

דגן על פרשת דרכים: שביל זהב אוטונומי או נתיב חדש בדרך המלך?

בעקבות ספרו של חנוך דגן "תאוריה ליברלית של קניין"

מאת

אלכסנדר (סנדי) קדר*

מבוא

אתחיל בכך שאני מעריך מאוד את כתיבתו של חנוך דגן. חלק ניכר מספרו A Liberal Theory of Property סומן על ידי ב-✓ ובסימני קריאה של הסכמה. אני מקבל חלקים גדולים של הביקורת שלו על הסדר והשיח הקיימים. דגן חוקר פורה ומחדש. יש לו ידע עצום ויכולת סינתזה מעוררת השראה. התוצאה היא ספר הדוק, כתוב היטב ועוצמתי מאוד. זה ספר חשוב, מבוסס מאוד, קריא, ואמביציוזי במובן החיובי. יש בו עושר רב של ידע ואינטגרציה מצוינת. הוא אופטימי, אוטופי; מסמן אופקים חדשים ומציע קטגוריות חדשות לחשיבה קניינית ליברלית, שבלביתה ערך האוטונומיה ויכולתו של אדם לכתוב את סיפור חייו. אני סבור שדגן הוא החוקר שהשפיע במידה הרבה ביותר על דיני הקניין הישראליים, בוודאי בעשורים האחרונים. תרומתו היא עצומה ורבת חשיבות. ספרו **קניין על פרשת דרכים** (2005) הצליח לשנות את כיוון השיח הקנייני הישראלי לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ב-1992 ועיגון זכות הקניין בסעיף 3 לחוק.¹

עם זאת, כבר אז, עם קריאתו של הספר החשוב ההוא, סברתי שבמפוי השיח הקנייני כמצוי בין שני קטבים (האחד פורמליסטי, מוניסטי וליברטריאני והאחר ריאליסטי, פלורליסטי וליברלי) לא נתן דגן משקל מספיק לקיומו של קול דומיננטי נוסף – קולה של הציונות המיישבת.² הוא הציג גישה המתעלמת או ממזערת גישות ביקורתיות על מערכת הקניין הישראלית. ביקורת מעין זו תופיע גם בהמשך דבריי כאן.

* אלכסנדר (סנדי) קדר הוא פרופסור חבר למשפטים באוניברסיטת חיפה. ברצוני להודות לד"ר מנאל תותרי-ג'ובראן על הערותיה החשובות על טיוטת המאמר, ולנתנאל שלמה על הסיוע בעיצוב המאמר. ברצוני להודות גם לאלאא חאג' יחיא ולמערכת פורום עיוני משפט על הערותיהם המועילות.

¹ חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** (2005) (להלן: דגן, **קניין**).

² שם, בעמ' 15.

גם ספרו החדש הוא ספר מתון, המעוגן בתפיסה ליברלית ובעיקרה אינדיבידואליסטית, ולטעמי הוא אינו נותן משקל ראוי לגישות ביקורתיות לקניין. כפי שדגן כותב על שינויים באופן כללי, אך באופן היכול לאפיין את הספר עצמו, "שינויים הדרגתיים מתונים אינם פוגעים בהכרח בהגדרה העצמית היות שהם אינם מערערים את יכולת התכנון של בעלים".³ דגן צודק כמובן שככל שהשינוי המתבצע פחות הדרגתי הוא עשוי לפגוע יותר, אך סוגיה רלוונטית לדיון היא במי יפגע השינוי ומי ירוויח מכך. כפי שכותב עזרא רוטר (Rosser), גם שימור הסטטוס קוו, או [תוספת שלי] שינויים איטיים וזהירים מדי, גובים מחיר. השאלה החשובה לטעמי היא מי משלם את המחיר ביחס לכל חלופה. שינוי הסטטוס קוו מן הסתם יפגע יותר באלו הנהנים מן המצב הקיים, בעלי קניין רב ועוצמתי, ואילו שימור המצב הקיים יפגע באלו הנאלצים להכפיף את עצמם לזכויות הקניין של אחרים.⁴

מטרת הספר אמביציוזית במובן החיובי: "הספר תאוריה ליברלית של קניין שואל איך אפשר להצדיק קניין, מהם ערכי הליבה שקניין צריך לקדם, וכיצד ערכים אלו קשורים זה בזה".⁵ מטרת ספרו של דגן היא בראש ובראשונה לקדם תפיסת קניין שבליבתה ערך אחד – אוטונומיה, המהווה לטענתו את הטלוס של קניין ליברלי. שלושה יסודות מקדמים ערך זה: הכפפת כוחו הקנייני של הפרט לערך האוטונומיה; קיומן של כמה חלופות מבניות קנייניות כדי להעניק בחירה אמיתית לבני אדם; וקידום צדק ביחסים קנייניים.⁶

בכך דגן משנה מתפיסתו בקניין על פרשת דרכים, שהייתה פלורליסטית יותר ובה הוא נתן משקל עצמאי לערכים חשובים נוספים: אישיות, רווחה מצרפית, עבודה, קהילה, צדק חלוקתי ועוד כערכים יסודיים.⁷ בניגוד לגישתו בספרו מ-2005, כעת התאוריה שהוא מציג היא מוניסטית.⁸ ערך הצדק החלוקתי נעדר ממנה, ואף אינו מופיע

³ DAGAN HANOCH, A LIBERAL THEORY OF PROPERTY §§ 16 (2021) (להלן: **LIBERAL THEORY**). דגן כותב לגבי תאוריה משפטית פרשנית, אך באופן היכול לאפיין את ספרו: "Neither aims to unearth the practices nor to supplant them with wholly innovative ways of organizing historical roots of our existing society." (א"ק).

⁴ Rosser Ezra, *Destabilizing Property*, 48 Conn. L. Rev. 397, 417 (2015) (להלן: **Destabilizing**).

⁵ **DAGAN LIBERAL THEORY**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1: "A Liberal Theory of Property addresses key questions: How can property be justified? What core values should property law advance, and how do those values interrelate?" (בעמ' 4: "value) pluralism, and relational justice Carefully delineated private authority, structural (but not"

⁶ שם, בעמ' xi-xii. דגן מכיר בכך שזכות הקניין צריכה לכלול גם מגבלות על הדרה (exclusion), אך אלו אינם מוקד הספר.

⁷ דגן, **קניין**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 12-16; 37-65.

⁸ **DAGAN LIBERAL THEORY**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 19, 89.

אפילו כערך שווה לערכים קנייניים משניים שהוא מונה – עצמאות/חירות, אישיות, קהילה ויעילות.⁹ באופן זה, כך נראה, בחר דגן להתמודד עם הזרם הקנייני הימני שעימו בעיקר הוא משוחח, בהובלת Thomas Merrill ו-Henry Smith, התוקפים את תפיסת אגד הזכויות הקנייני ומציעים תפיסה אחודה המבוססת על שליטה והחזקה בלעדיים.

עמדתו הנוכחית של דגן, שהערך הקנייני המרכזי היחיד הראוי לקידום הוא אוטונומיה, אינה משכנעת אותי.¹⁰ בדומה לדגן המוקדם, אני סבור שקיימים בקניין ערכים חשובים אחרים המתחרים זה בזה, ולא ניתן לעקוף זאת אפילו לצורך קידום הרצון לייצר מבנה אסתטי, בהיר ופשוט המהווה תשובה לאסתטיקה הקניינית שמלומדי הקניין הבלקסטוני המחודש מציעים. לא ניתן, וגם לא ראוי, להכפיף תמיד ערכים חשובים אחרים כגון שוויון, צדק חלוקתי, צדק מתקן ואחרים לערך האוטונומיה.

מפאת קוצר היריעה, אתמקד בנקודות הביקורת שלי ולא בנקודות ההסכמה הרבות שיש לי עם הספר.¹¹ אך לפני כן, ברצוני להבהיר את הכיוון המחקרי שממנו אני מגיע לספר. חלק משמעותי מן הספר של דגן ממוקם בין דיני קניין לבין פילוסופיה של המשפט. הספר גם נטוע היטב וממקם את עצמו בליבת ובמרכז השיח הליברלי, או מה שדגן מכנה במקום אחר "ליבראליזם – נקודה".¹² הביקורת שלי מגיעה מנקודת המבט ומתחומי המחקר שלי – לא מליבת הגישה הליברלית אלא יותר מגישות ביקורתיות למשפט, לא מפילוסופיה של הקניין אלא ממשפט וחברה, היסטוריה של המשפט, גאוגרפיה משפטית, קולוניאליזם התיישבותי (settler colonialism), ולא מחקר דיני הקניין האמריקני אלא ממחקר ממוקד בישראל. לאור כך, חלק ניכר מן הביקורת שלי הוא חיצוני לשיח שבו הספר מתנהל.

במאמר זה אתמקד בחמש נקודות מרכזיות: ראשית, למרות השאיפה להיות ספר תאורטי כללי – זהו ספר "אמריקאניזטרי" במובהק. שנית, הספר מנסה למקם את עצמו באמצעו של שביל זהב – בין תפיסות של קניין כריבונות, קניין בלקסטוני – לבין קניין פרוגרסיבי. הוא מנסה למקם את הספר בנקודת האמצע – "ליברליזם-נקודה". בדומה לספרו קניין על פרשת דרכים, דגן מתעלם, או למצער דוחק לשוליים, קול נוסף, במקרה זה גם ביקורתי בהרבה ביחס לזכות הקניין. בנוסף, דגן ממוקד בשיח האמריקני הדומיננטי וה"מיינ-סטרימי" שבאופן כללי, בדומה לפוליטיקה האמריקנית, הוא בעל

⁹ שם, בעמ' 7.

¹⁰ כפי שנראה בהמשך, למשל בטקסט ליד ה"ש 32, דגן מתייחס גם לערכים אחרים, אך הם נגזרים מערך האוטונומיה או משניים לו.

¹¹ לכן אתמקד בעיקר במה שאין בספר, וזאת על בסיס תחומי המחקר שלי. אוסיף גם שבתגובתי אינני מתייחס לכלל הקורפוס העשיר של דגן, ומכאן גם לא למרבית הספרים והמאמרים הרבים האחרים שלו. הספר עומד בפני עצמו. עם זאת, אני עורך שימוש בספרו קניין על פרשת דרכים ובמאמרים אחרים שכתב.

¹² חנוך דגן, ליבראליזם בישראל. נקודה. 2 (טרם פורסם) (טיוטה מיום 23.7.2020, עותק אצל המחבר).

הטיה ימנית, כלכלית וחברתית. גם כך, הוא נותן משקל יתר לקוטב הימני על פני הקוטב הפרוגרסיבי, וכאמור כמעט אינו מתייחס לגישות שמאליות לקניין. בעדיפות שהוא נותן לשיח זה הוא מחליש את האפשרות להעצים את האוטונומיה של רבים מבני האדם בעולם. **שלישית**, הוא אינו עוסק דיו בסוגיות שלהבנת תאוריה קניינית ליברלית חייבת להתמודד איתן – דרכי הקצאת הקניין והבעיות הכרוכות בכך. **רביעית**, תפקיד המדינה אינו מקבל התייחסות מספקת בהתחשב במקום החשוב שהוא משאיר לה בספרו. **חמישית**, שאלת הכוח הריבוני המוענק לבעלי קניין מטופלת באופן לא מספק לטעמי. לבסוף, אסיים בכמה שאלות ומשאלות. אפנה כעת לביקורתי הראשונה.

א. אוריינטציה אמריקנית מובהקת בכסות של תאוריה קניינית כללית

הספר נקרא "A Liberal Theory of Property" ומתיימר להציג תאוריה כוללנית ביחס לקניין, אך עוסק כמעט כולו בארה"ב.¹³ נקודות ההתייחסות בספר הן בעיקרן ספרות אקדמית אמריקנית, וכך גם ניתוח הדין ממוקד החקיקה,¹⁴ הפסיקה,¹⁵ התייחסות לשיטת האסטייטס ועוד.¹⁶ למעשה יש להתמקדות זו לא רק משמעות תיאורית, אלא ניתן להבין מן הספר שלמשפט האמריקני יש גם משמעות נורמטיבית. כך עולה מקביעתו שהיות שתפיסה מסוימת של קניין גלומה כבר בריסטייטמנט (Restatement) היא **צריכה** להיות מקובלת על תאוריה ליברלית של קניין (לפחות כפי שהוא מבין תאוריה זו).¹⁷

¹³ Dagan, *Liberal Theory of Property*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 12, 16; Rosser, *Destabilizing Property*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 421.

¹⁴ ראו למשל Dagan, *Liberal Theory of Property*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 138 (Fair Housing Act); בהתאמה, שם, בעמ' 184.

¹⁵ ראו למשל שם, בעמ' 70. ההתייחסות לפס"ד *Burwell v. Hobby Lobby Store*; שם, בעמ' 138, 170–172. ההתייחסות לפס"ד *Shelley v. Kraemer*; שם, בעמ' 163–171. ההתייחסות לפס"ד *Neponsit Property Owners' Ass'n v. Emigrant Industrial Bank*; שם, בעמ' 214–217. *Lucas v. S.C. Coastal Council*; ראו Savings; שם, בעמ' 249 שבו מפורטים פסקי הדין המוזכרים.

¹⁶ שם, בעמ' 31: "Every student of property remembers... the system of estates..." בכך כמובן דגן מתעלם מכך שמי שאינו לומד דיני קניין אנגלו-אמריקניים מן הסתם אינו לומד זאת. אני מניח שדגן עצמו אינו מתעלל בסטודנטים שלו ונכנס לדקויות שיטת האסטייטס בשיעוריו בדיני הקניין הישראליים.

¹⁷ שם, בעמ' 28. דגן אינו מסביר מדוע העובדה שמסמך אמריקני מגלם בחובו ערך מסוים מחייבת אימוצו על ידי תאוריה ליברלית: "Smith's proposition – that '[w]hile rights in property, like all other rights, avail between right holders and duty bearers, in property they are typically mediated by the thing' – is already incorporated into the existing Restatement's relational definition of property. **Therefore**, Smith's most important

אף שאני מניח שיהיו רבים שיאמרו "טוב, נו אז מה. זה ברור. שם, בארה"ב, מתקיים הדיון האקדמי", אני חושב שביקורתי כאן אינה טריוויאלית. דגן אינו יוצא דופן. חלק ניכר מחוקרי המשפט הישראליים חוקרים בעיקר את המשפט האמריקני. אצל חלקם, האמריקני הוא כמעט האוניברסלי החדש. ניתן לשאול האם תופעה זו נובעת ממערכת התמריצים הכמותנית והנאו-ליברלית הפועלת בעוצמה בשנים האחרונות באקדמיה הישראלית? האם זו מעין "הגירה פנימית" של חוקרי המשפט הישראליים? אפשר וראוי לשאול האם באמת יותר מעניין לחקור את דיני הקניין האמריקניים מאשר את מערכת הקניין הנוהגת בשטחים הכבושים, או את מערכת הקניין בתחומי הקו הירוק, העוברת תהליכי הפרטה והלאמה מרתקים?¹⁸ ראוי לשאול מהן ההשלכות של דלות השיח האקדמי הקנייני הישראלי, כאשר חלק ניכר מן החוקרים המובילים באקדמיה הישראלית אינם מקדישים את מרצם לשיח זה. אך אשאיר להיסטוריונים ולסוציולוגים של הידע לחקור את התופעה, את הסיבות לה, ולא פחות חשוב מכך את השלכותיה. עם זאת, כפי שצינתי בתחילת המאמר, ניתן לראות דוגמה להשפעה עמוקה וחשובה של מחקר הממוקד בקניין ישראלי בעבודתו של דגן עצמו, ובעיקר בספרו **קניין על פרשת דרכים**. נותר רק להצטער על כך שמאז 2005 כמעט נדם קולו החשוב ונעלם מן השיח הקנייני בישראל.

זאת ועוד, בחירתו של דגן להתמקד במשפט האמריקני מצמצמת מאוד את מרחב הדיון התאורטי שלו, היות שהוא מתווכח בעיקר עם מלומדים ופסיקה אמריקנים, כמו Henry Smith ו-Thomas Merrill.¹⁹ סמית ומריל הינם חוקרי משפט שמרנים מובילים, בעלי עמדה ומעמד בשיח הקנייני האמריקני. התמודדות מולם היא בוודאי ראויה, אך אין היא יכולה להיות בלעדית. כפי שנראה בהמשך, גם בצפון-אמריקה קיימים קולות חשובים אחרים. אך ארה"ב מדינה פחות סוציאל-דמוקרטית ממדינות רבות אחרות, והשיח שם נוטה במובהק לימין, לכן גם הוויכוח שדגן מנהל מתחיל מנקודה זו. חבל, היות שאני סבור שאימוץ עמדה פילוסופית ותאורטית-קניינית מעוגנת פחות בשיח האמריקני, המצומצם יחסית, הייתה תורמת הרבה יותר לפיתוח תפיסה קניינית

insights can, and indeed **should be embraced by the liberal theory of property**"
[emphasis added]

18 ראו למשל אורן יפתחאל ואלכסנדר קדר "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין בישראל" **תיאוריה וביקורת**, 16, 67 (2000); ראו גם אורן יפתחאל **עוצמה ואדמה: מאתגוררטיה לאפרטהייד וזחל בישראל/פלסטין** (2021).

19 שני המחברים האלה מוזכרים רבות לאורך הספר של דגן, אך כדוגמה ראו: THOMAS, W. MERRILL & HENRY E. SMITH, *THE ARCHITECTURE OF PROPERTY*, in RESEARCH HANDBOOK ON PRIVATE LAW THEORIES *2, 4, 20 (HANOCH DAGAN & BENJAMIN ZIPURSKY EDS., FORTHCOMING), וראה למשל האזכור: Dagan **Liberal Theory**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 8 (ה"ש 8), בעמ' 80 (ה"ש 2); כמו כן ראו Henry E. Smith, *Systems Theory: Emergent Private Law*, in The Oxford Handbook of New Private Law (Andrew Gold et al. eds., forthcoming); בנוסף ראו Dagan **Liberal Theory**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 8, בה"ש 8.

הומניסטית, כפי שניתן לראות בספרו של דגן עצמו **קניין על פרשת דרכים**, שבו התייחס לערכים חשובים שפחות דומיננטיים בשיח הקנייני בארה"ב.²⁰

אומר גם שבתור מי שנתן בעבר משקל ערכי רב לקהילה, מפתיע מאוד עד כמה דגן ממוקד בארה"ב.²¹ ניתן לשאול את דגן מה הפרויקט שהוא מקדם? מיהי קהילת השיח שלו? מדוע כמעט כל הדוגמאות בספרו הן מפסיקה אמריקנית? לא ברור לי עד כמה זה רלוונטי לחלק גדול מן העולם שאינו ארה"ב, כולל גם מדינות דמוקרטיות – באמריקה הלטינית, באסיה, באפריקה ובמקומות אחרים. קיים שיח אחר, ובוודאי פסיקה אחרת, שלא ניתן ולא צריך להתעלם מהם. אלא אם כן זה מיועד להיות ספר אמריקני, שזה בסדר – אבל אז צריך להכיר בכך ולא לכתוב ספר המתימר להציע תאוריה כללית של קניין.

ב. שביל הזהב: שתי הגדות שנבחרו כדי להגדיר את דרך האמצע

דגן בחר באמצעי רטורי מועיל וממקם את עצמו באמצעו של "שביל הזהב". התאוריה הקניינית הליברלית שהוא מקדם מציבה עצמה אל מול הקניין השמרני, ה-dominion הבלקסטוני, התפיסה המסורתית (להלן שמרנית) מחד גיסא, ואל מול הקניין הפרוגרסיבי מאידך גיסא.²² דגן מתדיין בספרו בעיקר עם גדה אחת – זאת השמרנית (בעיקר אמריקנית, כאמור). במסגרת שיח זה, הספר מחדש באופן משמעותי בדגש שלו על פלורליזם של סוגי קניין וחשיבות ערך האוטונומיה והבחירה אל מול ערכי העצמאות והחירות, אבל עיקר השיח שלו הוא עם השמרנים.

²⁰ ראו למשל דגן, **קניין**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 51; שם שאב חלק ניכר מהשראתו מהמשפט הישראלי ואף מן הדין היהודי; ראו לעומת זאת Dagan Liberal Theory, לעיל ה"ש 3, בעמ' 195. התיקונים שדגן מציע שם ביחסים שבין חברות עסקיות לבין עובדיהן מתמקדים ביחסי העבודה האמריקנים, שנראים לי שונים מאוד מהדין הנוהג למשל באירופה, שם על פי רוב אין אפשרות לפטר at will. דגן סבור שהשאלה אם לאפשר קיומו של משטר תעסוקה המתיר פיטורין על פי רצון המעביד היא מורכבת, ולא ברור לו מאליו שאין לאפשר אותה, וזאת בהקשר של המצב בארה"ב שבו, כפי שהוא כותב, 85% מן העובדים הלא-מאוגדים מצויים במצב זה. במקרים המועטים יחסית שדגן פונה בהם להסדרים אירופיים, בעיקר בהערות השוליים, התמונה המצטיירת היא שונה. ראו לדוגמה שם, בעמ' 207 ה"ש 140. דגן מאזכר בחיוב את ההסדר הגרמני המערב אגודי עובדים בהנהלת חברות עסקיות (codetermination); ראו גם שם בעמ' 194 הערה 71, וכן השוו Ezra Rosser, *The Ambition and Transformative Potential of Progressive Property*, 107 CALIF. L. REV. 111 (2013) (להלן: "Rosser *The Ambition*"); "...the ambitions of the progressive property school do not fit the inherently conservative nature of U.S. property law".

²¹ דגן, **קניין**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 51–55, מבטא את המשקל הערכי לקהילה.

²² ראו למשל Dagan Liberal Theory, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9.

זאת ועוד; כפי שאראה מייד, בעוד שהוא מונה ומתמודד עם "חברי הקניין" לאורך הספר, דגן כמעט אינו מאזכר ומתמודד עם כתיבה של מי שהוא מכנה "אויבי הקניין", ולמעשה עם גישות ביקורתיות לקניין.²³ לכן, שביל הזהב שהוא מתווה אינו דרך האמצע, אלא ממוקם בין שיח שמרני לפרוגרסיבי.²⁴ דגן מתעלם אם כן מזרם שלישי משמעותי ומכתיבה ביקורתית קניינית עכשווית המצויים משמאל לשיח הקנייני הפרוגרסיבי. בשיח בינינו דגן עונה לביקורתי זו וסבור שיש משהו מטעה באמירתו שהספר יוצא מתוך הסטטוס קוו ומקבל אותו כקו ההתחלה, נקודה המגינה על היש. הוא גורס שספרו יוצא מנקודת מבט כמעט, או ממש, הפוכה. לגישתו, אחד המהלכים המרכזיים ביותר בספר הוא נקודת המוצא שלו שלפיה (1) נטל ההצדקה הוא על בעלי הקניין, ו-(2) מדובר בנטל שאיננו נעלם גם אם מדובר בקניין שרכישתו הייתה כשרה. תשובתי להערתו זו של דגן היא שאיני קורא כך את הספר. לפי הבנתי, הספר כמעט אינו עוסק בהשבה של קניין לאלו שהוא נגזל מהם (למשל ילידים אמריקניים), וגם לא מציע הסדרים המערערים על הסדר הקיים. אני מבין את הספר כיוצא מן המצב הקיים, ומציע לו רפורמות מתוננות יחסית.²⁵ במאמר קצר זה אתבסס בביקורתי בעיקר על שני כותבים צפון-אמריקניים ביקורתיים חשובים – עזרא רוטר וניקולס בלומלי, ועל חוקר ישראלי מוביל של קניין, חנוך דגן, בעיקר בספרו מ-2005 (להלן דגן המוקדם).²⁶

²³ ראו למשל שם, בעמ' 108, 243 ("חברי הקניין"); וכן, שם, בעמ' 243, 246 ("אויבי הקניין"). דגן אינו מתעלם לחלוטין מגישות ביקורתיות לקניין; שם, בעמ' 67–68, הוא מאזכר את ספרם של הרדט ונגרי, MICHAEL HARDT AND ANTONIO NEGRI, ASSEMBLY: HERETICAL THOUGHT (2017). הוא מציג את עמדתם המציעה ביקורת רדיקלית ומודה כי אם הם צודקים בעמדתם, וקניין הוא רע באופן חסר תקנה, אין מקום לתאוריה קניינית ליברלית שעשויה לשמש רק כ: "an apologetic exercise that might serve to shield" תשובתו של דגן לביקורת זו היא שככל שביקורתם מופנית כלפי רעיון הקניין הליברלי, הם טועים ותמונת העולם שהם מקבלים אינה משכנעת, היות שהצעות לביטול הקניין מתעלמות מחשיבותו בהעצמת אנשים ובקידום הגדרתם העצמית. דגן מוסיף שהוא אינו מכחיש שתפיסה זו יכולה להיות כוזבת בהקשרים מסוימים, ושכמקרים רבים שיטות קניין קיימות הינן מושחתות מוסרית ובלתי ניתנות להצלה, אך לדידו של דגן יש להבחין בין המצב האמפירי לבין הגישה התאורטית. אני סבור שתאוריה המתעלמת מהמצב במרבית המדינות – לרבות, כפי שאני מראה בפרקים ה-1, מהמצב בארה"ב שמהווה את המודל שעליו הספר מבסס את התאוריה – אינה משכנעת דיה. אוסיף גם שלטעמי אין די בהתייחסות קצרה לקול ביקורתי אחד, רדיקלי במיוחד, כדי לצאת ידי הצורך להתייחס לקולות ביקורתיים בשרטוט הגדות לשביל הזהב שהספר מציע.

לגישה דומה ראו והשוו Rosser *Destabilizing*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 397.

²⁴ לביקורת מסוג זה ראו שם, בעמ' 407. אל מול הקניין הקלאסי והפרוגרסיבי הוא מציב את הדרך השלישית: "The problems of inequality and poverty, especially as they relate to the acquisition and distribution of property, demands that we explore a third path, property protections"

²⁵ רוטר, המפרסם בכמות מובילות, אינו מאזכר כלל אצל דגן, ובלומלי מאזכר בתודות ובהערת שוליים אחת. בלומלי הוא גאוגרף משפטי, הוא חסר השכלה משפטית פורמלית

במאמר שפרסם רוטר ב-2015 תחת כותרת המעידה על עמדתו – Destabilizing Property – הוא יוצא נגד השיח הקנייני, הן השמרני והן הפרוגרסיבי, וטוען כי:

responding to the challenge presented by the emerging oligarchy may require weakening, not strengthening, property law.²⁷

מבחינה זו, כמו מנקודת מבטי הביקורתית, דגן מציע בספרו גישה היוצאת מתוך הסטטוס קוו ומקבלת אותו כקו ההתחלה; גישתו מקבלת את המצב הקיים ומאתגרת אותו, אך אינה מתנגדת אליו באופן שורשי אלא מסתפקת בעיקר בפרשנות רפורמיסטית.²⁸ גישתו מקדמת רפורמה במסגרת המבנה והמערכת הקיימים. דגן למעשה מודה בכך בגלוי, וזה בסדר גמור, אם כי לדעתי מעט מדי. ייתכן שזה מתאים ומותאם לארה"ב, היות ששם דגן נלחם מלחמה ראויה בשמרנים, אבל אינני משוכנע שזו תפיסה המתאימה לחברות שתפיסת הקניין שלהן היא פרוגרסיבית יותר מזו של ארה"ב.

זאת ועוד, דגן בוחן את דיני הקניין בעיקר מנקודת מבטם של בעלי הקניין, של הגנה על היש. נקודת המבט של מחוסרי קניין איננה מוקד התאוריה הקניינית הליברלית שהוא מציע.²⁹ כך למשל כותב דגן:

A person **can always decide**, for example, not to own her home and be a short-term lessee instead or he can **opt** for a "tiny house on wheels".³⁰ [Emphasis added]

אך כתיבתו הקניינית חשובה ומעמיקה. הוא אחד החוקרים המובילים בעולם בתחום הגאוגרפיה המשפטית. DAGAN LIBERAL THEORY, לעיל ה"ש 3, בעמ' XV; ראו גם, שם, בעמ' 68 בה"ש 127; הכוונה שלי היא בעיקר לדגן המוקדם, ואתמקד בחנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** (2005), לעיל ה"ש 1.

Rosser *Destabilizing*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 402–403. 27

ראו למשל **Dagan Liberal Theory**, לעיל ה"ש 3, בעמ' XIII: "[The book] offers a perspective for presenting existing law in its best light which, as usual, can be helpful in improving understanding, application and refinement of the actual law" **ראו גם שם**

בעמ' 1: **to start from the mainstream liberal tradition** of the past century, that is with a concern for individual autonomy, self-determination, and self authorship ensuring to all of us as free and equal individuals the possibility of writing and rewriting our own life stories" [ההדגשות הוספו]. לגישה דומה לשלי ראו *Rosser Destabilizing*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 441–439. 28

לגישה דומה ראו *Rosser Destabilizing*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 441–442. 29

DAGAN LIBERAL THEORY, לעיל ה"ש 3, בעמ' 65. 30

הדמות המדומיינת כאן בספר היא של אדם העורך בחירות אוטונומיות, וסיפור החיים שהוא/היא בוחרת/ הוא של הרפתקה על גלגלים. אך רוב האנשים המתגוררים ב"בבתים על גלגלים" אינם עושים זאת מבחירה אלא מחוסר ברירה.³¹

התאוריה שדגן מציע ממוקדת כאמור בערך מרכזי אחד – אוטונומיה, אם כי הוא סבור שתפיסת הקניין הליברלית שהוא מציע יכולה לקדם גם ערכים קשורים, כגון עצמאות/חירות, אישיות, קהילה ויעילות.³² אבל, מה לגבי צדק חלוקתי, שכאמור הופיע בתור ערך עצמאי בספרו מ-2005 וכעת שוב אינו מופיע כך?³³ ומה לגבי צדק מתקן ושוויון? מנקודת מבטי, ניתן לראות בתאוריה החדשה של דגן נסיגה משמעותית מתפיסתו העשירה יותר בספרו הישראלי. **בקניין על פרשת דרכים**, קהילה וצדק חלוקתי היו ערכי ליבה. כפי שדגן כתב שם:

אין מקום לרתיעה חזקה מדי מהשימוש במושג קניין ובדיני הקניין כאמצעי להשגת התכלית של צמצום (או למצער אי-הרחבה) של הפערים בחברה... על שופטים וכותבים המחוייבים לאידאליים חלוקתיים אלה לעשות במיטב יכולתם... על מנת להפנים את השאיפה לצדק חלוקתי אל תוך דיני הקניין...³⁴

31 כפי שבלומלי למשל מראה – חלק גדול מאוכלוסיית ארה"ב מתגוררת במעין בתים על גלגלים, לא מתוך בחירה אלא היות שזו דרך המגורים היחידה המאפשרת להם קורת גג, אך זו מאוד בלתי ודאית: Nicholas Blomley, *Precarious Territory: Property, Law, Housing, and the Socio-Spatial Order*, 52 ANTIPODE 36, 48 (2020).

32 DAGAN LIBERAL THEORY, לעיל ה"ש 3, בעמ' 7.

33 ראו למשל דגן, **קניין**, לעיל ה"ש 1, עמ' 55–65.

34 שם, בעמ' 65. מנגד, כעת נראה שדגן מחליף ערכים אלו בעמדה המקדמת גישה מצומצמת יותר, של "צדק ביחסים" (relational justice). השוו ל-Dagan Liberal Theory, לעיל ה"ש 4, בעמ' 124: "Relational justice, in other words, is not reducible to distributive justice – it deals with a demand of justice that is free-standing" העירה מנאל תותרי-ג'וברן על מאמרו המשותף עם פרופ' אביחי דורפמן, אוטונומיה ושוויון הם ערכים שונים שאינם מקיימים תמיד יחסים הרמוניים ביניהם. חנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" עיוני משפט מא 307 (2019). ראה מנאל תותרי-ג'וברן "צדק ביחסים שבין פרטים, קהילות וגופים במרחב המשפט הפרטי" עיוני משפט מא 417, 430 (2019); תשובתם של דגן ודורפמן לביקורת זו הינה שהפערים הינם בשוליים בלבד. ראו חנוך דגן ואביחי דורפמן "תשובה למגיבים: צדק ביחסים – על תיאוריה משפטית, תיאוריה פוליטית וגישה ביקורתית" עיוני משפט מא 439, 453–454 (2019). אבל אינני משוכנע בכך כלל. השאלה היא איזו תפיסת שוויון אתה מעוניין לקדם. זאת ועוד, כפי שדגן יודע היטב, ההכרעה מה מהווה שוליים ומה מרכז היא פעמים רבות שאלה של בחירה. בכל מקרה, מטרת מאמרי כאן אינה ניתוח וביקורת של תפיסת הצדק ביחסים אלא של ספרו הנוכחי.

בספרו הנוכחי דגן מהלך על חבל דק בין הצעת תאוריה מחדשת ומתקנת לבין תיאור המצב והצעת תאוריה המסבירה אותו. עמדתו זהירה מאוד ומנסה לבסס תאוריה קניינית הוגנת במסגרת המבנה הקיים, אבל, כפי שאראה מייד, מבלי לשאול שאלות על עצם המבנה ומבלי לאתגר אותו.

ג. היעדר התייחסות מספקת לאופן יצירת הקניין, להקצאתו ולסוגיית הזמן

פרק 8 של הספר נקרא מעברים קנייניים – Property Transitions – ומתייחס לא מעט לזמן וקניין. עם זאת, מנקודת מבטי כהיסטוריון של המשפט, אני סבור שהתייחסות הפרק לשאלת העבר אינה מספקת. גם הטיפול בדינמיקת השינוי הקנייני אינו מעניק משקל מספיק לתהליכי חלוקה וחלוקה מחדש המתרחשים באופן מתמיד בקניין, למשל תהליכי הגדרת "נכסים" הראויים להגנה קניינית, נישול והפרטה (וזאת מעבר לשאלת דיני הנטילה השלטונית הפורמלית). ביקורתי זו מצטרפת לקולותיהם של גורמים ביקורתיים שהושמעו בעבר. ג'וזף סינגר כתב כבר בשנת 1992 על כך שספרי הקניין האמריקניים מתעלמים מההיסטוריה [האפלה] של דרכי רכישת הקניין בארה"ב. שתי הצדקות קנייניות עיקריות – תפיסה ראשונית ועבודה – פשוט אינן נכונות כאשר זה נוגע לילידים אמריקנים (Native Americans), שחורים ונשים. כפי שהוא מסביר במאמרו, תאוריית התפיסה הראשונית לא הוחלה על ילידים אמריקנים וזאת באמצעות שלילת ההכרה בקניינם, עבודת השחורים בתקופת העבדות לא הולידה להם קניין במטעים שבהם עבדו, גם לאחר ביטול העבדות, ועבודת נשים במסגרת המשפחה הגרעינית לא הוכרה כעבודה.³⁵ קרול רוז השמיעה עמדה דומה במאמר משנת 2007.³⁶ לאחרונה הפנה ביקורת מעין זו גם עזרא רוטר – דווקא כלפי אנשי הקניין הפרוגרסיבי, כאשר הוא מבצע כנגדם מה שהוא מכנה:

35 Joseph William Singer, *Re-Reading Property*, 26 NEW ENG. L. REV. 711 (1992); See also, Joseph William Singer, *Original Acquisition of Property: From Conquest & Possession to Democracy & Equal Opportunity*, 86 IND. L.J. 763 (2011)

36 Carol M. Rose, *The Moral Subject of Property*, 48 WM. & MARY L. REV. 1897, 1903 (2007). היא מציעה להתמקד ביחס לבעיות המוסריות של קניין ב- "three somewhat overlapping loci: acquisition (where it is argued that property is based on wrongful acts of acquisition), distribution (where it is argued that property is unequally and unfairly distributed), and commodification (where it is argued that treating things as property undermines their true meaning)"

a left-flanking maneuver, challenging mainstream progressive property scholars inadequately attentive to the history and present force of racialized acquisition and distribution of property.³⁷

בצדק רב דגן מדגיש בביקורתו על אנשי הקניין השמרני שהם נותנים משקל רב מדי למאפיינים חלקיים בלבד של קניין, כמו הזכות להדיר (exclude), וקובעים שהם ליבת הקניין, וזאת על חשבון ערכים אחרים כמו שיתוף, הנטועים עמוק בקניין, למשל ביחסי שכנות או משפחה.³⁸ אבל את הביקורת הזו עצמה ניתן להפנות גם כלפי דגן. אותו יש לשאול מהי לטעמו הליכה ומהו הפריפריאלי במבנה הקניין, וכיצד הוא קובע זאת. לטעמי, ההיסטוריה של רכישת ויצירת קניין מרכזיים הרבה יותר מההתייחסות השולית שהם זוכים לה בספר.³⁹ התעלמות מההיסטוריה של דרכי רכישת הקניין, לרבות במקרים שבהם רכישה זו נערכה בחוסר צדק מובהק כלפי פרטים וקבוצות, לא רק שמסייעת למחקר עוולות אלו, ולפגוע בכבוד האדם של קורבנות חוסר צדק זה, אלא גם תורמת לשימור אי השוויון והעוול שנגרמו בעבר גם בהווה ובעתיד. התעלמות מההיסטוריה הקניינית מסייעת לבנות קו בסיס מעוות, מפלה ובלתי שוויוני המתחזה לנקודת התחלה ניטרלית וא-פוליטית שרק ממנה ניתן להחיל עקרונות של צדק חלוקתי או הגנה על אוטונומיה. בכך היא משעתקת לאורך דורות (לאור מנגנוני ההעברה הבין-דוריים הקנייניים) את אי השוויון והפגיעה.

גם תהליכי ההקצאה מחדש, ההפרטה וההלאמה אינם מקבלים מקום ראוי בתאוריית הקניין שדגן מציע.⁴⁰ כפי שרוסר כותב:

The choice of what to emphasize and where to devote scholarly attention is value laden. The history of race-related acquisition and distribution of property cannot be simply written off as an area that will be covered in the future, because such neglect or choice of emphasis suggests property's troubling history is a secondary concern.⁴¹

37 ראו למשל Rosser *The Ambition*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 109.

38 DAGAN *LIBERAL THEORY*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 80–81.

39 כך למשל המושגים colonialism ו-native אינם מופיעים בספר כלל.

40 ALEXANDRE KEDAR, AHMAD AMARA & OREN YIFTACHEL, *EMPTIED LANDS: A LEGAL GEOGRAPHY OF BEDOUIN RIGHTS IN THE NEGEV* §§ 19–42 (2018) (להלן: "החלן").

41 Rosser *The Ambition*, לעיל ה"ש 20, Lands; לביקורת דומה ראו Rosser *The Ambition*, לעיל ה"ש 20.

41 שם, בעמ' 109; ראו גם שם, בעמ' 111, DAGAN *LIBERAL THEORY*, לעיל ה"ש 3, סעיף 16: "Curiously absent from these [progressive property] discussions is the recognition

דגן מקבל את המצב הקיים כנתון. הוא מנסה לבסס תאוריה הוגנת במסגרת המבנה הקיים, אבל מבלי לאתגר את המבנה ומבלי לשאול שאלות יסוד על הדרך שבה נוצר, ואת מי הוא משרת בפועל. בהתייחסות קצרה לשאלת נישול ויצירת קניין דגן כותב שבמקרים של land grab (השתלטות מאורגנת על קרקעות) קיימת אפשרות להתייחס גם למקרקעין בלתי מוסדרים.⁴² אבל הליכי נישול הינם "הלחם והחמאה" של קולוניאליזם מאז ומתמיד. חלק ניכר מן ההיסטוריה של ארה"ב מבוסס על גזל קרקעות, למשל הנישול האדיר של הילידים האמריקניים. אף על פי שבתחילת ההתיישבות רכשו לבנים מהילידים קרקעות והכירו בקניין שלהם, ברגע שהיה ללבנים כוח מספיק נטלו מהם את הקרקע, הפרו את האמנות וטענו שאין לילידים זכויות קניין.⁴³ זאת ועוד, הנישול לא התרחש רק ברגע היסטורי שחלף זה מכבר, אלא המשיך ועדיין ממשיך. למשל בארה"ב, פסק דין טי היט טון (*Tea-Hit-Ton v. United States*) נישל ילידים באלסקה מזכויותיהם בשנת 1955.⁴⁴ זה התרחש לא רק בעבר, אלא גם בעשורים האחרונים ותחת המשטר הקנייני המהווה את המודל העיקרי שהספר מתבסס עליו.⁴⁵ כיצד ניתן לקדם תאוריה קניינית הוגנת המבטיחה אוטונומיה מבלי להתמודד עם פגמים עמוקים אלו? דגן קובע שזכות האדם לקניין ליברלי נפגעת אם מערכת הקניין המדינתית כושלת ואינה מכירה בזכויות קניין באופן שאינו קונסיסטנטי עם הבסיס הנורמטיבי של הקניין,⁴⁶ אך הוא אינו מתמודד עם ההשלכות של אמירה זו ביחס למשטרי מקרקעין ממשלי ילידים כארה"ב, אוסטרליה וישראל.⁴⁷

באופן דומה, חלק ניכר מן הקניין שעבר בירושה, במיוחד ללבנים, מבוסס על הניצול העקבי של האפריקנים האמריקנים, תחילה כעבדים ולאחר מכן כאזרחים מסוג.⁴⁸ במהלך המאה העשרים הודר חלק ניכר מן השחורים מהיכולת לרכוש דיור, למשל

that without a fresh start to correct for the problematic origins of property in the United States and the exclusionary effect of ownership rights property law is, and will likely remain, largely conservative when viewed from the perspective of the propertyless"

DAGAN LIBERAL THEORY, לעיל ה"ש 3, בעמ' 176. 42

Stuart Banner, HOW THE INDIANS LOST THEIR LAND: LAW AND POWER ON THE FRONTIER (2005) 43

The TEE-HIT-TON INDIANS v. UNITED STATES 348 U.S. 272, 75 S.Ct. 313, 99 L.Ed. 314 (1955). לסקירה של פסיקה דומה וספרות העוסקת בה ראו למשל Lands, לעיל ה"ש 40, בעמ' 29–37. 44

כפי שרוסר כותב, תהליך הכיבוש נמשך. Rosser *The Ambition*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 128. 45

Dagan Liberal Theory, לעיל ה"ש 3, בעמ' 178. 46

ראה למשל Emptied Lands, לעיל ה"ש 40; וכן: Alexandre (Sandy) Kedar, "On the Legal Geography of Ethnocratic Settler States: Notes Towards a Research Agenda", 5 CURRENT LEGAL ISSUES, 401–441 (2003); קדר, אחמד אמארה ואורן יפתחאל "אמת מטרידה – הלכת הנגב המת" ונישול הברואים" עיוני משפט מג 731 (2021). 47

ראו Rosser *The Ambition*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 133. 48

באמצעות פרקטיקות של redlining ואחרות, שתוצאתן הייתה מינוט יחסי של בעלות על דיור בקרב שחורים וסבסוד הדיור דווקא בקרב קבוצות חזקות יותר.⁴⁹ פערים אלו בין לבנים ושחורים עוברים בירושה, וקיימות הערכות שלפיהן העושר של משפחה לבנה ממוצעת גבוה פי עשרה מזה של משפחה שחורה, כאשר חלק ניכר מכך מוסבר בפערי הורשה. הסיכוי של לבן לקבל סיוע מהוריו ברכישת דיור גבוה פי חמישה מאשר זה של שחור.⁵⁰ עבור לבנים, קשה ההכרה בכך שרכישת קניין מבוססת על גזע ושהפערים הללו ממשיכים לאורך הדורות, כפי שרוסר מסביר:

Once acquisition is stripped of deservedness and merit, once whites recognize the systematic advantages that their ancestors enjoyed, and that they enjoy currently, the ownership status quo is harder to defend.⁵¹

אם נסיט את המבט מזרחה – לישראל, הרי ששאלות מעין אלו עולות באופן ברור בהקשר של האוכלוסייה הפלסטינית אזרחי ישראל, למשל בהסדר נכסי הנפקדים ובמיוחד ה"נוכחים הנפקדים" והפליטים הפנימיים. כמו בארה"ב, אין מדובר בסוגיות שחלפו מן העולם. חוסר ההכרה בזכויות שאינן מתאימות לאתוס המתיישב בכלל, ולאטום הציוני בפרט, בא לידי ביטוי גם בנישול הבדווים, תהליך שממשיך עד עצם היום הזה ומתבסס בין השאר על כך שהמקרקעין שבהם החזיקו או מחזיקים לא עברו תהליך הסדר מקרקעין.⁵² אילו תשובות, אם בכלל, מציעה התאוריה הקניינית הליברלית המקודמת בספר לסוגיות ליבה אלו ודומותיהן?

⁴⁹ Redlining - החלטות של בנקים וגורמים פיננסיים דומים שלא להלוות כספים באזורים שנתפסו כמסוכנים וששווי הנדל"ן בהם עלול לרדת, למשל עקב כניסת שחורים ובריחת לבנים מאזורים אלו. ראו Rosser *The Ambition*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 135-136; לפי אחד מן המקורות, נכון לשנת 2017 קיים פער של כשלושים אחוזים בין בעלות לבנים ושחורים על דיור (71.9% מול 41.8%): Jung Hyun Choi "Breaking Down the Black-White Homeownership Gap" *Urban Institute* (23.3.2021) <https://www.urban.org/urban-wire/breaking-down-black-white-homeownership-gap>; נתונים המבוססים על משרד הצנזוס האמריקני משנת 2019 מצביעים על פער דומה: Carmel Ford "Homeownership Rates by Race and Ethnicity" *Eye on Housing* (23.3.2021) <https://eyeonhousing.org/2019/03/homeownership-rates-by-race-and-ethnicity>.

⁵⁰ ראו Rosser *The Ambition*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 138-139.

⁵¹ ראו שם, בעמ' 140.

⁵² "ועדת החקירה הממלכתית לביורר התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000" (החלטה ועדת אור) דין וחשבון, פסקאות 33-35 שער ראשון, פרק א

חשוב גם לזכור שקניין משתנה באופן תמידי הן ביחס לשאלה "מהו קניין" והן ביחס לשאלה מי הוא בעליו. קיים תהליך קבוע של שינוי – הקצאה והגדרה מחודשת של קניין. למשל, תהליך ה-enclosure בבריטניה נישל את הכפריים לטובת האריסטוקרטיה.⁵³ באופן דומה, כפי שהראה מורטון הורביץ, שינוי תפיסות קנייניות סבסד קבוצות יזמיות על חשבון קבוצות ניירות יותר בארה"ב, מסוף המאה השמונה עשרה ועד מלחמת האזרחים האמריקנית.⁵⁴ כך גם הצמחת סוגים חדשים של קניין, כגון קניין רוחני, הפכה חלקים מנחלת הכלל לקניין פרטי, בעיקר של חברות ענק. עמימות, הבהרה ושינוי מהווים מרכיבים מרכזיים בקניין שעל פי רוב פועלים לטובת בעלי הכוח. אצלנו בישראל, במיוחד מאז שנות התשעים, ניתן לראות תהליכי הפרטה וזחלת והעצמת זכויות של מחזיקי קרקע בקיבוצים, במושבים, במגזר העירוני המבוסס, ובמקביל צמצום המעמד הקרקעי של בדווים, תושבים בשכונות שבהן מתגוררים בני אדם ללא זכויות ודאיות במקרקעין, כמו גבעת עמל ודיירי דיור ציבורי.⁵⁵ הליך זה מתרחש באמצעות מנגנוני המדינה, שכפי שאני מראה מייד דגן אינו מקדיש לה בספרו מקום ראוי.

ד. דיון חסר על אודות תפקיד המדינה

דגן מכיר בכך שהקניין מוצדק רק בהתקיים משטר משפטי המקדם ערכי יסוד כגון אוטונומיה ושוויון.

Property is fully justified only in a genuinely liberal polity, and its legitimacy is necessarily contingent on the performance of a background legal regime that supports the enhancement of autonomy. The burden of justification is ongoing and immanent to the life of

Alexandre Kedar, *Dignity Takings and Dispossession in Israel*, (2003) 41 LAW & SOC. INQUIRY 866 (2016); Jeremy Forman and Alexandre (Sandy) Kedar, *From Arab Land to "Israel Lands": The Legal Dispossession of the Palestinians Displaced by Israel in the Wake of 1948* Environment and Planning D: Society and Space 809 (2004); Alexandre (Sandy) Kedar, *The Legal Geography of Ethnocratic Settler States: Notes Towards a Research Agenda* 5 CURRENT LEGAL ISSUES 401 (2003).

Nicholas Blomley, *Enclosure, Common Right, and the Property of the Poor*, 17 SOC. & LEGAL STUD. 311 (2008) 53

; Morton J. Horwitz, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW §§ 1780–1860* (1977) 54

ראו במיוחד שם, בפרק II. אורן יפתחאל עוצמה ואדמה: מאתנוקרטיה לאפרטהייד וזחל בישראל/פלסטין (2021). 55

property in law. This onerous justificatory challenge could prove insurmountable, once we seriously consider the many inequalities of the real world, which this book does not.⁵⁶

אבל לטעמי אין די בהכרה בכך. אני סבור שמבלי להתייחס כמעט לתפקיד הראוי של המדינה, ומבלי להתמודד עם התפקוד הנוהג בפועל של "המדינה", בוודאי בארה"ב המהווה את מוקד הדיון של דגן, קשה לשכנע שיש סיכוי לתאוריה הקניינית של דגן לקדם את הערך המרכזי שבו הוא דוגל, אוטונומיה. קניין אינו מצוי בחלל ריק. בהינתן שלא קיימת מערכת אפקטיבית של חלוקה מחדש באמצעות מיסים ומערכת הרווחה, ושלחלק ניכר מן האוכלוסייה אין אפשרות להיות בעלי קניין משמעותי, ושהפערים הכלכליים והחברתיים הולכים וגדלים, מה המשמעות האפקטיבית של תאוריית הקניין הליברלי?⁵⁷ היעדר בסיס מינימלי של קניין, המעוגן במעורבות עמוקה של המדינה, המקדמת בפועל ערכי יסוד ליברליים (ברוח משנתו של דגן), או ערכים שמאליים כגישתי, חותר תחת אותם ערכים של אוטונומיה שדגן מקדם.⁵⁸ בהנחה סבירה שלא ניתן לקדם ערכי אוטונומיה ללא מידה מסוימת של חירות, יפים כאן דבריו של דגן המוקדם:

אם קניין מבוסס על חירות [ואוטונומיה, א"ק] – אם חירותם של בני אדם תלויה בהיות בעלים של קניין – אזי זכות הקניין משמיעה מינימום קנייני לכלל בני-האדם, כזה שנדרש להם שלם קיום אנושי בכבוד ולשלם פיתוח האוטונומיה האישית שלהם.⁵⁹

56 DAGAN LIBERAL THEORY, לעיל ה"ש 3, בעמ' 7, 40, בעמ' 71 בה"ש 145.

57 לגישה דומה ראו Rosser *Destabilizing*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 432–434.

58 דגן מודע לכך, ואף מכיר בכך, שאין די בהספקת צרכים בסיסיים בלבד. הוא מבקר בצדק גישות קניין קנטיאניות המותירות את הסוגיה בידי המדינה, וקובע שעמדה זו מוצדקת רק במקרים שבהם המדינה עומדת בחובה זו. אך בהיעדר מצב זה בעולם, דגן טוען בצדק שיש להעביר חלק מתפקיד זה למשפט הפרטי, ולדיני הקניין הפרטי. ראו למשל DAGAN LIBERAL THEORY, לעיל ה"ש 3, עמ' 119–120; אך את הביקורת שהוא מפנה כלפי הקנטיאנים ניתן להפנות גם כלפיו, לפחות ביחס למעמדה של התאוריה שלו במקרים שבהם המדינה אינה עומדת בתפקידה. התפקיד שהתאוריה הקניינית הליברלית שלו מותיר לדיני הקניין אינו יכול לרפא את הפגמים הללו. כלומר: גם התאוריה הקניינית של דגן חייבת להתמודד ברצינות רבה יותר עם שאלת הקצאת הקניין.

59 דגן קניין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 57; "דגן המאוחר" מציע את גישת "הצדק ביחסים" (relational justice) כאמצעי להכפפת מערכת היחסים שבין בעלי קניין לאלו הכפופים לכוחם, ראו למשל DAGAN LIBERAL THEORY, לעיל ה"ש 3, בעמ' 125. אך אני סבור

כפי שכותב בלומלי, על מנת להבין כראוי את האופן שבו דיני הקניין מבנים יחסים אסימטריים של פגיעות ושליטה, יש לתת משקל תאורטי ומחקרי ראוי למחוזות קנייניים שכיחים אלו, כגון דיור בשכירות, מקרקעין מדינה, קולוניאליזם מתיישב, דיני המשכנתאות, חוסר בית (homelessness). הם אינם החריג של דיני המקרקעין, אלא הכלל.⁶⁰

לאור זאת שהתזה המרכזית של דגן היא שהטלוס של קניין הוא אוטונומיה והיכולת לספר את סיפור חיך, מפתיעה ההתייחסות המזערית בספר למחוסרי בית. המונח מופיע רק פעמיים בטקסט ובאופן שולי למדי, ועוד פעמיים בהפניות למחקרים שכותרתם נושאת את המילה homeless.⁶¹

אבל מציאות שבה אנשים רבים כלל אינם יכולים להיות בעלי קניין, איננה עניין שולי. היא חותרת תחת הרעיון המארגן של הספר. בלומלי מראה, לבדו ועם שותפים, כיצד היעדר קורת גג קבועה ויציבה למחוסרי בית ודרים בסיכון (precariously housed) מוביל לאובדן קניינם במטלטלין שלהם, ופוגע קשות באוטונומיה שלהם וביכולתם לעצב את "סיפור חייהם".⁶² כך למשל, עקב נסיבות חייהם, חיות מחמד שהם מחזיקים, ולעיתים קרובות הן היצור הקרוב ביותר אליהם ומספקים להם "solace, emotional support, unconditional love and acceptance"⁶³ נלקחים מהם בגלל היעדר קורת גג בטוחה. כך גם:

The seizure or destruction of personal property risks underplaying the significance of certain objects to their owners, denying their dignity as human beings. It is in this context that

שגישה זו אינה פותרת באופן מספק שאלות של אי שוויון הגורם לפגיעה באוטונומיה, היות שגישה זו מתבססת על המצב הקיים כיום ואינה פותרת בעיות מבניות של אי שוויון.

Nicholas Blomley, *Precarious Territory: Property Law, Housing, and the Socio-Spatial Order*, 52 ANTIPODE 36, 40 (2020) ⁶⁰

Rosser *Destabilizing*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 439; ראו גם Rosser *The Ambition*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 121; Nicholas Blomley, *Precarious Territory: Property Law, Housing, and the Socio-Spatial Order*, 52 ANTIPODE 36, 39 (2020) ⁶¹

Nicholas Blomley, Alexandra Flynn & Marie-Eve Sylvestre, *Governing the Belongings of the Precariously Housed: A Critical Legal Geography*, 16 ANNUAL REVIEW OF LAW DAGAN LIBERAL AND THE SOCIAL SCIENCES 165 (2020) (להלן: בלומלי ואחרים); THEORY, לעיל ה"ש 3, בעמ' 43. ⁶²

Jennifer Labrecque, Christine A. Walsh, *Homeless Women's Voices on Incorporating Companion Animals into Shelter Services*, 24 ANTHROZOÖS 83 (2011) (ראו גם בלומלי ואחרים, לעיל ה"ש 62, בעמ' 167. ⁶³

they are better described as "belongings". The photographs destroyed in an eviction or municipal sweep of houseless encampments may be the last tangible link that a person has to a child or family.⁶⁴

בלומלי ושותפיו מדגישים שמקרים מעין אלו ודומיהם כמעט אינם נחקרים בספרות קניינית, וחוסר זה משקף את ההטיה החברתית בחקר הקניין שמקדישה את עיקר מחקרה ומתמקדת בעיקר באלו שיש להם הקניין היציב והבטוח ביותר, אף שמדובר רק בחלק קטן מן האוכלוסייה.⁶⁵ היעדר דיור בטוח הוא תופעה נפוצה מאוד בעולם. כך, אחד מכל ארבעה בני אדם המתגוררים בערים, מתגורר בסלם (Slum) – למעלה ממיליארד בני אדם הסובלים מבעיות דיור וחוסר ודאות בהחזקתם.⁶⁶ רק 43% מתושבי מדינות ה-OECD הם בעלי דירות, ואילו השאר נתונים במצב כזה או אחר של חוסר ודאות קניינית ארוכת טווח – משלמי משכנתאות (25%), שוכרים בשוק הפרטי (22%), שוכרים בדיוור מסובסד (6%) ואחרים (6%) שכנראה נמצאים במצב גרוע עוד יותר. בארה"ב, מוקד ספרו של דגן, רק 23% מהאוכלוסייה הם בעלי זכות בעלות בדיוור (ללא תשלום משכנתא).⁶⁷ לכן, דמותה של בעלת הזכות העצמאית, האוטונומית והבלתי תלויה מהווה חריג אפילו בארה"ב. כל 77% האחרים אינם בטוחים ואוטונומיים בקניינם אלא כפופים לכוחם הקנייני של הבעלים של בתיהם. בלומלי טוען אם כן באופן משכנע שרובנו חיים באופן מתמיד בתוך יחסי קניין טריטוריאליים מעורערים (Precarious).⁶⁸ דיני הקניין ממוקדים באלו שיש להם בעלות במקרקעין, הבטוחים ביחידה הטריטוריאלית שלהם. מחוסרי הבעלות מועלמים מדיני הקניין.⁶⁹

דגן קובע בצדק בספרו שתאוריה ליברלית מחייבת קיום קניין לכול ואינה יכולה להסתפק בפתרונות מדינתיים לשאלת היעדר הקניין. הוא כותב באופן משכנע כי:

64 בלומלי ואחרים, לעיל ה"ש 62, בעמ' 169.

65 שם.

66 "Inequality in A rapidly Changing World" **World Social Report 2020** (23.3.2021) <https://www.drugsandalcohol.ie/32370/1/World-Social-Report2020-FullReport.pdf>

67 "Housing market Charts" **OECD** (23.3.2021)

68 <http://www.oecd.org/housing/data/affordable-housing-database/housing-market.htm>

Nicholas Blomley, *Precarious Territory: Property Law, Housing, and the Socio-Spatial Order*, 52 *ANTIPODE* 36, 38 (2020): "...there is no moment in which we stand outside the reach of property law. Whatever we are doing, it has something to say to us. However, what it says to us depends on our legal status, not just as owner occupiers, but as tenants, trespassers and so on..."

69 שם, בעמ' 38.

In the autonomy-enhancing account of property, turning nonowners into private owners by ensuring a pre-distribution of ownership for all as the background regime of property law is not merely one possible response to inequality or a possible side effect of such a response. It is the point, and thus the core of any acceptable response.⁷⁰

ואולם, כאשר מגיעים לפתרונות אפשריים לסוגיית ליבה זו, הספר חוזר לרעיונות שבהם שינוי המצב אינו משפיע על הגדרת היקף הקניין הפרטי ובפועל אינו מטיל את הבטחת מימוש זכות הדיוור על בעלי הקניין הפרטי אלא על המדינה, וזאת באמצעים כגון מתן ואוצ'רים למחוסרי דיוור. בפועל, מעטות הן המדינות שבהן קיים דיוור לכול. כפי שראינו, בארה"ב, המהווה כאמור דוגמה מובילה בספר, בוודאי לא קיים דיוור לכול. ומה ייעשה בינתיים? כיצד התאוריה שדגן מציע יכולה להכיל מצב זה, או לחלופין כיצד היא מציעה לשנותו? אם כוונתו של דגן שניתן וחובה לצמצם את היקף זכויות הקניין על מנת להבטיח זכויות דיוור לכול, או לחלופין לחזק את חובתה של המדינה לספק פתרונות אלו גם במחיר של פגיעה בזכויות בעלי קניין, ראוי שיבהיר כיצד ניתן להשיג מטרה ראויה זו במסגרת התאוריה המוצגת בספר. מבלי להתמודד עם שאלות אלו, קשה לדבר על תאוריה קניינית ליברלית המקדמת את האוטונומיה של בני אדם ואת יכולתם לספר את סיפור חייהם. כפי שנראה מייד, ביקורת מעין זו נכונה גם לשאלת הכפיפות של אנשים לכוחם ולמרותם של בעלי קניין חזקים.

ה. הספר אינו מתמודד דיו עם שאלת הכוח והריכוזיות בקניין

דגן מכיר בכך שקניין מעתיר כוח על בעליו⁷¹ וקובע שיש לצמצם כוח זה כאשר הוא מתנגש בזכויות של אחרים, למשל קניין בהקשרים עסקיים הפוגע בזכויות של עובדים.⁷² אך כפי שנראה בהמשך, הוא אינו מתמודד דיו עם הכוח התאגידי העצום, הן ביחס לעובדים בשוק הגלובלי והן לגבי בני אדם אחרים הכפופים לכוח זה.

שאלת הכוח הטמון בקניין אינה חדשה. הריאליסטים המשפטיים כתבו עליה לא מעט. כך למשל הייל (Hale) כתב כבר ב-1923 על אודות הכוח הכופה של קניין:

70 Dagan, *Liberal Theory*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 73.

71 למשל שם, בעמ' 60–63.

72 שם, בעמ' 6–9.

While there is no law against eating in the abstract, there is a law which forbids him to eat any of the food which actually exists in the community – and that law is the law of property.⁷³

בשיח הקנייני הפרוגרסיבי, מקובל שקניין מהווה הקצאת כוח המגובה בכוח האלים של המדינה:

Property confers power. It allocates scarce resources that are necessary for human life, development, and dignity. Because of the equal value of each human being, property laws should promote the ability of each person to obtain the material resources necessary for full social and political participation.⁷⁴

כפי שכותב בלומלי,

For those with secure entitlements, inside the "castle", property easily appears as a zone of autonomy, rather than one of power and conditional relationality. [However] [g]iven that for most people, access and use of property for shelter depends on privileged others, who grant access under legally framed terms, there is merit, therefore, in starting not at the institutional center, but from property's "margins".⁷⁵

Robert L. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, 38 ⁷³
POLITICAL SCIENCE QUARTERLY, 470, 472 (1923).

Gregory Alexander, Eduardo M. Peñalver, Joseph W. Singer & Laura S. Underkuffler, ⁷⁴
A Statement of Progressive Property, 94 CORNELL LAW REVIEW 743, 744 (2008).

בלומי, לעיל ה"ש 68, בעמ' 40. ⁷⁵

דגן המוקדם כתב באופן ברור בנדון:

...בעלות פרטית היא מקור מרכזי של כוח כלכלי, ועל כן גם חברתי, פוליטי ותרבותי; כוח שכנגדו עומדת כפיפותם – קרי: הסכנה לחירותם – של יתר בני האדם... החשש מריכוזי כוח פרטיים (ועל כן גם מפערים חברתיים גדולים) אינו צריך להיות שונה, בעיקרון, מהחשש מכוחה הכופה של המדינה.⁷⁶

הנחה מובלעת בספרו הנוכחי של דגן הינה שהקניין יקדם אוטונומיה אנושית. אך לאור זאת שהקניין מרוכז בידי קבוצה קטנה של בני אדם ותאגידים, משמעות ההגנה על קניין היא הגנה על האוטונומיה ועל הכוח לשלוט באחרים של קבוצה פריווילגית על חשבון קבוצה נרחבת של האנושות.⁷⁷ בתקופות שבהן חלק ניכר מן העושר מרוכז בידי יחידים, ומוגן על ידי מערכת קניינית, קיימת סכנה אמיתית לקיומו של משטר דמוקרטי, שאני מניח שדגן יסכים שמהווה בסיס הכרחי לערכי האוטונומיה שהוא מקדם. כאשר הקניין מרוכז בידי מעטים שמתרגמים את הכוח הקנייני לכוח פוליטי, וחוזר חלילה, הדמוקרטיה מתערעת. כך למשל חיפשתי בספר את פסק דין Citizen v. FEC העוסק בחופש הביטוי הפוליטי של חברות פרטיות, אבל לא מצאתי אותו. האוטונומיה של פרטים מאוימת כיום לא רק מן המדינה, אלא גם מחברות ענק מונופוליסטיות או מעין מונופוליסטיות. ריכוז הכוח העצום שבא עם הקניין משפיע גם על הריכוז עצמו, ראו למשל את הכוח העצום שיש לחברות האינטרנט הגדולות כגון פייסבוק, גוגל, מייקרוסופט – שנתח השוק שלהן מגיע לעיתים ל-90%.⁷⁸

דגן אינו חייב לקבל את עמדתם של חוקרים כגון פיקטי (Thomas Piketty), אבל תאוריה קניינית ליברלית שמתעלמת ממחקריו ומהדיון החשוב שעוררו עומדת על יסודות פחות משכנעים. אם אכן פיקטי צודק, וללא שינויים משמעותיים הקניין ימשיך

⁷⁶ ראו למשל דגן קניין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 56.

⁷⁷ לגישה דומה ראו Rosser *Destabilizing*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 401.

⁷⁸ נתח השוק העולמי של גוגל הוא מעל 90%, נכון לינואר 2021: Sarah Berry "2020 : 2021 WebFX (23.3.2021) Search Market Share: 5 Hard Truths About Today's Market" <https://www.webfx.com/blog/seo/2019-search-market-share>
נתח השוק העולמי של פייסבוק, נכון לשנת 2019, מוערך ב-69%: "Social Media ,Market Share, Market Size and Industry Growth Drivers, 2018–2023" T4 (23.3.2021) <https://www.t4.ai/industry/social-media-market-share>

בתהליך הריכוז בידי מעטים, החברה לא תהיה ליברלית אלא אוליגרכית או אריסטוקרטית, ובכך תחתור תחת ערך הליכה שדגן מקדם – אוטונומיה.⁷⁹

דגן פוסע צעד נכון בדרך להתמודדות עם שאלת ההקצאה האוניברסלית של הזכות לקניין, ואף קובע שמערכת קניינית ליברלית צריכה לכלול אפשרות לקניין לכול – אבל אינו מסביר כיצד נגיע למצב מעין זה במציאות (הוא מציע כאמור כאפשרות מתן ואוצ'רים לדיוור), וכיצד התאוריה הקניינית שלו אמורה לפעול בהיעדר הקצאה קניינית לכול.⁸⁰ הוא אף טוען שהלגיטימיות של מערכת קניינית תלויה באופן שהיא עומדת בדרישת חלוקה צודקת של קניין כאמצעי העצמה.⁸¹ אך לא תיתכן אוטונומיה אמיתית של פרטים אם הכוח הכלכלי, וגם הפוליטי, ישרת רק קבוצה קטנה של בעלי עניין. אחד הטיעונים המרכזיים של פיקטי הוא שחלק משמעותי מן ההון הוא הון המועבר בירושה. שאלת הכוח להוריש ומגבלות על כוח זה היא סוגיה מרכזית באפיון הזכות הקניינית – אבל דגן אינו מתמודד באופן משביע רצון עם הטיעון של פיקטי כאשר הוא עוסק בזכות להוריש.⁸²

סיכום

כפי שכתבתי בתחילת מאמרי, תרומתו של דגן לדיני הקניין בישראל היא עצומה. השיח הקנייני של פוסט 1992 – או אם לשאול מושג שדגן משתמש בו – הטלוס שלו, או למצער כיוון ההתפתחות שלו, היו מועדים לפיתוח דוקטרינה קניינית אחודה (מוניסטית) בעלת אוריינטציה מאוד נאו-ליברלית.⁸³ קניין על פרשת דרכים תרם תרומה עצומה לפתיחת השיח והכרה בכך שקניין כריבונות, אטומיסטי, פורמליסטי ונאו-

⁷⁹ DAGAN LIBERAL THEORY, לעיל ה"ש 4, בעמ' 66. דגן מכיר בכך שקניין מוביל לעוד קניין ולהגדלת אי השוויון, אך לא מצאתי בספרו מענה משכנע לכך. למעשה הוא מודה בכך שספרו אינו עוסק בסוגיה הזו – שם, בעמ' 64–65; אך כפי שדגן עצמו מודה, מערכת קניין שהטלוס שלה הוא קידום אוטונומיה אינה יכולה להתעלם מצדק חלוקתי, שם, בעמ' 72 בהערה 145; אך את הטיפול בכך הוא מותיר למערכות חוץ-קנייניות. שם, בעמ' 72; למעשה התאוריה הקניינית שלו אינה מתעמתת דיה עם השאלה אם המערכות הללו פועלות או לא (הן באופן פרקטי והן באופן תאורטי). דגן עורך הבחנה בין קניין לבין "רעיון הקניין הליברלי", שם, בעמ' 67. אני לא משתכנע מהבחנה זו. בעוד שדגן מבקר מבקרי קניין על הצעותיהם, אין הוא מתמודד דיו עם ביקורתם הם – ראו למשל שם בעמ' 67–68.

⁸⁰ DAGAN LIBERAL THEORY, לעיל ה"ש 3, בעמ' 73–74.

⁸¹ שם, בעמ' 74, בה"ש 161.

⁸² שם, בעמ' 64, דגן מדגיש את הקשר שהוא רואה בין היכולת להוריש רכוש לבין יכולתו של אדם לספר את סיפור חייו. הוא מכיר בכך שניתן למסות יכולת זו, אך אינו מחייב זאת ואף טוען שיכולת כלשהי להורשה הכרחית לתאוריה קניינית ממוקדת אוטונומיה.

⁸³ שם, בעמ' 3.

ליברלי אינו סוג הקניין היחיד. הוא הציב אל מול כך אלטרנטיבה משכנעת של קניין ריאליסטי, ליברלי וקהילתי. ללא כתיבתו של דגן, השיח הקנייני הישראלי היה דל ואכזר בהרבה.⁸⁴ ספרו הנוכחי של דגן הוא ספר חשוב ומעמיק; אבל מנקודת מבטי הוא אינו הולך מספיק רחוק. ליברלי-נקודה זה לא מספיק, נקודה.⁸⁵

אסיים בשתי שאלות ובמשאלה.

1. דגן מזכיר בספרו את סעיף 25 (סעיף הקניין) בחוקה הדרום-אפריקנית,⁸⁶ אך ההתייחסות לסעיף ניתנת במסגרת דיון במקרים חריגים, כגון עבדות, המאפשרים פגיעות קנייניות:⁸⁷

Lesser, but still unjustified, foundations to owners' title lead to the same conclusion, as the South African constitutional property clause exemplifies. It prescribes that the "amount of the compensation" for expropriation must be "just and equitable, reflecting an equitable balance between the public interest and the interests of those affected", emphasizing that "the public interest includes the nation's commitment to land reform, and to reforms to bring about equitable access to all South Africa's natural resources"... among the factors to be considered in determining what just and equitable compensation is, the clause mentions both "the history of the acquisition and use of the property" and "the extent of direct state investment and subsidy in the acquisition and beneficial capital improvement of the property".

אך לאור ההיסטוריה של נישול האינדיאנים והעבדות, אני שואל את דגן מדוע הספר אינו מחיל את הקריטריונים האלו על ארה"ב; ולאור ההיסטוריה הישראלית, האין מקום להחיל רציונלים דומים גם על נכסי נפקדים ומקרקעי הבדווים? אני רוצה להבין גם מה המשמעות האופרטיבית של הקביעה בספר שאין לערוך שינויים בקניין בשטחים כבושים.⁸⁸ לא ברור מספיק מה נובע מכך ביחס למצב אצלנו. למשל מה נובע

84 דגן קניין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 13-17.

85 דגן ליבראליזם בישראל, לעיל ה"ש 12.

86 Dagan Liberal Theory, לעיל ה"ש 3, בעמ' 234.

87 שם, בעמ' 233-234.

88 שם, בעמ' 232.

מכך לגבי זכויות קניין בשכונות יהודיות במזרח ירושלים, שלפי המשפט הבינלאומי היא שטח כבוש? אבל שאלה זו נכונה גם ביחס למקומות אחרים, כגון סהרה המערבית ואזורים אחרים. תאוריה קניינית כללית אינה יכולה לפסוח על סוגיות אלו. קולוניאליזם, נישול, כיבוש ודחיקה, הן תופעות היסטוריות וחברתיות מרכזיות. תאוריה המתיימרת להציע תפיסה כוללנית של קניין אינה יכולה להתעלם מהן.

2. איך הספר (או הספר הבא) מתכוון להתמודד עם ריכוז הכוח בידי מעטים? היכן מקומם של ערכים כגון צדק מתקן וצדק חלוקתי, אם בכלל, בתאוריה הקניינית הליברלית? במיוחד מטרידה אותי השאלה מדוע נעדר כעת ערך הצדק החלוקתי מרשימת הערכים שקניין אמור לשרת. בספרו **קניין על פורשת דרכים** נתן דגן משקל משמעותי לעקרונות הצדק החלוקתי. הוא היווה ערך אינטרנסי ומרכזי בקניין:

תפיסה ליברלית של קניין תפנים גם את השאיפה לקידום הצדק החלוקתי בחברה, קרי: צמצום – או למצער אי הרחבתם – של הפערים בין חזקים וחלשים בחברה... לא ניתן לדבר על צדק חלוקתי מבלי לדבר על קניין; לא ניתן גם לדבר על קניין מבלי לדבר על צדק חלוקתי.⁸⁹

דגן המוקדם סבר שצדק חלוקתי מהווה "יסוד מכונן של המושג קניין (ולא רק מגבלה חיצונית עליו, שהרי קניין פרטי הינו מקור מרכזי של אי-שוויון כלכלי-חברתי...)".⁹⁰ דגן גם הדגיש שתאוריית האישיות בקניין "מחייבת שלכל אדם יהיה קניין פרטי",⁹¹ ואין מדובר בעניין שולי; הוא צריך לשרת את "התפתחות המוסרית של אנשים", עליו להיות "קניין מכונן: כזה המתייחס להיבטים, להחלטות ולפרויקטים המרכזיים של בעליו".⁹² לכן סבר דגן כי "על שופטים וכותבים המחויבים לאידאליים חלוקתיים [של צמצום או למצער אי-הרחבה של הפערים בחברה] לעשות כמיטב יכולתם... על מנת להפנים את השאיפה לצדק חלוקתי אל תוך דיני הקניין ולבסס ולחזק בכך את התפיסה הליברלית של המושג קניין".⁹³ דגן אינו מתעלם בספרו הנוכחי מהאתגר, ושואל בצדק:

89 דגן קניין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 55–56.

90 שם, בעמ' 56.

91 שם, בעמ' 57.

92 שם.

93 שם בעמ' 65.

Justifying property while ignoring the distributive question thus proves impossible: how can a liberal property law guided by a commitment to self-authorship rather than to distributive justice be legitimate, given the burdens it imposes on the "have nots".⁹⁴

לטעמי הספר אינו נותן מענה משביע רצון לשאלה זו. הטיפול בצדק חלוקתי הועבר לאחרייתה של המדינה,⁹⁵ אך כפי שדגן המוקדם הראה בספרו אין די בכך.

אסיים במשאלה. אני חושב שלדגן הייתה, יכולה וצריכה להיות תרומה עצומה לשיח המקומי. השיח הישראלי יועשר מכך עד מאוד, וגם השיח הקנייני הגלובלי ירויח רבות משיח שאינו ממוקד כמעט בלעדית בארה"ב. ההתייחסות לארה"ב כמודל העיקרי לניתוח ואף לביקורת מצמצמת את השיח האקדמי הקנייני. ישראל מהווה מודל מרתק וחשוב. מדובר על מדינה צעירה בהרבה מארה"ב וחלק מן המבנים הקנייניים טרם התקבעו בה, לכן הקשר אצלנו בין העבר וההווה גלוי יותר מאשר בארה"ב. בנוסף, המצב הקנייני בשטחים הכבושים חושף באופן חד ואכזרי יותר את הקשר היסודי וההדוק בין האידאולוגי, הפוליטי והמשפטי. חנוך, חזור הביתה – לקהילה שלך. אנו רוצים אותך חזרה כאן – בוא נדבר ונתוכח על השטחים, על אסדות הגז, על דיירי הדיור הציבורי ועל בני אדם וקבוצות מוחלשים רבים מדי הנעדרים קניין, כוח ויכולת אמיתית לכתוב את סיפור חייהם.

⁹⁴ Dagan Liberal Theory, לעיל ה"ש 3, בעמ' 65.

⁹⁵ שם, בעמ' 12.