



ההגנה החוקתית על הקניין - הלכה למעשה*

.....
ד"ר יחיאל בהט

מאמר סוקר את המגמות המסתמנות לגבי מידת ההתערבות השיפוטית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בנושאים כלכליים וקנייניים. דומה, שבית המשפט העליון הותיר מרחב די ניכר להתערבות מכוח זכות יסוד הקניין, מרחב המוגבל מאד, אמנם, על ידי "פיסקת ההגבלה".



בפועל, משבוחנים את פסקי הדין, רואים, מצד אחד, התאפקות של בית המשפט מהתערבות במדיניות המחוקק (בפרשת התיקון ל"חוק גל"), לעומת מקרים אחרים, בהם הפעיל בית המשפט את כוחו בצורה רחבה, כמו בפרשות **הירשנזון**, **זנדברג**, אמנם תוך נטייה לפרשנות החוק ולא למתקפה ישירה. הנכונות להתערב רבה כנראה יותר לגבי חקיקת משנה (אף אם קדמה לחוק היסוד) ובמשפט הפרטי (פסק הדין **בנק לאומי נ' כונס נכסים ומנהל**). מקרים של התערבות שלטונית, בנושאי הפקעות, למשל, טרם זכו להשלכות מרחיקות לכת של חוק היסוד, הגם שהפוטנציאל הובע בפסיקה.

דומה, שה"חלחול" למשפט הפרטי עשוי להרחיב את התפיסה היחסית של הקניין, ולהשפיע על החקיקה העתידית בו. אולי אף יותר מאשר השפעת חוק היסוד על נושאים מעורבים של קניין ומשפט ציבורי, או על מקרים של התערבות המדינה בקניין הפרטי, שם ניכרת התאפקות של בית המשפט העליון בהתערבותו.

* המאמר מבוסס על הרצאה מטעם המכון להשתלמות עורכי-דין בלשכת עורכי-הדין בירושלים.

א. מבוא: מגמות סותרות לגבי נכונות ההתערבות מכוח חוקי היסוד בנושאים קנייניים וכלכליים

ב. תזכורת: זכות הקניין בחוק היסוד והמנגנון של הפעלת ההגנה

ג. אי ההתערבות בעניין התיקון לחוק גל

1. בנק המזרחי נ. מגדל

2. טענת השוויון

3. להשוואה עם פשיטת רגל ולבעיה של התערבות המדינה

4. מידרג של זכויות קניין

5. האם ההתערבות ממתנה לנושאים שוליים יותר?

ד. השפעה על פרשנות חקיקה - דווקא במידה רחבה

ה. הפוטנציאל (שלא הוגשם) בנושאי הפקעות

ו. חלחול זכות היסוד במשפט הפרטי

ז. שאלות לעתיד לבוא בנושאי מיסוי, התערבות המדינה ועוד

ח. הבחנה בין השאלות: האם המדובר בקניין - האם יש פגיעה בקניין - והאם הפגיעה חוקתית

ט. היחסיות של זכות הקניין

י. ההגנה היחסית על נושים מובטחים - ההגנה וההגבלה

1. ההגנה

2. ההגבלה של נושים מובטחים כהדגמה ליחסיות הקניין

יא. סיכום

א. מבוא: מגמות סותרות לגבי נכונות ההתערבות מכוח חוקי היסוד בנושאים קנייניים וכלכליים

חוקי היסוד החדשים זוכים היום לשימוש רב בטיעונים בבית המשפט, בהתייחסות של בתי המשפט ובספרות. ההתייחסות אינה רק בנושאים מובהקים של כבוד האדם, אם כי גם הניסיון בארה"ב מלמד, שההתערבות החוקתית הגדולה יותר הייתה בנושאים של חופש הביטוי, אפליה גזעית וכדומה. להתייחסות רבה זכה אצלנו גם סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לגבי זכות הקניין.

בנושא זכות הקניין יש הרגשה של גישושים ופסיחה על הסעיפים - בין שימוש רחב בהזדמנות שמקנה חוק היסוד לבין חשש מביטול מפורש של חקיקה.

בפרשת **בנק המזרחי - מגדל¹** הייתה לבית המשפט העליון הזדמנות הגדולה להתערב בעניין כלכלי מובהק - בעניין התיקון לחוק גל². בית המשפט החמיץ אולי את ההזדמנות הזאת להתערבות. מאות הדפים של פסק-הדין מגלים את דעתם הנחושה של רוב השופטים לגבי זכות הקניין, שמדובר בזכות "חוקתית", או "על חוקית"³ - ושבית המשפט יכול להתערב בחקיקה של הרשות המחוקקת. אבל, לצד הבנייה המונומנטלית של העקרונות החוקתיים, לדעת אחדים רחבה מידי, לא באה במקרה הזה ההתערבות, שאולי דווקא מקרה זה הצדיק, ועל כך נראה בהמשך.

לעומת זאת, במקרים אחרים בית המשפט לא היסס להפעיל את כוחו הרב מכוח זכות הקניין - ואפילו כשמדובר היה בדרך כלל בהפעלה בדרך של פרשנות החוק - חוק שקדם לתחולת חוק היסוד⁴. יש מקום להשערה, שבית המשפט מוכן "לחשוף שיניים" ולהתערב, כאשר הוא מסוגל לעגן את ההתערבות בצורה של פרשנות⁵, או לתקוף חקיקת-משנה ופעולות מינהל (אולי במקומות שהיה ממילא ראוי לעשות זאת טרם חוק היסוד), כאשר אינו צריך להתריס ישירות כלפי הרשות המחוקקת ואינו צריך לבטל במישרין חקיקה ראשית. בהמשך יובאו דוגמאות לכך:

פסק הדין המפתיע בבג"צ 5263/94 **הירשנזון ואח' נ' שר האוצר⁶**;

פס"ד **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' כונס נכסים ומנהל של החברות ואח'⁷**;

ע"א 5209/91 **מדינת ישראל נ' רמיד את בנימין בע"מ⁸** - כדוגמה לכך שגם חוקים שקדמו לחוק היסוד יפורשו לפי רוח חוק היסוד;

המקרה של **ח"כ אליעזר זנדברג נ' רשות השידור⁹** - הפעם דווקא לגבי חוק תשריר חדש, שלאחר חוק היסוד - בית המשפט העליון בהרכב של 12 שופטים נוקט ב"פנטנט" של פרשנות חוקתית שצמצמה את הכוח הרטרואקטיבי להטיל קנסות פיגורים - וכך נמנע מהצורך

1 ע"א 6821/93 רע"א 1908/94, רע"א 3363/94 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שתופי ואח'**, פ"ד מט(4) 221.

2 חוק הסדרים במגזר חקלאי המשפחתי (תיקון), התשנ"ג - 1993, ס"ח 178.

3 ראו גם דעת הרוב בבש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355 לגבי טיב הזכויות בחוק היסוד.

4 וראו **להלן פרק ז**.

5 כמו בגנימאת, **לעיל** הערה 3, או בבר"ע 6418+6422/93 **בנק לאומי לישראל בע"מ ואח' נ' כונס נכסים ומנהל של החברות ואח'**, פ"ד מט(2) 685, שיובא בהמשך.

6 פ"ד מט(5) 837.

7 **לעיל** הערה 5.

8 פ"ד מט(4) 830.

9 בג"צ 4562/92 **ח"כ אליעזר זנדברג נ' רשות השידור** (טרם פורסם).



הדין בנק לאומי¹⁶.

נראה את החקיקה לאחרונה בעניין הזה, שבהשפעת חוקי היסוד ידעה להגן על נושים מובטחים, אבל גם לצמצם את זכויותיהם לפי התורה של היחסיות של חוקי היסוד. יודגם עיצוב החקיקה ברוח היחסיות.

ב. תזכורת: זכות הקניין בחוק היסוד והמנגנון של הפעלת ההגנה

להלן תזכורת קצרה וסכימטית, כיצד ניתן לאתר הוראות חקיקה או פעילויות העומדים בסתירה לחוק היסוד:

1. יש לאתר פגיעה כלשהי בזכות הקניין. כפי שנראה להלן, זכות הקניין התפרשה בצורה רחבה, לרבות זכויות חוזיות. פגיעה כזאת תימצא במקרים רבים, אולם פגיעה כזאת כשלעצמה אינה מצדיקה פסילה של חוק, הוראה או פעילות מסוימת. עם הימצא פגיעה כזאת צריך לבדוק אם ההגבלה חוקית¹⁷. על פי בג"צ **כלל - מגדל¹⁸**, עובר נטל הראייה עם הימצא הפגיעה למי שטוען שההגבלה אינה חוקית. לאחר פסק הדין **בנק המזרחי נ' מגדל¹⁹** אין דעה אחידה לעניין נטל ההוכחה, כפי שנראה בהמשך.

2. ככל שמדובר בפגיעה בתאגידים, צריך להניח שחוק היסוד מבקש לאסור גם על פגיעה בתאגיד. כיום קל

לבטל את החוק. החוק שנותר אחרי הפירוש המצמצם הוא "חוקתי".

יש סימנים לכך, שדווקא לפסיקה במשפט הפרטי "חלחלו" זכויות היסוד בעוז, לפעמים אולי שלא לצורך²⁰.

בנושאים שגובלים במשפט הציבורי, נושאי ההפקעות, למשל, התוצאות לא היו חדות כל כך. אמנם התגלה פוטנציאל של תקיפה והגבלה של פעולות מנהליות, שנותר לעקוב איך ישתמש בו. נראה את פסקי הדין בעניין שיהיו במימוש הפקעה ושינוי יעוד הפקעה בפרשות **נוסייבה²¹**; בג"ץ 3028/94 **מהדרין בע"מ ואח' נ' שר האוצר²²**; בג"צ 2739/95 **מחול נ' שר האוצר ואח'²³**.

העניינים הקשים ביותר עוסקים בפגיעה במצבור נכסים ולא בקניין בנכס מסוים דווקא: עניין **המיסוי**, או בעיית **התערבות המדינה** על ידי סבסוד וסיוע למגזרים אחדים ולא לאחרים.

נושא שמתחיל להתפתח הוא ההכרה ביחסיות של זכות הקניין¹⁴ -

אפשר לראות את זה בפסק הדין **צודלר¹⁵**, על שיקום בית משותף שנהרס.

הנושא הזה בולט לאחרונה בשאלות של **ההגנה על נושים מובטחים** - נושא מובהק של דיני קניין - ושאלת **ההגבלה של נושים מובטחים**. נראה לעניין זה את פסק

10 ראו להלן פרק 1.

11 דנג"צ 4466/94 **נוסייבה נ' שר האוצר**, פ"ד מט(4) 68, ששינה את תוצאת בג"צ 5079/91 **נוסייבה נ' שר האוצר** (טרם פורסם).

12 טרם פורסם.

13 טרם פורסם.

14 ראו להלן פרק ט.

15 רע"א 7112/93 **צודלר נ' יוסף**, פ"ד מח(5) 550.

16 לעיל הערה 7.

17 א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" **משפט וממשל א** (תשנ"ג) 256, 253. להעברת נטל השכנוע ראו בג"ץ 878/94 726/94 **כלל חברה לביטוח בע"מ ומגדל חב' לביטוח בע"מ נ' שר האוצר ואח'**, פ"ד מח(5) 441.

18 שם.

19 לעיל הערה 1.

לעמוד. חוק המגביל את הנושים במהלך השיקום יהיה כמעט תמיד חוק לתכלית ראויה, ככל שינסה לקדם את שיקום התאגיד, את שיקום המגזר החקלאי וכדומה. בדומה חוק שתכליתו להציל את קופת רשות השידור²⁴ וכדומה.

6. או - אז נשאר השאלה של המידה הראויה של הפגיעה: **"במידה שאינה עולה על הנדרש"**. למעשה כאן יתמקדו רוב השאלות הקשות: האם המידה של הפגיעה אינה חמורה מידי, והאם לא ניתן היה להשיג את התכלית הראויה בדרך שונה. השאלה תיבדק כנראה יחסית לחשיבות התכלית הראויה. האמצעים שהחוק נוקט בהם צריכים לשרת את התכלית הזאת. יש חשיבות גם לשאלה, אם לא ניתן להשיג את אותה תכלית, או את עיקרה, באמצעי חמור פחות²⁵.

7. במקרים שהפגיעה חמורה מעבר לדרוש, תיפסל לכאורה חוקיות הוראת החוק. יכולות להיות גישות שונות לגבי **נטל השכנוע**, כמו שמשתקף בפרשת **בנק המזרחי**: ברור שעל הטוען פגיעה להוכיח פגיעה. אחר כך, לדעת השופט דב לוין, עובר נטל הראייה לטוען שהחוק עומד בפיקסת ההגבלה. השופט ברק נטה לדעה זאת, אך השאירה בצריך עיון. הנשיא שמגר קבע חלוקה: לעניין התכלית, הנטל על המדינה; לעניין פגיעה העולה על

לצאת מההנחה הזאת, שהיא מקובלת, וגם נפסקה - למשל בבג"צ **כלל - מגדל**²⁰.

3. **פיקסת ההגבלה**: הפגיעה בזכויות על פי חוק היסוד אפשרית רק ב"חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" - סעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. זוהי **פיקסת ההגבלה**. בית המשפט רשאי לבטל הוראת חוק העומדת בסתירה לחוק היסוד, גם אם חוק היסוד אינו כולל הוראה המשריינת אותו ברוב הדרוש לשינוי, וזאת בהתאם ל"פיקסת ההגבלה" האמורה²¹.

4. **"חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל"** - הערכים מופיעים בסעיפים 1 ו-1א של חוק היסוד - ערכים של מדינה יהודית דמוקרטית. רבות דנו בשאלה מה תוכנם²². נצא מנקודת הנחה, כי בדרך-כלל לא יעמוד המבחן הזה כמכשול בפני חוק העוסק בנושא ממוני. ראינו ב**בנק המזרחי נ' מגדל**²³ שאין בעיה לקבוע, ש"חוק גל", למשל, עומד במבחן, שכן בא להסדיר בעיה כלכלית של מיגזר מסוים.

5. הפגיעה צריכה להיות בחוק, או על פי חוק, "שנועד **לתכלית ראויה**". דומה, שגם במבחן זה לא קשה

20 **לעיל** הערה 18; א' ברק, **פרשנות במשפט**, כרך ג (תשנ"ד) 440-438; א' יורן, "המהפכה החוקתית במיסוי בישראל", **משפטים** כ"ג (תשנ"ד) 55, 66-8.

21 כלומר, לא רק בחוק יסוד חופש העיסוק, שנכללה בו הוראת שיריון, אלא גם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו פסק הדין **בנק המזרחי - מגדל, לעיל** הערה 1; א' ברק, שם, 514, 284-280, 54; א' מעוז "משפט חוקתי" **ספר השנה תשנ"ב-תשנ"ג** (א' רוזנצבי, עורך), 149, 143, וסיכום דעות נוספות, שם, בהערה 19.

22 לאפשרות סינתזה בין הערכים ראו מ' אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם - מאין לאן?" **מחקרי משפט יב** (תשנ"ו) 253. ראו בחוברת זאת מאמר הפתיחה של פרופ' אלון.

23 **לעיל** הערה 1.

24 פרשת **ח"כ אליעזר זנדברג, לעיל** הערה 9.

25 א' ברק, **לעיל** הערה 20, 535-557, 621-623. ראו שם ל"תורת המדריגות". בפסה"ד **בנק המזרחי נ' מגדל, לעיל** הערה 1, כפי שנראה בהמשך, אמרו זאת - אבל ספק איך בדקו.



קונסטיטוציונית, שרק עמודים בודדים ממנו עוסקים בחוק גל ובתיקון לחוק גל. לדעתי יש כאן המעטה בכבוד הנושא הכלכלי הרציני שהתעורר, ואולי בכלל בנושאים הכלכליים. זאת בלי קשר לתוצאה של פסק הדין. קשה להסביר את הפער בין ההתעמקות של בית המשפט והחרדה שלו, כשהוא דן בסמכויות הכנסת ובסמכותו הוא, ובשאלות החוקתיות והפרשניות, לבין הניתוח הקצר והמרחף מעל השטח בסוגייה הכלכלית והקניינית שהתעוררה בפסק הדין. יש שופטים שהקדישו לכך שלוש - ארבע שורות מפסק דינם. השופט ברק התלבט והודה שאין בידי בית המשפט מספיק חומר - אבל לא היסס לפסוק בכל זאת, תוך תקווה שבעתיד תביא הרשות בפני בית המשפט חומר ראיות רב יותר לגבי הרקע לחקיקה ומהלכה³¹.

כל השופטים בערעור חשבו שהתיקון לחוק אינו בלתי-חוקתי, והוא עמד בתנאי פיסקת ההגבלה. ההחלטה לא נבעה מצמצום המשמעות של פגיעה בקניין, וזה אולי סימן מסוים לעתיד. דעת הרוב המכריע של השופטים בהחלט תמכה בפירוש הרחב של "קניין" ושל "פגיעה בקניין". למשל, השופט שמגר אמר ש"קניין" בחוק היסוד מתפרש גם על זכויות שאינן זכויות קניין במובן הקלאסי - התכלית בחוק היסוד היא מניעת שלילה של מה שיש לאדם - לרבות שלילה של זכויות אובליגטוריות. זאת הפגיעה שחוק היסוד מבקש למנוע. השופט ברק, בעקבות פרופ' ויסמן³², קבע: צריך לפרש זכות קניין על פי התכלית. במישור החוקתי החשוב זה ההגנה על הרכוש.

הנדרש - על הטוען להוכיח. השופט חשין מפריד בין נטל ההוכחה ונטל השכנוע. לדעת השופט גולדברג אין חשיבות לנטל ההוכחה, הניתוח ההגייוני בידי בית המשפט.

8. לפי סעיף 10 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין בחוק היסוד כדי לפגוע בתוקפו של **זין שהיה קיים** ערב תחילתו של חוק היסוד. בהמשך נראה, כיצד בכל זאת ניתן, כאשר בית המשפט רוצה בכך, להסתמך על זכות הקניין בחוק היסוד בדרך של פרשנות.

ג. אי ההתערבות בענין התיקון לחוק גל

1. ע"א 6821/93 רע"א 1908/94, רע"א 3363/94 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שתופי ואח'**²⁶

טרם שניתן פסק הדין בערעור התבקשתי לשאת הרצאה בנושא השלכות חוקי היסוד בבנקאות²⁷, וניסיתי לשער מראש אם יבטל בית המשפט העליון את "התיקון לחוק גל"²⁸. נזקקתי לבדיקה מקיפה. היה עלי לנתח את פסקי הדין המחוזיים, כמו **שרותי אשראי**²⁹ ו**כפר ביאליק**³⁰, לתאר את התוספות שבתיקון לחוק גל, שנוספו לאחר חוק היסוד, ולהיכנס לפירוט מה הייתה השפעתם ומכאן לנחש מה תהייה תוצאת פסק הדין. כל זה היה כנראה מפורט מידי ומיותר, אם משווים לפסק הדין בערעור. פסק דין המשתרע על עמודים רבים, בעל חשיבות

26 לעיל הערה 1.

27 יי בהט, "חוקי היסוד והמעורבות החקיקתית והמנהלית בבנקאות" **רבעון לבנקאות** ל"ג, חוב' 129 (תשנ"ה) 101, 113 ואילך. ראו שם לפירוט הבעיות שהתעוררו בחוק ובחוק המתקן, שהרחיב את המקרים בהם הוצאה ההכרעה בדבר החובות מידי מערכת בתי המשפט למערכת המשקמים.

28 לעיל הערה 2. החוק המקורי, חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, התשנ"ב - 1992, ס"ח 118, נועד לפתור את המצוקה הכלכלית של המושבים וחבריהם. החוק קבע מוסד של משקם, והפנה את הנושים של חקלאים וגופים חקלאיים שונים למשקם, כתחליף למערכת בתי המשפט הרגילה. בסמכות המשקם לקבוע את גובה החוב המקורי, וכן את החוב שיהיה על הגורם החקלאי להחזיר, את משך ההחזר ואת חלוקתו בין הנושים. הסמכות כוללת מחיקת חובות גדולה ופרישה של חובות, המותאמים ליכולת הפירעון. בתיקון לחוק הוכנסו הקלות שונות, על החקלאים בעיקר, ובין השאר, הורחב מעגל החובות שיש להפנות העיסוק בו ממערכת בתי המשפט הרגילה למשקם, וזאת על ידי קביעת מועד חדש להגבלה על החוב הרלבנטי ושעת יצירתו. לפרטים ראו בהט, שם.

29 ת"א (ת"א) 2252/91 המ"ר 5025/92, **שרותי אשראי מסחרי נ' גבעת יואב**, פ"מ תשנ"ד (3) 243.

30 בר"ע (חיפה) 94/18 **כפר ביאליק כפר שיתופי בע"מ נ' נחמיאס דליה ואח'** (טרם פורסם).

31 הדברים בולטים דווקא על רקע דעתו של השופט ברק על תפקיד הרשות השופטת לקבל מידע על חלופות שונות ותכליות אפשריות: אי ברק **הלשכה** גליון 24 (תשנ"ה) 13.

32 ראו יי ויסמן, **דיני קניין - חלק כללי** (תשנ"ג) 74; ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" **הפרקליט** מ"ב (תשנ"ה) 258, 266-68.

שמאפיינת את העם.

כל זה לא היה בלתי צפוי, אבל השאלה הגדולה שהיה צריך לבחון, הייתה האם אמנם הפגיעה לא עלתה על הנדש. אם נדבר על חוק גל עצמו - ובית המשפט לא הגביל את בדיקתו לחוק המתקן בלבד - האם אמנם כך היו מוכרחים לנסח את החוק³⁴: סימנו כפושטי רגל בצורה סיטונית מיגזר שלם, על חלקיו החזקים והחלשים יחד, עיקרו את סמכויות בתי המשפט לגביו, בלי סמכויות של שיקום שאפשר לכפות גם עליו וגם על אחרים, קבעו מנגנון שמיועד רק לקיצוץ חובות, לאו דווקא תוך התניה של בדיקה מה עשה פלוני בכסף בעבר. היו חלופות פוגעות פחות. לדוגמה: הטלת הנטל על תקציב המדינה או על כלל משלמי המסים; שימוש במקרקעי החקלאים, תוך הסרת מגבלות מנהל מקרקעי ישראל, והקלה על סחירותם ושינוי יעוד בהם; או הגברת הניזילות בהחזקות הגופים החקלאיים בנכסים אחרים, בעיקר חברות ואגודות בבעלותם; חיוב בעזרה הדדית. וכן: העולו תביעות כלפי נציגי המדינה בעת חקיקת החוק המתקן, כי כל גורם חקלאי ייאלץ לבחור אם ברצונו לדבוק במצבו המשפטי טרם החוק או שהוא רוצה בהגנת החוק, אולם, אם יבחר בהגנה, יחויב לוותר על תביעות נוספות כלפי נוסיו. השדולה החקלאית מנעה ניסוח זה.

כיצד פתרו רוב השופטים את הבעיה הזאת של ההכרעה בדבר ה"מידתיות" של החוק שהם כותבים עליה בלהט? איך החלטתם מתיישבת עם דברים שהם שואבים מחוקות אחרות, כמו "תורת המדרגות", המחייבת את המחוקק לבחון אם לא ניתן היה להשיג את עיקרי אותה תכלית רצויה, באמצעי חמור פחות? לא הייתה אחידות בראיית אלמנט המידתיות - אצל חלק מהשופטים זו בחירה בין חלופות ואצל אחרים חשובה העמידה בתנאי סבירות. רובם ככולם עטפו את הנושא הספציפי במעטפת עמומה, המאפשרת לא לדחוק במחוקק יתר על המידה, שהרי למחוקק סמכות החקיקה וההכרעה הכלכלית ולא לבית המשפט. השופטים יסתפקו בבדיקה אם לא חורג החוק ממתחם חוקתי או מתחם סבירות מסוים, שבו יש יכולת תימרון למחוקק. מבחן זה נשאר עמום ורחוק אחרי פסק

קניין הוא כל אינטרס שיש לו ערך כלכלי, ולכן חל לא רק על זכות קניינית במובן של המשפט הפרטי, אלא גם על חיובים וגם על זכויות בעלי ערך רכושי שנרכשו עפ"י המשפט הציבורי. לדעת השופט גולדברג, "קניין" כולל גם זכויות חוזיות, שכן יש להן ערך כלכלי.

מעניינת הגישה של השופטים זמיר ומצא שלא ממהרים להגדיר מהו קניין. הם חוששים במוצהר מהפער שיווצר בין הגדרה רחבה, שתחבוק כמעט כל חוק כלכלי, חקיקת מס, למשל, ואחר כך יתקשה בית המשפט לקבוע שהחקיקה אינה עומדת בדרישות. בתי המשפט יעמדו במצבים לא נסבלים כשיצטרכו להחליט בכל מקרה ומקרה שלא הייתה חלופה פוגעת פחות לחוק. יצא שמתוך רצון להרחיב, דווקא פוגעים בהגנה. ואכן, הפער בין הצהרות רוב השופטים לבין הנכוונות המעשית שלהם בפסק הדין הנוכחי להתערב, מעורר דאגה. החשש שעולה הוא, כי יהיו מוכנים להתערב רק בחוקים שוליים יותר.

השופטים כולם דווקא מדגישים, שאין צורך לדון בפגיעות בקניין "של מה בכך". אין אפילו צורך להעמיד זאת במבחני פיסקת ההגבלה. כל השופטים סברו, כי באותו מקרה נפגעה זכות הקניין, ולא פגיעה של מה בכך.

הגישות של השופטים השונים לגבי נטל הראייה ונטל השכנוע שונות, מעבר להסכמה הכללית שהטוען לפגיעה בזכות הקניין הוא שצריך להוכיח זאת³⁵. לאור השוני בדעות לגבי הנטל בדבר העמידה בדרישות פיסקת ההגבלה, הרבה נשאר פתוח לעתיד.

לא קשה הייתה המלאכה לקבוע, שהחוק עומד בשני התנאים הראשונים, של "חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל" ושהחוק "נועד לתכלית ראויה". בצורה זאת או אחרת קבעו השופטים, שהחוק נועד להצלת המיגזר החקלאי החשוב, ולתכלית זאת יש חשיבות. יש כאן מטרה חברתית חשובה. השוואה פשטנית לדיני פשיטת רגל שהעלו שופטים הספיקה להם לקבוע, שהחוק קובע מעין פשיטת רגל מורחבת, והוא עונה על ערכי מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, או, על העזרה ההדדית

33 ראו לעיל פרק ב (7).

34 השוו, למשל, דברי הנשיא שמגר שמצא סבירות בחוק מתוך האנלוגיה לפשיטת רגל, והפתרון שנמצא אינו בלתי סביר, גם אם היו אלטרנטיבות שונות.



היסוד, ואינו צריך להסתתר אחרי השאלות הקשות מתי הוא רק מיישם את החוק העיקרי ומתי הוא מוסיף פגיעה. אולם, אין זה עניין טכני בלבד, וההפרדה נובעת מחוסר הרצון בזעזוע רטרוספקטיבי. אפשר היה להראות³⁷, שבמידה רבה נחקק התיקון כדי להביא לסדר ולאפשרות היישום של חוק גל, שהיה בסכנת קיפאון. אף אם היו בו יותר יתרונות לחייבים, היו בו גם איזונים ושיפורים שהועילו למלווים, כמו הגבלת התאריך של היחשפות בגין "חוב כולל". אמנם הורחבה, למשל, הקפאת ההליכים והועתקה מ"חוב בסיסי" ל"חוב כולל" - העברת יותר חובות לדיון בפני המשקם ולא בבית המשפט - אולם האם שינוי הפרוים להתדיינות כה חשוב, שהרי ממילא קביעת חוב ספציפי על ידי בית המשפט לא היה בה כדי למנוע התדיינות נוספת לגבי גביית החובות אצל המשקם, ולא היה בה אולי כדי להקטין את אפשרויות פריסת החוב, והיתרונות שהושגו בבית המשפט היו אולי מתמסמים בשלב הגבייה.

כך היה בית המשפט, לו רק ניתח זאת, עשוי להגיע לתוצאה של אי זעזוע נוסף במשק, ועם זאת הייתה לו ההזדמנות להביע דעתו הברורה על חוק גל עצמו וחוקים דומים לו. אולי היה בכך כדי להתרעע עיוותים להבא. בית המשפט איבד הזדמנות נאותה להביע דעתו על הסדרים כלכליים, בהם נפגעים אזרחים, לא כולם חזקים, וניצלת קופת המדינה. באותו זמן נהנים, במישרין או בעקיפין, אנשים אחרים מאותם הסדרים³⁸. אינני רוצה כרגע לפסוק לכאן או לכאן, אבל חבל שאיבדנו את ההזדמנות לדיון יסודי בנושא כלכלי זה, וכל שקיבלנו הוא התעסקות בבעיות חוקתיות, חלקן תיאורטיות בלבד³⁹.

הדיון, שכן בית המשפט לא ניתח בצורה מפורטת את המקרה כדי לבדוק אם אמנם הוא עומד בגידרו, ומתקבל הרושם שספק אם היו לו הכלים והראיות הדרושים לצורך כך.

לדעתי, עדיף היה אם בית המשפט היה נוקט בגישה אחרת, שהייתה פחות מאפילה על הסיכויים לפסילת חוק בעתיד, גם אם היה מכשיר את התיקון לחוק גל. עמדה בפני בית המשפט האפשרות הברורה להבדיל בין החוק המתקן לבין חוק גל עצמו. בית המשפט יכול היה, למשל, לאותת סימני אזהרה לגבי חוק עתידי כמו חוק גל, ובכל זאת להכשיר את החוק המתקן. זאת מאחר שאת חוק גל עצמו לא ניתן לפסול, כידוע, לאור סעיף 10 לחוק היסוד, מאחר שנחקק מספר ימים לפני חוק היסוד. בבית המשפט העליון נשמעו אכן בעבר דברים חמורים לגבי החוק הזה. ברע"א 1759/93 **שמעון כהן ואח' נ' בנק הפועלים**³⁵, קבע הנשיא שמגר, כי בהפחתת החוב ובפריסתו על פי חוק גל יש פגיעה בקניינו של הנושה, פגיעה "פוסט-חוזית" חמורה, מאחר שהיא משנה את ההסדר בין הצדדים. הנשיא שמגר הדגיש, כי הנפגע אינו תמיד בנק, ויכול להיות גם נושה פרטי. ראו גם רע"א 3466/92 **ארטרבט בפט"ר נ. זלבסקי ואח'**³⁶. "הוראות החוק הן מרחיקות לכת וללא ספק פוגעות הן בדיעבד בזכויות קניין של הנושים הבאים בגידרן".

בית המשפט העליון בערעור הנוכחי, לא הרגיש כנראה בנוח עם ההפרדה בין החוק המקורי וההיטפלות לחוק המתקן, ושופטים אחדים אף התבטאו, כי בית המשפט יכול לבחון אף את החוק המתקן במבחנים של חוק

35 פ"ד מח(2)143. בדיון הנוסף, דני"א 690/94 **בנק הפועלים בע"מ נ' כהן ואח'**, פ"ד מט(3)245, בית המשפט, תוך פירוש החוק, אינו חוזר על ביקורתו של הנשיא שמגר (שהיה בדעת מיעוט בדיון הראשון) על ההסדר שבחוק.

36 פ"ד מז(2)573.

37 כפי שעשיתי במאמרי, **לעיל** הערה 27, בעמ' 16-22.

38 לביקורת מוצדקת על דברי הנשיא שמגר על התחושה שאזרחי המדינה ערבים זה לזה, בעוד שהפגיעה בחוק לא הוטלה על כולם, ראו ימי אדרעי "מהפכה חוקתית: האומנם?" משפט וממשל ג (1996)453, בה"ש 28, 44.

39 בארה"ב התפתחה רתיעה מלהתערב כל עוד המחוקק לא חורג ממתחם הסבירות, וזאת כריאקציה לפסילת חוקים בתחום הכלכלי בתחילה בשל התערבות בשוק החופשי וחלוקה מחדש של העושר (גישת בית המשפט בתחילה בעקבות פסק הדין **Lochner**). ראו, למשל, א' רובינשטיין, ב' מדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה חמישית, תשנ"ז) 79-97. בית המשפט **בבנק המזרחי - מגדל** לא הכריז כי ינהג באיפוק דומה בחקיקה כלכלית והדבר הושאר בצריך עיון (אולם ראו דעות השופטים גולדברג ובך שהיו מוכנים להכריז על איפוק דומה).

2. טענת השוויון

אפשר להתייחס אחרת לדברים, אם רואים בהסדרת החובות תחליף לריבית גבוהה שנגבתה מהחלקאים בשנים מסוימות. אולם, החוק לא הבחין בין נושה לנושה. המחוקק גם לא קיבל את הבקשה לקבוע, למשל, בחוק גל או בחוק המתקן איוונים מסוימים, כמו איסור על העלאת טענות נוספות של ריבית מצד החלקאים, מעבר להקלות המפליגות של החוק. לכן, שוב לדעתי, מקור הבעיה אינו בטיעונים גורפים של פגיעה בזכות יסוד, או בבעיית התכלית, או בטענה של שוויון, אלא בשאלה אם הפגיעה לא הייתה רבה מהנדרש וסוחפת מידי. ועל כך לא ניתן למצוא ניתוח ברור של בית המשפט העליון. אמנם השופט שמגר קבע, כי בסיטואציה של פשיטת רגל יש הבדל מוצדק בין מי שעשה עסקים עם החייב לבין כלל ציבור משלמי המסים. נשאלת השאלה אם זאת אמנם הסיטואציה⁴⁰.

הנימוק של הפגיעה בשוויון עצמו, בהקשר הכלכלי והקנייני, טעון לדעתי התמודדות נוספת. עקרון השוויון אינו מופיע במפורש בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו כזכות יסוד. עם זאת, בספרות וגם בפסיקה מצאו דרך להכיר בו ולהעלותו לגדר זכות על-חוקית. ניתן להסיק את החשיבות ההירארכית של זכות השוויון מעיגונה במושג "כבוד האדם", המופיע בצורות שונות בחוק היסוד. הדבר נעשה על ידי פרופ' ברק בספרו⁴¹ ובמאמר שכתב⁴² ועל ידי גבי קרפ⁴³. מאמרה צוטט בהסכמה על ידי השופטת שטיין ב**שרותי אשראי מסחרי**⁴⁴. השופט גיוראן בפסק הדין בעניין **כפר ביאליק**⁴⁵ הוסיף, כי סעיף 1 לחוק היסוד, לאחר תיקונו במרץ 94, קובע, כי "זכויות היסוד... יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". ההכרזה קובעת שוויון זכויות חברתי ומדיני לכל אזרחיה. לאחר אזכור העקרונות של חוק היסוד ומקורם בהכרזה העצמאות, כתב פרופ' ברק⁴⁶, כי הדבר מחזק את המסקנה שהשוויון מגולם ב"כבוד האדם". על הקשר בין כבוד האדם וחירותו לבין הזכות

בהמשך להתייחסות לפסק הדין, אינני רואה את עצמי פטור מלדון בנקודה אחת, שעלתה בבתי המשפט המחוזיים, ורק על קצה המזלג הועלתה ונדחתה בבית המשפט העליון עצמו. כוונתי לטענה של שוויון, בהקשרים הכלכליים שלה. בבתי המשפט המחוזיים הועלתה הטענה של חוסר שוויון. ראשית, הועלתה הטענה של העדפת המיגור המושבי על הקיבוצי. בצדק נדחתה לדעתי הנמקה זאת לפגיעה. אין חובה לפתור את כל הבעיות כולן. באותה תקופה גם נראה היה שההסדר עם הקיבוצים בר-סיכויים, ולא היה צורך להתערב בחקיקה. עוד נטען לחוסר שוויון, שכן כל העול הוטל על אותם שהיו בקשר עם המושבים, במקום שקופת המדינה, או כלל הציבור, יישא במשימה. על כך ענו בצדק מסוים, בבית המשפט העליון, שמי שקשר קשרי מסחר עם החלקאים ובעבר אולי הרוויח מהם, אינו בלתי קשור, ולא נקלע לשם במקרה.

השופטת שטיין קבעה, כי כדי להושיע את החלקאים, "סברה הכנסת כי אין להטיל את המעמסה על העם כולו, קרי: הקופה הציבורית, כפי שהיה צריך לעשות, והמעמסה הוטלה על חלק, בלבד, מאזרחי המדינה. חלק בלתי מזוהה ובלתי ידוע, אשר יגויסו למטרה זו, רק מפני שהיה לו שיג ושיח עם הגורם החלקאי, בין על ידי מתן הלוואה, בין על ידי מתן שירותים, ובין באופן אחר... זכויותיו של החלק 'המגויסי' להושעת החלקאים נפגעו באופן גורף, מבלי שיהיה בחוק, בדברי ההסבר שלו, או בתכנון, כל ביטוי לדאגה או לאיזון כלשהו של הפגיעה בזכויותיו של אותו פלח אקראי של הציבור, אשר נפגע על ידי החוק ואשר הקריטריון היחיד לגביו הוא, שהיה לו אי פעם קשר כלשהו עם גורם חלקאי. כל זאת, מבלי לבדוק אם מצב הנושים עדיף על מצב החייבים, ומבלי לתת דעת על מקור החוב".

40 וראו עוד בהמשך, בפסקה (3) הבאה.

41 **פרשנות במשפט**, ב (תשנ"ג) 556.

42 "כבוד האדם כזכות חוקתית", **הפרקליט** מא (תשנ"ד) 271.

43 "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כח", **משפט וממשל** א (תשנ"ג) 323, 351.

44 **לעיל** הערה 29.

45 **לעיל** הערה 30.

46 בכרך ג של ספרו, **לעיל** הערה 20, בע' 25-302, 423.



שמדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת גזע ומין"? מ"שוויון זכויות חברתי" לא נגזר בהכרח שוויון כלכלי. מה גם, שלגבי הנושאים הנפגעים אין המדובר בקניין מהסוג "האישי" אלא בקניין בר-החלפה. אין הוא קשור ל"כבוד האדם". דווקא לגבי החקלאים יש שיקול של הגנה על נחלות משפחתיות, ביטוי הגליאני לחירותם כבני אדם וכדומה. דומה, ששאלת היקף ההגנה על הקניין רלבנטית, ולא שאלת השוויון.

בצורה אחרת אפשר לקבוע, כפי שכותב פרופ' ברק⁵³, שהשוויון אינו הערך החוקתי היחיד, ועשוי לעתים להתנגש בערכים חוקתיים אחרים הנגזרים מכבוד האדם או מזכויות האדם האחרות, ונדרש "איזון פנימי". כמו כן, ניתן להגביל את עקרון השוויון על ידי חקיקה המתקבלת למטרות ראויות, כאמור בפסקת ההגבלה⁵⁴.

בארה"ב, אמנם, דווקא נשמעה לאחרונה הדעה, שהתערבות רחבה מידי של בית המשפט משמעותה כפייה של תורה כלכלית או מדיניות על המחוקק, ואילו התערבות מצומצמת ונכונה יותר היא בעילה של אי שוויון⁵⁵. משפטים אמונים עליה יותר.

השאלה האמיתית היא, לדעתי, לא שאלת השוויון אלא שאלת המידה הראויה של הפגיעה בזכות הקניין עצמה, כנגד העברת המשאבים לחקלאים, ובה לא עסקו די. יש לקוות שבית המשפט לא יהסס להגדירה טוב יותר בהזדמנות הבאה בה ידון בתוקף חקיקה כלכלית.

לשוויון כתב השופט בדימוס חיים כהן⁴⁷, לרבות על שיוויון הזכויות והסיכויים. ללא דיון מעמיק, הדבר בוטא בפסיקת בית המשפט העליון⁴⁸. השופט ד. לוין בבג"צ **כלל ומגדל**⁴⁹ דן בזכות השוויון ובאפליה במקורות העומדים למיגזרים שונים ובתחרות החופשית ושליטת הפעילות השלטונית המגינה על מתחרה זה או אחר. שוויון ההזדמנויות הודגש גם בפסק דין "**אגד**"⁵⁰ וכן חשיבותו לאחר שניתן מעמד חוקתי לעקרונות מגילת העצמאות. יהודית קרפ מתארת⁵¹ כיצד לא ניתן להסיק מסקנה ברורה מהחלת עקרונות הכרזת העצמאות לגבי קיום זכות השוויון השנויה במחלוקת: יש שיגידו שההכרזה באה להדגיש את הערכים שמעוגנים בחקיקה, כולל ערך השוויון, והצורך לכבדם ברוח ערכי המדינה; ואחרים יגידו שהכוונה הייתה להציב את הכרזת העצמאות כמשקל נגד לכבוד האדם, תוך הדגשת יהדותה וציוניותה של המדינה. לדעת פרופ' אלון, בכלל טעות להסיק מהאמור בסעיף עקרונות היסוד, כי העקרונות שבמגילת העצמאות אומצו כחלק מן החוקה. יש כאן הצהרה של כיבוד עקרונות מגילת העצמאות - "כיבוד" ולא הטלת חובה⁵².

מכל מקום, לענייננו כאן, בהקשר כמו של חוק גל, השאלה היא אם באמת צריך לייחס ערך רב כל-כך לזכות השוויון, כך שהיא יכולה לעמוד כמכשול בפני מדיניות כלכלית של הממשלה. גם בהקשר של המושג "כבוד האדם" וגם בהקשר של הכרזת העצמאות - שם מדובר על "שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת גזע ומין". האם זה כולל גם שוויון זכויות לכלכלי מלא? האם יש לזה קשר ל"כבוד האדם" או לכך

47 Cohen "On the Meaning of Human Dignity" 13 Is.Y.B. Human Rights 13 (1983)226

48 השופט אור בבג"צ 5394/92 הופרט נ' "יז ושם", רשות הזכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3)353; השופט מצא בבג"צ 453,454/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פד מח(5)501; השופט ברק בבג"צ 5688/92 וכסלבאום נ' שר הבטחון, פ"ד מ"ז(2)812, 830.

49 בג"צ 726/93, 878/94 כלל חברה לביטוח בע"מ ומגדל חב' לביטוח בע"מ נ' שר האוצר ואח', פ"ד מח(5)441.

50 ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח ו-13 אח', פ"ד מח(2)66.

51 "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", משפטים כה (תשנ"ה)129.

52 מ.אלון, "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם - מאין ולאן?", מחקרי משפט יב (תשנ"ו)293-94,253.

53 בספרו פרשנות ג, ע' 425-6.

54 לשוויון המשנתה מהקשר להקשר ולהצרה של עקרון השוויון בהקשר של בחירות, שאינו זהות, וכוונתו לשוויון מהותי, ראו, למשל, בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1)693; בג"צ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז(3)141; בג"צ 246 260/81 אגודת

דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1)4; בג"צ 3434/96 ד"ר הופנונג ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח' (טרם פורסם).

55 Note "The Principle of Equality in Takings Clause Jurisprudence" 109 Har.L.Rev. 1030 (1996)



3. עוד להשוואה שעשה בית משפט עם פשיטת רגל והבעיה של התערבות המדינה בהסדרים לכלליים שנחתמו בעבר:

בית המשפט לא ניצל את ההזדמנות שעלתה בפניו לבחון אם יש הצדקה להתערבות של המחוקק ברגל גסה ביחסים חוזיים ובזכויות מוקנות בין גורמים בשוק. כאמור, בית המשפט עשה אנלוגיה לדיני פשיטת רגל, והעליתי כבר את השאלה באיזו מידה ניתן לקבוע פשיטת רגל כללית כזאת, בלי להבחין בין מי שבאמת זקוק לכך ומי שלא, בלי לבחון את השימוש שנעשה בכסף. בעיקר נראה לי, שהבעיה העיקרית שצריך לדון בה, אם אמנם דומה המקרה הזה לחקיקה קיימת ורגילה, שהיא חלק מה"משחק" הכלכלי, ויש בה פשיטת רגל, פירוק ושיקום. חקיקה כזאת נלקחת בחשבון מראש על ידי ה"שחקנים" בשוק בשיקוליהם, הם מתגוננים בה על ידי החצנה, בדרכים של העלאת הריבית בשל הסיכון, דרישת בטחונות ועוד. אין הדבר דומה להתערבות של המדינה בחוק גל ובתיקונו.

השופט גורן, בה"פ (ת"א) 181/93 Commercial Credit Int. Inc, **שרותי אשראי מסחרי ישראל בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל**⁵⁶, התייחס לסבירות "חוק גל", כשיכלול של שיקום חברות, שמונע חיסול חברות שיש אינטרס "לאומי"⁵⁷ לא לחסלן. שיכלול, מאחר ומינוי "מנהל מורשה רגיל" לא היה בו די לאור ריבוי החייבים. השופט קבע, שאמנם המדובר בפגיעה בקניין, אך אין לראות בחוק הפקעה (לצורך טענה של חובת פיצוי לפי המשפט הבינלאומי המנהגי), כפי ש"ציפטר 11" בארה"ב לא מקנה זכות לפיצויים לחברות הזרות הנפגעות מהפעלתו בארה"ב. אולם, אני בספק אם האנלוגיה נכונה:

"ציפטר 11" הוא גורם קבוע בכללי המשחק בארה"ב. פועלו - לטוב ולרע - נלקח בחשבון על ידי מי שעושה עסקים עם חברות בארה"ב. שונה המצב כאשר לפתע מכריזים על מיגור שלם כנתון בפשיטת רגל ומטילים מורטוריום שרירותי. יש כאן פגיעה ביציבות הכלכלית ובאמון במשטר הכלכלי ומערכת האשראי. זה דבר שונה לחלוטין. האנלוגיה אינה מספיקה. צריך לדון יותר לעומק לגבי המידתיות של הפגיעה בקניין.

לדעתי היה צריך לקיים דיון מעמיק בנושא הזה ובמידה הנכונה של התערבות המדינה. אני לא שולל את האפשרות, שבמקרים רבים יש הצדקה להתערבות המדינה. אבל לעתים מוצדק, למשל, שתבוא מ"הכיס" הכללי הציבורי⁵⁸. יש מקרים מיוחדים בהם ניתן אולי להתערב. לדוגמה, המקרה שמביא SINGER⁵⁹ לגבי מפעל העומד להיסגר, שהוא מקור הקיום הכלכלי של עיר שלמה. הפתרון שהוא מצביע עליו, שמאפשר פגיעה בקניין של בעל המפעל, הוא בהצבעה על כך שמעורבים עוד בעלי זכויות קניין - גם לעובדים ולקהילה יש אינטרס הסתמכות על המשך הקשר, אינטרס שבהכרה בו יוצר זכויות קניין נוספות במפעל. אם נכיר בכך, נוכל להצדיק התערבות המדינה על ידי חקיקה שתבטיח מנגנון מסודר של סגירת המפעל, תוך הודעה מוקדמת לעובדים וחייב במי"מ, תוך זכות קדימה לעובדים לרכוש אותו, והבטחת אפשרויות שיקום ותעסוקה. או: הפקעת המפעל בידי המדינה, שתמכור אותו למי שיהיה מוכן להמשיך ולהפעילו⁶⁰. השאלה שהיה צריך יותר להעמיק בה, היא אם המקרה הנוכחי הצדיק התערבות בצורה שנעשתה.

למדינה היו חלופות פחות פוגעות בקניין. לא מוצתה הדרך להפיק את המירב מנכסי החקלאים, כמו על ידי

56 טרם פורסם.

57 עד כמה האינטרס הלאומי הזה מצדיק התערבות בזכויות ראו י.בהט, **דיני הבראת חברות** (מהדורה שנייה, התשנ"ב) 3.6, 11.3 ודברי מלומדים המצוטטים שם; בהט, **הסדרי הבראה** (תשנ"ו), 2.4.2.

58 השוו דברי השופט שמגר, הנגזרים מראיית הסיטואציה כשל פשיטת רגל.

59 J.W.Singer "The Reliance Interest in Property" 40 *Stanford L.Rev.* (1988) 611 59

60 שם, בע" 739 - 732.

העוסק בבטוחה: האם לכן היה מקום להתנער מהזכויות על פי חוזה הלוואה, ללא בטחונות לרוב⁶³, בסיטואציה דומה לפשיטת רגל (של ענף שלם)? זאת לעומת מקרה מובהק של זכויות נושה מובטח בתחרות מול נושים לא מובטחים בפסי"ד **בנק לאומי**⁶⁴ בכל מקרה הדבר טעון לימוד והסבר.

5. האם ההתערבות ממתינה לנושאים שוליים יותר?

נשאלת השאלה, אם ההזדמנות להתערב - שבית המשפט הדגיש בפסק הדין **בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל** את קיומה, אולם לא ניצל אותה - תנוצל דווקא במקרים שוליים וחסרי חשיבות באופן יחסי, ששם קל יהיה אולי יותר להתמודד עם המחוקק? כדוגמה, בשאלה אם בעל מכונית ללא רדיו חייב לשלם אגרת רדיו כתנאי לחידוש רשיון הרכב⁶⁵.

אני מבקש להזכיר, שהייתה הסכמה כללית בפסק הדין שפגיעה של מה בכך בקניין לא צריך אפילו להעמיד במבחני פסקת ההגבלה⁶⁶.

ד. השפעה על פרשנות חקיקה - דווקא במידה רחבה

במקרים אחרים בית המשפט לא היסס להפעיל את כוחו הרב מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - ואפילו כשמדובר היה בדרך כלל בהפעלה בדרך של פרשנות החוק - חוק שקדם לתחולת חוק היסוד. זאת למרות שסעיף 10 לחוק היסוד קובע שאין בו כדי לפגוע בתוקף דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד.

שינוי יעוד קרקעות, הסרת מגבלות סקטוראליות על זכויות בקרקע ובמניות ותאגידים, ביצור ערבות הדדית של המושבים בחקיקה⁶¹, הטלת הנטל על ציבור משלמי המסים בכללו וכדומה. את כל זה היה צריך לנתח, ולבדוק אם הפגיעה לא הייתה יכולה להיות קטנה יותר. זאת לא סתם בחירה בין חלופות שונות שכולן באותה סבירות, כפי שנפסק, אלא בין חלופות שפוגעות במידה קשה בציבור מסוים. לא היה מקום להתחמק מכניסה לעומק העניין. דווקא מאחר שהתערבות המדינה כאן היא לא בדבר של מה בכך, אלא התערבות עמוקה במיגור שלם ובעלת השלכה רחבה על המשק. היה מקום לבדוק עד כמה מן הראוי לפגוע באחרים. לא השוויון הוא העיקר, כאמור, אלא מידת הפגיעה ועד כמה העילה להפעלתה, העילה לחלוקה מחדש של רכוש, אמנם מוצדקת במקרה הזה.

4. הערה נוספת לפסק הדין: מידרג של זכויות קניין:

פסק הדין דיבר על זכות הקניין, וראינו שבמושג הזה ניתן לכלול לא רק זכויות קניין קלאסיות, אלא גם זכויות חזיוניות ואולי רשיונות מהמדינה וכדומה. אבל, בפסק הדין לא עסקו בדירוג שעשוי להיות בין זכויות קניין שונות. אולי יש מקום להבחין ולהתייחס באופן שונה, לאור היחסיות והמידתיות, לזכויות קניין שונות במידרג ההירארכי. למשל, לבעלות בנכס מוחשי או לשעבוד בנכס כזה, לעומת זכות חזיונית בלבד, שהייתה בדרך כלל לנושים כלפי החקלאים "פושטי הרגל"? אמנם אין לערבב בין הנכס לבין טיב הזכות: גם בזכות חזיונית ייתכן קניין. אולם להבחנה יש חשיבות במקרה של אינסולבנטיות של מי שחייב כלפי בעל הזכות. אולי באופן כזה ניתן להסביר את התוצאה של פסק דין זה לעומת הגישה המכבדת יותר את זכות הקניין בפסק דין **בנק לאומי** שנדון בו להלן⁶²,

61 מעבר לסעיף 16 לחוק, המצמצם ערבויות שניתנו, צמצום לסכום מגוחך לעתים יחסית לגובה החוב; ורק במידה מועטה הרחיב מעבר להגבלה על הטלת חיובים על פי ע"א 525/88 524 פרי העמק אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב מושב עובדים של הפועל המזרחי להתישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529.

62 להלן פרק י.

63 אם כי לא נעשתה הבחנה בין המקרים השונים.

64 למקרה בו גם השעבוד הופך למשהו אחר - והקשר הישיר לנכס נסוג בפני האלמנט החשוב של עדיפות - ורמות שונות של עדיפות - ראו להלן פרק י; וראו בהט, **דיני הבראת חברות, לעיל** הערה 57, 201-204.

65 הבג"ץ של פרופ' סגל ורעייתו, שעומד להידון בעת הדפסת מאמר זה. החוק הנדון שולי אולי, אולם השאלה של התערבות בחקיקת מיסוי מהותית, וראו **להלן**, ליד הערה 92.

66 וראו פרשה **כלל חברה לביטוח, לעיל** הערה 49, בע"א 476 וכן בג"ץ 3434/96 ד"ר הופנונג, **לעיל** הערה 54.

מקרה נוסף, בעקבות **בנק המזרחי**: ע"א 5209/91 **מדינת ישראל נ' רמיז את בנימין בע"מ**⁷³. בית המשפט העליון קבע, שזכות הקניין בחוק היסוד אינה מצטמצמת לזכויות קניין במשפט הפרטי, אלא כוללת כל זכות בעלת ערך כלכלי. תקנות שעת חירום (יציבות מחירים במוצרים ושירותים) שקדמו לחוק היסוד, ולכן לא יכל לגרוע מתוקפן, צריכות להתפרש ברוח חוק היסוד. פירוש המדינה שהקפאת המחירים חלה רטרואקטיבית על הצמדות ערב התקנות, אינו עולה יפה עם ההקפדה על זכות הקניין והגנתה מפגיעות בלתי מוצדקות על ידי השלטון, ולכן הועדפה פרשנות דווקנית מצמצמת.

בבג"צ 4562/92 **ח"כ אליעזר זנדברג נ' רשות השידור**⁷⁴, בית המשפט העליון עושה שימוש וירטואוזי בפרשנות - הפעם דווקא לגבי חוק תשריר חדש, שלאחר חוק היסוד. הכלל המרכזי שנמצא, הוא שאם יש אפשרות פרשנית סבירה, שמאפשרת להימנע מההכרעה החוקתית, יש להשתמש בה. בית המשפט יבחר בפרשנות המתיישבת עם החוקה. חוק התשריר נחקק בכוונה בלשון רחבה, אבל בית המשפט עושה מאמץ פרשני כדי להגשים את תכלית החקיקה - כמו שהוא רואה אותה - והיכן שהמחוקק "החטיא", בית המשפט מתקן כביכול עבורו, כדי שמטרת החוק תוגשם (על ידי צמצום הלשון כאן, ובמקרים אחרים על ידי הרחבת הלשון). ולאחר שעשה זאת, יכול בית המשפט לקבוע שהחוק עומד בפסקת ההגבלה, והוא אינו בלתי הולם את ערכי מדינת ישראל בשל הרטרואקטיביות

בניגוד לדעת המיעוט של השופט חשין, שניסה לתת משקל-יתר לסעיף 10, נקבע בדעת הרוב בבש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**⁶⁷, שחוקי היסוד שינו את מעמדם הנורמטיבי של זכויות האדם, וההרמוניה החוקתית מחייבת שלחוק היסוד יש השפעה פרשנית על הדין הישן, ולמרות סעיף 10 אין מוקפאת הפרשנות למובן שניתן לחוק ישן טרם חוק היסוד, ויש לפרש ברוח חוק היסוד.

באופן כזה, גם בעניין זכות הקניין לא היסס בית המשפט העליון, דווקא כפרשן, כאשר לא הצטרך לבטל חוק במישורין, להשתמש בהרחבה בזכות יסוד הקניין.

בבג"ץ 3028/94 **מהדרין בע"מ ואח' נ' שר האוצר**⁶⁸ הסתמנה האפשרות לשנות פרשנות שניתנה לפקודת הרכישה לצרכי ציבור לאחר חוק היסוד. בהמשך נראה עד כמה נעשה שימוש בפרשנות הזאת⁶⁹.

השופט דב לוין - שגם בפרשת **כלל ומגדל**⁷⁰ היה נכון יותר להתערב מאחרים - אבל דווקא הוא פרש בינתיים מבית המשפט - לא היסס במקרה אחד להפעיל שיקול דעת רחב על ידי פרשנות: בבש"פ 6418+6422/93 **בנק לאומי לישראל בע"מ ואח' נ' כונס נכסים ומנהל של החברות ואח'**⁷¹ הפעיל לגבי פגיעה בזכויות היסוד של הנושה המובטח את חוק היסוד - "בין אם חל על מקרה פלוני..., ובין שאינו חל, אך השראתו מרחפת על העניין"⁷².

67 פ"ד מט(3) 355.

68 טרם פורסם.

69 **להלן פרק ה**. לפרשנות חוק ההוצאה לפועל המושפעת מחוק היסוד המאוחר יותר ראו גם רע"א 5222/93 **גוש 1992 בנין בע"מ נ' חברת חלקה 168 בגוש 6181 בע"מ** (טרם פורסם) (אי תגובת הצד השלישי על ההודעה על צו עיקול אינה מטילה עליו חבות).70 **לעיל** הערה 49.

71 פ"ד מט(2) 685.

72 וראו **להלן פרק י**.

73 פ"ד מט(4) 830.

74 טרם פורסם.



ידי רשויות השלטון לפי סעיף 11 לחוק היסוד משמעו שביט המשפט חייב לתת פירוש שנותן ביטוי לזכות הקניין כזכות חוקתית על-חוקית (בעקבות **גנימאת**⁷⁷), וששר האוצר צריך להפעיל שיקול דעתו "באופן שזכות הקניין לא תיפגע, אלא במידה המזערית הנדרשת". זאת על ידי השוואת שיעור התגמולים ככל האפשר למה שהיו מקבלים ללא החוק. נקבע, ששר האוצר לא עמד בדרישה למזער את הפגיעה, ולכן בית המשפט לא היסס להחזיר את העניין לשר האוצר.

כאן, בניגוד לפרשת התיקון לחוק גל, יש נכונות לבטל פעולה לאור חוק היסוד. האם הנכונות כאן רבה יותר מאחר שמדובר בפעולה מנהלית - ולכן אפשר לפרש חוק ולא לבטלו - לעומת המקרה ההוא: או מאחר שהמדובר במקרה הומני קשה של כמה אלפי נכים? - לעומת זאת ניצבת בפרשת "חוק גל" פגיעה במוסדות אשראי גדולים, תוך השלכות רחבות היקף על המשק.

ה. הפוטנציאל (שלא הוגשם) בנושאי הפקעות

גם כשהפקעה מזכה בפיצוי, אין בכך כדי לשלול את הטענה של הפגיעה בקניין. תעיד על כך הלשון השונה של פגיעה בקניין בחוק היסוד - פגיעה כלשהי - לעומת ההתייחסות לפיצוי בתיקון החמישי בארה"ב⁷⁸. כך גם קבע השופט ברק בפרשת **בנק המזרחי - מגדל**⁷⁹, שפסק

שלו - מאחר שהרטוראקטיביות מתפרשת כך שלא באה להטיל רטוראקטיביות קנס פיגורים, כפי שנקבע בתקנות.

למעשה, בית המשפט השתמש בעיקרון ידוע של "חזקת חוקיות"⁷⁵. אבל, היות שעניינו בבדיקה של התוצאה המעשית, הייתי מנסח, בצורה בוטה יותר, שהנשיא ברק מוכן לתת פרשנות חוקתית צרה לחוק, ובלבד שביט המשפט העליון - שישב בהרכב של 13 שופטים - לא יצטרך לבטל את החוק.

בדרך פחות מאופקת, אפשר היה להגיע לתוצאה דומה על ידי שימוש ב"עפרון כחול", שיסמן חלקים מהחוק שצריך לבטל לעומת חלקים שניתן להכשיר. מסיבות של מדיניות ובשל חשש מתגובת הרשות המחוקקת, אולי, נוח יותר לעטוף את זה בעטיפה של פרשנות.

עוד קודם (אבל אחרי פרשות **בנק המזרחי ורמיד**), קיבל בית המשפט העליון פסק דין מרחיק לכת: בג"צ 5263/94 **הירשנזון ואח' נ' שר האוצר**⁷⁶.

כאן דנו במצב שנוצר עקב קיפוח חלק מנכי רדיפות הנאצים בשל קבלת תגמולים ממדינת ישראל, והיו מקבלים יותר לו קיבלו מממשלת גרמניה. בית המשפט העליון ראה בכך פגיעה בזכות הקניין, וניצל הסמכה לשר האוצר לעדכן את השיעורים, יחד עם פירוש "יצירתית" שמעניק שיקול דעת בגדר החוק, כמתחייב מזכות הקניין בחוק היסוד. השופט דורנר קבעה שכיבוד הזכויות על

75 וראו לגבי העיקרון ש"כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק" ו"חזקת החוקיות", והעמידה בחוק היסוד, גם בבג"צ **ד"ר הופנונג, לעיל** הערה 54; בג"ץ 8195/95, **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת** (טרם פורסם); בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כ"ג (1) 693/69 **בנק המזרחי-מגדל**, לעיל הערה 1 (הנשיא בדימוס שמגר, בפסקה 85, הנשיא ברק בפסקה 84, השופט דב לוי בפסקאות 18 ו-17, השופט חשין בפסקה 143, השופט גולדברג בפסקאות 5, 8 והשופט בך בפסקאות 12, 13). לדעת רובינשטיין ומדינה, **לעיל** הערה 39, שם, בע' 940-41, המיסוי מהווה אולי פגיעה בקניין, אך לא פגיעה בזכות הקניין החוקתית. הדעה נומקה בצורך להקטין התערבות השופטים במדיניות כלכלית.

76 פ"ד מט(4) 230.

77 **לעיל** הערה 67.

78 U.S. Const. amend. v., cl. 5 ("nor shall private property be taken for public use, without just compensation"), וראו י.ויסמן, הגנה חוקתית לקניין, **הפרקליט** מב (תשנ"ה) 258, לסקירה השוואתית, ולרבות ההתייחסות לגישה ההגליאנית של הביטוי לאישיות האדם ולחירותו בעשייתו בקניין, שם, בע' 259 - 258. לעתים הפיצוי המתאים קשה להערכה. וראו לגישה הרגשית לקרקע: ויסמן, **דיני קניין - חלק כללי** (תשנ"ג) 115, ודברי השופט ברק **בבנק המזרחי-מגדל**, וכן דברי השופט גולדברג בבג"צ 2739/95 **מחול נ' שר האוצר ואחרים** (טרם פורסם) לגבי תשלום פיצויים שאינו מאיין את הפגיעה הרגשית.

79 **לעיל** הערה 1.



כלואה ללא גישה לכביש, שלא הביאו ראיות להסכמת רשויות התכנון ולא הראו כיצד יוכלו לנצל. יש כאן העדפה של היעילות בניצול. גם לא התרשמו ממעבר הזמן ומשינוי מסוים במטרת ההפקעה.

כך, בניגוד לפסק הדין **הירשנזון**⁸², שם החזירו תקנות לשר האוצר, לא מצאו כאן דרך לכפות על המינהל שיתוף פעולה.

דעת המיעוט, מפי השופט דורנר, התייחסה ברצינות לשינוי פרשנות עקב חוק היסוד. לדעתה יש צורך באיזון ובחינה חדשים. לדעתה צריך לבטל ההפקעה עקב שינוי המטרה, ויש מקום לאפשר לעותר לנצל את הקרקע בעצמו - למרות שיקולי היעילות. נתנה משקל מעשי רב יותר לחוק היסוד.

בג"צ 2739/95 **מחול נ' שר האוצר ואח'**⁸³:

כאן היה גם שיהוי, ובעיקר שינוי של מטרת ההפקעה. כל השופטים דחו את העתירה. לדעת הרוב, מפי השופט גולדברג, בהפקעה שאכן דרושה למטרה ציבורית, אם היא עדין דרושה, מוצדק גם שינוי עקב שינוי הזמן והנסיבות. השופט גולדברג סבר, שבדרך כלל אין להצדיק שינוי, והפגיעה בקניין מצריכה הפקעה חדשה. אולם, בנסיבות המקרה, סבר שהצורך הציבורי הקיים הוא מאותה קטגוריה של צורך ציבורי, היות שאין המדובר בשינוי מהותי, ולכן מטרת ההפקעה עומדת למרות השינויים במהלך התכנון ומעבר הזמן⁸⁴.

לסיכום נושא זה, נראה שיש פוטנציאל רב של שינוי גישה בדיני ההפקעות, אולם עד עתה הפוטנציאל לא הביא תוצאות⁸⁵. מכל מקום, יש למצוא את הדרך למיזעור

שיש לבדוק אם הפיזיו עומד בפסקת ההגבלה.

בבג"ץ 3028/94 **מהדרין בע"מ ואח' נ' שר האוצר**⁸⁰ הסתמנה האפשרות לשנות פרשנות שניתנה לפקודת הרכישה לצרכי ציבור לאחר חוק היסוד.

נדונה השאלה של הפקעת קרקעות לצורך הרחבת נמל התעופה בן-גוריון. מהדרין בע"מ ומושבים שהחזיקו בקרקע טענו שאין להפקיע, מאחר וביכולתם לנצל בעצמם את הקרקע על ידי הכשרת שירותי עזר לנמל. דעת הרוב, מפי השופט גולדברג, הסתמכה על טיב הזכויות בקרקע, והעדפה ריכוז הקרקעות בידי המדינה, לאחר שנכשל מו"מ בין הצדדים. נקבע גם, שאמנם יש חשיבות היום להקדמת הליכי התכנון להליכי ההפקעה, אך יש נסיבות שמצדיקות להקדים ההפקעה. חזרו על כך בשני המקרים הבאים שנתאר.

למרות ההצהרה לגבי אפשרות הפרשנות החדשה, לא היה שימוש רציני בכך.

דנג"צ 4466/94 **נוסייבה נ' שר האוצר**⁸¹:

עברו כמעט שלושים שנה מאז ההפקעה, ולא נעשה שימוש בקרקע. הבעלים מבקש את ביטול ההפקעה, וטוען שהשיהוי מעיד על נטישת הכוונה, וטוען, כי גם אם המטרה הציבורית לא נזנחה, ביכולתו לישם בעצמו את תכנית הבנייה.

לדעת הרוב, מפי השופט גולדברג בעיקר, הפקעה היא פגיעה קשה בקניין. לכן יש להעדיף את דרך המימוש העצמי. אבל זאת רק בתנאי שהדבר לא ישבש או יעכב את מימוש הצורך הציבורי. במקרה זה מדובר בחלקה

80 טרם פורסם.

81 פ"ד מט(4)68, ששינה את התוצאה בבג"ץ 5091/91 **נוסייבה נ' שר האוצר** (טרם פורסם). וראו גם בג"ץ 3956/92 **מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה** (טרם פורסם): בית המשפט אינו נוטה לבדוק המטרה הציבורית, אך מוכן לבדוק נחיצות ההפקעה הספציפית להשגתה, כולל אם בעלי הקרקע לא יכולים לבנות בעצמם. השיהוי בהשגת הסכמתם הניע את בית המשפט לאשר ההפקעה לצורך ריכוז התכנון ובנייה תוך זמן סביר. לדעת ד"ר חנוך דגן ההתפתחות הזאת סבירה: ח' דגן "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות - לקראת שיח קנייני חדש" **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו** (בעריכת א' רוזנצבי) 673, 686-690.

82 לעיל הערה 76.

83 טרם פורסם.

84 השו"י זמיר, **הסמכות המינהלית** (תשנ"ו) 201.

85 לא התייחסתי לבעיה הלאומית-ציונית שאולי עומדת ברקע היחס להפקעות: התייחסתי להחלטות בית המשפט כפי נימוקיו הוא. בעתיד נראה אם יחול שינוי לאור הבג"צים החדשים בעניין "הר חומה".



זה, ואם ניתן בפסק הדין הסבר מספק בדבר העדפת זכות יסוד אחת על פני אחרת, אלא אם נאמר, שהזכויות האחרות, כמו חופש העיסוק, כלל לא רלבנטיות במקרה הזה. אם כך, ניתן אולי היה, אם אותרה זכות קניין, להגן עליה ככל שמגינים על כל זכות קניין, בלי היוזקות לחוקי היסוד דווקא. הרי אין צורך להזעיק את חוקי היסוד כשאפשר להסתדר בלעדיהם ולמצוא הגנה במסגרת המשפט הפרטי⁸⁹.

דוגמה מקרית אחרת: בר"ע 901041/96:

השופטת סבורה כי "נפל דבר עם חקיקת חוק היסוד". היא קובעת שיש לעכב עיקול רכוש משותף לבני זוג ומכירתו בשל חובות הבעל, כאשר האשה אינה חייבת. זאת בשל הזכות הקניינית של כל אחד מבעלי הרכוש המשותף.

אולם נשאלת השאלה אם אכן יש חשיבות וצורך בחוק היסוד במקרה הנוכחי. השופטת עצמה מציינת בהמשך שיש זכות קניינית מקבילה לנושה לגבות את חובו, ומציינת שלעתיים יש חשש להברחת רכוש במקרים כאלה. אם כך, הרי חוק היסוד אינו מוסיף דבר. על בתי המשפט לקבוע עדיפות בין הזכויות המתחרות, בהתאם לנסיבות העניין.

ז. שאלות לעתיד לבוא בנושאי מיסוי, התערבות המדינה ועוד

רק כדי להשלים את הסבב של המקרים בהם יכולה להתעורר שאלת חוק יסוד קניין, נזכיר, בלי להרחיב,

הפגיעה בבעל הקניין הנפגע - מבלי לחסום את האפשרות להפקעות. מי שרואה בהפקעות אמצעי ל"חלוקה מחדש" של העושר, ייטה דווקא לא לחסום הפקעות. יש כאן זירה להמחשת הקושי, שעדין לא לובן כראוי בפסיקה - ההגנה על הקניין מתנגשת גם עם התפיסות הערכיות השונות לגבי הקניין שמן הראוי להגן עליו.

ו. הלחול זכות היסוד במשפט הפרטי

במשפט הפרטי דווקא יש סימנים ל"הלחול" זכות הקניין מחוק היסוד - למרות שלמעשה עצם הזכות היסודית לקניין אינה דבר חדש בפסיקה⁸⁶. נראה בהמשך את פרשת בנק לאומי⁸⁷ למגמה זאת.

לדוגמה מקרית: המר' (ת"א) 2438/96 ת"א 195/96 **תוצרת מזון ישראלית בע"מ נ' טעם ישראל בע"מ**⁸⁸.

ניתן צו מניעה זמני בעניין שוקולד דומה לשוקולד "יורד הגליל", גם באין זכות יוצרים רשומה. המוניטין הוכר כזכות קניינית שראויה להגנה מפני חיקוי. הזכות הזאת הועדפה על פני זכות יסוד אחרת - לחופש העיסוק, שכן חופש העיסוק אין פירושו חופש לפגוע בזכות יסוד של האחר.

דהיינו, יש כאן מתן משנה תוקף לזכות הקניין דווקא. "האיזון החוקתי החדש מחייב העדפת זכות הקניין - ביתר קלות וביותר מקרים - על פני זכויות או אינטרסים אחרים".

נשאלת השאלה אם אמנם צריך את חוקי היסוד לעניין

86 ראו, למשל, בג"ץ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד ל"ז(3), 358; בג"ץ 390/79 דויקאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד ל"ד(1), 14; בג"ץ 200/57 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד י"ז 268,264; ע"א 524/525/88 "פרי העמק" - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' שדה יעקב, מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מ"ה(4), 560,529.

87 להלן פרק י.

88 טרם פורסם. החלטת השופט זמיר מיום 26.3.96 (פקסדין מס' פס"ד 2898).

89 ראו, למשל, א.ברק, פרשנות במשפט ג, בע' 791-92.

90 שמות הצדדים לא הובאו בפסק הדין. ניתן ביום 11.3.96 מפי הש' אלשיך (פקסדין מס' 2902).

נושאים נוספים שעשויים לעלות.

לדוגמה, נושא הרשיונות השלטוניים, שלדעת השופט ברק הם בגדר זכות יסוד הקניין⁹¹, ובכך הרחיק אולי מעבר לשופטים אחרים.

עניינים קשים ביותר, שאינם עוסקים בפגיעה ספציפית בנכס קניין מסוים דווקא אלא במצבור נכסים - יתעוררו בנושא **המיסוי**, למשל⁹², או בחוקים המטילים קנסות. מעניין להשוות למדינות אחרות, שם אין נטייה בדרך כלל לתת הגנה חוקתית מפני פגיעה ברכושו הכללי של אדם - לעומת נכס מסוים, ולרוב אין רואים בכך פגיעה המזכה בהגנה⁹³. נימוק דומה עשוי לעלות לגבי **רפורמות כלכליות ופיחותי מטבע**, הפוגעים בציפיות של האזרחים ובמצבם הכלכלי, דבר שלרוב היתה רתיעה של בתי משפט במדינות שונות מלהתערב בו ולהקשות בכך על ניהול משק המדינה⁹⁴. שאלה דומה היא שאלת התערבות המדינה בסבסוד וסיוע ל**מיגורים אחדים ולא לאחרים**. דנו בכך לגבי "חוק גלי", ומתחתי ביקורת על המיאון של בית המשפט לבחון את המידתיות של ההתערבות. אולם נראה כי המצב עשוי להיות שונה, כאשר אין פגיעה מוגדרת בציבור מסוים, אלא יש התערבות הממומנת על ידי הקופה הציבורית בכללה. צריך לזכור בנושאים אלה, כי הקפדת-יתר על הקניין מקפיאה את העיוותים בחלוקת העושר בחברה ומקשה על מדיניות סוציאלית וכלכלית רצויה.

יש עניינים מפליגים עוד יותר. כאלה ההרהורים שהעלה פרופ' ברק לגבי חובת העיתונות לשמש במה לחופש ביטוי, היות שהעיתונות הפרטית אינה רק נכס פרטי, שדין הקניין הפרטי חל עליו, אלא גם נכס ציבורי, שהעיתון מחזיק בו כנאמן של הציבור - בעיה קשה כדברי הנשיא ברק עצמו, מאחר שבהטלת חובת הנאמנות הזאת יש מעין הפקעה, פגיעה בזכות הקניין ללא הוראת חוק⁹⁵.

ח. הבחנה בין השאלה אם יש קניין - אם יש פגיעה בקניין - ואם הפגיעה חוקתית:

הדוגמה הבאה ממחישה את הצורך להקפיד על הפרדה בין השאלות.

חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א - 1981⁹⁶ (להלן - "חוק הפיקוח") מאפשר למפקח על הביטוח למנות מנהל מורשה לתאגיד ביטוח שבקשיים. המנהל המורשה שמונה ל"הסנה" קיבל סמכויות נוספות בתיקון לחוק, הפיקוח, שכונה "חוק הסנה"⁹⁷. סעיף 70א שהוסף לחוק, הסמיך את המנהל להכין תכנית הסדר לסילוק חבויות המבטח למיניהן, כאשר ניתן לקבוע סוגי הזכאים, לקבוע סדרי עדיפות ביניהם, ניתן להעדיף זכאים בשל נזקי גוף על פני זכאים בשל נזקי רכוש, זכאים יחידים על פני זכאים שהם תאגידים, זכאים על פי מידת הנזק ויכולתם

91 **בנק המזרחי נ' מגדל, לעיל** הערה 1. למשפט המשווה ראו ויסמן "הגנה חוקתית לקניין", לעיל הערה 32, שם, 258, 269. 92 ראו, למשל, דעתו המרחיבה בעניין זה של פרופ' יורן: אי יורן "מיסוי מקרקעין ומיסוי הבורסה" **עמותת המסיימים של הפקולטה למשפטים**, חוב' 7 (תשנ"ה) 2; השווו' "אדרעי" מכשולים קונסטרוקטיביים וערכיים בהטלת מס על רווחי הון בבורסה" **מיסים ח** (6) א - 20. בפרשת **בנק המזרחי - מגדל** דלעיל נקטו השופטים מצא וזמיר בדעה מצמצמת, השופט בך בגישה מרחיבה, הנשיא ברק השאיר בצריך עיון. דומה שדעת הנשיא שמגר שלא להרחיב את ההגנה לפגיעה בשווי על ידי מיסוי.

93 ראו ויסמן, "הגנה חוקתית לקניין", לעיל הערה 32, שם, 273.

94 ויסמן, שם, בע' 276-273, 272.

95 אי ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" **משפטים** כז (תשנ"ז) 223, 246-240. לקניין מול חופש הביטוי בדוגמת הפגנה בקניון ראו אי דיין-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" **עמ"ש** כ (תשנ"ז) 377. וראו לאחרונה לזכות ההפגנה לחופש הביטוי של העובדים מול זכות הקניין של המעביד בחצרו הפרטיים: דב"ע נז/ 41 - 27 **ההסתדרות הכללית ואח' נ' מכתשים מפעלים כימיים בע"מ** (טרם פורסם).

96 ס"ח התשמ"א 208; ס"ח התשנ"ב 203; ס"ח התשנ"ד 2; ס"ח התשנ"ד 4.

97 ס"ח התשנ"ד 2; ס"ח התשנ"ד 4.

בעת החלוקה. לדעתי טעון זה מתעלם מהמציאות, וגם אם היה יפה בעת חיסול חברה, בודאי לא יועיל בהסדר שיקום, כאשר משחררים כרגיל את החברה מחבויותיה הקודמות, ואין היא חייבת אלא על פי תנאי ההסדר.

בית המשפט קבע, כי "דרכי המימוש של זכות אינן כשלעצמן זכות-יסוד ואינן קנינו של אדם". נשאר קביעה זאת בשאלה כרגע, אם כי נראה לי שהפגיעה המהותית כל-כך באפשרות המימוש עולה כדי פגיעה בקניין⁹⁸.

בית המשפט קובע, כי גם עקרון השוויון אינו נפגע: בדומה לסעיף 233 לפקודת החברות, יש כאן הכרעה, אמנם לא על פי הצבעת הרוב, אבל גם לפי סעיף 70א בית המשפט שוקל אם יש בתכנית "כדי להיטיב עם כלל הזכאים" ומה דעת רוב הנושים לגביה. לדעתי יש כאן טעות. יש הבדל אם בודקים רוב לעומת מיעוט בתוך קבוצות בעלות הרכב ואינטרסים דומים, לעומת מקרה שמעדיפים קבוצות מסוימות על פני אחרות מתוך רצון להיטיב עם "כלל הזכאים" - אבל תוך קביעת דרגות עדיפות שונות ביניהם, המיטיבים עם חלק מהם ופוגעים באחרים. בסעיף 233 אין שיקול דעתו של בית המשפט מאפשר כפייה על קבוצות אלא בתוך קבוצות⁹⁹. לדעת בית המשפט¹⁰⁰, סעיף 70א קובע רק הוראות דיוניות, וכל הסמכויות המהותיות כבר היו למנהל לפני חקיקת סעיף 70א. אני תוהה אם הוראה הקובעת קריטריונים לטיפול שונה בנושים בעלי זכויות עדיפות שוות בפירוק היא דיונית בלבד. מכל מקום, לדעת בית המשפט אין הסעיף

לשאת בו. תכנית ההסדר יכול שתכלול כללי סיווג והעדפה נוספים, אם בנסיבות העניין צודק לעשות כן. התכנית טעונה אישור בית המשפט המחוזי. עליו לשקול, בין היתר, אם יש בה כדי להיטיב עם כלל הזכאים יותר מאשר דרך אחרת, ואם היא צודקת וראויה בנסיבות העניין.

במקרה של "הסנה" שנקלעה לקשיים, אושרה תכנית ההסדר על ידי הנשיא דאז של בית המשפט המחוזי בת"א ד"ר וינוגרד בת"ה 125/93 "הסנה" - **תכנית הסדר לפי סעיף 70א לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח**⁹⁸. נטען, שהיתה פגיעה בזכות הקניין. בית המשפט קבע, שהדרך שהתווה המחוקק צודקת, והיא מתגברת על עיוות סוציאלי הנוצר לפעמים, למשל מתן עדיפות לבעלי-יכולת כגון בנקים, שהם בד"כ נושים מובטחים⁹⁹, לעומת נושים רגילים חסרי יכולת, שלעתים לא נותר להם דבר בהסדר. לדעת בית המשפט, סעיף 70א "לא הרחיב מהותית את סמכויות המנהל המורשה, שהיו רחבות דיין גם קודם לכן"¹⁰⁰.

נטען, שזכויות המתנגדים להסדר הן זכויות קנייניות (גם חיוב הוא קניין), וכי הן נפגעו כאשר חלוקת מסת הנכסים לא נעשתה עפ"י עקרון השוויון.

הנשיא וינוגרד קבע, כי תכנית ההסדר עפ"י סעיף 70א אינה פוגעת בזכות הקניין, שכן אין היא מוחקת יתרת החובות. זכותו של הנושה לגבות יתרת החוב תעמוד לו בעתיד, למשל אם יתגלה נכס נוסף של החברה שאינו ידוע

98 טרם פורסם.

99 היותם מובטחים אבל בלתי אפשרי לפי תקנה 10 לתקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (דרכי השקעת ההון, הקרנות וההתחייבויות של מבטח), התשמי"ז - 1986, ק"ת התשמי"ז 246, ק"ת התשמי"ט 1108, ק"ת התש"ן 1284.

100 זאת בהסתמך על בג"ץ 6156/92 **עזבון דגן נ' המפקח על הביטוח**, פ"ד מז (1) 237. במקרה זה נדחה בצדק הטיעון כי סמכותו של המפקח על הביטוח היא לקבוע שבסמכות המנהל המורשה לשקם חברת ביטוח ולא לפרקה. אולם אין בהחלטה זאת דבר עם הקריטריונים לחלוקה, שזה עניין מהותי יותר.101 בניגוד לארה"ב, שם מדברת לשון התיקון החמישי במושגים של נטילת הנכס, הפקעה (**לעיל** הערה 78), סעיף 3 לחוק היסוד קובע: "אין פוגעים בקנינו של אדם". פגיעה במובן הרחב.102 השו"ע 359/88 **סולל בונה נ' ד"ר י. נאמן, כונס ומפרק של כוכב השומרון עמנואל בע"מ (בכינוס נכסים)**, פ"ד מה (3) 862 וביקורת: י. בהט, "כפייה על קבוצה מתנגדת בהסדר על-פי סעיף 233 לפקודת החברות", **עיוני משפט** י"ז (התשנ"ג - 1995) 445.103 המסתמך על בג"ץ **דגן הנ"ל**.



נוגד את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

שניים - התנגד לכך שתהיה חלוקה של השטח למספר גדול יותר של בעלי דירות, וטענו שלא לכך נועד הסעיף: זה לא "להקים את הבית מחדש" שבסעיף 60. בית המשפט לא קיבל את הטענה.

על פסק הדין הוגשו ערעורים. רובם, כמדומני, נוגעים לא כל-כך לעניין העקרוני, כמו לסיווג של נושה זה או אחר או למידת הפיצוי הראוי לו.

יש בפסק הדין הכרה בזכות קניין מודרנית במשפט הפרטי, ולמעשה לתפיסה יחסית ולא שרירותית של זכות הקניין, קצת שונה מתפיסתה הקלאסית. הוכר, שלטובת כלל בעלי הדירות ניתן לכפות ברוב הדרוש לפי סעיף 60 לחוק המקרקעין לא רק בנייה, אלא אף בנייה שאינה משחזרת בדיוק את הבית המשותף הישן שנהרס, ובלבד ששומרים על כללים של שוויון ואיסור הפלייה של בעלי דירות, שווי לכל בעל דירה שלפחות אינו נופל מערך חלקו בקרקע, פעילות בתום-לב ובהגינות. בהגבלות אלו מתאפשרת הבנייה של הבניין הגדול והשונה מזה המקורי. יש כאן שינוי בזכויות - אבל תוך הגבלות שמקפידות על הגינות באופן השינוי.

נימוקי פסק הדין אינם נכונים לדעתי, מהטעמים שהזכרו, אבל צריך היה לדון בשאלה אחרת: אף שלדעתי יש כאן פגיעה בזכות הקניין ובשוויון, ייתכן אולי שתכליתו של החוק ראויה, והחריגה מהשוויון אינה עולה על המידה הראויה, זאת כאשר שוקלים את המקרה של התמוטטות חברת ביטוח, את מצבם של מבוטחים הסובלים מנזקי גוף, לעומת מצב חברות גדולות הנושות בחברת הביטוח וכדומה. יש כאן שיקולים סוציאליים של חלוקה.

ט. היחסיות של זכות הקניין

ע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף¹⁰⁴.

הניתוח הזה, אינו נקשר דווקא לחוק היסוד, אם כי השופט חשין מזכיר, שזכות הקניין בחוק היסוד, תהא משמעותה מורחבת ככל שתהא, ודאי שכוללת היא את זכות הקניין הקלאסית. הדרך קצרה לאמץ את הניתוח הזה למקרים שונים, תוך שימוש ביחסיות הנובעת מחוק היסוד, גם תוך שדיברנו כבר על החלחול של חוק היסוד למשפט הפרטי¹⁰⁵.

בית ברמת גן נפגע מטיל במלחמת המפרץ וצריך היה לבנותו מחדש. סעיף 60 לחוק המקרקעין מאפשר שיקום בית משותף ברוב של בעלי דירות שלושה רבעים מהרכוש המשותף צמודים לדירותיהם, תוך חיוב כל הדיירים בהוצאות. כאן היה רצון לשיקום יצירתי, באופן שייבנה בית גדול יותר, העירייה "תורמת" בהוספת זכויות בנייה, יתווספו עוד דירות, שמכירתן תממן את הבנייה יחד עם הפיצויים מרשויות מס רכוש. ואילו בעלי הדירות הקודמים, לא רק שלא ישאו בהוצאות הבנייה, אלא גם הם יקבלו דירות גדולות ומודרניות יותר. מיעוט דיירים -

וליחסיות הזאת עשויים להיות - וניתנו - ביטויים שונים בחקיקה ובפסיקה. דוגמה מובהקת תובא בפרק הבא, בו נראה, כיצד, בנושא קנייני של הגנה על נושים מבוטחים, ניתן גם להגביל את הזכויות של נושים אלה.

104 פ"ד מח (5) 550. ראו להלן בחוברת זאת במדור "בשולי הפסיקה והחקיקה בידי קניין".

105 לעיל פרק ו. ההשפעה של חוק היסוד תהיה, בין במסגרת החקיקה עצמה, כאשר הכנסת היא רשות המצווה בכיבוד חוק היסוד וחוק של הכנסת הפוגע בזכות פרט כלפי פרט אחר פוגע בזכויות שלפי חוק היסוד (א' ברק, לעיל הערה 40, שם, 696); ובין תוך חילחול למשפט הפרטי: בית המשפט העליון כבר פסק, כי זכויות היסוד שבחוקי היסוד חלות במשפט הפרטי, אמנם תוך איזון בין זכויות מנוגדות, בעיקר על ידי שימוש בביטול הסכמים העומדים בניגוד לתקנת הציבור: ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מ"ו(2) 530,462; ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח ור' 13 אה', פ"ד מח(2) 66. למעשה גם לשון חוקי היסוד מלמדת תחולתם גם במשפט הפרטי: ראו א' ברק, "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות", משפט וממשל א (תשנ"ג) 253, 264. לדיון מקיף בהחלת חוקי היסוד במשפט הפרטי ראו א' ברק, לעיל הערה 41, בעמ' 653-96.



י. ההגנה היחסית על נושים מובטחים - ההגנה וההגבלה

1. ההגנה

שקבע לשיקום בית משותף, תוך סטייה מהבית המקורי, ממבחינים בנושא של שיקום אחר - שיקום חברות בקשיים, כאשר ממירים זכויות של נושים בזכויות חליפיות לצורך השיקום¹⁰⁹.

כדוגמה ליחסיות של זכות הקניין ניתן להביא את ההגבלה של הנושים המובטחים לצורך השיקום, וזאת באופן שנשמרת התכלית הבסיסית של ההגנה על עדיפות החוב המובטח. משיחק חוק שיקום חברות, יהיה צורך להתחשב בסעיף 8 לחוק היסוד הני"ל, ולא לפגוע בזכות הקניינית אלא "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש"¹¹⁰.

מעניין הניסיון האמריקאי בתחום זה. ב"צ'פטר 11" בארה"ב רואים שתי מגמות: מצד אחד, הרצון לאפשר "מרווח נשימה" לחברה שבקשיים, ולאפשר התאוששות שלה לטובת כלל נושיה ולטובת המשק. מצד שני, הרצון להגן על נושים. זאת גם בעת כפיית הסדר הבראה, תוך התחשבות בכללי העדיפות הנהוגים בפירוק, וגם על ידי ADEQUATE PROTECTION¹¹¹ בעת סעדים שונים במהלך ההבראה, כגון ההגנה שמעניקים לנושים מובטחים בעת הקפאת הליכי מימוש הרכוש המשוועד לטובת הליכי ההבראה¹¹². כמובן, ששני העקרונות האלו מתחרים זה בזה, והגנה מושלמת על הנושה המובטח מקשה על ההבראה ולהפך.

ה"הגנה ההולמת" בקוד פשיטת הרגל האמריקאי נלקחה משני מקורות¹¹³. האחת היא התיאוריה החוזית לגבי האפשרות של הנושה המובטח ליהנות מפרי העסקה

בפירוק של תשלובת שטיחי כרמל, התעוררה השאלה, אם על הנושים המובטחים לשאת בהוצאות הפעלתו של המפעל במסגרת כינוס הנכסים, כאשר התברר שההפעלה הגדילה את ההפסדים. בית המשפט העליון, מפי השופט דב לוי, הדגיש את זכות היסוד לקניין, לרבות זכותו של הנושה המובטח, שאין לפגוע בה אלא בהסכמתו המפורשת, וזאת גם מטעמים פרגמטיים של חשש לייקור האשראי, וגם מטעמים של פגיעה בזכויות היסוד - "בין אם חל על מקרה פלוני חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ובין שאינו חל, אך השראתו מרחפת על העניין"¹⁰⁶. האיזון הנאות בין הצורך לא לפגוע בקניין לבין המגמה הרצויה של גיוס אשראי להליכי שיקום, יימצא בשמירה על עדיפותם המחלטת של הנושים המובטחים במלוא השווי שהיו רשאים להיפרע מבטחונותיהם בפירוק. זאת אף אם אין מחייבים מימוש בטוחות דווקא. הפגיעה בקניין ע"י גיוס אשראי חדש, נקבע, אפשרית רק בהסכמה המפורשת של הנושים המובטחים, או, ללא הסכמה, בתנאי שהמתנגדים היו "מיעוט מבוטל", פחות מרבע מהערך המיוצג בהצבעה, כאשר שיתוף הפעולה מטעם חיוני, וכל זאת בתנאי שהוענקה "הגנה הולמת" לזכותם המובטחת¹⁰⁷. אני לא בטוח לגבי הפירוט של התנאים, אבל העיקרון חשוב.

2. ההגבלה של נושים מובטחים כהדגמה ליחסיות הקניין

בפסק הדין צודלר¹⁰⁸ שאב השופט חשין את המבחינים

106 בר"ע 6422/93+6418 בנק לאומי לישראל בע"מ ואח' נ' כנוס נכסים ומנהל של החברות ואח', פד מט(2) 685.

107 הדבר לא פורש, אולם כנראה שברוב הדרוש התכוון בית המשפט לנושים מובטחים מאותו סוג, שכן בהמשך התייחס לכך שהמתנגדים היו רוב רובם של הנושים המובטחים. כן התייחס לפרשת הסדר הנושים ב"בשריבסקי", שבאותו פסק דין דובר על הפרדה בין נושים מובטחים לאחרים, וכן התייחס לאי זימון נושים מובטחים לדיון מסויים בבית נשיא בית המשפט המחוזי (אימוץ דרישה של "DUE PROCESS").

108 לעיל הערה 104, שם, 569-70.

109 השופט חשין ציטט לענין זה, בין השאר, מספרי דיני הבראת חברות.

110 פרשת בנק לאומי, לעיל הערה 106.

111 Bankruptcy Code, 11 U.S.C. & 361-364 (Supp. V 1981).

112 כללית ראו יי בהט, הסדרי הבראה (תשניו) פרקים 5-7 וכן בהט, דיני הבראת חברות, לעיל הערה 57, 169-70, 203-207.

Note "Adequate Protection and the Automatic Stay Under the Bankruptcy Code: Easing Restraints on Debtor Reorganization" 131 113

Univ. of Pennsylvania L.Rev. (1982) 423



בהסכמתו, ובין בהקפאת הליכים בשלבים המוקדמים יותר של ההליך, אין ביכולתו של הנושה המובטח לטרפד את ההבראה על ידי מימוש הבטוחה¹¹⁸. בנושא האחרון, של ההקפאה, למשל, הדבר עוגן ב"ציפטר 11" עצמו, בהוראות המספקות "הגנה הולמת" לנושה. הגנה זו מסופקת ע"י בטחונות נוספים, סכומי כסף עבור ירידת הערך, תפעול החברה באופן המשפר את ערך הביטחון וכדומה¹¹⁹. ניתן לסבור, כי כאשר הוראות אלו מעוגנות כבר בחוק עצמו, שוב אין לבחון אותן בהתאם להוראות החוקה אלא כשלעצמן¹²⁰. לפי פרוש זה, יש מקום להתחשבות בזכות הקניין תוך עצם עיצוב "ציפטר 11". האיזון של הזכויות נלקח כבר בחשבון בעת החקיקה. אחרים יסברו, שתהייה לזכות הקניין משמעות בפרשנות של החקיקה בעת מקרי ספק¹²¹.

מכל מקום, זכות הקניין של הנושה המובטח נתפסה בעת חדלות-הפירעון, לא עוד כזכות מוחלטת, המונעת הקפאת הליכי מימוש, אלא בתפיסה גמישה יותר. אמנם הזכות חשובה, אך אין היא מחוסנת כליל מפגיעה, אלא מתחשבת בצרכים אחרים של החברה המבריאה. הדבר מתיישב עם חקיקה המאפשרת עיכוב הליכי מימוש, אך בתנאי שנשמרים תנאים המגנים על העדיפות היחסית של

שלו, בה הגן על עצמו מראש, והתפיסה שדיני פשיטת הרגל משקפים הסכמה בין הנושים שהייתה מושגת מלכתחילה, לו מעשי היה לכנס אותם להסכם¹¹⁴. לעניינו חשוב המקור השני, הקונסטיטוציוני: התיקון החמישי לחוקה האמריקאית (ה-FIFTH AMENDMENT) מקנה זכות חוקתית לאדם על רכושו, גם מכוח ה-DUE PROCESS¹¹⁵, ומהותי יותר, ה-"TAKINGS CLAUSE"¹¹⁶.

ההשפעה החוקתית מורגשת בעיצוב "ציפטר 11", בהגנה על הנושה המובטח. אולם עד כמה? אם הפגיעה בזכויותיו הייתה אסורה לחלוטין, הרי הייתה מוגנת גם זכותו לממש את הרכוש המשועבד ללא השהייה, ולהימנע מאי-הבהירות ומהסיכון הכרוכים בהמשך תהליכי ההבראה. אולם, גם בארה"ב הוכרה בפסיקה היחסיות של האיסורים על הפגיעה, והתפתחו מודלים מרוכבים יותר. לפיהם, עצם השהייה של הנושה המובטח מותרת בתנאים מתאימים. זכות הקניין שלו והקשר הישיר לבטוחה אינם מחסנים אותו תמיד ואינם מאפשרים לו תמיד פדיון הבטוחה ברגע שהוא רוצה¹¹⁷. ההגנה היא יחסית: לא על שליטתו בנכס המשועבד עצמו, אלא על זכות העדיפות שלו כלפי שאר הצדדים. דהיינו, כל עוד נשמרת עדיפותו, בין בהסדר ההבראה, אם נכפה שלא

e.g., D.G.Baird, T.H.Jackson "Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests", 51 *Univ.Chicago .L.Rev.* 114 (1985)97. להרחבה ולדעות אחרות ראו בהט, **דיני הבראת חברות, לעיל** הערה 57, 71-72; 249-51.

115 "no person shall be deprived of... Property, without due process of law" (U.S. Const., amend. V., cl 5).

116 "nor shall private property be taken for public use, without just compensation" (Id., at cl 4).

מעניין לציין, שהזכויות החוזיות של הנושים (המובטחים) אינן מוגנות בחוקה כנגד פגיעה ע"י חוק פדראלי, כמו חוק פשיטת הרגל (Art.1).

117 השוו לדין הקיים בארץ: בהט, **דיני הבראת חברות, לעיל** הערה 57, בעמ' 145-148, 362-361.

118 שם, 257, 264.

119 ראו **לעיל** הערה 111.

J.S.Rogers. "The Impairment of Secured Creditors' Rights in Reorganization: A Study of the Relationship between the Fifth Amendment and the Bankruptcy Clause", 96 *Har.L.Rev.* 973 (1983).

121 כמו לקביעת ההגנה ההולמת. ראו: F.F.Gecker, Comment, "The Recovery of Opportunity Costs as Just Compensation: A Takings Analysis of Adequate Protection", 81 *Nw.U.L.Rev.* 953, 953-54 (1987). הסוגייה של ריבית המפצה על ירידת הערך בעת השהיית מימוש בטוחה, כאשר הבטוחה אינה מספיקה: בהט, **דיני הבראת חברות, לעיל** הערה 57, בעמ' 205-207.



חוק לתיקון פקודת החברות (נוסח חדש) (הקפאת הליכים במסגרת הליכי הסדר ופשרה), התשנ"ז - 1994¹²⁸. אדגים להלן כיצד שונתה ההצעה ב"עידודו" של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עד שהפכה לחוק.

הצעה זאת אפשרה מתן צו הקפאת הליכים בידי בית משפט שהוגשה לו בקשה להסדר על פי סעיף 233 לפקודת החברות (נוסח חדש). משניתן צו הקפאת הליכים כאמור, על פי נוסח ההצעה המקורי, "רשאי בית המשפט, לבקשת נושה מובטח, להתיר מימוש של הנכס המשועבד לו, אם **שוכנע** כי לא הובטחה הגנה הולמת לזכויותיו של הנושה בנכס, **וכי אין במימוש כאמור כדי לפגוע בסיכוייה של תוכנית ההסדר או הפשרה להתקבל**"¹²⁹.

התנאי של הגנה הולמת סביר, ודומה לארה"ב, אם כי אינו מוגדר. התנאי השני היה קשה ביותר. צריך היה כתנאי מצטבר להוכיח, שאין במימוש כדי לפגוע בסיכויי תכנית ההסדר להתקבל. המימוש עלול אבל כמעט תמיד לפגוע בתכנית ההסדר. בארה"ב מקפידים תמיד על ההגנה ההולמת. כתנאי **חילופי** ולא מצטבר, יש שם אפשרות להשתחרר מההקפאה אם אין לחייב ערך שיורי בנכס מעבר לשווי החובות המובטחים ע"י הנכס, ואין הנכס נחוץ להסדר¹³⁰.

בצורה בה הופיע התנאי בהצעת החוק, הוא היה מכשיל כמעט כל נושה מובטח, גם אם לא יוגן הנושה כראוי, מאחר שלא יוכל לשכנע את בית המשפט כי מימוש הנכס

הנושה המובטח - ולא דווקא על ידי מימוש הבטוחה עצמה¹²².

התפיסה היחסית הזאת מתאימה לסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המכיר באפשרות הפגיעה בזכויות קניין (אף יותר מאשר בארה"ב, שם יחסיות הזכויות החוקתיות פותחה בפסיקה בלבד). הפגיעה מותנית בתכלית ראויה - והתכלית היא, כמובן, הבראת החברה, לפחות לטובת כלל נושיה אם לא לטובת המשק כולו¹²³ - ובמידה שאינה עולה על הנדרש - וכאן המבחן הקשה, בו יש מקום להוסיף איזונים ולבחון את שמירת האינטרס הבסיסי של הנושה המובטח.

כמו בארה"ב, גם כאן, מעבר לבחינה החוקתית, ובאופן משולב אתה, החקיקה צריכה להיות מאוזנת, להתחשב בצורך לכבד אפשרות הנושה המובטח ליהנות מהזכויות שהענקו לו - אבל בהיקף המביא בחשבון גם את הצרכים של ההבראה¹²⁴.

אינני מתכוון לסקור כאן את הצעות החוק השונות לעניין שיקום תאגידיים, הצעות שככל שהן מתרבות והולכות מתרחק החוק¹²⁵. אפשר למצוא דוגמאות, שממחישות הוראות שלדעתי עשויות להיפסל על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹²⁶.

הצעת חוק חשובה שהביאה כבר לתיקון פקודת החברות¹²⁷, היא הצעת החוק של חה"כ גל וצוקר: **הצעת**

122 ראו התפתחות ההתייחסות לחוקתיות של הוראות ההקפאה בין הגישה הנוקשה בפסק הדין *Loisville Joint Stock Land Bank v. Radford*, 295 U.S., at 555 (1935) לבין הגישה הגמישה המאפשרת שמירת ערך הבטוחה בלבד

ב-*Union Central Life Ins. Co.*, 311 U.S., at 273 (1940)

123 לשאלה של התחשבות באינטרסים המשקיים ובאיזו מידה, ראו בהט, **זיני הבראת חברות, לעיל** הערה 57, בעמ' 69-62.

124 בהט, שם, 257-264.

125 לסקירת הצעות ועדת לויין וחי"כ שטרית ראו **בהט**, שם, 307-345.

126 ראו בהט, **הסדרי הבראה, לעיל** הערה 112, שם, 2.13.

127 חוק לתיקון פקודת החברות (מס' 10), התשנ"ה - 1995, ס"ח התשנ"ה, 204.

128 אני מתייחס תחילה לנוסח ההצעה טרם פירסומה. לאחר עיבוד בוועדת החוקה, פורסמה הצעת החוק בנוסח מתוקן: הצעת חוק לתיקון פקודת החברות (מס' 12) (הקפאת הליכים במסגרת של הליכי הסדר ופשרה), התשנ"ה - 1995, ה"ח התשנ"ה 2385. התיקון נתקבל - **לעיל** הערה 127.

129 סעיף 233 (2א) המוצע, שם. ההדגשות שלי.

130 11 U.S.C., s. 362(d).

מהנכס המשוועבד והשהיית המימוש¹³⁴.

יא. סיכום

הביצור של זכות הקניין בחקיקת היסוד הוא חדש, אולם עסקו בו לא מעט.

דומה, שבית המשפט העליון הותיר מרחב די ניכר להתערבות מכוח זכות היסוד, מרחב המוגבל מאד, אמנם, על ידי "פיסקת ההגבלה". בפועל, משבוחנים את פסקי הדין, רואים, מצד אחד, התאפקות של בית המשפט מהתערבות במדיניות המחוקק (בפרשת התיקון ל"חוק גל"), לעומת מקרים אחרים, בהם הפעיל בית המשפט את כוחו בצורה רחבה, כמו בפרשות **הירשנזון**, **זנדברג**, אמנם תוך נטייה לפרשנות החוק ולא למתקפה ישירה. הנכונות להתערב רבה כנראה יותר לגבי חקיקת משנה (אף אם קדמה לחוק היסוד) ובמשפט הפרטי (פסק הדין **בנק לאומי נגד כונס נכסים ומנהל**). מקרים של התערבות שלטונית, נושאי ההפקעות, למשל, טרם זכו להשלכות מרחיקות לכת של חוק היסוד, הגם שהפוטנציאל הובע בפסיקה.

דומה, שה"חלחול" למשפט הפרטי עשוי להרחיב את התפיסה היחסית של הקניין, ולהשפיע על החקיקה העתידית בו. אולי אף יותר מאשר השפעת חוק היסוד על נושאים מעורבים של קניין ומשפט ציבורי, או על מקרים של התערבות המדינה בקניין הפרטי, שם ניכרת התאפקות של בית המשפט העליון בהתערבותו.

לא יפריע להסדר. התוצאה הייתה יכולה להיות ירידת ערך הנכס המשוועבד במהלך ניסיון כושל להבראה, שלא ברור מתי יסתיים. הכל יתעשרו על חשבון הנושה המובטח. האם זאת איננה חקיקה הפוגעת בזכות הקניין מעבר לראוי? ואכן, בועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הוטרו דמויות.

בהמשך תוקנה ההצעה¹³¹, בעיקר לצורך שמירה על האיזון בין הפגיעה בנושה המובטח על ידי השהיית המימוש לבין שמירת עדיפותו, כנגזר מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסקה (2א) **בסעיף 233, כפי שתוקן בתיקון 10**, מאפשרת מימוש, אם בית המשפט נוכח, "כי לא הובטחה הגנה הולמת לזכויותיו של הנושה בנכס, או כי אין במימוש השעבוד או בגיבוש השעבוד הצף, כדי לפגוע באפשרות לגבש ולאשר את התכנית".

דומה גם התיקון הנוסף שנעשה, ששלל מבית המשפט שיקול דעת אם לא נתקיימו התנאים להמשך הקפאת המימוש: אם התקיים אחד משני התנאים שבפסקה (2א), יתיר בית המשפט את מימוש השעבוד (ובמקרה של שעבוד צף, אף את גיבושו). בהצעת החוק היה הניסוח שונה: "רשאי בית המשפט... להתיר". שינוי הנוסח בא כדי להבהיר מעל לכל ספק, כי משנוכח בית המשפט כי התמלא אחד משני התנאים לכך, שוב אין לבית המשפט שיקול דעת נוסף, ועליו להתיר את המימוש. בכך הועדף הניסוח בקוד האמריקאי - "the court shall grant relief"¹³². על הניסוח האנגלי המשאיר מקום לשיקול דעת¹³³. בועדת החוקה, חוק ומשפט העדיפו את הנוסח הזה, מתוך החשש לפגוע בזכות הקניין של הנושה המובטח מעבר לנדרש, לאחר הפגיעה הראשונית בו על ידי ניתוק

131 **לעיל** הערה 127 (להלן - "תיקון 10").

132 בסעיף 362(d). מקוד זה גם לקוח המושג "הגנה הולמת", שאינו מופיע בחוק האנגלי.

133 *Re Atlantic Computer Systems plc*, Insolvency Act 1986, ss. 10-11 (1992).
1 All E.R. 476, at 500-503 (1992).

134 כדוגמה ל"חקיקה לא חוקתית" שנחקקה טרם חוק היסוד ולניסיון להגביל צווים מכוחו ראו לעניין סעיף 11א לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים: י" בהט **הסדרי הבראה** (תשנ"ו) 258-260.

135 הי"ח התשנ"ו 290.

136 **לעיל** ג(3).