

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

מבוא ◀ א. רווחת הפרטים בקהילת המגורים: קניין פרטי, קניין משותף, והבעיות בניהולם ◀ 1. הגדרות-יסוד ◀ (א) הגדרת קהילת מגורים ◀ (ב) הגדרת רווחתם של הפרטים בקהילת המגורים ◀ (ג) הגדרת הרווחת החברתית: אמת-המידה התועלתנית ◀ 2. הקניין הפרטי והשפעות חיצוניות ◀ 3. הקניין המשותף ובעיות של השקעת-חסר וניצול-יתר ◀ 4. קבלת החלטות לגבי הקניין המשותף והפרטי ◀ 5. סיכום-ביניים ◀ ב. פתרונות לבעיות בניהול המקרקעין: חוק, חוזה וארגון ◀ 1. הסדרת השפעות חיצוניות באמצעות חוק ◀ 2. הסדרת השפעות חיצוניות באמצעות הסכם ◀ 3. הסדרת בעיות של שימוש-יתר והשקעת-חסר וקבלת החלטות באמצעות הארגון ◀ (א) הארגון ובעיות של השקעת-חסר ◀ (ב) הארגון ובעיות של ניצול-יתר ◀ (ג) הארגון והבעיה של קבלת החלטות לגבי הקניין המשותף ◀ ג. נורמות חברתיות כמכשיר להשאת רווחתם של בעלי המקרקעין ◀ 1. נורמות חברתיות מהן? ◀ 2. נורמות חברתיות וידיעה משותפת (Common Knowledge) ◀ 3. נורמות חברתיות כפתרון לבעיות בניהול המקרקעין ◀ (א) השפעות חיצוניות בין המקרקעין הפרטיים ◀ (ב) בעיות של פעולה משותפת ◀ (ג) הבעיה של קבלת החלטות ◀ (ד) סיכום-ביניים ◀ ד. הגבלות כניסה והצטרפות – האם הן נחוצות לרווחתה של קהילת המגורים? ◀ 1. הגבלות לגבי הכניסה הפיזית למתחם המגורים ◀ 2. הגבלות לגבי ההצטרפות לקהילת המגורים ◀ ה. סיכום.

מבוא

קהילת המגורים המגודרת הינה תופעה חברתית מוכרת בישראל. היסטוריית היישוב בישראל – החל בקיבוצים ובמושבים השיתופיים, המשך בבנייני-היוקרה המשותפים

* בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתי לאמנון להבי ולשופט החיצוני של המאמר על הערותיהם המועילות, ולליטל בר-נוי, לילך דנביץ ותמר פישר על סיוען המעולה במחקר.

וכלה ביישובים הקהילתיים – רצופה בדוגמות לקהילות המתבססות על מגורים של חברי הקהילה בסמיכות היוצרת רצף מקרקעין אחד שהכניסה אליו מוגבלת. ההשלכות החברתיות של קהילות אלה ודומות להן עוררו דיון וביקורת בספרות בעולם, אשר התמקדה בהשפעותיהן החברתיות החיצוניות של קהילות אלה, דהיינו, בהשפעותיהן על מי שאינם חברים בהן.¹ מאמר זה מתבונן דווקא אל תוך קהילות המגורים המגודרות, בוחן מהם הקשיים והבעיות שקהילות אלה מיועדות להתמודד איתם, וסוקר את הדרכים העומדות להן לשם כך.

באופן מפתיע, רק חלק קטן מאוד מהספרות, בוודאי מזו התיאורטית, הוקדש להבנת השיקולים העומדים ביסוד החלטתם של פרטים להצטרף לקהילות מגורים מגודרות.²

1 בין היתר נטען כי הרכבן ההומוגני יוצר הפרדה והפליה מרחבית על רקע גזעי, אתני ומעמדי, וכי "פרישתם של המצליחים" מהערים המרכזיות מחלישה את התשתית הכלכלית, התקציבית והאזרחית בהן. EDWARD J. BLAKELY & MARY G. SNYDER, *FORTRESS AMERICA: GATED COMMUNITIES IN THE UNITED STATES* (1997); Sheryll D. Cashin, *Privatized Communities and the "Secession of the Successful": Democracy and Fairness Beyond the Gate*, 28 *FORDHAM URB. L.J.* 1675, 1677–1678, 1679–1681 (2001); David J. Kennedy, *Residential Associations as State Actors: Regulating the Impact of Gated Communities on Nonmembers*, 105 *YALE L.J.* 761, 762, 777–778 (1995); TERESA P.R. CALDEIRA, *CITY OF WALLS: CRIME, SEGREGATION, AND CITIZENSHIP IN SÃO PAULO* (University of California Press 2000); Gregory S. Alexander, *Dilemmas of Group Autonomy: Residential Associations and Community*, 75 *CORNELL L. REV.* 1, 7 (1989) את האוטונומיה של הקהילה אם רצוננו לקדם את רעיון הקהילה בחברה). ראו גם: Amnon Lehavi, *Mixing Property*, 38 *SETON HALL L. REV.* 137 (2008) ביתרונותיהן של הקהילות המגודרות, הן במישור הפנימי והן במישור יחסייהן עם הקהילה הרחבה, ראו: Tony Manzi & Bill Smith-Bowers, *Gated Communities as Club Goods: Segregation or Social Cohesion?*, 20(2) *HOUSING STUD.* 345, 347–350 (2005); Georg Glasze, *Private Neighborhoods as Club Economic and Shareholder Democracies* (unpublished paper, BelGeo, Bruxelles, 2003).

2 על-פי מחקרים שנערכו במדינות שונות, הגורם המשמעותי ביותר להצטרפות לקהילות מגודרות הוא החשש מפני פשע והפחד מה"אחר". עם זאת, נמצאו גורמים נוספים: הרצון להיות חלק מקהילה; סגנון החיים; עליית ערך הנדל"ן; המעמד או יוקרת המקום; השירותים והמתקנים השונים המוצעים לחברים בו, דוגמת קאונטר-קלוב; מיקום המבנה – קרבה לשדות-תעופה, למשל; וכדומה. בעבור קהילות-היוקרה, הפחד מפשע מהווה שיקול משני. ראו: Sarah Blandy, Diane Lister, Rowland Atkinson & John Flint, *Gated Communities: A Systematic Review of the Research Evidence* 13–17 Rowland Atkinson (2003) www.bristol.ac.uk/sps/cnrpaperspdf/cnr12pap.pdf ראו גם: Sarah Blandy, *Introduction: International Perspectives on the New Enclavism and*

הכוונה חברתית בקהילות המגורים המגודרת

ההנחה המקובלת הייתה שהמניעים העיקריים הם השאיפה לביטחון אישי,³ שמירה על ערך הנכס⁴ והרצון להיבדל מאוכלוסיות עניות, ממייעוטים, משחורים וכולי. מיוזגם של מניעים אלה עם התוצאות הברדלניות של קהילות המגורים המגודרות הוליד ביקורת חריפה נגד בידודן של קהילות אלה מכלל האוכלוסייה הסובבת אותן.

אולם הביקורת על בדלנותן של קהילות המגורים המגודרות אינה ברורה מאליה.⁵ כל חברה מורכבת מקהילות ייעודיות – קבוצות אנשים בעלות מכנה משותף שאינו תלוי במגורים בשכנות – שחלקן בדלניות וסגורות.⁶ כאשר הבדלנות והסגירות נתפסות כנחוצות לשימור ערכים ונורמות השונים מאלה של החברה, הביקורת עליהן מועטה.⁷

the Rise of Gated Communities, 20(2) HOUSING STUD. 177, 178 (2005) (הסיבות להצטרפות לקהילה מגודרת הן הפחד מפני פשע, הרצון במעמד, הפרטיות ופוטנציאל ההשקעה הטמון בנדל"ן במקומות אלה); David L. Callies, Paula A. Franzese & Heidi Kai Guth, *Ramapo Looking Forward: Gated Communities, Covenants, and Concerns*, 35 URB. LAW. 177, 183–197 (2003) (שלוש הסיבות המרכזיות לרצון להתגורר בקהילה מגודרת הן הרצון להרגיש חלק מקבוצה (sense of community), הרצון להיבדל מתוך הכלל (exclusion) והרצון בפרטיות; נוסף על כך הכותבים מציינים סיבות כגון אחריות מובנית, כפילות של שירותים (נוסף על שירותים מהעירייה, למשל), בקרה על השימוש בקרקע, תכנון דרכי הגישה למבנה ואחריות נזיקית). ראו גם Manzi & Smith-Bowers, לעיל ה"ש 1, המציגים נקודת-מבט חדשה – מתוך התיאוריה בדבר טובין ציבוריים – על קהילות מגודרות ועל הדרך שבה מקבלי ההחלטות צריכים לשקול את עצם קיומן. ראו גם Kennedy, לעיל ה"ש 1, בעמ' 767–765 (הסיבות להצטרפות לקהילה מגודרת הן הרגשת ביטחון, שמירה על ערך הנכסים והומוגניות גזעית וכלכלית).

3 ראו John B. Owens, *Westec Story: Gated Communities and the Fourth Amendment*, 34 AM. CRIM. L. REV. 1127, 1128 (1997); ROWLAND ATKINSON, SARAH BLANDY, JOHN FLINT & DIANE LISTER, *GATED COMMUNITIES IN ENGLAND* (London, Office of the Deputy Prime Minister 2004). להשוואה בין שיטות המחקר השונות ובין החוקרים השונים בנושא ראו Blandy et al., לעיל ה"ש 2, בעמ' 17–12.

4 ראו Sarah Blandy & Diane Lister, *Gated Communities: (Ne)Gating Community Development*, 20(2) HOUSING STUD. 287, 292 (2005).

5 לטענה כי לא ברור מדוע ההתייחסות הציבורית והמשפטית לקהילות מיעוטים ייעודיות (דתיות, אתניות ואחרות) שונה מההתייחסות לקהילות מגורים המנסות לבדל את עצמן במקום קרוב הרבה יותר לקהילה החברתית הרחבה ראו: Clayton P. Gillette, *Courts, Covenants and Communities*, 61 U. CHI. L. REV. 1375, 1380–1381 (1994).

6 להבחנה בין קהילות ייעודיות לבין התארגנויות חברתיות אחרות (על בסיס חוזי) ראו Alexander, לעיל ה"ש 1, בעמ' 26.

7 בהקשר הישראלי ניתן לבחון את ההתייחסות החברתית לקהילות ייעודיות כגון חרדים, קיבוצים וברווים. כך, למשל, בנוגע ליהודים חרדים, ההתקבצות והשליטה התת-מקומית של

נוסף על כך יש יחידות ארגוניות שאינן קהילתיות, דוגמת ארגונים עסקיים וחברתיים, המטילות הגבלות על ההצטרפות אליהן או על הכניסה למתחמיהן. גם הגבלות אלה נתפסות כלגיטימיות כאשר הן משרתות את המטרות העסקיות והחברתיות של אותם ארגונים. לעומת ארגונים וקהילות אלה, נראה כאילו קהילות המגורים המגודרות התועלתניות מעוררות התנגדות חברתית ואידיאולוגית רחבה הרבה יותר. בהעדר מכנה משותף קודם או מטרה משותפת שהינם חיצוניים לרצון להתגורר במתחם המגורים המשותף, נוצר הרושם כאילו קהילות המגורים המגודרות מיועדות רק לצורך מטרות אישיות תועלתניות, אשר ההתבדלות היא אחת המרכזיות שביניהן. רושם זה הוא שמוביל, כך נדמה, ליחס השלילי כלפי קהילות אלה. מאמר זה מייחד את הדיון לקהילות המגורים התועלתניות – קהילות אשר אינן מבוססות על יסוד משותף אידיאולוגי, דתי או חברתי קודם.⁸ המאמר בוחן מהן ההצדקות לקיומן של הגבלות לגבי הכניסה הפיזית למתחם המקרקעין והגבלות לגבי ההצטרפות לקהילה כאשר הקהילה אינה מתקיימת אלא לטובת מגוריהם בשכנות של חבריה.

נדמה שההנחה המקובלת היא שהסדרת מערכות היחסים הקנייניות בין בעלי מקרקעין סמוכים אינה מחייבת קיומה של קהילה או ארגון, ובוודאי אינה מחייבת התבדלות. לפי הנחה זו, שתי הדרכים הקיימות להסדרת היחסים בין פרטים בחברה – הסדרה פרטית באמצעות חוזה והסדרה ציבורית באמצעות חוק – מספיקות לצורך הסדרתן של זכויות וחובות בקניין הפרטי ובקניין המשותף ברצף הגיאוגרפי. מאמר זה מציב הנחה זו בסימן שאלה. הוא מראה כי הבעיות הנוצרות במקרקעין סמוכים שיש בהם קניין פרטי וקניין משותף אינן ניתנות לפתרון על-ידי חוזה וחוק בלבד, ולכן מחייבות התארגנות במסגרות ארגוניות וקהילתיות. יתר על כן, פתרון של הבעיות מחייב הומוגניות בין חברי הקהילה, וזאת לא רק בהעדפותיהם, כי אם גם (ואולי בעיקר) בנורמות החברתיות המקובלות עליהם. הומוגניות כזו מחייבת גידור של קהילת המגורים במובן הרחב – הגבלת הכניסה הפיזית למתחם המקרקעין והגבלת ההצטרפות לקהילת המקרקעין על-ידי רכישת מקרקעין בתחומיה.

הקהילה החרדית מאפשרות לה, בין היתר, לספק לחבריה ביעילות מזון כשר, לסגור רחובות לתנועת כלי-רכב בשבתות ועוד. בנוגע לבדווים, צורות היישוב והמגורים שלהם עוצבו באופן שישמרו את הדפוסים הכלכליים, החברתיים והתרבותיים של הדרגים השונים של הקהילות הבדוויות. ראו אמנון להבי "קהילות מגורים חדשות בישראל – בין הפרטה להפרדה" דין ודברים ב' 63, 71–78 (תשס"ו). ראו גם: Amnon Lehavi, *How Property Can Create, Maintain, or Destroy Community*, 10 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 1, 7–8 (2009).

8 להבי, שם, בעמ' 107.

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

המאמר מציג שלושה סוגים של בעיות הקיימות באזורי מגורים שבהם אנשים גרים בשכנות לאורך רצף גיאוגרפי: השפעות חיצוניות של שימושים במקרקעין הפרטיים והמשותפים, בעיות של פעולה משותפת (Collective Action) במקרקעין המשותפים, ובעיות של קבלת החלטות בנוגע למשאבים המשותפים במתחם המגורים. בעיות אלה משפיעות על רווחתם של האנשים המתגוררים בשכנות, וההתארגנות קהילה יכולה לסייע בהתמודדות עימן.

הקהילה והארגון מאפשרים שימוש בדרכים שונות להכוונה חברתית (Social Control)⁹ – דרכים מוסדיות המסתמכות על הארגון ומוסדותיו, מחד גיסא, ודרכים חוץ-מוסדיות הנשענות על נורמות קהילתיות, מאידך גיסא. המאמר טוען שהגבלות הכניסה למתחם המקרקעין והגבלות ההצטרפות לקהילה מהוות תנאי הכרחי להסדרת מערכת היחסים בין בעלי המקרקעין בדרכים אלה. הגבלות אלה נדרשות כדי שהנורמות הארגוניות והקהילתיות יהיו משותפות לכל בעלי המקרקעין ולכל הנמצאים בתוך מתחם המקרקעין, וכדי שנורמות אלה יהיו בגדר ידיעה משותפת (Common Knowledge), שמהותה מוסברת בהמשך המאמר ואשר מהווה תנאי הכרחי לאכיפתן של הנורמות הללו בין בעלי המקרקעין ועליהם. הקהילה הינה כלי להתמודדות עם בעיות השימוש במקרקעין, וככזו עליה להיות יותר מאשר אוסף של בעלי מקרקעין החיים בשכנות.¹⁰ עליה להיות מסוגרת מזהה של החברים בה, כדי שאלה יוכלו לאכוף את כללי ההתנהגות ולנהוג על-פי הנורמות המקובלות בה.

המאמר אינו מתכוון להמעיט בחשיבותן של ההשפעות החיצוניות שיש לקהילת המגורים הסגורה על הקהילה הרחבה יותר. מטרתו היא להתמקד בשיקולי המיקרו, הפנימיים לקהילה, ולבדוק אם הקהילה הסגורה מביאה לידי הגדלת רווחתם של החברים בה.¹¹ ההכרעה בין שיקולי הרווחה הפנימיים לקהילה לבין שיקולי הרווחה של פרטים מחוץ לקהילה נותרת למחקר עתידי.¹²

9 לסקירה של הדרכים השונות להכוונה חברתית ראו: ROBERT C. ELLICKSON, ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES 123–137 (Cambridge, Mass., Harvard University Press 1991).

10 במובן מסוים התזה במאמר מגשרת בין שתי התפיסות של קהילה – Gemeinschaft ו-Gesellschaft. ראו: FERDINAND TONNIES, COMMUNITY AND CIVIL SOCIETY (2001) (1887).

11 לגישה דומה, המתמקדת בשיקולים ה"פנימיים" לקהילת המגורים, ראו: Lee Anne Fennell, Contracting Communities, 2004 U. ILL. L. REV. 829 (2004) (hereinafter: Fennell, Contracting Communities); Lee Anne Fennell, Revealing Options, 118 HARV. L. REV. 1401, 1444–1470 (2005) (hereinafter: Fennell, Revealing Options).

12 לדיון כלכלי ברוח זו ראו: GARY S. BECKER & KEVIN M. MURPHY, SOCIAL ECONOMICS: MARKET BEHAVIOR IN A SOCIAL ENVIRONMENT 47–74 (Belknap 2000).

מבנה המאמר הוא כדלקמן: פרק א מציג את שיקולי הרווחה החברתית המשמשים בסיס לניתוח במאמר. הפרק מנתח את הבעיות השונות בניהולם של מקרקעין סמוכים ומקרקעין משותפים, ובוחר את השפעתן של בעיות אלה על רווחתם של בעלי המקרקעין. פרק ב בוחן שלוש דרכים מוסדיות להכוונה חברתית ולפתרון הבעיות שהוצגו בפרק הקודם – חוק, חוזה וארגון. הפרק מצביע גם על מגבלותיהן של הדרכים המוסדיות בהשגת פתרון מלא לבעיות האמורות. פרק ג מציג דרך רביעית, לא-מוסדית, להכוונה חברתית – נורמות חברתיות. הפרק מציג את הטענה כי תנאי לייעילותן של נורמות חברתיות בהסדרת התנהגות הוא שהן יהיו בגדר ידיעה משותפת של חברי קהילת המגורים. הפרק מסביר את המושג "ידיעה משותפת", ומנמק מדוע היא נחוצה לייעילותן של נורמות חברתיות. פרק ד מסביר, בהסתמך על הפרקים הקודמים, כיצד הגבלות הכניסה וההצטרפות תורמות – ולעיתים אף נחוצות – לפתרון של הבעיות בניהול המקרקעין באמצעות ארגון ונורמות חברתיות. פרק ה מסכם.

א. רווחת הפרטים בקהילת המגורים: קניין פרטי, קניין משותף והבעיות בניהולם

1. הגדרות-יסוד

(א) הגדרת קהילת מגורים

לקהילת מגורים, מעצם שמה והגדרתה, יש שני יסודות משמעותיים: האחד, היסוד הגיאוגרפי-הקנייני, המחייב קיומו של רצף מקרקעין, אנכי או אופקי, שמוגדר על-פי אגד הזכויות הקנייניות בו; והאחר, היסוד הקהילתי, המחייב קיום קבוצה של בעלי אינטרס קנייני במקרקעין, אשר יש קשר כלשהו ביניהם – חברתי, ארגוני, חוזי או אחר.¹³ כאמור, המאמר מתמקד בקהילות מגורים תועלתניות, דהיינו, קהילות שהקשר החברתי בין חבריהן אינו מבוסס על מכנה משותף אידיאולוגי, דתי או חברתי ביניהם, אלא רק על בעלותם במקרקעין הפרטיים הסמוכים ובמקרקעין המשותפים. דוגמה מייצגת לקהילות

13 Monica Colombo et al., *Sense of Community and Participation in Urban Context*, 11(6) J. COMMUNITY & APPL. SOC. PSYCHOL. 457, 458–459 (2001); Gene L. Theodori, *Community and Community Development in Resource-Based Areas: Operational Definitions Rooted in an Interactional Practice*, 18 SOC. & NAT. RESOURCES 661, 662–663 (2005).

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

אלה היא הקהילה העירונית הפרטית, אשר מאפיינה העיקרי הוא מתחם המגורים העירוני הסגור, בין במקרקעין שכנים ובין בבניין דירות.¹⁴ לצורך הבחינה התיאורטית די ביסוד הגיאוגרפי וביסוד הקהילתי להקים את המודל של קהילת מגורים, שאותו אבחן בכלים מיקרו-כלכליים. המטרה בדיון במודל זה היא לבחון באיזו מידה נחוץ יסוד שלישי של הגבלת הכניסה לקהילה – במובן של כניסה פיזית לשטחה ושל הצטרפות לקהילה באמצעות רכישת מקרקעין – לשם השאת רווחתם של חברי קהילת המגורים. יש להדגיש שיסוד שלישי זה – של גידור ובידול – אינו חלק מהגדרתה של קהילת המגורים הנבכנת. יסוד זה הוא מושא הבחינה במאמר, והשאלה הנבכנת היא עד כמה יסוד זה נחוץ לקיומם של שני היסודות האחרים.

היסוד הגיאוגרפי מורכב משני סוגים של זכויות קנייניות: זכויות קניין פרטיות במקרקעין שהפרטים מתגוררים בהם, וזכויות קניין משותפות במשאבים ובמקרקעין האחרים (המוגדרים באופן שיורי ככל אותם משאבים שאין בהם זכויות קניין פרטיות). לצורך מאמר זה אניח שזכויות הקניין היחידות הן זכויות בעלות במקרקעין, אולם ניתן בנקל להרחיב את התזה המוצגת כאן גם לזכויות אחרות, כגון זכויות חזקה ושכירות. היסוד הקהילתי מוגדר באופן שיורי, והוא כולל את כל מערך הזכויות, היחסים והחובות שאינם נובעים ישירות מהזכויות הקנייניות.

היסוד הקהילתי והיסוד הגיאוגרפי יכולים להתקיים כל אחד בפני עצמו, באופן נפרד ובלתי-תלוי, מבלי שתתקיים קהילת מגורים. מחד גיסא, ייתכן רצף של זכויות קנייניות, פרטיות ומשותפות, ללא שום מבנה קהילתי. דוגמות לכך הן שכונות מגורים שאינן מקיימות שום מנגנון קהילתי, בנייני משרדים ועסקים, ועוד. מאידך גיסא, קהילות רבות אינן נסמכות על מערך של זכויות קנייניות ואינן תלויות במיקום גיאוגרפי של חברי הקהילה. דוגמות לכך הן קהילות דתיות, עדתיות, מגדריות ואחרות. רק שילובם של שני היסודות – הגיאוגרפי והקהילתי – מגדיר את קיומה של קהילת מגורים.

(ב) הגדרת רווחתם של הפרטים בקהילת המגורים

רווחתו של כל פרט בקהילת המגורים מורכבת מתועלתו מקניינו הפרטי, מתועלתו מהקניין המשותף ומהיתרונות שהוא שואב מחברותו בקהילה. תועלתו של הפרט מוגדרת על-ידי התועלת שהוא מקבל מכל אחד מהיסודות שמסופקים לו בקהילת המגורים, בניכוי העלויות שעליו לשאת בהן בהקשרו של אותו יסוד. הן התועלת והן העלויות תלויות בהעדפותיו של הפרט ובמערכת הזכויות והחובות החלה עליו בקהילת המקרקעין.

14 המונח "קהילה עירונית פרטית" מוגדר על-ידי להבי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 97–108. ראו שם גם דוגמות לקהילות כאלה בישראל.

התועלת מהקניין הפרטי נגזרת מיכולתו של הפרט לנצל את קניינו ומההשפעות שיש לשימושם של אחרים בקניינם הפרטי ובקניין המשותף על הנאתו מקניינו הפרטי. בהנחה שהגבלות שהקהילה מטילה על השימוש בקניין הפרטי והמשותף מוטלות באופן שוויוני,¹⁵ ככל שהגבלות אלה רחבות יותר כן תועלתו של הפרט מקניינו מוגבלת יותר. מחד גיסא, יש הגבלות רבות יותר לגבי השימוש שבעל המקרקעין יכול לעשות בקניינו, אולם מאידך גיסא, פוחתות ההשפעות החיצוניות השליליות הנובעות משימושם של אחרים על הנאתו מהקניין הפרטי.¹⁶

כך, לדוגמה, אם הכללים הנוהגים בקהילה מגבילים את הזכות להקשיב למוזיקה רועשת בשעות הלילה, יש בכך כדי להגביל את הנאתו של כל פרט בקהילה ממוזיקה רועשת. עם זאת, אותה הגבלה מגדילה את הנאתו של כל פרט כתוצאה מכך שהוא אינו חשוף לרעש הבוקע ממקרקעין שכנים בשעות שבהן ההגבלה חלה. התשובה לשאלה אם כלל מסוים מגדיל את רווחתו של הפרט נגזרת מהעדפותיו באשר לשמיעת מוזיקה בשעות הלילה ומהמידה שבה רעש ממקרקעין שכנים מפריע לו. לאנשים שונים יהיו העדפות שונות בעוצמה שונה – חלקם יעדיפו להקשיב למוזיקה בלילה ולהיות חשופים לרעש הבוקע מבתי שכניהם, ואילו אחרים יעדיפו דווקא לוותר על האזנה למוזיקה תמורת הזכות לשינה עמוקה באותן שעות.

התועלת מהקניין המשותף מוכתבת על-ידי השימושים שהפרט יכול לעשות באותו קניין, על-ידי העלויות שהוא צריך לשאת בהן בהקשר של הקניין המשותף, ועל-ידי ההשפעות של השימושים שפרטים אחרים עושים בקניינם הפרטי ובקניין המשותף על הנאתו של הפרט מהשימושים שהוא עצמו עושה בקניין המשותף.

הקניין המשותף נחלק לקניין שהוא מוצר ציבורי טהור (Pure Public Good) ולקניין שהוא מוצר ציבורי מקומי (Local Public Good). חלקים שהם מוצר ציבורי טהור מתאפיינים בכך ששימוש בהם על-ידי אחד מחברי הקהילה אינו פוגע בשימושם של אחרים באותם חלקים, ובכך שאי-אפשר למנוע איש מבין חברי הקהילה מלהשתמש

15 הנחה זו נכונה בוודאי בשלב שבו קהילת המקרקעין מתארגנת – בדרך-כלל בשלב היזמות והקמת מתחם המגורים. בשלב זה היזם מבקש למכור יחידות במתחם המקרקעין, ואילו הפרטים שוקלים אם להצטרף להתארגנות כקהילה. לכן בשלב הזה ידרוש כל אחד מהמצטרפים חלוקה שווה של זכויות וחובות. עם זאת, ייתכן שכדי לגייס את המצטרפים הראשונים למיזם, יבטיח להם היזם זכויות-יתר.

16 Fennell, *Contracting Communities*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 842–849.

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

באותם חלקים.¹⁷ דוגמות למוצרים ציבוריים כאלה הם חזותו של בניין, גדר המקיפה את מתחם הקהילה או תאורה בשטחים המשותפים. מכיוון שתועלתו של כל אחד מחברי הקהילה ממשאבים משותפים שהם מוצר ציבורי טהור אינה תלויה בשימוש שאחרים עושים בהם, ומכיוון שאי-אפשר למנוע אותו מלעשות שימוש דומה, עליו לשאת בעלויות הקמתם ותחזוקתם של משאבים אלה, באמצעות תשלומים אשר כל חברי הקהילה נושאים בהם.¹⁸

כאמור, חלקים מהקניין המשותף אינם מוצר ציבורי טהור, אלא מוצר ציבורי מקומי,¹⁹ או בשם אחר – מוצר מועדון (Club Good).²⁰ בניגוד למוצר ציבורי טהור, תועלתו של כל פרט ממוצר מועדון מושפעת מכמות המשתמשים בו, שכן התועלת תלויה בעומס המשתמשים. בדרך-כלל ניתן גם למנוע פרטים מלהשתמש באותו מוצר, אם כי מניעה כזו מחייבת השקעת משאבים. דוגמות למוצרי מועדון בקהילת מגורים הן דרכי הגישה ליחידות המקרקעין, בריכה משותפת, חניה משותפת או מגרש-משחקים. ככל שהפרט יכול לעשות שימוש רחב יותר במוצר מועדון כן הנאתו מהמוצר גדלה. אולם מאחר שהזכות לעשות שימוש כזה ניתנת לכל חברי הקהילה, בעיית העומס – המפריעה להנאתו של כל אחד מהם – גדלה גם היא. לפיכך כל משאב ציבורי שהוא מוצר מועדון מחייב לא רק חלוקת עלויות בין חברי הקהילה, כי אם גם החלטה על המידה והדרכים שבהן יוגבל השימוש בו.

התועלת מעצם החברות בקהילה תלויה בראש ובראשונה בהרכבה של הקהילה, בקשרים החברתיים בה ובשירותים שהיא נותנת, אשר אינם קשורים לקניין הפרטי או המשותף.²¹ לחברות בקהילה יש גם תועלת "חיצונית", הנובעת מידיעתם של אחרים על

17 תנאים אלה מוגדרים בספרות הכלכלית כהעדר יריבות (non-rivalness) והעדר אפשרות הדרה (non-excludability). ראו: ANDREW MAS-COLELL, MICHAEL WHINSTON & GERRY R. GREEN, MICROECONOMIC THEORY 359–361 (1995).

18 יש קשר הדוק בין המוצר הציבורי לבין ההשפעה החיצונית, אשר מוגדרת בהמשך. למעשה, השפעה חיצונית של השימוש בקניין הפרטי, דוגמת חזית הבניין או גינתו, מהווים מוצר ציבורי בעבור יתר בעלי המקרקעין.

19 Suzanne Scotchmere, *Local Public Goods and Clubs*, in HANDBOOK OF PUBLIC ECONOMICS (A.J. Auerbach & M. Feldstein eds., 1998).

20 RICHARD CORNES & TODD SANDLER, THE THEORY OF EXTERNALITIES, PUBLIC GOODS AND CLUB GOODS 347–351 (2d ed. 1996); James M. Buchanan, *An Economic Theory of Clubs*, 32 ECONOMICA 1 (1965) 1, בעמ' 347.

21 לתיאור ההתפתחות ההיסטורית של קהילת המגורים כפתרון לחיפוש אחר חיים משותפים וזהות כחלק מהמסגרת הקהילתית, ראו Alexander, לעיל ה"ש 1, בעמ' 9–12. למאמר

החברות בקהילה – מתיוגו של כל חבר כמשתייך לקהילה. לדוגמה, העובדה שמישהו הוא חבר קיבוץ או חבר בקהילה דתית מסוימת משדרת לסביבה מידע לגביו, אשר גם אם הוא אינו נכון תמיד, יש בו לעיתים כדי לתרום לרווחתו (אם כי במקרים אחרים הוא עלול לגרוע ממנה).

כאמור, מאמר זה מתמקד בקהילות מגורים תועלתניות – קהילות מגורים שאינן מוקמות על רקע קהילתי קודם. המאמר מסביר מהן הבעיות המשפיעות על רווחתם של בעלי המקרקעין בקהילות אלה, ובוחרן כיצד הם יכולים להתמודד עם אותן בעיות. המאמר אינו דן בבעיות שנוגעות בניהולה של הקהילה ואשר אינן קשורות לשימוש במקרקעין על-ידי החברים בקהילה. בכך המאמר מציג גישה שונה ממאמרים קודמים, אשר התמקדו ביצירתה של קהילת מגורים ככלי להשגת מטרות קהילתיות שאינן נובעות מבעיות השימוש במקרקעין.²²

(ג) הגדרת הרווחה החברתית: אמת-המידה התועלתנית

כדי למדוד את רווחת הקהילה אשתמש במאמר זה באמת-מידה תועלתנית – סכום תועלתם של חברי הקהילה.²³ פעולה שתועלתה לפלוני ולאמוני יחד עולה על עלויותיה לשניהם היא פעולה שמשפרת את רווחתם הכוללת, ולפיכך היא רצויה. פעולה שתועלתה המשותפת נמוכה מעלויותיה אינה רצויה לפי אמת-מידה זו. מאחר שאותה תועלת כוללת יכולה להתחלק באופן שונה בין חברי הקהילה, הבעיה החלוקתית עלולה למנוע את חברי הקהילה מלהגיע לתוצאה שמגדילה את רווחתם הכוללת. הבעיות שבהן יעסוק המאמר נובעות מפער בין התנהגותם של חברי הקהילה בפועל לבין ההתנהגות שהייתה מביאה לידי השאת רווחתם הכוללת.

המציג ממצאים שלפיהם כ-50% מהנשאלים שהיו מעוניינים במגורים בקהילה מגודרת רצו זאת משום רצונם להיות "חלק מקהילה", ראו Blandy & Lister, לעיל ה"ש 4, בעמ' 292.
 22 ראו, למשל: Robert C. Ellickson, *Cities and Homeowners Associations*, 130 U. PA. L. REV. 1519 (1982); Gerald E. Frug, *Cities and Homeowners Associations: A Reply*, 130 U. PA. L. REV. 1589 (1982).
 23 אמת-מידה זו מקבילה לאמת-המידה הכלכלית הקרויה "קלדור היקס" (Kaldor-Hicks). ראו: RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 10–15 (7th ed. 2007).

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

אמת-המידה התועלתנית היא פשוטה מנקודת-מבט תיאורטית.²⁴ אולם השימוש באמת-המידה התועלתנית ראוי לא רק משום פשטותה. כאשר יש שני מצבים שבאחד מהם הרווחה הכוללת גדולה יותר מאשר באחר, ניתן באופן תיאורטי לחלק רווחה זו בין הפרטים באופן שמצבו של כל אחד מהם יהיה טוב יותר מאשר במצב האחר. לפיכך גם מי שמעוניין לעשות שימוש באמת-מידה חלוקתית יכול להשתמש תחילה באמת-המידה התועלתנית, ולאחר שימצא כיצד ניתן להשיא את הרווחה הכוללת, הוא יוכל ליישם את אמת-המידה החלוקתית שמנחה אותו באמצעות חלוקה מתאימה של הרווחה. אף שחלוקה כזו אינה מעשית במקרים רבים, ובאחרים אינה מתממשת בפועל, אין בכך כדי לגרוע מהאטרקטיביות של המצב שבו הרווחה הכוללת יכולה להיות גדולה ביותר בעבור כל אחד מחברי הקהילה.²⁵

ניתן לטעון כי במקרים שבהם חלוקה מחדש של הרווחה אינה מעשית יש להעדיף מצב שבו הרווחה הכוללת נמוכה ומחולקת באופן שוויוני על מצב שבו הרווחה הכוללת גבוהה אולם אינה מחולקת באופן שווה. מאמר זה אינו מוקדש להתמודדות עם טענה זו ואחרות העומדות כנגד אמת-המידה התועלתנית. השימוש באמת-מידה זו נועד רק להצביע על בעיות מסוימות בניהולן של קהילות מקרקעין ועל הפתרונות שאותן קהילות מציעות לבעיות אלה.

2. הקניין הפרטי והשפעות חיצוניות

בתת-פרק זה אניח, כדי לפשט את הדיון, שקהילת המגורים מורכבת מאוסף של מקרקעין פרטיים שכנים, ושאינן שום רכוש משותף. במציאות מצב כזה הוא בלתי-אפשרי, ולו משום שנדרשות דרכי גישה למקרקעין הפרטיים, אשר חלקן צריכות להיות משותפות

24 לדיון בקשיים העשויים לעלות בעת השימוש באמת-מידה תועלתנית ראו, למשל: Robert H. Frank, *Why Is Cost-Benefit Analysis so Controversial?*, 29 J. LEGAL STUD. 913 (2000); Martha C. Nussbaum, *Flawed Foundations: The Philosophical Critique of (a Particular Type of) Economics*, 64 U. CHI. L. REV. 1197 (1997). המאמר עושה שימוש רב בדוגמות מספריות. כאשר מדובר בתועלת או נזק בגובה מסוים, למשל 100, הכוונה היא לכך שניתן לקבוע פרמטר משותף ואחיד, למשל כסף, אשר ימדוד את נכונותו של הפרט לשלם בעבור התועלת או בעבור מניעת הנזק. קיימות בעיות במדידת הנכונות לשלם, בעיות בהשוואה בין הנכונות לשלם לבין הנכונות לקבל, וכן בעיות אחרות הנובעות מהשפעת עושרו של אדם על נכונותו לשלם ולקבל כסף. המאמר אינו נדרש לבעיות אלה מכיוון שהן אינן ייחודיות לנושא הנידון בו.

25 לטיעון כללי ברוח זו ראו: LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, *FAIRNESS VERSUS WELFARE* (2003); Louis Kaplow & Steven Shavell, *Any Non-Welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle*, 109(2) J. POL. ECON. 281 (2001).

או לפחות שהשימוש בהן יהיה אפשרי גם לאחרים נוסף על בעליו של המקרקעין שהן מובילות אליו. אולם כנקודת מוצא לדיון נוח להניח העדרו של קניין שאינו פרטי.

כפי שאראה, בהינתן הנחה זו, הבעיה היחידה במערכת היחסים בין בעלי הזכויות במקרקעין קשורה להשפעות החיצוניות ביניהם. השפעות חיצוניות הן השפעות שיש לשימוש של פלוני בזכויותיו במקרקעין על יכולתו של אלמוני ליהנות משימוש בזכויות המקרקעין שלו.²⁶ בהעדרם של כללים המטילים על פלוני חיובים הנובעים מההשפעות החיצוניות שהוא מייצר, הוא לא יביא את ההשפעות הללו בחשבון בקבלו החלטות באשר לדרך שבה ישתמש במקרקעין. שימוש, בהקשר זה, יכלול לא רק שימוש ישיר, כי אם גם כל פעולה שמיועדת לשמירה על המקרקעין, לתחזוקתו או לשיפורו.

השפעות חיצוניות עשויות להיות חיוביות או שליליות. דוגמה להשפעה חיצונית חיובית היא כאשר פלוני נוקט פעולות שמשפרות את חזות ביתו ואשר גם אלמוני נהנה מהן. דוגמה להשפעה חיצונית שלילית היא כאשר פלוני נהנה ממוזיקה רועשת בביתו וזו מפריעה לאלמוני לישון. מכיוון שפלוני אינו מביא בחשבון את ההשפעות החיצוניות של מעשיו על אלמוני, ייתכנו פעולות שהשפעותיהן החיצוניות חיוביות ואשר היו מעלות את הרווחה הכוללת של שניהם, אולם פלוני לא יעשה אותן. מאידך גיסא, יהיו פעולות שהשפעותיהן החיצוניות שליליות, אשר פלוני יעשה אותן אף שהן מפחיתות את הרווחה הכוללת שלו ושל אלמוני יחד.

בהעדר השפעות חיצוניות, התועלת והעלות לעושה הפעולה הן התועלת והעלות החברתיות הכוללות. ממילא, כל פעולה שהפרט מעדיף לעשותה היא פעולה רצויה משיקולים של רווחה כוללת, שהרי רווחה זו היא רווחתו של עושה הפעולה בלבד. קיומה של השפעה חיצונית שלילית מביא לידי כך שהרווחה החברתית הכוללת, המורכבת מרווחתו של עושה הפעולה ומרווחתו של כל מי שמושפע מאותה פעולה, נמוכה מרווחתו של עושה הפעולה לבדו. זו הסיבה שבגללה ייתכן שפעולה המפחיתה את הרווחה הכוללת תיעשה בכל זאת.

ניתן להמחיש זאת באמצעות דוגמה מספרית. נניח שהתועלת של שמעון מהקשבה למוזיקה רועשת באמצע הלילה היא 100, וכי אין לכך שום השפעה חיצונית. במקרה כזה יקשיב שמעון למוזיקה רועשת באמצע הלילה רק אם העלות הכרוכה בכך (חוסר שינה, למשל) אינה גבוהה מ-100. יש התאמה בין שיקוליו לבין שיקולי הרווחה הכוללת. אם, לעומת זאת, המוזיקה הרועשת בלילה גורמת חוסר נוחות לשכנתו רונית, אשר חייבת לישון היטב בלילה כדי לעבוד ביום, עלולה להיווצר בעיה. שמעון אינו מתחשב בחוסר הנוחות הזה, ולכן יקשיב למוזיקה הרועשת בלילה גם אם חוסר הנוחות הנגרם לרונית הוא

26 להגדרה מדויקת ראו CORNES & SANDLER, לעיל ה"ש 20, בעמ' 39-40.

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

150 (בהנחה שהעלות הנגרמת לו עצמו מההקשבה למוזיקה בלילה נמוכה מ-100). בכך הוא גורם להפסד תועלת כולל בסך של 50 לפחות. יש להדגיש שעצם קיומה של השפעה חיצונית שלילית אינו מוליך למסקנה שהפעולה אינה רצויה משיקולים של רווחה כוללת, שכן ייתכן שתועלתה בעבור שמעון גדולה מעלויותיה בעבורו ובעבור רונית גם יחד. למשל, בדוגמה לעיל, אם חוסר הנוחות שנגרם לרונית הוא 50 ואילו לשמעון עצמו לא נגרמת שום עלות אלא רק תועלת של 100, אזי משיקולים של רווחה כוללת ראוי ששמעון יקשיב למוזיקה, שכן כך יופק רווח כולל בסך 50. תוצאה זו היא התוצאה הרצויה. התוצאה תהיה בלתי-רצויה משיקולים של רווחה חברתית כוללת רק באותם מקרים שבהם חוסר הנוחות של רונית גדול מהתועלת של שמעון.

3. הקניין המשותף ובעיות של השקעת-חסר וניצול-יתר

נניח כעת שנוסף על המקרקעין הפרטיים יש גם משאבים משותפים. היתרון בניהול משאבים אלה במשותף מכונה בעגה הכלכלית "יתרון לגודל".²⁷ משאבים אלה מחייבים השקעה התחלתית קבועה, ולעיתים גם עלותם השוטפת קבועה. לפיכך יעיל יותר לנהלם בעבור מספר גדול של משתמשים.²⁸ כך, לדוגמה, הקמתה של בריכה מחייבת השקעה התחלתית ללא קשר ישיר למספר המשתמשים בה (למעט ככל שמספר זה משפיע על גודלה של הבריכה). גם תחזוקתה של הבריכה מחייבת עלויות שעיקרן מושקע בין שמספר המשתמשים גדול או קטן (כגון העלויות הכרוכות בהעסקת מציל, במתן שירותי ניקיון וגינון, בחימום הבריכה בחורף ועוד). לכן הקמתה של בריכה ותחזוקתה מחייבות מספר מינימלי של שותפים להשקעה. המצב דומה במשאבים רבים אחרים המאפיינים רצפים גיאוגרפיים או פקיים או אנכיים, כגון דרכי מעבר, גדרות, גינון וחזיתות משותפות, מגרשי-משחקים, תאורה בשטחים המשותפים, מעליות ועוד. על-אף היתרון לגודל בניהול משאבים אלה במשותף, השיתוף עלול ליצור כמה בעיות בהשוואה לבעלות פרטית. ניתן לחלק בעיות אלה לשני סוגים: סוג אחד קשור לשימוש ולהשקעה במשאבים אלה על-ידי הפרטים השונים, והוא נידון בתת-פרק זה; והסוג האחר

27 להגדרת "יתרון לגודל" ראו: John Eatwell, *Returns to Scale*, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS (Steven N. Durlauf & Lawrence E. Blume eds., 2nd ed. 2008), available at www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_R000134

28 Robert D. Tollison, *Consumption Sharing and Nonexclusion Rules*, 39 *ECONOMICA* 276, 287 (1972); Robert C. Ellickson, *New Institutions for Old Neighborhoods*, 48 *DUKE L.J.* 75 (1998).

מתייחס לבעיות הנוגעות בקבלת החלטות בנוגע למשאבים המשותפים, והוא נידון בתת-פרק הבא.

המשאב המשותף יכול להיות מוצר ציבורי טהור, דוגמת הגדרות והתאורה בשטחים המשותפים. כאמור לעיל,²⁹ משאבים אלה מתאפיינים בכך שהשימוש שהאחד עושה בהם אינו משפיע על שימושו של האחר בהם, ושאי-אפשר להדיר איש מן השימוש בהם. הבעיה העיקרית במשאבים כאלה היא השקעת-חסר. לעומת זאת, משאבים משותפים רבים, דוגמת בריכת-שחייה ומגרשי-משחקים, אינם מוצרים ציבוריים טהורים, אלא מוצרי מועדון. משאבים אלה מתאפיינים בכך ששימושו של האחד בהם משפיע על הנאתם של האחרים מאותם משאבים, ולכן הם חשופים לבעיה נוספת של ניצול-יתר.

השקעת-החסר וניצול-היתר של המשאבים המשותפים נובעים מסיבות דומות לאלה המובילות להתנהגות לא-יעילה של בעלי המקרקעין לגבי המקרקעין הפרטיים שלהם. למעשה, ניתן לאפיין את המוצר הציבורי ואת המוצר המועדון כדוגמות פרטיות של השפעות חיצוניות.³⁰ השקעה במוצר הציבורי טהור מגדילה את תועלתם של כל אלה שנהנים מאותו מוצר. לכן התועלת הכוללת מאותה השקעה גדולה מתועלתו של מי שהשקיע אותה. כתוצאה מכך ייתכנו מצבים שבהם אף שההשקעה רצויה משיקולים של רווחה כוללת לא יהיה כדאי לאיש מבעלי הזכויות המשותפות להשקיע אותה. לדוגמה, אם העלות של החלפת נורה במסדרון המשותף היא 10 וההנאה מאורה של אותה נורה בעבור כל אחד מבעלי הזכויות היא 5, אף לא אחד מהם יחליף את הנורה, אף שהתועלת הכוללת מהחלפתה (השווה ל-5 כפול מספרם של בעלי הזכויות הנהנים) עשויה להיות גדולה עשרות מונים מאותה עלות. זו דוגמה להשקעת-חסר במקרים שבהם להשקעה יש השפעות חיצוניות חיוביות.

כאשר המשאב המשותף הוא מוצר מועדון, הוא חשוף לבעיית עומס. השימוש שכל אחד עושה באותו משאב משפיע גם על הנאתם של אחרים. השפעה זו, שהיא למעשה השפעה חיצונית שלילית, אינה מובאת בחשבון על-ידי המשתמש. מקרים כאלה, של משאב משותף המנוצל מעל לרצוי, עלולים להגיע אף למצב שבו ניצול-היתר גדול עד כדי כך שאיש מהפרטים המשתמשים אינו נהנה מהשימוש במשאב. תופעה זו מכונה בספרות Tragedy of the Commons.³¹ כך יקרה, למשל, אם השימוש בבריכת-השחייה המשותפת יהיה רב עד כדי כך שהרעש והצפיפות בבריכה יהפכו את השחייה בה לבלתי-אפשרית.

29 Mas-Colell, Whinston & Green, לעיל ה"ש 17.

30 Cornes & Sandler, לעיל ה"ש 20, בעמ' 143.

31 Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 (1968); Lee, ראו:

31 Anne Fennell, *Common Interest Tragedies*, 98 NW. L. REV. 907, 913-25, 941-52 (2004).

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

בעוד בעיית השקעת-החסר מתייחסת לבעלי הזכויות המשותפות בלבד, בעיית ניצול-היתר עשויה לנבוע גם משימושם של אנשים שאינם בעלי מקרקעין. לדוגמה, כאשר מגרש-המשחקים פתוח לציבור והכניסה אליו אינה מוגבלת, ישתמשו בו לא רק בעלי המקרקעין שבהם הוא שוכן, כי אם גם אחרים. כתוצאה מכך תוחמר בעיית העומס על המקרקעין המשותפים.

לבסוף, יש לשים לב שהבעיות של השקעת-חסר וניצול-יתר עשויות להשפיע לא רק על הנאתם של בעלי המקרקעין מהמשאבים המשותפים, כי אם גם על הנאתם מזכויותיהם במקרקעין הפרטיים. תאורת המסדרון משפיעה על הגישה לדירה הפרטית, ולעומת זאת שינויים ושיפוצים במסדרון, כמו-גם שימוש ניכר בו, עלולים להכביד על בעלי הדירות הגובלות בו. גם ההשקעה והשימוש בגן-השעשועים עשויים להשפיע, לחיוב או לשלילה, על בעלי הזכויות במקרקעין הפרטיים השכנים. מן הצד האחר, ייתכנו גם השפעות חיצוניות של שימוש במקרקעין הפרטיים על ההנאה מהמקרקעין המשותפים. לדוגמה, גינה הגובלת בשטחים משותפים משפיעה על ההנאה האסתטית מאותם שטחים. השפעות אלה מערבות בעיות של השפעות חיצוניות, אשר נידונו בפרק הקודם, עם בעיות של השקעת-חסר ושימוש-יתר.

4. קבלת החלטות לגבי הקניין המשותף והפרטי

בעיות ההשפעה החיצונית בין מקרקעין פרטיים ובעיות הפעולה המשותפת במקרקעין משותפים גוררות בעיה מסוג שלישי. בעיה זו מתעוררת כאשר בעלי הזכויות מבקשים לקבל החלטות בנוגע למקרקעין המשותפים – מה יהיה השימוש שיעשה בהם, אילו הגבלות יוטלו על אותו שימוש, ומהן ההשקעות שיעשו במשאבים אלה.³² בעיה דומה מתעוררת כאשר להגבלות שיוטלו על השימוש במקרקעין הפרטיים על-מנת למנוע בעיות הנובעות מהשפעות חיצוניות. הדיון להלן יתמקד בבעיות ההחלטה הנוגעות בקניין המשותף, אולם הדברים חלים באותה מידה על הסדרה קהילתית של השימוש בקניין הפרטי.

לכל החלטה בנוגע למשאבים המשותפים יש משמעויות חלוקתיות – הן מפני שיש שימושים אפשריים שונים לקרקע, ולפרטים יש העדפות שונות באשר לאותם שימושים, והן מפני שהשקעות במשאבים המשותפים מחייבות מימון, אשר צריך להתחלק באופן

32 לתיאור בעיות מסוג זה כבעיות Anticommons ראו: Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621 (1998).

שיחולט בין בעלי הזכויות.³³ לכן כל החלטה בנוגע למשאבים המשותפים כרוכה במשא ומתן, המתאפיין בבעיות שעליהן אעמוד להלן.³⁴ לצורך הדיון בתת-פרק זה אניח שכלל ההחלטה דורש הסכמה פה אחד כדי להתנות על בררת-המחדל הקיימת או הקבועה בחוק. השפעתם של כללי החלטה שונים על האפשרות לקבל החלטות שישארו את רווחתם של בעלי המקרקעין נידונה בתת-פרק 33להלן.

ניתן להסביר את הבעיה של קבלת החלטות באמצעות דוגמה פשוטה. נניח ששמעון ורונית הינם בעלי הדירות היחידים בבית משותף, ועליהם להחליט אם להקים מעלית במקום חלק מדרג-המדרגות. גם שמעון, המתגורר בקומה הראשונה, וגם רונית, המתגוררת בקומה השנייה, ייהנו מהקמתה של המעלית. עם זאת, המעלית תגרום לחוסר נוחות בשלב בנייתה, ולאחר-מכן יקטן באופן משמעותי חדר-המדרגות המרווח שבבית. לפי אמת-המידה של רווחה מצרפית, ההחלטה אם להקים את המעלית צריכה להיגזר מן ההשוואה בין התועלת הכוללת מהקמתה בניכוי העלויות הכרוכות בכך לבין התועלת מחדר-המדרגות ללא המעלית בניכוי העלויות וחוסר הנוחות הנובע מהעדרה של מעלית. לכן, אם נניח ששמעון מעדיף שהמעלית לא תוקם ורונית מעדיפה שהמעלית תוקם, השאלה היחידה, משיקולים של רווחה מצרפית, היא העדפתו של מי מהם משמעותית וחזקה יותר, או בניסוח אחר – מי מהם מוכן לשלם יותר תמורת החלופה המועדפת עליו. הבעיה בקבלת ההחלטה אם להקים את המעלית היא שלהחלטה כזו יש גם משמעותות חלוקתיות, המתבטאות בחלוקת התשלומים והעלויות בין רונית ושמעון. כאשר ינהלו השניים משא-ומתן וינסו להחליט אם להקים את המעלית, יתנהגו כל אחד מהם באופן אסטרטגי. אם נקודת המוצא היא שאין לאיש מהם זכות להקמת המעלית ללא הסכמתו של האחר, ירצה שמעון תשלום גדול ככל האפשר תמורת הסכמתו להקמתה, ואילו רונית תרצה לשלם כמה שפחות. התוצאה עלולה להיות שהמעלית לא תוקם, אף במקרים שבהם

33 גם הקניין הפרטי מחייב קבלת החלטות משותפות בנוגע לכללים שסידרו את השימוש בו. במצבים שבהם השימוש בקניין הפרטי גורם להשפעות חיצוניות ייתכן שחברי קהילת המגורים ירצו לקבוע כללים המסדירים השפעות חיצוניות מסוימות בין הקניין הפרטי לבין כלל חברי הקהילה. קבלת ההחלטות במקרים אלה תהיה דומה לזו שנידונה בטקסט. ראו Fennell, *Contracting Communities*, לעיל ה"ש 11.

34 בכך טמון הבדל משמעותי בין תנאים שנקבעים בהסכמי הרכישה של המקרקעין או בכללי ארגון המקרקעין בעת המכירה של המקרקעין על-ידי היזם לבין תנאים שנקבעים מאוחר יותר. בשלב המכירה על-ידי היזם כל רוכש מסכים לאותם תנאים שקבע היזם, ולכן יש הסכמה פה אחד לתנאים אלה. הסכמה כזו קשה להשיג בשלבים מאוחרים יותר. להבחנה דומה ראו שם, בעמ' 838–841.

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

הרווחה הכוללת מהקמתה היא חיובית (דהיינו, תועלתה של רונית מהקמתה גדולה מחוסר הנוחות הנגרם לשמעון).

הבעיה עשויה להתעורר גם במקרים שבהם שניהם, שמעון ורונית, מעוניינים בהקמת המעלית. אף ששניהם מעוניינים להקים את המעלית, התועלת שהם מפיקים ממנה עשויה להיות שונה. ככל שתועלתו של אחד מהם מהמעלית נמוכה יותר כן נכונותו לשלם בעבורה תהיה נמוכה יותר. כאשר תועלתם של השניים מהקמת המעלית זהה, חלוקה שוויונית של העלויות נראית טבעית, אולם אם תועלתו של אחד מהם קטנה יותר, התשובה לשאלה כיצד יש לחלק ביניהם את העלויות כבר אינה ברורה מאליה. מצב כזה פותח פתח להתנהגות אסטרטגית במהלך המשא-ומתן לחלוקת העלויות, וגם משא-ומתן כזה עלול לעלות על שרטון.

הבעיה של קבלת החלטות לגבי הקניין המשותף נעשית חמורה אף יותר עם הצטרפותם של שני גורמים נוספים – מידע פרטי לגבי העדפותיהם של בעלי הזכויות בקניין המשותף ומספר גדול של בעלי זכויות. כאשר שמעון יודע שרונית מעוניינת מאוד בהקמת המעלית, אולם היא אינה יודעת מה העדפותיו, הוא עלול לנסות לשכנעה שהוא למעשה אינו מעוניין במעלית. אם יצליח בכך, יוכל "לסחוט" מרונית תשלום בעבור הקמת המעלית. זאת, אף שייתכן שגם הוא מעוניין בהקמת המעלית, או אם הוא אינו מעוניין בכך, ייתכן שהתנגדותו אינה גדולה. מאידך גיסא, רונית, אשר יודעת כי לשמעון יש אינטרס לשכנע בכך שהוא אינו מעוניין במעלית, עלולה לא להאמין לו, ולהתנגד לכל תשלום שידרוש, אף במקרים שבהם שמעון באמת אינו מעוניין בהקמת המעלית. התוצאה מקימו של מידע פרטי עלולה להיות כישלון של המשא-ומתן וחוסר יכולת להגיע להחלטה אשר הייתה מגדילה את רווחתם המצרפית של שמעון ורונית.³⁵

ככל שמספרם של בעלי הזכויות בקניין המשותף גדול יותר כן קבלת ההחלטות נעשית מסובכת יותר. שאלות חלוקתיות הנוגעות הן בהחלטה מהו השימוש הראוי בקניין המשותף והן בהחלטה כיצד יש לחלק את עלויותיו של שימוש כזה נעשות קשות לפתרון כאשר כל אחד מעוניין להגדיל את חלקו בתועלת ולהקטין את השתתפותו בתשלום. יתר על כן, גם ללא התנהגות אסטרטגית, השאלה מהי חלוקה הוגנת של העלויות נעשית מסובכת יותר ככל שמספר השותפים גדל. נוסף על כך, גם בעיות המידע נעשות קשות יותר לפתרון, שכן הנכונות לוותר לאחד בהעדר מידע לגבי העדפותיו גוררת נסיונות דומים להתנהגות אופורטוניסטית על-ידי היתר. כל אלה הופכים את קבלת ההחלטות המשותפת לבלתי-אפשרית כמעט.

35 ראו Fennell, *Revealing Options*, לעיל ה"ש 11.

הדיון עד כאן הניח שכל החלטה מחייבת הסכמה פה אחד. כל קבלת החלטות מניחה קיומו של כלל החלטה מסוים, אולם זה אינו חייב להיות כלל של הסכמה פה אחד. כלל החלטה צריך לקבוע כיצד זכויות ההחלטה מחולקות בין בעלי המקרקעין (לפי מספר החלקות שבבעלותו של כל אחד מהם, לפי שטחן, לפי שוויין או לפי אמת-מידה אחרת) ומהו הרוב הנחוץ להחלטה. ככל שכלל ההחלטה דורש רוב גדול יותר לקבלת החלטות כן גדל כוחו של כל בעל מקרקעין למנוע את קבלת ההחלטה. התוצאה היא שהחלטות רבות יותר שרצוי לקבלן ייחסמו. לעומת זאת, ככל שכלל ההחלטה דורש רוב קטן יותר כן יהיו החלטות לא-רצויות רבות יותר שיתקבלו. השפעת מספרם של בעלי המקרקעין על יכולת קבלת החלטות המשותפת שלהם תהיה תלויה, בין היתר, בכלל ההחלטה שיחול עליהם. חוק, חוזה וארגון יכולים להתמודד עם בעיות של קבלת החלטות משותפת באמצעות עיצוב מיטבי של כללי ההחלטה. אולם כפי שאראה להלן, התמודדות זו היא חלקית, במקרה הטוב.

5. סיכום-ביניים

פרק זה הציג שלוש בעיות הגורמות לפגיעה ברווחתם של בעלי המקרקעין. בעיה אחת נובעת מההשפעות החיצוניות שיש לשימוש של כל אחד מהבעלים במקרקעין הפרטיים שלו על הנאתם של יתר הבעלים מהמקרקעין הפרטיים שלהם. בעיה שנייה נוגעת בבעלות בחלקים המשותפים במקרקעין, ומתבטאת בניצול-יתר שלהם ובהשקעת-חסר בשמירה עליהם ובתחזוקתם. בעיה שלישית, אשר זכתה עד כה בתשומת-לב מועטה בלבד בספרות בישראל, היא הבעיה של קבלת ההחלטות המשותפות – הן בנוגע לשימוש במקרקעין המשותפים והן בנוגע להגבלות שיוטלו על השימוש במקרקעין הפרטיים. בכל אחת מהבעיות הללו התנהגותם הרציונלית של בעלי המקרקעין גורמת לפגיעה ברווחתם של חלק מהם או אף של כולם. הפרק הבא בוחן את הדרכים האפשריות להתמודד עם בעיות אלה.

ב. פתרונות לבעיות בניהול המקרקעין: חוק, חוזה וארגון

התנהגותם של פרטים בחברה והיחסים ביניהם מוסדרים באמצעות שלושה כלים פורמליים – חוק, חוזה וארגון.³⁶ כלים אלה עומדים גם לרשותם של בעלי הזכויות

36 נוסף על הכלים הפורמליים קיימים גם כלים לא-פורמליים של כללי אתיקה ונורמות חברתיות. אלה יידונו בפרק ג להלן.

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

במקרקעין, אולם יישומם בעייתי. באשר להסדרה באמצעות קביעת זכויות וחובות בחוק, אף שמדובר בהסדרה ציבורית, יישומה מחייב פעולה פרטית של מי שזכותו נפגעה. מאחר שלכל פעולה כזו יש עלות, בעל הזכות עלול לבחור לא לעשותה. ככל שמדובר בהסדרה פרטית, באמצעות חוזה או ארגון, נוסף על בעיית העלות הפרטית קיימת בעיה מקדמית להגיע להסכמה באשר לאופן שבו יוסדרו מערכות היחסים. שתי הבעיות הללו – של אכיפה והסכמה – נידונות בפרק זה.

הפרק דן תחילה בבעיות של השפעות חיצוניות בין המקרקעין הפרטיים, ומסביר את קשיי האכיפה וההסכמה בהסדרתם באמצעות חוק או חוזה. לאחר-מכן הדיון עובר לבעיות של פעולה משותפת וקבלת החלטות לגבי המקרקעין המשותפים, ובוחן באיזו מידה ניתן לפתור בעיות אלה באמצעות כללים ארגוניים (בין שהם נקבעים על-ידי חוק ובין שהם נקבעים באמצעות הסכם).

1. הסדרת השפעות חיצוניות באמצעות חוק

פתרון אחד לבעיית ההשפעות החיצוניות השליליות הוא לקבוע את הזכויות והחובות באופן שיתיר פעולה הגורמת השפעה חיצונית שלילית רק כאשר הנזק הנגרם ממנה נמוך מן התועלת שהיא מביאה. בדוגמה שהוצגה לעיל, שמעון יהיה רשאי להקשיב למוזיקה רועשת לבילה רק אם תועלתו מכך גדולה מחוסר הנוחות הנגרם לרונית. מאחר שהתועלת והנזק אינם קבועים ואחידים בכל המקרים ולכל האנשים, ההכרעה בשאלה אם שמעון רשאי להקשיב למוזיקה אינה יכולה להיעשות תמיד מראש. לפעמים תידרש קביעה (מאוחרת) של בית-המשפט, במקרים שבהם הצדדים יהיו חלוקים לגבי שאלה זו. הטלת איסור על שמעון יכולה להיעשות באמצעות שני סוגי כללים – כלל קנייני וכלל אחריות.³⁷ כלל קנייני יאסור על שמעון להרעיש. כלל אחריות יקבע ששמעון יכול לבחור אם להרעיש אם לאו, אבל אם יבחר להרעיש, יצטרך לפצות את רונית בגין חוסר הנוחות הנגרם לה. ההבחנה בין סוגי הכללים הללו הינה מהבחנות-היסוד בתחום המשפט הפרטי, והיא חורגת ממסגרתו של מאמר זה.³⁸ לצורך הדיון כאן כל שנדרש להבין הוא שבין שהכלל הוא כלל קנייני ובין שהוא כלל אחריות, הפעלתו במקרה שיופר מחייבת פנייה של הנפגע – רונית – לבית-המשפט.

37 לניתוח האפשרות להשתמש בכללים מורכבים יותר ראו Fennell, *Revealing Options*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1460–1470.

38 ראו: Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

פנייה לבית-המשפט כרוכה בעלויות. חלקן עלויות ישירות, הכוללות את שכר-הטרח של עורך-הדין, אגרות בית-המשפט, הזמן שיש להשקיע בהכנה למשפט ובמשפט עצמו, וחוסר הנוחות מההשתתפות בהליך המשפטי. חלק אחר מהעלויות הן עלויות עקיפות, שהעיקרית מביניהן בהקשר של מתחמי מגורים היא ההיחשפות לפעולות מזיקות נוספות ולפגיעות מצד הנתבע, הפוגע. קיומם של יחסי שכנות וטווח הזמן הארוך שבו יחסים אלה מתקיימים מביא לידי כך שפגיעותו של התובע עלולה להיות גדולה.

לעומת זאת, התועלת מפנייה לבית-המשפט עלולה להיות מוגבלת. מצב הזכויות והחובות אינו ברור תמיד, ולכן אין ודאות שהפנייה לבית-המשפט אכן תסתיים בזכייה. יתר על כן, אף אם הנפגע זוכה בתביעה, הוצאתו לפועל של פסק-הדין, בין שהוא קנייני (אוסר על שמוען לשמוע מוזיקה רועשת בלילה) ובין שהוא קובע אחריות לפיצוי, היא יקרה ובעייתית.

כתוצאה מעלויות הפנייה לערכאות ומתועלתן המוגבלת, הסדרת ההשפעות החיצוניות באמצעות כללים קנייניים או כללי אחריות נעשית בעייתית יותר ככל שהנזק שנגרם מהן קטן יותר. כאשר הנזק גדול – לדוגמה, במקרה שבו בנייה על-ידי בעל זכויות אחד מפריעה לבעל זכויות אחר ליהנות מאור השמש או חוסמת את הגישה למקרקעין שלו – יפנה בעל הזכויות שנפגעו לבית-המשפט. אולם במקרים השכיחים יותר של רעש, זיהום והפרעות אחרות שערכן נמוך, הפנייה לבית-המשפט לא תהיה כדאית.³⁹ התוצאה היא שהסדרה חוקית של השפעות חיצוניות אינה אפקטיבית אם עלויות המימוש שלה גבוהות מדי בעבור הנפגע.

פתרון אפשרי לבעיית חוסר הכדאיות בפנייה לערכאות משפטיות הוא להשתמש במוסדות חלופיים לפתרון סכסוכים.⁴⁰ מוסדות כאלה אפשר להקים במסגרת ארגון המאגד את בעלי הזכויות במקרקעין, וההסכמה לסמכות השיפוט שלהם יכולה להינתן בעת ההצטרפות לאותו ארגון (עם רכישת המקרקעין). הכרעתם של מוסדות כאלה עשויה להיות מדויקת יותר מהכרעתן של ערכאות משפטיות, עקב קרבתם לצדדים ולנושא

39 אף שנראה כי ניתן לפתור חלק מהבעיות באמצעות כללים המטילים את הוצאות המשפט על הצד המפסיד, אין זה נכון. הסיבה לכך היא שתוצאתו של ההליך המשפטי אינה ודאית. לכן, כאשר הוצאות מוטלות על הצד המפסיד, הסיכון בהגשת תביעה עלול להיות גדול יותר במקרים שבהם הסיכוי להפסד משמעותי מספיק. ראו, למשל: Steven Shavell, *Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*, 11 J. LEGAL STUD. 55 (1982).

40 לדיון באפשרויות השימוש בהליכים חלופיים לפתרון סכסוכים בבתי משותפים ראו: Scott, E. Mollen, *Alternative Dispute Resolution of Condominium and Cooperative Conflicts*, 73 ST. JOHNS L. REV. 75, 91–99 (1999).

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

הסכסוך. כאשר עלות הפנייה למוסדות אלה נמוכה, יש בהקמתם כדי לסייע באכיפת זכויות חוקיות הנוגעות בהשפעות חיצוניות בין בעלי המקרקעין. אולם יש לזכור שהפנייה לערכאות משפטיות מסובסדת על-ידי המדינה,⁴¹ ואילו מוסדות פרטיים צריכים להיות ממומנים באופן מלא על-ידי הפרטים. לפיכך עלותה של הפנייה למוסדות אלה תהיה בדרך-כלל גבוהה מעלות הפנייה לבתי-המשפט, ולכן בעיית הכדאיות בפנייה כזו תהיה בדרך-כלל חמורה אף יותר. ייתכן, עם זאת, שמיומנם של המוסדות החלופיים לפתרון סכסוכים ייעשה באופן מלא על-ידי הארגון. במקרה כזה אכן יהיה במוסדות אלה כדי לפתור חלק מהבעייתיות שהוסברה לעיל.

2. הסדרת השפעות חיצוניות באמצעות הסכם

האם באמת נדרשת התערבות של המדינה – בדרך של קביעה מראש של הזכויות בחוק והכרעה בדיעבד בדבר הזכויות על-ידי בית-משפט או מוסד אחר לפתרון סכסוכים? הרי רונית, הסובלת חוסר נוחות מהרעש ששמעון גורם, יכולה לפנות אליו ולבקש שיימנע מהקשבה למוזיקה באמצע הלילה. אם חוסר הנוחות של רונית גדול מהתועלת של שמעון, תוכל רונית להציע תשלום ששמעון יעדיף לקבל בתמורה להסכמתו להפסיק את הרעש, ואשר יהיה נמוך עדיין מחוסר הנוחות שרונית סובלת כתוצאה מהרעש. כך, בדוגמה בסעיף הקודם, כאשר חוסר הנוחות של רונית הוא 150 והתועלת של שמעון היא 100, הם יכולים להסכים שרונית תשלם לשמעון 125 בתמורה לכך שיפסיק להקשיב למוזיקה באמצע הלילה. רונית תשלם 125 אולם תחסוך מעצמה חוסר נוחות של 150, ואילו שמעון יקבל 125 בתמורה לויתור על הנאה השווה בעבורו 100. התוצאה תשיא אם כן את הרווחה הכוללת, שכן יימנע נזק כולל בסך 42.50

41 אגרות בתי-המשפט מכסות רק אחוז נמוך מסך עלויותיה של המערכת המשפטית. ראו, למשל, את דבריו של רותם פלג, רכז משרדים כלכליים באגף התקציבים שבמשרד האוצר: "...חשוב לזכור שמתוך מערכת של כמעט 900 מיליון שקל האגרות ממנות 200 ומשהו מיליון שקל. מתוך פרוטוקול ישיבה מס' 664 של ועדת החוקה חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 60 (13.2.2006). בשנת 2007 היה התקציב הכולל של מערכת המשפט 1.24 מיליארד שקל, והכנסות המדינה מאגרות בתי-המשפט וההוצאה לפועל נאמדו ב-313.3 מיליון שקל בלבד. ראו

www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?more=1&itemNo=1001427&contrassID=.2&subContrassID=6&sbSubContrassID=0

42 יש לשים לב לכך שהתשלומים בין רונית לשמעון לא ישנו את הרווחה הכוללת, שכן תמיד אחד מהם יפסיד אותו סכום שירוויח האחר שאליו יועבר התשלום.

כאשר הנזק הנגרם לרונית גדול מהתועלת של שמעון, הם יסכימו לכך ששמעון יפסיק להקשיב למוזיקה באמצע הלילה. לעומת זאת, כאשר הנזק הנגרם לרונית נמוך יותר, לא יהיה שום מחיר שרונית תהיה מוכנה לשלם ואשר שמעון יהיה מוכן לקבל תמורת הפסקת הרעש. במקרה כזה ימשיך שמעון להקשיב למוזיקה, כפי שראוי משיקולים של רווחה כוללת.

בדוגמה זו הנחתי ששמעון הוא החזק וכי רונית צריכה את הסכמתו להפסקת המוזיקה. אם, לעומת זאת, רונית חזקה משמעון, יפנה אליה שמעון ויבקש ממנה לאפשר לו להקשיב למוזיקה במקרים שבהם תועלתו גדולה מאי-הנוחות הנגרמת לרונית. במקרה כזה יהיה מחיר ששמעון יהיה מוכן לשלם ואשר רונית תהיה מוכנה לקבל כדי ששמעון יוכל להקשיב למוזיקה בלילה. אם, למשל, אי-הנוחות הנגרמת לרונית היא 50 והתועלת של שמעון היא 100, יוכל שמעון להציע לרונית תשלום בסך 75, אשר יותיר אותו עם הנאה (נטו) של 25, ויטיב גם את מצבה של רונית, שתקבל 75 תמורת אי-נוחות של 50. כוחם היחסי של רונית ושמעון אינו משפיע על התוצאה הסופית ככל שזו נבחנת לפי השאלה אם שמעון מקשיב למוזיקה. כוח זה ישפיע רק על השאלה מי יהיה זה שישלם לאחר כדי להגיע למצב הסופי. דהיינו, לכוחם של הצדדים יהיו השפעות חלוקתיות, אולם הוא לא ישפיע על הרווחה הכוללת.

באופן דומה, גם זכויותיהם המשפטיות של רונית ושמעון לא ישפיעו על הרווחה הכוללת, אלא רק על חלוקתה. זאת, אף אם הזכויות ניתנות לאכיפה באופן אפקטיבי. בין שהזכות נתונה לשמעון להרעיש ובין שזכותה של רונית למנוע את הרעש, התוצאה הסופית – אם שמעון יקשיב למוזיקה בלילה אם לא – תהיה זהה לאחר שיתקיים משא-ומתן בין השניים.

ניתן להכליל את הדוגמה הזו ולהראות כי תמיד כאשר משא-ומתן בין בעלי הזכויות במקרקעין אינו כרוך בעלויות, התוצאה תהיה כזו שתשיא את הרווחה החברתית הכוללת. בפרט, התוצאה תהיה כזו ללא תלות בכוחם של בעלי הזכויות או בחובותיהם ובזכויותיהם. הראשון שהצביע על כך היה Coase⁴³, בשנת 1960, אולם מאז יושמה תובנה זו בהקשרים רבים ומגוונים.⁴⁴ לכן, בכפוף להנחה בדבר העדר עלויות של משא-ומתן, אין כל בעיה במערכת היחסים בין בעלי המקרקעין מנקודת-המבט של רווחה חברתית כוללת.

43 ראו: Ronald A. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1 (1960).
 44 לסקירה ראו, למשל: ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 75–81 (4th ed. 2004); John J. Donohue III, *Diverting the Coasean River: Incentives Schemes to Reduce Unemployment Spells*, 99 YALE L.J. 549 (1989).

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

אולם ההנחה בדבר העדר עלויות של משא-ומתן אינה מציאותית. משא-ומתן כרוך על-פירוב בזמן ובעלויות הנדרשים לשם איתורו של הצד למשא-ומתן (גורם הרעש), ניהול המשא-ומתן, גיבוש ההסכם בסופו ואכיפתו של אותו הסכם.⁴⁵ כל אלה עלולים לסכל את הצלחתו של המשא-ומתן. כמו-כן, לכל משא-ומתן יש תוצאות חלוקתיות, אשר בדוגמה הפשוטה של רונית ושמעון מתבטאות במחיר שייקבע בהסכם, אולם עשויות להיות מורכבות יותר במקרים אחרים. בגלל תוצאות חלוקתיות אלה, צדדים למשא-ומתן נוטים להתנהג באופן אסטרטגי, להסתיר מידע זה מזה, ולנסות לנהל את המשא-ומתן באופן "קשוח" תוך התבצרות בעמדות קשיחות. התנהגות זו עלולה להוביל לכשלוננו של המשא-ומתן גם במקרים שבהם יש הסכם שהיה מיטיב עם שני הצדדים. שמעון עלול לרצות תשלום גבוה מ-125 אף שהוא יודע שחוסר הנוחות של רונית הוא 150. רונית, לעומתו, עלולה לרצות לשלם פחות מ-125 אף שהיא יודעת שתועלתו של שמעון ממוזיקה רועשת היא רק 100. בנסיבות אלה המשא-ומתן ביניהם עלול לעלות על שרטון, כאשר כל אחד "מושך" לצד שלו ואיש אינו מוותר.

כמו בבעיה של קבלת החלטות משותפות, גם כאן בעיית ההתנהגות האסטרטגית נעשית חמורה יותר כתוצאה משני גורמים: מידע פרטי שכל אחד מחזיק בו לגבי העדפותיו ומספר רב של בעלי זכויות בקניין. כאשר הצדדים אינם יודעים בדיוק מה התועלת והנזק של כל אחד מהם, ייתכן שהם לא יגיעו להסכם, גם אם ברור שהסכם כזה יכול לשפר את מצבם של כל הצדדים. בדוגמה שהבאתי, למשל, ייתכן שרונית אינה יודעת מהי תועלתו של שמעון מהקשבה למוזיקה רועשת בלילה, אולם היא בטוחה שתועלת זו אינה גדולה מ-100. במקרה כזה ניתן להראות שההצעה שתמזער את עלויותיה הצפויות של רונית היא 75. הצעה כזו תתקבל על-ידי שמעון בסיכוי של 0.75, ותידחה בסיכוי המשלים של 0.25.⁴⁶ כך, בסיכוי של 0.25 לא יגיעו הצדדים להסכם, אף שברור כי תועלתם הכוללת מהסכם שבו שמעון נמנע מהקשבה למוזיקה רועשת גדולה יותר מאשר במצב שבו הוא מקשיב לה.

45 ראו: STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 299-301 (2004).

46 דהיינו, בסיכוי של 0.75 רונית תשלם 75, ובסיכוי של 0.25 היא תסבול נזק של 150. בסך-הכל עלויותיה הצפויות של רונית הן 93.75, והן נמוכות מ-100, שאותם הייתה משלמת בוודאות אילו הציעה לשמעון 100. באופן מדויק יותר, כאשר רונית מציעה תשלום בסך P , הצעתה תתקבל בסיכוי $P/100$, ובסיכוי $(1-P)/100$ תידחה ההצעה ולרונית ייגרם נזק של 150. לכן תוחלת העלות/נזק של רונית היא $(P^2+150(1-P))/100$. תוחלת זו היא הקטנה ביותר כאשר $P=75$.

הגורם האחר המחמיר את בעיית ההתנהגות האסטרטגית הוא מספרם של בעלי הזכויות. כאשר יש יותר משני בעלי קניין, ייתכן שהשימוש של בעל קניין אחד ישפיע על כמה בעלי קניין אחרים. גם ההפך אפשרי, קרי, ששימושם של כמה בעלי זכויות ישפיע על הנאתו של בעל זכויות אחד. עלויות המשא-ומתן במקרים אלה גדולות באופן משמעותי אף מסכום העלויות שהיה נדרש במשא-ומתנים דו-צדדיים בין כל המעורבים. הדברים אמורים בעיקר בכל הנוגע בעלויות הנובעות מהתנהגות אסטרטגית של הצדדים. הצורך לנהל משא-ומתן עם מספר גדול של בעלי זכויות מביא לידי התנהגות אסטרטגית לא רק של כל אחד מהם כלפי הצד שמולם, אלא גם של כל אחד מהם כלפי האחרים.⁴⁷ כך, לדוגמה, אם הרעש ששמעון גורם מפריע לכל שכניו, ייתכן שההפרעה הנגרמת לכל אחד מהם קטנה אולם סך ההפרעות גדול מתועלתו של שמעון. במקרה כזה לא ינהל איש מהשכנים משא-ומתן נפרד עם שמעון, משום שהוא לא ירצה לשלם יותר מהנזק שנגרם לו, ויהיה צורך בהתארגנות של כולם לשם כך. גם אם הנזק של כל אחד מהשכנים לבדו גדול מהתועלת של שמעון, ולחלופין גם אם השכנים יכולים להתארגן, ירצה כל אחד מהם לשלם כמה שפחות כדי להפסיק את הרעש בלילה. השאלה כמה ישלם כל אחד כפופה גם היא למשא-ומתן, והבעייתיות הכרוכה במשא-ומתן כזה עלולה למנוע את הצדדים מלהגיע להסכם שהוא טוב לכולם.

ניתן לחשוב גם על דוגמה הפוכה שבה כמה שכנים בוחרים להקשיב למוזיקה מאוחר בלילה, ורק שכנה אחת, רונית, סובלת מאותו רעש. כאשר התועלת הכוללת של השכנים המקשיבים למוזיקה נמוכה מחוסר הנוחות הנגרם לרונית, יש לכאורה הסכם שבו תשלם רונית לכל אחד מהם בעבור הפסקת הרעש, ואשר לאחריו יוטב מצבו של כל אחד מהשכנים, לרבות רונית.⁴⁸ אולם בהנחה שהפסקת הרעש על-ידי כל אחד מהשכנים לבדו אינה מיטיבה את מצבה של רונית, אין לה תועלת מהסכמים אישיים עם כל אחד מהם. הגעה להסכם אחד עם כולם, לעומת זאת, מחייבת התארגנות שלהם. עלויותיה של התארגנות כזו יהיו בדרך-כלל גבוהות מכדי להצדיק את תועלתה בעבורם או בעבור רונית. המסקנה היא שהסדרה פרטית באמצעות חוזה יכולה אומנם להגיע לתוצאה שמשיאה את רווחתם של בעלי הזכויות, אולם בהינתן עלויות משא-ומתן והתנהגות אסטרטגית של בעלי הזכויות, יהיו מקרים רבים שבהם תוצאה זו לא תושג. לבסוף, יש לזכור שגם אם

47 ראו Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 38, בעמ' 1122–1123; Fennell, *Contracting Communities*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 845–849.

48 למשל, אם הנזק של רונית הוא 100 והתועלת של כל אחד מ-90 שכנים היא 1, רונית יכולה לשלם לכל אחד מהם 1.1 כדי שלא ירעיש. העלות לרונית תהיה 99, פחות מהנזק הנגרם לה כאשר כולם מרעישים – 100. כל אחד מהשכנים יוותר עם תועלת נטו של 0.1.

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

בעלי הזכויות מגיעים להסכם, וכיפתו מחייבת אפשרות אפקטיבית לפנייה לבית-המשפט. כפי שהסברתי לעיל, במקרים רבים לא תהיה אפשרות כזו. לסיכום הדיון עד כאן, קהילת מגורים כורכת בתוכה השפעות חיצוניות בין בעלי המקרקעין. קיומן של השפעות חיצוניות יכול להביא לידי התנהגות לא-יעילה, במובן זה שהיא אינה משיאה את תועלתם הכוללת של הפרטים. אף שניתן באופן תיאורטי לפתור בעיות הנובעות מהשפעות חיצוניות באמצעות הסדרה ציבורית (חוק) או הסדרה פרטית (חוזה), כל אחת מהדרכים הללו היא בעייתית. הסדרה באמצעות זכויות בחוק עלולה לא להשיג רווחה מרבית עקב העלויות הכרוכות בפנייה לערכאות משפטיות ועקב אי-הוודאות באשר להכרעתן. אלה בעיות אכיפה. הסדרה באמצעות חוזה עלולה לא להצליח עקב עלויות ישירות של המשא-ומתן ועקב התנהגות אסטרטגית של הצדדים לו. אלה בעיות הסכמה, והן נעשות חמורות יותר ככל שההשפעות החיצוניות מערבות מספר רב יותר של פרטים, בין כאלה הגורמים להשפעות החיצוניות ובין כאלה שנפגעים מהן.

3. הסדרת בעיות של שימוש-יתר והשקעת-חסר וקבלת החלטות באמצעות הארגון

בעיות של שימוש-יתר והשקעת-חסר במשאבים המשותפים הן בעיות של פעולה משותפת (Collective Action).⁴⁹ בעיות מסוג זה נובעות, בראש ובראשונה, מהתנהגותו הרציונלית של כל אחד מהפרטים, אשר מנסה להיטיב את מצבו ולהשיא את תועלתו במסגרת המצב שבו הוא נמצא. התנהגות רציונלית זו היא שמוכילה את כולם לתוצאות טובות פחות מאלה שיכלו להשיג אילו התנהגו באופן "רציונלי" פחות. לבעיות מסוג זה יש שני סוגי פתרונות. האחד הוא התארגנות ויצירת מנגנונים לתיאום בין הפרטים ולכפייתם להתנהג באופן שונה מזה שהיו רוצים.⁵⁰ תת-פרק זה ידון בפתרונות אלה. הסוג האחר הוא יצירת מערכת נורמות אשר תניע את הפרטים לרצות להתנהג באופן שונה מזה שמשא את תועלתם. הדיון בסוג פתרונות זה נדחה לפרק הבא.

כדי שהשקעתם של בעלי הזכויות בקניין המשותף תהיה מיטבית, דרוש ארגון שיתאם ביניהם – יקבע מי ישקיע, כמה ובמה ישקיע, וכיצד הוא יפוצה בגין השקעתו. הארגון צריך גם להיות מסוגל לאכוף את ההסדר שקבע. באופן דומה, כדי למנוע ניצול-יתר של המשאבים המשותפים, צריך ארגון אשר יקבע כללים לשימוש במשאבים אלה, יחלק את

49 ראו פרק א לעיל.

50 Lehavi, לעיל ה"ש 1, בעמ' 161–162.

השימוש בין בעלי הזכויות לפי זמן ומקום, ויסדיר את תשלומי ההעברה בין המשתמשים. גם כאן, צריך שהארגון יוכל לאכוף את הכללים באופן אפקטיבי.⁵¹

הארגון יכול ללבוש צורות משפטיות שונות, שבכל אחת מהן חלק מהכללים הנוהגים בארגון נקבע בחוק ואילו החלק האחר הוא הסכמי: חברה שתהיה בעלת הזכויות במקרקעין בעוד הפרטים מחזיקים בזכויות (מניות) בחברה;⁵² אגודה שיתופית;⁵³ בעלות משותפת במקרקעין, אשר מותירה בידי כל אחד מהפרטים חלק בלתי-מסוים במקרקעין כולם;⁵⁴ או בית משותף, המחלק את המקרקעין ליחידות בבעלות פרטית ולחלקים משותפים.⁵⁵ צורות התארגנות אלה נבדלות בעיקר בחלוקת הסמכויות והזכויות בין הפרטים לבין הארגון: התארגנות כחברה מעבירה את מירב הסמכויות והזכויות אל מוסדות החברה ומותירה בידי הפרטים זכויות מצומצמות מאוד. זכויותיהם של הפרטים רחבות יותר באגודה השיתופית, והן מתרחבות עוד כאשר עוברים לבית המשותף, ולבסוף לבעלות המשותפת במקרקעין. לעומת זאת, סמכויות הארגון מתמעטות ככל שנעים על הציר מהחברה אל האגודה השיתופית, אל הבית המשותף ולבסוף לבעלות המשותפת במקרקעין. המשותף לארגונים אלה הוא שכולם מחייבים הצטרפות אליהם כתנאי הכרחי לרכישת המקרקעין. עם הרכישה וההצטרפות לארגון, הרוכש מקבל על עצמו את מסגרת החובות, הזכויות והסמכויות המוגדרות בארגון.

אין זה המקום לנתח את ההבדלים בין צורות ההתארגנות השונות ואת יתרונותיהן וחסרונותיהן. תחת זאת אנתח את הארגון כמודל כללי, בהנחה שהפרטים יכולים לקבוע

- 51 לצורך הדיון כאן אין זה משנה אם הארגון מוקם על-ידי היזם המוכר את יחידות המקרקעין או שהוא מוקם בשלב מאוחר יותר על-ידי בעלי המקרקעין. ראו Gillette, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1382 (ה"ש 29), הטוען כי הארגון מוקם בדרך-כלל על-ידי היזם.
- 52 ראו, למשל, תקנות האגודות השיתופיות (סוגי אגודות), התשנ"ו-1995, ק"ת 246, ס' 2(7): "אגודת שיכון – אגודה שעיקר מטרתה להקים ולקיים שכונות מגורים ובנייני שיכון לחברה, או לספק שירותים למשתכנים בשכונות מגורים ובבנייני שיכון"; וכן חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963, ס' 1: "איגוד מקרקעין – איגוד שכל נכסיו, במישרין או בעקיפין, הם זכויות במקרקעין, למעט איגוד שהזכויות בו רשומות למסחר בבורסה כהגדרתה בפקודה".
- 53 ראו פקודת האגודות השיתופיות, 1933, חא"י כרך א (ע) 336 והתקנות מכוחה. זה הבסיס החוקי להתארגנותם של קיבוצים ומושבים שיתופיים, למשל.
- 54 בעלות משותפת במקרקעין נקבעת לפי פרק ה (ס' 27–51) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין).
- 55 שם, ס' 55. בעלי הדירות הינם הבעלים הישירים של הרכוש המשותף. הגופים הקולקטיביים הפועלים בבית המשותף (האספה הכללית והנציגות) אינם בעלי זכויות קנייניות נבדלות בנכסים, אך עוסקים בניהול השוטף של הרכוש המשותף.

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

את חלוקת הזכויות ואת חלוקת הסמכויות בינו לביןם בשלב ההתארגנות. מטרתי היא להצביע על הדרכים שבהן הארגון יכול לסייע בפתרון בעיות של השקעת-חסר ושימוש-יתר, ועל מגבלותיו בכך. לאחר-מכן אנתח את כללי ההחלטה שהארגון יכול לאמץ (או שהוא מחויב בהם מכוח חוק), ואסביר את מגבלותיהם בפתרון בעיות ההחלטה שהוסברו לעיל.

(א) הארגון ובעיות של השקעת-חסר

ההשקעות הנדרשות בתחזוקת המשאבים המשותפים ובשמירה עליהם מתאפיינות בדרך-כלל בכך שעלויותיהן השוליות פוחתות ככל שמרכזים נתח גדול יותר מהן בידי גוף אחד. בניסוח אחר, יש יתרון לגודל בתחזוקתם של המשאבים המשותפים ובשמירה עליהם, ויתרון זה נעשה משמעותי יותר ככל שכמות המשאבים המשותפים גדלה. לפיכך הפתרון שיינתן הארגון לבעיות השקעת-החסר יהיה יעיל ביותר כאשר הוא ייעשה בתנאי השוק, באמצעות חברת ניהול המספקת שירותי תחזוקה ושמירה.⁵⁶ כל שנותר לארגון הוא לחלק את עלויותיה של חברת הניהול בין בעלי הזכויות, ולקיים מנגנון יעיל לגביית חלקו של כל בעל זכויות בעלויות אלה. למעשה, הארגון יכול להאציל לחברת הניהול גם את סמכויות הגבייה הללו, ואז נפתרות למעשה כל הבעיות של השקעת-החסר.⁵⁷

אולם פתרון מסוג זה מחייב כמות מינימלית של משאבים משותפים אשר תצדיק את העלויות הקבועות הכרוכות בשכירתה של חברת ניהול (חיפוש והשוואה בשוק, ניהול משא-ומתן, ניסוח הסכמים ואכיפתם). כאשר אין כמות מינימלית כזו, הארגון חייב לפנות לדרכים הרגילות של חלוקת ההשקעות הנדרשות בין בעלי המקרקעין ופיצויים בגין השקעתם. במקרים אלה חוזרות ועולות כל אותן בעיות של פעולה משותפת, השקעת-חסר וקבלת החלטות כאשר לדרך שבה יחולקו ההשקעות בין בעלי המקרקעין. הבעיה מוכרת וידועה בכתים המשותפים בישראל, שבהם ועד הבית – או בשמו המשפטי "נציגות הבית המשותף"⁵⁸ – אמור לשמש הגוף הארגוני אשר יחלק את המטלות ויגבה את הכספים בגין אותן מטלות שלצורך ביצוען נשכרים גופים חיצוניים (ניקיון וגינון, למשל). ההשתתפות בנציגות וקיום תפקידי הגבייה והאכיפה שלה הינם טובין אשר כלל הדיירים בבית

56 זו אכן הדרך המקובלת לניהול המקרקעין בקהילות מגודרות בארצות-הברית ובאנגליה. ראו Blandy & Lister, לעיל ה"ש 4, בעמ' 288–289.

57 לתיאור בעיה הפוכה של השקעת-יתר בתחזוקת המשאבים המשותפים ראו: Laura Langbein & Kim Spotswood-Bright, *Efficiency, Accountability and Private Government: The Impact of Residential Community Associations on Residential Property Values*, 85 Soc. Sci. Q. 640 (2004).

58 ראו ס' 65 לחוק המקרקעין.

המשותף נהנים מהן, אולם בעלויותיהן נושאים רק חברי הנציגות. חוסר הנכונות למלא תפקידים אלה באופן יעיל ואפקטיבי הינו אך מובן.⁵⁹ גם כאשר מועסקת חברת ניהול עלולות להיווצר מחלוקות בין בעלי המקרקעין לבין חברת הניהול.⁶⁰ השאלה מי ינהל את מערכת היחסים עם חברת הניהול, וכמה ישקיע בשמירה על זכויותיהם של בעלי המקרקעין, דומה במידה רבה לשאלה מי מבעלי הזכויות יתחזק את בריכת-השחייה המשותפת ומה תהיה השקעתו. בשני המקרים השקעתו של האחד מנוצלת על-ידי כל האחרים מבלי שישתתפו באותה השקעה. עם זאת, צמצום תפקידה של הנציגות (או תפקידו של הגוף הארגוני המוסמך לנהל את ענייניהם של בעלי הזכויות המשותפות) למערכת היחסים עם חברת הניהול מצמצם במידה ניכרת גם את כמות הבעיות של השקעת-חסר במשאבים המשותפים ואת עוצמתן ומשמעותן.

(ב) הארגון ובעיות של ניצול-יתר

כשם שהארגון יכול לספק את השירותים הנדרשים בקשר לתחזוקה ולשמירה של המשאבים המשותפים, וכשם שהוא יכול לקבוע את תשלומי ההשתתפות שבהם יחובו בעלי הזכויות במקרקעין ואף לגבות אותם, כך הוא יכול גם לאכוף כללי שימוש שעליהם הסכימו בעלי הזכויות. בדרך זו הארגון יכול להתמודד עם בעיות של שימוש-יתר. כך, למשל, ניתן לאכוף בנקל בבריכה המשותפת כללים המקצים חלק ממסלולי הבריכה למתאמנים השוחים מדי יום או כללים הקובעים שעות כניסה שונות לילדים ולמבוגרים. כללים אלה קלים לאכיפה משום שהם ברורים ומשום שקל לזהות התנהגות שאינה תואמת אותם.

אולם להבדיל מבעיות של השקעת-חסר, בעיות של ניצול-יתר אינן ניתנות לפתרון מלא באמצעות הארגון. יש כללים רבים שתחומם אינו ברור. גם בין הכללים שתחומם ברור יש כאלה שקשה לזהות את העובר עליהם. דוגמה לכלל שאינו ברור הוא כלל שקובע כי אין להרעיש ולהשתולל בבריכה. יצירת רעש מפריעה לשימושם של אחרים בבריכה ומגדילה את בעיית העומס. הבעיה היא שההבחנה בין רעש אסור לרעש מותר אינה ברורה. האם צעקות של ילדים המשחקים בבריכה הן בגדר רעש אסור? האם תחרות שחייה היא בגדר השתוללות? ומה לגבי משחק בכדור בבריכה? דוגמה לכלל ברור שקשה

59 ראו Blandy & Lister, לעיל ה"ש 4, בעמ' 296.

60 להבי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 105–106. על הבעייתיות בניהול מערכת היחסים עם חברות הניהול ראו רנית נחום-הלוי "מי ינהל את המנהלים?" הארץ 22.4.2008 www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=977056&contrassID=2&subContrassID=10&.sbSubContrassID=0

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

לזהות את העובר עליו הוא כלל האוסר על מי שאינו גר במתחם המקרקעין להשתמש בבריכה. אף שהכלל ברור, קשה לאכוף אותו משום שבדרך-כלל אין אמצעי זיהוי ברור וזמין למתגוררים במתחם המקרקעין. ניתן לייצר אמצעי זיהוי כזה, אולם העלות הכרוכה בכך עלולה להיות גבוהה. דוגמה נוספת היא כלל הקובע חובת רחצה לפני הכניסה לבריכה. כלל כזה מקטין את זיהומה של הבריכה על-ידי כל מתרחץ, ולפיכך מקטין את בעיית העומס. הכלל ברור, אולם אכיפתו בעייתית משום הקושי לדעת מי עבר עליו ומי לא. גם כאן ניתן להתגבר על בעיית הזיהוי (למשל, על-ידי הצבת מקלחת בכניסה לבריכה), אולם יעילותם של האמצעים המשמשים לכך היא מוגבלת, ועלותם עלולה להיות גבוהה.

למרות קשיים אלה, נראה שהתארגנותם של בעלי הזכויות במקרקעין יכולה לסייע באופן משמעותי בפתרון חלק ניכר מבעיות שימוש-היתר.⁶¹ אותן בעיות בהגדרת כללי השימוש ובזיהוי העוברים עליהם יידונו בפרק הבא, העוסק בנורמות הנוצרות בקהילת המקרקעין, שחלקן מיועדות להתמודד עם בעיות אלה.

ג) הארגון והבעיה של קבלת החלטות לגבי הקניין המשותף

בעוד התארגנותם של בעלי הזכויות במסגרת ארגונית עשויה לסייע באופן משמעותי בפתרון בעיות של השקעת-חסר וניצול-יתר, אין הדבר כך לגבי קבלת החלטות משותפות. הדרך היחידה שבאמצעותה הארגון יכול לנסות להוביל להחלטות ששיאו את רווחתם של כלל בעלי המקרקעין היא קביעת כללי החלטה. הארגון יכול לקבוע כללי החלטה בדרך של כללי רוב, לצורך החלטות שיתקבלו על-ידי כלל בעלי הזכויות, או בדרך של האצלת הסמכות להחליט בשאלות מסוימות לגוף מצומצם המנהל את הארגון (הדירקטוריון וההנהלה בחברה, או הנציגות – ועד הבית – בבית המשותף). אולם בכל אחד מכללי ההחלטה הללו יתעוררו בעיות דומות לאלה שתוארו לעיל. בפרט, כלל החלטה יוביל לאחת משתי טעויות: החלטות יתקבלו אף שהן מפחיתות מהרווחה הכוללת, והחלטות לא יתקבלו אף שהיו מגדילות את הרווחה הכוללת.⁶²

כפי שהסברתי לעיל,⁶³ כלל החלטה צריך לקבוע שני פרמטרים: מהו הרוב הנדרש לקבלת החלטה, וכיצד הקולות מחולקים בין בעלי הזכויות במקרקעין. אי-אפשר להצביע על כלל החלטה אחד אשר ימזער את שני סוגי הטעויות האפשריים בכל סוגי ההחלטות

61 Gillette, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1399–1402.

62 Lehari, לעיל ה"ש 1, בעמ' 165.

63 ראו לעיל תת-פרק 4.

המתקבלות. באשר לפרמטר הראשון, ככל שהרוב הנדרש לקבלת החלטה יהיה גדול יותר כן יגדל מספר ההחלטות הלא-נכונות שיידחו, אולם בה-בעת יקטן מספר ההחלטות הנכונות שיתקבלו. השאלה איזו מן הבעיות הללו משמעותית יותר עשויה להיות תלויה בנושא שלגביו מתקבלת ההחלטה, בשונות בין התועלות וההפסדים של בעלי הזכויות השונים, ובאפשרויות הקיימות להתנהגות אסטרטגית שלהם.⁶⁴

כך, למשל, החלטות הנוגעות בשימוש ובתחזוקה השוטפים של המשאבים המשותפים הן החלטות שתועלתן ועלויותיהן לגבי בעלי המקרקעין אינן גדולות מאוד ואינן שונות במידה משמעותית. דרישת רוב רגיל תוביל, לפיכך, להחלטות נכונות ברוב השאלות אשר יעלו להצבעה, אף ללא משא-ומתן מוקדם. לעומת זאת, החלטות הנוגעות בשינוי ייעודם של המשאבים המשותפים עשויות להוליד תועלת ועלות שונים לבעלי מקרקעין שונים (לפי מיקום המקרקעין שלהם, שטח המקרקעין שלהם, גילם, מספר ילדיהם ועוד). כאשר העלויות והתועלות גדולות, הרווח מהתנהגות אסטרטגית יהיה גדול, ועימו הסיכוי שבעלי הזכויות אכן ינקטו התנהגות כזו.

שתי הדוגמות הללו מדגימות גם את האפשרויות השונות לקביעת הפרמטר השני – חלוקת הקולות בין בעלי הזכויות. בהחלטות מן הסוג הראשון (תועלות ועלויות נמוכות ובשונות נמוכה), אמת-המידה של "קול לכל בעל זכות" תשקף את התועלות והעלויות הדומות. בהחלטות מן הסוג השני (תועלות ועלויות גבוהות ובשונות גבוהה) נדרשת חלוקת קולות שתשקף את הרווח וההפסד הפוטנציאליים משינוי השימוש המשותף. מאחר שחלוקה נכונה של הקולות מחייבת מידע לגבי העדפות הפרטים, היא אינה אפשרית למעשה.

לסיכום, הבעיה של קבלת החלטות אינה יכולה למצוא פתרון מוחלט במסגרת כללי ההחלטה של הארגון. בעיה זו נעשית חמורה יותר ככל שהשלכותיה של ההחלטה המבוקשת על בעלי המקרקעין גדולות ומשמעותיות יותר, וככל שההבדלים בהעדפותיהם לגבי החלטות אלה גדולים יותר.

64 כאשר המקרקעין מאורגנים כבית משותף, חלק מכללי ההחלטה קבועים בחוק המקרקעין (להלן: החוק). כך, למשל, ס' 159 קובע כללי החלטה לגבי התקנת מעלית, ס' 60 (א) קובע כללי החלטה לגבי שיקום אזור שנהרס, וס' 71 ב עוסק בכללי החלטה לגבי שינויים ברכוש המשותף ובזכויות הבנייה. זאת ועוד, החוק קובע את הרוב הדרוש לעריכת תקנון ולשינויו (בס' 62 לחוק) וכן את הרוב הדרוש לשם קבלת החלטות באספה הכללית ובנציגות (ס' 12 ו-15 לחוק).

ג. נורמות חברתיות כמכשיר להשאת רווחתם של בעלי המקרקעין

הניתוח עד כאן העלה שלוש בעיות מרכזיות המפחיתות מרווחתם של בעלי הזכויות במקרקעין: השפעות חיצוניות בין המקרקעין הפרטיים השונים ובינם לבין הרכוש המשותף; ניצול-יתר של הרכוש המשותף והשקעת-חסר בו; וקבלת החלטות לגבי הרכוש המשותף. הדיון לעיל בחן גם שלוש דרכים להתמודדות עם בעיות אלה – חוק, חוזה או ארגון – ועמד על מגבלותיהן בפתרון הבעיות.

אליקסון, בספרו ORDER WITHOUT LAW,⁶⁵ נותן טיפולוגיה של מערכת להכוונה חברתית (Social Control). טיפולוגיה זו מאפיינת את הדרכים שבהן החברה מכוונת את התנהגותם של הפרטים החברים בה. היא מחלקת את כללי ההתנהגות לחמישה סוגי כללים, שכל אחד מהם מאופיין על-ידי הגורם המכוון (Controller), אשר אחראי למעשה לקביעת הכללים ולהטלת הסנקציה בגין הפרתם. בשלושה סוגי כללים עסקתי עד כה: חוקים – שאכיפתם נתונה בידי המדינה; חוזים – שאכיפתם נתונה בידי הצד לחוזה; וכללים ארגוניים – שאכיפתם מוטלת על הארגון.

כפי שעולה מהניתוח עד כה, התמונה שאליקסון מצייר היא פשוטה מדי. כל כלל דורש שהיוזמה לאכיפה, כאשר זו נעשית בדיעבד לאחר הפרת הכלל, תבוא מהנפגע. כתוצאה מכך, אף שאכיפתם של חוקים נתונה בידי מוסדות של המדינה, ייזום ההליך וניהולו צריכים להיעשות על-ידי הנפגע. כאמור לעיל, הנפגע לא יפנה להליך המשפטי כאשר תועלתו נמוכה מעלויותיו. באופן דומה, כאשר הנפגע מהפרתן של נורמות ארגוניות הוא הפרט, היוזמה לאכיפתן של הנורמות מוטלת עליו.

נוסף על כך, אליקסון אינו מבחין בין הגורם הממונה על אכיפת הכלל לבין זה שאחראי לקבלתו. קבלת ההסכמה לכלל חוזי או לכלל ארגוני כרוכה במשא-ומתן, אשר הסיכויים לכשלונו עלולים להיות גדולים. סיכויים אלה משמעותיים יותר ככל שההשפעות החלוקתיות של ההחלטה גדולות יותר, ככל שכמות המידע הפרטי רבה יותר, וככל שמספר הפרטים שצריכים להגיע להסכמה גדול יותר. שני גורמים אלה – הצורך ביוזמה פרטית לצורך אכיפתם של הכללים והדרישה להסכמה בין הפרטים על הכללים עצמם – יוצרים קשיים אשר מונעים את בעלי הזכויות במקרקעין מלהשיא את רווחתם.

אליקסון מונה שני סוגי כללים נוספים: הסוג האחד הוא נורמות אתיות אישיות, שאותן הפרט "אוכף" על עצמו; והסוג האחר הוא נורמות חברתיות, שאותן חברים בקהילה החברתית אוכפים באופן מבוזר. פרק זה במאמר מיוחד לנורמות החברתיות. הוא עוסק בנורמות האישיות רק כאשר הן מפנימות נורמות חברתיות או לחלופין כאשר הן מאומצות

על-ידי נורמות חברתיות מתאימות.⁶⁶ תת-פרק ג1 מסביר מהן נורמות חברתיות, כיצד הן נוצרות וכיצד הן נאכפות. תת-פרק ג2 בוחן מהם התנאים הנדרשים כדי שנוורמות חברתיות אכן יסייעו בפתרון של שלוש הבעיות במתחם המקרקעין – השפעות חיצוניות, פעולה משותפת וקבלת החלטות. תת-פרק זה עומד על תנאי מרכזי ליעילותן של נורמות חברתיות, והוא ידיעה משותפת שלהן.

1. נורמות חברתיות מהן?

קשה למצוא הגדרה אחידה ומקובלת לנוורמות חברתיות. לצורך הדיון כאן אגדיר נורמה חברתית ככלל המקובל על קבוצה של אנשים, המגדיר התנהגות מסוימת כראויה או כבלתי-ראויה, ואשר הזכות לאכוף אותו באמצעות סנקציות חיוביות או שליליות נתונה בידי אנשים בקבוצה.⁶⁷ הגדרה זו לנורמה חברתית נשענת על שני תנאים הכרחיים: הכרה בנורמה על-ידי קבוצת אנשים, ואכיפתה באמצעות סנקציות (או חיזוקים חיוביים) המוטלות על-ידי אותם אנשים – סנקציות חברתיות.⁶⁸ נורמה חברתית יכולה להיות מופנמת (internalized) על-ידי הפרט, ואז הוא מרגיש אשם כאשר הוא מפר אותה. אולם הפנמה זו אינה תנאי הכרחי לקיומה של נורמה חברתית, ואף אינה תנאי מספיק. ייתכנו נורמות חברתיות, דוגמת קודים של לבוש, שרוב האנשים אינם מרגישים אשם או בושה מעצם הפרתם אולם מקיימים אותם משום שהם בגדר נורמות חברתיות (הכוללות גם את האפשרות לסנקציה חברתית על הפרתם). לעומת זאת, ייתכנו נורמות אישיות שאינן נתפסות כנורמות חברתיות ואינן נאכפות באמצעות סנקציות חברתיות, דוגמת הנורמה נגד אכילת בשר שבה מחזיק הצמחוני.

הגדרתה של הנורמה החברתית מבדילה אותה מהנורמה המוסרית והאישית. היא מבדילה אותה גם מהנורמה החוקית ומהנורמה הארגונית, הנשענות על אכיפה פורמלית על-ידי מנגנון של המדינה או של הארגון. לבסוף, ההגדרה מבדילה את הנורמה החברתית גם מהתנהגות מקובלת או מנהג, אשר משותפים גם הם לקבוצת אנשים אולם הפרתם אינה נחשבת לבלתי-ראויה ואינה חושפת את המפר לסנקציה חברתית.⁶⁹ כך, אכילת ארוחה

66 לניתוח הפנמתן של נורמות חברתיות ראו, למשל: Robert Cooter, *Do Good Laws Make Good Citizens? An Economic Analysis of Internalized Norms*, 86 VA. L. REV. 1577 (2000).

67 ראו: JAMES S. COLEMAN, *FOUNDATIONS OF SOCIAL THEORY* 242–243 (1990).

68 ראו: JON ELSTER, *THE CEMENT OF SOCIETY: A STUDY OF SOCIAL ORDER* 99 (Cambridge: 1989).

69 שם, בעמ' 100–106.

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

עיקרית בצהריים, שטיפת ידיים לאחר הארוחה ושינה קצרה לאחר שהם כולם מנהגים או התנהגויות שמשותפות לאנשים רבים ובכל-זאת הם אינם בגדר נורמה חברתית. בגלל האופן ה"מבוזר" שבו הנורמה החברתית מתקבלת, נאכפת ומשתנה, קשה לנתח ולהבין כיצד פעולות אלה נעשות ומה מניע אותן. כך, למשל, אין תשובה אחת משכנעת לשאלת האכיפה – מה מניע פרט מסוים להטיל סנקציה על פרט אחר שהפר את הנורמה? הטלת סנקציה כזו מטילה במקרים רבים עלות מסוימת על מטיל הסנקציה (השקעת זמן, חשש מתגובה נגדית של המפר ועוד), ומאחר שהחברה כולה נהנית מתוצאות הסנקציה וממהרתעה שהיא יוצרת, עולה כאן (שוב) בעיית הפעולה המשותפת.⁷⁰ גם לשאלה בדבר יצירתן של נורמות חברתיות ושינוין – מהם הגורמים הקובעים אילו נורמות חברתיות יתפתחו בחברה מסוימת, מתי הן ישתנו וכיצד – יש תשובות רבות.⁷¹

70 תשובה אחת לבעיה זו היא שמטיל הסנקציה עצמו צפוי לסנקציה אם לא יקיים את "תפקידו". אולם תשובה זו היא חלקית בלבד, שכן השאלה חוזרת באשר לתמריצים להטיל את הסנקציה על מי שלא מילא תפקידו בהטלת סנקציה. תשובה אחרת היא שמאחר שלהטלת הסנקציה יש עלות, היא יכולה לשמש איתות ליתר הפרטים בחברה על כך שמטיל הסנקציה הוא טיפוס חברותי וקואופרטיבי, המקיים את הנורמות החברתיות ומוכן אף להשקיע בגינן. גם תשובה זו אינה מספקת, שכן לא ברור שהתועלת מהאיתות האמור גדולה מהעלות הצפויה, בעיקר בעבור פרטים שהעלות בעבורם עלולה להיות גדולה. לתיאוריה של איתות כהסבר לנורמות חברתיות ראו: ERIC A. POSNER, LAW AND SOCIAL NORMS 11–36 (2000).

71 תשובה אחת מציגה את הנורמה החברתית כשיווי-משקל, שבו לכל פרט, בהינתן התנהגותם של אחרים, כדאי לנהוג על-פי הנורמה. מאחר שיייתכן מצב שבו יהיה יותר משיווי-משקל אחד, כל אחד מאותם שיווי-משקל עשוי להתממש כנורמה הנוהגת. יתר על כן, שינוי (מקרי לעיתים) בהתנהגות של מספר מספיק של פרטים עשוי להוביל לסחיפה משיווי-משקל אחד לאחר, או בניסוח אחר – מנורמה אחת לאחרת. לדוגמה, חבישת קסדה ברכיבה על אופניים עשויה להיות הנורמה אם רבים אחרים יחבשו קסדה. אולם תיתכן גם נורמה הפוכה, שבה חבישת הקסדה נחשבת "רכרוכית" ומעוררת בוז, ואז הנורמה היא לא לחבוש קסדה. תשובה זו אינה מספקת בעיקר משום שיייתכנו מצבים שבהם התנהגות על-פי הנורמה אינה התנהגות רציונלית בשיווי-משקל, דהיינו, מקרים שבהם בהינתן העובדה שיתר הפרטים בחברה מציינים לנורמה, עדיף לכל אחד מהם לא לציית לה. דוגמת ההשקעה במשאב המשותף, אשר נותחה לעיל, היא דוגמה טובה למקרה כזה. נורמה שבה כל אחד משקיע בתחזוקתו של משאב משותף אינה שיווי-משקל, משום שכל אחד יעדיף שהיתר ישקיעו ואילו הוא לא. תשובות אחרות לשאלה בדבר בחירת הנורמות, התהוותן ושינוין מתמקדות לא בתוצאה הסופית – הנורמה כשיווי-משקל – כי אם בתהליך אשר מביא לידי התהוותן של נורמות. השאלה היא מהו הגורם המתניע את תהליך התהוותה של נורמה. טענה אחת היא שנדרשים "יזמי נורמות", אשר יקדמו נורמות מסוימות, המנוגדות לאלה הנוהגות. יזמי הנורמות עושים זאת משום שהם מעוניינים להפגין את מנהיגותם וכן משום שהם מעוניינים באמת ובתמים בשינוי הנורמה. ראו: THOMAS C. SCHELLING, MICROMOTIVES AND MACROBEHAVIOR

עם זאת, ברור שהנורמה החברתית מהווה סיבה לפעולה של פרטים אשר נבדלת מהתנהגותם הרציונלית הרגילה.⁷² דהיינו, פרטים מציינים לנורמה החברתית לאו דווקא משום שזו ההתנהגות העדיפה להם משיקולים של רווח והפסד, כאשר אלה נבחנים במנותק מהקהילה, אלא משום הכרתם בכך שהתנהגות כזו נדרשת על-ידי הנורמה החברתית המקובלת בקהילה. הם עושים זאת משום רצונם לפעול באופן שיתאים להתנהגותם של חברים אחרים בקהילה, משום שהם הפנימו את הנורמה החברתית כנורמה אישית שהם מרגישים אשמה כאשר הם אינם מקיימים אותה, או משום שהם חוששים מסנקציות חברתיות של ביוש או מהפסד של קשרים עסקיים או חברתיים.⁷³

הנורמה החברתית אינה נמצאת בשום מקור כתוב, בניגוד לחוק או לכלל הארגוני. יתר על כן, הנורמה החברתית אף אינה מתקבלת בהליך ברור אשר מוודא כי הפרטים מסכימים לה או אף יודעים על-אודותיה, בניגוד לחוזה. תנאים פורמליים אלה, של הליך קבלה ברור ומוכר ותוצר כתוב, מהווים תנאי לידיעתם של החוק, החוזה והכלל הארגוני. ידיעה זו אינה רק ידיעה של הכלל, כי אם גם ידיעה מסדר גבוה יותר, קרי, ידיעה לגבי ידיעת הכלל על-ידי אחרים. כך, הידיעה של הכלל המחייב מתן זכות קדימה לרכב הבא מימין אינה רק ידיעה של הכלל, אלא גם ידיעה שנהגים אחרים יודעים את הכלל, שהם יודעים שנהגים אחרים יודעים את הכלל וכן הלאה. ידיעה זו, המכונה "ידיעה משותפת" (Common Knowledge),⁷⁴ היא במקרים רבים תנאי הכרחי לכך שכל הפרטים בחברה יקיימו את

135–167 (1978); Robert C. Ellickson, *The Evolution of Social Norms: A Perspective from the Legal Academy*, in SOCIAL NORMS 35 (Michael Hechter & Karl-Dieter Opp eds., 2001)

טענה אחרת היא שזעזוע מקרי, בתנאים של אי-ודאות וחוסר מידע, עשוי להביא לידי סחף (cascade), אופנה או התנהגות "עדרית" אחרת שבה פרטים נוהגים כמו אחרים רק משום שאותם אחרים נוהגים באופן מסוים. ראו, למשל: Sushil Bikhchandani, David Hirshleifer & Ivo Welsch, *A Theory of Fads, Fashion, Custom and Cultural Change as Informational Cascades*, 100(5) J. POL. ECON. 992 (1992); Sushil Bikhchandani, David Hirshleifer & Ivo Welsch, *Learning from the Behavior of Others: Conformity, Fads, and Informational Cascades* 12 J. ECON. PERSP. 151 (1998); Abhijit Banerjee, *A Simple Model of Herd Behavior*, 107 Q. J. ECON. 797 (1992)

72 ראו ELSTER, לעיל ה"ש 68, בעמ' 97–152.

73 ראו: Richard A. Posner & Eric B. Rasmusen, *Creating and Enforcing Norms, with Special Reference to Sanctions*, 19 INT'L REV. L. & ECON. 369 (1999)

74 ראו: Robert Aumann, *Agreeing to Disagree*, 4 THE ANNALS OF STATISTICS 1236 (1976); John Geanakoplis, *Common Knowledge*, 6 J. ECON. PERSP. 53 (1992)

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

הכלל⁷⁵. השאלה מתי מתקיימת ידיעה משותפת של נורמה חברתית היא שאלה פתוחה, אשר טרם זכתה בדיון מקיף בספרות. כפי שאסביר להלן, תנאי זה הוא מרכזי בהבנה מדוע נחוצות הגבלות כניסה והצטרפות לקהילת המקרקעין לצורך יצירתן ואכיפתן של נורמות שיסייעו בפתרון הבעיות בניהול המקרקעין ובשימוש בהם.

מאחר שקהילת המגורים התועלתנית הינה קהילה הנבנית לצורך ניהול המקרקעין הפרטיים והמשותפים, ומאחר שההצטרפות אליה מתבססת על עסקת שוק שבה נרכשות הזכויות במקרקעין, אין הכרח שיהיו לחברים בקהילה מאפיינים דומים או נורמות משותפות. להבדיל מנורמות הקבועות בחוק, בתקנון הארגון או בחוזה הרכישה, שאותן ניתן לקבוע כנורמות משותפות הידועות לחברי קהילת המגורים, הדרך לקביעתן ולאכיפתן של נורמות חברתיות משותפות, ובעיקר הדרך לעשותן ידועות בדרגה של ידיעה משותפת בקרב חברי הקהילה, אינה ברורה מאליה.

2. נורמות חברתיות וידיעה משותפת (Common Knowledge)

ניתן לומר שעובדה מסוימת ידועה לשני אנשים בדרגה של ידיעה משותפת אם כל אחד מהם יודע אותה, כל אחד מהם יודע שהאחר יודע אותה, כל אחד מהם יודע שהאחר יודע שהוא יודע אותה, וכן הלאה. ניתן להדגים זאת באמצעות דוגמה פשוטה. נניח ששמעון ורונית קבעו להיפגש בנקודה מסוימת בצפון העיר. כחמש-עשרה דקות לפני הפגישה שמעון מגלה כי עדיף שהם ייפגשו בנקודה אחרת, בדרום העיר. הוא מנסה להתקשר לרונית ולהודיע לה על כך. מאחר שרונית אינה עונה לטלפון, שמעון משאיר לה הודעה במשיבון. כעת שמעון צריך להחליט להיכן להגיע. מובן שאם שמעון יודע שרונית לא שמעה את ההודעה, הוא יגיע לנקודת המפגש המקורית. אולם נניח שרונית שמעה את ההודעה. ההודעה ידועה אם כן לשניהם, אבל לא בדרגה של ידיעה משותפת. רונית יודעת ששמעון רוצה להיפגש בדרום העיר, אבל היא גם יודעת שאם שמעון יחשוב שלא קיבלה את ההודעה, הוא ייסע לנקודת המפגש המקורית בצפון העיר. השאלה מה תעשה רונית תלויה, בין היתר, בציפיותיה לגבי מה ששמעון יעשה בהינתן העובדה שהיא לא אישרה לו את קבלת ההודעה. אם רונית צופה ששמעון ייסע לנקודת המפגש המקורית, גם היא תעשה כך. יש לשים לב שאם שמעון יודע שרונית תחשוב באופן כזה, הוא ייסע לנקודת המפגש המקורית, וציפיותיה של רונית אכן יתממשו. השניים ייפגשו בדרום העיר רק אם

75 ראו: Ariel Rubinstein, *The Electronic Mail Game: Strategic Behavior under "Almost Common Knowledge"*, 79 AM. ECON. REV. 385 (1989).

כל אחד מהם ידע שהאחר יודע על נקודת המפגש החדשה, שהאחר יודע שהוא יודע על כך, וכן הלאה.⁷⁶

כדי להסביר את משמעותה של ידיעה משותפת לקיומן של נורמות חברתיות, נניח כעת שקיימת נורמה חברתית שלפיה כאשר שני אנשים נפגשים, הם צריכים להתחבק. נניח גם שהמבוכה וחוסר הנוחות הנגרמים על-ידי חיבוק של מישהו שאינו נוהג באותו אופן הם גדולים, בעוד לחיצת-ידיים היא תמיד חלופה אפשרית שהם יכולים לבחור בה. אם שמעון ורונית אינם מודעים לנורמה, מובן שהם לא יתחבקו כאשר ייפגשו. אם שמעון יודע את הנורמה אולם יודע גם שרונית אינה מודעת לה, הוא לא יחבק אותה משום שהוא אינו רוצה לגרום מבוכה. כיצד ינהגו השניים אם שניהם מודעים לנורמה אבל אינם יודעים אם האחר מודע לה? כל אחד מהם יחשוש מהמבוכה שתיגרם אם יחבק את האחר אם הלה אינו מודע לנורמה, ולכן איש מהם לא יחבק את האחר, והם יעדיפו ללחוץ ידיים. זאת, אף ששניהם מודעים לקיומה של הנורמה. ייתכן שהם יסתפקו בלחיצת-ידיים גם במקרה שבו שניהם מודעים לנורמה, שמעון יודע שרונית יודעת את הנורמה אבל אינו יודע אם רונית יודעת שהוא יודע את הנורמה. אם רונית אינה יודעת ששמעון יודע את הנורמה, היא תסתפק בלחיצת-ידיים. אם שמעון יתעקש לחבקה, המצב עלול להיות מביך לשניהם.

לכן, כדי ש"נורמת החיבוק" תמומש, צריך שהידיעה של השניים לגביה תהיה ידיעה משותפת. דרך אחת להבטיח ידיעה משותפת של הנורמה היא לפרסם אותה בפומבי. אילו חתמו רונית ושמעון על מסמך שבו הם מסכימים לנורמת החיבוק, הם היו מקיימים את ההסכמה הזו בשמחה כל אימת שהיו נפגשים, ללא שום צורך באכיפתו של ההסכם. עצם חתימתם על ההסכם הייתה הופכת את ידיעתם על הנורמה לידיעה משותפת. זה היה המצב גם אילו נקבעה נורמה זו בכללי הארגון שאליו שניהם משתייכים, בהנחה שידוע לשניהם כי הצטרפות לארגון מחייבת הסכמה לכלליו ובהנחה שהחברים מתעדכנים באשר לשינויים בכללים אלה. הבעיה היא, כמובן, ש"נורמת החיבוק" אינה מן הסוג שמסכימים עליו בדרך-כלל בהסכם או בכללים ארגוניים פורמליים.

רוב הנורמות החברתיות שפרטים נוהגים על-פיהן אינן נורמות פורמליות – הן אינן קבועות בחוק, בהסכם או בכללים ארגוניים.⁷⁷ פרטים נוהגים על-פי אותן נורמות, ואף

76 במקרים מסוימים יהיה זה מספיק שהסיכוי לידיעה של האחר הוא גבוה כדי שהשניים ייפגשו במקום המפגש החדש. עם זאת, יש מקרים שבהם כל סיכוי לכך שההודעה לא התקבלה, קטן ככל שיהיה, יביא לידי כך שהפגישה תתקיים במקום המפגש הישן. לטיעון כללי המוכיח זאת ראו שם.

77 יתר על כן, אכיפה של כללים אלה באמצעים חוקיים מהווה במקרים רבים חריגה מנורמה כללית שלפיה יש לאכוף את הכללים הללו באמצעות סנקציות חברתיות בלבד. ראו: Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28(1)

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

מוכנים לאכוף אותן על אחרים, משום שהם לומדים אותן מתוך מגעיהם היומיומיים עם פרטים אחרים בקהילה שבה הם חיים. כאשר כל פרט בחברה יודע שפרטים אחרים עוברים התנסויות ומגעים יומיומיים דומים לשלו, ידיעתן של אותן נורמות נהפכת לידיעה משותפת של כל הפרטים שניתן לזהותם כחברים בקהילה. קיומה של קהילה והאפשרות לזיהוי החברים בה, באופן שזיהוי זה עצמו יהיה ידיעה משותפת, הם תנאים הכרחיים לכך שנורמות חברתיות בקהילה יתגבשו, יהיו בידיעה משותפת ולכן גם יקומו וייאכפו. החלקים הבאים מסבירים כיצד נורמות חברתיות יכולות לסייע לקהילת המגורים להתמודד עם בעיותיה, ומדוע נדרש שידיעתן תהיה ידיעה משותפת.

3. נורמות חברתיות כפתרון לבעיות בניהול המקרקעין

(א) השפעות חיצוניות בין המקרקעין הפרטיים

כפי שהוסבר לעיל, קשה לפתור את הבעיות של ההשפעות החיצוניות באמצעות קביעת הזכויות בחוק, שכן הפנייה לבתי-המשפט אינה כדאית כאשר שווי הזכויות אינו גבוה מספיק. לעומת זאת, פתרון של בעיות מסוג זה באמצעות נורמות חברתיות הוא ידוע ומוכר, והספרות עמדה עליו זה כבר.⁷⁸ יתרון של נורמות חברתיות הוא בכך שאכיפתן מבוצרת ואינה מחייבת פנייה למנגנון פורמלי שעלותו גבוהה. מחקרים רבים הצביעו על כך שזכויות וחובות ששוויין נמוך מוסדרות בקהילות רבות במנותק מההסדר החוקי התקף. הסדרתן של זכויות וחובות אלה נעשית באמצעות נורמות חברתיות הנאכפות בדרכים שפורטו לעיל. דרכים אלה אינן מטילות עלות משמעותית על מי שזכותו הופרה, ולכן נכונותו לפנות לדרכים אלה גדולה מנכונותו לעשות שימוש בזכויותיו על-פי חוק. לכן בכל אותם מקרים שבהם הנורמה היעילה היא ברורה, אימוצה כנורמה חברתית יכול להבטיח את קיומה. למשל, כאשר חוסר הנוחות הנגרם ממוזיקה רועשת באמצע הלילה עולה על ההנאה מהקשבה למוזיקה, תאסור הנורמה היעילה את ההקשבה למוזיקה רועשת באמצע הלילה. אם נורמה זו היא נורמה חברתית, בעלי המקרקעין אכן ינהגו על-פיה. בעל מקרקעין שיתעלם מהנורמה יהיה חשוף לסנקציות חברתיות, אשר יתבטאו,

AM. SOC. REV. 55, 61 (1963); Lisa Bernstein, *Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms*, 155 U. PA. L. REV. 1765 (1996). אכיפה באמצעים חוקיים עלולה אף להפחית מערכן של הנורמות החברתיות – תופעה הקרויה "Crowding Out". ראו: Uri Gneezy & Aldo Rustichini, *A Fine is a Price*, 29 J. LEGAL STUD. 1 (2000); BRUNO S. FREY, NOT JUST FOR THE MONEY: AN ECONOMIC THEORY OF PERSONAL MOTIVATION 1–7 (1997). ראו ELICKSON, לעיל ה"ש 9.

כאמור לעיל, בקשריו עם יתר חברי הקהילה. היוזמה לסנקציות אלה תהיה של בעל המקרקעין שסובל מהרעש, והן יוטלו באמצעות העברת המידע על ההפרה והתנהגות חברתית שתשדר למפר כי עליו לקיים את הנורמה. הקלות באכיפתה של הנורמה תביא לידי כך שהנפגע יוכל אף להסתפק בפנייה למפר בבקשה שיפסיק את המוזיקה הרועשת, בידיעה שהמפר יעשה כן בסיכוי גבוה.

אולם גם כאשר קיימת נורמה חברתית מקובלת, אכיפתה על בעל המקרקעין תלויה במידה שבה הוא רואה את עצמו כחלק מקהילת המגורים. ככל שיחסיו עם יתר חברי הקהילה והמוניטין שלו בעיניהם יהיו חשובים לו פחות, כן תגדל נכונותו להפר את הנורמות הנוהגות. במקרה כזה תקטן התועלת מפנייה אליו כדי שיקיים את הנורמה. לכן השאלה אם הנפגע מהפרת הנורמה יפנה אל המפר בדרישה שיפסיק את ההפרה תלויה בהערכתו לגבי הסיכוי שהפנייה אכן תשפיע על המפר. בכל מצב שבו הנפגע אינו יודע אם המפר רואה את עצמו כחלק מקהילת המגורים או אינו יודע אם המפר מודע לכך שהפר את הנורמה, התועלת מפנייה אליו תהיה פחותה, וייתכן שפנייה כזו לא תיעשה. לכן אין די בידיעת הנורמה, אלא צריך שהחברים בקהילה ידעו שהנורמה ידועה, קרי, שתהיה לגביה ידיעה משותפת.⁷⁹

לדוגמה, נניח שהנזק הנגרם לרונית מרעש בלילה הוא 150 ושהתועלת של שמעון מהקשבה למוזיקה רועשת בלילה היא 100. אם רונית יודעת שהנורמה המקובלת היא שאין מקשיבים למוזיקה רועשת בלילה, היא עשויה לשקול פנייה לשמעון בבקשה שיימנע מכך. כאשר תעשה זאת, היא תשקול אם שמעון ייענה לפנייתה. שמעון ייענה לפנייה רק אם הוא מרגיש שהוא חלק מקהילת המגורים ורק אם הוא יודע שזו אכן הנורמה הנוהגת. בכל מצב אחר הוא עלול להתנגד, לריב עם רונית ולנקוט צעדים שלא יהיו נעימים לה. גם האמצעים שרונית תנקוט כדי לאכוף את הנורמה החברתית (ניסיון לבייש את שמעון בעיני חברים אחרים בקהילה וכולי) לא יהיו בהכרח יעילים במקרה כזה. לעומת זאת, אם שמעון יודע על הנורמה ורואה את עצמו כפוף לה, הסיכוי שהוא יציית לנורמה כאשר רונית תעיר לו על הפרתה הוא גבוה. לכן אכיפתה של הנורמה תלויה בכך שרונית תהיה בטוחה מספיק בכך ששמעון יודע על הנורמה. כאשר הידיעה על נורמה היא ידיעה משותפת, יתקיים תנאי זה.

79 לעיתים ייתכן שרמת הידיעה המספיקה לצורך אכיפתה של הנורמה תהיה יותר מידיעה "פשוטה" של כולם בדבר הנורמה אולם פחות מידיעה משותפת. לדוגמה, אם לצורך אכיפה של נורמה חברתית די בכך שהאוכף ידע שהמפר יודע את הנורמה, אזי רמת הידיעה הנדרשת אינה ידיעה משותפת, אם כי היא בדרגה גבוהה יותר מידיעה של שניהם בדבר הנורמה. בהמשך המאמר אתייחס לכל ידיעה שדרגתה גבוהה מידיעה "פשוטה" של כל הפרטים כאל ידיעה משותפת, וזאת על-מנת לפשט את הדיון.

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

המסקנה מן הדיון עד כאן היא שכדי שנורמות שימוש במקרקעין אכן יתפתחו ויאיכפו, צריך שבעלי המקרקעין יהוו קהילה אחת ויראו את עצמם כחברים באותה קהילה, ושהעדפותיהם לגבי השימושים במקרקעין הגורמים השפעות חיצוניות יהיו דומות. יתר על כן, ידיעתם של תנאים אלה צריכה להיות בגדר ידיעה משותפת, שאם לא כן מאזן העלות מול התועלת של בעל מקרקעין אחד מניסיון לאכוף את הנורמה על בעל מקרקעין אחר עלול להיות שלילי ולמנוע את האכיפה.

יש מקרים שבהם הנורמה היעילה אינה ברורה. כפי שהסברתי, השאלה מהי הנורמה היעילה תלויה בהעדפותיהם של הפרטים. בכל מקרה שבו התועלת של שמעון גדולה מחוסר הנוחות של רונית, הנורמה היעילה היא ששמעון יעשה את הפעולה. לעומת זאת, אם התועלת של שמעון נמוכה מחוסר הנוחות של רונית, הנורמה היעילה היא הפוכה. בקהילה שבה שני המקרים אפשריים, אין נורמה אחת שהיא יעילה תמיד. למרות זאת ייתכן שגם במקרים אלה תתגבש נורמה חברתית אחת. למשל, הנורמה עשויה לאפשר הקשבה למוזיקה רועשת בלילה. נורמה זו עשויה להיות יעילה במובן ה"חלש", שכן סך התועלת מול העלות הנגרמת ממנה בקהילה כולה גבוה מסך התועלת מול העלות תחת הנורמה ההפוכה האוסרת הקשבה למוזיקה רועשת בלילה. אכיפתן של נורמות מסוג זה נשענת באופן מובהק אף יותר על ידיעתן ברמה של ידיעה משותפת. בניגוד לנורמות היעילות תמיד, שהצדדים עשויים לציית להן רק משום יעילותן, נורמות שהן יעילות רק במובן ה"חלש" עשויות להיות לא-יעילות במקרים ספציפיים. הציות להן או האפשרות להסכים לחרוג מהן יישענו במקרים אלה רק על ידיעתן של הנורמות והסכמה להן, באופן שהודגם לעיל.

לבסוף, בחלק מהמקרים לא תהיה נורמה חברתית נוהגת המכתיבה פתרון לקונפליקט בין בעלי המקרקעין. פתרוןם של מקרים אלה יכול להיות רק באמצעות משא-ומתן והסכם.⁸⁰ נורמות חברתיות עשויות לסייע גם בפתרוןם של מקרים אלה. כאמור לעיל, המקור לכשלונו של משא-ומתן הוא בראש ובראשונה התנהגות אסטרטגית של הצדדים, וזאת משום שלכל משא-ומתן יש תוצאות חלוקתיות לגביהם. בעיית התנהגות האסטרטגית נעשית חמורה יותר ככל שכמות המידע הפרטי גדולה יותר וככל שמספר המשתתפים במשא-ומתן גדול יותר. דרך אפשרית למתן את התנהגותם האסטרטגית של הצדדים היא באמצעות נורמות משא-ומתן קואופרטיביות.⁸¹

80 משא-ומתן יכול לסייע גם במקרים שבהם הנורמה החברתית ברורה אך אינה יעילה במקרה הקונקרטי, דוגמת המקרה, שנידון לעיל, שבו חוסר הנוחות לרונית גדול מתועלתו של שמעון מהקשבה למוזיקה רועשת בלילה, אך הנורמה החברתית מאפשרת זאת.

81 אחד מספרי המשא-ומתן המצליחים ביותר ביסס את עיקר המלצותיו לנושאים ונותנים על הישענותם על נורמות וסטנדרטים משותפים. ראו: ROGER FISHER, WILLIAM URY & BRUCE

יש נורמות משא-ומתן קואופרטיביות מוכרות ומקובלות. חלקן נורמות "מהותיות", הקובעות מהי תוצאה ראויה ומקובלת של משא-ומתן. כך, למשל, במקרים רבים מקובל שהפער שנוותר בין הצדדים לאחר משא-ומתן ממושך יתחלק באופן שווה ביניהם. חלק אחר מנורמות המשא-ומתן הן נורמות "פרוצדורליות", הנוגעות בדרך שבה יש לנהל את המשא-ומתן. לדוגמה, מקובל שצד המציע הצעה במשא-ומתן (למשל, קונה המציע הצעת מחיר בעבור נכס) לא יציע מאוחר יותר הצעה נדיבה פחות (הצעת מחיר נמוכה יותר) אלא בנסיבות חריגות. הן הנורמות המהותיות והן הנורמות הפרוצדורליות אינן נורמות אוניוורסליות, והן עשויות להשתנות מחברה לחברה.

ככל שפרטים רבים יותר במשא-ומתן נשלטים על-ידי נורמות מקובלות ומוסכמות כן סיכויו של המשא-ומתן להצליח יהיו גדולים יותר. בפרט, כאשר קיימות נורמות מוסכמות לגבי אופן החלוקה (שוויונית, לפי מצב כלכלי, על-פי כוח שוק ועוד) ולגבי גבולות ההתנהגות האסטרטגית (גילוי מידע פרטי, ניצול חסרונותיו של הצד האחר – למשל, כאשר הנושא-ונותן הוא אחרון מבין רבים שכבר הסכימו להצעה שהציע הצד האחר – ועוד), הסיכוי שמשא-ומתן אשר יכול להניב הסכם בעל ערך לכל הצדדים יעלה על שרטון הינו קטן. לפיכך, באותם מקרים שבהם הנורמה היעילה אינה אחידה וברורה, נורמות המשא-ומתן עשויות לסייע לצדדים להגיע לפתרון יעיל.

התנאי לכך שנורמות משא-ומתן קואופרטיביות יגדילו את הסיכוי להסכם הוא שנורמות אלה יהיו משותפות ושהידיעה על-אודותיהן תהיה ידיעה משותפת. ללא תנאי זה יחשוש כל צד למשא-ומתן שהתנהגותו על-פי הנורמות הללו תנוצל על-ידי הצד האחר לשיפור עמדתו במשא-ומתן. ניטול, לדוגמה, את הנורמה שלפיה הפער בין הצדדים מחולק באופן שווה. אם צד א מציע חלוקה שווה וצד ב אינו מודע לנורמה, צד ב עשוי לראות בהצעה זו נקודת מוצא שממנה יוכל להתקדם ולהשיג יותר מהחצי שכבר "הוסכם". לכן, אם צד א אינו יודע שהנורמה ידועה לצד ב, הוא יחשוש להציע חלוקה כזו. יתר על כן, גם אם צד א יודע שצד ב יודע על נורמת החלוקה השווה אבל אינו יודע אם צד ב יודע שהוא – צד א – יודע על אותה נורמה, ייתכן מצב שבו צד א יחשוש מהתנהגות "מגננתית" של צד ב, ולפיכך ינהג כך אף הוא. רק ידיעה משותפת של נורמת החלוקה יכולה להבטיח שנורמה זו אכן תמומש ותמנע את כשלוננו של המשא-ומתן.⁸²

Patton, Getting to Yes 81–94 (2nd ed. 1989). ראו גם Elster, לעיל ה"ש 68, בעמ' 247–215.

82 להדגמה אמפירית של טענות אלה ראו, למשל: Alvin E. Roth & J. Keith Murnighan, *The Role of Information in Bargaining: An Experimental Study*, 50 *ECONOMETRICA* 1123 (1982).

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

לסיכום חלק זה, הן נורמות שימוש במקרקעין והן נורמות משא-ומתן עשויות לסייע בפתרון בעיית ההשפעות החיצוניות. נורמות שימוש במקרקעין יכולות להתייחס למגוון רחב של נושאים שאי-אפשר להסדירם בדרך של חוק, מאחר שהן מקילות את בעיית האכיפה. ככל שהעדפותיהם של בעלי המקרקעין דומות יותר כן יהיו נורמות שימוש רבות יותר שיהיו יעילות באופן כללי ואחיד. אולם גם אם נורמות כאלה אינן אפשריות, ייתכנו בכל-זאת נורמות שימוש שיהיו יעילות במובן ה"חלש", כלומר, נורמות שמייצרות מאזן טוב יותר של סך תועלת מול סך עלות בהשוואה לנורמות ההפוכות. במקרים שאי-אפשר להסדירם בדרך של נורמות שימוש אחדות וברורות, יעשו בעלי המקרקעין שימוש בנורמות משא-ומתן לפתרון קואופרטיבי ויעיל. התנאים לתפקודן היעיל של הנורמות החברתיות (משני הסוגים) לפתרון בעיות של אכיפה והסכמה הוא שהנורמות יהיו משותפות לבעלי המקרקעין ושידיעתן תהיה בדרגה של ידיעה משותפת.

(ב) בעיות של פעולה משותפת

מבין הבעיות שתוארו, בעיות הפעולה המשותפת הן אלה שהתמודדות איתן בדרכים ארגוניות היא הקלה ביותר.⁸³ עם זאת, מנגנונים ארגוניים מחייבים השקעת משאבים ועלויות, וכפי שהוסבר לעיל, הם כפופים לבעיות החלטה שונות באשר לניצולם של משאבי הארגון ולכללי שיתוף-הפעולה במסגרתו. גם כאן הנורמות החברתיות עשויות לסייע בפתרון.

נורמות חברתיות שונות מסדירות התנהגות במצבים שיש בהם בעיה של פעולה משותפת.⁸⁴ הדוגמות לכך רבות. במקומות רבים נורמות חברתיות אוסרות ללכלך או להרעיש ברשות הרבים, מחייבות לתרום ולפעול לניקיון בשטחים משותפים, מגנות שימושים לא-הרדיים ברכוש משותף, מגבילות ניצול-יתר של משאבים משותפים ועוד. כאמור, היתרון בנורמות החברתיות הוא שאכיפתן נעשית באופן מבוזר, ולא באופן מאורגן ומדרגי. לכן שתי הבעיות הקיימות באכיפה ארגונית של נורמות שיתוף-פעולה – השקעת המשאבים וקבלת ההחלטות – מוצאות תשובה כאשר האכיפה היא באמצעות נורמות חברתיות.⁸⁵

83 ראו לעיל תת-פרק ב3.

84 ELINOR OSTROM, GOVERNING THE COMMONS: THE EVOLUTION OF INSTITUTIONS FOR COLLECTIVE ACTION (1990)

85 Eric A. Posner, *The Regulation of Groups: The Influence of Legal and Nonlegal Sanction on Collective Action*, 63(1) U. CHI. L. REV. 133, 137–144 (1996)

גם כאן, כמו בבעיית ההשפעות החיצוניות בין בעלי המקרקעין, תנאי הכרחי ליעילותן של נורמות חברתיות הוא שיתופן בין רוב חברי הקהילה וידיעתן ברמה של ידיעה משותפת. ללא אחדות ושיתוף אלה לא יוכלו הנורמות החברתיות להתמודד עם בעיות הפעולה המשותפת. בניגוד לבעיית ההשפעות החיצוניות של שימושים במקרקעין הפרטיים, אשר מתמקדת במערכות יחסים חוזרות בין שני בעלי מקרקעין או יותר, בעיית הפעולה המשותפת מתאפיינת במפגשים אקראיים ולא-חוזרים בין בעלי מקרקעין שונים בשטחים המשותפים. ככל ששכיחותה של הנורמה נמוכה יותר כן יהיו מקרים רבים יותר שבהם היא תופר, וקיומה יועמד בספק בעיני הצופים באותן הפרות. נוסף על כך, האינטרס של בעל מקרקעין באכיפתן של נורמות הנוגעות במקרקעין המשותפים קטן מהאינטרס שלו בשמירה על המקרקעין הפרטיים שלו. כדי שבעל המקרקעין יפנה בכל-זאת דרישה לקיום נורמה הנוגעת במקרקעין המשותפים, נחוצה ידיעה שהמפר יודע על הנורמה ומקבל עליו את זכותו של בעל מקרקעין אחר לדרוש ממנו להפסיק את ההפרה או לתקנה. לפיכך קיומן של נורמות משותפות וידיעה משותפת לגביהן עשויים להיות חשובים אף יותר לשם פתרון בעיות של פעולה משותפת במקרקעין המשותפים, בהשוואה לנחיצותן לשם פתרון בעיות של השפעות חיצוניות בין המקרקעין הפרטיים.

לדוגמה, נניח שאחד מחברי קהילת המגורים רואה אדם המשליך פסולת בשטחים המשותפים ושוקל אם להעיר לו על כך. אם הצופה אינו יודע אם משליך הפסולת מודע לכך שהפר נורמה חברתית מקובלת, הוא עלול לחשוש שהמפר יגיב בתוקפנות אם ידרש להפסיק ללכלך. חשש זה עלול למנוע את הצופה מלאכוף את הנורמה, בעיקר משום שהנזק הישיר שנגרם לו על-ידי השלכת הפסולת הוא קטן. ככל שמקרים כאלה יהיו רבים יותר, כמות הלכלוך בשטחים המשותפים תגדל, וקיומה של הנורמה יועמד בספק. רק הידיעה שהמפר מודע לנורמה ושהוא חלק מקהילת המגורים תאפשר לצופה לחוש בטוח מספיק בתועלת שתצמח מאכיפתה של הנורמה על המפר.

למעשה, יציבותן של נורמות שימוש בקניין המשותף נמוכה מיציבותן של נורמות חברתיות הנוגעות בהשפעות חיצוניות בין המקרקעין הפרטיים. כל הפרה של הנורמות הראשונות משדרת מידע שסותר את הידיעה על קיומה של הנורמה. מאחר שאכיפתן מועילה פחות לאוכף, הסיכוי להפרות גדל, ועימן כמות המידע הסותר. לכן, כדי שנוורמות כאלה יעמדו בעינן לאורך זמן, צריך שההסכמה עליהן תהיה ברורה וידועה. ידיעה משותפת של הנורמות היא הכרחית כדי להתמודד עם בעיית חוסר היציבות שלהן.

(ג) הבעיה של קבלת החלטות

הבעיה בקבלת החלטות לגבי המקרקעין המשותפים נובעת, כפי שהוסבר לעיל, מהתנהגות אסטרטגית של בעלי הזכויות במקרקעין. נסיונו של כל אחד מבעלי הזכויות

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

במקרקעין לקדם את השימוש המועדף עליו במשאבים המשותפים, כמו-גם רצונו להשיא את חלקו בתועלת מאותם משאבים ולהקטין את השתתפותו בעלויות הכרוכות בהם, מביאים במקרים רבים לידי כשלון המשא-ומתן בין בעלי הזכויות. התוצאה עלולה להיות שהחלטות שאינן משיאות את רווחתם של בעלי הזכויות מתקבלות במקום החלטות שהרווחה הכוללת הנובעת מהם גדולה יותר.

דמיון בהעדפותיהם של בעלי המקרקעין בכל הנוגע בשימוש במשאבים המשותפים מקל את קבלת ההחלטות הנוגעות במשאבים אלה.⁸⁶ במצב זה ההחלטה הרצויה לאחד תהיה גם זו הרצויה לאחר. גם עוצמת העדפותיהם באשר לכל אחת מהחלופות תהיה זהה. כתוצאה מכך יצומצמו התמריצים להתנהגות אסטרטגית, ויהיה אפשר לפתור ביתר קלות גם שאלות הנוגעות בחלוקת העלויות הכרוכות בהחלטה. עם זאת, מאחר שההחלטות לגבי המקרקעין המשותפים הן שונות ומגוונות, ומאחר שבכל-זאת ייתכנו הבדלים בהעדפותיהם של בעלי המקרקעין באשר לשימוש שיעשה בהם (לדוגמה בשאלה אם שטחים משותפים ירוצפו או שמא יישתל בהם דשא), ייוותרו בעיות הנוגעות בקבלת החלטות תחת ניגודי אינטרסים בין הבעלים השונים.

נורמות חברתיות עשויות לסייע במיתון התנהגות אסטרטגית והסתרת מידע בין בעלי הזכויות. כפי שהסברתי לעיל, נורמות התנהגות ששוללות הטעיה, שמתוות סטנדרטים מקובלים לחלוקה ואשר מציבות אמות-מידה משותפות לבחירה בין שימושים חלופיים במשאבים המשותפים עשויות לסייע בקבלת החלטות יעילות. ידיעה משותפת של נורמות משא-ומתן עשויה להיות משמעותית אף יותר במהלך קבלת החלטות רבות-משותפים מאשר במשא-ומתן בין שניים. הסיבה לכך היא שהתנהגות מגננתית ואסטרטגית של אחד ממקבלי ההחלטות עשויה להוביל להתנהגות דומה של היתר. כאשר המשא-ומתן מתנהל בין שניים, הדרישה לידיעה משותפת היא שצד א ידע שצד ב יודע שצד א יודע – וכן הלאה – את הנורמה החברתית. כאשר המשא-ומתן מתנהל בין שלושה, למשל, הדרישה היא שנוסף על ידיעה משותפת של הנורמה על-ידי כל שני צדדים, תתקיים ידיעה כזו גם על-ידי שלושתם: צד א צריך לדעת שצד ב יודע שצד ג יודע – וכן הלאה (ובכל סדר אפשרי) – את הנורמה החברתית.

לדוגמה, נניח שיש שלושה דיירים בבניין בן שלוש קומות, ושהחלטה שעל הדיירים לקבל היא אם להתקין מעלית. נניח שהנורמה היא שדיירי כל הקומות נושאים בתשלום שווה. דייר קומה ג עלול לחשוש להציע חלוקה כזו אם יפחד שהיתר יתייחסו אל ההצעה

86 לדוגמה קיצונית של קהילת מגורים של פנסיונרים בפלורידה, ולתיאור השפעתה של ההומוגניות בהעדפותיהם של חברי קהילה זו על הרגשת הקהילתיות ועל השיתוף בתוכה, ראו: FRANCES FITZGERALD, CITIES ON A HILL (1986).

הזו כאל נקודת פתיחה, שממנה ינסו להעמיס עליו עלויות גבוהות יותר עקב מגוריו בקומה העליונה. כדי שהנורמה תיכשל בצורה זו, מספיק, למשל, שדייר קומה ג יחשוש שדייר קומה ב אינו יודע אם דייר קומה א מודע לנורמה. זאת, אף אם כולם יודעים את הנורמה ואף אם כל אחד מהם יודע לגבי האחרים שהם יודעים את הנורמה. במקרה כזה יחשוש דייר קומה ג שדייר קומה ב ינהג באסטרטגיה מגננתית, שכן הוא יחשוש מהעמסה של עלויות נוספות על-ידי דייר קומה א, ולכן ינסה לעשות דבר דומה לדייר קומה ג.

לכן, ככל שמספרם של מקבלי ההחלטות גדול יותר, הדרישה לידיעה משותפת של נורמות המשא-ומתן היא מורכבת יותר, והסיכוי שהיא תיכשל ותכשיל את המשא-ומתן הוא גדול יותר.

יש לציין שנורמות משותפות שידיעתן היא בגדר ידיעה משותפת של בעלי הזכויות במקרקעין הינן חיוניות לא רק לניהול משא-ומתן בעת קבלת החלטות משותפות. נורמות אלה יכולות גם ליצור בסיס משותף בין בעלי המקרקעין והזדהות של כל אחד מהם עם קהילת המגורים.⁸⁷ ככל שהזדהותם של בעלי הזכויות עם הקהילה שבה הם חיים גדולה יותר כן המשקל שהם ייתנו לרווחה הכוללת ולאיינטרסים הקהילתיים, בהשוואה לאיינטרסים הפרטיים שלהם, יהיה גדול יותר. לכן הנורמות הקהילתיות יכולות למתן את בעיית ההתנהגות האסטרטגית בעת קבלת החלטות לגבי השימוש במשאבים המשותפים, בכך שהן מקטינות את המרחק בין האינטרסים השונים המוצאים את ביטויים בעת קבלת ההחלטה. גם כאן, כדי שהרגשת השיתוף והקהילתיות תהיה אפקטיבית, ידיעתן של הנורמות צריכה להיות בדרגה גבוהה מידיעה "פשוטה" שלהן על-ידי כל חברי הקהילה.

(ד) סיכום-ביניים

לסיכום תת-פרק זה, הסדרת החיים הקהילתיים באמצעות נורמות חברתיות יכולה לסייע בפתרון הבעיות הקיימות בניהול המקרקעין. יתרוןן של נורמות חברתיות נעוץ בכך שקבלתן ואכיפתן נעשות באופן מבוזר. בכך נמנעות שתי הבעיות העיקריות הגלומות בהסדרה באמצעות כללים פורמליים של חוק, חוזה או ארגון – הצורך ביוזמה פרטית לשם אכיפתם של הכללים, והדרישה להסכמה בין הפרטים על הכללים עצמם. עם זאת, העדר מנגנון פורמלי לקבלתן של נורמות חברתיות ולאכיפתן מקשה את סינוןן של נורמות שאינן רצויות ואת שמירתן של הנורמות הרצויות. כדי שהנורמות החברתיות יהיו אפקטיביות, הן צריכות להיות משותפות לכלל החברים בקהילת המגורים, וידיעתן צריכה להיות בגדר ידיעה משותפת. הפרק הבא מסביר מדוע נדרש לשם כך זיהוי של חברי הקהילה וסינונם בכניסה ובהצטרפות.

87 Manzi & Smith-Bowers, לעיל ה"ש 1.

ד. הגבלות כניסה והצטרפות –
האם הן נחוצות לרווחתה של קהילת המגורים ?

הפרקים הקודמים סקרו את הבעיות בניהול המקרקעין, את האפשרות לפתור בעיות אלה באמצעות חוק, חוזה, ארגון ונורמה חברתית, ואת מגבלותיהם של פתרונות אלה. פרק זה בוחן באיזו מידה נדרשות הגבלות לגבי הכניסה הפיזית למתחם המגורים ולגבי ההצטרפות לקהילת המגורים לשם יישומם של פתרונות אלה, ובפרט לצורך אכיפתן היעילה של נורמות ארגוניות וחברתיות.

הפרק בוחן כיצד הגבלות הכניסה הפיזית והגבלות ההצטרפות משפיעות על יעילותן של כל אחד מהפתרונות. ודוק, איני טוען שהגבלות אלה הן תנאי הכרחי או מספיק לפתרון בעיות השיתוף במקרקעין. נחיצותן של ההגבלות כמו גם יעילותן תלויות במספרם של בעלי המקרקעין, במידת ההומוגניות הקיימת בחברה ככלל, בסביבה שבה המקרקעין מצויים ובמידת השיתוף הנדרשת בין הבעלים, הנגזרת ממאפייניהם של המקרקעין הפרטיים והמקרקעין המשותפים. טענתי היא שבקהילת מגורים תועלתנית, אשר חסרה בסיסי סולידריות בנפרד מהבעלות המשותפת ואשר אמצעי הזיהוי החיצוניים של החברות בה הם מועטים, קיים צורך בהגבלות כניסה והצטרפות.

1. הגבלות לגבי הכניסה הפיזית למתחם המגורים

להגבלות לגבי הכניסה הפיזית למתחם המקרקעין יש שתי הצדקות ברורות:⁸⁸ הגנה מפני עבריינות והגבלת השימוש ברכוש המשותף. ההצדקה הראשונה, אשר רבים מהמצטרפים לקהילת המגורים מציינים אותה כסיבה העיקרית להצטרפותם,⁸⁹ היא לאפשר הגנה אפקטיבית מפני עבריינות כנגד רכוש או נפש.⁹⁰ הדברים אמורים הן בעברות בתחום הרכוש המשותף והן בעברות בתחום המקרקעין הפרטיים. ככל שהכניסה למתחם המקרקעין והיציאה ממנו הן בעייתיות יותר וכפופות לפיקוח ולרישום, היכולת לעבור עברות רכוש ונפש במתחם קטנה. כמו כן, הגבלות כאלה מגדילות את סיכויי התפיסה של העבריינים, וכתוצאה מכך ההרתעה מראש מפני ביצוע עברות במתחם גדלה.

88 ראו BLAKELY & SNYDER, לעיל ה"ש 1.

89 ראו פירוט הגורמים להצטרפות לקהילות מגודרות לעיל בה"ש 2. ראו בעיקר Blandy et al., לעיל ה"ש 2, בעמ' 13–17, 20–23.

90 כך טענו, למשל, המשיבים בה"פ (שלום ת"א) 200681/04 עמותת יפו לזכויות אדם נ' גבעת אנדרומדה ניהול בע"מ (טרם פורסם, 1.8.2007).

ההצדקה השנייה להגבלת הכניסה למתחם המקרקעין היא כאמור מניעת שימוש־יתר במשאבים המשותפים. ללא הגבלת כניסה, כל משאב משותף יהיה ניתן לשימוש על־ידי כלל הציבור, ולא רק על־ידי בעלי הזכויות. מאחר שכל משאב כזה חשוף לבעיית העומס שתוארה לעיל, בעיה זו תחמיר ללא הגבלת כניסה. הבעיה ברורה כאשר מדובר במשאבים משותפים כגון בריכה או מגרש־משחקים, אולם היא קיימת גם במתחמי מגורים שבהם אין משאבים מסוג זה.⁹¹ גם אם אין במתחם המגורים משאבים משותפים אטרקטיביים, השימוש בדרכים בתוך המתחם, ולו לצורך מעבר דרכו, עלול להכביד ולהעמיס על דרכים אלה באופן שיפגע בהנאתם של בעלי הזכויות מהמקרקעין שלהם. הבעיה, גם כאן, היא בעיית שימוש־יתר. מאחר שהגבלת הגישה אל המתחם והיציאה ממנו מכבידה – גם אם אינה מונעת – את המעבר דרך המתחם על־ידי מי שאינם מתגוררים בתוך המתחם, היא מונעת שימוש־יתר בדרכים.

אולם להגבלות הכניסה למקרקעין יש הצדקה נוספת, הקשורה לצורך בידיעה משותפת על־אודות הנורמות הנוהגות במקרקעין – הארגוניות והחברתיות. יש לזכור שהדרך העיקרית להתמודדות עם בעיות של פעולה משותפת במקרקעין המשותפים היא אכיפה באמצעות הארגון או הקהילה. כפי שהוסבר בפרקים הקודמים, אכיפה באמצעים אלה היא אפקטיבית כאשר יש ידיעה משותפת של הנורמה ושל הפרתה. דהיינו, צריך שהגורם האוכף יזהה את מי שנוהג בניגוד לנורמות שנקבעו, ושהידיעה בדבר הזיהוי וההפרה תהיה בגדר ידיעה משותפת. לשם כך יש להגביל את הכניסה למתחם המקרקעין.

מאחר שמי שאינו חבר בארגון או בקהילת המגורים אינו כפוף למרותם, היכולת לכוון את התנהגותו קטנה. בחלק מהמקרים, בעיקר כאשר מדובר בנורמות חברתיות, הזר המבקר יכול לטעון כי הוא אינו יודע מהם כללי התנהגות המקובלים במקרקעין. אולם גם אם הנורמה המקובלת אינה מיוחדת לקהילת המקרקעין והיא בגדר ידיעה משותפת בחברה ככלל, הזר המבקר יודע כי הסנקציות שניתן להטיל עליו מועטות. הדברים נכונים לגבי סנקציות המוטלות על־ידי הארגון (דוגמת קנסות, איסור כניסה ושימוש בקניין המשותף, או הוקעה ציבורית), ונכונים אף ביתר שאת לגבי סנקציות המוטלות באופן מבוזר על־ידי חברים בקהילה. ככל שמספר חברי הקהילה גדל כן מספר החברים שאינם מכירים באופן אישי זה את זה גדל אף הוא. האפשרות לאכוף כללי התנהגות באמצעות סנקציות חברתיות או ארגוניות נשענת אז על הידיעה שכל מי שמסתובב בשטחיה של קהילת המקרקעין הוא חבר בקהילה, המודע הן לכללי התנהגות והן לזכותם של חברים אחרים לאכוף אותם. ידיעה כזו אינה יכולה להתקיים כאשר הכניסה לשטחי הקהילה אינה

91 Gillette, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1390–1391.

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

מוגבלת. במצב זה התועלת בפנייה למי שמפר אחד מכללי ההתנהגות הללו נעשית מועטה, והסיכון שהתגובה תחרוג ממסגרת הנורמות המקובלות בקהילה נעשה גדול יותר. כאמור, אכיפתן של הנורמות הארגוניות והחברתיות מחייבת ידיעה משותפת של הנורמות וידיעה משותפת של האפשרות להטלת סנקציות בגין הפרתן. כדי להבין את הקשר בין הגבלת הכניסה למקרקעין לבין ידיעה משותפת של הנורמות במתחם המגורים, צריך להבין כי אף שידיעה משותפת מוגדרת כ"אני יודע שאתה יודע שאני יודע...", ידיעה בדרגה זו שקולה לידיעה "ציבורית" של עובדה מסוימת.⁹² נורמות חוקיות, ולעיתים אף נורמות ארגוניות, הן נורמות שיש להן ביטוי ציבורי פורמלי, ולכן הן נהפכות בנקל לידיעה משותפת. לעומתן, נורמות חברתיות מתקבלות באופן מבוזר, ולכן אין להן ביטוי ציבורי פורמלי. כדי לתת ביטוי ציבורי לנורמה חברתית, צריך שיהיה "אירוע ציבורי" שקיומו יהווה תנאי מספיק לקיומה של הנורמה. הגבלת הכניסה היא בדיוק "אירוע ציבורי" כזה. ניתן להסביר זאת באמצעות הדוגמה הבאה. נניח שהעלות הכרוכה בהשלכת פסולת בפח ציבורי במקום בשטח משותף היא 5, שחבר בקהילה הרואה חבר אחר משליך פסולת בשטח משותף מרוויח 10 מפנייה אל המפר אם זה נענה לדרישה שירים את הפסולת שזרק (חלקו בהבטחת התנהגות טובה בעתיד ובהמשך אכיפת הנורמות במתחם), ושעלות הפנייה (אי-הנעימות) היא 8. לבסוף, נניח שהעלות למשליך הפסולת שהעירו לו היא 10 אם הוא חבר בקהילה ו-0 אם הוא אינו חבר בקהילה.

קל לראות שאם הסיכוי לכך שאדם שנמצא בשטח מתחם המקרקעין אינו חבר בקהילת המקרקעין הוא גבוה דיו, ואם אי-אפשר להבחין בינו לבין חבר בקהילת המגורים, אזי שום חבר בקהילה לא יפנה לאדם אחר המשליך פסולת בדרישה שירים אותה. בדוגמה לעיל, אם הסיכוי לכך גדול מ-0.2, אזי התועלת מפנייה למפר תהיה קטנה מ-8, קרי, קטנה מהעלות הכרוכה בכך. התוצאה תהיה שאיש לא יפנה למי שמשליך פסולת, ולכן כולם ישליכו פסולת במקרקעין המשותפים.

מן הדוגמה לעיל ניתן ללמוד כמה דברים. ראשית, חוסר היכולת להבחין בין חברי הקהילה לבין מי שאינם חברים בה עלול להביא לידי קריסתן של נורמות חברתיות המחייבות אכיפה. אם הסיכוי שמפר הנורמה אינו חבר בקהילה גבוה דיו, הנורמה לא תיאכף, ואז גם חברים בקהילה יימנעו מלציית לאותה נורמה. שנית, הבעיה נעשית חמורה יותר ככל שהעלות הכרוכה באכיפה גדולה יותר ביחס לתועלת האישית מהאכיפה, שאז די בסיכוי קטן לכך שמפר הנורמה אינו חבר בקהילה לגרום לקריסת הנורמה. שלישי, אילו יכלו החברים בקהילה להבחין בין חברים לבין זרים מבקרים, אזי היה אפשר להמשיך

92 להוכחת השקילות ראו: Paul Milgrom, *An Axiomatic Characterization of Common Knowledge*, 49 *ECONOMETRICA* 219 (1981).

לאכוף את הנורמה על חברי הקהילה, שהיו ממשיכים לשמור עליה. מכל אלה עולה שרק הגבלת הכניסה למתחם המקרקעין המשותף וידיעה משותפת של כלל החברים בקהילה לגבי הגבלה זו יכולות לפתור בעיות מהסוג שתואר כאן.

לסיכום, הגבלת הכניסה למתחם המגורים חיונית לאכיפתם של כללי ההתנהגות במתחם – הן אלה שנקבעים בדרך מאורגנת והן אלה שנשמעים כנורמות חברתיות. כניסה פיזית של מי שאינו חבר בקהילה משליכה לא רק על אפשרויות האכיפה עליו, משום שהוא אינו כפוף לסנקציות החברתיות הנוהגות בקהילה, כי אם גם על יעילות האכיפה על החברים בקהילה, וכתוצאה מכך על נכונותם לקיים את נורמות ההתנהגות החברתיות והארגוניות.

2. הגבלות לגבי ההצטרפות לקהילת המגורים

קהילות המעוניינות לשמור על צביון ומאפיינים מובחנים ומוגדרים מגבילות את ההצטרפות אליהן.⁹³ הדרכים להגבלת ההצטרפות הן רבות ומגוונות:⁹⁴ החל בדרכים מפורשות להגבלת ההצטרפות, על-ידי הצבת תנאים מוקדמים (דוגמת מוצא, דת, מספר בני משפחה, גיל, רמת השכלה, עיסוק או רמת הכנסה); המשך בהגבלות משתמעות, באמצעות ועדות קבלה;⁹⁵ וכלה בדרכים מוסוות, באמצעות מיסים גבוהים הנגבים על החברות בקהילה, אשר מונעים הצטרפותם של מי שאינם יכולים לשאת במיסים אלה.⁹⁶ עם זאת, יש קהילות רבות שההצטרפות אליהן חופשית, ותלויה רק בהחלטתו של המצטרף. כאשר לקהילה יש מאפיינים מוגדרים, המתייחסים הן לקהילה והן לחבריה, באופן טבעי יצטרפו אליה רק מי שמעוניינים במאפיינים אלה.⁹⁷ כך, אף ללא הגבלות הצטרפות, תצליח הקהילה לשמור על צביונה ומאפייניה המיוחדים. לעומת זאת, כאשר

93 להצדקת הגבלות כניסה לקבוצה כדי לשמר את התשתית הנחוצה לשיתוף-פעולה ראו: Hanoch Dagan & Michael A. Heller, *The Liberal Commons*, 110 YALE L.J. 549, 577–581 (2001).

94 Lior Jacob Strahilevitz, *Exclusionary Amenities in Residential Communities*, 92 VA. L. REV. 437 (2006).

95 ראו לעניין זה עופר פטרסבורג "חוכמת הקבלה: איך להתקבל כדייר לבניין נחשק" *ynet* 24.2.2005 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3050044,00.html.

96 דרך נוספת היא בחירת משאבים משותפים המתאימים לרוכשים בעלי מאפיינים שאותם מעוניינים למשוך – לדוגמה, מגרשי גולף, אשר ככלל רק לבנים מוכנים לשלם בעבורם. ראו Strahilevitz, לעיל ה"ש 94, בעמ' 464–476.

97 Lior Jacob Strahilevitz, *Information Asymmetries and the Rights to Exclude*, 104 MICH. L. REV. 1835, 1850–1855 (2005–2006).

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

הקהילה חסרה צביון מאפיין, וכל מטרתה היא ניהול המקרקעין במשותף והסדרתו, סינון מתאפשר רק באמצעות הגבלות הצטרפות.

הגבלות ההצטרפות מותוות בדרך-כלל בשלב היזמי של פרויקט המגורים המשותף. יזמים רבים מזהים את היתרון השיווקי בקהילת מגורים שכללי הקבלה אליה מבטיחים הרכב הומוגני.⁹⁸ ההגבלה מיושמת על הרוכשים בשוק הראשוני, ונשמרת מאוחר יותר גם לשוק המשני במכירת הדירות ליד שנייה. להגבלות יש שתי השפעות אפשריות על מחיר המקרקעין. מחד גיסא, הן מצמצמות את הביקוש למקרקעין רק לאותם אנשים שעומדים באותן הגבלות. צמצום הביקוש עשוי להביא לידי הפחתת מחיר המקרקעין. אולם מאידך גיסא, ההגבלות מייצרות הומוגניות שיש לה ביקוש בשוק המקרקעין. ההגבלות מבטיחות שערך המקרקעין, הקשור באופן הדוק להרכב הקהילה, יישמר. זהו ההון הקהילתי,⁹⁹ אשר מעלה את מחיר המקרקעין.¹⁰⁰ מאחר שהביקוש למקרקעין עם ההגבלות בשלב היזמי עולה על ההיצע, ההגבלות מעלות את ערך המקרקעין.

הגבלות ההצטרפות בקהילות ייעודיות אינן נתקלות בדרך-כלל בביקורת. זאת, משום ההכרה באינטרס הלגיטימי של פרטים להיות חברים בקהילות בעלות מאפיינים ייחודיים, ומשום שריבוי הקהילות והשוני הרב ביניהן מאפשרים לרוב הפרטים בחברה למצוא קהילה המתאימה להם ולהצטרף אליה. לעומת זאת, הגבלות ההצטרפות לקהילות מגורים תועלתניות, יחד עם הגבלות הכניסה הפיזית למתחם המגורים, עוררו ביקורת רחבה על

98 דוגמה אחרונה לאסטרטגיה שיווקית כזו ניתנה בפרויקט שעתידי היה לקום בשטח השוק הסיטונאי בתל-אביב. שיווקו של הפרויקט הוגבל לעובדים בתחומי שוק ההון והיי-טק. לפירוט תנאי הקבלה שפרסמו יזמי הפרויקט ראו www.newcity.org.il/ContentPage.aspx?l=1&p=3.

99 הון קהילתי מתייחס בדרך-כלל למאפיינים של התארגנות חברתית – כגון אמון, נורמות ורשת קשרים אנושיים – המסייעים בשיפור יעילות התפקוד של חברה או של קבוצה מסוימת הודות ליצירת האפשרות לעשות פעולות מתואמות בין יחידיה. להגדרת המונח ראו: JAMES S. COLEMAN, FOUNDATIONS OF SOCIAL THEORY 300–321 (1990); להבי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 69–78.

100 אף לאחר הסרתן של הגבלות פורמליות ייתכן מצב שבו יקובע שיווי-משקל שבו מחיר הכניסה יהיה גבוה דיו להרתיע כניסה על-ידי מי שאינו רצוי לקהילה. המחיר ישקף את ערך ההומוגניות בקהילה, ולפיכך יהיה ביקוש מספיק כדי לשמור עליו. מצב זה, שבו ההצטרפות מוגבלת על-ידי המחיר הגבוה, דומה מבחינת הניתוח למצב שבו קיימות הגבלות הצטרפות פורמליות, אולם הוא אינו זהה לו, משום שהסינון על בסיס מחיר אינו יכול ליצור ידיעה משותפת של הנורמות הנוהגות במתחם המגורים. לסינון על בסיס מחיר ראו: Michael H. Schill, Ioan Voicu & Jonathan Miller, *The Condominium versus Cooperative Puzzle: An Empirical Analysis of Housing in New York City*, 36 J. LEGAL STUD. 275 (2007); לעיל ה"ש 94, Strahilevitz.

קהילות אלה, כפי שהוסבר במבוא. להלן אעמוד על הצדקות אפשריות להגבלות ההצטרפות, הנובעות מרצון להתמודד עם שלוש הבעיות במתחם המקרקעין: ההשפעות החיצוניות, שימוש-היתר והשקעת-החסר, וקבלת ההחלטות המשותפות.

הגבלות ההצטרפות משרתות שלוש מטרות עיקריות. המטרה האחת היא יצירת מסגרת של נורמות פורמליות שהמזטרף חייב לקבל עליו כתנאי להצטרפותו. אותן נורמות פורמליות שקיבל המזטרף עם הצטרפותו נמצאות בידיעתו. מאחר שתהליך הקבלה הינו "אירוע ציבורי", ידיעתן של הנורמות הללו נהפכת לידיעה משותפת בקרב חברי קהילת המגורים: כל חבר בקהילה יודע שגם כל החברים האחרים היו מחויבים לקבל אותן נורמות כתנאי להצטרפותם, שהם יודעים שכולם היו חייבים בכך, וכן הלאה. לכן הגבלות ההצטרפות מסייעות בהפיכתן של הנורמות הפורמליות הללו לאפקטיביות. הבעיה היא שבכך אין כדי לסייע באכיפתן של נורמות לא-פורמליות או באכיפתן של נורמות פורמליות שהתקבלו או השתנו לאחר הצטרפותו של כל חבר לקהילת המקרקעין. לגבי נורמות אלה אי-אפשר להניח בהכרח שהן ידועות לכל, ולפיכך ידיעתן על-ידי חברי הקהילה אינה בהכרח ידיעה משותפת.

המטרה השנייה בהגבלת ההצטרפות היא ליצור מסגרת קהילתית ברורה. ידיעה משותפת בדבר עצם קיומה של קהילה מסייעת, כשלעצמה, לקיומן של נורמות פורמליות ולא-פורמליות בקהילה ולאכיפתן היעילה. הדרישה להסכמה של הקהילה להצטרפותו של בעל הזכויות במקרקעין, או הדרישה שיעמוד בתנאים קבועים מראש, ממחישות לו את קיומה של הקהילה ואת התנאים לחברותו בה.¹⁰¹ חשיבותה של הגבלת ההצטרפות אינה טמונה בתנאים המוצבים בפני המבקש להצטרף, כי אם בעצם קיומו של "אירוע ציבורי", אשר קיימת לגביו ידיעה משותפת.¹⁰² קיומה של קהילה, על הנורמות המשותפות לחבריה, נשען על ידיעה משותפת של חברי הקהילה, ואירוע ההצטרפות הוא אחד האירועים היחידים בקהילת מגורים תועלתנית שקיימת לגביהם ידיעה משותפת. מרגע שקיימת ידיעה משותפת לגבי עצם קיומה של הקהילה, כל אחד מהחברים בה יודע כי עליו לאתר את הנורמות המקובלות בקהילה ולהתייחס אליהן. גם ידיעה זו היא ידיעה משותפת, והסיכוי שהיא תגיע את חברי הקהילה להתנהגות התואמת את הנורמות גבוה מאשר במצב שבו אין ידיעה משותפת כזו.

101 ראו: MICHAEL SUK-YOUNG CHWE, RATIONAL RITUAL: CULTURE, COORDINATION AND COMMON KNOWLEDGE 92 (2001).

102 ראו: Herbert H. Clark & Catherine R. Marshall, *Definite Reference and Mutual Knowledge*, in ARENAS OF LANGUAGE USE 9–59 (Herbert H. Clark ed., 1992).

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

לבסוף, מטרה שלישית בהגבלת ההצטרפות היא יצירת מסגרת הומוגנית של חברים בקהילה. מטרה זו היא שעומדת במרכז הביקורת נגד קהילות המקרקעין. ההנחה היא שהרכב הומוגני בקהילת המגורים מהווה מטרה בפני עצמה בעבור חברי הקהילה. הטענה היא שההפרדה והבידוד של אוכלוסיות מסוימות מתוך כלל החברה יוצרים פילוג חברתי ומגבילים את הסולידריות בחברה.¹⁰³ אולם ההומוגניות בין חברי הקהילה עשויה להוות גם אמצעי לפתרון חלק מהבעיות שתוארו לעיל. בפרט, הומוגניות בין חברי הקהילה מקטינה את החיכוכים על רקע השפעות חיצוניות בין בעלי הזכויות, מסייעת במניעה של שימוש-יתר או שימוש אסור במקרקעין המשותפים, ומקילה את פתרון של בעיות ההכרעה בנוגע למשאבים המשותפים – כל זאת באמצעות גיבושן של נורמות קהילתיות משותפות ואכיפתן.¹⁰⁴

הומוגניות מקטינה את הבעיות הללו משום שמשמעותה היא העדפות דומות.¹⁰⁵ כאשר העדפותיהם של בעלי המקרקעין דומות, כמות המחלוקת כאשר לשימוש במשאבים הפרטיים והמשותפים קטנה. ההומוגניות מגבילה את האפשרויות למידע פרטי בנוגע להעדפות, ולכן גם להתנהגות אסטרטגית במשא-ומתן ובקבלת החלטות. מאחר שההומוגניות מתבססת על סינון ותנאי קבלה הידועים לכל, נוצרת ידיעה משותפת לגבי עצם ההומוגניות. משכך, הידיעה הנגזרת לגבי קיומן של העדפות משותפות עולה אף היא לדרגת ידיעה משותפת, והדבר משרת את קיומן של הנורמות ואת אכיפתן, כפי שהוסבר לעיל.¹⁰⁶ כאשר חברי הקהילה דומים בהעדפותיהם, יתקשה אחד מהם לשכנע את האחרים שהעדפותיו שונות באופן מובהק (אם ינסה לעשות זאת כדי להגדיל את חלקו בעוגה הכוללת). גם כאן, כמקודם, ידיעה משותפת של ההעדפות היא שמגבילה את האפשרויות להתנהגות אסטרטגית במהלך משא-ומתן וקבלת החלטות משותפות.

103 Strahilevitz, לעיל ה"ש 94, בעמ' 447–448.

104 היה אפשר לשאול מדוע לא ייווצרו באופן טבעי קהילות שונות שהעדפות בכל אחת מהן משותפות לחברי הקהילה אך שונות בין הקהילות. זו לכאורה התוצאה כאשר מתאפשרת בחירה בין קהילות שונות. ראו: Charles M. Tiebout, *A Pure Theory of Local Expenditures*, 64 J. POL. ECON. 416 (1956). למעשה, תוצאה זו אינה אפשרית כאשר הבעיה אינה בחירה בין מוצרים ציבוריים ומוצרי מועדון שונים, אלא בעיה של פעולה משותפת בהספקתם של מוצרים אלה ובשמירה עליהם. נוסף על כך, ריבוי החלטות שחברי הקהילה צריכים לקבל וריבוי ההעדפות בכל אחת מאותן החלטות אינם מאפשרים יצירתן של קהילות שההטרוגניות ביניהן תאפשר הומוגניות מלאה בתוך כל אחת מהן. ראו Fennell, *Contracting Communities*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 857–860.

105 ראו Gillette, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1394–1397.

106 ראו לעיל תת-פרק 3ג.

אולם הומוגניות מבטיחה לא רק העדפות דומות, כי אם גם נורמות משותפות. ככל שההבדלים בין חברי הקהילה רבים יותר כן הסיכוי שיהיו נורמות שאינן מוסכמות עליהם גדל. הומוגניות, לעומת זאת, מבטיחה שסיכוי זה יקטן. אנשים שמשתייכים למעמד כלכלי דומה, שעוסקים בעיסוקים דומים ואשר באים מרקע חברתי דומה – יחזיקו בנורמות דומות רבות. אולם בכך אין די. אין די בכך שהרכבה של הקהילה יהיה הומוגני. צריך שתתקיים ידיעה משותפת של חברי הקהילה לגבי הומוגניות זו. רק אז ידעו המפר והאוכף שהנורמה המופרת אכן משותפת להם וכי פעולת האכיפה של האוכף על המפר הינה לגיטימית. סינון החברים בקהילת המגורים מבטיח, כאמור לעיל, שאכן תתקיים ידיעה משותפת בדבר ההומוגניות.

יש להדגיש שתי נקודות. ראשית, הגבלות הצטרפות לקהילה אינן מבטיחות ידיעה משותפת לגבי כל הנורמות בקהילת המגורים. הן השאיפה להומוגניות והן שיתוף מלא של הנורמות אינם יכולים להתקיים באופן מוחלט לאורך זמן.¹⁰⁷ כך, למשל, קהילה המורכבת בתחילת דרכה מזוגות צעירים, אשר העדפותיהם נגזרות ממצבם זה, תפתח עם הזמן לקהילה שחלקה מבוגרת יותר ושילדיה בוגרים. ההעדפות – אשר ייגזרו במקרה זה, בין היתר, מגיל החברים בקהילה – עתידות להיות הטרוגניות, בהנחה שחברים שונים בקהילה הצטרפו בשלבים שונים ושגיליהם אינם דומים.¹⁰⁸ הנחה זו סבירה, שכן קצב השינויים בשימוש במשאבים המשותפים עתיד להיות איטי מקצב ההתבגרות בקהילה. לכן, למשל, מגרשי-המשחקים לילדים יעמדו גם לאחר שילדי הקהילה יתבגרו. התוצאה היא שחלק מחברי הקהילה יעזבו בשלב זה למקומות המותאמים לגילם, בעוד שמי שייכנסו במקומם יהיו צעירים שמעוניינים במגרשי-המשחקים. אף שתנאי הקבלה יכולים להגביל כניסה כזו, המחיר שייאלצו החברים לשלם בעבור הגבלה כזו יהיה גבוה מכדי שיסכימו לה – מראש או בדיעבד. התוצאה תהיה שהקהילה תיעשה הטרוגנית בפרמטרים שאינם נשלטים על-ידי מנגנוני הקבלה והסינון.¹⁰⁹ לפיכך שאיפתם של חברי קהילת המגורים להומוגניות – כדרך להשגת מטרות שונות, ביניהן גם התמודדות עם הבעיות בניהול המקרקעין – אינה יכולה להתקיים לעד. קהילות מגורים שחבריהן מתגוררים בהן תקופה ממושכת (להבדיל

Fennell, *Contracting Communities*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 860–864; Fennell, *Revealing Options*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1457.

108 לתיעוד התפתחות כזו במתחם הקרוי Bonanza Village בלאס-וגאס ראו: Evan McKenzie, *Constructing the Pomerium in Las Vegas: A Case Study of Emerging Trends in American Gated Communities*, 20 HOUSING STUD. 187 (2005).

109 ראו: STEPHEN E. BARTON & CAROL J. SILVERMAN, COMMON INTEREST HOMEOWNERS' ASSOCIATIONS MANAGEMENT STUDY (Sacramento, California Department of Real Estate 1987), המצביעים על כמות גדולה של הפרות כללים בקהילה המגודרת.

הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת

מקהילות מגורים המיוחדות לאנשים מבוגרים בשלבי חייהם האחרונים) צריכות להתמודד עם השינויים בהרכב החברים בהן, במאפייניהם ובצורכיהם. השאלה כיצד קהילות המגורים יכולות להתמודד עם שינויים דינמיים אלה ראויה למחקר נוסף בעתיד. שנית, המטרה בסינון וביצירת הומוגניות בין החברים בקהילת המגורים אינה רק לייצר מסגרת נורמטיבית משותפת, אלא גם לוודא שהנורמות המשותפות אכן יהיו כאלה שמסייעות בפתרון הבעיות השונות במקרקעין. כשם שיש נורמות של שיתוף, התחשבות, משא-ומתן מתוך נורמות חלוקה מקובלות, גילוי מידע ותרומה לקהילה, כך יש גם נורמות הפוכות של חוסר התחשבות, משא-ומתן קשוח, הסתרת מידע, התנהגות אסטרטגית וחשיבה אינדיווידואליסטית (ולעיתים אף אגואיסטית). קהילה המעוניינת להתמודד עם הבעיות השונות בניהול המקרקעין צריכה לסנן נורמות מהסוג השני ולהותיר רק נורמות מהסוג הראשון. הומוגניות בקבלה לקהילה הינה תנאי הכרחי לסינון כזה, ליצירת מסגרת של נורמות חברתיות תומכות ולאכיפה אפקטיבית שלהן.

ה. סיכום

קהילות המגורים משמשות להשאת רווחתם של חבריהן. מאמר זה הצביע על הדרכים שבהן הקמתם של קהילה וארגון נדרשים כדי למלא את החלל שאינו יכול להתמלא באמצעות דרכי ההסדרה הרגילות של זכויות במקרקעין – בחוק ובהסכם. במרכז הניתוח במאמר עמדה הבנתם של המנגנון הארגוני והנורמות החברתיות, נוסף על החוק והחזוה, כמכשירים לפתרון בעיות של השפעות חיצוניות, פעולה משותפת וקבלת החלטות משותפות. חלקו האחרון של המאמר הצביע על כך שככל שקהילת המגורים נדרשת להסדיר את ההתנהגות במסגרתה באמצעות נורמות חברתיות, יש יתרון משמעותי בהומוגניות בין חברי הקהילה. הומוגניות זו ניתנת להשגה באמצעות מחסומי כניסה למתחם המקרקעין והגבלות הצטרפות לקהילה.

כפי שהובהר בפרק המבוא, מאמר זה אינו עוסק בהשפעותיה החיצוניות השליליות של קהילת המגורים המגודרת על החברה והסביבה שבקרבה היא שוכנת. מתכנן חברתי, מחוקק או רשות שופטת צריכים לשקול השפעות אלה אל מול יתרונותיה של קהילת המגורים המגודרת לחברים בה. תרומתו של מאמר זה היא בכך שהוא מצביע על יתרונות משמעותיים שהגבלות כניסה והצטרפות מקנות לבעלי המקרקעין, גם אם אלה אינם חפצים בהדרה ובבידול מיתר החברה כמטרות בפני עצמן. הבעיות הגלומות בשכנות ובשיתוף במקרקעין, כפי שהוצגו בפירוט במאמר, ומגבלותיהם של החוק והחזוה בפתרון בעיות אלה הן שמחייבות היזקקות לפתרונות ארגוניים וקהילתיים. פתרונות אלה, כך נטען, נשענים במידה רבה על ידיעה משותפת של הנורמות – הארגוניות והחברתיות –

אלון קלמנט

שעל־פיהן צריך לנהוג. ידיעה משותפת כזו נרכשת באמצעות הגבלות כניסה והצטרפות. כאמור, הגבלות אלה אינן בגדר תנאי הכרחי או מספיק ליעילותן של נורמות ארגוניות וחברתיות, אולם יש בהן בוודאי כדי להגביר יעילות זו. השאלה כיצד להכריע אם יתרונות אלה משמעותיים דיים להצדיק את השפעותיה החיצוניות השליליות של קהילת המגורים המגודרת נותרת למחקר עתידי.