי שרשום כבעל הקניין הוא בעל הקניין.

יתרונות של פורמליזם:

* וודאות.
* צפיות.
* יציבות.

המאפיינים הללו חשובים בפרט בדיני קניין, משום שהסכסוך הוא בד"כ הוא של בעלי קניין למול כל העולם, ובמצב כזה אנו מעדיפים וודאות, צפיות ויציבות. הפורמליזם מעניק את היציבות הזו והוודאות הזו.

חסרונות בפורמליזם:

* הכללים אינם משקפים בהכרח את המציאות החברתית המתקדמת.
* פורמליזם הרבה פעמים מביא לתוצאה לא צודקת, כי הכבילה לכללים לא תמיד מסוגלת לתת מענה למציאות.

**תפיסות קניין ריאליסטיות –** תפיסות אלו הן הפוכות לתפיסות הפורמליסטיות. ריאליזם משפטי אומר שאי אפשר להיצמד רק לכללים כתובים או לתבניות וצורות, ההצמדות הזו לא מביאה לתוצאה משפטית צודקת ונכונה, ולכן אנו פועלים בצורה שמבררת את המציאות העובדתית ומתאימה לה את המציאות המשפטית ואל לנו להיות כבולים לתבניות. לכן כשבית המשפט קבע חזקת שיתוף **בפס"ד בבלי** הוא בעצם אומר שנכון שיש כלל שמתקיים, אך אין שיקוף נכון של המציאות. גם אם לא הייתה תבנית שאומרת שרישום שווה לבעלות, עדיין יש שני בני זוג שחיו באופן משותף יחד בנכס. אך התבנית הזו תוקעת אותנו. תפיסה ריאליסטית אומרת שהתבנית הזו לא יכולה לעכב אותנו ולכן הכלל לא יושם.

יתרונות של ריאליזם:

* עקיפה של הכללים הבעייתיים שמונעים מאיתנו להגיע לתוצאה צודקת.

חסרונות בריאליזם:

* אין וודאות.

כל אחת מהתפיסות האלו אם ניקח אותן לקצה הן בעייתיות.

**עתה נעבור לציר השני:**

**תפיסות קניין מוניסטיות –** מוניזם זה יחידנות. תפיסת קניין מוניסטית היא תפיסת קניין שמבוססת על ערך חברתי אחד. לעומת זאת תפיסת קניין פלורליסטית היא תפיסת קניין שמאזנת בין ערכים שונים.

למשל: הערך האולטימטיבי בבסיס זכות הקניין הוא ערך החירות וכל הגישות מסכימות על כך. חירות בהקשר הזה משמעותה במובן של אוטונומיה. ערך החירות היה מאוד משמעותי מאז ומעולם בשיח הקנייני, משום שהלקח ההיסטורי מלמד שכאשר לאנשים אין קניין פרטי וכל הקניין בבעלות המדינה, אוטונומיית האזרחים היא מאוד נמוכה. יש תפיסה שמאמצת רק את החירות – **תפיסה ליברטריאנית**, שהופכת את החופש למוקד של תפיסת עולמה. הרעיון הוא שהיחיד צריך להיות משוחרר מהמדינה, והיא צריכה להצטמצם לגביית כסף (מיסים) רק בענייני סדר ציבורי וביטחון. הבעיה של התפיסה הזו היא שהרבה אנשים לוקחים אותה לכיוונים קיצוניים וגורמים לכל מי שדווקא מתחבר לתפיסת החירות להתרחק ממנה.

אם ניקח תפיסה מוניסטית שמבוססת על ערך החירות, זה אומר שעל המדינה יש להימנע מכל הפרעה לקניין של הפרט.

ערך הרווחה המצרפית הוא זה שעומד מהצד השני של החירות. רווחה מצרפית אומרת בעצם שצריך לחשוב מה יהיה הכי רווחי – להגיע לטוב קולקטיבי (בדיוק הפוך מתפיסת החירות) ולכן פחות מעניין האינדיבידואל. הוא רק כלי להגשמת המטרה הקולקטיבית.

**תפיסת קניין פלורליסטית** – תפיסה פלורליסטית תגיד שיש לאזן בין כלל הערכים. למשל: ערכים של קהילה, עבודה, רווחה מצרפית, חירות.

במוניזם כל ערך שונה שנשים יגיע לתוצאה שונה לגמרי. למשל: אם נשים רווחה מצרפית/ חירות במרכז התוצאות שיתקבלו הן הפוכות.

הדין הישראלי לא נמצא בתפיסה מוניסטית בכלל, אלא בתפיסה פלורליסטית כמעט מלאה עם הרבה ערכים חברתיים שאנו מאזנים. המחוקק הוא זה שאמור ליצור את האיזון הזה. אך בפועל, בתי המשפט יוצרים את האיזון הרבה פעמים על אף שזה לא תפקידם.

**מאפייני הזכות הקניינית**

* **שליטה וניהול** – חשין אומר שזכות הקניין משמיעה כעיקרון את זכותו של אדם לעשות או שלא לעשות בקניינו כרצונו. אדם יכול לשלוט ולנהל את המקרקעין שלו כפי שהוא רוצה. חשין אומר שזכות הקניין הקלאסית דוחה מעליה כעיקרון את יסוד הסבירות, כלומר כשמדברים על זכות קניין לא מדברים על משהו שמאוזן עם משהו אחר, אלא על זכות שמשמיעה לנו שרירות בעלים לעשות בקניינו כרצונו, והתערבות של גורם חיצוני מהווה פגיעה.
* **שימוש** – אדם יכול להשתמש בנכסיו/ במשאביו כרצונו. **ס' 2 לחוק המקרקעין** קובע שבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק בו, ולהשתמש ולעשות בו כל דבר. הבעלות הזו שמגדיר ס' 2 כוללת זכאות של שימוש בנכס. האם יש גבול לזכאות הזו לשימוש, או שמא אדם יכול להשתמש בקניינו כרצונו? הסיפור הזה עלה בספר של ברקלי. השאלה שעלתה שם, היא האם מותר לי להרוס את הנכסים שלי במודע? במקרה הזה התשובה היא לא חד משמעית. זה תלוי בתפיסת הקניין. האם היא מוניסטית או פלורליסטית. אם התפיסה היא פלורליסטית לא ניתן להרוס נכס, זאת כי תפיסת הקניין לא מבוססת רק על חירות הבעלים, אלא מבוססת גם על ערכים אחרים, ולבעלים יש מחוייבות כלפי החברה לשמר קניין ולא להרוס אותו.
* **העקיבה והעדיפות** – דיברנו על כך שזכות לקניין מקנה לבעלים זיקה בלתי אמצעית לנכס. נניח שיש לי פלאפון שנגנב ממני, ברגע שהוא נגנב אני מגלה אותו לאחר כמה שבועות בידו של אדם אחר שהולך לידי שנמכר לו המכשיר. אני דורשת ממנו להביא לי את הפלאפון – האם הבעלים המקורי צריך לקבל את הפלאפון או לא? בבסיס, לפי ההגדרה של זכות קניינית הייתי אמורה להחזיר אליי את הנכס הזה. אבל, דיני הקניין שלנו מטעמי תקנת השוק, במקרים מסוימים (תום לב, תמורה ועוד תנאים) לא תעמוד לי זכות העקיבה ורק אוכל לחפש את הגנב ולתבוע אותו. תקנת השוק היא דבר חריג לדיני הקניין. **ברירת המחדל היא שתמיד קיימת זכות עקיבה לפי הגדרת דיני הקניין**. כדי להתגבר על ברירת המחדל יש לעמוד בהרבה תנאים של תקנת שוק.
* **עבירות** – אחד המאפיינים המשמעותיים של קניין. חלק גדול ממשמעות של קניין הוא שאפשר להעביר אותו. דברים שלא ניתן להעביר לא יחשבו כדברים קנייניים. האם בגלל שהמאפיין הוא עבירות, האם התערבות בעבירות הזו היא נכונה? למשל: **ס' 42 לחוק הירושה** קובע שבעל קניין יכול לקבוע לא רק את היורש הראשון, אלא גם את היורש שאחריו – אך, רק שני דורות.

**האם ההגבלה הזו היא ראויה, או שמא נוגסת בזכות הקניין?**

ניתן לטעון שהיא ראויה מכמה סיבות:

1. **שיקולי כלכלי** – שהנכס יגיע לידי אדם שלא יודע להתנהל כלכלית וזה עלול לפגוע ברווחה המצרפית.
2. **שיקול חברתי** – אם היינו מאפשרים לקבוע את היורשים עד אינסוף, סביר להניח שנשים לא היו בעלות קניין בעולם של היום, ואז היינו משמרים סטריאוטיפים מגדריים/ מגזריים. כמעט כל דבר שנסתכל עליו בדיני הקניין משמש לצורך שימור פערי הכוחות בחברה. קניין מעצם טבעו שהוא עוסק במשאבים בחברה, ומעצם העובדה שמי שקובע את הכללים האלה משתייך למעמדות מאוד מסוימים, הוא משמש לצורך שימור פערי הכוחות בחברה, וגורם להשארת הקניין בידי מי שיש לו קניין ומניעת זליגת הקניין החוצה לידי מי שאין לו.
3. **חיובים** – אם אדם מקבל זכויות קנייניות, הוא לוקח על עצמו מחויבויות כלפי החברה בכללותה וכן כלפי האנשים ספציפיים שיש להם ממשק עם הנכס הספציפי.
4. **פומביות** – **ס' 7(א) לחוק המקרקעין**. כשאדם פרטי עושה חוזה עם אדם אחר, אין הצדקה להפוך אותו לפומבי, אלא משיקולי מדיניות. בקניין נקודת המוצא היא הפוכה לחלוטין – אנו חייבים שזכויות קנייניות יהיו פומביות, לא רק לאנשים הקרובים אלינו, אלא כמה שיותר רחב. במקרקעין יש לנו את המרשם. הקביעה של המקרקעין היא שזכויות קניין מתגבשות רק בשעה שהזכות נרשמת ברשם המקרקעין. הסיבה היא הרצון לוודא שאנשים שעושים עסקאות המקרקעין לא משאירים אותן סודיות, וזוהי הדרך לכפות על פרסום זכויות במקרקעין.

ברגע שכרתנו חוזה על עסקה במקרקעין, יש לנו רק חוזה, אין זכות קניינית. המשמעות היא שאין לו זיקה בלתי אמצעית אל הנכס, למשל: אם אותו מוכר הולך ומוכר את הנכס למישהו אחר למחרת, הדבר היחידי שיש ביד היא זכות חוזית מול המוכר, אין יכולת לגשת פיזית לנכס עצמו. המציאות הזו יוצרת הרבה טעונות משפטיות. **עד השלב שבו רושמים את הנכס בטאבו – אין זכות קניינית, אלא התחייבות.**

1. **עיקרון הרשימה הסגורה –** עקרון זה הינו מאוד משמעותי. **ס' 161 לחוק המקרקעין** – דיני המקרקעין מנסים להיות ברורים ובהירים. דיני הקניין הם מאוד שמרניים – אנו כמעט לא נתקלים בשינויים משמעותיים במערכת דיני הקניין שלנו.ס' זה אומר שמרגע שחוקק חוק המקרקעין אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק – כלומר בתי משפט לא יכולים להמציא זכויות במקרקעין, לא ניתן לטעון ל"זכות שביושר" כפי שהיה ניתן בטרם חקיקת החוק. אנו רוצים שכשאדם רוכש זכות במקרקעין הדבר יהיה מוגדר בחוק.
טעם כלכלי: אנו רוצים לשמר את הרשימה הסגורה מטעמים כלכליים.אם שני צדדים רוכשים זכות קניינית וממציאים אותה לעצמם, צדדים שלישיים לא ידעו מה קורה עם המשאב הזה. **ביקורת:** הצדקות כלכליות תלויות בהרבה מאוד דברים.
טעם נורמטיבי: לדעת המרצה זה הטעם הנכון יותר. הדרך הנכונה להבנות זכויות קנייניות היא על ידי המחוקק.

**קניין פרטי – למה?**

מהן ההצדקות לקניין פרטי? לצורך כך נסביר מה ההבדל בין קניין פרטי לקולקטיבי:

**קניין פרטי** – לכל אזרח יש פוטנציאל להיות בעל זכויות קנייניות במשאבים (לא בהכרח שכל אזרח בעל זכות קניין). במצב כזה אין מניעה שהמדינה תחזיק חלק מהנכסים כקניין.
**קניין משותף –** לקניין פרטי יש אפשרות גם להיות קניין משותף. קניין משותף הוא ביטוי של קניין פרטי, הוא מדבר על מצב שבו אנשים פרטיים החליטו להחזיק בנכס מסויים יחד, למשל: יורשים, קבוצת רכישה. **זה לא אפשרי בקניין קולקטיבי – כי שם אין יכולת להפריט בעלות על נכסים.**

**קניין קולקטיבי** – הקולקטיב הוא בעל הקניין, האינדיבידואל לא יכול להיות בעל קניין.

**הצדקות לקניין פרטי:**

* **חירות** – ערך מרכזי בהצדקה של קניין, ובהצדקה של קניין פרטי דווקא. אם אנו חושבים שבעלות על קניין זה תנאי לאוטונומיה של האזרחים, זה לא יעזור אם הם יהיו במשטר קולקטיבי. לכן ההצדקה של חירות היא מאוד משמעותית למשטר של קניין פרטי. משום שרק אם תהיה יכולת לאנשים להיות בעלי קניין פרטי, נוכל להיות רגועים יותר שאנשים יהיו אוטונומיים ולא כפופים בכל החלטה שלהם לקבלת הסכמה מהקולקטיב.

**רוברט נוזיק** כתב את הספר: "אנרכיה, מדינה ואוטופיה" ספר מאוד משמעותי בדיני קניין. שם הוא שוטח את משנתו לגבי תפיסתו הליברטיאנית על קניין. הוא אומר שם שעל מנת לייסד מערכת של קניין פרטית דרושים 3 סוגי כללים: (1) **התפיסה התקפה** – אנו צריכים לקבוע לעצמנו כיצד אנשים רוכשים/ מקבלים קניין והופכים להיות בעלי זכות לקניין. למשל: מתנה, ירושה וכדומה. הכלל קובע שהדרכים הללו הן לגיטימיות לתפוס קניין. (2) **העברה תקפה** –יש לקבוע כללים על איך מעבירים קניין בצורה לגיטימית. (3) **כללי תיקון** – בעולם אוטופי שני הכללים הראשונים היו אמורים להספיק. אבל, בעולם הלא אידיאלי שלנו יש הרבה מצבי ביניים. למשל: מצבי תקנת שוק שדיברנו עליהם קודם. נוזיק אומר שחברה מסודרת חייבת להתייחס גם למצבים האלה ולקבוע כללי תיקון.

**נוזיק** מעבר לכללים הללו טוען שהסיבה לאימוץ משטר של קניין פרטי היא כי **קניין פרטי משיא את חירות האזרחים** – מאפשר להם אוטונומיה. בהיעדר קניין אזרחים לא יכולים לחיות חיים אוטונומיים.

**ביקורת על נוזיק:** **(1)** כשאנו מקשרים קניין לאוטונומיה, הרבה פעמים הקניין הופך להיות הביטוי העיקרי לאוטונומיה. האם אנו באמת רוצים לבטא את עצמינו באמצעות קניין? לא בטוח. אם אנחנו מגזימים בהקשר הזה, אז בעלות על קניין הופכת להיות המטרה במקום האמצעי להשיג חירות. **(2)** טבלת הזכויות של **הופלד** ממפה לנו כיצד עובדות הזכויות והפריבילגיות בעולם המשפטי. מול כל זכות שלי יש חובה של מישהו כלפיי, ומול זכות החירות מופיעה חובת היעדר הזכות. **הופלד** מראה לנו שכאשר אנו חושבים שקניין מבסס חירות, יוצא מכך שמי שיש לו קניין במשטר הזה יש לו חירות, ומי שאין לו קניין במשטר הזה הוא מאבד חירות. המשמעות היא שמי שאין לו קניין פרטי אין לו אוטונומיה, וכך נוצר מצב שדאגנו רק לחלק מהאוכלוסיה. במצב הזה לא בטוח שזה יותר טוב מקניין קולקטיבי, כי במאזן של הקניין הפרטי ייתכן שהפערים יהיו גדולים יותר.

* **עבודה –** הצדקה של **ג'ון לוק**.הוא מסביר לנו איך קניין בא לעולם ומתי אדם צריך להפוך להיות בעלים של קניין. זו הצדקה שונה לגמרי מהצדקתו של **נוזיק**. הוא מדבר על הערבוב של הכוח הפרטי שלי במשאב כמנגנון הרכישה של הבעלות הפרטית – הוא מתחיל מהסבר דתי לקניין והבסיס לתפיסת הקניין היא שכל אדם אחראי לגוף שלו. עבודת גופו ועמל כפיו של האדם הם שייכים לאדם עצמו (בניכוי עבדים). **אז כיצד התפתח הקניין הנכסי?** זה קרה כשאדם פרטי ערבב במשאב הזה את הכוח שלו – עבודה. למשל: אדם שהלך וקטף תפוח, הוא הפך אותו לשלו כי הוא ערבב את הכוח שלו. ההצדקה היא כדי לשמור על עצמנו. אם כל אדם היה צריך לקבל הסכמה מהקולקטיב, אנשים היו מתים ברעב. לכן, ההגיון אומר שכן צריך לאפשר משטר של קניין פרטי.
הוא נותן שני סייגים למנגנון הזה: **(1)** הפקעת רכוש מותרת רק אם נשאר מספיק ובאיכות לא פחות טובה עבור האחרים. אם קטפתי תפוח אחד מעץ מלא בתפוחים זה בסדר, אך אם היה אחד ולא נותרו אחרים לשאר אז זה אסור. **(2)** בל תשחית – לא לקחת יותר ממה שאתה יכול לצרוך.

**ביקורת על לוק:** **(1)** חסר במשאבים – אם היה מספיק לאחרים, אז אף אחד לא היה נלחם על הזכות לקניין, כי לכל אחד פשוט היה. לכן, השיח של לוק הוא שיח אוטופי שמדבר על מצב שבו משאירים לכולם ולכן ניתן להפקיע וזה מצב שלא קיים. **(2)** תיאוריית הערבוב – נוזיק מנסה להגחיך את סיפור הערבוב – ערבוב לא אומר לנו הרבה, כי אנחנו לא מגדירים את הערבוב, כלומר את כמות הכוח והעבודה שהאדם מערבב במשאב. **(3)** הכרעה בינארית – לפי לוק אדם שערבב משהו מכוחו במשאב זוכה במשאב, ההכרעה היא בינארית – זכית או לא זכית. הדבר הזה הוא בעייתי, כי התפיסה הזו באה ואומרת שלא משנה כמה ואיזה כוח ערבבת, קיבלת בעלות, אין פחות מ100%. זה או הכל או כלום.

התיאוריה של **לוק** שמדברת על ערבוב כוח של אדם במשאב הרבה פעמים מתורגמת כתיאוריה של גמול ולא בהכרח עבודה. כלומר – לא מדובר על אלוהים שמוריד לנו, אלא מדובר עלינו כחברה שאם אדם פועל, משקיע ועושה אנו רוצים לתת לו גמול על העבודה הזו, והגמול הזה נקבע על ידי החברה ומאפשר להתמודד עם הטענה של ההכרעה הבינארית, **והכי חשוב** – הזכות הקניינית והיקף ההגנה יהיו **פרופורציונליים** – למשל: אם אדם סך הכל לחץ על כפתור כנראה שלא יקבל זכות/ הגנה קניינית גדולה.

* **הצדקה כלכלית –** הצדקה מרכזית בדיני הקניין שטוענת כי משטר של קניין פרטי בהכרח יעיל יותר ממשטר של קניין קולקטיבי. אם נסכום את כל התועלות של משטר כזה הוא יהיה גבוה בהכרח מתועלות של קניין קולקטיבי.

ישנו מאמר שמדבר על בעיית הפעולה המשותפת – **הרדין** כותב המאמר מספר לנו סיפור שמנסה להעביר מסר שכשאנשים נמצאים במשטר שיתופי עם אחרים פחות אכפת להם מהמשאבים, אבל אם המשאב יהיה שלהם הם ישמרו עליו בצורה הרבה יותר משמעותית. הסיפור מדבר על מרעה – נניח שמותר להעלות עליו 4 פרות ביום ויש 4 בעלי קניין, כאשר לכל אחד יש 2 פרות. אם אנו רוצים להגיע לפעולה יעילה אנו צריכים שכל בעל פרה יעלה פרה אחת ביום. **הרדין** אומר שסביר להניח שכל אחד מהבעלים ינסה לדחוף 2 פרות ביום כאשר כל הארבעה יהיו בעלים של השדה. כל אחד רוצה למקסם את הרווח שלו על חשבון המאגר המשותף. במצב זה מה יקרה? המאגר יתרושש לחלוטין ולא יהיה עשב בשדה – כולם מפסידים. הרעיון הוא שככל שאנחנו בעלים במשותף, כל אחד ינסה למקסם את האינטרס האישי שלו ונהיה פחות אכפתיים כלפי המשאב וננצל אותו יותר. דבר זה יוביל לניצול יתר/ הרס של המשאבים ולתוצאות לא יעילות.

נדבר מעט על רווחה מצרפית: **דילמת האסיר** – אם תופסים 2 אנשים עדיף לשניהם להכחיש כדי שאף אחד לא יפליל את השני והם יוכלו לצאת בלי עונש בכלל. אך אם אחד מהם מודה ומפליל את השני אז הוא פטור והשני מקבל עונש של 10 שנים, ואם שניהם מודים אז כל אחד מהם מקבל עונש של חמש שנים. מה קורה בפועל? אנשים מפלילים אחד את השני ותוחלת הנזק גבוהה. זה בדיוק חלק מהסיבה שהרדין מדבר על בעיית המאגר המשותף. הרדין כותב את מאמרו בשנת 67, ומבחינתו כשהוא מדבר על המרעה המשותף הוא אומר שאם יש מרעה משותף, כולם יעלו את הפרות על המערה והוא יתרושש, כיוון שאף אחד לא יכול לפקח כמה פרות עלו – הדבר הזה לא יעיל. **מה שיעיל הוא לפצל ולתת קניין פרטי**. למה קניין פרטי יותר יעיל? כי כל אחד שמקבל חתיכת קרקע ידאג שבחלקה הקטנה שלו הדשא ימשיך לצמוח – ואם צריך להעלות רק פרה אחת הוא יעשה זאת, כי אחרת לא יהיה לו מאיפה להאכיל את הפרות. (גם לקניין פרטי יש עלויות – גדרות, הפרדה וכדומה).

**ביקורת על הרדין:** **(1)** ההיסק של **הרדין** שקניין פרטי שווה ליעילות זו לא מסקנה שיכולה להתקבל ע"י מי שיודע לעשות ניתוח כלכלי של המשפט. כי ניתוח מסוג זה אף פעם לא יכול להנביא תוצאה מסויימת, אלא בחינה של אמצעים שעומדים לרשות בעלים מסויימים. כלומר, גם אם זה נכון לשנת 1967, בשנת 2022 ייתכן שיהיה יותר יעיל להקים מאגר משותף. ניתוח כלכלי של המשפט לא יכול לקדם תפיסה שקניין פרטי שווה יעילות. **(2)** יש אבולוציה של דיני קניין. אי אפשר לקבע אמירה ברורה, צריך לבדוק את עלויות כל הצדדים ולראות האם התועלת עולה על הנזק ובאיזה משטר.

* **תיאוריה של אישיות** – תיאוריה של **מרגרט רדין**. היא מדברת על תפיסה שבה הסיבה להעניק קניין פרטי, והסיבה למתן הגנה גבוהה לקניין פרטי תלויה, או צריכה להיות תלויה בקרבת המשאב לאישיותו של האדם.

למשל: בית המגורים שלנו. אנו מתייחסים אליו אחרת מאשר נכס להשקעה. הנכס שאנו גרים בו מהווה עבורנו משהו אחר – לא רק קניין חליפי, אלא **קניין מכונן**. יש לו ערך יותר משמעותי וסנטימנטלי. על הנכסים האלה שהם אישיים יותר ניתן הגנה קניינית גבוהה יותר, ואילו על נכסים מסחריים ניתן הגנה חלשה יותר. זה בא לידי ביטוי בדיני קניין למשל בהגנה על בתי מגורים. אם לוקחים לנו את בית המגורים אנו צריכים לקבל דיור חלופי שהשווי הכלכלי שלו בד"כ שווה יותר מסתם כסף, פה אנו רואים שדיני הקניין כן מעגנים את זה שנכסים מסוימים מקבלים הגנה גבוהה יותר. חשוב לציין שהכוונה של מרגרט היא שעושים קטגוריות של נכסים שקרובים לאישיות האדם.

* **קהילה** – כשאנו מדברים על קהילות בכלל ועל קניין בפרט ישנם שלושה סוגי קהילות – **ליברטריאני, ליבראלי, קהילתני**.

ליברטריאני: הסוג הליברטריאני מדבר על השאת תועלת ליחיד. קהילות מסוג זה הן וולונטריות, הן לא יכולות להטיל עליך שום חובה אלא אם הסכמת לה, והן קהילות נורא רזות שאין בהן הרבה עומק. קהילתני: קהילות מסוג עמוק יותר. קהילות מסוג זה יכולות לדרוש מהיחיד להקריב עבור הקהילה.

ליברלי: תפיסות אמצע.

דוגמה: אדם שגר ביישוב ורוצים להקים שם צרכניה, ונבחרה הקרקע שלו לשמש בתור המקום הציבורי. השאלה היא האם אותו אדם חייב לתת את הקרקע, ואם לא אז מה הוא מקבל אם בכלל. ככל שהקהילה יותר ליברטריאנית קיים קושי יותר משמעותי למדינה לדרוש קרקע מאדם לטובת צורך קהילתי, וגם אם לוקחים צריך לפצות באופן מושלם. לעומת זאת בקהילות קהילתניות יכול בהחלט להיות מצב שבו ניקח קרקע של אדם ללא הסכמתו ובנוסף לא נשלם לו מאה אחוז מהפיצוי. האדם הזה מקריב חלק מהקניין לטובת הקהילה. **זה גם הדין הישראלי** – לא חייבים לשלם מאה אחוז פיצוי.

כשאנו מדברים על קהילה וקניין, המושג הזה מופיע ב3 מופעים עיקריים:

(1) **הכניסה לקהילה** – כשאדם רוצה לרכוש קניין הוא עשוי להיתקל במצב בו הוא לא יכול לעשות זאת, כמו למשל ועדות קבלה לקיבוצים. (עניין ועדות הקבלה הוא נושא שיש בו סכסוך בשל כך שהוא מפלה).

(2) **המשטר בקהילה** – קהילות קנייניות לרוב יש להן משטר משלהן. הרבה פעמים המשפט הישראלי בחר לקחת צעד אחורה ולא להתערב בהחלטות הקהילה.

(3) **היציאה מהקהילה** – כשאנשים רוצים לצאת מהקהילה יש שלושה מצבים: **(א)** אדם שרוצה לצאת ולא יכול. למשל: סירוב של הקהילה לקיום עסקה של מכירת קניין לאדם שלא מתוך הקהילה. **(ב)** הקהילה מחליטה להוציא אותך. **(ג)** הפקעות של קהילות – מצב שבו המדינה מחליטה שקהילה מסוימת תפסיק להתקיים, השאלה היא בעיקר על פיצוי. בגדול יש פיצוי.

* **צדק חלוקתי –** לא ניתן לדבר על קניין מבלי לחשוב על ההשלכות החלוקתיות. קניין הוא הסדרת המשאבים בחברה, יש לכך השלכות חלוקתיות.

טעם חיצוני: מעצם ההגדרה המשפטית של הזכות.

טעם פנימי: השלכות חלוקתיות על ההצדקות עצמן.

יש בעיה לעשות צדק חלוקתי בקניין, זאת מהסיבה שזה משפט פרטי. משפט פרטי לא רואה את כל החברה. כשאנו מדברים על אינטראקציה בין שני אנשים אנו לא יודעים איפה הוא ממוקמים בחברה מבחינת עושר. ואז נוצר עיוות. שיקולי צדק חלוקתי נכון לעשות בדיני המס ודיני הרווחה, משום שאלה המקומות שרואים את כולנו מבחינת מעמד סוציו אקונומי.

**קניין פרטי – במה?**

שתי שאלות:

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

כשאנו דיברנו בתחילת הסמסטר על פטנטים וזכויות יוצרים, בעצם אנו מחפשים את התכלית של המוסד הקנייני. כשיש מוסד קנייני של פטנט ונקבע היקף הגנה, כיצד אנו קובעים זאת? על בסיס איזון בין הערכים שדיברנו עליהם לעיל.

למשל: אם נותנים למישהו אפשרות לפתח פטנט, יש לעשות איזון בין הערכים, אז במקרה הזה, פטנט הוא מתמרץ לעבוד ולפתח, אך לא כל הערכים יופיעו. בפטנט קשה לראות למשל מאפיינים אישיותיים, אך בזכויות יוצרים דווקא קל לראות את מימד האישיות.

**פס"ד מקדונלדס:** מדובר בפרסומת של אדם בשם אריאל מקדונלדס שלקחו אותו לעשות פרסומת לבורגר קינג. בפרסומת הוא מגיע לחנות של בורגר קינג והמוכרת לא מאפשרת לו להיכנס כי כתוב על החולצה שלו מקדונלדס. לכן הוא הוריד את החולצה ואפשרו לו להיכנס ואז נאמר "אפילו מקדונלדס אוכל בורגר קינג". כתוצאה מכך חברת מקדונלדס מוצאת ראיון שאריאל אומר שהוא אוכל מקדונלדס, ובעצם מראה שהוא שקרן. התביעה היא של אריאל מקדונלדס נגד חברת מקדונלדס כי היא עשתה שימוש באישיות שלו. חלק גדול מפסק הדין דן בשאלה של הזכות לפרסום, ובזכות לפרסום למול הזכות לפרטיות. **הדבר היותר מעניין** – בית המשפט עושה שם סקירה של ההצדקות הקנייניות אחת אחרי השנייה.

מוסד קנייני – יש דבר כזה?

מוסד הוא חוק שנוצר ע"י המחוקק, שקובע שבמציאות מסוימת הוא עושה איזונים שונים ביחס לזכות הקניינית באותו חוק. מוסד בניגוד לזכות. זכות קניינית מדברת למשל על משכנתא, וכדומה. מוסד קנייני הכוונה היא שהמחוקק ישב, בירר את האיזון הערכי הראוי, קבע את קביעתו ויצר מוסד שבו אנו יודעים איך להתנהל מבחינה קניינית.

מי שקובע מתי מקימים מוסד קנייני חדש/ מתי מוסד קנייני כבר לא רלוונטי הוא המחוקק. כשהמחוקק מקים מוסד קנייני הוא מבהיר שהוא יוצר איזון ערכי שונה.

דוגמאות:

1. **חוק הדיור הציבורי.** חוק זה הינו מוסד קנייני. למה? כי דיור ציבורי לא זהה לדיור פרטי. הזכות בדיור ציבורי שונה לחלוטין מזכות בדיור פרטי. זה שונה כי המחוקק הבין שיש אנשים שלא יוכלו להגיע להיות בעלי בית פרטי, והמדינה נדרשת להציע להם אלטרנטיבות לדיור. גם החוק של דיור ציבורי כולל בתוכו חוקים שלא קיימים בקניין הפרטי. ולכן במוסד של דיור ציבורי הזכות של מי שנכלל בו שונה לחלוטין ממי שהוא בעלים של קניין פרטי. למשל: בקניין פרטי מדברים על מחיר השוק, ולעומת זאת בדיור ציבורי מי שקובע את המחיר הוא מחיר השוק שיופחת ממנו סכום מסוים (**ס' 3 לחוק הדיור הציבורי**).
2. **חוק הדיור המוגן.** הרעיון של שכירות מוגנת הוא לתת לאנשים ששוכרים דירה הרבה הגנות שיותר משמעותיות מאדם ששוכר במסגרת של שכירות פרטית. למשל: חוק הגנת הדייר אסר על הבעלים לפנות את השוכר, וגם אסר על הבעלים להעלות מחירים לאותו דייר מוגן.
מדוע עשינו חוק לדייר המוגן? כי הבנו שיש אנשים שלא יוכלו לעמוד באופן שוקי לחלוטין בשכירות, ומתוך ההבנה הזו שגם לאנשים כאלה צריך לאפשר דיור, בנינו מוסד קנייני שמתייחס ספציפית לאנשים האלה. לא החלו את חוק הגנת הדייר על כל השכירות באשר היא – רוב החוזים היום לא חוסים תחת חוק הגנת הדייר. שני המוסדות האלה הם מוסדות קנייניים נפרדים – שכירות פרטית לעומת שכירות תחת חוק הגנת הדייר. בחוק הגנת הדייר חלות הרבה חובות שלא חלות בשכירות פרטית, זאת כי המחוקק עשה איזון זכויות לאותם אנשים שזקוקים לדיור המוגן. שכירות היא אותה זכות קניינית, אבל הזכות מתפקדת באופן שונה תחת שני המוסדות השונים.
3. **חוק המקרקעין – בתים משותפים.** אדם שהוא בעלים בבית פרטי לא חייב כלום לאף אחד, לעומת זאת **בחוק הבתים המשותפים בס' 58(א)** נכתב כי בעל דירה חייב להשתתף בהוצאות הדרושות להחזקתו התקינה ולניהולו של הרכוש המשותף. למשל: גם אם אני גרה בקומת הקרקע ומדובר בתיקון של מעלית, עדיין אצטרך להשתתף בתיקון הזה מעצם העובדה שאני גרה בבית משותף. **ס' 60(ב)** לחוק אומר שבמקרים שבהם נהרס הבית המשותף ורוצים לשקם את הבית, אם אדם מתעקש שלא להשתתף כלכלית בשיקום אפשר לקחת ממנו את הזכות הקניינית שלו (לחייב אותו למכור את הבית) – זה משהו שלא קיים בבית פרטי. הזכות הזו לדרוש ממישהו למכור את הבית שלו, קיימת רק כאשר מדובר בבית משותף.
* בניגוד ל**מקדונלדס**, בית המשפט לא אמור לקבוע מוסד קנייני, אלא המחוקק, אך לפעמים המחוקק לא עושה את מלאכתו נאמנה.

במה כן לתת קניין פרטי ובמה לא?

* **מאמר של צ'ארלס רייך (the new property)** – המאמר מדבר על קצבאות, זיכיונות ורישיונות. המאמר מעלה את השאלה האם בגלל שהמדינה הופכת להיות יותר ויותר חולשת על מתן קצבאות, זיכיונות ורישיונות, האם הם הופכים להיות קניין של המקבלים, או שזה נותר לשיקול דעת המדינה? הסיפור של רייך מתחיל בתקופה זה המקרתיזם, הוא היה סנטור שתפס טרנד והתחיל לדבר נגד הקומוניסטים. הבחור הקים ועדה בקונגרס והזמין הרבה גורמים, חלק ממה שקרה זה שנשללו הרבה פנסיות ממשלתיות לאנשים מסוימים שנחשדו בתמיכה בקומוניזם. הסיפור שהוא מבסס עליו את המאמר היה על אדם מסוים ששמע שהוא הולך להיות מואשם בסיפור הזה, והחליט לברוח מארה"ב – השאלה האם המשפחה שלו זכאית לפנסיה? רייך מנסה להגיד במאמר שלא משנה מי האדם ומה הסיבה שבגללה אנו חושבים שהוא צריך להיות בכלא, הזכות שלו לפנסיה היא עצמאית ולכן המשפחה שלו צריכה לקבל את הפנסיה שלו. ברגע שהמדינה שלנו הפכה להיות מדינה שכ"כ הרבה אנשים תלויים בהחלטה שלה, עולה השאלה – האם אנחנו בעלי זכות קניינית בדברים האלה או האם המדינה יכולה להפקיע לנו את הרישיון?

המאמר עשה המון רעש מ2 סיבות:

1. זה נתפס בארה"ב כמשהו לא הגיוני שיתירו כזה דבר.
2. יש לזה עלות מאוד גדולה. אם המדינה צריכה להתייחס בתור קניין פרטי לכל רישיון/ זיכיון/ קצבה שהיא נותנת, אז זה עולה המון כי היא לא יכולה לקחת משהו מאדם מבלי לתת לו פיצוי.
* **אף אחת משיטות המשפט לא קיבלה את השיטה של קניין חדש ככלי מעשי להתמודדות עם הדברים הללו.**

**פסק דין מנור:** **האם מותר למדינה לפגוע בקצבאות הזקנה?** ניסו להשתמש בסיפור של קניין חדש (קניין חדש= לא מדובר בקניין שלי, אלא במשהו שהמדינה נותנת לי והשאלה האם כשהמדינה נתנה לי את זה, זה הופך להיות שלי?). ביהמ"ש אמר שבמקרה של קצבאות זקנה לא צריך להשתמש בכלי של קניין חדש, כי ביטוח לאומי זה לא משהו שהמדינה נותנת לנו משל עצמה, אלא זה משהו שלנו, אנחנו חוסכים כל החיים לטובת קצבאות הזקנה ומדובר בכסף שלנו, ולכן יש פה קניין ממש ולא קניין חדש.

**פסק דין מנחם: שאלת התמודדות עם רישיון למונית**. האם רישיון למונית הופך להיות קניין פרטי? המדינה רצתה להרחיב את היקף הרישיונות למוניות שהיא נותנת ולתת ליותר אנשים את האפשרות לקנות רישיון (ב250,000 ₪), כמובן שמי שהיה לו רישיון עד אותו זמן התרעם בנוגע להרחבה הזו, ואמר שההרחבה הזו פוגעת בו. **עצם השימוש של המושג לפגוע** – מעלה את העניין שמדובר בקניין פרטי. גם שם בית המשפט לא מתייחס לטענה הזו ומאפשר את הרכישה.

* **טענה של גו' סינגר** – סינגר הינו חוקר פרוגרסיבי (פרוגרסיבי= פחות נותן משקל לחירות הבעלים בדיני קניין ויותר נותן משקל לחלוקה מחדש של העושר). הוא מדבר על מקרה מעניין באוהיו, שם יש מפעל פלדה, כל העיר עובדת במפעל זה, ובאיזשהו שלב מחליטה חברת הפלדה לסגור את המפעל. **ג'ו** אומר שצריך לתת לעובדים את ההזדמנות לרכוש את המפעל (להיות הבעלים שלו). זאת כי הם עבדו במפעל במשך שנים, ביססו את כל חייהם על קיומו, ובמובנים מסוימים יש להם אינטרס הסתמכות על קיום המפעל הזה.

**בעצם הוא מציע דרך חדשה ליצירת זכויות קנייניות** – לא להסתכל על יצירת זכות קניינית רק כאשר מתבצעת מכירה, אלא במקרים מסוימים כשאדם מסתמך על קניין הוא צריך להפוך להיות הבעלים שלו. (בהמשך ג'ו סינגר חזר בו מהטענה הזו, לא כי הוא כבר לא פרוגרסיבי, אלא כי יש בעיה מאוד גדולה באינטרס ההסתמכות, אינטרס זה הוא טענה מעגלית שלא ברור איך היא מצדיקה משהו. היא מעגלית כי היא אם אין בסיס להסתמכות אין הצדקה לאינטרס הזה. בשביל להסתמך צריך בסיס חוקי/ נורמטיבי ואם אין אז אי אפשר להסתמך).

האם כל זכאות שיש לנו, אפשר להמיר/ להעביר אותה למישהו אחר?

האם אני יכולה לעשות בגוף שלי כרצוני? למשל לתת שירותי מין/ סחר בבני אדם. לכאורה אותו אדם יכול להחליט אם הוא רוצה לעשות את זה או לא. יש פה יתרונות וחסרונות, למשל לגבי סחר באיברים:

יתרונות: (1) מלאי האיברים יגדל. (2) ימנע היווצרות שוק שחור.
חסרונות: (1) בעיה חלוקתית.(2) מסחור של טובין אישיים. (3) החצנות על צדדים שלישיים.

**Commodification** – קו מודיפיקציה היא מסחור, להפוך דברים מסוימים שהם לא בעלי תג מחיר לכאלה. יש לקו מודיפיקציה שתי אי הצדקות:

1. **Corruption (השחתה)** – יש דברים מסוימים בחיים שלא נמצאים בספרה השוקית. אהבה בין בני זוג למשל, ואנו לא רוצים שזה יגיע לספרה השוקית. אנו רוצים לשמר את מערכת היחסים הזו מחוץ למערכת השוקית. **דן אריאלי** באחד מספריו, מביא סיטואציה שבה אדם הולך לאכול אצל חמותו ובסוף הארוחה מביא לה 200 שקלים על הארוחה וגם טיפ. הסיטואציה הזאת נתפסת כמשהו לא הגיוני, כי מדובר בארוחה משפחתית, חוויה בעלת ערך חברתי. קשה לנו לחשוב על מערכת יחסים משפחתית כעל מערכת יחסים שוקית.
2. **Coercion (כפיה)** – ככל שאנחנו נאפשר לתת תג מחיר, ונפתח את השוק ליותר משאבים, אנחנו מרחיבים את הפערים בחברה וגורמים לאנשים למכור את האיברים/ הילדים שלהם בגלל מצבם הסוציו אקונומי.
* **המרצה מדגיש –** צריך לתת את הדעת על ההתייפייפות המערבית הזו – התנשאות על מציאות קשה של הרבה אנשים בעולם. יש אנשים שאם לא נאפשר להם למכור את הילד החמישי שלהם, אז ארבעת הקודמים ירעבו. צריך למצוא פתרונות – המדינה צריכה לקחת אחריות ולדאוג לאותן משפחות ולא להסיר אחריות ולמנוע מהן למכור.

לסיכום 2 אי ההצדקות: לא נכון לאפשר הסחרה מלאה של הכל. יש עדיין דברים שצריך לחשוב היטב לפני שמצמידים אליהם תג מחיר. כי להצמדה של תג מחיר למשאבים מחוץ לשוק יש עלויות חברתיות וכלכליות מאוד משמעותיות.

**סיכום ביניים**

1. זכות קניין היא הכרעה חברתית, הנשענת על איזון בין ערכים שונים: חירות, עבודה, אישיות, רווחה מצרפית וקהילה.
2. כאשר המחוקק מכונן מוסד קנייני חדש – הוא עורך איזון בין ערכי הקניין השונים.
3. אין משמעות אחידה לזכות הקניין, החוק הוא תולדה של איזון ערכי. אי אפשר לדבר על "יש לי זכות קניינית" ושזה יהיה ברור מה זה אומר – בכל מוסד אותה זכות מקבלת משמעות שונה.
4. מי שצריך לקבוע את האיזונים הוא המחוקק, אם כי לעיתים מגיעים למצב בו ביהמ"ש עושה זאת בגלל שהמחוקק לא.

**מתחם הבעלות**

מתחם הבעלות – מה למעשה אומרת זכות הבעלות במקרקעין.

**ס' 13** לחוק המקרקעין קובע שעסקה במקרקעין כוללת את הקרקע עצמה + מה שמופיע **בס' 11,12**. לפי סעיפים אלו אין תוקף לעסקה בחלק מסוגי המקרקעין, כל מה שאמרנו יכול להשתנות.

יש 3 שאלות כדי להבין את הס': (1) למה אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין? (2) מהם החריגים שצופן החוק? (3) מה מוסיפים ס' 11,12?

נתחיל בהקדמה על המקרקעין בישראל:

המקרקעין בישראל בנויים מלשכת רישום. כל חלקת מקרקעין מקבלת מספר זיהוי שמורכב משלושה רכיבים: גוש/ חלקה/ תת חלקה. חלוקת המקרקעין בישראל מחולקים לגוש וחלקה, גוש הוא חטיבת קרקע גדולה שמורכבת מהרבה חלקות. הגוש לא סימטרי, כלומר לא כל הגושים שווי גדלים – אין להם אמת שטח מסוימת. בתוך הגוש יש חלקות, שהן יחידות הקרקע הבסיסיות ביותר במדינת ישראל. תת חלקה יש בבניינים, היא אינה מסומנת על התסריט, היא רק עניין רישומי.

כשאנו אומרים **בס' 13** שאין תוקף לחלק בעסקה ממקרקעין מה הכוונה? כשעושים עסקה במקרקעין, אי אפשר למכור חלקים מחלקה, אלא את החלקה במלואה/ לא למכור. במילים אחרות – בעלי המקרקעין לא יכולים לפצל בעצמם את המקרקעין.

אם כן, מה יעשו בעלי חלקה שרוצים כסף נזיל ולא רוצים למכור את כל החלקה, אלא רק חלק ממנה?

הדרך היחידה להרוויח כסף נזיל בזמן שאי אפשר למכור חלק מהחלקה היא להכניס שותף לבעלות במקרקעין. כלומר אותו אדם ישלם לי כסף והוא יקבל אחוזים מהבעלות במקרקעין. **זה לא אומר שיש לו חצי מהחלקה, זה אומר שהוא בעלים במשותף איתי ב50% מהחלקה.**

1. **למה אין תוקף לעסקה במכירת חלקים מחלקות?**
* הסיבה העיקרית היא חשש מפני פיצול יתר וחשש מפני אי הגשמת היעדים המיטביים המתוכננים של מוסדות התכנון. הגושים לא זהים בגודלם וגם חלקות לא זהות בגודלן, באותו גוש יכולות להיות חלקות בגודל שונה וכמובן שגם בין גושים יכולים להיות חלקות בגדלים שונים. מי שקובע את חלוקת הקרקע הם מוסדות התכנון. **הרעיון הוא לאפשר תכנון מיטבי למרחב הספציפי שמדובר בו**. למשל: יש הבדל בין חלקה בעיר לחלקה בכפר חקלאי. אם ניתן לבעל מקרקעין אפשרות לחלק את החלקה באופן עצמי, אחרי כל עבודת התכנון שנעשתה, מה שקורה זה שזה מסכן את היכולת לממש את התכנון. במצב בעייתי בו היה ניתן לפצל את החלקה באופן עצמאי – אי אפשר להתעסק בחיפוש המון בעלים כל הזמן כדי לאחד חטיבות קרקע.
* גם כשמדובר על שותפים במקרקעין (בחלקה) שרוצים להתפצל, היינו יכולים לבוא ולהגיד שאפשר לעשות חלוקה בעין, אבל החוק אומר **בס' 38(א)** שהסכם של פירוק שיתוף שכולל תניה של פירוק בעין הוא לא אפשרי, אלא אם קיבל אישור שהוא תואם את הוראות חוק התכנון והבניה.

מה עושים אם כן רוצים לפצל את החלקה?

מגישים בקשה לרפרצלציה למוסדות התכנון. כשיש אישור מהם אין בעיה לחלק את החלקות, אך כשאין אישור זה לא ניתן.

**שאלה:** אם השוק חופשי, ונניח שרוצים להקים מגדל בחלקה מסוימת שפוצלה ל20 בעלים שונים, אז ההנחה היא שבגלל שבתכנון צריך להקים מגדל הוא לבסוף יוקם, אז מה החשש?

**תשובה:** יש כשלי שוק (**בעיית הפעולה המשותפת**= קשה להתמודד עם הרבה אנשים), וגם שנאת סיכון ציבורית. כשמדובר במשאבים ציבוריים אנו לא נמצאים במקום של אדישות, אלא במקום של שנאת סיכון, עדיף ללכת על בטוח ולא לשער שהשוק יעבוד כמו שצריך.

1. **מהם החריגים שצופן החוק?**

כלומר, באיזה מקרים אפשר יהיה לעשות עסקאות בחלקים מחלקה?

* **בעלות נפרדת בדירות** – הדבר הקלאסי הוא תת חלקה, כלומר דירות בבניין משותף. **ס' 54** אומר שעל אף האמור **בס' 13** דירה בבית משותף ניתנת למכירה/ לעסקה, למרות שהיא חלק מחלקה.
* **זיקת הנאה** – זכות במקרקעין. זיקת הנאה היא שימוש במקרקעין של מישהו אחר **מבלי שיש עמו חזקה**. כלומר, אי אפשר לטעון שיש זיקת הנאה במקרקעין של אדם אחר אם אתה מחזיק במקרקעין. דוגמה קלאסית: זכות מעבר (שביל).

זיקת הנאה יכולה להיות מכוח הסכם/ מכוח שנים. מכוח שנים כלומר – אם אדם עושה שימוש בחלקת מקרקעין של אדם אחר במשך 30 שנה, אז גם אם הוא לא קיבל את האישור של בעל המקרקעין, מכוח השנים, הזמן הממושך של הפעולה הזו הוא מגבש זכות זיקת הנאה במקרקעין.

**ס' 93(ג)** אומר שעל אף האמור **בס' 13** יכול שתהיה זיקת הנאה לגבי חלק ממקרקעין, כלומר שניתן לרשום אותה על חלק מהחלקה.

* **הפקעה** – **פס"ד אקונס:** גם הפקעה היא חריג לעיקרון אחידות הקרקע. פס"ד זה עוסק ברובד תת קרקע. **ס' 11** קובע שהבעלות עולה מלמטה עד למעלה. המדינה בפס"ד זה רצתה להפקיע את תת הקרקע, המדינה לא רצתה להפקיע את הבעלות, אלא את זכויות החזקה והשימוש בתת הקרקע.

**מדוע הפקיעו זכויות חזקה ושימוש ולא בעלות?** בגלל ס' 13 שקובע שאין תוקף לעסקה בחלק ממקרקעין, לכן אי אפשר להפקיע רק את תת הקרקע, ולכן התחכמו והפקיעו זכויות חזקה ושימוש ולא בעלות.

**למה נכון לאפשר הפקעה בחלק ממקרקעין?** כי מי שעושה את ההפקעה זה המדינה, ומי שאמר שצריך לבנות את החלקה בצורה הזו זה המדינה ולכן אם הוא מפקיע הוא יודע שזה לא יסכל את התכנון. אין היגיון שנמנע מהרשויות לבוא ולהפקיע אם הן חושבות שזה מצדיק להפקיע.

* **שכירות –** על אף האמור **בס' 13** מותר להשכיר חלק מסוים של הקרקע. אם אני לא רוצה להכניס איתי מישהו שיהיה בעלים משותף, אני יכולה להשכיר באופן מפוצל.

**פס"ד לוסטיג:** נחתם חוזה בין צדדים, שצד אחד מחכיר קרקע ל999 שנים, ביהמ"ש אומר שחכירה ל999 שנים ברור שהכוונה היא ליצור מצב שהקרקע לא תחזור. מה שנעשה שם זה פיצול של חלקה והפיצול הזה נעשה במנגנון שנעשה הרבה – חכירה. כל אחד פועל בחלקה שלו כבעלים. ביהמ"ש מסביר למה חכירה לדורות זה ממש זהה לבעלות, ולבסוף הוא קובע שזו עדיין שכירות ואפשר לעשות זאת על אף **ס' 13.**

* **ירושה** – ירושה לא נכללת בגדר של עסקה. תיאורטית אפשר לפצל, אבל האם יתנו למישהו לפצל חלקה בירושה? לא.

**מה מוסיפים ס' 11,12 על הקרקע?**

סעיפים אלו מבהירים לנו את מתחם הבעלות.

**ס' 11** – הבעלים של קרקע הוא לא הבעלים רק של הרובד של פני הקרקע, אלא הוא הבעלים גם של יתר הרבדים: תת קרקע, פני הקרקע ועל הקרקע. לגבי מה שנמצא בתת הקרקע זה כפוף לדינים בדבר מים, נפט, מכרות, מחצבים וכולי. החוק מוציא את כל הדברים הללו מחוץ לתחום הבעלות. בכל מה שקשור לעל הקרקע האדם הוא הבעלים אבל הוא לא יכול למנוע מעבר של מטוסים למשל מעל הקרקע.

ב2019 אחד החוקים האחרונים שהגיעו לממשלה ונפלו ואז נחקק מחדש היה חוק שנקרא "חוק תלת מימד". עד לאותו החוק לא הייתה אפשרות במרשם להתייחס בצורה שונה לרבדים השונים של הקרקע. כלומר, אם הינו רושמים בעלות של אדם בחלקה מסוימת היינו יכולים לרשום את הבעלות שלפי ס' 11 מתפשטת גם למעלה וגם למטה וזו הייתה האפשרות היחידה.

משנת 2019 אנחנו יכולים לפצל ברישום בעלויות ברבדי קרקע שונים – אפשר לפצל בעלויות בנסח הטאבו, יהיה כתוב שמדובר בחלקה תלת מימדית ויהיה רשום בעלויות שונות ברבדים שונים.

**פס"ד אקונס:** בית המשפט אפשר להפקיע את הרובד התת קרקעי למנהרות הכרמל. באותה סיטואציה לא היה אפשר לרשום בעלות על הרובד התת קרקעי כי לא היה את החוק וגם לא הייתה את היכולת הטכנית לפצל לרבדים במרשם. מה שהיה עד אז הבעלות הייתה רשומה על שם הבעלים והייתה הערה בטאבו שהופקעה תת הקרקע לטובת המנהרות התת קרקעיות. כתוצאה מהחוק הזה אם מבצעים היום הפקעה בתת קרקע אפשר לפצל בעלויות, ובנסח יהיה רשום בעלויות שונות ברבדי קרקע שונים.

כחלק מנאמנותנו לעיקרון של לא לפצל את הקרקע יותר מידי ולמרות שהפקעה לא חוסה תחת ס' 13, חוק תלת המימד רלוונטי רק להפקעות שנעשות על ידי רשות התכנון. אם אותה חלקה לא מוגדרת כחלקה תת קרקעית, זה לא ניתן.

**ס' 12 –** מכניס לעולם של תחרויות בקניין (**השאלה העיקרית במבחן תהיה קייס בדיני תחרויות**).

מה זה דיני תחרויות? המצב שבו יש שני אנשים שמתחרים על נכס מסוים. הדין נותן פתרונות למי מנצח בתחרויות האלה. **ס' 12** הוא למעשה סוג של תחרות.

דוגמה: נניח שאני שוכרת דירה מבעלים ולצורך העניין לא היה מזגן במרחב הכללי, ואז הסכמנו שאני אתקין מזגן בדירה. הדבר הזה לא כתוב בחוזה, אלא הוסכם בע"פ. ברגע שאני מסיימת את השכירות מבחינתי לקחת איתי את המזגן, אבל הבעלים הזה מוכר את הדירה למישהו אחר תוך כדי תקופת השכירות (אין בעיה חוקית כזו, כל עוד לא נפגעת השכירות). מסתיימת תקופת השכירות ואני רוצה את המזגן והבעלים החדש לא מוכן, מבחינתו המזגן הוא חלק מהדירה שהוא רכש. **השאלה של ס' 12 במקרה הזה היא למי שייך המזגן?** יש פה תאונה משפטית – כל אחד חושב שהמזגן שייך לו ולכל אחד יש טענה לגיטימית ואנו צריכים להחליט כרגע למי שייך המזגן.

דוגמה נוספת: מצב בו יש חברה שנמצאת בשוק תחרותי ורוצה לקנות את המכונה החדשה ביותר בשוק. לצורך כך היא צריכה מיליון וחצי דולר. לצורך העניין החברה לוקחת הלוואה מבנק לאומי. באופן עקרוני בדיני שעבודים יש מעמד מיוחד למלווה/ נושה שנתן הלוואה מיועדת לרכישה של נכס מסוים. אם זה רשום במשכון על הנכס, אם החברה נכנסת לחדלות פירעון, יש תור לנושים בסדר קבלת הכספים, סדר הפירעון הוא מאוד משמעותי, ככל שנדחקים אחורה סביר להניח שלא נראה כסף בכלל. כשאדם/ בנק מלווה כסף לחברה/ אדם לצורך רכישה של נכס מסוים ורושם עליו משכון הזה הוא עומד ראשון בתור ביחס לנכס הזה. אף אחד לא קודם לו ביחס לאותו נכס. לכן, כשהחברה הזו מבקשת מבנק לאומי כסף לרכישת המכונה, בנק לאומי רגוע כי הוא רושם משכון, והוא יכול לקחת את המכונה ולמכור אותה.

**מה הדין אם לחברה הזו יש גם משכנתא על הקרקע שנלקחה מבנק דיסקונט?** הבעלות בקרקע חלה לא רק על הקרקע אלא גם לכל מה שמחובר לקרקע חיבור של קבע. במילים אחרות, במידה ואנו מכריעים שחפץ מיטלטלין מסוים מחובר לפי ההגדרה של **ס' 12**, הנכס הזה מאבד את השם של מיטלטלין והופך להיות חלק מהקרקע. לכן השאלה פה היא קריטית לגבי הבנקים – אם נקבע שהמכונה הזו לא מחוברת, היא שומרת על השם שלה כחפץ מיטלטלין ומי שעומד ראשון בתור לגבות את המכונה זה בנק לאומי. אבל אם אותה מכונה מחוברת לפי ההגדרה של **ס' 12**, היא חלק מהקרקע ומי שגובה ראשון מהקרקע זה בנק דיסקונט. השאלה אם הנכס הזה הוא מיטלטלין או שהוא חלק ממש מהקרקע יש לה משמעות.

כיצד מכריעים האם מדובר במיטלטלין שהפך לחלק מהקרקע/ שהוא עדיין חפץ מיטלטלין?

**וייסמן** מציע שלושה מבחנים. המבחנים הללו הם גמישים, במבחן אנו צריכים להראות שאנו מכירים את המבחנים ומיישמים אותם.

 שלושת המבחנים המצטברים:

1. **מבחן החיבור הפיזי** – בדיקה האם אפשר לנתק את המיטלטלין הזה בלי שייגרם נזק משמעותי למיטלטלין ו/או לקרקע עצמה. ככל שניתוק של המיטלטלין יגרום נזק למשאב עצמו/ לקרקע אנו ניטה לראות באותו המשאב כמחובר. מדוע? כי כנראה שאם יגרם נזק, אז המטרה מראש הייתה לחבר ולהשאיר כחלק מהנכס. אם המבחן הזה לא מתקיים בכלל, סביר להניח שלא מדובר במשאב מחובר. צריכה להיות איזושהי מידה של קושי או פגיעה כתוצאה מהחיבור הזה. יהיה קשה להגיע למסקנה שניתוק פשוט יחשב למשהו מחובר.
2. **מבחן סוג הנכס** – מבחן פונקציונלי המבקש לבחון האם הנכס המחובר, מסוגו, נועד להיות מחובר באורח קבע.
3. **מבחן הכוונה** – מנסים להתחקות אחר כוונת הצדדים. כלומר מה הם חשבו שצריך להיות הדין של הנכס הזה – מחובר/ מיטלטלין. **אם מדובר בכוונה מפורשת בין צדדים קרובים הוא יגבר על כל המבחנים האחרים.** כלומר, אם יש חוזה מפורש שבו הצדדים קובעים מה הסטטוס של הנכס הזה, גם אם באופן עקרוני היינו חושבים שהסטטוס היה צריך להיות אחרת לפי המבחנים הקודמים, אז זה השיקול שאמור לגבור. הבעיה מתחילה בין צדדים רחוקים – למשל: בין השוכר לבין הבעלים החדש שאין ביניהם חוזה/ בין בנק לאומי לדיסקונט. ואז השאלה היא איזה צד מקבל את הנכס ופה מבחן הכוונה מכניס סטנדרט אובייקטיבי, כלומר מה אנשים סבירים היו מחליטים.

הפסיקה שלנו הכניסה עוד מבחנים כדי לקבוע האם הנכס יחשב כמחובר או לא. מבחנים אלה חורגים ממה ש**וייסמן** הציע במישור המצומצם לעיל. הפסיקה הרחיבה את המבחנים בשל המשמעויות הכלכליות הרחבות, וזאת במטרה לאפשר חיי מסחר תקינים. המבחנים:

* **מונע הנזק הזול** – שיקול משמעותי בדיני התחרות. מי יכול היה למנוע בצורה זולה וקלה את התאונה המשפטית. בעצם יצירת הרתעה ותמריץ לגורמים שיכולים לפתור בקלות את הסיפור לעשות את הצעדים הפשוטים כדי למנוע את התאונה. למשל: במקרה של המזגן לכתוב במפורש בחוזה מה קורה עם המזגן – זה היה פותר מלדון מה דין המזגן. אם זה לא נעשה, כנראה שהאחריות תוטל על השוכר והמזגן יהיה של הבעלים החדשים.

**\*במבחן אם בסיטואציה שתתואר בקייס יופיע מצב שבו אחד הצדדים יכול היה למנוע את התחרות בצורה קלה ולא עשה זאת, אז נדון גם בשאלת מונע הנזק הזול.**

שיקולי מדיניות נוספים **שלא נדון בהם במבחן**:

* **וודאות השוק**
* **עידוד פעילות כלכלית**
* **שיקולי יעילות מצרפית**
* **שיקולי חלוקה**

דוגמה לשאלה אותה פותר בית המשפט: **ס' 11 לחוק המקרקעין** מוציא מגדר הבעלות את המחצבים. בישראל, רוב מחצבי ואוצרות הטבע לא שייכים לאדם שהוא הבעלים של הקרקע.

**פס"ד :samedan** השאלה היא סביב ס' 35 לחוק קידוחי גז ונפט. השאלה שם נוגעת לס' ב – לפיו, גורם שמוצא נפט רשאי להקים קווי הובלה של הנפט ממאגרו אל אזורי החלוקה. המנהל שאמור לתת את האישורים לא מוכן לתת להם אישור להובלה. הוא רוצה לפתוח מכרז. זה הגיע לביהמ"ש העליון. הדיון הוא על המילה "רשאי". עלתה השאלה האם מותר למנהל להתערב?

**השופט חשין:** נציין כי ההתערבות של חשין היא מאוד מוזרה ביחס לעצמו. לחשין יש תפיסה מאוד ליברטריאנית – תפיסה לפיה כל מה ששייך לבעלים, כל פגיעה קלה בכך זו פגיעה בחירות שמוגדרת כפגיעה בקניין. הפיצוי לדעתו במקרה שפגעו בקניין הוא נכס ממש. דווקא פה בפס"ד זה הוא מתמקד בתפיסה קלאסית, בה הוא עושה איזונים. חשין מנסה להבין מה הערכים שהמחוקק ניסה לתת פה. כשהוא קורא את כל הסעיפים הוא מגיע למסקנה **שהערך המרכזי של החוק הזה הוא ערך של רווחה מצרפית – עידוד תחרות.**

על בסיס ההבנה הזו, הוא אומר ש**ס' 35** צריך להיות תחת פיקוח של המנהל. מדוע? למנוע מונופול. אם אותם גורמים שקודחים יהיו גם אלו שמובילים, לא תהיה תחרות בשוק. **כמו כן,** בכל רגע של סכסוך שיהיה בין אותם גורמים הם יקפיאו לא רק את הקידוחים, אלא גם את שרשרת האספקה, ולכן חשין אומר שבמקרה הזה כדי לאפשר רווחה מצרפית המנהל צריך להיות בפיקוח.

אנו רואים שלמרות תפיסתו האישית ביחס למה זה קניין, הוא החיל את הוראות המחוקק לפי כוונתו. עלו טענות לגביו על אקטיביזם שיפוטי, משום שהוא עשה היפוך בין רשאי ל- לא רשאי. המרצה אומר שבפועל לדעתו הוא לא עשה פה אקטיביזם, כי הוא פסק את פסיקתו לפי מה שהמחוקק ניסה להעביר.

**ס' 14** – ס' מאוד בעייתי וחשוב. לא נעשה בו הרבה שימוש עד לאחרונה בכל מה שקשור להתחדשות עירונית. ס' זה קובע שעצם העובדה שאתה הבעלים של קרקע מסוימת לא מקנה לך את הזכות לגרום נזק לאחר, או אי נוחות לאחר. הסיפא של האי-נוחות היא בעייתית.

יש שני פסקי דין – **שלב נ' הררי מואב**, **רדומילסקי נ' פרידמן**.

**שלב נ' הררי מואב:** יש חלקה אחת שחולקה לשלושה חלקים, כל אחד מהם בבעלות שונה. בחלקה אחת יש מכרה ואותו גורם שהוא הבעלים של המכרה רוצה להוציא את התוצרים של המכרה. כדי להוציא אותם צריך משאיות, והפתרון שלו הוא לעבור באופן ישיר דרך החלקות כדי להגיע למכרה. אממה, הוא לא ביקש אישור והניח שמותר לו לעשות זאת. התביעה של בעלי החלקה האמצעית דורשת שלא יעבור בשטחו. השאלה: **האם לגיטימי שבעלי המכרה יעלה טענה שעצם הדרישה של בעלי החלקה באמצעית שלא יעברו לו בשטח היא דרישה שפוגעת בס' 14?** הרי שנגרם נזק כלכלי לבעלי המכרה/ אי נוחות.
ביהמ"ש: זו לא טענה לגיטימית. השופטים אומרים שנכון שיש את ס' 14, ולפי קריאה פשוטה שלו בעל קניין צריך לקבל כל פגיעה בשטח שלו. ס' 14 נועד למקום דווקני ולא למקום בו אתה רוצה לחסוך. זה לא נקרא פגיעה לפי ס' 14.

**רדומילסקי נ' פרידמן:** שושנה רדומילסקי היא בעלים של כמה דירות. באחת הדירות שבבעלותה יושב דייר מוגן (דייר מוגן= אי אפשר להוציאו). היא ידעה את הסיכון הכלכלי שלה, אך מה שגרם לה לזעם הוא שהיא פחדה שהבת שלו שעברה לגור עמו תישאר בדירה. (עפ"י חוק הגנת הדייר אם קרוב משפחה מדרגה ראשונה גר חצי שנה לפני תום תקופת השכירות עם הדייר המוגן, גם הוא הופך להיות דייר מוגן). כשהיא מגלה את זה, זה מדליק לה נורות, ומה שהיא עושה היא מנסה להחתים אותם על אישור שלא תהיה העברה של דיירות מוגנת והם סירבו. הבת של פרידמן מעבירה כבל של אנטנת טלוויזיה על פני החצר שהיא בבעלותה של שושנה, ושושנה באה ותובעת את הסרת האנטנה של הטלוויזיה. מדוע? כי לפי **ס' 11** הבעלות היא לא רק על פני הקרקע, אלא גם על החלל שמעליו, וזה פוגע לה בקניין שלה.
ביהמ"ש: דחו את התביעה.

מה ההבדל המשמעותי בין שני הפס"דים? ראשית, המטרה של שני הצדדים היא לקבל כסף. ברדומילסקי יש ניסיון של שושנה לעקור זכות שמוקנית בחוק למשפחת פרידמן. היא מבקשת באמצעות טענות דווקניות לבטל זכאות משפטית של צד שני – לבטל את היכולת של אותה בת להפוך לדיירת מוגנת. בגלל שזו המטרה אנו מחילים את **ס' 14.**

כאמור, **ס' 14** הוא משמעותי בהתחדשות עירונית – צריך לפעול ביחד וצריך לקבל הסכמה של הרבה בעלי דירות. היו הרבה מקרים במיוחד בהתחלה של דיירים סרבנים להצטרף לתוכניות של פינוי בינוי ותמ"א. ס' 14 חזר לפרונט בהתחדשות עירונית.

פסק דין מסוים עסק באישה מבוגרת שסירבה להצטרף להליך של התחדשות עירונית. אותה אישה מואשמת בכך שהיא מפרה את ס' 14 בשל הסרבנות שלה.

**רוקר נ' סלומון:** פסק דין שמגלה את הפער בין מערכת התכנון למערכת המשפט. הרבה מקרים בהם מערכת התכנון רצה קדימה – נותנת אפשרות לבנות בעוד מערכת דיני הקניין לא מוסדרת. ברכוש משותף צריך לקבל הסכמה מהדיירים, ויחד עם זה מוסדות התכנון מסתפקים הרבה פעמים בהיתר לתכנון בלי שהוסדרו כל ההסדרים הקנייניים ואז נוצר פער שאדם בונה ולא דואג לסגור את הנושא הזה.

המקרה: בניין משותף עם קומת עמודים. אחד השכנים מבקש היתר לסגור את העמודים ולנצלם לצורך בניית מחסנים וחדרים. הם מקבלים את היתר הבנייה אך הם לא מקבלים את הסכמת ייתר הדיירים לבנייה. שרוצים להרחיב דירה בבית משותף יש צורך באישור הדיירים, המערכת התכנונית דורשת בבקשת ההיתר אישור חתום של הדיירים הרלוונטיים. פעמים רבות יש זכויות בנייה, הזכויות שייכות לכולם, הזכות לבנייה נוספת לא מוקנית לבעל הדירה אלא היא דרושה הסכמה עם השכנים על הקצאת זכויות הבנייה. הצד הקנייני מחייב את הסכמת הבעלים כאשר במקרה זה אין הסכמה, הדיירים קיבלו את האישור התכנוני אך לא את האישור הקנייני לבנייה. יתר הדיירים טועים כי הם דורשים את הריסת המבנה שכן הוא נבנה ללא אישור. התעקשות להרוס את המבנה היא בדיוק המקרה של ס' 14.

**אנגלרד:** מאזן נזקים. זה לא הגיוני לבוא ולהרוס כדי שהתהליך אחרי זה יתחיל מחדש.

שתי הקבוצות האחרות סבורות שהפעילות הזו דינה להיהרס. האבחנה בין הקבוצות האלה היא בתפיסת השופטים.

**טירקל, חשין ולוין**: הם ליברטריאנים, מבחינתם ס' 14 הוא בעייתי ויש לצמצמו. מדוע? כי הוא מטיל חובה של בעל הקניין להתחשב באחרים. לכן, יש לשמור את הס' הזה רק למקרים בצורה שממש פוגעת באחר.

**ברק, שטרסברג-כהן, ומצא**: מבחינת מהו ס' 14 ברק אומר שזה הביטוי של תום הלב בקניין. זה מכניס חובת תום לב על בעלי קניין לפעול בתום לב ביחס לאחרים. אבל הוא לא מקבל את הטענה של הקבוצה השנייה של צמצום ס' 14, אלא הוא אומר שתום הלב של הבעלים ייבחן באופן תלוי הקשר. תלוי מוסד קנייני. אחרי שנבין מה סל הערכים של אותו מוסד קנייני נבין האם אותו אדם פועל בתום לב או בחוסר תום לב. בבית משותף יש מערכת יחסים שתגדיר מתי אני תמת לב. איפה ס' 14 בעיקר יחול? בבתים משותפים/ בשיתוף, משום ששם יש חובה גדולה יותר להתחשב באחרים מעצם השיתופיות.

**המשטר הקנייני בישראל**

רוב מוחלט של הקרקעות בישראל נמצא בידי המדינה.

מה זאת אומרת? יש 3 גופים שלמעשה מופיעים בנסח טאבו כבעלי הקרקע, הגופים הללו מנוהלים על ידי רשות מקרקעי ישראל:

1. **רשות מקרקעי ישראל** – רשות ממשלתית בבעלותה רוב הקרקעות.
2. **רשות הפיתוח** – רשות ממשלתית שהייתה אמונה על הרבה קרקעות שהופקעו במהלך השנים.
3. **קק"ל** – גוף שאינו ממשלתי. מחזיק הרבה מהמקרקעין במדינה (כ20% מקרקעות המדינה). זה ארגון שקנה קרקעות מתרומות במהלך השנים. הייתה אמנה בין קק"ל לבין המדינה כשהוקמה המדינה שקק"ל מוסרת את המקרקעין שלה לניהולה של המדינה, כלומר רשות מקרקעי ישראל מנהלת את המקרקעין של קק"ל.

מה המשמעות המשפטית שזה נשאר בידי קק"ל? קק"ל דורשת להמשיך ולשלוט באיך מנהלים את הקרקע שלה. זה יותר בשליטה כללית של מה היא מוכנה שיהיה בקרקע שלה ומה לא. התרומות של קק"ל ניתנו לטובת הקמת מדינה יהודית ומבחינתם הם לא מוכנים שהקרקעות שלהם יהיו כפופות למשטר שוויוני אחר. בתי המשפט הכריעו שקק"ל לא יכולים לשלוט בדבר הזה. קק"ל מנהלת מול המדינה מערכת יחסים מורכבת, שהשוט בידיים של קק"ל הוא לקחת את המקרקעין, שכן האמנה היא מתחדשת. לעיתים, בעת ההתחדשות קק"ל מאיימת לקחת את הקרקעות כאשר מנסים להכפיף אותה תחת ביקורת.

**ההסדר השקט בין המדינה לבין קק"ל** – אם תהיה החלטה להקים ישוב שקק"ל לא מסכימה אליו, יעשו הצרכה של קרקעות, כלומר יביאו לה קרקע חלופית בתמורה לקרקע שייקחו לה. המרצה אומר שהסיכוי שזה ימשיך לא רב, כנראה שיהיה פיצוץ בהמשך.

יש אבחנה מאוד ברורה בין אופן אחזקות המקרקעין בין המגזר עירוני לבין המגזר החקלאי:

**במגזר העירוני** – קרקעות המדינה מנוהלות באמצעות **חכירה ארוכת טווח**. (בד"כ 49 שנים עם אופציה להארכה לעוד 49 שנים). בפועל, אחרי 98 שנים, המדינה עדיין תצטרך להציע את החכירה על הקרקעות. המדינה מנסה לעבור למנגנון של הפרטה. במגזר העירוני הרוב המוחלט נעשה במנגנון של חכירה לדורות. הרעיון הזה הוא זכות קניינית מאוד חזקה. מדוע? כי זו שכירות ארוכת טווח עם הבטחה של בתי המשפט שזה ימשיך גם לאחר 98 השנים. זה אומר שעד לאחרונה היה צריך לקבל אישור של רשות מקרקעי ישראל כשרציתי למכור דירה למישהו אחר. היום, הרשות נותנת אישור גורף, ברגע שמישהו קיבל אישור אז יש לו אישור קבוע.

**במגזר החקלאי** – לאנשי המגזר החקלאי אין זכות קניינית. יש להם זכות שנקראת **רישיון במקרקעין (בר רשות)** – הרשאה של בעל הקרקע לפעול במקרקעין בהתאם לחוזה רישיון שנכתב עם האגודה השיתופית. הרעיון הוא חוזה שנותן לאגודה השיתופית רישיון לפעול במקרקעין, אין זכויות קנייניות להתיישבות העובדת, אלא רק רישיון. הרישיון הזה מתחדש בד"כ כל 3 שנים, בו חותמים מחדש על החוזה. הרבה פעמים נוגסים במקרקעין של מושב חקלאי מסוים, ומחזירים חלק מהקרקעות למדינה. מדוע זה נעשה בקלות וללא מתן פיצוי? מהטעם הפשוט שאין זכות קניינית, אלא רישיון.

**אם כן, איך יש נחלות פרטיות לאנשים בקיבוץ?** האגודה השיתופית מחלקת זאת. במובנים מסוימים חבר קיבוץ/ מושב הוא בר רשות של בר רשות. יש שינויים בשנים האחרונות, שעוברים לאט לאט מהמשטר הזה למשטר העירוני.

**מה הסיבה שאנו משתמשים ברישיון ולא בשכירות?**  הסיבה היחידה היא למנוע אפשרויות שקיימות בשכירות ולא קיימות ברישיון כמו העברת זכויות.

יש פער מאוד משמעותי בין הכרה בצורך של המדינה להתערב בניהול המקרקעין, לבין המציאות ששוררת היום בישראל של בעלות כמעט מוחלטת של המדינה על כל המקרקעין. כלומר, זה שכיום הבעלים לרוב הקרקעות היא המדינה זה לא משהו שהוא בהכרח רצוי והגיוני. אמנם, גם אם יש המון ביקורת על העניין הזה, צריך לזכור שהמדינה לא יכולה לוותר לחלוטין על היכולת שלה להתערב במקרקעין פרטי.

**רחל אלטרמן** אחת מהחוקרות הפעילות בתחום המקרקעין בישראל, במענה על הבעייתיות בכך שהמדינה מחזיקה את רוב הקרקעות, **נותנת כמה אפשרויות של משטרים/ התערבות של המדינה במקרקעין, מבלי שההתערבות הזו תחייב את המדינה להיות בעלים של הקרקע**:

* **הלאמה מלאה של זכויות בקרקע**
* **הפקעה מסיבית**
* **איחוד בעלויות וחלוקה מחדש** – דרך אחת, לפיה המדינה יכולה לאחד את כל חלקות הבעלים לחלקה גדולה אחת ואז לפצלה מחדש לחלקות קטנות. צריך להכיר בזה שלמדינה יש הרבה כלים להתערב בקרקע – היא יכולה להפקיע קרקעות וכולי.
* **הפקעה נקודתית**
* **תכנון ציבורי**

מה שבגדול אומרת **רחל אלטרמן** זה שיש פער גדול בין לתת למדינה כלים למה קורה במקרקעין, לבין לתת לה בעלות מלאה בכך. ההשלכות של הבעלות הן לא רק ניווט המקרקעין, אלא השלכות כלכליות קשות. זה לא שרחל אלטרמן אומרת שצריך לבטל את המעורבות של המדינה, היא רק טוענת שאפשר להשתמש במנגנונים אחרים.

באופן עקרוני היא חושבת שנכון לשמר מעורבות של המדינה במקרקעין משני טעמי עיקריים – **כשלי שוק והצדקות חברתיות.**

זה שהמדינה לא מתפקדת בכלים הנוספים שיש לה – הפקעות, תכנון וכדומה, זה לא אומר שהאלטרנטיבה היחידה לזה זה הענקת בעלות מלאה למדינה על הקרקעות שלה. חשוב לתת למדינה יכולת להשפיע על מה קורה במקרקעין וכיצד יהיו מנוצלים בצורה הטובה ביותר, אבל זה לא אומר שהאפשרות הזו חייבת להיות בדמות של בעלות מלאה של המדינה על המקרקעין.

עצם ההבנה שהמצב כיום שהמדינה שולטת במקרקעין הוא לא אידיאלי ולא יעיל, עולה השאלה – **למה לא להפריט באופן מלא את כל הקרקעות?** שתי תשובות:

1. **מצרכים בסיסיים לכל אזרח** – יש סוג מסוים של נכסים שמספקים את הצרכים הבסיסיים של החברה ואנו לא רוצים לתת את הבעלות במשאבים אלה לאנשים פרטיים כי יכול להיות שהם יחליטו להשתמש בהם בצורה לא טובה. למשל: אם ניתן בעלות פרטית בכינרת, ייתכן שאותו בעלים יחליט שאינו רוצה לספק מים לאזרחים, וכיצד נחיה ללא מים? (אגב, מים באף מדינה לא עוברים לבעלות פרטית).
2. **The comedy of the commons** – הדברים החיוביים שיכולים לנבוע רק אם נשאיר מרחבים שמנוהלים במשותף. **קרול רוז** בעצם אומרת שנכון שאולי צריך משטר פרטי מהטעמים של יעילות ומקסום משאבים, אך אם לא נדאג שיהיו מרחבים משותפים (בבעלות ממשלתית/ עירונית) יהיו לכך עלויות חברתיות מאוד גדולות – לא יהיו מקומות מפגש של אנשים אחד עם השני וכדומה.

מקרקעי יעוד:

**מקרקעי יעוד –** מקרקעי ציבור שמיועדים לתועלת הציבור – סוגי המקרקעין מפורטים ב**ס' 107 לחוק המקרקעין**. מה שמשותף לכל הסעיפים הללו הוא מקרקעין שמשמשים את אותם שערים/ דרכים שבהם אפשר לנוע, גם בתוך המדינה וגם מחוץ למדינה.

כשהמחוקק חשב על איך להגדיר את המקרקעין אותם הוא רוצה לשמור במדינה הוא הגדיר את **ס' (1)-(4)** שהם שערי הכניסה והיציאה מהמדינה, ויכולים להוות חסם לכניסה וליציאה ולתנועה בתוך המדינה.

**ס' 111** אומר לנו מה קורה במקרקעי ייעוד – **לא יהיה בהם תוקף לעסקה שטעונה רישום**. כלומר, רוב עסקאות המקרקעין צריכות רישום על מנת שהעסקה תסתיים. עסקה יחידה במקרקעין שלא מצריכה רישום בטאבו ועדיין תוגדר כעסקה שהסתיימה – היא שכירות קצרת מועד. כשהסעיף אומר לא יהיה תוקף לכל עסקה שטעונה רישום, זה אומר שלא יהיה תוקף לאף עסקת מכר/ משכנתא/ חכירה. העסקה היחידה שאפשר לעשות באופן טבעי במקרקעי ייעוד היא שכירות קצרת מועד.

למה? כי אם הרעיון הוא לא לאפשר מכירה כדי למנוע שליטה של גורם פרטי על אותם דברים חשובים שצוינו בסעיף, אז אנו לא נאפשר עסקה לאורך זמן, אבל כן נאפשר גמישות לעסקאות קצרות מועד של עד חמש שנים (כולל האופציה).

באופן עקרוני לא יכולה להירשם עסקה במקרקעי ייעוד, מעבר לשכירות קצרת מועד. **סיפת הסעיף** מסייגת זאת – אלא אם כן הממשלה אישרה במפורש עסקה מסוימת. צריכה להיות החלטה מפורשת לבצע עסקה במקרקעין מסוג זה.

שלוש שאלות על מקרקעי ייעוד:

1. **למה רק מקרקעין?**
2. **למה רק הייעודים המנויים (ולא למשל עתיקות או גנים לאומיים)?**
3. **ההסדר המשפטי – למה ניתנים בכל זאת להפרטה?** אם זה כל כך חשוב ואסור שהמקרקעין יגיע לידיים פרטיות, אז למה אנו בכל זאת נותנים את האפשרות שזה יקרה (סיפת הסעיף מאפשרת מכירה)?

איך אנו תופסים את המרחב שלנו?

המרחב האמריקאי

ניתן מעט רקע על המרחב האמריקאי. **גברת מרפי** היא דמות פיקטיבית, המתארת שם של חריג שלא קיים בישראל. בארצות הברית, ברגע שבוטלה העבדות, לא בוטלה הגזענות. מבחינה מרחבית דווקא בתקופת העבדות לא היה מצב של הפרדה בין שחורים ללבנים, כי היה ברור שיש הבדל בין הגזעים. כשנגמרת העבדות, התופעה המיידית שקורית היא התפתחות **דוקטרינת "נפרד אבל שווה".** כלומר, ישנה הפרדה בין הגזעים – הפרדה בקרונות, במסעדות וכו'..

הסיפור הזה מגיע לביהמ"ש העליון שם, שמדבר על אדם שהיה שמינית שחור והחליט שהוא יושב בקרון של לבנים. מה שקרה זה שהאשימו אותו על שעשה כן והכניסו אותו לכלא על כך שהפר את החוקים. בית המשפט העליון אומר ש"נפרד אבל שווה" זו דוקטרינה לגיטימית – מותר למדינה לחוקק דבר כזה של הפרדה, כל עוד יש שווין במתן המשאבים לשתי הקבוצות הנפרדות (אותה הכמות של קרונות למשל הן לשחורים והן ללבנים).

**פס"ד brown**: עוברות הרבה שנים, ומגיעים לשנת 1954. בעת הזו ביהמ"ש קובע שהדוקטרינה של "נפרד אבל שווה" היא לא חוקתית. הוא לא קובע זאת באופן גורף, אלא בעניין של חינוך יסודי, בגלל ההשפעה המשפילה שיש להפרדה הזו על ילדים. אם כן, במקרה של חינוך יסודי אסור לעשות הפרדה.

ביהמ"ש בארץ לוקח את הפס"ד זה והופך אותו למניפסט של שלילת דוקטרינת "נפרד אבל שווה". כלומר, בכל התחומים.

לאחר brown, הגיעו חוקי זכויות האזרח ב1960 והלאה, והמציאות הייתה שאסור להפריד בבית ספר יסודי אבל יש אפליה בדיור.

בשנת 1968 ארה"ב מחוקקת חוק שלא קיים בארץ שלנו שנקרא **fair housing act** שמשמעותו – לאדם אסור להפלות במכירת דיור בין אדם אחד לאדם אחר.

פה נכנסת לתמונה **גברת מרפי**, שהיא מהווה חריג לאותו חוק – לפי חריג זה, אם יש עד 4 דירות באותו מתחם מגורים אז כן אפשר להפלות ולבחור למי הדירות נמכרות או לא.

מה הרעיון? שאם אתה גר במקום מסוים ואתה לא רוצה שיגורו אנשים מסוימים סביבך, אז זה מותר. אם זה מעל 4 דירות זה אומר שאתה יזם ואז לא נאפשר זאת. הניסיון הזה של האמריקאים לעשות את השינוי במובן של דיור, זה צעד משמעותי, אם כי כל הפטורים שניתנו, כולל החריג של גברת מרפי, מעט מצמצמים את תחולת החוק (חשוב לדעת שהחברה האמריקאית גם היום מאוד מפוצלת ומקוטבת וקיימת הפרדה גדולה).

המרחב הישראלי

במרחב הישראלי קיים חוק איסור כניסה ופיקוח למוצרים ושירותים שממנו **הוצא במפורש סעיף הדיור**. לא רצו שהחוק הזה יחול על סעיף הדיור.

במרחב הישראלי התשובה לא חד משמעית. באופן עקרוני, אדם פרטי יכול להפלות במגורים בלי הבחנה, כלומר מבלי להתחשב בשיקולי שוויון ואפליה. אין הוראה חוקית שאוסרת אפליה של אדם פרטי בנכסיו. (יש הבדל מאוד גדול בין ישראל לארה"ב בהקשרים של שוויון).

**Phillips**: הדוגמה הכי בולטת שהייתה בארה"ב הינה פסיקה לגבי אופה שסרב לאפות עוגה לזוג חד מיני. בארה"ב באופן מאוד מפתיע הוכרע 7-2 לטובת האופה, למרות שיש זכות שם לנישואים חד מיניים. זה לא שביהמ"ש שם אמר שלגמרי מותר לסרב, אבל עדיין רוב מוחלט לטובת האופה מהווה עמדה מסוימת שזה מותר.

**פס"ד צבע הקשת:** בארץ הסיפור הוא הפוך – היה דפוס בבאר שבע (צבע הקשת) שלא הסכים להדפיס לתא גאה באוניברסיטת בן גוריון וממש השמיץ אותם, בשל היותם חד מיניים. בית המשפט קבע שהוא הפר את החוק ולכן חייב לפצות אותם.

בארה"ב יש הרבה יותר פיקוח על גופים שאחראיים על אכיפה של שוויון, בישראל אין הרבה, אבל עדיין בתוצאה הספציפית הזו, אותו דפוס הצליח להיכנס לפסיקה.

במרחב הישראלי יש שלושה מופעים עיקריים של אפליה מבחינת דיני קניין – **ועדות קבלה לישובים, הפליה בהשכרת דירות, הפליה במכר דירות.**

**ועדות קבלה לישובים** – לישוב קהילתי מותר לסנן מועמדים. כשאומרים שיש אפשרות כזו – זה אומר שאסור לסנן מועמדים על בסיס דת, גזע, מין וכו', אלא על **בסיס התאמה למרקם הקהילתי**. הישובים ניסו לתת לזה נופח מקצועי, אבל לבסוף הם עושים זאת על סמך מה שנראה להם. צריך להבין שהרעיון שמדינה שמספקת לקהילות כאלה אמצעי סינון, יש לכך עלויות חברתיות מאוד גדולות.

הסיבה היחידה שאולי מאפשרת להצדיק את כלי הסינון הזה, זה רק ככל שאנו מבינים שהקהילה הזו מאוד חשובה ליכולת של האדם לממש את תפיסת העולם שלו.

**פס"ד קעדן:** המקום בו ביהמ״ש ניסה לדבר על הנושא הוא בפס"ד זה. שם סיבת הפסילה הייתה איסור מכירה למי שלא שירת בצבא. הם טענו למרקם קהילתי לאומי בטענה כי הזוג לא יוכל להשתתף איתם בחגים לאומיים כמו יום העצמאות או יום הזיכרון וכך לא יהיו חלק מהקהילה (היו ערבים). ביהמ״ש לא קיבל טענה זו. בפס״ד נדונו 2 עניינים: **(1)** וועדות הקבלה והיכולת שלהן לפסול מועמדים? **(2)** ביחס למקרקעי ישראל הנוגע לקרקע של הסוכנות היהודית (שהיא אורגן פרטי המחויב לערכים יהודיים ולא ישראליים), האם בקרקעות שהיא מנהלת יכולה לפגוע בחובת השוויון המוטלת על המדינה?

התשובה על השאלה השנייה היא ״לא״- **ביהמ״ש קובע שהסוכנות היהודית וגורמים יהודיים נוספים כפופים לעקרון השוויון**. החלטה זו יצרה מתח גדול בין מדינת ישראל לבין אותם גורמים ״יהודיים״ בגלל שלמעשה בג״צ אמר שלא משנה של מי הקרקע, ברגע שמדינת ישראל מנהלת אותה היא כפופה לעקרון השוויון מה שעומד בסתירה לערכים של אותם גורמים. הסיפור הגיע להסכמה מאחורי הקלעים בין הגורמים לישראל בכך שקרקעות שינוצלו ע״י המדינה לצורך התיישבות ותוטל עליהן חובת השוויון יוחלפו עם קק״ל תמורת קרקעות אחרות.

לגבי השאלה הראשונה ביהמ״ש אומר כי עצם העובדה שהזוג לא יחגוג את חגי ישראל לא מהווה פגיעה במרקם. מה כן יצדיק פגיעה במרקם הקהילתי? ביהמ״ש לא קובע אלא מביא דוגמה. לדעתו של המרצה זוהי התנהלות גרועה של ביהמ״ש כי הדוגמה לא רלוונטית לניסיון להחיל מדיניות כללית וכך קשה ללמוד למקרים הבאים, זוהי התחמקות של ביהמ״ש מהקביעה. נקבע שיש מקרים בהם נכיר בקיומו של מרקם קהילתי כמו לדוגמה ישובים בדואים או חרדים בהם יש **אורחות חיים ייחודית המצדיקות הגנה**. לעומת זאת כשמדובר על התיישבות של ״ישראלים״ ללא אורחות חיים ייחודיות אז אין טעם לדבר על פגיעה במרקם הקהילתי כי אין חשש לפגיעה כזאת, בעצם – אין מרקם שכזה. הפסיקה הזו באה על רקע **פס״ד אביטן** שלא אישר לשוטר יהודי חילוני לגור במושב שמיועד לאוכלוסייה הבדואית.

בשנת 2011 מגיע התיקון המדובר וברגע שהוא מאושר מגישים חברים מאגודות שיתופיות (לעומת עתירות המוגשות ע״י אנשים שלא התקבלו לישובים בדרך כלל) בג״צ כמחאה על החוק **– פס״ד סבח**.

**פס"ד סבח:** השופט **גובראן** אומר לשופטים האחרים שדחו את הקריאה שטוענת שהועדות מפלות – שהם חייבים להגדיר מה זה קהילה שיש בה בכלל חשש לפגיעה במרקם הקהילתי שלה. זאת מפני שברגע שנותנים את האופציה הזו לכל קהילה, נגיע למצב של ישובים מופרדים לפי קבוצות ותהיה הפרדה במרחב הישראלי. כשהמדינה נותנת כלים להדרת אנשים יש לזה משמעות קשה עבור האוכלוסייה הזו שרוצה לגור באותו ישוב. לכן הכלים האלה צריכים להינתן במשורה. ויש להגדיר מה זה קהילה.

יש 4 דרגות של צורך בשיתוף פעולה – **לא קיים, מסייע, מוסיף ערך, מכונן.**

במכירה של דירות של אדם פרטי מותר לו להפלות ואינו כפוף לעיקרון השוויון.

**מי-טל הנדסה:** השאלה שעלתה בפס"ד זה היא – האם כשחברה קבלנית פרטית מוכרת דירות היא יכולה להפלות בין אוכלוסיות? הסיפור של החוק באיסור הפליה לא חל על דיור. השאלה היא כפולה – **(1)** האם חוק איסור אפליה חל על דיור, ולכן אדם שפעילותו למכור דירות אסור לו להפלות מכוח חוק? **(2)** בהנחה שהחוק הזה לא חל על דירות, האם יש איסור להפלות במידה והקרקע שעליה בונים היא קרקע שהתקבלה במכרז מרשות מקרקעי ישראל?
**השופט מזוז:** ברור שחוק איסור אפליה על מוצרים ושירותים לא חל על דיור. למרות זאת, הוא אומר שהחוק חל על חברה פרטית שזה העיסוק שלה.
**השופט שטיין:** מנסח דעת הרוב. לא מקבל את ההחלטה של מזוז. החוק לא חל על מי שעיסוקו בממכר של דירות. אבל, אם הקרקע התקבלה במכרז מרשות מקרקעי ישראל אז החברה הקבלנית היא לא פרטית, אלא ידה הארוכה של רמ"י (רשות מקרקעי ישראל) וככזו לא יכולה להפלות.

**סיכום ביניים:**

1. אדם פרטי יכול להפלות במגורים – הן במכירה הן בהשכרה.
2. חברה קבלנית פרטית, אם בונה על קרקע פרטית לפי החוק והפסיקה היא לא מחויבת בעיקרון השוויון ויכולה להפלות.
3. חברה קבלנית פרטית שבונה על קרקע של רמ"י לא יכולה להפלות עפ"י פס"ד **מי-טל הנדסה.**
4. כשמדובר בגורם ציבורי כמובן שאסור להפלות.

**הפקעות – נטילה שלטונית של מקרקעין**

אנו נדון באיזו שהיא פגיעה או פעולה של השלטון הפוגעת במקרקעין של אדם פרטי. יש שני סוגים של פעולות שלטוניות כאלה, השונות במהותן ובסעדים שהן מקנות לבעלים:

1. **הפקעות** = לקיחה פיזית של מקרקעין. הרשות השלטונית לוקחת את הזכויות במקרקעין ומעבירות אותן על שמה. הבעלים מאבד את המקרקעין שלו, הוא כבר לא הבעלים ואין לו זכויות מקרקעין בנכס.
2. **גריעות תכנוניות** = פעולה שמטילה מגבלות על תכונות המקרקעין ועל יכולת הבעלים להשתמש במקרקעין, אבל בשונה מהפקעה, משאירה את הבעלות והזכויות במקרקעין אצל הבעלים. נגרמת לו פגיעה, אולם הבעלות לא נלקחת ממנו.

כותרת העל להפקעות היא **חוק יסוד כבוה"א וחירותו** (**סעיף 3** והמתח בינו לבין **סעיף 8**). יש כמה דברי חקיקה רלוונטיים לנושא הזה. אחד מדברי החקיקה שהפקיעו מכוחם הכי הרבה קרקעות בישראל היא **פקודת הדרכים ומסילות הברזל** – כל הכבישים ומסילות הברזל, כל הדברים שקשורים לתנועה. הפקודה הזו הייתה מאוד משמעותית בענייני ההפקעות. היא בוטלה בשנת 2010, ולכן כיום פחות רלוונטית. **חוק הבזק וחוק רשויות נחלים ומעיינות** עוסקים גם הם בהיבטים של הפקעות.

דברי החקיקה עליהם נדבר לעומק הם **חוק התכנון והבנייה**, **ופקודת הקרקעות/ הרכישה**. שני דברי החקיקה האלה הם למעשה הכוח למרבית ההפקעות. שני דברי החקיקה הללו מסתמכים האחד על השני.

**מהי הפקעה?** הגדרה של הפקעה לא מופיעה בחוק, אבל יש הגדרה שכיחה הנפוצה בפסיקה בעיקר, והיא כוללת שלושה רכיבים: **רכישה כפויה של מקרקעין**, **לשם הגשמתו של צורך ציבורי**, **תמורת פיצוי בעל המקרקעין**. נתעמק בכל רכיב:

**רכישה כפויה של מקרקעין**

לפי הסעיף, לרשויות יש היתר לקחת מקרקעין בכפייה מבעליהם. במצב שבו יש בעלות פרטית מלאה בקרקע, **מכוח מה רוכש השלטון את הזכות לקחת באופן כפוי מקרקעין פרטי?** בכל מדינות המערב יש כוח להפקיע קרקע, גם במדינות בהן יש בעלות פרטית מלאה, אולם כאן נצא מהקונטקסט הישראלי (כלומר לאו דווקא בתפיסה הישראלית של החכירה לדורות). שלוש תאוריות המצדיקות הזאת:

* **תאוריית שימור הכוח** – עם כל הכבוד למשטר של הקניין הפרטי, המשטר הזה הוא שכבה מעל לבעלות העמוקה והיסודית של המדינה. לכן, אמנם קיים משטר של קניין פרטי והייתה חלוקת קרקעות, אולם בסופו של דבר המדינה יכולה להחזיר את הקרקע אליה בהתאם לצרכיה, בתמורה לפיצוי. כלומר, הקרקע היא של המדינה. השלטון שומר זיקה למקרקעין על אף המשטר הפרטי, ולכן בעת הצורך יכול לבטל את הבעלות הפרטית ולקחת את המקרקעין בכפייה תוך תשלום פיצוי. מזכיר את המשטר הישראלי.
* **תאוריית police power** – החלטנו כחברה להתאגד לכדי מדינה, ולכן יש למדינה תפקידים מסוימים. אלו הן חלק מהמטרות הבסיסיות של המדינה (נניח הפקעה לצרכי ביטחון). הדבר תלוי במשאבים שהמדינה צריכה לספק לאזרחיה. מרגע שהסכמנו כהתאגדות חברתית על סמכויותיה ותפקידיה של המדינה, היא רשאית לממשם. הכוח לקחת מקרקעין מופקד בידי המדינה.
* **הסכמה ראשונית** – **ג'ון לוק**. ברגע שאנחנו משתתפים בבחירות ובמוסדות המדיניים, אנחנו מסכימים להפקיע במידת הצורך. לא מדובר ברכישה כפויה אלא הסכמה מודעת, מראש להפקעה למטרות הציבור. ישנה הסכמה ראשונית רחבה לסיפור הזה. אנו לא יודעים מראש איזה קרקע יצטרכו ולכן אנו נותנים הסכמה בלי לדעת מה יעלה בגורל הקרקע.

למה צריך להגיע למצב של כפייה? למה השלטון צריך את הכוח להתערב בקניין פרטי, והוא לא יכול לקנות את הקרקע מבעליה בצורה מוסכמת?

1. הטעם העיקרי שמצדיק או מצריך מהמדינה ללכת לכיוון של רכישה כפויה זה הנושא של **כשלי שוק** – למשל, זמן של משא ומתן/ סחיטה ומונופול של אנשים על קרקעות, שמגבילות את יכולת הרכישה. נכון שעל פי השוק החופשי האידיאלי, אם התועלת החברתית הייתה כה גדולה ביחס להחזקת הקרקע על ידי אדם בודד, הקרקע הייתה מוצאת את עצמה מגיעה לידיה של המדינה, אולם יש את אותם כשלי שוק המונעים את ההגעה הזו. ישנן הפקעות מרובות (פרויקטים שמצריכים הרבה הפקעות), כמו כביש 6. להתחיל לנהל משא ומתן ולהתחיל להתעסק עם סרבנות וסחטנות יובילו לבזבוז משאבים ולהיתקעות הפרויקט. לכן, יש צורך בהפקעות.
2. טיעון נוסף הוא **צדק חלוקתי** – דוגמה לכך הוא סיפורו של **וינוד קוסלה** שהיה בעלים של חברת הייטק, וקנה בית על חוף ים. בארה"ב החופים שייכים לציבור, אבל קו החוף הראשון יכול להיות בבעלות פרטית. הוא קנה את הבית וחסם את הדרך שמנעה גישה לחוף. היו שם עימותים חברתיים נגד הסיפור הזה. אין בארה"ב זיקת הנאה. העירייה איימה עליו בהפקעה במידה ולא יפתח את השער. הטעם שלה היה לא עניין כלכלי אלא חברתי- יש מצבים בהם רשויות יידרשו לעשות שימוש בכוחן השלטוני כדי לאפשר גישה או כדי לספק משאבים לאוכלוסיות חלשות יותר, ולאו דווקא מטעם כלכלי. מדובר על הנגשה של שירותים ומשאבים לכלל האוכלוסייה.
3. **כוחות שלטוניים קלאסיים** – מצבים של מלחמה, תקנות שעת חירום, פינוי שטחים. אם אנשים לא רוצים לפנות מטעמים אידיאולוגיים ולא מטעמים כלכליים, יש צורך בהתערבות שלטונית. כך גם לגבי הקמה ואספקה של טובין ציבוריים (אנשים פרטיים לא יקימו בקרקע שלהם בעצמם, ולא יפעלו לטובת התועלת הכללית בהקשרים האלה ולכן נצרך כוח שלטוני). מדובר במטרות שאף אחד לא יסכים להקריב את הקרקע שלו לטובתן, ולכן נדרשת הפקעה.

**לשם הגשמתו של צורך ציבורי**

מהו צורך ציבורי? לטובת מה אפשר להפקיע? **ס' 2 לפקודת הקרקעות** קובע שצורך ציבורי הוא כל צורך המפורט ברשימה (מוסדות דת/ מחנה צבאי/ מוסדות חינוך וכו'), **כולל** צורך שנובע מהם או כרוך בהם. זה לא רק המחנה הצבאי למשל, אלא כל מה שקשור בו (שבילי גישה/ כבישים/ מעונות וכו'). אפשר להפקיע גם את הדברים הנלווים הללו. **סעיף 2** כולל 10 תתי סעיפים המגדירים דוגמאות לצורך ציבורי.

**סעיף 2(2)** הוא סעיף מאוד **בעייתי** – כתוב שם שצורך ציבורי הוא "**הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב**". הלכה למעשה, אפשר להשתמש ואכן משתמשים בסעיף הזה כדי לחתור תחת היסודות של כל הקונספט של הפקעה וצורך ציבורי. ההבנה שעומדת בבסיס הפקעות, היא שאפשר להשתמש בכוח הכופה של המדינה כדי לקחת קרקע פרטית של אדם, אבל זה צריך לשרת את הציבור. כשאנחנו מדברים על הרחבה והקמה של יישוב, אנו מדברים על יישוב לבתים פרטיים. מפקיעים מאדם את ביתו, לטובת פרטים אחרים. יכול להיות שאדם קנה את הקרקע, וכשהעירייה תרצה להקים את השכונה על השטח שלו, היא תפקיע לו את הקרקע ותשלם לו את שווי השוק של הקרקע החקלאית, וכל זה לטובת מגורים של אנשים אחרים. שווי השוק שמתקבל הוא שווי השוק של קרקע חקלאית. את הרווח היזמי עושה הרשות שמפקיעה את הקרקע. הסעיף בעייתי בהבנה שלנו מהי הפקעה.

**סעיף 2(10)** מגדיר שצורך ציבורי **יכול להיות כל צורך ציבורי אחר ששר האוצר מגדיר ככזה, בהתייעצות עם הוועדה המייעצת ובאישור וועדת הכספים**. הוועדה המייעצת מורכבת מאנשי משרדי ממשלה שונים. פרקטית, מדובר על התייעצות פורמלית ופחות תוכנית. וועדה זו היא האמונה לעשות את השימוע לאדם ממנו מופקעת הקרקע. אם החלטנו שיש צורך ציבורי, אחרי התייעצות עם הוועדה המייעצת, שר האוצר יכול לנקוט באחד מארבעה צעדים (מפורטים ב**סעיף 3**) – לרכוש את בעלותה של כל קרקע, לרכוש את החזקה או את השימוש בכל קרקע לתקופה מסוימת, לרכוש כל זכות שימוש בכל קרקע או כל זכות אחרת בה או עליה, להטיל כל זכות שימוש על כל קרקע או כל הגבלה אחרת על השימוש בכל זכות...(המשך בסעיף). הדבר הכי קשה עבור הבעלים היא כמובן העברת הבעלות, רכישת הקרקע מבעליה.

**מבט מעבר לים:**

הפקעות קיימות בכל העולם המערבי. כל העולם המערבי אימץ את אותה פורמולה- ההפקעה צריכה להיעשות לטובת שימוש ציבורי/ צורך ציבורי ותמורת פיצוי. יש הבדלים בין מקומות שונים בעולם, אולם אינם דרמטיים. **בארה"ב** **התיקון החמישי לחוקה הפדרלית** קובע **שקניין פרטי לא יילקח לשימוש ציבורי ללא פיצוי הוגן**. במשפט האמריקאי חופרים על כל מילה בחוקה (יש שם חוקה רחבה). מי שקבע את סטנדרט הפיצוי הם בתי המשפט ואין שם הגדרה בחוקה למהו פיצוי הוגן או מהו צורך ציבורי, בניגוד לחוק הישראלי.

עניין השימוש הציבורי עלה בפס"ד מוכר מאוד בארה"ב, **פס"ד סוזט קילו:** זהו פס"ד שערער במובנים מסוימים על תפיסת הקניין האמריקאית. סוזט גרה בקוניטיקט, בעיר ניו לונדון. העיר סובלת מאבטלה וגירעונות, ממש עיר בקריסה. העיר חיפשה שנים אחר חברה שתשקיע בעיר ותשקם אותה. חברה שהסכימה לבוא הייתה חברת פייזר. פייזר פתחה מרכז פיתוח אבל היא התנתה את הגעתה בהרבה תנאים. העיר הסכימה לתנאי העיקרי של פייזר, שאומר שפייזר לא מתעסקת עם רכישת הקרקע, אלא שהעיר צריכה לספק לחברה קרקע להקמת המרכז.

כתוצאה מכך, הפקיעו את השכונה של סוזט כדי להביא את הקרקע לחברת פייזר. סוזט יצאה למאבק. עיקר המאבק לא היה על הפיצוי, אלא על השימוש הציבורי. היא טענה שהעירייה הפעילה כוח שלטוני כופה לטובת גורם פרטי. הסיכון בשימוש הזה ככוח שלטוני הוא סיכון מאוד משמעותי והוא בטח ובטח לא מקובל בארה"ב. הדיון היה האם העובדה שהקרקע מסיימת את ימיה בידיה של חברה פרטית מהווה הפרה של שימוש ציבורי?

טענתה של סוזט לא התקבלה והיא הגיעה לעליון האמריקאי. שם, נידונה השאלה – האם כשאומרים שימוש ציבורי, צריך שימוש על ידי הציבור או לתועלת הציבור? האם הקרקע צריכה לשמש את הציבור או שמספיק שהקרקע תשמש גורם פרטי אבל השימוש בה יסייע לשיפור הכלכלי של הציבור והעיר? **העליון מאשר את ההפקעה**. **פיתוח כלכלי זה שימוש ציבורי**. גם אם הקרקע מסיימת את ימיה אצל גורם פרטי, אבל נוצרת תועלת לציבור זה מספק את הצורך של שימוש ציבורי. זה מאוד מסוכן- כל אחד יכול לעשות זאת? זה עורר סערה גדולה בארה"ב, במיוחד במדינות השמרניות. השורה התחתונה מהפס"ד היא ש**פיתוח כלכלי זה צורך ציבורי לגיטימי, וגם אם קרקע מופקעת לטובת גורם פרטי, העיקר הוא התועלת לציבור שכאמור מופקת כאן**.

המדינות השמרניות היו חייבות להכיר בכך בתור עילה להפקעה, אבל מה היו יכולות לעשות? חלק גדול מהן קבעו שאמנם אין להן ברירה והן צריכות להכשיר את הפיתוח הכלכלי כהצדקה להפקעה, אבל קבעו בחוקותיהן שאם מדינה או עירייה מפקיעה קרקע לטובת פיתוח כלכלי, היא תהיה חייבת לשלם **פיצוי מוגדל**. זה נועד להוריד את התמריצים להפקיע לטובת פיתוח כלכלי.

**מה קורה בישראל?**

**פס"ד קרסיק** – הפס"ד **הראשון** שניתן על הפקעות משמעותיות אחרי חקיקת חוק כבוה"א. **השופטת בינייש** לכאורה מעמידה את ישראל במקום מתוקן – מרגע שהזכות לקניין הפכה לחוקתית ומעוגנת, אז יש לבצע **ביקורת שיפוטית קפדנית יותר** ויש לוודא שהצורך הוא ציבורי, ושהוא אכן מקים עילה להפקעה. הסיפור הישראל הוא לגמרי שונה בכל מה שקשור לצורך הציבורי.

**דור נ' שר האוצר** – בשנות ה50 הייתה עלייה המונית, שהצריכה הרבה מאוד קרקעות ובעיקר בנייה מהירה. הפקיעו קרקעות פרטיות לטובת הקמת שכונות מגורים. הסיפור מגיע לבית המשפט בפס"ד הזה. הבעלים של הקרקעות טוענים שאין הצדקה להפקיע קרקע פרטית לטובת שכונת מגורים של אנשים פרטיים. על המדינה לשנות את ייעוד הקרקע אם היא רוצה לעשות כן. ביהמ"ש אומר ש**אין לו יכולת לעשות ביקורת שיפוטית על החלטת שר האוצר**. הוא לא מתערב מרגע ששר האוצר החליט שזה מוגדר כצורך ציבורי.

**פס"ד שוורץ נ שר האוצר** – סכסוך על מפעל שמרעיש. הסכסוך הנזיקי מגיע לסיומו בניצחון של שוורץ- המפעל צריך למנוע את הנזק. ראשי אתא פנו לשר האוצר ואמרו לו שהם או מפטרים עובדים וסוגרים את המפעל או שינצל את כוחו לצורך הפקעה. שר האוצר הפעיל את סמכותו ומפקיע. זה מגיע לבג"צ שמצדיק את ההפקעה, בטענה שהוא לא מתערב, **שר האוצר קובע צרכים ציבוריים**. בית המשפט מוסיף שגם אם היה מתערב, היה פוסק כך- אפשר לראות מניעת אבטלה כצורך ציבורי לגיטימי. פסיקה זו באיזה שהוא מקום מקדימה את **פס"ד קילוט האמריקאי**, כי מספיק שיש לצורך השלכות על הציבור.

**פס"ד מהדרין** – חברה שהייתה בעלת קרקעות שהופקעו לטובת הקמת נתב"ג 2000. החברה טענה כי אין צורך להפקיע לה את הקרקע, כי זו לא הפקעה ציבורית מאחר ויש בה אלמנטים פרטיים/מסחריים. במרכזו של שדה התעופה יש את הדיוטי פרי- מרכז מסחרי. הקניון המסחרי הזה לא מהווה עילה להפקעה, מהדרין **רצתה בעצמה** להקים את המרכז הזה. ביהמ"ש קובע שהוא לא מתערב בהחלטת שר האוצר, וגם אם יש שדה תעופה ציבורי בעל מאפיינים פרטיים כמו המרכז המסחרי, זה עדיין צורך ציבורי. **מדובר בפרויקט אחד וחיוני לאוכלוסייה בישראל**. לא ניתן להפריד בין חלקיו הציבוריים לחלקיו הפרטיים של הפרויקט.

דבריה של **השופטת בייניש** **בפס"ד קרסיק** אינם קורים בפועל. **פס"ד לוביאניקר** משקף את המציאות הישראלית. **השופט** **שמגר** קובע כי אישורו של השר בדבר קיומו של צורך ובדבר אופיו, הוא שמקנה לו את המעמד של צורך ציבורי. **אם שר האוצר החליט שמדובר בצורך ציבורי, אין צורך שבית המשפט יתערב בשיקולי השר בדבר ההפקעה, זהו צורך ציבורי מוגדר**. בתי המשפט פיתחו תפיסה שלא מתערבים בכך, תהיה ביקורת אבל לא בהקשר של צורך ציבורי.

**מציבוריות המטרה למידתיות ההפקעה: בארץ בית המשפט לא מתעסק בציבוריות**. **יש בהחלט ביקורת משפטית על הפקעות אבל היא נעשית בכלים של מידתיות ולא של ציבוריות**. רוב ההתמקדות היא בנושא של מידתיות. לא רק שבתי המשפט תמיד עשו ביקורת שיפוטית, אלא זה כנראה ילך ויחריף, רק בעילה של מידתיות.

המידתיות נבדקת באופן עקרוני על פי **שלושת מבחני המידתיות**. יש שבעה מבחנים שבתי המשפט הבהירו בתיקים שונים שהם מהווים אינדיקציות למידתיות או אי מידתיות של הפקעה. אלה סיטואציות בהן בית המשפט התייחס למידתיות מפורשות.

1. **ניסיון הרכישה ההסכמי** – הנחיות היועמ"ש. קובץ של הנחיות המחייבות את שאר היועצים המשפטיים, מעין חוק שהם כפופים לו. **שמגר**, כשהיה יועמ"ש הוציא **הנחיה שלפני שמבצעים הפקעה, הרשות חייבת לנסות לבצע רכישה הסכמית** **מול הבעלים**. לפני שמפעילים את מכשיר ההפקעה, חייב לנסות לרכוש את הקרקע בצורה מוסכמת. המשא ומתן לא מנוהל בתנאי שוק חופשי, אלא יש לנהל ניסיון כלשהו להגיע להסכמה. ברמת ההיגיון, אם צריך הפקעה כדי להתגבר על כשלי שוק, אין באמת סיבה להפעיל את הכוח השלטוני האגרסיבי אם הבעלים הסכים למכור. כיוון שאנחנו לא רוצים ליפול לסחטנות המוכר, המשא ומתן הוא צעד סימבולי יותר מאשר מעשי. בחלק גדול מהמקרים, בעלים מסכימים. יש כאן אלמנט של פיצויים זריזים. גם אם הפקעה מתבטלת, הרשות יכולה להפקיע את השטח בהליך נוסף. זהו מבחן מידתיות משמעותי. לקוח שטוען שלא פנו אליו בכלל לפני שליחת מכתב הפקעה הדבר יכול לטעון לחוסר מידתיות.
2. **ביצוע עצמי** – כשאנחנו רוצים לממש צורך ציבורי מסוים, המטרה המרכזית שלנו היא לממש את אותו צורך ולא להפקיע או להרוויח. אם הבעלים של הקרקע יכול לממש את הצורך בעצמו, אין שום סיבה לפעול בצעד אגרסיבי כמו הפקעה. הדבר היותר קל הוא לשנות את ייעוד המקרקעין. כל עוד בעל הקרקע יכול לממש את הצורך אין הצדקה להפקעה. ביהמ"ש דחה זאת בהקשר של **מהדרין** בגלל שהפרויקט כל כך מורכב וגדול, עם הרבה אלמנטים ציבוריים חיוניים למדינה, ולכן לא רצה להפקיר את מימוש הפרויקט בידיים פרטיות.

**פס"ד נוסייבה** – משפחה מאוד עשירה ממזרח ירושלים, שבבעלותה הרבה מאוד נכסים וקרקעות. בשנת 1967, כשישראל כובשת את מזרח ירושלים והעיר העתיקה, הייתה תוכנית לחבר את שני חלקי העיר. מדובר על תפר גדול והמטרה הייתה ליצור עיר אחת מאוחדת. בשנות ה70, במשפחת נוסייבה יש שתי קרקעות סמוכות בתוך התוכנית הזו, אחת עם תחנת דלק ואחת ריקה. את הריקה מפקיעים לטובת הקמת מרכז מסחרי שיחבר בין חלקי העיר. משפחת נוסייבה לא יוצרת קשר עם מוסדות המשפט הישראליים, לא מקיימת מגע עם השלטונות, אבל בשנות ה90 דורשת חזרה את הקרקע שהפקיעו לה. למה? כי במשך 20 שנה לא עשו בה כלום, זנחו אותה. בבג"צ, בדיון הראשון, יש רוב מבין השופטים שאומרים שיש להחזיר את הקרקע. השופטים מתרשמים שהמטרה הציבורית נזנחה ואין כוונה להקים את המרכז הציבורי הזה כי עברו 20 שנה ולא קרה כלום. בנוסף, **השופטים לוין ומצא** מעלים טענה של ביצוע עצמי – המדינה התרשלה בבדיקה האם אפשר להשיג את המטרה באמצעים מידתיים יותר. משפחת נוסייבה לא טענה את הטענה הזו, אלא רק בית המשפט. **השופט אור טען בדעת מיעוט** שלוקח זמן לממש תוכנית כזאת והיא איננה נזנחה. קשה למצוא פסקי דין אקטיביסטיים שפועלים נגד אינטרס של המדינה, אולם פס"ד זה הוא תקדימי כי במידה ויאושר, הולכים לחזור עשרות אלפי דונמים לבעלים פלסטיניים. בדיון הנוסף **התוצאה מתהפכת**. **השופט גולדברג** טוען שהמטרה הציבורית לא נזנחה, ירושלים לא נבנית ביום אחד. 20 שנה היא תקופה לגיטימית. ייעוד המקרקעין הוא מרכז ציבורי. בנוסף, **טענת הביצוע העצמי צריכה להיטען על ידי הבעלים ולא על ידי בית המשפט**, **והיא גם צריכה להיות מוכחת על ידי הבעלים**. **השופטת דורנר בדעת מיעוט** אומרת שהפקעת הקרקע לטובת צורך מסחרי פוגעת במידתיות ההפקעה ולכן צריכה להתבטל. **ככל שהבעלים יכול ומוכיח שיכול לממש בעצמו, זה לא יהיה מוצדק לממש את המטרה באמצעות הפקעה.**

1. **איחוד משאבים** – תת פרק של ביצוע עצמי, **מדובר על ביצוע עצמי בנסיבות מיוחדות של ריבוי בעלים**. **פס"ד מקור הנפקות וזכויות** – בניית שכונת הר חומה בירושלים. היה חלון זמנים פוליטי להקים את השכונה. המדינה נכנסה להליך מהיר, אולם כל הקרקעות בשכונה היו בבעלות פרטית של הרבה מאוד בעלים. הבעלים התנגדו להפקעה בטענה של ביצוע עצמי – הם רצו לאחד את כל הקרקעות, לאחד את המשאבים ולפעול מול יזמים וקבלנים ויקימו את השכונה. מדובר על אותה טענה של ביצוע עצמי, פשוט עם הרבה בעלים וחלוקת משאבים. בית המשפט מקבל את הטענה הזאת אבל מגביל אותם לשלושה חדשים לגיבוש התהליך. ברור ששלושה חודשים זה לא זמן שאפשר להגיע איתו להסכמות. מאחר ואכן לא הצליחו, בית המשפט נותן אור ירוק להמשך ההפקעה. חשוב **להבין שביצוע עצמי לא חייב להיות של בעלים בודד אלא גם אם יש קרקעות של כמה בעלים, יש להם אפשרות לאחד את משאביהם כדי לקדם את המטרה יחד באופן עצמאי**. זו אפשרות לתקוף את מידתיות ההפקעה.
2. **שיהוי** – מקום המדינה, בתי המשפט טוענים פעם אחר פעם שרשויות שמפקיעות קרקע לא יכולות להשתהות עד אין סוף עם מימוש המטרה הציבורית. **השיהוי עלול להיתפס כראיה לכך שלא מכוונים לנצל את הקרקע**. לא מבטלים הפקעות. סוף שנות ה80 מגיע **פס"ד אמיתי** – פס"ד **ראשון** בו מבטלים בפועל הפקעה בגלל שיהוי בהתנהלות הרשות. השיהוי הזה מעיד בדיעבד על אי המידתיות של ההפקעה ולכן דינה להתבטל. סופר שם שאישרו תוכנית שמייעדת קרקע מסוימת למטרה ציבורית, אולם לא עשו איתה דבר כדי לממש את המטרה הציבורית. תקעו את הבעלים למשך 26 שנים עם קרקע שהוא לא יכול לעשות איתה דבר והוא גם לא היה זכאי לפיצוי כי לא עשו את הצעד של ההפקעה, קלעו אותו למבוי סתום. בית המשפט קובע שכאן **נחצה הגבול**- לא מידתי. **חוסר תזוזה כזה בוטה מטעם הרשות חצה את הגבול ולכן ההפקעה מתבטלת והרשות חויבה לשנות את ייעוד הקרקע**.
3. **תום/ שינוי המטרה הציבורית** – המחוקק מתערב במצב הבא- מה קורה אם כשמפקיעים קרקע, המטרה הציבורית חדלה להיות רלוונטית? נניח הפקעה שקרתה לצורך גן ילדים, ועד שמתקדמים כבר אין ילדים בשכונה ולכן הצורך כבר איננו רלוונטי. מה קורה במצב כזה? פס"ד שעסק בזה היה **פס"ד קרסיק** – עוסק בקרקע שהופקעה בשנות ה-50׳ לצרכים צבאיים. היורשים תובעים אותה בחזרה בגלל שאחרי 40 שנה הבינו שאין צורך בשטחי אש באזורי ביקוש ליד הים בחדרה. **השופט חשין** שואל האם הפקעה זה מעשה שמנתק או משמר זיקה? אם אנחנו מסתכלים על הפקעה בתור מעשה **שמנתק** את זיקת הבעלים, זה אומר שברגע שהרשות רוכשת את המקרקעין, הבעלים יוצא מהתמונה ומתנתק מהקרקע. הפקעה כמעשה **שמשמר** זיקה משמעה שכל זמן שההפקעה משמשת את הקרקע לצורך ציבורי, זה לא אומר שהבעלים מתנתק מהקרקע. דמותו עדיין ממשיכה לרחף מעל. **חשין** טוען שאין הוראות בחוק להבדיל בין שני הסוגים – "הכרעתנו תידרש מתוך עקרונות יסוד המדריכים את שיטת המשפט". **חשין קובע שהדוקטרינה שתחול במשפט הישראלי בקשר להפקעה היא מעשה משמר זיקה**. ייאמר לזכותו, שהוא עושה את המהפכה הזו בצורה גלויה. בניגוד להרבה שופטים, חשין לא מסתתר. המסקנה של **חשין** היא שהמדינה לא צריכה להחזיר את הקרקע אם המטרה ציבורית לא מתממשת, אלא בגלל שזו קרקע שהופקעה והבעלים מרחף, זו קרקע שמיועדת לשימושים ציבוריים. אפשר לשנות צורך ציבורי (במקום צורך של בית ספר, נשנה ייעוד למועדון). **לא חייב להחזיר את הקרקע לבעלים ולהפקיע מחדש, אלא רק לשנות לה ייעוד.** כלומר, שימור זיקתו של הבעלים לא מחייבת את המדינה להחזיר את הקרקע, אבל כן מחייבת את המדינה להשתמש בקרקע הזו **רק למטרות ציבוריות אחרות**. נוכחותו של הבעלים בתמונה מחייבת את המדינה להמשיך להשתמש בקרקע רק למטרות ציבוריות.

**המחוקק אימץ את דוקטרינת שימור הזיקה וקבע** **שרשות שמפקיעה קרקע ותמה המטרה הציבורית, ברירת המחדל היא להחזיר את הקרקע לבעלים, אלא אם שר האוצר קובע שאפשר לשנות את ייעוד הקרקע למטרה ציבורית אחרת**. זה לא שהבעלים מחוץ לתמונה בשינוי הצורך. על המדינה לעשות את כל התהליכים מחדש, להחזיר את הבעלים לשימוע נוסף ולידע אותו ביחס למטרה החדשה (לא צריך להחזיר ולהפקיע שוב אלא רק מחזירים אותו לדיון בפני הוועדה והוא יוכל להעלות טענות בנוגע למידתיות אם ירצה). **חשין** עושה פה מהפכה.

מה הדין כיום?

כפי שאמרנו – הדין כיום הוא שאם מתבטלת או משתנה המטרה הציבורית, אז ברירת המחדל היא להחזיר את הקרקע לבעלים, אבל שר האוצר יכול להשאיר את הקרקע ולשנות למטרה ציבורית אחרת, אבל זה כפוף לזה שהבעלים חוזר לתמונה לשימוע נוסף. **זה חוסך תהליך של ביטול ההפקעה**. הרשות חייבת להשתמש רק לצרכים ציבוריים. **אחרי 25 שנים, אם בטלה המטרה הציבורית, הרשות יכולה להתייחס לקרקע כאילו היא קרקע פרטית של הרשות ולעשות בה דברים גם לא לצרכים ציבוריים**. יש התיישנות במקרקעין של 25 שנה, זה אחת הסיבות ל25 שנה. **אומצה התפיסה של חשין**. במידה ומחזירים את הקרקע לבעלים, לא כופים עליו את החזרה, אלא מציעים לו אותה.

1. **זכות מזערית** – הרשות צריכה לקחת את המינימום שהיא צריכה. **בס' 3 לפקודת הקרקעות** כשדיברנו על שר האוצר, שצריך לקחת קרקע מסוימת לטובת צורך ציבורי, ראינו שיש כמה דברים שהוא יכול לעשות. צריך לקחת את המינימום שצריך כדי לממש את המטרה הציבורית. מבחן המידתיות זה מבחן קלאסי של מידתיות. אם ניקח יותר ממה שצריך, בין אם כמות השטח בין אם באיכות הזכות, זו טענה לבוא ולטעון כנגד מידתיות ההפקעה.
2. **מיקום רלוונטי ומיטבי** – **פס"ד זמר**: זמר היא מועצה אזורית של כל הישובים הערביים. היא מככבת בדיני ההפקעות, במצב שבו יד נעלמה העבירה את המתווה של כביש שש מהמועצה האזורית של עמק חפר למועצה האזורית של זמר. התווי היה אמור לעבור בעמק חפר, והוא שונה ועובר בזמר. כלומר, מפקיעים קרקעות לערבים. היה הסבר על מאגר מים שהפריע ולכן התווי עבר. ביהמ"ש קבע ששינוים של תווי צריכים להיות במקום המיטבי למימוש המטרה. למשל: לקחת קרקע לבית ספר שאמור לשמש עיר אחרת, זה לא לגיטימי. כשמבצעים הפקעה לטובת צורך ציבורי צריך לוודא שהמיקום, כלומר הקרקע שבחרנו היא אופטימלית למימוש המטרה הציבורית.

**תמורת פיצוי של בעל המקרקעין**

נקדים ונאמר כי הנושא של פיצוי הוא הרבה יותר מורכב בפועל ממה שנלמד כאן בקורס.

**כשאנו מדברים על פיצוי, השאלה הכללית היא – מהו פיצוי הוגן? מהו פיצוי המשקף תפיסה של צדק כשלוקחים למישהו את המקרקעין?** זו שאלה מעניינת בעיקר כשאין תפיסה אחת של צדק. כשאנו מאמצים תפיסות שונות של צדק, תוצאות מסוימות יכולות להיות צודקות/ לא צודקות בהתאם לתפיסה.

אנו נדבר על 4 תפיסות רלוונטיות בהקשר של פיצוי בהפקעה:

1. **צדק מתקן** – תפיסה משמעותית בדיני נזיקין. על מנת להשיג צדק אנו צריכים להחזיר את הנפגע למצב בו עמד לפני הפגיעה. בד"כ תפיסה זו היא מאוד סובייקטיבית (מודדת נזק לאדם המסוים), מצד שני זו תפיסה שפועל רק בין הפוגע והנפגע – לא מסתכלת על כלל העולם בהקשר של אותו אירוע נזק. אם המזיק שילם 10 שקלים לניזוק (שזהו גודל הנזק הנגרם) אז הושג צדק, כי העולם חזר למצבו התקין.
2. **צדק חלוקתי** – תפיסה שעומדת מנגד לתפיסת הצדק המתקן. הטענה המרכזית שלה היא שאי אפשר להסתפק רק במערכת היחסים המסוימת של הנזק ולבחון אותו במשקפיים ניטרליות שלא לוקחות בחשבון את כל מה שקדם לאירוע. תפיסה זו אומרת שאי אפשר לבודד את האירוע המסוים הזה מהתפיסה הכללית של האדם, מקומו בחברה וכדומה.

האם במשפט פרטי נכון להכניס תפיסות של צדק חלוקתי? זה בעייתי. שני כלכלים (**קפלו ושבל**) טוענים זאת – לפיהם החלה של צדק חלוקתי במשפט הפרטי יוצר עיוותים. העיוות המרכזי יומחש לפי דוגמה: אדם עשיר ועני עושים תאונה, בה האדם העשיר פגע בעני. האם העשיר צריך לשלם לעני יותר מגודל הנזק כי הוא עשיר? הבעיה עליה מצביעים הכלכלנים היא **בעיה של יחסיות** – כשאנו רוצים לחלק מחדש את העושר כדי שיתמוך בצדק חלוקתי, אנו לא יכולים לעשות זאת אם אנו תופסים כל אינטראקציה ספציפית בין הצדדים ולא מממקמים אותה במבט של המציאות החברתית שלה. במילים אחרות, יכול להיות שמי שעושה תאונה כרגע ממוקמים באמצע הסקאלה (אחד עשיר יותר, אחד עני יותר) שבצידה האחד נמצא החלש ביותר ובצידה השני נמצא החזק ביותר. בתאונה כזו גם אם סה"כ הנזק הוא 10, ייתכן שלפי צדק חלוקתי היינו אומרים שצריך להביא 30. **קפלו ושבל** אומרים שזה בעייתי כי כשמדברים על משפט פרטי מבודדים את המקרה לתקרית מסוימת. צדק חלוקתי אי אפשר לעשות בהסתכלות על תקריות מסוימות, אלא בהסתכלות על כל הסקאלה (במקרה הזה של מעמד סוציו אקונומי). אם אנו פותרים את הסיפור הזה ועושים חלוקה חברתית, האיזון במקרה הזה הוא לא מועיל כי הוא לא מביא אותנו לצד החלש יותר.

**בהפקעות הסיפור יותר קיצוני** – כל מי שנמצא בצד החלש כנראה שאין לו בכלל מקרקעין. רק האנשים שנמצאים באיזור העשיר יותר יש להם. אם אנו רוצים להחיל צדק חלוקתי בהפקעות, מי שיקבל המון כסף יהיו האנשים שנמצאים באיזור העשיר. כל האנשים באיזור העני נמצאים מחוץ למשחק. **קפלו ושבל** אומרים ש**כאשר אנו משחקים משחק בין החזקים ביותר זה בטח לא יכול להיות צדק חלוקתי**. אנו בכלל לא מסתכלים על אלו שאין להם. במובן זה זו הטעיה חלוקתית גדולה מאוד.

**נדגיש** – **קפלו ושבל** לא טוענים שלא צריך להחיל שיקולים של צדק חלוקתי (בניגוד להרבה כלכלנים), אלא רק שלא להחיל שיקולים אלה במשפט בפרטי. לפיהם, שיקולי צדק חלוקתי נכון להכניס במערכות שרואות את כל האוכלוסייה (למשל: מיסים, ביטוח לאומי).

1. **צדק הליכי** – תפיסה של צדק שאם הולכים איתה לאקסטרים היא מאוד בעייתית. לפי תפיסה זו, מה שחשוב לנו יותר זה שההליך והפרוצדורות יהיו תקינות, כלומר שהאדם יקבל את יומו בבית המשפט – זכות שימוע, חקירה, וכדומה. על פי התפיסה הקיצונית – לא מעניינת התוצאה, ולא מעניין הנאשם/ הבעלים שנקלח לו המקרקעין. ברגע שיתנו לו את ההליך המושלם, זה הדבר שחשוב באמת. זו תפיסה מאוד בעייתית. לכן, היא מהווה נדבך מסוים בהליך כולו. היא אומרת שבנוסף לסיפור התוצאתי צריך גם צדק בהליך. אם נפגע הצדק בהליך, צריך לפצות על הפגיעה. למשל: בהפקעות יש הליך – זכות שימוע, כללי זמנים וכדומה. כל הדברים הללו הן דרישות הליכיות. כאשר הרשויות מקפידות עליהן אפשר לומר שכל הזכויות קוימו. אם הזכויות מחפפות, אפשר לטעון שאין פה צדק למרות ששולם סכום כסף מסוים.
2. **צדק מאחה** – תפיסה שמגיעה מהעולם העונשי פלילי. תפיסה שעליה בנויים כל בתי המשפט הקהילתיים. תפיסה זו אומרת שהמעורבים באירוע פלילי הם הקורבן, הפוגע, והקהילה. כלומר, לא רק הקורבן והפוגע רלוונטיים, אלא גם הקהילה כולה מעורבת. תפיסה זו נולדה על בסיס ייאוש מהמערכת הפלילית. להליכים הפליליים יש הרבה רציונלים, ומה שקורה בסיפור הזה זה שזה לא עובד. אנשים שנכנסו למעגל הפשיעה נמצאים בגלגל הזה, וגם אם ירצו את עונשם הם יחזרו לשם בסופו של דבר. כתוצאה מכך עלה צדק מאחה – להושיב את הקורבן ואת נציגי הקהילה באותו מקום וכל אחד צריך להסביר לשני מה הייתה הפגיעה, וכן הלאה, מזכיר עולמות של גישור ופישור. מסתבר שזה עובד – בתי המשפט הקהילתיים צומחים בקצב מהיר. באופן עקרוני, אין ספק שהתפיסה הזו של צדק מאחה אומרת שיש לצאת מהמצבים שבהם למי שיש את הכוח והסמכות מטיל את הפטיש על הגורם הבעייתי וכך ממשיכים הלאה. בד"כ הצדק המאחה לא מגיע לעולם המשפט הפרטי, אבל באופן עקרוני בהפקעות זה עשוי להיות משמעותי. כי בהפקעות, הפקה של מקרקעין אומרת לבעלים – אנו כקהילה לא רוצים אותך פה. זו אמירה יותר משמעותית מאשר פגעתי לך במשהו ואפצה אותך. זו אמירה עם השלכות רגשיות משמעותיות שאפשר לחשוב עליהן. צדק מאחה בהפקעת קרקעות קשור בעיקר לסעדים ולפיצוי – ייתכן שבהפקעות מסוימות נצטרך לבצע יותר הליכים של שיתוף הבעלים והקהילה של מדוע צריך להפקיע וכו', כדי לאפשר התנהלות תקינה.

בדין הישראלי תפיסת הצדק שאומצה היא תפיסת הצדק המתקן, בניגוד לארצות הברית – שם נאמר שקניין פרטי לא יילקח מאדם פרטי ללא פיצוי הוגן. שם נקבע שפיצוי בגין הפקעה צריך להיות שווה למחיר השוק של הנכס. האם תשלום לנפגע של מחיר השוק באמת משיג תוצאה צודקת? נציין כמה דברים בהקשר זה:

1. **אובדן ערכים סובייקטיביים** – יש ערכים כלכלים שלא מופיעים במחיר השוק של הנכס. ערכים סנטימנטליים, קשר ריגשי לבית. מבחינתי הערך הוא מעל מחיר השוק. האם הערכים הסובייקטיביים האלה צריכים להילקח בפיצוי? לפי התפיסה הקלאסית של צדק מתקן התשובה היא כן. בית המשפט העליון האמריקאי מכיר בערכים אלו, ומכיר בכך שהם צריכים עקרונית להיות כלולים בפיצוי. אבל מחליט לא להכניס אותם לשם כי קשה להעריך את זה משתי סיבות – (1) אם היו שואלים אדם כמה נכס שווה לו סנטימנטלית לא תמיד הוא ידע להעריך את זה, קשה להעריך רגשות. (2) סביר להניח שאנשים ינסו להגזים בערך הסנטימנטלי כדי לקבל יותר.

**גדעון פרחומובסקי ואבי בל כתבו מאמר מיוחד על השוק האמריקאי**:המאמר בא לתת מענה לשאלה הזו – איך מתמודדים עם הרצון לתת פיצוי מלא שכולל את הערכים הסנטימנטליים, ובאותה נשימה מאפשר לבעלים לא להגזים בהערכת אותם ערכים? הם אמרו דבר כזה: נגיד לבעלים שכשרשות רוצה להפקיע נכס הוא ייתן הצעה נגדית שכוללת את הערך הסובייקטיבי והרשות תבחר אחד משניים – או את ההערכה של אותו אדם, או שהיא תיסוג מההפקעה. מה הרווחנו פה בעצם? בארה"ב בעיקרון לא משלמים ארנונה, אלא מס לעירייה על בסיס השווי של הנכס, ברגע שאדם נותן הצעה נגדית, ההצעה הזו הופכת להיות השווי של הנכס שלו לצורך תשלום מס ולכן אנשים לא יגזימו. זה לא פותר את הקונפליקט שיש לבעלים באיך להעריך את הנכס הזה, אבל יש פה תמריץ מעניין שלא לאפשר הגזמות פראיות.

1. **ערכים כלכליים סובייקטיבים** – למשל: אני מתגוררת באזור בו גרים גם הוריי שיכולים לשמור על הילדים שלי וזה עוזר לי לפתח את הקריירה שלי. אם מפקיעים לי את בית המגורים, ואצטרך לקחת שירותי שמרטפות בתשלום, הדבר הזה עולה כסף. הערך שלי לבית הזה נובע מהסמיכות להוריי, אנו לא לוקחים את הדבר הזה בחשבון כשאנו מחשבים שווי נכס. גם הערכים האלה נמצאים מחוץ לתחום, ואף אחד לא מפצה אותי עליהם אם יפקיעו לי את הנכס.
2. **הטיית הבעלות** – אחת ההטיות המשמעותיות בכלכלה התנהגותית נקראת "endowment effect" נקרא בעברית הטיית הבעלות. זו הטיה, לפיה אדם מייחס יותר ערך כלכלי (שווי גבוהה יותר) למשהו שנמצא בבעלותו מאשר למשהו שלא נמצא בבעלותו. איך הגיעו למסקנה זו? עשו מחקרים על סטודנטים, נתנו להם כוסות עם סמל האוניברסיטה, וראו שברגע שהם קיבלו מתנה את הכוס, ערך הכוס קפצה בצורה משמעותית והם היו מוכנים למכור אותה במחיר הרבה יותר גבוה. הרבה מהדברים האלה הם בעייתיים מבחינת המסקנות (מה כבר סטודנטים יודעים מהחיים שלהם), אבל הטיית הבעלות היא ברורה – ברגע שיש חפץ בבעלות של אדם מסוים והוא מיחס לו ערך שגבוה ממחיר השוק, זה הגיוני. כשאנשים מפרסמים בית שלהם הם מפרסמים אותו במחיר גבוה ממה שנמכר לבסוף. זה נובע מאמירה של האדם שאומר – הדירה שלי היא יותר מאחרות, כי היא שלי. השאלה הגדולה לגבי פיצוי על הפקעה היא אם צריך להתייחס לזה? האם צריך להתייחס לאותם דברים שהם לא רציונליים, אין היגיון לתת ערך גבוה יותר משום שאתה הבעלים...
3. **כשלי השוק המדומיין** – בארה"ב משלמים רק מחיר שוק, כך קבע בית המשפט העליון האמריקאי. זה תקף לכל איזור – כך שאיזור מאוד נחשב ויוקרתי בו יופקע בית, הבעלים יקבל יותר, ובאיזורים לא נחשבים, ההפקעה תיתן לבעלים כסף בשווי האיזור שהוא נמוך משמעותית. בארה"ב כשמפקיעים קרקעות באיזורים לא נחשבים – זה קורה לאנשים חלשים, ונתנו להם את מחיר השוק. אין להם מה לעשות עם זה, הם לא יכולים לקנות דירה בסכום הזה, וגם אם יצליחו לקנות זה דבר שכנראה יעמוד להפקעה בעתיד הקרוב... הדבר הזה גוזר על אותם אנשים או הומלסיות או חיי נדודים. **בישראל** בניגוד לארה"ב אין את הסוגייה הזו. כבר בשנות ה60 כשהתחילו הפרויקטים של שיקום שכונות, נקבעה הוראה מאוד רחבה שאם מפקיעים דירה למי שמחזיק בה באזור העומד לשיקום – הוא זכאי לקבל דיור חלוף באותו אזור (ולא כסף), ואם אי אפשר באותו אזור זה לא יהיה באזור שעומד לשיקום בקרוב. היום מה שמחליף את השיקום זה פרויקטים של פינוי בינוי ותמ"א 38.
4. **הדרת ערכים כלכליים** – הוצאות שלא מפצעים עליהם – הובלה, שכר טרחה וכו'. בארה"ב ערך חשוב שלא מפצים עליו בכלל הוא מוניטין – יכול להיות שיש עסק מאוד מוצלח בקרקע 'מסכנה', אתה תקבל רק את מחיר השוק של הקרקע ולא פיצוי על המוניטין.

**בדין הישראלי**, בניגוד לדין האמריקאי יש הוראה מאוד ברורה של המחוקק איך לקבוע את הפיצוי – **בס' 12 לפקודת הקרקעות** המחוקק הישראלי קובע דבר כזה: סטנדרט הפיצוי בישראל הוא מחיר השוק של הנכס, הוא מוסיף שבית המשפט צריך להתעלם מהעובדה שהקרקע נרכשה בכפיה – מה זה אומר? תביעות בגין פגיעה באוטונומיה, הרצון לתת ביטוי כלכלי לרצון של האדם הולך ותופס תאוצה. בישראל, רוצים להתעלם מהפגיעה באוטונומיה, כי ברור שהיא קיימת, זו מהות הפעולה. לכן הכלל בישראל הוא פיצוי על פי מחיר השוק של הנכס.

**לכלל זה יש חריגים**. **ס' 12 לפקודת הקרקעות** קובע שהפיצוי הוא מחיר השוק של הנכס. **ס' 20 לפקודת הקרקעות** קובע את החריג לכלל – אם מפקיעים עד 25% מהמגרש לא ישולמו פיצויים. בס' 20 אנו נותנים לרשויות פטור של 25% מהפיצוי אם הוא מפקיע עד 25% הוא לא צריך לשלם בכלל, ומעל ל25% צריך לשלם את ההפרש (למשל: אם לקחו 35% צריך לשלם רק 10%). זה לא אומר שרשויות לא שילמו את ה25%. יש רשויות ששילמו מהשקל הראשון, אבל זה אומר שאם הן מחליטות שהן לא רוצות לשלם את ה25% הראשונים הן יכולות לעשות זאת.

הסיפור הזה של הפטור של 25% היה סיפור מאוד נחמד, רשויות עשו בו הרבה מאוד שימוש עד שנת 2010, בה נחקק **החוק לתיקון דיני הרכישה**. בחוק זה בוטל הפטור, לא קיים כיום פטור, הוא משאיר אותו רק במקרה אחד: אם ההפקעה בוצעה מכוח פקודת הקרקעות לטובת רשות מקומית. כלומר, אם שר האוצר מבצע את ההפקעה לטובת רשות מקומית הוא יכול להשתמש בפטור של 25%.

ס' 22(ג) לפקודת הקרקעות אומר שלמרות הוראות הפחתת הפיצוי, אם שר האוצר נוכח שנגרם סבל לנפקעים, הוא יכול להשלים את הפיצוי למאה אחוז.

למה השארנו את הפטור רק במקרה של רשויות מקומיות? כשאנו מדברים על הפקעה במישור המקומי, זה משהו שנוגע לקהילה הקרובה שלי, וככל שזה יותר קרוב אלינו היינו יכולים להכיר בהקרבה של בעל מקרקעין כלפי החברה שלו. זו הצדקה יפה תיאורטית, אממה זו לא הסיבה שזה הושאר בחוק רק לטובת רשויות מקומיות. הסיבה היא **שרשויות מקומיות הן גרעוניות**. לרוב הרשויות המקומיות יש גירעון ולכן אנו נותנים להם הנחה, כי אנו רוצים שגם רשויות מקומיות 'חלשות' יצליחו לספק לאזרחים שלהן שירותים.

סיכום ביניים: היום כשמפקיעים על פי פקודת הקרקעות צריך לחשוב לטובת מי מבצעים את ההפקעה. נקודת המוצא היא פיצוי על פי מחיר השוק, אבל אם מדובר ברשות מקומית היא יכולה להשתמש בפטור. כאשר מדובר בהפקעה שהיא לא רשות מקומית – כיום אי אפשר להפחית פיצוי מכוח פקודת הקרקעות. **למבחן (אם יופיע מקרה של הפקעה) – על פי פקודת הקרקעות אי אפשר להשתמש בפטור ולהפחית פיצוי, אלא אם מדובר על רשות מקומית!**

**חוק התכנון והבניה**

חוק זה, כולל הוראה מעניינת ב**ס' 190**, שמסתמכת על פקודת הקרקעות, אך נותנת הוראה מעט שונה. הוא קובע כי במידה ולא נקבעו הוראות מיוחדות, תבוצע ההפקעה על פי פקודת הקרקעות (**ס' 20** שמאפשר להפחית 25% יחול גם על הפקעת מקרקעין). **סעיף** **190(א)**(1) **מאפשר להפחית מהפיצוי 40% משווי השוק של החלקה**. בנוסף, סיפא הסעיף, הנקראת "**הגנת יתרת החלקה**", קובעת **שאם יש מגרש, אנחנו לא יכולים להפקיע חלק ממנו, אם כתוצאה מכך יופחת שוויה של יתרת המגרש**. מה זה אומר יפחת שוויה של יתרת המגרש? אם לוקחים 50% מקרקע ששווה 100, והחלק שנשאר אצל הצד השני שווה חמישים. האם פחת השווי? הפרשנות שבתי המשפט נתנו אינה קשורה לשאלה הזו, היא לא קשורה לשאלות של יחס. **בתי המשפט קבעו שככל שאפשר לעשות שימוש סביר ביתרת החלקה מבחינתנו זה מספיק, לא משנה מה השווי הנותר**. גם אם הקרקע שנותרת היא בשווי של 20, יהיה אפשר להפקיע את החמישים כל עוד יהיה אפשר לעשות שימוש סביר בקרקע שנותרה לי. מתי אין לי אור ירוק לעשות הפקעה? במצב שבו אי אפשר לעשות ביתרת החלקה שימוש סביר. הגנת יתרת החלקה אומרת שבמצב כזה או שתפקיעו הכל או שלא תפקיעו בכלל. המטרה היא שיישאר משהו שאוכל לעשות איתו שימוש סביר.

חריג של 40% – באופן עקרוני זה אמור לעשות רעש כשלוקחים למישהו קרקע ונותנים לו רק 60% מהקרקע בשווי כספי. הסיפור הזה הוא מטריד, אבל החל משנות ה80 הוא קצת פחות מטריד. זאת כי בהרבה מאוד מקרים **אנו לא מגיעים לשלב ההפחתה**. נקפוץ עתה לנושא של קריאות תכנוניות ואז נחזור חזרה לפה.

**הלכת חממי:** הלכת חממי הייתה מאוד משמעותית מבחינת פיצוי בדיני הפקעות. הלכה זו קבעה שבהפקעות על פי חוק תכנון ובניה יש הליך דו שלבי. ההלכה הזו מגיעה כדי לפתור את המבוי הסתום שבו נמצאו הבעלים של המקרקעין (כמו ב**פס"ד אמיתי** – שם רשויות העבירו תוכנית שמייעדת את המקרקעין לשטח ציבורי, משמע הפקעה, אך לא היו מבצעות את השלב השני של ההפקעה בפועל).

כדי להתמודד עם התופעה הזו הגיעה הלכת חממי, לפיה, צריך להסתכל על הליך ההפקעה כהליך דו שלבי: (1) שלב תכנוני. (2) שלב קנייני (הפקעה).

למה זה חשוב? למה זה פותר את הפלונטר? כי אם אנחנו מכירים בחלוקה הזו בין שני שלבים, אנו למעשה מאפשרים לבעלים לתבוע פיצוי כבר בשלב התכנוני. למה? כי יש **ס' 197 לחוק התכנון והבניה**, מאפשר לכל מי שיש לו זכות במקרקעין לתבוע פיצוי על פגיעה שנגרמת למקרקעין שלו כתוצאה מאישור של תוכנית. אם מאשרים תוכנית והתכנית מטילה מוגבלות על המקרקעין/ משנה את יעודם **והם לא משמשים לייעוד שהם שימשו קודם, אז אפשר לתבוע פיצוי מכוח סעיף 197**. בסעיף זה **אין הפחתת פיצוי** – אם הוכחה הפגיעה, מקבלים 100% פיצוי.

**יש בעיה בס' 197** – מדובר בנפגעים שלא נפגעו בדרך של הפקעה. אבל אם משנים את המקרקעין לייעוד ציבורי, ברור שזה לצורך הפקעה. בהלכת חממי בעצם מפצלים את ההליך לשניים. רואים את ההליך התכנוני, (כולל שינוי הייעוד שזה בעצם הליך לקראת הפקעה במצב של ייעוד לשימוש ציבורי), ומאפשרים לבעלים ללכת ולתבוע פיצוי מכוח סעיף 197.

במקרה של **פס"ד אמיתי**, אם הוא היה הולך לביהמ"ש לאחר הלכת חממי ותובע לפי **ס' 197** את כל ירידת הערך של המקרקעין שלו שנגרמה כתוצאה משינוי היעוד שלה לקרקע ליעוד ציבורי. הוא היה מקבל כבר בשלב הזה את כל ירידת הערך. בד"כ מבחינה שמאית כשמיידעים קרקע למוסד ציבורי, הקרקע שווה כמעט אפס. זה לא אומר שהקרקע היא אפס, קרקע לא נעלמת, ואפשר לשנות לה שוב את הייעוד. אבל כשמשנים קרקע לייעוד ציבורי, אין לה/ כמעט אין לה ערך שוקי. מה שקורה זה שאת הרוב המוחלט של הכסף שהקרקע הזו שווה, אפשר לתבוע עפ"י **ס' 197** ברגע שמאושרת התכנית, ואז שמנו בכיס 90-100% מהסכום בתור בעלים. מה נשאר כשמפקיעים את המקרקעין? בסביבות 10%. מהם, אפשר להפחית 40%. זו ההשלכה של הלכת חממי.

הלכת חממי לא נועדה לדבר על ה40%. אלא, כדי לפתור פלונטר אחר כמו בעניין אמיתי – שלא נצטרך לבטל הפקעות אחרי 26 שנים. אם עניין אמיתי היה מוכרע אחרי חממי הוא היה יכול לקחת לכיס את כל הסכום בתביעה על פי ס' 197. ברגע שאנו מסתכלים על זה בהליך דו שלבי, הבעלים כבר לא נמצא בפלונטר. ההשלכה של זה, על הסיפור של 40% היא דרמטית. כי ברגע שאפשר להוציא את רוב הכסף על פי ס' 197 ששם אין חריג של פטור, אז הבעלים בעצם חשוף באופן מזערי לנושא של הפחתה של 40%. **מצד אחד בחוק התכנון והבניה יש הפחתה דרמטית של 40%, אבל מבחינה מעשית זה הרבה פחות דרמטי.**

הבעיה הגדולה עם ההליך הדו שלבי הזה, היא מה קורה אם הבעלים לא תובע על פי 197? חלק ב של הסעיף אומר שההתיישנות היא **3 שנים**. אם הבעלים לא תבע את **ס' 197** בזמן, מה שיקרה זה שהבעלים יאבד 90/100% משווי הקרקע שלו. ברגע שאנו באמת מסתכלים על זה בתור שני הליכים, נכון שהרציונל היה לטובת הבעלים, אבל ברגע שזה ככה ולא תבעת ס' 197, כשאני בא להפקיע הקרקע שווה אפס.

לכן, מבחינה פרקטית, בתור עורכי דין – הדבר הראשון שעושים כשמגיע לקוח להפקעות, בודקים את הסיפור של ס' 197 כדי לא לאבד את כל הכסף! יאמר לזכות בית המשפט שהפיקציה שהוא יצר לגבי הפיצול לשני הליכים, הוא שומר עליה שהיא לא תהיה מוחלטת. נאמנים לה גם אם הבעלים מפסיד.

עניין ה40% לא בוטל, לעומת 25% שראינו קודם, אבל הוא הרבה פחות משמעותי.

**מתי, אם בכלל, ראוי להפחית פיצוי?** זו אחת השאלות המשמעותיות בסיפור הזה.

**בפס"ד פייצר** ביהמ"ש עונה לשאלה הזו: נותן הצדקה להפחתת הפיצוי, שהיא נושא ההשבחה. עפ"י ביהמ"ש, אדם שמפקיעים לו קרקע, הקרקע שנותרת אצלו היא מושבחת כתוצאה מהעובדה שעכשיו יממשו צורך ציבורי בקרקע שהופקעה. זה דבר שעשוי להיות נכון, אבל יש איתו כמה בעיות:

* הקביעה הזו שאפשר להפחית פיצוי בטענת ההשבחה שנגרמת לבעלים ליתרת החלקה, אומצה גם במקרים שלקחו את כל הבית, ולפיכך לא נותרת חלקה שמושבחת.
* הרעיון של ההשבחה כהצדקה להפחתת פיצוי **אף פעם לא נבדק**. בתי המשפט לא ביקשו אישור לכך שהקרקע הושבחה, אלא נתנו הצדקה כללית שהקרקע הושבחה.

הבעיה של השבחה – השבחה אומרת שאם הקרקע שווה 100, ולקחו לך 50, היה אמור להישאר לך 50, אבל בגלל שהקימו שם מתנ"ס הקרקע שנותרה היא שווה 70. במצב כזה, אם נותנים פיצוי של 100, אז אתה מתעשר ומקבל 120, לכן מאפשרים לרשויות להפחית פיצוי של 25%.

**פייצר בעצם אומר שהסיבה למתן פיצוי היא שיש השבחה.** הבעיה עם טיעון זה היא שהוא לא עושה הבחנות בין מצבים שונים, גם להפקעות בהן אין יתרת חלקה כי הפקענו 100% מהמקרקעין. מעבר לכך, גם ברמה שכן נותרה יתרת חלקה אבל דה פקטו היא לא הושבחה, עדיין פס"ד פייצר קובע שניתן להפחית פיצוי.

זה המצב עד שמגיעים **לפס"ד הולצמן**: בסיפור הזה הייתה קרקע שהופקעה בשלמות והטענה הייתה שאם הרציונל הוא השבחה לא יתכן שמפחיתים את הפיצוי, כי במקרה שבו אין יתרת חלקה אין אפשרות שתהיה השבחה. לכן ביהמ"ש משתכנע אחרי 20 שנה וקובע שבמקרים של הפקעת חלקה בשלמות אין הפחתה.

מה קורה במצב בו כן נשארת יתרת חלקה בידי הבעלים, אבל אין השבחה דה פקטו? (הבעלים יכול להביא הוכחה עובדתית שאין השבחה ליתרת החלקה) האם במצב כזה, אם כל הרציונל הוא השבחה, מאפשרים הפחתה של פיצוי או שלא?

**פס"ד רוטמן**: עוסק בפקודה שלא בתוקף יותר. פקודת הדרכים ומסילות הברזל. פקודה זו כוללת הוראות זהות לאלה של פקודת הקרקעות. כלומר מאפשרת להפחית 25%, ומאפשרת לשר התחבורה להשלים את הפיצוי ל100% במידה שהוא חושב שיש סבל. כשאנו עוסקים בשאלה הזו לגבי מצב בו נשארת יתרת חלקה בידי הבעלים אבל לא מושבחת, זה מגיע לבית המשפט בפס"ד זה. ביהמ"ש קובע ש**סמכות הרשות של שר האוצר להשלים את הפיצוי ל100%, במצב בו אין השבחה ליתרת החלקה הופכת להיות סמכות חובה**. במילים אחרות, כשאין השבחה ליתרת החלקה, צריך לשלם 100% מהפיצוי, עפ"י פקודה זו. אממה, פקודה זו לא בתוקף משנת 2010, ולכן היא מסמלת קריאת כיוון אבל לא רלוונטית לפקודות שלנו.

**פס"ד מסרי**: עוסק באותה שאלה – חלקה שלא מושבחת, רק **שהשאלה פה נידונה במסגרת חוק התכנון והבניה**. הציפיה הייתה שבגלל שיש את קריאת הכיוון של רוטמן ביהמ"ש יגיד שאם אין השבחה אז צריך לשלם 100% מהפיצוי. ביהמ"ש לא עושה זאת וקובע שבמקרה של חוק התכנון והבניה לא הופכים את סמכות הרשות של שר הפנים לסמכות חובה – הוא לא חייב להשלים את הפיצוי גם אם אין השבחה ליתרת החלקה. הוא משאיר שק"ד לשר הפנים גם במקרה שבו אין השבחה.

ביהמ"ש קובע 3 קריטריונים ללמה למרות שאין השבחה אפשר להפחית פיצוי:

1. פגיעה מינורית.
2. פגיעה מבוזרת שלא נוחתת על אדם אחד.
3. ההפקעה הינה לצורך קהילתי.

במשך שנים הספרות בדיני הקניין טענה שהפחתת פיצוי לא נובעת מהשבחה, אלא שהסיבה קשורה לנושא של **מחויבויותיו של בעל המקרקעין כלפי הקהילה שלו**. האמירה בהקשר הזה הייתה, שככל שאנו דנים בקהילה הקרובה לבעל המקרקעין המחויבויות שלו כלפיהם גדולות יותר. ככל שהקהילות רחבות יותר המחויבויות יותר נמוכות. לכן, הספרות תלתה זאת בנושא המחויבות ולא בהשבחה.

בעצם יש הבחנה בין 2 צרכים ציבוריים – **צורך קהילתי** (צרכנייה, בית כנסת) לבין צרכים שהם יותר בעלי **אופי כללי** (כביש 6, נתב"ג וכדומה). למה ההבחנה? כי אם נקבל את זה שלבעל מקרקעין יש מחויבויות שונות כלפי אנשים שונים, אתה עשוי להידרש להקריב יותר ככל שזה קרוב לקהילה שלך.

זה טיעון שרץ בספרות הרבה זמן. בתי המשפט התעלמו מטיעון זה במשך זמן רב, והתייחסו אליו לראשונה **בפס"ד מסרי**. שם הם אמרו, **שככל שמדובר בצורך קהילתי, אפשר להפחית פיצוי גם אם אין השבחה**. ככל שמדובר בצורך כללי, אם אין השבחה אי אפשר יהיה להפחית פיצוי.

אין הכרעה היום מה קורה בפקודת הקרקעות אם לא השביחו את יתרת החלקה – אין הכרעה אם חייב לשלם 100%.

ניתן לחשוב שבתי המשפט היו פועלים כך – אם פקודת הדרכים ומסילות הברזל זהה להסדר בפקודת הקרקעות, נאמץ את ההסדר משם. אולם המקרים שאפשר להפחית פיצוי על פי פקודת הקרקעות, די זהים לחוק התכנון והבנייה, הרבה יותר מפקודת הדרכים ומסילות ברזל. אם אנחנו כן רוצים לעשות הבחנה בין צורך מקומי לצורך כללי, אז כיום אפשר להפחית על פי פקודת הקרקעות **רק לטובת רשויות מקומיות**, במובן הזה זה יותר דומה **למסרי**. אולם כאמור, אין הכרעה.

**מה ההיגיון בלשלם פיצוי?**

למה לא לומר שיש צורך ציבורי ולכן מפקיעים את הקרקע בלי לדבר על פיצוי?

שלוש הצדקות לפיצוי:

1. **הצדקת ההוגנות** – בשביל להיות הוגנים כחברה, אם לקחנו למישהו אז נחזיר לו, אין היגיון לקחת ממישהו ולא להחזיר אותו למצבו הקודם. אין סיבה שכל החברה תרוויח בריכת שחיה, ואדם אחד יסחוב על גבו את על הנטל הזה. בתי המשפט בארץ ובעולם נוקטים בה.
2. **הצדקה שקשורה ליעילות** –אשליה פיסקלית מתארת מצב בו רשויות שנקלעות כזו הן רשויות שלא מפנימות את עלויות הפעילות שלהן. כלומר, אם רשות עושה פעולה שיש לה הרבה עלויות, הן ישירות והן עקיפות, ברגע שהרשות מתעלמת מחלק מהעלויות היא חושבת שהפעולה יותר זולה. **אחת ההצדקות הגדולות לפיצוי היא חשש מפני קריסה לאשליה פיסקלית**. אם רשויות יחשבו שהן לא צריכות לשלם פיצוי לבעלים, הן יחשבו שמימוש הצורך הציבורי מאוד זול, ואז יתחילו להפקיע הרבה קרקעות, לא יחשבו על ההשלכות האלה ואז תקרה הקריסה הזו. יש מאמר מעניין ובעייתי מאוד של **גדעון פרחומובסקי ורונית לוין-שנור**, הם לקחו את כל ההפקעות שבוצעו בוועדה המקומית בת"א, ובדקו האם העירייה שילמה מהשקל הראשון או שהשתמשה בפטור של 40% כדי להפחית פיצויים. הכותרת של המאמר הייתה שעיריית ת"א מבזבזת את כספי הציבור, כי היא משלמת מהשקל הראשון ולא מפחיתה 40% מהבעלים, בגלל שהיא לא מממשת את הפטור. זהו ניסוח אומלל, מעבר לכך, המחקר מאוד בעייתי, בגלל שאין באמת הפחתה של 40%, מה שרונית וגדעון ניסו להפיק מהמחקר זה לטעון שרשויות לא נקלעות לאשליה פיסקלית גם אם אין להן חובה לשלם פיצוי. למה? כי רשויות מקבלות פטור ולא משתמשות בו.
3. **חשש מפני עיוותים או השחתה פוליטית** – לרשויות יש את הכוח וזו פרצה הקוראת לגנב. אם לא היו צריכים לפצות הדברים היו נעשים בצורה הרבה יותר קלה, אם לא מוציאים כסף מהכיס הרבה דברים לא מופיעים ברישומים, ואם לא יצטרכו לפצות יש חשש לשחיתות גדולה.

**פיצוי בעין... יש דבר כזה?**

למרות שהכלל לסעד ההפקעה הוא פיצוי כספי במחיר השוק עם ההפחתות וכו', יש גם מצבים בהם החוק מאפשר/ קובע כברירת מחדל דווקא פיצוי שהוא פיצוי בזכויות אחרות – פיצוי בעין. דוגמה בולטת: **ס' 39(א) לחוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, תשכ"ה**: יש שם הוראה מאוד מתקדמת לדאגה לאנשים. הוראה זו נותנת לכל מחזיק את הזכות לקבל דיור חלוף, גם למחזיק שלא כדין. אם מפקיעים את המקרקעין לטובת שיקום שכונות, הוא יקבל דיור חלוף **גם אם אין לו זכות במקרקעין**. זו הוראה מרחיבה, שנועדה לאפשר להתקדם עם החקיקה ולמנוע מחאה מצד אנשים שנמצאים בשכונות האלה, מתוך הבנה שאנשים שנמצאים בשכונות האלה, לא כל זכויות המקרקעין שלהם הוסדרו. הסיפא נועדה להתמודד עם מצבים בהם מקבלים סכום של כסף אבל מאפשר לקנות דירה רק במקום שיעמוד לפני הפקעה בזמן הקרוב – שם היא אומרת שיינתן דיור חלוף במקום שניתן לגור בו ולא מיועד לשיקום בעתיד הקרוב.

דוגמה נוספת: **ס' 194 לחוק התכנון והבניה**: עוסק במצב בו ההפקעה מפקיעה בית מגורים, לא נכס מסחרי/ נכס להשקעה, אלא בית מגורים ממש. כשזה קורה, אומר הסעיף שמי שהיה **גר בבית** יקבל שיכון חלוף בטרם קורה הפינוי. **פה ההבדל הוא שחייב אדם לגור בבית מגורים, כלומר, חייבת להיות לו זכות במקרקעין**. זו דוגמה למצב בו תיאוריית האישיות מתקשרת – בית המגורים מקבל מעמד גבוה יותר מאשר נכס רגיל להשקעה. החוק מחייב לתת או שיכון חלוף סביר, או סכום כסף שיאפשר שיכון סביר. יכול להיות שיקבל יותר כסף ממחיר השוק של הנכס שהיה לו – כי מה שרלוונטי זה מה שהוא צריך לרכוש.

**נטילה שלטונית – הזכות לפיצוי**

**חוק יישום תכנית ההתנתקות** – במקרה של ההתנתקות היו הרבה מאוד ספינים. היו משרדים שייצגו את המפונים באופן אידיאולוגי והיו כאלה שפחות הלכו בקו הכעס, אלא במטרת הלקוח. הכעס תודלק ע"י הרבה גורמים לטובת המתיישבים והותיר אותם בהרבה מקרים חסרי יכולת להתמודד עם המציאות שאחרי.

ההתנתקות הייתה הפקעה. למתיישבים בגוש קטיף לא היה זכויות קנייניות, כי הם היו ברצועת עזה. היו להם זכויות של רישיון במקרקעין. המדינה נתנה רישיון לאותם תושבים. היא הייתה חייבת לחוקק חוק ייעודי לפיצוי הזה, כי הם לא בעלי זכות קניינית. החוק עצמו התייחס לכך כאילו זו הייתה הפקעה.

החוק כלל פיצוי **על הבית**, **על העסקים** (ביהמ"ש העליון נתן פתח לפיצוי מאוד נרחב מעבר למה שהמדינה ציפתה), היו עוד מנגנוני פיצוי יחודיים – שבאו לתת פיצוי על אובדן הקהילה:

* **פרמיה עבור ותק** – כל אדם שגר באחד מהישובים בגוש קטיף, קיבל סכום של בערך 4000 שקלים עבור כל שנת מגורים. ביהמ"ש מסביר שיש פיצוי לבית, לעסק **וגם לאדם** – כשאדם מאבד את ההשתייכות שלו, נגרם לו נזק גדול. זה פיצוי שאדם רגיל שמפקיעים לו קרקע לא מקבל.
* **העתקה קהילתית** – המרצה אומר שזו טרגדיה של טעויות. הרעיון הוא טוב ביסודו, **גדעון פרחומובסקי ופיטר סיגלמן** כתבו מאמר על הרעיון הזה: מדובר על עיירה שבה צריך להחליט מה נשאר, היה מפעל שזיהם והיה צריך להחליט אם סוגרים אותו או אם מעבירים את האנשים. שם לא היה מדובר בהפקעה, אלא החברה שהפעילה את המפעל רצתה לקנות את כל הבתים בעיירה ולפנות אותם בעצם באופן פרטי. גדעון ופיטר זיהו שככל שהם התקדמו, אנשים התחילו למכור את הבתים שלהם במחיר נמוך יותר, העיקר למכור. הם מסיקים מכך שאנשים הבינו בשלב מסוים שהקהילה שלהם התפוררה, שכבר אין טעם להמשיך לגור שם, וברגע שהבינו זאת הם רצו למכור כדי לצאת משם. אם כן הוסק שיש חשיבות לקהילה ולהשתייכות. אם לא מדובר במקרה פרטי, אלא בהפקעה שהמדינה עושה היא צריכה לשלם לאנשים יותר. כי בנוסף לאובדן הבית והעסק, הם גם מאבדים את הקהילה שלהם. בסיפור ההתנתקות המדינה החליטה לעשות את זה, וגם לתת אפשרות של העתקה קהילתית, זה נוסח מאוד גרוע ולכן התוצאות גרועות. אבל ברמה העקרונית קהילה שנפגעת יכולה לקום מחדש ע"י תמיכה וסיוע של המדינה זה נוסח גרוע כי המחוקק קבע שכל 20 אנשים מהשטח המפונה יכולים לתבוע הקמה של ישוב חדש. ברגע שזה התחיל להיות כך, והמדינה הבינה את הטעות שלה, הבינו שאי אפשר לעמוד בעומס (המרצה אומר שבשל כך יש לתת משמעות בחוק למילה קהילה שהייתה מנרמלת את זה בצורה טובה יותר). לכן הפסיקו לתת זאת לכולם. צריך לקחת בחשבון שהסעדים שלמדנו עליהם – הפיצוי הכספי, ודיור חלוף, הם לא דברים שהם אולטימטיביים. יש הרבה ביקורות כנגד הדבר הזה, אנו רואים שבמקרים מיוחדים המדינה יכולה להוסיף רכיבים לפיצוי. צריך לעשות זאת בצורה נכונה כדי שזה יהיה יעיל.

**האם ומתי חלה התיישנות בתביעת פיצויי הפקעה?**

דיברנו על תביעה על פי **ס' 197**, ההתיישנות שם היא 3 שנים. אם מתחילים את תהליך ההפקעה באמצעות הליך תכנוני, יש 3 שנים לתבוע. כמה זמן יש לתבוע את פיצוי ההפקעה?

**פס"ד ארידור**: השאלה לעיל עלתה בפס"ד זה. הפקיעו קרקע ב62, וב2002 הוגשה תביעה לפיצויי ההפקעה. עברו 40 שנה ממועד ההפקעה. האם אפשרי לתבוע אחרי 40 שנה? מה שמעניין הוא שכולם מסכימים שחוק ההתיישנות חל על תביעות לפיצויי ההפקעה. אבל, זה לא פתר את הבעיה למקרה הספציפי ולמתי מתחילה תקופת ההתיישנות. כדי לקבוע מתי מתחילה תקופת ההתיישנות יש לקבוע מתי נולדת עילת התובענה. לכך יש 3 דעות שונות:

* **חשין** – מאמץ תפיסה מאוד רחבה לטובת הבעלים. רק ברגע שהרשות מסרבת לשלם את הפיצוי. אם הבעלים לא דרש וקיבל תשובה שלילית, שני הצדדים ניתקו מגע בלי להתייחס לשאלה הפיצויים, לא נולדה עילת התובענה ולכן לא משנה כמה זמן עבר, כל עוד הרשות לא סירבה לתשלום פיצוי אפשר לתבוע אותו. מתי נולדת עילת התובענה לפי חשין? **כשהרשות מסרבת לתת פיצוי**. זו גישה מאוד מרחיבה.
* **גרוניס** – הלך לצד השני. גישה יותר מצמצמת ביחס לבעלים. עילה לתובענה לפיו נולדת **כשהרשות תופסת חזקה במקרקעין**. זה גם יכול להסביר את הבעיות שהיו **בפס"ד אמיתי** – בפס"ד זה לא הייתה לו עילה לתבוע פיצויים, הוא לא יכל לתבוע על **197** ולא נולדה עילה לתבוע כי לא נתפסה מעולם חזקה במקרקעין שלו – הוא לא יכל לקבל פיצוי ולא יכל לעשות דבר במקרקעין. רק מהרגע שבו הרשות תפוסת חזקה, הבעלים יכול להתחיל לתבוע פיצויים.
* **ארבל** – תפיסת ביניים. לפיה, נולדת עילה לתובענה ברגע **שמומשה המטרה הציבורית**. כלומר, הפקענו מקרקעין, תפסנו חזקה, אבל כל עוד לא מומשה המטרה הציבורית (סיום הבניה) אי אפשר לתבוע. בעצם, הבעלים לא יכול לתבוע פיצוי במשך זמן רב מאוד, עד סיום הבניה

\***דגש כללי** – רק ברגע שהרשות תופסת חזקה אפשר להתחיל לתבוע פיצויים.

בדיון נוסף מכריעים לפי השופט גרוניס. שיטה יותר מצומצמת, אך יותר ברורה. מהרגע שהרשות תופסת חזקה במקרקעין, יש 7 שנים בהן ניתן לתבוע פיצויי הפקעה. העילה עצמה צומחת כשנתפסת החזקה.

**הגנת הבעלות והחזקה**

נושא שמצד אחד בא לידי ביטוי עבור עורכי דין בצורה משמעותית – אנשים פולשים הרבה פעמים למקרקעין, ולעיתים אין תגובה מידית של הבעלים. זה עלול לייצר הרבה בעיות. צריך להכיר את מערכת הדינים הזו. מצד אחד יש מערכת משפט וכללים משפטיים, ומצד שני, הרבה מאוד פעמים המשפטים האלה לוקחים הרבה זמן, גורמים לנזק גדול עבור אותם אנשים שלא פעלו בזמנים מוגדרים ולכן צריך להיות מודעים למערכת הכללים הזו.

יש לנו ארבעה סוגים של דמויות/ גורמים שמופיעים בסיפורים הללו:

1. **הבעלים** – לא חייב להיות זה שמחזיק בנכס, יכול להיות מישהו אחר שמחזיק מטעמו. למשל: שכירות; בעל רישיון במקרקעין.
2. **מחזיק בפועל** – אם לא כתוב מחזיק כדין, זה יכול להיות מחזיק כדין/ פולש.
3. **מסיג גבול** – גם מחזיק במקרים מסוימים יכול להיות מסיג גבול. ייתכן שהמחזיק הוא אינו כדין.
4. **בעל זכות להחזיק** – לא מחזיק בפועל, אבל יש לו זכות לכך. למשל: מי שחתם על חוזה שכירות ועוד לא נכנס לדירה.

אנו נלמד כרגע כמה סעיפים שעוסקים בחזקה ובהגנה על החזקה על הבעלות במקרקעין. **חשוב לדעת שנושא החזקה הוא הרבה יותר משמעותי במיטלטלין**. נראה את זה כשנדבר על תחרויות במיטלטלין. מיטלטלין מעצם טבעם הם נכסים שאפשר לתפוס אותם, לחזקה שלהם יש הרבה יותר משמעות משפטית מהחזקה במקרקעין.

רעיון החזקה קיבל מאז ומתמיד התייחסות מיוחדת בספרות הקניינית וגם במשפט. למה? הרי חזקה כשלעצמה לא מבטאת בהכרח בעלות בנכס, וגם לא בהכרח מבטאת איזושהי זכות בנכס – למשל פולש. ועדיין אנו נותנים משמעות דווקא לחזקה למרות שאנו יודעים שהיא יכולה להיות שלא כדין.

השאלה היא למה?

**וייצמן** טוען שאלה הסיבות:

1. **שמירה על הסדר הציבורי** – יש לתת משמעות משפטית לחזקה, לעובדה שאדם יושב פה, כי זה במובן מסוים שימור המצב הקיים – לא להרשות לכל אדם לבוא ולערער בכוח מקום של אדם שיושב שם כרגע. אם לא ניתן משמעות לחזקה של אדם לנכסים, אנו מערערים על הסדר הציבורי ויהיו הרבה מאוד מצבים בהם אנשים יעשו פעולות כנגד אחרים. נתינת כוח למוסד החזקה בעצם שומר על הסדר הציבורי ומפחית מצבים בהם אנשים פרטיים יבואו וינסו להוציא אנשים מהשטחים. הם כמובן יכולים ללכת לבית משפט, אבל **לא ייתכן סעד עצמי**, כי אם לא ניתן שום משמעות לחזקה, אדם יוכל לתת סעד עצמי, אבל לא כך הדבר.

ביקורת: הטיעון הזה הוא קצת לא מתאים למערכת שבה אנו פועלים, אנו פועלים במערכת של משפט פרטי, וכשאנו מנסים לקבוע את מערכת הזכויות של הצדדים, המשפט הפרטי לא צריך להיות זה האמון על הסדר הציבורי. אנו לא ניתן כוח משפטי לפעולה מסוימת אם אנו לא חושבים שהיא רלוונטית בין אדם מסוים לאחר. סדר ציבורי צריך לחול מתוקף המשפט הציבורי/ המנהלי. משפט פרטי נועד לנהל מערכות יחסים בין פרטים וככזה הוא לא יבנה מעמד לחזקה אם אין שום הצדקה במשפט הפרטי לעשות את זה. אנו בעצם בונים מעמד לאדם שלא אמור להיות לו מעמד לפי כללי המשפט הפרטי רק משיקולים של הסדר הציבורי. זה לא משהו שצריך לעשות.

1. **יעילות** – יעילות בהגנה על נכסים. למה יש יעילות בהכנה על נכסים? כיוון שזה נותן לנו מבנה לאיך דברים צריכים להתנהל. אנשים שיש להם נכסי מיטלטלין, הם יודעים איך צריך לשמור על הנכסים שלהם כתנאי שתינתן להם הגנה בעתיד. חזקה מאפשרת מנגנון יעיל למנוע תאונות משפטיות.
ביקורת: האם זה רלוונטי כיום למצב השוק הקיים? בהרבה מאוד מקרים דווקא הכלכלה שמשתנה והופכת להיות **מבוססת על זכויות מאשר על נכסים מוחשיים**, השאלה הגדולה היא אם מוסד החזקה הוא כ"כ משמעותי ברמת יעילות הגנת הנכסים כאשר מדובר על זכויות.
2. **הטלת נטלים על התובע** – החזקה מעידה על השייכות של המחזיק במקרקעין. זה לא אומר שפה הוכרע הדיון, כי אין הוכחת בעלות, אבל נותן צורך למי שתובע את הבעלות, מטיל עליו את הנטל להוכיח. חזקה זה לא משהו רצוי מבחינה מהותית, אלא מבחינה ראייתית. מי שרוצה להוציא את הנכס מהידיים שלי הוא זה שצריך לבוא ולהוכיח שהוא צודק.
3. **לעודד שימוש בנכסים פנויים** – שימוש יעיל בנכסים שלא נעשה בהם שימוש יעיל. כלומר, חבל שנכסים יוותרו פנויים. הרציונל הוא שיש הרבה דירות שאינן בשימוש. אפשר לומר שאם הבעלים בחר שלא ישתמשו בהן אז לא ישתמשו בהן. אך כשנותנים מעמד לחזקה זה מתמרץ אנשים לעשות פעולה בשטחים שלא שלהם (טענה בעייתית) וזה מאפשר להשיג יעילות בניצול הדירות באכלוס שלהן. **אמנם, זה מתמרץ אנשים לפלוש, אבל באותה נשימה זה מתמרץ פעילות יעילה**. יש כלל שנקרא חזקה נוגדת, שמבטאת מצב בו יש בעלים לקרקע אבל אדם אחר פלש לקרקע בלי רשות ופעל בה במשך הרבה זמן. בחלק משיטות המשפט, אחרי כמה שנים האדם שפלש, כלומר המחזיק, הופך להיות הבעלים. למה זה קורה? בין היתר מהטענה של היעילות, זה יעיל שקרקעות יהיו מנוצלות. יש מצבים בהם אנשים מחזיקים בקרקע ומעבדים אותה הרבה מאוד שנים ורק מכוח זה הבעלות יכולה לעבור אליהם. בישראל מאוד מצמצמים את זה.

סעיפים רלוונטיים:

**ס' 15** – מדבר על החזקה – לא חייב שהמחזיק עצמו ישב בקרקע, אלא גם מישהו מטעמו.

**ס' 16** – בעל המקרקעין/ מי שזכאי להחזיק במקרקעין בדין יכול לבוא לפולש ולתבוע אותו. פה מדובר על פנייה לבית משפט. אי אפשר לפנות בכוח.

**ס' 17** – מחזיק במקרקעין, לא רק מי שמחזיק כדין, **אלא גם מי שפלש למקרקעין**, הוא יכול לדרוש מכל מי שאין לו זכות להחזיק במקרקעין (פולש אחר), שימנע מלהפריע לו. יש **לשים לב** – בית המשפט נותן פה זכות לאדם שלא מחזיק כדין במקרקעין. כלומר הוא נותן לפולש הראשון זכות להדוף את הפולש השני.

נדבר על סעד עצמי באופן כללי:

. הסעד העצמי זו אמירה של מערכת המשפט שאנו נותנים לאנשים פרטיים סמכויות של אכיפה בלי בקרה בזמן אמת. הדבר הזה מאוד בעייתי, אף שיטה, לא טוענת שהמדינה לא אחראית על הסדר הציבורי והביטחון. חלק גדול מתפקיד המדינה הוא לשמור על הסדר הציבורי. פה אנו מוותרים על חלק מהכוח הזה ונותנים לאנשים להפעיל כוח כדי להשיג את מטרתם.

**האם מותר להפעיל כוח על אדם שפלש לשטח שלי? ואם כן, באילו תנאים?**

כמעט כל מערכות המשפט בעולם נותנות אפשרות לסעד עצמי במקרה זה. כלומר נותנות אפשרות לסעד עצמי להגיב לאדם שפלש לשטח שלי כולל שימוש בכוח. למה?

1. **מענה לאופי האנושי** – **פס"ד אזואלס**: אדם רואה את אשתו עם המאהב שלה וקם ויורה בו. בית המשפט מוריד את זה מעבירה של רצח לעבירה של הריגה והטיעון הוא בגלל הקינטור. כלומר, **ברק** אומר שם שדמו של כל בעל סוער ברגע שרואה את אשתו עם גבר אחר ולכן אפשר להבין את הפעולה הזו. בלי קשר למה שנקבע שם, ההלכה הזו בסופו של דבר נותנת ביטוי לתפיסה אנושית. היא באה ואומרת שאנו בני אדם ויש דברים שמרעישים אותנו ויהיה לנו קשה להתמודד איתם בלי תגובה, וכשמדברים על סעד עצמי, **המקומות בהם ניטה לעשות אותם זה המקומות בהם בני אדם לא יוכלו שלא להגיב**. ברור לנו שאם אדם יכנס לשטח שלך אתה כנראה תפעיל מידה של כוח, ולא תוכל לעמוד מהצד. אם לא נשחרר קצת את החגורה ונפליל כל מקרה כזה של תקיפה, אנו פועלים בניגוד לטבע האנושי. מערכת משפט שרוצה שיכבדו אותה צריכה לתת איזשהו מקום גם לטבע האנושי.
2. **חלופה מעשית במקרים מסוימים (בעיקר מטלטלין)** – למשל: אם מישהו גונב לי את הפלאפון ולא אוכל להפעיל סעד עצמי, עד שאקרא למשטרה שום דבר טוב לא יקרה בהקשר לסלולרי שכנראה לא יחזור אליי, כי פספסתי את הרגע המסוים בו יכלתי לתפוס את הגנב ולמנוע את הפגיעה בבעלות.
3. **כלל קנייני לעומת כלל אחריות** – סיבה תיאורטית. **קלברזי ומלמד** הם שני חוקרים שכתבו מאמר מאוד מעניין על שלושה סוגים של כללים במשפט: **(1)** כלל קנייני. **(2)** אחריות **(3)** אי עבירות.

מה ההבדל בין כלל קנייני לכלל של אחריות? כלל קנייני אומר שככל שהבעלות מוגנת בכלל קנייני, אז אי אפשר לפגוע בזכות הזו ללא הסכמה של בעל הזכות. למשל: אם יש לי נכס מסוים והמשטר שקבענו הוא כלל קנייני, אף אחד לא יכול לקחת לי אותו מבלי לקבל את הסכמתי. לעומת זאת יש כלל של אחריות, לפיו אפשר לקחת את הנכס שלי, תמורת תשלום פיצוי. **ההבדל הוא בין כלל קנייני שבעצם לא מאפשר את לקיחת תמורת הפיצוי, כלומר לא מאפשר התערבות חיצונית, לבין כלל של אחריות שגורם חיצוני יכול להחליט מה יותר שווה לו**. זה לא שכלל קנייני זה מה שאנחנו מכילים בזכויות קניין. הכללים קצת מעורבבים. כשאנחנו מאפשרים לאדם להגיב באופן עצמי ולאכוף את הקניין שלו אנו נוטים יותר לכיוון כלל קנייני מאשר אחריות. כי לפי אחריות האדם לא יכול להגיב לעצמו, אלא באמצעות מערכת החוק. לעומת זאת, לפי כללים קנייניים האדם יכול להתעקש שהנכס יישאר אצלו.

מכל הסיבות ומכל הטעמים אנו מבינים שנותנים אפשרות לסעד עצמי אבל מאוד מצמצמים אותו.

**ס' 18(ב)** – מדבר על אדם שתפס מקרקעין שלא כדין. עד עכשיו ראינו מצבים בהם כשמישהו נכנס למקרקעין אפשר לפנות לבית המשפט, **ס' 18(ב)** מדבר על סעד עצמי – אם אדם תופס את המקרקעין שלי ואני זיהיתי את זה תוף 30 יום אני יכולה להפעיל כוח במידה סבירה כדי להוציאו מהמקרקעין. רוב העניין כאן יהיה סביב עניין ההפעלת כוח ב**מידה סבירה**. בתי המשפט מאוד מצמצמים את ההרשאה להפעלת סעד עצמי. נדגיש שמדובר על אדם שיכול להפעיל כוח **ולא על תאגיד**. תאגיד לא יכול להשתמש בסעד עצמי, גם לא אנשים מטעמו. הצמצמום הנוסף הוא 30 יום מיום התפיסה. נחדד שכוח במידה סבירה – הכוונה פה להזמנת משטרה תוך 30 יום בלי צורך בצו ולהשתמש בה כדי להוציא את הפולש מהקרקע (אחרי 30 יום צריך צו).

**ס' 18 (א)** –אדם שרואה כרגע הסגת גבול בשטח שלו רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע את הסגת הגבול הזו. יש הרבה מאוד השלכות כשאנו מדברים על זכות בדיני הקניין. לדבר הזה צריך להיות התאמות לדיני הנזיקין, כי עשויים לגרום נזק לפולש, וגם צריכה להיות התאמה בדין העונשי. למשל: ההתאמות שנעשות כדי לאפשר את **ס' 18(א)** ו**18(ב)** – האמירה בס' 18 שאפשר תוך 30 יום לפנות בכוח במידה סבירה/ להדוף אותם מקבלת תרגום לשפה הנזיקית ולשפה העונשית (עילת התקיפה; עילת הסגת הגבול). למשל: **ס' 190; ס' 289** וכו'. כל הסעיפים האלה הם תרגום של הזכויות של המחזיק כדין כנגד אנשים שנכנסים למקרקעין שלא כדין.

**פרשת שי דרומי:** אנשים פלשו לשטח של חווה השייכת לשי דרומי. הסיפור שם מאוד קשה, הוא מהווה טראומה לבעלים. הרעיון של תיקון שי דרומי נועד להתמודד עם חוסר המשילות בתחום עם פולשים. זה נועד לתת מענה לצורך של אנשים להגיב. התיקון קובע שאדם **לא** **יישא בשום אחריות פלילית לדבר כזה**. האמירה הזו מאוד קשה – יש הבדל בין להפעיל כוח סביר לבין לא יישא באחריות פלילית (כפי שצוין בתיקון שי דרומי). זו אמרה שפותחת פתח למעשים לא מידתיים.

**ס' 19** – מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כאמור בס' 18(ב) – מי זה מי שמוציא? בד"כ זה יהיה מחזיק/ בעלים שפעל לא בצורה המותרת בחוק – למשל, הפעיל כוח בלתי סביר. גם אם מי שמחזיק הוא הפולש שלא כדין, אני בתור הבעלים חייבת להחזיר אותם למחזיק – לפולש. אבל אומר הס' כשזה מגיע לבית משפט יהיה אפשר לדון בהכל. כלומר, אם הפולש תובע להחזיר לו את הקרקע כי הבעלים פעל שלא בהתאם לס' 18(ב), אז ביהמ"ש יכול להסדיר את כל הזכויות ולדון באם הפולש יכול לשבת שם.

מה קורה כשהמקרקעין שאדם פולש אליהם הם מקרקעי ציבור? **ס' 4(א) לחוק מקרקעי ציבור** – ההסדר הוא קצת שונה במקרה זה. מדובר על הסדר של לפחות חצי שנה, וגם פה יש סעד עצמי שהמדינה עושה – היא לא צריכה לפנות לבית משפט. היא יכולה להוציא צו ועל פיו מפנים אותו. צריך לשים לב שאין פה סעד עצמי, אסור לפקיד מדינתי לבוא ולהפעיל כוח. אין צורך בהחזקה בפועל של המדינה. כל ההרחבה הזו נועדה להגן על מקרקעי ציבור. פה נותנים סעד עצמי רחב יותר כדי להגן עליהם, בין היתר גם בגלל שהמדינה לא יכולה להיות בכל מקרקעין שלה, אז מאפשרים זמן הרבה יותר רחב להתמודד עם זה.

**דרכי רכישת זכות קניינית**

עד עכשיו דיברנו בעיקר על מקרקעין. עתה נדבר על שלושה סוגי משאבים:

1. **מקרקעין** – קרקע.
2. **מיטלטלין** – כל דבר שאפשר לתפוס אבל לא קרקע.
3. **זכויות** – דבר שאי אפשר לתפוס. בד"כ כשמדברים על זכויות מדברים על חוב שיש אצל אדם אחר וניתן להמחות אותו לצד ג'. צריך להבין את הבסיס כדי להבין את המשחקים של דיני תחרויות (השאלה המרכזית שתהיה במבחן).

לפני שנצלול לכל אחד מהמשאבים וננסה להסביר מתי משתכללת זכות קניינית בכל אחד מהם, נדבר על דרכי רכישת זכות קניינית.

**נוזיק** אומר שעלינו לקבוע כללים משפטיים שיגידו לנו איך בן אדם רוכש קניין. הדרכים לפיו:

* **ירושה** – מאז ומעולם יש דיני ירושה. זו אחת הדרכים שאנשים רוכשים קניין בין אם רוצים בין אם לא. אתה יכול לוותר ולהפטר מזה, אבל ההורשה הופכת אדם לבעלים של נכס.
* **תפיסת חזקה** – בעיקר במיטלטלין חזקה הופך אותך לבעלים שלו, לרוב במיטלטלין שנאבדו/ הופקרו. מבחינה משפטית ברגע שלקחתי את הנכסים האלה הם הופכים להיות שלי. מה לגבי מקרקעין? דיברנו על דוקטרינה של **'התיישנות רוכשת**' שאם אדם ישב ועיבד את המקרקעין תקופה מסוימת, בחלק מהמדינות מכירים בכך כמשהו שרוכש עבורו בעלות בנכס. בהרבה מאוד מדינות יש מנגנון של חזקה מעצם העובדה שאתה מחזיק את הקרקע ומעבד אותה ואז אתה הופך רק מעצם כך לבעל זכות קניינית.
* **חלוף זמן + שימוש שאין עמו חזקה** – בעיקר זיקת הנאה מכוח שנים. מכוח שנים זה לא מכוח הסכם ולכן אנו לא יוצרים את הזכות הזו, היא נוצרת מעצם השימוש + חלוף הזמן. השימוש הממושך יוצר כשלעצמו זכות קניינית.
* **שיפור נכסי זולת** – ערבוב/ חיבור מיטלטלין ומחוברים/ בנייה במקרקעין הזולת.
* **עסקה רצונית** – מכר, מתנה, שכירות, משכון וכיו"ב. כל דבר שאנו עושים מרצון כדי להעביר/ לרכוש זכות קניינית.

**נקודה חשובה** – בדיבור על עסקאות רצוניות, העסקאות של מקרקעין הן עסקאות שכל החוקים של דיני החוזים חלים עליהן. זה חשוב כי הרבה פעמים אנשים חושבים שברגע שאנו עוסקים בזכות קניינית אז יש מערכת כללים אחרת לאיך רוכשים זכות קניינית ומה התנאים בהן. אבל, כשאנו קונים דירה אנו חותמים על חוזה והוא יידון בביהמ"ש כמו כל חוזה לכל דבר ועניין**. כל מה שלמדנו בדיני חוזים/ דיני ניזיקין רלוונטי לדיני קניין** (כולל כל ההטעיות והעילות לפגמים). יש כמה דברים בעיקר לגבי מקרקעין כמו דרישת הכתב. אי אפשר לנתק את ההתנהלות בסיפור הקנייני מהסיפור בדיני חוזים. זה חשוב להבין זאת כי למעשה ברוב מושאי הקניין כשאנו חותמים על חוזה לעשות עסקה ביחס למשאב הזה, אנחנו לאורך תקופה מסוימת מחזיקים ביד רק זכויות חוזיות. למשל: כשחותמים על חוזה מכר לדירה. כל מה שיש לי ביד בשניה אחרי חתימת החוזה הוא זכויות חוזיות. במידה והחוזה הזה הופר, כל זמן שלא שיכללנו את הזכות שלנו לזכות קניינית, כל מה שיש לנו ביד הן זכויות חוזיות כנגד הצד השני. פה נצטרך להפעיל את כל הידע בדיני חוזים תרופות מה ניתן לתבוע ומה לא, ובזה יסתכמו הסעדים שנוכל להתמקד בהם כל עוד לא השתכללה זכות קניינית. לכן, חשוב לדעת מתי אנו עוברים מהשלב החוזי לשלב הקנייני.

חלק מאוד משמעותי זה לדעת להבין באיזה שלב נמצא הרוכש/ המוכר – האם בשלב החוזי? שאז מדובר על התחייבות לעסקה במקרקעין, או שעברנו כבר את הנקודה שבה הרוכש מחזיק זכות קניינית? ואם עברנו את הנקודה הזו – **מנעד הסעדים שלו הוא שונה לגמרי!** **ברגע שמחזיקים ביחד זכות קניינית מקבלים זיקה בלתי אמצעית לנכס – יכולת לפנות במישרין לנכס.** לכן, כפי שנראה הרבה בדיני תחרויות, כשאנו מתחרים על מי מקבל נכס מסוים, זה בד"כ חלק גדול מהתשובה תהיה תלויה איפה אותו רוכש נמצא – בשלב החוזי או בשלב הקנייני.

**העובדה שאדם נמצא בשלב החוזי לא אומרת שאין לו סעד!** יש סעד, רק שכל הסעד הוא במסגרת דיני חוזים. חשוב לזכור שמי שלא מקבל את הנכס בסוף בתחרות – עדיין יש לו זכויות חוזיות.

אדם שחתם על חוזה מכר של דירה כל שיש לו ביד הן זכויות חוזיות. אם פה קורית ההפרה אותו אדם לא נותר חסר זכויות לחלוטין, פשוט כל הזכויות שלו הן בגדר העילות החוזיות (חוק החוזים תרופות).

מתי הסיפור הזה נהיה בעייתי? כשהצד השני זה שחב לך את החובות החוזיות – ברח/ פושט רגל/ סיבות אחרות שלא ניתן לגבות ממנו. לכן זכויות חוזיות הן אחלה זכויות, אבל הן הרבה יותר חלשות מבחינת ההגנה על זכות של הבעלים מאשר אם הוא הצליח לשקלל את זה לזכות קניינית.

השאלה הגדולה מתי אנו עוברים מזכות חוזית לזכות קניין? (נדבר על זה בהקשר למקרקעין, מיטלטלין וזכויות).

**מקרקעין**

יש שלב חוזי. כורתים חוזה למכר של מקרקעין. מוגדרים כבעלי התחייבות לעסקה. כל מה שיש ביד זה זכויות חוזיות. מתי עוברים מזכות חוזית לזכות קניינית? **בשלב הרישום של הזכות בטאבו**. ברגע ששולחים מהטאבו אישור לרישום, מאותה שעה עוברים לזכות קניינית. אם יש אחרי זה מחלוקת וכו' מרגע שזה רשום הופכים להיות בעלי זכות קניינית שמקנה זיקה ישירה לנכס.

**נדבר קצת על התקופה החוזית** – באופן עקרוני, כמו בכל זכות קניינית כשיש שלב חוזי כל מה שיש לנו ביד זה רק זכויות חוזיות. **פס"ד אהרונוב:** ברק עושה שם מהלך של הגדרת בעל ההתחייבות לעסקה בשלב החוזי כבעל זכות **מעין קניינית**. כלומר הוא אומר שזה נכון שאין זכות קניינית בשלב החוזי, אבל אין לך רק זכות חוזית רגילה, אלא זכות שהיא מעין קניינית (נלמד בתחרות הראשונה).

**מתי אנו משכללים את הזכות הקניינית ברישום?** תמיד בדיני מקרקעין יש פער בין המועד של החתימה על העסקה לבין המועד של הרישום. גם אם העורך דין חותם בטאבו, יהיה פער של בערך חודשיים וממוצע של חצי שנה + בין השלב בו חותמים על החוזה לבין השלב בו הקונים רושמים את הדירה על שמם. במשך החצי שנה הזו אנשים נמצאים במצב חלש יותר מאשר אם היו יכולים להזדרז לרשום את שמם על פי ס' 7.

למה חייב להיות פער בין העסקה לבין הרישום? למה תמיד יהיה שלב חוזי בעסקאות מקרקעין?

1. **מיסוי ואישורים** – מיסוי מקרקעין הוא הכרחי בעסקאות נדל"ן. במיסוי מקרקעין יש שני מיסים עיקריים – מס שבח (המוכר) , ומס רכישה (הקונה). שני המיסים האלה מחושבים מסכום מכירת הדירה. ממלאים דו"ח עם הסכום לאחר חתימת החוזה בו ממלאים פרטים שונים על הדירה. מס שבח אנשים בד"כ לא משלמים כי יש פטורים. מס רכישה משלמים וגם שם יש כל מיני הנחות. הכל נגזר ממחיר הדירה. אנו חייבים לדווח על זה רק לאחר חתימת החוזה. אז גם אם נדווח באותו ערב שחתמנו למיסוי מקרקעין לוקח לפחות חודש וחצי להוציא שוברי תשלום/ שוברי פטור. במקרה הפחות טוב – או שיש ערעור על השומה או שאחד הצדדים משיג על החיוב שלו. כל זמן ששני הצדדים לא מביאים אישורי מיסים אי אפשר לרשום את העסקה. למה? מדינת ישראל החליטה בכל מה שקשור בחובות בגין מיסים הדרך שלה לתפוס את הבעלים בגין הפרות של העבר זה בשלב העברת הבעלות. לכן, כשצריך לשלוח לטאבו את דרישת הרישום חייבים לצרף לו גם את אישורי המיסים, גם אישור מהעירייה שאין חובות, לפעמים גם אישור של ועד בית. כלומר, הרבה מאוד אישורים שגם אם הכל נקי ולא חרגנו בעבירות כאלה ואחרות, זה לוקח זמן. לפחות חודש וחצי.
2. **מימון והסרת משכנתאות** – רוב המוחלט של הדירות בישראל נרכשות באמצעות משכנתא. לצורך העניין לקיחת משכנתאות לוקחת זמן. במקרה הסטנדרטי זה לוקח כחודש, ובמקרים הפחות סטנדרטיים אף יותר. תמיד יהיה פער זמנים.

 תמיד אדם שחותם על עסקת מקרקעין יימצא תקופה מסוימת בתקופה החוזית. אי אפשר לעבור במיידי לשלב הקנייני במקרקעין.

\*כשאנו מדברים על מקרקעין אנו מדברים רק על מקרקעין שרשום בטאבו. מקרקעין שלא רשום בטאבו מבחינת דיני הקניין הישראלי הוא לא מקרקעין. אז מה הם? הם מוגדרים כזכויות ומנוהלים כזכויות ובאופן עקרוני הם לא יכולים להיות מנוהלים כמקרקעין כי אין רישום.

**מה עושים בינתיים?** אנו נמצאים בשלב חוזי, כפו עלינו רשויות הרישום שלב חוזי של לפחות חודש וחצי, ועכשיו בתור הקונה אני צריכה לשים הרבה כסף כמקדמה במועד כריתת החוזה. איך אני ישנה טוב בלילה אחרי ששמתי סכום כזה גדול ומבלי שיש לי זכות קניינית ביד?

מה שעושים – **רישום הערת אזהרה**. הערת אזהרה היא לא זכות קניינית. אז מה היא כן? מנוף מסוים שניתן לרוכש של המקרקעין כדי לתת הגנה/ בטוחה חלקית כנגד הסכומים שהוא משקיע בעסקה הזו. כשרושמים זכות קניינית במקרקעין בטאבו זה אומר שיש לי זיקה בלתי אמצעית אל הנכס בהקשר של הזכות שלי. **הערת אזהרה בגלל שהיא לא זכות קניינית היא לא מקנה לבעל הערת האזהרה זיקה בלתי אמצעית אל הנכס.**

אז מה כן נותנת הערת האזהרה?

1. **הרתעה** – להתריע בפני כל מי שחושב להתקשר עם הבעלים בעסקה ביחס לנכס הזה שיש כבר מישהו שעשה עסקה ולכן שיימנע מלעשות זאת.
2. **מחשבה תחילה של המוכר** – לתת לבעל הערת האזהרה איזשהו מנוף כלפי המוכר, לא מימוש ישיר של הנכס. כלומר, אם הבעלים עכשיו ירצה לעשות טרנזקציה כלשהי בנכס הוא צריך לקבל אישור של בעל הערת האזהרה. אם הבעלים רוצה לקחת משכנתא על הנכס שלו, הבנק צריך לקבל אישור של בעל הערת האזהרה. במובן הזה בעל הערת האזהרה מחזיק איזשהו שוט כלפי המוכר – נכון, הוא לא יכול לממש את הנכס, אבל יכול למנוע מהמוכר לעשות עסקאות אחרות/ לממש את הנכס. לכן, בעלים יחשוב פעמיים לפני שהוא עושה שטויות.

כמה הערות אחרונות בנושא:

יש לשים לב **שס' 7** חל רק על עסקה במקרקעין **הטעונה רישום** – עסקה שלא טעונה רישום היא שכירות קצרת מועד. לכן ס' 7 מדבר רק על עסקאות שצריכות רישום – כל העסקאות חוץ משכירות קצרת מועד.

כשמדברים על עסקה במקרקעין שטעונה רישום זה מוציא את הזכויות במקרקעין שהן לא תולדה של עסקאות- זיקת הנאה מכוח שנים; זכות קדימה מכוח החוק.

**מיטלטלין**

מה אין במיטלטלין? מרשם. אין אפשרות לרשום את המיטלטלין. (יש מרשמים מסויימים כמו למשל לגבי רכבים/ כלי נשק – אבל הם לא מרשמי בעלות! הם מרשמי אחריות – העברת אחריות פלילית ונזיקית לאדם הרשום שם, טעונות הדברים שיקרו עם הרכב/ הנשק). יש המון עסקאות שנעשות במיטלטלין בישראל מידי יום. איך יודעים מתי עוברים מהשלב החוזי (אובליגטורי) לשלב הקנייני במיטלטלין? הרי אין מרשם.

אז מה עושים? אחד האלמנטים החזקים במילטלין זה אלמנט החזקה. **ס' 33 לחוק המכר** קובע **שהבעלות במיטלטלין עוברת – ברירת מחדל בשלב המסירה, אבל ניתן להתנות על ברירת המחדל** ולקבוע תנאים אחרים להעברת הבעלות בחוזה – ואז המעבר מהשלב החוזי לשלב הקנייני יקרה על פי ההתנייה של הצדדים. **אחד הדברים החשובים במקרה זה הוא לנסות להבין מתי עברה הבעלות!**

נסביר למה זה חשוב: נניח שיש אדם שמוכר מיטלטלין מסוימים לאדם ב' (נניח שרכב). אותו אדם שנמכר לו עוד לא לקח את הרכב. אותו מוכר הולך ומוכר לצד ג'. צד ג' לקח את הרכב. מה שנראה בדיני תחרויות זה מי מהשניים זוכה ברכב. איך נעשה את הבדיקה הזו? מי מקבל? בין היתר על בסיס הבדיקה של באיזה שלב כל אחד מהם היה – האם ב' היה בשלב החוזי/ הקנייני, היא שאלה קריטית להכרעה מי מנצח.

כי אם ב' נמצא בשלב החוזי, אז א' הוא עדיין הבעלים של הנכס, ואם הוא הקנה את הנכס למישהו אחר אז זה יכול להיות לא הוגן אבל יש לו עדיין את הזכות בנכס הזה. **לעומת זאת**, אם ב' נמצא בשלב הקנייני, הרכב עבר לבעלותו, וכאשר א' מקנה את הרכב לג' אין לו זכות בנכס הזו יותר.

השאלות האלה חוזרות על עצמן גם במקרקעין, גם במיטלטלין וגם לזכויות**. חייבים להבין באיזה שלב אנו נמצאים**. אם הייתה התניה וב' עומד בהתניה, גם אם הרכב לא נמסר לו ייתכן שהועברה לו הבעלות. לכן, במידה ומדובר על מיטלטלין צריך להבין מה כתוב בחוזה – האם כתב משהו שהוא שונה מברירת המחדל של מסירה, כדי להבין באיזה שלב אנו נמצאים מבחינת התהליך האובליגטורי קנייני.

**זכויות**

משאב הרבה יותר חמקמק ממקרקעין ומיטלטלין. ברוב המקרים מדובר על חובות כספיים (גם מטבעות וירטואליים). מה קורה בחובות? יש חייב ויש בעל זכות. נניח שאני חייבת לאלה 50 שקלים. אני החייבת, אלה בעלת הזכות. כלומר יש לה זכות קניינית בחוב הזה. מה קורה אם אלה רוצה להעביר את הזכות שלה למישהו אחר? במקום שאני אעביר לאלה את הכסף, אני אמחה אותו לצד ג'. זה אחד הסיפורים השכיחים בנושא של המחאת זכויות וחובות. כל הסיפור הזה הוא סיפור על זכויות קנייניות וחובות.

**מתי אדם הופך להיות בעלים של חוב?** התשובה לגבי זכויות היא תשובה שנותן חוק המכר וחוק המיטלטלין: זכויות נכנסות תחת ההוראות המשפטיות של מיטלטלין בשינויים המחויבים. כלומר, ההוראות שנוגעות למיטלטלין, למשל **ס' 33 לחוק המכר** חל גם על זכויות בשינויים המחויבים. מה השינוי המחויב העיקרי? שאין חזקה. המסירה לא יכולה להיות הנקודה בה משתכללת הזכות העיקרית. מה שהשילוב הזה אומר לנו של ס' 33 + ההתאמה לזכויות זה שבזכויות הזכות הקניינית משתכללת במועד כריתת החוזה. כלומר, הצד השלישי הופך להיות בעל זכות קניינית באותו רגע. לא צריך לחכות לרישום/ מסירה. ברגע שכרתנו את החוזה להעברת הזכות הקניינית היא משתכללת, אלא אם כן התננו אחרת, נניח ללכת בעוד שבועיים לצד ג'. ואז הזכות הקניינית תשתכלל רק בעוד שבועיים.

יש שני סוגי תחרויות עיקריות – עסקאות נוגדות; תקנת שוק.

מקרקעין שהם לא רשומים הם מבחינתנו זכויות – ולכן הסעיפים הרלוונטיים למקרקעין כאלה בהקשר לעסקאות נוגדות הם **ס' 12, 13 לחוק המיטלטלין**.

גם לגבי תקנות שוק – במקום לדבר על **ס' 10 לחוק המקרקעין**, אנו נדון **בס' 4 לחוק המחאת חיובים**. ההסדר בו לגמרי שונה. חשוב לדעת את ההבחנה הזו על מקרקעין לא רשומים.

**רכישת דירה מקבלן**

בדיני הקניין יש לנו הוראות שונות כאשר מדובר ברכישה מקבלן, מאשר רכישה של דירה יד שניה מאדם פרטי. יש כללים מיוחדים שנקבעו כדי להגן על הרוכשים מקבלנים. נגע בזה בהמשך.

**למה לעשות חוקים ייעודיים לסיפור הזה**? הסיבה העיקרית היא שאנו נמצאים באופן מובנה בעמדת נחיתות ביחס לקבלן. יש פערי מידע וידע, פערים כלכליים, וגם ביחס לחוזה עצמו.

נדבר על 4 ליקויים קוגניטיביים שחלים ברכישה של דירה מקבלן ולא חלים ברכישה מאדם פרטי:

1. **הצפת מידע** – גם אנשים שרגילים לקרוא חוזים נדלניים, זה יהיה חוזה עם מפרטים, נספחים וכו', חוזה מאוד ארוך ולא בהכרח רלוונטי לאדם הפרטי. הקבלן רושם אותם כדי לכסות את עצמו.
2. **מסגור** – ברכישת דירה יד שנייה ההנחה היא ששני הצדדים נמצאים באותו מעמד פחות או יותר. גם החוזים הרבה פעמים, בגלל שהם יותר פשוטים, יש שם איזה דיון על החוזה. כשקונים דירה מקבלן, המסגור של החוזה הוא בידיי הקבלן. הוא ממסגר את הפרקים השונים, את הדברים שהוא יותר רוצה לשים אליהם לב.
3. **שגיאות הסתברותיות** – ביטוח בריאות פרטי מכסה בעיקר דברים קיצוניים. כדי שאם יגיע מצב בריאותי קיצוני שמצריך הוצאה כלכלית כבדה – נהיה מכוסים. יש עוד סוגי ביטוח – ביטוח תאונות אישיות. מה זה? ביטוח לדברים קטנים – נפילות, ימי מחלה וכו' שמקבלים עליהם שיפויים. באופן כללי – בד"כ כשאנשים הדיוטות קוראים חוזה ומתקשקשים עליו מול קבלן הם עושים זאת בעניין הכמה כסף ליום יקבלו אם לא קיבלו את הדירה מהקבלן בזמן. כלומר, כיצד יסתדרו בטווח הזמן הזה. אנשים נוטים להתעסק באסונות/ בתאונות השכיחות גם אם המשמעות שלהם מבחינה כלכלית היא יחסית קטנה. אנו הולכים לאירועים שכיחים כי מהם אנו חוששים, גם אם תוצאת הנטל שיוטל עלינו הוא יחסית קטן. אם לא נוודא דברים אחרים בחוזה שהעלויות שלהם הם מאות אלפי שקלים, זאת הבעיה. חלק מהסיפור של חוק המכר נועד כדי למתן את ההטיות האלה ולגרום למצב שבו לפחות כשהקבלן מחזיק את כל המידע, ויש פערי ידע גדולים בינו לבין הרוכשים, אז ניתן הגנה מסוימת.
4. **הטיה בין מידע מוחשי ושאינו מוחשי** – יש דברים שיש להם השלכות כלכליות ומשפטיות גדולות שלעיתים אנו עשויים להתעלם ממנו.

כאמור, בגדול – הסיבה העיקרית שהדין הישראלי יוצר הסדרים מיוחדים ברכישת דירה מקבלן היא בגלל פערי הכוחות הגדולים במידע, ובהבנת המציאות העובדתית והמשפטית לרעת הרוכשים והצורך שלהם בהגנה מצד המחוקק.

**כדי להתמודד עם פערים אלה, המחוקק הישראלי קבע שני חוקים ייחודיים לתחום הזה של רכישת דירה מקבלן**:

1. **חוק המכר (דירות) תשל״ג–1973** (חובות גילוי – פערי מידע)
2. **חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) תשל״ה–1974** (בטוחות – פערים כלכליים)

החוקים האלה באים לבסס שתי הגנות לרוכשים: **פערי מידע ופערים כלכליים**.

* התחום של פערי המידע מכוסה על ידי חוק המכר (דירות) **שמנסה** לחייב את הקבלן בחובות גילוי (מנסה כי קבלנים מצליחים לעקוף לעיתים את החוק).
* החוק השני נועד לתת ביטחון כלכלי לרוכשי הדירות, מתוך הבנה של פערי הידע הכלכלי בין הרוכש לקבלן. הקבלן יודע מה מצבו הכלכלי של הרוכש, ואילו הרוכש לא יודע מה מצבו הכלכלי של הקבלן.

לכן, המחוקק חוקק שני חוקים ייעודיים להגנה על רוכשי דירות מקבלן.

**הערה חשובה** – הבעיה של קבוצות רכישה (ענבל אור, אלדד פרי וכו) היא ש**הן לא נכנסות לחוקים האלה**. אם הן היו נכנסות תחתיהם, הרוכשים היו אמורים להיות מוגנים כלכלית.

**חובות הגילוי**:

ישנם פערים גדולים ברמת הידע שיש לקבלן מול הרוכשים. הקבלן יודע בדיוק מה הוא מתכוון לתת ולעשות בדירה, הוא גם יודע שהוא יכול להצמיד בשלב הבניה חלק מהרכוש המשותף לדירות מסוימות. כשקבלן מצמיד חלקים מסוימים מהרכוש המשותף לדירות מסוימות, על פניו הוא לא חייב להודיע לכולם. חלק מההוראות של חוק המכר דירות **מחייבות** את הקבלן לדווח לרוכשי הדירות מה בדיוק הוא עשה, כדי שרוכש ידע מה נמצא ברכוש המשותף, מה הוצמד ולא הוצמד וכן הלאה.

**האם העובדה שמחייבים כ"כ הרבה גילוי לא מכניס את הרוכשים למצב של הצפת מידע?** זה כן מכניס אותם למצב של הצפת ידע, ועדיין המחוקק מעדיף שכל המידע יהיה גלוי, משאר שיצוצו בעיות אחר כך.

**פס״ד שמעונוף**: פס"ד זה מסביר את המטרה של חוק המכר. מטרתו היא להבהיר את כוונות המוכר, ומהן הזכויות שהרוכש קונה מהקבלן. הסיטואציה הזו שעומד רוכש של דירה מול קבלן, היא סיטואציה בה הקונה מרגיש מאוד קטן. לכן בית המשפט העליון בפס״ד זה אומר שכל מטרת חוק המכר היא להביא לידיעת הקונה את מה שהוא קונה באמת, לדעת מה המצב של הבניין שהוא קונה את הדירה בו, לדעת מה הוצמד לאיזה דירות וכן הלאה. יש לזכויות בניה כאלה שווי כלכלי גדול. אם לצורך העניין גיליתי שקבלן הצמיד זכויות בניה לדירה מסוימת, אני בעצם קונה נכס ששווה פחות.
**בית המשפט מסביר למה המחוקק עשה את החוקים האלה** – הנחת המוצא של המחוקק היא שהקונה נמצא במעמד נחות מבחינת כוח המיקוח, יכולת התמרון וניסוח החוזה, בגלל שמדובר במצרך מאוד חיוני (דירה) אז גם מבחינת הפרט וגם מבחינת האינטרס הציבורי אנו רוצים שהרוכש יהיה חשוף לכל המידע. זה אינטרס של כולנו כחברה, וזה מה שעושים החוקים הללו.

**מה כוללות חובות הגילוי?** 3 דברים עיקריים:

1. **מפרט מפורט** – צריך להיות מאוד ברור ומסודר.
2. **בהיר**
3. **במועד עריכת החוזה** – לא יעזור לומר לצרף מפרט בהמשך. כשהלקוח והקבלן חותמים על החוזה באותו זמן חייב לעמוד לפני הרוכש כל המידע שחוק הדירות מחייב את הקבלן לתת.

מה קורה אם לא מולאה חובת גילוי?

זה יהיה רלוונטי בעיקר למקרים בהם עשה הקבלן הצמדות בבניין. אם לא התקיימה חובת הגילוי, יראו בעצם את החיים בבניין הזה כאילו חל עליו התקנון המצוי ולא תקנון ההצמדות שהקבלן קבע לפני כן. כלומר, כל הדברים הייחודיים שקבע הקבלן מתבטלים, ויראו את הדברים כתקנון המצוי לפי החוק. בתקנון המצוי יש כללים מאוד סטנדרטים, וברגע שהופרה חובת הגילוי זה כאמור יחזור למצב הסטנדרטי. דבר זה אמור לתמרץ את הקבלן לגלות (בייחוד לקבלנים שמשאירים אצלם דירות, זה יהיה להם רלוונטי מבחינה כלכלית אם הם הבטיחו הצמדות לרוכשים מסוימים, ואז אותם רוכשים שכן קיבלו את ההצמדות המקוריות יבואו ויתבעו את הבעלים אם לא יגלו), אבל זו סנקציה שנועדה לשמור על זכויות רוכשי הדירות מתוך הבנה שהם באמת חלשים במצב שהם קונים דירה מקבלן.

**בטוחות:**

החובות שמוטלות על קבלנים הן גם חובות גילוי וגם חובות מסוג בטוחות. חוק המכר הבטחת השקעות עוסק בהבטחת הבטוחות.

**חפציבה**:זה היה סיפור שכל המדינה עקבה אחריו, ואחרי הקריסה של חברה זו. חפציבה הייתה חברת בניה מאוד משמעותית, היה לה המון פרויקטים ברחבי הארץ. בשנת 2007 מתפרסם הדוח הכספי לשנת 2006 ושם החברה מספרת למשקיעים ולבעלי המניות שתזרים המזומנים השלילי נובע בעיקר מתשלומים עבור פרויקטים שעולים על מכירת הדירות. בעצם, חברת חפציבה אומרת שהיא במינוס – היא משלמת הרבה על רכישה של קרקעות למטרות בניה, ומצד שני היא מקבלת הרבה פחות כסף מרכישת דירות. יש פער בין התקבולים להוצאות. לקראת סוף 2007 מתחיל להתנהל בישראל "רחש בחש" סביב חפציבה שהחברה נקלעת לקשיים. השוק מתחיל לעכל את האמירה שיש תזרים שלילי. מה שקורה מאותו רגע הוא שאנשים שקנו דירה בחברת חפציבה מסתערים על הדירות. הדירות לא היו בנויות, אלא היו במצבים מאוד ראשוניים (שלד) – ואנשים פשוט באו ונכנסו למה שהיה אמור להיות הדירות שלהם ונשארו שם. זה קרה בפרויקטים של אותה חברה בכל רחבי הארץ. התפיסה של אותם אנשים הייתה שאם הם לא נכנסים לדירה הזו הם עלולים לגלות שהכסף שלהם הלך כי החברה בחובות. הם רצו לתפוס עמדה – שהרי יש להם רק זכויות חוזיות ולא קנייניות.

המרצה אומר שהסיפור הזה לא היה אמור לקרות, כלומר הסיפור של הפולשים שמנסים לתפוס אחיזה בקרקע.

**למה זה לא היה אמור לקרות?** כי אם יש חוק שמדבר על הבטחת השקעות אז אם רוכשים שמו סכום מסוים אצל חפציבה, משהו שם היה אמור להישאר להם. הריצה הזו לדירות הייתה כיוון שהם הבינו שלא נאשר להם כלום.

אם כן – איך יש פער בין החוק, שהוא חוק ייעודי לרוכשי דירות שנותן בטוחה לכסף שלהם, לבין כך שאותם אנשים הולכים ותופסים את הדירה הלא בנויה שלהם כדי שאולי תהיה להם זכות?

מה שהתברר בחפציבה זה שאותה חברה **עקפה את החוק**. נסביר – החוק קובע שהקבלן חייב להבטיח לרוכשים בטוחה. אחת הדרכים שהחוק מאפשר לקבלן להבטיח זאת זה ע״י ערבות. כלומר, זו הדרך הנפוצה ביותר.

ערבות זה שהקבלן הולך לבנק ואומר שעל כל שקל שהרוכש מפקיד לו בחשבון מוציאים לו ערבות, ואז אם הקבלן פושט את הרגל – הלקוח הולך לבנק, מביא את שטר הערבות ומקבל את הכסף. זה מה שהחוק רוצה לעשות – להגיע למצב שבו אדם שקונה דירה מקבלן, כל שקל שהוא שם מעבר ל7% הראשונים מבוטח. ערבות אינה הדרך היחידה, אך היא **הדרך המרכזית בה קבלנים משתמשים**.

בסיפור של חפציבה היה ערבות – האחים יונה (בעלי החברה) הציעו ערבות, שהרי החוק מחייב אותם לכך. אבל מה היה שם? באותו זמן, כדי לקבל את הערבות היה צריך להפקיד את הכסף לחשבון בנק מיוחד. מי שהפקיד לחשבון בנק מיוחד קיבל ערבות. בסיפור של חפציבה הם העבירו ללקוחות שלהם חשבונות בנק שמספריהם דומים לחשבון של הבנק המיוחד, וכך יצא שאנשים בעצם הפקידו את הכסף לחשבונות פרטיים, ובכך הם לא קיבלו את הערבות.

\*הדין הפלילי היה סביב הרמאות הזו כנגד האחים יונה (לא רק שרימו, אחד מהם גם ברח לחו"ל).

בעצם, ברגע שהחברה נכנסה לקשיים והיה תזרים שלילי הם ניסו לקחת כספים ולא ליפול לגמרי ובכך הם נפלו לרמאות. **זו הייתה הבעיה בחפציבה**.

מכל הסיפור הזה ניסינו להבין את המנגנון – יש רוכשים ששמים כסף, יש חברות קבלניות שאנו כרוכשים לא בהכרח יודעים את מצבם הכלכלי באופן מלא, ולכן המחוקק מתערב וכדי למנוע קטסטרופות ואיבוד כספים בגלל קריסה של חברה נדל"נית אנו מחייבים את הקבלן לתת בטוחה. כאמור, הבטוחה הכי פופולרית היא ערבות בנקאית.

יש כאן שתי שאלות שהן קצת שונות אבל משלימות זו את זה:

1. **למה צריך בטוחות?** למה לחייב קבלן לתת בטוחה? למה ברכב לא מחייבים בטוחות? שתי תשובות:
* **סיכון שנובע מבעיות כלכליות של קבלן** – בגלל הפער הזה בין הקבלן לרוכש אנו רוצים לוודא שאנו מבטחים במובן מסוים את הצד החלש במערכת היחסים הזו.
* **סיכון שנובע מפגמים בזכות הקניין של המוכר** – יש הרבה מאוד סיכונים בעסקאות של מקרקעין מול קבלנים שנובעים לא מהיכולות הכלכליות של הקבלן, אלא דווקא מטיב זכויות הקניין שלו. נסביר – חלק גדול מהקבלנים שבונים בארץ לא בונים על קרקע שלהם. הם לא רוכשים את הקרקע כי זה עולה המון כסף. ברגע שבשלב הראשון צריך לקנות קרקע שעולה המון כסף זה קשה ורוב הקבלנים לא יכולים להרשות לעצמם להוציא את הסכום הזה. לכן, הרבה פעמים עושים עסקאות בהן הקבלן בונה על קרקע של מישהו אחר. **הקבלן הוא לא הבעלים של הקרקע**. הסיטואציה הזו חושפת את הקונים של הדירות **לסוג נוסף של סיכונים** – כי בעצם, בין הקבלן לבעלים של הקרקע יש חוזה, אבל אין לקבלן זכויות קנייניות במקרקעין, והוא מוכר זכויות שאין לו במקרקעין. זה חושף את הקונים לעוד סוג של סיכונים, מעבר לסיכון הכלכלי של הקבלן לעמוד בהתחייבויות שלו. לכן צריך בטוחות – בשביל אותם מצבים שנניח שיש פתאום סכסוך בין הבעלים של הקרקע לקבלן. הרוכשים מקבלים זכויות חוזיות, זה יהפוך להיות זכויות קנייניות רק אם החוזה בין הקבלן לבעלים ימומש והבעלים יסכים לרשום את זכויות הרוכשים בטאבו. **אבל כל עוד הבעלים לא עושה זאת, הם בעלי זכויות חוזיות כלפי הקבלן, שהוא עצמו גורם שאין לו זכויות במקרקעין**. לכן, אם אין לרוכשים בטוחה הם עשויים להישאר במצב בו הם נותרים ללא כלום.
1. **האם כפיית בטוחות מוצדקת?** האם נכון בכלל לכפות על מישהו לתת בטוחות? כפיה של בטוחות עולה כסף, הקבלן חייב לתת בטוחה. נניח שמדובר בערבות בנקאית, ע״מ שהוא יסכים להוציא ערבות על הסכומים שמשלמים לקבלן, הקבלן צריך לשלם לבנק. התשלום הזה של הקבלן לבנק לא נשאר אצל הקבלן, חלק גדול מעלות הדיור בישראל נובע גם מכל הרגולציה הזו – ברגע שקבלן צריך להבטיח את ההשקעות של רוכשי הדירות, ברגע שהוא צריך לשלם לבנקים על הוצאת ערבויות זה מגולגל למחיר הדירה, ולכן דירה שעלתה עד עכשיו מאה אלף דולר, עולה למאה וחמש אלף דולר. **לכן יש עלייה במחירי הדיור, שמגולגלת לבסוף ללקוחות ובמובן מסוים הלקוחות מבטחים את עצמם**. אז האם הכפיה הזו מוצדקת? האם עלינו לחייב אנשים לבטח את עצמם? זו שאלה לא קלה. זו שאלה שמחייבת ספקים ויצרנים בדברים שעולים כסף, העלות הזו מגולגלת בסוף לצרכן.

שני הסיכונים האלה מצדיקים חובה של בטוחות במקרקעין.

**חוק המכר להבטחת השקעות**

מה נכלל בחוק זה? איזה סוגים של מכר נכללים בתוך המכר? החוק חל רק על רכישת דירה (כולל גם עסק), אך הוא חל **רק על רכישה מקבלן**. כלומר – החוק לא חל על בניה עצמית, למשל אם אני בונה בית ומביאה קבלן שבונה בית דו משפחתי, ואני אמכור את אחת היחידות למישהו אחר – זה נקרא בנייה עצמית, בנייה על הקרקע שלי זה לא נכנס תחת חוק המכר להבטחת השקעות. כמובן שזה גם לא חל על מכירה של יד שניה.

בסיפור הזה מתרכזת הבעיה של קבוצות רכישה. קבוצות רכישה היא אחד הניסיונות להוריד את הנושא של עלויות התיווך. במילים אחרות – אנחנו נבנה לעצמנו, אנחנו ניקח קבלן שיבנה לנו וככה נחסוך עלויות שקבלן רגיל לוקח מהרוכשים. קבוצת רכישה הרעיון שעומד מאחוריה הוא שמתקבצת קבוצת רוכשים שמניעים את התהליך, יש יזם (כמו אילן ששון), הם קונים יחד את הקרקע ואז נכנסים להליך שבו הקבלן בונה את הפרויקט והם מקבלים את הדירות.

**קבוצות רכישה נחשבות כרגע כבניה עצמית**. לא לוקחים פה בחשבון שקבוצת רכישה כזו היא בעצם כל הרציונלים שמצדיקים את חוק המכר הבטחת השקעות, כלומר הן חלות גם עליה. למה? כי יש פה יזם אחד שהוא הגורם המארגן והוא לא מתחשב באינטרסים של הרוכשים.

מה שחשוב להבין הוא שחוק המכר בטוחת השקעות רלוונטי רק למצבים בהם רוכשים דירה מקבלן! יש לכך הרבה השלכות.

החוק נותן 5 דרכים שונות להבטיח השקעות של רוכשי הדירות:

בטוחות פיננסיות:

1. **ערבות בנקאית** – דיברנו על כך קודם. הפקדת כספים בחשבון הפרויקט, ובתמורה מקבלים ערבות. ברגע שיש ערבות אצלי, זה לא שלא הייתי רוצה לקבל את הדירה, אבל כשיש ערבות כלכלית מבנק אני הרבה יותר רגועה, כי הבנק מבטיח לי שאם בסוף לא אקבל את הדירה, עדיין אקבל את הסכום ששמתי. הקבלנים צריכים לשלם לבנק על הערבויות האלה, ומה שקורה זה שזה מגולגל למחירי הדירות – על הרוכשים.
2. **ביטוח** – הרעיון של ביטוח הוא דומה לערבות. האופציה הזו אומרת שבמקום לקבל שטר ערבות מהבנק נקבל פוליסת ביטוח שגדלה ככל שמפקידים יותר כסף. מבחינתנו אין נפקות בין ערבות לביטוח. אלה שתיהן ערבויות פיננסיות, ברגע שהקבלן נותן אחת מהן אנו יודעים שהכסף שלנו לא יעלם.

בטוחות קנייניות:

1. **שיעבוד הקרקע במשכנתא ראשונה בדרגה** – הבנק יכול לתת זכות של משכנתא בקרקע. בעצם, לבוא ולהגיד אתם משלמים לי כסף, כלומר מלווים לי כסף עד לסוף הפרויקט ולכן הוא יכול לתת רישום משכנתא על שמכם בקרקע. זה בדיוק כמו שכשבנק נותן משכנתא ורושם אותה לטובתו תמורת הלוואה שהוא נותן, הוא עושה זאת כדי להבטיח את ההשקעה שלו, ואם חס וחלילה משהו יקרה הוא ילך לנכס ויגבה ממנו את הכסף שהלווה. כך גם אצל הרוכש – זה נותן לו בטוחה לכסף שלו. אותו דבר הקבלן יכול להציע בטוחה קניינית שזה אומר שהרוכש יקבל משכנתא בקרקע. איך זה מבטיח את ההשקעה? אם הקבלן פושט רגל ואי אפשר לקבל את הכסף חזרה, הרוכש מבחינתו אומר שזה לא מעניין אותו והוא הולך לקרקע, הוא ידרוש לממש את הקרקע הזו כי יש זכות קניינית של משכנתא, והוא יגבה את החלק שלו בקרקע.
2. **רישום חלק יחסי של הקרקע ע״ש הרוכש** – חלק יחסי בקרקע ללא רישום משכנתא. נניח שהקרקע שווה מיליון שקלים, והרוכש נתן 100,000, צריך לרשום את השם של הרוכש כבעלים של עשרה אחוז בקרקע. כך הרוכש יוכל לממש את החלק שלו בקרקע/ למכור אותה שכן יש לו בעלות.
3. **רישום ה״א לגבי הדירה או חלק יחסי מהקרקע עליה נבנית** – אנו מכירים את הבטוחה הזו מרכישת דירה יד שניה. החוק בא ואומר שאחת האפשרויות היא לרשום ה״א.

**למה הערבות היא הבטוחה המועדפת על קבלנים?**

* אופציות 3,4 – שעבוד, כלומר משכנתא/ רישום יחסי של הקרקע על שם הרוכש כמעט ולא אפשריות פרקטית משתי סיבות:
1. כפי שאמרנו קודם, הקבלן הוא לרוב לא הבעלים של הקרקע. כדי לתת את אחת הבטוחות האלה, על הקבלן לשכנע את הבעלים של הקרקע עוד בשלב שבו שום דבר לא קורה, לרשום חלק יחסי, כלומר להכניס איתו שותפים במקרקעין, וגם לרשום משכנתאות. האופציה הזו שבעלים של מקרקעין ייתן לקבלן את האפשרויות האלה לפני שעומד פה בניין בקרקע, שואפת לאפס.
2. הבנקים דורשים משכנתא מדרגה ראשונה. לא סביר שהבנק המממן יוותר על רישום משכנתא ראשונה בדרגה על שמו. כי משכנתא מדרגה ראשונה משמעותה שהבנק גובה ראשון ורק אחרי זה אחרים גובים. הבנק רוצה לשמור לעצמו את הזכות הבלעדית לכך, מבלי לחלוק אותה עם אחרים.

הבטוחות הקנייניות הן מאוד חזקות, אבל כנראה שהן לא יצאו אל הפועל.

* אופציה 5 – הערת אזהרה, זהו גם דבר שבד״כ לא יקרה:

הבעלים לא יאפשרו רישום של ה״א בשלבים מוקדמים של הבניה. למה? כי הם תקועים איתן ומאוד קשה להיפטר מאנשים שיש להם ה״א על נכס שלך, ביחוד במצבים בהם הקבלן קורס/ נעלם.

* אופציות 1,2 – שתי הבטוחות הפיננסיות – ערבות וביטוח:

המטרה באופציות אלה היא להגן על הכסף של הרוכש ולא להגן על זכות זיקה בלתי אמצעית לנכס, שכן עוד אין נכס. לכן, האינטרס של הקבלן הוא לתת כמה שיותר בטוחות קנייניות, אבל האינטרס של הבעלים הוא לתת כמה שיותר בטוחות פיננסיות, ולכן לרוב נותנים בטוחות פיננסיות (מסוג ערבויות לרוב). הסיבה לכך, היא בעיקר בשל כך שקבלנים עובדים עם בנקים, והסיפור של הערבויות נלקח תוך כדי העבודה המשותפת.

**נקודה חשובה** – הערבויות הללו מהן לא אמור להיות המקום שממנו גובים אם יש תלונות על הביצוע, כלומר אם הקבלן הביא דירה שלא ממש אוהבים, אנו לא נגבה מהערבות. אפשר לתבוע את הקבלן, אך לא את הערבות. **הערבות נועדה לוודא שמקבלים דירה, לא דירה לשביעות רצון מלאה**.

חזרה ל**חפציבה**:

ביהמ״ש משנה שם את החוק ושולל את החובה להפקיד לחשבון מסוים כתנאי להוצאת ערבות. הוא מחיל את **שיטת השוברים** – בשיטה זו מקבלים מהקבלן פנקס שוברים לפי סכומים, הולכים לבנק ומשלמים באמצעות השוברים וכך יש ערבות. זה יותר בטוח מהמצב שהיה בחפציבה, מפני שאין פער בין שלב התשלום לשלב הערבות.

**פס״ד מטרי**: ביהמ״ש אומר דבר כזה – חוק המכר וחוק הבטחת השקעות **הם חוקים צרכניים**. כלומר, אם יש גוף מוסדי שבא וקונה כמה דירות או אדם פרטי שקונה דירה, ביהמ״ש אומר שאם יש מצבים בהם נצטרף לתעדף מי מהשניים יקבל הגנה – **נעדיף לתת את ההבטחה לרוכש הפרטי**.

הסיפור של פס״ד זה הוא מצב בו יש סכומים מסוימים. כשחברה נכנסת לחדלות פירעון זה אומר שיש לה יותר חובות ממה שיש לה נכסים ומזומנים. במצב הזה יכולים להכריז על החברה כחדלת פירעון והיא צריכה לפרוע לפי סדר הקדימויות בדין לפריעת החובות.

מה קורה במצב בו קבלן פושט רגל, ויש לו נכסים אבל אין לו לתת לכולם, מי מקבל? ביהמ״ש אומר שהחוקים האלה אמורים להעמיד את הרוכש הפרטי בתור לפני הרוכש המוסדי, שרוכש כמה דירות כדי לעשות מהן עסק. החוקים לא באים ואומרים זאת, החוקים מדברים באופן כללי על מי שקונה דירה מקבלן. **ביהמ״ש אומר את זה – שלא עולה מהחוקים הבחנה בין רוכש פרטי לבין רוכש עסקי, אבל התכלית שלהם היא להגן על הצרכן הפרטי**. במילים אחרות, ביהמ״ש אומר לאותו גורם שהוא כונס הנכסים/ המפרק וכדומה: אם אתה כונס נכסים של קבלן שפשט את הרגל, והנושים הם רוכשי דירות, חלק מהם רוכשי דירות בודדים שקנו דירה למגורים, ואחרים הם גורמים מסחריים שקנו הרבה דירות, החוק לא אומר שיש הבחנה ולכאורה כולם צריכים לעמוד באותו מקום בתור. אבל לא כך הדבר – אלא האדם הפרטי יעמוד ראשון בתור, משום שהוא רכש בית פרטי לשם מגורים. אנו מתעדפים את המקומות בגלל שזה חלק ממערכת דינים צרכניים. ביהמ״ש אומר שהחוקים האלה הם חוקים שכל מטרתם היא להגן על האינדיבידואל, על הצרכן ולתת לו בטוחה שהכסף שהוא שם על הנכס המאוד מאוד משמעותי עבורו לא ירד לטמיון.

לאחר פס״ד חפציבה התחילו את שיטת השוברים כאמור.

**הרצאת אורח של עמית גריידי – ממונה על חוק המכר במשרד השיכון**

יש שני חוקי מכר כאמור לעיל. חוק המכר דירות קיבל תפנית מאוד גדולה בשנת 2006-2008: מקרה חפציבה. חברה זו קרסה והפילה יחד איתה הרבה משפחות. הדרך בה חפציבה פעלה היא שהיא באה לרוכשים ואמרה להם לשלם כספים מתחת לשולחן, כלומר שאין בטוחה לכספים, וכשהחברה קרסה הכסף הלך. חוק המכר מגן על כספים של רוכש דירה במיוחד במקרה של כשל בפרויקט, שלפחות יהיה ניתן להציל את הכספים. חוק המכר דירות עוסק בעיקר בצדדים הטכניים של העסקה.

**איך מגנים על כספים של רוכשי דירות במקרה שחברה קורסת**? כשנכנסים למשרד של חברת נדל"ן, חוק המכר מגדיר מראש דברים מאוד ברורים – לא ניתן לגבות מרוכש דירה מעל 7% משווי הדירה מבלי לתת לו בטוחה. בטוחה קבועה בהוראות ס' 2 בחוק: בטוחה היא ערבות בנקאית (פנקס שוברים שרק באמצעותו ניתן יהיה לשלם על הדירה), או פוליסת ביטוח – ליווי בנקאי, או הערות האזהרה – זכות קניינית בנכס שקנית שבאה להציג לעולם שיש למישהו זכות בנכס. ה"א זו לא זכות מוחלטת. הבעיה שלנו עם ה"א היא בעיקר בפרויקטים של התחדשות עירונית שבה נתקלים במצב שאם חברה קורסת והבטוחה שלך היא ה"א אתה תאבד הרבה כספים.

מצד אחד החוק מאפשר את שיטת ה"א, והרי היא מצויה תחת הכותרת של החוק שהיא הבטחת השקעות של רוכשי דירות, אבל לבסוף במקרה של כשל היא לא מגנה עליך עד הסוף.

**דרך התאנה:** פרויקט של תמ"א 38(1). מה שקרה זה שהחברה קרסה ומפרק החברה ניסה להגיע להסכמות עם נושי החברה ובין היתר עם רוכשי הדירות של הפרויקט. הוא לא הצליח להגיע להסכמות והחליט אחרי כמה שנים להכריז על הרוכשים כנכס מכביד. נכס מכביד אומר שאותו נכס שהוכרז כמכביד על החברה לממש את כלל הנכסים שלה לטובת כל הנושים. בית המשפט קיבל את הבקשה וביטל את הסכמי המכר, מחק את ה"א של הרוכשים והם נכנסו לסדר הנשייה הרגיל כמו יותר הנושים בפרויקט. לבסוף, הם לא קיבלו את כל הכספים שלהם. בניגוד לבניין שבונים בניין מאפס, בפרויקט של תמ"א יש אנשים שגרים שם בתוך הבית, לכן ביהמ"ש מיהר לקבל החלטות, הוגשה התנגדות למה שבית המשפר אישר, ובית המשפט דחה את ההתנגדות. **פסק דין זה נתן ניעור לגבי מעמד ה"א.** ניסו לבטל בחקיקה את האפשרות הזו של ה"א בפרויקט תמ"א, אבל לא אישרו זאת. אמנם, מפרסמים אלטרנטיבות כל הזמן. יש בטוחה של חברת נאמנות שעוד לא נעשה בה שימוש. חברה זו צריכה אישור של שר השיכון. עד היום שר השיכון לא אישר אף חברה כזו. זה אמור להוות אלטרנטיבה לה"א. עמית ממליץ לא לרכוש דירה בשיטת ה"א בשל מה שהצגנו.

קבוצות רכישה:

**מה ההבדל בין קבוצה לפרויקט יזמי?** קבוצת רכישה מתארגנת לרוב ע"י מארגן. הוא מארגן קבוצה של אנשים שרוכשת קרקע ולאחר שהיא רוכשת אותו היא גם בונה עליו בניין. העניין בקבוצת רכישה הוא שחברי הקבוצה עצמם הם היזם של הפרויקט, הם אחראים עליו לכל דבר ועניין, הם אחראים לקבלת ההחלטות – מי היועצים מי הקבלנים וכן הלאה. אם משהו משתבש בפרויקט זה עליהם. לעומת זאת, כשחותמים עם יזם וחתמת על מחיר שום דבר לא ישנה את המחיר הזה.

חוק המכר חל רק על רוכשי דירות, מה יש בקבוצת רכישה? החוק לא חל על קבוצות רכישה (הורחב לעיל בשיעור עם שי)

קבוצת רכישה היא כזו שכל החברים של הקבוצה שולטים בפרויקט על כל פרטיו. אי אפשר לקבוע מחיר סופי.

בשיטת היזמות סה"כ צופים מהצד ולא קובעים שום דבר. בקבוצת רכישה, יש שליטה אמיתית של הקבוצה בפרויקט.

**נסביר את העניין של מחיר סופי** – כשקונים לבד ניתן לרכוש קרקע ולהקים עליה וילה, אותו דבר בקבוצות רכישה. כאשר המארגן של קבוצת הרכישה קובע לך מחיר סופי, כלומר מתחייב עבורך למחיר סופי, הוא ייקח לך את כל השליטה בפרויקט. לכן, אין שום דרך להבטיח מחיר סופי ולהיות קבוצת רכישה לגיטימית.

בסיפור פרי נדל"ן, רוכשים איבדו הרבה כספים, כי החברה הוצגה כקבוצת רכישה אבל לא הייתה כך בפועל. בעניין של פרי נפתח הליך מנהלי על קבוצת רכישה, נמצא שם שנעשו עבירות חוק מכר, ולאחר מכן הוגשו בקשות פירוק.

ניסיון לעקוף את חוק המכר

יש ניסיון לעקוף את חוק המכר בדרכים מאוד יצירתיות, בעיקר ע"י עו"ד.

* **הלוואות עוקפות חוק מכר** – מותר לתת הלוואות למי שרוצים ובאיזו דרך שרוצים זה לא בניגוד לחוק. אבל זה כן בניגוד לחוק לתת הלוואה ככסות למכר דירה. כלומר, אותו מוכר דירה באותו מעמד של מכירה עושה עם הרוכש שיושב מולו הסכם הלוואה ולא הסכם מכר. היזמים מנסים להציג את הסכמי ההלוואה כהסכמים לגיטימיים. השאלה אם המטרה של ההסכם היא באמת הלוואה? אם הסכם ההלוואה הוא על 2 מיליון שקלים וההחזר הוא דירה עוד שנתיים – האם מדובר על הסכם הלוואה או מכר? צריך לבדוק. כמובן שאם המטרה האמיתית היא מכר דירה בהסכם שמוצג כהסכם הלוואה והנושא יגיע לפתח משרד השיכון – היזם יאכל אותה.
* **הסכמי אופציה** – תשלום של סכום ראשוני, ומקבעים מחיר ראשוני לדירה, יש את האופציה לקנות את הדירה הזו במחיר X. אם מימשת תקנה באותו מחיר ואם לא, הפסדת את הסכום הראשוני שהוצע לך. היה למשל הסכם אופציה שבו הרוכש שילם 70% לפני תאריך מימוש האופציה. זה לא הסכם אופציה לגיטימי.

השורה התחתונה היא שמנסים כל הזמן לבחון את הגבולות של חוק המכר.

**תחרות**

**נושא שהוא הבסיס לשאלה המרכזית במבחן**. הוא עוסק בדיני תחרויות. כדי להבין מה זה דיני תחרויות אנו נראה שיש שלושה סוגי תחרויות. אנו למדנו שיש שלושה סוגי משאבים – מיטלטלין, מקרקעין וזכויות. ברגע שאנו נתקלים בשאלה שקשורה לתחרות – צריך לזהות מה התחרות הרלוונטית ומה המשאב הרלוונטי, ברגע שעושים את זה הפעולה די קלה.

נסביר תחרות באופן כללי

התחרות הקלאסית שמדברים עליה היא תחרות שאדם **ב** מוכר דירה לאדם **א** ולאחר מכן מוכר אותה לאדם **ג**. בעבר, כשהיינו דנים בשאלות האלה – מי זכאי לדירה/ מי מנצח בתחרות בין **א** ל-**ג**, לא היינו דנים בכלל במערכת היחסים בין א ו-ג כי באופן עקרוני אין מערכת יחסים ביניהם. מה שקרה ב70 השנה האחרונות זה שאנחנו למעשה היום לא מסתכלים יותר בכלל על ב שהוא המוכר, אלא מתייחסים לסיטואציה הזו ש-ב מכר ל-א ומכר ל-ג את אותו נכס, בתור תאונה משפטית. כיום כשאנו מסתכלים על מי קיבל את הנכס אנו מוציאים לגמרי את ב מהתמונה, **ובודקים רק את המצב והמעמד של א ושל ג**. על בסיס מערכת היחסים הזו אנו מכריעים מי מהשניים מנצח. **מנצח הכוונה מקבל את הנכס**.

**נקודה חשובה מאוד** – הסיפור בדיני התחרויות הוא מי מ-א/ ג מקבל את הנכס. יש כמה סוגי תחרויות, זה לא רק התחרות שהצגנו לעיל (עסקאות נוגדות – נרחיב בהמשך). כשמרצה מדבר על מי מנצח בתחרות השאלה היא לא מי הולך ברחוב עם דגל, אלא מי לבסוף מקבל את הנכס לידיים.

שני דברים חשובים:

1. אם בתחרות מסוימת ג מנצח, גם אם הוא בשלב התחרות שילם רק חצי מהדירה עדיין הוא צריך לשלם לבסוף את כל הסכום ל-ב/ למי שיחליף אותו. **אף אחד בדיני תחרויות לא מקבל מתנות משמים**.
2. אם ג מנצח ו-א מפסיד זה לא אומר ש-א נשאר בלי כלום ביד, א יכול ללכת ולתבוע את ב על הפרת חוזה וכל הסעדים החוזיים שאמורים להיות לו. לכאורה, אפשר לומר של-א לא אכפת כי יש ערבות בנקאית. לכן, במשולש הזה לכאורה שני הצדדים אמורים להיות אדישים, כי אחד מהם יקבל את כסף והשני יקבל את הנכס מ-ב, כך שאף אחד לא יוצא מופסד. **הבעיה מתחילה כשהצד המפסיד בתחרות לא יכול להיפרע מ-ב – כי המוכר פושט רגל/ לא נמצא וכו'**. במצב כזה, מי שזוכה בתחרות ומקבל את הדירה נמצא במצב הרבה יותר טוב מהצד השני שמפסיד, כי הוא קיבל את הדירה והצד השני שמפסיד לא מקבל כלום – לא את הדירה ולא את הכסף. לכן, השאלה מי מנצח/ מי מפסיד היא שאלה שלכאורה היא לא דרמה גדולה, אבל אם הגורם ממנו אמורים לתבוע את הכסף לא בר פירעון אז המפסיד מפסיד את הכל.

שני מושגים שישרתו אותנו בדיונים של דיני התחרויות:

1. **תום לב** – שני מופעים:
* תום לב אובייקטיבי – האדם הסביר – **היה עליו לדעת**. נניח בסיפור בין א ל-ב **היה על ג' לדעת** שהנכס הזה נמצא בתהליך של עסקה – יש סימנים.
* תום לב סובייקטיבי – האדם **ידע** ואם הוא בחר לעצום את עיניו זו בעיה שלו. בסיפור בין ב ל-א, למשל ג ידע שהייתה עסקה ראשונה.
1. **תמורה** – שני מופעים:
* תמורה כלשהי – אם שילמתי משהו.
* תמורה בת ערך/ שוות ערך – תמורה מלאה או כמעט מלאה.

כל אחד מהמושגים האלה יש לו שני מופעים שונים. שני מופעים שונים של תום לב ושני מופעים שונים של תמורה. אנו נראה איזו משמעות אנו דורשים בכל אחת מהתחרויות.

**תחרות= תאונה משפטית.** יש מאמר של אדם בשם **מני מאוטנר**, מה שמני אומר במאמר – לתחרות יש שלושה שלבים:

1. **שלב מניעת התאונה** – המשפט מנסה לשים את רוב יהבו שם. לתת כמה שיותר דגש למניעת התאונה עוד לפני שהיא קורית. מניעת התאונה נעשית אקס אנטה (במחשבה מראש). ואז בד"כ אנו מנסים לתת צ'ופרים של צדק מתגמל על זה שאנו מונעים את התאונה מהחברה. הדין הישראלי נותן מקום מאוד משמעותי לסיפור מניעת התאונה. אחת הדרכים הכי משמעותיות היא מונע הנזק הזול – ע"מ למנוע את התאונות אנו מנסים לתמרץ את אותו גורם שהוא מונע הנזק הזול באמצעות דיני התחרויות לפעול כדי למנוע את התאונה. אבל שוב, כמו בכל דבר אפשר לדבר על הרבה פעולות של מניעה, אבל יש תאונות, הן קורות, וצריך להתמודד עם ההשלכות שלהן. הטיפול בעלויות יהיה באמצעות מחשבה למי מהשניים נותנים את הנכס לבסוף וגם לגבי כל מה שקשור בהתנהלות המערכת, המשפט והשוק באופן כללי.
2. **מזעור עלויות התאונה** – שיקול תועלתני.
3. **מזעור עלויות המערכת** – אנו לא רוצים שהדיונים יתפסו נפח גדול מדי של פעילות מערכתית ולא ידרשו מאות דיונים.

הכללים שיקבעו צריכים לקחת בחשבון את שני השיקולים האחרונים (ex post).

התפיסה שלו לגבי מניעת התאונות היא תפיסה של **צדק מתגמל** – המשפט רוצה להועיל ויתגמל את מי שפועל על פי הכללים. לעומת זאת, הכללים יטילו אחריות על מי שלא פעל על פיהם. אם נציב כללים ברורים מאוד מי שלא יפעל על פיהם הוא מונע הנזק הזול ולכן גם אם אין 100% וודאות שהוא זה שגרם לתאונה בגלל שהוא לא ציית לכללים והיה יכול בצורה קלה וזולה למנוע את זה אנחנו נטיל עליו את האחריות לתאונה. התפיסה הזו **מתחברת לדרישת תום הלב**. כשאנחנו נפרש מהו תום לב של אדם בתחרות הרבה פעמים נעשה זאת ע״י הטלת חובות תו״ל. שני השיקולים האחרונים, מזעור עלויות התאונה והמערכת, הם שיקולים בדיעבד והם מתקשרים יותר **לדרישת התמורה** כחלק מתפיסת **הצדק החלוקתי**.

אם כך נכון יותר להתייחס לתחרות במקרקעין כאל תאונה משפטית ולהמשיג אותה לתאונת דרכים ולא להסתכל עליה כעל מערכת משולשת מול המוכר. אנו ננסה למנוע תחילה את התאונה, אך במידה ולא נצליח, הדבר השני הוא שסט הערכים שאנחנו רגילים להחיל בתאונות משפטיות (מונע הנזק הזול ומאזן המצוקה) ילוו אותנו בדמות של תו״ל ותמורה לאורך דיני התחרויות.

תום הלב מבטא את הרצון שלנו למצוא מיהו אותו גורם שיכול היה להיות מונע הנזק הזול ולא פעל באופן הזה. ושאלת מאזן המצוקה, של הצדק החלוקתי היא שאלה שנקבעת בעיקר על פי התמורה.

**יש לשים לב שבדיני תחרויות יש את השוק כולו ולא רק את שני הצדדים שנפגעו כרגע**.

האם דיני התחרויות מסתכלים רק על שיקולים כלכליים?

לא. אנו נראה זאת כשנגיע לחלק מהתחרויות, אנו נראה שבתי המשפט במפורש לא מסתכלים רק על הנזק, אלא כן מסתכלים גם על שיקולים אחרים.

יש שלושה שיקולים נוספים: **(1) אחריות חברתית (2) צדק חלוקתי (3) תיאורית האישיות**

1. **אחריות חברתית** – כאשר מדובר בגוף כמו בנק או גוף דומה. בנק שלא רשם הערת אזהרה לעומת אדם פרטי שלא רשם הערת אזהרה, האם המחדל זהה? שיקולים של צדק חלוקתי חשובים בהקשר הזה.
2. **צדק חלוקתי** – לדוגמה, מה קורה בין בני זוג, האם מכניסים שיקולי הגנה על בת הזוג? הדבר האחרון הוא שיקולים שקשורים לתיאורית האישיות.
3. **תיאורית האישיות** – בחלק מהמקרים ניתן משמעות אחרת לזכויות או להתנהלות של צדדים שיש להם נגיעה אישית לנכס ביחס לצדדים בלי נגיעה כזו. לדוגמה, אם א׳ הוא משפחה שקונה בית מגורים וג׳ הוא נושה לא מובטח של ב׳ (לא אכפת לו לקבל את הדירה הזו ספציפית). ביהמ״ש עושה הבחנה בין המצבים הללו.

מאוד חשוב להבין שבתחרויות אנו עובדים בצורה מאוד קטגורית. לכן כדאי ליצור טבלה של 9 רובריקות – 3 סוגי משאבים על 3 סוגי תחרויות ולמלא כל אחד מהריבועים. נעבור בצורה מסודרת על כל שלושת התחרויות לגבי כל אחד משלושת המשאבים. ככה עובדים בדיני תחרות – מאתרים קודם כל את המשאב הרלוונטי (מקרקעין, מיטלטלין, זכויות (כולל מקרקעין לא רשומים)), והשלב השני הוא לזהות את הסוג של התחרות, והסוג של התחרות צריך להבין אותו מהצדדים. כשיש את הטבלה הזו זה מאוד נוח.

**תחרות 1 – בעל התחייבות לעסקה מול נושי המוכר**

ליתר דיוק: בעל התחייבות לעסקה מול **נושה מעקל מאוחר יותר**.

המצב הוא כזה: אדם כורת חוזה לרכישת נכס מסוים – מקרקעין. הוא עדיין לא השלים את הקניין שלו, כלומר לא רשם את הנכס. בטווח הזמן הזה מגיע נושה (אדם אחר) של אותו מוכר ומטיל עיקול על הנכס הזה. עיקול זה לא משכון, עיקול זה זכות דיונית, כלומר איזושהי אחיזה כדי להבהיר שבעל הנכס צריך לפרוע את החוב לנושה. אין לנושה רצון להחזיק בנכס הזה, אלא לעצור מהבעלים לעשות פעולה בנכס הזה כדי שיפרע את חובו כלפיו. במילים אחרות – עיקול הוא מצב שבו מגיע נושה שרוצה לשים את ידו על הנכס כדי למנוע מהבעלים למכור אותו ולהישאר בלי יכולת לפרוע את חובו. זה לא אומר שלמי שהטיל עיקול יש זכות קניינית – **אלא זכות משפטית דיונית**.

**השאלה היא האם הנושה יכול להטיל עיקול על הנכס הזה?** אם כן זה מערער על זכותו של בעל התחייבות לעסקה להמשיך עם העסקה שלו.

באופן עקרוני כשבית המשפט דן בזכות לעיקול הוא אומר לנושה: אין לך עניין בנכס, שהרי אתה רק רוצה שהחוב שלך יפרע. אחת הדרכים שהמשפט כן נותן כדי לפרוע את החוב היא להטיל עיקול על הנכסים של החייב לפריעת החוב, אבל אין כאן זכות קניינית.

**מכל העסקאות שדיברנו עליהן, זו העסקה הכי שכיחה**. למה? כי זו סיטואציה מאוד רגילה בחיים העסקיים שלאדם יש כמה וכמה חובות לכל מיני נושים (אותם נושים לא דרשו משכון) ובמקביל יש לו נכסים שהוא רוצה למכור. אם הנושה היה דורש מלכתחילה משכון לא היינו נתקלים בסיטואציה הזו, הנושה כאן לא דרש משכון ועכשיו הוא רוצה להטיל עיקול.

בעבר, כשהייתה סיטואציה כזו **בדיני היושר האנגליים** – בעל ההתחייבות לעסקה היה זכאי בשיעור שבו הוא שילם. כלומר, אם היה מצב בו אדם קנה דירה, לאחר מכן מגיע נושה של המוכר ומטיל עיקול אז בעל ההתחייבות לעסקה היה זכאי להחזרת הכסף בשיעור שהוא שילם עד קרות התאונה.

מה ההיגיון של התפיסה הזו? הבטחה מסוימת של הזכויות של בעל ההתחייבות לעסקה. בניגוד לנושה שאין לו נגיעה לנכס, שלא דאג לעצמו לבטוחה קניינית לפירעון החוב, **לקונה יש כוונה לרכוש את אותו הנכס הספציפי הזה**. לכן, אחרי כל הסיפור הזה דיני היושר אומרים שהגון יותר לדאוג בסיטואציה הזו לקונה ששילם עבור העסקה ולכן אנו מבטחים את אותו בעל התחייבות לעסקה בכך שהוא יקבל את מה שהוא שילם.

עד 1969 בישראל חלה תפיסת דיני היושר האנגליים. ב1969 נחקק **חוק המקרקעין הישראלי**. חוק המקרקעין עושה שני דברים:

1. לא מתייחס לסיטואציה הזו (לתחרות הזו), בניגוד לשתי התחרויות האחרות אליהן הוא מתייחס במפורש.
2. קובע שאין יותר דיני יושר, כלומר בא ואומר שמרגע חקיקת החוק אין יותר דינים שביושר, אלא רק זכויות על פי החוק.

אם כן, **יש כאן לקונה גדולה בה מבטלים את ההסדר שהיה קודם ולא מציעים הסדר חדש**. זה מוזר, כי הסיטואציה של התחרות הזו הרי קורית כל הזמן! ואחרי שנת 69 אנו נמצאים במצב שבו אין לנו תשובה של מי מנצח בסיטואציה הזו.

**הלכת בוקר**: מבטלת את הזכות שביושר. כלומר, אנו לא נמצאים בסיטואציה של דיני היושר האנגליים. אם כן מי מנצח בתחרות הזו? במידה שדיני היושר מתבטלים, ככל שלא שכללת את הזכויות הקנייניות שלך, אם הגיע נושה מעקל מאוחר יותר ומטיל עיקול אי אפשר להמשיך בעסקה עד שלא ייפרע החוב לאותו נושה מעקל. הלכת בוקר עושה פה שינוי מאוד גדול – ברגע שמגיע מקרה כזה לעליון, הוא מכריע כך ומממש את דברי החוק.

בשנת 1972, שנה לאחר הלכת בוקר, נעשה **תיקון לס' 127(ב) לחוק המקרקעין** – המחוקק אומר שנכון שאין הסדר לגבי הסיטואציה הזו, אבל הוא משתמש במנגנון של הערות אזהרה כדי לאפשר לבעל ההתחייבות לעסקה דרך קלה לנצח בתחרות הזו, כלומר, למנוע תאונה משפטית. הוא בעצם אומר לקונה – ברגע שאתה חותם על חוזה לרכישת דירה, תרשום ה"א על הזכויות שלך, ואם רשמת ה"א ולאחר מכן יבוא נושה מעקל וירצה להטיל עיקול על המקרקעין האלה, ה"א הזו מצילה אותך והיא זו שמכריעה את התחרות לטובת בעל ההתחייבות לעסקה. המחוקק בעצם הבין שאין פתרון בחוק לסיטואציה הזו ואומר כאן שהוא נותן מכשיר פשוט **– רישום ה"א שיאפשר ניצחון בתחרות הזו. אם לא רשמת ה"א – הנושה יזכה בתחרות.**

**בנק מזרחי נ' רוזובסקי**: אם רכשת ושילמת ה"א – אתה מנצח את הנושים הלא מובטחים. אם רכשת ולא שילמת ה"א ואז מגיע נושה שמטיל עיקול – אתה מפסיד לנושה המעקל.

זהו הדין בישראל שקיים במשך למעלה מ20 שנה. הסיפור הזה משתנה בפס"ד אהרונוב.

**פס"ד אהרונוב**: דיון מאוד מעניין בין **שטרסברג-כהן**, **ברק וחשין**. המרצה אומר שברק שהוא דעת הרוב בפס"ד זה, מפשל בדרך שבה הוא מגיע לתוצאה שלו. לבסוף, בפסקי דין בהמשך, אנו רואים שבתי המשפט מאמצים את הדעה של שטרסברג-כהן **שכאן היא הייתה המיעוט**.

המקרה: מצב בו יש התחייבות לעסקה, אבל אין רישום של העסקה הזו. באמצע מגיע בנק אוצר החייל (הנושה) שדורש עיקול והסיטואציה שם היא שלא רשמו ה"א. למה? היה מדובר על עסקה בין בני זוג ולכן לא רשמו ה"א. לצורך העניין מה שמעניין הוא שלא נרשמה ה"א ופחות מעניינת הסיבה. אנו נמצאים בסיטואציה שלכאורה הבנק אמור לנצח כפי שנאמר **בבנק מזרחי נ' רוזובסקי**.

**שטרסברג-כהן** (מיעוט): אומרת שלא יכול להיות שנבסס את כל ההכרעה במקרה הזה על רישום ה"א. היא אומרת שה"א זה מנגנון למניעת תאונות. גם פה, אם יש לנו אדם שפעל על פי ההנחיות ופעל למנוע את התאונה ומגיע נושה מעקל אנו נפסוק לטובתו של בעל ההתחייבות לעסקה כי הוא עשה כל מה שיכל לעשות כדי למנוע את התאונה. שטרסברג אומרת שזה טוב ויפה אבל אי אפשר לבסס את כל ההכרעה בתיק הזה של מי מונע הנזק הזול, השאלה הכלכלית הזו אינה השאלה היחידה שרלוונטית להכרעה. היא אומרת שנכון שיש פה חשיבות לה"א אבל זו לא יכולה להיות חזות הכל.

אז מה כן צריך לשקול בנוסף לסיטואציה הזו? גם את הנושא של מעמד הזכויות וגם את הנושא של מאזן המצוקה. שטרסברג אומרת שכשאנו בודקים תחרות כזו צריך להתייחס לא רק לשאלת ה"א אלא גם לעוד שני קריטריונים:

1. **מהי הזכות שכל אחד מהצדדים קונה/ דורש?** הזכות של בעל התחייבות לעסקה והזכות של נושה מעקל היא לא אותה זכות. בעל התחייבות לעסקה פועל כאן כדי לשקלל זכות קניינית בנכס המסוים הזה. הנושה המעקל גם אם נכיר בזכותו, לא מחפש זכות מהותית בנכס, הנכס עצמו לא מעניין אותו, הוא משמש עבורו רק מנגנון לחץ כדי שהבעלים יפרע את החוב הכלכלי שלו, הוא לא רוצה את הנכס, הוא רוצה פריעת חוב – כסף. לכן, שטרסברג אומרת שיש פער גדול בין הרצון והשאיפה של כל אחד מהצדדים.
2. **זהות הצדדים הטיפוסית** – בד"כ הנושים הם הבנקים ובעלי ההתחייבות לעסקה הם גורמים פרטיים. צריך לקחת בחשבון שזה בד"כ חזק מול חלש, אבל לא תמיד. לפעמים דווקא הנושא המעקל הוא הגורם החלש ובעל ההתחייבות הוא הצד החזק – בנק שיש לו זכות קניינית מסוימת, נניח בנק שרוצה משכנתא ולא רשם ה"א על המשכנתא. האם במקרה הזה נסתכל על הבנק כבעל התחייבות לעסקה כגורם חזק/ חלש? יש להתייחס לסיטואציה שבה בעל התחייבות לעסקה לא רשם ה"א. אם לא רשם, זה לא חזות הכל! גם אם לא רשם, בחלק מהמקרים יוכל לזכות בנכס מהטעמים שהצגנו: הזכות שהוא מחפש- קניינית/ דיונית, ושאלת מאזן המצוקה שייטו לרעת הנושה המעקל ולטובת בעל ההתחייבות לעסקה, **גם אם לא רשם**. מפני שהנושה הוא בד"כ חזק מול הקונה, מאזן המצוקה יטה לרוב לרעת הנושה המעקל, כלומר בגלל שהוא חזק יותר השיקול הזה יפעל לרעתו כי המצוקה שלו תהיה קטנה יותר אם יפסיד את הנכס.

**שטרסברג כהן שמה אצבע על אבסורד שקורה על פי ס' 9 לחוק המקרקעין שדן בתחרות של שני בעלי התחייבות לעסקה באותו נכס** – מי שמנצח באותה תקופת זמן של פס"ד אהרונוב (המצב כיום לא כזה ונראה זאת בהמשך), הוא דווקא הראשון בזמן שלא רשם ה"א. שטרסברג אומרת שזו סיטואציה לא הגיונית, לא הגיוני שבעל התחייבות יפסיד לנושה מעקל אבל ינצח בעל התחייבות אחר לעסקה. לא הגיוני לפסוק שבכל מקרה בעל התחייבות לעסקה שלא רשם ה"א יפסיד לנושה מעקל ומכאן הקריטריונים.

**ברק**: אומר שלא מעניין אותו דיבורים נורמטיביים וערכים (זה מאוד לא מאפיין אותו... כי הוא לא פועל דוקטרינרית, הוא בד"כ דווקא כן מאמץ אמירות כמו של שטרסברג-כהן). ברק אומר שלא צריך לדבר כאן על ערכים ועל מי יותר חזק ומי יותר חלש. הוא אומר ש**ס' 9 לחוק המקרקעין** אומר כך: זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה בלי שהוא צריך לרשום ה"א ובלי שהוא צריך להשתמש בכוחו כמונע הנזק הזול. באופן עקרוני אומר ברק – **יש פה הכרעה של המחוקק הישראלי שבעל התחייבות לעסקה ראשון בזמן הזכות שלו היא לא סתם זכות חוזית, אלא זכות מעין קניינית**. למה? הוא קובע זאת מהעובדה שהמחוקק הכריע ללא דרישות נוספות שזכותו של בעל העסקה הראשון בזמן עדיפה. מכוח מה? זו הכרעת המחוקק. ברק בעצם מחייה את דיני היושר הישראלים וקובע ש**זכותו של בעל ההתחייבות לעסקה, גם בתקופת הזמן שבו הוא נמצא בשלב החוזי, הזכות שלו היא לא זכות חוזית נקיה, אלא זכות מעין קניינית.** בעצם, גם אם לא נרשמה ה"א בעל התחייבות לעסקה גובר על נושי המוכר המאוחרים, כי הזכות אינה זכות חוזית רגילה. **ההלכה היא שזכותו של בעל התחייבות לעסקה גוברת על זכותו של נושה מעקל מאוחר יותר, (כי זכותו היא מעין קניינית) גם אם לא רשם ה"א.**

אז מה עושים עם **ס' 127(ב)**? באופן עקרוני אחרי מה שברק עושה פה אין צורך בס' 127(ב). חשין אומר שבמצבים של פשיטות רגל כן תהיה נפקות לס' 127(ב).

**מה יקרה אם שולמה רק חלק מהתמורה?**

**שטרסברג-כהן**: אם בעל ההתחייבות שילם כסף הוא יזכה בחלק היחסי של מה ששילם.

**ברק**: בעל ההתחייבות לעסקה זוכה בנכס כולו.

סיכום ביניים לטבלה: כשאנו מדברים על בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל (תחרות 1), במקרקעין ההלכה היא שבעל ההתחייבות לעסקה זוכה מול נושה מעקל מאוחר יותר גם אם לא רשם ה"א (**פס"ד אהרונוב**).

**תחרות 2 – עסקאות נוגדות**

**מקרקעין**

המצב הוא כזה: אדם מכר דירה למישהו אחד, ובאותו זמן מכר את אותה דירה למישהו אחר. יש כאן שתי עסקאות נוגדות. זה שונה מהתחרות הראשונה – כאן יש שני אנשים שרוצים את הדירה עצמה ועשו עסקה ביחס אליה. כנראה שהמוכר רמאי/ דימנטי ומכר פעמיים את אותו נכס.

**למה הוא יכול למכור פעמיים את אותו נכס?** כי הדירה עדיין רשומה על שמו ולכן גם אנשים סבירים יכולים לקנות דירה כזו אחרי שהיא נמכרה.

עסקה נוגדת לא חייבת להיות רק של בעלות, היא יכולה להיות לגבי כל זכות קניינית. מה שכן, צריך לבדוק שהעסקאות באמת נוגדות, כלומר אם מישהו מוכר נכס ונותן לאחר זכות שכירות זה לא בהכרח סותר אחד את השני. ככל שהעסקאות סותרות אחת את השנייה וצריך להכריע מי יקבל את הנכס בסופו של דבר, אנו נמצאים בתחרות של עסקאות נוגדות. כיוון שאנו נמצאים בעסקאות נוגדות תחת משאב של מקרקעין, ס' 9 נותן לנו הנחיות ברורות איך עובדים.

**ס' 9 לחוק המקרקעין** אומר שהראשון בזמן זוכה, אלא אם השני בזמן השלים **תמורה, תום לב ורישום**.

**ורטהיימר נ' הררי**: הררי מוכר את הדירה שלו פעמיים. פעם אחת לורטהיימר (הראשון בזמן) ופעם אחת לבנימיני (השני בזמן). ורטהיימר משלם 5000 לירות מקדמה, והם עושים זיכרון דברים ביחס לדירה שעלותה הכוללת היא מיליון לירות. לאחר שסגר איתו, הררי מוכר את הדירה לבנימיני שסגר איתו חוזה למכירת הדירה בעלות כוללת של 800,000 לירות. בנימיני שילם 350,000 לירות מקדמה, וכשנודע לו שהתרחשה עסקה קודמת בזמן עם ורטהיימר הוא רץ להשלים את כל הסכום ל800,000. ביהמ"ש קבע שורטהיימר מנצח כאן, שכן בנימיני לא עמד בתנאי הסעיף.

כשאנחנו מדברים על מי גובר על מי – אנו במצב ששני אנשים כרתו חוזה ואנו צריכים להחליט מי מהם מנצח. אם לא היה את ס' 9, והיה רק את חוק החוזים תרופות, היינו הולכים לפי **ס' 3(4) לחוק החוזים תרופות** – היינו צריכים לדון באיזה חוזה מבין השניים הוא לא צודק בנסיבות העניין. בנסיבות האלה כנראה שלא היה נכון לאכוף דווקא את החוזה של 5000 שקלים לעומת החוזה של 800,000 השקלים. כי ס' 3(4) היה לוקח את מאזן המצוקה שנוטה לרעתו של בנימיני, ואם היינו הולכים לפיו היינו אומרים שאכיפת לטובת ורטהיימר לא תהיה צודקת.

אבל, מה שעושה ביהמ"ש בפס"ד זה: הוא אומר שיש לנו את **ס' 9 לחוק המקרקעין** שקובע במפורש איך עובדים. לכן אין יותר מידי מה להתלבט. **במקרה הזה ורטהיימר הוא הראשון בזמן והוא זוכה מעצם העובדה שהוא הראשון בזמן, זה לא משנה כמה הוא שילם ואם רשם**. השני אמנם השלים את התמורה, אך יש פה בעיה של תום לב וגם אין רישום, כך שלא עמד בתנאי הסעיף. לכן **ורטהיימר זוכה כי בנימיני לא עמד בתנאי ס' 9.**

שתי שאלות שביהמ"ש (**ברק**) משאיר בפס"ד זה בצריך עיון:

1. האם העובדה שהראשון בזמן מתעקש על מימוש הזכות שלו, למרות שמאזן המצוקה נוטה כל כך לרעת השני בזמן, האם העובדה הזו כשלעצמה עולה כדי חוסר תום לב של הראשון בזמן ולכן אכיפת החוזה בלתי צודקת? לשאלה זו אין מענה.
2. בהנחה שהראשון בזמן יכול לרשום ה"א, האם העובדה שאינו רשם ה"א, צריכה לשנות במשהו את ההסדר של **ס' 9**? שאלה זו מתייחסת למונע הנזק הזול – היא אומרת שיש אמצעי מאוד פשוט באמצעותו יכול הראשון בזמן למנוע את הנזק ע"י רישום ה"א.

**פס"ד גנז נ' בריטיש**: ביהמ"ש דן בשאלה השניה – מה קורה אם אדם היה יכול לרשום ה"א, לא רשם ה"א ואז נקלע למערכת של עסקאות נוגדות, האם יש השלכה כלשהי לאי רישום ה"א על יחסי הכוחות בין הצדדים? במקרה זה מסופר על חברת בריטיש שמוכרת קרקע מסוימת לחברת נוטריקון. העסקה לא מסתיימת ברישום ועדיין רשומה על שם בריטיש. נוטריקון מוכרת את הקרקע לגנז שלא רושם ה"א, ואחרי 17 שנים נוטריקון מוכרת שוב את הקרקע לחברת אפק שלא השלימה את כל ההליכים ואז מתגלה התאונה המשפטית הזו – מי הראשון בזמן?

לפי **ורטהימר** גנז אמור לנצח כי אפק לא השלימו את כל תנאי ס' 9. **אבל ביהמ"ש בפס"ד גנז עושה מהפך** – **הוא קובע כלל**: **אי רישום ה"א יכול להצביע על חוסר תו"ל של הראשון בזמן ולהכריע את התחרות לטובת השני בזמן.** במילים אחרות – **אם לא הייתה שום מניעה לרישום ה"א, ובנוסף היה קשר סיבתי בין אי רישום ה"א לבין הכניסה של השני בזמן לתאונה הזו, אז לצורך העניין הראשון בזמן יפסיד את הכנס גם אם השני בזמן לא קיים את תנאי ס' 9**.

יש לנו בעצם את הכלל של **ס' 9** – הראשון בזמן זוכה, אלא אם השני בזמן השלים את הדרישות. פה ביהמ"ש הכריע אחרת- אם הראשון בזמן לא רשם הערת אזהרה, עקרונית הוא מפסיד. **השתנה הדיפולט**.

ביהמ"ש אומר שלשינוי האחריות הזו על כניסה לתאונה יש שני סייגים עיקריים, שאם חלים לא נטיל על הראשון בזמן את האחריות באי הרישום:

1. **אין חוסר תום לב** – אם הראשון בזמן **לא יכול היה** לרשום אין מה להטיל עליו אחריות, כי הוא לא היה יכול לרשום.
2. אם הוא **היה יכול לרשום**, אבל דה פקטו **אין קשר סיבתי בין אי הרישום לבין הכניסה של השני בזמן לתחרות**. למשל, במצב שהשני לא בדק אם יש רישום או אין רישום בטאבו של ה"א. אם זה המצב אז לא נטיל על הראשון את האחריות.

כעת הכלל הוא **שאם הראשון בזמן יכול לרשום ה"א הוא צריך לרשום, במידה ולא רשם ה"א, השני בזמן מנצח גם אם לא מילא את כל הדרישות של ס' 9.** אולם, יש לבדוק שני חריגים: ראשית, אם יכול היה לרשום. אם הוא היה יכול, ממשיכים הלאה ובודקים האם לעובדה שלא רשם, יש קשר סיבתי לכניסה של השני לתחרות.

**נתעמק בשני הסייגים:**

ל"יכול היה לרשום" יש שתי אפשרויות:

1. לא יכול היה לרשום ה"א **מבחינה** **טכנית**.
2. במצבים שבהם **משיקולי מדיניות** נוותר לראשון בזמן על רישום הערת אזהרה (נניח במקרה שבני זוג שמוכרים אחד לשני מקרקעין בתקופת חיי הנישואין שלהם. לא רוצים שהם ירוצו לרשום הערת אזהרה, כי עצם הרישום מבטא אי אמון, משמעו אחיזה מסוימת בטאבו).

אם שיקולים טכניים או שיקולי מדיניות מתקיימים, אפשר לומר שהראשון בזמן לא רשם כי לא יכול היה לרשום, ולכן הטלת האחריות עליו לא מוצדקת. **אם לא היה יכול לרשום, השני בזמן צריך לעמוד בכל ס' 9.**

אין קשר סיבתי בין אי רישום הערת האזהרה לכניסה של השני בזמן לתחרות

הראשון בזמן לא עשה צעד לרשום הערת אזהרה, ועדיין יכול להיות מצב שאי רישום הערת האזהרה לא יעלה לו בנכס. זה יקרה במצב בו אין קשר סיבתי בין אי רישום לבין הכניסה של השני בזמן לתאונה. אי הקש"ס יכול להיגרם ממגוון סיבות: השני בזמן אפילו לא בדק בטאבו/ ידע על העסקה הראשונה ולא פעל בתום. במצבים הללו, אי רישום ההערה לא תטיל על הראשון בזמן את האחריות.

**אם הראשון בזמן היה יכול לרשום טכנית ומשיקולי מדיניות, ואכן יש קשר סיבתי, השני בזמן מנצח גם אם לא קיים את כל תנאי ס' 9.** בית המשפט החיל חובת תום לב אובייקטיבית על הראשון בזמן ובעצם הפך במובנים מסוימים את הנטל. אם הראשון בזמן מוכיח את היעדר ההתרשלות והיעדר הקשר הסיבתי, ינצח את התחרות.

סייג נוסף שבית המשפט מעלה הוא ש**המוכר מתנה עם הקונה שלא ירשום ה"א בתקופה מסוימת**. זה **שיקול לא ראוי** לדעת שי. הרי כל המטרה של ה"א היא למנוע מאנשים להיכנס לתאונות האלה. למנוע חוזית את הרישום הזה, בלי הצדקה של שיקולי מדיניות, זה לא ראוי. קשה מאוד למצוא מצב שבו הסכמה בין המוכר לקונה היא איזו שהיא הצדקה לגיטימית לאי רישום הערת אזהרה. *זה לא שיקול שייכלל במבחן*.

חשוב: המוכר לא מעניין אותנו, אלא רק במובן שמי שיפסיד יוכל לרדוף אחריו כדי לממש את זכויותיו החוזיות. אותנו מעניינים הצדדים לתחרות עצמה.

**סייגים לחובת רישום הערת האזהרה המוטלת על הראשון בזמן**

**שני שיקולים מרכזיים ראויים**

**שיקול לא ראוי**

**התחייבות כלפי המוכר שלא לרשום לזמן מסוים**

**לא היה יכול לרשום**

**אין קש"ס**

**אי הרישום לא גרם לתאונה המשפטית**

**(2) אי הרישום מוצדק משיקולי מדיניות**

**(1) טכנית, לא ניתן לרשום**

**השני בזמן לא "ירד אל השטח"**

**השני בזמן ידע על הציבור**

**השני בזמן לא בדק את הרישום בטאבו**

**פס"ד ביאד נ' לחאם:** רישום הערת אזהרה הוא אקט פשוט וזול. תוך דקות ספורות, ניתן לרשום הערת אזהרה ולמנוע תאונות משפטיות קשות, אשר עלולות להוריד לטמיון סכומי עתק ולבזבז משאבי שיפוט. עלות מניעת הנזק היא אפסית מול תוחלת נזק גבוהה ביותר. נוכח העלות הקטנה הנדרשת לרישום הערת האזהרה, **יש לפרש את הלכת גנז על דרך ההרחבה**, ולהטיל את הנטל על הקונה הראשון בזמן להראות כי הקונה השני בזמן פעל בחוסר תום לב או כי ידע או צריך היה לדעת אודות העסקה הראשונה.

**מה קורה עכשיו עם התחרות הראשונה?**

ב**פס"ד אהרונוב, ברק** אומר בצורה ישירה ופשוטה שאנו לומדים מס' 9 – **לראשון בזמן יש זכות מעין קניינית, ולכן גובר על נושה מעקל גם אם לא רשם הערת אזהרה**.

הסיבה שבאהרונוב נקבע מה שנקבע, היא הייבוא של סעיף 9 והעיקרון שלו כי הראשון בזמן זוכה. עם זאת, **בגנז** הראשון בזמן לא זוכה אוטומטית אם לא רשם הערת אזהרה, כמו שהיה באהרונוב שם נאמר 'רשמת – זכית', 'לא רשמת – הפסדת'. האם צריך לעדכן גם את הלכת אהרונוב ביחס למה שקשור למקרקעין? השאלה הזאת הוכרעה בפס״ד הבא:

**פס"ד בנק המזרחי נ' גדי:** בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל. בעל ההתחייבות לא רשם הערת אזהרה במשך 7 שנים. עלתה השאלה האם אי רישום הערת אזהרה במשך תקופה כזו, תוביל לכך שבעל ההתחייבות לעסקה מפסיד את הנכס לנושה המעקל (כל זאת לאחר **פס"ד** **גנז**). נפסק שלא – אי רישום ה"א, גם לאחר 7 שנים, אינה מקנה את הנכס. אין חובת רישום. כלומר, **הלכת אהרונוב נשארה בתוקף.** הסיבות לכך הן כל ההצדקות ש**שטרסברג כהן** מנתה ב**פס"ד אהרונוב**. לא משנים את הקביעה לגבי התחרות הראשונה. ההצדקות של שטרסברג כהן הן ההצדקות שמקיימות את התחרות הראשונה – פערי כוחות וטיב הזכויות.

כרגע, אלה הכללים שלנו:

* **בתחרות הראשונה של בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל – בעל ההתחייבות לעסקה מנצח גם אם לא רשם הערת אזהרה.**
* **בעסקאות נוגדות – ההכרעה תהיה לפי ס' 9 + פס"ד גנז.**

מפס"ד גדי, עולות שתי תובנות ביחס לתחרות הראשונה:

1. כמו שאמרנו, בעל ההתחייבות לעסקה מנצח גם אם לא רשם הערת אזהרה. הלכת אהרונוב ממשיכה לחול.
2. התובנה השנייה היא לגבי **מצב שבו בעל ההתחייבות לעסקה הוא נושה מקצועי לעומת נושה מעקל שהוא גורם פרטי**.

בהקשר לתובנה השנייה, **פס"ד רשף נ' יוסף**: התחייבות לעסקת משכנתא כלפי הבנק. חתמו על הטפסים של המשכנתא, אבל לא סיימו את רישום המשכנתא לטובת הבנק. בין לבין, מגיע נושה מעקל פרטי ורוצה לעקל את הנכס. ע"פ פסקי הדין אהרונוב וגדי, מי אמור לנצח? בעל ההתחייבות לעסקה, הבנק.

בפסק הדין, מגיע הבנק וטוען להחלה של פס"ד אהרונוב. הנושה המעקל טוען שזה לא מספיק. ביהמ"ש המחוזי אומר שבמידה ובעל ההתחייבות לעסקה הוא נושה מקצועי, אז מערך היחסים בין הצדדים השתנה, היוצרות השתנו – יש לנו בנק שלא מעוניין בנכס הספציפי, אלא בהחזר ההלוואה. הבנק לא רשם הערת אזהרה, בשל הלכת אהרונוב, לפיה לא צריך לרשום.

**השופט אקון:** במקרה הזה, בעל הזכות שביושר הוא הבנק. זאת ועוד, הבנק הוא נושה מקצועי – יש לו כלים ומערך מקצועי לדאוג לרישום ראוי של זכויותיו. השופט אומר ש**בפס"ד גדי** אמרנו שאנו לא מחילים את **גנז** על התחרות הראשונה, אבל **זה לא אומר שלא יהיו מצבים בהם נדרוש הערת אזהרה כתנאי לניצחון**.

**שטרסברג כהן** היא דעת הבסיס בהכרעה שלנו בכל מקרה ומקרה. בניגוד למה שברק אמר באהרונוב, שרק בגלל ס' 9 אין צורך ברישום הערת אזהרה, **זה לא נכון**. צריך לחזור ל**שטרסברג כהן**, לפיה יהיו מקרים שנצטרך הערת אזהרה כתנאי לניצחון.

**במידה ובעל ההתחייבות לעסקה הוא גורם מקצועי שמסתמך על הרישום, רגיל ברישום ומומחה בו ('שחקן רב פעמי'), ובנוסף אין לו עניין בנכס המסוים הזה, אלא רק בהחזר ההלוואה – אז נחיל עליו חובת רישום הערת אזהרה כדי שינצח את הנושה המעקל הפרטי**. אם חשבנו שהתחרות הראשונה כה קלה, ותמיד מוכרעת כך שבעל ההתחייבות לעסקה גובר על נושה מעקל, זה לא מדויק. **יש לחזור להצדקות של שטרסברג כהן;** כשמדובר על בעל התחייבות לעסקה פרטי וחלש יותר, הוא יזכה מול גורם מקצועי גם ללא רישום ה"א. **אם הגורם המקצועי הוא בעל ההתחייבות לעסקה, ואין לו עניין בנכס המסוים (כמו הבנק בפס"ד), הוא יהיה חייב לרשום הערת אזהרה כדי לנצח נושה מעקל מאוחר יותר.**

**סיכום ביניים בנוגע לתחרויות הראשונה והשניה:**

התחרות הראשונה

התחרות הראשונה היא בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל. אין כלל אצבע ברור, יש להפנות **לאהרונוב**. חשבנו עד עכשיו שלא משנה מה קורה, בעל ההתחייבות לעסקה לא צריך לרשום הערת אזהרה והוא מנצח. **בפסקי הדין רשף וגדי** נאמר **שהלכת אהרונוב, היא דעת המיעוט של שטרסברג כהן**. נימוקיה, הם ההצדקות שאומצו מפס"ד אהרונוב. אנו מבינים כעת שאהרונוב זה לא רק ברק, אלא גם שיקוליה של שטרסברג כהן.

**ככל שבעל ההתחייבות לעסקה הוא גורם פרטי, ועושה את העסקה על הנכס המסוים הזה, ניטה לראות בו כזוכה בתחרות גם אם לא רשם ה"א. אם בעל ההתחייבות לעסקה הוא נושה מקצועי, בעיקר בנקים, ואין לו עניין בנכס הספציפי אלא רק צורך בהבטחת חיובים, ניטה לחייב אותו בצורך לרשום הערת אזהרה כדי לנצח את הנושה המעקל מאוחר יותר**.

התחרות השנייה

בתחרות השנייה של עסקאות נוגדות, יש לבדוק את הכלל המרכזי של **ס' 9** ולהוסיף את חובת הרישום עם הסייגים מ**גנז**, וליישם על נסיבות המקרה.

**בתחרות השנייה של עסקאות נוגדות, יש לבחון את ס' 9 + פס"ד גנז.**

**מיטלטלין וזכויות**

הבעיה במיטלטלין וזכויות היא ש**אין מרשם**, אין מקור עליו ניתן להתבסס כדי לקבוע כללים. הסיבה העיקרית לכך שאין מרשם היא שקשה לנהל מרשם כשיש מיליוני מכירות מיטלטלין כל יום. מאחר ואין מרשם, יש למצוא הסדרים אחרים כדי לפתור מצב של עסקאות נוגדות.

סעיפי החוק שחולשים על הסיפור הזה הם **ס' 12 לחוק המיטלטלין**, ו**במקרה של עסקאות נוגדות בזכויות ס' 12 + ס' 13 לחוק המיטלטלין**.

**ס' 12 לחוק המיטלטלין:** התחייב אדם להקנות לבעלו 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.**

המשמעות היא שאם אדם מכר לי חפץ ולפני שמסר לי אותו, הוא מכר אותו לאחר, אז הזכות שלי כראשון בזמן עדיפה. אבל, אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה, זכותו עדיפה.

כלל עקרוני – **אדם לא יכול להעביר למישהו אחר את מה שאין לו** – זו הבנה קריטית! האמירה הזו היא כלל משפטי משמעותי, ומופיעה ב**פס"ד טקסטיל ריינס**. היא חשובה כדי להבין באיזה שלב אנו נמצאים, וממילא באיזו תחרות אנו נמצאים.

כשאדם שמעביר זכות לאדם אחר (א' מוכר לב'), יש שתי אופציות:

1. **העסקה הסתיימה** – אם העסקה הסתיימה, א' הוא לא הבעלים יותר של הנכס. אם לאחר מכן, א' הולך ומתקשר עם ג', אז א' הולך ומוכר משהו שהוא לא שלו. אין לא' מעמד ביחס לנכס הזה.
2. **העסקה לא הסתיימה –** אם העסקה בין א' ל-ב' לא הסתיימה, וא' הולך ומוכר ל-ג', א' הוא עדיין הבעלים, ובעצם המכירה לג', הוא מייצר מערכת של עסקאות נוגדות.

כדי לוודא שאנו נמצאים בתחרות מסוג עסקאות נוגדות (לא משנה באיזה משאב), יש לבדוק את השלבים שבהם נמצאות העסקאות. אם העסקה הראשונה הסתיימה, לא מדובר בעסקאות נוגדות. **תנאי הכרחי לעסקאות נוגדות הוא שהעסקה הראשונה לא הושלמה עדיין – שב' הוא עדיין לא בעלים של קניין אלא בעל התחייבות לעסקה**.

איך יודעים אם העסקה הסתיימה?

כידוע, **במקרקעין** – רישום הזכות במרשם, מקנה בעלות בזכות ומסמלת שהעסקה הושלמה. מה קורה **במיטלטלין**, איך נדע אם ב' הוא הבעלים? **ס' 33 לחוק המכר** – **הבעלות במיטלטלין עוברת במסירה, אלא אם כן התננו אחרת**. בניגוד למקרקעין שם ברור מתי העסקה הסתיימה (כשב' רושם עצמו כבעלים), במיטלטלין חייב להבין מתנאי החוזה בין א' לב', האם ב' כבר הפך להיות הבעלים של הנכס או לא.

**לפי ברירת המחדל,** אם הנכס נמצא בידיו של ב', אז הוא הבעלים. אולם מאחר ו**ס' 33 מאפשר להתנות על ברירת המחדל**, יש לבדוק את ההתניות שהיו בחוזה בין השניים. אם העסקה לא הסתיימה – הבעלות לא הועברה עדיין ל-ב', וא' מוכר שוב את הנכס ל-ג', אנחנו בעסקאות נוגדות. אם העסקה הסתיימה – הבעלות כבר הועברה ל-ב', וא' מוכר לאחר מכן את הנכס לג', אנו בתקנת שוק (עוד לא למדנו). **חשוב להבין אם העסקה בין א' ל-ב' הסתיימה!** באופן כללי, נלך לפי ברירת המחדל, אולם חייב לוודא אם יש התניות בסעיף ואם כן לבדוק על פיהן.

בהנחה שאנו נמצאים בשלב החוזי, והעסקה בין א' לב' לא הושלמה, אז כאמור חלים **סעיפים 12 ו-13** – הראשון זוכה, **אלא אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה.**

שלושת התנאים לכך שהשני ינצח:

1. **קיבל** – יש צורך בחזקה + בקניין (אופן ההקניה – בהתאם לסוג הנכס). לא רק חזקה, אלא השלמה של הקניין.
2. **תמורה שוות ערך** – ערך ממשי או שינוי מצב לרעה. מהו שינוי מצב לרעה? אם קניתי רכב, ולא שילמתי סכום משמעותי ממנו למוכר, אבל מכרתי את הרכב הישן שלי לטובת החדש, זה שינוי מצב שמעיד על תמורה כי מעיד על מאזן המצוקה, על מצב קשה יותר שהכנסתי את עצמי אליו.
3. **תום לב סובייקטיבי** – אין דרך לתום לב אובייקטיבי כי אין מרשם. מדובר בתום לב סובייקטיבי של הבעלים עצמם.

למה השני בזמן זוכה? הראשון בזמן יכול היה למנוע את התחרות הזאת, כי היה יכול לקחת את הנכס. ברגע שהנכס נמצא אצלו, הוא משדר לעולם שהנכס שלו. **הראשון נדרש לא להשאיר את הנכס אצל המוכר, זה פותח פתח לבעיות**. זו המקבילה להערת אזהרה במובנים מסוימים.

למה שלא נחיל את **גנז**? קשה ליצור מרשם במיטלטלין, עלויות גבוהות מדי. חיי המסחר ייתקעו. כמו כן, הגדרת חזקה כהפגנת תו"ל עשויה לעכב את המסחר השוטף.

**תחרות 3 – תקנת שוק**

נעבור לשלב הבא – מה קורה אם העסקה בין א' לב' כן הסתיימה? למעשה, א' העביר לב' את הבעלות ולאחר מכן, **כשכבר אין לו זכות**, הוא הולך ומכר את הזכות הזו/ המיטלטלין/ המקרקעין לקונה אחר. מי מקבל את הנכס? ב' או ג'? על פניו, התשובה אמורה להיות ברורה – ב' צריך לנצח, כי א' מכר לג' משהו שאין לו. התשובה מורכבת יותר, ובנויה על סוג שלישי של תחרות – תקנת שוק.

תקנת שוק זהו מצב שבו **התחרות מוכרעת לא בהתאם להתנהלות של שני הצדדים**.

עד עכשיו בתחרויות בהן עסקנו, התמקדנו בהתנהלות של שני הצדדים: בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל (התחרות הראשונה)- שטרסברג כהן מציעה להסתכל על שני הצדדים ולבחון את מאזן המצוקה ביניהם. בעסקאות נוגדות יש שני צדדים שנקלעו לתאונה משפטית, ויש להכריע על פי מונע הנזק הזול או מאזן המצוקה מי זוכה.

**תקנת השוק היא בין 'שני צדיקים'** – בין גורם אחד שקנה את הנכס, השלים את הכל כמו שצריך, וגורם שני תם לב שלמעשה מכרו לו אוויר. במקרים מסוימים, אנחנו באים ואומרים ש**דווקא זה שמכרו לו את האוויר, שמכרו לו משהו שלא קיים, הוא זה שינצח.** הוא לא ינצח כי הוא יותר 'צדיק' מהראשון, אלא בגלל **שיקולים חיצוניים לחלוטין למערכת היחסים בין השניים**, שהם מהווים את **תקנת השוק** – **אם לא ניתן לשני בזמן לנצח במקרה הזה, אנו עלולים לגרום נזק גדול מאוד לשוק**.

הנזקים שעלולים להיגרם הם למשל שאנשים לא יסכימו להלוות כספים בשוק/ שאנשים לא יסתמכו על מרשם המקרקעין. כך, נגיע למצב שבו השוק לא יתפקד כמו שצריך. הצד השני למעשה קנה משהו פגום (ואנו מודעים לכך שזה פגום), שלמוכר לא הייתה בכלל זכות למכור (מבחינה משפטית מכר לו כלום), למרות כל זה יכול להיות שאותו רוכש שני ינצח את התחרות. לכאורה ב' היה אמור להיות המנצח, אבל משיקולים שלא קשורים לב' ולג' באופן ישיר אלא **לאינטרסים חברתיים-כלכליים** **שלנו כחברה**, ניתן לג' את הזכות.

**תקנת שוק בזכויות**

הדוגמה הראשונה לתקנת השוק תהיה במשאב הכי מורכב שנקרא זכויות. **ס' 4 לחוק המחאת חיובים** הרלוונטי בתחרות זו, קובע כך – המחה הנושה זכות לאחד וחזר והמחה אותה לאחר, הזכות היא של הראשון; אולם, אם הודיעו לחייב על ההמחאה השנייה לפני שהודיעו לו על הראשונה, הזכות היא של השני. כלומר, **הראשון בזמן זוכה, אלא אם כן הודיעו לחייב קודם על זכותו של הנמחה השני.**

א' מכר זכות מסוימת שיש לו לב'. מהי הזכות הזו שיש לא'? לצורך הדוגמה, לא' יש זכות של חמישים שקלים כלפי החייב. מה שהוא יעביר לב' זה את הזכות הזו – במקום שיגבה מהחייב את 50 השקלים, א' ממחה לב' את הזכות שלו, ואז ב' יכול ללכת לחייב ולגבות את 50 השקלים.

בהמחאת הזכות הזו, מתי עוברת הבעלות לב'? **בעת כריתת החוזה**. כל עוד מועד ההעברה לא הותנה, המועד יהיה בכריתת החוזה.

נמשיך עם הדוגמה – לא' אין יותר זכות כלפי החייב. למרות זאת, מוכר אותה לג'. עקרונית, על פי הכללים שלמדנו בבסיס, אם הבעלות עברה לב', ולאחר שהבעלות עברה א' מוכר לג' את הזכות, אז הוא מוכר לו כלום, כי אין לו זכות. אמרנו, אדם לא יכול למכור יותר ממה שיש לו (**ריינס**).

התחרות בין ב' לג' הייתה אמורה להיות מוכרעת בצורה פשוטה; לב' יש זכות קניינית, לג' יש כלום, ב' מנצח. אבל, **ס' 4 לחוק המחאת חיובים** אומר שזה לא תמיד כך – **אם ג' ילך לחייב לראשון, ויודיע לו שהעבירו לו את הזכות לפני שב' הלך אליו, אז ג' מנצח**.

מה ההיגיון? **אנו רוצים לתמרץ אנשים שקונים זכויות ללכת ולהודיע לחייבים כמה שיותר מהר**. זאת, כדי שהשוק שלנו יתפקד כמו שצריך. קבענו כלל שמקל מאוד על החייבים; מי שמגיע אליהם ראשון עם העברת הזכות, הוא הזוכה.

**נסכם** – הראשון בזמן זוכה, זה הדיפולט הברור מאליו לכאורה. אם השני בזמן רץ והודיע לחייב לפני הראשון בזמן, אז השני בזמן ינצח. (לא בהכרח שהקונה הודיע, יכול להיות גם המוכר. העניין הוא שהחייב יידע).

**תקנת שוק במקרקעין לא רשומים**

**מקרקעין לא רשומים נחשבים כזכויות**. אלה מקרקעין שלא מופיעים בטאבו כי לא הוסדרו בצורה מושלמת, כאלה שנמצאים עוד בתהליך. זו פיקציה משפטית, כי עובדתית הם מקרקעין לכל דבר ועניין. אבל, משפטית, הם מוגדרים זכויות. הם כמובן לא מיטלטלין, וכאמור גם לא רשומים, אין מרשם לגביהם, ולכן לא ניתן להחיל עליהם את דיני המקרקעין. לכן, הוחלט להתייחס אליהם כזכויות.

נזכיר – **ס' 12 ו13** **לחוק המיטלטלין** חלים לגבי מקרקעין לא רשומים בעסקאות נוגדות. **ס' 4 של חוק המחאת חיובים** **חל על מקרקעין לא רשומים בכל הקשור בתקנות שוק.**

החייב בהקשר הזה, יהיה בדרך כלל **רשות מקרקעי ישראל/ קבלן/ חברה משכנת/ גורם שמחזיק אצלו זכויות במקרקעין לא רשומים**. בעל הזכות יהיה בדרך כלל אדם שרכש זכות מאותו חייב. כיוון שמדובר במקרקעין לא רשומים, **הזכויות בדרך כלל לא יהיו בעלות, אלא זכויות של חכירה או שכירות.**

דוגמה: בעל הזכות הוא ב', אל מול רשות מקרקעי ישראל או קבלן וכו'. מדובר בזכות שכירות בדירה. ב' יכול להעביר את הזכות שלו לא' או לג', נניח שמכר לא'. אם ב' מכר את הזכות לא', נניח כשלא התנה דבר, הזכות עוברת בכריתת החוזה. לב' כבר אין זכות כלפי רשות מקרקעי ישראל, אלא א'. לאחר מכן הולך ב' ומוכר שוב את הזכות שלו לג'. לב' אין מה להעביר, ובכל זאת העביר. מי שילך ראשון לרשות מקרקעי ישראל ויודיע על העברת הזכות, הוא הזוכה.

תקנת השוק בעצם מכירה בעובדה שיש פה העברה לא תקינה, חוליה שחורה בשרשרת של העברות. אולם, **משיקולים של תקנת השוק, אנו בכל זאת מכשירים את ההעברה הזו**, כי יש אינטרס חברתי שהשוק יתפקד כמו שצריך. למרות שאנו יודעים שההעברה לג' היא שחורה, היא לא טובה ולא תקינה, הרי אין כאן העברה של זכות כי אין לב' זכות, בכל זאת ניתן לג' את הזכות בשל אינטרס חיצוני לצדדים, וזוהי משמעותה של תקנת השוק.

**השלב שבו אנו נמצאים הוא קריטי!** על מנת להבין באיזה נתיב לבחור, צריך להבין איפה אנו נמצאים מבחינת העברת הקניין. **אם אנחנו עדיין בשלב החוזי, מדובר בעסקאות נוגדות** (**ס' 12+13 לחוק המיטלטלין**). **אם הקניין הושלם בעסקה הראשונה** (הושלמה העברת הבעלות בעסקה)**, והמוכר מוכר לשני בזמן משהו שהוא כבר לא שלו, נעבור לנתיב תקנת השוק**. בזכויות ובמקרקעין לא רשומים, הסעיף הרלוונטי הוא **ס' 4 לחוק המחאת חיובים**. במיטלטלין זה יהיה **ס' 34 לחוק המכר**.

האם יש לבחון גם תו"ל אובייקטיבי?

**השופט מצא** ב**פס"ד גנז** נותן מענה לשאלה זו – רישום בספרי החברה המשכנת/ המנהל/ קבל"ן מעיד על תום לב אובייקטיבי. אם הראשון לא רשם, זה עשוי להשפיע על תום ליבו. אבל, **זו לא ההלכה**.

סקירה מה עשינו עד עכשיו: בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל במקרקעין, עסקאות נוגדות במקרקעין, עסקאות נוגדות במיטלטלין, עסקאות נוגדות בזכויות, ותקנת שוק בזכויות.

**תקנת שוק במקרקעין**

נעסוק כעת בתקנת שוק במקרקעין- למשל, אדם שנתן ייפוי כוח לעורך דין, וכנראה שחלק מייפוי הכוח כולל גם מכירת והעברת זכויות. אותו אדם לא תכנן מעולם למכור את הדירה שלו והעו"ד השתמש בצורה לא ראויה בייפוי הכוח, ומכר את הדירה למישהו אחר. האם יכול לקרות מצב שאותו אדם אחר יקבל את הדירה, והדיירים שלא עשו דבר אלא רק נתנו ייפוי כוח לא יזכו בה?

 **ס' 10 לחוק המקרקעין** קובע שמי שרכש זכות **במקרקעין מוסדרים** (ולא מקרקעין לא רשומים!) **בתמורה**, **ובהסתמך בתום לב על הרישום**, **יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון**.

הסיפור הקלאסי של תקנת שוק הוא כמו שהצגנו- בעלים מקורי שמעולם לא תכנן למכור את הדירה שלו. הוא נתן ייפוי כוח לעו"ד שיהיה אמון על נכסיו ויעשה בהם פעולות. בפועל, אותו עו"ד הולך ומוכר את הדירה מבלי סמכות לרוכש א'.

מטרת העל של **ס' 10** לא קשורה לצדדים. מדובר על שני צדדים שהם בסדר ולא עשו שום דבר רע. אין לנו לגביהם שום טענה לגבי מונע הנזק הזול או כל טענה להטיל בגינה אחריות. הדרך שבה נכריע בתחרות כזו היא **משיקולים חיצוניים**. הרעיון של תקנת שוק במקרקעין בדומה לתקנות שוק בזכויות ובמיטלטלין, הוא שאנו מכריעים בתחרות הזו לטובת הכלל, לטובת חיי המסחר, משיקולים של רווחה מצרפית, של הקהילה ולא משיקולים הקשורים לצדדים עצמם.

בסיפור של תקנת שוק בזכויות אמרנו שהראשון בזמן זוכה אלא אם כן הודיע לחייב על זכותו של השני לפני כן. למה אנו עושים זאת? כדי לשחרר את החייבים מלברר כל הזמן, וכדי לתמרץ את האנשים לרוץ ולהודיע לחייב.

במקרה של תקנת שוק במקרקעין הרציונל הוא קצת שונה – הוא נובע כמו כל הסדר שיש לנו במקרקעין רשומים, **מתוך רצון להגן על המרשם**. ההנחה שעומדת בבסיס תקנת השוק היא שאם אנו לא נקדש את המרשם, לא נהפוך אותו למשהו שכמעט ואי אפשר לערער עליו, אנו נביא מאוד מאוד מהר לקריסה של המרשם. המשמעות היא שכל עסקה שתעשה במקרקעין תחייב לא רק הוצאה של נסח טאבו, אלא גם בירור של עסקאות העבר. בגלל הרצון שלנו לא לחייב בירור של עסקאות העבר, והרצון כן לאפשר לאנשים להסתמך על המרשם, אנו מוכנים במקרים מסוימים להכיר בטעויות במרשם ככאלה שמלבינות את החוליות השחורות בשרשרת ההעברות ולוקחות קניין מהידיים החוקיות של הבעלים ומעבירות אותם לידיים של אדם אחר.

 בעלים חוקי רוכש עקב
 טעות במרשם

**הרעיון של תקנת השוק אומר כך**: יש שרשרת של העברות של נכס. אחת מהחוליות בשרשרת היא בעייתית (שרטוט לעיל). כשאנו דנים בשאלה מי מקבל את הנכס – באופן עקרוני, לפי מה שלמדנו עד עכשיו, ברגע שיש העברה לא תקינה של קניין מחוליה אחת לאחרת, אז מה שאמור לקרות זה שההעברה תתבטל כי לאדם לא הייתה זכות להעביר משהו, ולכן לרוכשים שיבואו לאחר מכן אין שום דבר ביד.

זה אמור היה להיות המצב הטבעי, אבל לפי תקנת השוק יכול להיות מצב שבו הייתה סיטואציה של חוליה שחורה בשרשרת, אם הרוכש לאחר החולייה הזו טעה בגלל טעות שהייתה במרשם, **אז יש סיכוי שהוא או אחרים אחריו הם אלה שיקבלו את הנכס**. התוצאה היא די קשה – **יש מצב שניקח נכס מידיים של בעלים חוקי שלא עשה שום דבר רע ולא התכוון למכור את הנכס מעולם ונעביר אותו לידיים של אדם אחר**.

כדי לנסות להבהיר את הסיפור ננסה להסביר באמצעות דוגמה: אדם שנתן לעורך דין ייפוי כוח לטובת מטרה מסוימת (ייפוי כוח כולל הרבה כוחות לעשות פעולות רבות). אותו עורך דין מציג לרוכש מסוים שלכאורה ניתן לו ייפוי כוח למכור את הדירה של המייפה. כלומר, עורך הדין משתמש בייפוי הכוח שלא כדין ומוכר את הדירה לרוכש א'.

האם הוא אמור להנות מתקנת שוק לפי מה שלמדנו כרגע? לא, כי אנחנו מנסים להגן על המרשם בתקנת השוק. כשרוכש א' קונה את המקרקעין מי רשום במרשם כבעלים? הבעלים המקורי, אין טעות במרשם. אבל הוא כן קונה את הקרקע כתוצאה מטעות, איפה הטעות שלו? **ממסמכים שהם חיצוניים למרשם** – **ייפוי הכוח ממנו הוא מתרשם שיש סמכות למכור את הדירה**. הטעות היא לא כתוצאה מטעות במרשם ולכן מבחינתנו כחברה אין לנו שום אינטרס להגן על לקוח מעורכי דין רמאים.

בעלים

נחזה לבעלים

רוכש א

רוכש ב

מה קורה אם רוכש א' מוכר את הדירה לרוכש ב'? בהנחה שהעסקה נרשמה על רוכש א' ועדיין לא התפוצצה, ואז קונה את הקרקע רוכש ב', בהנחה שרוכש ב' סגר את העסקה, כלומר העביר את זכות הקניין על שמו, האם הוא זכאי להנות מתקנת השוק? כן. כי **הוא הסתמך על מרשם שגוי**. בניגוד לרוכש א' שכשהוא קנה את הקרקע המרשם לא היה שגוי, והטעות שלו נבעה ממסמכים חיצוניים למרשם, במידה והעסקה בין רוכש א' לעורך דין הושלמה, ורוכש א' העביר את הקרקע על שמו ואז מתקשר רוכש ב עם רוכש א', הוא קונה את הקרקע מתוך אמונה שהקרקע שייכת לרוכש א', אבל זה רישום מוטעה, **והטעות שלו נובעת מטעות במרשם ולכן הוא יהיה זכאי להנות מתקנת השוק.**

חלק גדול מהבעיה היא להבין שהרבה פעמים ההסתמכות של הרוכש היא לא על המרשם. במילים אחרות, אם אני קניתי קרקע שרשומה על שם הבעלים המקורי, ואין טעות במרשם, ולמרות זאת קניתי אותה בצורה לא תקינה (בשל מסמכים חיצוניים – יפויי כוח מזויפים, תעודת זהות מזויפת, מצגי שווא וכו'), אם המרשם תקין סביר להניח שלא יהיה תקנת שוק.

**כלל** – **כשאין טעות במרשם, פרט למקרה אחד שתכף נדבר עליו, כנראה שלא תהיה תקנת שוק**.

**במבחן** – אם יהיה נושאים של תקנת שוק- לבדוק היטב שהטעות לא נובעת מההסתמכות על מסמכים מזויפים, אלא באמת נובעת מטעות במרשם. זו הדרך להבין אם יש תקנת שוק או אין תקנת שוק.

דבר נוסף לגבי תום לב: בהקשר של **ס' 10** מדובר בתום לב סובייקטיבי, אנו רוצים לדעת אם רוכש ב' פעל בצורה מודעת או לא, או לכל הפחות עצם את עיניו לראות שיש פה בעיה. ככל שמדובר בסטנדרט של תו"ל סובייקטיבי, צריך לבדוק אם **אותו רוכש ספציפי** ידע או שהוא עצם את עיניו למציאות. (**לא בוחנים אובייקטיבית אלא סובייקטיבית!)**

**משך הזמן של תום הלב** – צריך להיות הן בשלב העסקה והן בשלב הרישום, וצריכה להיות הסתמכות על המרשם.

נראה ניואנס שיש לו הרבה התעסקות בפסיקה

**פס"ד מרדכי**: יש בעלים מסוים של נכס. מגיע אדם שמתחזה להיות אותו בעלים מקורי (מקביל לעורך דין השקרן), ועושה את העסקה עם רוכש א'. כשהוא עושה את העסקה אתו, האם רוכש א' זכאי להנות מתקנת השוק? לא. כי הפגם לא במרשם, **המרשם תקין,** **הוא כולל את השם של הבעלים המקורי**. לכן כשהוא מוכר את הקרקע בהתחזות לבעלים המקורי אין טעות במרשם, והוא הסתמך על תעודת הזהות המזויפת – שהיא מסמך חיצוני למרשם ולכן לא נהנה מתקנת שוק. נניח שנתנו לרוכש א' הערת אזהרה, אותה הוא מוכר לרוכש ב'. הוא רוצה למכור את הנכס לרוכש ב' מכל סיבה שהיא, ובמכירת הנכס (שכרגע הוא רק הערת אזהרה) הוא מעביר את הנכס לפני שהוא עבר על שמו לרוכש אחר.

**השאלה** – רוכש ב' קונה את זה כאשר יש על שמו של רוכש א' רק הערת אזהרה, ומי שרשום בפועל זה הבעלים המקורי, רוכש ב קנה את הנכס בגלל הערת אזהרה. **האם הערת אזהרה היא טעות במרשם או לא? כלומר, האם רוכש ב יהנה מתקנת השוק או לא?**

**פס"ד מורדכיוב**: **העובדה שאדם רכש קרקע על בסיס הערת אזהרה בלבד למרות שהקרקע רשום על שם הבעלים המקורי, לא שוללת עקרונית את היכולת שלו להנות מתקנת שוק**. במקרה הזה כשרוכש ב' קונה רק על בסיס הערת אזהרה, הוא יכול לזכות בתקנת שוק, אבל יש הרבה מאוד תנאים לסיפור הזה.

**דגש חשוב** – הרציונל של תקנות שוק הוא מתן תוקף לרישום ועידוד עסקאות מקרקעין. חשוב להדגיש שכל הדברים הללו מתגלים **בדיעבד** עד שהעסקה מתפוצצת, אף אחד לא יודע שזה הולך לקרות ולכן זה לא משנה אם תהיה תקנת שוק או לא, צריך להקפיד מראש (לפני שהעסקה מתפוצצת) על כל התנאים הבאים בכל עסקה שנעשית על בסיס ה"א באמצעותם יוכל רוכש ב' לזכות בתקנת השוק:

1. **רוכש א' העביר את המקרקעין על שמו** – בשלב הרכישה של רוכש ב' מרוכש א', היה לרוכש א' הערת אזהרה בלבד. בשלב הזה ברור שהקרקע לא רשומה על שם רוכש א'. השאלה האם רוכש ב' יכול לזכות בתקנת שוק תלויה בשאלה האם אחרי שכבר חתמו על החוזה, רוכש א העביר על שמו את המקרקעין? **כדי שרוכש ב' ייהנה מתקנת שוק, אחרי שחתמו על העסקה, רוכש א' העביר את המקרקעין על שמו.** ככל שהרישום לא הושלם אחרי העסקה (רוכש א' מעולם לא העביר את הקרקע על שמו) והמרשם נותר תקין גם אחרי העסקה בין א' ל-ב', אז רוכש ב' לא יכול להנות מתקנת שוק.
2. **התנאה בתשלומים עד הרישום** – לבוא ולהגיד לרוכש א' שקונים ממנו כרגע על בסיס ה"א, אבל תתקדם ותרשום את הקרקע על שמך כמה שיותר מהר, ועד שתעשה זאת אנו את הרוב המוחלט של התשלומים מעכבים.
3. **בדיקה ראויה של עסקת היסוד** – ברגע שקונים קרקע על בסיס ה"א בלבד ובטאבו רשומים הבעלים המקוריים, זה אחריות שלנו כעורכי דין להתחיל לבדוק את העסקה הראשונה (בין מי שנחזה לבעלים לבין רוכש א'). לא בהכרח נצליח לזהות את הזיוף, אבל חייבים לעשות זאת.

**תקנת שוק במיטלטלין**

**פסק דין כנען**: המרצה אומר שפס"ד זה הוא אחד הדוגמאות הגרועות ביותר ללמד תקנת שוק במיטלטלין. אישה שרכשה תמונות משוק הפשפשים, והתברר שהן תמונות מקוריות וממשלת ארה"ב רצתה אותה בחזרה.

**ס' 34 לחוק המכר** – "**נמכר** **נכס נד** על ידי **מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר** **והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו**, **עוברת הבעלות לקונה** נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ו**בלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב**."

יש המון מלל בס' הזה שקובע 6 תנאים (מצטברים) כדי שתתקיים תקנת שוק במיטלטלין:

* **נמכר**
* **נכס נד**
* **על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר**
* **המכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו**
* **הקונה קנה וקיבל**
* **תום לב**

נבחן כל אחד מהתנאים:

**נמכר**

**ס' 1 לחוק המכר** – מהות המכר הוא קניית נכס תמורת מחיר. **התנאי הבסיסי לקיומה של תקנת שוק הינו קיומה של עסקה בה נרכש הנכס מהמוכר (מי שאינו בעל הקניין) תמורת מחיר**. האם התמורה צריכה לשקף שווי אובייקטיבי או סובייקטיבי?

**נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר**

תקנת השוק במיטלטלין חלה רק על **חפצים מוחשיים**. ע"י מי שעוסק בממכר נכסים בסוגו של הממכר. רק אם קנינו מאדם שזה סוג הנכסים שהוא מוכר. למשל, אם קניתי אייפון בחנות של סלולרי אהיה זכאית לפי תנאי זה לתקנת שוק, אבל אם קניתי אייפון מחנות של ירקן אני לא אהיה זכאית להנות מתקנת שוק לפי תנאי זה. (**נדגיש** – אם קנינו מאדם פרטי או מיד 2 אין אופציה להנות מתקנת שוק, רק אם קנינו מאדם שמומחה במכירה הזו). שתי גישות למה התנאי הזה מנסה להשיג:

1. **זמיר** – זהו תנאי **אובייקטיבי** שמסייע בבדיקת **תום ליבו של הקונה**.
2. **דגן** – המטרה הינה **תמרוץ הסוחרים** לבדוק באופן רחב יותר את מקור הנכס שהם מכניסים לשוק. כלומר, לתמרץ את הסוחרים להיות מומחים בעסקים שלהם. מדוע התנאי הזה מתמרץ את הסוחרים? כי אם תהיה מומחה בתחום שלך אנשים יבואו אליך יותר, ולך יהיה אינטרס להיות מומחה בתחום שלך וככה כחברה נרוויח רווח צדדי כי אתה תמנע את הכניסה של מוצרים מזויפים.

**במהלך הרגיל של עסקיו**

תנאי שמטרתו להבטיח את **תום ליבו** של הקונה – היעדר נסיבות מחשידות לגבי העסקה וזכויותיו של המוכר בנכס. זהו מבחן המתייחס למכלול הנסיבות של המכר והרלוונטי למועד כריתת הסכם המכר: מקום עריכת העסקה, מועד עריכת העסקה, תנאי העסקה וכן הלאה. צריך לקחת בחשבון שקיומן של נסיבות מחשידות בהקשר הזה לא יזכו בתקנת שוק.

**קנה וקיבל**

אנו מתייחסים בתנאי זה **גם לקיבל ולא רק לקנה**. לכן כדי להנות מתקנת שוק, אנו צריכים שיהיה גם וגם – גם העברת הקניין וגם את החזקה במיטלטלין האלה. למה צריך גם וגם? כי אפשר להתנות כפי שלמדנו ב**ס' 33 לחוק המכר**.

**תום לב**

הכוונה בעיקר לראות שאותו רוכש שנקלע פה לסיפור מאוד קשה, לא ידע שיש את החולייה השחורה באמצע, כלומר שהוא תם לב. **תום הלב נדרש משלב כריתת החוזה עד שלב השלמת הקניין**, ונדרש שתום הלב יהא **סובייקטיבי**.

**בתקנת שוק במיטלטלין צריך לעבור על כל תנאי הסעיף שמנינו ולבדוק האם המקרה המתואר מקיים אותם (באופן מצטבר) או לא**.

חזרה ל**פס"ד כנען**: המסלול הפנימי הוא מסלול קנייני שזה מסלול תקנת שוק. המקרה הוא מצב שבו אישה רוכשת תמונות, מתברר שהן נגנבו בדיעבד ממוזיאון בארה"ב. השאלה היא האם הרוכשת משאירה אצלה את התמונות או לא? זה תלוי בהאם תנאי תקנת השוק מתקיימים. יש גם מסלול "חיצוני" שזה המסלול החוזי.

**נתחיל במסלול החיצוני-חוזי**: המרצה אומר שבית המשפט סימן את המטרה – שהתמונות יחזרו לארה"ב. **השופט ברק** מוביל קונסטרוקציות באמצעות פנייה לטעות משותפת והבנייה קונסטרוקטיבית של דיני עקיבה (עשיית עושר). דרך אחרת שהשופט ברק מציע: החלת תום לב אובייקטיבי.

**נעבור למסלול הפנימי-קנייני**: ביהמ"ש עושה כאן משהו בעייתי – הוא בא ואומר שאנחנו לומדים על חסרון התמורה ועל אי קיום התנאים של תקנת השוק בדיעבד. כלומר, אנו בודקים את שווי ומהות הנכס למרות שאנו יודעים שמבחינה סובייקטיבית של הצדדים לעסקה, הם היו משוכנעים שמדובר בנכס שלגביו הם הסכימו ובשווי שלגביו הסכימו. ביהמ"ש בא ואומר שיש סיווג לא נכון של הנכס ולכן כשמגלים שמדובר בתמונות מקוריות, זה לא סוג הנסכים שהמוכרת בשוק הפשפשים רגילה למכור וגם התמורה לא מתקיימת. **לכן ביהמ"ש קובע שבדיעבד לא התקיימה תקנת השוק**.

**יש פה בעיה מאוד קשה** – בד"כ מה שקורה בתקנת שוק זה שנגנב נכס מסוים והוא מצא עצמו בידיו של אדם שלישי ולכן פס"ד כנען הוא מיוחד בהקשר הזה, כי התברר שבסופו של דבר קנו משהו שלא התכוונו לקנות. ברמה התדירה אנו לא נגיע למצב של פס"ד כנען.

**דיני תחרויות – סיכום**

ראשית יש לערוך זיהוי הצדדים

בעל התחייבות לעסקה נושה לא מובטח

בעל התחייבות לעסקה בעל התחייבות לעסקה

בעלים מקורי רוכש בתום לב

לאחר מכן להבין באיזה משאב אנו נמצאים:

מקרקעין רשומים

**פס"ד אהרונוב**
למעט כשבעל ההתחייבות הוא נושא מקצועי

בעל התחייבות לעסקה נושה לא מובטח

תנאי **סעיף 9** + **פס"ד גנז**

בעל התחייבות לעסקה בעל התחייבות לעסקה

תנאי **סעיף 10**

בעלים מקורי רוכש בתום לב

זכויות + מקרקעין לא רשומים

 **פס"ד אהרונוב**

בעל התחייבות לעסקה נושה לא מובטח

**ס' 12** + **13 לחוק המיטלטלין**

בעל התחייבות לעסקה בעל התחייבות לעסקה

**ס' 4 לחוק המחאת חיובים**

בעלים מקורי רוכש בתום לב

מיטלטלין

**פס"ד אהרונוב**

בעל התחייבות לעסקה נושה לא מובטח

**סעיף 12 לחוק המיטלטלין**

בעל התחייבות לעסקה בעל התחייבות לעסקה

**סעיף 34 לחוק המכר**

בעלים מקורי רוכש בתום לב

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  **משאב****סוג התחרות** | **מקרקעין** | **מיטלטלין** | **זכויות ומקרקעין לא רשומים** |
| **בעל התחייבות לעסקה מול נושי המוכר** | בעל ההתחייבות לעסקה זוכה מול נושה מעקל מאוחר יותר, גם אם לא רשם הערת אזהרה (**פס"ד אהרונוב**). **חריג:** כשבעל ההתחייבות לעסקה הוא נושה מקצועי (בנקים), ניטה לחייב אותו בצורך לרשום הערת אזהרה כדי לנצח את הנושה המעקל מאוחר יותר (**רשף**). | בעל התחייבות לעסקה גובר על נושי המוכר המאוחרים (**פס"ד אהרונוב**). | בעל התחייבות לעסקה גובר על נושי המוכר המאוחרים (**פס"ד אהרונוב**). |
| **עסקאות נוגדות****בעל התחייבות לעסקה מול בעל התחייבות לעסקה** | **ס' 9 + פס"ד גנז** | **ס' 12 לחוק המיטלטלין:** "...זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה – זכותו עדיפה". | **ס' 12 + ס' 13 לחוק המיטלטלין** |
| **תקנת השוק****בעלים מקורי מול רוכש תם לב** | **ס' 10:** "מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה, ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון".* תקנת השוק תחול כשהמרשם שגוי.
* עסקה שנעשית על בסיס הערת אזהרה – בכפוף לתנאים ב**פס"ד מורדכיוב**
 | **ס' 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 שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב." | **ס' 4 לחוק המחאת חיובים:**הראשון בזמן זוכה, אלא אם כן הודיעו לחייב קודם על זכותו של הנמחה השני.  |

**תחרות ומתנה**

מה קורה כשאנו מגיעים למצב של תחרות אבל בעל ההתחייבות הוא לא בעל ההתחייבות לעסקה, אלא בעל ההתחייבות למתנה? או לחלופין שבעסקאות נוגדות אחת העסקאות היא מתנה. למה זה בעיתי? כי מתנה זה הקניית נכס שלא בתמורה לפי חוק המתנה.

נעבור על חוק המתנה:

מה שחשוב לנו בעיקר מחוק המתנה הוא **ס' 5** – **התחייבות לתת מתנה**:

1. ההתחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב.
2. כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, רשאי הנותן לחזור בו ממנה, זולת אם ויתר בכתב על רשות זו.
3. מלבד האמור בסעיף קטן (ב), רשאי הנותן לחזור בו מהתחייבותו אם הייתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או כלפי בן-משפחתו או בהרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן.

**סעיף 5** קובע שיש דבר כזה לא רק לתת מתנה, אלא גם **התחייבות לתת מתנה**. לפי סעיף זה, התחייבות כזו עליה להיות **בכתב**.

**ס' 5(ב), 5(ג)** יוצרים לנו חלק מהבעיות. כבר יש לנו בעיה ראשונה שבהתחייבות בעסקת מכר, אדם לא יכול לחזור בו, והם מוסיפים בעיות:

**ס' 5(ב)** מאפשר לחזור מהמתנה כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו.

**ס' 5(ג)** למרות האמור בס' 55(ב) רשאי המתחייב לחזור בו ממתן המתנה, אם יש התנהגות מחפירה מצד המקבל או הרעה משמעותית מצד הנותן. כלומר, אדם שהתחייב לתת מתנה יכול לחזור בו ממתן המתנה.

השאלה הגדולה היא מה הבעיה שלנו עם עסקאות כאלה? הבעיה שלנו עם מתנה היא שיש מישהו שמקבל נכס בלי תמורה וזה עשוי לפגוע באחרים שמסתמכים על הנכסים האלה. למשל: הטייקונים שפשטו רגל, הילדים שלהם מחזיקים בהרבה מהנכסים שלהם לפני שפשטו רגל, ואז כשבאו הנושים לגבות את החובות הם גילו שלטייקונים לא היו נכסים כי הם העבירו אותם לילדים ולחברים.

אחת הבעיות הגדולות היא נושא של הברחת נכסים. כשאדם מגלה שהוא על סף פשיטת רגל, חלק מהאנשים מבריחים או מנסים להבריח את הנכסים שלהם מהחברה למקורבים כאלה ואחרים, כדי להבריח את הנכסים מהנושים. המתנות בעייתיות כי:

1. **מדובר בעסקה ללא תמורה** – משליך על דרישת התמורה בעסקאות נוגדות למשל.
2. **מדובר בעסקה שניתן לחזור ממנה בתנאים מסוימים** – משליך על ההסתמכות של מקבל המתנה על הנכס.

מתנה היא בעייתית כי לא מטילים חבות על האנשים לשלם בתמורה לנכס. אדם שמקים חברה יודע שש אופציה להגיע למצב של חדלות פירעון. הוא קונה נכסים, וכותב כתב התחייבות למתנה לעוד 15 שנה למשל. אם נתייחס להתחייבות למתנה כאל התחייבות כמו כל בעל התחייבות לעסקה רגיל, זה אומר שאדם קיבל איזה שהוא מכתב עם התחייבות למתנה, ובמידה ובאותם 15 שנה יהיה אירוע של חדל"פ, הוא יגבר על כל יתר הנושים – בעל ההתחייבות למתנה, כמו בעל התחייבות לעסקה, תמיד יגבר על הנושים האחרים. פה, יש לנו את היכולת של נותן המתנה לחזור בו, בניגוד לעסקה רגילה בה אינך יכול לחזור בך. כל עוד אין בעיה חוזית, עקרונית אתה לא יכול לחזור בך מהתחייבות לעסקה. כך, **הדברים נראים לכאורה פשוט**; מה הבעיה לקנות נכס, לתת התחייבות למתנה לצורך ערובה למצב של חדלות פירעון, ואם החברה לא תיכנס בסוף לחדלות פירעון, אחזור בי מההתחייבות ופשוט אחזיר את הנכס אליי.

האם זה שאין תמורה ויש יכולת חזרה, משליך על התנאים שלנו בדיני תחרויות? **כן**, שתי השלכות:

1. **עסקת המתנה היא השנייה בזמן לעסקאות נוגדות במקרקעין** –

כשדיברנו על עסקאות נוגדות במקרקעין, הכלל היה שס' 9 חל, והוא דורש מהשני בזמן את מילוי התנאים- תמורה, תו"ל ורישום. **בעסקת מתנה, השני בזמן לכאורה לא יכול אף פעם להשלים תמורה**. האם רישום ותו"ל מספיקים, כי אין כאן תמורה באופן אינהרנטי?

**פס"ד סולימאן:** **השופט דנציגר:** "במקרה בו העסקה השנייה בזמן היא עסקת מתנה בלתי הדירה, עדיין על מקבל המתנה להוכיח כי שינה את מצבו לרעה בהסתמך בתום לב על המרשם, ולא די ששינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות למתנה בלתי הדירה".

למה אנו לא דנים בשאלה אם עסקת המתנה היא הראשונה בזמן? כי השני יכול להשלים את התנאים כמו שצריך, אין דרישה מהראשון לשלם אפילו שקל על מנת שהזכות שלו תהא עדיפה. **אם יש עסקת מתנה של הראשון בזמן, הכללים הרגילים חלים**. אם עסקת המתנה היא השנייה בזמן, ואז השני בזמן צריך להוכיח תו"ל תמורה ורישום, אז אמרנו שתמורה הוא לא יוכל להוכיח מכוח המתנה. **בית המשפט אומר שמחילים את מאזן המצוקה לצורך הכרעת הסיטואציה** – **השופט דנציגר:** "במצב בו העסקה השנייה בזמן היא עסקת המתנה, נראה כי **הסיכויים להעדפתו של השני בזמן קלושים**, זאת מאחר שבשקילת מאזן ההפסדים, יש לקחת בחשבון גם את ההפסד שייגרם לראשון בזמן אם תבוטל העסקה עימו". כיוון שמאזן ההפסדים ייטה לרעת מקבל המתנה, הראשון בזמן ינצח (מאזו המצוקה הוא לטובת זה שעשה את עסקת המכר, כי הוא נתן תמורה).

אנו רואים שבית המשפט מחיל דווקא את שיקול מאזן המצוקה כשיקול האולטימטיבי. **יש בכך בעיה** – **בפס"ד גנז** השיקול האולטימטיבי היה דווקא מונע הנזק הזול – אם הראשון לא רשם ה"א, בלי הסבר מניח את הדעת, נטיל עליו את האחריות גם אם השני בזמן לא השלים את כל התנאים. **ביהמ"ש עושה מהלך לא מובן**. עם זאת, מטרתו היא לצמצם את הזכייה של מקבלי מתנות. בעצם, בית המשפט אומר שכשאנחנו מדברים על מתנה, המאפיין העיקרי הוא שאין מחיר שמשולם תמורת העסקה, ולכן נחמיר עם מקבל המתנה ודווקא פה נחיל את כלל מאזן המצוקה. **מהלך זה מתעלם מפס"ד גנז ומכל הקשור להערות אזהרה** – מעקר את גנז מתוכן בכל הקשור לתום לב האובייקטיבי של הראשון בזמן.

נקודה נוספת: יהיה קשה למי שקיבל התחייבות למתנה להוכיח הסתמכות כזו שתטה את מאזן המצוקה לרעתו (או שלא קנה דירה אחרת/ או שמכר את שלו – לא משאירים אותו בלי כסף או בלי נכס. זה אולי אובדן הזדמנות עסקית, אך לא מרוקן אותך מנכסים). לכן, **מהלך זה מתעלם מאפשרות שמאזן המצוקה ייטה לרעת בעל ההתחייבות למתנה**, כלומר שמצבו יהיה גרוע יותר מבעל ההתחייבות לעסקת המכר הראשון בזמן (נניח במצבים בו בעל ההתחייבות לעסקת המכר שילם סכום זניח, ההפסד שלו לא יהיה משמעותי).

1. **בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל** –

אחד החששות הגדולים של לתת משמעות להתחייבות למתנה, הוא שזה מנגנון מאוד קל לצורך הברחת נכסים. הברחת נכסים זה משהו שהמשפט הישראלי מאוד מתאמץ למנוע. זה מנגנון נוראי בעינינו. אם נאפשר הברחת נכסים, סדרי הפירעון לא יהיו רלוונטיים – בעלי המניות יצליחו להבריח את נכסיהם ולא נגיע לעולם לסדרי הפירעון.

השאלה פה היא שאלה לגבי מצב שבו יש אדם שיש לו נכסים. הוא נותן התחייבות למתנה, שיכולה להיות גם לעוד 20 שנה. יש תקופה ארוכה של התחייבות למתנה, ולכאורה הוא לא חושש, כי הוא יכול לחזור בו. הסיפור היותר מורכב הוא כמו שדיברנו – הוא קונה נכסים, רושם התחייבויות למתנה לכל מיני אנשים, ובמידה וייכנס לחדל"פ, אותם אנשים יגברו על יתר הנושים. במידה ולא ייכנס לחדל"פ, הוא יכול להתחרט ולחזור בו מהמתנה. זה מנגנון מאוד קל לנותני המתנות.

לכן, השאלה היא האם המנגנון הזה משנה משהו בהתחייבות בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושה מעקל, בגלל החשש לפגיעה בנושים מעקלים? האם הלכת אהרונוב חלה? **אם בעל ההתחייבות למתנה רושם ה"א, הוא גובר על נושים מאוחרים**. אם משתמשים במנגנון לצורך הברחת הנכסים, ובעל ההתחייבות לא רשם ה"א, ננתח את הרציונליים של **שטרסברג כהן**; נאמר שזה לא ממש משנה – במובן המוסדי, היא כמעט ולא מדברת על התמורה וכמעט שלא מדברת על יכולת להתחרט. אלא, רק אם יש עניין של מקבל ההתחייבות בנכס המסוים לעומת אותו עניין של נושה מעקל בכסף.

**נושה מעקל הוא נושה לא מובטח, הוא לא דאג לעצמו לבטוחה** (בניגוד לנושה מובטח שדאג לשים את היד על סל של נכסים ואז לצורך העניין יודע שאם יגיע יום הדין, יוכל ללכת לגבות מהנכס המסוים הזה). נושה לא מובטח שאין לו אחיזה בנכס, הוא נושה חלש יותר שבגדול היה בסוף התור. על ידי העיקול, רוצה לתבוע אחיזה בנכס מסוים. האם ההתחייבות למתנה גוברת על זכותו? **שטרסברג כהן** **אומרת שלא צריך להיות הבדל בין בעל התחייבות לעסקה לבין בעל התחייבות למתנה**. לכאורה **אין סיבה לחרוג מאהרונוב**, אבל ביהמ"ש **כן חורג** באחד מפסקי הדין היותר מוכרים:

**פס"ד אילנה לאניאדו נ' הולנד ישראל בע"מ:** **השופט אלון:** "נק' המוצא בתחרות הזו תהיה בהעדפת הנושה על פני מקבל המתנה. אולם, פתוחה תהיה הדרך בפני מקבל ההתחייבות למתנה לנסות ולהוכיח כך שתיטה הכף לטובתו". אנחנו **משנים את הדיפולט** – כשמדובר על התחייבות למתנה לעומת נושה למעקל, **מי שזוכה כברירת מחדל זה דווקא הנושה הלא מובטח**. זה לא ברור מאליו, אבל זה השינוי שעושה פס"ד לאניאדו. זה שינוי של ברירת המחדל, אבל עם **פתח אפשרי כן בסופו של דבר לתת את הבכורה בסופו של דבר לבעל ההתחייבות למתנה**.

בראש ובראשונה **יש להוכיח את הנסיבות של הענקת המתנה** – מתוך הנסיבות, להעמיק ולהסביר שלא היה פה ניסיון להבריח נכסים. עושים את זה באמצעות דיני ראיות (המועדים של נתינת המתנה לא היו קשורים למועדים של הקריסות הכלכליות/ הועבר לאנשים מקורבים ולא הייתה הברחה לאנשים חיצוניים). בהקשר הזה, מתנה זה לא רק מתן משהו חביב ונעים, אלא דרך להעברת נכסים/ קניין. יכולה להיות גם מתנה לגורם חיצוני לחלוטין. מתן מתנה לגורם מרוחק, ידרוש הסבר למתן המתנה דווקא לו.

במידה והלקוח הוא בעל התחייבות למתנה, ומגיע נושה מעקל שלכאורה אמור לזכות, **יש לעבוד קשה ולהוכיח שהמתנה היא אכן מתנה ולא ניסיון הברחת נכסים**, באמצעות הנסיבות העובדתיות. עקרונית, זה ייבחן באמצעות שיקול הדעת השיפוטי. שיקול הדעת השיפוטי יכריע את הסיפור. אם נצליח לשכנע מעל לכל ספק סביר, נצליח לשכנע את השופטים. ההתעסקות היא בעובדות.

אינדיקציה נוספת היא **במקרה בו הצטמצמה משמעותית או התבטלה היתכנות החזרה מן המתנה הנתונה לנותן המתנה –** אם נותן המתנה וויתר בכתב על היכולת לחזור, זה יצביע על היות המתנה אמיתית ולא פיקציה.

בנוסף, במקביל לכל הבחינה של מקבל המתנה, וכל הליך מתן וקבלת המתנה, נבדוק את **תום הלב של הנושה** – אם הנושה ידע על המתנה ובכל זאת רץ והטיל עיקול כי ידע שהמתנה לא הושלמה, נראה בכך את חוסר תום ליבו.

**לסיכום**, האם **הלכת אהרונוב** תקפה גם ביחס להתחייבות למתן מתנה? **ברירת המחדל היא שלא**. השיקול המוביל: **מאזן המצוקה**. מתי בכל זאת יגבר בעל ההתחייבות למתנה?

1. כאשר הנסיבות יעידו כי המתנה אמיתית (מצבו הכלכלי של נותן המתנה קודם למתן המתנה).
2. כאשר בעל ההתחייבות למתנה שינה את מצבו לרעה.
3. כאשר החזרה מהמתנה אינה אפשרית.
4. כאשר הנושה המעקל ידע על המתנה (מעיד על חוסר תום ליבו).

**שעבודים**

לא נרחיב על כל ניואנס, אלא בגדול על סדר הפירעון. בניגוד לנושה מעקל, **שעבוד/ משכון זו זכות קניינית**. משכון במקרקעין = משכנתא. המשכנתא היא לא ההלוואה, אלא היא הזכות הקניינית שאנו נותנים לבנק בתמורה להלוואה. יש גם משכונות במיטלטלין. לצורך העניין, זה אומר שכשאני מקבל משכון לטובתי, אני תופס חלק מהנכס, יש לי זכות קניינית בנכס, שבמידה וההלוואה כלפיי לא תיפרע, הבעלים לא מעניין אותי, אני הולך במישרין לנכס, מוכר אותו ונפרע בחלקי. הבנק בעצם מקבל זיקה בלתי אמצעית לנכס. בדרך כלל משכנתא היא לא מאה אחוז משווי הנכס, אלא במצב בו הבנק ידרוש את מימוש הנכס אם ההלוואה לא נפרעה, הבנק ייטול את חלקו, בעוד שכל השאר ילך לבעלים. הבנק ייקח את חלקו שלו בלבד, יפנה את הנכס מהשעבוד והבעלים/ הקונה החדש יכול להמשיך בחייו.

מהו שעבוד? **ס' 1 לחוק המשכון:** **משכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב;** הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב. זוהי אחיזה/ זיקה בלתי אמצעית המוקנית למלווה, שנותן את הכסף לנכס מסוים כערובה למימוש החיוב, לפירעון ההלוואה.

**חשין בפס"ד קידוחי הצפון:** זיקה בלתי אמצעית של המלווה לנכס. החייב חב חיוב כלשהו לנושה. החייב מכפיף, משעבד נכס כערובה לקיומו של החיוב – הפיכת הזכות לבעלת אופי קנייני. השעבוד משמיע אפשרות להיפרע מהנכס עצמו.

למה יצרנו את הזכות הקניינית הזו של משכון?

**לנושים**:

* **זכות להיפרע מהנכס עצמו – ייחוד נכס כבטוחה**. אני כנושה שאין לי זכות בנכס, יכול להפסיד לבעל התחייבות בעסקה. ברגע שיש לי אחיזה בנכס מסוים, בעל הנכס לא יכול למכור אותו בלי אישורי. אנשים שיש להם משכנתא על הנכס ורוצים למכור אותו, בדר"כ מחויבים להסיר את המשכנתא; לשלם את יתר ההלוואה לבנק, ואחרי שהוחזרה כל ההלוואה, הבנק מסיר את רישום הזכות שלו ורק אז אפשר להמשיך לעשות פעולה בנכס. המשכנתא יוצרת את זה שהבנק יהיה מאוד רגוע. ברגע שיש הלוואה שאתה מקבל תמורתה משכנתא, ערובה לגבות ממנה, אתה הרבה יותר רגוע. **הבנקים לא מסתכנים כמו בהלוואה חוזית רגילה.**
* **זכות להיפרע מהנכס בקדימות לנושים אחרים** – אם אדאג למשכון על נכס מסוים של החייב, אם הוא ייכנס לחדל"פ, אני יודע שאני קודם לשאר הנושים.

**לחייב:** המשכון מקטין סיכון – תנאי העסקה עבור החייב יהיו טובים יותר. תנאי המשכנתא הרבה יותר טובים מאשר הלוואות אחרות, בשל ביטחון הבנק שיודע שיוכל לגבות כשאין פירעון.

**לכולם:** ברגע שיש משכנתאות ויכולת לקיים פעילות כלכלית, להפחית את שיעורי הריביות ולתת אשראי לאנשים במשק, זה מקדם את העסקאות במשק. זהו **תמריץ חיובי לעסקאות מועילות**. אין פה פגיעה בחיי המסחר התקינים.

**סדר הפירעון:**

הסדר הזה הוא הסדר שבו עומדים בתור כל הנושים של אותו החייב. כשאדם פושט רגל/ חברה חדלת פירעון, זה אומר שיש להם יותר התחייבויות ממה שהם יכולים לפרוע, שסך הנכסים והכסף הזמין לא מספיקים לפרוע את סך ההתחייבויות. כשאתה מוכרז חדל פירעון, כלל הנושים רצים כדי למהר ולתפוס מקום בתור. השאלה הכי גדולה ומשמעותית בכל מה שקשור לאם תצליח לקבל את כל החוב/ חלק ממנו, תלויה במיקומך בתור. כל דיני חדלות הפירעון עוסקים בזה.

**במקום הראשון:** **שסל"ן** (=שעבוד ספציפי לרכישה של נכס) – דיברנו על זה בהקשר של מחוברים. הראשון בתור בקופת הפירעון הוא **מי שמלווה כסף לרכישה של נכס מסוים ומטיל שעבוד על הנכס המסוים הזה**. זה נועד בעיקר כדי לאפשר לחברות שנמצאות במצבים מאוד קשים את היכולת להשתקם בכל זאת. חברות שנמצאות במצבים לא פשוטים, לא ילוו להן כסף. השסל"ן בא ואומר שאם תלווה כסף לרכישה, תוכל להטיל עליו שעבוד ואתה תהיה הראשון לגבות ממנו – מכאן התמריץ להלוות לחברות שנמצאות בקשיים.

**במקום השני:** אחרי השסל"ן יש **שעבוד ספציפי** – **הלוואת כסף אבל לצורך משכון בנכס מסוים**. הנכס המסוים יהיה ערובה לפירעון החוב.

נסביר את ההבדל: נניח הלוואה במיוחד כדי לקנות כיסא – המלווה מטיל שעבוד על הכיסא, הוא הראשון בתור, וזהו שסל"ן. לעומת זאת, נניח על הלוואה שלוויתי כדי לפרסם את עצמי בעיתון, המלווה מבקש שעבוד ספציפי. **אם המלווה לא מימן את רכישת הנכס המסוים בהלוואה שלו, אלא רק תפס אחיזה בנכס מסוים, זה יהיה שעבוד ספציפי**. אפשר לרשום כמה שעבודים על אותו הנכס.

מקרה חריג שנובע ממצב מסחרי הוא **שעבוד צף** (**במקום החמישי**). בניגוד לשעבוד ספציפי בו אני מקבל זכות קניינית בנכס מסוים, **שעבוד צף הוא הטלת שעבוד מרחף על כל נכסיו של החייב, לא תפיסת נכס מסוים**. למה עושים את זה ולא עושים שעבוד ספציפי? בדרך כלל מה שקורה זה ששעבודים צפים נעשים בעסקים שיש בהם **מלאי מתחלף**.

נניח מישהו רוצה לקבל משכון להבטחת הלוואה מאיקאה. לאיקאה יש מלאי מתחלף, המטרה היא למכור מוצרים לצורך זה שהחברה תהיה בת פירעון. הנחת העבודה של חברות מהסוג הזה, שסוחרות בסחורה, זה שהמלאי מתחלף, אבל קיים סדר גודל מסוים של מלאי. כשרוצים להטיל שעבוד על נכסים של חברות כאלה, אי אפשר להטיל שעבוד ספציפי – הרי לא יהיה ניתן למכור את המוצר, ואז כל הרעיון המסחרי של אותה חברה לא ישים. לכן, נקבע שעבוד צף – מובן שיש מלאי, זה אמנם לא יהיו אותם מוצרים כל הזמן אבל סדר הגודל לרוב די אותו דבר, לכן מטילים שעבוד צף על כלל הנכסים. **עקרונית, נעדיף שעבוד ספציפי כי הוא נמצא במקום השני בגבייה**, שעבוד צף נמצא כמעט אחרון.

אדם שיש לו שעבוד צף על נכסיו של החייב, יכול לקבוע בהסכם של השעבוד **שלא ניתן יהיה ליצור שעבודים ספציפיים**, כדי שתהיה לו קדימות. הוא רוצה להבטיח שלא יתמקמו אנשים לפניו בתור, לכן קובע שהוא שעבוד צף ואין היתר לתת שעבודים ספציפיים בנכסים של החברה. אם שעבודים ספציפיים יעשו בניגוד לתניה זו, הם יידחו אחרי השעבוד הצף הספציפי ההוא. שעבוד ספציפי הוא ערובה חזקה. שעבוד צף זו בטוחה חלשה יחסית, אם כי אפשר לחזק אותה באמצעות אותה התניה (שלא יהיו שעבודים ספציפיים לפניו).

**במקום השלישי: שכר עבודה ופיצויי פיטורין** – אחרי שאותם בעלי משכונות מממשים את זכויות הקניין שלהם, ולפני שבעלי השעבוד הצף יתחילו, אנו פורעים חובות לעובדים. מיתרת הכסף מפרישים קודם כל פיצויי פיטורין ושכר. אם לא נשאר כסף בקופה לעובדים, יש מצב שהם לא יקבלו את מלוא השכר שמגיע להם ואת מלוא פיצויי הפיטורין.

**במקום הרביעי:** אחרי העובדים פורעים חובות ל**רשויות המס ומשלמים דמי שכירות על הנכס**. זה סדר ההוראות בחוק לפריעה מקופת הפירעון. לאחר מכן, השעבוד הצף ובסוף הנושים הלא מובטחים.

**במקום השישי:** **הנושים הלא מובטחים**. הם הנושים המעקלים בתחרות בין הנושה המעקל לבין בעל ההתחייבות לעסקה.

בעל התחייבות לעסקה מול נושה לא מובטח – נושה לא מובטח שנמצא למטה, מנסה לקדם עצמו בתור כשמטיל עיקול. גם לנושים לא מובטחים יש זכויות, הם נושים כדין, פשוט לא מובטחים (יכול להיות גם נושים לא רצוניים). על פי **שטרסברג כהן**, לנסות לקדם את עצמך בנכס על חשבון אלה שדאגו לרכוש אחיזה, זה בעייתי.

**איזה עסקאות יש לראות כשעבוד?**

הרבה פעמים בעולם העסקי יש לחץ מאוד גדול במיוחד במישור של גורמים שמספקים סחורה לחנויות, מה יקרה במידה ורשת החנויות פושטת רגל. למה יש לחץ מאוד גדול? כי הרבה פעמים, בעלי החנויות לא רוצים לקנות מספקים את המוצרים. כדי שיקנו, הספקים או מורידים את המחיר או נותנים אופציה לקחת 50 יחידות למשל, ומה שלא יימכר, יהיה אפשר להחזיר להם. הטכניקה הזו מקשה על דיני הקניין – למי שייכות 50 היחידות כל זמן שהן נמצאות בחנות? האם לבעל החנות, או לספק, שנותן כרגע לבעל החנות רק אפשרות לסחור עבורו במוצרים הללו?

זו פרקטיקה מאוד נפוצה. יש לה שם מיוחד – **עסקת קונסיגנציה**: מתן נכסים או יחידות על ידי הספק לחנות. כך למעשה, משתמרת הבעלות הקניינית בידיים של הספק. למה זה טוב לבעל החנות? הוא מוכר את מה שמצליח למכור, עושה את הרווח שלו, ומה שלא מכר, מחזיר לספק. למה זה טוב לספק? הספק מצליח לדחוף את מוצריו לבעלי החנויות. זה טוב לו גם למקרה שבעל החנות ייכנס לחדלות פירעון – **הבעלות נשארת אצלו**. הספק בכלל לא עומד בתור הגבייה, אלא לוקח את מוצריו, הרי הם מעולם לא היו של בעל החנות ולכן לא נכנסים לקופה. כך הספק מבטח עצמו מפני בעיות שיעלו במצב של חדל"פ, שיהיה כמה שיותר מוקדם בסדר הנשייה.

**הלכת קולומבו:** מדובר בסיפור מסחרי קלאסי, ולא חריג. הסיפור הוא סביב עסקאות קונסיגנציה. הייתה רשת גדולה מאוד של חנויות צעצועים בשם "מאמא יוקרו" שנקלעה לקשיים. באופן כללי, הרבה חברות נכנסות למשברים, אולם בגדול חברות בריאות שיש להן נתחי שוק יכולות לצלוח את המשברים האלה בתנאי שהספקים לא מתחילים להערים קשיים. אם הספקים של אותן חברות מזהים קשיים כלכליים ומפחדים מהם, והדבר מתורגם לכך שהם לא מוכנים למכור יותר סחורה לחברות האלה, זה יוצר מדרון מאוד תלול. זאת כי גם כך כבר יש קושי ראשון, וכל שאר הגורמים מוסיפים עוד קשיים. מה שקורה לחברות כאלה זה שהן נכנסות לחדלות פירעון. במקרה זה, קולומבו רצתה לספק צעצועים למאמא יוקרו אבל פחדה ממצב של חדלות פירעון. ההסכמה ביניהם הייתה עסקת קונסיגנציה- קולמבו תספק צעצועים למאמא יוקרו אבל הצעצועים יישארו בבעלותה של קולומבו. במידה שלא נמכרו הצעצועים או במידה שתכנס לחדלות פירעון המוצרים מעולם לא היו בבעלותה ולכן לא נכנסים לקופת הפירוק. המשמעות של הדבר היא שקולומבו לא צריכה בכלל לחכות בתור, כי הנכסים שלה.

חשוב להסביר שלכולם ברור שהם עשו את העסקה הזו בגלל הקשיים של מאמא יוקרו, ובשל כך אפשר לבוא ולומר שקולומבו ניסו לעקוף את דיני הנשייה בחדלות פירעון. איך אנו יודעים את זה? כי ביהמ"ש אומר שהיו עסקאות קודמות בין קולומבו למאמא יוקרו שלא נעשו בעסקת הקונסיגנציה הזו, אלא בעסקת מכר רגילה. רק לאחר הקשיים הן עשו הסכם קונסיגנציה, מה שמעיד על ניסיון של קולומבו לעקוף את דיני הנשייה.

נניח שעשו עסקת קונסיגנציה, אם יש את ס' 33 לחוק המכר שאומר שאפשר להתנות על מועד ההעברה, וכך אכן נעשה, איך ביהמ"ש יכול להועיל פה? הרי יש פה עסקה מאוד מאוד ברורה של קונסיגנציה. אז איך ביהמ"ש מתערב? ביהמ"ש אומר שיש את **ס' 2(ב) לחוק המשכון**. הסעיף הזה אומר שהוראות חוק המשכון יחולו על כל עסקה שמטרתה שעבוד של נכס להבטחת חיוב ללא קשר לאיך כיניתם את העסקה. מה שמאמא יוקרו וקולומבו עשו נועד להבטיח שבמידה ומאמא יוקרו לא מצליחה למכור ולשלם עבור הנכסים שקולומבו העבירו, יש לקולומבו אחיזה בנכסים שלה והיא הראשונה לגבות אותם ממנה.

כשביהמ"ש אומר את זה לכאורה לנו זה לא אמור לשנות – מה זה משנה אם נגדיר את זה כקונסיגנציה או כמכר מותנה (שסל"ן), זה לא אמור להשפיע על התוצאה, כי הגבייה שלהם תהיה עדיין הראשונה בתור.

אז איך בכל זאת זה משנה את התוצאה?

יש שלוש צורות להפוך להיות בעל משכון:

1. המשכון אצלך, וככה כולם יודעים שהוא שלך.
2. לרשום את המשכון.
3. המשכון תקף כלפי מי שידע או היה עליו לדעת עליו.

קולומבו לא נקטה באף אחת מהצורות לעיל – הנכסים לא נמצאים אצלה, ומצד שני היא גם לא רשמה משכון על הנכסים האלה. **ברגע שהיא לא רשמה משכון על הנכסים האלה היא הופכת להיות נושה לא מובטח**. אם עד הרגע הזה חברת קולומבו חשבה שהיא לא רק שסל"ן, אלא בעלים של הצעצועים כי זה שלה לפי הקונסיגנציה, **התוצאה של פסיקת ביהמ"ש היא שהוא דרדר אותה למעמד הכי נמוך של הנושים מהסיבה שהיא לא רשמה את המשכון**. בעצם, ביהמ"ש אומר שלא משנה איך תגדיר את זה אתה חייב לרשום משכון. עוד הוא אומר שבמקרה הטוב הם היו בשעבוד הצף, כי מדובר במלאי ולא בנכס ספציפי, ואם לא רשמת משכון מדרדר משעבוד צף לנושה לא מובטח.

הצדקות להלכת קולומבו:

* **המטרה היא לתת באמת משמעות למה שהצדדים באמת התכוונו לעשות** – אנחנו נותנים ביטוי למה שהצדדים תכננו לעשות ולא קונים כל מיני הגדרות חלולות של פיקציות משפטיות. אין ספק שהסיפור הזה הוא בעייתי, הייתה פה היסטוריה של התקשרות אחרת של מכירת סחורה, ופתאום כאן עשו עסקת קונסיגנציה כשידעו על הקשיים, מה שהשתנה זה שהם מבינים את הסיכון, ולא רוצים שהנכסים שלהם ילכו לקופת הפירעון, הם רצו שיעבוד עליהם. הם ניסו לעקוף את כל התור ולהבריח אותו מקופת הפירעון. כל המטרה שלהם האמיתית שלהם הייתה לעקוף את דיני הנשייה, וביהמ"ש אומר שהוא מחזיר אותם למקום הטבעי שלהם בתור. זה שכשחלק מהניסיון לעקוף את דיני הנשייה לא רשמתם משכון, זה כתוצאה מההתנהלות שלכם ולכן אתם מדרדרים למעמד הנמוך ביותר של נושים לא מובטחים.
* **המטרה של חוק המשכון היא לתת פומביות, ולהגן על צדדים שלישיים**. לכן, ביהמ"ש אומר שזו הסיבה שהוא פוסל את העסקה.

ביקורות מסחריות:

* **פגיעה בפרקטיקה העסקית** – זו הביקורת הכי משמעותית. עסקאות קונסיגנציה לא נועדו רק לעקוף את דיני הנשייה, אלא הן חלק מפרקטיקה מסחרית סבירה של ספקים ולקוחות בעולם שאין בו וודאות מלאה לגבי יכולת המכירה, הביקוש וכו'. ברגע שאתה לוקח מהשוק את עסקאות הקונסיגנציה והופך כל עסקה כזו למשכון אתה פוגע בפרקטיקה.
* **חוסר היכולת המעשית לרשום כל הזמן משכונות ולטפל כל הזמן במשכונות**. זה משהו שתמיד יעכב את העולם העסקי, כל הזמן יצטרכו לחזור אחורה, לתקן את המרשם וזה בעייתי בעולם המסחרי.
* **בעיה של מלאי ושיעבוד צף** – זה מוריד אותך למטה בסדר הנשייה וזה בעייתי.
* **ביקורת שעולה בספרות** – זה משנה את הפרקטיקה והשוק לא מכיר את ההלכה הזו. (המרצה מתנגד לביקורת זו ואומר שאמנם השוק כרגע לא מכיר את ההלכה, אבל השוק יתחיל להתנהל לפי ההלכה החדשה ברגע שהיא שונתה. אין היגיון לשלול שינוי הלכתי).

ביקורות תיאורטיות:

* **זה פוגע בזכות לקניין של קולומבו** – אנו מתעלמים מהאופן שבו התנתם על ס' 33, ומייחסים לעצמנו מתי עובר הקניין או לא, כך גם לגבי חופש החוזים וההתנאה.
* **ס' 2(ב) לחוק המשכון צריך לחול על עסקאות קונסיגנציה בצמצום** – בהלכת קולומבו, כשדרדרנו את קולומבו לנושים הלא מובטחים, בשם מי עשינו את זה? לטובת נושים אחרים של מאמא יוקרו. בעצם אנו אומרים שקולומבו ניסו לעקוף נושים אחרים ולכן אנו דואגים לאותם נושים ומפרשים את העסקה שלהם כמו שהיא באמת ומחזירים אותם למקומם הטבעי. **אבל כשאנו דואגים לנושים של מאמא יוקרו אנו פוגעים בנושים של קולומבו שגם לה יש חובות.** אם אנו מדרדרים אותה לנושה לא מובטח, היא מאבדת את כל הסחורה ואת הערך הכלכלי שלה, וגם הנושים של קולומבו הפסידו מכך. לכן, **ס' 2(ב) לחוק המשכון** צריך לחול על עסקאות קונסיגנציה בצמצום ולא באופן רחב כפי שביהמ"ש נתן לו, כי מה שהוא עשה זה שהוא יצר מצב שבו הם נתנו העדפה לא הוגנת לנושי הקונה על פני נושי המוכר.

**פס"ד קידוחי הצפון**: כמה שנים לאחר הלכת קולומבו, נקבע בפס"ד זה **שיש לפרש את הלכת קולומבו בצמצום, ושבכל מקרה אין תחולה אוטומטית של הלכת קולומבו על כל עסקת קונסיגנציה**. בעצם, פס"ד זה אומר שאפשר להבין למה ביהמ"ש בהלכת קולומבו קבע ששם מדובר בעסקת משכון, בין היתר מהטעמים שדיברנו עליהם (הניסיון לעקוף את סדר הנשייה), אבל הוא אומר שהעובדה שבחלק מהמקרים עסקאות קונסיגנציה יכולות להתפרש כעסקת משכון לא הופכת את זה לכלל שכל עסקת קונסיגנציה היא עסקת משכון. ביהמ"ש יצטרך לבדוק כל מקרה לגופו, ולבדוק האם היה ניסיון של הצדדים לחמוק מסדר הנשייה ולכן קרא לה עסקת קונסיגנציה, או שמא מדובר בעסקת קונסיגנציה אמיתית. **ביהמ"ש אומר שלא מחילים באופן גורף את הכלל שעסקאות קונסיגנציה הן עסקאות משכון, ולכן הן עדיין קיימות בשוק במגוון רחב של תחומים**. אם נגיע לביהמ"ש ונצליח להוכיח שעסקת קונסיגנציה מסוימת נועדה כל כולה לשמש כעסקת משכון אז תחול הלכת קולומבו. אבל מצמצמים אותה רק לסיבות כאלה.

חוק המשכון קובע שצריך לרשום את המשכון, אבל בנכסים שיש בהם הוראות אחרות, פועלים על פי ההוראות בדינים המיוחדים, למשל: דיני חברות ודיני מקרקעין. חלק מהבנקים כן רושמים רישום של משכון גם ברשם המשכונות וגם ברשם המקרקעין, היום כבר פחות.

**תוקפו של משכון כלפי צד שלישי**:

התוקף הוא מעת הרישום. יש חריגים- חוק המכר (**ס' 34 תקנת השוק**). תקנת השוק מבטלת גם שעבודים ומשכונות וכו'.

**ס' 6 לחוק המשכונות** מדבר על מצב בו יש לי נכס כלשהו, אני נתתי שיעבוד בנכס הזה לגורם מסוים, ואז אני רוצה לתת שיעבוד באותו נכס גם לגורם אחר. אין הכוונה לתת את אותה זכות ממש לשני אנשים, אלא הכוונה לצורך העניין שיש לי קרקע ששווה חמישה מיליון, לקחתי הלוואה ונתתי משכנתא לבנק פועלים של מיליון שקלים ואני צריכה עוד כסף. לכאורה יש לי 4 מיליון שקלים פנויים בקרקע. נניח שאני צריכה עוד מיליון האם אני יכולה ללכת לבנק לאומי ולהגיד לו תן לי הלוואה ואתן לך משכנתא על מיליון שקלים?

כלומר האם העובדה שכבר יש משכנתא בקרקע שלי והנכס משועבד לגורם מסוים, מונע יצירת שיעבוד נוסף באותו נכס? **באופן עקרוני אין מניעה לעשות את זה, אבל אם יש התניה של הממשכן הראשון שלא מסכים לשעבד את הנכס לאף גורם אחר אנו נכבד את התניה הזו**.

מה החיסרון? שהנושה השני יוכל להיפרע מהנכס רק לאחר שייפרע הנושה הראשון- דחייה בחלוקה.

**אם כך, למה שנושה שני יסכים לתת הלוואה ולקבל שיעבוד רק לאחר שהראשון יגבה**?

* כשיש נכס מקרקעין ששווה חמישה מיליון וההלוואות נמוכות (נניח K200 מכל נושה) שניהם יצליחו כנראה לגבות, לכן, זה לא מטריד אותם ומשתלם לשניהם.
* אם אתה נמצא בסוף פירעון החיובים על המשכנתא הראשונה ולא נשאר הרבה בשר בשעבוד הראשון אז אין לך בעיה לקחת את הסיכון.
* יש פסיכולוגיה שגם אם זה לא מתבטא בצורה כלכלית מלאה, עדיף להיות נושה מובטח מאשר נושה לא מובטח, גם אם יש סיכון.

**מה קורה אם הראשון בזמן כן התנה ולמרות זאת עשינו שיעבוד נוסף?**

פה יש מחלוקת במחוזיים. האם השעבוד השני לא תקף בכלל, או שהוא תקף אבל לא מפריע לראשון?

**ויסמן**: עצם ההגבלה שוללת את היכולת למשכן את הנכס פעם נוספת.

**גרוסקוף**, **זלצמן** **ולרנר**: אין טעם למנוע תקפותו של משכון שני, כל זמן שהראשון נפרע במלואו.

**התחדשות עירונית**

תפקיד עורך הדין בנושא התחדשות עירונית הוא מאוד מוגדר, יש המון דברים שקורים בנושא הזה שפחות רלוונטיים לעורכי הדין שנמצאים רק בשלבים מאוד מוגדרים. הנושא הזה מבחינה נדל"נית כנראה יעסיק את המרחב הישראלי בעשרות השנים הקרובות. זה משהו שהוא מאוד נוכח.

התחדשות עירונית זה שם כללי להרבה מאוד הליכים שמטרתם היא למעשה שינוי המרקם העירוני הקיים בעיקר בשכונות ישנות. זה יכול להיעשות באמצעות שיפוץ של מבנים קיימים, ע"י הריסה של מבנים ובניה של חדשים. בד"כ זה יכלול הוספה של יחידות דיור, חלק מהרעיון הוא להוסיף עוד יחידות דיור במרחב וההוספה הזו היא גם חלק מהכשלים של התחדשות עירונית.

הרעיונות הבסיסיים של התחדשות עירונית הם:

1. **מתן סיוע עירוני/ ממשלתי לשכונות ותיקות**, זה היה אבי אבות החוק של פינוי בינוי. החוק הזה נועד לרומם את אותם שכונות חלשות, והמטרה הייתה לסייע לאותם תושבים להתקדם בחיים ולשפץ את המרחב.
2. **רעידות אדמה** – יש חשש מאוד גדול שמבנים שנבנו בתקנים לפני 1980 לא יחזיקו מעמד ברעידות אדמה ושיהיה שיעור גבוה של קריסות במבנים כאלה וצריך לתקן אותם.

מאז ועד היום תוכניות התחדשות עירונית קיבלו זוויות שונות לגמרי:

1. **אחד מהכלים שבאמצעותם המדינה נלחמת במשבר הדיור**.
2. **אינטרסים של העיריות** – הרצון הוא לעודד כניסה של אוכלוסייה חזקה לערים האלה, כדי למשוך אוכלוסייה חזקה צריך להציע להם פתרונות דיור איכותיים.

הסיבה שאנו עושים התחדשות עירונית היא שבחלק גדול מהערים מרכזי הערים די גוססים. הרצון הוא להחזיר חזרה את התושבים ואת הפעילות המסחרית.

באופן עקרוני העולם תמיד פועל בצורה מפותלת, יש הרבה שינויי מגמה. הסיפור של מרכזי העיר והמגמות התכנונית שמובילות את השפה של התחדשות עירונית גם הן פועלות באופן דומה – בעבר, הייתה תפיסה שלכל דבר יש את השטח שלו ואת האזור שלו, ואילו היום המגמה בכל העולם היא בדיוק הפוכה, מגמה של עירוב שימושים ומגמה תכנונית שמובילה להשלכות משפטיות.

למשל: כל מה שקשור לבניה והכנסה של כל מיני מוסדות ציבור או חינוך או שירותים כאלה ואחרים לבנייני מגורים. לצורך העניין היום המגמה היא של עירוב שימושי- מסחר, תעשיה, מגורים, הכל במקום אחד, ולכן התחדשות עירונית היא קלאסית לסיפור הזה כי היא מחזירה את החיים לשכונות הגוססות.

יש שני מסלולים עיקריים:

1. מסלול יותר תכנוני – פינוי בינוי/ תמ"א 38.
2. מסלול קנייני – קובע את הכללים הקנייניים באיך מקדמים את הפרויקט.

מה ההבדל בין פינוי בינוי לתמ"א 38? בהיקף. **תמ"א זה בד"כ בבניין אחד, ופינוי בינוי זה בהיקף הרבה יותר נרחב- הרבה מאוד בניינים**. תמ"א 38 גם לא חייבת להיות הריסה של המבנה, אלא יכולה להיות רק שיפוץ של המבנה. פינוי בינוי זה הריסה והקמה של מבנה חדש.

הבעיה הגדולה של מדינת ישראל עם התחדשות עירונית היא שהיא לא עומדת בקצב. למה? חשוב להבין שאחד החסמים העיקריים להוצאה לפועל של תמ"א 38 זה תוצאה של בחירה של הרגולטור הישראלי – **הבחירה שתוקעת אותנו היא לעשות את ההתחדשות העירונית באמצעות רגולציה**, היה אפשר לעשות התחדשות עירונית בדרכים אחרות: **הפקעות או הפרטה מלאה**. מדינת ישראל החליטה שהיא לא נוקטת בדרכים אלו, היא לא מבצעת הפקעות לטובת התחדשות עירונית (יש במדינה תפיסה שהפקעה היא פגיעה מאוד קשה בדיני קניין), בהפרטה אפשר להבין מה החשש – לתת ליזם להתנהל לבד עם הדיירים, יכול להיות פה ניצול כשמדובר בשכונות חלשות.

**אפשרויות להתגברות על בעיית הפעולה המשותפת**

אחת הבעיות עם פרויקטים של התחדשות עירונית היא שהם לא יוצאים לפועל, או שיוצאים לפועל אחרי הרבה זמן מה שמסכל חלק מההצדקות שלה. זה שהפכו את ההתחדשות העיקרונית ליוזמה פרטית גרם לכך שרק באזורי ביקוש יש היתכנות להתחדשות עירונית, ודווקא במקומות שבאמת זקוקים לכך לא היה כדאי לאף יזם לבצע תוכניות של התחדשות עירונית. לכן, כל זמן שזה נשאר במשטר של רגולציה, אנחנו מחטיאים חלק מהמטרות של התחדשות עירונית.

הבעיה העיקרית בהליכים של תמ"א 38 ופינוי בינוי היא 'בעיית הפעולה המשותפת', הדייר הסרבן.

**צריך לדעת שהבחירה הישראלית ברגולציה היא לא גזירת גורל**. שתי חלופות:

* **הפרטה** – יש הרבה מקומות בעולם שהתחדשות עירונית נעשית ביזמות פרטית לחלוטין (למדינה אין שום התערבות). החיסרון בשיטה זו הוא שקיים חשש של ניצול אוכלוסיות חלשות.
* **הפקעה** – למה שהמדינה לא תיקח אחריות ותבצע את הפרויקטים האלה? בייחוד במקומות שבהם יזמים לא רוצים להגיע, למה שהמדינה לא תרצה להפקיע? הפקעה זה רכישה כפויה של מקרקעין לטובת צורך ציבורי, אם אנו חושבים שהתחדשות עירונית באזורים מסוימים היא הכרחית, אז יש מטרה ציבורית, מה החסרונות לביצוע הפקעה? פגיעה באוטונומיה, אבל **החיסרון היותר גדול- בדיני ההפקעה ניתן סכום כסף לאלה שמפקיעים מהם את בתיהם שמבטא שווי שוק והם לא יוכלו לקנות בית נורמלי עם הכסף הזה**.אם הולכים על הפקעות לא צריך את ההסכמה של אף אחד ואז חוסכים הרבה שונים מהפרויקט מה שהופך אותו להרבה יותר כדאי, יזמי ורווחי. לדעת שי, המדינה תידרש בקרוב להפקיע קרקעות לטובת התחדשות עירונית, כי משך הזמן בכל תוכנית שהיא לא בהפקעה, לצורך השגת החתימות וההסכמות, הוא מאוד ממושך. הפקעה מייתרת את ההסכמה, חוסכים בין 3-5 שנים מהפרויקט, מה שהופך אותו להרבה יותר כדאי ורווחי, גם ליזמים וגם לדיירים.

חסמים להתחדשות עירונית בחברה החרדית:

* החברה החרדית ברובה לא משתמשת **במעליות שבת**, מה שאומר שהבניין לא יוכל להיות מגדל גבוה. זה מאיים במובן מסוים על היכולת לתת תמורה שתספק את היזם. אם מגבילים את היזם במספר הקומות, יש מספר מאוד מצומצם של דירות שהוא מקבל ולכן זה לא כדאי לו.
* חסם משמעותי יותר הוא **פסיקות של רבנים** שלא מאשרים להצטרף להתחדשות עירונית מהסיבה שדיני הקניין של המשפט העברי שונים מדיני הקניין הישראלים. במובן הזה אתה לא יכול לחייב אדם לשנות את קניינו בניגוד לרצונו, מפני שיש בכך גזל להכריח אדם לעשות בקניינו דבר שהוא לא רוצה. פסיקות הרבנים לא שוללות התחדשות עירונית, אלא מאפשרות אותה רק כאשר יש 100% הסכמה.
* חסם נוסף הוא **מרפסות סוכה**.
* יש **המון בניה בלתי חוקית**, שכן חרדים בדרך כלל גרים באותו מקום לכל החיים ומרחיבים באופן לא חוקי את דירותיהם. גם לא כדאי מבחינה כלכלית לעשות התחדשות עירונית. הפתרון צריך להיות לדעת המרצה שהמדינה תתייחס לזה. המדינה תצטרך להכיר בעובדה שיש בניה בלתי חוקית ושיצטרכו להתייחס לזה בדירות החדשות שייבנו כדי להוריד את החסמים האלה.
* **צביון השכונה**, החברה החרדית חרדה להשתייכות הקהילתית, ולכן תושבים בה לא יסכימו להתחדשות עירונית.

נציין שכן יש תוכניות תמ"א 38 בחברה החרדית – הן הרי יותר קלות ליישום, מדובר בבניין אחד וכו'. כשדנו עד כה בהתחדשות עירונית, הכוונה הייתה להתחדשות עירונית של פינוי בינוי כפתרון מערכתי למרחבים החרדים.

**המוסד הקנייני של הבית המשותף**

**הבעיה בהתחדשות עירונית נובעת מהפער בין בעלות פרטית בדירות לבין בעלות משותפת ברכוש המשותף**. **חשין** ב**פס"ד צודלר** מסביר באופן עקרוני, שהבית המשותף הוא מוסד קנייני אחר מהבית הפרטי. **הבית המשותף הוא ייצור כלאיים**; מצד אחד יש אוטונומיה וחירות, ומצד שני מחויבות לקהילה וליתר השכנים. מבחינת חשין זה משהו חריג, זו איננה הזכות הקניינית במיטבה כי איננה חירות הבעלים במיטבה (חשין היה ליברטריאן). מדובר כאן על התפשרות על הזכות הקניינית.

בבית המשותף הדיירים לא עושים טובה אחד לשני, יש כללים מאוד ברורים במוסד הקנייני הזה, שנובעים לא מתוך תפיסה נדבנית, אלא מתוך הרצון לאפשר ולבטא את **האיזון הערכי** שיש בסיפור הזה. הוויתורים אינם ממש וויתורים, אלא חלק מהמבנה הרגולטורי של הבית המשותף. חשוב להבין זאת, לפני שאנחנו מבינים מה קורה כשהולכים להתחדשות עירונית – זה לא שהדיירים עושים טובה למישהו, אלא יש כללים איך מקדמים התחדשות עירונית.

יש שלושה סוגים של מנגנונים: **וטו, רוב מיוחס, רוב רגיל**. **המחוקק הישראלי קבע שאצלנו הדרישה היא לרוב מיוחס** – הדרישה לקבל את הסכמת רוב בעלי הדירות בבית המשותף להתנעת פרויקטים. היום, המגמה שקורית היא שאנחנו לאט לאט **מורידים את רף הרוב המיוחס**. כל פעם, מורידים את הרוב המיוחס שנדרש כדי לקדם פרויקטים כאלה, כי מבינים שצריך לעשותם, ורוצים להישאר תחת הקטגוריה של רגולציה.

למה ישראל מתעקשת על רגולציה? ישראל לא רוצה להכניס את היד לכיס שלה, ומכאן שמתנגדת להפקעה. המדינה, לכאורה, כרגע עדיין שומרת על עצמה מחוץ לסיפור הכלכלי, היא לא מכניסה את היד לכיס ולא משלמת או מפצה. מבחינתה, היזם הוא זה שעושה, היא רק קובעת כללים רגולטוריים. זה לא ממש מוכיח את עצמו, אבל כן ייאמר לזכות המדינה שהיא עושה הרבה מאוד עבודה – יש ריכוז של אנשים מוכשרים ברשות להתחדשות עירונית שעובדים קשה ומנסים לתת מענה לבעיות. בכל מקרה, הרוב יורד וירד.

יש ניסיון להתמודד עם כשלי השוק בשני מובנים:

1. **הורדת הרוב** – ככל שצריך רוב נמוך יותר, היזמים ישיגו יותר בקלות חתימות ויוכלו להתקדם.
2. **דיירים סרבנים** – דיירים שמסרבים להצטרף לפרויקט גם אם הושג הרוב.

באשר לדיירים סרבנים, **החוק עצמו מגדיר מצבים שבהם דייר שעדיין מסרב על אף שהושגה הסכמת הרוב, יכול להיות מוכר כמי שמסרב סירוב לגיטימי, צודק**. **ס' 2(ב) לחוק פינוי ובינוי** נותן כללים לכך (מתי הסירוב לא ייחשב כבלתי סביר):

* **העסקה לא כדאית** – לא באופן סובייקטיבי, אלא באופן אובייקטיבי, העסקה שהיזם הביא איננה כדאית לדיירים בכללותם. כמעט ובלתי אפשר להתגבר על קביעה שכזו, והיא מעידה על סבירות סירוב הדייר.
* **לא הוצעו מגורים חלופיים ראויים לתקופת הביניים**/ **אנשים עם מוגבלויות שמקבלים דירה ראויה אך לא נגישה** ומכאן שהסירוב לגיטימי.
* **לא הוצעו בטוחות הולמות**. למה צריך להציע בטוחות בפרויקט כזה? נכנסים לתקופה שבה מעבירים את הזכויות ליזם, לצורך עוד דירות בפרויקט החדש. לכאורה אם היזם פושט את הרגל, הדיירים עלולים למצוא את עצמם בלי נכסים, בלי כסף ובלי בטוחות.
* **דירת הקבע החלופית איננה מתאימה לבעלי מוגבלות.**
* **נסיבות אישיות מיוחדות** – לא ברור מה זה אומר. שי אומר שהוא לא מכיר פסיקה בה הכירו בנסיבות אישיות מיוחדות כסיבה שעצרה פרויקט על אף שהושג הרוב.

**פס"ד רג'ינה שוורצברג נ' שלום מרין:** פס"ד שדיבר על מצב מאוד שכיח – מצב שבו יש בעלים של דירות שלא גרים בבניין, אלא משכירים. אנשים שלא גרים בפועל בבניין, קל להם לומר שילכו לתוכניות פינוי בינוי או תמ"א 38, מבחינתם זה כדאי (הם מקבלים את דמי השכירות בכל מקרה). מבחינת מי שגר בבניין זה סיפור אחר – רג'ינה אמרה שהיא היחידה שהיא גרה בבניין, היתר חותמים כי אין להם בעיה. על אף ההבדל בינה לבין האחרים, לא הכירו בכך שזה שהיא גרה בבניין, מקנה לה אולי זכות אחרת מהיתר.

פס"ד זה חולל שינוי. **בעת פס"ד זה, החוק קבע פתרון אחד להתמודדות עם דיירים סרבנים** – הושג הרוב, ועדיין יש דיירים שלא מסכימים לכבד את הכרעת הרוב ותוקעים את התהליך. החוק אמר שבמידה ויש דייר כזה, **הסנקציה שניתן להטיל עליו היא פיצוי נזיקי** ליתר הדיירים, על העובדה שהבניין לא הולך להתחדשות עירונית. דייר סרבן **לא מוצדק**, היה משלם על היתקעות הפרויקט פיצויים נזיקיים. אם רוב מיוחס מבעלי הדירות מסכים לעסקה ואילו אותו בעל דירה באותו בניין מסרב **סירוב בלתי סביר** לעסקה, הוא יהיה חשוף לתביעת נזיקין מצד שאר הדיירים שהסכימו.

**דנציגר:** דייר סרבן כן יכול להכשיל את הפרויקט, אבל יש אמצעי לחץ נגדו – חיוב נזיקי. במקרה של רג'ינה, הוטלו עליה 4 מיליון שקל על הפגיעה שגרמה לשאר הדיירים. חיוב נזיקי בסדר גודל כזה מהווה אמצעי לחץ נוסף להצטרף לפרויקט. **סולברג:** "אוי לסרבן ואוי לשכנו". הסרבן הוא איננו בעל סיבה לגיטימית, אלא נתפס **כמי שמתעקש או עומד בצורה דווקנית על זכויותיו**.

זה פסק דין שהוכרע על פי **סעיף 14** – ביהמ"ש קובע שמה שאותה סרבנית, אישה מבוגרת, עושה פה זה עמידה דווקנית על זכותה. דרך הילוכה מנוגדת להיגיון. **בית המשפט לא מכיר בטיעונים סובייקטיביים כטיעונים לגיטימיים**.

**מה דינו של הדייר הסרבן?**

תחילה, החוק נתן רק סעד נזיקי. למה רק סעד נזיקי? קובעים שבבית משותף יש איזון מסוים שמבטא את היקף זכות הקניין של כל אחד מהדיירים, ומוטל בכל זאת סעד נזיקי ולא קנייני.

החוק השתנה – **ס' 2(א) לחוק פינוי בינוי** נותן שתי אפשרויות במצב של דייר סרבן שלא כדין:

1. **לקבוע כי בעל הדירה המסרב אחראי בנזיקין כלפי שאר בעלי הדירות**.
2. **לאשר את ביצוע העסקה** – למרות שאותו דייר סרבן מתנגד, העסקה תצא לפועל. ביהמ"ש ימנה עורך דין או רואה חשבון שיהיה מוסמך להתקשר בשם בעל הדירה המסרב. **המחוקק מתיר להיכנס בנעלי הדייר הסרבן ולנהל בשמו את ההליך** – סעד קשה. שוללים את שיקול הדעת של בעל הזכות הקניינית, לוקחים לו את זכות ההחלטה ביחס לקניין שלו. זה סעד הכרחי למעט התקדמות בהליכי הביצוע של התחדשות עירונית.

**לסיכום,** מה קורה כיום בשוק של התחדשות עירונית?

* **הפחתת הרוב** **המיוחס** – מפחיתים יותר ויותר את הרוב שנדרש להסכמה.
* **מצמצמים עוד יותר את היכולת של דייר סרבן לעצור את הפרויקטים הללו**. מעבר לשוט הנזיקי שהיה בעבר, היום אנו מחזיקים גם בשוט קנייני.

**תרגול כיתתי מס' 2 – זיקת הנאה (יהיה במבחן!)**

**זיקת הנאה – מהי?**

**ס' 5 לחוק המקרקעין** – "זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עימו לזכות להחזיק בהם".

בסעיף זה גלומים שני יסודות:

1. **יסוד חיובי**, שעבוד המקרקעין – זכות הגורעת מזכות הבעלות של בעל המקרקעין הכפופים. לדוגמה- נתתי למישהו זיקת הנאה לעבור בקרקע שלי כל בוקר בדרך למקום העבודה שלו. באיזה מובן היא גורעת מזכות הבעלות של בעל המקרקעין? הזכות נותנות לו את האופציה לעשות שימוש מסוים בקרקע על אף שהיא לא בבעלותו.
2. **יסוד שלילי** – היעדר זכות חזקה והיעדר זכות שימוש ייחודית. כלומר, זיקת הנאה יכולה להיווצר רק אם אותו אדם הטוען להתקיימותה אינו רכש זכות חזקה באותו חלק בנכס (מאותו שימוש שבגינו דורש הוא זיקת הנאה. קיומה של זכות חזקה תוכרע באמצעות **מבחן בלעדיות השימוש**. קרי, כל עוד אין לאדם זכות לשימוש ייחודי בשטח, לא תהיה לו בדרך כלל זכות להחזיק, ותוכל לצמוח זיקת הנאה.

**מי שיש לו זיקת הנאה, אין לו זכות חזקה וודאי גם לא זכות בעלות**. **זיקת הנאה הוא סוג אחד של זכות קניינית**, אבל חשוב לזכור שהיא לא מקנה בעלות אלא רק זכות מסוימת, זיקת הנאה- להנות מהמקרקעין באופן מוגבל.

**זיקת הנאה היא זכות שניתנת לאדם שהוא לא הבעלים של המקרקעין, לעשות שימוש מסוים במקרקעין באופן שהוא אקטיבי או פסיבי- היכולת להשתמש בחלק מהכנס עליו רשומה זיקת הנאה, אף על פי שאינו בבעלותך**.

**כוחה של הזכות מוגבל** – בהתאם לתנאי הזיקה והצורך בלבד, לא זכות לנהוג בנכס מנהג בעלים (=לא בעלות).

זיקת הנאה היא זכות קניינית במקרקעין כשהאופן הקלאסי שלה הוא שאני מבקש אותה מהבעלים, חותם עימו על הסכם ומשלם לו סכום מסוים תמורת ההנאה מהזיקה. נראה דרכים נוספות בהמשך.

**ס' 13 לחוק המקרקעין** – "עסקה במקרקעין חלה על הקרקע יחד עם כל המנוי בסעיפים 11 ו-12, ואין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין, והכל כשאין בחוק הוראה אחרת". **זיקת הנאה היא חריג לס' 13**.

**ס' 93(ג)** מיישב את הסתירה – "על אף האמור בסעיף 13 יכול שתהא זיקת הנאה לגבי חלק מסוים במקרקעין". בזיקת הנאה מתקיים מצב שבו אדם מקבל זכות שאינה על כל המקרקעין אלא על חלק מסוים בהם, וזה חריג לסעיף 13 שאומר שאי אפשר לעשות עסקה בחלק מהמקרקעין (אך כמובן, זיקת הנאה יכולה לקום גם לגבי כל המקרקעין – **פס"ד עיריית רמת גן**).

**זיקת הנאה עשויה להתגבש לכדי זכות קניינית גם אם רושמים אותה במרשם המקרקעין וגם אם לאו** – תלוי באופן התגבשות הזיקה; הסכם – נדרש רישום. הסכם כתוב מחייב רישום בטאבו כדי שהזכות תתגבש. אם זו זיקה שהתגבשה בדרך אחרת ולא בדרך של הסכם פורמלי כתוב (כמו מכוח שנים), זה לא מחייב רישום.

אבל, גם אם נוצרה זיקת הנאה בדרכים אחרות שאינן הסכם כתוב, עדיין מומלץ לרשום במרשם המקרקעין. למה? משום שקל יותר להוכיחה באופן זה. בעת רכישת המקרקעין, הרוכש יוכל לראות שלאדם אחר יש זיקת הנאה באותם המקרקעין דרך המרשם. זה סוג של תמרור אזהרה כלפי צד ג'. אם צד ג' מעוניין לרכוש את הקרקע, ובודק אותה בטאבו, שם רואה שיש מישהו אחר שזכאי לזיקת הנאה, הוא יוכל לשקול זאת.

**הנטל להוכיח זיקת הנאה או כוונה להעניקה (כמו כל זכות קניינית), הינו על הטוען זאת** (**פס"ד קיבוץ החותרים**). אם אני טוען שיש לי זיקת הנאה בקרקע מסוימת, עליי להוכיח זאת. אם יתגבש הסכם בכתב, יהיה לי קל להוכיח, באמצעות המרשם. אם היא התגבשה בדרך אחרת, זה עלול להיות לי יותר מורכב, אך כן אוכל לעשות כן.

**הדרכים להיווצרות זיקת הנאה:**

הדרך הפורמלית והמוכרת היא **זיקת הנאה** **מכוח הסכם** – הסכם בין בעל המקרקעין לבין האדם האחר לפיו תינתן לו זיקת הנאה, הנהנה מאותה זכות, כשאותה אני חייב לרשום במרשם. זיקת הנאה, מכוח הסכם, נחשבת לעסקה במקרקעין. משכך, ההסכם חייב להיות כתוב – ס' 8 לחוק המקרקעין. כדי שבעצם תהיה להסכם נפקות, חייב לרשום אותו במרשם.

הדרך השנייה היא **זיקת הנאה** **מכוח הדין** – למשל, צוואה או מכוח מעשה מנהלי. מעשה מנהלי הוא מעשה של רשות מנהלית (עירייה/ ממשלה- מי מטעם המדינה). אם איזו שהיא רשות נותנת לי זיקת הנאה, את האופציה לעבור בשטח שלה, לכאורה זה מתגבש לכדי הזכות הקניינית הזו שהיא זיקת הנאה. ב**פס"ד קיבוץ החותרים** יש דיון מאוד מעניין – אין זה וודאי כי זיקת הנאה יכולה להתגבש מכוח מעשה מנהלי, **אין כאן החלטה חד משמעית**. ככל שכן, בהתאם לנסיבות, תנאי לכינון זיקת הנאה מכוח מעשה מנהלי, הוא שהזכות תוענק על ידי רשות מנהלית מוסמכת בכוונה להעניק זיקת הנאה – **נדרשות גם סמכות של הרשות המנהלית וגם כוונה**. מקום שבו לא התכוונה הרשות להעניק זכות או שהתכוונה להעניק זכות אובליגטורית, לא תיווצר זכות מסוג זיקת הנאה.

הדרך השלישית היא **זיקת הנאה מחמת כורח** – **כורח פיזי המחייב את הענקת זיקת ההנאה כדי לאפשר לממש את זכותו/ חלקו**. למשל, א' לא יכול להגיע אל הקרקע שלו אלא אם הוא עובר דרך הקרקע של שכנו ב' ולכן, כדי שיוכל לממש את זכות הבעלות על הקרקע שלו, ניתן לא' זיקת הנאה במקרקעין של ב'.

**סייג:** המשפט הישראלי לא מכיר בכל מקרה כזה. המקרה שהצגנו הוא מקרה קיצון, וכנראה שביהמ"ש יכיר בו. **אין הכרעה האם זיקת הנאה מחמת כורח קיימת במשפט הישראלי. גם אם כן, נדרשות סיבות חריגות ביותר, כשמדובר בכורח מוחלט** (**פס"ד רביב נ' צבאג**).

הדרך הרביעית היא **זיקת הנאה מכוח שנים** – דרך התגבשות זיקה שמעוגנת **בס' 94(א) לחוק המקרקעין** – "מי שהשתמש בזכות הראויה להוות זיקת הנאה במשך תקופה של שלושים שנים רצופות, רכש את הזיקה והוא זכאי לדרוש רישומה". למשל, אדם שעבר בנכס בתקופה בת למעלה מ30 שנה, תיווצר לו זיקת הנאה בנכס מכוח שנים.

**מי זכאי לזיקת הנאה לפי חוק המקרקעין?**

לפי **ס' 92 לחוק**, זיקת הנאה יכול שתהא:

* לטובת אדם
* לטובת סוג בני אדם (למשל דיירי בית משותף)
* לטובת תאגיד (**פס"ד קואופ**)
* לטובת הציבור
* לטובת מקרקעין – יש **מקרקעין זכאים** שלטובתם תינתן זיקת הנאה (במנותק מהבעלים – לא משנה מי הבעלים), ויש **מקרקעין כפופים** שבהם תמומש זיקת ההנאה (ומהם למעשה נגרעת זכות הבעלות).

חידוד: זיקת הנאה, שהיא כאמור זכות קניינית, מכפיפה את הקרקע שלגביה יש זכות לבעל זיקת ההנאה. במילים אחרות – היא מטילה על בעל אותם מקרקעין חובה שלא להפריע לבעל הזכות לממש את הזכות שלו (זיקת הנאה) במקרקעין. זו הסיבה לכך שבעל הזכות לזיקת ההנאה נקרא "זכאי" ובעל המקרקעין שלגביהם חלה זיקת ההנאה נקרא "חייב".

לעומת זאת, כשאנו מדברים על **זיקת הנאה שניתנת לטובת מקרקעין, אז יש לנו מקרקעין זכאים ומקרקעין כפופים**. כאשר זיקת ההנאה משרתת את הזכאי באופן שקשור לזכויות שלו על הקרקע, אזי מדובר בזיקת הנאה לטובת מקרקעין. לדוגמה- א' חתם עם ב' על הסכם, לפיו א' מתחייב שלא לטעת עץ הקרוב לחלקה של ב' באופן שילכלך אותה. בדוגמה הזו, המקרקעין הכפופים הם המקרקעין של א', ואילו המקרקעין הזכאים הם של ב'. ב' נהנה מזיקת ההנאה הזו באופן בלתי נפרד מזכויותיו בקרקע שלו ולכן מדובר בזיקת הנאה לטובת מקרקעין (לעומת מקרה אחר, בו למשל א' רק נותן אישור לב' לעבור בחלקה שלו בכל יום בדרך לעבודה, ואז במקרה כזה- מדובר בזיקת הנאה אישית, אין לה קשר לזכויות של הקרקע עצמה).

לפי **ס' 93**, זיקת ההנאה עשויה לקבוע כל אחת מ3 הקביעות שלהלן (בין לחילופין ובין במצטבר):

1. **זכאות לשימוש מסוים של בעל המקרקעין הזכאים או מי שזיקת ההנאה ניתנה לטובתו**. למשל, הרשאה למישהו לעבור במקרקעין שלי/ לחנות בחניה שלי. (= זכות חיובית).
2. **הימנעות מביצוע פעולה מסוימת של בעל המקרקעין הכפופים במקרקעין הכפופים**. למשל, הוראה כי בעל המקרקעין יפסיק/ אין לו זכות לבצע פעולה מסוימת (= זכות שלילית). לדוגמה- לא להציב גדר ובכך למנוע מעבר. אין כאן מתן מעבר במקרקעין, אלא מניעת פעולה שתציק לנהנה.
3. **חובה על בעל המקרקעין הכפופים לבצע בהם פעולה מסוימת או שלא יגביל פעולה במקרקעין הזכאים**.

ס' 97 לחוק וס' 98 לחוק הם סעיפים חשובים.

**ס' 97 לחוק** – חולקו המקרקעין הזכאים או הכפופים, תוצמד זיקת ההנאה לחלקה שהזיקה הייתה לזכותה או לחובתה, לפי העניין.

משמעותו: **במקרה של פיצול המקרקעין וחלוקתם, זיקת ההנאה תמשיך להתקיים בחלק של המקרקעין** (הזכאים או הכפופים – לפי העניין) שבו התקיימה הזיקה קודם לכן. לדוגמה, פיצלתי את החלקה שלי (מקרקעין כפופים) לחלק א' ולחלק ב'. בחלק א' התרתי לאדם אחר לעבור. עצם הפיצול לא פוגע בזיקת ההנאה של אותו אדם בחלק הרלוונטי (חלק א') – זיקת ההנאה שלו ממשיכה להתקיים ולא מבוטלת מעצם הפיצול.

**ס' 98 לחוק** – **מקרקעין שהם בבעלות אחת**

1. בעל שתי חלקות מקרקעין רשאי לשעבד אחת מהן בזיקת הנאה לטובת השנייה.

משמעותו: עוסק בסיטואציה של בעלים אחד על כמה חלקות. לפי הסעיף, בעל שתי חלקות מקרקעין רשאי לשעבד אחת מהן בזיקת הנאה לטובת השנייה (קרי לרשום במרשם המקרקעין זיקת הנאה של חלק אחד לטובת השני). לדוגמה- בבעלותי חלקה א' וחלקה ב'. אם אני משכיר את שתיהן לשני אנשים שונים, אני יכול לרשום זיקת הנאה בחלקה א' לטובת השוכר השני, כך שיוכל לעבור בה בדרך לחלקה ב' ששכר ממני.

1. נתמזגה הבעלות במקרקעין הזכאים ובמקרקעין הכפופים בידי אדם אחד, לא תתבטל זיקת ההנאה משום כך בלבד.

משמעותו: עוסק בסיטואציה של התמזגות הבעלות בחלקות. עצם התמזגות הבעלות, לא מבטלת את זיקת ההנאה באופן אוטומטי. ניתן לבטל באופן אקטיבי, אך היא לא מתבטלת מעצם המיזוג עצמו.

1. אוחדו המקרקעין הזכאים והמקרקעין הכפופים לחלקה אחת, מתבטלת זיקת ההנאה.

משמעותו: סיטואציה אחרת של איחוד המקרקעין הזכאים והמקרקעין הכפופים **לחלקה אחת** – במקרה הזה כן תתבטל זיקת ההנאה (ואין זה משנה אם החלקות היו בבעלות נפרדת או תחת אותם הבעלים).

**התנאים המצטברים לקיום זיקת הנאה מכוח שנים – ס' 94 לחוק המקרקעין**

זיקת הנאה עשויה להיווצר באמצעות **שימוש ממושך בנכס שמקנה למשתמש זכות זו** – הן לטובת אדם והן לטובת מקרקעין (**פס"ד אסטרחאן**).

**הרציונל:** הרעיון של רכישת קניין מכוח שימוש ממושך מבטא את הגישה לפיה השקעת עמל ויגיעה אישית מערבבת את אישיות הפרט עם הנכס בו מושקעים משאביו עד כי הופך לקניינו הפרטי.

התנאים:

1. **טיב הזכות** – "זכות הראויה להוות זיקת הנאה" (כמשמעותה לפי **ס' 5 לחוק**).

כלומר, מדובר ב:

* הנאה ממקרקעין הגורעת מזכות הבעלות של הבעלים.
* שאינה כרוכה בהחזקת הנכס – זה התנאי הראשון להכרה בזיקת הנאה מכוח שנים (למשל, מעבר בנכס).
1. **טיב השימוש** (מכוח **ס' 94(ב)** – **פס"ד בן חורין**)
* שימוש הנוגד לזכות הבעלים של המקרקעין הכפופים (שאחרת, אין אינטרס לבעל המקרקעין לעצור את מירוץ הזמן).לא נדרש יסוד נפשי לעשיית שימוש נוגד, אלא הבחינה היא עובדתית.
* שימוש שהוא גלוי וחשוף לכל.
* שימוש הנמצא בידיעתו הקונסטרוקטיבית של בעל המקרקעין הכפופים (ידע/ היה עליו לדעת – פס"ד אסטרחאן/ פס"ד עיריית רמת גן).
* שימוש שמקורו אינו בזכות חוזית או בזכות אחרת שהוענקה על ידי בעל המקרקעין הכפופים למשתמש (שהרי אז הבעלים לא יכול להתנגד).
1. **תקופת שימוש** – **בת 30 שנים רצופות**
* שימוש לסירוגין עשוי להביא לגיבוש זיקת הנאה (פס"ד בן חורית, פס"ד טוינה נ' לוי). דרישת הרציפות אינה מחייבת שיתקיים בהכרח שימוש יום יומי בנכס, וכן לא חייב שהשימוש יתקיים רק בו (ולא גם במעבר אחר לדוגמה).
* השימוש לא חייב להיעשות על ידי אותו אדם, אלא גם באמצעות חליפיו. לדוגמה, יורשים שנכנסים בנעלי הזכאי; אם התחלפו בעלי המקרקעין – אין הכרעה. אך נראה שהדעת נוטה, שניתן לצבור את השימוש של הבעלים השונים (**פס"ד רביב נ' צבאג**).
1. **ס' 94(ב)** – **בעל המקרקעין לא מחה על השימוש של אותו אדם באחת משתי דרכים חליפיות**

הודעה בכתב למשתמש **או** הודעה כללית לציבור. המשך השימוש לאחר הודעה על רצון הבעלים בהפסקתו, מקים לבעלים עילת תביעה נזיקית.

**ס' 96 – תוקף זיקת ההנאה ותנאיה**

כל עוד לא הוסכם אחרת על ידי הצדדים, זיקת ההנאה היא לתקופה בלתי מוגבלת. זו ברירת המחדל. ניתן להתנות על כך. ביהמ"ש רשאי על פי בקשת צד מעוניין או היועמ"ש, לבטל את זיקת ההנאה בשל אחת או יותר מהסיבות הבאות:

* אי הפעלת זיקת ההנאה.
* שינוי שחל בנסיבות השימוש בזיקה (למשל, ישנה דרך אחרת להגיע אל חלקה ב' שלא מחייבת מעבר דרך חלקה א').
* שינוי שחל במצב המקרקעין הכפופים או הזכאים – יותר רלוונטי לקרקעות של המדינה (למשל, שינוי ייעוד הקרקע).

גם לאחר ההכרעה בשאלת שינוי מצב הקרקע, יש לבחון שיקולים נוספים כדון: האם השעבוד המוטל על המקרקעין הכפופים מכוח זיקת ההנאה מסכל את פיתוחם/ פוגע בכדאיותם? האם ביטול זיקת ההנאה יגרום להפסד העולה על הרווח הצפוי מפיתוח המקרקעין הכפופים? האם ביטול זיקת ההנאה יגרום נזק לבעליה בגינו יש לפסוק פיצויים?

**מטרת ס' 96 היא לאזן בין הזכויות של בעל המקרקעין ושל בעל זיקת ההנאה, שהרי זיקת ההנאה ממילא פוגעת בזכות הבעלים.**

**ס' 95 – העברת זיקת ההנאה**

זיקת הנאה שהיא לטובת אדם (ולא לטובת קרקע), אינה עוברת לחליפיו של הזכאי בלי שבעל המקרקעין הכפופים הסכים לכך. **ניתן להתנות על כך בהסכם בין הצדדים.**

**תחולת זיקת הנאה מכוח שנים במקרקעי ציבור – ס' 113(ג)**

מלשון החוק עולה ש**זיקת הנאה מכוח שנים (ס' 94), לא חלה במקרקעי ציבור**. כלומר – אדם לא יכול לתבוע בקרקע ציבורית לזיקת הנאה מכוח שנים. מדוע? משום שהאפשרות לאכוף את הפסקת השימוש היא אפסית. לכן, אם מדובר במקרקעי ציבור, לא ניתן להעלות טענה של זיקת הנאה במקרקעין הללו מכוח שנים לפי ס' 94.

**שיעור אחרון – אז מה היה לנו השנה?**

שי ישלח סילבוס רשמי לבחינה. **המבחן מורכב משתי שאלות – אירועון ושאלת מדיניות**. **מבנה המבחן:** שאלה 1 – אירועון 70%. שאלה 2 – מדיניות 30%. תהיה מגבלת מקום. יש לאזכר פסקי דין.

לגבי המבחן חשוב לזכור שהחלק הראשון של השנה לא היה דיני תחרויות. בעיקר בשאלות המדיניות (רעיונות לשינוי המצב הקיים) ולכן כן כדאי לזכור את השיעורים הראשונים – התאוריות והערכים. צריכים לדבר עליהן בשאלות מדיניות, הן יכולות להיות רלוונטיות גם בקייס. ערכים של קניין – קהילה, חירות, עבודה, אישיות, רווחה מצרפית, סביבה. קל להיגרר לנושאים הטכניים לשכוח את המשמעות של הדברים עליהם דיברנו בתחילת השנה. יש להבין את המצב הקיים וההשלכות העתידיות.

בתים משותפים ושיתוף במקרקעין – רק החומרים שניתנו לצורך העבודה. החומרים האלה מחייבים לבחינה.

הדרה ואפליה במרחב בישראלי – אם זה ימצא ביטוי במבחן, זה יהיה בשאלות המדיניות (ההשוואות לחו"ל והארץ, הצעות חוק של וועדות קבלה וכו'). מצריך חשיבה והתייחסות למה שלמדנו.

נושא שבטוח יהיה באחד המבחנים הוא הנושא של הפקעות (מדיניות או אירועון).

נושא של מחוברים – נושא שיכול להופיע בשאלת מדיניות. הרבה פעמים מופיע באירועון כנושא נלווה. סביר להניח שזה יהיה חלק מתוך האירועון השלם. החלק הזה, טיפ לזהות את הנושא הזה – בדרך כלל יהיה כשמדברים על תחרויות במקרקעין/ עימותים לגבי חלקה מסוימת ופתאום מופיע בטקסט חפץ מיטלטלין – ארונות/ ברזים וכן הלאה. יש להבין מה הוא קשור שם. זה רמז שאחד הצדדים יכול לטעון שנכס המיטלטלין הוא נכס עצמאי שלא קשור למקרקעין, ואולי הבעלות בו תיקבע בנפרד. במחוברים ובכלל, מה ששי רוצה במבחן יהיה היישום של העובדות של המקרה על המבחנים והטכניקה והכללים וכו'. **יש לקחת את העובדות שקיבלנו וליישם אותן על כל אחד מהמבחנים.**

לגבי הכרעה, שי פחות מחפש לראות הכרעה. בחלק מהמקרים חייב להכריע/ הכרעות ביניים. במידה ונדרשים להכריע, אז להכריע ולכתוב את ההנחות על בסיס מה הסתמכנו.

נושא שיופיע באחד המועדים הוא שימוש לרעה בזכות.

בעלות, חכירה לדורות, רישיון במקרקעין – להכיר, יכולים להופיע.

רכישה של דייר מקבלן – נושא שיכול להופיע. מה שצריך לדעת זה את ההטעיות הקוגניטיביות שדיברנו עליהן, מהם הפתרונות ונושא של קבוצות רכישה. או קבלן או קבוצת רכישה או בנייה עצמית.

דיני תחרויות – נושא שבוודאות יהיה במבחן. רוב הנקודות. צריך לעבוד בצורה מדויקת וסכמטית. יש לזהות את הצדדים לעסקה- זה הקושי. ברגע שנזהה את התחרות, זה יפתור לעצמנו את רוב האירועון. יכולה להיות מכירה אחר מכירה אחר מכירה – הרבה מאוד העברות של נכסים. יש לעקוב בצורה מסודרת. הדבר הכי חשוב – עסקאות נוגדות או תקנת שוק – להבין את באיזה שלב נעשו ההעברות? אם זה נעשה בשלב האובליגטורי של שתי ההעברות, אנו במצב של עסקאות נוגדות. אם הושלמה העברת הזכות הקניינית, כנראה נהיה בתקנת השוק. במקרקעין זה פשוט כי יש מרשם – אפשר לעקוב. מיטלטלין וזכויות, הסיפור קצת יותר מורכב – שכלול הזכות הקניינית על אף ברירת המחדל (במסירה או במכירת החוזה בזכויות), אפשר להתנות. **לשים לב אם מופיעות באירועון התניות על העברת הבעלות**. עבודה מסודרת לפי תאריכים.

**פס"ד גנז** למשל – למה הראשון בזמן לא רשם הערת אזהרה? זה שהוא לא רשם הערת אזהרה, צריך לחשוב למה ואם כן להצדיק. אם מכוונים לפסק דין גנז, לצדדים אמורה להיות איזו שהיא טענה.

שעבודים – פסקי הדין הרלוונטיים – **קידוחי הצפון וקולומבו** – **לקרוא**!