

פתח דבר

קניין ותאוריה ליברלית

מאת

רועי קרייטנר*

לפניכם סימפוזיון על אודות ספרו החדש של פרופסור חנוך דגן, A Liberal Theory of Property, ובו מאמרי ביקורת מאת חמישה מלומדים בולטים, ותגובת המחבר. אותה מתכונת אפיינה את הערב לכבוד הספר שארגן כתב העת, וכאן תמצאו גרסאות כתובות ברוח הדברים שנאמרו שם. כמו באותו ערב, הערות הפתיחה שלי תהיינה מוגבלות ולא תעסוקנה באופן ישיר בתוכן של הספר (במובן של תוכן הטיעונים הקונקרטיים). תחת זאת אתרכז בכמה הערות על צורתו, או על האופן שבו הטיעונים פועלים. לשון אחר, אעיר בקצרה לא על קניין (ודאי לא על קניין ליברלי) אלא על תורת המשפט, או תאוריה משפטית, או אולי מטא-תאוריה. אלה אינן שאלות חיצוניות לספר, והן מתעוררות עוד לפני שפותחים אותו, בכריכה ממש, בתהייה שקופצת ישר מהכותרת, A Liberal Theory of Property. קופצת, כי על פני הדברים אולי היינו מצפים לקרוא או לשמוע את המילים בכותרת בסדר אחר, כמו A Theory of Liberal Property. כלומר, נשאלת השאלה האם בפנינו תאוריה ליברלית של קניין, או שמא יעסוק הספר בתאוריה של קניין ליברלי. התהייה מתחזקת לאור העובדה כי ברקע לספר, אפשר לומר רקע די עמוק, עומד המאמר של דגן ביחד עם מייקל הלר, The Liberal Commons.² מאמר זה, שראה אור לפני שני עשורים, היה המקום הראשון בעבודותיו של דגן שבו קיבל ערך האוטונומיה משקל משמעותי. ושם, יש לשים לב, לא דובר בתאוריה ליברלית של ה-commons, אלא ב-commons ליברלי. דומני כי ההבדל אינו מקרי, ואינו מוגבל לצליל קליט לכותרת, אלא מדובר בשוני שמשקף התפתחות תאורטית ארוכת שנים.

אף על פי שדגן נשען מבחינת תאוריה משפטית על הריאליזם האמריקאי,³ דרך נוחה לתאר את ההתפתחות התאורטית שלו היא למקם את פועלו בתחומי המשפט

* רועי קרייטנר הוא פרופסור בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב.

1 HANOCH DAGAN, A LIBERAL THEORY OF PROPERTY (2021)

2 Hanoch Dagan and Michael Heller, *The Liberal Commons*, 110 YALE L.J. 549 (2001)

3 דגן עסק בריאליזם בהזדמנויות רבות. לעמדתו הבשלה, ראו HANOCH DAGAN, RECONSTRUCTING AMERICAN LEGAL REALISM AND RETHINKING PRIVATE LAW THEORY (2013).

הפרטי בעזרת תורת המשפט של רונלד דוורקין.⁴ כלומר, אפשר לתאר את מהלכיו של דגן במשפט הפרטי (ראשית בעשיית עושר, אחרי זה בקניין, ואז בחוזים, והיום שוב בקניין)⁵ דרך הפריזמה הפרשנית שדוורקין פיתח בספרו החשוב Law's Empire.⁶ לפי תורתו של דוורקין, תפקידו של מלומד המשפט הוא לפרש את המוסד המשפטי או את התחום המשפטי (כאן, הקניין ודיני הקניין) על ידי הצגתו באור הטוב ביותר. זה מהלך המאמץ פרספקטיבה פנימית לפרקטיקה המנותחת, ומנסה לחלץ מהפרקטיקה עצמה את הגרסה המיטבית שלה. זה מהלך שראינו אצל דגן פעמים מספר בעבר, ומופיע במלוא הדרו בספר קניין על פרשת דרכים.⁷ במהלך כזה אנחנו, בתור משפטנים, מחויבים (כל עוד לא מצאנו את עצמנו בשיטה כה מפלצתית שאינה ראויה כלל לכיבוד) לפעול קודם כול מתוך מחויבות להתאמה, במונחים של דוורקין, fit, וזה לא עניין של בחירה אלא של חובה. בתור משפטנים איננו רשאים להתחיל תאורטיזציה של הקניין מעקרונות ראשוניים, אלא חייבים לראות את עצמנו נותנים דין וחשבון על שיטה קיימת. אין זה אומר שלא נוכל להצביע על רגעים משפטיים שהם בבחינת טעות או יוצאים מן הכלל, אבל חייבים לשאוף להתחיל מהמערכת כפי שהיא מוכרת, עם דין וחשבון שמסביר כיצד הוא נשען על הקיים, ומתוך הקיים לחלץ את העקרונות המפיחים בו חיים ומעניקים לו קוהרנטיות. המחויבות הטרומית לקיים כעמדת זינוק לניתוח היא שמבטיחה כי מנתח המשפט פועל מנקודת מבט פנימית לפרקטיקה. ככל שתיאור הקיים מאפשר לחלץ עקרונות מתחרים, תחרות זו תוכרע על פי מבחני הצדקה או justification. בפועל, כמובן, הדברים נשזרים זה בתוך זה, כי חלק מפעולות הסלקציה נשענות בדיוק על ההצדקה האפשרית למוסד, אבל מבחינת המתודה המסורתית, יש משקל משמעותי מאוד בראש ובראשונה לעניין ההתאמה, או ה-fit.

בספר הנוכחי דגן אינו זונח את התאורטיזציה הזאת, או את הפרוצדורה הפרשנית שהיא מביאה עימה. אכן, תאוריה ליברלית של קניין מציגה תמונה של הקניין כמושג וכמוסד משפטי, בהתבסס על עקרונות שניתן לחלץ ממקורות משפטיים של שיטה קיימת, באור הטוב ביותר שדגן יכול להאיר אותו. ובכל זאת, ניתן לראות בנקל כי לעומת עבודותיו הקודמות של דגן בתחום הקניין, בספר זה עבר הדגש. אם בעבר,

⁴ אומנם נכון הוא שכשדגן נדרש למהלך תורת-משפטי עצמאי הוא מעדיף לפתח את התמות המתודולוגיות דרך הריאליזם המשפטי, ובמיוחד בהשפעת קארל לואלין. הסיבה להתרכז בדוורקין היא ההפרדה השיטתית שהוא מציב בין רמות שונות של ניתוח (בעיקר ההפרדה שתידון בין התאמה לבין הצדקה). ייתכן שאפשר לחלץ הפרדה כזאת מהעבודה של לואלין עצמו או מהעבודות של דגן על הריאליזם המשפטי, אך ההצגה הפרוגרמטית של דוורקין מקילה, לצורך ההערות הנוכחיות, בשל השיטתיות שלה.

⁵ ראו HANOCH DAGAN, UNJUST ENRICHMENT: A STUDY OF PRIVATE LAW AND PUBLIC VALUES (1997); HANOCH DAGAN, THE LAW AND ETHICS OF RESTITUTION (2004); HANOCH DAGAN, PROPERTY: VALUES AND INSTITUTIONS (2011); HANOCH DAGAN .AND MICHAEL HELLER, THE CHOICE THEORY OF CONTRACTS (2017)

⁶ .RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE (1986)

⁷ חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (2005).

למשל בקניין על פרשת דרכים,⁸ היה דגן עסוק בעיקר בחילוץ העקרונות המנחים מהיבטים ספציפיים של הדוקטרינה הקניינית ובבניית הטיעון כי ערכי הקניין אכן באים לידי ביטוי בדוקטרינה, בקריאה נכונה שלה (כלומר, ריכוז בממד של התאמה), בתאוריה ליברלית של קניין הוא עוסק בצורה אינטנסיבית יותר דווקא במישור של ההצדקה. לעניין זה ברצוני להעיר שלוש הערות, אחת מקדמית, אחת עיקרית, והאחרונה ספקולטיבית.

ההערה המקדמית נוגעת לתשומת הלב המוקדשת לשאלה מהו האור המיטבי שדרכו אפשר להציג מוסד משפטי. בספר הזה, בדומה לספר על חוזים שכתב עם מייקל הלר (The Choice Theory of Contracts),⁹ אבל אולי בצורה עוד יותר חדה, יש דין וחשבון מפותח מאוד של מהו האור המיטבי, כלומר מהי ההצדקה האולטימטיבית למוסד במשפט הפרטי, ואולי בכלל למוסד משפטי. מי שעקב אחר עבודותיו של דגן בעשור האחרון לא יופתע ממרכזיותה של המילה "אוטונומיה" כאן, אבל בספר הזה יש תשובה מפורטת לשאלה מדוע האוטונומיה היא הקריטריון בה"א הידיעה להבנה מהו האור המיטבי שלפיו נעריך את המוסד. טיעון מפורש התומך בעיקרון או בערך שאמור לבסס פרשנות של מוסד משפטי נשמע אולי דבר הכרחי, או לכל הפחות מתבקש, אולם לרוב המחקר המשפטי מניח שביסוס הערכים שהמחקר מקדם נעשה בדיסציפלינה אחרת.¹⁰ כדאי לשים לב למרחק בין האופן שבו דגן מפתח את התפקיד של אוטונומיה במשפט (ובתאוריה של קניין) לבין המסה הגדולה של המחקר המשפטי שמקדם עקרונות נורמטיביים כמעט בלי לפתח טיעון מפורש, כאילו הם פחות או יותר מוסכמים על הכול. זו השגרה במחקר מיינסטרימי שאפשר לכנותו ליברליזם פרגמטי שנשען על וולפיייריזם רך,¹¹ ואולי ביתר שאת בניתוח הכלכלי שנשען בצורה קצת יותר נוקשה על תועלתנות או מקסום העדפות, אך עושה זאת כמעט תמיד ברקע של הדיון, ובלי להעמיד את העיקרון הזה למבחן. בתאוריה ליברלית של קניין, לעומת זאת, אנו רואים עיסוק מפורש במשמעות של אוטונומיה, כערך אינטרינזי ואולטימטיבי, לעומת ערכים אינסטרומנטליים (למשל רווחה) או ערכים אינטרינזיים שאינם אולטימטיביים (קהילה). כלומר, העיסוק בקניין אינו לוקח כמובן מאליו את הערכים שיבססו אותו,

8 שם.

9 דגן והלר, לעיל ה"ש 5.

10 דוגמה מובהקת לכך ניתן לראות בעבודה טיפוסית בניתוח כלכלי של המשפט, שבה המטרה של העבודה היא לשכנע כי נורמה משפטית נתונה הינה יעילה. תשובה לשאלה מדוע יעילות היא ערך מוצבת כקדם-הנחה, ובדרך כלל אינה נידונה במפורש. כמובן, הניתוח הכלכלי אינו לבר בגישה זו.

11 ב"וולפיייריזם רך" אני מתכוון לאמונה הרווחת שצעדים משפטיים שעשויים לשפר את מצבם החומרי של המושפעים מגורמה משפטית הם רצויים, ושסביב נורמה כזאת יהיה קונצנזוס. להסבר שאמונה כזאת היא חלק מתאוריה, ולכינוי התאוריה "ליברליזם פרגמטי", ראו Ian R. Macneil, *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, 94 Nw.U. L. Rev. 877, 882-883 (2000).

ובמובן הזה אינו גונב כוח הצדקה במקום שיש להעמיד את ההצדקה על רגליים עצמאיות.

התעקשות לבסס את האוטונומיה באופן מפורש מובילה להערת העיקרית, והיא שסוג כזה של דיון מביא עימו היפוך (לא פחות!) באוריינטציה הבסיסית לעומת תאוריות קניין מקובלות. באופן מסורתי, רובן הגדול של התאוריות העוסקות בקניין מניחות הצדקה, במקום להעמיד הצדקה. תאוריות מסורתיות בעצם נשענות על אינטואיציה עמוקה מאוד שהקניין חייב להיות מוצדק, ושהבעיה היא שהניסוחים התאורטיים מתקשים במקצת לדייק את ההצדקה.¹² כלומר, בסוגים שונים של תכסיסים לגבי הנחות המוסר והרעיון שקניין הוא פחות או יותר חלק מהטבע האנושי, תאורטיקנים עושים נטורליזציה של הקניין. בזה הם מזכירים את מסע הבחירות של Barry Goldwater לנשיאות תחת הסיסמה *In your heart you know he's right*. הסיסמה הזאת פונה לאינטואיציה במקום שהטעון המפורש נתקל בקושי. ההנחה היא שהאינטואיציה התומכת בקניין צודקת, והאתגר הוא ניסוח עקרוני שיתאים לאינטואיציה. כלומר, הם מגניבים פנימה נטייה אפולוגטית למוסד.

תאוריה ליברלית של קניין, לעומת זאת, מתעקש לא להתחיל מנקודה זו, אלא הופך את היווצרות. דגן מסרב להישען על הנחת יסוד שהקניין מבטא סדר טבעי, ומקבל בשיא הרצינות את התובנה שכל מוסד משפטי הוא תוצר של הנדסה אנושית. על כן הוא מתחיל דווקא מאוריינטציה של שאלה רדיקלית, שמקורה בתובנה שהקניין הוא סקנדל – כי קניין מעניק כוח מונופוליסטי במשאבים לאנשים ספציפיים, ומשאיר את שאר האנושות ללא גישה לאותם משאבים שכבר נתפסו ברשת הקניין. השאלה הרדיקלית היא כיצד ניתן להצדיק מוסד כזה, שעל פניו מנשל את הרבים לטובת שליטתם של המעטים. תשובתו של דגן מכוונת את כל הספר: את הסקנדל הזה אפשר להצדיק רק אם, ורק עד כמה, שמתן זכויות יתר במשאב אכן מקדם את האוטונומיה. במובן הזה, הספר של דגן מציב אתגר הרבה יותר ישיר מתאוריות קניין מסורתיות. בעוד שהן עוסקות בניסוח עקרוני של אינטואיציה הנחשבת צודקת, דגן פועל הפוך. חלוקת הקניין ומוסד הקניין אינם נהנים מתמיכה אינטואיטיבית, אלא להפך: הם דורשים הצדקה שתתגבר על מצב דברים שנראה על פניו פגיעה באינטואיציות של צדק. לשון אחר, **תאוריה ליברלית של קניין** רוצה לענות לאתגר ההצדקתי (העצום) של הקניין – ולא מדובר באתגר של התאמת שפה לאינטואיציה מוצדקת מלכתחילה, אלא אתגר של הצדקת המוסד מהשורש.

הערת האחרונה, הספקולטיבית, נוגעת לרמות הפשטה בדיון תאורטי, ומה קורה בניתוח שמציב את עצמו ברמת הפשטה לא שגרתית. בלי להתחייב לכלליות הדיון, אציע מחשבה שעלתה בעקבות הספר. בהקשר של הספר, כוונתי ברמות הפשטה היא כזאת: התאמה (fit) היא רמה קונקרטית, הצדקה של כלל או סט של כללים מופשטת

¹² ראו לדוגמה J.E. PENNER, *THE IDEA OF PROPERTY IN LAW* (1997); Henry E. Smith, *Property as the Law of Things*, 125 HARV. L. REV. 1691 (2012)

יותר, ומתן דין וחשבון מפורט על העיקרון המצדיק עצמו (כאן, למשל, מדוע יש לסמוך על אוטונומיה כערך ולא להסתפק בעצמאות) הוא עוד יותר מופשט. ככל שעולים ברמת הפשטה, מגיעים לשאלות כלליות, ורואים איך הן מזינות את הניתוח ברמות הקונקרטיות. בעיניי, ברמת הפשטה גבוהה, הספר הזה מגיע לרפלקציה תאורטית על חלקים ושלמים (parts and wholes). זה בא לידי ביטוי מפורש בכל הדיונים שמבחינים בין הפנימי לחיצוני (למשל האם ההצדקה לאיסור אפליה באה ממחויבות ציבורית או מתוך מושג הקניין), וזה מגיע לשיא בפרק על השוק.¹³

האתגר (מבחינת חלקים ושלמים) בפרק הוא להבין מה מתוך השוק הוא קנייני, והאם כל מוסד השוק יכול להיבנות סביב מוסד הקניין, כך שקניין צודק תמיד יניב שוק צודק. האפשרות האחרת היא שגם קניין צודק אינו מבטיח שוק צודק, ובמקרה כזה נצטרך לחפש מנגנוני תיקון השוק באמצעים לא קנייניים, בין אם מדובר בדיני הרווחה, דיני העבודה או דיני החוזים. תשובות מלאות על השאלה הזו מניחות שאנחנו מסוגלים להציב גבולות ברורים יחסית בין ענפים שונים במשפט הפרטי, ובין המשפט הפרטי למשפט הציבורי. לפי הדיון בספר, מסתבר שהחלקים הנעים במערכת הם בעיקר לא בדיוק קנייניים, ושהגרעין של המשמעות של בעלות באמצעי הייצור הוא גרעין קשה יחסית. כלומר, בכתרונות המוצעים בספר אין אתגור ישיר להיבטים המרכזיים של בעלות באמצעי הייצור. עכשיו, ייתכן שכאן פשוט נתקלנו בגבולות שההתאמה מציבה: גם אם דגן היה רוצה להגיד שקניין אידיאלי היה מחייב, באופן פנימי, חלוקה אחרת של הפירות של הייצור בין הבעלים של אמצעי הייצור לבין הפועלים בייצור, היה קשה למצוא לזה עוגן בקניין כפי שאנחנו מכירים אותו במשפט. ייתכן, כלומר, שזה הגבול של העבודה הפרשנית. אם זה נכון, ייתכן שבספר הבא של דגן, אם המגמה של פיתוח הקניין ככלי לקידום האוטונומיה תמשיך להתפתח, נפגוש את המחבר וזנח את העמדה הפרשנית הפנימית ומקדם במקומה תוכנית מהפכנית בשם האוטונומיה.

החברות והחברים שהגיבו לספר עשו זאת מנקודות מבט שונות, לפעמים מפרספקטיבה דומה לזו של דגן, ולפעמים מנקודת מבט חיצונית לפרויקט. חיים גנד¹⁴ מתחיל מאימוץ העמדה הערכית של דגן, אך מציב אתגר לגבי המהלך התאורטי, והמקום של ליברליזם בחשיבה המושגית של הקניין. תוך כדי כך, הוא גם מגן על תפיסות מסורתיות של בעלות קניינית מזווית פחות מסורתית, וכך גם מאיר את הצדדים הפחות ורודים של האוטונומיה. טליה פישר¹⁵ מקבלת את המהלך והיעדים הליברליים, אך שואלת האם הפלורליזם המבני שהספר מקדם אכן ישרת את האוטונומיה, כשהיא מוטרת במיוחד מהאופן שבו ריבוי בחירה עלול להקטין את אפקטיביות הבחירה.

13 דגן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 131–147, 179–209.

14 חיים גנד "עריצות פרטית וקניין ליברלי: מאמר תגובה על ספרו של חנוך דגן 'תאוריה ליברלית של קניין'" פורום עיוני משפט מה 1 (2021).

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

תמר קריכלי כץ,¹⁶ לעומת זאת, מעלה ספקות לגבי המסגרת הליברלית. המסגרת, לטענתה, עושה עבודה טובה בחשיבה על קטגוריות אפליה מקובלות, אך זונחת ראייה מבנית שהייתה יכולה לטפל באי שוויון (מעמדי) שבדרך כלל אינו נתפס כאפליה. סנדי קידר¹⁷ מזדהה עם השאיפות של תאוריה ליברלית של קניין, אך מצביע על הקושי לתרגם את האספירציה למעשה בלי דין וחשבון עבה על חובות המדינה למצבים – התחלתיים או היסטוריים – של אי צדק משווע בחלוקת הקניין. לפי קדר, הקושי חריף במיוחד כשהמדינה מחויבת, מבחינה אידאולוגית, לשמירה על חלוקת הכוח המקופלת בהסדרי הקניין הקיימים. לבסוף, גם מיכאל זכי¹⁸ מוכן להזדהות מסוימת עם השאיפות של התאוריה ליברלית של קניין, אולם דרך דוגמה היסטורית מפורטת הוא מגולל את הסיפור של קבוצות המבקשות להשיג שוויון ותנאי חיים שיאפשרו חיים אוטונומיים סביב הקניין, ומראה כי לעיתים אורבות לפועלים הפתעות לא נעימות, כי כוחות ההון מוצאים דרכים לאיים על הקבוצות החלשות בעצם ההתארגנות שלהם, בין אם זו מאורגנת כתמיכה בקניין ובין אם איום בקניין.

כל אלה, ותגובתו של דגן, מהווים דיון מרתק. האוסף עשיר, התוצאות לפניכם.

¹⁶ תמר קריכלי כץ "מה לגבי אי השוויון המעמדי? מאמר תגובה על ספרו של חנוך דגן 'תאוריה ליברלית של קניין' " פורום עיוני משפט מה 1 (2021).

¹⁷ אלכסנדר (סנדי) קידר "דגן על פרשת דרכים: שביל זהב אוטונומי או נתיב חדש בדרך המלך? בעקבות ספרו של חנוך דגן 'תאוריה ליברלית של קניין' " פורום עיוני משפט מה 1 (2021).

¹⁸ מיכאל זכי "הליברליזם ותיקונו: מאמר תגובה על ספרו של חנוך דגן 'תאוריה ליברלית של קניין' " פורום עיוני משפט מה 1 (2021).