

המהפכה החוקתית, הכלכלה הגלובלית וההגנה על רכוש הציבור

איל בנבנישתי* ואמנון מורג**

במאמר זה אנו מבקשים להתערב בדיון על-אודות "המהפכה החוקתית" של תשנ"ב והלגיטימיות הדמוקרטית של מוסד הביקורת השיפוטית באמצעות ניתוח כלכלי-פוליטי הרואה בחוקי-היסוד וביקורת השיפוטית מכשירים שנועדו, בין היתר, להתמודד עם כשל השוק הפוליטי המתבטא בהשפעתן העודפת של קבוצות-אינטרס על ההחלטות הפוליטיות. לטענתנו, גישה זו יכולה להאיר את הדיון בדבר הלגיטימיות הדמוקרטית של הביקורת השיפוטית בישראל, ולהציע הגנה חוקתית רחבה לציבור הרחב והמבוזר. במישור ההיסטורי-ההסברי, נציע שאפשר להבין את חוקי-היסוד של שנת תשנ"ב כחלק ממארג של דברי חקיקה שנועדו להבטיח יציבות כלכלית ואסדרתית לשם הגברת אמינותו של המשק הישראלי בעיני משקיעים זרים, אשר חששו מהשפעת-יתר של קבוצות-אינטרס מקומיות. במישור המוסדי אנו נטען כי הבנת תפקידה של הביקורת השיפוטית כמכשיר לצמצום השפעתן העודפת של קבוצות-אינטרס על ההליך הפוליטי מספקת הצדקה דמוקרטית למוסד הביקורת השיפוטית. במישור הנורמטיבי אנו מציעים במאמר להרחיב את ההגנה החוקתית על הציבור הרחב והמבוזר באמצעות המשגה של כוח הקנייה של הציבור הרחב כקניינו והבנת ההגנה החוקתית על הקניין כמגינה על זכות הגישה של ציבור הצרכנים לשוק של מוצרים ושירותים חופשי ממניפולציות של בעלי עניין. נתאר את הזכות הזו, ונדון באפשרות קיומה של ביקורת שיפוטית על חקיקה ואסדרה מנהלית, אשר תגן על כוח הקנייה של הפרט מפני פגיעה אינטרסנטית בו – פגיעה שאינה הכרחית להשגת מטרה ציבורית ראויה או שמידתה עולה על הנדרש. הכרה בזכות זו ובתפקיד הפיקוח השיפוטית תמצב את בית-המשפט במקום הראוי לו – מוסד המגן על רוב הציבור,

* מופקד הקתדרה על-שם יואל (Whewell), אוניברסיטת קיימברידג'; פרופסור אורח, האוניברסיטה העברית בירושלים.

** תלמיד לתואר מוסמך, אוניברסיטת תל-אביב.
תודה לדיויד גילה, לשרון חנס, לאלון הראל, לעמיחי כהן, לדורין לוסטיג ולגיימי סברן על הערות מועילות.

המוחלש מבחינה פוליטית, מפני עריצותן של קבוצות מיעוט כלכליות ואחרות.

הקדמה. א. המהפכה החוקתית בראי הכלכלה הפוליטית המקומית והגלובלית. ב. ההצדקה לביקורת שיפוטית לשם הגנה על רכוש הציבור מפני קבוצות-אינטרס מאורגנות. ג. סיכום: מהפכה חוקתית שמחכה עדיין למימושה.

הקדמה

כרבע מאה חלפה מאז נחקקו חוקי-היסוד של שנת תשנ"ב ולמן "המהפכה החוקתית" שבאה בעקבותיהם, והדיון בשאלת הלגיטימיות הדמוקרטית של הביקורת השיפוטית על החקיקה בישראל עודנו מתנהל במלוא העוצמה. בשיח המשפטי והפוליטי נשמעים קולות המציגים את הביקורת השיפוטית כמכשיר אנטי-דמוקרטי העומד במתח עם הכרעותיו הרוביות של העם,¹ ובמערכת הפוליטית מקודמות הצעות לצמצום סמכות הביקורת השיפוטית של בית-המשפט העליון.² בדיון זה משתלבים גם ההסברים ההיסטוריים הרלוונטיים שהוצעו לחקיקתם של חוקי-היסוד בתשנ"ב ולמהפכה החוקתית. הסברים אלה, המבוססים על ניתוח משפט וחברה, נוטים להציג את המהפכה החוקתית כמגלמת השתלטות של אליטה כלכלית או פוליטית-תרבותית נחלשת על מוקד כוח אנטי-רובי (counter-majoritarian), על-מנת להשליט את תפיסת-עולמה או לקדם את האינטרסים הכלכליים שלה באמצעות בית-המשפט, תוך עקיפת הכרעותיו הרוביות של העם.

במאמר זה אנו מבקשים להתערב בדיון על-אודות הלגיטימיות הדמוקרטית של מוסד הביקורת השיפוטית באמצעות ניתוח כלכלי-פוליטי הרואה בביקורת השיפוטית מכשיר שנועד, בין היתר, להתמודד עם כשל השוק הפוליטי המתבטא בהשפעתן העורפת של קבוצות-אינטרס על קבלת ההחלטות הפוליטיות ("כשל הגנת הרוב"³). לטענתנו, בהקשר החוקתי הישראלי גישה זו יכולה להאיר את הדיון בדבר הלגיטימיות הדמוקרטית של הביקורת השיפוטית הן במישור ההיסטורי-ההסברי והן במישור הנורמטיבי.

במישור ההיסטורי, המסגרת התיאורטית שאנו מציעים, יחד עם מיקום הסיפור החוקתי הישראלי בהקשר הגלובלי, עשויים להצביע על היתכנותו של הסבר היסטורי חלופי לחקיקת חוקי-היסוד בתשנ"ב. אנו נטען כי ניתן להבין את חוקי-היסוד הללו ואת המהפכה החוקתית שבאה בעקבותיהם כחלק ממגמה חקיקתית שנועדה להבטיח יציבות כלכלית ואסדרתית לשם הגברת אמינותו של המשק הישראלי בעיני משקיעים זרים. לפי הסבר זה, חוקי-היסוד מתשנ"ב

1 ראו, למשל, דניאל פרידמן הארנק והחרב – המהפכה המשפטית ושברה (2013).
 2 ראו עמיחי כהן פסקת ההתגברות – איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט 7 (2018).
 3 למאמר מוקדם המנתח את "כשל הגנת הרוב" ראו איל בנבנישתי "ביקורת שיפוטית וכשלי הדמוקרטיה: על פערי המידע והדרכים השיפוטיות לצמצום" עיוני משפט לב 277 (2010) (להלן: בנבנישתי "ביקורת שיפוטית וכשלי הדמוקרטיה").

השתלבו במאמץ לחסן את החקיקה ואת הפעלת סמכויות האסדרה מפני השפעתן הפוליטית של קבוצות-אינטרס מקומיות, שהייתה עלולה להרתיע משקיעים זרים. זאת, בתקופה שבה ביקשה הממשלה לקדם ביתר שאת את שילובו של המשק הישראלי בכלכלה הגלובלית, ובעת שבה כוחן הפוליטי של קבוצות-האינטרס המקומיות היה צפוי לגבור, בשל מגמת ההפרטה ובשל שינויים אחרים שחלו ביחסי-הגומלין שבין השוק הכלכלי לשוק הפוליטי בישראל.

במישור הנורמטיבי אנו נטען כי הבנת תפקידה של הביקורת השיפוטית כמכשיר לחיסון קבלת ההחלטות הפוליטית מהשפעתן העודפת של קבוצות-אינטרס מצומצמות מספקת הצדקה דמוקרטית למוסד הביקורת השיפוטית, אשר יכול לשמש להגנה על הציבור הרחב והמבוזר מפני אותן קבוצות-אינטרס. במאמר זה, ולאור הניתוח ההסברי, נתמקד בהגנה החוקתית על זכות הקניין. אנו מציעים במאמר זה להכיר בהגנה זו כיצירה של זכות חוקתית המגינה על זכות הגישה של הצרכנים לשוק של מוצרים ושירותים חופשי ממניפולציות של בעלי עניין. נתאר את הזכות הזו ונדון במשמעותה המשפטית, כלומר, באפשרות קיומה של ביקורת שיפוטית על חקיקה ואסדרה מנהלית, אשר תגן על כוח הקנייה של הפרט כקניינו הפרטי החוסה תחת ההגנה החוקתית על הקניין. הכרה בזכות זו ובתפקיד הפיקוח השיפוטית תמצב את בית-המשפט במקום הראוי לו – מוסד המגן על רוב הציבור, המוחלש מבחינה פוליטית, מפני עריצותן של קבוצות מיעוט כלכליות ואחרות.

הצעותינו מתבססות על ההנחות התיאורטיות שהמשפט החוקתי מתעצב לאור שינויים בכלכלה הפוליטית המקומית והגלובלית, וכן שהתמודדות עם כשלי שוק פוליטיים היא אחת מתכליותיה של ההסדרה החוקתית. במסגרת זו אנו מתמקדים בכשל השוק הפוליטי המבני המקנה לקבוצות-אינטרס מקומיות השפעה עודפת על קבלת ההחלטות הציבוריות, ובכך מאפשר להן להחצין עלויות על הציבור הרחב ולחסום תחרות מצד ספקי מוצרים ושירותים זרים. הספרות הענפה העוסקת בכשל זה במסגרת תיאוריית הבחירה הציבורית (public choice)⁴ שוללת את התפיסה המסורתית שלפיה החלטות ציבוריות הן תוצר של תהליך פוליטי המגיב על הכרעת הרוב ומשקף את האינטרס הציבורי הרחב. תחת זאת, תיאוריית הבחירה הציבורית רואה במחוקקים ובפקידים סוכנים רציונליים, אשר שיקולים מוסדיים ואישיים מנחים ומתמרצים אותם לשרת את העדפותיהן של קבוצות-אינטרס צרות המבקשות להשיג מדיניות ציבורית המיטיבה עימן על-חשבון האינטרסים של הציבור הרחב ואינטרסים פרטיים אחרים. כפי שהדגים הכלכלן מנסור אולסון (Olson), כוחן העודף של קבוצות-אינטרס במערכות פוליטיות נובע מיכולתן להתגבר על בעיית "הפעולה המשותפת" על-מנת להשקיע משאבים באופן מאורגן במאבק פוליטי, באיסוף מידע ובשדלנות מול מחוקקים ומאסדרים.⁵ בעיית "הפעולה המשותפת" מתעוררת כאשר קבוצה מבקשת לייצר טובין שיהיו נגישים לכל חבריה, כך שהתמריץ של כל פרט בקבוצה להשתתף ולהשקיע משאבים בפעולה המשותפת נמוך.

4 על תיאוריית הבחירה הציבורית ראו עמיחי כהן "הבחירה הציבורית – עקרונות ומחקר בישראל" **קריית המשפט** ז 115 (2008) (להלן: כהן "עקרונות ומחקר בישראל"); DANIEL A. FARBER & PHILIP P. FRICKEY, LAW AND PUBLIC CHOICE: A CRITICAL INTRODUCTION (1991).

5 MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS (1965).

טובין משותפים מעין אלה כוללים, בין היתר, השגת מדיניות ציבורית המיטיבה עם הקבוצה. בניגוד לציבור הרחב והמבוזר, קבוצות קטנות ובעלות אינטרס מובחן מסוגלות להתגבר על בעיה זו ביתר קלות, שכן לאינטרס המשותף יש ערך רב לגבי כל חבר, וקוטן הקבוצה מפחית את העלויות של הניטור והפעלת הסנקציות הפנימיות על חברים המבקשים ליהנות מפירות הפעולה מבלי לתרום לה ממשאביהם הפרטיים.⁶ כך, קבוצות-אינטרס צרות נהנות מיתרון המאפשר להן להשפיע באופן יעיל על מחוקקים ומאסדרים, באמצעות ניטור פעולותיהם ותגמולם על-ידי תמיכה בקלפי, מימון, הבטחה להעסקה בעתיד וכן השפעה על דעת-הקהל באמצעות התקשורת.

כאמור, בהתבסס על המסגרת התיאורטית שבמרכזה כשל השוק הפוליטי לעיל, אנו מבקשים להתערב בדיון על-אודות הלגיטימיות הדמוקרטית של מוסד הביקורת השיפוטית בישראל במישור ההיסטורי ובמישור הנורמטיבי. בחלק א של המאמר נציע כי הסבר היסטורי אפשרי לחקיקת חוקי-היסוד של שנת תשנ"ב עשוי להימצא בשינויים שחלו בכלכלה הפוליטית הישראלית והגלובלית, אשר דרשו את צמצום השפעתן הפוליטית של קבוצות-אינטרס מקומיות במטרה לשלב את המשק הישראלי בכלכלה הגלובלית. בחלק ב נטען כי הבנת הביקורת השיפוטית כמכשיר להתמודדות עם "כשל הגנת הרוב" מספקת הצדקה דמוקרטית למוסד זה. כן נציע מסגרת תיאורטית להמשגה של זכות חוקתית שעניינה הגנה על ערך הרכוש שבידי הציבור הרחב, ומכאן נציע הצדקה לביקורת שיפוטית שעשויה להגן על הציבור הרחב מפני החלטות ציבוריות אינטרסנטיות שפוגעות בהגנה החוקתית על הקניין.

א. המהפכה החוקתית בראי הכלכלה הפוליטית המקומית והגלובלית

הסברים רבים הוצעו לשאלה מדוע כוננו חוקי-היסוד של תשנ"ב דווקא אז, אחרי שנים רבות של נסיונות כושלים לכוון חוקי-יסוד שיגן על זכויות אדם בישראל. בסיפורים החוקתיים של מנחם מאוטנר ורן הירשל, המהפכה החוקתית נועדה לשמר את כוחה המעמדי של האליטה החילונית-האשכנזית הנחלשת, על-ידי עיגון מעמדה והשלטת תפיסתה הערכית באמצעות בית-המשפט העליון.⁷ חוקרים אחרים הדגישו את ההיבט המעמדי וטענו כי המהפכה החוקתית נועדה לקדם סדר-יום המיטיב עם המעמדות המבוססים באמצעות הגנה על זכויות פרט שליליות, כגון חופש העיסוק והקניין הפרטי, מפני התערבויות חלוקתיות של המחוקק.⁸

6 הראשון שהאיר תוכנה זו וגיבה אותה בניתוח אמפירי הוא ג'ורג' סטיגלר: George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL J. ECON. & MGMT. SCI. 3 (1971). סטיגלר הוכיח כי החקיקה במדינות ארצות-הברית השונות שהגבילה את הובלת המטענים במשאיות (לכאורה, משיקולים של בטיחות הנסיעה) הושפעה מאינטרסים של בעלי מסילות-הברזל, שביקשו להגביל את התחרות על שינוע מטענים.

7 מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 144 (2008); RAN HIRSCHL, *TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM* 50–65 (2004).

8 רות בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" **שנתון משפט העבודה** 27 (1994); אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו"

הסברים אלה בדבר הֶנְיָעוּת (המוטיווציות) לכינון חוקי־היסוד מצביעים על פגם בלגיטימיות הדמוקרטית של המהפכה החוקתית, שכן הם מתארים מחטף של ההליך הדמוקרטי על־ידי קבוצות מיעוט כוחניות שרוצות לקבע את שליטתן כמיעוט לשנים רבות על אפו וחמתו של הרוב, שאת שאיפותיו הן מבטלות בבוז. אולי לא בכדי הסברים אלה, שרווחו בציבוריות הישראלית, הוסיפו רוח למפרשיה של מהפכת־הנגד, שניזונה משנאת האליטות, שהייתה תמיד חומר הבעירה של הפופוליזם.

אולם שני ההסברים הללו אינם נקיים מקשיים. ראשית, לא היו אלה נציגי האליטה החילונית־האשכנזית שקידמו את כינון חוקי־היסוד, שכן אלה באו לעולם במרץ 1992, בשלהי ממשלת הליכוד בראשות יצחק שמיר ובתמיכת משרד המשפטים בהנהגתו של השר דן מרידור, גם הוא ממפלגת הליכוד – מפלגה שייצגה את החלופה לתנועת העבודה, שהייתה מזוהה עם הממסד החילונית־האשכנזי הישן.⁹ יתרה מזו, הייתה זו דווקא ממשלת רבין, בהובלת מפלגת העבודה, שביקשה לנגוס בחוקי־היסוד, בהוסיפה את פסקת ההתגברות לחוקי־יסוד: חופש העיסוק, ובהתחייבה בהסכם הקואליציוני להתגבר בחקיקה על כל שינוי בסטטוס־קוו בענייני דת ומדינה שייגרם כתוצאה מיישום חוקי־היסוד על־ידי בית־המשפט.¹⁰ בתקופה של התערבות חלוקתית הולכת ומצטמצמת, שבה הפרטה מגדילה את ההזדמנויות העסקיות ומעבירה עוד ועוד רכוש ציבורי לידיים פרטיות, לרבות מפעלי־ענק של הסתדרות העובדים הכללית, לעיתים כמעט בנזיד עדשים, מצבם של המעמדות המבוססים בישראל מעולם לא היה טוב יותר.

דבר נוסף שמאפיין את ההסברים הללו הוא העובדה שהם יוצאים מנקודת־הנחה שהסיפור החוקתי הישראלי הוא סיפור פנימי, מכיוון שהמערכת הפוליטית בישראל מושפעת מגורמים פנימיים בלבד. לכן, לפי הנחה זו, גם המערכת החוקתית שתפקידה להסדיר את השוק הכלכלי ואת כללי המשחק הפוליטי מגיבה – כפי שהיא צריכה לעשות – על השפעתם של גורמים פנימיים בלבד. אולם, בהמשך לכתיבתם של יוסף ויילר ודורין לוסטיג,¹¹ אם נמקם את המהפכה החוקתית בישראל בהקשר הגלובלי של ראשית שנות התשעים, נוכל לראות בה חלק ממגמה חוצת מדינות של אימוץ מודל חוקתי הכולל מוסד של ביקורת שיפוטית, אשר התעצמה לאחר נפילת חומת ברלין, בשנת 1989, ונתנה את אותותיה במדינות הגוש הסובייטי לשעבר, במזרח אירופה, במזרח אסיה ובדרום־אפריקה. כאשר יוצאים מד' אמותיה של שיטת המשפט הישראלית, ניתן לאתר ולנתח השפעות־רוחב העשויות לספק הסבר חיצוני למהפכה החוקתית בישראל. כך, למשל, ויילר ולוסטיג מבקשים להתבונן על ההיסטוריה החוקתית של ישראל על

9 **עיוני משפט** כא 405 (1998); גיא מונדלק "זכויות חברתיות־כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" **שנתון משפט העבודה** ז 65 (1999); דני גוטוויין "מהפכה חוקתית" להפיכת נגד': ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי" **מעשי משפט** א (2008); יובל אלבשן "ההדרה והשתקתה – על הזכויות החברתיות בחוקה הישראלית הנרקמת" **חברה וכלכלה בישראל** א 365 (2005).

10 יהודית קרפ "חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א 323 (1993).

11 בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב־ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758 (1995).

12 יוסף ויילר ודורין לוסטיג "מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** לח 419 (2016).

רקע תהליכים חוקתיים אחרים בעולם, ומפנים את תשומת-הלב לאפיקי השפעה אפשריים של הלכי-הרוח הרעיוניים שאפיינו את תהליכי החוקתיזציה הבין-לאומיים על הדיון החוקתי בישראל.

במאמר זה אנו מציעים הסבר נוסף, הבוחן את המהפכה החוקתית הן מנקודת-המבט הפנימית והן מזו החיצונית. זהו הסבר שמחבר בין חוקי-היסוד של שנת תשנ"ב לבין השינויים הדרמטיים שהתרחשו במפה הכלכלית הפוליטית בישראל בשלהי שנות השמונים ובראשית שנות התשעים, שעיקרם הפרטה, פתיחת המשק הישראלי למשקיעים זרים ולתחרות גלובלית, והתרחבות אפשרויות ההשפעה הפוליטית של קבוצות-לחץ כלכליות. לטענתנו, ייתכן שגורם משמעותי לחקיקת-היסוד היה ניסיון לקדם באמצעותה את השתלבות ישראל בכלכלה הגלובלית על-ידי הבטחת סביבה אמינה ואטרקטיבית בעיני משקיעים זרים. לפי הסבר אפשרי זה, חוקי-היסוד והמהפכה החוקתית שבאה בעקבותיהם נועדו להבטיח יציבות אסדרתית והגנה על זכויות הקניין, על-מנת לחסן את החקיקה ואת האסדרה המנהלית מפני השפעתן הפוליטית של קבוצות-אינטרס מקומיות, אשר הרתיעה משקיעים זרים, ואשר הייתה צפויה לגבור באותה עת בשל תהליכי ההפרטה ובשל שינויים אחרים שחלו ביחסי-הגומלין שבין השוק הכלכלי לשוק הפוליטי בישראל.

חוקי-היסוד של תשנ"ב הופיעו בשיאו של שינוי מתמשך במבנה המשק הישראלי, שהחל בסוף שנות השבעים והתעצם במחצית השנייה של שנות השמונים, ובמרכזו מעבר ממשק ריכוזי המנוהל על-ידי הממשלה וההסתדרות למשק תחרותי ופתוח החשוף לשוק הגלובלי.¹² באותה תקופה ניצבה מדינת-ישראל בפני עידן כלכלי שעיקרו גלובליזציה: הפחתה מהירה של מגבלות בנוגע למעבר של סחורות, שירותים, הון ואנשים בין מדינות. שינויים אלה, שהואצו על רקע "התוכנית לייצוב המשק" של שנת 1985, כללו הפרטה נרחבת של חברות ממשלתיות, ליברליזציה של שוק מטבע החוץ, חיזוק וביצור עצמאותו של בנק ישראל, והרחבת החשיפה של המשק הישראלי לשוק הגלובלי על-ידי חתימה על הסכם הסחר עם ארצות-הברית בשנת 1985 והשקת "תוכנית החשיפה" של שנת 1991, אשר ביקשה להפחית מכסים ולבטל מגבלות מנהליות שהוטלו על ייבוא מוצרי תעשייה וחקלאות ממדינות שאיתן אין לישראל הסכמי סחר.¹³ אם כן, ניכר כי בתקופה זו ראו קובעי המדיניות את היתרונות הטמונים בהשתלבות ישראלית בכלכלה העולמית ובמגמת הגלובליזציה. הם ביקשו לשלב את המדינה בשוק הגלובלי הרווח של אותה תקופה אופורית של תום המלחמה הקרה והשקעות-הענק של משקיעים פרטיים ממדינות המערב בשווקים המתעוררים ברחבי העולם. המעבר למשק תחרותי ופתוח יצר הכרח להבטיח סביבה אטרקטיבית להשקעות זרות, על-מנת להתחרות בהצלחה על הון זר בתקופה שהתאפיינה בניידות גוברת של הון בשוק הגלובלי

12 Avi Simhon, *A Short Economic History of Israel*, HANDBOOK OF ISRAEL: MAJOR DEBATES 378, 383–384 (Eliezer Ben-Rafael, Julius H. Schoeps, Yitzhak Sternberg & Olaf Glöckner eds., 2016).

13 שי פרמינגר "קידום המשק הישראלי לקראת סחר חופשי: תוכנית החשיפה של הממשלה ליבוא מוצרי תעשייה ממדינות שלישיות" המשפט ב' 137 (1994).

ובגידול בהשקעות הזרות במדינות העולם השלישי.¹⁴ לצורך כך נדרשה ישראל – כפי שנדרשו באותה עת מדינות רבות אחרות שביקשו למשוך אליהן משקיעים זרים – לצמצם את "הסיכון הפוליטי" הכרוך בהשקעה במשק שלה עקב האפשרות שלחצים פוליטיים מקומיים יובילו בעתיד לשינוי באסדרה או לפגיעה בזכויות קניין, אשר יפגעו בתורם בצורה משמעותית ברווחים הצפויים מההשקעה. לנוכח סיכון זה יצפה המשקיע הזר לתשואה גבוהה יותר בעבור השקעתו, המגלמת פרמיית סיכון פוליטי, או יימנע מהשקעה.

מידת "הסיכון הפוליטי" הנצפית על-ידי המשקיע הזר מושפעת מגורמים שונים. העיקרי מביניהם הוא היציבות הפוליטית והכלכלית, שמשליכה על היציבות החוקית והאסדרתית. גורם משפיע משמעותי נוסף על היציבות החוקית והאסדרתית הוא כוחן הפוליטי של קבוצות-אינטרס מקומיות. ככל שהמערכת הפוליטית המקומית מעניקה כוח רב יותר לקבוצות-אינטרס מקומיות לעצב החלטות ציבוריות המיטיבות עם האינטרסים הצרים שלהן, "הסיכון הפוליטי" מבחינת המשקיע הזר גדל. משקיעים ותאגידים זרים עשויים ליהנות מיתרון על שחקנים מקומיים באפשרויות הגישה להון, אך הם לוקים בנחיתות ביחס לקבוצות מקומיות בגישה לידע מקומי, בקשרים וביכולת ההתארגנות בזירה המקומית, המקנים השפעה עודפת על עיצוב ההתערבות הממשלתית.¹⁵ לא לחינם נטען כי אחד המניעים מאחורי נטייתם של תאגידים רב-לאומיים ליצור שותפויות עם חברות מקומיות הוא השאיפה להפיק תועלת מכוחן של האחרונות בשוק הפוליטי המקומי, על-מנת לצמצם את הסיכון הפוליטי להתערבות ממשלתית מזיקה.¹⁶ הסיכון הפוליטי של משקיעים זרים ותאגידים רב-לאומיים מושפע גם מבעיית עקיבותם של תמריצי הממשלה על-פני זמן. השפעתם של שחקנים זרים על הממשלה המקומית גבוהה יותר לפני ההשקעה, כאשר לממשלה יש תמריץ חזק למשוך הון זר. אולם לאחר ההשקעה, כאשר ההון כבר שקוע בכלכלה המקומית, יש לממשלה תמריץ חזק להפנות חלק מההחזרים על ההשקעה לקבוצות-אינטרס מקומיות.¹⁷ לבסוף, השפעה פוליטית עודפת של קבוצות-אינטרס מקומיות עשויה להגביר את הסיכון הפוליטי של משקיעים זרים מפני שהיא עלולה לפגוע בשקיפות של תהליך קבלת ההחלטות. שקיפות מקטינה את הסיכון הפוליטי של משקיעים זרים, שכן היא מאפשרת להם לצפות שינויי מדיניות ומצמצמת את פערי המידע בינם לבין השחקנים המקומיים לגבי תהליך קבלת ההחלטות.¹⁸

14 THE GLOBAL ECONOMY IN THE 1990S: A LONG-RUN PERSPECTIVE 21–22 (Paul W. Rhode & Gianni Toniolo, 2006).

15 Nathan Jensen, *Political Risk, Democratic Institutions, and Foreign Direct Investment*, 70 J. POL. 1040, 1042 (2008); THOMAS A. POYNTER, MULTINATIONAL ENTERPRISES AND GOVERNMENT INTERVENTION 29–30 (1985).

16 ראו, למשל, WITOLD J. HENISZ, POLITICS AND INTERNATIONAL INVESTMENT (2002).
17 ראו RAYMOND VERNON, STORM OVER THE MULTINATIONALS: THE REAL ISSUES 150–151 (1977); Nathan Fagre & Louis T. Wells, Jr., *Bargaining Power of Multinationals and Host Governments*, 13 J. INT. BUS. STUD. 9 (1982); Witold J. Henisz & Bennet A. Zelner, *Legitimacy, Interest Group Pressures, and Change in Emergent Institutions: The Case of Foreign Investors and Host Country Governments*, 30 ACAD. MGMT. REV. 361 (2005).

18 James R. Hollyer, B. Peter Rosendorff & James Raymond Vreeland, *Democracy and Transparency*, 73 J. POL. 1191 (2011).

אולם, ממש באותה עת שבה נדרשה הממשלה לצמצם את הסיכון הפוליטי על-מנת למשוך השקעות זרות, הסיכון הפוליטי הגלום בהשפעתן העודפת של קבוצות-אינטרס בישראל היה צפוי דווקא לגבור, בשל התמורות שחלו ביחסי-הגומלין בין השוק הכלכלי לשוק הפוליטי בישראל, אשר הרחיבו את אפשרויות ההשפעה הפוליטית של קבוצות-אינטרס מקומיות. ראשית, ההפרטה ופתיחת המשק הישראלי למשקיעים זרים ולתחרות גלובלית שינו את תפקידן של הרשויות הפוליטיות. ההפרטה יצרה צורך גובר באסדרה, שנועדה להחליף את שיקול-הדעת של המונופול הממשלתי או של הגוף המנהלי מספק השירותים. הנה כי כן, גם בשוק שמבוסס על בעלות פרטית, ולא על שיקול-דעת מנהלי, הממשלה ובמיוחד הכנסת נותרים שחקנים כלכליים חשובים, שהרי החקיקה מעצבת זכויות קניין ומסדירה את פעילות השחקנים במשק. על-כן נוצר כעת חשש חדש מבחינה דמוקרטית ומבחינת יציבותן של זכויות הקניין: עכשיו יכלו חברי הכנסת לעצב, באמצעות חקיקה, אסדרה המעבירה עושר מקבוצת-אינטרס אחת לאחרת (למשל, מתעשיינים מקומיים ליבואנים או להפך), מהציבור הרחב לקבוצת-אינטרס כזו או אחרת (למשל, לקרטלים חקלאיים למיניהם, כגון מועצת הלול או מועצת החלב) או מבעל אינטרס שזוהרו הועם (דוגמת משקיע זר שכבר השקיע את מירב הונו בארץ – למשל, בהקמת מפעל או בגילוי ובהפקה של משאב-טבע) לציבור הרחב או לקבוצת-אינטרס אחרות.¹⁹ שנית, השפעתן הפוטנציאלית של קבוצות-האינטרס על חברי הכנסת גברה באותה תקופה, לאחר שמפלגת העבודה בישרה על שינוי באופן העיצוב של רשימות מועמדי המפלגות לכנסת. ראשי המפלגות, שעברו לשיטת הבחירות המקדימות (הפריימריז), איבדו הרבה מכוחם לשלוט בחברי הכנסת, שכן הללו כבר לא היו צריכים לציית לדרישותיה של ההנהגה המפלגתית כדי להיכלל במקום מובטח ברשימה של המפלגה בבחירות לכנסת הבאה. לצד זאת, המעבר לשיטת הבחירות המקדימות הגביר את תלותם של חברי הכנסת בתמיכתן של קבוצות-האינטרס בגיוס משאבים ובהתפקדותן המאורגנת להצבעה בבחירות המקדימות.²⁰

לטענתנו, ההכרח להבטיח את אמינותו של השוק הישראלי בעיני משקיעים זרים, על-מנת לשלבו בכלכלה הגלובלית החדשה, והחשש מפני התגברות כוחן של קבוצות-האינטרס המקומיות הם ההקשר הכלכלי-פוליטי שדרכו אפשר להסביר את חקיקת חוקי-היסוד בשנת תשנ"ב. הכלכלה הפוליטית של אותה עת יצרה תמריץ לממשלה לחסן את האסדרה ואת זכויות הקניין מפני השפעתן של קבוצות-לחץ על קבלת ההחלטות הפוליטיות, במטרה להבטיח סביבה פוליטית-כלכלית יציבה, אמינה ואטרקטיבית בעיני משקיעים זרים. השימוש במוסד הביקורת השיפוטית נועד, במסגרת זו, לספק התחייבות אמינה לכיבוד זכויות קניין ולשמירה על יציבות אסדרתית גם במציאות של לחצים פוליטיים אינטרסנטיים ושינויים בתמריצי ההתערבות של רשויות השלטון על-פני זמן. כשם שחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (הנקרא כיום "חוק התחרות הכלכלית"), נועד להבטיח את יעילותו של השוק העסקי, וכשם שננקטו צעדים לשחרר את המערכת מחסמים אחרים שהגבילו את התחרות החופשית, כך

19 על השוק הפוליטי המעצב זכויות קניין ראו Eyal Benvenisti, *Sovereignty and the Politics of Property*, 18 THEORETICAL INQ. L. 447 (2017).

20 איל בנבנישתי ומיכל גינוסר-נוי "הבחירות המקדימות במפלגות לקראת הבחירות לכנסת והשפעתן על הדמוקרטיה בישראל" משפט וממשל ז' 207 (2004).

ההגנה החוקתית על זכות הקניין תרמה להבטחת יעילותו של השוק הפוליטי, בהעניקה כלים – ובראשם ביקורת שיפוטית על חקיקה – שיצמצמו את יכולתה של קבוצת אינטרס זו או אחרת לקדם את טובתה באמצעות חקיקה ולפגוע בכך באינטרס הכללי או באינטרס הפרטי של שחקנים זרים. הצורך לשלב את המשק הישראלי בכלכלה הגלובלית חייב את בית-המחוקקים לקבוע כללי משחק שיצמצמו את אפשרויות המחטף לרעת בעלי הקניין הזרים.

חוקי-היסוד התאימו אפוא למשימה, בהגבירם את הפיקוח השיפוטי על ההחלטות של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. הביקורת השיפוטית על החקיקה יכולה להבטיח שכל חוק שיפגע או יאפשר פגיעה בזכויות קניין או יגביל הזדמנויות עסקיות יהא כפוף לביקורתה של הרשות השופטת, שהיא הרשות השלטונית המושפעת במידה הפחותה ביותר מלחציהן של קבוצות-אינטרס.²¹ כמו-כן, על-ידי יצירת מידע נגיש לציבור, בית-המשפט יכול להקטין את כוחן של קבוצות-אינטרס, שהשפעתן גוברת בסביבה שאינה שקופה,²² וכך גם לצמצם את פערי הכוח הפוליטי בין שחקנים זרים לשחקנים מקומיים.

הסבר אפשרי זה למהפכה החוקתית תואם את הניתוח הקיים בספרות הבין-לאומית בנוגע ל-"New Constitutionalism", כפי שתואר על-ידי חוקר מדע המדינה סטיבן גיל (Gill).²³ גיל מתאר את הרוויזיה החוקתית של שנות התשעים כתגובה של מדינות על תהליכי הגלובליזציה הכלכלית הניאו-ליברלית. לפי גיל, לנוכח הניידות הגוברת של הון ברמה הגלובלית, ובהשפעת מוסדות בין-לאומיים דוגמת הבנק העולמי, ניצבו מדינות בפני הכרח להבטיח רמה גבוהה של יציבות אסדרתית ומוניטרית, על-מנת לחזק ולשמר את אמינותן בעיני משקיעים זרים ומקומיים, וכך למשוך אותם לפעולה בשוק המקומי.²⁴ במסגרת זאת פעלו מדינות שונות לחסן את קבלת ההחלטות המקרו-כלכליות והאסדרתיות מהשפעת הפוליטיקה, ולהבטיח הגנה אמינה על זכויות הקניין הפרטי. הדבר נעשה, לפי גיל, על-ידי חיזוק עצמאותם של הבנקים המרכזיים והפקידות הטכנוקרטית בקביעה וביישום של מדיניות מוניטרית, פסקלית ואסדרתית; הגנה חוקתית ושיפוטית על זכויות פרט, על-מנת למנוע התערבות פוליטית בזכויות הקניין ובאפשרויות הכניסה והיציאה של משקיעים; וכינון מוסדות ה"נועלים" מדיניות כלכלית ליברלית על-ידי הגדלת המחיר של שינוי המדיניות – מערכות משפט עצמאיות בעלות סמכות ביקורת שיפוטית על פעולותיהן של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת, הפרדת רשויות והיקשרות בהסכמים בין-לאומיים.²⁵

21 כפי שציין ריצ'רד פוזנר, שופטים מחוסנים יותר מלחצים אינטרסנטיים, שכן הם נהנים מקביעות וממשכורת מקובעת, וכפופים לכללים פרוצדורליים המגבילים את המגע שלהם עם קבוצות-אינטרס. ראו (Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 501 (9th ed. 2014)).

22 בנבשתי "ביקורת שיפוטית וכשלי הדמוקרטיה", לעיל ה"ש 3.

23 Stephen Gill, *Globalization, Market Civilization, and Disciplinary Neoliberalism*, 24 *MILLENNIUM* 399, 412 (1995); Stephen Gill, *New Constitutionalism, Democratization and Global Political Economy*, 10 *PACIFICA REV.: PEACE, SECURITY & GLOBAL CHANGE* 23 (1998).

24 שם, בעמ' 35.

25 שם, בעמ' 34–37.

כמו-כן, החוקר דיוויד לאו (Law) הצביע על מתאם חיובי בין מדדים הבוחנים את רמת הגלובליזציה של מדינות לבין מדדים הבוחנים את רמת ההגנה על זכויות קניין ועל זכויות הפרט בכלל,²⁶ והציע כי תהליכי הגלובליזציה הכלכלית והניידות הגוברת של הון בשוק הגלובלי עשויים לתמרץ מדינות למשוך אליהן משקיעים זרים באמצעות התחייבויות אמינות להגנה חוקתית על זכויות הפרט, ובמיוחד על זכויות הקניין.²⁷ הסברים אלה תואמים גם את התיאוריה שהציע החוקר ברי וינגסט (Weingast), שטען כי על-מנת להבטיח שוק חופשי משגשג, על מדינות להיות מסוגלות להתחייב באופן מהימן להימנע מהפקעות עושר ומשינויים קיצוניים במדיניות הכלכלית לצרכים פוליטיים, על-מנת לצמצם את הסיכון הפוליטי הנחוזה על-ידי שחקנים כלכליים פרטיים. לפי וינגסט, לשם כך נדרשים מוסדות חוקתיים המחייבים את המדינה לכבד זכויות כלכליות ופוליטיות.²⁸

הסברים אלה מעבירים למישור הגלובלי את הדיון החוקתי הפנימי לגבי ההגנה החוקתית על הקניין הפרטי. הספרות שעסקה בנושא הדגישה את חשיבות ההגנה על הקניין הפרטי מפני הפוליטיקה המקומית, שבמסגרתה הרוב יכול לשלול מהמיעוט את קניינו באמצעות חקיקה ופעולות מנהל. אולם לנוכח ההבחנות של תיאוריית הבחירה הציבורית אפשר לטעון כי הסיכון הפוליטי המרתיע משקיעים זרים נובע לא רק מהפוליטיקה המקומית הפופולרית, אלא גם – ואולי בעיקר – מהפוליטיקה המקומית של קבוצות-האינטרס. את הסיכון הזה מדינות מבקשות לצמצם באמצעות ביקורת שיפוטית, המספקת התחייבויות מהימנות להגנה על קניין ולשמירה על יציבות אסדרתית.

את חוקי-היסוד של שנת 1992 ניתן לראות, אם כן, כחלק ממארג חקיקה ופעולות מנהל שקידמו את הפיכת המשק הישראלי לפתוח ולתחרותי. מארג זה כלל את "תוכנית החשיפה" של 1991; חקיקה לאסדרת התחרות העסקית, דוגמת חוק ההגבלים העסקיים, שנחקק מחדש בשנת 1988 ואשר הבטיח לראשונה רשות הגבלים (כיום רשות תחרות) עצמאית ובעלת סמכויות נרחבות, וכן חוק היטלי סחר ואמצעי הגנה, התשנ"א–1991, וחוק חובת המכרזים, התשנ"ב–1992; ניסיון להתמודד עם גופי אסדרה קיימים שחסמו תחרות, כגון מכון התקנים, שנשלט על-ידי יצרנים מקומיים ואשר תקניו היוו חסמים לייבוא;²⁹ חתימה על שורה ארוכה של אמנות, החל בשנת 1991, להבטחת השקעות של משקיעים זרים;³⁰ חתימת הסכמי סחר חופשי עם האיחוד האירופי, ארצות-הברית ומדינות נוספות; היענות לדרישות הגוברות של

David S. Law, *Globalization and the Future of Constitutional Rights*, 102 Nw. U. L. Rev. 1277, 1306 (2008).

שם, בעמ' 1308.

Barry R. Weingast, *Constitutions as Governance Structures: The Political Foundations of Secure Markets*, 149 J. INST. & THEORETICAL ECON. 286, 287–288 (1993).

עמיחי כהן "הבחירה הציבורית ופרשנות תכליתית" **משפט וממשל** יא 317 (2007).

ראו באתר של אגף הכלכלן הראשי במשרד האוצר: www.gov.il/he/departments/topics/subject-international-relations.

ארגון הסחר הבינ-לאומי;³¹ וכל זאת בהמשך למאמץ משנת 1985 להבטחת עצמאותם של גורמי אסדרה חיוניים למשק, כגון בנק ישראל, והגברת האחריות התקציבית של הממשלה.³² לצד זאת נדמה כי ניתן למצוא בסיס למודעותם של קובעי המדיניות, בעת חקיקת חוקי-היסוד, ל"כשל הגנת הרוב", המאפשר חקיקה אינטרסנטית. כשל זה התחדד ממש בימי חקיקתם של חוקי-היסוד, שהתרחשה במקביל – ולמעשה בצילה – של חקיקת חוק אחר – אותו "חוק גל"³³ שהיה לימים מושאו של פסק-הדין **בנק המזרחי**.³⁴ "חוק גל" היטיב עם חקלאים שנקלעו לחובות. באמצעות נציגם בכנסת גדליה גל, שהחוק קרוי על שמו, הם הצליחו לחייב את הבנקים לספוג חלק גדול יותר של חובות החקלאים, מעבר להפסד שהבנקים היו מוכנים להסכים לו. במילים אחרות, הייתה זו חקיקה שהעבירה עושר מקבוצת-אינטרס אחת לאחרת (ובעקיפין פגעה גם בבעלי המניות הרבים של הבנקים הנושים ובציבור הרחב, שכן למן משבר הבנקים הייתה המדינה הבעלים של רוב הבנקים). "חוק גל", שנחקק יום לאחר חוק-יסוד: חופש העיסוק וכשבועיים לפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא דוגמה קלסית להתממשותה של תיאוריית הבחירה הציבורית: חוק אינטרסנטי, שהעניק לחקלאים הרבה מעבר להסכם שאליו הגיעו נציגיהם עם הבנקים ערב החוק. גם הליך החקיקה העיד על השבי היעיל של חברי הכנסת בידי נציגי החקלאים. 58 חברי כנסת הצטרפו לגל כחותרים על הצעת החוק שלו. שורה ארוכה של הסתייגויות לחוק מטעם שר האוצר ושר המשפטים (שנוהרו מלהופיע הם עצמם בכנסת ולטעון נגד החוק) נדחו כולן ברוב גדול, כמעט בלי דיון (החוק התקבל ברוב של 41 נגד 5).³⁵ לעומת זאת, מספר קטן בהרבה של חברי כנסת אחרים תמכו בחוקי-היסוד הרזים. ח"כ אמנון רובינשטיין מתאר כיצד הפציר בחברי הכנסת מטעם מפלגת העבודה שישארו להצבעה על הקריאות השנייה והשלישית לחוק-היסוד, אך לשווא – ראשם של רבים היה נתון במערכת הבחירות, אשר ממש באותם ימים הייתה בשיאה.³⁶ אין ספק שחברי הכנסת – אשר רבים מהם התמודדו לראשונה בבחירות מקדימות פתוחות, שדרשו מהם לגייס משאבים באופן אישי – הבינו בחושיהם הפוליטיים המחודדים את מהותם של יחסי-הגומלין החדשים בין השוק העסקי לפוליטי.

לא היה כמו חקיקת "חוק גל" להוכיח את אובדן השליטה של הקואליציה בחברי הכנסת שלה ואת הצורך להגביל את חופש הפעולה של כנסת שחבריה זונחים את טובת הכלל כדי לקדם אינטרסים כיתתיים. לא היה כמו הדרמה של "חוק גל" להמחיש את הצורך בצמצום השפעתן של קבוצות-אינטרס מקומיות על הליך החקיקה בכנסת. אולי אין זה מקרי שהיחזמה לעגן את ההגנה על זכות הקניין נוספה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו דווקא ביוזמתו של

31 אריה רייך "ההיסטוריה של השתתפות מדינת ישראל בגאט"ט ובארגון הסחר העולמי" ארגון הסחר העולמי וישראל – משפט, כלכלה ופוליטיקה 53 (אריה רייך עורך, התשס"ו).

32 חוק בנק ישראל (תיקון מס' 15), התשמ"ה–1985, ס"ח 201; חוק יסודות התקציב, התשמ"ה–1985.

33 חוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, התשנ"ב–1992.

34 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).

35 ד"כ כב 3460–3462 (התשנ"ב).

36 אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם" **משפט וממשל** ה 339 (1999).

יושב־ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט חבר הכנסת אוריאל לין, שהיה לימים נשיא איגוד לשכות המסחר, והצעתו נתמכה על־ידי עו"ד משה שחל, נציג מובהק של השוק הפרטי.³⁷ העברת העושר מהציבור לחקלאים – שדולה מקומית מובהקת – הדגישה את חשיבותה של ההגנה החוקתית על הקניין כאמצעי ליצירת סביבה כלכלית־פוליטית אמינה למשיכת משקיעים זרים. עם זאת, נציין כי בשל קוצר היריעה איננו מבקשים לבסס במאמר זה באופן מקיף את ההסבר ההיסטורי החלופי שאנו מציעים למהפכה החוקתית, ובתוך כך להצביע על סוכני המהפכה ועל השפעת השיקולים הכלכליים־הפוליטיים שהצגנו על מניעיהם. בוודאי איננו מתימרים לטעון כי זו הייתה מאז ומתמיד מטרתם של הגורמים שניסו לאורך הדרך לקדם את חוקי־היסוד. תחת זאת אנו טוענים כי לנוכח התמורות בכלכלה הפוליטית הישראלית והגלובלית של אותה תקופה, ולנוכח המטרה השלטונית הנגלית של שילוב המשק הישראלי בכלכלה הגלובלית, היה זה הגיוני מבחינת קובעי המדיניות לפעול בדיוק כפי שפעלו. נוסף על כך אנו סבורים כי המתווה שהצענו משכנע דיו להצדיק בדיקה מקיפה ומעמיקה של הסבר היסטורי זה, לרבות מחקר ארכיוני וראיונות עם קובעי מדיניות.

כיצד ההסבר שהצענו זה עתה להופעת המהפכה החוקתית עשוי להאיר את הדיון בדבר הלגיטימיות הדמוקרטית של ההגנה החוקתית על קניין ובדבר ההצדקה הכללית לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית בישראל? ובכן, בניגוד להסברים המקומיים שהוצעו למהפכה החוקתית, הרואים בה תפיסה של מוקד כוח על־ידי קבוצת מיעוט מגזרית או כלכלית המבקשת לעקוף או לעקר את הכרעת הרוב, ובניגוד להסברים הגלובליים של גיל ואחרים, הרואים ברוויזיה החוקתית אמצעי להענקת זכויות־יתר לתאגידים ולבעלי הון טרנס־לאומיים על־חשבון הייצוג הדמוקרטי של הציבור המקומי, ההסבר שאנו מציעים במאמר זה רואה בחוקי־היסוד משנת תשנ"ב כמגשימים טוב כלל־ישראלי: ייצוב המשק הישראלי והפיכתו לאמין בעיני משקיעים זרים. כמו־כן, להבדיל מעמדתו של גיל, לטענתנו הביקורת השיפוטית לא נועדה לחסן את קבלת ההחלטות הציבוריות מפני השפעתה של הדמוקרטיה הפופולרית הרובית, אלא דווקא להפך: לבצר אותה מפני כשל הגנת הרוב, המקנה השפעה עודפת לקבוצת־אינטרס מקומיות על החקיקה והאסדרה. הגנה מפני כשל זה משרתת גם, ובעיקר, את הציבור הרחב והמבוזר. על כך נרחיב בחלק הבא.

37 ראו פרוטוקול ישיבה 342 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־12, 7 (5.2.1992). ("אני הייתי מחליף את המלה 'כבודו' בסעיף זה במלה 'רכושו'... הייתי כותב: אין פוגעים בחייו, בגופו או בקניינו של אדם באשר הוא אדם"). מעניין שליוזם החוק הדברים זכורים אחרת: רובינשטיין זוכר הצעת חוק של ח"כ חיים אורון (באותם ימים ממפ"ם) – הצעת חוק־יסוד: הגנה על זכות הקניין – שנועדה לתת תשובה ליוזמות חקיקה שביקשו לסגור דירי חזירים ולהשמיד את החזירים ללא פיצוי. רובינשטיין, לעיל ה"ש 36, בעמ' 345. גם הסבר־רקע זה מתיישב עם התיאור של הגנה חוקתית על קניין כאמצעי להגן עליו מפני חקיקה מגזרית.

ב. הצדקה לביקורת שיפוטית לשם הגנה על רכוש הציבור מפני קבוצות-אינטרס מאורגנות

מוסד הביקורת השיפוטית, ככל שהצדקתו נובעת מהצורך לחסן את קבלת ההחלטות מהשפעתם של בעלי עניין, מקפל בחובו הצדקה דמוקרטית לביקורת השיפוטית. לנוכח הכשל המבני של הדמוקרטיה הייצוגית, המקנה כוח עודף לקבוצות-אינטרס מרוכזות, עולה הצורך הדמוקרטי לביקורת שיפוטית כמכשיר בעל פוטנציאל להגן דווקא על האינטרסים של הרוב אל מול חקיקה או אסדרה אנטי-רוביות המשרתות קבוצות מיעוט כלכליות ואחרות.³⁸ בהקשר זה, ובאופן שמשתלב עם הניתוח ההסברי שהצענו לעיל, נציג בקצרה טענה בדבר הצדקה להכרה בזכות הקניין החוקתית כחלה על רכוש הציבור וכמגינה עליו באמצעות הבטחת זכות הגישה של ציבור הצרכנים הרחב לשוק של מוצרים ושירותים אשר חופשי מחקיקה שמיועדת אך ורק להיטיב עם בעלי עניין.

בספרות על הביקורת השיפוטית מקובל להניח כי חברי הציבור הרחב במדינה דמוקרטית, המהווים רוב, מסוגלים להגן על האינטרסים שלהם באופן יעיל באמצעות המערכת הפוליטית הדמוקרטית. לפי תפיסה זו, תכליתה של ההגנה החוקתית על זכויות הפרט, ובמיוחד על זכויות הקניין, היא להגן על יחידים וקבוצות מיעוט מפני עריצות הרוב, שעלול לקפח באופן שיטתי את זכויותיהם ולהפקיע מעושרם.³⁹ אולם, כפי שהסברנו מעלה, הספרות העשירה מתחום הכלכלה הפוליטית מוכיחה כי דווקא קבוצות מיעוט בעלות אינטרסים צרים ומובחנים נהנות מכוח פוליטי עודף, הודות ליכולתן להתגבר על בעיית הפעולה המשותפת ולהשקיע משאבים בהשגת מדיניות ציבורית המיטיבה עימן. דווקא הרוב המבוזר, הלוקה בבעיית הפעולה המשותפת, אינו מצליח להשקיע משאבים משותפים בהשגת מידע על החלטות שלטוניות ובהתארגנות להשפעה עליהן. אם כן, במערכת הדמוקרטית קיים כשל שוק פוליטי של "הגנת הרוב", שהוא גלוי פחות מכשל "הגנת המיעוט" אך חמור לא פחות ממנו.

לכן יש לראות במהפכה החוקתית הזמנה לבית-המשפט לשמש משקל-נגד לכוחות הכלכליים שחברו לכוחות הפוליטיים ופגעו יחד עימם באינטרסים ציבוריים רחבים. אכן, בדיקה של כמה פסקי-דין תגלה שהיו הזדמנויות שבהן נענה בית-המשפט להזמנה זו, מתוך רגישות לצורך להגן על הליך החקיקה מפני מחטפים של קבוצות-אינטרס על-חשבון האינטרס של הציבור הרחב. כך ניתן להסביר את ההתערבות בחקיקה המסדירה את פעילותם של יועצי ההשקעות.⁴⁰ כך ניתן וצריך להבין את הטיפול המורכב של בית-המשפט בחוק ההסדרים,⁴¹ כאשר מחד גיסא דאג שלחברי הכנסת יהיה מידע מספיק כבסיס להצבעתם, אך מאידך גיסא נזהר לא לפסול את חוק ההסדרים במשק, בהבינו שחוק זה שימש מכשיר בידי האוצר להגבלת

38 כנבנשתי "ביקורת שיפוטית וכשלי הדמוקרטיה", לעיל ה"ש 3; כהן "עקרונות ומחקר בישראל", לעיל ה"ש 4.

39 THE FEDERALIST NO. 51 (James Madison)

40 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997).

41 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).

השפעתן של השדולות על הכנסת בהליכי החקיקה הרגילים. כך ניתן להבין גם את משמעותו של פסק־הדין בעניין מישראל⁴², שהגן על התחרות תוך הישענות על חופש העיסוק, וכמובן גם את זו של פסק־הדין בנושא הפרטת בתי־הסוהר,⁴³ שהציב גבולות להפרטה. באותו הקשר ניתן לראות גם את פסק־הדין שאישר את סמכותו של שר התעשייה לבטל תקן שקבע מכון התקנים, שהבטיח מונופול של ויסוצקי באוסרו ייבוא של שקיקי תה סגורות בסיכה.⁴⁴ כך ניתן להסביר גם את משמעות הדרישה של בג"ץ – שעלתה לראשונה בשנת 1996⁴⁵ – לאסדרה שמבוססת על חקיקה, במקום הפעלה של סמכות מנהלית מכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשנ"ו–1996, הזכור לרע. גם הרחבת ההגנה החוקתית למגזר הפרטי (כמו־גם ההכרה בגופים "דו־מהותיים")⁴⁶ אפשרה לבית־המשפט העליון להסדיר פעילות של גופים פרטיים שהכנסת נמנעה – לעיתים במתכוון – מלהסדירה. פסיקה זו מדגימה את העוצמה הרבה הטמונה במעורבותו האפשרית של בית־המשפט בהגנה על האינטרסים של הציבור הרחב מפני כוחן של קבוצות־האינטרס. בית־משפט המגן על הציבור מפני כשלים של השוק הפוליטי שקבוצות־אינטרס מנצלות אינו פועל בניגוד לרצון הכלל, אלא דווקא מקיים אותו. בכך הוא יכול לקנות את אמון הציבור הרחב, שיצא נשכר מכך.

לנוכח הניתוח דלעיל אנו טוענים כי בית־המשפט יכול וצריך ללכת רחוק יותר בהגנה על האינטרסים של הציבור הרחב. אנו גורסים כי המהפכה החוקתית של תשנ"ב, ובמיוחד ההכרה בזכות הקניין כזכות שראויה להגנה חוקתית, מאפשרות ומחייבות המשגה של זכות קניין חוקתית חדשה. מדובר בזכות חוקתית לגישה של הצרכנים לשוק של מוצרים ושירותים חופשי ממניפולציות של בעלי עניין, אשר מעלים את מחירי המוצרים אל מעבר למחירים בשוק תחרותי.⁴⁷

כאמור, החלטות ציבוריות הפועלות בשירות אינטרסים צרים עלולות לייצר אסדרה המגינה באופן שרירותי על קבוצות־אינטרס מסוימות מפני תחרות כלכלית שתיטיב עם הציבור הרחב. לעיל כבר הזכרנו שתי דוגמאות לפעולה שלטונית מסוג זה: חקיקה שמיטיבה עם בעלי מסילות־הברזל על־ידי הגבלת המשקל שמשאיות רשאיות לשנע, כפי שהראה ג'ורג' סטיגלר במחקרו פורץ־הדרך שזיכה אותו בפרס נובל;⁴⁸ ובהקשר הישראלי – קביעת תקן לייבוא שקיקי

42 בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15 (1996).
 43 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).
 44 בג"ץ 1934/95 תה ויסוצקי (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד מט(5) 625 (1996) (להלן: בג"ץ ויסוצקי).
 45 בג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה, פ"ד נא(4) 481 (1997).
 46 בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (1987); ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992).
 47 ראו את טענתנו בהרחבה במאמר Eyal Benvenisti & Amnon Morag, *Regulatory Capture and the Marginalized Majority: The Case for the Constitutional Protection of the Majority's Disposable Income*, 22 U. PA. J. CONST. L. 171 (2019).
 48 Stigler, לעיל ה"ש 6, בעמ' 13–21. ראו גם אוריאל פרוקצ'יה "הגנה חוקתית על הקניין בראי התיאוריה הכלכלית" משפטים כח 621, 647–649 (1997).

תה שמבטיח לחברת התה הישראלית ויסוצקי מונופול בשוק הישראלי.⁴⁹ שתי דוגמאות אלה מלמדות אותנו כי חקיקה יכולה להעביר עושר מקבוצת-אינטרס אחת לאחרת ולפגוע בציבור הרחב בעקיפין (העברת עושר מבעלי המשאיות לבעלי מסילות-הברזל והפחתת התחרות ביניהם), והיא יכולה לפגוע בציבור הרחב במישרין (העלאת המחיר וצמצום המבחר של שקיקי התה). קבוצות-האינטרס מסוגלות למעשה להפקיע את עושרו של הרוב על-ידי השגת מדיניות ציבורית אשר מגבילה תחרות ומאפשרת לבעלי עניין לגבות מחירים מונופוליסטיים בעבור שירותים ומוצרים בשוק, באופן שמפחית את כוח הקנייה של הציבור (דהיינו, את כמות הטובין ואיכות הטובין שניתן לרכוש באמצעות יחידת מטבע).

לטענתנו, ניתן להמשיג את כוח הקנייה של הפרט כקניינו הפרטי, החוסה תחת ההגנה החוקתית על הקניין. בהתאם לכך, אנו טוענים כי פעולות שלטוניות בעלות אפקטים אנטי-תחרותיים, המיועדות להיטיב עם בעלי עניין ולאפשר להם לגבות מהציבור מחירים על-תחרותיים, הן באופן פוטנציאלי העברות עושר בלתי-חוקתיות, המפרות את ההגנה החוקתית על הקניין ככל שהן אינן הכרחיות להשגת אינטרס ציבורי. כך, למשל, אסדרה או חקיקה שמגבילות ייבוא כדי להגן על מוצר מקורי רק מכיוון שליצרניו של אותו מוצר יש השפעה על מחוקקים או גורמי אסדרה לא תוכל לעמוד בפני ביקורת שיפוטית שעילתה הפגיעה בקניינו של הציבור, אשר נאלץ לשלם מחיר גבוה יותר או לרכוש מוצר נחות מזה שהיה זמין בתנאים של משק תחרותי. לדידנו, ההגנה החוקתית על הקניין נועדה לא רק למנוע נטילה ישירה ושירותית של רכוש הפרט על-ידי המחוקק או הרשות השלטונית; היא נועדה גם למנוע את המחוקק או רשות שלטונית מליצור או לאפשר אסדרה, בשווקים השבויים בידי קבוצת-אינטרס, אשר פוגעת בכוח הקנייה של הפרט – אסדרה שתוצאתה העברת עושר מהרבים אל המעטים.

קביעה זו על נשענת כמה הנחות שנבקש כעת לבסס. ראשית, נבקש להצדיק את ההמשגה של כוח הקנייה של הפרט כקניינו הפרטי, וכן את המשגת הפגיעה בכוח הקנייה באמצעות פעולות שלטוניות אינטרסנטיות בעלות אפקטים אנטי-תחרותיים כהעברות עושר המפקיעות מקניין זה. שנית, נבקש להראות שפעולות שלטוניות מעיין אלה מפרות עיקרון נורמטיבי המצוי בבסיס ההגנה החוקתית על הקניין, והוא איסור השימוש בכוח ציבורי כדי לייצר העברות עושר למטרות פרטיות. לבסוף, נסביר מדוע העברות עושר מעיין אלה, בניגוד לסוגים אחרים של העברות עושר שלטוניות, ראויות לביקורת שיפוטית תחת ההגנה החוקתית על הקניין, על רקע קיומו של כשל מערכתי בתהליך קבלת ההחלטות הפוליטיות.

אם כן, כיצד ניתן להצדיק את המשגת כוח הקנייה של הפרט כקניינו הפרטי, הניטל ממנו כתוצאה מפעולות שלטוניות אינטרסנטיות ואנטי-תחרותיות? על פני הדברים, פעולות שלטוניות אנטי-תחרותיות אינן נוטלות באופן ישיר מכספו של הציבור, וכוח הקנייה של הציבור – כמות הטובין ואיכות הטובין שכספו יכול לרכוש – נקבע לכאורה על-ידי מחירי שוק הנגזרים מתנאיהן של עסקאות וולונטריות בין קונים למוכרים. בהתאם לכך, ניתן לראות את כוח הקנייה כמנותק מזכויות הקניין של הצדדים. בעוד כספו של הפרט הוא בוודאי קניינו הפרטי, זכות קניין זו אינה מקנה לו זכאות להחליף כמות מסוימת של כספו בעבור טובין

49 בג"ץ ויסוצקי, לעיל ה"ש 44.

מסוימים. אולם התפיסה כי מחירי השוק נקבעים בהסכמת קונים ומוכרים מתעלמת מהשפעתה של המדינה על המחירים באמצעות הגדרה ואכיפה של זכויות קניין ואסדרה של הפעילות השוקית. פעולות שלטוניות מעורבות בקביעת המחירים במישרין או בעקיפין באמצעות אסדרה המשפיעה לעיתים על הביקוש וההיצע ועל כוח המיקוח היחסי של הצדדים. פעולות שלטוניות אנטי-תחרותיות, מעצם הגדרתן, יוצרות חריגה מרמת המחירים שהייתה נקבעת בעסקאות שוקיות וולונטריות בתנאים תחרותיים. פעולות שלטוניות אינטרסנטיות ואנטי-תחרותיות מובילות בעקיפין לתוצאות חלוקתיות שאינן שונות מנטילה ישירה מכספו של הציבור הרחב והעברתו לכיסן של קבוצות-האינטרס שאותן נועדו הפעולות לשרת. לצד זאת, הפחתת ערכו של הכסף במונחי כוח קנייה שקולה מבחינה מושגית להפקעת הכסף, שכן מבחינה מהותית כסף אינו אלא נשא של כוח קנייה. להבדיל מנכסים מסוגים אחרים, כסף אינו נושא מבחינת בעליו ערך עצמאי שאינו מתמצא בערך החליפין שלו, דהיינו, בערכם של הטובין שניתן להחליף תמורתו בשוק. פרט המחזיק ב-100 שקלים ש-20 מהם ניטלים חווה אפקט זהה לזה שייווצר כתוצאה מהעלאת מחירים מלאכותית שלא תאפשר ל-100 שקלים לרכוש יותר – מבחינת כמות הטובין ואיכותו – ממה שיכלו 80 שקלים לרכוש לפני העלאת המחירים. לכן, אם אנו רואים נטילה פיזית וישירה של כסף כנטילה של קניין, אזי כך יש לראות גם את הפחתת ערכו של הכסף במונחי כוח קנייה כתוצאה מהעלאת מחירים מלאכותית.

ניתן למצוא תמיכה בטענה זו במשפט החוקתי המשווה. לדוגמה, הנס-יורגן פפיר (Papier), לשעבר נשיא בית-המשפט החוקתי הפדרלי של גרמניה, טען בעבר כי ההגנה על הקניין המצויה בחוק-היסוד הגרמני כוללת גם את ההגנה על ערך הכסף, מפני שכסף הוא נשא של כוח קנייה.⁵⁰ טענה זו אומנם נדחתה מאוחר יותר על-ידי בית-המשפט החוקתי, בשל הקושי לחייב את המדינה להגן על ערך הכסף לנוכח הגורמים הרבים המשפיעים עליו.⁵¹ אולם קביעה זו מתיישבת עם הטענה שההגנה החוקתית על הקניין בגרמניה כוללת את האחריות להגן על ערך הכסף באמצעות מיסוד ושמירה על מערכת מוניטרית עצמאית המופקדת על הבטחת יציבות מחירים.⁵² דומה כי קביעה זו אינה מוקשית, לפחות לדעתו של השופט עמית, שקבע בהקשר אחר כי פגיעה בערך הכלכלי של הרכוש מהווה בכירור פגיעה בזכות הקניין.⁵³ יש להדגיש כי במאמר זה איננו טוענים כי פגיעה בערך הכסף בשל מדיניות מוניטרית או אינפלציה מהווה פגיעה בקניין, אלא כי העלאה מלאכותית של מחירים כתוצאה מפעולות

Hans-Jürgen Papier, *Eigentumsgarantie und Geldentwertung*, 98 ARCHIV DES 50
ÖFFENTLICHEN RECHTS 528, 530 (1973)

Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] Mar. 31, 1998, 51
ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [BVerfGE] 97, 350 (Ger.); Isabel
Feichtner, *Public Law's Rationalization of the Legal Architecture of Money: What Might
.Legal Analysis of Money Become?*, 17 GERMAN L.J. 875, 886–887 (2016)

שם, בעמ' 887.

בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פס' 18 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנוב, 15.4.2015):
"חרם כלכלי על ישראל פוגע בקניינם של הפרטים והחברות המוחרמות, ובמשלח ידם וחופש
העיסוק שלהם. הדברים ברורים ואיני רואה להכביר מילים בעניין זה".

שלטון אינטרסנטיות יכולה להיתפס כפגיעה בקניין. לצד הדוגמה הגרמנית, יש לציין כי בדיני ההגבלים העסקיים האמריקאיים נקבע בעבר כי ניתן לראות בהתנהגות אנטי-תחרותית של שחקנים פרטיים המביאה לידי העלאה מלאכותית של מחירים משום פגיעה בקניינם של פרטים אשר ערך כספם נפגע.⁵⁴

לאחר שביססנו את היתכנות ההמשגה של פעולות שלטוניות אינטרסנטיות ואנטי-תחרותיות כהעברות עושר הנוטלות מקניינם של פרטים, נבקש לטעון כי פעולות אלה פוגעות בעיקרון נורמטיבי חשוב העומד בבסיס ההגנה החוקתית על הקניין. מדובר בעיקרון האוסר שימוש בכוח ציבורי על-מנת להעביר עושר בין פרטים וקבוצות בחברה למען מטרות פרטיות. במשפט האמריקאי, למשל, פסקת הנטילה (Takings Clause) של התיקון החמישי לחוקה כוללת דרישה שנטילת קניינו של אדם תיעשה לטובת "שימוש ציבורי" (public use).⁵⁵ המשפטן קס סנסטין (Sunstein) טוען כי תמה מרכזית של החוקה האמריקאית, ושל פסקת הנטילה בפרט, היא איסור מימושן של "העדפות ערומות", דהיינו, איסור שימוש בכוח שלטוני על-מנת להעביר משאבים לקבוצה מסוימת הנובע אך ורק מיכולתה של הקבוצה להפעיל כוח פוליטי.⁵⁶ לטענתנו, נטילה שלטונית של קניין מ-א על-מנת להעבירו ל-ב היא הדוגמה הבסיסית ביותר לשימוש אסור בכוח שלטוני לשם קידום מטרות פרטיות לחלוטין.⁵⁷ במשפט החוקתי הישראלי ניתן למצוא את דרישת ציבוריות התכלית של הנטילה השלטונית בדרישתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כי פגיעה בקניינו של אדם תיעשה רק לטובת "תכלית ראויה".⁵⁸ העברת עושר מהציבור הרחב לידי קבוצת-אינטרס בשל יכולתן העודפת להשפיע על קבלת החלטות הציבוריות ולהוביל לפעולות שלטוניות המגבילות תחרות ומעלות מחירים באופן מלאכותי מפרה אם כן את עקרון-היסוד הזה של הגנה חוקתית על קניין. לבסוף, על-מנת להצדיק את הצעתנו, עלינו להסביר מדוע פעולות שלטוניות המגבילות תחרות בשירות קבוצת-אינטרס ראיות לביקורת שיפוטית בעילה של הגנה על קניינו הפרטי של הציבור, בעוד פעולות שלטוניות רבות אחרות, המובילות גם הן בעקיפין להעברות עושר בין פרטים וקבוצות בחברה, אינן זוכות כיום ביחס דומה. אחרי הכל, רשויות השלטון מעבירות עושר באופן שגרתי באמצעות מיסוי והעברות תקציביות, באמצעות אסדרה המגבילה את השימוש בנכסים פרטיים ובאמצעות משטרי אסדרה של יחסי עבודה, הגנת הצרכן, דיור ועוד, המעבירים עושר על-ידי שינוי כוח המיקוח היחסי של הצדדים. לטענתנו, ההצדקה להתערבות שיפוטית בהגנה על קניין פרטי מפני העברות עושר שלטוניות נשענת על עובדת קיומו של כשל שוק פוליטי מבני אשר מקפח באופן מערכתי את האינטרסים של קבוצות מסוימות בתהליך קבלת החלטות הציבוריות. היכן שאין כשל מסוג זה, ההגנה על הקניין הפרטי מפני העברות עושר שלטוניות יכולה וצריכה להיעשות במסגרת התהליך הפוליטי. כאמור, פעולות חקיקה ומנהל המגבילות תחרות בשירות קבוצת-אינטרס הן תוצאה של כשל שוק פוליטי מבני –

54 .Reiter v. Sonotone Corp., 442 U.S. 330, 339 (1979)

55 .U.S. CONST. amend. V

56 .Cass R. Sunstein, *Naked Preferences and the Constitution*, 84 COLUM. L. REV. 1689 (1984)

57 שם בעמ' 1724.

58 ס' 3, 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

חברי הציבור הרחב והמבוזר לוקים בנחיתות בהשוואה לחברי קבוצות-האינטרס בכל הנוגע בהתגברות על בעיית הפעולה המשותפת, ועל-כן קשה להם להתנגד באופן אפקטיבי, או אפילו להיות מודעים, לפעולות שלטוניות המעבירות עושר מכיסם אל קופותיהן של קבוצות-האינטרס.

אם כן, טענתנו מבוססת על הקביעה כי האינטרסים הקנייניים הראויים להגנה חוקתית באמצעות ביקורת שיפוטית הם אלה אשר פגיעים באופן מיוחד לכשלים מערכתיים בתהליך קבלת ההחלטות הפוליטיות. לקביעה זו ניתן למצוא בסיס בתיאוריה ובמסורת החוקתית הדמוקרטית. משפטנים רבים מוצאים את ההצדקה לביקורת שיפוטית בצורך להגן על פרטים וקבוצות מיעוט מפני כשל השוק הפוליטי המכונה "עריצות הרוב", המאפשר לקבוצת הרוב להשתמש בכוחה הפוליטי העודף ולקפח באופן מערכתי את האינטרסים של פרטים וקבוצות מיעוט.⁵⁹ אמת-מידה זו להבחנה באינטרסים הקנייניים הראויים להגנת הביקורת השיפוטית ניכרת כמרכזית גם בהיסטוריה של המשפט החוקתי האמריקאי. ג'יימס מדיסון (Madison), אשר ניסח את פסקת הנטילה בתיקון החמישי לחוקה האמריקאית, התכוון ככל הנראה להגביל את תחולתה רק לנטילות פיזיות של קניין פיזי.⁶⁰ הוא הכיר גם בסוגים לא-פיזיים של קניין, והיה מודע לסכנה הטמונה בפעולות שלטוניות אינטרסנטיות הפוגעות בעקיפין באינטרסים קנייניים,⁶¹ אולם הוא בחר להגן באמצעות החוקה רק מפני נטילות ישירות של קניין פיזי על רקע חששו שבעלי הקרקעות, שהיו צפויים בעיניו ליהפך למיעוט קבוע בארצות-הברית, יקופחו באופן מערכתי על-ידי תהליך קבלת ההחלטות הרובי של המערכות הפוליטיות.⁶² מדיסון האמין כי "בכל המקרים שבהם הרוב מאוחד על-ידי אינטרס או תשוקה משותפים, זכויות המיעוט בסכנה".⁶³ אולם, כפי שלימדה אותנו תיאוריית הבחירה הציבורית, גם ההפך נכון: במקרים שבהם מיעוט מאוחד על-ידי אינטרס משותף, זכויות הרוב הן שבסכנה. לדידנו, כשם שהכשל הפוליטי של "עריצות הרוב" מצדיק ביקורת שיפוטית, כך גם הכשל הפוליטי של "עריצות המיעוט" מצדיק ביקורת שתגן על אלה המקופחים על-ידי התהליך הפוליטי. בהתאם לכך יש מקום להתערבות שיפוטית כדי לצמצם את כוחן של קבוצות-האינטרס לקדם מדיניות

59 ראו, למשל, ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS (1962); JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW ch.6 (1980); איל בנבנישתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בתי-המשפט" עלי משפט ג 463 (2003).

60 William Michael Treanor, *The Original Understanding of the Takings Clause and the Political Process*, 95 COLUM. L. REV. 782, 791-797 (1995).

61 למשל, מדיסון טען כי הדפסת כסף עלולה לפגוע בזכויות קניין. ראו James Madison, *Speech in the Virginia House of Delegates, November, 1786, Against Paper Money*, in 2 THE WRITINGS OF JAMES MADISON: 1783-1787, 279, 280 (Gaillard Hunt ed., 1901). על תפיסתו של מדיסון ביחס לקניין לא-פיזי ולפגיעה עקיפה בקניין ראו גם Treanor, לעיל ה"ש 60, בעמ' 819, 840; JENNIFER NEDELSKY, PRIVATE PROPERTY AND THE LIMITS OF AMERICAN CONSTITUTIONALISM: THE MADISONIAN FRAMEWORK AND ITS LEGACY 16 (1990).

62 Treanor, לעיל ה"ש 60, בעמ' 847.

63 1 THE RECORDS OF THE FEDERAL CONVENTION OF 1787, 135 (Max Farrand ed., 1911)

ציבורית המגבילה תחרות ומאפשרת להם להתעשר על-חשבון הציבור הרחב והמבוזר, אשר אינו מצליח להגן על קניינו באמצעות המערכת הפוליטית. מובן שההגנה השיפוטית על זכות זו מעוררת שורה של שאלות קשות, כגון היכולת של בתי-המשפט לזהות פגיעה אינטרסנטית בכוח הקנייה של הציבור שאינה הכרחית להשגת מטרה ציבורית ראויה או שמידתה עולה על הנדרש. אולם אלה שאלות שאינן רחוקות מבחינה עקרונית ומעשית משאלות דומות שבת-המשפט ורשויות התחרות ניצבים בפניהן חדשות לבקרים כאשר הם נדרשים לבחון את חוקיותם של הסדרים כלכליים ואחרים אשר פוגעים באינטרסים כלכליים של הציבור. מכל מקום, אלה שאלות שההגנה החוקתית על זכות הקניין מציבה על סדר-היום המשפטי.

ג. סיכום: מהפכה חוקתית שמחכה עדיין למימושה

ביולי 2011 פרצה בישראל "המחאה החברתית", אשר החלה בהתארגנויות ספונטניות, כגון מחאת הקוטג' ומחאת הדיור. המוחים יצאו לרחובות במחאה על יוקר המחיה בישראל, מכיוון שהם לא חשו כי יש להם אפיק חלופי שבמסגרתו הם יכולים להבטיח את האינטרסים שלהם. הם לא תבעו זכויות, אלא "צדק חברתי". אבל אפשר וצריך להלביש את התביעה לצדק חברתי בלבוש משפטי – הזכות להגנה על כוח הקנייה של הפרט כקניינו. הכרה כזו תאפשר לראות את ההגנה החוקתית על קניין כחולשת גם על ההגנה על ערך כספם של כל תושב ותושבת במדינה. אסדרה אשר מיטיבה עם קבוצות-אינטרס ומפחיתה כפועל יוצא מכך את כוח הקנייה של הצרכנים – ממחיר הקוטג' העולה ועד מחיר ההתקשרות עם ספקי המרשתת או שירותי הביטוח – תחייב בירור והצדקה.

אלה שראו במהפכה החוקתית אמצעי לעקיפת רצון הרוב חטאו למטרתם, כי גישותיהם הסיטו את תשומת-הלב מהצרכן האמיתי של חקיקת-היסוד. אלה שמתנגדים לביקורת השיפוטית על החקיקה מטעמים של הגנה על הדמוקרטיה חוטאים לרעיון הדמוקרטי, שכן המחשבה שהכנסת מקדמת את האינטרס הכללי היא פשטנית ומסוכנת. הביקורת השיפוטית היא "בעד המיעוט" לא יותר מכפי שהיא "בעד הרוב", ובנסיבות הרגילות – שבהן הכנסת שבויה בידי שדולות, וגורמי אסדרה נמצאים ביחסים סימביוטיים עם הגורמים המפוקחים – בית-המשפט הוא תקוותם של הרבים. אם ישכיל בג"ץ להציע לציבור את ההצדקה הכלכלית-הפוליטית להתערבותו בחקיקה, הוא יוכל אולי לממש את הפוטנציאל שלו כמגינו של הרוב, ואולי אף יצליח לגייס תמיכה ציבורית רחבה בתפקידיו האחרים.