

“צדק ביחסים”: לפרק ולהרכיב מחדש

מאת
יצחק בנבג'י*

תקציר

במאמר מרתק בחוברת זו טוענים חנוך דגן ואביחי דורפמן כי הערך המרכזי שצריך לעמוד ביסוד המשפט הפרטי הוא צדק ביחסים. לדעתם, התיאוריות הרווחות של משפט פרטי אינן מזהות את החובה המרכזית העומדת בבסיסו: החובה המוטלת על כל אחד מאיתנו להתייחס לזולת כפי שהוא. מאמר זה מבקש להוכיח כי אף שדגן ודורפמן צודקים בכך שלעיתים משפט פרטי אכן צריך לאכוף צדק ביחסים, אכיפה זו צריכה להיעשות באופן ברירני, ולא שיטתי. על המשפט הפרטי לאכוף בעיקר חירות שלילית ובעלות עצמית, שכן זו מהותו וזה עיקר ייעודו.

מבוא

- א. על מצוות שבין אדם לחברו
 - ב. מדינה, כוח ומשפט פרטי
 - ג. להגנת חלוקת העבודה בין המדינה לאזרחיה
- מסקנה

מבוא

במאמרם המרתק והמקיף בחוברת זו – “צדק ביחסים”¹ – טוענים חנוך דגן ואביחי דורפמן כי הוויכוח המוכר על טבעו של המשפט הפרטי, על הערכים המכוננים אותו ועל מטרותיו הגיע למבוי סתום. שתי הגישות הרווחות – הגישה הקנטיאנית/ליברטריאנית מזה וסל הגישות הביקורתיות כלפי המשפט הפרטי מזה – מחמיצות היבטים מהותיים של מערכת משפטית זו. לפי הגישה הכלכלית, המייצגת במאמר זה את סל הגישות הביקורתיות, משפט פרטי ראוי מבקש לקדם אידיאל של מְרוּב (מְקֻסָּם) סך הרווחה המצרפית. לפי התפיסה הקנטיאנית/ליברטריאנית, המשפט הפרטי מגן, באמצעות אכיפה של צדק מתקן, על אי-התלות בין בני-אדם, על הבעלות העצמית שלהם, על נפרדותם, על החירות השלילית שהם זכאים

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודותיי מסורות בראש ובראשונה לפרופ' חנוך דגן ולפרופ' אביחי דורפמן. תודה גם למערכת כתב-העת עיוני משפט על עבודת עריכה יסודית ומסורה, וכן לד"ר דנה גור על הערות מועילות ועזרה רבה בעריכת המאמר.
1 הפניות למאמר זה ייעשו להלן בצורה המקוצרת “מאמרם של דגן ודורפמן”.

לה ועל השוויון הפורמלי ביניהם. המשפט הפרטי מאפשר לאדם פרטי לתבוע את זולתו בגין הפרה של ריבונותו, ובכך מאפשר לו לשמר את הבעלות שלו על עצמו ולהגן עליה. דגן ודורפמן (להלן: המחברים) טוענים כי שני הצדדים בוויכוח הזה מחמיצים את הערך המרכזי שצריך לעמוד ביסוד המשפט הפרטי: צדק ביחסים. גם הגישה הקנטיאנית וגם הגישה הכלכלית מתעלמות מזכויות משפטיות שיש לבני-אדם מכוח היותם יצורים ש"מושלכים" לנסיבות שהם לא בחרו בהן, מחד גיסא, ומזכויות משפטיות שיש להם מכוח היותם יצורים אוטונומיים שבחרים תפיסת טוב ואורח חיים, מאידך גיסא. המחברים מזכירים לנו אמת מוסרית פשוטה: במגעם של בני-אדם זה עם זה הם חייבים לכבד ולהכיל זה את זה. היחיד נדרש לכבד את זולתו, על הנסיבות המיוחדות שהוא נקלע אליהן ועל הבחירות הקונקרטיות שהוא בחר. במילים אחרות, קנט הראה כי המשפט הפרטי תובע מהפרט לכבד את האדם כאשר הוא, אלא שמעבר לכך, קובעים המחברים, המשפט הפרטי תובע מהפרט לכבד את הזולת כפי שהוא.

המחברים מנסחים את האמת המוסרית הזו באמצעות מושגי החירות והשוויון. לפי קנט, בני-אדם שווים מכוח היותם בעלי תבונה ורצון חופשי.² לפי הגישה הכלכלית (שהתפתחה מההגות התועלתנית של ג'רמי בנתם), בני-אדם שווים מכוח העובדה שלאפשר שלהם יש ערך מוסרי שווה, ומשכך אין שום טעם מוסרי להעדיף את אושרם של אצילים (למשל) על אושרם של פשוטי-עם.³ דגן ודורפמן טוענים כי למרות חשיבותם, האידיאלים של חירות שלילית ושוויון פורמלי אינם מספיקים לאפיון עקרונות-היסוד שעליהם ראוי להשתית את המשפט הפרטי. בעקבות מבקרים רבים של המסורת הקנטיאנית הם טוענים כי הזכויות והחובות שיש לבני-אדם זה כלפי זה אינן נגזרות רק מבעלותם על עצמם. בני-אדם זכאים לכבוד ולהכלה (כלומר, הם זכאים שיערכו התאמות לאור המטרות שהם הציבו לעצמם) מכוח היותם יצורים אוטונומיים אשר מוצאים את עצמם בנסיבות שונות ובחרים את זהותם ואישיותם הייחודיות מתוך מגוון גדול של אפשרויות. עלינו להבחין אפוא בין כבוד לאדם קונקרטי שזהותו מורכבת מהנסיבות שאליהן הושלך והבחירות שבחר לבין כבוד לאדם מכוח היותו יצור חופשי ותבוני אשר מסוגל לפעולה תכליתית ונהנה מחירות שלילית. נוסף על חירות שלילית, הערכים שעומדים ביסוד משפט פרטי ראוי הם אוטונומיה כהגדרה עצמית

2 ביסוד הנוסח השלישי של עקרון-העל המוסרי – סטנדרט הרציונליות שקנט כינה "הצו הקטגורי" – מצוי הרעיון שהרצון של כל יצור תבוני הוא הרצון שמחוקק חוק אוניוורסלי. נוסח האוטונומיה שם דגש בכבודו ובערכו של הפועל, במעמדו כפועל חופשי ורציונלי, שהוא מקור הסמכות שמאחורי אותם חוקים מוסריים שמחייבים אותנו. KANTS GESAMMELTE SCHRIFTEN 4, 432 (Königlichen Preußischen Akademie der Wissenschaften ed., 1900); Robert Johnson & Adam Cureton, *Kant's Moral Philosophy*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., 2018), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/kant-moral/> (last visited Oct. 24, 2018).

3 בנתהאם טוען ש: "in arriving at the appropriate law or policy, the interests of each and all must count, and count equally James Crimmins, *Jeremy Bentham*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., 2018), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/bentham/> (last visited Jan. 7, 2019).

ושוויון מהותי (או סובסטנטיבי). לכן טווח החובות שמשפט פרטי ראוי אוכף (באמצעות חלוקה של זכויות משפטיות לפרטים) רחב בהרבה מטווח החובות שנאכפות על-ידי המשפט הפרטי לפי התיאוריה הקנטיאנית. משפט פרטי ראוי אוכף גם את החובה הכללית המוטלת עלינו להתייחס לזולת כפי שהוא: הוא מקנה זכות לזולת שייערכו התאמות ביחס לנסיבות שבהן הוא מוצא עצמו וביחס לתפיסת הטוב שלו.

ההבדלים בין תיאוריית הצדק ביחסים (גישתם של דגן ודורפמן) לבין התיאוריה הקנטיאנית עמוקים. במשפט פרטי שמבקש לאכוף צדק מתקן נוסח קנט מעמדם המשפטי של פרטים נגזר מהיותם תבוניים וחופשיים. הציווי "ודל לא תהדר בריבו" נובע באופן ישיר מעקרון הבעלות העצמית.⁴ בני-אדם חופשיים (חופש פוליטי נוסח קנט) ללא זיקה למצבם הכלכלי, והמשפט הפרטי מגן על אי-התלות והנפרדות של העשיר באותם כלים שבהם הוא מגן על אי-תלותו ונפרדותו של העני. תיאוריית הצדק ביחסים כופרת בחשיבותו של צדק מתקן כמסגרת נורמטיבית שממנה צומחות הזכויות שהמשפט הפרטי מקנה כמו-גם החובות שהוא מטיל. צדק מתקן נוסח קנט "מאכזב מבחינה נורמטיבית", טוענים המחברים, שכן בפועל הוא מעמיק פערים כלכליים בין עניים לעשירים, ובכך מעמיק את אי-השוויון המהותי ביניהם. ככלות הכול, לעשירים יש אמצעים לפנות לערכאות כדי להגן על זכויותיהם, והפיצויים שהם משלמים על ההפרות שהם מבצעים פוגעים בהם פחות, מפני שהנזק השולי הכרוך בפיצויים הללו הולך וקטן ככל שהמזיק עשיר יותר. דגן ודורפמן טוענים כי גילוי של מערך הזכויות והחובות הנגזר מצדק ביחסים – הזכויות והחובות שיש לאדם כלפי הזולת הקונקרטי שעמו הוא נמצא במגע ישיר – מאפשר לראות עד כמה שיקולים של שוויון מהותי וכבוד מרכזיים להגדרתם העצמית של הפרטים בחברה בעיצובו של משפט פרטי ראוי. למשל, הוא מאפשר למשפט הפרטי לגלות רגישות לעונו של הניזוק מבלי להיגרר לעמדה הכלכלית (שלשיטתה רגישות למצב הכלכלי של הניזוק מוכיחה כי התכלית של המשפט הפרטי היא חברה צודקת או משגשגת יותר). דגן ודורפמן מסיקים כי –

"הדיכוטומיה שבין צדק מתקן לצדק חלוקתי והדיונים הנמשכים על בחירת סוג הצדק העדיף בדיני הנזיקין הינם מטעים: צדק ביחסים מבטא תפיסה של צדק שאינו חלוקתי אך בד בבד גם אינו מתקן ואף אינו פורמלי. על-ידי דחיית השאיפות הקולקטיביסטיות של הצדק החלוקתי והתנערות ממחויבותו של הצדק המתקן לחירות ושוויון פורמליים גרידא, תפיסת הצדק ביחסים יכולה להפוך את השאיפה של דיני הנזיקין לכונן צדק בין פרטים הן לברורה ומובנת יותר והן לראויה יותר מבחינה נורמטיבית."⁵

המחברים מבקשים לקעקע הבחנה קלסית נוספת שהמסורת הליברלית מקדשת, והיא ההבחנה בין חובות אופקיות שאנשים פרטיים חבים איש לרעהו לבין חובות אנכיות שמדינה חבה לאזרחיה.⁶ לפי פרשנותם, המסורת הליברלית הקלסית מחלקת את "העבודה המוסרית"

4 ראו ה"ש 2 לעיל.

5 מאמרם של דגן ודורפמן, ליד ה"ש 182.

6 דגן ודורפמן מסכימים עם הגישה הקנטיאנית לפחות בעניין זה: שיקולים שעניינם צדק חברתי ושגשוג חברתי אינם רלוונטיים לקונפליקטים שהמשפט הפרטי מבקש ליישב, ואינם צריכים להדריך אדם ביחסיו עם זולתו.

באמצעות ההבחנה בין הציבורי לפרטי. ראשית כל, חברה צודקת מאפשרת לפרטים לממש את זכותם לחירות שלילית ולבעלות עצמית. היא מטילה על המדינה את האחריות לכינון מסגרת חברתית שתאפשר לפרטים לעצב את עצמם ולבחור לעצמם דרך חיים. נוסף על כך היא מטילה על הריבון (ועל המשפט הציבורי) את האחריות לקידום ערכים כגון אוטונומיה והגדרה עצמית. לבסוף, חברה צודקת ממסדת מערכת מס שאחראית לקידומו של שוויון מהותי: היא מבקשת לצמצם פערים ולקדם שוויון כלכלי. לפי התמונה הסטנדרטית, הפרט רשאי לעשות הכל כדי לקדם את תוכנית החיים שלו, את האינטרסים שלו ואת רווחיו, כל עוד הם אינם פוגעים בבעלות של הזולת על עצמו, בריבונותו ובאי-התלות שלו. פרטים החיים בחברה צודקת אינם אחראים לצדק ביחסים ולשוויון מהותי במגע שלהם איש עם רעהו. המחברים מבקשים להראות את דלדולה של ההבחנה הזו בין האופקי (צדק ביחסים בין-אישיים) לבין האנכי (צדק שנאכף על-ידי החברה, מלמעלה למטה, באמצעות מוסדות צודקים). צדק ביחסים מכונן גם מצוות שבין אדם לחברו שאינן נגזרות מהחירות השלילית ומהבעלות העצמית של האדם. חובות אלה הן חובות שאנו חבים זה לזה כאנשים פרטיים, ומשפט פרטי ראוי יעניק לפרטים זכות משפטית לאכוף אותן.

מאמר זה מבקש לבסס תזה מרכזית אחת בתיאוריה שדגן ודורפמן מפתחים, ולחלוק על שתיים אחרות. אטען שלוש טענות: (א) מוסר קנטיאני מורכב גם ממערך של חובות וזכויות שבני-אדם נושאים כלפי הזולת הקונקרטי, ואשר אינן קשורות לנפרדות, לאי-התלות ולבעלות העצמית שלהם. בהמשך לטענתם של דגן ודורפמן אני טוען כי ראוי שהמשפט הפרטי יעניק לפרטים את הזכות להיעזר בכוחה של המדינה כדי לאכוף את כיבוד הזכויות הללו. (ב) להבדיל מטענתם של דגן ודורפמן בנוגע למשפט הפרטי הראוי, אטען כי על המשפט הפרטי לאכוף בעיקר חירות שלילית ובעלות עצמית, שכן זו מהותו וזה עיקר ייעודו. לצד זה עליו לאכוף גם צדק ביחסים, אבל באופן ברירני, ולא שיטתי. (ג) כדי להבין את האופן שבו על המשפט הפרטי הראוי לאכוף צדק ביחסים, אציע פרשנות חדשה לחלוקת העבודה בין המדינה הליברלית לבין אזרחיה, ואציע מגוון של טיעונים לטובת פרשנות זו.

א. על מצוות שבין אדם לחברו

הסיסמה שבני-אדם הם חופשיים ושווים ושהמדינה צריכה להתייחס אליהם כאל כאלה מתפרשת בספרות הליברלית באופנים רבים ומגוונים. לפי הפרשנות הקנטיאנית שווינגריב וריפשטיין מפתחים, חובתם של יחידים היא להכיר בכך שבני-אדם הם נפרדים זה מזה ובלתי-תלויים זה בזה.⁷ על היחיד מוטלת החובה להימנע מלפגוע בבעלותו העצמית ובחירותו של הזולת, אם בדרך של פגיעה בו או בדברים השייכים לו ואם בדרך של שימוש בזולת או ברכושו ללא רשות. אדם שמפר חובה זו פוגע בבעלות העצמית של הזולת (אם הוא מפר את הריבונות של הזולת באמצעות פגיעה בו או בדברים ששייכים לו) או פוגע בחירותו של הזולת (אם הוא מקדם מטרה שלו באמצעות הזולת או באמצעות דברים ששייכים

7 ARTHUR RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY (2009) (להלן: RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM); ERNEST J. WEINRIB, *Ownership, Use, and Exclusivity*; (RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM: *The Kantian Approach*, 31 RATIO JURIS 123 (2018))

לו). למסגרת המדינית בכלל, ולמשפט הפרטי בפרט, יש תפקיד מהותי במימוש החירות השלילית שפרטים זכאים לה. בני-אדם חייבים לעזוב את "המצב הטבעי" ולהקים מסגרת פוליטית לגיטימית, כי רק באמצעותה ניתן לכונן משטר של קניין פרטי. משטר כזה מאפשר ליחיד להציב לעצמו מטרות ולהשיגן באמצעות דברים שנמצאים ברשותו כדין. המערכת המשפטית שהמדינה ממסדת מעניקה לפרטים זכות לתבוע פיצויים בגין הפרה של זכותם לחירות שלילית ולבעלות עצמית, ולהיעזר בכוחה של המדינה כדי לקבל את הפיצוי המגיע להם בגין הפרה כאמור.

חשוב לשים לב שלפי קנט, החובות המוסריות הנאכפות על-ידי המשפט הפרטי הן תת-קבוצה של כלל החובות המוסריות המוטלות על האדם. קנט מבחין בין חובות שעל המשפט הפרטי לאכוף לבין חובות שאכיפתן בכוח על-ידי המדינה צריכה להיות אסורה.⁸ הפילוסופיה המוסרית של קנט מזהה מערך שלם של מצוות אשר אדם שחונן במידה טובה יקיים. כבר בחיבורו המוסרי המוקדם, הנחת יסוד למטאפיזיקה של המידות, קנט מדגים את הנוסח הראשון של הצו הקטגורי באמצעות חובה שאכיפתה על-ידי המדינה צריכה להיות אסורה: החובה המוטלת על האדם לממש את כשרונותיו לטובתו ולטובת הסובבים אותו.⁹ הניחו כי יפעת מסוגלת להיות מנתחת לב מעולה ולהציל אנשים רבים ממוות. הניחו עוד כי היא בוחרת לא לעבוד כלל, ולחיות מהכספים הרבים שאמה הורשה לה. בחירתה בחיי בטלה היא הפרה של החובה הכללית המוטלת עליה להועיל לחברה שבה היא חיה. קנט סבור כי אסור למדינה הליברלית לכפות את יפעת להיות רופאה. יפעת זכאית לבחור בעצמה את מטרותיה בחיים, ושעבודה לצורכי החברה הוא הפרה של הזכות שלה לבעלות עצמית. אכיפה אלימה של המדינה היא כשלעצמה הפרה של החירות השלילית שיפעת זכאית לה. לכן, במובן ברור, יש ליפעת זכות משפטית לעשות רע מוסרי ("a right to do wrong"). כפי שריפשטיין מדגיש, "[o]ther persons are entitled to enforce duties of
¹⁰.right, but not duties of virtue"

סיעון (אפריורי) לטובת ההבחנה הזו בין חובות של זכות (duties of right) לבין חובות של מידה טובה (duties of virtue) מתחיל מההנחה שאדם חופשי לבחור אם לעמוד על זכותו לקבל פיצויים בגין הפרה של זכות שלו. הניחו כי סמדר זקוקה באופן מיידי לתרופה שנמצאת ברשותו של ראובן. לראובן אין צורך בתרופה, וסמדר לוקחת את התרופה מבלי לבקש את רשותו. התרופה בידה, והיא עומדת ליטול אותה. ויינריב וריפשטיין טוענים, בעקבות קנט, כי ראובן זכאי להשיב את התרופה לרשותו, ובכך למנוע מסמדר את נטילת

8 לפי הקריאה של ריפשטיין, קנט טוען כי למדינה מותר להפעיל כוח רק כדי לקדם מטרה ציבורית, ולא פרטית. ראו Arthur Ripstein, *Private Wrongs* 290 (2016): "[Ideally, the state] protects and provides for the ability of individual citizens to make what they will of their own lives, and, more generally, enables them to each enjoy their private rights in a way that is consistent with the ability of others to do the same, and to participate in the operation and oversight of public institutions"

9 "אדם שלישי מגלה שיש לו כישרון ואם יפתח אותו במידה מסוימת יוכל להיות לאיש מועיל... בתור איש תבונה הוא רוצה בהכרח שכל כישוריו יתפתחו." עמנואל קאנט, *הנחת יסוד למטאפיזיקה של המידות* 87-88 (חנן אלשטיין מתרגם, 2010).

10 ראו Ripstein, *Force and Freedom*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 12.

התרופה ולגרום למותה. הם טוענים אומנם שרק אם ראובן הוא איש מריר, ערל-לב וקמצן, הוא יעמוד על זכותו זו, שכן אף-על-פי שלסמדר אין זכות (המעוגנת במשפט הפרטי) שראובן יגלה כלפיה אדיבות והתחשבות – כלומר, אף שראובן אינו מפר שום זכות משפטית שיש לה מולו כאשר הוא גורם למותה – מוטלת עליו החובה להתחשב בה. אולם חובה זו, כאמור, אינה חובה הנגזרת מזכות משפטית שיש לסמדר נגד ראובן. כדי להבין את מצב הדברים הזה, אנו נזקקים לאותה הבחנה בין חובות של זכות לבין חובות של מידה טובה. מכיוון שמצב הדברים שתואר לעיל אפשרי מבחינה מושגית, ההבחנה בין שני טיפוסים החובה הללו היא הכרחית.

אני מבקש להציע תיאור שיטתי של חובות של מידה טובה (שאינן נגזרות מהחובה הכללית לכבד את חירותו השלילית של האדם ואת בעלותו העצמית). התיאור שלי קרוב לתיאורם של דגן ודורפמן, אך אינו חופף אותו. אני מפתח אותו כאן כי לדעתי הוא תורם להבנת התיאוריה של צדק ביחסים, מחד גיסא, ומסביר מדוע, בניגוד לעמדת המחברים, ברוב המקרים אין זה ראוי לעגן חובות במשפט הפרטי בשל היותן חובות של מידה טובה, מאידך גיסא.

סוג אחד של חובות של מידה טובה ניתן לזיהוי דרך קריאה רווחת בתורת הצדק של רולס¹¹ (למעשה, דרך הפרשנות של "שוויוני המזל" (luck egalitarians) לתורת הצדק הזו). חשבו על סמדר, אישה שהגורל התאכזר אליה, ועל היחס שהיא זכאית לקבל מהפרטים בחברה שהיא משתייכת אליה. איש מבני החברה אינו אחראי מבחינה מוסרית למחלה של סמדר ולמצבה העגום. כמו רעידת-אדמה או מזג-אוויר קשה, המחלה שהיא לוקה בה אינה "לא-צודקת". יתר על כן, איש אינו אחראי לפער שבין סמדר החולה לראובן הבריא, ולכן, במובן ברור, הפער כשלעצמו אינו צודק או לא-צודק. עם זאת, סבלה של סמדר הוא תוצאה של מכת גורל שאין לה שליטה בה, ולחברה פוליטית אסור להישאר אדישה למקורות ולעוורון הגורל. חברה צודקת תקנה עדיפות חד-משמעית לטיפול במחלתה של סמדר על טיפול בצרכיו האסתטיים של ראובן, למשל.

כפי שכבר ציינתי בהקדמה, לפי ההצגה של דגן ודורפמן, תיאוריות קנטיאניות של משפט פרטי מבינות את החובות הללו כחובות אנכיות. לסמדר יש זכות שהמדינה תחליף לעזרתה, בעוד הפרטים שחיים בסביבתה יכולים להתעלם ממנה כל עוד אין הם פוגעים בבעלותה העצמית ובחירותה. אני מבקש להציע קריאה אחרת בתיאוריה הקנטיאנית של ויינריב וריפשטיין. מחלתה של סמדר והפערים בינה לבין פרטים אחרים הם מקור לחובות מוסריות אופקיות. אנו כפופים לחובה לסייע לזולת, וחובה זו היא כבודת-משקל יותר ככל שמצבו של הזולת קשה יותר וככל שהפערים בינו לבין האחרים גדולים יותר.

סיעון מוקדם של תומס נייגל לטובת שוויון נוסח רולס (שהמחברים יכנו "שוויון מהותי/סובסטנטיבי") מדגים זאת. נייגל מדמיין משפחה עם שני ילדים – הבכור הוא ילד עם צרכים מיוחדים, ואילו הצעיר הוא ילד בריא שמצליח בכל משימה המוטלת עליו, חיי טובים, והוא פורח. ההורים ניצבים בפני בחירה קשה: עליהם להחליט אם להישאר בעיר ולהמשיך לתמוך בבנם הבכור או לעבור לפרוורים, היכן שהילד הצעיר ייהנה מהזדמנויות רבות יותר לממש את עצמו ואת כישוריו אולם הבכור יאבד חלק גדול מהמסגרות שהוא משתייך

11 (Rawls, A Theory of Justice (1971) (להלן: Rawls, A Theory of Justice)).

אליהן, שכן הן אינן קיימות שם. נייגל טוען כי יש להורים טעם מוסרי כבד-משקל להישאר בעיר, גם אם התועלת שיפיק הבן הבכור מהצער הזה קטנה בהרבה מהתועלת שיפיק הבן הצעיר ממעבר לפרוורים. חוש הצדק מצווה על מתן עדיפות לתועלת שיפיק הבן הבכור, גם אם היא צפויה להיות זעומה. אל להם, להורים, להישאר אדישים לפער הרירותי בין בנם הצעיר לבנם הבכור. זה לא יהיה צודק.¹²

התוכנה של נייגל חשובה לענייננו כי ניתן לגזור ממנה אמת נורמטיבית כללית יותר. דהיינו, לפי קריאה מקובלת בתורת המוסר של קנט, כולנו מצווים לבוא לעזרתו של אדם שמוצא את עצמו בנסיבות קשות, אם אנו יכולים לעשות זאת במחיר סביר.¹³ זהו אפוא סוג אחד של חובות של מידה טובה: החובה לעזור לאדם שנקלע למצוקה ולהעדיפו על מי שמצבו חמור פחות. ודוק: החובה להכיל את הנסיבות שבהן הזולת מוצא את עצמו היא חובה להתחשב בזולת כפי שהוא, בדיוק כפי שתיאוריית הצדק ביחסים מצווה. אומנם, לפי קנט, החובה לסייע לזולת אינה מעוגנת במשפט הפרטי, ואין לאדם פרטי זכות שהמדינה תשתמש בכוחה כדי לאכוף אותה למענו. עם זאת, לפי קריאה מקובלת, הפילוסופיה הקנטיאנית מכירה בחובה להתחשב בזולת כמצווה שבין אדם לחברו לכל דבר ועניין. היא אינה פוטרת את הפרטים מלקיים את המצוות הללו, אף שהיא אינה מאפשרת לאנשים פרטיים להשתמש בכוח המדינה כדי לכפות את זולתם לקיימן.

טיפוס אחר של מצוות שבין אדם לחברו נגזר מהחובה הכללית לכבד את הבחירות שהזולת בחר, את אורח חייו ואת המטרות שהוא הציב לעצמו. ערך מוסרי מיוחס "not only to [persons'] status as rational wills, but also to their status as particular individuals"¹⁴. כבוד לאדם כיצור רציונלי, מחד גיסא, וכאדם קונקרטי שבחר אורח חיים מסוים, מאידך גיסא, הוא הבסיס להבחנה של לורה ולנטיני בין person respect, כלומר כבוד לאדם כאשד הוא, לבין agency respect – כבוד לאדם כפי שהוא, קרי, כסוכן מוסרי המסוגל לבצע

12 THOMAS NAGEL, MORTAL QUESTIONS 108–10 (2012)

13 IMMANUEL KANT, THE METAPHYSICS OF MORALS [6:394] (Mary Gregor ed. & trans., ראו Cambridge Univ. Press, 18th Printing 2013): "The reason it is a duty to be beneficent is this: since our self-love cannot be separated from our need to be loved (helped in case of need) by others as well, we therefore make ourselves an end for others; and the only way this maxim can be made binding is through its qualification as a universal law, hence through our will to make others our ends as well" לא למותר לציין כי להוריו, לאחיותיו או לירידותיו של הבן הבכור יש טעם כבד-משקל יותר לסייע לו יחסית לטעם שיש לזרים גמורים לעשות זאת. חשוב גם לציין כי עמדתו המאוחרת יותר של נייגל ביחס לעניין זה סבוכה יותר. הוא טוען כי חובות הומניטריות הן אוניוורסליות, בעוד חובות של צדק (שעיקרן צמצום פערים שרירותיים) חלות רק בתוך חברה פוליטית. נייגל גוזר את חובת הצדק מהזיקה המיוחדת שיש בין אנשים שחיים יחד תחת שלטון שאוכף בכוח חוקים. ראו Thomas Nagel, *The Problem of Global Justice*, 33 PHIL. & PUB. AFF. 113, 125 (2005)

14 Robert Noggle, *Kantian Respect and Particular Persons*, 29 CAN. J. PHIL. 449, 457 (1999).

שיפוטים מוסריים ולבחור בחירות על בסיסם.¹⁵ הכבוד שאנו חבים לאדם כאשר הוא אינו תלוי בבחירות הספציפיות שהוא בחר, במחויבויות שנטל על עצמו או בדרך החיים שאימץ. האיסור לשעבד אדם או האיסור לחבול בו הם איסורים שנגזרים מהכבוד שעלינו לרחוש לחירותו של האדם ולרציונליות שלו. ברור, עם זאת, שהחובה לכבד את האדם רחבה יותר: עלינו לכבד את האדם כפי שהוא בחר להיות, כל עוד אין בכך משום הפרה של הבעלות העצמית שלו או פגיעה בזולתו.¹⁶

הנה כמה דוגמאות למצוות שבין אדם לחברו לפי תורת המוסר של קנט שיוכלו לעלות בקנה אחד עם תורת היחסים של דגן ודורפמן ועם חובת ההכלה (כלשונם – "חובת ההתאמה"), קרי, עם הדרישה המונחת לפתחו של הפרט להתאים את עצמו לזולתו בתנאי התייחסות גומלין צודקים ובתוך תחום פעילות מסוים.¹⁷ כך, על המעסיקה מוטלת החובה לאפשר לעובד שלה להתפלל או לצום מבלי שיפר את חובותיו המקצועיות כלפיה. לכן אסור לה לקבוע פגישה חשובה בתענית אסתר אם היא יודעת שהאיש מתכוון לצום במועד זה ויש מועדים נוחים אחרים לקיום הישיבה. מאותם טעמים על האורחת לחלוץ נעליים כאשר היא נכנסת לבית שבו בעליו נוהגים לעשות זאת, ועל הבן לבחור מתנת יום הולדת שמתאימה לאמו המבוגרת – אין מקום שהוא יקנה לה חופשת סקי בתקווה שהיא תגלגל אותה לבנו (נכדה) ההרפתקן. באופן דומה, על אדם להימנע מנסיעה בשבת בשכונות שתושביהן הדתיים מבקשים לשמור בהן על צביונה, אם הוא יכול להגיע ליעדו בדרך נוחה אחרת. בכל המקרים הללו יש טעם מוסרי כבד-משקל להכיר בזולת ולהתייחס ברצינות לטעמים המיוחדים לו. עלינו לאפשר לזולת לממש את אורח חייו.

כלומר, אני מסיק כי בניגוד לעולה מדברי המחברים מדי פעם בפעם, המשפט הפרטי לפי קנט אינו מניח סובייקט "רזה" ואינו מחויב אך ורק לאידיאל של חירות שלילית ושוויון פורמלי. לדעתי, המחברים טועים בקביעתם כי פילוסופים קנטיאניים "דוגלים" באידיאלים הרזים הללו ומתעלמים מהאידיאל של צדק ביחסים.¹⁸ ככלות הכול, גם מוסר קנטיאני מטיל על האדם חובה להתחשב בזולתו, לברר לקראתו ולסייע לו; גם מוסר קנטיאני קובע כי חובה על ראובן לגלות התחשבות בסמדר, וכי חובה על יפעת לממש את יכולותיה כדי להועיל לחברה. למעשה, גם לשיטתם של דגן ודורפמן, להבחנה בין person respect (כבוד לאדם כאשר הוא) לבין agency respect (כבוד לאדם כפי שהוא) יש חשיבות קריטית. הערך המיוחס לאדם כיצור רציונלי-הכבוד לאדם כאשר הוא – משרטט את הגבולות של החובה הכללית לכבד את האדם כפי שהוא בחר להיות. אדם שאינו מגלה כבוד לאדם כאשר הוא מאבד את

15 Laura Valentini, When in Rome, Do as the Romans Do: Respect, Positive Norms, and the Obligation to Obey the Law (manuscript).

16 Stephen L. Darwall, *Two Kinds of Respect*, 88; בעמ' 457; 14, לעיל ה"ש, Noggle, *Ethics* 36, 45 (1977). זה מה שדרוול מכנה "recognition respect", שאותו הוא מנגיד ל-"appraisal respect", כלומר, לשבח החיובי ש(חלק מ)בני-האדם ראויים לו בשל אופיים והישגיהם. Noggle חושב שכבוד לאדם כפי שהוא הוא המקור הבלעדי למצוות שבין אדם לחברו. לדעתי, התפיסה שלו מחמיצה הבחנה עמוקה שבלעדיה אי-אפשר להבין את הדינמיקה המיוחדת של agency respect.

17 רוב הדוגמאות לקוחות מ-Valentini, לעיל ה"ש 15.

18 ראו, למשל, מאמרם של דגן ודורפמן, חלק א.1.

הזכות שיכבדו את אישיותו וטעמיו המיוחדים. לכן אין למעסיק שום טעם מוסרי להתחשב בעובד שמבקש לדחות פגישה כדי שהוא יוכל להשתתף בהפגנה ניאורנאצית, ואין לו שום טעם מוסרי להתחשב בעובד שמעוניין להיעדר מישיבה משום שהוא אינו מוכן לשבת בחדר אחד עם לא־יהודים. אורח חיים של גזענים מבטא ולזול בערך המוסרי של האדם כיצור רציונלי, ולכן אין שום טעם מוסרי להכילו.¹⁹

מהו אפוא סלע המחלוקת בין תיאוריית הצדק ביחסים לבין קנט של ריפשטיין וויינריב? לדעתי, התשובה היא שהמחלוקת בין דגן ודורפמן (והתיאוריה שלהם בדבר צדק ביחסים) לבין ויינריב וריפשטיין (והתיאוריה הקנטיאנית של המשפט הפרטי) נוגעת בסמכותה של המדינה לאכוף חובות של מידה טובה באמצעות המשפט הפרטי. הסעיף הבא דן במחלוקת זו ביתר פירוט.

ב. מדינה, כוח ומשפט פרטי

עיקר עניינה של תיאוריית הצדק ביחסים הוא מעמדן המשפטי של חובות של מידה טובה (duties of virtue), הנגזרות מהחובה הכללית לכבד את האדם כפי שהוא. בעוד ויינריב וריפשטיין קובעים כי למדינה אין סמכות לאכוף חובות של מידה טובה, דגן ודורפמן מעמידים את החובות הללו בלב־ליבו של המשפט הפרטי. בעוד ויינריב וריפשטיין סבורים כי חירות שלילית ושוויון פורמלי הם הערכים שהמשפט הפרטי בנוי לאורם, וכי יש לקדם אוטונומיה ושוויון מהותי בדרך אחרת (אם בכלל), דגן ודורפמן טוענים כי הכבוד לאדם כפי שהוא הוא העומד ביסוד המשפט הפרטי.

בחלק זה אראה כי שני הצדדים בוויכוח הזה טועים. התיאוריה הקנטיאנית של ויינריב וריפשטיין אוסרת על המשפט הפרטי לעגן חובות של מידה טובה. אם החובה המוטלת על ראובן לא לעמוד על זכותו להשיב לידיו את התרופה שסמדר זקוקה לה היא אכן חובה של מידה טובה, אזי לסמדר, כמו־גם למדינה אשר ראובן וסמדר כפופים לחוקיה, אין זכות לכפות את ראובן לגלות אדיבות והתחשבות. אני סבור כי הדוגמאות שתיאוריית הצדק ביחסים בנויה עליהן מוכיחות כי הגישה הקנטיאנית מוטעית: משפט פרטי צריך (לעיתים) לעגן גם חובות של מידה טובה. אלא שתיאוריית הצדק ביחסים הולכת צעד אחד רחוק מדי בהצעתה כי חובות של מידה טובה יעוגנו ככלל במשפט הפרטי. המחברים טועים בקביעתם כי על המשפט הפרטי לאכוף את הפרטים לכבד זה את זה, ככלל, בהתאם למי שהם באמת. ויינריב וריפשטיין צודקים בטענתם כי חובות של זכות, הנגזרות מ־"person respect", והאידיאלים של חירות שלילית ובעלות עצמית הם הבסיס של כל משפט פרטי ראוי. אלא שלדידי – וזו דרך־האמצע המוצעת פה לראשונה – ראוי בכל־זאת שחובות של מידה טובה יעוגנו

19 הגבולות שבין כבוד לאדם כאשר הוא לבין כבוד לאדם כפי שהוא, והעדיפות הלקסיקלית לכבוד לאדם כאשר הוא, הם מקור לוויכוחים פוליטיים כאובים. חשבו על השאלה אם נכון לכבד את רצונן של נשים ללבוש חיג'אב במרחב הציבורי. התומכים באיסור לבישת החיג'אב במקומות ציבוריים טוענים כי אין להתחשב באורח החיים שלובשות החיג'אב בחרו לעצמן משום שהוא מבטא חוסר כבוד לאדם כאשר הוא. מבקרי האיסור טוענים כי אורח החיים הרתי הוא לגיטימי כל עוד אין בו אלימות, שעבוד או דיכוי. ראו: Céline Laborde, *Critical Republicanism: The Hijab Controversy and Political Philosophy* (2008).

במשפט הפרטי, אולם באופן פְּרִירָנִי, ולא שיטתי. (החלק הבא – חלק ג – יציע הסבר והגנה לבריירות אשר ראוי שתאפיין את המשפט הפרטי בכבואו לאכוף חובות של מידה טובה). נשקול שלוש דוגמאות שדגן ודורפמן דנים בהן כדי לתמוך בצדק ביחסים. הדוגמאות הללו מראות בכירור כי מצוות שבין אדם לחברו הן ענייניו של המשפט הפרטי גם אם הן אינן נגזרות מבעלותו העצמית של האדם או מחירותו השלילית. שתי הדוגמאות הראשונות עוסקות בחובה להכיל את הנסיבות שאדם נקלע אליהן.

הדוגמה הראשונה עוסקת בחשיבות שדיני הנזיקין מקנים למצב המנטלי של הניזוק. המחברים מראים כי סטנדרט הזהירות שהמזיק כפוף לו הוא פונקציה של הנסיבות שבהן מצא הניזוק את עצמו. הם טוענים, למשל, כי "המזיק חייב לנקוט אמצעי זהירות נוספים – דהיינו, לשאת בעלויות נוספות – כדי להגן גם על פרטים עם מוגבלות מנטלית... מפני פעילותו המסוכנת".²⁰ הנה כי כן, משפט פרטי ראוי מחייב את המזיק לכבד את הניזוק כפי שהוא. מכיוון שהמצב המנטלי של הניזוק הוא היבט של הנסיבות שאליהן הוא נקלע, הוא מקנה לניזוק זכות – המעוגנת במשפט הפרטי – שהמזיק יביא בחשבון את מצבו המנטלי.

הדוגמה השנייה עוסקת בכלל המשפטי האוסר על אדם פרטי להפלות אדם פרטי אחר בשוק החופשי. אסור לבעל נכס להימנע מהשכרת הנכס לאדם אחר רק משום שהמשכיר (להלן: הגזען) סולד מאמונתו הדתית של השוכר הפוטנציאלי. דגן ודורפמן מפרשים את האיסור הזה באופן רחב. גם אם מתברר שההפליה שהגזען נוקט אינה מזיקה לשוכר הפוטנציאלי (משום שהשוכר יוכל למצוא בקלות משכיר אחר שישמח לעשות איתו עסקים), זכותו של השוכר שיכבדו אותו כפי שהוא הופרה, לשיטתם של דגן ודורפמן, והפרה זו משמשת עילה לתביעה במשפט הפרטי. המחברים טוענים כי לפי תיאוריית הצדק ביחסים, לקורבן ההפליה יש זכות לתבוע את בעל הנכס הגזען בגין עצם העובדה שהלה הפגין כלפיו דעות קדומות פסולות: "סירוב לשקול קונה או שוכר פוטנציאלי על בסיס גזע (או מניעים הפלייתיים אחרים) סותר את הדרישה היסודית לכיבוד אדם זה בהתאם לתנאיו ולמי שהוא באמת."²¹

הדוגמה השלישית עוסקת במה שכיניתי לעיל *agency respect*, ובפרט בחובה של מעסיק להכיל אורח חיים חריג של מועמד לעבודה למרות המחיר שהמעסיק ולקוחותיו עלולים לשלם בשל כך. המחברים דנים במועמד למשרה שצריך יום חופש נוסף מטעמים דתיים. הם מניחים כי על המעסיק מוטלת חובה – המעוגנת במשפט הפרטי – להכיל את אורח החיים החריג של המועמד. המחברים מודעים לכך שדרישה זו גובה מחיר מהמעסיק עלול לגלגל לפתחם של לקוחותיו. הם גם מכירים בכך שהעובדה שדווקא מעסיק זה – ולא מעסיק אחר – נדרש להכיל את אורח החיים החריג של המועמד היא מקרית. העדפותיו של המועמד הדתי, אשר במקרה מעוניין במשרה זו, ולא באחרת, גובות מחיר מהמעסיק ביש-המזל. אף-על-פי-כן, הם אומרים, במקרים רבים יתבע המשפט הפרטי התאמה מהמעסיק, אף ש"חובת ההתאמה עשויה להטיל עלויות לא-זניחות, כולל עלויות שמנקודת-המבט של צדק חלוקתי יש להטילן על החברה בכללותה (ולא על המעסיק)".²²

20 ראו מאמרם של דגן ודורפמן, ליד ה"ש 158.

21 שם, חלק ג2(א), בין ה"ש 188 לה"ש 189.

22 שם, ליד ה"ש 203.

כפי שהמחברים עצמם מציינים, לצד החובות הללו, אשר ראוי שהמשפט הפרטי יאכוף, ניתן למצוא חובות של מידה טובה שאין זה ראוי שהמשפט הפרטי יאכוף. הקושי הוא שלצדק ביחסים אין הכלים להבחין בין חובות אשר ראוי שמשפט פרטי יעגן ויאכוף לבין חובות מוסריות אשר ראוי שיישאר מחוץ לטווח שלו.

אתחיל בדיון קצר בדוגמה השנייה, העוסקת בהפליה פסולה. הספרות הפילוסופית בנושא עוסקת בשאלה יסודית: מה הופך הפליה (על בסיס אמונה דתית, למשל) לפסולה מבחינה מוסרית?²³ נניח שכתוצאה מההפליה בנסיבות שתוארו לעיל אין לקורבן ההפליה היכן לגור או לחלופין הפתרון שהוא מוצא טוב ונוח הרבה פחות מבחינתו. במקרים מעין אלה הפגיעה בו היא תוצאה ישירה של דעה קדומה משפילה. יש מקום לסברה שהנזק שנגרם לניזוק חמור יותר מבחינה מוסרית, משום שהוא תוצאה של דעה קדומה. המחברים מחויבים לטענה חזקה יותר: עצם העובדה שבעל הנכס אינו מכבד את השוכר כפי שהוא היא בגדר עוול שהמשפט הפרטי צריך לספק לו מענה. רוצה לומר, לדירם של דגן ודורפמן, לשוכר קמה עילה לתביעה אזרחית בגין העוול שנגרם לו בשל אי-מילוי חובת ההתאמה כלפיו, וזאת גם אם הוא מצא דירה נוחה יותר להתגורר בה ולא סבל שום נזק נוסף בגלל אי-השכרת הנכס לו. נראה שלשיטתם של דגן ודורפמן ההפליה פסולה מפני שהגזען מגלה יחס פוגעני כלפי השוכר ו/או מפני שהיא עולבת בשוכר. בעל הנכס עולל את העוולות הללו לשוכר בין אם השוכר נפגע (פגיעה נוספת, לבר מעצם ההפליה) כתוצאה מההפליה (למשל, הוא אינו מתגורר במקום המועדף עליו) ובין אם לאו.²⁴ דוגמה זו מראה כי בניגוד לרעיון העומד בבסיס התיאוריה הקנטיאנית של המשפט הפרטי, לפי תיאוריית הצדק ביחסים מטרת הפיצויים שיוענקו לשוכר בגין הפליה אינה תיקון העוול או השבה של המצב לקדמותו, אלא – במובן ברור – הטלת עונש על המזיק על כך שלא הביא בחשבון את תכונותיו של הניזוק. דוגמת הגזען חושפת קושי מהותי בתיאוריית הצדק ביחסים. הניחו כי כדי לחמוק מתביעה הגזען ניאות להשכיר את הדירה לשוכר, אבל בהיותו גזען, הוא מתעקש על חוזה

23 ראו, למשל, Larry Alexander, *What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies*, 141 U. PA. L. REV. 149 (1992); Richard Ekins, *Equal Protection and Social Meaning*, 57 AM. J. JURIS. 21 (2012); KASPER LIPPERT-RASMUSSEN, BORN FREE AND EQUAL? A PHILOSOPHICAL INQUIRY INTO THE NATURE OF DISCRIMINATION 129–52 (2013); Richard Arneson, *Discrimination, Disparate Impact, and Theories of Justice*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF DISCRIMINATION LAW 87 (Deborah Hellman & Sophia Moreau eds., 2013)

24 הדיון בספרות מוכיח כי לא ברור כלל שפעולת ההפליה פסולה מבחינה מוסרית מכוח העובדה שהגזען מביע עמדות פסולות, שכן לפי תפיסה המובאת בספרות, הפסול המוסרי בפעולת ההפליה משני, ומה שפסול באמת הוא אופיו של הגזען ועמדותיו. כמו-כן לא ברור כלל שפעולת ההפליה פסולה מכוחה של הפגיעה בקורבן ההפליה, שהרי פעולת ההפליה פסולה גם אם הקורבן לא נפגע כלל והערכתו העצמית נותרה כשהייתה; ההפליה פסולה גם אם השוכר מזלזל בגזען וברעותיו או נותר אדיש לגמרי. בגוף המאמר אני מתעלם מהשאלות הקשות הללו, ומניח לצורך הדיון כי פעולה המבטאת את העמדה הגזענית של המשכיר ו/או פעולה שעלולה לעלות בשוכר פסולות מבחינה מוסרית כי הן מבטאות עמדה גזענית או משום שהן פוגעות בשוכר.

נוקשה במיוחד, מביע חוסר אמון בשוכר במהלך המשא-ומתן עימו, וככלל מפגין כלפיו יחס נחמד הרבה פחות. דהיינו, בהתנהלותו מול השוכר הגזען מגלה דעות קדומות שיעלבו בשוכר. הוא אינו מכבד את השוכר כפי שהוא, והוא עובר על מגוון גדול של מצוות בין אדם לחברו. ברם, המשפט הפרטי שותק, והמחברים אינם טוענים כי שתיקה זו אינה ראויה. אדרבה, הם מודעים לכך שחובת ההכלה מוגבלת, ונמנעים מלטעון כי כיבוד הזולת משמעו בהכרח, תמיד, הכלה כוללנית שלו. הבעיה שניצבת לפתחה של התיאוריה היא שקשה למצוא בה תשובה מניחה את הדעת לשאלה המתבקשת: מדוע משפט פרטי ראוי מאפשר לשוכר לכפות את הגזען להשכיר לו את הדירה, אך אינו מאפשר לו לכפות את הגזען לכבד אותו בהקשרים אחרים?

הדוגמה הראשונה מעוררת בעיה דומה. חשבו על סטנדרט הזהירות שמזיקים פוטנציאליים צריכים לנקוט כאשר הם יודעים כי לפרטים בסביבה שבה הם פועלים יש לקות קוגניטיבית או מנטלית. תיאוריית הצדק ביחסים קובעת כי על פרטים אלה לנקוט משנה זהירות, כי עליהם להתייחס לאנשים שבקרבם הם פועלים כשוויים באופן מהותי (ולא פורמלי). אלא שלקות מנטלית אינה העילה היחידה שבגינה אנו חייבים (מבחינה מוסרית) לנקוט משנה זהירות. הנה דוגמה פשוטה. את נוהגת ברכב ב"שכונת המדענים" שמאוכלסת במתמטיקאים מבריקים אך פזורי-דעת, ובפיזיקאים חשובים שדעתם מוסחת בקלות. ידוע לך שבסביבה הזו רמת הריכוז של הולכי-הרגל נמוכה יחסית. ברור שמבחינה מוסרית עלייך לנקוט משנה זהירות. לרוע המזל, לא שמת לב שאת נוהגת בשכונת המדענים, ולכן נקטת את סטנדרט הזהירות ה"רגיל". כתוצאה מכך פגעת (פגיעה קלה) בחתן פרס פילרס. האם המשפט הפרטי צריך להטיל עלייך אחריות לפגיעה משום שהפרת את חובת הזהירות המוסרית שאת כפופה לה? אני סבור כי המחברים לא יטענו כי על אדם להכיל או לערוך התאמות ביחס לכל תכונה של זולתו. בפרט, נדמה שהמחברים לא יטענו כי על המשפט הפרטי לאכוף חובת זהירות מוגברת כדי להתחשב באנשים פזורי-דעת, וזאת אף שאדם הניחן במידה טובה יגלה זהירות-יתר גם בשל פזירות-דעת, ולא רק בשל בעיות מנטליות חמורות יותר. על הנהגת מוטלת חובת הכלה מוסרית אשר אין זה נכון לאוכפה עליידי המשפט הפרטי.

גם ביחס לדוגמה השלישית דומה שתיאוריית הצדק ביחסים מחויבת להבחנות אשר למחברים אין כלים להסביר. הניחו כי המעסיק מעוניין בעובדים חילוניים כי העסקת עובדים דתיים יקרה יותר בגלל אורח החיים שהם בחרו לעצמם. הניחו, בעקבות תיאוריית הצדק ביחסים, כי המעסיק חייב לכבד את עובדיו שלו כפי שהם. לכן, למשל, אם מישו מהם חוזר בתשובה, המעסיק חייב להכיל את הבחירה שלו. כעת הניחו כי החברה המעסיקה ניצבת בפני סבב חדש של גיוס עובדים, וכי היא יודעת שפרסום בדבר גיוס העובדים במקור ראשון – עיתון שרוב קוראיו דתיים – יוביל לפנייה של מועמדים דתיים, בעוד פרסום בהארץ – עיתון שרוב קוראיו חילוניים – יוביל לפנייה של מועמדים חילוניים. נניח שכל שאר התנאים בשתי האפשרויות שווים: מחיר המודעה בשני העיתונים זהה, ואין למעסיק שום סיבה להניח כי מועמדים מוכשרים יותר יציגו את מועמדותם אם הוא יבחר לפרסם בעיתון זה, ולא באחר. כן נניח כי מבחינה עסקית די במודעה אחת.

יש להניח כי החובה המוסרית של המעסיק לכבד אנשים דתיים כפי שהם בחרו לחיות כוללת גם חובה לשאת בעלויות מסוימות כדי לאפשר להם לממש את כישוריהם. אולם האם יוכל מועמד דתי שלא ידע על גיוס העובדים (כי הוא אינו קורא הארץ) לתבוע את

המעסיק (על כך שהפר את החובה לכבד אותו כפי שהוא) אם יצליח להוכיח כי המעסיק בחר לפרסם את המודעה רק בהארץ כי הוא מעוניין בעובדים חילונים? מסופקני. אל לו, למשפט הפרטי, לנסות לאכוף את החובה המוסרית הזו באמצעות הענקת זכויות משפטיות למועמדים פוטנציאליים. שוב, דומה שתיאוריית הצדק ביחסים אינה מסוגלת להסביר מדוע כאשר עובד חוזר בתשובה, מעסיקתו חייבת מבחינה משפטית להכיל את טעמיו החדשים, בעוד החובה המוסרית לכבד את דתיותם של מועמדים דתיים אינה בסיס להענקת עילה לתיעוה משפטית נגדה כאשר היא מבקשת לגייס עובדים חדשים בדרך שמציבה חסם לא-פורמלי בפני עובדים דתיים.

אומנם המחברים חושבים שיש בידיה של תיאוריית הצדק ביחסים הכלים להבחין בין מצבים שבהם חובת ההכלה של הזולת כפי שהוא קיימת וצריכה להיאכף באמצעות המשפט הפרטי לבין מצבים שבהם אדם פטור מבחינה מוסרית מלהכיל את זולתו. למשל, הם טוענים כי המעסיק צריך לבוא לקראת העובד הדתי בשל עומקה וחשיבותה של הזהות הדתית של האדם: "תנאי התייחסות-גומלין צודקים בין מעסיק לעובד מחייבים שהראשון יתאים את עצמו באופן סביר להיעדרותו של האחרון מהעבודה עקב מחויבויות... דתיות."²⁵ מאידך גיסא, כאשר מדובר בתחביב שאינו מגדיר את האופן שבו האדם תופס את עצמו, חובת ההכלה נחלשת מאוד: "אך אותו רציונל אינו חל, לדוגמה, ביחס לעובד שאינו זמין לעבוד בימים מסוימים עקב האינטרס שיש לו בצפייה בציפורים נודדות."²⁶ במקום אחר המחברים מבקשים לטעון כי אין חובת הכלה אם מילויה גובה מחיר גבוה מדי במונחים של אוטונומיה.²⁷ למעשה, דגן ודורפמן מבקשים לתחום את חובת ההכלה בעזרת תחשיב של פגיעה באוטונומיה ואינטרסים לגיטימיים אחרים: אם המעסיק מקריב מעט, ויכול לחסוך לעובד שלו פגיעה משמעותית בזהות העצמית שלו (המחברים מגדירים מהן מחויבויות שהן היבט של הזהות העצמית של הפרט במסגרת דיונם ב"פרויקטים בסיסיים"²⁸), אזי המעסיק חייב להכיל את העובד; לעומת זאת, חובת ההכלה אינה חלה אם היא עלולה לגרום לפגיעה קשה באוטונומיה של המכיל.

אלא שהדוגמאות שהבאתי לעיל מלמדות כי המשפט הפרטי אינו צריך לעסוק בתחשיב פרופורציונליות מבוסס-אוטונומיה. ככלות הכל, במקרים מסוימים תחביבים עשויים להיות מכונני זהות, ועם זאת המשפט הפרטי אינו תובע לוודא שמדובר בתחביב "שטחי" כתנאי לפטור שהוא מעניק למעסיק מנשיאה חלקית בעלות התחביבים של עובדיו. מאידך גיסא, במקרים אחרים דתו של העובד אינה אלא מנהג חסר חשיבות אמיתית לגביו, ואף-על-פי-כן – לדעת דגן ודורפמן – על המעסיק להתחשב במנהגי הדת של העובד. המסקנה המתבקשת מהדוגמאות של המחברים (מסקנה שהמחברים אינם מודעים לה לגמרי) היא שעל המשפט הפרטי לעגן את חובות המידה הטובה לפי תחומים: שכירות וגזענות, תעסוקה ודת, זהירות ונכות. משפט פרטי ראוי אינו תובע בחינה של כל מקרה לגופו כתנאי לאכיפה משפטית של חובת ההכלה או כתנאי לפטור משפטי ממנה. למעשה, קריאה זהירה תוכיח כי לפי

25 ראו מאמרם של דגן ודורפמן, ליד ה"ש 110.

26 שם, אחרי ה"ש 110.

27 שם.

28 שם, חלק ב(ב).

תיאוריית הצדק ביחסים, ברוב התחומים המשפט הפרטי הראוי אינו אמור לאכוף מצוות שבין אדם לחברו.

הדוגמאות הנדונות לעיל מראות עד כמה ההבחנה של המחברים בין מקרים של אי-צדק שבהם נכון לדידם שהמשפט הפרטי יגיב לבין מקרים שבהם הם חושבים שהמשפט הפרטי צריך לשתוק היא דקה. כאן טמון הקושי המאיים על תיאוריית הצדק ביחסים: להבדיל מהתיאוריה הקנטיאנית, למשל, תיאוריית הצדק ביחסים אינה מציעה עיקרון שיקבע מתי ראוי לכפות הכלה באמצעות המשפט הפרטי ומתי אין זה ראוי לעשות כן.²⁹

לסיכום, המחברים צודקים בכך שתיאוריית הצדק ביחסים מאתגרת בהצלחה את העמדה הקנטיאנית שלפיה חובות של מידה טובה אינן אכיפות באמצעות המשפט הפרטי. הם מוכיחים כי התיאוריה הקנטיאנית של המשפט הפרטי מושתתת על תפיסה צרה מדי של הכוח הנורמטיבי של המדינה לאכוף את החובות המוסריות המוטלות על אזרחיה. לכן התוכנה של דגן ודורפמן, שלעיתים על המשפט הפרטי להגיב על אי-צדק ביחסים, היא חשובה ורבת ערך. אלא שאליה וקוץ בה – אין לה, לתיאוריית הצדק ביחסים, כלים להבחין בין מקרים שבהם החובה המוסרית לכבד את האדם צריכה להיות מעוגנת בחובות ובזכויות שהמשפט הפרטי מעניק ואוכף לבין מקרים שבהם על החובה המוסרית הזו להישאר מחוץ לטווח המשפט הפרטי. הסעיף הבא מבקש להציע כיוון מחשבה שעשוי לדעתי לחלץ את המחברים מן המיצר הזה.

ג. להגנת חלוקת העבודה בין המדינה לאזרחיה

בפסקאות הבאות אני מציע פרשנות לחלוקת העבודה בין המדינה לאזרחיה. אני טוען כי חובתה (האנכית) של מדינה לקדם צדק חלוקתי נגזרת (בין היתר) מהחובה האופקית המוטלת על פרטים לסייע לזולתם. כמו־כן אני טוען כי הפרשנות שלי לחלוקת העבודה בין המדינה לאזרחיה היא המפתח להבנת הזיקה בין הפרטי לציבורי. לבסוף אציע (מבלי לפתח את הטיעון בשלמותו) כי פרשנות זו עשויה להפיץ אור על השאלה שתיאוריית הצדק ביחסים משאירה לדעתי פתוחה, קרי, מתי ראוי שהמשפט הפרטי יסמך בני-אדם פרטיים לכפות את זולתם לקיים חובות של מידה טובה, ומתי עליו להימנע מכך.

הפרשנות שאציע מתחילה מתמה קנטיאנית. לפי הגישה הקנטיאנית שריפשטיין וויינריב מפתחים, פרטים במצב הטבעי חייבים להיכנס למצב המדיני; עליהם להקים תשתית חברתית שתאפשר להם לשתף פעולה, כדי שהם יוכלו לממש את זכותם לבעלות עצמית ולחירות

29 ראו, למשל, Ernest J. Weinrib, *Private Law and Public Right*, 61 U. TORONTO L.J. 191, (2011): "...Kant's view is that neither law as a normative practice nor the process of adjudication would make sense unless the legal categories applicable to the dispute were already immanent in the interaction of the parties as self-determining beings and were, therefore, available for the court when the case came before it. Publicness merely adds what is necessary for the court to function as a public institution, even to the extent of changing the decision, but publicness does not transform the nature of the underlying right"

שלילית.³⁰ פרטים מממשים את חירותם רק אם הם מציבים לעצמם מטרות ומוציאים אותן לפועל. ליחיד יש זכות לפעול פעולה תכליתית כאשר האמצעים שהוא נזקק להם כדי להשיג את המטרות שהציב לעצמו נמצאים ברשותו כדין. אלא שכדי לכוון משטר של קניין פרטי, על הפרטים לשתף פעולה ביצירת חברה מדינית שתמסד אותו, שכן במצב הטבעי, כפי שקנט טוען כידוע, לא ייתכנו זכויות קנייניות שלמות. לשיטתו, זכויות קנייניות הן נגזרת של חוזה חברתי שעל הפרטים במצב הטבעי – פרטים שמכבדים את הבעלות העצמית והחירות השלילית של זולתם – לקבל על עצמם. בקבלם על עצמם את החוזה, הפרטים מכירים בכך שחלוקה של קניין פרטי היא לגיטימית, ושכל שינוי במשטר הזה צריך להיעשות באמצעים דמוקרטיים. החוזה המגולם במצב המדיני מבטיח לפרטים זכות להשתמש בדברים שנמצאים ברשותם כדי לממש את תוכניותיהם.³¹

אני מציע תורת צדק שלפיה כניסה למצב המדיני נדרשת לא רק כדי לממש את החירות השלילית של הפרטים; למצב המדיני יש חשיבות קריטית גם משום שבמצב הטבעי היכולת שלנו למלא חובות של מידה טובה בצורה שיטתית הוגנת וראויה מוגבלת מסיבות רבות.³² נניח שעליך לסייע לסמדר החולה ולהעדיף אותה על ראובן (שצריך ניתוח פלסטי לצרכים אסתטיים בלבד). אולם ייתכן שכאשר את נחלצת לעזרתה של סמדר, את מתעלמת מצרכים דחופים יותר של שמעון. אינך "רואה" את שמעון כי סמדר היא חברתך הקרובה. לפי תורת הצדק המוצעת כאן, חלוקת עבודה שבמסגרתה עלינו לתמוך במוסדות צודקים במקום למלא באופן ישיר את החובות האופקיות הבין-אישיות המוטלות עלינו תוביל בדרך-כלל לתוצאות טובות יותר *במונחים של צדק ביחסים*. בזכות שיתוף-הפעולה של האזרחים, המתווך באמצעות המוסדות הצודקים שהם הקימו, הם ממלאים יחד את חובותיהם האופקיות כלפי זולתם בצורה יעילה יותר והוגנת יותר. לפי פרשנות זו, החובה האנכית של המדינה לאזרחיה היא פרי הסכם שתכליתו לסייע לאזרחים למלא את חובותיהם האופקיות זה כלפי זה.

המעבר מהמנגנון האופקי של הסדרת היחסים בין הפרטים אל זה האנכי – של הסדרת יחסי הפרטים על-ידי המדינה – עלול לגרום גם לאי-צדק ביחסים. במקרים רבים חברה צודקת לא תיחלץ לעזרתה של סמדר, מפני שרק את, חברתה הטובה, מודעת למצבה ומבינה את צרכיה. לרוע המזל, ייתכן שחלוקת העבודה בין המדינה לאזרחיה מאפשרת לך – מי שהייתה יכולה לסייע לחברתה בקלות יחסית – להתעלם ממצוקתה של סמדר. במקרה כזה חלוקת העבודה מובילה לתוצאות עגומות: היא מאפשרת לך להפר את החובה המוסרית לכבד את סמדר כפי שהיא. עם זאת, בחברה צודקת חלוקת העבודה בין המדינה לאזרחיה נעשית בהנחה שברוב המקרים מוסדות צודקים יסייעו לאדם למלא את חובותיו כלפי זולתו. חשוב להבין לעומק את הוויכוח העדין בין התפיסה שאני מפתח כאן לבין התפיסה הקנטיאנית. לשיטתי, מותר למדינה להפעיל כוח גם כדי לאכוף מצוות שבין אדם לחברו אשר אין ביניהן לבין חירות שלילית ובעלות עצמית דבר וחצי דבר. בחברה רגילה, שבה פרטים עלולים להתעלם מהחובות המוטלות עליהם, המדינה כופה על המיעוט (סרבנים שאינם ניהנים במידה טובה) מילוי חובות של מידה טובה. בניגוד לתיאוריה הקנטיאנית של

30 ראו Ripstein, Force and Freedom, לעיל ה"ש 7.

31 שם.

32 ראו Rawls, A Theory of Justice, לעיל ה"ש 11.

המשפט הפרטי, הגישה המוצגת כאן אינה אוסרת אכיפה אלימה של חובות של מידה טובה. (השוו ליחסה של תורת הצדק של רולס לכוחה הכופה של המדינה. אכן, יחסו של רולס לכוח כופה הוא מורכב ובעייתי, כפי שהראה ג'רי כהן.³³ המדינה מפעילה כוח כדי לכפות יחידים למלא חובות של מידה טובה. היא עושה זאת באמצעות חוק (המגובה בסנקציה) המחייב אותם לתמוך במוסדות הצודקים. אבל כפייה אינה המטרה המרכזית של ההסדר הזה, טוען כהן. בחברה צודקת באמת, מטרתו של הריבון היא לסייע לאזרחים החפצים בכך למלא חובות של מידה טובה.³⁴) את התיאוריה שקווים לדמותה הצגתי כאן אפיינן להלן כ"רולסיאנית", מסיבות שאין זה המקום לפרטן.³⁵

רב המשותף לתיאוריות הקנטיאנית והרולסיאנית על השונה ביניהן. הן תורת הצדק הרולסיאנית המוצעת כאן והן התיאוריה הפוליטית של קנט מבחינות הבחנה נורמטיבית ומשפטית חדה בין person respect (חובות שנגזרות מהחובה הכללית לכבד את החירות השלילית של האדם ואת בעלותו העצמית) לבין חובות של מידה טובה. בניגוד לתיאוריית הצדק ביחסים, שתיהן מייחסות לחובה לכבד את האדם באשר הוא תפקיד מהותי בהסברת המשפט הפרטי. לפי קריאה סבירה, עקרון החירות בתורת הצדק של רולס מצווה על כינונו של משפט פרטי המעניק זכויות משפטיות להגנת הבעלות העצמית של האדם. זאת ועוד, המדינה חייבת להגן על ריבונותו של האדם ללא תלות בהליך דמוקרטי או בחקיקה. רוצה לומר, מדינה שאינה מעגנת בחוק את הזכות לחירות שלילית או שאינה ממסדת משפט פרטי המגן על ריבונותם של האזרחים אינה מדינה לגיטימית, גם אם רוב אזרחיה תומכים במשטר שלה. משפט פרטי שאוכף חירות שלילית ובעלות עצמית הוא הכרח מוסרי שאינו תלוי במציאות האמפירית כמעט כלל. העובדה שבתורת הצדק של רולס יש לעקרון החירות עדיפות לקסיקלית על עקרונות צדק אחרים היא ביטוי ברור לכך.³⁶

לעומת זאת, הוויכוח בין התפיסה הרולסיאנית לבין תיאוריית הצדק ביחסים רחב וחריף. התיאוריה הרולסיאנית קובעת כי פרטים עשויים לקיים חלק מהחובות הבין-אישיות המוטלות עליהם בצורה שלמה ושיטתית יותר בעקיפין, באמצעות תמיכה במוסדות צודקים. לכן התיאוריה הרולסיאנית פוטרת לעיתים את הפרטים מלקיים את המצוות הללו באופן ישיר, ומחייבת אותם לתמוך במוסדות שמחייבים אותם לקיימן. ברוב המקרים מצוות שבין אדם לחברו אינן מעוגנות במשפט הפרטי. יתר על כן, טבעה של חובת המדינה לסייע לאזרחיה למלא חובות של מידה טובה שונה בתכלית מטבע חובתה להגן על החירות השלילית והבעלות העצמית של אזרחיה. חלוקת עבודה בין המדינה לאזרחיה היא עניין קונטינגנטי שתלוי במציאות האמפירית. מכיוון שיעילות של חלוקת עבודה מסוימת (יעילות שנמדדת במונחים של צדק ביחסים) תלויה במגוון רחב של משתנים, מחוקק בחברה צודקת יחלק את העבודה לאור בחינה קפדנית של המציאות: במקרים מסוג אחד תמיכה במוסדות צודקים הם האמצעי הפשוט והיעיל ביותר למילוי חובות של מידה טובה; במקרים מסוג אחר יש

G.A. Cohen, *Where the Action Is: On the Site of Distributive Justice*, 26 PHIL. & PUB. 33
Aff. 3 (1997)

שם 34

שימו לב שאיני מבקש לטעון כי עמדה זו היא פירוש הולם לתורת הצדק של רולס עצמו. 35

JOHN RAWLS, *JUSTICE AS FAIRNESS: A RESTATEMENT* 42 (2001) 36

להשאיר בידי היחיד את ההחלטה אם לקיים את המצוות המוטלות עליו; ובמקרים מסוג שלישי המדינה עשויה לפעול דרך המשפט הפרטי כדי לאכוף את החובות הללו. לשון אחר, בעוד על החירות השלילית של האדם על המחוקק להגן כמעט ללא תנאי, יש להותיר לו שיקול-דעת רחב בנוגע לחלוקת העבודה בין המדינה לאזרחיה. כבואו לחלק את העבודה, תפקידו העיקרי הוא לפתור בעיות של תיאום ושיתוף-פעולה, בעיקר כדי לאפשר לאזרחים החפצים בכך למלא את חובתם כלפי זולתם.

אני סבור כי תובנות אלה עשויות להסביר את השאלה המרכזית שתיאוריית הצדק ביחסים משאירה פתוחה: מדוע על משפט פרטי ראוי לאכוף חובות של מידה טובה במקרים מסוימים ולהימנע מלעשות זאת במקרים אחרים? מדוע, למשל, על המחוקק להעניק זכות לעובד לחזור בתשובה (ולשנות את אורחות חייו באופן רדיקלי) מבלי לאבד את מקום עבודתו, למרות המחיר ששינוי זה גובה ממעסיקו, ומדוע עליו להימנע מלהעניק זכות דומה למועמד דתי שהמעסיק הפוטנציאלי מבקש להדירו על-ידי פרסום ההודעה בדבר גיוס עובדים בעיתון שרק מועמדים חילונים קוראים?

במובן ברור, התשובה שאני מציע היא "תוצאתנית". יש להעניק למדינה סמכות לקדם צדק ביחסים גם באמצעות המשפט הפרטי, ולא רק באמצעות כינונם של מוסדות צודקים (והטלת חובה על האזרחים לתמוך במוסדות אלה). זאת, משום שלא ראוי שהמחוקק יאכוף צדק ביחסים בין פרטים בכל התקשרות קונקרטיה, אלא עליו לחפש דרכים להפוך את החברה למקום שבו ההתקשרויות הללו צודקות יותר. למשל, בדוגמת העובד שחזר בתשובה, ייתכן שהענקת זכות במשפט הפרטי היא דרך יעילה לקדם agency respect ועל-ידי כך לקדם צדק ביחסים. במקרים כאלה קל לריבון לאכוף את הזכות שהוענקה לפרט, והחקיקה האוסרת פיטורים משדרת מסר שלפיו בהתנהלות בין-אישית חובתו של אדם היא להכיל ולכבד את זולתו כפי שהוא. לעומת זאת, אסדרה (דרך המשפט הפרטי) של השיטות לגיוס עובדים יקרה מדי, והסיכויים שהיא תשדר את המסר האמור קטנים בהרבה. הנה כי כן, השיקולים שהמחוקק נדרש אליהם הם שיקולים של מדיניות. הוא מבקש לִמְרָב (למקסם) צדק ביחסים. לכן, בניגוד לזכויות וחובות קנטיאניות, חובות של מידה טובה עשויות להיות היבט של מערכת משפטית לגיטימית אחת, ולהיעדר לגמרי ממערכת משפטית לגיטימית אחרת.

מסקנה

מאמרם החשוב של דגן ודורפמן מוכיח כי מצוות שבין אדם לחברו, הכוללות את החובה לסייע לאדם שנמצא במצוקה לא באשמתו ואת החובה לכבד את הבחירות שאדם בחר ואת אורח חייו, הן לעיתים ענייניו של המשפט הפרטי. המחברים מראים כי התפיסה הקנטיאנית של המשפט הפרטי – אשר מעניקה זכויות לאנשים פרטיים להגן על חירותם השלילית ובעלותם העצמית ותו לא – היא צרה מדי. על משפט פרטי ראוי להקנות זכויות נוספות, מעבר לזכויות שנגזרות מריבונותו של האדם על עצמו. לעיתים על משפט פרטי ראוי לאכוף גם חובות של מידה טובה.

במאמר זה טענתי כי המחלוקת העמוקה בין תיאוריית הצדק ביחסים לבין התיאוריה הקנטיאנית אינה מטפיזית. חובות של מידה טובה הן היבט מהותי של תורת המוסר של קנט. אולם התיאוריה הקנטיאנית של המשפט הפרטי אינה עוסקת באדם ובחובות המוסריות

המוטלות עליו, אלא בסמכותה של המדינה לסייע לאדם פרטי לכפות את זולתו לכבד אותו. תיאוריית הצדק ביחסים מחמיצה את חשיבות ההבחנה בין החובה לכבד את הבעלות העצמית והחירות השלילית של האדם לבין חובות של מידה טובה בתיאוריה של משפט פרטי. החובה לכבד את הבעלות העצמית של האדם היא ממהותו של המשפט הפרטי. מערכת משפטית לגיטימית מעגנת בהכרח את הזכות ל-*person respect* ומגינה עליה. לעומת זאת, המשפט הפרטי צריך לאכוף חובות של מידה טובה רק אם יש לכך הצדקה תוצאתנית, ורק אם חקיקה זו נהנית מתמיכה דמוקרטית. לבסוף, הקריאה שלי ב"עמדה הסטנדרטית" של רולס מציגה הבחנה רכה בין חובות אנכיות (צדק חלוקתי ואידיאליים אחרים שהמדינה מקדמת באופן לגיטימי) לבין חובות אופקיות (צדק ביחסים), לעומת ההבחנה הנוקשה שהמחברים מזהים כמה שהם מכנים "התיאוריה הסטנדרטית". לפי הפרשנות שהצעתי, בחברה צודקת פרטים מקיימים מצוות שכיין אדם לחברו גם באמצעות תמיכה במוסדות צודקים. החובות האנכיות של המדינה לאזרחיה עשויות להיות גילום של חובות אופקיות שהאזרחים עצמם חבים איש לרעהו.