

קניין חדש תוצרת הארץ – אימוץ דוקטרינת הקניין החדש בישראל ורציות המשפטית והחברתית

מאת

אסף וינר*

המושג "קניין חדש" מתייחס לתפיסה המשפטית לפיה הגנת הזכות החוקתית לקניין אינה מוגבלת אך לבעלות פרטית במשאבים גשמיים, אלא כוללת גם הענקות מדינתיות בעלות ערך כלכלי (כגון קצבאות, מענקים או רישיונות לפעילות מסחרית). גם כיום, יותר מ-50 שנים לאחר פרסום מאמרו המכונן של רייך שבו נתבע מונח זה, השאלה אם ההענקות המדינתיות המכוננות "קניין חדש" נכללות בגדרה של הזכות החוקתית לקניין, טרם הוכרעה בדין הישראלי.

חיבור זה משרטט לראשונה את מאפייניה של הדוקטרינה המשפטית המתגבשת במשפט הישראלי, תוך בחינת ההקשרים החברתיים של ההכרעות המשפטיות ועמידה על שיקולי המדיניות השיפוטית שבבסיסן. כבסיס לדיון, הוא מראה שפסיקת בית המשפט העליון הישראלי בעשורים האחרונים החלה להרחיב את הגנת הזכות החוקתית לקניין גם בנוגע להענקות מדינתיות, ובהתאם – להפעיל ביקורת שיפוטית במישור החוקתי באשר לחקיקה ראשית או פעולה שלטונית המשנות או מבטלות הענקות מדינתיות בתחומים מגוונים.

לאחר זיהוי מאפייניה הפוזיטיביים של הדוקטרינה המשפטית המתגבשת, והגדרתם, המאמר מציע ביקורת כפולה: פנימית וחיצונית. הביקורת הפנימית מתייחסת לכשלים בדוקטרינה הקיימת בכל הנוגע לשלבים השונים של הביקורת החוקתית הנוהגת (שאלת קיומה של זכות חוקתית ותיחומה, שאלת קיומה של פגיעה, והפעלת מבחני האיזון של פסקת ההגבלה). הביקורת החיצונית נוגעת לכשלים התיאורטיים שבהמשגת הענקות מדינתיות כקניין פרטי. לבסוף, המאמר מציע מתווה חלופי להתמודדות עם הצורך בביקורת שיפוטית על מישור היחסים שבין הפרט למדינה בהקשר של הענקות מדינתיות, באמצעות כללי המשפט המנהלי והזכויות החוקתיות לכבוד האדם וחופש עיסוק.

מבוא. א. מקורותיה החברתיים והמשפטיים של הקריאה למתן הגנה חוקתית להענקות מדינתיות. ב. אימוץ הזכות לקניין חדש במשפט החוקתי הישראלי. 1. התפתחות הפסיקה והדוקטרינה המשפטית; 2. ממצאים פוזיטיביים: תחימת היקף הזכות והגדרת עוצמת ההגנה שהיא מספקת. ג. מגבלות יישומיות ובעיות מהותיות בדוקטרינה החוקתית

* תלמיד לתואר שלישי ועמית מחקר במרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים ומרצה מן החוץ, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. במועד כתיבת המאמר המחבר היה עמית מחקר במרכז אדמונד י' ספרא לאתיקה באוניברסיטת תל אביב. מאמר זה זכה בפרס צגלה למאמר מצטיין של תלמידי המחקר לשנת תשע"ז, מטעם מרכז-על צגלה למחקר בינתחומי של המשפט. המחבר מבקש להודות לפרופ' דפנה ברק-ארז, פרופ' חנוך דגן, עומר נצר וד"ר עמרי רחום-טוויג על הערותיהם המועילות לטיטות מוקדמות של חיבור זה, כמו גם למשתתפי הפורום למשפט פרטי במרכז צבי מיתר באוניברסיטת תל אביב על תובנותיהם ורעיונותיהם לגרסתו הנוכחית של החיבור. תודה מסורה גם למערכת כתב העת "משפטים" ולשופט האנונימי על עבודת עריכה יסודית ומסורה.

המתהווה בפסיקה. 1. הבעיות של גישה הפועלת אד-הוק להכרה בזכות: עמימות משפטית ואינטרס ההסתמכות; 2. המשמעות האקספרסיבית של הגמשת המבחנים החוקתיים הראשונים (קיומה של זכות ופגיעה בה); 3. מגבלות אנליטיות: המשגת הענקות מדינתיות כקניין; 4. התוצאות של הכרה רחבה בהענקות מדינתיות כקניין: כבילת שיקול הדעת הציבורי בנוגע להענקות מדינתיות והגבלת היכולת לקיים מדיניות ציבורית ורגולציה אפקטיבית. ד. לקראת דוקטרינה חלופית: האם מוסד קנייני הוא מענה משפטי ראוי למערכות היחסים האינטנסיביות שבין הפרט לשלטון, ומה החלופות לו? 1. נקודת מוצא: תפיסת מושג הקניין החדש כתופעה חברתית להבדיל מדוקטרינה חוקתית; 2. כללי המשפט המנהלי כשכבת הגנה ראשונה; 3. שימוש בזכויות החוקתיות לחופש עיסוק וזכויות חברתיות כשכבת הגנה שנייה. סיכום: קניין חדש – משפט, חברה ובחזרה.

מבוא

המושג "קניין חדש", נטבע על ידי המלומד צ'רלס רייך (Reich) לפני יותר מחצי מאה, והוא מגלם את התפיסה שהזכות החוקתית לקניין אינה מוגבלת אך לבעלות פרטית במשאבים גשמיים, אלא כוללת גם זכויות אחרות בעלות ערך כלכלי שמקורן במדינה (לצד ההכרה הקיימת בזכויות אובליגטוריות שמקורן בפרטים אחרים).¹ במאמר חשוב ומשפיע זה עמד רייך על כך שבעולם המודרני רכושו של האדם מורכב ומבוסס יותר ויותר על זכויות כלכליות או הענקות שמקורן בשלטון ("government largess") ופחות על שליטה במשאבים פיזיים או מוחשיים המזוהים עם קניין מסורתי. דוגמאות מובהקות להענקות מדינתיות, המהוות חלק בלתי-מבוטל ממשאביו של אדם, הן למשל הזכות לקצבת ביטוח לאומי המחליפה את החיסכון האישי; רישיונות מטעם המדינה לעיסוק במקצועות שונים (כמו עריכת דין); רישוי עסקים מסוימים (כגון רישיון למוניות); סובסידיות כספיות ועוד. על רקע הטענה שהענקות אלה אינן זכות להגנה יעילה מפניהן של פגיעה או הפקעה מדינתיות (בהשוואה לפגיעה או הפקעה הנוגעות לקניין מסורתי), טען רייך כי יש להעניק להן הגנה מתאימה במסגרת הגנת המשפט הציבורי על זכות הקניין.²

גם כיום, יותר מ-50 שנה לאחר פרסום מאמרו זה של רייך, השאלה אם ההענקות המדינתיות המכונות "קניין חדש" נכללות בגדרה של הזכות החוקתית לקניין, טרם הוכרעה בדין הישראלי.³ בעשורים האחרונים הביע בית המשפט העליון, בהזדמנויות שונות, נכונות עקרונית להכיר בתחולתה של ההגנה החוקתית על זכות הקניין גם בנוגע להענקות מדינתיות, תוך סיווגן כקניין חדש, אולם הוא טרם הכריע באופן מחייב בסוגיה. בחינת הפסיקה, שאותה מציע מאמר זה, מלמדת כי בפועל החלה להתגבש בבית המשפט העליון

1 Charles A. Reich, *The New Property*, 73 YALE L.J. 733 (1964)

2 להרחבה באשר לטענותיו המפורטות של רייך והמהלך הרעיוני שהציע ראו להלן בחלק א.

3 ראו למשל בג"ץ 6792/10 די.בי.אס שרותי לוויין (1998) בע"מ נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 20.7.2014) (להלן: עניין דמי המעבר) ("השאלה אם הזכויות המכונות 'קניין חדש' נכללות בגדרה של הזכות החוקתית לקניין עלתה גם בפסיקה, אך לא הוכרעה" (שם, פס' 39 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (כתוארה אז)); "מכל האמור עולה כי השאלה אם 'הקניין החדש' הוא בעל מעמד חוקתי טרם זכתה להכרעה" (שם, פס' 45 לפסק דינה של נאור)).

דוקטרינה ישראלית לבחינת קיומה של ההגנה החוקתית על קניין חדש, אך כפי שאטען בהמשך – זו אינה דוקטרינה עקיבה וקוהרנטית, ולעיתים גם אינה רגישה דיה למאפיינים של סוגי קניין חדש שונים ולתכליות החברתיות שבבסיסם.

על רקע זה, המאמר מבקש להציע מתווה ראשוני לדיון בהגנה המשפטית שהענקות מדינתיות ראויות לה – בהתייחס לדוקטרינה המתהווה בדין הישראלי, ומעבר לה. מאחר שאנו עדיין נמצאים בשלב הפורמטיבי של תחימת גבולות ההגנה החוקתית על הענקות מדינתיות, המאמר מבקש תחילה לחלץ מהפסיקה הספורדית שעסקה בנושא, את פרטי הדוקטרינה המתגבשת בדין בישראלי באשר לקניין חדש. לנוכח העמימות המשפטית, ברמת הפרקטיקה וברמת הספרות, באשר לאופן ההכרעה המשפטית בסוגיות המעלות טענת פגיעה בזכות חוקתית לקניין חדש, בירור זה נחוץ להתדיינות חוקתית עכשווית, וכבסיס לפיתוח עתידי של הדין. בהמשך, החיבור מציע כמה רבדים של ביקורת על מושג הקניין החדש כפי שהוא מתפתח במשפט הישראלי – הן על עצם ההמשגה של הענקות מדינתיות כקניין, והן על המבחנים המשפטיים המתעצבים בנוגע להפעלת ביקורת שיפוטית בהקשרים אלו.

לצד בדיקת ההכרעות הספציפיות בעניין הטענות החוקתיות המבוססות על מושג הקניין החדש, חיבור זה מבקש לבחון בעיקר את אופן ההכרעה המשפטית ולחלץ ממכלול הפסיקה את פרטי הדוקטרינה הכללית המנחה את בית המשפט בהכרעות חוקתיות אלו. לצורך כך בחינת הפסיקה תהיה רגישה לגישה התורת-משפטית שבבסיס ההכרעות, ובאופן ספציפי יותר תבקש להבחין בין ניתוח "פורמליסטי" לניתוח "ריאליסטי" של זכות הקניין שהפסיקה נוקטת. נוסף על משמעויותיהן הכלליות של גישות אלו בעולם המשפט, נודעת להן חשיבות אנליטית ייחודית בתחום דיני הקניין הישראלי, אשר בו מתחרים "שני קולות קנייניים", המעצבים בפועל את דיני הקניין ותפקידם החברתי.⁴ בהקשר זה חנוך דגן מתאר את התפיסה הפורמליסטית של מוסד הקניין כגישה משפטית מוניסטית המדגישה את המאפיין של זכות הקניין כזכות שלילית במהותה המציינת את זכות הקניין כשליטה בלעדית במשאב, ללא התערבותם של אחרים (פרטים אחרים או המדינה).⁵ הקול המתחרה הוא תפיסה ריאליסטית-פלורליסטית של הקניין, אשר אינה רואה את זכות הקניין כמושג בעל תוכן אחיד, ומאפשרת יחסים קנייניים מגוונים המתאימים להקשרים חברתיים שונים – מכמשיך יציר האדם המעוצב על פי צרכיו והעדפותיו הערכיות.⁶ גם מבלי לאמץ את התזה הנורמטיבית שמציע דגן במלואה, אשתמש בה כאן ככלי ניתוח תיאורי לצורך הבנת ההיגיון הפנימי של הדוקטרינה המתהווה בפסיקת בית המשפט העליון. בהמשך הדברים אטען כי בכל הנוגע להענקות מדיניות, יש להעדיף את הגישה הריאליסטית-פלורליסטית למוסד הקניין לנוכח ריבוי הצורות של הענקות מדיניות ותכליותיהן החברתיות השונות.

לאחר מבוא זה, סדר הדיון יהיה כדלקמן: פרק א של החיבור יבחן את הרקע העיוני והרעיוני לדיון במושג הקניין החדש, תוך בחינת ההצדקה המקורית שהציע רייך, לצורך להעניק הגנה ראויה למשאבים לא-מוחשיים שמקורם במדינה. פרק ב יעסוק בשאלה

4 לתיאור זה של התפיסות המתחרות הנוגעות לזכות הקניין ראו חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (2005).

5 שם, בעמ' 15.

6 שם.

הפוזיטיבית הנוגעת לקליטתה של דוקטרינת הקניין החדש בדין החוקתי הישראלי. בליבת הפרק אבחן את התפתחות הדוקטרינה המשפטית כעולה מפסיקת בית המשפט העליון. לצד הצגה כרונולוגית של תהליך הפיתוח הדוקטרינרי, אציע הערכה של כיווני ההתפתחות השונים, ואעמוד על הבדלי הגישות התיאורטיות שבבסיס ההכרעות השיפוטיות. על בסיס בחינת הפסיקה אבקש לחלץ את פרטי הדוקטרינה המתהווה בפועל, תוך הבחנה בין הרטוריקה השיפוטית למשמעות המשפטית המהותית של פסקי הדין. לאחר זיהוי מכלול המרכיבים של הדוקטרינה המתגבשת בדין הישראלי, עם עקרונות היסוד שלה ושלביה האנליטיים, פרק ג יציע ביקורת על הלגיטימיות והרציות של הדוקטרינה החוקתית המתהווה. פרק זה יציג את הבעיות האנליטיות והיישומיות במענה המשפטי שהפסיקה מאמצת לאיומים ולצרכים החברתיים הטמונים בהענקות מדינתיות. בהתאם, פרק ד יבקש להצביע על מנגנונים משפטיים מתאימים יותר להבטחת רבים מן הצרכים החברתיים המתעוררים – בהקשרי הענקות מדינתיות, ובראשם כללי המשפט המנהלי, לצד ההכרה הקיימת בזכויות כלכליות וחברתיות מהותיות (כגון חופש העיסוק וקיום אנושי בכבוד). חלקו האחרון של החיבור יסכם את הדברים ויציע מבט ביקורתי כללי על הרובד המשפטי-פורמליסטי של אימוץ דוקטרינת הקניין החדש במישור החוקתי, ועל רציותה החברתית.

א. מקורותיה החברתיים והמשפטיים של הקריאה למתן הגנה חוקתית להענקות מדינתיות

פרק זה פותח בבחינת מקורותיו הרעיוניים של המונח "קניין חדש" כמושג משפטי. המהלך יתחיל בבחינת הצעתו המקורית של רייך והרקע לה, כמו גם בבדיקת הטענות העכשוויות בדבר הצורך להכיר בזכות חוקתית הנוגעת להענקות מדינתיות כדי להגן על האינטרסים השונים של הפרט לקבלן.

ראשית הדיון במושג "קניין חדש" ובמעמדן הקנייני של הענקות מדינתיות נמצאת במאמרו המכונן של רייך משנת 1964.⁷ נקודת המוצא לדיון שהחל רייך היא המציאות הפוליטית-חברתית שהתפתחה במחצית השנייה של המאה העשרים, ושבה הממשל הפך למקור מרכזי של רווחה או עושר לפרט. ואכן, גם כיום ניכר כי מעורבות המדינה המודרנית בפעילות הכלכלית היא ענפה ומגוונת וכוללת שימוש בהענקות מדיניות וכללי רישוי ופיקוח על פעילויות פרטיות רבות.⁸ בד בבד, המדינה מעורבת בחיי הפרט גם במישור הביטחון הסוציאלי באמצעות מערך של קצבאות, גמלאות והענקות מדינתיות אחרות.⁹

7 Reich, *The New Property*, לעיל ה"ש 1.

8 כפי שמסבירה ברק ארוז, תיאור זה מתאר בנאמנות גם את המציאות החברתית בימינו: מרבית הפעילויות הכלכליות במדינה המודרנית טעונות רישוי או פיקוח מדינתיים נרחבים – בין מכוה המשטר הכללי של רישוי עסקים ובין מכוה משטרי פיקוח רגולטוריים ספציפיים-תחומיים (דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 509 (2013) (להלן: ברק-ארוז ג)).

9 להצגה של מערך המעורבות המדינתית בהקשרי הרווחה ואוכלוסיות מוחלשות, ולביקורת עליו ראו איל פלג אתגר העוני של המשפט המינהלי (2013).

במציאות זו, הטובין שמקורם במדינה הם מגוונים בצורתם, אבל המשותף לכולם הוא שהם מחליפים מקורות עושר אחרים שהיו מאופיינים בעבר כקניין פרטי, או נוספים עליהם.¹⁰ יתרה מזו, לעומת מצבים אחרים של יחסי תלות בין פרטים או בין פרט למדינה, הקניין החדש מתייחס לתלות שאינה רצונית ואינה הדדית, של הפרט במדינה במקרים רבים (לנוכח יכולתה של המדינה לשנות התחייבויותיה באופן חד-צדדי). לדידו של רייך, זה ליבו של הקושי החברתי. אם אנו נאמנים לתפיסה שההגנה על מוסד הקניין הפרטי ("הקניין הישן") היא גורם חשוב בשמירה על היבטים של רווחה אישית וכבסס לחירות ולאנדיווידואליות, עלינו להירש לשאלה אם יש להתאים את דיני הקניין עצמם, ואת ההגנה החוקתית עליהם, גם להענקות מדינתיות כמשאבים בעלי חשיבות רבה לפרט במדינה המודרנית. בהתאם, המוקד הרעיוני של ההצדקה שהציע רייך להגנה על הקניין החדש, הוא לא העובדה שהאזרח שילם תמורה בעד אותם זכות או משאב, אלא עצם התלות הלא-רצונית של האזרח במדינה (כאשר אין הכרה בפריבילגיות/היתרים כמשאב קנייני) – תלות הפוגעת בחירותו ללא הגנת מוסד הקניין הפרטי. רייך כינה מצב זה "ניאו-פיאודליזם",¹¹ מונח הממחיש את הסכנה הנובעת מריכוז של מקורות העושר והרווחה בידי הריבון.

הדגשת ממד התלות של האזרח במדינה בהקשר זה, והצורך להציע לה מענה משפטי להבטחת החירות האנושית, נובעים מההבחנה המסורתית בין זכות לפריבילגיה ומהתפתחותה של הבחנה זו במציאות החיים המודרנית. בחירה בעיסוק או במשלח יד נתפסה בעבר כפריבילגיה, ולא כזכות הטבועה באדם עצמו (vested right), ולכן זכתה להגנה פחותה יותר – לרוב רק במישור הפרוצדורלי, כגון חובת שימוע טרם פגיעה.¹² ביטוי נוסף להגנה המצומצמת הניתנת להענקות מדינתיות, הוא שתמיד יש בידי המדינה הכוח לשלול או לא לחדש אותן (בכפוף להגנה פרוצדורלית בלבד) או להטיל הגבלות נרחבות על אופן השימוש בהן והניהול שלהן, כגון אי-סחירות. ההענקות המדינתיות הנפוצות – זיכיונות, סובסידיות, קצבאות רווחה ורישיונות עיסוק בתחומים מקצועיים – בדרך כלל אינן ניתנות להעברה, שכן הן תלויות במאפייניו הייחודיים של הפרט המקבל אותם.¹³ על רקע זה, הקריאה לראות בהענקות מדינתיות כקניין חדש נועדה להעניק הגנה מהותית ומשמעותית לאזרח הסומך על הענקות אלו. רייך עצמו התייחס בעיקר למערך

10 הדוגמה שהביא רייך היא קצבת הביטוח הלאומי כמחליפה של החיסכון האישי. בהקשר זה הדגיש רייך כי במציאות החיים המודרנית, קצבאות מטעם המדינה אינן משלימות את החיסכון האישי, אלא פעמים רבות הן למעשה מחליפות אותו (Reich, *The New Property*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 737). מלבד דוגמה ספציפית זו, הדגיש רייך את ממד התלות שמאפיין את מערכת היחסים בין הפרט למדינה, כשהמדינה היא הגורם היחיד אשר יכול לספק את המשאב החיוני (כגון רישיונות עיסוק, שהמדינה יוצרת בעינינו מחסור מלאכותי, ושומרת לעצמה שליטה מלאה בהקצאת המשאב הנדרש).

11 שם, בעמ' 768.

12 שם, בעמ' 764. בהקשר זה רייך הבחין בין רישיון, הקרוב יותר לזכות טבעית, לזיכיון, שכן זה האחרון מעניק מונופול שנוצר באמצעות המדינה, אם כי לשיטתו, שני המקרים ראויים להגנות פרוצדורליות. שם, בעמ' 742-743.

13 חריג מסוים לכך הוא רישיונות עיסוק כלליים, שתכליתם היא ויסות מספר העוסקים בשוק מסוים, שבמקרים מסוימים הם בעלי סחירות מסוימת. דוגמה בולטת היא רישיונות הפעלת מונית – ראו עניין מנחם, להלן ה"ש 42.

הכוחות המוסדי בהקשר זה, שבו ההחלטות לתתן או לשלול אותן מתקבלות על ידי גופים מדינתיים-מנהליים בעלי שיקול דעת רחב, וגם הביקורת על גופים אלו לרוב אינה נעשית על ידי גופים בלתי תלויים (כגון מערכת השפיטה) אלא על ידי טריבונלים מנהליים. מצב דברים זה מביא לידי הגברת התלות וחוסר העצמאות של מי שנסמכים על הענקות מדינתיות, ונוסף על כך עשוי לאפשר "ויתור מרצון" של האזרחים על זכויות מוגנות אחרות – כתנאי לקבלת ההענקות המדינתיות, שנתפסות כאמור כפריווילגיות ולא כזכויות מוקנות.¹⁴

המענה המשפטי שהציע רייך לשם הבטחת החירות והאינדיווידואליות האזרחית הוא קביעת כמה עקרונות מהותיים וחוקתיים שיסדירו את ההקצאה והשלילה של הענקות מדינתיות – ברמה המהותית וברמה המעשית. ברמה המהותית הציע רייך שלא להתייחס להענקות מדינתיות כאילו היו פריווילגיה או "נדבה", אלא לראות בהן זכות, ככל שיש להענקה המדינתית זיקה לסטטוס של המקבל.¹⁵ על בסיס עיקרון זה הוצעו כמה עקרונות יישומיים: הגבלת השימוש בהענקות מדינתיות כאמצעי להסדרת תחומים אחרים; איסור התניית הענקות מדינתיות בויתור על זכויות אחרות; תפיסת השלילה של הענקה כסנקציה הכפופה לביקורת שיפוטית מחמירה; הגבלות של מתחם שיקול הדעת האדמיניסטרטיבי בהענקה או שלילה, במקביל לאיסור האצלה של שיקול דעת זה לגופים פרטיים.

טרם שנפנה לבחינת המענה שהציע רייך לאותה מעורבות גוברת של המדינה בחיי הפרטים, חשוב להתעכב על טיב המהלך הרעיוני-משפטי שהציע, לנוכח ההסתמכות הרבה של הפסיקה על כתיבתו של רייך כמסד הרעיוני להצדקת ההכרעות השיפוטיות בעניין. ניתן להיווכח כי הטיעון שהציג רייך אינו משפטי-פורמליסטי, אלא טיעון ריאליסטי-פלורליסטי ולפיו מוסדות קנייניים צריכים לשרת צרכים חברתיים משתנים. לטענתו, אין לקרוא את רייך כפורמליסט הטוען כי יש להרחיב את ההגנה החוקתית המוענקת למוסד הקניין הפרטי, ולהחילה גם על משאבים "חדשים" בשל זהות או דמיון אנליטיים ביניהם. למעשה, רייך מתחיל מזהוי בעיה חברתית – התלות ההולכת וגוברת של האזרח במוסדות המדינה המנהלית המודרנית, המחייבת בחינה של הנורמות המשפטיות. הבחנה זו חשובה להמשך הדיון, שכן ככל שניתן לספק מענה אפקטיבי לבעיה החברתית, האמצעי לכך הוא לאו דווקא השוואת מעמדן החוקתי של הענקות מדינתיות לזה של קניין פרטי.¹⁶ גישה ריאליסטית זו ניכרת בכך שהמענה המשפטי שרייך הציע הוא לא הגנה חוקתית זהה להענקות מדינתיות ולקניין "מסורתי". הוא גם לא טען שקיימת זכות חוקתית-מהותית לקבל הענקות מדינתיות, אלא רק כי בעת שהמדינה בוחרת לנקוט מדיניות של הענקות, עליה לעשות זאת

14 דוגמה עכשווית לאיום התיאורטי שזיהה רייך הוא תחום הרווחה, שבמקרים רבים דורש מנזקים לתמיכות מדינתיות להסכים לנהלים הפוגעים בפרטיות כגון חקירות ומעקבים. ראו פלג, לעיל ה"ש 9, בעמ' 113–137.

15 זאת בשל הקשר שעליו עמד רייך, בין סטטוס לאישיות. בהקשר זה ציין רייך כי ההענקות המדינתיות הראויות ביותר להגנה חוקתית הן דמי אבטלה וקצבאות זקנה – שלמעשה מאפשרים לאדם להיות חבר בקהילה.

16 ניתן להיווכח בשלב זה כי שימוש בזכות חוקתית כדי להתמודד עם מצב זה אינו פתרון הכרחי, ככל שניתן להציע מענה משפטי ברמת המשפט המנהלי. לחלופין, ניתן לחשוב על סעד אפשרי אחר לתלות הגוברת של האזרח במדינה – הגבלת תחומי החיים שבהם המדינה רשאית להשתמש בכוחה הכופה כלפי פעילות פרטית. גישה זו תובא בהרחבה בשני הפרקים הבאים.

עליה לעשות זאת באופן שישמור במובן הולם על חירויות הפרט. לכן, ניכר שקריאתו המקורית של רייך נוגעת להגבלת מתחם שיקול הדעת של הגופים המדינתיים המנהלים בפועל את ההקצאות של הענקות מדינתיות. פרשנות זו מתחזקת לנוכח העובדה שמרבית הצעותיו הקונקרטיות באשר להגנה המשפטית על אותו קניין חדש, היו במישור המנהלי, ולא החוקתי.¹⁷

להשלמת התמונה יצוין כי בעשורים שחלפו מפרסום המאמר המכונן של רייך, חלו שינויים ותמורות במושג הקניין החדש הן במישור התיאורטי והן במישור היישומי. כאמור, חשוב להבין כי התזה שהציע רייך אינה דוקטרינה חוקתית פורמליסטית או עקרונות משפטיים ספציפיים שיש לאמץ, אלא קריאת אזהרה כללית בדבר אובדן החירות האינדיווידואלית של הפרט במציאות החיים של המדינה המנהלית.¹⁸ על רקע זה אין לדבר על "אימוץ" הצעתו של רייך בדין הפוזיטיבי-החוקתי, אלא על השפעתה הרעיונית ביחס למענה המשפטי הניתן למקרים של שלילת הענקות מדינתיות קיימות. בזירה האמריקנית, הדוגמה המובהקת להשפעת התזה האקדמית שהציע רייך, על הדין החוקתי האמריקני, היא פסק הדין התקדימי בעניין *Goldberg v. Kelly*, שבו נקבע כי פסקת ההליך ההוגן (due process clause) שבתיקון ה-14 לחוקה האמריקאית מחייבת הליך שימוע ראייתי לפני שלילת הטבות ממשלתיות ממקבליהן.¹⁹ פסק דין זה הסתמך במפורש על מאמרו של רייך וקבע כי הענקות מדינתיות סטטוטוריות בתחום הרווחה הן "קניין" ולא מעשה חסד (gratuity), ולכן שלילתן ללא הליך שימוע מנהלי מהווה הפרה של התיקון ה-14 לחוקה.²⁰ פסק דין זה עורר ביקורת אקדמית במרוצת השנים,²¹ ובפסיקות מאוחרות יותר של בית המשפט העליון האמריקני המאמר אוזכר פעמים אחדות בלבד, תוך הבעת הסתייגות מהכרה בזכויות חוקתיות הגלומות בהענקות מדינתיות שונות.²² גם המחקר האקדמי הראה כי בארצות הברית, מולדתו של מושג הקניין החדש, לא התקבע שימוש בזכות החוקתית לקניין

17 למשל הצעותיו של רייך בדבר הגבלת שיקול הדעת של הגופים האדמיניסטרטיביים, איסור אצילה וביקורת שיפוטית על מתן או שלילה של הענקות מדינתיות, מתורגמות לכללי המשפט המוכרים כיום כעקרונות חוקתיות המנהל, כללי הצדק הטבעי ופגמים בשיקול דעת הרשות. להרחבה באשר למענה שהמישור המנהלי הקיים מספק, ראו להלן בפרק ד.2.

18 קריאה זו מעוגנת גם בדבריו של רייך עצמו, אשר ציין כי מטרתו של מושג "הקניין החדש" היא קריאה לפיתוח מענה משפטי למצב החברתי שבו האזרח סומך על הענקות מדינתיות, ולא דווקא הצעת פתרון ספציפי ברמה החוקתית (Charles A. Reich, *The New Property after 25 Years*, 24 U.S.F.L. REV. (1990) 223) (להלן: Reich, 25 Years).

19 *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970).

20 פסק הדין הדגיש כי למרות הסיווג של הענקות רווחה כקניין, אין שלילתן מחייבת הליך שיפוטי מקדים (judicial or quasi-judicial trial) אלא התראה מספקת, נימוק הסיבות להפסקת הקצבה והודמנות אפקטיבית להציג טיעונים וראיות לפני מקבל ההחלטה המנהלי.

21 ראו למשל Richard A. Epstein, *No New Property*, 56 BROOK. L. REV. 747 (1990) (הצגת התזה כי יש להגביל את ההגנות הפרוצדורליות המסורות בגין פגיעה בקניין חדש רק לתחום הרווחה, ולא להענקות מדינתיות בתחומי הרגולציה הכלכלית-מסחרית כגון רישיונות וזיכיונות).

22 זאת, לצד ציטוט מאמרו של רייך ואימוץ הגישה העקרונית כי במציאות החיים המודרנית העושר והרכוש הפרטי עשויים ללבוש צורות רבות ולא דווקא צורת קניין פיזי. ראו למשל *Wyman v. James*, 400 U.S. 309 (1971); *Arnett v. Kennedy*, 416 U.S. 134 (1974).

ככלי לביקורת חוקתית על הענקות מדינתיות.²³ בדומה, גם בשיטות משפט אחרות לא היה אימוץ מלא של הצעת ריך, אלא רק דיון כללי במשמעות החוקתית של הזכות לקניין ותפיסתה כרחבה יותר ממשמעותו של הקניין במשפט הפרטי.²⁴

ב. אימוץ הזכות לקניין חדש במשפט החוקתי הישראלי

1. התפתחות הפסיקה והדוקטרינה המשפטית

לנוכח העמימות הנורמטיבית האופפת את מעמדה ופרטיה של דוקטרינת הקניין החדש בישראל, חלק זה מבקש לענות על השאלה הפוזיטיבית בדבר הנורמות המשפטיות שהתעצבו בשני העשורים האחרונים בנוגע להגנה החוקתית על הענקות מדינתיות. פרק זה בוחן את פסיקת בית המשפט העליון אשר נדרשה להכרעות חוקתיות בסוגיות של "קניין חדש", ובעיקר פסיקה אשר קיימה דיון חוקתי מלא בשאלת קיומה של זכות חוקתית ובשאלת קיומה של פגיעה בה (ולא רק הניחה את קיומם והכריעה באמצעות מבחני האיזון החוקתיים).²⁵ לשם כך תואר הפסיקה בחלק זה בהרחבה יחסית ותתייחס גם לעובדות שבבסיס הטענות המשפטיות, במטרה לזהות ברגישות רבה יותר את הצרכים החברתיים שבבסיס פיתוח הקניין החדש כמוסד משפטי וכזכות חוקתית. בנוסף, בחינת הפסיקה תיעשה בין היתר תוך זיהוי הגישה הקניינית המובלעת בהכרעה המשפטית – גישה פורמליסטית המתרכזת בבחינת הזהות בין הענקות מדינתיות לקניין מסורתי (כגון סחירות או ערך שוק) או גישה ריאליסטית שלפיה זהות אנליטית בין קניין מסורתי להענקות

23 Cass R. Sunstein, *Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees*, 56 SYR. L. REV. 1 (2006)

24 ראו למשל GREGORY S. ALEXANDER, THE GLOBAL DEBATE OVER CONSTITUTIONAL PROPERTY 128–130 (2006). חריג מסוים לכך קיים במשטר החוקתי הגרמני, שבו הכיר בית המשפט החוקתי העליון באפשרות לראות בהענקות ממשלתיות-סוציאליות (כגון זכויות פנסיה) הענקות החוסות בצל ההגנה החוקתית של הזכות לקניין. ראו Otto Kimminich, *Property Rights, in RIGHT INSTITUTIONS AND IMPACT OF INTERNATIONAL LAW ACCORDING TO THE GERMAN BASIC LAW* 78 (Christinal Starch ed., 1987).

25 פסקי הדין המוצגים בחלק זה משקפים את רצף ההתפתחות הכרונולוגי מתחילת הדיון בסוגיה ועד הפסיקה הערכנית ביותר מהשנה האחרונה. בחרתי לפרט את העובדות של פסקי הדין הספציפיים כאן, כיוון שאלו פסקי הדין שבהם בית המשפט קיים דיון בכל שלושת שלבי הניתוח החוקתי, ולא רק הניח את קיומם של שני השלבים הראשונים, כפי שנעשה במקרים אחרים. לפסיקה נוספת שעסקה בבחינת הענקות מדינתיות במסגרת הזכות החוקתית לקניין, ראו בג"ץ 7200/02 די.בי.אס. שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נט(6) 21, פס' 25 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (2005) (להלן: עניין מספרי הערוצים) (בהנחה שרישיון השידורים של חברת yes חוסה בצל הזכות החוקתית לקניין, נדחתה העתירה נגד שינוי תנאי הרישיון, לנוכח קביעה כי זו עומדת במבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה); בג"ץ 956/06 איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת (פורסם בנבו, 25.3.2007) (פסיקה שלפיה לבנקים אין זכות חוקתית לקניין בנוגע להיתרי התקשורת עם חברת דואר ישראל); בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פס' 28 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור (פורסם בנבו, 15.8.2012) (קביעה כי למחזיקים בזכויות כריית נפט עשויה לעמוד הגנת הזכות החוקתית לקניין, בשל סיווג הרישיונות שנתנה המדינה לעותרים כזכות כלכלית שמקורה ברשויות השלטון).

מדינתיות איננה תנאי להגנה החוקתית, אלא הצרכים החברתיים שבבסיס הקריאה להגנה חוקתית על הפרט מפני התערבות מדינתית.²⁶ למרות הקושי לחלץ דוקטרינה סדורה מהפסיקה הספורדית בנושא, דווקא העובדה שהתהליך המשפטי טרם נשלם מחדדת את חשיבות הזיהוי וההערכה של יסודותיו הקיימים, דבר שטרם נעשה בספרות או בפסיקה – כבסיס להמשך פיתוח הדין והמסגרת הנורמטיבית.

אחד המופעים הראשונים שבהן דנה הפסיקה הישראלית בסוגיית ההכרה בהענקות מדינתיות כקניין, ובהגנות המשפטיות המתאימות להן, הייתה בעניין בן יקר,²⁷ שבו עמדה על הפרק סוגיית יכולתה של רשות התכנון להגביל את סמכותה שלה, באופן פרוסקטיבי, להעניק הקלות בנייה מכוח הדין. אחת הטענות המשפטיות שהועלו כנגד תקנון תכנית המתאר הייתה כי הזכויות שקנתה המערערת במקרקעין כוללות גם את הזכות לבקש הקלה, ולכן שלילת האפשרות לבקש הקלה בנוגע למקרקעין האמורים "עולה כדי פגיעה בזכות הקניין שלה".²⁸ מאחר שעיקר הדיון המשפטי התרכז בסוגיית הסמכות המנהלית, הדיון בסוגיית החוקתית של קניין חדש הופיע רק בדעת המיעוט של השופט טירקל, אולם שאר השופטים לא חלקו עליו בנקודה זו.

לצורך הכרעה בשאלה המקדמית של הכרה בכך שזכויות בנייה זוכות להגנה החוקתית על קניין, התייחס בית המשפט לכמה שיקולים נגד הגדרת הענקה מדינתית זו כקניין: ראשית, הסביר בית המשפט, הזיהוי הקלאסי של זכויות קניין כזכויות *in rem* מעורר קושי, שכן בעניין הנדון הזכות האמורה מופנית כלפי המדינה בלבד, ובכך חסר לה מאפיין ה-*erga omnes* ("הגנה מפני כול") המאפיין את הזכות הקניינית המסורתית.²⁹ שנית, ציין בית המשפט, לזכות הנדונה חסר "המאפיין החשוב יותר של זכות הקניין הפרטי שהוא זכותו של בעל הקניין להכריע מה ייעשה במשאב באופן שהכרעתו לעניין זה היא סופית", שכן ההכרעה בעניין הזכות נתונה למדינה ותלויה אך ורק ברצונה.³⁰ שלישיית, ציין בית המשפט,

26 להרחבה באשר לתפיסות מתחרות אלו במוסד הקניין בפסיקה הישראלית, ובפרט בנוגע להענקות מדינתיות ראו דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 4.

27 ע"א 6291/95 בן יקר גת חברה להנדסה ובנין בע"מ נ' הוועדה המיוחדת לתכנון ולבנייה מודיעין, פ"ד נא(2) 825 (1997).

28 טענת המערערים הייתה כי במקביל לרכישת זכויות קניין (מסורתיות) במקרקעין, הם "רכשו גם את הזכות לבקש הקלה, שנקבעה בסעיף 147 לחוק התכנון והבניה", באופן ששלילת הזכות פוגעת בהם שלא כדין, שלא לתכלית ראויה, והרבה מעל הנדרש לקיום תכלית כלשהי – ועל כן דינו של הסעיף להתבטל מכוח סעיפים 3 ו-8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו". עניין בן יקר, שם, בעמ' 835. חשוב להדגיש שטענות המערערים לא התייחסו למושג "קניין חדש" או לכתיבתו של ריך, אלא אך ציינו כי "הסעיף פוגע בזכות הקניין שלה".

29 ה"קושי" שאליו התייחס בית המשפט, אינו מפתיע, שכן זהו לב ההבדל המסורתי בין זכות שמקורה במשפט הפרטי ובין זכות חוקתית. הראשונה היא ברגיל זכות המופנית כלפי כול, ואילו זכות חוקתית מופנית ברגיל כלפי מוסדות המדינה (ומשפיעה במישור של סדר שני על המשפט הפרטי, באמצעות ביקורת שיפוטית והחזרת ערכים פרשניים).

30 עניין בן יקר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 840, כשפסק הדין מצטט משפט זה מתוך חנוך דגן "פרשנות בדיני קניין, הבית המשותף ובעיית הפעולה המשותפת" עיוני משפט כ 45, 49 (1996).

המשפט, לכאורה נעדרת מהזכות הנדונה תכונת העבירות, אשר הוגדרה כאחד ממאפייני הזכות הרכושית.

אופן ניתוח זה, המבוסס על בחינת הדמיון בין מאפייניה של ההענקה המדינתית האמורה ובין משאבי קניין מסורתי, היה צפוי להביא לדחיית הטענה בדבר קיומה של זכות חוקתית, על אף האהדה שבוטאה לרעיון הכללי של הכרה בהענקות אלו כקניין. למרות זאת, בית המשפט בחר שלא להגביל את המושג "קניין" במובנו החוקתי להגדרה המשפטית הקיימת במשפט הפרטי, והפנה במפורש לכתיבתו של ריך בנושא, המצדיקה אפשרות להכיר בהענקות מדינתיות כקניין חדש. כך, הדיון בטענה הקניינית היה מוכן להניח כי הזכות לבקש הקלה של תוספת יחידות דיו, נכללת במושג "זכות קניין", ולפיכך חוסה בצל הגנתו של סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכן כי הייתה פגיעה בה בנסיבות אלו.³¹ בסופו של דבר הטענה החוקתית נדחתה על בסיס הקביעה כי ההחלטה עומדת במבחני פסקת ההגבלה.

פסיקה ראשונית זו מייצגת ברו־זמנית גישה פורמליסטית וגישה ריאליסטית לבחינת סוגיית הקניין החדש. הממד הפורמליסטי מתבטא ברצון להכריע בשאלת קיומה של זכות קניינית באמצעות בחינת זהות בין תכונות הקניין המסורתי ובין תכונותיהן של הענקות מדינתיות ספציפיות. עם זאת, עיקר ההכרעה האופרטיבית התבססה על גישה ריאליסטית במהותה, משהבחין בית המשפט בין מוסד הקניין בהקשרו המסורתי במשפט הפרטי, ובין הקשרו של מושג זה בזירה החוקתית:³² במסגרת הבחינה הריאליסטית ציין בית המשפט כי אי-אפשר להתעלם מהשינויים שחלו באופי הקניין הפרטי של ימינו, ובראשם התגברות מעורבותה של המדינה בכל תחומי החיים, תוך אזכור מאמרו המכונן של ריך בהקשר זה. כבסיס להמשך הניתוח הריאליסטי, וכסטייה מהכיוון הפורמליסטי, קבע בית המשפט במפורש כי למונח "זכות קניינית" אין משמעות אחידה ומוסכמת, או אף "קיום אובייקטיבי", אלא כי זכויות אלו הן פרי רוחו של האדם, ויש לכלול בהן "מה שנראה היה כמועיל להשגת תכליות ידועות, בהתאם לנסיבות הזמן המשתנות".³³ בדומה לרייך, ציין בית המשפט כי מעורבות מדינתית זו מביאה לידי כך שקניינו של אדם מורכב יותר ויותר דווקא מזכויות שמקורן במדינה, ופחות מזכויות של קניין פרטי הנסחר בין האזרחים ואשר זכות השליטה בו נתונה אך ורק לבעל הקניין. על רקע זה קבע בית המשפט במפורש כי "אם

31 עניין בן יקר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 840 (לדברי השופט טירקל: "המערער טענה עוד כי במסגרת זכויות הקניין שרכשה בקרקע, רכשה גם את הזכות לבקש הקלה של תוספת יחידות דיו מהמשיבה 1. לפיכך חוסה הזכות תחת כנפיו של סעיף 3 לחוק היסוד. טענה זו אין לדחותה בקש. אכן, גם אנוכי נוטה לדעה כי זכות כזאת נכללת באגד הזכויות הנכללות תחת גדרו של המושג 'זכות קניין'").

32 שם, בעמ' 841. בהקשר זה בית המשפט ציטט מתוך ע"א 208/51 הקר נ' ברש, פ"ד ח 566, 571 (1954): "האבחנה דלעיל היא לכאורה, ומבחינה רעיונית, ברורה עד למאוד, אבל מה נעשה והמציאות המשפטית איננה מסתדרת תמיד על טהרת הרעיון המופשט, ואינה מתאימה את עצמה, לעולם ובדיוק נמרץ, למסגרת התאורטית ההיא. כך נוצרו, במהלך התפתחותו של המשפט, מוסדות משפטיים שונים, המאחדים בקרבם יסודות פרסונאליים ויסודות ריאליים כאחד [...]."

33 שם. בהקשר זה נסמך בית המשפט על כתיבתו של ויסמן בדבר הצורך להתאים את דיני הקניין לצורכי המציאות המשתנה. ראו יהושע ויסמן "מושגי יסוד בדיני קניין – סקירה ביקורתית" משפטים יא 41 (1981).

חפצים אנו באמת להגן על קניינו של הפרט, אזרח המדינה המודרנית – עלינו לכלול גם את הזכות הנדונה במסגרת 'קניינו של אדם' המוגן על-ידי סעיף 3 לחוק היסוד, תוך הפניה למאמרו של רייך.³⁴

שלב זה, שבו הכיר בית המשפט באפשרות קיומה של הגנה חוקתית על הענקות מדינתיות, אך טרם הגדיר את המסגרת הנורמטיבית לתחימה במלואה – הוא במובן מסוים השלב שבו נעצר עד היום פיתוחה של דוקטרינה חוקתית סדורה. בעניין בן יקר אכן פנה בית המשפט לבחון את סוגיית קיומה של פגיעה וכן את עמידתה בתנאי פסקת ההגבלה – אך ללא הצבת תשתית רעיונית ברורה. כאמור, בסופו של דבר טענת המערערים נדחתה בעניין זה על בסיס הקביעה כי האקט המנהלי עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

בפרשת ד.ש.א.³⁵, שנדונה שנים מספר לאחר מכן, התעוררה שנית סוגיית ההגנה החוקתית על הענקות מדינתיות. באותו מקרה קיבלה העותרת תמריץ כספי מאוצר המדינה לפי חוק העידוד,³⁶ ובעקבות ביקורת שנערכה, החליטה הרשות לשלול את התמריץ, וכן דרשה את השבת סכום התמריץ שקיבלה העותרת בגין מחצית התקופה. טענתה המרכזית של העותרת הייתה טענת בטלות הצווים המתקנים את חוק העידוד, מאחר שהם סותרים את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן הזכות לתמריץ עולה כדי קניין, המוגן בחוק היסוד, וכן כי פגיעה זו אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

בתחילת הניתוח המשפטי, אשר עסק בשאלת קיומה של זכות חוקתית בהקשר זה, בית המשפט הכיר בכך שזכות הקניין, כמשמעותה בחוק היסוד, אינה מוגבלת לזכויות חפציות, אלא עשויה לכלול גם זכויות אחרות בעלות ערך כלכלי.³⁷ עם זאת הדגיש בית המשפט מיד לאחר מכן כי "יש גבול לזכות הקניין, גם במשמעות הרחבה של חוק היסוד, ואין למתוח אותה אל מעבר לגבול".³⁸ במקרה זה "תיקן" בית המשפט מעט את גישתו בעניין בן יקר במובן זה שהבחינה שערך לא נדרשה להגדרתה המלאה של זכות הקניין החדש, אלא אך לבירור הסוגיה הנקודתית אם הזכות לתמריץ על פי חוק העידוד נחשבת לזכות קניין. לגופו של עניין ציין בית המשפט כי מבחינה "מושגית" ייתכן שהתמריץ אכן יכול להיחשב לקניין (בהפנותו לכתובתו של רייך ולרציונלים שבבסיסה), אבל סבר כי יש לבחון את הסוגיה "מבחינה משפטית", קרי אם הזכות לתמריץ לפי חוק העידוד היא זכות קניין כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.³⁹

34 ש.ם.

35 בג"ץ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193 (1998).

36 החוק לעידוד המגזר העסקי (קליטת עובדים) (הוראת שעה), התשנ"א-1991 (להלן: חוק העידוד).

37 עניין ד.ש.א., לעיל ה"ש 35, בעמ' 201. מבחינה פורמליסטית, זו לא בהכרח הכרה בקניין חדש, שכן הכללת זכויות אובליגטוריות (בין פרטים) בזכות החוקתית לקניין הוכרה עוד בפסק הדין המכונן בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221 (1995). יתרה מזו, ניתן לטעון כי קביעה זו לא בהכרח חלה על קניין חדש, כיוון שזה עוסק במערכת יחסים בין המדינה לפרט – להבדיל מהזכויות האובליגטוריות בין פרטים, שנדונו עוד בעניין בנק המזרחי כקניין.

38 עניין ד.ש.א., לעיל ה"ש 35, בעמ' 199.

39 לדברי בית המשפט: "אכן, מבחינה מושגית התמריץ על-פי חוק העידוד, כמו תמריצים אחרים מאוצר המדינה, יכול להיחשב קניין [...] אולם, במקרה שלפנינו השאלה מתייחסת לזכות הקניין, לא מבחינה מושגית, אלא מבחינה משפטית – האם הזכות לתמריץ לפי חוק העידוד היא זכות קניין כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (שם, בעמ' 200). טענתי שדברים אלו של בית המשפט משקפים גישה

לצורך מענה על אותה "בחינה המשפטית", התייחס בית המשפט לכך שהמשאב אשר בעניינו הועלתה טענת קניין חדש הוא במהותו סובסידיה שנועדה לשרת מדיניות כלכלית של הממשלה. על רקע זה ציין בית המשפט כי "סובסידיה כזאת כמוה כמתנה התלויה בדבר – היא תלויה במדיניות הממשלה",⁴⁰ וקבע כי לאדם אין זכות שסובסידיה תהיה כפי שהייתה, על רקע הכלל המוכר שלפיו לאדם אין זכות מוקנית או קנויה לכך שמדיניות כלכלית תישאר קפואה. בהקשר זה הדגיש בית המשפט כי במקרה כזה לאדם יש "אולי ציפייה", אך הציפייה אינה מגיעה כדי זכות.⁴¹ על רקע זה קבע בית המשפט כי במקרה הנדון לא הוסבה כלל פגיעה בזכויות שלפי חוק היסוד, והוא דחה את העתירה גם ללא הכרעה מפורשת בשאלת קיומה של פגיעה ובלי לבחון את העמידה של האקט המנהלי בתנאי פסקת ההגבלה.

השאלה אם טובות הנאה וזכויות בעלות ערך כלכלי שמקורן ברשויות השלטון הן בגדר זכויות קניין חוקתיות זכתה להמשך ליבון שנים מספר לאחר מכן בעניין מנחם אשר עסק בסוגיה של רישיונות עיסוק קניין חדש.⁴² למעשה, זו הפעם הראשונה שבה טענת קניין חדש הועלתה כנגד חקיקה ראשית, להבדיל ממקרים קודמים שבהם הטענה עלתה בהקשרן של פעולות מנהליות. במקרה זה הוגשה עתירה בעניין תיקון לפקודת התעבורה אשר התנה קבלת רישיון להפעלת מונית בתשלום אגרה בשיעור גבוה במיוחד.⁴³ לטענת העותרים, החיוב באגרה כה גבוהה נגד את הוראותיהם של חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עיקר פסק הדין התרכז בשאלת הפגיעה בחופש העיסוק של המבקשים,⁴⁴ אולם בשולי הדברים התייחס בית המשפט לטענת הנגד של מחזיקי הרישיונות הקיימים, ולפיה ביטול האגרה יפגע בזכותם החוקתית לקניין. טיעון זה התבסס על הטענה כי

פורמליסטית, מבוססת על כך שבית המשפט לא שקל את האפשרות ליצור או להתאים כללים משפטיים להתפתחויות מציאותיות-חברתיות, אלא בחן את מידת התאמת טענות העותרים לעילות משפטיות-חוקתיות קיימות.

40 שם, בעמ' 200.

41 שם, בעמ' 202 ("השאלה היא, אם יש לאדם זכות שהסובסידיה תהיה כפי שהייתה: לא תשתנה ולא תתבטל. התשובה הברורה של הפסיקה היא שלילית. הפסיקה קובעת כי אין לאדם זכות מוקנית או זכות קנויה (לשם הדיוק יש לומר: אין לו זכות) שהמדיניות תישאר קפואה וכך גם הסובסידיה. יש לו, אולי, ציפייה, אך הציפייה אינה מגיעה כדי זכות").

42 בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235 (2002).

43 ס' 14 לפקודת התעבורה כפי שנקבע בס' 8 לחוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח-1998, ס"ח 48, 54 (תיקון עקיף מס' 45 לפקודת התעבורה [נוסח חדש], נ"ח 173), התנה קבלת רישיון להפעלת מונית בתשלום אגרה בסך 205,000 ש"ח. תיקון מס' 53 לפקודה, שהתקבל בס' 3 לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2001), התשס"א-2001, ס"ח 227, הפחית את שיעור האגרה בעד רישיון להפעלת מונית ל-185,000 ש"ח.

44 בהקשר הזכות לחופש העיסוק, פסק הדין קבע כי הגבלת אפשרות הכניסה לעיסוק פוגעת בזכות החוקתית לחופש עיסוק המעוגנת בחוק-יסוד: חופש העיסוק, ואם היא נוגעת לשלילת עיסוק או למניעת כניסה לעיסוק, היא תיחשב קשה וחריפה יותר – דבר המחייב הפעלה מחמירה של מבחני פסקת ההגבלה (עניין מנחם, לעיל ה"ש 42, בעמ' 260). ראו פירוט של היחס בין הזכות החוקתית לחופש עיסוק, לבין הכרה בקניין חדש בהקשר של רישוי, להלן בפרק ד.3.

הרישיונות שבידיהם מהווים קניין, וכן כי פתיחת ענף המוניות לתחרות תוך פגיעה בערך הכלכלי של הרישיונות פוגעת בזכות הקניין החוקתית של בעלי הרישיונות הקיימים.⁴⁵ פסק הדין לא הכריע במפורש בסוגיה העקרונית של הגנה חוקתית על קניין חדש, אך ניכר שהוא נטה להשיב עליה בחיוב בסוגיה הפרטנית שנדונה.⁴⁶ בפתח הדיון בסוגיה התייחס בית המשפט לכתיבתו של ריין, והגדיר את תכליתה של זכות הקניין כאמצעי לשמירה על חירות אישית ועל כבוד האדם, וכי על רקע זה "יש בסיס" להגנה גם על זכויות וחובות בעלי ערך כלכלי שמקורם ברשויות השלטון.⁴⁷ כאשר פנה בית המשפט לבחון באופן קונקרטי את מעמד הקנייני של הרישיונות המסוימים שנדונו, הוא קבע כי העבירות והסחירות של הרישיונות האמורים, והיותם בעלי שווי כלכלי בשוק החופשי, מעניקים להם "אופי קנייני, על-פי מאפייניה של זכות הקניין במשפט הפרטי".

בנקודה זו של התמודדות עם שאלת עצם קיומה של זכות חוקתית מוגנת לקניין בהקשרי רישוי, ניכר שבית המשפט נקט את הניתוח הפורמליסטי ביותר מכל פסקי הדין שבהם נדונה הסוגיה.⁴⁸ למעשה, הדוקטרינה שיישם בית המשפט במקרה זה היא בחינת הזהות בין ההענקה המדינתית ובין הקניין המסורתי, בהתבסס על המאפיינים המקובלים של משאבים נושאי זכות הקניין המסורתית כגון עבירות וסחירות, או על קיומו של שווי כלכלי בשוק החופשי. גישה זו שונה כאמור מהמהלך הרעיוני-ריאליסטי שבבסיס קריאתו של ריין להכיר בכך שהענקות מדינתיות הן קניין חדש. על רקע זה, ובהתחשב בסחירותם של רישיונות המוניות, נטה בית המשפט לראות רישיונות אלו כנכללים בזכות החוקתית לקניין.⁴⁹ עם זאת, בסופו של דבר נדחתה העתירה בהקשר זה, על סמך הקביעה כי ההסדר החקיקתי עומד בתנאי פסקת ההגבלה, ולכן אין צורך להכריע באופן מחייב בשאלת קיומה של פגיעה בזכות חוקתית.⁵⁰ בשולי הדברים ציין בית המשפט כי ניתן לראות את טענותיהם של העותרים כמגלמות פגיעה בהסתמכות בלבד, ולא פגיעה בזכות חוקתית, ללא התייחסות דוקטרינרית

45 שם, בעמ' 275–276.

46 לפרשנות זו של פסק הדין בעניין מנחם, ראו דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 4, בעמ' 189.
47 עניין מנחם, לעיל ה"ש 42, בעמ' 275. מעניין להיווכח כי כאן התייחס בית המשפט למשמעות הכללת הזכות החוקתית לקניין במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, תוך הדגשת הזיקה בין הזכות הקניינית לכבוד האדם.

48 לניתוח של פסק זה כדוגמה לגישה פורמליסטית מובהקת למוסד הקניין ראו דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 4, בעמ' 189–190. לביקורת שאני מציע על השתת הזכות החוקתית לקניין חדש על דמיון פורמלי לקניין מסורתי, ראו להלן בפרק הבא. ניתן כמובן להציע פרשנות פורמליסטית פחות לפסיקה בעניין מנחם, הרואה בקביעת המבחנים של עבירות וסחירות מבחנים מהותיים המיועדים לבחון את היקפו של הרכוש העומד לרשות האדם.

49 עניין מנחם, לעיל ה"ש 42, בעמ' 276 ("העבירות והסחירות של 'המספר הירוק' והיותו בעל שווי כלכלי בשוק החופשי מקנים ל'המספר הירוק' אופי קנייני, על-פי מאפייניה של זכות הקניין במשפט הפרטי. בכך נבדל 'המספר הירוק' מרובם המכריע של הרישיונות הניתנים על-ידי המדינה. בהתחשב בכך ייתכן כי על-אף הזהירות המתחייבת מפני הרחבת-יתר של זכות הקניין החוקתית יש מקום לקבוע כי 'המספר הירוק' נכלל בהיקפה הפנימי של הזכות המוגנת").

50 שם, בעמ' 277.

להבחנה בין ההגנה על הענקות מדינתיות כקניין ובין (היעדר) ההגנה החוקתית עליהן כאינטרס הסתמכות בלבד.⁵¹

לצד הפסיקה שהתמקדה בשאלת הקניין החדש בהקשרים מסחריים-עסקיים, נדרש בית המשפט לסוגיה של הכרה בקניין חדש גם במישור אחר של יחסי מדינה-פרט הנוגע לקצבאות או לתמיכות בהקשר הרווחה והזכויות החברתיות. סוגיה זו התעוררה במלוא עוזה בעניין מנור, אשר נדון על רקע הקיצוץ בקצבת הזקנה הקבועה בחוק הביטוח הלאומי.⁵² הרקע לעתירה בעניין זה היה חוק תכנית החירום הכלכלית אשר קבע הקפאה של עדכון קצבאות הזקנה וכן הפחית את קצבת הזקנה בשיעור של ארבעה אחוזים.⁵³ העותרים, אזרחים הנמנים עם אוכלוסיית מקבלי קצבת הזקנה, טענו כי סעיפי חוק תכנית החירום הכלכלית בדבר קצבת הזקנה אינם חוקתיים, שכן הם פוגעים בזכותם של זכאי קצבת הזקנה לכבוד ולקניין לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

פסק הדין שניתן בעניין מנור, עסק ברובו בסוגיית קיומה של זכות חוקתית לביטחון סוציאלי, בעקבות הכרת בית המשפט העליון בקיומה של זכות לקיום בכבוד, כחלק אינטגרלי מהזכות החוקתית לכבוד האדם.⁵⁴ באשר לסוגיה זו קבע בית המשפט כי קצבת הזקנה אינה בעלת מעמד חוקתי בהקשר של כבוד האדם, תוך שהבדיל את קצבת הזקנה מקצבת הבטחת הכנסה והסביר כי רק האחרונה נכללת בזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד, בשל זיקתה הגרעינית לכבוד האדם.⁵⁵ עם זאת, למרות הקביעה כי קצבת זקנה אינה נהנית מהגנת הזכות החוקתית לקיום בכבוד, קבע הנשיא ברק במפורש כי הזכות החוקתית לקניין חלה על קצבת זקנה.⁵⁶ במפתיע (או שלא), קביעה זו נעשתה באופן תמציתי, ללא נימוק מפורט או תשתית עיונית, מלבד הצבעה על כך שהזכאי לקצבת זקנה שילם מרבית שנות חייו תשלומים שיועדו לקבלת קצבת זקנה. יתרה מזו, בית המשפט גם לא הכביר

51 שם, בעמ' 278 ("ניתן גם לגרוס כאמור כי האינטרס של בעלי 'המספרים הירוקים' בשמירה על ערך רישיונותיהם אינו עולה כדי זכות חוקתית, אלא מדובר בהסתמכות על מצב קיים, וייתכן אף ציפיה שאינה מגיעה כדי זכות").

52 בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004).

53 ס' 244(א) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, ס"ח 210, קבע תשלום קצבת זקנה בשיעור של 16% מהשכר הממוצע. העתירה כוונה כנגד ס' 2 ו-10(א) לחוק תכנית החירום הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2002 ו-2003), התשס"ב-2002, ס"ח 428 (להלן: חוק תכנית החירום הכלכלית). ס' 2 לחוק זה האריך את תקופת ההקפאה של עדכון קצבאות הזקנה ביחס לשכר הממוצע במשק בנוגע לשנת 2003, וס' 10(א), שנחקק כהוראת שעה, הפחית את קצבת הזקנה בשיעור של ארבעה אחוזים.

54 הזכות לקיום מינימלי בכבוד הוכרה בפסק הדין שניתן קודם לכן: רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 (2001). והשוו בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005).

55 להרחבה בעניין משמעות פסק הדין בהקשר זכויות הרווחה והזכויות החברתיות בישראל, ראו דפנה ברק-ארז ואייל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" ספר דליה דורנר 189 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009).

56 עניין מנור, לעיל ה"ש 52, בעמ' 739. יתר שופטי ההרכב (השופטים גרוניס וריבלין, כתוארם אז) הצטרפו לפסק דינו של הנשיא ברק, אך תוך הסתייגות מהכרעה בשאלת תחולתה של זכות הקניין החוקתית על קצבת הזקנה, בנימוק שהוראות החוק נושא העתירה מקיימות ממילא את דרישות פסקת ההגבלה.

מילים בעניין ניתוח קיומה של "פגיעה" בזכות החוקתית לקניין, אלא אך ציין כי במקרה זה הפגיעה בקצבת הזקנה אינה בבחינת *de minimis*. עם זאת, למרות הכניסה החטופה לטרקלין החוקתי, נדחתה לבסוף העתירה בסוגיה זו, לאחר שנקבע כי אותה פגיעה בקצבת הזקנה בזכות עומדת במבחני פסקת ההגבלה.

מהלך זה של בית המשפט מעורר כמה תהיות הן באשר לאופן הניתוח והן בעניין ההכרעה עצמה. בפסקי הדין הקודמים היה ניתן להיווכח כי בית המשפט מתחבט בסוגיית ההכרה בהענקות מדינתיות כקניין חדש ומפתח דוקטרינה משפטית-אנליטית לצורך ההכרעה. עם זאת, בעניין מנור שאלת קיומה של פגיעה בזכות חוקתית נשארה ללא הכרעה מחייבת, כאשר גם בפסק דינו של הנשיא ברק נעדרה דיון משפטי או אנליטי רחב בסוגייה. למעשה, ההנמקה במקרה זה כללה רק הפניה למאמרו של רייך והפניה כללית לפסקי הדין שניתנו בעבר בעניין ד.ש.א., בנק המזרחי⁵⁷ והורוויץ.⁵⁸

עמימות המהלך הרעיוני שהביא להכרה בקצבת הזקנה כזכות חוקתית לקניין, מתעצמת במיוחד לנוכח הציון שהזכאים לקצבת זקנה "שילמו" בעדה רוב חייהם. נאמנות לנקודת המוצא שלפיה קניין חדש הוא בגדר זכות חוקתית מהותית, מחייבת שלא ידרש מתן "תמורה" כלשהי כדי להכריע שמדובר בזכות חוקתית. במקרה זה, נראה שהרלוונטיות של מתן תמורה נוגעת לכך שהקצבה מהווה מעין מנגנון ביטוחי, אשר כנגד התמורה של פרמיות חודשיות מחויב בהעברת קצבה במקרה של אירוע ביטוחי מוסכם (במקרה זה – הגעה לגיל פרישה). כך, "העברת תמורה" היא דרישה הנראית שייכת לתחום המשפט הפרטי העוסק בדיני חיובים, או לכל היותר לצורך פיצוי בגין הסתמכות. מנגד, תשלומי החובה של הפרט למדינה: שירותי הרווחה שהיא מספקת לפרטים, אינם נתפסים כמסחר בין פרטים.⁵⁹

מכל מקום, פסק דין זה מסמן שינוי אסטרטגי מסוים במדיניות השיפוטית, הפונה להכרעה משפטית אד-הוק, שאינה מתבססת על דוקטרינה משפטית סדורה בנוגע לתחולתה של הזכות החוקתית לקניין על הענקות מדינתיות. מלבד הניתוח הלקוני בסוגיית קיומה של זכות חוקתית מוגנת, גם הפעלת השלב החוקתי הבא – שאלת ה"פגיעה" בזכות מוגנת, זכתה ללקוניות דומה. ההתייחסות היחידה לשלב אנליטי זה הייתה הקביעה היחידה כי אין

57 עניין ד.ש.א., לעיל ה"ש 35; עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 431. החלק שאליו הפנה בית המשפט בעניין מנור, מתייחס לקביעה העקרונית כי ניתן לפגוע בזכות הקניין רק בהתקיים תנאי פסקת ההגבלה; וכן התייחסות לכך כי פגיעה בקניין מתרחשת כאשר "הערך הרכושי של אינטרס קטן לעומת ערכו עובר לפעולת חקיקה", והותרה ב"צריך עיון" של שאלת הגדרת פעולות שלטוניות יום-יומיות כפגיעה בקניין המחייבת בחינה חוקתית בגדרה של פסקת ההגבלה.

58 דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289 (2004). לא אדרש כאן לבחינת האסטרטגיה השיפוטית שבקביעת תקדימים משפטיים ללא הנמקות רחבות, אך אעמוד בהמשך על בעיותיה של הנמקה חלקית במהלך הפיתוח השיפוטי של דוקטרינת הקניין החדש (ראו להלן פרק ג.1).

59 להבחנה המקובלת בין מס, אגרה ומחיר ראו למשל ע"א 154/83 שופרסל בע"מ נ' איגוד ערים אזור רמת-גן, פ"ד לז 403 (1983). בהקשר זה מס (להבדיל מאגרה או היטל) הוא "תשלום המוטל דרך כפיה על-ידי רשות ציבורית, באין כנגדו שום תמורה ישירה הניתנת על ידי הרשות למשלם המס", וכן "מס מוטל ללא כל זיקה לשירות, הניתן על-ידי הרשות המקומית. בכך טמון ההבדל הקובע והעיקרי שבין דמי השתתפות והיטל מחד גיסא לבין מס ממש מאידך גיסא" (שם, בעמ' 407) (ההדגשה הוספה – א"ו).

מדובר בפגיעה שהיא בבחינת *de minimis*, והפניה כללית לפסקי הדין בעניין בנק המזרחי, **הופנונג ומנחם**.⁶⁰

המתח בין הגישה הפורמליסטית להכרעה בשאלת ההכרה בהענקות מדינתיות כחוסות בצל הזכות החוקתית לקניין, לבין הגישה הריאליסטית לסוגיה זו, מודגם ביתר שאת בפסיקה העכשווית בעניין שליטנר,⁶¹ שבו נחלקו שופטי בית המשפט העליון בשאלת אופן ההכרעה. באותו מקרה הוגשה עתירה נגד תיקון לחוק שירות הקבע בצבא ההגנה לישראל,⁶² שקבע הסדר הקפאת זכויות פנסיוניות למשרתי קבע בצה"ל המשתחררים לפני גיל הפרישה. התיקון לחוק נועד לתת מענה למשוחחרים שצברו ותק מינימלי אך לא הגיעו לגיל המינימלי הנדרש לשכלול הזכות לגמלה, כך שזכותם לגמלה הוקפאה עד הגיעם לגיל 67. בהקשר זה טענו העותרים כי התיקון במתכונתו הקיימת מהווה חקיקה מפלה, בלתי הוגנת ובלתי סבירה. במישור החוקתי, נטען כי התיקון לחוק פוגע בזכותם לקניין, לשוויון ולכבוד, על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. באופן ספציפי טענו העותרים כי בתיקון לחוק כרוכה פגיעה בזכות הקניין של העותרים "במובנה הרחב של זכות זו, הכוללת גם אינטרס בעל ערך כלכלי, ולא רק זכות קניינית במשמעותה הצרה על פי דיני הקניין".⁶³ בסופו של דבר נדחתה העתירה פה אחד, על בסיס הקביעה כי גם אם הייתה פגיעה בזכויות חוקתיות לקניין, שוויון וכבוד – הרי היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. עם זאת, שופטי ההרכב נחלקו בשאלת קיומה של פגיעה בזכות החוקתית לקניין בהקשר של קצבת הפרישה. הגישה הפורמליסטית ביותר הובעה על ידי השופטת פרוקצ'יה שקבעה במפורש כי הזכות לקצבת פרישה אינה זכות קניין עקב היותה זכות סטטוטורית, "שאינה בעלת תכונות קנייניות", שכן אינה ניתנת להעברה לאחר, אלא היא זכות אישית אובליגטורית שמקורה בחוק.⁶⁴ במפורש קבעה השופטת פרוקצ'יה את הכלל הדוקטרינרי שזכות אובליגטורית כלפי הרשות הציבורית, שמקורה בחוק, היא זכות אישית ולא זכות קניינית – ועל בסיס זה נדחתה הטענה בדבר פגיעה בזכות הקניין המצדיקה ביקורת שיפוטית חוקתית על תיקון החוק.

מנגד, השופט מלצר הצטרף לתוצאה של דחיית העתירה, אך הביע עמדה אחרת לחלוטין בכל הנוגע להגדרתה של גמלת הפרישה כקניין במובנו החוקתי. השופט מלצר גרס כי אכן בעבר, הזכות לגמלה נתפסה כזכות אובליגטורית בלבד, שאינה בעלת מאפיינים קנייניים, בעיקר בשל היותה בלתי ניתנת להעברה. עם זאת הוא הדגיש כי פרשנות משפטית זו נקבעה בהקשרים של המשפט הפרטי, ולעומת זאת המונח "קניין" ברמה החוקתית, כפי שהוא מעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חל גם על זכויות שאינן זכויות קניין "במובן הקלאסי".⁶⁵ השופט מלצר הסביר כי השינוי התפיסתי המסווג גמלאות וקצבאות כזכות להגנת המשפט החוקתי, מבוסס על מאמרו האמור של רייך, וציין כי גישה זו זכתה לאימוץ

60 בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57 (1996).

61 בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פ"ד סד(2) 581 (2011).

62 תיקון מס' 20 לחוק שירות הקבע בצבא-הגנה לישראל (גימלאות) [נוסח משולב], התשמ"ה-1985.

63 שם, פס' 7-8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

64 שם, פס' 43-44.

65 שם, פס' 8-9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

בפסיקה הישראלית, בהפנותו לפסקי הדין בעניין ד.ש.א. ומנחם. החלק המעניין ביותר בדברי השופט מלצר היה כי תכונת אי-העבירות של הזכות לגמלה אינה מצדיקה את שלילת הפן הקנייני שלה מבחינה חוקתית. לשיטתו, דווקא תכונת אי-העבירות ממחישה את חשיבותה ותכליתה של הגמלה בעיני מי שזכאי לקבלה. בסופו של דבר סבר השופט מלצר כי יש לדחות את העתירה הואיל והפגיעה בזכות הקניין של העותרים עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. שופט ההרכב השלישי, המשנה לנשיאה ריבלין, הצטרף לתוצאה זו, תוך אזכור הגישה השיפוטית הישראלית שלפיה זכות הקניין החוקתית עשויה להשתרע גם על חיובים וזכויות שאינם קנייניים במובן הקלאסי, ותוך אזכור כי על אף נכונות עקרונית זו, אין להכיר בכל אינטרס בעל ערך כלכלי המוענק על ידי המדינה כזכות קניין המוגנת על ידי חוק היסוד.⁶⁶

למעשה, פסק הדין בעניין שליטנר ממחיש אולי יותר מכול את מצבה העכשווי של דוקטרינת הקניין החדש בישראל. במובן היישומי, מסתמן שהתגבשה ההסכמה הדוקטרינרית שהענקות מדינתיות עשויות לחסות בצל הגנתה של זכות הקניין החוקתית, וכך – פגיעה בהן על ידי מעשים שלטוניים מחויבת לעמוד במבחני האיזון החוקתיים הקבועים בפסקת ההגבלה. במובן התיאורטי-דוקטרינרי ניתן להבחין בשתי גישות שונות לתחימת היקף ההגנה על הענקות מדינתיות שונות – הגישה הפורמליסטית, המתרכזת בבחינת הדמיון בין המאפיינים המשפטיים של ההענקות המדינתיות למאפייניו של הקניין הפרטי המסורתי – כתנאי לזיהוי ההענקות המדינתיות כקניין; והגישה הריאליסטית-פלורליסטית יותר, המתרכזת בבחינת תכליתה החברתית של אותה הענקה מדינתית, ומידת זיקתה לחירות ולאוטונומיה אנושית – כשיקול לפריסת ההגנה החוקתית של זכות הקניין עליה. עם זאת, הגישה האחרונה אינה ריאליסטית-פלורליסטית במלואה, שכן היא בכל זאת פועלת בתוך המסגרת הנורמטיבית של זכות הקניין במובנה המסורתי כזכות שלילית או שרירות בעלים מפני התערבות חיצונית במשאב.⁶⁷

המקרה העדכני ביותר, הממחיש את העמימות האופפת את ההכרה בקניין החדש בהקשר רגולטורי – כמו גם את הקשיים הכרוכים בהכרעות מסוג זה – היה עניין דמי המעבר משנת 2014.⁶⁸ במקרה זה העותרות היו חברות הכבלים הלוויין בישראל (HOT ו-yes, בהתאמה), הפועלות מכוח רישיונות שניתנו להם על פי חוק מטעם משרד התקשורת.⁶⁹ העתירה הופנתה כלפי תיקון לחוק התקשורת, אשר פטר ערוצים ייעודיים-ישראלים מתשלום לחברות הכבלים והלוויין תמורת העברת שידוריהם.⁷⁰ טענתן המרכזית

66 שם, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

67 להרחבה באשר למגבלות ההגנה על הענקות מדינתיות באמצעות זכות הקניין החוקתית ראו להלן פרק ג.

68 עניין דמי המעבר, לעיל ה"ש 3.

69 חוק התקשורת (בזק ושידורים) התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת), מחייב קבלת רישיון מטעם משרד התקשורת כתנאי להפעלת "שירותי בזק", ובכללם שידורים רב-ערוציים (ראו ס' 2(ב) לחוק התקשורת: "לא יבצע אדם פעולות בזק ולא יתן שירותי בזק אלא אם קיבל מאת השר רישיון לכך לפי חוק זה או מכוח היתר כללי לכך"). בהתאם, גם ערוצי הברודקאסט – ערוץ 2 ומפעיליו המסחריים (קשת, רשת) וערוץ 10, פועלים מכוח זיכיון שניתן להן מטעם משרד התקשורת.

70 "ערוץ ייעודי" מוגדר בס' 6א לחוק התקשורת כך: "ערוץ שידור בעל מאפיינים ייחודיים כגון שפה, תרבות או מורשת, ערוץ המיועד בעיקרו למגזר מסוים בציבור, או ערוץ המוקדש בעיקרו לנושא אחד".

של חברות הכבלים והלוויין הייתה כי התיקון פוגע בזכותן החוקתית לקניין, המעוגנת בישראל בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, במובן זה שהוא שולל את זכותן לקבל פיצוי (בדרך של גביית דמי מעבר) בגין "הפקעת" חלק מתשתיתה; וכן כי תיקון זה אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה.⁷¹

גם בעניין דמי המעבר בית המשפט פתח את הדיון בציון שזכות הקניין היא "זכות מורכבת וסבוכה", וכן כי הזכות החוקתית לקניין לא בהכרח מוגבלת לזכויות חפציות, אלא יכולה לכלול גם זכויות אחרות בעלות ערך כלכלי.⁷² בסופו של דבר בפסק הדין לא ניתנה תשובה לסוגיה זו, כיוון שבית המשפט קבע כי גם בהנחה שיש מקום להפעיל את מבחני פסקת ההגבלה בהקשר התיקון לחוק, התיקון עומד בתנאים, ועל כן השאיר ב"צריך עיון" את הסוגיה העקרונית של הכרה ברישיונות אלו כקניין לפי חוק היסוד. למרות היעדר ההכרעה המפורשת בסוגיה של הכללת רישיונות וסוגים אחרים של קניין חדש בתוך הזכות החוקתית לקניין, בית המשפט קיים דיון מקיף בסוגיה, ואזכר את הפסיקה הרחבה שעסקה בנושא.⁷³ כך, פסק דין זה, המהווה את ההתייחסות המקיפה והעדכנית ביותר לסוגיית אימוץ דוקטרינת הקניין החדש, מביע תמיכה חזקה בכך שרישיונות שלטוניים יוכרו ככלולים בזכות החוקתית לקניין, גם ללא הכרעה מפורשת בשאלה זו.⁷⁴

בחינת הדיון הנרחב שנערך "למעלה מן הצורך" בעניין מעמד דוקטרינת הקניין החדש במשפט הישראלי מלמדת על אימוץ גישה מעשית, והתרחקות מאופן הבחינה הפורמליסטי שהובע בפסיקות קודמות. מלבד ההתבססות הרטורית על פסקי הדין הקודמים שבהם הובעה הנכונות להכיר בקניין חדש, ניכר שעיקר ההנמקה התרכזה בצורך להבטיח אפשרות של ביקורת שיפוטית על הסדרה שלטונית במישור הרגולטורי. במובן מסוים, בית המשפט נטה לוותר על הגדרת תיחום הזכות החוקתית וזיהוי עוצמת הפגיעה בה, כדי לאפשר בחינה של האיזון בין צורכי האסדרה והאינטרס הציבורי ובין מידת הנטל שאלו מטילים על מושאי

בישראל פועל מספר מצומצם של ערוצים ייעודיים ברישיון: הערוץ בשפה הרוסית (ערוץ 9); ערוץ המוזיקה (ערוץ 24) והערוץ בשפה הערבית (האלה טיול), שאינם כדאיים מבחינה מסחרית (עקב היותם ערוצי נישא), ואינם מחזיקים אמצעי שידור/הפצה משל עצמם, אלא תלויים בפלטפורמות הטלוויזיה הרב-ערוצית לשאת את תוכניהם.

71 עניין דמי המעבר, לעיל ה"ש 3, פס' 11.

72 שם, פס' 37. בית המשפט ציין בין השאר כי השאלה אם הזכויות המכונות "קניין חדש" נכללות בגדרה של הזכות החוקתית לקניין טרם הוכרעה בפסיקה הישראלית גם לאחר הפסיקה בעניין ד.ש.א., מנור ושליטנר (שם, פס' 39).

73 בין השאר סקר פסק הדין את הפסיקה בעניין ד.ש.א., מנור, ומנחם, שתוארה בהרחבה בפרק זה, וכן את פסקי הדין בעניין איגוד הבנקים, דודיאן, ומספרי הערוצים, לעיל ה"ש 25.

74 עניין דמי המעבר, לעיל ה"ש 3, פס' 45 (לדברי המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור: "כשלעצמי, על רקע ריבויים בעידן המודרני של רישיונות שלטוניים המסדירים זכויות וחובות, נוטה אני לעמדה כי זכויות הנובעות מרישיונות שמעניקה המדינה לשימוש במשאביה נכללות בזכות החוקתית לקניין. ספק אם יש הצדקה לשלול מהמחזיקים ברישיונות אלה כל הגנה חוקתית, אך בשל כך שזכויותיהם נובעות מרישיון שהוא פרי הסדרה שלטונית במישור הרגולטורי, חלף הסדרה חקיקתית [...] נטייתי היא כאמור להכיר בסיטואציה כזו בקניין החדש כקניין הנהגה מהגנה חוקתית" (ההדגשות הוספו – א"ו)).

האסדרה הפרטיים.⁷⁵ על הבעייתיות באסטרטגיה שיפוטית זו אעמוד בהרחבה בפרקים הבאים.

2. ממצאים פוזיטיביים: תחימת היקף הזכות והגדרת עוצמת ההגנה שהיא מספקת

המושג "קניין חדש" זכה אפוא להתייחסויות לא מעטות בפסיקה הישראלית, אך מעולם לא "נקבעו מסמרות" בנוגע למעמדו ולפרטיו בדין הישראלי. אכן, קשה לגזור דוקטרינה משפטית סדורה מהפסיקה הקיימת, המתרכזת בהכרעות יישומיות אד-הוק, ובייחוד משום שבסופו של דבר בית המשפט טרם העניק סער חוקתי בשל פגיעה חוקתית בקניין חדש. עם זאת, גם אם אי-אפשר לזהות דוקטרינה סדורה בפסיקה, ניתן בכל זאת לעמוד על העקרונות המשותפים העולים ממכלול פסקי הדין בנושא. הממצאים הפוזיטיביים שהובאו עד כה מאפשרים לשרטט קווים כלליים להמשגת הענקות מדינתיות זכות חוקתית לקניין, השלכותיה המשפטיות והקשיים התיאורטיים והמעשיים שהמשגה זו יוצרת.

למעשה, הממצא הבולט ביותר לעין באשר למדיניות השיפוטית הקיימת הוא הימנעות מהכרעה כללית וגורפת בסוגיית הקניין החדש, וקיום דיון משפטי אד-הוק. מבחינה רטורית, בית המשפט נוקט גישה זהירה הנמנעת מלקבוע תקדימים מחייבים רחבים. הדבר בא לידי ביטוי באמירות מפורשות בדבר היותו של הדיון "למעלה מן הצורך", ש"אינו קובע מסמרות". מדיניות זו מתבטאת ברטוריקה השיפוטית האמורה, וגם במהות ההחלטות עצמן. מבחינה מהותית, ניתן לראות כי בית המשפט בוחר בדרך של הכרעות אד-הוק, בנושאים נקודתיים-צרים ומעדיפן על פני גיבוש דוקטרינה כללית בכל הנוגע לטענות קניין חדש המועלות לפניו. מלבד פסקי הדין שנסקרו בהרחבה בפרק הקודם, מדיניות של הכרעות אד-הוק, ללא קביעת מסמרות או דוקטרינה כללית, באה לידי ביטוי בהתדיינות נוספות שבהן בית המשפט התרכז בבחינת תנאי פסקת ההגבלה והאיוונים הספציפיים לאותו מקרה, והעדיפה על פני הכרעה בשאלה העקרונית בדבר קיומה של זכות קניין חוקתית באותו מקרה.⁷⁶

לצורך מענה על השאלה הפוזיטיבית בעניין מעמדה של דוקטרינת הקניין החדש בזירה החוקתית, אבחין בין שתי רמות שונות של הגנה על הזכות החוקתית לקניין בקשר להענקות

75 ש.ם.

76 ראו למשל עניין דודיאן, לעיל ה"ש 25, פס' 27 ("לצורך הבחינה החוקתית אניח שתי הנחות – מבלי להכריע בהן: הראשונה, שיש לעותרים זכות קניינית בזכויות הנפט בהן הם מחזיקים; השנייה, כי מיסוי רווחיהם מזכות קניינית זו פוגע בקניינם...) מכל מקום, אין צורך גם הפעם להכריע בין הגישות השונות. לצורך המשך הדיון אניח כי מיסוי רווחי העותרים מזכויות הנפט הוא פגיעה בקניינם). ראו גם עניין מספרי הערוצים, לעיל ה"ש 25, פס' 25 ("עולה השאלה אם אכן זכות הקניין החוקתית, המעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, משתרעת על רישיונה של העותרת. שאלה זו הינה חלק מסוגיה רחבה יותר, שעניינה היקפה של זכות הקניין החוקתית ותחולתה על 'הקניין החדש'. ביטוי זה מתייחס לכל אותן טובות הנאה וזכויות בעלות ערך כלכלי שמקורן ברשויות השלטון, כגון רישיונות, זיכיונות וקיצבאות [...] איננו נדרשים להכריע בסוגיות הנוכרות. הטעם לכך הוא שמוכנים אנו להניח כי רישיונה של העותרת אכן נהנה מהגנה חוקתית מכוחה של זכות הקניין, וכי החלטת המועצה אכן פוגעת בזכות הקניין ובחופש העיסוק של העותרת").

מדינתיות. רמה אחת של הגנת זכות הקניין היא בהיקף ההכרה בזכות (היבט אופקי). שאלת ההיקף היא: אילו מתוך כלל המקרים הפוטנציאליים שניתן לראות בהם פגיעה ברכוש, אכן יחסו בצל כנפיה של זכות הקניין החוקתית. הרחבת ההגנה החוקתית בהקשר זה תהיה הכרה בעוד ועוד מקרים שייכללו בזכות הקניין. רובד שונה לחלוטין של הגנה הוא עומק או טיב ההגנה על הקניין (היבט אנכי) הבוחן עד כמה בית המשפט נוטה להגן על הזכות החוקתית לאחר ההכרה בה.⁷⁷

שלב ראשון בניתוח החוקתי: קיומה של זכות חוקתית לקניין בנוגע להענקות מדינתיות ותחימת היקפה

נקודת המוצא, שעליה אין מחלוקת ניכרת בפסיקה, היא שהיקף ההגנה שהזכות החוקתית לקניין מספקת מתפרס גם על משאבים לא מוחשיים שהם בעלי ערך לפרט.⁷⁸ באופן ספציפי יותר, הענקות מדינתיות כגון קצבאות ורישיונות עשויים להיכלל בגדרה של הזכות החוקתית לקניין, ובהתאם – פגיעה בהם מחויבת לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. השאלה המעניינת יותר היא כיצד מכריע בית המשפט בנוגע לתחולת ההגנה על סוגים שונים של הענקות מדינתיות – ואם הדוקטרינה הקיימת אכן מבוססת על תשתית רעיונית סדורה. שוב ושוב ניכרת כאמור בפסיקה נטייה חזקה להכיר עקרונית בחיובים ובהענקות מדינתיות כחוסים בצל הזכות החוקתית לקניין, אך נטייה זו אינה מלווה בהצעת מהלך רעיוני לתחימת ההכרה. במקרים המוקדמים, שבהם בית המשפט בכל זאת העמיק בשלב הראשון של הניתוח החוקתי, ניכר שהוא נקט מהלך פורמליסטי באופיו, של בחינת הדמיון בין הקניין החדש הספציפי ובין הקניין המסורתי (במובן רכושי). האופי הפורמליסטי נבע מכך שבחינה זו התרכזה בבדיקת התקיימות המאפיינים המסורתיים של קניין גם במשאב החדש שנדון, כגון יכולת הדרה, עבירות וסחירות או קיומו של שווי שוק כלכלי. כך, המהלך האנליטי של ציר זה בוחן אם המשאב המדינתי הנדון כולל את התכונות המיוחסות למוסד זכות הקניין, ועל סמך מידת הדמיון הצורני, הוא משווה את מידת ההגנה החוקתית.⁷⁹ במקביל, ניתן לזהות מגמה ריאליסטית יותר המבחינה בין הקניין המסורתי ומאפייניו המקובלים במשפט הפרטי ובין הזכות החוקתית לקניין. מגמה זו, המעוגנת בעקרונות

77 לדין בהבחנה בין היקף הפרישה של הזכות לבין טיב או עצמת ההגנה עליה ראו למשל אהרון ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 43–44 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט).

78 בשלב זה חשוב לציין כי אין בפסיקה בעניין קניין חדש התייחסות של ממש לסוגיית טיב תחולתן של זכויות יסוד על תאגידים (בהשוואה לפרטים) ולהיקף תחולתן. הדבר עשוי להיות טבעי לנוכח הנחת המוצא המקובלת כיום במשפט החוקתי, שלפיה גם תאגידים נהנים מזכויות יסוד רכושיות-כלכליות (כגון זכות הקניין, חופש החוזים וחופש העיסוק). לתיאור הנחת מוצא זו של המשפט החוקתי הישראלי ומקורותיה הנורמטיביים ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 77–78 (2016); דפנה ברק-ארז "פתח-דבר: לשים את האדם במרכז – על מקומו של האדם במשפט" עיוני משפט ט 5, 40 (2016). להכרה ההיסטורית בזכויות חוקתיות של תאגידים במשפט החוקתי האמריקאי ראו Trustees The Dartmouth College v. Woodward, 17 U.S. 518 (1819) (החלטת סעיף ההגנה השווה של התיקון ה-14 לחוקת ארצות הברית גם על תאגידים). להרחבה על אודות ההכרה ההיסטורית בזכות חוקתיות של תאגידים במשפט האמריקני והמשפט הישראלי ראו עופר סיטבון "על בני אדם, תאגידים ומה שביניהם" קריית המשפט ח 107 (2009).

79 ראו למשל עניין מנחם, לעיל ה"ש 42; עניין שליטנר, לעיל ה"ש 61, חוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

הפרשנות התכליתית, הופיעה עוד בעניין בן יקר, שבו ביקש בית המשפט לנתח את תחום התפרסותה של הזכות על בסיס איתור תכלית ההוראה החוקתית הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בשל חשיבות הדברים, יובא המהלך הרעיוני במלואו:

[...] הזכות [זכות הקניין החוקתית המעוגנת בס' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – א"ן] היא אחת מביטוייה של חירות האדם. היא מעין ערובה לקיומה של הזכות לקניין. אופייה של ההגנה על הרכוש, כאקט המבטיח חירות האדם, הוא שמשלב זכות זו עם הזכות לכבוד האדם, כעיקרון מנחה בתפיסתנו בכלל ובחוק היסוד בפרט: חירות הפעולה בתחום הקניין מבטיחה זכות הכרעה עצמית ומונעת הפיכתו של הפרט לאובייקט גרידא [...] היא באה למנוע שלילת זכויותיו של הפרט לקניין וצמצומן. יש לתת לה משמעות של הגנה אפקטיבית. כהוראה חוקתית יש לפרשה באופן כללי ורחב.

על-כן חלה התיבה "קניין", לצורך הנושא שלפנינו, לכאורה, הן על זכות in rem והן על זכות in personam. לעניין מניעת שלילתה של זכות קניינית של הפרט, אין נפקא מינה אם שוללים זכות בנדל"ן או בזכויות ראויות, אם שוללים זכות חפצית, או אם מפקיעים זכותו של אדם כלפי חייב מוגדר בלבד [...] הדגש הוא כאמור על התכלית, והיא בעיקרה מניעת שלילתו של מה שיש לאדם; זאת הפגיעה שחוק היסוד מבקש למנוע. על-כן, המונח "קניין" חורג, לצורך ההגנה החוקתית, מן ההגדרה הנוהגת במישורים אחרים של דיני הקניין [...].⁸⁰

נראה כי דברים אלו מבטאים תפיסה פלורליסטית יותר של הזכות החוקתית לקניין, והתרחקות מתפיסה פורמליסטית-צרה שלה. עם זאת, לפי תפיסה זו אין ערך לדיון נפרד בזכות החוקתית ל"קניין", וניתן לדבר בהפשטה על זכות חוקתית ל"חירות" או ל"כבוד". הדבר מתבטא בויתור על בחינת התקיימות מאפיינים מסורתיים של זכות הקניין לצורך סיווג הענקות מדינתיות כזכות להגנה חוקתית מכוח הזכות לקניין. חלף זאת, בית המשפט מציע גישה תכליתית המכריעה בדבר היקף ההגנה החוקתית על בסיס זיהוי תכליתה: הבטחת חירות האדם. אמנם פסק הדין בעניין בן-יקר עצמו לא עסק בהענקות מדינתיות טהורות, אלא בזכויות הקשורות למקרקעין שרכשו העותרים. עם זאת, המגמה העקרונית של הבחנה פורמליסטית בין משמעויותיה השונות של זכות הקניין – במישור החוקתי ובמישור המשפט הפרטי – חוזרת כאמור בפסיקה המאוחרת יותר בעניין ד.ש.א., מנחם ושלטנר.

בסופו של דבר, במבחן התוצאה, הפסיקה טרם הכריעה באשר לפרטי הדוקטרינה. ברור שהדין הישראלי אינו שולל החלה של ההגנה החוקתית מכוח הזכות לקניין, המעוגנת בחוק היסוד, על הענקות מדינתיות. עם זאת, אי-אפשר להצביע על דוקטרינה סדורה לתחימת גבולות ההגנה בכל הנוגע להענקות מדינתיות למיניהן. במישור המעשי, מגמת הפסיקה

80 עניין בן-יקר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 842-843.

להניח שקיימת זכות חוקתית בהקשרי הענקות מדינתיות, מבלי לקיים דיון מעמיק בכך, מייתרת את הצורך בתחימה סדורה של גבולות הזכות. מכל מקום, בחינת היקף ההגנה החוקתית שהענקות מדינתיות זוכות לה מלמדת כי בית המשפט מרחיב במידה ניכרת את היקף הזכות כשהוא אינו תולה את תחולת הזכות בהתקיימות מאפיינים של קניין פרטי. עם זאת, בהכרעותיו האופרטיביות בית המשפט טרם העניק סעד חוקתי בגין טענות קניין חדש, לאחר שמצא כי הפגיעה מתאזנת אל מול אינטרסים וזכויות מתחרים.

שלב שני בניתוח החוקתי: קיומה של פגיעה בזכות החוקתית לקניין בעקבות מעשה שלטוני

מטבע הדברים, הגדרת מהותה של פגיעה בזכות חוקתית קשורה במישרין להגדרתה של אותה זכות מוגנת ולתכליותיה החברתיות. על כן במקרים שבהם בית המשפט הכריע רק על סמך מבחני פסקת ההגבלה, הוא הניח הן את קיומה של זכות והן את קיומה של פגיעה בה. במקרים המעטים שבהם נדרש בית המשפט לעצם קיומה של פגיעה בזכות החוקתית לקניין עקב מעשה שלטוני המשנה הענקות מדינתיות (לעומת "הנחת" קיומה לצורך המשך הביקורת החוקתית), הוא למעשה מאמץ את המבחן הכללי שהוצע להגדרת פגיעה בזכות החוקתית לקניין – מבחן השינוי בערך הרכוש. מבחן זה הוצע עוד בפסק הדין בעניין בנק המזרחי בנוגע לזכות הקניין המעוגנת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו:

עקרונית ניתן לומר, כי פגיעה בקניין מתרחשת כאשר הערך הרכושי של אינטרס קטן לעומת ערכו עובר לפעולת החקיקה. עם זאת, פעולות השלטון הרגילות והיום־יומיות עלולות להשפיע על ערך רכושו של הפרט. האם לראות בהן פגיעה בקניין המחייבת בחינה חוקתית בגדריה של פסקת ההגבלה או לשלול מהן את סיווגן כפגיעה? שאלות אלה יעסיקו אותנו בעתיד, ומן הראוי להשאירן בצריך עיון.⁸¹

החלת מבחן חוקתי זה על הענקות מדינתיות כקניין חדש נעשתה כאמור עוד בפסק דינו של השופט טירקל בעניין בן יקר, שבו החיל בית המשפט את הדוקטרינות של פגיעה בזכות החוקתית לקניין גם על ההענקות המדינתיות. המהלך הפרשני-אנליטי שנקט השופט טירקל הוא זיהוי התכלית שבבסיס הזכות החוקתית, כבסיס להגדרתה של פגיעה. התכלית שאותה זיהה השופט טירקל בהקשר של הזכות החוקתית לקניין היא "מניעת שלילתו של מה שיש לאדם", ולשיטתו זו הפגיעה שחוק היסוד מבקש למנוע.⁸² אם נישאר במסגרת הניתוח החוקתי של הענקות מדינתיות כקניין, נראה שהפתרון המשפטי שנקבע בפסק דין ראשוני זה – הרחבת מטריית ההגנה של הזכות החוקתית לקניין והחלתה גם על הקניין החדש, וייבוא מבחן הפגיעה החוקתית של זכות הקניין המסורתי (שינוי בערך הרכוש) – הוא פתרון גס

81 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 431.

82 עניין בן-יקר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 843. למרות אופייה המעגלי במקצת של הנמקה זו, בית המשפט הדגיש כי זו התכלית של ההגנה החוקתית על קניין מכוח חוק היסוד, ואין זו בהכרח משמעותו או תכליתו של מושג הקניין בהקשרים אחרים.

שאינו מאפשר התאמה הקשרית של המענה המשפטי לצרכים ולתכליות חברתיות שונים. כמוכן מסוים, נראה שהמענה המשפטי שהציע בית המשפט (ובייחוד אימוץ מבחן ערך הרכוש בנוגע להענקות מדינתיות כקניין), מוגבל לתפיסה הפורמליסטית-ליברטריאנית של זכות הקניין – כשרירות בעלים.

ניסיון להרחיב את מסגרת הניתוח של סוגיית קיומה של פגיעה בזכות החוקתית, נעשה בעניין **מנחם**, שגם בו העלה בית המשפט את השאלה, מתי מתקיימת "פגיעה" באותה זכות חוקתית של קניין חדש, אך לא הכריע בה. בשולי הדברים הוזכרו השיקולים השונים: היחס בין ערך הרכוש לפני הפעולה השלטונית ואחריה, אקטים בעלי "השלכות אישיות מהותיות" וכן העיקרון ש"אין לאדם זכות קנויה לכך שמדיניות המיטיבה עמו ברמה הכלכלית תישאר קפואה ללא שינוי".⁸³ כאמור, בית המשפט לא הכריע במפורש בסוגיה זו, לנוכח קביעתו כי ממילא התיקון עומד בתנאי פסקת ההגבלה וקובע "איזון סביר והוגן בין פרטים בעלי זכויות ואינטרסים מנוגדים".⁸⁴ בפסיקה מאוחרת יותר, בית המשפט לא פיתח את הדוקטרינה לשלב זה של הבחינה החוקתית, להוציא מבחן כללי זה, תוך שהוא מניח קיומה של פגיעה (מבלי להכריע בכך) לצורך הכרעה על בסיס מבחני פסקת ההגבלה.

במקרים המעטים שבהם בית המשפט אכן מקיים דיון בסוגיית עצם קיומה של פגיעה בזכות החוקתית לקניין, הוא נוטה להכריע באמצעות אימוץ ההגדרה הקיימת של "פגיעה" בזכות הקניין (המסורתית) גם בניתוח חוקתי של הענקות מדינתיות הממשיג אותן כקניין חדש. מבחינה פוזיטיבית, מבחן הפגיעה בערך הרכוש הוא המבחן הדומיננטי כיום בפסיקה גם בנוגע לקניין חדש מסוג הענקות מדינתיות, מתוך התפיסה של הקניין החדש כזהה אנליטית לקניין המסורתי. מדיניות שיפוטית זו מבטאת במובלע את הרעיון כי לא נוצרה זכות חדשה ל"קניין חדש", אלא יש זהות אנליטית בין הענקות מדינתיות לרכוש פרטי – כפי שהדבר בא לידי ביטוי באופן שבו הפסיקה מכריעה בשאלת קיומה של פגיעה בזכות חוקתית.

שלב שלישי בניתוח החוקתי: איזונים

מבחינה מעשית, ההכרעה בהתדיינויות שבהן עלתה טענת קניין חדש, נעשית על בסיס איזון בין האינטרס או הזכות של האזרח הטוען לפגיעה בו, ובין התכליות החברתיות של האקט המנהלי או החקיקתי הפוגע. הכרעה באמצעות מבחני פסקת ההגבלה, להבדיל מדיון עקרוני בשאלת קיומה של זכות חוקתית ופגיעה בה, מאפשרת לבית המשפט לבחון את האיזון החברתי, של תועלת פעולת המדינה ונזקיה, מבלי להיות כבול לרשימה הסגורה של זכויות חוקתיות מנויות, כתנאי מקדים לנקיטת מבחני האיזון. כך, בכל הנוגע לבחינת טענות של פגיעה בקניין חדש, בית המשפט בוחר במסגרת גסה לבחינת השלב הראשון והשני (או מוותר על שימוש במסגרת זאת), ואילו בשלב השלישי בית המשפט משתמש במסגרת העדינה והסדורה של מבחני פסקת ההגבלה כדי לבצע איזון בין צרכים חברתיים הנמצאים

83 עניין **מנחם**, לעיל ה"ש 42 בעמ' 277.

84 ש.ם.

במתח.⁸⁵ כך, הלכה למעשה, הסעד האופרטיבי שאותו ייטה להעניק בית המשפט, תלוי כמעט לחלוטין בשאלת מידתיות המעשה המדינתי באותו הקשר קונקרטי, ובעיקר בשאלת קיומן של חלופות שלטוניות פוגעניות פחות להשגת התכלית החברתית. נראה שזה פתרון חלקי בלבד, שכן שלב האיזונים החוקתיים של פסקת ההגבלה אינו יכול להתקיים במנותק משני השלבים הראשונים. לפי עקרונות המשפט החוקתי, מתחם המידתיות המסור למדינה במסגרת מבחני פסקת ההגבלה נמצא ביחס ישר לחשיבות התכלית שבבסיס הפגיעה, אך גם ביחס הפוך לעוצמתה של הזכות הנפגעת – ככל שהפגיעה בזכות חוקתית היא קשה יותר, הנטל הנדרש מהמדינה להוכיח את מידתיות האמצעי שנבחר, מוחמר.⁸⁶ כך, מתחדד שוב הצורך בדוקטרינה משפטית שתהיה רגישה להקשרים החברתיים השונים של הענקות מדינתיות, מעבר לסיווגן הכללי כקניין או רכוש.

בסיכומו של חלק זה, העוסק בהתפתחות הדוקטרינה הקיימת, ניתן לציין שהדין הישראלי מעניק הגנה רחבה לזכות הקניין החדש בנוגע להענקות מדינתיות, אם כי עוצמת ההגנה הניתנת בשלב האיזונים החוקתיים, ועומקה, היא מוגבלת מאוד.⁸⁷ ניכר שהתפתחות הדוקטרינה המשפטית בדבר קניין חדש וההגנה החוקתית עליו מבוססות על תפיסת פורמליסטית-מוניסטית של זכות הקניין כשרירות בעלים. על פי תפיסה זו, הרווחות בשיטת המשפט הישראלית, זכות הקניין המסורתית והחדשה נתפסות כמיועדות להגן על החירות השלילית של הפרט, כלומר להבטיח את אדנותו של בעל הזכות בנוגע למשאב.⁸⁸ בחינת הפסיקה מלמדת על אימוץ אסטרטגיה שיפוטית המעדיפה פיתוח זהיר של הדין, עקב בצד אגודל. עם זאת, ודווקא בשלב הנוכחי שבו טרם נקבעו מסמרות באשר לדרכי ההכרעה השיפוטית, יש לבחון ולהעריך את הדוקטרינה המשפטית המתהווה – הן באשר ליכולתה להגשים את המטרות שהיא מציבה לעצמה והן בנוגע להתאמתה לעקרונות הכלליים של המשפט החוקתי הישראלי. בחינה זו היא נושא של הפרק הבא.

ג. מגבלות יישומיות ובעיות מהותיות בדוקטרינה החוקתית המתהווה בפסיקה

לאחר זיהוי עקרונות הדוקטרינה המתהווה בכל הנוגע להכרה בהענקות מדינתיות כקניין חדש, נפנה כעת להערכה נורמטיבית שלה. הערכה זו מבקשת להציע ביקורת פנימית, במובן

85 כמפורט לעיל, האסטרטגיה השיפוטית השכיחה בהתדיינות בנושא הכרה בקניין חדש, היא "הנחה" כי השלבים הראשון והשני מתקיימים, ואז רחייה או קבלה של טענות העותרים על סמך הפעלת מבחני פסקת ההגבלה ביחס לאותה פגיעה בזכות. לדיון באסטרטגיה שיפוטית ובעיותיה של הכרעה המבוססת רק על מבחני פסקת ההגבלה ראו לעיל פרק ג.

86 לעיקרון זה ראו אהרן ברק "איוון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי" ספר ברק: עיונים בעשיית השיפוטית של אהרן ברק 39 (ברק מדינה, איל זמיר וסיליה וסרשטיין-פסברג עורכים, 2009), והמקורות שם.

87 תופעה זו אינה ייחודית כמובן לזכות הקניין החוקתית אלא נובעת מהמודל הדו-שלבי לביקורת שיפוטית על פגיעה בזכויות. ראו לעיל בפרק ג.4.

88 להרחבה באשר לתפיסה זו לדיני הקניין בהקשר הישראלי ראו דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 4, ובעיקר שם, בעמ' 15.

זה שהיא אינה יוצאת באופן עקרוני כנגד מתן הגנה חוקתית להענקות מדינתיות. בפרק הבא אמנם אציע אמצעים חלופיים למוסד הקניין החדש, אולם הביקורת המובאת בפרק הנוכחי רלוונטית וחשובה גם למדיניות משפטית המבקשת למלא את הצרכים החברתיים כאמור באמצעות הקניין החדש כזכות חוקתית.

1. הבעיות של גישה הפועלת אד-הוק להכרה בזכות: עמימות משפטית ואינטרס ההסתמכות

כפועל יוצא (ובמידת מה בלתי נמנע) של העמימות האופפת את הזכות החוקתית לקניין ואת הגדרת הפגיעה בה, בתי המשפט אימצו כאמור גישה הפועלת אד-הוק לבחינת הפגיעה החוקתית בהענקות מדינתיות כקניין, אשר לרוב מניחה קיומה של זכות ופגיעה בה, ללא מבחנים משפטיים לקביעת היקף הזכות או לעצם קיומה של פגיעה. גם אם ניחס למדיניות זו משמעות החורגת משיקולים פרקטיים של הכרעות שיפוטיות, גישה זו, שאינה ממחרת לקבוע מסמרות בדבר דוקטרינה משפטית מחייבת, היא ראויה כשלעצמה. היא מבטאת הכרה בכך שההקשרים החברתיים השונים של הענקות מדינתיות מגוונות מחייבים כללי איזון שונים, ולכן אינם מאפשרים להגדיר באופן אנליטי מלא את מתחם הזכות החוקתית. במילים אחרות, אם הרציונל להכרה בהענקות מדינתיות כקניין חדש הוא מענה משפטי לתלות ההולכת וגוברת של הפרט ברשויות המדינה, אזי על הכללים המשפטיים להיות רגישים לאופי התלות ולעוצמתה, אשר עשויים להשתנות מהקשר להקשר. על רקע זה הכרעה אד-הוק בשאלת ההגנה הניתנת בכל מקרה ומקרה, מאפשרת רגישות לפונקציות החברתיות (תכליות ומחירים) של הנבדלות של סוגי הענקות מדינתיות שונים (באמצעות מבחני התכלית הראויה והמידתיות שבפסקת ההגבלה).⁸⁹

עם זאת, הכרעה אד-הוק, המבוססת על מבחני האיזון של פסקת ההגבלה, מחייבת הגמשה של ממש של שני השלבים הראשונים בביקורת השיפוטית החוקתית (או ויתור מוחלט עליהם): הוכחת קיומה של זכות חוקתית ופגיעה מדינתית בה. בהקשרים של הענקות מדינתיות השתמש בית המשפט בזכות הקניין ברמת הפשטה גבוהה – קניין כחירות שלילית וכמגן מפני כוחה הכופה של המדינה – לצורך כניסה לטרקלין האיזונים החוקתיים. הבעיה הברורה של הכרעה אד-הוק, ללא ניסוח ברור של כללי ההכרעה, היא חוסר ודאות באשר למצב המשפטי. מלבד הבעייתיות הכללית של חוסר ודאות משפטי, היעדר קביעה ברורה של היקף הזכות לקניין חדש ועוצמת ההגנה עליה, הוא בעייתי במיוחד בהקשר של הענקות מדינתיות ומתן מענה ראוי לאתגר החברתי שההענקות כאלה מעוררות – הן בנוגע להכוונת התנהגות רשויות השלטון והן בנוגע להכוונת התנהגות האזרח. אשר לרשות, המשתמשת בהענקות מדינתיות ככלי אפשרי להגשמת מדיניות חברתית-כלכלית (למשל כחלופה לאמצעים כופים יותר של ציווי ושלטיה), העמימות צפויה ליצור מצב של אפקט מצנן כלפי עצם השימוש בהן. כאשר הרשות יודעת כי הענקה עשויה להיות מסווגת

89 לטיעון הכללי שבחינה אד-הוק במסגרת הביקורת השיפוטית על פגיעה היא ככלל רצויה, שכן היא מאמצת בחינה הקשרית הרגישה לנסיבות הספציפיות של הפגיעה החוקתית, ראו מדינה, לעיל ה"ש 78, בעמ' 37.

כזכות יסוד, וכי שלילתה עלולה להיתפס כפגיעה בקניין, היא עלולה לבכר להימנע כליל מלפעול בתחומים אלה.⁹⁰ אמנם ייתכן שבית המשפט יפסוק לטובת הרשות, אבל בשל היעדר הוודאות היא עלולה להסתייג מלהיכנס להליך שיפוטי מורכב ומלתרום לתפיסה ציבורית שלה כפוגעת בקניין או בזכויות.

אשר לאזרח, ניתן לטעון כי העמימות הנורמטיבית מסכלת מענה שלם לסוגיית ההסתמכות הפרטית על הענקות מדינתיות (כבסיס לממד התלות שעליו עמד רייד). ככלל, פעולת ההסתמכות האנושית על מצגים של אחרים זוכה להגנה משפטית בהקשרים משפטיים מסוימים. במשפט הפרטי, ההסתמכות על פעולותיו או מצגיו של פרט אחר, מוכרת בדיני החוזים,⁹¹ הקניין⁹² והנזיקין.⁹³ במשפט הציבורי, הגנת ההסתמכות של הפרט על מעשי מדינה או מדיניות ציבורית, היא מוגבלת יותר. במשפט החוקתי והמנהלי הישראלי, ההסתמכות מוגדרת במפורש כאינטרס גרידא ולא כזכות חוקתית מוגנת, והדבר בא לידי ביטוי בעיקרון שלפיו "אין לאזרח זכות קנויה במדיניות".⁹⁴ ככל שמדובר במישור המנהלי, אינטרס ההסתמכות זוכה להגנה חלקית על ידי עילות הביטול והשינוי של החלטה מנהלית.

90 להרחבה באשר לצורך בהגדרה מדויקת של מתחם שיקול הדעת של הרשות המנהלית בהקשרי הענקות מדינתיות ראו להלן בתת-הפרק הבא.

91 ראו למשל, Lon L. Fuller & William R. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*: 1, 46 YALE L. J. 52 (1936) (תכליתם היסודית של דיני החוזים האנגלו-אמריקניים אינה רק פיצוי הנפגע על אובדן עסקה, אלא כי בפועל הסעד הכספי בגין נזקים בתביעות חוזיות, מגן למעשה על קשת של אינטרסים, ובכלל זה אינטרס ההסתמכות, אינטרס הקיום ואינטרס ההשבה). ראו גם RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 90 (1981) (עיגון השתק הבטחה בהקשרים חוזיים). לאימוץ גישה זו בפסיקה הישראלית ראו למשל ע"א 1846/92 לוי נ' מבט בניה בע"מ, פ"ד מז(4), 49, 54-55 (1993). בהקשר הישראלי דיני החוזים מגנים הגנה של ממש על אינטרס ההסתמכות במקרים של עסקת חסד, חוזה הפסד, השתק הבטחה והבטחת נישואין (דפנה ברק-ארוז "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי" משפטים כז 17, 23 (1996) (להלן: ברק-ארוז "הגנת ההסתמכות").

92 גם בתחום דיני הקניין, אשר מגנים באופן פורמלי על זכויות קניינות בלבד, ניתן להצביע על כמה מצבים של הגנה על ההסתמכות. הדוגמה הבולטת לכך היא ההסתמכות כבסיס להכרה בזכויות קנייניות, בנסיבות מסוימות, שבהן לא היו מוגנות לולא קיומה של ההסתמכות (לטיעון זה ראו Joseph Singer, *The Reliance Interest in Property*, 40 STAN. L. REV. 611 (1988). במשפט הישראלי, אינטרס ההסתמכות בא לידי ביטוי בדיני הקניין בהקשרים שונים כגון ההכרה בזיקות הנאה מכוח שנים, רכישת זכויות מכוח חוקה נוגדת לפי דיני הקרקעות העות'מניים ומגבלות המוטלות על ביטולו של רישיון במקרקעין בשל קיומה של ההסתמכות (לטיעון זה ראו ברק-ארוז "הגנת ההסתמכות", לעיל ה"ש 91, בעמ' 27-28).

93 בתחילת דרכם של דיני הנזיקין הם הגנו מפני פגיעות בגוף וברכוש, אך הם כוללים גם הגנה על אינטרס ההסתמכות, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בדיני המצגים כגון עולות התרמית ומצגי שווא רשלניים. לפירוש ההתפתחות ההיסטורית של דיני הנזיקין בהקשר של אינטרס ההסתמכות ראו שם, בעמ' 25-26.

94 לעיקרון זה בפסיקה ראו לעיל ה"ש 41. התפיסה שאין לאזרח זכות קנויה במדיניות שלטונית מהווה את עקרון היסוד שלפיו הרשות המנהלית מחויבת להפעיל בהתמדה את שיקול דעתה ולבחון את החלטותיה בהתחשב בנסיבות החיים המשתנות. לעיקרון יסוד זה של המשפט המנהלי ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1087-1089 (מהדורה שנייה, 2011); דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך א 204 (2010) (להלן: ברק-ארוז א).

אינטרס ההסתמכות של הפרט יכול לזכות בהגנה חזקה המתבטאת בהכרזה על בטלות האקט המנהלי או בתשלום פיצויי הסתמכות.⁹⁵

בהקשר הספציפי של הענקות מדינתיות, העמימות המשפטית עלולה ליצור בעיה של ממש. הקושי הברור בהגנה משפטית על אינטרס ההסתמכות בהקשר זה הוא הטיעון שקיומה של הסתמכות פרטית על הענקות מדיניות הוא במידה רבה תלוי דין במוכן זה שאנשים מסתמכים על פרקטיקות שהמשפט מאפשר להסתמך עליהן.⁹⁶ כך, עמימות באשר להיקף ההגנה המשפטית על האינטרס של הפרט לקבל הענקות מדינתיות, ובאשר לעוצמתה, אינה מבחירה אם ועד כמה ניתן להסתמך עליהן. בעיה זו חריפה במיוחד במקרה הנוכחי, שבו בית המשפט מאמץ גישה של הכרעה אד-הוק בסוגיות, כיוון שבהקשרים רבים של הענקות מדינתיות המדינה מבקשת דווקא לעודד את הסתמכות הפרט על פעולותיה כחלק משיתוף הפעולה הכלכלי המאפיין את המדינה הרגולטורית. אם אנו מבקשים לקדם תמריצים לשיתוף פעולה עתידי בין הפרט למדינה, יש לאפשר מידה מסוימת של הסתמכות מצד הפרט – ולהעניק לה הגנה משפטית. אם הגנת המשפט על ההסתמכות תורמת לנטייה להסתמך, אזי גם ההפך נכון: כאשר הדין אינו ברור דיו, ניתן לצפות לכך שתפחת הנטייה ליטול סיכוני הסתמכות.⁹⁷ בהקשר הדיון הנוכחי, בחירה בגישה מעשית להכרעה באשר להיקף ההגנה על קניין חדש ועוצמתה, ללא דוקטרינה סדורה בנושא, אינה מעבירה מסר חברתי ברור באשר למידת ההסתמכות הרצויה של הפרט, והיא עשויה לעודד הסתמכות יתרה (כשהדין אינו מגן עליה) או להרתיע מפני שיתוף פעולה רצוי של הפרט עם הרשות.⁹⁸ במידת מה, בעיה זו היא זמנית, עד אשר ייתן בית המשפט החלטה ברורה בסוגיה זו של תחילת הזכות החוקתית. עם זאת, לנוכח מגוון הצורות והתכליות של הענקות מדינתיות, בית המשפט צריך לא רק להכריע פוזיטיבית באשר למידת ההגנה הניתנת לכל הענקה

95 בדיני המשפט המנהלי נקבעו כללים לבחינת יכולתה של הרשות לשנות או לתקן החלטה קיימת, ואל מול החובה להפעיל את שיקול הדעת המנהלי ללא הרף, ניצב אינטרס ההסתמכות של הפרט על החלטה קיימת מסוימת. לסקירה ולדיון בדיני התיקון והביטול שהמשפט המנהלי קובע במישור ההליך ראו שם, בעמ' 371–406.

96 הספרות המשפטית מציעה כמה טיעונים תועלתניים ומוסריים בזכות ההגנה המשפטית על הסתמכות. במישור המעשי, הטיעון המרכזי הוא כי התעלמות מהסתמכותם של פרטים עלולה להוביל לבזבוז משאבים (הוצאות המבוססות על הסתמכות) שלא ישרתו כל מטרה חברתית, וכן כי אי-הגנה על הסתמכות תחליש תמריצים לשיתוף פעולה עתידי בין פרטים או בינם לבין המדינה, אשר עשוי להיות מועיל מבחינה חברתית (ראו המקורות הנוכחים לעיל בה"ש 92).

97 דפנה ברק-ארז מדגישה כי מבחינת תופעת ההסתמכות האנושית, הגנת הדין אינה תנאי הכרחי או מספיק לקיומה של הסתמכות, שכן זו עשויה להיות מבוססת גם על פרקטיקות חברתיות או תפיסות מוסריות שאינן מוכרות בדין הפוזיטיבי (ברק-ארז "הגנת ההסתמכות", לעיל ה"ש 91, בעמ' 22). עם זאת, גם אם נביא בחשבון את תפקידו של הדין כמעצב משמעותי של ההסתמכות (גם אם הוא אינו תנאי הכרחי או מספיק), הרי עמימותה המושגית-נורמטיבית של הדוקטרינה הישראלית בנוגע לקניין חדש כזכות חוקתית, פוגעת בערכו האקספרסיבי של הדין בנוגע להכוונת ההתנהגות של הפרט.

98 זו ביקורת הרלוונטית מטבע הדברים להקשרים הכלכליים-מסחריים של הענקות מדינתיות, ולא להקשרי הרווחה שלהן. להרחבה באשר לבעיית ההסתמכות על הענקות מדינתיות כשאלת מדיניות נורמטיבית (ולא רק בעיה של חוסר ודאות), ראו הלן בתת-הפרק הבא.

והענקה, אלא בעיקר באשר למבחנים המשפטיים שיש לנקוט לצורך בחינה של הענקות מדינתיות עתידיות, אשר בעניינן טרם נקבעה הלכה מחייבת.⁹⁹

2. המשמעות האקספרסיבית של הגמשת המבחנים החוקתיים הראשונים (קיומה של זכות ופגיעה בה)

עיקר הביקורת בתת-הפרק הקודם התמקד בעמימות הכללים המשפטיים. מבחינה מהותית, מוקד הביקורת הנוכחי אינו מתייחס רק לבעיות היישום בשל חוסר הוודאות, אשר עשויות להיפתר לאחר אימוץ עמדה עקרונית, לכאן או לכאן, באשר לתחולת ההגנה החוקתית של זכות הקניין גם על הענקות מדינתיות. הביקורת שהחלק הנוכחי מציע מכוונת נגד העיקרון עצמו (גם אם הוא קבוע וברור) של הגדרת כל שינוי בערך הסובייקטיבי של הענקה מדינתית כ"פגיעה בזכות מוגנת", שכן מדובר בהגמשה ניכרת של שני השלבים הראשונים בביקורת החוקתית הישראלית: בדיקת קיומה של זכות חוקתית מוגנת, וקיומה של פגיעה בה. סוגיה זו מהווה למעשה מקרה פרטי של המחלוקת התיאורטית בשאלה אם הגישה המרחיבה להתפרשותן של זכויות חוקתיות במשפט הישראלי היא רצויה. בהקשר זה, הפסיקה שנסקרה לעיל מלמדת על אימוץ הגישה שהציע פרופסור אהרן ברק, לפיה היקף הפרישה של זכויות צריך לכלול אוסף רחב של אינטרסים, וכל הגבלה שאינה בגדר *de minimis* צריכה להיות מוכרת כ"פגיעה" בזכות חוקתית.¹⁰⁰ עם זאת, ועל אף הגישה המעשית שלפיה "מתן שם" לזכות החוקתית הנפגעת והערכת עוצמת הפגיעה בה הן השלבים החשובים פחות בבחינה החוקתית, הרי מדיניות משפטית זו כרוכה בקשיים לא מבוטלים.¹⁰¹

מלבד הקשיים התיאורטיים הכלליים הכרוכים בגישה המרחיבה לשני שלבי הביקורת החוקתית הראשונים, הרי במקרה הייחודי של הענקות מדינתיות, גישה מרחיבה זו טומנת

99 ניתן להדגים את הדברים באמצעות הסוגיה של גופים דו-מהותיים, כלומר גופים אשר מקורם במשפט הפרטי אולם עקב מאפיינים ייחודיים להם, יש להחיל עליהם חובות מתחום המשפט הציבורי. מהותית, מדובר בסוגיה שונה מהדיון הנוכחי בהענקות מדינתיות, אך היא מאפשרת להשוות את המדינתיות המשפטית בנוגע להתמודדות עם שאלה עקרונית זו, בכל הנוגע לגופים קיימים אך גם למקרים עתידיים. בתחום של גופים דו-מהותיים, הפסיקה הכריעה באופן מחייב לאורך השנים באשר למעמדם הדו-מהותי של גופים פרטיים מסוימים, ועל כן אין בעיה של ודאות באשר למעמדם. עם זאת, נוסף על הקביעה הנקודתית והמחייבת באשר למעמדם של גופים ספציפיים, הפסיקה פיתחה דוקטרינה עקרונית באשר לבחינת הסיווג של גופים דו-מהותיים. כך, גם גופים אשר טרם ניתנה בעניינם הכרעה מחייבת – ניתן להעריך את מעמדם באמצעות העקרונות הכלליים שהדוקטרינה קובעת, כגון מידת קרבתו לרשות מנהלית, תפקידו הציבורי, היקף פעילותו, חיוניות השירותים שהוא נותן ועוד. לסקירת הפרמטרים שנקבעו בפסיקה הישראלית לעניין זיהויים של גופים דו-מהותיים ראו אסף הראל גופים דו-מהותיים: גופים פרטיים במשפט המינהלי 49–172 (2008).

100 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 77, בעמ' 137–138 ("כל הגבלה בזכות חוקתית או פגיעה בה מחייבת בחינה באשר לחוקתיותה. לעניין זה אין הבדל בין הגבלה או פגיעה מקיפה לבין הגבלה או פגיעה צרה [...] אין מקום לבחינה חוקתית של חוק שאת פגיעתו בזכות חוקתית ניתן לאפיין כ'זוטי דברים'").

101 לטיעון זה ראו למשל מדינה, לעיל ה"ש 77, בעמ' 285. להרחבה באשר לגישות אלו בפסיקה ומשמעויותיהן הנורמטיביות ראו אביחי דורפמן "כיבוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי" עיוני משפט לו 11 (2013).

בחובה משמעויות אקספרסיביות לא-פשוטות, גם אם בסופו של דבר ההכרעה האופרטיבית תהיה אימתן סעד חוקתי, כפי שקורה בפועל.¹⁰² כלומר דחיית עתירה על סמך אי-עמידה בתנאי פסקת ההגבלה, אינה מעבירה את אותו מסר ציבורי של דחיית על סמך היעדר פגיעה בזכות (בדומה להבדל בין סגירת תיק פלילי מטעמי חוסר ראיית להבדיל מטעמי היעדר אשמה).

מבחינה אקספרסיבית, ההנחה השיפוטית שלפיה כל שינוי ערך רכושי של הענקה מדינתית, כחלק מפעילות רגולטורית, מהווה פגיעה בזכות חוקתית היא לא פשוטה מבחינת המסר שהיא מעבירה לציבור. כאמור לעיל, "הנחת עבודה" זו שקולה במידה רבה לתפיסה פוליטית-כלכלית ליברטריאנית, המתרחקת משיקולים חלוקתיים ומשיקולים של רווחה מצרפית. כאמור, זו אינה פסולה כשלעצמה, אך בנוגע ליחסי הפרט והמדינה, המתאפיינים בהדדיות ארוכת טווח, זו אינה צריכה להיות התפיסה הבלעדית המנחה את הדיון המשפטי והציבורי. אם אנו מבקשים לפעול במסגרת המושגית של זכות הקניין בהקשר של הגנה על הענקות מדינתיות, יש להוסיף ולפתח מבחנים משפטיים משוכללים יותר לבחינת קיומה של פגיעה בזכות חוקתית זו, ולא להסתפק בתפיסה הבסיסית הבוחנת את ההפסד הכספי הנובע מהפעילות הרגולטורית, ביחס לתועלת שהופקה באמצעות הענקה המדינתית.¹⁰³

במקרים של קניין חדש, יש משמעות חברתית או פוליטית למסר שלפיו המדינה פוגעת בזכות חוקתית מוגנת, גם אם הפגיעה נעשתה בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה. משמעות זו נוגעת למסגור הדיון הציבורי והמשפטי בנוגע לערכים המתחרים שבבסיס ההכרעות המשפטיות. כאשר בית המשפט נמנע מלהכריע בסוגיה של היקף הזכות החוקתית, ומכריע על בסיס פסקת ההגבלה – הוא למעשה מאזן את זכות הקניין (של הפרט) עם זכויות או אינטרסים הנתפסים כחיצוניים. לעומת זאת, כאשר בית המשפט מתרכז בעצם קיומה של פגיעה בזכות חוקתית, הוא רגיש לתפיסות שונות של זכות הקניין, ולמתח הטבעי בין תפיסות רכושיות של קניין ובין היבטיה החלוקתיים של אותה זכות.

ניתן להדגים את הדברים באמצעות פרטי עניין דמי המעבר כדוגמה עכשווית. כאמור, באותו עניין הוגשה עתירה נגד תיקון חקיקה שקבע כי חברת yes אינה רשאית לגבות עוד תשלום תמורת העברת הערוצים הייעודיים. הניתוח המשפטי של בית המשפט הניח את קיומה של זכות קניין בנוגע לרישיונות השידור שהוענקו ל-yes, אך קבע כי הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. מבחנים אלו הופעלו בשים לב לפגיעה בזכות הקניין, כאשר תכליתה של הפגיעה היא הבטחת מגוון וריבוי של דעות בכלי התקשורת. הפגיעה הוגדרה כמידתית

102 תיאוריות אקספרסיביות של המשפט עומדות על חשיבותו המעשית והדה-אונטולוגית של המסר החברתי שמערכת המשפט מבטאת, מעבר לתוצאות ההכרעה בפועל. מקורה של גישה זו הוא במשפט הפלילי, בהקשר עוצמתה החברתית של הסטיגמה העבריינית גם במקרים שבהם לא הוטל לבסוף עונש פורמלי. ראו Elizabeth S. Anderson & Richard H. Pildes, *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, 148 U. PA. L. REV. 1503 (2000). בהקשרים של המשפט החוקתי, הדיון מתרכז במסרים הערכיים שהחוקה והמשפט החוקתי מעבירים לציבור האזרחים, ולא רק בכלי הכרעה המכוונים למערכת המשפט.

103 התרחקות ממבחן ההפסד הכספי הכללי רצויה במיוחד בנוגע להענקות מדינתיות בעלות אופי מונופוליסטי, כאשר הפגיעה הנובעת קשורה לצמצום המונופול שניתן לבעלי רישיונות או זכויות קיימים (לטיעון זה ראו דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 4, בעמ' 185–196).

לנוכח עוצמתו הגבוהה של האינטרס הציבורי להסדיר את השידורים והזכות לחופש ביטוי, מחד גיסא, ועוצמתה הפחותה של הפגיעה בקניין, מאידך גיסא. תוצאה זו אכן נראית רצויה. עם זאת, היא מטשטשת הבדלים מהותיים בין הקניין המסורתי להענקות המדינתיות. רישיונות השידור הם למעשה משאב המיועד להגשים מדיניות של פיקוח על שידורים. ייתכן שהרישיון הוא מקור העושר המרכזי של המחזיק בו, אך כל תכליתו של רישיון זה היא להגשים מעורבות מדינתית בתחום חברתי זה ולהוציאו מתנאי השוק החופשי, ועל כן אין להכיר בו כקניינו של הפרט במובן של שרירות בעלים. תפיסה רכושית מלאה של קניין בהקשר זה חוטאת לתכלית החברתית ולתפיסה החלוקתית שבבסיס יצירת רישיון השידורים. בכך היא פוגעת ביכולת לקיים דיון ציבורי כבסיס לממד הפוליטי שבהכרעות בין תפיסות חלוקתיות מתחרות.

אם נניח שהמשפט החוקתי הפוזיטיבי מבטא את ערכי הליבה של החברה, השימוש בהגדרה מפורטת של ערכים חברתיים, ודרכי ההכרעה בהן, יהיו בעלת ערך אקספרסיבי משמעותי יותר. כך, הגישה המעשית שבית המשפט נוקט, המבססת את הכרעתה האופרטיבית על מבחני פסקת ההגבלה לבדם, עשויה לערער את עצם הלגיטימיות שלה. גם בדיון הציבורי וגם בהכרעה המשפטית, אופן ההגדרה המדויקת של זכויות, ערכים ואינטרסים הוא קריטי להכרעה הסופית. כך המגבלות האקספרסיביות של הגישה השיפוטית הקיימת פוגמות בלגיטימציה של ההכרעה הסופית.

3. מגבלות אנליטיות: המשגת הענקות מדינתיות כקניין

טרם הצגת הביקורת על ההמשגה של הענקות מדינתיות כקניין, יש להקדים ולהבין את מהותה של הזכות החוקתית לקניין, המעוגנת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. כידוע, מאז חקיקתו של חוק היסוד וסעיף 3 שבו המורה כי "אין פוגעים בקניינו של אדם" (אלא אם כן פגיעה זו עומדת בתנאי פסקת הגבלה), ניתן מעמד חוקתי לזכות הקניין. בישראל רווחת העמדה שזכות הקניין החוקתית המעוגנת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, מבטאת הענקת מעמד חוקתי לחירויות כלכליות (יחד עם העיגון של חופש העיסוק כזכות יסוד).¹⁰⁴ לפי יואב דותן, הדיון בקניין כזכות משפטית בכלל וכזכות חוקתית בפרט, נוגע לתיחום הגבול בין התחום הפוליטי השוויוני ובין השוק הכלכלי, הנתפס כלא־שוויוני.¹⁰⁵ במובן זה, עיגונה של הזכות לקניין בחוקי היסוד מבטא הכרה באפשרות של פרטים להיות בעלי קניין, כמו גם הגבלת יכולתה של המדינה להתערב במישור החיים הכלכלי, למשל בדרך של הקצאת משאבים מחדש.¹⁰⁶ בהמשך לניתוח זה, עצם ההכרה באפשרות של פרטים להיות בעלי קניין היא החלטה פוליטית, המתאימה למישור החוקתי. ההחלטה בנוגע למושאיה של הזכות לקניין ולהגנות שיינתנו לה גם היא החלטה פוליטית, אלא שהיא צפויה להשתנות על פי המציאות החברתית ולכן ראוייה יותר לחקיקה "רגילה" של נבחרים הציבור, ולא לעליונות

104 ראו למשל יואב דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח 535 (1997); אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא 405 (1998).

105 דותן, לעיל ה"ש 104, בעמ' 537-540.

106 לגישה נוספת שלפיה הגדרת משמעותיה של זכות הקניין במשפט הפרטי טומנת בחובה הכרעות פוליטיות וערכיות ראו דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 4.

חוקתיות, שמגבילה מבחינה צורנית ומהותית את היכולת לקיים בעניינה הכרעה דמוקרטית. בה בעת, למרות ההכרה המפורשת בעצם קיומה של זכות חוקתית לקניין, קיימת עמימות נורמטיבית באשר לעוצמת ההגנה על זכות זו עוד בנוגע לקניין הישן, ובעיקר באשר למבחן קיומה של פגיעה בזכות ואיזונה אל מול אינטרסים ציבוריים אחרים.¹⁰⁷

אתגר זה של תיחום היקף הזכות החוקתית ומשמעויותיו הפוליטיות מתגלה במלוא עוזו במקרים שבהם ההענקות המדינתיות, המומשגות כקניין חדש, הן למעשה משאב מלאכותי שנוצר על ידי המדינה לצורך קידום מדיניות ציבורית מוסכמת. דוגמה ממחישה למגבלות השימוש בזכות הקניין לצורך הבטחת אינטרס הפרט לקבל הענקות מדינתיות מתבטאת באימוץ מבחן הערך הרכושי לצורך בחינת קיומה של פגיעה חוקתית. התפיסה שכל הסדר משפטי המטיל על הפרט נטל שאינו מידתי למידת ההנאה של הפרט ממנו מהווה הפרה של זכות הקניין החוקתית – אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות המדינה המנהלית המודרנית, ואחריותה לקידום מדיניות ציבורית לפי צורכי המציאות.¹⁰⁸ כך עצם השימוש בהמשגה הרכושית בנוגע להענקות מדינתיות אינו משאיר מקום לעיצוב מדיניות ציבורית וליצירת זירה לשיתוף פעולה בין פרטים למדינה. אין צורך לאמץ תפיסה שיתופית של קניין כדי להכיר בצורך להבחין בין משאבים שונים לצורך קביעת מידת השליטה הפרטית הראויה בהם. גם בהנחה שהתפיסה הרכושית של קניין היא התפיסה הדומיננטית בהקשר המשפט הפרטי (במובן של שרירות בעלים והיכולת להדיר אחרים מהמשאב), היא אינה עולה בקנה אחד עם מהותן של מרבית ההענקות המדינתיות כמשאבים ציבוריים להגשמתה של מדיניות חברתית. כך, אימוץ המבחן הרכושי גם בנוגע להענקות מדינתיות, אינו רגיש מספיק לצורכי הבחנה בין הענקות מדינתיות שונות לפי תכליותיהן החברתיות המוגנות. הוא אף מתעלם מכך שהענקות הן ביטוי למדיניות של הממשל הנוכחי, ואין הצדקה משכנעת להגן לטווח ארוך על מדיניות הזכאות הרחבה.

מנקודת מבט ריאליסטית (או לפחות יישומית), נראה כי הבחירה בהמשגה של הענקות מדינתיות כזכות קניין חוקתית הייתה הנוחה ביותר בעיני בית המשפט. ייתכן גם שזו הייתה הדרך היחידה שבה ניתן להגן על הענקות כאלה, שכן פגיעה בהן לרוב אינה מהווה פגיעה בזכות חוקתית אחרת. במילים אחרות, דומה שבית המשפט רצה להותיר בידיו את הכוח להגן על הפרט מפני נטילה של הענקות מדינתיות, אף אם לא השתמש בו בפועל. הדרך היחידה לשמר כוח זה היא להכיר באפשרות שהענקות מדינתיות עלולות כדי "קניינו של אדם". אך גם אם נאמץ את הגישה המעשית שהציע בית המשפט, המבקשת להבטיח ביקורת שיפוטית אף במחיר הקלה בדרישה הפורמלית של הוכחת פגיעה בזכות, הרי גם משיקולים אינסטרומנטליים המשגת ההענקות המדינתיות כקניין מעוררת קשיים. גם אם נאמץ תפיסה שלפיה יש להגמיש את הגדרת הזכות לצורך הבטחת ביקורת שיפוטית על יחסי הפרט והמדינה המתאפיינים בפערי כוחות ותלות משמעותית של הראשון בשניה, ניתן

107 דותן, לעיל ה"ש 104, בעמ' 550–560.

108 במונחים של תיאוריה פוליטית, ניתן להגדיר גישה שיפוטית זו כמאמצת תפיסות ליברטריאניות בדבר מקומה של המדינה בחלוקה של משאבים חברתיים. ראו דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 4, בעמ' RICHARD A. EPSTEIN, TAKING PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT ; 186 .DOMAIN 204–209 (1985).

להשיג אותה מטרה חברתית באמצעות כלים משפטיים חלופיים, שאינם מגייסים את נשק יום הדין של ביקורת שיפוטית-חוקתית בגין פגיעה בזכויות יסוד. בכל הנוגע לאקטים מנהליים המשפיעים על הענקות מדינתיות, קיים בישראל מערך ביקורת שיפוטית המבוסס על כללים משפטיים חלופיים ומפותחים יותר מתחום המשפט החוקתי. מבחינה פורמלית, המשפט המנהלי מאפשר להחיל את כל מבחני פסקת ההגבלה, כמו גם מבחנים פרוצדורליים נוספים, אף ללא סיווג ההענקה המדינתית כזכות חוקתית או כזכות קניין. גם מבחינה מעשית, ההמשגה של הענקות מדינתיות כזכות חוקתית נחשבת לחיונית רק לשם קיום ביקורת שיפוטית על התערבות מדינתית בהענקות מדינתיות, הנעשית באמצעות חקיקה ראשית.¹⁰⁹

לעומת זאת, לבחירה בהמשגת הענקות מדינתיות כקניין יש מגבלות לא פשוטות. מבחינה פורמליסטית, המגדירה את מטרת זכות הקניין כהגנה על מה ש"יש" לאדם, ראוי לשים לב לכך שכאשר המדינה בוחרת להעניק הטבות לפרטים מסוימים, היא עושה זאת בתנאים מסוימים. כך, בשום שלב לא מוענקת לפרט ריבונות מלאה בדרך של זכות קניין, אם ההענקה המדינתית ניתנה מלכתחילה על תנאי. הבעיה כאן איננה רק אנליטית אלא גם מעשית: אם הענקות מדינתיות נוצרו ונועדו לשרת תכליות ציבוריות (או את טובת הכלל), הרי אין מקום להעניק שרירות בעלים או ריבונות פרטית בהם.

4. התוצאות של הכרה רחבה בהענקות מדינתיות כקניין: כבילת שיקול הדעת הציבורי בנוגע להענקות מדינתיות והגבלת היכולת לקיים מדיניות ציבורית ורגולציה אפקטיבית

מבחינה מעשית, הטיעון המרכזי נגד הרחבת ההגנה החוקתית על קניין והחלתה גם על הענקות מדינתיות הוא כי זו כרוכה בכבילה משמעותית של שיקול דעת הרשות המנהלית, המשתמשת בהענקות מדינתיות ככלי לקידום מדיניות ציבורית בתחומי הכלכלה והרווחה. בהקשר זה טענתי היא כי למרות ההכרה הבלתי מעורערת בכך שהמדינה הפכה למקור עושר חברתי משמעותי (שאותה מאמץ בית המשפט כבסיס לפסיקותיו בעניין), ניתן לתהות אם המענה המשפטי של קניין חדש מתמודד כראוי גם עם הצורך להבטיח את הפעלתו המתמדת של שיקול הדעת השלטוני, בהנחה שזה מופעל לטובת אינטרסים ציבוריים ראויים.

כפי שזיהה רייך, ומוסכם ביתר שאת גם כיום, המדינה המודרנית מתאפיינת בפיקוח ואסדרה נרחבים של חיי הפרט הן בהקשרים מסחריים-כלכליים והן בהקשרי רווחה.¹¹⁰ אם אנו מקבלים את המסגרת הפוליטית של המדינה הרגולטורית המודרנית, ברי כי יש להגביל את כוחן של רשויות השלטון, לנוכח פערי הכוחות הניכרים ביניהן ובין האזרח. עם זאת, השימוש במוסד הקנייני כדי לעשות כן, ככל שהוא מבוסס על גישה מוניסטית לקניין הפרטי כאל מעוז של שרירות בעלים, מגביל מאוד את יכולתה של הרשות להפעיל שיקול דעת,

109 להרחבה באשר לעדיפות של כללי המשפט המנהלי ככלי התמודדות עם הצרכים החברתיים המגולמים במושג הקניין החדש ראו להלן פרק ד.

110 ראו לעיל פרק א.

ולמעשה לחסום כל דינמיות מנהלית או רגולציה אפקטיבית. חשש זה נוכח גם בפסיקות שהובאו לעיל, וההסתייגות מפני הכללת הענקות מדינתיות במתחם הזכות החוקתית לקניין מבטאת חשש מפני הגבלת יתר של רשויות השלטון, הכפופות ממילא לסייגים מהמשפט הציבורי.

על רקע הביקורת שהובעה לעיל בדבר העמימות הנורמטיבית של זכות הקניין כזכות חוקתית, אין להתעלם מהחשש כי הכרה במעמד חוקתי של שלל ההענקות המדינתיות, ודרישה לביקורת חוקתית על כל אקט מנהלי של שינוי או ביטול הענקות מדינתיות, יחסמו בפועל כל אפשרות לרגולציה אפקטיבית מצד המדינה. המענה המשפטי לקניין חדש, ככל שהוא מבוסס על תפיסה של זכות הקניין כחירות שלילית במהותה, מגביל את מרווח התמרון המסור לרשויות המדינה, אף שמסורה להן הסמכות הפוליטית והמקצועית לקבל החלטות לטובת הכלל במציאות החיים של המדינה הרגולטורית. כך, ניהול משותף של חלק מהמשאבים בחברה (להבדיל מהענקת שרירות בעלים פרטית בהם), עשוי להיות חיוני להבטחת טובתה ורווחתה של החברה. אם הענקות מדינתיות הניתנות לצורך הגשמת יעדים חברתיים משתנים הן מכשיר לגיטימי, יש מקום לשמר יכולת ניהול ושליטה של המדינה בהענקה המדינתית. ביקורת זו משתקפת גם במוסכמות היסוד של המשפט הציבורי בדבר הצורך להבטיח מתחם שיקול דעת מקצועי לרשויות המוסמכות¹¹¹ והכרה כי יעדים חברתיים הם מגוונים ומשתנים תדיר (להבדיל מזכויות האדם, שהן לרוב אוניברסליות וקבועות במהותן).

במידת מה ניתן לטעון כי הצורך לשמר חופש פעולה מדינתי אינו שיקול נגד להגנה חוקתית על הענקות מדינתיות, שכן כל ייעודן של הזכויות החוקתיות הוא להצר את פעולות המדינה האפשריות כלפי האזרח. כך, אם אנו מכירים בתלות ובצמצום החירות האישית הגלומים בתופעת הקניין החדש, הרי כל מענה משפטי לה צפוי לדרוש את הצרת צעדיה של הרשות. למעשה, במידה רבה כל הכרה בזכות, כובלת במידת מה את שיקול הדעת של הרשות, ולפיכך הכבילה כשלעצמה אינה מהווה שיקול נגד ההכרה בזכות.

עם זאת, וכפי שהוצג בתת-הפרקים הקודמים, המענה שהפסיקה הנוכחית מספקת אינו רגיש מספיק לאינטרסים הייחודיים להענקות מדינתיות. המצב הקיים יכול להביא לידי כך שלא תינתן הגנה אפקטיבית (כפי שניתן להתרשם מההכרעות האופרטיביות של הפסיקה עד כה), או לחלופין לאפקט מצנן שירתיע את הרשות. יתרה מזו, נראה שגם ריך וגם הפסיקה תמימי דעים כי משמעות הזכות לקניין חדש אינה זכותו של הפרט לקבל אותה הענקה מדינתית, אלא זכותו שממד התלות שלו בהענקה לא ינוצל לרעה (באמצעות שלילה או צמצום השווי של הענקה קיימת). לכן מוצדק לאפשר לרשות שיקול דעת רחב באשר להקצאה (אם כי לא שיקול דעת מוחלט), אך לפקח על האופן שבו היא מפעילה כוח זה, לאחר שבחירה להשתמש בו. כלומר מישור הביקורת המרכזי שיש לקיים, והמצר את חופש הפעולה של המדינה, צריך להיות מופנה להליך הפעולה של המדינה, שאותו מסדירים כללי המשפט המנהלי, ולא רק לטיב האיזון החברתי כפי שמוגבלת הדוקטרינה החוקתית הקיימת.¹¹²

111 ראו לעיל ה"ש 94.

112 לאימוץ גישה זו בנוגע להענקות מדינתיות במשפט האמריקני, ראו לעיל ה"ש 19–20 והטקסט שלידן.

היסוד המשותף למרבית הביקורת שהוצעה לאורך פרק זה הוא שהענקות מדינתיות מעוררות לרוב שאלות של הגנה משפטית על אינטרס ההסתמכות של הפרט עליהן, ולו הגנה מינימלית. כפי שפורט לעיל, ההצדקה להגנה המשפטית על ההסתמכות היא שהיא מונעת בזבוז משאבים חברתיים ומעודדת הסתמכות פרטית על יוזמות שלטוניות, לצורך הגשמת יעדיה של המדינה הרגולטורית. לנוכח התפיסה המקובלת, שלפיה ההסתמכות היא אינטרס שאינו עולה כדי זכות קניין, נדרשים כלים אנליטיים רגישים יותר לזיהוי טיב הצורך החברתי שעליו המשפט מבקש להגן, והתאמת המענה המשפטי המתאים לצרכים חברתיים שונים. לאור גישה זו, הפרק הבא יבקש להציע גישה משפטית חלופית כדי לתת מענה לאתגרים שתופעת הקניין החדש מעוררת.

לצד הביקורת הפורמליסטית הברורה, ניתן לטעון כי מבחינה מעשית אין פסול במצב הקיים שבו בית המשפט מניח שקיימת זכות חוקתית ושהייתה פגיעה בה, ומבסס את הכרעתו על פסקת ההגבלה. ואכן, מבחן התוצאה מלמד שבפועל ממילא נדחות העתירות נגד הפסקה או שינוי של הענקות מדינתיות בעילת פגיעה בזכות הקניין. עם זאת, יש להכיר בחסרונות התיאורטיים והמעשיים של עמימות חוקתית דווקא בנוגע להענקות מדינתיות שנתפסות כפרקטיקה בעלת פוטנציאל לפגיעה בחירות הפרט. הפסיקה הערכנית מוכיחה כי אנו עדיין נמצאים בשלב הפורמטיבי של המדיניות המשפטית, ולכן יש מקום לחשש שביט המשפט ישנה את מדיניותו ולצד הרחבת היקף הזכות, ירחיב גם את עומק ההגנה על הזכות, שזו בתורה עשויה לכבול את יכולת המדינה לנקוט מדיניות ציבוריות ורגולציה אפקטיביות. כך, בין שאנו תופסים את מלאכת "ההנדסה החוקתית" של בית המשפט כמהלך אנליטי-פורמליסטי ניטרלי ובין שאנו רואים בו עיצוב נסתר של תפיסות חברתיות באמצעות גיבוש המתודולוגיה החוקתית,¹¹³ הכרעות אד-הוק, אשר אינן מעוגנות בבסיס נורמטיבי סדור וגלוי אינן רצויות הן כעניין של עיקרון והן כעניין של מדיניות.

ד. לקראת דוקטרינה חלופית: האם מוסד קנייני הוא מענה משפטי ראוי למערכות היחסים האינטנסיביות שבין הפרט לשלטון, ומה החלופות לו?

לנוכח המגבלות היישומיות והבעיות המהותיות בדוקטרינה המשפטית המתהווה, שעליהן עמדנו עד כה, פרק זה של החיבור יוקדש לבחינה אם המשגה של הענקות מדינתיות כקניין היא אמצעי משפטי ראוי להבטחת הצרכים החברתיים הנובעים ממעורבותה הגוברת של המדינה בפעילות פרטית. על רקע זה, חלקו הראשון של הפרק הנוכחי יתמקד בזיהוי המטרות והצרכים שבבסיס הקריאה להרחבת ההגנה החוקתית על קניין והחלתה גם על הענקות מדינתיות. בהתאמה, שני החלקים הבאים בפרק זה יציעו כלים משפטיים חלופיים

113 להגדרת המשפט החוקתי כמרחב חברתי שבו מתקבלות הכרעות ערכיות ולמשמעויות הפורמליסטיות והריאליסטיות של הגדרת "זכות", "אינטרס" ו"ערך" בשיה השיפוטי ראו מיכאל בירנבק "הנדסה חוקתית: מתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591 (2003).

להתמודדות עם אותם מטרות וצרכים חברתיים: שימור חירות הפרט והאוטונומיה שלו במציאות הנוכחית שבה מרבית מקורות העושר (והאושר) החברתיים נמצאים בשליטתה של המדינה הרגולטורית.

1. נקודת מוצא: תפיסת מושג הקניין החדש כתופעה חברתית להבדיל מדוקטרינה חוקתית

אימוץ התפיסה הרואה בהסדרים משפטיים (ובפרט מוסד הקניין הפרטי) מכשיר יציר כפי האדם, הניתן לעיצוב לפי צרכים והעדפות ערכיות, מחייבת הידרשות לטיב ההתאמה בין כללים משפטיים לתכליות הציבוריות שהם באים לשרת. בנקודה זו הספרות והפסיקה מזהות אותה תכלית ציבורית: על רקע ההכרה במעורבות הולכת וגוברת של המדינה המנהלית בחיי הפרט, והיותה מקור משמעותי להקצאת עושר בחברה – יש להבטיח כי חירויות הפרט יישמרו כראוי בעת פעילות חלוקתית זו.

אם ננסה לאתר את התשתית הנורמטיבית לאופן שבו בית המשפט מצדיק את הרחבת הזכות החוקתית לקניין והחלטה על הענקות מדינתיות, נראה כי בית המשפט נסמך בעקיבות על כתיבתו האקדמית של רייך כהצדקה לבחירה במענה המשפטי של שימוש בזכות הקניין החוקתית. עם זאת, אם נחזור לכתיבתו המקורית של רייך כמקור לשותל החוקתי שיובא למשפט הישראלי, נראה כי גם בה אין כדי לספק תשתית תיאורטית-אנליטית סדורה למקרה הישראלי, ובעיקר לשאלה שעניינה טיב ההגנה החוקתית שזכות הקניין זוכה לה. כפי שטענתי לעיל, רייך אינו מציע הצדקה אנליטית-פורמליסטית מתחייבת למתן הגנה חוקתית לפרטים הזקוקים להענקות מדינתיות. המהלך שרייך מציג הוא ריאליסטי במהותו ומתחיל מתוך תנאי המציאות החברתית ואיומיה ומציע פתרון ריאליסטי-יישומי להם. בשום שלב רייך אינו מצדיק את ההכרה בקניין חדש על סמך דמיון לקניין מסורתי.¹¹⁴ במובן מסוים, תרומתו המהותית של רייך היא בזיהוי האיומים החברתיים-פוליטיים הסמויים מהעין והמשפט, ולא בהצדקה הכרחית של מענה משפטי זה או אחר לאותם איומים.¹¹⁵ מובן שאין כל פסול בכך שמערכת המשפט הישראלית פיתחה דוקטרינה עצמאית, החורגת מכתבתו המקורית של רייך. עם זאת, בהיעדר תשתית תיאורטית סדורה למשמעות החוקתית של זכות הקניין, המצב המשפטי הקיים אינו קוהרנטי דיו.

114 להצגת הטיעון שלפיו רייך השתמש בהמשגה של קניין (property), בשל היותו מושג מורשש תודעתית במשפט האמריקאי, להבדיל מטיעון אנליטי-פורמליסטי, ראו למשל JENNIFER NEDELSKY, AMERICAN CONSTITUTIONALISM AND THE PARADOX OF PRIVATE PROPERTY 241 (1988). הדבר עולה גם בכתיבתה של ברק-ארז, הקוראת להרחבת ההגנה על אינטרס ההסתמכות במשפט המנהלי הישראלי, תוך זיהוי היבטים של כתיבתו של רייך עם קריאה להגנה על אינטרס ההסתמכות. ראו ברק-ארז "הגנת ההסתמכות", לעיל ה"ש 91, בעמ' 35 ("בתרבות משפטית [האמריקאית – א"ו] שבה ההגנה על הקניין מקובלת כאקסיומה, קל לטעון לחשיבות ההגנה על אינטרס באמצעות הכנסתו למשפחת הזכויות הקנייניות. אולם ההגדרה 'קניינית' היא רק אמצעי להעברת מסר בסיסי יותר – שהגנה על טובות-הנאה הניתנות מטעם השלטון חיונית להבטחתה של החירות האישית").

115 פרשנות זו של רייך נתמכת בהסבר שהצעתי בפרק א לעיל. כמו כן רייך עצמו מעיד על כך שתכלית אותו חיבור קנוני היא הצבת "נורת אזהרה" ולא דווקא הגדרת מענה משפטי מסוים. ראו Reich, 25 Years, לעיל ה"ש 18.

אכן, נראה שאין חולק כי מעורבות שלטונית הולכת וגוברת זו בחיי הפרט מחייבת מענה משפטי ראוי. השאלה שאליה אתייחס בפרק זה היא אם המענה המשפטי הראוי לאיזונים אלו צריך להיות דווקא בדרך של הרחבת ההגנה החוקתית על הזכות לקניין, שהיא הכיוון שאליו צועדת הדוקטרינה המתהווה. כאן אפתח את הטיעון שהצעתי בפרק הקודם, ולפיו במרבית המקרים אין צורך ולא ראוי להעניק הגנה חוקתית למשאבים המכונים "קניין חדש" במסגרת זכות הקניין החוקתית. אין חולק על ההנחה כי בהקשרים מסוימים אכן יש לספק הגנה משפטית לאינטרסים הייחודיים של הפרט בכל הנוגע להענקות מדינתיות. אולם השאלה היא מה הדרך המתאימה לכך. הדיון בפרק הקודם חשף את הבעיות האנליטיות והיישומיות שבהרחבת הגנת הזכות החוקתית לקניין כאמצעי ההגנה העיקרי בנוגע להענקות מדינתיות. כפי שצינתי לעיל, גם אם הפסיקה תגבש כללי הכרעה שיפחיתו את חוסר הוודאות המשפטית, תיוותר בעינה הבעיה היסודית של שימוש בזכות הקניין בהקשרי הענקות מדינתיות: הגבלת היכולת לקדם ולקיים מדיניות ציבורית ואסדרה. מגבלה זו נובעת הן מהמסר החברתי שלפיו כל הפסקה או שינוי בערך של הענקה קיימת הם פגיעה בזכות יסוד, והן מהאילוץ להפעיל ביקורת שיפוטית-חוקתית על כל שינוי מדיניות כאמור. על כך מתווספת הבעיה העקרונית של קיבוע מוסד הקניין הפרטי כשירות בעלים, ללא מקום לבחינת תפיסות משפטיות-חברתיות אחרות. על רקע זה, הפרק הנוכחי מבקש לחתום את הדיון באמצעות בחינת כלים חלופיים להתמודדות עם תחום ההענקות המדינתיות – ובראשם כללי המשפט המנהלי.

לכאורה ניתן לומר כי הפתרון לפסיקותיו הבעייתיות של בית המשפט אינו בהעברת הקניין החדש לתחום המשפט המנהלי אלא בפיתוח מבחנים ברורים יותר בנייתוח החוקתי של זכות הקניין עצמה. עם זאת, דווקא מתוך התפיסה השיפוטית המבקשת לספק כלים משפטיים להתמודדות עם הבעיה החברתית של ריכוז מקורות עושר (ואושר) בידי המדינה, הטיעון כאן הוא שבארגז הכלים של המשפט הציבורי כבר ישנם כלים מתאימים יותר להתמודדות עם מגוון הצורות והתכליות החברתיות של הענקות מדינתיות. כפי שאסביר מיד, העתקת עיקר הדיון לפתחו של המשפט המנהלי, וזיהוי זכויות חוקתיות ספציפיות (כמוצע בהמשך הפרק), הם חיוניים למסגור מדויק יותר של הצרכים והערכים החברתיים המתנגשים, ולכן יכולים להתאים את המענה המשפטי המדויק הנחוץ להם. זיהוי מדויק של האיוונים המתבקשים חשוב הן ברובד המשפטי והן ברובד הציבורי, שכן לצורך איזון משפטי או הכרעה פוליטית אנו מחויבים לזהות בדיוק מה ניצב על שתי כפות המאזניים – האם אכן לפרט נתונה זכות חוקתית מוגנת, או שמא בהקשרים מסוימים מדובר באינטרס גרידא. הגישה המוצעת בפרק זה אינה מייתרת את הצורך להשתמש במשפט החוקתי כמענה משפטי ראוי לתופעת הקניין החדש, אך היא מדגישה כי זו צריכה להיות שכבת ההגנה שנייה, ולא המענה היחיד.

2. כללי המשפט המנהלי כשכבת הגנה ראשונה

כללי המשפט המנהלי הם מישור ההגנה המשפטי העיקרי על הפרט מפני כוחה העדיף של הרשות השלטונית שמולה הוא פועל. למעשה, כללי המשפט המנהלי חולשים על מרבית הפעולות השלטוניות בתחום ההענקות המדינתיות, ומספקים הגנות פרוצדורליות ומהותיות

לפרט בפעילותו מול רשויות המנהל, לרבות במקרי הענקות מדינתיות כגון רישוי עסקים, הענקת זכויות סוציאליות ומתן סובסידיות אלה או אחרות. כמכלול, המשפט המנהלי מספק מערך נורמטיבי להגדרת המותר והאסור בפעולותיהן של הרשויות המנהליות במגען עם האזרח בשלושה מישורים מובחנים: מישור הסמכות, מישור ההליך ומישור שיקול הדעת. **במישור הסמכות**, כללי המשפט המנהלי, ובראשם עקרון חוקתיות המנהל, בוחנים את שאלת תחומי סמכותה של הרשות המנהלית, לרוב על בסיס הדרישה להסמכה בחקיקה ראשית.¹¹⁶ בהקשר הדיון שלנו, הדבר מאפשר להבחין בין שאלות ערכיות המתאימות יותר להכרעה ברמה הפוליטית, ובין שאלות המתאימות יותר להכרעה ברמה הביצועית.¹¹⁷ זה אכן אינו מענה מלא. עקרון חוקיות המנהל מגן על הענקות מדינתיות, כי הוא מגן על הפרט מפני שרירות של הרשות המבצעת אך לא מפני הרשות המחוקקת. עם זאת, עקרון חוקיות המנהל הוא מקום נכון וחשוב להתחיל בו את ההגנה על זכויות, כשבמספר לא מבוטל של מקרים פעולות הנוגעות להענקות מדינתיות ופוגעניות כלפי הפרט יכולות להיפסק דרך תקיפת מקור הסמכות.

במקביל, **המישור הפרוצדורלי** של המשפט המנהלי מבטא הכרה ביתרונה היחסי של הרשות בעיצוב המדיניות הציבורית ומתרכז בביקורת על אופן קבלת ההחלטה הביצועית כרגולציה של תהליך קבלת החלטות שלטוניות. לענייננו רלוונטיים במיוחד הכללים בדבר חובת ההגינות של הרשות, שיתוף בהליך, חובות פומביות ושקיפות – המתאימים לאופיין של הענקות מדינתיות כטובין שמקורו במשאבים ציבוריים.¹¹⁸ בליבת המישור הפרוצדורלי עומדים כללי הצדק הטבעי – זכות הטיעון והאיסור לנהוג במשוא פנים. כללים אלו מספקים הגנות הליכיות לפרט מפני כוחה העדיף של הרשות. כך, פגיעה באינטרס כלשהו של האזרח, לרבות שלילה או אי-הענקה של משאב מדינתי, כפופה להליך פרוצדורלי נוקשה המיועד להבטיח הגינות כלפי הפרט וריסון כוחה העדיף של המדינה במערכת יחסים זו.¹¹⁹

יתרוננו של המישור המנהלי-פרוצדורלי על פני המישור החוקתי שבו מתרכזת הדוקטרינה הקיימת, נתמך כאמור גם בכתיבתו של רייך עצמו, המתמקדת באופן הפעלת הסמכות ולא דווקא במהות ההחלטה לשלול או לצמצם הענקה מדינתית.¹²⁰ ההכרה

116 לעקרון חוקיות המנהל והכללים המשפטיים הנובעים ממנו ראו ברק-ארו א, לעיל ה"ש 94, בעמ' 158–97.

117 למשל, שאלת עידוד סוג מסוים של תעשייה, או הצורך להבטיח אינטרס חברתי מסוים כחלק מאסדרה מדינתית של פעילות פרטית, מתאימים להכרעה ברמה הפוליטית. מנגד, בחירת האמצעים המדינתיים להגשמת המדיניות החברתית, ובעיקר עדכונם על פי מציאות החיים המשתנה, מתאימים ברגיל לרמה הביצועית.

118 ל להרחבה בעניין דיני המשפט המנהלי במישור הפרוצדורלי ראו ברק-ארו א, לעיל ה"ש 94, בעמ' 261–460. לפרשנות כתיבתו של רייך כמתייחסת בעיקרה לפיקוח פרוצדורלי ולזכות ההליך הוגן ראו למשל Stephan F. Williams, *Liberty and Property: The Problem of Government Benefits*, 12 J. LEGAL. STUD. 3 (1983).

119 להרחבה באשר לכללי הצדק הטבעי ומעמדם הנורמטיבי ראו ברק-ארו א, לעיל ה"ש 94, בעמ' 461–563.

120 בשלב ההצעות המעשיות במאמרו של רייך, הוא מציע את המגבלות החוקתיות הבאות בהקשר הענקות מדינתיות: איסור התניית בויתור על זכות חוקתית (Reich, *The New Property*), לעיל ה"ש 1, בעמ'

במישור הפרוצדורלי כשכבת הגנה ראויה לטיפול במקרים של הענקות מדינתיות, מקובלת גם בארצות הברית, מולדתה של הקריאה להכרה בקניין חדש. שם, התיקון החמישי לחוקה, המעגן את הזכות החוקתית לקניין, מספק הגנה מפני הפקעה בלבד ולא מפני פגיעה אגב פעילות רגולטורית אשר רק פוגעת בשווי או בערך של המשאב.¹²¹ כמובן, בשיטה האמריקאית ניתנות גם הגנות מפני פגיעה אגב פעילות רגולטורית, אך אלו מתרכזות בביקורת שיפוטית על הליך ההכרעה בלבד, בחסות הזכות החוקתית המפורשת להליך הוגן (ולא בהמשגת הפגיעה להפרת הזכות החוקתית לקניין).¹²²

נוסף על כך, המשפט המנהלי אינו מוגבל לביקורת פרוצדורלית בלבד, אלא כולל מישורים מהותיים של התערבות בשיקול הדעת המדינתי. כללי המשפט המנהלי בדבר שיקולים זרים, הפליה, אי-סבירות והיעדר מידתיות¹²³ מספקים מערך הגנה אפקטיבי במקרה של הענקות מדינתיות. גם מבלי להרחיב את הדיון בפרטי העילות השונות, ניתן לזהות את תכליתן הכללית: הבטחת איזון ראוי בין אינטרסים ציבוריים-כלליים או טובת הכלל ובין ערכים מוגנים של חירות אינדיווידואלית והגנה מפני כוחה הכופה של המדינה. כך למשל, החשש שהביע רייד מפני שימוש בהענקות מדינתיות כאמצעי לפגיעה בזכות מוגנת, מקבל מענה לא רק בהיבט ההליך אלא גם באמצעות ביקורת על שיקול הדעת המנהלי, בהסתמך על עילת השיקולים הזרים (הבוחנת את התניית ההענקה רק על רקע התכלית הציבורית הספציפית שהיא מבקשת להשיג) או על שימוש במבחן המידתיות, שעליו ממילא מבוססת הפסיקה החוקתית בנושא.

על רקע זה, טענתי היא כי כללי המשפט המנהלי מתאימים יותר במקרים רבים לבחינת הלגיטימיות של הפסקת הענקות מדינתיות לפרט המסתמך עליהן, או שינוי בהן. כפי שהראיתי כאן, הייחוד של המשפט המנהלי הוא בהעברת נקודת המבט מהפגיעה בפרט לאופי פעולתה של המדינה. כיוון שההענקה ניתנת על תנאי, כאמור, השאלה המרכזית צריכה להיות אם התנאים נקבעו כראוי ואם המדינה פעלה כראוי בעת הנטילה של ההענקה. כלומר המוקד בהענקה מדינתית הוא אופן הפעולה הראוי של המעניק ולא הפגיעה במוענק. המשפט המנהלי, המתמקד במעניק, מספק מסגרת דיון עדיפה, ונמנע מהקשיים האנליטיים והיישומיים שהצגתי בפרק הקודם בנוגע להמשגת הענקות מדינתיות כקניין.

780) ותחית שיקול דעת הרשויות בהקשרים אלו בחקיקה (שם, בעמ' 781-783). כך, עקרונות אלו אינם מתייחסים לעצם קיומה של זכות לקבל הענקות מדינתיות, אלא לאופן הענקתה (ובעיקר שלילתה) בידי הרשות המבצעת. מכל מקום, רייד עצמו מדגיש כי האמצעי המרכזי להתמודדות עם הבעיה החברתית בהקשר זה הוא מנגנונים פרוצדורליים מתחום המשפט המנהלי, המגשימים את עקרון ההליך ההוגן (שם, בעמ' 783).

121 ראו למשל Robert Brauneis, *The Foundation of Our 'Regulatory Takings' Jurisprudence: The Myth and Meaning of Justice Holmes's Opinion in Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 106 YALE L.J. 613 (1996).

122 להרחבה ראו לעיל פרק א.

123 להרחבה באשר לעילות אלו ראו ברק-ארוז *משפט מינהלי* כרך ב 619-634 (2010) (גבולות ההתערבות בשיקול הדעת); שם, בעמ' 634-672 (שיקולים זרים ומטרות זרות), 673-721 (הפליה), 723-770 (אי-סבירות), 771-793 (מידתיות).

גם באשר להגנה מסוימת על אינטרס ההסתמכות של הפרט על הענקות מדינתיות ניכר יתרונו של המשפט המנהלי. למעשה, אחד היתרונות המשמעותיים של כללי המשפט המנהלי הוא התמודדות עם פגיעה בהסתמכות של הפרט על מדיניות ציבורית קיימת, בעוד שהמשפט החוקתי אינו נתפס כמגן על אינטרס ההסתמכות.¹²⁴ המכשיר המרכזי שהמשפט המנהלי מספק בהקשר זה הוא הכללים בדבר תיקון וביטול של החלטת רשות שלטונית. כללים אלו, המתייחסים הן להליך השינוי והן להצדקתו, מבקשים להתמודד עם המתח בין הצורך להבטיח אפשרות לתיקון טעויות ונזקים (כחלק מהחובה להפעיל שיקול דעת ומתוך שיקולי יעילות כלליים) ובין הצורך להגן על הוודאות המשפטית ברמה הכללית וברמת הפרט שהסתמך באופן סביר על החלטה קיימת. מתח זה בא לידי ביטוי בכלל המשפטי הקובע כי בבחינת סבירותו של שינוי החלטה מנהלית, יש להתחשב בהחלטה הראשונה, שכן ההחלטה הראשונה "יצרה מציאות נורמטיבית חדשה, היא ביססה הסתמכות ולעתים אף שינוי מצב לרעה. שינוי בהחלטה זו עשוי לפגוע בציפיות סבירות".¹²⁵ במקרים מסוימים, שבהם נידונו החלטות בנושאים אינדיווידואליים מסוימים (להבדיל מנושאים בעלי תחולה כללית או הכרעות מדיניות), בית המשפט פסל החלטות המשנות מדיניות קיימת, לנוכח הסתמכות על החלטות שכבר התקבלו.¹²⁶ במובן זה, ההגנה על אינטרס ההסתמכות אינה מוחלטת, אלא תוצר של איזון בין חשיבות האינטרס הציבורי שבעטיו יש לסטות מהחלטה שהתקבלה, ובין מידת ההסתמכות וטיב הנזק הצפוי לאזרח אשר פעל על סמך ההחלטה המקורית. יתרה מזו, הסעדים שהמשפט המנהלי מספק לצורך הגנה על אינטרס ההסתמכות של הפרט, הם מגוונים יותר מאלו המקובלים במשפט החוקתי ומאפשרים איזון מיטבי יותר באמצעות פסיקת פיצויים לפרט המסתמך, והותרת השינוי על כנו.¹²⁷ לפיכך, לנוכח התפיסה המקובלת שלפיה המשפט החוקתי אינו מגן על אינטרס ההסתמכות של הפרט כשלעצמו,¹²⁸ מישור המשפט המנהלי מציע כלים מפותחים יותר לאיזון אינטרס ההסתמכות של הפרט ביחס להענקות מדינתיות אל מול שיקולים של שינוי מדיניות לטובת הכלל.

לצד יכולתו של המשפט המנהלי להציע כלים משוכללים יותר להתמודדות עם הצרכים החברתיים שבבסיס הקריאה להגן על הענקות מדינתיות כקניין חדש, הוא גם מציע מענה הקשרי-תחומי לשני הסוגים הנפוצים של הענקות מדינתיות: התחום העסקי-מסחרי-רגולטורי ותחום הרווחה והטיפול באוכלוסיות מוחלשות. בתחום הכלכלי, ניתן להצביע על פיתוח

124 מבחינה פורמלית, הפסיקה דחתה במפורש את הגישה שלפיה הסתמכות על אקט מדינתי וציפייה להפיק רווח כלכלי על סמך מצב חוקי קיים, הופכות כשלעצמן לזכות קניין מוגנת (ראו למשל עניין דודיאן, לעיל ה"ש 25, פס' 28 והמקורות שם).

125 בג"ץ 3406/91 בבלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(5) 1, פס' 12 לפסק דינו של השופט ברק (כתוארו אז) (1991). בהמשך הדברים הוסיף השופט ברק כי לנוכח הצורך לאזן בין השיקולים, ייתכנו מקרים שבהם רשות לא תהא רשאית לקבל בדעיכה החלטה שהיא הייתה רשאית לקבל מראש.

126 ראו למשל בג"ץ 574/81 ירמיהו עיני בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריות, פ"ד לו(3) 169 (1982); בג"ץ 549/75 חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לבקורת סרטי קולנוע, פ"ד ל(1) 757 (1976).

127 לדיון באשר לרציונה של פסיקת פיצויים (חלף בטלות ההחלטה) במקרים של שינוי החלטה מנהלית ראו ברק-ארוז א, לעיל ה"ש 94, בעמ' 401-403.

128 ראו לעיל ה"ש 51 והטקסט שלידה.

דינים ייחודיים לתחומים מגוונים של הענקות מדינתיות הנעשות בהקשרים כלכליים: מכרזים, חוזים, הבטחות מנהליות, תמיכות מנהליות, וזיכיונות ורישיונות מנהליים. המשפט המנהלי בתחום זה מציע מערכת נורמטיבית לאיזון המתח הבסיסי הנובע מהתאמת כללי המשפט הפרטי להתקשרויות עם המדינה, שהיא צד שכוחו רב ואשר במקביל להתחייבויות הפרטיות מחויב גם לשמור ולהבטיח זכויות ואינטרסים ציבוריים.¹²⁹ על כן נקבעו כללים מחמירים להבטחת הגינות מוגברת מצד המדינה, בהשוואה לחובת תום הלב המצומצמת החלה על פרטים, וכן עקרונות לבחינת האפשרות לשינוי או ביטול של התחייבות מדינתית קיימת כלפי פרטים. כללים אלו עולים בקנה אחד עם טיעוניו המקוריים של רייך בכל הנוגע לצורך לתת מענה משפטי לפעילויות המנהליות של המדינה בתחומי הרישיונות, הזיכיונות, החוזים והסובסידיות.¹³⁰ גם בתחום הרווחה והטיפול באוכלוסיות מוחלשות, המשפט המנהלי החל לפתח התאמות הקשריות של כללי המשפט המנהלי. התאמות אלו נעשו כדי להלום את האתגרים הייחודיים למישור זה, ובראשם התלות הרבה של הפרט המוחלש במדינה, ופערי הכוח הניכרים ביניהם. המענה המשפטי לאתגרים אלו הוא הגברת חובת ההגינות של המדינה בהליכים הפרוצדורליים מול האזרח המוחלש, וכן הכרה בכך שפגיעה בהענקות מדינתיות מסוג זה, מחייבת ביקורת שיפוטית מדוקדקת.¹³¹

התייחסות תמציתית זו מיועדת להמחיש את ההצעה להמשיג כעילות מתחום המשפט המנהלי את מרבית התביעות המשפטיות שנידונו בפסיקה כפגיעה בקניין חדש, ככל שהן אינן מכוונות הישר כלפי חקיקה ראשית. בחינה חלופית זו של ההגנה על הענקות מדינתיות מאפשרת לתת מענה הקשרי-פלורליסטי עשיר יותר להיבטים השונים של פערי הכוח או יחסי התלות בין האזרח למדינה.¹³² יתרה מזו, הברור של יישום כללים אלו (והפרתם) מגיע לדיון בבתי המשפט, ולא רק בטריבונלים המנהליים הפנימיים. כך מוגשם הצורך החברתי שזיהה רייך, להגבלת העוצמה המרוכזת בידי המדינה המנהלית, על ידי ביקורת מצד גוף שאינו חלק מהרשות או מהזירה הפוליטית – הרשות השופטת. גם ברמת היישום יש לזכור שמרבית ההתדיינות בהקשרי קניין חדש כווננו כלפי אקטים מנהליים, ולא כלפי חקיקה ראשית. הקושי מתעורר כשהמעשה המדינתי החשוד כפוגע, מעוגן בחקיקה ראשית. במקרה זה, אין מנוס מלעצב דלתות גישה אל הטרקלין החוקתי, אך על דלתות אלו להיות מותאמות

129 זו למעשה הדואליות הנורמטיבית החלה על פעולותיהן של הרשויות תוך שימוש בכלים המשפטיים ובמסגרות המשפטיות שפותחו במשפט הפרטי. ראו ברק-ארוז ג, לעיל ה"ש 8, בעמ' 5.

130 Reich, *The New Property*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 734–735.

131 להרחבה באשר לפיתוח הקשרי-תחומי של המשפט המנהלי בתחום הרווחה ראו פלג, לעיל ה"ש 9.

132 הסתייגות מסוימת מהשימוש בכללי המשפט המנהלי בהקשרים כלכליים-מסחריים עשויה להתעורר בנוגע להנחת יחסי הכוחות הבסיסית של המשפט המנהלי. תפיסת יסוד של המשפט המנהלי היא הצורך להגן על הפרט מפני כוחה העודף של המדינה. אכן, הדבר עשוי לחייב את התאמתם של כללים מתחום המשפט המנהלי למציאות שבה פערי הכוח בין המדינה ובין המוסדרים אינם כה משמעותיים. ובמילים אחרות, האם נכון להתייחס (לטוב ולרע) לקצבת זקנה באותו אופן שבו מתייחסים לרישיון לקידוח גז בשווי מאה מיליארד דולר? עם זאת, דווקא ניסיונו של המשפט המנהלי בפעילות כלכלית מגוונת אפשרה לו להתאים בפועל את כלליו לפעילות מול גופים כלכליים חזקים. גם אם התאמה זו טרם הושלמה, והיא מוסיפה להתעצב, הרי בכל הנוגע לקניין חדש הרגישות המנהלית להבחין בין אינטרסים כלכליים לאינטרסים אנושיים כגון כבוד ואוטונומיה אנושית, כבר קיימת בנוגע להגנה המסויגת על אינטרס ההסתמכות.

מותאמות באופן המיטבי לצרכים החברתיים שעליהם הן מבקשות להגן. על כך, בתת-הפרק הבא.

הדיון התמציתי בחלק זה מבסס את הטענה הפשוטה כי אם התכלית החברתית של הכרה בקניין חדש היא הבטחת חירות הפרט מפני כוחה העדיף של המדינה הרגולטורית, הרי למעשה מדובר באותה תכלית חברתית העומדת ביסוד כללי המשפט המנהלי. אין הדבר שולל את ההגנה החוקתית מן ההענקה המדינתית, אולם היא צריכה להיות המוצא האחרון, כשאי-אפשר למשיג את הפסול בפעילות המדינתית באמצעות כללי המשפט המנהלי.¹³³ כללי המשפט המנהלי, הרלוונטיים למרבית הטענות בדבר הגנה על קניין חדש, למעשה מספקים מענה מבוסס יותר ורגיש יותר מזה שההגנה החוקתית על זכות הקניין מספקת. כשניתן להמשיג את התכליות החברתיות שבבסיס הענקות מדינתיות שונות כעילות מוכרות במשפט המנהלי, נחלשת נחיצותו של פיתוח מוסד משפטי חדש ורגיש פחות. בנוסף, ההגנה שהמשפט המנהלי מעניק לאינטרס ההסתמכות, גם ללא הכרה בזכות חוקתית, היא עדיפה גם מבחינת מיתון האפקט המצנן על פעילות המדינה. כאשר הענקות מדינתיות נתפסות כמעניקות למקבל זכות חוקתית לקניין, הדבר יוצר אפקט המצנן את נכונות המדינה להשתמש בכלי זה, הכובל במידה ניכרת את שיקול הדעת בנוגע לעתיד. גמישות הפעולה היחסית שהמשפט המנהלי מאפשר, צפויה לצמצם את האפקט המצנן, ללא זניחה של הביקורת השיפוטית האפשרית על פגיעה באינטרס ההסתמכות והיכולת לפצות עליה בפיצויי הסתמכות.

אין בכך שלילה מוחלטת של דוקטרינת הקניין החדש, אלא הצעת גישה פלורליסטית יותר, הרגישה למציאות החיים של פעילות רגולטורית ענפה. פעילות רגולטורית מדינתית נשענת כמובן על המסגרת הנורמטיבית המסמיכה של חקיקה ראשית (סמכות פוליטית), אך היא למעשה מופעלת בידי גורמים מקצועיים ולא פוליטיים (סמכות מקצועית).¹³⁴ כמובן זה, חשיבותה של ההפרדה בין ביקורת חוקתית ובין ביקורת מנהלית היא לא רק פורמלית, אלא בעיקר נובעת מכך שמדובר במערכות ביקורת המותאמות למקור הסמכות החברתי השונה של מישורים אלו. נוסף על כך, פתרון זה הוא מדויק יותר מהגדרת ההענקות המדינתיות כקניין, שכן מדובר במשאבים בבעלות ציבורית ולתכלית ציבורית, ועל כן אי-אפשר להעניק לפרט ספציפי יכולת ניהול או שליטה מלאה במשאב זה, שהוא אך מכשיר שנוצר להגשמת מדיניות חברתית מוסכמת במסגרת המדינה הרגולטורית. פנייה לכללי המשפט המנהלי במקרים המתאימים מספקת הן לפרט הן לבתי המשפט כלי מגן מגוונים, נוסף על "נשק יום הדין" של ביקורת חוקתית.

133 הדבר מעוגן במידת מה בעילת הסף המקובלת במשפט הציבורי של "מיצוי הליכים". כך, אם מדובר בטענה לפגיעה שאינה מופנית כלפי חקיקה, אלא כלפי אקט מנהלי של הענקות מדינתיות, יש לפנות תחילה למענה משפטי זה.

134 במציאות, אין להתעלם מהאפשרות שגורמים מנהליים-רגולטוריים יהיו חשופים ללחצים פוליטיים וחברתיים או הטיות אחרות, כמתואר בתיאוריות העוסקות ב-"public choice" ו"שבי רגולטורי", שבהם אמורים לטפל כללי המשפט המנהלי. להרחבה באשר לאיומים אלו והמענה המשפטי להם ראו שרון ידן רגולציה 170-151 (2016).

3. שימוש בזכויות החוקתיות לחופש עיסוק וזכויות חברתיות כשכבת הגנה שנייה

למרות כוחם הבלתי מבוטל של דיני המשפט המנהלי והכללים שפותחו במסגרתו לענייננו, אלו בכל זאת אינם מייתרים את הצורך בהגנות הפועלות במישור החוקתי. מבחינה מהותית, דיני המשפט המנהלי מכוונים להקשרי "ביצוע" של זכויות מוגנות, ואינם מגדירים בעצמם זכויות מהותיות.¹³⁵ מבחינה מעשית, מגבלותיו הברורות של המשפט המנהלי נעוצות בכך שהוא אינו מספק סעדים בגין פגיעה שמקורה בחקיקה ראשית, שכן זו מחייבת הצבעה על קיומה של זכות חוקתית ועל קיומה של פגיעה בה. המענה המשלים שתת-פרק זה מציע במישור החוקתי, היא שימוש בזכויות קיימות חלף יצירה של זכויות חוקתיות "חדשות".¹³⁶ המשפט החוקתי הישראלי מאפשר לספק הגנה לא מבוטלת לסוגים שונים של הענקות מדינתיות באמצעות הזכות החוקתית לחופש עיסוק והכרה בזכויות חברתיות כחלק אינטגרלי ממארג הזכויות החוקתיות. שתי זכויות חוקתיות אלו עשויות לחול על מקרים רבים הנוגעים להענקות מדינתיות ולהגן על אינטרסים שונים של הפרט בעניינן. תחילה ניתן לציין את תפקידה של הזכות החוקתית לחופש עיסוק לספק הגנה על הענקות מדינתיות בהקשרים מסחריים-כלכליים; ולצדה הזכויות החברתיות, ובראשן הזכות החוקתית לקיום בכבוד, מאפשרות לספק הגנה מפני שינוי או ביטול של הענקות מדינתיות בהקשרי רווחה שונים. לא למותר לציין שזכויות אלו אינן מוכרות במישור המשפט החוקתי האמריקאי, דבר המסביר את האילוץ להגן על צרכים חברתיים אלו באמצעות ההמשגה הקניינית. הזכות לחופש עיסוק היא זכות מנויה ומבוססת בתפיסה החוקתית בישראל, והתפיסה המקובלת היא שזכות זו נגזרת מהאוטונומיה של הרצון הפרטי.¹³⁷ כעולה מהפסיקה שנסקרה לעיל, הזכות לחופש העיסוק משמשת תכופות בסיס לטענה נגד רגולציה מדינתית על פעילות פרטית, לצד הטענה בדבר פגיעה בזכות הקניין. לכן, אם הרציונל המרכזי להרחבת זכות הקניין ולהחלתה גם על הענקות מדינתיות הוא הרצון לאפשר ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, העשויה לפגוע בחירות הפרט עקב שינוי תנאי הענקות מדינתיות, הרי הזכות החוקתית לחופש העיסוק יכולה לחול על קבוצה רחבה של הענקות מדינתיות בעלות ערך כלכלי (כגון רישיונות וזיכיונות).¹³⁸ נוסף על כך, מכיוון שהזכות

135 זה כמובן התיאור הקלאסי של חלוקת המשפט הציבורי לתחום החוקתי ולתחום המנהלי. במציאות, ובייחוד בישראל אשר לא הייתה לה הגדרה חוקתית של זכויות אדם עד שנות התשעים של המאה הקודמת, גם המשפט המנהלי תרם לפיתוחן של זכויות מהותיות. ראו למשל בג"ץ 1/49 בזרנו נ' שר המטרה, פ"ד ב 80 (1949) (בתחום חופש העיסוק); בג"ץ 73/53 חברת קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871 (1953) (בתחום חופש הביטוי).

136 לטיעון הכללי כנגד הכרה בזכויות חוקתיות "חדשות" בשל החשש מדילול ההגנה החוקתית הכללית על זכויות האדם כולן ראו למשל רות גביוון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות 25, 31-37 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

137 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג – פרשנות חוקתית 582-583 (2013) (להלן: ברק פרשנות חוקתית).

138 לתפיסה שלפיה משטר רישיונות עיסוק בתחום מוגדר ושלייה של רישיון כאמור מהווה פגיעה בזכות החוקתית לחופש עיסוק (אשר בתורה עשויה להיות מוצדקת ככל שהיא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה)

לחופש עיסוק כוללת גם את הזכות להתחרות באופן שוויוני או הוגן (ולא רק לבחור משלח יד),¹³⁹ היא עשויה לספק כלי משפטי מתאים להערכת הענקות מדינתיות נוספות בהקשר הכלכלי-עסקי כגון סובסידיות או מענקי עידוד.¹⁴⁰ באופן כללי יותר, כיוון שהערכים החברתיים שבבסיס הזכות לחופש עיסוק הם אוטונומיית הפרט לצד הקצאת משאבים מיטבית בחברה, נראה שהם חופפים במידה רבה את הערכים החברתיים שבבסיס הקריאה להגן על הענקות מדינתיות כקניין.

בכל הנוגע להענקות מדינתיות מחוץ להקשר העסקי-כלכלי, כגון קצבאות זקנה או אבטלה, הפסיקה הכירה זה מכבר במעמדן החוקתי של זכויות חברתיות רלוונטיות כגון הזכות לבריאות, הזכות לחינוך והזכות לקיום מינימלי בכבוד. זכויות אלו, המשויות למשפחת הזכויות החברתיות, הוכרו כזכויות בעלות מעמד חוקתי הנגזרות מהזכות לכבוד האדם.¹⁴¹ כך, אם הרציונל להכרה בזכות חוקתית לקניין חדש הוא השארת פתח לביקורת שיפוטית על הענקות מדינתיות, הכרה בזכויות חברתיות אלו (לצד ההכרה בחופש העיסוק כזכות כלכלית), עשויות להוות בסיס אפקטיבי לביקורת שיפוטית. למעשה, השתת הביקורת השיפוטית על הזכויות החברתיות עולה בקנה אחד עם הצעתו של רייך, אשר מדגיש את הצורך בשינוי התפיסה של הענקות מדינתיות כגון דמי אבטלה או קצבאות זקנה מנדבות לזכויות. גם לשיטתו של רייך, הענקות מדינתיות הקשורות לסטטוס, כגון קצבאות רווחה, ראויות להגנה החזקה ביותר – כזכויות מוגנות.¹⁴²

נוסף על התרומה של פרדיגמה זו במישור הבחינה החוקתי הראשון (הוכחת קיומה של זכות חוקתית מוגנת), היא בעלת ערך תואם גם לשלב הבחינה השני (קיומה של "פגיעה" בזכות). כפי שטענתי בפרק ג לעיל, טרם הוצע בספרות ובפסיקה מודל להגדרת "פגיעה חוקתית" בהקשרים של הענקות מדינתיות, ובייחוד כאלה שאינן סחירות או בעלות ערך שוקי. לעומת זאת, גם בנוגע לזכות לחופש העיסוק וגם בנוגע לזכויות חברתיות הנובעות מהזכות לכבוד, הפסיקה מציעה הגדרות סדורות ומותאמות להמשגת הפגיעה, בהתאם להבדל המהותי בין הזכויות החוקתיות השונות לתכליותיהן החברתיות הנבדלות. כך למשל, בהקשרי קניין חדש נפוצים, כגון רישיונות עיסוק ומכסות ייצור, קיימת מסגרת אנליטית לבחינת עצם קיומה של פגיעה בחופש העיסוק, ולא פחות חשוב מכך – לבחינת עוצמתה: נקודת המוצא היא כי "לא כל פגיעה באינטרס עסקי עולה כדי פגיעה בחופש

ראו למשל בג"ץ 2740/96 שניסי נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה, פ"ד נא(4) 481 (1997).

139 ראו למשל בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בעמ' נ' ממשלת ישראל פ"ד נר(5) 451 (2000) (בפסק דין זה שעסק בזיכיונות שידור, נקבע בין היתר: "חופש העיסוק כולל לא רק את זכותו של אדם לעסוק במקצוע שבו יבחר, אלא גם את זכותו של אדם להתחרות בעוסקים האחרים באותו ענף" (שם, בעמ' 463)).

140 להצגת המערכת הנורמטיבית לבחינת הקשרים שונים של חופש העיסוק בשלבי הניתוח החוקתי, ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 137, בעמ' 593–603 (היקף הזכות החוקתית), 605–625 (קיומה של פגיעה בחופש העיסוק והפעלת מבחני פסקת ההגבלה).

141 להרחבה באשר להתפתחות ההכרה בזכויות חברתיות ראו ברק-ארו וגרוס, לעיל ה"ש 55.

142 Reich, *The New Property*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 786.

העיסוק".¹⁴³ גם כשמוכרת פגיעה בחופש העיסוק, הדין הקיים רגיש דיו כדי להבחין בין מצבים חברתיים שונים: הגבלת עיסוק באופן גורף אל מול התנאתו בתנאים, או ההבדל בין אי-הענקה מלכתחילה של רישיון פעילות לשלילה של רישיון קיים.¹⁴⁴ יש להודות, הפנייה לזכויות קיימות לצורך הגנה על חירות הפרט מפני שליטתה של המדינה בהענקות המדינתיות, דורשת גם היא המשך פיתוח של הדין החוקתי. עם זאת, לנוכח הבעיות המהותיות של המשגת הענקות מדינתיות כקניין פרטי (והמשמעות הליברטריאנית המובלעת במהלך זה), מתחדד הצורך בפיתוח הדין בכיוון זה כדי לספק מסגרת אנליטית מדויקת יותר להגדרת ה"הנדסה החוקתית", ובעקבותיה גם לתוצאות האיוון.¹⁴⁵

העובדה ששימוש בזכות לחופש העיסוק ולכבוד האדם אינו מכסה את כל המקרים האפשריים של צמצום או שלילה של הענקה מדינתית, עשויה דווקא ללמד על כך שהפגיעה הנידונה היא לכל היותר פגיעה באינטרס הסתמכות, או בהיבט פריפריאלי של זכות מוגנת. כך מתאפשר גם איוון מידתי יותר בין התכלית החברתית שבבסיס השינוי ובין רווחתו וחירותו של הפרט, למשל באמצעות הוראות מעבר או תקופת הסתגלות של פסיקת סעדים חוקתיים מתאימים יותר בהשוואה לאיסור לשנות את המצב המשפטי הקיים.¹⁴⁶

סיכום: קניין חדש – משפט, חברה ובחזרה

מאמר זה בחן את תוכנו של המשפט בסוגיית הקניין החדש לצד בחינת ההקשרים החברתיים שהמשפט פועל בהם. מושג הקניין החדש, שטבע רייך, מתייחס בעת ובעונה אחת לתיאור תופעה פוליטית-כלכלית ולהצעת מענה משפטי להתמודדות עם הצרכים החברתיים של תופעה זו – כשני נושאים מובחנים. כיום, בשיח המשפטי כמו גם בשיח הציבורי-פוליטי, אין עוררין על קיומה של התופעה שתיאר רייך ועל חשיבותן הרבה של הענקות מדינתיות לרווחתם ולחירותם של האזרחים במדינה המודרנית. אין חולק כי במציאות של ימינו, מקורותיהם של זכויות וחובות רבים בעלי ערך כלכלי הוא אצל רשויות השלטון, ולא בשליטתם המלאה של פרטים. האיום של מציאות חברתית זו הוא גם ברור – תלות הולכת וגוברת של הפרט במדינה, המגבילה את החירות והאינדיווידואליות שלו, או לפחות יוצרת פוטנציאל לפגיעה כאמור.

143 בג"ץ 5064/03 לשכת סוכני ביטוח בישראל נ' המפקח על הביטוח, פ"ד נח(3) 217, 237 (2004).
144 להבחנה בין הקשרים רגולטוריים שונים ועוצמת הביקורת השיפוטית עליהם במסגרת המשפט המנהלי ראו ברק-ארז ג, לעיל ה"ש 8, בעמ' 509-542. להבחנות הקיימות במשפט החוקתי הישראלי בין הגבלת עיסוק באופן גורף אל מול התנאתו בתנאים, או ההבדל בין אי-הענקה מלכתחילה של רישיון פעילות לשלילה של רישיון קיים, כדרגות שונות של פגיעה בזכות לחופש עיסוק ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 137, בעמ' 605-625.

145 לחשיבות הגדרת הזכויות והאינטרסים שיש לאזן במסגרת ביקורת שיפוטית-חוקתית, והשפעתה של המתודולוגיה החוקתית על ההכרעה החוקתית בשלב האיוונים ראו בירנהק, לעיל ה"ש 113.

146 בפסיקה הישראלית, היעדרן של הוראות מעבר או תקופת הסתגלות, בחקיקה המשליכה על זכויות מוגנות, עשויה לעלות כדי היעדר-מידתיות, בעיקר לפי מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. ראו למשל בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997).

עם זאת, המענה המשפטי לתופעה זו טרם גובש במלואו בדין הישראלי. אם אבקש להשיב על שאלת המחקר הפוזיטיבית שבבסיס חיבור זה, אוכל לקבוע בבירור כי דוקטרינת הקניין החדש קנתה לה שביטה במשפט החוקתי של מדינת ישראל. הדין הישראלי אינו שולל הכרה בהענקות מדינתיות כזוכות להגנה חוקתית מכוח זכות הקניין הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואף נוטה להכיר בקיומה של זכות חוקתית בנוגע לסוגים שונים של הענקות מדינתיות. עם זאת, בחינת הפסיקה מלמדת כי למרות הנכונות העקרונית להכיר בקיומה של פגיעה בזכות חוקתית לקניין בהקשרים רבים של הענקות מדינתיות, הדוקטרינה הקיימת טרם הביאה לידי מתן סעד חוקתי כלשהו בעילה זו.

המענה על שאלת רציונה החברתית של הדוקטרינה המתהווה הוא מורכב יותר. בתמצית, הטיעון המרכזי נגד הכרה בזכות חוקתית או ב־vested right ככל הנוגע להענקות מדינתיות הוא שההכרה כזאת חוסמת בהרחבה פעולות מדינתיות שעניין הקצאה או חלוקה מחדש של משאבים כלכליים על ידי המדינה.¹⁴⁷ זאת ועוד, כאשר התפיסה של קניין חדש אינה מבססת את עצם הזכאות להענקה זו או אחרת, היא משרתת רק עקרונות של הגינות פרוצדורלית בנוגע לדרכי נתינה והפסקה של הענקות מדינתיות,¹⁴⁸ או הגנה מוגבלת על אינטרס ההסתמכות של הפרט.

מהדיון שהצעתי לעיל בפרק ג עולה כי אין להתייחס בביטול לבעייתיות של הכרה רחבה בזכויות חוקתיות בנוגע להענקות מדינתיות, בעיקר בשל החשש שהכרה כזאת תביא לידי הגבלת יתר של רשויות השלטון בקידום מדיניות ציבורית ועדכונה בהתחשב בתנאי החיים המשתנים. תמצית הביקורת האופרטיבית כלפי הכללת הענקות מדינתיות בזכות החוקתית לקניין, היא שהכללה זו למעשה תפגע ביכולתה של המדינה הרגולטורית להסדיר באפקטיביות את הפעילות הפרטית לשם הבטחת אינטרסים ציבוריים כלליים. כפי שצוין לעיל, דוקטרינת הקניין החדש, כפי שהיא מתעצבת בישראל, גם מנוגדת לעיקרון הבסיסי של אי־סופיות ההחלטות המנהליות, והציפייה מהמדינה להתאים את פעולותיה לנסיבות החיים ולצרכים החברתיים המשתנים.¹⁴⁹

כמפורט לעיל, נטיית הפסיקה העדכנית היא להכיר בהענקות מדינתיות שונות, כגון רישיונות וזיכיונות, כזוכות להגנה החוקתית של זכות הקניין, תוך זניחת הבחינה הפורמליסטית לטובת תפיסה מעשית יותר המבוססת על הצורך להבטיח אפשרות לקבל סעד במקרה של פגיעה רגולטורית קשה ולא מידתית.¹⁵⁰ כפי שטענתי לעיל, תפיסה זו אינה

147 לביקורת מסוג זה ראו למשל William H. Simon, *The Invention and Reinvention of Welfare Rights*, 44 MD. L. REV. 1 (1985). השוו ברק־ארז וגרוס, לעיל ה"ש 55 (מעמדן של זכויות חברתיות כזכויות חיוביות, המחייבות את המדינה לפעול באופן אקטיבי להגשמתן).

148 להצגת טענה זו בנוגע למאמרו המקורי של רייך ראו Williams, לעיל ה"ש 118.

149 לכך מצטרפת גם המדיניות של הנהגת ביקורת שיפוטית מרוסנת על חקיקה כלכלית, בשל העדיפות המוסדית והפוליטית של הרשות המחוקקת והמבצעת בקביעת סדרי עדיפויות חברתיים ועיצוב המנגנונים הביצועיים להגשמתם (ראו למשל עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 329–332).

150 ראו למשל עניין דמי המעבר, לעיל ה"ש 3, פס' 45.

מחויבת המציאות, שכן ישנם מנגנונים משפטיים חלופיים להגבלת מרחב התמרון של הרגולטור, בשם לב להקשרים שונים של אסדרת פעילות פרטית.¹⁵¹ בהקשר החברתי הכללי יותר של מידת ההגנה הראויה שיש לתת לפרט ביחסיו עם המדינה המודרנית, האתגר של ביזור השליטה במשאבים בעלי ערך חברתי בין הפרטים ובין רשויות השלטון המייצגות את האינטרס של כלל החברה הוא במובן מסוים רק מקרה פרטי של המתחים הפנימיים שבבסיס מוסד הקניין פרטי. היותו של הקניין אמצעי מרכזי לביזור כוח בחברה הוא הנחת יסוד מבוססת הן בחשיבה הפוליטית הליברטריאנית והן בתפיסות חברתיות-פוליטיות סוציאליסטיות. בה בעת, הפרשנות המשפטית של זכות הקניין עצמה לעיתים מסווה את האופי הפוליטי-ערכי של ההכרעה. כשהתפיסה המשפטית של זכות הקניין משמעה הכרה באדנותם של בעלי הקניין אל מול כל התערבות חיצונית בו, ואכיפתה, הרי זו סותרת אינהרנטית את תכליתן של הענקות מדינתיות כפעולות לטובת האינטרס הציבורי, והשאת הרווחה המצרפית. ברור שתפיסה זו של זכות הקניין היא העומדת בבסיס הדוקטרינה המשפטית הקיימת, ולפיה זכות הקניין נטענת כמגן על חירות הפרט מפני פעולה שלטונית. ויתור על תחימת היקף הזכות, זיהוי הזכות החוקתית בהקשר של הענקות מדינתיות, והכרעה על בסיס מבחני פסקת ההגבלה, מחייבים את הצבת זכות הקניין אל מול תכלית ציבורית אחרת. כך לא מתאפשר דיון במידת שיתוף הפעולה החברתי הנובע מתוך זכות הקניין (כזכות בעלת ממד חיובי).

בסופו של דבר, הכרעה בשאלת הסיווג של הענקות מדינתיות כחוסות בצל הגנת הזכות החוקתית לקניין, תלויה בתפיסה הבסיסית בדבר מהות הזכות לקניין פרטי. אם נאמץ תפיסה רכושית של זכות הקניין, ונבחר בחירות שלילית החוסמת התערבות מדינתית בהקצאה ובחלוקה מחדש של טובין, נראה כי הנטייה להכיר בהענקות מדינתיות כקניין חדש אינה מתיישבת עם מציאות החיים של המדינה המנהלית. מנגד, תפיסות חלוקתיות של רווחה מצרפית בנוגע לזכות הקניין מאפשרות להתייחס להענקות מדינתיות כאל קניין, אם כי אלה לא בהכרח יובילו לקבלת סעד חוקתי במקרה שבו העותרים מבקשים לראות בשינוי בתנאי ההענקות פגיעה בזכות חוקתית. למעשה, התפיסה החלוקתית של קניין פרטי גם כמקור של חובות (לא רצונית), מתיישבת מבחינה אופרטיבית, בהקשר הדיון, עם אי-ההכרה בקניין חדש במובן הפורמליסטי-ליברטריאני של זכות הקניין. במילים אחרות, אם אנו רואים בקניין שרירות בעלים, אין מקום להכיר בהענקות מדינתיות כקניין; ואם אנו מאמצים תפיסות פלורליסטיות של הזכות לקניין, אזי שינוין או הפסקתן של הענקות מדינתיות משיקולים של טובת הכלל, לא בהכרח ייתפסו כפגיעה בזכות.

לסיכום, החיבור הנוכחי אינו מציע "פתרון קסם" למגוון האתגרים החברתיים שהשימוש המדינתי הגובר בהענקות מדינתיות מעורר, אלא קורא להמשך ראוי של פיתוח הדין בסוגיה. איתור פרטי הדוקטרינה והבסיס לקביעתם, כמו גם הביקורת הנורמטיבית בדבר מגבלות הדוקטרינה המתגבשת, מבקשים להתוות דרך להמשך הדיון. ההמלצה שחיבור זה מציע היא כי המשך פיתוח הדין ייעשה בעיקרו במישור המשפט המנהלי,

151 כאמור, גם בארצות הברית, מולדתה של הקריאה להכרה בקניין חדש, התיקון החמישי לחוקה המעגן את הזכות החוקתית לקניין, מספק הגנה מפני הפקעה בלבד, ולא כאשר מדובר בפגיעה בעקבות פעילות רגולטורית. ראו Brauneis, לעיל ה"ש 121.

המספק מסגרת פלורליסטית וגמישה יותר לאיזונים בין אינטרסים וחירויות של הפרט ובין הבטחת יכולתה של מדינה ליברלית להגשים תכליות ואינטרסים ציבוריים. כך, המשך פיתוח הקשרי של כללי המשפט המנהלי וזכויות כלכליות וחברתיות צפוי לספק מענה חברתי ומשפטי טוב יותר לצרכים החברתיים הברורים שהיטיבו לזהות רייך ובית המשפט. מציאות החיים הנוכחית מחייבת – ותוסיף לחייב ביתר שאת – את בית המשפט להכריע בעניין גבולותיהן הראויים של רגולציה ומדיניות ציבורית במגוון הולך וגובר של תחומים. בנקודת זמן קריטית זו, שבה טרם נקבעו המסמרות בנוגע להגנות החוקתיות על הענקות מדינתיות, חשוב לתת את הדעת על המשמעויות החברתיות של הכללים המשפטיים אשר כבר החלו להתעצב. הדיון הנוכחי אינו קורא לשלילה גורפת של הגנת זכות הקניין על הענקות מדינתיות, אלא מצביע על כך שבהקשרים רבים, יתרונותיה היחסיים עשויים להיות זעומים לעומת בעיותיה.