

עריצות פרטית וקניין ליברלי

מאמר תגובה על ספרו של חנוך דגן "תאוריה ליברלית של קניין"

מאת

חיים גנז*

דגן מתאר את תמצית ספרו¹ ואת תאוריית הקניין הליברלית שלו כבנויה על שלושה עמודי יסוד: הגדרה של מושג הקניין כסמכות פרטית בעלת גבולות המשורטטים בזהירות; פלורליזם תבניתי של משפט הקניין הפרטי; כפיפות הקניין לשיקולי צדק שהוא מכנה "התייחסותי" (relational) בינאישי מטעם המשפט הפרטי, ולא רק לצדק חברתי-מדיני מטעם המשפט הציבורי והמדינה.²

אין לי השגות כלליות על אף אחד מעמודי היסוד האלה כעמודי יסוד מהותיים וערכיים, שגם מתארים את דיני הקניין כפי שהם רווחים במדינות ליברליות וגם מהווים קווים מנחים להמשך פיתוחם הרצוי של הדינים האלה. אני מניח כי מנקודת המבט הליברלית תיתכנה מחלוקות ביחס לפרטי תחולות מוסד הקניין בתחומים שונים (אמצעי ייצור, פטנטים וסוגים אחרים של קניין רוחני, בתי מגורים, בתים להשקעה וכדומה), אבל לא על קבלתם כקווי מתאר כלליים של תפיסת הקניין הליברלית יחסית לתפיסות פוליטיות אחרות של מוסד הקניין (ליברטריאניות, סוציאליסטיות וכדומה).³

* פרופסור אמריטוס, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.
1 HANOCH DAGAN, A LIBERAL THEORY OF PROPERTY (2021) (להלן: "דגן").
2 שם, עמ' xiii.

3 ליברליזם לעומת ליברטריאניזם מדגיש כפיפות ערך החירות בכלל, והחירות הכלכלית בפרט, להנחת שוויון מוסרי בין חברי המדינה המחייב את התערבותה בייצור תנאים המאפשרים שוויון הזדמנויות לכל אחד מחבריה לקדם את חירותו האישית, תפיסת הטוב שלו ורווחתו הכלכלית. ליברטריאניזם תובע את אי-התערבות המדינה למטרות האלה ומאפשר לאי-השוויון הטבעי והחברתי שאליו אנשים נולדים לצמוח במסגרת המדינה באופן המאפשר פערים גדולים ביותר ברווחה הכלכלית, בחירות האישית וגם בכבוד האנושי של חבריה. סוציאליזם, לעומת שני הרעיונות המדיניים האחרים, ימעט בערך החופש האישי של חברי המדינה יחסית לערך השוויון הכלכלי ביניהם ויצדיק התערבות מסיבית של המדינה בהסדרי הזכויות במסגרתה, כולל זכויות הקניין, כדי לקדם זאת גם באופנים המדכאים את חירותם האישית של חבריה. הסוציאליזם יכול לגרור הצרה מסיבית של הזכות לקניין פרטי והרחבה מסיבית של הקניין הקולקטיבי של המדינה.

יש לי השגות על ההמשגה שדגן מציע למוסד הקניין הליברלי, או אפילו לעצם הצורך להמשיג מוסד קניין ליברלי בנפרד ממוסדות קניין שמחוץ לליברליזם. יש לדגן שתי תזות בעניין ההמשגה הזו. הראשונה היא שצריך לוותר על מושג הקניין ככזה המסמן תחום עריצות (היינו, שליטה באמצעות הוראות גם על בסיס גחמתי ובכל מקרה בלי חובת הנמקה) בלעדי של נשא הזכות במושאה. התזה הזו ידועה כזו של בלקסטון, ועל שמו אקרא לה להלן.⁴ לפי התזה השנייה, זכות הקניין הפרטי גוררת מעצם מובנה גם "מגבלות על הדרה, אפילו זכויות הכלה, שמקורן פנימי, ולא רק חיצוני".⁵ עצם מובנה הליברלי של זכות הקניין, טוען דגן לאורך ספרו, נובע מהמטרה העיקרית שלה: שירות האוטונומיה של הפרט, והמגבלות על הרשות שיש לבעלים להדיר נובעות מן הערך הזה (להלן: "תזת הערך הפנימי"). דגן גם מחבר בין שתי התזות. לדעתו אם מקבלים את השנייה, צריך לקבל את הראשונה.

אתחיל מתזת הערך הפנימי. אטען כי, ראשית, יש נימוקים לא לקבל אותה; שנית, כי גם אם מקבלים אותה, עדיין יהיה זה נכון לטעון לתזה הבלקסטונית. לבסוף אסביר מדוע, בניגוד לעמדת דגן, צריך לקבל את התזה הבלקסטונית.

תזת הערך הפנימי. כתזה על משמעות מושג הקניין היא מיותרת, שכן לא נראה כי יש לה השלכות שלא ניתן להשיגן בלעדיה. אם מקבלים את טענת דגן, שאולי צריך לקבלה, כי הערך העיקרי המצדיק את מוסד הקניין במסגרת הליברליזם הוא ערך האוטונומיה האישית, ניתן לטעון אז כי הערך הזה ממלא תפקיד מרכזי בקביעת המותר והאסור במסגרת המוסד גם בלי לקבוע כי הוא חלק מהגדרת או מושג המוסד הזה. לא ברור מה נפיק מן הטענה החזקה יותר שמדובר בערך המגדיר את המוסד עצמו, ולא רק מהווה מקור הנחיה ערכי מרכזי להיתרים ולאיסורים התקפים במסגרתו כשחושבים על הסדרתו הליברלית.

דגן מייחס ערך גדול להבחנה שהוא מציע בין צדק חברתי חיצוני לקניין, ושמוכחו למשל אנחנו משלמים מיסים על הכנסות שרכשנו, או מנועים מכוח חוקי בנייה לבנות בניינים מעל גובה מסוים על קרקע שבבעלותנו, לצדק בינאישי או התייחסותי, שגם הוא לדעת דגן צריך לייצר מגבלות על המותר והאסור במסגרת זכות הקניין: למשל, איסור היוקקות לנימוקים גזעניים במכירת דירת מגורים. לדעתו איסור כזה מוצדק מכוח החובה הבינאישית בין בני אדם לא לפגוע באנושיותם של אנשים אחרים, ולא מכוח מטרה חברתית. באופן חלקי, אך חשוב, זה ודאי נכון. אבל איני רואה איך ההבחנה המועילה הזו בין צדק חברתי וצדק בינאישי או התייחסותי, שנראית לי

הליברטיאניזם יעמוד בקוטב ההפוך לסוציאליזם בספקטרום שבין היקף הקניין הפרטי להיקף הקניין הקולקטיבי במדינה. הליברליזם יהיה בנקודה כלשהי ביניהם, תלוי בגרסאות השונות של כל אחד מהרעיונות המדיניים האלה.

⁴ דגן מציע אותה כתזה של בלקסטון. ראו דגן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 9; וכן WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAW OF ENGLAND (Univ. of Chi. ed. 1979).

⁵ דגן, לעיל ה"ש 1 בעמ' xi.

חשובה גם לצורך המגבלות החלות על קניין, מובילה למסקנה שערך האוטונומיה הוא ערך המגביל את מוסד הקניין "מבפנים" עד כדי המשגת המוסד באמצעותו.

את העובדה או הטענה שמבחינה ליברלית מוצדק לאסור על אנשים להימנע ממכירת דירתם למישהו על בסיס גזענות אפשר וצריך לתאר כחלק מפרטי ההסדרה הליברלית של המוסד, לא כחלק ממשמעות המוסד, שכן אלמלא הייתה האפשרות להימנע ממכירת דירה מטעמים גזעניים חלק מהאפשרויות הלוגיות שהמוסד הזה פותח לא היה אפשר לאסור ערכית (ליברלית, או ליברטריאנית, או סוציאליסטית באמצעות המשפט) את האפשרות הלוגית הזו. פעם אפשרו ערכי חברות שהסדירו את מוסד הקניין שלהן להפוך בני אדם לקניין על בסיס נימוקים גזעניים או אחרים. האם נרצה לומר על החברות שבמסגרתן התקיימו הסדרים כאלה, חלקן בעלות יומרה ליברלית, כי הן לא הבינו מהו מוסד וזכות הקניין הפרטי? להפך: דווקא מפני שניתן, לוגית, להתייחס אל בני אדם כאל קניין של בני אדם אחרים, יש צורך לאסור עליהם נורמטיבית (מוסרית, משפטית, פוליטית) לעשות זאת. החברה האמריקאית לפני ביטול העבדות ראתה בעבדים השחורים פריטי קניין של אדוניהם. האדונים האלה היו "בעלי מתחם עריצות" ביחס לעבדיהם שלאיש בעולם אסור להתערב בו, אפילו לקונגרס האמריקאי.⁶ אם מושגית, כלומר הגיונית, בלתי אפשרי שבני אדם יהיו פריטי קניין, העבדות היא לא אפשרות לוגית. אבל אנחנו יודעים כי היא אפשרות לוגית, שכן לא רק שהיא אפשרות מעשית ערטילאית אלא אפשרות מעשית שהתממשה בחברות רבות בהיסטוריה, אפשרות מעשית שצריך לשלול מוסרית ומעשית באמצעים פוליטיים ומשפטיים את מימושה. שלילתה כאפשרות לוגית אינה מאפשרת (לוגית) לשלול אותה מוסרית או משפטית, שכן כל מה שאינו אפשרי לוגית מוכרח להיות חלול מבחינה מציאותית (למשל, משולש רבוע), ואין טעם לטרוח עליו באיסורים מוסריים או משפטיים. תזת הערך הפנימי נראית לי משום כך מוטעית.

על ערכים פנימיים של מושגים או מוסדות או דברים ראוי לדבר אם מדובר על מושגים או מוסדות או דברים שציון מטרתם הספציפית מסייעת רבות להבהרת ההבדל בינם לבין מוסדות ודברים קרובים להם. למשל, את הדבר המכונה "כיסא" צריך להגדיר על פי מטרתו (ישיבה) כדי להבחינו משכנו הקרוב "שולחן", ומקבוצת הדברים ששני הדברים שייכים אליהם (רהיטים) וכולי. אי אפשר להבין, או לפחות הרבה יותר קל להבין, את הדברים האלה והמושגים המסמנים אותם וההבדלים ביניהם אם מציינים את מטרתיהם הפנימיות האחד יחסית לאחרים. המוסד החברתי המכונה

⁶ למשל, בעניין Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How) 393 (1857) הכריע נשיא בית המשפט העליון של ארצות הברית, רוג'ר ב. טייני, כי עבדים הם קניין אדוניהם ולא אזרחים. הוא קבע גם כי פשרה במחלוקת בין מדינות הצפון והדרום בארצות הברית ביחס לעבדות שנקבעה בחוקים ושנקראה פשרת מיזורי (1820) מנוגדת לתיקון החמישי של חוקת ארצות הברית הנוגע לזכות הקניין הפרטי. לפי הפשרה, בכל הטריטוריות שמצפון לקו הרוחב 36°30' הכלולות בשטחי רכישת לואיזיאנה שבוצעה או תיאסר העבדות, פרט למדינת מיזורי שנמצאת צפונית לקו רוחב זה. טייני קבע כי הפשרה מנוגדת לתיקון החמישי, שכן עבדים הם קניין אדוניהם גם מצפון לקו הרוחב הנזכר. גם שם חלה החוקה.

"נישואין" הוא דוגמה נוספת. ניתן להבחין אותו באופנים רבים ממושג הזוגיות סתם, אבל אופן אחד חשוב להבחנה הוא לציין איזושהי מטרה המיוחדת לנישואין שאין לזוגיות סתם: למשל, מטרת ייצוב הזוגיות והמחויבות לה באמצעות הכרזה חברתית על הזוגיות והענקת גושפנקא חברתית. בעניין הבחנה רלוונטית יותר לסוגיה שלנו טוען למשל ארתור ריפשטיין כי "לבעלות ולריבונות יש גרעין משותף: מה שאומר הבעלים, או הריבון, קובע" [ביחס להתנהגות כל האחרים באשר לדברים שהם מושאי הזכויות האלה].⁷ ואלום, "מה שמבחין בין שני המוסדות האלה הוא שלריבונות יש נורמה פנימית המגבילה את המטרות שלשמן ממומשת הריבונות, שכן, הריבון אמור לפעול לשם ולמען האזרחים או העם הכפופים לקביעותיו, ואילו לקניין אין נורמה פנימית. הבעלים של קניין יכול להשתמש בו למטרה כלשהי, בכפוף למגבלות חיצוניות".⁷ נראה כי ריפשטיין צודק בקשר להבחנה הבסיסית הזו בין קניין וריבונות, ובאופן הממחיש גם מתי יש נפקא מינה ומתי אין נפקא מינה בדיבורים על מטרות פנימיות של מוסדות כמו קניין וריבונות: הטעם קיים כשציון המטרה כפנימית הכרחי או לפחות מועיל מאוד להבנת ההבדל שהמוסד יוצר באורחות החיים שלנו יחסית למוסדות קרובים, לא כשהמטרה היא כזו שלאורה לפי תורת מוסר מדיני כזו או אחרת ראוי לנהל את המוסד.

דגן טוען כי משום שאוטונומיה היא ערך פנימי של מוסד הקניין הליברלי לא נכון להמשיגו באופן בלקסטוני, היינו כמתחם עריצות בלעדי של נשא הזכות במושאה. ואלום, הצגת ההתנגדות לתזה הבלקסטונית כנביעה הגיונית של קבלת תזת האוטונומיה כערך מגדיר של קניין ליברלי אף היא מטעה. אפילו נקבל את עמדתו של דגן כי ערך האוטונומיה עצמו הוא ערך פנימי של הקניין, אין בכך די כדי להראות שזכות הקניין אינה מסמנת מתחם עריצות של נשאה. זאת מפני שערך האוטונומיה עצמו, הערך שיש בכך שפרטים כותבים את חייהם ככל שניתן הדבר בכוחות עצמם, מצריך הענקת מתחמי עריצות משפטיים לפרטים: לא רק באמצעות הזכות לקניין פרטי אלא גם באמצעות אינספור זכויות אחרות במשפט הפרטי (בעצם כל זכויות המשפט הפרטי), וגם זכויות רבות במשפט הציבורי, למשל הזכות לחופש הביטוי או ההתאגדות. זכויות הן כידוע מוסדות בעלי ערך ומייצרות הבדל לחיינו המעשיים בין השאר מפני שהן מאפשרות לנו לטעות (מוסרית ו/או עובדתית) בלי לשלם על כך מחירים חברתיים מסוגים מסוימים (למשל משפטיים). זו אחת הדרכים הראשיות שבהן הן מגוננות ואף בונות את האוטונומיה שלנו. אחת התוצאות המעשיות של הענקת זכויות לטעות היא, לפחות מנקודת המבט של המדיניות המשפטית, גם הענקת הזכות לעריצות במסגרת מתחמים שהמשפט מגן עליהם. שכן, מטעמים רבים (למשל היעדר משאבים שיפטיים ואחרים לחקירת סוגיות בעלות חשיבות חברתית שולית, או טעמים הנובעים מסכנת חדירה לפרטיות, שגם היא ערך שהמשפט אמור להגן עליו) לא ניתן, וכשניתן לפעמים לא רצוי, שהמשפט יבדוק בכל מקרה ומקרה שבו בעל זכות סוטה מן

Arthur Ripstein, *Property and Sovereignty: How to Tell the Difference*, 18 ⁷ THEORETICAL INQUIRIES IN L. 243 (2017).

השימושים הראויים בזכות (היינו, עושה בה שימוש מוטעה) אם הסטייה נבעה מטעות בתום לב ולא בעצם מזדוניות. לכן, גם אילו הייתה תזת הערך הפנימי של דגן נכונה ברמה המוסרית (במובן זה שמוסרית אסור לאדם לשלוט ולהשתמש במושא קניינו באופן הפוגע באוטונומיה שלו ושל אחרים), לא הייתה נובעת מתוך כך שלילת ההמשגה הבלקסטונית של הקניין כמתחם עריצות משפטית של נשאי זכויות קניין.

את **התזה הבלקסטונית**, שבהתאם לה זכות הקניין היא זכות שליטה בלעדית של נשא הזכות במושאה עד כדי רשות לסלק את כל העולם זולתו מן המושא הזה, בלי שיש לו חובה לנמק את הסילוק הזה (=עריצות), צריך לשמר. לא רק מפני שהיא עצמה תנבע גם מהכרה בכך שאוטונומיה היא הערך הפנימי של מוסד הקניין הפרטי הליברלי, אלא גם כדי להבליט את העובדה שהעריצות הזו היא מן העוקצים המעשיים המרכזיים של זכות הקניין הפרטי (ושל זכויות המשפט הפרטי וחלק מזכויות המשפט הציבורי בכלל), ושעריצויות כאלה יוצרות את אחד ההבדלים הגדולים בין הליברליזם לבין שיטות מוסר מדיני אחרות. אין הרבה טעם מעשי בקיומו של מוסד הקניין הפרטי אם אין הוא משאיר מרחב משמעותי של אפשרויות לרוע. מזה לא נובע שהרוע שהוא מותיר אפשרות להתרחשותו הוא בלתי מוגבל, או אפילו נרחב במיוחד.

כדי להדגים את משמעות הטענה האחרונה אשתמש בדוגמה שדגן משתמש בה כבכריג המעיד על טענתו כי זכות הסילוק אינה מרכיב מרכזי של זכות הקניין הפרטי. החריג לדעתו לטענה הכללית הזו היא זכותו של אדם לנהל את מדיניות הזמנת האורחים לדירת מגורים שיש לו בה זכות קניין למגורים באופן עריץ לחלוטין: להזמין את מי ש"בא לו" להזמין בלי לדווח על שיקוליו. דעתי היא מצד אחד כי גם את הזכות הזו ניתן להגביל, ומצד שני כי הטעם לדבר עליה כזכות קניין או זכות בכלל מבוסס על כך שהיא מייצרת נפקא מינה גם אחרי הטלת המגבלה. למשל, הייתי מטיל מגבלה על זכותו של אדם לא להזמין אורח לדירת המגורים שלו יחד עם קבוצת אורחים שהוא מזמין אם (כששאר התנאים שווים) הוא יודע כי העלבון שייגרם לזה שהוא אינו מזמין (למרות שייכותו לקבוצה המוזמנת) יגרום להתאבדותו של הלא-מוזמן. מגבלה כזו תעשה את גבולות זכויות הקניין שיש לאנשים במקומות שבהם יש להם זכות קניינית לגור, ואותה הם מממשים בפועל, לצרים עוד יותר מהגבולות שמציב להם דגן. ובכל זאת, מדובר בזכות חשובה מכוח מתחם הסילוק שמשאירה הזכות גם אחרי המגבלה הנוספת הזו, שכן העובדה שבעל זכות קניין בדירת מגוריו יכול עדיין במסגרת הגבולות הצרים יותר האלה לגרום עלבון ל"לא-מוזמנים-שלא-יתאבדו-עקב-אי-הזמנתם" היא עובדה משמעותית. אנחנו יודעים זאת ממה שאנחנו יודעים על טבע האדם, על נסיבות אופייניות להיעלבות, ועל תחושת העלבון.

אחת מן הסיבות הגורמות לשאלת גבולות זכות הקניין הפרטי בתחומים שונים של פעילות אנושית (מקרקעין, מטלטלין, סוגים שונים שלהם, אמצעי ייצור, פטנטים, יצירות אומנות וכדומה) להיות נושא כבד משקל לדיון במסגרת תורת המשפט ותורות של מוסר מדיני היא העובדה שזכות זו מאפשרת לנשאה לסלק אחרים מגרעין מסוים, פיזי ונורמטיבי, של מושאה, בעיקר כשמדובר במושאים השייכים לסוג ששורר לגביהם

מחסור. אם אין גרעין כזה, היא לא ראויה לדיון. בשל כך, סוגיית גבולות הקבע של הזכות הקניינית שיש לנו לסלק אחרים מהשימוש במעיל היוניקלו שלנו הרבה פחות חשובה מן הזכות שהייתה לאקאקי אקאקייביץ' לסלק את הגנב מן האדרת החדשה שתפר לו חייט במיטב משכורתיו (ב"האדרת" של גוגול). גם הגבולות הפיזיים והנורמטיביים של זכותנו לא להכיל אחרים כאורחינו בדירת המגורים שלנו היא חשובה חברתית: היא מאפשרת לסלק אנשים ממושאי קניינים תוך העלבתם. ואפילו הדוגמה הזו היא זוטא, יחסית לאפשרויות רוע אחרות או הפגנת קהות למצבם של אחרים שמכילות זכויות קניין (למשל, סירובי לתת למישהו מטבע של 5 שקלים מתוך מיליון מטבעות כאלה שבבעלותי כשהוא רעב מאוד וזקוק רק למטבע אחד כדי להרגיע קצת את רעבונו).