

צדק ביחסים שבין פרטים, קהילות וגופים במרחב המשפט הפרטי מאמר תגובה על מאמרם של חנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים"

מאת
מנאל תותרי־ג'ובראן*

תקציר

תפיסה של צדק ביחסים היא תפיסה נורמטיבית שמסדירה את היחסים בין פרטים בחיי היומיום שלהם ככני־אדם. זוהי תפיסה השואפת למימוש וליישום של ערכי־יסוד חשובים ומרכזיים לקיומה של כל חברה ליברלית מתוקנת: שוויון מהותי והגדרה עצמית. תגובה זו מבקשת לעמוד על כמה אתגרים שעומדים בבסיסה של תפיסת הצדק ביחסים, ובמסגרתה אעלה שני טיעונים. הראשון הוא שהסקירה, הניתוח והדוגמאות שפרופ' דגן ופרופ' דורפמן מציגים במאמרם "צדק ביחסים" מתמקדים בתפיסה צרה של יחסים במשפט הפרטי – יחסים שבין פרטים – ואינם מטפלים בהתייחסויות־גומלין בין סוגים שונים של גופים פרטיים לבין פרטים. הטיעון השני הוא שמאמרם מציג תפיסה רומנטית של צמד הערכים הבסיסיים – ההגדרה העצמית ועקרון השוויון המהותי – כאילו הם משלימים זה את זה, אף שבמקרים רבים ערכים אלה אינם מתיישבים זה עם זה ואף שורר ביניהם מתח גדול. בהעדר התייחסות לשני המרכיבים הללו, המחברים מספקים הצגה חלקית בלבד של מקור החובות המוטלות במשפט הפרטי, ובהיבט הנורמטיבי הם אינם מתמודדים עם האתגרים העכשוויים שהמשפט הפרטי ניצב בפניהם, ובכך משאירים אותנו עם קשיים נוספים וחדשים בלתי־פתורים.

מבוא

- א. בין הפרטי לציבורי במשפט הפרטי
- ב. צדק ביחסים בין מי למי?

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בראַילן. אבקש להודות לחברי סגל הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בראַילן, אשר נכחו בסמינר הקיץ ותרמו לי מהערותיהם ומהארותיהם. כן אבקש להודות לשמעון דיין על העזרה המעולה במחקר, וכן לשי שטרן וליותם קפלן שקראו טיוטות מוקדמות של מאמר זה.

1. המגזר השלישי
2. גופים פרטיים מיישבים
- ג. רב־תרבותיות, הגדרה עצמית (של מי?) ושוויון מהותי (בין מי למי?) – רומן או מתח?
סיכום

מבוא

תהליכים רבים המתרחשים בתוך יישובים, בתוך מדינות ובעולם כולו משפיעים על הנורמות המסדירות את יחסי הכוחות בין פרטים וקבוצות, ומחייבים אותנו, אנשי המשפט, לחשוב מחדש על תפקיד המשפט בכלל ועל תפקיד המשפט הפרטי בפרט בכינונם ובעיצובם של היחסים בין בני־אדם בחברה. תהליכים אלה כוללים, בין היתר, את ההפרטה ההולכת וגוברת,¹ את ההגירה המסיבית של קבוצות ופרטים,² את עליית השיח הקהילתי והרב־תרבותי,³ את חקיקתם של חוקי איסור ההפליה והחלת עקרון השוויון על גופים פרטיים,⁴ ואת פיתוחן של דוקטרינות משפטיות המחילות ערכים מהמשפט הציבורי על גופים ותאגידים פרטיים⁵

1 במסגרת תהליכי ההפרטה מועברות סמכויות שלטוניות לידי גופים פרטיים, המשמשים לעיתים הזרוע המבצעת של רשויות השלטון השונות. תהליך זה מעלה שאלות רבות באשר לחובות שיש להחיל על אותם גופים פרטיים, באשר לסיווגם של אותם גופים ובאשר להשפעתם על יחסי הכוחות בין פרטים וקבוצות בחברה. הדוגמה המוכרת בהקשר הישראלי היא הפרטת בתי־הסוהר: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).

2 תהליכי ההגירה של פרטים וקבוצות מעלים דילמות רבות באשר לתפקידן (ולמחויבותן) של המדינה הקולטת ושל מערכת המשפט שלה להעניק התאמות ראויות לאותן קבוצות. דילמות אלה יכולות להתעורר במישור המשפט הציבורי – למשל, בהקשר של הזכות לחינוך על־פי ערכי הקהילה ומוסדותיה בחסות המדינה ובמימונה; אך הן יכולות להתעורר גם במישור המשפט הפרטי – למשל, לעניין הצורך/החובה של בעלים אשר משכיר דירות למהגרים להתאים את מרחב המגורים לפרקטיקות קהילתיות שונות.

3 בדומה להערה הקודמת, שיח זה – אשר התעורר במדינות שבהן חיו ילידים או במדינות שהיגרו אליהן קהילות (בדרך־כלל מהגרי־עבודה) – מציב אתגר חשוב ביחס לשאלה אם המדינה ומערכת המשפט בתוכה צריכות להתחשב בצורכיהן של קבוצות שונות. השיח הרב־תרבותי עורר אתגרים רבים, בעיקר במדינות ליברליות שבהן קיים לרוב מתח בין המחויבות לקידום זכויות פרט לבין המחויבות לקידום זכויות קבוצתיות, בין הנהגת מדיניות עיוורת־צבעים (ליברלית) לבין הנהגת מדיניות המתחשבת בתכונות ובהשתייכות הקהילתית של פרטים (קהילתית).

4 ראו, למשל, בארצות־הברית – The Civil Rights Act of 1964, Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. – 241; באירופה – Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union art. 19, May 9, 2008, 2008 O.J. (C 115) 47; ובישראל – חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 58 (להלן: חוק איסור ההפליה בישראל).

5 למשל, פיתוחו של עקרון האחריות החברתית של התאגידים. ראו John L. Campbell, *Why Would Corporations Behave in Socially Responsible Ways? An Institutional Theory*

וערכים מהמשפט הפרטי על גופים ציבוריים.⁶ במסגרת התהליכים הללו יש שחקנים חשובים המשפיעים על המשפט הפרטי ועל עיצוב החובות המוטלות במסגרתו. חלקם היו קיימים אף קודם לכן, אך כעת פעילותם נהייתה משמעותית יותר. עם שחקנים אלה נמנים ארגוני החברה האזרחית,⁷ גופים פרטיים ומוסדות קהילתיים למיניהם. חשיבה מחודשת על המשפט ועל תיאוריה של המשפט הפרטי אינה יכולה להתעלם מהשפעתם של השינויים והגופים הללו על כינון יחסי הכוח בחברה בין פרטים, בין פרטים לגופים פרטיים, ובין פרטים לקהילות. על-אף חשיבותם, התהליכים והשחקנים הללו אינם מוזכרים במאמרם של דגן ודורפמן (להלן: המחברים) בחוברת זו,⁸ אשר מציג תפיסה חדשה על-אודות המשפט הפרטי המכונה "צדק ביחסים" (Just Relationships). זוהי תפיסה ליברלית של המשפט הפרטי המבוססת על מחויבות לעקרון ההגדרה העצמית של פרטים ולשוויון המהותי ביניהם. מאמרם של המחברים עושה עבודה כפולה: מצד אחד, בחינה ותיאור פוזיטיבי של ההסדרים הקיימים במשפט הפרטי; ומצד אחר, בחינה נורמטיבית של הערכים שאמורים לעמוד בבסיס המשפט הפרטי ואשר מטילים על פרטים חובות לצורך קידומה של מערכת יחסים צודקת. המחברים מראים כי בהקשרים רבים התפיסה של צדק ביחסים והערכים שעומדים בבסיסה – שהם ערכים פנימיים של המשפט הפרטי – מתארים בצורה הנאמנה ביותר את ההסדרים הקיימים במשפט הפרטי הנוהג, וכי מבחינה נורמטיבית זוהי התפיסה שמן הראוי להחילה במשפט הפרטי. עמדתם מבוססת על ההנחה כי למשפט הפרטי יש חשיבות ותפקיד-מפתח בכינון יחסי כבוד בין בני-אדם כפרטים חופשיים ושווים בתוך חברה ליברלית, וכי תפיסה של צדק ביחסים מובילה למימוש מרבי של הבנה זו.

על-פי המחברים, תפיסה של צדק ביחסים מאתגרת שתי תפיסות נורמטיביות קיימות של המשפט הפרטי: האחת היא הגישה המסורתית, המשותפת להוגים ליברטריאנים ולהוגים

of Corporate Social Responsibility, 32 ACAD. MGMT. REV. 946 (2007); Ronen Shamir, *Between Self-Regulation and the Alien Tort Claims Act: On the Contested Concept of Corporate Social Responsibility*, 38 LAW & SOC'Y REV. 635 (2004); Eric Engle, *Corporate Social Responsibility (CSR): Market-based Remedies for International Human Rights Violations?*, 40 WILLAMETTE L. REV. 103 (2004)

6 כגון פיתוחה של דוקטרינת השניות הנורמטיבית, שהיא דוקטרינה דו-כיוונית המחילה כללים מהמשפט הפרטי על גופים שלטוניים, אשר התפתחה בעיקר בתחום דיני החוזים ולאחר-מכן בדיני הנזיקין ובדיני המכרזים. בתחום דיני החוזים היא עוסקת בהטלת חיובים מהמשפט הפרטי על חוזים הנערכים על-ידי הרשות המנהלית. ראו רפנה ברק-ארוז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" משפט וממשל ה'95, 105-97 (1999).

7 ראו Dianne Otto, *Nongovernmental Organizations in the United Nations System: The Emerging Role of International Civil Society*, 18 HUM. RTS. Q. 107 (1996); Theo van Boven, *The Role of Non-Governmental Organizations in International Human Rights Standard-Setting: A Prerequisite of Democracy*, 20 CAL. W. INT'L L.J. 207 (1989)

8 הפניות למאמר זה ייעשו להלן בצורה המקוצרת "מאמרם של דגן ודורפמן".

ליברלים אגליטריאנים⁹; ומולה הגישות הביקורתיות שיצאו נגדה.¹⁰ להבדיל מהגישה המסורתית, הרואה את המשפט הפרטי כמבוסס על ערך העצמאות של פרטים ועל שוויון פורמלי ביניהם, תפיסת צדק ביחסים מבקשת לקדם את עקרון ההגדרה העצמית ושוויון מהותי. בהיבט התיאורטי, המעבר מערכי העצמאות והשוויון הפורמלי לערכי ההגדרה העצמית והשוויון המהותי הוא מעבר מתפיסה ליברלית שלילית לתפיסה חיובית של זכויות המטילה חובות אקטיביות על בעל הזכות כלפי אחרים.¹¹ בהקשר זה השוני העיקרי בין תפיסת צדק ביחסים לבין התפיסות הביקורתיות של המשפט נוגע בסוגיית ההבחנה בין הפרטי לציבורי. בעוד תפיסת צדק ביחסים משמרת את ההבחנה בין הפרטי לציבורי, דווקא מתוך הבנת תפקידו של המשפט הפרטי בכינון יחסי הכוחות בין פרטים והכרה עמוקה בתפקידו זה, הגישות הביקורתיות – המצביעות על האופן שבו ההבחנה הזו משמשת כלי לשימור ריבוד חברתי מסוים – מבקשות לחשוב מחדש על מהותה ותוצאותיה של הבחנה זו.¹²

המחברים מבקשים לפרוץ במאמרם את המבוי הסתום שהגישה המסורתית והגישות הביקורתיות מגיעות אליו, והשאלה העיקרית שברצוני להתמודד עימה בתגובה זו היא אם תפיסת צדק ביחסים אכן עושה כן או שמא היא עצמה מגיעה בסופו של דבר למבוי סתום נוסף. במסגרת תגובה זו אבקש לעמוד על כמה אתגרים שתיאוריית המשפט הפרטי ניצבת בפניהם כיום, על רקע חלק מהשינויים שהוצגו בפתח הדברים. אבקש להעלות שני טיעונים. הראשון הוא שהסקירה, הניתוח והדוגמאות שהמחברים מציגים לאורך מאמרם מתמקדים בתפיסה צרה של יחסים במשפט הפרטי – יחסים שבין פרטים – ואינם מטפלים בהתייחסויות גומלין בין סוגים שונים של גופים פרטיים לבין פרטים. הטיעון השני הוא שמאמרם מציג תפיסה רומנטית של צמד הערכים הבסיסיים – ההגדרה העצמית ועקרון השוויון המהותי – כאילו הם משלימים זה את זה, אף שבמקרים רבים ערכים אלה אינם מתיישבים זה עם זה ואף שורר ביניהם מתח גדול.¹³ בהעדר התייחסות לשני המרכיבים הללו – קרי, לסוגים השונים של יחסים במישור המשפט הפרטי ולמתח השורר בין שני

9 גישה זו רואה במשפט הפרטי מערכת א-פוליטית שנועדה להסדיר יחסים בין בני-אדם, והערכים העומדים בבסיסה של אותה גישה הם עצמאות ושוויון פורמלי. להרחבה ראו מאמרם של דגן ודורפמן, חלק א1.

10 אלה כוללות גישות ביקורתיות של המשפט, כגון ריאליזם משפטי, גישות פמיניסטיות וגישות המשפט וכלכלה. להרחבה ראו שם, חלק א2.

11 להרחבה על-אודות ההבחנה בין זכויות שליליות לחיוביות ראו Charles Taylor, *What's Wrong with Negative Liberty?*, in *PHILOSOPHICAL PAPERS – VOL. 2: PHILOSOPHY AND THE HUMAN SCIENCES* 211, 215, 221, 228–29 (1985); *STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, THE COST OF RIGHTS: WHY LIBERTY DEPENDS ON TAXES* 35, 39, 44–48 (1999).

12 ראו דיון מקיף בכך בחלק הבא.

13 דוגמה למתח כזה בין השמירה על ערך השוויון לבין ערך ההגדרה העצמית של פרטים הגיע לדיון לפני בית-המשפט המחוזי ובית-המשפט העליון בהקשר של הקמת מרחב מגורים על-ידי קבוצה המבקשת להדיר פרטים אחרים על בסיס השתייכות קבוצתית, בטענה שההדרה מממשת בצורה מלאה את ייחודם הקהילתי, את אורח חייהם, ומתוך כך גם את ההגדרה העצמית שלהם. ראו עת"ם (מחוזי ת"א) 2002-09 סבא נ' מנהל מקרעי ישראל (פורסם בנבו, 10.2.2010); עע"ם 1789/10 סבא נ' מינהל מקרעי ישראל (פורסם בנבו, 7.11.2010).

הערכים האמורים לעמוד בבסיסו – המחברים מספקים לטעמי הצגה חלקית בלבד של מקור החובות המוטלות במשפט הפרטי, ובהיבט הנורמטיבי הם אינם מתמודדים עם האתגרים העכשוויים שהמשפט הפרטי ניצב בפניהם, ובכך משאירים אותנו עם קשיים נוספים וחדשים בלתי־פתורים.

הניתוח שיוצג להלן נשען על התיאוריה הביקורתית של המשפט, שלפיה המשפט הפרטי אינו אי בודד המנותק ממערכת המשפט הכללית ומהתנאים הפוליטיים והחברתיים שבהם הוא מתפקד, אלא מערכת הפועלת בתוך הקשר מורכב, אשר מושפעת מנתונים חיצוניים ומכילה שחקנים שונים ומגוונים שאינם נופלים תחת הקטגוריות הקלאסיות של פרטי או ציבורי. מאמר תגובה זה ידגים כי חלוקה זו אינה קיימת במציאות, וכי מבחינה נורמטיבית היא אף אינה רצויה. בהתאם לכך, בפרק א אציג את עיקרי תובנותיה של התיאוריה הביקורתית של המשפט, אשר מאמר תגובה זה מתבסס עליה; בפרק ב אעבור להצגת הטיעון הראשון לעניין האתגרים שיחסים בין סוגים שונים של גופים פרטיים מעלים בהקשר של המשפט הפרטי; ולאחר־מכן, במסגרת הצגת הטיעון השני, אציג בפרק ג את המתח הקיים בין ערך ההגדרה העצמית לבין השוויון המהותי. בשלושת הפרקים שזורות דוגמאות מהמשפט הישראלי – בפרט בהקשר המרחבי – הממחישות את הטיעונים המובאים. לבסוף אסכם.

א. בין הפרטי לציבורי במשפט הפרטי

גישתי באשר להבנת המשפט הפרטי נשענת על התובנה המרכזית העומדת בבסיסן של הגישות הביקורתיות של המשפט, שלפיה מתיחת קו גבול בין הפרטי לבין הציבורי כדבר נתון שמייצר קטגוריות קבועות וסטטיות היא תיאור לא־מדויק של המציאות המשפטית.¹⁴ הצגתן של הגישות הביקורתיות במאמרם של המחברים עושה רדוקציה מכלילה מדי לשלל התיאוריות הביקורתיות, ובמיוחד לתובנה זו. זאת, משום שלא כל התפיסות הביקורתיות

14 תנועת ה־Critical Legal Studies (CLS), אשר החלה את דרכה בשנות השבעים בכת־הספר למשפטים בארצות־הברית, היוותה בסיס חשוב להתפתחותן של תנועות שמאל ביקורתיות מאוחרות יותר. תנועה זו אימצה את ההנחה כי כללים משפטיים ודוקטרינות משפטיות מורכבים ממושגים מעורפלים ולא־קבועים, ועל־כן תוצאות יישומם אינן ניתנות לניבוי. הטענה העיקרית של תנועה זו היא כי המשפט משמש כלי לשימורם של יחסי הכוחות, אי־השוויון והשליטה של קבוצות חזקות בחברה, תוך מתן לגיטימציה לחוסר השוויון הקיים. במסגרת הערת־שוליים זו אי־אפשר להקיף, ולו במקצת, את כתיבתם של כל אותם רבים שמשתייכים לתנועת ה־CLS ואשר עיצבו את החשיבה הביקורתית בשלל תחומי המשפט, ולכן יצינו רק כמה עיקריים מביניהם: ROBERTO MANGABEIRA UNGER, THE CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT: ANOTHER TIME, A GREATER TASK (2015); Karl E. Klare, *Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937–1941*, 62 MINN. L. REV. 265 (1978); THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE (David Kairys ed., 3rd ed. 1998); Robert W. Gordon, *Critical Legal Histories*, 36 STAN. L. REV. 57 (1984); MORTON J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1870–1960: THE CRISIS OF LEGAL ORTHODOXY (1992); MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS (1999).

מבקשות לבטל את ההבחנה בין הפרטי לציבורי; חלקן עומדות על השלכותיה של ההבחנה ללא המלצות נורמטיביות לביטולה,¹⁵ ומצביעות על כך שההבחנה בין הפרטי לציבורי – המייצרת קטגוריות והסדרים נבדלים החלים על גופים פרטיים לעומת ציבוריים – אינה דבר קבוע ונתון, אלא שרירותית לעיתים.¹⁶

הגישות הביקורתיות מבקשות להצביע על תוצאות מימושו של סדר זה בתוך הקשר חברתי, כלכלי והיסטורי שהמערכת הליברלית מתעלמת ממנו לעיתים.¹⁷ כך, לדוגמה, גישות ביקורתיות טוענות כי הערך הליברלי של שוויון לפני החוק הוא מופשט מדי, בהתעלמו מהמבנה החברתי והכלכלי שבתוכו הוא מיושם, ולכן הוא מוביל לתוצאות סופיות מוגבלות ולעיתים אף לא-שוויוניות.¹⁸ ככלל, כתיבה ביקורתית מצביעה על כך שפרטים וקבוצות מתחילים מנקודות זינוק שונות, ולכן זכותם למימוש השוויון אינה שווה.¹⁹ מסיבה זו תיאוריות ביקורתיות מצביעות על החשש מפני שימוש בסדר הליברלי ככלי העלול להוביל לתוצאה סופית של אי-שוויון בשמם של ערכי השוויון והחירות. אף שהמדינה והמשפט נתפסים כגופים ניטרליים, בפועל הם מנגנונים המייצרים מדרג ואי-שוויון. הטיעונים הביקורתיים שהציגו הגישות הביקורתיות למיניהן אומצו בחלקם גם על-ידי החשיבה הליברלית עצמה, ותובנות אלה לחלו לתוך השיח הליברלי בכללותו ולתוך שיח הזכויות בפרט.²⁰ נוסף על כך (וחשוב מזה), ישנן סוגיות משפטיות אשר מסווגות כשייכות לתחום המשפט הפרטי אך למעשה מערבות גם תחומי משפט אחרים, כגון המשפט הציבורי והמנהלי,

15 כך, למשל, תיאוריות פמיניסטיות רדיקליות שהובלו על-ידי מקינון טוענות כי עצם ההפרדה בין הפרטי לציבורי מנציחה את מעמדה הנחות של האישה בספרה הפרטית. להרחבה ראו את ספרה המכונן בהקשר זה: CATHARINE A. MACKINNON, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE (1989). לסקירה מקיפה בעניין זה בהקשר של תיאוריות גזעיות ביקורתיות ראו Jeffrey J. Pyle, *Race, Equality and the Rule of Law: Critical Race Theory's Attack on the Promises of Liberalism*, 40 B.C. L. REV. 787 (1999). כן ראו את התפתחות התיאוריה הקווירית החל בשנות התשעים של המאה הקודמת: QUEER THEORY: LAW, CULTURE, EMPIRE (Robert Leckey & Kim Brooks eds., 2010). גישות אלה טוענות כי יצירת ההבחנה בין הפרטי לציבורי היא החלטה אידיאולוגית במהותה, שמונעת מאינטרסים של הקבוצה השלטת (גברים ולבנים), ואשר נועדה לשמר את ההבדלים בין המינים, בין הגזעים (לבנים לשחורים) ובין קבוצות נוספות.

16 Wendy Brown & Janet Halley, *Introduction*, in LEFT LEGALISM / LEFT CRITIQUE 1, 5–7 (Wendy Brown & Janet Halley eds., 2002).

17 שם, בעמ' 6.

18 שם.

19 בהתאם לכך, זכויות נתפסות כשוויוניות רק במישור הפורמלי, בעוד בפועל הן מיושמות בצורה שונה על-ידי פרטים שונים בחברה. ככל שזכויות הן בעצם סוג של כוח, הבנה זו מקבלת משנה תוקף, מאחר שכך זכויות נהפכות לכלי פעיל לחיזוק אי-השוויון בין קבוצות. אין התיאוריה הביקורתית מבקשת להתנגד בכך לשיח הזכויות בכללותו, אלא רק להצביע על מגבלותיו. לסקירה מקיפה על-אודות ביקורת הזכויות בגישת ה-CLS ראו Duncan Kennedy, *The Critique of Rights in Critical Legal Studies*, in LEFT LEGALISM / LEFT CRITIQUE 178 (Wendy Brown & Janet Halley eds., 2002).

20 שם, בעמ' 210–220.

ומשפיעות עליהם. לכן הלכה למעשה קשה מאוד לקבל את סיווגן כשייכות לתחום המשפט הפרטי, ולעיתים סיווג זה הוא מלאכותי ומגביל את האפשרות לנתח באופן מקיף את שלל השלכותיהן, ובהתאם לכך – את הכללים המסדירים אותן. כך, למשל, אנשי גישת הגיאוגרפיה המשפטית הביקורתית (Critical Legal Geography – להלן: גישת ה-CLG) מראים כי ההסדרה המשפטית של המרחב נעשית באמצעות הסדרים מהמשפט הפרטי ומהמשפט הציבורי גם-יחד.²¹ שני סוגי המשפט הללו משפיעים על היחסים הבין-אישיים בין פרטים, על היחסים בין פרטים לקהילה ועל היחסים בין פרטים למדינה, וכן על יצירת סוגי מרחבים שונים (כגון פרוורים, ערים, שכונות בתוך ערים ועוד).²² כך, לדוגמה, הסדרים מתחום דיני החוזים הקובעים את נפקותו של חוזה הכולל התניה המדירה פרטים על בסיס השתייכותם הקבוצתית משפיעים על יצירה של מרחב מגורים הומוגני או הטרוגני בתוך העיר. אף שמדובר בהסדר משפטי המסדיר יחסים בין פרטים – בין רוכש לבין מוכר דירה – יש בו כדי להשפיע על אופי המרחב ועל סוג הקהילה שתגור בו, במיוחד כאשר חוזה כזה נעשה בין תושבי המרחב לבין ועד השכונה.²³ בדומה לכך, הסדרים מתחום דיני התכנון והבנייה, מתחום דיני המכרזים ומתחום דיני הרשויות המקומיות, המסווגים כשייכים לתחום המשפט הציבורי והמנהלי, משפיעים רבות על התנהלותם של גופים המוקמים במסגרת המשפט הפרטי, ובפרט על מה שמותר ומה שאסור להם לעשות. על-כן, אף שלהסדרת המרחב באמצעות המשפט הפרטי יש השפעה שונה מזו של המשפט הציבורי, ולעיתים עקיפה ולא מיידית, גישת ה-CLG גורסת כי יש לבחון תופעות מרחביות תוך התייחסות להשפעתם של שני תחומי המשפט עליהן.²⁴

התגברות התופעה של קהילות מגודרות ובנייה של שכונות פרטיות יוקרתיות הינה דוגמה נוספת הממחישה טיעון זה. המרחב הפיזי שבו פרטים וקהילות מתגוררים ומנהלים את חייהם – שכולל את דירת המגורים והבית המשותף, אשר משויכים לכאורה לספירה הפרטית ומוסדרים במסגרת המשפט הפרטי – כולל בתוכו גם משאבים ציבוריים שאמורים להיות פתוחים לכלל התושבים. עסקאות במסגרת המשפט הפרטי להקמת שכונות אלה, שכוללות תנאים שנועדו להבטיח את סגירת המרחב ואת בלעדיות השימוש במשאבים הציבוריים, מעוררות שאלות בדבר זכויותיו של כלל הציבור להתנייד בצורה חופשית באותם שטחים.²⁵ בכך הן אף משפיעות על יחסי-הגומלין בין השלטון המקומי לבין פרטים באשר להקמה, לתחזוקה ולניהול של המשאבים הציבוריים בתוך הרשות המקומית – התפתחות מוכרת

21 Yishai Blank & Issi Rosen-Zvi, *The Spatial Turn in Legal Theory*, 10 HAGAR: STUDIES IN CULTURE, POLITY AND IDENTITY 37, 39 (2010).

22 שם, בעמ' 45.

23 דוגמה מצערת לכך היא ההסכם שנחתם לכאורה בין ועד שכונת ברי-הודה שבקרית-מלאכי לבין תושבי השכונה שמטרתו למנוע השכרת בתים לאזרחים יוצאי אתיופיה. ראו רויטל בלומנפלד ויניר יגנה "מאות הפגינה נגד אפליית אתיופים: 'גם אני שייך למדינה'" הארץ 10.1.2012. www.haaretz.co.il/news/education/1.1613187

24 Blank & Rosen-Zvi, לעיל ה"ש 21, בעמ' 45.

25 ראו Richard Damstra, *Don't Fence Us Out: The Municipal Power to Ban Gated Communities and the Federal Takings Clause*, 35 VAL. U. L. REV. 525, 534–43 (2001).

בהקשר האמריקני במקרה של תופעת הקהילות המגודרות.²⁶ מה שקורה בספרה הפרטית משפיע אם כן בהכרח על המתרחש בספרה הציבורית, וקשה לנתק את ההתרחשויות זו מזו. אבהיר, עם זאת, כי העמדה המובאת כאן אינה מוחקת בהכרח כליל את הקטגוריות של הפרטי והציבורי, ואף אינה טוענת כי אין הבדלים בין גופים פרטיים לגופים ציבוריים. אך לעומת גישת הצדק ביחסים, אשר מתמקדת בהבנה הקשרית של מאפייני הצדדים במערכות יחסים דו-צדדיות, הגישות הביקורתיות מציעות הסתכלות רחבה יותר הכוללת את הבנת החצנותיהן של אותן מערכות יחסים על צדדים נוספים וכן על תחומי משפט אחרים. לכן, לטעמי, העמדה שהמחברים מתעקשים עליה במאמרם לעניין ההבחנה בין הפרטי לציבורי היא בעייתית מבחינה פוזיטיבית, מכיוון שבמציאות היומיומית והמשפטית הפרטי והציבורי מעורבים וכרוכים זה בזה. עוד אציין כי על-אף התעקשותם להבדיל את עצמם מהגישות הביקורתיות, למעשה הם מאמצים חלק מהתובנות הביקורתיות בתפיסת הצדק ביחסים, במסגרת החלת השוויון המהותי במערכת המשפט הפרטי ובמסגרת הדרישה להבנה הקשרית של היחסים במשפט הפרטי, שעליה ארחיב להלן.

ב. צדק ביחסים בין מי למי?

אחת התרומות החשובות והעיקריות של תפיסת צדק ביחסים היא הדרישה להבנה הקשרית של מערכת היחסים בין פרטים במסגרת המשפט הפרטי. דרישה מבורכת זו מבקשת לעמוד על המאפיינים הייחודיים של פרטים ועל השוני ויחסי הכוחות ביניהם כבסיס להטלת חובות עליהם לצורך מימוש מרבי של ערך החירות. עם זאת, המאמר עוסק בהתייחסויות גומלין בין פרטים בלבד, ומתעלם מקיומם של שחקנים חשובים נוספים אשר מכוננים את היחסים בתוך המשפט הפרטי ומשפיעים עליהם. שחקנים אלה כוללים, בין היתר, את התאגידים המסחריים הפרטיים, שביחס אליהם התפתח עקרון האחריות החברתית של תאגידים;²⁷ את

26 ראו David J. Kennedy, *Residential Associations as State Actors: Regulating the Impact of Gated Communities on Nonmembers*, 105 YALE L.J. 761, 762 (1995)

27 לכתובה על פיתוח עקרון האחריות החברתית של תאגידים ראו לעיל ה"ש 5. לכתובה בהקשר הישראלי ראו רונן שמיר "שוק פרטי ולחץ ציבורי: על עיצוב מושג האחריות החברתית של תאגידים" דורות, מרחבים, זהויות: מבטים עכשוויים על חברה ותרבות בישראל 237 (חנה הרצוג, טל כוכבי ושמרון צלניקר עורכים, 2007) (הסוקר את תופעת האחריות התאגידית בישראל); עופר סיטבון ורונית דוניץ-קידר "אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט" המשפט 297 יז (2012) (הבוחנים את המפגש בין אחריות חברתית תאגידית לבין החינוך המשפטי הקליני, וגורסים כי מפגש כזה מאתגר את ההגדרות המקובלות של גבולות המשפט); עלי בוקשפן "אחריות חברתית תאגידית וכיטוייה במשפט תאגידים" (1) 1 (2010) (הסוקר את הנפקויות המשפטיות של האחריות החברתית התאגידית בעולם העסקים בישראל, וגורס כי אחריות זו מטשטשת את הגבולות בין המדינה לבין המגזר העסקי, ואף עשויה להתרחב); רונית דוניץ-קידר "לא פרטי, לא ציבורי: לקראת תפיסה חדשה של אחריות" משפטים מג 1127 (2013) (המציעה מודל תיאורטי-נורמטיבי שתכליתו אימוץ תפיסה עשירה יותר של אחריות בשיח המשפטי, ואשר דוגל בביטול ההבחנה המקובלת בין משפט פרטי למשפט ציבורי בכל הנוגע בהדיפה א-פרוירית של תובענות פוטנציאליות נגד

ארגוני המגזר השלישי, אשר השפיעו לטעמי על עיצוב החובות המוטלות כיום במסגרת המשפט הפרטי; ואת התאגידים הפרטיים המיישבים, אשר מציבים בפני המשפט הפרטי אתגרים ביחס להסדרת החובות שיש להטיל עליהם. ההכרה במנעד זה של שחקנים היא הכרחית, משום שהיא מספקת תיאור מקיף ומדויק יותר של מקור החובות במשפט הפרטי. בשורות הבאות אציג בקצרה את שני השחקנים האחרונים לעיל, אשר מאתגרים את קביעותיהם של המחברים ביחס למקורן של החובות המוטלות במשפט הפרטי, וכן ביחס לחובות שראוי להטיל במסגרת התפיסה המוצעת של צדק ביחסים. אציין כי במסגרת תגובה קצרה זו איני מתיימרת לתת תשובות לאתגרים שאעלה; מטרתי כאן צנועה יותר, ומתמזה בעצם הצפתם של הקשיים ובניסיון לבחון את מידת עמידתה של התפיסה המוצעת על-ידי המחברים באתגרים המובאים כאן.

1. המגזר השלישי

נסיגתה של מדינת הרווחה מהספקת שירותים אשר באופן מסורתי סופקו על-ידי הובילה לעליית "המגזר השלישי", המורכב מארגוני החברה האזרחית הפועלים ללא מטרות רווח.²⁸ חלקם ארגונים מקומיים,²⁹ ואחרים הם סניפים של ארגונים רב-לאומיים,³⁰ אשר הוקמו לרוב במטרה לקדם זכויות אדם. מעבר לתפקיד החשוב שהם ממלאים במילוי חובות המדינה, גופים אלה נתפסים ככלב-השמירה של המשטר, ומפקחים על תפקודה התקין של המערכת.³¹

גופים פרטיים); עמירם גיל "דיני התאגידים כמסגרת לייצוג עובדים" עיוני משפט ל 575 (2008) (המציע מודל שנועד לצמצם את נחיתותם של העובדים במשטר החברות האנגלו-אמריקני, על-ידי שינוי דיני התאגידים בהתבסס על מדיניות האחריות החברתית התאגידית).

28 להרחבה על-אודות השינויים השונים שחוללו ארגונים אלה ראו John Boli & George M. Thomas, *World Culture in the World Polity: A Century of International Non-Governmental Organization*, 62 AM. SOCIOLOGICAL REV. 171 (1997); Michael Edwards & David Hulme, *Too Close for Comfort? The Impact of Official Aid on Nongovernmental Organizations*, 24 WORLD DEV. 961 (1996); CONSTRUCTING WORLD CULTURE: INTERNATIONAL NONGOVERNMENTAL ORGANIZATIONS SINCE 1875 (John Boli & George M. Thomas eds., 1999); Kenneth Anderson, *The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-governmental Organizations and the Idea of International Civil Society*, 11 EUR. J. INT'L L. 91 (2000); LAURA MACDONALD, SUPPORTING CIVIL SOCIETY: THE POLITICAL ROLE OF NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS IN CENTRAL AMERICA (1997).

29 בהקשר הישראלי ארגונים אלה כוללים את אדם טבע ודין, עדאלה, המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי, האגודה לזכויות האזרח ועוד. לרשימה מפורטת של כלל הארגונים הללו ראו www.guidestar.org.il/organization – האתר הרשמי שמספק מידע על-אודות כלל הארגונים הלא-ממשלתיים הרשומים אצל רשם העמותות.

30 ארגוני זכויות אדם שיש להם סניפים ברחבי העולם כוללים את Anti-, Amnesty International, Physicians, Center for Economic and Social Rights, Red Cross, Defamation League for Human Rights ועוד.

31 ראו בני גדרון, ניסן לימור ואסתר זיכלינסקי ממגזר שלישי למגזר אזרחי: לשאלת הזהות הקולקטיבית של ארגוני המגזר האזרחי (נייר עמדה, מכון ון ליר בירושלים, 2015).

גופים אלה מניעים תהליכים חברתיים, כלכליים, מרחביים ופוליטיים, ובכך מהווים מרכיב מרכזי בעיצוב היחסים בין פרטים בחברה.³² נוסף על כך הם מניעים גם תהליכים משפטיים, שכוללים דברי חקיקה והחלטות שיפוטיות,³³ בין היתר בתחום המשפט הפרטי, שיש להם השלכות רחבות-היקף גם על החובות המוטלות בתחום זה, ובכך הם גורם חשוב ומרכזי שמשפיע על השינויים המתרחשים במשפט הפרטי. כך, למשל, מי שיוזמה את חוק איסור ההפליה בישראל – שיש לו השפעה ניכרת על היחסים שבין פרטים לגופים פרטיים במשפט הפרטי ועל הערכים והחובות העומדים בבסיסו – היא האגודה לזכויות האזרח,

32 לכתבה ענפה על השינויים שהובילו ארגונים אלה ראו: Adalbert Evers, *Part of the Welfare Mix: the Third Sector as an Intermediate Area*, 6 VOLUNTAS: INT'L J. VOLUNTARY & NONPROFIT ORG. 159 (1995); Liu Changming & Duan Yanwen, *The International Environmental NGOs' Influences on GMS Biodiversity Conservation*, 9 AROUND SOUTHEAST ASIA 14 (2011); Michael Edwards & David Hulme, *Scaling up NGO Impact on Development: Learning from Experience*, in DEVELOPMENT, NGOS, AND CIVIL SOCIETY 44 (Deborah Eade ed., 2006); Anthony Bebbington, *NGOs and Uneven Development: Geographies of Development Intervention*, 28 PROGRESS IN HUM. GEOGRAPHY 725 (2004); Jackie Smith, Ron Pagnucco & George A. Lopez, *Globalizing Human Rights: The Work of Transnational Human Rights NGOs in the 1990s*, 20 HUM. RTS. Q. 379 (1998); Nicola Banks & David Hulme, *The Role of NGOs and Civil Society in Development and Poverty Reduction* (Brooks World Poverty Institute, BWPI Working Paper No. 171, 2012); Hildy Teegen, *International NGOs as Global Institutions: Using Social Capital to Impact Multinational Enterprises and Governments*, 9 J. INT'L MGMT. 271 (2003); Hildy Teegen, Jonathan P. Doh & Sushil Vachani, *The Importance of Nongovernmental Organizations (NGOs) in Global Governance and Value Creation: An International Business Research Agenda*, 35 J. INT'L BUS. STUD. 463 (2004); Jonathan P. Doh & Terrence R. Guay, *Globalization and Corporate Social Responsibility: How Non-Governmental Organizations Influence Labor and Environmental Codes of Conduct*, 44 MGMT. & INT'L REV. 7 (2004)

33 ראו ע"א (מחוזי ת"א) 35563-02-12 האגודה לשמירת זכויות הפרט, ע.ר.נ' מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ (פורסם בנבו, 12.01.2014); ת"צ (מחוזי י-ם) 23955-08-12 קולך – פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה (פורסם בנבו, 9.9.2014); עת"ם (מנהליים י-ם) 44860-08-14 עמותת למרחב לקידום חינוך תורני נ' מנהל מחוז ירושלים – מנח"י והמחוז החרדי במשרד החינוך (פורסם בנבו, 26.10.2014); עת"ם (מנהליים מר) 25821-04-15 עמותת המצפה לישראל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.4.2015); עע"ם 5875/10 התנועה המסורתית נ' המועצה הדתית באר שבע (פורסם בנבו, 11.2.2016); ת"א (שלום ת"א) 50407-05-15 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' מגן דוד-אדום (פורסם בנבו, 22.2.2016); ת"א (שלום י-ם) 9532-10-14 המרכז הרפורמי לדת ומדינה – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' ליברמן (פורסם בנבו, 15.10.2017); עת"ם (מנהליים חי') 25573-03-12 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' מנהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 23.4.2012).

המחויבת לקידום זכויות ועקרונות אוניוורסליים בין-לאומיים.³⁴ במובן זה, עקרון השוויון שמקודם במסגרת חוקי איסור ההפליה, ואשר קשור במהותו לחובה לנהוג בכבוד במשפט הפרטי, מקורו דווקא במשפט הבין-לאומי, קרי, מחוץ למשפט הפרטי ואף למשפט הציבורי המקומיים.³⁵ לכן דיון בתפקידם של הארגונים הללו היה יכול להציג זווית נוספת למקור החובות שקיימות כיום במשפט הפרטי, וזאת בניגוד לטענתם של המחברים כי החובה לנהוג בכבוד היא חובה מובנית בתוך המשפט הפרטי בלבד. בהיבט הנורמטיבי עלייתם של ארגוני המגזר השלישי – אשר מוקמים במסגרת המשפט הפרטי אך בפועל מתפקדים במישור הציבורי ולעיתים אף מספקים שירותים במקום המדינה – מציבה אתגרים רבים בפני המשפט הפרטי בשלוש סוגיות מרכזיות: (1) סיווג הארגונים המשתייכים למגזר זה, הצורך בהסדרתם והיקף ההסדרה הנדרשת; (2) החובות שיש להטיל עליהם; (3) הזכויות שראוי להעניק להם (כגון הזכות להגדרה עצמית והזכות לשוויון מהותי מול פרטים).

2. גופים פרטיים מיישבים

מדינות בעלות משטר אתנוקרטי משמרות את השליטה והאינטרסים של הקבוצה ההגמונית, בין היתר, באמצעות השליטה בקרקע.³⁶ משטרים אלה מאפיינים מדינות כצפון אירלנד, בלגיה וסרי לנקה, וכן מדינות מיישבות נוספות, כגון קנדה, אוסטרליה, ארצות-הברית וישראל.³⁷ ודוק, חלק מן המדינות הללו מנהלות מערכות מוקרטיות וליברליות או ניחנות בסממנים ליברליים, ולכן הן נופלות תחת הקטגוריה שהמאמר עוסק בה ורלוונטיות לדיון. בחלק מהמדינות הללו המדינה היא הבעלים של רוב הקרקעות (כמו בישראל), והעברת הקרקעות ליישוב אזרחים נעשית בשתי דרכים: בצורה ישירה על-ידי המדינה או בצורה עקיפה דרך הקצאת קרקעות ציבוריות לגופים פרטיים מיישבים.³⁸ גופים אלה מוקמים במסגרת המשפט הפרטי כחברות פרטיות שמטרתן ליישב קבוצה אתנית הגמונית תוך הדרתן של קבוצות אתניות אחרות. גופים אלה מוכרים בהקשר הישראלי, וכוללים את הסוכנות היהודית ואת קרן קיימת לישראל,³⁹ שמטרתן העיקרית והמוצהרת היא יישוב יהודים במרחב הישראלי.⁴⁰ גופים אלה משתמשים לרוב במנגנוני סינון והדרה לשם יישוב

34 להרחבה ראו משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג 15, 33 (2003).

35 אני מודה לפרופ' רות הלפרין-קדרי על הארה זו.

36 להרחבה על-אודות מבנה המשטר האתנוקרטי ראו אורן יפתחאל ואלכסנדר (סנדי) קדר "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי" מרחב, אדמה, בית 18, 24-26 (יהודה שנהב עורך, 2003).

37 שם, בעמ' 20-24.

38 מנאל תותריג'ובראן "ערים מעורבות בהתהוות: בין הפרטי לציבורי" דין ודברים י 17, 52-56 (2017).

39 להרחבה על-אודות חשיבות תרומתה של קק"ל לעיצוב המרחב הישראלי ראו שם, בעמ' 50-56; יפעת הולצמן-גזית "שימוש במשפט כסמל-סטטוס: חוק קרן קיימת לישראל, תשי"ד-1953, ומאבק הקק"ל לביסוס מעמדה במדינה" עיוני משפט כו 601, 621-624 (2002).

40 Geremy Forman & Alexander S. Kedar, *From Arab Land to 'Israel Lands': The Legal Dispossession of the Palestinians Displaced by Israel in the Wake of 1948*, 22 ENV'T

אותה קבוצה הגמונית כאמצעות המשפט הפרטי. במילים אחרות, גופים אלה משמשים הזרוע הביצועית של המדינה למימוש מדיניות מפלה, במיוחד בתחום הדיור, שהוא אחד המופעים העיקריים של המשפט הפרטי. כך, במשך שנים רבות מאוד הגופים העיקריים שעיצבו וניהלו את המרחב הישראלי היו גופים פרטיים שפועלים במסגרת המשפט הפרטי: האגודות השיתופיות,⁴¹ הסוכנות היהודית⁴² וכן ועדות הקבלה שהוקמו על-ידי האגודות השיתופיות.⁴³ גופים אלה לא רק שלא קידמו צדק ביחסים, אלא אף פגעו בזכות לכבוד ולשוויון מהותי, והם נעדרים לחלוטין מדיונם של המחברים במאמרם.

השימוש בוועדות הקבלה גרר דיון עז באשר לחוקיות הפעלתן, באשר לחוקיותם של תנאי הקבלה המופעלים על-ידי האגודות השיתופיות, ובאשר לכללים האמורים לחול עליהן. שאלות אלה עלו במסגרת עתירות שהוגשו על-ידי פרטים שביקשו להתקבל ליישובים השונים ונענו בשלילה על-ידי ועדות הקבלה של האגודות השיתופיות.⁴⁴ כידוע, העתירה הראשונה שזכתה לדיון מקיף בבית-המשפט, בתקשורת ובמחקר האקדמי, ואשר נחשבה החלטה תקדימית בסוגיית חוקיותה של ההדרה המרחבית ביישובים הקהילתיים, היא

.& PLAN. D: SOC'Y & SPACE 809, 818 (2004)

41 מטרתיה של האגודה השיתופית הן, בין היתר, להקים, לקיים ולנהל יישוב כפרי קהילתי שיהא מבוסס על ארגון חבריו כקהילה המקיימת שיתוף בין חבריה. על תפקידה המעצב של האגודה השיתופית במבנה המשפטי האמור ראו סמדר אוטולנגי אגודות שיתופיות – דין ונוהל כך א 35 (1995).

42 הסוכנות היהודית שמה לה למטרה ליישב יהודים ברחבי הארץ בכלל, ובאזורי ספר ובאזורים שהנוכחות היהודית בהם דלילה בפרט. ראו ס' 3 לחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, התשי"ג-1952, הקובע כי "ההסתדרות הציונית העולמית והסוכנות היהודית לארץ-ישראל שוקדות כמקודם על העליה ומנצחות על מפעלי קליטה והתיישבות במדינה".

43 בצד כל אלה פעל כל השנים מנהל מקרקעי ישראל, שהוא גוף ציבורי, ואשר לפני שנים אחדות שונה שמו ל"רשות מקרקעי ישראל".

44 מדיניות הסינון של מועמדים לחברות באגודה השיתופית, שהופעלה תחילה נגד התושבים הערבים, פועלת כיום נגד כל מועמד שאינו עונה על פרופיל שנקבע על-ידי חברי היישוב. החוקיות וההשלכות של הפרדה זו ושל פרקטיקות ההדרה שעמדו בבסיסה נדונו לפני בית-המשפט בכמה מקרים, שנגעו בעיקר בשאלת היקף סמכותן של האגודות השיתופיות – האחראיות הלכה למעשה לניהול קרקעות המדינה – להדיר מהן תושבים. ראו, לדוגמה, ע"א 10419/03 דור נ' רמת הדר – כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, פ"ד (2) 277 (2005); ה"פ (מחוזי ת"א) 362/03 רוזן נ' בני דרוור – מושב שיתופי להתיישבות בע"מ (פורסם בנבו, 19.1.2004); ה"פ (שלום י-ם) 168/03 מנשה נ' ועד מקומי עלי (פורסם בנבו, 19.9.2004); בג"ץ 272/74 כפר אז"ר מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' שר העבודה, פ"ד (2) 667 (1975); ע"א 8398/00 כץ נ' קיבוץ עין צורים, פ"ד (6) 602 (2002); ע"א 7094/10 צורן נ' שפירא (פורסם בנבו, 18.4.2012). להרחבה על הדרת פרטים על בסיס השתייכות קבוצתית על-ידי ועדות הקבלה המופעלות על-ידי האגודות השיתופיות ראו נטע זיו ורחן תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים – מלכוד ברשת טובענית ומחוררת" קהילות מגודרות 311 (אמנון להבי עורך, 2010).

עתירתם של בני-הזוג קעדאן.⁴⁵ העתירה הוגשה על-ידי האגודה לזכויות האזרח נגד מנהל מקרקעי ישראל, הסוכנות היהודית והיישוב הקהילתי קציר, לאחר שבקשתם של בני-הזוג קעדאן לחכירת בית נדחתה על-ידי ועדת הקבלה של היישוב. הדחייה התבססה על הטענה שהסוכנות היהודית, החתומה על הסכם החכירה, אינה מחכירה קרקעות לערבים. לאחר דיונים ומאמצים להגיע לפשרה ולהימנע מהכרעה תקדימית בנושא,⁴⁶ קבע בית-המשפט העליון, בראשות הנשיא אהרן ברק, כי המדינה מחויבת לנהוג ולפעול על-פי עקרון השוויון, ומסיבה זו אין היא יכולה לעשות שימוש בסוכנות היהודית כדי לעקוף את החלתו של עיקרון זה בהקצאת קרקעות לערבים.⁴⁷ עם זאת, בית-המשפט נמנע מלדון ומלקבוע מסמרות בשתי סוגיות חשובות הרלוונטיות לענייננו: (1) החוקיות של עצם השימוש באגודות השיתופיות ובוועדות הקבלה שלהן כגופים הממלאים תפקיד ציבורי של הקצאת קרקעות המדינה; (2) סיווגה של הסוכנות היהודית כמוסד פרטי או ציבורי, וכן הכללים שראוי להחיל עליה.⁴⁸ מעבר לכך ששחקנים אלה ממלאים תפקיד מרכזי במשפט הפרטי ולמרות זאת נעדרים לחלוטין מדיונם של המחברים, הם מציבים בפני תיאוריית הצדק ביחסים שני אתגרים. האחד נוגע בשאלה אילו כללים יש להחיל על אותם גופים מיישבים, אשר שימשו במשך שנים – ועודם משמשים – זרוע ביצועית של המדינה למימוש מדיניות מפלה בחסות המשפט הפרטי. לעומת התפיסה הקלסית, על-פי תפיסת הצדק ביחסים יש החלה רחבה ושונה של הכללים על גופים פרטיים. עם זאת, יש תחולה פחותה של הכללים על גופים ציבוריים, ולכן הדיון במעמדם ובתפקידם של הגופים הללו הוא קריטי לעניין הכללים שיחולו עליהם. ייתכן מאוד שבמקרים מסוימים יהיה ראוי יותר מבחינה נורמטיבית "לייבא" חובות מוגברות מתוך המשפט הציבורי, נוסף על אלה הקיימות במשפט הפרטי, בגלל תפקידם הייחודי של אותם גופים. בהמשך לדיון בפרק הקודם, גופים אלה מהווים דוגמה נוספת לכך שהבחנה בין הפרטי לציבורי, גם אם ניתן להצביע עליה, היא מלאכותית לעיתים.

האתגר האחר נוגע בהיקף המשתנה של החובות המוטלות על סוגים שונים של גופים בתוך המשפט הפרטי: כיצד מחליטים על היקף החובות? אילו משתנים ישפיעו על היקף המחויבות? למשל, האם נחיל חובות דומות על חברת נדל"ן פרטית, על ועד שכונה או על נציגות בית משותף, לעומת בעלת דירה, לעניין סירוב מכירת דירה לזוג הומואים, לאם חד-הורית, לערבי או לאתיופית? האם חלה חובה מוגברת ביחס לפרטים ופחותה ביחס לגופים פרטיים מיישבים? למשל, האם נחיל על אותם גופים חובה לקיים מדיניות העדפה מתקנת בדיון, אם המדינה נוקטת מדיניות כזו גם בעסקאות פרטיות? האם נטיל חובות במשפט הפרטי על הצדדים גם כאשר אין הפרה של זכויות? האם לעניין היקף המחויבות יש להביא בחשבון את אופי הצד המופלה?

45 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) (להלן: פרשת קעדאן).

46 נטע זיו "עריכת-דין למען מטרה ציבורית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות-מיעוט בישראל" משפט וממשל ו 129, 160 (2001).

47 פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 45, פס' 38 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

48 שם, פס' 35–38 לפסק-דינו של הנשיא ברק, שם הוא קובע כי אין המדינה יכולה להפלות אזרחים באמצעות הסוכנות היהודית, אך אינו נוקט עמדה ביחס לעצם חוקיותה של המדיניות המפלה של הסוכנות.

לאחרונה מתפתחות דוקטרינות משפטיות שמחילות אחריות מוגברת על תאגידים פרטיים,⁴⁹ ואשר מציבות אף הן אתגרים דומים בפני התיאוריה של המשפט הפרטי והתפיסה של צדק ביחסים באשר לחובות המוטלות על גופים אלה ובאשר לחובות שראוי להטיל עליהם. בהעדר התייחסות לגופים שהוצגו לעיל, תפיסת צדק ביחסים מובילה אותנו למבוי סתום בהקשר של אתגרים אלה. ממאמרם משתמע כי השחקנים הקיימים הפעילים במערכת המשפט הפרטי הם רק פרטים, וכי החובות המוטלות עליהם ידועות ומותאמות. זהו ניתוח חסר משום שהוא מכיר באופן חלקי בלבד ביחסי הכוחות הקיימים, ובהתאם לכך מכיר בהיקף מצומצם בלבד של חובות המוטלות על הצדדים ורק בחלק ממקורותיהן של אותן חובות. נקודה נוספת, שאבקש להתייחס אליה בחלק הבא, נוגעת בנייתוחם של המחברים באשר לקשר שבין ההגדרה העצמית של פרטים לבין הזכות לשוויון מהותי.

ג. רב-תרבותיות, הגדרה עצמית (של מי?) ושוויון מהותי (בין מי למי?) – רומן או מתח?

במסגרת ניתוח יסודותיה של תפיסת האדם במשפט הפרטי לפי תפיסת הצדק ביחסים, מאמרם של המחברים מבחין בין המאפיינים האישיים השונים שמשפיעים על בחירות של פרטים ואשר יש להביאם בחשבון כאשר מאזנים בין הזכות לשוויון לבין הזכות להגדרה עצמית. בחירות אלה נמצאות על מקשת (ספקטרום) רחבה. בקצה האחד שלה ממוקמים "הפרויקטים הבסיסיים", שהם הפרויקטים ותחומי החיים העיקריים אשר מחברים את הפרט לקיומו הבסיסי, משקפים את מהותו ומהווים בסיס למשמעות החיים שלו. אלה כוללים, למשל, בחירות בנוגע למחויבויות הדתיות, האתיות, המקצועיות והמשפחתיות של פרטים.⁵⁰ בקצה האחר של המקשת מצויות בחירות שמשקפות העדפות "שטחיות" של פרטים, ובין שני הקצוות יש בחירות חשובות אך כאלה שאינן מעצבות את חיי הפרט בצורה משמעותית.⁵¹ בשורות הבאות אבקש להראות כי המחברים מציגים תפיסה רומנטית של צדק ביחסים, שבה ערך ההגדרה העצמית של פרטים הוא מופשט מדי ומשלים בצורה הרמונית את ערך השוויון המהותי, בעוד שבפועל ייתכנו מצבים שבהם קיים מתח בין ההגדרה העצמית של צד אחד לבין ההגדרה העצמית והזכות לשוויון מהותי של הצד האחר. לכן ההבחנה בין סוגי הבחירות של פרטים – המעניינת והחשובה כשלעצמה – אינה נותנת מענה למתח המתעורר בין שני ערכים אלה, וזאת משתי סיבות עיקריות. האחת היא שהתפיסה של צדק ביחסים היא תפיסה מדרגית של זכויות, שאינה מכירה בתחרות ובמתח האנכי שבין ערכים. לכן היא אינה מספקת תשובה למצב של מתח והתנגשות בין שני פרויקטים בסיסיים של שני צדדים; במצב של סתירה תהיה תמיד עדיפות של ערך אחד על זה שנמצא מתחתיו במדרג. כך, לדוגמה, לא ברור מה תהיה תשובתה של תפיסת הצדק ביחסים במצב שבו בעל דירה דתי מסרב להשכיר את דירתו לחילוני, כלומר, במצב שבו הזהות הדתית והזהות החילונית של שני הצדדים היא בבחינת פרויקטים בסיסיים מבחינתם. בדוגמה שהם נותנים בהקשר

49 לכתובה כללית על הנושא וכן לכתובה בהקשר הישראלי ראו את ההפניות לעיל בה"ש 27.

50 ראו מאמרם של דגן ודורפמן, ליד ה"ש 108.

51 ראו שם.

של רכישת דירה המחברים מציינים כי ההחלטה היכן להתגורר היא בחירה שנכנסת תחת הקטגוריה של פרויקט בסיסי,⁵² אך הם אינם מתמודדים עם שאלה נוספת, ומורכבת יותר, והיא אם הבחירה של בעל הדירה גוברת על ערך השוויון המהותי.

נקודה זו מקבלת משנה תוקף לנוכח הדוגמאות שהמחברים נותנים לאורך מאמרם, שמהן עולה כי הדרישה ההקשרית חלה רק על צד אחד במערכת, בדרך-כלל הצד מחוסר הזכות, אשר נתפס לרוב כצד החלש יותר, בעוד זהותו (וההגדרה העצמית) של בעל הזכות במערכת נראית לא-רלוונטית. אסביר. ביחסים שבין מוכר לקונה, בין מזיק לניזוק, בין משכיר לשוכר, נראה כי מערכת הבנויה על תפיסה של צדק ביחסים תדרוש מצד א (בעל הזכות: מוכר, מזיק, משכיר) להתחשב במאפיינים ובהגדרה העצמית של צד ב (מחוסר הזכות: קונה, ניזוק, שוכר), במנותק מזהותו וממאפייניו של צד א. עמדה זו בעייתית משתי סיבות. ראשית, היא מתעלמת מחשיבות ההגדרה העצמית של בעל הזכות במערכת היחסים, שיכולה להתבטא כפרויקט בסיסי לגביו. שנית, לא תמיד ניתן לזהות מיהו הצד החזק ומיהו הצד החלש במערכת היחסים. בפועל ייתכנו מקרים שבהם דווקא מחוסר הזכות הוא הצד החזק – למשל, כאשר חברות הייטק ענקיות או משרדי עורכי-דין גדולים מבקשים לקנות/ לשכור דירה מקבלן או מבעל בית. בהקשר זה התפיסה אינה מסבירה מדוע המשפט הפרטי מטיל חובות על הצד בעל הזכות ומספק הגנה לצד מחוסר הזכות גם כאשר אי-אפשר לזהות פערים ברורים ביחסי הכוחות בין הצדדים. חוק הגנת הדייר⁵³ וחוק המכר⁵⁴ הם דוגמאות להגנה המוענקת למחוסרי הזכות – הקונה והשוכר – מתוך הנחה שקיים פער כוחות בינם לבין המוכר והמשכיר, אף שבמקרים מסוימים ייתכן כאמור שדווקא מחוסרי הזכות הם הצד חזק בעסקה.

שנית, המתח שבין הזכות לשוויון לבין הזכות להגדרה עצמית, המבוססת על התיאוריה הרב-תרבותית⁵⁵ וגישת "הליברליזם התרבותי", מציב אתגר נוסף בפני תפיסות שונות של

52 ראו שם, ליד ה"ש 185.

53 חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972.

54 חוק המכר, התשכ"ח-1968.

55 "רב-תרבותיות" נהפכה לסמל העיקרי של המאבקים החברתיים של קהילות תרבותיות, במיוחד במערכות ליברליות. במסגרת הערת-שוליים זו לא אוכל להפנות באופן מקיף לשלל הכתיבה, הזרמים השונים והמחקרים שנעשו בתחום זה. על-כן אציין בקיצור רב את התרומה העיקרית של שיח זה. בבסיס השיח הרב-תרבותי עומדת הדרישה להכרה באוטונומיה של הקהילה על בסיס שונות קבוצתית. לעיתים אף מועלית דרישה אקטיבית מן המדינה למתן אוטונומיה תרבותית לקבוצות בשלל תחומים, כגון חינוך, דת, יחסי אישות ועוד. אף שתיאוריות רב-תרבותיות מכירות בשונות קבוצתית בצורה רחבה, בפועל חלק ניכר מהתיאוריות הרב-תרבותיות התמקדו בקהילות מיעוט דתיות ולאומיות. הטעם העיקרי להגנה על תרבויות של מיעוטים הוא שבדרך-כלל מדובר בקבוצות מוחלשות הזקוקות להגנה חיצונית ולמתן אוטונומיה קבוצתית כדי לשמרן. הן עלולות להימצא במצב נחות מול קבוצות הרוב, המבקשות לכפות עליהן את תרבותן וערכיהן, וכך לפגוע ביכולת המימוש העצמי שלהן. להרחבה ראו CHARLES TAYLOR ET AL., MULTICULTURALISM: EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION (Amy Gutman ed., 1994); MULTICULTURAL STATES: RETHINKING DIFFERENCE AND IDENTITY (David Bennett ed., 1998); BHIKHU PAREKH, RETHINKING MULTICULTURALISM: CULTURAL DIVERSITY AND

המשפט הפרטי. "הליברליזם התרבותי" הוא גישה שפותחה והובלה על-ידי ויל קימליקה, הרואה בליברליזם תיאוריה המסדירה לא רק את היחסים בין המדינה לפרט, אלא גם את היחסים בין הפרט לחברה.⁵⁶ בספרו ליברליזם, קהילה ותרבות הוא יוצא נגד ההתקפות של זרמים קהילתיים למיניהם, ומנסח הצדקות ליברליות לזכויות קבוצתיות של קבוצות מיעוט.⁵⁷ קימליקה מצביע על כמה אמות-מידה שלפיהן קבוצה יכולה להיחשב קבוצת מיעוט ולקבל זכויות קבוצתיות אוטונומיות בתוך המערכת הליברלית. הוא מבסס הצדקות אלה על הטענה כי קשר תרבותי/קהילתי הוא תנאי הכרחי לקבלת הכרעות פרטניות אוטונומיות, ובכך מהווה חלק בלתי-נפרד מהזכות לחירות.⁵⁸

בעוד שבראשיתו התמקד השיח הרב-תרבותי בקהילות מיעוט דתיות ולאומיות, גישות נוספות שהתפתחו – כגון הפוליטיקה של הזהויות⁵⁹ והפוליטיקה של ההכרה⁶⁰ – הציגו

במשך השנים נכתבו ביקורות רבות על האופן שבו השיח הרב-תרבותי משתיק קולות של פרטים ותת-קבוצות, וכך פוגע באוטונומיה שלהם בתוך קבוצתם וכיכולתם להיאבק בהסדרים פנים-קהילתיים שאינם מקובלים עליהם. כך, לדוגמה, הביקורת הפמיניסטית נגד התיאוריה הרב-תרבותית טוענת כי היא מקדמת זכויות תרבותיות להגדרה עצמית של האליטה הפטריארכלית השולטת בתרבות הנתונה, תוך הדרתן של נשים. ראו Madhavi Sunder, *Cultural Dissent*, 54 STAN. L. REV. 495 (2001). לביקורת נוספת על השיח הרב-תרבותי, ובכלל זה על זרמים ליברליים הרואים במדינה גוף האמור להנהיג שוויון מלא בין כלל אזרחיה, ראו BRIAN BARRY, *CULTURE AND EQUALITY* (2000); NANCY FRASER & AXEL HONNETH, *REDISTRIBUTION OR RECOGNITION? A POLITICAL-PHILOSOPHICAL EXCHANGE* (2003).

WILL KYMLICKA, *MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS* 84–93 (1995) (להלן: KYMLICKA, *MULTICULTURAL CITIZENSHIP*).

WILL KYMLICKA, *LIBERALISM, COMMUNITY AND CULTURE* (1989).

לדברי קימליקה: "The argument simply says that cultural membership is important in pursuing our essential interests in leading a good life, and so consideration of that membership is an important part of having equal consideration for the interests of each member of the community". ראו KYMLICKA, *MULTICULTURAL CITIZENSHIP*, לעיל ה"ש 56, בעמ' 176.

הפוליטיקה של הזהויות (Identity Politics) היא תיאוריה העוסקת בפעילות של קבוצות המתארגנות סביב מאפייני מסוים המפתח מודעות קבוצתית להשגת מטרה משותפת במסגרת פעילות פוליטית. כך, לדוגמה, תנועת זכויות ההומואים היא ביטוי של פוליטיקה של זהות, בהתמקדה בזהות המכוננת את הקבוצה – במקרה זה הנטייה המינית. ההתארגנויות והניהול של מאבקים פוליטיים וחברתיים יכולים להיות סביב שלל מאפיינים, כגון זהות מינית, נטייה מינית, זהות דתית, זהות גזעית ועוד. להרחבה על מאבקים של קבוצות שונות בהקשר הנדון ראו IRIS MARION YOUNG, *JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE* (1990); PATRICIA J. WILLIAMS, *THE ALCHEMY OF RACE AND RIGHTS* (1991).

אבי גישת הפוליטיקה של ההכרה (The Politics of Recognition) הוא החוקר הקנדי צ'רלס טיילור. טיילור מספק ניתוח המבוסס על יסוד ההכרה בחשיבות של התרבויות השונות ושל החיכוך ביניהן כהליך אשר יוצר את ה"אני". על-פיו, זהות עצמית מעוצבת בחלקה באמצעות הכרה, העדר הכרה או הכרה שגויה מצד אחרים, המתהווה בעקבות חיכוך והתייחסות-גומלין

מנעד רחב יותר של קהילות מיעוט בעלות זכות להגדרה עצמית. באופן כללי, תפיסות אלה מעלות דילמות ואתגרים באשר למחויבותו של הליברליזם לקידום ערכים של חופש, שוויון והגדרה עצמית בשני מישורים עיקריים. מישור אחד נוגע במתח שבין ההכרה בחשיבותן ובמרכזיותן של קהילות במימוש ההגדרה העצמית שלהן אל מול ההגדרה העצמית של הפרטים המכוננים אותן קהילות.⁶¹ מתח זה מגיע לעיצומו ככל שמדובר בקהילות המורכבות מתת־קבוצות אשר הגדרתן העצמית מתנגשת עם ההגדרה העצמית של "הקהילה־האם".⁶² לכן המושג "הגדרה עצמית" הוא מושג נזיל ומשתנה, המקבל משמעויות שונות בהתאם לקבוצה ולפרטים בתוכה.

מישור נוסף הוא מישור היחסים בין הקהילה לבין פרטים מחוץ לקהילה אשר אינם נמנים עם שורותיה אך מבקשים לעשות שימוש במוסדותיה (בעיקר מוסדות החינוך שלה) ונתקלים בסירוב. הדוגמה המובהקת לכך מההקשר הישראלי היא המקרה של מונה ג'בארין – תלמידה מוסלמית שביקשה להתקבל לבית־ספר נוצרי פרטי בנצרת ונדרשה משום שסירבה לעמוד בקודי הלבוש של בית־הספר.⁶³ המקרה דגן מחייב עריכת איזון בין הערכים ונקיטת עמדה נורמטיבית ברורה באשר לתחרות ביניהם. זאת, מכיוון שההגדרה העצמית של הקהילה (הבעלים והמנהלים של בית־הספר הנוצרי) סותרת בהכרח את ההגדרה העצמית של הפרט

מתמשכת עם אחרים תוך שיקוף עצמי מול האחר. הייחוד העיקרי של גישתו ניכר בכך שהיא שמה דגש באופן שבו ה"אני" (כלומר הפרט) מעוצב באופן מתמיד, בין היתר, דרך האחרים, ולא במנותק מהם ובאופן בלתי־תלוי בהם. על־פי טיילור, מהנחה זו נובע כי יש חשיבות להכרה בקבוצות ובתרבויות שונות, שכן זהויות קולקטיביות למיניהן – ולא רק תרבותיות – אינן בבחינת מתווה אחד ויחיד לדרך התנהגות; הן קיימות כצורה (mode) שיכולה להסביר דרך התנהגות בעקבות דו־שיח מתמיד. להרחבה ראו TAYLOR ET AL., לעיל ה"ש 55, בעמ' 25.

61 ביקורת רבות נכתבו על־אודות האופן שבו התיאוריה הרב־תרבותית עושקת קבוצות שונות בחברה. ראשיתה של ביקורת זו היא בכתיבה הפמיניסטית: Leti Volpp, *Feminism versus Multiculturalism*, 101 COLUM. L. REV. 1181 (2001); Susan Moller Okin, *Is Multiculturalism Bad for Women?*, in *IS MULTICULTURALISM BAD FOR WOMEN?* 7 (Joshua Cohen et al. eds., 1999); Leti Volpp, *Blaming Culture for Bad Behavior*, 12 YALE J.L. & HUMAN. 89 (2000); Carole Pateman, *Introduction: The Theoretical Subversiveness of Feminism*, in *FEMINIST CHALLENGES: SOCIAL AND POLITICAL THEORY* 1, 3 (Carole Pateman & Elizabeth Gross eds., 1986); Carlos Alberto Torres, *Democracy, Education, and Multiculturalism: Dilemmas of Citizenship in a Global World*, 42 COMP. EDUC. REV. 421 (1998); Susan Gubar, *What Ails Feminist Criticism*, 24 CRITICAL INQUIRY 878 (1998); ELLA SHOHAT, *TALKING VISIONS: MULTICULTURAL FEMINISM IN A TRANSNATIONAL AGE* (1998). במקביל גם עלתה ביקורת ליברלית נגד החשיבה הרב־תרבותית. ראו BARRY, לעיל ה"ש 55, בעמ' Jeremy Waldron, *Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative*, in *THE RIGHTS OF MINORITY CULTURES* 93 (Will Kymlicka ed., 1995).

62 להרחבה על־אודות הרעיון בדבר דילמות של מיעוט בתוך מיעוט ראו Meital Pinto, *The Right to Culture, the Right to Dispute, and the Right to Exclude. A New Perspective on Minorities within Minorities*, 28 RATIO JURIS 521 (2015).

63 זאת, נוסף על סירובה להשתתף בשיעורי התעמלות מעורבים של בנים ובנות. ראו בג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, פ"ד מח(5) 199 (1994).

(מונה ג'בארין) או של הקבוצה המודרת, וכך גם מתנגשת עם ערך השוויון (המהותי). באותו פסק-דין קבע בית-המשפט כי ידה של הזכות להגדרה עצמית של הקהילה הנוצרית על העליונה.⁶⁴ בהקשר זה אעיר כי הדוגמה הזו מדגימה פעם נוספת עד כמה הגבול בין הפרטי לציבורי הוא לעיתים מלאכותי, שכן אף שמדובר בבית-ספר פרטי, הוא מספק שירות ציבורי ומעלה שאלות שגולשות אל מחוץ לתחום המשפט הפרטי הקלסי של דיני קניין, חוזים ונזיקין.

בשני המישורים מערכת משפט ליברלית המחויבת לעקרונות של ליברליזם תרבותי ניצבת בפני המתח שבין המחויבות למימוש ההגדרה העצמית של הקהילה ושל הפרטים בתוכה לבין מימוש עקרון השוויון המהותי בין פרטים בתוך הקהילה ומחוץ לה. מתח זה מגיע לעיצומו בתחום הדיור. מקרי ההדרה וההפליה המורכבים והמסובכים יותר הם אלה שבהם קבוצה מבקשת לסגור מרחב מגורים בפני פרטים או קהילות שנבדלות ממנה, וטוענת כי הסגירה וההדרה האלה חיוניות למימוש מרבי של אורח חייה ושל ההגדרה העצמית שלה;⁶⁵ או לחלופין מקרים שבהם פרט בעל דירה מבסס את סירובו להשכיר את דירתו לזוג הומואים, למשל, על הטיעון הקהילתי שלפיו השכרת דירתו לזוג הומואים תפגע בצורה עמוקה באמונה שלו, ובהתאם לכך בערך ההגדרה העצמית שלו. המשותף לשתי הדוגמאות הוא שבשני המצבים ערך ההגדרה העצמית של בעל הזכות עומד במתח עם ערך השוויון המהותי, ופוגע בהגדרה העצמית של מחוסר הזכות – הצד המופלה.

מתח זה הועלה לפני בית-המשפט העליון בישראל כבג"ץ סכח, אשר דן בחוקיות של תיקון סעיף 6 לפקודת האגודות השיתופיות (להלן: הפקודה) המעניק לוועדות הקבלה המופעלות על-ידי האגודות השיתופיות שיקול-דעת לדחות מועמד במקרים שבהם "המועמד אינו מתאים לחיי חברה בקהילה" או מתגלה "חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בו כדי לפגוע במרקם זה".⁶⁶ בשתי עתירות שהוגשו על-ידי כמה ארגונים ואוחדו לדיון משותף, בעוררן שאלות דומות, נטען כי תיקון זה פוגע בזכות למגורים, וכי אין כל אפיון ייחודי באותם יישובים המצדיק פגיעה מסוג זה.⁶⁷ עוד נטען כי החוק פוגע בזכות לשוויון, שכן אמות-המידה הכלולות בו מאפשרות

64 לדיון דומה אך גם שונה ראו בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009), המוכר כפסק-דין עמנואל, אשר דן בחוקיות ההפרדה שהונהגה מטעם בית-הספר ביישוב עמנואל בין תלמידות דתיות ממוצא אשכנזי לכאלה ממוצא ספרדי. לניתוח מקיף המקביל בין שני המקרים הללו ראו Michael Karayanni, *Groups in Context: An Ontology of a Muslim Headscarf in a Nazareth Catholic School and a Sephardic Ultra-Orthodox Student in Immanuel*, 41 LAW & SOC. INQUIRY 973 (2016).

65 אציין כי המחברים אכן מעירים כי הם אינם מתייחסים למצב שבו קהילה מבקשת לסגור את המרחב לצורך קיום המטרות שלה. ראו מאמרם של דגן ודורפמן, בה"ש 201. הנקודה המועלת בתגובה כאן בדיוק מנסה להתמודד עם המצב הזה.

66 בג"ץ 2311/11 סכח נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014). מעבר לכך, כפי שנטען על-ידי האגודה לזכויות האזרח, הרקע העיקרי לחקיקת החוק הוא הרצון לעקוף את בג"ץ קעדאן ולהבטיח את קיומם של יישובים יהודיים בלבד.

67 עתירה אחת הוגשה על-ידי עדאלה, המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי, הקשת הדמוקרטית המזרחית, במקום – מתכננים למען זכויות תכנון, קול אחר בגליל וכן הבית הפתוח בירושלים

לסנן אדם רק משום שהוא שונה (אינו מתאים למרקם החברתי של היישוב), ומובילות להפליה של קבוצות מיעוט. בהקשר זה מעניינת במיוחד טענת המשיבים הבאה, המובאת בפסק-הדין על-ידי השופט ג'ובראן:

"עקרון ה'קהילתיות'... מבוסס על רצונן של קבוצות מתיישבים להתקבץ סביב אידיאלוגיה משותפת ולחיות יחדיו חיי שיתוף. הם סבורים כי אין מדובר בעקרון מפלה אך בשל הומוגניות הקבוצה. קבוצות שונות עשויות למצוא רעיונות משותפים שונים. ההתלכדות ההומוגנית של קבוצות שונות סביב רעיונות שונים יוצרת, לשיטתם, התיישבות הטרוגנית, כאשר כל יישוב מחזיק במאפייניו הייחודיים. זהו 'הפסיפס ההתיישבותי', שבו אוסף של יישובים הומוגניים יוצרים מפת התיישבות הטרוגנית. מכיוון שמדובר ביישובים שממוקמים בפרפריה, הם מוסיפים, ישנה חשיבות רבה לכך שתושבים יהיו מגויסים לסייע איש לרעהו. לצורך שמירה על אחדות הקהילה, לטענתם, נדרש לשמור על המאפיינים הדומים שבין תושביה."⁶⁸

הרכב מורחב של תשעה שופטים דן בעתירות, ודחה אותן ברוב דחוק של חמישה שופטים נגד ארבעה, בנימוק שהן אינן "בשלול" להכרעה. חרף זאת, דעת המיעוט, שהובלה על-ידי השופט ג'ובראן, הציבה את הדילמות המשפטיות שתיקון 6 לפקודה מעורר ואשר רלוונטיות לדיונו כאן: הגדרת המושגים "קהילה" ו"קהילת מגורים", או לפי המינוח של המחברים – הגדרת המושג "פרויקטים בסיסיים"; המתח שבין הזכות לשוויון לבין זכותן של קהילות להגדרה עצמית; אילו קהילות זקוקות להגנה משפטית ולכן יהיה מוצדק לפגוע בזכות לשוויון על-מנת לממש את ההגדרה העצמית שלהן, או במילים אחרות – אימתי הזכות לקהילתיות (הגדרה עצמית) גוברת על הזכות לשוויון. לאחר דיון משפטי מקיף הגיע

לגאווה ולסובלנות. ראו בג"ץ 2504/11 עדאלה נ' הכנסת, פס' 40-47 לעתירה (28.3.2011), www.adalah.org/uploads/oldfiles/admin/DownLoads/SPics/8783916.pdf. בעתירה האחרת, שהוגשה על-ידי קרן אברהם והאגודה לזכויות האזרח בישראל, נטען כי במסגרת התיקון האמור לפקודת האגודות השיתופיות "עוגנה בחוק סמכותם של מעל 300 יישובים קהילתיים ויישובים כפריים בהם הוקמו שכונות הרחבה קהילתיות, שנבנו בקרקעות הציבור, לערוך הליכי סינון וקרי, מיון לתושבים המבקשים להתגורר באותם יישובים – מ' ת'ג. תושבי יישובים אלו הוסמכו לברור את שכניהם על פי פרמטרים רחבים ועמומים, ובין היתר לדהות מועמדים רק משום שאינם חלק מ'המרקם החברתי-תרבותי' של היישוב, גם שמדובר ביישוב ללא כל אפיון תרבותי ייחודי". בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת, פסקה ראשונה במבוא (23.3.2011) law.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2011/03/hit2311.pdf. נטען גם כי מדובר בחוק שפוגע בזכות לבחור את מקום המגורים, שהיא חלק מהחירות האישית המוגנת על-ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן כל אדם יוכפף להליכי סינון כתנאי לקבלה ליישוב, וזאת אף שלרוב היישובים הללו, הממוקמים על קרקעות ציבוריות, אין כל מרכיב של שיתופיות כלכלית או אפיון ייחודי המצדיק את הליכי הסינון הללו. הליכי הסינון אף פוגעים בפרטיות ומדירים קבוצות אוכלוסייה הרואות חשיבות מיוחדת בשמירה על פרטיותן. נוסף על כך נטען כי החוק פוגע בזכות הקניין, וכי פגיעה זו אינה מידתית. שם.

68 עניין סבח, לעיל ה"ש 66, פס' 20 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

השופט ג'ובראן למסקנה כי התיקון פוגע בזכות לשוויון, וביקש לפסול אותו משום שהוא אינו עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה.

עניין סבך הוא דוגמה לחשש שיכול להתעורר מפני שימוש לרעה בטיעון הרב-תרבותי בדבר הגנה על הקהילה ועל הגדרתה העצמית כמסווה להדרה של פרטים וקבוצות המונעת ממניעים גזעניים של הדרת האחר והשונה באשר הוא שונה. הדילמות שמתעוררות בעקבות זאת הן אם ניתן לזהות מניעים שונים של הדרה, וכיצד ניתן לקבוע מהי הדרה מוצדקת או נסבלת מבחינת תפיסה של צדק ביחסים – כזו המגינה על קהילות (ועל ההגדרה העצמית שלהן) – ואיזו הדרה לא נוכל לשאת כחברה וכמערכת משפט, בהיותה הדרה גזענית של פרטים מעצם היותם שונים. בפרק האחרון של מאמרם המחברים נשענים על ניתוח פסק-דינה של השופטת חיות בעניין סבך, בניסיון לספק לנו תשובה לשאלות האמורות. הם טוענים כי עמדתה תואמת את תפיסתם בנוגע לצדק ביחסים באופן שבו היא מדגישה את האיסור המוטל על ועדות הקבלה לסרב למועמד בשל טעמים חשודים בהפליה לפי הרשימה הקבועה בסעיף 6(ג) לפקודה או תוך הפרה של הכללים שוועדות הקבלה אמורות לעמוד בהם. אך כפי שהשופט ג'ובראן מראה במהלך פסק-דינו, על-אף האיסור האמור, הלכה למעשה החוק מאפשר הדרה שאינה גנרית, קרי, הדרה מטעמים שאינם מנויים בסעיף.⁶⁹ מעבר לכך, סעיף איסור ההפליה הוא לטעמי בבחינת מס-שפתיים שנועד להכשיר חוק בעייתי, ולכן הוא גם מסוכן, שכן הסיכון – או ליתר דיוק ההדרה – של מועמדים נעשה בדיוק על בסיס הקטגוריות המנויות בסעיף שהן בגדר פרויקטים בסיסיים לגבי אותם פרטים וקהילות. ההתאמה לחיים חברתיים ולחיי הקהילה היא-היא ההתאמה מטעמי גזע, דת, לאום וכולי, וקביעת הוראות לעניין זה במסגרת תקנון האגודה השיתופית בהתאם להנחייתה של השופטת חיות תוביל, הלכה למעשה, לעיגון הדרה מסוכנת זו ולהכשרתה.

המחברים מסכימים עם עמדתה של השופטת חיות וטוענים כי היא תואמת תפיסה של צדק ביחסים, כי ככל שקיים צידוק המניח את הדעת לעניין מהות הקהילה והצורך להגן עליה, היא תקבל הגנה משפטית. קצרה היריעה מלהרחיב בנושא סבוך וחשוב זה, אך אעיר כאן בכל-זאת כי עמדתי בהיבט זה מבוססת על הכרה עמוקה בחשיבותו ובמרכזיותו של מוסד הקהילה בחיינו – מרכזיות שלעיתים אף פוגעת בבסיס ההגדרה העצמית שלנו כפרטים וביכולתנו להחליט ולהתנהג כחופשיים, להתנייד מקהילה אחת לאחרת ולבחור אורחות חיים אחרים.⁷⁰ בהתאם לכך, גישתי מבקשת להגן על פרטים מפני קהילות, ומעדיפה את ערך השוויון על ההגדרה העצמית של קהילות, מתוך הנחה כי ערך השוויון מוביל למימוש מיטבי של ערך ההגדרה העצמית של פרטים. לכן עמדתי היא שכלל טענה משפטית הנשענת על התיאוריה הרב-תרבותית ועל ההגנה הקהילתית אינה יכולה להוות בסיס להדרה. עם זאת, כמו לכל כלל, גם לכלל הזה יש חריג שבו ניתן לאפשר הדרה של פרטים בהתבסס על טיעון ההגנה הקהילתית. אך בניגוד לחריג שמוצג באופן מסורתי על-ידי חוקרים בהתייחס לקהילות אורגניות ("עבות"), עמדתי היא שהחריג צריך להינתן דווקא לקהילות מלאכותיות

69 שם, פס' 36 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

70 במקום אחר הרחבתי על עמדתי בנושא זה, אם כי בהקשר שונה מעט. ראו מנאל תותרייג'ובראן "הפרטה והדרה בעיר: העמותות לבנייה עצמית כמייצרות מובלעות מרחביות מופרדות" משפטים 443 (2017).

("רזות").⁷¹ הקהילות האורגניות מאורגנות על-פי סדר חברתי פנימי, המתקיים ללא התערבות של המדינה ומוסדותיה.⁷² לרוב הן אינן צריכות את מערכת המשפט כדי להגן על אורח חייהן ועל ההגדרה העצמית שלהן, שכן הן משמרות את עצמן באמצעות פרקטיקות ומוסכמות חברתיות.⁷³ במקרים רבים יש לקהילות אלה כוח רב בשמירה ובהגנה על עצמן, ולכן הסיכוי שדווקא סוג זה של קהילות יעשו שימוש לרעה בטיעון הרב-תרבותי כטיעון הגנה משפטי להדרה (לעומת הגנה) הוא גדול יותר. לעומת זאת, הקהילות ה"רזות", שאליהן אנו חוברות מתוך מודעות עצמית ובחירה חופשית יותר, הן שבירות יותר וצריכות הגנה משפטית חזקה יותר.⁷⁴ כאמור, סוגיה זו מחייבת חשיבה מעמיקה. לא כאן המקום להרחיב על-אודותיה, אך היא צריכה בהחלט להיות חלק בלתי-נפרד מכל תיאוריה העוסקת במשפט הפרטי, שהוא הספרה שבה מתרחשות עיקר התייחסויות-הגומלין הבין-אישיות והבין-קהילתיות.

71 השימוש במונחים לעיל נשען על ההבחנה שדגן מציע בין שני סוגי קהילות: סוג אחד הוא קהילות עבות, שהן קהילות סגורות וקבועות (close-knit communities) אשר מתקיימות ומתחזקות את עצמן ללא צורך במשפט, בקניין או במערכת של שיתוף כלשהו; והסוג האחר הוא קהילות רזות, סינתטיות, אשר מתקיימות ומתחזקות באמצעות השיתוף הקנייני. ראו חנוך דגן "זכות הכניסה" מחקרי משפט כד 59, 65 (2008); עופר גרוסקופף "חווה פסול" חוזים כרך ג 473 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003); יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית – האומנם רק זכותו של המיעוט?" משפט וממשל ו 87 (2001); רות גביון "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן" משפט וממשל ו 25 (2001).

72 הניסיון הראשון להבנת הקשרים החברתיים בין פרטים וקבוצות נעשה על-ידי הסוציולוג הגרמני פרדיננד טוניס במאה התשע-עשרה. טוניס הבחין בין שני סוגים של התארגנויות קבוצתיות על בסיס דיכטומיה בין שני סוגי קשרים עיקריים. הסוג האחד, שאותו הוא מכנה Gemeinschaft, משקף את ההבנה והמהות של קהילות אורגניות – התארגנויות הבנויות על תחושה חזקה של השתייכות וסולידריות בין הפרטים. הפרטים בקהילות אלה מאורגנים על-פי סדר חברתי פנימי, המתקיים ללא התערבות של המדינה ומוסדותיה. יש להם מאפיינים, אינטרסים, היסטוריה, מסורת, פרקטיקות, מוסדות, זהות ותודעה משותפים. אלה למעשה הקהילות התרבותיות המסורתיות, שהן לרוב קהילות סגורות, במובן זה שהפרטים המשותפים אליהן נולדו לתוכן, ולכן זכות הכניסה אליהן והיציאה מתוכן מוגבלת יחסית. אם הכניסה או היציאה אפשריות, הן כרוכות בטקסים, בהתניות ובהגבלות לא-מעטות. הדוגמאות הפופולריות לקהילות אלה בהקשר הישראלי הן החרדים והברווים. ראו FERDINAND TÖNNIES, COMMUNITY AND CIVIL SOCIETY (Jose Harris ed., 2001) (1887). לסוג האחר של התארגנויות קבוצתיות ראו להלן ה"ש 74.

73 גרשון גונטובניק "קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה כדיר" קהילות מגודרות 425 (אמנון להבי עורך, 2010).

74 על-פי הסיווג של טוניס, אלה הן קהילות ה-Gesellschaft, שהן התארגנויות המאפיינות את החברה המודרנית, הבנויות על ניהול רציונלי ואינסטרומנטלי של המוסדות אשר מניעים ומארגנים אותן. בקהילה מסוג זה הפרט נעדר תחושת השתייכות או חיבור לסביבה או לקהילה, וכל אדם מונע ופועל בנפרד למימוש מטרותיו שלו. כתוצאה מכך הקשרים בין האנשים אינם הדוקים, ומלווים על-פירוב ניכור, התבודדות והעדר תחושת השתייכות.

סיכום

במאמר תגובה זה ביקשתי להראות כי המשפט הפרטי אינו אי בודד המנותק ממערכת המשפט הכללית ומהתנאים הפוליטיים והחברתיים שבהם הוא מתפקד, אלא מערכת הפועלת בתוך הקשר מורכב, אשר מושפעת מנתונים חיצוניים ומכילה שחקנים שונים ומגוונים שאינם נופלים תחת הקטגוריות הקלסיות של פרטי או ציבורי. לכן, בהמשך לקו הטיעון של הגישות הביקורתיות וברומה לתפיסת המחברים, במקום להציע מחיקה של קו הגבול בין הפרטי לציבורי ביקשתי לחשוב על משמעותה של הבחנה זו. בהמשך הצגתי שתי טענות ביחס למאמרם של המחברים. האחת נוגעת במיפוי השחקנים השונים אשר פעילים כיום במסגרת המשפט הפרטי ומשפיעים על הסדרתו. אלה כוללים את ארגוני החברה האזרחית וגופים פרטיים מיישבים, אשר ממחישים את בעיית ההבחנה בין הפרטי לציבורי וכן מציבים אתגרים מורכבים בפני התפיסה של צדק ביחסים. בחלקו האחרון של מאמר תגובה זה טענתי כי גישת צדק ביחסים מציגה תפיסה רומנטית של צמד הערכים הבסיסיים: הגדרה עצמית ושוויון מהותי. באמצעות סוגיית ההדרה בריוור הראיתי כי היחס בין שני הערכים מורכב יותר ורב-ממדי.

בפרק הסיכום המחברים מציינים כי מאמרם "מכשיר את הקרקע לקבלתה של גישה חדשה למשפט הפרטי". לאחר קריאה וניתוח מעמיק של תפיסת צדק ביחסים, ועל-אף הביקורת המוצעת לעיל, אני חושבת שמאמרם עושה יותר מכך. תפיסה של צדק ביחסים היא תפיסה נורמטיבית שמסדירה את היחסים בין פרטים בחיי היומיום שלהם כבני-אדם. זוהי תפיסה השואפת למימוש וליישום של ערכי-יסוד חשובים ומרכזיים לקיומה של כל חברה ליברלית מתוקנת: שוויון מהותי והגדרה עצמית. באופן מסורתי נדונו ערכים אלה והוחלו בתחום המשפט הציבורי. במאמרם המחברים מבקשים להסיט את הדיון בערכים אלה אל תחום המשפט הפרטי, ולהתעקש על החלתם בתוך המשפט הפרטי ומכוחו. לטעמי, זוהי תרומה אדירה להבנת היחסים בין פרטים – כבני-אדם, ולא רק כאזרחים. לכן מטרתו של מאמר תגובה זה היא להציע כיווני מחשבה נוספים לפיתוחה ולחיזוקה של תפיסה מבורכת זו של צדק ביחסים.