[Thomas W. Merrill and Henry E Smith, Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle, 110 Yale L.J. 1 (2000](http://hl2.biu.ac.il/upload/141092/Media/%D7%9E%D7%90%D7%9E%D7%A8%D7%99%D7%9D/thomas%20merrill%2C%20Optimal%20Standardization.pdf))

**מבוא**

חוק החוזים הוא פתוח ומאפשר כמעט כל התקשרות בין הצדדים, פרט למספר הגדרות מאוד מצומצמות שנחשבות לא חוקיות.

בקנין הדברים שונים, ועל הצדדים שמקימים עסקה כזו לבחור במנגנון מוגדר שקיים בחוק כמו – שכירות, שאילה, מכירה וכו'. יש צורות ומנגנונים רבים של קניין, אבל החוק מתעקש על הסדרה.

הדברים נכונים לא רק למקרקעין אלא לכל צורות הקניין הקיימות.

שמו של המנגנון – הרשימה הסגורה.

העיקרון קיבל מעט מאוד תשומת לב במשפט האנגלו-אמריקאי, לעומת המשפט הקונטיננטלי שם יש בכך עיסוק רב.

מענין במיוחד שהתחום של משפט וכלכלה לא התעסק בכלל בעקרון הרשימה הסגורה. מדובר בעיקרון שמשפיע באופן חזק ביותר על התחום של משפט וכלכלה שכן הוא מגביל דה-פקטו את חופש החוזי, שהוא העיקרון הקריטי ביותר של מנגנון השוק ולכן חשוב מאוד לאסכולת המשפט וכלכלה.

בתי משפט לא יאכפו חוזה שמייצר צורת קניין חדשה. באופן מפתיע אף אחד לא דן ברמה התאורטית האם יש בכך היגיון כלכלי.

ההסבר הכלכלי הראשון הוא שעקרון הרשימה הסגורה אמור למנוע מצב שבו ליותר מידי אנשים יש זכות וטו על נכס מסויים ולכן לא ניתן להשתמש בו בצורה יעילה – הטרגדיה של אי נחלת הכלל. הבעיה היא שעקרון זה מגביל את מספר המעורבים בנכס ולא את מספר הזכויות הקנייניות הקיימות ולכן מדובר בהסבר חלקי.

באופן כללי, ניתן לאתר עויינות בבתי המשפט מול עקרון הרשימה הסגורה. שופטים ועורכי דין נוטים להתייחס אליו כסוג של פורמליזם.

במקביל תנועת ה-CLS טוענת שצורות קנייניות קבועות מקבעות מעמדות והבדלי היררכיה בחברה. כפי שאחד המקורות קובע- פורמליזם שכופה צורות הקנייניות שבלוניות הוא תפיסה פאודלית.

עקרון הרשימה הסגורה משפיע גם על יחסי הכוחות בין הצדדים. כאשר יש חופש חוזים, גם צד לא מתוחכם וללא משאבים משפטיים, אבל עם הגיון בסיסי הוא יכול להגן על עצמו. לעומת זאת, כאשר אנחנו פועלים במישור של צורות קנייניות מוגדרות, לצד שיש משאבים משפטים טובים יותר והיכרות טובה יותר עם החוק יש כוח רב יותר.

ביקורות אלו הן לא העיקר. יש לבחון ברמה התאורטית האם המנגנון יעיל, מהן העלויות וההפסדים שלו ועד לאיזה רמה יש להחיל אותו.

**עקרון הרשימה הסגורה במדינות המשפט המקובל**

מחד, בתי משפט בעולם המשפט המקובל נוהגים כאילו ברור שיש רשימה סגורה של זכויות קנייניות. מאידך, לא ניתן להצביע על מעמד שבו הדבר נקבע, או קבלה מסודרת של העיקרון.

ברור שבמשפט הקונטיננטלי (נקרא כאן civil law) יש קבלה מסודרת של העיקרון.

בפועל, כלל המנגנון בתוכו פועל המשפט המקובל, לא מתאים לעקרון שמגביל את בתי המשפט מליצור זכויות. לבתי המשפט במשפט המקובל יש סמכות אינהרנטית לקבוע עקרונות חוקיים ולייצר נורמות משפטיות. מכאן שבמשפט המקובל העקרון של הרשימה הסגורה לא ניתן להסקה באופן ישיר מהשיטה המשפטית. לא ניתן להסביר, תחת העקרונות של המשפט המקובל, מדוע מחוקק צריך לקבוע רשימה סגורה של חוקים שבתי המשפט לא יכולים לשנות אותם. כמובן שלא ניתן להסביר למה בתי המשפט לא יכולים לשנות אותם.

למרות זאת, המשפט המקובל מתייחס לעקרון הרשימה הסגורה באופן דומה מאוד למשפט הקונטיננטלי שם יש חקיקה ברורה שמצביעה על הנורמה. ניתן להתייחס לכך כ"כלל ברירת מחדל", של המשפט המקובל כאשר הוא מגיע לדון בזכויות קניין (בדומה לכללי הפרשנות של המשפט המקובל שהם בד"כ קבועים). הכותבים טוענים כי זוnorm of self governance .

חוזה שכירות "לכל משך המלחמה" – על פניו לפי חופש החוזים אין בעיה. למרות זאת בתי משפט מקובל לא יקבלו את החוזה הזה. שכן נדרש זמן סיום ברור.

**סקירת סוגי הקניין הקיימים במשפט המקובל האמריקאי**

**מקרקעין – estate in land:** יש פירוט של סוגי הקניין הקיימים (הביטויים לא ברורים). בפועל בתי משפט אוכפים את עקרון הרשימה הסגורה בהקשר של המקרקעין בצורה נוקשה. בפועל יש תת סוגים והרבה וריאציות שניתן לעשות והן חשבות לחוקיות ובתי משפט יאכפו אותן – למשל תת זכויות או חלוקה של שטחים לבעלות במקרקעין. למרות זאת יש וריאציות או יוצורי כלאיים שאין קבלה שלהם והם לא יאכפו. באופן כללי יש חירות מסויימת בנוגע לחלק מהפרמטרים של הזכויות הקנייניות במקרקעין אבל יש אכיפה נוקשה של מספר עקרונות כגון משך הבעלות או הזכות, הזכות להדיר אחרים, הזכות לירושה או הורשה,

**אינטרסים** – המילה בעברית לא ברורה לי. זה סוגים שונים של בעלות או משהו כזה. concurrent interests

**Nonpossessory Interests** – זכות ללא בעלות ? בתחום זה עקרון הרשימה הסגורה חל בצורה מרוככת. מדובר בתחום שהיו בו הרבה מאוד חידושים ב-150 השנים האחרונות, למשל בית משפט באנגליה ב- Tulk v. Moxhay יצר זכות חדשה וזאת למרות Keppell v. Bailey שקובע במפורש שבית משפט לא יכול להפוך זכות חוזית לזכות קניינית. אבל גם פיתוחים אלו הוגבלו על ידי העקרון בסופו של דבר.

**Interests in Personal Propert** – הכוונה למניות לדעתי, לא מענין.

**Intellectual Propert** – החוק מכיר במספר סוגים של קניין רוחני. ניתן לקבוע של זכויות קנייניות אלו, עקרון הרשימה הסגורה מופעל בצורה החלשה ביותר. החוק האמריקאי מכיר אמנם במספר מוגבל של קורות של קניין רוחני, וכן בחלק משמעותי מהמדינות יש חוקים שאוסרים על יצירה של זכויות קניין רוחני חדשות, אך בפועל המצב שונה. כך ב- International News Service v. Associated Press הוכרה זכות מסויימת בחדשות שפורסמו (הגם שלא נרשמו כסימן או סוד מסחרי), כמו כן חלק משמעותי מהמדינות הכירו בזכות של אדם מפורסם להגן על קולו או ביטויו מפני ניצול / שימוש לפרסומות ללא הסכמתו – יותר מחצי מהמדינות הכירו בזכות הזו במהלך שיפוטי ולא על ידי חקיקה

**הכרה משפטית בעקרון הרשימה הסגורה**

יחסית לעקרון כה מרכזי, הרי שבפועל מבחינת הדיון והעיסוק בו הוא כמעט בלתי נראה. מקרה שמוכיח זאת בצורה טובה הוא Johnson v. Whiton, שם דובר על סוג מסויים של צוואה שאדם כתב אבל בפועל לפי החוק לא ניתן היה לייצר אותה. את פסק הדין כתב השופט הולמס. בפועל, זו דעה שלא צוטטה מאז כמעט לחלוטין.

דוגמא נוספת שניתן להתייחס אליה, ושממנה נדמה גם שעורכי דין ושופטים לא באמת מודעים לעקרון הרשימה הסגורה היא במקרה נפוץ יחסית שבו ניתנת שכירות לכל אורך חייו של הדייר. בתי משפט נאבקו בשכירות מסוג זה שכן היא מערבת בין שני סוגים שונים של עקרונות קניין –שכירות חייבת להיות מוגבלת בזמן ברור. ההתחבטות של בתי המשפט, והניסיון להכניס בכוח את יצור הכלאיים הזה לרובריקה אחת ברור של עקרונות קניין היא יישום של עקרון הרשימה הסגורה, אבל זה נעשה בצורה לא מודעת. בפועל, זה משקף את אותם העקרונות שהנחו את הולמס ב-Johnson v. Whiton כאשר קבע כי לא ניתן לייצר סוג חדש של צוואה.

לאחרונה, במקרה של שכירות לכל החיים, הועלתה הטענה כי בתי משפט פשוט צריכים לכבד את הסכמת הצדדים ולא להיות מקובעים בגישה הארכאית שמיישמת בנוקשות את עקרון הרשימה הסגורה. לא ברור עד כמה קיבל בית המשפט את הגישה הזו. בפועל בית המשפט קיבל את הסכמת הצדדים לגבי התנאים, אבל קרא לזכות שנוצרה "שכירות" (כלומר הכניס אותה תחת רובריקה קיימת).

**סיכום**

עיקרון הרשימה הסגורה נמצא במצב מוזר מאוד. מצד אחד הוא מיושם הלכה למעשה בבתי משפט, עם מאט מאוד חריגות בתחומים יחסית איזוטריים כמו עניינים שוליים של קניין רוחני. הסיכוי לשכנע שופט לקבל סוג חדש של זכות הוא נמוך מאוד. ככה גם עורכי דין מניחים כי הם פועלים בעולם בו הרשימה סגורה. אך אם בוחנים את ההגיון שמאחורי העקרון של הרשימה הסגורה, ניתן לראות שאין כמעט עיסוק בכך. נראה שבמדינות המשפט המקובל מתייחסים לעקרון כעובדה, כה מבוססת ומקובלת שכלל אין סיבה לדון בה. אך בדיוק בגלל סיבה זו, יש קושי משמעותי להגן עליה.

**עלויות והסטנדרטיזציה של זכויות הקניין**

מה גורם לקבלה המוחלטת של עיקרון הרשימה הסגורה ? בפסק דינו בענין Johnson v. Whiton השופט הולמס קובע כי האופי של הזכות שנוצרה יוצר בעיה של ריבוי אחזקות בנכס. התוצאה היא עלויות עסקה גדולות לכל מי שירצה לסחור בחלקו ולכן חוסר יעילות. הבעיה עם טיעון זה היא כי גם תחת צורות הקניין הקיימות בעיה זו יכולה להתעורר, בדיוק באותה הצורה.

המקרה הבריטי המוביל שמציע הגיון לעקרון הרשימה הסגורה הוא Keppell v. Bailey – במקרה זה איגוד עובדים מסוים חתם על אמנה בין העובדים לרכוש אבן גיר ממחצבה מסויימת ולשלח אותה למפעל באמצעות מסילת ברזל ספציפית. המיוחד הוא כי נקבע שהחוזה יחול גם על כל היורשים של החברים כיום בארגון העובדים (אלו שחתמו על החוזה). בפסק הדין נקבע כי אין ספק שהתנאים של האמנה חלים בין אלו שחתמו עליה. אבל לא ניתן להעביר אותם בירושה.

**Measurement-Cost Externalities**

כאשר אדם נתקבל בזכויות קניין, אם לצורך רכישה, ואם על מנת להמנע מפגיעה בזכויות של אדם אחר עליו למדוד את הזכות: החל במאפיינים שלה וכלה ברמה הפיזית (מרחק וגובה). המדידה מתבצעת כל עוד המחיר שלה נמוך מהמחיר שהאדם ישלם במקרה שהוא יפר את הזכות / יפסיד בגין אי מימושה.

הצורך לייצר סטנדרט בעולם זכויות הקניין הוא תוצאה של ניסיון לצמצם את העלות של מדידת הזכות. צדדים שיוצרים זכות קניינית חדשה, לא לוקחים לחשבון את ההשפעה האדירה שיש לאופי החדש של הזכות על הצורך למדוד אותה ועל המאמצים שיושקעו בכך.

בשלב הזה כותב המאמר נותן את דוגמא השעונים. החוק מאפשר למכור שעון מאדם A לאדם B. נניח ושני הצדדים יוצרים הסכם שבגינו לA מותר להחזיק בשעון בימים א-ג ול-B ביתר השבוע. מבחינת חוק החוזים אין בעיה עם ההסכם הזה. אבל חוקי הקניין לא מאפשרים להם ליצור זכות קניינית של חלוקה בזמן כפי שתואר. במידה והייתה זכות קניינית כזו, כל אדם שהיה רוכש שעון, צריך היה לוודא שהשעון שהוא לא רוכש לא מכיל זכות קניינית של חלק מהשבוע כלפי אדם אחר. כמות הבירורים שיצירת הזכות הזו תיצור בכל עולם השעונים כולו יוצרת חוסר יעילות משווא.

הצדדים המקוריים – אלו שמבצעים את הטרנזקציה הראשונה.

היורשים הפוטנציאלים – מקבלים / רוכשים מהצדדים המקוריים.

משתתפים אחרים בשוק – אנשים שיבצעו טרנזקציות במוצר דומה.

כך שבניגוד לכותבים אחרים שמנסים להסביר את העקרון מאחורי עקרון הרשימה הסגורה, ההסבר של כותבי המאמר הוא שהמושפעים העיקריים וחוסר היעילות המרכזי הוא מול כלל השוק ולא מול היורשים בלבד.

אחת הטענות שמסבירה את העקרון לפי פגיעה בזכויות היורשים היא, שבמידה וA מוכר ל-B את הזכות להחזיק בשעון ביום שלישי, הרי ש-B לא יכול להיות בטוח ש-A לא ימכור את יתר הזכויות להחזיק בשעון למישהו אחר, שנמצא רחוק מ-B וכך B לא יוכל להחזיק בשעון ובכך תהיה פגיעה בו. הטענה של כותבי המאמר היא שהאפשרות הזו אפשרית, והיא צריכה להיות מגולמת במחיר השוק של הזכות להחזיק בשעון ביום שלישי – במידה וקיים סיכון שהזכות תפגע עקב טרנזקציות עתידיות, אזי המחיר צריך להיות נמוך יותר. מכאן שהתמקדות רק בצדדים הראשונים, או ביורשים היא בעייתית וקשה לסביר למה החוק צריך להתערב.

מה גם, שהחוק אמנם מונע ממך לשרוף את הבית שלך, אבל הוא לחלוטין לא מונע ממך להשמיד שעון במידה ותרצה. אם הוא מאפשר לך להשמיד שעון, אין סיבה שהוא לא יאפשר לך להכנס לשורה של הסכמים שיובילו בסופו של דבר לפיצול הערך הכולל של השעון למספר רב מאוד של צדדים.

על אותו משקל, ההשפעה של הסיכונים של החלוקה בזמן תגולם במחיר גם על היורשים ומכאן שאין סיבה להתערבות חוקית.

טענה נוספת היא שהיורשים השלישיים, או הרביעיים לאחר שהנכס עבר מספר ידיים כבר לא יוכלו לדעת או להכיר את החלוקות הראשונות שנעשו ולכן הם לא ידעו שעליהם לבקש מחיר נמוך יותר. העניין הוא שהמחיר כבר יהיה נמוך כי הקודמים להם כן ידעו על הבעיות הקנייניות ולא סביר שהם יעלו את המחיר.

בשלב זה כותבי המאמר מסבירים באריכות את הרעיון שלהם לגבי הפגיעה בכלל האנשים שלוקחים חלק בשוק שכן הם צריכים בדוק האם השעון שהם קונים הוא כזה שיש עליו חלוקה בזמן.

הגבלה של מספר צורות הקניין מאפשרת לקונה פוטנציאלי להגביל את מידת החקירה שלו בעת הרכישה.

המאפיינים הפיזיים של רכוש הם ברורים (גודל, סוג, צבע), המאפיינים החוקיים הרבה פחות ברורים. מכאן היתרון הגדול של סטנדרטיזציה בתחומים שהם פחות ברורים –יהיה יותר קל לברר את הפרטים הבלתי גלויים, ככול שיהיו פחות ושיהיה נוהל ברור לגבי מה צריך לבדוק.

גם לסטנדרטיזציה יש את העלויות שלה. לעיתים היא מונעת מצדדים להגיע לתוצאה היעילה ביותר. על הבעיה הזו ניתן להתגבר על ידי שימוש מתוחכם בסוגי הקניין הקיימים ללא המצאה של חדשים.

בשלב זה הכתובים משווים בין זכויות קניין לשפה – זכויות הקניין עצמן הם המילים ואילו החוקים הם הדקדוק של השפה. השילוב ביניהם יוצר מספר כמעט בלתי מוגבל של אפשרויות. גם בשפה וגם בזכויות קניין, הסטנדרטיזציה יוצרת תסכול מסויים, אבל האנלוגיה לשפה מבהירה מדוע זה נדרש.

למרות זאת חשוב להצביע על שוני מהותי בין שפה לבין זכויות קניין. שפה מתפתחת – מילים חדשות נוצרות באופן יום-יומי. מילים חדשות בד"כ לא יוצרות בלבול ברמה כזו שנדרשת הסדרה על ידי רשומת מרכזית. כך גם הדברים בנוגע לדקדוק.

**Optimal Standardization and the Numerus Clausus**

בשלב זה נבדוק כיצד עקרון הרשימה הסגורה מהווה את הסטנדרט הטוב יותר של זכויות הקניין. מבחינה חברתית המטרה היא להקטין את כמות המדידה של הזכויות (וכמובן את כמות הטעויות), להקטין את כמות התסכול של הצדדים (שלא מסוגלים לבצע את העסקה בדיוק איך שהם רוצים) ואת עלויות הניהול.

יש ספקטרום רחב מאוד של גישות החל מחירות מושלמת ליצור זכויות קניין למול נוקשות מושלמת של זכות קניינית בודדת. אף אחת מנקודות הקיצון האלו לא תיצור אופטימיזציה.

יש גרף. העיקרון מאחוריו ברור – ככול שמספר הזכויות הקנייניות יגדל, ככה גדלים גם עלויות המדידה ומספר הטעויות. הסבר ארוך ולא מעניין...

מכאן שעקרון הרשימה הסגורה הוא מכשיר שהמטרה שלו למנוע יצירה חדשה של זכויות קניין בבתי המשפט. כמובן שהאופציה ליצור זכויות קניין חדשות קיימת למחוקק ובכך מתאפשר גיוון כלשהו. הכותבים לא טוענים שיש מספר מסויים של זכויות קנין שהוא האופטימאלי. הטענה היא שעקרון הרשימה הסגורה יוצר איזון (אמנם מחוספס) בין הקיצוניות של משטר מוחלט לבין גמישות מוחלטת.

**Information Costs and the Dynamics of Property**

ההסבר במאמר מאפשר לצפות את השינוי במשטרי זכויות קניין לאורך זמן. למשל התופעה של מוסדות רישום מורידה את כמות הברור שאדם צריך לבצע לפני שהוא רוכש נכס (עוד גרף לא מעניין). ככול שהמידע זול יותר, ככה אנו פחות חוששים מעלויות הבדיקה ולכן נתיר יותר גיוון בזכויות הקניין. הדברים נכונים גם עבור טכנולוגיה – כאשר הטכנולוגיה מאפשרת דרכים טובות יותר להבטיח שאני אקבל את הזכויות שלי בנכס, יש פחות צורך בסטנדרטיזציה. טכנולוגיה גם מאפשרת יידוע של צדדים לגבי האינטרסים הקיימים בכל נכס.

**POTENTIAL OBJECTIONS**

שלושה סוגים:

1. התנגדות ליברטריאנית (Libertarian Objections) – אין צורך בהתערבות ממשלתית וסטנדרטים כדי להמנע מעלויות מדידה של צד שלישי (כאן יש עיסוק בתופעת הרשת – כאשר מידת הטובין שנובעת לצרכן היא פועל יוצא של מספר הצרכנים האחרים כמו ברשת הטלפונים או בשפה)
2. אנטי-חלוקה – טיעון זה אומר כי עקרון הרשימה הסגורה מונע תת חלוקה, אבל לא באמת מונע את עלויות המדידה של הצדדים השלישיים.
3. חוסר רלונטיות – כל דבר שניתן לעשות עם זכויות קניין ניתן לעשות עם חוזה ולכן עקרון הרשימה הסגורה חסר משמעות.

יש תת דיון בכל אחת מהסיבות, לא יפורט.

 - [Harold Demsetz, Toward a Theory of Property Rights, 57 Am. Econ. Rev. 347 (1967) &](http://hl2.biu.ac.il/upload/141092/Media/%D7%9E%D7%90%D7%9E%D7%A8%D7%99%D7%9D/Demsetz%20-%20Toward%20a%20Theory%20of%20Property%20Rts%20.pdf)

**לקראת תאוריה אחודה של דיני קניין**

זכויות קניין הן ביטוי חוקי (או במנהג) לציפיות של אדם ביחס לנכסים, בד"כ פיזיים.

הבעלים של זכות, מקבל בפועל את ההסכמה של אדם אחר לפעול בצורה מסויימת ביחס לנכסים.

בשורה התחתונה, הזכויות מבהירות כיצד אדם יכול להנות או להפגע וכפועל יוצא מכך מי צריך לשלם למי כדי לשנות את הסטאטוס בין נהנה לבין נפגע. ההבנה של מערכת ההנחות הנ"ל מבהירה את הקשר החזק שיש בין זכויות קניין לבין מושג **ההחצנה** ((EXTERNALITIES.

פירוש המונח החצנה ביחס למאמר זה הוא עלויות חיצוניות, יתרונות חיצוניים וכל ביטוי כספי אחר. מה שהופך תוצאה מועילה או מזיקה להחצנה היא העלות של שקילת התוצאה על ידי אחד הצדדים המעורבים בעת קבלת ההחלטה האם הפעולה עצמה משתלמת.

הפנמה (Internalizing) היא תהליך שבו התוצאות המזיקות של תהליך (שבד"כ כרוך בשינוי של זכויות קניין) מוכל (כלומר נספג או לחילופין שהעלויות שלו הן) על הצדדים המעורבים בלבד.

בכל מקרה, העלות של העברת נכס בין ידיים, חייבת להיות גבוהה יותר מהעלות של השארת הנכס אצל אחד מהצדדים ואי ביצוע הטרנזקציה.

בשלב הזה הוא נותן את הדוגמא של גיוס לצבא. משלם המיסים מוטב על ידי כך שהוא לא נאלץ לשלם את המחיר המלאה של התגייסות לצהבא. העלות שלפיה הוא מתחמק מכך היא סה"כ הסכום שידרש כדי לשלם לחיילים מקצועיים / או לחילופין הסכום שידרש מגוייס חדש לשלם במידה והוא רוצה להתחמק משירות. בכל מקרה, בין בשיטת לקנות את חירותך ובין בשיטת לקנות את החייל שישרת במקומך, המחיר זהה וכולו מגולגל בסופו של דבר על האזרחים משלמי המיסים. \

דבר מדהים הוא שתמיד כשמדברים על החצנות, אנשים משתמשים בדוגמא של העשן – מפעל שמייצר עשן שמפוגע במספר רב של אנשים. הבעיה עם העשן היא שיש מספר רב מאוד של גורמים שנפגעים ממנו ולכן יש מספר רב מאוד של גורמים שהמפעל צריך לבוא איתם במגע כדי לפצות אותם. התוצאה היא שהוא מעדיף להתעלם.

במקרה של הגיוס ההחצנה נוצרת על ידי איסור מו"מ שנקבע בחוק על ידי המדינה – כי בסוף רק המדינה מחליטה באיזה אופן יהיה הגיוס, ואנחנו לא יכולים לשלם כדי לא להתגייס.

הפרספקטיבה / החשיבות של חוקי קניין מתבהרים לאור דוגמאת הגיוס. חוק שקבוע כי לאדם יש זכות לחירות יחייב מפעל / חברה כלשהי / או המדינה לשלם לו בתמורה לפעילות שלו (עובד במפעל או חייל). במקרה זה, הרי שהמחיר של העבודה מופנם במערכת השיקולים של החברה. לחילופין, חוק שקובע כי מותרת עבדות יגרום לכך שכל מי שיחשוב להעסיק עבדים יצטרך להתחשב בכך שהעבדים יהיו מעוניינים לקנות את חירותם בכסף ולחשב האם משתלם לו להעביד אותם או לשחרר אותם ולקבל את הכסף בתמורה לחירותם.

כל שנדרש כדי שעלות מסויימת תופנם לתוך מערכת השיקולים הוא חוק שקובע זכות קניינית ואת האפשרות למכור אותה.

**הופעת זכויות קניין**

בהינתן שהמשמעות המרכזית של זכויות קניין היא ההפנמה של יתרונות וחסרונות, אזי ההופעה של זכויות קניין יכולה להלמד בצורה הטובה ביותר במקביל ללימוד של הופעת אפקטים מועילים ומזיקים שונים.

שינויים בידע מובילים לשינויים ביצור. טכנולוגיה חדשה, ודרכים חדשות לעשות את מה שנעשה בעבר, יוצרים יתרונות וחסרונות שאליהם החברה לא הייתה מורגלת. התזה של כותב המאמר היא שההופעה של זכויות קניין חדשות היא תגובה של אנשים לאפשרויות מועילות / מזיקות חדשות. לחילופין, זכויות קניין מפותחות כדי להפנים החצנות במקום שבו הרווח של הפנמה גדול יותר מהעלות של החצנה. גידול בהפנמה, נוצר משינויים בערכים כלכליים, שינויים שנוצרים בד"כ מהופעה של טכנולוגיות חדשות שפותחות שווקים חדשים, שאליהם זכויות הקניין הישנות לא מתאימים.

פרשנות מתאימה של קביעות אלו צריכה להתבצע לאור ההתייחסות של הקהילה למוסד הבעלות הפרטית. לקהילות מסויימות תהיה מערכת פחות מפותחת של בעלות פרטית, ואילו מערכת מפותחת של בעלות משותפת / בעלות מדינה. בכל מקרה, ללא קשר לאופן שבו קיימת בעלות פרטים בקהילה הרי שההופעה של זכויות קנייניות חדשות תמיד תהיה התוצאה של שינויים בטכנולוגיה.

אין כאן טענה שהשינויים בזכויות הקניין עם הזמן הם תוצאה של פעילות מודעת שמטרתה להתמודד עם בעיית ההחצנות. מדובר בתהליך של וויסות שנובע משינויים הדרגתיים במנהג ומפסקי דין של המשפט המקובל. בכל שלב של התהליך, לא סביר שהייתה התייחסות מפורשת ובאופן מודע למושג ההחצנות.

השינויים (שהכותב מכנה אותם ניסויים), יכולים להיות הצלחה או כישלון, אבל הם קריטיים לכל חברה שמייחסת חשיבות ליעילות. ההשפעה של השינויים האלו לטווח הרחוק. תלויה באופן או בעוצמה שבה היא תכווין או תשנה את ההחצנות.

בחינה של ההנחה הזו תדרוש עבודה אמפירית משמעותית. ניתן לתת מגוון רחב של זכויות שנוצרות – זכויות קנין באוויר, זכויות שכירות, אחריות במקרה של תאונות דרכים ועוד. בשלב זה של הדיון, המחבר יציג קבוצה אחת של דוגמאות בפירוט רב. הן עוסקות בהתפתחות של קנין אישי באדמה באוכלוסיה של האינדיאנים האמריקאים.

השאלה של קניין פרטי באבוריגנים הייתה שאלה מרתקת לאנתרופולוגים. היא הייתה שדה הקרב המרכזי בניסיון להבין את הטבע האמיתי של האדם, בשעה שאיננו מושפע בהתערבות חיצונית של חברה או ציוויליזציה.

בשלב זה כותב המאמר מזכיר מאמר של אלינור ליקוק שעוסק בשטחי ציד וסחר בפרוות. המחקר שלה הוא המשך לזה של פרנק ג' ספק שגילה כי אינדיאנים בחצי האי לברדור החזיקה במערכת של זכויות קניין ביחס לאדמה במשך תקופה ארוכה מאוד. ממצא זה סתר למה שהיה ידוע על אינדיאנים באמריקה ובאזור קנדה. ליקוק גילתה כי קיימים יחסי גומלין הדוקים, בין היסטורית ובין גאוגרפית בין ההתפתחות של זכויות קניין פרטיות באדמה לבין ההתפתחות של סחר מסחרי בפרוות.הקורלציה בין הדברים נראית ברורה לחלוטין. למרות זאת, לדעת כותב המאמר, לא גובשה תאוריה המסבירה את הקשר בין סחר בפרוות לבעלות על אדמה.

כיוון שיש בעיה משמעותית לשלוט / לווסת / למנוע צייד על ידי אחרים, אין לאף אדם אינטרס להשקיע בשימור אוכלוסיית החיות לצייד. התוצאה כמובן היא צייד מסיבי. מכאן שכל ציד מוצלח הוא החצנה על ציידים אחרים – עלויות שלא נכנסות לחישוב כאשר צייד שואל את עצמו האם להמשיך להרוג חיות, כן או לא. בטרם סחר בפרוות הפך למסחרי, הצייד בוצע בעיקר למטרה של מזות ומעט פרוות לביגוד פרטי למשפחתו של הצייד. ללא ספק, גם בזמן זה היו החצנות, ניתן היה לצוד בחופשי ללא התייחסות להשפעה על יתר הציידים. חשוב להבין שההשפעה בפועלה הייתה קטנה ומכאן שאף אחד לא לקח אותה בחשבון. בשלב זה אין שום מוסד של בעלות באדמה.

ניתן לקבוע כי ההופעה של סחר בפרוות גרמה לשני שינויים מידיים. הראשון הוא שהערך של הפרוות עבור האינדיאנים שצדים את החיות עלה באופן משמעותי. שנית, כתוצאה מהשינוי הראשון, עלה באופן משמעותי כמות הציד. שני השינויים משפיעים כמובן גם על ההחצנות של הציד. בשלב זה החלו להיווצר מערכות של קניין פרטי, ספציפית באופן שיתחשב בהשפעות הכלכליות של הציד. הנתונים הגאוגרפים של ליקוק מראים על קורלציה ברורה בין מרכזים של סחר בפרוות לבין התפתחות של טריטוריות צייד ברורות.

ניתן לראות כי זכויות קניין התפתחו כאשר תוצאות שליליות או חיוביות הופיעו כתוצאה משינויים. הסחר בפרוות גרם לכך שזה נהייה משתלם לעודד שהייה של חיות ציד בשטח מסויים. לאחר מכן יש צורך למנוע מאנשים אחרים לצוד את החיות בשטח שלך.

כאן הוא מתאר הבדלים מול אינדיאנים אחרים (בערבות ולא ביערות) שאצלהם לא התפתחה מערכת של זכויות קניין, והוא טוען שזה עקב הבדלים בחיות ובסוג הציד.

לאחר מכן הוא מתאר שיטות לשימור כמות הציד בנחלה מסויימת משפחה הייתה מחלקת את הטריטוריה שלה לריבועים והייתה צדה כל שנה רק בריבוע אחד.

**התוצאה של בעלות בזכויות קניין**

המחבר טוען כי זכויות קניין מופיעות כאשר זה משתלם כלכלית לאלו המושפעים מההחצנות להפנים יתרונות וחסרונות. בשלב זה המחבר בוחר לנתח מספר סוגים שונים של בעלות:

בעלות משותפת / קהילתית – communal ownership: כאשר לחברים בקהילה מסויימת יש זכות. למשל הזכות לצוד בשטח מסויים, הזכות ללכת על מדרכה מסויימת. משמעות הזכות הזו היא שהקהילה שוללת מהמדינה או מיחידים את הזכות להתערב בבעלות של הקהילה. בעלות של יחידים פירושה שהיחיד יכול למנוע מכל אדם אחר גישה / התערבות בזכות שלו, בעלות של המדינה פירושה שהמדינה יכולה למנוע מכל אדם להתערב בזכות מסויימת.

בשלב זה המחבר בוחר להתייחס לבעלות משותפת בקרקע. לכל אדם יש את הזכות לצוד או לכרות מחצבים משטח האדמה המשותף. שיטה זו לא מחשבת את העלויות שנובעות מכך שכל אדם מממש את הזכות שלו. אם אדם מחפש למקסם את התועלת שלו הוא יטה לצוד יתר על המידה ולעבד יתר על המידה את האדמה שכן חלק מהעלויות של מעשים אלו מתחלקות בינו ובין רבים אחרים (ולכן החלק היחסי שלו בעלויות קטן משמעותית). התוצאה היא כמובן שכמות הציד והשטח שניתן לעיבוד יעלמו מהר מאוד. כמובן שהבעלים יכולים להגיע להסכם שהם מגבילים את הזכות שלהם – הסכם שכזה יש לגבש באמצעות מו"מ, שהעלויות שלו גבוהות. כמו כן, במידה וההסכם יגובש, צריך להתחשב בעלויות של אכיפת ההסכם. כמובן שכל הסכם צריך להיות כזה שיחזיק מעמד ויועבר גם לדורות הבאים וגם זו בעיה בפני עצמה.

כאשר אדם אחד הוא הבעלים של קרקע הוא מחשב את כלל העלויות והרווחים מהשימוש שלו באדמה. הכותב גם טוען שאדם בודד מסוגל לתכנן בצורה טובה יותר את השימוש שלו בקרקע, עד כדי כך שהוא יכול להחליט שהוא מעוניין להשאיר חלק מהמשאבים לדורות הבאים.

קשה מאוד לראות כיצד קהילה שמחזיקה בבעלות משותפת בשטח תוכל להגיע להסכמים שיביאו חשבון את מכלול השיקולים שהאדם הבודד יכול לשקול ולהחליט בעצמו (כלומר, הטענה שלו היא שבעלות של אדם בודד תמיד תהיה יעילה יותר שכן הוא יכול לחשב את העלויות והרווחים באופן ברור ושקול, בניגוד לבעלות משותפת שם יש בעיות רבות כפי שאוזכרו).

בפועל הבעלים הבודד של קרקע פועל כברוקר, שהעושר שלו תלוי בדרך שבה הוא לוקח בחשבון את ההווה והעתיד. בבעלות משותפת, אין ברוקר, ובאופן טבעי ההווה יקבל משקל הרבה יותר משמעותי מהעתיד וכתוצאה מכך העיבוד של הקרקע יהיה אינטנסיבי מידי. הכותב מציע סוטואציה שבה הדורות הבאים ישלמו לדור העכשווי כסף על מנת שיצמצמו את השימוש שלהם, באופן מצער אין להם "סוכן" שייצג אותם. באותו עניין, לא סביר שאדם ישלם לאחרים כדי שיעבדו את הקרקע פחות, שכן הוא לא מקבל כלום מכך.

המסקנה של הכותב היא שבעלות משותפת בקרקע יוצרת השפעה על אחרים ועל הדורות הבאים, שאותה כלל הבעלים לא מחשבים. מכך שבעלות משותפת / קהילתית יוצרת החצנות רבות. כלל העלויות של הפעילות של אחד מהקבוצה בבעלות משותפת מתפזרים על כלל הקבוצה ומכאן שהוא מקדיש להם מעט מאוד תשומת לב. המדינה, בתי המשפט או המנהיגים יכולים לנסות להפנים את ההחצנות שנובעות מבעלות משותפת על ידי תתי חלוקה לשטחים קטנים יותר לקבוצות אנשים בעלי מאפיינים דומים ורצונות דומים. הקבוצות הן – משפחות / יחידים. מכאן אנחנו למדים שבעלות פרטית מפנימה חלק מרכזי מההחצנות של בעלות משותפת. הסיבה לכך היא שבעלים פרטיים יכול להפעיל את הזכות שלו להדיר אחרים, ולחשב באופן ברור את היתרונות והחסרונות של הפעילות שלו בשטח מסויים ובכך להגדיל את היעילות. הריכוז של תועלת ועלויות על אדם אחד מעלה את המוטיבציה לייעל.

טרם עסקנו באופן ישיר בהחצנות. תחת בעלות משותפת, לא תהיה התחשבות בחלק משמעותי מהעלויות, שכן הבעלים בסוג זה של משטר קנייני לא יכולים להדיר אחרים וכן כי המחיר של מו"מ להסדרת יחסי הגומלין בין כלל הקבוצה הוא גדול מידי. תחת משטר של זכויות פרטיות, בעלים יכול לייעל את השימוש במשאבים שמהם הוא יכול להדיר אחרים. בצורה זו משיגים הפנמות רבות.

אבלף הבעלים של שטח מסויים לא מחזיק בזכויות לגבי שטחים אחרים. כיוון שהוא לא יכול להדיר אחרים מהשטח הפרטים שלהם, הרי שאין לו מניע (בהעדר מו"מ) לשנות את השימוש בשטח הפרטי שלו ככה שהוא יצמצם את ההשפעה השלילית על שטחים שגובלים בו. אם הוא בונה שכר בשטח שלו, אין לו שום סיבה לשקול את ההשפעה שיש לכך על חוסר היכולת של יתר השטחים להשקות את הגידולים שלהם. מדובר בדיוק באותן ההחצנות בהם נתקלנו בשיטה של הבעלות המשותפת, אך הן יופיעו בעוצמה פחותה יותר. בבעלות משותפת לאף אחד לא היה מניע להתשב באופן ישיר בשיקולי מים. ואילו בעלים פרטיים יכול לקחת בחשבון את העלויות והיתרונות של אגירת מים בשטח שלו.

היתרון הנ"ל של הבעלות הפרטית הוא לא היחידי. חשוב להזכיר כי העלויות של מו"מ על החצנות יהיו מצומצמות באופן משמעותי במשטר של בעלות פרטית. בעלות משותפת מרשה לכולם להשתמש באדמה. תחת שיטה זו חיוני להגיע להסכם כולל לגבי האופן שבו שימוש זה יעשה. ואילו במשטר של בעלות פרטית, ההחצנות של השימוש בקרקע משפיעות אמנם על אנשים אחרים (בעלי שטחים גובלים) אבל לא על כולם. מכאן שרק כמות קטנה יותר של הסכמים, ובין מספר קטן יותר של גורמים נדרשת. העלויות של המו"מ יהיו קטנות באופן משמעותי.

בשלב זה הוא נותן דוגמא על חוואי ומהנדס (עמוד 375).

לאחר מכן הוא נותן את דוגמאת העשן – המפעל משפיע על הרבה בתים, אף אחד מהם לא מוכן לשלם למפעל את כל הסכום כדי שיפסיק לזהם. יתכן שאם הם יפעלו ביחד הם יוכלו לגייס סכום מספיק, אבל העלות של ההתארגנות מספיקה כדי לבטל את הרצון לכך.

בשלב זה הכותב עובר לדון בחריג לעקרונות שהוא הציג על יעילות הבעלות הפרטית – התאגיד. לצורך פעילויות של תאגיד יש צורך בהון רב, שקל יותר לגייס אותו מאנשים רבים. אבל ברור, שאם כל אחד מהבעלים היה משתתף בתהליך קבלת ההחלטות בפועל, הרי שהעלויות יהיו אדירות והפעילות לא תהיה משתלמת. לכן, מאצילים את הסמכות למוסד הנהלה שהופך לבעלים דה-פקטו. מכאן שהזכויות עצמן של הבעלות מרוכזות בידיים בודדות.

מבנה זה מכיל החצנות וקשיים מסויימים. אם התאגיד נכשל, הרי שהבעלים – בעלי המניות – ידרשו לשלם, לעיתים את כל כספם כדי לפצות על ההפסדים. מכאן שהניהול יכול להשפיע מאוד על בעלי המניות. השפעה זו דורשת שינוי של המצב החוקי שכן היא מקשה על גיוס כספים ויצירת תאגידים. מכאן נולדה האחריות המוגבלת – כדי לצמצם את העלות של ההחצנה של הפעילות של ההנהלה על בעלי המניות. השילוב בין מוסד ניהול, לבין האחריות המוגבלת מאפשר את הפעילות של תאגידים כדולים. בעלי המניות הם בפועל מלווים של הון, ולא בעלים, למרות שיש להם זכות מסויימת להשתתף בתהליך קבלת ההחלטות. בעלי המניות הם הבעלים של המניות שלהם בלבד, ולא של התאגיד. מכאן שבעלות, כמשמעה – שליטה, הופכת לעניין פרטי. בעלי המניות מחזיקים במניותיהם והנשיא של התאגיד מחזיק ביכולות הניהול. כדי להקל עוד יותר על התהליך, בניגוד למצב של שותפות, שבו כל אחד מהבעלים צריך את האישור של האחרים כדי למכור, בתאגיד כל בעל מניות יכול למכור בכל שלב – מכאן שהוא יכול לצאת ברגע שהוא לא אוהב את אופן ההתנהלות. פתח יציאה זה הוא חשוב מאוד.

הכותב טוען שהטענה שלו לגבי בעלות פרטית הוכיחה את עצמה בנוגע לקרקע וגם לגבי התאגיד. אבל השאלה עולה גם בנוגע לזכויות קניין אחרות – כמו הזכות ברעיונות חדשים. אם נעניק זכויות ברעיונות למי שהגה אותם, הרי שהם יתפתחו בקצב מהיר יותר. אבל זכויות ברעיונות לא יובילו באופן מיידי להתחשבות בהשפעה על זכויות של אחרים. רעיון חדש הופך ישן למיותר ורעיון ישן אחר לבעל ערך. השפעות אלו לא יבואו בחשבון, אבל ניתן להביא אותם לתשומת ליבו של ההוגה של הרעיון החדש באמצעות מו"מ. כל הבעיות של ההחצנות ניתנות לאנלוגיה פשוטה מול הבעלות בקרקע.

**Carol M. Rose, The Comedy of the Commons: Commerce, Custom and Inherently Public Property, 53 Univ. of Chi. L. Rev. 711 (1986)**

לא סוכם.

**לבמור**

**לבמור** – מתחיל בסיפור הקונבנציונאלי של ההתפתחות האבולוציונית של זכויות קניין. ברגע שהערך של משאב מסויים עולה, יש צורך בזכויות קניין. מספר ציידים ביער לא צריכים זכויות קניין כי יש מספיק מהכל לכולם, אבל חוואים זקוקים לקרקע ולכן גם לזכויות קניין. קיימת תפיסה אוניברסאלית שהתהליך הטבעי הוא מעבר ממצב של קניין ציבורי / קניין הציבור / העדר זכויות קניין למשטר של זכויות קנייניות וקניין פרטי, שבא לידי ביטוי בהגבלת הגישה של אחרים אל המשאב. המאמר יעסוק בשתי תאוריות הראשונה עוסקת בעלויות עסקה והשניה עוסקת בקבוצות אינטרס.

מבחינת עלויות עסקה – ישנה סבירות שהתפתחות בטכנולוגיה שתאפשר צמצום של עלויות הדרה של אחרים מהשטח שלי תוביל להפיכת שטח שהיה פעם ציבורי לפרטי. ככה למשל, אם יש לי יכולת לפרוס גדרות יעילות (אלקטרוניות למשל) ולמנוע יחסית בזול מאנשים להכנס לי לשטח, כנראה שאני אשאף שהוא יהיה קניין פרטי שלי. מבחינה עקרונית, מספיק שהתועלת היחסית מסוג מסויים של משאב תעלה – למשל שיהיה צורך גדול יותר בתוצרים חקלאיים של חוות, מאשר בציד כדי שאני אבחר לגדר את השטח שלי ולהפסיק לצוד.

לטכנולוגיה יש השפעה נרחבת – מדי מים מתוחכמים יאפשרו לחקלאים לשתף מים בצורה טובה, ציוד תקשורת יאפשר לחוואים לתקשר אחד עם השני ולדעת איזה תוצרים צריך ומתי. רשומות ממוחשבות של קרקע פוטרות סכסוכים מורכבים בקלות יחסית.

מבחינת תהליך הפוך, הוא אמנם אפשרי – כלומר ירידה בערך של תוצר מסויים. אבל עדיין קשה לנו יחסית לראות אדם שבגלל שהערך של הקרקע ירד, יוותר על הבעלות בה. הסיבה לכך היא גם פסיכולוגית וגם כי ברגע שכבר גידרת את השטח שלך והשקעת משאבים בלהפוך אותו לקניין אישי, לשמר את זה עולה הרבה פחות. על המשקל של הדוגמא של התוצרת החקלאית, אם בשלב מסויים לא ישתלם לאדם להמשיך לגדל ירקות בחווה, הוא עדיין ישאיר את השטח בבעלותו שכן יתכן ובעתיד המצב ישתנה, וכן הוא יכול לגבות מאנשים כסף (מטיילים למשל) על כניסה לאתר.

באופן כללי הכותב טוען שהתקדמות בטכנולוגיית תקשורת כמעט תמיד מאפשרת אכיפה טובה יותר של זכויות קניין ולכן כמעט תמיד גוררת הפיכת דברים לקניין פרטי.

קבוצות אינטרס: כבר טענו כי אפשר לראות סיטואציות שבו קנין שהיה פרטי הופך לציבורי. זה יכול לקרות עם תנודות מחירים או שינויים קיצוניים בטכנולוגיה. כמו כן הסיבה יכולה להיות שינוי מהותי בעלויות העסקה של להחזיק את הרכוש הפרטי. למשל פשע באזור עיר מסויימת יכול להוביל אנשים רבים לנטוש את הקניין שלהם ולעבור עיר. המהלך להפיכת קניין ציבורי במקרים אלו לא מונהג על ידי יד מכוונת (כמו הממשללה למשל), אלא הוא לעיתים יכול להיות תוצר של אוזלת יד של הממשלה למשל באכיפה. באופן מנוגד לכך, מהלכים רבים מאוד של הפיכת קניין לפרטי דורשים התערבות מסיבית של הממשלה, בעידוד של קבוצות שיש להם  אינטרס להפוך את הקניין לפרטי.

הטענה המרכזית היא שגם בסיטואציה שבה עלויות העסקה, המחירים והטכנולוגיה קבועים, זה אפשרי שקניין יהפוך מציבורי לפרטי ולהיפך בהשפעה של קבוצות אינטרס.

באופן כללי, יש חשדנות כלפי חקיקה שהיא תוצאה של התערבות של קבוצות אינטרס, מאשר חקיקה שנראה שמאיצה תהליכים ספונטניים שקשורים לקנין.

הכותב נותן דוגמא לאיך אותה תוצאה  - יצירה של שטח פתוח בתוך עיר ניתן לתת שני הסברים כאשר הראשון מבוסס על הסבר מניח את הדעת והשני על קונספירציה שקשורה לקבוצת אינטרס שלא רוצה להשקיע כסף רב בלקנות בית במקום אחר ונהנת מאוד משטחים פתוחים ככה שהיא מפעילה לחץ על המחוקקים לאפשר זאת בחסות המדינה.

**ישנה אפשרות סבירה ביותר, שקבוצות מיעוט – קבוצות אינטרס, יובילו להפיכת קנין לציבורי אפילו שעלויות העסקה והשינויים הטכנולוגיים יעדיפו קניין פרטי !**

באופן כללי, אפשר לקבל את הרעיון של דמזצ בנוגע למעבר מקניין ציבורי לפרטי. אבל יכול להיות שיש פן אחר לסיפור ושגם המעבר הזה הוא תוצאה של פעילות של קבוצות אינטרס. המשמעות היא שקניין פרטי נוצר לא כיוון שמדובר במערכת יעילה יותר. באופן כללי הכותב טוען שהסיפור של קבוצות אינטרס משכנע יותר כאשר מדברים על יצירה של קניין פרטי ולא להפך. פשוט בגלל שקל לנו יותר לראות איך קבוצה מסויימת חותרת להפוך משהו לשלה ולא לציבורי.

אם בוחנים את הדברים מבחינת הרשות עצמה / המדינה עצמה, ברור שקל יותר למסות קניין פרטי מאשר ציבורי. מדובר בטענה חזקה: הפיכה של קניין מציבורי לפרטי היא לא דווקא יותר יעילה מבחינת עלויות עסקה, אלא פשוט יעילה יותר למיסוי מבחינת המדינה. על כן המדינה שואפת להפוך יותר דברים לקניין אישי.

כמובן שגם את הסיפור הזה ניתן לספר מנקודת המבט הקונספירטיבית של קבוצות האינטרס – קבוצת חווים עם אינטרס רוצה קרקע פרטית, מגיעה אל המלך מצורה מאורגנת ומציעה לו לתת להן שטחים כקניין פרטי ובתמורה הם יתנו מס בצורה מסודרת. כמובן שהציידים שמשתמשים כיום בקרקע לא התאגדו כדי להביע התנגדות ולכן המלך נותן לחוואים את השטח הפרטי.

טענה נוספת של כותב המאמר היא שבהינתן שאמרנו את כל דלעיל, השינוי בקנין מסויים שמונהג על ידי הממשלה, יכול להתפרש הן כקשור לעלויות עסקה ושינויים טכנולוגיים והן להיות מוסבר על ידי התאוריה של קבוצות אינטרס. יש קושי ממשי לזהות את הסיבה האמיתית.

באופן כללי הכותב טוען שבמקרים שבהם הייתה תנועה מקנין ציבורי לפרטי, התנועה לאחר מכן לא תהיה חזרה מלאה לקניין ציבורי אלא לשלב ביניים סמי-ציבורי.

באופן כללי, יש מקום לחשוד במעורבות של קבוצות אינטרס בעיקר במצב שבו הממשלה שמה מגבלות על השימוש הפרטי בקניין. כך כאשר הממשלה כופה מדיניות של בנייה ירוקה עם מגבלות שונות על תכנון ובניה, אנחנו לא יכולים להתעלם מהעובדה שיש מרוויחים ויש מפסידים ברורים מהתהליך הזה (439).

במצית הטענה – שינוי במצב קנייני צריך להבחן בצורה לא חד משמעית ולא להשאר תקועים על ההסבר של עלויות עסקה.

**המאמר של אבי בל ופחמובסקי**:

עמוד 16 – בחלק הקודם טענו, ששחקנים פרטיים, אם נשאיר להם להסתדר בינם לבין עצמם, יפתחו בסופו של דבר זכויות קניין שממקסמות את הערך של הנכס כתלות בשלושת האלמנטים (בעלות, נכס ושליטה). שינויים אלו יביאו בסופו של דבר לשינוי בחוק ושינויים בהסכמים חוזיים. באופן אידיאלי, גם מחוקקים צריכים לכוון למקסום של זכויות קנין באמצעות שינויים בשלושת האלמנטים הנ"ל. בד"כ המדינה היא יצרן לא אידיאלי של זכויות קניין. למרות זאת, המדינה יוטה לשפר את הזכויות הקיימות כאשר קיימת דרישה של הציבור (למשל לוביסטים). באופן טבעי, נכסים שהוגדרו על ידי החוק צריכים לקבל הגדרה ברורה בשלושת המימדים / אלמנטים שאוזכרו.

עמוד 17 - הגדרה של חוקי קניין על ידי המדינה חוסכת את הזמן ואת ההסכמים החוזיים על ידי הפרטים.

מריל וסמית' (MERRIL AND HENRY SMITHׂ) טוענים כי בעולם פוסט קוזיאני, קיים מספר בלתי מוגבל של פרטים שיכולים להתקל בנכס מסויים. חוקי קניין תוצרת המדינה הם קריטיים על מנת למהל את העלויות של העברת המידע אודות הנכסים לכל האנשים האלו. חוקי הקנין לא רק מצמצמים את כמות המידע שיש להעביר והופכים אותו לפשוט וסטנדרטי, אלא גם לא מאפשרים יצירה של זכויות קנייניות חדשות כדי למנוע את הבלבול ולשמור על היעילות. כמו כן מריל וסמית' טוענים שזכויות הקניין שמייצרת המדינה הן אין רם והן מגינות על הבעלים באופן אוטומאטי מכל אותו המון עצום של אנשים שיכול להיות שיהיו מושפעים או ירצו להשפיע על הנכס. זה חוסך עלויות רבות.

עמוד 18 - צריך להבין שזכויות קניין לא תמיד ניתן לעצב לתוך המודל הבלקסטוניאני (למרות שיש לכך משיכה וגורמים רבים שמאמינים שיש להגביל את החירות של הממשלה להכנס למרחב הפרטי של אדם דווקא נוקטים בגישה הבלאקסטוניאנית). כיום החוקים בד"כ משחקים עם ההגנה המשפטית על הקניין על מנת למקסם את הערך של הנכס והזכויות לאורך זמן, כפונקציה של שלושת המרכיבים של כל זכות קניינית: נכס, בעלות ושליטה. לא ניתן להשיג זאת על ידי דבקות בלתי מתפשרת באידיאל של בלקסטון אלא על ידי לקיחה בחשבון של עלויות העסקה וההבדלים ברצון ובטכנולוגיה. כמו כן על ידי הגדרה והגדרה מחדש של זכויות קניין על מנת לעודד צדדים פרטיים לסחור בהן.

המטרה של זכויות קניין שמוגדרות על ידי המדינה היא לא להשיג יעילות מקסימאלית בכל עסקה. משימה זו היא של הצדדים לאותה העסקה. מחוקקים מגדירים זכויות קניין על מנת להשיג אופטימיזציה ברוב המקרים שבהם צדדים שמושפעים מהעסקה לא יכולים להתמקח עקב עלויות עסקה גבוהות.

עמוד 20 – מדבר על בעיית האנטי קומונס של HELLER. כאשר נכס נמצא בבעלות של יותר מידי אנשים, נוצרת אובר פרגמנטיזציה שיוצרת סיטואציה שבה אף צד לא יכול לממש את הזכויות בנכס עקב עלויות עסקה גבוהות. הלר טוען שזו אחת הסיבות, אם לא המרכזית ליצירת של כלל הנורמרוס קלאוזוס.

העמיק את הטיעון של הלר הוא Prisi שטען שאובר פרגמנטיזציה הוא תהליך חד כיוון שסופו לייצר אנטרופיה של רכוש. בעוד שהתהליך של פיצול הנכס לתת חלקים הוא קל מבחינת עלויות עסקה, הרי שאיחוד הנכס יקר פי כמה מבחינת עלויות עסקה.

עמוד 21 - לדעת בל ומוחמובסקי, הניתוח של הלר ופריסי שגוי שכן הם מתייחסים רק למימד אחד של הזכויות הקנייניות. הם מתעלמים מהעובדה שחוקי קניין לא תמיד מעוניינים לחסום את האפשרות של בעלים רבים אלא לעתים החוק מנסה לייצר מצב אופטימאלי. החלוקה לתת חלקים של נכס מסויים יכולה להיות מאוד הגיונית כאשר בוחנים את גודל הנכס ואת הקונפיגורציה שלו.

עמוד 22 – קרלו רוז בעבודתה עוסקת בהרבה צורות של בעלות ציבורית. היא עוסקת בטענה שבעלות ציבורית יוצרת ששימוש יתר במשאב וכתוצאה ממנו פגיעה במשאב. מדברת על שני סוגים של רכוש בבעלות ציבורית: רכוש בבעלות המדינה ומנוהל על ידי המדינה. השני הוא רכוש בבעלות קולקטיבית שמנוהל על ידי החברה כולה שאותם היא מכנה Inherently public. מדוע נכסים מסויימים נשארים תחת ההגדרה הזו ? סיבה את היא החשש ממונופול. רוז מצדיקה חשש זה במקרים של מעברים כבישים וגשרים.

אבל הטיעון הזה לא עובד במקרה של שימוש באזורים מסויימים כמו חופים או יערות לפעילויות פנאי. הטיעון במקרים האלו הוא שהבעלות של הציבור היא הצורה שבה יש מקסום של התועלת לכלל הקבוצה. הטיעון הוא – תאוריית הרשת (economics of scale) – ככול שיותר אנשים ישתמשו במשאב להנאה הרי שהערך שלו יעלה. מכאן שכאשר נאפשר גישה חופשית למשאב מסויים הרי שהתועלת לכל החברה תהיה גדולה יותר. יש בעיה אינהרנטית בתאוריה הזו שכן היא לא מסבירה מדוע היא אלטרנטיבה אמיתית לבעלות פרטית. כך במקרה של רשתות חברתיות שנמצאות בבעלות פרטית או כל מקרה אחר של שימוש בציוד תקשורת מסויים או מערכות הפעלה שונות.

בחינה של שלושת מימדי הקניין בהקשר לטענות של רוב מציעה תובנות אחרות. יש שוויון בין בעלות ציבורית לבין בעלות פרטית. אבל מספר הבעלים הוא לא המימד היחיד שהחוק צריך לדאוג למקסם. כאשר גודל הנכס, או האופי שלו (Configuration) מוכנסים לשיקולים מובן שיש מקרים שבהם מספר רב של בעלים עדיף על מספר מצומצם.

הבחירה בין בעלים אחד לבין בעלים רבים / בעלות משותפת דורשת סחר חליפין. בעלות יחיד יוצרת לעיתים קרובות מימד של **תת - צריכה**. זה קורה כאשר נכסים קטנים מידי כדי להצרך על ידי אדם בודד, אך יקר מאוד עד בלתי אפשרי פיזיקלית לחלק אותם. מקרים אלו דורשים חלוקה של הנכס עם אחרים, אך חלוקה זו דורשת עלויות עסקה.

ריצ'ארד אפשטיי (Richard Epstein) מדבר על כלל התפיסה הראשוני. הוא טוען שכאשר עלויות עסקה מונעות חלוקה יעילה של משאבים באמצעים חוזיים על המחוקקים להשתמש ב"מבחן הבעלים הפרטי". מהות המבחן היא כיצד ניתן לחלק זכויות שיהיו פרטיות לכל אדם וימקסמו את היחסים בין הפרטים כאשר התנהגות שיתופית ביניהם או בעלות שיתופית היא בלתי אפשרית. אפשטין מסביר את כלל התפיסה הראשוני באמצעות המנגנון לעיל – וען כי אמנם הדוקטרינה הזו יוצרת בעיות רבות והחצנות, אבל אין ספק שההחצנות הן הרבה יותר קטנות מעלויות העסקה של להקצות את המשאבים לפי חלוקה צודקת.

בעמוד 25 מביא דוגמא לזכויות של התופס הראשון במקורות מים. מראה את ההבדלים בין החוק של קולורדו למצ'סוצ'סט. כמו כן טוען ששני החוקים לא מתאימים לכלל התפיסה הראשוני לפיו התופס הוא הבעלים המוחלט. הסיבה לכך היא האבולוציה השונה של כלל התפיסה. אבולוציה זו נובעת מהתחשבות בשלושת המימדים של הקניין. כאשר בוחנים את כלל התפיסה לפי מימד אחד או שנים, הרי שחוקים שונים שדומים לכלל התפיסה נראים דומים מאוד.  אבל כאשר מוסיפים לבחינה את המימד של סוג הנכס אפשר להבין באופן ברור את ההבדלים.

עמוד 27 – מדבר על מטרד ועל המאמר של אפשטיין Epstein. מראה כיצד ניתן לנתח מטרדים באמצעות שלושת המימדים. בד"כ בודקים מטרד רק לפי מימד השליטה. ככול שהשליטה רבה יותר ככה ניתן למנוע מטרד, אבל כמובן שגם שליטה רבה מונעת שימוש של אנשים אחרים בשטח שלהם מנגד. בל ופוחמובסקי טוענים שניתן היה לפתור את בעיית המטרד על ידי יצירה של חלקות כל כך גדולות שאין אפשרות ממשית שהבעלים של חלקה אחת יטריד את האחר.

(יחסים בין החצנות לבין עלויות עסקה). הם טוענים שהמאמר של אפשטיין הוא המשך של התאוריה של קוז בנוגע לעלויות עסקה. סכסוכים בנוגע למטרדים הם תוצאה של בעיית החצנות (המטרד כהחצנה) ועלויות העסקה הדרושות כדי להגיע להסכמה בנוגע למטרד). הטענה שלהם כאן די טופשת ולא נותנת הסבר אמיתי.

עמוד 28 - הכוח של הממשלה לפעול ללא הסכמה Eminent Domain– לקחת ללא הסכמה. בד"כ המטרה שלו היא להתמודד עם מצב שבו מתקיים Holdout. המדינה מחליפה מצב שבו קיימים בעלים רבים עם בעלים אחד. בל ופוחמובסקי טוענים שהתפיסה החד מימדית הזו של מושג השליטה מחופרת כה עמוק בתפיסה של תלמידי משפטים שאנחנו מפספסים נקודה מאוד משמעותית. בחינה בשלושה מימדים של הבעיה הזו מראה שהבעיה היא לא דווקא של מספר רב של בעלים אלא של גודל שטח. למשל אם המדינה רוצה לבנות שדה תעופה צבאי והיא צריכה להפקיע אדמות של מספר אנשים כדי לבנות אותו. לחילופין, אם היו שטחים פרטיים גדולים מאוד, המדינה הייתה יכולה לפנות לאדם בודד ולקנות ממנו את השטח שלו.

בחלק השלישי של המאמר בל ופוחמובסקי מראים כיצד מחוקקים התמודדו עם הרעיון של קניין בשלושה מימדים – 6 אסטרטגיות שונות. הם לא מספקים תאוריה לכיצד האסטרטגיות האלו נוצרו (מבחינת האבולוציה שלהן) וכן לא קובעים שמדובר ברשימה סגורה.

בעלים וירטואלי (Fictional Owners) – מדובר במקרה שבו אנחנו מעניקים בעלות וירטואלית על נכס לאדם אחד, למרות שבפועל הוא שייך לאנשים רבים. תאגידים הם הצורה הברורה של בעלות וירטואלית. דוגמא נוספת היא זוגות נשואים שנחשבים כבעלים אחד כל עוד הנישואין בתוקף לדברים מסויימים. לקרנות נאמנות יש אישיות משפטית נפרדת שהיא הבעלים של הנכסים של המוטבים של הקרן / קונס נכסים של חברה / מנהל עיזבון. בעמודים 31-32 דן בכל היתרונות של התאגיד כגוף בעלות וירטואלית.

נכסים וירטואלים – הרחבה של חוקי הקניין לתחומים אבסטרקטים כמו רעיונות. נכסים וירטואלים מאפשרים חלוקה של חפץ פיזי למספר זכויות שונות. כמובן שהתחום שבו זה קיים באופן רחב הוא קניין רוחני. הסיבה שמכירים ברעיונות כזכויות קנייניות הוא החשש שאם לא נעשה את זה הרי שיווצרו הרבה פחות רעיונות (שכן לאדם אין סיבה ליצור רעיון אם הוא יודע שיקחו אותו ממנו ברגע שיפרסם אותו). הוא מדבר כאן על שיטת ה-ESTATE. לא בדיוק ברור לי מה זה – לבדוק. כמו כן יש את הדוגמא של אב שרצה לתת לבן שלו תמונה בגיל 20 כמתנה, אבל דרש שהתמונה תשאר ברשותו (של האב) עד שהוא ימות ורק אחרי זה התמונה תועבר לבן.

אגריגציה ודיאגריגציה בכפיה – מקרים שבהם הבעלים של נכס לא יכול לממש את מלוא הפוטנציאל שלו. הדוקטרינה הזו שואפת לכפות את השימוש האופטימאלי בנכס, תוך כדי שאיפה להמשך המצב של בעלים פרטי / בעלים אחד ותוך כדי צמצום ההשפעות השליליות על מימד השליטה של הבעלים. ניתנת דוגמא של בעלים של אחוזות שקבעו ש-X דורות שיורשים את האחוזה לא יכולים למכור אותה. התוצאה היא הכבדה משמעותית על הדורות היורשים (הרבה מעבר ליתרונות או ההנאות שמשיג המוריש המקורי). עורכי דין ושופטים מצאו דרך לפרק את המבנה הזה ולאפשר מכירה של הנכסים. רוב שיטות המשפט כיום כבר לא מקבלות את המבנה המשפטי הזה.

המקרה של אגריגציה ודי אגריגציה מתאים לנכסים שהם יציבים (Durable) ויתקיימו במימד הפיזי הרבה מעבר לתקופת חיים בודדת של אדם. התוצאה היא שאדם או בעלים אחד לא יכול לממש את מלוא הפוטנציאל של הנכס ולכן התמריצים של הבעלים לא בוודאי יתיישרו עם האינטרס המקסימלי של החברה. התוצאה תהיה קונפיגורציות קנייניות שלא מתקרבות ללמצות את הפוטנציאל של הנכס.

דוגמא אחרת לשימוש באגריגציה ודי אגריגציה – מקרים שבהם שינויים בזמן גוררים שינוים בנכס. למשל שטח שהיה בעבר מיועד לחקלאות וכיום השימוש האופטימאלי בו יהיה לנדלן. ברור שהשטח היחסי עבור כל אחד מהשימושים האלו הוא שונה (כלומר 400 דונם של שטח חקלאי שווים 4 דונם של שטח נדל"ןני).  במקרים כאלו יכול להיות שתהיה אגריגציה וולנטרית. אבל במקרים של עלויות עסקה גדולות, יכול להיות שהכוונות האלו יסוכלו. לדעת בל ופחמו בסקי בדיוק בשביל מקרים כאלו למדינה יש יכולת הפקעה של אחוזים מסויימים משטח.

נתנו כאן דוגמא לחוק בהוואי שבו ניתנה למדינה הזכות להכריח בעלים למכור את האחוזות שלהם לדיירים שבהם בשכירות על מנת לשבור שוק אוליגופולי בבעלות בקרקע.

**מגבלות על היכולת של בעלים להגדיר גודל או קונפיגורציה של נכס** – המשמעות היא שהחוק קובע מגבלות על היכולת של הבעלים / החירות של הבעלים לשנות את הקונפיגורציה או הגודל של הנכס. זה נעשה בד"כ על ידי מגבלות של zoning – כלומר אזורים שונים שבהם יש מגבלות תכנון ובנייה שונות. זה בד"כ חיוני במקרים שבהם שני צדדים לעסקה מסויימת עושים עסקה שבה הם ממקסימים את הרווח שלה אבל פוגעים בצדדים שלישיים. כמו למשל מוכר של קרקע וקבלן שקונה אותה כדי להקים עליה גורד שחקים, אבל הקרקע היא אתר היסטורי. ברור ששניהם נהנים מהעסקה, אבל הנזק לכלל האוכלוסייה הוא עצום (החצנות).

רוב זכויות הקניין מוגבלות בצורה זו אחרת – למשל המגבלה על יצירת זוכיות עתידיות – קשור כמובן לנומרוס קלאוזוס.

עמוד 40 - העברה או השמדה של אלמנטים של שליטה – שיטה זו מגבילה את הזכות הקניינית על ידי העברת הזכות לשליטה בה לאחר. ברור שמדובר בפשרה מהמודל הבלקסטוניאני, אבל היא נעשית על מנת לשמר את המבנה של חוקי הקניין. יש שיטות משפט שבהם מאפשרים לבעלים של שטח מסויים להעניק שליטה בחלקים מהשטח לארגוני סביבה, בתמורה להקלות במס כדי שהארגונים יעסקו שם בשימור של הטבע. המטרה היא להעניק הטבות כדי למנוע שימוש לא רצוי בקרקע, שיפגע בתועלת החברה כולה.

עמוד 41 - כמו כן יש מקרים שבהם מחוקקים קובעים שהם מבטלים חלק משמעותי מיכולת השליטה של הבעלים על הנכס. דוגמא יפה לכך היא מגבלות תכנון ובניה וכמובן חוקים כמו חוק אויור נקי, חוק מים נקיים, חוק המינים בסכנת הכחדה  - כולם אומרים שיש דברים שבעל קרקע לא יכול לעשות בשטח שלו: פוגעים במימד השליטה.

**עמוד 41 כללי רכישה דיפרנציאלים** -  אסטרטגיה זו כוללת ניהול של הזמן או הרגע שבו הנכס הופך לפרטי. יש משאבים / נכסים שפועלי עליהם כלל התפיסה מה שמוביל לקליטה מהירה שלהם לתוך הקניין הפרטי. בעוד שיש נכסים שנמצאים תחת חוקים שמעבירים אותם לבעלות ציבורית או בעלות ממשלתית. כלל התפיסה הוא כפי שבא לידי ביטוי במקרה של השועלים – שם נקבע ששועל שנתפס בקרקע ציבורית הופך לפרטי ברגע שנוגעים בו. כך למשל החוק מעניק בעלות למוצא ברכוש נטוש. חוקי תפיסה הם לא אוניברסלים. במקרים רבים יש מגבלות על האפשרות להפוך משהו שלא היה בבעלות לקנין פרטי. כך למשל החוק האנגלי לזרימת המים Natural flow מונע מבעלים לאגור או לפגוע בזרימה הטבעית של מים, אלא אם כל מי שנמצא במורד הנחל נהנה מכך. החוק האמריקאי במקרה הזה מתיר שימוש סביר בלבד. באופן כללי, תפיסה ראשונית של מים היא בעייתית לאור האפיינים הפיזיקליים של המים (הם זזים).

עמוד 44 - שמירה של משאבים טבעיים, כמו מים מחוץ לכלל התפיסה הבלקסטוניאני יוצרת בעיה. שכאן אנחנו מחריגים את המים / משאב טבעי מכלל התפיסה הרגיל, אבל משאירים אותם לאחר מכן כחלק מדיני הקנין (לאחר שחולקו לפי הכללים הספציפיים).

עמוד 44 - דלק וגז – בד"כ גם הם נתפסים כחיצוניים לכלל התפיסה. מדינות רבות וחוקים מודרניים מונעים גישה חופשית ותפיסה חופשית. מדינות רבות מגבילות את השימוש במשאבים שנתפסים לסביר. מגבלות אלו משמשות, כמו חוקי מים, על מנת לשמר את הסטנדרט הבלקאסטוניאני אחרי שהמשאב הפך לפרטי אבל גם מאפשרים קליטה איטית לתוך הקניין הפרטי על מנת להתחשב בבעייתיות וליצור סיטואציה של שימוש סביר.

שימוש בכלל תפיסה דיפרנציאלי מאפשר להתחשב באופי המיוחד של כל נכס וביחוד של נכסים שלא מתאימים בדיוק למוסד הקניין הפרטי, תוך כדי שימור מאפיינים קניינים שרצויים לנו.

כמו כן יש אסטרטגיה נוספת והיא החזקה של המשאב בבעלות ציבורית / בעלות ממשלתית עד שיש סיבה כלכלית להפוך אותו לקניין אישי.

**פתרון בעיות קונקרטיות באמצעות שיטת שלושת המימדים של קניין.**

עמוד 45 - אדמות שבטיות –

עמוד 47 – פארקים ושטחים פתוחים.

עמוד 48 – גישה לחופים.

קניין רוחני