**דיני קניין**

מבנה הציון: עבודה 20%, מבחן בחומר פתוח 80%.

מבוא

מה זה קניין? בדר"כ כשמדברים על קניין אנו חושבים על מקרקעין, אבל קניין וכסף לא מסתכמים רק במקרקעין. ישנם מושאי קניין נוספים שאינם מקרקעין.

**דוגמאות לשאלות שנשאל בהקשרים שונים של קניין:**

* פינוי שלג מהרחוב בבוסטון מקנה חניה פרטית ל-48 שעות- בהרבה מדינות בארה"ב יש שלג בחורף, ולעיתים נדרש לפלס את השלג כדי לצאת מהבית. בבוסטון הוחלט שמי שמפנה את השלג מהחניה ברחוב, יש לו 48 שעות בהן אותה החניה היא שלו. קיבלת למעשה בתמורה לפינוי השלג 48 שעות של חניה פרטית ברחוב הציבורי. השאלה הנשאלת היא למה שאדם שבמקרה חנה את הרכב ברחוב, ירד שלג, ורצה להזיז את רכבו, זוכה להגנה של העיר מפני חניה של אחרים בשטח הציבורי? זו דוגמה לקניין שאינו מקרקעין, הקנייה קניינית לתקופה מסוימת של חלק מהרחוב הציבורי.
* **הגנה על קניין רוחני של דמויות דיסני**- חברת דיסני למשך כ-100 שנים מצליחה לשמור על בעלות קניינית על הקניין הרוחני- הדמויות והשימוש שנעשה בדמויות שהחברה יצרה. עם חלוף 70 שנה, החברה דאגה לחקיקה מתמשכת כדי להגן על הדמויות. לפני מספר שנים גני ילדים החליטו לצייר ציורים של דיסני על הקירות, וחברת דיסני החליטה לתבוע את גני הילדים על העובדה שציירו את הדמויות בגנים ללא אישור/ קבלת זיכיון מהחברה. הטענה הייתה שמדובר בקניין של חברת דיסני. בשנה האחרונה דיסני ויתרה על הניסיון להאריך את הזכאות, וניתן להשתמש בתמונות/ ציורים באופן חופשי. לפני כן, דיסני נלחמה בכל גוף/ אדם שעשה שימוש מסוים בדמויות. אפשר לחלוק האם זה נכון או לא נכון עבור החברה להילחם באופן המתואר. המקרה הספציפי הסתיים בכך שחברה אחרת, מתחרה של דיסני, ציירה מיוזמתה דמויות שלה על אותם הקירות בגני הילדים.
* מגני ברכיים בטיסות- אחת השאלות הגדולות עבור מי שטס תכופות היא למי שייך הרווח שבין הכיסא שלפניי במטוס לבין הרגליים שלי (משפיע לדוגמה על השאלה האם מי שלפניי יכול להשכיב את הכיסא אחורה). אחת המחלוקות המשפטיות שהיו בנושא נגעה למנגנון שמונע את השענת הכיסא אחורה לאותו הרווח. נקבע שמותר להשתמש במנגנון הנ"ל.
* שמירת מקומות במטוס- חברת Southwest האמריקאית קובעת שמי שעולה ראשון למטוס יכול לקבוע לעצמו את המקום. זה יצר מצב של שמירת מקומות ע"י אנשים לחבריהם. היו תלונות רבות על החברה כלפי הרשות הצרכנית האמריקאית על שמירת המקומות לאחרים. זה מלמד על שאלות קניינות שלא עוסקות במקרקעין.

הדוגמאות הללו מלמדות אותנו על כך שאנו נתקלים פעמים רבות עם סיטואציות שונות שנוגעות לקניין על אף שאיננו נוטים לשייכם לתחום הקניין. בקורס נעסוק בעיקר במקרקעין אך לא רק, ניגע גם במיטלטלין ובזכויות.

**מה המקור האולטימטיבי שיש לקניין מבחינה חקיקתית בישראל?**

דיני הקניין מתחילים בשנת 1992. ס' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע: **"אין פוגעים בקניינו של אדם".** שאלה גדולה שנשאלת היא האם זה נכון להכניס קניין לתוך מגילת הזכויות החוקתיות, ואם כן למה? מה מיוחד בזכות לקניין (לא רק בישראל) שנכנסת כמעט בכל העולם לתוך חוקות המדינות? יש לכך השלכות וסיבות היסטוריות כי הרעיון היה שמי שיש לו קניין יש לו יותר חירות, ולכן זה חלק מחוק יסוד: כבוה"א וחירותו. שאלה היא אם היום זה מצב שהוא רצוי, בין היתר כי **החוק לא מגן על מי שאין לו קניין**, החוק אינו מנוסח כמו בדרום אפריקה שיש זכות למגורים לדוגמה, אלא מנוסח בצורה שלילית- לא פוגעים בקניינו של אדם, דהיינו, החוק מספק הגנה למי שיש לו קניין אך לו למי שאין לו קניין, ולכן הוא לא נהנה מאותה חירות.

**דוגמאות שמערערות את התפיסה של קניין:**

הרבה פעמים כשמדברים על קניין מדברים על מושא שייכות- זה שלי ולאף אחד אחר אסור לגעת בזה, ובמקרה של עימות משפטי אנו מצפים שההכרעה תהיה פשוטה, בניגוד לחוזה לדוגמה. בהנחה שקניתי והרכישה הייתה תקפה, אנו מצפים להכרעה בינארית ופשוטה. נבחין בשלושה הסדרים משפטיים שמערערים על התפיסה הבינארית הזו של "שלי" או "לא שלי" בקניין:

1. **פטנט**- זכות קניינית חזקה (נחשבת מהחזקות בקניין הרוחני) שנותנת הגנה למי שהוא בעל הפטנט מפני פגיעה בהמצאה (לא רק מבחירה רעיונית אלא המצאה שגם התפתחה לאב טיפוס) ובהכנסות מההמצאה. ידוע שפטנט היא זכות קניינית מאוד חזקה ואולי אף הכי חזקה, וככל שהצלחנו לרשום פטנט, גורם אחר לא יכול להעתיק או להשתמש בהמצאה שלי ללא קבלת רשות ממני. שווי הפטנט יכול להיות מיליארדי ₪. ואולם, גם פטנט היא זכות מוגבלת:
2. פטנט היא זכות קניינית מוגבלת בזמן- לרוב לתקופה של 20 שנים, כאשר לאחר 20 שנים כל גורם שרוצה להשתמש בהמצאה יכול לעשות כן. זה ניכר בתחום התרופות (**חברת טבע**- קרסה עם תום תקופת ההגנה על הפטנט. החברה נלחמה כדי להאריך את משך זמן ההגנה, אך קרסה. הצעדים שהיא ביצעה נולדו מהחשש שהפטנט נגמר ויש צורך במשהו אחר. רוב העיסוק של חברת טבע היא בתרופות, אין לה הרבה פטנטים משלה, היא בעיקר לוקחת פטנטים של חברות אחרות ומייצרת אותן (משכפלת) לאחר תום הפטנט- תרופות גנריות). הרציונל- לאחר זמן מסוים אנחנו רוצים שהעולם יתקדם ולכן ההמצאה הופכת להיות מעין נכס של הציבור. אם ההגנה על הפטנט לא תוגבל בזמן זה **יעכב את הפעילות היצרנית בעולם**.
3. רישיון כפייה- פרק ח' לחוק הפטנטים קובע שהפטנט היא זכות קניינית חזקה באופן עקרוני, ולאף אחד אסור לגעת בו ללא אישור בעל הפטנט, אלא במצב שבו בעל הפטנט לא פועל בו לטובת הציבור. אם רשם הפטנטים מגיע למסקנה שבעל הזכות הקניינית של הפטנט לא פועל לטובת הציבור, הוא יכול לתת רישיון כפיה, כלומר, לתת למישהו אחר רישיון חוקי לייצר את הפטנט הרשום, על אף שמדובר בפטנט רשום ועל אף שנותר זמן במסגרת הגבלת הזמן. **לבעל זכות פטנט יש זכות קניינית שלא חלה כשהוא פוגע בטובת הציבור**. אם הוא פוגע בטובת הציבור הוא בעצם עושה דבר שלא נמצא באגד הזכויות הקנייניות שלו. לבעל פטנט יש הגנה, אולם השימוש באופן שפוגע בציבור לא כלול בהגנה. נשאלת השאלה האם זה לפגוע בזכויות של בעל הפטנט או שמלכתחילה אין לו זכות במצב שבו הוא פוגע בציבור? רישיון הכפייה ניתן בדר"כ לאחר שהפטנט כבר רשום, כלומר, **גם לאחר שקיבלת זכות קניינית היא מוגבלת לשימוש טובת הציבור**.

החיסונים בקורונה לא קיבלו פטנט גם עקב הצורך המיידי שהיה בחיסונים וגם עקב האחריות החברתית- רישיון כפיה. היה ברור לכלל החברות שהן לא יקבל פטנט, כי במצב של מגפה עולמית כשיש צורך ב 8-10 מיליארד חיסונים ברור שלא יהיה פטנט. החברות העדיפו לקבל כספים רבים מהממשלות ולפתוח את הקוד לכולם. הממשלות בארה"ב הבהירו שלא יינתן פטנט עבור החיסונים לקורונה. מדובר בשיקול מסחרי כי החברות הבינו שבמצב המתואר הן לא יקבלו פטנט ולכן עדיף להן מבחינת רווחיות לקבל כסף מממשלות בתמורה לפתיחת הקוד.

מטרת ההגנה הקניינית על פטנט היא לתמרץ אנשים לחשוב, ליזום, להמציא. מדובר בהגנה חזקה אך לא אבסולוטית- היא מוגבלת בזמן והיא מוגבלת לשימוש בעל הפטנט לשימוש לטובה. הזכות לקניין היא לא זכות טבעית, אלא היא זכות שבכל היבטיה היא **יציר החברה שלנו**, אנו קובעים מי מקבל זכות קניינית ואנו קובעים את היקף ההגנה הקניינית שניתנת בעדה, שום דבר לא מובן מאליו.

אם נחזור לס' 3 לחוק יסוד: כבוה"א וחירותו ("אין פוגעים בקניינו של אדם") נראה שכל קניין, לדוגמה דירת מגורים, כולל בתוכו **איזונים של הזכות וההגנה על בעל הקניין למול ההגנה על החברה**. מי שקבע את האיזונים הללו היא החברה שקובעת האם בכלל ניתנת זכות קניינית למשאבים קניינים. יש משאבים שכחברה לא נרצה לתת עליהם זכות קניינית, כגון איברים. גם במוצרים/ משאבים שכן ניתנת לגביהם זכות קניינית אין בכך כדי לומר על היקף ההגנה המשפטית שאנו נותנים לבעלי הקניין.

1. **הלכת השיתוף מדיני המשפחה**- חזקת השיתוף היא למעשה חזקה שביהמ"ש המציא כדי להתגבר על פערים מגדריים בדיני המשפחה. בדיני המשפחה הקלאסיים, כשזוג מתגרש ויש לו דירה, מי שמקבל את הדירה הוא מי שהדירה רשומה על שמו. חוק המקרקעין קובע שרישום נכס ע"ש אדם מסוים מהווה הוכחה לבעלות אותו אדם בנכס. כלומר, חוק המקרקעין קובע שאם אדם רשום בטאבו (מרשם המקרקעין בישראל) כבעלים, זו ראייה לבעלותו בנכס, במקרקעין. בעבר פעמים רבות זוגות נשואים לא רשמו את שמות שני בני הזוג בטאבו, אלא על שם הגבר בלבד. לפני שביהמ"ש התערב, תיקים רבים היו מוכרעים בצורה קשה מבחינה מעשית, כך שנשים יכלו לצאת ממערכות נישואין לאחר הרבה שנים ללא כל חלק בדירה, מהסיבה האמורה. ביהמ"ש הגיע וקבע את הלכת השיתוף- גם אם דירת מגורים רשומה רק על שם אחד מבני הזוג, הדירה הזו שייכת לשניהם בחלקים שווים. כלומר, החזקה שמחילים היא ששני בני הזוג הם בעלים בחלקים שווים בדירה.

**בפס"ד בבלי** ביהמ"ש קבע שביחסי משפחה **בוחנים את הזכות הקניינית בצורה מהותית**. אדון בבלי ציפה להיכנס לביהמ"ש ולצאת עם דירה שלמה, ובפועל יצא עם חצי דירה.

האם פגעו בקניין של אדון בבלי? ביהמ"ש מסתכל על זה באופן הבא- אדון בבלי מעולם לא היה הבעלים של 100% מהדירה, הוא תמיד היה בעלים רק של 50% ממנה, וביהמ"ש למעשה מברר את המצב האמיתי, מה באמת מצב הזכויות בין שני בני הזוג. לכן התוצאה איננה פגיעה בזכותו של אדון בבלי לקניין אלא בירור המצב האמיתי וחלוקת הדירה בהתאם למצב זה.

מדובר **בחזקה הניתנת לסתירה**, כשההנחה היא שאם בני זוג מתנהלים ביחד, אין סיבה שרק אחד מהם ייהנה מהדירה. ככלל, בהיעדר הוכחה שמעידה שרק אחד מבני הזוג רכש את הדירה באופן עצמאי, תופסים את שני בני הזוג כבעלים בחלקים שווים בנכס.

1. **חוק זכויות יוצרים**- מהווה קניין רוחני. פגיעה בזכויות יוצרים גוררת סנקציה כלכלית. בעבר הייתה הצדקה של שימוש הוגן (לדוגמה לצרכי הוראה ולא למטרות רווח). חוק זכויות יוצרים התייחס בזמנו לשימוש ההוגן בתור הגנה, אתה הפרת את זכות היוצרים ואז אתה מקבל הגנה. חוק זכויות היוצרים עבר שינויים, כשהרעיון הוא להוציא את השימוש ההוגן מהגנות למהות של הזכות הקניינית, כלומר, להגיד- לך כבעל זכות יוצרים אין זכות, ולא שמישהו השתמש בזכות, פגע לך בזכות וקיבל הגנה. דהיינו, במקרים אלו **מדובר בשימוש מותר ולא בהגנה**. כלומר, אין לך בכלל זכות במסגרת הזכויות שלך ולכן לא פגעו לך בזכות. זה חוזר לרעיון **שמי שקובע את היקף הזכות ואת היקף ההגנה היא החברה**- המחוקק יכול לחוקק ולשנות את ההגנות בהתאם למה שנכון בעיני החברה.

שלוש הדוגמאות לעיל מראות לנו שדברים שנראו מובנים מאליהם הופכים להיות שונים בתכלית מבלי שנתפוס את זה כפגיעה בזכות הבעלים, עוד בתוך דיני הקניין. זה מתוך הבנה שדיני הקניין כוללים ערכים חברתיים כשהחברה מכתיבה את הגבולות.

תיאוריות בדיני הקניין הבחנה בין זכות קניינית לזכות חוזית

דיני הקניין קיימים מאות שנים. תמיד הייתה הבחנה בין קניין ובין חוזים, מדובר בשתי מערכות משפטיות שתמיד הייתה ביניהן הבחנה. השאלה הגדולה היא מהי ההבחנה בין קניין לבין חוזים? למה צריך שתי מערכות משפטיות אם בסופו של דבר ניתן לתפוס את הקניין כחוזה בין בני אדם? השאלה הזו הובילה לתפיסות שונות של חוקרים, כגון:

1. תיאוריה קלאסית- לפיה ההבדל בין זכות חוזית לזכות קניינית היא **שזכות חוזית היא זכות של אדם מול אדם אחר, ואילו זכות קניינית היא זכות מול חפץ** (מי שחב לי בחובות הוא הנכס). התיאוריה הקלאסית מדברת על כך שהזכות לקניין היא שונה במהות בין מערכת הקניין למערכת החוזים, כשכל מערכת התפתחה למשך מאות שנים בנפרד. מה הוביל לחשוב שמדובר במערכות שונות? אדם מול אדם בזכות החוזית, לעומת אדם מול חפץ בזכות הקניינית. זה מגוחך במובן מסוים כי האם המכשיר הסלולרי שלי מחויב כלפי לא ללכת עם אף אדם אחר?
2. **תיאוריה פרסונלית**- לפיה ההבדל בין זכות חוזית לזכות קניינית הוא הבדל כמותי. כלומר, כשאני כורת חוזה מול אדם או מול קבוצת אנשים מוגדרת. לעומת זאת, כשאני רוכש זכות קניינית אני למעשה כורת 10 מיליארד חוזים מול כל האנשים בעולם לפיו אסור להם לעשות משהו עם הנכס. התיאוריה לא מבחינה בין חוזה לבין קניין, העניין הוא כמותי (**אדם מול אדם/ קבוצת אנשים לעומת זכות מול כל אדם בעולם**) זכות קניינית במובן זה לא שונה מזכות חוזית, אלא מהווה כריתת חוזה מול כל יתר האנשים בעולם. זו תיאוריה בעייתית כי היא לא מצדיקה אלפי שנות כתיבה על ההבחנה והשוני בין שני התחומים.
3. **תיאוריה קלאסית-מודרנית**- התיאוריה השלטת בדין הישראלי, מדברת על מודל משולב. אין חוזה מול אדם וכמובן שלא מול חפץ, אבל יש פה חוזה משולש שנכרת מול האדם האחר והחפץ עצמו. **זכות קניינית מעניקה לבעליה יכולת להפיק מהנכס, במישרין, תועלת הניתנת להערכה כספית.** המשמעות היא שאם יש לי זכות קניינית אני יכולה להפיק בצורה ישירה תועלת כלכלית מהנכס, ללא מתווכים וללא תנאים, כשהדגש הוא על זיקה בלתי אמצעית לנכס. **המייחד זכות קניינית הוא זיקה בלתי אמצעית לנכס**, להבדיל מזכות אישית המאפשרת הפקת תועלת מנכס רק באמצעות אישיותו של חייב. אדם בעל זכות קניינית מקבל זיקה בלתי אמצעית לנכס, למשאב.

בזכות חוזית, אין בהכרח זיקה למשאב עצמו, יש זכויות כלפי מי שהתקשר איתי בחוזה, אבל אין זכות במשאב עצמו. דוגמאות:

1. אדם כורת חוזה לרכישת מכונית. מגיע המוכר ואומר שאינו מוכן להמשיך בהסכם. מה הסעדים שעומדים לרוכש? אכיפה, פיצויים וכו'. סביר להניח שאם לא עברה הזכות הקניינית, הרוכש יקבל פיצוי אך לא את הנכס עצמו.
2. אדם רוכש דירה על הנייר, יש לו זכות חוזית ולא קניינית. בעל זכות חוזית חשוף למצב שבו לא יקבל את הדירה, אלא יקבל את הזכויות החוזיות כגון הסתמכות, פיצויים וכו'. אם אנו מנסים להבין את ההבדל בין חוזה לקניין- בחוזה מול אדם שהתקשר עימנו, הזכות אינה בהכרח נוגעת לנכס מסוים, יכול להיות שנקבל פיצויים אבל לא בהכרח שנקבל את הנכס. **אם יש לנו זכות קניינית, אנו בעלי פניה ישירה לנכס (זיקה בלתי אמצעית).**
3. אדם שרוצה לקנות דירה צריך בדר"כ לקחת הלוואה- משכנתא = זכות מקרקעין. הבנק שמלווה סכום לצורך רכישת נכס מבקש בדר"כ משכון במקרקעין. הזכות הקניינית של משכנתא נרשמת בטאבו וכך הבנק מבטיח את עצמו מבחינה קניינית- לא מעניין אותו מה קורה עם מקבל המשכנתא ואם הוא יוכל לפרוע את ההלוואה או לא- הבנק מבטיח לעצמו גישה ישירה לנכס במידה ולוקח ההלוואה לא יפרע את ההלוואה. הבנקים מבטיחים את עצמם בנכסים עצמם, בזכות קניינית בנכס של לוקח המשכנתא, ולכן הבנקים רגועים ולא מעניין אותם אם לוקח המשכנתא יוכל או לא יוכל לפרוע את הנכס. אם ההלוואה לא תיפרע הבנק לוקח ופורע את החוב בלקיחת הנכס. המשכון שהבנק דורש הוא זכות קניינית בנכס. **הרציונל של הבנק בדרישת המשכון מתקשר במישרין להגדרה הקניינית**. עם קבלת הזיקה לנכס עצמו אתה כבר לא תלוי באדם שחתם איתך על החוזה אלא ניתן באופן עצמאי ללא הסכמת אותו האדם להחזיר לעצמך את השווי הכלכלי שנתת.

תפיסות של קניין

יש תפיסות קנייניות רבות. אנו נדבר על שתי תפיסות קצה שנוגעות לאיך אנחנו רואים את הזכות, את מכלול הזכאויות הקנייניות. יש כמה זכאויות קנייניות, למשל הזכות לשלוט ולנהל את הנכס, זו זכאות קניינית, כולל בדר"כ להדיר אחרים לנכס, לקבוע מי ייכנס לנכס ומי לא, מה יקרה עם הנכס. זכות קניינית נוספת היא הזכות להפיק תועלת כלכלית מהנכס, להעביר את הנכס. נלמד את תפיסות הקצה כדי ללמוד על הפערים שיכולים להיות בין תפיסות קנייניות.

1. **Blackstone**- לפי תפיסה זו קניין הוא מכלול. זכות קניינית, לא משנה איזה (בעלות/ שכירות/ משכון) כוללת בתוכה את כל הזכאויות הקניינית (מימוש, שליטה וניהול, עקיבה וכו'). אי אפשר להכיר במשהו כזכות קניינית אם הוא לא כולל את כל הזכאויות הקנייניות. מי שסבור שקניין הוא אגד הזכאויות הקנייניות לא אומר בהכרח שכל זכות קניינית מתממשת באותו ההיקף. למשל, אדם שמשכיר דירה, בעל זכות שכירות, יש לו את מכלול הזכויות הקנייניות אך לא בהכרח באותו היקף. תפיסת האגד באה ואומרת **שבכל זכות קניינית כל הזכאויות הקנייניות צריכות להופיע**, וכשאנחנו בודקים האם זכות מסוימת היא זכות קניינית או לא זכות קניינית, נוודא באמצעות בדיקה האם כל הזכאויות מתקיימות, גם אם בהיקף שונה.

תפיסה מנוגדת לחלוטין היא התפיסה של Hohfeld:

1. **Hohfeld**- מציג תפיסה אחרת לגמרי של הזכות לקניין, לפיה **הזכות לקניין היא אגד פריק של זכאויות**. אם בתפיסה הקודמת דיברנו על מכלול שכולו צריך להיות בפנים, הופלד מדמה לגו, אפשר להרכיב לעצמנו זכויות קנייניות, כל תרכובת של זכויות קנייניות תיחשב ותוכר כזכות קניינית. ברגע שזכות מסוימת כוללת רכיב קנייני/ זכאות קניינית/ תרכובת של זכאויות, גם אם לא כולן, היא משקפת זכות קניינית.

בתי המשפט מנסים ללהטט בין התפיסות הללו, מנסים לבדוק התקיימות של זכאויות מאגד הזכאויות הקנייני, וע"י זיהוי קיום הזכאויות בזכות מסוימת הם נותנים/ לא נותנים שם קנייני לאותה הזכות.

יש שני צירים משמעותיים שעל שניהם נעה התיאוריה הקניינית:

* ציר 1- תפיסות קניין פורמליסטיות מול תפיסות קניין ריאליסטיות (פורמליזם-ריאליזם).
* ציר 2- תפיסות קניין מוניסטיות מול תפיסות קניין פלורליסטיות (מוניזם-פלורליזם).

**Pluralism Monism**

**Realism Formalism**

תפיסות הציר הראשון

**תפיסות קניין פורמליסטיות**- מבוססות על כללים, תבניות וצורות. בדר"כ צורות כאלה יהיו מבוססות על חוקים, קודים קניינים, שיגדירו בצורה מובנית מה הכלל, איך מבצעים אותו, מה הפרוצדורה, מה ההשלכות. תפיסות קניין כאלו יבואו ויגידו שיש סט של כללים, וכל שנדרש מאיתנו זה ליישמם הלכה למעשה. נדגים באמצעות הלכת השיתוף מדיני המשפחה- אמרנו שרישום דירה על שם מישהו מהווה ראייה לבעלות. בעל הדירה מגיע לביהמ"ש ומצפה להחלת הכלל הפורמליסטי- לעקוב אחר הכללים ולפסוק שמי שרשום כבעל הקניין הוא בעל הקניין. יישומה של תפיסת קניין זו תביא לתוצאה לפיה הבעל מקבל את כל הדירה. מהצד השני:

**תפיסות קניין ריאליסטיות**- לפיהן לא ניתן להיצמד רק לכללים כתובים או לתבניות וצורות. ע"פ הריאליזם המשפטי הבסיסי, ההיצמדות לתבניות לא מביאה לתוצאה משפטית צודקת ונכונה, ולכן אנחנו פועלים בצורה שמבררת את המציאות העובדתית וממילא מתאימה לה את המציאות המשפטית, ואנחנו לא צריכים להיות כבולים לתבניות. תפיסות ריאליסטיות גורסות שתבניות לא מביאות לתוצאה הראויה מבחינה משפטית. הלכת השיתוף בדיני המשפחה מהווה דוגמה ליישום די מלא של תפיסות ריאליסטיות.

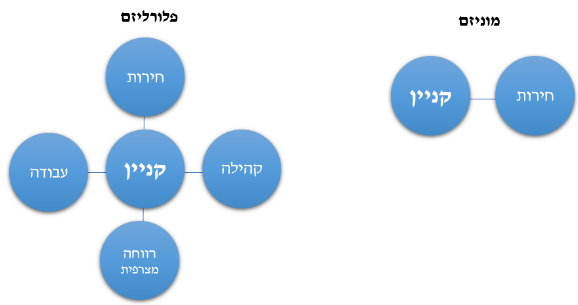
אם ניקח כל תפיסה לקיצון, תהא זו תפיסה בעייתית. בישראל הקודים הקניינים מוסדרים בחקיקה אך בתי המשפט מושכים לצד הריאליסטי, בעיקר במקומות בהם החוק מתעלם משינויים שחלו בחברה ומתפיסות חברתיות.

נסקור את היתרונות והחסרונות

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **יתרונות** | **חסרונות** |
| **תפיסות פורמליסטיות** | וודאות, צפיות, יציבות- מאפיינים חשובים בדיני הקניין בהם הסכסוך הרבה פעמים הוא לא של אדם אחד אלא של בעלי קניין למול כל העולם. במצב כזה אנחנו מאוד רוצים שהדברים יהיו צפויים, וודאים, 'קרקע בטוחה'. | כללים שאינם בהכרח משקפים את המציאות והמחשבה הנוכחיים, שימור תפיסות שכבר לא קיימות/ רווחות.  כבילות לתבניות וצורות עלולה להביא לתוצאה לא צודקת מאחר ולא ניתן מענה למקרים יוצאים מהכלל. |
| **תפיסות ריאליסטיות** | גמישות ושיקוף המציאות והמחשבה הנוכחיים. | ריאליזם מתבסס יותר על בתי משפט מאשר על מחוקק, היעדר צפיות וודאות. |

תפיסות הציר השני

**תפיסת קניין מוניסטית**- (מוניזם- יחידנות) תפיסה שמבוססת על ערך חברתי אחד. מהצד השני:

**תפיסת קניין פלורליסטית**- תפיסת קניין שמאזנת בין ערכים שונים. כלומר, היקף ההגנה על ערכים קניינים, אם בכלל יש הגנה, מאוזן אל מול ערכים אחרים.

**חירות**- ערך החירות היה ועודנו ערך מרכזי בשיח הקנייני מאז ומעולם. חירות היא האפשרות לממש את תפישת עולמי. הלקח ההיסטורי מגלה שככל שלאזרחים אין קניין פרטי וכל הקניין בבעלות הקולקטיב/ המדינה, החירות והאוטונומיה של האזרחית נמוכה מאוד. ברור שברגע שאין קניין פרטי אתה יותר כפוף להחלטות השלטון. כל הגישות השונות לקניין מושתתות על חירות כי היכולת להיות בעל קניין מבססת את החירות שלי כבן אדם. חירות היא ערך קנייני.

**ערכים נוספים**- ערך העבודה שמציג ג'ון לוק, כך לדוגמה אנחנו נותנים הגנה לפטנט מתוך רצון לתמרץ אנשים לעבוד. ערך הקהילה, ערך הרווחה המצרפית. פטנט מהווה איזון בין כלל הערכים הללו.

**תפיסה ליברטריאנית** **היא תפיסה קניין מוניסטית שמתבססת על חירות**. החירות נמצא במרכז עולמה, היחיד צריך להיות משוחרר, כמה שפחות באינטראקציה עם המדינה, המדינה לא יכולה להכניס ידה לכיסיו, אלא לטובת סדר וביטחון. התפיסה הליברטריאנית בבסיסה היא תפיסה מוכחת בפילוסופיה הפוליטית. הבעיה של התפיסה היא שלוקחים אותה לקיצון. חוקרים משמעותיים מאמצים את התפיסה הזו ונותנים לה נופך משמעותי. אם לוקחים תפיסה מוניסטית של חירות שמבוססת רק על ערך חירות הבעלים המשמעות היא שכל נגיעה של המדינה או של הקולקטיב בקניין שלך מצריכה מתן פיצוי ומניעה.

התיקון לחוק השכירות והשאילה ביקש לקדם איזון בין מחויבות לקהילה וקניין. המחוקק הוא שאמור ליצור את האיזון בין ההסדרים השונים. בפועל, ביהמ"ש עושה כן גם.

מאפייני הזכות הקניינית

**שליטה וניהול; פומביות; עקיבה; שימוש; רכושיות; חיובים; עבירות; עדיפות; עיקרון הרשימה הסגורה.**

זכות לשליטה וניהול- המשמעות העיקרית של זכות הקניין היא שאדם יכול לשלוט ולנהל את המקרקעין שלו כמו שהוא רוצה. חשין: "זכות הקניין הקלאסית דוחה מעליה כעיקרון את יסוד הסבירות: זכות הקניין הקלאסית משמיעה שרירות בעלים". כלומר, זכות הקניין היא לא זכות שמאוזנת עם משהו אחר אלא זכות שמשמיעה לנו חירות לבעלים לעשות בנכס כרצונו והמשמעות היא שכל התערבות של גורם חיצוני פוגעת בזכותו של הבעלים.

**שימוש**- הכוונה היא שאדם יכול להשתמש בנכסיו או במשאבים שיש לו זכות קניינית עליהם כרצונו. ס' 2 לחוק המקרקעין קובע כי: "הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם". הבעלות במקרקעין כוללת את הזכאות של שימוש. השאלה שעולה היא האם יש גבול לזכאות של השימוש או שלבעלים ישנה אפשרות לעשות כל שימוש שהוא חפץ בנכס/ במשאב שלו? הסיפור הזה עלה בספר שכתב **ג'וסף סאקס** שעולה בו השאלה האם מותר לאדם להרוס את הקניין שלו? (כחלק מהזכאות שלו לעשות איזה שימוש שהוא רוצה). נניח למשל שאני נהנה לראות שריפות, האם מותר לי לשרוף את הרכב שלי? התשובה היא לא חד משמעית, מתנהל דיון האם הדבר אפשרי או לא. הנקודה שנלמדת מכאן היא שבעלים לא יכול לעשות לגמרי כל שימוש, כי תפיסת הקניין לא מבוססת רק על חירות הבעלים אלא היא מבוססת על ערכים נוספים. כמו למשל יצירה שאדם קנה ורוצה להשחית. היכולת שלו להשחית את הציור כחלק מהזכאות שלו לשימוש היא מוגבלת, לא רק חירות הבעלים באה לידי ביטוי אלא גם ערכים נוספים כמו מחויבות לחברה, לאמן שייצר את הציור וכו'. דוגמה נוספת למצב שבו בעל הקניין לא יכול לעשות דבר ללא שמירה על הנכס עבור החברה- בתים לשימור, יש בעלות על הנכס אבל חובה לשמר את הבית לפי הנחיות שניתנו מראש.

**עקיבה ועדיפות**- הזכות לקניין נותנת לאדם זיקה בלתי אמצעית לנכס. נניח שלאדם יש סלולרי והוא נגנב, ולאחר שבועיים מוצאים את הסלולרי אצל אדם אחר ואני אומר לו שהסלולרי שלי- האם אני (הבעלים המקורי) זכאי לקבל את הנכס? כאשר מדובר בצד ג' שהסלולרי הגיע אליו בצורה חוקית (למשל הגנב מכר לו את המכשיר במחיר מלא) במצב כזה- מי מקבל את הנכס? תיאורטית- הנכס אינו מתווך באמצעות אדם אחר. מעשית- דיני הקניין מצמצמים תכונות אלה באמצעות מנגנונים של תקנת שוק, דיני תחרות וכו'. בבסיס ע"פ ההגדרה של זכות קניינית, הסלולרי היה אמור לחזור לבעלים המקורי- זו ברירת המחדל. ואולם, דיני הקניין מטעמים שלא קשורים לזיקה לנכס אלא לשוק כולו וליכולת של השוק לתפקד כראוי מאפשרים במקרים מסוימים לנתק את הזיקה הבלתי אמצעית למרות שברירת המחדל היא עקיבה, לדוגמה כאשר מדובר בקונה תם לב, בעל הסלולרי המקורי לא יוכל לעקוב אחר הנכס אלא למצוא את הגנב ולתבוע אותו. תקנת השוק הוא מצב חריג ויוצא מן הכלל. ברירת המחדל היא שלבעלים יש זיקה בלתי אמצעית לנכס ושעומדת לו האפשרות לקבל את הנכס (אך כאמור תקנת השוק מחריגה את הכלל ומבצעת ניתוק בין הזיקה הבלתי אמצעית בין הבעלים לנכס). ברירת המחדל היא עקיבה. תקנת השוק מעוגנת בס' 34 לחוק המכר.

**עבירות**- היכולת להעביר את הנכס מאדם אחד לאחר- למכור, להוריש, להעביר כמתנה וכו'. עולה השאלה האם התערבות בעבירות פוגעת בקיומה של הזכות לקניין. האם ההגבלה של עבירות לפי חוק הינה נגיסה בזכות הקניין? בדיני ירושה ישנו מושג שנקרא "יורש אחרי יורש" (ס' 42 לחוק הירושה). המוריש (בעל הקניין) יכול לקבוע לא רק את היורש הראשון אלא גם את היורש שאחריו. אם היורש הראשון עשה פעולות בנכס היורש השני לא יקבל את הנכס. ההוראה של יורש אחרי יורש יכולה להתקיים רק לשני דורות. העבירות מוגבלת. מדוע מגבילים את הזכאות לעבירות?

* לפי שיקול כלכלי- מבחינת שיקול כלכלי העברת נכס מדור לדור לדור ללא הגבלה עלולה לפגוע בשוויו של הנכס במקרה שבו יהיה יורש שאינו מוכשר מספיק לטפל בנכס ולהביא אותו למצב אולטימטיבי של רווח מירבי ותועלת מקסימלית. זה טיעון שנוגע לנכסים אבל גם לחברות למשל, וזה יכול לפגוע ברווחה הכללית.
* לפי שיקול חברתי- אנחנו לא רוצים לקבוע היום מה יקרה עוד כמה דורות, הדבר עלול להוביל את החברה למקומות שלא בהכרח מיטיבים איתה ולהוביל למצב שמשמר תפיסות מיושנות ובמקרים מסוימים גם פערי מעמדות שהרי אם אדם מוריש ליורש ולאחריו לעוד יורש הנכס "נשאר במשפחה" ולא בהכרח יוצא לשוק באופן רחב והדבר משמר מצב מיושן וקיים ולא בהכרח נותן מקום לשינוי. בעבר מי שהיה יורש קניין זה רק גברים לבנים, וזה היה גורם לכך שהיינו משמרים תפיסות עתיקות, ופערי כוחות בחברה, וזה מבטא את זה שכמעט כל דבר שנסתכל עליו בקניין הוא בא כדי להילחם בפערי הכוחות ולשמר איזון. מעצם טבעו של קניין שעוסק במשאבי החברה, ומעצם העובדה שמי שקובע את הכללים הוא משתייך למעמדות מסוימים. מערכת דיני הקניין היא לא מערכת תמימה, היא משמרת באופן מובנה פערי מעמדות וכוחות בחברה. בשל העובדה שמערכת דיני הקניין עוסקת במשאבים בחברה, וע"פ רוב מי שקובע את הכללים ביחס לחלוקת המשאבים משתייך למעמדות מסוימים (עליוניים חברתית וכלכלית בד"כ), הדבר מוביל ע"פ רוב לשימור פערי מעמדות ולשירות האינטרסים של בעלי מעמד וכוח.

**חיובים**- כחלק ממאפייני הזכות הקניינית. כשאדם מקבל זכות קניינית, במקביל לזכויות שליטה וניהול ויכולת הפקת רווח כלכלי, הוא לוקח על עצמו גם מחויבות כלפי החברה (כלפי השכנים, כלפי החברה בכללותה, כלפי אנשים ספציפיים שיש להם קשר לנכס המסוים).

**פומביות**- כשאדם כורת חוזה מול אדם אחר, החוזה שביניהם יכול להיות בין שניהם ולא להיחשף ציבורית, אין חובה ואין הצדקה לפרסם את החוזה ולהפכו לפומבי. אין סיבה שצדדים שלישיים יהיו מודעים לו אלא אם יש שיקולי מדיניות. בקניין נקודת המוצא הפוכה לחלוטין, זכויות קנייניות חייבות להיות פומביות, בעלות ביטוי פומבי, לא רק לאנשים הקרובים אלינו או לנעברים פוטנציאליים אלא תפוצה רחבה ככל הניתן, כמה שיותר צדדים שלישיים צריכים לדעת על כינונה של זכות לקניין. בכל הקשור לזכויות מקרקעין בישראל יש מרשם טאבו. קביעת חוק המקרקעין היא שזכויות קניין במקרקעין צומחות ומתגבשות רק בשעה שהזכות נרשמת במרשם המקרקעין. הסיבה היא הרצון לוודא שאנשים שמבצעים עסקאות במקרקעין לא משאירים אותם במישור החוזי, סודיות או חשאיות, אלא שהדברים מקבלים פרסום. זו הדרך שלנו לבוא ולכפות פרסום של זכויות במקרקעין.

כשאנו כורתים חוזה למכירת נכס מקרקעין, ברגע שכרתנו חוזה כל שיש לנו ביד זה זכות חוזית, התחייבות לנכס מקרקעין, אין עדיין זכות קניינית. למי שקנה את המקרקעין אין זכות קניינית, ומשמעות הדבר היא שאין לו זיקה בלתי אמצעית אל הנכס. אם בעל הנכס רמאי ומוכר את הנכס למישהו אחר, הדבר היחיד שיש לי ביד זה זכות חוזית מול המוכר, אין לי יכולת לגשת לנכס באופן בלתי אמצעי. זה יוצר תאונות משפטיות במקרקעין, מיטלטלין, זכויות, מה שמכניס אותנו לתחום של דיני תחרות. **עד לרגע רישום הנכס בטאבו אין זכות קניינית, יש התחייבות.** אנו רוצים לוודא שזכויות קנייניות מהתגבשותן זוכות לחשיפה ופומביות מהטעם שאנו רוצים להבחין בין זכות קניינית לחוזית. אם אנחנו רוצים שלאדם מסוים תהיה זיקה בלתי אמצעית לקניין מסוים אנו רוצים לוודא שכל העולם ידע זאת.

מאפיין נוסף של מקרקעין הוא שדיני המקרקעין מאוד ברורים או מנסים להיות ברורים. הוודאות והבהירות הללו, צידם השני, שדיני המקרקעין ודיני הקניין מאוד שמרניים. אחד העקרונות המשמעותיים ביותר שנוגעים לדיני הקניין זה **עיקרון הרשימה הסגורה.**

**עיקרון הרשימה הסגורה**- אומץ לחוק הישראלי (ס' 161 לחוק המקרקעין). קובע שמרגע שחוקק החוק, אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק, כלומר, בתי המשפט לא יכולים להמציא זכויות במקרקעין, אנשים לא יכולים לבוא ולטעון שיש להם זכות שביושר, מה שהיה מאוד מקובל עד חקיקת חוק המקרקעין. זה נשלל במפורש, לפחות בכל הנוגע למקרקעין בחוק המקרקעין. אנו רוצים שאם אדם רוכש זכות במקרקעין, הזכות הזו תהיה מוגדרת בחוק. אנחנו רוצים רשימה סגורה וברורה של זכויות (בעלות, שכירות, זיקת הנאה, משכון/ משכנתא). אנחנו לא רוצים שאדם ימציא זכות מבלי שיש לנו חוק שעוסק בנושא. ביהמ"ש או צדדים כשלעצמם לא יכולים להמציא זכויות מקרקעין שלא נמצאות ברשימה. כן אפשר להרחיב את הרשימה ע"י המחוקק. האם צריך להרחיב את הרשימה זו שאלה מעניינת. אחת הסיבות שנרצה לשמר את הרשימה הסגורה של זכויות מקרקעין זה **מטעמים כלכליים ומידע**. בניתוח כלכלי של המשפט- אם נאפשר לכל צד או שני צדדים להמציא לעצמם זכות קניינית ביחס למשאב, צדדים שלישיים לא ידעו מה קורה עם המשאב. על מנת לדאוג שהשוק יוכל לתפקד וכולם ידעו מה הם יכולים ומה הם לא יכולים לעשות עם הנכס, אנחנו מטעמים כלכליים מצדיקים את הרשימה הסגורה. עיקרון הרשימה הסגורה אומר שזכויות קניין, לדוגמה פטנט, הן מוגדרות. אם רוצים להמציא זכות חדש, לדוגמה- להפוך זיכיון הפצה לזכות קניינית, המחוקק צריך לעשות כן אחרי שיבדוק האם היא מתאימה להיות זכות קניינית, האם צריך להגדירה מחדש וכו'. הביקורת על תפיסה זו- כמו ביקורת על כל הצדקה כלכלית, היא שהצדקות כלכליות אינן סטטיות אלא תלויות. אם כולנו נסכים שאפשר לפרוץ את הרשימה הסגורה כולם יוכלו לכלכל את צעדיהם בהתאם לעובדה שככה מתנהל השוק. הצדקות כלכליות הן בדר"כ הצדקות מעגליות. דהיינו, זהו אינו טעם מספק לרגולציה דווקנית וקשה.

**הטעם הנורמטיבי שמעלה חנוך דגן** (שאינו נחשב שמרן) בעניין הוא הטעם הנכון לדעת שטרן והיא שהדרך הנכונה להבנות זכויות קנייניות ולהכריע בשאלה מי מקבל זכות קניינית ומה תהיה היקף ההגנה, היא שהמחוקק יעשה כן, כמייצג הערכים הציבורים וכמי שיודע לעשות איזונים ופשרות הנכונים יותר, מאשר שופט/ת אקרא/ית.

ככלל, ניתן לומר שבעולם המערבי הקניין הוא שמרני יותר מחוזים, פועל בצורה איטית יותר, התאמת הקניין לאתגרים כגון אתגרים סביבתיים היא קשה יותר מהסיבה שדיני הקניין הם סטטיים, שמרניים, וכל שינוי מצריך פעולה משמעותית של שינוי (והמחוקק לא תמיד עומד בקצב). דווקא בגלל שהקניין היא מערכת יותר שמרנית ובעלת השפעה על מבנה הכוח בחברה, אנו רוצים שהיא תהייה מוגבלת, ושאם נעשה בה שינויים זה יהיה תחת עינו הפקוחה של המחוקק.

קניין פרטי- למה?

אנו מניחים שאנו חיים בעולם מערבי, אימצנו תפיסה של קניין פרטי. מה הסיבה וההצדקות לקניין פרטי? בשביל להבין את השאלה צריך להבין את ההבדל בין קניין פרטי לקניין קולקטיבי.

* **קניין פרטי**- לכל אזרח יש פוטנציאל להיות בעלים של זכויות קנייניות במשאבים. מהצד השני:
* **קניין קולקטיבי**- הקולקטיב הוא בעל הקניין, האינדיבידואל לא יכול להיות בעל הקניין כי משטר של קניין קולקטיבי אומר שאדם פרטי לא יכול להיות בעלים של קניין, גם אם הוא רוצה ויש לו יכולת. הרעיון של קיבוצים בעבר היה דומה, לך כאדם פרטי אין קניין, הקניין של הקיבוץ כולו ביחד, והקיבוץ כקולקטיב מנהל את הקניין.

בישראל רוב המקרקעין בבעלות המדינה, בתי המשפט פירשו חכירה כקניין פרטי. 15% מהמקרקעין בבעלות פרטית. בכל מקרה, אין מחלוקת שבישראל מתקיים משטר קניין פרטי. העובדה שמשטר קנייני במדינה מסוימת מאפשר ליחידים להיות בעלי קניין הופך את זה למשטר של קניין פרטי וזה לא מונע החזקת משאבים ע"י המדינה. עצם העובדה שאנשים פרטיים יכולים לרכוש קניין ולהיות בעלים של קניין אומר שאנחנו מדברים על משטר קניין פרטי. במשטר קניין קולקטיבי זאת בכלל לא אפשרות.

לקניין פרטי יש גם אפשרות להיות **קניין משותף**. קניין משותף הוא ביטוי של קניין פרטי. הכוונה אינה לקניין קולקטיבי, אלא למצב שבו אנשים פרטיים החליטו לרכוש או להחזיק נכס מסוים ביחד, יכול להיות מדובר ביורשים ביחד, באנשים שהחליטו להשקיע בפרויקט מסוים ביחד ולרכוש נכס ביחד. כששני אנשים מחליטים לרכוש נכס מסוים ביחד זה לא אפשרי במשטר קניין קולקטיב כי אין להם את היכולת להפריט בעלות על נכסים. במשטר קניין פרטי אין בעיה שהפרט יחזיק ברכוש, וזה לא משנה אם זה אדם אחד מחזיק בו או שלושה. לכן, אנשים שמחליטים להחזיק ביחד בנכס זה תת סעיף של קניין פרטי.

**הצדקות לקניין פרטי**

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

רוב ההצדקות/ הערכים הללו אומרים לנו שעדיף לנו לאמץ משטר של קניין פרטי ולא לאמץ משטר של קניין קולקטיבי. על טענה זו נדון בשיעור הזה.

**הצדקת החירות למשטר קניין פרטי**

**חירות**- ערך מאוד מרכזי בהצדקה של קניין בכלל ובהצדקה של קניין פרטי. אם אנו חושבים שלהיות בעלים של קניין זה תנאי לאוטונומיה של אותם אזרחים, אנחנו מבינים שזה לא יעזור אם הם יהיו במשטר קולקטיבי (שהוא ההפך של חירות). כשאין לך קניין פרטי, אין לך יכולת לרכוש קניין פרטי, אתה מאוד מוגבל במה שאתה יכול לעשות, כל דבר שאתה רוצה אתה צריך לשכנע את הקולקטיב שהוא נצרך וראוי. חירות הייתה מאז ומעולם אחת ההצדקות המשמעותיות לקניין פרטי. הצדקת החירות אומרת שרק אם אנשים יהיו בעלי יכולת להיות בעלי קניין פרטי אז אנחנו נוכל להיות רגועים יותר שאנשים בחברה שלנו אוטונומיים, בעלי יכולת להכווין את חייהם לפי רצונם ואינם יהיו כפופים בכל החלטה לקבלת אישור והסכמה מהקולקטיב.

**רוברט נוזיק** (1938-2002) הוא הליברטריאן הגדול ביותר בשנים האחרונות. הוא כתב את הספר "אנרכיה, מדינה ואוטופיה". זהו ספר משמעותי ובעל השפעה במשפטים בכלל ובדיני הקניין בפרט, בו הוא שוטח את משנתו הליברטריאנית לגבי קניין. בספר הוא טוען שע"מ לייסד מערכת של דיני קניין פרטית צריך 3 סוגים של כללים. כלומר, כל מערכת דיני הקניין הגדולה ניתנת לסיכום בשלושה סוגי כללים:

1. **כלל התפיסה התקפה**- אנו צריכים לקבוע לעצמנו כיצד אנשים רוכשים או מקבלים קניין והופכים להיות בעלים של זכויות לקניין, מהם הכללים שלגיטימיים בעינינו שבהם אנשים הופכים להיות בעלי זכויות קנייניות. אם קיבלתי מתנה, ע"מ שהיא תהפוך ללגיטימית מבחינה קניינית, צריך לקבוע כלל תפיסה תקפה שמאשר שזו דרך לגיטימית וראויה לקבל קניין.
2. **כלל ההעברה התקפה**- אנו צריכים לקבוע את הכללים איך מעבירים קניין בצורה לגיטימית. למכור קניין זה לגיטימי, להוריש קניין זה לגיטימי, לתת במתנה קניין זה לגיטימי, לגנוב קניין זה לא לגיטימי. אם אני תופס קניין בצורה ראויה זה קשור לדרך העברת הקניין ולכן יש קשר בין שני הכללים הראשונים.
3. **כלל תיקון**- יש כלל תפיסה תקפה וכלל העברה תקפה, ובעולם אוטופי זה היה אמור להספיק, כי כל דבר שחורג מכלל התפיסה התקפה ומכלל ההעברה התקפה לא לגיטימי ולא יכול להיות חלק ממערכת דיני הקניין. אבל, אנחנו מודעים לכך שבעולם לא אוטופי יש מצבי ביניים, כמו לדוגמה במצב של תקנת השוק (אדם תופס קניין כראוי, גנבו ממנו את הקניין ואותו גנב מכר את הקניין לצד שלישי, ואנחנו נמצאים בשאלה מי מקבל את הקניין כי אין ספק שההעברה הראשונה לא הייתה תקינה והשנייה כן). נוזיק טוען שחברה מתוקנת צריכה להתייחס גם למצבי הביניים ולקבוע כללי תיקון- מה קורה במצב שבו אחד מהכללים לא התקיים בצורה ראויה. זה הפך מקובל בקרב חוקרים ובתי המשפט.

מעבר לכללים, נוזיק טוען שמבחינתו כל מטרת הקניין והסיבה בגינה מדינות צריכות לאמץ משטר קניין פרטי היא בגלל **שקניין פרטי משיא את החירות של האזרחים ומאפשר לאזרחים לחיות חיים אוטונומיים**. בהיעדר קניין אזרחים לא יכולים לחיות חיים אוטונומיים, הם כפופים כל הזמן להחלטות של הקולקטיב, אישור של הקולקטיב והרשאה מהקולקטיב. רק כשיש קניין פרטי אדם יכול להיות באמת אוטונומי ולכלכל את צעדיו. על הסיפור של נוזיק יש 2 ביקורות עיקריות:

1. **האם אנחנו באמת רוצים לבטא את עצמנו באמצעות קניין?** כשאנו מקשרים קניין לאוטונומיה הרבה פעמים הקנין הופך להיות הביטוי העיקרי לאוטונומיה. ההצמדה של קניין של נכסים, משאבים, לחירות היא משהו שלא בטוח שכחברה היינו רוצים לעודד. זה נכון שקניין מגביר אוטונומיה ע"פ התפיסה הזו, אבל אם אנחנו מגזימים (ורוב העולם המערבי מגזים בהקשר הזה) קניין ובעלות על קניין הופכת להיות מטרה במקום אמצעי להשאת חירות.
2. **טבלת הזכויות של הופלד**- טבלה שבה הופלד ממפה כיצד עובדות הזכויות והפריבילגיות בעולם המשפטי. מול כל זכות יש חובה- אם אני מקבל זכות מסוימת אז למישהו בעולם יש חובה כלפי (מדינה או אדם אחר). מול חירות יש היעדר זכות. כשהופלד מראה לנו שמול חירות יש היעדר זכות, וככל שאנו חושבים שקניין פרטי מבסס חירות, המשמעות היא שמי שיש לו קניין פרטי יש לו חירות, אבל מי שאין לו קניין באותו משטר מאבד חירות. זה לא מנותק אחד מהשני. הטיעון הוא שאם יש ל-60% קניין פרטי, ל-40% שאין החירות נפגעת יותר מאשר במצב של קניין קולקטיבי. אפשר להתווכח עם זה מבחינה לוגית, אם נסתכל במדינות שבהן יש קפיטליזם חזירי נראה שיש קבוצה מאוד מצומצמת בעלת המון נכסים ויכולת רבה לבטא אישיות ואוטונומיה, אבל הרבה אנשים אחרים ללא נכסים ולכן ללא חירות. בסופו של יום, במידה ואנו קושרים את הקניין הפרטי לאוטונומיה המשמעות היא שלמי שאין קניין פרטי אין אוטונומיה. כלומר, הטענה היא שמי שאין לו קניין פרטי אין לו חירות ודאגנו רק לבעלי הקניין, ובמקרה כזה לא בטוח שקניין פרטי עדיף על קניין קולקטיבי. אם בקניין הקולקטיבי ממד החירות הוא 2/10, במשטר של קניין פרטי יהיו אנשים בעלי 5 יח' חירות ואנשים בעלי 0 יח' חירות ולכן לא בטוח שהשאנו חירות כללית לכולם אלא פתחנו פערים בתוך הפרטים בחברה.

כדי להצדיק משטר של קניין פרטי צריך להתייחס גם לבעיות במשטר קניין פרטי. ההצדקה של חירות היא הצדקה יפה אך לא נותנת בהכרח מענה לכלל האוכלוסייה. בכל העולם המערבי יש חסרי קניין. הביקורת על נוזיק היא **שבמרדף אחרי מקסום האוטונומיה שוכחים שלא לכולם יש קניין פרטי ואז אנו נמצאים במצב גרוע יותר מאשר היינו במשטר קולקטיבי**. באחד מספריו האחרונים נוזיק מתאר שהוא כתב תיאוריה ולא ציפה שהיא תגיע לממדים הללו, אך ביישום דווקני של התיאוריה נגלה בה הרבה פגמים, וצריך להתחשב גם בזה. הגיוני שהוא דיבר על פערים הולכים ומתרחבים בתוך החברה.

**הצדקת העבודה למשטר קניין פרטי**

**ג'ון לוק** (1632-1704) במסכת על הממשל המדיני מסביר לנו איך קניין הגיע לעולם ומתי בן אדם צריך להפוך להיות בעלים של קניין. לוק מדבר על **העבודה (במילים שלו- הערבוב) של הכוח הפרטי שלי במשאב כמנגנון הרכישה של הבעלות הפרטי**. לוק הוא אדם דתי שמתחיל מהסבר דתי לקניין, מה אלוהים נתן לנו. הרבה מהתפיסות הקנייניות החלו מהבעלות הטבעית של האדם על גופו. לוק כתב שלכל אדם יש את הזכות לגופו. כשאדם פרטי ערבב במשאב את כוחו, לדוגמה אדם הלך וקטף תפוח, הוא הפקיע את התפוח מהקניין הכללי כי הוא ערבב את הכוח הפרטי שלו במשאב וכך הפקיע אותו. אם אתה קוטף תפוח ומשקיע בו אנרגיה ועבודה, השקעת במשאב משהו משלך והתפוח יהפוך להיות קניינך הפרטי, אם הלכת וליקטת בלוטים, אספת אותם, ערבבת את הכוח שלך והם הופכים להיות שלך. לוק מציין שני סייגים, תנאים למנגנון:

1. "על כל פנים כאשר כמות מספקת, באיכות לא פחות טובה, נותרה במשותף בשביל אחרים"- אפשר להפקיע משאב/ נכס מרשות הרבים (שייכות הקולקטיב) ע"י ערבוב הכוח שלך רק אם נשאר מספיק ובאיכות לא פחות טובה עבור האחרים. אם קטפת תפוח אחד מעץ עם הרבה תפוחים זה בסדר, אבל אם הלכת ולקחת את חלקת השדה האחרונה שקיימת במערב ולא השארת לאף אחד אחר, לפי לוק אתה לא עומד בתנאים לרכישת בעלות. המשמעות היא שיש קניין כשאין מחסור, וזו אחת הביקורות הגדולות על התיאוריה הזו.

אם הפרט היה צריך הסכמה על כל דבר מהקולקטיב, מכל בני האדם האחרים, היינו מתים ברעב. לכן, לוק מסביר שההיגיון אומר לנו לאפשר משטר של קניין פרטי. איך מגיעים אליו? לוק מסביר את הרציונל של ערבוב הכוח הפרטי, ואין ספק שהכוח הפרטי והגוף שייך לאדם "גם ביחס לאדמות המוסיפות להיות רשות הרבים בתוקף אמנה הדדית, רואים אנו שהקניין מתחילה בשעה שנוטלים חלק כלשהוא מהן ומפקיעים אותו מן המצב, שבו הניח אותו הטבע ובלעדי כך אין לרשות ברבים כל שימוש".

1. אסור לך לקחת יותר ממה שתוכל לצרוך.

לסיכום, המנגנון של התפיסה של איך מפקיעים בקניין הקולקטיבי הוא באמצעות עבודה, ערבוב הכוח הפרטי של האדם במשאב של הקולקטיב. ההצדקה למנגנון היא לשמור על עצמנו. כדי לאפשר לעצמנו לחיות אנחנו צריכים להיות מסוגלים להפקיע קניין מהקולקטיב גם ללא הסכמה מכולם, כי אם נחכה להסכמה כזו היא כנראה לא תגיע וכל המין האנושי ירעב. יש לכך שני תנאים: (1) אתה משאיר מספיק לאחרים באיכות ובכמות, אתה יכול לקחת כל זמן שנשאר מספיק לאחרים. (2) בל תשחית- אסור לך לקחת יותר ממה שאתה יכול לצרוך. אם לא השארת מספיק לאחרים או אם לקחת יותר ממה שאתה צריך לצרוך, גם אם ערבבת את הכוח שלך במשאב, עדין לא תוכל להפקיע אותו ולהפכו לקניין פרטי.

מצב הטבע- הקניין הוא משאב משותף. לכל אחד יש זכות לשימוש עצמי ולכן מותר לו לקחת משאבים. ערבוב עבודה של אדם עם משאב מקנה לו את המשאב. סיכום הסייגים הלוקיאניים:

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

התאוריה של לוק מעלה שאלות בנוגע למשאבים שלא השקעת כדי שיגיעו אליך.

**ביקורות על התיאוריה של לוק:**

1. **חסר במשאבים**- התפיסה של לוק היא אוטופית מאוד ובשל כך יש עליה גם ביקורת במפגש עם המציאות. הסייג הראשון (לקחת כל עוד נשאר לאחרים) הוא יפה, אך זאת בהנחה ולא היתה תחרות על משאבים ואם לא היו בעיות או ערעור על זכות הקניין של אחרים. אך בגלל שהעולם חסר במשאבים או מנוצל לא נכון באופן שמכלה משאבים השיח של לוק הוא מאוד אוטופי ולא הכי רלוונטי. לוק מדבר על מצב שבו אנחנו משאירים לכולם אך במצבנו זה לא תמיד אפשרי.
2. **תיאוריית הערבוב** (ביקורת של נוזיק)- אם מסתכלים על הערבוב של הכוח של אדם במשאב כאמצעי להפקיע קניין (אם אני אשפוך פחית של מיץ לים- זה הופך אותו לקניין שלי?) הערבוב לא ברור עד הסוף לא בהיקפו ולא באופיו.
3. **פרופורציונלי**- (נמלה- 1, צרצר-0) לפי לוק אדם שערבב משהו בכוחו במשאב זוכה, זה בינארי. אם אחד מהתנאים לא מתקיים או לא היה ערבוב של הכוח- הזכות הקניינית לא תתקבל. התפיסה הזאת בעייתית כי אין בחינה של כמות הכוח ועוצמתו. האם תפיסת תפוח שנפל מהעץ מקנה לי 100% בעלות? הדבר הזה בעייתי כי ניתנת זכות קניינית מלאה לאנשים שכמעט לא עושים כלום. כלומר, אין דרישה לפרופורציה בין השקעת הכוח לתוצאה. יכול להיות מצב בו אדם דורש הגנה קניינית על דבר שלא דרש עבודה רבה ויכול להיות מצב בו אדם פיתח משהו במשך שנים ומבקש הגנה קניינית. ע"פ לוק, לשניהם אותה הגנה קניינית. הביקורת היא שלא ראוי שלא תהיה פרופורציה בין רמת ההשקעה לרמת ההגנה הקניינית.

**הקריאה האוהדת של תיאורית העבודה של לוק כתיאוריה של גמול- החוקר מונזר**

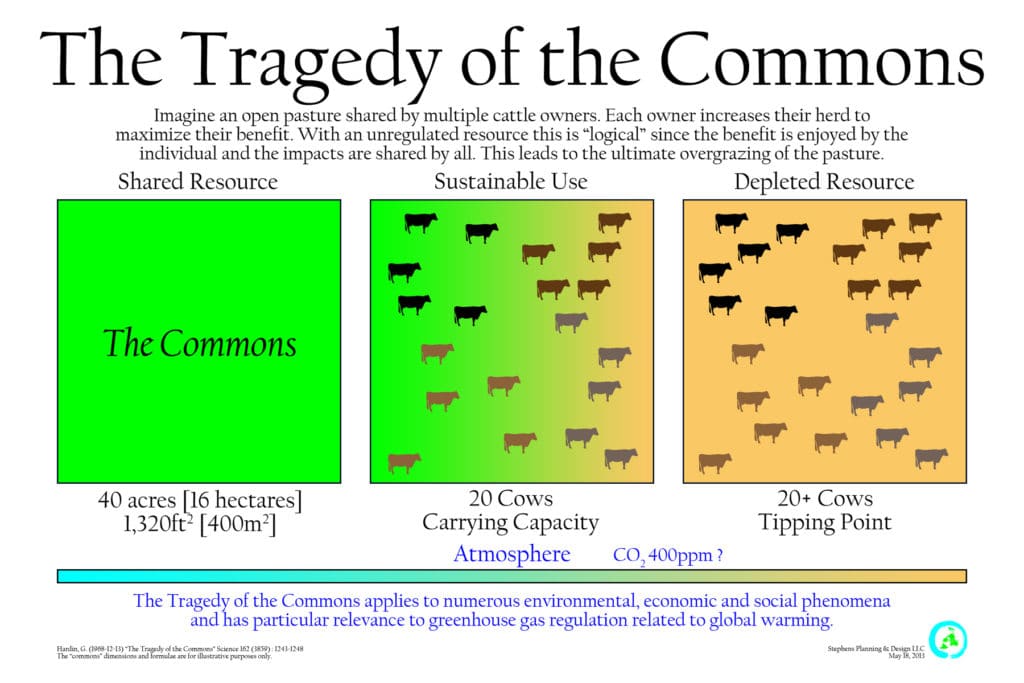
אם אדם פועל, משקיע ועובד- אנחנו כחברה רוצים לתת לו גמול על העמל שלו. הגמול הזה בתיאורית העבודה של לוק יכול לסייע להתמודד עם רוב הטענות ובעיקר עם זה שאנחנו כחברה נקבע על מה אנחנו נותנים גמול ועל מה לא. **לא כל ערבוב מקנה זכות קניינית אלא רק ערבוב שהוא ראוי בעניינו מבחינה חברתית**. רק ערבוב שהוא חיובי חברתית יקנה זכות קניינית. הזכות שניתנה והיקף ההגנה יהיו **פרופורציונליים**- אם אדם לא התאמץ באופן משמעותי כנראה שלא תינתן לו הגנה קניינית גדולה. הטענה של מונזר היא ההסתכלות על ההשקעה והעמל לא כזכות אלוהית אלא כגמול שהחברה מעניקה ולכן הוא יהיה פרופורציונלי ביחס להיקף העמל. המשפט מתגמל על התנהגות רצויה, אבל לא כל התנהגות תזכה בפרס אלא רק התנהגות ראויה.

* רק התנהגות ראויה מזכה בפרס.
* התוצאה של העשייה היא חיובית.
* הפרס צריך להיות פרופורציונאלי.

גמול הוא מערך תמריצים שאנו נותנים לאנשים כדי ליצור, ואנשים ישקיעו כדי לקבל גמול. ג'ון לוק במקור לא דיבר על תפיסה כלכלית, הקריאה הזו הפכה את התפיסה שלו לכלכלית יותר.

**הצדקת רווחה מצרפית למשטר קניין פרטי**

הצדקה זו טוענת שמשטר קניין פרטי הוא בהכרח יעיל יותר מקניין של משטר קולקטיב. אם ניתן לבני האדם להיות בעלים של נכסים, משאבים, באופן פרטי, העולם שלנו יתנהל בצורה יעילה יותר כלכלית. אם נסכום את כל הרווחים, התועלות, של ניהול משטר כזה הוא יהיה גדול בהכרח מאשר במשטר קניין קולקטיב.



מקור ההצדקה בסיפור שמספר **גארט הרטין**, מאמר קנוני בתחום הקניין שנקרא "הטרגדיה של השיתוף של המאגר המשותף". הוא מעביר מסר שכשאנשים נמצאים במשטר של שיתוף עם אחרים הם פחות אכפתיים כלפי המשאבים. אבל, אם אותו משאב יהיה בבעלותם הם ישמרו עליו בצורה יותר משמעותית. הסיפור של הטרגדיה של המאגר המשותף מדבר על מרעה משותף שע"מ שהוא יחזיק וימשיך להוציא עשב כמרעה פעיל, מותר להעלות עליו 4 פרות ביום. נניח שיש לנו 4 בעלי קניין ולכל אחד 2 פרות. אם אנחנו רוצים להגיע לאיזה שהיא פעולה יעילה צריך שכל בעל קניין יעלה פרה אחת ביום. מה גארט אומר? שאם נבדוק איך בני אדם מתנהגים, ככל שהמשאב יוחזק במשותף ע"י ארבעת הבעלים סביר שכל אחד מהם ינסה לדחוף שתי פרות ביום ולא יסתפק בפרה אחת ביום, כלומר, **כל אחד רוצה למקסם את הרווח האישי שלו על חשבון המאגר המשותף או על חשבון אחרים**. בסוף יצא מצב שכל יום יש 8 פרות במרעה, ואחרי כמה ימים המאגר מתרושש ואי אפשר לעלות יותר פרות. כולם נדפקים כי כל אחד ניסה למקסם את הרווח האישי שלו. הטרגדיה של השיתוף היא תיאוריה שמבוססת על 'בעיית הפעולה המשותפת', בעיה מוכרת בכלכלה (האם הייתם שמים רגליים על השולחן בבית שלכם?). ככל שאנחנו בעלים במשותף, כל אחד מאיתנו ינסה למקסם את האינטרס העצמי האישי שלו. ככל שהמאגר מוחזק במשותף נהיה פחות אכפתיים כלפי המשאב וננצל אותו יותר, מה שיוביל להרס/ ניצול יתר של המשאב ובסוף לתוצאה לא יעילה. אם אנחנו אומרים שכל הקניין קולקטיביסטי אז גם הפרות שייכות לקולקטיב. הסיפור ממחיש את השילוב בין רכוש קולקטיבי לרכוש פרטי. באופן כללי הטענה היא שגם אם כל הקניין היה קולקטיבי והנזק היה נגרם כתוצאה מניסיון להנאה אישית שלנו, כל אחד מאיתנו היה מנסה למקסם את ההנאה האישית שלו על חשבון אחרים. מקסום האינטרס האישי גובר על הרצון לשמור על הרכוש הקולקטיבי. לפי הטענה של גארט, אם כל המשאבים בעולם יהיו משותפים סביר שהם יתרוששו באיזה שהוא שלב ואז ייגרם נזק כלכלי וסביבתי.

טענה דומה מגיעה **מדילמת האסיר בתיאורית המשחקים**. אם תופסים שני אסירים ושמים אותם בחדרים נפרדים, עדיף לשניהם להכחיש ואף אחד לא מפליל את השני. אם אחד מהם מודה ומפליל את השני הוא פטור מעונש והשני מקבל 10 שנים. אם שניהם מודים ומפלילים אז כל אחד מקבל 5 שנים. מה יקרה בתיאוריה? רוב האנשים בחדר חקירות מנסים להוציא את עצמם ללא הפללה ובסופו של דבר כולם מפלילים את עצמם ותוחלת הנזק גבוהה.

זה חלק מהסיבה שגארט מדבר על בעיית הרכוש המשותף. קניין פרטי יותר יעיל כי כל אחד שמקבל חתיכה מהקרקע ידאג שבחלקה הקטנה שלו הדשא ימשיך לצמוח, ואם צריך לעלות רק פרה אחת הוא יעשה כך, כי אחרת הוא יודע שבחלקה הקטנה שלו הדשא יפסיק לצמוח ולא יהיה לו מאיפה להאכיל את הפרות.

ביקורות:

1. דנשץ, אחד הכותבים הקניינים שהתייחס לבעיית הפעולה המשותפת טוען שהמסקנה של גארט הארדין מטרגדיית המשאב המשותף שקניין פרטי = יעילות, קניין משותף = אי יעילות, היא לא טענה מתקבלת ע"י מי שיודע לעשות ניתוח כלכלי של המשפט. ניתוח כלכלי של המשפט אף פעם לא יכול להנביע תוצאה מחויבת, הוא תמיד חייב לבחון את המאפיינים, הכלים שעומדים לרשות בעלים מסוימים. גם אם זה נכון לשנת 1967 כי אמצעי ניתור עולים המון, בשנת 2022 זה אחרת כי קל לנהל מעקב באמצעות אפליקציה. הטענה העיקרית שלו היא שניתוח כלכלי של המשפט לא יכול לקבע איזושהי תפיסה שאומרת שקניין פרטי = יעילות. בכל דור, בהתאם להתפתחויות, צריך לבדוק האם התפיסה הזו נכונה או לא.
2. אבולוציה של דיני קניין- בחלק מהדברים יהיה יעיל יותר קניין משותף ובחלק יעיל יותר קניין פרטי, אי אפשר לקבע אמירה ברורה וגורפת, צריך כל הזמן לבדוק את עלויות הצדדים ולראות האם הנזק עולה על התועלת או להפך ובהתאם לקבוע איזה משטר קניין יותר יעיל.
3. דנשץ אומר שאפשר להצדיק קניין פרטי מטעמי יעילות אבל זה לא מחויב המציאות.

הצדקת תיאורית האישיות למשטר קניין פרטי

תיאוריה נוספת שעוסקת בקניין פרטי היא **תיאורית אישיות** שפיתחה **מרגריט רדין**. היא מדברת על תפיסה שבה הסיבה להעניק קניין פרטי, ויותר מכך, הסיבה למתן הגנה גבוהה לקניין פרטי, צריכה להיות תלויה באישיות או בקרבה של המשאב לאישיות של האדם. הדוגמה הקלאסית היא בית המגורים שלנו שאנו מתייחסים אליו אחרת מאשר לנכס להשקעה. רדין אומרת שהנכס שאנו גרים בו מהווה עבורנו משהו אחר, לא רק קניין חליפי שמבחינתנו יכול להיות גם סכום כסף, אלא קניין מכונן יותר בעל ערך משמעותי עבורנו. היא מביאה דוגמאות קלאסיות של אלבומים, טבעות נישואין, ירושות, ואומרת שעל הנכסים האלו שהם אישיים יותר שקרובים לגרעין האישיות של האדם ניתן הגנה קניינית גבוהה יותר, ואילו על נכסים בעלי יכולת המרה, כגון דירות להשקעה, ניתן הגנה חלשה יותר. זה מקבל ביטוי בדיני הקניין שלנו, לדוגמה בהגנה על בית המגורים. כשמדובר על הפקעת (המדינה/ רשות מקומית לוקחת נכס בתמורה לפיצוי כספי של שווי הנכס) בית מגורים יש הוראה שונה שאומרת שלא מספיק פיצוי אלא יש לתת גם דיור חלוף. השווי הכלכלי שלו שווה יותר מאשר רק כסף, ולכן אנחנו רואים שדיני הקניין שלנו כן מעגנים את התפיסה שנכסים מסוימים מקבלים הגנה גבוהה יותר. הכוונה שלא שואלים כל אדם האם נכס מסוים קרוב לגרעין האישיות שלו אלא יוצרים קטגוריות של נכסים מסוימים שאנו רואים אותם ככאלה שקרובים לגרעין האישיות כראייה אובייקטיבית, ויש כאלה שלא. לא שואלים כל אחד באופן ספציפי.

**הצדקת ערך הקהילה למשטר קניין פרטי**

כשאנחנו מדברים על קהילות בכלל ובפרט בהקשר לקניין יש 3 סוגי קהילות: ליברטריאנית, קהילתנית וליברלית.

**סוג ליבטריאני**- מדבר על קהילות כאמצעי להשאת חירות או להשאת תועלת ליחיד. קהילות ליברטריאניות מטבען הן וולונטריות, אדם יכול לבחור אם להיות שם או לא, הן לא יכולות להטיל עליך שום חובה אלא אם הסכמת לחובה הזו ומטבע הדברים הן קהילות רזות, מסגרות טכניות לפעולה משותפת, אין עומק. הקהילה לא יכולה להטיל חובות על הפרט אלא אם הוא הסכים לכך ולכן החובות של היחיד תהיינה מאוד מצומצמות (למשל- לא נוכל לחייב דייר לשלם על מעלית בבניין). רק לקהילה שלא כופה על הפרט מחויבות יש הצדקה ומכאן שתפיסה זו מעודדת משטר קניין פרטי.

**סוג קהילתני**- קהילות עמוקות יותר, עבות כמו משפחות, קיבוצים, בעלות תפיסות עולם משותפות. מבחינה קניינית, כשמסתכלים על קהילות ליברטריאניות לעומת קהילות קהילתניות- קהילות קהילתניות יכולות לבקש מהיחיד להקריב למען הקהילה. למשל, אם אתה חבר בקיבוץ האספה הכללית של הקיבוץ יכולה לומר לך יום בהיר אחד לעבור לדירה אחרת. אין לך הרבה מה להגיד כי אתה בהחלט יכול להידרש להקריב. האדם חייב לעשות שימוש בקניינו לטובת הקהילה כך שבאיזון בין חירות הפרט לקהילה יש להעדיף את הקהילה כי הקהילה צריכה לתפקד וזה עשוי להטיל על הפרט חובות גדולים. איך היא עולה בקנה אחד עם משטר קניין פרטי? היא לא בהכרח סותרת אותו, היא יכולה להצדיק אותו בכך שהפרט יעשה ככל שנדרש ויתורים גדולים יותר למען הקהילה.

נמחיש את השוני בין התפיסות: נניח שאדם גר בישוב ורוצים להקים בו צורך ציבורי, נבחרה הקרקע שלו לשמש כמקום בו יוקם אותו צורך ציבורי, דהיינו יש לקחת לו את הקרקע. השאלה היא האם אותו אדם חייב לתת את הקרקע? ואם כן מה הוא מקבל בתמורה אם בכלל? ככל שהקהילה שלנו יותר ליברטריאנית- קיים קושי יותר משמעותי לקהילה לדרוש בכלל קרקע מאדם לטובת צורך קהילתי, וגם אם עושים כן יש לפצותו באופן מושלם. לעומת זאת, בקהילות קהילתניות, לפחות לפי התפיסה, יכול בהחלט להיות מצב שבו ניקח קרקע של אדם מסוים ללא הסכמתו, בכפייה, ואפילו לא נשלם לו 100% מהפיצוי אלא רק חלק. במובן מסוים, הבעלים של הקניין הזה מקריב חלק מהקניין שלו לטובת הקהילה. זה הדין הישראלי- לא חייבים לשלם 100% פיצוי, בשונה מרוב המקומות בעולם. התפיסה הקניינית שלנו היא באמצע.

**תפיסות ליברליות** הן תפיסות אמצע- אפשר לקחת ללא הסכמה אבל יש לפצות על הפגיעה. קהילה ליברלית מעמידה את האוטונומיה של הפרט במרכז ומבקשת למצוא את האיזון בין הרצון לקדם את האוטונומיה של הפרט לבין הקהילה. מחד, ניתן להשתתף בקהילות שיכולות להטיל דרישות על היחיד אך מאידך יש לאפשר ליחיד שרוצה לצאת מהקהילה לעשות זאת, כנ"ל לגבי הקהילה הקניינית. הדגש הוא על זכות היציאה ובכך זה מבסס הצדקה למשטר קניין פרטי.

כשאנחנו מדברים על קהילה בקניין והקשר שלו לקניין פרטי מופיע בשלושה מופעים עיקריים:

1. **הכניסה לקהילה-** כשאדם רוצה לרכוש קניין הוא עשוי להיתקל במצב שבו הוא לא יכול לעשות את זה. למשל, וועדות הקבלה ליישובים, מושבים וקיבוצים. זה גורם מעורר מחלוקת וסכסוכים מהסיבה שאנו נותנים לגורם פרטי ליצור אפליה, הדרה, ולקבוע מי יכול לקנות נכס ומי לא יכול. עולות שאלות רבות בנושא הזה. באופן עקרוני, יש וועדות קבלה במרחב הישראלי (פס"ד קעדאן, פס"ד סבאח).
2. **המשטר בקהילה-** הרבה פעמים לקהילות קנייניות משטר משלהן, למשל מושבים, קיבוצים. יש אסיפות כלליות, יש כללים. הרבה פעמים המשטר הישראלי בחר לקחת צעד אחורה ולא להתערב, לדוגמה כשקיבוץ החליט להוציא מישהו מהקהילה או לחייב אותו בחובות כלכליות גדולים בגין פעולה שהוא עשה. גם אם הוא פנה לביהמ"ש הוא בחר לא להתערב.
3. **היציאה מהקהילה-** כשאנשים רוצים לצאת מהקהילה יש 3 מצבים עיקריים:
4. אדם שרוצה לצאת מקהילה קניינית ולא יכול, בין היתר בגלל תמונת הראי לכניסה לקהילה (מצאתי קונה וועדת הקבלה לא מוכנה שהוא ירכוש את הנכס, ללא קשר למחיר).
5. מצב שבו הקהילה מחליטה להוציא אותך, לדוגמה קיבוץ שמחליט להעיף מהקיבוץ חבר קיבוץ, נותרת שאלת הפיצוי.
6. הפקעות של קהילות- יישובי גוש קטיף, מצב בו המדינה מחליטה שקהילה מסוימת/ חלק ממנה מפסיקה להתקיים ואז השאלה נוגעת לפיצוי.

צדק חלוקתי למשטר קניין פרטי

לא ניתן לדבר על קניין מבלי לחשוב על ההשלכות החלוקתיות. טעם חיצוני- מעצם ההגדרה המשפטית של הזכות. טעם פנימי- השלכות חלוקתיות של ההצדקות עצמן. קניין הינו הסדרת המשאבים בחברה, לא משנה אם נקבע שיש או אין בעלות פרטית ואת היקף ההגנה שבעל משאב מקבל, יש לכך השלכות חלוקתיות, כי כל זכות היא יחסית. יש קושי לעשות צדק חלוקתי בדיני קניין, מאותו הטעם שיש בעיה לעשות צדק חלוקתי בדיני נזיקין- שניהם משפט פרטי שבדר"כ לא תופס ורואה את כל החברה. יש בעיה להחיל שיקולים של צדק חלוקתי בחברה כי צדק חלוקתי משמעו שצריך לראות את כל החברה ולבצע חלוקה מחדש שלוקחת מהעשירים ומניידת לעניים. כשמדברים על אינטראקציה בין שני אנשים (בנזיקין או בקניין) אנחנו לא יודעים איפה הם ממוקמים בחברה מבחינה כלכלית. התוצאה היא שנוצר עיוות, מסתכלים על שיקולים חלוקתיים מבלי לדעת איפה אותם אנשים ממוקמים. איפה נכון לעשות חלוקה כללית ורחבה? דיני מיסים ודיני רווחה. אלו המקומות שלכאורה המעמד הסוציו-אקונומי של כולם פרוס בפני מערכות המשפט ואפשר לממש שיקולים של צדק חלוקתי. החלת שיקולי צדק חלוקתי בדיני קניין עלולה להביא לעיוות. מעצם העובדה שאתה בעל נכס או רוכש נכס כנראה שאתה לא בתחתית החברה.

קניין פרטי- במה?

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

בתחילת הקורס דיברנו על פטנטים וזכויות יוצרים, כשבעצם חיפשנו את התכלית של המוסד הקנייני. כשיש מוסד קנייני שבו מעניקים למישהו זכות קניינית של פטנט וקובעים את זכות ההגנה והיקפה, החברה היא שקובעת את ההסדר על בסיס האיזון בין הערכים שדיברנו עליהם (רווחה מצרפית, עבודה, אישיות, חירות). למשל, אם אני נותן לך פטנט זה משהו שאני צריך לאזן בו ערך של רווחה מצרפית- לתת לך פטנט כי זה יתמרץ אותך לעבוד, לחשוב, לפתח, לצד ערך החירות, וכך קובעים את היקף ההגנה. לא בכל מוסד קנייני יופיעו כל הערכים. למשל, בפטנט קשה לראות את רמת האישיות, אפשר לראות בחלק מהפטנטים מאפיינים אישיותיים אבל לרוב לא. לעומת זאת, ביצירת אומנות ברור שהאישיות בעלת ערך יותר דומיננטי. המהות היא ביצוע האיזון בין הערכים השונים.

**פס"ד מקדונלדס** שנקרא בהמשך עושה בדיוק את מה שאמרנו עכשיו. מדובר בפרסומת של שחקן כדורסל זר שהיה בארץ, אריאל מקדונלד, לחברת בורגר קינג. הוא מגיע בפרסומת לחנות, מנסה להיכנס, המוכרת לא מאפשרת לו כי כתוב לו מקדונלד על החולצה ורק כשהוא מוריד את החולצה נותנים לו להיכנס ("אפילו מקדונלד אוכל בבורגר קינג"). מקדונלדס פרסמה חלק מראיון שבו הוא מודה שהוא אוכל מקדולנדס כנגד הפרסומת. התביעה היא של מקדונלד נגד חברת מקדונלדס שעשתה שימוש בו ובאישיות שלו בצורה לא מורשית והפיקה מזה רווחים מבלי לשלם לו. חלק גדול מפסה"ד דן בשאלה של הזכות לפרסום, מהי הזכות לפרסום והאם יש לו את הזכות הזו, למול הזכות לפרטיות. בפסה"ד ביהמ"ש סוקר את ההצדקות הקנייניות תחת הניתוח האם יש למקדונלד זכות קניינית בשם שלו ובפרסום או שלא. פסק הדין בוחןסוג של זכות חדשה חסרת הגדרה מטעם המחוקק. ביהמ"ש בפס"ד זה אומר שהמחוקק לא התייחס לסיפור הזה, נראה את זה עוד ועוד בשנים הבאות כי מושאי הקניין הולכים וצוברים תאוצה, והמחוקק לא תמיד יידע לעקוב בצורה מהירה מספיק אחרי ההתפתחויות.

נקודת המוצא היא שזה לא התפקיד של ביהמ"ש, מי שצריך לעשות את הבדיקה, האיזונים והקביעה האם הזכות לפרסום לדוגמה היא זכות קניינית, מוסד קנייני, הוא המחוקק. המציאות מקדימה את המחוקק פעמים רבות והסכסוכים מגיעים לביהמ"ש לפני שהמחוקק אמר את דברו, ואז ביהמ"ש מנסה לחשוב ע"פ הערכים וההצדקות האם מדובר בזכות קניינית.

מוסד קנייני

כשמדברים על מוסד קנייני, בניגוד לזכות קניינית (שמדברת למשל על בעלות, זיקת הנאה וכו), במוסד קנייני הנחת המוצא היא שהמחוקק בירר את האיזונים ויצר מוסד שבו אנו יודעים איך להתנהל מבחינה קניינית. דוגמאות:

**חוק הדיור הציבורי**- דיור ציבורי הוא מוסד קנייני כי הוא לא זהה לדיור פרטי. יש בחוק המקרקעין הגדרה מהי בעלות בקניין פרטי, אבל יש הגדרה לגמרי אחרת מהי בעלות או זכות קניינית בדיור ציבורי. הזכות בדיור ציבורי שונה לחלוטין מזכות בבית פרטי. השוני נובע מהבנת המחוקק שיש מצבים שבהם יש אנשים שלא יוכלו להגיע להיות בעלים של בית פרטי מטעמים סוציו-אקונומיים, והמדינה, כחלק מחובותיה, נדרשת להציע להם אלטרנטיבות לדיור- יש את אלו בעלי הדיור הפרטי, ויש את אלו שאני כמדינה מציעה להם דיור כקניין ציבורי. גם החוק של דיור ציבורי כולל בתוכו כללים שלא תואמים את הדיור הפרטי. כשמדברים על מוסד קנייני של דיור ציבורי, זהו מוסד שונה לחלוטין. מי שהוא בעלי זכות קניין בדיור ציבורי, הזכות שלו שונה לחלוטין מהזכות של מי שהוא בעלים של קניין פרטי (אם אדם גר בדיור ציבורי ורוצה לרכוש את הנכס, יש שוני בין המחיר, כי בדיור פרטי המחיר הוא מחיר השוק, ובדיור ציבורי המחיר נקבע ע"פ הגדרת ס' 3 לחוק- מחיר השוק ממנו יופחת סכום). ההוראות הללו נקבעו כדי לבצע את האיזון הערכי הרלוונטי למוסד של דיור ציבורי. בדיור ציבורי המדינה היא בעלת הדירות ואנשים שוכרים את הדיור מהמדינה.

**חוק הדייר המוגן**- הרעיון של שכירות מוגנת היא לתת לאנשים ששוכרים דירה הרבה מאוד הגנות משמעותיות, יותר מאדם ששוכר במסגרת שכירות פרטית. חוק הגנת הדייר אסר למשל לפנות את השוכר אלא אם כן הוא עומד באחד הכללים המופיעים בחוק, כשבאופן עקרוני לא ניתן להחליט שהשוכר לא מתאים לו והוא מפנה אותו, או להעלות את המחיר (החוק קבע באופן מפורש את אופן העלאת המחירים). למה עשינו חוק מיוחד שבונה מוסד של דיירות מוגנת? לאור ההבנה שישנם אנשים שלא יוכלו לעמוד באופן שוקי לחלוטין בשכירות, ומתוך ההבנה שלנו שצריך לאפשר גם להם זכות לדיור, בנינו איזה שהוא מוסד קנייני שמתייחס ספציפית לאנשים האלה ועושה איזון ספציפי. לא החלנו את חוק הגנת הדייר על כל שכירות באשר היא, ולראיה אפשרנו לאנשים לקיים שכירות ולרשום עליה שהיא שכירות בלתי מוגנת. אדם ששוכר באופן פרטי הוא שוכר, וזכות השכירות שלו פועלת במוסד שבו האיזון הוא איזון שוקי. לעומת זאת, אדם ששוכר תחת חוק הגנת הדייר שוכר אותה זכות קניינית, אך הזכות פועלת במוסד שבו האיזון פועל להגנה על החלשים. בהגנת הדייר אנו נראה שהבעלים הוא מוגבל הרבה יותר ומחויב הרבה יותר כלפי השוכר מאשר בעלים בשכירות פרטית.

יש מוסדות שונים של קניין. מי שקובע את הגדרים של מוסד קנייני, מתי מקימים מוסד קנייני חדש או מתי מוסד קנייני ישן כבר לא רלוונטי זה המחוקק. כשהמחוקק בחוק המקרקעין קובע פרק שלם של בתים משותפים, הוא מבהיר שהמוסד הקניני של בית משותף שונה בתכלית מבית פרטי. החובות שחלות על אדם שגר בבית משותף שונות ממה שחל על אדם פרטי. כשהמחוקק קובע פרק של בתים משותפים הוא מקים למעשה מוסד קנייני של בית משותף. מערכת הכללים הזו היא תולדה של איזונים ערכיים- איך מצד אחד אדם שקנה דירה בבית משותף בעל חובות מרובות יותר ביחס לאדם שקנה בית פרטי, ומצד שני שומרים על חירותו לא להיות כפוף רק להחלטות של אחרים (הוא לא בחר לגור בקיבוץ, הוא כן בחר לקנות דירה בבית משותף). האיזון מעצב לנו את הגבולות של הזכות לקניין.

**מוסד קנייני הוא חוק שקובע המחוקק, במסגרתו הוא עושה איזונים ביחס לזכות הקניינית, להגדרה שלה ולהיקף שלה** (בית פרטי, בית משותף, קיבוץ, מושב, יישוב קהילתי, חוק דיור מוגן, חוק דיור ציבורי, שכירות ציבורית).

**חוק הדיור המוגן**- קובע מה קורה כשלאדם יש בעלות על בניין מגורים אבל הוא לא רוצה להשכיר את הדירות אלא לנהל מסגרת של דיור מוגן. ברגע שזו ההחלטה יש חוק ייעודי לכך, שקובע שבמוסד הזה, בגלל שמדובר באוכלוסייה מוחלשת יותר, אנחנו קובעים כללים אחרים. האיזון הזה נועד לתת לדיירים יותר כוח מאשר שוכרים של דירה בשוק הפרטי (חובת רישוי, תנאים לפעילותו (תנאים פיזיים לדוגמא שלא קיימים בבית משותף), חובת התקשרות בהסכם, חובה לספק שירותים לדייר). כשאתה מחליט להיכנס למוסד הקנייני של דיור מוגן, חלות עליך הרבה מאוד חובות חדשות שלא חלו עליך מעצם הבעלות בדירות, כי האיזון הערכי משתנה, הדיירים שנכנסים לגור בהן הם דיירים מוחלשים שהחוק רוצה לוודא שתדאג להם. המהות היא שמרגע זה חלות עליך חובות שעד כה שהחזקת בדירות האלה, לא חלו עליך. יש לזה יתרונות כלכליים שפחות רלוונטיים לענייננו. חשוב להבין שלבניין מסוים יכול להיות מערך זכויות וחובות מסוים (בית משותף) ומרגע שהוחלט להפוך אותו לדיור מוגן כל מערך הזכויות והחובות משתנה. ברגע שנכנסת למוסד קנייני אחר, מערך הזכויות והחובות משתנה, היקף ההגנה על הזכות משתנה.

**חוק המקרקעין בתים משותפים**- (החל מס' 58(א) לחוק המקרקעין). מוסד קנייני משמעותי מאחר והוא משנה את רוב מה שאנחנו יודעים על בתים פרטיים. פרק הבתים המשותפים בחוק המקרקעין קובע שבעל דירה חייב להשתתף בהוצאות הדרושות להחזקה תקינה וניהול הרכוש המשותף. מעצם העובדה שאנו גרים בבית משותף נידרש להשתתף בתיקון עלויות. לפי ס' 60(ב), במקרים בהם הבית המשותף או חלק מהרכוש המשותף נהרס, ורוצים לשקם את הבית, אם אדם מתעקש שלא להשתתף כלכלית בשיקום, אפשר לקחת ממנו את הזכות הקניינית שלו- לחייב אותו למכור את הנכס. זה לא קיים בבית פרטי, שבו אין לאף אחד זכות לומר לך שאם אתה לא מתקן ליקוי מסוים אז אתה מחויב למכור את הנכס. זו חובה שקיימת רק בבית משותף. לכן היקף הבעלות בבית פרטי שונה לחלוטין מהיקף הבעלות בבית משותף, אמנם גם בבית משותף אני הבעלים, אבל אני נמצא תחת מוסד קנייני שהאיזון בו הוא שונה.

מי שקובע את המוסדות הקניינים, בניגוד לפס"ד מקדונלד, זה המחוקק. בין היתר כי יש התנגשות של ערכים חברתיים שצריכים לבוא לידי ביטוי באיזונים האלה. צריך להכיר בעובדה שהרבה פעמים המחוקק לא עומד בקצב.

The New Property מאמרו של **צ'ארלס רייך** ("הקניין החדש"), מאמר קנוני בתחום הקניין. הוא מדבר על מה שמכונה אצלנו קצבאות, רישיונות וזיכיונות. המאמר מעלה את השאלה האם בגלל שהמדינה שלנו הופכת להיות יותר ויותר דומיננטית וחולשת על מתן זיכיונות, רישיונות וקצבאות, האם במצב הזה הם הופכים להיות קניינם של המקבלים או שזה נתון לשיקול דעתה של המדינה? הסיפור שלו מתחיל בתקופה של המקארתיזם (סנאטור אמריקאי שהתנגד לקומוניזם, עובדי ציבור שנחשדו/ הואשמו/ הורשעו בתמיכה בקומוניזם נשללה מהם הפנסיה). המאמר מתחיל בסיפור על אדם מסוים ששמע שהוא הולך להיות מואשם בכך והחליט לברוח מארה"ב, כשהשאלה היא האם המשפחה שלו זכאית לפנסיה או לא? הוא מנסה לטעון במאמר שלא משנה מי האדם ומה הסיבה שבגינה אנו חושבים שהוא צריך להיות בכלא/ להפסיק לעבוד בשירות המדינה, זכותו לפנסיה לא תלויה בערכים שלו, באישיות שלו, במעשים שלו, אלא היא קניינית שלו, ולכן המשפחה שלו צריכה לקבל את הפנסיה שלו. זה דומה לסיפור של הקצין דן שרוני. הוא טוען שברגע שכ"כ הרבה אנשים תלויים בהחלטת המדינה לצורך החיים שלהם, כגון מתן רישיונות, האם ברגע שקיבלנו את הרישיון אנחנו עדיין תלויים ברצון המדינה או שאנחנו הופכים לבעלי זכות קניינית ברישיון? האם המדינה יכולה להפקיע את הרישיון או לא? והאם היא מחליטה שכן האם היא צריכה לשלם פיצוי?

הכוונה בקניין חדש שלא מדובר בקניין שלי, אלא משהו שהמדינה נותנת לי (כמו קצבה, רישיון להפעלת עסק) והשאלה היא אם מרגע שהמדינה נותנת לי את זה היא לא יכולה לקחת את זה בלי לפצות אותי, כמו כל הפקעה.

המאמר עורר סערה, בעיקר בארה"ב בה נתפס כלא הגיוני להטיל חבות כזו על המדינה. בנוסף לעלות הגדולה על המדינה- אם המדינה צריכה להתייחס לכל קצבה שהיא נותנת כאל קניין פרטי, יש לכך השלכה קשה על התקציב, כי זה אומר שמעתה והלאה אתה לא יכול לקחת כלום בלי פיצוי, וזה כובל את ידה של המדינה מבחינה כלכלית.

**פס"ד מנור** עסק בקצבאות זקנה- האם מותר למדינה להפחית את קצבאות הזקנה. היה ניסיון להשתמש בטענה של 'קניין חדש'. ביהמ"ש קבע שבמקרה של קצבאות לא צריך להשתמש בכלי של קניין חדש, כי ביטוח לאומי שאנחנו משלמים לו כל חיינו, הוא לא משהו שהמדינה נותנת משלה או משל הכלל, אלא שלנו- אנחנו כל החיים חוסכים לטובת קצבאות הזקנה ולכן זה כסף שלנו. יש פה קניין ממשי, ולא קניין חדש. הקצבה משלמת לאדם את מה שהוא שילם לו כל החיים.

**הטענה של קניין חדש לא התקבלה באף שיטת משפט.** הסיבה העיקרית היא ההשפעה הגדולה על תקציב המדינה ועל יכולת המדינה לנהל מדיניות כלכלית. בתי משפט בכל העולם באופן די גורף כמעט ולא מתערבים בהקשר למדיניות כלכלית של מדינה. מדיניות כלכלית של מדינה כוללת פגיעות כלכליות, בדר"כ בתי משפט לא יתערבו בה, בין היתר בגלל שהבנת ההשלכות הכלכליות חורגת מגבולות הגזרה של משפטנים.

**פס"ד מנחם** עסק ברישיון למונית- האם רישיון למונית הופך להיות קניין פרטי? המדינה רצתה להרחיב את היקף הרישיונות למוניות ולתת ליותר אנשים את האפשרות לקנות רישיון תמורת 250,000 ₪. אלו שהיו בעלי רישיון עד אותו זמן התרעמו על ההרחבה הזו, וטענו שלהם יש רישיון וההרחבה תפגע בהם. עצם השימוש במושג "לפגוע" מעלה את ההבנה שלהם שמדובר בקניין פרטי- משקיבלנו את הרישיון, זהו קנייננו הפרטי, והרחבת השוק פוגעת. ביהמ"ש לא מתייחס לטענה הזו ומאפשר את הרכישה.

טענת הקניין החדש היא טענה הגיונית למדינות רווחה אך לא מצאה אימוץ בקרב בתי המשפט.

טענה מעניינת נוספת (אך לא אפקטיבית) היא של **ג'ו סינגר**, מרצה לדיני קניין בהרווארד. ג'ו סינגר חוקר פרוגרסיבי בדיני הקניין (חוקר שפחות נותן משקל לחירות הבעלים בדיני הקניין ויותר נותן משקל לחלוקה מחדש של העושר, לרצון שהרבה אנשים יהיו שותפים בעושר של המשאבים הקיימים בחברה). הוא מדבר על מקרה מעניין- מפעל פלדה באוהיו שכל העיר עובדת בה בצורה כזו או אחרת, בשלב מסוים חברת הפלדה מחליטה לסגור את המפעל. ג'ו סינגר אומר שצריך לתת לעובדים את ההזדמנות לרכוש את המפעל ולהפוך להיות הבעלים שלו ולהמשיך לעבוד בו- למה? כי הם עבדו במשך שנים וביססו את הקיום על העבודה בו, ויש להם אינטרס הסתמכות על קיום המפעל. הוא בעצם מציע לנו דרך חדשה ליצירת זכויות קנייניות- לא רק שמוכרים/ מעבירים/ נותנים במתנה אלא גם במקרים מסוים בהם אדם **מסתמך על זכות קניינית** הוא צריך להפוך להיות הבעלים. המשמעות היא מאוד פרוגרסיבית- בעלים של מפעל לא יכולים לסגור מפעל אלא העובדים הופכים להיות בעלים באופן אוטומטי. ג'ו סינגר חזר בו מהטענה הזו לאור הבעייתיות באינטרס ההסתמכות. באופן כללי אינטרס ההסתמכות זו טענה מעגלית, כי כשטוענים לאינטרס ההסתמכות צריך להיות בסיס להסתמכות הזו, אם אין בסיס להסתמכות אז אתה לא יכול להסתמך, אם הסתמכת על דעת עצמך שהמפעל ימשיך לעבוד כל החיים אין הצדקה שהמשפט יראה בזה אינטרס לגיטימי של הסתמכות. אי אפשר לבסס הסתמכות על משהו שלא קיים ולכן התיאוריה הזו לא מוצדקת (העובדים לא היו יכולים להסתמך על כך שהמפעל יפעל לנצח).

ההצהרה הפרוגרסיבית של דיני הקניין פורסמה בכתב העת של קורנל, שבה נכתב מניפסט על מה זה קניין פרוגרסיבי. הרעיון הוא פחות חירות לאדם הפרטי ויותר חלוקה מחדש של העושר.

האם כל זכאות שיש לנו ניתן להמיר ולהעביר לאחר? לא מדובר רק על סחר באיברים. ג'ון לוק מתחיל את הדיון בקניין מהשייכות שלי לגוף שלי. השאלה היא האם אני יכולה לעשות בגוף שלי, שללא עוררין הוא שלי, כל שאני רוצה? כגון למכור שירותי מין, למכור תינוקות, סחר באיברים, סחר בבני אדם- לכאורה מדובר בגוף פרטי של אדם, לכאורה מדובר בקניין פרטי של אדם, ולכאורה הוא יכול להחליט אם הוא רוצה לעשות זאת או לא (בהנחה ואכן יש לו בחירה חופשית). גם כאן יש יתרונות וחסרונות.

**סחר באיברים**

יתרונות:

1. **מלאי האיברים יגדל**- אין ספק שאם נאפשר סחר איברים יהיו הרבה יותר איברים זמינים בשוק.
2. **ימנע היווצרות שוק שחור**- כך או כך קיים שוק שחור בתחום, ואם זה כבר קיים אז עדיף למסד את זה כי אנחנו נעדיף לבצע ניתוחים במקומות מסודרים (זו טענה דומה לטענה שקיימת בתחום הזנות- זה יהיה קיים בכל מקרה ואם נמסד את זה ניצור סביבה יותר טובה, בריאה, בטוחה, ויותר הגנות למי שעוסק בכך).

חסרונות (שכנראה מכריעים לאי-מתן האפשרות להעביר איברים וכד'):

1. **בעיה חלוקתית**- ברור לנו מי יהיו האנשים בצד הנותן שמוכרים את גופם/ את האיברים שלהם, ומי יהיו האנשים שצורכים את המשאבים האלה.
2. **מסחור של טובין אישיים**.
3. **החצנות על צדדים שלישיים**- איברים שנקצרים ממתנגדים פוליטיים בסין, מכירת ילדים. אין הבטחה שהסחר יהיה בין שני גורמים בעלי רצון חופשי שנתנו הסכמה, בהכרח יהיה מי שיחצין את הפעולה על צדדים שלישיים שישלמו את המחיר ללא רצון.

**קומודיפיקציה Commodification**

הסחרה/ מסחור, להפוך דברים שאינם מסחריים ושאנחנו לא רוצים שיהיה להם תג מחיר לבעלי תג מחיר, שניתן לסחור בהם בשוק. הפיכת משאב בלתי סחיר לסחיר (למסחר).

**הרציונליים בטענות נגד קומודיפיקציה**

1. השחתה (**Corruption**)**-** יש דברים מסוימים בחיים שלא נמצאים בספירה השוקית כמו אהבה בין בני זוג, קשר בין הורה וילד ואנחנו גם לא רוצים שזה יהיה בספירה השוקית אלא אנחנו רוצים להותיר אותם מחוץ לספירה השוקית. הורה לא מוותר על תשלומים מהילד שלו, אלא שמלכתחילה זה לא חלק מההתנהלות של הגוף שנקרא משפחה. דן אריאלי באחד מספריו מתאר סיטואציה שאדם משלם לחמתו על ארוחת השישי- האם זו סיטואציה שנראית למישהו מאיתנו הגיונית? זה לא שאנחנו רואים את זה כחוב אבל מוותרים עליו, אלא שמלכתחילה זה לא מתגבש אצלנו במחשבה כחוב או כמשהו בעל ערך כלכלי אלא כפעילות אנושית. לחשוב על מערכת יחסים משפחתית כמערכת יחסית שהיא כל כולה שוקית, שכולנו חיים בשוק מסוים שכל שירות הוא תמורת חוב, לא מתאר נכון את הספירה שעליה אנחנו מדברים. הטענה היא הנגיסה בספירה לא חוקית והפיכתה לחוקית. החשיבות של הטיעון של ההשחתה אומר שיש ספירות שהן לא שוקיות, וככל שאנחנו נכניס לספירות האלה את תגי המחיר, ההסחרה, אנחנו נהפוך אותן ליותר ויותר שוקיות, עד שלא נוכל לחזור אחורה. אם נאפשר לקנות תינוקות באתר לפי קטגוריות של צבע עור, צבע שיער, צבע עיניים וכו', אנשים לא יסתכלו על תינוקות בצורה זהה למה שהיה קודם. אם נאפשר קבלת יחסי מין תמורת תשלום, גם יחסי מין בין בני זוג לא ייראו אותו דבר. זה נכון גם לגבי איברים, אם נאפשר סחר באיברים לא יוותר שום דבר מקודש, שום דבר שהוא מחוץ לתחום.
2. **כפייה (Coercion)**- ככל שנרחיב את השימוש השוקי, יותר אנשים ייכנסו למעגל הזה. ככל שנאפשר לתת תג מחיר ונפתח את השוק ליותר משאבים, אנחנו למעשה מרחיבים את המשאבים בחברה, נגרום לאנשים למכור את ילדיהם או את איבריהם בגלל מצבם הסוציו-אקונומי.

שני הטיעונים הללו מסתכמים בכך שלא נכון בשם הבעלות על הגוף או בשם התפיסה של שוק חופשי לפרוץ את הגבולות ולאפשר הסחרה מלאה של הכל. יש עדיין דברים שצריך לחשוב היטב לפני שמצמידים אליהם תג מחיר כי ההצמדה של תג מחיר למשאבים שהם מחוץ לשוק היא בעלת עלויות חברתיות וכלכליות כבדות מאוד. מנגד, אפשר לומר ששני הטיעונים האלו מתייפייפים ולא מחוברים למציאות. הפתרון צריך להיות שהמדינות ייקחו אחריות על האוכלוסיות החלשות.

סיכום החומר עד כאן:

* זכות הקניין מבטאת הכרעה חברתית הנשענת על איזון בין ערכים שונים (חירות, עבודה, אישיות, רווחה מצרפית וקהילה).
* כשהמחוקק מכונן מוסד קנייני חדש הוא עורך איזון בין ערכי הקניין השונים.
* אין משמעות אחידה לזכות הקניין.
* החוק הוא תולדה של איזון ערכי.

בעלות

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

למה אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין?

כדי להשיב על שאלה זו יש להבין **איך בנוי המקרקעין בישראל**. ללשכת רישום המקרקעין יש מערכת, כל חלקת מקרקעין מקבלת מספר זיהוי המורכב משניים/ שלושה רכיבים; **גוש, חלקה, ולפעמים גם תת חלקה**. כשאנו מדברים על חלוקת המקרקעין בישראל אנו אומרים שהם מחולקים לגוש וחלקה- מהם? הקווים השחורים שעל המפה תוחמים לגושים. גוש היא חטיבת קרקע גדולה שמורכבת מהרבה חלקות. הגוש אינו סימטרי, אינו בהכרח בגדלים זהים, אינו מוגדר באמת שטח מסוים. הגוש מחולק לחלקות, אלו החלוקות הפנימיות שאנו רואים בכל גוש. חלוקת הקרקע הבסיסית במדינת ישראל היא חלקה. לכן, כל פיסת קרקע, כל חלקה, מקבלת ת.ז משלה של גוש \_\_\_ (מספר) וחלקה \_\_\_\_ (מספר). זה מבנה רישום המקרקעין בישראל. כדי להוציא נסח טאבו צריך להזין מספר גוש ומספר חלקה של השטח המבוקש. מהי תת חלקה? בניין משותף שכולל 20 דירות בנוי על חלקה אחת, דהיינו בניין בנוי על חלקה שלמה, והוא מחולק ל-20 דירות, וכדי למכור דירה אחת מהבניין בבתים משותפים, המרשם הישראלי יצר קונסטרוקציה של תת חלקה (שזו דירה מסוימת מתוך בניין בתים משותפים). תת חלקה לא מסומנת על התשריט, אלא היא עניין רישומי שיתבטא בדר"כ בכך שגוש וחלקה משותפים לכל הבניין (ולעיתים אף למספר בניינים) ותת החלקה הוא מספר הדירה כדי שניתן יהיה לזהות את הנכס המסוים. על מנת לרשום נכס בטאבו צריך לדעת גוש וחלקה. זהו המצב הרישומי בישראל.

כאשר ס' 13 לחוק המקרקעין קובע שאין תוקף לעסקה בחלק ממקרקעין הכוונה היא שכשאתה עושה עסקה במקרקעין ואתה רוצה למכור את המקרקעין, אתה לא יכול למכור חצי חלקה מסוימת, אי אפשר למכור חצי חלקה, אפשר למכור את כל החלקה או לא למכור בכלל. בעלי מקרקעין לא יכולים לפצל בעצמם מקרקעין, חלקה ולמכור חלק מחלקה. לכך הכוונה בתיבה "ואין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין".

אם יש לי מקרקעין ששווה 100,000 דולר ואני צריכה 50,000 דולר, הדרך היחידה להרוויח את הכסף שאני צריכה בזמן מיידי (ובהנחה שאיני רוצה למכור את החלקה כולה) היא **להכניס שותף לבעלות במקרקעין**- אדם אחר יכול לשלם לי 50,000 דולר תמורת 50% מהמקרקעין. זה לא אומר שיש לו חצי מהחלקה, זה אומר שהוא **בעלים במשותף** איתי בכל החלקה. נזכיר, ס' 13 לחוק המקרקעין קובע שאי אפשר למכור חלק מחלקה.

למה? למה שחוק המקרקעין יגדיר שאין תוקף לעסקה בחלק ממקרקעין? מה ההיגיון שעומד מאחורי האיסור למכור חלקים מחלקות? הסיבה העיקרית היא **חשש מפני פיצול יתר**. כדי להבין חשש זה נבין תחילה איך קובעים מראש מהי חלקה.

אמרנו שהגושים אינם זהים בגודלם, כך גם החלקות. באותו הגוש יכולות להיות חלקות בגודל שונה, וכמובן שבין גושים יכולים להיות חלקות בגדלים שונים. מי שקובע את החלוקה של הקרקע זה **מוסדות התכנון.** הרעיון שעומד מאחורי החלוקה הוא לאפשר **תכנון מיטבי למרחב הספציפי** המדובר. אם מסתכלים על גוש חלקה שנמצא במושב שצריך 40 דונם לעיבוד חקלאי, החלקה תהיה בגודל של 40 דונם. בעיר לעומת זאת, חלקה יכולה להיות בגודל של 250 מ"ר. למה עושים חלק מהחלקות ככה וחלק ככה? הרעיון הוא שמוסדות התכנון אמורים **לבטא את התכנון האידיאלי לתא שטח מסוים**.

בהנחה ואנו סומכים על מוסדות התכנון, יש הבניה תכנונית של המרחב וחשיבה על איך המרחב מתפקד/ יתפקד בצורה המיטבית. אם אחרי כל עבודת התכנון והמסקנה שבתא שטח מסוים החלקות צריכות להיות בגודל X למטרה Y, תינתן לבעל מקרקעין האפשרות לחלק את החלקה ולפצל אותה באופן עצמי זה מסכן את היכולת לממש את התכנון שלנו. מלכתחילה החלוקה היא בהתאם לחטיבות שיאפשרו מימוש המטרות והרי שאיננו רוצים שאנשים פרטיים יסכלו את המטרות שנקבעו לתאי השטח הללו. **הסיבה שהמחוקק אסר על פיצול חלקות באופן עצמי היא** **חשש מפני פיצול יתר ומפני אי הגשמת היעדים התכנוניים של מוסדות התכנון**. הרעיון הוא שבמתן האפשרות לבעל הקרקע לפצל ולמכור חלקים מהחלקה היא שאין גבול לחלוקה. אנחנו לא רוצים להגיע למצב שאנחנו מתעסקים בחיפוש אחר הבעלים וניסיונות לאחד מחדש חטיבות קרקע כדי לאפשר את התכנון. איננו רוצים לאפשר לאדם פרטי לסכל את התוכניות המרחביות, על אף היותו הבעלים ועל אף הכבוד לחירות הבעלים ולחירות לממש יכולות כלכליות. לכן, החוק קובע שאין תוקף לעסקה בחלק ממקרקעין.

בנוסף, זה יכול לגרום ל**"בעיית הפעולה המשותפת"**- במקרה של הפקעה, המדינה/ הרשות תצטרך להתמודד מול גורמים רבים במקום מול גורם אחד שהוא בעל הקרקע, ואז כל אחד מבין שהוא יכול לעכב ולסבך את הליך ההפקעה.

כשמדובר על שותפים שמחזיקים ביחד במקרקעין והם רוצים לפצל את השותפות, יכולנו לומר שתהיה חלוקה בעין- זה החצי שלי וזה החצי שלך, אך החוק קובע שעובדים ע"פ **הסכם פירוק שיתוף**. אם קבוע בהסכם פירוק שיתוף שהשותפים יחלקו את הקרקע, הפיצול יכול להיעשות רק **בכפוף לאישור המפקח**. הסכם פירוק שיתוף שכולל תניה של חלוקה בעין (פיצול בעין) לא אפשרי אלא אם מקבל אישור שתואם את הוראות חוק התכנון והבנייה.

התוצאה היא שבכל מצב שבו אנשים פרטיים רוצים לפצל קרקעות הם לא יכולים לעשות כן באופן פרטי והם חייבים באישור ממוסדות התכנון כדי לוודא שהפיצול לא מסכל את הגשמת היעדים התכנוניים לאותו תא השטח. אם רוצים לפצל חלקה יש להגיש בקשה למוסדות התכנון **לפרצלציה** (חלוקה מחדש של תא השטח). כשהבקשה מאושרת ע"י מוסדות התכנון אין בעיה לחלק את החלקות כי יש אישור שמוודא שהפיצול לא יסכל את התוכניות לאותו השטח.

האם השוק לא יודע להתמודד עם החשש מפיצול יתר? באופן עקרוני, אם השוק שלנו פתוח וחופשי ופועל כמו שצריך, אנו אמורים להגיד שאם הדבר היעיל והנכון זה להקים מגדל, גם אם זה יפוצל ל-1000 חלקות, כל הבעלים בסוף יעבדו להקים ביחד את המגדל כי מה שהכי יעיל הכי יעיל גם עבורם. הבעיות: (1) יש כשלי שוק. (2) שנאת סיכון בכל הנוגע להגשמת מטרות ציבוריות. כלומר, גם אם היינו מניחים שהשוק החופשי היה מגיע לתוצאה הרצויה אנו מעדיפים ללכת על בטוח ולא להניח שהשוק יעבוד כמו שצריך.

**מהם החריגים שצופה החוק?**

כשס' 13 לחוק אומר "והכל כשאין בחוק הוראה אחרת" אנו למדים שכנראה יש חריגים כאלו, הוראות אחרות בחוק, והשאלה היא על מה מדובר? באילו מקרים אפשר יהיה לעשות עסקאות או פעילויות בחלקים מחלקה? החריגים:

1. **דירות בבניין משותף**- מקרה ראשון ושכיח ביותר הוא דירות בבניין משותף. כאמור לעיל, הדירה היא תת החלקה. ס' 14 לחוק המקרקעין קובע: "על אף האמור בסעיף 13 תהא דירה בבית משותף נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות". החוק מודע למציאות שבה אנשים לא גרים רק בבתים פרטיים אלא בבנייני דירות ולכן ניתן למכור דירה שהיא חלק מחלקה, והמכירה הזו תקפה.
2. **זיקת הנאה**- זיקת הנאה זה שימוש שאדם עושה במקרקעין של אדם אחר. הזכות השכיחה ביותר לזיקת הנאה היא **זכות מעבר**- מעבר דרך חלקה של מישהו אחר. ס' 93(ג) לחוק המקרקעין קובע: "על האף האמור בסעיף 13 יכול שתהא זיקת הנאה לגבי חלק מסוים במקרקעין". החוק קובע במפורש שזיקת הנאה היא כל דבר שאין עמו חזקה, דהיינו אי אפשר לטעון שיש לך זכות קניינית של זיקת הנאה במקרקעין של אדם אחר אם ישבת והחזקת במקרקעין הזה.

מכוח מה זיקת ההנאה? זיקת הנאה יכולה להיות **מכוח הסכם** שרושם את זיקת ההנאה (ללא רישום אין זיקת הנאה כי אין זכות במקרקעין) או זיקת הנאה **מכוח שנים**. אם אדם עושה פעולה או שימוש מסוים במקרקעין של אדם אחר במשך 30 שנה, אז גם אם הוא לא קיבל את האישור של בעל המקרקעין, הוא מגבש זכות של זיקת הנאה במקרקעין מכוח הזמן הממושך של הפעולה, מכוח השנים. אם יש קרקע ועברתי דרך הקרקע הזו במשך 30 שנים בדרך לחוף הים, ובמשך 30 שנים זה לא הפריע, אני לא צריכה את ההסכמה כדי שתתגבש לי זכות קניינית, אני יכולה לרשום את הזכות של זיקת ההנאה לטובתי. כלומר, ס' 93(ג) קובע שעל אף האמור בס' 13 לפיו אין תוקף לעסקה בחלק ממקרקעין, יכול שתהיה זיקת הנאה לגבי חלק מסוים במקרקעין. **זיקת הנאה אפשר לרשום על חלק ממקרקעין.**

1. **הפקעה**- **פסק הדין בעניין אקונס**- פסק הדין עוסק בהפקעת רובד תת הקרקע. ס' 11 לחוק המקרקעין קובע שאם אני בעל קרקע אני הבעלים גם של תת הקרקע וגם של החלל שמעל הקרקע. בפס"ד אקונס המדינה רצתה להפעיל את תת הקרקע לטובת בניית מנהרות הכרמל. המדינה טענה שהיא אינה מפקיעה את הבעלות אלא את זכויות החזקה והשימוש בתת הקרקע. מדוע המדינה טענה להפקעת זכויות חזקה ושימוש ולא להפקעת זכויות בעלות? בגלל ס' 11 האמור. המדינה טענה שבגלל שס' 13 קובע שאין תוקף לעסקה בחלק ממקרקעין אי אפשר להפקיע תת קרקע כי המשמעות היא להפקיע חלק ממקרקעין, ולכן הם לא טענו להפקעת בעלות אלא לזכויות השימוש. ביהמ"ש קבע שזו הפקעת בעלות אבל שאין עם זה שום בעיה כי **הפקעה היא לא עסקה במקרקעין ולכן מלכתחילה הפקעה לא חוסה בגדרי ס' 13. הפקעה הינה פעולה כפויה של רשות.** טענת המדינה היא מוזרה כי הפקעות של חלקים בחלקות תמיד נעשו, ויתרה מכך, פקודת הקרקעות מחייבת להפקיע את המינימום הנדרש ולכן ניתן להפקיע רק חלק מחלקה. ברמה הרציונלית נכון לאפשר הפקעה בחלק ממקרקעין, בניגוד לעסקה בחלק ממקרקעין, כי ההפקעה היא ע"י המדינה/ הרשות המקומית- מי שאמר שצריך לבנות את החלקות בצורה מסוימת הוא גם מי שעכשיו בא ומפקיע והוא יודע שזה לא יסכל את התכנון המרחבי. אין היגיון שנמנע מהרשויות לבוא ולהפקיע אם הן חושבות שזה מצדיק את פיצול החלקות.
2. **שכירות**- ס' 78 לחוק המקרקעין קובע: "על אף האמור בסעיף 13, ניתן להשכיר חלק מסוים של המקרקעין". אם אני בעלים של חלקת מקרקעין ואני צריכה כסף זמין אבל אני לא רוצה להוסיף בעלים במשותף בקרקע, אני יכולה להשכיר חלק מהן- לקחת דירה ולפצל אותה להרבה שכירויות (שותפים). זהו פיצול החטיבה הבסיסית לשכירויות.

**בפס"ד לוסטיג** נעשה פיצול חלקה שחלקה המערבי שייך למשפחה אחת וחלקה המזרחי שייך למשפחה אחרת, והפיצול הוא באמצעות חכירה. ביהמ"ש מסביר מדוע חכירה לדורות זהה לבעלות, על כל מאפייני הבעלות, ולבסוף קובע שזה עדיין שכירות, ולכן ניתן לעשות כן למרות ס' 13. ד"ר שטרן סבור שביהמ"ש טעה. המצב כיום בפועל בשוק הישראלי הוא שאסור לעשות עסקאות בחלק ממקרקעין לפי ס' 13, אז אנשים מחכירים חטיבות קרקע מתוך החלקה. למעשה, לאחר כל ההסבר של ביהמ"ש מדוע חכירה לדורות היא כמו בעלות הוא קובע שזה עדיין שכירות.

1. **ירושה**- ס' 6 לחוק המקרקעין קובע: "עסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה". המשמעות היא שירושה אינה נכללת בגדר של 'עסקה' ולכן על פניו היא אינה נכללת בתחולתו של ס' 13. מבחינה מעשית, לא יתנו למישהו לפצל חלקה בירושה גם אם היא כתובה בצו ירושה. הסעיף אומר שהורשה היא לא עסקה במקרקעין, אך הסעיף לא אומר שבמקרים של מקרקעין בהורשה כן ניתן לפצל. גם כאן, ניתן יהיה לפצל חלקה בכפוף לקבל אישור מהרשויות.

**מה מוסיפים ס' 11, 12 על הקרקע?**

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

ס' 11, 12 הם סעיפים שמבהירים לנו את היקף ומתחם הבעלות. ס' 11 קובע שהבעלים של קרקע הוא הבעלים הן של רובד פני הקרקע והן של יתר הרבדים- רובד תת הקרקע ורובד מעל הקרקע. הוא מסייג על מה שנמצא בתת הקרקע בכפוף לחוקי המחצבים, מכרות וכו', זאת בניגוד למדינות רבות בעולם בהן בעל קרקע הוא גם בעל המחצבים שבתת אותה הקרקע. בארץ, החוק מוציא מראש את כל המחצבים, המינרליים, המכרות, המים וכו' מחוץ לתחום הבעלות כך ש**בעל הקרקע הוא בעל רובד תת הקרקע אך לא בעל המחצבים, ככל שישנם כאלו.** אם הבעלים הוא הבעלים גם של תת הקרקע וגם של פני הקרקע, ומבצעים פעולה בתת הקרקע, אז באופן עקרוני צריך לקבל הסכמתו/ לפצות אותו.

"חוק תלת מימד" (תיקון 33 לחוק המקרקעין)

עד לאותו החוק לא הייתה אפשרות במרשם להתייחס בצורה שונה לרבדים השונים של הקרקע. אם היינו רושמים בעלות של אדם בקרקע מסוימת, בחלקה מסוימת, אז היינו יכולים לרשום את הבעלות שלו, וע"פ ס' 11 זה היה מתפשט למעלה ולמטה וזו הייתה האפשרות היחידה. משנת 2019, מאז "חוק תלת מימד" וכתוצאה מהכנסת מערכת למרשם המקרקעין, אפשר לפצל בעלויות ברבדי קרקע שונים.

**בפס"ד אקונס** ביהמ"ש קבע שהפקעה היא לא עסקה במקרקעין ואפשר להפקיע את הרובד התת קרקעי של מנהרות הכרמל. כשקרקע מופקעת, הזכויות בה עוברות להיות רשומות על שם הרשות. עד התיקון לחוק, הבעלות הייתה רשומה על שם הבעלים והייתה הערה בטאבו שהופקעה קרקע לטובת מנהרות ברובד התת קרקעי. כתוצאה מהחוק שאיפשר לפצל את הקרקע ולרשום בעלויות ברבדים שונים, אפשר לפצל בעלויות כך ש-X הוא הבעלים של פני הקרקע, והרשות היא הבעלים של תת הקרקע.

* לפני החוק- בעל קרקע הוא בעל שלושת רבדי הקרקע.
* אחרי החוק- ניתן לפצל בעלויות ברבדים שונים של הקרקע.

למרות שהפקעה היא לא עסקה במקרקעין ולכאורה לא חוסה תחת ס' 13, וכחלק מנאמנותנו לעיקרון לפיו איננו רוצים לפצל קרקעות, מי שיכול להגדיר את הקרקע כקרקע תלת ממדית שניתנת לרישום של בעלויות נפרדות זה רק מוסדות התכנון. אם החלקה לא מוגדרת תלת ממדית לא ניתן לפצל את הרישום. **רק אם מוסדות התכנון הגדירו את החלקה כתלת ממדית אפשר לפצל את הרישום.** ממילא אם הם הגדירו את החלקה כתלת ממדית כנראה שהם נתנו את הדעת על הפיצול האמור. כיום, לא יירשמו רבדים של קרקע על אנשים פרטים. אם יירשמו בעלויות של קרקע ברבדים שונים זה יהיה על המדינה.

מה שהחוק לא מסדיר זה את השלב שבו אנו עולים על פני הקרקע ואת ההתנהלות בין הבעלויות ברבדים השונים. כנראה שהמנגנון שיאומץ דומה למנגנון של בתים משותפים.

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

ס' 12 מכניס אותנו לתחרויות בקניין, במקרקעין. סביר מאוד שהקייס במבחן יעסוק בדיני תחרויות. דיני תחרויות- שני אנשים שמתחרים על נכס מסוים, אחד שחושב שהנכס צריך להגיע אליו, שני שחושב שהנכס צריך להגיע אליו, נוצרת התנגשות שהדין מייצר פתרונות למי צריך להיות שייך הנכס. **ס' 12 לחוק המקרקעין מייצר למעשה סוג של תחרות**. למה? נמחיש באמצעות דוגמאות:

* נניח מקרה שבו אני שוכר דירה מבעל דירה, לא היה בדירה מזגן והוסכם שהשוכר ירכוש ויתקין מזגן בדירה, זה לא עוגן בחוזה. מבחינת השוכר, עם סיום השכירות הוא לוקח את המזגן איתו ומוכר אותו כי הוא שילם עליו. הבעלים מוכר את הדירה לאחר תוך כדי תקופת השכירות, אין עם זה בעיה מבחינת החוק. מסתיימת תקופת השכירות והשוכר נערך להוציא את המזגן. בא הבעלים החדשים של הדירה וטוען שהמזגן מחובר לדירה ואין סיבה שהוא ייקח אותו. הוא הגיע לדירה, ראה את המזגן מחובר, הניח שהמזגן כלול בדירה והוא שקלל אותו בעלות הדירה ומבחינתו הוא שלו. מי יקבל את המזגן? יש פה תאונה משפטית, מצב שהשוכר והבעלים החדש, כל אחד מהם, חושב שהמזגן שייך לו, לכל אחד מהם טענה לגיטימית בעיניו ויש להחליט למי שייך המזגן. הסיבה למחלוקת היא ס' 12. איך מכריעים אם המזגן מחובר ובעלי הדירה החדשים מקבל אותו או שהוא עדיין מיטלטלין והשוכר מקבל אותו?
* נניח מצב שבו מפעל לדפוס נמצא בשוק תחרותי ורוצה לרכוש את המכונה הכי חדשה בשוק, לצורך כך הוא צריך מיליון וחצי דולר, הוא לוקח הלוואה לרכישת המכונה מבנק לאומי. בדיני שעבודים יש מעמד מיוחד למלווה/ לנושה שנתן הלוואה מיוחדת לרכישת נכס מיוחד. אם נתתי למישהו הלוואה לרכישת נכס ספציפי ואני רושם שעבוד, משכון, זכות קניינית על הנכס המסוים הזה, אם החברה נכנסת לקשיים (חדלות פירעון) ואינה יכולה לפרוע את חובותיה, כל נושי החברה (עובדים, מלווים, רשויות המס וכו') נעמדים בתור. סדר הפירעון הוא משמעותי- ככל שנדחקים אחורה בתור סביר לקבל פחות אם בכלל, וככל שראשונים בתור סביר שעדיין יוותר כסף לתת לכם. כשאדם/ בנק/ מוסד מלווה כסף לחברה/ לאדם לצורך רכישת נכס ספציפי, מסוים (במקרה שלנו מכונת דפוס) ורושם משכון על הנכס המסוים הזה, הוא עומד ראשון בתור ביחס לאותו נכס מסוים. אף אחד, לא משנה מה הזכויות והשעבוד שלו, לא עומד לפניו בתור ביחס לנכס הזה. כשהמפעל מבקש מבנק לאומי הלוואה ובנק לאומי דורש משכון על המכונה, הבנק מבחינתו רגוע כי גם אם המפעל יפשוט את הרגל, המכונה קיימת והוא ראשון בתור בכל הקשור אליה (זיקה בלתי אמצעית לנכס של מכונת הדפוס). מה הדין אם למפעל יש גם משכנתא על הקרקע מבנק דיסקונט? זה מראה לנו עד כמה משמעותי ס' 12 במענה לשאלה מי זוכה במכונה. בנק דיסקונט או בנק לאומי? לפי ס' 12 הבעלות בקרקע חלה לא רק על הקרקע אלא גם על כל מה שמחובר לקרקע חיבור של קבע. במילים אחרות, **במידה ואנו מכריעים שנכס מיטלטלין מסוים מחובר לפי ההגדרה של ס' 12, הנכס הזה מאבד את השם של מיטלטלין והופך לחלק מהקרקע**. השאלה פה היא שאלה קריטית לגבי הבנקים- אם נקבע לפי מבחנים שהמכונה הזו לא מחוברת לקרקע, והיא מיטלטלין, מי שעומד בתור ראשון לגבות את המכונה זה בנק לאומי. אם המכונה מחוברת לקרקע לפי ס' 12 היא כבר לא נכס מיטלטלין עצמאי אלא חלק מהקרקע, ומי שגובה ראשון מהקרקע זה בנק דיסקונט כי יש לו משכנתא בקרקע. אם החלטנו שמדובר בחפץ שהפך להיות מחובר לקרקע אותו חפץ איבד את שם המיטלטלין שלו והוא לא מיטלטלין, וזכויות קנייניות שקשורות לדיני מיטלטלין לא חלות עליו, הוא הופך להיות ממש חלק מהקרקע ומי שגובה ראשון זה בנק דיסקונט. אם החפץ לא מחובר הוא נותר חפץ מיטלטלין ומי שגובה ממנו ראשון ע"פ סדר הפירעון זה בנק לאומי. ההכרעה היא בינארית- או שהמכונה היא חלק מהקרקע או שהיא לא. איך מכריעים אם חפץ הפך להיות חלק מהקרקע או שהוא נותר מיטלטלין?

**איך מתמודדים עם תחרות כזאת?**

**ויסמן מציע שלושה מבחנים כדי לקבוע אם נכס מסוים מחובר לקרקע (והופך לחלק מהקרקע ממש) או שהוא שומר על מאפייניו הייחודיים כנכס מיטלטלין.** המבחנים אינם חדים, הם גמישים ונותנים לבתי המשפט מקום להתערב ולהכריע. זה כנראה יעלה במבחן ונצטרך להביע הכרה שלהם ויישומם לנסיבות. יש לבחון את שלושת המבחנים, ולאחר קבלת התוצאה משלושת המבחנים (ויכול שתהיה תוצאה סותרת) ביהמ"ש מכריע באיזון. המבחנים שמציע ויסמן:

1. **מבחן החיבור הפיזי**- ויסמן מגדיר מבחן זה כבדיקה האם אפשר לנתק את המיטלטלין בלי שייגרם נזק משמעותי למיטלטלין ו/או לקרקע עצמה. אם ניתן לנתק את הנכס בלי פגיעה משמעותית במקרקעין ו/או בחפץ אז ניטה לראות אותם כניתנים להפרדה. ויסמן מניח שכיום כמעט הכל אפשר לנתק, וודאי משהו שחיברנו, השאלה היא לא האם אפשר לנתק מבחינה מעשית וטכנית אלא **מה התוצאות של ניתוק כזה מבחינת נזק למשאב עצמו ולקרקע.** אם אנו מגיעים למצב שבו הפירוק גורם נזק לקרקע ו/או לנכס, אנחנו צריכים להבין שהמחשבה מראש הייתה להשאיר כי לא הייתה כוונה להזיק. זהו מבחן משמעותי.
2. **מבחן סוג הנכס**- מבחן פונקציונלי המבקש לבחון האם הנכס המחובר, מסוגו, נועד להיות מחובר באורח קבע.
3. מבחן הכוונה**-** **צדדים קרובים- סובייקטיבי צדדים רחוקים- אובייקטיבי** אם מדובר בכוונה מפורשת מבחן זה יגבר על כל המבחנים האחרים. **כך למשל, אם יש חוזה מפורש שבו צדדים קרובים קובעים מה הסטטוס של נכס מסוים, אז גם אם באופן עקרוני ע"פ המבחנים היינו מגיעים למסקנה אחרת, יגבר השיקול של העמדה שהצדדים קבעו. הבעיה היא בין צדדים רחוקים (לדוגמה, שוכר ובעלים חדש מהדוגמה הקודמת שאין ביניהם חוזה, או בתחרות בין בנק לאומי לבין בנק דיסקונט שהם נעדרים חוזה על המכונה), אז השאלה היא איזה צד יקבל את הנכס. מבחן הכוונה מכניס סטנדרט אובייקטיבי. זה דומה במובן מסוים למבחן סוג הנכס (שמדבר על איך אדם סביר מתייחס לנכס מסוג מסוים).** המבחן מתחקה אחר כוונת הצדדים ביחס לדין הנכס- האם הם חשבו שהוא צריך להיות מחובר או שהם חשבו שהוא נכס מיטלטלין ששומר על מאפייניו ככזה?

* **אם יש צדדים קרובים (לדוגמה הסכם שכירות בין משכיר לשוכר) שקובע במפורש את כוונת הצדדים על דין הנכס אין לנו בעיה כי אנחנו מבינים את הכוונה שלהם מהחוזה.** במקרים של צדדים קרובים **כשיש אמירה ברורה על כוונת הצדדים, מבחן הכוונה יקבל** עדיפות **מסוימת על פני שאר המבחנים.**
* **במקרים של צדדים רחוקים (כמו בדוגמת הבנקים) הולכים ובודקים את הכוונה האובייקטיבית, ההיגיון. לאור האמור,** יישום מבחן זה בפועל במקרים בהם מדובר על צדדים רחוקים הינו זהה ליישום מבחן סוג הנכס.

מטרת המבחנים שמציג **ויסמן** כדי לבחון האם מדובר במיטלטלין או חלק מהקרקע היא להבין את הכוונה ואת היחס לחפצים מסוג מסוים. אם הגענו למסקנה שחפץ מיטלטלין נחשב בעינינו כמחובר לקרקע, החפץ מאבד את מאפייניו כחפץ מיטלטלין והופך לחלק מהקרקע ממש. אם הכרענו שהחפץ מחובר לקרקע אין יותר חפץ עצמאי שיש לגביו דיון אלא כל החוקים/ הדינים/ ההכרעות שרלוונטיות לקרקע הופכות להיות רלוונטיות גם לאותו החפץ, שהופך להיות חלק מהקרקע מבחינה משפטית. **מכיוון שיש לכך השלכות כלכליות משמעותיות, הפסיקה הכניסה עוד מבחנים כדי לקבוע האם הנכס ייחשב כמחובר או לא.** המבחנים הללו חורגים מהמבחנים שהציע ויסמן במישור המצומצם. הפסיקה הוסיפה מספר מבחנים כשהרעיון הוא לאפשר חיי מסחר תקינים, לאפשר לאדם שרוצה לתת הלוואה לדעת מה קורה עם השעבוד בגין ההלוואה. כשיש השלכות שוקיות שחורגות מסכסוך ספציפי ויש השלכה שוקית, הפסיקה לא יכולה להמשיך להסתכל בגבולות הסכסכוך הספציפי אלא חייבת להרחיב את המבט ולחשוב על השלכות הפסיקה על השוק.

נוסף למבחנים, הפסיקה מוסיפה מבחני מדיניות נוספים:

1. **מונע הנזק הזול**- שיקול משמעותי בדיני התחרות הבוחן מי יכול היה למנוע בצורה הקלה והזולה את התאונה המשפטית? אנו רוצים להרתיע את אותם גורמים שיכולים למנוע את הסיפור הזה ולתמרץ אותם לנקוט בצעדים פשוטים כדי למנוע את התאונה. בדוגמת המזגן- לכתוב בחוזה במפורש מה דין המזגן. אם השוכר לא כתב במפורש מה קרה עם המזגן, אחרי שפורצת התאונה המשפטית עם המשכיר החדש זה לא יעזור אם הוא יספר שהיו הסכמות בע"פ. אם הוא היה מכניס את זה לחוזה היינו יודעים מה הכוונה הסובייקטיבית של הצדדים וזה היה פותר את התאונה. ייתכן שבעקבות שיקול מונע הנזק הזול, מי שיקבל את המזגן יהיה המשכיר ולא השוכר. אם בסיטואציה שמתוארת בקייס יופיע מצב שבו אחד הצדדים יכול היה לנקוט צעד כדי למנוע את התחרות בצורה קלה יחסית ולא עשה כן, והוא בעצם הגורם להתנגשות, אז יש לדון בשיקול זה.
2. **וודאות השוק**- הרצון שלנו לעודד הלוואות, למנוע מצב שבו מלווים מאבדים את הבטוחות בגלל כלל של מחוברים שמבטל כללי פירעון אחרים. אנו לא רוצים לדוגמה להגיע למצב שבו אנשים לא נותנים הלוואות מחמת חוסר הוודאות לגבי יכולתם לפרוע את הבטוחה.
3. עידוד פעילות כלכלית.
4. שיקולי יעילות מצרפית.
5. שיקולי חלוקה.

במבחן יש לבחון את שלושת המבחנים של ויסמן + שיקול מדיניות של מונע הנזק הזול.

ראינו שס' 11 מוציא מגדר הבעלות את המחצבים (נפט, מים וכו'). בישראל רוב המחצבים ואוצרות הטבע לא שייכים לאדם שהוא הבעלים של הקרקע ולכן אם גילו מתחת לקרקע הפרטית שלי מרבץ נפט, אני לא הבעלים של המשאב הזה אלא המדינה.

**בפס"ד Samedan** השאלה היא סביב ס' 35 לחוק קידוחי גז ונפט. השאלה נוגעת לס"ק (ב).

ס' 35 לחוק הנפט, תשי"ב-1952 קובע כך:

1. "בעל חזקה **רשאי** לבנות קווי צינור להעברת נפט ומוצרי נפט ולעשות שאר סידורים הדרושים לכך".
2. "לא יבנה בעל חזקה צינור נפט, פרט לצינורות איסוף המובילים אל מיכלים שבתחומי בארות שטח החזקה או בסביבתו, אלא לפי קו שאישר המנהל".

לכאורה הסעיף קובע שגורם שקודח ומוצא נפט רשאי להקים קווי הובלה של הנפט מהמאגר לבתים/ לאזורי החלוקה. השאלה עולה אחרי שהמנהל לא מוכן לתת לחברות שקדחו ומצאו את הגז את האישור להובלה אלא הוא פתח מכרז שבו חברות אחרות יוכלו להוביל את הגז. השאלה הגיעה לביהמ"ש סביב המילה "רשאי". עלתה השאלה האם מותר למנהל/ מפקח לקבוע שאסור להקים קווי הובלה או שזהו חלק מזכותם הקניינית מכך שהם הלכו לקדוח?

**הש' חשין** מתערב התערבות מוזרה (ביחס לעצמו). הש' חשין בעל תפיסה ליברטריאנית בכל הקשור לקניין, מבחינתו כל פגיעה במה ששייך לבעלים זו פגיעה בחירותו ולכן פגיעה בקניין. הוא מתייחס לפיצויים שהבעלים צריך לקבל כאל נכס ממש. אם מגיע לך פיצוי כי פגעו לך בקניין, הפיצוי הופך להיות קניין שלך ולכן המדינה לא יכולה להפחית/ לעכב. דווקא בפס"ד הזה חשין עושה עבודה קלאסית של תיאוריה פלורליסטית של דיני קניין- לא מתמקד רק בחירות הבעלים אלא מאזן בין ערכים שונים. בפס"ד הזה חשין קורא כמעט את כל סעיפי החוק, מנתח ומנסה להבין מה המחוקק רצה, מה הערכים שהמחוקק ניסה לתת במוסד הקנייני של קידוחי גז ונפט, מה האיזון הערכי שהמחוקק ניסה להשיג. מקריאת הסעיפים הוא מגיע למסקנה שהערך המרכזי של המוסד זה ערך של רווחה מצרפית, עידוד תחרות, עידוד גורמים שונים ללכת ולקדוח. מטרת החוק היא לעודד תחרות ולעודד רווחה מצרפית. הוא לא מגיע למסקנה הזאת מתוקף דעתו האישית אלא מקריאת סעיפי החוק ותהיה אחר התכלית שלהם והאינטרס של המחוקק שעומד מאחורי קביעת ההסדר. יצוין כי כך על השופט לעבוד, לקרוא את ההסדר המשפטי תוך עמידה על מטרות ההסדר. על בסיס הערך הנ"ל שהחוק מנסה לקדם, הוא אומר שס' 35 צריך להיות, לגבי קווי הובלה, תחת פיקוח מנהל. למה? אם המטרה היא מקסום הרווחה המצרפית למה ראוי שהמנהל יהיה בעל סמכות הפיקוח לגבי ההובלה? כדי למנוע מונופול- אם אותם גורמים שקודחים את הנפט והגז יהיו גם אלו שמובילים אותו אז כמעט ולא תהיה תחרות בשוק, יהיו גורמים מאוד מסוימים שאחראים גם על שלב הקידוח וגם על שלב ההובלה, ואם יפרוץ סכסוך הם יכולים לעצור את הקידוחים ואת האספקה והחברה תישאר ללא אספקה תקינה של גז. ככל שיש שליטה של מעט שחקנים בשוק הם שולטים בכל, לדוגמה העלאת מחירי ההובלה. אם מכניסים חברות נוספות נוצר נתק בין האינטרסים השונים ומתחזקת תחרות מסוימת בין החברות. יש מטרה לעודד כמה שיותר גורמים להיכנס לענף. חשין אומר שזיהינו את הערך ואנחנו מיישמים את זה באופן שבו ראוי שהמנהל ימנע את ההובלה. במובן הדוקטרינרי חשין עשה דבר נכון, על אף תפישתו האישית ביחס לקניין הוא הבין את כוונת המחוקק והחיל כוונה זו על המקרה. עלו הרבה מאוד טענות על אקטיביזם בהקשר זה- על פירוש המילה "בעל חזקה רשאי" כ"בעל חזקה לא רשאי". במובן מסוים, מבחינת קודחי הגז, חשין לקח חוק שכתוב שהקודח רשאי להוביל והחליט שהוא לא רשאי להוביל אלא באישור המנהל. יש פה היפוך מוחלט של פשט הדברים ומכאן הטענות לאקטיביזם. לדעת ד"ר שטרן, חשין ממש לא עשה פה אקטיביזם, אלא הוא קרא באמת מה המחוקק מנסה להסדיר ובהתאם לכך פסק את פסיקתו.

ס' 14 לחוק המקרקעין קובע: "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהם כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר."

לא נעשה שימוש רב בסעיף זה. כיום הוא נדון בעיקר בכל הקשור לדייר הסרבן בהתחדשות העירונית. פשט הסעיף אומר שעצם העובדה שאתה בעלי קרקע מסוימת לא מקנה לך את הזכות לגרום נזק לאחר. הסיפא של אי הנוחות היא בעייתית יותר.

**פס"ד שלב נ' הררי מואב**

עובדות המקרה: חלקה חולקה לשלושה חלקים, כל אחד מהם בבעלות/ חכירה שונה, בידיים של גורם אחר. בחלקה ג' יש מכרה, והבעלים של המכרה רוצה להוציא את התוצרים של המכרה באמצעות משאיות. הפתרון של בעלי המכרה הוא לעבור באופן ישיר דרך החלקות האחרות כדי להגיע למכרה. הוא לא ביקש לכך אישור אלא הניח שמותר לו לעשות כן. התביעה של בעל חלקה ב' היא לדרישה שלא יעברו בשטחו- השטח הוא שלי, גורם מסוים החליט שהוא עובר למטרות עסקיות בקרקע שלי כדי להוציא חול מהמכרה.

השאלה: האם לגיטימי שבעל חלקה ג' יעלה טענה שעצם הדרישה של בעל חלקה ב' שלא יעברו בשטחו היא דרישה שפוגעת בס' 14?

בעל חלקה ג' יכול לומר לבעל חלקה ב' שאין מחלוקת שהוא בעל חלקה ב' לפי החלוקה, אבל אם הוא דורש ממנו לא לעבור בקרקע שלו הוא למעשה מפר את ס' 14 כי הוא גורם לו נזק כלכלי (מצריך לסלול כביש אחר) או שהוא גורם לו אי נוחות, גם אם לא נזק, בהנחה שיש דרך אחרת. דהיינו, הבעלות של בעל חלקה ב' מפריעה לבעלות של בעל חלקה ג'.

ביהמ"ש: קריאה פשטנית של ס' 14 הייתה מובילה למסקנה שבעלים לא יכולים להדיר אף אחד משטחו וצריך לקבל את הפגיעה בשטחו כי כל טענה כנגד זה גורמת אי נוחות למישהו. **ס' 14 נועד למצבים בהם יש התעקשות דווקנית על הבעלות, אך לא במקרה השכיח שמישהו רוצה לחסוך כלכלית ע"י פגיעה בבעלות שלך.** אפשר להגיע להסכמה, אולי הדבר הקלאסי הוא לשלם בעבור השימוש הזה.

**פס"ד רדומילסקי**

עובדות המקרה: שושנה רדומילסקי היא בעלת מספר דירות. באחת הדירות שבבעלותה יושב דייר מוגן- אדון פרידמן. המשמעות היא שלא ניתן להוציאו מהדירה אלא אם הוא עומד באחת מעשר העילות בחוק הגנת הדייר- משהו שכמעט ולא רלוונטי לאדם מן היישוב. התוצאה היא ששושנה רדומילסקי לא יכולה להוציא אותו. היא רכשה את הדירה כשהוא כבר היה בה. היא מבחינה שהבת של אדון פרידמן, אישה נשואה, עוברת לגור עמו בדירה. ע"פ חוק הגנת הדייר, אם גר אדם בעל קרבה ממדרגה ראשונה עם הדייר המוגן בחצי השנה שקודמת לפטירתו, אותו אדם יכול להיחשב דייר מוגן. אם הבת של אדון פרידמן תגור איתו חצי שנה לפני שהוא יסיים את חייו, היא תהפוך להיות דיירת מוגנת בעצמו. שושנה רדומילסקי מודאגת מכך כי לא ניתן להפיק את מלוא הרווח השוקי מדייר מוגן ומשפחת פרידמן הולכת להישאר איתה עוד הרבה זמן. היא מנסה להחתים אותם על אישור שלא תהיה דיירות מוגנת, הם מסרבים והיא דואגת יותר. הבת של אדון פרידמן מעבירה כבל של אנטנת טלוויזיה על פני החצר שבבעלותה של שושנה רדומילסקי. שושנה תובעת את הסרת האנטנה לפי ס' 11- הבעלות של אדם בקרקע היא גם בחלל הרום שמעליו, והם העבירו כבל מעל חלל הרום שלה ולכן הם פוגעים בקניין שלה.

ביהמ"ש: טענותיה של שושנה רדומילסקי נדחו בכלל הערכאות בקביעתם כי מדובר **בהתעמרות**, אין באמת נזק.

מה ההבדל בין פס"ד שלב נ' הררי מואב שבו בעל חלקה ב' רצה להפיק רווח מהמעבר בחלקה שלו לבין פס"ד שושנה רדומילסקי שרוצה להפיק רווח מקסימאלי מדירתה? שני הצדדים באופן עקרוני בעלי נכס משלהם, שני הצדדים רוצים להפיק מקסימום רווחים מהנכס. בניגוד לפס"ד שלב נ' הררי מואב, בפס"ד רדומילסקי יש ניסיון של שושנה רדומילסקי לעקור זכות שמוקנית בחוק למשפחת פרידמן, היא בעצם מבקשת באמצעות טענות דווקניות (שסביר שבמקרה אחר היו מתקבלות, לדוגמה במקרה של שני בעלים נפרדים) להשתמש בזכותה הקניינית כדי לבטל זכאות משפטית שקיימת לצד שני בחוק. המטרה שלה היא לבטל את יכולתה של אותה בת משפחת פרידמן להפוך להיות דיירת מוגנת. משום שזה המטרה מוחל ס' 14.

ס' 14 חזר לפרונט בנושא של **התחדשות עירונית**, **בפס"ד רגינה שוורצברגר** שעוסק גם כן באישה מבוגרת שהיא בעלת דירה שמסרבת להצטרף להליך של התחדשות עירונית. התחדשות עירונית דורשת הסכמה של הרבה בעלי דירות (תמ"א 38, פינוי-בינוי). היו הרבה מקרים (במיוחד בהתחלה כי החוק יצר מנגנונים) של דיירים שסירבו להצטרף לתוכנית הזו מהרבה טעמים. הרעיון של דייר סרבן לא תמיד מגיע מהרצון להרוויח עוד כסף, לפעמים יש מצבים, במיוחד שכמדובר באוכלוסייה מבוגרת, שלא רוצים להיכנס לתהליך הזה. אולי זו הסיבה שהרבה פסקי דין בנושא עוסקים באנשים מבוגרים. בצורה לא מפתיעה, אותה אישה מבוגרת מואשמת, כמו שושנה רדומילסקי, בהפרת ס' 14- עצם הסרבנות שלה מעכבת את חבריה לבניין והיא מחויבת לשלם להם 4 מיליון₪.

**פס"ד רוקר נ' סלומון**

עובדות המקרה: פסק הדין מגלה את הפער הבעייתי בין מערכת התכנון בישראל לבין מערכת המשפט בישראל, מערכת דיני הקניין. הרבה מקרים שבהם מערכת התכנון רצה קדימה, נותנת היתרים ואפשרות לבנות מבחינה תכנונית, בעוד שמערכת דיני הקניין לא מוסדרת. בשביל לעשות פעילויות ברכוש משותף צריך לקבל הרבה פעמים הסכמה של הדיירים, ועם זאת הרבה פעמים מוסדות התכנון נותנים היתר בלי שהוסדרו העניינים הקניינים וכך נוצר הפער שאדם בונה ולא דואג לסגור את הנושא המשפטי-קנייני.

אנגלרד: דן בשאלת מאזן הנזקים- האם יעיל/ חכם לאחר הבניה לבוא ולהרוס? כי יש היתר וסביר שאם הוא ייכנס למו"מ הוא יוכל לקבל הסכמה ולכן לא יעיל לתת צו של הריסה כדי שאחרי זה אולי התהליך יתחיל מחדש.

שתי הקבוצות האחרות סבורות שדין הבניה להיהרס מפאת חוסר ההסכמה. ההבחנה בין הקבוצות נטולת הבדל מבחינה אופרטיבית אלא בעלת הבדל בתפישת השופטים.

טירקל, חשין ולוין: בצד הליברטיארני של המשפט. מבחינתם ס' 14 הוא סעיף בעייתי כי הוא מטיל חובה של בעל הזכות, בעל הקניין, להתחשב באחרים, לא רק במובן של להתחשב ולא לגרום נזק לאחרים (שהוא מובן גם בגישה הליברטריאנית). החלק של אי הנוחות הוא בעייתי לליברטריאנים כי הוא מעלה חובה משפטית לבעל הקניין להתחשב בנוחות של אחרים. מבחינתם, יש לצמצם סעיף זה כמה שיותר ולשמור אותו רק למקרים, כמו כאן, שפועלים בצורה שפוגעת באחר ולא רק גורמת לאי נוחות.

ברק, שטרסברג-כהן ומצא: מהו המשאב (מוסד קנייני); מהי מערכת היחסים שבתוכו המוסד הקנייני נטוע. ברק מעלה את תפישתו לגבי מוסדות קנייניים. ברק אומר שס' 14 זהו הביטוי של תום הלב בקניין. יש פה אמירה עצמאית של חוק המקרקעין לגבי תו"ל שמוטלת על בעלי קניין. ברק דוחה את הטענה של הקבוצה השנייה שצריך לצמצם את ס' 14, הוא אומר שתום הלב של הבעלים ייבחן באופן מאוד תלוי הקשר- לא תו"ל של אדם שגר בבית פרטי ורוצה לעשות דברים מסוימים כמו תו"ל של אדם שגר בבית משותף ורוצה לעשות דברים מסוימים. כלומר, תום הלב ייבחן במוסד הקנייני שבו אנו פועלים. אחרי שנבין את מערך היחסים באותו מוסד קנייני נוכל לומר האם אותו אדם פועל בתו"ל או לא, זה לא אחיד על הכל. ס' 14 הוא סעיף שנותן את עיקרון תו"ל, פרשנותו ויישומו אינם אחידים בין מוסדות קנייניים שונים, הוא יחול יותר בבתים משותפים כי שם מערכת היחסים של המוסד הקנייני מצריכה להתחשב יותר.

המשטר הקנייני בישראל

כ-88-90% בבעלות ממשלתית, כ-10-12% בבעלות פרטית. רוב מוחלט של הקרקעות בישראל מנוהל בידי המדינה. יש 3 גופים שלמעשה יופיעו בנסח הטאבו כבעלי הקרקע. המקרקעין של שלושת הגופים מנוהלים ע"י רשות מקרקעי ישראל, דהיינו ע"י המדינה. מיהם הגופים?

1. רשות מקרקעי ישראל (רמ"י)- הגורם הישראלי שאחראי על החזקת מקרקעין (היא הבעלים של חלק מהמקרקעין בשם המדינה) וגם על ניהול המקרקעין (החכרת הקרקע, הוצאה לשיווק) של המדינה. לכן היא מנהלת כ-90% מהמקרקעין במדינה. הבירוקרטיה מולם היא קשה, יש שיצדיקו את זה.
2. רשות הפיתוח- גוף ממשלתי שהיה אמון על קרקעות שהופקעו במהלך השנים במסגרת חקיקות כאלה ואחרות. מנוהלת ע"י רמ"י.
3. קרן קיימת לישראל (קק"ל)- גוף שמחזיק בהרבה מהמקרקעין במדינה. אינו גוף ממשלתי, אלא ארגון שקנה המון קרקעות מתרומות. הקרקעות הללו שלו ולא של המדינה. הייתה **אמנה** בעת הקמת המדינה בין קק"ל לבין המדינה לפיה קק"ל מוסרת את המקרקעין שלה לניהולה של המדינה- מי שמנהל את הקרקעות של קק"ל זה רשות מקרקעי ישראל. זה עדיין נשאר בבעלות קק"ל אך בניהול רמ"י.

מה המשמעות המשפטית שקרקע שייכת לקק"ל ולא למדינה? קק"ל דורשת במשך השנים להמשיך ולשלוט באיך מנהלים את הקרקע שלה, פחות בשליטה היומיומיות אלא יותר במה היא מוכנה שיהיה על המקרקעין. קק"ל רואה עצמה כקרן יהודית, שהתרומות ניתנו לטובת הקמת מדינת יהודית, ומבחינתם הם לא מוכנים שהקרקעות שלהם יהיו קרקעות שכפופות למשטר שוויוני מוחלט. הם לא מוכנים שיקימו עליהן ישובים מסוימים, הם לא מוכנים שישתמשו בהן לצרכים מסוימים, יש להם דרישות לגבי השימוש שישתמשו בקרקע. בתי המשפט הכריעו שקק"ל לא יכולים לשלוט בכך- **קק"ל היא גוף ציבורי/ דו-מהותי ולכן היא כפופה לעקרונות של שוויון**, למרות שקק"ל נמנעים מלהיכנס תחת ביקורת של מבקר המדינה. קק"ל מנהלת מול המדינה מערכת יחסים מורכבת. אם המדינה לא תפעל לפי מה שקק"ל מוכנה לעשות, קק"ל תיקח את המקרקעין. איך? האמנה האמורה היא **אמנה מתחדשת** שיש לאשרר כל כמה שנים. בדר"כ שמאיימים על קק"ל שתהיה מפוקחת ע"י מבקר המדינה היא מאיימת לקחת את הקרקעות ולא לאשרר את האמנה. זה איום שעולה מדיי כמה שנים. ההסדר השקט בין קק"ל לבין המדינה היא שאם תהיה החלטה להקים יישוב או לעשות פעילות בקרקעות קק"ל שקק"ל לא מסכימה תהיה הצרכת קרקעות. הסיכוי שזה ימשיך כך ללא ביקורת וללא ציות לפסקי דין של בתי המשפט שקבעו שקק"ל כפופה לעיקרון השוויון לא רב. סביר שיהיה פיצוץ ולא יהיה ניתן להמשיך לעקוף זאת- הן כי זה לא הוגן ולא הגיוני שקק"ל תוכל להכתיב עקרונות כאלה ואחרים והן כי יש החלטות משמעותיות שמחייבות את זה ולא ניתן יהיה להמשיך בטריקים, אולם זה המצב כרגע.

לכן, שניים מהגופים הם ממשלתיים ששטחיהם מנוהלים ע"י רמ"י וגוף לא ממשלתי- קק"ל שהמקרקעות בבעלותו והמדינה מנהלת אותן במסגרת אמנה. צריך להכיר את המבנה כדי לדעת ש-90% מורכבים מ-3 הגופים מנוהלים ע"י גורם אחד- רמ"י.

בעלות בידי המדינה

יש הבדל משמעותי באופן החזקת המקרקעין ובאופן שבו מקרקעין מוחזקים ע"י בעלים/ חוכרים וכו'/ בין המגזר העירוני לבין המגזר החקלאי/ כפרי.

במגזר העירוני המנגנון הוא של חכירה ארוכת טווח. הקרקעות של המדינה, אותן 90% כאמור, מנוהלות באמצעות חכירה ארוכת טווח- בדר"כ הסכמים של 49 שנים + 49 שנים (חכירה ל-49 שנים עם אופציית הארכה). מה יקרה בתום 89 השנים? שאלה טובה ותיאורטית ל-13 השנים הקרובות לפחות. בתי המשפט אמרו מספר פעמים שרמ"י, המדינה, לא תוכל אחרי 98 שנים להתכחש לזכויות החוכרים ותהיה חייבת להציע להם את המשך החכירה באותם תנאים. די ברור שלפחות מבחינתנו כחוכרים אנו מוגנים בהיבט שלא תהיה פגיעה בזכויות שלנו בתום החכירה. המדינה כיום מנסה לעבור למנגנון של הפרטה, מכירת/ הפרטת קרקעות, ולכן בחלק מהמקום אפשר לקנות את הקרקע ולא רק לחכור. במגזר העירוני ברוב המוחלט המנגנון הוא של חכירה כאמור. הרעיון של חכירה ארוכת טווח הוא זכות קניינית מאוד חזקה, אמנם לא בעלות, כי זה לא. לצורך העניין שכירות ארוכת טווח ל-98 שנים עם הבטחה של בתי המשפט שזה ימשיך גם לאחר 98 השנים באותם התנאים, ולכן זו זכות קניינית מאוד חזקה. מבחינתנו כחוכרים זה אומר שעד לאחרונה היה צריך לקבל את האישור של רמ"י כשרציתי למכור נכס שאני החוכר שלו למישהו אחר, ע"פ חוק השכירות והשאילה. עד לאחרונה רמ"י דרשו שכל העברה של זכות חכירה (כל מכירת דירה מאדם אחד לאחר) חייבת לקבל גם את החותמת של רמ"י, כבעלים, על העברת החכירה. כיום הרשות נותנת אישור גורף- קיבלת פעם אחת אישור ואתה לא צריך לחזור בכל מכירה שוב אלא יש אישור קבוע מעתה ואליך.

במגזר הכפרי/ חקלאי המנגנון הוא של רישיון במקרקעין. אין זכות קניינית. גישת והחזקת אנשי המגזר החקלאי לא נעשית מכוח זכות קניינית שלהם. גם המגזר החקלאי כיום עובר תהליכים של מעבר לחכירה. בבסיס הקיבוצים והמושבים אין זכויות קנייניות, כן יש זכות שנקראת **בר-רשות**, רישיון במקרקעין. זה בעצם הרשאה של בעל הקרקע לפעול במקרקעין בהתאם לחוזה רישיון שנחתם בין רמ"י לבין האגודה השיתופית (בדר"כ עם הקיבוץ או עם המושב שמנוהל ע"י אגודה שיתופית). רמ"י חותמת הסכם שנקרא בהרבה שמות ("חוזה משבצת", "חוזה תלת-שנתי", "חוזה מתחדש"). הרעיון הוא חוזה שנותן לאגודה השיתופית רישיון לפעול במקרקעין, לא מוענקות כלל זכויות קנייניות. אין להתיישבות העובדת זכויות קנייניות, יש רישיון לפעול במקרקעין. בדר"כ הרישיון מתחדש כל 3 שנים, חותמים מחדש על החוזה. הרבה פעמים נוגסים בדרך זו בקרקעות של הקיבוצים/ מושבים- מגיעים לחדש את החוזה ומגלים שקיבוץ מסוים לא פועל חקלאית ולא צריך את הקרקעות החקלאיות שהוענקו לו, ורואים שהקרקעות בחוזה הולכות ומצטמצמות וחוזרות למדינה. למה עושים זאת בקלות ולא בהכרח משלמים פיצוי על צמצום המשבצת? משום שאין לאגודות השיתופיות זכות קנייניות, יש רישיון שמתחדש בתנאים מסוימים. איך יש נחלות לאנשים פרטיים בקיבוץ? מי מחלק? האגודה השיתופית קיבלה את הרישיון להחזיק במקרקעין, ומוסדר ברישיון שהיא מחלקת את הרישיונות לאותם חברי קיבוץ/ מושב. במובנים מסוימים חבר מושב/ קיבוץ הוא בר-רשות של בר-רשות, אבל זכות קניינית אין. נדגיש שיש בכך שינויים בשנים האחרונות שכוללים מעבר ממשטר של רישיון במקרקעין למשטר של חכירה ארוכת טווח. למה רישיון זה לא שכירות? הסיבה שבגינה אנו משאירים את המוסד של רישיון בדין הישראלי היא כדי להתחמק מפיצ'רים של דיני השכירות (כמו היכולת להעביר שכירות למישהו אחר לעומת רישיון שלא ניתן להעביר לאחרים). זה לא מוסד רצוי בדיני המקרקעין שלנו.

**כאמור, 88-90% מהקרקעות בישראל מצויות בידי המדינה ומנוהלות ע"י רמ"י. ישנו פער מאוד משמעותי בין הצורך של המדינה להתערב בניהול המקרקעין לבין המציאות השוררת כיום בישראל של בעלות כמעט על כל המקרקעין בישראל. מצב זה שבו המדינה היא בעליה של רוב מוחלט מהקרקעות אינו בהכרח רצוי, סביר והגיוני, אך על אף הביקורת המדינה לא יכולה לוותר לחלוטין על יכולתה להתערב במקרקעין פרטיים.**

מעורבות ציבורית מול בעלות

רחל אלתרמן **היא אחת מהחוקרות הפעילות בתחום המקרקעין והתכנון בישראל. היא מונה במאמרה מספר אפשרויות למשטרים של התערבות המדינה במקרקעין, מבלי שהתערבות זו תחייב את המדינה להיות בעליה של הקרקע. אלתרמן מציעה נוסחאות שיאפשרו למדינה להתערב במקרקעין אך לא יחייבו אותה להחזיק בבעלות מלאה:**

* **הפקעות מסיביות.**
* **איחוד וחלוקה חדשה (ר-פרצלציה)- איחוד כל החלקות של אותם בעלים לחלקה אחת גדולה ואז פיצול מחדש לחלקות קטנות.**
* **רכישה לצורך מתן קרקעות.**
* **הלאמה מלאה של זכויות בקרקע.**
* **תכנון ציבורי.**

לטענת אלתרמן**, אין צורך לשמור על בעלות מלאה של המדינה, אך כן יש לשמור על מעורבות ציבורית של המדינה במקרקעין. מה שחשוב להבין זה שלמדינה אפשרויות רבות לפעולות. אלתרמן טוענת שישנו פער גדול בין לאפשר למדינה ולתת לה כלים להתערב במתרחש במקרקעין, לבין מתן בעלות מלאה למדינה במרבית המקרקעין במדינה. ההשלכות הן לא רק השלכות ביחס לניהול המקרקעין אלא גם בהיבטים כלכליים, הגבלות על מכירה לגורמים מסוימים ועוד. לדעתה, נכון לשמר את מעורבות המדינה במקרקעין משתי סיבות:**

1. כשלי שוק, יעילות**- הבעלים הפרטיים לא יצליחו להגיע לתוצאה בעצמם, הדבר דורש התערבות של המדינה כגורם החיצוני שיכפה פתרון. שמירה על משאבים לדורות הבאים, טיפול בהחצנות, שליטה בעיתוי הפיתוח ופערי מידע.**
2. **הצדקות חברתיות- המדינה משתמשת בכוחה לטובת מטרות חלוקתיות. יש לציין שזה לא מתקיים באופן מלא ולא באופן שבו האנשים שתומכים בחלוקה מחדש היו מעודדים.**

**העובדה שהמדינה לא משתמשת בכלים הנוספים שלה בצורה טובה לא אומרת שהאלטרנטיבה היחידה הינה הענקת בעלות מלאה למדינה, אין בהכרח קשר. חשוב לתת למדינה את יכולת ההשפעה, בין מבחינת יעילות ובין מבחינה חברתית.**

**אחרי שאנו מבינים שהמצב הנוכחי אינו אופטימלי, נשאלת השאלה- למה לא להפריט את הקרקעות הפרטה מלאה? למה לא לייצר מדינה של שוק חופשי באופן מלא לרבות מחצבים ומשאבי טבע?**

1. **מצרכים בסיסיים לכל אזרח- יש משאבים/ נכסים מסוג מסוים שמספקים את הצרכים הבסיסיים של החברה ואנו לא רוצים לתת את הבעלות עליהם לגורם פרטי. ייתכן שאותו הגורם יהפוך למונופול. לדוגמה, לא נרצה להפריט את הכנרת לגוף פרטי שיכול למנוע מהאזרחים לקבל את המוצר הבסיסי ביותר, מים.**
2. **The Comedy of the Commons- (מאמר תגובה של קרול רוז) הדברים החיוביים שיכולים לנבוע רק אם נשאיר מרחבים שמנוהלים במשותף או ע"י כולנו כחברה. קרול רוז אומרת שאולי צריך משטר של קניין פרטי משיקולי יעילות ומקסום המשאבים של כל אחד בשטחו, אבל אם לא נדאג למרחבים משותפים (שדורשים בעלות ציבורית) כמו חופי ים, פארקים ציבוריים ועוד, יהיו לכך עלויות חברתיות מאוד גבוהות- לא יהיה מפגש בין בני אדם וכד'. אם נפריט נכסים משותפים זה יפגע בלכידות וביכולת של אנשים להיפגש (הפרטת כנרת- פחות מקומות מפגש). הקביעה הזאת מיוסדת על הטעמים שמשרתים אינטרסים חברתיים.**

מקרקעי ייעוד

**ס' 107 לחוק המקרקעין קובע: "בפרק זה- [...] "מקרקעי יעוד"- מקרקעי ציבור המיועדים לתועלת הציבור והם- (1) שפת הים, לרבות מקרקעין שבתחומי נמל; (2) נהרות, נחלים ותעלות וגדותיהם; (3) דרכים ומסילות ברזל, לרבות מקרקעין המשמשים תחנות של מסילות ברזל; (4) נמלי תעופה; (5) סוגים אחרים של מקרקעי ציבור שנקבעו בתקנות, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, במקרקעי יעוד לענין פרק זה".**

**למעשה מגדירים מקרקעין המשמשים שערים ודרכים שבהם אפשר לנוע, בתוך ומחוץ למדינה. כשהמחוקק חשב מה הם המקרקעין שחשוב שיישארו בידי המדינה הוא הגדיר את כל אותם הקרקעות המוגדרות כשערי כניסה ויציאה (שערים ודרכי הובלה). סעיף קטן (5) מאפשר למדינה בעלות על סוגים נוספים.**

**ס' 111 לחוק המקרקעין קובע: "במקרקעי יעוד לא יהיה תוקף לכל עסקה הטעונה רישום, לא יינתן צו אכיפה בשל התחייבות לעשות בהם עסקה כזאת, ולא תירשם הערה ביחס להתחייבות כזאת, אלא אם העסקה או ההתחייבות אושרו על ידי הממשלה או השר שקבעה לכך."**

**ס' 111 קובע שבמקרקעי ייעוד אין תוקף לעסקות טעונות רישום. רוב מוחלט של עסקאות המקרקעין הן טעונות רישום בטאבו כדי להשלים אותן. איזה עסקה במקרקעין לא צריכה רישום? אם הרישום הוא זה שמגדיר מתי הזכות הקניינית של הקונה משתכללת אבל ברגע שנרשמה העסקה יש זכות קניינית ולא לפני כן. אם הבנק הלווה כסף אך לא בוצע עדיין רישום של המשכנתא- אין עדיין לבנק זכות קניינית בנכס. יש עסקה אחת שלא מצריכה רישום בטאבו כדי להשתכלל והיא** שכירות קיצרת מועד**.**

**שכירות שהיא קצרה מחמש שנים לא דורשת רישום, מרגע שכורתים את החוזה משתכללת הזכות לשכירות. הסעיף לא נותן תוקף לעסקאות מכר/ משכנתא, אך החוק מאפשר לבצע במקרקעי יעוד באופן טבעי שכירות קצרת מועד. מדוע? אם אנחנו חוששים משליטה של גורם פרטי על שערי הכניסה והיציאה/ התנועה במדינה אנחנו לא נאפשר עסקאות שטעונות רישום, אך** שכירות קצרת מועד מאפשרת הפקת רווח כלכלי מסוים אך בלי לאפשר לאותו הגורם לצבור שליטה על אותם מקרקעי היעוד. **כל עסקה מעבר לשכירות קצרת מועד לא יכולה להתבצע אלא אם הממשלה התכנסה/ שר מסוים שמוסמך אישר את ביצוע העסקה. הסיפא קצת מייתרת את הרישא שהרי אם לממשלה יש סמכות- הכל נתון להכרעתה ללא קשר לסוג המקרקעין.**

**שאלות שעולות בהקשר למקרקעי יעוד:**

1. למה רק מקרקעין? **בעולם נכללים גם ערכים לאומיים ועתיקות, בארץ מדובר רק על מקרקעין.**
2. למה רק הייעודים המנויים **(ולא למשל עתיקות או גנים לאומיים)?**
3. ההסדר המשפטי- למה ניתנים בכל זאת להפרטה? **אם זה באמת משהו שאנו רוצים להשאיר בידיים ממשלתיות, למה אנו משארים את הסיפא של הסעיף שמאפשרת לממשלה למכור את המקרקעין? לא ברור למה ההפרטה מתאפשרת.**

**פרשת גב' מרפי** מתאר סוג של חריג שאין לנו בחוק. עד שנת 1965 ארה"ב נחלקת לצפון-דרום ביחס לענייני עבדות. באופן כוללני, הצפון מתנגד לעבדות ובדרום קיימת עבדות. בשנה זו מתחילים תיקונים לחוקה שמקנים זכויות אזרח ל"שחורים" ולאט לאט התיקונים הללו מבטלים את העבדות. עם כניסת התיקונים לתוקף, במדינות הדרום בעיקר, ביטלו את העבדות אך לא את הגזענות. מבחינה מרחבית, דווקא בתקופת העבדות לא היתה סגרגציה (הפרדה בין שחורים ללבנים) כי היה ברור תחת חוקי העבדות שמדובר בגזע נחות ולכן לא היה איזה ניסיון לייצר חיברות בין השחורים ללבנים. ברגע שהחוקה הכירה בשוויון זכויות בין השחורים ללבנים התפתחה דוקטרינת **נפרד אבל שווה**, ואז התחילה הסגרגציה על בסיס גזעי/ גזעני. החלו תופעות של הושבת השחורים במקומות נפרדים, מוסדות לימוד נפרדים ועוד. מדינות הדרום מחוקקות חוקי סגרגציה שתומכים בהפרדה. דוקטרינת "נפרד אבל שווה" מגיע לעליון.

קיים פס"ד מפורסם שעוסק באדם שהיה שמינית שחור והוא החליט שהוא ישב בקרון של לבנים בלואיזיאנה והאשימו אותו בכך שהוא מפר את החוקים שפעלו להבחנה והוא הוכנס לכלא. ביהמ"ש העליון האמריקני אומר ש"נפרד אבל שווה" היא דוקטרינה לגיטימית. מותר למדינות לחוקק חוקים שבהם הלבנים לבד והשחורים לבד, **כל עוד לשני הצדדים יש את אותם הדברים**- למשל קרון לכל קבוצה. כל עוד הדברים שניתנים הם זהים ניתן שהם יהיו נפרדים. ישנם כללים שנכתבו בטאבו שאסרו על מכירת הקרקע לשחורים/ ליהודים. אחד משופטי ביהמ"ש העליון בארה"ב התגלה כאדם שיש לו הערה בטאבו על הקרקע שלו שאסור למכור את הקרקע לשחורים. בשלב מסוים **ביהמ"ש החליט שהוא לא יאכוף את ההערה בטאבו שאוסרת על מכירה לקונים מגזע מסוים.**

פס"ד בראון (1954) ביטול ההפרדה בחינוך היסודי. **ביהמ"ש קובע שהדוקטרינה של "נפרד אבל שווה" אינה חוקתית.** הוא אינו קובע באופן גורף על איסור הפרדה, אלא רק בחינוך יסודי מאחר ויש אפקט משמעותי יותר כשמדובר בילדים, ולכן בחינוך יסודי אסור היה להפריד. כלומר, הפליה בדיור עדיין היתה מתקיימת. אף אחד לא יכול לחייב אותי למכור לאדם בעל זהות מסוימת (שחור, יהודי וכדו').

השינוי במרחב האמריקאי לא קרה בעקבות פס"ד בראון אלא מ-1964 והלאה התחילו זכויות האזרח. בשנת 1868 ארה"ב מחוקק חוק "**fair housing act**" (חוק הדיור ההוגן) אשר קובע באופן עקרוני שאסור לאדם להפלות בין אדם אחד לאדם אחר בנושא דיור על בסיס דת, גזע ומין. לחוק הזה יש השלכות דרמטיות מבחינת החברה האמריקאית. ארה"ב כיום היא אחת המדינות הכי נפרדות שיש, ההיפרדות המרחבית כיום היא על בסיס הכנסה- יש הפרדה מאוד ברורה בין אליטות כלכליות ליתר העם. הביטוי "וייט טרש" מתייחס גם ללבנים עניים. ישנה הפרדה מרחבית ברורה בין חתכים סוציו-אקונומיים שונים. ההפרדה היום קיימת רק על בסיס קריטריונים אחרים.

בשנות ה-70 התפתחה התופעה של היציאה לפרברים שהוקמה לטובת אותם הלבנים שרצו לברוח מהשילוב של השחורים והלבנים יחד במרכז העיר. היציאה נועדה לברוח ולשמור על ההפרדה רק בלי להפר את החוק באופן בוטה.

ע"מ להעביר את החוק של הדיור ההוגן היה צורך בהסכמה, בכדי להגיע להסכמה נוצר **חריג** (גב' מרפי)- אם יש לאדם עד 4 דירות באותו מתחם מגורים הוא יכול להפלות ולבחור למי תימכר הדירה. הרעיון הוא שאם אדם גר במתחם מסוים ויש לו דירות נוספות הוא יכול לבחור עם מי לגור. אבל מעל 4 דירות, זה כבר סוג של "יזם" ולכן אי אפשר להפלות את האנשים שמעוניינים לרכוש את הדירה. חריג זה תקף גם לגורמים דתיים ולכן החוק נקלט. החוק עובר במישור הרחב- אדם פרטי יוכל להפלות דרך חוק זה, אולם גורם ציבורי לא.

היו הרבה תניות אוסרות על מכירה לשחורים ואף ליהודים. החריג של גברת מרפי ומוסדות דתיים איפשר להפלות ופטורים רבים ולכן בגדול חוק הדיור ההוגן פועל במישור הרחב- כלפי יזמים אבל לא כלפי בני אדם פרטיים.

מה מותר בישראל? בישראל אין חוק fair housing act. בישראל קיים חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים. החוק נועד למנוע מצבי הפליה **אך הוצא ממנו במפורש נושא הדיור**. במרחב הישראלי ע"מ להגיע למינימום האפשרי ויתרו על הסעיף של הדיור בכדי לחוקק את החוק.

האם ניתן להפלות במגורים בישראל? התשובה אינה חד משמעית. באופן עקרוני אדם פרטי יכול להפלות גם ברמת המכירה וגם ברמת השכירות, בלי להתחשב בשיקולי שוויון או הפליה. באופן עקרוני הפליה בזכות הכניסה לקניין בישראל לא מוגבלת בחוק ואדם יכול לעשות עם הדירה שלו מה שהוא רוצה.

הדוגמא הבולטת ביותר היא **בפס"ד master piece cake** אופה סירב לאפות עוגה לחתונה של זוג חד מיני בטענה שהוא אדם דתי והדבר פוגע בחופש הדת שלו וזה מחייב אותו לקבל את ההתנהלות של הזוג החד מיני. באופן מפתיע, הסיפור הוכרע לטובת האופה (2-7). ביהמ"ש לא לגמרי אמר שמותר לו לסרב (היה איזה עניין פרוצדורלי) אבל המסר שיצא מפסק הדין הזה הוא שפעולתו של האופה היא מותרת.

בארץ קרה מקרה דומה- פס"ד בית הדפוס צבע הקשת התא הגאה בבאר שבע רצה להדפיס פלאיירים. חברת הדפוס "צבע הקשת" סירבה להדפיס ואף השמיצה את התא הגאה. ביהמ"ש פסק נגד חברת הדפוס וחייב אותם בפיצויים על כך שסירבו לתת שירות על רקע גזעני והפלו בשירותים ומוצרים.

בישראל ישנם שלושה מופעים מרכזיים של אפליה:

* **ועדות קבלה לישובים**- ההיתר של ועדות הקבלה הולך ומתרחב וההפליה שנוצרת כתוצאה מכך היא משמעותית. הדבר יוצר גם הפליה וגם פגיעה בזכות לקניין.
* **הפליה בהשכרת דירות**.
* **הפליה במכר דירות**.

ועדות קבלה ליישובים

פקודת האגודות השיתופיות קובעת שליישוב קהילתי בנגב ובגליל יש את הזכות לסנן מועמדים. כשיש אפשרות לסנן מועמדים ס' 6ג אומר שאסור לסנן על בסיס דת גזע ומין, אלא על בסיס של "התאמה למרקם הקהילתי". היישובים ניסו לתת לכך נופך יותר מקצועי ולכן הם שולחים את "המועמדים" לבצע כל מיני מבחני דינמיקה קבוצתית. בחוק אין הגדרה מהי "פגיעה במרקם הקהילתי". היעדר ההגדרה פותח פתח לשחיתויות והפליות.

**בפס"ד קעאדן** הש' ברק אומר שהוא לא מצליח לזהות מאפיינים משותפים/ זהים בקציר כדי להגדיר אותם כקהילה ש'המרקם הקהילתי' שלה עשוי להיפגע.

**פס"ד סאבח** הש' ג'ובראן אומר ליתר השופטים שיש חובה להגדיר מהי קהילה שיש חשש לפגיעה במרקם הקהילתי שלה, שהרי אם ניתן לכל קהילה באשר היא כלי סינון הדבר יגרור הפרדה מלאה במרחב הישראלי. רוב היישובים היום לא מכילים מאפיינים שבאמת דורשים ביצוע הבחנה ביניהם. כיום בחוק האישור הוא רק בנגב ובגליל ורק עד 400 בתי אב.

השאלה שצריכה להישאל היא איזה קהילות זכאיות להחזיק ועדות קבלה ואיזה לא? באופן עקרוני צריך להבין שהרעיון של מדינה שמספקת לקהילות אמצעי סינון כרוך בעלויות חברתיות גדולות מאוד. הסיבה היחידה שאפשר להצדיק מתן כלים לסינון והדרה לאותן קהילות היא רק ככל שאנחנו מבינים שהמסגרת הזאת **חשובה ליכולתו של האדם לממש את תפיסת עולמו**. כמעט ואין מטרה ראויה יותר למדינה מאשר לאפשר לכל אחד מהאזרחים לחיות את חייו כפי שהם חושבים- זוהי **חובה פלורליסטית של המדינה הליברלית**. אין למדינה את הזכות לנסות למנוע מאזרחיה לממש את תפיסת עולמם. יש אנשים שזקוקים לשיתוף פעולה עם אחרים כדי לחיות ע"פ תפיסת עולמם ויש אנשים שפחות זקוקים לכך.

**שי שטרן, "כניסה, משטר ויציאה: קהילות מגורים במשפט הישראלי"**

במאמר יש ניסיון להגדיר מהי קהילה שצריכה לקבל יחס משפטי במערכת הדינים בארץ מתוך הבנה שלא כל דבר שאנו קוראים לו קהילה צריך להיות בעל השלכה משפטית. נקודת המוצא של שטרן לסיפור של קהילות מתחיל בכך שהמדינה צריכה לאמץ תפיסה פלורליסטית ביחס לכל האזרחים שמשמעותה העיקרית היא שכל אחד זכאי לחיות את חייו לפי תפיסת עולמו. יש תפיסות עולם שדורשות מאיתנו קרבה מרחבית לאחרים ולפעולה משותפת עם אחרים ויש כאלו שלא. לדוגמה, בקיבוצים ההיסטוריים הייתה תפיסה שכולם שותפים להכל ואחראים על כל המשאבים. אנשי הקיבוץ חיו מתוך תחושה סוציאליסטית של שיתוף מוחלט. אדם שמאמין בתפיסה כזאת חייב קהילה כדי לממש אותה. מנגד, קפיטליסטים לא צריכים אחרים כדי לחיות לפי תפיסת חייהם. המודל במאמר מציע 4 שלבים להגדיר קהילה כקהילה:

1. **האם לקהילה יש תפיסת טוב משותפת**- האם לאנשי הישוב יש תפיסת עולם משותפת המצדיקה חיים משותפים? כלל שהיא תהיה יותר משמעותית וכזאת המצדיקה מגורים משותפים כדי לממשה הנטייה תהייה לאפשר את מנגנון ההדרה. אם היינו עוצרים בשלב הזה עדיין היינו באותה צרה בה נמצאים כיום, מאחר שלהרבה קהילות יש תפיסת עולם משותפת. למשל בפס"ד קעדאן אנשי קציר טענו שיש להם תפיסת עולם ציונית. ביהמ"ש אומר שם שזה לא מספיק.
2. **מהו תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסת הטוב**- יש תפיסות עולם שלא דורשות שיתוף פעולה ע"מ לממשן. אם המדינה רוצה לאפשר לכל אזרח לממש את תפיסת עולמו, ברגע שנדרש שיתוף פעולה למימוש תפיסת העולם חובה על המדינה לאפשר את המימוש המשותף של אותה תפיסת העולם. אם אדם נדרש לקהילה ע"מ לממש את תפיסת העולם שלו, מוטלת על המדינה חובה לאפשר לו לחיות בקהילה.

* **לא קיים**- ישנן תפיסות עולם שלא נדרש אף שיתוף פעולה ע"מ לממשן.

לדוגמה: תפיסות עולם כלכליות לאו דווקא דורשות מגורים בסמוך לאנשים עם תפיסת עולם זהה. אדם קפיטליסט לא צריך לגור ליד עוד קפיטליסטים ע"מ לממש את תפיסת עולמו.

* **מסייע**- אם אדם גר בקרבה לאנשים אחרים שחולקים את תפיסת עולמו זה יסייע לו לממש אותה. לדוגמה: אם אדם צמחוני יגור בקרבת הרבה אנשים צמחוניים אחרים, יותר סביר שבסופר ובמסעדות יהיו דברים צמחוניים.
* **מוסיף ערך**- ניתן לממש את תפיסת העולם לבד, אבל אם משתפים פעולה אז מוסיפים ערך משמעותי ע"פ הנורמות של תפיסת העולם.

לדוגמה: תפילה במניין ביהדות. ניתן להתפלל לבד, אך אם מתפללים במניין יש לתפילה ערך גבוה יותר.

* **מכונן**- יש מקרים בהם אם אדם לא ישתף פעולה למימוש תפיסת העולם שלו הוא לא יצליח לממש אותה.

לדוגמה: הקיבוץ ההיסטורי (בניגוד לקיבוץ המופרט). חלק מהתפיסה של הקיבוץ ההיסטורי הוא שיתוף עם אחרים, ולא ניתן לעשות את זה בלי שיתוף פעולה עם הסובבים אותך.

ככל ששיתוף הפעולה יותר משמעותי המדינה צריכה לתת אפשרות להקים את הישוב ואת וועדת הקבלה וככל שפחות היא צריכה לאפשר פחות ואף לא לאפשר את יצירת הקהילה.

1. **מה ההשפעה של מניעת ההדרה של הקהילה**- צריך לבדוק מה יקרה אם לא ניתן לקהילה לסנן את המתמודדים. האם כניסה של אדם חילוני לקהילה חרדית תפגע ביכולת שלה לממש את תפיסת עולמה.
2. **חוסנה הפוליטי כלכלי של הקהילה**- אם וועדות הקבלה מאפשרות לקהילה לשמור על עצמה ונובעות מהזכות לחיות בהתאם לרצון ולמאפיינים המיוחדים אז במידה והקהילה חזקה היא תוכל לפעול גם ללא תמיכת המדינה. לדוגמה, בגוש קטיף היו קהילות משמעותיות עם מכנה משותף והיו קהילות שהיו כמו עיר מבחינת התנהלות. בגוש קטיף ניסו לפצות את כל הקהילות בצורה זהה, הקהילות המשמעותיות פוצו בחסר וקהילות שלא ממש היו קהילות פוצו ביתר. צריך לחשוב מה הקהילה מספקת לאזרחים. אם לקהילה יש משמעות עבור התושבים מעבר למקום מגורים צריך לתת יותר. קהילות עשירות בגוש קטיף דאגו לעצמן והן קיבלו פיצויים טובים, לכן ככל שהישוב חזק חובת המדינה לדאוג לה יורדת כי הם יכולים לדאוג לעצמם ולהפך.

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

אנו רואים שהכלל היום קובע כלל אחיד שמאפשר לוועדות הקבלה להדיר אנשים על סמך סעיף סל של פגיעה במרקם הקהילה. אנו רוצים שהמדינה תיתן כלים לאנשים לממש את הרצון שלהם ולצורך כך יש צורך בוועדות קבלה, אך הסינון הזה צריך להיות על סמך תשתית מחושבת ולא על סמך פקודה מנדטורית שמאפשרת הדרה.

כשהמדינה נותנת כלים להדיר אחרים יש לכך השלכות משמעותיות ולכן הכלים הללו צריכים להינתן במשורה. כך גם טוען הש' ג'ובראן **בפס"ד סבאח**- הדבר דורש מתן הגדרות והגבלות. בפסק הדין הורידו את העתירה בהתבסס על טענות של חוסר בשלות ולא עסקו בשאלה החשובה של מהי קהילה שראויה/ זקוקה לקבלת סמכויות סינון בקבלה לתוכה.

הפליה במכר דירות

לאדם פרטי מותר להפלות, אך השאלה שעלתה **בפס"ד מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' חאלד סלמאן** היא האם חברה קבלנית שמוכרת דירות יכולה להפלות בין דיירים? יוזכר כי חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים לא חל על עניין הדיור.

השאלה שעלתה בפס"ד היא שאלה כפולה:

1. האם חוק איסור הפליה חל על דיור? וממנה נגזרת השאלה האם לקבלן אסור להפלות (מכיוון שזה השירות שהוא נותן).
2. בהנחה שהחוק לא חל על דירות, האם יש איסור להפלות במידה והקרקע התקבלה במכרז מרשות מקרקעי ישראל?

**הש' מזוז** היה הכי קיצוני ואמר שהחוק חל גם על דיור פרטי, לא על אדם פרטי אלא על חברה פרטית (חברה קבלנית שזה העיסוק שלה) "מסקנתי היא אפוא כי חוק איסור הפליה חל על מכר דירות על ידי מי שזהו עיסוקו".  **יתר השופטים** טוענים שחוק האיסור על הפליה בשירותים ומוצרים לא חל על קבלן, אבל אם הקרקע שעליה בונים היא קרקע ציבורית (שניתנה מרשות מקרקעי ישראל) אין אפשרות להפלות מפני שלא מדובר בחברה פרטית אלא בידה הארוכה של רשות מקרקעי ישראל. הש' שטיין "חובתה של רמ"י היא לא להפלות בין האזרחים הבאים לרכוש את הדירות מהטעמים שמניתי לעיל עוברת לקבלן, שאינו אלא ידה הארוכה בכל הקשור להקצאת הזכויות בדירות שנבנו על מקרקעי המדינה". הש' הנדל לא מכריע, אבל בנסיבות העניין מקבל את דעתו של הש' שטיין.

סיכום:

* אדם פרטי- יכול להפלות במגורים ואין שום חוק שאוסר זאת.
* חברה קבלנית פרטית- יכולה להפלות ולא מחויבת בשוויון לפי פס"ד מי-טל הנדסה.
* חברה קבלנית פרטית שבונה על קרקע ציבורית שקיבלה מרשות מקרקעי ישראל- אינה יכולה להפלות כי היא נחזית כחברה ציבורית.
* חברה ציבורית- אינה יכולה להפלות.

נטילה שלטונית של מקרקעין

**תחת הכותרת של פגיעה במקרקעין של אדם פרטי ישנם שני סוגים של פעולות שלטוניות ששונות במהות ובזכאות שהן מקנות לבעלים:**

1. **הפקעות**- לקיחה פיזית של מקרקעין (expropriation taking). השלטון (הממשלה/ הרשות המקומית) לוקח את המקרקעין. המשמעות המעשית היא לקיחת הזכויות במקרקעין והעברתם כך שבנסח הטאבו הזכויות עוברות ע"ש הרשות. הבעלים מאבד את זכויות במקרקעין ואינו הבעלים יותר. לפעולה זו כינויים רבים.
2. גריעות תכנונית- הטלת מגבלות על המקרקעין (regulatory taking). פעולה שפוגעת במקרקעין, מטילה מגבלות מסוימות על תכונות המקרקעין וממילא גם על יכולת הבעלים להשתמש במקרקעין. בשונה מהפקעות היא משאירה את הקרקע והזכויות בה ע"ש הבעלים. הבעלים נותר הבעלים, אך המקרקעין שלו בעל תכונות שונות ואפשר להשתמש בו בצורה שונה ולכן נגרמת לו פגיעה.

שתי הפעולות השלטוניות שונות לגמרי וחשוב להבחין ביניהם.

ס' 3, 8 לחוק יסוד: כבוה"א וחירותו הם ברקע. בנוסף, יש דברי חקיקה שמכוחם ניתן להפקיע. נדבר על הפקעות באופן יותר רחב.

אחד מדברי החקיקה שמכוחם הפקיעו הכי הרבה קרקעות היא פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943. מכוחה הופקעו דרכים, כבישים, מסילות. היא היוותה אחת הפקודות המשמעויות ביותר ובוטלה בשנת 2010. כיום היא פחות רלוונטית. חוקים נוספים הינם חוק הבזק, חוק רשויות נחלים ומעיינות, חוק רשויות המקומיות (ביוב), חוק העתיקות.

דברי החקיקה שנעמיק בהם הם חוק התכנון והבנייה ופקודת הקרקעות (רכישת לצרכי ציבור). 95% מההפקעות בישראל נעשים מכוח שני דברי חקיקה אלו. ההסדרים הם שונים אך מסתמכים זה על זה, מפנים זה לזה ולכן חשוב להכיר את שני דברי החקיקה.

ההגדרה של 'הפקעה'- אין בחוק הגדרה, אך יש הגדרה שהפכה להיות הגדרה שכיחה בפסיקה בעיקר שנכתב ע"י עו"ד בספר, ואומץ ע"י ביהמ"ש. להגדרה זו שלושה חלקים:

רכישה כפויה של מקרקעין לשם הגשמתו של צורך ציבורי, תמורת פיצוי בעל המקרקעין.

נבחין שכל חלק מהווה נדבך לגמרי שונה בסיפור. אם שני החלקים הראשונים הינם ביצוע ההפקעה, החלק השלישי עניינו הפיצוי בגין ההפקעה.

בכל מדינות המערב יש כוח להפקיע קרקע, גם במדינות בהן הבעלות היא בעלות פרטית מלאה. מכוח מה רוכש השלטון את הזכות לקחת באופן כפוי מקרקעין פרטי? נחדד כי השאלה אינה לטובת מה, אלא מכוח מה. ישנן שלוש תיאוריות, כלליות יותר מהסיפור הישראלי:

1. **תיאורית שימור הכוח**- המקרקעין במדינה שייכים למדינה, לריבון, לעם. נכון שיש חלוקה למשטר פרטי וחלוקת קרקעות, אבל בסופו של דבר אם המדינה צריכה את הקרקע היא יכולה להחזיר אותה אליה, כמובן בכפוף לפיצוי. זה מזכיר את המשטר הישראלי. בישראל אם יש חכירה לדורות הפקעתה גוררת פיצוי כמו של בעלים. אין לחכירה לדורות/ בעלות השפעה על הבעלים.
2. **Police Power**- כחברה החלטנו להתאגד במדינה ולכן זה מהווה מעין הסכמה לתת לה להפקיע ע"פ הצורך. הקרקע היא שלנו אבל כשהקמנו את המדינה למעשה כרתנו אמנה חברתית בינינו כי במסגרת תפקידיה הייחודיים של המדינה היא תוכל לקחת קרקעות. זה תלוי בשאלה מה המדינה צריכה לספק לאזרחים.
3. **תיאורית הסכמה ראשונית/ ג'ון לוק**- בהשתתפותנו במוסדות המדינה כולנו מפקידים בידי השלטון הסכמה להפקיע מקרקעין ולכן ההפקעה אינה כפויה אלא הסכמה מודעת מראש, על אף שאיננו יודעים מי מאיתנו יידרש להפקיע את הקרקע שלו. מדובר בהסכמה רחבה יותר ביחס לתיאוריה השנייה. הפקעה ע"י המדינה היא הפקעה בהתאם להסכמה זו.

למה צריך השלטון את הכוח להתערב בקניין פרטי? למה להגיע למצב של כפיה ולא לנהל מו"מ עם הבעלים ולרכוש את הקרקע בצורה מוסכמת?

1. **כשלי שוק**- הטעם העיקרי שמצדיק ומצריך את המדינה ללכת לכיוון של רכישה כפויה זה כשלי שוק. יש כשלי שוק רבים, חלקם נוגעים למשך המו"מ מול צרכים מיוחדים, עיקרם נושא הסחיטה ומונופול של שליטה בקרקעות. אנו מבינים שנכון שלפי השוק החופשי האידיאלית, אם התועלת החברתית כה גדולה ביחס לתועלת של החזקת הקרקע בידי אותו פרט, כנראה שהקרקע הייתה מוצאת את דרכה לידי הציבור. אולם יש כשלי שוק ולכן לפעמים זה מצריך כפייה. זה נכון בעיקר למקרים של הפקעות מרובות בעלים (כגון הפקעה לצורך כביש 6- ללא כפייה יהיה צורך להתמודד מול המון בעלים, להתמודד עם מצבים של סרבנות, פתח לסחטנות, שמצריכים זמן ועלויות שכפייה פותרת).
2. **צדק חלוקתי**- וינוד קיסלה הוא מיליארדר ובעלים של חברת גרין-טק, שרכש בית על חוף ים בקליפורניה, בה החופים שייכים לציבור, אולם הקו הראשון לחוף יכול לעבור לבעלות פרטית. הוא רכש אחוזה רחבה על החוף, והדבר הראשון שהוא עשה לאחר הרכישה היה לחסום את הדרך שעוברת בשטחו שדרכה היו עוברים אנשים רבים לים. אין בארה"ב זיקת הנאה מכוח שנים. זה גרר סערה ציבורית. העירייה איימה עליו בהפקעה- אם לא תפתח את הדרך נפקיע אותה ממך. הטעם לא היה כלכלי אלא עניין חברתי- יש מצבים בהם רשויות יידרשו לעשות שימוש בכוחן השלטוני לא מטעם כלכלי בהכרח אלא כדי לאפשר גישה ולספק משאבים גם לאוכלוסיות חלשות יותר.
3. **טעמים שלטוניים קלאסיים/ כוח שלטוני קלאסי**- טעמים של שעת חירום, מלחמה, פינוי, הקמה של טובין ציבוריים כגון בתי חולים, תחנות כיבוי וכו'. במקרים אלו נדרש כוח שלטוני.

**לשם הגשמתו של צורך ציבורי**

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטילטובת מה אפשר להפקיע? ס' 2 לפקודת הקרקעות מגדיר מהו "צורך ציבורי".

ס"ק (2) הוא בעייתי כי הלכה למעשה אפשר להשתמש בו, ומשתמשים בו, כדי לחתור תחת היסודות של הפקעה וצורך ציבורי. ההבנה ביסוד ההפקעות היא שאפשר להשתמש בכוח הכופה של המדינה כדי לקחת קרקע של אדם, אך זה צריך בסופו של דבר לשרת את הציבור. כשמדובר על "הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב" מדובר בפועל על הקמת יישוב או הרחבת יישוב למגורים פרטיים. המשמעות היא הפקעת קרקע פרטית מאדם כדי שיגורו שם אנשים פרטיים אחרים. אדם יכול לרכוש את הקרקע, ואז כשהעירייה תרצה להקים את השכונה על השטח שלו היא תפקיע לו את הקרקע, תשלם לו את שווי השוק הנוכחי של הקרקע החקלאית ולא את שווי השוק העתידי שהוא ציפה להפיק מהקרקע לאחר הפשרתה. מי שמפיק את הרווח היזמי זו העירייה. הסעיף הוא בעייתי ברמת ההבנה של הפקעה.

ס"ק (10)- הוועדה המייעצת היא הוועדה שאמורה לייעץ (פורמאלית) לשר האוצר והיא הוועדה שאחראית על ביצוע שימוע לבעלי הקרקע.

אם החלטנו שיש צורך ציבורי, שר האוצר לאחר התייעצות עם הוועדה המייעצת, יכול לעשות אחד מארבע הצעדים הבאים המנויים בס' 3 לפקודת הקרקעות. הצעד הקשה ביותר הוא הפקעת הבעלות.

ס' 3 לפקודת הקרקעות- סמכויות שר האוצר:

אם נוכח שר האוצר, לאחר התייעצות עם הוועדה המייעצת, כי דרוש או נחוץ הדבר לכל צורך ציבורי רשאי הוא-

1. לרכוש את בעלותה של כל קרקע;
2. לרכוש את החזקה או את השימוש בכל קרקע לתקופה מסוימת;
3. לרכוש כל זכות שימוש בכל קרקע או כל זכות אחרת בה או עליה;
4. להטיל כל זכות שימוש על כל קרקע או כל הגבלה אחרת בכל זכות הקשורה בבעלות על אותה קרקע, בשלמו אותם פיצויים או אותה תמורה כפי שיוסכם עליהם או כפי שיוחלט ע"פ הוראות הפקודה הזאת.

**הפקעות מעבר לים**

הפקעות קיימות בכל העולם המערבי. כל העולם המערבי אימץ בגדול את אותה פורמולה שאפשר לבצע הפקעה. ההפקעה צריכה להיעשות לטובת צורך ציבורי/ שימוש ציבורי/ אינטרס ציבורי, תמורת פיצוי. יש הבדלים בין מקומות שונים בעולם, אינם דרמטיים כך שבגדול בכל מדינות העולם המערבי הפורמולה היא פחות או יותר אותו הדבר, ולא בכדי.

בארה"ב התיקון החמישי לחוקה הפדרלית קובע, על ניסוח בדרך השלילה, שקניין פרטי לא יילקח לשימוש ציבורי ללא פיצוי הוגן. במשפט האמריקאי עוסקים רבות בכל מילה בחוקה. חשוב לציין שבמשפט האמריקאי, בניגוד למשפט הישראלי, יש חוקה מאוד רחבה, ללא הגדרות ספציפיות כמה מפצים ואיך. בכל מדינה יש חוקה משלה שבה ההליכים מוגדרים בצורה ספציפית יותר. בתי המשפט הם שקבעו את סטנדרט הפיצוי שהוא מחיר שוק.

עניין השימוש הציבורי עלה באחד מפסקי הדין המוכרים במאה האחרונה בארה"ב. ביהמ"ש העליון האמריקאי עוסק בכ- 70-80 תיקים בשנה, הוא אינו ערכאת ערעור מוקנית, הוא בוחר לעצמו את התיקים ולכן ברור שכשהוא בוחר תיק הוא נוגע בשאלת רוחב, הכרעותיו בהחלטה גורפת מחייבת את כל המדינות. פס"ד סוזט קילו היה מקרה כזה. פסק דין זה ערער במובן מסוים על תפיסת הקניין האמריקאית.

**פס"ד סוזט קילו** סוזט גרה בניו-לונדון, קונטיקט. העיר ניו-לונדון סובלת מאבטלה וגירעונות והיא בקריסה, ומחפשת חברה שתבוא להשקיע בעיר. חברת פייזר הסכימה לבוא לניו-לונדון לפתוח שם מרכז פיתוח, תחת התניות רבות. ניו-לונדון הסכימה לתנאי של פייזר לפיו פייזר לא מתעסקת עם רכישת הקרקע, ניו-לונדון צריכה לספק לה קרקע להקמת המרכז. הפקיעו ופינו את השכונה של סוזט כדי להעביר את הקרקע לפייזר. סוזט קילו החליטה לצאת למאבק. עיקר המאבק אינו על הפיצוי כי הפיצוי היה גבוה ממחיר השוק, עיקר המאבק על השימוש הציבורי. סוזט טענה שהעירייה הפעילה את כוחה השלטוני הכופה **לטובת גורם פרטי**, במילים אחרות היא לקחה את הקרקע מגורם פרטי אחד לגורם פרטי אחר. הסיכון בשימוש כזה בכוח שלטוני בהעברת קרקע מגורם פרטי אחד לאחר הוא סיכון משמעותי וכמובן שאינו מקובל בארה"ב. הדיון היה האם העובדה שהקרקע הזו מסיימת את חייה בידיים של גוף פרטי זה שימוש ציבורי או הפרה של החוקה. **בביהמ"ש בקונטיקט היא הפסידה**. היא מגיעה לעליון האמריקאי, שדן בשאלה האם "שימוש ציבורי" מצריך שימוש ע"י הציבור או שימוש לתועלת הציבור, האם אנו דורשים שהקרקע תשמש את הציבור (כמו בתי חולים, בתי ספר) או שתשמש גורם פרטי שימוש שיתרום לציבור ויסייע לשיפור והפיתוח הכלכלי של הציבור. ברוב של 5-4 ביהמ"ש העליון מאשר את ההפקעה וקובע **שפיתוח כלכלי (economic development) זה שימוש ציבורי, גם אם הקרקע מסיימת את חייה בידיים של גורם פרטי מאחר ונוצרת איזושהי תועלת לציבור.** ברור שזה מסוכן מאוד. זה עורר סערה גדולה בארה"ב, במיוחד במדינות השמרניות. קביעה עקרונית זו לפיה פיתוח כלכלי זה צורך ציבורי לגיטימי מחייבת את כלל המדינות.

מה מדינות כן יכולות לעשות? הן חייבות להכיר בפיתוח כלכלי כזה כעילה/ הצדקה להפקעה, אך הן יכולות (ומדינות רבות עשו כן) לקבוע בחוקות שלהן שאם עירייה או מדינה מפקיעה קרקע לטובת פיתוח כלכלי, היא תהיה חייבת לשלם **פיצוי מוגדל, מוגבר**, שמתחיל מ-125% ומגיע עד 200% בחלק מהמדינות. המטרה היא **לצנן את התמריצים** להפקיע לטובת פיתוח כלכלי.

המצב בישראל

בישראל מבחינת הצורך הציבורי יש אמירות ויש מציאות. **פס"ד קרסיק** הוא פסק הדין הראשון שנוגע בהפקעות משמעותיות אחרי חקיקת חו"י: כבוה"א וחירותו.

הש' ביניש: "חקיקת חוק היסוד מבטאת את צמצום סמכות ההפקעה למטרה הציבורית שלשמה נועדה. בחוות-הדעת השונות שלהם הצביעו חבריי, כל אחד לפי דרכו, על ההתפתחות שחלה במשך השנים בגישתו של בית-משפט זה ביחס לסמכות ההפקעה ולביקורת השיפוטית עליה. בתמצית ניתן לקבוע כי המסלול שעשתה פסיקתנו מאז ראשית המדינה ועד היום היה מסלול חד-סטרי שהצעיד את בית-המשפט בכיוון אחד: כיוון של התפתחות פרשנית שלפיה הועמד שיקול-הדעת של הרשות בנושא ההפקעות בפני ביקורת שיפוטית על-פי העקרונות הכלליים החלים על הרשות בבואה לפגוע בזכות יסוד."

קריאת כיוון זו של הש' ביניש לכאורה מציבה את ישראל במקום מאוד מתוקן- אנו מדינה שבתי המשפט בביקורת שיפוטית מוודאים את הצורך הציבורי ואת התאמת ההפקעה לצורך הציבורי ואת היות הצורך אכן ציבורי. ואולם, **הסיפור בישראל לגמרי שונה בכל הקשור לצורך ציבורי**.

בג"ץ 180/52 דור נ' שר האוצר בשנות ה-50 הייתה עליה המונית, היה צורך בהמון קרקעות ובבנייה מהירה כי אין דירות לשכן את כל העולים. הפקיעו קרקעות פרטיות לטובת הקמת שכונות מגורים. הסיפור מגיע בפני בג"ץ כשבעלי הקרקע טוענים שאין הצדקה להפקיע קרקע פרטית לטובת הקמת דירות פרטיות לאנשים פרטיים. אם המדינה רוצה שיבנו דירות שתשנה את ייעוד הקרקע והבעלים הפרטיים הם שיבנו את הדירות. ביהמ"ש אומר שאין לו יכולת לעשות ביקורת שיפוטית על החלטת שר האוצר, מרגע שהוא קבע שזה צורך ציבורי אז זה צורך ציבורי.

בג"ץ 114/77 שוורץ נ' שר האוצר פס"ד אתא נ' שוורץ עוסק בסכסוך על מפעל שמפריע. הניצחון הנזיקי הוא של שוורץ בקביעה שהמפעל צריך לפעול לצמצום הנזק. המפעל מבקש הפקעה של הדירה ואז מגיע פס"ד שוורץ נ' שר האוצר. שר האוצר מפעיל את סמכותו ומפקיע את הדירה של שוורץ. שוורץ מערער והסיפור מגיע בפני בג"ץ. ביהמ"ש העליון מצדיק את ההפקעה בנימוק שאינו מתערב, אם שר האוצר קבע הוא בעל הסמכות לקבוע. ביהמ"ש מוסיף שגם אם הוא היה מתערב, הוא היה פוסק להפקעת דירתו של שוורץ. אפשר לראות במניעת האבטלה צורך ציבורי.

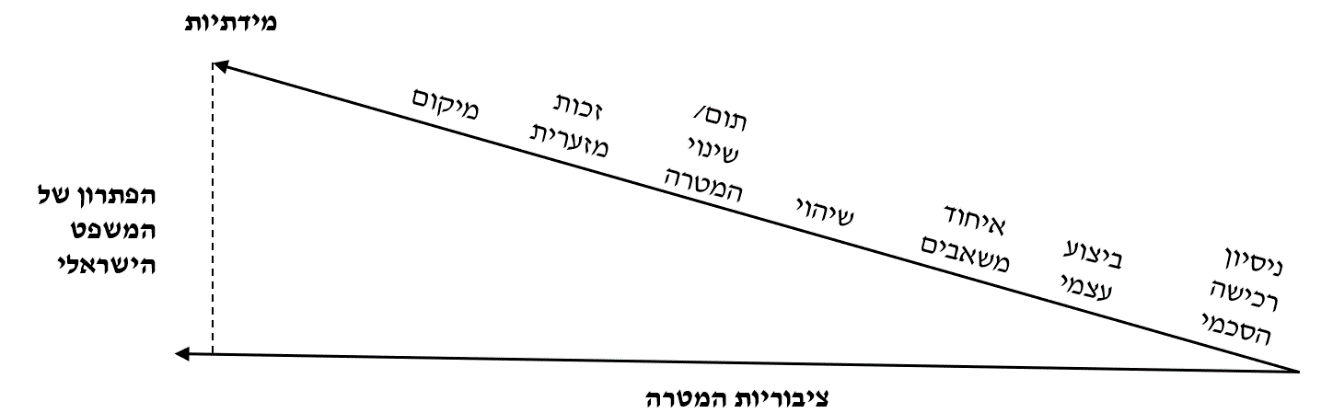
**בג"ץ 3028/94 מהדרין בע"מ נ' שר האוצר** חברת מהדרין היא חברה חקלאית-מסחרית שהיו לה קרקעות רבות, חלקן הופקעו לטובת הקמת נתב"ג 2000. טענתה היא שאין צורך להפקיע לה את הקרקע כי ההפקעה אינה ציבורית. במרכזו של שדה התעופה יש דיוטי-פרי, קניון, מרכז מסחרי לכל דבר ועניין, ולכן אין סיבה שתפקיעו את הקרקע, תנו לנו להקים את הדיוטי-פרי. בקשתה נדחתה. ביהמ"ש חוזר על המנטרה שמרגע ששר האוצר קבע שמדובר בצורך ציבורי, גם אם יש לו אלמנטים/ מאפיינים ציבוריים, ביהמ"ש לא מעביר ביקורת על שר האוצר נוכח הניסוח המפורש. הוא מציין שגם אם הוא היה מעביר ביקורת הוא כן היה רואה בכך צורך ציבורי כדי שלא ייצא מצב שגורם פרטי אחד יכול לתקוע את הפרויקט.

ע"א 4067/07 מחמוד חליל נ' מ"י הפקעת קרקע לטובת שימור שטחים פתוחים בנוף הגליל ונצרת עלית. הקרקע הופקעה כדי שבפועל תשמש לכלום. ביהמ"ש אומר כי אין לו סמכות לערער על החלטת שר האוצר לפיה מדובר בצורך ציבורי**.**

בג"צ 307/82 לוביאניקר נ' שר האוצר **שמגר: "לעניין הצורך הציבורי, שהגדרתו הוזכרה לעיל, מותיר בידי שר האוצר שיקול דעת רחב, כי אמת המידה, אשר באה לידי ביטוי בהגדרתה, הכלולה בסעיף 2 לפקודה, איננה מעוגנת ביסודות אובייקטיבים המצביעים על קיומו של צורך או על אופיו של הצורך כבעל סממן ציבורי,** אלא אישורו של השר בדבר קיומו של צורך ובדבר אופיו הוא שמקנה לו את המעמד של צורך ציבורי. **בשל היקפה הרחב של ההגדרה, המקנה לאישורו של השר מעמד של הכרעה החלטית, שאין כאילו להרהר אחרי, נפתחה בעבר הגישה, לפיה לא יתערב בית-משפט זה בשיקוליו של השר, כאשר קבע מטרה פלונית כצורך ציבורי לצורכי הפקודה הנ"ל".**

מציבוריות המטרה למידתיות ההפקעה

**יש ביקורת על הפקעות אך לא בהקשר של צורך ציבור שבו בתי המשפט לא מתערבים, בשונה מביהמ"ש בארה"ב שמגדיר את היקף התחולה של צורך ציבורי. יש בהחלט ביקורת משפטית על הפקעות בארץ, היא נעשית בכלים של** מידתיות **ולא בכלים של** ציבוריות, **לכן מומלץ לעו"ד להתמקד בנושא של מידתיות. בנושא זה, לא רק שתמיד בתי המשפט עשו ביקורת שיפוטית (גם לפני חוקי היסוד), אלא שכנראה ביקורת המידתיות על הפקעות תלך ותחריף, כי הפקעות צפויות להיות חלק מרכזי בפעילות הקניינית בעשורים הקרובים. שוב, בעילה של מידתיות ולא בעילה של ציבוריות המטרה.**

**איך המידתיות נבדקת? בוחנים את ההפקעה ע"פ שלושת מבחני המידתיות.** ישנם 7 אינדיקציות/ מבחנים שבתי המשפט הבהירו בתיקים שונים שהם מבחינתו אינדיקציות לאי-מידתיות/ מידתיות ההפקעה. **הם אינם המבחנים האפשריים היחידים, אלו המקרים בהם ביהמ"ש התייחס באופן מפורש לסיטואציות הללו.**

1. ניסיון רכישה הסכמי**- הנחיות היועמ"ש. שמגר בהיותו יועמ"ש הוציא הנחיה שקודם להפקעה, הרשות חייבת לנסות לבצע רכישה הסכמית. כלומר, שמגר אומר שלפני הפעלת ההפקעה, יש לנסות לרכוש את הקרקע בצורה מוסכמת. מו"מ כזה לא מנוהל בתנאי שוק, אלא את תנאי ההפקעה בצורה הסכמית. במילים אחרות- צריך להציע. ברמת הרציונל, אם אמרנו שצריך הפקעה כדי להתגבר על כשל שוק, אם אין כשל שוק אין סיבה להפעיל את הכוח השלטוני האגרסיבי של הפקעה, ואפשר לסיים את הסיפור בצורה מוסכמת. כיוון שאיננו רוצים להיכנס לכשלי שוק, לתת יותר כסף לבעלים או לאפשר לו למרוח את הזמן, המו"מ הזה הוא צעד סימבולי יותר מאשר צעד מעשי. זה כולל אלמנט של פיצויים זריזים. הרבה פעמים בעלים מסכימים לכך.**

**מה קורה עם הרשות לא הציעה? רוב הרשויות הכניסו את זה לטפסים אז ההצעה מבחינה פורמלית קיימת. נניח שהרשות לא הציע, הסיכוי שהשופט יבטל את ההפקעה לא גבוה, נדרש שופט מאוד פורמליסט בשביל שייקבע כך. יש לציין שגם אם הפקעה מתבטלת, הרשות יכולה להפקיע מחדש את אותו השטח בהליך נוסף. יכול להיות שהרשויות לא יעשו הפקעה כזו מחדש (או כי הצורך הציבורי כבר התמלא או כי השלטון התחלף, יש שינויים תקציביים, ויש מטרות אחרות שהשלטון החדש רוצה לקדם).**

1. ביצוע עצמי**- הש' דורנר בפס"ד נוסייבה, פס"ד מהדרין. כשאנחנו רוצים לממש צורך ציבורי מסוים, המטרה היא לממש את הצורך הציבורי המסוים. ככל שהבעלים של הקרקע יכול לממש את הצורך הציבורי בקרקע בכוחות עצמו, אין שום סיבה לפעול בצעד האגרסיבי של הפקעה. יש לשנות את הייעוד של המקרקעין (נניח לייעוד של מרכז מסחרי) ומי שיבנה זה הבעלים. ככל שהבעלים יכול לעשות כן, מסיבה כלכלית, אין סיבה שלא לעשות כן.**

בפס"ד מהדרין **זו הייתה הטענה של חברת מהדרין שהציעה שבמקום שהקרקע תופקע וייבנה קניון, היא תבנה אותו. היא חברה מסחרית בעלת יכולות כלכליות לעשות כן. ביהמ"ש דחה את זה בהקשר של מהדרין, לא לגופה של טענה אלא משום שהפרויקט הוא מורכב, ולכן גם אם הוא היה יכול להתערב בהחלטת שר האוצר בעניין הציבוריות, מדובר בפרויקט גדול המכיל אלמנטים ציבוריים חיוניים ולכן הוא לא רוצה להפקיד את מימוש הפרויקט בידיים פרטיות.**

בפס"ד נוסייבה**, משפחת נוסייבה היא משפחה מאוד נחשבת, עשירה ומוכרת ממזרח ירושלים, בעלת נכסים רבים וקרקעות. בשנת 1967 כשישראל משחררת/ כובשת את העיר העתיקה במזרח י-ם, המדינה מחליטה ליזום תכנית מאוד משמעותית שמטרתה לחבר את שני חלקי העיר. זו תכנית מאוד שאפתנית שכוללת בניית מרכזים, שכונות, ואמורה לטשטש את קו התפר וליצור עיר אחת. בשנות ה-70 כשיוזמים את התכנית, למשפחת נוסייבה יש שתי קרקעות בתוך התכנית, באחת תחנת דלק ואחת ריקה. רק את הקרקע הריקה מפקיעים לטובת הקמת מרכז מסחרי. משפחת נוסייבה לא יוצרת קשר עם מוסדות המשפט הישראליים, לא מערערת על ההפקעה, לא דורשת פיצוי ולא מקיימת מגע עם השלטונות. בשנות ה-90 היא מקיימת מגע עם השלטונות ודורשת את הקרקע המופקעת בחזרה, למה? כי במשך 20 שנה לא עשו בקרקע הזו כלום.**

**בדיון הראשון בבג"ץ רוב השופטים קובע על החזרת הקרקע למשפחת נוסייבה כי השופטים מתרשמים שהמטרה הציבורית נזנחה- אין כוונה להקים את המרכז המסחרי שכן עברו מעל 20 שנה. השופטים דב לוין ומצא** מעלים עבור משפחת נוסייבה טענה נוספת של ביצוע עצמי**. המדינה נכשלה לבדוק האם יש אפשרויות מידתיות יותר ובכללן האפשרות שמשפחת נוסייבה היא שתקים את המרכז המסחרי. יודגש כי משפחת נוסייבה לא העלתה טענה לביצוע עצמי אלא השופטים העלו טענה זו. הש' אור טען בדעת מיעוט** שהמטרה לא נזנחה **אלא מדובר במטרה גדולה שלוקחת זמן.**

**פסק הדין קבע שיש להחזיר את הקרקע למשפחת נוסייבה. ואולם, בתחום המקרקעין ובתחום הביטחון קשה למצוא פסקי דין אקטיביסטיים של ביהמ"ש העליון. מאחר והיה ברור שפס"ד זה הוא פס"ד תקדימי במובן שבמידה והוא יאושר הולכים לחזור אלפי, אם לא עשרות אלפי קרקעות לבעלים פלסטיניים שמהם הופקעו קרקעות, היה דנ"א שבו התוצאה מתהפכת:**

**דנ"א נוסייבה הש' גולדברג קובע** שהמטרה הציבורית לא נזנחה **בניגוד לטענת לוין ומצא בסיבוב הראשון. 20 שנים לתוכנית כה גדולה זה לגיטימי ומעיד שהייעוד של המקרקעין עדיין נותר למרכז מסחרי, המטרה לא השתנתה, ולכן ההפקעה נותרת על כנה. הוא מוסיף לגבי הערת הביצוע העצמי שהיא צריכה להיטען ולהיות מוכחת ע"י הבעלים שהוא אכן יכול לעשות כן. סביר שמשפחת נוסייבה הייתה יכולה להוכיח זאת, אך היא לא טענה את זה בזמן אמת. הש' דורנר בדעת מיעוט אומרת** שהאפשרות לביצוע עצמי מעידה על אי-מידתיות**. היכולת של משפחת נוסייבה לממש את המטרה בעצמם מעידה שההפקעה לא מידתית ולכן דין ההפקעה להתבטל. דעת הרוב כאמור** הורתה על הותרת ההפקעה על כנה**. אם האדם בא וטוען ליכולת מימוש עצמי בעצמו הוא בעצם מתחייב להקים. כמו כן, עליו להוכיח שיש ביכולתו לממש את המטרה. הרעיון הוא וככל שהבעלים יכול לממש את המטרה בעצמו והוא מוכיח זאת, אין הצדקה ואין מידתיות בהפקעת הקרקע ממנו.**

1. איחוד משאבים**- תא (י-ם) 3237/01 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' מדינת ישראל- הר חומה. מדובר למעשה בתת-פרק של ביצוע עצמי.**

פס"ד מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' מ"י **עסק בבניית הר חומה בי-ם. בניית הר חומה נעשתה תחת לחץ מדיני מאוד גדול לא לבנות את השכונה. היה חלון זמנים פוליטי-מדיני להקמת השכונה. המדינה נכנסה להליך מהיר, אולם רוב קרקעות השכונה היו בבעלות פרטית של הרבה מאוד בעלים. כשהמדינה הודיעה על כוונתה להפקיע, טענו הבעלים שהם יכולים לממש את המטרה בעצמם. איך? ע"י איחוד כלל המשאבים של כל הבעלים, פעילות מול יזמים וקבלנים והקמת השכונה.**

**ביהמ"ש מקבל את הטענה אך אומר לבעלים שאם הם רוצים להוכיח את יכולתם לעשות כן ולאחד משאבים יש לרשותם 3 חודשים לתהליך איחוד המשאבים. ברור שזה לא זמן שאפשר להגיע בו להסכמה בין מאות בעלי קרקע, והם אכן לא הצליחו. אז ביהמ"ש נותן אור ירוק להמשך ההפקעה.**

**החשיבות של פסק הדין טמונה בכך** שביצוע עצמי לא חייב להיות רק של בעלים בודד **שיכול לממש את המטרה הציבורי. גם אם יש קרקעות של כמה בעלים שונים יש באפשרותם לאחד את המשאבים ולטעון שהם יקדמו ויממשו את המטרה הציבורית ביחד באופן עצמאי. נכון שזה בדר"כ לא עובד אך זו אפשרות לתקוף את מידתיות ההפקעה, אם הוחלט ללכת על הפקעה.**

1. שיהוי**- מקום המדינה, בתי המשפט טוענים פעם אחר פעם שרשויות שמפקיעות קרקע לא יכולות להשתהות עד אין סוף עם המימוש של המטרה הציבורית. זו טענה שעולה אך בפועל הפקעות לא מבוטלות.**

בבג"ץ 174/88 יצחק אמיתי נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה **זה המקרה הראשון שבו מבטלים בפועל הפקעה בגין שיהוי בהתנהלות הרשות. באותו מקרה שינו את ייעוד הקרקע אך עוד לא מימשו את ההפקעה. ביהמ"ש קובע** שהשיהוי מעיד בדיעבד על אי המידתיות בהפקעה **ולכן דינה להתבטל. למשך 26 שנים השאירו את הבעלים עם קרקע שמחד אי אפשר לעשות איתה שום דבר ומאידך הוא גם לא היה זכאי (בהתאם לדין דאז) לפיצוי. ביהמ"ש אומר שנחצה גבול, זה לא מידתי, 26 שנים של חוסר תזוזה הינו חוסר מידתיות בוטה של הרשות. הוא מחייב את הרשות להחזיר את הייעוד בחזרה.**

1. תום/ שינוי המטרה**- במקרה שבו מפקיעים קרקע ובשלב מסוים בתהליך (אחרי ההפקעה/ תו"כ שלבי ההפקעה/ לאחר שימוש בקרקע למטרה מסוימת) המטרה חדלה ואין צורך בקרקע יותר למטרה לשמה הופקעה.**

בפס"ד קרסיק ואח' נ' מ"י **הסיפור הוא מורכב ומבטא מצבים שבהם רשויות מקומיות מפקיעות קרקעות למטרה מסוימת ואחרי כמה שנים אין צורך (לדוגמה הפקעה לצורך בית ספר, אחרי 40 שנה האוכלוסייה מזדקנת ואין תלמידים). קרסיק לא תבעו פיצויים בהפקעה המקורית, השתמשו בקרקע שלהם למשך כ-40 שנים לטובת המטרה הציבורית לשמה הופקעה הקרקע (שטחי אש צבאיים). לאחר 40 שנים אלו, הם מגלים ששטחי האש עוברים לנגב והולכים לבנות בקרקע שכונת מגורים.**

**הש' חשין שואל בפסק הדין- האם הפקעה זה מעשה שמנתק זיקה או מעשה שמשמר זיקה? אם מסתכלים על הפקעה כמעשה שמנתק את זיקת הבעלים מהקרקע, הרשות רוכשת את המקרקעין והבעלים יוצא מהתמונה. נכון שהפקעה היא כפויה אבל בסוף הבעלים כבעלי הקרקע יוצא מהתמונה, מתנתק המקרקע. אם מסתכלים על הפקעה כמעשה משמר זיקה, זה אומר שלמרות שהבעלים נמצא בצד כל זמן שהקרקע משמשת למטרה לשמה הופקעה, אך עדיין הבעלים לא התנתק מהקרקע, הוא מרחף מעל לקרקע, ובתור רשות שמשתמשת בקרקע פרטית לשעבר עליה לזכור שהקרקע אצלנו כי היא הופקעה. חשין שואל מה עושים? הוא תוהה שאין באמת הוראות בחוק האם זה משמר זיקה או מנתק זיקה.** הוא קובע שהדוקטרינה שתחול במשפט הישראלי ביחס להפקעה היא דוקטרינה משמרת זיקה**. יאמר לזכותו שהוא מחולל מהפכה זו בצורה גלויה, בניגוד להרבה מאוד שופטים במשפט הישראלי לאורך השנים. המסקנה של חשין אינה שהמדינה צריכה להחזיר את הקרקע במידה והמטרה הציבורית חדלה. אמירתו היא שכיוון שיש מעל לקרקע שהופקעה בעלים שמרחף כי היא הופקעה ממנו, בעצם** הקרקע הזו היא קרקע שמיועדת לשימושים ציבוריים**. כלומר, אפשר לשנות צורך ציבורי אחד בצורך ציבורי אחר, לא חייב להחזיר את הקרקע לבעלים ואז להפקיע מחדש. ע"פ חשין, הקרקע הזו מופקעת למשטר של "קניין ציבורי", הרשות הציבורית אינה מוסמכת לעשות בקרקע ככל העולה על רוחה, והיא כפופה למשטר של שימושים ציבוריים מסוימים בקרקע. הוא אינו מרחיב איך ומה עושים עם זה.**

**המחוקק הישראלי בחוק לתיקון דיני הרכישה לקח את אמירתו הכללית של חשין על דוקטרינת שימור הזיקה והטמיע אותה בחוק בקביעה העקרונית** שרשות שמפקיעה קרקע ותמה המטרה הציבורית, ברירת המחדל היא השבת הקרקע לבעלים אלא אם כן שר האוצר מחליט לשנות את ייעוד הקרקע למטרה ציבורית אחרת. **שינוי המטרה למטרה ציבורית אחרת אין משמעו שהבעלים מחוץ לתמונה, אלא אומר המחוקק שברירת המחדל שהקרקע תחזור לבעלים (כלומר, יוצע לבעלים לרכוש את הקרקע בחזרה). אם שר האוצר לא רוצה לעשות כן ורוצה לנצל את הקרקע למטרה ציבורית אחרת עליו לעשות מחדש את כל הליך ההפקעה למעט ביטול ההפקעה וההפקעה מחודשת (דהיינו, הבאת הבעלים לשימוע נוסף על המטרה החדשה). כמובן שאינו מקבל פיצוי מחדש, אך הבעלים מוחזר לדיון בפני הוועדה ואז הוא יכול לעלות טענות בדבר אי-מידתיות.**

**מה הדין כיום? אם מתבטלת או משתנה המטרה הציבורית ברירת המחדל היא שיש להשיב את הקרקע לבעלים, שר האוצר יכול להשאיר אצלו את הקרקע, לשנות את ייעודה למטרה ציבורית אחרת (מטרה ציבורית בלבד), בכפוף לכך שהבעלים חוזר לתמונה לשימוע. זה חוסך את תהליך ביטול ההפקעה, החזרת הפיצויים וכו'.**

**מתי הרשות יכולה להשתמש בקרקע לכל מטרה שהיא רוצה? אחרי 25 שנים. אם אחרי 25 שנים בטלה/ הסתיימה המטרה הציבורית, הרשות יכולה להתייחס לקרקע כקרקע פרטית של רשות ולהשתמש בה לא רק לצרכים ציבוריים.**

**מה החשש שבשמו איננו רוצים לאפשר למדינה להתנהל בקרקע כבעליה הפרטיים? נניח שהמדינה מפקיעה קרקע ואחרי 5 שנים נגמרת המטרה הציבורית, יש** חשש משחיתות**- שרשויות יפקיעו קרקעות מאנשים ואחרי שנה-שנתיים יתחיל סחר בקרקעות. 25 שנים זה מספיק זמן כדי שהשלטון ישתנה, שיהיה הבדל באינטרסים של השלטון, זה מספיק זמן כדי להפחית את הכדאיות של שלטון להפקיע קרקע כי 25 שנים הוא יוכל להשתמש לקרקע** לצרכים ציבוריים בלבד**, וכך השלטון לא יהיה מושחת מדיי. הותרת הבעלים בתמונה נועדה להפחית שחיתות.**

**אומצה תפיסתו של חשין על שימור זיקה למשך 25 שנים במהלכם המטרה יכולה להשתנות למטרה ציבורית אחרת בכפוף לשימוע הבעלים. אם לא הרשות יכולה להציע לבעלים לרכוש את הקרקע. במידה והבעלים לא רוצה לרכוש את הקרקע, הרשות הופכת להיות הבעלים של הקרקע באופן מלא.**

**בשנת 2010 נעשה תיקון בפקודת הקרקעות המורה על מועדים בהם הרשות חייבת לפעול כדי להמשיך להחזיק במקרקעין. ע"פ התיקון, מרגע שרשות מפקיעה היא יכולה להתחיל לממש את המטרה הציבורית תוך עד 8 שנים מההפקעה. בנסיבות מיוחדות בהן 8 שנים לא יספיקו להתחלת מימוש המטרה הציבורית, היא יכולה לקבוע מראש שתקופת תחילת הביצוע תהיה בתוך 15 שנים. במידה והרשות לא מתחילה את המימוש תוך 15 שנים- ניתן באופן חריג להאריך את משך הזמן ל-17 שנים סה"כ. על כן, התקופה המקסימלית שניתן להחזיק בקרקע ללא ביצוע המטרה היא 17 שנים. מסיבה זו המקרה של פס"ד אמיתי לא יכול לחזור על עצמו.**

1. זכות מזערית**-** פס"ד אקונס **(מנהרות הכרמל).**  המבחן אומר שע"מ שההפקעה תהיה מידתית הרשות צריכה **לקחת את המינימום הנדרש**. כשדיברנו על ס' 3 לפקודת הקרקעות ראינו את האפשרויות העומדות בפני שר האוצר (הפקעת הבעלות, הפקעת החזקה והשימוש). יש לקחת את המינימום הנדרש כדי לממש את המטרה הציבורית. באופן עקרוני, מבחן זה הוא מבחן קלאסי של מידתיות- לקחת את המינימום הנדרש כדי שמחד ניתן יהיה לממש את המטרה הציבורית ומאידך לפגוע את הפגיעה המינימלית בבעלים. כך לדוגמה, אם לקחנו יותר מהשטח הדרוש, זו טענה שניתן לעלות.
2. **מיקום רלוונטי ומיטבי** (**פס"ד זמר**)- מועצה אזורית זמר כוללת יישובים ערביים ומככבת בדיני ההפקעות, במצב שבו יד נעלמה העבירה את המתווה של כביש 6 מהמועצה האזורית עמק חפר, הסמוכה אליה, לשטחי המועצה האזורית זמר. תוואי הנתיב של כביש 6 היה אמור לעבור במ.א עמק חפר ואחרי כמה חודשים שונה התוואי והוא עובר במ.א זמר. המשמעות היא הפקעת קרקעות לערבים ולא ליהודים. הסבר אחד נגע לקו מים, ביהמ"ש קיבל הסבר זה, וקבע **שכאשר רוצים לממש מטרה ציבורית יש לעשות כן במקום המיטבי, האופטימלי, למימוש המטרה**. לא מפקיעים במקום לא קשור/ מרוחק למקום קבלת השירות. זו אמת מידה נוספת למידתיות שאומרת שכשמבצעים הפקעה לטובת צורך ציבורי יש לוודא שמיקום הקרקע שבחרנו היא אכן המיקום האופטימלי להגשמת המטרה הציבורית.

**החלק השלישי של הגדרת ההפקעה עוסק בפיצוי- "תמורת פיצוי בעל המקרקעין".**

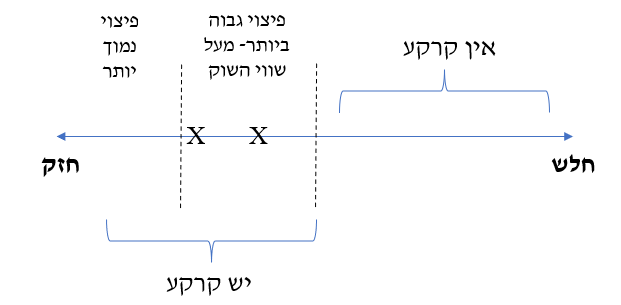
**כשאנו מדברים על פיצוי, באופן עקרוני השאלה הכללית היא מה זה פיצוי הוגן? מה זה פיצוי שמשקף איזושהי תפיסה של צדק כשלוקחים לאדם את המקרקעין? זו שאלה מעניינת, בעיקר בגלל שאין תפיסה אחת של צדק. כשאנו שואלים האם פעולה מסוימת/ פיצוי מסוים/ תגמול מסוים הוא צודק, הוגן, זה תלוי בתפיסת הצדק שאותה אנו מאמצים. בתפיסה** X **התוצאה יכולה להיות צודקת, אבל אם מאמצים תפיסה** Y **אותה התוצאה יכולה להיות לא צודקת.**

מספר תפיסות של צדק

1. צדק מתקן**- ע"מ להשיג תוצאה צודקת יש להשיב את הנפגע למצב בו הוא עמד לפני הפגיעה. בדר"כ תפיסת צדק מתקן היא תפיסה סובייקטיבית (מודדת את הנזק שנגרם לאדם המסוים) ומצד שני היא פועלת רק בפוגע-נפגע, לא מסתכלת על נזקים שלא נגרמו באופן ישיר כתוצאה מאירוע הנזק. נניח שהנזק שנגרם הוא של 10 ₪, אם המזיק שילם לניזוק 10 ₪, מבחינתנו כמערכת משפטית הושג צדק, הגענו למצב שבו העולם חזר למצבו התקין ויש צדק.**
2. צדק חלוקתי**- תפיסה שמערערת אחר הרעיון של צדק מתקן. טענתה המרכזית שלא ניתן להסתפק רק במערכת היחסים המסוימת/ באירוע הנזק המסוים, ולבחון אותו במשקפיים ניטרליות שלא לוקחות בחשבון את כל מה שהוביל וקדם לאירוע עצמו. התפיסה אומרת- אי אפשר לבודד את האירוע המסוים שקרה מהתפיסה הכללית של האדם, מקומו בחברה, המוחלשות שלו ביחס לאחרים, מעמדו הסוציו-אקונומי. כך לדוגמה, אם יש אירוע נזק בין אדם חלש וחזק, ייתכן שהחזק יצטרך להשיב יותר מערך הנזק שהיה עליו להשיב לו לפי הצדק המתקן. נניח תאונת דרכים בין אדם חזק מבחינה כלכלית ואדם חלש מבחינה כלכלית. ערך הנזק 10 ₪. לפי תפיסת הצדק החלוקתי, יש לבדוק את האיזון בין הצדדים, עוולות עבר, וייתכן ונחייב את העשיר לשלם לעני 30 ₪ על אף שערך הנזק 10 ₪ בלבד, בעוד שלפי תפיסת צדק מתקן יש להשיב 10 ₪ ובכך להשיב את המצב לקדמותו.**

**האם במשפט פרטי נכון להכניס תפיסות של צדק חלוקתי?**

קפלו ושובל**, חוקרים מהרווארד, טוענים שאם נחיל צדק חלוקתי במשפט הפרטי ניצור עיוותים. מהו העיוות המרכזי? נחשוב על תאונה בין אדם עשיר לעני. שוקלים כמה כסף העשיר צריך לשלם לעני על התאונה. אם היינו מחילים תפיסת צדק מתקן היה עליו לשלם 10 ₪. אבל עכשיו אנו שוקלים האם העשיר צריך לשלם לעני יותר מ-10 ₪ כי הוא עשיר והוא עני. מעבר לקושי בחישוב** כמה יותר **צריך לשלם, הבעיה עליה מצביעים קפלו ושובל היא** בעיה של יחסיות**. כשיש תפיסה של צדק חלוקתי, כשרוצים לעשות חלוקה מחדש של העושר כדי שתשקף הכרה בצדק או בתפיסה חלוקתית, הטענה של קפלו ושובל היא שאי אפשר לעשות את זה אם אנו תופסים כל אינטראקציה ספציפית ומנתחים את יחסי הכוחות בכל סיטואציה, ולא ממקמים את הסיטואציה בסקאלה הרחבה של המציאות החברתית.** כשמדברים על משפט פרטי מבודדים את המקרה לתקרית מסוימת, ואילו צדק חלוקתי, לטענתם, לא ניתן לעשות בהסתכלות על תקריות מסוימות. **צדק חלוקתי חייב להיות תחת מבט של כל הסקאלה, במקרה הזה של הסטטוס הסוציו-אקונומי.**

****

**אם פותרים סכסוך בין שני אנשים, ששניהם חזקים יחסית אך יש ביניהם פער, ועושים פעילות חברתית, אז עושים פה הטיה. למה? התפיסה החלוקתית אומרת שאמורה להיות תנועה של משאבים כדי לאזן את תנועת המשאבים בחברה. לאזן בין אדם עשיר לאדם עשיר יותר זה אולי איזון נקודתי, אך אינו מביא ולו צעד אחד קרוב יותר לעבר החלשים בחברה.**

**בהפקעות ובמקרקעין זה קיצוני יותר, כי סביר שמי שקרוב לצד החלש בסקאלה בכלל לא נמצא בשוק המקרקעין, אין לו מקרקעין שלו בבעלותו, ורק האנשים הקרובים לצד החזק בסקאלה בעלי מקרקעין בבעלותם. אם נרצה להחיל צדק חלוקתי בהפקעות, מי שיקבל המון כסף, יותר ממחיר השוק הם האנשים שמעל לחציון אך לא הכי חזקים, ומי שיקבל טיפה פחות הם החזקים יותר.** המשחק הוא בין חזקים לחזקים יותר ואילו כל החלשים בכלל מחוץ למשחק**. לטענת קפלו ושובל, ברגע שמשחקים משחק בין החזקים ביותר** זה בטח לא יכול ליצור צדק חלוקתי**. במובן אחר, אנו לא תופסים את מי שאין להם בעדשה ובכך אנו עושים את ההטיה החלוקתית הגדולה ביותר, כי דווקא עליהם הכי צריך להחיל תפיסות חלוקתיות. קבלו ושובל לא טוענים שלא צריך להחיל שיקולים של צדק חלוקתי, צריך אבל לא במשפט הפרטי שבו אנו תופסים כל פעם אינטראקציה בודדת בין גורמים והופכים אותה לשיקולים חלוקתיים. במערכות משפטיות שרואות את כל האוכלוסייה, שיודעת מי החלש ביותר ומי החזק ביותר, ויכולות לקחת יותר מהחזקים ולתת יותר לעשירים ולבצע פעולה חלוקתית בראייה של כולם כן נכון להחיל שיקולים של צדק חלוקתי (הבולטת בהן היא מערכת המס שבה רואים את כלל האוכלוסייה, כמה כל אחד מרוויח, מי צריך יותר ומי צריך פחות. מערכת נוספת היא דיני הרווחה, ביטוח לאומי שיודעת לספק תמונה רחבה על כלל האוכלוסייה). הטענה היא שההתמקדות פר מקרה היא בעייתית כדי ליצור צדק חלוקתי ברמה החברתית הכוללת, וזה מתבטא בצורה חריפה יותר בעניין מקרקעין והפקעות כי חלק מהחברה בכלל לא נכלל בתמונה הזאת.** שיח חלוקתי כשחלק מהותי והחלש ביותר בחברה לא נכלל, יוצר הטיה.

**אם היינו מאמצים תפיסה חלוקתית לא היינו מפצים על הרוב המוחלט של ההפקעות, כי היינו מגיעים למסקנה שסביר שעדיין היו נותרים לבעל המקרקעין יותר ממה שיש לחלשים בחברה. אימוץ תפיסה כזו במשפט הפרטי בכלל ובקניין בפרט זה בעייתי. תפיסה כזו יכולה לעשות הטיה לשיעורי הפיצוי ואף לא לשלם בכלל פיצוי כי יש המון אנשים בחברה שאין להם בכלל קרקע.**

1. **צדק הליכי- אם לוקחים תפיסה זו לאקסטרים היא בעייתית כי משמעותה שמה שחשוב לנו יותר זה שההליך והפרוצדורות יהיו תקינות, דהיינו שהאדם יקבל את יומו בביהמ"ש, יוכל לקבל התראות בזמן, יוכל לקבל הזדמנות לדבר, זכויות שימוע וכיו"ב. ע"פ התפיסה הקיצונית, לא מעניינת התוצאה וגם לא מעניין את האדם/ נאשם/ בעלי המקרקעין מה תהיה התוצאה. ברגע שההליך יהיה מושלם והוא יקבל את זכויותיו ההליכיות, יכבדו אותו ויראו אותו וזה מה שחשוב. התוצאה פחות חשובה. התפיסה הזו מאוד בעייתית, קשה לחשוב על הרבה אנשים שגם אם יתנו להם לדבר ויחליטו החלטה שלא מתאימה להם יאמרו שלא משנה להם התוצאה. הרבה פעמים תפיסה זו מהווה נדבך מסוים בתהליך כולו, כשהיא אומרת שבנוסף לסיפור התוצאתי צריך לעשות צדק בהליך. אם נפגע הצדק בהליך, יכול להיות שיהיה צורך לפצות בגין פגיעה זו או לבטל את ההחלטה. למשל בהפקעות, יש הליך (הודעות שצריך לשלוח לבעל הקרקע, זכות שימוע, כללים לגבי זמנים- תוך כמה זמן אפשר לחזור בך מההפקעה וכו'). כל אלה הן דרישות הליכיות. אם הרשות מקפידה עליהן אז לצורך העניין אפשר לומר שזכויותיו של בעל המקרקעין קוימו. אם הרשות לא מעניקה זכות שימוע/ לא נותנת הודעות בזמנים וכו' אפשר לטעון שאין פה צדק, למרות ששולם סכום כסף מסוים.**
2. **צדק מאחה- תפיסה שמגיעה מהעולם העונשי-פלילי. על תפיסה זו בנויים בתי המשפט הקהילתיים. התפיסה בפלילי אומרת שהמעורבים באירוע הם הקורבן, הנאשם והקהילה. כלומר, לא רק הקורבן והפוגע, אלא גם הקהילה כולה. התפיסה נולדה על בסיס ייאוש מהמערכת הפלילית, מההליך הפלילי (רצידיביזם, קושי לצאת ממעגל הפשע, אין הצלחה גדולה בשיקום ובהרתעה). על רקע זה, עלתה תפיסה אחרת שהציעה צדק מאחה- מושיבים את הקורבן, הפוגע, ונציגי הקהילה, כל אחד נדרש להסביר מה הייתה הפגיעה, מה גרם לו לעשות כן, מה הייתה הפגיעה בקהילה וכו'. בתי המשפט הקהילתיים צומחים בקצב מפתיע. באופן עקרוני, אין ספק שתפיסה זו אומרת- בואו נצא מהמצבים בהם בעל כוח/ סמכות מטיל את הפטיש על הגורם הבעייתי. בדר"כ צדק מאחה לא מגיע לעולם המשפט הפרטי. בהקשר של הפקעות, צדק מאחה עשוי להיות מאוד משמעותי, כי הרבה פעמים ההפקעה של מקרקעין בעצם אומרת לבעלים- אנחנו כקהילה לא רוצים אותך פה/ אנחנו כקהילה יותר רוצים בריכה מאשר שתישאר בקהילה. זו אמירה משמעותית שבמקרים מסוימים בעלת השלכות רגשיות שאפשר וצריך לחשוב עליהן. איך יכול להיות צדק מאחה בהפקעות? זה קשור לעולם הסעדים והפיצוי. יכול להיות שבהפקעות מסוימות נצטרך לבצע את ההליכים של שיתוף הבעלות, הסבר הצורך, עד כמה הצורך חשוב, כמה הקהילה צריכה את אותו צורך ציבורי, כדי להוריד את המתחים ולאפשר את ההתנהלות התקינה.**

הזכרנו ארבע תפיסות של צדק. **תפיסת הצדק שאומצה בדין הישראלי היא צדק מתקן** (גם ע"י בתי המשפט וגם ע"י המחוקק שתרם להבנה זו). זה בניגוד לתפיסה בארה"ב שבה קניין פרטי לא יילקח לשימוש ציבורי ללא שימוש הוגן- מי שקבע את דרישת ההוגנות ואת הפרשנות מה זה הוגן הוא ביהמ"ש העליון האמריקאי (שקבע שפיצוי בגין הפקעה צריך להיות fair market value- מחיר השוק של הנכס). אם מופקעת קרקע בניו-יורק שהייתה שווה 12 מיליון דולר, יש לשלם לבעלים 12 מיליון דולר. השאלה היא, בהנחה ואנו חושבים שביהמ"ש העליון האמריקני הכיר באמת מידה זו לפיצוי, האם זה באמת מבסס צדק? האם כשמשלמים לנפקע את מחיר השוק האם מקבלים תפיסה צודקת, מבחינת תפיסה של צדק מתקן?

ישנם מחירים כלכליים שלא מגולמים/ לא מוצאים ביטוי במחיר השוק:

1. ערכים סובייקטיביים**-**סנטימנטליים **על החזקה בנכס לאורך שנים, גידול הילדים בנכס, קשר מיוחד למקום המגורים כך שמבחינת בעלי הנכס שוויו אינו 12 מיליון דולר אלא 15 מיליון דולר. הבעלים קשורים לנכס ולא רוצים למכור אותו. האם הערכים הסובייקטיביים הסנטימנטליים הללו צריכים להילקח בפיצוי ע"פ תפיסת צדק מתקן? כן, יש לפצות את הבעלים על מה שהוא איבד. ביהמ"ש העליון האמריקני מכיר בכך שמחיר השוק של הנכס לא כולל ערכים סובייקטיביים שצריכים עקרונית להיות מוכרים בפיצוי. ביהמ"ש מחליט על תשלום מחיר השוק ולא אומדן הערכים הסובייקטיביים לאור קושי הערכה, משתי סיבות:**
2. **אם היו שואלים אותי כמה ערך מסוים שווה לי מבחינה סנטימנטלית, לא בטוח שהייתי יודעת לענות.**
3. **הגזמה בערך השווי הסנטימנטלי- אם יבקשו ממני להעריך ייתכן שאעריך ערך זה ביתר.**

**מאמרו של אברהם בל שעוסק בהתמודדות עם הרצון לממש תפיסת צדק מתקן שכולל ערכים סובייקטיביים-סנטימנטליים אך לא לאפשר לבעלי הנכס להגזים/ לשקר ביחס להערכה של אותם ערכים. בארה"ב לא משלמים ארנונה אלא יש תשלום מס שנתי שמחושב ע"פ אחוזים משווי הקרקע. איך אפשר להציע מנגנון כזה? הרשות מציעה את ערך השוק, בעל הקרקע יכול להציע הצעה נגדית שכוללת את השווי הסובייקטיבי להערכתו, ואז הרשות יכולה לבחור אחד משתיים: הרשות תשלם 13 מיליון ₪ ותפקיע את הקרקע או שהרשות תיסוג מההפקעה. מה הרווח? ברגע שנתת הצעה נגדית,** ההצעה הנגדית הופכת להיות השווי של הבית לצרכי מס. **מרגע זה אתה מתחיל לשלם את מס המקרקעין על בסיס ההצעה שנתת ולכן אנשים לא יגזימו, כי מחד הם רוצים שאם הרשות תפקיע יהיה להם יותר, ומאידך הם לא יפריזו כי הם יצטרכו לשלם על זה מס. הפתרון הזה לא פותר את הקונפליקט של הבעלים כיצד להעריך את הערכים הסובייקטיביים הללו, אך זה מספק תמריץ לא להפריז בהערכתם ע"י הבעלים.**

1. ערכים סובייקטיביים-כלכליים**- אם למשל אני מתגוררת באזור שבו מתגוררים ההורים שלי ושל בן זוגי, ובמשך כל השבוע הם שומרים על הילדים שלי עד שעות הערב, כדי שאני ובן הזוג נוכל לפתח את הקריירה שלנו. הם מספקים שירותי שמרטפות בחינם כסבא וסבתא של ילדיי. אם מפקיעים את בית המגורים שלי ואני נאלצת למצוא מקום רחוק יותר שהם לא יוכלו להגיע אליו, לפחות לא בתדירות הקבועה, ואני נאלצת לקחת שירותי שמרטפות בתשלום- זה עולה כסף. הערך שלי לבית המסוים נובע מהמיקום שלו ומהסמיכות שלו למקום עבודה, משפחה, חברים. כשבוחנים את מחיר השוק של הנכס לא לוקחים שיקולים כאלה בחשבון. לומדים על מחיר השוק מעסקאות רצוניות שנעשו במשק- אנשים שמלכתחילה אין להם בהכרח רווח סובייקטיבי כזה. ייתכן שמעכשיו שהפקיעו לי את הכנס אני אצטרך להוסיף תשלומים נוספים שלא אפוצה בגינם, נוספת לי הוצאה (לדוגמה שמרטפות) בלי שאני מפוצה על כך.**
2. ערכים סובייקטיביים**- בלתי רציונליים**- **אחת התגליות הראשונות בכלכלה התנהגותית הייתה הטיה משמעותית של endowment effect (אפקט הבעלות/ הטית הבעלות). הטיה זו מדברת על כך שאדם מייחס יותר ערך כלכלי למשהו שנמצא בבעלותו, ביחס למשהו שלא נמצא בבעלותו. אם יש עט שבבעלותי אני מייחס לו שווי גדול יותר מאשר אם הוא לא היה בבעלותי. איך הגיעו למסקנה הזו? כמו שהגיעו לרוב המסקנות בכלכלה התנהגותית- ע"י מחקרים על סטודנטים. השאלה הגדולה לגבי פיצוי על הפקעה היא האם יש להתייחס לאותם דברים בלתי רציונליים? אין היגיון למתן ערך גבוה יותר כי אני הבעלים. השאלה היא אם צריך לבזבז מכספי הציבור על דברים שאינם רציונליים.**
3. כשלי השוק המדומיין- **בארה"ב משלמים רק מחיר שוק, אין אופציה אחרת, זה הסטנדרט שקבע ביהמ"ש העליון האמריקאי, בין אם הקרקע המופקעת היא באזורים היקרים של ניו-יורק ובין אם באזורים הזולים יותר. אנשים שנמצאים בשכונות שיקום/ שיכונים, ומפקיעים את הקרקע- מפקיעים תמורת מחיר השוק. אין ויכוח על כך שזהו מחיר השוק, אבל אין מה לעשות איתו. וודאי שאי אפשר לרכוש איתו דירה בניו-יורק או מנהטן, ואם תצליח לקנות בתקציב הזה אז כנראה שזה משהו שיעמוד בפני הפקעה בזמן הקרוב. אנו גוזרים על אותם אנשים הומלסיות (חוסר יכולת לרכוש דירה באזור בהם הם רגילים לגור) או חיים של נוודים כל כמה שנים. בישראל אין מדיניות כזו, כבר בשנות ה-60 במסגרת הפרויקט של שיקום שכונות, נקבעה הוראה רחבה שקובעת שאם מפקיעים דירה למישהו שמחזיק בדירה באזור שעומד לשיכון, הוא זכאי לקבל דיור חלוף באותו האזור, ואם אי אפשר באותו האזור זה בכל מקרה לא יהיה באזור המיועד לשיקום בזמן הקרוב. כשמדובר בשכונות עוני שרוצים לקיים התחדשות עירונית, לא זורקים אנשים לרחוב עם שווי השוק הקודם של הנכסים אלא דואגים שהם יוכלו לבוא ולקבל דירה בפרויקט החדש. הרציונל הוא שכאשר לא מדובר בשכונות עוני, הנפקע מקבל שווי שוק על הקרקע ובעזרתו הוא יכול לרכוש דירה אחרת ללא קושי. פיצוי שווי השוק, גם בישראל וגם בארה"ב, הוא פיצוי שווי השוק לפני ההודעה על ההפקעה. ברמה העקרונית, לא מטפלים בישראל בשכונות ישנות בצורה של הפקעות אלא בצורה של פינוי-בינוי באופן פרטי של יזם תחת רגולציה שמבטיחה שהדיירים לא יקבלו סכום כסף זניח אלא יקבלו דירה בפרויקט החדש.**
4. **ערכים כלכליים- הוצאות כלכליות כפויות כגון מתווך, הובלה, שכ"ט עו"ד. לא מפוצים על כך בארה"ב. דבר נוסף שלא מפצים עליו בארה"ב (ובישראל כן) זה** מוניטין**. מיקום הנכס משפיע על הקליינטורה שלו. בארה"ב, למעט בקליפורניה, לא מפצים בכלל על מוניטין- יכול להיות עסק מצליח, הפיצוי יינתן על הקרקע בלבד ולא על ההפסד/ אובדן שנגרע מההפקעה. מדובר בערכים כלכליים שלא מגולמים בפיצוי של שווי השוק.**

הדין הישראלי

בניגוד לדין האמריקאי, בדין הישראלי יש הוראה ברורה של המחוקק איך לקבוע את הפיצוי. בס' 12 לפקודת הקרקעות המחוקק הישראלי קובע **שסטנדרט הפיצוי בישראל הוא מחיר השוק של הנכס.** הוא מוסיף שביהמ"ש צריך להתעלם מהעובדה שהקרקע נרכשה בכפייה- מה זה אומר? הפיצוי בגין פגיעה ברצון של האדם תופס תאוצה בשנים האחרונות.

המחלוקת בדין האמריקאי היא פעמים רבות על הפגיעה באוטונומיה, העובדה שהפקעה נעשית באופן כפוי. המשמעות של קביעה זו ע"י המחוקק היא שלא ניתן לתבוע בגין פגיעה באוטונומיה, בעצם העובדה שלקחתם לי את הקרקע, כי בין היתר זה מהות ההפקעה, טבעה רכישה כפויה של מקרקעין.

**הכלל** בישראל הוא פיצוי בגין מחיר השוק של הנכס. לכלל זה יש **חריגים** בס' 20 לפקודת הקרקעות. פטור של 25% מהפיצוי אם מופקעים עד 25%, אם מופקעים יותר מ-25% צריך לשלם את ההפרש. בהפקעה עד 25% מהמקרקעין- אין צורך לשלם פיצוי לנפקע. בהפקעה של מעל 25% מהמקרקעין- יש לשלם את ההפרש (לדוגמה, אם הופקעו 35% מהמקרקעין צריך לשלם פיצוי רק עבור 10%). זה לא אומר שרשויות לא שילמו את 25%, יש רשויות ויש מקרים בהם שולם עבור כלל הקרקע. אם רשויות מחליטות שהן לא רוצות לשלם את 25% הראשונים, הן יכולות לעשות כן. רשויות עשו שימוש בסעיף זה עד שנת 2010, אז החוק לתיקון דיני הרכישה **ביטל את הפטור, והשאיר אותו רק ביחס למקרה אחד**. כיום, שר האוצר שמפקיע קרקע לא יכול להפחית 25% מהפיצוי אלא במקרה אחד- **אם ההפקעה בוצעה לטובת רשות מקומית**. אם שר האוצר מבצע את ההפקעה לטובת רשות מקומית הוא יכול להשתמש בפטור לטובת הרשות. כך לדוגמה, אם רשות מקומית רוצה להפקיע קרקע לטובת בריכה היא יכולה לבחור אחת משתי דרכים- (1) באופן עצמאי ע"י ועדת התכנון והבניה (2) פניה לשר האוצר שיפקיע. שתי הדרכים הן לגיטימיות. אם התקבלה הבקשה לשר האוצר והוא מפקיע, הוא יכול להשתמש בפטור.

למה השארנו את היכולת להפחית פיצוי רק במקרה של רשויות מקומיות? מה ההיגיון שעומד מאחורי זה?

1. **הצדקה תאורטית**- כאשר מדובר על הפקעה במישור של רשות מקומית זה נוגע לקהילה הקרובה אליי, וככל שזה קרוב אליי יותר ותורם לקהילה שלי יותר היינו יכולים להכיר בהקרבה של בעל מקרקעין כלפי המקרקעין שלו. אולם, לא זו הסיבה שהשאירו את אפשרות מתן הפטור בחוק.
2. **גירעוניות הרשויות המקומיות**- אפשרות ההפחתה לרשויות מקומיות נותרה בחוק מהטעם שרשויות מקומיות הן גירעוניות. אם מפקיעים קרקע לטובת רשות מקומית, שר האוצר דורש מהרשות לשלם את הפיצוי, ומכיוון שמדובר על הפקעה לטובת רשות מקומיות שרובן המוחלט נמצא בגירעון, אנו נותנים להן הנחה. האם זה טוב או לא- נעסוק בכך בהמשך. באופן עקרוני, אנו רוצים שרשויות מקומיות יצליחו לספק לאזרחים שלהן את השירותים. אנו רוצים שגם רשויות חלשות יותר יצליחו לספק לאזרחים שירותים בסיסיים ולפיכך אנו מאפשרים את הפטור כדי שהם יצליחו לספק את זה. אחרת, ההנחה היא שבגין הגירעון, הרשויות לא יוכלו לספק את השירותים.

כיום, כשמפקיעים ע"פ פקודת הקרקעות- צריך לחשוב מה מטרת ההפקעה? לטובת מי מבצעים את ההפקעה?

* אם ההפקעה היא לטובת הרשות, נקודת המוצא היא שאפשר להשתמש בפטור של 25%.
* אם מדובר בהפקעה שאינה לטובת רשות מקומית (נתב"ג, כביש 6, בעלי אופי כללי יותר) אי אפשר להפחית פיצוי אם ההפקעה מבוצעת מכוח פקודת הקרקעות.

**בהפקעה מכוח פקודת הקרקעות, אי אפשר להפחית מהפיצוי אלא אם מדובר בהפקעה לטובת רשות מקומית.** בשיעור הבא נדבר על הפקעה מכוח חוק התכנון והבניה, גם שם אפשר להפחית פיצוי.

אם מופיע במבחן- צריך לבחון מה מטרת ההפקעה, לטובת מי מבצעים את ההפקעה, מכוח מה ההפקעה.

הכלל של פקודת הקרקעות הוא שיש לשלם **פיצוי של מחיר שוק מלא**. החריג עד שנת 2010 היה שרשות יכולה להפחית עד 25%. משנת 2010 חריג זה במובנו הרחב בוטל בחוק לתיקון דיני הרכישה. נותר חריג שאומר שאם ההפקעה מבוצעת מכוח פקודת הקרקעות לטובת רשויות מקומיות כן ניתן להפחית מהפיצוי.

ס' 22(ג) לפקודת הקרקעות קובע שלמרות הוראות ס' (א),(ב) בדבר הפחתת הפיצוי, אם שר האוצר נוכח שנגרם סבל מיוחד לנפקעים הוא יכול להשלים את הפיצוי ל-100% במידה והופחתו 25%. הסעיף הוא רחב כי הוא מאפשר לשר האוצר להוסיף פיצויים. הוא נתפס באופן עקרוני כסעיף שמאפשר לו להשלים את 25% שהופחתו.

הפקעה מכוח חוק התכנון והבנייה

**הגבלת סמכות ההפקעה- הפחתת שוויה של יתרת המגרש**

ס' 190 לחוק התכנון והבניה כולל הוראה מעניינת, שמצד אחד מסתמכת על פקודת הקרקעות, ומצד שני נותנת הוראה שונה מעט. ס' 190(א)(1) לחוק קובע שמותר להפחית 40% משווי השוק של החלקה. סיפא הסעיף קובע **הגנת יתרת החלקה**. אם יש חלקה, אי אפשר להפקיע חלק ממנה אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש (הכוונה לשווי של יתרת המגרש שנותרת אצל הבעלים, שאינו צריך לפחות, והשאלה היא לפחות ממה). מה התנאי פה בעצם?

הפרשנות שבתי משפט נתנו להגנת יתרת החלקה-ככל שאפשר לעשות **שימוש סביר ביתרת החלקה** זה מספיק, לא משנה אם השתנה השווי של יתרת החלקה. ההגנה תחול רק במקרים בהם לא ניתן לנצל באופן סביר את יתרת הקרקע ולא ניתן לפצות את בעלי הקרקע על הפגיעה בשוויה של יתרת הקרקע. במצב כזה- או שתפקיעו הכל או שלא תפקיעו כלל.

הגדלת חריג ההפחתה עד 40%- **ע"א 474/83 הלכת חממי**

הלכה משמעותית בכל הנוגע לפיצוי בדיני ההפקעות. ההלכה קבעה שבהפקעות ע"פ חוק התכנון והבניה בעיקר, יש הליך דו-שלבי. ההלכה מגיעה כניסיון לפתור מבוי סתום שנמצאו בו בעלי מקרקעין (כמו פס"ד אמיתי). **הלכת חממי קובעת שאפשר להסתכל על ההליך של ההפקעה ע"פ חוק התכנון והבניה כהליך דו-שלבי.** השלב הראשון- השלב התכנוני (ס' 197). השלב השני- השלב הקנייני, הפקעה (ס' 190). למה זה פותר את הקושי בפס"ד אמיתי? אם אנחנו מכירים בחלוקה בין שני שלבים, אנו למעשה מאפשרים לבעלים לתבוע פיצוי כבר בשלב התכנוני. למה?

ס' 197 לחוק התכנון והבנייה מאפשר לכל מי שיש לו זכות במקרקעין לתבוע פיצוי על פגיעה שנגרמת למקרקעין שלו כתוצאה מאישור של תכנית. אם מאשרים תכנית והיא מטילה מגבלות על המקרקעין שלך או לחלופין משנה את הייעוד שלהם והם כבר לא משמשים לייעוד שהם שימשו לו קודם, אפשר לתבוע פיצוי ע"פ ס' 197. בס' 197 אין הפחתה של 40% מהפיצוי. אם מוכחת הפגיעה שנגרמה, מקבלים 100% מהפיצוי. הבעיה עם ס' 197 היא שסעיף זה קובע בצורה מפורשת שהפגיעה היא מתוכנית שלא בדרך של הפקעה. כשאני משנה את המקרקעין לייעוד ציבורי, אז ברור שזה חלק מהליך של הפקעה. ביהמ"ש העליון בפס"ד חממי אומר שעד כה הסתכלנו על התכנית כחלק מהליך אחד של הפקעה ובגלל זה הבעלים נקלעו למצב שהם תקועים עם מקרקעין ולא מקבלים פיצוי. בהלכת חממי מפצלים את התכנית- יש הליך תכנוני לרבות תוכניות שמשנות את ייעוד המקרקעין למוסדות ציבור, כשברור שהייעוד הוא ציבורי. לפי הלכת חממי- גם במצב כזה אנו מאפשרים לבעלים לתבוע פיצוי ע"פ ס' 197. במקרה של פס"ד אמיתי, אם היה אחרי הלכת חממי, אחרי אישור התכנית אמיתי היה תובע לפי ס' 197 את כל ירידת הערך של המקרקעין שלו שנגרמה כתוצאה משינוי הייעוד לקרקע בייעוד ציבורי, והוא היה מקבל פיצוי כבר בשלב זה. מבחינה שמאית, בדר"כ כשמייעדים קרקע למוסד ציבורי, הקרקע שווה כמעט 0. קרקע שהייתה מקודם בייעוד חקלאי/ לבנייה/ למסחר וכו' בעלת שווי שוקי, מרגע שאנו מייעדים אותה לצורך ציבורי, השווי שלה פוחת לכמעט 0. כשמשנים קרקע לייעוד ציבורי המשמעות היא שאין לה ערך שוקי/ יש לה ערך שוקי נמוך מאוד. רוב מוחלט של הכסף שהקרקע שווה ניתן לתבוע לפי ס' 197 מרגע שמאושרת התכנית. ואז לצורך העניין כבר שמנו בכיס 90-100% מהסכום. מה נשאר כשמפקיעים את המקרקעין? הפיצוי הנותר, שממנו ניתן להפחית 40%. זו המשמעות של הלכת חממי. (בניגוד ל-25%, הפיצוי לא בוטל לחלוטין אבל פחת באופן משמעותי).

הלכת חממי לא נועדה לדבר על 40%, אלא באה כדי לפטור פלונטר כמו במקרה אמיתי. אם עניין אמיתי היה מוכרע אחרי הלכת חממי, הוא היה יכול לקחת את רוב הסכום בתביעה ע"פ ס' 197 ומכאן כבר פחות מעניין מתי העירייה מקדמת את הקרקע. מרגע שהוכרע שמדובר בהליך דו-שלבי, הבעלים יותר רגוע מבחינה כלכלית כי הוא מקבל את רוב הכסף בהתחלה. ההשלכה של זה על הפחתת 40% היא דרמטית, כי מרגע שאפשר להוציא את רוב הכסף מכוח ס' 197 שבו אין הפחתות/ פטור, אז הבעלים בעצם חשוף חשיפה קטנה יותר להפחתה. המעבר מהשלב הראשון לשלב השני הוא בשלב ההפקעה. אם ההפקעה מבוצעת במקביל לאישור התכנית, עדיין אפשר יהיה להפחית 40%, לרוב זה לא קורה.

התוצאה היא שבחוק התכנון והבניה, מצד אחד ההפחתה היא דרמטית (40%) ומצד שני מבחינה מעשית היא פחות דרקונית. הרציונל הוא לטובת הבעלים.

הבעיה הגדולה עם ההליך הדו-שלבי, שברור שנועד לטובת הבעלים, היא אם הבעלים לא תובע ע"פ ס' 197. **ההתיישנות ע"פ ס' 197 היא 3 שנים ולא 7 שנים**. אם הבעלים לא תבע לפי ס' 197 בזמן, הבעלים ייאבד 90-100% משווי הקרקע. ברגע שהחלטנו שמסתכלים על זה בתור שני הליכים, אם ישנת על הזכויות ולא תבעת לפי ס' 197, בזמן ההפקעה הקרקע כבר שווה 0. ייאמר לזכותו של ביהמ"ש, שהפיקציה שהוא יצר לגבי הפיצול לשני הליכים ובכך הניסיון להטיב עם הבעלים, הוא שומר עליה מלהיות פיקציה מוחלטת- משקיבלנו החלטה זו אנו נאמנים לה גם אם הבעלים מפסיד.

למה להפחית פיצוי? פס"ד פייצר- רציונל ההשבחה

**בפס"ד פייצר** ביהמ"ש עונה לשאלה זו וקובע שהרציונל הוא **ההשבחה ליתרת החלקה** (וכך נמנע כפל פיצוי/ פיצוי ביתר). ע"פ ביהמ"ש, אדם שמפקיעים לו קרקע, הקרקע שנשארת אצלו מושבחת כתוצאה מהעובדה שימומש צורך ציבורי בקרקע שהופקעה. הופקעו 50% מהקרקע לטובת הקמת בית ספר 🡨 קרקע ברחוב עם בית ספר שווה יותר.

הבעיה הראשונה בפס"ד פייצר היא שההכשר להפחית פיצוי בטענת ההשבחה שנגרמת ליתרת החלקה לבעלים, זה שמדובר גם על מקרים בהם כל הקרקע נלקחה (אין יתרת חלקה). מעבר לכך, הרציונל של השבחה כהצדקה להפחתת פיצוי לא נבדק מעולם מבחינה שמאית. מדובר בהצדקה כללית של השבחה. נניח שהקרקע הייתה שווה 100, הפקיעו חצי ובנו בו מועדון, והחצי שלך שווה עכשיו 70 ולא 50. לכן, מאפשרים לרשויות להפחית פיצוי.

הבעיות העיקריות עם רציונל ההשבחה:

1. מאפשרים להפחית פיצוי גם כשאין יתרת חלקה כי הקרקע מופקעת בשלמותה.
2. לא בודקים מבחינה עובדתית האם יתרת החלקה שנותרה לבעלים הושבחה (כך לדוגמה, יש הבדל אם נבנית בריכה ליד הבית שלי או מתקן שפכים). משתמשים ברציונל באופן כללי כדי לאפשר, כשרוצים, הפחתה.

ומה קורה כשאין השבחה?

מאוחר יותר מגיע **פס"ד הולצמן** שבו הייתה קרקע שהופקעה בשלמותה (100%) והטענה הייתה- אם הרציונל הוא השבחה, לא ייתכן שמפחיתים את הפיצוי. במקרה שבו אין יתרת חלקה אין מחלוקת שאין אפשרות, ולו תיאורטית, שתהיה השבחה. ביהמ"ש משתכנע שבמקרים בהם הקרקע מופקעת בשלמותה- אין הפחתה. **אם הקרקע מופקעת במלואה 🡨 אין השבחה 🡨 אין להפחית פיצוי.**

מה קורה אם כן נותרת יתרת חלקה בידי הבעלים אבל בפועל אין השבחה (הבעלים יכול להוכיח עובדתית שאין השבחה ליתרת החלקה)? יש יתרת חלקה אך אין השבחה. האם במצב כזה, ומאחר והרציונל הוא השבחה, האם אנו מאפשרים הפחתה של פיצוי או לא?

**בפס"ד רוטמן**, שעוסק בפקודת הדרכים ומסילות הברזל (שכבר לא בתוקף) שכללה הוראות זהות לאלו של פקודת הקרקעות (אפשרה להפחית 25%, אפשרה לשר התחבורה להשלים את הפיצוי במקרה של סבל מיוחד). כשאנו עוסקים בשאלה זו לגבי מצב שבו נותרת יתרת חלקה בידי הבעלים אך אינה מושבחת, הסיפור מגיע לביהמ"ש בפס"ד רוטמן, שקובע **שסמכות הרשות של שר האוצר להשלים את הפיצוי ל-100% (הסמכות הרחבה שראינו) במצב שבו אין השבחה ליתרת החלקה הופכת להיות סמכות חובה**. במילים אחרות, כשאין השבחה ליתרת החלקה, לפי פקודת הדרכים ומסילות הברזל אי אפשר להפחית מהפיצוי ויש לשלם 100%. כאמור, מאז שנת 2010 פקודה זו אינה בתוקף.

באותה שאלה עוסק **פס"ד מסרי** בחוק התכנון והבניה. יתרת החלקה שנותרה אצל הבעלים לא מושבחת כתוצאה מההפקעה. ס' 190(א)(2) לחוק התכנון והבניה קובע ששר הפנים באישור שר האוצר יכול להשלים את הפיצוי ל-100%). הציפייה הייתה שביהמ"ש יאמר גם כאן שאם אין השבחה יש לשלם 100% מהפיצוי. ביהמ"ש לא עושה כן, 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**. ביהמ"ש מותיר שיקול דעת לשר הפנים, גם במקרה בו אין השבחה. נעשית הבחנה בין צורך קהילתי- אז תותר הפחתה של הפיצוי גם אם אין השבחה, לבין צורך כללי-לאומי- אז לא תותר הפחתה של הפיצוי אם אין השבחה.

ביהמ"ש נותן 3 טעמים מדוע למרות שאין השבחה עדין אפשר להפחית פיצוי:

1. פגיעה מינורית במקרקעין.
2. פגיעה מבוזרת שלא משפיעה רק על אדם אחד.
3. ההפקעה הינה לצורך קהילתי.

כלומר, **ביהמ"ש משנה את הרציונל**. במשך שנים, חוקרים בדיני הקניין טענו שהפחתת הפיצוי לא נובעת מהשבחה. כלומר, הסיבה להפחתת הפיצוי לא קשורה לנושא ההשבחה, אלא קשורה לנושא המחויבות של בעל המקרקעין כלפי הקהילה שלו. האמירה בהקשר זה הייתה שככל שדנים בקהילה הקרובה לבעל המקרקעין, המחויבויות של בעל המקרקעין כלפיו גדולות יותר. ככל שמדובר בקהילות רחבות יותר המחויבות נמוכה יותר. חלק רחב מהספרות בתחום ההפקעות תלתה את נושא הפחתת הפיצוי לא בהשבחה אלא **במחויבות**, ובכך הבחינה בין שני צרכים ציבוריים- בין **צורך ציבורי שהוא צורך קהילתי** (צרכנייה/ בית כנסת/ בריכה ביישוב) שמשרת את האוכלוסייה הקרובה גיאוגרפית לבעל המקרקעין, לבין **צרכים ציבוריים בעלי אופי כללי-לאומי** (כביש 6, נתב"ג). בתי המשפט די התעלמו מטיעון זה עד פס"ד מסרי. בפס"ד מסרי ביהמ"ש קובע- ככל שמדובר בצורך קהילתי במובן שמשרת את הקהילה המקומית של בעל המקרקעין, אפשר להפחית פיצוי גם אם אין השבחה. ככל שמדובר בצורך כללי, אם אין השבחה אי אפשר יהיה להפחית פיצוי.

**סיכום**

* לפי פקודת הדרכים ומסילות הברזל- אם אין השבחה, יש לתת פיצוי של 100%.
* לפי חוק התכנון והבניה- אם יתרת החלקה לא הושבחה לא חייבים להשלים, אלא יש שיקול דעת לשר הפנים אם להשלים או לא (עדיין אפשר להפחית את הפיצוי גם אם אין השבחה ליתרת החלקה).
* לפי פקודת הקרקעות- במקרה בו יתרת החלקה לא הושבחה אין עדיין הכרעה עדיין אם יש לשלם 100% או שיש שיקול דעת.
* טיעון להכרעה לפי פס"ד רוטמן- אם ההסדר בפקודת הדרכים ומסילות הברזל זהה לפקודת הקרקעות, נשמע שביהמ"ש צריך ללמוד מההסדר שהיה בפקודת הדרכים ומסילות הברזל- ולא לאפשר הפחתה.
* טיעון להכרעה לפי פס"ד מסרי- מותר להפחית פיצוי מכוח פקודת הקרקעות רק כשההפקעה לטובת רשות מקומית. המקרים שניתן בהם להפחית פיצוי הם מקרים די זהים למקרים של חוק התכנון והבניה, יותר מאשר פקודת הדרכים ומסילות הברזל. אם אנו רוצים לעשות הבחנה בין צורך מקומי-קהילתי לצורך כללי, סיפור ההפחתה רלוונטי רק למקרים קהילתיים במסגרת הרשות הקהילתית ולכן זה דומה יותר לפס"ד מסרי, ויש לאפשר הפחתה.

**למה בכלל צריך לשלם פיצוי? 3 הצדקות:**

1. **הצדקת ההוגנות**- בשביל להיות הוגנים כחברה, אם אנו לוקחים ממישהו אנו צריכים לתת לו. אין היגיון לקחת ממישהו ולא לשפות אותו ולהחזירו למצב הקודם אין סיבה שהחברה כולה תהנה מבריכת שחייה, כאשר רק אדם אחד נשא על גבו את הנטל הקהילתי.
2. **הצדקת היעילות**- המושג 'אשליה פיסקלית' אומר שרשויות לא מפנימות את כל העלויות של הפעילויות שלה. אחת ההצדקות הגדולות לפיצוי הוא הסיפור של חשש מפני קריסה לאשליה פיסקלית. אם רשויות לא יצטרכו לשלם פיצוי לבעלים, הן יחשבו שמימוש הצורך הציבורי מאוד זול, כי מורידים את עלות הקרקע, ואז יקרה מצב שבו הרשויות יפקיעו קרקעות רבות, לאו דווקא קרקעות יעילות, מבלי לחשוב על ההשלכות, כי זה זול- יש רק עלות בניה, מימוש המטרה ולא עלות עבור הקרקע. החשש מאשליה פיסקלית מהווה הצדקה לפיצוי בכלל ולפיצוי מלא מצד הרשויות. במחקר ישראלי מסוים נטען שגם אם החוק לא יכלול חובה לשלם פיצוי רשויות לא יפלו לאשליה פיסקלית כי אנו רואים שרשויות מקבלות פטור ולא מנצלות אותו.
3. **חשש מפני עיוותים והשחתה פוליטית**- כיוון שהרשויות הן בעלות הכוח החשש הוא מ"פרצה קוראת לגנב" אם לא היה צריך לפצות, הדברים היו נעשים בצורה קלה ומתחת לרדאר, ללא שיופיעו ברישומים ויקראו לביקורת. החשש הוא שאם לא יצטרכו לפצות תהיה שחיתות גדולה.

סיכום

**פקודת הקרקעות**- הכלל = אין להפחית פיצוי. החריג = בהפקעות לטובת רשויות מקומיות ניתן להפחית עד 25%.

**חוק התכנון והבניה**- שלב א' = תביעה לפי ס' 197 על הפגיעה במקרקעין. שלב ב' = תביעת פיצויי הפקעה. הכלל = ככל שיתרת הקרקע לא נפגעת ניתן להפחית 40%. שלב ג' = ככל שיתרת הקרקע נפגעת יש להעניק פיצויי "סבל" בכפוף לחריגים. ע"פ חוק התכנון והבניה קשה להגיע להפחתה של 40%, בדר"כ בשלב הראשון אפשר לתבוע לפי ס' 197 ורק מהיתרה ניתן להפחית את הפיצוי.

מה קורה כשיתרת החלקה הנותרת בידי הבעלים לא מושבחת? ע"פ פקודת המסילות- יש תשובה, ע"פ חוק התכנון והבניה- יש תשובה אחרת, ע"פ פקודת הקרקעות- אין תשובה. מצד אחד הניסוח של פקודת הקרקעות זהה לניסוח פקודת מסילות הברזל ומצד שני סוג הקרקעות שבגינן ניתן להפקיע לפי פקודת הקרקעות דומה לחוק התכנון והבניה (צורך קהילתי).

**פיצוי בעין**

למרות שהכלל הוא פיצוי כספי לפי מחיר השוק, ישנם מצבים בהם החוק מאפשר/ קובע כברירת מחדל דווקא פיצוי בזכויות אחרות (פיצוי בעין). אחת הדוגמאות הבולטות נמצא בחוק שקדם לחוק פינוי-בינוי הנוכחי: ס' 39(א) לחוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, תשכ"ה, קובע: "מחזיק הגר במקרקעין מופקעים או שיש לו בהם עסק לא יידרש לפנותם אלא אם הוצע לו דיור חלוף באותו אזור או אזור אחר או שיש לו דיור כאמור; ובלבד שלא יהיה הדיור החלוף באזור המיועד לשיקום בעתיד הנראה לעין".

זו הוראה מתקדמת בהיבט הדאגה לאנשים- נותנת לכל מחזיק את הזכות לקבל דיור חלוף. מדובר באנשים שנמצאים ומחזיקים בדירה/ בעסק או במקום מסוים. כשכתוב "כל מחזיק" זה **כולל גם מחזיק שלא כדין** כמו פולש או מסיג גבול. זו הודעה רחבה שנועדה לאפשר לקדם את החקיקה ולמנוע מחאה מצד דיירי אותם שכונות מתוך הבנה שאותם אנשים שגרו באותם שכונות שעמדו לפני שיקום, לא הוסדרו כל זכויותיהם. היו אנשים שגרו שנים בדירות מסוימות ולא הוסדרו כל זכויותיהם, ולכן קבעו אמירה/ זכות כזו רחבה. הכוונה היא לתת דיור חלוף במקום שניתן לגור בו ולא מקום שיצריך לעבור כל כמה שנים.

הסיפא נועדה להתמודד עם מה שהאמריקאים לא מתמודדים איתו- מצבים שבהם אתה מקבל סכום כסף שיאפשר לך לרכוש דירה אבל למעשה זה מאפשר לך לרכוש דירה רק באזורים שיעברו בהמשך שיקום גם כן.

דוגמה נוספת מעשית ושכיחה יותר היא ס' 194 לחוק התכנון והבנייה שקובע "בהליכי הפקעה מכוח פרק זה לא יפונה **בית מגורים** שנועד בתכנית להריסה אלא לאחר שהועמד שיכון חלוף סביר למי שהיה דר בבית **מכוח זכות שבדין או זכות שביושר** במועד פרסום ההודעה על הכוונה לרכוש את המקרקעין, או, אם רצה הדייר בכך, לאחר ששולמו לו או לזכותו פיצויים כדי השגת שיכון חלוף סביר."

הסעיף כאמור עוסק במצב שבו ההפקעה מכוח חוק התכנון והבניה מפקיעה בית מגורים (לא נכס מסחרי/ להשקעה/ שדה/ חלקה אלא בית מגורים ממש). כשמפקיעים בית מגורים, הסעיף קובע שלא יפונה בית מגורים אלא לאחר שהועמד שיכון חלוף למי שהיה דר בבית מכוח זכות שבדין (ולא לכל מי שהחזיק בבית בדוגמה הקודמת). זו **דוגמה למעמד גבוה יותר שמקבל בית מגורים ביחס לבית להשקעה**. אם הדייר לא מעוניין בדיור החלופי, הוא זכאי לסכום כסף שיאפשר דיור סביר, ולכן ייתכן שהוא יקבל יותר כסף ממחיר השוק של הנכס כי לא בוחנים מה היה לו אלא מה כעת הוא צריך לרכוש, ולכן בדר"כ הסכום יהיה גבוה יותר. אפשר לקשר את זה לתיאוריית האישיות. אם שאלה כזו מופיעה במבחן כשאלת מדיניות היה צריך לדון בתיאוריה זו.

חוק יישום תכנית ההתנתקות

**היה מדובר בהפקעה, אולם למתיישבים בגוש קטיף לא היו זכויות קנייניות. מדינת ישראל לא החילה מעולם את החוק באיו"ש ובעזה, ולכן אין להם זכויות קנייניות. כן יש להם זכויות של רישיון במקרקעין. גורמים מסוימים במדינה נתנו במובן מסוים רישיון. גופים מדיניים שונים פעלו בסתירה. החטיבה להתיישבות פעלה בניגוד לדירקטיבה של המדינה ושל צה"ל. המדינה הייתה חייבת לחוקק חוק ייעודי לפיצוי אותם מתיישבים מאחר והמתיישבים אינם בעלי זכות קניינית. החוק התייחס כאילו מדובר בהפקעה, אך גם כלל מספר הוראות ייחודיות: מתן פיצוי לבית, מתן פיצוי לעסקים. הפיצויים היו גבוהים יותר משתכננה המדינה (15 מיליארד ₪ במקום 2-3) שנובע מהערכת חסר גדולה של הרשויות וגם בגלל מערכת המשפט, ובכללם ביהמ"ש העליון. נוסף לבית ולעסק היו מנגנוני פיצוי נוספים ייחודיים לעניין ההתנקות, שבאו לתת פיצוי על אובדן ההשתייכות הקהילתית:**

1. פרמיה בגין ותק**- המדינה רצתה לתת רק למי שמעל גיל 18, בהמשך הורידו לגיל 3, ביהמ"ש חייב לתת מגיל 0. כל אדם שגר באחד היישובים בגוש קטיף קיבל סכום מסוים עבור כל שנת מגורים בשטח המפונה. ביהמ"ש מסביר שיש פיצוי לבית, לעסק ו לאדם- משהאדם מאבד זיקות חברתיות וקהילתיות נגרמת לו פגיעה קשה. כל שנה שאדם נמצא בקהילה מסוימת מחזקת את ההשתייכות שלו וכן את הפגיעה. מדובר בפיצוי שבכל מקרה אחר של הפקעה הנפקע לא מקבל.**
2. העתקה קהילתית**- פחומובסקי וזיגלמן חיברו מאמר על עיירה בארה"ב שבה היה צריך להחליט מה נשאר (מפעל מזהם, היה צריך להחליט אם סוגרים את המפעל או מעבירים את אנשי העיירה, לא היה מדובר בהפקעה כי הצורך היה פרטי ולא ציבורי, החברה שהפעילה את המפעל החליטה לקנות את כל בתי העיירה ולפנות באופן פרטי את כל אנשי העיירה). מחברי המאמר מצאו שבשלב מסוים אנשים התחילו למכור את הדירות במחיר נמוך ממחיר השוק, העיקר למכור. הם מסיקים מכך שאנשים הבינו בשלב מסוים שהקהילה שלהם התפוררה, כבר אין טעם להמשיך לגור בעיירה הזו כי עברנו נקודת סף מסוימת של התפוררות קהילתית. ברגע שהם הבינו את זה הם רצו למכור כדי לצאת משם. ומכאן מסיקים על** החשיבות שאנשים מייחסים להשתייכות לקהילה**. אם המדינה גורמת למצב שבו היא פוגעת בקהילה היא צריכה לשלם יותר כי בנוסף לאובדן הבית, העסק וכו', מאבדים גם את הקהילה. בסיפור של ההתנקות המדינה החליטה לתת אפשרות** לסעד של העתקה קהילתית**, בנוסף לפרמיה בגין ותק. המשמעות של האפשרות הזו היא שקהילה שנפגעת יכולה לקום מחדש מחוץ לשטח המפונה והמדינה תתמוך ותסייע לה. החוק נוסח באופן גרוע ובהתאם גם תוצאותיו היו גרועות. המחוקק שקבע שכל 20 אנשים שמפונים מאותו שטח, ללא קשר לזיקה משותפת, יכולים לתבוע הקמה של יישוב חדש. המדינה הבינה בשלב מסוים את הטעות שהחוק פותח וקבע שאי אפשר לעמוד בכך. זה** מהווה ביטוי נוסף לחוסר בהגדרת קהילה**. מדובר על העתקת היישוב, ע"פ אותו הסדר הקודם של הדירות**. יש לכך משמעות כלכלית מאוד גדולה. מרגע שהבינו שעלות הדבר מאוד גדולה וכל 20 אנשים יכולים לתבוע הקמה של יישוב זה נפסק.

ההתנתקות הייתה נטילה שלטונית ייחודית. יש לקחת בחשבון שהסעדים עליהם למדנו (פיצוי כספי ופיצויי ייחודי של דיור חלוף עבור בית מגורים) אינם אולטימטיביים. יש ביקורות רבות וטענות האם זה כולל את כל רכיבי הפיצוי והאם זה מביא לתוצאה צודקת. במקרים שאנו חושבים שלא, המדינה יכולה לעשות מאמץ ולהוסיף רכיבים נוספים לפיצוי.

התיישנות

בתביעה לפי ס' 197 לחוק התכנון והבניה משך ההתיישנות שלוש שנים. אם התחלנו את הליך ההפקעה באמצעות הליך תכנוני יש שלוש שנים לתבוע על החלק המשמעותי של ירידת שווי הקרקע. כמה זמן יש לתבוע את פיצויי ההפקעה? שאלה זו עלתה באחד מפסקי הדין המשמעותיים בדיני הפקעות- **פס"ד ארידור**. פסק הדין עוסק במצב שבו הפקיעו קרקע בשנת 1962 ובשנת 2002 הוגשה תביעה לפיצוי ההפקעה, בחלוף 40 שנה ממועד ההפקעה. השאלה היא האם אפשר לאחר 40 שנה לתבוע פיצוי. מעניין בפסק הדין שכולם מסכימים שחוק ההתיישנות חל על תביעות לפיצויי ההפקעה, לא מצאו ניסיונות להאריך את התקופה/ להפחיתה. כולם הסכימו שחוק ההתיישנות חל על הפקעות, אך זה לא פותר את הבעיה לגבי השאלה מתי מתחילה תקופת ההתיישנות. ס' 6 לחוק ההתיישנות קובע: "תקופת ההתיישנות מתחילה ביום שבו נולדה עילת התובענה". ולכן עולה השאלה- **מתי נולדת עילת התובענה בדיני הפקעות?**

ביהמ"ש נחלק לשלוש דעות שונות:

**הש' חשין** מאמץ תפיסה רחבה לטובת הבעלים וקובע שנולדת עילת התובענה רק מרגע שהרשות מסרבת לשלם פיצוי. אם הרשות לא מסרבת והבעלים לא דרש פיצוי, שני הצדדים ניתקו מגע מבלי להתייחס לשאלת הפיצוי, בעצם עדיין לא נולדה עילת התובענה. גם אם חלפו 150 שנה מהיום שבו הופקעו המקרקעין, כל זמן שהרשות לא סירבה לתשלום פיצוי **(ובדר"כ פשוט כל צד מנתק מגע) ולא ניתן סירוב לשלם את הפיצוי- עדיין הבעלים יכול לתבוע את הפיצוי כי לא נולדה עילת תובענה. לפי חשין,** נולדת עילת תובענה כשהרשות מסרבת למתן פיצוי וניתן להגיש תביעה תוך 7 שנים מהסירוב. **זה פירוש מרחיב ופותח פתח לתביעות פיצויים לאחר שנים רבות. לפי תפיסה זו, הבעלים תמיד יכול להתניע את הסירוב- לשלוח הודעה לרשות ומשסורבה תקום לו עילה, גם לאחר שנים.**

הש' גרוניס **הלך בכיוון מצמצם יותר וקבע** שעילת התובענה נולדת ברגע שהרשות תופסת חזקה במקרקעין. **אמרנו שהפקעה יכולה לקרות בכמה תהליכים- הליך תכנוני ומשפטי ובשלב מסוים הרשות צריכה לתפוס חזקה במקרקעין- להודיע לבעלים שמיום** X **הם תופסים חזקה ממקרקעין ועליו להתפנות. לפי גרוניס, עילת התובענה לפיצויים נולדת מרגע שהרשות תופסת חזקה במקרקעין.**

**בפס"ד אמיתי לא הייתה עילה לתבוע פיצויים כי ההליך הדו-שלבי לא היה קיים ולא ניתן היה לתבוע לפי ס' 197, ולא הייתה עילה לתובענה כי מעולם לא תפסו חזקה במקרקעין אלא רק שינו את הייעוד- הוא לא יכול היה לעשות שום דבר במקרקעין ולא לתבוע פיצוי.**

**יודגש- אם לא נולדה עילת התובענה לא ניתן לתבוע. לפי גרוניס, רק מרגע שהרשות תופסת חזקה הבעלים יכול להתחיל לתבוע פיצוי, וכל זמן שהרשות לא תפסה חזקה הבעלים לא יכול לתבוע. זה משפיע על עילת התביעה.**

הש' ארבל **מבטאת גישת ביניים לפיה** נולדת עילת התובענה מרגע שמומשה המטרה הציבורית. **הפקענו מקרקעין, תפסנו חזקה, אבל כל זמן שלא מימשנו את המטרה הציבורית. מימוש המטרה הציבורית כשלעצמו על כלל תהליכי המכרזים, הזכייה במכרז, הבנייה ועד סיום הבנייה זה הליך ארוך זמן, והמשמעות היא שכל הזמן הזה הבעלים לא יכול לתבוע פיצוי.**

ולכן כאמור, להבדל בין הדעות יש נפקות לזמן שבו לבעלים עומדת עילה לתביעה.

**לאחר מכן התקיים** דנ"א ארידור **שבו השאלה הוכרעה לפי שיטתו של** גרוניס **שהיא מצמצמת אך גם ברורה- מרגע שהרשות תופסת חזקה במקרקעין יש 7 שנים בהן אפשר לתבוע פיצויי הפקעה. העילה נולדת מרגע שתופסים חזקה במקרקעין ולכן אפשר לתבוע פיצוי. הוחלט שהתיקים שעמדו באותה עת יכולים לתבוע תוך עד 3 שנים והייתה הצפה של תביעות אז.**

הגנת הבעלות והחזקה

חוסר פעילות מיידי יכול לייצר בעיות רבות ולכן יש להכיר את מערכת דינים זו של הגנת הבעלות והחזקה ולדעת שמצד אחד יש מערכת משפט וכללים משפטיים (מי צודק) ואפשר לנסות לנהל משפטים על מי זכאי להחזיק במקרקעין. הרבה פעמים המשפטים לוקחים הרבה זמן וגורמים נזק גדול לאותם אנשים שלא פעלו בצורה ראויה בזמנים מוגדרים כפי שנראה.

באופן עקרוני יש ארבעה סוגים של דמויות/ גורמים שמופיעים:

1. **הבעלים**.
2. **המחזיק**- לא חייב להיות מי שמחזיק בנכס. יכול להיות בעלים ומי שמחזיק מטעמו שהוא שוכר, הוא סתם מחזיק שקיבל רישיון במקרקעין, אדם שיש לו זכות כלשהיא להחזיק. מי שיושב בפועל במקרקעין הוא מחזיק. אם לא כתוב "מחזיק כדין" ההחזקה יכולה להיות כדין או לא (כמו פולש שמבחינה עובדתית מחזיק כרגע במקרקעין) ולכן גם מחזיק במקרים מסוימים יכול להיות מסיג גבול. אין הכרח שמחזיק הוא מחזיק כדין, יכול להיות שהוא תפס את המקרקעין.
3. **מסיג גבול**.
4. **בעל זכות להחזיק**- הוא לא מחזיק בפועל אבל יש לו זכות להחזיק, לדוגמה אדם שחתם על חוזה שכירות אך עדיין לא נכנס לדירה ולא מחזיק בפועל בנכס.

נעסוק בסעיפים שעוסקים בחזקה ובהגנה על חזקה במקרקעין. יודגש שנושא החזקה יותר משמעותי במיטלטלין, זה יתבטא כשנדבר על תחרויות במיטלטלין. מיטלטלין מטיבם הם נכסים שניתן לתפוס אותם. לחזקה או לתפיסה שלהם יש הרבה יותר משמעות משפטית מאשר במקרקעין. למשל, בעוד שבמקרקעין הזכות לבעלות מתגבשת בעת רישום בטאבו, במיטלטלין ברירת המחדל היא שהבעלות מתגבשת במסירה- מספיק שאדם הופך להיות בעל החזקה בנכס כדי לבסס את הבעלות שלו. זו ברירת המחדל והיא כוללת תנאים. הרעיון של לתפוס משהו ולהחזיק בו, בין מקרקעין ובין מיטלטלין, זה רעיון שתמיד קיבל התייחסות בספרות הקניינית ובמשפט.

**למה לתת לחזקה יחס מיוחד?** הרי חזקה כשלעצמה לא מבטאת בהכרח בעלות בנכס, היא גם לא בהכרח מבטאת איזה שהיא זכות בנכס. בהחלט ייתכן שמדובר במחזיק, פולש, שנכנס למקרקעין ומחזיק בו כרגע, או בשוכר שסיים את השכירות ולא מוכן להתפנות ומחזיק שלא כדין במקרקעין. עדיין אנו נותנים משמעות דווקא לחזקה הזו, למרות שאנו יודעים שהיא עשויה להיות שלא כדין. והשאלה היא למה, מה ההיגיון לתת משמעות לחזקה? הסיבות לפי **ויסמן**:

1. **שמירה על הסדר הציבורי**- מתן משמעות ציבורית לחזקה ולעובדה שאדם יושב בו, כי במובנים מסוימים זה שימור המצב הקיים, לא להרשות לכל אדם לערער או להוציא בכוח אדם שיושב. אם לא ניתן משמעות לחזקה של האדם בנכסיו, ונאפשר לכל אדם שטוען שהוא הבעלים לנסות להוציא את האדם מהקרקע או להוציא מהאדם את המיטלטלין בכוח, אנו מערערים על הסדר הציבורי ויהיו הרבה מקרים בהם אנשים שלאו דווקא בעלי זכויות בעצמם יבצעו פעולות כנגד אחרים. אם נותנים כוח למוסד החזקה, ונותנים לכך משמעות משפטית, זה שומר על הסדר הציבורי ומפחית את המצבים שבהם אנשים פרטיים ינסו להוציא אנשים משטחיהם/ ינסו להוציא נכסים מאנשים. אם יש טענה כנגד מי שמחזיק/ תופס בשטח אפשר ללכת לביהמ"ש, אבל זה לא יהווה סעד עצמי. לפי ויסמן, מתן משמעות משפטית לחזקה מצריכה לברר את הדברים באופן סדור בביהמ"ש.

**ביקורת**- זה טיעון שלא לגמרי מתאים למערכת שבה אנו פועלים. אנו פועלים במערכת של משפט פרטי, כשאנו מנסים לקבוע את מערכת הזכאויות של הצדדים, המשפט הפרטי לא צריך להיות האמון על הסדר הציבורי. לא ניתן כוח משפטי לפעולה מסוימת אם אנו חושבים שאינה רלוונטית למערכת היחסים בין אדם אחד לאחר במשפט הפרטי. אם אנו רוצים להסדיר סדר ציבורי זה באמצעות משפט ציבורי ופלילי ולא באמצעות המשפט הפרטי. משפט פרטי נועד במובנו העקרוני לנהל את מערכות היחסים בין פרטים. ככזה, הוא לא יבנה מעמד לחזקה לדוגמה אם אין הצדקה במשפט הפרטי לעשות כן, אם המטרה היא לשמור סדר ציבורי. אנו בונים פה מעמד לאדם שלא אמור להיות לו מעמד לפי כללי המשפט הפרטי, רק משיקולים של שמירה על סדר הציבורי, וזה משהו שהמשפט הפרטי לא צריך לעשות (אפשר לשלב שיקולי מדיניות אך לא לבנות מוסד שלם, בהנחה וזה הרעיון).

1. **יעילות בהגנה על נכסים**- יש יעילות בגיבוש מוסד החזקה בהגנה על נכסים מכיוון שזה נותן לנו מבנה לאיך דברים צריכים להתנהל. בעלי נכסי מיטלטלין, אם אנו מקימים מוסד של חזקה, יודעים איך לשמור על הנכסים שלהם, יודעים לשמור על הנכסים בידיים שלהם כתנאי לקבלת הגנה בעתיד. אם אתה רוצה לקבל הגנה על הנכסים שלך יש כאן מנגנון פשוט של שמירה עליהם אצלך, לא לפזר אותם ולא לגרום לתאונות משפטיות. **חזקה מאפשרת מנגנון יעיל למנוע תאונות משפטיות,** מצבים בהם אנשים ייכנסו לשטחך/ ייקחו לך מיטלטלין ואז נתהה מי זכאי ונצטרך לפתור בעלויות של מערכת ובעלויות של אחד הצדדים. אם אין לחזקה שום משמעות, חסר לנו כלי או אינדיקציה כדי לאפשר לנו לדעת מי הבעלים. החזקה מאפשרת לנו מנגנון קל יחסית שאנשים שהם בעלי מקרקעין יכולים לשמר את הנכסים בידיהם, ובעיקר יכולים למנוע תאונות משפטיות אחרות (קצת במובן של מונע הנזק הזול- יש פתרון זול וקל למנוע תאונות משפטיות).

**ביקורת**- האם זה רלוונטי למצב השוק הקיים כיום? נלמד בהמשך על סוגי משאבים שונים, למשל על זכויות, שזה משאב שיש בו זכויות קניין אך אינו מוחשי שניתן לתפוס ביד. בהרבה מקרים הכלכלה שלנו משתנה והופכת להיות מבוססת על זכויות ופחות נכסים מוחשיים, וכך רוב הון, ונשאלת השאלה האם מוסד החזקה עדיין כל כך משמעותי ברמת היעילות של הגנה על נכסים. הוא בוודאי יעיל לגבי נכסים מוחשיים.

1. **הטלת נטלים על התובע**- חזקה אינה דבר רצוי מבחינה מהותית, אלא רצוי מבחינה ראייתית. החזקה מספקת סיוע ראייתי לשייכות של המחזיק למקרקעין. לא כאן הוכרע הדיון, אבל זה נותן צורך למי שתובע את הבעלות במשאב להוכיח, מטיל עליו את הנטל. אין לחזקה משמעות מהותית אבל יש לה משמעות ראייתית- מי שרוצה להוציא מהידיים של אחר את הנכס/ הקרקע הוא זה שצריך להוכיח שהוא צודק (המוציא מחברו עליו הראיה).
2. **לעודד שימוש בנכסים פנויים**- במהלך המחאה החברתית בשנת 2011 הרבה אנשים פלשו לדירות ריקות שרצו לעשות שימוש יעיל בנכסים שלא נעשה בהם שימוש יעיל. ברמת הרציונל, יש הרבה שטחים, דירות, נכסים שאינם בשימוש. באופן עקרוני אפשר לומר שהבעלים הוא הבעלים, אם הוא בחר לא להשתמש בנכסים אז לא ישתמשו בהם. טיעון בעד חזקה הוא מתן מעמד לחזקה כתמריץ לאנשים לעשות פעולה בשטחים לא שלהם, אבל הפעולה משיאה את הרווחה המצרפית ולכן זה יעיל בתפיסה שלנו. אם עכשיו יש שדות/ שטחים גדולים לא מנוצלים, ואדם יפלוש ויזרע שם ויפיק מזה תועלת כלכלית, לנו כחברה מבחינה תועלתנית ברור שעדיף שמישהו ינצל את היכולות הכלכליות של הקרקע ושלא תעמוד ריקה רק כי יש בעלים. האם זה מתמרץ לפלוש? כן, אבל זה מה שהתועלתנים היו רוצים. מי שמאמץ תפיסות תועלתניות יכול להגיע לתוצאות שעל פניו לפי תפיסות אחרות לא נראות הגיוניות. יש בזה היגיון מסוים, אם נחשוב על בעלים שרוכש קרקע ולא עושה איתה כלום, ובמדינות בעולם יש מחסור של מזון, לא היינו רוצים לתת לקבוצה מסוימת של בעלים להחריץ את העולם כי הם לא רוצים להשמיש את הקרקע. ייתכן שזה גורר אפקטים מצננים שדווקא יפגעו ברווחה המצרפית.

בחלק גדול מהמדינות בעולם קיימת **'חזקה נוגדת'/ 'התיישנות רוכשת'** לביטוי מצבים שבהם יש בעלים לקרקע, אדם אחר פלש לקרקע ופעל בהם במשך הרבה מאוד זמן. בשיטות משפט מסוימות לרבות אנגליה וארה"ב, אחרי כמה וכמה שנים, המחזיק שפלש הופך להיות הבעלים, מעביר את הבעלות אליו. למה? בין היתר מטענה זו. זה קיים גם בישראל עוד מהדין התורכי. מצבים בהם אנשים מחזיקים ומעבדים את הקרקע הרבה שנים, ורק מכוח זה הבעלות יכולה לעבור. בישראל זה מצומצם יותר ותקף במקרים בודדים בלבד, במדינות האחרות זה קיים בצורה חזקה יותר אפילו למשך זמן של 5-10 שנים. זה נותן מעמד לחזקה, לעובדה שאני מחזיק בקרקע. חלק גדול מההסברים היא סיבת **היעילות**- יעיל שהקרקעות יהיו מנוצלות. בעלים שלא מנצל את הקרקע שלו/ לא בודק את הבעלים כדי להוציא את הפולש במשך תקופה ארוכה מעיד שיעיל יותר שהקרקע תהיה בידיים אחרות. כשנדבר על דרכי רכישת בעלות- זו אחת מהדרכים (לא באמצעות עסקה/ ירושה/ מתנה אלא באמצעות התיישנות רוכשת).

אחרי שהכרנו את השחקנים ואת הסיבות למתן משמעות לחזקה, נדבר על הסעיפים עצמם.

ס' 15 לחוק קובע "בסימן זה, "מחזיק"- בין שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידיו ובין שהשליטה הישירה בהם היא בידי אדם המחזיק מטעמו."

ס' 16 קובע "בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין". על פניו סעיף פשוט, בעלים או מחזיק כדין יכול לבוא לפולש ולתבוע אותו בפניה לביהמ"ש (זכאי לדרוש קרי זכאי להגיש תביעת סילוק). אין אפשרות לסעד עצמי/ הפעלת כוח.

ס' 17 קובע "המחזיק במקרקעין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות לכך שיימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה לשימוש במקרקעין ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזאת." לא רק המחזיק כדין אלא גם מי שמחזיק שלא כדין במקרקעין, קרי אדם שפלש למקרקעין. אדם שמחזיק במקרקעין, כדין או שלא, יכול לדרוש מכל מסיג גבול או פולש אחר להימנע מלהפריע לו ולהימנע מלהיכנס למקרקעין, למרות שהמחזיק עצמו לא בהכרח מחזיק כדין ועדיין המשפט נותן לו זכות. ביהמ"ש נותן זכות לפולש הראשון כנגד הפולש השני (שכל היתרון שלו הוא שנכנס מוקדם יותר למקרקעין) והוא יקבל סעד. זה מלמד על מתן משמעות לחזקה עצמה שמקבלת ביטוי גם כשההחזקה שלא כדין.

סעד עצמי

סעד עצמי הוא בעייתי, זו אמירה של מתן סמכויות אכיפה וביצוע לאנשים פרטיים ללא בקרה בזמן אמת. מתן סמכות לביצוע פעולות לרבות הפעלת כוח ע"י אנשים פרטיים ללא פיקוח בזמן אמת. זה דבר בעייתי מאוד. אף שיטה, כולל ליברטריאנית, לא טוענת שהמדינה לא אחראית על הסדר הציבורי והביטחון. המדינה היא זו שאמורה לנהל את פתרון הסכסוכים בין פרטים, ובסעד עצמי מוותרים על הכוח הזה ונותנים לאנשים פרטיים להסיג את המטרה שלהם. לדוגמה, אני מפעיל כוח להוציא מסיג גבול, האם מותר לי לעשות כן? ואם כן- באילו תנאים? מה מידת הכוח שמותר להפעיל? כשמאפשרים סעד עצמי, בירור בדיעבד של הפעלת הכוח היא בעייתית ויכולה להיות בעלת משמעות כבדה.

אז מה ההצדקה והסיבה שכמעט כל מערכות המשפט בעולם לרבות ישראל נותנים אפשרות לסעד עצמי? נותנים אפשרות להגיב בצורה מהירה שנעשה מעשה שפוגע בריבונות שלהם, ע"י שימוש בכוח? למה אנו נותנים סעד עצמי?

1. **מענה לאופי אנושי**- **פס"ד אזואלוס** (פס"ד פלילי) מקרה שבו אדם רואה את אשתו עם המאהב והוא יורה והורג אותו, והוא מוריד בטענת הקינטור מעבירת רצח לעבירת הריגה. ההלכה הזו בסופו של דבר נותנת ביטוי לתפיסה אנושית, שאומרת- אנו בני אדם, יש דברים שמרעישים אותנו, יש דברים שיהיה קשה לנו כבני אדם להתמודד איתם מבלי להגיב, ולכן כשמדברים על סעד עצמי, המקומות שבהם ניתן לבצע סעד עצמי הם אותם מקומות בהם בני האדם לא יוכלו שלא להגיב. כשאנו משחררים את הרצועה זה כי אנו לא רוצים להפליל התנהגות אנושית ברורה מאליה, וברור לנו שאם אדם ינסה לקחת את הסלולרי שלך או להיכנס לשטח שלך כנראה תפעיל מידה מסוימת של כוח באותה הרגע. אם לא נאפשר סעד עצמי ונפליל כל מקרה כזה כי תקפת את מי שלקח לך, זה לפעול בניגוד לטבע האנושי. מערכת משפט שרוצה שיכבדו אותה ושלאנשים יהיה אמון בה ויפעלו ע"פ הכללים, צריכה לתת מקום לטבע האנושי. קו הגבול הוא בעייתי.
2. **חלופה מעשית במקרים מסוימים (בעיקר מיטלטלין)**- אם מישהו ייקח לי את הסלולרי ולא נוכל להפעיל סעד עצמי של לתפוס את היד ולהשיב את הסלולרי, לא ייצא מזה שום דבר טוב בקשר לסלולרי והוא לא ישוב לבעליו כי פספסנו את המומנטום המסוים שבו היה אפשר לנסות לתפוס את הגנב/ למנוע את הפגיעה בבעלות.
3. **כלל קנייני לעומת כלל אחריות**- סיבה תיאורטית שמדברת על כלל קנייני לעומת כלל של אחריות. יש מאמר מפורסם וקנוני בתחום המשפט- מאמר של **קלברזי** המלמד על שלושה סוגים של כללים במשפט:
4. כלל קנייני.
5. כלל של אחריות.
6. כלל של אי עבירות.

ההבדל בין כלל קנייני לכלל של אחריות- כלל קנייני אומר שככל שהבעלות/ הזכות מוגנת לכלל קנייני, נותנים לה הגנה קניינית, אז אי אפשר לפגוע בזכות הזו ללא הסכמה של בעל הזכות. אם יש נכס מסוים והמשטר שקבענו ביחס לבעלות הוא כלל קנייני המשמעות היא שאף אחד לא יכול לקחת את הנכס בלי הסכמתי. לעומת הכלל הקנייני, יש כלל של אחריות, שאומר- אדם אחר יוכל לקחת את הנכס שלי תמורת תשלום פיצוי. ההבדל הוא בין כלל קנייני שלא מאפשר לקיחה תמורת פיצוי, לא מאפשר הכרעה של מישהו אחר על מה יהיה לי ביד (נכס או פיצוי). בקניין ראינו שאפשר לקחת למישהו נכס ולשלם פיצוי, ומנגד, לא ע"י אדם פרטי, ולכן הכללים די מעורבבים. כשאנו מאפשרים סעד עצמי, מאפשרים לאדם להגיב ולאכוף באופן פרטי את זכותו לקניין, אנו נוטים לכלל קנייני ולא לכלל של אחריות, כי לפי כלל של אחריות אדם לא יכול להגיב בעצמו, הוא צריך את מערכת אכיפת החוק, ולקבל פיצוי, הוא לא יכול להתעקש שהנכס יישאר אצלו. לפי כללים קניינים, אדם יכול להתעקש שהנכס יישאר אצלו ולכן אנו מאפשרים לו מידה מסוימת של סעד עצמי.

לכן, הכלל הוא שמאפשרים סעד עצמי, אבל עד גבול מסוים. **הכלל- סעד ראוי, אך ראוי לצמצם.**

ס' 18(ב) קובע "תפס אדם את המקרקעין שלא כדין רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים ימים מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהם".

עד עכשיו ראינו מצבים שבהם אם מישהו נכנס למקרקעין שלי אני יכול לפנות לביהמ"ש ולבקש שיוציאו אותו. ס' 18(ב) מדבר על סעד עצמי, מצב שבו אם אדם תופס את המקרקעין שלי וזיהיתי את התפיסה הלא חוקית בתוך 30 יום מיום התפיסה, אני יכול להפעיל כוח במידה סבירה כדי להוציא אותו מהמקרקעין. עיקר הקושי נוגע לתיבה "כוח במידה סבירה". בתי המשפט מצמצמים מאוד את ההרשאה להפעלה של סעד עצמי. הצמצום מתבטא בשלושה מישורים:

1. הפעלת הסעד העצמי ע"י הבעלים בלבד- תאגיד למשל לא יכול להפעיל סעד עצמי, גם לא אנשים מטעם, אלא רק אותו בעלים.
2. תקופת זמן מוגבלת ל-30 יום מיום התפיסה- תקופת זמן מצומצמת.
3. כוח במידה סבירה- נכון שאפשר להשתמש בכוח שלך, אבל הכוונה היא שאפשר להזמין משטרה תוך 30 יום בלי צורך בצו/ פס"ד של בימ"ש כדי להוציא את הפולש מהקרקע.

ס' 18(א) קובע "המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין". אדם שרואה כרגע אנשים שמסיגים את הגבול שלו, רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע את הסגת הגבול. כשמדברים על זכות בדיני הקניין ובדיני המקרקעין יש לכך התאמות בדיני הנזיקין כי עשויים לגרום נזק לפולש שנכנס אליך לקרקע ובדין העונשי (פרשת שי דרומי). למשל ההתאמות שנעשות כדי לאפשר את ס' 18(א),(ב) מתבטאות בס' 24 לפקנ"ז:

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטיתמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

האמירה בס' 18 שאפשר לפנות תוך 30 יום ולהדוף הסגה מקבלת תרגום לדיני הנזיקין. דוגמה נוספת היא עילת הסגת גבול במקרקעין במסגרת פקודת הנזיקין (ס' 29-32 לפקנ"ז) שמאפשר להגיש תובענה כספית על הסגת גבול.

ס' 189 לחוק העונשין קובע "הנכנס למקרקעין בדרך אלימה כדי להחזיק בהם, בין שהאלימות היא בהפעלת כוח למעשה נגד אדם אחר ובין שהיא באיומים או בפריצה או בכינוס אנשים במספר בלתי רגיל, דינו - מאסר שלוש שנים, אף אם הוא זכאי להיכנס לאותם מקרקעין, זולת אם המקרקעין היו שלו אבל מוחזקים בידי עובד או שלוחו." כלומר, מי שנכנס בצורה אלימה, גם אם היה זכאי להיכנס אליהם, דינו מאסר שלוש שנים.

ס' 190 לחוק העונשין קובע "האוחז, ללא אבק זכות, מקרקעין של אדם הזכאי להחזיק אותם על פי דין, ועלול בכך להביא לידי הפרת השלום או לחשש סביר של הפרת השלום, דינו - מאסר שלוש שנים."

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטיס' 447 לחוק העונשין קובע:

כל החוקים הללו הם תרגום זכותו של הבעלים/ המחזיק כדין כנגד אנשים שנכנסים למקרקעין שלא כדין.

תיקון שי דרומי- ס' 34י1 לחוק העונשין:

**הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר (תיקון מס' 98) תשס"ח-2008**

34י1. (א)  לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף מי שמתפרץ או נכנס לבית המגורים, בית העסק או המשק החקלאי המגודר, שלו או של זולתו, בכוונה לבצע עבירה, או מי שמנסה להתפרץ או להיכנס כאמור.

          (ב)  הוראת סעיף קטן (א) לא תחול אם –

(1)   המעשה לא היה סביר בעליל, בנסיבות העניין, לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס;

(2)   האדם הביא בהתנהגותו הפסולה להתפרצות או לכניסה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.

          (ג)   לעניין סעיף זה, "משק חקלאי" – לרבות שטח מרעה ושטח המשמש לאחסון ציוד וכלי רכב במשק חקלאי.

התיקון נועד לתת מענה לצורך של אנשים להגיב/ להרתיע במצבים בהם יש פלישות, גניבות, פגיעה בחקלאים או בחוות. זה הסדר קיצוני על אף שברור שהיה צריך לתת איזה שהוא מענה.

הצמצומים המתוארים מביאים לס' 19 לחוק המקרקעין "מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כאמור בסעיף 18(ב) **חייב להחזירם למחזיק**; אולם אין בהוראה זו כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לדון בזכויות שני הצדדים בעת ובעונה אחת, ורשאי בית המשפט להסדיר את ההחזקה, ככל שייראה לו צודק ובתנאים שימצא לנכון, עד להכרעה בזכויותיהם".

מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כאמור בסעיף 18(ב) = בדר"כ זה יהיה מחזיק או בעלים שהפעיל כוח במידה לא סבירה/ פעל ביום 31 ואילך חייב להחזירם למחזיק (לפולש). אם הפולש תובע להחזיר לו את הקרקע כי הבעלים/ המחזיק כדין פעל בהתאם שלא לפי ס' 18(ב), קרי לפי ס' 19, ביהמ"ש יכול להסדיר את הזכויות ולקבוע מי יישב שם.

מה קורה אם המקרקעין שייכים לציבור? ס' 4(א) לחוק מקרקעי ציבור קובע "תפס אדם מקרקעי ציבור, ושוכנע הממונה, לאחר שעיין בדין וחשבון בכתב מאת פקח שביקר במקום ועל סמך מסמכים לענין הזכויות במקרקעי הציבור ולאחר שנתן לתופס הזדמנות לטעון את טענותיו לפניו, כי תפיסתם היתה שלא כדין, רשאי הממונה, בתוך שישה חודשים מיום שהתברר לו כי התפיסה היתה שלא כדין, ולא יאוחר משלושים ושישה חודשים מיום התפיסה, לתת צו בחתימת ידו, הדורש מהתופס לסלק את ידו ממקרקעי הציבור ולפנותם, כפי שקבע בצו ועד למועד שקבע בו (להלן – מועד הסילוק והפינוי), ובלבד שהמועד האמור לא יקדם מתום שלושים ימים מיום מסירת הצו."

לא מדובר בהסכם של 30 יום אלא לפחות חצי שנה, גם פה יש סעד עצמי שהמדינה עושה ללא פנייה לביהמ"ש אאלא באמצעות צו מהממונה, ע"פ הצו מפנים. נשים לב שאין פה סעד עצמי במובן שאסור לפקיד של קק"ל לדוגמה לבוא ולהפעיל כוח כנגד מישהו, זה חייב להיות בצורה מסודרת של צו.

הרעיון של ההרחבה היא כדי להגן על מקרקעי ציבור ולמנוע פלישות אליהם. בניגוד למקרקעין פרטיים שנותנים סעד עצמי מצומצם, פה נותנים סעד רחב יותר כדי להגן על מקרקעי ציבור, בין היתר בגלל שהמדינה לא יכולה להיות בכל מקום בכל רגע, בכל מקרקעין שלה, ולכן אנו מאפשרים זמן ארוך ומשמעותי יותר להתמודד עם זה.

דרכי רכישת זכות קניינית

שלושה סוגים של משאבים:

1. מקרקעין- קרקע.
2. מיטלטלין- כל דבר שאינו קרקע וניתן לתפוס אותו באופן מוחשי.
3. זכויות- מה שלא ניתן לתפוס, לרוב מדובר על חובות (חוב שיש לי אצל אדם אחר ואני יכול להמחות אותו לצד שלישי).

**נוזיק** אומר שיש לקבוע כללים משפטיים שקובעים איך בן אדם רוכש קניין. אילו דרכים אנחנו מכירים לרכישת זכות קניינית?

1. **ירושה**- מאז ומעולם, כבר בתנ"ך יש עיסוק בדיני ירושה. ירושה היא אחת הדרכים שאנשים רוכשים קניין, בין אם הם רוצים או לא, ההורשה הופכת את היורש לבעלי הנכס.
2. **תפיסת חזקה**- בעיקר במיטלטלין, חזקה, תפיסת נכס מסוים, הופכת אותך לבעלים שלו, בעיקר בנכסים **שהופקרו או אבדו**. לגבי מקרקעין, דיברנו על "**התיישנות רוכשת**", שאם אדם יושב תקופה מסוימת ועיבד את המקרקעין תקופה מסוימת, אז בחלק גדול של מדינות בעולם מקרקעין בחזקה ובעיבוד הקרקע כמשהו שרוכש עבורו בעלות, זכות קניינית בנכס. בהרבה מדינות יש עדיין מנגנון של חזקה שרק מעצם העובדה שאתה מחזיק ומעבד קרקע אתה יכול להפוך להיות בעל זכות קניינית.
3. **חלוף זמן + שימוש שאין עמו חזקה**- זיקת הנאה מכוח שנים. לא צריך ליצור את זה, בגלל שזה מכוח שנים זה לא מכוח הסכם, לא יוצרים את הזכות לזיקת הנאה אלא היא נוצרת מעצם השימוש וחלוף הזמן. יש פה שילוב של שימוש ממושך לאורך תקופה ממושכת שיוצרים כשלעצמם זכות קניינית.
4. **שיפור נכסי הזולת**- ערבוב/ חיבור מיטלטלין ומחוברים/ בנייה במקרקעי הזולת. רכישת בעלות בנכס מתוקף הכלל המשפטי שחיבור של נכס מיטלטלין לקרקע במקרים מסוימים הופך להיות חלק מהקרקע.
5. **עסקה רצונית**- כל עסקה שאנו עושים מרצון כדי להעביר/ לרכוש זכות קניינית- מכר, מתנה, שכירות, משכון, וכיו"ב.

כשמדברים בעיקר על עסקאות רצוניות, העסקאות הללו של רכישת זכויות קנייניות הן עסקאות שכל החוקים של דיני החוזים חלים עליהם. זה חשוב כי הרבה פעמים אנשים חושבים שברגע שעוסקים בזכות קניינית יש מערכת כללים אחרת לרכישת זכויות קנייניות, תנאים לרכש הזכות וכו'. כשאנו קונים דירה וחותמים על חוזה, החוזה הזה ידון בביהמ"ש כמו חוזה לכל דבר ועניין. כל מערכות הדינים רלוונטיות כצד לעסקה שמובילה לרכש של זכות קניינית, לרבות כריתת הסכם, פגמים בכריתה, יכולת ביטול, השלמת חוזה, בטלות עקב אי חוקיות, תרופות וכו'.

דרישות מיוחדות- יש לעמוד בדרישות הקבועות ביחס לנכסים מסוימים. לגבי מקרקעין- חלה דרישת מסמך בכתב במקרקעין- ס' 8 לחוק המקרקעין. החריג- שכירות קצרת מועד.

השתכללות הזכות בנכסים שונים

החשיבות: הן למערך היחסים החוזיים בין הצדדים הקרובים לעסקה, ובעיקר במערך היחסים עם צדדים שלישיים.

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

למעשה, ברוב מושאי הקניין, כשאנחנו חותמים על חוזה לעסקה ביחס למשאב מסוים, אנחנו לאורך תקופה מסוימת מחזיקים ביד רק זכויות חוזיות. למשל, כשאנחנו חותמים על חוזה לדירה, מה שיש לנו ביד זה זכויות חוזיות. במידה והמוכר יפר את החוזה ויבטל את העסקה, כל זמן שלא שכללנו את הזכות לזכות קניינית יש לנו ביד רק זכויות חוזיות כנגד הצד השני, והסעדים יסתכמו בהתאם לחוק החוזים תרופות. כל זמן שעוד לא השתכללה זכות קניינית אנו נמצאים במישור החוזי, ולכן חשוב מאוד לדעת מתי אנו עוברים מהשלב החוזי לשלב הקנייני.

חלק משמעותי בדיני תחרות זה לדעת להבין **באיזה שלב נמצאים הצדדים לעסקה**- האם הם נמצאים בשלב החוזי, שאז מדובר על התחייבות לעסקה במקרקעין/ התחייבות לעסקה קניינית, או שכבר עברנו את הנקודה שבה הרוכש מחזיק זכות קניינית, ואם עברנו את הנקודה הזאת והרוכש מחזיק זכות קניינית ולא זכות חוזית, מנעד הסעדים שלו שונה לגמרי. ברגע שאתה מחזיק ביד זכות קניינית יש לך זיקה בלתי אמצעית לנכס, יכולת לפנות במישרין לנכס.

בדיני תחרות, כשאנחנו מתחרים על מי מקבל נכס מסוים, בדר"כ חלק גדול מהתשובה תלוי באיזה שלב הרוכש נמצא- שלב חוזי או שלב קנייני. העובדה שאדם נמצא בשלב החוזי לא אומרת שאין לו סעד, אם נכרת חוזה, לא השתכללה הזכות הקניינית, והחוזה הופר ע"י המוכר, זה לא אומר שאין דרך לקבל סעדים, כן יש זכויות משפטיות שניתן לממש כדי להגן על מה שהושקע עד כה. כל הזכויות הללו הן חוזיות.

אדם חתם על חוזה מכר של דירה, ברגע חתימת חוזה המכר כל שיש לו ביד זה זכויות חוזיות. אם בשלב הזה יש הפרה, אותו אדם לא נשאר חסר זכויות לחלוטין, אלא הוא נשאר עם הזכויות החוזיות. הסיפור הופך בעייתי כשהצד השני שחב את הזכויות החוזיות לא נמצא בתמונה (נניח ברח לחו"ל עם הכסף, פשוט רגל, אין את מי לתבוע). שלב הזכויות החוזיות הוא מסוכן יותר, כי אין זיקה בלתי אמצעית לנכס.

מתי בכל אחד מהמשאבים עוברים משלב הזכויות החוזיות לשלב הזכויות הקנייניות שבו יש זיקה אמצעית לנכס ללא גורם שמתווך בין בעל הזכות הקניינית לבין הנכס?

מקרקעין

כורתים חוזה למכר של מקרקעין, יש שלב חוזי/ אובליגטורי (התחייבות לעסקה). כל מה שיש ביד זה זכויות חוזיות ביחס לנכס. הצדדים מוגדרים כבעלי התחייבות לעסקה. מתי עוברים מהזכויות החוזיות לזכויות הקנייניות במקרקעין? בשלב רישום הזכות בטאבו. אם רכשתי זכות בעלות במקרקעין אני צריכה להופיע כבעלים בנסח הטאבו. מרגע שהרישום שלי אושר בנסח הטאבו, עברנו לשלב הזכויות הקנייניות. מרגע שיש רישום, אני בעלת זכות קניינית שמקנה לי גישה ישירה לנכס.

מה קורה בשלב החוזי/ אובליגטורי? באופן עקרוני, כמו בכל זכות קניינית, כשיש שלב חוזי כל שיש ביד זה זכויות חוזיות. **בפס"ד אוצר החייל נ' אהרונוב** הש' ברק מגדיר את בעל ההתחייבות לעסקה בשלב החוזי **כבעל זכות מעין קניינית**. ברק אומר- נכון שאין לך זכות קניינית בשלב האובליגטורי, אבל אין לך רק זכות חוזית רגילה. יש לך זכות שהיא מעין קניינית. נלמד מה זה אומר בתחרות הראשונה.

השתכללות זכות קניינית לפי ס' 7ב היא ברישום. ס' 7ב לחוק המקרקעין קובע "עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה". בדיני מקרקעין, תמיד יש פער בין המועד של החתימה על העסקה לבין המועד של הרישום, ייווצר בהכרח פער של לכל הפחות חודשיים בין השלב שבו חותמים על החוזה לבין השלב שבו הרוכשים רושמים את הדירה על שמם.

למה תמיד יהיה פער בין העסקה לבין הרישום? למה תמיד באופן מובנה יהיה שלב אובליגטורי בעסקאות מקרקעין? בכל עסקה במקרקעין יהיה עיכוב כזה ולכן יהיה בהכרח שלב אובליגטורי. הסיבות:

1. **מיסוי ואישורים-** יש שני מיסים עיקריים- מס שבח שמשלם המוכר, מס רכישה שמשלם הרוכש. שני המיסים הללו מחושבים באופן עקרוני מהסכום שבו נמכרת הדירה. היום הכל קורה באופן ממוחשב. ממלאים דו"ח עם הסכום והחוזה חתום (מה שאומר שבהכרח אפשר לעשות כן אחרי החתימה) עם הפרטים של הדירה והצדדים. מס שבח אנשים סבירים לא משלמים מהסיבה שיש הרבה מאוד פטורים, בעיקר פטור של רכישת דירה יחידה כל כמה שנים. מס רכישה משלמים, גם שם יש הקלות שונות לקבוצות מסוימות. הכל נגזר ממחיר המקרקעין. יש חובת דיווח רק אחרי חתימת החוזה. גם אם נדווח באותו ערב אחרי שחתמנו, למיסוי מקרקעין לוקח לפחות חודש וחצי להוציא את שוברי השומה לתשלום/ פטור. זה כשלעצמו לוקח כחודש וחצי. כל זמן ששני הצדדים לא מביאים את אישורי המיסים אי אפשר לרשום את העסקה, ולכן אם יש ערעור על השומה או השגה על החיוב של אחד הצדדים (אי התחשבות בפטור) זה מעכב. מדינת ישראל החליטה שבכל הקשור לחובות ולמיסים, הדרך לתפוס את הבעלים בגין הפרות עבר, חריגות בניה, אי תשלום מיסוי מקרקעין, אי תשלום מיסוי עירוני- זה בשלב העברת הבעלות והרישום. כששולחים לטאבו את דרישת הרישום, שטר המכר, חייב לצרף לו גם את אישורי המיסים (מיסוי מקרקעין), גם אישור מהעירייה שאין חובות, לפעמים גם אישור שאין חובות לוועד הבית. גם אם הכל נקי ואין שום בעיה, זה לוקח זמן.
2. **מימון והסרת משכנתאות**- הרבה פעמים כדי לרכוש נדל"ן יש צורך במימון חיצוני. רוב מוחלט של המקרקעין שנרכשים בישראל נרכשים באמצעות משכנתא. עריכת משכנתאות לוקחת זמן, במקרים סטנדרטיים כחודש, במקרים פחות סטנדרטיים יותר זמן. יש הרבה פעמים צורך של הסרת משכנתא קודמת.

תמיד, בעיקר בגלל המיסוי, יהיה פער זמנים. תמיד אדם שחותם על חוזה מקרקעין יימצא תקופה מסוימת בתקופה אובליגטורית-חוזית. אי אפשר לעבור במיידי ישר לשלב הקנייני במקרקעין.

כשמדברים על נכס מסוג מקרקעין, מדברים רק על מקרקעין שרשומים בטאבו. יש גם מקרקעין שלא רשומים בטאבו, שהם מבחינת דיני הקניין הישראלי אינם מוגדרים מקרקעין מאחר והם לא רשומים בטאבו. איך הם מוגדרים? הם מוגדרים מבחינת המשאב כזכויות, כיוון שאינם מיטלטלין, אבל גם לא מקרקעין, האופציה השיורית היא זכויות, הם מוגדרים ומנוהלים כזכויות ואינם יכולים להיות מנוהלים כמקרקעין מאחר ואין רישום. מאחר שמערכת דיני המקרקעין בישראל מסתמכת על המרשם, אי אפשר להתייחס למקרקעין שלא רשום במרשם כמקרקעין.

הליך הרישום הסטנדרטי- שטר מכר + חוזה + אישור עירייה + אישורי מיסוי. הפערים בין הזמנים נוצרים בגלל הצורך לפתור את נושא מיסוי המקרקעין וגם את נושא מימון והסרת משכנתא.

מה עושים בינתיים? רשויות הרישום כפו עלינו שלב חוזי של לפחות חודש וחצי-חודשיים, ועכשיו אני כקונה צריך לשים 800,000 ₪ כמקדמה לתשלום ראשון במועד כריתת החוזה. איך אני ישן טוב בלילה אחרי ששמתי כזה סכום גדול בלי שיש לי זכות קניינית ביד? **הערת אזהרה** היא לא זכות קניינית ע"פ חוק המקרקעין. הערת אזהרה זה למעשה בטוחה מסוימת שניתנת לרוכש המקרקעין כדי לתת הגנה/ בטוחה חלקית כנגד הסכומים שהוא משקיע כרגע בעסקה. כשאני רושם זכות קניינית שלי במקרקעין בטאבו, זה אומר שלי יש זיקה בלתי אמצעית אל הנכס בהקשר של הזכות שלי. **הערת אזהרה לא מקנה לבעל הערת אזהרה זיקה בלתי אמצעית לנכס מאחר ואינה זכות קניינית.**

**מה נותנת הערת אזהרה?**

1. מתריעה בפני כל מי שחושב להתקשר עם הבעלים, המוכר, בעסקה ביחס לנכס, שיש פה מישהו שכבר עשה לפחות צעד ראשון בעסקה ולכן שיימנע מלעשות עסקאות כאלה ביחס לנכס. מי שרואה שהנכס נמצא כבר בשלבי עסקה עם מישהו אחר לא ייכנס לעסקה הזאת. מהווה תמרור אזהרה.
2. נותנת לבעל הערת האזהרה מנוף כלפי הבעלים, המוכר. המנוף אומר- אם הבעלים ירצה לעשות איזשהי טרנזקציה בנכס, כל רישום, הוא צריך לקבל את האישור של בעל הערת האזהרה. אם לדוגמה הבעלים רוצה למכור את הנכס לאחר או לקבל משכנתא על הנכס מהבנק, יש לקבל אישור של בעל הערת האזהרה. במובן הזה, בעל הערת האזהרה מחזיק שוט כלפי הבעלים- נכון שאני לא יכול לממש את הנכס אבל אני יכול למנוע ממך לעשות עסקאות אחרות ולממש את הנכס.

בנסח הטאבו מופיעים כל הבעלויות על הנכס והערות האזהרה.

יש לשים לב, ס' 7 לחוק המקרקעין חל על עסקה שטעונה רישום. עסקה שלא טעונה רישום היא שכירות קצרת מועד. **ס' 7 שמדבר על שכלול הזכות הקניינית נוגע לעסקאות שמצריכות רישום.** כשמדברים על עסקה במקרקעין שטעונה רישום זה מוציא את הזכויות במקרקעין שאינן תולדה של עסקאות, כמו למשל **זיקות הנאה מכוח שנים** (אין הסכם או עסקה, זה נרכש מכוח שנים) או **זכות קדימה מכוח החוק** (מצבים שהחוק מגדיר זכות של אדם, מוגדר ע"פ החוק ולא מכוח עסקה, ולכן אין צורך ברישום כי החוק מגדיר את הזכות הקניינית).

המעבר מהשלב החוזי לשלב הקנייני במקרקעין הוא בעת רישום הזכות במרשם המקרקעין, למעט:

1. זכויות שאינן טעונות רישום- זיקת הנאה מכוח שנים וזכות קדימה מכוח החוק.
2. זכויות שהן תוצר של עסקה ואינן טעונות רישום- שכירות קצרת מועד.

מיטלטלין

**אין במיטלטלין מרשם, אין אפשרות לרשום את המיטלטלין. מתבצעות המון עסקאות מיטלטלין בישראל ביום (כל רכישת מסטיק במכולת מהווה עסקת מיטלטלין). למה אין מרשם במיטלטלין? לא יעיל. אילו מרשמים כן יש? יש מרשם של רשות הרישוי של רכבים, ויש רישום של כלי נשק. אף אחד מהם הם לא מרשמי בעלות, אלא הם מרשמי אחריות (נניח לתאונות שיקרו עם הרכב). לכן המרשמים שכן יש אינם מרשמי בעלות שמעידים על בעלות האדם, אלא קשורים לאחריות האדם שרשום למה שקורה עם הנשק/ הרכב וכו'. אז אין מרשמים וממילא אי אפשר לקבוע שהמעבר מהשלב האובליגטורי לשלב הקנייני יהיה תלוי במרשם, אז מתי עוברים מהשלב האובליגטורי לשלב הקנייני במיטלטלין? אחד האלמנטים החזקים במיטלטלין זה האלמנט של** חזקה**.**

**ס' 33 לחוק המכר קובע: "הבעלות בממכר עוברת לקונה** במסירתו**, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת בעלות". כלומר, החוק קובע ברירת מחדל של מועד מסירת הנכס, אבל הצדדים יכולים להתנות על כך ואז מועד השתכללות הבעלות תהיה ע"פ קביעת הצדדים. אם אין שום התייחסות בחוזה לתנאי העברת הבעלות, הבעלות עוברת במסירה. אם לא קבענו תנאים אחרים, יכול להיות שהבעלות תעבור לפני ששולמה כל התמורה. לעומת זאת, אם כן קבענו תנאים אחרים להעברת הבעלות- הבעלות תעבור ע"פ קביעת הצדדים.** במבחן- חשוב להבין האם ומתי עברה הבעלות.

**נדגים- נניח שיש אדם, א', שמוכר מיטלטלין מסוימים, נניח רכב, לב'. ב' שילם חלק מהסכום, מקדמה, אבל לא לקח את הרכב. ואז א' הלך ומכר את הרכב לג' שלקח את הרכב. אנו נראה בדיני תחרויות מי זוכה בנכס- ב' או ג'? איך נדע מי מהם מקבל את הרכב? בין היתר על בסיס הבדיקה שצריך לעשות לגבי באיזה שלב כל אחד מהם היה- האם ב' היה בשלב החוזי או בשלב הקנייני- זו שאלה קריטית להכרעה מי מנצח. למה? כי אם ב' נמצא בשלב החוזי, אז א' עדיין הבעלים של הנכס, ואם הוא הקנה את הנכס למישהו אחר, זה יכול להיות בעייתי ולא הוגן אבל עדיין יש לו את הזכות בנכס. לעומת זאת, אם ב' נמצא בשלב הקנייני הרכב כבר בבעלותו, וכשא' מקנה את הרכב לג', אין לו זכות קניינית בנכס כבר. השאלות האלה חוזרות בכל אחד מהמשאבים שלכל משאב יש הסדר קצת שונה (מקרקעין מתבסס על מרשם, מיטלטלין מתבסס על חזקה תוך התחשבות בתניה שהתנו הצדדים). במקרה הזה ברירת המחדל היא שב' לא קיבל את הרכב, א' עדיין הבעלים. אם הייתה התניה לפיה ב' הבעלים, א' כבר לא הבעלים ולא הייתה לו זכות להעביר את הנכס לג' (כי אי אפשר להעביר יותר ממה שיש לך). צריך לבחון האם החוזה הגדיר משהו ששונה מברירת המחדל של מסירה כדי להבין באיזה שלב אנחנו נמצאים.**

זכויות

**זכויות זה משאב יותר חמקמק ממקרקעין ומיטלטלין, בין היתר כי לא ניתן לתפוס משאב זה. לרוב מדובר על חובות. מה קורה בחובות?**

**מה קורה עם בעל זכות רוצה להעביר את הזכות הקניינית לצד ג' כך שבמקום שהחייב ייתן את החוב לבעל הזכות, צד ג' ייקח את החוב מהחייב (המחאת חיובים). השאלה היא מתי אדם הופך להיות בעלים של חוב? התשובה לגבי זכויות היא תשובה שמגדיר חוק המכר וחוק המיטלטלין** שקובעים שזכויות נכנסות תחת ההוראות המשפטיות של מיטלטלין בשינויים המחויבים**. ההוראות שנוגעות למיטלטלין, למשל ס' 33 לחוק המכר, חל גם על זכויות בשינויים המחויבים. מה השינוי המחויב העיקרי בין מיטלטלין לזכויות? שאין חזקה, ולכן המסירה לא יכולה להיות הנקודה שבה משתכללת הזכות הקניינית. השילוב של ס' 33 + ההתאמה לזכויות אומר-** בזכויות הזכות הקניינית משתכללת במועד כריתת החוזה, אלא אם הצדדים התנו אחרת**. כשאני אומר לצד ג' לך תיקח את הכסף מהחייב, הצד השלישי הופך להיות בעל זכות קניינית באותו רגע, אין צורך לחכות לאישור או למסירה אלא אם כן, התננו אחרת (לדוגמה- לך תיקח עוד שבועיים את הכסף מהחייב). במקרה כזה, גם אם כרתנו עכשיו את החוזה ביחס לחוב, הזכות הקניינית תשתכלל רק עוד שבועיים אחרי שמתמלאים תנאי ההסכם. יכול שתיווצר תקופה אובליגטורית ויכול שלא, בהתאם למה שקבעו הצדדים.**

**מועד כריתת ההסכם נחשב כמועד העברת הבעלות בזמן, אלא אם כן נקבע אחרת ע"י הצדדים. זה יכול להוביל לאותם קשיים של דיני תחרויות שראינו. החוקים הרלוונטיים: חוק המכר, חוק המחאת חיובים.**

**בגדול, יש שני סוגים עיקריים של תחרויות. אחד מהם זה עסקאות נוגדות- א' מוכר לב' ולג', אבל ב' בשלב חוזי וג' בשלב חוזי או קנייני. במצב שיש שתי עסקאות נוגדות- הראשון בזמן עדיין בשלב החוזי (במקרקעין/ מיטלטלין/ זכויות) יש הנחיות ברורות כיצד לפעול (ס' 9 לחוק המקרקעין לעניין מקרקעין, ס' 12 לחוק המיטלטלין לעניין מיטלטלין, ס' 12, 13 לחוק המיטלטלין לעניין זכויות). אם ב' בשלב קנייני, א' לא יכול למכור לג' כי אין לו מה למכור. ייתכן שג' יזכה מכוח תקנת השוק, למרות שהוא לא יכול לזכות כי א' לא יכול היה למכור לו את מה שמכר, אבל ניתן לג' לזכות משיקולים חיצוניים לתחרות הספציפית.** הדגש תמיד הוא זיהוי השלב שבו נמצא העברת/ מכירת הנכס. ההבנה באיזה שלב אנחנו נמצאים מבחינת המצב המשפטי של הצדדים משפיעה על הסיווג של התחרות באופן נכון.

**מקרקעין שלא רשומים מהווים זכויות. ולכן, כשמדברים על מקרקעין, ס' 12, 13 לחוק המיטלטלין הם הרלוונטיים. גם ביחס לתקנת השוק- במקום לדבר על ס' 10 לחוק המקרקעין שבאמצעותו עושים את תקנת השוק במקרקעין, נדון ע"פ ס' 4 לחוק המחאת חיובים, תקנת שוק לגמרי אחרת, הסדר שוק לגמרי שונה. במקרקעין לא רשום עסקאות נעשות באמצעות המחאות למנהל.**

רכישת דירה מקבלן

לעניין רכישת דירה מקבלן יש הוראות שונות, חוקים שונים בדיני הקניין, מאשר רכישה של דירה יד 2. אנו נעמוד על החוקים המיוחדים שנקבעו כדי להגן על הרוכשים מפני קבלנים. ננסה להסביר למה? באופן עקרוני אנו קונים דירה, זה לא משנה אם היא יד 1 או יד 2, למה לחוקק חוקים ייחודיים לדירות מקבלן? הסיבה העיקרית היא שברכישת דירה מקבלן אנו נמצאים באופן מובנה בעמדת נחיתות ביחס לקבלן, יש פערים גדולים (פערי מידע וידע ביחס לפרויקט, פערי ידע ביחס לאיתנות הכלכלית של הקבלן וביחס לחוזה עצמו).

ארבעה ליקויים קוגניטיביים חלים בעניין רכישת דירה מקבלן ולא חלים ברכישת דירה יד 2:

1. הצפת מידע- חוזי מכר מקבלן הוא מפורט בצורה דרמטית, כולל נספחים, מפרטים וכו', כולל הרבה מאוד מידע שלא בהכרח רלוונטי לאדם הפרטי, הקבלן רושם כדי לכסות את עצמו. מקבלים מסה גדולה של מידע ולא בהכרח יודעים מה לעשות איתו.
2. **מסגור**- ההבדל בין רכישת דירה מקבלן לבין רכישת דירה יד 2 הוא שבדירה יד 2 ההנחה היא ששני הצדדים הם שווי מעמד, אין פער גדול בין הצדדים, אדם פרטי מול אדם פרטי, יכול שאחד יותר מתוחכם/ מנוסה/ חכם, אבל אין פערי כוחות או פערי מידע גדולים, וגם החוזים הרבה פעמים יותר פשוטים ולכן יש דיון על החוזה (לעומת חוזים אחידים). ברכישת דירה מקבלן עדיין יש הערות על החוזה, אבל המסגור של החוזה הוא בידיים של הקבלן, הוא ממסגר את הפרקים השונים, את הדברים שהוא יותר רוצה שתשים אליהם לב.
3. **שגיאות הסתברותיות**- בדר"כ כשעושים ביטוח בריאות פרטי הם מכסים בעיקר קטסטרופות, הרעיון שלהם הוא תשלום חודשי כדי להתמודד עם קטסטרופה, אם תגיע (השתלות, ניתוחים בחו"ל, וכו' שכבדים מאוד מבחינה כלכלית). סוג נוסף הוא ביטוח תאונות אישיות הוא ביטוח לדברים הקטנים (שבר יד וכו') שמקבלים עליהם שיפויים קטנים יחסית בדר"כ. מה קורה בדר"כ כשהדיוטות קוראים חוזה? הדבר הכמעט ראשון שרוב האנשים מחזירים עליו הערות לקבלן, גם בחוזים יד 2, הוא סכום הכסף שיקבלו אם הקבלן יתעכב במסירת הדירה. חוזים מתפוצצים על הנתון הזה. אנשים נוטים להתעסק באסונות/ בתאונות השכיחות, גם אם המשמעות שלהם מבחינה כלכלית קטנה יחסית. אנו חוששים מאירועים שכיחים, גם אם הנטל שהוא מטיל עלינו יחסית קטן. חוק המכר נותן הגנות מהסיבה שאם הוא לא היה נותן הגנות כאלה אנשים היו מתעסקים בדברים הקטנים ולא בקטסטרופות. בגלל שביטוח תאונות אישיות הוא זול הרבה עושים אותו, זה גם נזקים שקוראים תדיר יותר. אותו הדבר כאן. חלק מהסיפור של חוקי המכר נועד כדי למתן את ההטיות האלה, ולגרום למצב שכשיש פערי כוח גדולים בין הקבלן והרוכשים, ניתן הגנה מסוימת, הבטחה מסוימת.
4. **הטיה בין מידע מוחשי ושאינו מוחשי**- הכוונה בעיקר למה שמופיע במפרטים, אנחנו פחות יודעים להתייחס לדברים המשפטיים, זכויות וחובות, נושאי הצמדות. יש לכך השלכות כלכליות גדולות מאוד והשלכות משפטיות משמעותיות יותר מאשר הדברים שקל לנו להתמודד איתם כי הם מוחשיים יותר.

הסיבה העיקרית שהדין הישראלי יוצר הסדרים משפטיים ייחודיים בנושא של רכישת דירה מקבלן, שלא חלים על קבוצות רכישה, היא **פערי הכוחות הגדולים** לרעת הרוכשים והצורך שלהם בהגנת המחוקק.

כאמור, דיני הקניין נותנים סוג שונה של הסדר לרכישה של דירה מקבלן ביחס לרכישת דירה יד 2. הסברנו מה הרעיון שעומד בבסיס ההסדר הייחודי הזה. הסיבה העיקרית היא שבמערכת היחסים בין קבלן לבין רוכש של דירה יש פער גדול בכל הקשור למידע, הבנת המציאות (עובדתית-טכנית ומשפטית), שנוגע גם לחוסר היכולת כרוכש להבין את עוצמת הסיכונים. מנינו **ארבע הטיות עקרוניות** שנובעות מהעובדה שהקבלן הוא בעל רוב המידע והשליטה על הנתונים הכלכליים, המשפטיים והטכניים של הפרויקט. בשביל להתמודד עם הפערים המשמעותיים המחוקק קבע מערכת של חוקים ייחודיים לתחום של רכישת דירה מקבלן.

שני החוקים נובעים מהבנת פערי הכוחות, באים לבסס שתי הגנות עיקריות לרוכשים:

1. חוק המכר (דירות)- עוסק בתחום של **פערי ידע ומידע** בין הקבלן לרוכשים. החוק מנסה לחייב את הקבלן **בחובות גילוי**. חוק מכר דירות נועד באופן עקרוני כדי לחייב את הקבלן לתת פירוט של מידע ללקוחות.
2. חוק המכר (דירות)(הבטחת השקעות של רוכשי דירות)- עוסק בתחום של **פערים כלכליים**. החוק נועד לתת ביטחון לרוכשי הדירות מתך הכרה בידע של הקבלן (שיודע מה מצבו הכלכלי) לעומת הרוכש (שלא בהכרח יודע מה מצבו הכלכלי של הקבלן ויכולתו לספק את הדירה בסופו של דבר).

בכך המחוקק חוקק **שני חוקים ייעודיים להגנה על רוכשי דירות מקבלן**. קבוצות רכישה לא נכללות בגדר חוקים אלו וכאן מתחילות הבעיות, נפרט על כך בהמשך. אילו החוק כן היה חל על קבוצות רכישה, הרוכשים שרכשו דירות מקבוצות הרכישה היו לפחות אמורים להיות מוגנים מבחינה כלכלית. הסיבה שאנו שומעים על המון אנשים שנכנסו למשברים כלכליים כי הם רכשו דרך קבוצות רכישה שכאמור לא נכללות בגדר רכישת דירות מקבלן.

חובות גילוי(ס' 2,3,4,5,6 לחוק המכר (דירות))

הקבלן יודע מה בדיוק הוא מתכוון לעשות ולתת לרוכשים. הוא גם יודע שהוא יכול להצמיד בשלב הבנייה חלק מהרכוש המשותף לדירות מסוימות, וכשהוא עושה כן על פניו הוא לא חייב להודיע כי הוא עושה כן לפני רכישת הדירה, ובעת הרכישה הרוכש קונה את הדירה. חוק המכר (דירות) מחייב את הקבלן לדווח לרוכשי הדירות מה בדיוק הוא עושה כדי שרוכש הדירה יידע מה הוצמד או לא הוצמד לרכוש המשותף, מה מפרט הדברים שהוא מקבל.

האם העובדה שאנו מחייבים לגילוי כה רב לא מכניס את הרוכשים להצפת מידע? זה כן, כנראה שהמחוקק מעדיף שכל המידע יהיה גלוי מאשר שיעלו בהמשך טענות לאי גילוי מידע.

ס' 6 לחוק המכר (דירות) נועד לתת מענה לכשל הקוגניטיבי אודות נכסים מוחשיים.

**פס"ד שמעונוף נ' ברוכים** מסביר את מטרת חוק המכר: "מטרתו של חוק המכר (דירות) היא **להביא לידיעת הקונה בצורה ברורה ומובנת וללא הסתתרות וערפול מאחורי אמירות כלליות וגורפות ומבלי להבליע גופי דברים, שלהם משמעות כספית חשובה, בתוך ריבוי דברים טפלים ובלתי חשובים**- מה הן כוונותיו האמיתיות של המוכר, ומה הן הזכויות אשר הוא, הקונה, רוכש הימנו. הצורך בהגנה מיוחדת זו על קונה הדירה נובע ממעמדו הנחות של הקונה מבחינת כוח המיקוח, יכולת התמרון וניסוח החוזה לעומת הקבלן בונה הדירה, וזאת כאשר מדובר במצרך חיוני ביותר, הן לפרט והן מבחינת האינטרס הציבורי והחברתי, ובסכומי כסף ניכרים וגדולים."

הרוכש נמצא בעמדת נחיתות מול הקבלן, ולכן כל המטרה של חוק המכר היא להביא לידיעת הרוכש מה הוא קונה, מה מצב הבניין, מה הוצמד לאיזה דירה וכו'. לכל דבר כזה יש השלכה כלכלית על ערך הנכס. אם אתה מגלה בדיעבד שהדירה הוצמדה עם זכויות בנייה לדירה מסוימת, אתה חושב שאתה קונה את זכויות הבנייה הפוטנציאלית אבל בפועל קנית נכס ששווה פחות.

ביהמ"ש מסביר מדוע המחוקק חוקק חוקים אלו- הצורך בהגנה המיוחדת על הקונה נובע ממעמדו הנחות של הרוכש לעומת הקבלן בהיבטים של כוח מיקוח, יכולת תמרון וניסוח החוזה. הנחת המוצא של המחוקק הישראלי בחקיקת החוק היא שהרוכש נמצא במעמד נחות. מאחר ודירה היא מצרך חיוני ומשמעותי, גם מבחינת הפרט וגם מבחינת האינטרס הציבורי אנו רוצים שהרוכש יהיה חשוף לכלל המידע. זה אינטרס של כולנו כחברה, זו המטרה של חוק המכר (דירות).

אם יש טענה על אי גילוי יש לבחון האם מה שהלקוח טוען שלא גילו נכלל בחובות הדיווח של הקבלנים. מה כוללות חובות הדיווח/ חובות הגילוי? 3 תנאים עיקריים:

1. דיווח מפורט.
2. דיווח בהיר, ברור, מסודר.
3. במועד עריכת החוזה- לצרף מפרט בהמשך לא יעזור, כשהלקוח והקבלן חותמים על החוזה, באותו הזמן כבר חייב לעמוד בפני הלקוח, הרוכש, כלל המידע שחוק מכר (דירות) מחייב לגלות. זה לא ניתן לדחייה.

האמירה של בתי המשפט היא שכל זמן שהמידע התגלה לפני החתימה זה נחשב לגיטימי כי לפחות מבחינה תיאורטית המידע היה לפניך.

אם לא מולאה חובת גילוי- (רלוונטי בעיקר למקרים בהם הקבלן ביצע הצמדות כאלה ואחרות בבניין) יראו בעצם את החיים בבניין כאילו חל עליו **התקנון המצוי** ולא התקנון/ ההצמדות/ ההחלטות שהקבלן קבע לפני כן.

ס' 6(ב) לחוק המכר (דירות) קובע "מוכר שלא מסר פרטים על ענין מהעניינים המנויים בסעיף קטן (א) יראוהו, על אף האמור בחוזה המכר, כמי שהתחייב שהוראות התקנון המצוי לגבי אותו ענין יחולו על הבית המשותף."

אם לא סופק התקנון, פירוט ההצמדות וכלל האינפורמציה ע"פ החוק, הסנקציה היא שכל הדברים הייחודיים שהוא קבע מתבטלים, ורואים את הבניין כמי שפועל תחת התקנון המצוי של הבית המשותף (חוק המקרקעין- פרק בתים משותפים, תקנון מצוי שנותן החוק). זה כולל החלטות סטנדרטיות.

למשל, הקבלן יכול היה לקבוע שביטול של כל הצמדה מצריך הסכמה של 100% ואז בידיים של כל דייר יש את היכולת להטיל וטו. התקנון הסטנדרטי לא קובע תנאים כאלה אלא מתייחס למה שחוק המקרקעין קובע כברירת מחדל. לכאורה זה אמור לתמרץ את הקבלן לגלות. זה בעיקר רלוונטי למקרים בהם קבלנים משאירים דירות ברשותם. זה רלוונטי לקבלנים מבחינה כלכלית אם הם הבטיחו לרוכשים מסוימים הצמדות מסוימות ופעלו ע"ב זה, ואז אותם רוכשים יתבעו את הקבלנים שלא עמדו בחוזה. זו סנקציה שנועדה לשמור על המעמד והזכויות של רוכשי הדירות מתוך הבנה שהם באמת חלשים.

ברכישת דירה יד 2, הצדדים מגיעים מעמדה שווה. ברכישה מול קבלן שמוכר עשרות או מאות דירות בפרויקט, העמדה ללא ספק לא שווה.

בטוחות

החובות הייחודיות שמוטלות על קבלנים הם משני סוגים- (1) חובות גילוי (2) חובה של בטוחות. **חוק המכר (דירות) עוסק בחובות גילוי, חוק המכר (דירות)(הבטחת השקעות של רוכשי דירות) עוסק בחובת הבטוחות.**

**חברת חפציבה חופים בע"מ** קריסה של חברה שהייתה מושא לעניין בכל המדינה. מדובר בחברת בנייה שהיו לה פרויקטים רבים ברחבי הארץ. בשנת 2007 התפרסם הדו"ח הכספי לשנת 2006, שם נכתב:

"ליום 31 בדצמבר 2006, לחברה גרעון בהון העצמי בסך של 4.8 מיליון ₪ ותזרים מזומנים שלילי מפעילות שוטפת בסך של כ-19 מיליון ₪. הגירעון בהון העצמי נובע בעיקר מהפסדים בפרויקטים והוצאות מימון אשר הסתכמו בשנת 2006 לסך של כ-22 מיליון ₪. תזרים המזומנים השלילי מפעילות שוטפת נובע בעיקר מתשלומים עבור הפרויקטים (עלויות בניה ורכישת קרקעות), העולים על התקבולים ממכירת הדירות. עד ליום 31 בדצמבר 2006 מכרה החברה 96 דירות בפרויקט לעומת סך של 161 דירות אשר תכננו למכור בהתאם לתוכנית המקורית. החברה מעריכה כי הפיגור בקצב מכירת הדירות נובע כתוצאה מהמצב הביטחוני ששרר בחודשים אוגוסט-ספטמבר 2006. להערכת הנהלת החברה בשנה הקרובה יושג קצב המכירות החזוי".

כלומר, החברה סיפרה שתזרים המזומנים השלילי של החברה מפעילות שוטפת נובע בעיקר מתשלומים עבור הפרויקטים (עלויות בנייה ורכישת קרקעות). היא טענה שהיא משלמת עבור בנייה, ומצד שני היא מקבלת פחות כסף מרכישת הדירות, יש פער בין הכסף שהיא מקבלת לבין הכסף שהיא מוציאה ולכן נוצר מינוס.

באמצע-סוף שנת 2007, התגלה שהחברה נתונה בקשיים כלכליים חמורים. חובותיה נאמדו בכ-1.5 מיליארד ₪. החל מאותו היום והלאה, אנשים שרכשו דירה מהחברה התסערו על הדירות. הדירות לא היו בנויות אלא הרבה פעמים היה מדובר בשלד, מצבים ראשוניים של בנייה. אנשים באו ונכנסו לדירות שלהם, למה שהיה אמור להיות הדירות שלהם, ונשארו בהן. זה היה בכל הארץ, בעיקר בית שמש, מודיעין עלית וביתר עלית. האנשים סירבו לעזוב את הדירות. התפיסה של אותם אנשים הייתה שאם לא ייכנסו לדירה הזו אז מבחינתם מחר הם יכולים לגלות שהם שילמו 80% מהדירה, ולא נשאר כלום כי הקבלן בחובות והכסף הלך. תפיסתם הייתה לתפוס איזה שהיא עמדה. אין בשלב הזה זכויות קנייניות אלא זכויות חוזיות מול חברה שפושטת רגל/ חדלת פירעון. הצעד היה צעד אנושי של ניסיון לתפוס אחיזה בדירה כדי שתהיה איזה שהיא מחויבות כלפיהם. סביר שהיה מאחורי זה ייעוץ משפטי לפיו הם אמנם יהיו פולשים, אבל לביהמ"ש יהיה קל יותר לתת להם סעד.

הסיפור של אותם פולשים שרצים ומנסים לתפוס אחיזה מינימאלית בקרקע לא אמור היה לקרות. למה? כי אם יש חוק שמדבר על הבטחת השקעות, אז אם שמתי 800,000 ₪ אצל חפציבה, משהו שם היה אמור לפחות להישאר או להבטיח, הייתה אמורה להישאר לי בטוחה ביד שזה יישאר. הריצה לדירות הייתה כי הם הבינו שלא נשאר כלום.

אז איך יש פער בין חוק ייעודי לרוכשי דירות מקבלנים שנותן איזה שהיא בטוחה לכסף/ להשקעה שהרוכשים שמים לבין זה שבשנת 2007 יש אנשים שצריכים לישון בשלד כדי שאולי תהיה להם איזה שהיא זכות? הסיפור של חפציבה התדרדר למישור פלילי. הסתבר בחפציבה שעבדו על החוק, עקפו את החוק. החוק קובע שהקבלן חייב להבטיח את ההשקעה ששילם הרוכש. אחרי תשלום 7% הראשונים הקבלן חייב להבטיח את התשלום. המנגנון השמיש והסטנדרטי ביותר לכך הוא באמצעות ערבות- הקבלן הולך לבנק, אומר לו שכל שקל שהרוכש מפקיד בחשבון שלו, הוא מוציא לו ערבות אוטומטית. בעצם, כשהרוכש שם 500,000 ₪ הוא מקבל ערבות של 500,000 ₪. ואז אם הקבלן פושט רגל זה לא מעניין את הרוכש כי הוא הולך לבנק, מביא את שטר הערבות, ומקבל חזרה את הכסף. זה מה שהחוק רוצה לעשות. החוק רוצה להגיע למצב שבו אדם שרוכש דירה מקבלן, על כל ₪1 שהוא שם מעבר ל-7% הראשונים- מבוטח. ערבות אינה הדרך היחידה, אבל נראה למה ערבות בנקאית היא למעשה הדרך שהפכה להיות הדרך המרכזית שקבלנים משתמשים בה, ולא בדרכים האחרות.

בעניין חפציבה הייתה ערבות, לכאורה כפי שמחייב אותם החוק לתת בטוחות. בתקופה של חפציבה היה צריך ע"מ לקבל את הערבות להפקיד את הכסף לחשבון בנק מיוחד מסוים. מי שהפקיד לחשבון הבנק המיוחד קיבל ערבות. בעניין חפציבה, האחים יונה הביאו לרוכשים חשבונות בנק דומים למספר של החשבון המיוחד, הרוכשים הפקידו לחשבונות פרטיים ולא לחשבון המיוחד, והם בעצם נשארו בלי ערבות. כשהחברה קרסה היו רוכשים שחיכו לערבויות שלא הגיעו כי הכסף לא הופקד לחשבון הנכון (הרוכשים המתינו לשטרי הערבות ולא קיבלו אותם והם גם לא היו מקבלים כי זה לא הופקד לחשבון הנכון). כלומר, הם השקיעו הרבה מאוד כסף ולא קיבלו ערבות. סביב הרמאות הזו והניסיון לעקוף את חוק המכר הבטחת השקעות היה הדין הפלילי. כשהחברה נכנסה להפסד והיה לה תזרים מזומנים שלילי האחים יונה ניסו לקחת כספים ולא ליפול לגמרי, זו רמאות והם הועמדו בגין זה לדין ונכנסו לכלא.

המנגנון אמור להיות כזה- יש רוכשים ששמים כסף, יש חברות קבלניות שכרוכשים איננו בהכרח יודעים את מצבן הכלכלי, המחוקק מתערב וכדי למנוע מצבים שבהם אנשים שמים את כל חסכונותיהם על דירה ומאבדים את הכל בגלל קריסה של חברה נדל"נית, החוק מחייב את הקבלן לתת בטוחה. הבטוחה הכי נפוצה בקרב קבלנים היא ערבות, ואז הרוכש הולך לקבל את הערבות מהבנק, ולא מעניינת אותו הקריסה של הקבלן.

בהקשר זה עולות שתי שאלות שמשלימות זו את זה:

1. **למה בכלל צריך בטוחות?** מה ההיגיון לחייב את הקבלן לתת לרוכש בטוחה? הרי זה לא קורה ברכישות משמעויות אחרות, לדוגמה רכב שעלותו מיליוני ₪, אז אין בטוחות. למה דווקא ברכישה של מקרקעין מנדל"ן אנו דורשים בטוחות. שתי סיבות:
2. **סיכון שנובע מבעיות כלכליות של הקבלן שלא תמיד הרוכש מודע אליהם**- בגלל הפער בין האינדיבידואל לבין הקבלן אנו רוצים לוודא שאנחנו מבטחים במובן מסוים את הצד החלש במערכת היחסים, שיש לו פחות מידע. זה לא אנחנו מבטחים או הקבלן מבטח, אלא האדם מבטח את עצמו כי מחיר הדירה שלו עולה.
3. **סיכון שנובע מפגמים בזכות הקניין של המוכר**- יש הרבה מאוד סיכונים שלא נובעים מהיכולות הכלכליות של הקבלן אלא דווקא נובעים מטיב זכויות הקניין שלו (של הקבלן). חלק גדול מהקבלנים שבונים בארץ לא בונים על קרקע שלהם. יש קבלנים שרוכשים את הקרקע שהם בונים עליה את הפרויקט, אבל חלק גדול מהקבלנים לא רוכשים את הקרקע כי זה עולה הרבה כסף. אם קבלן רוצה לרכוש קרקע לפרויקט מסוים, המשמעות היא להוציא כבר בשלב הראשון של הפרויקט עוד לפני שנמכרה דירה אחת 50-60% מעלות הפרויקט. יש קבלנים שיכולים להרשות את זה לעצמם, הרוב לא. לכן, בדר"כ מתבצעות **עסקאות קומבינציה**. הקבלן בונה על קרקע ששייכת למישהו אחר- יש את בעלי הקרקע ויש את הקבלן שבונה את הדירות ומוכר את הדירות לרוכשים, כשהקבלן אינו בעלי הקרקע. המצב הזה חושף את רוכשי הדירות לסוג נוסף של סיכונים- בין הקבלן לבעלי הקרקע יש חוזה, אבל אין לקבלן זכויות קנייניות במקרקעין, והוא מוכר זכויות שאין לו כרגע במקרקעין. זה חושף את הרוכשים לסוג נוסף של סיכונים, מעבר לסיכון הכלכלי של יכולת הקבלן לעמוד בהתחייבויותיו. לכן, צריך בטוחות, בשביל אותם מצבים שבהם לדוגמה יש סכסכוך בין הקבלן והבעלים.

לדוגמה- בעל הקרקע נותן בצורה חוזית לקבלן את הזכות לבנות במקרקעין ואת הזכות למכור את הדירות לאחרים. מה הרוכשים מקבלים? זכויות חוזיות. מתי זה יהפוך לזכויות קנייניות? אם החוזה שבין הקבלן לבין הבעלים ימומש עד הסוף, והבעלים יסכים לרשום את הזכויות של רוכשי הדירות בטאבו, אז הם יהפכו להיות בעלי זכויות קנייניות. כל זמן שהבעלים לא עושה כן, הרוכשים הם בעלי זכויות חוזיות כלפי הקבלן (שלו עצמו אין זכויות במקרקעין). ולכן הזכות הזו היא חלשה ובעייתית. אם הקבלן והבעלים יפוצצו את החוזה ביניהם ואין לרוכשים בטוחה, הם עשויים להיות במצב שבו אין זכות קניינית, כל שיש זה זכויות מול קבלן שנמצא בסכסוך מול הבעלים, ובהנחה שהם כבר שילמו כסף לקבלן עבור הזכויות הם יכולים לתבוע אותו, אבל יש בעיה ביכולת לממש את הנכס.

שני הסיכונים הללו מצדיקים לקבוע חובה של בטוחות ברכישה של דירה מקבלן.

1. **האם כפיית בטוחות מוצדקת?** האם נכון בכלל לכפות על מישהו לתת בטוחות? כפייה של בטוחות עולה כסף. הקבלן חייב לתת לרוכש בטוחה, נניח שמדובר בערבות בנקאית, ע"מ שהבנק יסכים להוציא ערבות על הסכומים שמשולמים לקבלן, הקבלן צריך לשלם לבנק. התשלום של הקבלן לבנק לא נשאר אצל הקבלן, חלק גדול מעלות הדיור בישראל ומיוקר הדיור בישראל נובע גם מכל הרגולציה הזו. ברגע שקבלן צריך להבטיח את ההשקעות של רוכשי הדירות, ולשלם לבנקים על הוצאת ערבויות, הסיפור הכלכלי הזה מגולגל בסופו של דבר למחיר של הדירה, ולא יוצא מהקבלן עצמו. כך, מחיר הדירה יעלה מ-100,000 דולר ל-105,000 דולר. מאחר והמחיר מגולגל על הרוכשים, הרוכשים כאילו מבטחים את עצמם. האם אנחנו כרגולטורים/ מחוקקים צריכים לגרום לאנשים לשלם יותר ולחייב אנשים לבטח את עצמם ע"י תשלום גדול יותר? יכול להיות שהקבלן יפשוט רגל ויכול להיות שלא, ובכל מקרה אתם תשלמו יותר על דירה. זו שאלה מורכבת שנוגעת לרגולציה שמחייבת ספקים ויצרנים בדברים שעולים כסף. ברור שהעלות מגולגלת לצרכן. השאלה האם צריך לחייב את הצרכן או לא היא רחבה יותר מההשלכות של היצרן או של הבנקים.

**מה נכלל בחוק המכר (דירות)(הבטחת השקעות)- איזה סוגים של מכר נכללים בתוך המכר?**

* החוק חל רק על רכישת דירה, אך יש לשים לב כי הגדרת דירה כוללת לא רק דירה למטרת מגורים אלא רחבה יותר "חדר או מערכת חדרים למגורים, לעסק או לכל צורך אחר".
* מכירה = גם חכירה לדורות.
* החוק חל רק על רכישה מקבלן, לא חל על בניה עצמית ולא על מכירת יד שנייה כאשר הדירה כבר רשומה.

**קבוצות רכישה** זה אחד הניסיונות של השוק להוריד עלויות של שוק הנדל"ן. הרעיון של קבוצות רכישה היה להוריד את הנושא של עלויות התיווך. במילים אחרות, הרעיון היה- אנחנו נבנה לעצמנו, ניקח קבלן שיבנה לנו וככה נחסוך עלויות שקבלן רגיל לוקח מהרוכשים. הרעיון שעומד מאחורי קבוצת רכישה (ענבל אור, פרי) הוא שמתקבצת קבוצה של רוכשים שמניעים את התהליך, הם קונים ביחד את הקרקע ונכנסים להליך מול קבלן שבונה את הפרויקט והם מקבלים את הדירות. קבוצות רכישה נחשבות כרגע **כבנייה עצמית**. זה נשמע הגיוני, כי יש כאן קבוצת אנשים שמחליטה לבנות בעצמה את הפרויקט. אבל לא לוקחים כאן בחשבון שכל הרציונליים העומדים מאחורי חוק המכר חלים גם על קבוצת רכישה. חשוב להבין שחוק המכר להבטחת השקעות שמטיל חבות של בטוחות על אותם קבלנים הוא רלוונטי רק למצבים שבהם רוכשים דירה מקבלן. יש לכך השלכות רבות כפי שנראה.

ס' 2 לחוק המכר (דירות)(הבטחת השקעות של רוכשי דירות) **מונה 5 דרכים שונות להבטחת השקעתם של רוכשי הדירות**. ניתן לסווג את חמש הדרכים הללו לשתי בטוחות מסוג פיננסי, ושלוש בטוחות מסוג קנייני.

בטוחות פיננסיות

1. **ערבות בנקאית** (ס' 2(1))- הרוכש מפקיד כסף בחשבון הפרויקט בבנק בתמורה לערבות. ברגע שיש לרוכש ערבות כלכלית מבנק על הכסף שהפקיד לטובת מישהו אחר הוא רגוע יותר. הבנק בעצם אומר- אם בסוף לא תקבל את הדירה כי החברה תקרוס, תקבל את הכסף בחזרה. הקבלנים צריכים לשלם לבנק על הערבות בהתאם לגובה התשלום. כמו שקורה בדר"כ בשוק, הקבלן מגלגל את התשלום הזה על הרוכשים במסגרת מחירי הדירות. התוצאה היא שהרוכשים משלמים יותר.
2. **ביטוח** (ס' 2(2))- הרעיון כמו של ערבות בנקאית, דרך ביטוח. בטוחה של ביטוח אומרת שבמקום שהרוכש יקבל כתב ערבות בנקאית מהבנק, הרוכש יקבל פוליסת ביטוח שתגדל ככל שיפקיד יותר כסף. מבחינת הרוכש זה לא משנה אם יקבל שטר ערבות מבנק או פוליסת ביטוח מחברת ביטוח.

ברגע שהקבלן נותן אחד מהם הרוכש יודע שהכסף לא ייעלם (אמנם בלי ריבית, הצמדות ומדד).

**בטוחות קנייניות**

1. **שעבוד הקרקע במשכנתא ראשונה בדרגה** (ס' 2(3))- הקבלן יכול לא לתת לרוכש ערבות בנקאית או ביטוח על ההשקעות, אלא הוא יכול לשעבד, לתת לרוכש זכות של משכנתא בקרקע, לבוא ולומר- אתם משלמים לי כסף, במובן מסוים אתם בעצם מלווים לי את הכסף עד סוף הפרויקט, ולכן הוא יכול לתת רישום של משכנתא על שמכם בקרקע. כמו שבנק מלווה מיליארדי ₪ בשנה במשכנתאות כי זה נותן לו בטוחה לכסף, אותו דבר בעצם- הקבלן יכול במקום לספק בטוחה פיננסית, לספק בטוחה קניינית, שזה אומר שהרוכש יקבל משכנתא בקרקע. נראה בהמשך למה בדר"כ לא עושים את זה. רוב הקבלנים היו מעדיפים לא לשלם את הכסף לבנק/ לחברת הביטוח עבור העמדת הערבות/ פוליסת הביטוח. לכאורה זו דרך פשוטה וזולה של קבלת הכסף מהרוכש ולתת לרוכש בטוחה. החוק אומר שאחת האופציות הקנייניות היא לתת זכות קניינית במקרקעין- יש פרויקט שבונים, יש מקרקעין, ניתן לרוכש זכות קניינית במקרקעין. אחת האופציות היא זכות של משכנתא- הרוכש עכשיו משלם כספים, אפשר להסתכל על זה כאילו הוא מלווה כסף לקבלן שהרי הוא עדיין לא קיבל את הדירה והוא כן משלם. בתמורה להלוואה הזו הקבלן יכול לרשום לטובת הרוכש זכות של משכנתא בקרקע. איך זה מבטיח את ההשקעה? אם הקבלן יפשוט רגל והרוכש לא יוכל לקבל את הכסף בחזרה כי אין כסף בקופה, מבחינת הרוכש זה לא מעניין, הוא הולך לקרקע, הוא ידרוש לממש את הקרקע, יש לו בה זכות קניינית של משכנתא והוא יגבה את חלקו בקרקע. זו דרך נוספת להבטיח את הכסף של הרוכש. זה כמו שכשבנק לאומי מלווה לטובת רכישת דירה ודורש רישום משכנתא לטובתו תמורת ההלוואה. הסיבה העיקרית שלא נותנים בטוחה כזו היא עניין הבעלות של המקרקעין.
2. רישום חלק יחסי של הקרקע על שם הרוכש (ס' 2(5))- נניח שהקרקע שווה מיליון ₪ והרוכש שילם 100,000 ₪, תרשמו את השם שלו כבעלים של 10% בקרקע. זו בטוחה קניינית שאומרת- אם לא רוצים להוציא כסף לטובת ערבות בנקאית/ ביטוח, תרשום את הרוכשים שמוציאים כספים כבעלים ע"פ החלק היחסי. אם אתה בעלים של הקרקע אתה יכול למכור אותה/ את החלק שלך בקרקע ולכן זה מהווה בטוחה. בסופו של דבר אנו רוצים שהבעלים יירשם כבעלי המקרקעין. הבטוחה הזו מציעה לרוכש להיות הבעלים של הקרקע. זה המצב האידיאלי מבחינת הרוכש.
3. רישום ה"א (הערת אזהרה) לגבי הדירה או חלק יחסי מהקרקע עליה נבנית (ס' 2(4))- אנו מכירים בטוחה זו מרכישת דירה יד 2 (שהבטוחה לסכומים עד השלב שבו משלמים את השקל האחרון והרישום עובר היא הערת אזהרה). גם כאן, החוק אומר שאחת האפשרויות היא לא רישום של חלק יחסי בבעלות או רישום משכנתא, אלא רישום הערת אזהרה ע"ש הבעלים. אם הבעלים ירצה למכור את המקרקעין לקבלן אחר, הרוכש יוכל לעמוד מולו ולדרוש את כל התשלום ששילם. אם הקבלן הוא הבעלים- יש קרקע מסוימת שצריך לפדות/ למכור אותה כדי לשלם את החובות, ואת זה יעשו אחרי שמי שיש לו ה"א יסכימו או יקבלו את מה שמגיע להם.

בהנחה והקרקע היא של הקבלן, הבטוחות הקנייניות לא דורשות מהקבלן להוציא כסף ואז אין מה לגלגל על הלקוחות (בהנחה והוא באמת מגלגל רק מה שהוא מוציא). כשמחיר השוק כולל גלגול עלויות, גם קבלן שאין לו עלויות, אין לו סיבה למכור בפחות, זה כן משאיר לו מרווח תמרון יותר גדול למבצעים.

הערבות הבנקאית היא הבטוחה המועדפת על קבלנים למרות העלות הנוספת שהיא כרוכה בה. שעבוד (ס' 2(3)) או רישום (ס' 2(5)) של הקרקע על שם הרוכש כמעט ולא אפשריות מבחינה פרקטית משום **שבדר"כ הקבלן אינו בעל הקרקע**. ע"מ לתת אחת מהבטוחות הללו, הקבלן צריך לשכנע את הבעלים עוד בשלב שבו מתחילים לשווק את הדירות, להכניס שותפים איתו במקרקעין (מה שבעלים נורמלי לא יסכים לעשות) ולרשום משכנתאות לגורמים אחרים. האופציה שבעל מקרקעין ייתן לקבלן לרשום משכנתאות, ועל אחת כמה וכמה בעלויות, לפני שעומד בניין על הקרקע, כמעט ולא אפשרית. סיבה נוספת היא הבנקים, בעיקר בכל הנוגע למשכנתאות- הבנקים דורשים משכנתא בדרגה ראשונה, ולא יאפשרו רישום משכנתאות מקבילות בדרגה ראשונה על המקרקעין (המשמעות היא סדר הגבייה). לכן בטוחות אלו הן מאוד חזקות, קנייניות ומאפשרות זיקה בלתי אמצעית לרוכש אל הנכס, אבל כנראה לא תצאנה אל הפועל (1) לא סביר שבעל הקרקע יאפשר רישום או שיעבוד כזה. (2) לא סביר שהבנק המממן יוותר על רישום משכנתא ראשונה בדרגה על שמו.

גם האפשרות של הערת אזהרה (ס' 2(4)) אינה קלה ליישום מבחינה מעשית. במקרים מסוימים, כמו למשל בעסקת קומבינציה, בעלי הקרקע מסרבים לרישום ה"א לטובת רוכשי הדירות מהקבלן. כלומר, הסיבה היא שבדר"כ הבעלים לא יאפשרו רישום של ה"א בשלבים מוקדמים של הבנייה. למה? כי אחרי זה הם תקועים עם ה"א, ונכון שלא מדובר ברישום של בעלות, אבל מאוד קשה להיפטר מהאנשים שיש להם ה"א על הנכס שלך, במיוחד באותם מצבים בהם הקבלן קורס/ נעלם והבעלים רוצה ישר להביא קבלן אחר שיממש את הבנייה, ובמקום לנהל מו"מ רק עם קבלן חלופי אתה מנהל גם מו"מ עם הרוכשים. אם הרוכשים מקבלים ערבות בנקאית ולא ה"א, אתה כבעלים לא חייב להם כלום, הבנק יטפל בהם. לכן, בעלים בדר"כ יסרבו לתת ה"א. במקרים מסוימים (כמו למשל בעסקת קומבינציה), בעלי הקרקע מסרבים לרישום ה"א לטובת רוכשי הדירות מהקבלן.

ביחס לבטוחות הפיננסיות של ערבות בנקאית (ס' 2(1)) וביטוח (ס' 2(2))- המטרה אינה מתן זכות קניינית וזיקה בלתי אמצעית אל הנכס אלא הגנה על הכסף- הרוכש יקבל כסף ולא נכס. לכן, אם יש קרקע ששייכת לאדם פרטי ויש קבלן שאינו הבעלים, האינטרס של הקבלן הוא לתת כמה שיותר בטוחות קנייניות (כי זה עולה לו פחות) והאינטרס של הבעלים לתת כמה שיותר בטוחות פיננסיות ולא בטוחות קנייניות שיפגעו בו בהמשך. לכן, בדר"כ נותנים בטוחות פיננסיות. **המטרה של ערבויות אלו היא להבטיח את הקונה מפני הסיכון של אובדן כספו**. בעיקרון, אין פיצוי על נזקים שנגרמו לקונה כאשר הדירה כן נמסרת- אי עמידה בלוחות הזמנים והנזקים שנגרמו לקונה עקב כך. הערבויות הן לא המקום לגבות פיצויים מהקבלן, הבנק לא ייתן לרוכש לא מרוצה מהעיצוב או מהמפרט לגבות מהערבות, אלא הוא נדרש לתבוע. הסיבה לערבויות בנקאיות היא שבדר"כ קבלנים עובדים עם בנקים שמממנים את הבנייה ולכן הערבויות נכללות במסגרת העבודה המשותפת עם הבנק. המטרה היא להבטיח דירה ולא להבטיח שהרוכש מרוצה מהדירה.

בחזרה לעניין חפציבה- המחוקק הישראלי הגיב המהירות ושינה את החוק- כל העסקאות הן עסקאות בעלות ליווי בנקאי. אין חובה להפקיד לחשבון המיוחד כתנאי להוצאת ערבות, הרחבת שיטת השוברים. אין פער בין שלב התשלום לבין שלב הערבות וכך לא נוצרת הבעיה שנוצרה בעניין חפציבה.

פס"ד מטרי מבהיר את הרעיון של חוק המכר (דירות)(הבטחת השקעות). ביהמ"ש קבע: "חוק המכר (דירות) וחוק המכר (דירות)(הבטחת השקעות של רוכשי דירות) הם חוקים צרכניים, שנועדו לתת הגנה לרוכש הפרטי המחפש קורת גג ולאו דווקא לרוכש הקונה מספר דירות כחלק מעסקה מסחרית. הדין מייחס חשיבות להיותו של צד לעסקה צרכן, מתוך ההנחה שהמערכת החוזית אינה שוויונית וישנם פערי כוחות משמעותיים... ההבחנה הנדרשת לדידו של המנהל המיוחד בין רוכש פרטי, לבין רוכש עסקי איננה עולה מילולית מהחוקים עצמם, ולכאורה, אין בהם הבחנה בין רכישה צרכנית לבין רכישה אחרת, קרי רוכש דירה למטרה עסקית זוכה לאותה הגנה לה זוכה קונה דירה למגוריו הוא, אלא שהיעדר ההבחנה הוא לכאורי בלבד, שכן תכלית חוקים אלה להגן על הצרכן הפרטי בשל היעדר שוויון בין קבלן לבין רוכש פרטי, וליתן איזונים ליחסי כוחות בלתי שווים. לפיכך, אף שההבחנה בין רכישה צרכנית לבין רכישה מסחרית אינה מעוגנת באופן מילולי בחוקי מכר הדירות, הרי שהיא נובעת ממיקומם של החוקים הללו כחלק ממערכת דינים צרכניים במשפט הישראלי. כפי שציינתי, מדובר בחוק שתכליתו צרכנית, על כן, עלינו לבחון מהם הרציונלים הצרכניים שמאחורי החוק, והאם אותם רציונלים חלים גם לגבי רוכש שאינו רוכש פרטי הרוכש את הדירה למגוריו הוא. אם הרציונליים מתקיימים גם במקרה שכזה- הרי שאין סיבה להבחין בין שני סוגי הרוכשים, אך אם אין זה המצב- הרי שראוי להבחין בין השניים."

כשחברה פושטת רגל (הופכת לחדלת פירעון) המשמעות היא שיש לה יותר חובות מאשר נכסים ומזומנים. במצב הזה גורמים מסוימים יכולים להכריז עליה כחדלת פירעון, ואז היא צריכה להתחיל לפרוע. אנשים נעמדים בתור ע"פ סדר הקדימות שלהם ע"פ החוק. במצב שקבלן פושט רגל, יש לו נכסים (דירות, נכסים כלכליים), אבל עדיין אין לו נכסים כלכליים לכולם (ולכן הוא פושט רגל) ונשאלת השאלה מי מקבל? ביהמ"ש קובע **שהחוקים נועדים להעמיד את הרוכש הפרטי בתור לפני הרוכש המוסדי.** החוקים של הבטחת השקעות נועדו להעמיד את הרוכש הפרטי שרוכש קורת גג לפני הרוכש המוסדי שרוכש מספר דירות כדי להקים עסק. חוק הבטחת השקעות וחוק המכר לא קובעים שרק לאנשים פרטיים שקונים דירה בודדת, אלא מדבר באופן כללי על מי שרוכש דירה מקבלן, בין אם דירה 1 או 20. ביהמ"ש אומר- **ההבחנה הנדרשת המתוארת לא עולה מהחוקים עצמם**, שלא מבחינים בין רוכש פרטי לרוכש עסקי, **אלא שהיעדר ההבחנה הוא לכאורי בלבדי כי תכלית החוקים, כאמור, הינה להגן על הצרכן הפרטי בשל היעדר השוויון בינו לבין הקבלן.** אם יש גוף מוסדי שקונה מספר דירות, ויש אדם פרטי שקונה דירה, ביהמ"ש אומר שאם יש מצבים שבהם נצטרך לתעדף מי מהשניים יקבל הגנה/ הבטחה של ההשקעה, נעדיף לתת את ההבטחה לרוכש הפרטי.

ביהמ"ש אומר לגורם המפרק/ כונס הנכסים- אם אתה עכשיו כונס נכסים של קבלן שפשט רגל, והנושים שלך הם רוכשי דירות, חלקם רוכשי דירות בודדים שקנו דירה למגורים, זו קורת הגג שלהם, אחרים הם גורמים מסחריים שרכשו הרבה מאוד דירות בפרויקט כדי להקים מזה עסק. החוק לא אומר לכאורה מה לעשות או שיש הבחנה, ולכן לכאורה כולם צריכים לעמוד באותו מקום בתור. ביהמ"ש קובע שהם לא יעמדו באותו מקום בתור, אלא האדם הפרטי יקבל קדימות. לגורם העסקי יש אותה התחייבות לעסקה במקרקעין שיש לרוכש הפרטי, ואפילו הוא שילם יותר ומאזן המצוקה שלו עשוי להיות גדול, ועדיין הוא יעמוד מאחוריו בתור.

ביהמ"ש אומר לנו שהחוקים הללו הם חוקים שכל מטרתם היא להגן על האינדיבידואל, על הצרכן, ולתת לו בטוחה, הבטחה שהכסף שהוא שם על הנכס המאוד משמעותי של דירה, הכסף לא ירד לטמיון.

אחרי פס"ד חפציבה ביטלו את החשבון המיוחד. בתיקון 2008, הוחלה החובה של שיטת השוברים (מקבלים מהקבלן פנקס שוברים שבו מחולקים התשלומים פר דירה) וזה בטוח יותר מהמצב שהיה בחפציבה כי התשלום רק באמצעות שובר מפנקס שוברים המתייחס לכל דירה ודירה שהונפק ע"י הבנק המלווה.

הרצאה בנושא רכישת דירה מקבלן/ עמית גריידי הממונה על חוק המכר במשרד הבינוי והשיכון

**במדינת ישראל שני חוקי מכר בהקשר דירות:**

1. **חוק המכר (דירות).**
2. **חוק המכר (דירות)(הבטחת השקעות לרוכשי דירות).**

**החוקים נחקקו בשנות ה-70, כבר אז המחוקק הבין את הפער בין רוכש הדירה למוכר הדירה, כשל שוק, ולכן המחוקק התערב באמצעות חקיקה. ההבנה שפער הכוחות הגדול שבין מוכר דירה לרוכש דירה לא מאפשר לשוק להתנהל בצורה הוגנת ומיטבית מביא את המחוקק להתערב בדמות חקיקה.**

**חוק המכר דירות הבטחת השקעות קיבל תפנית משמעותית בשנת 2008. עניין חפציבה- החברה הבורסאית הגדולה ביותר בתחום הנדל"ן בזמנו קרסה ולקחה איתה אלפי משפחות. בסופו של דבר, אלפי משפחות נפגעו. חפציבה (בועז יונה הבעלים) באה לרוכשים והציעה להם לשלם חלק מהמחיר מתחת לשולחן והמשמעות היא שאין בטוחה לכספים. כשהחברה קרסה כמובן שהכסף הלך.**

**חוק המכר במהותו מגן על כספי רוכשי דירות, במיוחד במקרה של כשל שבו הכספים לא ילכו לפח. חוק המכר דירות עוסק בצד הטכני- מפרט, שכ"ט עו"ד, שנת בדק וכיו"ב.**

**איך מגנים על כספי רוכשי דירות? חוק המכר מגדיר מראש מספר נושאים וקובע גבולות גזרה ברורים. בין היתר נקבע שלא ניתן לגבות מרוכש דירה מעל 7% משוויה מבלי לתת לו את אחת הבטוחות שקבועות בס' 2 לחוק. ביום שמוכר הדירה ירצה לגבות שקל אחד מעל 7% משווי הדירה הוא יצטרך לתת לו בטוחה.**

**סוגי הבטוחות: ערבות בנקאית- הרוכש יעביר למוכר פנקס שוברים מיוחד שנקבע בתקנות איך הוא נראה ומה הוא כולל, ורק באמצעותו אפשר יהיה לשלם על חשבון הדירה. המשמעות היא שאני כרוכש דירה משלם על הדירה, אני יודע שהכספים שלי מובטחים. הבנק המלווה מבטיח את הכספים שלי. אם יקרה משהו אקבל את הכספים בחזרה. שיטה נוספת היא פוליסת ביטוח.**

**שיטת ה"א- זכות בנכס ספציפי שבאה להציג לעולם שרכשתי נכס, יש לי זכות ראשונים עליו, שמתי בטאבו ה"א, אני הראשון בתור אם קורה משהו, העולם יודע שאני הבעלים. זו זכות לא מוחלטת, זה לא כמו הערבות הבנקאית שבמקרה של כשל הכספים יוחזרו. הבעיה שלנו עם ה"א היא בעיקר בפרויקטים של התחדשות עירונית, תמ"א 38, שם אנו נתקלים במצב שאם החברה קורסת והבטוחה היא מסוג ה"א, כסף ילך לאיבוד. החוק מאפשר את שיטת ה"א, היא מופיעה באחת החלופות לבטוחה לרוכשי דירות, ובסוף במקרה של כשל, ביום פקודה בה ההערה צריכה להגן- היא לא מגנה עד הסוף.**

בפס"ד דרך התאנה **משנת 2019- היה מקרה של תמ"א 38-1, מקרה שבו מחזקים בניין ומוסיפים עליו קומות. החברה קרסה, המפרק של החברה ניסה להגיע להסכמות עם נושי החברה, ובין היתר עם רוכשי הדירות והוא לא הצליח להגיע איתם להסכמות. אחרי מספר שנים שהבניין עמד, המפרק ביקש להכריז על הרוכשים כנכס מכביד. נכס מכביד אומר שנכס שהוכרז כמכביד- במקרה הזה רוכשי הדירות, מכבידים על החברה לממש את החובות שלה לשאר הנושים. ביהמ"ש קיבל את הבקשה, מחק את ה"א, והם נכנסו לסדר הנשייה הרגיל. והם לא קיבלו בחזרה את כל הכספים שהם שמו. פס"ד דרך התאנה הוא פס"ד מוביל שעוסק בתמ"א 38-1. בניגוד לפרויקט רגיל שאף אחד לא גר בו, בפרויקטים של תמ"א 38-1 ביהמ"ש רואה את הילדים שגרים באתר בניה, אנשים שיש להם חור בקיר ואין מי שיתקן, ולכן הוא ממהר לקבל החלטות. במסגרת ערעור לעליון הוגשה התנגדות למתווה שביהמ"ש קבע. הערעור נדחה, וכך נוצרה הלכה חדשה. באותו מעמד היה ניסיון באמצעות היועמ"ש לממשלה לבטל בחקיקה את האפשרות לתת ה"א בפרויקטים של תמ"א 38. הבקשה לא התקבלה, ונקבע שהתערבות המחוקק בה"א בתמ"א 38 ישפיעו על ה"א באופן כללי. מבחן המציאות מראה שהבטוחה מסוג ה"א לא מגנה בפועל, בזמן אמת, על הרוכשים.**

**הבטוחה הקבועה בס' 2(3) בחוק היא חברת נאמנות. הסעיף בחוק קובע שהבטוחה יכולה להיות חברת נאמנות שאישר השר. עד היום לא אושרה אף חברה. זה אמור להוות אלטרנטיבה לה"א.**

**חשוב להבחין בין קבוצת רכישה לבין פרויקט יזמי.** קבוצת רכישה **מתארגנת לרוב ע"י מארגן. מארגן קבוצת הרכישה הוא גורם שמארגן קבוצה של אנשים לכדי קבוצה שרוכשת קרקע, ואחרי רכישת הקרקע בונה על הקרקע בניין (מגורים/ משרדים). העניין בקבוצת רכישה הוא שחברי הקבוצה עצמם הם היזם של הפרויקט, הם אחראים על הפרויקט לכל דבר ועניין, אחראים לקבל החלטות ולקבוע מי הקבלנים. אם משהו משתבש בפרויקט ומחירו קופץ- הם יספגו את העלות. דוגמה בולטת לקפיצת עלויות היא מי תהום. כשקונים דירה מיזם אתה חותם על דירה עם מחיר אחיד, ולא משנה מה מתגלה בדרך המחיר לא משתנה. בקבוצת רכישה הרוכשים הם היזם ולכן הכל מושת עליהם.**

**בקבוצת רכישה יש מארגן שמארגן קבוצה של אנשים שהופכים להיות היזם של הפרויקט. החוק לא חל על קבוצות רכישה. המשמעות היא שאם קורה משהו הכל על אחריות הקבוצה. הדוגמה הכי קיצונית היא שלא רק שחוק המכר לא מגן על חברי הקבוצה, במקרה של יונייטד שרונה, חברי קבוצת הרכישה כיזמי הפרויקט מכרו דירות מבלי לצרף את החברים החדשים לתוך הקבוצה, גבו כספים ובכך עברו על חוק המכר. הוטל עליהם עיצום כספי.**

**בשנת 2017 עמית גריידי נכנס לתפקיד והבין שיש בעיה. בשנת 2019 פורסם נייר עמדה שקובע תבחינים מיהו מארגן קבוצה. התבחינים קובעים מוטות שליטה, וזה ההבדל הגדול בין רכישה מיזם לבין קבוצות רכישה. בקבוצת רכישה, כל רוכש כחלק מחברי הקבוצה יכול להיבחר לנציגות ולשלוט בפרויקט על כל פרטיו- שמאי, קבלן, היתרים, כמות קומות, הכל. מה שבטוח זה שאי אפשר לקבוע מחיר סופי, כי אם המארגן לקח ממך את האפשרות לשלוט בפרויקט, אז בעצם הוא הופך את עצמו למוכר דירה. מי ששולט בפרויקט הוא המוכר. בקבוצה רגילה חברי הקבוצה אמורים לשלוט. נייר העמדה מדבר על מוטות שליטה, ופונה למארגנים ואומר להם- ככל שאתם 1,2,3,4, סיכוי סביר שנכיר בכם כמארגנים. חוק המכר חל, ככל ולא עמדת בו יש לנו את האפשרות לפעול במסגרת החוק ולהטיל עיצומים. לכן חשוב לכל מארגן לעמוד בסטנדרטים שנקבעו בשנת 2019 ("נייר עמדה ממונה חוק המכר קבוצות רכישה"). תבחין לדוגמה שנקבע הוא שמארגן לא יכול לשבת בנציגות הקבוצה.**

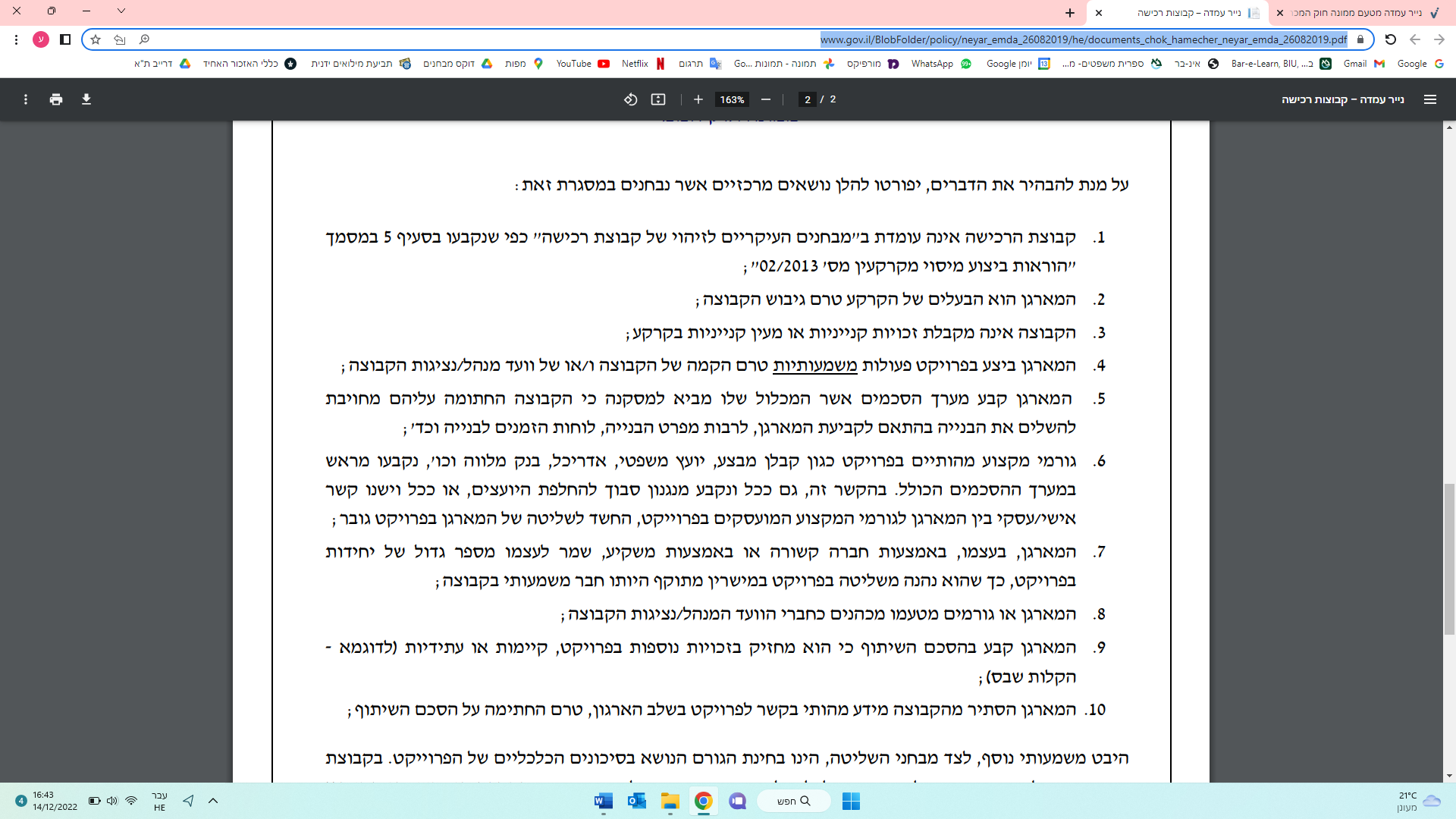
**קישור לנייר העמדה:**

[**https://www.gov.il/BlobFolder/policy/neyar\_emda\_26082019/he/documents\_chok\_hamecher\_neyar\_emda\_26082019.pdf**](https://www.gov.il/BlobFolder/policy/neyar_emda_26082019/he/documents_chok_hamecher_neyar_emda_26082019.pdf)

**המדינה קבעה שהחוק הוא חוק קוגנטי, גם אם תרצה לוותר על ההגנות שלו לא תוכל. לכן, רוכש דירה לא יכול לוותר על ההגנות של חוק המכר ומוכר דירה בטח לא יכול לוותר עליהם.**

**בשיטת היזמות צופים מהצד, מסכימים על מחיר ועל דירה ולא קובעים יותר שום דבר. אם הגענו לקבוצת רכישה וההסכמים מכתיבים מחיר סופי בלי יכולת להכתיב כלום, הכותרת לא מעניינת ומדובר ברוכשי דירות. כשבוחנים עסקאות בוחנים את מוטות השליטה- האם באמת יש שליטה של הרוכשים בפרויקט.**

**כשאתה קונה לעצמך קרקע ובונה עליה לבד אתה לעולם לא תדע מה המחיר הסופי שתשלם, אפשר רק להעריך לפי עלות הקרקע ולפי השערת עלות הבניה. אותו הדבר בשיטת קבוצת רכישה, זה כמו רכישה של אדם יחיד אבל עם אנשים נוספים באמצעות נציג. כאשר המארגן קובע מחיר סופי ומתחייב עבורך למחיר סופי זה אומר שבאותו רגע הוא לקח ממך את כל השליטה בפרויקט. אם בקבוצת רכישה הובטח לך מחיר סופי המשמעות היא שלא משנה מה הוא צריך שהדירה לא תעלה יותר מאותו המחיר והוא יעשה את זה ע"י זה שהוא ורק הוא ישתלט על הפרויקט ויקבל החלטות. אם הוא לא יעשה את זה הוא יפשוט רגל אחרי שבוע. אם הרוכש יכול לקבל החלטות הוא ייקח את הקבלנים הכי טובים והכי יקרים. אין שום דרך להבטיח מחיר סופי ולהיות קבוצת רכישה לגיטימית.**

**הקריטריונים הבוחנים את מוטות השליטה כאמור (מתוך נייר העמדה):**

בעניין פרי נדל"ן**- בשנת 2019 החלו להגיע תלונות. נשלח עובד מטעם המשרד להיות לקוח סמוי. כשהגיעו לאתר המכירות של פרי נדל"ן עברו חוויה קשה במובן של חוק המכר- קבעו מחיר סופי, הראו מי הקבלן, מי היועמ"ש, וכו', מכרו להם דירה, והציגו אותה כקבוצת רכישה בה אין הגנה על הכספים. רוכשים איבדו הרבה כספים, זו הייתה רכישה לכל דבר ועניין. כשהבינו את הבעיה נפתח הליך מנהלי- יש למשרד סמכות לחקירה, לקבל כל מסמך מכל אדם/ גוף כדי לבדוק אם מוכר ספציפי עומד בחוק, להטיל עיצומים ככל וייקבע שעבר עבירות. הפרה של ס' 2 לחוק המכר (לקחת אפילו שקל אחד מעבר ל-7% הראשונים משליך עיצום כספי של חצי מיליון ₪ על כל דירה). בעניין פרי נפתחה חקירה מורכבת על קבוצת הרכישה. נמצא שנעשו עבירות חוק מכר. הוטלו עיצומים כספיים. שלושה שבועות לאחר מכן הוגשו בקשות לפירוק. הרבה אנשים איבדו שם כספים.**

**המשרד מממש את האינטרס הציבורי, שהוא לאו דווקא האינטרס האישי של אותם רוכשים. כשממשים אינטרס ציבורי חייבים לשים לב שעושים הסדרה כלשהי בשוק. אם המקרה הזה חייב להיגמר בעיצום כספי זה יקרה, כל עוד זה משרת את האינטרס הציבורי. ההליך המנהלי הוא הליך מקביל להליך משפטי. כשהמשרד מנהל את ההליך הזה מגיעים הרבה פעמים למתווה תיקון ליקויים והפרות חוק, במסגרתו אותו מוכר דירה חייב לתקן את ההפרות. חוק המכר הוא חוק דרסטי במובן של התערבות בחוזים והתקשרויות. אלו חוקים דרסטיים בכל הנוגע להתערבות כאוטית בחופש החוזים וההתקשרויות. בהטלת עיצום על מפר חוק, יש בחוק עוד סעיף שקובע שאי אפשר לשלם את העיצום וזהו, העיצום צובר ריבית של 2% ליום כל עוד ההפרה לא תוקנה. אם גבית לרוכש כספים מעבר ל-7% והטלנו את העיצום הכספי, כל עוד לא תתקן את ההפרה, העיצום יגרור ריבית. יש הרבה חברות שמוטל עליהם עיצום והולכות לפירוק. כשמוטל עיצום- או שההפרות יתוקנו או שאין ממי להיפרע והחברה תפורק. הרבה פעמים יזמים מחזירים כספים לרוכשי דירות כדי להימנע מהעיצום הכבד. יש אינטרס ציבורי לייצר הרתעה. חשוב להגיד שלא בכל מקרה שבו מוטל עיצום החברה מפורקת. כשהחברה כן מפורקת המשרד מעדיף לוותר על העיצום כדי שהכסף יוחזר לרוכשים, לפחות בחלקו.**

הניסיון לעקוף את חוק המכר

יש שבוחנים את הגבול בין עסקת מכר שכפופה לחוק לבין עסקאות אחרות. לדוגמה:

1. **עסקאות של הלוואות עוקפות חוק מכר**- השאלה הנשאלת היא האם מטרת הסכם הלוואה מטרתו הלוואה לטובת ריבית. אם יש הסכם הלוואה על שני מיליון ₪ וההחזר שמקבל ההלוואה מתחייב להחזיר זה דירה עוד שנתיים, זה הסכם דירה או הסכם מכר? כנראה שהסכם מכר. אם הסכם הלוואה קובע שאותו מלווה יעביר הלוואה לפי קצב התקדמות בניה מסוים ובסוף הדרך היזם מקבל הכסף יחליט אם להחזיר הלוואה וריבית או דירה, האם זה הלוואה או הסכם מכר? תלוי, הכל משתנה בהתאם לנסיבות. אין רשימה סגורה של מקרים. גם על זה פורסם נייר עמדה. כמובן שאם המטרה האמיתית של ההתקשרות היא מכר דירה והנושא יגיע לפתחו של המשרד, המשרד יאבק בזה.
2. **הסכמי אופציה**- הסכמי אופציה בעולם הנדלן בדר"כ מובנים כך שמשלמים סכום בהתחלה ומקבעים מחיר מסוים לדירה, בלי קשר למה שיקרה בשוק, ויש את האופציה לרכוש את הדירה באותו המחיר. אם מימשת תשלים את הסכום. אם לא מימשת נהוג שהפסדת את הסכום הראשוני. בהסכם אופציה שבו מקבל האופציה שילם 70% משווי הדירה כדי לרכוש את האופציה ויש לו אופציה לרכוש את הדירה בעוד חודשיים ולהוסיף עוד 30% נותרים. כזכור, אסור לגבות מעל 7% משווי הדירה בלי בטוחה. ולכן הסכם האופציה לא לגיטימי. צריך להבין את ההיגיון שעומד מאחורי- מנסים לבחון את הגבולות של מוכר-רוכש, חוק המכר וכו'. בעולם של פערי כוחות כה גדול תמיד מפתיע מה שרוכשים ומוכרים מוכנים לעשות. חייב להבין שחוק המכר חל גם אם ההסכם הוא לא הסכם מכר, גם אם בכותרת כתוב "הסכם אופציה"/ "הסכם הלוואה"/ "קבוצת רכישה".

ביולי האחרון (2022) נכנס לתוקף תיקון 9 לחוק המכר שמדבר על **מדד תשומות הבנייה ואיחור במסירת דירות.** מדובר בחקיקה שהאגף ניסה להעביר זמן רב ולא היה להם שותפים לעניין עד ששר הבינוי זאב אלקין החליט לקדם אותה. החקיקה עברה ביום התפזרות הכנסת. מדובר בחוק שמאסדר שני נושאים. כזכור, חוק המכר קובע גבולות גזרה כי ידוע שהשוק החופשי לא מצליח להביא לבד את שני הצדדים לעסקת מכר ולמו"מ הוגן. כשזה המצב, המחוקק נדרש להתערב. ההבנה בהקשר למדד תשומות הבנייה הייתה שאם מישהו מנסה לנהל מו"מ על אופן ההצמדה למדד תשומות הבנייה אין לו דרך לקנות דירה בישראל. כמעט 100% מהסכמי המכר שקדמו לתיקון כללו הצמדה מלאה למדד תשומות הבנייה. מדד תשומות הבנייה מפורסם ב-15 לכל חודש ע"י הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ומשקף את העלייה/ ירידה בעלויות הבנייה. המדד מפורסם וידוע, וכולל בעיקר את הרכיבים הישירים בעלויות בנייה (אלומיניום, ברזל, זפת, שעת בניה וכו'). האם בעולם של מו"מ הוגן בין צדדים יכול להתקיים הצמדה מלאה למדד תשומות הבנייה? בחלוקה לרכיבי הבנייה רואים שחלק די גדול מורכב מעלויות הבנייה, אבל גם הרבה מורכב ממע"מ, עלות הקרקע, יועצים, יזמים וכו'. המשמעות היא רווח על כל הרכיבים. היעדר הרגולציה הביא לאופן גורף שבו כל היזמים הצמידו את המחיר כולו למדד תשומות הבנייה וזה מבטא את פער הכוחות בשוק. **נקבע שאפשר להצמיד רק 40% ממחיר הדירה למדד תשומות הבנייה**.

נכון להיום כ-80% מהדירות בישראל נמסרות באיחור. האיחור הממוצע 9 חודשים. בס' 5(א) לחוק המכר שתוקן בשנת 2011 נקבע שמוכר דירה שאיחר במסירת הדירה חייב לשלם לרוכש פיצוי. החוק קובע כמה הפיצוי- 150% לפי שווי שכ"ד באזור ל-9 חודשים הראשונים, ואז 125%. סעיף 5(א)(ג) לחוק המכר (דירות) קבע שאם נסיבות האיחור אינן בשליטת היזם/ המוכר- הוא אינו חייב בפיצוי. מהן נסיבות שאינן בשליטת היזם? באופן גורף מימוש החוק עומד על 0%, קשה למצוא חברה שמשלמת פיצוי ע"פ חוק. 0% מימוש, 80% איחור במסירה- מזוהה כאן שיטה לכתיבת תאריך מסירה לא ריאלי, מוקדם מהצפוי כדי שיהיה קל יותר למכור את הדירה, להעלות את ערך הדירה, וכי מה אכפת? גם ככה לא משלמים. כל עוד הסעיף הזה מופיע בחוק אפשר להבין את היזם הנורמטיבי שינסה לטעון שהאיחור לא בשליטתו. **כך היה עד יולי 2022**. החל מיולי 2022 הסעיף בוטל. הייתה הבנה שנעשה שימוש לרעה בסעיף הזה, וגם כשהנסיבות כן בשליטת היזם הוא טוען שזה לא. **חוק המכר כיום קובע שלא ישולם פיצוי רק אם נסיבות האיחור תלויות ברוכש**. לטווח הקרוב הכוונה היא שקבלנים ישלמו את הפיצוי ושהתאריכים בחוק המכר יהיו ריאליים. חלק מהרעיון היה שהפיצוי בשיעור של 150% הוא לא הוגן, וכן יש אינטרס לשמור על היזמים ועל התזרים שלהם. במקביל הריבית במשק התחילה לעלות ולכן לא הייתה העלאת מחירים ויש ירידה דרסטית במכירות.

עלתה טענה שהמחיר הזה מגולגל על הצרכן ובפועל המחירים רק עולים. הטענה של עמית היא שאי אפשר לקרוא לזה העלאת מחירים, אם כבר אפשר לקרוא לזה העברה של המחיר בתוך חוזה המכר, אך לא העלאת מחירים.

תיקון נוסף שלא התקבל ברגע הראשון- מוכר דירה יכול לדרוש מרוכש הדירה 5,000 ₪ הוצאות משפטיות. הייתה בקשה לבטל את זה, אבל לא הצליח.

התערבות החוק היא אגרסיבית אבל גם פער הכוחות בנושא זה מאוד קיצוני.

תקנות נוספות שהמשרד קידם ועיקרן העברת מידע בין מוכר דירה לרוכש דירה:

* תקנות היעדר ליווי פיננסי שאומרות לרוכש דירה לשים לב שאין ליווי פיננסי ולכן הבטוחה היא ה"א.
* תקנות חוק המכר דירוג אנרגטי שעתידות להיכנס בקרוב- להעביר לרוכש הדירה את המידע של הדירוג האנרגטי של הדירה.
* תקנות העוסקות בריבית פיגורים- ריבית על תשלום הפיגורים שהרוכש חייב לשלם הוגבלה לריבית שיש למוכר בבנק שמלווה אותו.
* תקנות שעוסקות במסירת תוכניות חשמל, אינסטלציה ועוד.

דיני תחרויות

הסוגייה בכל דיני התחרות היא מי מבין השניים מקבל את הנכס.

התחרות הקלאסית: ב' מוכר דירה לא' ואז מוכר אותה לג'. בעבר, כשהיינו דנים בשאלות האלה- למשל מי זכאי לדירה, מי מנצח בתחרות בין א' ו-ג', בעבר למעשה לא היינו דנים במערכת היחסים בין א' ו-ג' שהרי באופן עקרוני לכל אחד מהם יש מערכת יחסים עם ב' אבל לא בין שניהם, הם לא מכירים אחד את השני בכלל, ובזמנו חשב המשפט שאין סיבה לדון במערכות היחסים שבין א' ו-ג'. היה נהוג לברר את היחסים בין א' ו-ב', בין ג' ו-ב', ומכריעים ע"ב מערכות היחסים הללו מי מקבל את הדירה. בשבעים השנה האחרונות במערכות המשפט בעולם חל שינוי ולא מתסכלים בכלל על ב' (המוכר), אלא מתייחסים לסיטואציה כאל תאונה משפטית שיצרה מערכת יחסית בין א' ו-ג'. כיום, כשבודקים מי מקבל את הנכס, מוציאים את ב' מהתמונה ומתייחסים ל-א' מול ג', בודקים את המעמד/ המצב של א', בודקים את המעמד/ המצב של ג', כולל התנהלותם כפי שנסביר בהמשך, ועל בסיס מערכת היחסים הזו נכריע מי מהשניים מנצח. הכוונה במנצח בדיני התחרויות היא מקבל את הנכס. אם למשל בתחרות הזו ג' מנצח והוא מקבל את הנכס, יש שני דברים שצריך להבין שמשלימים את התמונה:

* אם בשלב של התחרות ג' שילמה רק חצי מהסכום היא צריכה להשלים את הסכום, הוא לא מקבל מתנה כי התאונה קרתה אחרי ששולם חלק מהסכום. אם התחרות בין א' ו-ג' נחשפה אחרי שג' שילם רק 50% מהמחיר, ונניח שהגענו למסקנה שהוא מנצח, זה לא אומר שהוא לא יקבל גם את הדירה בחצי מחיר, אלא יצטרך לשלם ל-ב' את 50% הנותרים.
* אם ג' מנצח ו-א' מפסיד, זה לא אומר ש-א' נשאר בלי כלום ביד. הוא יכול לתבוע את ב' על הפרת החוזה ולקבל סעדים חוזיים.

לכאורה, שני הצדדים אמורים להיות די אדישים כי אחד מהם יקבל את הנכס עצמו והשני יקבל את הכסף חזרה מ-ב'. הבעיה מתחילה כשהצד המפסיד בתחרות, שלא מקבל את הנכס, לא יכול להיפרע מ-ב' (המוכר) כי הוא לא פושט רגל/ ברח וכו', שבגינן לא ניתן לתבוע את הכסף. אז, מי שזוכה בתחרות ומקבל את הדירה נמצא במצב הרבה יותר טוב מהמפסיד, כי המנצח קיבל את הדירה והמפסיד עלול לאבד גם את הדירה וגם את הכסף. לכן, השאלה מי מנצח או מי מפסיד בתאונה משפטית היא שאלה שלכאורה היא לא דרמה גדולה, אבל זה לא כמו חוק המכר שיש ערבות לכסף ששולם ואז במקרה הכי גרוע מקבלים את הכסף בחזרה.

מושגים שישרתו אותנו במסגרת דיני התחרויות:

לכל אחד מהמושגים הללו יש שני מופעים שונים. נראה בתחרויות השונות איזה משמעות אנו דורשים בכל אחת מהתחרויות.

* **תום לב**-
* תום לב אובייקטיבי (האדם הסביר)- האם האדם הסביר היה צריך לדעת בנסיבות. האם היה עליו לדעת שהייתה עסקה ראשונה.
* תום לב סובייקטיבי. חוסר תום לב סובייקטיבי זה אומר שהשני בזמן ידע שהייתה עסקה ראשונה.
* **תמורה**-
* תמורה כלשהי- consideration.
* תמורה בת ערך/ שוות ערך- תמורה מלאה (full) value.

****מני מאונטר במאמרו מגדיר תחרות כתאונה משפטית ומסווג תחרות לשלושה שלבים:

1. **מניעת תאונות**- אקסט אנטה 🡨 צדק מתגמל 🡨 תום לב. בשלב הזה שם המשפט את כל יהבו, רוצה למנוע מראש את התאונה ו"להקדים תרופה למכה", יש רצון למנוע את התאונה ex-ante כלומר חושבים מלכתחילה על מה יכול למנוע את התאונה הזו בין א' לג'. מייצג תפיסות של צדק מתגמל לפי מאוטנר ("מונע הנזק הזול") לתמרץ מראש את הגורם שיכול למנוע את התאונה בקלות ובעלות הנמוכה ביותר. התמריץ ניתן ע"י החוק.
2. **מזעור עלויות התאונה**- אקס פוסט 🡨 צדק חלוקתי 🡨 תמורה. ע"מ למנוע את התאונה אנו רוצים לתמרץ את הגורם מונע הנזק הזול למנוע את התאונה. מאחר שאנו מכירים שבכל זאת יהיו תאונות ולא ניתן למנוע אותן לחלוטין חלק מהכללים צריכים להתמודד עם תאונות שקורות ולכן נייצר גם כללים למזעור עלויות התאונה והתנהלות מערכתית. לאחר שהתאונה כבר התרחשה נתעסק בצדק חלוקתי. כלומר, נבדוק מי מהצדדים יפגע יותר כתוצאה מהכלל המשפטי שיינתן במסגרת התחרות. (מאזן המצוקה) נלקחת בחשבון בדיני התחרויות במזעור עלויות, בגלל שהתאונה כבר התרחשה ננסה לעשות איזון בין מי נפגע יותר ולכן נסתכל על שיקול התמורה. רוצים למנוע מצב בו מטילים עלויות גבוהות על כל המשתתפים ופועלים בצורה לא יעילה. אלו עלויות שקשורות לצדדים לתאונה. שואלים את עצמנו איך מחלקים את הנזק, על מי נטיל את העלויות של הנזק שקרה. פה נכנסים שיקולים של זהות הצדדים, מאזן המצוקה של כל אחד מהצדדים וכד'.
3. **התנהלות מערכתית**- אקס פוסט 🡨 צדק חלוקתי 🡨 תמורה. ההשפעה של ההכרעה על השוק בכללו ולא השפעה פרטנית על הצדדים לעסקה לאחר קרות התאונה המשפטית. ההשפעה המערכתית תהווה גורם שיכול להטות את ההכרעה ביחס לתחרות.

בכל הנוגע לתאונות שכבר קרו, חלק גדול מתפיסת הצדק שאנו עוסקים בה יהיה תפיסה של צדק חלוקתי. נבדוק מי מהצדדים ייפגע יותר כתוצאה מההחלטה, מהכלל המשפטי שניתן. תום הלב והתמורה מבטאים את שתי התפיסות האלה. דרישת תום הלב שנעלה בדיני התחרויות יבטא את הרצון שלנו למצוא מיהו אותו הגורם שיכול היה להיות מונע הנזק הזול ולא פעל באופן הזה, ולכן ננסה להבא לתמרץ אותו לפעול ככה. שאלת מאזן המצוקה נקבעת בעיקר ע"פ שאלה התמורה- מי הגורם ששילם מספיק תמורה כדי שהכרעה כנגדו תביא לפגיעה משמעותית.

דיני התחרות לא מתייחסים רק לשיקולים כלכליים ועל הנזק, אלא גם על שיקולים אחרים- אחריות חברתית, צדק חלוקתי, תיאורית האישיות.

חשוב להבין שבתחרויות אנחנו עובדים בצורה מאוד קטגורית. קודם כל יש לאתר את המשאב הרלוונטי- מקרקעין, מיטלטלין או זכויות. אם מדובר במקרקעין צריך לבחון אם מדובר במקרקעין רשומים או לא. ההכרעה לפתרון התחרויות היא הכרעה שונה. השלב השני הוא זיהוי סוג התחרות. סוג התחרות לא קשה לזיהוי, אבל יש להבין מי הצדדים המעורבים ולקטלג לתחרות הרלוונטית.

בשיעור הקודם התחלנו לדבר על בסיס של דיני תחרויות. אמרנו שההבנה של דיני התחרויות צריכה להיות שמדובר בסוג של תאונה משפטית. כמו שאנו פועלים בתאונה משפטית בדיני הנזיקין הרציונליים תקפים גם כאן במובן שאנו מחפשים את הדרך לתמרץ את גורמים השונים למנוע את התאונה, אך במידה והתאונה התרחשה יש לקבוע כללים כיצד למזער את עלויות התאונה. שיקולים כלכליים אינם השיקולים היחידים שבתי המשפט מפעילים כשמתרחשות תאונות, יש שיקולים נוספים כגון אחריות חברתית, צדק חלוקתי, תיאורית האישיות. אנו נראה כיצד הם באים לידי ביטוי.

* 3 סוגי משאבים- מקרקעין רשומים, מיטלטלין, זכויות ומקרקעין לא רשומים.
* 3 סוגי תחרויות- תחרות בין בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל מאוחר, עסקאות נוגדות, תקנת השוק.

תחרות בין בעל התחייבות לעסקה מול נושה המוכר (נושה מעקל מאוחר)

אדם כורת חוזה לרכישה של נכס מקרקעין, אותו אדם לא השלים את הקניין ושכלל את הזכות מזכות אובליגטורית לזכות קניינית (לא רשם את הנכס), ובטווח הזמן הזה שבין העסקה לרישום מגיע נושה אחר של אותו המוכר, אדם שהמוכר חייב לו כסף מסיטואציה אחרת שלא קשורה לנכס המסוים, ומטיל עיקול על הנכס. עיקול זה לא זכות קניינית בנכס, זו זכות דיונית-משפטית, איזשהי אחיזה, אין לנושה רצון לקחת את הנכס המסוים, אלא הוא מטיל את העיקול, שם את ידו על נכס מסוים ובעצם עוצר את בעלי הנכס מלעשות טרנזקציה בנכס עד שהוא פורע את החוב שהוא חב לו. בעיקול מגיע נושה ורוצה לשים ידו על הנכס כדי למנוע מהבעלים למכור את הנכס לאחר, ולהישאר בלי שום יכולת לפרוע את הנכס אליו. פעולת העיקול פועלת במובנים מסוימים כמו ה"א, מניעת יכולת לבצע טרנזקציה עד פריעת החוב לבעלים. ה"א זה חלש יותר כפי שאמר עמית גריידי בהרצאה, אפשר לרשום כמה ה"א על נכס, זה לא פתרון אולטימטיבי. לא מדובר בזכויות קנייניות אלא בתפיסה, שליחת יד מסוימת, כדי להבהיר שאתה צריך לפרוע את החוב לנושה. בדרך רגילה של עסקים, בהנחה שאין בעל התחייבות לעסקה שרכש את הנכס, אם הטלת עיקול הבעלים לא יכול לעשות שום דבר עם הנכס עד שיפרע את החוב ויבוטל העיקול. יודגש שאם הוטל עיקול זה לא מצמיח זכות קניינית לנושה. זה מהווה חסם דיוני מסוים שאפשר להטיל על הקרקע שהבעלים לא יוכלו להעביר את הנכס. לנושה אין זכות מהותית בקרקע, אלא זכות שייפרע החוב. כשביהמ"ש דן בזכות לעיקול הוא בעצם בא ואומר שאין לך עניין בנכס, יש לך חוב שאתה רוצה שייפרע, אחת הדרכים שהמשפט נותן כדי ללחוץ על הבעלים לפרוע את החוב זה באמצעות הטלת עיקולים. יש פה תחרות בין אדם שעשה עסקה לגבי נכס לבין נושה מעקל שמגיע בשלב מאוחר יותר.

מכל העסקאות שדיברנו, זו העסקה הכי שכיחה. זו סיטואציה מאוד רגילה בחיים העסקיים שלאדם יש כמה וכמה חובות לגורמים שונים ובמקביל יש לנו נכסים מסוימים שהוא רוצה למכור אותם. אם כשהנושה היה מלווה את הכסף הוא מלכתחילה היה דורש משכון או משכנתא לא היינו מגיעים למצב הזה כי לנושה הייתה זכות קניינית לפני ההתחייבות לעסקה. במקרים אלו הנושה לא דרש משכון אבל הוא רוצה להניח ידו על נכס מסוים. הסיבה לשכיחות היא שיש הרבה נושים שלא דרשו שעבוד בשלב יצירת החוב, והם מנסים ללחוץ על הבעלים לממש את החוב בדיעבד, בשלב שבעל החוב/ המוכר יכול היה לעשות בנכסים שלו מה שהוא רוצה ללא הגבלה קניינית.

ההשתלשלות ההיסטורית של התחרות מסוג זה:

**עד שנת 1969- דיני היושר במשפט האנגלי** בעבר, כשהייתה סיטואציה כזו בדיני היושר במשפט האנגלי, רוכש זכות במקרקעין עדיף כמידת המחיר שהוא שילם, על פני שאר הנושים של המוכר. בעל ההתחייבות לעסקה היה זכאי בשיעור שבו שילם. אם הייתה סיטואציה של אדם שקנה דירה, לאחר מכן מגיע נושה של המוכר ומטיל עיקול, אז בעל ההתחייבות לעסקה היה מקבל/ זכאי להחזרת הכסף בשיעור שהוא שילם. אם הוא שילם עד קרות התאונה 50%, היו צריכים להחזיר לו 50% משווי הנכס או לחלופין, במידה ונמכר הנכס, 50% בעלות בנכס. ההיגיון של דיני היושר בתפיסה של לקבל כמה ששילמת היא הבטחה של בעל ההתחייבויות לעסקה. בניגוד לנושה המעקל שאין לו נגיעה לנכס (שלא דאג לעצמו לבטוחה קניינית לפירעון החוב בשעת יצירת החוב), היחיד שיש לו כוונה לרכוש את הנכס זה הקונה. לפי דיני היושר, אנו קודם כל דואגים למי שנכנס לעסקה הזו ביודעין ושילם עבור העסקה הזו, ולכן אנו מבטחים את אותו בעל התחייבות לעסקה והוא יקבל את מי שהוא שילם.

**שנת 1969- חקיקת חוק המקרקעין הישראלי** בשנת 1969 נחקק חוק המקרקעין הישראלי. עד אז חלה תפיסת היושר של המשפט האנגלי. חוק המקרקעין עושה שני דברים במקביל:

1. לא מתייחס לסיטואציה הזו, בניגוד לשתי התחרויות האחרות שנראה בהמשך של עסקאות נוגדות ותקנות שוק, אליהן הוא מתייחס במפורש בס' 9, 10.
2. קובע שאין יותר דיני יושר- מרקע חקיקת החוק אין יותר דינים שביושר אלא רק זכויות שבחוק.

יש לקונה מאוד גדולה של ביטול ההסדר שחל קודם של דיני היושר ומצד שני לא מציעים הסדר חדש. נזכיר שוב שמדובר בסוג התחרות הכי שכיחה. נושים קיימים כמעט לכל אחד, מכירת דירות היא סיטואציה שכיחה. ולכן התאונה מהסוג הזה היא שכיחה ויכולה לחזור על עצמה. משנת 1969 הדין הישראלי לא נותן תשובה לסיטואציה שקורית באופן די תכוף- מי מנצח. אנו כן יודעים שדיני היושר בוטלו.

**שנת 1971- הלכת בוקר** בשנת 1971 מגיעה הלכת בוקר- ביטול זכויות שביושר. הלכת בוקר אומרת- ככל שלא שכללת את הזכות הקניינית שלך ואתה בעל זכויות חוזיות בלבד, אם מגיע נושה מעקל מאוחר יותר ומטיל עיקול על הנכס, אי אפשר להמשיך להוציא לפועל את העסקה עד שייפרע החוב לנושה המעקל. למה? כי דיני היושר כבר לא רלוונטית ולא צריך לדאוג לזכויות בעל התחייבות לעסקה שנבעו אך ורק מדיני היושר האנגליים ולא מזכות חוקית בהסדר חוקי. הלכת בוקר עושה שינוי מאוד גדול- הפעם הראשונה אחרי חוק המקרקעין שמגיעה הסיטואציה בפני ביהמ"ש העליון שקובע שבהינתן חוק המקרקעין החדש ששלל את דיני היושר, השני בזמן פה מנצח. זו לא סיטואציה בריאה. בשלב הזה לא היה ה"א, זה מנגנון שהתפתח בשלב מאוחר יותר.

**שנת 1972- תיקון ס' 127(ב) לחוק המקרקעין** בשנת 1972 המחוקק הישראלי הגיב בצורה מאוד מהירה ותיקן את ס' 127(ב) לחוק המקרקעין שנה לאחר הלכת בוקר. (בדומה לעניין חפציבה שהמחוקק הישראלי ער למתרחש ומתקן בהתאם).

ס' 127(ב) לחוק המקרקעין קובע: "נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה, או שניתן צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל או צו פירוק נגד בעל המקרקעין או בעל הזכות במקרקעין, או שנתמנה כונס נכסים על רכושו, הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה, ובלבד שטענה לביטול העסקה מחמת פשיטת הרגל או הפירוק שהיתה עומדת אילו בוצעה העסקה במועדה, תעמוד גם נגד ההתחייבות האמורה."

המחוקק אומר- נכון שאין הסדר לגבי הסיטואציה של בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל, אבל אני משתמש במנגנון של ה"א כדי לאפשר לבעל ההתחייבות לעסקה דרך קלה לנצח בתחרות. במילים אחרות, מאפשר לו דרך מאוד קלה למנוע תאונה משפטית- ברגע שאתה קונה חוזה לרכישה של דירה ואתה הופך להיות בעל התחייבות לעסקה, תרשום ה"א על הזכויות שלך, אם רשמת ה"א על הזכויות שלך ולאחר מכן יבוא נושה מעקל וירצה להטיל עיקול על המקרקעין האלה, ה"א במובן הזה מצילה את הקונה, היא זו שמכריעה את התחרות לטובת בעל העסקה.

המחוקק הישראלי הבין שהסיטואציה הזו שנושה יכול לגבור על אדם שרוצה לעשות עסקה במקרקעין זה דבר שאנחנו לא רוצים, והוא נותן מכשיר פשוט לרשום ה"א. אם הקונה רשם ה"א הוא ינצח בתחרות, אם לא רשם ה"א הנושה המעקל יזכה בתחרות.

**שנת 1994- בנק מזרחי נ' זורובסקי** בפסק הדין בנק מזרחי נ' זורובסקי- ביהמ"ש אומר בצורה מאוד ברורה- אם רכשת ורשמת ה"א אתה מנצח את הנושים. אם רכשת ולא רשמת ה"א ואז הגיע נושה שמטיל עיקול- אתה כבעל ההתחייבות לעסקה מפסיד לנושה המעקל.

**רכשת ורשמת ה"א 🡨 גברת על הנושים הלא מובטחים. רכשת ולא רשמת ה"א 🡨 הפסדת.**

זו סיטואציה שקיימת במשך למעלה מ-20 שנים. ההבנה שמרגע שתיקנו את הכלי של ה"א כאמצעי להתגבר על עיקול מאוחר יותר. זה הדין בישראל. העניין הזה משתנה בפס"ד משנת 1999.

**שנת 1999- אוצר החייל נ' אהרונוב** בפסק הדין אוצר החייל נ' אהרונוב- בו יש דיון מעניין בין הש' שטרסברג-כהן, ברק וחשין. ברק הוא ההלכה של אהרונוב, שטרסברג-כהן בדעת מיעוט. לדעת שי, ברק מפשל בדרך שבה הוא מעצב את ההלכה. גם ברק וגם בתי המשפט מאמצים לאחר מכן דווקא את הדעה של שטרסברג-כהן כאילו זה ברור מאליו שהיא הייתה ההלכה, תוך התעלמות מפסק דינו של ברק שנקבע עם חשין. לכן חשוב לזכור ששטרסברג כהן הייתה מיעוט כאן. בנק אוצר החייל מדבר על מצב שבו יש התחייבות לעסקה אבל אין רישום של העסקה, ובאמצע מגיע בנק אוצר החייל, נושה. (לרוב הנושים הם בנקים שיגיעו וידרשו את העיקול). לא היה רישום של ה"א. היה מדובר בעסקת מקרקעין בין בני זוג ולכן לא נרשמה ה"א. לכן לכאורה לפי הכלל הנושה היה אמור לזכות וגב' אהרונוב הייתה אמורה להפסיד.

הש' שטרסברג-כהן דוחה את האולטימטיביות של רישום ה"א. דוחה את ההכרעה ע"פ יעילות לכתחילית. היא אומרת שלא ייתכן שנבסס את כל ההכרעה בקיומה או היעדרה של ה"א- יש לקחת בחשבון את ה"א, אבל לא רק. במילים אחרות, היא אומרת שה"א זה מנגנון למניעת תאונות, וכמובן שאנו רוצים לתמרץ למנוע תאונות אבל אי אפשר לבסס את כל ההכרעה בתיק על מי הוא מונע הנזק הזול. מונע הנזק הזול זו בהחלט שאלה חשובה אך גם לא השאלה היחידה שעליה אנו רוצים לבסס את התשובה, יש דברים נוספים שנדרש לברר את שאלת האחריות ואת שאלת חלוקת האחריות- כמה אחריות נטיל, כמה תהיה עלות האחריות וכו'. הסתכלות כלכלית היא לא ההסתכלות היחידה לשיטתה. שטרסברג-כהן אומרת שנכון שיעילות לכתחילית, התפיסה של הצדק המתגמל, יש חשיבות לה"א כפי שאמר במפורש המחוקק, אבל זה לא יכול להיות חזות הכל, לא ייתכן שכל תחרות תוכרע רק על בסיס השאלה אם רשמת או לא רשמת ה"א. זה יכול להיות אינדיקציה ולהכריע בחלק מהתחרויות, אך לא השיקול היחידי. מה עוד צריך לשקול? את מה שמאוטנר כבר דיבר עליו- זכויות ומאזן המצוקה. היא מחזירה פנימה את האינטואיציה שהייתה בדיני היושר שבוטלו. הזכויות הן לא שוות מעמד 🡨 תיאוריית האישיות. זהות הצדדים הטיפוסית 🡨 מאזן המצוקה.

במצבים שבהם נרשמה ה"א החוק מתייחס במפורש בס' 127(ב), וזה מה שיחול. החוק לא מתייחס למקרים בהם לא נרשמה ה"א. לדעת שטרסברג-כהן, לא בכל מקרה שאדם לא רשם ה"א יהיה נכון לבוא ולפסוק את הנכס לטובת הנושה המעקל. כשאנו בוחנים מי מנצח בתחרות לא נתייחס רק לשאלת ה"א אלא גם לשני קריטריונים נוספים כדי להכריע בתחרות:

1. **מהי הזכות שכל אחד מהצדדים קונה/ דורש**- הזכות של בעל התחייבות לעסקה והזכות של נושה מעקל אינה אותה זכות. בעל התחייבות לעסקה פועל כדי לשקלל זכות קניינית. הנושה המעקל, גם אם נכיר בזכות שלו, לא מחפש זכות מהותית בנכס, הנכס עצמו לא מעניין אותו, הוא משמש עבורו רק מנגנון לחץ כדי שהבעלים יפרע את החוב הכלכלי שלו. אין לו רצון לקבל את הנכס אלא רצון שייפרע החוב שלו. שטרסברג-כהן אומרת שיש פער גדול בין השאיפה של כל אחד מהצדדים- השאיפה של בעל ההתחייבות לעסקה לקבל את הנכס המסוים שעליו ביצע עסקה, השאיפה של הנושה המעקל המאוחר הוא לקבל כסף, מבחינתו הנכס יכול להתחלף בנכס אחר, העיקר שבסופו של דבר יגיע לידיו הכסף. יש פה נכס ספציפי (מבחינת בעל ההתחייבות לעסקה) לעומת נכס חליפי חסר משמעות שיכול להתחלף בנכס אחר כשהמטרה היא פירעון החוב (מבחינת הנושה המאוחר המעקל).
2. **זהות הצדדים הטיפוסית-** בדר"כ הנושים המעקלים הם בנקים או גורמים מוסדיים חזקים. בדר"כ בעלי ההתחייבות לעסקה הם גורמים פרטיים. ביהמ"ש במובנים מסוימים לוקח בחשבון שבדר"כ מדובר בחזק מול חלש (אך לא תמיד). ייתכנו מצבים שבהם בעל התחייבות לעסקה הוא הגורם החזק והנושה המעקל הוא הזכות לחלש. מבחינת מאזן הצדדים, ראינו שבדר"כ בעל ההתחייבות לעסקה הוא גורם חלש, שחקן חד פעמי, לעומת נושה מעקל שהוא גורם חזק, שחקן רב פעמי, ולכן בעל ההתחייבות לעסקה יכול לזכות משיקול של מאזן מצוקה גם אם הוא לא רשם ה"א. כיוון שזהות הצדדים הטיפוסית היא כזו, מאזן המצוקה ייטה בדר"כ לרעת הנושה המעקל, אם הוא יפסיד את הנכס המצוקה שלו תהיה קטנה יותר ולכן נפעל לטובת בעל ההתחייבות בעסקה.

אם יש סיטואציה של בעל התחייבות שלא רשם ה"א בזמן, והשני בזמן הוא בעל התחייבות למשכנתא שרשם ה"א, בשלב הזה של פס"ד אהרונוב א' זוכה בתחרות בין שניהם, כי זה לא תחרות של בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל כי שניהם בעלי התחייבות לעסקה, ונוצרת תחרות מסוג אחר שמוכרעת ע"י ס' 9 לחוק המקרקעין (עסקאות נוגדות). כלומר, אם אדם עשה עסקה במקרקעין ולא רשם ה"א, ולאחר מכן אדם אחר בא ועשה עסקה ביחס לאותו מקרקעין ורשם ה"א, לפי הקיים בפס"ד אהרונוב, הראשון בזמן מנצח גם אם לא רשם ה"א. ס' 9 דן בשני בעלי התחייבות לעסקה באותו נכס, וקובע שאם אדם עשה עסקה וחזר והתקשר בעזקה ביחס לאותו נכס עם אדם אחר, הראשון בזמן זוכה אלא אם כן השני השלים תמורה, תו"ל. בזמן שבו הוכרע פס"ד אהרונוב, שטרסברג-כהן מביאה את הדוגמה כדי להמחיש את האבסורד- אם נקבל את זה שכל מי שלא רשם ה"א מפסיד לנושה מעקל מאוחר יותר נוצר אבסורד כי אותו אדם שמפסיד מול נושה מעקל מאוחר יותר מנצח מול בעל התחייבות מאוחר יותר. היא טוענת שלא הגיוני שבעל התחייבות לעסקה יפסיד לנושה מעקל, שאנו יודעים שהזכות של נושה מעקל היא לא זכות קניינית אלא זכות דיונית של תפיסת יד בנכס כדי לגבות חוב כספי, אבל ינצח בעל התחייבות לעסקה אחר. היא רואה בבעל התחייבות לעסקה יותר משמעות מנושה מעקל מבחינת הרצון בנכס. לכן היא אומרת שלא נכון לפסוק שבכל מקרה בעל התחייבות לעסקה שלא רשם ה"א יפסיד לנושה מעקל, אלא זה צריך להיות תלוי בזהות הצדדים ובמאזן המצוקה.

הש' ברק קובע שאין צורך לדבר ערכית או על מי חזק ומי חלש. דוקטרינרית- ס' 9 לחוק המקרקעין דן בעסקאות נוגדות וקובע את קדימות הראשון בזמן, בלי שהוא צריך לרשום ה"א ובלי שהוא צריך להשתמש בכוחו כמונע הנזק הזול, יש פה הכרעה של המחוקק הישראלי שבעל התחייבות לעסקה ראשון בזמן זכותו אינה זכות אובליגטורית אלא זכות מעין קניינית. העובדה שהמחוקק הכריע ללא דרישות נוספות או הסתייגות שזכותו של בעל העסקה הראשון בזמן עדיפה. מכוח מה היא עדיפה? זו ההכרעה של המחוקק. אמנם אין לנו דיני יושר אבל בפס"ד אהרונוב ברק מחייב במובן מסוים את דיני היושר הישראליים וקובע שזכותו של בעל התחייבות לעסקה גוברת.

ס' 9 לחוק המקרקעין: "התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום-לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב – זכותו עדיפה."

המשמעות: בעל התחייבות לעסקה גובר על נושי המוכר המאוחרים גם ללא רישום. זה לא אופייני לברק שבדר"כ פותח את הדיון לשיקול דעתו של ביהמ"ש, כפי שעשתה שטרסברג-כהן. ברק אומר שכשאדם חותם על עסקה לרכישה של מקרקעין, גם בתקופת הזמן שהוא בשלב האובליגטורי, החוזי, הזכות שלו היא לא זכות חוזית נקייה אלא זכות "מעין קניינית", זה סוג של זכות שביושר שהיא גבוהה יותר מהמדרגה החוזית והרגילה. גבוהה במה? בזה שלפי ברק, ברגע שעשיתי התחייבות לעסקה אני גובר על כל נושה עתידי שינסה להטיל עיקול, גם אם לא רשמתי ה"א.

מבחינת ברק וחשין, כל הסיטואציה הזו של הלכת בנק מזרחי נ' רוזובוסקי לא נכונה, בגלל שהזכות של בעל התחייבות לעסקה היא לא זכות חוזית רגילה אלא היא זכות מעין קניינית, הוא גובר עליו ללא צורך ברישום. הלכת אהרונוב- **בעל התחייבות לעסקה גובר על נושה מעקל מאוחר יותר גם אם הוא לא רשם ה"א.** ההכרעה היא שכיוון שגם בתקופה האובליגטורית בעל התחייבות לעסקה מקרקעין בעל זכות מעין קניינית ולא זכות חוזית רגילה, זכותו גוברת על הזכות של נושה מעקל ללא צורך בה"א.

ברק לא נותן הצדקה נורמטיבית-ערכית. הוא פוסק פסיקה דוקטרינרית שמבחינתו מרגע שכתוב שזכותו של הראשון בזמן עדיפה באופן אבסולוטי, גם אם לא רשם ה"א, המשמעות היא שיש לו משהו ביד שהוא יותר מזכות חוזית. כיוון שלא מדובר בסתם זכות חוזית אלא בזכות מעין קניינית, היא כשלעצמה גוברת על השני בזמן, והיא לא צריכה ה"א כדי לגבור על השני בזמן.

כל השופטים הסכימו שבמקרה הספציפי של אהרונוב העדיפות שייכת לבעלת ההתחייבות בעסקה אף שלא רשמה ה"א. באופן עקרוני, אחרי הפסיקה הזו של ברק, אין צורך בס' 127(ב)- הוא לוקח תפיסה מסוימת מס' 9 ומתעלם מס' 127(ב). חשין מנסה להצדיק את הנפקות של ס' 127(ב) באמצעות מצבים של פשיטות רגל. שטרסברג-כהן עדיין צריכה את ס' 127(ב) למקרים שבהם בעל ההתחייבות לעסקה הוא חזק יותר ולא רשם ה"א. הקושי העיקרי שהשופטים נתקלו בו הוא ס' 9 שקובע כלל מסוים בתחרות בין שני בעלי התחייבות לעסקה שיש להם זכויות יותר משמעותיות מנושה מעקל.

מה יקרה אם שולמה רק חלק מהתמורה? שטרסברג כהן- חזרה לדין האנגלי. אם בעל ההתחייבות לעסקה שילם רק חלק מהתמורה הוא יקבל את החלק היחסי שהוא שילם (אם שילמת על חצי דירה יש לך זכאות לחצי דירה). ברק וחשין- הראשון עדיין זוכה ומקבל את הדירה (ועליו להשלים את יתרת תשלום התמורה).

**כשאנו מדברים על תחרות בין בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל: במקרקעין- ההלכה היא שבעל ההתחייבות לעסקה זוכה מול נושה מעקל מאוחר יותר גם אם לא רשם ה"א (ברק בפס"ד אהרונוב).**

**בתחרות בין בעל התחייבות לעסקה מול נושה מאוחר מעקל מי שמנצח זה בעל ההתחייבות לעסקה, גם אם הוא לא רשם ה"א. אין חוק לצורך תחרות מסוג זה, ואנו לומדים על המנצח מהפסיקה.**

עסקאות נוגדות במקרקעין

ס' 9 לחוק המקרקעין: "התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום-לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב – זכותו עדיפה."

כתוצאה מהמכירה הכפולה יש עסקאות נוגדות, עסקה שנוגדת את העסקה שקדמה לה. מדובר בשני צדדים שרוצים את הדירה עצמה, עשו עסקה ביחס לדירה (המוכר מכר פעמיים את אותו הנכס). הוא יכול היה לעשות פעמיים עסקת מכירה על אותו הנכס כי הוא עדיין היה רשום כבעלי הנכס. החוק מגדיר בס' 9 קובע שהראשון בזמן זוכה, אלא אם כן השני השלים את העסקה: (1) תמורה (2) תום לב (3) רישום.

**ד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי** הררי מכר את הדירה שלו פעמיים, פעם אחת לורטהיימר ופעם אחת לבנימיני. ההתקשרות הראשונה הייתה עם ורטהיימר ששילם 5,000 לירות כמקדמה ראשונית מתוך סך שנקבע 1,000,000 לירות, והם ערכו זכרון דברים ביחס לדירה. אותו הררי הלך ומכר את הדירה לבנימיני, כרתו חוזה על סכום של 800,000 לירות מתוכן שולמו 350,000 לירות, כשבנימיני תם לב ולא יודע על ורטהיימר. כשבנימיני מגלה שהתבצעה עסקה קודמת על אותו הנכס מול ורטהיימר הוא ממהר להשלים את התמורה.



ע"פ הכלל, ורטהיימר צריך לקבל את הדירה כי בהכרח מרגע שבנימיני גילה על העסקה הנוגדת לפני שהשלים את מלוא התמורה, הוא בהכרח לא יכול להשלים את העסקה בתו"ל.

אם היינו הולכים ע"פ ס' 3(4) לחוק החוזים-תרופות, הנפגע זכאי לאכיפת החוזה זולת אם אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין, היינו צריכים לדון איזה חוזה מבין השניים לא צודק בנסיבות העניין, כלומר לשאול את עצמנו איזה מהחוזים פחות צודק. היינו מסתכלים להבין אכיפה של איזה מהחוזים תהיה פחות צודקת. לכאורה אכיפת החוזה של בנימיני לא צודק, כי הוא שני בזמן ובנימיני גילה בשלב מסוים. מצד שני, מאזן המצוקה בין בנימיני לבין ורטהיימר הוא מאוד ברור, אדם ששילם 5,000 לירות לעומת אדם ששילם 350,000 לירות. לכן, איננו משוכנעים שבנסיבות האלה נכון יותר לפסוק שאכיפה של החוזה של בנימיני פחות צודקת.

ביהמ"ש בפס"ד ורטהיימר נ' הררי אומר שעם כל הכבוד לחוק החוזים-תרופות, כשמדברים על התחייבות לעסקה במקרקעין יש את ס' 9 לחוק המקרקעין שקובע במפורש איך עובדים, ולכן אין מה להתלבט במובנים של איזה חוזה צודק לאכוף. יש הסדר ברור- הראשון בזמן זוכה אלא כן השני השלים תמורה ורישום בתו"ל. במקרה הזה, ורטהיימר הוא הראשון בזמן, ורק מעצם עובדה זו הוא זוכה.

בנימיני השלים את התמורה, תו"ל היה עד לשלב מסוים, לא היה רישום. מכיוון שבנימיני לא השלים את שלושת התנאים, ורטהיימר מנצח.

חשוב להבין קודם כל את זהות הצדדים. הריי הוא בעל הנכס שרשום כך, מוכר את הנכס לראשון בזמן שהוא ורטהיימר. הראשון בזמן הוא למעשה בעל התחייבות חוזית. תו"כ, בתקופה האובליגטורית, הבעלים מתחייב בעסקה לגורם אחר. חשוב להבין שכשאנו מדברים על עסקאות נוגדות חשוב לזהות שיש מוכר שנמצא בשתי מערכות חוזיות מקבילות ונוגדות אחת לשנייה. עסקה נוגדת לא חייבת להיות רק של בעלות, היא יכולה להיות לגבי כל זכות קניינית (משכנתא, זיקת הנאה, שכירות וכו'). צריך לראות שהעסקאות אכן נוגדות. אם אני מוכר את הבעלות בכנס ונותן זכות שכירות זה לא בהכרח סור. ככל ששתי העסקאות סותרות אחת את השנייה ויש להכריע מי מהשניים מקבל את הנכס ומי יאלץ לנסות לממש את זכויותיו החוזיות, מדובר בעסקאות חוזיות.

בעסקאות נוגדות במקרקעין, ס' 9 לחוק המקרקעין נותן הנחיות ברורות- הראשון בזמן זוכה, אלא אם השני פעל בתו"ל, שילם תמורה ורשם את הזכות על שמו. ע"מ לנצח את הראשון בזמן שזוכה לכאורה בלי לעשות דבר (חוץ מלהתקשר ראשון), על השני בזמן לעשות שלושה דברים: (1) לפעול בתו"ל (2) לשלם תמורה (3) לרשום את הנכס על שמו, להיות הראשון שמעביר את הבעלות על שמו.

פס"ד ורטהיימר נ' הררי עוסק בעסקאות נוגדות. הררי התקשר עם ורטהיימר בזיכרון דברים, שילם 5,000 לירות על החשבון. ורטהיימר הפך להיות בעל התחייבות לעסקה במקרקעין, אינו הבעלים, הנכס עדיין רשום ע"ש הררי ולכן הררי הוא הבעלים. אנו מצויים בשלב האובליגטורי. ההתקשרות השנייה של הררי עם בנימיני היא עסקה נוגדת, הוא מוכר לו את אותו הזכות שזכות הקניין עוד אצלו (כי אנחנו עדיין בשלב האובליגטורי בעסקה הראשונה) ולכן מדובר בעסקאות נוגדות. בנימיני הרוכש השני לא ידע תחילה על החוזה מול והטרהיימר, אחרי ששילם 350,000 לירות גילה ומיהר להשלים את יתרת התשלום, וטען שהשלים את התשלום והדירה מגיעה לו. ביהמ"ש שואל את עצמו בפס"ד מה נכון להחיל? האם את חוק החוזים-תרופות שקובע שבמקרים מסוימים לפיו במקרים מסוימים סעד האכיפה לא צודק בנסיבות העניין. באופן עקרוני מהחלת ס' 3(4) לחוה"ח היה בוחן את מאזן המצוקה, ובנימיני היה מנצח. לעומת זאת, לפי ס' 9 לחוק המקרקעין ורטהיימר מנצח. ביהמ"ש מכריע שהולכים ע"פ ס' 9 לחוק המקרקעין. יש הסדר ספציפי לתחרות של עסקאות נוגדות במקרקעין ולכן הוא מיושם. מהחלת ס' 9 ורטהיימר מנצח כי למרות שבנימיני שילם את כל התמורה, תו"ל שלו חלקי, ואין רישום ולכן לא עמד בתנאי הסעיף.

שתי שאלות שביהמ"ש (ברק) משאיר בצ"ע בורטהיימר נ' הררי:

1. האם התעקשות הראשון בזמן חרף המצוקה הגבוהה יותר של השני בזמן עולה כדי חוסר תו"ל? האם העובדה שהראשון בזמן מתעקש על מימוש זכותו למרות שמאזן המצוקה נוטה באופן משמעותי לטובת השני, לא מעידה לכשעצמו על חוסר תו"ל ובמילים אחרות מעידה על אכיפה בלתי צודקת? ברק לא משיב על שאלה זו.
2. בהנחה שהראשון בזמן יכול לרשום ה"א, האם העובדה שלא רשם צריכה לשנות את ההסדר של ס' 9? מה ההשלכה של אי רישומה של ה"א ע"י הראשון בזמן, בהנחה שניתן לרשום? שאלה זו מתייחסת למניעת הנזק, מונע הנזק הזול. אם אדם יכול היה לרשום ה"א ואז נוצרת התאונה המשפטית העסקאות הנוגדות, אם נטיל אחריות על הראשון בזמן כי לא מנע, והשני יזכה גם אם לא עמד בתנאים ס' 9?

**פס"ד גנז נ' בריטיש** בפס"ד זה ביהמ"ש דן בשאלה השנייה- מה קורה אם אדם לא רשם ה"א למרות שיכול היה, ואז נקלע למערכת עסקאות נוגדות? האם יש משמעות לאי-הרישום ה"א על יחסי הכוחות? בפס"ד חברת בריטיש מוכרת קרקע לנוטריקון, הקרקע עדיין רשומה ע"ש בריטיש, נוטריקון מוכרת את הקרקע הזו לגנז שלא רושם ה"א, אחרי 17 שנים נוטריקון מוכרת את הקרקע שוב לאפק, ואז מתגלה התאונה המשפטית. השאלה היא- מי מהשניים ינצח? אפק השני בזמן, לא השלים את כל ההליכים, או גנז?

ע"פ מה שלמדנו בורטהיימר גנז אמור לנצח, מרגע שאפק לא השלימו את כל תנאי ס' 9 אז גנז צריך לנצח בלי לעשות דבר. אבל ביהמ"ש עושה **מהפך** וקובע שאי-רישום ה"א יכול להצביע על חוסר תו"ל של הראשון בזמן להכריע את התחרות לטובת השני בזמן. **אם לא הייתה שום מניעה לרישום ה"א ובנוסף היה קש"ס בין אי הרישום לבין הכניסה של השני בזמן לתאונה, אז הראשון בזמן יפסיד את הנכס, גם אם השני בזמן לא קיים את תנאי ס' 9.** לשינוי האחראיות לכניסה לתאונה יש שני סייגים עיקריים. הסייג הראשון שאכן ניתן היה לרשום, אם לא ניתן היה לרשום ה"א אין מה להטיל עליו אחריות כי זה לא ימנע נזקים בעתיד וזה לא מעיד על חוסר תו"ל. הסייג השני הוא שאם נניח הוא יכול היה לרשום אבל דה פקטו אין קש"ס בין אי הרישום לבין הכניסה של השני לתחרות (נניח, אם ניתן להוכיח שהשני לא הוציא נסח טאבו לבדוק אם יש או אין רישום של ה"א). אם זה המצב, והשני נקלע לתחרות בלי קשר למעשי הראשון, לא נטיל אחריות על הראשון.

הכלל: אי רישום ה"א עשוי להצביע על חוסר תו"ל של הראשון בזמן ולהכריע את התחרות לטובת השני בזמן. הסייגים: (1) אין חוסר תו"ל (2) אין קש"ס לפעולת השני.

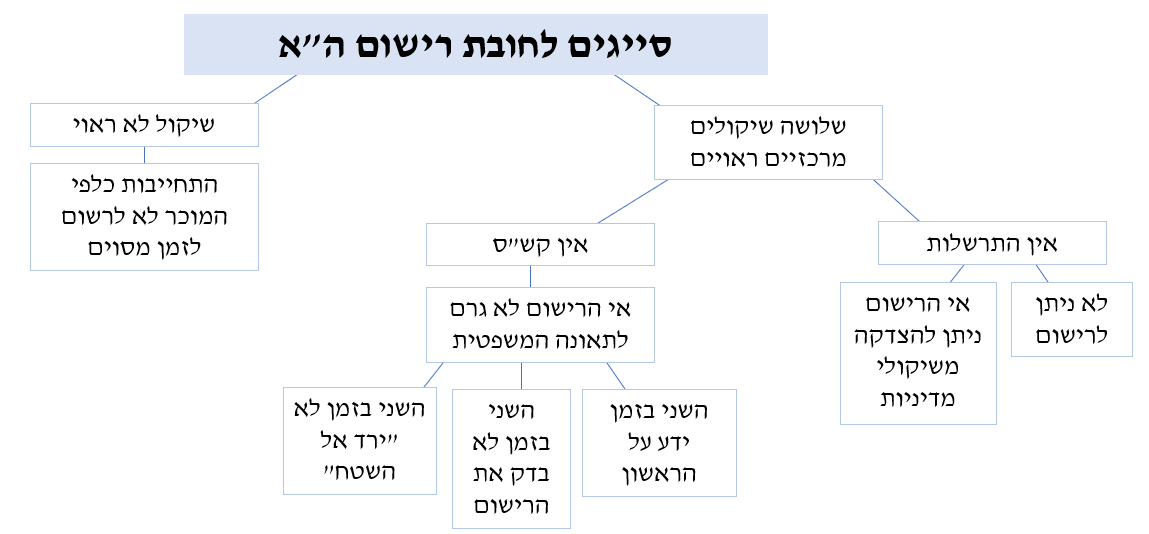
הכלל הוא שאם הראשון בזמן יכול לרשום ה"א הוא צריך לרשום. במידה ולא רשם- יש לבדוק שני דברים.

1. ראשית, **האם** **הוא יכול היה לרשום ה"**א. יש שתי סיבות שבגינן ייתכן שהוא לא יכול היה לרשום:

* בודקים את היכולת לרשום **מבחינה טכנית** (אם הוא לא יכול היה לרשום אין תמריץ/ עדות לתו"ל).
* בודקים האם יש **שיקולי מדיניות** שבגינם נרצה לפטור מהצורך לרשום ה"א? (נניח בני זוג שמוכרים אחד לשני מקרקעין בזמן חיי הנשואים שהרי רישום ה"א מעיד על חוסר אמון).

אם אחד השיקולים מתקיים אז אפשר לומר שהוא לא רשם כי הוא לא יכול היה לרשום, ולכן עצם העובדה שלא רשם לא מצדיקה את הטלת האחריות עליו, וכדי שיפסיד השני בזמן צריך לעמוד בכל הוראות ס' 9.

1. אם הוא יכול היה לבדוק בודקים **האם לעובדה שלא רשם ה"א יש קש"ס לכניסת השני לתחרות**. אם הוא לא רשם השני בזמן מנצח גם אם לא קיים את הוראות ס' 9. אם אין קש"ס, נניח כי השני בזמן לא בדק או ידע על הראשון בזמן, אז אי רישום ה"א ע"י הראשון בזמן לא תביא להטלת האחריות עליו.

בכל מצב אחר, אם הראשון יכול היה לרשום ויש קש"ס בין העובדה שהוא לא רשם ה"א לבין העובדה שהשני בזמן נכנס לתחרות, השני בזמן מנצח גם אם לא קיים את כל תנאי ס' 9. ביהמ"ש החיל חובת תו"ל אובייקטיבית על הראשון בזמן, והפך במובנים מסוימים את הנטל. אלא אם כן הראשון בזמן מוכיח היעדר קש"ס או היעדר יכולת לרשום ה"א או כנראה יפסיד את התחרות לשני בזמן.

**שיקול נוסף** שביהמ"ש מעלה הוא שיקול לא ראוי והוא שהמוכר מתנה עם הקונה שלא ירשום ה"א בתקופה מסוימת (משיקולים של נושים אחרים/ מיסוי וכו'). זה שיקול לא ראוי כי כל המטרה של ה"א היא למנוע מאנשים להיכנס לתאונות. מניעה חוזית, בלי הצדקה של שיקולי מדיניות רחבים, זה דבר בעייתי. השיקול הזה לא יהיה במבחן. קשה מאוד למצוא מצב שבו הסכמה בין המוכר לקונה היא איזשהי הצדקה לגיטימית לאי-רישום ה"א ואזהרה לכולי עלמא לא להיכנס לעסקאות עם המוכר.

**בפס"ד ביאד נ' לחאם** ביהמ"ש אומר שרישום ה"א הוא אקט פשוט וזול. בפעולה פשוטה ובעלות קטנה אפשר למנוע תאונות משפטיות, וביחס לתוחלת הנזק. לכן, יש לפרש את הלכת גנז על דרך הרחבה- להטיל את הנטל על הקונה הראשון בזמן להראות שהקונה השני בזמן פעלן בחוסר תו"ל/ ידע או צריך היה לדעת אודות העסקה הראשונה. במידה והראשון לא רשם ה"א הנטל עובר אליו להוכיח שלא היה קש"ס.

מה קורה עם התחרות הראשונה? בתחרות הראשונה בפס"ד אהרונוב, בעל התחייבות לעסקה מול נושה מאוחר מעקל, ברק אמר שלומדים מס' 9 לחוק המקרקעין שלראשון בזמן יש זכות מעין קניינית שבגינה הוא גובר על נושה מעקל גם אם לא רשם ה"א. שטרסברג-כהן בדעת מיעוט אמרה שלא צריך להתבסס רק על ה"א אלא על ניתוח המצב. ברק אמר שבעל התחייבות לעסקה זוכה מול נושה מעקל גם אם לא רשם ה"א בגלל ס' 9. נכון שאין סעיף מיוחד בחוק המקרקעין שעוסק בשאלה הזו, אבל ס' 9 קובע שזכותו של הראשון בזמן עדיפה. למה הסעיף לא מאזן בין מאזן המצוקה ומונע הנזק הזול? ברק וחשין אומרים שעצם העובדה שכך אמר המחוקק אומר שלראשון בזמן יש זכות מעין קניינית/ קניין שביושר. לכן, מסעיף 9 מבינים שאין לו רק זכות קניינית ולכן זה גובר על הנושה המעקל גם ללא ה"א.

הראשון בזמן מחויב לרשום ה"א כדי לזכות בתחרות ע"פ ס' 9, אחרת הופכים את הנטל. השאלה הנשאלת- אם ייבאנו את ס' 9 לפס"ד אהרונוב שהוא נטול ה"א, האם אחרי שהוספנו לס' 9 את חובת ה"א, האם נייבא את זה גם לתחרות הראשונה? האם חוזרים בתחרות הראשונה לבנק המזרחי נ' רזובסקי שאם רשמת ה"א אז זכית לנושה מעקל ואם לא רשמת ה"א אז הפסדת לנושה המעקל.

עכשיו אנו רואים שהראשון בזמן לא זוכה אם לא רשם ה"א, האם אנחנו חוזרים אחורה גם לאהרונוב ואומרים בעצם שהראשון בזמן בין בעל התחייבות לעסקה לנושה מעקל חייב לרשום ה"א כדי לרשום ה"א?

**פס"ד בנק המזרחי נ' גדי** עוסק בשאלה זו, ביהמ"ש קובע שאין חובת רישום ה"א, ולמרות שהוספנו לס' 9 את חובת רישום ה"א, התחרות הראשונה נשארת ללא חובת רישום ה"א. מה הסיבות? ביהמ"ש מאמץ את כל התפיסות של שטרסרג-כהן בפס"ד אהרונוב על הפערים בזכויות, הסתמכות על נכס ספציפי, מאזן המצוקה וכו'. בגין כל סיבות אלו לא משתנה הקביעה ביחס לתחרות הראשונה. במילים אחרות, ההצדקות שמטעימה שטרסברג-כהן הן ההצדקות שמקיימות את התחרות הראשונה.

כרגע אנו נמצאים במצב שבו אלו הכללים:

* בתחרות הראשונה של בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל ע"פ פס"ד בנק המזרחי נ' גדי ופס"ד אהרונוב- בעל התחייבות לעסקה מנצח גם אם לא רשם ה"א.
* לעומת זאת בעסקאות נוגדות לפי ס' 9, ההכרעה תהיה ע"פ ס' 9 לחוק המקרקעין + פס"ד גנז והסייגים לחובת רישום ה"א.

בחזרה לתחרות הראשונה- בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל מאוחר

**אחרי פס"ד גנז אנחנו מבינים שהתחרות הזאת לא משתנה, בעל התחייבות לעסקה מנצח גם אם לא רשם ה"א. מצב שבו בעל התחייבות לעסקה הוא נושה מקצועי לעומת נושה מעקל שהוא גורם פרטי:**

**פס"ד רשף נ' יוסף** בפסק הדין יש התחייבות לעסקת משכנתא, אין עדיין רישום של המשכנתא בטאבו לטובת הבנק. בין לבין מגיע נושה מעקל פרטי ורוצה לעקל את הנכס. ע"פ פס"ד אהרונוב ופס"ד בנק המזרחי נ' גדי, בעל ההתחייבות לעסקה אמור לנצח, הבנק. בפס"ד זה מגיע הבנק וטוען להחלת הלכת אהרונוב. הנושה מגיע וטוען שיש להוסיף את חובת רישום ה"א, ובניגוד למה שאמרנו כרגע שלא מוסיפים את חובת רישום ה"א בתחרות זו, ביהמ"ש המחוזי קובע שבמידה ובעל ההתחייבות לעסקה הוא נושה מקצועי (במילים אחרות, במידה ומערך היחסים בין הצדדים משתנה, דווקא בעל ההתחייבות לעסקה שבדר"כ ראינו בו גורם פרטי, חלש, שרוצה בנכס המסוים הזה, לעומת הנושה המעקל, במקרה כזה היוצרות ישתנו). יש פה בנק שלא מעוניין בנכס המסוים, הוא מעוניין בכספי ההלוואה שנתן, והבנק לא רשם ה"א בגלל פס"ד אהרונוב.

הש' אקון: בעל הזכות המעין קניינית הוא הבנק. הבנק הוא נושה מקצועי בעל כלים ומערך מקצועי לדאוג לרישום ראוי של זכויותיו. הבנק הוא גם בעל אינטרס ישיר בדיוק הרישום. לכן ניתן לקבוע שלבנק חובה כללית כלפי נושים לדואג לעדכונו של הרישום בפרק זמן סביר. דברים אלו לא מכרסמים בהלכת אהרונוב. הלוז של אותה פרשה היא הצורך להגן על הנושה הלא מקצועי- בעל ההתחייבות הראשונה- נגד הנושה המקצועי. נכון שבפס"ד בנק המזרחי נ' גדי אמרנו שלא מחילים את גנז על התחרות הראשונה, אבל זה לא אומר שלא יהיו מצבים שבהם נדרוש ה"א כתנאי לניצחון.

דעת המיעוט של שטרסברג-כהן היא בסופו של דבר הבסיס להכרעה שלנו בכל מקרה ומקרה. בניגוד לקביעת ברק בפס"ד אהרונוב שבכל מקרה, בגלל ס' 9, לא צריך רישום ה"א, זה לא נכון וחוזרים לדברי שטרסברג-כהן שיהיו מקרים שבהם כן נצטרך רישום ה"א כתנאי לניצחון. באופן רגיל שיחסי הכוחות שבעל ההתחייבות לעסקה הוא הגורם הפרטי, החלש, שמעוניין בנכס המסוים, אין שום סיבה להטיל עליו את חובת רישום ה"א כדי לנצח גורם מקצועי, חזק, מאזן המצוקה נוטה לטובתו, שאין לו עניין בנכס עצמו. במקרה זה לא נדרוש מבעל ההתחייבות לעסקה לרשום ה"א כדי לנצח.

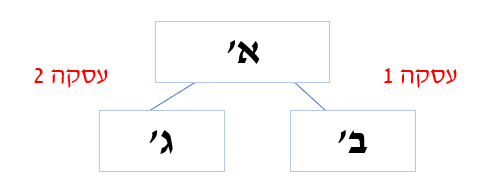
במידה ובעל ההתחייבות לעסקה הוא גורם מקצועי שמסתמך על הרישום, רגיל ברישום, צוותיו מתעסקים ברישום המקרקעין, ובנוסף כמו הבנקים אין לו עניין בנכס המסוים והוא דומה למעקל בהקשר זה, אז לפי הש' אקון נחיל עליו חובת רישום ה"א ע"מ לנצח את הנושה המעקל הפרטי. במילים אחרות, בתחרות הראשונה לא הכל מוכרע לפי ברק באהרונוב. צריך לחזור לשטרסברג-כהן ולהצדקותיה ולהבין שכשמדובר על בעל התחייבות לעסקה שהוא חלש ויש לו עניין בנכס המסוים הוא יזכה מול נושה מעקל מקצועי וחזק ללא רישום ה"א, אם המערך הזה משתנה ובעל התחייבות לעסקה הוא נושה מקצועי וחזק חסר עניין בנכס המסוים או יהיה חייב לרשום ה"א כדי לנצח.

**סיכום התחרות הראשונה:** התחרות הראשונה היא בעל התחייבות ראשונה מול נושה מעקל. אין כלל, כל בתי המשפט שידונו בשאלה צריכים להפנות לברק בפס"ד אהרונוב, אבל המציאות מורכבת יותר. בפס"ד בנק המזרחי נ' גדי ופס"ד רשף נ' יוסף **אנו רואים שההלכה של אהרונוב הם השיקולים שמעלה שטרסברג-כהן מפס"ד אהרונוב**. לכן, יש להפנות לאהרונוב ולהבין שזה לא ההכרעה החותכת של ברק בלבד, אלא שילוב עם השיקולים שמציבה שטרסברג כהן. ככל שבעל התחייבות לעסקה הוא גורם פרטי המעוניין בנכס המסוים, ניטה לראות בו כזוכה בתחרות גם אם לא רשם ה"א. מנגד, אם בעל התחייבות לעסקה הוא נושה מקצועי, בעיקר בנקים, אין לו עניין בנכס המסוים אלא תפיסה מסוימת לצורך מימוש חיובים, ניטה לחייב אותו ברישום ה"א כדי בעצם לנצח את הנושה המעקל המאוחר.

**סיכום התחרות השנייה:** התחרות השנייה של עסקאות נוגדות במקרקעין- צריך לבדוק את ס'9 לחוק המקרקעין + פס"ד גנז (חובת רישום ה"א על הראשון בזמן כולל הסייגים) וליישם על נסיבות העניין.

עסקאות נוגדות במקרקעין שאינם רשומים, במיטלטלין ובזכויות

בניגוד לס' 9, הבעיה העיקרית במיטלטלין וזכויות שאין מרשם, אין מקור שעליו אפשר להתבסס כדי לקבוע כללים של מונע הנזק הזול, רישום, ה"א. הסיבה העיקרית לאי-ניהול מרשם היא הקושי לנהל חיי מסחר באופן שבו כל עסקה תצריך רישום. מה האפשרויות המשפטיות העומדות לצורך הכרעה?

עסקאות נוגדות במיטלטלין- ייפתר לפי ס' 12 לחוק המיטלטלין קובע שהזכות של הראשון בזמן עדיפה, אבל אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין בתו"ל ובתמורה, זכותו עדיפה. פתרון עסקאות נוגדות במיטלטלין ע"י ס' 12 לחוק המיטלטלין.

עסקאות נוגדות בזכויות- ייפתרו לפי ס' 12, 13 לחוק המיטלטלין.

מפס"ד טקסטיל ריינס אנחנו לומדים על כלל עקרוני שאדם לא יכול להעביר לאחר את מה שאין לו. כשיש לנו אדם שמעביר זכות לאדם אחר, האופציה היא כפולה- אם העסקה בין א' ו-ב' הסתיימה, א' לא הבעלים כבר, ולכן אם אחרי שהעסקה הסתיימה א' מתקשר עם ג', א' הוא כמו כל אדם ברחוב שמוכר משהו שלא שלו, אין לו שום מעמד ושום דבר ביחס לנכס. אם העסקה בין א' ו-ב' לא הסתיימה, א' עדיין הבעלים והוא מוכר לג', הוא מייצר מערכת של עסקאות נוגדות. כדי לוודא שאנו עוסקים בתחרות מסוג עסקאות נוגדות, צריך לבדוק את השלבים שבהן נמצאות העסקה. עם עסקה א הסתיימה אז אנחנו לא בעסקאות נוגדות. התנאי להימצאות בעסקה נוגדת (ס' 9 לחוק המקרקעין/ ס' 12, 13 לחוק המיטלטלין) תלוי בכך שהעסקה הראשונה לא הסתיימה, וב' עדיין לא בעלים אלא רק בעל התחייבות לעסקה. איך יודעים?

* **מקרקעין**- רישום. אם ב' רשם את זכותו במרשם המקרקעין הוא הופך להיות הבעלים של הזכות.
* **מיטלטלין**- חוזרים לס' 33 לחוק המכר שקובע שבעלות במיטלטלין עוברת במסירה כברירת מחדל, אלא אם כן התננו אחרת.
* **זכויות**- עוברות לרוכש ע"פ חוזה.

בניגוד למקרקעין שמאוד ברור מתי העסקה הסתיימה, במיטלטלין צריך להבין מתנאי החוזה בין א' ו-ב' האם ב' כבר הפך להיות בעל הנכס או לא. לכאורה לפי ברירת המחדל, אם הנכס בידי ב' הוא הבעלים כי ברירת המחדל היא מסירה. מאחר וס' 33 לחוק המכר מאפשר להתנות על ברירת המחדל, נצטרך לבדוק את התניות שהיו בין א' ו-ב'. אם התניות עדיין לא התקיימו והבעלות לא עברה ל-ב', ו-א' מוכר ל-ג', אנחנו נמצאים בעסקאות נוגדות. אם התניות התקיימו, הבעלות עברה לב' והתחרות היא מסוג תקנת שוק. אם אין תנאים נוספים הולכים לפי ברירת המחדל. אם יש תנאים נוספים בוחנים אותם.

בהנחה שבמערכת היחסים בין א' ו-ב' הקניין לא הושלם, אנו בשלב החוזים ויחולו ס' 12 או 12+13. הראשון בזמן גובר אלא אם השני מקיים תו"ל, קבלה ותמורה.

ס' 12, 13 לחוק המיטלטלין קובעים שהראשון זוכה אלא כן השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין/ זכות בתום לב ובתמורה. הפסיקה פירשה את התנאים הללו באופן הבא:

* **קיבל**- יש צורך בחזקה + השלמת הקניין (אופן ההקנייה בהתאם לסוג הנכס).
* **תמורה**- ערך ממשי שמשקף את ערך הנכס שנרכש או שינוי מצב לרעה (אם לדוגמה רכשתי את הרכב הישן שלי כדי לרכוש אחד חדש).
* **תום לב**- סובייקטיבי. אין אפשרות לתום לב אובייקטיבי, בין היתר מאחר ואין מרשם.

למה השני בזמן זוכה? ניתן לראות בראשון את מונע הנזק הזול, העובדה שלא דאג לקבל את הנכס לידיו היא שאפשרה את התחרות המשפטית.

למה לא מחילים את ההיגיון של פס"ד גנז על מיטלטלין?

* קשה ליצור מרשם במיטלטלין- עלויות גבוהות מדיי.
* הגדרת חזקה כהפגנת תו"ל עשויה לעכב את המסחר השוטף.

הכלל בעסקאות נוגדות במיטלטלין וזכויות- הראשון בזמן זוכה אלא אם השני קיבל את המיטלטלין בתמורה ובתו"ל.

תקנת השוק

במצב שבו העסקה בין א' ו-ב' הושלמה, הקניין שייך לב', ו-א' מכר את הנכס לג', א' למעשה מכר את מה שאין לו. זה מוביל אותנו לסוג השלישי של התחרות מסוג תקנת השוק. בתקנת השוק נוצר מצב שבו התחרות מוכרעת לא בהתאם להתנהלות של שני הצדדים.

בתחרות הראשונה של בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל מאוחר ראינו ששטרסברג-כהן מציעה בפס"ד אהרונוב להסתכל על שני הצדדים, מעמד הזכויות שלהם, מאזן המצוקה שלהם, ולבחון למי מגיע לזכות בנכס.

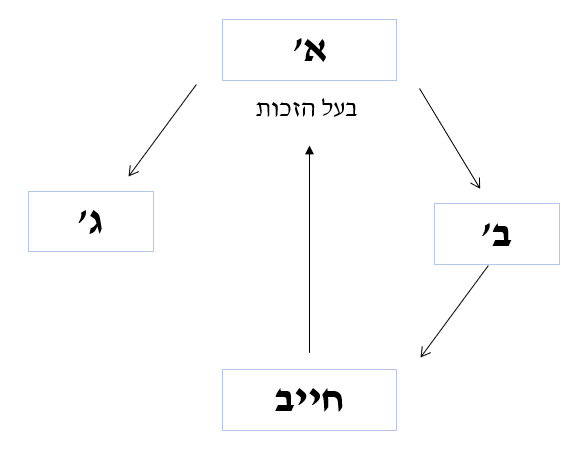
בתחרות השנייה של עסקאות נוגדות יש שני צדדים שנקלעו לתאונה משפטית שמכרו לאחד וגם לשני את אותו הנכס, וצריך להכריע לפי מונע הנזק הזול או מאזן המצוקה מי זוכה.

בתחרות השלישית התחרות היא בין "שני צדיקים", מדובר בתחרות בין גורם אחד שקנה את הנכס וסיים את הקניין, כמו שצריך, וגורם שני תם-לב שלמעשה מכרו לו אוויר. במקרים מסוימים אנו נאמר שדווקא זה שמכרו לו את האוויר, הוא ינצח, והסיבה היא שיקולים חיצוניים לחלוטין למערכת היחסים בין השניים, מכוח מה שנקרא "תקנת שוק". אם לא ניתן לו לנצח במקרה הזה, למרות שמכרו לו אוויר (מי שמכר לא היה בעל הזכות למכור), אנחנו נגרום נזק מאוד גדול לשוק (אנשים לא יסכימו להלוות, אנשים לא יסתמכו על מרשם המקרקעין) והשוק לא יתפקד. לכן, למרות שהצד השני לתחרות קנה משהו פגום, ומי שמכר לו למעשה לא היה בעל הזכות למכור, יכול להיות שהרוכש השני ינצח בתחרות. גם אם העסקה בין א' ו-ב' הושלמה וב' היה אמור להיות המנצח, יכול להיות מצב שמשיקולים שלא קשורים ל-ב' ו-ג' באופן ישיר אלא קשורים לאינטרסים חברתיים, כלכליים שלנו כחברה, ניתן ל-ג' את הזכות.

תקנת השוק בזכויות

**הכלל החולש על התחרות מסוג תקנת שוק בזכויות הוא ס' 4 לחוק המחאת חיובים. הסעיף קובע שהראשון בזמן זוכה, אלא אם כן הודיעו לחייב קודם על זכותו של הנמחה השני. כלומר, אם מישהו חייב ל-א' 50 ₪ יש לו חייב, ל-א' יש זכות ל-50 ₪. א' מכר את ל-ב' את הזכות הזו, במקום שא' יגבה מהחייב את הכסף הוא ממחה ל-ב' את הזכות שלו, ו-ב' יכול ללכת לחייב ולגבות את 50 ₪. מתי עוברת הבעלות בזכות ל-ב'? בעת כריתת החוזה. הזכות היא של ב' ול-א' אין יותר זכויות. בשלב הזה, א' הולך ומוכר את הזכות ל-ג'. באופן עקרוני, ע"פ הכללים שלמדנו עד כה, אם הבעלות עברה ל-ב', ולאחר שהבעלות עברה ל-ב', א' מוכר ל-ג' את הזכות הוא בעצם מוכר לו כלום כי אין לו זכות יותר, אז התחרות בין ב' ל-ג' הייתה אמורה להיות מוכרעת באופן של-ג' אין כלום, ל-ב' יש זכות קניינית ולכן ב' מנצח. ס' 4 לחוק המחאת חיובים אומר שלא כך תמיד. אם ג' ילך לחייב ראשון ויודיע לו שהעבירו לו את הזכות לפני ש-ב' הלך אליו, ג' מנצח.**

**מה ההיגיון שעומד מאחורי הסעיף?**

1. לתמרץ אנשים שקונים זכויות להודיע בהקדם לחייבים.
2. אנחנו לא רוצים שהחייבים יצטרכו לנקוט במנגנונים של בירורים.

הטעם לכך נעוץ בראיית הראשון כמונע הנזק הזול ביותר- החוק מתמרץ לערוך בירור אצל החייב. אם הראשון יעשה זאת, הוא יודיע לו על ההמחאה וממילא יצלח את תקנת השוק.

כדי שהשוק יתפקד כמו שצריך, קבענו כלל שמקל מאוד על החייבים ולא מצריך אותם במנגנוני בירור- מי שמגיע אליו ראשון מקבל. כשמדברים על תקנת השוק בזכויות אנחנו אומרים שהראשון בזמן זוכה, אבל אם השני בזמן הודיע לחייב לפני הראשון בזמן, אז השני בזמן ינצח.

החוק בעצם מתמרץ אנשים להימנע מהשלב האובליגטורי ולממש את הזכויות שלהם בהקדם. במקרה הנוכחי, לתמרץ את מי שמקבל את הזכות ללכת ולממש אותה בהקדם כדי להודיע לכל העולם שהזכות הזו שלו.

אנו מתייחסים למקרקעין לא רשומים כאל זכויות. הכוונה למקרקעין שלא מופיעים בטאבו מאחר ואינם הוסדרו באופן משולם ולא הוכנסו למרשם המקרקעין. זו פיקציה משפטית כי מבחינה טכנית-עובדתית זה מקרקעין לכל דבר ועניין, אפשר לגור, לדרוך, לעבד, אבל מבחינה משפטית הם זכויות, בין היתר מהסיבה הפשוטה שהם לא מיטלטלין ואין לגביהם מרשם ולכן לא ניתן להחיל עליהם את חוק המקרקעין. המשפט הישראלי החליט להתייחס אליהם בתור זכויות. המשמעות היא שס' 12, 13 לחוק המיטלטלין חלים על מקרקעין לא רשומים, ס' 4 לחוק המחאת חיובים חל על מקרקעין לא רשומים בכל הנוגע לתקנת שוק.

איך קורה מצב של תקנת שוק במקרקעין לא רשומים?

החייב בדר"כ יהיה רמ"י/ קבלן/ חברה משכנת/ גורם שמחזיק אצלו זכויות במקרקעין לא רשומים. בעל הזכות בדר"כ יהיה אדם שרכש זכות מאותו חייב. מכיוון שמדובר במקרקעין לא רשומים הזכויות אינן בעלות, בעיקר זכויות חכירה ושכירות. אם ל-ב' מקרקעין לא רשומים והוא מכר את הזכות ל-א' ולא התנה שום דבר, הזכות עוברת בכריתת החוזה, ל-ב' כבר אין זכות כלפי רמ"י. ב' מוכר שוב את הזכות ל-ג'. המצב המשפטי הוא של-ב' אין מה להעביר והוא בכל זאת העביר כביכול את הזכות ל-ג'. המירוץ הוא מי ילך קודם לרמ"י. אם א' הוא יזכה, אם ג' הוא יזכה, למרות שרק ל-א' העבירו את הזכות בצורה תקינה. תקנת השוק ככלל, ובפרט פה, מכירה בעובדה שיש פה העברה לא תקינה, חוליה שחורה בשרשרת ההעברות, ולמרות זאת היא מכשירה אותה, לא בגלל אינטרס חברתי שהשוק יתפקד כמו שצריך. למרות שאנו יודעים שההעברה ל-ג' היא לא בסדר ולא תקינה ואין בעצם העברה של זכות כי ל-ב' כבר אין זכות, אנו מכשירים וניתן ל-ג' את הזכות.

השלב שבו אנו נמצאים הוא מאוד חשוב כדי להבין אם אנחנו בעסקאות נוגדות או בתקנת השוק.

**עסקאות בזכויות לרבות במקרקעין לא רשומים: שלב חוזי 🡨 ס' 12, 13 לחוק המיטלטלין. שלב קנייני 🡨 ס' 4 לחוק המחאת חיובים, תקנת שוק.**

**בפס"ד גנז** עולה שאלה ביחס למקרקעין לא רשומים שהם זכויות- האם נכון לחייב את הראשון בזמן לכתוב הערה (לא ברישום המקרקעין כי הוא לא מופיע שם) אלא בספרים של רמ"י/ החברה המשכנת/ הקבלן? הש' מצא חושב שכן, הדבר מעיד על תו"ל אובייקטיבי ומזהיר אחרים, אך זו לא ההלכה נכון לעכשיו.

תקנת שוק במקרקעין

**לדוגמה- אדם יושב בבית שלו ולפתע דופק אדם בדלת ואומר לו שזאת הדירה שלו ושייצא. מסתבר שאותו אדם נתן ייפוי כוח לעו"ד לפני 10 שנים לטפל לו בעניינים שונים, ואותו עו"ד השתמש בצורה לא ראויה בייפוי הכוח ומכר את הדירה למישהו אחר. השאלה היא אדם שדופק בדלת ומבקש ממני לצאת מהבית, יכול לקרות מצב שבסופו של דבר הוא יקבל את הדירה ואני, שלא חשבתי בכלל שיהיה מצב שעו"ד יעשה שימוש בייפוי כוח למכור את הדירה למרות שאסור לו?**

**ס' 10 לחוק המקרקעין קובע: "מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים** בתמורהובהסתמךבתום לב על הרישום**, יהא כוחה של זכותו יפה** אף אם הרישום לא היה נכון**".**

**הסעיף כולל 3 תנאים:**

1. **הסתמכות על מרשם.**
2. **תום לב.**
3. **תשלום תמורה.**

**מטרת העל של ס' 10 לחוק המקרקעין לא קשורה לצדדים, מדובר בשני צדדים תמי-לב שלא עשו שום דבר רע ואין לנו טענה לעניין מונע הנזק הזול או כל טענה אחרת כלפי מי מהם שבגינה ניתן להטיל אחריות. השיקולים הם חיצוניים למערכת היחסים בין הצדדים.**

**הרעיון של תקנת השוק במקרקעין כמו תקנת שוק בזכויות/ במיטלטלין. הרעיון הוא הכרעה בתחרות לטובת הכלל, לטובת חיי מסחר משיקולי מדיניות- רווחה מצרפית, שיקולי קהילה, ולא משיקולים שקשורים לצדדים עצמם.**

**בתקנת השוק במקרקעין הרציונל שונה מתקנת שוק בזכויות (ס' 4 לחוק המחאת חיובים), שם אמרנו שהראשון בזמן זוכה אלא אם כן הודיעו לחייב על זכותו של השני כן כדי לשחרר מהצור לברר כל הזמן איך נעשתה העסקה, מול מי וכד' וגם כדי לתמרץ להודיע. כאן הרציונל מעט שונה, הוא נובע מהרצון להגן על המרשם, כמו כל הסדר במקרקעין רשומים. ההנחה היא שאם לא נקדש את המרשם ונהפוך אותו למשהו שאי אפשר לערער עליו, אנחנו נביא לקריסה מהירה של המרשם והמשמעות היא שכל עסקה שתיעשה במקרקעין תחייב לא רק הוצאה של נכס מקרקעין אלא גם בירור עסקאות העבר. בגלל הרצון שלנו לא לחייב עסקאות עבר וכן להסתמך על המרשם, אנו מוכנים במקרים מסוימים כן להכיר בטעויות במרשם ככאלה שלוקחות קניין מהידיים החוקיות של הבעלים ומעבירות אותו לידיים של אדם אחר.**

**הרעיון של תקנת השוק אומר שקיימת שרשרת של העברות של נכס, ואחת מהחוליות בשרשרת היא בעייתית. אנחנו יודעים שהייתה בעיה. כשאנו דנים בשאלה מי מקבל את הנכס, האם בעלים לפני החולייה הבעייתית או הבעלים שרכש אחריה- ע"פ מה שלמדנו עד כה, ברגע שיש העברה לא תקינה של קניין (למשל מישהו גנב את הנכס והעביר אותו שלא כדין), הואיל וההעברה הועברה כשלמעביר לא הייתה זכות להעביר אותו, למעביר (הגנב), לא היה שום דבר ביד (פס"ד טקסטיל ריינס). זה בדיוק כמו שהייתי מוכר למישהו סלולרי לא שלי, גם אם המכירה תהיה כדין אין להם שום דבר כי לי אין משהו ביד. לכן, היינו אמורים במצב הטבעי להחזיר את הנכס לבעלים האחרון שפעל כדין, אבל תקנת השוק אומרת שיכול להיות מצב שבו אם התרחשה סיטואציה כזו, כלומר חוליה "שחורה" בשרשרת, אבל הרוכש רכש כדין וטעה בגלל המרשם- אז לצורך העניין יש סיכוי שהבאים אחריו יקבלו את הנכס. כלומר, יש מצב שניקח נכס מהידיים של בעלים חוקיים שלא עשה משהו רע ולא התכוון מעולם למכור את הנכס, ונעביר את הנכס שלו לאדם אחר. נמחיש באמצעות דוגמה:**

**בעלים מקורי שלא תכנן למכור את הדירה 🡨 נתן ייפוי כוח לעו"ד לעשות פעולות שונות בנכסיו 🡨 אותו עו"ד מכר את הדירה לרוכשת א' 🡨 אם רוכשת א' אמורה לקבל את המקרקעין ולהנות מתקנת השוק? לא. מדוע? כי היא לא הסתמכה על המרשם. הואיל ומטרת תקנת השוק היא הגנה על המרשם ועל היכולת לתת בו אמון, אין מקום בדוגמה זו לתת את הדירה לרוכשת א' שלא השתמשה במרשם, הייתה פה הסתמכות על מסמכי עו"ד שאינם תקינים.**

**אנו מנסים להגן על הסתמכות על המרשם, כשהרוכש רוכש את המקרקעין והבעלים המקורי רשום במרשם כבעלים אזי אין טעות במרשם. אם הרוכש רוכש את הקרקע כתוצאה מטעות הנובעת ממסמכים חיצוניים למרשם, מבחינתנו כחברה אין אינטרס להגן על עו"ד רמאי או אנשים שנופלים בפח.**

**אם רוכשת א' תמכור את הנכס לרוכש ב' (כשהעסקה נרשמה ע"ש רוכשת א')- במקרה שבו רוכש ב' סגר את העסקה, קרי העביר את זכות הקניין על שמו, ב' כן זכאי להנות מתקנת השוק שהרי הוא הסתמך על המרשם, זאת בניגוד לרוכשת א' שטעותה נבעה ממסמכים חיצוניים למרשם, בהנחה שבין א' לעו"ד העסקה הועברה ע"י המרשם, וכעת א' מוכרת ל-ב', הקרקע רשומה על א' (אמנם הרישום מוטעה) אבל טעותו של ב' נובעת מהרישום ולכן הוא יהיה זכאי להנות מתקנת השוק. מדובר ברישום שגוי אבל אין לרוכש ב' אינדיקציה לדעת שהמרשם כולל רישום שגוי.**

**אם נישאר בעמדה שבכל עסקה עם "חוליה שחורה" הבעלים המקורי יקבל את הנכס, בעצם נביא לכך שאנשים לא יסתמכו על המרשם. ע"מ להנות מתקנת השוק צריכה להיות שגיאה במרשם.**

**חלק גדול מהבעיה היא ההבנה שההסתמכות של הרוכש היא לא על המרשם. במילים אחרות, אם קניתי קרקע שרשומה על שם הבעלים המקורי (כשאין טעות במרשם), ולמרות זאת קניתי אותה בצורה לא תקינה (זיופים, התחזות וכו')- אם המרשם תקין סביר להניח שלא תחול תקנת השוק.**

**ההסתמכות צריכה להיות על המרשם, זה יכול להיות גם בעסקה הראשונה (ייפוי הכוח), אבל בדר"כ מי שיהנה מתקנת השוק יהיו אנשים שכבר קנו אחרי שהחולה הראשונה לאחר החולייה השחורה העבירה את המרשם. במבחן- לבחון על מה הרוכש מסתמך, האם הטעות נובעת מהסתמכות על מסמכים אחרים (כמו ייפוי כוח, ת.ז וכו') או על המרשם, זו הדרך להבין האם תקנת השוק חלה או לא. רק כשההסתמכות על המרשם ניתן יהיה להנות מתקנת השוק. ככל שהמרשם תקין, סביר שלא תחול תקנת השוק.**

תום לב

**תום הלב בהקשר של ס' 10 הוא סובייקטיבי. ככל שמדובר בסטנדרט סובייקטיבי כמו בתקנת השוק, צריך לוודא האם הרוכש ידע או שעצם את עיני למציאות בזמן שהכל היה בפניו. על בסיס העובדות הסובייקטיביות, יש לברר האם הכל היה גלוי והרוכש התעלם מהמידע. תום הלב הוא ביחס לכל העסקה, אם הרוכש מרגיש שמשהו לא תקין בעסקה ולא מתייחס לכך סביר שלא ייהנה מתקנת השוק. משך הזמן של תום הלב הוא מהרגע הראשון עד תום הרישום, וכן צריכה להיות הסתמכות על המרשם. קרי, תו"ל סובייקטיבי מלא לכל אורך הפרשה.**

**מה הדין כאשר למוכר יש רק ה"א?**

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

פרשת שלמה מינץ- פס"ד מרדכיוב **לאדם מסוים יש נכס. מגיע אחר ומתחזה להיות הבעלים המקורי בעזרת ת.ז מזויפת, ועושה עסקה ביחס לנכס. הבעלים המקורי לא בתמונה. כשהמתחזה עושה עסקה עם רוכש א', רוכש א' לא זכאי להנות מתקנת השוק הואיל והמרשם תקין. לכן, כשהמתחזה מוכר את הקרקע כשהוא לכאורה הבעלים המקורי, רוכש א' הסתמך על תעודת הזהות ולכן זה מסמך חיצוני למרשם ולכן הוא לא נהנה מתקנת השוק, הוא לא טעה בגלל המרשם. מטרת תקנת השוק היא הגנה על המרשם, ובעניין זה אין כל בעיה במרשם ולכן אין סיבה להפעיל את התקנה שמגנה עליו.**

**נניח שרוכש א' רכש את הנכס ועוד לא העבירו על שמו, אבל כן רשם ה"א. תו"כ תקופת ההתחייבות לעסקה הוא רוצה למכור את הנכס לרוכש ב', הוא מוכר את הנכס לרוכש ב', ו-ב' קונה את הנכס כשיש ל-א' ה"א והבעלים המקורי רשום על הקרקע. האם ה"א יכולה להוות מה שאנו מחפשים במובן של טעות במרשם? או שזו לא טעות כי הבעלים עדיין רשום במרשם? עולה כאן השאלה האם ה"א תיחשב לטעות במרשם או שזה בעצם לא טעות במרשם כי הבעלים המקורי רשום כבעלי הקרקע. אנחנו כן רוצים לעודד אנשים למכור אם הם רוצים בסיטואציה הזו בהנחה ואין זיוף/ מרמה, ולא נרצה שאנשים ייאלצו להשאיר את הקרקע אצלם. בהנחה ואנו רוצים לאפשר זרימה או מעבר של קרקעות, גם ע"ב ה"א?**

פסק הדין **קובע שהעובדה שאדם רכש קרקע על בסיס ה"א בלבד, כשהקרקע רשומה ע"ש הבעלים המקורי ואין טעות במרשם, לא שוללת עקרונית את היכולת להנות מתקנת השוק.**

* **אין מניעה עקרונית להחיל תקנת שוק במצב כזה.**
* **החלה כזו מחייבת "בדיקה ראויה"- סטנדרט אובייקטיבי.**

**בהנחה והייתה מכירה רגילה כשכל מה שיש למוכר זה רק ה"א, היא יכולה לזכות בתקנת השוק תוך בחינה של מספר תנאים. כאמור, הרציונל לתקנת השוק הוא חיזוק המרשם, ווידוא ההסתמכות על המרשם ללא צורך בבחינת ההיסטוריה של הנכס בעסקאות מקרקעין. לכן, אם הרוכש הסתמך על המרשם הוא ייהנה מתקנת השוק.**

**בשלב הרכישה של רוכש ב' מרוכש א'- לרוכש א' הייתה ה"א בלבד, הקרקע הייתה רשומה על הבעלים המקורי וברור שהקרקע לא רשומה על א'. השאלה היא מה קרה עם הרישום לאחר שהושלמה העסקה בין רוכש א' ורוכש ב'.**

**התנאי הראשון- השלמת הרישום של המוכר: התנאי כדי שרוכש ב' ייהנה מתקנת השוק הוא שהרישום של הקרקע עבר על שמו של רוכש א'. ככל שהמרשם נותר תקין גם לאחר העסקה בין רוכש א' לרוכש ב', רוכש ב' לא ייהנה מתקנת השוק. כלומר, ככל שהרישום לא הושלם, רוכש א' לא העביר מעולם את הקרקע על שמו ולכן רוכש ב' לא ייהנה מתקנת השוק. תנאי זה דורש שבחוזה יהיה ברור שהעברת הקניין על שמו של המוכר חייבת להיות מושלמת.**

**פס"ד גנז קובע שברגע שחותמים על עסקה במקרקעין, הדבר הראשון שיש לעשות זה לרשום ה"א. בחתימת החוזה יש להקפיד שהמוכר שמוכר דירה וכל מה שיש לטובתו זו ה"א כשהקרקע רשומה ע"ש אדם אחר, נבקש בחוזה שיהיה ברור שהעסקה מושלמת, שהעברת הקניין ע"ש המוכר חייבת להיות מושלמת. בעניין מורדכיוב אנחנו לא יודעים שהעסקה היא חלק משרשרת, צריך להקפיד שכאשר מתקשרים בעסקה ע"ב ה"א, הקרקע תירשם על שם המוכר, כדי שהרוכש יוכל להנות מתקנת השוק.**

**התנאי השני: עד שתירשם הקרקע על שם המוכר, יש עיכוב של רוב מוחלט של התשלומים מצד הרוכש. כלומר, התשלומים יחלו רק כשהקרקע תעבור על שמו.**

**התנאי השלישי- בדיקה ראויה של עסקת היסוד: צריך לבחון את העסקה הראשונה ולבקש את החוזה שלה. לבדוק את העסקה הראשונה- בדיקה רצינית של העסקה בין א' לבין המתחזה (לכאורה).**

אם כל התנאים התקיימו, גם רוכש ע"ב ה"א ייהנה מתקנת השוק. די בכך שתנאי אחד לא מתקיים כדי שלא תחול תקנת השוק על רוכש ב'. **בכל עסקה במקרקעין חייבים לוודא שהרוכש רושם ה"א באופן מיידי כדי למנוע או לקדם מצבים של פס"ד גנז (עסקאות נוגדות). אם קונים קרקע ע"ב ה"א חייבים להקפיד שהחוזה יכלול התנאת תשלומים עד הרישום, בדיקת עסקת היסוד והעברת הקרקע על שמו של המוכר. התנאת התשלומים על הרישום = הסתמכות על המרשם.** אם הרישום לא הושלם לאחר העסקה, רוכש ב' לא יהנה מתקנת השוק, הואיל ואין פגם במרשם ואין סיבה להחיל את תקנת השוק.

סיכום דיני תחרויות

1. **נברר את זהות הצדדים ע"מ לזהות את סוג התחרות.**
2. **זיהוי המשאב- מקרקעין רשומים/ מיטלטלין/ זכויות (בהם נכלל מקרקעין לא רשומים).**

מקרקעין רשומים

* **בעל התחייבות לעסקה מול נושה לא מובטח- פס"ד אהרונוב אומר שהכלל הוא שבעל התחייבות לעסקה זוכה גם אם לא רשם ה"א. החריג- בעל ההתחייבות לעסקה הוא נושה מקצועי (בנק)(פס"ד רשף).**
* **בעל התחייבות לעסקה מול בעל התחייבות לעסקה- אם לא הושלם הרישום, ויש שני בעלי התחייבות לעסקה, הבעלים המקורי הוא עדיין הבעלים של הקרקע. במצב הזה נלך לפי ס' 9 לחוק המקרקעין ופס"ד גנז- בודקים האם הראשון בזמן רשם ה"א? אם לא, למה לא רשם? השני בזמן צריך להשלים תו"ל, תמורה ורישום כדי לנצח.**
* **בעלים מקורי מול רוכש בתו"ל- ס' 10 לחוק המקרקעין, צריך הסתמכות על המרשם ותו"ל סובייקטיבי. ברכישה על בסיס ה"א הרוכש יוכל להנות מתקנת השוק אם הוא השלים את שלושת התנאים- העברת הרישום, התנאת תשלומים ובדיקה יסודית.**

זכויות ומקרקעין לא רשומים

* בעל התחייבות לעסקה מול נושה לא מובטח- פס"ד אהרונוב.
* בעל התחייבות לעסקה מול בעל התחייבות לעסקה- ס' 12+13 לחוק המיטלטלין.
* בעלים מקורי מול רוכש בתו"ל- ס' 4 לחוק המחאת חיובים.

**מיטלטלין**

* בעל התחייבות לעסקה מול נושה לא מובטח- פס"ד אהרונוב.
* בעל התחייבות לעסקה מול בעל התחייבות לעסקה- ס' 12 לחוק המיטלטלין.
* בעלים מקורי מול רוכש בתו"ל- ס' 34 לחוק המכר.

תקנת שוק במיטלטלין

**פס"ד כנען הוא אחת הדוגמאות הגרועות ללמד את תקנת השוק במיטלטלין. זהבה כנען קנתה תמונות ממוכרת בשוק הפשפשים תמורת 250 ₪. התגלה שהתמונות הן גנובות ממוזיאון בארה"ב ושוות הרבה יותר. ממשלת ארה"ב תובעת את התמונות בחזרה. השאלה היא מי הבעלים של התמונות?**

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

**ישנם 6 תנאים ע"מ שתחול תקנת השוק:**

1. **נמכר.**
2. **נכס נד- חפץ מוחשי.**
3. **ע"י מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר.**
4. **המכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו.**
5. **הקונה קנה וקיבל.**
6. **תום לב.**

בהתקיים כלל התנאים, המיטלטלין יישאר אצל הרוכש ולא ישוב לבעלים המקורי:

1. נמכר**- ס' 1 לחוק המכר קובע את מהות המכר "מכר הוא הקניית נכס תמורת מחיר". התנאי הבסיסי לקיומה של תקנת שוק הוא קיומה של עסקה בה נרכש הנכס מהמוכר (מי שאינו בעל הקניין) תמורת מחיר. האם התמורה צריכה לשקף שווי אובייקטיבי או סובייקטיבי?**
2. נכס נד**- התקנה חלה רק על חפצים מוחשים ממש.**
3. ע"י מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר**- ישנן שתי גישות:**
4. **זמיר- זהו תנאי אובייקטיבי המסייע בבדיקת תום ליבו של הקונה.**
5. **דגן- המטרה הינה תמרוץ הסוחרים לבדוק באופן רחב את מקור הנכס שהם מכניסים לשוק. כלומר, הרעיון לקבוע את התנאי הוא לתמרץ את הסוחרים להיות מומחים בעסקים שלהם, להבין את הייבוא, את השווקים, לדעת טוב יותר לזהות האם המוצרים גנובים או לא. זה מתמרץ משום שככל שתהיה יותר מומחה בתחומך, יבואו אלייך יותר אנשים כי הם יהיו יותר בטוחים ורגועים. ככל שהסוחר מומחה יותר הוא ימנע את הכניסה של מוצרים מזויפים ולא תקינים.**

**ביחס לפס"ד כנען- אם הסוחרת הייתה מומחית היא הייתה מזהה שהתמונות מקוריות ולא הייתה ממשיכה את השרשרת. עיקר הבעייתיות כאן היא שזה מוציא קנייה מאדם פרטי.**

1. המכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו**- תנאי שמטרתו להבטיח את** תום ליבו של הקונה**, היעדר נסיבות מחשידות לגבי העסקה וזכויות המוכר בנכס. מבחן זה מתייחס למכלול הנסיבות של המכר ורלוונטי למועד כריתת הסכם המכר, המקום, הזמן וכד'.**
2. הקונה קנה וקיבל**- חזקה. משום שהדרך הרגילה לביצוע עסקת רכישה היא העברת הנכס מרשותו של המוכר לרשותו של הקונה. רשותו של הקונה= גם אצל אחר מטעמו/ שומר וכו'. ואולם, מקובל לפרש חזקה + העברת בעלות (מסירת חזקה או מועד אחר שהצדדים קבעו לפי ס' 33 לחוק המכר). העברת הבעלות מתבצעת במועד המסירה אלא אם הצדדים התנו אחרת.**
3. תום לב**- תום ליבו של הקונה צריך להתקיים מעת כריתת ההסכם ועד להשלמת התנאים של חזקה וקניין, לפי המועד המאוחר. המבחן הוא** סובייקטיבי**- היעדר ידיעה והיעדר עצימת עיניים (נסיבות מחשידות ועצימת עיניים מתוך כוונה להימנע מלברר את החשד). תום הלב הסובייקטיבי עולה מהרציונל לתקנת השוק- שמירה על תקינות חיי המסחר וחוסר רצון לעכב "זרימת סחורות" ע"י חיוב בבדיקות.**

**בפס"ד כנען אחת הטענות הייתה שכיוון שהתגלה בדיעבד שמדובר בתמונות מקוריות, לא מדובר בסוג הממכר שהמוכרת מוכרת. לכן יש פה פער בין גישתו של חנוך דגן לגישתו של איל זמיר. קיימים שני מסלולים: מסלול פנימי-קנייני ומסלול חיצוני- חוזי.**

**המסלול הפנימי הוא תקנת השוק: מצב בו אישה רוכשת תמונות, בדיעבד מתברר שהן נגנבו, והשאלה היא האם היא משאירה את התמונות אצלה או לא. זה תלוי בהתקיימות תנאי תקנת השוק. יש גם מסלול חיצוני והוא המסלול החוזי.**

**המסלול החיצוני: המסלול החוזי. הרציונל- אין הצדקה ל"מתנות משמיים".**

* **דרך א' (הש' ברק ואור)- טעות משותפת (חוזים) + הבנייה קונסטרוקטיבית של דיני עקיבה (עשיית עושר). החיסרון- רלוונטי רק למצבים של טעות משותפת.**

**מבחינת השופטים היה ברור שהתמונות יחזרו לארה"ב, והשאלה הייתה איך לעשות זאת. יש כאן קונסטרוקציות חוזיות, יש פנייה לטעות משותפת. כשמדובר בטעות משותפת אין חובה לבטל חוזה אלא ישנה אפשרות לבקש את ביטולו ע"י אחד הצדדים. כאן למוכרת ולקונה כאחד אין אינטרס לבטל את החוזה, ולכן משתמשים בדיני עשיית עושר ואומרים שיש כאן עקיבה קונסטרוקטיבית, החוזה בטל ע"י הבעלים המקורי.**

* **דרך ב' (הש' ברק)- החלת תו"ל אובייקטיבי.**

**המסלול הפנימי: המסלול הקנייני.**

**הרציונל- אי עמידה בתנאי תקנת השוק. זו גם הסיבה מדוע פס"ד כנען הוא בעייתי ללימוד תקנת השוק- אנו לומדים על חיסרון התמונה ועל אי קיום תקנת השוק בדיעבד. אנו בודקים את שווי הנכס ואת מהותו למרות שאנו יודעים שמבחינה סובייקטיבית, הצדדים לעסקה משוכנעים שמדובר בנכס שלגביו הם הסכימו ועל המחיר שהסכימו. מתגלה שמדובר בתמונות מקוריות, המוכרת בשוק הפשפשים לא מוכרת את הנכסים שהיא רגילה למכור, וגם אין כאן תמורה (גילוי בדיעבד של חיסרון התמורה) בהיבט שהמחיר ששילמה הרוכשת אינו שווי התמונות.**

**בדר"כ מה שקורה בתקנת השוק זה שנכס מסוים נגנב, הוא מוצא עצמו בידיים של אדם שלישי, והשאלה היא האם אותו אדם זכאי להשאיר אותו אצלו. ברמה התדירה לא נגיע למצבי פס"ד כנען.**

**הביקורת- בחינה בדיעבד של המציאות, האם אין מדובר בחתירה תחת הרציונל של תקנת השוק? יש לנו מצב שבו אישה רוכשת תמונות ומתברר בדיעבד שהן נגנבו והשאלה היא האם היא משאירה את התמונות אצלה או לא. זה תלוי האם תנאי תקנת השוק מתקיימים הוא לא.**

**המסלול שבאמצעותו התמונות מוחזרות לארה"ב הוא המסלול הקנייני. ביהמ"ש עושה כאן מהלך בעייתי, הוא אומר שאנו לומדים על חסרון התמורה ולומדים על אי קיום תנאי תקנת השוק** בדיעבד**. אנו בודקים את שווי הנכס ואת מהותו למרות שאנו יודעים שכל הצדדים לעסקה היו משוכנעים שמדובר בנכס ובשווי שלגביו הסכימו. ביהמ"ש אומר שיש כאן סיווג לא נכון של הנכס- הואיל ומדובר בתמונות מקוריות, זה לא סוג הנכסים שהמוכרת רגילה למכור ולא מתקיימת כאן תמורה בהתאם לשווי הנכס. לכן, ביהמ"ש קובע שלא חלה תקנת השוק.**

****

תחרות ומתנה

מה קורה כשאנו מגיעים למצב של תחרות אבל בעל ההתחייבות הוא לא בעל ההתחייבות לעסקה, אלא למתנה? או לחלופין- עסקאות נוגדות ואחת מהעסקאות היא עסקאות מתנה?

ס' 1(א) לחוק המתנה קובע שמתנה היא הקניית נכס שלא בתמורה. עניין התמורה הוא קריטריון חשוב בדיני התחרות. אם יש עסקה ללא תמורה, כיצד נתייחס להעברה כזו? נבחן אותה ע"פ הסעיפים הרלוונטיים?

ס' 5(א) לחוק המתנה דן בהתחייבות לתת מתנה, וקובע: "התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב". זה מזכיר התחייבות לעסקה. ס' 5(ב) קובע לחוק המתנה שכל זמן שמקבל המתנה לא שינה את מצבו, נותן המתנה יכול לחזור בו: "כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, רשאי הנותן לחזור בו ממנה, זולת אם ויתר בכתב על רשות זו". זאת, בשונה מעסקת מכר או מקרקעין שבה לא ניתן לחזור בו מהעסקה. ס' 5(ג) לחוק המתנה קובע שגם אם מקבל המתנה הסתמך אך יש התנהגות מחפירה, נותן המתנה יכול לחזור בו "מלבד האמור בסעיף קטן (ב), רשאי הנותן לחזור בו מהתחייבותו אם היתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או כלפי בן-משפחתו או בהרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן". לכן, אדם שהתחייב לתת מתנה יכול לחזור בו אם הקניין לא עבר ויש רק התחייבות.

הבעיה- יש מישהו שמקבל נכס בלי תמורה וזה עשוי לפגוע באחרים שמסתמכים על הנכסים האלה. למשל, טייקונים שנותנים במתנה את נכסיהם לילדיהם לפני שהם פושטים רגל, וכשבאים נושים לגבות את חובם הם מגלים שאין מאיפה לגבות. החשש הכי גדול במתנות זה הנושא של הברחת נכסים. כשאדם מגלה שהוא על סף פשיטת רגל, חלק מהאנשים מנסים להוציא את הנכסים מהקופה העתידית של הפירוק כדי שהנכסים יישארו בידיים קרובות. באופן עקרוני, זו הברחת הנכסים מהנושים. מתנות בעייתיות כי אין תמורה, אפשר לחזור מלתת אותן וזה נתיב להברחת נכסים.

בנוסף, נותן המתנה יכול לחזור בו בתנאים מסוימים, וזה משליך על ההסתמכות של מקבל המתנה על הנכס. זה עשוי להוות מנגנון להברחת נכסים של פושטי רגל ופגישה בנושים שלהם.

**הבעיות הנובעות ממתנה:**

1. מדובר בעסקה ללא תמורה**- משליך על דרישת התמורה בעסקאות נוגדות למשל. עולה השאלה האם יש סיכוי לעסקת מתנה (בעסקה השנייה לנצח את בעל עסקת המתנה).**
2. מדובר בעסקה שניתן לחזור ממנה בתנאים מסוימים**- משליך על הסתמכות של מקבל המתנה על הנכס.**

**מתנה הינה העברת נכס שלא בתמורה. דיני התחרויות עוסקים בתמורה כחלק מאינדיקציה למאזן תום הלב. כשאין תמורה צריך לחשוב מה ההשלכות לכך.**

**ס' 5 לחוק המתנה קובע שאם קבעת במפורש שאי אפשר לחזור ממתן המתנה- תוכל לחזור רק בנסיבות מסוימות. אבל אם מסתכלים על ברירת המחדל של החוק בסופו של דבר ניתן לחזור מהתחייבות למתן מתנה. הבעיה בכך מתחילה כשמדובר בעסקים שיש להם בעיית "נזילות" בעסק** ו**הם רוצים להבטיח שביום שבו העסק שלהם קורס, או שיש בעיה ביכולת הפירעון של העסקים שלהם, חלק מהנכסים שלהם יוברחו לגורמים אחרים והנושים לא יגבו את הנכסים. כלומר,** מתנות הן כלי שמאפשר "הברחת נכסים"**, שהרי הנושים עומדים בתור לגביית החוב, אבל אם בעל החוב הבריח חלק מנכסיו לפני שהתקבלה ההחלטה של חדלות הפירעון, יכול להיווצר מצב שלנושים אין דרך לקבל חזרה את החוב שיש לאותו האדם כלפיהם. הואיל ובעל ההתחייבות למתנה עומד לפניהם בסדר הנשייה- המתנה שייכת לו. היות ומתנה ניתנת ללא תמורה הרבה יותר פשוט להבריח נכסים בשיטה הזו.**

**אם אנחנו מסתכלים על בעל התחייבות למתנה כעל בעל התחייבות לעסקה רגיל, גם אם יהיה עיקול, אותו בעל ההתחייבות לעסקה יגבר על הנושים האחרים. אבל כאן נותן המתנה יכול לחזור בו בכל שלב, בניגוד לעסקה רגילה (אלא אם יש בעיה חוזית). לכן משתלם לנותן המתנה לתת התחייבות למתן מתנה, להתחמק מהנושים ואז לחזור בו ממתן המתנה. הדבר יכול להוות ערובה לכך שיש נכס "מוברח" שניתן לגשת אליו לאחר שהנושים לוקחים את חלקם. בשונה מהתחייבות לעסקה שהיא בלתי הדירה, כשמדובר במתנה, כאמור, ע"פ רוב, ניתן לחזור (אלא אם התנו אחרת ולא התקיימו נסיבות מסוימות) ולכן נותן המתנה יכול להתחמק מהנושים ולקבל חזרה את המתנה.**

**האם למאפייני עסקת המתנה (היעדר תמורה ויכולת חזרה) יש השלכות על דיני התחרויות? כן**

1. **השפעת העובדה כי עסקת מתנה נעדרת תמורה השפעה על עסקאות נוגדות**

**בעסקאות נוגדות במקרקעין הראשון בזמן זוכה אלא אם השני בזמן השלים תו"ל, תמורה ורישום (לפי ס' 9 לחוק המקרקעין). ככל שמדובר בעסקת מתנה אין אפשרות להשלים תמורה, שהרי אין תמורה. האם במצב כזה תו"ל ורישום מספיקים?**

פס"ד סולימאן נ' מ"י **הש' דנציגר: "במקרה בו העסקה השנייה בזמן היא עסקת מתנה בלתי הדירה, עדיין על מקבל המתנה להוכיח כי** שינה את מצבו לרעה בהסתמך בתו"ל על המרשם**, ולא די ששינה את מצבו בהסתמך על התחייבות למתנה בלתי הדירה... במצב בו העסקה השנייה בזמן היא עסקת מתנה, נראה כי הסיכויים להעדפתו של השני בזמן קלושים, זאת מאחר שבשקילת "מאזן ההפסדים" יש לקחת בחשבון גם את ההפסד שיגרם לראשון בזמן אם תבוטל העסקה עימו".**

**ביהמ"ש אומר** שמכריעים לפי מאזן המצוקה**, וכיוון שכמעט תמיד מאזן המצוקה ייטה לטובת בעל המתנה, בד"כ הראשון בזמן ינצח. נחיל את השיקול של מאזן המצוקה כשיקול האולטימטיבי. זאת בשונה מפס"ד גנז, שבו הדגש היה על מונע הנזק הזול- אם הראשון בזמן לא רשם ה״א אנחנו נטיל עליו את האחריות גם אם השני בזמן לא עמד בכל הקריטריונים. ביהמ"ש מנסה לצמצם את הזכייה של מקבלי מתנות.**

* **כשמדברים על מתנה אחד המאפיינים המרכזיים הוא שאין תמורה ולכן נחמיר על מקבל המתנה ונחיל כלל קטגורי של מאזן מצוקה. זה מתעלם מהלכת פס"ד גנז ובנוסף זה מתעלם מהאפשרות שמאזן המצוקה ייטה לרעת בעל ההתחייבות למתנה (כלומר הביקורת היא שבעל התחייבות למתנה שני בזמן יתקשה מאוד להראות כיצד מאזן המצוקה נוטה לטובתו לעומת בעל התחייבות לעסקת מכר). כן ניתן להעלות על הדעת מצבים בהם מאזן המצוקה של בעל התחייבות למתנה יהיה גדול יותר, למשל בעסקת מכר שהמשלם שילם סכום זניח והפסדו בתחרות לא יביא להפסד גדול מדיי לעומת בעל התחייבות לעסקת מתנה שני בזמן שמאוד הסתמך עליה.**
* **כשהראשון בזמן הוא בעל התחייבות לעסקת מתנה זה לא משנה מפני שאין לגביו תנאי של תמורה, ועל השני חל ס' 9 וישנה אפשרות להשלים תמורה, תו"ל ורישום.**

**השפעה אחת של עסקאות מתנה היא בעסקאות נוגדות במקרקעין כשבעל ההתחייבות למתנה הוא השני בזמן- בניגוד לפס"ד גנז ובניגוד לכללים הרגילים של עסקאות נוגדות, בדר"כ לא נאפשר לשני בזמן לקבל את הנכס, גם אם הראשון בזמן לא רשם ה"א. לכאורה אין קשר בין הדברים, אבל ביהמ"ש קובע שבגלל שחוסר התמורה כה משמעותי, האחריות תהיה לפי מאזן המצוקה.**

1. **השפעת היות עסקת מתנה ניתנת לביטול ע"י נותן המתנה השפעה על התחרות הראשונה**

**אחד החששות הגדולים בלאפשר/ לתת משמעות להתחייבות למתנה שזה מנגנון מאוד קל להברחת נכסים כאמור (כי אין תמורה ויש אפשרות לחזור). הברחת נכסים הוא מנגנון שהמשפט הישראלי משתדל למנוע. אם נאפשר הברחת נכסים, הבעלים של החברה יבריחו את נכסיהם ולא נגיע לעולם לסדר הפירעון.**

**יש לנו מצב שיש אדם/ חברה בעל נכסים שנותן התחייבות למתנה, לכאורה ללא חשש כי אפשר לחזור מהמתנה. גם ישר כשקניתי דירה אני יכול לכתוב התחייבות למתנה באותו הרגע, הואיל ואני יכול לחזור מההתחייבות. במידה ואני אכנס לחדלות פירעון בעלי ההתחייבות למתנה יגברו על הנושים האחרים. אם אני רוצה לחזור בי- אני יכול בכל שלב (להוציא התחייבות בלתי הדירה שלא מתקיימות בה נסיבות מסוימות- ס' 5 לחוק המתנה). לכן, זה מנגנון מאוד קל לנותני המתנות ובשל כך צריך לשאול האם זה משנה משהו בתחרות שיש בין בעל התחייבות לעסקה לנושה מעקל?**

**האם בעל התחייבות למתנה זוכה מול נושה מעקל? האם הלכת אהרונוב תקפה גם ביחס להתחייבות למתנה? אם בעל ההתחייבות למתנה רושם ה"א- הוא גובר על נושים מאוחרים. אך מה קורה אם הוא לא רושם ה"א? באופן עקרוני אם נעשה ניתוח של הרציונלים של שטרסברג-כהן באהרונוב היינו אמורים להגיע למסקנה שזה לא משנה, הואיל ושטרסברג-כהן כמעט ולא מדברת על תמורה ועל יכולת להתחרט אלא עוסקת בשאלה האם יש עניין למקבל ההתחייבות בנכס הספציפי ועניין לנושה המעקל בכסף בלבד ולא בנכס עצמו.**

**נושה מעקל- הוא נושה לא מובטח. נושה מובטח- נושה שדאג לעצמו לבטוחה ואז כשיש מצב של חדלות פירעון הוא יכול ללכת לגבות מהנכס הזה, הוא ראשון בסדר הנשייה. נושה לא מובטח שאין לו אחיזה בנכס (נושה מעקל) הוא חלש יותר שמנסה לתפוס אחיזה בנכס ע"י העיקול והשאלה היא- הזכות של מי חשובה יותר?**

1. **זכות הנושה דיונית בלבד- נכון לגבי שני המקרים.**
2. **הסתמכות הנושה כללית ואילו הסתמכות בעל ההתחייבות ספציפית ביחס לנכס המסוים- נכון לגבי שני המקרים, אם כי הסתמכות בעל התחייבות למתנה חלשה יותר מהסתמכות של בעל התחייבות לעסקה בתמורה.**
3. **אין הבטחה לנושה לא מובטח שנכסי החייב יישארו במצבם בעת יצירת החוב- נכון לגבי שני המקרים.**

**אין סיבה לחרוג מאהרונוב.**

אילנה לאניאדו נ' הולנד ישראל בע"מ **השופט י. אלון: "**נקודת המוצא בתחרות זו תהיה בהעדפת הנושה על פני מקבל המתנה**. אבל, פתוחה תהיה הדרך לפני מקבל ההתחייבות למתנה לנסות ולהוכיח שעניינו הקונקרטי נמנה על אותם חריגים.** מהם החריגים?

1. **"הוכחת תו"ל של נותן המתנה ונסיבות נתינה ובהפרכת ובהסרת כל ספק סביר שמא הועדה אותה המתנה להברחת הנכס מנושים או למטרה בלתי ראויה אחרת. כל אלה ייבדקו ויבחנו במסגרתו של שיקול הדעת השיפוטי בהתייחס לכל מקרה לגופו ולנסיבותיו."**

**תו"ל במתן המתנה ונסיבות נתינת המתנה- להסביר שלא היה כאן ניסיון להבריח נכסים (מועד המסירה, האנשים שקיבלו את המתנה). מתנה, בדיוק כמו עסקה, זו דרך מוכרת להעברת נכסים בישראל. יכולה להיות מתנה לגורם חיצוני לחלוטין. כשנותנים את המתנה לגורם קרוב קל יותר להסביר מדוע ניתנה המתנה. כל מקרה ייבחן לגופו.**

1. **"הצטמצמה משמעותית או התבטלה היתכנות חזרה מן המתנה הנתונה לנותנה לפי ס' 5 לחוק המתנה. למשל, אם קודם רישום העיקול שינה המקבל את מצבו בהסתמך על ההתחייבות לתת את המתנה ומצבו הכלכלי של נותן המתנה לא הורע ואפילו השתפר".**
2. **"בחינה מקבילה תיעשה בבחינת תו"ל של הנושה שלזכותו נרשם העיקול ומידת ידיעתו את דבר ההתחייבות למתן מתנה קודם שנתן את האשראי לחייב נותן המתנה."**

**פס"ד אומר שאנחנו משנים את ברירת המחדל. אם עד כה ברירת המחדל היתה העדפת בעל ההתחייבות לעסקה, כשמדובר על בעל התחייבות למתנה ברירת המחדל משתנה, העדיפות היא של הנושה הלא מובטח. בפס"ד מסבירים שיש שינוי של ברירת המחדל אבל עם פתח אפשרי לתת את הבכורה דווקא לבעל ההתחייבות למתנה.**

**נקודת המוצא היא העדפת הנושה על פני מקבל המתנה, בשונה מאהרונוב. החריגים:**

* **להוכיח את נסיבות הענקת המתנה- להראות מתוך הנסיבות שלא היה ניסיון להבריח נכסים, בעיקר על סמך דיני ראיות (מועדים שלא קשורים לקריסות הכלכליות, העברה לאנשים מקורבים ולא לאנשים חיצוניים וכו'). קל יותר להסביר מתן מתנה לגורם קרוב וקשה יותר להסביר מדוע ניתנה מתנה לגורם רחוק/ חיצוני.**
* **ככל שנותן המתנה התחייב בכתב על אי היכולת לחזור.**
* **בגלל ששיקול הדעת השיפוטי הוא המכריע, במקביל לא הבחינה של מקבל המתנה ושל הליך קבלת המתנה, נבדוק גם את תום הלב של הנושה, האם ידע המתנה וחרף זאת הטיל עיקול.**

**ככל שביהמ"ש השתכנע שהמתנה ניתנה בתו"ל ובנסיבות הגיוניות (אין כאן הברחת נכסים) יוכרע בשונה מברירת המחדל לטובת בעל ההתחייבות למתנה, אבל ככל הנראה וע"פ ברירת המחדל, כל עוד לא הוכח אחרת- ההכרעה תהיה לטובת הנושה.**

**האם הלכת אהרונוב תקפה גם ביחס למתן מתנה? ברירת המחדל- לא. השיקול המוביל הוא מאזן המצוקה. מתי בכל זאת יגבר בעל התחייבות למתנה על נושה מעקל?**

1. **כאשר הנסיבות יעידו כי המתנה אמיתית (בעיקר מצבו הכלכלי של נותן המתנה עובר למתן המתנה).**
2. **כאשר בעל ההתחייבות למתנה שינה את מצבו לרעה.**
3. **כאשר החזרה ממתנה אינה אפשרית (למשל ייפוי כוח בלתי הדיר).**
4. **כאשר הנושה המעקל ידע על המתנה (מעיד על חוסר תום לב).**

**במידה והוכח שהנסיבות היו תקינות ונותן המתנה צמצם את יכולתו לחזור מהמתנה והנושה לא היה תם לב, בעל ההתחייבות למתנה יכול לנצח את הנושה המעקל.**

שעבודים

**כשנעסוק בשעבוד זה יהיה באופן מצומצם, מאחר ורובו מתקשר לתחום של חברות וחדלות פירעון.**

**מהו שיעבוד? ס' 1(א) לחוק המשכון: "משכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב".**

**אנו נותנים אחיזה/ זיקה בלתי אמצעית למי שמלווה לנו את הכסף, לנכס מסוים כערובה למימוש החיוב- כערובה לפירעון ההלוואה. זו זכות קניינית.**

**שיעבוד היא זכות קניינית- כאשר הזכות הקניינית היא על שעבוד בנכס היא מכונה "משכנתא". משכנתא היא לא ההלוואה שלוקחים מהבנק אלא זכות השעבוד- הזכות הקניינית שהבנק מקבל בתמורה להלוואה. משכנתא = משכון במקרקעין. (יש גם משכון במיטלטלין).**

**זכות קניינית היא זיקה/ גישה בלתי אמצעית של בעל הזכות לנכס. מי שיש לו זכות של משכון יש לו זכות קניינית בנכס שבמידה והחוב לא ייפרע יש לנושה זיקה ישירה לנכס ללא קשר לבעלים. המשכנתא היא לא 100% מהיקף הנכס. אלא הכוונה היא שבעל הנכס נדרש למכור את הנכס ולהחזיר את חלקו, אם לא פורעים את ההלוואה הבנק יכול לדרוש את זכותו שימכרו את הבית והבנק ייטול את חלקו (והיתר ילך לבעלים). אם לבנק יש 30% משווי הבית, הבנק ייטול את החלק שלו (פחות הסכום שכבר הושב לו).**

פס"ד קידוחי הצפון **הש' חשין לשעבוד שלושה רכיבים:**

1. **החייב חב חיוב כלשהו לנושה.**
2. **החייב מכפיף- משעבד- נכס כערובה לקיומו של החיוב- הפיכת הזכות לבעלות. אופי קנייני (**IN REM**).**
3. **השעבוד משמיע אפשרות להיפרע מהנכס עצמו.**

**יתרונות מוסד המשכון-** מדוע יצרנו את הזכות הקניינית של משכון? רוב מערכות המשפט כוללת אפשרות למשכון.

**מבחינת הנושים:**

* **זכות להיפרע מהנכס עצמו- ייחוד נכס כבטוחה.**
* **זכות להיפרע מהנכס בקדימות לנושים אחרים (כפוף לדיני הקדימות בעת חדלות הפירעון).**

**המשכנתא יוצרת מצב שהבנק מאוד רגוע. ברגע שיש הלוואה שיש ערובה שהיא תיפרע, הבנק הרבה יותר רגוע. הוא מסתכן הרבה פחות. לכן זה גם יעלה פחות לחייב. הבנק גם יודע שאם הוא דואג שיהיה לו משכון על נכס של החייב, במידה והחייב נכנס למצב של חדלות פירעון יש זיקה בלתי אמצעית של הבנק לחלקם במשכון.**

**לחייב: מאחר והמשכון מקטין סיכון- תנאי העסקה עבור החייב יהיו טובים יותר. זול יותר. מאחר והבנק בטוח ביכולתו לגבות במידה ואין פירעון התנאים הנוחים יותר.**

**לחייב ולחברה בכללותה: תמריץ לעסקאות מועילות- כשיש יכולת לקיים פעילות כלכלית ולהפחית את הריביות ולתת אשראי לאנשים במשק זה טוב לחברה בכללותה. אין כאן פגיעה בתקנת השוק או ביכולת לפעול אלא בד"כ אחרת.**

סדר הפירעון

**שסל"ן 🡨 שעבוד ספציפי (ככל שהשעבוד הצף הראשון בזמן לא מגביל)- ס' 169(ב) לפקודת החברות 🡨 שכר עבודה ופיצויי פיטורין 🡨 רשויות המס ודמי שכירות על הנכס 🡨 שעבוד צף 🡨 נושים לא מובטחים, נושים נזיקיים, ספקים ללא בטוחות.**

**זהו הסדר שבו עומדים הנושים ב"תור". כשאדם פושט רגל או כשחברה חדלת פירעון (כשיש יותר התחייבויות ממה שניתן לפרוע, סך הנכסים לא מספיקים כדי לפרוע את סך ההתחייבויות) לכן ברגע שחברה מוכרזת כחדלות פירעון מתחילה "ריצה" של הנושים כדי לתפוס מקום בתור בסדר הפירעון. המיקום בתור משפיע מאוד על היכולת לקבל את החוב ואת היקף החוב שיושב.**

1. הראשון בתור הוא שסל"ן**- שעבוד ספציפי לרכישה של נכס ע"י הלוואה. הראשון בתור הוא מי שהלווה כסף לאדם למכירת נכס ורשם משכון על אותו הנכס (שמומן על ידו), הוא קודם לכל השאר. כלומר, מי שמלווה כסף לרכישה של נכס מסוים ומטיל שעבוד על הנכס המסוים. לדוגמה, אם הלוויתי כסף לרכישה של כיסא ורשמתי משכון על הרכישה שלו, אני קודם לכל שאר השעבודים. זה נועד בעיקר כדי לאפשר לחברות שנמצאות במצבים קשים את היכולת להשתקם, איך? אף אחד לא ירצה להלוות כסף לחברות שנמצאות במצב קשה ולכן השסל"ן מאפשר למלווה להטיל שעבוד ולהיות ראשון בסדר הנשייה וזה תמריץ להלוות גם לחברות שנמצאות בקשיים. עצם השסל"ן, היכולת להטיל שעבוד על נכס, מתמרץ להלוות גם לחברות בקשיים.** אם הנכס נשרף/ נעלם מסיבה מסוימת אני הופך להיות נושה לא מובטח (בסוף סדר הנשייה) כי אין לי שעבוד צף ואין לי אחיזה בנכס ספציפי.
2. שעבוד ספציפי**- (ס' 169(ב) לפקודת החברות) הלוואה של כסף בתמורה למשכון על נכס מסוים. המלווה רוצה לתפוס אחיזה בנכס מסוים שיהיה ערובה לפירעון החוב. נושה מובטח- נושה שיש לו שעבוד (זכות קניינית בנכס מסוים) שהדבר הזה אמור להיות ערובה לפירעון החיוב. יכול להיות מצב שבו נתנו זכות משכון לכמה נושים על אותו הנכס (אין בעיה, הואיל והמשכון הוא על חלקים עד שווי הנכס). האופציה האחרת שדיני המשכונות נותנים זה שעבוד צף- נובעת גם ממצב מסחרי. בניגוד לשעבוד ספציפי שבו יש אחיזה בנכס מסוים, זו הטלה של שעבוד "מרחף" על כל נכסיו של החייב. כלומר, אם לחייב יש נכסים בסך עשרה מיליון ₪ יש לנושה שעבוד על כל נכסי החייב בשווי החוב. אם הלווה מיליון יש לו 10% מנכסי החייב. בדר"כ מה שקורה זה ששעבוד צף קורה בעסקים שיש להם מלאי מתחלף. הנחת העבודה היא שהמלאי מתחלף אבל קיים סדר גודל מסוים של מלאי ולכן כשרוצים להטיל שיעבוד על נכסיו בחברות שאלו המאפיינים המסחריים שלהם, אנחנו לא יכולים להטיל שעבוד ספציפי. אם מדובר באיקאה למשל, אי אפשר לשעבד רהיט מסוים, כי אז לא תהיה אפשרות למכור אותו. באופן עקרוני נעדיף שיעבוד ספציפי כי הוא נמצא במקומות הראשונים בסדר הנשייה וזה שונה משעבוד צף שנמצא נמוך יחסית בסדר הנשייה כי כך קבע החוק. אם לאדם מסוים יש שעבוד צף והוא קובע בהסכם שלא ניתן יהיה להטיל שיעבוד ספציפי, כך הוא רוצה להבטיח שלא יתמקמו לפניו נושים אחרים בתור. במידה ויש קביעה כזו, אם ייעשה שיעבוד ספציפי בניגוד לתניה הם יידחו אחרי השעבוד הצף הנוכחי. שעבוד צף היא בטוחה חלשה שניתן לחזק ע"י התניה שלא יהיו שעבודים ספציפיים.** בניגוד לשסל"ן לא מדובר בנכס שסייעתי לרכישתו, אבל אני דואג שיהיה לי שעבוד בתמורה לחיוב הזה.
3. שכר עבודה+ פיצויי פיטורין**- החוק קובע שאחרי שאותם בעלי משכון/ משכנתאות ממשים את זכותם הקניינית ולפי שיחלו הזכויות המרחפות, יש לפרוע חובות לעובדים (שכר עבודה + פיצויי פיטורין). אם יש הרבה גורמים עם שעבוד ספציפי ולא נשאר כסף בקופה לעובדים, ייתכן שהעובדים לא יקבלו את הכסף שמגיע להם.**
4. רשויות המס + דמי שכירות על הנכס
5. שעבוד צף **(הוסבר לעיל)** משמעות שעבוד הצף- יש לחברה נכסים ומלאי, ואז לא ניתן להטיל שעבוד על נכס מסוים (כמו שראינו בדוגמה של איקאה). הרעיון הוא שיש מלאי מתחלף אצל החברה, ובמצב כזה שאין נכס שניתן להטיל עליו שעבוד ספציפי אפשר להטיל שעבוד צף על המלאי. זה עדיף מאשר לא להטיל שעבוד בכלל, אבל זה שעבוד שהוא רק מדרגה אחת מעל סוף סדר הנשייה ולכן הוא לא שעבוד חזק.
6. נושים לא מובטחים, ספקים**- מדובר בנושים שלא טרחו להטיל שעבוד או לחלופין נושים לא רצוניים (נושים נזיקיים שנקלעו לסיטואציה). נושה לא מובטח הוא אחרון בסדר הנשייה והוא מנסה לקדם את עצמו בתור באמצעות עיקול. מדובר בנושים כדין, אך אינם מובטחים. שטרסברג-כהן מבינה שגם לנושים יש זכויות, אם הם לא מובטחים. זה שהם לא מובטחים זה אולי באשמתם. וגם אם מדובר בנושה לא רצוני, הוא לא יוכל להיות בעדיפות על פני מישהו שכבר ביצע עסקה על נכס מסוים או עסקה כללית ודאג לבטח את עצמו כי זה יוצר קושי קונספטואלי (משלב במובן מסוים את מאזן המצוקה ואת מונע הנזק הזול). שעבוד צף הוא כן בטוחה ולכן לא רלוונטי לדבריה.** הם יכולים לקוות שבסוף הנשייה של כל הקודמים להם יישאר משהו גם בשבילם בקופת הנשייה.

אלו עסקאות יש לראות כשעבוד?

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

**כשאנחנו מדברים על משכון, הרבה פעמים יש לחץ גדול בעולם העסקי ביחס למה יקרה במידה ורשת חנויות פושטת רגל, במיוחד במישור של גורמים שמספקים סחורה לחנויות. למה? הרבה פעמים ספקים של סחורה מורידים מחיר או מציעים למכור את כל היחידות ולהחזיר את מה שנותר. הפרקטיקה הזו מקשה על הקביעה הקניינית- למי שייכות היחידות הנותרות כל עוד הן בחנות- האם הן שייכות לספק או לבעל החנות?**

עסקת קונסיגנציה**- שיטת מכירה הנהוגה בענף ה**[**קמעונאות**](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A7%D7%9E%D7%A2%D7%95%D7%A0%D7%90%D7%95%D7%AA)**. זוהי שיטת התקשרות בין**[**ספק**](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A1%D7%A4%D7%A7_(%D7%A2%D7%99%D7%A1%D7%95%D7%A7))**ללקוח (שהוא בעצמו ספק או קמעונאי), שבה ה**[**סחורה**](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A1%D7%97%D7%95%D7%A8%D7%94)**נמצאת בבעלות הספק עד לרגע בו היא יוצאת מידי הלקוח, נמכרת ללקוח סופי או מוכנסת לשימוש. הספק נותן אשראי מסוים ללקוח ולמעשה משמר את הבעלות הקניינית בידיים של הספק. זה טוב לבעל החנות כי עושה את הרווח שהוא עושה ואם לא הוא מחזיר לספק. זה טוב לספק כי הוא מצליח להביא מוצרים לבעלי חנויות בהיקף גדול יותר. זה טוב לו גם במצב שבו בעל החנות ייכנס לחדלות פירעון- כל הנושים יגיעו אבל הספק שמכר את הצעצועים בעסקת קונסיגנציה אינם נכנסים לקופה של הנושים. הסחורה היא עדיין של הספק ולכן הוא מבטח את עצמו מבעיות של פירעון.**

פס"ד קולמבו **מדובר ברשת צעצועים גדולה מאוד שקרסה כלכלית. ספק הצעצועים עשה עסקת קונסיגנציה ולכן רצה לקחת את כל הצעצועים שלו.** ע"פ התרשים, ברגע שיש לנו מצב שבו אדם/ חברה הופכים לחדלי פירעון/ פושטי רגל, החוק קובע סדר פירעון של החובות. החוק קובע שלא כל הנושים נעמדים בשורה אחת ומקבלים באופן יחסי ממה שיש, אלא יש כאלה שיש להם קדימות בתור ואולי אפילו יקבלו את כל מה שהם השקיעו/ הלוו, ויש כאלה שיכולים לעמוד בסוף התור ולא יקבלו בכלל כי לא יישאר מקופת הנשייה. בשיעור הקודם דיברנו על סדר הנשייה.

בתחרות בין בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל אנו מדברים על נושה שאינו מובטח, אין לו זכות קניינית של משכון או משכנתא, שמנסה להטיל עכשיו, אחרי שהייתה התחייבות לעסקה בנכס, עיקול על נכס שהועבר וכך נולדת התחרות.

אלו עסקאות יש לראות כשעבוד? ס' 2(ב) לחוק המשכון קובע שהוראות החוק יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא.

הלכת קולומבו- למי שייכים הצעצועים? פס"ד קולומבו מספר סיפור מסחרי קלאסי סביב עסקאות קונסיגנציה, עסקאות מכר מותנה. יש ספק ובעל חנות. עסקת קונסיגנציה משרתת במובנים מסוימים את שני הצדדים, זה תלוי איך היא מנוסחת. הספקים רוצים למכור סחורה כדי להרוויח, בעל החנות רוצה לקבל ולמכור סחורה. יש פה דינמיקות מסחריות- בעל חנות באופן עקרוני מוכן לקבל סחורה רק אם הוא מעריך שהוא יוכל למכור אותה כדי לא להיתקע עם הסחורה. אם מדובר בספקים מוכרים אז סביר להניח שהיא משרתת את בעל החנות שיכול לסמוך על כך שיצליח למכור את המוצרים הללו כי יהיה ביקוש. אם מדובר בספק לא מוכר, חנויות פחות ירצו לקנות את הסחורה כי לא ידוע אם המוצרים יימכרו. ולכן פעמים רבות ספקים מציעים לתת את הסחורה, ואם המוכר לא יצליחו למכור הם ייקחו את הסחורה בחזרה. עסקת קונסיגנציה מספקת יתרון גדול לספק כי הרבה חנויות חשופות לסיכונים של חדלות פירעון, ולא תמיד ספקים יודעים מה המצב הכלכלי של חנות מסוימת. לכן, הספקים מנסים להבטיח שהם לא ייגררו למצב של שעבוד צף או נושים לא מובטחים, ולהיות כמה שיותר קודמים בתור. בגלל שמדובר בדר"כ במלאי (מטרת הסחורה היא להימכר), בדר"כ לא ניתן להיות שסל"ן או שעבוד ספציפי, כי מטרת הסחורה היא להימכר. מי שהגה את עסקת הקונסיגנציה אמר- הספק נותן למוכר את הסחורה, הסחורה עוברת למוכר מבחינה פיזית, ולכאורה לפי ס' 33 לחוק המכר הבעלות במיטלטלין עוברת במסירה אז לכאורה בעל החנות היה אמור להיות הבעלים, **מהות העסקה היא התניה על ס' 33 לחוק המכר**. כל הרעיון של העסקה אומר שהבעלות לא עוברת למוכר למרות שהוא מחזיק כרגע בסחורה והיא נשארת אצל הספק. הבעלות כן עוברת אליך בעת המכירה. מכאן מובן מדוע עסקת קונסיגנציה טובה לשני הצדדים.

מאמא יוקרו הייתה רשת גדולה של חברת צעצועים שנקלעה לקשיים כלכליים. חברות יכולות לצלוח משברים כאלו בתנאי שהספקים לא מערימים קשיים. אם הספקים מזהים את הקשיים הכלכליים ומפחדים מכל הסיפור הזה, אם הפחד מתורגם לכך שהם לא מוכנים למכור או לספק סחורה לחברות הללו, אז המדרון הוא מאוד תלול. מרגע שיש קושי ראשון ואז כל שאר הגורמים מוסיפים לקשיים ומכניסים להתחייבויות וקשיים נוספים, בדר"כ החברה מסיימת את דרכה. קולומבו סיפקה צעצועים לחנות של מאמא יוקרו. קולומבו הייתה מודעת למצבה של מאמא יוקרו ולכן חששה לספק לה צעצועים. הם הסכימו על עסקת קונסיגנציה- קולומבו תספק צעצועים למאמא יוקרו אבל הם יישארו בבעלותה של קולומבו, וכל צעצוע שמאמא יוקרו תמכור היא תרוויח ממנה, ובמידה והיא לא תמכור והיא תיכנס לחדלות פירעון, הצעצועים לא נכנסים לקופת הפירוק כי הם לא שייכים לה. אם הנכסים של קולומבו מעולם לא עברו לבעלותה של מאמא יוקרו הם לא נכנסים בכלל לקופת הפירוק וקולומבו לוקחת אותם מבלי לחכות בכלל בתור כי הנכסים שלה לא בקופה. זה היה טיב העסקה. חשוב להסביר, כפי שמובהר בפסק הדין, שהעסקה הזו נעשתה בגלל הקשיים של מאמא יוקרו. קולומבו ניסתה למעשה לעקוף את דיני הנשייה, כי הבינה שעשוי להיות משבר, ומטרת העסקה בתצורה הזו היא לעקוף את סדר הנשייה בחדלות פירעון. אנו יודעים זאת כי היו עסקאות קודמות בין הצדדים שהיו רגילות, ולא בתצורה של קונסיגנציה.

יש פה עסקת קונסיגנציה ברורה. ס' 33 לחוק המכר קובע שאפשר להתנות על מועד ההעברה, ואכן הייתה התניה במסגרת עסקת הקונסיגנציה על מועד העברת הבעלות. בשלב חדלות הפירעון הסחורה שהייתה במחסני מאמא יוקרו ושייכת לקולומבו לא נכנסת לקופת הנשייה. אז מה ביהמ"ש יכול לעשות?

ביהמ"ש בפסק הדין אומר שס' 2(ב) לחוק המשכון קובע שהוראות חוק המשכון יחולו על כל עסקה שמטרתה שעבוד של נכס להבטחת חיוב ללא קשר לאופן שבו הצדדים כינו את העסקה. זה דומה ברמה הרעיונית לכך שבדיני מיסים מהות גוברת על צורה, זה לא משנה איך צדדים כינו הסכם מסוים אלא משנה מה התוכן ומה ההשלכות המיסויות לתוכן זה. המעשה שהצדדים לפסק הדין עשו נועד להבטיח שבמידה ומאמא יוקרו לא מצליחה למכור ולשלם עבור הנכסים שהועברו אליה, לקולומבו יש אחיזה בנכסים אליה וקולומבו לוקחת אותם ראשונה בתור. זה במובן מסוים כמו שסל"ן, קולומבו עזרה במימון הנכסים ולכן היא תיקח אותם ראשונה בתור. לכאורה, מאחר ושסל"ן הוא ראשון בתור בסדר הנשייה בכל מקרה ביחס לנכסים המסוימים הללו, האמירה הזו של ביהמ"ש לא אמורה להשפיע על התוצאה. ס' 2(ב) נותן את האפשרות לבחון את הסיטואציה ולומר שלמרות שפורמלית הקניין לא עבר, המטרה בעסקה היא שהנכסים יימכרו וקולומבו לא רוצה את הנכסים האלה בחזרה אלא רוצה שמאמא יוקרו תמכור אותם. המטרה להשארת הבעלות אצל קולומבו היא לקדם את עצמה בתור בסדר הנשייה.

למה זה משנה מבחינת התוצאה של פסק הדין? יש שתי דרכים להיות בעל משכון:

1. הפקדת המשכון אצל בעל המשכון כך שזה מבהיר לכל העולם שהוא זה שמחזיק בו כרגע.
2. רישום.

כל זמן שלא נרשם משכון אין זכות קניינית. אם רוצים להטיל משכון ולהיות בעל זכות קניינית במשכון במיטלטלין יש לרשום את הזכות אצל רשם המשכונות. קולומבו לא עשתה את שניהם, היא לא מחזיקה את הנכסים אצלה והיא גם לא רשמה משכון על הנכסים האלה. מרגע שהיא לא רשמה משכון על הנכסים הללו, היא בעצם הופכת לנושה לא מובטח.

פסיקת ביהמ"ש בהלכת קולומבו- אם קולומבו חשבה שהיא בעלים ולכן היא בכלל לא מגיעה לתור אלא עוקפת את כולו ולוקחת את מה ששלה, התוצאה של פסיקת ביהמ"ש בהלכת קולומבו היא לדרדר אותה למעמד הנמוך ביותר בסדר הנשייה משום שהיא לא רשמה משכון. אם לא רשמת משכון לא הטלת משכון ואתה נושה לא מובטח. קולומבו הייתה יכולה להטיל שעבוד משני סוגים:

1. שעבוד ספציפי, אבל על נכס אחר ולא על הצעצועים (שמטרתם להימכר), למשל קרקע של מאמא יוקרו.
2. שעבוד צף על סכום מסוים מהמלאי של מאמא יוקרו.

ביהמ"ש קובע שמאחר והשעבוד לא נרשם ברשם המשכונות, המעמד של קולומבו היא כנושה לא מובטח, קרי אחרונה בסדר הנשייה.

ההצדקות להלכת קולומבו

1. **מתן תוקף להיבטים הכלכליים והמסחריים של העסקה- מתן משמעות וביטוי למה שהצדדים באמת התכוונו לעשות.**
2. **בחינה ראויה ע"פ הרציונליים של חוק המשכון- הגנה על צדדים שלישיים, מתן פומביות למשכון.**

**אין ספק שהסיפור של קולומבו ומאמא יוקרו הוא בעייתי- הייתה פה היסטוריה של התקשרות אחרת מסוג מכירת סחורה. פתאום הם עושים עסקת קונסיגנציה לאחר שהוכח שהם ידעו על הקושי הכלכלי של מאמא יוקרו. מה השתנה? הם מבינים עכשיו שהם לא רוצים שהצעצועים ילכו לקופת הפירעון ובכך הם יסכנו את הנכסים שלהם. מה בעצם קולומבו רוצה? לשעבד את הנכסים. מאחר ולכל היותר היא הייתה יכולה להשיג שעבוד צף שזה יחסית נמוך בתור, היא ניסתה לעקוף את כל סדר הנשייה. לכן בסיפור הקונקרטי של קולומבו הכרעת ביהמ"ש לא מופרכת שהרי ביהמ"ש קובע שהמטרה בכך הייתה לעקוף את סדר הנשייה, והוא מחזיר אותם חזרה למקומם הטבעי בתור. בכך שקולומבו לא רשמה את המשכון, היא ירדה בתור משעבוד צף לנושה לא מובטח.**

**ביהמ"ש אומר שמטרת חוק המשכון היא לתת פומביות, להגן על צדדים שלישיים שידעו אם יש משכון לטובת גורם מסוים ושידעו שלא כל נכסי החברה הם שלה אלא יש שעבודים על חלק מהנכסים שלה. זו הסיבה שהוא פוסל את העסקה.**

הביקורות על הלכת קולומבו

1. ביקורת מעשית מסחרית
2. **פגיעה בפרקטיקה העסקית-מסחרית. הפרקטיקה של מכירה באשראי תוך התניית שימור בעלות חשובה לעולם המסחר התקין כיוון שהיא מאפשרת מתן אשראי.**
3. **התניית מתן אשראי ברישום משכון אינה מעשית וכרוכה בעלויות גבוהות.**
4. **במיוחד בעולם של מלאי, רישום משכונות כל הזמן יעכב ויפגע בהתנהלות המסחרית.**
5. **אין היתכנות לרישום שעבוד ספציפי על סחורה מתחלפת בתדירות גבוהה, ואילו שעבוד צף אינו רלוונטי לנושים קטנים ופרטיים.**
6. **טענה שעולה בספרות ושי מתקשה להבין אותה היא היעדר מידע משפטי על השינוי שיצרה הלכת קולומבו, כלומר שהשוק לא מכיר את ההלכה. שי מבקר את זה כי אין היגיון לשלול שינוי הלכתי, כי מעתה השוק יכיר את השינוי ויפעל לפיו.**
7. ביקורת תיאורטית
8. **פגיעה בזכות הקניין- הלכת קולומבו שגתה שעה שהעניקה משקל רב (או בלעדי) לעיקרון הפומביות על פני הפגיעה הנגרמת בעקבותיה לזכות הקניין ולחופש ההתקשרות.**
9. **ס' 2(ב) לחוק המשכון צריך להתפרש בצמצום- שכן אחרת, אנו מעניקים העדפה לא הוגנת לנושי הקונה על פני נושה המוכר. בעצם הדרדור של קולומבו לתחתית סדר הנשייה במסגרת הנושים שאינם מובטחים זה נעשה לטובת נושים אחרים של מאמא יוקרו ולכן ביהמ"ש דואג לאותם נושים ומחזיר את קולומבו למקומם הטבעי בסדר הנשייה. בדאגה לנושים של מאמא יוקרו אנו פוגעים בנושים של קולומבו, כי גם לקולומבו יש מערך התחייבויות לבעלי חוב שלה. דרדור קולומבו למקום של נושה לא מובטח גורם לאובדן הסחורה וערכה הכלכלי, קולומבו מפסידה, ובמשתמע מי שמפסיד בכך הם הנושים של קולומבו. כלומר, המשמעות היא העדפת הנושים של מאמא יוקרו על פני הנושים של קולומבו. הטענה פה היא בעצם שזה לא באמת שאם נקפיד באופן דווקני על זכויות קנייניות נגביר את החירות והאוטונומיה בעולם. יש פה דאגה לצדדים השלישיים מהכיוון של מאמא יוקרו ופגיעה בצדדים השלישיים מהכיוון של קולומבו.**

**מספר שנים לאחר מכן,** בפס"ד קידוחי הצפון**, ביהמ"ש קובע שיש** לפרש את הלכת קולומבו בצמצום**, ובכל מקרה, אין תחולה אוטומטית של הלכת קולומבו על כל עסקת קונסיגנציה. מכל מקום, הלכה זו לא חלה על כל מקרה של מכר התלוי בתנאי של שמירת בעלות. ביהמ"ש אומר שאפשר להבין מדוע בהלכת קולומבו ביהמ"ש קבע שמדובר בעסקת משכון (בין היתר מהטעמים עליהם דיברנו שכללו עסקאות קודמות רגילות לחלוטין), אך העובדה שבחלק מהמקרים עסקאות קונסיגנציה יכולות להתפרש כעסקאות משכון לא הופכת את זה לכלל לפיו כל עסקת קונסיגנציה = לעסקת משכון. ביהמ"ש יידרש לבחון את הנסיבות בכל מקרה** האםמדובר בניסיון של הצדדים לחמוק מסדר הנשייה או לעקוף את סדר הנשייה ומדובר בעסקת משכון תחת שם אחר, או לחלופין שמדובר בעסקת קונסיגנציה אמיתית**. גם אם הגענו למצב של חדלות פירעון, בהחלט ייתכן שהרציונליים והטעמים להתקשרות בעסקת קונסיגנציה לא היו קשורים לניסיון לעקוף את הנושים. ביהמ"ש יבחן כל מקרה לגופו.** באופן כללי עסקאות קונסיגנציה עדיין קיימות בשוק במבחר רחב של תחומים. **אם נגיע לביהמ"ש ונצליח להוכיח שעסקת הקונסיגנציה המסוימת נועדה לשמש כעסקת משכון מבלי שנרשם משכון- תחול הלכת קולומבו.**

כוחו של המשכון- **חוק המשכון קובע שיש לרשום את המשכון, אבל בנכסים שיש בהם הוראות אחרות פועלים ע"פ הדינים המיוחדים. מהם אותם נכסים? ס' 4(1) לחוק המשכון מבהיר את סדר הקדימויות בפירעון וקובע: "בנכסים שיש לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין זה- בהתאם לאותן הוראות".**

**רלוונטי בעיקר לדיני החברות (ס' 178-179 לפקודת החברות) ולדיני המקרקעין (ס' 7 (חובת רישום), 9, 10 (דיני תחרויות)).**

**רישום משכון-** ס' 4(3) לחוק המשכון קובע: "בנכסים נדים ובניירות ערך שלא הופקדו כאמור ובכל מקרה אחר- עם רישום המשכון בהתאם לתקנות שהותקנו לפי חוק זה, אולם כלפי נושה שידע או היה עליו לדעת על המשכון יהיה כוחו של המשכון יפה אף ללא רישום".

אם יש נושה שידע לפני רישום המשכון או היה עליו לדעת, כלפיו הכלל יחול גם אם המרשם לא נכלל. אך באופן כללי, ככל שהמשכון לא נרשם הוא לא יחול כלפי כל העולם. הטעם לרישום- פומביות.

נכסים של חברות/ אגו"ש- אין צורך לרשום גם ברשם המשכונות- רק אצל הרשם הרלוונטי. נכסי מקרקעין- יש צורך ברישום בטאבו (לפי ס' 4(1)).

**עם רישום המשכון-** תוקפו של משכון כלפי צד שלישי הינו מעת רישומו. חריגים: ס' 34 לחוק המכר קובע: "נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב." כלומר, **תקנת השוק מבטלת גם שעבודים, משכונות וכו'.**

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

**מה קורה אם נתתי שעבוד בנכס לגורם מסוים ואז אני רוצה לתת שעבוד באותו נכס גם לגורם אחר? אין כוונה לתת את אותה הזכות ממש לאותם אנשים (כי זה לא אפשרי) אלא אם יש לי עכשיו קרקע ששווה 5 מיליון ₪, לקחתי הלוואה ונתתי משכנתא לבנק פועלים של מיליון ₪ בקרקע. לכאורה יש לי 4 מיליון ₪ "פנויים" בקרקע. עכשיו אני צריך עוד כסף, ואני לוקח הלוואה, האם אני יכול לקחת הלוואה מבנק לאומי ולתת לו הלוואה של מיליון ₪ בקרקע? האם העובדה שהנכס כבר משועבד לגורם מסוים, גם אם באופן חלקי, מונעת יצירת שעבוד נוסף באותו הנכס?**

**באופן עקרוני אין מניעה לעשות את זה, אבל אם הממשכן הראשון לא מסכים שיהיה שעבוד נוסף בנכס לגורם אחר, אז באופן עקרוני אנו מכבדים את התניה הזו. כלומר, באופן עקרוני זה אפשרי אלא אם כן יש התנאה של המשעבד הראשון שלא לעשות זאת. באופן עקרוני אפשר לרשום מספר שעבודים אלא אם כן יש התנאה על כך. החיסרון עבור הממשכנים שאינם ראשוניים זה שהם גובים רק לאחר שהממשכנים שלפניהם גובים את חובם. כלומר, הנושה השני יכול להיפרע מהנכס רק לאחר שייפרע הנושה הראשון- דחייה בחלוקה. לכן אין באופן עקרוני לנושה הראשון תמריץ לסרב לכך כי הוא גובה ראשון, הסירוב לכך בפועל הוא מזהירות יתר, להימנע ממקרים כאלה מלכתחילה. אז כעת השאלה היא למה שהנושה השני יסכים לכך אם הוא יוכל לגבות רק לאחר שהראשון מסיים לגבות.**

**למה שנושה שני יסכים לכך? התשובות ברובן הן מסחריות:**

1. **כששווי הנכס עולה בהרבה על גובה החיוב.**
2. **כשמועד פירעון חיוב ראשון קרוב והסבירות שיפרע גבוהה מאוד.**
3. **כנושה מוכן ליטול סיכון- יבוא לידי ביטוי בריבית.**
4. **כשמעדיף להיות נושה מובטח על פני נושה לא מובטח- גם אם יש סיכון.**

**מה קורה אם הראשון בזמן כן התנה ולמרות זאת נעשה שעבוד נוסף?** נניח שהראשון בזמן התנה בהסכם שלו שנאסר שעבוד נוסף, אבל אותו בעל מקרקעין/ מיטלטלין ביצע שעבוד נוסף חרף התניה. האם במקרה כזה השעבוד הנוסף יהיה תקף או לא? סוגייה זו לא הגיעה לביהמ"ש עליון, ובקרב ביהמ"ש המחוזי ישנה מחלוקת.

* **לפי ויסמן**- עצם ההגבלה שוללת את היכולת למשכן את הנכס פעם נוספת.
* **לפי גרוסקופף, זלצמן ולרנר**- אין טעם למנוע תקפותו של משכון שני, כל זמן שהראשון נפרע במלואו.

התחדשות עירונית

**מהי התחדשות עירונית? התחדשות עירונית היא תהליך של שיקום המרקם הבנוי הקיים ושיפורו באמצעות מגוון רחב של כלים, תוך התייחסות הן למצב הפיזי של המבנים והן למצב החברתי של התושבים. זה נעשה באמצעות:**

1. **שיפוץ בניינים קיימים.**
2. **הרחבת דירות קיימות.**
3. **עיבוי המרקם הקיים ע"י תוספת קומות ויחידות דיור למבנים קיימים.**
4. **בניה חדשה בשטחים פנויים.**
5. **הריסת הקיים ובניה חדשה (פינוי-בינוי לסוגיו).**
6. **פרויקטים לשיקום חברתי של האוכלוסייה.**

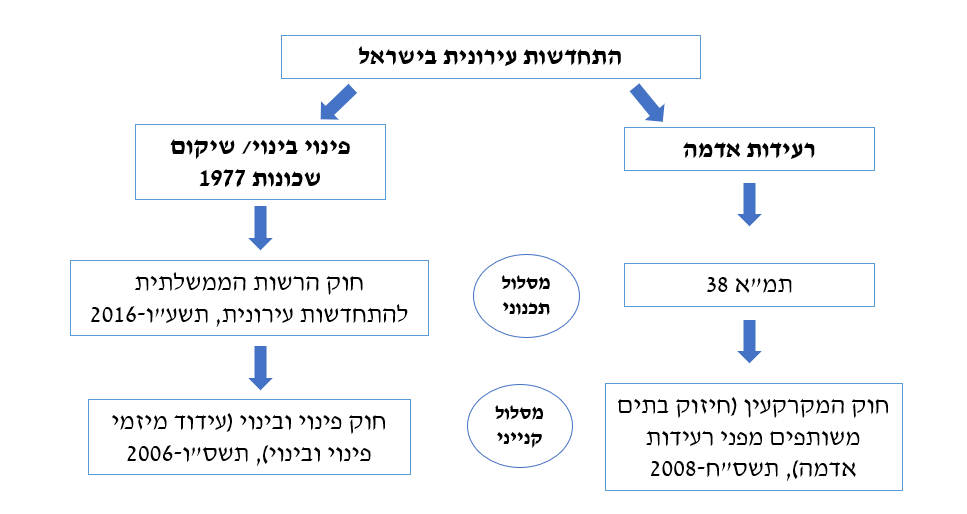
**התחדשות עירונית זה שם כללי להרבה מאוד הליכים שמטרתם שינוי המרקם העירוני הקיים, בעיקר בשכונות ישנות ובמבנים רעועים מבחינה בטיחותית. זה שם כולל להרבה הליכים של שינוי במרחב. זה יכול להיעשות ע"י שיפוץ עומק של מבנים קיימים, הריסת מבנים ובנייה של מבנים חדשים. בדר"כ, בין אם כך ובין אם כך, זה יכלול הוספה של יחידות דיור. חלק מהרעיון זה להוסיף עוד יחידות דיור במרחב. הוספה זו היא חלק מהחסמים והכשלים של התחדשות עירונית כפי שנראה.**

**הרעיון הבסיסי והמקורי של התחדשות עירונית:**

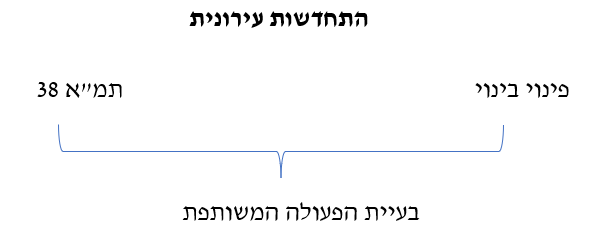
1. **מתן סיוע עירוני/ ממשלתי לשכונות ותיקות וחלשות- החוק נועד לרומם את אותן שכונות חלשות ועניות יחסית במרחב העירוני מבחינת מעמד סוציו-אקונומי, ולסייע לאותם התושבים לשפץ את המרחב במקביל למתן צביון "יפה" יותר למרחב.**
2. **רעידות אדמה- מדינת ישראל נמצאת על השבר הסורי-אפריקאי ויש חשש שמבנים שנבנו בתקנים שקדמו לשנת 1980 לא יחזיקו מעמד ברעידות אדמה ויהיה שיעור גבוה של קריסות ופגיעה במבנים אלו ולכן יש לתקן/ להחליף את המבנים כך שיעמדו בתקני הבנייה החדשה.**

מאז ועד היום, התוכניות להתחדשות עירונית קיבלו תפניות. התחדשות עירונית הפכה לאחד המנגנונים שבאמצעותם המדינה חושבת להתמודד עם **משבר הדיור**. שאלה גדולה אם זה עוזר או לא עוזר. אחד התמריצים העיקריים לקדם תוכניות של התחדשות עירונית זה הוספת הדירות במסגרתן. בנוסף יש פה אינטרסים של העיריות **לעודד כניסה של אוכלוסייה חזקה לערים** וכדי לעשות כן צריך להציע להם פתרונות דיור איכותיים יחסית.

הסיבה להתחדשות עירונית היא שבחלק גדול מהערים בישראל, מרכזי הערים די גוססים. מה שהיה בשנות ה-60-70 מרכזי העיר, הידלדלו והפכו פחות אטרקטיביים מבחינה מסחרית. חלק גדול מהרעיון של התחדשות עירונית היא להחזיר תושבים, להחזיר פעילות מסחרית ופעילות בכלל במרכזי הערים.

באופן עקרוני, העולם תמיד פועל בצורה של מטוטלת, וודאי בכל הנוגע למגמות תכנוניות. בשנות ה-70 הלבנים ברחו מהערים הגדולות בארה"ב ויצרו את הפרברים. כשהם יוצרים את הפרברים, כתוצאה מזה מתחילים לקום מרכזי מסחר גדולים מחוץ לעיר, שע"מ להגיע אליהם צריך להיות בעלים של רכב. זה מתאים למאפיינים של האוכלוסייה הלבנה באותה התקופה. בשנות ה-90 ואילך, הלבנים רוצים לחזור למרכזי הערים, וזה נקרא "**ג'נטריפיקציה**". כל כמה עשרות שנים יש שינוי מגמה. יש כנראה מחזוריות מסוימת בעולם של מעבר מקיצוניות אחת לאחרת וזה מתבטא גם כאן. בניגוד לשנים קודמות בהן המגמה הייתה לייעד כל שטח לצורך מסוים ולהבחין בין השימושים השונים, המגמה כיום בכל העולם היא מגמה של עירוב שימושים, הכנסה של מוסדות ציבור, חינוך ושירותים כאלה ואחרים לבנייני מגורים, הכל ביחד במרכזי הערים- מסחר, תעשייה, מגורים, משרדים במקום אחד. התחדשות עירונית היא קלאסית בשביל זה כי היא מכניסה את החיים בשכונות "שגוססות" לאיטן.

מבחינת המסלולים, בהתחדשות יש שני מסלולים. שניהם נעשים גם באמצעות תוכניות וגם באמצעות חוקים. מסלול אחד הוא בידי גורמי התכנון והוא תמ"א 38, ויש מסלול של פינוי בינוי. ההבדל המשמעותי ביניהם הוא בהיקף. תמ"א 38 תכלול בדר"כ מבנה אחד או שניים. פינוי בינוי יכול להיות פרויקט רחב היקף של מספר רב של בניינים. המסלול הקנייני תומך את המסלולים הללו.

הבעיה הגדולה של המדינה עם הסיפור של התחדשות עירונית היא שלא עומדים בקצב. מדינת ישראל מפגרת משמעותית אחרי איפה שהיא הייתה אמורה להיות ביחס לתוכניות ולהשקעות. חשוב להבין שאחד החסמים העיקריים להוצאה לפועל של תמ"א 38 זה תוצאה של הרגולטור בישראלי היא לעשות את זה באמצעות רגולציה. יש דרכים אחרות רבות לעשות התחדשות עירונית באופן שלא מצריך רגולציה- לדוגמה באמצעות הפקעה (שלא תצריך הסכמת הדיירים) או הפרטה מלאה (לתת ליזם לנהל מו"מ באופן חופשי מול הדיירים).

המצב הוא שהמדינה החליטה שלא לבצע הפקעות לטובת התחדשות עירונית. הסיבה היא שהתפיסה אומרת שהפקעה פוגעת בדיני קניין פגיעה קשה. זה יכול לחסוך כ-5 שנים מהתהליך של פינוי-בינוי. בצד השני יש הפרטה וגם פה אפשר להבין את החשש, במיוחד שמדובר בשכונות חלשות.

**התחדשות עירונית- אפשרויות להתגברות על בעיית הפעולה המשותפת**

אחת הבעיות המרכזיות בהתחדשות עירונית היא שפרויקטים לא יוצאים לפועל, וגם אם יוצאים לפועל זה לוקח הרבה מאוד זמן, מה שמסכל חלק משמעותי מהרציונליים/ הצדקות להתחדשות העירונית (מענה מיידי למבנים לא בטיחותיים). העובדה שמדובר באסדרה פרטית גרמה לכך שרק באזורי ביקוש הייתה ייתכנות להתחדשות עירונית, בעוד שדווקא במקומות שיותר צריכים את זה כגון טבריה ובית שאן לא היה כדאי לאף יזם לבוא ולבצע תוכניות של התחדשות עירונית. הבחירה הישראלית לביצוע התחדשות עירונית היא באמצעות **רגולציה**- יזמים פרטיים תחת כללים מסוימים מוגדרים. כל זמן שהמדינה לא מתכוונת לסייע במימון, יזמים פרטיים באים בראש ובראשונה כדי להרוויח ולכן כל זמן שמשטר הרגולציה הוא שיזמים פרטיים מבצעים את זה תחת כללים שאנו קובעים, אנו מחטיאים חלק מהמטרות של ההתחדשות העירונית. הבחירה הישראלית ברגולציה היא לא גזירת גורל, יש הרבה מקומות בעולם שבהם יש הפרטה או הפקעה.

1. **הפרטה**- התחדשות עירונית נעשית ביזמות פרטית לחלוטין (המדינה והעירייה חסרות כל מעורבות בעניין).

החיסרון- מדובר באוכלוסיות חלשות ולכן היעדר רגולציה מעלה חשש לניצול אוכלוסיות נמוכות בעלות כוח מיקוח נמוך, יוצרים הטיה חברתית גדולה. אין ליזם אינטרס להשיב את הדיירים הישנים לפרויקט ולכן הוא היה מעדיף שכל הדירות יהיו למכירה ולא רק חלקן (מאחר והדיירים צריכים לשוב). יכול להיות בעייתי מבחינה חלוקתית.

1. **הפקעה**- התחדשות עירונית נעשית באמצעות הפקעה.

החיסרון- פגיעה קשה באוטונומיה ובזכות קניינית (כמו בכל הפקעה). בנוסף, אם מחילים את דיני ההפקעה כפי שהם היום, סכום הכסף שהם יקבלו יהיה כשווי השוק והוא לא יספיק לרכישת בית ובכך גוזרים על אותם דיירים חיים אומללים, ומי שירוויח יהיו המדינה והיזם. זה לא חייב להיות כך כי אפשר בהפקעה לקבוע סעדים מסוימים. לדעת שטרן, בקרוב המדינה תידרש להפקיע קרקעות לטובת התחדשות עירונית מאחר ומשך הזמן שלוקח לכל תכנית שאינה באמצעות הפקעה להשגת הסכמות וחתימות (שנובע מהבחירה הישראלית ברגולציה) הוא ארוך והפקעות יחסכו את הזמן הזה (בין 3-5 שנים מהפרויקט). חיסכון זמן זה יהפוך את הפרויקט לכדאי ורווחי יותר גם עבור היזמים וגם עבור הדיירים.

בדר"כ בחברה הכללית (חילונית) הבעיות הן:

1. חוסר רצון של דייר/ים בשינויים- הרבה פעמים אנשים בדיוק סיימו לשפץ את הנכס שלהם, לא מתאים להם כרגע תהליך של התחדשות עירונית. זה מחריף אצל אנשים מבוגרים (ולרוב יש בשכונות הללו הרבה אנשים מבוגרים) כי אורך ממוצע של הפרויקט הוא 10 שנים ואנשים מבוגרים לא יודעים שבהכרח יזכו לחזור לדירה החדשה.
2. חשש משינויים.
3. קושי בקבלת החלטות.

יש הרבה מאוד סוגים של סרבנים, לא כולם עושים את זה מתוך רצון לסחוט יותר כסף או לקבל הבטחה לשדרוגים מסוימים בדירה. זיהוי מוקד הסירוב יסייע להתמודד באופן נכון עם הסרבנות.

בחברה החרדית המצב מורכב יותר בהקשר של פינוי-בינוי שנותן פתרון מערכתי לבניינים הוותיקים:

1. **מעלית שבת**- החברה החרדית ברובה לא משתמשת במעליות שבת, והמשמעות היא שהבניין לא יכול להיות מאוד גבוה (בעבר עד 4 קומות, כיום עד 6/8 קומות). הגבלת הגובה של הבנייה מאיימת על היכולת לתת תמורה שתספק את היזם. היזם מרוויח מהדירות הנוספות שהוא מוכר. אם היזם מוגבל בגובה יש מספר מצומצם של דירות שהוא מקבל ולכן זה לא כדאי עבורו. לאט לאט כן יש עלייה בגובה ובכמות הקומות.
2. **מרפסות סוכה**- בדומה למעלית שבת.
3. **פסיקות רבנים שלא מאשרים הצטרפות להתחדשות עירונית** ואף אוסרים על זה מהסיבה שדיני הקניין במשפט העברי שונים מדיני הקניין במשפט הישראלי ובמובן זה, לא ניתן במשפט העברי לחייב אדם לשנות/ לוותר על הקניין שלו בניגוד לרצונו, צריך 100% הסכמה. מבחינת דיני שכנים קלאסיים לפי הרב סילמן שהוא הפוסק הגדול בתחום זה, אי אפשר לחייב אדם לעשות דברים בקניין שלו אם הוא לא מעוניין בהם כי זה נחשב לגזל (מאחר ורף ההסכמה במשפט הישראלי פחות מ-100%). זה לא פוסל כל התחדשות עירונית אלא מאפשר רק התחדשות שבה 100% הסכמה.
4. **בנייה בלתי חוקית**- המשמעות היא לא כדאי לעשות התחדשות עירונית מבחינה כלכלית. מבחינת הלכות שכנים- אם אנשים יכפו על שכנים שלהם להצטרף ויפגעו בבנייה הבלתי חוקית זה מהווה גזל/ כפייה וכו'. פתרון אפשרי הוא שהמדינה תיתן מענה וחוטא יצא נשכר כי האינטרס הציבורי והבטיחותי גובר, ולכן המדינה תתייחס בבנייה הבלתי חוקית, גם אם לא באופן מלא, או מבחינת השטח או מבחינת התשלום כדי להוריד חסם זה.
5. **צביון השכונה**- בהתחדשות עירונית מגיעים דיירים חדשים, הם עשויים להיות בעלי אופי שונה מהדיירים הקיימים בשכונה. החשש מהצביון העתידי של השכונה יגרום לאי-הסכמה.

בתמ"א 38 הסיפור קל יותר ליישום, מדובר על בניין אחד. הבעיה בהתחדשות עירונית נובעת מהפער בין בעלות פרטית בדירות לבין בעלות משותפת ברכוש משותף, זה מתח שקיים בכל בית משותף.

**המוסד הקנייני של הבית המשותף: בעלות פרטית בדירות. ס' 54 לחוק המקרקעין קובע: "על אף האמור בסעיף 13 תהא דירה בבית משותף נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות".**

**בעלות משותפת ברכוש המשותף: ס' 55(א) לחוק המקרקעין קובע: "לכל דירה בבית משותף צמוד חלק בלתי מסוים ברכוש המשותף של אותו בית משותף".**

**בפס"ד צודלר נ' יוסף** מדובר על שיקום בית משותף שנהרס. הש' חשין מסביר בפסק הדין שהבית המשותף הוא מוסד קנייני אחר מהבית הפרטי, "יצור כלאיים"- חירות ואוטונומיה מצד אחד ומחויבות לקהילה וליתר השכנים מצד שני. מבחינת חשין, זה דבר חריג, זו לא הזכות הקניינית במיטבה, כי חשין הליברטריאן רואה את הזכות הקניינית כזכות של חירות הבעלים, וכל איזון עם ערכים אחרים הוא התפשרות על קניין.

במוסד קנייני יש כללים ברורים שמבטאים את האיזון הערכי. יש כללים איך מקדמים תוכנית של התחדשות עירונית, ולכן באופן עקרוני יש 3 סוגים של מנגנונים- מתן זכות וטו, רוב מיוחס, רוב רגיל. המחוקק קבע שמדובר ברוב מיוחס ולא נותנים לכל דייר זכות וטו. מדינת ישראל מתעקשת להותיר את זה במצב של רגולציה ולא לבצע התחדשות עירונית במסגרת של הפקעה משום שהפקעות כרוכות בתשלום פיצוי/ פיצוי של יזמים ע"י המדינה. לכאורה המדינה שומרת על עצמה מחוץ לסיפור הכלכלי, היא לא משלמת או מפצה, מבחינתה היזם מפצה והיא רק קובעת כללים רגולטוריים. זה לא מוכיח את עצמו. עם זאת ייאמר לזכות המדינה, שבזכות הרשות להתחדשות עירונית נעשית עבודה מרובה. כיום המגמה היא להוריד את הרוב המיוחס הנדרש כדי לקיים פרויקטים כאלה כדי לעודד ולקדם את ביצועם וכדי להתמודד עם כשלי השוק בשני מובנים:

1. ככל שצריך רוב נמוך יותר יהיה קל יותר ליזמים להשיג חתימות.
2. גם לאחר השגת רוב חתימות יש דיירים סרבנים- החוק מגדיר מצבים בהם סירוב דייר יכול להיות כסירוב לגיטימי.

הסרבן הצודק:

* עסקה לא כדאית.
* לא הוצעו מגורים חלופיים/ מוגבלות.
* לא הוצעו בטוחות הולמות- מדובר בהעברת זכויות לקבלן, לכאורה דייר יכול למצוא עצמו בלי הזכויות, בלי כסף ובלי דירה אם הקבלן פושט רגל ולכן יש לספק בטוחות. מערך הבטוחות בהקשר זה הוא מאוד מורכב.
* דירת הקבע החלופית אינה מתאימה לבעלי מוגבלות.
* נסיבות אישיות מיוחדות- קשה מאוד למצוא פסיקה שהצדיקה עצירה של הפרויקט על אף שהושג רוב.

**פס"ד רגינה שורצברגר נ' שלום מרין** דן במקרים בהם דיירים מחזיקים בדירות אבל לא גרים בהם בפועל, ולהם קל ללכת לתמ"א או פינוי בינוי כי הם לא גרים שם ולא יסבלו מהרעש וכו'. מבחינת מי שגר בבניין, זה מורכב יותר. רגינה טענה שהיא בין היחידות שגם גרה, והשאר שחותמים לא גרים בבניין. לא הכירו בהבדלים הללו, גם אם היא גרה בבניין אין לה זכות גבוהה יותר ביחס לבעלי דירות שלא מתגוררים בבניין. נכון לזמן פסק הדין, החוק סיפק פתרון אחד להתמודדות עם דיירים סרבנים (לאחר השגת רוב) והוא הטלת סנקציה על הסרבן של תשלום פיצויים נזיקיים לדיירים האחרים מהעובדה שבגללו הדיירים האחרים לא ייהנו מהתחדשות עירונית. פסק דין עשה שינוי במובן שהכיר בבעייתיות שסרבנים מייצרים למעשה זכות וטו. יחד עם זאת, אומר הש' דנציגר "אפשר ויש מקום להתחשבות מסוימת וזהירה, במקרים חריגים, בשיקולים סובייקטיביים. חוק פינוי ובינוי שינה את המצב הנורמטיבי ששרר עובר לחקיקתו וקבע כי לדייר הסרבן בבית המשותף לא קנויה עוד הזכות להקריב את האינטרס הציבורי". סרבן יכול להכשיל את הפרויקט אבל יש אמצעי לחץ נגדו וזה פיצוי נזיקי. הוטל על רגינה תשלום פיצוי של 4 מיליון ₪ לדיירים האחרים. הש' סולברג "אוי לסרבן ואוי לשכנו". ביהמ"ש לא תופס את הסרבן כאדם בעל סיבה לגיטימית סובייקטיבית אלא כאדם שעומד באופן דווקני על זכויותיו. פס"ד זה הופעל לפי ס' 14 לחוק המקרקעין. ביהמ"ש קובע שרגינה עושה עמידה דווקנית על זכויותיה לפי ס' 14. ביהמ"ש לא מכיר בטיעונים סובייקטיביים כטיעונים לגיטימיים.

מאז החוק השתנה- החוק שנתן רק סעד נזיקי (וזו שאלה בפני עצמה האם נכון לפסוק סעד נזיקי במקרה של מוסד קנייני של בית משותף שיש בו איזון מסוים שמבטא את היקף זכות הקניין של כל אחד בבית המשותף, ואז הסעד שמטילים הוא נזיקי ולא קנייני). המחוקק תיקן ועכשיו הוא מאפשר שתי אפשרויות, ביהמ"ש יכול לפעול באחד מהם כשיש סרבן:

1. לקבוע שבעל הדירה המסרב אחראי בנזיקין כלפי שאר בעלי הדירות באותו מקבץ המסכימים לעסקה בשל הנזק שנגרם להם עקב אי-ביצוע עסקה.
2. לאשר את ביצוע העסקה וכן למנות עו"ד או רו"ח, שאינו בעל דירה במקבץ, שיהיה מוסמך בהתאם להוראות ביהמ"ש להתקשר בעסקה בשם בעל הדירה המסרב. כלומר, ביהמ"ש יכול להיכנס לנעלי בעל הדירה הסרבן, לחתום בשמו, ולמנות עו"ד/ רו"ח שינהלו את זה במקומו. זה סעד קשה כי הוא שולל את שיקול הדעת של בעל הזכות הקניינית. זה סעד הכרחי ע"מ להתקדם עם הליכי התכנון והביצוע של התחדשות עירונית. זה מהווה קלף בידי היזם כנגד הסרבן מרגע שמתברר שיש רוב.

לפיכך, אנו רואים שתי מגמות במקביל, מצד אחד הפחתת הרוב הדרוש להסכמה ומצד שני צמצום יכולת הסירוב של סרבן.