

ביקורת ספרים

על המרחב הציבורי של הקניין הפרטי

(בעקבות ספרו של חנוך דגן קניין על פרשת דרכים)

אמנון להבי*

בספרו קניין על פרשת דרכים מבקש חנוך דגן להבנות את המושג "קניין" על בסיס תפיסת משפט "ריאליסטית, פלורליסטית וליברלית", ולגזור באמצעותה השיבה-מחדש על הדוקטרינות המסדירות את ההיבטים השונים של דיני הקניין בישראל. המאמר בוחן את סדרת מהלכיו של דגן, תוך התמקדות בדיונו ברובד הציבורי של דיני הקניין, ובפרט בדיני הנטילה השלטונית. המאמר מבאר את חדשנותה ואיתנותה של תפיסה זו, ומצביע על סוגיות נוספות שליבונון עשוי להידרש לצורך השלמת מפעל מקיף זה. במיוחד, המאמר מציע התבוננות בדיאלקטיקה הנוצרת במשפט הישראלי בין המישור הציבורי למישור הפרטי בדיני הקניין, ובאופן הייחודי והראוי מבחינה נורמטיבית שבו מוסד הקניין מצליח לשמר מתח, מחד גיסא, וחלוקת עבודה משתמעת אך אפקטיבית, מאידך גיסא, בין שני רבדים אלה.

פתח-דבר. א. על המושג "קניין". ב. דיני נטילה שלטונית. ג. על "יחסי החוק" של הקניין: בין הציבורי לפרטי. ד. סוף-דבר.

פתח-דבר

קריאת ספרו של חנוך דגן קניין על פרשת דרכים¹ הייתה לי כמסע מענג ברחובותיה של עיר אהודה במיוחד. משנתו של דגן רחוקה מלהיות זרה לי: כמי שהיה תלמידו, התעצבה ראשית תודעתי האקדמית בנוגע לדיני הקניין מבעד לפריזמה ה"דגנית", ולאורך השנים הושפעתי מאוד הן מסדר-היום הנורמטיבי שהציב והן מכישורי הניתוח והכתיבה יוצאי-הדופן שלו.

* מרצה, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.
1. הוצאת רמות - אוניברסיטת תל-אביב, 2005 (להלן: דגן קניין).

אלא שגם בפעם הזו נפלה בחלקי הזכות לגלות אתרים חדשים ובלתי-צפויים ברחבי אותו כרך, באופן היוצר תחושה של מוכרות והפתעה בעת ובעונה אחת, ומעורר ציפייה לקראת ביקורים עתידיים.

ההנאה והתועלת מכתבתו של דגן אינם נחלתי הפרטית, כמובן. במהלך העשור האחרון רכש לעצמו דגן מעמד השמור למלומדים ספורים בלבד לא רק בשורות האקדמיה, אלא אף בקרב מעצבי המדיניות המשפטית בישראל, ובראש ובראשונה אצל שופטי בית-המשפט העליון. דוגמה מובהקת לכך מצויה בדיון הנוסף בעניין הורוויץ,² שבו נידונה פרשנותו של סעיף 200 לחוק התכנון והבנייה,³ שעניינו סייג לחובת הפיזיו הנקובה בסעיף 197 לחוק מקום ששוויים של מקרקעין פרטיים נפגע עקב הוראות בתוכנית בניין עיר. אף ששבעת שופטי ההרכב הגיעו לאותה תוצאה אופרטיבית, השוללת את תחולתו של סעיף 200 לחוק במקרה הנידון, נחלקו ביניהם השופטים בנוגע לתוכנו העקרוני של הסעיף, בין היתר בשל תובנותיהם השונות בדבר מהותו של הקניין הפרטי. בדעתו של השופט אור מודגש עקרון "האחריות החברתית", המחייב לעיתים פרט בחברה לשאת בנטלים שאינם מתקזזים בטובות-הנאה מקבילות בטוח המידי אך מהווים מחיר סביר בגין חברותו של הפרט בקהילה.⁴ לשם תמיכה בעמדה זו, נשען אור בכבודו על גישתו של דגן, ובכלל זה מביא ציטוט באורך של כעמוד מאחד ממאמריו של דגן, שבו פיתח את התזה המשלבת את עקרון האחריות החברתית בלב הקניין הפרטי.⁵ לעומת זה, השופט חשין מבקש להציג עמדה שונה לגבי זכות הקניין, המתמקדת דווקא "בכוח ובסמכות הניתנים לבעלים".⁶ לביקורת עמדתו של אור, מביא חשין אף הוא ציטוט ממושך מאותו מאמר של דגן, ולאחר-מכן מציין כי "ככל שעלה בידי להבין, אין חריי מרחיקים לכת כפרופ' דגן ואין הם רואים את חובותיו של בעל הקניין כתובות המובנות בזכות הקניין עצמה, כחובות המכרסמות בזכות הקניין עצמה".⁷ כתיבתו של דגן נהפכה אפוא לסלע-מחלוקת עיקרי בעניין הורוויץ, באופן הממחיש את השפעתה הניכרת על עיצובו של המושג "קניין" בפרשת-הדרכים שענף זה של המשפט הישראלי מצוי בה

2. דנ"א 1333/02 הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289 (2004).
3. חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 307 (להלן: חוק התכנון והבנייה).
4. עניין הורוויץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 299-303. לדעתו של השופט אור הצטרפו הנשיא ברק והשופט ריבלין.
5. המאמר, המצוטט בעמ' 301-302 לפסק-הדין, הוא הנוך דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" עיוני משפט כא 491 (1998). מחקרים נוספים המאזכרים בפסק-הדין הם הנוך דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" צדק חלוקתי בישראל 97 (מנחם מאוטנר עורך, 2000) וכן הנוך דגן "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות - לקראת שיה קנייני חדש" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 673 (אריאל רוזן-צבי עורך, תשנ"ז) (להלן: דגן "נטילה שלטונית").
6. עניין הורוויץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 313.
7. שם. לדעתו של השופט חשין הצטרפו השופטים דורנר וטירקל. השופט השביעי שישב בהרכב, השופט מצא, מנסה לגשר באופן בלתי-משכנע בין שתי העמדות על-ידי הצגתן כנבדלות בעיקר "בהדגשים ובדקויות הרטוריקה". שם, בעמ' 337.

בעידן שלאחר תחיקת חוק ייסודי: כבוד האדם וחירותו⁸ ובפתח הקיקתו של חוק דיני ממונות.⁹ זו שעה יפה לאוהבי הדיון האקדמי בתחום דיני הקניין. במקביל כמעט לתקופת כתיבתו של דגן, השלים "האב המייסד" של תורת הקניין בישראל, יהושע ויסמן, את כתיבתם של שלושת כרכי חיבורו "דיני קניין".¹⁰ מרתק לעקוב אחר הדינמיקה של הרכבה, פירוק והרכבה מחדש הנוצרת במסגרת הדיאלוג המתקיים הלכה למעשה בין הריאליזם המשפטי של דגן לבין הרציונליזם המתוחכם של ויסמן, השואף להרמוניה ולתאימות בין אגפיה השונים של הדוקטרינה המשפטית. עבודתם של השניים יוצרת בצוותא פרספקטיבה רחבה ועשירה על תחום משפט זה,¹¹ תוך דקדוק בפרטים ושאיפה משותפת לא להותיר ולו סוגיה אחת – קטנה כגדולה – בלא פתרון.

במסגרת ביקורת זו לא אוכל לסקור, ולו בקצרה, את כלל ספרו של דגן. נאמנה לאכסניה שבה היא מתארחת, תתמקד הביקורת בפרקים השני והשלישי, העוסקים, בהתאמה, בהבנייתו הכללית של המושג "קניין" ובדיני הנטילה השלטונית.¹² בהקשר זה אבקש להתמקד בדיאלקטיקה הנוצרת בין הרובד הציבורי לרובד הפרטי בדיני הקניין, ובאופן הייחודי שבו מוסד הקניין מצליח לשמר מתת, מחד גיסא, וחלוקת עבודה משתמעת אך אפקטיבית, מאידך גיסא, בין שני רבדים אלה.

א. על המושג "קניין"

לאורכו של הפרק השני דגן מציג שתי תפיסות מתחרות של המושג "קניין": תפיסה אחת של "קניין כריבונות", שאותה הוא מאפיין כ"פורמליסטית, מוניסטית וליברטריאנית"; ולמולה התפיסה של "קניין כמוסדות", שהינה לדבריו "ריאליסטית, פלורליסטית וליברלית", ואשר אותה הוא מבקש לקדם.¹³

בנוגע להמשגתה של גישת "הקניין כריבונות", אעיר רק כי אף אם מתקיימים בה כל שלושת המאפיינים האמורים לעיל, אין בכך כמובן כדי ללמד שבין מאפיינים אלה מתקיים קשר גורדי. תפיסת משפט פורמליסטית אינה חייבת להיות ליברטריאנית בתוצאותיה, כפי שתעיד במידה רבה הגישה היוריספרודנטלית הכללית שמנחם מאוטנר מייחס לבית המשפט העליון בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה.¹⁴ דוגמה לכך בהקשר הקונקרטי של הפקעת

8. ס"ח התשנ"ב 150.

9. ראו משרד המשפטים תזכיר חוק דיני ממונות www.justice.gov.il/MOJHeb/Codex/.

10. יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי (1993); יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף (1997); יהושע ויסמן דיני קניין – החזקה ושימוש (2005).

11. על כך יש להוסיף כמובן את עבודתם החשובה של מלומדים אחרים בתחום דיני הקניין, ובפרט של דפנה לוינסון-זמיר ומיגל דויטש, שאף מחקריהם מצוטטים בהרחבה בעניין הורוויץ, לעיל ה"ש 2.

12. יתר פרקי הספר עוסקים בנושאים הבאים: דיני תחרות, שיתוף בנכסים, בתים משותפים, וקניין ונישואים.

13. דגן קניין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 15, 22-26, 65-74.

14. מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 40-44 (1993).

מקרקעין היא הכר הנרחב והבלתי־מוגבל למעשה שנתן בית־המשפט באותה תקופה להפקעת מקרקעין פרטיים, תוך התבססות דווקנית על לשונו הרחבה של סעיף 3 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור),¹⁵ כמו־גם הגושפנקה השיפוטית הפורמליסטית שניתנה בהלכת פייצר¹⁶ (אשר נהפכה בעניין הולצמן¹⁷ בעידן ה"ערכי") לסמכותה של הרשות השלטונית להפחית חלק מהפיצוי בגין הפקעת מקרקעין גם כאשר מדובר בהפקעת חלקה בשלמותה.¹⁸ עם זאת, ככל ששאיפתה של הגישה הליברטריאנית היא למנוע שינוי לא־רצוני בסטטוס־קוו של מערך הזכויות הקנייניות הקיימות, ברי כי נוח יותר להשיג מטרה זו בעולם משפטי פורמליסטי – בהנחה שהדין הפוזיטיבי מספק שמירה חזקה על זכויות קיימות – מאשר בתרבות משפטית שבה מערכת הדינים הקיימת מאותגרת באופן תמידי על־ידי דיון ערכי. חשוב אפוא להבין כי את המערכה של דגן נגד תפיסת "הקניין כריבונות" הוא מנהל בשני מישורים (לפחות): ראשית, שלילת העמדה שלפיה פתרון סוגיות משפטיות יכול להיעשות אך ורק תוך הישענות על מערכת סגורה של נורמות וסיווגים משפטיים קיימים, בלא היזקקות לערכים ולמטרות שבבסיס הדין; ושנית, ויכוח בדבר הערכים שיש לקדם והמינון הראוי ביניהם לצורך עיצוב משטר הקניין בכל אחד מאותם הקשרים חברתיים־כלכליים טיפוסיים שדגן מכנה "מוסדות".

נקודת המוצא של דגן היא הריאליזם המשפטי,¹⁹ והאתגר שהוא מעמיד לעצמו הוא התוויית קונספציה קונסטרוקטיבית וסדורה, המבוססת על הגישה הריאליסטית, לצורך הכנתן והצבתן של אבני־הבניין של מוסדות הקניין השונים. לעניין זה אציין כי זרם הריאליזם המשפטי טובל באופן מסורתי מדימוי סכיופדני־משהו. מחד גיסא, קיימת הכרה רחבה

15. פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, ע"ר תוס' 1, 32 (להלן: פקודת הקרקעות). לסקירת אי־התערבותו של בית־המשפט באותה תקופה בדיקת טיבה ונחיצותה של המטרה הציבורית, ראו אמנון להבי ועמיר ליכט "הפקעת מקרקעין ליעודים נושאי רווח: הצעה למודל תאגידי" עיוני משפט כט 99, 124-127 (2005).
16. ע"א 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רמת־גן, פ"ד (ה)3 (1981).
17. ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית־אטא נ' הולצמן, פ"ד (ה)4 (1999).
18. מקורה של סוגיה זו הוא בסמכות המוקנית לרשות בחוקי ההפקעה להפקיע חלק מחלקה – 25% מכוח סעיף 20(2) לפקודת הקרקעות ו־40% מכוח סעיף 190(א)2 לחוק התכנון והבנייה – ליעודים מסוימים מבלי לשלם פיצויים. ההכרעה בעניין פייצר היא פורמליסטית בעיקרה משום שהנימוק המרכזי לה הוא הישענותו של הנשיא לנדוי על הוראת סעיף 3(1) לחוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, התשכ"ד-1964, ס"ח 122, שמלשונה עולה במשתמע האפשרות שמעשה הפקעה בלי פיצוי מלא יתייחס גם למצב שבו מפקיעים את מלוא החלקה. זאת, אף שלנדוי עצמו מודה כי פקודת הקרקעות עצמה, כמו־גם תקדימים משפטיים קרובים לעניין, מותירים את המסקנה המשפטית ב"תיקו". עניין פייצר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 653.
19. הכתיבה על־אודות זרם הריאליזם המשפטי הינה ענפה, ובשנים האחרונות ניכרת התחדשות של העניין בו. לאסופת מאמרים טובה במיוחד על הריאליזם ראו: AMERICAN LEGAL REALISM (William W. Fisher III, Morton J. Horwitz & Thomas A. Reed eds., 1993).

בחיבתו ההיסטורית והאינטלקטואלית העצומה של הריאליזם בהובלת נס ה"מרד"²⁰ נגד הפורמליזם ובהשיפת הזיקה המתמדת שבין הכרעות משפטיות לבין המציאות הפוליטית, התבררית והכלכלית שבה מתגלעים הסכסוכים הטעונים הכרעה. במובן "שלילי" מצומצם זה, ידועה הצהרתו של סינגר (Singer) כי "we really are all legal realists now"²¹, דהיינו, כי אסכולות המשפט השונות שהתפתחו במהלך המאה העשרים, ובכלל זה כאלה הרחוקות זו מזו כמטווחי קשת, כגון הגישה הביקורתית והגישה הכלכלית, יונקות במקורן מניתוח תפיסתו של המשפט כמערכת סגורה של כללים המתקיימת במנותק מהעולם האמיתי שבו היא פועלת. אלא שמאידך גיסא, בוקרה הגישה הריאליסטית על כך שהיא אינה מנביעה תורת משפט "חיובית" שניתן להבנות באמצעותה מחדש את הדוקטרינה המשפטית. במובן זה ספגה הגישה הריאליסטית כינויים לא-מחמיאים כ"ניהילסטית", מהד גיסא, וכ"שמרנית", מאידך גיסא,²² וסווגה כגישה שאינה מצליחה בסופו של יום ליישב את שאיפתה לניתוח עובדתי דקדקני של כל סכסוך כעומד בפני עצמו (idiosyncrasy in law) עם רצונה לקדם במקביל את יעילותו וודאותו של המשפט.²³

בהקשר הקונקרטי של דיני הקניין, האתגר שדגן ניצב מולו הינו מורכב עוד יותר. זאת, לנוכח המבוכה הנרחבת הקיימת בספרות, ואשר משותפת לכמה אסכולות משפטיות, סביב השאלה כיצד למנוע את פירוקו המוחלט של המושג "קניין" ואת הותרתו כמושג חסר משמעות תוך ערעור מתמיד על שלמותו ויציבותו של זכויות קיימות בשם השגת מטרות העל של כל אסכולה לפי דרכה. ככל שהדברים אמורים בגישה הריאליסטית עצמה, זו נשענה במידה רבה על ניתוחו של הופלד (Hohfeld), אשר ביקש לפרק את התפיסה המשפטית האחדותית של זכויות וחובות בנכס עצמו (in rem) לזכויות וחובות בין-אישיות (in personam).²⁴ אף שבתפיסה המקובלת תורגם הניתוח למיפוי אנליטי של זכות הקניין

20. להטבעתו של מונח זה ראו: MORTON G. WHITE, SOCIAL THOUGHT IN AMERICA: THE REVOLT AGAINST FORMALISM (1957). עם זאת, הסברה המקובלת היא כי אווירת ה"מרד" הייתה קיימת עוד קודם לכן, בין היתר בכתביו של Oliver Wendell Holmes בסוף המאה התשע-עשרה, וכי היא זו שאפשרה את פריצתם של הריאליסטים המשפטיים. ראו: WILLIAM TWINNING, KARI, LLEWELYN AND THE REALIST MOVEMENT 9 (1973).

21. Joseph W. Singer, *Legal Realism Now: Legal Realism at Yale 1927-1960*, 76 CAL. L. REV. 465, 503 (1988).

22. BRUCE A. ACKERMAN, RECONSTRUCTING AMERICAN LAW 5-22 (1984).

23. לביקורת זו ראו: LAURA KALMAN, LEGAL REALISM AT YALE: 1927-1960 6-7, 229-231 (1986); GRANT GILMORE, THE AGES OF LEGAL REALISM 10-11 (1986); HANOCH DAGAN, *The Realist Conception of Law* (unpublished manuscript), papers.ssrn.com/so13/papers.cfm?abstract_id=608383.

24. Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 26 YALE L. J. 710, 742-747 (1917); BRUCE A. ACKERMAN, PRIVATE PROPERTY AS A BUNDLE OF RIGHTS (1979), ראו: ACKERMAN, PRIVATE PROPERTY AS A BUNDLE OF RIGHTS (1979).

כ"פקעת" של זכויות וחובות שונות של בעל הזכות, לפחות לגבי חלק מהריאליסטים המשפטיים היווה פירוק זה קרדום לחפור בו לקידום סדר-יום פוליטי של התערבות מדינתית וחלוקה-מחדש של עושר,²⁵ בין היתר על-סמך הטענה, שהינה בחלקה תיאורית ובחלקה נורמטיבית, שלפיה זכות הקניין הפרטי משמעה ריבונות של בעליה על בני-אדם אחרים.²⁶ גם באשר לגישה הקרובה של "הקניין כיתוסים חברתיים", שראשיתה בריאליסטים ואשר נציגה הבולט ביותר כיום הוא סינגר,²⁷ מעבר לטיעון הנורמטיבי הבסיסי שלפיו בנסיבות חברתיות מסוימות ראוי לסטות מזכויותיהם הפורמליות של הצדדים, לא הצליחה עד כה גישה זו במיפוי שיטתי של מדרג היחסים הרלוונטיים ובהצבת קטגוריות משפטיות נבדלות שבתוך כל אחת מהן מתקיימת מערכת סדורה של נורמות לצורך בנייה-מראש של מערך ההקצאה של הזכויות והחובות בין הצדדים הרלוונטיים.²⁸ בדומה לכך, אף תיאוריית "הקניין כאישיות", שפותחה בעיקרה על-ידי רדין (Radin),²⁹ בלטה עד כה, לטעמי, בעיקר בביקורתה על היצמדות לזכויות פורמליות גרידא בהקשרים שקיים בהם פער ניכר בין הצדדים השונים בדבר קיומו של ערך מוסף מכונן-אישיות לשליטה בנכס מושא המחלוקת, אך לא ביצירת תורת משפט עצמאית שתהווה אמת-מידה מרכזית לכינון זכויות קנייניות ולהבטחת מינון מספק של ודאות ויציבות.³⁰

- J.E. Penner, *The Property and the Constitution* 26–29 (1977). לניתוח ביקורתי ראו: J.E. Penner, *The "Bundle of Rights" Picture of Property*, 43 *UCLA L. Rev.* 711 (1996).
25. ראו, למשל: BARBARA H. FRIED, *THE PROGRESSIVE ASSAULT ON LAISSEZ FAIRE* 71–108 (1998).
26. ראו: MORRIS R. COHEN, *Property and Sovereignty*, 13 *CORNELL L. Q.* 8 (1927–1928) (הטוען כי לנוכח אופיו זה של הקניין הפרטי הלכה למעשה, יש צורך בקיומן של הצדקות נורמטיביות לכך שגורם פרטי יוכל להכפיף אחרים לריבונות זו, הצדקות אשר אינן קיימות לגישתו בתיאוריות המקובלות בדבר הקניין הפרטי).
27. לביטוי עכבני של גישתו ראו: JOSEPH WILLIAM SINGER, *ENTITLEMENT: THE PARADOXES OF PROPERTY* 95–139 (2000).
28. לביקורת קולעת לטעמי על כתיבתו של סינגר, ועל גישת "הקניין כיתוסים חברתיים" בכלל, ראו: STEPHEN R. MUNZER, *Property as Social Relations*, in *NEW ESSAYS IN THE LEGAL AND POLITICAL THEORY OF PROPERTY* 36 (Stephen R. Munzer ed., 2001) (הטוען, בין היתר, כי אין זה ברור אם התיאוריה של סינגר הינה דסקריפטיבית – דהיינו, מתארת את האופן שבו אנשים יוצרים "קניין" במסגרת יחסים חברתיים באופן שאינו משתקף בדוקטרינות הקיימות – או שמא מדובר בתיאוריה נורמטיבית בעיקרה המבקשת לבקר את ההצדקות העיוניות לקניין הפרטי ולפעול באמצעות המשפט כדי לקדם סוגים מסוימים של יחסים בין בני-אדם).
29. ראו: MARGARET JANE RADIN, *REINTERPRETING PROPERTY* 35–71 (1993).
30. לביקורת הרואה את גישת "הקניין כאישיות" כגישה שרלוונטית אולי למקרים אנומליים נדירים, אך לא כתיאוריה היכולה לעמוד במרכז ההצדקה לקניין הפרטי, ראו: JOSHUA GETZLER, *The Use of Force in Protecting Property*, 7 *THEORETICAL INQUIRIES L.* 131, 164–165 (2006). איני טוען, כמובן, כי לגישת "הקניין כאישיות" אין כל ערך בהבניית המושג "קניין". יש תחומי משפט אחרים, כגון הזכות המוסרית בדיני זכויות היוצרים, שבהם יש לגישה זו תוקף

פירוקו של המושג "קניין" הינו במידה רבה גם נחלתו של הניתוח הכלכלי של המשפט (אשר הושפע כאמור אף הוא באופן היסטורי, ולו בעקיפין, מהריאליזם). למעשה, תחילתו של זרם זה הייתה באותה "כפירה בעיקר הקנייני" שהשמיע הכלכלן קוז (Coase) בהתייחסו לאופייה ההדדי של התנגשות בין אינטרסים.³¹ כך, לדוגמה, במצב־עניינים שבו זיהום היוצא משטח מפעל משפיע על קרקעות סמוכות, אין לראות לדידו באופן אוטומטי במפעל את "הגורם" לבעיה ולהעניק עדיפות קטגורית לבעל הקרקע המושפעת, אלא יש להסדיר את היחסים בין הצדדים, בין היתר, על־סמך מאזן העלויות והתועלות הצפוי מהותרת הפעילות על כנה או ממניעתה.³² גישה זו לא רק חותרת תחת עליונותה המובנית של זכות הקניין ה"מותקפת", אלא גם מכרסמת בשלמותה כזכות כלפי כולי עלמא המותרת בידי הבעלים את מכלול ההחלטות הכרוכות בנכס, והופכת אותה לאוסף של זכויות שימוש ופעולות פרטניות בקרקע שאין מניעה נורמטיבית ליטול חלק מהן מבעל זכות הקניין בשם עקרון היעילות, על בסיס הכרעות פרטניות המתייחסות לצדדים הרלוונטיים.³³ גם כתיבה מאוחרת יותר, שמביאה בחשבון באופן מפורש גם שיקולים חלוקתיים במסגרת הבחינה של הקצאת הזכויות בין הצדדים, נמנעת מלקדש את זכויות הקניין במצב־העניינים לפני הסכסוך.³⁴ נוסף על כך, במישור של בחירת הסעדים, מרבית הכתיבה כורם זה תומכת במעבר שיטתי לכללי אחריות (דהיינו, פיצויים), במקום כללי קניין (צו מניעה), כאמצעי להגנה על הזכויות

- של ממש בהצדקה של הסדרים משפטיים. ראו: Burton Ong, *Why Moral Rights Matter: Recognizing the Intrinsic Value of Integrity Rights*, 26 COLUM. J. L. & ARTS 297 (2003) (הטוען כי ליבה של דוקטרינת הזכות המוסרית נעוץ בשיקולים של אישיות, כבוד ויושרה, ולא בשיקולים מכשירניים של קידום היעילות הכלכלית). עם זאת, על־פירוב, גם כאשר גישה זו "מגויסת" להבניית הסדר משפטי מסוים, היא נלווית לנימוקים אחרים, ואינה מהווה הצדקה שדי בה לבדה להוליך לתוצאה האמורה. ראו, לדוגמה, את ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314 (2004), שבו כונן בית־המשפט על־דרך הפסיקה את "זכות הפרסום", דהיינו, את הזכות הכלכלית הבלעדית הנתונה לאדם לסחור בדמותו, בקולו ובשמו. בית־המשפט הסתמך בעיקר על שיקולים של תיאוריית העבודה הלוקיאנית ועל העמדה הכלכלית של מתן תמריצים ליצירה וליזומה אישית ולניהול יעיל של משאבים בתנאי מחסור, ורק כנימוק אחרון הוסיף גם את גישת הקניין כאישיות. שם, בעמ' 351-358.
31. Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, in *THE FIRM, THE MARKET, AND THE LAW* 95 (1988).
32. שם, בעמ' 96, 153-156.
33. ראו: Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *What Happened to Property in Law and Economics?*, 111 YALE L. J. 357, 367-371 (2001).
34. ראשית ההידרשות למונח "זכויות" (entitlements) בהקשר של זכויות שימוש פרטניות, כמו־גם לשיקולים חלוקתיים בעת הקצאתן, מצויה אצל: Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972). להפרדת שיקולי יעילות משיקולים חלוקתיים בהקצאות כאלה ראו גם: Ian Ayres & Paul M. Goldbart, *Optimal Delegation and Decoupling in the Design of Liability Rules*, 100 MICH. L. REV. 1, 26-34 (2001).

המוקצית לצד מסוים. זאת, בעיקר בשל הנחת המידע הלא-מושלם של בית-המשפט בדבר העלויות והתועלות האמיתיות של הצדדים, ולנוכח החשש מפני העדר אפשרות לעסקה מתקנת במקרה של הקצאה שגויה של הזכויות על-ידי בית-המשפט,³⁵ באופן שאף בו יש כדי להתליש את עוצמת הזכות הקניינית.³⁶ כתגובת-נגד על עמדה זו, החלו באחרונה כותבים אחדים להביא נימוקים כלכליים דווקא להעצמתן של הוודאות והיציבות של זכות הקניין, ולחזוק השימוש בכללי קניין להגנת הזכות מפני התערבות חיצונית.³⁷ על רקע הקשיים האמורים לעיל, מבצע דגן מהלך בשלושה שלבים, המבקש להביא לידי "שיקומו" והבנייתו מחדש של המושג "קניין", ולהוכיח תוך כדי כך כי הגישה הריאליסטית ראויה אף ראויה להימנות כתורת משפט מן המניין.

ראשית, דגן מאתר את הערכים השונים הראויים לגישתו להימנות עם אלה שיש לקדם באמצעות הענקת זכויות בנכסים: חירות, אישיות, עבודה, רווחה מצרפית, קהילה וצדק חלוקתי.³⁸ ביחס לכל אחד מערכים אלה הוא מפריד בין מהות לרטרוריקה בהבנת תוכנם, ומבהיר בתמצית מדוע ראוי להפנימם (גם) בדיני הקניין, ומתי קיימת הצדקה חזקה במיוחד

35. זאת, במיוחד באותן סיטואציות, דוגמת מטרדים, העלויות לערב באופן טיפוסי צדדים רבים. ראו: Thomas W. Merrill, *Trespass, Nuisance, and the Costs of Determining Property Rights*, 14 J. LEGAL. STUD. 13 (1985).

36. לפי גישה זו, היתרון הגלום במעבר לכללי אחריות במצב של העדר מידע מושלם ושל עלויות עסקה משמעותיות הוא שכלל האחריות "מחליץ" מהצד החייב את המידע הפרטי שלו בנוגע לשווי האמיתי שהוא מייחס לזכות ובנוגע ליכולתו למנוע את הקונפליקט, תוך שהוא מעמיד לפניו הלכה למעשה את האפשרות לבחור בין תשלום פיצויים כנגד נטילת הזכות מהצד הזכאי, נקיטת אמצעים למניעת הקונפליקט או ויתור כולל על הזכויות. Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 HARV. L. REV. 713, 725-728 (1996). הכותב הבולט ביותר הקורא למעבר שיטתי לכללי אחריות בקונפליקטים סביב זכויות קנייניות הוא Ayres. ראו: Ian Ayres, *OPTIONAL LAW: THE STRUCTURE OF LEGAL ENTITLEMENTS* (2005).

37. ראו: Henry E. Smith, *Property and Property Rules*, 79 N.Y.U. L. REV. 1719 (2004) (המצדיק העדפה קטגורית של כללי קניין משיקולים של עלויות מידע (information costs), בין היתר לנוכח העובדה שמשטר משפטי שבו מואצלות לבעל זכות הקניין כלל הסמכויות הנוגעות בהחלטות לגבי השימוש בנכס, ובכלל זה הזכות להדיר אחרים ממנו, הינו זול יותר לייצור וחוסך בעלויות המידע של צדדים חיצוניים). כן ראו: Richard A. Epstein, *A Clear View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules*, 106 YALE L. J. 2091, 2093-2096 (1997) (המביע חשש מפני פיצוי-חסר שיטתי בכללי אחריות כבעיה חמורה יותר מ"סחטנות" אפשרית שתמנע עסקה מתקנת במשטר של כלל קניין); James E. Krier & Stewart J. Schwab, *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light*, 70 N.Y.U. L. REV. 440, 459-464 (1995) (הטוענים כי מעבר לכללי אחריות מניע אנשים להפסיק לנסות לשאת ולתת זה עם זה). ראו גם: Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *A Theory of Property*, 90 CORNELL L. REV. 531 (2005) (המדגישים את השיבות המרכזיות של היציבות והוודאות בשמירה על זכויות קנייניות).

38. דגן קניין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 65-35.

לקידומו של ערך מסוים באמצעות תחום משפטי זה, כאן בא אפוא לידי ביטוי הרכיב הפלורליסטי בתורת הקניין של דגן: התובנה שהקניין לא נועד לשרת ערך אחד בלבד, אלא קיימים כמה ערכים ראויים עקרונית המתמודדים על הפגמתם במשטר קנייני מסוים, כאשר לעיתים ערכים שונים מובילים לאותה תוצאה משפטית רצויה, ולעיתים אין מנוס מעימות ומהעדפתם הנורמטיבית – בנסיבות נתונות – של ערכים מסוימים על אחרים.

שנית, דגן מתווה דרך לחלוקה של כלל העולם החברתי לקטגוריות נפרדות של קשרים בין-אישיים טיפוסיים, ולהתאמתו של תמהיל ייחודי של ערכי הקניין השונים לכל קטגוריה כזו. קטגוריות אלה – "מוסדות הקניין" – מהוות לגישתו מסגרות של בררת-מחדל לשיתוף-פעולה ביחס לסוגים שונים של משאבים, ויש ביצירתן כדי להשיג שתי מטרות: ליצור אמצעי "לגיבוש של ציפיות בני-אדם באשר לקטגוריות שונות של יחסים בינאישיים ביחס למשאבים"; ולשמש "מדיום שהמשפט מביע דרכו את האידיאלים הנורמטיביים שלו לגבי קטיגוריות חשובות אלה".³⁹

התוויות של המוסדות הקניינים נעשית על-פי שני צירים עיקריים: אופי המשאב (דהיינו, ציר שבקצהו האחד משאבים "מכוננים" שבני-אדם נוטים להתקשר אליהם ולראות בהם כמשקפים את עצמיותם, ובקצהו האחר נכסים מכשירניים לחלוטין שאין בהם דבר מלבד שווי השוק או השימוש שלהם) ואופי היחסים החברתיים בין הצדדים (החל ביחסים בין זרים וכלה ביחסים בין בני משפחה).⁴⁰ מיפוי זה אמור בסופו של דבר להוביל ליצירת רשימה של קטגוריות טיפוסיות שבכל אחת מהן תיווצר מערכת ייחודית של נורמות קנייניות שתקדם בתוכה גם עקרונות של ודאות ויציבות משפטית, דהיינו, כזו שתתייחס "בכובד" ראש להסדרים המשפטיים הקיימים".⁴¹

אומנם, לא ברור לחלוטין אם דגן מונה בספר את מלוא פריטיה של רשימה זו או שמא המוסדות הנדונים בפרקים השונים מהווים רק רשימה חלקית, ויש גם אי-בהירות מסוימת בנוגע לשאלה אם מיפוי המשאבים בהתאם לאופיים נעשה לפי הערכה כוללנית שלהם או לפי מבחן נקודתי יותר שמכוונו עשוי להיות פער משמעותי בערך ה"כינון" הן בין הצדדים והן בנוגע לצד הטיפוסי עצמו ביחס לאותו משאב. (חשבו, למשל, על מוסד קנייני של יחסי משכיר-שוכר במקרקעין: האם יש ליצור "מוסדות קנייניים" שונים לשוכרים לפרק-זמן קצר לעומת שוכרים הגרים בדירה שנים ארוכות, אשר עשויים להתקשר אליה רגשית?). אך מעבר לשאלות אלה, המהלך העקרוני של דגן מיישב דילמות שגותרו במידה רבה לא-פתורות בתפיסתו של סינגר: מחד גיסא, הוא מתווה באופן פוזיטיבי רשימה של מוסדות הניתנת ליישום מעשי במסגרת של שיטת משפט סדורה, ומאידך גיסא, הוא יוצר באמצעות התוויה זו זיקה קרובה לערכים שבבסיס הקניין, ואף מבהיר כי ההתחשבות באופי היחסים החברתיים נועדה לא רק לשקף מצב-עניינים חברתי קיים, אלא אף להנך ולתמרץ אותנו באמצעות המשפט להיכנס למערכות יחסים מסוימות שיש בהן לדידו חשיבות מוסרית וערכית מיוחדת.

39. שם, בעמ' 76.

40. שם, בעמ' 68-74.

41. שם, בעמ' 73.

שלישית, דגן עומד על כך שתרגום "המוסדות הקניינים" לנורמות משפטיות ייעשה בעיקר באמצעות כללים (rules), ולא באמצעות סטנדרטים (standards), וזאת כפוף לכך שעיצובם הראשוני של הכללים ייעשה בקפדנות ובוהירות, מתוך מטרה ליצור קירוב טוב בין תוכנו של הכלל לבין התמהיל הייחודי של הערכים שבבסיסו.⁴² מתלך זה אינו אינטואיטיבי לתורת קניין שהינה ערכית מאוד בבסיסה, שהרי לכאורה משטר משפטי של סטנדרטים יכול להגשים בכל מקרה נתון את ערכיה של התורה. אולם בכך בדיוק טמונות חדשנותו של דגן ויכולתו לתרגם את הגישה הריאליסטית לשיטת משפט סדורה: משטר כזה של "כללים ערכיים" שואף לקדם ודאות וצפיות משפטית, לעודד השקעה בנכסים, ולהשיב לקניין את עטרתו כתחום משפט בעל תכנים מוצקים.

לקראת סיום פרק זה, אבקש להעיר לגבי הרכיב ה"ליברלי" בתורת הקניין של דגן. דגן אינו מגדיר במפורש למה הוא מכונן במונה "ליברליזם", אף שהוא מסביר במפורט בהקשרים קונקרטיים באיזה משטר משפטי "גישה ליברלית" אמורה לתמוך, וברי כי הוא מנגיד אותו לליברטריאניזם.⁴³ עם זאת, מקריאת הדברים נראה כי תפיסתו של דגן אינה מסתפקת במה שכינה רולס (Rawls) "ליברליזם פוליטי" (political liberalism) – אשר מביע עמדה מוסרית אך ורק בנוגע לתפקידים של בני-אדם כ"אזרחים", ומכונן לצורך כך דרכי ייצוג של התפיסה הפוליטית של צדק באמצעות מוסדות, כללי משחק דמוקרטיים וזכויות פוליטיות – אלא מהווה סוג של "ליברליזם מקיף" (comprehensive liberalism), המציע, לצד עקרונות פוליטיים, גם תפיסה מוסרית של הטוב (good), כלומר, איתור דברים בעלי ערך בחיים האנושיים וקביעת אידיאלים של תכונות ומעלות אנושיות מחוץ למסגרת הפוליטית, במסגרת חיים פרטיים ואוטונומיים.⁴⁴ אי-בהירות קונספטואלית משמעותית יותר בהקשר של אופייה הליברלי של תורת הקניין של דגן נעוצה לטעמי בשימוש החליפי שהוא עושה במונחים "קהילתיות" ו"קהילתנות", המלמד לכאורה על סוג של זיהוי ביניהם.⁴⁵ לא אוכל להיכנס כאן במלואה להבחנה בין שני מושגים אלה, אולם ככלל אומר כי תפיסה "קהילתית" נכונה לקבל מגוון רחב יותר של מניעים לשיתוף-פעולה מתמשך בין אנשים, ובכלל זה מניע תועלתני-אישי מובהק המבוסס על קידום האוטונומיה כפי שהפרט מגדיר ומכונן אותה בנבדל מאנשים אחרים,⁴⁶ בעוד תפיסה "קהילתנית" (communitarianism) מגדירה את עצם המושג "אוטונומיה" כנובע באופן אינהרנטי מהמארג החברתי שהאדם מצוי בו, ואין לו משמעות של ממש או תוקף מוסרי מחוץ למארג זה, ומכאן שהיא מהווה ככלל ביקורת על

42. שם, בעמ' 167-170.

43. שם, בעמ' 37.

44. JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 11-15, 174-176, 373-376 (1996). להבחנה בין ליברליזם פוליטי לליברליזם מקיף ראו גם: Amy Gutman, *Civic Education and Social Diversity*, 105 ETHICS 557, 558-560 (1995).

45. דגן קניין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 51-55, 140-142, 169-171.

46. לדיון ב"קהילתיות" ובמניעה ראו אמנון להבי "קהילות מגורים חדשות בישראל – בין הפרטה להפרדה" דין ודברים ב 63, 66-71, 107-108 (2005).

הליברליזם.⁴⁷ לפחות בדבריו על ערך החירות של הקניין, נדמה שדגן מכוון לאוטונומיה אישית פרטית בבסיסה, ומכאן שהיה ראוי מבחינתו להיצמד למונח "קהילתיות" הן לתיאור מצבים קיימים והן לביטוי שאיפתו הנורמטיבית לקידום סוגים מסוימים של יחסים בין אישיים באמצעות המשפט.⁴⁸

ב. דיני נטילה שלטונית

הפרק השלישי עוסק בדיני נטילה שלטונית - מונח שאותו טבע דגן בכתביו הקודמים.⁴⁹ מונח זה עוסק במכלול המצבים שבהם רשות שלטונית מתערבת בקניינו של הפרט, הן בדרך של שליטה ו/או נטילה ישירה של זכויות קניין בנכס והן בדרך של רגולציה המותירה בידי הפרט באופן פורמלי את הזכות הקניינית אך גורעת הלכה למעשה משווייה. בהקשר זה בולטת במיוחד הנטילה השלטונית במקרקעין על ידי הפקעת זכויות או על ידי פגיעה עקב רגולציה תכנונית.⁵⁰ חשיבותו המיוחדת של הדיון בנטילה שלטונית במקרקעין נובעת לא

47. ראו, למשל: Michael Walzer, *The Communitarian Critique of Liberalism*, 18 POLITICAL THEORY 6 (1990); Charles Taylor, *Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate*, in PHILOSOPHICAL ARGUMENTS 181 (1995) למיפוי הורמים השונים בכתביה הקהילתנית ראו: Stephen A. Gardbaum, *Law, Politics, and the Claims of Community*, 90 MICH. L. REV. 685 (1992). לעמדת ביניים, המבקרת את הליברליזם על ניתוק תפיסת הצדק (justice) מתפיסת הטוב (good), מחד גיסא, ואת הכתיבה הקהילתנית ככל שזו מעדיפה באופן קטגורי הכרעה רובנית בחברה מסוימת גם בנוגע להגדרת זכויותיהם של הפרטים בה, מאידך גיסא, ראו: Michael J. Sandel, *LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE* (1998). לגישה נורמטיבית בדבר הבניית יחסים בין פרטים במרחב העירוני על-דרך של בניית קהילה (community building), אך תוך הכרה מפורשת בכך שמדובר ביצירת מסגרת לשיתוף-פעולה בין זרים ושליטה של העמדה ה"רומנטית" של הכתיבה הקהילתנית, ראו: Gerald E. Frug, *CITY MAKING: BUILDING COMMUNITIES WITHOUT BUILDING WALLS* 9-13 (1999).

48. לחיזוק התפיסה הקהילתית (אך הליברלית עדיין, כאמור) של הקניין, המבקשת להתמקד בחשיבותו של מוסד הקניין כמאפשר כניסה לתוך קהילה והשתייכות אליה (property as entrance), במקום התפיסה המקובלת של הקניין כמעניק לפרט מקום מפלט מכפייה קהילתית (property as exit), ראו: Eduardo M. Penalver, *Property as Entrance*, 91 VA. L. REV. 1889 (2005).

49. דגן "נטילה שלטונית", לעיל ה"ש 5.

50. גם את הנטילה השלטונית במקרקעין על-דרך של רגולציה תכנונית ניתן למפות לשני סוגים עיקריים: ראשית, פגיעות תכנוניות ישירות, דהיינו, ירידת ערך מקרקעין עקב ציויים רגולטוריים שמכוונים באופן מפורש למקרקעין מסוימים ואשר מטילים הגבלות על אופן ניצול הקרקע והפקת התשואה ממנה (כגון שינוי ייעודה של הקרקע לשימוש בעל ערך כלכלי פחות או הקטנת היקף הבנייה המותרת); ושנית, פגיעות תכנוניות עקיפות הנובעות מהחצנות שליליות הצפויות להיגרם לנכסי מקרקעין כתוצר-לוואי של הוראות התוכנית, ובפרט החצנות סביבתיות-פיזיות - כגון חשיפה לרעש, לזיהום אוויר או לריח, פגיעה בגוף ועלייה בהיקפי

רק מטעמים מעשיים – שהרי גם בעידן המודרני נכסי מקרקעין מהווים חלק נכבד מהונם של אנשים "מן היישוב" – אלא גם מטעמים סמליים הכרוכים באיתותים החזקים שדינים אלה יוצרים בנוגע למכלול היחסים בין הפרט לרשות וכן בין פרטים שונים בחברה.⁵¹ אכן, לא בכדי היוותה הפרדיגמה של נטילת מקרקעין באופן מסורתי מניע חזק לעיגון המעמד המשפטי של זכות הקניין בשיטות משפט שונות.⁵² כפי שדגן מציין, דיני הנטילה השלטונית אינם נוהים לריאליסטי-הליברל-הפלורליסטי, שכן הם מעמתים באופן חזיתי את ערך החירות (המבטא כאמור אוטונומיה אינדיווידואליסטית), ולעיתים גם את ערך האישיות, עם הערכים של אחריות חברתית וצדק חלוקתי, המבקשים לאפשר למדינה להגדיר מחדש את יחסי הכוחות והזכויות בין אזרחים ולחרוג מהסטטוס-קוו התברתי-הכלכלי גם באמצעות דיני הקניין.

בהקשר זה נדרש דגן לאורך הפרק לשני הנושאים המרכזיים הכרוכים בנטילה שלטונית: כשרותו של עצם המעשה הפוגע, וקביעת מידת הפגיעה שתהיה כרוכה בעצם ביצועו. הנושא הראשון – כשרות הנטילה – מיתרגם בהקשר של הפקעת מקרקעין לשני מבחנים דוקטרינריים עיקריים: קיומה של מטרה ציבורית ומידתיות השימוש בסמכות ההפקעה. ניתוחו הביקורתי של דגן ביחס לשני המבחנים האלה עשוי להפתיע את מי שסבור כי דגן מייחס משקל יתר לקידום צדק חלוקתי על-חשבון ערכים אחרים. ראשית, דגן מביע תמיכה בפרשנות רחבה של המונח "מטרה ציבורית", גם כאשר השימוש במקרקעין עשוי להניב רווח ליום פרטי, ובכלל זה למטרות כגון הקמת שכונת מגורים או מרכז מסחרי במסגרת תכנון כולל.⁵³ אף שלכאורה פרשנות רחבה כזו הינה חלוקתית במהותה, לעיתים תכופות הרחבת גדרה של סמכות ההפקעה לכינון טובין פרטיים נושאי רווחים עשויה אומנם ליצור חלוקה-מחדש של העושר אבל דווקא בכיוון ההפוך, דהיינו, לטובתם של גורמים חזקים ובעלי השפעה פוליטית, שעשויים אף להכתיב מלכתחילה את המטרה הציבורית כאמצעי

התנועה – עקב תוכנית המאשרת פיתוח מקרקעין שכנים. ראו אמנון להבי "פגיעות תכנוניות ומטרדים: על הסדרת החצנות מרחביות בעידן של רגולציה" (צפוי להתפרסם במשפט ועסקים ד, 2006).

51. על יסודיותו ומרכזיותו של מוסד הבעלות הפרטית בקרקע לא רק מבחינה כלכלית, אלא גם (ואולי בעיקר) מבחינת המעמד החברתי והפוליטי הכרוך בכך בהיסטוריה האירופית והצפון-אמריקאית, ראו: Carol M. Rose, *Property as the Keystone Right?*, 71 NOTRE DAME L. REV. 329, 345–347 (1996), והמקורות המאוזכרים שם.

52. ראו: William Michael Treanor, *The Original Understanding of the Takings Clause and the Political Process*, 95 COLUM. L. REV. 782, 785–792 (1995) (המציין כי בתקופותיהם של הממשלים הקולוניאליים באמריקה, לעיתים תכופות ניטלה קרקע מבעליה בלי תשלום פיצוי, במיוחד כאשר דובר בנטילת קרקע לא-מפותחת לשם סלילת דרכים, אך מבהיר באותה עת כי העלייה הדרמטית בפגיעה הממשלתית בקניין לאחר המהפכה נגעה דווקא בהטלת הגבלות על משכורות ומהירי מוצרים ובשמיטת חובות של מתיישבים אמריקאים לנתינים אנגלים).

53. דגן קניין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 112-115.

למימוש הרווח הפרטי.⁵⁴ שנית, דגן תומך במבחן קפדני של מידתיות, שנועד לשרת את ערך החירות של הקניין ולהגן מפני כוחו של השלטון.⁵⁵ לכאורה, לנוכח עמדתו של דגן בזכות קידום עקרון הצדק החלוקתי בדיני הקניין, היה אפשר לצפות כי הפקעת מקרקעין, לפחות מגורמים פרטיים בעלי אמצעים, והעברת הבעלות בנכס לידי הרשות הציבורית תהיה מטרה כשלעצמה, בנפרד מהפרויקט הציבורי הספציפי, אך זה אינו המצב.⁵⁶ לדוגמה, נראה כי אילו נדרש דגן למקרה היפותטי שבו קיימות שתי חלקות קרקע סמוכות זו לזו וזהות בתכונותיהן, קרקע אחת בבעלות ציבורית והקרקע האחרת בבעלות אילתון, ועל הרשות השלטונית לבחור בקרקע שתשמש להקמת דזור ציבורי לקשישים מעוטי-יכולת, היה דגן שולל באופן קטגורי את הפקעת המקרקעין הפרטיים משיקולי מידתיות.

הנושא השני המרכזי הוא מידת הפגיעה הכרוכה בנטילה השלטונית, ובפרט באילו נסיבות ראוי לאפשר לרשות הציבורית לשלם פיצוי חלקי בלבד או לא לשלם פיצוי כלל בגין הנטילה. בהקשר של הפקעת מקרקעין, סוגיה זו מתייחסת לסמכות הקיימת בפקודת הקרקעות ובחוק התכנון והבנייה להפקיע 25% או 40%, בהתאמה, משטח מגרש למטרות ציבוריות מסוימות מבלי לשלם פיצוי;⁵⁷ ובהקשר של פגיעה תכנונית, מדובר בהיקף תחולתו של סעיף 200 לחוק התכנון והבנייה, המסייג את הזכות לקבלת פיצוי מכוח סעיף 197 לחוק.⁵⁸ דגן מפתח לגבי שני סוגי המקרים הללו "כללים ערכיים" דומים להתוויית הסמכות להפחתת פיצוי, האמורים ליהנות מיתרון יחסי של זדאות מוגברת לעומת משטר של סטנדרטים פתוחים.

שני המרכיבים הרלוונטיים בעיצוב כללים אלה הם זהות הקהילה שהנטילה השלטונית מיטיבה עימה ואופי השימוש בקרקע עובר לנטילה. המרכיב הראשון – זהות הקהילה – מבחין בין תועלת ציבורית ברמת השכונה, הרובע או העיר ("שימוש קהילתני") לבין תועלת ציבורית ברמה האזורית או הארצית ("שימוש כללי"), מתוך תפיסה כי האידיאל של הדדיות ארוכת-טווח הנובעת מחברותו של הפרט בקהילה הינו ישים וראוי יותר לגבי שימוש מקומי באופיו.⁵⁹ המרכיב השני – אופי השימוש הקודם בקרקע – מבחין בין מקרים שבהם שימשה

54. להבי וליכט, לעיל ה"ש 15, בעמ' 110-112, 121-123.

55. במסגרת זאת דגן תומך גם בכלל שנקבע בבג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001), שלפיו עם מיצוי המטרה הציבורית שלשמה הופקעה הקרקע יש להשיבה לבעליה המקוריים. דגן דורש גם כי הרשות תפקיע את הזכות המוערית הנדרשת לה לשם קידום המטרה הציבורית. שם, בעמ' 116-125.

56. מעניין לשים לב בהקשר זה גם לביקורת שדגן מותח על חלק מהספרות הפרוגרסיבית, המקילה ראש לטעמו בפגיעה בקניין לצורך שינוי הסטטוס-קוו הכלכלי. ראו דגן קניין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 36, 194. בכך נראה כי דגן מאפיין מחדש באופן מסוים את תורתו בנוגע לנטילה שלטונית, שאותה סיווג בחיבורים קודמים כ"פרוגרסיבית". ראו: Hanoach Dagan, *Takings and Distributive Justice*, 85 Va. L. Rev. 741, 768-792 (1999).

57. ראו לעיל ה"ש 16-18 והטקסט שלידן.

58. ראו לעיל ה"ש 2-7 והטקסט שלידן.

59. דגן קניין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 140-142, 165-171. זאת, כפוף לכך שבמקרה של הפקעה, לא תותר בשום מקרה סמכות של הפחתת פיצוי בנוגע למקרקעין מופקעים המועברים לידי של

הקרקע לבית המגורים או למקום העסק העיקרי של בעליה ("מקרקעין מכווננים") לבין מקרים שבהם היוותה הקרקע השקעה גרידא לבעליה ("מקרקעין חליפיים"). הבחנה זו אמורה גם ליצור קירוב יעיל לאפיון מצבו הכלכלי של הפרט שמקרקעיו הופקעו.⁶⁰ מיפוי זה יוצר אפוא ארבעה שילובים המנביעים משטרים משפטיים שונים. סמכות ההפחתה המרבית תינתן בחוק, לפי דגן, במקרה של מקרקעין חליפיים המיועדים לשימוש קהילתני, וכך, בסדר יורד, עד למקרה של מקרקעין מכווננים המיועדים לשימוש כללי, שבו תינתן "סמכות הפחתה נמוכה מאוד". כדי לקדם את עקרון הוודאות, דגן מציע גם כי לגבי כל אחד מארבעת השילובים יאומצו כללי-אצבע מספריים בנוגע לאחוז ההפקעה המותר בלי פיצוי.⁶¹ ביחס למרכיב של "זהות הקהילה" אעיר כי נכון עושה דגן כאשר הוא אינו בוחן את הזהות הפורמלית של הרשות הציבורית מבצעת-הנטילה או של זו שעל שמה תירשם הקרקע במקרה של הפקעה (דהיינו, אם מדובר ברשות מקומית או ארצית), אלא את היקף הציבור שאמור להיות המוטב העיקרי של מעשה הנטילה, וזאת אף שאמת-מידה כזו מחייבת לכאורה בחינה מהותית מדויקת יותר של בית-המשפט. בכך נמנע דגן מהכשל שנפל, לטעמי, במסקנותיה של הוועדה הבין-משרדית לשינוי פקודת הקרקעות, שהציעה להטיל בדרך-כלל חובת פיצוי מלאה בגין כל מעשה הפקעה, אך להותיר על כנה את הסמכות להפקעה חלקית בלי פיצוי כאשר הגורם המפקיע הוא הרשות המקומית, וזאת מן הנימוק שלשינוי ההסדר יהיו "השלכות ניכרות על תקציבי הרשויות המקומיות, העשויות למנוע הפקעות הנחוצות לרווחת הציבור".⁶² מלבד ההכללה הגורפת והכנסת כל הרשויות המקומיות תחת קורת-גג חברתית-כלכלית אחת על-אף ההבדלים העצומים ביניהן,⁶³ ונוסף על התמיהה מדוע יש להעמיס תמיד על גבו של הפרט את המצוקה התקציבית המוניציפלית, לעיתים תכופות מאוד אין מתאם בין זהות הגוף המפקיע לבין היקף הציבור מוטב ההפקעה, שכן למעשה, רוב ההפקעות מכוח חוק התכנון והבנייה נעשות על-ידי הוועדה המקומית ונרשמות על שם הרשות המקומית שהמקרקעין מצויים בתחומה, גם כאשר מדובר בפרויקט אזרחי או ארצי במהותו.⁶⁴

בנוגע למרכיב של אופי השימוש הקודם בקרקע, אעיר כי לטעמי ההבחנה המהותית בין סוגי מקרקעין שונים המוצעת במסגרת מרכיב זה מוצלחת יותר מהכותרות "מקרקעין מכווננים"

יזם פרטי. שם, בעמ' 146.

60. שם, בעמ' 145, 170.

61. שם, בעמ' 143-145, 167-170.

62. ראו משרד האוצר דין וחשבון הוועדה הבינמשרדית לשינוי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), (1943 29 (2004) www.mof.gov.il/karka.pdf; תזכיר חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (תיקון מס' 3), התשס"ה-2004, דברי ההסבר לסעיף 12.

63. ראו, בין היתר, את הכנס הכלכלי השנתי (קיסריה XII), רפורמה בשלטון המקומי: ביזור לראויים ואבזור לנחשלים (7-8 ביולי 2004), באתר www.idi.org.il/hebrew/article.asp?id=2036&did=32. כן ראו ספיר פרץ "תל-אביב היא הרשות המקומית עם ההכנסה הגבוהה ביותר: 3.6 מיליארד שקל ב-2004" גלובס 10.1.2006.

64. ראו סעיפים 188(א) ו-26(א), בהתאמה, לחוק התכנון והבנייה. על הבעיות המתעוררות עקב חוסר המתאם האמור, ראו להבי, לעיל ה"ש 50, סעיף 5.

ו"מקרקעין חליפיים". דומני כי אין צורך להרחיב את הדיבור על כך שבמדינת-ישראל יש מגורים לא-מעטים המייחסים לקרקע ערך רגשי חזק של "נחלת אבות" המכונן את זהותם האישית והקבוצתית, אף אם אין מדובר בבית המגורים או במקום העסק העיקרי.⁶⁵ למעשה, אי-אפשר להסביר את התפתחותם ההיסטורית של דיני ההפקעות בישראל מבלי להידרש, מחד גיסא, לרכיב המכונן של הלאמת הקרקעות לצורך "ייחודן", בין היתר על-ידי שימוש במכשיר ההפקעות, ומאידך גיסא, לפגיעה המכוננת שנגרמה עקב כך לאוכלוסיות המיעוטים ברחבי הארץ.⁶⁶

נוסף על כך, המונח "מקרקעין מכוננים" משמיע נטייה סובייקטיבית חזקה שאינה מתיישבת לכאורה עם שאיפתו של דגן לכללים ברורים ונוחים להפעלה.⁶⁷ ההידרשות לרכיב המכונן-האישית כטעם מרכזי בעיצוב דיני הפיצויים מזמינה דיון נרחב יותר, שדגן אינו מקיים אותו, בדבר ההצדקה האפשרית לפיצוי דיפרנציאלי מטעמים סובייקטיביים בגין הפקעת קרקע גם במצבים שבהם הקרקע מופקעת בשלמותה, כך שלבעל קרקע ישולם לעיתים פיצוי העולה על שווי השוק האובייקטיבי המלא של הנכס. יצוין כי כותבים אחדים הביעו תמיכה זהירה בהכנסתו של רכיב הערכה עצמית (self-assessment) לצורך קביעת שיעור הפיצוי בגין הפקעה בנסיבות מסוימות - לא רק משיקולים של הבטחת היעילות המצרפית, אלא גם כדי להפחית את הפגיעה הטמונה באובדן האוטונומיה של הפרט - תוך ניסיון לקבוע מנגנונים שימתנו את החשש מפני הערכת-יתר אסטרטגית גרידא.⁶⁸ ככל שלשיקולי אוטונומיה ואישיות יש אומנם חשיבות עקרונית, לגישת דגן, גם בקביעת שיעור הפיצוי, ולא רק בפיקוח על נהיצותה ומידתיותה של ההפקעה, היה ראוי אילו קיים דגן דיון מקיף יותר בשאלת ההיתכנות של משטר פיצוי המגלם בתוכו ערכים סובייקטיביים.

65. אחד המנגנונים המשמשים לעיתים לריכוך ההתנגדות הסובייקטיבית הכרוכה בנשילת קרקע הוא מעבר למשטר פיצוי של קרקע חלופית, כפי שנעשה בנוגע לפרויקט "כביש חוצה ישראל", שחלק גדול מהקרקעות שניטלו לצרכיו היו בבעלות ערבית. ראו סעיף 8(ג) לחוק כביש ארצי לישראל, התשנ"ה-1994, ס"ח 38; דוד רטנר "חקלאי בקה אל-ג'רביה קיבלו תמורה להפקעות לטובת כביש 6: אדמה שהופקעה מהוריהם ב-48" הארץ 2.1.2005 א 1.
66. ראו, למשל, יפעת הולצמן-גזית "דיני הפקעת מקרקעין בשנות החמישים בראי האידאולוגיה הציונית של קליטת עלייה וקניין פרטי" מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי 223, 227-241 (תנוך דגן עורך, 1999); אלכסנדר (סנדר) קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום, ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל", שם, בעמ' 443, 459-465; ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 דין-וחשבון כךך א 41-47 (2003).
67. להצדקות להטלת הגבלות אובייקטיביות באיתור שיקול הרווחה לצורך עיצוב דיני הקניין, ראו: Daphna Lewinsohn-Zamir, *The Objectivity of Well-Being and the Objectives of Property Law*, 78 N.Y.U. L. Rev. 1669 (2003).
68. ראו: Lee Anne Fennell, *Taking Eminent Domain Apart*, 2004 Mich. St. L. Rev. 957, 995-1002, הקוראת ליצירת מכשיר רצוני של "אופציית הפקעה", שמכווחה יעריכו בעלי נכסים את השווי ה"אמיתי" שהם מייחסים לנכסיהם במקרה של הפקעה עתידית, וככל שהפעור בין שווי השוק האובייקטיבי של הנכס לבין הערכתם העצמית יהיה קטן יותר, הם יזכו בהטבות

ג. על "יחסי החוץ" של הקניין: בין הציבורי לפרטי

בפסקה הפותחת את הפרק הרביעי, מציין דגן כי דיני הנטילה השלטונית מסדירים את "יחסי החוץ" של בעלי קניין מול רשויות השלטון, וכי דיני התחרות הם הדינים המרכזיים המסדירים את "יחסי החוץ" של בעלי קניין מול צדדים פרטיים. בהערת-שוליים הוא מציין כי שתי דוקטרינות נוספות העוסקות ב"יחסי החוץ" מול צדדים פרטיים הן דיני הסגת גבול ודיני מטרידים.⁶⁹ דגן אינו עוסק בספר בשתי דוקטרינות אחרונות אלה, אולם דווקא היחס ביניהן לבין דיני הנטילה השלטונית מסקרן במיוחד, משום שהן עוסקות תכופות במצבים עובדתיים ובעימותי אינטרסים דומים למדי לאלה המאפיינים את הנטילה השלטונית. בהתאם לכך, דיון השוואתי כזה משליך על היחס בין הרובד הציבורי לרובד הפרטי בדיני הקניין, ובפרט על השאלה אם בנסיבות עובדתיות דומות יש מקום להבחנה נורמטיבית קטגורית בין עיצוב המשטר המשפטי והקצאת הזכויות לצדדים במישור הציבורי לבין העיצוב המקביל במישור הפרטי. ניתן לנסח קושיות אלה באופן כללי יותר בהידרשות לטיב הזיקה בין המושג "קניין" בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין הבניית המשטר המשפטי החל על הקניין במסגרת הדין האזרחי ה"רגיל".

שאלת הזיקה בין הקניין במישור הפרטי לבין הקניין במישור הציבורי לא זכתה עד כה בדיון מעמיק בפסיקת בית-המשפט העליון. בעניין קרטיק, מציין השופט חשין כי מאז נחקק חוק-היסוד, ניתן לתאר את זכות הקניין הן כזכות מן המשפט הפרטי והן כזכות-יסוד מן המשפט החוקתי, אך הוא אינו נדרש לשאלת הזהות או ההבחנה – אם קיימת – בין שני הפנים של הזכות.⁷⁰ באופן רחב יותר, נראה כי ניכרים בבית-המשפט מתח ואף מבוכה מסוימת בנוגע לטיבה של זיקה זו. כך, מחד גיסא, קבע בית-המשפט, עוד בפסקי-הדין בעניין מגדל כפר שיתופי, כי במסגרת ההגנה הנפרשת בעידן החוקתי על זכויות הפרט אל מול הרשות השלטונית, ניתן להכיר בסוגי אינטרסים אשר אינם מהווים זכויות קנייניות במשפט הפרטי כ"קניין" לצורך סעיף 3 לחוק-היסוד, באופן שיש בו כדי ללמד לכאורה על הבחנה בעלת תוקף נורמטיבי והשלכות מעשיות.⁷¹ מאידך גיסא, בית-המשפט מבקש, בשורה של פסקי-דין, ליצור זיקה בין השינוי שחולל העיגון החוקתי של זכות הקניין לבין הפרשנות הראויה של מוסד הקניין בסכסוכים מן המשפט הפרטי, תוך ביטוי גישה שלפיה זכות הקניין

מס גדולות יותר בתשלום מיסי הרכוש השנתיים שהם משלמים לרשויות הרלוונטיות. גישה זו נסמכת במידה רבה על ספרות קודמת שקראה לאפשר לבעלי נכסים להעריך בעצמם את שווי נכסיהם לצורך שומת מיסי הרכוש, בתנאי ששווי זה ישמש אמת-מידה לרכישת הקרקע על-ידי הממשלה או גורם פרטי כלשהו. ראו: Saul Levmore, *Self-Assessed Valuation Systems for Tort and Other Law*, 68 VA. L. REV. 771, 779–790 (1982).

69. דגן קניין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 199, ה"ש 1.

70. עניין קרטיק, לעיל ה"ש 55, בעמ' 656.

71. ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 431 (1995). כן ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481, פסקה 127 לפסקי-הדין (2005).

במשפט הפרטי קיבלה אף היא תוקף על-חוקי בעקבות חוק-היסוד, כך שהיא נעה עקרונית באותו כיוון המאפיין את הזכות ברובד הציבורי (ברוב המקרים הובילה הצהרה זו לפרשנות "ליברטריאנית" של זכות הקניין במשפט הפרטי, לא רק בהקשרים של יחסים בין זרים).⁷² כדי להמחיש את טיבה של הסוגיה בהקשר של "יחסי החוץ", אבקש לחזור לסכסוך שהתגלע בשנות השבעים בין מפעל הטקסטיל "אתא" לבין זאב שוורץ, שגר בסמיכות למפעל בקרית-אתא, בנוגע לרעש החזק והבלתי-פוסק שבקע ממתקני האוורור והקירור של "אתא". השלב הראשון של פרשה זו היה תביעת המטרד ליהיד שהגיש שוורץ.⁷³ במסגרת התדיינות זו ביקשה "אתא" מבית-המשפט להשתמש בסמכות הנתונה לו מכוח סעיף 74 לפקודת הנזיקין, ולהסתפק בסעד של פיצוי במקום בסעד של צו מניעה, כלומר, במונחים של קלברזי ומלמד, להמיר את ההגנה הניתנת לשוורץ מכלל קניין לכלל אחריות.⁷⁴ זאת, לנוכח הפער העצום לכאורה בין הנזק שייגרם ל"אתא", על אלפי עובדיה, אם תופסק הפעילות, לעומת התועלת שתצמח מכך לשוורץ. השופט שמגר דחה גישה זו, באומרו כי דיני הנזיקין מתמקדים במצבו של הנפגע, כך שכאשר הפגיעה בו קשה יחסית לעצמו – ולא יחסית לצד האחר – יינתן צו מניעה.⁷⁵

72. ראו, לדוגמה, רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומור"לים למוסיקה בישראל נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נו(2), 625, 629-630 (2003) (העצמת זכותה של אקו"ם למנוע את השמעת הרפרטואר של חבריה בגלי צה"ל עד לחתימת הסכם חדש בין הצדדים, עקב עיגון מעמדה החוקתי של זכות הקניין); רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נו(1), 199, 240-242 (1999) (חיווק מעמדה של זכות הקניין בחוק-היסוד מרחיב את ההגנה שעל בית-המשפט לתת מפני פגיעה בזכויות קנייניות, במקרה זה על-ידי הריסת בנייה שביצע אחד הדיירים בבית משותף ברכוש המשותף בלא קבלת הסכמתם של יתר הדיירים); ע"א 6416/01 בנבנישתי נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נו(4), 197, 204-205 (2003) (מתן משנה תוקף לתכלית של שמירה על קניינו של הנושה ופרעון החובות המגיעים לו במסגרת הליכי פשיטת-רגל, בעקבות ההגנה החוקתית על זכות הקניין); רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נו(3), 360, 375 (2001) (הכרה בתכלית המיוחדת של הגנה על קניינו של הזוכה במסגרת הליכי הוצאה לפועל, לנוכח עיגון זכות הקניין בחוק-היסוד); רע"א 2808/00 שופר סל בע"מ נ' ניב, פ"ד נו(2), 845 (2000) (צמצום הסמכות להטיל על התובע ערבות להוצאות משפט, כדי להימנע ככל האפשר מפגיעה בזכות הקניין של התובע, המוכרת כזכות-יסוד מכוח חוק-היסוד); רע"א 8420/96 מרגליות נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ, פ"ד נו(3), 789, 799-900 (1997) (הצורך בנקיטת משנה זהירות בהוצאת צו מניעה זמני לא על יסוד ראיות מלאות, כדי למנוע פגיעה בזכות הקניין של הנתבע, לנוכח עיגונה החוקתי של זכות זו). לביקורת על "הקישור החוקתי המהיר מדי" שעשתה השופטת דורנר, בעניין אקו"ם לעיל, בין זכות הקניין בחוק-היסוד לבין זכות היוצרים, תוך דילוג על השאלות בדבר ההצדקה להכרה בזכות היוצרים ותיחום היקפה בנסיבותיו של אותו מקרה, ראו מיכאל בירנהק "השאלה ציבורית והעתקה פרטית – בעקבות ע"א 326/00 עיריית חולון נ' אן.אמ.סי. מוסיקה בע"מ ובתשובה לאסף יעקב" עיוני משפט כו 885, 893-895 (2004).

73. ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785 (1976) (להלן: ע"א אתא).

74. Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1092-1093.

75. ע"א אתא, לעיל ה"ש 73, בעמ' 811-814.

אלא שבאותו פסק-דין עצמו ציין השופט שמגר כי "במקרים מעטים וקיצוניים בהם אין פתרון טכנולוגי למניעת המטרד והאינטרס הציבורי מחייב במפגיע את המשכה של הפעילות המהווה פגיעה שהיא בגדר מטרד ליחיד... ייתכן מאד ולא יהיה מפלט מהפעלת הסמכויות הקבועות בסעיפים 3(ג) או 3(ד) לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1943", דהיינו, הפקעת הקרקע.⁷⁶ אכן, סמוך לאחר מתן פסק-הדין בתביעת המטרד, ולאחר שמשא-ומתן שהתקיים לכאורה בין הצדדים לא הניב תוצאות, פנתה "אתא" לשר האוצר על-מנת שיעשה שימוש בסמכותו כדי להפקיע את הקרקע של שוורץ בתשלום, ושר האוצר עשה כן. בית-המשפט העליון דחה את עתירתו של שוורץ נגד השימוש בסמכות ההפקעה, בנימוק כי "מניעת סגירתו של מפעל שבפעילותו התקינה תלויה פרנסתן של אלפי משפחות הוא בודאי בגדר של 'צורך ציבורי' וכשלא ניתן היה להשיג מטרה זו בדרך אחרת, צריך היה לאחוז באמצעי שנותר והוא הפקעת הנכס מידי העותרים".⁷⁷

לכאורה, מדובר בעניין תמוה. אם התוצאה הסופית של מעבר לכללי אחריות הינה רצויה, כיצד זה הושגה הכרעה שונה בהליך הראשון? מה היה הטעם לבזבז זמן ומשאבים כאשר היה אפשר להגיע לתוצאה זו במסגרת תביעת המטרד? ואם אנו סבורים שהתוצאה הסופית אינה רצויה, האומנם נפל כאן בית-המשפט במלכודת דוקטרינרית ונרדם על משמרתו מבחינה נורמטיבית רק משום שבאופן פורמלי עבר הדיון למישור אחר – הציבורי – של הדין? לגישתי, אין הדברים כך, והיה טעם בקיום מהלך דו-שלבי ובאותה "הפרדה אקוסטית" שנוצרה בנסיבות מקרה זה בין היקף ההגנה על הקניין במישור הציבורי לבין היקפה במישור הפרטי.

בתחילת טיעוני אבקש להבהיר שתי נקודות. ראשית, ההבחנה שאני עורך בין המישור הפרטי למישור הציבורי אינה מעתיקה במדויק את ההפרדה בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, ככל שזו מתבססת על זהותם של הצדדים הישירים לסכסוך.⁷⁸ לדוגמה, יש לראות את התיקון לחוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, שהתערב בדיעבד במערך זכויות הנושים של המושבים,⁷⁹ או את תיקון 31 לחוק יסודות התקציב, שמנע נושים של רשויות מקומיות מלשים את ידיהם על תקציבים מיוחדים שהוזרמו, בין היתר, כדי לאפשר תשלום משכורות לעובדים,⁸⁰ כפעולות תחיקתיות במישור הציבורי של הקניין, אף שלכאורה פעולתם

76. שם, בעמ' 815.

77. בג"ץ 114/77 שוורץ נ' שר האוצר, פ"ד לא(2) 800, 807 (1977) (להלן: בג"ץ אתא) (להלן יחד: עניין אתא).

78. לדיון בהבחנה בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי בישראל, המבוססת קודם-כל על זהות הצדדים אך גם על סוג הפעולות המשפטיות, ולהתקרבות ההדדית בין שני תחומי משפט אלה, ראו דפנה ברק-ארו "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות גומלין" משפט וממשל ה' 95 (1999).

79. חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), התשנ"ג-1993, ס"ח 178. חקיקה זו עמדה כידוע בליבו של עניין מגדל כפר שיתופי, לעיל ה"ש 71.

80. חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 31 והוראות שעה), התשס"ד-2004, ס"ח 402. לדיון בהשלכותיו הקנייניות של תיקון זה ראו ה"פ (מהווז ת"א) 1014/04 עיריית יהוד נ' י.ר.א.ב. שירותי נוי (1985) בע"מ, פ"מ תשס"ה (6) 878 (2004).

האופרטיבית של מעשים אלה היא ביחסים שבין צדדים פרטיים.⁸¹ כלומר, ההבחנה היא בין הנורמות המשפטיות אשר אמורות לא רק להולל בין פרטים אלא גם לכוון מראש את התנהגותם, אך להותיר בידיהם את סמכות ההחלטה והפעולה בנוגע ליצירת המגע והקשר המשפטי ביניהם ולהסתפק בהכרעה שיפוטית במחלוקות המתגלעות לאחר-מכן, לבין הנורמות המשפטיות הנוגעות בפעולות שלטוניות המכתיבות בדיעבד תוצאה בין פרטים ספציפיים או בפעולות שלטוניות הנעשות במסגרת מערך היחסים שבין הפרט לבין הרשויות עצמן. שנית, איני טוען לקיומה של הבחנה נורמטיבית החוצה את המשפט לאורכו ולרחבו בין תחומי הפעילות של המישור הציבורי לבין אלה של המישור הפרטי.⁸² בוודאי איני טוען, למשל, כי בית-משפט הדן בסכסוך חוזי או נזיקי אינו רשאי, מבחינת הלגיטימיות של פעולתו, להידרש להשלכות חלוקתיות נרחבות יותר הנובעות מהסכסוך שלפניו או לערכים אחרים הנתפסים לכאורה כשייכים לרובד הציבורי.⁸³ מבחינה זו אני מקבל את התובנה הריאליסטית, שמערערת על ההבחנה המסורתית בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי כמתחם של העדר התערבות ישירה לכאורה מצד המדינה, ואשר מצביעה על כך שלהימנעותם של בתי-המשפט מהידרשות לסוגיות כאלה יש תוצאות מעשיות העלולות להיות בלתי-רצויות בסופו של יום מבחינת ערכיה הכלליים של החברה.⁸⁴ מכאן, שאיני סבור כי יש מקום להוצאתם הגורפת של תחומי משפט שלמים, כגון דיני החוזים ודיני הנזיקין, מגדרם של שיקולים כאלה.

81. לעניין תיקון 31 לחוק יסודות התקציב יצוין כי רוב החובות שבהם דובר נבעו מתשלומים מכוח התקשרויות חוזיות ומחויבים אחרים מהמשפט הפרטי, ומכאן שלצורך הדיון אני מתייחס אל הרשויות המקומיות כאל צד פרטי.
82. ברור, למשל, שיש תחולה להוראות חוק-היסוד במשפט הפרטי, לכל-הפחות במובן זה שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על מכלול הוראותיו, ובכלל זה סעיפים 3 ו-8 ("פסקת ההגבלה"), חלים על מעשי הקיקת מאוחרים של הכנסת, ובכלל זה על חוק דיני ממונות, לכשיאשר. אלא שהתחולה הפורמלית הזו אינה מוליכה בהכרח למסקנה שההבנה השיפוטית הנורמטיבית של המושג "קניין" חייבת להיות זהה בנוגע לכל סוגי הסכסוכים המערבים שאלות "קנייניות". לטיעון בזכות מודל "התחולה העקיפה", שלפיו על ערכי-היסוד החוקתיים של שיטת המשפט הישראלית, ובכלל זה זכות הקניין, לזרום אל תוך המשפט הפרטי באמצעות מושגי-השסתום שבו, כגון "תום-לב", "רשלנות", "סבירות" ו"תקנת הציבור" – וזאת לנוכח ההנחה הנורמטיבית הבסיסית שלפיה "אין שתי מערכות של זכויות אדם, אלה של המשפט הפרטי ואלה של המשפט הציבורי. קיים מערך אחד של זכויות אדם" – ראו אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר: על המשפט הציבורי 163, 176-178, 195-196 (יצחק זמיר עורך, 1993).
83. גישה זו, שלפיה המשפט הפרטי הוא תחום אוטונומי ולא-פוליטי, מתבססת, בין היתר, גם על כך שהשופטים אינם נבחרים ולכן אינם חייבים בדין-וחשבון דמוקרטי בגין הכרעות מדיניות רחבות. לביטוי מובהק של גישה זו ראו: ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 204-231 (1995).
84. להצגת טיעון זה ראו צחי קרן-פז "לי זה עולה יותר: דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי" משפט וממשל ז 541, 564-570 (2004).

עם זאת, נדמה בעיניי שדיני הקניין ייחודיים בכך שהם קיימים ופועלים באופן ישיר הן ברובד הציבורי והן ברובד הפרטי, כך שלעיתים תרחיש עובדתי מסוים, כגון הסכסוך בין "אתא" לשוורץ, יהיה ניתן להסדרה הן באמצעות הרכיב הציבורי של דיני הקניין – דהיינו, דיני נטילה שלטונית ו/או נתינה שלטונית – והן באמצעות הדוקטרינות של המשפט הפרטי העוסקות ב"יחסי חוץ" (ולעניין זה אני רואה את תביעת המטרד ליחיד כתביעה בעלת אופי קנייני מובהק, למרות מיקומה הפורמלי בפקודת הנוזיקין).⁸⁵ במקרים כאלה מדובר אפוא ב"חלוקת עבודה" פנימית בתוך אותו תחום משפט, אשר מאפשרת בסופו של יום השגת תוצאה רצויה חברתית מנקודת מבט כוללת, אך אינה מתעלמת מהבדלים רלוונטיים בין שני מישורים אלה.⁸⁶

באופן פרטני, הסכסוך בין "אתא" לבין שוורץ מעמת באופן חזיתי ודרמטי בין שיקולי החירות או האוטונומיה של הפרט בעל הזכות הקניינית לבין שיקולי יעילות כלכלית מצרפית התומכים בריקון זכותו של שוורץ מכל תוכן נגד רצונו, אף אם בתשלום. התרת המשך פעילותו של המפעל באופן שהופך את דירתו של שוורץ לבלתי-שמישה מביסה באופן גורף את האוטונומיה שלו בנוגע למלוא זכותו בנכס, וזאת בהקשר של יחסים בין זרים. מחד גיסא, אין מדובר כאן בסוג של יחסים חברתיים-מרחביים שבהם ניתן ללמוד עובדתית או נורמטיבית על הכפפה חלקית של האוטונומיה לטובת קידום פעולה משותפת, כמו בהקשרים של בני-זוג, שותפים בנכס או צדדים ליחסי עבודה, ומאידך גיסא, אין מדובר כאן בפגיעה חלקית באוטונומיה שראוי לעיתים לסובלה גם בהקשרים של יחסים בין זרים, ובמיוחד ביחסי "תן וקח" ארוכי-טווח ברובד מקומי.⁸⁷ לגישתי, הכרעות דרמטיות מעין אלה בעימותים חזיתיים בין ערכי הקניין, כאשר הן מבחינת שיקול החירות והן מבחינת שיקול הרווחה המצרפית מדובר כאן במצב של "הכל או לא-כלום", וכאשר ניתן עקרונית לפותרם באמצעות מגגנונים קיימים מן הרובד הציבורי (במקרה של "אתא" – מגגנון

85. סעיף 44 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968, נ"ח 266, ממילא, במשפט המקובל, מטרד בעוצמה כגון זו שבה דובר בעניין אתא נחשב באופן מסורתי להסגת גבול, שהיא בוודאי עוולה קניינית במהותה. ראו: Henry E. Smith, *Exclusion and Property Rules in the Law of Nuisance*, 90 Va. L. Rev. 965, 992-996 (2004).

86. להבחנה בין מושגי הקניין השונים במשפט הפרטי, במשפט המנהלי ובמשפט החוקתי, ולניסיון לאתר גרעין משותף לכולם באמצעות עקרון הצדק החלוקתי, ראו מיכאל בירנהק "צדק קנייני: על שלושה מושגים של קניין" מחקרי משפט כא 439 (2005).

87. ברי כי גם במשפט הפרטי הפוזיטיבי קיימת חקיקה פטרנליסטית המתערבת, על פני הדברים, בעקרון האוטונומיה. כך לגבי חקיקה צרכנית (שאתה הנמוקים החוקים לחקיקתה הוא כמובן הפער בין האוטונומיה-בכוח לבין האוטונומיה-בפועל של הצד ה"חלש" יותר), כגון חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ס"ח 248, או חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973, ס"ח 196, וכך גם לגבי חקיקה הגורעת לכאורה מגרעין "החירות השלילית" וזכות ההדרה של בעל הזכות הקניינית, כגון חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 58. אולם לטעמי, גם חקיקה מתערבת כזו אינה מבטלת לחלוטין את עקרון האוטונומיה מפני עיקרון אחר, כגון שוויון או יעילות מצרפית, ומותרת עדיין גרעין לא-מבוטל של בחירה ורצון חופשי על רקע הסטטוס-קוו.

ההפקעה), ראוי שייעשו עלי-סמך בחירה רחבה, פוליטית במהותה, של גופים אשר תפקידם הוא התוויית מדיניות ציבורית, דהיינו, הרשות המחוקקת או הרשות המנהלית. שיקול-הדעת של גופים אלה יוכפף לביקורת שיפוטית, שתבחן במשקפיהן של זכויות חוקתיות אנטי-רובניות את הגבולות המותרים של הבסת מלוא האוטונומיה של הפרט לטובת אינטרס "ציבורי".⁸⁸ בהקשר הקונקרטי של הפקעת מקרקעין, טיעון זה נשען לא רק על שיקולים של לגיטימיות יחסית, אלא גם על כשרותו המוסדית העדיפה של הגוף הרגולטורי לבחון את מלוא ההשלכות הכלכליות והחברתיות הכרוכות בהחלטה מעין זו, שיש בה מרכיבים תכנוניים לצד מרכיבים קנייניים.⁸⁹

אני סבור שניתן למצוא תמיכה מרומזת לעמדתי זו גם אצל דגן עצמו, כאשר הוא מתייחס בחטף לעניין אתא בהקשר של דיני הנטילה השלטונית, ומונה את "שימור תעסוקתם של אלפי עובדים" כמטרה ציבורית לגיטימית הנקבעת על-ידי הרשות ואשר על בית-המשפט להפגין והירות מיוחדת בהתערבות בה.⁹⁰ ניכר מדברי דגן כי מדובר כאן בהתוויית מדיניות שאינה טריוויאלית מבחינת הימצאותה בטווח הפעולה הראוי והמקובל של המדינה, במיוחד ככל שהיא כרוכה בשלילה גורפת של זכות קניין (בהגנה שאכן אי-אפשר, לפי עקרון המידתיות, להגשים את המטרה האמורה באמצעי שאינו כופה),⁹¹ כאשר קביעת מטרה כזו משקפת במידה רבה הכרעה פוליטית ומוסרית אשר ספק אם בית-המשפט הוא המוסד הראוי לקבוע את ההסדר הראשוני לגביה. אם הבנתי אכן נכונה, וניתן בנסיבות העניין לקדם מטרה זו גם באמצעות הרובד הציבורי של דיני הקניין, אזי ניתן ליישב עמדה כזו, ולו

88. מכאן, אפוא, שאיני טוען כי במשפט הציבורי זכויות הקניין צריכות להיות חלשות יותר באופן קטגורי. לעיתים אף פגיעה חמורה פחות, המותרת בנסיבות מקבילות במישור הפרטי, ראוי שתופסל בנסיבות מסוימות במסגרת המישור הציבורי – למשל, אם היא אינה עומדת בדרישות של מידתיות או אם יש סיבה לחשד כי הרוב מנצל לרעה את כוחו באמצעות מנגנוני קבלת ההחלטות הקולקטיביים כדי "לדרוס" מיעוט פוליטי. להצדקת הביקורת השיפוטית מטעמים אלה ראו להלן ה"ש 97.

89. ל"הודאתו" של בית-המשפט בדבר כשרותו המוסדית העדיפה של המחוקק או של הגוף המנהלי-הרגולטורי בעניינים הכרוכים בתכנון, ראו, למשל, בג"ץ 2324/91 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, משרד הפנים, פ"ד מה(3) 678, 688-689 (1991); בג"ץ 2920/94 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה, עמותת רשומה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד נ(3) 441, 468-469 (1996); בג"ץ 10242/03 מילובלובסקי נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד נח(6) 673, 678-679 (2004).

90. דגן קניין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 114-115.

91. לצד הכרתו בשיקול-הדעת הרחב שיש להעניק לרשות השלטונית בקביעת המטרות, נראה כי דגן סבור שיש טעם מיוחד להגנה על ערך החירות כאשר מדובר "בהגנה על הפרט מפני כוחו של השלטון". שם, בעמ' 35-37. מכאן ניתן ללמוד אולי כי לגישתו של דגן, מקום שדיני הקניין עצמם מספקים מסגרת משפטית להכרעה בדבר שינוי מהותי של הסטטוס-קו, יש לערוך את "ההתנגשות החזיתית" בין קידום המטרה הציבורית לבין עקרון החירות ברובד הציבורי.

באופן חלקי, עם התנגדותו של דגן לחלוקת עבודה "היצונית" המבקשת להדיר את דיני הקניין מדיון בערכים מסוימים, כגון צדק חלוקתי.⁹² אדגיש כי ההבחנה שאני מציע אינה נובעת מרצון לקדש את הרכיב הליברטריאני בדיני הקניין. במידה רבה ההפך הוא הנכון. חלוקת העבודה המוצעת בתוך דיני הקניין באותם מקרים "דרמטיים" מבטאת את ההכרה בכך שבמדינה המודרנית ראוי לקבל בפורום הציבורי הפוליטי החלטות משמעותיות, ובמידה רבה מוסריות מטבען, בדבר הקצאת משאבים בהכרה וקביעת סדרי עדיפויות בין פרטים, קבוצות ומגזרים, תוך הטמעת עקרונות של אחריות חברתית וצדק חלוקתי כאשר הדבר כרוך בשינוי ניכר של הסטטוס־קו. החלטות ציבוריות אלה יוצרות את הרובד היסודי של זכויות הקניין, שעל בסיסו מתנהלת לאחר־מכן הפעילות הקניינית במישור הפרטי. הכרעות אלה נוגעות כמובן לא רק בנטילות שלטוניות, אלא אף בנתינות שלטוניות, דוגמת "הקניין החדש" הגלום בהטבות סוציאליות ובמתן רשיונות,⁹³ או הפרטת נכסי המדינה (כגון הקרקעות החקלאיות, מהד גיסא,⁹⁴ ודירות הדיור הציבורי, מאידך גיסא⁹⁵) – החלטות שיש בהן מימד מפורש של חלוקה־מחדש של העושר בחברה.

92. שם, בעמ' 63-65.

93. ראו, בהתאמה, בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, פסקה 11 לפסק־דינו של הנשיא ברק (2004) (זכות לקצבת וקנה כ"קניין חדש"); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר החכמה, פ"ד נו(1) 235, 276-275 (2002) (הותרת השאלה אם רישיון למונית מהווה "קניין" בצריך עיון). למקורו של המונח "קניין חדש" כמעצב מחדש את הוכחות המשפטיות לזכויות ולטובות־הנאה המתקבלות מהשלטון במדינה המודרנית, ראו: Charles A. Reich, *The New Property*, 73 YALE L. J. 733 (1964).

94. לא אכנס כאן כמובן בפירוט לדיון בנוגע לזכויות בקרקעות החקלאיות, כפי שעלה בשני פסקי־הדין המרכזיים בבג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002) (להלן: עניין שיח חדש), ובבג"ץ 10934/02 קיבוץ כפר עזה אגודה להתיישבות חקלאית שיתופית נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נח(3) 854 (2004). פסקי־דין אלה לא סיימו את ההתכתשות המשפטית והציבורית הנרחבת סביב הזכויות בקרקעות אלה. כך, מהד גיסא, בבג"ץ 7436/04 אדמתי, עמותת רעומה נ' מ"מ רה"מ (טרם נפסק) תלויה ועומדת עתירה שהוגשה מטעם יישובים חקלאיים נגד החלטה 969 של מועצת מקרקעי ישראל מיום 5.8.2003, שהתקבלה בעקבות עניין שיח חדש, בדבר שיעור הפיצוי על קרקעות חקלאיות עם שינוי ייעודן והשבתן לידי מנהל מקרקעי ישראל. מאידך גיסא, אימצה באחרונה ממשלת ישראל, בהחלטה מס' 4571 מיום 11.12.2005, את ההמלצות בדוח הוועדה לבחינת הזכויות בחלקת המגורים ביישובים החקלאיים (דצמבר 2005), המעוררות מחלוקת הן בנוגע לשיעור דמי ההיוון שנקבעו, במיוחד במקרה של פיצול נחלה במושב, והן סביב הששם של ראשי ערים כי מתן ההיתר להקמת 500 מ"ר לשימושים לא־חקלאיים בכל נחלה במושב "ישאב" פעילות עסקית־מסחרית מן הערים.

95. בקצרה אומר כי חוק הדיור הציבורי (זכויות רכישה), התשנ"ט-1998, ס"ח 2, מאפשר לדיירי הדיור הציבורי לרכוש את הדירות בהנחה ניכרת, בין היתר לפי מספר השנים שבהן התגוררו קודם לכן בדירות. יישומו של חוק זה הוקפא למעשה סמוך לאחר חקיקתו, ובמקום זאת המדינה יוצאת מדי פעם במבצעים, דוגמת "קנה ביתך" ו"כאן ביתי", המאפשרים רכישה

באותם מקרים "דרמטיים" נראה בעיניי לא־ראוי מבחינה נורמטיבית, ואף מעושה מבחינה יוריספרודנטלית, לפנות במסגרת סכסוך פרטי לצינורות דוקטרינריים של "תום־לב", "תקנת הציבור" או "אי־צדק",⁹⁶ כאשר קיימים מנגנונים מקרו־חברתיים של חקיקה וסמכות מנהלית־רגולטורית להכרעה ישירה וגלויה בדבר שלילת קניין או כינון קניין.⁹⁷

מוזלת של דירות אלה. אחת המתלוקות העולות בנוגע למבצעים אלה היא שאלת טיבה של זכות הרכישה של הדייר, במיוחד במקרים שבהם הוא נפטר בטרם הספיק להשלים את ההליכים של רכישת הדירה. ראו ה"פ (מהוזי י"ם) 849/01 שאשא נ' עמידר החברה הישראלית לשיכון בישראל בע"מ, פדאור 03(7) 542 (2003), שבו נפסק כי אף שמדובר בכלל ב"זכות אישית", משלב מסוים של קידום ההליכים לרכישת הדירה נוסף לזכות זו "מימד רכושני", המאפשר את הורשתה ואת מימושה על־ידי הורשים. ערעור על פסק־דין זה תלוי ועומד בבית־המשפט העליון בע"א 10425/03 מדינת ישראל נ' שאשא (טרם נפסק).

96. מעבר לעקרונות־העל של "תום־לב" ו"תקנת הציבור", המופיעים בסעיפים 2 ו־3, בהתאמה, להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 9, ראוי לשים לב גם למוצע בסעיף 524 לעניין הסעד במקרה של פגיעה בזכות במקרקעין או במיטלטלין: לפי סעיף 524(א), הנפגע זכאי לאכיפת חיוב (ובכלל זה צו מניעה), כאשר אחד החריגים לכך, המנויים בסעיף 524(א)4, הוא כאשר "אכיפת החיוב היא בלתי צודקת בנסיבות העניין". לפי סעיף 524(ב)2, חריג זה אינו חל כאשר מדובר ב"חיוב להימנע מפגיעה בזכות במקרקעין או במיטלטלין, אלא אם כן מצא בית המשפט כי קיימים טעמים מיוחדים לנהוג אחרת". מכאן, שסעיף 524 מכילול מותר בכל־זאת גרעין של שיקול־דעת לא להעניק סעד של כלל קניין במקרים דוגמת עניין אתא משיקולים של "אי־צדק", גם כאשר נזקו של בעל זכות הקניין אינו "קטן" לפי הדין כיום. יהיה מעניין לראות כיצד יעשה בית־המשפט שימוש בסמכות זו מכוח חוק דיני ממונות במקרים דומים בעתיד.

97. אינו מונע כמובן מתפיסה תמימה בדבר יושרה מלאה של הליך קבלת ההחלטות הפוליטי או המנהלי, אף אם ננית לצורך הדיון כי תפקידו של זה מתמצה באיגום של כלל ההעדפות והערכים הפרטיים הרלוונטיים. תיאוריית הבחירה הציבורית (public choice) מדמה את קבלת ההחלטות על־ידי רשויות שלטוניות לשוק פוליטי שבו הסחר בסמכות ההחלטה השלטונית מקדם אינטרסים כלכליים פרטיים של צרכניה, מהד גיסא, ואינטרסים פוליטיים של הספקים שלה, דהיינו של מקבלי ההחלטות, מאידך גיסא. כפי שתוארה זו מראה באופן משכנע, לעיתים קרובות קיימת הטיה לא־פרופורציונית ב"שוק" זה, על־פירוב לטובת קבוצות מאורגנות היטב בעלות אינטרסים צרים ומרוכזים, על־חשבון האינטרסים המבוזרים של הציבור הרחב. ראו את עבודתו הקלאסית של אולסון (Olson) בנוגע להשפעה הלא־פרופורציונית של מיעוט מאורגן היטב: Mancur Olson, *The Logic of Collective Action* (1971). לניתוח הנסיבות שבהן דווקא הרוב יצליח לגרום להטיה לטובתו בקבלת ההחלטות בכלל, ובהקשר של החלטות תכנוניות בפרט, ראו: Neil K. Komisar, *Law's Limits: The Rule of Law and the Supply and Demand of Rights* 60–86, 94–99, 113–122 (2001). אולם גם אנו מניחים שההליך הפוליטי פגום לעיתים, בדיוק לצורך כך קיימת הביקורת השיפוטית על קבלת ההחלטות, ובכלל זה הסמכות לפסול החלטות המשקפות לכאורה העדפה מצרפית. סמכות זו מוצדקת במיוחד באותן נסיבות שבהן ההליך הפוליטי מעוות ומנוצל לרעה, כגון כאשר מקבלי החלטות חוסמים ערוצים לשינוי פוליטי או מפלים לרעה מיעוט פוליטי נתון מתוך עוינות לשמה או אטימות כלפיו. John Hart Ely, *Democracy and Distrust* 102–103 (1980).

ד. סוף־דבר

זכות הקניין תמשיך כנראה גם בעתיד "להסעיר את הדמיון ולעורר את רגשותיהם של בני־האנוש"⁹⁸ אולי יותר מכל תחום אחר המוסדר על־ידי המשפט. דיני הקניין בישראל זכו בכך שבעידן של תמורות ניכרות, החושפות את המתחים החברתיים והכלכליים שבבסיסם, ראה אור "מורה נבוכים" הכולל דיון אינטלקטואלי מעמיק הן בעקרונות־היסוד של המושג "קניין" והן בדוקטרינות השונות המסדירות את מערך היחסים בין הפרט לרשות וכן בין פרטים שונים בחברה בנוגע לנכסים.

ספרו של דגן, מלבד תרומתו לדיני הקניין, מהווה גם נכס לתורת המשפט בכלל. הצלחתו של דגן לתרגם תפיסת־עולם ריאליסטית, פלורליסטית וליברלית, המחויבת תמידית לדיון מוסרי ספקני בטיבו של העולם שאנו חיים בו, לכלל משטר סדור של נורמות משפטיות, המקיים בתוכו היגיון פנימי מוצק, ממקמת את המשפט בנקודת איזון ראויה, ומעניקה לו מנות, ולו לשעה, מן הטלטולים התמידיים שהוא נתון בהם בין היותו מוסד חברתי לבין שאיפתו המתמדת להתבסס כריסציפלינה מדעית מן המניין.

98. WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 2 (Vol. 2, 1765–1769, .98 (1979).