**פרשת דרכים-חנוך דגן**

הביטוי "פרשת דרכים" מכוון להאיר שני היבטים שונים, אם כי לא תלויים זה בזה. הראשון נוגע לשני אירועים חקיקתיים שדיני הקניין שלנו מצויים ביניהם: הקונסטיטוציונליזציה של זכות הקניין וגיבושה של הצעת חוק דיני ממונות. ההיבט השני נוגע בחידודן של שתי השקפות מתחרות בפסיקה הישראלית באשר לתוכנה ולמשמעותה של זכות הקניין. התחרות בין שתי השקפות אלה היא פרשת הדרכים האמיתית בה נמצאים דיני הקניין בישראל. **האחד, מתאפיין בתפיסה פורמליסטית, מוניסטית וליברטריאנית של זכות הקניין**- המאפיין החשוב ביותר של זכות הקניין לפי גישה זו הוא זכותו של בעל הקניין להכריע מה ייעשה במשאב, באופן שהכרעתו לעניין זה הינה סופית. זכות הקניין נתפסת כבאה להגן על החירות השלילית שלנו- הגנה על החופש של הפרט מהתערבות אחרים בענייניו. **הקול האחר, משקף תפיסה ריאליסטית, פלורליסטית וליברלית של קניין.** מתפיסה זו עולה כי הקניין הינו אוסף של הסדרים משפטיים המשרתים סוגים שונים של יחסים חברתיים ביחס לסוגים שונים של משאבים. **דגן מצדד בגישה הליברלית/פלורליסטית/ריאליסטית.**

 **פרק שני- על המושג קניין**

נקודת המוצא ההכרחית לכל דיון בדיני קניין היא ליבון עיוני של המושג קניין. פרק זה מציע ליבון עיוני זה. **רוקר נ' סלומון**- עסק בהיקף שיקול הדעת השיפוטי הנוגע בסעד של הריסת מבנה שהוקם שלא כדין ברכוש המשותף בבית המשותף. המסגרת הנורמטיבית של הדיון הייתה נפקותו של סעיף 14 לחוק המקרקעין, שלפיו "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר". במילים אחרות, השאלה הייתה מהי הנפקות של עקרון תום הלב לגבי זכות התובעים לסעד ההריסה. שישה מבין שבעת שופטי ההרכב קבעו שבנסיבות העניין אין מקום לקבל את ערעורם של הבונים שלא כדין. **השופט אנגלרד, שהיה בדעת המיעוט, הציע פרשנות מרחיבה לסעיף 14**. לגישתו, ניתן למנוע מכוח סעיף זה את הפעלתה של זכות הן כאשר המניע להפעלתה פסול הן כאשר קיים "חוסר איזון אובייקטיבי בין התועלת המופקת לבעל הזכות לבין הנזק הנגרם לזולת". בנוסף, לדעתו של אנגלרד, אין קושי להפעיל את הדוקטרינה של שימוש לרעה בזכות קניין גם על מקרה שבו הפוגע ברכוש הבעלים מנסה להימלט מסעד חוקי העומד לאחרון, ולא רק על המקרה הקל יותר שבו הנפגע מנסה להגן על עצמו מפני מעשה הבעלים. מכאן, **מסקנתו היא כי בנסיבות המקרה יש בצו ההריסה משום שימוש לרעה בזכות הקניינית ברכוש המשותף.** הסיבה היא הנזק הרב שייגרם לצד השני. **אנגלרד סובר כי מאזן האינטרסים נוטה בבירור לצד קיום המצב הקיים תוך מתן פיצויים לדיירים האחרים בשל הפגיעה בזכות השימוש שלהם ברכוש המשותף.** **מנגד, טירקל, חשין ומצא הציגו פרשנות מצמצמת לסעיף 14.** טירקל סובר כי יש **להגביל את שיקול הדעת השיפוטי באשר לאי הושטת סעד למי שזכותו הקניינית נפגעה ולהפעילו רק במקרים חריגים ונדירים.** לפי גישה זו, קניין מקנה לבעליו זכות ל"שרירות בעלים", לפיכך בעל קניין אינו חייב להצדיק עצמו בבקשתו להחזר רכושו. **אף על פי שברק הסכים לתוצאה אליה הגיעו חסידי הגישה המצומצמת, הגישה הקניינית שונה מאוד.** ברק פוסק, ואליו מצטרפים ככל הנראה שטרסברג-כהן ולוין, כי מהותה של זכות הקניין, "תכונותיה, מאפייניה וחשיבותה החברתית, קובעים את מידת השפעתו של עקרון תום הלב עליה". ברק מציין כי אין לראות בקניין אחדות מושגית. מגישה זו עולים 3 מאפיינים: א) ההכרה המשתמעת באי יכולתה של זכות הקניין להנביע מסקנות הכרחיות מן הבחינה המושגית מובילה את ברק **לדיון בערכים שהקניין בא לשרת**. כך, זכות הקניין נהפכה להזמנה לדיון נורמטיבי.ב) ברק עומד על כך **שלקניין יש גם היבט ציבורי**, ולא רק היבט של חירות. השימוש בקניין צריך לשרת את אינטרס הציבור, והקניין גם מטיל חובות. איזון ערכים פרטיים וקהילתיים יש לעשות "בגדריו של הקניין פנימה", באופן שזכות הקניין עצמה מורה על כך ששרירות הבעלים לעולם אינה מוחלטת. בהתאמה, ברק דוחה את הגישה לפיה שיקול הדעת השיפוטי במקרה של פגיעה בקניין צריך שיהיה מצומצם. ג) **תוכן זכות הקניין נגזר משני שיקולים מרכזיים: 1) אופי האינטרס העצמי. 2) מהות היחס עם הזולת, ומידת ציפיותיו והסתמכותו".** בהקשר הזה מציין ברק כי היקפו של תום הלב נקבע ע"פ אופי היחסים בין בעל הקניין לבין ה"אחר". בנסיבות עניין זה, ברק קובע כי אין ליתן הכרה חוקית להשתלטותם של המערערים על הרכוש המשותף. הסיבה לכך נעוצה באופיו של הבית המשותף.

**תיאורה ואפיונה של תפיסת הקניין כריבונות**- תפיסת שופטי הרוב ברוקר ממשיכה מסורת ארוכה המקושרת עם שמו של בלקסטון, אשר תיאר את זכות הקניין כריבונות מלאה. הקניין הפרטי מובן לפי גישה זו כסוג מוגדר מאוד של מערכת קניינית. המערכת הקניינית של קניין פרטי מתאפיינת בכך שהיא יוצרת הפרדה בין המשאבים הנידונים, ומקצה כל משאב כזה לאדם זה או אחר, כך שיש לאותו אדם, הבעלים, את הזכות לקבוע מה ייעשה במשאב וע"י מי, באופן שהכרעתו לעניין זה הינה סופית. לעומת זאת, בקניין קולקטיבי ההכרעה לגבי שימוש במשאב נעשית בכל רגע נתון ע"פ טובת הכלל, וממערכת של קניין משותף, המקנה חירות שימוש לכל. גישה הקניין כריבונות מנביעה תוצאות ברורות מאוד באוסף גדול למדי של סוגיות בדיני קניין. משעוגנה זכות הקניין בסעיף 3 לחו"י:כב"ה, שלפיו אין פוגעים בקניינו של אדם", עולה מגישה זו שכל חוק הפוגע בריבונות הבעלים, שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, עלול להיפסל. עולה מכך, **כי ריבונות הבעלים נתפסת כתוכן מובן מאליו של זכות הקניין, באופן שבעליה של הזכות הקניינית זכאי, או לפחות מוחזק כזכאי, לשרירות בעלים. ישנם 3 מאפיינים לתפיסת הקניין כריבונות: היא פורמליסטית, מוניסטית וליברטריאנית. הפורמליזם** שלה מתבטא בכך שהיא **תופסת את מושג הקניין כמושג בעל תוכן הכרחי הנובע מטבעם של דברים**. עולה ממנה כי שיפוטים בדיני הקניין אינם נדרשים להישען על הכרעות ערכיות, שהינן, מטבען, שנויות במחלוקת. תפיסת הקניין כריבונות הינה **מוניסטית** במובן זה **שלמושג** **קניין יש לפיה תוכן אחיד לכל אורכה ורוחבה של מערכת המשפט**. האחידות המושגית של הקניין היא כמובן מקור חשוב ל"שיניים" הדוקטרינות תפיסת הקניין כריבונות, שכן עולה ממנה כי זכות הקניין משדרת הנחיות ברורות בחזית רחבה של מהלכים פוטנציאליים של ביקורת שיפוטית ושל פרשנות. היא **ליברטריאנית**, משום שלפי גישה זו, **התפקיד החברתי היחיד של זכות הקניין הוא להגן על הפרט מפני טענותיו של הכלל ומפני כוחו של השלטון**- לשמור בידי הפרט תחום של חירות שלילית המהווה תנאי הכרחי לאוטונומיה אישית ולפיתוח עצמי. הקניין הפרטי משיג מטרה זו ע"י ביזור הבעלות במשאבים, המביא לידי ביזור יחסי הכוח שהקניין מקנה: הוא נותן לפרטים, ולא למנגנון המדינתי, את השליטה במשאבים, ובכך משמר את חירותנו ומונע עריצות שלטונית.

**ביקורת תפיסת הקניין כריבונות והלקח הטמון בה**-תפיסת הקניין כריבונות הינה בעייתית בשלושה מישורים: היא מטען מן הבחינה התיאורית, מגבילה באופן מלאכותי ולא ראוי את המרחב הלגיטימי של ההכרעות המשפטיות, והיא עלולה להטות את דיני הקניין שלנו לכיוון בעייתי מן הבחינה הנורמטיבית. **הקושי התיאורי**- יש לראות בבעלות לא רק מקור של זכויות, אלא גם מקור של חובות כלפי החברה, מכאן הצורך להציב סייגים לכוחה של הבעלות. לפי ויסמן, ישנן הגבלות על הבעלות, למשל אין זכאות לפיצויים בגין שלילת בעלותו במינרלים. **נזקי הפורמליזם בתפיסת הקניין כריבונות-** תפיסת הקניין כריבונות מייצגת רק דגם קנייני אחד, ובכך מעלימה שאלות נורמטיביות רבות. עלינו להיזקק במישרין לערכים שביסוד זכות הקניין. **הקושי הנורמטיבי**- המשמעות של אימוץ תפיסת הקניין כריבונות בחזית משפטית רחבה היא אימוץ של השקפת עולם ליברטריאנית, הרואה בשיקול החירות את חזות הכל, מקפיאה בשם ערך החירות את הסטטוס-קוו הכלכלי וחוסמת כל הצעות לשנות את חלוקת המשאבים בחברה. למשל, לפי רוברט נוזיק, על דיני הקניין לכלול 3 כללים בלבד: כלל המפרט מהי תפיסה מותרת המקנה בעלות במשאבים שאף אחד אחר אינו בעליהם, כלל המפרט מהי העברה רצונית תקפה של משאבים כאלה מבעלים חוקי אחד למשנהו, וכלל המפרט איך יתוקן מבנה בעלויות נוהג נתון במקרה שיוכח שאחד מבין הכללים הקודמים הופר. **כל מי שמחויב לערכים ליברליים, הכוללים גם מחויבות לרווחת הכלל ולצדק חלוקתי, חייב לדחות את תפיסת הקניין כריבונות. קושי נורמטיבי אחד בתפיסת הקניין כריבונות הוא בהאדרת האמצעי(אפילו על גופנו וכישרונותינו) על חשבון המטרה(קידום האוטונומיה של הפרט).** בנוסף, תפיסה זו מבטאת ומחזקת תרבות אינדיבידואליסטית ומנוכרת, תפיסת עולם אטומיסטית. תפיסת עולם זו ממעיטה מחשיבות ההשתייכות לקהילה, ותופסת את חברותנו בה במושגים מכשירניים בלבד. תפיסה זו מגדירה את מחויבויותינו ההדדיות כאזרחים וכחברים בקהילה **במושגים שוקיים של סחר חליפין למטרות רווח**. מסיבה זו, אין די בדחיקת הערכים הקניינים המתחרים לפסקת ההגבלה, אלא חשוב להכילם במסגרת ההבניה המשפטית של המושג קניים כבר בסעיף 3 לחו"י. הנימוק לכך הוא כי לאימוץ תפיסה קניינית נתונה במשפט גם משמעות תרבותית, שמיתרגמת לתוצאות חברתיות וכלכליות ארוכות טווח. **על ערך החירות של הקניין**- **דגן מתנגד לגישה התומכת במזעור ההגנה על הקניין, עקב סיכונים שאנו נוטלים על עצמנו כבעלים של קניין.** לפי תורת הבחירה הציבורית בעל קניין חלש יותר ייפגע יותר מקבוצות אוכלוסייה חזקות יותר. יש להגן משפטית על החלש. מכאן עולה כי עמדה ליברלית ראויה צריכה לדייק בהתנגדותה לתפיסה הליברטריאנית של הקניין. **האתגר הראוי למי שמחויב לערכים של קהילה ושל צדק חלוקתי הינו, להראות כי ניתן להכיל ערכים אלה במושג קניין מבלי למוטט את פועלו של הקניין כמגן על הפרט מפני כוח השלטון**.

**תפיסת הקניין כמוסדות:ערכים נוספים של קניין**- ישנם 5 ערכים חשובים נוספים לערך החירות שהמוסדות הקניינים יכולים לשמר: אישיות, עבודה, רווחה מצרפית, קהילה וצדק חלוקתי. **1) אישיות**- קיים מימד אישי ביחסים שבין בני אדם לבין משאביהם. שלילת משאב נתפסת גם כהפרה של גבולות ה"אני". **בעל המשאב נקשר למשאב, שכן עם הזמן הוא משקף את זהותו העצמית**. גישתה של ראדין. תיאוריית האישיות של הקניין מצדיק מתן דרגות שליטה שונות ביחס למשאבים שונים המוחזקים בידינו: החל באינטרסים גרעיניים שראוי כי יוגנו מפני כל התערבות חיצונית, המשך באינטרסים מוגנים פחות וכלה באינטרסים שההגנה עליהם, אם בכלל, ראוי שתהא חלקית בלבד. **2) עבודה**- על פי ג'ון לוק, עבודת גופו ועמל כפיו של כל אדם שלו הם כזכות טבעית, ולכן כאשר אדם מערב את עבודתו עם משאב חיצוני כלשהו מתבטלת זכותם של שאר בני האדם באותו משאב והוא נעשה לבעליו היחיד. תיאוריה זו מעלה שתי שאלות: כיצד תצמח זכות קניין מבלי שהיא מגובה בהסכם כלשהו? מה הופך את העבודה על המשאב לפעילות המזכה את העובד בזכות קניינית? על הראשונה עונה לוק כי זכות הקניין קמה אם ורק אם אין בה כדי לגרוע מחלקם של האחרים. על השנייה עונים במושגים של מתן תמריצים המשרתים את הרווחה המצרפית. יש **שתי פרשנויות מתחרות**. ע"פ האחת, יש לקרוא את לוק כלשונו, אך כפי שהראה וולדרון, אין בטענה כי השדה שחרשתי נהפך בכך לשלי, כל ממש, שכן עובדים לא יאבדו בכך את בחירתם לעבוד, את יכולתם לעבוד. ע"פ הפרשנות השנייה, **הנראית בעיני דגן משכנעת יותר, הסיבה להקניית בעלות מתמקדת בהיותה של עבודה טוב אנושי.** בנבדל מהשקעות אנרגיה אחרות, עבודה היא פעילות רציונלית, תכליתית ובעלת ערך, המכוונת למטרה יעילה, כזו המשפרת את המצב האנושי. לכן מי שעמל ראוי לפרס. **ניסוח זה של תיאוריית העבודה עוזר לחדד את התנאים שבמסגרתם עובדים זכאים לפרס: השקעת אנרגיית העובדים תרמה להשגת יעדים שבהם טוב אנושי, תוצאת עבודתם תהא הוספת ערך, הפרס שהם תובעים יהא פרופורציונאלי לערך המוסף של עבודתם**. **3) רווחה מצרפית**- השאת הרווחה החברתית המצרפית היא ערך קנייני חשוב. גארט הרדין משתמש בדוגמת טרגדיית המאגר המשותף כדי להראות את יתרונותיו של הקניין הפרטי או ההרס שבקניין בבעלות משותפת. בקניין משותף עלויות הפיקוח גבוהות הנדרשות בקניין פרטי, ספק אם יימצא השותף שירצה לשלם הוצאות פיקוח אלה, בקניין פרטי לבעליו יש אינטרס חזק למנוע ניצול נכסו ע"י אחרים, לעומת קניין משותף בו האינטרס נמוך. **משטר של קניין פרטי מביא לידי התלכדות העלות הפרטית עם העלות החברתית והתלכדות ההשקעה הפרטית עם התנובה החברתית.** ביקורת אפשרית על כך אומרת כי בהקשרים מסוימים המשפט יכול לסייע לצדדים להתגבר על קשיי הפעולה המשותפת ולקיים בעלות משותפת משגשגת. הניתוח הקלאסי של דמסץ אינו משמיע שקניין פרטי יעיל תמיד, נהפוך הוא, דמסץ מכיר במפורש בכך שלמשטר של קניין פרטי יש עלויות, וטוען שקניין פרטי ייווצר רק כאשר התועלת ממשטר כזה תהיה גדולה מהן. **4) קהילה**- ערכים של עבודה ורווחה מצרפית מכוונים להשגת הטוב הכללי, בניגוד לערכי הקניין של חירות ואישיות, שהם ערכים אינדיבידואליסטים מובהקים. האידיאל הקהילתני הינו הדדיות ארוכת טווח. בעל הקניין, הנהנה באופן שוטף מיתרונות חברותו בקהילה נתונה, מצופה על פי אידיאל זה לשאת בחובות כלפי הקהילה. כל עוד הנטל עליו אינו חריג בגודלו ואינו בלתי פרופורציונאלי לזה שיתר בני הקהילה נושאים בו. תיאור זה מאשש את אפשרות הפנמתו של ערך האחריות החברתית במושג קניין. עם זאת הוא גם מצביע על שני סייגים חשובים. ראשית, הדדיות ארוכת טווח מנסה להתוות את הגבול העדין של אחריות קהילתית שאינה גולשת לפגיעה מופרזת באינטרס הפרטי. נטל עודף זה אמור להיות זמני ולא מופרז. סייג שני, נוגע בהיקפה של היחידה החברתית שאחריותו של בעל הקניין מוסבת אליה. הקניין כמקור לאחריות חברתית יתקבל ביתר קלות אם מדובר ביחידה חברתית מצומצמת יותר. ראוי להציב גם סייג שלישי, יש להקפיד כי האחריות החברתית לא תנוצל לרעה, יש לשמרה מפני השחתה. **5) צדק חלוקתי**- תפיסה ליברלית של קניין תפנים גם את השאיפה לקידום הצדק החלוקתי בחברה. דיני הקניין לא צריכים להחליף את המנגנונים העוסקים במישרין בחלוקה מחדש של העושר, כגון דיני המס וביטוח לאומי. בעלות פרטית היא מקור מרכזי של כוח כלכלי, ועל כן גם חברתי, פוליטי ותרבותי. מכאן שלא ניתן לראות בהגנה על הקניין עניין פשוט של הגנה על זכויותיהם של בני אדם. החשש מריכוזי כוח פרטיים אינו צריך להיות שונה מהחשש מכוחה הכופה של המדינה. לפיכך, הדרישה לצמצום הפערים מהווה אבן יסוד של המושג קניין עצמו. אם חירות בני האדם תלויה בהיותם בעלים של קניין אזי זכות הקניין משמיעה מינימום קנייני לכלל בני האדם. גם תיאוריית האישיות מחייבת את הפנמת הערך של צדק חלוקתי במושג קניין. מתיאוריית האישיות עולה כי לכל אדם צריך שיהיה קניין פרטי, ולא סתם קניין פרטי אלא קניין מכונן- כזה המתייחס להיבטים, להחלטות ולפרויקטים המרכזיים של בעליו. הביקורת המרכזית נגד תיאוריית הצדק החלוקתי היא כי מקומו הראוי של הצדק החלוקתי תחום לדיני העוסקים בו, כגון דיני המס וביטוח לאומי, משני טעמים. ראשית, ניתן לקדם צדק חלוקתי רק באמצעות אמצעים העוסקים במישרין בחלוקה מחדש של העושר. שנית, טעם נורמטיבי, לפיו אין זה ראוי לקדם צדק חלוקתי באמצעות המושג קניין. 3 נימוקים מרכזיים לכך: א. כל מנגנון שלא עוסק במישרין בחלוקה מחדש של עושר הוא חלקי ולא מדויק. ב. האמצעים העוסקים במישרין הם היעילים ביותר. ניסיון באמצעים אחרים פוגע באופן יותר ברווחה המצרפית. ג. הדאגה לרווחת האנשים האחרים צריכה להימצא באחריותו הבלעדית של השלטון המרכזי ולא של אנשים פרטיים. דגן עונה כי הנימוקים הנ"ל אינם משכנעים ומתייחס אליהם. לנימוק השני, עונה כי גם **ערך הרווחה המצרפית תומך דווקא במהלך המוצע**. ההיבט הראשון של הצורך בהפנמת הצדק החלוקתי לשם קידום הרווחה המצרפית נובע מהרצון לתמרץ בעלי נכסים להשקיע ברמה האופטימלית בנכסיהם. לשם כך, המשפט צריך שיבטיח להם חסינות מפני פגיעות בהשקעתם. ההיבט השני הוא מניעתן של החלטות שלטוניות הנוגעות בנכסים פרטיים, אך אינן מביאות בחשבון באופן מלא את השפעתן השלילית עליהם. גם היבט זה תומך בהפנמת ערך הצדק החלוקתי בדיני הקניין. לגבי הנימוק הראשון, עונה דגן כי הוא מופרז כל עוד **ערך הצדק החלוקתי בא לידי ביטוי באופן מתון, מבלי לפגוע יתר על המידה בחירותם או ברווחתם של בעלי הקניין**, כמתחייב מאידיאל ההדדיות ארוכת הטווח. **על הנימוק השלישי עונה כי אין הבדל מהותי בין דיני המס מדיני הקניין בפולשנותם ובפגיעה בחירות הפרט.**

**תפיסת הקניין כמוסדות: ריבוי קנייני**- **פריקות האגד הקנייני**- קושי מרכזי נוסף בתפיסת הקניין כריבונות הוא המוניזם שלה, כלומר האופי שבו היא תופסת את זכות הקניין כבעלת תוכן אחיד במגוון הרחב של מופעיה במשפט. אין כל תוכן קנוני לזכויות קניין: הן נבדלות זו מזו במידה ניכרת מבחינת משמעותן ותוצאותיהן. תפיסת הקניין כאגד זכאויות, מבית מדרשו של הופלד, חשובה במיוחד בכך שהיא מחדדת את אחריות המשפטנים לתכנים שניצוק בזכות הקניין, ופותחת לפנינו אפשרויות של ריבוי תצורות קנייניות. **ברוח עמדת ברק ברוקר, פריקות האגד הקנייני פותחת לפנינו את האפשרות לאמץ גישה פלורליסטית לקניין.** הדימוי של קניין לאגד זכאויות אינו צריך להטעות אותנו לחשוב עליו כעל "רשימת מכולת" של זכויות שיש להן מרחב בלתי מוגבל של תבניות אפשריות. **התפיסה הריאליסטית של הקניין**- יש צורך במשנה זהירות בהפעלה אנלוגית של הסדרים קנייניים החלים על משאב פלוני ביחס למשאב אלמוני. בעייתיות במיוחד בהקשר זה הפעלתה של הוראת סעיף 13 לחוק המיטלטלין המפנה לחוק המקרקעין. המסר המוניסטי העלול להשתמע מדברים אלה, משטיח את המציאות המורכבת של דיני הקניין. המימד השני החשוב המבאר את החלוקה למוסדות קנייניים הוא אופי היחסים החברתיים בין הצדדים. להבדיל מתפיסת הקניין כריבונות המשפט הנוהג מכונן מוסדות קנייניים שונים ומתווה את תוכנם בהתחשב במאפיינים של היחסים החברתיים הרלוונטיים, לכן אם דעת הרוב ברוקר צודקת בתוצאה המהותית של פסק הדין, אין במסקנה זו כדי ללמד על חוסר הרציות של תפיסת קניין שיתופית או על הצלחתה ההכרחית של תפיסת הקניין כריבונות בהקשרים אחרים. התפיסה הריאליסטית מציעה להתעמק במוסדות הקנייניים השונים ובריבוי הערכים האנושיים שביכולתם לקדם. עם זאת, התפיסה הריאליסטית אינה מעניקה לתכנים הקיימים של המוסדות הקנייניים הקיימים תוקף נורמטיבי מכריע. תפיסת הקניין כמוסדות מחייבת תהליך מתמשך וזהיר של זיהוי הטובין האנושיים שביסוד המוסדות הקנייניים הקיימים ועיצובם המתמשך כך שיקדמו את אותם טובין באופן המיטבי. **שתי הפונקציות החשובות של המוסדות הקנייניים- היותם אמצעי לגיבוש ציפיות בני אדם באשר לקטגוריות השונות של יחסים אנושיים והיותם מדיום שהמשפט מביע באמצעותו את האידיאלים הנורמטיביים שלו לגבי קטגוריות מרכזיות אלה, מחייבות מידת מה של יציבות.** דיני הקניין חייבים להגביל את מספר הקטגוריות של המשאבים ומערכות היחסים שהם מסדירים. **הגישה הריאליסטית לקניין הינה בו זמנית צופה פני עבר ופני עתיד: היא מעוגנת היטב בהבנות הקיימות של ההסדרים הקנייניים הנוהגים, ובו זמנית היא בוחנת באופן ביקורתי וקונסטרוקטיבי את ערכי הקניין ואת הקטגוריזציה הקניינית שאותן מטרות נגזרות מהם. עקרון הרשימה הסגורה-** אף על פי שהתפיסה הריאליסטית מפנימה את הלקח שלפיו הקניין הוא אגד זכאויות פריק, שניתן להרכיבו מחדש באופן יצירתי, אין בה כדי לייתר את עקרון הרשימה הסגורה. נהפוך הוא, עקרון זה מעניק יציבות למוסדות הקנייניים. הסבר זה מנוגד להסברם של מריל וסמית. מריל וסמית טוענם שהסדרת הקניין כאוסף קבוע של אפשרויות משמשת כאמצעי לצמצום עלויות התקשורת של צדדים שלישיים הצריכים לברר את מאפייני הזכויות שבהן מדובר, בין כדי להימנע מלהפר זכויות אלה ובין כדי לרוכשם מבעליהם הנוכחי. על פי ניתוח זה, המאפיין המייחד את הקניין הוא השפעתו על צדדים שלישיים, אך ההתמקדות בשיקול של צמצום עלויות תקשורת אינה יכולה להסביר ולהצדיק את עקרון הרשימה הסגורה, משום שניתן להתנות על חלק ניכר מהתכנים שהדין קובע לזכויות אלה. הנסמן וקראקמן טוענים כי אין הצדקה להגביל את רשימת הזכויות הקנייניות. לטענתם, הפומביות היא זו המייחדת את דיני הקניין ולא עקרון הרשימה הסגורה. הגישה הריאליסטית חולקת על נקודת המוצא של שני הצדדים לויכוח חשוב זה. לטענת דגן, אין בעקרון הפומביות כל קשר לעקרון הרשימה הסגורה, ולכן אין הצדקה לכך שעקרון הפומביות הוא העקרון המרכזי של דיני הקניין. **גישת דגן לעקרון הרשימה הסגורה מחייבת שיח קנייני הנשען על המינון הראוי בין ערכי הקניין השונים בהקשר החברתי הנידון. רק היזקקות לפרשנות הקשרית ונורמטיבית כזו הבוחנת את האמצעים, המטרות והקטגוריות הקנייניים יכולה לקדם כהלכה את יתרונותיהם של המוסדות הקנייניים הקיימים. בנוסף, לגישתו אין גם כל הצדקה לשלול מבתי המשפט את הסמכות לעצב, ובמקרים המתאימים גם לכונן, מוסדות קנייניים חדשים, אם כי ראוי שיעשו כן בזהירות ראויה**. **עקרון הרשימה הסגורה חי בנוחות עם חופש ההתנאה רחב בהרבה מזה המוצע אצל מריל וסמית.**

**תפיסת הקניין כמוסדות: דוגמות ראשונות**- ישנן 3 דוגמות ראשונות לדרך הניתוח והפרשנות שתפיסה זו של קניין מחייבת. הן עוסקות בזכויות קניין ב3 סוגי משאבים שונים: בזכויות המתייחסות לנפט ולגז, ברעיונות ובמקרקעין. **1. זכות קניין בקשר לחיפוש, להפקה ולהובלה של נפט וגז**- בעניין סאמדן העותרות שגילו גז באתרים מסוימים, הגישו למשיב בקשה לבניית קו צינור משדות הגז שלהן למתקני חברת החשמל, לפי סעיף 35א לחוק הנפט. המשיב דחה את הבקשה והודיע כי בכוונת הממשלה לפרסם מכרז שהזוכה בו תקבל על עצמה להקים מערכת הובלה ארצית. העליון, מפי חשין, אישר את החלטת הממונה. לפי חשין, חוק הנפט נועד לעודד ולהמריץ אנשים וחברות לערוך חיפושים אחר נפט. הוא מציין כי ערך הרווחה החברתית של הקניין מבאר את התצורה הקניינית המורכבת שחוק הנפט מכונן. מטרה נוספת של החוק הינה מניעת היווצרותם של כוחות מונופול בשלבי החיפוש, ההפקה וההולכה. **דגן מציין כי התפיסה הריאליסטית של הקניין תימצא בשתי תכליות החוק הנ"ל. זכות הקניין במקרה זה נשענת על שיקולים של תמרוץ לטובת השאת הרווחה המצרפית. אין בתכליות אלה פגיעה בזכות הקניין, אלא דווקא נגזרות של זכות הקניין עצמה. פסק הדין מהווה דוגמה מוצלחת להפעלת התפיסה הריאליסטית של הקניין, שכן בית המשפט אינו מהסס לעסוק בפיתוח המוסד הקנייני של זכויות בהקשר חיפוש, הפקה והובלת נפט וגז תוך הישענות על ערכי הקניין שבבסיס מוסד זה, וזאת גם אם פיתוח זה מחייב במקרה זה דווקא הצרת זכויות, ולא הרחבתן. 2. יצירת דינים של "מעין קניין רוחני"-** נראה כי הפסיקה בקניין רוחני דוחה את העמדה כי מדובר במוסד קנייני אחד. זהירותה של הפסיקה ראויה בעיני. ההימנעות משימוש זריז מדי בהיקשים בין ענפי הקניין הרוחני מצביע במשתמע על ההכרה בכך שדיני הקניין הרוחני מהווים אוסף מורכב של מוסדות קנייניים הנעים על פני הספקטרום שבין משאבים מכוננים למשאבים מכשירניים. זכות יוצרים היא דוגמה לטובה לסוג הראשון. זכות יוצרים מגינה על עבודות אישיות. מנגד, פטנט למשל הוא דוגמה טובה לסוג אחר של קניין רוחני המייצג בעיקר חידושים מועילים. למרות שפטנט הינו תועלתני בעיקרו, אין הוא חסר כל אופי- עדיין יש בו ביטוי ליצירתיות אישית. הסברה כי **ערך האישיות של הקניין רלוונטי במיוחד בהקשר של זכויות יוצרים** מבארת היבטים חשובים של דיני זכויות יוצרים המייחדים אותם מיתר דיני הקניין הרוחני. גם **ערך הרווחה החברתית מבאר מתן זכויות בקניין רוחני מסחרי**, שכן בהעדר זכות זו לא ייווצרו מספיק מוצרים מועילים, ורווח הכלל ייצא בהפסדו. **גם ערך העבודה עיצב לא במעט את דיני הקניין הרוחני המסחרי**, שכן מדובר בפעילות רציונלית, תכליתית ובעלת ערך, המכוונת למטרה מועילה, כזו המשפרת את הטוב האנושי ולכן יש זכאות לפרס. 3 התנאים שבמסגרתם זכאים עובדים לפרס מתקיימים. **בפס"ד אשי"ר העליון חידש הלכה בקובעו כי ניתן להשתמש בדיני עשיית עושר ולא במשפט כבעוגן דוקטריני לתביעה בגין שימוש לא מורשה ברעיונות, שלא זכו בהגנת דיני הקניין הרוחני החרותים.** ראו בדיני עשיית עושר כמתלה דוקטריני למה שדעת הרוב מכנה "מעין קניין רוחני". שימוש בדיני עשיית עושר על מנת ליצור זכויות של מעין קניין רוחני, תוך התבססות על ערכי הקניין של רווחה מצרפית ושל עבודה, הינו מהלך שעשוי להיות ראוי אם אומנם קיים פער ניכר בין מה שמתחייב מערכים אלה להבין הכללים הדוקטרינריים החרותים בחוקי הקניין הרוחני השונים. **דגן מתנגד לשתי הקטגוריות העיקריות שמציינים שופטי הרוב בטענה כי הן רחבות מדי.** הראשונה, המוצעת ע"י שטרסברג כהן, היא כי סעד יינתן כאשר ההסדר החקיקתי אינו מתייחס לסוג הנכס המהווה קניין רוחני כלל או כאשר הנכס אינו עונה על התנאים המהותיים של דיני הקניין הרוחני, אך עדיין יש בו מידה מספקת של ייחודיות וחידוש. הבעיה היא שערך העבודה וערך הרווחה המצרפית יעניקו הגנה רק בהתקיים תנאים מסוימים. השנייה, שאף היא אינה משכנעת, הינה כי מן הראוי ליתן סעד במקרים שבהם דיני הקניין הרוחני אינם מעניקים הגנה יעילה. **מכאן שהעליון לא ביסס כראוי את הטענה שקיים בפועל פער בין תיאוריה ודוקטרינה המצדיק פעלתנות שיפוטית**. היה ראוי במקרה זה שביהמ"ש יימנע מלהתערב. 3. **בעלות ציבורית במקרקעין-** מדינת ישראל הינה יוצאת דופן בין כל המדינות הדמוקרטיות בעלות כלכלה מפותחת שיש בה בעלות ציבורית במקרקעין בהיקף של 93%. **דגן סובר כי ניתוח ביקורתי של משטר המקרקעין בישראל בראי של ערכי הקניין מעלה כי, בצד שמירה קפדנית על בעלות ציבורית בסוגים מסוימים של מקרקעין, יש להצטרף למשפחות המדינות הדמוקרטיות שהן רוב שטח המקרקעין של כל מדינה מצוי בבעלות פרטית.** רוב תושבי מדינת ישראל מתגוררים או עובדים על קרקע לאומית תחת חוזי חכירה מלאכותיים. מאפיין זה חותר **תחת ערך החירות של הקניין**. הבעלות במקרקעין מהווה עוגן חשוב של חירות הפרט. **ערך האישיות של הקניין מחזק עוד יותר מסקנה** זו. היחס הקנייני של בני אדם לביתם או לקרקע שהם מעבדים חורג מהתוצאות המכשירניות שלו. להחזקות אלה יש מקום חשוב בזהותם של אנשים. לא ערכי הקניין האינדיבידואליסטים יוצאים נגד הבעלות הציבורית של מקרקעין, אלא **גם הערכים הציבוריים** יותר. כך הראתה רחל אלתרמן שקיים מרחק עצום בין כוחם ההצדקתי של השיקולים התועלתנים, המובאים בזכות המשך הבעלות הציבורית על המקרקעין, לבין ההיקף, ובעיקר הסוגים, של המקרקעין שהאיסור על העברת מקרקעין לידיים שאינן ציבוריות חל עליהם בפועל. **ההצדקות התועלתניות המרכזיות לבעלות ציבורית הן שתיים**: א) **הגנה על "מוצרים ציבוריים",** כלומר מוצרים שבשל מאפייניהם המיוחדים שוק משוכלל אינו מסוגל להבטיח הספקתם במידה האופטימלית. ב) **שמירה על משאבים מיוחדים לדורות הבאים**. מקרקעין המכילים משאבים טבעיים שיש לשומרם למשל. **מובן שאין בהצדקות אלה לשמש בסיס להצדקת המשך הבעלות הציבורית במקרקעי ישראל המיועדים למגורים, למסחר, לתעשייה או לתיירות.** הבעלות הציבורית מייקרת את המקרקעין בישראל ופוגעת ברווחה המצרפית. אין בשיקול הצדק החלוקתי כדי להצדיק בעלות ציבורית מלאה כמעט במקרקעי ישראל. ההיפך הוא הנכון. דווקא פוגעת בצדק חלוקתי, בכך נותנת יתר כוח לגוף מנהלי הכפוף ללחציהן של קבוצות אינטרס. בפס"ד עמותת שיח חדש פסק העליון בהרכב מורחב כי החלטות מועצת מקרקעי ישראל בשינוי הייעוד בקרקעות מדינה שייעודן חקלאי אינן סבירות בהפרן את הערך של "צדק חלוקתי בהקצאת מקרקעין", בכך שהן מיטיבות באופן מופרז עם שתי קבוצות לחץ מאורגנות שפעלו לקידום החלטות אלה: חקלאים ויזמי מקרקעין. גם ערכי הקהילה והאחריות החברתית של הקניין אינם מצדיקים נקיטה באמצעי דרסטי של בעלות ציבורית במקרקעין. למשל, ערך הקהילה שולל במידה מסוימת את ריבונות הבעלים של קהילות בדוגמת החשש מפני הדרה פסולה.

 **פרק רביעי- דיני תחרות**

דיני התחרות הם הדינים המרכזיים המסדירים את יחסי החוץ של בעלי קניין ובעלים של "קניין שבדרך" כנגד צדדים פרטיים. דיני התחרות עוסקים במצבים בהם מועלות תביעות זכויות סותרות ע"י צדדים רחוקים, כלומר צדדים שאין ביניהם קשר חוזי ישיר. בפס"ד **חוות מקורה** אימצה הפסיקה את הגישה כי הוראות הדין השונות העוסקות בתחרויות בין צדדים רחוקים צריכות להידון בצוותא חדא, מתוך מבט כללי השואף לאחד את התייחסות הדין לתחרויות שונות, ועל כן אינו חושש לשאוב הלכות מסוג אחד של תחרות לאחר**. לפי מאוטנר, יש מקום לתאר תחרויות כתאונות משפטיות**, ולנתחן באופן דומה לניתוח תאונות עובדתיות. הניתוח של תחרויות כתאונות משפטיות מזמן, כפי שנראה, את ערכי הקניין של רווחה מצרפית, אחריות חברתית, צדק חלוקתי, אישיות וחירות. **המסגרת הנורמטיבית**-**1. הלכת חוות מקורה**- בעליו של נכס מקרקעין הוכרז כנפקד והנכס הוקנה לאפוטרופוס לנכסי נפקדים. בדיעבד התברר שהכרזת הבעלים כנפקד בטעות יסודה, וכי לפיכך דין הקניית הנכס לאפוטרופוס להיבטל. אך עד שהוכרה הטעות, הועבר הנכס לצדדים שלישיים, רביעיים וחמישיים. באילו תנאים, אם בכלל, הבעלים המקורי זכאי לעקוב אחרי הנכס ולטרוף אותו מידי צדדים רחוקים אלה? הש' מלץ בחוות מקורה, ריכז את דיונו בשאלה זו בשתי הוראות חוק: ראשית, הוא קבע, יש לבדוק את התקיימו תנאי סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים בעסקה הראשונה שערך האפוטרופוס. שנית, בהנחה שהעסקה הראשונה לא העבירה זכות מטוהרת, יש לברר אם העסקות המאוחרות לעסקה זו עומדות בתוקפן אם לפי סעיף 10 לחוק המקרקעין ואם לפי כל דין אחר. אבל, למרות הצגה זו של שלבי הדיון, אין פסק הדין מסתפק בהתייחסות לסעיפים הנזכרים, אלא מציב אותם כחלק מן ההקשר הרחב של סעיפי "תקנת שוק", או כפי שדגן מעדיף לכנותם-דיני תחרות. על צד רחוק המתחרה עם הבעלים המקורי של הנכס נשוא התחרות או עם בעל ההתחייבות קודמת לזכות באותו נכס, מחייב אותו באופן טיפוסי, מסביר מלץ, להוכיח שרכש את הזכות בתמורה ובתום לב. על מנת לבסס את דרישת התמורה, אין די בתמורה עתידית, אלא נדרש מתן ערך בפועל, דהיינו תמורה מבוצעת. נדרש ערך ממשי, להבדיל מתמורה סמלית. בדרישת תום הלב עין מוטלת חובה של ירידה לשטח או בדיקת השתלשלות העסקות בנכס שנים רבות אחורה, אך מנגד אסור לו לעצום עיניים. מלץ פסק כי המערערת עמדה בדרישת התמורה הודות לדמי החכירה השנתיים ששילמה בעד הנכס(החלק הארי כבר שולם). המערערת אף נכנסה להשקעות לטווח ארוך, ובכך שינתה את מצבה לרעה בהסתמך על החוזה. נפסק כי למרות החלק העתידי שבתשלומים, ניתן לומר שהתקיים יסוד התמורה. הבעיה היא כי בדרישת תום הלב לא עמדה המערערת, לפחות לא לגבי מקצת נכסי המקרקעין השנויים במחלוקת. המערערת ידעה על העסקות הקודמות ועל כך שמדובר בנכסי נפקדים. מלץ פסק כי מדובר בעצימת עיניים מכוונת. מנגד, ביחס לאותן חלקות שלא היו ראיות לידיעת המעורבים בדבר על עיבודן ע"י המשיבים לא התגבשה עצימת עיניים מכוונת. **מלץ בחן את שאלת הזכויות ההדדיות של הצדדים הרחוקים, כלומר התעלמות מטיב זכויותיהן של חוליות הביניים. בכך הוא תאם את ההבניה הריאליסטית של דיני התחרות כמוסד קנייני המסדיר מצבים של תביעות זכויות סותרות של צדדים רחוקים. בנוסף, ההתעלמות של בית המשפט מהסדרים נקודתיים קיימים, החורגים מהעקרונות הכלליים המנחים את דיני התחרות, מחזקת את אפיונה של הלכת חווה מקורה כהלכה ריאליסטית. 2. תחרויות כתאונות משפטיות**- מאוטנר מצביע על 3 שיקולים מרכזיים שראוי כי ינחו את קביעת הכללים המשפטיים בדיני התחרות: א. מזעור העלויות של מניעת התאונה, כלומר התחרות. שיקול זה מחייב לברר מיהו הצד שהיה יכול למנוע את התקלה בעלות המזערית. ב. מזעור ההפסדים הנובעים מהתחרות. שיקול זה מחייב לברר מיהו הצד שיישא בהפסד קטן יותר אם ייפסק שרעהו יגבר, דהיינו מי יימצא במצוקה קטנה יותר אם ייצא מהתחרות הקניינית כשידיו על ראשו.ג. מזעור של עלויות התדיינות. התדיינות הבוחנת את שני השיקולים הראשונים מצריכה הערכה שיפוטית סבוכה. לכך יש נפקות מצטברת של העלאת עלויות ההתדיינות. **3. מתחים ערכיים**- שאלה קשה היא כיצד לשקלל בין 3 השיקולים שהציב מאוטנר. היבט ראשון של בעיה זו נוגע בשאלת היחס בין שיקולי היעילות הלכתחיליים(מאזן הרשלנות) לבין שיקולי היעילות הבדיעבדיים(מאדן המצוקה). לפי עמדת מאוטנר, השיקולים הראשונים הם המכריעים, והשניים נכנסים רק במקרה של ספק בדבר יכולת המניעה היחסית של הצדדים. העדפה זו מקורה בטענה כי ראוי לתמרץ מונע נזק עדיף באורח חד משמעי. הסבר נוסף להעדפת מאזן הרשלנות הוא שהצד המפסיד יתקן את פעולת הדין מכוח שאיפתו להשיא את עניינו העצמי. **לפי דגן, העדפה ברורה כזו של שיקולי מאזן הרשלנות על שיקולי מאזן המצוקה ראויה למחשבה מחודשת, שכן שתי הסיבות הנ"ל אינן מצדיקות העדפה קטגורית כזו בכל מקרה של תחרות.** אין מקום להתעלמות משיקולי מאזן המצוקה במצבים אפורים יותר מבחינת יכולתם היחסית של הצדדים למנוע נזק. **ערך האחריות החברתית** בא לחזק את המשקל של יכולת המניעה היחסית של הצדדים, **ערך הצדק החלוקתי** בא לחזק את השיקול של מאזן המצוקה בין הצדדים, **ערך האישיות** בא להצביע על הבחנה חשובה נוספת החלה בחלק ממצבי התחרות(עולה מהבחנה זו שכאשר מדובר בתחרות בין צד שעניינו בנכס הינו כלכלי גרידא לבין צד שעניינו בנכס הינו מכונן, רגישות לערך האישיות של הקניין מחייבת ליתן עדיפות מסוימת לשני על הראשון). הצטברותם של שלושת ערכי הקניין-רווחה מצרפית, חירות וצדק חלוקתי- היא המסבירה את ההעדפה החזקה של דיני התחרות לפעולה על-ידי כללים ברורים.

**בעל התחייבות לעשות עסקה מול נושי החייב- 1. מבוקר ועד רוזובסקי- עם ובלי ה"א**- לאחר חקיקת חוק המקרקעין נקבע בפסיקה כי רוכש זכות במקרקעין עדיף- כמידת המחיר ששילם- על נושהו של החייב המבקש לעקל את המקרקעין. **בעניין בוקר** **הפך העליון הלכה זו על פיה ובו קבע כי עיקול מאוחר גובר על זכות קודמת בזמן שלא נרשמה.** זמן קצר לאחר מתן פסק הדין בעניין בוקר המחוקק תיקן את החוק באופן ששלל את תוצאת בוקר באותם מקרים בהם הקדים הקונה ורשם ה"א לפני הטלת העיקול- סעיף 127(ב). אך לפיה הסיפא של הסעיף, נראה בי בית המשפט למד ממנה בעניין שגיב כי מפרק של חברה חדלת פירעון רשאי לפיה להשתחרר מן ההתחייבות נשוא ה"א כהתחייבות מכבידה. **ראויה, לפיכך, ההפיכה המשתמעת של הלכת שגיב בעניין רוזובסקי, שבו קבע ביהמ"ש כי ה"א קובעת את עדיפותו המהותית של בעל ההערה על פני נושים אחרים של החייב, בהבטיחה כי זכויותיו של הראשון לא תפגענה בשל עיקול מאוחר או בשל חדלות פירעונו של החייב.** בדברים ברורים אלה תיקנה הלכת רוזובסקי את שקלקלה הלכת שגיב. **2. הלכת אהרונוב**- **בעניין אהרונוב החליט העליון להפוך את הלכת בוקר**. נקבע כי עסקה למכר מעניקה לקונה זכות שביושר לנכס אשר פועלת כלפי כל אדם, למעט קונה בשוק הפתוח או קונה שני מהמוכר שרכש בעלות בהיותו בתום לב. שתי גישות מרכזיות תמכו בהלכה מהפכנית זו. הראשונה הוצגה ע"י **שטרסברג-כהן**- עיקר הנמקתה להפיכת הלכת בוקר נשענת על שני אדנים: א. **ראוי להעדיף את הרוכש אשר יש לו "אינטרס בנכס עצמו"** על הנושה-המעקל שעניינו בנכס מתמצה בהיותו מקור אפשרי לפירעון חובו. ב. **הרוכשים הם בדרך כלל הצרכנים הקטנים** אשר יכולים להפסיד את השקעת כל הונם בנכס לעומת הנושה הבנק העוסק במתן הלוואות. **הנשיא ברק** מצטרף לתוצאה, אך מוסיף נימוק אחר להפיכת הלכת בוקר. לפי נימוק זה, כאשר מוכר מתחייב להקנות בעלות במקרקעין או במיטלטלין לקונה, משתכללת אצל הקונה זכות שביושר הפועלת כלפי צדדים שלישיים, ואשר מכוחה ניתן לומר כי יש לקונה זכויות מהותיות בנכס, באופן שעדיפותו של הקונה על נושה של המוכר, המטיל עיקול על הנכס הינה מוצדקת. ברק מסתמך על סעיף 9 לחוק המקרקעין, בכך שיש עדיפות לקונה הראשון על השני, אלא אם השני פעל בתום לב ובתמורה. ברק סבר כי מקור הטעות של ביהמ"ש בהלכת בוקר נעוץ בחוסר הערכת החשיבות של סעיף 9 לחוק המקרקעין. עם זאת, ברק מציין כי למרות שנראה כי תוצאה זו מייתרת את סעיף 127(ב), מוסיף כי אין מקום כדי לשנות מהדין מקום שהקונה הראשון לא רשם ה"א. גם **חשין** מדגיש את העיגון של תוצאת אהרונוב בסעיף 9. **3. מקוהרנטיות של כללים לערכים של קניין**- **בעמודים אלה, דגן מאפיין את הטעם השני להלכת אהרונוב, המסתמך על סעיף 9 לחוק המקרקעין, כטעם פורמליסטי, ולהצביע על הכשלים הטבועים בו.** דגן סובר כי בלב טעם זה עומדת הטענה בדבר אי ההתאמה בין סעיף 9 לבין הלכת בוקר. טיעונים אלה נקראים טיעונים של קוהרנטיות של כללים. על המשתמשים בהם להראות מדוע בחירה בכלל משפטי המתאים לכללים אחרים בשיטה עדיפה על בחירה בכלל מתחרה לו שמידת ההתאמה שלו לכללים אחרים נמוכה יותר. הצורך לקבוע אם ראוי לקרוא את סעיף 9 בצמצום וללמוד מכלל ההן של סעיף 127(ב) על דין התחרות בהעדר ה"א (גישת בוקר) או לקרוא את הראשון כנורמה מלכותית ולתת תוקף מוגבל לשני(גישת אהרונוב)- מחייב היזקקות לטעמים ערכיים. **לדעת דגן, קוהרנטיות של כללים הינה חלולה, ואין בה כשלעצמה כדי להנביע כל תוצאה, ועל כן כמובן אין ביכולתה להצדיק את תוצאת אהרונוב**. **4. מאהרונוב עם הפנים קדימה- שטרסברג-כהן השעינה את ההצדקה של הפיכת הלכת בוקר על ההבדל האיכותי בין עניין הקונה לבין עניין המעקל בנכס הנמכר. עמדה זו תואמת את הניתוח שמציע דגן.** עם קבלת הלכת אהרונוב עולות שתי שאלות דוקטרינריות חשובות: 1) במקרים שבהם שילם הקונה **רק חלק**- לעיתים אף חלק קטן- מן המחיר על חשבון הנכס. לפי אנגלרד וברק באהרונוב גם במקרה כזה תועדף זכות הקונה על העיקול המאוחר שנרשם לפי סעיף 9. במקרה כזה לא מדובר בנזק כלכלי קשה לקונה ביחס למעקל. בנוסף, ככל שהשלב החוזי מוקדם יותר, כן דחוקה יותר הטענה לפיתוח ציפיות לקשר של השתקפות והתקשרות עם הנכס. לכאורה מהבחנה זו עולה אפשרות לעריכת מאזן מצוקה בכל מקרה של התנגשות בין קונה שטרם שילם את כל התמורה לבין נושה מעקל, אך פיתרון כזה בעייתי. **דגן מציע לאמץ את דעת היחיד של דורנר באהרונוב אשר הציעה להחיות את ההסדר לפיו כדי לזכות בנכס, על הקונה לשלם לנושים את ההפרש בין מחיר השוק של הנכס לבין מה שכבר שילם בעדו.** 2) העימותים האפשריים בין בעליה של התחייבות לרכישת מקרקעין לבין נושי המוכר במצבים של פשיטת רגלו של המוכר. מדברי חשין באהרונוב השתמע כי יחול דין שונה כאשר מדובר בפשיטת רגל של המוכר. לגישתו של מיגל דויטש, יש לאפשר לביהמ"ש שיקול דעת נסיבתי במצבים כאלה. **דגן לא מסכים עם דויטש. דגן סובר כי אין ממש בהבחנה בין עיקול לבין פשיטת רגל או פירוק. לכן צדק העליון כאשר קבע בעניין כספי כי הלכת אהרונוב חלה גם על עימות בין בעליה של התחייבות לרכישת מקרקעין לבין נושי המוכר בהקשר של פירוק החברה המוכרת.**

**עסקות נוגדות במקרקעין- 1. הלכת ורטהיימר-** הררי התיימרו למכור את דירתם פעמיים- למשפחת ורטהיימר ולמשפחת בנימיני. ורטהיימר היו הראשונים בזמן. השאלה הייתה האם ראוי לדחות את תביעת האכיפה של משפחת ורטהיימר לנוכח הנזק שייגרם למשפחת בנימיני? דעת שלושת שופטי הרוב, מפי ברק, ענתה על השאלה הזו בשלילה, בקובעה כי סעיף 3(4) לחוק החוזים-תרופות, המסמיך בתי משפט לסרב ליתן סעד של אכיפה כל אימת שהאכיפה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין, נסוג מפני תוצאות העדיפות הקבועה בסעיף 9, אשר על פי לשונו אינו מסתפק במתן תמורה בתום לב ע"י זוכה שני בזמן המתיימר לגבור על זה שקדם לו. בשולי הדברים השאיר ברק בצריך עיון שתי שאלות: א. האם עמידתו של הקונה הראשון על זכותו לאכיפה כלפי הקונה השני, גם אם הדבר יגרום סבל ונזק לקונה השני, עולה בקנה אחד עם חובתו של אדם לפעול בדרך מקובלת ובתום לב? ב. מה השפעה יש לאי-רישום ה"א על זכותו של הקונה הראשון, אילו ניתן היה לרשום ה"א? **2. הלכת גנז**- בעלים רשומים של מקרקעין, בריטיש, מכרו את המקרקעין שלהם לחברת נוטריקון, אשר מכרה אותם בתורה פעמיים- ב1976 לגנז וב93 לקיבוץ אפק. אפק לא ידע על קיומו של גנז ואף לא היה יכול לדעת, מאחר שהרישום לא הועבר מעולם לנוטריקון. מהפנקסים עולה כי המקרקעין הם של בריטיש. בטרם הסתיים ההליך של רישום המקרקעין על שם אפק, נזעק גנז ותבע לאכוף את ההסכם בינו לבין נוטריקון ולמחוק את ה"א שרשם אפק בגין ההסכם שלו עם נוטריקון. אף על פי שנוטריקון לא הייתה בעלת המקרקעין, בכל זאת חלה הוראת סעיף 9 על המקרה. לפי הוראה זו, גנז גובר על אפק במישור הקנייני. **בית המשפט סירב, ובצדק, לאשר תוצאה קשה זו, ופסק כי הימנעותו של גנז מלרשום ה"א במשך 17 שנים אף על פי שלא הייתה לו כל מניעה מלעשות כן הכשילה את אפק. על כן, גנז בדרישתו לאכיפה נהג שלא בתום לב. לאור זאת, גנז ולא אפק ייאלץ להסתפק בתביעת פיצויים נגד נוטריקון.** ברק השעין הלכה חדשנית זו על עקרון תום הלב שבסעיף 39 לחוק החוזים. בהימנעות מעשיית כל האפשר לרישום ה"א הניח בעל העסקה את התשתית ל"תאונה המשפטית" שבעסקות נוגדות. **ברק מציין שלושה מצבים בהם לא יעלה מחדל מרישום ה"א כדי פגיעה בעקרון תום הלב השוללת מהראשון בזמן את עדיפותו**: 1) כשאין כל אפשרות בדין לרשום ה"א. 2) כאשר טעמים של אחדות המשפחה מצדיקים את הימנעותו של בן הזוג מלרשום ה"א. 3) כאשר אי-רישומה של ה"א לא היא שהביאה לתאונה המשפטית שביצירתן של עסקות נוגדות. נוסף על כך התייחס ברק למקרה בו התחייב הראשון בזמן כלפי המוכר "לא לרשום ה"א עד שיבצע פעולות מסוימות" והוסיף גם אותו למצבים הנ"ל. ברק מציין כי אין בהלכת גנז כדי להפוך את הלכת ורטהיימר. שטרסברג-כהן וריבלין הסכימו עם תוצאת ברק, אך סברו כי ככלל אין באי רישום ה"א כדי לפגוע בזכות הקניינית העדיפה המוענקת לראשון בזמן מכוח סעיף 9. פגיעה כזו יכול שתתרחש רק בנסיבות חריגות, כגון אלה במקרה גנז. מצא מציע ליישם את העיקרון בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה נתון, ובכך לא מסכים בקביעת אוסף כללים מדויקים כפי שהציג ברק. ריבלין ושטרסברג-כהן אף משיגים על ברק בנוגע למעמדה של הלכת ורטהיימר. **3. על תוצאות אי רישומה של ה"א**- **דגן מסכים עם הלכת גנז כניסוחה ע"י ברק, אם כי מתנגד לקבל את אחד החריגים**. מסכים עם ברק כי לא כל הרושם ה"א ראשון הוא הזוכה, שכן יש את החריגים שעליהם דיבר ברק לעיל. **דגן מתנגד לחריג האחרון שברק התייחס אליו בזהירות, העוסק במצבים שבהם הוראה בחוזה המכר שוללת מהקונה הראשון את הכוח לרשום ה"א**. דויטש הצדיק סייג זה תוך הישענות על חופש החוזים והקניין. **ההצדקה שדויטש מציע לחסינותו של מי שויתר חוזית באופן זמני על הזכות לרשום ה"א מפני שלילת עדיפותו ע"י הקונה השני אינה משכנעת לדעת דגן.** **חופש החוזים אינו החופש לעשייתם של חוזים לרעת צד ג', ולכן אין לקבל סייג זה.** **ראויה בעיני דגן תפיסת ברק בעניין נחרצות הנטל של רישום ה"א ויש לדחות את דעתם של שטרסברג-כהן וריבלין שככלל, אין להטיל נטל של רישום ה"א אשר אי העמידה בו עלולה לפגוע בעדיפותו של הראשון בזמן.** **דעת הרוב בעניין גנז- אם יוסר ממנה סרח-העודף של סייג ההתניה ההסכמית- משדרת מסר ברור וראוי.** **יש אף לדחות את גישתו העמומה של מצא, אשר הציע לבחון לפי נסיבות כל מקרה, מנימוקים של צדק חלוקתי ורווחה מצרפית. מוסיף דגן כי לפי הניתוח הריאליסטי של פרק זה אין כל קושי ליישב את הלכת גנז עם הלכת אהרונוב, שכן הן עוסקות בסוגי תחרויות שונים מן הבחינה האיכותית.** **בעניין גדי** העליון החיל את הלכת אהרונוב וקבע שמחדלו של הרוכש הנמנע מלרשום ה"א אינו שולל את עדיפותו הקניינית בנכס. שני נימוקים להחלה זו: א. מדובר בעימות בין בעל קניין שביושר לבין נושה כספי ונשייתו של הנושה אינה קשורה לנכס הנמכר. ב. אין קשר סיבתי בין אי רישום ה"א לבין היווצרות החיוב של המוכר כלפי הנושה הכספי. שני טעמים אלו מצביעים על אותה מסקנה- **"אי רישום ה"א אינו מנוגד לעקרון תום הלב במצב הטיפוסי של תחרות בין קונה לבין מעקל". 4. מגנז בחזרה לורטהיימר: על מאזן המצוקה**- דגן סובר כי ברק צודק בטענה כי אין בהלכת גנז כדי לערער את הלכת ורטהיימר, אך הנימוק הפורמליסטי שנתן ברק להלכה ותיקה זו אינו נכון. הנימוק היה כי יש לפרש בצמצום את הוראות סעיף 3(4) לחוק התרופות ולא לבחון במסגרתו את מאזן המצוקה בין הצדדים הניצים, כדי לתת את מלוא התוקף לסעיף 9 לחוק המקרקעין. **בדעת המיעוט של כהן למשל בורטהיימר הציע דווקא להרחיב את סעיף 3(4) לחוק התרופות ולצמצם את סעיף 9. אפשרות זו חוזקה בהלכת גנז, שכן סעיף 9 הופחת לעומת חיזוק סעיפי הרישום**. עם זאת כישלונו של הנימוק הפורמליסטי של הלכת ורטהיימר אינו מעיד, כשלעצמו, על אי רציותה של הלכה זו. גם הטענה של שטרסברג-כהן וריבלין כי עצם ההיזקקות למאזן הרשלנות בין הצדדים מחייבת לברר גם את מאזן המצוקה ביניהם, אינה נכונה. **הניתוח הדוקטריני של כהן בעניין ורטהיימר מספק כלי משפטי ראוי הנותן עוגן דוקטריני לשיקול החשוב של מאזן המצוקה מבלי לפתוח את קן הצרעות של בירור פרטני של מצבם הכלכלי הכולל של כל צמד צדדים מתדיינים.** **5. על הצעת חוק דיני ממונות ועל הדין הרצוי-** סעיף 588 להצעת חוק דיני הממונות אמור להחליף את סעיף 9 לחוק המקרקעין. נראה שכוונת הצעה זו היא לקדד את דעתו של ברק בעניין גנז בשינוי קל- ברק סבר כי העדפת הזכאי השני אינה צריכה להיות מותנית ברישום ה"א מצידו, ואילו ההצעה יוצרת התניה כזו. **הפרת חובה כלפי צדדים שלישיים אינה מצדיקה הטלת אחריות על השני בזמן. על כן עדיפה בעיני דגן הכרעת ברק בגנז על האפשרות המוצעת בהצעת החוק.** **מן הראוי שנטל הרישום של ה"א, כאשר הדבר אפשרי ואין בו בכדי לפגוע באחדות המשפחה, יופעל ככלל מדויק עד כמה שהדבר ניתן. ראוי להוסיף סייג נוסף לכלל הרחב של סעיף קטן (א) להצעת החוק שיתקן את שהלכת ורטהיימר קלקלה ויתחשב במאזן המצוקה גם כאשר הוא פועל לטובת השני בזמן.**

**עסקות קומבינציה**- זוהי עסקה שקבלן פונה לפיה על מקרקעי הזולת. עם השלמת הבנייה, המבנה עתיד להירשם כבית משותף, כאשר בעל המקרקעין יעביר לקבלן, דירות מספר המוגדרות מראש לקונים ממנו, ויוותר בעליהן של יתר הדירות. היתרון הוא שמימון הבנייה מושג ממכירת הדירות העתידות להיבנות ושאינן דירות התמורה. הסוגיה המרכזית בנוגע לדיני התחרות נוגעת במשמעות הרישום של ה"א ע"י רוכשי הדירות על החלקה נשוא עסקת הקומבינציה במקרה בו שהקבלן אינו מקיים את התחייבויותיו כלפי הצדדים. האם ביטול ההסכם עם הקבלן מאפשר לבעל המקרקעין גם למחוק ה"א שרשמו הקונים, בטענה שביטול הסכם הקומבינציה עולה כדי מצב שבו
"עילת ההערה בטלה" במובנו של סעיף 132(א)(2) לחוק המקרקעין. בשורה של פסקי דין העליון פיתח דין ספציפי לפיו התשובה על שאלה זו שלילית. לפי הדין, הסכמתו של בעל המקרקעין לרישום ה"א יוצרת התחייבות ישירה שלו למתן הגנה לזכויות הרוכשים או המממנים בתקופת הביניים שהקניין נותר בה עדיין בידיו. **בפס"ד נחשון בו נקבעה הלכת ההתחייבות הישירה, נימק שמגר הלכה זו בכך שבעל המקרקעין מודע לסיכונים הנובעים מאותן התקשרויות עם קונים עתידיים. למרות שנימוק זה אינו משכנע,** **דגן סובר כי הלכת ההתחייבות הישירה ראויה בעיניו.** **הסיבה לכך נעוצה בשיקול היכולת היחסית של הצדדים למנוע את הנזק-בעל המקרקעין הינו המונע הזול ביותר של הנזק.** **עם זאת, יש לאפשר התניה על הלכה זו. העליון הכיר בהתניה כזו בתנאי שתיעשה במפורש.** בשאלה האם תשתנה התוצאה במקרה שבו טרם החל הקבלן בבנייה והקונים לא שילמו חלק משמעותי מהמחיר, **ראויה בעיני דגן תפיסתו של גולדברג בעניין נחשון, לפיה אין זה ראוי להעדיף את רוכשי הדירות על בעלי המקרקעין בנסיבות שבהן הראשונים טרם נתנו תמורה בת ערך או שינו את מצבם לרעה באופן משמעותי בהסתמך על העסקה עם חוליית הביניים, ואילו האחרונים נפרדו כבר מתמורה ממשית כזו.**

**תקנות שוק**- בהתקיים תנאי תקנת השוק, רוכש של נכס זוכה בבעלות נקייה אף אם רכש אותו ממי שלא הייתה לו בעלות כזו. השוני בין תקנות שוק משאר מצבי התחרות הוא: א. תקנת השוק עוסקת במצבים שבהם הזכות המאוחרת בזמן מתנגשת בזכות קניין מלאה, ואף- בהתקיים הדרישות של תקנת השוק- גוברת עליה. ב. על מנת שבעל הזכות המאוחרת יגבר, אין די בכך שיתקיימו דרישות תום הלב והתמורה. עליו לעמוד גם בדרישות מחמירות נוספות הנוגעות במאפייני השוק שבו נרכש הנכס. ההסבר העיקרי לייחודם של דיני תקנות השוק נוגע בכך שדינים אלה מאפשרים לכונן מנגנוני ביטוח שיקהו את העוקץ של מצבי התחרות. **לטענת דגן, הדרישות המחמירות נועדו לאפשר לרוכשי נכסים המעוניינים בכך לפעול במסלולי רכישה בטוחים.** **הכושר הביטוחי של אותו צד שלישי, הן מבחינת יכולת המניעה הן מבחינת הכיסוי הביטוחי, מבאר, לטענת דגן, את הדין הקיים טוב יותר מן ההסברים החלופיים.** **1. רישום מקרקעין כביטוח-** בפס"ד בנק אמריקאי ישראלי נידונה תחרות בין זכותו של בעל משכנתא שאושרה ע"י רשם המקרקעין, אך כתוצאה מטעותו של הרשם- לא נרשמה, מצד אחד, לבין זכותו של בעל משכנתא אחרת, מאוחרת ממנה, שאושרה לרישום ואף נרשמה, מצד אחר. **שופטי העליון אישרו פה אחד את החלטת המחוזי כי יש להעדיף את בעל העסקה שנרשמה. לדעת דגן, דעת רוב זו בפס"ד בנק אמריקאי רצויה.** ניתן לראות כי המערערת היא המדינה ולא הבנק, שכן הפסדו של הבנק יוביל לתביעת נזיקין נגד המדינה. **תוצאת פסק הדין רצויה משום שהיא מרכזת את מאמצי המניעה ביחס לטעויות ועיכובים רשלניים של רשמי המקרקעין בידיהן של לשכות רישום מקרקעין. 2. סוחרי מיטלטלין כמבטחים**- רכישה בתנאי השוק הפתוח מטהרת זכות לקויה ומזכה את הרוכש בזכות נקייה וממורקת מכל טענה סותרת של שעבוד, עיקול או כל זכות אחרת בממכר. עם זאת, כדי להבין את פועלו של סעיף 34 לחוק המכר יש לשאול מדוע אין די בדרישות תום הלב והתמורה- מדוע ראוי שקונה תם לב יינגף אם לא קנה בתנאי השוק הפתוח? מי שקונה שלא בשוק הפתוח אחראי אחריות מוחלטת לסיכון שיתברר כי הטובין שרכש גנובים. סעיף 34 מכונן למעשה שני מסלולים של רכישת מיטלטלין. מסלול ראשון מתקיים כאשר מיטלטלין נרכשים בתנאי השוק הפתוח. במסלול זה הרוכש פועל "על בטוח"- כל עוד שילם בעד הנכס ופעם בתום לב, רכישתו מבוטחת מפני כל אתגר מאוחר. מסלול שני קורה מחוץ לשוק הפתוח- כל הסיכון מוטל על הרוכש. המשפט לא מתערב באשר לאיזה מסלול יש לפנות. **הפיכתו של הסוחר במצבים שבהם עלה תחרות בין הבעלים המקורי לבין הרוכש בתנאי השוק הפתוח למבטח בעל כורחו- מפחיתה את הסיכון שבמסלול הפעילות בשוק הפתוח.** **3. לפרשנות סעיף 10 לחוק המקרקעין- הבנת פועלם הביטוחי של דיני תקנת השוק היא, לטענת דגן, המפתח לפרשנותו הראויה של סעיף 10 לחוק המקרקעין וכן של סעיף 34 לחוק המכר.** יש בה כדי לבאר את ההלכה הפסוקה לפיה, הרוכש נכס מקרקעין ממי שנחזה להיות הבעלים הרשום שלו, אינו יכול לחסות בצילו של סעיף 10 לחוק המקרקעין. בנוסף, קונה אינו יכול לחסות בצילו של סעיף 10 אף בנסיבות שמתברר בהן כי פעל במידת הזהירות הראויה, ובדק כמיטב יכולתו את זהות המוכר ואת האותנטיות של ייפוי הכוח. **הרחבת הכיסוי הביטוחי לתחומים שבהם אין למנגנון הרישום כל יתרון מניעתי אינה ראויה, שכן בסופו של דבר דווקא תפגע בצדדים לעסקות מקרקעין- תייקר עסקות אלה שלא לצורך. בנוסף, קריאת סעיף 10 לאור התפקיד הביטוחי של מנגנון רישום המקרקעין עוזרת גם להסביר כלל פסוק נוסף, לפיו על תום הלב להימשך עד שעת הרישום בלשכת רישום המקרקעין, ולא רק בעת עריכת העסקה.** **על כן, ההסדר של תקנת השוק במקרקעין- הכיסוי הביטוחי המדינתי לעסקות במקרקעין- צריך להתחיל רק בעת הרישום.** ככל שבעל זכות מאוחרת היה יכול למנוע תאונה משפטית ע"י ירידה לשטח- ראוי שיעשה כן, ואם כשל בכך, עליו לשאת בתוצאות. **4. לפרשנות סעיף 34 לחוק המכר**- בפס"ד כנען דובר בציורים יקרי ערך של הצייר ראובן רובין, שאבדו בדרכם מתצוגה במוזיאון היהודי בארה"ב והתגלגלו לשוק הפשפשים בתל אביב. כנען רכשה את הציורים מרוכלת באותו שוק במחיר זניח. שופטי הרוב קבעו כי בנסיבות אלה אין לראות בגברת כנען רוכשת בתנאי תקנת השוק. שתי מחלוקות עיקריות התגלעו בין שופטי ההרכב. הראשונה, חצתה בין דעת הרוב לבין דעת המיעוט. 3 שופטי המיעוט סברו כי את דרישת התמורה הקבועה בסעיף 34 לחוק המכר יש לבחון לפי ערכו המדומה של הנכס בשעת המכירה בעיניו של מוכר או קונה סביר מן השוק, ולא לפי ערכו האמיתי כפי שהתגלה לאחר מכן. 4 שופטי הרוב סברו אחרת. לגישתם, לעניין תקנת השוק נדרשת תמורה בעלת ערך. בהעדר תמורה ממשית, תגרום שלילת הנכס מן הבעלים נזק לבעלים כשיעור שוויו הריאלי של הנכס ואילו שלילת הנכס מן הקונה תגרום לו נזק נמוך בהרבה משוויו של הנכס. מדעה זו עולה, כי רוכש כמו כנען לא יוכל לחסות בצילם של דיני תקנת השוק. המחלוקת הנוספת נסבה על דרישת סעיף 34 כי המוכר יעסוק במכירת נכסים מסוגו של הממכר. שטרסברג-כהן בדעת יחיד סברה כי דרישת סוג הממכר מעמידה מבחן אובייקטיבי לבחינת תום הלב הסובייקטיבי של הקונה, וכי לפיכך יש לבחון את שאלת סוג הממכר באופן אובייקטיבי ובדיעבד, כלומר על פי מהותו האמיתית של החפץ. מדרישה זו עולה כי רוכש היצירה אינו יכול לגבור על הבעלים המקורי מכוח תקנת השוק. לוין וטירקל חלקו על גישה זו, וסברו כי יש לבחון את שאלת סוג הממכר בעיניים של קונה ומוכר סבירים בשעת המכירה. **בנוגע למחלוקת הראשונה, דגן מסכים עם דעת הרוב האומרת כי לעניין תקנת השוק נדרשת תמורה בעלת ערך. בנוגע למחלוקת השנייה, מסכים דגן עם דעת היחיד של שטרסברג-כהן, לפיה יש לערוך בדיקה אובייקטיבית של סוג הממכר. לסיכום, דרישת סוג הממכר שבסעיף 34 מתמלאת, אך הרוכלים בשוק הפשפשים אינם מבטחים טובים, ולכן יש לקבוע כי רכישה של תמונה יקרה מרוכל אינה נופלת בגדרי תקנת השוק במיטלטלין.**

**הערה על עוולות היסטוריות-** בפס"ד הבאב נידונה תביעה של נפקד, אשר משחזר לישראל ופעל להשבת נכסיו, התברר לו כי בתקופת נפקדותו, נמכר רכושו לצד שלישי על אף התנגדותו ומחאותיו. הנפקד טען כי המכירה נעשתה במחיר נמוך בהרבה משווי נכסיו שנמכרו, ולפיכך תבע מהאפוטרופוס נזקים. העליון, מפי ויתקון, דחה את תביעת הנפקד, בנימוק שחוק נכסי נפקדים אינו מחייב את האפוטרופוס ליתן דין לפני הנפקד, כי אין הוא נאמנו. חשיבות האינטרס של הנפקד הומעטה. הדוקטרינה של תום לב ותמורה, הניצבת במוקדה של הלכת חוות מקורה, מהווה אמצעי מדויק יותר מזה של דוקטרינת ההתיישנות, לאיזון הנדרש על פי התפיסה הליברלית של קניין בין הציווי המוסרי של תיקון עוולות היסטוריות לבין ערך הצדק החלוקתי של הקניין. מחד גיסא, דוקטרינת תום הלב והתמורה מונעת מצב שבו יוותרו משאבים בידי מי שנטל אותם שלא כדין גם אם חלף זמן רב. מאידך גיסא, יש בה כדי למנוע מצב שבו צדדים החפים מכל אשם, יישאו בתוצאות של עוולות שאין הם אחראים להן.

 **פרק חמישי- שיתוף בנכסים**

**דגן יטען גם כאן כי המשפט הישראלי הנוהג בתחום השיתוף בנכסים משקף את מרשמיה של תפיסת הקניין הפלורליסטית והליברלית. מטרת הפרק היא להתאים את לשון דיני השיתוף לנורמות שהם מנהיגים. משימתו העיקרית בפרק הינה להגן על המהלך של המשפט הישראלי באימוץ הגישה התומכת בשיתוף. טרגדיית המאגר המשותף שהציג הרדין מובילה לתוצאות שונות בתכלית בראי תפיסת הקניין הפלורליסטית והליברלית- השיתוף בנכסים עשוי לשרת את ערך הרווחה המצרפית של הקניין, את ערך האחריות החברתית שלו, ובמקרים מסוימים גם את הערך של כינון אישיות קהילתית סביב הקניין. האתגר המורכב שדיני השיתוף מתמודדים עמו נעוץ בניסיון לשמר בקפידה את חירותם של השותפים לצאת, מצד אחד, ועם זאת לא להרפות מהיתרונות הגלומים להם משיתוף הפעולה הוולונטרי בשימוש בנכס ובניהולו, מצד אחר. יטען דגן כי דיני השיתוף בנכסים במשפט הישראלי צופים קבוצה של פרטים המעוניינים להיכנס למערכת יחסים של אמון, שיתוף פעולה והסתמכות הדדית.**

**א. רטוריקה ומעש בשיתוף בנכסים**- העליון קובע כי חיסול השיתוף במקרקעין הינו מטרה רצויה, גם לטובת השותפים עצמם וגם למען המטרה המשקית הכללית של פיתוח המקרקעין. עולה מכאן כי עצם הגדרת זכותו של כל בעלים משותף נראית כמובילה באורח בלתי נמנע לריב ולמדון. הדין הישראלי בניגוד לאמריקאי דווקא תומך בשיתוף הפעולה הדינמי בין שותפים ומטפח אותו. אם סברת הפתולוגיה של השיתוף הינה נכונה, כי אז ראוי להשתחרר מעולם של הכללים התומכים בשיתוף. ניתן להציע 3 הסברים לעוינות ההצהרתית של המשפט הישראלי כלפי מוסד השיתוף: 1. ייתכן שה"הבטחה" לעוינות כלפי השיתוף בנכסים משקפת את האינטואיציה הראשונית של משפטנים הלכודים בצבת של תפיסת הקניין כריבונות. לפי תפיסה זו, דיני הקניין הם הזירה המובהקת של אי-תלות בין הפרטים בחברה. 2. הפער שבין מגוון המצבים שדיני השיתוף בנכסים מתייחסים אליהם לבין סוג המקרים המגיעים להתדיינות משפטית. בתי המשפט נחשפים לכישלון הצדדים בניסיון השיתוף ביניהם, ולא לפועלו של הדין התומך בשיתוף. 3. ייתכן שהרטוריקה המטעה של המשפט הישראלי נובעת מגודל האתגר הניצב לפני שיטת משפט המעוניינת לתמוך בשיתוף בנכסים.

**ב. מטרגדיית מאגר משותף לאתגר של שיתוף ליברלי**- **1. יתרונות הבעלות המשותפת-** חוקרים הגיעו למסקנה כי הסברה כי שיתוף מועד לטרגדיית המאגר המשותף פשוט אינה נכונה. אוסטרום הראתה כי קבוצות הצליחו לנהל בעלות משותפת משגשגת. לפי מחקרה, על קבוצה לפתח ערכים קבוצתיים משותפים בכדי להצליח. לדעת דגן יש כמה יתרונות לבעלות המשותפת: 1. האפשרות ליצור חלקות גדולות יותר במקרקעין. 2. כאשר ישנם בעלים אחדים, הסיכונים שהבעלות בקרקע גוררת מתחלקים. עשוי להיות יתרון בפיזור כזה של הסיכון. נוסף ליתרונות הכלכליים, אנשים עשויים לרצות בבעלות משותפת גם על מנת ליהנות מעצם העובדה שהם פועלים יחד. המוסד הקנייני של שיתוף בנכסים מתאים במיוחד לקידום של יחסים חברתיים כאלה. **2. החירות לצאת**- אוסטרום הראתה כי הטלת מגבלות חמורות על החירות לצאת חיזקו את הקשרים בין השותפים. עם זאת, משטר קנייני ליברלי יתקשה לחגוג סיפורי הצלחה של בעלות משותפת אם ההצלחה נקנית במחיר הגבלות חמורות מדי על החירות לצאת. סיבה אחת לכך היא החשש לטרגדיית המאגר המשותף. הנימוק העמוק יותר הוא כי החירות לצאת משמשת בתפקיד מגן ומשקפת אוטונומיה. **דגן מציע להטיל מגבלות מתונות אשר אינן מסכלות בהכרח ערכים חשובים אלה, הכפופות לביקורת שיפוטית**. חוק המקרקעין קובע כי כל שותף במקרקעין זכאי בכל עת לדרוש פירוק השיתוף. הצעת חוק דיני ממונות מכילה בהקשר זה שני תיקונים מוצעים: א. הרחבה גורפת של ההסדר גם על חוזים שעניינם זכות בנכסים שאינם נכסי מקרקעין. **דגן מעדיף את ההסדר הקיים, שכן ספק אם ראוי לקבוע באופן גורף כפי שהצעת החוק קובעת כי מה שטוב לשיתוף במקרקעין טוב גם לשיתוף בנכסים אחרים.** ב. התאמת הדין החל לגבי תניה המגבילה את זכותו של שותף להעביר את זכותו בנכס המשותף לדין החל לגבי תניה המגבילה את זכותו של שותף לדרוש את פירוק השיתוף, באופן שבשני המקרים תהיה פקיעת התניה אוטומטית לאחר 5 שנים. **שינוי זה ראוי וחשוב בעיני דגן, מכיוון ששתי ההגבלות הללו על חופש החוזים מיועדות להשיג אותה תכלית- שמירת החירות לצאת- אין סיבה טובה להבדיל ביניהן**. **הצעת חוק דיני ממונות בקביעת הסדר אחד לתניות מגבילות עבירות ולתניות מגבילות זכות פירוק, צודקת לדעת דגן.** **3. האתגר**- **האתגר האמיתי לדיני השיתוף בנכסים נעוץ בניסיון ההרואי לתמוך במוסד הבעלות המשותפת תוך שמירה קפדנית על חירותם של השותפים בנכסים לצאת מהשיתוף.** חשוב לשים לב להשפעת מעמדה של החירות לצאת מיחסי השיתוף כחירות יסוד חזקה על אפשרות שיתוף פעולה במשחק רב שלבי, כלומר כל אחד מהשותפים יכול לצאת מהמשחק בכל רגע נתון. ידיעה זו של כל אחד מהשותפים מעלה אצלו את החשש שמא ינוצל לרעה. אולם, התייחסויות הגומלין השונות בין השחקנים בהקשר זה אינן שוות משקל בהכרח, שכן התקבולים העומדים לחלוקה עשויים להשתנות מסיבוב לסיבוב. בנקודה זו מצוי האתגר המיוחד**. 4. תפקיד המשפט**- אם המשפט הסדיר את ההנאה המשותפת מהקניין הפרטי, שהוא כשלעצמו סוג של מאגר משותף, בהצלחה לא מבוטלת, אין סיבה שלא יעשה זאת לגבי בעלות משותפת. לפי אוסטרום אחד המאפיינים החשובים להצלחה זו היא התפקיד שממלא המשטר החיצוני לקהילה בעלת מאגר משותף. **המערכת המשפטית בישראל צריכה לכלול כללי רקע שיגנו על הצדדים מפני החשש של התנהגות אופורטוניסטית, לנוכח המחויבות הראויה של המשפט הישראלי לחירות לצאת.** **מטרתם העיקרית של כללים אלה הינה להסדיר מהצדדים פיתויים לנצל לרעה את ההסתמכות ההדדית ששיתוף פעולה בינאישי מחייב, ולעודד כל צד לקיים ביומיום מערכת של שיתוף פעולה דינמי מבלי לחשוש שהאמון שהוא נותן באחר והסתמכותו עליו יפגעו בו בסופו של דבר.** אמון בינאישי יוצר הון חברתי של נורמות משותפות המאפשר בתורו ניצול יעיל של הנכס שבבעלות משותפת מבלי לשאת בעלויות הגבוהות של פיקוח ושיטור הדדיים שבעלות כזו גובה מצדדים שאינם בוטחים זה בזה. תמיכת המשפט באמון בינאישי תבוא במקום קביעת הגבלות קשות על החירות לצאת. לכאורה, נראה כי שיתוף בנכסים הנוצר כתוצאה מירושה מצריך ניתוח שונה משתי סיבות: א. יש מקום להתעקש פחות בהקשרים משפחתיים על המחויבות לחירות לצאת. ב. די באמון בינאישי ואין צורך בדין. הבעיה היא ששתי הסיבות אינן משכנעות. ראשית, יש להבחין בין מגבלות משפטיות לבין מגבלות חברתיות. יצירת מחסום משפטי מהווה פגיעה חמורה נוספת בחירות לצאת. שנית, תמיכת הדין נדרשת לשימור היחסים הטובים שבין הצדדים. כאשר היחסים רעועים מן הראוי להביא לפירוק השיתוף גם כאשר בשיתוף רצוני עסקינן. ניתן לחלק את המסגרת המשפטית התומכת בשיתוף ל3 מעגלים: מעגל השליטה הפרטית, מעגל השלטון הדמוקרטי ומעגל היציאה מעודדת השיתוף.

**ג. מעגל השליטה הפרטית-** דגן פותח את הדיון בדיני השיתוף בכללי בררת המחדל הבסיסיים ביותר שהדין קובע, העוסקים בהסדרתן של פעולות אשר בכוחו של כל שותף יחיד לבצען במקרקעין. תכלית הכללים הינה להבטיח שהשימוש הפרטי במשאב המשותף לא יניב תוצאות טרגיות. **1. מניעת ניצול יתר: הסדרה ישירה**- המשפט יכול לסייע במניעת ניצול יתר של המשאב המשותף בשני אופנים: הסדרה ישירה ע"י קביעת סטנדרט עמום של התנהגות הבעלים המשותפים, או משטר עקיף ע"י קביעת כללים המתמחרים התנהגויות אלה ומביאים לידי הפנמת ההחצנות האפשריות הטבועות בהן. ההסדרה הישירה תכיל איסור על שימושים פרטיים ע"י שותף שיש בהם כדי פגיעה משמעותית באפשרויות השימוש של שותפיו. **בהלכת ביאלר** נידונה שאלת סמכותה של שותפה ליתן לצד ג' רישיון להתגורר בנכס המשותף בעוד השותף האחר רוצה לסלקו ממנה. לטענת דגן, יש לקרוא את הלכת ביאלר כקובעת מגבלה על כוחו של שותף לעשות עסקות בחלקו הערטילאי במקרקעין המשותפים או ליתן מכוחו רישיון לאחר. מגבלה זו מתייחסת לנסיבות בהן עצם ההשכרה לאותו אחר מהווה התעמרות בשותף האחר ויוצרת אפוא הגבלה בולטת וברורה על שימוש השותף האחר בנכס. **בנסיבות כאלה, הדרך הנכונה היא לצאת ממסגרת השיתוף ע"י מכירת החלק הערטילאי כולו לאחר או ע"י פירוק השיתוף. בעניין וילנר** בן פורת צודקת בקובעה שחוק המקרקעין דחה את הגישה הנגטיבית, שלפיה אין רשות לאף שותף לעשות בנכס שימוש כלשהו, כל עוד אחד השותפים האחרים מתנגד לכך. בן פורת מייחסת גישה זו להעדפת המחוקק את ניצולים היעיל של המקרקעין. דגן מוסיף על כך שיקול של תמיכה בניסיונות של שיתוף פעולה וולונטרי, ריכוך משטר הווטו, וניסיון לתמוך בהגעתם של הצדדים לנקודת האיזון של "חיה ותן לחיות. השאלה בעניין וילנר אשר הייתה במחלוקת היא האם מגוריה של אחת השותפות בדירה המשותפת, כאשר לא ניתן להתגורר בדירה במשותף, אולם השותפה האחרת לא הביעה רצון להתגורר בה, מהווים "שימוש סביר". בן פורת סברה כי עדיין ראוי להתיר שימוש משותף כזה ע"י השותפים גם לנוכח התנגדות השותף. **נתניהו, מנגד, סברה כי אין להתיר את השימוש המשותף במקרה כזה ודגן מסכים איתה.** **תוצאת בן פורת לדעתו מחריפה את העימות בין הצדדים שלא כצורך. הפתרון הצודק ביותר הוא השכרה לצד ג'. 2. מניעת ניצול-יתר: משטור עקיף-** משטור עצמי ע"י נטרול התמריץ לניצול יתר, מושג בתורו ע"י הפנמת ערך הניצול למנצל עקב חיובו לשלם את שוויו. בכך עוסק סעיף 33 לחוק המקרקעין הקובע כי שותף שהשתמש במקרקעין משותפים חייב ליתר השותפים שכר ראוי בעד השימוש. שכר ראוי מחושב ע"פ שווי השוק של השימוש בנכס. בכך הדין הישראלי מאפשר להביא לידי נטרול התמריצים לניצול יתר שהמאגר המשותף יוצר. סעיף 33 מאפשר לשותפים לשתף פעולה ביומיום מבלי להתחשבן כל הזמן. אין בסעיף 33 כדי לייתר כליל את עלויות הפיקוח שהשותפים במקרקעין נושאים בהן גם במצב של יחסים תקינים. **3. מניעת השקעת חסר-** ללא כללים המגנים מפני ניצול יתר של המשאב המשותף הייתה נוצרת טפילות. טפילות כזו עשויה להניב השקעת חסר, העלולה לפגוע במשאב המשותף ולערער את הלכידות החברתית של בעליו. לכן, חוק המקרקעין קובע שכל שותף רשאי, גם ללא הסכמת יתר שותפיו, לעשות כל דבר הדרוש באופן סביר למניעת הנזק שעלול להיגרם למקרקעין ולהגנת הבעלות וההחזקה בהם. אין בכך פגיעה באוטונומיה של השותפים. כמו הכללים המגנים מפני ניצול יתר, גם כללים אלה הם כללי רקע שאינם מכוונים לפעול בחיי היומיום. הגבלת זכות ההשתתפות להשקעה במניעת נזק נראית ראויה ככל שמדובר במעגל השליטה הפרטית. כלל ההשקעה המחייב השתתפות רק במקרים של מניעת נזק ובכל המקרים של מניעת נזק, הוא כלל גס שאינו אופטימלי. **לכן סבירה עמדת הדין הישראלי להגביל את החלטות ההשקעה המכוסות במעגל השליטה הפרטית להשקעות שלא יהיו שנויות במחלוקות.** **4. חלוקת פירות והכנסות**- סעיף 35 לחוק המקרקעין מסדיר את הסוגיה של הקצאת הזכות לפירות המופקים מהנכס בקובעו כי כל שותף זכאי לחלק מפירות המקרקעין המשותפים לפי חלקו במקרקעין. ניתן לפרש את תחום תחולתו של סעיף 35 ב3 אופנים: א. ניתן לקרוא את הסעיף בצמצום ולקבוע שהוא מתייחס רק למצבים של הפקת הכנסות מן הנכס ע"י העמדתו לרשותו של זר, כאשר כל שימוש עצמי בו ע"י אחד השותפים במקרקעין נופל בגדרי סעיף 33- לפי גישה זו כל הרווח הנקי יימסר לשותף שעמל, והאחרים יזכו רק בשכר ראוי. ב. לפרש את הסעיף בהרחבה ולקבוע כי לכל בעלים משותף יש זכות לחלק יחסי מכל סוגי הרווחים נטו שהופקו מהנכס נשוא השיתוף. ג. אפשרות ביניים בין שתי החלופות הנ"ל, לפיה עוד לפני שהרווח הנקי מתחלק בין הבעלים המשותפים, יתחלקו בו הצדדים באופן יחסי לתרומת המשאבים שהשתתפו בהפקתם, כלומר שהשותף שעמל יקבל גם חלק מהרווח בשיעור היחסי של תרומת העבודה שהשקיע לרווח הנקי הכולל. הבחירה בין השלוש תיעשה בהתאם למטרה שרוצים לקדם- למניעת השקעת חסר עדיפה האפשרות הראשונה. מנגד, אם המטרה היא מניעת ניצול יתר נעדיף את הכלל השני. בעניין יוצר פירש העליון את סעיף 35 בהרחבה- האפשרות השנייה. בכך בעצם העצים את השיתוף בנכסים כאתר המהווה קהילה ולה משמעות חברתית. **דגן דווקא מאמץ את גישת הביניים(השלישית) הנזהרת מקולקטיביזציה מופרזת של פועלו של השותף במקרקעין כעובד וממשיגה את פירות הפעולה הזאת באופן ששומר הן על הביחד הקנייני והן על הלחוד הקנייני.**

**ד. מעגל השלטון הדמוקרטי**- **1. הרובד החוקתי**- שיטת משפט המעוניינת לתמוך במוסד הקנייני של שיתוף בנכסים צריכה להעניק מרחב התניה רחב לבעלים משותפים המעוניינים לקבוע לעצמם "חוקה פרטית". זו אכן דרכו של הדין הישראלי של שיתוף בנכסים, המקנה להסכם שיתוף בין הצדדים מעמד מועדף הן ביחס להסדרי בררת המחדל של הדין הן ביחס להחלטות רוב שוטפות המוסדרות בהליכים שיידונו בהמשך סעיף זה. **בפס"ד בוקובזה טענה המדינה כי הסכם שיתוף אינו יכול להכיל הוראה המחלקת את ההחזקה בנכס המשותף באופן ייחודי, ועל כן הגנה על סירוב הממונה על המרשם לרשום את הסכם השיתוף. העליון דחה טענה זו, וטוב שכך לדעת דגן.** ראשית, הטענה כי זכות ההחזקה הייחודית היא גרעין הבעלות לוקה בכשל מובהק של התפיסה הפורמליסטית המוניסטית של הקניין, בכך שהיא מניחה משמעות הכרחית של המושג בעלות ומחילה משמעות זו באופן ממילאי בלי קשר למאפיינים של ההקשר הקנייני שבו מדובר. לפי התפיסה הריאליסטית והפלורליסטית של קניין זכות זו היא תוצר משפטי, ובכוחו להתאים את עיצובו ע"פ מאפייני המוסד הקנייני הנידון, לעניינו: השיתוף בנכסים. שנית, קשה לחשוב על סיבה טובה להגביל את חופש ההתנאה של בעלים משותפים ברוח הצעת המדינה בפס"ד בוקובזה. שלישית, קיימים גם טעמים טובים לאפשר לצדדים הסדר של חלוקת החזקה. **מכאן, כי ראויה פסיקת העליון בפס"ד בוקובזה, כל עוד אין בהסכם השיתוף כל פגיעה בצדדים שלישיים, ראוי לאפשר לבעלים המשותפים לעצב את ההסדר המכונן את יחסיהם כרצונם.** **המחוזי בפס"ד מנשה פסק כי אין להחליף את אי הרישום בידיעה. דגן מתנגד לתוצאה זו.** ראשית, בית המשפט סבר כי שתיקת המחוקק מלמדת שכוחו של ההסכם מותנה ברישום גם כלפי נעבר שידע על דבר קיומו של הסכם השיתוף, אך סברה זו אינה מתחייבת מן הבחינה הדוקטרינרית. שנית, מדיני התחרות אין כל הצדקה להעדיף את עניינו של נעבר שידע על העניין הנוגד של בעלים משותפים. דיני התחרות הכלליים מעדיפים שלא לאפשר לצד שלישי לגבור בתחרות אם ידע על ההתחייבות הקודמת ובכל זאת לא נרתע מלהיכנס לעסקה הסותרת אותה. שלישית, קיימים טעמים טובים, הנוגעים ב"יחסי הפנים" של המוסד הקנייני של שיתוף בנכסים, המחייבים לדבוק בעיקרון הכללי ועל כן לדחות את הכלל שבו בחר המחוזי בפס"ד מנשה. **ההסדר ביחס לכוחו של חוזה שיתוף המוצע בהצעת חוק דיני ממונות נראה ראוי בעיני דגן- חוזה זה כוחו יפה גם כלפי אדם הבא מכוחו של שותף ואדם שנעשה שותף לאחר כריתת החוזה.** **2. על חשיבות הניהול העצמי-** **משפט משפטי תומך שיתוף גם יספק לשותפים בנכסים כללי בררת מחדל של ניהול עצמי שיאפשרו להם להימנע מהטרגדיה הצפויה מראש של משטר הסכמה פה אחד.** קהילה של בעלים משותפים תפיק יתרונות משמעותיים ממשטר של ניהול עצמי דמוקרטי. משטר כזה צפוי לקדם ערכי רווחה מצרפית והקהילה של הקניין. **בפס"ד זול בו** ברק כונן מהפכה בקובעו את שלטון הרוב תוך שהוא מבטל את המשטר של פה אחד. **3. סמכות השיפוט של שלטון הרוב**- **בפס"ד זול בו** ברק הבחין בין החלטות רגילות(הסכמת רוב) ללא רגילות(להן נדרשת הסכמה פה אחד), בכך שהחלטות המשנות את ייעודו של הנכס ייחשבו להחלטות שאינן רגילות. **דגן מציע לקרוא את הלכת זול בו כקובעת שני עקרונות מרכזיים המתווים את סמכות השיפוט של שלטון הרוב: 1. שלטון הרוב משתרע על תחום עניינים רחב יחסית- התוויה רחבה זו של תחום השיפוט של שלטון הרוב סותרת את התפיסה הליברטריאנית של הקניין. 2. ההגנה על המיעוט מפני פגיעת הרוב- חזקה נגד פעולות של הרוב המכוונות לחלק מחדש את שווי הנכס המשותף באופן המעביר משמעותית הון או תועלת מהמיעוט אל הרוב. בפס"ד נתן נ' גרינר** נפסק כי החלטה לא לעשות כל שימוש בנכס אינה בגדר שימוש וניהול רגיל, ומכאן שאין בכוחו של הרוב לקבל החלטה כזו. **מסקנה זו נראית בעיני דגן. עם זאת, מציע לסייג את הלכת נתן באופן שטווח פועלה יצומצם רק לאותם מקרים בהם החלטת ההקפאה אכן מיועדת לפגיעה כזו במיעוט.** **4. הליכי הניהול הדמוקרטי**- הפסיקה הישראלית התוותה בתחום השיתוף בנכסים כללים פרוצדוראליים התומכים בהבנה של דמוקרטיה קניינית. כך קבע ברק בעניין זול בו כי הרוב כפוף לחובות של גילוי והיוועצות.

**ה. מעגל היציאה מעודדת השיתוף**- הסדרי יציאה תומכי שיתוף צריכים לא לאפשר לאחד השותפים לפגוע באופן חד צדדי בחירות לצאת של האחרים. **מסיבה זו, עמדתו של ויסמן שככלל, עם פירוק השיתוף באה לקיצה גם כל זכות קניינית, כגון שכירות, שקיבל צד שלישי במנה של שותף, ראויה בעיני דגן**. קביעה זו גם מוצדקת משיקולים של דיני התחרות. דיני השיתוף בנכסים בישראל מכילים שני הסדרי יציאה מרכזיים אחרים שיש בהם כדי להגן על השותפים מפני אופורטוניזם ולתמוך בכך בשיתוף: תקופת צינון וחלוקה הוגנת בפירוק שיתוף. **1. תקופת צינון**- המשפט הישראלי מתיר לצדדים להתנות לתקופה קצובה על החירות לצאת. השכרה זמנית כזו של הגבלת החירות לצאת מאפשרת לצדדים ליצור "תקופת חסד" ראשונית המחזקת את סיכויי ההצלחה של הבעלות המשותפת ע"י מתן סיכוי ליצירת יחסים ארוכי-טווח של שיתוף פעולה הדדי מבלי שהחרב המתהפכת של מכירה או פירוק ניצבת ברקע היחסים שבין הצדדים. מכאן, כי מגבלה צנועה על החירות לצאת יכולה לשמש כמנגנון תומך במוסד הקנייני של שיתוף בנכסים. למשל, ניתן לקבוע חובת הודעה על מכירת הזכויות בנכס סמוך לאחר ביצוע עסקה כזו. **בנוגע לפירוק, בפס"ד רובינשטיין נקבע כי הזכות לדרוש את פירוק השיתוף בכל עת הינה מוחלטת ואינה כפופה לכל סמכות שיפוטית מרככת. דגן בספק אם הלכה זו תואמת את הדין הישראלי. בעניין יעקובי קבע שמגר כי ביהמ"ש מוסמך לעכב את הפירוק עד שתתברר המחלוקת הממונית הכללית בין בני הזוג.** **בעניין רידלביץ נקבע כי גם עקרון העל לפיו כל שותף יכול להביא לפירוק השיתוף כפוף לדוקטרינת תום הלב ולעקרון איסור השימוש לרעה בזכות.** **2. חלוקה הוגנת בפירוק שיתוף**- דיני פירוק השיתוף שלנו מונחים ע"י שלושה עקרונות יסוד: א. מתן עדיפות להתנאתם של הצדדים באשר לדרך הפירוק המועדפת עליהם. ב. חלקו של מי שאינו מעוניין בפירוק לא ייגרע עקב הפירוק והנכס או שוויו יחולקו בין השותפים ע"פ חלקיהם בנכס. הגנה זו על המתנגדים לפירוק מבטיחה את הצדדים הנכנסים למסגרת השיתוף מפני החשש שיימצאו מנוצלים ע"י שותפיהם, ובכך מאפשרת את שיתוף הפעולה ביניהם ותומכת בו. ג. עקרון זה עוסק ביחס בין שתי דרכי הפירוק- הוא מעניק, בהעדר התנאה נוגדת, עדיפות לפירוק בדרך של חלוקה בעין, או במקרה מתאים, בדרך של רישום כבית משותף, על פירוק בדרך מכירה, דהיינו המרת המקרקעין בכסף. עדיפות זו מהווה גילוי מקומי של ערך האישיות של הקניין, המכבד את התקשרותם של אנשים למשאבים שבבעלותם אשר הם נוטים לשקף בהם את אישיותם, ועל כן נזהר מפני הכשרה של ניתוק בלתי רצוני של הקשר שלהם עמם. יש מקרים בהם העקרון השני והשלישי מתנגשים. במקרים כאלה נדרש המשפט לאיזון לא פשוט בין השניים. בפס"ד רידלביץ בעלי המיעוט גרסו כי יש לפרק את השיתוף על דרך של הפיכת הבית לבית משותף. בעוד שבעלי הרוב תבעו את פירוק השיתוף על דרך מכירה. חשין, מפיו ניתן פס"ד, מעדיף פירוק בעין, אם הוא אפשרי ואינו גורם הפסד ניכר, על הסמכות להורות על הפיכה לבית משותף. **3. על חישוקה של אנומליה בעייתית**- הוראת סעיף 33 לחוק הגנת הדייר, פוגעת באופן חמור בחלוקה ההוגנת בפירוק השיתוף, ובשל כך ביחסי השיתוף. סעיף זה מקנה לשותף במקרקעין שהחזיק בהם בעת שחולקו מעמד של דייר מוגן בנכס עם פקיעת זכותו בו בשל חלוקתו. משמעות הדבר היא כי הנכס יימכר כתפוס. **בהלכת מרדכי** העליון פסק כי גם חוסר מעש משפטי עולה כדי הסכמה בשתיקה העושה את החזקתו של המחזיק, החזקה כדין, גם אם תפש החזקה באלימות. **קשה להלום מה הביא את שופטי עניין מרדכי להגיע להלכה קשה זו, המחדדת ומעצימה את התוצאות הרעות של סעיף 33.** כעבור כעשור, השופט אלון הפך הלכה זו על פיה. על פי הנוהג כיום, כדי ליהנות מהוראת סעיף 33, על השותף המחזיק להוכיח כי החזקתו הייחודית נעשית בהסכמת יתר השותפים, וכי לעניין זה אין די בהסכמה שבשתיקה, שכן נדרשת הסכמה "פוזיטיבית". אלון בדעת יחיד בעניין זה, מגביל את הכלל החדש להקשר של שותפות בדירה של בני זוג, להבדיל משותפות רגילה, שבה ניתן לדבריו להסיק מאי הבעת התנגדות מצד שותף אחד להחזקתו הבלעדית של הנכס ע"י האחר על הסכמתו לה. **דגן סובר כי מגבלה זו אינה ראויה ביחס לסעיף 33, שכן צמצום הסעיף ראוי גם בהקשרים שאינם משפחתיים**. **לאור כל אלה ברור כי המגמה העדכנית של המשפט הישראלי להצרת תחולתו של סעיף 33 הינה ראויה.**

 **פרק שישי- בתים משותפים**

**דווקא בעניין צודלר ניתוח הבית המשותף בראי התפיסה הפורמליסטית, המוניסטית והליברטריאנית של הקניין הוביל באופן פרדוקסאלי את ביהמ"ש לאפיין את הבית המשותף כאתר קהילתי.**

**א. עניין צודלר-** בעניין צודלר עסק העליון בפרשנותו של סעיף 60 לחוק המקרקעין, הדן בשיקומו של בית משותף שנהרס. סעיף זה קובע כי משנהרס בית משותף, בעלי הדירות ששלושה רבעים לפחות מהרכוש המשותף צמודים לדירותיהם רשאים לכפות על בעלי כל הדירות להשתתף בהוצאות הכרוכות בהקמת הבית מחדש או בתיקונו. כמו כן קובע הסעיף כי אם בעל דירה פלוני מסרב להשתתף בהקמת הרכוש המשותף או בתיקונו, רשאי המפקח על רישום המקרקעין לצוות על הסרבן להעביר את זכותו בדירה לאדם אחר כנגד תשלום שווי זכותו כפי שהמפקח מעריך אותה. בעניין צודלר נעשה הסכם עם העירייה לבניית הבניין מחדש. על פי ההסכם, כל אחד מבעלי הדירות הנפגעים עתיד לזכות בבניין החדש ביחידת דיור שגודלה ככפל גודלה של דירתו המקורית. שני בעלי דירות, בעלי קצת פחות מ13% מהרכוש המשותף, סירבו בכל זאת להצעה, ולנוכח סירובם פנו המשקמים למפקח על מנת שיפעיל את סמכותו על פי סעיף 60. הסרבנים טענו כי החלטה כזו חורגת מסמכותו של המפקח, שכן התוכנית כולה חורגת מגדרי סעיף 60- טענה אשר התקבלה במחוזי והעליון הפך אותה. חשין מציג שתי תזות- תזה פרשנית ותזה בדבר אופיו של הבית המשותף. הוא פנה לתזה הפרשנית לאחר שהפירוש המילולי של החוק ופנייה להיסטוריה החקיקתית שלו לא סייעו רבות. חשין קבע כי אין להיחרד מהתערבות עמוקה של ההסדר הנורמטיבי בזכויות קניין, נהפוך הוא, יש ליתן משקל נאות לכלל השיקולים, גם אלה שלבר קניינים, שבבסיס ההסדר. לפי התזה השנייה, חשין מסביר כי הבית המשותף הוא יצור כלאיים, שקשה לשייכו לאחת המשבצות המסורתיות של דיני הקניין. מדובר במוסד היוצר מעין חיים בצוותא של בעלי הדירות- חיים קומונליים. לכן, זכות הבעלות בדירות בבית המשותף הינה מוגבלת, ואין היא כזכות הבעלות הקלאסית. **דגן מסכים עם תוצאת פסק הדין ומתנגד לנוסח הכלול בהצעת חוק דיני ממונות. לפי נוסח זה, סמכות המשקמים הינה מוגבלת להקמה מחודשת של הבית המשותף, בדומה למתכונתו המקורית, ולא להקמת בית שמתכונתו משופרת מהמתכונת המקורית. עם זאת, למרות הסכמתו עם חשין בסוגיה של שיקום בית שנהרס, אין הוא מקבל את שתי התזות שחשין הציג. תזות אלו מלאות אפיון מוניסטי. השנייה, מאפיינת את הבית המשותף כמוסד קהילתי המונחה ע"י עקרונות של שיתוף, נובעת מן המלכוד שחשין נקלע אליו עקב השימוש בתזה הפרשנית שאימץ. תזה פרשנית זו, נוטה להיות בינארית, ועל כן מתקשה להכיל ריבוי קנייני שלפיו מופעי הקניין משתנים בהתאם לאופי היחסים החברתיים בין הצדדים ועל פי סוג המשאב שבו מדובר**.

**ב. בית משותף לא קהילתני- במציאות הנוכחית הבית המשותף מהווה אוסף של דירות שכל אחת מהן משמשת משאב מכונן של בעליה, ולא אתר המכונן זהות קהילתית. לכן נוכחותו המשמעותית של ערך האישיות של הקניין מצדיקה הבניה של זכות הקניין בדירת מגורים עם דגש ליברטריאני, ולא קהילתני.** המאפיין הבולט של הסדרי הבית המשותף הוא העדפת ה"לחוד" על ה"ביחד", כלומר לקרב ככל האפשר את מעמדו של בעל דירה בבית משותף למעמד של בעל בית ייחודי, ואת יחסי השכנים בבית המשותף ליחסי שכנים בחלקות גובלות.

**ג. דירתי כמבצרי**-**בהלכת שמע נ' סדובסקי** נידון סעיף 2 לתקנון המצוי, אשר לפיו, בעל דירה אינו רשאי לעשות בדירתו שינויים או תיקונים הפוגעים בדירה אחרת או ברכוש המשותף או משנים או עשויים לשנות את ערכם ללא הסכמת בעל הדירה האחרת או האסיפה הכללית של בעלי הדירות, לפי העניין. השופט כהן, בדעת מיעוט, קבע בעניין שמע שכל שינוי המפחית מערך דירה אחרת או מערך הרכוש המשותף או מסכן את קיומם נכלל בגדר האיסור. השופט ויתקון, שאף דעתו לא התקבלה להלכה, צמצם מעט יותר את המגבלה הקבועה בסעיף 2 בסוברו כי על מנת ליפול בגדרה נדרש שינוי פיזי, אך אין צורך שהפגיעה תיגרם דווקא ממנו. אך דעת הרוב, מפי זוסמן, דחתה גישות אלה המייחסות חשיבות מיוחדת לצד השיתוף, דהיינו למגבלות שהחיים בצוותא מטילים על כל שותף ושותף. הלכת הרוב הצרה עד כמה שניתן את תחום האיסורים החל על בעל דירה, והרחיבה ככל האפשר את תחום השימושים המותרים לו בממלכתו. תקנה 2, נפסק, חלקה רק על שינויים פיזיים, ולא על שינוי ייעוד. הצעת חוק דיני ממונות, עוקבת אף היא אחרי הלכת שמע. יש לקרוא את דעת הרוב בעניין שמע כמעין הצהרת עצמאות של בעל הדירה.

**ד. ניהול היררכי, מינימליסטי ופורמאלי**- **דווקא מבנה היררכי והליכי ניהול פורמליים משרתים טוב יותר את השגת המטרה המשותפת של הצדדים בהשאת התועלת שלהם מהמשאב המשותף.** בנוסף, ניהול היררכי כזה מתאים גם להבנת הצדדים או היחסים החברתיים שביניהם. בראש המוסד הקנייני של הבית המשותף עומדת נציגות, שהיא בת חבר אחד או יותר, אך לא יותר מחמישה. אחד מחבריה משמש גזבר. הנציגות אחראית לניהול ענייני הבית המשותף. חל בבית המשותף משטר ברור של היררכיה, כזה המאפיין גופים שאינם סולידריים. הרכוש המשותף בבית המשותף מובן כבעל תפקיד מכשירני גרידא.

**ה. השימוש ברכוש המשותף ותחזוקתו השוטפת-** נראה כי יש ניסיון לצמצם את נקודות המגע בין בעלי הדירות למינימום ההכרחי. דוגמה מובהקת לכך מופיעה בסעיף 59ב לחוק המקרקעין, הקובע כי בעל דירה רשאי להינתק על חשבונו מהמערכת המרכזית לחימום מים או להסקה ללא הסכמת בעלי הדירות האחרים. **1. השימוש ברכוש המשותף**- התקנון, ששינויו הרגיל מצריך רוב של שני שלישים ושינויו ביחס לזכויות וחובות מחייב הסכמה פה אחד, קובע כי נדרשת הסכמת האסיפה הכללית לצורך ביצוע שינויים או תיקונים בדירה הפוגעים ברכוש המשותף, אך לא נקבע שם מהו הרוב הנדרש לשם כך. גם הצעת חוק דיני ממונות אינה מסירה את אי הבהירות החקיקתית. השינוי המרכזי שנעשה בהצעת החוק מצוי בהחלת הכלל, כי כל שותף רשאי להשתמש שימוש סביר ברכוש המשותף מבלי שקיבל לכך את הסכמת יתר הדיירים. המבחן הבסיסי שקבעה הפסיקה בנושא זה הוא מבחן של "שלילה תמידית של החזקה" ברכוש המשותף, שעל מנת להכשירה, נדרשת הסכמה פה אחד של בעלי הדירות כולם, ואין די בהחלטת האסיפה הכללית. **בפס"ד גרפינקל**, הבהיר העליון כי מבחן זה מופעל באופן נוקשה. ברוח דומה נפסק **בעניין אליאס**. התכלית הראויה של הכלל הינה אם כן לשמר את הכללים הנוקשים של מותר ואסור. לתמרץ כנגד הגמשתם מתוך הדעה שבין שכנים, משטר של זכויות ברורות עדיף על שיתוף פעולה דינמי. ויסמן ביקר את מבחן השלילה התמידית של החזקה. **עניין פרשקר** נקבע כי אין בחנייה, ואפילו היא נעשית באופן קבוע, כדי שלילת חזקה ברכוש המשותף. לנוכח תוצאות בעייתיות אלה הציע ויסמן להמיר את הכללים הברורים במבחן גמיש יותר של סבירות. אך דעה זו אינה נזכרת כמעט בפסיקה, המתמידה במבחניה הטכניים. **דגן סובר כי קיים שיקול נוסף המצדיק את העמידה על קיומם של כללים ברורים- הגדרה נוקשה של זכויות מאפיינת הסדר של יחסים בין זרים, ועל כן תואמת בעיקרון את מגמת הדין בתחומנו.** ישנם שני חריגים לנורמה האוסרת שלילה תמידית של החזקה, אלא שגם אלה מציגים תנאים ברורים ונוקשים יחסית לסמכות מוגדרת בקפידה לגרוע מזכות החזקה ברכוש המשותף: א. התקנת דוד שמש- אם התנגדות בעל דירה אחרת להתקנה הינה מטעמים בלתי סבירים, רשאי המפקח להרשות את התקנת דוד השמש. הצעת חוק דיני ממונות מרחיבת את סמכות הפעולה של המבקש להתקין דוד שמש, אלא אם ההתנגדות הייתה טרם הביצוע בלבד. ב. התאמות הנדרשות בשל מוגבלות לשם נגישותו הבטוחה והעצמאית. **לסיכום, המגמה העיקרית של הדין הישראלי ביחס לשימוש ברכוש המשותף היא כינונו של משטר משפטי של זכויות ברורות, וגם בכך הוא נבדל מהדוקטרינה המסדירה אצלנו את המוסד הקנייני של שיתוף בנכסים, המתאפיינת, כפי שראינו, בחתירתה לקדם ולהשריש בין הצדדים שיתוף פעולה דינמי. מגמה זו של דיני הבתים המשותפים בישראל באה לידי ביטוי במתן זכויות וטו נרחבות לכל בעל דירה בודד. 2. נשיאה בהוצאות הבית המשותף**- גם הוראות חוק המקרקעין באשר לנשיאה בהוצאות הבית המשותף משקפות את המגמה הכפולה של מזעור נקודות המגע בין בעלי הדירות ושל ההסדרה המדוקדקת והפרטנית של הפעלת סמכות השיפוט המצומצמת של הכלל. כך, החוק קובע כי החשבון המשותף של בעלי הדירות כולל רק הוצאות הדרושות לשמירה על מצבו של הרכוש המשותף כפי שהיה בעת גמר הבנייה, לרבות שיפורים שבוצעו בו בהסכמת בעלי הדירות, ולהבטחת השירותים המחויבים על פי דין או המקובלים על פי נוהג. כל מה שמעבר לכך אינו בריבונות הכלל בהיעדר התניה נוגדת בתקנון. חשבון משותף זה מתחלק בין בעלי הדירות על פי חלקיהם ברכוש המשותף, אלא אם כן נקבע בתקנון אחרת. חוק המקרקעין מחדד מגמה התחשבנותית זו בנסותו ליצור יחס הדוק ככל האפשר בין נשיאה בעלויות לבין תועלת מתוצאותיהן.

**ו. פעולות משותפות-** לאחר הלכת צודלר הוסיף המחוקק הוראות חשובות המקנות לרוב מיוחס של בעלי דירות סמכות להחליט בדבר שינויים ברכוש המשותף ובזכויות הבנייה ובדבר התקנת מעלית ברכוש המשותף. ויסמן פרש הוראות אלה כמבטאות נטייה לצמצום היסוד של הייחודיות שבבית המשותף, לטובת יסוד השיתוף. **עיקר טענת דגן הינה שפרשנויות אלה, כמו גם ביסוס גישתו המרחיבה של חשין לפרשנות סעיף 60 על אופיו השיתופי של הבית המשותף, הינן שגויות. הסיבה לכך הינה שגם במסגרות חברתיות משפטיות המסדירות יחסים בין שכנים ראוי להצדיק התערבות משפטית כופה במצבים המעוררים את בעיית הפעולה המשותפת.** **1. קידום פעולה משותפת בהקשרים לא שיתופיים**- לבעיית הפעולה המשותפת יש שני מופעים: ניצול יתר של האינטרס המשותף(סחטנות) והשקעת חסר בו במגמה ליהנות מהשקעותיהם של אחרים(free-ride). בכוחו של המשפט לפתור את בעיית הפעולה המשותפת. הוא יכול להתמודד עם בעיית הסחטנות ע"י עיקור כוחו של המיעוט הסרבן. הוא גם יכול לחייב את כל הצדדים להשתתף בעלות הפעולה המשותפת על פי החלק היחסי שלהם ביתרונותיה, ולהבטיח בכך למשתפי הפעולה כי לא יימצאו מנוצלים. עצם יכולתו של המשפט לפתור בעיות של טפילות וסחטנות עדיין אין משמעה כי רצוי שהמשפט אכן יעשה כן בכל מקרה ומקרה. הדבר תלוי באופיו של המוסד הקנייני המנחה את פעילותו. דבקות בתפיסת הקניין כריבונות מובילה למסקנה הפוכה, שלפיה אין לקבל כל התערבות משפטית במצבים כאלה, שהרי הסחטן והטפיל מביעים רצון מפורש לא לשתף פעולה. אך שיטת משפט המונחית ע"י תפיסת הקניין הפלורליסטית והליברלית לא תתרשם מהמלצה זו. **דגן סובר כי התערבות המשפט בהקשרים אלה מוצדקת אך ורק אם מתקיימים 3 תנאים: א. התערבות המשפט תשרת את עניינו העצמי של המתנגד. ב. המתנגדים להתערבות המשפט לא יוכלו להצביע על סיבה לגיטימית להתנגדותם(שוני סובייקטיבי בהערכת היתרון הקולקטיבי או חשש ממשי של ניגוד עניינים). ג. התערבות המשפט בפתרון בעיות של פעולה משותפת נעשית באופן טיפוסי בדרך של כללים מדויקים המסדירים קטגוריות של מקרים ששני התנאים הראשונים מתקיימים בהם באופן טיפוסי.** בהעדר התערבות כזו, ייפגעו כל הצדדים המעורבים, שכן כל אחד מהם לא מוכן לשתף פעולה. **2. תיקונים ברכוש המשותף**- קיים חשש לטפילות מצד בעל דירה פלוני בסירובו לשאת בעלויות התיקון. **הכרעת הדין בעד כלל אחד שיכפה השתתפות בהוצאות הסבירות של כל מגוון התיקונים הנדרשים ברכוש המשותף הינה מוצדקת**. **3. שיקום בית שנהרס**- **עניין צודלר הוא מקרה מובהק שמתקיימים בו תנאי ההתערבות שציין דגן. לא ראוי לדעת דגן, לאמץ את השינוי המוצע בהצעת חוק דיני ממונות שאינה מאמצת את הלכת צודלר. נימוקי המתנגדים להלכת צודלר אינם מוצדקים. נימוקו של דויטש תואם את תפיסת הקניין הפורמליסטית אשר פסל דגן בהתחלה. גם הסברה של ויסמן ודויטש כי הלכת צודלר משקפת הדגשה של המרכיב הקהילתני אינה נכונה. גם טענת ויסמן באשר לפגיעה באינטרס הכלכלי של המיעוט הצפויה מפרשנות רחבה של סעיף 60 בעייתית, שכן ספק רב אם פגיעה כלכלית כזו אכן מתבקשת. אף אם הייתה פגיעה כלכלית מתונה במיעוט, אין בה כדי להצדיק את הפרשנות המצמצמת שויסמן דוגל בה. זאת מאחר שכנגד פגיעה זו עומדת פגיעה באינטרס של המשקמים-בני הרוב המיוחס- בעיצוב מחדש של ביתם באופן הנראה בעיניהם כמיטבי. 4. שינויים והשבחות-**  נקבע בתיקון מס' 19 כי בהוצאות אחזקת והפעלת המעלית חייבים להשתתף כל בעלי הדירות, ואילו בהוצאות התקנתה של המעלית נושאים רק בעלי דירות שהחליטו על כך. יש בהסדר זה כדי לפעול לפתרונה של בעיית הפעולה המשותפת. גם את תיקון 18 לחוק המקרקעין, העוסק בזכויות הבנייה, יש לקרוא כפתרון לבעיית הפעולה המשותפת. תיקון זה בא לקבוע חריג, שלפיו שלילה תמידית של החזקה ברכוש המשותף מחייבת הסכמה כללית. **מסגרת פרשנית, המתאימה את היקף התחולה של ההסדר הסטטוטורי לתכליתו, הולמת את הניתוח המוצע וראויה בעיני דגן. לפיכך ראוי לדחות את התוספת המוצעת בהצעת חוק דיני ממונות שלפיה יוגבל ההסדר להרחבת דירות מגורים בלבד, להבדיל מדירות המשתמשות לצורכי עסק, ואין גם לקרוא את ההסדר בצמצום באופן שיוגבל למצבים שבהם ההצמדה נעשית לצורך בנייה חדשה, להבדיל מחלוקה מחודשת של השטחים המשותפים. גם ההסדר המוצע בחוק דיני ממונות, המרחיב את עקרון ההסדר החל על התקנת מעליות למקרים נוספים של השבחת הרכוש המשותף, נופל במסגרת פתרונן של בעיות הפעולה המשותפת, ועל כן ראוי לאמצו**.

**ז. בית משותף קהילתני**- בתשנ"ב הוסיף המחוקק את האפשרות להשתמש בהסדר הקבוע בפרק ו' לחוק המקרקעין כמסגרת ארגונית גם לשני בתים או יותר שיש להם מתקנים משותפים, בכך שניתן לרשום אותם בפנקס כבית משותף. תוספת זו עשויה להביא לריבוי פניו של הבית המשותף.עקב כך, המוסד הקנייני של הבית המשותף עשוי לשמש גם מסגרת לארגונן של שכונות שלמות. כך הבית המשותף עשוי להפוך לבסיס הקנייני של מסגרת קהילתית תומכת. קל לראות כי הגישה הליברלית תדחה שתי עמדות קיצוניות שהובעו בספרות: א. גישת אוריאל רייכמן כי אין ליתן תוקף להוראות תקנוניות המגבילות את השימושים בדירה או מטילות מטלות פעילות בדבר שמירתה או טיפוחה. גישה זו מצרה את ההיבט הקהילתני הפוטנציאלי של דיני הבתים המשותפים, מתוך סברה כי יש בו כדי לאיים על האידיאל של אדם חופשי שהמדינה הליברלית מחויבת בשמירתו. אך הגישה הליברלית שוללת את הדיכוטומיה הנטענת שבין הפרט לבין קהילה. ב. גישתו של ריצ'רד אפשטיין הסבור שכל עוד עודנו התניות במסמכי היסוד של הבית המשותף וזכו בכך בהסכמת הצדדים, אין כל בסיס להתערבות משפטית. סברה זו מתעלמת מכך שיש תניות המצדיקות התייחסות זהירה, ולמקרים גם התייחסות פסילה. לסיכום, ההגנה על חברי הקהילה מפני הכפפה פסולה מתבטאת בשלושה תנאים מצטברים: שמירה קפדנית על זכויות חוקתיות ומעין חוקתיות(כגון הזכות לצאת), הגנה מפני קיפוח המיעוט וקיומם של מנגנונים דמוקרטיים של קבלת החלטות. לצד החשש מפני הכפפה פסולה, השימוש הפוטנציאלי במוסד הקנייני של הבית המשותף הקהילתני מעלה את החשש מפני הדרה פסולה. עם זאת, בעיני מי שמכיר בקהילה כערך חשוב, לא כל הדרה הינה פסולה, שכן הדרה סמלית ומעשית מהווה תנאי הכרחי לכינונן של קהילות. יש להצביע על 3 סוגים של הדרות פסולות: 1. פסילת תניות מדירות הנשענות על אמות מידה הנגועות בדעה קדומה כלפי בני קבוצות מיעוט דתיות, עדתיות המפרות בכך את ערך הכבוד. 2. מגבלה ניכרת על עבירות הזכויות של בני הקהילה הקניינית אשר יש בה כדי לפגוע באפשרותם לממש את זכות היסוד שלהם לצאת. 3. שלילת תוקפן של תניות מדירות כל אימת שיהא באכיפתן כדי לפגוע בניידות של אלה שהן מדירות. אפיון הבית המשותף כמסגרת ארגונית לשיכונן של יחידות חברתיות שהיחסים ביניהן הם יחסי שכנות בעיקרם מסביר את פועלו של הדין למזעור נקודות המגע בין בעלי הדירות ביחס לרכוש המשותף ולהסדרתו של אלה הנותרות- את שאלת השימוש ברכוש המשותף והנשיאה בהוצאותיו- באורח מדוקדק ונוקדני.