

רועי שפירא* | הקניין החדש וסדרי הכוחות הישנים

חלק גדול מרווחתו ועצמאותו של הפרט בימינו נובע מזכאותו לטובות הנאה שונות שמקורן ברשויות השלטון, כגון רישיונות, זיכיונות וקצבאות. בית המשפט העליון הביע נכונות עקרונית להכיר בטובות הנאה שלטוניות אלו כקניינו של הפרט, כשהמשמעות היא שאותו "קניין חדש" יהיה ראוי להגנה חוקתית: רשויות השלטון לא תוכלנה לשנות ולשלול את ההענקות כרצונן אלא תהיינה מחויבות לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. ה"קניין החדש" נהגה, אם כן, כמוסד המיועד להגן על הפרט מפני שרירותיות שלטונית. אלא שבפועל, הדוקטרינה המתפתחת בישראל הפכה אותו למוסד הנוטה להגן על קבוצות לחץ מאורגנות ולהרתיע רגולטורים מפני פגיעה בפריבילגיות של קבוצות לחץ אלו. מאמר זה מנתח את התפתחותו ואת רציותו של מוסד הקניין החדש בישראל, ומציע דרכים לכייל מחדש את הדוקטרינה כך שתמלא את מטרתיה המקוריות ולא תהפוך לחסם לרפורמות רגולטוריות אשר נועדו לקדם את האינטרס הציבורי.

מבוא

קיץ 2011 נחזה כנקודת מפנה ברגולציה כלכלית-חברתית בישראל. מחאה חברתית חסרת תקדים הובילה למינוי "הוועדה לשינוי חברתי כלכלי" (ועדת טרכטנברג), עם מנדט רחב לזהות את בעיות השורש בכלכלה הישראלית ולסמן כיוונים לפתרון. הוועדה הציבורית הצביעה על "שבי רגולטורי" כגורם מרכזי בתחלואי המשק: רגולטורים נוטים להעדיף יתר על המידה את האינטרסים של קבוצות עסקיות חזקות שעליהן הם אמורים לפקח, על חשבון האינטרס הציבורי.¹ הפתרון, הסבירה הוועדה, צריך לעבור דרך שינוי פונקציית המטרה עבור הרגולטורים, וצמצום הריכוזיות המשקית כך שיקשה על מספר קטן של קבוצות עסקיות לשבות את הרגולציה.² גלי ההדף של דו"ח טרכטנברג כללו הקמת ועדות במקטעים שונים של המשק לקידום הסרת חסמים רגולטוריים. באותו חודש (ספטמבר 2011) הגישה גם "ועדת הריכוזיות" דו"ח ביניים ובו תיאור חריף דומה של הכשלים האמורים, ומתווה

* מרצה בכיר, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן. אני מודה לנחי בן-אור, לאמנון להבי, לדוידה לחמן-מסר, ליובל רויטמן, לאדם שנער, לקורא אנונימי, ולחברי מערכת "משפט, חברה ותרבות" יצחק בומבך, עילאי כהן וגל ליפסקר על הערות מועילות, ולדר נתן והדס ששון על סיוען המועיל במחקר.

1 הוועדה לשינוי כלכלי חברתי דו"ח הוועדה לשינוי כלכלי חברתי 168, 184, 195 (2011).

2 ראו גם אסף חמדני "ריכוזיות השליטה בישראל: היבטים משפטיים" המכון הישראלי לדמוקרטיה 33-30 (2009).

לקידום התחרותיות.³ מוקדם יותר ב־2011 התרחשה דרמה רגולטורית אחרת: בעקבות גילוי מאגרי גז גדולים מול חופי ישראל הוקמה ועדה ציבורית (ועדת ששינסקי) לבחינה מחדש של חלוקת הרווחים בין הגופים העסקיים שקיבלו רישיון מהמדינה להפיק את הגז הטבעי לבין המדינה אשר הגז בבעלותה. על אף קמפיין ממוקד מצד חברות הגז, אשר גלש להתקפות אישיות על חברי הוועדה, הדו"ח הסופי המליץ על העלאה ניכרת בתמלוגים המגיעים למדינה, בשם הצדק החלוקתי.⁴

בחלוף עשור, האופטימיות של קיץ 2011 התחלפה בפסימיות. "קרן העושר" שאליה היו אמורים לזרום מאות מיליארדים מתגליות הגז לרווחת כלל האזרחים עדיין ריקה.⁵ סיכוייו של זוג צעיר לרכוש דירה בכוחות עצמו קטנו במידה רבה, וחלק גדול מהמלצות ועדת טרכטנברג לא יושם בפועל.⁶ התרחשויות אלה ממחישות דינמיקה מוכרת בספרות מתחום מדעי המדינה והחברה העוסקת ב"כשלים רגולטוריים":⁷ קל יותר להכריז במסיבת עיתונאים ברוב רושם על רפורמה לטובת האזרח הקטן, וקשה יותר ליישם את הרפורמה בפועל, תוך מאבק יומיומי מול קבוצות הלחץ המאורגנות הנהנות מהסטטוס קוו. רגולציה כלכלית נוטה לאורך זמן לסטות מהאינטרס הציבורי המיועד ולקדם אינטרסים צרים, פעמים רבות אלו של הגופים המפוקחים עצמם.⁸

על הנייר, ביקורת שיפוטית אמורה להיות גורם המאזן הטיות שכאלה בהליך הרגולטורי: בית המשפט יוכל להתערב במצבים שבהם הרגולציה תושפע יתר על המידה משיקולי טובת קבוצות הלחץ המאורגנות, ועצם האיום בהתערבות שיפוטית בדיעבד ימשטר את התנהלות הרגולטורים מלכתחילה. בפועל, ביקורת שיפוטית אינה מממשת את הפוטנציאל האמור, מסיבות שונות. מאמר זה מתמקד בסיבה אחת שכזאת: מוסד משפטי בשם "הקניין החדש", אשר בתצורה שבה הוא מיושם בפועל בארץ עלול להחריף את ההטיה הרגולטורית לכיוון

3 הוועדה להגברת התחרותיות במשק טיוטת המלצות הוועדה להגברת התחרותיות במשק (2011).

4 אביטל להב "לא לתת לטקטיקות מלוכלכות להשפיע על הגז" Ynet (12.1.2011) <https://tinyurl.com/czvzrrpn>.

5 ראו Joseph Krauss, *Five Years on, Israelis See Few Benefits from Major Gas Deal*, AP News (Oct. 12, 2020), <https://tinyurl.com/yrpncchs>; גיא ליברמן, אלה לוי-וינריב וגיא בן סימון "יזמי הגז הטבעי הרוויחו כבר מיליארדים, אבל הקופה הציבורית עדיין ריקה. לאן נעלמה קרן העושר?" גלובס (5.7.2021) <https://tinyurl.com/wnts878>.

6 עמירם ברקת "המיסים עלו והדירור הונח: מה עלה בגורל המלצות טרכטנברג" גלובס (26.9.2018) <https://tinyurl.com/36se9vk>.

7 אני מתייחס לאורך המאמר ל"רגולציה" במונח הרחב ביותר שלה, ככל התערבות ממשלתית בפעילות שוק. "רגולטור" לצרכינו אינו רק פקיד מקצועי אלא גם חבר כנסת או שר בממשלה. משכך, גם "כשל רגולטורי" נאמר במונח הרחב ביותר, ככולל גם חוסר היתכנות פוליטית.

8 על תופעת השבי הרגולטורי ראו המקורות להלן בה"ש 54; רועי שפירא "האם יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תוכנות מהספרות על שבי רגולטורי" פורום עיוני משפט מד (2020) (להלן: שפירא, "האם יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור?"); דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פס' 52-58 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (נבו) (4.7.2021).

הסטטוס קוו, ולשמש כלי נוסף לשימור כוח ההשפעה הלא-פרופורציונלי של קבוצות הלחץ המאורגנות.

המושג "קניין חדש" מתאר בו בזמן הן תופעה קיימת והן טכניקה משפטית להתמודדות עם התופעה. התופעה היא התפקיד החשוב שהמדינה הרגולטורית ממלאת בחייו של הפרט. בימינו, רווחתו ועצמאותו של הפרט אינן רק פונקציה של זכויותיו בחפצים מסוימים (כגון הדירה שבבעלותו), אלא גם, ביתר שאת, פונקציה של זכאותו לטובות הנאה שונות שמקורן ברשויות השלטון, כגון רישיונות, זיכיונות וקצבאות.⁹ הטכניקה המשפטית היא הכרה בהענקות המדינתיות האלו כזכות קניין חוקתית של המוענק, כך שרשויות השלטון לא תוכלנה לשנות ולשלול את ההענקות כרצונן, אלא תהיינה מחויבות לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה: בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.¹⁰ במקור, הקניין החדש נהגה כמוסד המיועד להגן על הפרט מפני שרירותיות שלטונית; בפועל, הדוקטרינה המתפתחת בישראל הפכה אותו למוסד העלול להגן על קבוצות לחץ מאורגנות ולהרתיע רגולטורים מפני פגיעה בפריבילגיות שלהן.

מאמר זה מנתח את התפתחותו ואת רציותו של מוסד הקניין החדש בישראל, ומציע דרכים לכייל מחדש את הדוקטרינה כך שתמלא את מטרתה המקורית ותפסיק לשמש חסם לרפורמות רגולטוריות אשר נועדו לקדם את האינטרס הציבורי.

המאמר נחלק לשלושה חלקים. פרק א מתאר את לידתו של מוסד הקניין החדש בארצות הברית, משם יובא לישראל על ידי בית המשפט העליון. הפרק עומד על הניואנסים שעמדו בבסיס פיתוח המוסד במקור והלכו לאיבוד במהלך קליטתו בארץ. פרק ב מציע מהלך רעיוני שיסייע בתחימת היקף הזכות החוקתית לקניין חדש ויאפשר אימוץ גישה הקשרית יותר. הדוקטרינה בתצורתה הנוכחית מתעלמת ממערך התמריצים הפועל על הרגולטורית המעניקה את טובות ההנאה המדינתיות, והדרך שבה התייחסות לטובות ההנאה כזכות קניין חוקתית משפיעה על תמריצייה של הרגולטורית. הפרק שואב תובנות מספרות בינתחומית המזהה נסיבות שבהן ההסתברות לכשלים רגולטוריים גבוהה יותר. בנסיבות אלה, ההסתברות לכך שהענקות רגולטוריות תקדמנה את הרווחה המצרפית או צדק חלוקתי נמוכה יותר, ויש פחות מקום להגן עליהן מפני שינויים. פרק ג מתרגם את התובנות מפרק ב להמלצות אופרטיביות לכיול מחדש של דוקטרינת הקניין החדש. הפרק מציע מבחני משנה שונים המיועדים לתקן את האסימטריה שבמצב הנוכחי: הדוקטרינה כיום מגבילה ומתמרצת את הרגולטור שלא לקבל החלטות המטילות עלויות ממוקדות על קבוצת אינטרס, אך אינה מפקחת על החלטות ומחדלים רגולטוריים המטילים עלויות המפוזרות על הציבור הרחב.

9 בג"ץ 7200/02 די.בי.אס. שירותי לוויין 1998 בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נט"ד (6) 21, 45 (2005).

10 ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

א. רקע: קליטת מוסד "הקניין החדש" בישראל

1. לידה בארצות הברית

מושג "הקניין החדש" (new property) במובנו כאן נולד במאמר אקדמי של צ'רלס רייך מ-1964.¹¹ המהלך של רייך היה דו-שלבי: הוא תיאר תופעה קיימת והציע דרך משפטית לטפל בה. בחלק התיאורי של הטיעון, רייך הפנה זקורר לכך שבעולם המודרני חלק לא מבוטל מאושרם ועושרם (ולעיתים גם אישיותם) של הפרטים נובע לאו דווקא מזכויות קניין מסורתיות, כגון בעלות על בית או רכב, אלא מזכאותם להענקות מדינתיות שונות, כגון רישיון לעסוק במקצוע מסוים או קצבאות הבטחת הכנסה. דומה שעל החלק התיאורי אין חולק: גם בימינו (וביתר שאת) רווחתו ועצמאותו של הפרט הן במידה רבה פונקציה של החלטות רגולטוריות בעניינו. בחלק האופרטיבי של הטיעון קרא רייך ל"השוואת התנאים" של ההגנה המשפטית: אם אינטרסים שמקורם בהענקות מדינתיות אכן חשובים לפרט כמו קניין מסורתי יותר – עלינו להגן גם על טובות ההנאה המדינתיות ("הקניין החדש") כפי שאנו מגינים על הקניין המסורתי. סיווגן המשפטי וההגנה על ההענקות המדינתיות כ"קניין" משקפים את הצורך להפסיק להתייחס אליהן כמתת חסד שהשלטון יכול ליטול כרצונו מהאזרחים.

הקונספט שפיתח רייך נקלט ונכנס לקנון המשפטי, והשפיע על הפסיקה האמריקאית כפי שרק מתי מעט מאמרים אקדמיים מצליחים.¹² הדוגמה הבולטת מכולן הגיעה בעניין *Goldberg v. Kelly*, שם נשען בית המשפט העליון האמריקאי על רייך כדי להצדיק הכרה בקצבאות רווחה כאינטרס רכושי הראוי להגנה חוקתית של הליך נאות: לא ניתן לשלול אותן בלי התראה מוקדמת ומתן זכות שימוע.¹³

כבר בכך יש כדי ללמד על ניואנס אחד, חשוב, בהתפתחות מוסד הקניין החדש בארצות הברית: ההגנה החוקתית על הענקות מדינתיות כ"קניין" אינה נעשית במסגרת פסקת "ההפקעה" שבחוקה האמריקאית, המבטיחה פיצוי בגין נטילת קניין מסורתי, אלא במסגרת פסקת "ההליך הנאות" שבחוקה שם, המבטיחה הגנות פרוצדורליות למקבלי הענקות מדינתיות.¹⁴ בתי המשפט שם נטו להעניק את הגנת ההליך הנאות האמורה בעיקר במקרים

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

12 ראו David A. Super, *A New New Property*, 113 COLUM. L. REV. 1773, 1780 (2013).

13 ראו *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 262n.8 (1970).

14 פסקת ההפקעה (Takings Clause) הוספה לחוקה האמריקאית כחלק מהתיקון החמישי. היא קובעת כי לא ניתן ליטול קניין פרטי לשימוש ציבורי ללא פיצוי הולם. פסקת ההליך הנאות (Due Process Clause) קובעת בין היתר כי לא ניתן לשלול מאדם את קניינו ללא הליך נאות (היא הוספה במסגרת התיקון החמישי בכל הנוגע לממשל הפדרלי, ובתיקון הארבעה עשר בכל הנוגע למדינות). לדיון על הצורך להידרש לפסקת "ההפקעה" בהקשרים רלוונטיים כאן ראו לדוגמה, Susan Rose-Ackerman & Jim Rossi, *Disentangling Deregulatory Takings*, 86 VA. L. REV. 1435 (2000). ראו בהקשר של הניסיונות להשיג פיצוי במצבים של "נטילה דרגולטורית" גם William J. Baumol & Thomas W. Merrill, *Deregulatory Takings, Breach of the Regulatory Contract, and the Telecommunications Act of 1996*, 72 N.Y.U. L.

שבהם ההענקות השלטוניות סיפקו לאזרחים צרכים בסיסיים:¹⁵ הגנה על דייר שהוצא מדורו ציבורי משום שהעז להתאגד בארגון דיירים;¹⁶ הגנה על מורה שנמנעה ממנו קביעות משום שהעז להתבטא בנושאים פוליטיים,¹⁷ וכך הלאה.¹⁸ ואכן, נטייה זו מתיישבת היטב עם "כוונת המשורר". מה שהניע את רייך לפתח את קונספט הקניין החדש היה התרחשויות בארצות הברית של שנות ה-50, בעידן המקארתניזם: שלילת זכות לעסוק בעריכת דין ממיי שהשמיע תמיכה במפלגה הקומוניסטית, שלילת תשלומי רווחה מאימהות חד-הוריות המתרועעות עם גברים אחרים, וכהנה.¹⁹ במילים אחרות, התופעה שרייך הזהיר ממנה היא פגיעות גוברת של הפרט לשרירותם של מחליטים בענייניו, והפתרון שהציע רייך – להתייחס לרישיונות ולקצבאות כ"קניין" – נועד למזער את השרירותיות. רייך הסביר מאוחר יותר כי בעיניו הפרויקט שלו ייחשב כהצלחה רק כאשר לתוכנית הלימודים בבתי הספר למשפטים ייכנס קורס חובה על "הפרט נגד כוח מאורגן".²⁰

ודוק: חד הוא אם מוקד "הכוח המאורגן" העומד מול הפרט הוא שלטוני או פרטי. כשרייך תיאר את התופעה של עליית מרכזיותו של "הקניין החדש" הוא הבהיר כי אין דיכוטומיה ברורה בין שלטון חזק לפרטים חלשים. נהפוך הוא: פעמים רבות ההענקות המדינתיות עצמן הן מקור לכוח פרטי. הרגולטור מעניק לקבוצות לחץ מאורגנות בסקטור הפרטי פריווילגיות שמבצרות את מעמדן והשפעתן העודפת, על חשבון האינטרס של הציבור הרחב.²¹ הבחנה זו בכל הנוגע לתיאור התופעה משפיעה גם על ההמלצות האופרטיביות: לשיטתו של רייך, ה"קניין חדש" כטכניקה משפטית נועד להגן על פרטים חלשים מול מוקדי כוח, ולא להגן על קבוצות לחץ חזקות בסקטור הפרטי.²² לשם המחשה, חשבו על אסדרת מקצוע עריכת הדין: רייך מדבר על הגנת "קניין חדש" בהקשר של עורך הדין היחיד שרווחתו ואישיותו תלויים ביכולתו לעסוק במקצוע, ולכן יש להגן עליו מפני האפשרות שרישיונו יישלל בשרירותיות על ידי הלשכה. רייך אינו מכוון להגנה על זכותה של לשכת עורכי הדין לתפקד כ"מונופול" (בהיקש לדין הישראלי: אינו מגן בהכרח על סעיף "ייחוד המקצוע", שמשמעותו האופרטיבית היא חיוב כל מי שרוצה לעסוק בייצוג משפטי בתשלום דמי חבר ללשכה).²³

-
- REV. 1037, (1997); J. Gregory Sidak & Daniel F. Spulber, *Deregulatory Takings and Breach of the Regulatory Contract*, 71 N.Y.U. L. REV. 851, (1996)
- 15 ראו Kelly v. Wyman, 294 F. Supp. 893, 898 (S.D.N.Y. 1968).
- 16 ראו Thorpe v. Housing Auth., 386, 400 U.S. 670 (1967).
- 17 ראו Albaum v. Carey, 283 F. Supp. 3, 9 (E.D.N.Y. 1968).
- 18 ראו לדוגמה Ridge v. Police & Firefighters Retirement and Relief Bd., 511 A.2d 418, 423 (D.C. 1986) (הגנה על שוטר שפרש וקצבת הנכות נלקחה ממנו משום שלא סיפק מידע לרשויות).
- 19 Charles A. Reich, *The New Property after 25 Years*, 24 U.S.F. L. REV. 223, 232–35 ראו (1990).
- 20 שם, בעמ' 239.
- 21 שם, בעמ' 224; Reich, *The New Property*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 764–768.
- 22 ראו גם Christopher Serkin, *The New Politics of New Property*, 42 Vt. L. REV. 1, 20 (2017).
- 23 ס' 20 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961.

ניואנס נוסף שאליו נפנה תשומת לב נוגע להיקפו הפנימי של "הקניין" שעליו יש להגן, לשיטתו של רייך. רייך מדגיש כי רק קניין הנדרש לכבוד האדם כמובנו המינימלי והמוחלט – dignity – הוא זה המתבקש ממהלך טיעון "הקניין החדש".²⁴ שוב, חוזרת כאן התמה הפרוגרסיבית-חלוקתית: רייך לא תפס את מוסד הקניין החדש כטכניקה משפטית להגנה על זכותן של חברות גז לשמור על תנאי רישיונות ההפקה כך שיוותרו בידיהן רווחים בגובה 25 מיליארד ולא רק 22 מיליארד. הוא תפס את הקניין החדש כטכניקה המגינה על טובות ההנאה המדינתיות ששלילתן תיטול מהפרט חלק מרכזי מרווחתו, עצמאותו או אישיותו. כפי שנראה מיד, הניואנסים האמורים בטיעון של רייך הלכו לאיבוד במידה רבה במהלך קליטת מוסד הקניין החדש בארצנו.²⁵

2. קליטה בישראל

עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שודרגה זכות הקניין למעמד חוקתי על-חוקי.²⁶ הוראת סעיף 3 הקצרצרה ("אין פוגעים בקנינו של אדם") וההיסטוריה החקיקתית הדלילה העלו קשיים פרשניים: מה ייחשב "פוגעים" ומה ייחשב "קניין" לצורכי ההגנה החוקתית? כבר פסק הדין הראשון שעסק בבחינה חוקתית – פרשת בנק המזרחי – נסוב סביב שאלות אלה (שם, סביב זכותם של הבנקים לקבל החזרי הלוואות שהעמידו למושבים).²⁷ פסק הדין שם נתן את האות לקביעת היקף רחב לזכות הקניין החוקתי, כך שתחול לא רק על זכויות הפציות אלא על כל זכות בעלת ערך כלכלי. בכך נסללה הדרך לדיון בשאלת הקניין החדש – האם גם קצבאות, רישיונות וסובסידיות שהמדינה מעניקה נחשבים לזכויות קניין של הפרט המקבל אותן, ושינוי או נטילה שלהן נחשבים פגיעה המצריכה עמידה בתנאי פסקת ההגבלה? דוקטרינת הקניין החדש שהתפתחה בארץ נותחה לאחרונה בפרוטרוט בשני חיבורים נפרדים,²⁸ ואין בכוונתי להציע סקירה מקיפה נוספת. אתמקד בכמה דוגמאות בולטות שתספקנה את הרקע לניתוח רצינותה של הדוקטרינה (בפרק ב) ולהמלצות אופרטיביות לשינויים (בפרק ג).

24 ראו Reich, *The New Property after 25 Years*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 228. לניתוח של dignity מול המובנים האחרים של כבוד האדם ראו אורית קמיר "זכויות כבוד סגולי וזכויות כבוד מחיה: הצעה להמשגה של זכויות" עלי משפט 13, 37 (2016).

25 גם בארצות הברית יש הטוענים כי הדוקטרינה התפתחה בצורה שחוטאת לכוונתה המקורית. ראו Super, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1818-1840.

26 להפניות בהרחבה ראו אהרן ברק "שמירה על הקניין: סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" 15 (טיוטה, 2020).

27 שם, בעמ' 22-23; ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מנהל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 431 (1995). התיבה המילולית השלישית בהוראה הקצרצרה – מה ייחשב "אדם" – עשויה להיות גם היא רלוונטית כאן, אלא שבית המשפט הניח כבר בעניין בנק המזרחי כי גם תאגידיים זכאים להגנה חוקתית, מבלי להתייחס לעומק לבעייתיות שבכך. ראו עופר סיטבון "על בני אדם, תאגידיים ומה שביניהם – האם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך לחול על תאגידיים?" קרית המשפט ח 107 (2009).

28 ברק, לעיל ה"ש 26, שם; אסף וינר "קניין חדש תוצרת הארץ – אימוץ דוקטרינת הקניין החדש בישראל ורצינותה המשפטית והחברתית" משפטים מז 365 (2018).

מוסד ה"קניין חדש" נקלט בפסיקת בית המשפט העליון אצלנו לראשונה בעניין ד.ש.א.²⁹, אשר נסוב סביב הטבות שניתנו למגזר העסקי עבור קליטת עובדים. המדינה ערכה ביקורת פנימית אשר חשפה כי התמריץ לעידוד עסקים ניתן ללא הבחנה ראויה, ושר האוצר הוציא צווים אשר הגדירו מחדש מה ייחשב "מגזר עסקי" לצורך קבלת ההטבה. העסקים אשר הפסיקו להיות זכאים לתמריץ בעקבות ההגדרה מחדש עתרו לבג"ץ. בית המשפט הכיר באפשרות העקרונית שזכות לתגמול מהמדינה תיחשב כקניין לצורך הגנה חוקתית,³⁰ אך הבהיר מייד כי סובסידיות כגון דא אינן ראויות להגנה חוקתית.³¹ סובסידיות נועדו לשרת מדיניות כלכלית מסוימת, וכאשר המדיניות משתנה – גם הסובסידיה יכולה להשתנות מבלי שלמקבל ההטבה תהא זכות מוקנית להקפאת המדיניות, הבהיר השופט זמיר.

לאחר הדיון בסובסידיות לעסקים עבר בית המשפט לרון ברישוי עסקים, בעניין **מנחם**³² אשר נסוב סביב אסדרת שוק המוניות. גם כאן, הסיפור החל כאשר הרגולטורים הבינו כי המדיניות שקבעו בעבר אינה משרתת את מטרותיה המיועדות. המדינה קבעה מכסה קשוחה של בעלי רישיון להפעלת מונית ("מספר ירוק"), ועם השנים מנעה מכסה זו מהשוק להתפתח כראוי ונוצר עודף ביקוש שהיתרגם לפגיעה בצרכנים: זמינות נמוכה ומחיר גבוה של נסיעה במונית. המכסה הקשוחה גם גרמה לעלייה חדה בשוויים הכלכלי של המספרים הירוקים, והתפתח שוק משני ער לסחר בהם. בכך פגעה הרגולציה לא רק בצרכנים אלא גם בעובדים – הנהגים שלא שפר מזלם לקבל מספר ירוק בהגרלה, ולא יכלו להרשות לעצמם לרכוש אחד בשוק החופשי. בשורה של צעדים ביטלה המדינה את המכסה הסגורה וקבעה כי כל הרוצה לקבל מספר ירוק יוכל לשלם סכום קבוע מראש.³³ נהגים ללא מספר ירוק עתרו לבג"ץ בטענה כי הסכום הנדרש גבוה מדי ובכך פוגע בפועל בחופש העיסוק שלהם; ואילו בעלי המספרים הירוקים עתרו לבג"ץ בטענת קניין חדש: המספרים הירוקים הם קניינים, ורפורמה הפותחת את השוק לתחרות תוריד את ערך המספרים ובכך תפגע בקניינים. השופטת ביניש, אף שלא נדרשה להכרעה בסוגיית הקניין החדש, דנה בה לעומק וציינה כי היא נוטה לקבל את הטענה בחיוב.³⁴ הנמקתה נשענת על טיעונו של ריין כי בימינו חלק גדול מהעושר והאושר של הפרט נובע מטובות הנאה מדינתיות, כך שראוי להגן על חלק חשוב זה בחייו של האדם כעל זכות קניין חוקתית. נוסף על כך, המשיכה השופטת, ההענקה הפרטנית – מספרים ירוקים – נראית ומתנהגת כמו קניין מסורתי יותר: המספרים סחירים, עבירים, ומשמשים כמשכונות.³⁵ אך הנכונות העקרונית להכיר במספרים הירוקים כקניין לא

29 בג"ץ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193 (1998). למען הדיוק, המהלך של ריין אוזכר בפסיקת בית המשפט העליון עוד קודם, בעניין ע"א 6291/95 בן יקר גת חברה להנדסה ובנין בע"מ נ' הוועדה המיוחדת לתכנון ולבנייה מודיעין, פ"ד נא(2) 825, 841 (1997), אלא ששם הוא אוזכר במסגרת דעת מיעוט (של השופט טירקל).

30 עניין ד.ש.א., לעיל ה"ש 29, בעמ' 200.

31 שם, בעמ' 201-202.

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

33 שם, בעמ' 250-252.

34 שם, בעמ' 276.

35 שם, בעמ' 275-276. לביקורת על המהלך ראו חנוך דגן "קניין על פרשת דרכים" 189 (2005);

וינר, לעיל ה"ש 28.

זיכתה את בעליהם בפיצויים: בניתוח במשקפי פסקת ההגבלה הבהירה השופטת ביניש כי דה-רגולציה אינה מזכה בפיצוי את אלו שנהנו ממונופול בחסות המדינה עובר לדה-רגולציה.³⁶ הקשר בולט נוסף שבו התפתחה הדוקטרינה הוא אסדרת שוק התקשורת. בעניין די.בי. אס. נדונה החלטתו של המחוקק לתערך ערוצים מסוימים – ערוצי השפה הרוסית, הערבית, והמוזיקה הישראלית – בכך שיהיו פטורים מתשלום "דמי מעבר" לחברות הכבלים והלוויין.³⁷ חברת "יס" עתרה בטענה כי מדובר בשינוי בתנאי הרישיון שעולה כדי פגיעה בזכות הקניין החוקתית שלה. גם כאן הבהיר בית המשפט (המשנה לנשיא נאור) כי, מבלי לקבוע מסמרות, הוא נוטה לקבל בחיוב את הטענה שלפיה שינוי בתנאי הרישיון מחייב בחינה חוקתית. המשנה לנשיא השתייה את הנמקתה על הצורך להבטיח ביקורת שיפוטית על הרגולטור כדי להגן על הגופים המפוקחים מפני החלטות שרירותיות בעניינם.³⁸

במקביל לדיון האמור בזכויות קניין בסובסידיות, רישוי עסקים ורישיונות מנהליים, התפתח דיון דומה בטיבן של זכויות קניין בקצבאות וגמלאות. כך, בעניין מנור נדונה הסוגיה של קיצוץ בקצבאות זקנה של ביטוח לאומי.³⁹ הממשלה הציגה תוכנית חירום כלכלית שכללה הפחתה בקצבת הזקנה בארבעה אחוזים. הנשיא ברק הבהיר כי קצבת זקנה, בניגוד לקצבת הבטחת הכנסה, אינה נכנסת לגדר זכות הקיום בכבוד; אך נכנסת גם נכנסת, לשיטתו, לגדרי זכות הקניין החוקתית.⁴⁰ השופטים האחרים – ריבלין וגרוניס – סברו כי אין צורך להכריע בסוגיית הקניין החדש וניתן להותיר אותה בצריך עיון.⁴¹ כך או אחרת, השופטים הסכימו כי גם אם קיימת זכות קניין וגם אם היא נפגעה, הפגיעה בה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. במבט לאחור, ניתן לזהות שלושה מאפיינים בולטים של דוקטרינת הקניין החדש הישראלית.⁴² ראשית, ובאופן יוצא דופן, הסוגיה נותרת ב"צריך עיון" כבר למעלה מעשרים שנה. בית המשפט העליון אומנם מסרב לקבוע מסמרות לגבי היקף זכות הקניין החדש, אך בו בזמן מביע נכונות עקרונית, ואף אהדה, להכיר בהענקות מדינתיות מגוונות כזכות קניין לצורך הבחינה החוקתית. שנית, מבחינה אופרטיבית, בית המשפט אינו מתערב בהחלטות רגולטוריות מכוח טענת הקניין החדש. בית המשפט היה מוכן להניח בכל המקרים האלה שמדובר בזכות קניין ושהתקיימה פגיעה, רק כדי להכשיר את הפגיעה כעומדת בתנאי פסקת ההגבלה. שלישית, היחס האמור – נכונות עקרונית להכיר בהענקות מדינתיות כקניין, ובמקביל הכשרת שינויים רגולטוריים הפוגעים בהענקות אלה – חל ללא הבחנה בין סוגי הקניין החדש השונים. לא ניתן לזהות הבדלים של ממש בדרך שבה בתי המשפט מטפלים בסוגיות כמו קצבאות וגמלאות מחד גיסא, וסובסידיות לעסקים מאידך גיסא.

התפתחות שכזו של הדוקטרינה עלולה ליצור מצב שבו היא אינה בהירה מספיק וגם אינה הקשרית מספיק. הותרת הסוגיה בצריך עיון מייצרת גישה שאינה בהירה דיה ופוגמת

36 עניין מנחם, לעיל ה"ש 32, בעמ' 270, 288.
 37 בג"ץ 6792/10 די.בי.אס. שירותי לוויין 1998 בע"מ נ' כנסת ישראל (נבו) (20.7.2014).
 38 שם, בפס' 45 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור.
 39 בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004).
 40 שם, בעמ' 739.
 41 שם, בעמ' 743.
 42 ראו גם וינר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 383.

ביציבות וביכולת תכנונית, הן כלפי המעניק (הרגולטור) והן כלפי המוענק.⁴³ לכאורה, העברת כובד המשקל של הניתוח כולו לפסקת ההגבלה היה אמור לפחות לאפשר פיתוח גישה הקשרית. בפועל, בתי המשפט מחילים אותו ניתוח ללא הבחנה ממשית בהתאם לסוגי הענקות, מעניקים או מוענקים שונים. בכך, הדוקטרינה אינה "רגישה דיה למאפיינים של סוגי קניין חדש שונים ולתכליות החברתיות שבבסיסם".⁴⁴ לשם המחשה, השוה בין פרשת מנור האמורה לבין פרשת דודיאן.⁴⁵ פרשת דודיאן נסובה סביב החלטת ועדת ששינסקי האמורה. החברות שקיבלו רישיונות מהמדינה להפקת גז עתרו בטענה כי אסדרה מחדש של התמלוגים פוגעת בזכות קניין חוקתית שלהן. עסקינן ברווחים שנאמדו במיליארדים רבים, גם אחרי השינויים הרגולטוריים המוצעים. ובכל זאת, בית המשפט ניתח את הסוגיה באותה דרך והגיע לאותה תוצאה כפי שנעשה עם הנפגעים מהקיצוץ בקצבאות הזקנה מושא פרשת מנור.⁴⁶ אדגיש: ייתכן בהחלט כי ההחלטה לשנות את תמלוגי חברות הגז שגויה ומצדיקה התערבות שיפוטית, ואילו ההחלטה לקצץ בקצבאות הזקנה ראויה ואינה מצדיקה התערבות. תוכן ההחלטה במקרה זה או אחר אינו מענייננו כאן. ענייננו הוא סוג הניתוח המשפטי שיש להחיל, וטענתי היא כי לא ראוי להחיל אותו ניתוח על קטגוריות שונות בתכלית. קצבאות וגמלאות הן חלק ממארג הרווחה; סובסידיות והטבות לעסקים הן חלק מרגולציה כלכלית. בהכללה,⁴⁷ ההענקות מהסוג הראשון מוענקות לפרט בהיותו אזרח, מתוך רצון להקים רשתות ביטחון סוציאליות, ואילו ההענקות מהסוג האחרון מוענקות לתאגיד עסקי מתוך רצון לקדם מטרה כלכלית מסוימת, כגון תמרוץ השקעות. הענקות מהסוג הראשון הן חלק מהחווה החברתי הכללי, ואלו מהסוג האחרון הן חלק מחווה רגולטורית פרטני. את ההענקות מהסוג הראשון יש לשפוט בעיקר במונחי צדק חלוקתי, ואת אלו מהסוג האחרון יש לשפוט בעיקר במונחי יעילות.

כדי ליצור בסיס סדור להבחנה בין הסוגים השונים של הענקות מדינתיות, נשאב כעת תובנות מהספרות העוסקת במערך התמריצים הפועל על המעניקים (הרגולטורים) וביכולת השפעתם של המוענקים.

ב. הבעייתיות שבהתייחסות להענקות רגולטוריות כ"קניין חדש"

חלק ניכר מהמשאבים הנתפסים כ"קניין חדש" הם למעשה "קניין רגולטורי": כדי לתמרץ צדדים פרטיים לקדם אינטרס ציבורי שעליו היא מופקדת, הרגולטורית מעניקה להם טובות

43 ראו דפנה ברק־ארוז משפט מינהלי כרך א 51 (2010) (להלן: ברק־ארוז, משפט מינהלי) (הטוענת כי הדוקטרינה הקיימת אינה מבהירה מספיק כיצד יש ליישב את ההכרה העקרונית בצורך להגן על הענקות רגולטוריות עם הצורך לשנות מדיניות רגולטורית מעת לעת).

44 וינר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 367.

45 בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל (נבו) 15.8.2012.

46 שם, בפס' 28 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור.

47 לניתוח מלא יותר ראו לדוגמה Robert E. Goodin, Bruce Headey, Ruud Muffels & Henk-Jan Dirven, *Reasons for Welfare, in THE REAL WORLDS OF WELFARE CAPITALISM* 21 (1999).

הנאה כלשהן.⁴⁸ רגולטורית המעוניינת לעודד פיתוח מקטע מסוים במשק, או אזור גאוגרפי, מעניקה סובסידיות לעסקים; רגולטורית המעוניינת למזער את ההשלכות השליליות של עיסוק במקצוע מסוים מאפשרת עיסוק רק למי שמקבל רישיון; וכך הלאה. "הקניין", בהקשר זה, הוא עוד כלי בארגז של הרגולטורית. הסדרה של הקניין החדש צריכה לפיכך להתחשב במערך התמריצים הפועל על הרגולטורית.⁴⁹ תת-פרק ב.1 בוחן מהם הווקטורים המשפיעים על החלטותיה של הרגולטורית להעניק את טובות ההנאה מלכתחילה או לשנות את תנאיהן כדיעבר. תת-פרק ב.2 בוחן כיצד הכרה בטובות ההנאה כקניינים הפרטי של המוטבים (הזכאי להגנה חוקתית) תשפיע על תמריצה של הרגולטורית.

1. כיצד נוצר קניין רגולטורי

קניין רגולטורי נוצר ומתעצב בדרכים אחרות מאלו שבהן נוצרות זכויות קניין פרטי. מבלי להתיימר לסכם את התאוריות הרבות שעוסקות בשאלה כיצד נוצרות ומשתנות זכויות קניין, אציג כאן נקודת מוצא בולטת בניתוח הכלכלי של המשפט: מאמרו הקלסי של דמסן מ-1967.⁵⁰ דמסן מתחיל מתובנה כלכלית בסיסית: זכויות קניין פרטי תיווצרנה כאשר התועלת הכלל-חברתית מיצירתן עולה על העלות הכלל-חברתית שביצירתן. משם, נותר "רק" לברר מהי התועלת, מהן העלויות, ומה היחס ביניהן. תועלת מרכזית של מעבר לקניין פרטי היא בהפנמת ההחצנות מהשימוש במשאב: בעלים פרטי נהנה מכל עלייה בערכו של המשאב, ונושא בעלויות של ירידה בערכו. בכך, קניין פרטי ממזער את הסיכונים של שימוש-יתר ושל השקעת-חסר במשאב.⁵¹ אך העלויות של מעבר לקניין פרטי אינן זניחות. הן כרוכות בהקצאה, רישום ואכיפה מתמדת של זכותו של הפרט להדיר אחרים. היחס בין התועלות לעלויות האמורות הוא פונקציה של הסביבה החברתית, הכלכלית והטכנולוגית. כך לדוגמה, כאשר שינויים בסביבה החיצונית מגבירים את הביקוש למשאב, הצורך להימנע מניצול-יתר של המשאב שבמחסור בווער יותר, ולפיכך מעבר לקניין פרטי מתבקש על מנת להשיא את הרווחה המצרפית. הניתוח עד כאן עונה על השאלה מדוע תיווצרנה זכויות קניין פרטי, אך אין הוא מפרט כיצד הן תיווצרנה בפועל. דמסן פשוט הניח כי ברגע שמעבר לקניין פרטי

48 Steven J. Eagle, *The Perils of Regulatory Property in Land Use Regulation*, 54 *WASHBURN L.J.* 1 (2014).

49 ראו בהקשר דומה: אמנון להבי "פגיעות תכנוניות ומטרדים: על הסדרת החצנות מרחביות בעידן של רגולציה" *משפט ועסקים* ד 155, 172 (2006).

50 Harold Demsets, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 *AM. ECON. REV.* 347, ראו (1967). לטענה שמאמרו של דמסן הוא נקודת המוצא להסברת כל שינוי בזכויות קניין ראו Thomas W. Merrill, *Introduction: The Demsetz Thesis and the Evolution of Property Rights*, 31 *J. LEGAL STUD.* 331 (2002). על קניין כמקדם ערכי רווחה מצרפית ראו גם דגן, לעיל ה"ש 35, בעמ' 47-49.

51 למען הדיוק, גם אחרי מעבר לקניין פרטי נותרות החצנות, כגון אלו הנגרמות מפליטת חומרים מזהמים. אליבא דדמסן, המעבר לקניין פרטי מפחית את עלויות העסקה ומאפשר משא ומתן "קוויאני" (על שם רונלד קואז) בין הצדדים להפחתת עלויות אלה. James E. Krier, *Evolutionary Theory and the Origin of Property Rights*, 95 *CORNELL L. REV.* 139, 141 (2009).

נדרש לקידום הרווחה המצרפית תפתחנה באורח אורגני נורמות חברתיות המכירות בקניין הפרטי, ואלו תאושרנה בסופו של דבר על ידי בית המשפט ותהפוכנה לחלק מהדין הפורמלי.⁵² ברם, תפיסה שלפיה קניין פרטי נוצר בתהליך אורגני ומועיל מתאימה הרבה פחות להקשר שבו אנו עוסקים כאן, של קניין רגולטורי.⁵³ קניין רגולטורי נוצר כתוצאה מהחלטות של רגולטורים, ולא ניתן לצאת מנקודת הנחה שלפיה החלטות של רגולטורים תקדמנה בהכרח את הרווחה המצרפית. הנקודה אינה שרגולטורים עלולים לטעות; טעויות קורות בהענקת זכויות משפטיות מכל סוג שהוא. הנקודה היא שרגולטורים עלולים ליטות לטעות באופן שיטתי לכיוון אחד – להעניק טובות הנאה שלטוניות באופן המקדם אינטרסים צרים על חשבון האינטרס הציבורי שבשמו הטובות מוענקות כביכול. ספרות מקיפה בתחום מדעי המדינה והחברה מזהה נסיבות שבהן ההסתברות לכשלים רגולטוריים גבוהה יותר.⁵⁴ בנסיבות אלה, ההסתברות לכך שהענקות רגולטוריות תקדמנה את הרווחה המצרפית נמוכה יותר. המדינה תייצר בנסיבות אלה קניין רגולטורי לאו דווקא כפונקציה של עלות מול תועלת כלל-חברתית, אלא כפונקציה של השאלה מה משרת את האינטרסים של קבוצות לחץ מאורגנות.⁵⁵

כדי להבין טוב יותר מתי הענקות רגולטוריות ראויות פחות או ראויות יותר להגנה, עלינו ללכת צעד אחד אחורה ולצלול לתוך הספרות על מערך התמריצים הפועל על הרגולטור. ספרות זו תעזור לנו לזהות את הסיטואציות המועדות יותר לפורענות (קרי, נסיבות שבהן האינטרסים הרכושיים מוענקים בצורה שאינה מקדמת את היעילות או את הצדק), ולעמוד על העלויות הכלל-חברתיות של המרדף אחר טובות הנאה רגולטוריות. חמושים בתובנות אלה נוכל להעריך טוב יותר את מידת הבעייתיות שבגישה מרחיבה לקניין חדש, ולאמץ גישה הקשרית יותר.

התובנה הבסיסית מכולן בספרות זו היא שקבוצות אינטרס צרות, כגון התעשייה המפוקחת, זוכות להשפעה לא פרופורציונלית על רגולציה כלכלית, יחסית לציבורים רחבים יותר, כגון צרכנים, עובדים לא-מאורגנים, או כלל משלמי המיסים.⁵⁶ ניתן היה לחשוב כי בדמוקרטיה ייטו מקבלי ההחלטות לתעדף את הקבוצות הגדולות יותר, בשל הכוח האלקטורלי הרב

52 שם, בעמ' 146; Demsetz, לעיל ה"ש 50, בעמ' 350.

53 ראו Katrina M. Wyman, *Problematic Private Property: The Case of New York Taxicab*, 30 *YALE J. REG.* 125, 146 (2013). *Medallions*, לביקורת על טענת ההליך האורגני והמועיל

גם בהקשרים אחרים ראו דגן, לעיל ה"ש 35, בעמ' 49, ה"ש 99.

54 לעדות מבפנים ראו, MARVER H. BERNSTEIN, *REGULATION BUSINESS BY INDEPENDENT COMMISSION*, Chap. 3 (1955). לתיאור בעברית ראו עמיחי כהן "הבחירה הציבורית – עקרונות ומחקר בישראל" קרית המשפט ז 115 (2008). לתאוריית קצה מפורסמת ראו George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 *BELL J. ECON. & MGMT. SCI.* 3, (1971) לסקירה ערכנית יותר ראו Ernesto Dal Bó, *Regulatory Capture: A Review*, 22 *OXFORD REV. ECON. POL'Y* 203, (2006).

55 ראו Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *The Evolution of Private and Open Access Property*, 10 *THEORETICAL INQUIRIES L.* 77, 85 n.21 (2009); Saul Levmore, *Property's Uneasy Path and Expanding Future*, 70 *U. CHI. L. REV.* 181, (2003).

56 ראו ברק-ארזי, *משפט מנהלי*, לעיל ה"ש 43, בעמ' 29.

שלהן. אלא שבמשחק ההשפעה על רגולציה כלכלית הגודל הוא פעמים רבות חיסרון. קבוצות גדולות סובלות מבעיות מידע ומבעיות תיאום. עבור כל אחד מחברי הקבוצה הגדולה היא זה רציונלי להישאר לא־מיודע ולא־אקטיבי בכל הנוגע למדיניות הסובסידיות והזיכיונות שהמדינה מעניקה.⁵⁷ בסופו של דבר, עלויות רכישת הידע לגבי טובות ההנאה הרגולטוריות השונות הן עצומות, ואילו התועלת בהיותו של היחיד מיודע זניחה (נניח שהאזרח היחיד יהפוך למיודע בנוגע לכל סובסידיה, כיצד יועיל לו הידע? כיצד יוכל להשפיע בקולו היחיד על המדיניות?). גם במצבים שבהם הציבור הרחב מיודע בנוגע להשלכות של החלטה רגולטורית מסוימת (אולי כי עלויותיה בולטות במיוחד, או כי התקשורת מסקרת אותה בהרחבה), קשה לציבור להתארגן בצורה אפקטיבית כדי להביא לשינוי במדיניות. זוהי "בעיית הפעולה המשותפת":⁵⁸ כל אחד מהפרטים בקבוצה ירוויח אם תתקיים פעולה משותפת לשינוי הסובסידיה הבעייתית, אך לאף אחד אין די תמריץ כדי לשאת אישית בעלויות ההצטרפות למאבק (זמן, כסף, מאמץ), וכך המאבק אינו "מתרומם" מלכתחילה. התארגנות פוליטית חשופה לבעיית הטורפיסט: כל אחד מחברי הקבוצה ירצה לחסוך את כספו ואת מרצו ולהותיר לאחרים להילחם כדי לשנות את הסובסידיה הלא צודקת והלא יעילה גם עבורו.⁵⁹

קבוצות אינטרס צרות, לעומת זאת, נוטות להיות מיודעות ומאורגנות היטב. לשם המחשה, טלו תרחיש שבו המדינה מעניקה סובסידיה בגובה 100 מיליון שקלים לתעשייה שיש בה שני יצרנים. עבור כל אחד ממשלמי המיסים בארץ – אלו המממנים את הסובסידיה – ההענקה הרגולטורית עולה כעשרה שקלים, וסביר להניח שהוא אינו מודע כלל לקיומה. לכל אחד מהנהנים מהסובסידיה, לעומת זאת, יש 50 מיליון סיבות להעסיק צבא של לוביסטים על מנת להבטיח כי הסובסידיה לא תבוטל.

קבוצות האינטרס הצרות מנצלות את היתרון היחסי שלהן כדי להשפיע על רגולציה במגוון דרכים. "שבי רגולטורי" אינו נובע רק משחיתות מפורשת המתבטאת במסירת מעטפות עם דולרים בסמטאות חשוכות. רגולציה יכולה לסטות מהאינטרס הציבורי גם מסיבות בוטות פחות וחוקיות יותר. הרגולטור עלול להיות מוטה כתוצאה ממחשבה על אפשרויות העסקה עתידיות בקרב הגופים המפוקחים (תופעת "הדלת המסתובבת"⁶⁰), כתוצאה מפערי מידע ומומחיות היוצרים תלות לא־בריאיה בגופים המפוקחים, או כתוצאה מהטיות קוגניטיביות ותרבותיות (הזדהות יתר עם הגופים המפוקחים שעימם הרגולטור בא במגע תמידי).⁶¹ היא

57 ראו ANTHONY DOWNS, *AN ECONOMIC THEORY OF DEMOCRACY*, Chap. 13 (1957).

58 ראו MANCUR OLSON, *THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION* (1965).

59 ראו גם ברק מדינה "פרק יא: משפט ציבורי" הגישה הכלכלית למשפט 565, 594 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012). לאחרונה נראה כאילו מתגבר כוחם היחסי של ארגוני חברה אזרחית, דוגמת "לובי 99" או "רווח נקי", המנסים להתמודד עם בעיית הפעולה המשותפת ולפעול כ"לוביסטים ציבוריים" למען הציבור הרחב.

60 ראו רועי שפירא "דלתות מסתובבות ומידת האפקטיביות של תקופות צינון" מחקרי משפט לד, פרק א (צפוי להתפרסם, 2021) (להלן: שפירא, "דלתות מסתובבות"), <https://ssrn.com/abstract=3313347>.

61 ראו לדוגמה James Kwak, *Incentives and Ideology*, 127 HARV. L. REV. FORUM 253 (2014) בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 652–653.

מנגנון ההשפעה אשר יהא, השורה התחתונה זהה: קבוצות אינטרס צרות נהנות מהשפעה לא פרופורציונלית על ההליך הרגולטורי.

ביישום לענייננו, ההשפעה העודפת של קבוצות אינטרס צרות עלולה לייצר הענקות רגולטוריות שאינן יעילות ואינן צודקות. הרגולטור עלול להעניק זכויות בלי צורך אמיתי בכך, או לעצב הענקה נדרשת בצורה לא מיטבית. טלו לדוגמה תרחיש שבו המדינה מעוניינת להקצות זכויות לכריית משאבים טבעיים הנמצאים בבעלותה, כגון המתווה להפקת גז טבעי מול חופי ישראל. בתרחיש שכזה, הרגולטור נדרש להפעיל שיקול דעת על מנת להגיע לאיזון עדין בין תמרוץ השקעות ("לעודד יזמים פרטיים להוציא את הגז מהמעמקים") מחד גיסא, לבין יעילות מצרפית (למנוע התנהגות מונופוליסטית של היזמים) וצדק חלוקתי (להבטיח שכל האזרחים ייהנו מאוצרות הטבע של המדינה) מאידך גיסא. החשש הוא שגם רגולטור בעל כוונות טובות ייכנע לבסוף, במודע או שלא במודע, ויטה את האיזון יתר על המידה לכיוון הצד המאורגן והממומן יותר – חברות הגז. חברות הגז הן קבוצת אינטרס מהודקת הנהנית מפערי מידע, מומחיות ומשאבים. הציבורים האחרים שיושפעו מהרגולציה מבוזרים, ובדרך כלל אינם מאורגנים וממומנים: חשבו לדוגמה על המשפחות שחשבוני החשמל שלהן יושפע בטווח הזמן הקצר-בינוני, או הדורות העתידיים שאיכות הסביבה שלהם תושפע בטווח הארוך. אדגיש: העובדה שקיימים על הנייר פערים ביכולות ההשפעה אין משמעה בהכרח כי ההענקה הרגולטורית תהיה כושלת. בהחלט ייתכן כי הרגולטור ידע במקרה נתון לתכלול את השיקולים ולנטרל את ההשפעות הזרות, ויגיע להחלטה הנכונה. טענתי כאן צנועה יותר: בהינתן הפערים האמורים ביכולות ההשפעה, אסור לנו לצאת מנקודת הנחה כי ההענקות הרגולטוריות (בענייננו – זכות קדימה, רישיון להפקה וחזקה בגז המופק) תקדמנה בהכרח את הרווחה המצרפית. ואכן, דו"ח מפורט של מבקר המדינה חשף שורה של פגמים בהליך ההענקות אשר, באורח פלא, שירתו את ענייני חברות הגז על חשבון האינטרס הציבורי.⁶² הפערים ביכולות ההשפעה רלוונטיים לא רק להענקה הרגולטורית הראשונית אלא גם, ביתר שאת, לחסימת שינויים בהענקות קיימות. ככלל, הספרות האמפירית מראה כי החשש לכשלים רגולטוריים גדול בהרבה כאשר מנסים לשנות את הסטטוס קוו.⁶³ הקבוצות הנהנות מהסטטוס קוו נלחמות עד קצה גבול יכולתן למנוע את השינוי, בעוד שהקבוצות הסובלות מהסטטוס קוו פעמים רבות אינן מודעות לכך או אינן מאמינות שאפשר אחרת. לשם המחשה, חשבו על תרחיש שבו המדינה מחליטה לקבוע מכסות המגבילות את אפשרות הכניסה לשוק מסוים ומייצרות לחזיקים במכסות רווחים מונופוליסטיים, כבדוגמת שוק המוניות מושא פרשת מנחם. כאשר הרגולטורים הגיעו למסקנה כי המכסה הקשיחה מייצרת עיוותים ועדיף לבטלה ולפתוח את השוק לתחרות התנגד לכך איגוד בעלי המוניות בכל כוחו, והרפורמה עוכבה ודוללה פעם אחר פעם עד ליישומה. גם כיום נטען כי חברי איגוד נהגי המוניות התפקדו בהמוניהם למפלגת הליכוד והשתמשו בכוחם בפריימריז כדי לגייס חברי כנסת

(2001).

62 מבקר המדינה "רוח ביקורת: פיתוח משק הגז הטבעי" (2015) <https://tinyurl.com/yxrr4msn>.

63 ראו לדוגמה KAY L. SCHLOZMAN & JOHN T., TIERNEY, ORGANIZED INTERESTS AND AMERICAN DEMOCRACY 317 (1986); Levmore, לעיל ה"ש 56, בעמ' 190.

לחסימת כניסתה של חברת "אובר" לישראל.⁶⁴ בהפשטה, עבור כל אחד מהנהנים מהסטטוס קוו – בעלי המספרים הירוקים הקיימים – הכנסת תחרות לשוק כרוכה בעלות של מאות אלפי שקלים (ירידה בשווי המספר הירוק⁶⁵), בעוד שעבור כל אחד מהסובלים מהסטטוס קוו – הנוסעים במוניות – הכנסת תחרות שתשפר את הזמינות ותוריד את המחירים שווה מאות שקלים "בלכד".⁶⁶ הראשונים מאוגדים, מזוהים, ובעלי המימון הנדרש לארגן מאבק, ואילו האחרונים אינם יכולים כלל להיחשב כקבוצת לחץ מאורגנת לעניין זה. ואכן, "מספרים ירוקים" נתפסים בכתיבה האקדמית כדוגמה קלסית לזכויות קניין פרטי שאינן מקדמות את הרווחה המצרפית ושורדות רק בגלל החלטות רגולטוריות המושפעות מלחציהם של בעלי המספרים הקיימים ואלו המממנים אותם.⁶⁷

לעיתים ההענקה הרגולטורית עצמה היא זו המבטיחה למוענקים כוח השפעה עודף לחסום שינויים עתידיים.⁶⁸ נחזור לדוגמת האסדרה של מקצוע עריכת הדין. הרגולציה הקיימת בארץ מחייבת כל מי שרוצה לייצג משפטית להשתייך לשכבת עורכי הדין ולשלם לה דמי חבר.⁶⁹ בכך, החוק עצמו פותר את בעיית הפעולה המשותפת עבור הלשכה: הוא מבטיח שכל עורכי הדין יתרמו את חלקם למאבקים שהלשכה מעוניינת בהם. אם מחר תחליט רגולטורית כי האינטרס הציבורי מחייב את ביטול סעיף ייחוד המקצוע (ובכך להכניס "תחרות" ללשכה), הלשכה תוכל להשתמש בכוח של עשרות אלפי החברים בה ובכסף שהם משלמים כדי להיאבק נגד השינוי. לעומת זאת, קבוצות אחרות שתרווחנה ממהלך דה-רגולטורי שכזה – כגון נותני שירותים משפטיים עתידיים אשר יוכלו לחסוך את כספי ההכשרה המשפטית הרשמית ודמי החבר; או מבקשי שירותים משפטיים נטולי אמצעים אשר יוכלו ליהנות משירות משפטי זול ונגיש יותר – אינן מאורגנות ואינן ממומנות באותו אופן. ושוב, אבהיר: איני טוען כי כל החלטה רגולטורית נוטה בהכרח לשרת אינטרסים של קבוצות לחץ צרות על חשבון הציבור הרחב. אין לכחד כי תאוריות של שבי רגולטורי נוטות לצבוע את הרגולציה במברשת שחורה עבה מדי, ומחמיצות ניואנסים חשובים. הטיעון כאן הוא יחסי ולא אבסולוטי: ניתן להשתמש בלקחים מהספרות האמפירית והתאורטית על כשלים רגולטוריים כדי לזהות סוגיות שבהן החשש מהענקות מדינתיות מוטות גבוה יותר.

64 ראו לדוגמה אבי בראלי "מרכז הליכוד, אבל לא רק: למה אובר לא מצליחה בישראל" *TheMarker* (5.2.2017).

65 לנתונים אמפיריים על הצניחה בשווי "מספרים ירוקים" במקומות אחרים בעולם עם כניסת אובר לשוק, ראו *Jeremy Kidd, Who's Afraid of Uber?*, 20 *NEV. L.J.* 581, 603 (2020). אדגיש שוב את התמה שעוברת כחוט השני לאורך המאמר: איני טוען כי החלטה לפתוח את השוק לאובר היא בהכרח היעילה והצודקת ביותר. יש כמובן בעיות רבות, משפטיות ואחרות, עם אובר. הניתוח כאן אינו מצביע על רצייתו של הסדר פרטני זה או אחר, אלא על הדינמיקות המשפיעות על הרגולטורית בבואה לקבוע את ההסדרים.

66 לנתונים על ההוצאה השנתית בישראל על נסיעה במוניות ראו לדוגמה הרשות הארצית לתחבורה ציבורית "מוניות – מידע לנהג ולנוסע", <https://tinyurl.com/c5xz92mr>.

67 ראו Wyman, לעיל ה"ש 53, בעמ' 129, 157-158.

68 ראו Levmore, לעיל ה"ש 55, בעמ' 191.

69 ס' 20 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961.

ככלל אצבע לניבוי הסוגיות שבהן החשש גבוה יותר, ניתן לבחון את זהות הקבוצות המרוויחות והמפסידות מההענקה.⁷⁰ בסוג אחד של הענקות רגולטוריות, הרגולטור מעניק הטבה לקבוצה מרוכזת, ובסופו של דבר (לעיתים אחרי כמה שנים ושינויים בסביבה החיצונית) אלו שמשלמים את החשבון על ההענקה הם קבוצה מבוזרת. דוגמה אפשרית היא סובסידיות והקלות מס לחברות/תעשיות מסוימות. סוג אחר של טובות הנאה מדינתיות מיטיב עם קבוצה גדולה אחת על חשבון קבוצה גדולה אחרת. דוגמאות קלאסיות הן קצבאות להבטחת הכנסה לנזקקים, או סיוע לנכים. אלו טובות הנאה המטילות עלויות על ציבור רחב (האזרחים שמיסיהם מממנים את תשלומי הרווחה), לטובת ציבור רחב אחר (הנזקקים המקבלים תמיכה כספית). ניתן אם כן לחלק את ההענקות הרגולטוריות להענקות "סימטריות" והענקות "אסימטריות". בהענקות אסימטריות, שבהן התועלת מרוכזת אך העלות מבוזרת, החשש להשפעה בעייתית על הרגולטור גדול יחסית: הענקות שמרעיפות תועלת על קבוצת לחץ מרוכזת נוטות להיוותר על כנף גם כאשר אין הן משרתות את האינטרס הציבורי שבשמו נעשו מלכתחילה. בהענקות "סימטריות", שבהן גם התועלת וגם העלות מבוזרות על ציבור רחב, החשש להשפעה לא פרופורציונלית קטן יותר.

יש לנו כעת תחילת תשובה לשאלה שעימה פתחנו את תת-הפרק הנוכחי. גם אלו הדוגלים, ברוח הניתוח הקלאסי של דמסן, בטענה שזכויות קניין "רגיל" נוצרות בהליך אורגני ומועיל, יאלצו להכיר בכך שזכויות נוסח "הקניין החדש" נוצרות בהליך פוליטי. ההליך הפוליטי אינו מגדיל בהכרח את העוגה המצרפית בכללותה, אלא עלול להגדיל את חלקה של קבוצת לחץ אחת בעוגה על חשבון קבוצות אחרות.

לכך נוסיף כעת תובנה בסיסית אחרת: למרדף אחר אותן טובות הנאה רגולטוריות עלויות כלל-חברתיות כבדות. המרוויחים מרוויחים פחות ממה שהמפסידים מפסידים.⁷¹ בהקשר של הענקות רגולטוריות, מלחמה על חלק גדול יותר בעוגה גם מקטינה את העוגה המצרפית בכללותה. זאת, משום שפריווילגיות רגולטוריות אינן נופלות על קבוצות אינטרסים מן השמיים. הקבוצות המאורגנות משקיעות עלויות ברדיפה אחריהן ובשימורן. המשאבים המושקעים בהשגת פריווילגיות ממשלתיות היו יכולים להיות מושקעים בפעילות יצרנית ופרודוקטיבית יותר. בפשטנות, כל אדם מוכשר העובד בתעשיית השתדלנות הוא אדם שאינו עובד כמורה או כרופא.⁷² בנוסף לפגיעה בהון הפיזי והאנושי, מרדף אחר פריווילגיות רגולטוריות פוגע גם ברמות ההון החברתי: הוא גורם להשחתת המגזר הציבורי,⁷³ ולשיחיתות אמון הציבור ברגולציה.⁷⁴ על מנת למזער את עלויות המרדף אחר רנטות רגולטוריות לא

70 James Q. Wilson, *The Politics of Regulation*, in *THE POLITICAL ECONOMY* 82 (Thomas ראו Ferguson & Joel Rogers eds., 1984); שפירא, "האם יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור?", לעיל ה"ש 8.

71 ראו בכלליות GORDON TULLOCK, *THE ECONOMICS OF SPECIAL PRIVILEGE AND RENT SEEKING* (1989).

72 ראו Kevin M. Murphy et al., *Why is Rent-Seeking so Costly to Growth*, 83 AEA PAPERS .PROCEEDINGS 409, (1993).

73 Fred S. McChesney, *Rent Extraction*, in *THE ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC CHOICE* 818 ראו (Charles Rowley & Friedrich Schneider eds., 2004).

74 ראו FRANCIS FUKUYAMA, *THE GREAT DISRUPTION*, Chap. 12 (1999).

די בהטלת מגבלות פרטניות על שתדלנות, ולו משום שלקבוצות האינטרס יש דרכים רבות אחרות לקנות השפעה יתרה. מזעור עלויות המרדף אחר רנטות דורש לפיכך גישה הוליסטית, כולל דרך המשפט המנהלי (חשבו על דיני הבטחות שלטוניות), או, בענייננו כאן, דיני קניין (צמצום ההגנה החוקתית על רנטות רגולטוריות).

עד כה התמקדנו בכשלים אפשריים בהחלטות הרגולטוריות למי, מתי וכיצד להעניק אינטרסים רכושיים. נעבור כעת לדון בשאלה כיצד הגנה חוקתית על האינטרסים הרכושיים (הכרה בהם כ"קניין חדש") תשפיע על אותו מערך תמריצים בעייתי (ספוילר: היא רק תחריף את הבעיות).

2. הבעייתיות שבהענקת הגנה חוקתית לקניין רגולטורי

מהתובנה הבסיסית על השפעתן הלא-פרופורציונלית של קבוצות אינטרס צרות נגזר הצורך לכייל את הביקורת השיפוטית בהתאם: זו נחוצה יותר בהסדרים הצפויים להרעיף תועלות מרוכזות על חשבון ציבורים רחבים.⁷⁵ ברם, דוקטרינת הקניין החדש בתצורתה הישראלית מחילה אותו ניתוח בלי הבחנה בין סוגי ההענקות או הצדדים המרוויחים והמפסידים מההענקתה.⁷⁶ בכך, הדוקטרינה בתצורתה הנוכחית לא זו בלבד שאינה מממשת את הפוטנציאל של ביקורת שיפוטית כגורם מאזן לכשלים רגולטוריים, אלא שהיא אף מחריפה כשלים רגולטוריים מסוימים, כגון הנטייה לשמור על הסטטוס קוו.

ברמה הבסיסית ביותר, נכונות להכיר בהענקות רגולטוריות כקניין חדש עלולה לייצר אפקט "מחפר": קל לרגולטור להעניק הטבות מלכתחילה, אך קשה הרבה יותר ליטול או לשנות אותן בדיעבד.⁷⁷ גם במצב הרגיל, רגולציה סובלת מכשל מתועד היטב של נטייה לשימור הסטטוס קוו, בייחוד כאשר הסטטוס קוו מרעיף תועלות על קבוצות אינטרס צרות על חשבון ציבורים רחבים.⁷⁸ מתן הגנה חוקתית להענקות קיימות עלול לרפות עוד יותר את ידיה של רגולטורית המזהה עיוותים באסדרה ומעוניינת לשנות את תנאי ההטבות הרגולטוריות. הרגולטורית צופה כי שינוי יהא חשוף לביקורת חוקתית בבית המשפט, על כל המשתמע מכך, ואילו מחדל של אי-שינוי הסטטוס קוו אינו חשוף לביקורת כזו. בכך,

75 ברק-ארז, **משפט מנהלי**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 33.

76 על הנייר, בית המשפט יכול היה להשתמש במבחני המשנה של המידתיות (כגון המבחן השלישי [מידתיות במובנה הצר], המתמקד בשאלה האם הפגיעה בזכות הפרט היא ביחס הראוי לתועלת הצפויה לצמוח מקידום התכלית הראויה) להכנסת ההקשר הראוי. בפועל, הדבר אינו נעשה: ראו לשם המחשה את הניתוח "הרוזה" במיוחד של מידתיות קיצוץ קצבאות הזקנה שבעניין **מנור**, והשוו לניתוח "העבה" של מידתיות השינוי של תמלוגי המיליארדים שבעניין **דודיאן**.

77 הטיעון כאן קרוב משפחה של הטיעון נגד פרשנות מרחיבה להגנה חוקתית על קניין ככלל. ראו יואב דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" **משפטים** כח 535, 547-548 (1997) (הכרה בזכות הקניין כחוקתית מגינה על הסטטוס קוו של חלוקת עושר אי-שוויונית בחברה כנגד האפשרות לשנותו באמצעות פעולה פוליטית רובנית).

78 למחקרים אמפיריים על הנטייה לשימור הסטטוס קוו ראו רועי שפירא, "דלתות מסתובבות", לעיל ה"ש 60; לטענה שפרשנות מרחיבה לקניין חדש מחריפה נטייה זו ראו Christopher Serkin, *Penn Central Take Two*, 92 NOTRE DAME L. REV. 913, 940 (2016).

פרשנות מרחיבה ולא הקשרית לקניין החדש עלולה להחריף את הסחף הרגולטורי הקיים בלאו הכי.⁷⁹

מעבר להשפעה על הרגולטור, פרשנות מרחיבה ולא הקשרית לקניין החדש מייצרת תמריצים בעייתיים גם כלפי הגופים המפוקחים: היא מתמרצת אותם להשתתף במרדף (ההרסני מבחינה כלל-חברתית) אחר פריויליגיות ממשלתיות מלכתחילה.⁸⁰ ככל שפריויליגיות ממשלתיות מוגנות בעוצמה רבה יותר, הן אטרקטיביות יותר עבור המוענקים. יש בכך, כמובן, גם יתרון: ככל שההענקות מוגנות יותר, כך הן מעודדות השקעות פרטיות שאמורות לקדם אינטרסים ציבוריים. אך האיזון עלול להיות מופר בקלות: הגופים המפוקחים עלולים לתפוס את ההענקות המדינתיות כמעין פוליטת ביטוח נגד שינויי העיתים, גם כששינוי כזה מתבקש. לשם המחשה חזרו לדוגמת הרישיון להפעלת מוניות, והפעם עם שאלה בסיסית: מהיכן נובע הערך הגבוה של המספר הירוק? הוא אינו נובע מטכנולוגיה או משירות יוצאי דופן, אלא משימוש בכוח שלטוני כדי לחסום אחרים מלהתחרות בבעלי המספר הירוק.⁸¹ אני יכול להשקיע בלב שקט ברכישת מספר ירוק מתוך ידיעה כי גם אם בעתיד תיכנס טכנולוגיה שתאפשר מתן שירות הסעה זול יותר, המדינה תחסום את התחרות או תפצה אותי בנדיבות על השקעתי הראשונית.⁸² וכך, ככל שההגנה המשפטית על קניין רגולטורי חזקה יותר, גופים פרטיים יעדיפו להשקיע את מרציהם בשתדלנות וברדיפה אחר הענקות רגולטוריות במקום בחדשנות; בהשקעה באיכות הקשרים עם הרגולטור במקום באיכות המוצר ועדכונו ברוח שינויים טכנולוגיים. ככל שנרחיב את ההכרה בקניין רגולטורי כראוי להגנה חוקתית, כך נעביר את הסיכון מפתחם של היזמים לפתחה של המדינה, שבתורה תגלגל את הסיכון על משלמי המיסים והצרכנים.⁸³

79 ברק-ארז, משפט מנהלי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 50. למען הסר ספק, בהחלט ייתכנו מצבים שבהם נרצה להגביל את יכולתה של המדינה לצאת מהתחייבויות שניתנו ליזם פרטי אשר נכנס על בסיסן להשקעות יעילות לא רק עבורו אלא גם מבחינה מצרפית. הטענה כאן אינה אבסולוטית אלא יחסית: קיימים וקטורים העלולים למנוע שינויים בתנאי המונופול שניתן ליזם, גם כאשר שינוי שכזה מתבקש מבחינת יעילות מצרפית והיזם כבר החזיר את השקעתו הראשונית והרבה מעבר לכך.

80 ראו Levmore, לעיל ה"ש 55, בעמ' 191.

81 ראו Eagle, לעיל ה"ש 48, בעמ' 10.

82 מתעוררת כאן גם סוגיית transitional gains trap, שטרם זכתה להתייחסות מקיפה בכתיבה בארץ. על קצה המזלג: המחזיקים במספרים ירוקים בעת הנוכחית אינם בהכרח אלו שהרוויחו מהמכסה הקשוחה, משום שההטבה הגדולה כבר משוקללת במחיר שהם שילמו בשוק החופשי. המרוויחים הגדולים הם אלו שקיבלו את ההטבה השלטונית בחינם ומכרו אותה ביוקר. ראו שם, בעמ' 14. עדיין אין בכך, לדעתי, כדי להצדיק פיצוי לרוכשים המאוחרים: המשטר המשפטי צריך לתמרץ השקעות במיזמים פרודוקטיביים שמגדילים את העוגה המצרפית, ולא במיזמים שרק מחלקים את העוגה וחוסמים תחרות וחדשנות.

83 לגישה המסרבת להטיל על המדינה את הסיכון לכך ששינויים טכנולוגיים יהפכו מוצר/שירות מסוים ללא רווחי ראו, Market Street Railway Co. v. Railroad Commission of California, 324 U.S. 548 (1945). זהו, אם כן, הברדל חשוב נוסף בין קניין מסורתי לבין קניין רגולטורי:

פרשנות מרחיבה ל"קניין חדש" גם עלולה להחריף את בעיית השבי הרגולטורי במובן עקיף ועמוק יותר: הגנה חוקתית על הקניין הרגולטורי הרב שגוף אחד צבר מאפשרת לאותו גוף להמשיך להשפיע במידה לא פרופורציונלית על ההליך הרגולטורי גם בעתיד. כוח כלכלי עודף עלול להיתרגם לכוח פוליטי עודף.⁸⁴ לשם המחשה, חשבו על תסריט דמיוני לחלוטין שבו איש עסקים אחד מחזיק במבנה פירמידלי קבוצת חברות, וכיניהן חברה הזוכה ברישיונות הפקת משאבי טבע המייצרים עבודה רווחים הנאמדים בעשרות מיליארדים. תזרים המזומנים יכול לסייע לקבוצת החברות להעסיק רגולטורים-בעבר מכל קצוות השירות הציבורי (תופעת הדלת המסתובבת), לקנות בעלות והשפעה באמצעי תקשורת, לצאת בקמפיין פרסומי אגרסיבי (הן שקוף והן מוסווה) המתנגד לכל שינוי בהענקה הרגולטורית,⁸⁵ וכך הלאה. בכך, הגנה חוקתית על קניין רגולטורי עלולה לפגוע בצדק חלוקתי לא רק במקרה נתון אקס פוסט (נתח זעום יחסית לציבור מכריית משאבי הטבע שבבעלותו), אלא גם בהטיות ההענקות הרגולטוריות העתידיות.

לבסוף, פרשנות מרחיבה להגנה חוקתית על הענקות רגולטוריות גם יוצרת אפקט Double Dipping: במקום לשרת את המטרה המקורית של מניעת נטילות שלטוניות שרירותיות וללא זכות שימוע, הדוקטרינה בתצורתה הנוכחית נותנת לאלו שכבר נשמעו היטב הזדמנויות נוספות לשכנע, ומונעת מאלו שקולם לא נשמע מלכתחילה את יומם בבית המשפט. המחשה קלסית מגיעה מההליך הרגולטורי מושא פרשת דודיאן. המדינה סברה כי ההסדר הקיים של מיסוי רווחים מהפקת גז ונפט טבעי הוא אנכרוניסטי ודורש עדכון מהותי עוד בתחילת שנות האלפיים, הרבה לפני שנתגלו המאגרים הגדולים והחל ההליך מושא פרשת דודיאן. אך המתווה שהכינו הרגולטורים לעדכון משטר התמלוגים אופסן במה שדווח בתקשורת כתרגיל פוליטי בעקבות השפעה לוביסטית, כולל מצד השגריר האמריקאי (שנלחם את מלחמתה של חברת נובל אנרג'י).⁸⁶ בדיעבד התברר כי השפעתן של חברות הגז בשלבים מוקדמים אלה הכניסה עבורן (ועלתה לציבור) מיליארדים.⁸⁷ גם בסבב הבא, אחרי גילוי מאגר "תמר", כשהוקמה ועדת ששינסקי, היא קיימה הליך סדור ויסודי שבו קיבלה חוות דעת רבות מהחברות בעלות זכויות הכרייה. אחרי פרסום טיוטת ההמלצות בנובמבר 2010⁸⁸

בהפקעה קלסית – נטילת המקרקעין של הפרט – ניטה יותר לחשוב כי ראוי שהציבור הרחב הוא זה שיישא בנטל של צורך תכנוני חדש שהתעורר.

84 חמדני, לעיל ה"ש 2.

85 ראו לדוגמה אורן פרסיקו "מדוע נובל-אנרג'י מפרסמת במיליוני שקלים לציבור הרחב, שהוא לקוח שבו שלח?" **העין השביעית** (24.9.2020), <https://tinyurl.com/hcc5mxwj>, (כל קשר בין האמור במובאה לתרחיש הדמיוני בגוף הטקסט הוא על אחריות הקורא/ת בלבד).

86 פרוטוקול ישיבה מס' 373 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-15 (27.11.2001); צבי לביא "ועדת הכלכלה: שר האוצר לא יוכל להגדיל את האגרות וההיטלים על חברות הנפט והגז" **גלובס** (19.11.2002).

87 אבי בר-אלי "בסיבוב הקורם: הממשלה החליטה להגדיל את המיסוי – השגריר האמריקאי התערב" **TheMarker** (14.4.2010) <https://tinyurl.com/pkv8hshd>.

88 עניין דודיאן, לעיל ה"ש 45, בפס' 11 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור. להמלצות הביניים וחוות הדעת השונות ראו משרד האוצר "ועדת ששינסקי – הוועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל" **משרד האוצר** (12.4.2010) <https://tinyurl.com/4kynmm94>.

שמעה הוועדה סבב תגובות נוסף מטעם החברות בעלות הזכויות ואחרים, ובינואר 2011 פרסמה את המלצותיה הסופיות.⁸⁹ ההמלצות הסופיות הקלו במידה רבה על בעלי זכויות הכרייה יחסית לטייטה:⁹⁰ הן מיתנו את ההיטל הפרוגרסיבי על הרווחים כך שתקרתו תהא 50% ולא 60%, הכירו בפחת מואץ לעלויות שצברו החברות, והכניסו הוראות מעבר חשובות. עינינו הרואות כי דעתן של חברות הגז נשמעה והוטמעה במידה לא מבוטלת לאורך כל ההליך. ואכן, לבג"ץ עתרו לא רק חברות הגז בבקשה להקל את נטל המיסוי אלא גם "עותר ציבורי" (פרופ' שמואל קניאל), בבקשה להכביד את הנטל. העותר טען כי השינויים מהטייטה להמלצות הסופיות הסיטו עשרות מיליארדי שקלים מציבור משלמי המיסים לכיסי חברות הגז, ובכך חתרו תחת תכליות ההקמה של ועדת ששינסקי: צדק חלוקתי והשוואת תנאי האסדרה בישראל לאלו הקיימים במדינות אחרות. אלא שבית המשפט הבהיר כי פגיעה ב"קניינו" של הציבור אינה מוכרת ככזו המצדיקה בחינה חוקתית. ההגנה החוקתית מיוחדת רק לקבוצות האינטרס הנהנות מהסטטוס קוו, ולא לציבור העשוי ליהנות משינוי בסטטוס קוו.⁹¹

פרשנות כזו אינה משרתת את התכלית שעמדה בראש מעייניו של רייך, קרי, לא לאפשר לרשויות השלטון לשלול מהפרט קצבאות ורישיונות מבלי שקולו יישמע. בתצורתה הנוכחית, הדוקטרינה הישראלית מגינה ביתר שאת דווקא על אלו שקולם נשמע יותר מכל אחד אחר בהליך הרגולטורי. בהכללה, קבוצות אינטרס חזקות אינן צריכות ביקורת חוקתית כדי לקבל התראה או זכות שימוע בטרם שינוי רגולטורי: הן זוכות מראש לייצוג יתר בהליך יחסית לקבוצות אחרות.⁹² דוגמת דודיאן רחוקה מלהיות לא מייצגת: עיון בהיסטוריה החקיקתית מגלה דינמיקה דומה גם ברפורמות אחרות, קרי, הקמת ועדות ציבוריות לבחינה מחדש של המדיניות; נוכחות אקטיבית מסיבית של הנהנים מהמצב הקיים בדיונים בוועדות ובכנסת; והתחשבות בעלי האינטרסים הקיימים המתבטאת בעיכוב ובדילול של הרפורמה המומלצת. או אז מגיעות קבוצות האינטרס הצרות ומשתמשות בטענת הקניין החדש כאמצעי לחץ לעיכוב ודילול נוסף – את מה שלא הצליחו להשיג דרך ההליך הרגולטורי הן מכוונות להשיג דרך ההליך השיפוטי.⁹³ כך, במקום לשמש כטכניקה להגנה על "הפרט מפני הכוח המאורגן", בלשונו של רייך, הקניין החדש הופך בתצורת כחול לבן לטכניקה נוספת לביצור כוחן של הקבוצות המאורגנות על חשבון הציבור הרחב.

89 ההמלצות תורגמו לחוק מיסוי רווחים ממשאבי טבע, התשע"א-2011.

90 עניין דודיאן, לעיל ה"ש 45, בפס' 2 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור.

91 שם, בפס' 58.

92 ראו Eagle, לעיל ה"ש 49, בעמ' 8.

93 הרפורמה מושא עניין מנחם, לעיל ה"ש 32, בעמ' 274, היא לדוגמה פרי הליך ארוך-שנים שכלל הקמת ועדה ציבורית אחת ב-1989 ועוד אחת ב-1993, ודיונים אינסופיים בוועדות הכנסת. עיון בפרוטוקולים מגלה כי בעלי המספרים הירוקים הקיימים נכחו בדיונים אלה, השמיעו את דעתם וזכו לאוזן קשבת. ראו לדוגמה פרוטוקול ישיבה מס' 190 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-12, 24 (20.11.1990).

ג. המלצות יישומיות לכיול מחדש של הדוקטרינה

התובנות מפרק ב – על הטיות אפשריות בהליך הרגולטורי המוליד את זכויות "הקניין החדש" וההשפעות האפשריות של הכרה בזכויות אלה כחוקתיות – מספקות מצע לחשיבה מחדש על הדוקטרינה המתפתחת בארץ. התובנות האמורות אינן שוללות קטגורית הגנה על הענקות מדינתיות כזכות קניין חוקתית,⁹⁴ אך הן מפנות זרקור לחסרונותיה של פרשנות מרחיבה להיקף ההגנה, ומתוות דרך לאימוץ גישה הקשרית יותר.⁹⁵

1. הבחנה בין סוגים שונים של הענקות מדינתיות

ברמה הבסיסית ביותר, הדיון כאן מספק כלים להבחנה בין סוגי טענות קניין חדש, ובפרט בין זכויות הנובעות מרגולציה כלכלית, כגון רישוי וסובסידיות לעסקים, לבין זכויות הנובעות מרשתות ביטחון סוציאלי כגון קצבאות וגמלאות. בכתיבה האקדמית המועטה על הסוגיה עלתה הטענה כי טבעי ונכון יותר להכיר בקצבאות כזכות חוקתית מאשר בזיכיונות והטבות לעסקים כזכות חוקתית. אהרן ברק, הדוגל בגישה מרחיבה המכירה בכל סוגי הקניין החדש, מכיר בכך כי בקצבאות מתקיימת ביתר שאת תכלית ההבטחה של החירות הכלכלית.⁹⁶ חנוך דגן מדגיש כי בקצבאות מתקיים ביתר שאת ערך ההגנה על אישיותו של המוענק.⁹⁷ הניתוח כאן מוסיף כלים לבחינה של ערכי היעילות והצדק החלוקתי ומחזק את הטענה כי, ככלל, קצבאות ראויות יותר להגנה חוקתית מסובסידיות לעסקים. הספרות על כשלים רגולטוריים מלמדת כי הענקות רגולטוריות אסימטריות – כאלה המרעיפות תועלת על קבוצה מרוכזת על חשבון ציבור רחב, כגון זיכיונות והטבות לעסקים – נוטות לקדם בסופו של דבר את האינטרסים הצרים של המוענקים ולא דווקא את היעילות או את ההגינות. מנגד, הענקות רגולטוריות סימטריות – כאלה הלוקחות מציבור רחב אחד ונותנות לציבור רחב אחר, כגון קצבאות וגמלאות – אומנם אינן חסינות מכשלים (הן תבוצענה בצורה מרושלת ו/או תהיינה תוצר של סחר-מכר פוליטי), אך יש פחות מקום לחשוש בהקשרן מהשפעות תת-קרקעיות שתדחופנה את הרגולציה באופן שיטתי לכיוון אחד. בהכללה, העלויות והתועלות

94 מגבלות המקום והמיקוד מנעו דיון בהיבטים רבים אחרים של סוגיית הקניין החדש, כגון קיומם של פתרונות טובים שאינם עוברים דרך זכות הקניין החוקתית (ראו לדוגמה ברק-ארוז, משפט מנהלי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 50-52), או פיצוי הנפגעים מדה-רגולציה בשם הצורך "לשמך" את הרפורמה הנדרשת (ראו לדוגמה Jonathan S. Masur & Jonathan R. Nash, *The Institutional Dynamics of Transition Relief*, 85 N.Y.U. L. Rev. 391, 396-405 (2010)).

95 לקריאות לאימוץ גישה הקשרית יותר במשפט המנהלי ראו יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" משפט וממשל יח 219, 238-242 (2017) (פרשנות היקף הסמכות); שפירא, "האם יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור?", לעיל ה"ש 8 (המשקל הפרשני שיש לתת לעמדת הרגולטור); ובכלליות ראו איל פלג אתגר העוני של המשפט המינהלי (2013).

96 ברק, לעיל ה"ש 26.

97 דגן, לעיל ה"ש 35, בעמ' 192, ה"ש 166.

האמיתיות מאחורי זכינות וסובסידיות מעורפלות יותר ובולטות פחות לציבור מאלו של תשלומי העברה.⁹⁸

ניתוח התמריצים הפועלים על הרגולטור גם מאפשר להבחין בין הענקות ראויות יותר וראויות פחות להגנה חוקתית בתוך כל אחת מהקטגוריות. טלו לדוגמה שני מקרים מאותה קטגוריה של תמרוץ השקעות: פרשת דודיאן⁹⁹ מול פרשת גניס.¹⁰⁰ פרשת גניס נסובה סביב הלוואות שניתנו על מנת לתמרץ רכישה או הרחבת דירה באזור גאוגרפי מסוים. ב־2001 החליטה הממשלה על שורת קיצוצים להשגת יעדי התקציב, וכיניהם השעיה למפרע של תיקון לחוק הלוואות לדירור. בית המשפט קבע כי ההתערבות החוקית המאוחרת לא תחול על אלו שכבר שינו את מצבם בהסתמך על חוק הלוואות – קרי, כבר נכנסו לתהליך של רכישה או הרחבת דירה בירושלים. ההבדל בתוצאה בין דודיאן, שם נקבע כי ההתערבות המאוחרת תחול על חברות הגו שנכנסו כבר להשקעה, לבין גניס, שם נקבע כי ההתערבות המאוחרת לא תחול על רוכשי הדירות שכבר נכנסו להשקעה, מצדק מהזווית של "מטריצת" הרגולציה: אזרחים יחידים שנכנסו לרכישת דירה בהסתמך על הלוואות אינם, ככלל, בעלי השפעה עודפת על ההליך הרגולטורי; חברות הגו כן. האזרחים היחידים אינם יושבים בדיונים ומגישים חוות דעת ומצליחים לקבל הקלות בין טיוטת הביניים לבין הדו"ח הסופי, והשגריר האמריקאי אינו מתקשר בשמם לשר האחראי כדי ללחוץ עליו לבטל את הרפורמה המתוכננת. משכך, הרציונל שהוליד את מוסד הקניין החדש – השוואת תנאים בהגנה המשפטית על זכויות הפרט אל מול כוח מאורגן – חל, ככלל, בעניינים כגון גניס, ואינו חל, ככלל, בעניינים כגון דודיאן.

2. העברת מרכז הכובד מפסקת ההגבלה להגדרת הזכות והפגיעה בה

ניתוח מערך התמריצים הפועל על הרגולטור מסייע לחשוב מחדש לא רק על התוצאה הרצויה של ההליך המשפטי אלא גם על הדרך. במשפט החוקתי הישראלי ככלל, ובסוגיית הקניין החדש בפרט, נפוצה הגישה של פרשנות מרחיבה להיקפה הפנימי של הזכות והעברת כובד הדיון לבחינה במשפטי פסקת ההגבלה. בית המשפט מוכן להניח כמעט אוטומטית כי מתקיימים תנאי סעיף 3 לחוק היסוד (קיימת זכות קניין, ומתקיימת פגיעה בה), אך בוחן בדקדקנות את תנאי סעיף 8 (ובפרט, תנאי המידתיות). יש הטוענים כי גישה כזו נדרשת להשגת הניתוח ההקשרי אשר לו קראנו כאן.¹⁰¹ לשם המחשה, חזרו לדוגמה הקודמת: בית המשפט הצליח, בעזרת כלי פסקת ההגבלה, להבחין בין התוצאה המתבקשת בעניין גניס לבין זו שבעניין דודיאן. ניתן עוד לטעון כי בניגוד לאמור לעיל אין הגישה הנוכחית מייצרת

98 על הבולטות והסיבוכיות של סוגיות שונות כמנבאות חשש לכשלים רגולטוריים ראו William T. Gormley Jr., *Regulatory Issue Networks in a Federal System*, 18 POLITY 595, (1986).

99 עניין דודיאן, לעיל ה"ש 45.

100 בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004).

101 ראו לדוגמה Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72, 81–82, 89 (2008).

תמריצים בעייתיים למפקחים ולמפוקחים, משום שבפועל בית המשפט מותיר שיקול דעת רחב לרגולטורית המעוניינת ליישם רפורמות (מכשיר פגיעות בתנאי פסקת ההגבלה).¹⁰² אך בפועל, עצם ההליך של בחינה חוקתית במשקפי פסקת ההגבלה, גם אם הוא מסתיים לבסוף בהכשרת ההחלטה הרגולטורית, מייצר השפעות בעייתיות בכמה רבדים: הוא מצנן ומעכב את פעולתו של הרגולטור, משדר מסר בעייתי לאזרחים, ופוגע ביכולתו של בית המשפט לנתח את הסוגיה כראוי, כדלקמן.

הנכונות העקרונית להכיר בטענת הפגיעה החוקתית והעברת הדיון לפסקת ההגבלה מגדילה את העלויות של שינויי הענקות רגולטוריות, ובכך מייצרת אפקט מצנן ומחריפה את ההטיה לכיוון שימור הסטטוס קוו.¹⁰³ סוג אחד של עלויות הוא הזמן והמאמץ שהרגולטורית תשקיע במאבק המשפטי. סוג אחר של עלויות הוא החשש (גם אם לא לגמרי רציונלי) מהתערבות של בית המשפט. סוג נוסף של עלויות הוא הסיכון לפגיעה במוניטין של הרגולטורית. הליך משפטי ארוך, גם אם בסופו יגיע "ניצחון" לרגולטורית, עלול לעכב את כניסת הרפורמה לתוקף ובכך לגזול מהרגולטורית קרדיט מוצדק: הרפורמה שעליה נאבקה לא תעבור "במשמרת" שלה, אלא תידחה במקרה הטוב למחליפתה. ההליך המשפטי גם עלול להביא עימו סיקור תקשורתי שיאיר את הרגולטורית באור שלילי, כנכנעת ללחצים פופוליסטיים ופוגעת באינטרס הציבורי.¹⁰⁴

הרצון לחסוך מעצמה את העלויות האמורות עלול לגרום לרגולטורית (גם אם אין היא מנסחת זאת לעצמה מפורשות) להימנע מליוזם רפורמות מלכתחילה, או לרכך את הרפורמה מעבר לנדרש. הרגולטורית צופה כי היא תצטרך להצדיק כל החלטה במבחן "החלופה הפוגענית פחות", וכך היא עלולה לשקול כל פגיעה באינטרסים הנהנים מהסטטוס קוו בחיל וברעדה (אסור לרפורמה "ללכת רחוק מדי"). פגיעות במשלמי המיסים, לעומת זאת ("ללכת מעט מדי"), אינן כפופות לדרישת החלופה הפוגענית פחות, משום שלא עומדת לציבור טענת קניין חדש (זכרו את פרשת דודיאן). כאמור, רגולטורים גם כך כפופים ללחצים שלא לפגוע בקבוצת הלחץ המאורגנת הנהנית מהסטטוס קוו, ואסימטריה שכזאת בביקורת השיפוטית אינה מעודדת אותם לפעולה אלא רק מצננת אותם עוד יותר.¹⁰⁵

102 יתרה מכך, בית המשפט הבהיר כי בנושאי רגולציה כלכלית הוא מחייב את עצמו בריסון מיוחד. ראו לדוגמה בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 60 (2004).

103 ברק-ארז, משפט מנהלי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 50; וינר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 389.

104 על השפעתם של שיקולי מוניטין על רגולטורים, והשפעתה של התריינות משפטית על המוניטין של רגולטורים, ראו בהרחבה ROY SHAPIRA, LAW AND REPUTATION: HOW THE LEGAL SYSTEM SHAPES BEHAVIOR BY PRODUCING INFORMATION 155–89 (2020). לדוגמה קונקרטיית של הדינמיקה המוזכרת – קרי, רגולטורית המנסה לפעול לטובת הציבור המבוזר אך מואשמת כפוגעת בפועל בציבור זה – ראו גיא רולניק ורועי שפירא "דינמיקה של שכי רגולטורי – חקר המקרה הישראלי" (נייר עמדה, מוסד שמואל נאמן 2019), המתארים מקרה שבו הממונה על ההגבלים העסקיים קיבל כמה החלטות המנוגדות לאינטרסים של בעל חינונים גדול, ואותו בעל חינונים רכש מודעות עמוד בעיתונים מרכזיים והשתמש בהן על מנת לבקר את הרגולטור כמי שכביכול פוגע בציבור הנוסעים.

105 רויטמן, לעיל ה"ש 95, בעמ' 234.

גם במצבים שבהם הרגולטורית אינה נרתעת ואינה משנה את ההוראות המהותיות שעליהן חשבה מלכתחילה, הידיעה כי הסוגיה תיבחן במשקפי פסקת ההגבלה עלולה לתמרץ אותה להכניס הוראות מעבר ותקופות הסתגלות מעבר למתבקש.¹⁰⁶ במילים אחרות, הנכונות להכיר בהענקות רגולטוריות כראויות לבחינה במשקפי פסקת ההגבלה עלולה למצער לעכב את הרפורמה. עצם ההמתנה להכרעה המשפטית ולכניסת הרפורמה לתוקף מייצרת לגופים המפוקחים זמן נוסף. וזמן הוא כסף: עד שהרפורמה תיכנס לתוקף מלא, קבוצת האינטרס

נהנית מהקניין הרגולטורי וה"רנטות" (רווחים מופרזים) שהוא מייצר.¹⁰⁷

מלבד ההשפעה הבעייתית על תמריצי המפקחים, לדיון במשקפי פסקת ההגבלה עלולה להיות השפעה בעייתית גם על תמריצי הגופים המפוקחים לרדוף אחר פרווילגיות ממשלתיות. לשם המחשה, חזרו לדוגמת די.בי.אס. ולדרך שבה סוקרה החלטת בית המשפט בעניינה בתקשורת. התוצאה הסופית של הדיון הייתה שבית המשפט לא התערב בהחלטת הרגולטור ולא חייב את המדינה לפצות את חברת "יס". אך התקשורת הפופולרית הרגישה דווקא את אמרת האגב של המשנה לנשיא נאור כי היא אוהדת את טיעון הקניין החדש. אמירה זו מוסגרה כעליית שלב דרמטית – צעד לכיוון הכרה רשמית ברישיונות מדינתיים כקניין הראוי להגנה משפטית חזקה.¹⁰⁸

ואכן, העברת כובד המשקל לדיון במשקפי פסקת ההגבלה בעייתית ולו רק בהיבט ההצהרתי, קרי, במסר המועבר לציבור.¹⁰⁹ דגן ווינר כבר עמדו על כך כי גישה המכירה עקרונות בהענקות רגולטוריות כראויות להגנה חוקתית משדרת מסר של קניין כשרירות הבעלים: תפיסה "ליברטריאנית-רכושית, שבעיניה הקניין הוא מעוז הפרט שיש להגן עליו מפני המדינה הטורפנית".¹¹⁰ אפילו אם נניח כי גישה שכזו מתאימה בהקשרים אחרים, היא אינה מתאימה בהקשר של הענקות רגולטוריות.¹¹¹ האינטרסים הרכושיים כאן הם חלק מארגז הכלים הרגולטורי: כלי הנועד בראש ובראשונה להגשמת אינטרס כלכלי המשותף לכל חברי הקבוצה (הציבור), ולא דווקא להבטחת יכולתו של הפרט להדיר את יתר חברי הקבוצה מההנאה.

106 לפסיקה שלפיה העדר הוראות מעבר ותקופות הסתגלות עלול לגרום לפסילתה של רגולציה ראו ע"פ 104/72 ראב נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2) 412, 418 (1972); בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441, 457 (1994).

107 לטיעון שעוכב הרפורמה הוא פעמים רבות ההישג הגדול ביותר שהגופים המפוקחים יכולים לקוות לו ראו BRUCE M. OWEN & RONALD R. BRAEUTIGAM, THE REGULATION GAME: STRATEGIC USE OF THE ADMINISTRATIVE PROCESS (1978). לרוגמה קונקרטית לערך הזמן, שבה חברה בוחרת לזהם את הסביבה בידיעה שהקנסות יגיעו בעתיד הרחוק ואילו הרווחים יזרמו בהווה, ראו Roy Shapira & Luigi Zingales, Is Pollution Value-Maximizing? The DuPont Case (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 23866, 2017), <https://tinyurl.com/mu574nmp>.

108 משה גורלי "רוצים הכרה ברישיון שלכם כקניין? Yes", כלכליסט (3.8.2014) <https://tinyurl.com/ksfk32a2>.

109 דגן, לעיל ה"ש 35, בעמ' 34; ברק, לעיל ה"ש 26.

110 מיכאל בירנהק "צדק קנייני: על שלושה מושגים של קניין" מחקרי משפט כא 439, 439 (2005).

111 וינר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 393-394.

לבסוף, הגישה הקיימת גם פוגעת ביכולתו של בית המשפט לבצע ניתוח מושכל במשקפי פסקת ההגבלה. בסופו של דבר, מתחם המידתיות אמור להיקבע כפונקציה של טיב ועוצמת הזכות שנפגעה.¹¹² גם מי שמעדיף להתייחס לכל ההענקות המדינתיות כקניין לצורכי סעיף 3 לחוק היסוד צריך להידרש תחילה לניתוח הקשרי המבחיין בין זכויות קניין חדש שונות, כדי לכייל את עומקה של ההגנה שניתן מכוח מבחני המידתיות.¹¹³

בהינתן עלויות אלה של העברה אוטומטית של הדיון למשקפי פסקת ההגבלה, יש לשקול שימוש בכלים אחרים להגנה מפני שינויים שרירותיים בהענקות רגולטוריות. בית המשפט יכול וצריך לעבור לסינון קפדני יותר עוד בשלב הראשוני, של הגדרת הזכות כקניין חוקתי או הגדרת השינוי הרגולטורי כפגיעה בזכות החוקתית. טלו לדוגמה ארבע מסגרות שניתן להפעיל לא רק בשלב בחינת העמידה בתנאי פסקת ההגבלה אלא גם בשלב מוקדם יותר, של בחינת התקיימותה של פגיעה בזכות. ראשית, ניתן לבחון את ההזדמנויות שניתנו למוענקים להשפיע ולהשמיע בהליך הרגולטורי עצמו.¹¹⁴ זהו מבחן הקשור לפער שבין הקלות שביצירת התחייבויות ראשוניות לבין יציאה מהתחייבויות אלו: ככל שהפער גדול יותר, יש פחות מקום לסווג את ההענקה כקניין או את השינוי כפגיעה בקניין המחייבת בחינה חוקתית.¹¹⁵ שנית, ניתן לחשוב על הבחנה בין תקיפת הליך שבו הרגולטור נטל אקטיבית את ההענקה, לבין מצב שבו הטענה היא כי הרגולטור אינו פועל מספיק להגנה על המונופול של המוענק (כגון טענה אפשרית של בעלי המספרים הירוקים על כך שהרגולטור אינו חוסם את כניסתה של אובר). בסוג הטענות האחרון – טענות "נטילה במחדל" – יש על פניו פחות מקום לבחינה במשקפי פסקת ההגבלה. שלישית, ניתן לבחון האם הרווחים המונופוליסטיים שמהם נהנו המוענקים כבר החזירו את השקעתם הראשונית (שאו יש פחות מקום להגנה).¹¹⁶ לבסוף, מבחן שיישומו קצת פחות אינטואיטיבי הוא משך הזמן שבו המשטר הרגולטורי המעניק שבמחלוקת עומד על תילו: ככל שהוא ותיק יותר, שינוי שלו ייחשב פחות לפגיעה המצדיקה פיצוי. זאת, משום שהעלויות הכלל-חברתיות של הערפת היציבות על פני גמישות רגולטורית עולות ככל שהמשטר קיים זמן רב יותר: יש מקום רב יותר להניח שהמשטר הפך בינתיים ללא מעורכן ואינו משרת עוד בצורה המיטבית את תכליותיו המקוריות.¹¹⁷

ודוק: תהיינה נסיבות שבהן השינויים הרגולטוריים ידרשו ביקורת שיפוטית מדוקדקת, אך אין הכרח שהמענה המשפטי יתבצע בכלים חוקתיים דווקא. כפי שברק־ארז ווינר כבר הדגישו, המשפט המנהלי עשוי להיות מועמד טבעי ומתאים יותר לבחינה שכזאת.¹¹⁸

112 שם, בעמ' 387–388.

113 שם. לאמירת אגב על טיעון "מקבילית הכוחות" ראו בג"ץ 2996/17 ארגון העיתונאים בישראל נ' ראש הממשלה, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 23.1.2019).

114 ראו William Michael Treanor, *The Original Understanding of the Takings Clause and the Political Process*, 95 COLUM. L. REV. 782, 866–872 (1995).

115 ראו Serkin, לעיל ה"ש 78, בעמ' 932.

116 נדרש כמובן להתחשב במידת הסיכון היחסי של ההשקעה הראשונית: לא רין השקעה עם סיכון גבוה (שאו יש מקום רב יותר להגנה) כדין השקעה עם סיכון נמוך (שאו יש מקום מצומצם יותר להגנה).

117 ראו Serkin, לעיל ה"ש 78, בעמ' 924 ואילך.

118 ברק־ארז, משפט מנהלי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 32–33; וינר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 400–401.

מבלי להיכנס לעומק הטענה כאן, אזכיר בקצרה כי המשפט המנהלי כולל כלים לתקיפת העדפות פסולות של קבוצות לחץ מאורגנות, כגון דרך עילת אי-הסבירות. הוא גם כולל כלים להגנה על הציפיות הלגיטימיות של היזם שנכנס להשקעה בהתבסס על התחייבות רגולטורית, שעליהם כאמור הרחיבו אחרים.¹¹⁹ ואכן, חלק משופטות בית המשפט העליון המכהנות כבר ביטאו גישה זו במהלך הדיונים בסוגיית הקניין החדש, כגון השופטת חיות (כתוארה אז) בדעת יחיד בעניין די.בי.אס. האמור,¹²⁰ והשופטת ברק-ארוז בעניין עדאלה.¹²¹ דומה שהגיעה השעה לטעת קצת יותר מסמרות ברוח זאת.

3. איזון האסימטריה בין קבוצות לחץ מאורגנות לבין הציבור הרחב

אם בכל זאת תיוותר על כנה הגישה המעבירה כמעט אוטומטית את הבחינה למשקפי פסקת ההגבלה, יש מקום לשקול צעדים אחרים לאיזון האסימטריה בין קבוצות הלחץ המאורגנות, הנהנות מהסטטוס קוו, לבין הציבור הרחב, הסובל ממנו. לדוגמה, יש מקום לשקול את שינוי הגישה כלפי עותרים ציבוריים. בעניין דודיאן הגופים המפוקחים (חברות הגז) זכו לכניסה לטרקלין הדיון בפסקת ההגבלה עם טענתם כי הרגולציה מכבירה יותר מדי, ואילו העותר הציבורי לא זכה לכניסה לטרקלין עם טענתו כי הרגולציה אינה מכבירה מספיק (קרי, מכבירה על הציבור יותר מדי). להבא יש לשקול לאפשר טענות בשם מחדל רגולטורי, ולו כדי לאזן את הווקטורים הלוחצים גם כך על הרגולטור לתעדף פגיעות בציבורים רחבים על פני פגיעות בקבוצות לחץ מאורגנות.¹²² הצעה מרחיקת לכת יותר שעלתה בכתובה האקדמית האמריקאית היא להכיר בעילת תקיפה של חסמים רגולטוריים להשגת קניין כפגיעה לא-חוקתית בקניין.¹²³ הנשיא ברק התייחס לאפשרות זו בעניין מנחם וקבע ההפך: זה הנהנה מרישיון להפעלת מונית זכאי להגנה חוקתית נוסח "קניין חדש", ואילו זה הנוהג במונית אך המכסה הקשוחה חוסמת ממנו גישה למספר הירוק אינו זכאי להגנה חוקתית כזאת.¹²⁴ לפי ההצעה האמורה, תהא לאזרח אשר חסמים רגולטוריים מונעים ממנו גישה לקניין עילה

119 דפנה ברק-ארוז "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי" משפטים כז 17 (1996); דפנה ברק-ארוז "הגנת הציפייה במשפט המינהלי" עיוני משפט כז 209 (2003). התוכנות על ההטיות הצפויות בהליך ההענקות הרגולטוריות גם משמיעות לקחים יישומיים לעיצוב ההליך המנהלי, כגון פתיחת ההליך לציבור, קביעת סטנדרטים תוצאתיים מדידים, הטלת חובות הנמקה וכיוצא באלה. ראו ברק-ארוז, משפט מנהלי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 32.

120 ראו עניין מנחם, לעיל ה"ש 37, בפס' 3 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) בייניש. לגישתה (הראויה בעיניי) של השופטת (כתוארה אז) חיות ראו גם בג"ץ 956/06 איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת (נבו) 25.3.2007.

121 בג"ץ 7245/10 עדאלה נ' משרד הרווחה, פ"ד (סו) 2 (2013) 513, 442. יש בגישה זו משום חזרה למקורות – ניתוחו של השופט זמיר בפסק הדין שקלט את מוסד הקניין החדש בארצנו, ראו עניין ד.ש.א., לעיל ה"ש 29.

122 רויטמן, לעיל ה"ש 95, בעמ' 234.

123 ראו Christopher Serkin, *Passive Taking: The State's Affirmative Duty to Protect Property*, 113 MICH. L. REV. 345 (2014).

124 עניין מנור, לעיל ה"ש 39.

בגין "נטילה שלטונית במחדל". במילים אחרות, כפי שלנהנים מרגולציה יש עילה לתקוף דה־רגולציה, כך לסובלים מרגולציה תהיה עילה לדרוש דה־רגולציה.

סיכום

עמוק לתוך העשור השלישי לקליטתו של מוסד הקניין החדש בארץ, בית המשפט עדיין נזהר מלקבוע מסמרות ומותיר את הסוגיה בצריך עיון. הניתוח שבית המשפט מיישם בפועל אינו מביא בחשבון במידה מספקת את מארג התמריצים הפועל על הרגולטור המייצר את הקניין החדש, וכיצד נכונות להכיר בהענקות רגולטוריות כזכות קניין חוקתית משפיעה על מארג תמריצים זה. בכך, הביקורת השיפוטית עלולה להחריף הטיות קיימות בהליך הרגולטורי: היא מספקת שכבת הגנה נוספת לקבוצות שההליך גם כך מוטה לטובתן. מאמר זה ייצר בסיס רעיוני לאימוץ גישה חלופית, הקשרית, להגנה על זכויות בעלות ערך כלכלי שמקורן ברשויות השלטון.