האתגרים של דיני קניין בשווקים חוצי גבולות

ביקורת ספרים על הספר AMNON LEHAVI, PROPERTY LAW IN A GLOBALIZING WORLD (2019)

יפעת הולצמן־גזית*

ספרו של אמנון להבי PROPERTY LAW IN A GLOBALIZING WORLD הוא חיבור חשוב על מקומם של דיני הקניין המסורתיים בעולם גלובלי.[1] אם יתבקשו משפטנים העוסקים במשפט מסחרי להצביע על תהליך מרכזי ובולט אחד במאה החדשה שנותן את אותותיו בכל חיי הכלכלה בעולם, תהיה בחירתם, ככל הנראה – גלובליזציה.[2] השינויים באמצעי ההובלה והתקשורת בין מדינות, העלייה החדה בניידות של משאבים כלכליים (החל בסחורות, שירותים והון וכלה בטכנולוגיה וכוח־אדם) וההתפתחות של טובין דיגיטליים גימדו בהדרגתיות את משמעותם של גבולות בין־מדינתיים, והגבירו את התלות ההדדית בין כלכלות לאומיות. מדינות עם כלכלה מפותחת פועלות במציאות של "כפר גלובלי", ונדרשות להתמודד עם אתגר של התאמת המשפט המקומי להתפתחויות כלכליות, טכנולוגיות וחברתיות של גלובליזציה. ספרו של להבי עוסק במתח המרתק בין שתי מגמות מנוגדות אלה בהקשר של דיני הקניין: מחד גיסא, העוגן המקומי של הסדרי קניין מסורתיים, אשר נוצרים מלמעלה למטה על־ידי המחוקק ומשקפים את דין המקום; ומאידך גיסא, הגידול בנפחה של הפעילות חוצת הגבולות, אשר נוצרת מלמטה למעלה ואשר הדין המקומי מתקשה להתמודד עימה. הספר חשוב לכל מי שמתעניין בדיני קניין במגוון הֶקשרים בין־מדינתיים, כגון עסקות מקרקעין, מכר טובין ויצירות אומנות, שיתוף רכושי בין בני־זוג, השקעות זרות, קניין רוחני ונכסים דיגיטליים. הספר יעניין גם מעגל רחב יותר של חוקרי משפט בין־לאומי, שכן הוא מניח תשתית עיונית לגבי דילמות ואסטרטגיות בתהליכי התפרשות של הסדרי משפט חוץ־מדינתיים.

אפתח בסקירת תוכנם של פרקי הספר, ולאחר־מכן אציג שלושה נושאים שהתעוררו אצלי במהלך הקריאה. לספר שישה פרקים שמתכנסים לניתוח אקדמי מקיף של מגמות עיוניות ומעשיות במתח שבין המקומי לגלובלי בהקשר הקנייני. התֵזה המרכזית בספר דוחה את החלוקה הבינרית בין מקומי לגלובלי, ומציעה גישה פרגמטית בנוגע לדיני קניין בפעילות חוצת גבולות. להבי סבור כי ראוי ומתאים מבחינה נורמטיבית (ולא רק מבחינה מעשית ופוליטית) שמדינות, ארגונים ויחידים יקדמו יוזמות להאחדה ולקירוב של דינים בהקשרי קניין

---

* בית־הספר למשפטים על־שם חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למִנהל.

1 AMNON LEHAVI, PROPERTY LAW IN A GLOBALIZING WORLD (2019) (להלן: להבי).

2 להגדרות של "גלובליזם" ראו JUSTIN ERVIN & ZACHARY A. SMITH, GLOBALIZATION: A REFERENCE HANDBOOK 2–5 (2008).

מסוימים ויעדיפו את הדין המקומי בהקשרים אחרים. לפיכך הספר מציג מנעד רחב של יוזמות משפט שניתנות לסיווג על הרצף שבין מקומי לגלובלי.

הפרק הראשון פותח בהצגת דילמות קנייניות באירועים חוצי גבולות: רכישת קרקע על־ידי משקיעים זרים, חדלות־פירעון של תאגיד בין־לאומי; תקנת השוק במיטלטלין וביצירות אומנות; קניין רוחני; ומסחר במוצרי טכנולוגיה חדשה, כולל מטבעות דיגיטליים.[3] האירועים הללו הם המתאבן לארוחה עשירת הטעמים שהספר מציע. להבי סבור כי השפעתם של הסדרים חוץ־מדינתיים על הדין המקומי צריכה להיבחן בהקשר של דיני קניין באופן שונה מזה המיושם בתחומים אחרים של משפט פרטי. הזיקה ההדוקה שמתקיימת בין קניין בקרקע לבין סוגיות של שליטה טריטוריאלית, אידיאולוגיה פוליטית ומבנה חברתי־כלכלי מייצרת דמיון בין דיני קניין לבין משפט ציבורי, ומקשה האחדת דינים. לזכות הקניינית יש גם ייחודיות שבאה לידי ביטוי באופייה ״חובק העולם״ (תכונת ה־in rem). בדיני קניין עשויים להיווצר סכסוכים בין בעל הזכות לבין מספר גדול של צדדים שאינם קשורים עימו בחוזה אבל כפופים לזכות הקניינית, וזאת להבדיל מדיני חוזים ומהמשפט הציבורי, שבהם מתקיימים סכסוכים תחומי־צדדים. על בסיס הבחנות אלה, להבי מציע מסגרת תיאורטית חדשה לעיצוב דיני קניין חוצי גבולות, שנותנת משקל לתרבות המשפטית של דין הקניין המקומי.[4] הבחירה באסטרטגיה לגלובליזציה תתבסס על אפיון הן של השוק הגלובלי והן של גורמי השפעה כלכליים ותרבותיים בשטחה של המדינה הריבונית.[5]

להבי אינו ״משאיר באוויר״ את הטיעון העיוני לגבי הקשריות (contextualism) ביצירה של דין קניין גלובלי.[6] בפרק הראשון הוא מפרט שלושה עקרונות מתודולוגיים שראוי שמקבלי החלטות יאמצו בהתאמת המשפט לסכסוכים חוצי גבולות. עיקרון אחד הוא הערכה – בהתבסס על נתונים כמותיים – של היקף השוק הבין־מדינתי בנכסים המדוברים, וניתוח איכותני של תפיסות ואמונות חוץ־משפטיות שדין הקניין המקומי נשען עליהן. ככל שיש ביסוס לסברה שקיימת שונות ביסודות החברתיים, התרבותיים והכלכליים של קניין בנכסים שונים, כגון קרקע, קניין רוחני או חיובים כספיים, שונות זו צריכה להנביע גם איזון שונה בין הגלובלי למקומי. עיקרון אחר וקשור הוא גישה בין־תחומית להבנת תהליכי שינוי במשפט הפרטי המקומי. בחירת המסגרת המוסדית ועיצוב הנורמות של דיני קניין גלובליים צריכים להתחשב בממדים תרבותיים רלוונטיים בקרב נמעני הנורמות, וזאת כדי לסייע בהגברת הציות להסדר המשפטי החדש ולמטרות הנורמטיביות שבבסיסו. העיקרון השלישי נוגע בשיקולים מעשיים של עלות–תועלת במעבר לדין קניין גלובלי.

הפרק השני מציג את המסגרת המוסדית לפתרון סכסוכים קנייניים חוצי גבולות. להבי מפרט ארבע אסטרטגיות מתחום המשפט הבין־לאומי שיש להן פוטנציאל תחולה בסכסוכים

---

3 להבי, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 9–13.

4 על המושג ״תרבות משפטית״ ראו David Nelken, *Using the Concept of Legal Culture*, 29 AUSTL. J. LEGAL PHIL. 1 (2004).

5 להבי, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 28–34.

6 שם, בעמ׳ 37–41.

המערבים זכויות קניין.[7] (1) עקרונות ומוסדות לא־מחייבים שמקדמים פעילות בשווקים בין־מדינתיים (soft law); (2) הסכמים בין־לאומיים לגבי ברירת הדין ומקום ההתדיינות (conflict of laws strategy); (3) אמנות בין־לאומיות הקובעות תנאי־מינימום להכרה בזכות קניין, תוך השארת מרחב פעולה למדינות המתקשרות להרחיב את תוכן ההסדר ואת אופני יישומו (approximation strategy);[8] (4) יצירת נורמות ומוסדות על־מדינתיים עם סמכויות חקיקה ואכיפה מחייבות שגוברות על הדין המקומי (supranationalism strategy). להבי מדגיש כי אין עדיפות אינהרנטית לאסטרטגיה אחת על אחרת, והבחירה צריכה להתחשב במגוון גורמים, כולל סוג המוסדות שנדרשים להפעלת כל אחת מהאסטרטגיות.[9]

הפרק השלישי והבאים אחריו עוסקים כל אחד בניתוח תרחיש שונה של סכסוך קנייני חוצה גבולות. להבי מתחיל בתופעה רחבת־היקף יחסית ביבשת אפריקה ובאמריקה הדרומית של רכישת קרקע על־ידי גורמים פרטיים וציבוריים ממדינות המערב ומכלכלות צומחות, דוגמת סין, הודו וקוריאה הדרומית. בנתחו את האסטרטגיה של דין קניין גלובלי המתאים לעסקות קרקע בין־מדינתיות, להבי מדגיש את האופי המקומי של נכס מקרקעין, שמקיים זיקה הדוקה לעקרונות־יסוד של טריטוריה וריבונות פוליטית. לפיכך הוא סבור כי בסכסוכים על זכויות בקרקע יש לתת עדיפות ברורה להחלת הדין המקומי, ואילו הסדרים גלובליים ראויים מבחינה נורמטיבית רק במצבים של עלויות עסקה ומידע גבוהות. דוגמה למצב כזה הוא שונות מהותית בין שיטות רישום של זכויות במקרקעין. במקרים כאלה מתאימה יוזמה של approximation – יצירת אמנה הקובעת סטנדרטים בסיסיים למערכות מרשם המקרקעין, באופן שיקדם ודאות מסוימת לגבי תוקפן הקנייני של הזכויות.[10]

הפרק הרביעי מנתח את דין הקניין הראוי להסדרת פעילות גלובלית של מכר מיטלטלין, עסקות בחיובים כספיים עתידיים, שעבודים ובטוחות. **הפרק החמישי** שם במוקד הדיון את השוק הגלובלי של קניין רוחני, מאגרי מידע ונכסים אחרים בפורמט דיגיטלי. הפרק דן גם במטבע וירטואלי, שמסווג על־ידי מחוקקים ומאסדרים כנכס, ולא כמטבע, ולפיכך מעורר סוג

---

7 **שם**, בעמ׳ 53–89.

8 דוגמה לאסטרטגיה זו היא הסכם ה־TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994), הדן בהיבטי סחר הקשורים לזכויות קניין רוחני. הסכם זה היווה חלק מחבילת הסכמים שגם הובילה להקמת ארגון הסחר העולמי (World Trade Organization). ההסכם מכוון להפסיק את התופעה הרווחת במדינות אסיה ובמדינות מתפתחות אחרות של הפרת זכויות קניין רוחני על־חשבונם של ממציאים, יוצרים ובעלי זכויות. ההסכם מחייב את המדינות המתקשרות להעניק הגנה נאותה על זכויות שונות של קניין רוחני בהתאם לסטנדרטים מוסכמים, לרבות אמצעי אכיפה, שהוגדרו בהסכם, אך כל מדינה יכולה להרחיב את תחולת ההגנה בהתאם לערכיה, לצרכיה ולמורשתה המשפטית. ראו אריה רייך ״גלובליזציה ומשפט: השפעת המשפט הבין־לאומי על המשפט המסחרי בישראל ביובל הבא״ **מחקרי משפט** יז 17, 28 (2001).

9 להבי, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 35–37, 89–90.

10 **שם**, בעמ׳ 120–125.

חדש של שאלות על המאפיינים הקניניים של בעלות ועל ההסדרה שמתאימה לאופי הריכוזי של השוק.[11]

הפרק השישי והאחרון מתמודד עם הסוגיה הסבוכה של עדיפות נושים במצב של חדלות־פירעון. סוג סכסוך זה, כפי שמסביר להבי, מדגים בצורה העוצמתית ביותר את המתח בין דין קניין in rem מקומי לבין פעילות כלכלית חוצת גבולות.[12] מכיוון שעוגת הנכסים של החייב אשר עומדת לחלוקה עשויה לכלול נכסים נדים, חיובים כספיים עתידיים, זכויות קניין רוחני, נכסים דיגיטליים וגם קרקעות, הפרק השישי מציג הסתכלות נוספת על כל אחד מסוגי הנכסים הללו שנדונו בפרקי הספר הקודמים. להבי סבור כי מבחינה עיונית יוזמה של supranationalism שתייצר האחדת דינים בנוגע לזכויות נושים במצב של חדלות־פירעון (להבדיל ממצבים של חייב בר־פירעון) היא הסדר אידיאלי. עם זאת, מבחינה מעשית לא קיימת תשתית של מוסדות בין־מדינתיים עם סמכויות חקיקה ואכיפה שיכולה לגבש ולאכוף הסדר אחיד. בהינתן מציאות זו, להבי ממליץ על אסטרטגיה של soft law, הכוללת יוזמות לא־פורמליות להחלפת מידע ולתיאום בנוגע להליכי חדלות־פירעון שמתנהלים מחוץ למדינה, דוגמת Model Law of Cross-Border Insolvency, אשר אומץ בשנת 2017 על־ידי ארבעים ושלוש מדינות.

אעבור עכשיו להציג שלוש מחשבות שהתעוררו אצלי במהלך הקריאה. הראשונה נוגעת במבנה הספר. להבי כותב בהקדמה כי פרקים 1—3 מבוססים חלקית על מאמרים שפרסם.[13] כולנו מפרסמים את מחקרינו בפורומים שונים, ובכך אין כל חדש. אולם פרקטיקה זו דרבנה אותי לחשוב באופן כללי על מקומו של פרק סיכום בספר. גם מי שאינו קורא ספר בשלמותו אמור להבין מפרק הסיכום מה התֵזה המרכזית, כיצד היא יושמה, לאילו מסקנות היא הובילה את הכותב, ומהם כיווני המחקר שלו לעתיד. הספר של להבי אינו מסתיים בפרק סיכום.

הנושא השני נוגע במסגרת החשיבה שמופיעה בספר לגבי גלובליזציה ומשפט. במאמר שפרסם רלף מייקלס בשנת 2013 הוא מציע להבחין בין שלוש המשגות של המונח ״גלובליזציה״: כמציאות, כאידיאולוגיה וכתיאוריה.[14] לטענת מייקלס, המושג ״גלובליזציה״ כתיאוריה דורש לאתגר הבחנות מסורתיות בין מדינה לחברה ובין תיאוריה משפטית לתיאוריה חברתית. מסגרת העיון המסורתית מייחסת באופן גלוי או משתמע משקל וחשיבות למדינת הלאום, ולפיכך העיסוק המרכזי הוא במשפט מקומי מול משפט בין־מדינתי ובשחקנים ראשיים שהם מדינות מול מוסדות על־מדינתיים (דוגמת משפט האיחוד האירופי). מייקלס מזמין משפטנים לצקת תוכן חדש לתפקיד המשפט ולצורת המשפט בעולם גלובלי כתיאוריה חברתית. לתפיסתו, גלובליזציה, במובן של מסגרת חשיבה מעצבת תודעה, דורשת שחרור

---

11 שם, בעמ׳ 204. גם בישראל רשויות המס מתייחסות למטבע וירטואלי כאל נכס, ולא כאל מטבע, לעניין מיסוי רווחי הון. רועי כץ ״הממשלה רוצה את הביטקוין שלכם: רווחים ממטבעות וירטואליים יחויבו במס״ **TheMarker** (7.4.2019) www.themarker.com/markets/digital-coins/1.7090257.

12 להבי, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 272.

13 שם, בעמ׳ 8.

14 Ralf Michaels, *Globalisation and Law: Law Beyond the State*, *in* LAW AND SOCIAL THEORY 287 (Reza Banakar & Max Travers eds., 2nd ed. 2013).

מהמדינה כהנחת־מוצא מתודולוגית – law beyond the state.[15] להבי אינו מאמץ את ההזמנה של מייקלס, והמסגרת העיונית בספר מדגישה דווקא את הרלוונטיות והמרכזיות של המדינה כגוף מחוקק ואת הצורך באסטרטגיות להסדרתו של מפגש הדינים הבין־מדינתיים. היה מעניין לחשוב על דין קניין גלובלי תוך שחרור מהמדינה, או לכל־הפחות היה מתאים לכלול בפרק ההקדמה התייחסות לגלובליזציה כתיאוריה חברתית.

לנושא השני מתקשרת הערתי השלישית, שנוגעת בתופעה העכשווית של כלכלה משתפת וברלוונטיות שלה לדיני קניין בעולם גלובלי. מיזמים של כלכלה משתפת באמצעות פלטפורמות דיגיטליות הם דוגמה לפעילות חוצת גבולות שיוצאת מנקודת מוצא של אי־רלוונטיות של המדינה. המיזמים הקימו שווקים לפעילות כלכלית שאין בהם חובת רישיון, דיני תחרות ושמירה על תקנת הציבור.[16] בהקשר של דין קניין פרטי, כלכלה משתפת דוחפת להגדרה חדשה של בעלות. חוקרים מצביעים על כך שדור המילניום אינו מאמץ לגבי קניין פרטי מסגרות חשיבה של עצמאות כלכלית, אושר וחירות, ומעדיף צבירת חוויות על צבירת נכסים.[17] במילים אחרות, כלכלה משתפת מקדמת חשיבה על גמישות בשימוש בנכסים, שהיא אנטיתזה להסדר (ולסדר) המשפטי של יציבות, ודאות ותכנון לטווח ארוך, אשר מתקשרים עם בעלות. בהינתן האתגר שהכלכלה המשתפת מציבה לתפיסה המקובלת של קניין פרטי, עולה שאלה לגבי השלכותיו של שינוי זה על דין קניין גלובלי. האם ההבחנה בין זכויות קניין in rem לבין זכויות חוזיות והעדפת הראשונות על האחרונות מחזיקות עדיין את העוצמה שהייתה להן לפני עידן הכלכלה המשתפת? כיצד כלכלה משתפת, שמתמקדת ביחסים בין אנשים בנוגע לנכס, משפיעה על הרלוונטיות של דיני קניין, שמשקפים תפיסות ואמונות שעוצבו בזמן שבו המיקוד היה בבעלים ובקביעת היקף זכויותיו ביחס לנכס?[18] נושאים אלה, שעיקרם הוא שינוי במימד התרבותי של דין הקניין, עשויים להיות רלוונטיים לאסטרטגיית העיצוב של דין גלובלי. לדוגמה, בפרק השלישי בספר, שעניינו סכסוכי קרקעות חוצי גבולות, מודגש המקום המיוחד של קרקע במארג החברתי והכלכלי של מדינת הלאום והמגבלות שקשר זה מציב לגבי היקף ההתפרשות של דין גלובלי. מן הדיון בפרק עולה כי הזיקה ההדוקה שבין בעלות בקרקע לבין ריבונות ותפיסות חברתיות רלוונטית בוודאי (ואולי ביתר שאת) לנכס שהוא בית מגורים. והנה בעשור האחרון הוקמה חברת Airbnb, שהצלחתה מבוססת על מסגרת חשיבה הפוכה במידת־מה: מארחים ומתארחים ממשיגים את בית המגורים – הנכס האישי ביותר – כמשאב של קהילה גלובלית.

---

15 ראו גם ROGER COTTERRELL, LAW, CULTURE AND SOCIETY: LEGAL IDEAS IN THE MIRROR OF SOCIAL THEORY (2006).

16 ראו את אסופת המאמרים LAW AND THE "SHARING ECONOMY": REGULATING ONLINE MARKET PLATFORMS (Derek McKee, Finn Makela & Teresa Scassa eds., 2018).

17 Loïs Crespo Moreno, *How Do Millennials Fit in the Luxury Industry? Insight on Their Characteristics, Motivations and Consumption Behavior* (unpublished Master thesis, Louvan School of Management, 2016); D. Benjamin Barros, *Property and Freedom*, 4 NYU J.L. & LIBERTY 36 (2009).

18 להשלכות של כלכלה משתפת על התיאוריה הקלסית של בעלות ראו SHELLY KREICZER-LEVY, DESTABILIZED PROPERTY: PROPERTY LAW IN THE SHARING ECONOMY (2019).

חברת Airbnb הוקמה בסן־פרנסיסקו בשנת 2008 כדי להציע שירותים המבוססים על כלכלת השיתוף בתחום השכרת דירות וחדרים לטווח קצר. הפלטפורמה של Airbnb מספקת גישה למיליוני סידורי לינה ביותר מ־65,000 ערים ביותר מ־191 מדינות.[19] סרטי התדמית שמופיעים באתר החברה מציגים חזון של שינוי מערך היחסים בין הפרט למדינה. החברה טבעה את המונח Airbnb Citizen, ונתנה לסימן המסחר שלה את השם Belo, שמתקשר עם רעיון ההשתייכות הגלובלית: "we imagine a world where you can belong anywhere".[20]

נסיקתה של חברת Airbnb היא תופעה שנחקרת מנקודות־מבט שונות, אך בהקשר של דיני קניין גלובליים הצלחת החברה מציגה אנטיתזה לסברה שקיימת ייחודיות מקומית בזכויות בקרקע שצריכה להישמר גם בעיצוב נורמות משפט גלובליות. ברור שיש שוני מהותי בין רכישות קרקע על־ידי זרים לבין אירוח זרים לתקופה קצרה בדירת המגורים, ואנו גם יודעים שנכסים רבים שמוצעים דרך Airbnb הם להשקעה, ולא נכס מגורים אישי.[21] אף־על־פי־כן אי־אפשר להתעלם מכך שמציעי השירות דרך Airbnb רואים את עצמם כמשתייכים לקהילה גלובלית (ללא מדינה), עם כללי התנהגות אחידים ביחס לנכס האישי ביותר – בית המגורים, ושעל בסיס זה הצליחה החברה למסד התקשרות משפטית אחידה עם בעלי נכסים בבייג׳ין, בניגריה, בניו־יורק, בברצלונה, בתל־אביב ועוד. להבנתי, הצלחתה של Airbnb משקפת שינוי בתרבות המשפטית של דיני מקרקעין, ולכן הייתי שמחה לראות בספר גם ניתוח שמתייחס להתפתחויות מסוג זה שנוצרו על־ידי הגלובליזציה, שהיא אמה יולדתה של הכלכלה המשתפת.

מכל מקום, הערותיי אלה אינן גורעות מן העובדה שהתוצר הסופי הוא חיבור מעמיק שמציג מסגרת חשיבה חדשה לגבי המפגש בין המקומי לגלובלי בדיני קניין. אין ספרים רבים כאלה, וספרו של להבי מהווה תרומה משמעותית לדיון הרלוונטי מאוד בהשפעת הגלובליזציה על חיינו.

---

19 ראו באתר המרשתת של Airbnb: https://news.airbnb.com/about-us/ (נצפה לאחרונה ב־6 במרץ 2020).

20 לצפייה בסרטון ראו https://blog.atairbnb.com/belong-anywhere/. ראו גם Niels van Doorn, *A New Institution on the Block: On Platform Urbanism and Airbnb Citizenship*, NEW MEDIA & SOCIETY 1 (2019).

21 לנתונים על ישראל ראו אבנר בירך ברק ויפעת הולצמן־גזית ״אורח נטה ללון: השלכות על שוק הדיור ואסדרה של Airbnb בישראל״ **מחקרי רגולציה** א 71 (2019).