

שיתוף במקרקעין — מוסד חברתי רצוי?

מאת

חנוך דגן*

האם השיתוף במקרקעין הוא "סיכון פרטי" שהשותפים נטלו על עצמם ושעליהם לשאת בתוצאותיו, או שמא מדובר במוסד חברתי שלמשפט יש עניין בו? ואם אכן רצוי שהמשפט יעניק יחס מיוחד לשיתוף במקרקעין, האם יחס זה צריך להיות מעודד או מרתיע? מהו היחס בין השמירה הקוגניטיבית למחצה של הדין הישראלי על החירות לצאת מיחס השיתוף במקרקעין לבין הטיפול המשפטי בתופעת השיתוף על כלל היבטיה? הרטוריקה הרווחת בפסיקה הישראלית היא שהדין הישראלי רואה בבעלות המשותפת במקרקעין תופעה בלתי רצויה, ולפיכך מעודד את פירוק השיתוף ושומר בקפדנות על חירותו של כל שותף לצאת מיחס השיתוף. טענתי המרכזית במאמר זה היא שעמדת המשפט הישראלי — החרות והפסוק כאחד — היא שונה; שהדין הישראלי דווקא חותר לתמוך בשיתוף-הפעולה בין הצדדים כל עוד הוא נוח להם. לסברתי, מקדם הדין שלנו מדיניות כפולה: הוא שומר על חירותם של הצדדים לצאת מיחס השיתוף במקרקעין; בה בעת, הוא מכיר בכך שבנסיבות מסוימות שיתוף במקרקעין הוא מוסד חברתי רצוי, ומנסה לפיכך לסייע לצדדים בכינונו ובשימורו. אמנם, יערים אלה אינם סותרים זה את זה; אך הניסיון לקדםם ברומניות אינו פשוט כלל ועיקר. האתגר המיוחד שמציב ניסיון זה הוא, לטענתי, המפתח להבנת פרטי הדוקטרינה המסדירה את יחסי השיתוף במקרקעין ואת פירוקו.

מבוא. א. הרעה המקובלת. ב. האתגר. 1. מבוא; 2. החירות לצאת כזכות יסוד; 3. יתרונות הבעלות המשותפת במקרקעין והתנאים לשגשוגה; 4. הניסיון (הלא-פשוט) להשיג את יתרונות הבעלות המשותפת במשטר השומר על החירות לצאת. ג. תמיכת המשפט הישראלי בשיתוף במקרקעין. 1. המעגל ההסכמי; 2. מעגל שלטון הרוב; 3. המעגל האנרכיסטי; 4. דיני פירוק שיתוף. סיכום.

* מרצה, הפקולטה למשפטים. אוניברסיטת תל-אביב. תודתי נתונה לענת כרודסקי, לנינה זלצמן, לדפנה לרנסון-זמיר, לעמרי ידלין, לטלי מרגלית, לאריאל פורת, לסנדי קדר ולחברי מערכת משפטים על הערות חשובות שהעירו לי לטיוטות מוקדמות של המאמר.

מבוא

המטרה העיקרית של מאמר זה היא לבקר את הדעה המקובלת, שלפיה המשפט הישראלי אינו רואה בעין יפה את תופעת השיתוף במקרקעין. ברצוני לטעון שעמדה רווחת זו, אשר משקפת את גישתו של הדין שקדם לחוק המקרקעין¹ ואת גישתו של שיטת המשפט האנגלו-אמריקנית, אינה מתאימה למארג הדינים המסדיר את השיתוף במקרקעין במשפט הישראלי. כמובן אני מעוניין לטעון, כי בבסיס הדין הנוהג אצלנו — פרק ה' לחוק המקרקעין — עומדת תשתית ערכית שונה מזו שהדעה המקובלת מניחה. במלים אחרות: ברצוני להראות, כי בניגוד לרטוריקה שבת-המשפט משתמשים בה כאשר לעיונותו של הדין הישראלי לשיתוף במקרקעין, הרי הנורמות המשפטיות עצמן — חקוקות ופסוקות כאחת — דווקא תומכות בנסיגה של פרטים לכונן ולשמר מסגרות וולונטריות של שיתוף-פעולה בשימוש במקרקעין ובניהולם². מאמר זה מתמקד בהקשר הקלטי אשר חל עליו פרק ה' לחוק המקרקעין — זה של בעלות משותפת שלא למטרת רווח³. לסברתי, בהקשר (לא-מסחרי) זה דיני השיתוף במקרקעין במשפט

- 1 חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח 259 (להלן: חוק המקרקעין או החוק).
- 2 אני מגביל במכוון את הדין הנוכחי לשיתוף במקרקעין דווקא, ואיני מחווה דעה באשר לעמדת הדין (המצוי או הרצוי) לגבי שיתוף במשאבים אחרים: מיטלטלין, נשואי הקניין הרוחני, או זכויות (פרק ה' לחוק חל גם על "זכויות אחרות במקרקעין כשהן של כמה בני-אדם": סעיף 45 לחוק המקרקעין, וכן — בשינויים המחויבים — על מיטלטלין ועל זכויות: סעיפים 9(ה) ו-13 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971, ס"ח 184 (להלן: חוק המיטלטלין)). הסיבה להגבלה זו של תחום הדין היא, שלשיתוף במקרקעין מאפיינים מיוחדים הן מבחינת היתרונות שהצדדים עשויים להפיק מהם (ראו להלן סעיף 33) והן מבחינת הוויכוח המיוחד של בעלי-מקרקעין למקרקעין שלהם (ראו להלן ליד הערה 160). לדין כללי בחשיבות שראוי לייחס לאופיו של המשאב שבו מדובר בעת פרשנות הדין החל לגביו ראו חנוך דגן "פרשנות בדיני קניין, הבית המשותף ובעיית הפעולה המשותפת" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 45, 58-60.
- 3 כאשר נכס מקרקעין מחזק בבעלות משותפת לשם הפקת רווחים וחלוקתם, חלים עליו הסדרים נורמטיביים מכת דני-השותפויות. אמנם, ההבחנה בין המצב שבו חלה פקודת השותפויות (נוסח חדש), תשל"ה-1975, נ"ח 549 (להלן: פקודת השותפויות), ובין מקרה שבו חלות הוראות חוק המקרקעין (או המיטלטלין), אינה קלה (ראו סעיפים 1(2) ו-31(ב) לפקודת השותפויות), אך ניתן עדיין לומר בביטחון יחסי שכאשר נכס מחזק בבעלות משותפת שלא לשם הפקת רווחים וחלוקתם — אין תחולה לפקודת השותפויות. ראו יהושע ריסמן "שיתוף בנכסים" קובץ הוצאות בימי עין לשופטים (תשל"ה) 1, 2-3; אריה איזנשטיין יסודות הלכות בדיני מקרקעין — המירשם ופעולות במקרקעין (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 173; זלמן יהודאי דיני שותפויות בישראל (תשמ"ח) 45. ודוק: אני מכיר בכך, שאין זה נכון לומר שבכל הקשר של הפקת רווחים אין תחולה להסדר שבחוק (ראו סעיף 1(2) לפקודת השותפויות וסעיף 35 לחוק המקרקעין), אם כי נראה שכאשר הנכס משמש לעסק מסחרי חלה הפקודה. בכל מקרה, לסברתי, בהקשר המסחרי חלים שיקולים שונים מאלה

הישראלי צופים קבוצה של פרטים, המעוניינים להיכנס למערכת-יחסים של אמון, שיתוף-פעולה והסתמכות הדדית. במצב זה, וכל עוד זהו האופן שהשותפים במקרקעין מבינים בו את יחסיהם הבין-אישיים, הדין מאפשר את יחס-השיתוף ואף מסייע לצדדים — לפחות בהשוואה לדין שקדם לו ולמקבילותיו האנגלו-אמריקניות — לשמר את יחסי-האמון שביניהם, ובכך גם להבטיח את שגשוגו של יחס-השיתוף במקרקעין.⁴

כאמצעות הדיון באופן שדין המקרקעין מתאים בו את הנורמות שלו למצבים מיוחדים אלה אני מבקש לקדם כאן גם ארבע טענות נוספות, אם כי העיסוק בטענות אלה, שהן רחבות יותר, יכול להיות רק אנכי וחלקי בהקשר הנוכחי. ראשית, אני מעוניין לערער על ההנחה של כותבים ושופטים שלפיה הקניין הוא, בהגדרה או בהכרח, מוסד אינדיבידואליסטי, אשר מכון מטבעו לקדם חירויות של פרטים וככזה אין בו מקום לערכים קהילתיים של שיתוף או של שוויון.⁵ ככל שהטענה שאני עוסק בה כאן, אשר לפיה המשפט הישראלי רואה בשיתוף-פעולה בין-אישית בין בעלים משותפים במקרקעין יעד חברתי ראוי, משכנעת — כי אז יש בה כדי לאתגר את השיוך (המהיר מדי בעיני) בין מוסד הקניין ובין ערכים אינדיבידואליסטיים. מובן שלמהלך כזה עשויה להיות משמעות חשובה בשל מעמדו החוקתי החדש של מוסד הקניין כקבוצה בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁶ הן בהקשר הרמטי, אך מן הסתם נדיר-יחסית, של ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים,⁷ והן לגבי הפעילויות השיפוטיות המעט יותר

שהחוק מכון אליהם, ועל-כן אף אם יחול, אניח שפרשנותו תותאם אליהם, ועל-כן לא בהכרח תהיה ברוח האמור במאמר זה.

4 כטקסט מובלעת נקודת-המבט הלכתחלילית שממנה נכתב המאמר הנוכחי, לאמור: הדיון להלן מניח, כי תוכן של הנורמות נקבע במבט "צופה פני עתיד", ולא — לכל הפחות לא במידה מכרעת או ניכרת — מתוך בחינת המציאות בדיעבד. הנחה זו תואמת את התפישה המקובלת למדי, הרואה במשפט אמצעי להכוונת התנהגויות, קרי: הגדרתן של התנהגויות "טובות" ו"רעות" (וכן כאלה שהמשפט איש לגביהן או לכל הפחות מעדיף שלא להתערב בהתרחשותן), והתאמתם של "מקלות וגזרים" — תמריצים חיוביים ושליליים — שיעודדו או ירתיעו התנהגויות אלה, לפי העניין. לדיון כללי בפונקציה של המשפט כאמצעי להכוונת התנהגויות ראו, למשל, Joseph Raz "The Functions of Law" *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (London, 1979) 169.

5 עסקתי בהנחה זו ובכעיייתיה שלה בהרחבה במקום אחר. ראו רגן, לעיל הערה 2, בעמ' 49-63.

6 ס"ח תשנ"ב 150.

7 ראו כללית ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.

אפורות, אך הרבה יותר תדירות, של פרשנות, מילוי חללים ופיתוח המשפט⁸, אשר אף הן תנחנה על-ידי זכויות היסוד החוקתיות, ובכללן זכות הקניין⁹. כמרכן אני מנסה להמחיש באמצעות הדיון בסוגיית השיתוף במקרקעין את רגישותם – הראויה בעיני – של דיני-הקניין להקשר החברתי אשר בגדרו הם פועלים. דיני-הקניין מסדירים מגוון רחב של הקשרים חברתיים, החל ביחסי מסחר בין זרים, דרך היחסים שבין בני אותה קהילה מקומית (שדיני התכנון והבנייה עוסקים בהם), יחסי שכנות (אופקית, או אנכית – כבבתים משותפים) ויחסים של בעלות משותפת בנכסים (שהרשימה הנוכחית עוסקת בהם), וכלה ביחסי משפחה, כאשר מעמדם של ערכי השיתוף והשוויון עולה – ומעמד הערכים האינדיבידואליסטיים, בהתאמה, יורד – ככל שאנו מתקדמים ברצף האמור. את המאמר הנוכחי ניתן לקרוא אפוא כחלק מניסיון להאיר את הצורך של דיני-הקניין להתאים את עצמם להקשרים חברתיים שונים אלה¹⁰. מובן, שגם לניסיון זה השלכות רחבות באשר לאופן שבו יש לקרוא את סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

סוגייה נוספת שמאמר זה נזקק אליה, אשר גם חשיבותה תורגת מההקשר המצומצם הנדון בו, עוסקת במה שאני מכנה כאן "החירות לצאת". החירות לצאת היא החירות של אדם לנתק את עצמו מקשר עם בני-אדם אחרים. החירות לצאת מוגנת בקפידה בדיני השיתוף במקרקעין אשר מעניקים – כפי שנראה בהמשך – מעמד מיוחד לזכות של כל שותף לתבוע את פירוק השיתוף ולעשות עסקאות בחלקו במקרקעין המשותפים. על-פי הדעה המקובלת, מעמד זה של החירות לצאת הוא ראייה לעוינותו של המשפט שלנו ליחס השיתוף. לסברתי, עמדתו של הדין בנקודה זו מורכבת יותר. מחד גיסא, אני מכיר בשמירתו הקפדנית של הדין הישראלי את החירות לצאת ואף מצדד בה ומנסה להצדיק אותה. מאידך גיסא, אני סבור כי גישה זו מלמדת על עוינות הכרחית ליחס השיתוף במקרקעין. לדעתי, כל שניתן ללמוד ממנה הוא, שאימוצה גורר קושי מיוחד בכינון

- 8 לדוגמא להפגנתם האפשרית של שיקולי שיתוף ושוויון בפרשנות דיני-הקניין ראו חנוך דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" עיוני משפט כא (תשנ"ז) (טרם פורסם).
- 9 ראו בג"צ 5091/91 נוסייבה נ' שר האוצר, תק-על 94(3) 1765, פסקה 4 לפסק-דינו של השופט ר' לוי; ופסקה 4 לפסק-דינו של השופט אור (בג"צ נוסייבה נהפך לאחרונה – מבלי שתעורר הקביעה בדבר השפעת חוק-היסוד על פרשנות חקיקה קיימת נקביעה שהשופט דורנר אף חזרה עליה באותו עניין: פסקות 4-5 – בדג"צ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68; בג"צ 3956/92 מקור הנפקות וחברות בע"מ נ' ראש הממשלה (טרם פורסם; ניתן כ"ב בדצמבר 1994), פסקה 6; ע"א 1188/92 הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 483. שאלת השפעתם של חוקי-היסוד על פרשנות החקיקה הקיימת נדונה לאחרונה בהרחבה בעניין גנימאת, שבו אישרה דעת הרוב את המגמה הנוכחת בטקסט. ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355; דג"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589.
- 10 לדיון כללי בסוגייה זו ראו דגן, לעיל הערה 2, בעמ' 60-62.

ובשימורן של מסגרות וולונטריות לשיתוף-פעולה. במלים אחרות: הניסיון לשמר בקפידה את חירותם של השותפים לצאת מזה, ועם זאת לא להרפות מהיתרונות הגלומים להם משיתוף-הפעולה הוולונטרי בשימוש במקרקעין ובניהולם מזה, הוא – לטענתי – האתגר המורכב שדיני השיתוף במקרקעין שלנו מתמודדים עמו (בהצלחה לא-מבוטלת).

אתגר זה מושג על-ידי אוסף מורכב של נורמות מהותיות ופרוצדורליות אשר תכליתן העיקרית – לטענתי – היא לשמש ערובות מטעם הדין לכך ששותף במקרקעין אשר נתן את אמונו בשותפו לא יגלה בדיעבד כי אמונו זה נוצל לרעה. אני מתייחס לנורמות אלה כאל "כללי רקע" – מושג אשר אף הוא ראוי לעיון מעמיק יותר מזה שאעשה במסגרת הנוכחית, בשל הרלבנטיות שלו בהקשרים משפטיים רבים. כללי הרקע שקובע פרק ה' לחוק המקרקעין, אשר רק בהם אני מתמקד כאן, אינם אמורים אפוא לשמש נורמות אופרטיביות בחיי היומיום של יחס השיתוף במקרקעין. אלה אמורים להתנהל ברמת הנורמה החברתית, לא הסנקציה המשפטית. עם זאת, חשיבותם של אותם כללי רקע היא רבה, שכן כללים אלה משמשים מעין "רשת-ביטחון" המאפשרת לצדדים לבטוח זה בזה מבלי לקחת בכך סיכונים גדולים מדי. הצעה זו לפרשנות הנורמות המסדירות את יחסי השיתוף ואת פירוקו במושגים של כללי רקע אשר בעצם קיומם (אף אם הצדדים אינם נזקקים להם ב"שוטף") יש כדי להקל על כינונו ושימורו של יחס השיתוף במקרקעין, משלימה את מטרות המאמר.

א. הדעה המקובלת

הדעה המקובלת בפסיקה הישראלית היא שהדין הישראלי רואה בבעלות המשותפת במקרקעין תופעה בלתי-רצויה, ועל-כן הוא "עוין" לה ולפיכך מעורר את פירוק השיתוף. כך קובע בית-המשפט העליון, כי "חיסול השיתוף במקרקעין הינו מטרה רצויה, גם לטובת השותפים עצמם וגם למען המטרה המשקית הכללית של פיתוח המקרקעין"¹¹, ומסביר כי "מאז ומעולם לא חיבבו שיטות המשפט את יחסי השיתוף במקרקעין, בהיותם מקור פוטנציאלי מובהק לסכסוכים ומריבות, ובהיות בתי-המשפט

11 ע"א 623/71 גן בועז בע"מ נ' אנגלנדר, פ"ד כז(1) 334, 336 (להלן: עניין גן בועז). כמובן ראו ע"א 319/74 רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' פיין, פ"ד ל(1) 454, 457 ("המדיניות החקיקתית... היא לא רק ששיתוף במקרקעין עלול לגרום לריב ומריבים... אלא שפירוק השיתוף מעורר בדרך כלל את המגמה הרצויה של פיתוח המקרקעין, בעוד שהמשך הפיצול של הבעלות מכביד על סחירותם בשוק ועל פיתוחם") (להלן: עניין רובינשטיין; דברים אלה צוטטו לאחרונה בהסכמה בע"א 1849/91 פרידמן נ' חברת אחים ר.י. פנחס בע"מ, פ"ד מז(5) 588, 595).

מוגבלים למדי כיכלתם להבטיח שלום בין שותפים נצים לאורך זמן, ומשום כך אף הקלו בהבאת יחסי השיתוף אל קצם¹². התמונה המצטיירת היא, שבעלות משותפת היא "מצב-ביניים" של ברלית ברירה, אשר מטרתו העיקרית של הדין לגביה היא להביא אותה מהר וקל ככל האפשר לכלל סיום. על-פי גישה זו, פירוק השיתוף נתפש כ"אפשרות רצויה" — אולי אפילו האפשרות הרצויה — "מבחינת חוק המקרקעין"¹³. נראה שההסבר למדיניות משוערת זו של הדין נעוץ בסברה שבעלות משותפת — קרי: מצב שבו לכל אחד מהבעלים בנכס בעלות מלאה בחלקו המתימטי בנכס, ולאף אחד אין זכות בלעדית בחלק פיזי מסוים ממנו¹⁴ — היא מעצם טבעה מצב "פתולוגי"¹⁵. עצם הגדרת זכותו של כל בעלים משותף נראית כמובילה באורח כמעט בלתי-נמנע לריב ולמדון¹⁶: לכל שותף הזכות להחזיק את כל נכס המקרקעין, אך אין הוא יכול לממש את זכותו מבלי לפגוע בכך, מיניה-יוביה, בזכותו המקבילה של שותפו לנכס¹⁷. יתר על כן: הסברה המקובלת היא, שפתולוגיה זו מועדת לתוסרי-עילות בניצול

12 ע"א 540/75 דגני נ' פניג, פ"ד לא(2) 637, 640. כמובן ראו W.A. Joubert *The Law of South Africa* (Durban, 1987) 27 ("co-ownership is the mother of disputes").

13 ע"א 458/82 וילנר נ' גולני, פ"ד מב(1) 49, 57 (להלן: עניין וילנר).

14 ראו סעיף 27 לחוק המקרקעין ומקבילו סעיף 9(א) לחוק המיסלולין.

15 הסבר אפשרי אחר ל"עיונות הדקלרטיבית" למוסד השיתוף מתמקד באפיון המקרים אשר הגיעו לפסיקה. ככל הנראה, המקרה השכיח ביותר הוא של שותפות בלתי-רצונית בין בני-משפחה בגלל (באופן טיפוסי) ירושה. במקרה כזה ניתן לטעון, שדיני-השיתוף אינם מעלים ואינם מורידים: כל עוד יחסי הצדדים הרמוניים די באמון הבין-אישי ואין צורך בדיון; כשהיחסים עולים על שרטון, הם במקרה הרגיל טעונים רגשית ועל-כן בלתי-רציונליים כך שהחלופה הריאלית היחידה העומדת בפני בית-המשפט היא פירוק.

אני סבור, כי הסבר זה אינו מספק. ראשית, כפי שאנסה להראות בהמשך, גם בהינתן יחסים הרמוניים נדרשת — או למצער, מסייעת — תמיכת הדין בשימור היחסים הטובים שבין הצדדים (מגדר, איני חולק על כך שהמשפט אינו יכול לסייע כאשר היחסים הבין-אישיים בין קרובי-משפחה מתדרדרים או במקרים שבהם הצדדים נכנסו ליחס השיתוף כשיחסיהם עוינים מלכתחילה). שנית, בחינת המקרים המגיעים לפסיקה עלולה להטעות, שכן אלה, מטבע הדברים, מייצגים את המצבים בהם יחס השיתוף נכשל או שמדעיקרא לא התאים לצדדים (מקרי הירושה משתבצים תדירות בקסיגוריה אחרונה זו). ראו בהקשר זה גם הערה 68 להלן וטקסט לידה. מטיבות אלה — ומכיוון שגם לגישתי בנסיבות שבהן השיתוף במקרקעין אכן לא מתאים לצדדים, מן הראוי להביא לפירוקו — בחרתי שלא להניח הנתות חזקות מדי לגבי זהות השותפים (וודאי שלא להניח שבאופן טיפוסי השיתוף אינו רצוני), אלא לרדן ביחסי שיתוף במקרקעין שלכתחילה היו נוחים לצדדים ולברר האם גם אז הדין המצוי (והרצוי) עוזר לבעלות המשותפת.

16 ראו יהושע ויסמן חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 — מגמות והישגים (1970) 50.

17 ראו 345 *Property* (Boston, 3rd ed. by Jesse Dukeminier & James E. Krier, 1993).

המשאב הנמצא בבעלות משותפת. סברה זו יורדת לשורשי אחת ההצדקות היותר מקובלות לעצם קיומו של קניין פרטי¹⁸.

גארט הרדין (Garrett Hardin) משתמש בדוגמא של כר-מרעה משותף כדי להדגים את ההיגיון ההרסני הטבוע בכל מערכת קניינית של בעלות משותפת. הרדין מסביר, כי בעלות משותפת של מספר (רב של) רועים בכר-המרעה הוא מקור מתמיד לטרגדיה: *The Tragedy of the Commons*. כל רועה רציונלי שואף, במודע או שלא במודע, להשיא את רווחיו, ועל-כן בוחר – כדי להחליט אם להוסיף עוד ראש-בקר למרעהו ובאיוז מידה להשקיע בטיפול המרעה – את מאזן העלות/תועלת הפרטי שלו. אך מאזן זה מעוות את מאזן העלות/תועלת החברתי הכולל: הרועה עתיד לזכות בכל היתרונות של הוספת הראש הנוסף, אך לא ישא בכל העלויות (קרי: בהידלדלות המהירה מדי של כר-המרעה). עלויות אלה מתחלקות בין כל הרועים ולפיכך, גם כאשר במאזן החברתי הכולל הוספת ראש-בקר כבר אינה כדאית – קרי: עלותה גדולה מתועלתה – עדיין ייתכן שלרועה הספציפי הדבר כדאי: חלקו בעלות של הוספת ראש-הבקר נמוך מהתשואה שהוספה כזו תניב לו. כך יוסיף הוא, ורועים רבים כמותו, עוד ועוד ראשי-בקר ללא גבול – ומאידך גיסא, ישקיע פחות מדי משאבים בטיפול המרעה, שכן כולם נהנים מהשקעתו הפרטית, ורק הוא נושא בעלותה – מה שיביא לחורבן כר-המרעה ולאובדן מקור פרנסתו. ובכל-זאת, כל רועה חש לכוד להמשיך ולדלדל יתר על המידה את כר-המרעה: השפעתו של ניצול מאופק שלו את כר-המרעה זניחה, ומנגד הוא חשוף לסיכון שרועים אחרים לא יתנהגו כמוהו והוא יצא וידיו על ראשו. רק יצירת משטר של קניין פרטי (או רגולציה כופה) תפתור את הבעיה, שכן היא מביאה להתלכדות העלות (וההשקעה) הפרטית עם העלות (והתגובה) החברתית (ל"הפנמת" ההתצננות¹⁹ השליליות והחיוביות של הפעילות כרועה)²⁰.

18 ראו בדומה לכך אוריאל רייכמן "בעל המקרקעין ההופך לדייר מוגן – הצורך בשינוי הדין" עיוני משפט ט (תשמ"ד) 121, 123-124. האמור בטקסט להלן מניח מצב של חירות שימוש לכל השותפים במקרקעין. כפי שמציין פרופסור רייכמן, גם שינוי הנחה זו, על-ידי איסור על הבעלים המשותפים להשתמש בנכס בהיעדר הסכמה פה אחד, אינו פותר את בעיית היעילות; שכן הוא עלול להביא להקפאת השימוש במקרקעין, קרי: לניצול-חסר שלהם. ראו שם (הסיבה לתוצאה אחרונה זו נעוצה בתופעת הסחטנות הנזכרת בהמשך הדין).

19 החצנה (externality) קיימת כל-אימת שפלוני מחליט איך להשתמש במשאב שברשותו בלי לקחת בחשבון באופן מלא את ההשפעות של שימוש זה. תופעה כזו מתרחשת (בהנחה שפלוני עונה על הנחת המיקסום הכלכלית) אם חלק מהעלויות או התועלות של אותו שימוש עתידות להיספג על-ידי אחרים.

20 ראו 1243 *Science* (1968) 162 "The Tragedy of the Commons" Garrett Hardin. לחיבור פורמלי של טרגיית המאגר המשותף ראו, למשל, Glenn G. Stevenson *Common Property*, *Economics – A General Theory and Land Use Applications* (Cambridge, 1991) ch. 2.

יתירה מזו: יחסי השיתוף במקרקעין יוצרים קושי אינהרנטי גם בהשגת שיתוף-פעולה מוסכם שיתגבר על קשיים אלה על-ידי ויסות הצריכה וההשקעה, וזאת משלש סיבות מצטברות²¹. ראשית, עלויות הפיקוח שמשטר של קניין משותף במקרקעין מחייב גבוהות מאלה הנדרשות במשטר של קניין פרטי, שכן הערכת מידת השימוש (האם הוא סביר/תואם את המוסכם או שמא מופרז?) של מי שרשאי להימצא בחלקה היא פעולה יקרה בהרבה מגילוי (או מניעת) נוכחותו של פולש. שנית, ספק אם ימצא מי מבין הבעלים המשותפים שיהיה מוכן לשאת בעלויות פיקוח אלה. בעוד שלבעל הקניין הפרטי תמריץ חזק למנוע את ניצול זכויותו על-ידי מי שאינו זכאי לכך (שכן כל היתרונות של פעולה כזו יזכו אותו עצמו), הרי כאשר אחד הבעלים המשותפים מנצל את הקרקע ניצול-יתר, יש לכל אחד מהאחרים²² אינטרס נמוך-יחסית לגלותו (פעולה שהיא, כאמור, יקרה כשלעצמה): בעוד שהוא ישא בכל עלויות הגילוי, יתחלקו יתרונותיו (קרי: החיסכון שבמניעת ניצול-יתר) על-פני כלל השותפים²³. לבסוף, ספק אם הצדדים יצליחו להגיע להסכם בדבר נשיאה מרוכזת בעלויות הפיקוח: יש חשש שכל אחד מהם יעכב את הסכמתו כדי לנסות ולגרוף לכיסו הפרטי חלק גדול ככל האפשר מהיתרונות שניצול מושכל של המקרקעין עתיד להצמיח (ולשאת בחלק קטן

סיפת הרכבים המובאים בטקסט חורגת מניסוחו של הרדין. היה זה הרולד דמסץ (Harold Demsetz), אשר תיאר את מה שהרדין כינה "טרגדיית המאגר המשותף" כמנגנון של החצנות. דמסץ עמד על כך, שבמשטר כזה אנשים אינם לוקחים בחשבון את התוצאות של פעולותיהם על בני-אדם אחרים. מנגד, משטר של קניין פרטי מביא להפנמת (internalization) תוצאות אלה בגדרה של הזכויות של הבעלים (entitlement) של הפועל עצמו, קרי: מחייב אותו בעלויות, ומזכה אותו בתועלות של פעילותו. כך ממריץ משטר של קניין פרטי את הבעלים לווסת נכונה (כדי לשרת באופן המיטבי את טובתו האישית) הן את מידת ניצול המשאב והן את מידת ההשקעה בו. לטענתי של דמסץ, זוהי הסיבה לכך שמשטר של קניין פרטי מתפתח (באורח אבולוציוני ולא בהכרח במודע) באותו שלב שבו התועלת הנובעת מהפנמת העלויות הנ"ל גדולה מהעלות של משטר משפטי מפנים עלויות שכזה (עלות הבאה לידי ביטוי הן במישור של הגדרת זכויות הקניין והן במישור של אכיפתן). ראו Harold Demsetz, "Toward a Theory of Property Rights" 57 *Am. Econ. Rev. Pap. & Proc.* (1967) 347.

21 פסקה זו מבוססת על רייכמן, לעיל הערה 18, בעמ' 124; דגן, לעיל הערה 2, בעמ' 81-82; Robert C. Ellickson "Property in Land" 102 *Yale L.J.* (1993) 1315, 1327-1328.

22 אכן, קושי זה מניח שישנם יותר משני שותפים במקרקעין.

23 היבט זה הוא למעשה גילוי של היותה של כל מערכת קניינית — ולמעשה של הסדר החברתי בכללותו — משאב המצוי בבעלות משותפת. ראו, למשל, בהתאמה Carol M. Rose "Property as Storytelling — Perspectives from Game Theory, Narrative Theory, Feminist Theory" *Property and Persuasion — Essays on the History, Theory, and Rhetoric of Ownership* (Boulder, 1994) 25, 37; Michael Taylor *Community, Anarchy and Liberty* (Cambridge, 1982) § 2.1.

ככל האפשר מעלויותיו). מכאן עולה, שמשטר של בעלות משותפת לא רק מעודד התנהגות לא-קואופרטיבית (ניצול-יתר והשקעת-חסר), אלא גם מדכא נסיונות למניעתה.

ב. האתגר

1. מבוא

נראה לי, שמדיניות הדוקטרינה המסדירה אצלנו את יחסי השותפים במקרקעין שונה מזו המצטיירת על-פי הדעה המקובלת. בתמצית אני מעוניין להראות, שכל עוד הצדדים פועלים בשיתוף-פעולה – קרי: כל עוד הם מבינים את יחסיהם ההדדיים כ"שותפים" ולא כ"זרים" – הדין הישראלי דווקא תומך בשיתוף-הפעולה הדינמי ביניהם ומטפח אותו. לשם כך קובעים פרק ה' לחוק המקרקעין והפסיקה שנלוותה אליו מערכת ערינה של נורמות – מהותיות ופרוצדורליות כאחת – שהצדדים אינם אמורים להיזקק להן ב"שוטף", אך שקיומן על רקע יחסיהם הוא ערובה לכך שלא יימצאו מנוצלים²⁴. ערובות אלה שהמדינה מספקת הן המאפשרות את שיתוף-הפעולה בין השותפים (בהנחה, כמובן, שהם עצמם מעוניינים בו). המאמץ החקיקתי והפסיקתי הניכר ביצירת המערך הנורמטיבי המורכב שיפורט בהמשך הוא הראייה לטענתי המרכזית, שלפיה מדיניותו העקרונית של המשפט הישראלי היא כי יחס השיתוף במקרקעין אינו "סיכון פרטי" שהצדדים נטלו על עצמם ושעליהם לשאת בתוצאותיו²⁵, אלא מוסד חברתי שלמשפט יש נכונות ועניין לסייע בקיומו ובהצלחתו²⁶.

מדיניות זו מציבה את המשפט הישראלי כאנטי-חיזה לשיטות-משפט אחרות בעולם האנגלו-אמריקני. במיוחד בולט ייחודו של המשפט הישראלי מול הדין האנגלי כפי שהוא קבוע ב-Law of Property Act 1925²⁷. חוק זה שלל מפורשות את האפשרות של

24 בהקשר זה ראו את המלצתו של ויליאם סינגר (William Singer), שלפיה על המערכת המשפטית לעודד בני-אדם להסתמך על מערכות-יחסים של תלות הדדית, אשר מספקות את צורכיהם לעבודה, לביטחון ולחברה. לדעת סינגר, הדרך לעשות כן היא על-ידי מתן הגנה לצדדים החלשים או הפגיעים יותר למערכות-יחסים כאלה, כאשר הן באות לכלל סיום. ראו Joseph W. Singer "The Reliance Interest in Property" 40 *Stan. L. Rev.* (1987-1988) 611, 750-751.

25 לפחות כל עוד לא בחרו לצאת ממנו במהירות האפשרית, כפי שהניתוח שבכסיס הדעה המקובלת מחייב שיעשו.

26 ראו בדומה לכך אמנון גולדנברג "שיתוף במקרקעין בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969" עיוני משפט ג (תשל"ד) 111, 104.

27 הדין במשפט האנגלי מבוסס על E.H. Burns *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property* (London, 15th ed., 1994) 223-228; Sir Robert Megarry & M.P. Thompson

בעלות משותפת מסוג Tenancy in Common (היא סוג הבעלות המשותפת שבה עוסק פרק ה' לחוק המקרקעין שלנו) כאשר לזכות החוקית במקרקעין. על-פי המשפט האנגלי, המכנה המשפטי היחיד האפשרי לבעלות משותפת במקרקעין הוא של Joint Tenancy²⁸ מסוג מיוחד: הבעלים על-פי דין משמשים במסגרתו נאמנים של הבעלים שביושר²⁹, כאשר הנאמנות שמדובר בה היא Trust for Sale. נאמנות זו — כשמה כן היא — מטילה על הבעלים-נאמנים את החובה למכור את נכס המקרקעין מיד עם הפיכתו להיות נשוא לבעלות משותפת ולחלק את פירות המכר בין הנהנים. עם זאת, בצד חובה זו מוסמכים הנאמנים גם לרדות את המכירה ולהשתמש בקרקע בתקופת-הביניים למטרה אשר עבודה היא נרכשה³⁰, אך זאת רק אם, וכל עוד, הם מסכימים על כך פה אחד (או אם יש במכירה כדי סיכול מטרת הנאמנות או הפרת התחייבות של הנאמן המעוניין בה)³¹.

פרק ג' מוקדש לביסוס הטענה בדבר ייחודו האמור של הדין הישראלי הנוהג. אך כדי להבהיר את האופן בו אני קורא את דוקטרינת המשפט הישראלי, ברצוני לזרז בפרק זה בכמה סוגיות מקדמיות. אפתח בבירור ההשקפה הרוחתת שחסידי הרעה המקובלת מציגים בתמיכה לטענתם בדבר עוינות המשפט הישראלי ליחסי השיתוף, דהיינו: שמירתו הקפדנית על החירות לצאת. אחר-כך אצביע על היתרונות האפשריים מקיום משטר של בעלות משותפת ועל התנאים לשגשוגה. העימות בין מעמדה, הראוי בעיני, של החירות לצאת כזכות יסוד, מזה, ובין האטרקטיביות האפשרית של יחסי שיתוף במקרקעין, מזה, מחדד את האתגר העומד בפני שיטת-משפט המנסה — כפי שמנסה,

Meggary's Manual of the Law of Real Property (London, 7th ed., 1993) 288-292; Martin Dixon *Land Law* (London, 1994) 73-74, 76-79; M.P. Thompson *Co-Ownership* (London, 1988) 1, 4-6, 8-9, 13-15, 54-56.

28 למסד המשפטי של Joint Tenancy ראו, למשל, מגרי ותומפסון, לעיל הערה 27, בעמ' 281-284.

29 בדרך-כלל אותם אנשים ממש, פרט לכך שמספרם על-פי דין מוגבל לארבעה.

30 הדין החל על הבעלים המשותפים במהלכה של תקופת-ביניים זו ייסקר במסגרת הדין במשפט הישראלי (להלן בפרק ג'), תוך השוואה אליו.

31 ראוי להוסיף שתי הערות לגבי הדין האנגלי: (1) מטרתו המוצהרת של החוק האנגלי היתה להקל על עבירותם של נכסי מקרקעין (לפי הדין שקדם ל-1925, נהנה כל אחד מהבעלים המשותפים מזכות וטו לגבי כל אפשרות של מכירת הנכס, גם אם היא לטובת כל שאר הבעלים המשותפים: כל רוכש-בכוח נדרש לאתר את כל אחד מהבעלים המשותפים ולהשיג את הסכמתו); (2) לאחרונה המליצה ה-Law Commission להכיר בכך שתקופת-הביניים של שימוש בקרקע על-ידי הבעלים המשותפים עשויה להימשך ולסווג בהתאם לכך את הנאמנות כ-Trust of Land, תוך שימור כוחו של כל נאמן להניע את גלגלי הפירוק בכל עת. ייתכן כי הסיבה לכך שהמלצה זו טרם אומצה היא, שקיומה של חובה למכור תואם — כפי שמציין אחד המחברים — את האתוס הניצב בבסיס הארגון מחדש (משנת 1925) של דיני הבעלות המשותפת, שלפיו בעלות משותפת היא רע הכרחי לתקופה קצובה.

לסברתי, המשפט הישראלי – לתמוך ביחסי שיתוף תוך שימור חירותם של השותפים לצאת מהם.

2. החירות לצאת כזכות יסוד

כפי שעולה מהדברים שהובאו בראשית פרק א', רבים מהסוברים שהמשפט הישראלי נוקט יחס עדין למוסד הבעלות המשותפת תומכים דעתם זו בנוחות היחסית שבה יכול כל בעלים במשותף להביא לפירוק החבילה. יתר על כן: נראה שהזכות לתבוע את פירוק השיתוף נתפשת כ"זכות-יסוד": אין זה רק ש"כל שותף במקרקעין זכאי בכל עת לדרוש פירוק השיתוף", אלא אפילו "היתה בהסכם-שיתוף תניה השוללת או מגבילה את הזכות לדרוש פירוק השיתוף לתקופה העולה על שלוש שנים, רשאי בית-המשפט, כעבור שלוש שנים, לצוות על פירוק השיתוף, על-אף התניה, אם נראה לו הדבר צורך בנסיבות הענין". זאת ועוד: חוק המקרקעין מגן על יכולתו של שותף לנתק את הקשר שלו עם שותפו בדרך נוספת, בקובעו כי תנייה בהסכם-שיתוף, השוללת או מגבילה את זכותו של כל שותף להעביר את חלקו במקרקעין המשותפים או לעשות בחלקו עסקה אחרת בלי הסכמת יתר השותפים, אין כוחה יפה לתקופה העולה על חמש שנים³². ישנם נימוקים כבדי-משקל למעמד המועדף של זכות הפירוק ושל זכות ההעברה³³. נימוק אחד הוא החשש מחוסר-היעילות של בעלות משותפת במצב של קידום אינטרס עצמי ללא נכונות לשיתוף-פעולה שביסוד הניתוח המקובל אשר הובא לעיל. על-פי

32 סעיפים 37 ו-34 (בהתאמה) לחוק המקרקעין. וראו סעיף 10(א) לחוק המיטלטלין, המעמיד בפני ביקורת שיפוטית כל תנייה השוללת או מגבילה את הזכות לתבוע את פירוק השיתוף. כמו-כן השוו להוראות הדין האמריקני אשר מכפיף הגבלות על עבירות חלקו של שותף לדינים הכלליים העוסקים בהגבלת עבירות ונותן תוקף להסכם המגביל את כוח הפירוק רק אם הוא מוגבל לתקופה סבירה. ראו Roger A. Cunningham et al. *The Law of Property* (St. Paul, 2d ed., 1993) 190 n. 19, 224; *American Law of Property: A Treatise on the Law of Property in the United States* (Boston, A.J. Casner ed., 1952, Vol. 2) 116; 4A Richard R. Powell & Patrick J. Rohan *Powell on Real Property* (New York, 1995) 49-50. על הקשר בין מעמדה של זכות כזכות-יסוד ובין שלילת הכוח לוותר עליה (או העמדתו בפני ביקורת שיפוטית) ראו ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 535; ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 502, 485, 503.

33 רדוק: זכויות אלה הן חלופיות ומכאן, ש"אין לאמר כי מפני ששותף רוצה לפרק את השיתוף ויתר השותפים ממאנים, על אותו שותף למכור את חלקו... כי ערכו של חלק מהנכס כשהוא נמכר בנפרד אינו בהכרח אותו ערך כאשר הנכס נמכר כולו שאז ערכו של חלק זה עשוי להיות גדול יותר" (ע.א. (חי) 9/72 פישר נ' כייאט, פס"מ פ 27, 32). דברים אלה תואמים את עקרון הדיוקנות החלוקתית כפי שהוא מבואר בסעיף 41 להלן.

נימוק זה, פירוק ועבירות משמשים אמצעי לשמירת האינטרס החברתי של ניצולם האופטימלי של משאבים³⁴. נימוק אחר, לא פחות חשוב בעיני, הוא הרצון לשמר את חירותו של אדם לצאת מקשר עם בני-אדם אחרים³⁵. החירות לצאת היא פן חשוב של ההשקפה הליברלית, המחויבת לאפשר לבני-אדם לבחור באופן אוטונומי את קבוצות ההתייחסות שהם שייכים אליהן ולהישאר בהן מרצונם החופשי. החירות לצאת מאפשרת לאנשים ניידות גיאוגרפית, חברתית, מקצועית, משפחתית ופוליטית³⁶.

דא עקא, שמכאן עדיין לא עולה כי עצם ההשתייכות לקבוצת התייחסות כזו צריכה להיות פשע על-ידי המשפט כבעייתית. להיפך: אם לענייננו שיתוף במקרקעין אפשרי (קרי: אינו מוביל בהכרח לכיליון המאגר המשותף, ברוח התיאוריה ההרדיאנית), ואם — כתנאים מסוימים, שבהם אדון בהמשך הדברים — הוא אף מועיל לצדדים המעורבים, הרי שהתמיכה בו דווקא מעשירה את מגוון הבחירות העומדות בפני הפרטים בחברה³⁷, ומעניקה להם (באותם תנאים) יתרונות, שאולי בהיעדר אפשרות כזו לא היו יכולים להשיגם.

עיון בהוראות חוק המקרקעין המשריינות את החירות לצאת מעיד — לדעתי — על רגישותו של הדין שלנו גם לאינטרס נוגד זה. כך, בעוד שדיני-הקניין מתייחסים בדרך-כלל בחשדנות להסכם שבו אדם שולל מעצמו את היכולת להעביר נכסי מקרקעין

34 הקשר בין עבירות ובין יעילות בהקצאת משאבים אינו מתמצה כמובן במצבים של כעלות משותפת, אלא מתייחס לכל מערכת קניינית (ועדיין נראה, כי בנסיבות מוגדרות ניתן להצדיק גם את שלילת העבירות בשיקולי יעילות). לדין בקשר שבין יעילות ועבירות (או שלילתה) ראו Guido Calabresi & A. Douglas Melamed "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral" 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 1089 Sec. III.B, p. 1111; Suzan Rose-Ackerman "Inalienability and the Theory of Property Rights" 85 *Colum. L. Rev.* (1985) 931.

35 מה גם שלעיתים מדובר במצבים שבהם יד המקרה יצרה כיניהם את הזיקה של כעלות משותפת, כגון במקרה של יורשים העשויים להיות קרובי-משפחה מדרג כלשהו או אף זרים שהקשר שלהם למוריש הפך אותם, שלא מרצונם, לבעלים משותפים.

36 מייקל וולצר (Michael Walzer) אף מגדיר את הליברליזם כהשקפה אשר — בשמה של החירות לחתור לקידום האושר (האישי) — מאמצת, מצדיקה ומיישמת את המחויבות למוביליות גיאוגרפית, חברתית, משפחתית ופוליטית. ככזה מתאפיין הליברל קודם-כול בשמירה קפדנית על יכולת הניידות של בני-אדם ועל קיומם של "גבולות פתוחים" בין הקבוצות שהם מתאגדים בהן. בפרט חרד הליברל לשמירת יכולתם של בני-אדם לעזוב את הקבוצות שהם משתייכים אליהם (ולעיתים אף את הזהויות הנוכחיות שלהם). ראו Michael Walzer "The Communitarian Critique of Liberalism" 18 *Pol. Theory* (1990) 6, 11-12, 15-16, 21.

37 לתפישה המשפטית כאמצעי משחרר המציג בפני נמעניו אוסף של חלופות באשר לאופן הסדרת קשרי-הגומלין ביניהם ראו Irit Haviv-Segal "The Design of Corporate Economy: Illiquidable Pools and Playing against Nature" § II.C.a. (Unpublished manuscript).

שבבעלותו³⁸, הרי בעניינו "מתפשר" חוק המקרקעין ומכשיר הגבלת עבירות לחמש שנים. כמרכן הגבלתה של הזכות להניע את גלגלי הפירוק תקפה לשלוש שנים בלבד, כאשר לאחר מכן בית-המשפט נכנס לעובי הקורה כמפייס אפשרי³⁹, ואם מאמצי הפיוס שלו אינם נושאים פרי – נפתחים הליכי הפירוק⁴⁰.

נראה שכללים אלה מעידים על ההכרה באינטרס נוגד לחירות לצאת. כפי שאטען מיד, בעלות משותפת נשענת על היחסים ההדדיים שבין השותפים (בהיעדר שיתוף-הפעולה המיוחד ביניהם, נועד קנינם המשותף לכיליון הרדיאני). מכאן העניין הלגיטימי של שאר השותפים בכך שאחד מהם לא יכפה על יתר השותפים שותף חדש עלידי מכירת חלקו לזר (שותף חדש כזה, אם לא יהיה "לרוחם" או אם פשוט ינהג כ"זר" המתמקד בקידום עניינו העצמי קצרה-טווח, עלול להכניס את הבעלות המשותפת תוך זמן קצר לדינמיקה של טרגדיית המאגר המשותף)⁴¹. נראה לי שמתן האפשרות

38 ראו ויסמן, לעיל הערה 16, בעמ' 49; קניגהם, לעיל הערה 32, בעמ' 224. (לגילוי קיצוני של עמדה זו ראו סעיף 42 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 63, המגביל את זכותו של יורש להכתוב את שרשרת הבעלים שיזכו בנכסים נשוא צוואתו. לגילוי נוסף ראו סעיף 22 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, ס"ח 160). נראה, כי עמדה מקובלת זו נעוצה בחשש שפגיעה בעבירות המקרקעין עלולה לסכל את האינטרס החברתי בפיתוח המקרקעין ולהנציח אריסטוקרטיה קרקעית.

39 לדעתי, זו צריכה להיות הנפקת של ההנחיה המעורפלת של "צורך בנסיכות העניין". במלים אחרות: אני סבור, שהפנייה לשיקולי צדק בהקשר הנוכחי אינה צופה פני עבר (כפי שהיא בהקשרים אחרים), אלא צופה פני הסיכוי לשיתוף-פעולה מועיל בין הצדדים בעתיד. עם זאת ייתכן, שהשימוש במושג של "צדק" עשוי ללמד על כך שמי שמבקש להשתחרר מהתחייבותו שלא לפרק את השיתוף צריך לשכנע את בית-המשפט כי הפירוק יהיה צורך לגבי שאר שותפיו, או למצער לא יפגע יתר על המידה בענינם. השתת נטל כזה עשויה להתפרש כדרך לתמיכה ביחסי השיתוף. ראו להלן ליד הערה 65.

40 מוכן, שיש מקום לתמוה על אי-ההתאמה בין שתי המגבלות הנזכרות בטקסט. ראו ויסמן, לעיל הערה 16, בעמ' 49-50. ואכן, בלואיזיאנה, למשל, הן הגבלות על זכות העבירות והן הגבלות על זכות הפירוק תקפות למשך אותו פרק-זמן (15 שנה). ראו Symeon C. Symeonides & Nicole Durate, "The New Law of Co-Ownership: A Kommentar" 68 *Tulane L. Rev.* (1993) 69, 141-144, 152-153. גם הצעת החוק הגבילה את חוקפן של הגבלות אלה לחמש שנים. ראו סעיפים 72(ב) ו-80 להצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד-1964, הצ"ח 178, 186.

41 ראו ויסמן, לעיל הערה 16, בעמ' 49, המציין גם כי סעיף 34 לחוק המקרקעין מפשר בין האינטרס הנוכח בטקסט לבין העמדה הכללית הצוינת להגבלות על עבירות. ראוי לציין, כי הדין הקודם לחוק המקרקעין העניק לאינטרס של שמירת הרכב השותפים חשיבות ניכרת, כהעניקו זכות קדימה לשותפים. ראו אלרואי בקי הסכם-שיתוף במקרקעין (עבודת גמר לקבלת תואר שני במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, תשל"ו) 36-37. זכות קדימה כזו ניתנת גם בדיון הצרפתי. ראו Henry Dyson, *French Real Property and Succession Law* (London, 2nd ed., 1991) 71. פרופ' ויסמן מבקר את העובדה שהכשר (ומני) כזה להסכם הגבלת עבירות אינו קיים בסוגיית הכית המשותף. ראו ויסמן, לעיל הערה 16, בעמ' 49. אני סבור, שניתן דווקא להסביר אי-עקיבות לכאורית זו. הבית המשותף

להתנות, ולו לתקופה של חמש או שלוש שנים (לפי העניין), על החירות לצאת, מעידה על הגישה האוהדת-יחסית של המשפט הישראלי לבעלות המשותפת, כל עוד היא "עובדת", ועל "מתן סיכוי" ליצירת יחסי שיתוף-פעולה הדדי ארוכי-טווח מבלי שהחרב המתהפכת של מכירה או פירוק ניצבת ברקע היחסים.⁴²

אכן, ברור שהדין הישראלי אינו כופה את קיומו — ואפילו לא את המשכו — של יחס השיתוף במקרקעין; חירות-היסוד לצאת מיחס השיתוף מאפשרת את ניתוצו הן משום שנדרשים — כפי שכבר רמזתי — תנאים חברתיים מיוחדים כדי שיחזיק מעמד, והן בשל עצם הערך הטבוע בחירות לצאת. אך אין ללמוד מכך על עוינות הדין הישראלי לשיתוף במקרקעין. התוויית המסגרת המשפטית העדינה (כפי שתפורט בפרק ג') נראית לי דווקא כניסיון לתמוך בו ולסייע, ככל האפשר, לשימורו.

3. יתרונות הבעלות המשותפת במקרקעין והתנאים לשגשוגה

רוברט אליקסון (Robert Ellickson) טען לאחרונה⁴³, שחסידי סברת "טרגדיית המאגר המשותף" טעו בכך שלא הבחינו בין גדלים שונים של קבוצות המחזיקות בנכסים בבעלות משותפת ועל-כן מיהרו מדי להגיע למסקנה הגורפת שלפיה בעלות משותפת, בכל מקרה ונסיבה, אינה רצויה. גודל הקבוצה הוא חשוב — מסביר אליקסון — שכן שיתוף-הפעולה בין משתמשים שונים בקרקע הופך קשה ככל שמספרם עולה. בפרט ראוי להבחין בין משטר משפטי ללא קניין פרטי אשר בו, בהגדרה, מדובר במספר משתמשים כמספר חברי הקהילה המשפטית, ובין משטר משפטי של קניין פרטי המכיר

נתפש בעיני כאתר של יחסי שכנות, ולא שותפות (אם כי גם לא "זרות"). ראו דגן, לעיל הערה 2, בעמ' 64-79. לשון אחרת: איני מסכים לדעתו של פרופ' ויסמן, ככל שעולה ממנה כי האינטרס של בעלי דירות בבית המשותף בהרכב האישי של הדירים שקול לאינטרס המקביל של שותפים רגילים במקרקעין. הראשונים מתייחסים זה אל זה כאלו זה כאלו היו בעלי חלקות סמוכות (בכפופות לשותפותם, שהיא בעיקרה תוצאת אילוצים טכניים/תועלתניים בשטחים המשותפים). האחרונים נדרשים — אם הם רוצים שלא להתדרדר לסחרור הרדיאלי — לשיתוף-פעולה ריגמי. לפיכך הכנסת זו שאינו לרווחי לבית המשותף שאני גר בו תיתפש על-ידי כמטרד, והכנסתו כשותף לדירה שאני בעליה המשותף עם, לרוב, בן-משפחה — כהתחלת הסוף של השותפות בה. ברור שהאינטרס במקרה השני חזק מן האינטרס במקרה הראשון.

42 ער לאופן שבו ההגבלה על החירות לצאת מסייעת להצלחת הבעלות המשותפת ראו לחלן ליד הערה 65.

43 ראו אליקסון, לעיל הערה 21, בעמ' 1320-1322, 1332, 1335-1334, 1341-1343, 1348-1352, 1390, 1394-1398.

בבעלות משותפת של קבוצות קטנות יותר⁴⁴. לא הרי בעלות משותפת של הכלל – אשר, לפחות לפי הראיות ההיסטוריות, אינה מחזיקה מעמד⁴⁵ – כהרי בעלות משותפת של קהילה סגורה (Close-Knit Community), קרי: קבוצה של מספר לא-רוב של חברים⁴⁶, אשר בהינתן תנאים מסוימים, שמיד אפרטם, עשויה לפעול כמסגרת וולונטרית לשיתוף-פעולה לגבי משאב הנמצא בבעלות משותפת ובכך למנוע את החוליים שטרגדיית המאגר המשותף מצביעה עליהם⁴⁷.

יתר על כן: בנסיבות מסוימות בעלות משותפת במקרקעין אינה רק אפשרית, אלא עשויה גם לספק לבעלים המשותפים יתרונות ניכרים למדי. אליקסון מפרט שני יתרונות לבעלות משותפת, שניהם במישור הכלכלי גרידא: היתרון הראשון הוא בעצם האפשרות ליצור חלקות גדולות יותר⁴⁸. לעתים חלקות גדולות עדיפות על חלקות קטנות: בהקשר חקלאי חלקות גדולות מאפשרות לחסוך בעלויות הגידור ולהחזיל את עלויות עיבוד הקרקע כאשר נדרשים לשם כך ציוד מתוחכם ויקר או קבוצה גדולה של פועלים; בהקשרים עירוניים – חלקות גדולות מאפשרות בניית פרויקטים גדולים⁴⁹. היתרון

44 הבחנה זו מופיעה גם אצל מחברים קודמים. ראו במיוחד ספרו של גלן סטיבנסון (Glenn Stevenson), אשר מוקדש להבחנה בין *Common Property* ובין *Open Access*: סטיבנסון, לעיל הערה 20. סטיבנסון טוען, שלמרות קווי הדמיון בין שני המצבים (ריבוי משתמשים וקיומו של תמריץ לכל אחד מהם לצרוך מהמשאב מעבר לחלקי היחסי במשאב כשהוא מנוצל במידה האופטימלית כלכלית), הרי שלבעלות המשותפת ישנם גם מאפיינים רומים לאלה של הקניין הפרטי: בשניהם קבוצת-המשתמשים מוגדרת ובשניהם ישנם כללים באשר לאופן הניצול על-ידי כל משתמש. מסיבה זו – טוען סטיבנסון – יש לראות בבעלות המשותפת כמערכת קניינית הניצבת בין שתי חלופות אלה. ראו סטיבנסון, שם, בעמ' 57.

45 הדוגמא הבולטת לכך היא כמובן קריסתם של המשטרים הקומוניסטיים במזרח-אירופה.

46 השווה ליריני השותפויות, המגבילים את מספר השותפים ל-20. ראו סעיף 3 לפקודת השותפויות (נוסח חדש), תשל"ה-1975 (כפי שתוקן: ס"ח תש"ם 964, עמ' 88).

47 מתבררים נוספים עמדו על כך, שהחלופות של הפרטה, מזה, ורגולציה, מזה, אינן הפתרונות היחידים לטרגדיית המאגר המשותף וכי גם ניהול קהילתי עשוי, בנסיבות מסוימות, לשמש בתפקיד זה. את ההתעלמות של הכותבים במסורת ההרדיאנית מיכולתה של קהילה לשמש מסגרת לשיתוף-פעולה וולונטרית מטבירים מחברים אלה בנטייה האינדיבידואליסטית של אותם כותבים. ראו, למשל, Bonnie J. McCay & James M. Acheson "Human Ecology and the Commons" *The Question of the Commons* (Tucson, Bonnie J. McCay & James M. Acheson eds., 1987) 1, 7, 9, 13.

48 בהקשרים מסוימים יתרון זה מתבטא בעצם האפשרות להיות הבעלים של נכסים מסוג מסוים (כגון כאשר כמה חברים רוכשים במשותף יאכטה).

49 וראו כללית באותו כיוון Stevenson, *supra* note 20, at p. 70 ("[W]hether the resources are common pool or amenable to privatization, particular natural resources configurations, technological constraints, and transaction costs may make common property a superior solution to private property").

השני נעוץ בכך שכאשר ישנם כמה בעלים, הסיכונים שהבעלות בקרקע גוררת מתחלקים. הואיל ומרבית בני-האדם הם שונאי סיכון, עשוי להיות יתרון בפיזור כזה של הסיכון⁵⁰.

בכך התקרבונו ללב העניין — בירור התנאים לשיתוף-פעולה העשוי לפתור את טרגדיית המאגר המשותף: כאשר ישנם גם יתרונות לבעלות המשותפת במקרקעין, מצד הגודל או מצד הביטוח, יש אינטרס כלכלי חזק ליצור מארג שליטה קבוצתית (שבנסיונות אחרות הוא יקר מדי) שיבטיח ניצול נאות ולא מופרז של הקרקע. אך אליקסון מבהיר כי כדי שבעלות משותפת תחזיק מעמד, מתלווים בדרך-כלל לתמריצים כלכליים אלה גם מאפיינים חברתיים (הצורך במאפיינים נוספים אלה נעוץ בכך, שגם מארג השליטה הקבוצתית הוא מאגר משותף החשוף ככזה לדינמיקה ההרדיאנית⁵¹). הקהילה בעלת המקרקעין מתאפיינת בכך שבין חבריה (שמספרם לא רב מדי) שוררים יחסים בלתי-אמצעיים ומתמשכים; שהכוח בה מפוזר באופן יחסי; אין היררכיה של "הנהגה" (אפילו נבחרת) ו"אזרחים"; ושדרך הניהול הטיפוסית שלה היא שיתופית, ותדירות — אף שוויונית⁵². השוויון חשוב שכן הוא יוצר (או מחזק) זהות אינטרסים, שהיא בתורה תנאי חשוב להתנהגות קואופרטיבית. עם זאת, יש לו כמובן מחיר (לעתים קשה) במונחים של עצמאות ופרטיות (חירות שלילית), וגם היעילות עשויה להיפגע מהמגמה השוויונית עקב הפחתת התמריץ האישי לעבודה⁵³.

אכן, מדיונו של אליקסון עולה, כי המשטר של בעלות משותפת מציג את הצורך לאזן בין הערכים של שוויון וחזקת הקשר החברתי-קהילתי, מחד גיסא, ובין אלה של חירות שלילית ותמריץ מרבי, מאידך גיסא. יתר על כן: נראה, כי המאפיינים החברתיים

50 הלשון המסויגת של הטקסט נובעת מכך שכדרך-כלל בעלות משותפת אינה אמצעי ביטוחי טוב במיוחד, ותדירות ביטוח מקצועי, פרטי או ממשלתי (בתוספת עזרה הדדית), עדיף עליה. עם זאת, כנסיבות שבהן הסיכון (טבעי ופוליטי) גבוה ואין אמצעי-ביטוח חלופיים, בעלות משותפת עשויה למלא תפקיד זה באופן אופטימלי-יחסית.

51 ראו לעיל הערה 23. לתפקיד המרכזי שמאפיינים חברתיים ממלאים בפתרון בעיית המאגר המשותף ראו לאחרונה Randy T. Simmons & Pepergine Schwartz-Shea "Method, Metaphor, and Understanding — When is the Commons not a Tragedy" *The Political Economy of Customs and Culture: Informal Solutions to the Commons Problem* (Lanham, Terry L. Anderson & Randy T. Simmons eds., 1993) 1.

52 לעניין זה השוו לחזקת השוויון שבסעיף 28 לחוק המקרקעין (ומקבילו, סעיף 9(ב) לחוק המיטלטלין).
53 לניסיון לבירור אמפירי של השערה רווחת זו ראו סטיבנסון, לעיל הערה 20, בעמ' 143-157, 221-235. אליקסון מציין, כי הפגיעה ביעילות מתמתנת כשנוצרים תמריצים לביקורת הדדית וכי הרתעת עזיבה — על-ידי יצירת תמריצים שליליים, לעתים כמעט עונשיים, ליציאה מיחס השיתוף — עוזרת ביצירת תמריצים כאלה. עם זאת ברור, כי משטר המחויב לשמירה קפדנית על החירות לצאת — כמפורט בסעיף 22 לעיל — יידתע מאוד מנקיטת אמצעים כאלה.

של הבעלות המשותפת אינם רק תנאים להצלחתה של בעלות משותפת, אלא גם תוצאות של אותה הצלחה, אשר מחזקות את המשכה⁵⁴. כך, שימורו של שיתוף-פעולה בין הצדדים והצלחתו מסייעים בהשרשת סולידריות בקרב הקבוצה שבה מדובר ובכך מביאים גם לסיפוקם של צרכים פסיכולוגיים של השתייכות לקבוצת ייחוס ופעולה משותפת. יחסים של סולידריות ואמון הדדי מאפשרים ניצול יעיל של המקרקעין שבבעלות משותפת בלי לשאת בעלויות הגבוהות שבעלות כזו "גובה", כזכור⁵⁵, מצדדים שאינם בוטחים זה בזה (או, למצער, תוך נשיאה בעלויות נמוכות בהרבה)⁵⁶, וחוזר חלילה.

דוגמא מובהקת לבעלות משותפת במקרקעין ה"עובדת" במרבית המקרים היא הדירה המשפחתית. הסיפור מוכר, אך ראוי לעיון מפורש: קשרי דם ונישואין הם חזקים וארוכי-טווח ועל-כן קל ("זול")-יחסית ליחידה המשפחתית לשמור על המאפיינים החברתיים של קהילה סגורה⁵⁷. דירת המשפחה היא כמובן מאגר משותף. הפתרונות לבעיות היעילות והחירות שהבעלות המשותפת מציבה הם בעיקרם שניים: יצירת גבולות פנימיים "למטרה מיוחדת" (חדרי-מגורים המקטינים את השטחים המשותפים), הנותנים לבני-הבית תחומי שליטה ואחריות (מוגבלים); ונורמות – תדירות לא-פורמליות – של שיתוף-פעולה והתחשבות הדדית (חלק ניכר מחינוך ילדינו מוקדש להשרשתן של נורמות אלה). לרבים מאתנו ברור ש"זה עובד" וגם כדאי⁵⁸: למי שמעריך זאת, המשפחה מספקת חברה, תמיכה, אחריות הדדית וגם יתרונות יותר מטריאליים כמו הגדלת תחום המחיה ביחס לאפשרויות של כל פרט כאדם יחיד וכן "יתרונות לגודל" בפעילויות כגון גידול הילדים, ההחזקה והניהול של דירת-המגורים והפעילויות היומיומיות של בישול, קניות וכיו"ב. עם זאת, ברור גם המחיר: פגיעה בפרטיות, וחשש – המתגשם כשהנורמות הקואופרטיביות נחלשות – לניצול (במרבית המקרים, במציאות הנוכחית, של הנשים ו/או הילדים).

54 ראו בדומה לכך, Philip Pettit "The Cunning of Trust" 24 *Phil. & Pub. Aff.* (1995) 202, 207, 209-210.

55 ראו לעיל ליד הערה 21.

56 ראו בדומה לכך Elinor Ostrom *Governing the Commons – The Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge, 1990) 36. וראו להלן ליד הערות 136-139.

57 במקרים של דירת שותפים מדובר בדרך-כלל גם על שניים, או יותר, הדומים זה לזה (סטודנטים, למשל) בעלי אינטרסים משותפים.

58 למותר לציין, שהאמור בטקסט לא בא לרמז כי יתרונות הבעלות המשותפת בדירה המשפחתית ממצים, או אפילו מכוננים, את ההצדקה המרכזית לקיומה של המשפחה.

4. הניסיון (הלא-פשוט) להשיג את יתרונות הבעלות המשותפת במשטר השומר על החירות לצאת

לכאורה הדיון עד כאן בתנאים לפתרון טרגדיית המאגר המשותף היה חסר. בסעיף הקודם התעלמתי מחלק נכבד מהדיון התיאורטי, אשר עסק בנסיגות לפתור בעיות של מאגר משותף⁵⁹, אשר מקורו בתורת המשחקים, אך השהיית הדיון בהם לא היתה מקרית. בסעיף זה אשתמש בתוכנות אלה כדי להראות מדרע שמירתו הקפדנית של המשפט על חירותם של השותפים במקרקעין לצאת מיחס השיתוף מקשה על יכולתם להיכנס למשטר של שיתוף-פעולה מועיל דוגמת זה שמצייר אליקסון. הבהרת האופן שהחירות לצאת מאימת בו על אפשרות גשוגה של הבעלות המשותפת תסייע לי בהצגת התפקיד שהמשפט עשוי לשמש בהסרת איום זה.

ניתן להציג את טרגדיית המאגר המשותף כ"דילמת אסיר", שמבנה התמריצים בה גורר את התוצאה של אי-השגת המטרה המשותפת לכלל המשתתפים בה⁶⁰. בהקשר לבעיה מוכרת זו של תורת המשחקים היו מי שהראו שגם בהיעדר התערבות חיצונית השחקנים יכולים בכוחות עצמם להתגבר על מבנה התמריצים של דילמת האסיר (ולפיכך — על טרגדיית המאגר המשותף). ברם, חנאי חשוב לקיומו של פתרון קואופרטיבי הוא שיהיה מדובר במשחק רב-שלבי אשר אופקו אינו ידוע, שאז "מאזן האימה" בין הצדדים — קרי: יכולת התגמול של השחקנים זה כלפי זה על צעדים שאינם משתפי-פעולה — מוביל אותם לשיתוף-פעולה⁶¹. מנגד, כאשר מדובר במשחק רב-

59 או באופן יותר כללי בעיות של "פעולה משותפת". השם "בעיית הפעולה המשותפת" בא לסמן את הקשיים שאוסף של פרטים, אשר כולם משיאי אינטרס עצמי, ניצבים בפניהם במצבים שבהם השאת האינטרס העצמי שלהם מחייבת שיתוף-פעולה. הטענה היא, שבהיעדר כפייה משפטית או תמריץ חיצוני — חייבי או שלילי — אחר (נפרד מאותה מטרה), שיופנה לכל פרט ופרט השייך לקבוצה, לא יצליחו פרטים כאלו לחבור לכוחות כדי להשיג את מטרתם, אף אם ישנה הסכמה כללית בקבוצה הן כאשר לזיהוי המטרה והן לגבי דרכים הראויות להשגתה. הסיבה למסקנה מאכזבת זו נעוצה בכך, שבצד מטרתם המשותפת יש לאותם פרטים גם אינטרסים פרטיים, ואלה חשובים בעיניהם מהאינטרס של כלל הפרטים השואפים לקדם את אותה מטרה. ראו Mancur Olson *The Logic of Collective Action — Public Goods and The Theory of Groups* (Cambridge, 2d ed., 1971) 2, 7-8, 10, 51, 60-61.

60 ראו, למשל, אוסטרום, לעיל הערה 56, בעמ' 3-5.

61 במלים אחרות: המפתח לפתרון דילמת האסיר בנסיבות אלה נעוץ בכך, שההכרעה בשלב ה-1, האם לשתף פעולה אם לאו, יכולה להיעשות על סמך האופן שבו נהגו אחרים בשלב ה-1 (n). שידור אסטרטגיה כזו לצדדים האחרים עשוי לשכנע אותם ששיתוף-פעולה הדדי אפשרי, ואף כדאי להם. ראו, לדוגמא, Russel Hardin *Collective Action* (Baltimore, 1982) 145-150, 164-167. יתר על כן: דוברת אקסלרוד הראה, שבמשחקים ארוכים דיים, שאופקם אינו ידוע, אסטרטגיה של Tit for Tat — שיתוף-פעולה בצעד הראשון ומכאן ואילך "חיקוי" התנהגותו (שיתוף-פעולה או היעדרו, מה

שלבי שאופקו ידוע, על כל צד להמשיך ולשתף פעולה ולהתעלם מהסיכוי של צער אחרון שבו שחקן רציונלי יערוק. דא עקא, שאצל שחקנים רציונליים סיכוי כזה עתיד להוביל לעריקה בצעד הלפני אחרון, ולפיכך בזה שלפניו, וחוזר חלילה. על-כן, כאשר אופק המשחק ידוע, הסיכוי לכינונו ולשימורו של שיתוף-פעולה וולונטרי נמוך-יחסית⁶².

חשוב לשים לב להשפעה של מעמדה של החירות לצאת מיחס השיתוף כחירות-יסוד חזקה על אפשרות שיתוף-פעולה במשחק רב-שלבי: משמעותו של מעמד מיוחד כזה היא מתן אפשרות לכל אחד מהשותפים לצאת מהמשחק בכל רגע נתון (באמצעות פירוק או מכירה לצד שלישי). מכאן, שכל צד יודע – בהינתן המעמד המיוחד של החירות לצאת – ששותפו יכול לבחור את המועד הנוח לו לצאת מיחס השיתוף. כל צד גם עשוי לשער, כי יעבור זמן בין המועד שבו תתקבל החלטה כזו וכין המועד שבו גם הוא ידע כי המשחק בינו לבין אותו בעלים משותף הוא סופי ואופקו קצר. ידיעה כזו מעלה אצלו את החשש, שבתקופת-הביניים – שאין הוא יודע, כאמור, מתי תתרחש – הוא ינוצל לרעה, בין בדרך של ניצול-יתר של המקרקעין על-ידי שותפו ובין בדרך של השקעת-

שמכונה "עריקה" של השחקן-שכנגד בצער הקודם – היא האסטרטגיה המוצלחת ביותר, כאשר הביטוי "מוצלחת" בהקשר זה משמעו להשיג את התוצאות הטובות ביותר במירב ההקשרים; להצליח "לחדור" לסביבות הפועלות על סמך כללי החלטה אחרים (אם האסטרטגיה הנ"ל מאומצת על-ידי קבוצות קטנות של בני-אדם [אין די באימוצה על-ידי אדם יחיד] שלפחות חלק מהקשרים הבין-אישיים שלהם הם זה עם זה); ולהצליח להשתלט על אותן סביבות ולעמוד בפני נסיונות השתלטות מצד אסטרטגיות פעולה פחות קואופרטיביות. ראו Robert Axelrod *The Evolution of Cooperation* (New York, 1984) chs. 2-3. הלקח מתחרויות המחשב שעשה אקסלרוד הוא, שדרך הפעולה המיטבית (לפועל) היא להיות נחמד (לעולם לא לערוק ראשון, שכן המפתח להצלחה הוא עידוד האחר לשתף אתך פעולה), לגמול מיד ובתקיפות (כדי להרתיע ניצול-לרעה על-ידי האחר), להיות סלחן (כלומר: נכון לשיתוף-פעולה בצעדים הבאים [מיד אחרי פעולת-התגמול על עריקה קודמת], אם האחר יחקן את דרכיו, כך שיתאפשר שיקמו של שיתוף-הפעולה ההדדי) ולשדר מסר ברור (שהשחקן האחר יהיה בקלות ויבין בקלות, שעם השחקן שמולו כדאי לו לפעול באסטרטגיה של שיתוף-פעולה). ראו שם, פרקים 2 ו-6. להתאמת האסטרטגיה של Tit for Tat ליחסי שכנים (או שותפים) ארוכי-טווח, המתאפיינים בכך שהמשחקים בכל סיבוב עשויים להיות שונים זה מזה (במבנה התמריצים שלהם ובגובה התקבול העומד על הפרק) ראו Robert C. Ellickson *Order without Law: How Neighbours Settle Disputes* (Cambridge, 1991) 225-229.

62 ראו למשל רח, לעיל הערה 23, בעמ' 44-45, הערה 41. לפתרונות (חלקיים) אפשריים ראו הדין, לעיל הערה 61, בעמ' 170-183, 186-187, 211-213.

חסר בהם (מצד אותו שותף)⁶³. חשש זה נראה חמור אפילו יותר מהחשש של שחקן הניצב בפני משחק ארוך (אך סופי) שאופקו ידוע לכל הצדדים, שכן במצב האחרון סימטריית הידע מקהה במידה מסוימת את החשש מפני ניצול.

ודוק: לכאורה ניתן היה לטעון, כי גם החשש מפני קיומה של תקופה מסוימת של אי-ודאות חד-צדדית לא צריך לסכל את אפשרות שיתוף-הפעולה בין הצדדים; שכן צד המקפיד לגמול לרעהו על צעדים שאינם משתפי-פעולה, יגיב על עריקה מיד כשתתרחש ולפיכך הסיכון שהוא נוטל על עצמו עודנו מוגבל. ברם, בנקודה זו חשוב לשים לב למאפיינים המיוחדים של המשחק הרב-שלבי שבין שותפים במקרקעין. האינטראקציות השונות בין השחקנים בהקשר זה אינן בהכרח שוות-משקל, שכן התקבולים העומדים לחלוקה עשויים להשתנות מסיבוב לסיבוב. על-כן כל שחקן יחוש, שרעהו יכוון את הנקודה שיערוק בה (ובכך גם יחשוף את כוונתו לממש את חירותו לצאת) לאותו סיבוב שבו התקבול העומד לחלוקה גדול במיוחד. במקרה כזה פעולת-התגמול — גם אם תבוא — אינה יכולה כבר להרתיע באופן אפקטיבי⁶⁴.

מכאן ברור האתגר המיוחד הניצב בפני המשפט בסיוע לשיתוף-פעולה אם בצד מטרה זו (שהוא מעוניין — לדעתי — להגשים) הוא מחויב גם לשמירה על החירות לצאת. זאת ועוד: בנקודה זו ניתן להצביע גם על תרומתה של ההגבלה על החירות לצאת להצלחת השיתוף במקרקעין, גם אם היא תקפה רק לתקופות הקצובות שחוק המקרקעין קובע. את ההכשרה (הזמנית) של הגבלת החירות לצאת ניתן לפרש בהקשר זה כמתן אפשרות ליצור "תקופת-חסד" ראשונית, שבה הצדדים מוגנים מהסיכון שסעיף זה עסק בו. בכך כמובן לא היה די אם הצדדים היו עדיין מפרשים (בצדק) את יחסיהם כמשחק סופי. ברם, כאשר אופק השיתוף במקרקעין אינו בלתי-ניכר — דהיינו: כאשר המשחק בין הצדדים משוחק פעמים רבות — יש מקום לסברה, כי צדדים טיפוסיים מביטים (בטעות) על יחסיהם כאילו היו בעלי אופק אינסופי או בלתי-ידוע, כשל המוביל אותם לשיתוף-פעולה וולונטרי⁶⁵. מכאן, שהיכולת לקבע אופק כזה על-ידי התניה זמנית על החירות לצאת עשויה לסייע ביצירת אינרציה של שיתוף-פעולה מוצלח⁶⁶. כפי שנראה בפרק הבא, אני מציע לפרש את שאר הדינים החלים על השיתוף במקרקעין — הן אלה המסדירים את יחסי השיתוף והן אלה המסדירים את פירוקו — כאמצעים

63 כזכור, ניצול כזה לרעה כדאי לשותף המתכנן לצאת מיחס השיתוף, הגם שפעולתו תפגע גם בו (בכך שתביא לירידת הערך של החלק שלו במקרקעין), שכן הוא ייהנה מכל פירוטיה וישא רק בחלק מעלויותיה.

64 בהנחה כמובן, שהיא תתרחש לגבי הסיבוב שמשמעותו הכלכלית פחותה.

65 ראו Martin J. Osborne & Ariel Rubinstein *A Course in Game Theory* (Cambridge, 1994) § 8.2; הרדין, לעיל הערה 61, בעמ' 145-150, 164-167.

66 ראו לעיל ליד הערה 54.

משלימים, הבאים לסייע ביצירתה של אינרציה זו, וחשוב מכך: לאפשר את המשכה לאורך זמן.

ג. תמיכת המשפט הישראלי בשיתוף במקרקעין

בפרק זה בוצעו לבחון את מארג הנורמות שדין השיתוף במקרקעין שלנו קובע (אדון להלן בשלושת מעגלי ההסדרים הקבועים בפרק ה' לחוק המקרקעין על-פי הסדר הנורמטיבי היורד הקיים ביניהם⁶⁷) וכן את ההסדרים הקבועים בו לגבי פירוק השיתוף. מטחתי העיקרית בסקירה זו היא להראות כיצד בהסדרים אלה משתקף, הלכה למעשה, יחסו של הדין הישראלי לשיתוף במקרקעין כמוסד חברתי שלמשפט יש נכונות ועניין לסייע לקיומו ולהצלחתו, בצד שימור חירותם של הצדדים לו לצאת מיחס השיתוף. מנגד, במקומות שבהם הדין עמום-יחסית אני נעזר במסקנה האמורה כהנחה פרשנית אשר השימוש בה יביא לחיזוק – הרצוי בעיני – של מדיניות זו.

חשוב לציין כבר בראשית הדברים, כי לסברתי פועלו העיקרי של פרק ה' לחוק המקרקעין אינו מצוי כלל בהסדרה השוטפת של יחסי הצדדים. הדין "צופה" כי בחיי היומיום שיתוף-הפעולה בין הבעלים המשותפים מושג בעיקר על-ידי אמצעים בלתי-פורמליים ולא על-ידי היזקקות לטענות משפטיות, אשר נתפשת תדירות כבלתי-ראויה במסגרת יחסים כאלה⁶⁸. הכללים המשפטיים משמשים לבעלים המשותפים כללי רקע בלבד, שמטרתם להבטיח אותם זה מפני התנהגותו האופורטוניסטית של זה (קרי: לענות בדיוק על החשש שתיאירתי בסעיף 4 מבלי לפגוע יתר על המידה בחירות לצאת). הם מיועדים להסיר מהצדדים פיתויים לנצל לרעה את ההסתמכות וההדדית ששיתוף-פעולה בין-אישי מחייב, ועל-כן לעודד כל צד לקיים ביומיום את אותה מערכת של שיתוף-פעולה דינמי בלי לחשוש שהאמון שהוא נותן באחר והסתמכותו עליו יפגעו בו בסופו של דבר⁶⁹.

67 כמובן ראוי לציין, כי יש "איחוד אפולונית" מסוים בין שני מעגלי ההסדרים הראשונים – המעגל ההסכמי ומעגל שלטון הרוב – באופן המקשה להבחין בין הסכם-שיתוף ובין החלטה פה אחד. לעניין זה ראו רייכמן, לעיל הערה 18, בעמ' 132-134.

68 ראו אליקסון, לעיל הערה 61, בעמ' 60-64, 69, 76, 274. הנחה זו גם עשויה להסביר את מיעוט הפסיקה העוסקת ביחסי השיתוף השוטפים, לעומת ריבוי הפסיקה אשר דנה בפירוק השיתוף: ההיזקקות למערכת השיפוטית מתרחשת בדרך-כלל כאשר האמון בין הצדדים מתערער, מה שמוביל גם – במרבית המקרים – לחוסר יעילות של יחס השיתוף ולהעדפת חלופת הפירוק.

69 ראו בדומה לכך בהקשר למדיניות הראויה של דיני שיתוף נכסים בין בני-זוג ע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, ס"ר מט(3) 529, 550 (להלן: עניין יעקובי) ("הסדר רכושי רצוי מביא לאיזון בין בני-הזוג,

אכן, הכללים המשפטיים שפרק ה' לחוק המקרקעין קובע אינם מכוונים לכוון את יחסי האמון, שיתוף-הפעולה וההסתמכות ההדדית בין הצדדים לבעלות משותפת "מוצלחת" (כזו המשיגה את היתרונות שנדרשו בסעיף 33), או אפילו להשפיע על האופן שבו הם מתנהלים במהלכם הרגיל. עם זאת, כללים אלה הם – לסברתי – תנאי חשוב (אולי אפילו הכרחי) לשגשוגה של הבעלות המשותפת במקרקעין בספקם "רשת-ביטחון" פורמלית לצדדים למקרה – שהם מקווים, אך לא יכולים להיות בטוחים, שלא יקרה לעולם – שהאמון ההדדי ביניהם יתפוגג (או שצד פלוני יגלה שמלכתחילה משנהו לא היה ראוי לאמון שנתן בו). כך מאפשר המשפט לפרטים, המעוניינים ביחסי השיתוף, להיכנס עם אנשים אחרים למערכת של הסתמכות הדדית חסרת התחשבנות שוטפת, אשר ככזו עלולה להעמיד אותם, בנקודות זמן מסוימות, בעמדות-חולשה, בלי לחשוש מכך שייפגעו. במלים אחרות: כך תומך המשפט בנסיונם של הצדדים לתת אמון זה בזה ולהתייחס איש לרעהו באופן בלתי-פורמלי בעולם שאינו מושלם, אשר בו לא ניתן לבטוח לחלוטין בזולת⁷⁰.

1. המעגל ההסכמי

מעגל ההסדרים הראשון, והפחות בעייתי מכולם, הוא מעגל הסכמ-השיתוף. הסכמ-השיתוף מכיל את "החוקה הפרטית" של הצדדים, וככזה גובר על קביעות רוב או החלטות יחיד גם בתחומים המוקנים להם מכוח החוקה הכללית (דהיינו: הסדרי פרק ה' לחוק המקרקעין). פרט למגבלה המהותית – שכבר הוזכרתי – של יכולת השעיה מוגבלת של "זכויות-היסוד של הפרט" לעבירות של חלקו בנכס ולפירוק השיתוף, ניתן לקבוע בהסדר כזה כל הוראה המתייחסת לבעלות המשותפת במקרקעין⁷¹. ובפרט

אינו פוגע באף אחד מבני-הזוג, אינו נותן יתרונות בלתי הוגנים לאף אחד מבני-הזוג, ואינו נותן לאף אחד מבני-הזוג הזדמנות לנצל את הסדרי הממון כדי לכפות רצונו על בן זוגו ולהכפיפו לתנאיו".
70 ראו כללית, H.L.A. Hart *The Concept of Law* (Oxford, 1961) 193; Hardin, *supra* note 61, at 61, 70 pp. 185-186; Carol M. Rose "Trust as the Mirror of Betrayal" 75 *B.U.L. Rev.* (1995) 531, 537-538, 540-541, 546, 550; Jeremy Waldron "When Justice Replaces Affection — The Need for Rights" *Liberal Rights* (Cambridge, 1993) 370, 373-374, 376, 385, 387.
71 השוו ויסמן, לעיל הערה 3, בעמ' 9, הסבור שמעניין בוקבזה (להלן הערה 73), אשר יידון בסמוך, עולה שלא ניתן להכליל בהסכמ-שיתוף כל הוראה הנראית לשותפים, אלא רק כאלה הנזכרות בסעיף 29 לחוק המקרקעין. כפי שאפרט מיד, אני סבור שהחזקה צריכה להיות הפוכה וכי זוהי גם המסקנה העולה מעניין בוקבזה.

נוסחת פירוק והוראות בדבר סדרי ניהול ושימוש במקרקעין (אף אם אינם "רגילים") ובאשר לזכויות השותפים וחובותיהם בכל הנוגע למקרקעין.⁷²

מעניין להזכיר בהקשר זה את פסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניין בוקובזה⁷³. באותו עניין טענה המדינה, כי הסכם-שיתוף אינו יכול להכיל הוראה המחלקת את החזקה בנכס המשותף באופן ייחודי. המדינה הכירה בכך, שניתן להגביל בהסכם-שיתוף את זכויות הבעלים המשותפים, אך עמדה על כך שלא ניתן להעניק בו לצמיתות את זכות ההחזקה הייחודית, הואיל והיא "גרעין" הבעלות. טענה זו נראית לי תמוהה, ורחייתה על-ידי בית-המשפט ראויה בעיני משתי סיבות: ראשית, זכות הבעלות היא תוצר משפטי – אגד זכויות וחובות שהמשפט עיצב ובכוחו לשנות את עיצובו בנסיבות שבהן הדבר ראוי בעיניו. גישה הכובלת אותנו במושגים שיצרנו, בלי ליתן לכך סיבה שבמדיניות, נראית אפוא בעייתית⁷⁴. בהקשר זה ראוי לשים לב, כי אין בכוחו של הסכם חלוקת חזקה לעקוף את הוראות החוק המונעות "חלוקה פרטית" של מקרקעין לחלקות קטנות מדי או בעלות צורה שאינה מאפשרת ניצול יעיל, בניגוד למגבלות הסטטוטוריות

72 ראו סעיפים 38 ו-29(א) לחוק המקרקעין, בהתאמה. סעיף 29(א) גם קובע, כי משגרשם הסכם-השיתוף, "כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכל אדם אחר". בהקשר זה עולה השאלה, מה דינו של הסכם שלא נרשם? בע"א (י-ם) 193/75 מנשה ג' לוי, פ"מ תשל"ח (1) 32 (להלן: עניין מנשה) פסק בית-המשפט המחוזי בירושלים, כי גם ידיעתו של נעבר אין די בה כדי להכפיפו להסכם שלא נרשם. "הרישום" – נקבע באותו מקרה – "הוא האמצעי האחד והיחיד להשגת התוצאה של כבילת צד שלישי להסכם ואין להחליפו או להשלים את אי-הרישום בידיעה. הידיעה אינה מעלה ואינה מורידה" (שם, בעמ' 35). עם כל הכבוד, תוצאה זו בעייתית בעיני. על-פי דין התחרות הכללי, החל בסוגיית דומות, הידיעה עשויה דווקא לשמש תחליף לרישום ואין זה ברור כלל ועיקר שבהקשר של הסכם-שיתוף במקרקעין – או של תקנון הבית המשותף, אשר גם לגביו נקט המחוקק נוסח דומה (ראו סעיף 62(ג) לחוק המקרקעין) – התכוון המחוקק לחרוג מדין זה. ראו ויסמן, לעיל הערה 3, בעמ' 8; מיגל דויטש "ריבוי נושים" דיני חיובים – חלק כללי (דניאל פרידמן עורך, תשנ"ד) 331, 411-410; וראו כללית חנוך דגן "דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קנייני חדש" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ו) (אריאל רחון-צבי ו"ל עורך) פרק 3. כרי, שאם אכן ייקבע כי ראוי שהדין הכללי יחול גם כאן, ימצא לכך גם עוגן מתאים בדוקטרינה המשפטית (למשל: סעיף 9 לחוק המקרקעין – במישורין או על דרך ההיקש). תנא דמסייע לתוצאה זו עשוי גם להימצא בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בע"א 19/81 ביבי ג' הורבורט, פ"ד לז(2) 497, 500-501, שבו נפסק כי הצהרתו של המערער, בהסכם שבו רכש את דירתו בבית המשותף, על כך שהוא יודע כי הגג והזכות לבנות עליו שמורים לבעלי דירה אחרת, מונעת ממנו מלטעון כי אלה כלולים ברכוש המשותף, אף אם רישום ההצמדה בפנקס לא כלל התייחסות מפורשת (כנדרש) לזכויות הבנייה.

73 ע"א 269/74 בוקובזה נ' הממונה על המירשם, פ"ד כט(1) 243 (להלן: עניין בוקובזה).

74 ראו בהרחבה דגן, לעיל הערה 2, בעמ' 51-54.

שדיני התכנון והבנייה קובעים באשר לגודל ולרוחב המינימליים של חלקה⁷⁵. הסיבה לכך היא, שאין בהסכם כזה כדי לפגוע במעמד הקוגנטי-למחצה של זכות הפירוק, אשר — בהקשר של מקרקעין שדינים אלה אינם מתירים את חלוקתם בעין — תביא למכירת הנכס לצד ג'⁷⁶. שנית, וזה העיקר לענייננו, אכן ראוי לאפשר לצדדים הסדר שכזה. כפי שעולה מדוגמת דירת-המגורים, יצירתם של גבולות פנימיים, המעניקה "איים" של שליטה ואחריות לשותפים, מסייעת בשימור אופטימלי של מערכת-יחסים קואופרטיבית כשכנים (בין האיים) וכשותפים (בכל שאר הזכויות והחבויות המוטלות על הצדדים כבעלים משותפים, וכן בשטחים שהם מותירים כנשוא לחזקה משותפת). ואם כך ביחסים משפחתיים, פשיטא שראוי להתיר זאת ביחסים שבין מי שאינם בני אותה משפחה. אם הצדדים רוצים להמשיך ולהיות שותפים ולא להיזקק להליך של פירוק השיתוף (שכפי שמדגישים בצדק כל השופטים בעניין בוקובזה, ממשיך ועומד לרשות כל אחד מהם בכל עת) ואם אין בכך כל פגיעה בצד שלישי כלשהו⁷⁷, מדוע שמישהו — ובפרט המדינה — יתנגד⁷⁸?

ניתן, ואף ראוי בעיני, להכליל דברים אחרונים אלה. האתגר של כינון ושימור משטר של בעלות משותפת המצליח להתגבר על הטרגדיה ההרדיאנית, בפרט כאשר החירות לצאת נשמרת בקפידה, אינו פשוט — כפי שראינו. טענתי, כי מערכת משפטית המעוניינת להשיג תכלית מורכבת זו תתאפיין בתמיכה פעילה במשטר של בעלות משותפת, אשר תבוא לכלל ביטוי בכללי רקע (שידונו מיד) אשר נועדו להגן על הצדדים מפני ניצול-לרעה של האמון שהם נותנים זה בזה. אך כללים אלה, מעצם טבעם, אינם יכולים להתאים לכל מקרה של בעלות משותפת, על מאפייניו המיוחדים. מכאן, שבצד

75 ראו טעיפים 13 ו-38(א) לחוק המקרקעין. לנטיית בית-המשפט העליון להקל בחשיבות המגבלות הנזכרות בטקסט ולהכשיר עקיפות של ההגבלה על האפשרות להעביר בעלות בחלקים מסוימים מתוך יחידת רישום (על-ידי חוזה חכירה ארוכי-טווח) ראו לאחרונה רע"א 2821/95 לוסטיג נ' מייזלס (טרם פורסם. ניתן ב-25 באוגוסט 1996) פסקה 9.

76 ראו להלן טעיף 41.

77 ברי, שבחלוקת החזקה בהסכם-שיתוף אין כדי לפטור את בעלי הנכס מחובותיהם על-פי כל דין. ראו עניין בוקובזה, לעיל הערה 73, בעמ' 252. כל עוד הכול מסכימים על כך, אין בעיני חשיבות רבה למחלוקת באשר לסיווגו — ה"קנייני" או האחר — של הסכם-שיתוף. ראו בהקשר זה, לגבי ההכרה באחריותו של בעל-מקרקעין בנויקין, ע"א 780/76 מועלם נ' רשות הפיתוח, פ"ד לא(2) 630, 636; ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 124-125. (וודק: חובותיו של בעל-מקרקעין בנויקין אינן זהות בהכרח לאלה של המחזיק בהם. אך פער זה — שמקורו באופיין האישי של החובות שדיני-הנויקין מטילים — אינו מיוחד למצבים של חלוקת חזקה, אלא קורה בכל מקרה של הפרדת בעלות משליטה, כגון במצבים שבהם המקרקעין מושכרים).

78 גם במשפט האמריקני הסכם לחלוקת החזקה הייחודית תקף ואכיף. ראו "Tenancy in Common" 86 C.J.S. § 25, at pp. 383-384.

התמיכה הפעילה של המשפט בשיתוף, נדרשת מערכת משפטית, המעוניינת לסייע לצדדים המכוננים ביניהם יחסי שיתוף במקרקעין, גם לתמיכה "סבילה", דהיינו: לאימוץ גישה מתירנית באשר לתוכן ההסדר שהצדדים קובעים, בהסכמה הדדית, כי יכתיב את יחסיהם כבעלים משותפים⁷⁹. כל עוד לא נפגעת חירותם של הצדדים לצאת מיחס השיתוף במקרקעין (מעבר לפגיעה הזמנית שמתיר הדין) וכל עוד אין בהסכם השיתוף כל פגיעה בצדדים שלישיים, ראוי לאפשר לצדדים לעצבו כרצונם.

2. מעגל שלטון הרוב

(א) כללי

המעגל השני, ה"שוטף", הוא המעגל הרמוקרטי. כפי שמציין השופט ברק בפסק-הדין המנתח בעניין זול בו, חוק המקרקעין יצר את שלטון הרוב ובכך ביטל את המשטר של "פה אחד" – קרי: מתן זכות וטו לכל שותף באשר לניצולם של המקרקעין – אשר נהג לפניו⁸⁰. היבט זה של פרק ה' לחוק המקרקעין גם משקף את נקודת-השני החשובה ביותר של דיני-השיתוף שלנו מהדינים המקבילים בשיטות-המשפט האנגלו-אמריקניות (וכן הצרפתיות) ואת נקודת-הדמיון המובהקת ביותר בינם ובין הדין הנוהג בשאר השיטות הקונטיננטליות⁸¹.

79 ראו בדומה לכך אוסטרום, לעיל הערה 56, בעמ' 101 (אחד המאפיינים המכניים של מאגרים משותפים שהצליחו הוא הכרת המדינה בהסדרים הפרטיים שהבעלים המשותפים קבעו).

80 ע"א 810/82 זול בו בע"מ נ' זיידה, פ"ד לז(4) 742, 740, 737 (להלן: עניין זול בו). על המשטר של "פה אחד" כדין השיתוף הכללי של המשפט הישראלי עובר לחוק המקרקעין ראו יהושע ויסמן שותפות בנכסים (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים בהנחיית אביגדור לכונטין, הוגש לסינט האוניברסיטה העברית ירושלים, תשכ"ג) 76-80; בקי, לעיל הערה 41, בעמ' 17-24. מעניין לציין, כי המשטר של שלטון הרוב אינו נזכר כלל בהצעת החוק והיה אחד החידושים החשובים שהוכנסו בה בשלב הדין בוועדה. ראו ד"כ 55 (תשכ"ט) 3759-3760.

81 דוגמא מובהקת לכך מצויה בסעיף (1) 746 לקוד האזרחי הגרמני (Bürgerliches Gesetzbuch) הקובע: "By a Majority vote, regulations for management and use corresponding to the character of the common object may be adopted. The majority vote shall be reckoned according to the size of the shares". ראו Ian S. Hackensack, *The German Civil Code* (Forrester et al. transl, 1975) 121. לסקירת ההסדרים בשיטות קונטיננטליות אחרות ראו סיימונידס ומרטין, לעיל הערה 40, בעמ' 122-123; 161-162 (Hiroshi Oda *Japanese Law* (London 1992) 161-162); ויסמן, לעיל הערה 80, בעמ' 80-81.

על-פי ההגדרה, משטר של שלטון רוב הוא משטר המעדיף את אינטרס הכלל על-פני השליטה האישית של כל פרט בזכויות שבבעלותו⁸². זאת ועוד: בקהילה סגורה, המתאפיינת בנורמות חברתיות של אמון הדדי ושיתוף-פעולה — מאפיינים שהם, כזכור, תנאי יסודי להצלחתה של בעלות משותפת — משטר דמוקרטי, המקנה לבעלים המשותפים כקבוצה את הכוח לקבוע באופן דינמי את אופן הניהול והשימוש במשאב, נראה גם כמקדם יעילות, משום שהוא מאפשר להתאים את הכללים לנסיבות המשתנות (הסביבתיות, הכלכליות, החברתיות וכיו"ב)⁸³. לפיכך נראה שבתנאים אלה, המעבר לשלטון רוב לא רק שימנע את הקיפאון הנובע ממתן זכות וטו לכל אחד מהבעלים, אלא אף יביא לכך שתיבחר דרך ניצול עדיפה, כזו שתשרת את האינטרסים של בעלי הרוב⁸⁴. בסעיף זה אסקור את הנורמות המהותיות והפרוצדורליות המסדירות את מעגל שלטון הרוב. בפרט איעזר בדרך הניתוח ובהעשרה של עניין זול בו את הוראות חוק המקרקעין. הלכת זול בו היא נקודת-ציון חשובה בטענתי כי הדין הנוהג — אשר העביר לרוב כוחות שבעבר ניתנו רק לכלל — תומך בשיתוף כל עוד הוא "עובד": בהתוויית התחומים הענייניים לפעולת הרוב באופן רחבי-יחסית יש כדי ללמד על המגמה לתת לשיתוף כר-פעולה נרחב; בהתוויית שסתומי-הוויסות המהותיים והפרוצדורליים הדין מספק כללי רקע נוחים כדי לתרום להצלחת נסיונם של הצדדים לשותף פעולה; ותמיד עומדת ברקע דרך המילוט של פירוק השיתוף. (מכאן, שיש להגביל את האמור בסעיף זה להקשר שהוא מתייחס אליו, דהיינו: יחסי שיתוף לגבי משאב שמימוש החירות לצאת מהשיתוף בו הוא אפשרי. מנגד, בנסיבות שבהן מדובר בשיתוף כפוי אשר היציאה ממנו, דה-יורה או למצער דה-פקטו, בלתי-אפשרית או בלתי-מעשית, ראוי להחיל — לדעתי — נורמות אחרות, הנותנות משקל רב יותר לאינטרס של כל פרט על חשבון אינטרס הכלל).

82 במילים אחרות: שלטון הרוב מעקר את כוח הסחטנות המוקנה לכל פרט במשטר של "פה אחד". ראו, למשל, זוהר גושן "הצבעה אסטרטגית בדיני חברות: מדיקטטורה לדמוקרטיה" משפטים כג (תשנ"ד) 109, 121.

83 ראו אוסטרומ, לעיל הערה 56, בעמ' 93, 211 (אחד המאפיינים המבניים של מאגרים משותפים שהצליחו הוא קיומם של מנגנוני-החלטה השתתפותיים לקביעה דינמית של הכללים האופרטיביים. הסיכוי שהבעלים המשותפים יאמצו שינויים הדרגתיים כאלה, אשר יקדמו את רווחתם המצרפית, מותנה בכך שמדובר בקבוצה קטנה ויציבה-יחסית, שלמרבית חבריה הערכה דומה כאשר לדרך השימוש הנוכחית כמשאב ולהשפעת השינוי המוצע על רווחתם האישית, שאחוז הניכיון שלהם נמוך-יחסית, שעלויות המידע והאכיפה שלהם נמוכות ושמכחינה חברתית הם מתאפיינים ביחסי אמון והדדיות).

84 ראו בדומה לכך עניין זול בו, לעיל הערה 80, בעמ' 741.

(ב) מגבלות מהותיות

המגבלה המהותית על סמכות הרוב הותוותה בעניין זול בו בנוסחה הכללית הבאה: "ניהול ושימוש רגילים [אשר ביחס אליהם כפוף כל פרט לדעת הרוב] משמעותם עשיית כל אותן פעולות (מטריאליות ומשפטיות), אשר על-פי מהותו של אותו נכס, טיבו וייעודו טבעיות הן לגביו. היקפן של פעולות אלה נקבע על-פי נסיבות העניין"⁸⁵. כך, לדוגמא, השכרת בית דירות המיועדות להשכרה או השכרת נכס שיועד למטרות מסחריות ואשר עמד ריק מפעילות בשכירות בלתי-מוגנת (גם לתקופה הלא-קצרה יחסית של שנה עם אופציה לשנתיים נוספות אשר נידונה בעניין זול בו) ובוודאי גם החלטות בדבר התחזוקה של הנכס⁸⁶ וההשקעה בו ייתשבו "רגילות". מנגד, החלטות שיש בהן שינוי ייעודו של הנכס (או חלקו) כמו השכרת דירת-מגורים לבית-עסק או בניית מבנה בחצר המשותפת, או שינוי מהותי הפועל לרעת המיעוט באופן השימוש בו (כגון השכרת נכס שהושכר בעבר בשכירות לא-מוגנת בשכירות מוגנת או השכנתם של קרובים חסרי-דיוור בדירה שבבעלות משותפת) – אינן רגילות⁸⁷.

לכאורה ההבחנה בין פעולה "טבעית ומתבקשת", שתיחשב שימוש רגיל ועל-כן בסמכות הרוב, מזה, ובין פעולה "יוצאת-דופן וחריגה", שרק הסכמת הכול מכשירה, מזה, נראית מעורפלת למדי, וגם הפנייה להקשר הדברים המיוחד למקרה אינה נראית כמוסיפה ודאות. ובכל-זאת נראה לי, כי ניתן ללמוד מהלכת זול בו ומהדוגמאות הנ"ל על עקרונות מנחים ברורים למדי.

כפי שאני קורא את הלכת זול בו, בית-המשפט קובע בה חזקה "בעד הרוב" אשר תחומה בציפיות הסבירות של המיעוט עובר לכניסתו למעגל השיתוף. ציפיות אלה הן⁸⁸ – וכאן הדברים מתחילים להיות פחות ופחות מעורפלים – ראשית, שהשיתוף יתייחס לנכס שאופיו וייעודו ידועים, קרי: שדרך ניהול המשאב ואופן השימוש בו לא יתרגו מבסיס ההסכמה שהבעלות המשותפת בנויה עליה⁸⁹; ושנית, שיחסי השיתוף לא יתרגו

85 עניין זול בו, לעיל הערה 80, בעמ' 740.

86 בין בפיקוח שוטף על הנכס כלפי פנים (כגון ניקוי השטח, ניכוש עשבים וקוצים וכיו"ב) בין ביחסים עם גורמי-חצר (כגון תשלום מסים ואגרות, מעקב אחרי תוכניות-מתאר וכיו"ב).

87 הדוגמאות שהובאו בפסקה זו מבוססות רובן ככולן על עניין זול בו, לעיל הערה 80, בעמ' 741, 743, 745 והאסמכתאות המובאות שם. הדוגמא האחרונה מפנה לפסק-דינו של בית-המשפט העליון ב"ע

42/86 גורן פז נ' גרינבלט, פ"ד מ(1) 284.

88 ראו עניין זול בו, לעיל הערה 80, בעמ' 740-741.

89 השוו ע"א 524/88 "פרי העמק" נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529, 548, 550 ("בנוסף להגבלות הרגילות, לפיהן השינוי צריך להיות בתום-לב ולמען האגודה ואסור לו שיעשוק את המיעוט, קיימת הגבלה כללית, לפיה אין לכלול בו עניינים המשנים בצורה מהותית את בסיס ההסכמה עליה בנויה החברות באגודה השיתופית". אמנם, "המחוקק רשאי לסטות מעקרון כללי זה... אך בהעדר הוראה

מנקודת-ההתחלה באופן שיפגע במיעוט יתר על המידה⁹⁰.
 אכן, הלכת זול בו קובעת שני עקרונות מרכזיים המנחים את מעגל שלטון הרוב: מחד גיסא, שלטון הרוב משתרע על תחום ענייניים רחב-יחסית, בהתאם למגמה לתת לשיתוף כר-פעולה נרחב ולאפשר לשותפים להתאים באופן דינמי את אופן ניהול המשאב והשימוש בו לנסיבות המשתנות⁹¹. הרחבת התחום הטריטוריאלי של מעגל שלטון הרוב תואמת את אפיונו של השיתוף במקרקעין כמוסד הבא לספק יתרונות חשובים למשתתפים בו, ולא כשיתוף של בדלית ברירה, כפי שהוא מצטייר על-פי הדעה המקובלת (השור בהקשר זה, מחד גיסא, למגמת דיני הבתים המשותפים להצר את תחומי השיתוף⁹², ומאידך גיסא, למגמת דיני השיתוף בין בני-זוג להרחיבם דווקא⁹³). כמובן גם הסמכת הרוב להתאמה דינמית של השימוש במשאב ושל ניהולו לנסיבות המשתנות מתאימה למסגרת קואופרטיבית אשר אינה חוששת מהכפפת הפרט היחיד לרובנות הכלל⁹⁴. מאידך גיסא, הלכת זול בו מגנה על ציפיותיו הסבירות של המיעוט ומונעת מהרוב לפגוע בהן באופן חמור מדי. לסברתי, מטרתה של הגנה זו להבטיח (מלכתחילה) לכל צד שלא ינוצל לרעה על-ידי שותפו ובכך לאפשר את שיתוף-הפעולה בין הצדדים ולתמוך בו. (מעניין בהקשר זה לשים לב גם לקשר, שעליו הצביע אליקסון⁹⁵, בין שוויון לבין שיתוף-פעולה. כלל הרקע שאנו עוסקים בו אינו שוויוני, אך הוא ממתן את נצחון הרוב ואת הפסד המיעוט ובכך מקהה את ניגוד האינטרסים ביניהם

מפורשת, אין הרוב מוסמך להביא לשינוי בסיסי המשנה את ההבנה שבין הצדדים לתקנון, ונדרשת הסכמת כל החברים כולם". לפיכך נפסק, כי אין אגודה יכולה לשנות את תקנונה כך שהחלטה באסיפה כללית תוכל להגדיל למפרע את סכום ההשתתפות שחבר התחייב בו עם כניסתו לאגודה).

90 לדעתי, אין זה מלאכותי לעגן עקרונות-יסוד אלה בציפיות הצדדים, כאשר הבעלים המשותפים תופשים זה את זה כשותפים ולא כיריבים: הם חייבים לעשות כן, שאחרת לא היו נכנסים למעגל השיתוף, או — אם נכנסו אליו בעל-כורחם (כגון במקרה של ירושה) — היו ממהרים לצאת ממנו (הדרך של פירוק שיתוף תמיד פתוחה בפניהם).

91 עם זאת מובן, שאין בהסמכה זו של הרוב להכריע בשם הכלל כדי חיובו של הרוב לעשות כן אם אין רצונו בכך. ראו ע"א 677/79 בנועמן נ' עבודי, פ"ד לו(1) 174, 181-182.

92 ראו דגן, לעיל הערה 2, בעמ' 68-70, 75.

93 ראו ע"א 2280/90 אבולוף נ' אבולוף, פ"ד מז(5) 596; ע"א 809/90 לידאי נ' לידאי, פ"ד מו(1) 602; אריאל רחן-צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול (תש"ן) שער שלישי, פרק שביעי, בעמ' 475.

94 השור למבחנים הטכניים הנוקשים שקבעה הפסיקה אשר דנה בשימוש ברכוש המשותף במסגרת דיני הבתים המשותפים. ראו דגן, לעיל הערה 2, בעמ' 70-74. להתייחסות למשטר של סטנדרטים עמומים כמעודד שיתוף-פעולה דינמי ראו Eyal Benvenisti "Collective Action in the Utilization of Shared Freshwater — The Challenges of International Water Resources Law" 90 Am. J. Int'l L. (1996) 384, 402-403.

95 לעיל ליד הערה 52.

ומשפר את הסיכוי לשיתוף-פעולה. במלים אחרות: הקיבוצי היחסי של חלקו של כל אחד מהבעלים המשותפים ב"עוגה" מחזק את הסיכוי שהרוב יתמקד בשיקול של גודל העוגה ולא בשיקולים הפרטיקולריים של מקבל נתח זה או אחר ממנה).

על רקע פרשנות זו של המדיניות שבבסיס הלכת זול בו נראית לי עקרונית גם ההלכה הקובעת, כי החלטה שלא לעשות כל שימוש בנכס אינה בגדר "שימוש וניהול רגיל" ומכאן שאין בכוחו של רוב להחליט עליה⁹⁶. מסקנה זו נראית בעיני משתי סיבות: ראשית, הקפאת השימוש בנכס מנוגדת למגמת ההסדר של שלטון הרוב להבטיח שימוש יעיל בנכס. שנית – ובעיני חשוב עוד יותר – הנימוק המסתבר של הרוב להחליט הקפאה הוא אסטרטגי⁹⁷: פגיעה בציפיות המיעוט להכנסות באופן שיקל על הרצאתו מהתמונה (או "יוריד לו את המחיר"); פגיעה הצריכה להיות – כפי שזה עתה ציינתי – גבול כוחו של הרוב⁹⁸.

לדעתי, הצדקות אלה של ההלכה האחרונה צריכות גם להגדיר את טווח פועלה. מכאן, שכאשר הקפאת השימוש בנכס היא יעילה – למשל: אם מדובר בהחלטה זמנית הנובעת מרצון לשפץ את הנכס כנדרש להחזקתו התקינה, או אם הרצאות השימוש בו עולות על הרווח המתקבל והרוב רוצה "פסק-זמן" לפירעון חובות ולמציאת שימוש חלופי שעלויותיו נמוכות⁹⁹ – אין זה ראוי עוד לפסול החלטה רוב להקפאת השימוש בנכס. לא רק שיקול היעילות מחייב במקרים כאלה, על-פי ההגדרה, את הכשרתה של החלטה כזו. קיומו של שיקול של יעילות מלמד גם, לפחות לכאורה, שמטרת ההחלטה אינה פגיעה אסטרטגית במיעוט ולפיכך גם השיקול של הגנה על המיעוט אינו מחייב עוד את פסילת ההחלטה להקפאה¹⁰⁰.

96 ע"א 663/87 נתן נ' גרינר, פ"ד מה(1) 104, 117-118 (להלן: עניין נתן).

97 מסקנה זו נובעת למעשה מהנימוק הראשון המופיע בטקסט.

98 באופן דומה ניתן לנמק את הדעה, שלפיה אין בכוחו של הרוב להחליט על עסקת שאילה, להבדיל מעסקת השכירות שנדונה בעניין זול בו (לעיל הערה 80); שכן בכך הוא שולל מהמיעוט הן את ההנאה מהשימוש בנכס עצמו והן את ההנאה מפירותיו הכלכליים.

99 אלה הסייגים שפורפו נינה זלצמן מציעה להלכת נתן. ראו נינה זלצמן "דיני קניין" ספר השנה של המשפט בישראל (אריאל רחון-צבי עורך, תשנ"ב-תשנ"ג) 561, 597.

100 אם בכלל, ניתן אז לומר שדווקא הנימוק המסתבר של מיעוט המתעקש להמשיך את השימוש הבלתי-יעיל בנכס, הגם שהוא עצמו נפגע ממנו, הוא אסטרטגי.

(ג) מגבלות פרוצדורליות

בצד המגבלות המהותיות התוותרה ההלכה הפסוקה את הכללים הפרוצדורליים של המשחק הרמוקרטי של הבעלות המשותפת. בעניין זול בו קבע השופט ברק, כי הרוב¹⁰¹ כפוף לחובות של גילוי והיוועצות, קרי: שעליו להציג למיעוט את מלוא העובדות ולשתפו בקבלת ההחלטה¹⁰². בעניין וילנר חידדה השופטת בן-פורת דרישות אלה בקובעה ראשית, שנוסף עליהן הרוב חייב להגיע להיוועצות כשהוא "פתוח להצעות" ואסור לו להיות מראש נחוש בדעתו לדחות את עמדת המיעוט; ושנית, שאי-קיום דרישות הגילוי, ההיוועצות והפתיחות (או איזו מהן) גורר בטלות (של החלטת רוב, ואפילו של הסכם בין חברי הרוב)¹⁰³. נוסף על אלה מוסמך בית-המשפט לדון בפניות של שותפים במקרקעין הרואים את עצמם מקופחים ולהחליט בהן "כפי שנראה לו יעיל וצודק כנסיונות העניין"¹⁰⁴; והשופט ברק בעניין זול בו מדגיש, שכל פעולה של הרוב חייבת להתבצע כך שתיתן למיעוט הזדמנות לנצל סמכות פתוחה זו¹⁰⁵.

101 שאלה קשה היא, האם "בעלי רוב החלקים" שסעיף 30 לחוק המקרקעין דן בהם יכולים גם להיות אדם אחד (אם הוא הבעלים של רוב החלקים במקרקעין המשותפים). את הקושי המילולי קל לפתור על-ידי סעיף 5 לחוק הפרשנות, חש"מ"א-1981, ס"ח 302 (רבים במשמע יחיד), אך השאלה המהותית של הכרה בזכות וטו של אדם אחד אינה פשוטה: האומנם ראוי שאדם יחיד — ואפילו הוא מחזיק ביותר ממחצית הקרקע — יוכל לעשות בה כבתוך שלו? ראו גולדנברג, לעיל הערה 26, בעמ' 109-110. מעניין זול בו צולה במשתמע, שבעלי רוב — גם בעל רוב במשמע (לאח מתתיהו היו כאותו עניין 5/8). אך האם אין בכך כדי לחתור תחת מאפיינים מהותיים לתפקודי הקואופרטיבי של משטר המבוטס על שלטון הרוב, כמו השאיפה להותיר למיעוט תחושה שעניינו נלקח בחשבון ושיש סיכוי שבעניין אחר דווקא ידו תהיה על העליונה? לכאורה נראה, שמנקודת-המבט של עידוד שיתוף-פעולה משטר המקנה לצד אחד זכות וטו הוא בעייתי עוד יותר מאשר המשטר (שקדם לחוק המקרקעין) שהקנה זכות וטו לכל אחד. השוו לאחרונה ת.א. (ת.א.) 45652/88 שטנג נ' מינצור, פס"מ תשנ"ה (ד) 221, 237-238 (בהתייחסו לסמכות הרוב, בהקשר של בתים משותפים, להחליט על הרחבת דירות על חשבון הרכוש המשותף, בית-משפט השלום מוצא את פעולתו של הנתבע — שכנסיבות אותו עניין הרוב היה מרוכז בידי יחיד — כחסרת תוס-לב; שכן הנתבע "הזדרז וזימן אסיפה כללית במטרה להכשיר את המעשה שעשה שלא כדין באופן רטרואקטיבי, ביועצו כי כל הקלפים מצויים בידו, ואילו שכניו המהווים מיעוט נותרו ללא כל יכולת להגן על זכויותיהם"). אך ראו זוהר גושן "הצבעה תוך ניגודי אינטרסים בדיני חברות" (טרם פורסם) (גם אדם אחד צריך להיחשב "בעלי הרוב" אם הוא מחזיק ברוב נכסי הקבוצה שכן — מנקודת מבט כלכלית — דעתו, במקרה כזה, תהווה מדרד לקיומה של עסקה יעילה).

102 עניין זול בו, לעיל הערה 80, בעמ' 744.

103 עניין וילנר, לעיל הערה 13, בעמ' 54-55.

104 סעיף 30(ב) לחוק המקרקעין.

105 עניין זול בו, לעיל הערה 80, בעמ' 744.

נראה לי, שישנה חשיבות רבה לנורמות אלה כ"מנגנונים תומכים" בשיתוף-הפעולה שבבסיס יחסי השיתוף. יש בהן כדי להסיר חשש מפני פעולות אסטרטגיות של שאר השותפים "מאחורי הגב", להבטיח לכל שותף שלא ימצא מנוצל ולומר לו שאין הוא לוקח סיכון גדול כל-כך בשתפו פעולה. גם אפשרות הפנייה לבית-המשפט נראית לי כניסיון לשיקום היחסים, ושיקול-הדעת הרחב – כמכוון לאפשר לבית-המשפט להגיע לתוצאה שתיראה לצדדים ראויה, תיישב את הסכסוך ביניהם ואולי אף תביא לפיוסם ולהמשך תקין של היחסים ביניהם¹⁰⁶ (אחרת, פועלו של בית-המשפט כאן הוא רק זמני, שכן יחסי שיתוף בין צדדים עוינים זה לזה מועדים לכישלון, ועל-כן הם יעברו מן הסתם, ומהר, למסלול של פירוק השיתוף). ולבסוף, הדרישה לפתיחות – העשויה להיראות מלאכותית במערכת-יחסים של רוב ומיעוט תחת פרדיגמה תחרותית (של טרגדיית המאגר המשותף) – נראית ממשית כאשר עסקינן ביחסים בין שותפים¹⁰⁷. גם אם קשה לאכוף נורמות מסוג זה – בפרט בשל חוסר היכולת של הרשות האוכפת לברר, האם אכן פעל נמען הנורמה בהתאם לציווי הקבוע בה – הרי יש בהן, לפחות בהקשר של קהילה, אשר ככלל דבקה בערכים של שיתוף-פעולה ואמון הדדי, לספק אמת-מידה להתנהגות ראויה אצל נמעני המשפט עצמם¹⁰⁸.

זאת ועוד: הסדרים אלה של דמוקרטיה ישירה נראים כמכוונים לעורר השתתפות בלתי-אמצעית של החברים בה. בכך נמצא המשטר המסדיר את השיתוף במקרקעין נבדל ומיוחד ביחס לשלטון ההיררכי ודרך הניהול הפורמלית המאפיינים גופים שאינם סולידריים¹⁰⁹. דוגמא יפה, אשר תבהיר את ייחורו של האופן שהשיתוף במקרקעין מעוצב בו מבחינה מבנית, היא של הבית המשותף, המוסדר בפרק ו' לחוק המקרקעין. הבית המשותף הוא מוסד היררכי, שבראשו נציגות אשר בידה מרוכזות הסמכויות הביצועיות¹¹⁰. כמו-כן – כמו גופים היררכיים אחרים, כגון החברה המסחרית, ולהבדיל

106 השוו, Steven D. Smith "Reductionism in Legal Thought" 91 *Colum. L. Rev.* (1991) 68, 69-71.

107 ואם היחסים החברתיים בין הצדדים כבר אינם כאלה, ראוי לפרק את החבילה; שכן, כפי שראינו, אין סיכוי לתפקוד בריא של בעלות משותפת בין צדדים המתייחסים זה לזה כיריבים.

108 השוו Hart, *supra* note 70, at pp. 79-88; James A. Henderson Jr. & Richard N. Pearson "Implementing Federal Environmental Policies – The Limits of Aspirational Commands" 78 *Colum. L. Rev.* (1978) 1429.

109 לדיון כללי ראו Henry Hansmann "Condominium and Cooperative Housing – Transactional Efficiency, Tax Subsidies, and Tenure Choice" 20 *J. Legal Stud.* (1991) 25, 34-36.

110 הנציגות אתראית על "ניהול ענייני הבית המשותף", משמשת "מורשה של כל בעלי הדירות בכל עניין הנוגע להחזקת התקנה ולניהולו של הבית המשותף" ו"זכאית בעניינים אלה להתקשר בחוזים ולהיות

מהאידיאל של "רפובליקה השתתפותית" המנחה גופים שיתופיים "אמיתיים" — אין לבעל-דירה יחיד כוח לכנס את האסיפה הכללית בכל עת. אסיפות כלליות שלא מן המניין מתכנסות רק על-פי יוזמת הנציגות או על-פי דרישת בעליהן של שליש מן הדירות לפחות¹¹¹. יתירה מזו: להבדיל מהאופן שלסברתי הדין צופה בו את הניהול ה"שוטף" של יחסי השיתוף במקרקעין — היינו: באמצעים בלתי-פורמליים ולא על-ידי היזקקות לטענות משפטיות — הרי שבהקשר של הבית המשותף הביעה הפסיקה לאחרונה את נטייתה לעמוד על כל דקדוקי הפורמליסטיקה באשר לדרך ניהולה של האסיפה הכללית¹¹².

לבסוף, הדרישות לגילוי, להיוועצות ולפתיחות, כמו גם העמדת שירותיו של בית-המשפט בכשירותו כ"מעין מפשר", נראים בעיני כמנגנונים המכוונים לחזק את יכולתו של כל אחד מהבעלים המשותפים "לשנות מבפנים", קרי: להשמיע, להישמע ולהשפיע על ההחלטה¹¹³. ברי, שפנייתם של צדדים ממורמרים לדרך של "שינוי מבפנים" מותנית בנכונותם להישאר "בפנים", אשר בתורה תלויה גם בקיומה של נאמנות בסיסית שלהם לקהילה שמדובר בה. אך בנכונות זו לא היה די בהיעדרם של הסדרים מבניים המבטיחים ככל האפשר השמעת קול אפקטיבי¹¹⁴. לכן משטר של דמוקרטיה ישירה, המעודדת השתתפות בלתי-אמצעית של הצדדים לשיתוף, הוא תנאי חשוב לכך שצדדים יפנו קודם-כול לדרך של השפעה מבפנים וישתמשו בחירות לצאת רק כמפלט אחרון. גם במובן זה, ניתן אפוא לראות במגבלות הפרוצדורליות כאמצעי הבא לחזק את הלכידות החברתית של השותפים במקרקעין¹¹⁵.

צד בכל הליך משפטי ובכל משא-ומתן אחר בשם כל בעלי הדירות". ראו סעיפים 65 ו-96 לחוק המקרקעין.

111 ראו סעיף 6 לתקנון המצוי בתוספת לחוק המקרקעין.

112 ראו ע"א 2896/90 טורצקי נ' דייך, פ"ד מו(5) 454.

113 עם זאת, עדיין ייתכן כי ראוי לסייג את קביעתה הגורפת של השופטת בן-פורת כעניין וילנר דלעיל, ככל שעולה ממנה כי החלטת הרוב שלא עמדה בדרישות הפרוצדורליות תהיה בטלה, אף אם יתברר שאין בה מבחינה מהותית כל קיפוח או פגיעה במיעוט. למצער, ניתן לטעון בנסיבות אלה, כי ככל שיש בהחלטה כאמור התחייבות כלפי צד ג' תהיה לו זכות לאוכפה ביחס לחלקו של הרוב. השוו ע"א 29/86 תי. ט. נהיגה עצמית בע"מ נ' קרול ואח', פ"ד מד(1) 468, 873-874.

114 אפקטיביות המתחזקת גם הודות לעצם היכולת לממש את החירות לצאת, אם הצד הממורמר לא יבוא בדרך זו או אחרת, על סיפוקו.

115 פסקה זו מבוססת על דיונו הקלטי של אלברט הירשמן במנגנונים השונים להשפעה של פרטים על הארגונים שבהם הם משתתפים (או שאת מוצריהם הם צורכים). ראו Albert O. Hirschman *Exit, Voice, and Loyalty — Responses to Decline in Firms, Organizations and States* (Cambridge, 1970) 30, 37, 43, 77, 79, 82.

3. המעגל האנרכיסטי¹¹⁶

(א) "שימוש סביר"

כניתי את מעגל ההסדרים השלישי "אנרכיסטי", משום שיש בו איזשהו ניסיון לחזור ל"מצב טבע" (בתיאוריו היותר משמחים)¹¹⁷ של בעלות משותפת המקנה לכל אחד חירות לפעול כרצונו (מבלי שנדרשת לכך הסכמת כלל השותפים או אפילו מרביתם). כאשר חירות זו מוגבלת בכל-זאת באינטרסים הלגיטימיים של האחרים. מעגל ההסדרים השלישי הוא המאגר ביותר את הפסימיסט ההרדיאני, שכן סטנדרט ההתנהגות בו — "שימוש סביר, ובלבד שלא יימנע שימוש כזה משותף אחר"¹¹⁸ — נראה כסתירה לוגית, אם נזכור שבעלותו של כל שותף משתרעת בכל "פרודה" של הנכס, כך שכל דריסת-רגל של שותף חוסמת את האחרים מלדרוך באותו אתר בנכס, קטן ככל שיהיה¹¹⁹.

נראה לי, שדי בדברים אלה כדי לראות שאותם שיקולים שפירטתי, בעקבות הלכת זול בו, בהקשר למעגל שלטון הרוב, יחולו — וביתר שאת — בהקשר למעגל האנרכיסטי (ככפיפות להברל החשוב של תחולה רק לגבי שימוש גרידא, ולא לגבי ניהול). כלומר: שותף רשאי להשתמש בנכס רק באופן "טבעי ומתבקש" בהינתן טבעו ואופיו של הנכס והשימושים שנעשו בו בעבר (קרי: בצורה התואמת את ציפיותיהם של שותפיו¹²⁰), וגם זאת מבלי שתהיה בכך פגיעה של ממש באפשרויות השימוש של שותפיו (זאת אומרת, שדרישות השותפים האחרים לשימוש בנכס, ולא רק מאפייניו ככזה, יכתיבו את סבירות השימוש¹²¹).

116 כדי למנוע בלבול אעיר כבר בנקודה זו, כי השימוש במושג "אנרכיסטי", כפי שאני מתייחס אליו כאן, הוא במובנו הבסיסי ביותר של מושג זה, וגם זאת באופן מוגבל ביותר. מעגל ההסדרים השלישי בא לכונן מסגרת של שיתוף-פעולה בלי סמכות כוחנית מרכזית (אפילו לא כזו הנשענת על סמכות הרוב). עם זאת ברור, שבהקשר הנוכחי האנרכיה מוגבלת ביותר, הן משום שכית-המשפט מגדיר את הסטנדרטים של מותר ואסור (ואוכף אותם) והן משום שגם טווח פעילות זה יכול להיות מוגבל בהתלטת רוב (או כמובן בהסכם-שיתוף) אשר גוזרים על ההסדרים המפורטים להלן. ובכל-זאת מהסיבות המוטברות להלן, נראה לי שהשימוש (השאל) בביטוי "אנרכיסטי" מסייע בהבנת פועלם של הסדרים אלה.

117 השוהו 153-155 *Jeremy Waldron The Right to Private Property* (Oxford 1988).

118 סעיף 31(א)(1) לחוק המקרקעין.

119 ראו עניין וילנר, לעיל הערה 13, בעמ' 55.

120 ראו בדומה לכך עניין וילנר, לעיל הערה 13, בעמ' 56. לרץ דומה במשפט הנוהג בלואיזיאנה (כולל דוגמאות ליישומן) ראו סיימוניידס ומרטין, לעיל הערה 40, בעמ' 123-125.

121 ראו בדומה לכך דויטש, לעיל הערה 72, בעמ' 400-401. והשוו ריטמן, לעיל הערה 16, בעמ' 46, הערה 128.

אני סבור, כי יש להבין את ההלכה הידועה בעניין ביאלר¹²² לפי דברים אתרוניים אלה. באותו עניין נידונה שאלת סמכותו של שותף (אם המשפחה) לתת לצד ג' (בנם הבגיר של בני-הזוג, אשר מצטייר בפסק-הדין כ"מתחרר מדון") רשיון להתגורר בנכס המשותף (דירת-המגורים של בני-הזוג), כאשר השותף האחר (האב) רוצה לסלק ממנה. נראה, כי בנסיבות אלה היה בהשאתו של הבן בדירה כדי לחייב את יציאת האב או להפוך את חייו לגיהנום או להביא לפירוק מהיר של השיתוף (בדירה, וחמור מכך — בין בני-הזוג). כדי לתת סיכוי מחדש לשיתוף-הפעולה בין השותפים (שערכו חשוב במיוחד בהקשר של שותפים במקרקעין שהם בני-זוג), יש למנוע פגיעה כל-כך קשה באחד הצדדים. יתור על כן: עצם הידיעה שפגיעה כזו אפשרית, אילו היתה מוכשרת, היתה עלולה במקרים עתידיים לסכל מראש כל ניסיון לשיתוף-פעולה; החשש ששותף עלול לנהוג כך עלול ליצור בין השותפים חשדנות ולחתור תחת האפשרות של שיתוף-פעולה ביניהם ולמנוע את המעבר המיוחל שלהם, ביחסיהם ההדדיים, למסגרת של אמון והסתמכות הדדיים¹²³.

122 ע"א 304/72 ביאלר נ' ביאלר, פ"ד כז(1) 533 (להלן: עניין ביאלר).
123 לדעתי, רק כך ניתן להבין את צמד טיעוניו של השופט ברנזון בעניין ביאלר (לעיל הערה 122, בעמ' 537): (א) המשתמש במקרקעין הוא לא השותף, אלא מישו אחר (בכך אין רי, שהרי ככלל רשאי שותף להשכיר את חלקו הערטילאי בהיעדר תניית הגבלת עבירות וכוודאי שאין מגבלה על מספר היוורשים של שותף במקרקעין. העוקץ הוא בזהותו של אותו אחר וכיחסי הביעיתיים עם השותף האחר); (ב) על-ידי התרת השימוש נמנעת מהשותפים האחרים עשיית שימוש כזה באותו זמן (מילולית נימק זה נכון תמיד וגם לגבי שימוש העצמי של כל שותף; העוקץ הוא אפוא שוב בזהותו של הצד השלישי [במקרים אחרים הוא עשוי להיות, למשל, בכך שהוספת עוד מישו תיצור צפיפות כזו שהשימוש בנכס יהפוך לבלתי-סביר]). לביקורת הלכת ביאלר, כאשר היא נקראת כפשוטה, ראו ויסמן, לעיל הערה 3, בעמ' 12. ליישום — בעייתי בעיני — שלה ככזו ראו ע"א (ת"א) 1008/80 הכפר הירוק בע"מ נ' מוגרי, פס"מ תשמ"ד (ב) 198, 203-204; עניין מנשה, לעיל הערה 72, בעמ' 36-37. לדין הקודם לחוק המקרקעין ולהצעת החוק, שלפיהם לא היה בדרך-כלל שותף רשאי להשכיר את חלקו במקרקעין לזר אלא בהסכמת שותפיו, ראו ע"א 509/64 חברת חלקה נ' לוי, פ"ד יט(2) 169, 175; בקי, לעיל הערה 41, בעמ' 31, 33; סעיף 72(א) להצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד-1964, הצ"ח 178, 186, ובהקשר להיעדר כוחו של שותף בבית לתת רשות שימוש לאחר ראו המג'לה, סעיף 1070. אך השו"ר ייכמן, לעיל הערה 18, בעמ' 125, הערה 20 (אשר סבור כי גם לפי הדין הקודם רשאי היה כל שותף להשכיר את חלקו הערטילאי בבעלות).

מנגד, ראוי בעיני תוצאת ת"א (רחובות) 2176/85 כסיף נ' אהרן, פס"מ תשמ"ז (ב) 209, שבו סירב בית-המשפט להעניק לבעל צו שימנע את מגורי בן-זוגה החדש של אשתו באותו חלק של הדירה אשר יחד באופן בלעדי למגורי האשה וילדיה. כפי שציין בית-המשפט באותו עניין (בעמ' 213-214), "גם אם ימנע מהנתבע להתגורר או לשהות בחלק מהדירה, לא תצמח מכך שום תועלת ממשיית לתובע, שהרי צו ביהמ"ש המונע ממנו להיכנס או לתפוס חזקה בחלק הדירה שיוחד לנתבעת שריר וקיים. הוצאת הנתבע לא תתרום מאומה להגנה כביכול על זכויותיו הקנייניות של התובע, ואף לא לרווחתו

אכן, לסברתי יש לקרוא את הלכת ביאלר כקובעת מגבלה על כוחו של שותף – אשר, ככלל, אינו מחייב את הסכמת מי משותפיו¹²⁴ – לעשות עסקאות (דוגמת השכרה) בחלקו הערטיילאי במקרקעין המשותפים¹²⁵ או לתת מכוחו רשיון שימוש לאחר. מגבלה זו מתייחסת לנסיבות שבהן עצם ההשכרה (או מתן הרשיון) לאותו אחר היא התעמרות בשותף האחר ויצרת אפוא הגבלה כוללת וברורה על שימוש השותף האחר בנכס¹²⁶. בנסיבות כאלה, ואם אכן הניסיון לשקם את שיתוף-הפעולה בין הצדדים כבר נוסה ונכשל – הדרך הנכונה היא לצאת ממסגרת השיתוף על-ידי מכירת החלק הערטיילאי כולו לאחר או על-ידי פירוק השיתוף.

מן הראוי להתייחס בהקשר זה למחלוקת שנפלה בין השופטות בן-פורת ונתניהו בעניין וילנר. בדור בעיני, כי השופטת בן-פורת צודקת בקובעה¹²⁷ שחוק המקרקעין דחה את הגישה ה"נגטיבית" – שלפיה "אין רשות לאף שותף לעשות בנכס שימוש כלשהו, כל עוד אחד השותפים האחרים מתנגד לכך" – לטובתה של גישה "פוזיטיבית" המתירה שימוש כל עוד הוא עומד במבחנים דלעיל, אפילו שותף אחר מתנגד לו, ובלבד שהרוב אינו מתנגד ושימוש דומה אינו נמנע מאחרים¹²⁸. השופטת בן-פורת מייחסת גישה זו להעדפת המחוקק את ניצולם היעיל של המקרקעין. לי נראה, כי ניתן להוסיף על כך שיקול של תמיכה בנסיבות של שיתוף-פעולה וולונטרי, ריכוך משטר הווסטו הנוקשה ששרר עובר לחוק המקרקעין וניסיון לתמוך בהגעתם של הצדדים לנקודת-האיוון של "חיה ותן לחיות" (נקודה שלעולם לא תימצא, כשלכל שחקן יש תמיד "קלף מנצח" בדמות זכות הווסטו).

אבל מכאן הדרך נראית לי ארוכה להמשך פסק-דינה של השופטת בן-פורת, שלפיו בפתרון השאלה המשפטית ברבר מהותו של "שימוש סביר" אין מקום לברר את השאלה המעשית "מה יקרה אם יותר שימוש כזה?"¹²⁹ השופטת בן-פורת טוענת, שגם אם

או נחיותו הוא. תוצאה זו עולה בקנה אחד עם אופן הניתוח המוצע כאן להלכת ביאלר, בלי להיזקק כלל לדוקטרינות של שימוש-לרעה בזכויות או של תוס-לב ודרך מקובלת, שבהן נחלה – שלא לצורך, לדעתי – בית-המשפט.

124 ראו ע"א 396/89 אלמחיתאסב נ' ויטנברג, פ"ד מה(1) 295 (להלן: עניין אלמחיתאסב). כמרכן ראו במשפט האמריקני American Law of Property, לעיל הערה 32, בעמ' 48-49, 51.

125 גם בהיעדר תניית הגבלת עבירות, משפט תוקפה או משעברו חמש שנים.

126 דוגמא קיצונית לכך תהיה מקרה שבו בעל משכיר את חלקו בדירה המשותפת (לו ולאשתו) לזר.

127 עניין וילנר, לעיל הערה 13, בעמ' 55-56.

128 להתלבטות הפסיקה שקדמה לחוק המקרקעין בין גישות אלה ולאימוץ הגישה ה"נגטיבית" דיוקא בהצעת החוק ראו ויסמן, לעיל הערה 3, בעמ' 10; בקי, לעיל הערה 41, בעמ' 17-24; סעיף 76 להצעת

חוק המקרקעין, תשכ"ד-1964, הצ"ח 178, 186.

129 עמדה דומה משתמעת מע"א (ח"ר) 144/79 עובדן הרשקו נ' מנדלוביץ, פס"מ תש"ס (ב) 145.

בנסיבות אותו עניין לא ייתכן שימוש משותף כזה על-ידי השותפים (או שהשימוש המשותף לא יהיה סביר), עדיין ראוי להתיר אותו — גם נוכח התנגדות השותף — כל עוד השותף האחר אינו מבקש לעשות אף הוא את אותו השימוש בנכס¹³⁰. דא עקא, שכלל כזה, המצוי גם במשפט האמריקני¹³¹, נראה בעייתי בנסיבות שבהן — בהינתן התנאים המיוחדים של הנכס ושל בעליו ובהינתן היחסים שבין הבעלים המשותפים שלו — אין זה מציאותי שהשימוש הנדרש יתבצע על-ידי כלל השותפים¹³². על-כן צודקת לדעתי השופטת נתניהו באומרה¹³³, כי התמריץ היחיד שהוא יוצר הוא להכניס את הצדדים למשחק אסטרטגי של "מבקש שימוש (מן השפה ולחוץ) ונענה לבקשה (כנ"ל)" כשמנצח מי שעצביו חזקים יותר או מי שאורך הנשימה הכלכלי שלו ארוך יותר. תוצאה זו מתריפה את העימות בין הצדדים וחותרת בכך תחת המגמה לשימור שיתוף-הפעולה ביניהם. יתירה מזו: כפי שמצינת השופטת נתניהו, גם השיקול של ניצול הנכס אינו נראה משכנע; שהרי חזקה על הנטלים הכלכליים של אחזקת נכס בלתי-מנוצל ומיסויו שיעשו את שלהם ויביאו את הצדדים לפתרון שהוא היעיל והצורך בנסיבות כאלה: השכרה לצד ג'. (דווקא ניטרול האפשרות למשחק אסטרטגי כזה תפרק את החשש מהשתלטות צד אחד על כל פירות הנכס ותביא ליצירתם של כללי רקע הוגנים — הנאה יחסית לחלק בבעלות — שאף הם, כפי שנראה מיד, תומכים בשיתוף-פעולה). ואם כלו כל הקצים, ושיתוף-פעולה אינו אפשרי, תמיד ניתן — ואז גם רצוי — לפנות למסלול של פירוק השיתוף, שבוודאי יביא את הנכס לשימוש יעיל.

(ב) ההתחשבנות לגבי ניצול הנכס

סעיפים 33 ו-35 לחוק המקרקעין מסדירים את ההתחשבנות בין הבעלים המשותפים. סעיף 33 עוסק בהיבט של ניצול הנכס לשימוש עצמי וקובע כלל של שכר ראוי בעד כל שימוש כזה. סעיף 35, שעניינו ההיבט של הפקת הכנסות מן הנכס, קובע כלל של חלוקה יחסית.

השכר הראוי מחושב כמכפלת שווי השוק של השימוש בנכס בחלק היחסי של שאר השותפים (וכאשר השותף המשתמש עשה שימוש רק בחלק מהמקרקעין, ישלם חלק

130 עניין וילנר, לעיל הערה 13, בעמ' 56-57.

131 ראו קניגהם, לעיל הערה 32, בעמ' 211.

132 דווקא: ייתכן כי בנסיבות שבהן היחסים בין השותפים מתנהלים על מי-מנחות, הכלל שמציעה השופטת בן-פורת יהיה עדיף, שכן הוא יוצר עלות למשחק האסטרטגי ועל-כן עלול להרתיע מכניסה אליו. דא עקא, שספק אם הנחה זו תואמת את פני הדברים כאשר הצדדים כבר מגיעים למצב של התנגדות שותף לשימוש-עצמי של שותפו, כפי שמוכיחות נסיבותיו של עניין וילנר.

133 עניין וילנר, לעיל הערה 13, בעמ' 62-65.

יחסי מתאים מסכום זה¹³⁴. כפי שהסביר אוריאל רייכמן, הדין הישראלי מביא בכך לניטרול התמריצים לניצול ייתר שהמאגר המשותף יוצר¹³⁵. בכך מושגת המטרה של יעילות, אם כי לכאורה במחיר של עלויות מנהליות גבוהות למדי, שיישום דווקני של נוסחת סעיף 33 לגבי כל שימוש (ובכל חלק מהמקרקעין) מחייב. אך ספק אם הבעלים המשותפים אכן ישאו בעלויות גבוהות אלה. כפי שציינתי, ספק אם בחיי היומיום צדדים אלה פונים לכללים המשפטיים הפורמליים, שכן ההיזקקות

134 ראו עניין וילנר, לעיל הערה 13, בעמ' 60. וראו גם עניין אלמוחתאסב, לעיל הערה 124, בעמ' 299. בהקשר זה כדאי לציין, שנראית לי תמוהה דעתו של השופט בייסקי בעניין נתן (לעיל הערה 96, בעמ' 118-117), ככל שעולה ממנה הכתנה בין שימוש בפועל. המזכה בשכר ראוי ובין מניעת שימוש מאחרים, שאינו נופל לכאורה בגדר סעיף 33. קשה להבין מדוע קידום אינטרס אישי בדרך האחרונה שונה מקידומו בדרך של שימוש אקטיבי בנכס. ראו זלצמן, לעיל הערה 99, בעמ' 597-598.

135 רייכמן, לעיל הערה 18, בעמ' 125. נראה כי לפי האמור בטקסט אין זה רצוי להגביל את הזכות לשכר ראוי — כשם שזו הוגבלה בע"א 1492/90 זרקא נ' פארס (לא פורסם; ניתן ב-20 בינואר 1993), בפסקה 6 — למצבים שבהם השותף האחד השתמש במקרקעין באופן בלעדי באופן שנמנע משאר השותפים להשתמש אף הם בהם. מגבלה כזו היתה מקרבת את המשפט הישראלי לעמדה המסורתית של המשפט האנגלו-אמריקני, אשר הגביל את הזכות לשכר ראוי (להבדיל מהזכות לחלק יחסי מרמי-שכירות שנחקלו מצד ג') למצבים שבהם עקב השימוש במקרקעין נמנע שימוש דומה משאר השותפים או ירד ערך המקרקעין (בשאר המקרים זיכה השימוש הבלעדי במקרקעין את שאר השותפים רק כהגנה טובה מפני תביעת השתתפות בהוצאות השותף-המחזיק). עמדה זו עדיין נוהגת במרבית מדינות ארצות-הברית, אך באנגליה מתרבים לה החריגים עד שיש הטוענים שכיום הכלל הוא דווקא תשלום שכר ראוי. למשפט האמריקני ראו American Law of Property, לעיל הערה 32, בעמ' 57-63; קניינגהם, לעיל הערה 32, בעמ' 213-214, 217; פאואל, לעיל הערה 32, בעמ' 27-50 – 25-50, "Cotenancy and Joint Ownership" 20 *Am. Jur. 2d* §§ 40-45; "Tenancy in Common"; 60-50 *C.J.S.* §§ 46-47. (הלכות דומות מצויות גם בדין הנוהג בלואיזיאנה. ראו סיימוניידס ומרטין, לעיל הערה 40, בעמ' 127-128. כמובן ראו את הדין הנוהג ב-New South Wales שבאוסטרליה: Peter Brereton "The Rights Between Co-Owners of Land" 69 *Austral. L.J.* (1995) 316. למשפט האנגלי ראו Kevin Gray *Elements of Land Law* (London, 2nd ed., 1993) 476-479; Dixon, *supra* note 27, at p. 87.

רא עקא, שכדי שהשותף-המשמש יפנים כראוי את עלות שימוש, כך ששימוש זה אכן יהיה יעיל, עליו לשאת בעלויותיו. השוו ת"א (ת"א) 4493/85 פסח נ' הכפר הירוק ע"ש לוי אשכול, פס"מ תשנ"א (א) 507, 519 (השכר הראוי עבור השימוש ששותף ערשה בחלקה משותפת נמדד על-פי "הסכום שניתן היה לקבל עבור השימוש בקרקע מאדם שהיה מעוניין לעבדה", ואין נפקא מינה שהקרקע היתה אדמת-בור, שאיש לא עיבד אותה עד לתפישתה על-ידי אותו שותף, או שמשנהו לא ניוק מאותו שימוש). זאת ועוד: שלילת הזכות לשכר ראוי במצבים שבהם "לא נמנע השימוש הזה מיתר השותפים גם כאשר הם לא השתמשו במקרקעין בפועל" (שם, שם) אינה רצויה מסיבות דומות לאלה שתמכו בדעתה של השופטת נתניהו בעניין וילנר (לעיל הערה 13), אשר נידונו בסיפא לסעיף 33(א) דלעיל.

להם נתפשת — במסגרת של יחסי אמן הדדי ושיתוף-פעולה — כבלתי-נחוצה (ועל-כן בלתי-כדאית), ואפילו כבלתי-ראויה¹³⁶. ואם כך בכלל, פשיטא שכך הם פני הדברים לגבי כללים הקובעים מנגנון "קר" ופורמלי של תשלום עבור כל ניצול של הנכס או השקעה בו. חשבונאות מנוכרת כזו אינה נראית מתאימה ליחסים שבין הצדדים ועלולה לפגוע בהם. במקומה נראה, כי ביחסי הבעלים המשותפים במקרקעין מתקיים מאזן בלתי-פורמלי של התרומה לנכס וניצולו על-ידי כל אחד מהם וכי כל עוד המאזן הכולל ביניהם אינו נוטה באופן חד לעבר זה או אחר, לא יטרחו הצדדים להתחשבן עבור כל ניצול של הנכס (או השקעה בו)¹³⁷.

מכאן, שכמו שאר הנורמות המסדירות את יחסי השיתוף אצלנו, גם סעיף 33 אינו מיועד כלל לשמש את השותפים במקרקעין באופן שוטף. לסברתי, מטרתו היא שונה. קיומו על רקע יחסי הצדדים מבטיח לכל אחד מהם, שגם אם יישכרו היחסים ביניהם כבעלים משותפים, אף צד לא יחשף לסיכון של ניצול-לרעה על-ידי הצד שכנגד. בכך תומך סעיף 33 בנסיונם של הצדדים לתת אמן זה בזה ולהסתמך (באופן המועיל לשניהם) האחד על שיתוף-הפעולה של משנהו. משמע: סעיף 33 משמש כלל-רקע המעגן את זכויותיהם הפורמליות של הצדדים באופן הנראה להם הוגן¹³⁸, ולפיכך מאפשר להם לשתף פעולה ביומיום מבלי להתחשבן כל הזמן.

מכאן עולה לכאורה המסקנה, כי סעיף 33 משיג את המטרה של מניעת ניצול-יתר בלי שהצדדים צריכים לשאת כלל בעלויות המנהליות הגבוהות שההזקקות הישירה לו בשוטף היתה מחייבת. אך מסקנה כזו גורפת מדי, ומדויק יותר לומר כי בנסיבות שהסעיף צופה — של יחסי אמן ושיתוף-פעולה — תושג המטרה של מניעת ניצול-יתר תוך נשיאה בעלויות מצומצמות יחסית. זאת מכיוון שבצד החיסכון בעלויות המנהליות של ההתחשבות השוטפת עצמה אין בסעיף 33 כדי לייתר כליל את עלויות הפיקוח שהשותפים במקרקעין נושאים בהן גם במצב של יחסים תקינים. החשש מפני עריקה של האחר, אשר תצריך היזקקות מפורשת לסעיף 33, מחייב כל אחד מהבעלים המשותפים לאיזושהי רמה של איסוף מידע באשר לאופן ניצול הנכס על-ידי האחרים. במלים אחרות: סעיף 33 משמש דוגמא טובה לטענתה של קרול רוז (Carol Rose), שלפיה גם כאשר המשפט תומך ביחסי אמן, אין הוא מיתר את מנגנוני-הפיקוח העצמיים שהצדדים מפעילים זה כלפי זה, שכן לעצם ההיזקקות לו יש עלויות. בכך מותיר המשפט על כנו (וטוב שכך) מידה מסוימת של זהירות מפני מתן אמן-יתר באחר.

136 ראו לעיל ליד הערה 68.

137 ראו אליקסון, לעיל הערה 61, בעמ' 55-56, 78, 234-236, 275.

138 שכן ראוי מחושב על-פי שווי השוק של השימוש בנכס, קרי: המחיר שהיה נסגר בשוק עבור השימוש שבו מדובר בעסקה רצונית בין צדדים אנטימיים, תמילב ומידעים. ככזה, השכר הראוי משקף את התועלת האובייקטיבית שהפיק המשתמש על-חשבון שותפו.

עם זאת, אפקטיביות המשפט (אף אם אינה מושלמת) מביאה להרפייתם של מנגנונים אלה. גם הרפיה זו חשובה, משום שהיזקקות תכופה מדי למנגנוני-פיקוח עצמיים נוטעת חשדנות הרדית, אשר בתורה חותרת תחת האמון ההדדי בין הצדדים.¹³⁹

ההיבט השני של ההתחשבות בגין ניצול הנכס – המוסדר בסעיף 35 לחוק – עניינו הזכות לפירות המופקים מהנכס. בעניין יוצר¹⁴⁰ קרא בית-המשפט העליון זכות זו כזכות לרווחים נטו שהופקו מהנכס, קרי: לחלק יחסי מכלל ההכנסות מהנכס שבבעלות משותפת בניכוי כלל ההוצאות, לרבות שכר ראוי לשותף שעמל. אך חשוב לשים לב שאין זו האפשרות היחידה. ניתן היה לקבוע – כפי שקבע בית-המשפט המחוזי באותו עניין¹⁴¹, וברוח הכלל הנהוג במשפט האנגלו-אמריקני¹⁴² – שכל הרווח הנקי יימסר לשותף שעמל (במקרה כזה מן-הסתם היה השותף האחר מקבל שכר ראוי בעד השימוש במקרקעין כמידת חלקו בהם)¹⁴³. ניתן גם היה לומר – כאפשרות ביניים בין שתי החלופות הנ"ל¹⁴⁴ – כי עוד לפני שהרווח הנקי מתחלק בין הבעלים המשותפים, יתחלקו בו הצדדים באופן יחסי לתרומת המשאבים שהשתתפו בהפקתם, כלומר: שהשותף שעמל יקבל, עוד בכשירותו זו, לא רק שכר ראוי, אלא גם חלק מהרווח

139 ראו רח, לעיל הערה 70, בעמ' 554-556.

140 ע"א 274/82 יוצר נ' יוצר, פ"ד לט(1) 53, 55-56 (להלן: עניין יוצר). דין דומה קבוע בלואיזיאנה. ראו סיימוניידס ומרסין, לעיל הערה 40, בעמ' 91-101.

141 הדרך לעיגון דוקטרינרי של פרשנות זו היא ככל הנראה על-ידי צמצום סעיף 35 למצבים של הפקת הכנסות מן הנכס על-ידי העמדתו לרשותו של זר, כאשר כל שימוש עצמי בו על-ידי אחד השותפים במקרקעין נופל – על-פי גישה זו – בגדרי סעיף 33.

142 המשפט האנגלו-אמריקני מחיל כלל זה, אלא-אם-כן מדובר במקרה שבו נמנע שימוש דומה משאר השותפים או במקרה שבו השימוש מביא להורדת ערך המקרקעין, דהיינו: לפגיעה ארוכת-טווח בפוטנציאל הפקת הרווח שלהם. ראו גריי, לעיל הערה 135, בעמ' 475-476; קנינגהם, לעיל הערה 32, בעמ' 214; 60 p. at, *supra* note 32, *86 American Law of Property*, *supra* note 32, at p. 60; *Tenancy in Common* 20 *Am. Jur. 2d* § 46, at p. 414; *C.J.S.* § 47, at p. 414; *"Cotenancy and Joint Ownership"* 20 *Am. Jur. 2d* § 46. מביא גם פסיקה נוגדת).

143 לורנס ברגר סבור שזהו הכלל הרצוי, בטוענו שיש בו לשרת את יעד היעילות: חמרון אופטימלי לעבודה ולהשקעה קורה רק כשהפועל נושא בכל העלויות והפירות של פעולותיו. ראו Lawrence Berger "An Analysis of the Economic Relations Between Cotenants" 21 *Ariz. L. Rev.* (1979) 1015; See also *similarly* Robert P. Merges & Lawrence A. Locke "Co-Ownership of Patents – A Comparative and Economic View" 72 *J. Patent & Trademark Off. Soc'y* (1990) 586.

144 ניתן היה לבסס את פרשנות-הביניים על היקש לדין הכללי העוסק בערוב בעבודה ומיטלטלין. ראו סעיפים 4 ו-6 לחוק המיטלטלין; כמזכיר ראו (בהקשר לעקרונות המנחים את סוגיית ההשתתפות בין חייבים) דניאל פרידמן תילי כהן "ריכוז חייבים" דיני חייבים – חלק כללי (דניאל פרידמן עורך, חשנ"ד) 155, 188-190.

בשיעור היחסי של תרומת העבודה שהשקיע (ביחס לתרומת השימוש במקרקעין) לרווח הנקי הכולל¹⁴⁵.

חשוב לציין, שהבחירה בין שלוש האפשרויות הללו — כל הרווח לשותף שעמל; רווח יחסי לשותף שעמל כמידת עמלו נוסף על הרווח היחסי שהוא מקבל עקב חלקו במקרקעין; וכל הרווח הנקי לבעלי-המקרקעין על-פי יחס חלקיהם (הלכת יוצר) — מצריכה בחירה בין תפישות שונות של יחסי השותפים ופעולת השותף שעמל¹⁴⁶. הענקת כלל הרווח לשותף שעמל מניחה, שהמאפיין העיקרי של שותף זה אינו היותו בעלים משותף במקרקעין, אלא היותו משתמש בהם; יש בה כדי לצמצם את תחום השותפות ולהרחיב את תחומי האוטונומי של השותף שעמל; היא מדגישה את ה"לחוד" של השותפים ומצמצמת את ה"ביחוד". מנגד, הלכת יוצר רואה בשותפות במקרקעין עיקר, ובפעולה האישית — טפל; היא מרחיבה את ה"ביחוד" ומצמצמת את ה"לחוד"¹⁴⁷.

(ג) סמכויות כל שותף בקשר לתחזוקת הנכס וחלוקת הוצאות התחזוקה התחום האחרון המוסדר במעגל האנרכיסטי מתייחס לפן ההופכי לקודמו: כאן איננו עוסקים בשאלות של ניצול הנכס, אלא בסוגייה של ההשקעה בו, בפרט ההשקעה בתחזוקתו. בהקשר זה קובע חוק המקרקעין כי כל שותף רשאי, גם בלי הסכמת שאר השותפים¹⁴⁸, "לעשות כל פעולה דחופה ובלתי-צפויה להחזקתם התקינה של המקרקעין וניהולם" וכן "לעשות כל דבר הדרוש באופן סביר למניעת נזק העלול להיגרם למקרקעין ולהגנת הבעלות והחזקה בהם"; ואם נשא לשם כך בהוצאות למעלה מחלקו,

145 כך למשל, אם שווי העבודה הוא 10 ותרומת המקרקעין (שווי השוק של השימוש בהם) — 40, יקבל, על-פי אפשרות-הביניים, השותף שעמל (נוסף לשכר הראוי על עבודתו) גם 1/5 מהרווחים נטו (עדיין ככשירותו בעובד), ורק אחר-כך יתחלקו הצדדים ביתרה, קרי: ברווח המיוחס למקרקעין. בהנחה שישנם שני שותפים בחלקים שווים ושהרווח נטו הוא 100, יהיה השותף העמל מקבל לפי גישה זו 40+20 והשותף ה"פסיבי" — 40 בלבד. מנגד, הלכת יוצר קובעת שיקבלו 50:50, ואילו הכלל שהוצע בבית-המשפט המחוזי — 20:80.

146 בהקשר זה מעניין להזכיר, כי חוקת השיתוף בין בני-זוג מונחית על-ידי החזקה ש"שלי שלך ושליך שלי", השוללת התחשבנויות על תרומה ספציפית לנכס זה או אחר. ראו אריאל רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג (תשמ"ב) 224-239, 308-315, 352-357.

147 עם זאת, אין בדברים אלה כדי להקל על הקושי שמעוררת הלכת יוצר אשר לכאורה אינה מגבילה את השותפות לעסק ששותף במקרקעין מכונן (כפי שנעשה בנסיבות אותו מקרה), להבדיל מעסק (כגון דוכן לממכר טובין או למתן שירותים מסוימים) ששותף מקים על המקרקעין.

148 אלא-אם-כן ישנה קביעת רוב אחרת.

זכאי הוא "לחזור ולהיפרע מן השותפים האחרים לפי חלקיהם במקרקעין"¹⁴⁹. גם בסוגייה זו הדין הישראלי חורג מהכלל המסורתי בדין האנגלו-אמריקני, אשר קובע כי — בכפופות לחריגים ספורים, כגון תשלומם של מסים החלים על הקרקע או תיקונים הנדרשים "באופן מוחלט" לשימור האינטרס המשותף — לשותף שתיקן (קל-חומר אם שיפר) את המקרקעין אין זכות השתתפות משאר שותפיו (אם כי תרומתו — ככל שהעלתה את ערך הנכס — תילקח בחשבון במסגרת ההתחשבנות הכספית בעת פירוק השיתוף)¹⁵⁰.

ככל שמדובר בפעולות דחופות, ניתן להסביר את הוראות הדין הישראלי גם במודל אינדיבידואליסטי מובהק. קל להסביר את הסמכותו של כל שותף לעשות פעולות דחופות ובלתי-צפויות הדרושות להחזקת המקרקעין ולניהולם, ואפילו את חיוב השותפים האחרים לשאת בעלות פעולות כאלה כמידת חלקם היחסית. לפי ההגדרה, מדובר במצבים שבהם אין סיפק בידי השותף הפועל לקבל את הסכמתם המפורשת של שותפיו. מנגד, נראה שבמצבים אלה ניתן להחזיק את השותפים האחרים כמסכימים לפעולה ולהשתתפותם בעלותה, שכן במצבים שבהם חלה מן-הסתם הוראה זו, עלות הפעולה נמוכה באופן ניכר מתועלתה הצפויה. במקרה כזה אין בכפיית ההשתתפות של הבעלים האחרים כל פגיעה באוטונומיה שלהם ("לחור"). להיפך: הבטחת ההשתתפות מבטיחה שהתערבות מועילה להם אכן תבצע (אחרת, יחשוש השותף הפועל שבדיעבד — אחרי שכבר יציא את הוצאותיו — יסרכו שותפיו לשפותו, ועלי-כן לא יפעל מלכתחילה)¹⁵¹.

149 ראו סעיפים 31(א)(2), 31(א)(3) ו-32(ב) לחוק המקרקעין. והשוו לכלל דומה במשפט הקונטיננטלי (וכן במשפט העברי ובמגילה): ריסמן, לעיל הערה 80, בעמ' 123; ובמשפט לואיזיאנה: סיימונידס ומרטין, לעיל הערה 40, בעמ' 112-115, 147-152. הצעת החוק התירה חיוב חד-צדדי כזה במקרים מצומצמים יותר. ראו סעיפים 74-75 להצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד-1964, הצ"ח 178, 186.

150 ראו גריי, לעיל הערה 135, בעמ' 479-482; קניגהם, לעיל הערה 32, בעמ' 215-217; פאואל, לעיל הערה 32, בעמ' 27-61, 30-50, 61-50, 60-50; *American Law of Property*, *supra* note; 32, at pp. 73-85; "Tenancy in Common" 86 C.J.S. § 68; "Cotenancy and Joint Ownership" 20 *Am.Jur.2d* §§ 39, 58-63; Robert Stein "Co-Owner's Profits Revisited": Now You Have Them, Now You Don't", 63 *Austl. L.J.* (1989) 631.

מעניין לציין את הנימוק המובא בספרות לכלל זה, שלפיו קשה לשופט להעריך מהם התיקונים שראוי לעשותם, ועלי-כן, בהעדר הסכמה בין השותפים בהקשר זה עליהם לפנות לדרך של פירוק. ראו William M. Landes & Richard A. Posner "Salvors, Finders, Good Samaritans and Other Rescuers" 7 *J. Legal Stud.* (1978) 83, 115.

151 ראו חנוך דגן "הפועל לשמירת עניין הזולת" משפטים כד (תשנ"ה) 463, סעיף ב2.

מתן הסמכות לפעול, ויותר מכך חיוב ההשתתפות, לגבי פעולות הדרושות למניעת נזק העלול להיגרם במקרקעין ולהגנת הבעלות והחזקה בהם, נראה בעייתי יותר מנקודת-מבט אינדיבידואליסטית טהורה. כאן מדובר כבר במצבים שבהם אין דחיפות וניתן לברר את עמדתם של שאר השותפים, ובכל-זאת — אפילו אם הם מסרבים לפעולה בה מדובר (או להוצאה הכספית שהיא מחייבת) — הדין מכשיר את הפעולה העצמית של שותף אחד ומחייב את האחרים לשאת בעלותה.

אך בהקשר של יחסי השיתוף במקרקעין — כפי שהוא מנותח כאן — הוראות אלה נראות כמעט מובנות מאליהן¹⁵². בצד החשש מניצול-יתר — שעיקרו של סעיף זה הוקדש לו — המאגר המשותף מעמיד בפני הבעלים, כזכור, את החשש מהשקעת-חסר, הנובעת מכך שכל אחד יעדיף ליהנות מפירות השקעתם של האחרים בלי לשאת בעלותם. בחשש זה המשפט מסוגל לטפל. שיטת-משפט המעוניינת בכך יכולה להבטיח לצדדים שלא ימצאו מנוצלים על-ידי התנהגות טפילה שכזו על-ידי חיוב כל הבעלים המשותפים להשתתף בעלות פעולת שימור של הנכס (יחסית לחלקם בו).

לכן אין זה מפתיע בעיני, שהמשפט הישראלי — אשר, לטענתי, אכן מעוניין להשיג מטרה זו — מאמץ הסדר המונע כל אפשרות של טפילות לגבי השקעה בהגנה על המקרקעין¹⁵³. לסברתי, הסדר זה משמש דוגמא נוספת לכלל רקע, אשר בוזמנית מבטיח יעילות (ביצועה של פעולה יעילה שלא היתה מתבצעת ללא התערבות הדין בשל החשש מפני ניצול) ויוצר מסגרת, הנתפשת בעיני הצדדים כהוגנת¹⁵⁴, לשיתוף-פעולה ביניהם ו"מחסנת" אותם מהחשש ששיתוף-הפעולה שלהם ינוצל לרעה.

4. דיני פירוק שיתוף

גם דיני פירוק השיתוף במקרקעין¹⁵⁵, הקבועים בסימן ב' לפרק ה' לחוק, תורמים — לדעתי — למדיניותו התומכת של המשפט הישראלי במשטר השיתוף במקרקעין.

152 האמור בפסקה זו מבוסס על דין כללי יותר שעשיחי בבעיית הטפילות ובהתערבות המשפט לפתורונה. ראו דגן, לעיל הערה 2, בעמ' 82-83, 85-87. בהקשר של מאגר משותף ראו גם אוסטרוב, לעיל הערה 56, בעמ' 49.

153 להבדיל מהשקעה בהשבתתם. ראו דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב) 119.

154 לכך שכלל של נשיאה פרופורציונלית בעלות נתפש ככלל הראוי ראו אליקסון, לעיל הערה 61, בעמ' 71-75, 275.

155 ראוי להדגיש, גם בהקשר של פירוק השיתוף, כי סעיף זה מתייחס רק לדין הכללי של שיתוף הנכסים. נאמן להשקפתי ברבר חשיבות ההקשר החברתי נראה לי ברור, כי ראוי שכאשר הצדדים לפירוק הם בני-זוג, יותאם דין הפירוק לכלל השיקולים המסדיים את ענייני המשפחה. ראו רוזן-צבי, לעיל הערה 93, שער שלישי, פרק שישי, עמ' 448 ואילך. לדעה שונה ראו דרורה פלפל "פירוק שיתוף במקרקעין ברירת מגורים של בני-זוג" הפרקליט לט (תש"ן) 488, 504-505.

לסברתי, דיני פירוק השיתוף שלנו מונחים על-ידי שלושה עקרונות יסודיים: העיקרון הראשון מעניק עדיפות להתנאותם של הצדדים כאשר לדרך הפירוק המועדפת עליהם (בכפופות לכך שחלוקת המקרקעין בעין תתמשש רק אם היא תואמת את הוראות חוק התכנון והבניה)¹⁵⁶. עיקרון זה עולה בקנה אחד עם עדיפותו הכללית של המעגל ההסכמי ביחסי השיתוף, שדנתי בה לעיל¹⁵⁷. את העיקרון השני, שהוא המרכזי להקשר הנוכחי, אכנה כאן "עקרון הדווקנות החלוקתית". מכוח עיקרון זה דואג הדין הכללי של פירוק השיתוף (אשר חל, כאמור, בהיעדר התנאה סותרת) לחלוקה הוגנת של הנכס או שוויו. כפי שאראה בהמשך, חלוקה דווקנית זו תואמת את מגמת הדינים המסדירים את יחסי השיתוף, שבהם עסקתי עד כאן, להבטיח את הצדדים הנכנסים למסגרת השיתוף מפני החשש שיימצאו מנוצלים על-ידי שותפם, ובכך לאפשר את שיתוף-הפעולה ביניהם ולתמוך בו. בהיעדר התנאה נוגדת, העיקרון השלישי מעניק עדיפות נורמטיבית לפירוק בדרך של חלוקה בעין (או המקבילה לה, כאשר מדובר במקרקעין שעיקרם בית הראוי להירשם כבית משותף, קרי: רישומו ככזה), על-פני פירוק דרך מכירה, דהיינו: המרת המקרקעין בכסף¹⁵⁸. עיקרון זה נראה כגילוי מקומי של תיאוריית האישיות של הקניין¹⁵⁹, המעניקה ערך מוסף להתקשרותם של אנשים למשאבים שבבעלותם – כגון מקרקעין – אשר הם נוטים לשקף בהם את אישיותם, ועל-כן נזהרת מפני ניתוק בלתי-רצוני של הקשר שלהם עמם¹⁶⁰. חשוב לציין, כי עיקרון שלישי זה נראה ככפוף לקודמו, שכן עדיפותה של דרך החלוקה בעין על-פני דרך המכירה מותנית בכך שהדרך הראשונה לא "תגרום נזק ניכר לשותפים, כולם או מקצתם"¹⁶¹. בדרך-כלל תגרום חלוקה בעין "נזק ניכר" לשותפים או חלקם אם ערך יחידת-המקרקעין גדול בהרבה מסך

156 ראו סעיף 38(א) לחוק המקרקעין.

157 ראו לעיל סעיף 11.

158 ראו סעיפים 39, 40, 41 ו-42 לחוק המקרקעין; ע"א 587/78 רוטשילד נ' פרנק, פ"ד לג(3) 33 (להלן: עניין רוטשילד); ע"א 725/82 ריינר נ' קומיטר, פ"ד לז(3) 131; ויסמן, לעיל הערה 16, בעמ' 51. השווה Candace Reid, Note, "Partition in Kind – A Preference Without Favor" 7 Cardozo L. Rev. (1986) 855, אשר טוענת כי בכפופות לסייגים של העדר יכולת כספית או אינטרסים מיוחדים של (בפרט) הסתמכות או ציפייה, בחי-המשפט בארצות-הברית אינם מעדיפים בפועל את החלוקה בעין (אם כי הם ממשיכים לתת להעדפתה גילויים רטוריים) ומסבירה מגמה זו בשיקולי יעילות.

159 ראו בדומה לכך יהושע ויסמן "חיסולה של שותפות במקרקעין על-פי המשפט האנגלי" מחקרי משפט לזכר אברהם רזונטל (גד טדסקי עורך, תשכ"ד) 204, 207.

160 במקום אחר אני דן בהרחבה בתיאוריית האישיות של הקניין. ראו חנך רגן "הזכות לפירוק ההפרה – אנטומיה של חקיקה שיפוטית" עיוני משפט כ(3) (תשנ"ז) סעיף 3 (טרם פורסם).

161 ראו סעיף 40(א) לחוק המקרקעין. כמובן מובן, שגם כאשר המכירה היא תולדת ההעדרה הסטטוטורית, דרך זו כפופה – כפי שהיא במקרה של התנאה הצדדים – לכך שמדובר במקרקעין "הניתנים לחלוקה", קרי: להוראות חוק התכנון והבניה. ראו סעיפים 39(א) ו-40(א) לחוק המקרקעין.

כל הערכים מהיחידות שתתקבלנה עם פיצולה¹⁶². עם זאת מעניין לציין, כי נראה שבית-המשפט יהיה מוכן לפגוע בעקרון החלוקה בעין גם כאשר, בגלל היחסים האישיים הקשים שבין הצדדים, דרך זו תביא להמשך (בלתי-רצוי) של החיכוך ביניהם¹⁶³. כאמור, עקרון הדווקנות החלוקתית הוא העיקרון המרכזי לעניינו. עיקרון זה בא לידי ביטוי הן בהקשר של ההסדרים החלים כאשר הפירוק נעשה בדרך של מכירה וחלוקת הפדיון והן כאשר הוא נעשה בדרך של חלוקה בעין. כך, במקרה הראשון חוק המקרקעין קובע, כי המכירה תיעשה "בדרך שנמכרים מקרקעין מעוקלים בהוצאה לפועל" — דהיינו: במכירה פומבית¹⁶⁴ — "וזולת אם הורה בית-המשפט על דרך אחרת שנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות העניין"¹⁶⁵. המכירה הפומבית מיועדת להבטיח למיעוט מחיר הוגן עבור חלקו, כאשר עניינו נשמר על-ידי שיקול-הדעת המסור לראש ההוצאה לפועל כאשר את המכירה או שלא לאשרה, באופן ש"אם המחיר המוצע הוא ירוד, מתחת למחיר השומה, יש להניח שהוא יימנע מלאשר את המכירה"¹⁶⁶. מסיבה זו אף עמד בית-המשפט העליון על כך שדרך המכירה הפומבית היא דרך המכירה ה"רגילה" בעת פירוק שיתוף במקרקעין, ושכל דרך אחרת — למשל: הדרך של מכירה תחרותית בין השותפים — היא ה"יצאת-מן-הכלל", כך שנקיטתה מצריכה שיקולים מיוחדים (כגון כשמדובר בנכס ששווי מועט, שלגביו אין זה כדאי לשאת בהוצאות המכירה הפומבית)¹⁶⁷. ברי, כי החשש מהשימוש במכירה תחרותית לשם נישול המיעוט מנכסיו והרצון להבטיח את זכויותיו הממוניות של המיעוט מסבירים ומצדיקים הלכה זו.

גם כאשר ננקטת דרך החלוקה בעין — אשר הערפתה נובעת מהעיקרון השלישי דלעיל — שומרים דיני פירוק השיתוף שלנו על עקרון הדווקנות החלוקתית. עיקרון זה עומד בבסיס הסמכתו של בית-המשפט לחייב שותף אחר, על-פי שיקול-דעתו, בתשלומי איזון לשותף אחר, אם נדרש הדבר כדי להבטיח שהחלוקה בעין (או ההפיכה לבית משותף) לא תפגע בזכויותיו של האחרון¹⁶⁸, וכן — במקרה מתאים — לצוות על

162 כגון כאשר מדובר בפירוק שיתוף בחלקה גדולה, שניתן לנצלה לבניית פרויקט.

163 ראו ע"א 805/80 שוילי נ' שוילי, פ"ד לה(4) 384, 387-388; עניין רוטשילד, לעיל הערה 158, בעמ' 37.

164 ראו סעיפים 36 ו-88(א)(4) לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967, ס"ח 116; ופרק ד' לתקנות ההוצאה לפועל, תש"ם-1979, ק"ח 1078.

165 ראו סעיף 40(ב) לחוק המקרקעין.

166 עניין רובינשטיין, לעיל הערה 11, בעמ' 457.

167 ראו ע"א 190/73 חזקיהו נ' שרף, פ"ד כח(2) 44, 47-49.

168 ראו סעיפים 39(ב) ו-42(ב) לחוק המקרקעין.

רישום זיקות הנאה בין החלקות¹⁶⁹. כמובן כאשר ישנה מגיעה לחלוקה בעין רק לגבי מקצת השותפים, חוק המקרקעין מאפשר לאחרים – מכוח העיקרון השלישי דלעיל – "לקיים את המקרקעין בידם במשותף או לחלקם ביניהם", אך מתנה זאת בכך שישלמו לאחרים וקובע את שיעור התשלום לא על-פי שווי השוק של חלקיהם כבעלים משותפים, אלא על-פי הסכום (הגבוה יותר, מן-הסתם) שהיו מקבלים במכירה פומבית של המקרקעין¹⁷⁰. לבסוף, חוק המקרקעין התפרש כקובע כי הפרדת חלק אחד מעל יתר החלקים דורשת הסכמה כללית. הסיבה העיקרית בעיני לדרישה זו נעוצה בחשש שבהליך של "פירוק חלקי" יהיה כדי להביא לפגיעה כלכלית באחרים (שיקבלו חלק – אמנם גדול יותר – מנכס קטן)¹⁷¹.

מנגד, קשה להכחיש כי סעיף 33 לחוק הגנת הדייר¹⁷² דווקא פוגע, ובאופן חמור למדי, בעקרון הדווקנות החלוקתית, ובשל כך – ביחסי השיתוף¹⁷³. סעיף זה מקנה לשותף במקרקעין, אשר החזיק בהם בעת שחולקו, מעמד של דייר מוגן בנכס עם פקיעת זכותו בו בשל חלוקתו. משמעות הדבר היא שהנכס, דוגמת דירת-מגורים, יימכר כתפוש; התמורה (שתתחלק בין השותפים, שהם במקרה הטיפוסי בני-זוג) תשקף רק חלק קטן מערכו; ויתרת הערך (קרי: חלק ניכר מערך הדירה) תישמר למעשה בידי המחזיק (במקרה הטיפוסי הבעל). לסטייה ברורה זו מעקרון הדווקנות החלוקתית השפעות תמרציות הרסניות, שבהן דנו כבר מחברים ושופטים¹⁷⁴: עם התפרקות היחידה החברתית, מזמין סעיף 33 חיכוכים וסבל אנושי מיותר, שכן הוא מתמרץ את הצד החזק לנסות לאלץ, באמצעים העשויים להיות קשים וחריגים, את שותפו (ברגיל שותפתו) לעזוב, כדי לגרוף את היתרונות שהסעיף מקנה לבעל החזקה הייחודית

169 ראו סעיף 39(ג) לחוק המקרקעין.

170 ראו סעיף 41(ג) לחוק המקרקעין.

171 ראו עניין גן בועז, לעיל הערה 11, בעמ' 336 (השופט הנדרי מזכיר באותו עניין גם את הטעם של רציות חיסול השיתוף, אך גם הפתרון של הפרדת חלק אחד מעל יתר החלקים איננו מונע את המשך הפירוק של שאר החלקים אם השותפים בהם חפצים בכך נאם כי יש בו כדי להביא לכפל התרינויות, קרי: לעליות מנהליות).

172 חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972, ס"ח 176.

173 אם ניתן למצוא "פן של חסר" בסעיף 33, הרי הוא יימצא כנראה בשאיפה להגן על קורת-גגו של השותף-המחזיק. ראו רוזן-צבי, לעיל הערה 93, בעמ' 470-471. אך ברי, כי נוסח הסעיף חורג בהרבה ממה שנדרש כדי לקדם אינטרס זה: מה, לדוגמא, לבתי-עסק, אשר גם עליהם הוא חל, ולאנטרס האמור? וכיצד ניתן להצדיק אותו בהיעדר כל בדיקה של מצבם הכלכלי של הצדדים?

174 ראו במיוחד ע"א 175/81 אדמיר פתוח ואדריכלות בע"מ נ' קלו, פ"ד לח(4) 293, 305 (להלן: עניין אדמיר); רוזן-צבי, לעיל הערה 93, בעמ' 471-474; רייכמן, לעיל הערה 18, בעמ' 128, 130.

בנכס¹⁷⁵. פשיטא, שהחשש מכוח עצום זה של שותף לפגוע בשותפות(ת) גורר חשדנות, חוסר-נכונות לשתף פעולה ולעתים אף "מכות מקדימות". למותר לציין, כי בכל אלה יש כדי להקטין את סיכויי הצלחתה של הבעלות המשותפת ואולי אף לסכל את עצם נכונותם של צדדים להיכנס למערכת קניינית שכזו¹⁷⁶.

175 זאת ועוד: גם בהיעדר נסיונות דחיקה, כאמור, סעיף 33 מביא לתוצאות שאינן רצויות, באשר למצער הוא מערער את כל אחד משני הצדדים להמשך חזקה משותפת כדי שהאחר לא יגרף את היתרונות הכלכליים הניכרים שהסעיף מקנה. אך משמעותה של חזקה משותפת כזו (לפחות בהקשר של שותפים שהם בני-זוג בהליכי היפרדות) היא חידוד היחסים המתוחים ממילא בין השותפים, מה שעשוי להביא לפגיעות קשות לא רק בנוחיות הצדדים ובבדיאותם הנפשית, אלא גם בשלומם של אחרים (הילדים) הנרים עמם בדירה.

176 לדעתי, האמור בטקסט עשוי גם לבסס — אם כי ככל הנראה בניסבות חריגות בלבד — סייג על הכוח להביא לפירוק השיתוף: כאשר הפעלת כוח הפירוק במערך ובנסיבות הפעלתו תביא להעמדת השותף המתנגד במצב נחות במידה ניכרת ביחס למצב שותפו באופן החורג מהציפיות הלכתחיליות של הצדדים, נראה לי כי ראוי לראות בו כדי "שימוש לרעה בזכות" ולאיינו — או ליתר דיוק: לעכבו — מכוח סעיף 14 לחוק המקרקעין או סעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118. תוצאה כזו תתאם את מגמת דיני השיתוף במקרקעין, כפי שאני מבין אותם: היא תספק לכל אחד מהצדדים "ביטוח" מפני פגיעות קיצוניות על-ידי האחר, ובכך תאפשר מלכתחילה את שיתוף-הפעולה ביניהם.

אני מודע להלכת רובינשטיין, שלפיה זכות הפירוק בכל צד היא מוחלטת ואינה כפופה לכל סמכות שיפוטית "מרככת". ראו עניין רובינשטיין, לעיל הערה 11, בעמ' 458. כמו-כן ראו במשפט האמריקני טאואל, לעיל הערה 32, בעמ' 48-50 — 47-50. עם זאת, נראה לי שהלכה מוקדמת זו — אשר במסגרתה אף הובעה הדעה המקובלת שלפיה המשפט הישראלי נותר בעינויותו למוסד השיתוף במקרקעין — כבר אינה תואמת את מגמת הדין. בהקשר זה ראו גם רחן-צבי, לעיל הערה 93, בעמ' 467; פלפל, לעיל הערה 155, בעמ' 489-491, 496-497, אשר עומדים על "התעצמותו הטריטוריאלי" של עקרון תום-הלב כבסיס לטענה שלפיה הלכת רובינשטיין צפויה (וראויה) לעיון מחדש. ראו גם לאחרונה יהושע ויסמן "שימוש לרעה בזכות" משפטים כז (תשנ"ז) 71, 82-83. (אך השוו לעמדות השמרניות יותר שהובעו בבתי-משפט השלום בת"א (ת"א) 36966/84 וסר נ' וסר, פס"מ תשמ"ט (ב) 195, 203; המ' (הרצליה) 1146/90 רחן נ' רחן, פס"מ תשנ"א (א) 424, 428-429). כמו-כן ראו לאחרונה את הכרת בית-המשפט העליון והמחוקק בסמכות עיכוב פירוק השיתוף, אם כי בהקשר המשפחתי בלבד: ע"א 2626/90 ראש חודש נ' ראש חודש, פ"ד מונ(3) 205, 210-212; עניין יעקובי, לעיל הערה 69, בעמ' 574-576, 599-602, 617-618; חוק המקרקעין (תיקון מס' 17), התשנ"ה-1995, ס"ח 138.

בשולי הדברים אעיר, כי גם אם חל הסייג הנדון בהערה זו על זכות הפירוק ואף אינו מוגבל להקשר המשפחתי, נראית לי לגופה תוצאת פסק-הדין בעניין רובינשטיין, לעיל הערה 11, שבו דחה בית-המשפט העליון את טענת המתנגדים לפירוק: כפי שהסביר שם (בעמ' 457) השופט לנדוי, מנגנון-השומה לעניין פירוק על דרך מכירה בא להבטיח, שזכויותיו הרכושיות של המיעוט לא תיפגענה (הסיכוי לעליית ערך אמור להיות מגולם במחיר), ואם כך — ציפיותיו הלגיטימיות אינן מקופחות.

לפי כל אלה ברור, כי ראוייה בעיני מגמת המשפט הישראלי להצרת תחולתו של סעיף 33. בפרט ראוי להזכיר בהקשר זה שלושה "חישוקים" פסיקטיים ו"חישוק" נוסף פרי החקיקה¹⁷⁷. ההלכה הפסוקה קבעה, כי על השותף-המחזיק להוכיח כי החזקתו הייחודית היא בהסכמת שאר השותפים וכי לענין זה אין די בהסכמה שבשתיקה; שכן נדרשת הסכמה "פוזיטיבית", כזו המובעת מפורשות או הנלמדת מהתנהגותו של השותף האחר אם זו "מדברת בשפה חרמשמעית"¹⁷⁸. נוסף על כך נראה, שהפסיקה נוטה להגביל את פועלו של סעיף 33 לטענות "מגן" בלבד מפני הליכי פירוק שיתוף שיוזם אחר, משום שלא סביר כי הסעיף בא להגן על מי שבחר מרצונו שבעלותו בנכס תופקע, תוך שלילת חלק מזכויותיהם הרכושיות של שאר הבעלים המשותפים¹⁷⁹. כמורכב קבע השופט שמגר כי לא ראוי ששותף, אשר נכנס לחוזה לשימוש ייחודי רק כדי ליצור את הרקע לפירוק השיתוף לשם נשול הבעלים האחרים מרכושם באמצעות סעיף 33, ייהנה מפרי המלכודת שטמן. לפיכך הוא פסק, כי דוקטרינת תוס' הלב תמנע משותף כזה להישען על "התכסיס החוזי" וכך תמנע ממנו את האפשרות ליהנות מהגנת סעיף 33¹⁸⁰.

177 להצעות נוספות לצמצום פועלו של סעיף 33 ראו רייכמן, לעיל הערה 18, פרק ב, בעמ' 141-152; ת"א (רחובות) 3587/90 אנג'ל נ' אנג'ל, פסי"מ תשנ"ב (ד) 485, 490.

178 ראו ע"א 753/82 פלונית נ' פלוני, פ"ד לו(4) 626, 631-632 (להלן: עניין פלונית). וראו גם, לדוגמא, ע"א 472/83 אריאלי נ' אריאלי, פ"ד מא(3) 200, 204-206 (להלן: עניין אריאלי); רע"א 2773/93 זלמנוביץ' נ' זלמנוביץ', חק-על (1) 95, 53, פסקות 7, 9 (להלן: עניין זלמנוביץ'). בעניין פלונית הכריז בית-המשפט העליון מפורשות על הפיכת ע"א 288/71 מרדכי נ' מרדכי, פ"ד כו(1) 393, שבו נקבע כי גם חוסר-מעש משפטי עולה כדי הסכמה בשתיקה העושה את החזקתו של המחזיק – ואפילו תפס חזקה באלימות! – החזקה כדין, על כל הנובע מכך. הלכת מרדכי הותקפה חזיתית עוד קודם-לכן על-ידי השופט אלון בבג"צ 323/81 וילחני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד לו(2) 733, 744-746.

אעיר כי מעניין פלונית (שם, בעמ' 633) נראה כי השופט אלון – אבי הלכת וילחני – מגביל (בדעת-יחיד) את הסייג הנזכר בטקסט להקשר של שותפות בדירה של בני-זוג, להבדיל משותפות כלכלית רגילה, אשר בה ניתן, לדבריו, להסיק את הסכמתו של שותף אחד להחזקתו הבלעדית של הנכס על-ידי קשנהו מאי-הבעת התנגדותו לה. על עמדה זו אני חולק, עם כל הכבוד. איני מכחיש כמובן, כי ראוי לתת משקל להקשר החברתי שבגדרו השאלה הקניינית מרעלית. להיפך: נראה לי כי הלכת מרדכי – אשר ממנה עלה כי אין די בהימלטות האשה מהחיים ביחד, שהפכו קשים מנשוא, כדי לבסס היעדר הסכמה לחזקתו הייחודית של הבעל – צריכה לשמש תמורה-אזהרה מפני עריכתו של דיון קנייני מופשט אשר אינו רגיש דיו להקשר החברתי הספציפי שלרקעו הוא נעשה. עם זאת, אני סבור, כי בהקשר של סעיף 33 ראוי להחיל את "חישוקי" הפסיקה גם בהקשרים שאינם משפחתיים, שכן נזק רב גם בהם.

179 ראו עניין אדמיר, לעיל הערה 174, בעמ' 302-306; עניין אריאלי, לעיל הערה 178, בעמ' 205-206; עניין זלמנוביץ', לעיל הערה 178, פסקות 8-9.
180 עניין אדמיר, לעיל הערה 174, בעמ' 299-300.

לבסוף, ראוי להזכיר את התערבותו של המחוקק אשר קבע לאחרונה כי הוראת סעיף 33 לא תחול לגבי מי שהיה שותף בדירה של בני-זוג המשמשת להם למגורים ואשר בית-המשפט החליט על פירוק השיתוף בה כדרך של מכירה¹⁸¹.

לסיכום: בסעיף זה ניסיתי להראות כי הוראות סימן ב' לפרק ה' לחוק, העוסקות בפירוק השיתוף, דומות בהיבטים חשובים לאלה הקבועות בסימן א', שעניינן יחסי השיתוף. אלה כאלה אינן מכוונות להיות נורמות אופרטיביות המסדירות את יחסי השיתוף ביומיום, אלא נורמות שפועלן נערץ בעצם קיומן על רקע יחסי הצדדים. אלה כאלה צופות יחסי שיתוף-פעולה שוטפים חסרי התחשבנות, אך משריינות כל שותף מפני החשש לפגיעות אפשריות אם בכל-זאת ייכשל ניסיון השיתוף של הצדדים. בעשותם כן, תורמים גם דיני פירוק השיתוף — לפחות עם ניטרולה היחסי של ההוראה הבעייתית הקבועה בסעיף 33 לחוק הגנת הדייר — להצלחת השיתוף במקרקעין, ואולי אף תומכים בעצם כינונו.

סיכום

אלינור אוסטרם (Elinor Ostrom) מציינת, כי אחד המאפיינים המבניים החשובים, המבחינים בין מאגרים משותפים, אשר הובילו לטרגדיה הרדיאנית, ובין אלה אשר הצליחו לספק לבעליהם את יתרונות הבעלות המשותפת — נערץ בתפקיד שממלא המשטר החיצוני לקהילה בעלת המאגר המשותף. לדבריה, משטר זה עשוי למלא תפקיד חיובי בהצלחת המאגר המשותף אם הוא מספק לקהילה אוטונומיה מקומית של ממש, משקיע במנגנוני-אכיפה ומקיים מנגנונים מבניים לקביעה קולקטיבית של אופן הניהול והשימוש במאגר וליישוב סכסוכים בין הבעלים המשותפים¹⁸². במאמר זה ניסיתי לטעון, שהמשפט הישראלי המסדיר את השיתוף במקרקעין ממלא תפקיד חיובי שכזה. אני מציע לקרוא את הדוקטרינה הישראלית של שיתוף במקרקעין כמכוונת לקדם את אפשרות כינון ושימורן של מסגרות פרטיות לשיתוף-פעולה וולונטרי, אך מתוך מחויבות לערך של החירות לצאת אינה מוכנה לאפשר לצדדים להיכנס למערכת-יחסים שהאופק שלה אינו ידוע. שמירתו של הדין על תירותם של הצדדים לצאת מתבטאת בכך

181 ראו חוק המקרקעין (תיקון מס' 17), התשנ"ה-1995, ס"ח 138. בהצעת החוק מובהר, כי התיקון "בא להבטיח כי בן זוג יהיה רשאי לדרוש את מכירת הדירה כפניה" ו"שתוקי הגנת הדייר לא יחולו עליה". ראו הצעת חוק המקרקעין (תיקון מס' 16) (דירת מגורים), התשנ"ד-1994, ה"ח 553. לקשיים שעורר יישומו של התיקון ביחס שבין הערכאות האזרחיות ובין בתי-הדין הרבניים, שעמדתם בסוגייה שונה, ראו בג"צ 5969/94 אקנין נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, תק-על 94(4), 123.

182 ראו אוסטרם, לעיל הערה 56, בעמ' 138-139, 190, 212.

שהוא מקנה לזכות לתבוע את פירוק השיתוף ולזכות להעביר את זכותו של כל שותף לצד ג' מעמד קוגנטי למחצה. מגמת הדין לקדם שיתוף-פעולה, על-אף הקושי שהחירות לצאת מעמידה בפני הסיכוי לשיתוף-פעולה וולונטרי, באה לידי ביטוי במנגנונים המהותיים והפרוצדורליים שהדין שלנו קובע. מחד גיסא, המעגל ההסכמי מספק לצדדים אוטונומיה מרבית בניהול ענייניהם. מאידך גיסא, מעגל שלטון הרוב, המעגל האנרכיסטי ודיני פירוק השיתוף קובעים הסדרי ברירת מחול מפורטים באשר לניהול המאגר המשותף וליישוב סכסוכים בקשר לבעלות המשותפת בו, אשר מעניקים לצדדים "ביטוח" מפני התנהגויות אופורטוניסטיות. ספק רב אם היה הדין הישראלי טורח לספק מתווה נורמטיבי עדין כזה אילו אמנם היה עוין למוסד הבעלות המשותפת, כפי שהדעה המקובלת גורסת¹⁸³.

ייתכן שניתן אף ללמוד לקח רחב יותר מהדוקטרינה שרנתי בה כאן. המדינה המודרנית מתלבטת בין דרכים שונות להתייחסות לקהילה ולערכים קהילתיים. יש רצף רחב של אפשרויות, החל מהצהרה על ערכי הקהילה כערכי המדינה מתוך תקווה לסייע כך בהשרשתם הרחבה וכלה במדיניות המסתפקת בהכרה בחופש ההתאגדות של הפרטים בחברה ובהקפדה על חירותם של אותם פרטים לבחור לעצמם בכל רגע נתון את קבוצת-ההתייחסות שהם מעוניינים להשתייך אליה. ניתן לפרש את פרק ה' לחוק המקרקעין כמציג מודל-ביניים: מדינה אשר אינה מאמצת באופן פעיל את ערכי הקהילה ואף שומרת בקפידה (יחסית) על חירותם של הפרטים לצאת מהקהילות שהם משתייכים אליהן, ועם זאת מכירה בחשיבות מוסד הקהילה ועל-כן אינה מסתפקת בכך שהיא מאפשרת את כינונו ואת שימורו, אלא גם תומכת בו באופן פעיל¹⁸⁴.

183 השוו ויסמן, לעיל הערה 159, בעמ' 210.

184 ראו כללית חיים גזו "חירות זהות בלאומיות ליברלית" (טרם פורסם).

