

## צדק ביחסים

מאת

חנוך דגן\* ואביחי דורפמן\*\*

### תקציר

המאמר מפתח תיאוריה כוללת של רעיון המשפט הפרטי בחברה ליברלית. העיקרון המנחה של תיאוריה זו הוא רעיון של צדק ביחסים. בבסיסו מונחות המחויבויות הליברליות הבסיסיות להגדרה עצמית ולשוויון מהותי. המאמר דן ביסודות התיאורטיים ובביטויים המשפט-פרטיים של צדק ביחסים, החל בהבחנה בין הפרטי לבין הציבורי, המשך בקשיים של תיאוריות כוללות מתחרות (כגון צדק מתקן וניתוח כלכלי של המשפט) וכלה ביישום של צדק ביחסים בענפיו השונים של המשפט הפרטי. לבסוף, המאמר מצביע על תרומתו של עקרון הצדק ביחסים למשפט הפרטי הישראלי הן במישור הפרשני והן בזה הביקורתי.

מבוא

א. דיכטומיה מטעה

1. הגישה המסורתית: המשפט הפרטי כמקור לחירות ושוויון פורמליים
2. הגישה הביקורתית: המשפט הפרטי כהמשך דרכו של המשפט הציבורי
- ב. הצדק של המשפט הפרטי
  1. משפט פרטי יחסי
  2. התוכן הנורמטיבי של המשפט הפרטי
    - (א) על תלות הדדית והבדלים אישיים
    - (ב) תפיסת האדם במשפט הפרטי
    - (ג) לקראת גישה חדשה לבעיית העוני בתיאוריית המשפט הפרטי
    - (ד) תפקיד המשפט וגבולות ההתאמה הבין-אישית
3. מצדק ביחסים למשפט פרטי
  - (א) על שוויון פורמלי ועצמאות

\* פרופסור מן המניין, מופקד הקתדרה לחדשנות ותיאוריה משפטית ע"ש סטיוארט וג'ודי קולטון וראש מרכז אדמונד י' ספרא לאתיקה, אוניברסיטת תל-אביב.  
\*\* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב.  
המחברים מודים לנדב יפית על עבודת התרגום המצוינת.

- (ב) גורמים הקשורים פנימיים  
 (ג) מחויבויות חיצוניות  
 ג. המשפט הנוהג של צדק ביחסים  
 1. תאונות הגורמות נזק לחיים ולגוף  
 2. דירת המגורים ומקום העבודה  
 (א) דירת המגורים  
 (ב) התאמה במקום העבודה  
 3. פרויקטים משותפים ויוזמות שיתופיות אחרות  
 4. חובות בין־אישיות חיוביות  
 (א) תשלום מוטעה  
 (ב) הגנת הצורך  
 (ג) אחריותם של בעלי זכות קניין  
 ד. משם לכאן: צדק ביחסים ותרומתו למשפט הפרטי בישראל  
 סיכום

## מבוא

המשפט הפרטי, אשר עוסק ביחסים שבין אדם לחברו, מציע לחברה תועלות מכשירניות רבות: דיני קניין ודיני חוזים מסייעים לנו להקצות זכויות ולהקצותן מחדש, בעוד דיני נזיקין מסייעים בחלוקת האחריות בנוגע לזכויות אלה. אין בכונת מאמר זה לרמוז כי פונקציות מכשירניות אלה חסרות חשיבות, שכן הסדרה פרטית עשויה בהחלט לספק אמצעי שימושי להשגת מטרות חברתיות חשובות. עם זאת, ערכו של המשפט הפרטי הינו מעבר לתועלות אלה: למשפט הפרטי יש גם ערך כשלעצמו. ערכו הטובע של המשפט הפרטי טמון בהיותו מכונן מסגרות של יחסים צודקים בהתייחסויות־הגומלין שבין פרטים חופשיים ושווים. המשפט הפרטי – בין כתוצר פסיקטי ובין כתוצר חקיקתי – הוא המשפט שמסדיר את יחסינו הבין־אישיים כפרטים חופשיים ושווים<sup>1</sup>; הוא נבדל מהמשפט הציבורי, אשר מכונן את

1 יש הרואים את ההבחנה בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי כפנייה לשאלה הנוגעת במקורה של הדוקטרינה המשפטית – חקיקתית או שיפוטית. הבחנה מייצגת כזו מופיעה, למשל, אצל Martha Chamallas & Sandra F. Sperino, *Torts and Civil Rights Law: Migration and Conflict: Symposium Introduction*, 75 OHIO ST. L.J. 1021, 1021, 1024 (2014) (אשר טוענות, תוך השוואה בין דיני הנזיקין לבין חקיקת איסור הפליה, כי "[t]he distance [between the Civil Rights Acts and tort law]... likely reflects their placement on opposite sides of the public-private divide, with Title VII... forming part of public law, while torts is (a classic, private law subject)". אנו חולקים הן על הטענה הכללית שהבחנה בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי נגזרת מההבחנה הנוגעת במקורה של הדוקטרינה המשפטית (מקור חקיקתי אל מול מקור שיפוט) והן על הטענה הספציפית שעוולת הפליה אינה חלק מהליבה של המשפט הפרטי. בעוד הבחירה הנוגעת בעיצוב המוסדי רלוונטית להבחנה בין הציבורי לפרטי, דומה כי אין עוררין על כך שמחוקקים מוסמכים לחוקק דוקטרינות במשפט הפרטי,

התייחסויות־הגומלין שלנו כמוטבים של מדינת הרווחה או כאזרחיה של מדינה דמוקרטית.<sup>2</sup> הגדרה זו, גם אם היא בנלית לכאורה, מדגישה הן את ההיבט היחסני (relational) של המשפט הפרטי הן את ערכו הנורמטיבי. במאמר זה אנו מפתחים תפיסה ליברלית ייחודית של המשפט הפרטי, המבוססת על מחויבותו של המשפט להבטיח את הגדרתו העצמית של הפרט – כלומר, את זכותו של כל פרט לכתוב את סיפור חייו – ואת השוויון המהותי ביחסים שבין הפרטים בחברה. נטען כי תפיסה זו אכן מסבירה חלקים נרחבים מהמשפט הפרטי הנוהג (דיוננו במשפט הנוהג מתייחס בעיקרו לדין האמריקני; בחלק האחרון של המאמר אנחנו דנים במשפט הישראלי). ברי שהמשפט הפרטי אינו מקיים תמיד ערכים אלה במלואם. לעיתים המשפט הנוהג אינו כולל מסגרות פעילות מספקות בתחומי חיים מסוימים, ובתחומי פעילות אחרים הוא אינו מקיים תמיד כדבעי את אמות־המידה של צדק ביחסים. אך כשלים אלה אינם חותרים תחת תפיסת המשפט הפרטי שאנו מציעים, אלא דווקא מדגישים את חשיבותה כמקור של ביקורת פנימית, היכולה לדחוף את המשפט הפרטי הקיים להלום את מחויבותו הנורמטיבית להבטיח צדק ביחסים: מערכות יחסים הכוללות הן כבוד הדדי כלפי הגדרתם העצמית של פרטים בחברה והן שוויון מהותי ביחסים שלהם. תפיסתנו בנוגע למשפט הפרטי עומדת בניגוד לשתי תפיסות מתחרות. ההשקפה המסורתית – המשותפת לליברטריאנים, לקנטיאנים ולהגליאנים מודרניים וכן לאגליטריאנים ליברלים – מבינה את המשפט הפרטי כמרחב של התייחסויות־גומלין קדם־פוליטיות או א־פוליטיות.<sup>3</sup> השקפה זו תופסת את המשפט הפרטי כתחום משפט אשר חסין בפני טענות תובעניות (כגון חובות עשה) הנוגעות ביחסים בין־אישיים. האסכולות המסורתיות נבדלות מובן ביחס לשאלה אם המשפט הציבורי צריך להיות מונחה על־ידי המחויבות לאוטונומיה של הפרטים בחברה ולשוויונם המהותי (או לא, אליבא דליברטריאנים), אך כולן שותפות לעמדה שמחויבות זו אינה צריכה להשפיע על המשפט הפרטי ואינה חלק ממנו. אסכולות אלה טוענות כי המשפט הפרטי צריך לשמר את עצמאותו של הפרט, ולא לקדם את הגדרתו העצמית, וכי עליו לדבוק בשוויון פורמלי, ולא בשוויון מהותי.<sup>4</sup>

---

ויותר מכך – שהם יכולים לעשות זאת כשם שעמיתיהם בבתי־המשפט עושים כן. העובדה שדוקטרינה של זכויות אדם מעוגנת בדבר חקיקה אינה הופכת אותה כשלעצמה לחלק מהמשפט הציבורי.

2 כלומר, המשפט הפרטי מכונן את הזכויות והחובות שיש לפרטים כלפי פרטים אחרים בחברה, ואילו המשפט הציבורי משתייך לזכויות ולחובות של פרטים בחברה כאזרחים או כלפי המדינה בכללותה.

3 ראו להלן חלק 1א (המציג את ההשקפה המסורתית בדבר ההבחנה בין הציבורי לפרטי). יש כמובן הבדלים בין הקבוצות המנויות, אך לענייננו המכנה המשותף שלהן הוא החשוב.

4 במילים אחרות, המסורתיים גורסים כי על המשפט הפרטי להתמקד במחויבות לחירות השלילית ולשוויון הפורמלי, ולא לחירות החיובית ולשוויון המהותי. הסיבות לניתוקם של ערכים אלה מהמשפט הפרטי נבדלות. חלק טוענים כי לערכים אלה אין מקום במשפט הפרטי משום שהמשפט הפרטי קודם לאמנה החברתית. אחרים מעלים את הטענה הקלסית בדבר חלוקת העבודה, שלפיה המדינה ואזרחיה נושאים באחריות משפטיות ומוסריות שונות. ראו להלן חלק 1א.

על ההשקפה המסורתית נשמעו ביקורות רבות מכמה חזיתות – ממרקסיסטים, מריאליסטים משפטיים, ממלומדים מתחום התיאוריה הביקורתית והפמיניסטית, וממלומדים מתחום הניתוח הכלכלי של המשפט.<sup>5</sup> ביקורות אלה שונות זו מזו בנימוקיהן ובהצדקותיהן, אך הן יוצרות חזית משותפת נגד ההכרה בהבחנה שבין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי. לפי גישות אלה, למשפט הפרטי יש השלכות חלוקתיות, והוא נשען באופן בלתי-נמנע על החלטות ערכיות מבחינה חברתית-ציבורית. יתרה מזו, דבקות בהבחנה שבין המשפט הפרטי למשפט הציבורי עלולה להסתיר מאפיינים רגרסיביים ודכאניים של המשפט הפרטי. שימורה של הבחנה זו, השמה את החירות השלילית והשוויון הפורמלי כנר לרגליה, מחסן, על-פי הטענה, את ההשלכות הדכאניות של המשפט הפרטי מפני התערבות שיפוטית. חלק מהגישות הביקורתיות גורסות לפיכך כי יש להתייחס למשפט הפרטי כאל עוד כלי רגולטורי, שאינו מובחן משאר משטרי הרגולציה הן מבחינת מטרותיהם והן מבחינת אמצעיהם. לפיכך ראוי להתייחס לכל הבחנה אפשרית בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי כמקרית לחלוטין, וכמעוגנת לכל-היותר במאפיינים המכשירניים השונים של תחומי המשפט הללו.

בדומה לגישות המבקרות את ההשקפה המסורתית, גם גישתנו חלוקה על תפיסת המשפט הפרטי כגוף משפטי א-פוליטי. בניגוד לטענות ליברליות רווחות בדבר חלוקת העבודה המשפטית והמסורתית שבין הפרט לבין המדינה, המשפט הפרטי נשען על החלטות ערכיות חברתיות. עם זאת, אנו דוחים את התיאור הפשטני של המשפט הפרטי על-ידי הגישות הביקורתיות, אשר מתעלם או דוחק לשוליים את הערך הטבוע והלא-קולקטיביסטי של המשפט הפרטי, דהיינו, את ערכו של הצדק ביחסים. מאחר שהמשפט הפרטי מכונן את יחסיהם של פרטים בחברה במישור האופקי, אין בנמצא שדה משפטי אחר שמסוגל להוציא אל הפועל בצורה ראויה את תפקידיו של המשפט הפרטי. רק המשפט הפרטי יכול לעצב ולתחזק את מגוון המסגרות הרחב לצורך הגשמתן של מערכות יחסים בין-אישיות המתאפיינות בתלות הדדית, אשר מאפשרות לנו לכתוב את סיפור חיינו. רק המשפט הפרטי יכול לעצב את מגוון המסגרות של מערכות היחסים כהתייחסויות-גומלין בין פרטים חופשיים ושווים מבחינה מהותית אשר מכבדים איש את רעהו כמי שהם באמת, ועל-כן כפופים אהרדי לתביעה לצדק ביחסים בין אדם לחברו. לסיכום, התיאור הנורמטיבי המסורתי של המשפט הפרטי כגוף משפט המקדש את החירות השלילית והשוויון הפורמלי מצדיק בהחלט ביקורת תיאורית, מושגית ונורמטיבית. אולם אין הצדקה למהלך הביקורתי ככל שהוא מעלים את המישור האופקי המייחד את המשפט הפרטי.

נמחיש אחת ממסקנות גישתנו באמצעות דוגמת ההפליה בדיוור.<sup>6</sup> הבטחת שוויון הזדמנויות בשוק הדיוור הינה ללא ספק מטרה משפטית רצויה לחברה. אך האם על בעלי הדירות מוטלת אחריות כלשהי בעניין זה? הן הגישות המסורתיות והן הגישות הביקורתיות רומזות כי התשובה לכך היא שלילית: שתי הקבוצות מסבירות את איסור ההדרה של קונים או שוכרים על בסיס גזע (או מאפייני קבוע אחר) ככלל שהוא למעשה מקרי למשפט הפרטי, שכן הוא תלוי בקיומם ובמידת יעילותם של אמצעים מדינתיים אשר נועדו להבטיח שוויון

5 ראו להלן חלק 2א (העוסק בביקורת על ההבחנה בין הציבורי לפרטי).

6 ראו להלן חלק 2א (א) (העוסק בהשלכות של תיאוריית צדק ביחסים במשפט הפרטי בהקשר של הפליה בדיוור וחקיקה האוסרת זאת).

הזדמנויות לקבוצות מופלות ואינטגרציה מספקת באזורי מגורים. גישתנו מדגימה כי השקפתן של שתי הקבוצות מוטעית.

מטרת מאמר זה היא לפרוץ את המבוי הסתום שבין הגישה המסורתית לבין מבקריה בעזרת תפיסה חדשה של המשפט הפרטי, המציעה הבנה רחבה ועמוקה של ייחודיותו. חלק א מתאר את התפיסות המתחרות של המשפט הפרטי אשר שולטות בשיח הנוכחי. כנגד המבוי הסתום התיאורטי שיצרו גישות אלה, נבהיר כי הערכים הטבועים במשפט הפרטי (כאשר הוא מובן כהלכה) אינם ליברטריאניים. אכן, הגישה שלנו, אשר מתוארת בחלק ב, מבנה מחדש את ההבחנה בין הציבורי לפרטי באופן שמכיר בחשיבותן של מערכות היחסים הבין-אישיות שלנו ומזקק את הליכה – הבלתי-ניתנת לצמצום – של צורתו ותוכנו של המשפט הפרטי. מטרתנו היא לעגן את הערך הבין-אישיו העומד בבסיסו המוסרי של המשפט הפרטי, ולא לטעון נגד בחינתו גם במשקפיים ציבוריים. במילים אחרות, איננו טוענים כי קיים ערך טבוע בהבחנה שבין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, אלא כי קיים ערך טבוע במשפט הפרטי עצמו, שיש לשמור עליו. באופן דומה, גישתנו אינה מתעלמת מהחשיבות של עצמאות ושוויון פורמלי, שבהם מתמקדת הגישה המסורתית, אלא מפרשת ומסבירה ערכים אלה ככפופים לעקרונות של הגדרה עצמית ושוויון מהותי – המחויבות הנורמטיביות שבבסיס המשפט הפרטי. לבסוף, גישתנו מנתקת את הקישור האסוציאטיבי הקיים בין המשפט הפרטי לבין פסיקותיהם של בתי-המשפט באמצעות הבחנה בין המאפיין הבסיסי של המשפט הפרטי – יצירה והבטחה של צדק ביחסים בין-אישיים במסגרות חברתיות מגוונות – לבין המוסדות המכוננים ומפעילים את המשפט הפרטי. מסקנה זו חשובה במיוחד למשפט הפרטי המודרני בשל המגבלות המוסדיות החלות על מערכת בתי-המשפט בהווה אשר נעשית סבוכה יותר ויותר.

גישתנו, המורכבת במידת-מה, עשויה לעיתים להקשות את תרגום התיאוריה הנורמטיבית שלנו לדוקטרינה משפטית ולמבחנים משפטיים.<sup>7</sup> אך קושי זה אינו מערער על חשיבותן של גישה זו ושל התיאוריה העומדת בבסיסה. אדרבה, תיאוריה המיישמת צדק ביחסים באופן עקבי, כזו המבוססת על האוטונומיה של הפרט ועל שוויון מהותי, הינה נאמנה למשפט הפרטי יותר מכל גישה מתחרה אחרת.<sup>8</sup> אכן, ההשקפה המסורתית והגישות המבקרות אותה (כולל זו של הניתוח הכלכלי של המשפט) נכשלות כולן בנסיוןן להסביר מאפיינים בסיסיים מסוימים של המשפט הפרטי, הוא המשפט המכונן צדק ביחסים.

מאמר זה אינו עוסק אך במסקנות הנובעות מהתיאוריה שלנו בדבר צדק ביחסים. נתמקד, נוסף על כך, באתגור המסורתית, אשר מחפשים במשפט המקובל (באופן שבו הם הבנו אותו) מפלט מחלק מהסוגיות המתאגרות את המשפט המסדיר את התייחסויות-הגומלין

7 מורכבות אחת, אשר אינה זוכה בהתייחסות מלאה במאמר, נוגעת בהקשרים שבהם תאגידיים או גופים ממשלתיים הינם חלק מהמישור האופקי. גישתנו תופסת תאגידיים כבעלי חבות באותה מידה גם כלפי בני-אדם (למשל, בהחלטות בעניין גיוס עובדים). מקרים הכוללים תאגידיים משני צידי המתנס של התייחסות-הגומלין, וכן מקרים שבהם על אדם מוטלת חבות כלפי תאגיד, מצויים מחוץ להיקפו של מאמר זה. כל מסקנה מהותית וסופית בעניינים אלה מוכרחה להניח תשתית תיאורטית של התאגיד, ומאמר זה אינו מניח תשתית כזו.

8 ראו להלן חלק ג (הדן ביישום צדק ביחסים בהקשרים של רשלנות, דיור, הפליה במקום העבודה, פרויקטים משותפים וכן חובות בין-אישיות חיוביות בין פרטים).

הבין-אישיות שלנו – למשל, בהקשרים של דיור ועבודה. נתייחס גם לפילוג הקיים בין מלומדים ביחס לרגולציה המסדירה את מערכות היחסים הבין-אישיות שלנו, דוגמת רגולציה של שכר העבודה. המסורת מוציאים רגולציה כזו מגדרי המשפט הפרטי, שכן התערבות ביחסים החוזיים שבין העובד למעסיק נתפסת כפגיעה בעצמאותם ובשוויון הפורמלי, ואילו הגישות הביקורתיות אינן מבטיחות שתוכניות אלה יקימו צדק ביחסים. לבסוף, התמקדות במחויבותו של המשפט הפרטי לאידיאל של צדק ביחסים הינה חשובה לא רק כאשר היא מצליחה להסביר את הדוקטרינה המשפטית הפוזיטיבית, אלא גם כאשר היא מדגימה את כשלונותיו של המשפט הנוהג. כך, לדוגמה, אנו מראים כי הדוקטרינה הרווחת בדבר אי-אכיפה של הסכמים המאפשרים הדרה גזענית כושלת (למרות יתרונותיה הרבים) בהערכת המאפיין המטריד ביותר של הסכמים אלה – מאפיין אשר אמור כשלעצמו להפוך הסכמים אלה לבלתי-קיימים.<sup>9</sup> כן נתייחס לגישה ההססנית מדי של המשפט המקובל כיום בכל הנוגע בהטלת חובות עשה על פרטים כלפי פרטים אחרים, ונגרוס כי לאחר השתחררות מתפיסה ליברטריאנית מסורתית זו ניתן לצפות לשינוי נורמטיבי ודוקטרינרי ביחס להטלות של חובות עשה אלה.

פרק ד של מאמר זה נכתב במיוחד לגרסה העברית של המאמר, במטרה להראות כיצד תיאוריית צדק ביחסים מאירה את המשפט הפרטי הנוהג בישראל. מטרתו היא לעמוד על החשיבות והרלוונטיות שיש לצדק ביחסים בהבנתו, בהצדקתו ובביקורתו של המשפט הפרטי שהתפתח בישראל בעשורים האחרונים באופן כללי, ובפרט ביחס לסוגיות אחדות הנתפסות כמרכזיות למשפט ולחברה בישראל.

## א. דיכוטומיה מטעה

להשקפה המסורתית על המשפט הפרטי ולביקורת הקיימות נגד השקפה זו יש מכנה משותף מסוים: שתי הקבוצות מבטאות חוסר שביעות-רצון מההבחנה הבנלית שבין הציבורי לפרטי, שלפיה המשפט הציבורי "הוא המשפט שעוסק בשלטון... או במישור האנכי של היחסים בין השלטון לבין הפרטים", בעוד המשפט הפרטי מסדיר את המישור האופקי בין הפרטים הכפופים לסמכות פוליטית זו.<sup>10</sup> הגישה המסורתית רואה אפיון זה של המשפט הפרטי כריק מתוכן וכחסר משמעות; אחרי הכל, ניתן להסיק מהבחנה בנלית זו כי "אפילו בברית-המועצות היה משפט פרטי".<sup>11</sup> בהתאם, ההשקפה המסורתית עומדת על כך שערכי המשפט הפרטי מנותקים באופן מוחלט מפוליטיקה (כהגדרתה באופן הרחב ביותר), דהיינו, מכל "מטרה משותפת" או "מחויבות של חבר מתוקף השתייכותו לקבוצה".<sup>12</sup> לעומת זאת, הגישות הביקורתיות מזהירות מפני הסכנות העמוקות שיש באימוץ נרחב של משפט פרטי

9 ראו להלן חלק ג(א) (המסביר מדוע תניות גזעניות בחוזה הן פסולות באופן טבוע תחת התיאוריה של צדק ביחסים במשפט הפרטי).

10 Michel Rosenfeld, *Rethinking the Boundaries Between Public Law and Private Law for the Twenty First Century: An Introduction*, 11 INT'L J. CONST. L. 125, 125–26 (2013)

11 ALAN BRUDNER, *THE UNITY OF THE COMMON LAW* 54 (2nd ed. 2013)

12 שם בעמ' 353.

מסורתית.<sup>13</sup> יתרה מזו, מאחר שגישות ביקורתיות אלה מסכימות כי המשפט של התייחסויות-גומלין בין-אישיות הוא נטול ערך מוסרי מסוים הנובע מעצם קיומו של המישור האופקי, הן נוטות לזנוח את ההבחנה שבין הציבורי לפרטי, ובמקום זאת להמשיג את המשפט הפרטי כמערך של אסטרטגיות גולטוריות ללא משמעות מוסרית ייחודית (ואף ללא פוטנציאל של משמעות כזו), הגם שהוא מקדם (במיטבו) ערכים מוסריים אחרים כלל-חברתיים (כגון צדק חלוקתי או רווחה מצרפית).

## 1. הגישה המסורתית: המשפט הפרטי כמקור לחירות ושוויון פורמליים

בתוך המחנה המסורתית, ליברטריאנים מפרשים את המשפט הפרטי כהסדר קדם-פוליטי. כחלק מגישה זו, המשפט הפרטי מסווג כמשטר של זכויות קנייניות חזקות אשר תוחם את גבולותיהם של המרחבים המוגנים וקובע כללים נוקשים לצורך זיהוי של העברת זכויות תקפה.<sup>14</sup> אין זה מפתיע, שהרי הבנת המשפט – ועל-כן גם המשפט הפרטי – כמושתת על האידיאל שלפיו פרטים מתייחסים לפרטים אחרים כחופשיים ושווים מבחינה פורמלית הינה בסיסית בפרויקט הליברטריאני. ליברטריאנים תופסים בדרך-כלל את הזכויות במשפט הפרטי כְּתִשְׁתִּית (baseline) הקדם-פוליטית של האמנה החברתית, ולפיכך כגבולות של דרישותיה הגליטמיות של אמנה זו.<sup>15</sup> אין זה מפתיע ששלושת העקרונות אשר רוברט נוזיק טען כי הם העקרונות הבלעדיים ששיטת משפט צריכה לתמוך בהם מתכתבים (באופן גס) עם שלושת ענפי המשפט הפרטי המרכזיים: העיקרון של רכישת נכסים (קניין), העיקרון של העברת נכסים (חוזים) והעיקרון של תיקון הפרות של שני העקרונות הראשונים (נזיקין).<sup>16</sup> העמדה הליברלית-האגליטריאנית מעניינת יותר. הליברלים דוחים את המדינה המינימלית הליברטריאנית, אך מאמצים תפיסה ליברטריאנית של המשפט הפרטי. הליברלים עומדים על כך שהצדק דורש שהמדינה תצעד מעבר למחויבויות הנורמטיביות הליברטריאניות להבטחת עצמאות (כלומר, חירות שלילית) ושוויון פורמלי. ברם, כל האחריות לכך מוטלת לגישתם על המדינה. לאמור, המדינה הינה הגוף היחיד אשר נושא בחובות עשה להבטחת האוטונומיה של הפרט והשוויון המהותי בין פרטים. בכך הליברלים מטילים אחריות מוגבלת בלבד (אם בכלל) על פרטים המתנהלים עם פרטים אחרים באופן שחורג משמירת החירות והשוויון הפורמליים. המשמעות היא שמערך הזכויות והחובות במשפט הפרטי הליברלי-האגליטריאני דומה (אם לא זהה) למערך זה במשפט הפרטי הליברטריאני. רעיון זה של חלוקת עבודה מוסרית הוא הבסיס המקובל להבחנה שבין הציבורי לפרטי.<sup>17</sup>

13 ראו להלן חלק 2א (העוסק בביקורת התפיסה המסורתית).

14 ראו, למשל, ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA 160 (1974) (המתאר את זכות הבעלות כ"שרירות בעלים"); Randy E. Barnett, *A Consent Theory of Contract*, 86 COLUM. L. REV. 269, 270, 302–03 (1986) (המציג את החשיבות של כללים נוקשים בתיאוריה של זכויות).

15 ראו NOZICK, לעיל ה"ש 14, בעמ' 149.

16 שם, בעמ' 150–153. ראו גם ALON HAREL, *Public and Private Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CRIMINAL LAW 1040, 1045 (Markus D. Dubber & Tatjana Hörnle eds., 2014).

17 אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט מאמינים בדרך-כלל בחלוקה מוסרית זו מסיבות אחרות לחלוטין. ראו, למשל, LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, *Why the Legal System Is Less*

הרעיון שאחריות המדינה להבטחת שוויון הזדמנויות מספיקה להשגת שוויון מהותי ואוטונומיה מושרש היטב בחשיבה הליברלית-האגליטריאנית.<sup>18</sup> ג'ון רולס, לדוגמה, טוען כי בעוד מוסדות מדינתיים, כגון מערכת המיסוי, אוכפים כללים של חלוקה, על מוסדות המשפט הפרטי "להותיר לפרטים ולקבוצות את החופש לפעול באופן אפקטיבי להשגת מטרותיהם, ללא מגבלות מוגזמות... בידועם כי התיקונים הנדרשים לשימור הצדק נעשים במקום אחר במערכת החברתית".<sup>19</sup> באופן דומה, רונלד דוורקין מציין כי שוויון הינו המידה הטובה של הריבון, וכי לפרטים אין "חובה כללית לנהוג כלפי שאר הפרטים בקהילה [שלהם] באותה מידה של דאגה ותשומת-לב".<sup>20</sup> לאחר-מכן הוא עורך השוואה בין התפיסה הליברלית-האגליטריאנית לבין זו הליברטריאנית, ומסיק כי "חרף השוני הרב בין שתי תיאוריות אלה", הן דומות מאוד במובן זה ששתיהן אינן מיישמות את האידיאל הבסיסי של שוויון – דהיינו, שוויון מהותי – לעניין התנהגותם הראויה של פרטים.<sup>21</sup>

אכן, הפילוסופיה הפוליטית הליברלית בת ימינו רואה התלכדות בין חלוקת העבודה המוסדית לבין חלוקת העבודה המוסרית.<sup>22</sup> הביטוי המקיף והמתוחכם ביותר של רעיון זה

---

*Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. 667, 667–68 (1994) (הטוענים כי חלוקה מוסדית היא הכרחית לקידום יעילות). אבל ראו גם Daphna Lewinsohn-Zamir, *In Defense of Redistribution Through Private Law*, 91 MINN. L. REV. 326, 329–32 (2006) (הטוענת כי יעילות אינה האופן היחיד שבו צריך לאמור את המשפט הפרטי); Tsilly Dagan, *The Global Market for Tax and Legal Rules*, 21 FLA. TAX REV. 148 (2017) (הטוענת כי עליונותם של כללי המס כמנגנון לחלוקה מחדש של שכר משכנעת – ואולי אף אינה בת-הפרכה – בכלכלה סגורה, אולם אינה ברורה מאליה בתנאי הכלכלה הגלובלית של ימינו).

18 אולם נראה כי חלק מהפילוסופים הליברלים דווקא חולקים על רעיון מקובל זה. ראו, למשל, SAMUEL SCHEFFLER, *EQUALITY AND TRADITION: QUESTIONS OF VALUE IN MORAL AND POLITICAL THEORY* 107–28 (2010). לדיון העוסק בקשר שבין השקפה זו לבין תיאוריית צדק ביחסים ראו, באופן כללי, Hanoach Dagan & Avihay Dorfman, *Justice in Private: Beyond the Rawlsian Framework*, 37 LAW & PHIL. 171 (2018).

19 (RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* (להלן: JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* 268–69 (1993)). ראו גם John Rawls, *Social Unity and Primary Goods*, in JOHN RAWLS: COLLECTED PAPERS 359, 371 (Samuel Freeman ed., 1999) "social division of responsibility" (בין האזרחים למדינה).

20 (DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* (להלן: RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* 296 (1986)).

21 שם בעמ' 299.

22 וזאת בין אם גישתו של רולס, הפוטר באופן מלא פרטים מאחריות להגשמת שוויון מהותי וחירות, היא נכונה ובין אם לאו. ראו Samuel Scheffler, *Distributive Justice, the Basic Structure and the Place of Private Law*, 35 OXFORD J. LEGAL STUD. 213, 227–29 (2015). על-פי דרך פרשנות אחת, חלוקת עבודה זו הינה עקרונית מבחינה מוסרית: על-ידי הבטחת הצדק ברקע (באמצעות מוסדות מדינתיים), המדינה מאפשרת לפרטים להשתמש בכוחם לצורך הצבת תפיסות הטוב שלהם והגשמת תפיסות אלה. ראו, למשל, Arthur Ripstein, *The Division of Responsibility and the Law of Tort*, 72 FORDHAM L. REV. 1811, 1813 (2004) (להלן: Ripstein, *Division of Responsibility*). לפי דרך פרשנות אחרת, חלוקת העבודה המוסדית



נמצא בפיתוחים עכשוויים לתפיסתו של עמנואל קנט בנוגע למשפט הפרטי.<sup>23</sup> אף שפרטים רבים בתיאוריה הקנטיאנית שנויים במחלוקת, ההבנה הבסיסית של המשפט הפרטי פליבה של העצמאות האישית והשוויון הפורמלי מהדהדת בזרם המרכזי של הגישה הליברלית – כולל עמדתם של תיאורטיקאים ליברלים של המשפט הפרטי<sup>24</sup> – ובכך מתווה היטב את משמעויותיה.

תיאוריית המשפט הפרטי של קנט בנויה באופן בלעדי על אידיאל אחד: חירות המעוצבת באופן שלילי במונחים של "עצמאות מלהיות כבול על-ידי בחירתו של האחר".<sup>25</sup> עצמאות זו משמעה ש"כל אדם זכאי להיות האדון של עצמו או של עצמה... במובן השלילי של אי-כפיפות לבחירתו של שום אדם מסוים אחר".<sup>26</sup> בהתאם, עצמאות דורשת ששום אדם אחר לא יהיה רשאי לקבוע לפרט לאילו מטרות לשאוף. עצמאותנו אינה מותנית אם כן בנכונותם של אחרים להתחשב בנו;<sup>27</sup> להפך – "מאחר שהתנאים ההוגנים של התייחסות-גומלין בין

נובעת משיקולים מעשיים – מהקושי להעריך את ההשלכות החלוקתיות המצטברות של סוגים שונים של התייחסויות-גומלין בין-אישיות. ראו, למשל, RONALD DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE 117 (2000) (להלן: DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE); Samuel Freeman, Private Law and Rawls's Principles of Justice 27 (2014) (לא פורסם, עותק מצוי בידי המחברים). אך אפילו תחת הפרשנות האחרונה, האחריויות שדרישות הצדק החלוקתי עשויות להטיל על פרטים אינן בין-אישיות. אחריויות אלה הן אמצעי להיענות לדרישות ההשתייכות לקהילה המדינית, ועל-כן הן כפופות לניתוח השוואתי של הספקת האחריויות הללו על-ידי הקהילה או על-ידי הפרטים בה.

23 ראו, למשל, ARTHUR RIPSTEIN, PRIVATE WRONGS 37 (2016) (להלן: RIPSTEIN, PRIVATE WRONGS); ERNEST J. WEINRIB, CORRECTIVE JUSTICE 263-96 (2012) (להלן: WEINRIB, CORRECTIVE JUSTICE). חרף השוני הרב בין הגישות לעיל, ההבדלים והמחלוקות בנוגע לפרשנויות אלה של קנט אינם מהותיים למטרותינו.

24 להשקפותיהם של תיאורטיקאים של דיני הנויקין ראו, למשל, Ernest J. Weinrib, *Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice*, 2 THEORETICAL INQ. L. 107, 126-48 (2001) (העוסק בעמדותיהם של Jules Coleman ו-Arthur Stephen Perry); Thomas W. Merrill, *Property as Modularity*, 125 HARV. L. REV. F. 151, 157-58 (2012); Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Morality of Property*, 48 WM. & MARY L. REV. 1849, 1882-83, (2007) 1895. להשקפותיהם של תיאורטיקאים של דיני חוזים ראו Daniel Markovits, *as an Arm's Length Relation*, in PROMISES AND AGREEMENTS: PHILOSOPHICAL ESSAYS 295, Seana (Markovits, *Arm's Length Relation*: (להלן: Hanoch Sheinman ed., 2011) 307-12); Valentine Shiffrin, *Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation*, 29 PHIL. & PUB. AFF. 205, 227-30 (2000) (Shiffrin, *Paternalism*: (להלן: (2000)

25 IMMANUEL KANT, THE METAPHYSICS OF MORALS 63 (Mary Gregor trans., 1991) 25 ARTHUR RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY 35 (2009) (להלן: RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM); Ernest J. Weinrib, *The Jurisprudence of Corrective Justice* 6 (2015) (לא פורסם, עותק מצוי בידי המחברים).

26 RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM, לעיל ה"ש 25, בעמ' 4 (ההרגשה במקור).  
27 שם, בעמ' 14-45.

שני צדדים אינם יכולים להיקבע על בסיס חד-צדדי, שיקולים אשר ההצדקה שבכססים חלה רק על צד אחד הינם בלתי-קבילים<sup>28</sup>. עקרון העצמאות, ובהתאם לכך הדרישה כי התנאים של התייחסות-הגומלין בין פרטים יגשימו את העצמאות השווה מבחינה פורמלית של כל צד להתייחסות-הגומלין,<sup>29</sup> מונחים בבסיס תיאוריות קנטיאניות מודרניות של שלוש אבני-היסוד של המשפט הפרטי: קניין, חוזים ונזיקין.

**קניין** – עקרון העצמאות הקנטיאני מנסה להסביר מדוע זכויות קנייניות חייבות להיות מוגנות מפני התערבות חיצונית באופן דומה להגנה שבה זוכים החיים והגוף. ההסבר מתחיל בטיעון שלפיו אין הצדקה, המבוססת על ערך החירות, לשלילת האפשרות של אנשים עצמאיים להשתמש בחפצים חיצוניים שטרם נעשה בהם שימוש על-ידי אדם אחר או שלא היו בשליטתו של אדם אחר. אם פרטים זכאים "לממש את חירותם באמצעות שליטה בחפצים חיצוניים שבהם בחרו", אזי חפצים אלה חייבים להיות כפופים לשיקול-הדעת הבלעדי של הפרט הבוחר, כך שכל הפרטים האחרים מוגבלים על-ידי רצונו החד-צדדי של הבעלים.<sup>30</sup> **חוזים** – גם הסכמה חוזית "מקבלת את משמעותה מכוח הזכות [הקנטיאנית] הבסיסית לעצמאות שיש לפרטים זה כלפי זה"<sup>31</sup> חוזים "מאפשרים לאנשים חופשיים לממש שליטה עצמית יחד"<sup>32</sup> ו"להציב כל אחד את מטרותיו ולשאוף אליהן בתנאים של תלות הדדית"<sup>33</sup>. כדי ש-א יוכל לקבל גישה לרכושה של ב, לקבל זכאות לשירותיה של ב או להיכנס לשותפות עם ב, גם א וגם ב חייבים להשתמש ב"כוחות המוסריים שיש לכל אחד מהם"; כל תוצאה שאינה עולה בקנה אחד עם אותו "רצון משותף" נחשבת לניסיון של א להפוך את גופה או רכושה של ב לאמצעיו הבלבדיים של א.<sup>34</sup> רק באמצעות חוזה יכולה ב להעניק ל-א "כוחות על הגוף והרכוש [שלה] באופן המתיישב עם הכוח הבלעדי [שלה] לקבוע איזה שימוש ייעשה בהם"<sup>35</sup>.

**נזיקין** – אותה תפיסה צרה של הפרט כחופשי ושווה מבחינה פורמלית מנחה גם את התיאוריה הקנטיאנית המודרנית של דיני הנזיקין. בהינתן החשיבות – השווה מבחינת פורמלית – של עצמאותו של כל פרט, תנאי התייחסות-הגומלין חייבים להיקבע בצורה אובייקטיבית, באופן שאינו מתחשב בתכונות ובמאפיינים האישיים של כל פרט שהתנהגותו נבחנת. התחשבות בשיקולים סובייקטיביים בתוך תנאי התייחסות-הגומלין הבלתי-רצוניים

- Jules WEINRIB, CORRECTIVE JUSTICE לעיל ה"ש 23, בעמ' 36. לווריאציה על נושא זה ראו Coleman & Arthur Ripstein, *Mischief and Misfortune*, 41 MCGILL L.J. 91, 109, 112 (1995); Arthur Ripstein, *Civil Recourse and Separation of Wrongs and Remedies*, 39 FLA. ST. U. L. REV. 163, 181 (2011) (להלן: Ripstein, *Civil Recourse and Separation*).
- KANT לעיל ה"ש 25, בעמ' 36.
- WEINRIB, CORRECTIVE JUSTICE לעיל ה"ש 23, בעמ' 275. ראו גם RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM לעיל ה"ש 25, בעמ' 91.
- RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM לעיל ה"ש 25, בעמ' 109.
- שם, בעמ' 108.
- שם, בעמ' 107.
- ראו שם, בעמ' 109, 114-115 ו-122-123. כן ראו WEINRIB, CORRECTIVE JUSTICE לעיל ה"ש 23, בעמ' 153-154 (העוסק ב-"Kantian account of contractual entitlement").
- RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM לעיל ה"ש 25, בעמ' 127.

תעניק לצד אחד להתייחסות־הגומלין את האפשרות לקבוע תנאים אלה באופן חד־צדדי, ותוצאה זו תהווה הפרה של השוויון הפורמלי בחירויות.<sup>36</sup>

לגישתם של קנטיאנים, הכבוד ההדדי שאנו חבים זה לזה כפרטים חופשיים ושווים מחייב לכבד את האישיות המופשטת של האחר ללא יציקת תוכן קונקרטי לאישיות זו. המאפיינים הפרטיקולריים העשויים להבחין בין פרט לפרט – רצונות, כשרונות, נסיבות וכיוצא בהם – אינם רלוונטיים.<sup>37</sup> הפרט הינו חופשי בשל יכולתו להציב מטרות ולנסות להגשימן באמצעות שימוש בגופו וברכשו מבלי להיות כפוף לבחירותיהם של אחרים. כמו־כן, הפרטים הינם שווים מעצם יכולתם כאמור. לכן הם "פרטים בעלי תכלית אשר לא מוטלות עליהם חובות לפעול בשם אי־אלה מטרות ספציפיות, ראויות ככל שיהיו"; וככאלה הם כפופים אך ורק ל"מערכת של חובות שליליות שעניינן אי־התערבות בזכויותיהם של אחרים" לקבוע את מטרותיהם ולנסות להגשימן באופן בלתי־תלוי ברצונו של האחר, דהיינו, למערכת המשפט הפרטי.<sup>38</sup>

חלק מהקנטיאנים המודרניים טוענים כי הבנה זו של המשפט הפרטי מעוגנת בהגיגות תורת־משפטי (juridical), במובן זה שהיא "עוסקת אך ורק בערכים המשקפים את הייחודיות של ההצדקה של המשפט הפרטי".<sup>39</sup> אך כפי שטוען ההגליאני המודרני אלן ברודנר, הצגת השקפה זו על המשפט הפרטי כהכרח לוגי המשוקע בטבעו של המשפט הפרטי נדונה לכישלון, משום שהמשפט אינו "נקבע באופן אנליטי", והמפלט התיאורטי להבנה המסורתית של המשפט הפרטי "ניתן לערעור ולוויכוח מבחינה מוסרית".<sup>40</sup> יתרה מזו, טיעון הנובע מהכרח לוגי מציב רף גבוה ביותר: כדי שטיעון זה יצלח, לא יכולה להיות שום הבנה עקבית והגיונית אחרת של המשפט הפרטי מלבד זו שלפיה המשפט הפרטי הוא המשפט של התייחסויות־גומלין בין־אישיות בין פרטים חופשיים ושווים מבחינה פורמלית. דרישה זו יכולה אולי להתקיים מבחינה תיאורטית, אך קנטיאנים מודרניים טרם סיפקו את הטיעון הנחוץ על־מנת לעמוד ברף הגבוה שהציבו לעצמם.<sup>41</sup> כתוצאה מכך, על־מנת להצדיק עמדה ליברטריאנית זו של המשפט הפרטי, עמדה המניחה ישויות מופשטות, ברודנר, כמו ליברלים מודרניים אחרים, חוזר לחלוקת העבודה המוסרית המסורתית. תחת רעיון זה, המשפט המסדיר את מערכות היחסים הבין־אישיות שלנו יכול, ולכן צריך, לתמוך בעצמאותנו באמצעות קביעה בלבדית של "חובות לא לחרוג למרחבים האישיים" של אחרים, תוך הסתמכות על זכויותיהם של

36 ראו שם, בעמ' 171; ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 147–52 (2012) (להלן: WEINRIB, IDEA OF PRIVATE LAW) (המדגיש את החשיבות של קביעת סטנדרטים אובייקטיביים בדיני הנוזיקין, בפרט בעניין רמת הזהירות הסבירה); Ripstein, *Civil Resource and Separation*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 181 (שלפיו זכויות אישיות מחייבות קביעה של סטנדרטים אובייקטיביים).

37 WEINRIB, IDEA OF PRIVATE LAW, לעיל ה"ש 36, בעמ' 82.

38 WEINRIB, CORRECTIVE JUSTICE, לעיל ה"ש 23, בעמ' 11.

39 שם, בעמ' 28.

40 BRUDNER, לעיל ה"ש 11, בעמ' 19, 21–22 ו־360.

41 ראו Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *Against Private Law Escapism: Comment on Arthur Ripstein, Private Wrongs*, 14 JERUSALEM REV. LEGAL STUD. 37 (2017).

הפרטים במשפט הציבורי – זכויות אשר האחריות לקיימן מוטלת על החברה בכללותה – לשם הבטחת "הזכות החיובית" שלנו "לתנאים של הגדרה עצמית".<sup>42</sup>

## 2. הגישה הביקורתית: המשפט הפרטי כהמשך דרכו של המשפט הציבורי<sup>43</sup>

במהלך המאה הקודמת נמתחה ביקורת נרחבת נגד הגישה המסורתית – ובהתאם גם נגד ההבחנה המוצעת בין הציבורי לפרטי – מצד הוגות פמיניסטיות, אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט, ריאליסטים משפטיים ומלומדים של המשפט הביקורתי.<sup>44</sup> קריאה אוהדת של ביקורות אלה מעלה כי הן הציבו שתי טענות נכונות: הראשונה היא שהתיאור המסורתי של המשפט הפרטי אינו בלתי-נמנע ואינו א-פוליטי; והשנייה היא שחלק מהשלכותיה של ההשקפה המסורתית אינן ניתנות להצדקה מבחינה נורמטיבית.<sup>45</sup> אנו מסכימים עם טענות אלה. אולם חלק מהביקורות הולכות רחוק מדי בהסיפן על שתי טענות אלה טענות ספקולטיביות המעלימות כל הבחנה אפשרית בין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי, כפי שיפורט מייד. אימוץ טענות אלה מוביל לאיון כל משמעות נורמטיבית ייחודית של המשפט הפרטי כשדה המסדיר את התייחסויות-הגומלין הבין-אישיות שלנו. בכך ביקורות אלה מציגות באופן לא-ראוי את המשפט הפרטי כעוד כלי רגולטורי, אשר אין לו ערך מוסף כלשהו ביחס למשטרי רגולציה אחרים. במילים אחרות, התייחסות למשפט הפרטי כאל עוד אמצעי בתוך מערך רגולציה שלם גורמת לאובדן הערך הטבוע של המשפט הפרטי – הבניית התייחסויות-הגומלין הבין-אישיות שלנו.

ריאליסטים משפטיים ומלומדים של המשפט הביקורתי מְפנים את רוב ביקורתם אל הדרך שבה ההשקפה המסורתית ממשגה קניין וחוזים. מאחר שהמשפט הפרטי מבנה את התייחסויות-הגומלין היומיומיות שלנו, ובכך נוטה להתערבב בסביבתנו הטבעית, השיח של ההשקפה המסורתית נוטה "להחפיץ" את הכרעותיו. נטייה זו גורמת לכך שאנשים תופסים את ההכרעות הללו כהכרחיות (או לפחות כניטרליות וכמקובלות).<sup>46</sup> נוסף על כך, ביקורות

42 BRUDNER, לעיל ה"ש 11, בעמ' 148, 352 ו-355.

43 בהשאלה ממשפטו המפורסם של Carl von Clausewitz. ראו CARL VON CLAUSEWITZ, ON WAR 119 (Anatol Rapoport ed., J.J. Graham trans., 1968).

44 ראו, למשל, Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 N.Y.U. L. REV. 543, 564-65 (2000) (המסכמת את טענותיהם של הוגים ביקורתיים שלפיהן ההבחנה בין הציבורי לפרטי "אינה קוהרנטית"). רוב המחברים הללו הושפעו על-ידי הביקורת המרקסיסטית. ראו, באופן כללי, Gerald Turkel, *The Public/Private Distinction: Approaches to the Critique*, 22 LAW & SOC'Y REV. 801, 805-09 (1988) (המציג את עמדתו של קרל מרקס באשר להבחנה בין הציבורי לפרטי).

45 הטענה הראשונה הוצעה ב־HANS Kelsen, PURE THEORY OF LAW 280-83 (Max Knight trans., 2nd rev. ed. 1967).

46 ראו, למשל, Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUM. L. REV. 809, 811-12 (1935) (להלן: Cohen, *Transcendental Nonsense*) (המבקר את "הפיקציות והמטפורות השופעות של תורת המשפט המסורתית" על כך שהן מייצרות החלטות שיפוטיות אשר "שוכחות" את הכוחות החברתיים המעצבים את הדין).<sup>47</sup> כן ראו Robert W. Gordon, *New Developments in Legal Theory, in THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE*

אלה מראות כי התפיסה המסורתית של המשפט הפרטי כשדה של עצמאות ושוויון פורמלי אינה ברורה מאליה ואינה בלתי-ניתנת להפרכה.<sup>47</sup> יתרה מזו, לנוכח העובדה שההבנה המסורתית נוטה לשרת את שימור הסטטוס-קוו,<sup>48</sup> ביקורות אלה עומדות על כך שעל המשפט הפרטי, בדומה למשפט הציבורי, להיות כפוף לניתוח חלוקתי.<sup>49</sup> מאחר שהמשפט הפרטי אינו אך "שליטה בדברים" אלא גם "שליטה בעמיתינו בני-האדם", המשפט חייב להתייחס ל"כוח שההסדר המשפטי מעניק לאלה הנקראים בעלים כלפי חיהם של אחרים."<sup>50</sup> השיח המסורתי של המשפט הפרטי נמנע מלהתעסק בשאלה זו באמצעות התעלמות מההשלכות החלוקתיות של המשפט,<sup>51</sup> ועל-כן הוא מגן על הסטטוס-קוו מפני בחינה ויכול לשמש אף "להנצחת דעות קדומות והנחות לא-ביקורתיות שלא היו יכולות לעמוד באור היום של מחלוקת אתית חופשית."<sup>52</sup>

הגישה הפמיניסטית מבקרת באופן דומה את השלכותיה של ההבנה המסורתית של המשפט הפרטי ביחס לדוקטרינות הנוגעות במשפחה. היא מדגישה את הקונטינגנטיות של המשפחה הפטריארכלית וכן את התפקיד החיוני של המשפט ביצירת יחסים ביתיים-משפחתיים ספציפיים אלה. כך, הגישה הפמיניסטית חושפת את הפגמים של דיני המשפחה המסורתיים: על-ידי סיווג המשפחה הפטריארכלית כ"פרטית" או כ"פרסונלית", דיני המשפחה המסורתיים מאמצים מדיניות קיצונית של אי-התערבות אשר מסתירה, ובכך מנציחה, את חוסר הצדק שבה באמצעות הגנה על אלימות והתעללות – כגון ניצול ותקיפה של חברי

- 
- CRITIQUE 413, 418–21 (David Kairys ed., 2nd ed. 1990) (“[Legal] system building has the effect of making the social world as it is come to seem natural and inevitable”); Robert W. Gordon, *Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law*, 15 FLA. ST. U. L. REV. 195 (1987) (להלן: Gordon, *Unfreezing Legal Reality*) (המבקר את הנסיגות הליברליים הקלטיים למצוא כללים שהינם בלתי-מוזיקים או ניטרליים במשפט הפרטי).
- 47 ראו, למשל, Libby Adler, *The Gay Agenda*, 16 MICH. J. GENDER & L. 147, 192–93 (2009) (המדגישה את החסרונות הגלומים בשוויון פורמלי בהקשר של נישואים חד-מיניים).
- 48 ראו והשוו John Dewey, *Logical Method and Law*, in AMERICAN LEGAL REALISM 185, 193 (1993) (William W. Fisher III, Morton J. Horwitz & Thomas A. Reed eds., 1993) (הטוען כי גם מערכות משפט ליברליות, בדומה לכל היתר, מכילות הטיות טבעיות כלפי קבוצות מסוימות).
- 49 ראו, למשל, Aditi Bagchi, *Distributive Injustice and Private Law*, 60 HASTINGS L.J. 105, (2008) 106–07 (המבקרת “affirmative arguments in favor of using [only] the state’s powers of tax and transfer to effect redistribution”).
- 50 ראו Morris R. Cohen, *Property and Sovereignty*, 13 CORNELL L.Q. 8, 13 (1927).
- 51 ראו, באופן כללי, Robert L. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, 38 POL. SCI. Q. 470 (1923) (הטוען כי כללי-הרקע של המשפט אחראים באופן חלקי לאי-השוויון בחלוקת ההכנסה והכוח בחברה).
- 52 Cohen, *Transcendental Nonsense*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 814–818 ו-840. לביקורות דומות על ענפים אחרים של המשפט הפרטי ראו Morris R. Cohen, *The Basis of Contract*, 46 HARV. L. REV. 553 (1993); Louis L. Jaffe, *Law Making by Private Groups*, 51 HARV. L. REV. 201 (1937); Karl E. Klare, *The Public/Private Distinction in Labor Law*, 130 U. PA. L. REV. 1358 (1982).

המשפחה – מפני בחינה שיפוטית.<sup>53</sup> לבסוף, הגישה הפמיניסטית עומדת על כך שהסדרים ביתיים-משפחתיים חייבים להיות מושא לבחינה ציבורית, וכי הם נושא ראוי לתיאוריות של צדק פוליטי וחברתי, בדומה לכל נושא אחר המשוך למשפט הפרטי.<sup>54</sup>

הביקורות מצד כל אחת מקבוצות אלה נוטלות לעיתים את טענותיהן צעד אחד קדימה בעזרת טיעונים חזקים ומופרזים החולקים על קיומו של ערך פוטנציאלי כלשהו לכל הבנה אפשרית של המשפט הפרטי. גישות ביקורתיות אלה טוענות כי "החלוקה של המשפט לתחום ציבורי ולתחום פרטי" הינה שרירותית, וכי כל אחת מהקטגוריות של המשפט הפרטי היא "האצלה של כוח ציבורי אשר [ניתן] להצדיקו רק על-ידי תכליות ציבוריות".<sup>55</sup> לפי גישה זו, המשפט הפרטי הוא "משפט ציבורי מוסווה".<sup>56</sup> זאת ועוד, "ההבחנה התיאורטית בין פעילות במישור הציבורי לפעילות במישור הפרטי" נחשבת מכשיר לגיטימציוני אשר משריש את ההנחה הכוזבת שלפיה "הפעילות הפרטית היא אכן פרטית לגמרי, כך שהשימוש בכוח הפרטי אינו נתפס כדכאני".<sup>57</sup> זאת הסיבה לכך שביקורות אלה חוגגות את ירידת חשיבותה של ההבחנה בין משפט ציבורי למשפט פרטי,<sup>58</sup> ורואות את "ההעלמה של הפרטי"<sup>59</sup> כדרישת-קדם להתהוות "אפשרויות חדשות ליחסים אנושיים".<sup>60</sup>

הקריאה להיפטר מההבחנה שבין הציבורי לפרטי משמעה שחלוקת העבודה בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי הינה מוסכמה חברתית שרירותית גרידא (שאינה יכולה להיות מבוססת על ערך טבוע כלשהו במשפט הפרטי), וכי עניינה הראוי של חלוקת עבודה זו נוגע לכל-היותר בעיצוב מוסדי המעוגן ביתרונות היחסיים הגלומים בכלים הרגולטוריים הרלוונטיים. עמדה זו משויכת כיום במידה רבה לניתוח הכלכלי של המשפט<sup>61</sup> – גישה אשר

- 53 ראו, באופן כללי, Ruth Gavison, *Feminism and the Public/Private Distinction*, 45 STAN. L. REV. 1, 24 (1992) (המציינת כי חלק מההגות הפמיניסטית מאתגרת את המסקנה שהמשפחה צריכה להיות חופשייה מהתערבות של המדינה, משום שמסקנה זו נשענת על הנחת-שווא באשר לטבעם של חיי המשפחה, שנעשה בה שימוש כדי להסוות את הניצול וההתעללות על-ידי בני משפחה).
- 54 ראו, למשל, שם, בעמ' 16, 20, 23–25 ו-27–28.
- 55 Morton J. Horwitz, *The History of the Public/Private Distinction*, 130 U. PA. L. REV. 1423, 1426 (1982).
- 56 ראו Leon Green, *Tort Law Public Law in Disguise*, 38 TEX. L. REV. 1, 1–2 (1959) (הגורס כי יש להביא בחשבון שיקולי מדיניות ציבורית בהכרעה של כל מקרה ומקרה).
- 57 Alan Freeman & Elizabeth Mensch, *The Public-Private Distinction in American Law and Life*, 36 BUFF. L. REV. 237, 246–47 (1987). ראו גם CATHARINE A. MACKINNON, FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW 102 (1987) (שלפיה ההבחנה בין הציבורי לפרטי "keeps the private beyond public redress and depoliticizes women's (subjection within it)".
- 58 Duncan Kennedy, *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, 130 U. PA. L. REV. 1349 (1982).
- 59 ראו CATHARINE A. MACKINNON, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE 191 (1989).
- 60 Freeman & Mensch, לעיל ה"ש 57, בעמ' 238.
- 61 ראו, למשל, Guido Calabresi, *A Broader View of the Cathedral: The Significance of the Liability Rule, Correcting a Misapprehension*, 77(2) LAW & CONTEMP. PROBS. 1, 1–4

נתפסת בהקשרים רבים אחרים כיריב המושבע של התיאוריה הביקורתית.<sup>62</sup> כפי שהעיר אלון הראל, "תיאורטיקאים של משפט וכלכלה מתכחשים לחשיבותה של ההבחנה המוסרית בין משפט ציבורי למשפט פרטי", ונוטים להיות אדישים כלפי נסיונות תיאורטיים היוצרים הבחנה כזו.<sup>63</sup> ההשקפה הבסיסית שלהם היא ש"יש עבודה שצריכה להתבצע, והיא חייבת להתבצע בדרך האפשרית הטובה ביותר", ולדידם הבחירה בין ביצועה על-ידי המשפט הפרטי לבין ביצועה על-ידי המשפט הציבורי הינה "פרגמטית", כלומר, כזו ה"תלויה בהשוואת תוחלות התועלת" של סוכנים אלה "בביצוע העבודה".<sup>64</sup>

יובהר כי חלק מהניתוחים הכלכליים של המשפט יכולים להיקרא ככאלה המבוססים על מחויבות לערך האוטונומיה והחירות (כגון הגדרה עצמית).<sup>65</sup> בכך הם עשויים להתאים לאחת משתי אבני-הפינה בתפיסתנו באשר למשפט הפרטי, דהיינו, אוטונומיה (אבן-הפינה השנייה היא כזכור שוויון מהותי). אך האוטונומיה לכל-היותר מרומזת בניתוחים כלכליים אלה, בעוד המחויבות המפורשת והמרכזית שלהם היא למרוב הרווחה המצרפית. מחויבות זו יוצרת בהכרח גישה מכשירנית קיצונית למשפט הפרטי, ולכן נטייתם של אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט לביטול ההבחנה שבין הציבורי לפרטי אינה מפתיעה.

בעוד אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט אינם מוטרדים מהעלמת ההבחנה בין הציבורי לפרטי בתחום המשפט, דווקא מלומדים בעלי נטייה ביקורתית רבה יותר נוטים להכיר הן בהשלכות הבעייתיות הנובעות מביטול ההבחנה האמורה והן בהתמדה העיקשת של המשפט הפרטי להיות תחום משפטי נפרד ומובחן.<sup>66</sup> כפי שטוענת רות גביון, האיריאל הפמיניסטי אינו "מצב עניינים שבו שום דבר אינו פרטי".<sup>67</sup> להפך, פמיניסטיות תומכות לעיתים בשינויים ב"תמהיל של הציבורי/פרטי", לנוכח "האמונה שלנשים מגיע יותר [מהערכים של הפרטי] מכפי שהן מקבלות כיום".<sup>68</sup> בהתאם, באחת הביקורות המוכרות יותר באסכולת המשפט הביקורתית ביחס להבחנה שבין המשפט הציבורי למשפט הפרטי, גורסים אלן פרימן ואליזבת מנש כי "אי-אפשר לצאת נגד" ערכי המשפט הפרטי ו"אין לזלזל בכוחם המשחרר".<sup>69</sup> אבל

(2014) (להלן: Calabresi, *A Broader View*).

62 אין זו כמובן נקודת ההתלכרות היחידה של תנועת הניתוח הכלכלי של המשפט ושל תיאוריית המשפט הביקורתית: שתי האסכולות נוטות גם לבטל את הנורמטיביות של המשפט.

63 ראו Harel, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1040 ו-1050-1051.

64 שם, בעמ' 1051.

65 ראו HANOCH DAGAN & MICHAEL HELLER, THE CHOICE THEORY OF CONTRACTS 52-53 (2017) (להלן: DAGAN & HELLER, CHOICE THEORY).

66 ראו והשוו, Kit Barker, *Private Law: Key Encounters with Public Law*, in PRIVATE LAW: KEY ENCOUNTERS WITH PUBLIC LAW 3, 37-39 (Kit Barker & Darryn Jensen eds., 2013) ("[D]espite rumours to the contrary... the private/public 'distinction' is far from dead... [D]espite the pressures from the 'public'... there remain key aspects of private law's 'privateness'... that are persistently important and that explain its resistance to being swallowed up in all that is 'public'").

67 Gavison, לעיל ה"ש 53, בעמ' 42.

68 שם, בעמ' 29 ו-43.

69 Freeman & Mensch, לעיל ה"ש 57, בעמ' 256.

מכיוון שהם תופסים "את המודל הבסיסי" של המשפט הפרטי כמודל של "הדרת האחר" וככזה "המכיר במרחק המנוכר שלנו זה מזה", הם מוסיפים כי "הדילמה היא המידה שבה אותו דבר שיוצר רגע של שחרור משמש מייד לאחר־מכן לשכפול – באמצעות שימוש באותם טיעונים בדיוק – של העולם [הדכאני] שאנו מנסים לשנות".<sup>70</sup>

## ב. הצדק של המשפט הפרטי

ההבחנות שתוארו בסוף החלק הקודם עוזרות להסביר את המבוי הסתום התיאורטי שאליה הגיעו הגישות השונות, וכן את הציפייה לגישה תיאורטית חדשה.<sup>71</sup> הן הגישה המסורתית והן הגישות הביקורתיות מבינות את הערך של המשפט הפרטי כמונחים דומים, דהיינו, כביטוי המעשי של חירות ושוויון פורמליים. אך כפי שתואר בחלק א, תגובתן על ערך זה שונה: הגישה המסורתית תומכת בו, ואילו הגישות הביקורתיות מוקיעות אותו או מתעלמות ממנו. הבנה זו של המשפט הפרטי אינה מובנת מאליה ואינה בלתי־נמנעת. במקום להמשיך לדון ביתרונותיה ובחסרונותיה, אנו מציעים תפיסה חדשה של המשפט הפרטי התואמת באופן טוב יותר את המחויבויות הנורמטיביות הליברליות העומדות בבסיס החברה הדמוקרטית שבה אנו חיים. כפי שיודגם בהמשך, תפיסה חדשה זו אף מסבירה באופן טוב יותר את המשפט הנוהג. גישתנו מדגישה את הערך הטבוע של המשפט הפרטי הן בצורתו והן בתוכנו, תוך פיתוח האינטואיציה החזקה שלפיה המשפט הפרטי עוסק במערכות היחסים הבין־אישיות שלנו כפרטים, ולא כאזרחים של המדינה הדמוקרטית או כנמענים של מדינת הרווחה.<sup>72</sup> גישה זו גם מתנערת מהשיוך המוטעה – אך הרווח בספרות – של המשפט הפרטי עם המשפט המקובל דווקא. בחלק זה אנו מפתחים את רעיון הצדק של המשפט הפרטי, שבסיסו האידיאל של יחסים צודקים, ותרים אחר השלכותיו על תוצאותיה של ההבחנה המחודשת שבין הציבורי לפרטי.

70 שם.

71 ג'ון גולדברג, לדוגמה, הכריז לאחרונה על קיומו של "משפט פרטי חדש". John C.P. Goldberg, *Introduction: Pragmatism and Private Law*, 125 HARV. L. REV. 1640, 1651 (2012). גולדברג מונה ארבעה עקרונות של המחויבויות המתודולוגיות של המשפט הפרטי החדש: הכרה כי "המשפט מובחן מהפוליטיקה ומהמוסר, אך אינו מנותק מהם"; מחויבות ל"ניתוח משפטי מושגי"; מחויבות "להתייחס למשפט ברצינות", באופן הכולל גם לימוד בין־תחומי; והכרה כי מושגים וכללים משפטיים מושפעים לעיתים מההקשרים שבהם הם פועלים ומהאנשים האחראים להפעלתם. שם, בעמ' 1663. איננו מצליחים לראות, עם זאת, כיצד מחויבויות מתודולוגיות אלה מהוות חידוש או שונות מתיאוריית המשפט הפרטי המקובלת במידה שמצדיקה את הכותרת "משפט פרטי חדש".

72 איננו טוענים כי אפשר להפריד לחלוטין את זהותנו כפרטים מזהותנו כאזרחי המדינה הדמוקרטית או כנמעני מדינת הרווחה. טענתנו היא כי עלינו להיות זהירים לא לחבר את הזהות החברתית עם הזהות המדינתית, באופן שלא יאפשר להבחין בין המישור האופקי (החל בין הפרט לבין פרטים אחרים) לבין המישור האנכי (החל בין הפרט לבין המדינה). מערכות היחסים שלנו כפרטים אינן צריכות להיות תלויות במדינה, אף שבהקשרים רבים המישורים הללו שלובים. ראו להלן חלק ב(ג).



## 1. משפט פרטי יחסני

המשפט הפרטי עוסק בהתייחסויות הגומלין הבין-אישיות שלנו באמצעות ארגון וסידור של זכויות וחובות יחסניות. ארגון זה מסתורי וזר כמוכן לניתוח הכלכלי של המשפט ולגישות ביקורתיות אחרות, אשר רואים את המשפט הפרטי כעוד אמצעי להגשמת תכליות ציבוריות. יובהר כי המשפט הפרטי אינו עוסק בכל פרט נפרד המהווה צד להתייחסות-גומלין, אלא בתנאי התייחסות-הגומלין של הצדדים. במילים אחרות, המשפט הפרטי עוסק בזכויות ובחובות שהצדדים נושאים זה כלפי זה, וכן במסגרות של התייחסות-גומלין בין-אישית שצדדים אלה מקיימים. זכות הקניין, למשל, מקבילה לחובה לא להסיג גבול.<sup>73</sup> זוהי חובה המופנית באופן ספציפי אך ורק כלפי בעל זכות הקניין, ולא כלפי כל בעלי זכות הקניין בעולם.<sup>74</sup> חובה זו הינה בבעלותו של בעל זכות הקניין, במובן זה שהיא תולדה של הכוח ההופדיאני שלו – אשר כפוף לגבולות המותווים על-ידי דיני הקניין – להחליט אם לממש ולהגשים אותה נגד אלה הנתפסים ככפופים לכוח החלטה זה.<sup>75</sup> באופן דומה, ההתחייבות החוזית לקיום הבטחתו של צד לחוזה מופנית ישירות כלפי הנבטח, אשר מקבל בכך לידי כוח למימוש קיומה של ההתחייבות.<sup>76</sup> גם דיני הנזיקין מיישמים את עקרון היחסניות (relationality) שבמשפט הפרטי. חובת הזהירות, למשל, מופנית לא כלפי הציבור בכללותו,<sup>77</sup> אלא כלפי קבוצה של ניווקים פוטנציאליים אשר מערכת היחסים של המזיק איתם, והקרבה שלו אליהם, מצדיקות הטלת חבות עליו ביחס אליהם.<sup>78</sup>

הצורה היחסנית של המשפט הפרטי מעלה את השאלה כיצד ניתן להבחין בין המשפט הפרטי לבין המשפט הפלילי. שאלה זו רלוונטית בעיקר לאלה התופסים את המשפט הפלילי

73 ראו Avihay Dorfman & Assaf Jacob, *The Fault of Trespass*, 65 U. TORONTO L.J. 48, 61–64 (2015); Avihay Dorfman, *The Normativity of the Private Ownership Form*, 75 MOD. L. REV. 981, 993–95 (2012).

74 השווה JOHN G. FLEMING, *THE LAW OF TORTS* 79 (8th ed. 1992) (המציין כי העדר הסכמה הוא תנאי יסודי לפעולה של הסגת גבול); Walter Wheeler Cook, *The Powers of Courts of Equity, Part I*, 15 COLUM. L. REV. 37, 53 (1915) (המדגיש כי הסגת גבול היא פעולה המכוונת כלפי אדם ספציפי (in personam)).

75 ראו Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L.J. 16, 44–54 (1913) (הטוען כי כוח משפטי מצוי במתאם עם אחריות משפטית).

76 ראו Restatement (Second) of Contracts ch. 12, topic 4, intro. note (Am. Law Inst. 1981) (הדן בסמכותו של נבטח לפטור את המבטיח מחובתו לעמוד בדרישות החוזה).

77 ראו, למשל, Palsgraf v. Long Island R.R., 162 N.E. 99, 99 (N.Y. 1928) (שם הוגבלה חובת הזהירות של אדם לאלה המצויים באזור ספציפי).

78 ראו, למשל, “The Marshall v. Burger King Corp., 856 N.E.2d 1048, 1057 (Ill. 2006) (“The touchstone of this court’s duty analysis is to ask whether a plaintiff and a defendant stood in such a relationship to one another that the law imposed upon the defendant an obligation of reasonable conduct for the benefit of the plaintiff”); Coates v. S. Md. Elec. Coop., 731 A.2d 931, 936 (Md. 1999) (“Inherent... in the concept of duty is the relationship of the parties...”)

כחצברה (publicization) של הכוח הפרטי על-מנת להצדיק ולהגן על זכויות בין-אישיות.<sup>79</sup> תפיסה זו מנתקת את מבנה האכיפה האנכי של המשפט הפלילי מהזכות האופקית המונחת בבסיס המשפט הפרטי, באופן שאכן מחייב להבין את המשפט הפלילי כמשרת את תכליות המשפט הפרטי.<sup>80</sup> תחת תפיסה זו, הצדקת המשפט הפלילי דומה לזו של הכלים הרגולטוריים המודרניים שהחליפו באופן חלקי את המוסדות המסורתיים של פסיקה שיפוטית ואכיפה של המשפט הפרטי.<sup>81</sup>

ההסדרה המשפטית של המשפט הפרטי באופן צורני של יחסניות יכולה להוות אמצעי לכמה מטרות חיצוניות טובות, כגון הגדלת הרווחה המצרפית. חובת הזהירות שבדיני הנזיקין, למשל, יוצרת חברה בטוחה יותר, ודיני החוזים מאפשרים לאנשים לקדם את מטרותיהם האישיות באופן יעיל. אולם טענתנו היא כי לצורניות הייחודית של המשפט הפרטי, המתאפיינת ביחסניות שבין פרט אחד לאחר, יש ערך כשלעצמה, אשר מובחן מתרומתה למימוש מטרות חיצוניות. זאת, מכיוון שהמשפט הפרטי יוצא מנקודת הנחה של התייחסויות-גומלין בין-אישיות ומבוסס עליהן. לפי הבנה זו, הזכויות, החובות והמסגרות של המשפט הפרטי יוצרות את האפשרות להציב מטרות ולשאוף אליהן בדרך יחסנית. לשם המחשה, בעוד הבטחה חוזית מאפשרת לנבטח ולמבטיח לממש את מטרותיהם הרצויות, האופן הצורני הספציפי שבו העסקה החוזית מגשימה מימוש זה גם הוא בעל ערך, שכן הוא דורש מאלה המשתמשים בו להכיר זה בזה כצדדים למאמץ משותף.<sup>82</sup>

אכן, המבנה היחסני של הזכויות והחובות במשפט הפרטי מסייע, ככלל, במימוש יוזמות ומטרות באמצעות התייחסויות-גומלין בין-אישיות. לעיתים מישור אופקי ובין-אישיו זה הוא בדיוק מטרתה של התייחסות-הגומלין – איחוד כוחות הוא מהותם של פרויקטים מסוימים, כגון נישואים, אשר מהותם מגולמת בהתייחסות-הגומלין החברתית המונחת בבסיסם. בהקשרים אחרים, שבהם גיוס פרטים אחרים משמש אמצעי לקידום יוזמות ופרויקטים שונים (כגון הספקת סחורה באמצעות חוזה), הצדדים מתקשרים בעסקאות בשל סיבות מכשירניות יותר, אך הערך הגלום במבנה הצורני של היחסים עודנו מתקיים. תיאוריות שונות מציעות הסברים שונים לערך של המבנה היחסני של המשפט הפרטי. יש המציעים

- 79 מלומדים רבים אחרים מגינים על התפיסה האחרת, שלפיה עברות הן עוולות כלפי הציבור בכללותו. ראו, למשל, EMILE DURKHEIM, *THE DIVISION OF LABOR IN SOCIETY* 62–63 (W.D. Halls trans., 1984); Herbert Morris, *Persons and Punishment*, in *ON GUILT AND INNOCENCE* 31, 33–34 (1976); Michael S. Moore, *The Moral Worth of Retribution*, in *RESPONSIBILITY, CHARACTER, AND THE EMOTIONS* 179, 179–80 (Ferdinand Schoeman ed., 1987).
- 80 ראו, למשל, Randy E. Barnett, *Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice*, 87 *ETHICS* 279, 287–94 (1977).
- 81 ראו להלן ליד ה"ש 174–169 (שם מוסבר כיצד חלק מתוכניות הרגולציה המודרניות שוות-ערך מבחינה פונקציונלית, לפחות באופן חלקי, למקבילותיהן המסורתיות במשפט המקובל).
- 82 ראו Daniel Markovits, *Contract and Collaboration*, 113 *YALE L.J.* 1417, 1448–64 (2004) (להלן: *Contract and Collaboration*; Markovits, *Contract and Collaboration*: לדומה להבטחות אישיות, מקדמות את הערכים המוסריים של כבוד ושותפות קהילתית); J. Raz, *Promises and Obligations*, in *LAW, MORALITY, AND SOCIETY: ESSAYS IN HONOUR OF H.L.A. HART* 210, 227–28 (P.M.S. Hacker & J. Raz eds., 1977).

הסבר צר וגנרי של הכרת כבוד של הפרט ביחס לאחר, ובאופן כללי יותר, של סולידריות ליברלית באזורים מסוימים של המשפט הפרטי;<sup>83</sup> ואילו אחרים מרגישים סוגים עבים יותר של התייחסויות-גומלין במשפט הפרטי בהקשרים חברתיים מסוימים.<sup>84</sup> לענייננו אין צורך בכירורם של הסברים אלה, מאחר שעיסוקנו המרכזי הוא בתוכן של התייחסויות-הגומלין הבין-אישיות – ולכן היחסניות – המאפיינות את המשפט הפרטי. די בכך שנעיר כי כל ההסברים השונים הללו מכירים בכך שהמאפיין הייחודי של המשפט הפרטי הוא האידיאל של מערכות יחסים בין-אישיות שהמשפט הפרטי יוצר, להבדיל מהכלים המשפטיים הספציפיים העוסקים בתיקון חריגות מאידיאל זה, כגון המסגרת המוכרת של ליטיגציה, המתאפיינת ביחסים של "אחד על אחד", או כל כלי משפטי אחר, שבו חריגות אינן מטופלות בהכרח באופן דו-צדדי.<sup>85</sup> הסיבה לכך היא שהמשמעות הבסיסית של המשפט טמונה בהצלחותיו היומיומיות, ולא בכשלונותיו הפתולוגיים המצריכים תיקון.<sup>86</sup>

83 לניסוח תפיסה זו בהקשר של דיני הקניין ראו, למשל, BRUDNER, לעיל ה"ש 11, בעמ' 132 ו-159; Avihay Dorfman, *The Society of Property*, 62 U. TORONTO L.J. 563, 590–96 (2012). לניסוח תפיסה זו בהקשר של דיני החוזים ראו Markovits, *Contract and Collaboration*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 1464–1448.

84 ראו, למשל, Carolyn J. Frantz & Hanoach Dagan, *Properties of Marriage*, 104 COLUM. L. REV. 75, 81–94 (2004); Ian R. Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691, 731, 805–06 (1974).

85 במילים אחרות, אנחנו רוחים את הטענה שלפיה המאפיין הייחודי של דיני הנזיקין (או אפילו של המשפט הפרטי בכללותו) הוא "core idea of redress" (ראו John C.P. Goldberg, *The Constitutional Status of Tort Law: Due Process and the Right to a Law for the Redress of Wrongs*, 115 YALE L.J. 524, 601 (2005); Benjamin C. Zipursky, *Civil Recourse, Not "a person who is wronged, but deprived by law of the ability to respond directly, is entitled to an avenue of civil recourse against the wrongdoer"*, ראו John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *Civil Recourse Defended: A Reply to Posner, Calabresi, Rustad, Chamallas, and Robinette*, Benjamin C. Zipursky, *Philosophy of Law*, באופן כללי, 88 IND. L.J. 569, 573 (2013) *of Private Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW 623 (Jules Coleman & Scott Shapiro eds., 2002).

לביקורות אחרות נגד תיאוריית החזרה האזרחית (Civil Recourse) ראו, למשל, Avihay Dorfman, *Private Law Exceptionalism? Part I: A Basic Difficulty with the Structural Arguments from Bipolarity and Civil Recourse*, 35 LAW & PHIL. 165, 177–85 (2016) (הטוען כי החזרה האזרחית נכשלת בהיותה מכלילה יתר על המידה, מאחר שהזכאות למעמד מהותי, כמו-גם הזכאות לחזרה אזרחית ממפר הזכות, אינן יכולות להבחין את דיני הנזיקין מתחומים אחרים של משפט ציבורי, ובפרט מהמשפט החוקתי).

86 השוּו עם H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 79–88 (1961) (להלן: HART, CONCEPT OF LAW) (המסביר כי נורמות משפטיות נתפסות לא רק כניבוי של הפעולה השיפוטית, אלא גם כסטנדרטים מנחים להתנהגות ולשיפוט וכבסיס לתביעות, לדרישות, להצדקות, לביקורות ולענישה).

## 2. התוכן הנורמטיבי של המשפט הפרטי

התפיסה המסורתית של המשפט הפרטי (ושל ההבחנה בין הציבורי לפרטי) מדגישה אף היא את האופי הצורני היחסי של המשפט הפרטי. אך תוכנה שונה באופן מהותי מהתוכן שבגישתנו. לפי התפיסה המסורתית, האיריאל של יחסים צודקים מתגשם באמצעות תפיסת האדם כחופשי ושווה מבחינה פורמלית.<sup>87</sup> תחת תפיסה זו, פרטים הם שווים במערכות היחסים הבין-אישיות שלהם אם פרט אחד אינו שולט באחר או כפוף לו, ואם כל פרט עצמאי – במידה שווה לשאר הפרטים – להציב את מטרותיו שלו ולשאוף אליהן.<sup>88</sup> ליברטריאנים תומכים בעמדה זו מפני שמבחינתם עצמאות ושוויון פורמלי הם המחויבויות המשפטיות היחידות של המשפט. אגליטריאנים ליברלים, לעומת זאת, מתייחסים לערכים של אוטונומיה ושל שוויון מהותי ביתר רצינות. עם זאת, הם מוציאים ערכים אלה (למצער, כעיקרון) ממשוואת המשפט הפרטי, תוך עמידה על כך שמימושם יתרחש אך ורק במישור האנכי, באמצעות הטלת האחריות בעניין זה על המדינה.<sup>89</sup> הם טוענים כי המחויבות הנורמטיבית לאוטונומיה של הפרט ולשוויון מהותי אינה – ואינה צריכה להיות – קשורה להסדרה המשפטית של היחסים שבין אדם לחברו, וכי כל עוד כל פרט מכבד את עצמאותו ושוויונו הפורמלי של האחר, הוא אינו נושא בשום אחריות לאוטונומיה (או לעצמאות) של האחר או למימוש השוויון המהותי ביניהם.<sup>90</sup>

עמדתן של הגישות הביקורתיות בנוגע להבחנה שבין הציבורי לפרטי, אשר נדונה לעיל,<sup>91</sup> מונעת על-ידי חוסר שביעות-רצון עמוק מהאיריאל המסורתי הזה של המשפט הפרטי. הגישות הביקורתיות מצדיקות את חוסר שביעות-הרצון הזה בכך שההשקפה המסורתית אינה מביאה בחשבון את המחויבות הליברלית להגדרתו העצמית של הפרט (ולא רק לעצמאותו) ולשוויון מהותי (ולא רק לשוויון פורמלי).<sup>92</sup> התעלמות מערכים ליברליים יסודיים אלה, ככל שהם שייכים למשפט הפרטי, הינה בעייתית לנוכח שני מאפיינים של המצב האנושי: התלות ההדדית שלנו ככני-אדם, וההבדלים האישיים הקיימים בינינו. אכן,

87 תפיסה זו של האדם כחופשי ושווה מבחינה פורמלית, כמו-גם התפיסה החלופית שאנו נציע ונגן עליה בפרק זה, הן קונסטרוקציות נורמטיביות, להבדיל מאונטולוגיות, אשר עוזרות להבין אילו מאפיינים של המצב האנושי צריכים להיות רלוונטיים לניתוח הזכויות והחובות המשותפות על חירות ושוויון.

88 Ripstein, Private Wrongs, לעיל ה"ש 23, בעמ' 288-295 (המתאר שוויון פורמלי כמרכזי למערכות יחסים אופקיות).

89 ראו לעיל ליד ה"ש 17-21.

90 בגרסתה הקיצונית ביותר של לוגיקה זו, הטיעון הליברלי-האגליטריאני בדבר חלוקת העבודה בין המדינה לבין הפרט מציע כי ברגע שהמדינה ממלאה אחר התחייבויותיה במישור האנכי, התפיסות המקובלות של קניין זכות מוחלטת ותקפה בחפץ כלשהו כלפי כל העולם, ושל חוזה כאמצעי לשרטוט גבולות של אזורים מוגנים ומוסדרים בין הצדדים, הן כל מה שפרטים חופשיים צריכים כדי ליצור ולממש את חייהם הטובים, כולל ההסדרים הבין-אישיים המועדפים עליהם. ראו Merrill, לעיל ה"ש 24, בעמ' 157-158 (הדן במודל המודולריות של הקניין ובאופן שבו הסטנדרטיזציה של כללי הדרה משתנה בהתאם לזהותו של הצד המחזיק בנכס).

91 ראו חלק א' לעיל.

92 לסיכום הביקורת על הגישה המסורתית ראו לעיל ליד ה"ש 44-54.

כל מי שמתייחס ברצינות למאפיינים מכוננים אלה – דהיינו, מעריך נכוחה הן את הפגיעות והן את האפשרויות המעצימות שהם מנביעים – חייב להכיר בכך שהמחויבות הליברלית לאוטונומיה של הפרט ולשוויון מהותי אינה יכולה להיות מודרת מגוף המשפט המסדיר את היחסים שבין אדם לחברו, הוא המשפט הפרטי. אכן, הגם שאנחנו חלוקים על ההבנה הליברלית הרווחת של המשפט הפרטי, גישתנו מכוונת לתקן מופעים קונטינגנטיים של הליברליזם, ולא לבקר את עיקריו; נהפוך הוא – היא נשענת על המחויבות הבסיסית ביותר של הליברליזם.<sup>93</sup>

טענתנו, שלפיה המחויבות הליברלית המרכזית לערכים של הגדרה עצמית ושוויון מהותי ניצבת גם בליבת המשפט הפרטי, ולא רק בזו של המשפט הציבורי, אינה מכוונת לאתגר את השוני בהשלכותיהן של מחויבויות אלה בין הספרה הפרטית לבין הספרה הציבורית. מקור השוני נובע מהכשירויות השונות שבהן פרטים פועלים במשפט הפרטי ובמשפט הציבורי; הווה אומר, התייחסויות-הגומלין שלנו כפרטים שונות מטבען מהתייחסויות-הגומלין שלנו כאזרחים.<sup>94</sup> החובות הפרטיות שלנו מעוצבות בהתאם לפעילויות ולהתייחסויות-הגומלין הבין-אישיות הספציפיות שבהן עסקינן;<sup>95</sup> הן חופשיות ומשוחררות, לפחות מבחינה עקרונית, מהחובות הציבוריות (אשר תובעניות יותר באופן פוטנציאלי מהחובות הפרטיות) של אזרחות משותפת.<sup>96</sup> הברל איכותי זה משתקף היטב בהיקף המוגבל של הסדרת היחסים בינינו כחברים

93 ליברלים מסוימים עשויים להתנגד לכך, תוך העלאת הטענה בדבר המחויבות הליברלית למאפיינים הלגיטימיים הנוגעים ביצירת משפט בדרך ציבורית. אך פרט למי שמניח גישה ליברטריאנית חזקה, אין סיבה לחשוב כי שיטת משפט התומכת בעצמאות ושוויון פורמלי (כעמדת האגליטריאנים הליברלים) הינה לגיטימית יותר (או כופה פחות) מאשר שיטת משפט אשר מצדיקה ומביאה בחשבון הגדרה עצמית ושוויון מהותי. ראו, באופן כללי, Hanoch Dagan, *Liberalism and the Private Law of Property*, 1 CRIT. ANAL. L. 268 (2014) (המבקר את הניסיון ההגיאני לבסס את הלגיטימיות של הליברטריאניות של המשפט הפרטי על יסודות ליברליים).

94 לפירוט על-אודות ההבחנה בין פרטים הפועלים בכובעם כאנשים פרטיים לבין פרטים הפועלים בכובעם כאזרחים ראו BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* 230–31, 250–51 (1991).

95 ראו חלק ב3(ב) להלן (הדן בהשפעתה של הפרקטיקה הרלוונטית על החובות הבין-אישיות המסוימות).

96 בכך גישתנו שונה באופן מהותי מזו של אלה הקוראים לעגן היבטים של המשפט הפרטי באמצעות הליכים חוקתיים. ראו, למשל, TARUNABH KHAITAN, *A THEORY OF DISCRIMINATION* (2015) (“[T]he antidiscrimination duty... [should] only [be] imposed on those persons who have a sufficiently public character” כן ראו JOHAN VAN DER WALT, *HORIZONTAL EFFECT REVOLUTION AND THE QUESTION OF SOVEREIGNTY* 22 (2014) (הטוען כי נורמות חוקתיות צריכות להיות מוחלות על התייחסויות-גומלין בין-אישיות רק ככל שהן “[are] situated in the context of majority-minority relations” או כאשר מדובר בסכסוכים המכילים “broader political dimension”).

בקהילה הפוליטית הרלוונטית, מצד אחד, לעומת היקפן האוניוורסלי (לפחות בכוח) של הפעילויות הבין-אישיות שלנו כפרטים, מצד אחר.<sup>97</sup> חלק זה מזקק את האידיאל והתוכן הנורמטיבי של צדק ביחסים על בסיס כבוד הדדי לערכים של אוטונומיה ושוויון מהותי, תוך מתן הצדקה להגנה על ערכים אלה. חלק זה גם יסביר את התפקיד ההכרחי של המשפט הן בהבאת אידיאל זה לידי ביטוי והן בקביעת גבולותיו.

#### (א) על תלות הדרדית והבדלים אישיים

עיסוקינו המעשיים בחיי היומיום מתאפיינים במידה רבה של תלות הדרדית. הם שופעים התייחסויות-גומלין עם אחרים, על שלל גוניהן, החל בפעולות טריוויאליות, כגון קניית כוס קפה, וכלה בפעולות אינטימיות ובעלות ערך מכונן, דוגמת אלה הקשורות למשפחה, לחברים ולעבודה. התייחסויות-גומלין אלה נחלקות להתייחסויות-גומלין וולונטריות ולהתייחסויות-גומלין לא-וולונטריות: אנו מזמינים אחרים או מוזמנים על-ידיהם להשתתף בפרויקטים משותפים, ופרויקטים משותפים אלה פוגעים לעיתים באינטרסים הלגיטימיים של צדדים שלישיים, בעיקר של אלה הנמצאים מחוץ למעגל הפרויקט המשותף. יכולתו של הפרט להוביל את חייו בהצלחה – ולראות את עצמו כשווה ביחס לפרטים אחרים – מושפעת כמעט בכל רגע נתון על-ידי שני סוגים אלה של התייחסויות-גומלין בין-אישיות. התלות ההדרדית המאפיינת את התייחסויות-הגומלין הבין-אישיות שלנו אינה משפיעה – ואינה צריכה להשפיע – על הדרך שבה ליברטריאנים מבינים את המשפט הפרטי. אם עצמאות (חירות שלילית) ממצה את משמעותם של ערכי החירות והחופש, אזי קיומה של תלות הדרדית רק הופך את הדרישה של המשפט הפרטי להגן על עצמאות אישית לדרישה הכרחית וחזקה יותר. אבל אגליטריאנים ליברלים מתנגדים להבנה רזה כזו של החופש אשר כל אדם זכאי לו. הם עומדים על כך שאדם הוא חופשי לא רק במובן הפורמלי שלפיו הוא אינו כפוף להחלטותיו של האחר, אלא גם במובן החזק יותר שלפיו הוא מסוגל לערוך בחירות בעלות משמעות הנוגעות בדרך שבה הוא בוחר לכתוב את סיפור חייו (חירות חיובית).<sup>98</sup> במובן הפורמלי והליברטריאני, אדם יכול להיות חופשי כל עוד איש אינו מצוי בעמדה של שליטה בו. באופן זה דרישת אי-הכפיפות של הפרט לרצונו של פרט אחר הינה תנאי מספיק לקיומה של חירות. אך אין היא תנאי מספיק לקיומה של חירות בעיני האגליטריאנים הליברלים. התפיסה הפורמלית מתעלמת מאפשרויות המימוש בפועל של יכולת הפרט

97 זאת הסיבה שבגינה התפיסה שלנו באשר למשפט הפרטי יכולה, וכנראה צריכה, לתת השראה למשפט המהותי המסדיר התייחסויות-גומלין בין-אישיות ברמה העל-לאומית. למחקר ראשוני בעניין זה ראו Hanoach Dagan & Avihay Dorfman, *Interpersonal Human Rights*, 51 CORNELL INT'L L.J. 361, 364 (2018) (להלן: Dagan & Dorfman, *Interpersonal Human*) “[A] core set of interpersonal duties... [is] not limited to interactions among (Rights compatriots, but rather pertain[s] to relationships between individual persons as such... ([T]hese obligations... embody our interpersonal human rights”

98 ראו JOHN RAWLS, *JUSTICE AS FAIRNESS: A RESTATEMENT* 19–21 (Erin Kelly ed., 2001) (הטוען כי פרטים הם חופשיים כאשר הם נוהגים בהתאם ליכולתם “to have, to revise, and (rationally to pursue a conception of the good”

להגשים את תפיסות הטוב שלו. אך על-מנת שאנשים יוכלו לחיות חיים אנושיים מלאים, כפי שהם זכאים, יש להכיר בזכותם להגדרה עצמית. ההגדרה העצמית (קרי, האוטונומיה האישית) מחייבת מידה מסוימת של עצמאות, אך היא "אינה נגזרת באופן אוטומטי ממבנה המעגן זכויות שליליות".<sup>99</sup> מכיוון שצדק ביחסים משמיע כבוד הדדי כלפי זכותו של האחר לאוטונומיה, אין הוא יכול להתמצות על-ידי החובה השלילית של אי-התערבות; הוא עשוי לעיתים לדרוש ולהקים חובה חיובית של התאמה (accommodation) בין-אישית, אשר מביאה בחשבון נסיבות או בחירות אישיות.

ההבחנה המסורתית שבין המשפט הציבורי לפרטי אינה יכולה לבאר את תפקידו החשוב של המשפט הפרטי בכינון של התייחסויות-גומלין בעלות תלות הדדית מסוג זה. (תפקידים אלה מודגמים היטב, למשל, בכללי המשפט המקובל אשר מסייעים בפתרון בעיות של פעולה משותפת או מחייבים אדם שקיבל תשלום שהוא לא היה זכאי לו לתקן את הטעות אף מבלי שהייתה לו אחריות להיווצרותה.<sup>100</sup>) הסיבה לכך היא שהאגליטריאנים הליברלים מייחסים תפקידים אלה, המקימים חובות חיוביות, למישור האנכי שבין הפרט לבין המדינה. נקודת העיוורון הזו של התפיסה המסורתית משקפת – ועלולה להשריש – הערכת-חסר של החשיבות הרבה של מערכות היחסים הבין-אישיות שלנו לקידום תפיסות הטוב שלנו. כשלים אלה מדאיגים אפילו בחברות שבהן יש הסדרים צודקים של משפט ציבורי, שבמסגרתם לכל האזרחים יש הזדמנויות מספיקות לממש את חירותם המלאה בחייהם הפרטיים. התלות ההדדית שלנו משמעה שהתייחסויות-הגומלין הבין-אישיות שלנו הן משמעותיות וחיוניות לאוטונומיה שלנו ולשוויון המהותי במידה שאינה מאפשרת לוותר בנקל על עמידתן בדרישות אלה על-ידי הסתפקות בהסדרים מהמישור האנכי, צודקים ככל שיהיו.

יתרה מזו, החשיבות של התייחסויות-גומלין בין-אישיות המתאפיינות בתלות הדדית משמעה שיש מקום לבחון אם התנאים המהותיים של התייחסויות-הגומלין עצמן צודקים או לא-צודקים. גם כאן התפיסה המסורתית מאכזבת. חרף העובדה שקיימים הבדלים אישיים בין פרטים, התפיסה המסורתית של המשפט הפרטי אינה מציגה את הפרטים כפרטים מורכבים המתייחסים זה לזה כאל פועלים (agents) חופשיים ושווים, אלא מציגה אותם כישויות מופשטות גרידא. הטלת כל האחריות הנוגעת בהבדלים האישיים שלנו על המשפט הציבורי משמיעה שאין מקום לדרישות של צדק ביחסים שבין אדם לחברו.

הערכה-בחסר של המישור האופקי של צדק הינה בעייתית. כדי שאנשים יתייחסו זה לזה בשוויון, תנאי התייחסות-הגומלין שלהם אינם יכולים לשקף פערי כוחות משמעותיים בין הצדדים או יתרון ברור שיש לצד אחד על הצד האחר. כדי לענות על דרישה זו של צדק ביחסים, תנאי התייחסות-הגומלין במשפט הפרטי חייבים להביא בחשבון את האיכויות האישיות הרלוונטיות של הצדדים להתייחסות-הגומלין, כמו-גם את מאפייניהם האישיים ואת הנסיבות שבהן עסקינן. טלו, לדוגמה, את דרישת דיני הנזיקין שלפיה מזיקים פוטנציאליים חייבים להתאים את התנהגותם לתכונות המהותיות הרלוונטיות של הניזוקים שלהם<sup>101</sup> או את

99 H.L.A. Hart, *Between Utility and Rights*, 79 COLUM. L. REV. 828, 836 (1979) (להלן: 99

(Hart, *Between Utility and Rights*

100 ראו להלן חלק ג (הדן בדוגמאות אלה ובדוגמאות אחרות הממחישות נקודה זו).

101 ראו להלן חלק ג1 (הדן בתפיסת הצדק ביחסים בהקשר של דיני הנזיקין).

הכללים בדיני הקניין ובדיני החוזים העוסקים בהתאמה בדיוור ובמקום העבודה.<sup>102</sup> על-מנת להבטיח נקודת פתיחה צודקת (פחות או יותר) של היחסים בין הצדדים, שממנה הם יוכלו לממש את החופש של כל אחד מהם, תנאי התייחסות-הגומלין בין פרטים צריכים להיות מבוססים על תפיסה של הפרט כחופשי ושווה מבחינה מהותית, ולא רק מבחינה פורמלית. לפיכך תנאי התייחסות-הגומלין חייבים להיקבע תוך התחשבות בבחירות ובנסיבות של הצדדים, כל עוד בחירות ונסיבות אלה קריטיות ליכולתם לראות את עצמם כפרטים שווים ובעלי הגדרה עצמית, בהינתן האנשים שהם בפועל. משמעותה של דרישה זו היא שעל הצדדים להתייחסות-הגומלין להתאים את עצמם למאפיינים של הצד האחר – דרישה שההשקפה המסורתית, המחויבת לחירות ושוויון פורמליים, מוציאה מהמשוואה של המשפט הפרטי. אכן, הכבוד שהצדדים להתייחסות-הגומלין נדרשים לתת זה לזה צריך להתייחס ליותר מאשר עצם יכולת הבחירה האנושית הגנרית של הצדדים. אין ספק שעולם שבו התאמה ספציפית ופרסונלית הינה מיותרת – למשל, הודות לשיפורים טכנולוגיים מסוימים או לארגון מחדש של פעילות חברתית מסוימת שאינו פוגע בטוב שבבסיסה – יהווה שיפור ביחס לעולם אשר דורש התאמה כזו. אולם בעוד כבוד בין-אישי אינו דורש הדגשת-יתר של ההבדלים האישיים, יש שוני איכותי בין ביטול מוחלט של ההשפעה של מאפיין אישי מסוים על חייו של הפרט לבין תיקון של ההשלכות המעשיות שלו באמצעות פעולתו של המשפט הציבורי.

#### (ב) תפיסת האדם במשפט הפרטי

תפיסתנו בנוגע לתנאי התייחסות-הגומלין הכוללים התאמה למאפייניהם של הצדדים מעלה את השאלה הבאה: אילו מאפיינים של המצב האנושי כלולים בתפיסה העבה יותר של האדם? עד כה תיארונו תפיסה זו על-דרך השלילה: היא אינה מצמצמת את האדם לכדי נשא של אישיות גנרית ומופשטת, כמו תפיסת האדם המתוארת על-ידי ההשקפה המסורתית. אך ממה תפיסת האדם שלנו מורכבת על-דרך החיוב? כדי לענות על שאלה זו, חשוב להבחין בין שני היבטים הבאים.

ההיבט הראשון נוגע ברעיון שלפיו שוויון בהקשר זה הינו אידיאל יחסני. אידיאל זה מתמקד בעמדה השווה של הצדדים ביחס לקביעת התנאים של התייחסות-הגומלין ביניהם. השוויון כאן יחסני לא רק במובן הצורני שלו; הוא אינו עוסק רק בחובות שפרטים חייבים לפרטים אחרים מבחינה פורמלית. האידיאל היחסני של השוויון בהקשר זה הוא תוכני, והוא נמצא בליבת המשפט הפרטי. תפקידו לשמור על המחויבות הנורמטיבית שבבסיסן של חובות אלה. המחויבות הנורמטיבית הזו היא לערך שיש בהימצאות ביחסים של כבוד הדדי עם אחרים, הכוללים הכרה זה בזה.<sup>103</sup> מחויבות זו משמיעה מתוכה מגבלות על תפיסות הטוב והבחירות האישיות אשר זכאיות לדרוש התאמה בין-אישית. לא כל הבחירות יכולות

102 ראו להלן חלק ג2 (הדן בתפיסת הצדק ביחסים בהקשר של התאמות במגורים ובמקום העבודה).

103 השוו עם Scheffler, לעיל ה"ש 18, בעמ' 176 (המרגיש את השורשים היחסניים של המחויבות הליברלית לאגליטריאניזם); Elizabeth S. Anderson, *What Is the Point of Equality?*, 109 *Ethics* 287, 313 (1999) ("[E]galitarians seek a social order in which persons stand in relations of equality").



להיות מושא של כבוד בין-אישי בין פרטים חופשיים ושווים. בחירות ותפיסות טוב המדירות פרטים מסוימים מהמעמד של מי שזכאים להתייחסות שוויונית אליהם – חשבו על הרוצח או הגזען, למשל, השוללים את המעמד השווה של קורבנותיהם – אינן יכולות לעגן תביעה מהימנה להתאמה, שכן הן עצמן עוינות את האידיאל של שוויון יחסני.

ההיבט השני, אשר עוזר לחדד את תפיסתנו הרואה את האדם כחופשי ושווה מבחינה מהותית – עוסק בשאלה אילו מאפיינים של מצבו של האדם יש להביא בחשבון לעניין הדרישה שאחרים יכבדו אותו כמי שהוא. נבחן תחילה את ההבחנה שבין בחירה לבין נסיבה.<sup>104</sup> נסיבות נתפסות באופן נוקשה ככאלה הכוללות רק את התכונות הקבועות של מצבו של האדם, כגון גזע, מין ומוגבלות. לכן כבוד לאדם כאדם חופשי ושווה מבחינה מהותית מחייב שתנאי התייחסות-הגומלין הבין-אישית לא יחייבו אדם הנושא תכונה קבועה זו לשאת בכל העלויות הכרוכות בה.<sup>105</sup> באופן טיפוסי, נסיבות המקימות חוסר כבוד למעמדו השווה של הפרט קשורות לתכונות הנחשבות בציבור כנחותות, מה שבא לידי ביטוי בקבוצות החשודות הנמנות בחוקי איסור ההפליה. אולם הדרישות של צדק יחסני אינן תלויות דווקא בתפיסה ציבורית זו של נחיתות.<sup>106</sup>

בחירות, לעומת זאת, כלולות בקטגוריה מורכבת יותר של מאפיינים אישיים. את הבחירות הרלוונטיות – אלה שאינן חותרות תחת האידיאל של שוויון יחסני – ניתן למקם על מקשת (ספקטרום) בהתאם לתרומתן היחסית להגדרה העצמית של הפרט. בקצה האחד של המקשת ימצאו "פרויקטים בסיסיים", דהיינו, בחירות המשקפות את המחויבויות אשר מגדירות אותנו.<sup>107</sup> פרויקטים בסיסיים – במיוחד מחויבויות דתיות, מוסריות, מקצועיות ומשפחתיות – הם יסודיים ומהותיים לחיים בעלי משמעות.<sup>108</sup> בקצה האחר של המקשת

104 הבחנה זו משמשת לצורכי המחשה בלבד. תחת הניתוח שלנו, הן תכונות ומאפיינים קבועים והן תכונות ומאפיינים חיוניים שהם תוצאה של בחירה יכולים לקבל יחס זהה מבחינה נורמטיבית ומשפטית.

105 המונח "עלויות" משמש כאן באופן רחב, הכולל גם נטלים כספיים וגם נטלים לא-כספיים הנובעים מנשיאת התכונות הרלוונטיות (או מהתאמה של תכונות אלה).

106 רשימת הקבוצות החשודות בחוקי איסור ההפליה נובעת משיקולים מסדר שני, אשר יכולים להצדיק הגבלה של רשימה סגורה מסוימת למספר מצומצם של קבוצות חשודות. ראו להלן ה"ש 122 והטקסט שלידה.

107 הרעיון של "פרויקטים בסיסיים" שאוב מברנרד ויליאמס, המאפיין אותם כ-"projects which are closely related to [an individual's] existence and which to a significant degree give a meaning to his life". ראו Bernard Williams, *Persons, Character and Morality*, in MORAL LUCK 1, 12 (1981). למען הסר ספק, טיעוננו אינו מניח את נכונותה המלאה של הפיתוח הוויליאמסי של רעיון הפרויקט הבסיסי. למשל, איננו מקבלים את הטענה הפסיכולוגית שלו שלפיו דרישות הצדק וההוגנות של המוסר יוצרות לחץ בלתי-סביר על היושרה האישית של אלה השואפים להגשים פרויקטים אלה.

108 שם. השווה עם James D. Nelson, *The Freedom of Business Association*, 115 COLUM. L. REV. 461, 463, 493-96 (2015) (המטעים כי זהותו של אדם מתפתחת הן מהאישיות כשלעצמה והן מהתייחסויות-גומלין עם קבוצות שונות). הדגש בחשיבותם של פרויקטים בסיסיים אינו מנביע או משמיע טענה שלפיה הפרט מוגדר באופן מלא על-ידי פרויקטים חשובים אלה (או

נמצאות בחירות המשקפות העדפות באשר למימוש מטרות חולפות ושטחיות, כאלה שאי-מימושן משפיע אך מעט, אם בכלל, על תפיסתו העצמית של הפרט. בין קצוות אלה יש בחירות הכוללות מחויבויות אשר חרף ערכן אינן מעצבות את המשמעות הכוללת של חי הפרט, ולכן תרומתן להגדרת זהותו של הפרט אינה משמעותית.

שרטוט הגבולות של כל אחת מקטגוריות הבחירה הללו מחייב פיתוח תיאורטי של מושג האוטונומיה ומתן מענה לשאלה אילו בחירות נחשבות כאלה שהופכות את חייו של הפרט לטובים יותר. לעניינו כאן, ברור שהתפיסה של "אדם" חייבת לכלול את הבחירות השייכות לקטגוריה הראשונה, דהיינו, אותם פרויקטים בסיסיים המכוננים את זהותו של הפרט, את מי שהוא בפועל. לעומת זאת, ספק אם בחירות השייכות לקטגוריה השלישית – העדפות גרידא – מצדיקות חיוב של הצד האחר להתייחסות-גומלין בעריכת התאמה כלשהי. עלויותיהן של בחירות אלה צריכות ברגיל להיות מופנמות במלואן על-ידי הפרט אשר ערך אותן. דוגמה מוכרת אחת היא מי שבחר ליטול חלק בפעילות המבטאת את רצונו להישקף לסיכון מופרז: הדוקטרינה הנזיקית של הסתכנות מרצון פוטרת (בצדק) נתבעים מהחובה להתאים את עצמם לבחירות המסוכנות שנבחרו על-ידי תובעים אוהבי סיכון.<sup>109</sup> ברור פחות אם חובות ההתאמה של צד להתייחסות-גומלין צריכות לחול ביחס לבחירות השייכות לקטגוריה השנייה (קטגוריית-הביניים). הדרישה לכבד את הפרט לפי התנאים שהוא הציב מצדיקה כלילת בחירות מהקטגוריה השנייה בתפיסה העבה יותר של האדם. עם זאת, מאחר שלבחירות אלה יש השפעה משמעותית פחות ועמוקה פחות על הגדרתו העצמית של הפרט הבוחר, המשפט הפרטי יכול (וכנראה גם צריך) לצפות שהפרט הבוחר ייטול אחריות לבחירתו, ולמתן בהתאמה את הציפייה שלו להתאמה מהצד האחר להתייחסות-גומלין. לשם המחשה, תנאי התייחסות-גומלין צודקים בין מעסיק לעובד מחייבים שהראשון יתאים את עצמו באופן סביר להיעדרותו של האחרון מהעבודה עקב מחויבויות משפחתיות או דתיות.<sup>110</sup> אך אותו רצינון אינו חל, לדוגמה, ביחס לעובד שאינו זמין לעבוד בימים מסוימים עקב האינטרס שיש לו בצפייה בציפורים נודדות. פעילויות פנאי כאלה בוודאי אינן שייכות לקטגוריה הראשונה של בחירות הנוגעות בפרויקטים בסיסיים, וככאלה אין למעסיק חובה להתאים את עצמו אליהן בהתייחסות-גומלין שלו עם העובד.

על-ידי התרבות או הקהילה שהוא משתייך אליהן). אחרי הכל, הרעיון של הגדרה עצמית – המהות של חיים אוטונומיים של הפרט – קובע כי הבחירה אילו פרויקטים בסיסיים להגשים צריכה להיות של הפרט תמיד. השוו עם Rawls, *POLITICAL LIBERALISM*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 32-30 (העומד על כך שזהויות, מחויבויות והתקשרויות אשר "give shape to a person's way of life" ניתנות לשינוי).

109 ראו Avihay Dorfman, *Assumption of Risk, After All*, 15 THEORETICAL INQ. L. 293, 318 (2014) (להלן: Dorfman, *Assumption of Risk*) (המבחין בין בחירה של אדם ליטול סיכון כשל הסיכון לבין בחירה שלו כאמור על-אף הסיכון).

110 ראו להלן ה"ש 200 והטקסט שלידה (שם נדון איסור ההדרה של עובדים פוטנציאליים משוק העבודה בהתבסס על תכונות אישיות מסוימות, כגון מוגבלות או השתייכות דתית).

## (ג) לקראת גישה חדשה לבעיית העוני בתיאוריית המשפט הפרטי

התפיסה העבה של האדם במשפט הפרטי, כפי שתוארה לעיל, מאפשרת לנו גם להציע גישה חדשה לבעיית אי-השוויון הכלכלי בתיאוריה של המשפט הפרטי. תיאורטיקאים של המשפט הפרטי מגינים באופן טיפוסי על הלגיטימציה של המשפט הפרטי בשתי דרכים מנוגדות: חלקם טוענים כי המשפט הפרטי יכול וצריך להיות מוסדר על-ידי שיקולים של צדק חלוקתי, כך שהוא חובר למאמץ של דיני המיסים להוביל לצדק בהחזקות, הדינו, לצדק חלוקתי;<sup>111</sup> ואילו אחרים, דוגמת ליברטריאנים של המשפט הפרטי, טוענים כי המשפט הפרטי חייב להביע אדישות גמורה ועקרונית לשיקולים של צדק חלוקתי ואי-שוויון כלכלי, ולהותיר את המשפט הציבורי כשדה המשפטי הבלבדי האחראי לקידום צדק חלוקתי.<sup>112</sup> לעומת זאת, לפי גישתנו, בעיית העוני במשפט הפרטי אינה שאלה של צדק חלוקתי, אלא של צדק ביחסים. השאלה אינה אם יש לגייס את הכלים של המשפט הפרטי כדי לקדם צדק חלוקתי, אלא אם עלינו להביא בחשבון מצבים מסוימים של אי-שוויון כלכלי בכואנו להכריע אם תנאי התייחסות-גומלין מסוימים מיישמים צדק ביחסים בין פרטים. זאת, גם כאשר הכרעה זו (וייתכן שבעקבותיה גם התיקון של תנאי התייחסות-הגומלין) אינה יכולה לכונן, אף לא בקירוב, מערכת שיטתית של חלוקת משאבים, דוגמת מערכת המיסוי. במילים אחרות, השאלה היא אם מצבו הכלכלי הנחות של פרט מסוים יכול להיחשב אחת מהתכונות האישיות המחייבות את הצד האחר התייחסות-הגומלין הבין-אישית לערוך התאמה. הגם שקיימים כמובן שיקולים נוגדים – למשל, וידוא מצבו הכלכלי של הפרט עלול להיות פולשני או יקר יתר על המידה – נראה לנו שהתשובה לשאלה זו היא חיובית בעיקרון. אכן, לעיתים עוני או נחיתות כלכלית קיצונית עשויים להיחשב תכונה המאפיינת את מצבו הקבוע של הפרט, בפרט כאשר מקורה במוגבלות או כאשר היא תולדה של חיים בתנאים של מחסור בלתי-רגיל (עם הזדמנות קלושה בלבד להיחלץ ממצב קשה וחריג זה). זאת ועוד, מצוקה כלכלית יכולה להצדיק התאמה גם כאשר מקורה בבחירתו של הפרט לנהל אורח חיים פרנציסקני – בחירה המהווה פרויקט בסיסי בקידום תפיסת הטוב שלו. במקרים אלה ודומים להם, התאמה למצבו הכלכלי הנחות של הצד הראשון הינה ביטוי של כבוד כלפי אדם כפי שהוא באמת.<sup>113</sup>

111 ראו, למשל, Aditi Bagchi, *Distributive Justice and Contract*, in *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONTRACT LAW* 193, 193–95 (Gregory Klass, George Letsas & Prince Saprai eds., 2014) (הטוענת כי עקרונות של צדק חלוקתי יכולים וצריכים להטיל מגבלות רבות על דיני החוזים); Anthony T. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 *YALE L.J.* (1980) 472, 499 (הדן במיסוי וברגולציה חוזית כשיטות של חלוקה מחדש). לדיון בגישות של צדק חלוקתי לדיני הנזיקין ראו גם להלן ה"ש 178 והטקסט שלידיה.

112 ראו, למשל, Dworkin, *LAW'S EMPIRE*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 296; Weinrib, *CORRECTIVE JUSTICE*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 308.

113 דוקטרינת ההסתכנות מרצון שבמשפט הפרטי מודגימה את ההשלכות שיש ליישום צדק ביחסים בנסיבות של אי-שוויון כלכלי בין הצדדים, בפרט לנוכח אדישותה ההיסטורית הידועה לשמצה לפערים כלכליים בין הצדדים התייחסות-הגומלין. ראו, למשל, *Lamson v. Am. Ax & Tool Co.*, 58 N.E. 585, 585–86 (Mass. 1900) (שם סירב בית-המשפט להתחשב בנסיבות הכלכליות

## (ד) תפקיד המשפט וגבולות ההתאמה הבין-אישית

אפילו קוראים ידיוותיים, אשר גישתנו בדבר צדק ביחסים בין פרטים נראית להם, עשויים להביע חששות משמעותיים: האם חובות משפטיות הינן כלי ראוי לצורך מתן ביטוי לאידיאל של צדק ביחסים? והאם אין חובות אלה פוגעות יתר על המידה באוטונומיה של פרטים אחרים? להלן נענה על שאלות אלה כדי להבהיר את ההיקף והגבולות של הדרישות המשפטיות להתאמה בין-אישית, כחלק מהמחויבות הנורמטיבית של המשפט לחירות ולשוויון מהותיים.

חברה ליברלית מטילה חובות משפטיות תוך הבנת נמעניהן כפועלים (agents) שיכולים לפעול על בסיס טעמים תקפים לפעולה ואשר ניתן לכן להטיל עליהם אחריות. בהקשר שלנו, נורמות משפטיות של התאמה אמורות לספק לבעלי החובה טעמים מחייבים לביצוע הפעולה שהם מחויבים לבצע, או במילים אחרות, לספק להם הצדקה מדוע ראוי לפעול בדרך מסוימת.<sup>114</sup> קיים אם כן פער בין ההצדקה של חובה מסוימת לבין ההנצחה (המוטיווציה) של הפרט להיענות לדרישותיה של הצדקה זו. ההצדקה הנורמטיבית אינה יכולה להבטיח את ההנצחה בפועל; היא יכולה רק להשפיע על פרטים להשיגה. הפער הזה בין הצדקה להנצחה חשוב במיוחד בהקשר המשפטי. באופן טיפוסי לחברה ליברלית, המשפט מחייב פרטים לפעול בהתאם לדרישה של הכלל המשפטי, אך אינו מחייבם לפעול על בסיס ההנצחה מסוימת.<sup>115</sup> הבסיס המוסרי של הדינים הדברים באידיאל של צדק ביחסים (ובכך מקדמים אותו) אינו מתייחס להנצחות בפועל של בעלי החובות, ואין זו מטרתו; הוא נוגע בהצדקות המונחות בבסיסם של דינים אלה, דהיינו, הוא מספק הצדקה לבעלי החובות לפעול בדרך שמכבדת אחרים.

זו הסיבה לכך שכדי לעגן באופן ראוי צדק ביחסים נדרש מנגנון משפטי, ואין די במימוש רעיון זה באמצעות נורמות חברתיות. ברי שנורמות חברתיות תואמות יספיקו ככל שהן נתפסות כמחייבות בהסדרת מערכות היחסים הבין-אישיות של הפרטים בפועל; אך אם זה המצב, אזי הנורמות החברתיות הן דמויות-חוק ובעלות אופי מעין-משפטי. לעומת זאת, כאשר לא זה המצב – מה שסביר יותר בסביבה החברתית העכשווית – הסתמכות על נורמות חברתיות תוביל אותנו, במקרה הטוב, לאימוץ עקיף של תפיסה ליברטריאנית של המשפט הפרטי. תוצאה זו בעייתית מאחר שהיא מאיימת על המחויבות הנורמטיבית של

העגומות של התובע, ואף האשים אותו בכך שהמשיך לעבוד על-אף הסיכון המוגבר לפגיעה); Dorfman, *Assumption of Risk*, לעיל ה"ש 109, בעמ' 308-313 (הדן באדישות המסורתית של הדוקטרינה לפערים כלכליים וברחייתה המאוחרת).

114 ראו, באופן כללי, HART, *CONCEPT OF LAW*, לעיל ה"ש 86.

115 אנו נוקטים לשון של "באופן טיפוסי" מפני שהפער בין מתן טעמים לבין יצירת ההנצחה לפעול בדרך מסוימת הוא לא אמת מושגית של המשפט, אלא דרישה נורמטיבית משיטת משפט בחברות ליברליות. מגבלה זו, המונעת אכיפה של רצונות והנצחות, משקפת הן שיקולים מהותיים, כגון אלה השייכים להבחנה בין מוסר פוליטי לבין מוסר אישי ביחס לזכות ולמידה הטובה, והן שיקולים מכשירניים, ובראשם חוסר האפשרות לאמת את מצבם המנטלי הפנימי של פרטים. השוו עם Hales v. Petit (1562) 75 Eng. Rep. 387, 397; 1 Plow. 253, 253 (שם) עמד בית-המשפט על כך שאי-אפשר להעניש על דברים שבלב).

המדינה הליברלית להגדרה עצמית ולשוויון מהותי. למשפט יש לפיכך תפקיד ברור בקידום המחויבות הבסיסית לצדק ביחסים במישור האופקי.

אנו מכירים כמובן במגבלות המשפט. למשל, במקרים מסוימים משפוט של תופעה חברתית מסוימת עלול להוביל לתוצאה לא־רצויה של דחיקה החוצה (crowding out) של ההנציעות הפנימיות שלנו ביחס לחובותינו כלפי הזולת.<sup>116</sup> אבל למרות מקרים חריגים אלה,<sup>117</sup> אם מאמצים במשפט חובות בין־אישיות המקדמות צדק ביחסים, הדבר אינו פוגע בהכרח בערכן המוסרי. באופן דומה, אף־על־פי שפעילויות בין־אישיות נבדלות זו מזו – חלק מהן קדם־פוליטיות, חלק הן תוצר ייחודי של סמכות פוליטית, ואחרות משויכות לקטגוריית־ביניים הכוללת מידה מסוימת של תמיכה (facilitation) משפטית – כמעט ככולן המשפט הפרטי מעורב בקביעת תנאי התייחסות־הגומלין הבין־אישית.<sup>118</sup> לפיכך האחריות לקדם צדק במערכות היחסים הבין־אישיות המגוונות של חיינו אינה יכולה להיות מואצלת באופן מלא לנורמות חברתיות.<sup>119</sup>

בהינתן שהמשפט חייב למלא את התפקיד היסודי של קידום צדק ביחסים, נפנה כעת לגבולות התוחמים את תחולתם של הכללים המשפטיים שנועדו לקדמו. אנו מזהים שלושה גבולות חשובים. ראשית, גבולות מסוימים נובעים מטבעם של כללים משפטיים מסוימים. לדוגמה, פעילויות בין־אישיות הכרוכות ביחסים כנים ואמיתיים בין פרטים, כגון אהבה רומנטית או חברות, צריכות להיות מחוץ לגבולות המשפט; משפוטן תוך התייחסות אליהן כאל פעולות המתחייבות לצורך קידום הצדקה נורמטיבית מסוימת יהרוס בהכרח את ערכן הטבעי.<sup>120</sup> שנית, מגבלות נוספות בנוגע לקידום צדק ביחסים באמצעות כללים משפטיים נובעות מעקרון שלטון החוק, המיועד לספק לנמעני המשפט הנחיה משפטית אפקטיבית, ובכך גם להגביל את כוחם של יוצרי המשפט ומיישמיו (כגון המחוקק או בית־המשפט).<sup>121</sup>

116 Yuval Feldman & Tom R. Tyler, *Mandated Justice: The Potential Promise and Possible Pitfalls of Mandating Procedural Justice in the Workplace*, 6 REG. & GOVERNANCE 46, 48 (2012) (הדנים בהשפעה השלילית הפוטנציאלית של רגולציה משפטית פורמלית על ההנציעות של פרטים לציינת רגולציות כאלה).

117 לדיון בחששות מסוימים הנוגעים בדחיקה החוצה של ההנציעות הפנימיות שלנו בהקשר של חובות חיוביות ראו להלן ה"ש 254 והטקסט שלידה.

118 למען הסר ספק, פעילויות בין־אישיות מסוימות יהיו פטורות – ובצדק – מכפיפות לכללים משפטיים. תוצאה זו נובעת משיקולים של דחיקה החוצה כאמור או מההיקף המוגבל של היישום המשפטי של צדק ביחסים. ראו להלן ה"ש 121–122 והטקסט שלידן.

119 כמו־כן, במקרים מסוימים המערבים את הכוח ההופלדיאני להטיל חובות על פרטים שלא נתנו את הסכמתם לכך – כגון הכוח של הבעלים לשנות את מצבו הנורמטיבי של מי שאינו בעלים ביחס למשאב – האצלה זו לנורמות חברתיות עשויה אפילו להיות בלתי־אפשרית.

120 המתח שבין חובות משפטיות לבין הצדקות וסיכות לפעולות הכרוכות ביחסים כנים ואוטנטיים מתואר היטב על־ידי ההבחנה הקנטיאנית שבין דוקטרינת הזכות לבין דוקטרינת המידה הטובה. ראו KANT, לעיל ה"ש 25, בעמ' 31.

121 ראו, באופן כללי, HANOCH DAGAN, RECONSTRUCTING AMERICAN LEGAL REALISM & RETHINKING PRIVATE LAW THEORY 202–03, 212 (2013) (הדן בדרישת שלטון החוק להכוונות ולאימוץ כופים); HANOCH DAGAN, *Doctrinal Categories, Legal Realism, and the Rule of Law*, ;

עקרון שלטון החוק מונע את ההיבטים הפולשניים והחודרניים של חובת ההתאמה באמצעות חלוקה ברורה של התייחסויות-הגומלין הבין-אישיות לקטגוריות ולדוקטרינות משפטיות המאפשרות לפרטים למלא את חובתם באופן הולם, מחד גיסא, ולנצל כראוי את זכותם להתאמה כלפיהם, מאידך גיסא.<sup>122</sup> טכניקות פעולה אלה של עקרון שלטון החוק יוצרות מסגרת הצדקה בין-אישית המסוגלת להכווין את התנהגות הפרטים, מפני שהן אינן פועלות על בסיס הכרעות אד-הוקיות קיצוניות.

שלישית, יש הגבלות בנוגע לתחולה המשפטית של צדק ביחסים הנובעות מעצם האיריאל הזה. חובת ההתאמה אינה דרישה חובקת-כל שלפיה על הפרט להתאים את עצמו לכל אדם בכל תחום של פעילות בין-אישית. להפך, החובה יוצרת תנאי התייחסות-גומלין צודקים סביב ובתוך תחום פעילות אחד; היא חלה בהקשר או מקרה ספציפיים וביחס לאדם אחד (או קבוצת אנשים) בזמן נתון. בהקשרים של דיני רשלנות ודיני ההתאמה במקום העבודה, למשל, מגבלות בנוגע לחובת ההתאמה נובעות במישורן, כפי שנראה, מהרעיון ומהאיריאל של צדק ביחסים.<sup>123</sup> הסיבה לכך היא שלחובת ההתאמה הטבועה ברעיון הצדק ביחסים יש מנעד מסוים:<sup>124</sup> כפי שציינו, אין זה לגיטימי לדרוש מפרטים להתאים את עצמם לבחירות של צדדים אחרים אשר דוחות את מעמדם של הראשונים כפרטים חופשיים ושווים באמת.<sup>125</sup> מגבלה מינימלית זו משמיעה גם שהנטל שחובת ההתאמה הבין-אישית יוצרת אינו יכול להיות מופרז, שאם לא כן הוא עלול לחתור תחת האוטונומיה של אחד הצדדים להתייחסות-הגומלין, ואין זה ראוי שנטל זה ייצור מצב של הכפפה (subordination) בין-אישית בין הצדדים לה. דרישה זו, אשר מגבילה את תחולתן של חובות ההתאמה במשפט, אינה מבטיחה את רמת העצמאות ששיטת משפט פרטי ליברטריאנית מבטיחה. אבל כך ראוי שיהיה, מכיוון שהבטחת עצמאותו – במונח הליברטריאני – של צד אחד להתייחסות-הגומלין גורמת לכך שהצד האחר להתייחסות-הגומלין לא יזכה הן בכוח השווה לקבוע את תנאי התייחסות-הגומלין והן בחופש המהותי לפעול כמי שכותב את סיפור חייו.

- 
- 122 יכולתו של המשפט לספק הנחיה אפקטיבית "ולרסן כראוי את הכוח השיפוטי).  
 123 לפיכך סיבה אחת לכך שחוקי איסור ההפליה נוקטים את עקרון הרשימה הסגורה היא ששיטה זו מספקת למעסיקים (ולאחרים) ודאות, ומאפשרת להם להעריך בדיוק מה חובת ההתאמה דורשת. מבחינה היסטורית, חוקי איסור הפליה מובנים ומתוארים ככלי של המדינה לגייס אנשים פורטיים על-מנת למגר כשלים חברתיים היסטוריים. ברם, שיטת הרשימה הסגורה יכולה להיות מובנת גם כאמצעי של שיטת המשפט לעמוד במחויבות הנורמטיבית הליברלית להבטחת צדק ביחסים במישור האופקי. פרשנות אחרונה זו מצביעה על כך שגישתנו המוצעת עולה בקנה אחד עם רוחם של חוקי איסור ההפליה של ימינו.  
 124 ראו להלן חלקים 11 ו-12 (המדגימים את מגבלות ההתאמה).  
 125 להסבר על הרעיון של מנעד זה (המכונה range property) ראו, באופן כללי, JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 508 (1971) (להלן: RAWLS, THEORY OF JUSTICE).  
 125 ראו לעיל חלק 2(ב) (הדן בחריג זה).

### 3. מצדק ביחסים למשפט פרטי

המשפט הפרטי אינו מסדיר – וגם אינו צריך להסדיר – את כל ההיבטים שבחינו החברתיים, אך קשה להתעלם מנוכחותו החשובה בהם. למשפט הפרטי יש תפקיד מרכזי בחלק מההקשרים החברתיים החשובים ביותר שלנו, החל במשפחה ובקהילה, וכלה בעבודה ובמסחר. גישתנו בדבר צדק ביחסים מייחסת חשיבות להתייחסויות הגומלין בין-אישיות ולהשפעה שיש למשפט הפרטי בעיצובן. גישת הצדק ביחסים דוחה תפיסות ביקורתיות ככל שהן מבטלות באופן מוחלט את ייחודיותו של המשפט הפרטי ומתייחסות אליו כאל מארג כוללני האופף כל חלק מחיינו החברתיים, ומחדדת את ההשלכות הנורמטיביות העשירות המגולמות בהבנה הפשוטה של המשפט הפרטי כגוף המשפט המסדיר את היחסים שבין אדם לחברו. גישתנו מדגישה את תפקידו החשוב של המשפט הפרטי בעיצוב יחסים בין אנשים כפרטים שווים וחופשיים המצופים לכבד איש את רעהו בהתאם למי שהם באמת. במילים אחרות, גישתנו מבליטה את הערך הטובע של המשפט הפרטי, אשר בא לידי ביטוי בעמידה בדרישות המינימליות של צדק ביחסים. רעיון זה נראה פשוט ליישום, אך לא כך הם פני הדברים; גורמים אחדים מקשים את תרגום הרעיון והאידיאל של צדק ביחסים לכלל דוקטרינה משפטית.

חלק ממורכבויות אלה מצביעות על הסיכונים שיש בדחייה פזיזה של ההשקפה המסורתית, מה שיכול להסביר את דבקותם של ליברלים אגליטריאנים בהבחנה המסורתית שבין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי. למורכבויות אחרות יש השלכה הפוכה לעניין ההבחנה בין הציבורי לפרטי: הן מלמדות שהמחויבות לאוטונומיה ולשוויון מהותי משמעה דווקא שהמשפט הפרטי והמשפט הציבורי אינם יכולים לא לדרור בכפיפה אחת. מסקנה זו יכולה להסביר את החשד התמידי של הגישות הביקורתיות כלפי ההבחנה הנוקשה שבין הציבורי לפרטי.<sup>126</sup> לחששות הללו, משני צידי המתרס, יש תוקף וחשיבות במידה מסוימת. עם זאת, החששות מצד הגישה המסורתית אינם יכולים להצדיק דבקות נוקשה ומוחלטת בהבחנה המקובלת שבין הציבורי לפרטי, ואילו החששות מצד הגישות הביקורתיות אינם מסוגלים להצדיק את הביטול הדוגמטי והגורף של הבחנה זו. אכן, המורכבויות שיתוארו בהמשכו של חלק זה מסייעות להסביר את מה שברור לכל מי שמשוקע בפרקטיקה המשפטית: מעבר לניסוחים המופשטים של מה צדק דורש, הארכיטקטורה של המשפט הפרטי הינה מורכבת, ומערכת היחסים שלו עם המשפט הציבורי הינה מסובכת לא פחות.

#### (א) על שוויון פורמלי ועצמאות

מורכבות אחת נובעת מתפקידם של הערכים הנורמטיביים העומדים בבסיסה של הגישה המסורתית למשפט הפרטי – שוויון פורמלי ועצמאות. נתחיל עם השוויון הפורמלי. קיימים הקשרים שבהם השוויון הפורמלי נחשב הקירוב (proxy) הטוב ביותר לבחינת צדק בהתייחסויות גומלין בין-אישיות, משום שהצדדים בהקשרים אלה כבר נמצאים, באופן טיפוסי, במערכת יחסים שמקיימת פחות או יותר שוויון מהותי. דבר זה יכול להסביר

126 ראו, למשל, Kennedy, לעיל ה"ש 58, בעמ' 1356-1357 (הטוען כי זה בלתי-אפשרי "to take (the public/private distinction seriously as a description").

מדוע דיני החוזים הפוזיטיביים בהקשרם המסחרי עולים בקנה אחד עם השוויון הפורמלי. תיאורטיקאים של דיני חוזים משתמשים בהלימה זו כדי לתמוך בטענה כי השוויון הפורמלי הוא הבסיס הנורמטיבי של דיני החוזים בהקשר ספציפי זה או אפילו בכלל.<sup>127</sup> אך מסקנה זו אינה יכולה לעמוד.

דיני החוזים מכילים כמה דוקטרינות משפטיות שהמכנה המשותף שלהן הוא החרגה של פרטים אשר יכולתם לכרות חוזה או לבצעו נופלת מתחת לרף מסוים המאפשר השתתפות ביחסים חוזיים. חלק מדוקטרינות אלה לובשות צורה קטגוריאליה – למשל, לקטינים אין אישיות משפטית המתירה להם להבטיח הבטחה הניתנת לאכיפה משפטית.<sup>128</sup> דוקטרינות אחרות, כגון כפייה והשפעה בלתי-הוגנת, הינן מחמירות ונוקשות פחות מדוגמת הקטינים, אך עדיין מגבילות עסקאות מסוימות בשל החשש שאחד מהצדדים לעסקה אינו כשיר דיו להבטיח הבטחות חוזיות או לקבלן.<sup>129</sup> הדוקטרינה המדגימה חשש זה באופן המיטבי היא דוקטרינת ה-*unconscionability*,<sup>130</sup> שלפיה דיני החוזים חייבים להגן על הצד הפגיע בהתייחסות-הגומלין החוזית – בדרך-כלל ה"ענייני"<sup>131</sup> או "החלש, השוטה והפזיז"<sup>132</sup> – בהתקיים שני תנאים: (1) צד זה יכול לבצע רק בחירה פורמלית, ולא בחירה "משמעותית"; (2) תנאי החוזה מיטיבים באופן בלתי-סביר עם הצד האחר והחזק לעסקה.<sup>133</sup> מטרתן של כל הדוקטרינות הללו – כמו-גם של דוקטרינות אחרות ושכיחות פחות<sup>134</sup> – היא למזער את הסיכון שפערי הכוחות בין הצדדים לא יאפשרו להתייחסות-הגומלין החוזית לעמוד בדרישות של צדק ביחסים. במילים אחרות, דוקטרינות אלה מגשרות על הפער בין המחויבות לשוויון מהותי לבין השימוש בשוויון הפורמלי כקירוב להתייחסות-גומלין בין-אישיות צודקת.<sup>135</sup>

- 127 ראו, למשל, Peter Benson, *Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory*, 10 *CARDOZO L. REV.* 1077, 1172 (1989) (הטוען כי חוזים מבוססים על רעיון של "שוויון מופשט" בין בעלי יכולת בחירה); Markovits, *Arm's Length Relation*, לעיל ה"ש 24, בעמ' 316-317 (העומד על כך שהחוזים נותרים שוויוניים והדריים באופן פורמלי גם כאשר הם חד-צדדיים באופן מהותי).
- 128 ראו *Restatement (Second) of Contracts* § 12 (Am. Law Inst. 1981).
- 129 ראו שם, ס' 174-177.
- 130 ראו שם, ס' 208.
- 131 ראו Shiffrin, *Paternalism*, לעיל ה"ש 24, בעמ' 206.
- 132 ראו S.M. Waddams, *Unconscionability in Contracts*, 39 *MOD. L. REV.* 369, 369 (1976).
- 133 ראו *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445, 449-50 (D.C. Cir. 1965). דוגמה קשורה לכך כוללת את הכלל השכיח של בחינה בדיעבד של ההוגנות שבתנאי פיצויים מוסכמים. באופן מעניין, עמדתם של המבקרים כלל זה נראית משכנעת אך ורק בסוגי חוזים שבהם שוויון פורמלי הוא קירוב טוב לשוויון מהותי. ראו *DAGAN & HELLER, CHOICE THEORY*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 94.
- 134 ראו, למשל, Gordon, *Unfreezing Legal Reality*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 209-210 (הנותן דוגמאות של דוקטרינות כאלה).
- 135 השוו עם JEDEDIAH PURDY, *THE MEANING OF PROPERTY: FREEDOM, COMMUNITY, AND THE LEGAL IMAGINATION* 88, 112 (2010) (הטוען כי מערכת קניינית שמעוצבת באופן ראוי צריכה להבטיח "כללי גיוס" המיישבים בין "הדדיות, אחריות ומימוש עצמי").



איננו טוענים כי די בדוקטרינות אלה לסגור את הפער הזה באופן ראוי ומספק, כפרט לא לנוכח הפרשנות המצמצמת מדי שניתנה להן על-ידי חלק מבתי-המשפט. אולם גם אם הדוקטרינות אינן אפקטיביות באופן מלא, כולל מבחינה נורמטיבית של קיום צדק ביחסים, הלקח התיאורטי נותר על כנו: דיני החוזים מסרבים לאכוף הסכמים בנסיבות שבהן השוויון הפורמלי אינו מספיק על-מנת להבטיח שוויון מהותי. כלומר, דוקטרינות דוגמת אי-כשירות ו-*unconscionability* מגבילות את התוצאות הלא-ראויות הנובעות מהתייחסות לצדדים להתייחסות-הגומלין כאל שווים מבחינה פורמלית.<sup>136</sup> הן יוצרות פתח דוקטרינרי לבתי-משפט להפוך את רעיון השוויון הפורמלי מאידיאל עצמאי לאידיאל המותנה בהתאמתו (ולו הרופפת) לשוויון מהותי.<sup>137</sup>

ערך העצמאות ממלא גם הוא תפקיד חשוב במשפט הפרטי. אולם ערך זה – להבדיל מהשוויון הפורמלי – אינו קירוב למימוש של ערך אחר; זהו ערך כשלעצמו, אף שאין הוא הערך האולטימטיבי במשפט הפרטי. חרף היות המערכת הליברלית של המשפט הפרטי מחויבת לערך ההגדרה העצמית, ולא לערך העצמאות, היא אינה מבטלת או ממעיטה בערכו של ערך העצמאות, וגם אינה צריכה לעשות זאת. גישה ליברלית אחראית למשפט הפרטי חייבת להתייחס בכובד-ראש לדברי האזהרה של ישעיהו ברלין נגד רמיסת עצמאותם של פרטים "בשם האישיות האמיתית שלהם", ולמסקנתו שלפיה "חלק מסוים של הקיום האנושי חייב להישאר בלתי-תלוי בספֶּרַת השליטה החברתית".<sup>138</sup> אכן, כל משטר ליברלי נאות חייב להביא בחשבון את ערך העצמאות.<sup>139</sup> אך הספקת הגנה ראויה לעצמאותם של פרטים מבלי לשכוח שעקרון ההגדרה העצמית הוא-הוא הערך המצדיק עצמאות זו (וגם זקוק לה) היא בגדר אתגר. בעיצוב המשפט הפרטי שלנו (ובפרט בעיצוב חובות העשה שבו) אנו חייבים לקיים את מה שהל"א הרט תיאר כ"משימה הלא-מלהיכה אך ההכרחית" של הבחנה "בין חומרתן של ההגבלות השונות של חירויות ספציפיות שונות לבין חשיבותן היחסית לניהול חיים משמעותיים".<sup>140</sup>

לפיכך מערכת של משפט פרטי המבוססת על אוטונומיה אינה נרתעת מלהגביל את עצמאותם של פרטים מסוימים במקרים שבהם תרומתה של עצמאות זו להגדרתם העצמית הינה מינימלית, וכאשר תמיכה מלאה בעצמאות זו עלולה לסכן את ההגדרה העצמית שלהם (או של אחרים) או לפגוע בשוויון המהותי בין פרטים. (גדון בדוגמה חשובה לכך בהקשר

136 יש לשים לב כי זוהי טענה מבנית הנובעת מהניתוח הנורמטיבי שהצענו, ולא טענה אמפירית: הדוקטרינות השונות שבענייננו עשויות לשמש כלי לריכוך ההשלכות השליליות שיש בהתייחסות לצדדים לחוזה כאל שווים מבחינה פורמלית בלבד.

137 ראו Avihay Dorfman, *Private Law Exceptionalism? Part II: A Basic Difficulty with the* Argument from Formal Equality, 31 CAN. J.L. & JURIS. 5, 28–31 (2018) (להלן: Dorfman). *(Private Law Exceptionalism Part II)*.

138 ראו Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty*, in LIBERTY 166, 167, 179 (Henry Hardy ed., 2002).

139 ראו, למשל, JOHN STUART MILL, ON LIBERTY 107–44 (1863) (הטוען כי האינדיווידואליזם הוא מרכיב חיוני בחברה ליברלית).

140 Hart, *Between Utility and Rights*, לעיל ה"ש 99, בעמ' 834–835.

של כללי המשפט הפרטי ביחס לפרויקטים משותפים.<sup>141</sup>) אולם גישה ליברלית למשפט הפרטי תתייחס לעצמאותם של פרטים בזהירות רבה יותר מקום שאין ערך נורמטיבי נוגד, דהיינו, כאשר אין איום על ערך ההגדרה העצמית ועל השוויון המהותי. יתרה מזו, גישה ליברלית למשפט הפרטי תתמוך בוודאי בערך העצמאות מקום שהוא הכרחי להבטחת ערך ההגדרה העצמית.

### (ב) גורמים הקשריים פנימיים

גורמים נוספים המסבכים את התרגום הנורמטיבי של המחויבות הליברלית להגדרה עצמית ולשוויון מהותי לכלל דוקטרינה של המשפט הפרטי נובעים הן משיקולים הקשריים פנימיים לפעילות חברתית שבנדרון והן משיקולים הקשריים חיצוניים לה. נפתח בדיון בשיקולים הפנימיים, הנובעים מהטוב המהותי הטמון בפעילות החברתית המהווה התייחסות־גומלין בין־אישית.

מאחר שכל פעילות חברתית אמורה לתרום לקידום המימוש של הערך הטוב (או הערכים הטובים) שבבסיסה, לכל פעילות חברתית כזו יש היגיון פנימי אשר משפיע מטבע הדברים על תוכנם של תנאי התייחסות־גומלין הצודקים בהקשר הספציפי של הפעילות החברתית. במקרים מסוימים היגיון זה יכול לערוך את הכוונון העדין הדרוש על־מנת להפוך את ההוראה המופשטת בדבר צדק ביחסים לכלל מערך כללים בר־הפעלה בקידום צדק ביחסים. שיקולים הקשריים פנימיים אלה עוזרים ביצירת התוכן הנורמטיבי של צדק ביחסים אל תוך הקשרה של הפעילות החברתית, ובכך מבהירים את הכרעותינו בנוגע לשאלה מה הופך מערכות יחסים של פרטים להתייחסויות־גומלין המקיימות חירות ושוויון מהותיים, בכך שהם עוזרים, למשל, בזיהוי התכונות האישיות המחייבות התאמה בהקשר של הפעילות האמורה. (דיני הרשלנות המסורתיים בהקשר של גרימת נזק פיזי בתאונות־דרכים יבהירו נקודה זו: התכונות הרלוונטיות הן הלקויות הפיזיות, המנטליות והקוגניטיביות של הניזוק, בעוד תכונות אישיות אחרות – כגון השקפה פוליטית – אינן מצדיקות התאמה, מכיוון שהן אינן רלוונטיות בדרך־כלל לפעילות התחבורתית הנדונה.<sup>142</sup>)

קיימות קטגוריות אחרות של מקרים שבהן ההקשר של הפעילות החברתית והשיקולים הפנימיים שלה אינם מאפשרים ליישבה עם המחויבויות הנורמטיביות הליברליות שבשיטתנו, מה שמחייב אותנו לשקול את האפשרות לפסול פעילות חברתית זו או למצער לשנותה באופן מהותי כך שהיא תהלום את אידיאל הצדק ביחסים. בחלק מההקשרים הסיבה לכך היא האופי הדכאני של הפעילות החברתית: עבודת הינה דוגמה ברורה לפעילות חברתית שאי־אפשר לשקמה באופן שיקדם ויממש צדק ביחסים. אבל במקרים קיצוניים פחות, שבהם הפעילות החברתית מתאפיינת במידה פחותה של א־ליברליות, אפשרות שינויה כך שהיא תהלום את המחויבויות הליברליות הבסיסיות נראית ראויה יותר.<sup>143</sup>

141 ראו להלן חלק ג3 (הדן בתמיכת המשפט הפרטי בפרויקטים משותפים).

142 ראו להלן חלק ג1 (הדן בתכונות אלה).

143 ניתן לחשוב, למשל, כיצד תוכנות פמיניסטיות, המדגישות את ההפרות של צדק ביחסים, עזרו לשנות פרקטיקות ופעילויות חברתיות רבות. ראו, למשל, William N. Eskridge, Jr., *Sexual and Gender Variation in American Public Law: From Malignant to Benign to*

לבסוף, במקרים אחרים המחויבות הנורמטיבית של המשפט הפרטי לאידיאל של צדק ביחסים מצויה במתח מתמיד עם מופע מסוים ומהותי ביותר של הפעילות החברתית הספציפית (אשר מבוססת כשלעצמה על ערכים ליברליים תקפים). הדבר עשוי להסביר, ואפילו להצדיק, פרקטיקה רחבה של חופש ביטוי הכוללת מתן זכויות מיוחדות למשתתפים בה להגחיק אחרים ואף לפגוע בהם. תופעה זו עשויה להסביר את הסובלנות של המשפט הפרטי כלפי חופש הביטוי אפילו במקרים שבהם הביטוי פוגעני כלפי אחרים בהינתן בחירותיהם המכוננות, תכונותיהם הפיזיות ונסיבותיהם האישיות (כגון גזע).<sup>144</sup> ייתכן שניתן להקביל דוגמה זו לנזקים הכלכליים הטהורים שמשותפים בשוק החופשי חווים.<sup>145</sup>

### (ג) מחויבויות חיצוניות

לצד השיקולים הפנימיים הנובעים מהפעילות החברתית, גם מחויבויות חיצוניות של המדינה הליברלית – נורמטיביות וכן מעשיות – עשויות להטיל מגבלות על מימוש אידיאל הצדק ביחסים של המשפט הפרטי. מדינה ליברלית (בניגוד לליברטריאנית) צריכה להיות מחויבת הן לדרישות של צדק חלוקתי (המתמקד בשוויון מטריאלי או בשוויון הזדמנויות)<sup>146</sup> והן לדרישות של אזרחות דמוקרטית (המתמקדת במיגור מדרגים במערכות היחסים שלנו כאזרחים).<sup>147</sup> תפיסה הולמת של ההבחנה בין הציבורי לפרטי חייבת להתייחס לדוקטרינות של המשפט הפרטי אשר חותרות תחת מחויבויות חיצוניות אלה ומערערות אותן.<sup>148</sup> על-

---

*Productive*, 57 U.C.L.A. L. REV. 1333, 1334 (2010) (“social and intellectual forces [are] pressing Americans toward the notion... that most variations [in gender, sex, and sexuality] are tolerable”)

144 ראו, למשל, Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011), שבו שלל בית-המשפט העליון פיצויים בגין פגיעה נפשית מכוונת שנגרמה על-ידי ביטוי פוגעני. למען הסר ספק, פרקטיקה נרחבת של חופש ביטוי עשויה להיות שנויה במחלוקת (במיוחד כאשר העוולות הרלוונטיות, כגון לשון הרע, נתפסות ככאלה המגינות על כבוד האדם, ולא רק על המוניטין של הפרט); עם זאת, הדוגמה הנוגעת בחופש הביטוי מרגימה כי יכולות להיות פעילויות ופרקטיקות ליברליות (להבדיל מדוגמת העבדות) אשר הטוב הטמון בהן בא על-חשבון המחויבויות הנורמטיביות אשר מנביעות בדרך-כלל צדק בהתייחסויות-גומלין השייכות למישור האופקי.

145 ראו Stephen R. Perry, *Protected Interests and Undertakings in the Law of Negligence*, 42 U. TORONTO L.J. 247, 265 (1992) (“[I]n a market-based economy in a liberal society individual economic interests are inevitably subject to a broad range of interference... by other persons”)

146 ראו, למשל, RAWLS, THEORY OF JUSTICE, לעיל ה"ש 22, בעמ' 12; DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE, לעיל ה"ש 61, בעמ' 124, “The second principle [of justice] applies... to the (distribution of income and wealth”

147 ראו, למשל, IRIS MARION YOUNG, JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE 16 (1990) (“The concepts of domination and oppression, rather than the concept of distribution, should be the starting point for a conception of social justice”)

148 התחייבויות חיצוניות לצדק חלוקתי ולאזרחות דמוקרטית מסייעות גם להסביר מדוע המשפט הציבורי אינו יכול (וגם אינו צריך) להיתפס באופן בלעדי באמצעות הרעיון של צדק ביחסים.

מנת להתמודד עם השלכות בעייתיות אלה, תפיסה נאותה של המשפט הפרטי יכולה ליישם שיקולים מסדר שני כדי לעצב מסגרת דוקטרינרית שתפנים השלכות אלה מבלי לפגוע בדרישות הצדק ביחסים. דרך אחת להשיג מטרת אלה היא להגביל את אחריותו של הפרט במשפט הפרטי על-ידי העברת חלק מהנטל לקיום המחויבויות החיצוניות אל המשפט הציבורי, ובכך לצמצם את המתח הקיים בין צדק ביחסים לבין המחויבויות החיצוניות לצדק חלוקתי או לאזרחות דמוקרטית. פתרונות-ביניים דומים יכולים להיות מוצדקים בשם סיבות מעשיות – לדוגמה, כאשר שיקולי יעילות תומכים בהסדרה רגולטורית-מנהלית של התייחסות-גומלין שהינה בין-אישית במהותה.<sup>149</sup>

יתרה מזו, מכיוון שיש חפיפה מסוימת בין האחריות הציבוריות להבטחת אוטונומיה ושוויון מהותי לבין החובות הפרטיות הנובעות מדרישת הצדק ביחסים, על המשפט הפרטי להיות זהיר ולא לדלל את החובות הציבוריות של המדינה. במילים אחרות, אין לפרש את מחויבותו של המשפט הפרטי לצדק ביחסים ככזו שמחליפה בהכרח את האחריות הציבוריות והחובות של המדינה הנובעות מהן. נקודה זו מקבלת משנה תוקף בהקשרים שבהם היענות לדרישות הצדק ביחסים, תוך יישום כללים משפטיים על הפעילות החברתית הבין-אישית, יכולה להיעשות אך ורק דרך דוקטרינה של המשפט הפרטי אשר בנויה על תשתית רגולטורית של המשפט הציבורי (כמו בדיני הגנת הצרכן).<sup>150</sup> נקודה זו רלוונטית גם במקרים שבהם האחריות הראשונית צריכה להיות פרטית ויחסנית – כגון במקרה של דמי מזונות – אך מילוי החובה הציבורית המקבילה לה מצריך שהמדינה תסייע באכיפת החובות הפרטיות היחסניות או אפילו תספק ביטוח מסוים מקום שחובות פרטיות אלה אינן מקוימות.<sup>151</sup>

אולם, כפי שהדוגמה של דמי המזונות מלמדת, יש מקרים ברורים שבהם תנאי התייחסות-הגומלין של המשפט הפרטי אינם צריכים להתגייס כדי לשרת מטרת ציבוריות טהורות. טלו, למשל, את עוולת התקיפה. האם ניתן מבחינה מוסרית לבטל את המישור היחסני-האופקי של עוולה זו לשם קידום מטרה ציבורית, ראויה ככל שתהיה? מאפיינים אחרים של המשפט הפרטי הינם קריטיים באותה מידה לפחות לשמירת המשפט הפרטי כשדה המשפטי המסדיר את אידיאל הצדק ביחסים. למשל, קשה לדמיין משטר משפטי המבטל

149 למשל, החוק המסדיר את חובת ההתאמה בהקשר של עבודה. כאן יש חובה יחסנית משמעותית ביותר. ראו, למשל, 42 U.S.C. § 2000e-2 (2012) (האוסר על מעסיקים להפלות עובדים על בסיס אמות-מידה מסוימות).

150 ראו JOSEPH WILLIAM SINGER, NO FREEDOM WITHOUT REGULATION: THE HIDDEN LESSON OF THE SUBPRIME CRISIS 58–95 (2015).

151 השוו ANNE L. ALSTOTT, NO EXIT: WHAT PARENTS OWE THEIR CHILDREN AND WHAT SOCIETY OWES PARENTS 49–72 (2004) (הדנה בתפקידה של המדינה במתן תמריצים להורות טובה). ראו, באופן כללי, JANE MILLAR & ANDREA WARMAN, FAMILY OBLIGATIONS IN EUROPE 24 (1996) (המתארות את הגישות השונות ביחס להתערבות המדינה בחובות ההוריות כלפי ילדים נתמכים); Robert I. Lerman & Elaine Sorensen, *Child Support: Interactions Between Private and Public Transfers*, in ECONOMICS OF MEANS-TESTED TRANSFER PROGRAMS IN THE UNITED STATES 587 (Robert A. Moffitt ed., 2003) (הדנים בתפקיד המדינה באכיפת חובות הוריות כלפי ילדיהם).

את כל הכוחות הנורמטיביים המאפשרים לפרטים ליצור חובות חזיות או לנהוג כבעלים במשאבים חיצוניים מסוימים.<sup>152</sup>

לבסוף, איננו מכחישים כי בהקשרים מסוימים יהא זה לגיטימי להעמיד כלים של המשפט הפרטי לשירות ערכים ציבוריים בסיסיים, באופן שיגייס פרטים לקידום מטרות ציבוריות קולקטיביות. כך, לדוגמה, ניתן לטעון כי את מערך התמריצים של דיני זכויות היוצרים ודיני הפטנטים יש להבין כאצילה של המטרה הציבורית של קידום תרבות, מחקר ופיתוח ליריהם של אנשים פרטיים ופירמות.<sup>153</sup> כאשר גופים פרטיים מגויסים כך לשם מטרה ציבורית, דיונים הנוגעים בהפרטה ובהצברה יכולים לסוב סביב שיקולים של כשירות מוסדית יחסית. אולם כל עוד ערכים חברתיים וציבוריים אלה מקודמים באמצעות דוקטרינות של המשפט הפרטי, חשוב להעריך לא רק את הביצוע הרגולטורי (והחיצוני) של אותן דוקטרינות, אלא גם את ביצוען הפנימי (והטבוע), קרי, אם הדוקטרינות של המשפט הפרטי מבססות, מקדמות ומשמרות את האידיאל של צדק ביחסים.

### ג. המשפט הנוהג של צדק ביחסים

נעבור כעת מתיאוריה משפטית לדוקטרינה משפטית. באמצעות הדגשת החשיבות של אידיאל הצדק ביחסים למשפט הפרטי הנוהג, אנו מקווים להדגים מה יאבד נורמטיבית אם נזנח את ההבחנה שבין הציבורי לפרטי או לחלופין אם נקבל את התפיסה המסורתית של המשפט הפרטי כמבצר של עצמאות ושוויון פורמלי. נבחן ארבעה תחומי משפט שמדגימים את מופעי הצדק ביחסים במשפט הנוהג, ואשר מקיפים יחדיו חלקים משמעותיים של המשפט הפרטי.

בכל מקרה-מבחן שינותח להלן המשפט הפרטי מעצב (וצריך לעצב) התייחסויות-גומלין בין-אישיות כמסגרות של מערכות יחסים בין פרטים בעלי הגדרה עצמית אשר מכבדים איש את רעהו בהתאם למי שהם באמת. מקרי-מבחן אלה מדגימים כי משפט פרטי הדבק באידיאל של צדק ביחסים מציב דרישות בכל הנוגע בהתנהגותם של פרטים, וכי דרישות אלה הן הכרחיות על-מנת שהפרטים יפעלו במסגרת יחסים צודקת, כזו המשקפת כבוד הדדי לחירות ושוויון מהותיים. נוסף על כך, דרישות אלה אינן מכבירות יתר על המידה, ובוודאי אינן חייבות להיות כאלה; ניתן להגן על ערך העצמאות מפני פגיעות קשות בו גם מבלי לתמוך בתפיסה המסורתית של המשפט הפרטי.

לבסוף, מקרי-המבחן שלהלן גם מסייעים בהדגמת המורכבויות הכרוכות ביישום הקונקרטי של צדק ביחסים במשפט הפרטי. בה-בעת הם מדגימים גם מדוע אף לא אחת מהמורכבויות הללו מצדיקה התעלמות מהערך הטבוע של המשפט הפרטי על-ידי תפיסתו כ"משפט שנועד

152 השוו (2010) Avihay Dorfman, *Private Ownership*, 16 LEGAL THEORY 1, 12–16 (הדן בתפיסה המרקסיסטית של רכוש אישי כהמחשה למשטר משפטי המבטל סמכויות נורמטיביות כאלה).

153 ראו, למשל, U.S. CONST. art. I, § 8: "The Congress shall have Power... [t]o promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries" (ההדגשה הוספה).

לפרטים הנתפסים כתכליות במנותק מקשרים בין-אישיים – כאטומים עצמאיים מבחינה מוסרית<sup>154</sup> (כפי שגורסת ההשקפה המסורתית) או על-ידי תפיסתו כעוד כלי רגולטוריי-ציבורי (כפי שגורסת חלק מהגישות הביקורתיות). אף שמתן מענה לשאלות הערכיות שגישתנו מעלה מחייב שקילת שיקולים הקשורים, אין הדבר ממעיט מחשיבותו של צדק ביחסים במשפט הנוהג. הצורך בשיקול-דעת כזה עלול אומנם להרתיע פורמליסטים, אך בעינינו זוהי אמיתה פשוטה המשקפת את הפנומנולוגיה של עריכת דיון משפטי תחת הקשר ספציפי ומפורט.

## 1. תאונות הגורמות נזק לחיים ולגוף

התלות ההדדית הקיימת כמעט בכל היבט בחיינו משמיעה כי האפשרות לקיים חיים טובים ומשמעותיים מחייבת מאמץ תמידי של החברה למזער את תופעות-הלוואי השליליות הנובעות מהשאיפות הלגיטימיות של פרטים לממש את מטרותיהם. כך, לדוגמה, ביקור אצל חבר עשוי לכלול פעולות, כגון נהיגה או חציית כביש, אשר חושפות את הפרט או את סובכיו לסיכון משמעותי לנזק – ובמיוחד לנזק פיזי (כולל מוות) – כתוצאה מתאונה. אין זה מפתיע שעוולה פרדיגמטית (אם לא הפרדיגמטית ביותר) במדינות מפותחות רבות למן ימי המהפכה התעשייתית היא רשלנות בהקשר של גרימת נזק לחיים ולגוף.<sup>155</sup> עוולת הרשלנות מגיבה על בעיה של נזקי תקלות על-ידי כינון תנאי התייחסות-גומלין צודקים – קביעת סטנדרט זהירות – בין פרטים. תנאי התייחסות-גומלין אלה מספקים מענה לכמה דרישות נורמטיביות, לרבות הדרישה לשמירה על שוויון בחירויות של הצדדים להתייחסות-הגומלין וכן הדרישה ליצירת תמריצים לנקיטת אמצעי זהירות שעלותם מוצדקת. מה שהופך את המענה הזה למאתגר במיוחד הוא השוני הקיים בין הפרטים להתייחסות-הגומלין, שכן היכולת לנקוט אמצעי זהירות עשויה להיות שונה במידה ניכרת בין הפרטים בחברה בכלל ובין הצדדים להתייחסות-הגומלין בפרט.<sup>156</sup>

על-מנת להבין מה עולה כדי תנאי התייחסות-גומלין צודקים בהקשרים אלה, נתבונן על מקרה שבו אדם עם כשירות מנטלית מוגבלת נפגע על-ידי מכונית בעת חציית כביש. המוגבלות המנטלית של הניזוק עשויה להשפיע על תנאי התייחסות-הגומלין, ובסופו של דבר על פתרון המקרה, בשתי דרכים חשובות. ראשית, היא עשויה להכריע באופן חלקי אם התנהגותו של המזיק עולה בכלל כדי רשלנות: כל ניסיון לא-שרירותי להכריע מה נחשב מהירות "סבירה" של המזיק מניח מראש הכרעה נורמטיבית מסוימת הקובעת מה נחשב התנהגות סבירה של ניזוק פוטנציאלי המגיב על מכונית העטה לעברו. במילים אחרות, האופן שבו אנו מעריכים את תגובתו של הניזוק קובע באופן חלקי את תוכנה של חובת הזהירות המוטלת על המזיק הפוטנציאלי. שנית, מוגבלותו של הניזוק עשויה, תחת דוקטרינה של

154 BRUDNER, לעיל ה"ש 11, בעמ' 353.

155 ראו, למשל, ARTHUR RIPSTEIN, EQUALITY, RESPONSIBILITY, AND THE LAW 48 (1999) (להלן:

G. Edward White, *The Unexpected Persistence of Negligence*, ;(RIPSTEIN, EQUALITY 1980–2000, 54 VAND. L. REV. 1337, 1346 (2001).

156 החיבור הפרדיגמטי בנושא זה הוא OLIVER WENDELL HOLMES, JR., *Lecture III – Torts: Trespass and Negligence*, in THE COMMON LAW 71 (Harvard Univ. Press 2009) (1881).

אשם תורם, לקבוע את היקף החבות שתוטל על המזיק הרשולן: אי-התחשבות במוגבלות של הניזוק כשיקול רלוונטי תפחית את היקף החבות שתוטל על המזיק, ולהפך. יצירת תנאי התייחסות-גומלין צודקים בין מזיקים לבין ניזוקים מחייבת הכרעה בנוגע לשאלה אילו תכונות, יכולות ונסיבות של הניזוק הן רלוונטיות ועל-כן מחייבות את המזיק להתאים את עצמו אליהן, ואילו אינן רלוונטיות ועל-כן אינן מצדיקות הטלת חובת התאמה על המזיק. תנאי התייחסות-גומלין צודקים דורשים כי בכפוף לתנאי-סף מקובלים דיני הנזיקין, כגון צפיות טכנית, תוכנה של חובת הזהירות המוטלת על המזיק כלפי הניזוק ייקבע באופן חלקי על בסיס היכולות הפיזיות והמנטליות של הניזוק.<sup>157</sup> המזיק חייב לנקוט אמצעי זהירות נוספים – דהיינו, לשאת בעלויות נוספות – כדי להגן גם על פרטים עם מוגבלות מנטלית, ולא רק על פרטים ללא מוגבלות, מפני פעילותו המסוכנת. כלל זה, אשר חלק ניכר מהמשפט הפוזיטיבי מיישם,<sup>158</sup> משקף את ההבנה הראויה של צדק ביחסים, כלומר, של יחסים המתאפיינים בכבוד הדדי בין הצדדים ובשוויון באוטונומיה של כל אחד מהם. ניתוח זה של צדק ביחסים קורא תיגר על הניתוח הכלכלי של המשפט, אשר מחייב התייחסות סימטרית לצדדים להתייחסות-הגומלין בעת בחינת התנהגותם,<sup>159</sup> ללא התחשבות בהבדל האיותי בין הסיכונים שהמזיק והניזוק חשופים להם – הבדל שגם דיני הנזיקין

157 תחת הדרישה של צפיות טכנית, כמות אמצעי הזהירות הנדרשת מביאה בחשבון את אפשרות ההימצאות של פרטים מוגבלים באופן של צפיות "סטטיסטית". מזיקים אינם מצופים לדעת את המספרים והסטטיסטיקות המדויקים, אך הם מצופים בהחלט להיות מודעים להימצאותם של פרטים כאלה כברתם ולאפשרות שלפחות אחד מהם יהיה באזור הסכנה הצפוי הרלוונטי להתנהגות המסוכנת של המזיק. ראו, למשל, *Haley v. London Elec. Bd.* [1965] AC 778, 805 (HL) ("In view of the large number of blind persons who... are users of the road it cannot be said that the risk of causing them injury is so small as to be minimal and therefore to be excluded from the realm of foreseeability")

158 ראו, למשל, *Noel v. McCaig*, 258 P.2d 234, 241 (Kan. 1953) ("Since knowledge and appreciation of the peril are essential elements of contributory negligence, it is obvious that an inquiry into the age, experience, and mental capacity of the plaintiff is material where contributory negligence is invoked as a defense"); *Johnson v. Primm*, 396 P.2d 426, 430 (N.M. 1964) ("If plaintiff was not a rational being and such condition proximately resulted from defendant's negligence, her conduct is not to be judged by the same standards as would apply to an ordinary or average adult..."); *Campbell v. Cluster Hous. Dev. Fund Co.*, 668 N.Y.S.2d 634, 635 (App. Div. 1998) ("The degree of reasonable care is measured by the plaintiff's physical and mental infirmities, as known by the defendants..."); *Stacy v. Jedco Constr., Inc.*, 457 S.E.2d 875, 879 (N.C. Ct. App. 1995) ("[O]ne whose mental faculties are diminished, not amounting to total insanity... is not held to the objective reasonable person standard. Rather, such a person should be held only to... the standard of care of a person of like mental capacity under similar circumstances")

159 ראו, למשל, *WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW* 124, 126 (1987). עוד על המתח בין היחס האסימטרי של חוק הרשלנות לניזוק ולמזיק, מחד גיסא, לבין הניתוח הכלכלי של דיני הנזיקין, מאידך גיסא, ראו, באופן כללי,

הנוהגים רגישים אליו.<sup>160</sup> ניתוח זה גם עומד בניגוד מוחלט לדרישתה של התפיסה המסורתית של המשפט הפרטי שלפיה יש להגן על עצמאותם של הפרטים ועל השוויון הפורמלי. דרישה זו מנביעה בחינה אובייקטיבית של תוכנה של חובת הזהירות, וזו אינה מאפשרת התחשבות בתכונותיו האישיות של הניזוק (כולל מוגבלות מנטלית), שכן לפיה אין לקבוע את תנאי התייחסות-הגומלין באופן חד-צדדי העלול להכפיף את המזיק לניזוק. לכן, לפי הגישה המסורתית, המזיק פטור מלהביא בחשבון את מאפייניו הספציפיים של הניזוק, וכתוצאה מכך הוא אף פטור מחובת ההתאמה אליהם.<sup>161</sup> בעשותה כך, הגישה המסורתית מסרבת לכבד את הניזוק כפי שהוא, כלומר, בהתאם למוגבלותו.

Dorfman, Negligence and Accommodation (May 9, 2016) (להלן: Avihay Dorfman);  
 (לא פורסם, עותק מצוי בידי המחברים).  
 160 לדיון בהבדלים האיכותיים ראו לעיל ליד ה"ש 109-107. ראו גם Gregory C. Keating, *Is Cost-Benefit Analysis the Only Game in Town?* 91 S. CAL. L. REV. 195 (2018) השור זאת לבחינה הסימטרית של הצדדים בדיני הניזוק בקטגוריות של מקרים שאינם כוללים הברל איכותי בין הסיכונים שהצדדים חשופים להם, כפי שניתן לראות בדוקטרינה של מטרד ליחיד. תחת דוקטרינה זו, הרגישויות האישיות והמובחנות של הניזוק אינן רלוונטיות להכרעה אם המזיק פגע באופן בלתי-סביר בשימוש ובהנאה של הניזוק ממקרקעיו. ראו, למשל, Langan v. Bellinger, 611 N.Y.S.2d 59, 59-60 (N.Y. App. Div. 1994) (שם דרש בית-המשפט "ראיות אובייקטיביות" למטרד); W. PAGE KEETON ET AL., PROSSER AND KEETON ON THE LAW OF TORTS § 88, at 628 (5th ed. 1984) (להלן: PROSSER & KEETON).  
 161 ראו Coleman & Ripstein, לעיל ה"ש 28, בעמ' 112 "Because fault is supposed to measure the costs of activities fairly and across individuals, it cannot be understood subjectively (in terms of good faith efforts at care)" ראו גם WEINRIB, IDEA OF PRIVATE LAW ה"ש 36, בעמ' 169 ה"ש 53 ובעמ' 183 ה"ש 22 "[T]he plaintiff cannot demand that the defendant should observe a greater care than the plaintiff with respect to the plaintiff's safety". עוד ראו Ripstein, *Civil Recourse and Separation*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 181 "The unusually sensitive plaintiff gets no solace from the law" בניסיון ליישב את ההשקפה המסורתית עם העובדה שהמשפט הנוהג זונח את הבחינה האובייקטיבית של סטנדרט הזהירות של הניזוק, טוען ריפשטיין כי המוגבלות הפיזית של הניזוק יכולה לקבוע באופן חלקי את כמות אמצעי הזהירות שעל המזיק לנקוט. ראו RIPSTEIN, EQUALITY, לעיל ה"ש 155, בעמ' 111-113. ריפשטיין משווה את הניזוק המוגבל (פיזית) לדרך קפואה, וטוען כי התחשבות במוגבלות הפיזית של הניזוק באופן שמשפיע על כמות אמצעי הזהירות שעל המזיק לנקוט הינה מוצדקת באותה מידה, במונחים של שוויון פורמלי, כמו התאמת אמצעי הזהירות לתנאי הדרך המשתנים. בכך גורס ריפשטיין כי הן המוגבלות הפיזית של הניזוק והן תנאי הדרך הקשים תואמים את דרך הבחינה האובייקטיבית של סטנדרט הזהירות. אך האנלוגיה של ריפשטיין אינה משכנעת. הרעיון של שוויון פורמלי אינו רלוונטי כלל ביחס לתנאי הדרך, שהרי הוא רלוונטי רק ביחס לרגישויות ולתנאים של בני-אדם (או של יצורים תבוניים). חששות בדבר אי-שוויון פורמלי יכולים לעלות כאשר המשפט מאפשר למאפיינים סובייקטיביים של אדם אחד לקבוע את כמות אמצעי הזהירות שאדם אחר חייב לנקוט. למען הסר ספק, איננו טוענים כי אדם עם מוגבלות מנטלית או פיזית קובע בעצמו את תנאי התייחסות-הגומלין באמצעות שימוש בסמכות מדומה להחליט אם לפעול או לא (ראו את דיונו של ריפשטיין בשכרות מרצון



אלה מבין אנשי הגישה המסורתית אשר ערים להשלכות הקיצוניות שיש להטלת מלוא העולות של מוגבלותו או נסיבותיו הספציפיות של הניזוק על הניזוק עצמו יטענו בוודאי כי זו אחריותה של המדינה – באמצעות פתרון מן המשפט הציבורי, דוגמת תוכנית של ביטוח לאומי – לתקן את תוצרי־הלוואי הקשים הנובעים מתפיסתם הנוקשה בנוגע למשפט הפרטי כמעוז החירות השלילית.<sup>162</sup> באופן מעניין, אלה המבקרים את ההבחנה שבין הציבורי לפרטי (בעיקר אנשי המשפט וכלכלה) מגיעים למסקנה דומה: שאלת זהותו של הגוף האחראי לביצוע ההתאמה ההכרחית לתכונותיו ולמאפייניו של הניזוק – המזיק הפרטי או המדינה – היא עניין של עיצוב מוסדי.<sup>163</sup>

אכן, השוני המרכזי בין ההשקפה המסורתית לבין הגישות הביקורתיות הוא שהראשונה מבטלת את הצדק ביחסים, בעוד האחרונות רואות אותו כאגבי לחלוטין למשפט הפרטי. אך המזיק והניזוק הפוטנציאליים אינם יכולים להיות בהתייחסות־גומלין המקיימת צדק ביחסים מבלי שלמוגבלות של הניזוק תהיה מידה מסוימת של השפעה על חובת הזהירות של המזיק כלפיו.<sup>164</sup> א־התייחסות למכלול תכונותיו ונסיבותיו של הניזוק בעת קביעת החובות הבין־אישיות במקרים כאלה אינה הולמת את אידיאל השוויון המהותי שבין הצדדים. דיני הרשלנות כוללים כמובן הקשרים נוספים רבים, מעבר להקשר של מוגבלות מנטלית, שבהם מתעוררות שאלות בנוגע להיקף הראוי של חובת ההתאמה. המאפיינים הייחודיים

---

– שם, בעמ' 112). הנקודה היא שהמשפט קובע תנאי התייחסות־גומלין שאינם תואמים את השוויון הפורמלי שבין הצדדים כאשר תנאים אלה נדרשים על־מנת לוודא שאחד הצדדים יכבד את מאפייניו הייחודיים של הצד האחר ויתאים את עצמו אליהם. האנלוגיה הכושלת של ריפשטיין מחזירה את הגישה המסורתית אל נקודת ההתחלה שלה: היא אינה מאפשרת הבאה בחשבון של המאפיינים הייחודיים של הניזוק בעת קביעת תנאי התייחסות־הגומלין עם המזיק. ראו Dorfman, Negligence and Accommodation, לעיל ה"ש 159, בעמ' 2 לכתב־היד (הדן בטיפול האסימטרי של החוק בניזוקים ובמזיקים 56. 128 וכו' 27 מאמר משפטי צריך לייחס לכך – מאורן יתר המדינות ולמה זה עלול להיות הרסני – לאורך כל המאמר המחבר כלל לא נגע לה).

162 אפילו ליברטריאנים נוקטים כנראה עמדה זו. ראו, למשל, Nozick, לעיל ה"ש 14, בעמ' 78–79, 82–83, 87 ו־115.

163 ראו Guido Calabresi, Ideas, Beliefs, Attitudes, and the Law 39–40, 66–67 (1985) (אשר מבקר את גישתו של המשפט המקובל המסורתי לנושאי הסיכונים ומציע שיטה חלופית של התאמה). ראו גם Gregory C. Keating, *The Priority of Respect over Repair*, 18 LEGAL THEORY 293, 314 (2012) (להלן: Keating, *Priority of Respect*) (המשווה שיטות פיצויים במשטרים נזיקיים ומנהליים שונים).

164 אכן, תנאי התייחסות־גומלין צודקים בין הצדדים מחייבים הטלת חלק מהעלויות הנובעות מתכונותיו וממאפייניו (כגון מוגבלות) של צד אחד להתייחסות־הגומלין על הצד האחר לה. למרות ההשלכות החלוקתיות שלה, הדרישה להפנמה חלקית של עלויות הצד האחר להתייחסות־הגומלין נובעת מראגה לצדק ביחסים שבין הפרטים, ולא משיקולים של צדק חלוקתי ושוויון מטריאלי בין הפרטים. לכן דרישת ההתאמה למוגבלותו של פרט אינה נוגעת בהבחנה שבין מזל עיוור (brute luck) לבין מזל בר־שליטה (option luck), ואף לא להבחנה שבין מזל רע לבין בחירה. להבחנה בין מזל עיוור לבין מזל בר־שליטה ראו Dworkin, *Sovereign Virtue*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 73.

של הפעילות החברתית הרלוונטית מסייעים לענות על חלק משאלות אלה. חשובה במיוחד ההבנה כי התכונות האישיות שיש לערוך התאמה כלפיהן כחלק מחובת הזהירות חייבות להיות קשורות לסוג התלות ההדדית המובילה את המזיק והניזוק להתייחסות-גומלין מסוימת. בהקשר שלנו, התכונות הרלוונטיות הן אלה הקשורות ליכולת להחליט היכן ומתי לחצות את הכביש והיכולת להגיב על המתרחש בסביבה (במיוחד מכוניות מתקרבות). מוגבלויות פיזיות, מנטליות וקוגניטיביות הן הראשונות ברשימה, ולצידן אפשר להעלות על הדעת צורות נוספות של יכולת בלתי-מספקת של הפרט להגיב על הסיכונים הפוטנציאליים בסביבת הכביש.<sup>165</sup> תכונות אישיות אחרות, לעומת זאת, לא יצדיקו התאמה כלפיהן מאחר שהן אינן קשורות באופן סביר לסוג התלות ההדדית הרלוונטית לפעילות החברתית שבה עסקינן. לדוגמה, אין שום סיבה להביא בחשבון את הרגישויות הפוליטיות של הניזוק או את תחביביו בעת קביעת תוכנה של חובת הזהירות של המזיק.

יתרה מזו, שיקולים הקשורים יכולים לתחום את היקפה של דרישת ההתאמה. כחלק מתפיסת הצדק ביחסים שבין הצדדים להתייחסות-הגומלין יש להגביל את רמת הזהירות הנדרשת מהמזיק הפוטנציאלי.<sup>166</sup> הפיכת המזיק לאמצעי שכל תכליתו היא לכבד את הניזוק כפרט חופשי ושווה סותרת כמובן את אידיאל הצדק ביחסים. נזקים תאונתיים הם תוצר של סיכונים שנלווים לפעילות המיועדת לממש את מטרותיו הלגיטימיות של המזיק. מכאן שדרישה כי המזיק ינקוט אמצעי זהירות קיצוניים כלפי ניזוקים דוגמת זה עם המוגבלות המנטלית עלולה לפגוע בצורה משמעותית באוטונומיה של המזיק לפעול לקידום המטרות והפרויקטים הלגיטימיים של חייו. לפיכך, אף שראוי כי חובת ההתאמה תייקר את אמצעי הזהירות שעל המזיק לנקוט – לנוכח הרגישויות המיוחדות של הניזוק – על-מנת למלא את חובת הזהירות המוטלת עליו, אסור שהיא תהיה יקרה באופן כה ניכר שיביס את אידיאל הצדק ביחסים.<sup>167</sup>

165 לדוגמאות ידועות ראו, למשל, 3, 492, 490 Eng. Rep. 132 (1837) *Vaughan v. Menlove*; Bing. (N.C.) 468, 472 (שם מצוין כי התבונה משתנה בהתאם ליכולותיו של האדם); *Holmes*, לעיל ה"ש 156, בעמ' 99 (המתאר אדם שהיה "hasty and awkward" מלידה); *PROSSER & KEETON*, לעיל ה"ש 160, ס' 32, בעמ' 176 (המתארים אדם הלוקה ב-"weaknesses of old age"); *Richard A. Posner, A Theory of Negligence*, 1 J. LEGAL STUD. 29, 31 (1972); (המתאר אדם "clumsier than average").

166 לדיון בהגבלת רמת הזהירות הנדרשת ראו לעיל ליד ה"ש 124-125.

167 קיימים גם מקרים קשים יותר, אם כי לא בלתי-פתירים. למשל, האם יש ליישם ניתוח דומה לניתוח לעיל גם למקרה של מזיק נכה? ראו *Dorfman, Negligence and Accommodation*, לעיל ה"ש 159, בעמ' 32-37 לכתב-היד. האם חובת ההתאמה שברדני הרשלנות צריכה להביא בחשבון בחירות של ניזוקים הנוגעות בקידום תפיסת הטוב שלהם? ראו שם, בעמ' 44-46 לכתב-היד. האם שיקולים שונים מאלה של צדק ביחסים, כגון שיקולים של צדק חלוקתי, יכולים לגבור על דרישות של חובת זהירות הכוללת חובת התאמה כלפי הניזוק? ראו *Gregory C. Keating, Rawlsian Fairness and Regime Choice in the Law of Accidents*, 72 *FORDHAM L. REV.* 1857, 1870-86 (2004) (הדן בדיני תאונות בפרספקטיבה של צדק); *Porat, Misalignments in Tort Law*, 121 *YALE L.J.* 82, 97-107 (2011) (להלן: *Misalignments*); *Porat, Misalignments in Tort Law* (in *Tort Law*). מענה לשאלות אלה ולשאלות דומות אחרות חורג מהיקפו של מאמר זה.

\*\*\*

בטרם נמשיך לקטגוריית המקרים הבאה, ראוי שנתייחס לשתי נקודות נוספות. ראשית, ניתוחנו, בדומה להשקפה המסורתית,<sup>168</sup> מציג את דיני הרשלנות כביטוי ישיר של המחויבות הנורמטיבית לתנאי התייחסות-גומלין צודקים בין הצדדים בהקשר של תאונות המסיבות נזק לחיים ולגוף. אולם בניגוד להשקפה המסורתית, איננו טוענים כי כל דיני הרשלנות הם הכרחיים על-מנת להבטיח צדק ביחסים. צדק ביחסים דורש אך ורק שהמזיק יהיה כפוף לחובה להתאים את עצמו, בגבולות מסוימים, לניזוק כפי שהוא בפועל, על תכונותיו, מאפייניו ונסיבותיו. נובע מכך שהיענות לדרישת ההתאמה יכולה להיות מובטחת גם באופנים החורגים מהמופעים המוכרים לנו מדיני הנזיקין הפוזיטיביים, כגון פסקי-דין ומתן סעדים. מסקנה זו יכולה להיות משמעותית ככל שמתברר כי היבטים אלה בעייתיים במונחים של ערכים חברתיים, כגון צדק חלוקתי ורווחה מצרפית, או אפילו במונחים של ערכי המשפט הפרטי (אם מתברר, למשל, שבת-משפט אינם מגיבים בצורה אפקטיבית על הביקוש הגובר לפתרון סכסוכים).

כך, למשל, ניו-זילנד ידועה בכך שביטלה את רוב ההיבטים המסורתיים הללו של עולת הרשלנות בהקשר של גרימת נזק לחיים ולגוף, ובמקום זאת יצרה מנגנון של ביטוח ציבורי אשר מסובסד על-ידי מערכת המיסים הכללית.<sup>169</sup> המערכת הביטוחית מקדמת כנראה צדק חלוקתי, ולפי מחקרים מסוימים, היא גם משיגה הרתעה יעילה.<sup>170</sup> תיאורטיקאים של דיני הנזיקין משתמשים לעיתים במקרה הניו-זילנדי כדי להדגים מעבר רדיקלי משיטת משפט הנטועה במשפט הפרטי לכוז המבוססת באופן בלעדי על משפט ציבורי.<sup>171</sup> אך מלומדים אלה מפריזים בתיאור השינוי האמור, ובכך גם מעלימים את התובנה שלפיה המנגנון הפסיקטי המסורתי של דיני הרשלנות אינו תנאי הכרחי להבטחת צדק ביחסים בהקשר של סיכונים לחיים ולגוף.<sup>172</sup> הסיבה לכך היא שניו-זילנד לא ביטלה את הדוקטרינות המוכרות – במיוחד צו מניעה ופיצויים עונשיים – אשר נגזרות מהתביעה לנקיטת אמצעי זהירות המותאמים לתכונותיו של הניזוק. כך, ניזוק יכול לתבוע פיצויים עונשיים ממזיק אשר התעלם באופן מודע ואקטיבי מתביעה זו להתאים את עצמו כלפי הניזוק באמצעות נקיטת אמצעי זהירות ראויה. עד לאחרונה יושמה דוקטרינה זו אפילו במקרים של רשלנות רפואית, ולא רק במקרים של עולת התקיפה.<sup>173</sup>

168 ראו לעיל ה"ש 36 והטקסט שלידה.

169 ראו, למשל, Peter Davis et al., *Compensation for Medical Injury in New Zealand: Does "No-Fault" Increase the Level of Claims Making and Reduce Social and Clinical Selectivity?*, 27 J. HEALTH POL. POL'Y & L. 833, 835-36, 851-52 (2002).

170 ראו, למשל, שם, בעמ' 851-852. ראו גם Craig Brown, *Deterrence in Tort and No-Fault: The New Zealand Experience*, 73 CAL. L. REV. 976, 1002 (1985).

171 ראו, למשל, BRUDNER, לעיל ה"ש 11, בעמ' 270; Coleman & Ripstein, לעיל ה"ש 28, בעמ' 128 ה"ש 56; ROBERT STEVENS, TORTS AND RIGHTS 324 (2007).

172 ראו והשוו Calabresi, *A Broader View*, לעיל ה"ש 61, בעמ' 2 (המציין את ניו-זילנד כדוגמה כיצד לחוק הנזיקין יש גם תפקיד ציבורי וגם תפקיד פרטי).

173 ראו [2] 149 NZLR [2010] 3 NZSC [2010] NZSC 27, [2010] NZSC 27, Susan Couch v. Attorney-Gen.

ניתוח דומה במובן מסוים תקף גם למנגנונים הנוגעים בפיצוי עובדים, אשר קובעים ככלל כי עובדים שנפגעו ואשר נזקם קשור לעבודתם יפוצו מקופת הביטוח הלאומי ועל-כן אינם זכאים לתבוע את מעסיקהם או עמיתים לעבודה.<sup>174</sup> בעצם העבודה שמגנון פיצוי זה מוציא את הפיצוי הנזיקי אין כדי להעלים את חובת הזהירות הבין-אישית שהמעסיקים חבים כלפי עובדיהם – חובה שהינה קריטית על-מנת שתנאי התייחסות-הגומלין בין המעסיק לעובד ייחשבו ככאלה המקיימים צדק ביחסים.<sup>175</sup> אכן, מנגנוני פיצויים לעובדים אינם שוללים את זכותם הנזיקית של העובדים לחיים ולשלמות הגוף, שמכוחה הם יכולים לחייב את מעסיקהם להבטיח סביבת עבודה בטוחה ברמה סבירה. חובת הזהירות יכולה לשמש בסיס לתביעת צו המונע את המעסיק מלחשוף את עובדיו לסביבת עבודה לא-בטוחה.<sup>176</sup> זאת ועוד, מנגנוני פיצויים לעובדים אינם משחררים מעסיקים מאחריותם הנזיקית מקום שפציעתו של העובד נגרמה בנסיבות שאינן תקלה גרידא (למשל, עקב התנהגות מכוונת או פיזיה של המעסיק).<sup>177</sup>

לבסוף, ביחס לגרימה רשלנית של נזק פיזי גישת הצדק ביחסים מערערת על אחד הדיונים הבסיסיים בתיאוריה של המשפט הפרטי. רוב הגישות המובילות של דיני הנזיקין שאינן שייכות לאסכולת הניתוח הכלכלי של המשפט מניחות כי דיני הנזיקין מבטאים מחויבות לאחד משני סוגי צדק אפשריים – צדק מתקן או צדק חלוקתי – או לשילוב של השניים.<sup>178</sup> בעוד שורשי הצדק המתקן נובעים מתפיסה אבסולוטית של שוויון בין פרטים שהינם

174 ראו, למשל, Iowa Code § 85.20 (2016) (הקובע כי "הזכויות והסעדים" הצומחים לעובדי מדינה מכוח חוק הפיצויים הם "בלעדיים").

175 אולם ראו BRUDNER, לעיל ה"ש 11, בעמ' 315 (הרואה ב"ביטוח סוציאלי" אנטיתזה של חוקי הנזיקין); JOHN C.P. GOLDBERG & BENJAMIN C. ZIPURSKY, TORTS 394–95 (2010) (הטוענים כי יש "משהו מטריד" בתוכניות פיצויים של עובדים אשר "place their beneficiaries in the position of supplicants asking for benefits rather than litigants pursuing claims as a matter of right"). כן ראו Gregory C. Keating, *The Theory of Enterprise Liability* and *Common Law Strict Liability*, 54 VAND. L. REV. 1285, 1295–96, 1317 (2001) ("Employment related accident costs should not remain concentrated on employers. They should be dispersed across all those... who benefit from the imposition of the enterprise's characteristic risks").

176 ראו, למשל, Smith v. W. Elec. Co., 643 S.W.2d 10, 12–13 (Mo. Ct. App. 1982) (שם נקבע כי המעסיק הפר את חובת הזהירות הסבירה, וכי הסעד ההולם יהיה סעד מניעתי).

177 ראו Johns-Manville Prod. Corp. v. Contra Costa Superior Court, 612 P.2d 948, 956 (Cal. 1980); Reeves v. Structural Pres. Sys., 731 So.2d 208, 211 (La. 1999); Delgado v. Phelps Dodge Chino, Inc., 34 P.3d 1148, 1156 (N.M. 2001)

178 לדיון בשאלת הבחירה בין צדק מתקן לצדק חלוקתי ראו, למשל, WEINRIE, IDEA OF PRIVATE LAW, לעיל ה"ש 36, בעמ' 70 ו-75; 75–54; JULES L. COLEMAN, RISKS AND WRONGS 350–54 (1992); Peter Benson, *The Basis of Corrective Justice and Its Relation to Distributive Justice*, 77 IOWA L. REV. 515, 540 (1992); Gregory C. Keating, *Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents*, 74 S. CAL. L. REV. 193, 197 (2000); Stephen R. Perry, *On the Relationship Between Corrective and Distributive Justice*, in OXFORD ESSAYS IN JURISPRUDENCE 237 (Jeremy Horder ed., 4th series 2000)

חופשיים מבחינת פורמלית, צדק חלוקתי בדיני הנזיקין דואג להקצאה הוגנת של עלויות של תאונות.<sup>179</sup> אגליטריאנים ליברלים מסוימים אשר רואים את ההשלכות של הצדק המתקן בדיני הנזיקין כמאזכות מבחינה נורמטיבית נמשכים למתחרה שלו – הצדק החלוקתי.<sup>180</sup> אגליטריאנים ליברלים אחרים, אשר ספקניים פחות ביחס לבסיס המוסרי של הצדק המתקן והשלכותיו, טוענים כי אי-אפשר לבחון ולהעריך את מחויבותם של דיני הנזיקין לשוויון מבלי להביא בחשבון את ההשלכות החלוקתיות הנובעות מהם או את התוצאות החלוקתיות שהם משמרים.<sup>181</sup>

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.<sup>182</sup>

## 2. דירת המגורים ומקום העבודה

קטגוריית המקרים הראשונה, שנדונה לעיל, הראתה כיצד גישתנו למשפט הפרטי יכולה לתמוך בקיומה של חובת התאמה בדיני הנזיקין, וזאת על-מנת להבטיח חירות ושוויון מהותיים בין הצדדים להתייחסות-הגומלין. יתר על כן, מקרים אלה מציגים הן את חשיבותם של השיקולים ההקשריים והן את ההשפעה הנמשכת של אידיאל הצדק ביחסים אפילו במקרים שבהם הרגולציה המשפטית של הפעילות החברתית שבנדון עברה הליך

179 ראו, למשל, Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 YALE L.J. 499, 502, 532–33 (1961); Gregory C. Keating, *The Idea of Fairness in the Law of Enterprise Liability*, 95 MICH. L. REV. 1266, 1267 (1997)

180 ראו Keating, *Priority of Respect*, לעיל ה"ש 163, בעמ' 319 (המציין כי "the [basic tort question of what rights people have is a question of distributive justice"]").

181 Peter Cane, *Distributive Justice and Tort Law*, 2001 N.Z. L. REV. 401, 412; John Gardner, *What Is Tort Law For? Part II: The Place of Distributive Justice*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF THE LAW OF TORTS 335, 337 (John Oberdiek ed., 2014); Hanoach Sheinman, *Tort Law and Distributive Justice*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF THE LAW OF TORTS 354, 372 (John Oberdiek ed., 2014). תחת עמדה זו, הצדק המתקן מהווה הקשר מעניין במיוחד שבו המשפט מתחשב בשיקולים של צדק חלוקתי בהיקף מסוים (ראו Gardner, לעיל בהערה זו, בעמ' 344). כך, הצדק המתקן נהנה מ"עדיפות הסברתית" על הצדק החלוקתי, עם שאיפה למימוש האחרון באופן "נלווה" לתפקידם של דיני הנזיקין לתקן מצבים המתאפיינים באי-צדק (שם; Sheinman, לעיל בהערה זו, בעמ' 379–380). כלל לא ברור לנו ששימה זו אכן חורגת מתיאוריית הצדק המתקן. Avihay Dorfman, *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, NOTRE DAME PHIL. REV. (Jan. 21, 2015), <http://ndpr.nd.edu/news/55240-philosophical-foundations-of-the-law-of-torts/> (<http://perma.cc/G7P8-JFHP>)

182 להרחבה בסוגיה זו ראו Dorfman, *Private Law Exceptionalism Part II*, לעיל ה"ש 137, בעמ' 15–22.

קולקטיביזציה נרחב בשל שיקולים חלוקתיים או פרגמטיים, דהיינו, כאשר הרגולציה של המשפט הציבורי נמצאת בחזית של התייחסות-הגומלין האופקית (כך ראינו, למשל, בקולקטיביזציה של חלקים מדיני הנזיקין הניורזילנדיים, אשר לא פגעה בחובת הזהירות – וכחלק ממנה גם בחובת ההתאמה – שהמזיק חייב לניזוק). כעת נתמקד בהופעתה של ההתאמה בשני תחומים אחרים, קניין וחוזים, בהקשרים של דירת המגורים ומקום העבודה, בהתאמה. המטרה הכפולה היא להדגיש את השלכותיה של התיאוריה שלנו בדוקטרינות מרכזיות אלה, כמו-גם לדון בשיקולים הקשריים מסוימים אשר מסככים חלק מהעניינים אך אינם מסכנים את הערך הטבוע של המשפט הפרטי.

#### (א) דירת המגורים

דירת המגורים מובנת כיום כמקלט וכחוף המבטחים של הפרט, כמבצר החירות האישית, כמקום המגן עליו מדרישותיהם של אחרים ומכוחה של המדינה, כמקום שמספק לנו ספירה פרטית מוגנת, המהווה בתורה תנאי להתפתחות ולאוטונומיה האישית שלנו.<sup>183</sup> כך, סירוב של הבעלים של דירת המגורים לאפשר לאחר להיכנס לביתו על בסיס מניעים דתיים עשוי להיות לא-מוסרי, אך המשפט מגן על זכותו לעשות זאת, ורואה בכך משום תוצאה בלתי-נמנעת הנובעת מחשיבותה של דירת המגורים.<sup>184</sup> בהקשר זה, העיקרון המרכזי המכונן פרקטיקה אנושית זו מוביל לשלילה של חובת ההתאמה.

אבל הבעלות בדירת מגורים כוללת גם כוחות נורמטיביים שאינם מצדיקים את ביטול המחויבות הליברלית לצדק ביחסים. נניח כי א מעוניין למכור או להשכיר את דירתו אך מסרב לקבל את ב כקונה או כשוכר שלו רק בשל אמונתו הדתית של ב. נניח, לחלופין, כי ב מעוניין לקנות את יחידתו של א בבית משותף, אך ועד הבית – בשיטות משפט שבהן יש לו סמכות לכך – מסרב למכירה מנימוקים גזעניים. מאחר שרכישה או השכרה של דירת מגורים מגלמות את תופעת התלות ההדדית שלנו, הן חושפות קבוצות מסוימות של פרטים – זכרו את האמיתה בדבר הבדלים אישיים – להפליה מצידם של בעלי דירות המגורים. המשפט מחייב שהתייחסויות-גומלין אלה יהלמו את דרישות הצדק ביחסים. החלטתו של הפרט היכן יגור הינה לעיתים פעולה המבטאת בצורה חזקה ומשמעותית את כתיבת סיפור חייו, ובכך היא ממלאת תפקיד מרכזי בכינון הפרויקטים האישיים הבסיסיים ביותר שלו.<sup>185</sup> הדרישה כי הצדדים להתייחסות-הגומלין הזו יתייחסו זה לזה כאל פרטים חופשיים ושווים מבחינה מהותית אינה פוגמת בחשיבותו של בית המגורים; נהפוך הוא.

183 ראו, למשל, Margaret J. Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957, 991– (1982) (“The home is a moral nexus between liberty, privacy, and freedom of association”).

184 Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *The Human Right to Private Property*, 18 THEORETICAL INQ. L. 391, 400 (2017) (“[A] private property owner enjoys some measure of liberty to posit her subjectivity – her intention, judgment, and, indeed, point of view – as a source of legal claims over anyone else”).

185 לדיון בסוגיית הפרויקטים הבסיסיים ראו לעיל ליד ה"ש 107 ואילך.

ההתנגדות להתנהגויות מפלות בהקשר זה נראית בלתי־ניתנת לערעור. אך התיאוריה שלנו מחדדת את השלכותיה על המשפט הפרטי באמצעות התמקדות בשאלה אם ההתנגדות להתנהגויות מפלות מופנית כלפי המשתתפים במשפט הפרטי, לאמור, אם המוכר או המשכיר הפרטי נושא באחריות כלשהי כאשר הוא מסרב למכור או להשכיר את דירתו על בסיס שיקולים של דת או גזע. עמדותיהן של ההשקפה המסורתית למשפט הפרטי ושל הגישות המבקרות אותה הן באופן מפתיע דומות, ובאופן לא־מפתיע מאכזבות.

מלומדים המבקרים את ההבחנה שבין הציבורי לפרטי וכאלה האדישים לה (למשל, אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט) מחויבים לקבוע את זהות הגורם שאחראי לאיון ההפליה במכירתן או בהשכרתן של דירות מגורים אך ורק על בסיס שיקולים של עיצוב מוסדי. מה שחשוב לגישות הביקורתיות הוא שברמה הקמעונית חברי הקבוצה המופלית חייבים ליהנות משוויון הזדמנויות במאמציהם לרכוש או לשכור דירות מגורים לפי העדפותיהם, וברמה הסיטונאית חשוב ששוק דירות המגורים יהיה מכיל דיו.<sup>186</sup>

ההשקפה המסורתית, בתורה, עשויה להראות כי אף־על־פי שהמשפט הפרטי מבוסס על המחויבות הצרה לעצמאות ולשוויון פורמלי, יכולות להיות נסיבות המצדיקות את שלילת הזכות של בעלי הדירות להדיר קונים פוטנציאליים. מדובר בנסיבות שבהן לפרטים שאינם בעלי הדירות אין מספיק אפשרויות דיו, ולכן מתן אפשרות לבעלי הדירות להחליט אם למכור או להשכיר את הדירה על בסיס שיקולים מפלים יהפוך את הלא־בעלים ל"כפופים באופן מלא" לבחירותיהם של בעלים אלה.<sup>187</sup> אבל מכיוון שברמה העקרונית בעלים פרטיים אינם שולטים בהיצע הדירות המצרפי, אין קשר מבני בין התנהגויות ופרקטיקות מפלות מצידם של בעלי דירות מסוימים לבין מצב של תלות וכפיפות מלאה של הלא־בעלים.<sup>188</sup> כך, הן תחת הגישה המסורתית והן תחת הגישות הביקורתיות, הכלל נגד הפליה מצידם של בעלי הדירות אינו מאפיין הכרחי של המשפט הפרטי: הוא תלוי לחלוטין בהיקף הפעולה והמאמצים של המדינה למלא את חובתה לאיין אי־צדק הנובע (למשל) משיקולים גזעניים בהקשר של שוק הדירות.

לעומת זאת, התיאוריה של צדק ביחסים פורשת תשתית נוקשה ועקרונית יותר לאיסור ההפליה: 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.

186 ראו, באופן כללי, ELIZABETH ANDERSON, THE IMPERATIVE OF INTEGRATION chs. 6–7 (2010) (המגינה על העמדה הדמוקרטית האגליטרניאנית בנוגע לאינטגרציה גזעית בתחומים חברתיים שונים, ובכלל זה בתחום הדיו).

187 ראו RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM, לעיל ה"ש 25, בעמ' 292 ("The state cannot make an arrangement for a person inconsistent with his or her rightful honor. Therefore the state cannot set up a system of property that would allow one person to become fully (subject to the choice of another)").

188 טענתנו אינה שמצב של תלות מוחלטת של הלא־בעלים בבעלי הדירות אינו יכול לעולם לנבוע משיקולים מפלים של האחרונים, אלא שהוא אינו יכול להתקיים באופן שיטתי כל עוד המדינה פועלת בהתאם לחובתה לדאוג לחלש, ומספקת – במישרין או באמצעות תמריצים – חלופות דיו המשמרות שוויון הזדמנויות לכל מי שאינם בעלי דירות.

תנאי התייחסות-גומלין צודקים בין צדדים המתקשרים לצורך רכישה או השכרה של דירת מגורים מחייבים שבעלי הדירות לא יתחשבו בשיקולים מסוימים, כגון העדפותיהם הגזעניות, בשעה שהם מקבלים החלטות הנוגעות במכירה או בהשכרה כאמור. על-מנת שהצדדים להתייחסות-הגומלין יתייחסו זה לזה כאל פרטים חופשיים ושווים באמת, הקונה הפוטנציאלי אינו צריך לשאת בתוצאות הנובעות מההנחות השליליות שהבעלים מייחס לו על בסיס התכונות האישיות שיש לו בפועל (או אלה שהבעלים חושב<sup>189</sup> שיש לו).<sup>190</sup> גם אם המדינה מציעה חלופות דיור מספקות ומקפידה על אינטגרציה במגורים, אין זה ראוי שהמשפט הפרטי יאפשר קיומן של מערכות יחסים חברתיות המפרות את המעמד השווה והאוטונומיה של הפרט המופלה. אי-אפשר לעקוף דרישה זו ועדיין לשמור על צדק בתנאי התייחסות-הגומלין בין הצדדים המתקשרים לצורך רכישה או השכרה של דירת מגורים. דברי החקיקה הפרדלית והמדינתית השונים בארצות-הברית בדבר דיור הוגן, אשר אוסרים הפליה במכירה או בהשכרה של דירת מגורים על בסיס גזע, מין, לאום, דת, מוגבלות, מצב משפחתי או נטייה מינית, מיישמים הוראה זו היטב.<sup>191</sup>

גישתנו מצביעה על המעקש בהחלטתו של בית-המשפט העליון האמריקני בעניין *Shelley v. Kraemer*,<sup>192</sup> אשר לא הכירה בקיומו ובחשיבותו של עקרון השוויון המהותי במשפט הפרטי. בית-המשפט קבע כי אכיפה משפטית של זיקות הנאה גזעניות עולה כדי הפרה של השוויון המהותי תחת המישור האנכי, קרי, המישור העוסק במערכת היחסים שבין המדינה (הפועלת דרך בתי-המשפט שהתבקשו לאכוף זיקות הנאה אלה) לבין הפרטים שהודרו על-ידיהן.<sup>193</sup> סעיף ההגנה השווה (Equal Protection Clause) של התיקון הארבעה-עשר לחוקה האמריקנית משמש ביטוי דוקטרינרי למימוש צדק ביחסים האנכיים שבין המדינה לבין הפרט.<sup>194</sup> עם זאת, שימוש במשפט החוקתי (המישור האנכי) מחמיץ את החשיבות של הצדק ביחסים להסדרת תנאי התייחסות-הגומלין בין פרטים (המישור האופקי). אחת הבעיות הבסיסיות של הפסיקה בעניין *Shelley* מבליטה את החשיבות של רעיון הצדק ביחסים: זיקות הנאה הכוללות תניות והוראות על בסיס גזע ניתנות לביטול (voidable) אם, ורק אם,

189 לעיתים תדירות הפליה הינה תוצר של תפיסה, והיא יכולה להזיק גם לאנשים שאינם נמנים בפועל עם קבוצת האנשים המופלית.

190 חלק מהתוצאות השליליות (או העלויות) המוזכרות הן תולדה של דעות קדומות של הבעלים, אך הן יכולות להיות קשורות גם לערך הכלכלי של הנכס. מכל מקום, חובת ההתאמה כוללת את ההתאמה לשני סוגי התוצאות הללו, הואיל וחובת ההתאמה אינה מושפעת משאלת הרציונליות הכלכלית של ההפליה.

191 ראו, למשל, Fair Housing Act, 42 U.S.C. §§ 3601–3619 (2012).

192 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948) (להלן: עניין *Shelley*).

193 ראו שם, בעמ' 20 (We hold that in granting judicial enforcement of the restrictive agreements in these cases, the States have denied petitioners the equal protection of (the laws and that, therefore, the action of the state courts cannot stand)

194 ראו U.S. CONST. amend. XIV, § 1 (הקובע כי [n]o State shall... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws")



הגורם שאוכף אותם הוא בית-המשפט.<sup>195</sup> מכאן נובע כי הן אינן בלתי-חוקיות כשלעצמן, וניתוח זהה תקף גם ביחס לאכיפתן הפרטית. פגם זה של בית-המשפט בעניין *Shelley* נובע מהחמצת המישור העצמאי של הצדק ביחסים, הוא המישור האופקי, המהווה את הבסיס הנורמטיבי של המשפט הפרטי.

ההיקף והתכנים של חובת ההתאמה המוטלת על הבעלים ביחס לדירת המגורים שלו נקבעים באופן חלקי על-ידי התייחסות לשיקולים הקשורים.<sup>196</sup> כך, כפי שציינו, המעמד המיוחד שהבעלות הפרטית מעניקה לבעלי הדירות – דהיינו, האפשרות לטעון טענות אשר ללא הבעלות הפרטית בדירת המגורים היו לא-לגיטימיות – דוחה דרישות רבות של צדק ביחסים מחוץ להקשר של מכירה והשכרה של דירת המגורים. יתרה מזו, גם כאשר עסקינן במכירה או בהשכרה של דירת מגורים, שיקולים הקשורים יכולים להביא לידי שינוי בהיקפה של חובת ההתאמה, כמו במקרה של מגורים משותפים של הבעלים והשוכר. במקרה זה ההיגיון הפנימי של הפרקטיקה של מגורים עשוי לפטור את הבעלים מחובת ההתאמה או לצמצם את היקפה.<sup>197</sup> נוסף על כך, שיקולים הקשורים יכולים גם לעצב את התכנים של חובת ההתאמה הנדרשת על-מנת שתנאי התייחסות-הגומלין בין הצדדים הרלוונטיים ייחשבו ככאלה המקיימים צדק ביחסים. כך, לדוגמה, חובת ההתאמה אינה צריכה להשפיע על זכותו של הבעלים לקבוע את חובות התחזוקה (או חובות דומות) שיוטלו על השוכר מכוח חוזה השכירות.

מעבר לליטושים הקשורים נוספים שעשויים להיות הכרחיים,<sup>198</sup> תנאי התייחסות-הגומלין בין הבעלים לבין הלא-בעלים אינם אך ורק אמצעים למימוש דרישות הצדק הציבורי בהקשר של דירות מגורים (ובהחלט אי-אפשר למצותם בשיקולים של רווחה מצרפית). חיוב בעלים פרטי של דירת מגורים להתעלם משיקולים מסוימים, כגון העדפות גזעניות, אינו צריך לנבוע מדרישה של המדינה לתמוך בה במאמציה למלא אחר חובתה כלפי קורבנות

195 ראו עניין *Shelley*, לעיל ה"ש 192, בעמ' 13 (שם נקבע כי "restrictive agreements standing alone cannot be regarded as a violation of any rights guaranteed to petitioners by the (Fourteenth Amendment").

196 להרחבה על-אודות שיקולים הקשורים ראו חלק 2(ב) לעיל.

197 החריגים לחוק הדיור ההוגן האמריקני ביחס למשכיר פרטי הנשאר להתגורר במושכר נשענים על רציונל זה, אולם אפשר לטעון כי הם מרחיבים אותו יתר על המידה. 42 U.S.C. § 3603(b) (2012) (1)–(2). יכולות להיות סיבות המבוססות על שיקולי מדיניות להצדקת חריגים אלה והיקפם, אך אלה אינם עולים בקנה אחד עם דרישות הצדק ביחסים.

198 מקרה קשה אחד, אשר לא נדון בו כאן, נוגע בהיקף ההתאמה שצריכה להיעשות לא רק בהקשרים של מגורים התומכים באיכות חייו של הבעלים (כמובא בגוף הטקסט), אלא גם בהקשרים של מגורים המשמשים תשתית לשימור קהילות משמעותיות (למשל, דתיות או תרבותיות) שלו. קהילות מסוג זה דורשות כידול מסוים מהחברה הרחבה, ולפיכך עשויות לדרוש מידה מסוימת של הדרה מעשית וסמלית המרחיבה את גבולות ההדרה הביתית שנדונה לעיל. חובת ההתאמה כלפי הקבוצות המוגנות מכוח חוקי הדיור ההוגן, כגון קבוצות אנשים שתכונותיהם האישיות הן תוצר של מזל (גזע, למשל), אינה יכולה להרכיב את ראשה מפני שיקולים הקשורים אלה, אולם שאלות מורכבות עשויות לצוץ ביחס לתכונות אישיות הנתונות לבחירתו האישית של הפרט, כגון דת או מצב משפחתי.

פוטנציאליים של הפליה, הואיל וחיוב זה מושתת באופן מלא גם על מחויבותו של המשפט הפרטי להבטחת צדק ביחסים. מחויבות זו אינה מגשימה ואינה מחליפה את חובתה של המדינה למגר הפליה בשוק הדיור (כולל באמצעות גיוס הכלים של המשפט הפרטי – ביניהם בעלים פרטיים של דירות מגורים – לשם הגשמת מטרה זו), אלא עומדת בפני עצמה, על בסיס תשתית נורמטיבית מובחנת.

### (ב) התאמה במקום העבודה

ניתוח דומה תקף גם להקשר של התאמה במקום העבודה. עבודה, לפחות למן דעיכת הפיאודליזם, ממלאת תפקיד חשוב בחייהם הבוגרים של פרטים חופשיים ושווים. היא מהווה עוגן לערכים אנושיים מכשירניים וטבועים, ולגבי רבים היא הפרויקט הבסיסי הקלסי.<sup>199</sup> גם בהקשר זה קיימות אינטואיציות חזקות נגד הדרה של עובדים פוטנציאליים משוק העבודה בשל תכונות אישיות, כגון צורות מסוימות של מוגבלות, מצב משפחתי או שיוך דתי.<sup>200</sup> אגליטריאנים ליברלים מסכימים כי אסור שהעלויות הנלוות לתכונות אנושיות אלה יוטלו באופן בלעדי (או אפילו בכלל) על עובדים פוטנציאליים. שוב, השאלה הקריטית היא על מי מוטלת האחריות למימושה של אמיתה זו. התשובה לשאלה תלויה בהצדקה לאינטואיציה הרווחת שעליה הצבענו.

גישתנו למשפט הפרטי מחייבת שהאחריות תוטל, לפחות בחלקה, על המעסיק.<sup>201</sup> נוסף על כך, אחריות זו צריכה להיות מובנת כמטילה על המעסיק חובה לנקוט אמצעי זהירות סבירים בשעה שהוא מקבל החלטות רלוונטיות הנוגעות בהעסקה ובעבודה, ואין להסתפק

199 לדיון בסוגיית הפרויקטים הבסיסיים ראו לעיל ליד ה"ש 107 ואילך.

200 לדרכים שבהן מקומות עבודה לא־מותרים את הגישה האגליטריאנית ראו Elizabeth Anderson, *How Should Egalitarians Cope with Market Risks?*, 9 THEORETICAL INQ. L. 239, Daniel Markovits, *Luck*; (Anderson, *How Should Egalitarians Cope*: (להלן: 255 (2008) *Egalitarianism and Political Solidarity*, 9 THEORETICAL INQ. L. 271, 298–301 (2008) ראו Sophia Moreau, *What Is Discrimination?*, 38 PHIL. & PUB. AFF. 143, 143–48 (2010) גם (המציינת את ההשפעות והמטרות של חוקים למניעת הפליה); Seana Valentine Shiffrin, *Egalitarianism, Choice-Sensitivity, and Accommodation, in REASON AND VALUE: THEMES FROM THE MORAL PHILOSOPHY OF JOSEPH RAZ* 270, 297–98, 302 (R. Jay Wallace et al. eds., 2004) (להלן: Shiffrin, *Egalitarianism*) (הדנה בשאלה כיצד התאמת מקום העבודה מכילה דרגות מסוימות של חופש).

201 השו Moreau, שם, בעמ' 145–146 (המכירה בכך שאי־עמידה של מעסיק בחובת ההתאמה היא עוול אישי "הדומה לעוולה בניזיקין"). לא ברור מספיק, עם זאת, אם טיעונה של סופיה מורו מקים את הקשר הדרוש בין הבסיס להתאמה שהיא מציעה – האוטונומיה של העובד – לבין הצורך (במונחים של צדק) להטיל על המעביד (לפחות באופן חלקי) את החובה להתאים את עצמו כלפי העובד, ולא להטילה על המדינה באופן בלעדי. כלומר, לא בטוח שהאוטונומיה של העובד (להבדיל, למשל, ממוגבלותו של העובד המגדירה אותו כאדם) מהווה מקור נורמטיבי חזק מספיק המצדיק הטלת חובת התאמה על המעביד.

אך בדרישה של העדר כוונה להפלות.<sup>202</sup> ניטול לדוגמה מקרה שבו המעסיק דוחה מועמד לעבודה משום שהאחרון מבקש ימי חופש בהתאם ללוח-השנה הדתי שלו. התעלמות של המעסיק מבחירתו הדתית של המועמד מפרה את חובת המעסיק לכבד את המועמד בהתאם למי שהוא באמת כאדם חופשי ושווה. נטילת אחריות על-ידי המדינה, במקום המעסיק, אינה מספיקה. כל עוד המעסיק אינו נושא אפילו בחלק מסוים של האחריות להתאמה, אי-אפשר לראותו כמי שפעולותיו מקיימות צדק ביחסים במקום העבודה.

המקרה של התאמה במקום העבודה מדגים את המתח האפשרי בין דרישות של צדק ביחסים לבין מחויבויות חלוקתיות ודמוקרטיות בסיסיות. מתח זה הינו תוצר של העלויות האובייקטיביות הנובעות מהיענות לדרישותיה של חובת ההתאמה. עלויות אלה אינן נוגעות בהעדפות אנטי-סובלניות של מעסיקים, עובדים, לקוחות או אפילו של החברה בכללותה. העסקה של אדם החבר בקהילה דתית מסוימת, למשל, עשויה להטיל על המעסיק, המעוניין לנהל את עסקו ביעילות, מגבלות מהותיות (הקשורות להקפדה על כשרות במקום העבודה, על הימים הקדושים לדת, על קוד הלבוש וכיוצא באלה). באופן דומה, הנגשת מקום העבודה לאנשים עם מוגבלות כרוכה לעיתים בעלויות שאינן זניחות. במקרים אלה ובהקשרים רבים אחרים – כמו במקרה שבו אדם עם מוגבלות אינו יכול להתחרות עם מועמדים אחרים באופן שווה על אותו תפקיד – חובת ההתאמה עשויה להטיל עלויות לא-זניחות, כולל עלויות שמנקודת-המבט של צדק חלוקתי יש להטילן על החברה בכללותה (ולא על המעסיק).<sup>203</sup>

המתח בין אחריות ההתאמה הפרטית לבין זו הציבורית עשוי להיות חריף אף יותר. אינטגרציה דרך מקום העבודה מהווה גורם התורם – גם אם ייתכן שהוא אינו הכרחי – לשגשוגה של הדמוקרטיה. התאמה הנעשית במקום העבודה משמשת, במקרים מסוימים, זרז לשילובן של אוכלוסיות מוחלשות בחברה האזרחית. מתח זה ממלא תפקיד חשוב בשילובם החברתי של חברי מיעוטים שונים. אף שאינטגרציה מוצלחת של קבוצות אלה בחברה דרך מקום העבודה אינה גוררת בהכרח אינטגרציה פוליטית, קשה לקדם את האידיאל הדמוקרטי של אזרחות שווה בהעדרה של אינטגרציה חברתית.<sup>204</sup>

מכאן נובע שהן שיקולים של צדק חלוקתי והן שיקולים של אזרחות דמוקרטית שווה מצויים במתח עם דרישות הצדק ביחסים. קביעת חלוקת הנטל הנובע מהיענות לחובת

202 *Jalal v. Columbia Univ.*, 4 F. Supp. 2d 224, 241 (S.D.N.Y. 1998) (“Title VII, אולם השווה...”) however, provides no remedy for negligent discrimination.”)

203 שונה שיפריץ ודניאל מרקוביץ' נוטים להתייחס למקרה זה כאל תיקון ידידותי לתיאוריית השוויון של "שוויונאי המזל" (luck egalitarians) באמצעות מתיחת ביקורת על עיקרון מחמיר של ייחוס אחריות אישית לבחירותיו של הפרט. ברם, אף לא אחד מהם עושה את החיבור בין ביקורת זו לבין אידיאל הצדק ביחסים בתנאי התייחסות-הגומלין בין הצדדים. למעשה, הביקורות שלהם מערבות את המדינה, ולא את המעסיק, כסוכן שעליו ראוי להטיל את חובת ההתאמה. ראו Shiffrin, *Egalitarianism*, לעיל ה"ש 200, בעמ' 302. לדידו של מרקוביץ', שיקולים חוזיים מושתתים על עקרון השוויון הפורמלי. Markovits, *Arm's Length Relation*, לעיל ה"ש 24, בעמ' 312 ו-317-318. ראו גם Anderson, *How Should Egalitarians Cope* לעיל ה"ש 200, בעמ' 255 (הדנה בפתרונות קולקטיביים למיגור יחסים לא-שוויוניים שונים).

204 ראו, באופן כללי, Judith N. Shklar, *American Citizenship: The Quest for Inclusion*, 79-88 (1991).

ההתאמה על פני כל הפרטים בחברה באופן מדויק הינה משימה סבוכה, החורגת ממטרתו של מאמר זה. מה שחשוב לענייננו הוא רק שאף-על-פי שעלויות המעסיקים הנובעות מחובת ההתאמה עשויות להיות מגולגלות בהיקף מסוים על העובדים והצרכנים, אין סיבה להאמין שחלוקה זו תשקף את התוצאות החלוקתיות שהיו נובעות ממילוי חובת ההתאמה במימון המדינה.<sup>205</sup>

איננו יכולים לברר במאמר זה באופן מספק את העימות שבין דרישת הצדק ביחסים לבין שיקולים חיצוניים של צדק חלוקתי ואזרחות שווה; די לנו בהצבעה על חשיבותה של שאלה זו, אשר הגישות האחרות מעלימות. לגישתנו, זהות הסוכן (לדוגמה, מעסיקים פרטיים או המדינה) הנושא באחריות לעריכת ההתאמות הנדרשות לעובדים אינה שאלה של עיצוב מוסדי גרידא. חברה אשר מעבירה לידי המדינה באופן מלא את הצורך להתחשב בתכונות המכוננות את העובד (כגון השתייכות דתית, מצב משפחתי ומוגבלות) נכשלת במבחן הצדק ביחסים. אפילו אם חברה כזו תקים את המנגנונים הצודקים וההוגנים ביותר מבחינה חלוקתית ודמוקרטית להתאמה במקום העבודה (לא כל שכן את המנגנונים היעילים ביותר), לא יהיה בכך כדי לקיים את דרישות הצדק ביחסים כל עוד לא יחויבו המעסיקים הפרטיים לשאת באחריות לעריכת ההתאמות הנדרשות לעובדים במקום העבודה. מנגנונים אלה, כשלעצמם, מותירים את יחסי המעסיקים עם עובדיהם כמעוגנים בתפיסה רזה ושטחית של האחר, שלפיה העובדים הם ישויות מופשטות, ולא הפרטים הקונקרטיים והמוחשיים שהם באמת.<sup>206</sup>

חשוב לציין, עם זאת, כי המתח בין צדק ביחסים לבין המחויבויות החיצוניות של צדק חלוקתי ואזרחות דמוקרטית שווה אינו מהווה משחק "סכום אפס". חובת ההתאמה המושתתת על צדק ביחסים אינה חסרת גבולות.<sup>207</sup> למעסיקים אין חובה אקטיבית לגייס עובדים. רק כאשר הם מחליטים להעסיק עובדים הם מחויבים לא להתחשב באמות-מידה ובשיקולים שאינם רלוונטיים להעסקה זו. היקף מוגבל זה של חובת ההתאמה המוטלת על מעסיקים אינו מקרי; הוא נובע מההיגיון הפנימי של צדק ביחסים: מעסיקים זכאים לשמור על האוטונומיה שלהם, ולכן אין להפוך אותם לאמצעים גרידא לכיבוד הזכות של עובדים פוטנציאליים להגדרה עצמית.

זאת ועוד, התיאוריה שלנו בדבר צדק ביחסים אינה דורשת שההפנמה של עלויות ההתאמה לעובד תוטל באופן מלא על המעסיק, שהרי אין זה ראוי שמעסיקים יוכפפו באופן מופרז לעובדים פוטנציאליים עד כדי ביטול עצמי. תובנה זו באה לידי ביטוי בדוקטרינות משפטיות רבות הפוטרות מעסיקים מעריכת התאמה ככל שזו מטילה עלויות מוגזמות, וכן בדוקטרינות המספקות תמריצי מס או הטבות אחרות הממומנות על-ידי הציבור על-מנת

205 הסיבה המיידית ביותר לכך היא שחובת התאמה המוטלת על המדינה וממומנת על-ידי גורמים מממשלתיים יכולה לפזר את הנטל הנובע מהתאמה במקום העבודה באופן רחב יותר, הכולל גם את אלה העומדים מחוץ לקרבה הישירה ביחס לתעסוקה (או לצריכה) הרלוונטית. יתרה מזו, תוכנית מדינתית יכולה ליצור אפקט חלוקתי זה באופן שיטתי יותר בהשוואה לחובת ההתאמה שהמעסיק חב לעובדיו דרך המשפט הפרטי.

206 יש להעיר כי קולקטיביזציה בעייתית זו על-ידי המדינה שונה בתכלית ממנגנוני הפיצויים לעובדים שנדרונו לעיל, אשר משנים אומנם את האיוון בין מידת האחריות הציבורית לזו הפרטית אך אינם מאיינים את האחרונה. ראו לעיל ליד ה"ש 171-177.

207 להסבר על תכונה זו ראו לעיל ה"ש 124 והטקסט שלידה.

להקל על המעסיק.<sup>208</sup> אכן, משטר משפטי שמספק כסוי נכבד לעלויותיהם של מעסיקים אינו מקעקע את דרישות הצדק ביחסים, כל עוד הוא אינו מחליש באופן לא-ראוי את חובת ההתאמה הבין-אישית.<sup>209</sup> במילים אחרות, על-מנת שהטבות ממשלתיות שניתנות למעסיקים לא יבטלו את חובתו של המעסיק לכבד את העובד כמי שהוא, המעסיק חייב לשאת בחלק לא-זניח של הנטל (כספי או אחר).

### 3. פרויקטים משותפים ויוזמות שיתופיות אחרות

שתי קטגוריות המקרים הראשונות, שנסקרו לעיל, תומכות בתפיסתנו בדבר צדק ביחסים במשפט הפרטי, שכן הן מדגישות הן את העובדה שההשקפה המסורתית אינה משכיחה להביא בחשבון חירות ושוויון מהותיים והן את המהלך הבעייתי של הגישות הביקורתיות המבטלות לחלוטין את ההבחנה בין הציבורי לפרטי. בקטגוריית המקרים הנוכחית ההשקפה המסורתית של המשפט הפרטי אינה מעוררת התנגדות מנקודת-מבט של שוויון, שכן השוויון הפורמלי כאן הוא קירוב סביר – לעיתים אף הטוב ביותר – לשוויון מהותי. אך גם בהינתן עובדה זו, התפיסה המסורתית כושלת עדיין מבחינה נורמטיבית במקרים אלה, מכיוון שהיא אינה נענית מספיק למחויבות הליברלית לאוטונומיה של הפרט. לא כך הדין הנוהג: ככלל, המשפט הפרטי הפוזיטיבי מתייחס ברצינות לתפקיד הייחודי שיש לו בסיוע למימוש הגדרתם העצמית של פרטים בהינתן האמיתה באשר לתלות ההדדית בין בני-אדם. מחויבותו של המשפט הפרטי לחירות הינה לפיכך עמוקה יותר מזו המצווה על-ידי ההשקפה המסורתית. לשם המחשה נחשוב על מקרים שבהם האינטרסים של קבוצת אנשים קשורים זה לזה – למשל, כאשר הם חולקים אינטרס משותף באותו חלק מנכס מסוים או כאשר כולם חבים באחריות משותפת. נניח כי אחד מחברי הקבוצה נושא בעלות מסוימת בפרויקט המשותף – למשל, הוא משלם בעבור תיקון הגג הרעוע של הבית המשותף – וכך מיטיב בהכרח עם שאר חברי הקבוצה, מאחר שהדרתם מהטוב המשותף שהגג המתוקן מהווה לגביהם היא בלתי-אפשרית או בלתי-ישימה. בחלק מהמקרים המוטבים העתידיים עשויים אף לשדר מראש באופן ברור אי-נכונות לשלם בעבור ההטבה שהם עתידים לקבל, ובמקרים רבים אחרים ייתכן שחבר הקבוצה שנטל על עצמו את ההוצאות לא דן כלל עם המוטבים על ההוצאה האמורה. כך או כך, אילו היה המשפט הפרטי אדיש לאוטונומיה של הפרטים והתמקד אך ורק בהגנת עצמאותם, היה קשה להצדיק דרישת השבה החלה על המוטבים כלפי ממן ההטבה, שכן במקרה הטיפוסי התובע אינו יכול להצביע על נזק שגרמו לו הנתבעים או להראות כי הללו הסכימו לעסקה שהניבה את ההטבה.<sup>210</sup>

208 ראו, לדוגמה, Americans with Disabilities Act of 1990, 42 U.S.C. § 12112(b)(5)(A) (2012). פתרון אחר, ואפילו טוב יותר, הוא להשתמש בסובסידיות ישירות. ראו Eyal Zamir (2010).

& Barak Medina, Law, Economics, and Morality 255 (2010).

209 פתרון זה מתאים במיוחד למקרה שבו המעסיק מתנגד להתאים את עצמו או את מקום העבודה לעובד לא משיקולים סובייקטיביים או אי-רציונליים, אלא משיקולים כלכליים טהורים.

210 ראו Nozick, לעיל ה"ש 14, בעמ' 95 (הטוען כי אדם אינו יכול לדרוש תשלום בעבור טובת-הנאה וולונטרית ללא קבלת הסכמה מראש). ראו גם Coleman, לעיל ה"ש 178, בעמ' 166-169 (המתאר את הקושי לחבר בין הסכמה לבין חוזים היפותטיים אקס-אנטה).

למרבה המזל, המשפט הפרטי אינו נוקט עמדה זו.<sup>211</sup> כאשר האינטרסים של הצדדים קשורים באופן חזק מספיק, המונע מהתובע את האפשרות לממש את האינטרס העצמי שלו באופן סביר מבלי להיטיב עם יתר הצדדים, דיני ההשבה מסייעים בדרך-כלל בפתרון בעיות של פעולה משותפת באמצעות חיוב המוטבים לשלם את חלקם היחסי בטוב המשותף. דינים אלה מנטרלים את פוטנציאל הטפילות (free riding), שיכול לחתור הן תחת הפעולה המשותפת של הפרטים המיטיבה עם כלל חברי הקבוצה והן תחת זכותם של הפרטים בקבוצה להגררה עצמית.<sup>212</sup>

המאפיינים הטיפוסיים של בעיות הפעולה המשותפת,<sup>213</sup> אשר מדגימים את ההשפעה החשובה שיש לתלות ההדרית האנושית על האוטונומיה האישית, עוזרים בהארת ממשעותו של הפער בין המחויבות לעצמאות לבין המחויבות לאוטונומיה. העדר התערבות משפטית עלול למנוע את הפעולה המשותפת אשר מיטיבה עם חברי הקבוצה, שכן האינטרס הפרטי של כל צד עלול לסכל את האינטרס הכולל של חברי הקבוצה בטוב המשותף.<sup>214</sup> מלומדים שתומכים בתפיסת המשפט הפרטי ככלי רגולטורי, ואשר חוששים כי טפילות משמעה ייצור-בחסר לא-יעיל של טובין משותפים, תומכים בפתרון המוצע על-ידי דיני ההשבה.<sup>215</sup> אבל חשוב להכיר בכך שגם המחויבות הליברלית לאוטונומיה אישית גוררת חובת השבה (אם, ורק אם, ההשבה מכווננת במדויק ובמידה הראויה), כך שבתת-קטגוריה משמעותית של מקרים המתאפיינים בבעיית הפעולה המשותפת עצמאותם של הפרטים חייבת לסגת לאחור כדי לאפשר למשפט להבטיח באופן ראוי את זכותם להגררה עצמית.

211 ראו Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §§ 23, 26 (Am. Law Inst. 2011) (המחייב השבה לאדם שיצר רווח כלכלי לאחר בעודם חלק ממחויבות משותפת או בעלים משותפים בקניין).

212 הניתוח להלן בנוגע לדיני ההשבה לקוח בחלקו מ-HANOCH DAGAN, THE LAW AND ETHICS OF RESTITUTION ch. 5 (2004) (להלן: DAGAN, LAW AND ETHICS) (אשר טוען, בעמ' 124, כי "restitution for self-interested conferrals of unsolicited benefits can help to overcome (free-riding problems that may hinder jointly beneficial actions")

213 ראו, באופן כללי, RUSSELL HARDIN, COLLECTIVE ACTION 9–10 (1982) (אשר מעיר כי MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS 2, 8, 10–11, 21, 51, 60–61 (2nd ed. 1971) (הטוען כי פרטים לא ישתפו פעולה בגין תמריצים אישיים שונים); MICHAEL TAYLOR, THE POSSIBILITY OF COOPERATION 3 (1987) (המתאר את בעיות הפעולה המשותפת כתוצאה של אגואיזם רציונלי).

214 זו תהיה התוצאה הצפויה אם שום חבר בקבוצה לא יפיק מספיק תועלת פרטית מהטוב המשותף שתצדיק תשלום של כל המחיר על-מנת לספקו באופן עצמאי, ונוסף על כך לא תקום קואליציה של חברי הקבוצה שיוכלו לחלק את העלויות ביניהם. ראו OLSON, לעיל ה"ש 213, בעמ' 41 (המציין כי די בטרמפיסט אחד לסכל פעולה משותפת).

215 ראו Ariel Porat, *Private Production of Public Goods: Liability for Unrequested Benefits*, 108 MICH. L. REV. 189, 206 (2009) (המתאר כיצד הרחבה של חובות ההשבה תסייע בפתרון בעיות טרמפיסט, אפילו ללא התערבות המדינה).

אכן, כאשר אי-התערבות משפטית צפויה לסכל מטרות המחייבות פעולה משותפת, המחויבות הליברלית לאוטונומיה אישית עשויה להצדיק התעלמות מהתנגדותו של הנתבע להשתתף בפעולה המשותפת על-ידי תשלום חלקו. כדי שכך יקרה, שני תנאים צריכים להתקיים.<sup>216</sup> ראשית, צריך להיות ברור באופן אובייקטיבי כי תועלתו היחסית של הנתבע הנובעת מההטבה עולה על חלקו היחסי בעלות מימונה, וכי התערבות המשפט הינה הכרחית לקיומה של הפעולה המשותפת המיטיבה. שנית, צריך שהנתבע לא יוכל להצביע על מניע (אמין) לא-אסטרטגי שבגיננו הוא אינו משתתף במימון הטוב המשותף.

שני תנאים אלה יחדיו מבטיחים כי אם נתבעי ההשבה ישתתפו במימון הפרויקט המשותף וייהנו מפירותיו, מצבם יהיה טוב יותר מאשר ללא הטוב המשותף, ולכן אין להם טעם לגיטימי להתנגד לחובת ההשבה המשפטית. התנאי הראשון מזקק את המקרים שבהם אי-התערבות משפטית תוביל ככל הנראה לסיכול מטרות המחייבות פעולה משותפת, דהיינו, מקרים שבהם פרטים עשויים לסרב לשלם את חלקם היחסי וההוגן רק מתוך ציפייה שמאמצייהם של האחרים בקבוצה יניבו לראשונים את אותו טוב משותף בחינם (או באופן זול יותר). התנאי השני מבטיח כי הפער בין ההעדפה המפורשת של הנתבע כלפי חוץ (לא להשתתף במימון הטוב המשותף) לבין האינטרס האישי המשוער שלו (כן להשתתף) נובע ממבנה התמריצים שהנתבע והמשתתפים הפוטנציאליים האחרים לכודים בו, ואינו משקף את ההעדפות הסובייקטיביות האמיתיות שלו.

התנאי השני, אשר מהדהד את הרוקטרינה המשפטית של פירות ערך סובייקטיבי (subjective devaluation), מבהיר את הנקודה שבה גישתנו למשפט הפרטי מתנתקת הן מגישתם של המסורתיים והן מזו של המבקרים אותה. כך, מחד גיסא, ליברטריאנים של המשפט הפרטי "אינם יכולים למלא את החלל ושל ההסכמה או העוולה של הנתבע על-ידי התייחסות להטבה כאל כזאת שאינה נתונה במחלוקת, משום שבכך תהיה משום עקיפה של מה שחובה שיתקיים: מעורבות פעילה של הנתבע בעסקה".<sup>217</sup> לגבי שיטת משפט פרטי המבוססת על ערך העצמאות, זוהי דרישת-קדם נוקשה לצורך הטלת אחריות על הנתבע.<sup>218</sup> מאידך גיסא, הניתוח הכלכלי של המשפט מאפשר גישה ליברלית יותר לתביעות השבה מאשר הגישה המסורתית; על-פי דרישת ההשבה נרחבת רק אם העלות של הנתבע-המוטב – מקום שהוא נדרש להשתתף במימון הטוב המשותף – עולה על התועלת של התובע-המיטיב מהפעולה המשותפת שיכולה להתרחש אם תתקיים חובת ההשבה. דרישות האוטונומיה תחת המחויבות הליברלית להגדרה עצמית נוקשות יותר מדרישות הגישה הכלכלית; הן שוללות דרישת השבה במקרים של פוטנציאל לפיחות ערך סובייקטיבי מצד הנתבע גם כאשר יש ודאות גבוהה יחסית שהפעולה המשותפת יעילה ומיטיבה עם הכלל. שוני נורמטיבי זה מצמיח

הכרל דוקטרינרי.<sup>219</sup>

216 ראו Dagan, Law and Ethics, לעיל ה"ש 212, בעמ' 135.

217 Brudner, לעיל ה"ש 11, בעמ' 250.

218 שם.

219 שתי חלופות אלה הוצעו, בהתאמה, בשני הספרים המרכזיים בדיני ההשבה האנגליים. השווה בין Peter Birks, An Introduction to the Law of Restitution 121–24 (rev. ed. 1989) (להלן: Birks, Restitution) (המצדד בהשבה בתנאים עובדתיים מסוימים) לבין Lord Goff

בחינה תועלתנית מנביעה פרשנות מצמצמת לתחולת ההגנה של פחות ערך סובייקטיבי מצידו של הנתבע – פרשנות המתקיימת כל עוד קיים פוטנציאל למימוש כספי – שכן אף אם הנתבע-המוטב אינו מעריך את ההטבה שניתנה לו, ההערכה של השוק תבטיח כי פעולת ההשבה לא תוביל לאובדן תועלת חברתית. במילים אחרות, הגנת פחות הערך הסובייקטיבי – המונעת הטלת חובת השבה על הנתבע – כפופה להערכת השוק בנוגע להטבה שניתנה לנתבע. לעומת זאת, ערך האוטונומיה מציב דרישות נוקשות יותר. הגנה על זכותם של הפרטים לקבוע את סדר העדיפויות שלהם משמעה שערכה של ההטבה נתפס ככזה שאי-אפשר לחלוק עליו רק אם ההטבה הומרה בפועל לכסף או אם "זה בלתי-נמנע שהנתבע יממש [בפועל] את ההטבה".<sup>220</sup> ככלל, המשפט הפוזיטיבי הנוהג נוקט את הגישה האחרונה, הבאה לידי ביטוי בעמדה השמרנית השוללת הטלת חובת השבה עקב שיפור (מצד התובע) של אינטרס קיים של הנתבע, וזאת בניגוד למצב שבו מתבקש שימור של אינטרס זה, אשר לפחות במקרים מסוימים אכן מצמיח אחריות של הנתבע להשיב את עלותו היחסית במימון הטוב המשותף.<sup>221</sup>

כללי השבה אלה הם רק קצה הקרחון. יש דוקטרינות רבות אחרות במשפט הפרטי המשרתות את ערך האוטונומיה של הפרט, שפועלן סותר את הדרישות הקשיחות הנובעות מערך העצמאות שביסוד ההשקפה המסורתית על המשפט הפרטי. תובנות של אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט ושל מלומדים ביקורתיים (אנשי ה-CLS) עשויות לסייע בהבנת רוחב היריעה של קטגוריה זו של דוקטרינות.<sup>222</sup>

הניתוח הכלכלי של המשפט הפרטי מסביר כיצד חלק ניכר מהפעילויות החברתיות שלנו נשענות על כלים משפטיים שתכליתם להתגבר על סוגים שונים של עלויות עסקה (עלויות מידע, מונופולים דו-צדדיים, הטיות קוגניטיביות וסיכונים מוגברים של התנהגות אופורטוניסטית)<sup>223</sup> היוצרות פגיעות הדדית של המשתתפים בהתייחסויות-גומלין בין-

OF CHIEVELEY & GARETH JONES, *THE LAW OF RESTITUTION* 25 (Gareth Jones ed., 6th ed.

2002) (הטוענים כי ניתן לדרוש השבה על הטבה הניתנת למימוש, אך אין הכרח לאשרה).

220 GRAHAM VIRGO, *THE PRINCIPLES OF THE LAW OF RESTITUTION* 81 (2nd ed. 2006).

221 Hanoch Dagan & Michael A. Heller, *The Liberal Commons*, 110 *YALE L.J.* 549, 611–13

(2001) (להלן: Dagan & Heller, *Liberal Commons*). אף שהגבול בין שיפור לבין שימור הוא

עמום לעיתים, התנגדות של הנתבע להשקיע בשיפור האינטרס המשותף מבטאת ככל הנראה את הערכתו האמיתית בנוגע להטבה, ואינה מבטאת סחטנות אסטרטגית.

222 לניתוחים מעמיקים יותר, אשר שתי הפסקאות הבאות מסתמכות עליהם, ראו Hanoch Dagan,

*Inside Property*, 63 *U. TORONTO L.J.* 1, 3–10 (2013)

המתייחסים לחיים הפנימיים של קניין); DAGAN & HELLER, *CHOICE THEORY*; לעיל ה"ש 65,

בעמ' 107–125 (המדגימים את חשיבותה של התמיכה המשפטית הפרו-אקטיבית לסוגים רבים של הסכמות חוזיות).

223 לצד עלויות עסקה אלה יש מאפיינים מסוימים של יוזמות משותפות – על-פירוב מקרים של

חלוקת נכסים – שאי-אפשר כמעט להשיג ללא התערבות משפטית. ראו Henry Hansmann

& Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, 110 *YALE L.J.* 387,

406 (2000).



אישיות המצריכות שיתוף-פעולה.<sup>224</sup> באכיפה פשטנית של הכוונות המפורשות של הצדדים לא יהיה כדי לנטרל את הסיכונים הטבועים במיזמים משותפים אלה. כדי שמיזמים אלה יהוו אפשרויות מעשיות "על המדף", על המשפט לספק בטחונות אשר ייצרו את האמון הנחוץ כל-כך להצלחתם. גם כאשר הצדדים להתייחסות-הגומלין פועלים בהתאם לנורמות החברתיות שלהם, המשפט מספק כללי-רקע המהווים רשת ביטחון למקרה עתידי שבו ייווצר קונפליקט בין הצדדים. כללים אלה מטפחים את האמון היומיומי בהתייחסות-הגומלין הבין-אישית השוטפת של מיזמים משותפים אלה.<sup>225</sup>

ההשפעות של המשפט אינן רק מטריאליות, אלא גם מכוננות. מאחר שהמשפט הפרטי נוטה להיטמע במרקם החברתי היומיומי שלנו, הקטגוריות שלו הן קריטיות בבניית התייחסויות-הגומלין הבין-אישיות השוטפות.<sup>226</sup> לכן, במיוחד בעידן המודרני, רוב המוסכמות שלנו – לרבות פעילויות חברתיות שאנו רואים כמובנות מאליהן (חשבו על שמירה, ערבות ונאמנות) – נתמכות במידה ניכרת על-ידי המשפט.<sup>227</sup> גם אם נתעלם מעלויות העסקה שהיו נובעות מן הצורך ליצור את ההסדרים החברתיים הללו מבראשית כל פעם, בלעדי מוסכמות אלה שהמשפט הפרטי שותף בכינון, ואשר כרוכות בפעילויות חברתיות שנחוצות ליומיום האנושי כפי שאנחנו חווים אותו, פרטים בחברה היו מתקשים לדמיין אותם לעצמם.<sup>228</sup> בדומה למוסכמות חברתיות אחרות, גם אלה שהמשפט הפרטי מכונן ממלאים תפקיד תרבותי חשוב בחיזוקן ובייצובן של מערך הציפיות של פרטים המשתתפים בהתייחסויות-גומלין בין-אישיות, וכן בבניית קטגוריות מרכזיות של מערכות יחסים בין-אישיות סביב הערכים הנורמטיביים שבבסיסן.<sup>229</sup>

הפונקציות המטריאליות והמכוננות הללו של המשפט הפרטי מלמדות כי אין די בחופש החושים, חשוב ככל שיהיה, וכי מידה מסוימת של פעולה משפטית אקטיבית היא רצויה

- 224 ראו, לדוגמה, Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87, 93–95 (1989) (הדנים בעלויות מידע ובהתנהגות אופורטוניסטית); Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 CAL. L. REV. 1051, 1077–80, 1137 (2000) (הדנים בהטיות קוגניטיביות ובמונופולים דו-צדדיים).
- 225 ראו Dagan & Heller, *Liberal Commons*, לעיל ה"ש 221, בעמ' 578 (הטוענים כי "background rules... can... creat[e] a formal 'safety net' that enables commoners, without taking .(prohibitive individual risks, to gain the benefits that flow from trusting one another"
- 226 ראו, לדוגמה, Gordon, *Unfreezing Legal Reality*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 212–214.
- 227 ראו Ian Ayres, *Menu Matter*, 73 U. CHI. L. REV. 3, 5–8 (2006) (המתאר הצעות משפטיות שונות להתמודדות עם הפליה על רקע נטייה מינית בעבודה).
- 228 Hanoch Dagan, *Defending Legal Realism: A Response to Four Critics*, 1 CRIT. ANAL. L. 254, 266 (2014).
- 229 ראו HANOCH DAGAN, *PROPERTY: VALUES AND INSTITUTIONS* 3–35, 77–84 (2011) (להלן: (DAGAN, *VALUES AND INSTITUTIONS* (המדגים את הקשר בין המבנה של זכויות קניין לבין קטגוריות של התייחסויות-גומלין אנושיות); Michael Klausner, *Corporations, Corporate Law, and Networks of Contracts*, 81 VA. L. REV. 757, 786–89 (1995) (הדן בתוצאה של אפקט הלמידה החברתית ותופעת ההחצנות הרשתיות).

והכרחית לגבי סוגים רבים של מערכות יחסים בין-אישיות המבוססות על שיתוף-פעולה. העדרן של תשתית ותמיכה משפטיות עלול לעיתים לחתור תחת – או אפילו לאיין – סוגים אלה של התייחסויות-גומלין ומערכות יחסים בין-אישיות, וכנגזרת מכך לפגוע ביכולתם השווה של פרטים להגשים את תפיסות הטוב שלהם.

שורשו של הפער הבלתי-ניתן לגישור בין דבקות מוחלטת בחירות ושוויון פורמליים לבין מחויבותו של המשפט הפרטי לאוטונומיה ולהגדרה עצמית טמון בפגמים האנושיים ובמועדרות של אנשים לטעויות – במיוחד הרציונליות החלקית והכשלים הקוגניטיביים המאפיינים בני-אדם, והעובדה שהם נוטים להעדיף את האינטרסים שלהם על האינטרסים של אחרים. הסבר תיאורטי של המשפט הפרטי יכול להתחיל מעולם אידיאלי שבו פגמים אלה אינם קיימים. אך בשלב מסוים אי-אפשר לא להתייחס אליהם, ואין עוד מנוס ממעבר מתיאוריה אידיאלית לתיאוריה לא-אידיאלית של המשפט הפרטי.<sup>230</sup> אכן, קשה לרמיין כיצד לתיאוריה אידיאלית לחלוטין של משפט פרטי יכולה להיות רלוונטיות מעשית בתחומים של דוקטרינות משפטיות (כגון אלה שנדונו לעיל) שבהן פגמים אנושיים אלה אינם מהווים רק חשש שולי, אלא מעקש שיטתי של ממש. התעלמות מקושי כזה תביס את התיאוריה המשפטית, ככל שמטרתה להסביר או להצדיק את הדוקטרינות המשפטיות הפוזיטיביות אשר מסדירות את תנאי התייחסות-הגומלין בין פרטים.

ודוק: ליברטריאנים אדוקים אינם חייבים להיות מודאגים מתוכנות אלה. כפי שראינו בדוגמת ההשבה, ליברטריאנים יכולים – וגם צריכים (על-מנת שיהיו עקביים מבחינה נורמטיבית) – לעמוד על כך שאחריותו של הנתבע תצומצם רק למה שניתן לבסס על הסכמתו המפורשת.<sup>231</sup> הם יכולים להתעקש על התאמה מלאה בין התיאוריה האידיאלית של המשפט הפרטי לבין זו הלא-אידיאלית מאחר ששתיהן חייבות לדבוק באופן מוחלט בחירות ושוויון פורמליים, ללא התחשבות בפגמים האנושיים. אך חלופה זו אינה יכולה להתקבל על ליברלים אגליטריאנים, ועל-כן הלקח הנוכחי מאתגר באופן חריף את דבקותם של אלה בחלוקת עבודה חדה בין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי. ליברלים אלה מתייחסים בכובד-ראש לעקרונות השוויון המהותי והאוטונומיה האישית. לכן מבחינתם, ככל שערכים אלה עלולים להיפגע מאימוץ תפיסת המשפט הפרטי המסורתית, משפט ציבורי-מדינתי אינו יכול באמת להחליף את החובה הבין-אישית לכבוד הדדי ביחס לאוטונומיה האישית ולשוויון המהותי.<sup>232</sup> עשויות להיות השקפות שונות בנוגע להיקפם ולפרטיהם של כלי

230 השו"ע עם Rawls, Theory of Justice, לעיל ה"ש 124, בעמ' 245-246 ו-351-352 (המבחיין בין תיאוריות צדק אידיאליות לבין תיאוריות צדק לא-אידיאליות).

231 השו"ע עם Peter Benson, Gaps and Implication in Contract Law and Theory: An Alternative to the Default Rule Paradigm 1-15 (2014) (לא פורסם, עותק מצוי בידי המחברים) "[C] ontractually enforceable terms of performance are *not* limited to or exhausted by what (the parties have expressly provided)".

232 באופן תיאורטי אגליטריאנים ליברלים יכולים לחלופין לטעון כי הדוקטרינות של המשפט הפרטי המספקות מענה לבעיות של התנהגות אסטרטגית ואופורטוניסטית בהקשר של פרויקטים משותפים ויוזמות שיתופיות מגלמות נורמה נגד שימוש לרעה בזכויות על-ידי הנתבע, בפרט בזכותו לעצמאות ולחירות שלילית. אומנם טרם פותח טיעון מסוג זה, אולם יש להניח כי הוא

המשפט הפרטי הנחוצים לשם טיפול ראוי בבעיה זו.<sup>233</sup> אבל ליברלים אינם יכולים להתעלם מההשפעה של המשפט הפרטי על חירות ושוויון מהותיים; אם המדינה תנקוט גישה בדלנית ביחס להתערבותה בחייהם של הפרטים, אזי במחדלה זה היא תכונן דה־פקטו מבנה חברתי המושתת על שוויון פורמלי, אשר מסכל את המחויבות הליברלית להגדרה עצמית.<sup>234</sup>

#### 4. חובות בין־אישיות חיוביות

הדוקטרינות של המשפט הפרטי המסייעות ביצירתם ובתחזוקתם של פרויקטים משותפים ויזומות שיתופיות מכפיות את עצמאותם של הפרטים להגדרתם העצמית. מצבים אלה מתאפיינים בכך שהמשפט בטוח יחסית כי טענות המושתתות על ערך העצמאות של הפרט עולות רק מסיבות אסטרטגיות, וכי האחריות שהוא מטיל על הנתבע במקרים אלה דווקא תורמת לאינטרסים של שני הצדדים להתייחסות־הגומלין. נפנה כעת לקטגוריית המקרים שהיא אולי המקור העמוק ביותר לפולמוס תיאורטי – אותם מקרים שבהם המשפט הפרטי מטיל על פרטים חובות עשה ככלי למימוש הזכות להגדרה עצמית של פרטים אחרים. חובות אלה סותרות בעליל את הטענה כי החירות הפורמלית או השוויון הפורמלי (או שניהם) הם הערכים העומדים בבסיס המשפט הפרטי.<sup>235</sup>

אכן, מנקודת־מבטה של הגישה המסורתית, כל חובה משפטית לעזור לאדם אחר השרוי במצוקה מכפיפה בהכרח את בעל החובה לבעיה של האחר, ובכך שוללת ממנו הן את עצמאותו והן את השוויון הפורמלי שלו ביחס לאותו אדם אחר. באופן לא־מפתיע, אנשי הגישה המסורתית מדברים לעיתים על "הכלל נגד אחריות נזיקית בגין מחדל טהור של אי־הצלת אחר",<sup>236</sup> ומתייחסים אליו כאל "הרעיון הנורמטיבי המארגן את המשפט הפרטי".<sup>237</sup> הם טוענים כי ההבחנה בין מעשה רשלני (misfeasance) לבין מחדל טהור (nonfeasance)

---

ייחד ממילא כטיעון המתח את הנורמה נגד שימוש לרעה בזכות אל מעבר להיקפה הראוי כעיקרון מגביל.

233 לפי עמדה אחת בנושא זה, המחויבות להגדרה עצמית של הפרט דורשת שהמדינה תאפשר לפרטים להגשים את תפיסות הטוב שלהם על־ידי הספקה יזומה של מוסדות קנייניים וסוגי חוזים שונים ומגוונים מספיק לכל קטגוריה מרכזית בפעילות האנושית – לרבות מסחר, עבודה, מגורים ואינטימיות – ושכל מוסד קנייני או סוג חוזה יוסדר על־ידי ערכים מובחנים או על־ידי תמהיל או איזון שונה של ערכים. ראו Dagan & Heller, Choice Theory, לעיל ה"ש 65, חלק III; Hanoch Dagan, *Pluralism and Perfectionism in Private Law*, 112 COLUM. L. REV. 1409, 1423 (2012).

234 השוו עם JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* 162, 265 (1986) (הטוען כי המדינה הליברלית מחויבת לספק "a multiplicity of valuable options", שאם לא כן היא "would undermine the chances of survival of many cherished aspects of our culture").

235 Richard A. Epstein, *A Theory of Strict Liability*, 2 J. LEGAL STUD. 151, 198–99 (1973) (הטוען נגד ביסוסן של חובות חיוביות על חירות אישית).

236 BRUDNER, לעיל ה"ש 11, בעמ' 278.

237 Peter Benson, *Misfeasance as an Organizing Normative Idea in Private Law*, 60 U. TORONTO L.J. 731, 733, 788 (2010) (להלן: Benson, *Misfeasance*).

היא מאפייין מושגי של המשפט הפרטי,<sup>238</sup> ומתייחסים להבחנה זו כאל מרכיב נורמטיבי מרכזי של הצדקת חלוקת העבודה בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי במדינה ליברלית.<sup>239</sup> איננו חולקים על קיומה של ההבחנה בין מעשה למחדל במשפט הפוזיטיבי,<sup>240</sup> ואיננו מתכחשים לחשיבותה בקביעת התכנים של החובות הבין-אישיות. אך אנו שוללים את הניסיון לקרוא אותה כמחויבות נורמטיבית בסיסית. ההצדקה הסבירה ביותר להבחנה שבין מעשה למחדל הולמת את הגישה שלנו למשפט הפרטי כהסדר המשפטי המכונן צדק ביחסים בין פרטים חופשיים ושווים מבחינה מהותית.

שתי אמיתות חותרות תחת הניסיון לראות בהבחנה בין מעשה למחדל עיקרון דוקטרינרי בסיסי במשפט הפרטי. האמיתה הראשונה היא שחוסר הנכונות להטיל חובות עשה אינו מאפייין ייחודי של המשפט הפרטי. אכן, רתיעה זו אינה זרה למשפט הפלילי, ובאופן משמעותי אף יותר גם לא למשפט החוקתי.<sup>241</sup> ההסתייגות הניכרת של המשפט הפלילי – אשר אינו מתאפייין במבנה יחסני של חובות ושל התדיינות משפטית – מהטלת חובות עשה מלמדת כי לא המבנה היחסני של המשפט הפרטי הוא שעומד בבסיס הגישה המרוסנת להטלת חובות חיוביות. באופן דומה, במקומות מסוימים (בעיקר בארצות-הברית) גם המשפט החוקתי מלמד כי אין זו האופקיות של המשפט הפרטי שמנחה את המשפט להתייחס לחובות חיוביות באופן שונה מאשר לחובות שליליות או לאיסורים. כך, למשל, חלקים מסוימים של המשפט החוקתי האמריקני, כגון הזכות להליך הוגן המעוגנת בתיקונים החמישי והארבעה-עשר, משקפים עוינות ניכרת כלפי חובות עשה.<sup>242</sup> ברי שפרקים אלה של המשפט החוקתי שייכים למשפט הציבורי ועוסקים בהתייחסויות-גומלין אנכיות.

- 238 WEINRIB, IDEA OF PRIVATE LAW, לעיל ה"ש 36, בעמ' 10.
- 239 RIPSTEIN, PRIVATE WRONGS, לעיל ה"ש 23, בעמ' 53-80 ו-288-295. ראו גם Ripstein, *Division of Responsibility*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1823-1825 (הדן בהבחנה בין מעשה למחדל כרלוונטית גם לקביעת ה"structure of the obligations between private persons"); Arthur Ripstein, *Three Duties to Rescue: Moral, Civil, and Criminal*, 19 LAW & PHIL. 751, (2000) 65-76, 68-76 (המדגים כי החלוקה בין משפט פרטי למשפט ציבורי מובהרת באופן חלקי באמצעות ההבדלים הקונסטטואליים בין מעשה לבין מחדל).
- 240 ראו, לדוגמה, Riedel v. ICI Ams. Inc., 968 A.2d 17, 22-23 (Del. 2009) (שם דן בית-המשפט ב"early common law distinction between action and inaction").
- 241 במשפט הפלילי ראו WAYNE R. LAFAVE & AUSTIN W. SCOTT, JR., CRIMINAL LAW 193 (1986) (הדנים בהסתייגות הכללית מהטלת אחריות פלילית בגין מחדלים). ראו, באופן כללי, Graham Hughes, *Criminal Omissions*, 67 YALE L.J. 590 (1958) (הדן בהיסטוריה ובבסיס הקונסטטואלי של הטלת אחריות פלילית בגין מחדלים ובפסיקה המאוחרת יותר בנושא). בהקשר של המשפט החוקתי ראו DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services, 489 U.S. 189, 195-96 (1989) (להלן: עניין DeShaney) (שם העיר בית-המשפט כי סעיף ההליך ההוגן הוא "limitation on the State's power to act", ולא הטלה של "affirmative obligation on the State"). ראו, באופן כללי, Frank I. Michelman, *The Protective Function of the State in the United States and Europe: The Constitutional Question*, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 156, 156-60 (Georg Nolte ed., 2005) (הדן בשאלה החוקתית של היקף תפקידה "מגננתי" של הממשלה ובגישות השונות בארצות-הברית ובאירופה).
- 242 עניין DeShaney, לעיל ה"ש 241, בעמ' 195-196.

האמיתה השנייה היא שהבחנה בין מעשה למחדל אינה מיושמת באופן אחיד בכל שיטות המשפט הפרטי בעולם, ואף אינה מיושמת באופן קטגורי בשיטת המשפט המקובל. גם אמיתה זו מאתגרת את הטענה כי הבחנה בין מעשה למחדל היא מאפיין בסיסי ומהותי של המשפט הפרטי. אך בעוד קודמתה מראה כי הצבת הבחנה זו כמאפיין בסיסי של המשפט הפרטי מהווה הכללת-חסר, האמיתה השנייה – שאליה נתייחס כעת – מציגה את החשש ההופכי בדבר הכללת-יתר.

המשפט הפרטי בשיטות משפט מסוימות באירופה ובאמריקה הלטינית אינו מאמץ הבחנה זו באופן נוקשה,<sup>243</sup> ואין סיבה להאמין שהמשפט הפרטי של צרפת שונה במהותו מהמשפט המקובל רק בשל העובדה שהראשון מטיל חובות חיוביות.<sup>244</sup> לא זו אף זו, אפילו

243 JEROEN KORTMANN, ALTRUISM IN PRIVATE LAW: LIABILITY FOR NONFEASANCE AND NEGOTIORUM GESTIO 29–50 (2005) (הדן בגישתן של גרמניה וצרפת לאחריות במחדל); Damien Schiff, *Samaritans: Good, Bad and Ugly: A Comparative Law Analysis*, 11 ROGER WILLIAMS U. L. REV. 77, 79 (2005) (“[A]lmost every civil law jurisdiction in Europe, as well as in Latin America, recognizes various types of duties to rescue and related tort actions”). לאחרונה טען ריפשטיין כי ניתן להסביר באופן פשוט את דוגמות-הנגד הללו. ריפשטיין מדגים כיצד המשפט האזרחי הצרפתי (ככל הנראה שיטת המשפט הבולטת ביותר באכיפת חובות חיוביות דיני הנזיקין) מתייחס למקרים של הפרת החוק הפלילי כאל ראייה מספקת לכיסוס קיומה של אשמה, כך ש"נוכחותה של חובת ההצלה במשפט האזרחי הצרפתי הינה תופעה הנובעת מתוספת כללית יותר של אחריות פרטיות המבוססות על חובות שאינן חובות פרטיות". RIPSTEIN, PRIVATE WRONGS. לעיל ה"ש 23, בעמ' 60 ובה"ש 15. אולם הדרך שבה המשפט הצרפתי מאגד אל תוך דיני הנזיקין את החובה החיובית להציל אינה חייבת להיות שונה מאחריות נזיקית הנובעת מהפרה של הוראות סטטוטוריות הנחשבות יחסניות במישור האופקי של המשפט הפרטי (בדרך-כלל באמצעות הכלי הדוקטרינרי של הפרת חובה חקוקה). אכן, הוראה סטטוטורית אשר באופן מיטבי מפורשת ככזאת שנועדה להגן על פרטים אחרים מציבה דרישה להתנהג בצורה מסוימת (על-מנת להגן על אותם פרטים אחרים), והפרה של דרישה זו היא "יותר מסתם ראייה לקיומה של רשלנות. היא-היא רשלנות בעצמה". Martin v. Herzog, 126 N.E. 814, 815 (N.Y. 1920). וריאציה אחת של כלל זה היא שההוראה הסטטוטורית יכולה לשרת לא רק ככלי ראייתי להוכחת אשמה בהתנהגותו של הפרט (שווהי מטרתה של דוקטרינת ה-negligence per se), אלא גם כמקור של החובה הנזיקית היחסית (שנועדה להיטיב עם הקבוצה שהתובע נמנה עימה). Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical & Emotional Harm §§ 14, 38 (Am. Law Inst. 2005). לפיכך אין שום דבר בצורה שבה מספקים חובות "חיצוניות" מסוימות לדיני הנזיקין הפוזיטיביים אשר הופך את המשפט האזרחי הצרפתי לזר או ל"פרטי" פחות. השאלה היחידה, אם כן, נוגעת בתוכן של ההוראה הסטטוטורית הספציפית שעל בסיסה מטילים אחריות בנזיקין על מי שהפר אותה, והיינו, אם ההוראה הסטטוטורית מטילה חובת הצלה.

244 וייריב מודה כי שיטות משפט קונטיננטליות עוינות פחות כלפי הטלת חובות חיוביות על פרטים, אך הוא מסביר שוני זה כשוני כמותי, ולא איכותי. WEINRIB, IDEA OF PRIVATE LAW. לעיל ה"ש 36, בעמ' 154 ה"ש 17. עם זאת, תמרונו זה אינו עקבי ביחס לטיעונו הכללי נגד הטלת אחריות בגין מחדל. אכן, או שטוענים, בכפוף לחריגים מסוימים, כי אחריות בגין מחדל אינה עולה בקנה אחד עם המבנה הדו-קוטבי של עושה וסובל או שטוענים כי היא עולה בקנה

המשפט הפרטי בשיטות המשפט המקובל מטיל חובות עשה של עזרה לזרים בכמה מצבים לא-טריוויאליים.<sup>245</sup>

תופעות אלה של הכללת-חסר והכללת-יתר מדגימות כי הכלל נגד אחריות בגין מחדל אינו יכול להיחשב רעיון מרכזי של המשפט הפרטי.<sup>246</sup> עולה מהן גם כי הגישה השמרנית ביחס לחובות בין-אישיות חיוביות מבוססת על עקרונות מוסר כלליים, ולא על שיקולים שהם ייחודיים למשפט הפרטי. הצדקה אחת לגישה זו נובעת מחשש להתערבות מופרזת

---

אחד עם רעיון זה של המשפט הפרטי כל עוד המשפט מכיר, במידה מסוימת, בשוני שיש בין הטלת אחריות בגין מעשה לא-ראוי לבין הטלת אחריות בגין מחדל. ראו שם, בעמ' 153-154 ובה"ש 17.

245 ראו, לדוגמה, את המקרה המפורסם, *Tarasoff v. Regents of the University of California*, 551 P.2d 334, 340 (Cal. 1976) (להלן: עניין *Tarasoff*) (שבו הטיל בית-המשפט חובה על

246 מטפל לנקוט זהירות סבירה כדי להגן על הקורבן המיועד של המטופל שלו). חלק מחסידי הגישה המסורתית מנסים להציל את מעמדה של ההבחנה בין מעשה למחדל

במשפט הפרטי על-ידי פירושה מחדש כמשקפת את עקרון הנזק ללא עוולה (או הפסד שאינו נזק בר-פיצוי), שלפיו הנתבע אינו אחראי כלפי התובע אלא אם כן לאחרון יש זכות כלפי הראשון. ראו *Benson, Misfeasance*, לעיל ה"ש 237, בעמ' 747 ה"ש 39 (Historically, interference)

with the person or possessory and property rights of another was a paradigm instance (of misfeasance" . ראו גם *RIPSTEIN, PRIVATE WRONGS*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 55-59 ובה"ש

"You are entitled to constrain the conduct of others with respect to something only) 6 WEINRIB, IDEA OF (if you are entitled to determine the purposes for which it is used" "[T]he common law recognizes that for the injured) 153, בעמ' 36, לעיל ה"ש 36,

person to recover, the suffering must be the consequence of what the defendant has (done" . טיעון זה מכוון להראות כי העיקרון חל הרבה מעבר למקרים הנוגעים בהצלה, לרבות בדוקטרינות שאינן קשורות. ראו גם *RIPSTEIN, PRIVATE WRONGS*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 63-64

(המציג דוגמאות להעדרה של חובת הצלה בדיני הנוזיקין); *Benson, Misfeasance*, לעיל ה"ש 237, בעמ' 743-737 (המציג דוגמאות של נזק כלכלי טהור). ברם, הסבר זה מהווה מסקנה לא-מבוססת, שכן כל פועלו הוא לנסח מחדש את השאלות הקריטיות: אילו זכויות יש לנו,

ובסופו של דבר, מדוע יש לנו אותן? הבעיה עם הטענה שלפיה ההבחנה בין מעשה למחדל משקפת לא יותר מאשר מערך זכויות עתיקי-ימין היא שמשמעה הוא שההבחנה בין השניים תלויה לחלוטין במערך הזכויות הקיים בנקודת הזמן הרלוונטית. ניתן להדגים זאת באמצעות

שני פסקי-דין נזיקיים מוכרים. האחד הוא פסק-הדין הידוע לשמצה *Winterbottom v. Wright*, שבו קבע בית-המשפט כי ליצרן שייצר מוצר פגום אין חובת זהירות כלפי משתמש-הקצה משום

ש"זהו אחד מאותם מקרים מצערים שבהם קיים בכירור נזק אך זהו נזק ללא עוולה; והו ללא ספק קושי של התובע להיות ללא תרופה [לנזק הגוף שנגרם לו ברשלנות], אך אל לנו להיות מושפעים משיקול זה". *Winterbottom v. Wright* (1842) 152 Eng. Rep. 402, 405-06; 10

.M. & W. 109 (Ex.) .כשבעים שנים לאחר-מכן, בפסק-דין *MacPherson v. Buick Motor Co.*, אימץ השופט בנג'מין קרדווא את העמדה ההפוכה, שלפיה בהקשר של אחריות היצרן למוצרים פגומים, אם היצרן "רשלן, כאשר ניתן לצפות את הסיכון, תוטל עליו אחריות". *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 111 N.E. 1050, 1053 (N.Y. 1916)

באוטונומיה של הפרט מקום שיוטלו עליו חובות עשה.<sup>247</sup> חשש זה נוגע בהבחנה בין מצבים שבהם הפרט תורם ליצירת סיכון לחיים ולגוף של פרט אחר לבין מצבים שבהם אין לפרט תפקיד ביצירת סיכון זה. חשש זה מתמקד בקשר שבין היות הפרט פועל היוצר סיכון לבין היות הפרט האחר חשוף לסיכון (במקרה הפרדיגמטי – סיכון לחיים ולגוף). הקטגוריה של מעשים רשלניים כוללת מקרים המדגימים היטב קשר זה, בעוד הקטגוריה של מחדלים טהורים כוללת מקרים המתאפיינים בהעדרו.<sup>248</sup>

אכן, ההשלכות הנורמטיביות של הטלת חובה (למשל, חובת זהירות) על האוטונומיה של בעל החובה תלויות בקטגוריה – מעשה או מחדל – שבה מדובר. קביעת מגבלות בנוגע לתוכנית הפעולה של הפרט על ידי הטלת חובה שלילית היא דבר אחר; ואילו הכתבת תוכנית הפעולה עצמה באמצעות הטלת חובת עשה היא דבר אחר לחלוטין.<sup>249</sup> במילים אחרות, קיים שוני בין דרישה מפרטים למתן את הדרך שבה הם מממשים את מטרותיהם כאשר מטרות אלה חושפות אחרים לסיכון לבין אילוץם להפוך את החולשה והפגיעות של פרטים אחרים למטרה עצמאית המחייבת פעולה. הבנה זו של ההבחנה בין מעשה למחדל אינה מנביעה את המסקנה כי אין כלל מקום להטיל על פרטים חובה לסייע לאחרים. אולם היא מנביעה בהחלט את המסקנה כי כאשר כל שאר התנאים שווים, לשיקולים של אוטונומיה עשוי להיות משקל רב יותר בקביעת האחריות המוסרית והמשפטית של הפרט לעזור לאחרים. מכאן עולה כי בחינתן של חובות בין-אישיות חיוביות חייבת להתחשב בהגדרה העצמית של שני הצדדים להתייחסות-הגומלין. בפרט, נובע מכך שקל להצדיק חובת עשה במקרים של הצלה פשוטה, שבהם האחריות המוטלת על בעל החובה, הגם שהיא פוגעת בוודאי בעצמאותו, אינה מסכנת באופן משמעותי את הביטחון שלו או אינטרסים אחרים שלו התומכים בערך האוטונומיה.

לפיכך, ברמת העיקרון, שיטת משפט פרטי אשר מחויבת לצדק ביחסים ומכירה במשמעות הנורמטיבית של התלות ההדדית לחיינו חייבת להכיר בחובות בין-אישיות חיוביות.<sup>250</sup> הדוקטרינות שנציין בהמשך מאשררות את המחויבות הזו לאוטונומיה של הפרט. כל אחת

247 ראו, לדוגמה, Robert L. Hale, *Prima Facie Torts, Combination, and Non-Feasance*, 46 COLUM. L. REV. 196, 214 (1946) (המבקר את "ההסתיוגות השיפוטית מהכרה בחובות חיוביות" בשל התבססותה על ההנחה כי "when a government requires a person to act, it is necessarily interfering more seriously with his liberty than when it places limits on (his freedom to act)").

248 לפיכך, תחת אפיון זה, מקרים של נזק כלכלי טהור או סוגים אחרים של מטרד ליחיד (כגון חסימת קרני השמש מלהאיר את אדמתו של התובע) אינם נופלים לקטגוריה של מחדל טהור. זוהי שאלה נפרדת, כמובן, אם יש להטיל חובות וחבויות נזיקיות במקרים אלה.

249 אבל ראו Liam Murphy, *Benevolence, Law, and Liberty: The Case of Required Rescue*, 89 GEO. L.J. 605, 649 (2001) (הטוען כי למקרים הכרוכים במעשה רשלני ולמקרים הכרוכים במחדל, בפרט בהקשר של הצלה, אין השלכות נורמטיביות שונות באופן משמעותי).

250 Ernest J. Weinrib, *The Case for a Duty to Rescue*, 90 YALE L.J. 247, 251, 262, 293 (1980) (הטוען כי צריכה להיות חובת הצלה קלה, וכי חובה כזו תתאים לאופן שבו המשפט המקובל מבין את החירות). יש להבהיר כי כיום ויינריב נסוג מעמדה זו. ראו לעיל ה"ש" 244 (הדנה בעמדתו המעורבנת והמסורתית של ויינריב).

מהן מדגימה כיצד חירות מהותית, להבדיל מחירות פורמלית גרידא, היא ששוכנת בבסיס החובות בין-אישיות החיוביות שבמשפט הפרטי.<sup>251</sup> נוסף על כך, דוקטרינות אלה מגלמות גישה זהירה (אולי יתר על המידה) כלפי הטלת חובות בין-אישיות חיוביות. האופן שבו הן מטילות אחריות בגין מחדל אינו מספק את דרישות הצדק ביחסים במלואן, ואף אינו ממצה את גילויה של חובת ההצלה במשפט הפרטי הנוהג.<sup>252</sup> עשויים להיות כמובן שיקולים נוספים נגד הטלת חובת הצלה נרחבת במשפט הפרטי. הטלת חובה לעזור לאחרים עלולה לדלל את ערכו המוסרי של אלטרואיזם,<sup>253</sup> ומבחינה מעשית עשוי להיות קשה להבחין בין מקרים קלים לבין מקרים קשים שבהם לא ראוי להטילה.<sup>254</sup> ההערכה וההכרעה אם שיקולים אלה מצדיקים את הגבלת השימוש בחובות בין-אישיות חיוביות במשפט הפרטי חורגות מדיוננו. אך נראה שרתיעתו של המשפט המקובל המסורתי מלהטיל חובות חיוביות במקרים קלים של הצלה היא מופרזת, וקשה להצדיקה.<sup>255</sup> הדוגמאות שלהלן רומזות כי ראוי שהמשפט הפרטי יפתח את חובות העשה שלו באופן שיטתי יותר.

#### (א) תשלום מוטעה

המקרה של תשלום מוטעה מתואר לעיתים כ"מקרה-הליבה" של דיני ההשבה.<sup>256</sup> הכלל הבסיסי במקרי התשלום המוטעה הוא שמי שמקבל בטעות לחשבונו תשלום שהיה מיועד לאחר "חייב בהשבת תשלום זה".<sup>257</sup> בהעדר שיקולים נוגדים, כגון הסתמכות מצידו של המקבל, ההשבה נראית ראויה בהינתן ש"שיקול-הדעת של התובע היה פגום בעת העברת

- 
- 251 דוקטרינה אחת – הגנת הצורך – מעניקה אפילו תמיכה רחבה יותר לתפקידו של השוויון הפורמלי כקירוב לא-מושלם לעקרון השוויון המהותי.
- 252 כפי שניתן לראות בעניין *Tarasoff*, לעיל ה"ש 245.
- 253 ראו Douglas J. Den Uyl, *The Right to Welfare and the Virtue of Charity*, 10 Soc. Phil. & Pol'y 192, 192–93, 197, 205, 222–23 (1993).
- 254 ראו, באופן כללי, Saul Levmore, *Waiting for Rescue: An Essay on the Evolution and Incentive Structure of the Law of Affirmative Obligations*, 72 Va. L. Rev. 879 (1986).
- 255 במקרה הידוע של *Handiboe v. McCarthy*, 151 S.E.2d 905, 907 (Ga. Ct. App. 1966), לדוגמה, קבע בית-המשפט כי בעלים של קניין אינו חב חובה חיובית של הצלה פשוטה המחייבת אותו להציל בן ארבע הטובע בכרכה של הבעלים. בית-המשפט יישם את "הכלל הכללי" שלפיו "העובדה שפרט רואה פרט אחר פצוע אינה מטילה עליו, כשלעצמה, כל חובה משפטית לסייע..." (שם). עם זאת, יישום הכלל בעניין זה נראה רציונליזציה מוחלטת. בפרט, בית-המשפט נשען על ניתוח פורמליסטי ונוקשה של נסיבות העניין, בקובעו כי "עצם העובדה שהילד הוא פועט רך בשנים ואינו מסוגל להעריך את הסיכון של סיטואציה ספציפית [למשל, פרכת-שחיייה בעלת רצפה חלקלקה בחצרו של הנתבע] באותה קלות כמו מבוגר אינה משנה את יחסי הצדדים" (שם, בעמ' 906).
- 256 PETER BIRKS, *UNJUST ENRICHMENT* 3 (2nd ed. 2005).
- 257 Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 5 (Am. Law Inst. 2011).



הכסף לנתבע".<sup>258</sup> אין חולק על חיובו של מקבל התשלום מכוח דיני ההשבה.<sup>259</sup> אך כפי שברודנר טוען באופן משכנע, נסיונותיה של הגישה המסורתית להסביר דוקטרינה זו כושלים. אם תפקידו הבלעדי של המשפט הפרטי הוא לממש את ערך העצמאות והשוויון הפורמלי, הוא חייב, בהגדרה, להיות אדיש לשאלה אם הטעות של המעביר "מסכלת את הגשמת מטרתו המכוונת", ככל שהטעות "לא נבעה מכפייה או מתרמית".<sup>260</sup> יתרה מזו, הטלת אחריות על הנתבע במקרים אלה מפרה את השוויון הפורמלי, שכן בכך הנתבע, שהוא "נהנה סביל באופן טהור", מגויס על-ידי המשפט במטרה לתקן את "הטעות המצערת [של המעביר]" – קרי, את "התוצאות הנובעות מפעולת ההעברה החופשית והרצונית שלו" – אשר הנתבע אינו אחראי לה כלל.<sup>261</sup> אכן, בהינתן שבמקרים אלה "הזכות הקניינית של [המעביר] תקפה כלפי [הנהנה]", ברודנר מסיק כי הדרישה של המעביר להשבה שקולה ל"הכפפה של [המקבל] למטרותיו [של המעביר]" באופן חד-צדדי.<sup>262</sup>

מסקנה זו פוגעת אנושות בהשקפה המסורתית בנוגע למשפט הפרטי. אך פגיעה זו אינה צריכה לשנות את הדין הפוזיטיבי ביחס לתשלום מוטעה, דין שהינו עקבי למדי ביחס למחויבות להבטחת ההגדרה העצמית של הפרט (או לכל-הפחות אינו בלתי-עקבי ביחס לדרישות השוויון המהותי). ברגע שנדחה את הבינריות הנוקשה של ההשקפה המסורתית בנוגע למשפט הפרטי, ונכיר בכך שבעת עיצוב הדין של מערכות היחסים הבין-אישיות במשפט הפרטי עלינו לבצע לעיתים את ההכרעות הלא-מלהיבות אך ההכרחיות שהזכיר הרט,<sup>263</sup> יתברר לנו כי החובה לעזור לאחרים המעוגנת בדין הפוזיטיבי בדבר תשלום מוטעה אינה מעוררת קשיים.

לגבי משפט פרטי המחויב להגדרה עצמית, "להיות חופשי משמעו לפעול מתוך מטרות שהפרט הציב לעצמו כחלק מכתובת סיפור חייו, וכן להיות מסוגל לראות את חייו של הפרט כביטוי הרחב ביותר של מטרותיו ושל הפרויקטים שהוא קבע לעצמו". לפיכך משפט פרטי מסוג זה – שהוא גם המשפט הפרטי הנוהג – מביא בחשבון את "חוסר ההלימה בין כוונותיו של התובע לבין תוצאות פעולתו".<sup>264</sup> יתרה מזו, אחריות מכוח דיני ההשבה תורמת גם לערך ההגדרה העצמית, משום שהיא מרחיבה את חופש הפעולה של הפרטים על-ידי צמצום אפקטים מצננים הנובעים מחשש שלהם מפני ביצוע תשלומים מוטעים תחת משטר

258 Birks, Restitution, לעיל ה"ש 219, בעמ' 147.

259 קבלה זו של הכלל נכונה לפחות בהקשרים ה"פרטיים" שנדונו כאן, דהיינו, הקשרים שבהם הן המעביר והן הנעבר אינם מוסר. להקשר המוסרי ראו Dagan, Law and Ethics, לעיל ה"ש 212, בעמ' 60-63 ו-67-80.

260 Brudner, לעיל ה"ש 11, בעמ' 242-243.

261 שם, בעמ' 247 ו-253. לביקורת דומות ראו, באופן כללי, Dennis Klimchuk, *Unjust Enrichment*, and *Corrective Justice*, in UNDERSTANDING UNJUST ENRICHMENT 111 (Jason W. Neyers, Mitchell McInnes & Stephen G.A. Pitel eds., 2004); Stephen A. Smith, *Justifying the Law of Unjust Enrichment*, 79 TEX. L. REV. 2177 (2001).

262 Brudner, לעיל ה"ש 11, בעמ' 253-255.

263 ראו לעיל ליד ה"ש 140.

264 Brudner, לעיל ה"ש 11, בעמ' 253-255.

שבו מקבל התשלום אינו חב בהשבתו.<sup>265</sup> לבסוף, חובת העשה שהמשפט הפרטי מטיל על מקבל התשלום היא חובה צנועה – נטל זניח שאינו מסכן את הגדרתו העצמית של המקבל ואינו חותר תחת עצמאותו באופן בלתי-סביר.<sup>266</sup> כבוד הדדי לאוטונומיה האישית מצדיק חובה זו, מכיוון שנגזר ממנו שמקבל התשלום אמור לא להתעלם מנסיבותיו של הצד הטועה. הצדקה זו של הדין הנוהג לא רק מסבירה את הכלל הרווח המחייב את מקבל התשלום בהשבה, אלא גם מבחירה פרטים אחרים על-אודות דוקטרינה זו. כך, תשלומים מוטעים אינם מתגלים תמיד באופן מיידי וללא עלות; לעיתים מקבלי התשלום אינם שמים לב לטעות של התובע, ומשתמשים בכסף שברשותם מתוך אמונה כי התשלום שהוענק להם הועבר אליהם כדיון, וכי הוא באמת שלהם. במקרים אלה האוטונומיה של מקבל התשלום נמצאת גם היא בסכנה, שכן הצבת דרישה ממקבלי תשלום להיות מוכנים להשיב בכל עת תשלומים שקיבלו תפגע קשות בביטחון וביציבות של עיסוקיהם ובחופש הפעולה שלהם. לפיכך במצבים של תשלום מוטעה, דין המבוסס על כבוד הדדי לאוטונומיה חייב להקצות זכויות וחובות על-ידי כוונתן זהיר של החירות שלנו עם ביטחון ויציבות, כמודגם על-ידי פועלה של ההגנה בדבר שינוי מצב לרעה.<sup>267</sup>

### (ב) הגנת הצורך

דוגמה נוספת מצויה בדוקטרינת המשפט המקובל של הגנת הצורך, ובפרט בזכות של פרט הנמצא במצוקה קיצונית להשתמש בקניינו של אחר על-מנת להציל את עצמו או את קניינו.<sup>268</sup> בנסיבות רגילות, אם נתייחס לצדדים להתייחסות-הגומלין כאל חופשיים ושווים מבחינה פורמלית, יש לדרוש מהנתבע להשיג מראש את הסכמתו של הבעלים.<sup>269</sup> ברם, התעקשות על קיום דרישות השוויון הפורמלי בין הצדדים בנסיבות של מצב חירום בלתי-צפוי עולה כדי פורמליזם ריק – יהא זה בלתי-סביר בעליל להתעלם ממצבו הנחות של הפרט הנמצא במצוקה ביחס לבעלים.

דוקטרינת הגנת הצורך מכירה באי-שוויון זה ומתמודדת עימו בדרך שהולכת מעבר לדוקטרינות המוכרות של כפייה ו-*unconscionability* שבדיני חוזים. היא מוותרת על הדרישה הבסיסית להשיג את הסכמת הבעלים להשתמש בקניינו, ובכך מאפשרת לפרט במצוקה לעשות שימוש חד-צדדי בקניין זה על-מנת להציל את גופו או את קניינו.<sup>270</sup> הדין אפילו מטיל אחריות נזיקית על בעלים שאינם נותן את הסכמתו במקרים אלה, משום שהוא

265 Dagan, *LAW AND ETHICS*, לעיל ה"ש 212, בעמ' 43-44.

266 שם, בעמ' 43.

267 ראו שם, בעמ' 38-39 ו-52.

268 הגנת הצורך חלה לא רק במקרים שבהם הנתבע עצמו נמצא בסכנה, אלא גם במקרים שבהם רק קניינו הוא שנמצא בסכנה. ראו *Vincent v. Lake Erie Transp. Co.*, 124 N.W. 221 (Minn. 1910) (שם נדון מקרה שבו הנתבע היה בסכנה); *Ploof v. Putnam*, 71 A. 188 (Vt. 1908); (להלן: עניין *Ploof*) (שם נדון מקרה שבו הקניין היה בסכנה).

269 מבחינת מלומדים המגינים על ההשקפה המסורתית למשפט הפרטי, דרישה זו מציגה את מקור ההתנגדות לדוקטרינה שבנדון.

270 ראו HANOCH DAGAN, *UNJUST ENRICHMENT: A STUDY OF PRIVATE LAW AND PUBLIC VALUES* (1997) 81-82.

נתפס כמי שמתערב בשימוש ראוי בקניינו.<sup>271</sup> בה־בעת, על־מנת להימנע מהטלת אחריות עודפת, הפרט במצוקה נושא בחבות כלפי הבעלים לפצותו בגין נזק שנגרם בעת השימוש בקניינו.<sup>272</sup> כלל זה לעניין פיצוי הבעלים מתקן את חוסר האיזון באוטונומיה שהיה נוצר מקום שבעלים שלא נתן את הסכמתו היה נותר ללא פיצוי בעבור הנזק שנגרם לקניינו בשל השימוש החד־צדדי שעשה בו הפרט במצוקה. גם כאן הדין הפוזיטיבי משקף את התובנה של הרט שלפיה יש להבחין "בין חומרתן של ההגבלות השונות של חירויות ספציפיות שונות לבין חשיבותן היחסית לניהול חיים משמעותיים".<sup>273</sup>

### (ג) אחריותם של בעלי זכות קניין

תיאוריית הצדק ביחסים עשויה גם להאיר מימד נוסף של אחריות במשפט הפרטי: הנטלים, להבדיל מהחובות, שהפרט נושא בשל מעמדו כבעל זכות קניין (לרבות, ובמיוחד, כבעל זכות בעלות בקניין). הרעיון המקובל, אשר בא לידי ביטוי בעיקרון שלפיו "האדם נוטל על עצמו את מלוא הסיכון של תוצאות פעולתו", משמיע כי מי שאינו בעלים של זכות קניין נושא במלוא הסיכון הגלום בעשיית טעות בעת שימוש בקניין שאינו שלו.<sup>274</sup> לפי עיקרון זה, הבעלים אינם נושאים בשום אחריות להנחות את מי שאינו הבעלים, גם כאשר הדבר נדרש כדי שהלה יוכל לעמוד בחובה הנזיקית שלו (כגון החובה לא להסיג גבול במקרקעין או במיטלטלין).<sup>275</sup> פשיטא שמחויבות לחירות ושוויון פורמליים הולמת עיקרון זה, אך גישתנו דוחה אותו, ובכך מצדיקה הטלת נטלים נפוצים אלה על הבעלים. כפי שהסברנו לעיל, התנגדות עקרונית להטלת אחריות על הבעלים עומדת בסתירה לדרישה – המאפיינת את המשפט הפרטי הנוהג – לתנאי התייחסות־גומלין צודקים בין פרטים חופשיים ושווים מבחינה מהותית.<sup>276</sup> בהתאם לכך, אין הצדקה לפטור בעלי זכות קניין מהנטל שבנקיטת אמצעים סבירים (כגון מתן הנחיה ברורה וסבירה) על־מנת לצמצם תקלות שעלולות לקרות למי שאינו הבעלים בהתייחסו לקניינם. אכן, קיימים מופעים רבים בדוקטרינה הנוהגת לקיומם של נטלים הנישאים על־ידי הבעלים – לדוגמה, דוקטרינות של הסכמה, טעות והשתק קנייני, כמו־גם נטלים הנובעים מכוח דיני רישום המקרקעין.<sup>277</sup>

- 271 ההלכה המרכזית בנושא זה ניתנה בעניין *Plouf*, לעיל ה"ש 268, בעמ' 189.
- 272 ראו Francis H. Bohlen, *Incomplete Privilege to Inflict Intentional Invasions of Interests of Property and Personality*, 39 HARV. L. REV. 307, 313 (1926).
- 273 Glanville Hart, *Between Utility and Rights*, לעיל ה"ש 99, בעמ' 834-835. ראו גם Glanville Williams, *The Defence of Necessity*, 6 CURRENT LEGAL PROBS. 216, 224 (1953) ("[T]he defence of necessity involves a choice of the lesser evil. It requires a judgment of value, an adjudication between competing 'goods' and a sacrifice of one to the other. The language of necessity disguises the selection of values that is really involved").
- 274 ראו, לדוגמה, Merrill, לעיל ה"ש 24, בעמ' 151 ו־157 (המגן על משטר מינימליסטי של משפט פרטי).
- 275 ראו, לדוגמה, Stevens, לעיל ה"ש 171, בעמ' 205-206.
- 276 ראו לעיל חלק ג.
- 277 ראו, לדוגמה, Dagan, *VALUES AND INSTITUTIONS*, לעיל ה"ש 229, בעמ' 18-26; & Dorfman & Jacob, לעיל ה"ש 73, בעמ' 75.

## ד. משם לכאן: צדק ביחסים ותרומתו למשפט הפרטי בישראל

צדק ביחסים אינו אך תיאוריה של המשפט הפרטי של מדינה זו או אחרת. הוא אף אינו מוגבל ליחסים בין אזרחי המדינה שבה הוא חל. צדק ביחסים הוא תיאוריה ליברלית של המשפט הפרטי ככזה. אכן, המחויבות הבסיסית של המשפט הפרטי, כאשר הוא נתפס במונחים של צדק ביחסים, לחירות ושוויון מהותיים נעוצה בנכונותה, ולא ברצון של המחוקק לתת לה ביטוי פוזיטיבי בנקודת זמן מסוימת. אין ספק שיישום הרעיון של צדק ביחסים עשוי להשתנות ממדינה למדינה בהתאם להבדלים תרבותיים, היסטוריים ואחרים. כך, למשל, ייתכן שעקרון תום-הלב בחוזים או סטנדרט האדם הסביר בנזיקין יתפרשו בצורה שונה במשפטן הפרטי של מדינות ליברליות שונות. אולם בכך אין כדי לשלול את האפשרות שמדובר בפרשנויות וביישומים שונים של רעיון בסיסי אחד בדבר צדק ביחסים. הבחנה זו מעבירה את הדיון מהרעיון הכללי של צדק ביחסים ומיישמו המידי במשפט האמריקני אל המשפט הישראלי.

כמעט כל המופעים של צדק ביחסים שנדונו בפרק הקודם קיימים גם במשפט הפרטי הישראלי, ואין ביכולתנו – ולדעתנו גם אין צורך – להצביע עליהם באופן פרטני. מטרתנו בפרק זה שונה. בכוונתנו לטעון כי צדק ביחסים קורא תיגר לא רק על הגרסה הישראלית של משפט פרטי מסורתי (או ליברטריאני), אלא גם, ובמיוחד, על הגישה שקנתה לה אחיזה במשפט הפרטי הישראלי בעשורים האחרונים – התפיסה הציבורית של המשפט הפרטי.<sup>278</sup> גם בהקשר אחרון זה תרומתה של תפיסת הצדק ביחסים אינה מתמצית בביקורת; יש בכוחה לסייע בפיתוח הצדקה משכנעת יותר לקיומה של מחויבות לחירות ושוויון מהותיים בבסיסו של המשפט הפרטי הישראלי, כזו שאינה נאלצת לגייס את המשפט הציבורי והחוקתי כדי לגבור על התפיסה המסורתית של המשפט הפרטי. הדיון שלהלן יתמקד בסוגיית איסור ההפליה במשפט הפרטי כמקרה-מבחן חשוב ומרכזי שבאמצעותו נדגים את הטענה הכללית יותר בדבר צדק ביחסים במשפט הפרטי בישראל.

התפיסה המסורתית "נוסח ישראל" מניחה כי המשפט הפרטי נבדל מהמשפט הציבורי בכך שהוא מגן על עצמאותו או חירותו השלילית של הפרט. כפי שניסח זאת לאחרונה השופט דנציגר, "ערך השוויון (המהותי) במשפט הפרטי איננו ערך יסודי. נהפוך הוא, בספרה הפרטית החירות [כעצמאות] היא הכלל...".<sup>279</sup> מכאן נובע גם שהמשגת המשפט הפרטי

278 לדיון ערכני בשתי הגישות הנזכרות בטקסט ולתמיכה בתפיסה הציבורית של המשפט הפרטי ראו אהרן ברק "הזכות החוקתית והמשפט הפרטי" ספר גבריאלה שלו (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, צפוי להתפרסם ב-2019).

279 רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, פס' 19 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם באר"ש, 16.11.2011). נציין כי עמדתו של השופט דנציגר ניתנת לפרשנות המקרבת את עמדתו לזו של צדק ביחסים. אכן, אף שהוא מתחיל באתו כלל של חירות ושוויון פורמליים, הוא מכיר, בסופו של טיעון, בהמשגה אחרת שלפיה ערכים אלה זוכים בככורה רק כאשר אין "פער משמעותי בין הצדדים", וטוען במפורש כי "חופש ללא שוויון לאו חופש הוא" (שם, פס' 19 ו-18 לפסק-דינו, בהתאמה). עוד ראוי לציין בהקשר זה כי דנציגר, כמונו, סובר כי איסור ההפליה שבחוק אינו מתמצה בקבוצות שסבלו מהפליה היסטורית או מתמשכת (שם, פס' 21-22 לפסק-דינו). עם זאת, ניתן למצוא בפסק-דינו קביעות שאינן מתיישבות עם

במונחים של צדק ביחסים, קרי ככזה המחויב לחירות ושוויון מהותיים, יכולה להצליח, אם בכלל, רק כחריג לאותו כלל. גם בישראל חסידי הגישה המסורתית אינם מכחישים כי "כיום הרגולציה מכפיפה גופים פרטיים רבים לנורמות של שוויון", אך הם עומדים על כך ש"אף אם נמצא לעקרון החירות במשפט הפרטי חריגים רבים, המשתרעים החל מפעולתה של הרשות הציבורית בכובעה הפרטי, המשך בפעולתם של גופים מעין-ציבוריים וכלה בגופים פרטיים בעלי השפעה משמעותית על הציבור הרחב, אין משמעות הדבר כי עקרון השוויון קנה לו מעמד זהה לעקרון החירות".<sup>280</sup> על-כן הפרדיגמה המסורתית מציירת תמונה של משפט פרטי ליברטריאני שבתוכו עשויים להופיע, כחריג לכלל, איים ספורים – אשר מצריכים בעיקרון "דבר חקיקה מפורש"<sup>281</sup> – שבהם ניתנת הכרה מסוימת לעקרונות של חירות ושוויון מהותיים. כל עוד לא חל אחד החריגים הללו – כגון חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה) – "אין אדם זכאי להתלונן על כך שפלוגי מסרב לערוך עמו חוזה, למכור לו נכס, להשכיר לו דירה או לקבלו לעבודה".<sup>282</sup>

אך דומה שתפיסה זו פינתה מזמן את מקומה לתפיסה המבקשת להצניח אל תוך המשפט הפרטי עקרונות וכללים של משפט ציבורי וחוקתי. עמדת-המוצא של תפיסה זו היא כמו זו של התפיסה המסורתית, כלומר, שהמחויבות לחירות ושוויון מהותיים זרה למשפט הפרטי. אך לעומת האחרונה, התפיסה הציבורית של המשפט הפרטי מבקשת לקרוא מחויבות זו אל תוך המשפט הפרטי באמצעות ייבוא נורמות של משפט חוקתי וציבורי.<sup>283</sup> טכניקת הייבוא

גישתנו, כגון ההבחנה בין כלל (של חירות ושוויון פורמליים) לבין חריג (של חירות ושוויון מהותיים).

280 שם, פס' 36 לפסק-דינו של השופט דנציגר. ראו גם, למשל, ד"ר 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, פס' 5, 7 ו-10 לפסק-דינו של המשנה לנשיא אָלון (1989).

281 עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 279, פס' 36 לפסק-דינו של השופט דנציגר.  
282 שם, פס' 19 לפסק-דינו של השופט דנציגר. ראו, למשל, דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 46 (1991) ("אין אדם חייב להתקשר בחוזה למכירת סחורה או מתן שירות, אלא אם הוא חפץ בכך").

283 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי: פרשנות חוקתית 680-681 (1994) ("זכויות האדם הבסיסיות חלות גם במשפט הפרטי... המשפט הפרטי הוא המסגרת המתרגמת זכויות אדם חוקתיות למערכת חיים של 'תן וקח' בין פרטים... זכויות האדם החוקתיות הקבועות בחוקי-היסוד מכוונות לא רק כלפי השלטון אלא גם כלפי פרטים אחרים"); אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי – התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה ברק-אוסוסקי 363, 364-404 (סטפן ארלר ואח' עורכים, 2012). לפיתוח תפיסה זו בהקשר הלא-ישראלי ראו, למשל, Stephen Gardbaum, *The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights*, 102 MICH. L. REV. 387 (2003); THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM (András Sajó & Renáta Úitz eds., 2005); CONSTITUTIONALISATION OF PRIVATE LAW (Tom Barkhuysen & Siewert D. Lindenberg eds., 2006); Andrew Geddis, *The Horizontal Effects of the New Zealand Bill of Rights Act, as Applied in Hosking v Runtig*, 2004 N.Z. L. REV. 681; CHANTAL MAK, FUNDAMENTAL RIGHTS IN EUROPEAN CONTRACT LAW: A COMPARISON OF THE IMPACT OF FUNDAMENTAL RIGHTS ON CONTRACTUAL RELATIONSHIPS IN

משתנה בהתאם להקשר המשפטי והעובדתי. למשל, בדיני החוזים מוכרת הטכניקה של שימוש ב"מושגי-שסתום", כגון תוס'לב ותקנת הציבור, כאמצעי לייבוא נורמות ציבוריות אל תוך מערכות יחסים חוזיות בין אנשים פרטיים;<sup>284</sup> טכניקה נוספת המוכרת מדיני הקניין והחוזים היא ייחוס אופי ציבורי לגופים שאינם מפעילים סמכויות שלטוניות;<sup>285</sup> ודוגמה אחרת, המוכרת מפסק-הדין בעניין קעדאן, היא הטכניקה היוצרת זיקה ישירה בין פעולותיו המפלול של גוף פרטי לבין מהדלה של המדינה להתנות את השימוש של גוף זה במשאביה בהתנהגות שאינה מפלה מצידו.<sup>286</sup> לאחרונה גם הוצע לראות בחוק איסור הפליה זרוע נזיקית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שתפקידה לספק שכבת הגנה נוספת לזכות החוקתית לשוויון, אשר מעוגנת, לפחות בעקיפין, בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>287</sup> ייתכן שטכניקות אלה ואחרות (כגון פרשנות תכליתית של החוק, הכללת פנייה אל תכליות אובייקטיביות ואל עקרונות-היסוד של השיטה) עשויות להבטיח לעיתים שתוצאות הפעלתו של המשפט הפרטי לא יעמדו בסתירה למחויבות הליברלית הבסיסית לחירות ושוויון מהותיים. כלומר, העדר הסתירה יובטח למרות – ולא בזכות – כלליו של המשפט הפרטי.

ברם, אנו טוענים כי תפיסה זו נכשלת במישור הנורמטיבי, שכן היא אינה מסוגלת להצדיק את החלתן של הנורמות הציבוריות על אנשים וגופים פרטיים. החובה הכללית הקיימת במשפט החוקתי לכבד את זכויות האדם לכבוד, לחירות ולשוויון חלה במישור היחסים האנכי, קרי, במישור היחסים שבין המדינה לבין הפרט. חובה זו מעוגנת מפורשות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא גם הרעיון המארגן של המשפט המנהלי.<sup>288</sup> עניינה בהגבלות המוטלות על מחזיקי הסמכות השלטונית בבואם לשרת ולקדם את הטוב החברתי

- GERMANY, THE NETHERLANDS, ITALY AND ENGLAND (2008). ראו בהקשר זה גם עלי בוקשפן ואסא כשר "החלה ישירה של זכויות האדם על הכלל" עיוני משפט מ 45 (2017). תפיסה זו יושמה גם בפסיקה – ראו ע"א 294/91 חברת קרישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד (מ)2, 464, פס' 20-21 לפסק-דינו של השופט ברק (1992) ("עקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי... המשפט הפרטי כולל בחובו מספר דוקטרינות, אשר משמשות כלים שבאמצעותם מוזרמים עקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אל תוך המשפט הפרטי").
- 284 ראו, למשל, עניין קסטנבאום, שם, פס' 21-24 לפסק-דינו של השופט ברק; ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא(3) 85 (1977); ע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נו(2) 385 (2003).
- 285 ראו, למשל, ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196, 203-204 (1995).
- 286 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000). לדיון ביקורתי בהסתפקות במהלך הזה ראו חנוך דגן "זכות הכניסה" מחקרי משפט כד 59 (2008).
- 287 לשיטתו של השופט ג'ובראן, "יחודו של חוק איסור הפליה, אם כן, אינו ביצירת מושג חדש של שוויון החורג מתפישת השוויון הכללית החלה במשפט החוקתי. יחודו הינו בעיצוב הכלים האופרטיביים העומדים לרשותו של נפגע הפליה בבקשו סעד מבית המשפט". עניין פרוזאנסקי, לעיל ה"ש 279, בעמ' 28.
- 288 ס' 11 לחוק-היסוד, העוסק בתחולתו, קובע כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-היסוד זה". ביחס למשפט המנהלי ראו בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו, פ"ד טז 2101, 2116 (1962).

המשותף באמצעות הפעלת סמכותם זו, והיא נגזרת בסופו של יום מחובת האמון (fiduciary) של המדינה ושל כל נושאי-המשרה בה לאזרחיה. התפיסה הציבורית או החוקתית של המשפט הפרטי מהווה נסיון הרחבה של חובה זו לאנשים פרטיים – מחזיק מקרקעין הנדרש לכבד את זכותו של אדם אחר לחירות ושוויון מהותיים או צד לחוזה בהתהוות הנדרש להימנע מלסרב להתקשר בחוזה עם אדם אחר בשל סלידתו מתפיסת-עולמו הרתית. החלה מהירה כזו של חובות המדינה על אנשים פרטיים נהפכה כמעט למוכנת מאליה במשפט הישראלי של השנים האחרונות, אבל היא מוקשית ובעייתית. זאת ועוד, הגם שעיון ההגנה מפני הפליה פרטית בנורמות ציבוריות (חוקתיות!) נראה כמהלך שמעבה ומחזק אותה, בחינה זהירה יותר של תוצאותיו מגלה כי ההפך הוא הנכון.

ראשית – הקושי. איננו מכחישים כמובן שעל אזרחים בחברה דמוקרטית מוטל הנטל לסייע למדינה לממש את חובותיה,<sup>289</sup> ובכלל זה לעמוד בחובתה לשמר את השוויון. אבל, כפי שהסברנו בהרחבה במקום אחר, הציפייה הסבירה הזו לעמידה בנטלים מסוימים כמי ששותפים למפעל המדינתי אינה יכולה, לפחות לא בתנאים רגילים, להצדיק הכפפה של פרט ספציפי לחובות שאנחנו חייבים כחברה.<sup>290</sup> במילים אחרות, התפיסה הציבורית של המשפט הפרטי כושלת משום שאין באמתחתה תשובה הולמת לשאלתם של אותם אנשים – למה אני? כלומר, כיצד ניתן להתייחס לאדם פרטי, בעליו של משאב או צד לחוזה, כאילו היה פקיד ציבור הפועל בשם המדינה ולטובת הציבור? כך יוצא שהתפיסה הציבורית של המשפט הפרטי היא אמצעי גיוס כפוי של אנשים פרטיים לטובת הטוב החברתי המשותף. חשוב להבהיר כי איננו חולקים על העמדה שאנשים פרטיים אינם רשאים להפלות, בין היתר במצבים שבהם דנו בפירוט לעיל. ביקורתנו היא שאיסור ההפליה במשפט הפרטי אינו יכול להישען על כך שאנשים פרטיים הם גם מעין פקידי ציבור או שזכויותיהם מוכפפות באופן ממילאי לטובת מטרה נעלה יותר. המשפט הפרטי עוסק במישור היחסים האופקי, וחברה ליברלית צריכה, כפי שטענו לעיל, לשמר את ההבחנה בין החברתי לציבורי ולהימנע מהכפפה מהירה כזו של חיינו החברתיים לכשירותנו האזרחית.

תפיסת המשפט הפרטי במונחים של צדק ביחסים פותרת את המשפט הפרטי מחיובק הדוב של התפיסה הציבורית ומעמידה את המחויבות לחירות ושוויון מהותיים על אדנים משפטיים פרטיים. התשובה לשאלה "למה אני" היא כי המשפט הפרטי עצמו הוא הגוף האמון על יצירת מערכות יחסים בין בני-אדם (ולא רק אזרחים) שווים וחופשיים במונח המהותי. החובה לכבד את הזולת כשווה וחופשי – ובמסגרתה האיסור להפלות – אינה נובעת מזהותו של המכבד כמעין פקיד ציבור, כמי שמפעיל סמכויות שלטוניות או כמי שהמדינה רותמת לקידום מטרותיה, נעלות ככל שיהיו; היא נובעת מהיותו אדם שתנאי התייחסות-הגומלין שלו עם הזולת נשלטים על-ידי המשפט הפרטי. זהו, בפשטות, הרעיון של צדק ביחסים. ניתן להדגים טענה זו בעזרת פסק-דינה של השופטת חיות (כפי שאנחנו מפרשים אותו) בעניין סבח, שעסק בוועדות הקבלה ליישובים קהילתיים.<sup>291</sup> התיקון לפקודת האגודות

289 ראו Rawls, Theory of Justice, , לעיל ה"ש 124, בעמ' 293-294.

290 לדיון מפורט יותר בטענה זו ראו Dagan & Dorfman, *Interpersonal Human Rights*, לעיל ה"ש 97.

291 בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (פורסם בנוב, 17.9.2014).

השיתופיות הכשיר סירוב של ועדת קבלה לקבל מועמד ליישוב אם הוא "אינו מתאים לחיי חברה בקהילה" או "למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי".<sup>292</sup> פסק-דינה של חיות, כמו זה של השופט רובינשטיין (ואנחנו מניחים כי גם כמו פסקי-דינם של שאר שופטי הרוב), נשען על חזקת הכשרות של המחוקק, שלפיה מן הראוי להניח כי מפעילי התיקון לפקודה יקפידו על "ציות קפדני להוראת המחוקק באשר לשיקולים שאין לשקלם", כך שהתיקון לא ישמש עוגן ל"פגיעה בשוויון אישי וקבוצתי".<sup>293</sup> אבל הדרך שבה פסק-דינה כתוב מעניינת במיוחד.

חיות מעדיפה לא להכריע בשאלת חוקתיותו של החוק, אלא לקרוא "אל תוך [ההוראות דלעיל] אמות-מידה אובייקטיביות ליישומן";<sup>294</sup> ואת אלה היא שואבת מתוך החוק עצמו, אשר מכונן את המוסד המשפטי של אגודה שיתופית. ההוראה החשובה לענייננו משקפת את דרישת הצדק ביחסים של המשפט הפרטי (וככזו היא מעגנת בחקיקה עקרון-יסוד של המשפט הפרטי), באוסרה על ועדת הקבלה לסרב "לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית".<sup>295</sup> את הסעיף הזה חיות קוראת באופן התואם את תפיסת הצדק ביחסים (אם כי היא אינה נשענת עליה מפורשות, כמובן), דהיינו, כחלק מרכזי ב-DNA הנורמטיבי של ההסדר המשפטי המכונן את היישובים הקהילתיים: כפי שעולה מהדיון בפעולות משותפות,<sup>296</sup> אין זה פשוט לכונן קהילות כאלה, ולכן מוצדק לאפשר להן לא לקבל מועמדים שעתידים להקשות את ההתגברות על בעיות הטפילות שבהן דנו; אך אין בין ההצדקות הללו לבין הפליה של "אחרים" דבר וחצי דבר. חיות אף מדיגישה – שוב, באופן התואם את גישתנו – כי ראוי להבין מהשמטת המילה "רק" שנזכרה בהצעת החוק, כי "לא ניתן לסרב לקבל מועמד בשל איזה מן הטעמים המפורטים בסעיף, בין אם הוא גלוי ובין אם הוא 'עטוף' בטעמים אחרים המיועדים להסוותו".<sup>297</sup>

מכאן חיות גוזרת מסקנות מעשיות חשובות באשר לכללים שוועדות הקבלה אמורות לעמוד בהם, אשר אף הם תואמים היטב את נגזרות הצדק ביחסים למוסד המשפטי הנדון: הואיל ועל פני הדברים דחיית מועמד שאינו מהווה איום להצלחת הפעולה המשותפת הקהילתית פוגעת בצדק ביחסים, יש להגביל בקפידה את סמכות הדחייה עקב אי-התאמה למרקם התרבותי-החברתי למקרים שבהם מרקם זה "קיבל ביטוי מוצהר ומובהק בתקנון האגודה ותואם בפועל את ההווה הקהילתית של אותו היישוב".<sup>298</sup> בהתאמה, נטל הראיה לשם הכשרת סירוב – החל על ועדת הקבלה כאשר מדובר במועמד המשתייך לקבוצות הנזכרות – עולה "ככל שהמאפיינים הקהילתיים המוצהרים והמוכחים של היישוב אינם ברורים ואינם מובהקים דיים וכן ככל שמספר בתי האב ביישוב הקהילתי רב יותר ... והוא

292 ראו ס' 6ג(א)-(4)-(5) לחוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, ס"ח 683 (להלן: תיקון 8 לפקודת האגודות השיתופיות).

293 ראו עניין סבח, לעיל ה"ש 291, פס' יג לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

294 שם, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת חיות.

295 ס' 6ג(ג) לתיקון 8 לפקודת האגודות השיתופיות.

296 ראו לעיל חלק ג.3.

297 עניין סבח, לעיל ה"ש 291, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת חיות.

298 שם, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת חיות.



נעדר אינטימיות קהילתית אמיתית המדמה מסגרת משפחתית".<sup>299</sup> לבסוף, בהינתן החשש לניצול לרעה של סמכות הרחייה האמורה לשם השתמטות מדרישת הצדק ביחסים, אכן חשוב לוודא שהחלטת הסירוב תיסמך על חוות-דעת מקצועית בלתי-תלויה באשר להעדר ההתאמה, כזו המגיעה מגורם עצמאי "שאינו מספק באופן קבוע וחוזר שירותי אבחון לועדות הקבלה ואין חשש כי יתפס כמוטה לטובתן".<sup>300</sup>

\* \* \*

הדיון בפרשת סבח נועד להדגים את גישת הצדק ביחסים ולתת מענה לשאלה "למה אני", כלומר, למה מוטלת על הפרט חובת איסור הפליה (שאלה שהתפיסה הציבורית של המשפט הפרטי מתקשה להשיב עליה). כפי שרמזנו, תפיסת הצדק ביחסים חשובה לא רק במישור ההצדקה הכללית של מחויבותו של המשפט הפרטי הישראלי לחירות ושוויון מהותיים. אימוצה משנה מהיסוד כמה היבטים חשובים במשפט הפרטי הנוהג. ברצוננו לעמוד על שלושה מהם ולהשאיר את פיתוחם של האחרים למועד אחר. היבט אחד, שכבר נרמז לעיל, נוגע בהיקף השתרעותה של חובת איסור ההפליה במשפט הפרטי, דהיינו, בשאלה על מי חלה החובה לא להפלות במסגרת התייחסויות-הגומלין המוסדרות במשפט הפרטי; היבט שני נוגע בכימות הפיצוי על אובדן כושר השתכרות בחברה לא-שוויונית – למשל, כיצד ראוי לכמת פיצוי על אובדן לניזוק פעוט המשתייך לקהילת מיעוט; וההיבט השלישי נוגע במעמדו הנורמטיבי של המשפט הפרטי הפוזיטיבי – למי יש הסמכות האולטימטיבית לקבוע מה יהיו הנורמות של המשפט הפרטי הישראלי.

ביחס להיבט הראשון, התפיסה הציבורית של המשפט הפרטי סוברת כי חובתם של גופים פרטיים לא להפלות קמה רק כאשר אותם גופים הם מעין-ציבוריים או כאשר יש חקיקה מפורשת, דוגמת חוק איסור הפליה. מה לגבי אישה פרטית המשכירה דירה שירשה מהוריה (ואשר אינה דירת מגורים)? דומה שחוק איסור הפליה אינו חל במקרה זה,<sup>301</sup> וכי יהיה זה מלאכותי, בלשון המעטה, לראות בה מעין זרוע ארוכה של המדינה. עוד אפשר להניח, לצורך הבהרת הנקודה בלבד, כי בעיית ההפליה בחברה הישראלית נפתרה ברובה וכי בקרוב נגיע למצב שבו כבר לא ידרשו צעדים משפטיים ציבוריים לביעורה. בעוד שהתפיסה הציבורית של המשפט הפרטי מתקשה למצוא את הטעם להחלת החובה הפרטית לא להפלות במקרה זה, תפיסת הצדק ביחסים לא תתקשה לספק טעם זה, שהרי הפגיעה שבהפליה אינה פונקציה של מידת שכיחותה בסביבה הרלוונטית (הפליה פסולה של מבקש עבודה יהודי בניו-יורק מפרה את הצדק ביחסים על-אף השילוב העמוק של יהודים במרקם החיים בה). במילים אחרות, תפיסת הצדק ביחסים אינה רואה בחוק איסור הפליה (ובחקיקה דומה אחרת) או בדוקטרינת הגופים המעין-ציבוריים משום הסדרים שליליים שלפיהם אין מקום לאיסור הפליה "מחוץ" לאותם הסדרים.<sup>302</sup>

299 שם, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת חיות.

300 שם, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת חיות.

301 ראו ס' 3 לחוק איסור הפליה.

302 יישומה של תפיסת הצדק ביחסים מעלה שאלות מעניינות על הקשר שבין משפט לבין יחסים חברתיים ועל מהותן של האוטונומיה והשוויון. אנחנו נוגעים בכך במקומות אחרים (תוך שכל אחד מאיתנו עושה שימוש בטיעונים ועמדות שונים). ראו HANOCH DAGAN, A LIBERAL

היבט שני נוגע בשאלות של הפליה בפסיקת פיצויים על אובדן כושר השתכרות עתידי, כפי שהתעוררו בפסק-הדין בעניין אבו חנא.<sup>303</sup> בפסק-דין זה בית-המשפט מבקש לעגן את ההחלטה לכמת את הפיצוי בהתאם לממוצע השכר הכללי במשק (בהתעלם מהעובדה שמינה ומגזרה של הניזוקה מנבאים אובדן נמוך בהרבה מהממוצע הכללי) בכמה גישות, ובכלל זה בתיאוריה הכלכלית וברעיון הצדק המתקן. בית-המשפט מוצא כי שיקולי יעילות מצדיקים התעלמות מהניבוי הסטטיסטי של פוטנציאל ההשתכרות של הניזוקה. דעתנו היא כי הצדקה זו עומדת בסתירה למושכלות-היסוד של הניתוח הכלכלי: ניתוח העלות-תועלת של נוסחת הנד מבקש להתאים את רמת הזהירות של יוצר סיכון לתוחלת הנזק שייגרם עם התממשות הסיכון שנוצר. הניבוי הסטטיסטי האמור תומך בנקיטת אמצעי זהירות פחותים באופן טיפוסי מאלה שהיה על המזיק לנקוט אילו דובר בניזוק שמינו וגזעו מנבאים כי כושר השתכרותו תואם את ממוצע השכר הכללי.<sup>304</sup> הנזק שנגרם בעקבות הפרת החובה לנקוט אמצעי זהירות פחותים (באופן טיפוסי) הוא אותו נזק הנתמך בניבוי הסטטיסטי המדויק ביותר האפשרי – זה המתחשב במינה ובגזעה של הניזוקה המסוימת. העדפת השכר הממוצע הכללי במקום זה המדויק עלולה ליצור, מנקודת-המבט הכלכלית, הרתעת-יתר.

גם תפיסה של צדק מתקן אינה מתיישבת עם פסיקתו של בית-המשפט. בחירתו של בית-המשפט להזניח את הניבוי הסטטיסטי סותרת את העיקרון הבסיסי בדבר השבת המצב לקדמותו. זאת, משום שהחישוב (הסטטיסטי) המדויק ביותר של כושר ההשתכרות של הניזוקה מזהה מהו אותו "מצב" שאליו הצדק המתקן שואף לשוב. התעלמות ממנו מובילה את הניזוקה למצב אחר, כלומר, למצב שבו היא הייתה עומדת אילו חיה בחברה שבה מין ומגזר (לחוד וביחד) אינם מורידים מפוטנציאל כושר ההשתכרות. בית-המשפט אכן מניח כי לשיפור עתידי כזה יש היתכנות אמפירית, אבל לא ברור אם ניתן לבסס את פסק-הדין על השערה עובדתית כזאת.<sup>305</sup>

ומה לגבי צדק חלוקתי? התשובה היא כי גם כאן לא תימצא הצדקה משכנעת לפסיקתו של בית-המשפט. שוב מתעוררת השאלה למה אני, המזיק, נדרש לפצות את הניזוקה על העדר שוויון הזדמנויות בחברה הישראלית. מובן שכחברה עלינו לשאוף לקידום שוויון כזה. אך המזיק אינו החברה, ואין זה נכון לרתום דווקא אותו למטרה חשובה זו. באותה נשימה נראה מוקשה לרתום את דיני הסעדים בניזיקין לקידום אד-הוקי של הצדק החלוקתי בעניינה

THEORY OF PROPERTY ch. 4 (forthcoming 2019); Avihay Dorfman, Tolerant in Law (unpublished manuscript, 2018), available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3113822](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3113822)

303 ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 (2005).

304 ראו Ripstein, Equality, לעיל ה"ש 155; Porat, *Misalignments in Tort Law*, לעיל ה"ש 167, בעמ' 97-105; Ronen Avraham & Kimberly Yuracko, *Torts and Discrimination*, 78 OHIO ST. L.J. 661, 698-99 (2017).

305 "חלוקת המשאבים בין הקבוצות בחברה יכול שתשתנה. ההזדמנויות הפתוחות בפני הקבוצות השונות בחברה עשויות להיות שוויוניות יותר, ובעקבות זאת, יש להניח, יצטמצמו או יעלמו הפערים בשכר... על כן יהא זה אך נכון מבחינה עובדתית שלא לכבול את הניזוק-הילד במסורתיו של מצב הדברים המפלה השורר בעת מתן פסק הדין." עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 303, בעמ' 52-53.

של הניזוקה דווקא, ולא של כלל קבוצת האזרחים הסובלים מבעיית שוויון הזדמנויות זהה לשלה.<sup>306</sup>

אכן, בית-המשפט מותיר ללא הסבר משכנע את ההתעלמות מהדיוק הסטטיסטי שמציע חישוב אומדן של כושר השתכרות המבוסס על מגדר ומגזר. אולם לצד זאת בית-המשפט מספק כמה אמירות אשר מתיישבות היטב עם תפיסת הצדק ביחסים, ובכך עשויות לספק את העיגון הראוי לפסיקתו. גישה מכבדת לניזוקה, הכוללת הכרה בחשיבות האוטונומיה שלה ובזכותה להתייחסות שוויונית, מונעת את בית-המשפט מלזקוף לחובתה את עובדת מגדרה ומגזרה לשם חישוב אובדן כושר ההשתכרות שלה. אומר על כך בית-המשפט:

"דווקא התייחסות אינדיווידואלית – המקדמת את מושג האוטונומיה של הפרט – מחייבת שלא לקשור את הניזוק בעבותות הסביבה החברתית שאל תוכה נולד או שבה גדל. היא מחייבת שלא לקבע אותו במציאות היסטורית ושלא לגזור את גורלו על-פי מצב של נחיתות כלכלית או חברתית שבה מצויים, על פי מסד הנתונים הסטטיסטיים שאליו מבקשים לקשור אותו שלא בטובתו, מי שמשתייכים לזהותו המגדרית או הגזעית."<sup>307</sup>

אומנם, בהמשך פסק-הדין בית-המשפט מנסה לקשור דברים חשובים אלה לגישת הצדק המתקן, ובאמצעותה לעקרון השבת המצב לקדמותו.<sup>308</sup> אך מהלך זה אינו נחוץ, ואף אינו ראוי כפי שטענו לעיל, שכן השבת המצב לקדמותו אינה פוסלת – ואולי אף מחייבת – את הניבוי הסטטיסטי המדויק ביותר. במקום זאת, הדברים שזה עתה ציטטנו משמיעים, בלשונו של בית-המשפט עצמו, מחויבות לכיבוד זכותה של הניזוקה עצמה – כפי שהיא ובמנותק מההבניה החברתית המפלה שאליה נולדה – לכתוב את סיפור חייה, כבסיס להמשגת חובתו של המזיק כלפיה. במילים אחרות: המסגרת הרעיונית של צדק ביחסים מספקת את הבסיס הנחוץ לעמידתו (הראויה, כמובן) של בית-המשפט על כך שהפיצוי יכומת תוך התעלמות מן ההשפעות השליליות של מינה וגזעה של הניזוקה. ניכוי השפעות אלה אינו מתיימר להשיב מצב לקדמותו, אלא לכוון מערכת יחסים סעדית שבה המזיק נדרש לפצות את הניזוקה במידה המכבדת אותה כשווה וחופשית באמת.

ההיבט השלישי והאחרון נוגע במעמדו הנורמטיבי של המשפט הפרטי. כאן נבקש לסגור את המעגל עם התוכנה הפשוטה שעימה התחלנו, שלפיה המשפט הפרטי מתמקד במישור האופקי של חיינו, קרי, ביחסים שבין אדם לחברו. המחויבות להכיר בשוויון ובחירות המהותיים של הזולת אינה נובעת מהיות הזולת אזרח המדינה או תושב-קבע שלה, כי אם

306 עוד על הקושי שברתימת המשפט הפרטי לקידום הצדק החלוקתי ראו Dorfman, *Private Law Exceptionalism Part II*, לעיל ה"ש 137, בעמ' 11-13.

307 עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 303, בעמ' 47.

308 שם, בעמ' 48-49. בנקודה זו בית-המשפט מנסה ליצור הכלאה בלתי-אפשרית בין תורת הצדק המתקן של ויינריב, שבמרכזה חירות ושוויון פורמליים, לבין מושג האוטונומיה של יוסף רוז. לשיטתו, האוטונומיה הרזיאנית מתממשת באמצעות תורת הצדק המתקן הווינריבאנית. שם, בעמ' 49. האוטונומיה הרזיאנית (או תפיסת אוטונומיה עבה אחרת) משתלבת היטב בתפיסת החירות המהותית של צדק ביחסים, אבל היא מצויה במתח מושגי ונורמטיבי עם תפיסת הצדק המתקן ועם התפקיד שהאחרונה מייצגת למשפט הפרטי.

מהיותו אדם. על רקע זה עולה השאלה בדבר מידת כפיפותו של המשפט הפרטי לרצון המחוקק. אין שום ויכוח שחלקים רבים במשפט הפרטי הם פרי רצון המחוקק (הכנסת ובית המשפט, כאשר הוא פועל כמחוקק). כך, למשל, קביעת מידת האחריות הנזיקית למוצרים פגומים ולדברים מסוכנים עשויה להשתנות בהתאם לרצונו (הלא־שירותי) של המחוקק. אולם בבסיס כל החלקים הללו ניצבת מחויבותו של המשפט הפרטי להתייחס למושאי כאל יצורים שווים וחופשיים. לכן יצירתו של "משפט פרטי" הסותר מחויבות זו חייבת לעורר חשד. ייתכן שהבסיס לסתירה נובע ממטרת המחוקק לטפל בבעיית צדק אחרת – למשל, צדק חלוקתי – הנתפסת בנקודת זמן מסוימת כדחופה יותר. אך להוציא חריגים כאלה, תפיסת המשפט הפרטי במונחי צדק ביחסים שוללת את כוחו המוסרי של המחוקק ליצור הסדרים משפטיים הפוגעים ביכולתו של המשפט הפרטי לקדם ולבטא צדק ביחסים. במילים אחרות, צדק ביחסים רואה בזכויות הבסיסיות המוגנות במשפט הפרטי – לשלמות הגוף, לשם טוב, לקניין אישי, להתקשרות חוזית ועוד – משום זכויות אדם. ייחודן הוא באופקיותן (להבדיל מזכויות האדם החלות במישור האנכי של יחסי מדינה מול נתינה) ובעוצמתן, קרי, כזכויות שמקורן ותוקפן אינם נתונים לבחירתו של המחוקק.<sup>309</sup> במילים אחרות, גרסה מינימלית של צדק ביחסים מהווה מודל לזכויות אדם אופקיות, אשר מהוות – בדומה לזכויות האדם האוניוורסליות הפועלות במישור האנכי (חופש הביטוי, חופש ההתאגדות וכיוצא בהם) – בסיס לביקורת הסדרים משפטיים מקומיים ומגבלה באשר ללגיטימיות של הוראות דין (חקוקות או פסוקות) החותרות תחתיהן.

## סיכום

במשך יותר ממאה שנים נחלקו רוב הגישות למשפט הפרטי לשתי קטגוריות מרכזיות: בקצה האחד נמצאת הגישה המסורתית, שלפיה המשפט הפרטי מבטא רעיון א־פוליטי של הסדרת התייחסויות־הגומלין האופקיות בין פרטים חופשיים ושווים מבחינה פורמלית; ובקצה האחר נמצאות הגישות הביקורתיות והכלכלית, הגורסות כי המשפט הפרטי אינו יותר מאשר ענף של המשפט הציבורי המסווה את המכוונות הרגולטורית הבסיסית שלו. שתי העמדות הנוגדות פיתחו, בהתאמה, דעות חיוביות ושליליות ביחס לרעיון שלפיו המשפט הפרטי הוא מוסד משפטי מובחן ובעל ערך, אך שתיהן חולקות את ההשקפה כי המשפט הפרטי מתייחס למושאי כאל חופשיים ושווים מבחינה פורמלית. מאמר זה מאתגר הבנה משותפת זו, ומכשיר את הקרקע לקבלתה של גישה חדשה למשפט הפרטי. במסגרתו פיתחנו תיאוריה של צדק למשפט הפרטי שיכולה וצריכה לשרת כבסיס הנורמטיבי להסדרת היחסים שבין אדם לחברו במדינה ליברלית. במקום לדבוק באידיאל הבעייתי של חירות ושוויון פורמליים, המשפט הפרטי יכול "לפעול מעבר לחירות הפורמלית לכיוון של צדק בעולם האמיתי",<sup>310</sup> ובמידה מסוימת (כפי שהראינו) הוא כבר עושה זאת.

309 להרחבת הטיעון בדבר זכויות המשפט הפרטי כזכויות אדם אופקיות ראו, Dagan & Dorfman, *Interpersonal Human Rights*, לעיל ה"ש 97.

310 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION 211 (2014) 3. ראו גם שם, בעמ' 154 ו־215.

במובן זה המשפט הפרטי הוא הכרחי. רק הסדר משפטי כזה יכול לכונן מסגרות של התייחסויות-גומלין בין פרטים חופשיים ושווים אשר מכבדים זה את זה בהתאם למי שהם באמת. אכן, לא הרי מדינה המכבדת את אזרחיה כפרטים חופשיים ושווים באמת כהרי מדינה שמצפה מהפרטים עצמם להתנהג באופן אשר הולם ומממש את אידיאל הצדק ביחסים. כפי שהראינו, תפיסת הצדק ביחסים מבהירה היבטים מרכזיים של הדוקטרינה של המשפט הפרטי, אשר ההשקפה המסורתית והגישות הביקורתית והכלכלית כושלות בהנהרתם. היא גם מספקת מסגרת ביקורתית שעל בסיסה נוכל להמשיך לחזק את אידיאל הצדק ביחסים במשפט הפרטי.

