

קניין ליברלי, למרות הכל

מאת
חנוך דגן*

א. קניין ליברלי

בעבר התמקדה הכתיבה שלי בקניין בשני טיעונים מרכזיים. ראשית, טענתי שמופעי הקניין במשפט הם שונים ומגוונים, ושכלל אחד מהם יש "אופי" משלו.¹ שנית, הראיתי שבניגוד לתפיסה הבלקסטוניאנית של הקניין (שכונתה בישראל "שרירות בעלים"), זכות הקניין היא מוגבלת לא אחת מתוכה, ולעיתים המשפט אף מקנה "זכות כניסה" למי שאיננו הבעלים.²

ואולם, שני הטענות הללו הם חלקים, שכן שניהם "מתחילים מהאמצע". בספר "תאוריה ליברלית של קניין" – ([Cambridge, SSRN](#)) A Liberal Theory of Property³ – אני מציע לתקן את הבעיה הזו על ידי פיתוח התשתית הבסיסית לשני הטענות כאחד. בכך, אני מקווה, ספר זה מציג את טיעוני הקודמים על בסיס איתן יותר, ותוך כדי המהלך הזה גם מעדן, מפתח, ובמידת-מה אף מתקן את ההבנה המוקדמת שלי את מושג הקניין.

הן גיוון מופעי הקניין במשפט (הפלורליזם המבני של הקניין) והן המגבלות הטבועות של זכות הבעלות יונקים ממקור נורמטיבי אחד, שהוא גם המקור המעגן את ההצדקה לסמכותו של הבעלים ביחס למשאב שבבעלותו – זכותו (השווה) של כל אדם לכתיבת סיפור חייו; הזכות לאוטונומיה, או להגדרה עצמית. הזכות לאוטונומיה (שהמשפט הישראלי בחר לכנותה "כבוד האדם וחירותו") מצדיקה את הסמכות הפרטית של הבעלים, שכן הן המדינה והן שאר בני האדם מחויבים בכבוד לאוטונומיה. אבל אותה זכות עצמה, שבשמה הקניין מוצדק, מסבירה גם מדוע הבנת הקניין כמושג

* פרופסור מן המניין, מופקד הקתדרה לחדשנות ותאוריה משפטית ע"ש סטיוארט וג'ודי קולטון וראש מרכז אדמונד י' ספרא לאתיקה, אוניברסיטת תל אביב. תודה לאביחי דורפמן, אלאא חאג' יחיא וענבל תמיר על הערותיהם החשובות.

ראו חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** (2005).

1 ראו גם חנוך דגן "זכות הכניסה" **מחקר משפט** כד 59 (2008). שם אני דן בגבולות סמכות ההדרה של קהילות קנייניות, בזכות הכניסה למקומות ציבוריים המצויים בבעלות פרטית, ובמגבלות שראוי להטיל על כוחו של משכיר לסרב להשכיר את נכס המקרקעין שלו לשוכר שאינו נראה לו.

2 HANOCH DAGAN, A LIBERAL THEORY OF PROPERTY (2021) (להלן: **תאוריה ליברלית של קניין**).

אחד (מוניסטי) אשר משמיע שרירות בעלים מוחלטת אכן, כפי שטענתי בעבר, איננה קבילה.

כך, הסיבה שבגינה ראוי לדחות גישות מוניסטיות לקניין, אשר מנסות "לדחוס" את ריבוי המופעים שלו לתבנית אחת, נעוצה בחשיבות הריבוי של סוגי הקניין במשפט לקידום האוטונומיה האישית. הן הניתוח הכלכלי של המשפט הפרטי באשר לקשיים העולים בהקשרים של פעולה משותפת (בפרט בהיתן הרציונליות האנושית המוגבלת), והן הניתוח התרבותי שלו, המדגיש את האופנים שבהם הסדרי המשפט הפרטי משפיעים על מה שנתפס כמובן מאליו היומיומי שלנו, מלמדים שבחירה אמיתית מחייבת ריבוי אפשרויות זמינות. לכן, רק כאשר המשפט מכיל אוסף מגוון דיו של סוגי קניין לכל זירת פעילות אנושית הוא פותח בפני נמעניו תפריט עשיר של דרכים להגדרה עצמית, אישית או קבוצתית.

בדומה לריבוי הקנייני, גם המגבלות הטבועות של הקניין אינן מקריות; נהפוך הוא: המגבלות הללו נדרשות כדי שהסמכות שהקניין מכונן אצל הבעלים ביחס למי שאינם בעלים תהיה צודקת. דיני קניין המעגנים סמכות פרטית כזו במידה החורגת ממה שנדרש לבעלים בשרירות זכותו לכתוב את סיפור חייו, או באופן המאשרר הפעלה שלה שיש בה כדי לחתור תחת זכותם השווה של אחרים לאוטונומיה, מסכנים את צדקת התביעה של הבעלים לסמכות פרטית, ולכן גם את הלגיטימיות של הכשרת התביעה הזו במשפט וגיוס הכוח הכופה של המדינה לאכיפתה.

קניין מעצים אנשים, ובו-בזמן מכפיף אותם; הוא מקדם את אפשרויות ההגדרה העצמית שלהם, אבל בה-בעת הופך אותם לפגיעים. לכן, זכות הקניין אף פעם איננה, ולא ראוי שתהיה, מובנת מאליה. כדי להתמודד עם אתגר הלגיטימציה הכבד הזה, על המשפט להקפיד על כך שזכותו של כל אדם להגדרה עצמית – הזכות שמצדיקה את הסמכות הפרטית שהקניין מכונן – תשמש גם כמצפן בעיצוב עקרונות היסוד של דיני הקניין. דיני קניין צודקים מרחיבים את מגוון האפשרויות להגדרה עצמית, אישית וקבוצתית, ובה-בעת מגבילים את האפשרויות של הכפפה בינאישית. ב"תאוריה ליברלית של קניין" אני טוען שמשימה זו מחייבת את דיני הקניין לציית לשלושה ציוויים (שלושת האדנים של הקניין הליברלי, כפי שאני מכנה אותם):⁴

1. סמכות הבעלים צריכה להיות מוגדרת בקפידה כך שלא תחרוג ממה שנדרש באופן טיפוסי, בסוג הקניין שבו מדובר, לצורך קידום האוטונומיה שלהם;
2. על המשפט לכלול עבור כל שדה של פעילות אנושית תפריט רחב דיו של סוגי קניין, שהם שונים דיים זה מזה, באופן המשאיר לנמעני המשפט בחירה אמיתית ביניהם;
3. על הדין לוודא גם שהסמכות הפרטית של הבעלים מצייתת לדרישה ל"צדק ביחסים" – שהזכויות והכוחות הקנייניים אינם חותרים תחת עוגן

⁴ ראו תאוריה ליברלית של קניין, לעיל ה"ש 3, בפרקים 3, 4, 5-1, בהתאמה.

הלגיטימציה של הקניין עצמו: זכותו של כל אדם (בעלים ומי שאיננו כזה) שאחרים יכבדו את האוטונומיה שלהם.

לאור כל אלה, אני טוען בספר הזה שעל אף רף ההצדקה הגבוה הנדרש מהם, דיני קניין יכולים להיות לגיטימיים, ואפילו צודקים, אם הסמכות הפרטית שהם מכוננים עומדת בדרישות האלה, ואם משטר הרקע שהמשפט מספק מוודא שלכל בני האדם תהיה האפשרות להיות בעלים של קניין ושכולם יזכו בתנאים המטריאליים, החברתיים והאינטלקטואליים הנדרשים על מנת לכתוב את סיפור חייהם. אינני טוען, כמובן, שהמשפט הקיים – הדין האמריקאי, שדרכו ספר זה מדגים את גישתי, או המשפט הישראלי, למשל – עומד באופן מושלם, או אפילו מספק, באידיאל הקניין הליברלי. אידיאל הקניין הליברלי, כשמו כן הוא: אידיאל נורמטיבי, כזה אשר לאורו ראוי לבחון מערכת קניינית קיימת, להציע רפורמות לתיקונה, או – במקרה קצה – להסביר מדוע היא רחוקה ממנו במידה כזו המצדיקה התנערות מוחלטת מהדין הקיים.

חיים גנז, מיכאל זכים, טליה פישר, אלכסנדר (סנדי) קדר, רועי קרייטנר ותמר קריכלי-כץ הם קוראים חשובים ומעמיקים של הספר, שאת עיקריו זה עתה סיכמתי, ואני חב להם תודה עמוקה על התובנות והאתגרים החשובים שהציבו בפניי. לא אוכל במסגרת תגובה קצרה זו לגעת בכל הנקודות שהם מעלים, אבל אנסה לתת תשובות – ולו ראשוניות – לפחות לחלק מההסתייגויות העולות מהן.

ב. על האידיאל

טליה פישר⁵ מאתגרת את האידיאל שהקניין הליברלי מציג. הביקורת של פישר היא דו-כיוונית: היא מביעה ספק באשר לפוטנציאל המעצים של ריבוי התבניות הקנייניות (האדן השני של הקניין הליברלי), והיא מודאגת מההיבטים מגבילי האדנות של הקניין הליברלי (קרי: האדן הראשון והשלישי שלו).

במישור הראשון פישר מעלה שתי טענות קשורות: היא סבורה שדווקא הריבוי יגביר את הכוח המנרמל של הדין ולכן יגביל את הדמיון המשפטי של הפרטים עצמם; והיא חוששת שריבוי כזה עלול להביא ל"עומס יתר" של בחירה אשר יעמיק את הנטייה האנושית לדבוק במקובל. שתי הטענות חשובות; שתיהן מצביעות על כך שריבוי קנייני איננו נוסחת פלא; ליתר דיוק, הן משמיעות שארכיטקטורה פלורליסטית שאיננה מעוצבת כדבעי עלולה שלא לשרת כראוי את אידיאל האוטונומיה שביסוד הקניין הליברלי.

אך הפלורליזם המבני של הקניין הליברלי איננו חשוף, כך אני מקווה, לחששות אלה. תאוריה ליברלית של קניין איננה מסתפקת בדרישה הבסיסית לריבוי תצורות קנייניות, אלא מוסיפה עליה, כפי שאני מפרט בפרק 4 של הספר, כמה דרישות חשובות.

⁵ טליה פישר "על ריבוי מוסדות קנייניים ואוטונומיה: מאמר תגובה על ספרו של חנוך דגן 'תאוריה ליברלית של קניין' " פורום עיוני משפט מה 1 (2021).

אני סבור ששיטת משפט שתקיים דרישות אלה תצליח לחמוק מהחששות שפישר מביעה.

את הדרישה הראשונה, והבסיסית ביותר, שהאדן השני של הקניין הליברלי מציב בהקשר זה כבר ציינתי: על התפריט הקנייני שהדין מכונן להכיל, עבור כל שדה פעילות אנושית, תבניות קנייניות שהן שונות באופן משמעותי זו מזו. אבל, בדיוק בגלל החששות שפישר מעלה, חשוב להוסיף לכך עוד שלוש דרישות: (1) על דיני הקניין להעצים במיוחד תבניות קניין מיעוטניות או אוטופיסטיות (דוגמת הקיבוץ), גם אם – ואולי בפרט אם – הביקוש להן איננו גבוה; (2) בצד ריבוי התבניות המוגדרות שהם מכוננים, ראוי שדיני הקניין יכילו קטגוריה שיווית: תבנית "פתוחה" המאפשרת לצדדים (באופן דומה לחלק הכללי של דיני החוזים) לעצב באופן פרטני את ההסדר הקנייני לצורכיהם (מאז פרסום הספר אני עובד על פרויקט חדש המבקש לזקק את מוסד הנאמנות כקטגוריה השיווית הזו⁶); ו-(3) כל עוד נשמרים האדנים הראשון והשלישי של הקניין הליברלי, על דיני הקניין להכיר בחופש התניה רחב ביחס לפרטי תבניות הקניין שהוא מכונן (חישבו בהקשר הזה על תקנון הבית המשותף, שיכול לסטות במובנים חשובים מהתקנון המצוי שהדין קובע⁷).

על מנת להעריך את האפקט המנרמל של הקניין הליברלי יש להשוותו להסדרים מתחרים. כך, למשל, נראה לי שהאפקט המנרמל של החלופה שפישר מציגה כנגד הפלורליזם המבני של הקניין הליברלי – קביעה של ברירת מחדל משפטית יחידה, אשר מצויה מרחק רב ממערך ההעדפות של הפרטים – יהיה גדול ובעייתי עוד יותר. בצד בני המזל שיכולים לממן את העלויות המתחייבות מהתניה "עבה" כזו כל אימת שהם נדרשים להיזקק לדיני הקניין, מרבית נמעני המשפט ימצאו את עצמם, כך אני חושש, "בוחרים" באותה חלופה אחת שקבע המשפט או בחלופה אחת (או חלופות ספורות) שאליהן/יתכנס השוק המשפטי על סמך העדפותיהם של אותם בני מזל.

פישר מצביעה על עוד קושי אפשרי באידיאל של הפלורליזם המבני שהספר מקדם: המגבלות הקוגניטיביות האנושיות שמהן עולה, למשל, שמצב של ריבוי-יתר של חלופות קנייניות יביא דווקא לתוצאה הפוכה מהמקווה, כזו שאיננה מגלמת בחירה מקדמת אוטונומיה אלא מהדהדת את החלופה הרווחת. כפי שפישר מציינת, השאלה מתי יביא ריבוי-יתר לתוצאה מאכזבת כזו מחייבת תשובה אמפירית. אכן כך; ובאופן כללי יותר: מימוש האידיאל של הקניין הליברלי במציאות עובדתית נתונה מחייב מהלכים שחורגים מההמלצות שתאוריה נורמטיבית יכולה להנביע. התוויית הארכיטקטורה המדויקת יותר שתממש המלצות אלה מחייבת לא-פעם היזקקות למידע

⁶ ראו Hanoach Dagan & Irit Samet, Express Trust as the Missing Piece in the Liberal Property Regime Jigsaw, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TRUST LAW (Simone Degeling et al. eds., forthcoming 2022).

⁷ ראו ס' 61–64 והתוספת הראשונה לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

ספציפי יותר, הן כזה המתייחס לשיטת משפט כזו או אחרת,⁸ והן כזה הנשען על גופי ידע רלוונטיים מתחום מדעי החברה. מהלכים אלה הם כמובן רבי חשיבות, ובמובן הזה תאוריה ליברלית של קניין היא בהכרח חלקית; יש בה הזמנה להמשך חידוד ועידון "מקומיים" מצד מי שיש בידיהם הידע והמומחיות האמורים. אך קביעה כזו אינה מייחדת את התאוריה שהספר מפתח: כל אידיאל נורמטיבי השואף לתחולה כללית יכול וצריך להסתפק בהתוויית המצפן המשפטי וקווי מתאר עקרוניים הנגזרים ממנו לתחום הרלוונטי.

עד כאן התייחסתי לפן הראשון של ביקורתה של פישר, אך חששותיה מהאידיאל הקנייני הליברלי שהספר מציג עמוקים עוד יותר. לשיטתה, "הסגולה הטרומית של זכות הקניין" נעוצה בכך שהיא "מייצרת מרחב של קבלת החלטות אוטונומי ומבודד, ככל הניתן, משיפוטם חיצוניים". לכן, טוענת פישר, הזיקה העיקרית בין הזכות הקניינית לאוטונומיה מצויה "בהרחבת מרחב השליטה בתוככי כל זירה קניינית".⁹ מסיבה זו פישר מסתייגת מהאדנים הראשון והשלישי של הקניין הליברלי שמהם נגזר "צמצום של מרחב הבחירה והשליטה שניתן להפעיל ביחס לנכסים שבבעלותנו, וביחס לפעולתנו בתוככי כל זירה ומוסד קנייניים".¹⁰

פישר צודקת שזוהי אכן המשמעות של קבלת אידיאל הקניין הליברלי. אבל הסברה (המקובלת) העולה מביקורתה זו שניתן בה-בעת לחגוג את תרומת הקניין לאוטונומיה האישית ולדחות את המגבלות הללו – הטבועות, לשיטתי, בזכות הקניין – אינה יכולה לעמוד. טיעון כזה, התומך (במשמעות) בהבניה הבלקסטוניאנית של קניין כשירות בעלים, מקבל רק את חצי הכוס המלאה של היחס בין קניין ואוטונומיה שהספר מבסס, קרי: האופנים שבהם זכויות קניין מקדמות אוטונומיה (של בעלי הקניין). אבל הוא מתעלם (ומעלים) את החצי השני – החשוב לא פחות – של הקשר הזה: שהקניין גם פוגע באוטונומיה (של מי שאינם בעלים). כפי שצינתי בראשית הדברים, וכפי שרועי קרייטנר מדגיש בהערות הפתיחה שכתב לסימפוזיון הזה, התוצא הזה, הפחות משמח, של זכויות קניין מטיל על הקניין נטל הצדקה כבד.¹¹ הוא משמיע שמערכת קניינית

⁸ זו גם הסיבה לכך שאף על פי שהדוגמאות שהספר מתמקד בהן נגזרות רובן ככולן מהמשפט האמריקאי, אין הוא מתיימר להציע דיון מלא באף אחת מהן. המשפט האמריקאי משמש כאן רק כמקור לדוגמאות שהן מוכרות באופן רחב יחסית בקרב ההוגים העוסקים בשאלות מושגיות ונורמטיביות בקניין. בנבדל ממה שאולי עולה מביקורתו של קדר – ראו אלכסנדר (סנדי) קדר "דגן על פרשת דרכים: שביל זהב אוטונומי או נתיב חדש בדרך המלך? בעקבות ספרו של חנוך דגן 'תאוריה ליברלית של קניין'", פורום עיוני משפט מה 1 (2021) – אידיאל הקניין הליברלי שהספר מפתח אינו קרוב מאוד למשפט האמריקאי הנוהג; ראו למשל Ezra Rosser, *Creating Space for Property's Foes*, LPE PROJECT (Feb. 2, 2021) <https://lpeproject.org/blog/creating-space-for-property-foes/> (last visited June 14th, 2021).

⁹ ראו פישר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 2, 6.

¹⁰ שם, בעמ' 2.

¹¹ רועי קרייטנר "קניין ותאוריה ליברלית", פורום עיוני משפט מה 1 (2021).

יכולה להיות צודקת רק אם היא נשענת לאורכה ולרוחבה על ערך האוטונומיה. לכן, הוא מחייב שסמכות הבעלים בכל תבנית קניינית שהמשפט מכונן תוגדר על פי מידת תרומתה הצפויה לאוטונומיה של הבעלים (האדן הראשון), ובאופן שיתיישב עם התביעה לכבוד הדדי לאוטונומיה, קרי: מבלי שתסמך את הבעלים להפעיל כוחות משפטיים הסותרים את זכותם של אחרים לאוטונומיה (האדן השלישי). אין מדובר בשיפוטים חיצוניים בדיעבדיים של התנהגויות (ובוודאי לא של מצבי תודעה) של בעלים, אלא בהתוויה לכתחילת של "סמכות השיפוט" הפרטית שזכות קניין כזו או אחרת מקנה לבעליה. בשיטת משפט ליברלית (שאבן הראשה שלה היא המחויבות לכבוד האדם וחירותו) ערך האוטונומיה מכריע הן כאשר הוא מצדיק את עיגונה של סמכות פרטית והן כאשר הוא מחייב להגבילה.

אבל פשר מוסיפה ומקשה: "על מנת שניתן יהיה לייחס משמעות ולגזור גזירה משיתופי הפעולה האנושיים שלנו, הרי שהאופציה של העדר שיתוף פעולה, חלקי או מלא, צריכה להיות עבה וממשית",¹² ועל כן "יש להבין את הקניין הפרטי ולשמר את תפקידו גם במונחים הללו, כמגן עלינו מפני כוחם של מוסדות ציבוריים, קהילתיים או אפילו של פרטים לתבוע מאיתנו בחירה".¹³ לזה אני מסכים. מסיבה זו בדיוק אני מסתייג בספר הנוכחי מהעמדה שהבעתי בעבר (למשל בספרי "קניין על פרשת דרכים") אשר מעמידה את כל הערכים שהקניין יכול לקדם במעמד שווה.¹⁴ בפרק 2 "תאוריה ליברלית של קניין" אני מגן על עמדה שונה, שהערך האולטימטיבי של הקניין הוא האוטונומיה האישית, וכל שאר הערכים כפופים לו, בין בהיותם מכשירים בהשגתו ("ע"ע רווחה מצרפית), בין בהיותם נגזרות שלו (כך הצדק החלוקתי, שאליו אחזור בסמוך), ובין בהיותם ערכים טבועים המהווים רכיבים מכוננים של חיים אוטונומיים. שני הערכים הטבועים, שהקניין מקדם ואשר בהם אני עוסק בספר, הם ערך הקהילה וערך העצמאות (או החירות השלילית). שניהם, כך אני טוען, אינם ערכים מכשירניים גרידא ועל כן אינם כפופים, למשל, לחישובי עלות-תועלת המתאימים לדיונים ברווחה המצרפית. ובה בעת, משום שמעמדם נגזר מתרומתם לאוטונומיה, אין בכוחם של ערך העצמאות ושל ערך הקהילה לבסס זכויות קניין החורגות ממה שהאוטונומיה דורשת, או כאלה שיש בהם כדי לחתור תחת הכבוד השווה לאוטונומיה של כל שאר בני האדם.

תשתית נורמטיבית זו מסבירה את המעמד המיוחד של בעלות מלאה – כזו המכוננת אופציה עבה של העדר שיתוף פעולה – בקניין הליברלי. מחד גיסא, בנבדל מהגישות הנאו-בלקסטוניאניות שפותחו בשנים האחרונות, האידיאל הליברלי אשר חוגג, כאמור, את ריבוי תבניות הקניין, מסרב לראות את הבעלות המלאה כליבת מושג הקניין או כברירת מחדל של התוכן הקנייני. אך מאידך גיסא, התאוריה הליברלית של הקניין אינה מתייחסת לבעלות המלאה כ"עוד אפשרות" לתבנית קניינית, שקיומה או העדרה

¹² ראו פשר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 7.

¹³ שם.

¹⁴ פסקה זו יכולה (וצריכה) להיקרא גם כתשובה לאכזבה שקדר מביע משינוי זה. ראו קדר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 2-3.

תלוי בהכרעה קונטינגנטית של מעצבי המשפט. שיטת משפט ליברלית, בדיוק מהסיבה שפישור מציינת, חייבת להכיל כחלק מתפריט תבניות הקניין שלה גם את הבעלות המלאה, באופן שתהיה חלופה עבה וממשית – ובה בעת, לא יחידה – עבור ההקשרים שבהם הקניין הפרטי משמש כאתר מרכזי של הגדרה עצמית אישית (כגון בית המגורים). אבל המעמד המיוחד הזה של הבעלות המלאה אינו משמיע – הוא אינו יכול, אנליטית, להשמיע – הכשרה של הפעלת הסמכות הפרטית שהבעלות מעגנת באופן המכחיש את זכותו השווה של האחר לכבוד לאוטונומיה. זאת ועוד, הצורך, שפישור מתעקשת עליו בצדק, לעגן תבנית קניינית כזו עבור מי שמסרב לתת דין וחשבון ביחס להחלטותיו ובחירותיו, אינו מחייב שכל נשואי הקניין יעוצבו באופן כזה; נהפוך הוא: אחד הלקחים המרכזיים של הספר הנוכחי הוא שהמעמד המכשירני של סוגי קניין המעוגנים בעיקרם בשיקולים תועלתניים (כמו סימני המסחר, שאותם מזכירה פישור) – קרי: העובדה שתרומתן של תבניות הקניין המסחריות, כמו גם של הבעלות באמצעי הייצור (שבה מתמקד פרק 7), לאוטונומיה היא עקיפה – מחייבים להגביל באופן דווקני במיוחד את סמכות הבעלים בהם.

ג. על המושג

לחיים גנז¹⁵ אין השגות מהותיות על אדני היסוד שסביבם בנוי הטיעון ב"תאוריה ליברלית של קניין". אבל הוא חולק על "הצורך להמשיג מוסד קניין ליברלי בנפרד ממסודות קניין שמחורץ לליברליזם". את התנגדותו למהלך הוא מבסס על שלושה נימוקים: דחיית התזה שלפיה קיים מקור פנימי-לקניין למגבלות על אדנות הבעלים ("תזת הערך הפנימי", כפי שהוא מכנה אותה); דחיית הקשר בין תזה זו לבין הביקורת שלי על ההמשגה הבלקסטוניאנית של הקניין; ואימוץ התזה הבלקסטוניאנית.

לפני שאתייחס לנימוקים הללו כסדרם, חשוב להבהיר על מה נסב הוויכוח בין הבלקסטוניאנים למתנגדיהם; או, במילים אחרות, איך תפיסת הקניין הבלקסטוניאנית מתפקדת במשפט ובשיח הציבוריים. תפיסה זו יוצרת חזקה (שברגיל נתפסת כחזקה חזקה) לזכות מוחלטת להחלטות – לשרירות בעלים – ביחס למשאב נשוא הזכות הקניינית (חלקת קרקע; חפץ; מפעל; פטנט; יצירה ספרותית וכיו"ב). הבלקסטוניאנים המודרניים (כמו בלקסטון, למען האמת) מכירים במגבלות אפשריות, אבל הנטל לגישתם הוא תמיד על הטוען למגבלה. מבנה הדיון המשפטי והציבורי הוא של כלל וחריג, כשהכלל הוא שרירות בעלים.

אין לי מחלוקת על מבנה הדיון – כשמדברים על זכויות אכן נכון לראות כנגיסה בהן חריג – אבל בדיוק מהסיבה הזו חשוב במיוחד להמשיג במדויק מה נתפס כנגיסה המצריכה הצדקה מיוחדת; מהו הכלל שחריגה ממנו היא על פניה בעייתית. התשובה לשאלה הזו ניתנת על ידי מה שנתפס כהילה המשפטית ובציבור כ"הבנה המרכזית"

¹⁵ חיים גנז "עריצות פרטית וקניין ליברלי – מאמר תגובה על ספרו של חנוך דגן 'תאוריה ליברלית של קניין'", פורום עיוני משפט מה 1 (2021).

של הזכות. התזה הבלקסטוניאנית רואה את שרירות הבעלים הבלתי מוגבלת כהבנה המרכזית של מושג הקניין; התזה של הספר שלי מתעקשת שההבנה המרכזית צריכה להיות של קניין הממלא אחר שלושת האדנים.

כדי לברר האם נדרשת התעקשות כזו צריך לברר האם יש בה נפקא מינה, ועל כך בדיוק נסבה ההתנגדות הראשונה של גנו, שלפיה אין נפקא מינה כזו, שכן הטעמים הליברליים שאני מעלה קיימים כשלעצמם מחוץ לקניין. כדי לבסס את גישתו שלפיה מדובר בהתעקשות מיותרת גנו טוען ש"יש נפקא מינה [...] בדיבורים על מטרות פנימיות של מוסדות כמו קניין [...] [רק] כשציון המטרה כפנימית הכרחי [...] להבנת ההבדל שהמוסד יוצר באורחות החיים שלנו יחסית למוסדות קרובים, [ו]לא כשהמטרה היא כזו שלאורה לפי תורת מוסר מדיני כזו או אחרת ראוי לנהל את המוסד".¹⁶ לזה אני מסכים, אבל מה שזה עתה ציינתי מראה שלפי המבחן הזה עצמו המהלך בקניין דווקא חשוב במיוחד. זכות הקניין שהמשפט קובע – בנבדל מהעובדה האמפירית של חזקה פיזית או שליטה אחרת במשאב ואיום בתגובה כוחנית כלפי מי שיעז לעשות בו שימוש – אמורה לייצר סיבה נורמטיבית לפעולה (בקשת רשות לכניסה או לשימוש, וכבוד א-פריורי לתגובת הבעלים); והשאלה המעשית שהוויכוח על המשמעות המרכזית של זכות הקניין מעורר היא מתי סיבה כזו קמה. זה נכון ברמת המיקרו – מתי ראוי שאציית לציווי הבעלים; וזה חשוב במקרו – מתי ראוי שהמשפט ייחס לבעלים את הכוח ההופלדיאני לתבוע ממני ציות כזה.

קחו למשל את השאלה האם זכות הקניין כוללת בחובה את הסמכות להדיר באופן מפלה. כפי שצינתי לעיל (וכפי שאני מסביר בפירוט בפרק 5 של הספר), קניין ליברלי אינו יכול להכיל כוח הופלדיאני כזה. נראה שגנו סבור שזהו מהלך מיותר, או אולי אפילו מבלבל, משתי סיבות. ראשית, לאורך מרבית ההיסטוריה המשפט דווקא הכיר בסמכותם של ביגוטים לנצל את הכוח שהקניין מקנה להדרה גזענית; ושנית, כיום קיימים כלים אחרים – כלי המשפט הציבורי, המנחים את המשפט הליברלי בכללותו – למנוע מהם לעשות כן. אך סברה זו של גנו איננה משכנעת, הן עיונית והן מעשית.

אתחיל בהיבט המעשי – דווקא כאן ועכשיו טענתו של גנו נראית בעיניי מוזרה. פרקטיקות הדרה והפליה רבות ממשיכות להתקיים בישראל באצטלה של זכות הקניין. האם באמת לא חשוב להראות שיש בהן סתירה לקניין? כך, למשל, אך לאחרונה התגלעה מחלוקת בין שופטי בית המשפט העליון בשאלה האם איסור הפליה במכירת דירת מגורים על ידי חברה קבלנית חל רק כאשר החברה קיבלה זכויות בקרקע מהמדינה, או שמא הוא תקף גם כאשר מדובר בקרקע פרטית.¹⁷ מבלי להיכנס לפרטי הדיון הזה, החורגים ממסגרת תגובה זו (ולא נדרשו להכרעה באותו מקרה), די אם אציין כי הכלים הפרשניים הרגילים הובילו את השופטים מזוז ושטיין למסקנות סותרות: מזוז קבע כי איסור כזה משתמע מהוראות חוק איסור הפליה במוצרים,

¹⁶ שם, בעמ' 4.

¹⁷ רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' חאלד סלמאן (נבו) (19.08.2019).

בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ואילו שטיין קבע שהחוק איננו חל שכן דירת מגורים איננה נופלת בגדר הביטוי "מוצר" כמשמעו בחוק זה. קל לראות כיצד התשובה לשאלה לאיזה כיוון מושכת זכות הקניין מתוכה עשויה (או עלולה) להכריע את המחלוקת המשפטית הזו, שעל חשיבותה המעשית אין צורך להכביר מילים.

גם מבחינה עיונית, קשה לי לקבל את העמדה הזו. מעניין בהקשר זה לשים לב לדמיון בין המחלוקת כאן לבין המחלוקת היוריספרודנטית הקלאסית שבין הל"א הארט לבין ג'ון אוסטין באשר למקומה של הסנקציה בהמשגה הראויה של המשפט. מעשית, הארט מכיר בסופו של דבר בחשיבות של הסנקציה; אבל ההתעקשות שלו על כך שהמשפט איננו רק סנקציה – שיש הבדל איכותי בין האקדוחן לבין המשפט – נובעת מכך שלדבר בשם המשפט זה לדבר באופן לגיטימי, וכדי שזה יקרה צריך להיות לפחות משהו שנחזה כסיבה לפעולה. כמו שיוסף רו הסביר מאוחר יותר, המשפט תדירות איננו צודק, אבל כדי שנוזה מערכת כמשפטית עליה לפחות להתיימר להיות צודקת.¹⁸

ומה אם נראה שלאורך מרבית ההיסטוריה – ואולי אפילו כיום – אין אפילו יומרה כזו? האם משהו ישתנה בטיעון? לא נראה לי; לפחות לא בעיניי. הסיבה לכך היא שהצורך בהצדקה איננו רק מאפיין תיאורי של המשפט; הוא נגזר מעצם התביעה שלו לציות. כדי להיות לגיטימי (ולא רק להיתפס ככזה) עליו להצדיק את עצמו. כך לגבי המשפט – הסמכות הציבורית. אבל טיעון מקביל ממש קיים גם לגבי הקניין, שכן קניין – כל קניין (ליברלי ושאינו כזה) – עולה כדי סמכות פרטית. ייתכן מאוד שכמו המשפט, גם הקניין התנהל (ומתנהל) בדומה לאקדוחן, שהוא מעוגן בכוח פיזי. אבל זכות הקניין משמיעה יותר מזה: היא תובעת ציות שאיננו (רק) מבוסס-חשש-מסנקציה; כזה המעוגן בכך שסמכות הבעלים שהמשפט עומד מאחוריה מצדיקה ציות לרצונותיו, גם כשהם שרירותיים. בדיוק מהסיבה הזו חשוב ונכון לגזור את תוכנה של אותה סמכות ממה שמוצדק בגינו לתבוע אותה.¹⁹

¹⁸ ראו, בהתאמה, H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 82, 84, 87–88, 113–114 (1961) ו-JOSEPH RAZ, BETWEEN AUTHORITY AND INTERPRETATION: ON THE THEORY OF LAW AND PRACTICAL REASON 1, 177–178, 180 (2009)

¹⁹ בתשובתי לטיעון הראשון של גנו אני מקווה גם לענות לטענת קדר שהתאוריה הליברלית שהספר מפתח "מניחה את הסטטוס קוו" כ"קו התחלה". קדר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 7. בהשראת הכותבים הביקורתיים (שקדר מבקר את התעלמותי מהם), נקודת המוצא שלי הפוכה דווקא: נטל ההצדקה מוטל תמיד על מי שטוען לזכות קניין. כפי שקרייטנר מציין, בניגוד לתאוריות קניין מקובלות אשר "נשענות על אינטואיציה עמוקה מאוד שהקניין חייב להיות מוצדק, ושהבעיה היא שהניסוחים התאורטיים מתקשים במקצת לדייק את ההצדקה", התאוריה הליברלית של הקניין "הופכת את היוצרות": היא מדגישה שהקניין הוא "תוצר של הנדסה אנושית", אשר על פניו הינו "סקנדל", שהרי הוא "מעניק כוח מונופוליסטי במשאבים לאנשים ספציפיים, ומשאיר את שאר האנושות ללא גישה לאותם

אני עובר מכאן לטיעון השני של גנז. טיעון זה גוזר מהפרופוזיציה "שערך האוטונומיה עצמו, הערך שיש בכך שפרטים כותבים את חייהם ככל שניתן הדבר בכוחות עצמם, מצריך הענקת מתחמי עריצות משפטיים לפרטים" את המסקנה שלפיה תזת הערך הפנימי איננה מנביעה את "שלילת ההמשגה הבלקסטונית של הקניין כמתחם עריצות של נשאי זכויות קניין"²⁰.

הפרופוזיציה שהמהלך הזה נסמך עליה היא נכונה. זו הסיבה שבגינה, כפי שצינתי לעיל, גם בתפיסת הקניין הליברלי החירות השלילית מובנת כערך מכונן של האוטונומיה, ומכאן חשיבות קיומה של תבנית קניינית שמגלמת את התפיסה הבלקסטונית. אבל אין במסקנות אלה כדי לגרוע מהטיעון שלצד תבנית זו צריכות להתקיים תבניות אחרות, שונות ממנה, באופן שדיני הקניין יעמדו בציווי הליברלי של פלורליזם מבני; ואין בהן גם כדי לסתור את הטענה שישנם משאבים (למשל אמצעי הייצור) שבהם לא ראוי למשפט לכוון בעלות בלקסטונית כזו, ומכאן גם שאין בכך כדי לאתגר את הטענה שלא ראוי להתייחס לתזה הבלקסטונית כמייצגת את המשמעות המרכזית של זכות הקניין. במילים אחרות, הטיעון הנכון של גנז שלפיו ערך האוטונומיה מצריך הענקת מתחמי עריצות לפרטים, מצדיק שמתחמים כאלה יהיו גם במוסד הקניין ככל שמופעי קניין של עריצות הם אכן משרתי אוטונומיה. (זוהי, כמובן, הסיבה למעמד המיוחד של בעלות מלאה, שעליו עמדתי בסוף הפרק הקודם.) ההמשגה הבלקסטונית של הקניין הולכת רחוק יותר מזה: היא מתעקשת על תפיסת כלל מופעי הקניין כמתחמי עריצות כאלה. בדיוק כנגד הסרח העודף הזה, שעל הנפקות המעשית והעיונית שלו עמדתי קודם, מבוסס הטיעון שלי.

ומה עם הזכות לעשות רע שהיא, כפי שגנז מציין, חלק מהעוקץ של רעיון הזכות הליברלית? מכל מה שאמרתי עד עכשיו עולה שהיא נותרת על כנה, ובמידה לא קטנה. הקניין הליברלי אינו מחייב הכפפה של הבעלים לאחרים, או הקרבה של עניינו לענייניהם, או קלקולוס תועלתני שבו הוא אינו רשאי לתת משקל עודף – עודף באופן משמעותי – לעצמו על פניהם. אינני מכחיש, כמובן, שדרישת הצדק ביחסים (האדן השלישי של הקניין הליברלי) מסייגת את שרירות הבעלים, אבל כפי שאני מראה בפירוט בפרק 5 לספר,²¹ הסייגים הנגזרים ממנה אינם מעקרים את פועלו של הקניין כסמכות פרטית. הסיבה לכך נעוצה במגבלות חשוכות הטבועות בה או הנגזרות מעיגונה במשפט. כך, הדרישה לצדק ביחסים מעצם טבעה כתביעה המעוגנת בזכות כל אדם לאוטונומיה אינה יכולה להנביע חובות תובעניות מדי, שאז יהא בה, באופן

משאבים שכבר נתפסו ברשת הקניין". קרייטנר מפרש נכון את הספר בקובעו כי התשובה שאני נותן לאתגר ההצדקתי הזה "מכוונת את כל הספר: את הסקנדל הזה אפשר להצדיק רק אם, ורק עד כמה, שמתן זכויות יתר במשאב אכן מקדם את האוטונומיה". קרייטנר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 4.

ראו גנז, לעיל ה"ש 15, בעמ' 4.

ראו גם חנך דגן ואביחי דורפמן "תשובה למגיבים: צדק ביחסים – על תאוריה משפטית, תאוריה פוליטית וגיישה ביקורתית" **עיוני משפט** מא 439, 449–450 (2019).

פרדוקסלי, כדי לפגוע בזכות הבעלים לאוטונומיה. בנוסף, כחובה משפטית הדרישה לצדק ביחסים אינה יכולה להתייחס (או שלא ראוי שתתייחס) לפרקטיקות שאי אפשר, או לא ראוי, "למשפט" אותן (למשל אהבה וחברות), ומן הראוי שעגיגונה ככזה ייעשה בדרך של קביעת כללים ברורים יחסית, כפי שתובע העיקרון של שלטון החוק. כל הטעמים האלה מסבירים, למשל (כדי להתייחס לדוגמה שמביא גנז), שגם הקניין הליברלי נותן תוקף מלא לזכותם של אנשים לסרב להזמין לביתם אנשים אחרים גם כאשר סירוב כזה מעליב.

שוב חשוב לשים לב, כמובן, להבדל שבין המסקנה הזו לזו של הבלקסטוניאן. הבלקסטוניאן פשוט מניח שקניין, בהעדר הצדקה סותרת, מצדיק שרירות בעלים מלאה, שכן זהו המופע המרכזי של הקניין. ההנחה הזו, כפי שאני מראה בפירוט בספר, איננה נכונה תיאורית, וכפי שניסיתי לחזור ולהבהיר כאן היא גם בעייתית, הן נורמטיבית והן מושגית.

ד. על אי-שוויון

בניגוד לגנז, תמר קריכלי-כץ²² מקבלת את חשיבות תזת הערך הפנימי. למעשה, עיקר ביקורתה נעוץ בכך שהתאוריה הליברלית של הקניין שהספר מציע איננה מיישמת תזת זו באופן עמוק מספיק, לפחות ככל שהדבר נוגע לשאלות של שוויון מהותי.

קריכלי-כץ ממקדת את דיונה הביקורתי בדרישת הצדק ביחסים שפיתחנו אביחי דורפמן ואני באוסף מאמרים הדנים במשפט הפרטי בכללותו, ואשר עומדת כאמור במרכזו של פרק 5 בספר. דורפמן ואני טוענים שמכיוון שהמשפט הפרטי שותף באופן משמעותי בעיצוב היחסים שבין אדם לחברו, עליו לעגן את ציווייו במחויבות היסודית לכבוד הדדי לזכותו של האחר לאוטונומיה ולשוויון מהותי. הכבוד לשוויון המהותי נגזר, לפחות לגישתי, מהכבוד לאוטונומיה. בנבדל מכבוד לעצמאות (או העדר הכפיפות) של האחר, שממנו נגזרת חובה שלילית של אי-התערבות או אי-חציית גבול (פיזי או מטפורי) שבין אדם לחברו, כבוד לזכותו של האחר לכתוב את סיפור חייו איננו יכול להתמצות בחובה השלילית הזו. הכבוד לאוטונומיה נותר חלול בלי התייחסות למאפייניו המכוננים של האחר ולמצב שבו הוא מצוי.

לפי גישה זו, שקריכלי-כץ מצטרפת לה, דרישת הצדק ביחסים החלה במישור שבין אדם לחברו עומדת בפני עצמה ואיננה נגזרת מהחובה הציבורית (החשובה), החלה על מוסדות המדינה, לצדק חלוקתי. חשיבות התביעה לצדק ביחסים נעוצה בחשיבות הטבועה של היחסים הבינאישיים – אלו שאינם תלויים בהיות הצדדים המעורבים חלק מקולקטיב ריבוני – בהגדרה העצמית של מרבית בני האדם. קביעות המשפט הפרטי משפיעות באופן דרמטי על תנאי ההיקשרות ועל מערכות היחסים האופקיות הללו;

²² תמר קריכלי-כץ "מה לגבי אי השוויון המעמדי? מאמר תגובה על ספרו של חנוך דגן 'תאוריה ליברלית של קניין', פורום עיוני משפט מה 1 (2021).

זאת ועוד, כפי שקריכלי-כץ מציינת, קביעות אלה גם מכוננות את (או למצער משתתפות בכינון של) הנורמות החברתיות החלות עליהן.

חץ הביקורת המרכזי של קריכלי-כץ מופנה כנגד העובדה שבעוד שהספר עוסק בהרחבה יחסית במשמעות ובהשלכות של דרישת הצדק ביחסים ככל שהיא מתעוררת בהקשר של אי-שוויון על בסיס קטגוריות זהות (כגון לאומיות, אתניות, גזע, מגדר ומיניות), הדיון המצוי בו בהקשר של אי-שוויון מעמדי-כלכלי (קרי: פערים בהכנסה ובבעלות על רכוש) מצומצם ומתמקד בעיקרו בהקשר של יחסי העבודה. קריכלי-כץ טוענת שהחסר בהקשר האחרון מטריד במיוחד דווקא מכיוון שמדובר בספר העוסק בקניין, שכן הפלטפורמה של הקניין הפרטי משעתקת ומעמיקה את אי-השוויון המעמדי-כלכלי.

כדי לברר את המחלוקת, ככל שקיימת כזו בין עמדתי (וזה של דורפמן) לעמדת קריכלי-כץ, אפתח בסיבה שבגינה מתבקש לגישה עיסוק נפרד באי-שוויון על בסיס כלכלי-מעמדי. קריכלי-כץ טוענת שעיסוק כזה חשוב משום שהרציונל של תביעות לשוויון על הבסיס הזה עשוי להיות במתח עם, או במקרה קצה אפילו לסתור, תביעות המתבססות על קטגוריות זהות. לדבריה, ההיגיון שבבסיס התביעה לשוויון על בסיס קטגוריות זהות נעוץ ב"קיומה של היסטוריה של אפליה והדרה" אשר לא ניתן להצדיקן, שהרי הן מבדילות באופן שרירותי בין מי שיכולתם לשלם עבור מוצר או שירות נתונים היא שווה. מכאן עולה שתביעות לשוויון על בסיס קטגוריות זהות מאשררות "הבחנות על בסיס הקריטריון של היכולת לשלם כרלוונטיות וכראויות בעסקאות שוקיות", ועל כן מערערות (במשתמע) את ההתנגדות לאי-שוויון על בסיס כלכלי. קרי: "לשוויון על אף הפערים ביכולת לשלם". במילים אחרות, בצד ה"דה-לגיטימציה לחלוקה שוקית" על בסיס קטגוריות זהות, ההסדרים הללו מחזקים את ה"לגיטימציה לחלוקה שוקית על בסיס היכולת לשלם".²³

עמדתי שונה, כפי שעולה ממאמר שטרם פורסם שבו דורפמן ואני מטפלים בשאלות של עוני. קריכלי-כץ מזכירה את המאמר הזה, אך טוענת שעוני הוא "מקרה קצה של נזקקות חומרית", ומכאן שאין חפיפה בין עוני לבין אי-שוויון מעמדי וכלכלי. הסיפא של קביעה זו נכון בעיניי: הפער בין, לשם דוגמה, בני המעמד הבינוני לעשירי הארץ איננו נתפס בגדר הדאגה לעוני; אבל ספק אם ביקורתה של קריכלי-כץ מכוונת אליו. מנגד, המשגת העוני שדורפמן ואני מאמצים במאמר זה היא יחסית וחברתית, ועל כן אינה מוגבלת למקרה קצה של נזקקות חומרית. מכאן שהיא דווקא חופפת לתביעות בגין אי-שוויון כלכלי מצידם של בני המעמדות הנמוכים יותר.²⁴

²³ שם, בעמ' 3.

²⁴ ודוק: בהקשר הבינאישי, שבו מתמקד המשפט הפרטי, המשגה יחסית וחברתית של עוני אינה מחייבת, כפי שציינתי בפרק ג, שוויון בלתי מתפשר – הדרישה לצדק ביחסים מתלכדת תדירות, כפי שנרמזו בטקסט, עם עמדה "מספיקנית" (sufficientarian). אין בכך כדי לנקוט עמדה בוויכוח בין שתי העמדות הללו בהקשר המרכזי שבו הן נדונות: זה של

מכיוון שלפי גישת הצדק ביחסים האינטראקציות הבינאישיות שהמשפט שותף בכינון צריכות להיות מעוגנות במחויבות לכבוד הדדי לזכותם השווה של הצדדים לאוטונומיה, דורפמן ואני עומדים על כך שמן הבחינה המהותית אין כל הבדל בין התביעה להעדר הפליה ביחס, לדוגמה, לאדם בעל מוגבלות, לבין תביעה מקבילה ביחס לאדם עני. איננו מכחישים כמובן את הקשר ההיסטורי בין ההכרה בתביעות לשוויון על בסיס קטגוריות זהות לבין ההיסטוריה של אפליה והדרה ביחס לציבורים הרלוונטיים, אבל אנחנו עומדים על כך שהעוגן הנורמטיבי שלהן איננו תלוי בתביעה לצדק מתקן, ולכן גם לא ייעלם אם וכאשר תושג אינטגרציה מושלמת.²⁵

זאת ועוד, הסיבה שבגינה תביעה לשוויון על בסיס קטגוריות זהות נחזית כמאשררת את הקריטריון של נכונות לשלם נעוצה בהמשגה הכלכלית או זו הנאו-ליברלית של השוק שלפיה הנכונות לשלם מהווה את היסוד המכונן לפעולה ראויה של שווקים. אבל – כפי שאני טוען בפרק 7 לספר – ההמשגות (הרווחות) הללו של השוק אינן הכרחיות מושגית, ואינן מוצדקות נורמטיבית. הבנה ליברלית של שוק חייבת להישען על האופן שבו השוק מקדם אוטונומיה (בכך שהוא פותח אופציות ומאפשר ניידות), ועל כן היא גם חייבת להתייחס לנכונות לשלם כקירוב (פרוקסי) בלבד לרצון לשלם. כמו כל פרוקסי, קיימים הקשרים שבהם הוא עובר טוב (כששני פרטים בעלי יכולת שווה פחות או יותר לשלם מתחרים על אותו מוצר או שירות); אבל בצידם יש גם הקשרים שבהם הקירוב של נכונות לשלם בעייתי: כאשר קיימים פערים משמעותיים בהכנסה או ברוכש, נכונות גבוהה יותר של פלוני לשלם (ביחס לאלמונית) אינה מעידה על רצון גבוה יותר שלו להשיג את המשאב או השירות. מכאן שגם ההבנה הליברלית של השוק מביאה לאותה מסקנה כמו זו הנגזרת מהדרישה לצדק ביחסים: מבחינה מהותית, אין הבדל בין שני סוגי התביעות לשוויון שבהן עוסקת קריכלי-כץ.

ההבדל שבכל זאת קיים בין סוגי תביעות אלה הוא, כפי שדורפמן ואני טוענים, מוסדי. בהקשרים לא מעטים מתן מענה ראוי לתביעות לשוויון ביחס לחסרי יכולת כלכלית במסגרת המשפט הפרטי נתקל בקשיים יישומיים לא פשוטים. מקרה קצה כזה הוא הציפיה, הראויה מהותית, שמוכרי מזון ייקחו בחשבון את מצבם הכלכלי של הקונים, אשר אם הייתה מתורגמת לציווי משפטי הייתה מעלה בעיות קשות של פעולה משותפת (תיאום החלוקה הצודקת של הנטל בין המוכרים השונים), מידע (בירור ואימות הצורך של כל רוכש פוטנציאלי), ולא פחות (ואולי יותר) חשוב מכך – פרטיות וכבוד של הקונים עצמם.

אבל הקושי המוסדי הזה, כפי שאנחנו מראים בהרחבה, לא תמיד קיים (לפחות לא באותה מידה), וגם כאשר הוא קיים יש לעיתים מנגנונים משפטיים המאפשרים להתגבר

צדק חלוקתי. (כפי שאני מציין בפרק ה, זו אחת הסיבות לכך שתאוריה של קניין איננה, ולא צריכה להיות, תאוריה מלאה של צדק מדינתי.)

ראו Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *Poverty and Private Law: Beyond Distributive Justice* (unpublished script, 2021), available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3637034

עליו. הוא לא קיים – או קיים פחות – בהקשרים שבהם מדובר בעסקאות גדולות במיוחד, אשר מחייבות בכל מקרה בירורים מעמיקים. לכן ראוי בעינינו, למשל, להטיל על מי שעוסקים בפרויקטים גדולים של בנייה למגורים או של הספקת שירותים של השכלה גבוהה או ליווי משפטי חובות של הכללה (*inclusion*) לחסרי יכולת כלכלית. זאת ועוד, גם כאשר הקושי המוסדי קיים, ניתן לא אחת לפתח כללי קירוב המאפשרים לעגן יחס ראוי כזה מבלי "לעבור דרך" בירורים פרטניים ובעייתיים. ברוח זו דורפמן ואני מפרשים כמה הסדרים חשובים בשורה של שווקים, כגון שכר מינימום, תנאי מינימום בהשכרת דירות, פיקוח על מחירים של מוצרים ושירותים חיוניים, וריבית מקסימלית בשוק ההלוואות.

קריכלי-כץ מודעת, כאמור, לדברים אלה, אבל היא עומדת על כך שאין די בהם, שכן ההסדרים הללו, כמו אלו שבהקשר של שוק העבודה שבהם אני דן בספר, הם חוזיים בעיקרם, ואינם נוגעים לזכות הקניין. העדר "הפלטפורמה של הקניין הפרטי" מהדיון בעייתית במיוחד לגישתה "משום שהמשפט מכיר כחלק מהזכות לקניין גם בזכות ליהנות מהרווחים שהנכס מניב (הזכות לפירות) ומשום שמשמעותה של הכרה כזו הינה העמקה של אי-השוויון בין מי שיש בבעלותם נכסים למי שאינם בעלי נכסים".²⁶

אבל הדיון בבעלות על אמצעי ייצור בפרק 7 של הספר איננו מתמצה בהקשרים החוזיים. אחד ההיבטים הנדונים שם הוא מגבלותיה של זכות ההדרה הפיזית (*right to exclude*) של בעלי מפעל. בהקשר זה אני מפתח הצדקה פנים-קניינית לזכות הכניסה של נציג עובדים למקום העבודה (זכות המוסדרת במשפט הישראלי בסעיף 33ט לחוק הסכמים קיבוציים²⁷), כמו גם לזכויות נוספות של עובדים במקום העבודה (שבית הדין הארצי לעבודה אצלנו הכיר בהן).²⁸

זאת ועוד, הזכות למכור משאבים איננה שאלה חיצונית לקניין הליברלי. לפחות כאשר הקניין הפרטי מובן כמעוגן בזכות לאוטונומיה, הזכות למכור מהווה רכיב מכונן חשוב בסמכות הפרטית שהקניין יוצר בדיוק בגלל החשיבות של ניידות מזה, וריבוי אופציות מזה, לאוטונומיה האישית. מכאן גם עולה שחשוב לגדר את הזכות הזו באופן שעוקב אחרי הצדקת האוטונומיה, ושגידור זה הוא חלק ממה שמאפיין מערכת קניינית ליברלית.

אכן הזכות לפירות נתפסת כחלק מזכות הקניין הפרטי, ואכן משמעותה היא הרחבת אי-השוויון הכלכלי. זו הסיבה שבגינה חשוב להדגיש, כפי שאני מקווה שמודגש מספיק בספר, שדיני קניין מבוסס אוטונומיה עדיין נדרשים, כדי שיהיו לגיטימיים, לכללי רקע של חלוקה מחדש אשר יבטיחו לכולם צרכים בסיסיים, ואף יבטיחו

²⁶ קריכלי-כץ, לעיל ה"ש 22, בעמ' 4–5.

²⁷ ראו חוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957.

²⁸ לדיון ויישום פרשני ראו למשל ס"ק (אזורי ת"א) 154/05 ארגון עובדי בנק המזרחי המאוחד בע"מ – בנק המזרחי המאוחד בע"מ (נבו 30.04.2006).

שלכולם תהיה האפשרות להיות בעלים. קריכלי-כץ צודקת שהיבט זה הוא חיזוני (מקדמי) ולא פנימי לקניין. מדברים אלה אכן מתבקש לקח חשוב: כמו שהזכות להדיר פיזית והזכות למכור צריכות להיות, בקטגוריות מסוימות של הקשרים בינאישיים, מוגבלות, כך ראוי לבדוק האם מתבקשות הגבלות כאלה על הזכות לפירות. נראה שלכך קרייטנר חותר כאשר הוא דוחק בי – כנראה בצדק – לאתגר, גם בהקשר זה, את מה שנתפס כמובן מאליו הקנייני, ולבחון האם הקניין הליברלי איננו "מחייב, באופן פנימי, חלוקה אחרת של הפירות של הייצור בין הבעלים של אמצעי הייצור לבין הפועלים בייצור".²⁹

ה. על המדינה

הביקורת המקיפה של אלכסנדר (סנדי) קדר³⁰ מעלה לא מעט נושאים חשובים, אשר לחלקם כבר התייחסתי במסגרת תגובתי למבקרים האחרים של הספר.³¹ אבל היא מוסיפה להם ממד מרכזי, שטרם עסקתי בו, אשר בו אתמקד בפסקאות הבאות: קדר מלין על ההתייחסות המוגבלת הקיימת ב"תאוריה ליברלית של קניין" לתפקיד המדינה.

הצורך בהנכחה משמעותית יותר של המדינה מופיע בשלושה הקשרים חשובים שבהם דן קדר. ראשית, על מנת שתאוריית הקניין הליברלי תהיה אפקטיבית נדרשת, כפי שקדר מציין, "מעורבות עמוקה של המדינה" בכינון ובתחזוקה של "מערכת אפקטיבית של חלוקה מחדש באמצעות מיסים ומערכת הרווחה".³² שנית, הכרה בכך שזכות הקניין מכפיפה את מי שאיננו הבעלים לכוחו של הבעלים מלמדת שכאשר הקניין מרוכז בידי קבוצה קטנה של בני אדם ותאגידים, "משמעות ההגנה על קניין היא הגנה על האוטונומיה ועל הכוח לשלוט באחרים של קבוצה פרווילגית על חשבון קבוצה נרחבת של האנושות".³³ תובנה זו מחייבת, טוען קדר, להתייחס לריכוזי הכוח העצומים המרוכזים בידיהן של חברות ענק, וזאת בפרט כאשר בעלי הקניין מתרגמים לא אחת את הכוח הקנייני לכוח פוליטי, וחוזר חלילה. לבסוף, בצד הדיון במעברים הקנייניים שבפרק 8 בספר, המתמקד בדיני הנטילה השלטונית, מתבקש בירור מעמיק של ההיסטוריה של רכישת ויצירת הקניין – ובכלל זה "תהליכי ההקצאה מחדש,

²⁹ קרייטנר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 5.

³⁰ ראו קדר, לעיל ה"ש 8.

³¹ בפרט, ראו את הדיון בפרק ד לעניין טענת קדר שצדק ביחסים איננו לוקח ברצינות שיקולים חלוקתיים. כמו כן ראו ה"ש 8, 14 ו-19 לעיל, בקשר (בהתאמה) לשימוש שהספר עושה במשפט האמריקני, לעמדתי הנוכחית העומדת על חשיבות העיגון הנורמטיבי של זכות הקניין בזכות לאוטונומיה, ולעוקץ הביקורתי החסר לדבריו ב"תאוריה ליברלית של קניין".

³² קדר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 15.

³³ שם, בעמ' 20.

ההפרטה וההלאמה" – אשר מתאפיינים תדירות במהלכים אפלים של "קולוניאליזם, נישול, כיבוש ודחיקה"³⁴.

ישנם שני היבטים לקובלנה זו שקדר מעלה. היבט אחד נוגע לחשש שהתאוריה הליברלית של הקניין עולה בסופו של דבר כדי אוטופיה המנותקת מהמציאות, שכן אין בה כשלעצמה כדי ללמדנו איך ניתן להגיע לאידיאל שהיא מציבה. היבט זה מתלכד עם ביקורתו של מיכאל זכים, ועל כן אדחה את הדיון בו לפרק הבא. אבל קיים היבט נוסף, חשוב לא פחות, בדברים נוקבים אלה: האם יש משמעות לאידיאל קנייני בהעדר התייחסות למנגנוני החלוקה מחדש של העושר, לכלים להתמודדות עם ריכוזי כוח פרטיים מאיימים, ולעוולות העבר?

התשובה הקצרה לשאלה הזו היא "כן ולא", או – בסדר הנכון – "לא ובהחלט כן". כפי שהבהרתי בראשית תגובה זו, לגיטימיות הקניין הליברלי אכן מותנית במשטר רקע אשר אמור לוודא את קיומם של התנאים ההכרחיים למימוש האוטונומיה של הכול – בעלי קניין ומי שאינם כאלה – ואף לוודא את מימוש זכות הכול להיות בעלי קניין משמעותי. משטר הרקע הזה אמור, בין השאר, לתת מזור ראוי לעוולות העבר, לוודא את הקיום השוטף של דרישות הצדק החלוקתי, ולטפל כראוי בריכוזי כוח פרטיים. מימוש המשימות הללו – ועוד משימות שאזכיר בסמוך – הוא אכן הכרחי על מנת לוודא שאידיאל הקניין הליברלי ממומש באופן אפקטיבי בדיוק מכיוון שהקניין, כפי שקדר מציין, "אינו מצוי בחלל ריק"³⁵.

מסקנה חשובה זו חוזרת ומשמיעה שאין די בקיומם של שלושת אדני הקניין הליברלי כדי להבטיח את צדקת המערכת הקניינית שבה מדובר, ואולי אפילו את הלגיטימיות שלה; שגם למשטר הרקע המדינתי שבתוכו נטועים דיני הקניין יש בהקשר זה משקל משמעותי, ולעיתים אף מכריע. יתרה מזו: כפי שאראה מייד, תאוריית הקניין הליברלי איננה אדישה לתוכן משטר הרקע הנדרש. הן ביחס לשלוש הסוגיות שקדר מעלה והן באלו שאוסיף עליהן, תאוריית הקניין הליברלי מצביעה על כיוון ההסדר הנדרש. הקשרים הללו בין אידיאל הקניין הליברלי לבין משטר הרקע הם אכן חשובים, אבל הם אינם הופכים את תחומי המשפט – הנרחבים מאוד – המכוננים את משטר הרקע לחלק מדיני הקניין, והם אינם משמיעים שתאוריה של קניין צריכה להיות תאוריה מלאה של צדק מדינתי. בצד התאוריה הליברלית של קניין, תאוריה של צדק מדינתי נדרשת לתאוריות מקבילות – ליברליות אף הן, כמוכן – של בריאות, חינוך, רווחה וכיו"ב.

במילים אחרות, התאוריה הליברלית של הקניין איננה מתעלמת מהמדינה, שעליה מוטלות, מן הסתם, החובות הנגזרות מהתאוריות הללו; לא בכדי הספר מציין שוב ושוב את אחריות המדינה לספק בריאות, חינוך, רווחה וכיו"ב, ומדגיש שוב ושוב שכדי

³⁴ שם, בעמ' 11, 23.

³⁵ שם, בעמ' 15.

שדיני הקניין יממשו את האידיאל הליברלי שאותו הוא מתווה עליהם להישען על משטר שיבטיח את תנאי הקדם ההכרחיים הללו למימוש האוטונומיה האישית של כל נמעניהם. זו גם הסיבה שבגינה אני גם חוזר ומבהיר בספר שתמיכתי באידיאל הקניין הליברלי היא מסויגת, שכן היא מותנית בקיומו של משטר רקע ראוי כזה.³⁶ קניין ליברלי צריך להניח שהמדינה מקיימת את חובותיה בהבטחת החינוך, הבריאות והרווחה, והלגיטימיות שלו נגרעת ככל שהנחה זו מתבררת כשגויה. אך לא סביר בעיניי לצפות מתאוריה של קניין להתוות את עקרונות מדיניות החינוך, הבריאות או הרווחה.

קחו, לשם דוגמה, את דיני המס והחלוקה מחדש. פשיטא שמשטר הרקע המדינתי האמור מחייב את קיומה של מערכת מיסוי פרוגרסיבי ותשלומי רווחה. זאת ועוד, מערכת כזו מתחייבת, כפי שאני מסביר בספר, גם מתוך תאוריית הקניין הליברלי עצמה, שהרי נראה שהתרומה השולית במושגי אוטונומיה לכל תוספת של קניין היא פוחתת.³⁷ אבל אין כמובן בקביעה (חשובה) זו כדי להתוות את עקרונות השיטה הראויה, בין השאר משום ששיטה זו – אפילו ברמה העקרונית – צריכה להישען על הכרעות משמעותיות שמחייבות אימוצה של תאוריה כוללת של צדק חלוקתי. כך, למשל, השאלה האם על המדינה להבטיח לכל אדם הזדמנויות מספיקות למימוש זכותו להגדרה עצמית, או שמא עליה גם לוודא שמדובר בהזדמנויות שוות, היא כמובן מרכזית בהתוויית מדיניות מיסוי וחלוקה, אך חורגת מתחומי תאוריית הקניין. אכן, כמו בנוגע להיבטים פנימיים של תאוריית הקניין הליברלי שכבר הזכרתי – הדרישה לקניין משמעותי לכול וההגבלות על סמכותם של בעלים שהאדן הראשון והשלישי מציבים – גם הציווי הנגזר מתאוריה זו באשר לפרוגרסיביות מערכת המס מצביע על קשר שאיננו מקרי בין הקניין הליברלי לבין המחויבות לצדק חלוקתי. אבל הקשר הזה אינו מלמד על חפיפה: צדק חלוקתי איננו רק שאלה של קניין; ותכלית הקניין איננה מימוש של הצדק החלוקתי.

המסקנה הזו מתחדדת עוד יותר, באופן שעל פניו נראה פרדוקסלי, ככל שמתברר עד כמה עבה ומורכב משטר הרקע הנדרש על מנת לוודא את לגיטימיות כינונם של דיני קניין ליברליים. כך, למשל, כדי שמערכת המיסוי הפרוגרסיבית תהיה אפקטיבית, יש לכייל את כללי המשפט הבינלאומי הפרטי המסדירים את ברירת הדין כך שימנעו את סיכול יכולתה של המדינה לאכוף על אזרחיה את החובות שהיא מטילה עליהם.³⁸ זאת ועוד, מחויבות הקניין הליברלי לצדק חלוקתי איננה מתמצה בדור הנוכחי: גם לבני הדורות הבאים יש כמובן זכות שווה לכתוב את סיפור חייהם, ומכאן שעל דיני הקניין

36 ראו למשל תאוריה ליברלית של קניין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 2, 40 ו-72.

37 שם, בעמ' 38.

38 ראו Hanoch Dagan & Sagi Peari, Choice of Law (Jun 2, 2021) (unpublished manuscript) (on file with the author).

להימנע מהכשרה של החצנות סביבתיות שעלולות לפגוע בזכותם זו.³⁹ גם בשני ההקשרים הללו, כמו בזה של דיני המס, קיים יחס מורכב בין תאוריית הקניין הליברלי לבין משטר הרקע שהיא מחייבת. גם כאן לא ראוי שתאוריה של קניין תתיימר להיות תאוריה של ברירת דין או תאוריה של איכות הסביבה. בה-בעת, גם בהקשרים אלה, התאוריה הליברלית של הקניין היא "דעתנית": היא מצביעה על הכיוון שעל הדוקטרינות האמנות על תחומי דין אלה לקחת. זאת ועוד, בשני ההקשרים האלה הכיוונים האמורים גם משליכים חזרה "פנימה" אל תוך דיני הקניין עצמם: הזהירות הנדרשת מסיכול דיני המיסוי והחלוקה מחדש מחייבת גם למשטר בקפידה תבניות קנייניות המועדות לניצול לרעה שכזה;⁴⁰ והחובה לכבד את זכותם השווה של בני הדורות הבאים מצדיקה לכוונן את סמכות הבעלים להשתמש במשאבים כגון מקרקעין, מים ואוויר נקי; ובמקרים מתאימים היא אף יכולה להצדיק שינוי בהיקף המשאבים שיכולים לשמש נשוא לבעלות פרטית: הקניין הליברלי מחייב קיומם של משאבים שיהוו נשוא לסמכות פרטית משמעותית, אך איננו מכתוב אילו משאבים צריכים להיכלל בקטגוריה זו; והוא במפגיע איננו מחייב את צמצומה או את ההימנעות מהרחבתה של נחלת הכלל.⁴¹

כמו שאלות הצדק החלוקתי, גם הסוגיות של ביזור הכוח הכלכלי והפוליטי ושל צדק היסטורי בגין עוולות העבר קשורות בטבורן, כפי שקדר טוען, בקניין הליברלי; ושוב, כפי שטענתי ביחס לצדק החלוקתי, מיקומן כחלק ממשטר רקע צודק, אשר מהווה תנאי לגיטימיות הקניין הליברלי, מסביר הן מדוע תאוריית הקניין הליברלי דעתנית בהקשר אליהן, והן את העדר היומרה של התאוריה הזו לכסות גם אותן. אבל למרות היומרה המוגבלת של תאוריית הקניין הליברלי בהקשרים אלה, נראה לי שקשה ליחס לכיווני הפעולה שהיא מחייבת הטיה שמרנית של "הגנה על היש". כך, הקניין הליברלי מחייב חריגה מפרדיגמת היעילות המצרפית השלטת בדיני ההגבלים העסקיים לטובת התפיסה הנאו-ברנדסיאנית (שהגיעה לאחרונה גם לממשל האמריקאי), שלפיה תחרות איננה – או איננה רק – מכשיר להבטחת רווחתם של צרכנים, אלא בעיקר – או למצער גם – כלי למניעת ריכוזי כוח.⁴² אותו מהלך ממש מחייב, כפי שטענתי במקום

³⁹ מסקנה נוספת, אשר נגזרת מהמחויבות לצדק בין-דורי – כמו גם מזו לצדק חלוקתי תוך-דורי – נוגעת לזכות להוריש. הקניין הליברלי מצדיק קיומה של זכות כזו, המעוגנת בכך שסיפור החיים שאנשים מתווים כולל תדירות גם אפיוזדות שתתקיימנה אחרי מותם אשר נוגעות לאנשים משמעותיים עבורם ולמחויבויות חשובות להם. אך הזכות הזו יכולה, ואולי אפילו צריכה, להיות מוגבלת הן מכוח האדן הראשון של הקניין הליברלי והן מכוח חובות בעלי הקניין למימון תחזוקת משטר הרקע כפי שאלו נדונו בגוף הטקסט. ראו **תאוריה ליברלית של קניין**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 64.

⁴⁰ הדוגמה המרכזית בהקשר זה היא מוסד הנאמנות. ראו Hanoach Dagan & Irit Samet, What's Wrong with Massively Discretionary Trusts (May 24, 2021) (unpublished manuscript) (on file with author).

⁴¹ ראו **תאוריה ליברלית של קניין**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 28, 74.

⁴² שם, בעמ' 71.

אחר, רפורמה משמעותית בדרכי ההשפעה של בעלי הממון על מקבלי ההחלטות, קרי: ביחסי הון-שלטון.⁴³ בדומה, הגם שאין בתאוריית הקניין הליברלי משנה מלאה לטיפול בעוללות עבר כגון כיבוש ונישול, הציוויים הנגזרים ממנה בהקשר זה, שאליהם אני מתייחס בפרק 8, משמעותיים למדי.⁴⁴ מחד גיסא, בעוד שתפיסת הקניין הליברלית מכירה בסמכות רחבה יחסית של השלטון (המרכזי והמקומי) לגרוע מקנייניהם של בני אדם – ואף לעשות כן לעיתים ללא תמורה או בתמורה מופחתת – היא מחייבת הגנה נוקשה על קנייניהם של "תושבים מוגנים" כהגדרת המושג בדין הבינלאומי, שכן אלה אינם צד לחוזה החברתי שמכוחו נגזרת, כזכור, כפיפותם של בעלי הקניין לכוח השלטוני הזה.⁴⁵ מאידך גיסא, תפיסת הקניין הליברלית מרחיבה מאוד את סמכות הנטילה השלטונית ללא פיצוי ככל שהיא מתייחסת לזכויות שהן פגומות מעיקרן, קרי: כאלה שאין דרך לעגן אותן בזכות הבעלים להגדרה עצמית – מקרה הקיצון הוא כמובן זה של ביטול העבדות. דוגמאות נוספות שהספר מתייחס אליהן נוגעות לביטול הכוח להדיר באופן מפלה, או ההכרה בזכות השווה של נשים במאסת נכסי הנישואים.

ו. על הדרך

עד כאן התייחסתי לקובלנתו של קדר ככל שהיא נוגעת להעדר המדינה מהתאוריה הליברלית של הקניין. אבל, כזכור, לביקורתו של קדר היבט נוסף, אשר מהדהד במידה מסוימת גם את הלקח ההיסטורי המטריד העולה מביקורתו של מיכאל זכים.⁴⁶

קדר מביע ספק באפשרות "לדבר על תאוריה קניינית ליברלית המקדמת את האוטונומיה של בני אדם ואת יכולתם לספר את סיפור חייהם" בלי להתמודד עם המציאות המאכזבת אשר בה "אנשים רבים כלל אינם יכולים להיות בעלי קניין".⁴⁷ החשש העולה מהיבט זה של ביקורתו הוא שבהעדר תוכנית סדורה המסבירה כיצד ניתן להגשים את תאוריית הקניין הליברלי בחיי המעשה היא נותרת כאוטופיה גרידא, ואולי אפילו אוטופיה מטעה, כזו המותירה תקווה מיותרת, ועל כן אולי אפילו באופן פרדוקסלי (או טרגי) מאשררת את אותה מציאות שהיא באה לתקן. זכים, בתורו, "מפויס" יותר (כדבריו) עם הטיעון של הספר, אך "ההיסטוריה המקוצרת" של ראשית הקפיטליזם במאה התשע עשרה, אשר לה מוקדש עיקר דבריו, מותירה אותו ספקן.

43 ראו Hanoch Dagan, *Political Money*, 8 ELECT. L.J. 349 (2009).

44 למאמרו המכונן של ג'רמי וולדרון בסוגיה קשה זו ולמקורות חשובים נוספים ראו GREGORY S. ALEXANDER & HANOCH DAGAN, *PROPERTIES OF PROPERTY* 393–406 (2012).

45 ראו בדומה בג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת** (נבו 09.06.2020).

46 מיכאל זכים "הליברליזם ותיקונו מאמר תגובה על ספרו של חנוך דגן 'תאוריה ליברלית של קניין'", **פורום עיוני משפט** מה 1 (2021).

47 קדר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 16, 18–19.

זכים מתאר את הספר כ"מקריין אופטימיות", ומוסיף שכך "יאה לאותו ליברליזם שחנוך דגן נחוש להציל מעצמו".⁴⁸ אני מסכים לאפיון הספר כאופטימי – ואחזור לכך בסמוך – אם כי עומד על כך שהתאוריה שהספר מפתח נגזרת מציוויי הליברליזם עצמו (בפרשנותו הראויה, כמובן). אבל ספקנותו של זכים – כמו זו של קדר, שבה פתחת פרק זה – איננה נסבה על הליברליזם כעמדה נורמטיבית אלא על ההיסטוריה המטרידה של תקוות נכזבות של הוגים ליברליים. כך, לפחות, אני קורא את דבריו כשהוא מתאר את הספר כניסיון "לרפא את הנגע שמכרסם בגוף האזרחי" ומתייחס ל"גנטיקה הפגומה של המשטר הנאור אשר לאורך מאתיים שנות שלטונו שב ומכשיל את עקרונותיו הוא" כאשר הוא מביא "לכינונה של 'כלכלה חופשית', שאז שמה ללעג את ערכי היסוד של עצמה בכך שחילקה את הבריות בין בעלי ונטולי משאבים". המבט ההיסטורי הנוקב של זכים "על הבטחותיו [של הליברליזם] ושברן" הוא הסיבה לכך שאף על פי שהוא מעיד על עצמו שקריאת הספר גרמה לו להיות מפוים ביחס לתאוריית הקניין הליברלי, הוא עדיין נותר "לא אופטימי" ביחס לסיכוייה להתמש.⁴⁹

אינני היסטוריון או איש מדע המדינה, וודאי שאיני רואה את עצמי כמומחה בקידום רפורמות בעולם המעשה. תרומתי בספר הזה, ככל שיש כזו, נגזרת מהתמחותי בדיני קניין ובתאוריה של קניין. שלושה עשורים של עיסוק בתחום זה הביאו אותי לגיבושה של תפיסת הקניין הליברלי, ומטרת הספר הזה היא לשכנע את הקוראים לאמץ אותה כ"הבנה המרכזית" של הקניין ולזנוח את תפיסת הקניין הבלקסטוניאנית שעדיין רווחת במקומותינו. זוהי מטרה צנועה, אבל היא איננה זניחה; נהפוך הוא. כפי שציינתי עזרא רוסר (שעל כתביו החשובים נשען, בין היתר, קדר) בביקורת שכתב לאחרונה על "תאוריה ליברלית של קניין", התפקיד המשמעותי של מושג הקניין בשיח הציבורי שלנו מלמד שמושג זה – שהוא, כפי שאני טוען בפרק 2, מושג שהינו משפטי-בהכרח – מהווה "זירה טובה לניהול כמה מהמאבקים החשובים ביותר הנוגעים לערכים החברתיים שלנו".⁵⁰ ערעור ההבנה הבלקסטוניאנית של הקניין והעמדת החלופה הליברלית כנגדה עשויים להשפיע על הדיונים הציבוריים הללו משום שיש בהם כדי להשפיע על כוחם של בעלי הקניין ושל מי שאינם בעלי קניין לשכנע ולהשפיע: ההבנה המרכזית של מושג הקניין מעצבת במידה לא מבוטלת את האופן שבו כולנו תופסים את זכויותיהם של בעלים, את הציפיות שלנו מהם, ואת המגבלות של האינטרסים הלגיטימיים שלהם.

כך, למשל, הגם שהתביעה לצדק ביחסים איננה כלי למימוש תכליות ציבוריות, קריכלי-כין צודקת כאשר היא עומדת על ה"החצנה התרבותית" של תפיסות קניין ומשפט פרטי המממשות אותה. כפי שהיא מציינת, "כל אחת ואחת ממערכות היחסים בשוק (למשל מערכת היחסים הספציפית בין מעסיק לבן לעובד שחור שבה נקבעים תנאי ההעסקה של העובד) מחלקת משאבים בין הצדדים עצמם, ובאותה העת גם

48 זכים, לעיל ה"ש 46, בעמ' 1.

49 שם, בעמ' 2.

50 ראו Rosser, לעיל ה"ש 8.

משתתפת בייצור אי השוויון הכללי (או בצמצומו) ובשיעתוק האמונות התרבותיות-שוקיות שמצדיקות את אי השוויון (או שאינן מצדיקות אותו). לכן, המחויבות לשוויון מהותי במערכות יחסים היא חשובה לא רק מתוך שאיפה לצדק לצדדים עצמם, אלא גם משום שמערכות היחסים הללו הן אלה שבהן נעשות ומוצדקות חלוקות משאבים בשוק". אכן, מערכות היחסים בין פרטים במשפט הפרטי בכלל – והכוחות, הזכויות, המגבלות, והחבביות הנגזרות מזכות הקניין בפרט – הן "אבני הבניין" של השוק: "בהן נעשית חלוקת המשאבים ובהן מופעלים ומשתעקים התסריטים התרבותיים לגבי השאלה אילו חלוקות הן מוצדקות וראויות ואילו אינן כאלה".⁵¹

ברור לי שההשפעה של טיעונים מסוג אלה שאני מפתח בספר על עולם המעשה היא מוגבלת. רפורמות מוצלחות מחייבות פעילות של מעצבי מדיניות ושל שליחי ציבור, ולא מעט פעמים מצריכות – עוד קודם לכן – פעילות חברתית שתביא את קולם של הנפגעים מהפער המאכזב בין אידיאל הקניין הליברלי לבין הדין הקיים אל לב הזירה הציבורית. שום תאוריה נורמטיבית אינה יכולה להחליף את העשייה הזו. אבל בחברה דמוקרטית בריאה פעילות ציבורית ופוליטית איננה כרוכה רק בהפעלה של כוח לקידום אינטרסים; יש בה תמיד מקום גם לנימוקים. לכן, גם לשינוי ההבנה המרכזית של מושג הקניין – מה שנתפס כמובן מאליו שנובע מהיותו של משאב נשוא לזכות קניינית – יש, כך אני רוצה לקוות, השפעה כלשהי על השיח הציבורי על אודות הקניין (ומשטר הרקע שלו), ועל תוצאות שיח זה.

זו הסיבה שבגינה אני קורא בספר לחוקרים מתחומי מדעי החברה להשתמש בו על מנת לפתח כלים להערכה אמפירית של הביצועים של מערכות הקניין הקיימות לא רק במושגי יעילות, אלא גם באופן הבוחן את תרומתם לאוטונומיה של בני האדם.⁵² כלים כאלה יכולים להיות משמעותיים, לשם דוגמה, משום שלמושג הקניין יש מעמד חשוב באינדקסים בינלאומיים משפיעים כגון ה-*Ease of Doing Business Index*, ה-*Global Competitiveness Report* וה-*International Property Rights Index*.⁵³

כיום, האינדיקטורים שהאינדקסים הללו עושים בהם שימוש מניחים רובם ככולם את התפיסה הבלקסטוניאנית של הקניין, שאותה כינתה קתרין פיסטור, בבקורת

51 קריכלי-כץ, לעיל ה"ש 22, בעמ' 5.

52 ראו תאוריה ליברלית של קניין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 24, 68, 247.

53 ראו בהתאמה, THE WORLD BANK, DOING BUSINESS 2020 (2019), <https://www.doingbusiness.org/en/reports/global-reports/doing-business-2020>; WORLD ECONOMIC FORUM, GLOBAL COMPETITIVENESS REPORT 2019: HOW TO END A LOST DECADE OF PRODUCTIVITY GROWTH (2019), <https://www.weforum.org/reports/how-to-end-a-decade-of-lost-productivity-growth>; PROPERTY RIGHTS ALLIANCE, INTERNATIONAL PROPERTY RIGHTS INDEX 2020, <https://www.internationalpropertyrightsindex.org> (last visited June 9th, 2021).

שכתבה בעקבות הספר, תפיסת ה-*illiberal property*.⁵⁴ אבל אם השפעתם של האינדקסים הללו על מקבלי ההחלטות בעולם היא אכן משמעותית, כפי שנטען בהם, הרי שמהלך של החלפת האינדקטורים הללו באינדקטורים המבוססים על תפיסת הקניין הליברלית, או למצער של הוספת אינדקטורים מכוונני-אוטונומיה כאלה, עשוי להיות משמעותי. מהלך כזה, שאני מקווה שאכן יתממש, עשוי להשפיע על חסידי זכות הקניין, ועל מי שמציגים את עצמם ככאלה, לקחת ברצינות את דרישתם של פעילי הציבור לקרב את דיני הקניין הקיימים לאידיאל הליברלי שאותו הם – לפחות בשיטת משפט המעוגנת בזכות היסוד של כבוד האדם וחירותו – מתיימרים לממש. אחרי הכול, בחברה דמוקרטית כזו, גם הפוליטיקה איננה – או לפחות אסור שתהיה – חסינה מכוחם של נימוקים.

אין לי כמובן שום יומרה (או יכולת) לטעון שמהלך כזה עתיד אכן להצליח; אבל – בפרט בתקופה זו של שידוד מערכות מוסדי ומשפטי בעקבות משבר עולמי – אין לי גם כל בסיס להניח שהוא נדון לכישלון. אני מבין את הזהירות: הן הקניין והן נשאי הליברליזם אכזבו אותנו בעבר, כפי שהדגים זכים, ולכן החשדנות שלו מובנת. אבל הקניין הפרטי אינו צפוי ללכת לשום מקום. קדר צודק שקיים מרחק לא מבוטל בין הקניין כאן (או שם) ועכשיו (או בעבר) לבין התאוריה הליברלית של הקניין. אבל בהנחה שמבקרי הספר וקוראיו האחרים שותפים לדעתי באשר לפוטנציאל המעצים – אולי אפילו משחרר – של תפיסת הקניין הליברלי, אני מקווה שהם יצטרפו לקריאתי לראות בה את האידיאל שכנגדו ראוי לנו לשפוט את הדין הקיים.

⁵⁴ Katharina Pistor, *Liberal Property Law vs. Capitalism*, LPE PROJECT (Jan. 27, 2021) <https://lpeproject.org/blog/liberal-property-law-vs-capitalism> (last visited June 9th, 2021).