

מסמך רקע בנושא :
הזכות החוקתית לקניין

מוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת

מאת :
ד"ר הלל סומר
דן אדר
עמית אלימן

י"ט כסלו תשס"ה
2 בדצמבר 2004

הזכות החוקתית לקניין

חלק א:	מבוא.....5
1.	מטרת המסמך ומבנהו.....5
2.	הגדרה – מהי הזכות החוקתית לקניין ומהי פגיעה בה?.....5
(א)	"קניין" – מונח בעל יותר ממשמעות אחת.....5
(ב)	אילו זכויות נכללות ב"קניין" במובנו החוקתי?.....6
(ג)	רק פגיעה שאינה שולית או קלת ערך בקניין מוגנת בזכות החוקתית.....8
(ד)	דיני הנטילה השלטונית (הפקעות) – פגיעה מובהקת בקניין.....9
(ה)	האם הטלת מס, כשלעצמה, מהווה פגיעה בקניין וכפופה לפיכך לביקורת חוקתית?.....9
(ו)	הזכות לקניין אל מול ערכים של אחריות וצדק חלוקתי.....9
(ז)	הבסיס העיוני לקניין הפרטי.....10
חלק ב:	הזכות לקניין כזכות חוקתית במדינת ישראל.....12
1.	חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.....12
2.	הזכות לקניין לפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.....12
חלק ג:	הזכות החוקתית לקניין בהצעות חוקה בישראל.....13
1.	הצעת החוקה של יהודה פנחס כהן (תש"ח-1948).....13
2.	הצעת חוק יסוד: מגילת הזכויות של האדם של פרופ' קלינגהופר (תשכ"ד – 1963).....13
3.	הצעת החוקה של פרופסור אקצין (תשכ"ד – 1964).....13
4.	הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח (1973) (הכנסת השביעית - ועדת משנה בראשות בנימין הלוי): 14
5.	הצעת "חוקה לישראל" (בראשות פרופסור רייכמן) (1986).....14
6.	הצעת חוק יסוד: זכויות האדם משנת 1989 (הכנסת ה-12 - קבוצת חברי כנסת בראשות שולמית אלוני) 15
7.	הצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם (1989) (הכנסת ה-12, הצעת חוק ממשלתית שהוגשה כפרטית על ידי ח"כ רובינשטיין).....15
8.	הצעת פרופ' אריאל בנדור (2000).....15
9.	ניתוח הצעות החוקה השונות והבדלים בין לבין ההסדר הקיים.....15
חלק ד:	הזכות לקניין במשפט המשווה ובמשפט העברי.....16
1.	האו"ם, הכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948):.....16
2.	ארה"ב.....16
3.	אנגליה.....18
4.	האיחוד האירופי.....18
(א)	האמנה האירופית לזכויות האדם:.....18
(ב)	הצ'ארטר האירופי של של חירויות היסוד (2000) והצעת החוקה האירופית (2004):.....19
5.	קנדה (1982).....20
6.	דרום אפריקה (1996).....20
7.	גרמניה (1949).....22
8.	אירלנד (1937).....23

הזכות החוקתית לקניין

24	אוסטרליה	9
25	ניו זילנד	10
25	הולנד (1983)	11
26	צרפת	12
26	פולין (1997)	13
26	רוסיה (1993)	14
27	קרואטיה (1990)	15
28	חוקת הודו (1949)	16
28	חוקת רומניה (1991) :	17
30	הזכות לקניין במשפט העברי	18
32	ניתוח ומסקנות מתוך המשפט המשווה	19
33	חלקה: חקיקה ישראלית בנושא קניין	
33	1. חקיקה המסדירה זכויות קניין	
33	(א) חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969	
33	(ב) חוק המיטלטלין, תשל"א-1971	
33	(ג) חוקי הקניין הרוחני	
33	2. חקיקה הפוגעת בזכות הקניין	
33	(א) חוק ההוצאה לפועל ודיני העיקול הזמני	
34	(ב) פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי צבור - 1946)	
34	(ג) חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 וחוקי הפקעות נוספים	
34	חלקו: המשפט הישראלי לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו	
34	1. האפשרות לביקורת שיפוטית	
35	2. שינוי משמעותי בפרשנות: העדפת פרשנות השומרת על הזכות לקניין	
36	3. הזכות לקניין ודיני הנטילה השלטונית (הפקעות)	
36	(א) כללי	
38	(ב) הגנה על בעלי מקרקעין מפני הפקעות לא נחוצות:	
39	(ג) הכוח להפקיע מקרקעין ללא פיצוי	
40	4. האם הטלת מס, כשלעצמה, מהווה פגיעה בקניין?	
43	5. הזכות לקניין משנה את האיזון בתחום העיקולים הזמניים	
43	6. זכות הקניין ומעמדה בהתנגשות מול זכויות אחרות	
43	(א) קניין מול שוויון	
44	(ב) קניין מול חופש הביטוי וחופש האסיפה	
44	(ג) קניין מול זכויות עובדים	
45	(ד) קניין מול חופש העיסוק	
45	7. פגיעה בקניין בדרך של חקיקה רטרואקטיבית	
45	חלקו: שאלות ונושאים לדיון	
45	1. כיצד לנסח את הזכות?	
46	2. האם לכלול בניסוח הזכות התייחסות לפיצוי בגין נטילה שלטונית?	
47	3. האם פגיעה בקניין תוך פיצוי מלא מותרת גם בלא עמידה בתנאי פסקת הגבלה?	
47	4. מס כפגיעה בקניין?	
48	חלקו: רשימת מקורות	
48	1. חוקים וחוקי יסוד	

הזכות החוקתית לקניין

48	פסיקה	2.
50	ספרים ומאמרים	3.
51	אתרי אינטרנט	4.

חלק א: מבוא

1. מטרת המסמך ומבנהו

מסמך זה הוכן כחומר רקע לקראת דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט בזכות החוקתית לקניין.

מסמך זה מורכב משמונה חלקים.

חלק א' של המסמך עוסק בהגדרתה של הזכות החוקתית לקניין. חלק ב' מציג את הזכות לקניין בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואת תוצאות עיגונה בחוק היסוד. חלק ג' מציג את ההתייחסות לזכות החוקתית לקניין בהצעות החוקה בישראל, ומנתח את ההבדלים בין ההצעות השונות. חלק ד' סוקר את המשפט המשווה, ובוחן את הזכות לקניין בחוקותיהן של מדינות שונות ובמשפט העברי. חלק זה מסתיים בניתוח הסוגיות העולות מהמשפט המשווה.

חלק ה' סוקר את החקיקה הישראלית המסדירה את הזכות לקניין, או הפוגעת בזכות הקניינית. חלק ו' סוקר את הזכות הקניינית בפסיקת בתי המשפט בישראל. חלק ז' הוא החלק האופרטיבי של המסמך, והוא מציג, בהסתמך על חלקי המסמך שקדמו לו, שאלות ונושאים לדיון שמוצע כי הוועדה תשקול בבואה לעצב את הזכות החוקתית לקניין. חלק ח' הוא רשימת המקורות ששימשו אותנו בהכנת המסמך.

ממסמך זה הוכן תקציר, שכותרתו "מסמך רקע מקוצר" שהוגש לוועדה בנפרד.

2. הגדרה – מהי הזכות החוקתית לקניין ומהי פגיעה בה?

(א) "קניין" - מונח בעל יותר ממשמעות אחת

המונח המשפטי "קניין" משמש, בהקשרים שונים, למובנים שונים. כפי שמסביר פרופ' מיגל דויטש:

"המונח קניין נושא בחובו שני מובנים אפשריים שונים: האחד מכון למהותה המשפטית והתורתית של הזכות, דהיינו, ל"זכות קניין" (זכות In – Rem); האחר – למהותה הרכושית גרידא של הזכות. גם זכויות אובליגטוריות נושאות בדרך כלל משמעות רכושית..."¹

הזכות החוקתית לקניין מתייחסת למשמעות הרכושית של הזכות, היינו, למובן השני דלעיל.

¹ מיגל דויטש, "קניין", כרך א', פרק 4, עמ' 239

(ב) אילו זכויות נכללות ב"קניין" במובנו החוקתי?

משמעות המונח **קניין** בהקשר של הזכות החוקתית לקניין, עמדה לדיון בפסק-הדין הידוע בעניין **בנק המזרחי**² אשר עסק בפגיעתו הנטענת של החוק להסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, התשנ"ב-1992 ("חוק גל") בקניינם של נושי מגזר זה. מרבית שופטי בית המשפט העליון נקטו בגישה מרחיבה להגדרת המושג קניין. הנשיא שמגר והשופטים מצא וגולדברג הבהירו כי גם זכויות אובליגטוריות הן בעלות ערך כלכלי ועל כן הן בגדר "קניין":

"אשר למקרה שלפנינו המתבטא בחוק אשר פוגע בזכויות החוזיות של נושים, הרי שגם לדידי מתפרשת זכות הקניין מבחינת היקפה הפנימי גם על זכויות חוזיות. בכך אין משום טשטוש האבחנה המקובלת בין זכויות חוזיות (in personam) לבין זכויות קנייניות (in rem). שכן, אף זכויות אובליגטוריות משמשות מושא לבעלות, בהיותן בעלות ערך כלכלי"³

עמדתו של הנשיא ברק מרחיבה את הגדרת הקניין עוד יותר בקבעו כי "קניין הוא כל אינטרס, אשר יש לו ערך כלכלי" וכי לפיכך, "הזכות לקניין חלה גם על חיובים וזכויות בעלי ערך רכוש, שנרכשו על פי המשפט הציבורי":

"למושג "קניין" משמעויות שונות, על פי ההקשר בו הוא מופיע. דומה כי במישור החוקתי מונחת ביסוד הזכות ההגנה על הרכוש. קניין הוא כל אינטרס, אשר יש לו ערך כלכלי. על כן, משתרע הקניין לא רק על "זכויות קנייניות" (במובן שניתן להן במשפט הפרטי - כגון, בעלות, שכירות וזיקת הנאה) אלא גם על חיובים וזכויות בעלי ערך רכוש שנרכשו על-פי המשפט הציבורי. . . . על כן, בדרך כלל הפקעה פוגעת בקניין. פיצוי נאות אינו מסיר את הפגיעה, אך הוא עשוי להיות חוקתי אם הוא מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. ודוק: האיסור החוקתי הוא על פגיעה בקניין. כל פגיעה מפירה את איסור הפגיעה, ומעבירה את מרכז הכובד של הבחינה החוקתית לפסקת ההגבלה. עם זאת, כאשר ההגבלה על הקניין היא שולית או קלת ערך אם היא נכנסת למסגרת עניין של "מה בכך" (De Minimis) - אין לראותה כפגיעה, ואין צורך להיכנס לבחינה החוקתית של השלב השני (השווה 284 [1986] S.C.R. 2

² ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פד"י מט(4) 221 (להלן: עניין **בנק המזרחי**).

³ עניין **בנק המזרחי**, הערה 2 לעיל, בעמ' 598-599.

(Jones V. The Queen) עקרונית ניתן לומר, כי פגיעה בקניין מתרחשת כאשר הערך הרכושי של אינטרס קטן לעומת ערכו עובר לפעולת החקיקה. עם זאת, פעולות השלטון הרגילות והיום-יומיות עלולות להשפיע על ערך רכושו של הפרט. האם לראות בהן פגיעה בקניין המחייבת בחינה חוקתית בגדרה של פסקת ההגבלה או לשלול מהן את סיווגן כפגיעה? שאלות אלה יעסיקו אותנו בעתיד, ומן הראוי להשאירן בצריך עיון.⁴

עמדה זו, לפיה הקניין חל גם על זכויות שנרכשו על ידי המשפט הציבורי, היא העמדה המקובלת בגרמניה.⁵

הרחבת הזכות לקניין על זכויות שנרכשו על פי המשפט הציבורי הביאה לבחינתו החוקתית של חוק שחוקק בעקבות הסכם השילומים עם גרמניה, ואשר החליף את הפיצויים שניצולי שואה היו זכאים לקבלם מגרמניה בפיצויים בסכום נמוך במידה משמעותית. השופט דורנר קבעה כי החוק פגע בזכות הקניין של הזכאים לפיצויים על-פי הדין הגרמני.⁶

השופט זמיר מביע דעה מסויגת יותר וחושש מפני החלשת ההגנה על הזכות כתוצאה מהרחבת המושג "קניין":

"לעומת זאת אני מבקש להיזהר מאד שלא לקבוע מסמרות בשאלה מהו קניין ומהי פגיעה בקניין. האם חוק-היסוד מעניק הגנה מפני כל חוק חדש שיש עמו פגיעה, לרבות פגיעה עקיפה, בערך הרכוש או בהכנסה כספית? לדוגמה, האם ההגנה על הקניין משתרעת גם על מגבלות שחוק מטיל על חוזי עבודה, כגון הוראה בדבר שכר מינימום, או על דרישות ביחסי ממון בין בני זוג, כגון הוראה בדבר חיוב במזונות? אם כל פגיעה בשווי רכושו של אדם, לרבות פגיעה בחיובים כספיים למיניהם, היא פגיעה בקניין, נמצא כי החוקים הפוגעים בקניין רבים מני ספור; בית המשפט עלול לשקוע ראשו ורובו בבדיקת החוקיות של כל חוק כזה שמא, בין היתר, הוא פוגע בקניין מעבר למידה הדרושה; והמחוקק יתקשה למלא את תפקידו כראוי. ככל שיורחב ההיקף של הקניין כזכות חוקתית כך, יש לחשוש, תיחלש עוצמת ההגנה על זכות זאת. ועל כך ניתן

⁴ עניין **בנק המזרחי**, הערה 2 לעיל, בעמ' 431.

⁵ יהושע ויסמן, הגנה חוקתית לקניין, **הפרקליט** מב, עמ' 258, 268.

⁶ בג"ץ 5263/94 **הירשזון נ' שר האוצר**, פ"ד מט(5) 837.

לומר: תפסת מרובה לא תפסת. לפיכך די לי לצורך הכרעה בעניין שפנינו להניח כי החוק המתקן פוגע בזכות הקניין.⁷

הזכות לקניין כוללת גם את זכותו של בעל הקניין לנהל אותו כרצונו. זכות זו קיבלה משמעות בדיני העבודה, משנקבע כי:

"הפררוגטיבה של המעביד לנהל את מקום העבודה על פי ראות עיניו. . . נובעת, כאמור, גם מזכות היסוד החוקתית שלו לקניין, המעוגנת בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו."⁸

(ג) רק פגיעה שאינה שולית או קלת ערך בקניין מוגנת בזכות החוקתית

נראה כי הגנת הזכות לקניין אינה חלה מקום שהפגיעה בה היא שולית או קלת ערך. הנשיא ברק כתב בפסק-הדין בעניין **בנק המזרחי** כי:

"כאשר ההגבלה על הקניין היא שולית או קלת ערך - אם היא נכנסת למסגרת ענין של 'מה בכך' (*de minimis*) אין לראותה כפגיעה, ואין צורך להיכנס לבחינה החוקתית של השלב השני."⁹

והשופט דב לוין אמר:

"אם לא תוכח בשלב הראשוני פגיעה ממשית בזכות יסוד המעוגנת בחקיקה חוקתית על חוקית, או אם יתברר כי הפגיעה היא שולית, זניחה וחסרת משמעות, כי אז תם ונשלם הברור והעתירה לפסול את החוק הפוגע, כביכול, תדחה."¹⁰

דומה כי הנשיא שמגר מחריג יותר מאשר פגיעות "של מה בכך", ולדידו, רק "פגיעה בעלת השלכה אישית מהותית" תיחשב כפגיעה בקניין:

"מרכז הכובד של הכלל הגדול שבסעיף 3 אינו דווקא בהגדרת התיבה "קניין", אלא בחיבור של אובייקט החקיקה עם הפעולה המתיחסת אליו. קרי, ענינה של ההוראה שבסעיף 3 ב"פגיעה בקניין". פגיעה בקניין לצורך העניין שבפנינו הודגמה על ידי הפניה לאקטים חקיקתיים בעלי השלכות אישיות מהותיות.

⁷ עניין **בנק המזרחי**, הערה 2 לעיל בעמ' 470-471. השופט מצא, שתמך בהרחבת הזכות לקניין על זכויות אובליגטוריות, הצטרף לאזהרתו של השופט זמיר.

⁸ בג"ץ 8111/96 **הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית** דינים-עליון סח 31.

⁹ עניין **בנק המזרחי**, הערה 2 לעיל, בעמ' 431.

¹⁰ עניין **בנק המזרחי**, הערה 2 לעיל בעמ' 238. ראו גם בג"ץ 726/94, 878 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד

למשל אלו מכוחם מופקע רכושו של אדם, ללא פיצויים נאותים, בשרירות או תוך הפרה מהותית אחרת של זכויותיו. אין כוונה לכך שבית המשפט יפעיל סמכויותיו החוקתיות לגבי הטלת כל אגרה או חובת ביול, שאין בהם הכבדה, רק בשל כך שיש בהם כמובן, לפי טבע הענין, חיוב בתשלום כלשהו.¹¹

(ד) דיני הנטילה השלטונית (הפקעות) – פגיעה מובהקת בקניין

דומה כי הדוגמה המובהקת ביותר לפגיעה בזכות לקניין היא דיני הנטילה השלטונית, ובמרכזם ההפקעות למיניהן.

מאז העלאתה של הזכות לקניין לדרגת זכות חוקתית הכלולה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,¹² חל שינוי משמעותי בפסיקה המתייחסת לדיני הנטילה השלטונית, תוך שניתן משקל רב יותר לקניין הפרטי, ומשקל נמוך יותר, בהתאמה, לאינטרסים הציבוריים.

נושא זה נסקר בהרחבה בחלק ו להלן.

(ה) האם הטלת מס, כשלעצמה, מהווה פגיעה בקניין וכפופה לפיכך לביקורת חוקתית?

כל מס המוטל על אדם גורם לפגיעה ברכושו. בספרות המשפטית קיימת מחלוקת אם הטלת מס מהווה, כשלעצמה, פגיעה בזכות החוקתית לקניין. מובן שגם אם מס מהווה עקרונית פגיעה בקניין, אין בכך כדי לקבוע, מניה וביה, כי המס הינו פסול, אולם יהא בכך כדי להכפיף כל מס, ואולי גם כל הוצאה תקציבית הממומנת באמצעות כספי מסים, לביקורת שיפוטית בשאלה אם החוק יוצר המס (או ההוצאה התקציבית) הינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, "לתכלית ראויה", ומידתי.

לבית-המשפט העליון ניתנה האפשרות להכריע בסוגיה עקרונית זו יותר מפעם אחת, אולם בית-המשפט בחר, כמעט תמיד, להתחמק ממתן תשובה, על ידי קביעה שגם אם עקרונית מס מהווה פגיעה בקניין, המס הספציפי העומד לפניו עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה, ולכן אין צורך להכריע אם מס כשלעצמו מהווה פגיעה בקניין.

נושא זה נסקר בהרחבה בפרק ו להלן.

(ו) הזכות לקניין אל מול ערכים של אחריות וצדק חלוקתי

בספרות המשפטית הובעה העמדה כי ככל שהזכות לקניין במשטר נתון חזקה יותר, יש בה כדי להקשות על יכולתו של הפרלמנט לחלק מחדש את הנכסים בחברה. פרופ' יואב דותן כותב:

¹¹ עניין בנק המזרחי, הערה 2 לעיל, עמ' 352-353.

¹² חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב, עמ' 150.

"מי שטוען כי יש להעניק לזכות הקניין מעמד חוקתי, מתנגד (בדרך כלל) לאפשרות של פגיעה בקניין הפרטי על ידי החלטה רובנית, בדרך דמוקרטית, לטובת ישום מדיניות חלוקתית שוויונית יותר."¹³

עמדה זו מתבססת על ההנחה כי כינונה של הזכות לקניין מחזקת את ההגנה על זכות הקניין הפרטי, ומגבילה את יכולת השלטון לפגוע בו, במסגרת נסיונות לחלוקה מחדש של המשאבים בחברה.

עם זאת יש לציין כי בספרות המשפטית הובעה גם עמדה אחרת, המציעה "הבנה חלופית של משמעות סעיף 3 לחוק היסוד, שהינה קשובה לערכים של אחריות חברתית ושל צדק חלוקתי."¹⁴ גישה זו, שנושא הדגל שלה בישראל הוא פרופ' חנוך דגן, רואה בקניין כנושא עימו גם אחריות חברתית, ולפיכך יתכנו פגיעות בזכות לקניין אשר תוצדקנה מתוך הגבלת הפנימית של הזכות לקניין ולא ייחשבו כפגיעה בה. הגישה קיבלה לאחרונה גם גושפנקא בפסק הדין של הרוב בעניין **הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' הורוויץ**.¹⁵ נראה כי עקרון הצדק החלוקתי, אשר נקבע בפסק הדין **שיח חדש**¹⁶ כשיקול שעל רשות מנהלית לשקול אותו כאשר היא מחלקת משאבים מוגבלים, עשוי לשמש כ"תכלית ראויה" המצדיקה פגיעה בקניין במקרה נתון.¹⁷ אולם השאלה אם הזכות לקניין כשלעצמה מהווה משקולת המגבילה חלוקה מחדש של המשאבים, נותרת בעינה, וראוי לשקול אם להבהיר בנוסח החוקה, באופן שנעשה בכמה וכמה חוקות, כפי שיוצג להלן בפרק המשפט המשווה, או להשאיר נקודה זו להחלטתו הבלעדית של בית המשפט כפרשן החוקה.

ז) הבסיס העיוני לקניין הפרטי

בספרות המשפטית הוצעו מספר תיאוריות עיונית לזכות הפרט לקניין. הסקירה דלהן מבוססת על ספרו של פרופ' יהושע וייסמן, **דיני קניין**:¹⁸

תיאורית התפישה - נכסים פנויים שאינם בבעלותו ובהחזקתו של איש, צודק הוא שמי שתופשם ראשון מתוך כוונה לזכות בהם ירכוש בהם בעלות. על התיאוריה נמתחה

¹³ יואב דותן, "המעמד החוקתי של זכות הקניין", **משפטים** כ"ח (תשנ"ז) 535, 547.

¹⁴ חנוך דגן, "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי", בספר **צדק חלוקתי בישראל** (מנחם מאוטנר, עורך, הוצאת רמות, תשס"א) 97, 98.

¹⁵ דנ"א 1333/02 **הוועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' יהודית הורוויץ** דינים עליון סז 729.

¹⁶ בג"ץ 244/00 **עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות** נו (6) 25.

¹⁷ במונח "צדק חלוקתי" נעשה שימוש גם בהקשר של פיצוי בגין פגיעה תכנונית במקרקעין. ראו למשל ע"א 210/88 **החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, כפר-סבא פ"ד** מו(4) 627, בעמ' 640-639.

¹⁸ יהושע וייסמן, **דיני קניין**, חלק כללי, נבו (1993), עמוד 16.

ביקורת רבה אולם נמצא לה ביטוי בחוק המיטלטלין,¹⁹ הקובע בסעיף 3 כי "מיטלטלין שאין להם בעל, יכול כל אדם, בכפוף לכל דין, לרכוש את הבעלות בהם בתפישתם תוך כוונה לזכות בהם". כיום נותרו נכסים מעטים ללא בעלים ומרחב המחיה לתיאוריה זו מצומצם למדי.

תיאורית העבודה – לאדם זכות טבעית בפרי עמלו, מתוך בעלותו על גופו זכאי אדם אף למלאכת כפיו. לתיאוריה קושי בהסבר המציאות בה עמלים רבים חיים בעוני והולכי בטל חיים ברווחה, וכן התיאוריה מתייחסת רק לחלק ממקורות הקניין הפרטי. תיאוריה זו נותנת את אותותיה למשל בהכרה בקניין הרוחני, כמו זכויות יוצרים או פטנטים.

תיאורית ההגנה על חירויות האדם – תיאוריה זו גורסת כי רצון לעשייה בנכסים היא דרך לביטוי אישיותו של האדם, וכי הגנה על רצון זה, על דרך של כיבוד הזכות בנכסים שביחס אליהם הביע האדם את רצונו, היא למעשה הגנה על אישיותו וחירויותיו. ביטוי לכך ניתן למצוא בנטייה לכלול את ההגנה על הקניין בין חירויות היסוד של האדם בחוקותיהם של עמים שונים. פרופ' Michelman²⁰ משתמש בתיאוריה זו כהצדקה לפעולות הפוגעות בקניין במטרה לאפשר קיום כלכלי מינימאלי של פרטים אחרים בחברה ששלילתו תפגע בכבוד האדם של אותם פרטים.²¹

תיאורית התועלתיות – התיאוריה הרווחת ביותר המתבססת על שיקולים תועלתניים, הקניין הפרטי נחוץ כי הוא מועיל להשגת תכליות שאנו מעוניינים בהן. הקניין הפרטי גורם למיקסום ההשקעות במלאי נכסים מוגבל בחברה ובכך מגדיל את התועלת המצרפית. ניתן לראות את ביטוי תיאוריה זו בדיני ההתיישנות כשאי-שימוש בקרקע תקופה ממושכת גורר איבוד הזכות לתבוע השבת מקרקעין ממי שהשתמש בהם בתקופה זו.

תיאורית הדין כמקור הקניין – גורסת כי אין מקור "טבעי" לקניין אלא רק ע"פ דין.

19 חוק המיטלטלין, תשל"א-1971.

20 Frank I. Michelman "possession vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property" 72 Iowa L. Rev. (1987) 1319

21 אייל גרוס, "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט, כא (תשנ"ח) 405.

חלק ב: הזכות לקניין כזכות חוקתית במדינת ישראל

1. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

זכות הקניין עוגנה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כזכות חוקתית. סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו²² קובע כי "אין פוגעים בקניינו של אדם". הזכות לקניין לא נכללה בהצעתו של פרופ' רובינשטיין לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. יהודית קרפ מציינת כי סעיף חופש הקניין "הוסף כדי להפיס את הדעת" של המפלגות הדתיות כדי לאפשר את שמירת צביון של שכונות דתיות.²³

2. הזכות לקניין לפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

זכות הקניין הוכרה כזכות יסוד יצירת פסיקה עוד בטרם חוקי היסוד, והמשמעות של הכרה זו היתה שאין לפגוע בזכות הקניין ללא הסמכה בדין. בפסיקה המוקדמת, הוגדרה הזכות לקניין באופן צר, כזכות לפיצויים כספיים עקב פגיעה בה. בפס"ד אבו דאיה²⁴ נידונה הפקעת מקרקעיו של העותר ותביעתו לפיצויים בגין ההפקעה. הנשיא אגרנט קבע כי :

"הזכות לפיצויים לא רק שהיא נושאת היום אופי אוניברסלי אלא גם עומדת, מפאת חשיבותה היתירה, על מדרגה - או כמעט על מדרגה - של "זכות-יסוד", וזאת ללא קשר להוראה קונסטיטוציונית המקנה לה את המעמד הזה, ואף אם מקומה כיכרונה, כאן ושם, בהוראת חוק סטטוטורית בלבד."

בפס"ד פייצר השופט ברק מתאר את הזכות לקניין כרחבה מהזכות לפיצוי הוגן :

"זכות הקניין היא מזכויות היסוד של האדם בישראל, ועל-כן אין לפגוע בה ללא הוראה מפורשת בדין. משנפגע הקניין בדרך של הוראה מפורשת, המעניקה את כח ההפקעה, קמה ועולה זכות יסוד נוספת, והיא הזכות לפיצוי הוגן. נמצא, כי משהופקה קרקע כדין, אין לשלול פיצוי אלא בהוראת חוק מפורשת..."²⁵

²² הערה 12 לעיל.

²³ יהודית קרפ, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו — ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א (תשנ"ג) 323, 340-341. על פי גרסה אחרת, נוספה הזכות לקניין על מנת להגן על מגדלי חזיר מפני חקיקה שתאסור עליהם את המשך הפעילות.

²⁴ 216/66 עיריית ת"א יפו נ' אבו דאיה, פ"ד (4) 522, 546.

²⁵ ע"א 377/79 פייצר נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה רמת גן, פ"ד לה(3) 645, 656. ראו גם ע"א 524/88 פרי העמק נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529, 546, 560-561.

חלק ג: הזכות החוקתית לקניין בהצעות חוקה בישראל

1. **הצעת החוקה של יהודה פנחס כהן (תש"ח-1948)**²⁶
 4. לא יופקעו נכסים מרשותו של תושב ישראל אלא לצרכי ציבור. בכל מקרה הפקעה ישולם פיצוי מלא כאשר יורו חוקי המדינה.
 2. **הצעת חוק יסוד: מגילת הזכויות של האדם של פרופ' קלינגהופר (תשכ"ד – 1963)**
 41. (א) כל אדם זכות לו לרכוש נכסים, להחזיק בהם ולעשות בהם כחפצו.
(ב) לא יגביל חוק זכות זו ולא ירשה להגבילה אלא להבטחת השימוש בנכסים לטובת הכלל.
 42. (א) לא יופקע נכס אלא אם כן הוא דרוש לצרכי ציבור ואלא אם כן ישולמו תמורתו פיצויים נאותים. באין הסכם בין הצדדים יקבע בית-המשפט את שיעור הפיצויים.
(ב) דרכי ההפקעה ותנאיה יפורטו בחוק.
3. **הצעת החוקה של פרופסור אקצין (תשכ"ד - 1964)**
 26. (א) מערכת הכלכלה בישראל תהיה מושתתת על השאיפה לצדק חברתי. היא תהיה מכוונת להבטחת רמת-חיים נאותה לכל אזרחי המדינה, להגנת נכסיהם של יחידים ותאגידים בתנאים צודקים ותוך תשומת-לב לאחריות כלפי הזולת והכלל הכרוכה בבעלות על נכסים, לקידום צורות-חיים שיתופיות,

²⁶ יצויין כי ההגנה מפני הפקעה לא נכללה בפרק "זכויות האדם" של הצעת כהן לחוקה, אלא כחלק מפרק ה"עיקרים" של החוקה, וזאת מסיבות הסטוריות – הדרישה שנכללה בהחלטה 181 של העצרת הכללית של האו"ם מיום כ"ט בנובמבר 1947 להגן על "קרקע שבעליה הם ערביים בתחום המדינה העברית" מפני הפקעה. "בדברי ההסבר לחוקה מבהיר יהודה פנחס כהן כי "מונח זה הורחב, והוא חל על כל סוג רכוש ועל כל אדם במדינה העברית". קביעת החלטת האו"ם כי הפיצוי בגין הפקעה ייקבע בידי בית הדין העליון וכי הפיצוי ישולם בטרם תבוצע ההפקעה הושמטו בידי כהן במכוון מנוסח החוקה.

לחלוקה צודקת של נטל המסים ותשלומי-החובה ושל צורות השתתפות אחרות בצורכי המדינה בקרב האוכלוסיה: ולקידום צרכיה וכלכלתה של המדינה כולה.

(ב) הפקעת נכסים אינה מותרת אלא על-פי חוק לצורכי המדינה, או לצורכי הכלל, ומחייבת את הרשות המפקיעה לפצות בעלי-זכויות בנכסים המופקעים או העומדים לפני, הפקעה פיצוי סביר, וכגובהו, ותנאיו נתונים לפיקוחם של בתי המשפט.

(ג) כל אדם בעל כשירות משפטית, וכל תאגיד, מוסד, גוף או רשות ציבורית בגדר סמכויותיהם, רשאים להתקשר עם הזולת התקשרות חוזית בצורות שנקבעו על-פי חוק ולמטרות שאינן אסורות לפי דיני המדינה.

4. הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח (1973) (הכנסת השביעית - ועדת משנה בראשות בנימין הלוי):

9. כל אדם זכאי להגנה כדין על קניינו; אין מפקיעין נכס ואין מוציאים אותו מרשות בעליו או מחזיקו ואין מטילים הגבלה על השליטה או השימוש בו אלא לשם טובת הכלל, לפי חוק, בהליכים שנקבעו בחוק ותמורת פיצוי נאות, זולת אם שלל או הגביל החוק את הפיצוי.

5. הצעת "חוקה לישראל" (בראשות פרופסור רייכמן) (1986)

הגנה על קניין הפרט

29. א) כל אדם זכאי להתקשר בחוזים, וכן זכאי הוא לרכוש נכסים, להחזיק בהם ולהורישם.

ב) כל אדם זכאי לעשות בקניינו כחפצו בכפוף להוראות חוק המגינות על טובת הכלל וזכויות הזולת. חוק יכול שיקבע כי תושבי המדינה בלבד יהיו זכאים לרכוש בעלות וזכויות חכירה במקרקעין.

ג) לא יופקע נכס אלא על פי חוק, לצרכי ציבור ותמורת פיצוי

הוגן, אשר יקבע על-ידי בית-משפט בהעדר הסכמה בין הצדדים.

6. הצעת חוק יסוד: זכויות האדם משנת 1989 (הכנסת ה-12 - קבוצת חברי כנסת בראשות שולמית אלוני)

28. הגנה על הקניין

(א) לכול אדם זכות לרכוש בנכסים, להחזיק בהם ולעשות בהם כחפצו.

(ב) לא תוגבל זכות זו אלא בחוק הבא להגן על טובת הציבור.

(ג) לא יופקע נכס ולא תוגבל זכות בנכס, אלא אם הדבר דרוש לצורכי ציבור ואם ניתנו בתמורה פיצויים נאותים.

7. הצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם (1989) (הכנסת ה-12, הצעת חוק ממשלתית שהוגשה כפרטית על ידי ח"כ רובינשטיין)

11. הגנה על קניין הפרט

אין פוגעים בקניינו של אדם.

8. הצעת פרופ' אריאל בנדור (2000)

92. אין פוגעים בקניינו של אדם.

9. ניתוח הצעות החוקה השונות והבדלים בינן לבין ההסדר הקיים

1. **מיהו בעל הזכות?** הצעת יהודה כהן: "תושב ישראל". הצעת פרופ' רייכמן: היתר לחוקים שיקבעו כי תושבי המדינה בלבד יהיו זכאים לרכוש בעלות וזכויות חכירה במקרקעין. הצעות אחרות נוקבות במילים "לכל אדם". הצעת פרופ' אקצין מזכירה במפורש תאגידים.

2. **הגדרת הזכות:** הצעת החוקה של יהודה פנחס כהן הסתפקה באיסור הפקעה ללא פיצוי, ולא קבעה זכות פוזיטיבית לקניין. בהמשך, חזרו הנוסחים לנוסח שלילי "אין פוגעים בקניינו של אדם".

חלק מהצעות החוקה קבעו את הזכות לקניין תוך איזונה, בתוכה, עם שיקולים של טובת החברה,²⁷ אשר אינם מופיעים עוד בהגדרת הזכות לקניין בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

חלק מההצעות פירטו את הזכות לקניין מעבר לנוסח הלקוני המצוי כיום בחוק-היסוד.

²⁷ ראו למשל את הצעת פרופ' אקצין.

3. **היחס בין הזכות לפיצויים** : חלק מההצעות קובעות כי ישולם "פיצוי מלא" או "פיצויים נאותים". הצעת הכנסת השביעית מציעה לקבוע במפורש חריג לחובת הפיצוי המאפשר לכנסת לקבוע בחוק שלילה או הגבלה של הפיצוי.
4. **הכללת חופש החוזים** : חלק מההצעות מקשרות בין הזכות לקניין לבין חופש החוזים. מסמך זה אינו עוסק בחופש החוזים, שאנו רואים אותו כחירות הראויה לדיון נפרד.

חלק ד: הזכות לקניין במשפט המשווה ובמשפט העברי

1. האו"ם, הכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948):

הכרזת האו"ם מגינה על הזכות לקניין וקובעת כי רכוש לא יופקע שרירותית. הסעיף אינו מגדיר מהי הפקעה שרירותית ואינו מתייחס לשאלת הפיצוי במקרה של הפקעה מותרת.

Article 17

1. Everyone has the right to own property alone as well as in association with others.
2. No one shall be arbitrarily deprived of his property.

2. ארה"ב

החוקה הפדרלית האמריקאית אינה כוללת הוראה כללית בדבר זכות כללית להגנה על הקניין. עם זאת, החוקה מכילה איסור על "נטילה" שלטונית (taking) בלא פיצוי הולם ובלא הליך הוגן, וכן הוראה האוסרת על המדינה לחוקק חקיקה הפוגעת בחוזים מחייבים. הזכויות שבחוקה הפדרלית חלות במישרין על השלטון המרכזי, הפדרלי. בנוסף, מכוח התיקון הארבע-עשרה בחוקה, הוחלו הזכויות שבחוקה הפדרלית, לרבות האיסור ל"נטילה" ללא פיצוי הולם לפרטיות, על הרמה המדינתית, והן מהוות גם מגבלה על כוחן של המדינות לפגוע באותן זכויות.²⁸ בנוסף, מרבית החוקות המדינתיות של מדינות בארצות הברית לא הסתפקו בהחלה הפדרלית, ועיגנו, ברמות שונות, בחוקותיהן הגבלות על נטילה שלטונית.

בעוד מקרים פשוטים של הפקעה הינם בוודאי "נטילה" שלטונית המחייבת פיצוי, הפסיקה האמריקנית התלבטה בשאלה מתי פעולה ממשלתית (למשל בדרך של רגולציה) המשפיעה על ערכו של רכוש מהווה "נטילה" ברת-פיצוי. נקבע כי בין הפרמטרים הרלוונטיים לעניין זה: ההשפעה הכלכלית של הרגולציה על הצד הנפגע; המידה שבה

²⁸ First English Evangelical Lutheran Church v. Los Angeles County 482 U.S. 304 (1987)

הרגולציה פוגעת בציפיותיו של משקיע, ואופיה של הפעולה הממשלתית - עד כמה הממשלה נכנסה פיזית לרכושו של הנפגע.²⁹

במקומות שבהם קיימת "נטילה" מתחייב "הלך נאות" (due process of law) על פי התיקון החמישי לחוקה. הדרישה היא שהחקיקה הפוגעת בקניין לא תהיה שרירותית או בלתי הגיונית. הבדיקה נערכת באופן המקל עם הרשויות, שכל שעליהן להוכיח הוא כי היה "בסיס רציונאלי" לחקיקה הפוגעת בזכות לקניין.

נטילה של קניין למטרה ציבורית מחייבת, על פי התיקון החמישי לחוקה, הן מתן פיצוי צודק (just compensation), והן הליך הנאות. האיסור על נטילה אינו אוסר על עצם הפגיעה בזכות הקניין לצורך מטרה ציבורית, אלא רק על פגיעה ללא פיצוי. אי עמידה בתנאי ה-due process מאפשרת פסילה של הנטילה, אפילו מתלווה לה פיצוי.³⁰

כן יש לציין כי בחוקה קיים גם איסור על חקיקה מדינתית הפוגעת בזכויות אובליגטוריות, וזאת על פי ה-"contract clause" בסעיף משנה 10 של סעיף 1 לחוקה. למרות לשונה הנחרצת לכאורה של החוקה בעניין זה, בתי המשפט האמריקניים נטו לאפשר פגיעה מסויימת בחוזים תוך עריכת איזונים.

Article I

Section 10. No state shall enter into any treaty, alliance, or confederation; grant letters of marque and reprisal; coin money; emit bills of credit; make anything but gold and silver coin a tender in payment of debts; pass any bill of attainder, ex post facto law, or law impairing the obligation of contracts, or grant any title of nobility.³¹

Amendment V

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

²⁹ James A. Barron & C. Thomas Dienes, **Constitutional Law** (5th ed. 2003) 188-189.

³⁰ דויטש, לעיל הערה 1, בעמ' 232.

³¹ כל ההדגשות במסמכים החוקתיים מהמשפט המשווה הוספו.

Amendment XIV

Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.³²

3. אנגליה

כבר במגנה כרטה ("המגילה הגדולה") שקיבלו ב-1215 אצילי אנגליה מהמלך ג'והן, הוענקו לאצילים זכויות מסויימות הנוגעות להגנה על רכושם. המשפט המקובל האנגלי הכיר בקיומן של זכויות יסוד, גם ללא קיומה של מגילת זכויות מפורשת, ובמסגרת זו הכיר גם בזכות לקניין פרטי. הזכות לקניין היא זכות בעלת חשיבות מרכזית במשפט המקובל. בפסק הדין Entick v. Carrington משנת 1765 נאמר כי יש לשמור על הזכות לקניין כדבר קדוש שאין לפגוע בו אלא בחוק ציבורי לטובת הכלל. המלומד Blackstone כתב כי הזכות לקניין היא זכות אבסולוטית הנתונה לכל אנגלי. עם זאת, נקבע באנגליה כי הגנת הזכות לקניין מתייחסת רק להפקעת זכות ולא לרגולציה של אופן השימוש בזכות. שנית, הזכות לקניין זכתה להתערבות תמידית מצד הפרלמנט, שנתפס כבעל ריבונות בלתי-מוגבלת. בשנת 1998 אישרה אנגליה, במסגרת ה-Human Rights Act את האמנה האירופית לזכויות האדם.³³ במסגרת זו, נקלטה לדין האנגלי גם ההגנה האירופית על הזכות לקניין, אשר תידון להלן.

4. האיחוד האירופי

(א) האמנה האירופית לזכויות האדם :

בפרוטוקול הראשון שנחתם לאמנה האירופית לזכויות אדם (פריס, 1952) צורפה לאמנה "ההגנה על הקניין". האמנה לכאורה מגינה על "הנאה מרכוש" ולא על זכות קניין, אולם בית המשפט האירופי לזכויות האדם בסטרסבורג קבע כי הנאה מרכוש מקבילה לזכות קניין.³⁴

³² <http://www.law.cornell.edu/constitution.billofrights.html#amendmentv>, אתר אוניברסיטת קורנל.

³³ Richard Clayton & Hogg Tomlinson, The law of human rights, vol.1, oxford 2000, p.1321

³⁴ Catarina Krause, Economic, Social And Cultural Rights, Martinus Nijhoff 1995

פסיקתו של בית המשפט האירופי לזכויות האדם, מראה כי הגנה על הזכות לקניין מתרכזת בשאלת הפיצוי בגין הפגיעה ולא בפגיעה עצמה.³⁵

Article 1

Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.³⁶

(ב) הצ'ארטר האירופי של של חריות היסוד (2000) והצעת החוקה האירופית (2004):

במסגרת הצ'ארטר האירופי של חריות היסוד אשר אומץ להצעת החוקה נכלל סעיף מפורט ומעודכן על הזכות לקניין. סעיף זה אף קובע כי קניין רוחני יהא מוגן.

Article 17

Right to property

1. Everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions. No one may be deprived of his or her possessions, except in the public interest and in the cases and under the conditions provided for by law, subject to fair compensation being paid in good time for their loss. The use of property may be regulated by law in so far as is necessary for the general interest.

2. Intellectual property shall be protected.

³⁵ הערה 33 לעיל, בעמ' 1303.

³⁶ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG>, אתר אמנות של

25.11.04, Council of Europe

5. קנדה (1982)

מנסחי הצ'רטר הקנדי נמנעו, בסופם של דיונים ממושכים, מהכללתה בחוקה של קביעה מפורשת בדבר הגנת זכות הקניין, וזאת עקב חששם כי הכללתה של זכות כזו עלולה להביא לביקורת שיפוטית על מהותה של חקיקה כלכלית³⁷. יצויין כי מגילת זכויות האדם הקנדית חוקקה תחילה כחוק רגיל, שבו נכללה הזכות להנאה מקניין³⁸. חוק רגיל זה עודו תקף, אולם הוא מגביל רק את החקיקה הפדראלית ולא את החקיקה המדינתית. ניסיונות להכליל בצ'רטר את הזכות לקניין נתקלו בהתנגדות, בין היתר מחשש כי המונח "קניין" עשוי להתפרש בצורה רחבה ועלולה למנוע את האפשרות לקבוע בחקיקה הוראות בנושא של תכנון השימוש במקרקעין. כמו-כן, הובעו חששות שמא הגנה חוקתית על הזכות לקניין תכביד על הגבלת זרים ברכישת מקרקעין, וכן יהא בה – בשל הפררוגטיבה של המעביד בניהול עסקיו – כדי להעמיד במבחן חוקתי חוקים בתחום יחסי העבודה, חוקי מס ואף חוקים המסדירים יחסי ממון בין בני זוג.³⁹

הדיון העיקרי בזכות לקניין בקנדה נע סביב שאלת הפיצוי. הפסיקה קבעה כי חוק המתיר נטילת קניין מהפרט יש לקראו כמטיל על המפקיע תשלום פיצוי. הדיון נסוב גם סביב שאלת מהי "נטילה". בין היתר החליט בית המשפט הקנדי כי כאשר המדינה מונעת מבעל קרקע לנצל מינרלים במצויים באדמתו, פעולה זו מהווה "נטילה" של הקרקע, גם אם המדינה אינה מנצלת את הקרקע כלל לצרכיה.⁴⁰

6. דרום אפריקה (1996)

חוקת דרום אפריקה נחתמה לאחר משא ומתן ארוך בין המפלגות השונות עם תום האפרטהייד. בחוקה זו לזכות לקניין חשיבות רבה, שכן יש בה כדי להשפיע רבות על תכניות עתידיות לחלוקה מחדש של קרקעות. מפלגת ה-ANC, של השחורים, ביקשה להבטיח כי הזכות לקניין לא תפגע בתכניות ההשבה, בעוד שהמפלגה הלאומית ביקשה להבטיח כי תוכניות ההשבה יפגעו מעט ככל שניתן בחוואים הלבנים שרכשו זכויות קניין מקיפות בתקופת האפרטהייד.⁴¹

הסעיף הסופי שהוכנס לחוקה הוא סעיף מאוד מפורט. כנגד הסעיף הועלו טענות משפטיות. ראשית, נטען כי הסעיף אינו קובע, באופן פוזיטיבי את הזכות לרכוש נכסים, להחזיק בהם ולהיפטר מהם. אולם בית המשפט קבע כי הזכות הפוזיטיבית משתמעת מתוך הסעיף. טענה שנייה כנגד הסעיף היתה כי הוראת הפיצויים הקובעת שהם יהיו

³⁷ עניין בנק המזרחי, הערה 2 לעיל, בעמ' 329-331.

³⁸ Tom Allen, The Right To Property In Commonwealth Constitutions, Cambridge, England :

Cambridge University Press, 2000, p. 69

³⁹ יהושע ויסמן, הגנה חוקתית לקניין, הפרקליט מב (תשנ"א) עמ' 258, 260.

⁴⁰ Peter W. Hogg., Constitutional law of Canada, carswell, 1992, 28.5(d)

⁴¹ Tom Allen, הערה 38 לעיל, בעמ' 74.

"צודקים ושוויוניים" פגומה, בכך שאין היא מעניקה פיצויים בשווי השוק. בית המשפט קבע כי מחיר שוק אמנם הוא שיקול ראוי אך לא יחיד, ועל כן הסעיף תקין. טענה שלישית הייתה כי הסעיף פגום היות והוא אינו מגן במפורש על הקניין הרוחני. בית המשפט קבע כי יש להניח שהסעיף מגן גם על קניין רוחני.⁴²

Property

25. (1) No one may be deprived of property except in terms of law of general application, and no law may permit arbitrary deprivation of property.

(2) Property may be expropriated only in terms of law of general application for a public purpose or in the public interest; and subject to compensation, the amount of which and the time and manner of payment of which have either been agreed to by those affected or decided or approved by a court.

(3) The amount of the compensation and the time and manner of payment must be just and equitable, reflecting an equitable balance between the public interest and the interests of those affected, having regard to all relevant circumstances, including the current use of the property; the history of the acquisition and use of the property; the market value of the property; the extent of direct state investment and subsidy in the acquisition and beneficial capital improvement of the property; and the purpose of the expropriation.

(4) For the purposes of this section 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; and property is not limited to land.

(5) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to foster conditions which enable citizens to gain access to land on an equitable basis.

⁴² Tom Allen, הערה 38 לעיל, בעמ' 80.

(6) A person or community whose tenure of land is legally insecure as a result of past racially discriminatory laws or practices is entitled, to the extent provided by an Act of Parliament, either to tenure which is legally secure or to comparable redress.

(7) A person or community dispossessed of property after 19 June 1913 as a result of past racially discriminatory laws or practices is entitled, to the extent provided by an Act of Parliament, either to restitution of that property or to equitable redress.

(8) No provision of this section may impede the state from taking legislative and other measures to achieve land, water and related reform, in order to redress the results of past racial discrimination, provided that any departure from the provisions of this section is in accordance with the provisions of section 36(1).

(9) Parliament must enact the legislation referred to in subsection⁴³

7. גרמניה (1949)

בגרמניה, מעוגנת זכות הקניין בחוק היסוד. המשפט החוקתי בגרמניה רואה בזכות הקניין כחלק מן ההגנה על אישיותו של האדם ועל חירותו. כמו כן, הוא רואה בה זכות שאינה פחותה בהשוואה ליתר זכויות האדם.⁴⁴ מכאן נבעה, למשל, במשפט הגרמני הקביעה שתשלום פיצויים, כשלעצמו, אינו מכשיר את הפקעת קניינו של אדם, ונדרש, בנוסף, כי ההפקעה תשרת צורך ציבורי מהותי. הרכוש מוחזר לבעליו אם מסתבר, כי אינו דרוש לאותו צורך. ההפקעה צריכה לעמוד אף בדרישת המידתיות.⁴⁵

הזכות החוקתית לקניין שב- article 14 לחוק היסוד הגרמני מגינה גם על זכויות קניין במובן רחב של הביטוי, ולא רק על הקניין במובנו הבסיסי.⁴⁶ זכויות סוציאליות

⁴³ <http://www.info.gov.za/constitution/1996/96cons2.htm#25>, אתר ממשלת דרום אפריקה

⁴⁴ וייסמן, הערה 39 לעיל בעמ' 259.

⁴⁵ דנג'צ 4466/94 מאזן חסן זכי נוסייבה ו-2 אח' נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, עמ' 75-76.

⁴⁶ 321, p. Sabiene Michalowski & Lorna Woods, **German Constitutional Law** (ashgate 1999).

שניתנות בתמורה להשקעה מסוימת מצדו של הפרט מוגנות כזכות קניינית (כגון פנסיה, קצבת אבטלה וכדומה). לעומת זאת, זכויות שניתנות ללא קשר לתרומת הפרט אינן מוגנות כזכות קניינית.⁴⁷

חוק היסוד מתיר למחוקק להטיל הגבלות על הזכות לקניין, מכח art. 14(1)(2). הגבלות אלו של זכות הקניין צריכות להיות מידתיות, לטובת הציבור ולקיים איזון בין טובת מחזיק הקניין לטובתו של הציבור המדובר.⁴⁸ חוק היסוד הגרמני מבדיל בין צמצום הזכות הקניינית לשימוש עתידי בסעיף 14(1)(2) לחוקה, לבין הפקעה של זכות קניינית קיימת המוסדרת בסעיף 14(3). כאשר מדובר בצמצום שימוש עתידי, ההגנה החוקתית חלשה יותר, והיא תתקיים רק במקרה שהמחוקק לא דאג לאינטרסים של בעל הקניין בדרך של תקנות זמניות או פיצוי. הפקעה של זכות קיימת, לעומת זאת, תהיה חוקתית אך ורק אם נעשתה לטובת הציבור.⁴⁹

Article 14 [Property, inheritance, expropriation]

(1) Property and the right of inheritance shall be guaranteed.

Their content and limits shall be defined by the laws.

(2) Property entails obligations. Its use shall also serve the public good.

(3) Expropriation shall only be permissible for the public good. It may only be ordered by or pursuant to a law that determines the nature and extent of compensation. Such compensation shall be determined by establishing an equitable balance between the public interest and the interests of those affected. In case of dispute respecting the amount of compensation, recourse may be had to the ordinary courts.⁵⁰

גרמניה חתמה ואישרה את האמנה האירופית לזכויות האדם וזו נכנסה לתוקף בגרמניה בשנת 1957.

8. אירלנד (1937)

האקט המכונן של ממשלת אירלנד מ-1920 כלל סעיף המגביל חקיקה המפקיעה את קניינו של הפרט ללא פיצוי. סעיף זה היה צעד חשוב לקראת זכות מודרנית לקניין, אולם הוא

⁴⁷ אולם הן עלולות להיות מוגנות על ידי article 1 תחת כבוד האדם, שם, בעמ' 322.

⁴⁸ German Constitutional Law, הערה 46 לעיל עמ' 323.

⁴⁹ German Constitutional Law, הערה 46 לעיל עמ' 325.

⁵⁰ <http://www.iuscomp.org/gla/index.html>, אתר משפט גרמני באנגלית.

בוטל בשנת 1962 בידי הפרלמנט האירי, מחשש שבית המשפט יעשה בזכות שימוש להגביל את יכולת השלטון להסדיר את השימוש באדמות ובקניין אחר.⁵¹ הסעיף העדכני בחוקה האירית מכיל זכות מודרנית לקניין.

באירלנד, נקבע כי חוק הגנת הדייר נוגד את הזכות החוקתית לקניין.⁵²

Private Property - Article 43

1. 1° The State acknowledges that man, in virtue of his rational being, has the natural right, antecedent to positive law, to the private ownership of external goods.

2° The State accordingly guarantees to pass no law attempting to abolish the right of private ownership or the general right to transfer, bequeath, and inherit property.

2. 1° The State recognises, however, that the exercise of the rights mentioned in the foregoing provisions of this Article ought, in civil society, to be regulated by the principles of social justice.

2° The State, accordingly, may as occasion requires delimit by law the exercise of the said rights with a view to reconciling their exercise with the exigencies of the common good.⁵³

9. אוסטרליה

באוסטרליה אין מגילת זכויות אדם חוקתית, אולם חוקתה של אוסטרליה מכילה הוראות המסמיכות את הפרלמנט לקבוע חוקים בנושא רכישת קרקעות לצרכי ציבור. על פי החוקה, הוסמך הפרלמנט לחוקק חוקים שיאפשרו רכישתו של רכוש בידי הממשלה הפדרלית "בתנאים הוגנים". בית המשפט האוסטרלי מפרש את סעיף ההסמכה הזה כמעין הכרה בזכות חוקתית לקניין. אין בפסיקה באוסטרליה התחשבות במידתיות.⁵⁴

51. The Parliament shall, subject to this Constitution, have power to make laws for the peace, order, and good government of the Commonwealth with respect to: -

⁵¹ Tom Allen הערה 38 לעיל עמ' 31.

⁵² וייסמן, הערה 39 לעיל עמ' 258, 263.

⁵³ <http://www.taoiseach.gov.ie/upload/publications/297.htm>

⁵⁴ Tom Allen, הערה 38 לעיל עמ' 39.

(xxxi.) The acquisition of property on just terms from any State or person for any purpose in respect of which the Parliament has power to make laws:

(xxxix.) Matters incidental to the execution of any power vested by this Constitution in the Parliament or in either House thereof, or in the Government of the Commonwealth, or in the Federal Judicature, or in any department or officer of the Commonwealth.⁵⁵

10. ניו זילנד

מגילת הזכויות של ניו זילנד אינה מכילה סעיף המגן על זכות הקניין. עם זאת, ההגנה על זכות הקניין נתפשת כשיקול חוקתי חשוב, אשר כל פגיעה בה צריכה להיות מפורשת וברורה.⁵⁶

11. הולנד (1983)

חוקת הולנד עוסקת בהפקעות, המותרות רק לצרכי ציבור. החוקה ההולנדית מציגה דרישה חד-משמעית כי ההפקעה תתבצע רק לאחר הבטחה מראש של פיצוי מלא, למעט במקרי חירום. כן מכילה החוקה ההולנדית הוראה המחייבת את הרשות הציבורית לפצות את בעליו של רכוש שנפגע כתוצאה מפעולת הרשות, לרבות פעולת הרשות בהגבלת השימוש של הבעלים.

Article 14 [Property]

(1) Expropriation may take place only in the public interest and on prior assurance of full compensation, in accordance with regulations laid down by or pursuant to Act of Parliament.

(2) Prior assurance of full compensation shall not be required if in an emergency immediate expropriation is called for.

(3) In the cases laid down by or pursuant to Act of Parliament there shall be a right to full or partial compensation if in the public interest the competent authority destroys property or

⁵⁵ <http://www.aph.gov.au/senate/general/constitution>, אתר הפרלמנט האוסטרלי.

⁵⁶ The Law Of Human Rights, הערה 33 לעיל עמ' 1331.

renders it unusable or restricts the exercise of the owner's rights to it.⁵⁷

12. צרפת

Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (1789)

17. Since property is an inviolable and sacred right, no one shall be deprived thereof except where public necessity, legally determined, shall clearly demand it, and then only on condition that the owner shall have been previously and equitably indemnified.⁵⁸

חוקתה הנוכחית של צרפת (1958) מפנה להצהרה משנת 1789 ומאשררת אותה. צרפת חתמה על האמנה האירופית לזכויות האדם, וזו נכנסה לתוקף בצרפת בשנת 1974.

13. פולין (1997)

חוקת פולין מחייבת את המדינה להגן על זכות הבעלות ברכוש פרטי ועל הזכות להוריש את הרכוש. היא קובעת בנוסף כי הפקעות מותרות אך ורק לצרכי ציבור, ותמורת פיצוי צודק.

Article 21

(1) The Republic of Poland shall protect ownership and the right of succession.

(2) Expropriation may be allowed solely for public purposes and for just compensation.⁵⁹

14. רוסיה (1993)

חוקת רוסיה מכילה הסדר מפורט הקובע הגנה מפורשת על הקניין הפרטי. נטילת קניינו של אדם מחייבת צו שיפוטי, וכן פיצוי מלא.

Article 35

1. The right of private property shall be protected by law.

⁵⁷ http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/nl00000_.html, אתר המרכז חוקות מרחבי העולם.

⁵⁸ http://www.elysee.fr/ang/instit/text1_.htm, אתר נשיא צרפת.

⁵⁹ http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/pl00000_.html

2. Everyone shall have the right to have property, possess, use and dispose of it both personally and jointly with other people.

3. No one may be deprived of property otherwise than by a court decision. Forced confiscation of property for state needs may be carried out only on the proviso of preliminary and complete compensation.

4. The right of inheritance shall be guaranteed.⁶⁰

רוסיה חתמה על האמנה האירופית לזכויות האדם וזו נכנסה לתוקף בה בשנת 1998.

15. קרואטיה (1990)

חוקת קרואטיה מבטיחה את הזכות לקניין, אולם היא קובעת כי הבעלות נושאת עימה גם חובות, וכי הבעלים של רכוש צריכים להשתתף ברווחה הכללית של המדינה. החוקה גם קובעת מאפשרת במפורש להגביל בחקיקה את יכולתם של זרים לרכוש נכסים. ביחס להפקעות, החוקה הקרואטית קובעת כי הפיצוי יהיה בהתאם ל"מחיר השוק". החוקה גם קובעת "פסקת הגבלה" פנימית המתירה את הגבלת הזכות לקניין בשל טעמי בטחון, שמירה על הטבע, איכות הסביבה, ובריאות הציבור.

Article 48

The right of ownership shall be guaranteed.

Ownership implies obligations. Owners and users of property shall contribute to the general welfare.

A foreign person may acquire property under conditions spelled out by law.

The right of inheritance shall be guaranteed.

Article 50

⁶⁰ <http://president.kremlin.ru/eng/articles/ConstEng1.shtml>, אתר נשיא רוסיה, 18.11.04

Property may, in the interest of the Republic of Croatia, be restricted or expropriated by law upon payment of compensation equal to its market value.

The exercise of entrepreneurial freedom and property rights may exceptionally be restricted by law for the purposes of protecting the interests and security of the Republic of Croatia, nature, the environment and public health.⁶¹

קרואטיה חתמה על האמנה האירופית לזכויות האדם וזו נכנסה לתוקף בה בשנת 1997.

16. חוקת הודו (1949)

מגילת הזכויות של הודו הקולוניאלית כללה זכות לקניין הניתנת לפגיעה רק בחוק. עם הכרזת העצמאות של הודו היה שיח ער לגבי תכולת מגילת הזכויות החדשה, והתעורר חשש שמא כינונה של זכות קניין חוקתית יסכל את הנהגתה של רפורמה בקרקעות. למרות החששות, עוגנה הזכות לקניין. אולם לאחר שבמשך שנים בית המשפט ההודי מנע, בהסתמכו על הזכות לקניין, תוכניות של הממשלה, ולאחר מספר נסיונות לשנות את נוסח הזכות בחוקה על-מנת להפוך הלכות אלו, הושמטה בשלב מסוים מתוכה ההגנה שהייתה קיימת על קניין.⁶² נוסח הסעיף הנוכחי, על פי תיקון לחוקה משנת 1978, מאפשר שלילת הזכות לקניין בחוק.⁶³

Chapter IV Right to Property

Article 300A -Persons not to be deprived of property save by authority of law

No person shall be deprived of his property save by authority of law.⁶⁴

17. חוקת רומניה (1991) :

חוקת רומניה מכילה הסדר מפורט בנושא זכות הקניין. היא מבטיחה את הזכות לקניין, אך קובעת כי תוכנה של הזכות והמגבלות עליה ייקבעו בחקיקה. החוקה אוסרת על זרים

⁶¹ http://www.usud.hr/htdocs/en/the_constitution.htm, אתר בית המשפט העליון הקרואטי, 28.11.04

⁶² מאמו של וייסמן, הערה 39 לעיל עמ' 260

⁶³ מן הספר The Law Of Human Rights הערה 33 לעיל עמ' 1336

⁶⁴ http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/in00002_.html, אתר חוקות

לרכוש מקרקעין במדינה. הפקעה מותרת אך ורק לתועלת ציבורית, ומחייבת תשלום "פיצוי הוגן" מראש.

החוקה גם קובעת כי הבעלות בקרקע נושאת עימה חובות, בין היתר בתחום איכות הסביבה.

החוקה הרומנית מכילה גם מספר הוראות ספציפיות: אחת המחייבת פיצוי בגין כריית מנהרה מתחת למקרקעיו של אדם, ואחרת, האוסרת על החרמת מטלטלין שנרכשו כדין אולם מתירה את החרמתם של מיטלטלין שנרכשו בעבירה.⁶⁵

Article 41 [Property, Foreigners' Restrictions]

(1) The right of property, as well as the debts incurring on the State are guaranteed. The content and limitations of these rights shall be established by law.

(2) Private property shall be equally protected by law, irrespective of its owner. Foreigners and stateless persons may not acquire the right of property on land.

(3) No one may be expropriated, except on grounds of public utility, established according to the law against just compensation paid in advance.

(4) For projects of general interest, the public authorities are entitled to use the subsoil of any real estate with the obligation to pay compensation to its owner for the damages caused to the soil, plantations, or buildings, as well as for other damages imputable to these authorities.

(5) Compensations provided under Paragraph (3) and (4) shall be agreed upon with the owner, or by the decision of the court when a settlement cannot be reached.

(6) The right of property compels to the observance of duties relating to environmental protection and ensurance of neighborliness, as well as of other duties incumbent upon the

⁶⁵ לדיונים בהגדרת הזכות לקניין במשפט הרומני, ראו Emanuel-Mihail Socaciu, The Romanian Constitution, Subject To Revision Debates, What Is At Stake?, University Of Bucharest, <http://www.cecl.gr/RigasNetwork/databank/REPORTS/r17/Socaciu.htm>

owner, in accordance with the law or custom.

(7) Legally acquired assets may not be confiscated. Legality of acquirement shall be presumed.

(8) Any goods in ended for, used or resulting from a criminal or minor offence may be confiscated only in accordance with the provisions of the law.⁶⁶

רומניה חתמה על האמנה האירופית לזכויות האדם וזו נכנסה לתוקף בה בשנת 1994.

18. הזכות לקניין במשפט העברי

אביעד הכהן במאמרו⁶⁷ סוקר את שאלת הפקעת המקרקעין והתנגשותה עם זכות הקניין מנקודת מבטו של המשפט העברי. להלן עיקרי הדברים מתוך המאמר: "משפט המלך" המתואר בספר שמואל נראה, לכאורה, כתיאורה של סמכות להפקעה:

"ויואמר זה יהיה משפט המלך אשר ימלוך עליכם.. ואת שדותיכם ואת כרמיכם וזיתיכם הטובים יקח ונתן לעבדיו. וזרעיכם וכרמיכם יעשור ונתן לסריסיו ועבדיו.. וזעקתם ביום ההוא מלפני מלככם אשר בחרתם לכם".⁶⁸

הצגה זו, שלפיה המלך יכול לפגוע פגיעה קשה בקניין, פורשה ע"י חלק מהתנאים⁶⁹ כסמכות רשות המוקנית למלך, ואילו אחרים קבעו כי אין המדובר בסמכויות שהוענקו למלך, אלא רק באמירות שיניאו את לב העם מלבקש להם מלך. מקור אחר מופיע במשנה במסכת סנהדרין (ב,ד):

" ומוציא (המלך) למלחמת הרשות על פי בית דין של שבעים ואחד, פורץ לעשות לו דרך ואין ממחה בידו. דרך המלך – אין לו שיעור."

הלכה זו קובעת כי למלך זכות לפרוץ לו דרך גם על חשבון פגיעה במקרקעין פרטיים. רש"י⁷⁰ פירש בהרחבה כי פריצת הדרך יכולה להיות לצורך קיצור ואפילו לא בשעת מלחמה. פרשנות זו זכתה לביקורת מהרמ"ה בחיבורו "יד רמה" למסכת סנהדרין, אשר פירש את ההיתר רק למלחמת הרשות. הרמב"ם בהלכות מלכים (ד, ו) מצמצם את היתר

⁶⁶ <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/ro00000.html>, אתר חוקות

⁶⁷ אביעד הכהן, "וכי רבים הגזלנים הם? על הפקת מקרקעין ופגיעה בזכות הקניין במשפט העברי", **שערי משפט** 1 (תשנ"ז) 39.

⁶⁸ שמואל א', ח, יא.

⁶⁹ תוספתא סנהדרין, פרק ד, הלכה ה, מהד' צוקרמנדל, עמוד 421.

⁷⁰ רש"י יבמות עו, ע"ב, ד"ה שהמלך פורץ.

הפגיעה בקניין בארבעה רבדים : עיתוי השימוש בסמכות, תכלית ההפקעה, מידת הפגיעה בקניינו של הפרט, חובת הפיצוי.

הרד"ק⁷¹ הוסיף רובד חמישי בפרשו את הרמב"ם כי המלך אינו יכול להפקיע את גוף המקרקעין אלא רק את "פירותיו", ואם בשעת מלחמה כך, הרי בשעת שלום על אחת כמה וכמה.

מפרשת נבות היזרעלי ניתן ללמוד על דרך הפיצוי שיכל לעשות ע"י העמדת קרקע חלופית או פיצוי בכסף :

" ואתנה לך תחתיו כרם טוב ממנו. אם טוב בעיניך אתנה לך כסף במחיר זה".⁷²

עקרון הפקעה נוסף המופיע במשפט העיברי הוא "הפקר בית דין". ע"פ עקרון זה יכולה רשות ציבורית המייצגת את כלל הציבור – להפקיר את ממונו של היחיד.⁷³ סמכות זו ע"פ האמוראים⁷⁴ הייתה נתונה רק לבית דין בו מכהנים גדולי חכמי ההלכה. על דרך ההקבלה – ניתן לומר ששימוש בסמכות הפוגעת בזכות הקניין ראוי לה שתעשה ע"י הסמכות העליונה, חקיקה ראשית ולא ע"י חקיקה משנית. אף השימוש במונח "בית דין" מרמז על החלת נורמות מחמירות בעת פגיעה בקניין כגון מתן זכות שמיעה, מתינות ושיקול דעת.

לסיכום מאמרו טוען הכהן כי :

"אם כן הרבים גם כאשר בידם עילה מוצדקת להפקעת ממונו של היחיד ולפגיעה בקניינו- אינם יכולים לנהוג בקניינו של היחיד מנהג של "גזלנים". עליהם לעשות כל מאמץ למזעור הפגיעה בזכותו של היחיד, ואף הפיצוי הכספי אינו יכול תמיד לכפר על עוון ההפקעה. זאת ועוד : גם כאשר מדובר ב"צרכי ציבור", אפילו בכאלה המוגדרים כצרכי "בית ה'", אין המטרה מקדשת את כל האמצעים, שהרי "אין זה מין השם לבנות בית ה' בלא צדק ועליותיו בלא משפט", ואין לעשות כן תוך פגיעה שאינה הכרחית או מוצדקת בקניינו של היחיד. גם במקום בו מבקשת הרשות להפקיע מקרקעין לצרכי ציבור, שומה עליה לעשות כן מתוך שיקול דעת מעמיק ובחינת חלופות אחרות שלא תגרורנה פגיעה כה קשה בקניינו של היחיד. רק כשאין כל אפשרות אחרת, ניתן להפקיע אבל גם במקרה זה- רק "במידה

⁷¹ פירוש הרד"ק לשמואל א, ח, יד.

⁷² מלכים א כא, ב.

⁷³ אביעד הכהן, הערה 23, 48.

⁷⁴ בבלי גיטין לו, ע"ב; רמב"ם, משנה תורה, הלכות שמיטה ויובל ט, יז.

שאונה עולה על הנדרש" ותוך פיצוי מלא ואמיתי לבעלי המקרקעין המופקעים".⁷⁵

19. ניתוח ומסקנות מתוך המשפט המשווה

1. חוקות ישנות יותר נטו שלא להגדיר את הזכות לקניין ככזו, אולם הכילו הסדרים מפורטים שעסקו בלוז של הזכות לקניין, היינו הסדרתה של הפקעה.⁷⁶
2. חוקות מודרניות, המתייחסות לזכות לקניין, מגדירות בחלקן את הזכות עצמה כנושאת עמה אחריות ולא רק זכות. כך, למשל, חוקת גרמניה, הקובעת כי "קניין נושא עימו מחויבויות, והשימוש בו צריך לשמש גם את טובת הציבור". חוקת קרואטיה קובעת כי "קניין נושא עימו מחויבויות. הבעלים והמשתמשים בקניין יתרמו לרווחת הציבור". חוקת רומניה קובעת כי "הזכות לקניין מחייבת שמירתן של חובות הקשורות להגנת הסביבה ולשכנות טובה כמו גם חובות אחרות המוטלות על בעלים, בהתאם לדין או למנהג".
3. חלק מהחוקות מגדירות את הזכות במפורט, ככוללת את הזכות להחזיק בנכסים, להשתמש בהם ולהיפטר מהם.⁷⁷
4. חוקת דרום אפריקה כוללת הוראה מפורשת לפיה אין בזכות לקניין כדי למנוע רפורמה בתחומי הקרקעות והמייים, במטרה לתקן את עיוותי העבר.
5. חוקות רבות המסדירות את נושא ההפקעה מתייחסות באופן מפורש לרמת הפיצויים שיש לתת במקרה של הפקעה: הצעת החוקה האירופית: fair compensation; חוקת דרום אפריקה: ⁷⁸just and equitable; בגרמניה: an equitable balance between the public interest and the interests of those affected; באוסטרליה: just terms; בהולנד: full compensation; בצרפת: equitably indemnified; ברוסיה: complete compensation; ברומניה: just compensation.
6. חלק מהחוקות מחייבות כי התשלום במקרה של הפקעה יהיה מראש, בטרם ביצוע מעשה ההפקעה עצמו.⁷⁹
7. חלק מהחוקות קובעות במפורש כי מס לא יהווה פגיעה בקניין.⁸⁰

⁷⁵ אביעד הכהן, הערה 23, 54.

⁷⁶ למשל חוקת ארצות הברית.

⁷⁷ למשל חוקת רוסיה.

⁷⁸ תוך קביעה שיפטית שפיצוי צודק ושוויוני אינו בהכרח מחיר השוק. החוקה מכתובה סדרת פרמטרים לקביעה מהו פיצוי צודק ושוויוני.

⁷⁹ למשל חוקת הולנד, ההכרזה הצרפתית על זכויות האדם, חוקת רוסיה, חורת רומניה.

⁸⁰ למשל האמנה האירופית לזכויות אדם.

8. חלק מהחוקות קובעות במפורש כי המדינה רשאית להסדיר את השימוש ברכוש הפרטי לצורך אינטרסים ציבוריים.⁸¹
9. בחלק מהמדינות נקבע כי חוקי הגנת הדייר סותרים את הזכות החוקתית לקניין.⁸²
10. חלק מהחוקות מתייחסות לזכותם של זרים לקניין (בעיקר לנדל"ן).⁸³

חלק ה: חקיקה ישראלית בנושא קניין

בחלק זה נסקור את החיקוקים הישראליים העיקריים המסדירים זכויות קניין, או פוגעים בזכות לקניין.

1. חקיקה המסדירה זכויות קניין

(א) חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969⁸⁴

החוק מסדיר את הזכויות השונות במקרקעין, עסקאות, ושיתוף במקרקעין.

(ב) חוק המיטלטלין, תשל"א-1971⁸⁵

החוק מסדיר את הזכויות השונות במיטלטלין, לרבות רכישת הזכות וסיומה, שיתוף, עיכבון ועסקאות נוגדות.

(ג) חוקי הקניין הרוחני

מספר חוקים מסדירים את זכויות הקניין הרוחני, ובהם חוק הפטנטים, תשכ"ז-1967,⁸⁶ חוק זכות יוצרים 1911,⁸⁷ ופקודת סימני מסחר [נוסח חדש].⁸⁸

2. חקיקה הפוגעת בזכות הקניין

(א) חוק ההוצאה לפועל⁸⁹ ודיני העיקול הזמני

החוק מאפשר בנסיבות מסויימות הטלת עיקולים על נכסי החייב. חוק ההוצאה לפועל הוא כלי למימוש אינטרס קנייני של הנושה, ובו זמנית הוא פוגע באינטרס הקנייני של

⁸¹ האמנה האירופית לזכויות אדם, הצ'ארטר האירופי של חירויות היסוד.

⁸² למשל באירלנד.

⁸³ למשל חוקת קרואטיה (זרים יוכלו לרכוש בהתאם לתנאים שייקבעו בחוק); חוקת רומניה (זרים לא יורשו לרכוש נדל"ן).

⁸⁴ ס"ח 259

⁸⁵ ס"ח 184.

⁸⁶ ס"ח 148.

⁸⁷ חא"י כרך ג', עמ' 2633

⁸⁸ נ"ח 26, 511

⁸⁹ ס"ח 116.

החייב. תקנות סדר הדין האזרחי מאפשרות הטלת עיקול זמני עוד לפני שגורל התביעה הוכרע.

(ב) פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי צבור - 1946)⁹⁰

החוק מסמיך את שר האוצר בהסמכה רחבה לרכוש בעלות בכל קרקע; לרכוש את החזקה או את השמוש בכל קרקע לתקופה מסוימת; לרכוש כל זכות שמוש בכל קרקע או כל זכות אחרת בה או עליה; להטיל כל הגבלה אחרת על השמוש בכל זכות הקשורה בבעלות על אותה קרקע.

בית המשפט ציין כי פקודת הקרקעות נמנית עם התחיקה המנדטורית, שבמקורה שיקפה משטר קולוניאלי שלא הכיר בזכויות האדם, ובגדרה ניתנה לרשות סמכות בלתי מוגבלת להפקיע אדמת האזרח לכל מטרה שעליה תצהיר שהיא מטרה ציבורית. בית המשפט ציין כי לאור הפגיעה קשה בזכות הקניינית של הפרט שהקרקע בבעלותו. המהפכה החוקתית השפיעה רבות על האיזון הנעשה בבית המשפט בין זכותו הקניינית החוקתית של הפרט לבין האינטרס הציבורי אותו מנסה הרשות לקיים. רשות מינהלית ממלאת את חובתה לפי סעיף 11 לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו אם החלטתה מקיימת את היסודות הקבועים בפיסקת ההגבלה.⁹¹

(ג) חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965⁹² וחוקי הפקעות נוספים

החוק מאפשר בנסיבות מסוימות, הפקעה של מקרקעין. החוק כולל גם מנגנון פיצוי בגין נזק שנגרם לבעלים של קרקע משינוי תכנוני במקרקעין שלו או במקרקעין גובלים. קיימים חוקים רבים נוספים המאפשרים הפקעת מקרקעין בהתאם להסדרים ספציפיים הקבועים בהם.

חלק ו: המשפט הישראלי לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

1. האפשרות לביקורת שיפוטית

עיגונה של הזכות לקניין במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הפך את הזכות לזכות בעלת מעמד חוקתי על-חוקי. משכך, יכולים בתי המשפט לפסול חקיקה הפוגעת בזכות הקניין, ובלבד שאין היא מוגנת על ידי הוראת שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואולם, מובן כי:

⁹⁰ ע"ר 1946, תוספת 1, עמ' 153

⁹¹ דג"צ 4466/94 - מאזן חסן זכי נוסייבה ו-2 אח' נ' שר האוצר. פ"ד מט(4), 68, עמ' 75-76.

⁹² ס"ח 307

"זכות הקניין, כשאר הזכויות הקבועות בחוק היסוד, אינה מוחלטת. ניתן לפגוע בה, ובלבד שהחוק הפוגע מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה".⁹³

ואכן, ננקטו לא מעט הליכים בהם חוקים של הכנסת הועמדו לבחינה חוקתית, כאשר נטען לגביהם כי הם פוגעים בזכות לקניין ואינם עומדים בתנאי פסקת ההגבלה. עד עתה לא פסל בית המשפט אף חוק של הכנסת עקב פגיעתו בזכות לקניין.

2. שינוי משמעותי בפרשנות: העדפת פרשנות השומרת על הזכות לקניין

העלאתה של הזכות לדרגה "חוקתית על-חוקתית" הביאה לשינוי בפירושם של דינים קיימים, שהיו מוגנים, לכאורה, על ידי הוראת שמירת הדינים, שנכללה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

"עם חקיקת חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו עלה משקלה הנורמטיבי של זכות הקניין לדרגה של זכות יסוד. הקביעה בסעיף 3 לחוק האמור ש'אין פוגעים בקניינו של אדם' הינה בעלת משקל גם כשאנו באים לפרש הוראות דין קיימות; לפיכך, גם לו היינו סבורים שיש פנים לכאן או לכאן לפתרון השאלה שלפנינו, מן הדין הוא שנפרש את הוראת חוק ההוצאה לפועל הרלבנטית באופן שזכות הקניין של הצד השלישי לא תיפגע".⁹⁴

התחום הבולט ביותר שבו חל שינוי מהותי בפרשנות הדין בעקבות כינונה של הזכות החוקתית לקניין הוא תחום הפקעת מקרקעין לצרכי ציבור. בתחום זה, השתנו מספר הלכות ותיקות, בשל השראתו של חוק היסוד, והוא נסקר במפורט להלן. אולם השינוי הפרשני הורחב גם לנושאים אחרים. כך, לדוגמא, בעניין הירשזון, שעסק בשאלה כיצד לפרש את סעיף 4 לחוק נכי רדיפות הנאצים⁹⁵ והאם יכול להביא שר האוצר בין שיקוליו, בעת עדכון התגמולים, גם את הקיפוח שקופחו הנכים עקב הסכמי השילומים, ולתקנו:

"פירוש מצמצם של סעיף 4 לחוק, באופן המונע מן הרשות המוסמכת לקביעת שיעור התגמולים להתחשב בפגיעה בזכות הקניין, יפגע שלא כראוי בזכות הקניין של העותרים, ולא

93 שם 431 ג.

⁹⁴ רע"א 5222/93 גוש 1992 בנין בע"מ נ' חברת חלקה 168 בגוש 6181 בע"מ (טרם פורסם).

⁹⁵ חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957, ס"ח 103. ראו גם ע"א 5209/91 מדינת ישראל נ' רמיד את בינימין בע"מ, פ"ד מט(4) 830.

יתיישב עם החובה המוטלת על בית המשפט לפרש את מכלול הדינים ברוח הוראות חוק היסוד. הוא הדין בהפעלת שיקול הדעת על-ידי שר האוצר. על השר - מכוח החובה האמורה לכבד את זכויות היסוד - לתת משקל לייחודם של הנכים ניצולי השואה, מבחינה זו שכל הפחתה של שיעור התגמולים שייקבע להם לעומת השיעור שלו היו הם זכאים אלמלא החוק, תפגע בזכותם החוקתית לקניין".⁹⁶

3. הזכות לקניין ודיני הנטילה השלטונית (הפקעות)

(א) כללי

דומה כי אין תחום שבו עולה שאלת הפגיעה בקניין באופן חזיתי כל כך כמו שאלת ההפקעות של רכוש פרטי.

מחד, הפקעה פוגעת פגיעה אנושה בקניין הפרטי. הדין הישראלי אף מאפשר הפקעות מסויימות ללא פיצוי. מאידך, הפקעת מקרקעין מהווה כלי שלטוני ותכנוני המקובל בכל המשטרים הדמוקרטיים, והוא מאפשר לשלטון לפעול לרווחת הכלל.

וכדברי ממלא מקום הנשיא (כתוארו אז) השופט שמגר, בבג"ץ **לוביאנקר**⁹⁷:

"רכישת בעלות בדרך של הפקעה היא אמצעי קיצוני ומרחיק לכת, ואין שוללים את זכויותיו של האדם ברכוש דלא-ניידי אלא אם כן ברור וגלוי כי זו הדרך הנכונה למימוש של הצורך הציבורי".

בישראל קיימים חוקים רבים המאפשרים הפקעה לצרכי ציבור. שנים מהמרכזיים ביותר⁹⁸ הם פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) וחוק התכנון והבניה. על-פי פקודת הקרקעות מוסמך שר האוצר להפקיע קרקע לכל צורך ציבורי שנקבע על-ידיו לפי שיקול דעתו, ושיעור השטח שמותר להפקיע ללא תשלום פיצויים הוא עד 25%. על-פי חוק התכנון והבניה מותר להפקיע קרקע לצרכי ציבור, למטרות שהוגדרו בסעיף 188(ב), אלא שסעיף זה כולל מטרת-סל והיא "כל מטרה ציבורית אחרת שאישר שר הפנים לענין סעיף זה". שיעור הקרקע שניתן להפקיע ללא תשלום פיצויים לפי חוק התכנון הוא עד 40%. עד לכינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נטתה הפסיקה ליישם חוקים אלו תוך מתן עדיפות לאינטרס הציבורי. הפסיקה הכשירה קשת רחבה של פעולות הרשויות המפקיעות, ונמנעה מהתערבות בשיקוליהן.

⁹⁶ בג"צ 5263/94 הירשזון ואח' נ' שר האוצר, פ"ד מט(5) 837.

⁹⁷ בג"צ 307/82 לוביאנקר נ' שר האוצר, פ"ד לו(2) 141, 147.

⁹⁸ חוקים אחרים המאפשרים הפקעה כוללים את פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943 ואת פקודת הדרכים (רחבן והתווייתן).

"עניין הפקעת קרקעות למטרה ציבורית נתון לשיקול דעתו הבלתי מוגבל של שר-האוצר כרשות מבצעת, וכל עוד הוא פועל בתום לב, הרי שבהשתמשו בשיקול דעתו לשם ביצוע מדיניותו, הוא נתון לפיקוח ולביקורת הכנסת ולא לביקורת בתי-המשפט".⁹⁹

כך היה, למשל, גם לגבי מטרת ההפקעה וההודעה לבעל הנכס:

"לא זו בלבד שהמטרה הציבורית אשר לשמה נעשתה ההפקעה אינה צריכה להתגלות לבעל הנכס המופקע אלא היא אף אינה מחייבת את הרשות המפקיעה כל עיקר. ברצותה משתמשת בנכס המופקע לאותה מטרה ציבורית, ברצותה משתמשת בו לצרכים אחרים, ברצותה אינה משתמשת בו כלל".¹⁰⁰

גם בנושא תשלום פיצויים בגין ההפקעה לא נטו ההלכות לטובת בעל הקניין המופקע. כך, נפסק כי למרות שבחוקים השונים המאפשרים הפקעה היקף שיקול-הדעת וכן שיעור הקרקע שניתן להפקיע ללא פיצויים הוא שונה, רשות התכנון רשאית לבחור את הדרך הנוחה לה להפקיע לצרכי הציבור על-פי חוק התכנון או על-פי פקודת הקרקעות.¹⁰¹ בהמשך החלו חלק מהלכות נחרצות אלו להתרכך. כך, למשל, בפרשת **לוביאנקר** נקבע כי:

המחוקק אומנם הפקיד בידי שר האוצר את הסמכות לקבוע, שמטרה פלונית היא בגדר צורך ציבורי, וכי פרסום ההודעה לפי סעיף 5(1) הוא ראייה מכרעת לכך ... אולם, אין להסיק מכך בהכרח, כי בית המשפט לא יבחן, כדרכו, אם שיקוליו של השר, לרבות מתן האישור בדבר קיומו של צורך ציבורי, אינם נגועים בפגם היורד לשורשו של עניין, כגון חוסר תום-לב או שרירות.¹⁰²

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁰³ היווה מעין "קו פרשת מים" לעניין דיני ההפקעה. אמנם חוקי ההפקעה נהנים מהוראת שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק היסוד,

⁹⁹ המ' 33/53 מאיר סלומון נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז (2) 1023, 1028.

¹⁰⁰ ד"נ 29/69 אביבים בגוש 3997 נ' שר האוצר, פ"ד כד (2) 397, 414 (השופט חיים כהן).

¹⁰¹ ע"א 268/70 עיריית רמת-גן נ' תיק, פ"ד כה (1) 87.

¹⁰² עניין **לוביאנקר** הערה 97 לעיל עמ' 141..

¹⁰³ הערה 12 לעיל.

אולם על פי הקבוע בפסק הדין **גנימאת**,¹⁰⁴ פרשנותם של הדינים השמורים צריכה להיעשות ברוח חוק היסוד תוך פרשנות מצמצמת של הפגיעה בזכויות החוקתיות. ואכן, כפי שמצביעה פרופ' דפנה לוינסון-זמיר, קיים:

"מיגוון של נושאים שבהם נהפכו לאחר חוק היסוד, תוך שנים ספורות, הלכות פסוקות אשר יושמו במשך זמן רב ללא עוררין. שינויים הלכתיים אלו הרחיבו, ברובם, את זכויות הפרט כלפי הרשות המפקיעה."¹⁰⁵

פרופ' לוינסון-זמיר מסבירה אמנם כי בתי המשפט יכולים היו להגיע לאותה תוצאה משפטית גם בדרך של פרשנות לפני חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אולם בפועל, חקיקת חוקי היסוד גרמה לאפקט פסיכולוגי והשפיעה על רוח הפסיקה.¹⁰⁶ נציג להלן בקצרה, בהתבסס על מאמרה של לוינסון-זמיר, אחדות מהסוגיות בהן עלתה שאלה זו:

(ב) הגנה על בעלי מקרקעין מפני הפקעות לא נחוצות:

סעיף 3 לפקודת הקרקעות מתיר לשר האוצר להפקיע קרקע לכול צורך ציבורי ואינה מטילה עליו מגבלות לגבי אילו שימושים יחשבו "צורך ציבורי" או לגבי שינוי מטרת ההפקעה או החזרת קרקע לבעליה באם לא השתמשו בה. בתחילה בית המשפט לא בדק כלל אם המקרקעין אכן נחוצים לצורך ציבורי. יתר על-כן: אי מימוש מטרת ההפקעה או החלפתה באחרת לא השפיעו על יכולת הרשות להוסיף ולהחזיק במקרקעין.¹⁰⁷ בפסק-הדין **מקור הנפקות**¹⁰⁸ שניתן בחודש דצמבר 1994, בית המשפט היה מוכן לבחון מראש את נחיצותה של ההפקעה, ואת החלופה של ביצוע המטרה הציבורית בידי בעלי הקרקע עצמם. בעניין **נוסייבה** קיבלה עמדה זו גושפנקא של בית המשפט העליון.¹⁰⁹ פסקי-דין אחרים, שניתנו בבית המשפט העליון, עסקו בזכותו של הבעלים המקורי לדרוש את השבת המקרקעין עם שינוי מטרת ההפקעה.

¹⁰⁴ דני"פ 2316/95 בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589.

¹⁰⁵ דפנה לוינסון-זמיר, "ההגנה החוקתית על הקניין ודיני הפקעת מקרקעין", ספר וייסמן תשס"ב, 375, 403.

¹⁰⁶ לוינסון-זמיר, הערה 105 לעיל.

¹⁰⁷ לוינסון-זמיר, הערה 105 לעיל, בעמ' 379; ד"נ 29/69 **אביבים בגוש 3947 בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד כד(2) 397, 408, 414.

¹⁰⁸ בג"צ 3956/92 **מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה**, דינים עליון, כרך ל"ח, 125.

¹⁰⁹ עניין נוסייבה, הערה 91 לעיל.

כך, למשל, פס"ד נוסייבה¹¹⁰ דן בהפקעות שבוצעו באזור ירושלים ולא מומשו לאורך עשרים ושבע שנים. יעוד החלקה הנידונה שונה בתוכנית החדשה לשטח מסחרי וגם זו לא מומשה, העותר טען כי ביכולתו להגשים בעצמו את מטרת ההפקעה ודרש את השבת חלקתו. אמנם, שופטי הרוב דחו את העתירה לגופה בשל חששם כי מימוש עצמי של המטרה יעכב את הוצאתה לפועל של התוכנית הציבורית. ואולם, דעת היחיד של השופט דורנר קובעת כי לאור חוק היסוד, יש לערוך מחדש את האיזון בין האינטרס הציבורי לזכויות היסוד וכי במסגרת זו, לא ניתן עוד, לאחר חוק היסוד, לשנות את היעוד הציבורי של ההפקעה. שינוי המטרה הוא עילה להשבת המקרקעין לבעליהם המקורי.¹¹¹ דעת יחיד זו התקבלה בהרכב של תשעה שופטים, פה-אחד, בבג"ץ קריסק¹¹². נפסק, כי בעקבות הקניית מעמד חוקתי לזכות הקניין בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סמכות ההפקעה לפי פקודת הקרקעות מוגבלת למטרת הגשמתו של צורך ציבורי, וכי כאשר הקרקע אינה דרושה עוד להגשמת העניין הציבורי, על שר-האוצר, ככלל, לבטל את ההפקעה. עם זאת, כפי שהשופט דורנר עצמה מציינת, ההלכה המוסכמת מציבה גישה עקרונית, שלצדה נותרה שורה של שאלות פתוחות, כגון: מהו הדין כאשר הצורך הציבורי המקורי פג אך מתעורר צורך ציבורי אחר - האם צריכה הרשות להפקיע את הקרקע שנית? האם ההלכה חלה על הפקעה שנעשתה בעבר גם לאחר עשרות שנים? מה השלכת קבלת הפיצויים על תוכן ההפקעה וכיוצא-באלו שאלות. ואכן, ההתפתחות המשפטית בדרך של שינויים בפרשנות היא איטית וקטועה ונגזרת, בדרך-כלל, מן המקרים הקונקרטיים הנדונים בבית-המשפט. שופטי ההרכב המליצו אפוא על קביעת הסדר מלא ומקיף בחוק.¹¹³

(ג) הכוח להפקיע מקרקעין ללא פיצוי

בכל שיטות המשפט נוהג העיקרון כי יש לפצות בעלי זכויות במקרקעין על הנזק שנגרם להם מהפקעה של רכושם.

הדין הישראלי מכיל סמכויות רחבות להפקעה ללא פיצוי.¹¹⁴ הפסיקה הכירה בסמכויות אלו, ואף פירשה אותן, לא אחת, לרעת בעל הנכס המופקע. ביטוי מובהק לשינוי, ניתן לראות מהשוואת פסק הדין **פייצר**¹¹⁵ שקדם לחוק היסוד, למול פסק הדין **הולצמן**¹¹⁶ ששינה את הלכת פייצר בהתבסס על חוק היסוד. בעניין **פייצר**

¹¹⁰ עניין נוסייבה, הערה 91 לעיל, עמ' 75-76.

¹¹¹ לויןסון-זמיר, הערה 105 לעיל בעמ' 383-384.

¹¹² בג"ץ 2390/96 קריסק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 662,

¹¹³ הרצאה של השופט דורנר בכנס של גלובס עם לשכת שמאי ישראל בנושא - פגיעה מתוכנית, הפקעות ופיצויים,

8.10.2002 ופורסמה באתר <http://www.globes.co.il/serve/ads/globes/Yezum/dorner.doc>

¹¹⁴ סעיף 20(2) לפקודת הקרקעות (מתיר, בנסיבות מסוימות, הפקעה של עד 25% ללא תשלום פיצוי); סעיף 190(א) לחוק התכנון והבניה (מתיר, בנסיבות מסוימות, הפקעה של עד 40% ללא פיצוי).

¹¹⁵ ע"א 377/79 פייצר נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן, פ"ד לה(3) 645.

נקבע כי רשות ציבורית המפקיעה חלקות בשלמותן צריכה לשלם פיצוי רק בגין 60% מאותן חלקות, שהרי היא רשאית היתה להפקיע 40% ללא פיצוי. הלכת פייצור נהפכה לאחר כינונה של הזכות לקניין כזכות חוקתית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בפסק דין הולצמן, נקבע, כי לאור הפיכת זכות הקניין לזכות חוקתית, יש לשנות את פרשנות החוק שקדמה לחוק היסוד, והרשות המפקיעה חוייבה, כאשר הפקיעה חלקה בשלמותה, לשלם את הפיצוי בגין החלקה כולה בלא לנכות ממנו 40%.¹¹⁷ פרופסור לוינסון-זמיר מצביעה במאמרה על פרשנות המחזקת את תחום הקניין הפרטי גם בנושא הפקעות המבוצעות במהלך חלוקה חדשה של מקרקעין.¹¹⁸ מאידך, היא מצביעה גם על מקרה שבו הפרשנות החדשה הביאה דווקא לצמצום ההגנה על הקניין.¹¹⁹

4. האם הטלת מס, כשלעצמה, מהווה פגיעה בקניין?

בספרות המשפטית שלאחר חוק היסוד, קיימת מחלוקת אם הטלת מס מהווה, כשלעצמה, פגיעה בזכות החוקתית לקניין. כאמור לעיל, מובן שגם אם מס מהווה עקרונית פגיעה בקניין, אין בכך כדי לקבוע, מניה וביה, כי כל מס הינו פסול, אולם יהא בכך כדי להכפיף כל מס, ואולי גם כל הוצאה תקציבית הממומנת באמצעות כספי המסים, לביקורת שיפוטית בשאלה אם החוק שהטיל את המס (או את ההוצאה התקציבית) הינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית,¹²⁰ "לתכלית ראויה", ומידתו.¹²⁰ במונחי סעיפי חוק היסוד, אם מס מהווה פגיעה בקניין, כל מס שיוטל או ישונה יצטרך לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8. יצוין כי הסמכות להטלת מסים מוסדרת בחוק-יסוד: משק המדינה¹²¹ שהוראתו המרכזית היא:

"(א) מסים, מילואות חובה ותשלומי חובה אחרים לא יוטלו, ושיעוריהם לא ישונו, אלא בחוק או על פיו; הוא הדין לגבי איגרות".¹²²

בפסק הדין **בנק המזרחי** ובספרות הובעו מספר דעות בשאלה אם מס מהווה פגיעה בקניין. כך, למשל, תומך השופט בד בבקיעה שמס הוא כלשעצמו פגיעה בקניין:

¹¹⁶ ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629.

¹¹⁷ לוינסון-זמיר, הערה 105 לעיל בעמ' 386-393.

¹¹⁸ לוינסון-זמיר, הערה 105 לעיל בעמ' 393-397.

¹¹⁹ ההתייחסות הינה לנושא ההגנה על בעלי מקרקעין מפני פגיעה חמורה עקב הפקעה חלקית. לוינסון-זמיר, בעמק 398-402.

¹²⁰ ראו הלל סומר, "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" **דין ודברים** א (תשס"ה) 59, 70-72.

¹²¹ חוק-יסוד: משק המדינה, 1975, ס"ח תשל"ה, 206.

¹²² סעיף 1(א) לחוק-יסוד: משק המדינה, הערה 121 לעיל.

גם חוקי מיסוי למיניהם הינם חוקים "הפוגעים בקניינו של אדם" וסעיף 3 לחוק היסוד לכאורה חל עליהם.¹²³

עמדה דומה הביע לאחרונה השופט ריבלין באימרת אגב בפסק-הדין **שריף הזימה**:

"אין חולקין כי המס מבטא פגיעה בזכות הקניין... ברם זכות הקניין אינה חזות הכל. עלינו לזכור כי גבייתו של מס מן האזרחים הכרחית לתפקודה התקין של המדינה המודרנית, וחיונית היא לקיומה של דמוקרטיה"¹²⁴

זו גם גישתו של פרופסור אהרון יורן:

"עצם הטלת מס פוגעת בקניינו של אדם, באשר נוטלים ממנו כספים ומעבירים אותם לשלטון. נטילת הקניין תצטרך לעמוד במבחני התכלית הראויה והמידה הראויה."¹²⁵

וגם פרופסור יצחק הדרי במאמרו¹²⁶ רואה בהטלת מיסים ובגבייתם כפגיעה בזכות הקניין. ואולם, פרופ' הדרי סבור כי מרחב ההתערבות של בית המשפט הוא נמוך

"בית המשפט יתערב בחקיקה כלכלית בכלל, ולדעתי בחקיקת מס בפרט, רק במקרים יוצאי דופן וכי אין מגמתה של הסמכות לביקורת שיפוטית שבית המשפט יהפוך לרביזור העליון של סדרי כלכלה במשק".

לעומת זאת, מגישת הנשיא שמגר בפס"ד בנק המזרחי עולה כי הטלת מס לא תחשב לפגיעה בקניינו של אדם למרות הירידה בערך רכושו.¹²⁷ זו גם עמדתו של פרופסור אמנון רובינשטיין:

"אין לזהות את הפגיעה בקניינו של אדם – אשר בוודאי נגרמת כאשר ניטל ממנו סכום כסף כשלהוא, כמס- עם הפגיעה בזכות הקניין החוקתית. בהגדרתה של זו יש להתחשב בשיקולים מוסדיים בדבר מעמדה של הרשות השופטת למול הרשויות האחרות. הכרה בכך, שבכל חוק המטיל מס תידרש המדינה להוכיח כי הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל, כי הוא נועד לתכלית ראויה וכי מידתו אינה עולה על הנדרש,

¹²³ עניין בנק המזרחי, הערה הערה 2 לעיל, סעיף 12 לפסק דינו של השופט בך.

¹²⁴ ע"א 10608/02 **שריף הזימה נ' אגף המכס והמע"מ** (טרם פורסם, ניתן ביום 9.3.04).

¹²⁵ א' יורן **המהפכה החוקתית במיסוי בישראל**, משפטים כג (תשנ"ד) 55.

¹²⁶ יצחק הדרי "נורמת המידתיות וביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקי מס" **הפרקליט** מו (תשס"ב) 11.

¹²⁷ ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פד"י מט(4) 221, 332.

עלולה לפגוע בצורה קשה באיזון השורר בין הרשויות...לדעתנו מן הראוי להקטין את היקפם של המקרים, בהם נדרש בית המשפט לבחון סוגיות מעין אלה, באמצעות הגדרה מצירה יותר של הזכות החוקתית, ובכך להימנע מהתמודדות עם הסוגיה במסגרתה של פסקת ההגבלה. ההנחה צריכה להיות, כי פעולות דוגמת הטלת מיסים או קביעת מדיניות כלכלית, נדרשות לצורך ניהול משק המדינה, ואל לבית המשפט להידרש לבחינתן.¹²⁸

גם היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, מיכאל בן-יאיר, סבר כי מס לא ייבחן כפגיעה בקניין, והסביר זאת בכך שחוק-יסוד: משק המדינה הוא ההסדר החוקתי הספציפי לקביעתם של מסים בדין.¹²⁹

פרופ' יוסף אדרעי, המתבסס על עקרונות מתורת מדיניות המס, מציע כי "מסים טובים", היינו מסים הוגנים, יעילים וזולים, ודאיים, ומבוססים על עקרונות של צדק אנכי ואופקי, לא יהוו פגיעה בזכות לקניין, וממילא לא יעמדו לביקורת שיפוטית.¹³⁰ הנשיא ברק, בפסק דינו בפרשת בנק המזרחי השאיר את שאלת המס כפגיעה בקניין בצריך עיון.¹³¹

במדינות רבות בעולם נקבע כי מס אינו מהווה פגיעה בקניין.¹³² במספר מסמכים חוקתיים, בעיקר בינלאומיים, נקבע במפורש כי מס אינו מהווה, כשלעצמו, פגיעה בקניין, ובמדינות אחרות הגיעה הפסיקה לתוצאה זו.¹³³ בארצות-הברית, למשל, הטלת מס אינה נתפסת כפגיעה בקניין. הפסיקה אינה רואה בהטלת מס "Taking of Property" אף כי, לכאורה, כסף הוא "Property" אשר המדינה לוקחת מאזרחיה לשימוש ציבורי.

לבית-המשפט העליון ניתנה האפשרות להכריע בסוגיה עקרונית זו יותר מפעם אחת, אולם בית-המשפט בחר, כמעט תמיד, להתחמק ממתן תשובה, על ידי קביעה שגם אם עקרונית מס מהווה פגיעה בקניין, המס הספציפי העומד לפנינו עומד בתנאי של פסקת ההגבלה, ולכן אין צורך להכריע אם מס כשלעצמו מהווה פגיעה בקניין.

לאחרונה כבר עבר בית-המשפט למתכונת של החלטות לקוניות, שבהן הוא משאיר את השאלה – במפורש ובמודע – בצריך עיון. כך, למשל, בפסק-הדין בעניין **התאחדות הקבלנים**:

¹²⁸ אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה חמישית, תשנ"ז, כרך ב'), הוצאת שוקן, 940.

¹²⁹ מצוטט בספרם של רובינשטיין ומדינה, הערה 128 לעיל.

¹³⁰ יוסף מ' אדרעי, הגבלות חוקתיות וערכיות על הטלת מס רווחי הון בבורסה **מסים** ח(א) (תשנ"ד) 55.

¹³¹ עניין בנק המזרחי הערה 2 לעיל, סעיף 87 לפסק דינו של הנשיא ברק.

¹³² ויסמן-הגנה חוקתית לקניין, הערה 5 לעיל עמ' 258, 273.

¹³³ האמנה האירופית על זכויות אדם. למקורות נוספים ראו ויסמן, הערה 5 לעיל, עמ' 258, 272.

"אין אחידות דעים בין שופטים, מלומדים ומשפטנים בשאלה אם הטלת מס מהווה פגיעה בזכות הקניין... אלא, שאין עלינו להידרש לשאלה זו בעניין שלפנינו, משום שגם אילו סברנו כי יש בהוראת החוק שאינה מתירה ניכוי הוצאת מס לצורך מס הכנסה, פגיעה בזכות קניין, אנו בדיעה, כי החוק המורה כן, שנועד להחליף הסדר חוקי אחר, איננו בלתי חוקתי, באשר הוא נחקק לתכלית כלכלית-מיסויית ראויה והוא איננו פוגע בזכות, במידה העולה על הנדרש".¹³⁴

5. הזכות לקניין משנה את האיזון בתחום העיקולים הזמניים

בית המשפט העליון פסק כי בשל זכות הקניין, משתנה האיזון שבבקשה למתן צו עיקול זמני במסגרת הליך משפטי.

"סדרי הדין האזרחי... מאזנים בין האינטרסים המתחרים של בעלי-הדין בהתחשב במשקלם הסגולי של אינטרסים אלה... מכאן נובע כי בבקשה למתן צו עיקול זמני יש לאזן בין האינטרס של התובע להגשים את זכויותיו כפי שייקבעו בפסק-הדין לבין האינטרס של הנתבע שזכות הקניין שלו לא תיפגע. באיזון זה מוענק לאינטרס של הנתבע מעמד עדיף... זכות הקניין היא זכות חוקתית.... אמנם סעיף 10 לחוק מגן על התחיקה הקיימת מפני ביטול על-יסוד סעיף 8 או סעיף 1. ואולם, לנוכח הכלל שהתגבש בפסיקה בדבר פירוש התחיקה לאור עקרונות היסוד של שיטתנו, ובמרכזם זכויות היסוד של האדם, מובן הוא כי יש לפרש גם את התחיקה הקיימת ברוח הוראות חוק-היסוד".¹³⁵

6. זכות הקניין ומעמדה בהתנגשות מול זכויות אחרות

ככל זכות, זכות הקניין אינה מוחלטת. לעיתים, היא מתנגשת בזכויות אחרות ויש לאזן בינה לבינה. בפרק זה נסקור אחדות מההתנגשויות שהגיעו לפסיקה ולספרות המשפטית.

(א) קניין מול שוויון

¹³⁴ בג"ץ 4197/00 התאחדות הקבלנים והבונים בישראל נ' שר האוצר, דינים עליון נח 827, 827.

¹³⁵ בשי"א 4459/94 סלמונוב ואח' נ' שרבני ואח' פ"ד מט(3) 479.

ההתנגשות בין זכות הקניין לבין הזכות לשוויון עשויה להתעורר כאשר הבעלים של מקרקעין פרטיים,¹³⁶ שאינו מעניק שירות ציבורי,¹³⁷ מפלה בין אנשים שונים בכניסה למקרקעיו.

כשהקניין הוא פרטי עולות שאלות קשות כגון האם זכאי בעליו של קניין להשתמש בו בשרירות, או האם בהליך של מכרז פרטי יש חובה לנהוג בשוויון.¹³⁸ פרופסור מיגל דויטש¹³⁹ טוען כי

"יש ליתן משקל שולי בלבד לעקרון השוויון התמודדותו מול חופש הקניין של בעל הקניין הפרטי, שאינו מצוי תחת משטר של דואליות נורמטיבית. אכן הפריבילגיה להחליט מהי העסקה שיעשה בעל הקניין בקניינו מצויה בלב ליבו של חופש הקניין... אף כאשר מגנים על זכות השוויון אל מול חופש הקניין הנזכר, יש לעשות כן רק במצבים קיצוניים ולהסתפק בהטלת סנקציה כספית על בעל הקניין, כאשר הוא נוהג בהפליה פסולה, מבלי לפגוע בקניינו בעין."

(ב) קניין מול חופש הביטוי וחופש האסיפה

שאלת האיזון בין זכויות אלו עשויה להתעורר בהקשר של הפגנה אותה מבקשים לקיים באופן המפריע לדיירי איזור ההפגנה, קרי לפגוע ביכולתם של אותם אנשים ליהנות מרכושם. השאלה נדונה בפס"ד **דיין נ' וילק**¹⁴⁰ אשר עסק בקיום הפגנות בסמוך לביתו הפרטי של הרב עובדיה יוסף.

כן עלה הנושא בהקשר לשאלת חופש הביטוי של עתונאים, וזאת לנוכח הפררוגטיבה של המעביד לנהל את מקום העבודה על פי ראות עיניו.¹⁴¹

(ג) קניין מול זכויות עובדים

התפיסה שהפררוגטיבה של המעביד לנהל את מקום העבודה על פי ראות עיניו נובעת מזכותו של המעביד לקניין, יוצרת, לגישתם של חלק מהמלומדים, הפרה של האיזון

¹³⁶ כאשר מדובר בקניין ציבורי או "דו מהותי", יחולו על בעל הקניין עקרונות שוויון מכוח הדין הציבורי: ע"א 3414/93 **און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ**, פ"ד מט(3) 196.

¹³⁷ בנתונים מסויימים, הסוגיה מוסדרת על-ידי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

¹³⁸ ד"נ 82-22 **בית יולס בע"מ נ' רביב משה בע"מ**, פ"ד מג(1) 441.

¹³⁹ דויטש, הערה 1 לעיל, בעמ' 267.

¹⁴⁰ בג"צ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456.

¹⁴¹ דב"ע 223-3 **פלשתיין פוסט בע"מ - ג'ואנה יחיאל**, פד"ע כ"ז 436. ראו גם אילנה דיין-אורבך, "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" **עיוני משפט** כ (תשנ"ז) 377, 428-422, 434-437.

בתחום יחסי העבודה, וזאת בהעדר העלאת זכויות יסוד של העובדים לדרגה חוקתית על חוקית.¹⁴²

(ד) קניין מול חופש העיסוק

זכויות אלו מתעמתות לעיתים תכופות. הנושא עולה בנושאים של אי-תחרות, בהם מבקש הגורם המגביל לשמר את קניינו, בדרך של פגיעה בחופש העיסוק של הגורם העשוי להתחרות בו.

"נגד חופש העיסוק של העובד ושל המעביד החדש עומדים אינטרסים ראויים להגנה של המעביד המקורי, ובהם קניינו"

143

הקשר נוסף שבו מתעמתות זכויות אלו עולה בהקשר של דיני הקניין הרוחני (פטנטים, סימני מסחר וזכויות יוצרים) שנועדו ליצור איזון בין זכותו של הבעלים בקניינו הרוחני לבין חופש העיסוק של אחרים.

7. פגיעה בקניין בדרך של חקיקה רטרואקטיבית

חקיקה של הכנסת המבטלת רטרואקטיבית זכויות שהוענקו בחקיקה קודמת עלולה להוות פגיעה בקניין. בית המשפט העליון פסק לאחרונה כי חקיקה כזו עלולה להיפסל, אם לא ניתנה בה הדעת על אותם שהסתמכו על החוק בתקופת הביניים שבטרם ביטלו.¹⁴⁴

חלק ז: שאלות ונושאים לדיון

1. כיצד לנסח את הזכות?

בעולה מהפרק העוסק במשפט משווה, העיון בחוקות זרות רבות מלמד כי הניסוח הלקוני והעמום "אין פוגעים בקניינו של אדם" אינו מקובל במיוחד. חוקות מודרניות, המתאייסות לזכות לקניין, מגדירות בחלקן את הזכות לקניין כזכות הנושאת עמה אחריות. כך, למשל, חוקת גרמניה, הקובעת כי "קניין נושא עימו מחוייבויות, והשימוש בו צריך לשמש גם את טובת הציבור". חוקת קרואטיה קובעת כי "קניין נושא עימו מחוייבויות. הבעלים והמשתמשים בקניין יתרמו לרווחת הציבור". חוקת רומניה קובעת כי "הזכות לקניין מחייבת שמירתן של חובות הקשורות להגנת הסביבה ולשכנות טובה כמו גם חובות אחרות המוטלות על בעלים, בהתאם לדין או למנהג".

¹⁴² רות בן ישראל, "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד (תשנ"ד) 27.

¹⁴³ בג"ץ 1683/93 יבין פלסט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4) 702.

¹⁴⁴ בג"ץ 9098/01 ילנה גניסו ואח' נ' משרד הבינוי והשיכון ואח' (טרם פורסם, ניתן ביום 22.11.2004).

גם חלק מהצעות החוקה בישראל קבעו את הזכות לקניין תוך איזונה, בתוכה, עם שיקולים של טובת החברה.¹⁴⁵

כפי שפורט לעיל, גם בספרות המשפטית הובעה, מחד, העמדה כי ככל שהזכות לקניין במשטר נתון חזקה יותר, יש בה כדי להקשות על יכולתו של הפרלמנט לחלק מחדש את הנכסים בחברה, מכיוון ש כינונה של הזכות לקניין מחזקת את ההגנה על זכות הקניין הפרטי. עם זאת, כפי שצויין בספרות המשפטית הובעה גם עמדה אחרת, המציעה "הבנה חלופית של משמעות סעיף 3 לחוק היסוד, המקשרת את הקניין גם לערכים של אחריות חברתית ושל צדק חלוקתי.

ראוי לשקול אם הרשות המכוננת רוצה להכריע בשאלה אם הזכות לקניין כשלעצמה מהווה משקולת המגבילה חלוקה מחדש של המשאבים, באופן שנעשה בכמה וכמה חוקות, או להשאיר נקודה זו להחלטתו הבלעדית של בית המשפט כפרשן החוקה. לגבי ניסוח הזכות, ראוי לציין גם כי חלק מהחוקות מגדירות את הזכות במפורט, ככוללת את הזכות להחזיק בנכסים, להשתמש בהם ולהיפטר מהם. יש גם חוקות המתייחסות לשאלת הזכויות הקנייניות של זרים, ובפרט ביחס לזכותם לרכוש במדינה נכסי מקרקעין.

2. האם לכלול בניסוח הזכות התייחסות לפיצוי בגין נטילה שלטונית?

חוקות רבות המסדירות את נושא ההפקעה מתייחסות באופן מפורש לגובה הפיצויים שיש לתת במקרה של הפקעה. הפיצוי הניתן אינו בהכרח ערך מלא.

הצעת החוקה האירופית: fair compensation; חוקת דרום אפריקה: just and equitable¹⁴⁶; בגרמניה: an equitable balance between the public interest and the interests of those affected; באוסטרליה: just terms; בהולנד: full compensation; בצרפת: equitably indemnified; ברוסיה: complete compensation; ברומניה: just compensation. בהצעות חוקה ישראליות בעבר הוזכרו המונחים "פיצוי נאות" ו"פיצוי הולם", אך באחת ההצעות נקבע גם, למשל כי הפיצוי יהיה "זולת אם שלל או הגביל החוק את הפיצוי".

חלק מהחוקות הזרות מחייבות כי התשלום במקרה של הפקעה יהיה מראש, בטרם ביצוע מעשה ההפקעה עצמו.¹⁴⁷ האפשרויות בנושא זה הן:

- לא להתייחס לעניין ברמה החוקתית ולהשאירו בשיקול דעת של בית המשפט.
- לקבוע ברמה החוקתית את רמת הפיצוי המינימלית.

¹⁴⁵ ראו למשל את הצעת פרופ' אקצין, בנספח א' למסמך זה.

¹⁴⁶ תוך קביעה שיפוטית שפיצוי צודק ושוויוני אינו בהכרח מחיר השוק. החוקה מכתיבה סדרת פרמטרים לקביעה מהו פיצוי צודק ושוויוני.

¹⁴⁷ למשל חוקת הולנד, ההכרזה הצרפתית על זכויות האדם, חוקת רוסיה, חוקת רומניה.

3. האם פגיעה בקניין תוך פיצוי מלא מותרת גם בלא עמידה בתנאי פסקת הגבלה?

האם כשהרשות דורשת נכס מסויים הנחוץ לה לצרכי ציבור ומוכנה לשלם עבורו את מחיר השוק שלו, מתקיימת פגיעה בקניין, הכפופה לביקורת שיפוטית? על פי המשפט האמריקאי המצב המתואר אינו מהווה פגיעה בזכות החוקתית לקניין, כל עוד ניתן פיצוי הולם, ובמסגרת "הליך נאות" הכולל בדיקה מינימלית של שיקולי הרשות).

בישראל, קבעו השופט ברק בפס"ד **בנק המזרחי** והשופטת דורנר בפס"ד **נוסייבה** כי הפקעה עם מתן פיצוי מלא מהווה פגיעה בקניין וכפופה לביקורת שיפוטית. האפשרויות בנושא זה הן:

- לא להתייחס לעניין ברמה החוקתית ולהשאירו בשיקול דעת של בית המשפט.
- לקבוע ברמה החוקתית כי חוק המאפשר הפקעה תמורת פיצוי מלא לא יהווה פגיעה בקניין.

4. מס כפגיעה בקניין?

בפסיקה, ובספרות המשפטית שלאחר חוק היסוד, קיימת מחלוקת עזה אם הטלת מס מהווה, כשלעצמה, פגיעה בזכות החוקתית לקניין. מובן שגם אם מס מהווה עקרונית פגיעה בקניין, אין בכך כדי לקבוע, כי כל מס הינו פסול, אולם יהא בכך כדי להכפיף כל מס, ואולי גם כל הוצאה תקציבית הממומנת באמצעות כספי המסים, לביקורת שיפוטית בשאלה אם החוק שהטיל את המס (או את ההוצאה התקציבית) הינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", "לתכלית ראויה", ומידתי.

יצוין כי הסמכות להטלת מסים מוסדרת, במקביל בחוק-יסוד: משק המדינה. בין התומכים במסקנה כי מס הוא כלשעצמו פגיעה בקניין השופטים בך וריבלין, פרופ' אהרון יורן, ופרופ' יצחק הדרי. גישה לפיה מס לא יהווה, אוטומטית, פגיעה בקניין, עולה מעמדותיהם של פרופ' אמנון רובינשטיין, והיועץ המשפטי לממשלה לשעבר, מיכאל בן-יאיר. גישות ביניים הוצעו על-ידי פרופ' יוסף אדרעי והנשיא שמגר. הנשיא ברק השאיר את השאלה בצריך עיון.

במדינות רבות בעולם, וכן במסמכים חוקתיים בינלאומיים, נקבע כי מס אינו מהווה פגיעה בקניין.

לבית-המשפט העליון ניתנה האפשרות להכריע בסוגיה עקרונית זו יותר מפעם אחת, אולם בית-המשפט בחר, כמעט תמיד, להתחמק ממתן תשובה, על ידי קביעה שגם אם עקרונית מס מהווה פגיעה בקניין, המס הספציפי העומד לפניו עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה, ולכן אין צורך להכריע אם מס כשלעצמו מהווה פגיעה בקניין. האפשרויות בנושא זה הן:

הזכות החוקתית לקניין

- לא להתייחס לעניין ברמה החוקתית ולהשאירו בשיקול דעת של בית המשפט.
- לקבוע ברמה החוקתית כי מס מהווה פגיעה בקניין, ולפיכך כפוף לתנאי פסקת ההגבלה
- לקבוע ברמה החוקתית כי חוק מס שנחקק בהתאם לאמור בחוק-יסוד: משק המדינה (או בפרק משק המדינה בחוקה) לא יהווה פגיעה בקניין.

חלק ח: רשימת מקורות

1. חוקים וחוקי יסוד

- חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב, 150.
- חוק-יסוד: משק המדינה, 1975, ס"ח תשל"ה, 206.
- חוק זכות יוצרים, 1911, חא"י כרך ג', 2633.
- חוק המקרקעין, תשכ"ט 1969, ס"ח 259.
- חוק המיטלטלין, תשל"א 1971, ס"ח 184.
- חוק הפטנטים, תשכ"ז-1967, ס"ח 148.
- פקודת סימני מסחר [נוסח חדש], תשל"ב 1972, נ"ח 26, 511.
- חוק ההוצאה לפועל התשכ"ז-1967, ס"ח 116.
- פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי צבור-1946), ע"ר 1946, תוספת 1, 153.
- חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, ס"ח 307.
- חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957, ס"ח 103.
- חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 58.

2. פסיקה

- ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פד"י מט(4) 221.
- בג"ץ 5263/94 הירשזון נ' שר האוצר, פ"ד מט(5) 837.
- בג"ץ 00 / 244 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו (6) 25.
- ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' יהודית הורוויץ, פ"ד נו (4) 913.
- דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' יהודית הורוויץ דינים עליון סז 729.

- בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים נ' התעשייה האווירית, דינים-עליון סח 31.
- 216/66 עיריית ת"א יפו נ' אבו דאיה, פ"ד כ(4) 522, 546.
- ע"א 377/79 פייצר נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה רמת גן, פ"ד לה(3) 656.
- ע"א 524/88 פרי העמק נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529.
- דנג"צ 4466/94 מאזן חסן זכי נוסייבה ו-2 אח' נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68.
- רע"א 5222/93 גוש 1992 בנין בע"מ נ' חברת חלקה 168 בגוש 6181 בע"מ (טרם פורסם).
- ע"א 5209/91 מדינת ישראל נ' רמיד את בינימין בע"מ, פ"ד מט(4) 830.
- המ' 33/53 מאיר סלומון נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז(2) 1023.
- ד"נ 29/69 אביבים בגוש 3997 נ' שר האוצר, פ"ד כד(2) 397.
- ע"א 268/70 עיריית רמת-גן נ' תיק, פ"ד כה(1) 87.
- דנ"פ 2316/95 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589.
- בג"צ 3956/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה, דינים עליון, כרך ל"ח, 125.
- בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 662.
- ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ובניה נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629.
- ע"א 10608/02 שריף הזימה נ' אגף המכס והמע"מ (טרם פורסם, ניתן ביום 9.3.04).
- בג"ץ 4197/00 התאחדות הקבלנים והבונים בישראל נ' שר האוצר, דינים עליון נח 827.
- בש"א 4459/94 סלמונוב ואח' נ' שרבני ואח' פ"ד מט(3) 479.
- ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196.
- ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה בע"מ, פ"ד מג(1) 441.
- בג"צ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456.
- דיון מס' נג' 3-223 פלשתיין פוסט בע"מ - ג'ואנה יחיאל, פד"ע כ"ז 436.
- בג"ץ 1683/93 יבין פלסט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4) 702.
- ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, כפר-סבא פ"ד מו(4) 627.
- *First English Evangelical Lutheran Church v. Los Angeles County* 482 U.S. 304 (1987).

3. ספרים ומאמרים

- אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה חמישית, תשנ"ז)
- יהושע וייסמן, **דיני קניין**, חלק כללי, נבו (1993)
- יהושע וייסמן, הגנה חוקתית לקניין, **הפרקליט** מב, 258
- יואב דותן, "המעמד החוקתי של זכות הקניין", **משפטים** כ"ח (תשנ"ז) 535
- חנוך דגן, "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי", בספר **צדק חלוקתי בישראל** (מנחם מאוטנר, עורך, הוצאת רמות, תשס"א) 97.
- יהודית קרפ, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו — ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א (תשנ"ג) 323
- אייל גרוס, "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 405
- אביעד הכהן, "וכי רבים הגזלנים הם? על הפקת מקרקעין ופגיעה בזכות הקניין במשפט העברי", **שערי משפט** 1 (תשנ"ז) 39.
- דפנה לוינסון-זמיר, "ההגנה החוקתית על הקניין ודיני הפקעת מקרקעין", ספר וייסמן, תשס"ב, 375
- הלל סומר, "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" **דין ודברים** א (תשס"ה) 59, 70-72.
- א' יורן המהפכה החוקתית במיסוי בישראל, **משפטים** כג (תשנ"ד) 55
- הרצאה של השופטת דורנר בכנס של גלובס עם לשכת שמאי ישראל בנושא- **פגיעה מתוכנית, הפקעות ופיצויים**, 8.10.2002 ופורסמה באתר <http://www.globes.co.il/serve/ads/globes/Yezum/dorner.doc>
- יצחק הדרי "נורמת המידתיות וביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקי מס" **הפרקליט** מו (תשס"ב) 11.
- יוסף מ' אדרעי, הגבלות חוקתיות וערכיות על הטלת מס רווחי הון בבורסה **מסים** ח(א) (תשנ"ד) 55.
- אילנה דיין-אורבך, "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" **עיוני משפט** כ (תשנ"ז) 377
- רות בן ישראל, "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" **שנתון משפט העבודה, כרך ד'** (תשנ"ד)
- Frank I. Michelman "possession vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property" 72 **Iowa L. Rev.**(1987) 1319
- James A. Barron & C. Thomas Dienes, *Constitutional Law* (5th ed. 2003) 188-189

- Richard Clayton & Hogh Tomlinson, *The law of human rights*, vol.1, oxford 2000, p.1321
- Catarina Krause, *Economic, Social And Cultural Rights*, Martinus Nijhoff 1995
- Tom Allen , *The Right To Property In Commonwealth Constitutions*, Cambridge, England : Cambridge University Press, 2000, p. 69
- *Constitutional law of Canada*, carswell, 1992, 28.5(d) Peter W. Hogg.,
- *German constitutional law*, , ashgate 1999, p.321 , sabiene michalowski & lorna woods

4. אתרי אינטרנט

- <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/index.html> , אתר בינלאומי לחוקות
- <http://confinder.richmond.edu> , אתר חוקות של אוניברסיטת Richmond
- <http://www.cecl.gr/RigasNetwork/databank/REPORTS/r17/Socaciu.htm> אתר מאוניברסיטת בוקרשט, רומניה.
- <http://www.law.cornell.edu/constitution.billofrights.html#amendmentv> , אתר אוניברסיטת קורנל
- <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG> , אתר אמנות בינלאומיות של מועצת אירופה
- <http://www.info.gov.za/constitution/1996/96cons2.htm#25> , אתר ממשלת דרום אפריקה
- <http://www.iuscomp.org/gla/index.html> , אתר משפט גרמני באנגלית
- <http://www.aph.gov.au/senate/general/constitution> , אתר הפרלמנט האוסטרלי
- http://www.elysee.fr/ang/instit/text1_.htm , אתר נשיא צרפת
- <http://president.kremlin.ru/eng/articles/ConstEng1.shtml> , אתר נשיא רוסיה
- http://www.usud.hr/htdocs/en/the_constitution.htm , אתר בית המשפט העליון הקרואטי.

כל האתרים נצפו חודש בנובמבר 2004