

תשובה למגיבים: צדק ביחסים – על תיאוריה משפטית, תיאוריה פוליטית וגישה ביקורתית

מאת

חנוך דגן ואביחי דורפמן

מבוא

- א. צדק ביחסים והתיאוריה הכלכלית של דיני הנזיקין: תשובה לפרופ' פורת
1. סימטרייה ואסימטרייה במשפט הפרטי
 2. נקודת-המבט של התיאוריה של המשפט הפרטי: על מי מסתכלים ומתי
 3. מה התיאוריה של המשפט הפרטי עושה: על ההבחנה בין "מה ראוי לעשות" לבין "איך ראוי לעשות"
- ב. צדק ביחסים ותיאוריה פוליטית: תשובה לפרופ' בנבגי
1. צדק ביחסים אינו ייבוא של חובות של מידה טובה לתוך המשפט
 2. העקרונות המארגנים של צדק ביחסים: אוטונומיה, שוויון מהותי ומגבלות חיצוניות
 3. צדק ביחסים ותיאוריית הצדק של ג'ון רולס
- ג. צדק ביחסים והתיאוריה הביקורתית של המשפט: תשובה לד"ר תותרייג'ובראן
1. צדק ביחסים כביקורת של המדינת
 2. צדק ביחסים וביקורת תאגידית?
 3. צדק ביחסים והמתח האפשרי בין אוטונומיה לשוויון

מבוא

תגובותיהם של ד"ר מנאל תותרייג'ובראן, של פרופ' יצחק בנבגי ושל פרופ' אריאל פורת על מאמרנו "צדק ביחסים" מציפות בכהירות שאלות חשובות בנוגע להבנת התיאוריה של המשפט הפרטי, ועל כך אנו מכירים להם טובה. בתשובתנו נבקש להתמודד עימן על-מנת לחדד ולפתח את הרעיון בדבר צדק ביחסים כתיאוריה כוללת של המשפט הפרטי. התשובה מחולקת לשלושה חלקים, בהתאמה לשלוש התגובות. אולם החלוקה אינה אישית בלבד, אלא גם נושאת, שכן היא מייצגת חלוקה לשלוש שיחות שונות שהתיאוריה בדבר צדק ביחסים מנהלת: התשובה לפרופ' פורת תשמש להבהרת היחס בין צדק ביחסים לבין תיאוריה כלכלית; התשובה לפרופ' בנבגי תעזור במיקומה של תיאוריית הצדק ביחסים

1 הפניות לתגובות אלה ייעשו להלן בצורות המקוצרות "תגובתה של תותרייג'ובראן", "תגובתו של בנבגי" ו"תגובתו של פורת". הפניות למאמרנו ייעשו בצורה המקוצרת "מאמרנו".

במפת הפילוסופיה הפוליטית הליברלית; ואילו התשובה לד"ר תותרייג'ובראן תסייע בחידוד הקשר בין צדק ביחסים לבין הגישה הביקורתית למשפט.

א. צדק ביחסים והתיאוריה הכלכלית של דיני הנזיקין: תשובה לפרופ' פורת

תגובתו של פרופ' פורת, חדה ועמוקה כתמיד, עוסקת בשני מישורים עיקריים. האחד הוא המישור הדוקטרינרי, שבמרכזו עומדת הביקורת שלפיה גישתנו אינה תואמת את דיני הנזיקין הנוהגים בישראל, ואולי גם במשפט המקובל באופן כללי. כך, למשל, פורת סובר כי צדק ביחסים אינו מתיישב עם הגישה הנוהגת ביחס לתוכנה של חובת הזהירות (יסוד ההפרה בעולות הרשלנות), עם דוקטרינת האשם התורם ועם הגנת ההסתכנות מרצון. המישור האחר עוסק בביקורת תיאורטית נגד המסקנות המתבקשות לטענתו מאימוץ צדק ביחסים כתיאוריה המנחה את פיתוחם של דיני נזיקין ראויים. איננו מסכימים עם שני מישורי הביקורת הללו. נראה זאת דרך דיון בשלוש נקודות מרכזיות שבהן צדק ביחסים וניתוח כלכלי מאמצים כנראה גישות שונות – ובמקומות מסוימים אף נוגדות – ביחס לתיאוריה של המשפט הפרטי.

1. סימטרייה ואסימטרייה במשפט הפרטי

פורת מבקר את תיאוריית הצדק ביחסים על כך שהיא מייצרת אסימטרייה לא־ראויה בין המזיק לבין הנזוק, כך שהאחרון זוכה בהתחשבות רבה יותר בקביעת אמצעי הזהירות הסבירים הדרושים לקביעת אשם תורם ואשם עיקרי (של הנזוק ושל המזיק, בהתאמה). ביקורתו מתחילה במישור הדוקטרינרי, שם הוא טוען כי לא זו גישתם של דיני הנזיקין הנוהגים בישראל ובארצות־הברית.² על כך אנו חולקים. כפי שאחד מאיתנו מראה במקום אחר, גם המשפט הישראלי וגם זה האמריקני – ככל שהם מטפלים ביצירת סיכון לחיי אדם או לפגיעה מהותית בשלמות הגוף – אינם מתחשבים במוגבלויותיו של המזיק לצורך קביעת תוכנה של חובת הזהירות, אך נוטים לעשות זאת כאשר עסקינן באשמו התורם של הנזוק.³ נראה שאף פורת מכיר בכך כאשר הוא מציין בהמשך, במפורש, כי "מזיקים... נדרשים לעמוד בסטנדרט זהירות שנקבע באופן אובייקטיבי".⁴

מעבר למישור המשפט הנוהג, פורת טוען כי יצירת אסימטרייה בין מזיקים לניזוקים אינה ראויה, שכן לא רק ש"התחשבות באינטרסים של המזיק (חשובה) לא פחות מאשר

2 "גישה זו... אינה מתארת את המשפט הנוהג." תגובתו של פורת, חלק 2, בפסקה השנייה.

3 אביחי דורפמן "יחסי זהירות אסימטריים בעולות הרשלנות: מזיקים, ניזוקים ויחסיים שביניהם" מחקרי משפט כט 205 (2013); Avihay Dorfman, Negligence and Accommodation, 22 (2016) LEGAL THEORY 77 (להלן: *Accommodation Dorman, Negligence and*).

4 תגובתו של פורת, ליד ה"ש 26. פורת מציין כי המשפט מחריג מגישה זו קטינים ואנשים עם מוגבלות פיזית. לגבי הקטגוריה הראשונה אנחנו מסכימים, אך איננו מכירים ולו מקרה אחד בפסיקה הישראלית ובזו האמריקנית שבה התחשב בית־משפט במוגבלות פיזית לצורך הקלה עם סטנדרט הזהירות הנדרש מן המזיק.

באלה של הניזוק, "אלא כל הטבה עם הניזוק... באה על-חשבון המזיק".⁵ חשוב להדגיש את הסימטריה ב"הטבה" אשר פורת תומך בה, כי היא המפתח להבנת מתח חשוב בין צדק ביחסים לבין הניתוח הכלכלי, שעניינו בהתמודדות עם העדר מכנה משותף בין ערכים שונים (incommensurability).⁶ פורת מבקש לחזק את טיעונו הנורמטיבי בעד הנהגת סימטריה ונגד אסימטריה ביחסי מזיק וניזוק על-ידי פנייה לניתוח שאנו מציעים לחובת ההתאמה ולאיסור ההפליה החלים על מעסיקים כלפי עובדים. לשיטתו, כשם שבהקשר של יחסי העסקה אנחנו מכירים בכך שחובת ההתאמה אינה מוחלטת, שכן יש להתחשב גם באינטרס של המעסיק, כך הדין צריך להיות גם ביחס לחובת הזהירות שבעוולת הרשלנות.⁷

ההתנגדות שלנו לביקורת זו נעוצה בכך שאנחנו דוחים את הסימטריה בין "הטבה עם הניזוק" לבין מה שבא "על-חשבון המזיק", וזאת משום שצדק ביחסים מתייחס ברצינות להבדל בין הטבות שונות, מצד אחד, לבין סוגי המחירים השונים הבאים על-חשבון הזולת, מצד אחר. איננו מקבלים את העיקרון המצוי בבסיס הניתוח הכלכלי שלפיו כל ההטבות והחשבוניות ניתנים למדידה, לכימות ולהשוואה על מישור רציף אחד. זאת ועוד, אנחנו מייחסים חשיבות רבה לשאלה מה ראוי להיחשב "הטבה" ו"על-חשבון" מה, ומקפידים על שמירת ההבחנות האיותיות (ולא רק הכמותיות) בין סוגי הטבה והחשבון השונים הראויים להתחשבות. כך, בהקשר הניזוקי של קביעת סטנדרט הזהירות המצופה מהמזיק ומהניזוק (בדמות אשם תורם) גישתנו מזהה אסימטריה עקרונית – המעוגנת בתפיסה ליברלית של אוטונומיה ושוויון – בין פגיעות של הניזוק (חיים וגוף) לבין פגיעות של המזיק (חירות פעולה, הנמדות במונחים של זמן ומשאבים). זאת הסיבה שבגינה צדק ביחסים מחייב התעלמות ממוגבלותו של המזיק לצורך קביעת סטנדרט הזהירות שלו בעוולת הרשלנות; ויש בכך אף כדי להצדיק, במקרים המתאימים, מעבר להטלת אחריות חמורה על המזיק.⁸ זאת גם בדיוק הסיבה שבגינה צדק ביחסים מחייב התעלמות גמורה מרגישות מיוחדת שיש לניזוק (למשל, מכך ששירת אופרה, אפילו אם אינה חזקה, מוציאה אותו משלוותו) בהקשר של הפרעה של ממש להנאה סבירה ממקרקעיו בעוולת המטרד ליחיד. זאת, משום שבמקרה זה מתקיימת סימטריה מלאה בין הנאתו של המזיק מהשימוש במקרקעיו לבין סבלו של הניזוק, המבקש אף הוא ליהנות מהשימוש במקרקעיו, כך שאין הצדקה לתת משקל-יתר לפגיעותו של האחרון.⁹

זאת ועוד, גישתנו מסבירה מדוע אין מקום לערוך את ההיקש שפורת מבקש לעשות מחובת ההתאמה ביחסי העסקה, שבה צדק ביחסים מאפשר התחשבות מסוימת במעסיק, לחובת הזהירות בעוולת הרשלנות, שבה אין התחשבות במזיק למעט חריגים מצומצמים

5 תגובתו של פורת, חלק 2, בשתי הפסקאות הראשונות.

6 שאלה חשובה זו זכתה בדיון חשוב במסגרת הניתוח הכלכלי, ובפרט בכתיבתו של פורת. ראו Alon Harel & Ariel Porat, *Commensurability and Agency: Two Yet-to-Be-Met Challenges for Law and Economics*, 96 CORNELL L. REV. 749 (2011).

7 ראו תגובתו של פורת, חלק 2, בדוגמה השנייה שם.

8 לפיתוח טענות אלה בפירוט ראו Dorfman, *Negligence and Accommodation*, לעיל ה"ש, בעמ' 117-119.

9 שם, בעמ' 121-123. להקשר הישראלי ראו ס' 44(א) לפקודת הניזוקין [נוסח חדש].

(של קטינות ושל העדר יכולת שליטה שאיננו ניתן לצפייה סבירה¹⁰). ההבדל בין חיים וגוף לבין חירות פעולה שונה במהותו מן ההבדל הקיים בין הפגיעויות השונות של המעסיק ושל העובד. כלומר, אנו מכירים בכך שבאופן טיפוסי קיימת אסימטרייה ביחסים שבין מעסיק לבין עובד, ושההתמודדות המשפטית הראויה עימה – באמצעות חובות איסור הפליה – מעוגנת בתפיסה של אוטונומיה ושוויון. אולם אין בהכרח זו כדי להשליך על עיצוב התנאים של התייחסות-הגומלין בין המזיק לבין הניזוק בהקשר הנזיקי. עמדה זו מתיישבת לדעתנו עם אינטואיציות מוסריות בסיסיות. הן החובה שלי להקפיד על חיי הזולת והן החובה שלי לארגן את סידור העבודה באופן שמתחשב באורח חיים דתי של עובדי נקבעות בהתאם לאידיאל של צדק ביחסים, אולם סטנדרט ההתחשבות המצופה ממני בכל אחת מהן אינו חייב – ואינו צריך – להיות זהה, שכן חיים (של הניזוק) דורשים באופן טיפוסי התייחסות מחמירה יותר מאשר קיום אורח חיים דתי ללא אילוצי עבודה (של העובד).

עריכת ההבחנות בין הטבות וחשבונות שונים אינה נובעת כלל מהתחשבות במזיק או במעסיק או בכל גורם אחר אשר מצוי, באופן טיפוסי, בצד הנתבע בסכסוך משפט-פרטי. ראשית, בניגוד לטענתו של פורת, צדק ביחסים אינו טוען שיש לקבל את הניזוק כפי שהוא בקשר לכל דבר ועניין. שנית, וחשוב מכך, צדק ביחסים יכול וצריך להתעלם מפגיעותו של הניזוק כאשר הדבר מוצדק משיקולים של אוטונומיה ושוויון. ביטוי לכך מצוי בדוקטרינת ההסתכנות מרצון, ולכן מהווה המחשה טובה לניגוד שבין תפיסת צדק ביחסים לבין תפיסתו של פורת – ושל הניתוח הכלכלי – בנוגע להגנה זו.

פורת מבקר את תמיכתה של תיאוריית הצדק ביחסים בהחלת הגנת הסתכנות מרצון במצבים מסוימים. גם כאן הביקורת מבוססת על הסימטרייה המלאה בין הטבות לבין חשבונות, אך לדעתנו היא מחמיצה התפתחות חשובה להבנתה של דוקטרינה זו – כזו המעמידה את ההגנה על האידיאל הליברלי של אוטונומיה ושוויון מהותי.¹¹ פורת טוען כי אין זה ראוי לפטור את המזיק מכל אחריות נזיקית רק משום שהניזוק "בחר להסתכן", שכן יש להביא בחשבון גם את העלויות של נקיטת אמצעי זהירות מצד המזיק.¹² אולם הגנת הסתכנות מרצון, לאחר המהפך הרדיקלי שעברה למן תחילת המאה הקודמת בארצות-הברית, חלה רק על מי שבחר להסתכן בגלל הסיכון, ולא למרות הסיכון. הבחנה זו מסבירה, למשל, מדוע ההגנה אינה צריכה לחול על עובד שבחר לעבוד במקום מסוכן למרות הסיכון (שכן רצונו בפרנסה, ולא בפציעה), אך עשויה לחול, בתנאים מסוימים, על מי שהיחשפותו לסיכון היא-היא המטרה שלשמה הוא בחר להסתכן.¹³ הבחנה זו חשובה לגישה הליברלית של צדק ביחסים מכיוון שהיא נמנעת מעמדה פטרונית ביחס לבחירות כנות ורצוניות של הניזוק, תוך שהיא מייחסת חשיבות לתנאים שבהם נעשתה הבחירה (שהרי אין זה ראוי להתייחס

10 ביחס להעדר שליטה בלתי-צפוי יש להבהיר כי פסק-הדין החשוב בעניין רע"א 1272/05 כרמי נ' סגב, פ"ד (סב) 396 (2007) (המוזכר בתגובתו של פורת, בה"ש 26), אינו רלוונטי לענייננו, מכיוון שהוא עוסק במקרה של תקיפה מכוונת. האסימטרייה שצדק ביחסים עוסק בה חלה על מקרי תקלה (accidental wrongdoing).

11 טענה זו זוכה בפיתוח במאמר Avihay Dorfman, *Assumption of Risk, After All*, 15 THEORETICAL INQ. L. 293 (2014) (להלן: Dorfman, *Assumption of Risk*).

12 תגובתו של פורת, חלק 2, בפסקה האחרונה.

13 להרחבה ראו Dorfman, *Assumption of Risk*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 318-319.

להסכמתו של פועל ייצור לעבוד בתנאי סיכון כמו להסכמתו של אתלט אולימפי להשתתף במרתון בתנאי חום קיצוניים "בשביל האתגר".

ניתן לסכם, אם כן, שהפרשנות שאנחנו מציעים לרעיון הליברלי של התחשבות בניזוק כפי שהוא מבטאת עיקרון של כיבודו לא רק בהקשר של מוגבלותו או פגיעותו, אלא גם בהקשר של בחירותיו; ומכיוון שכך, היא אינה מנביעה בהכרח את העדפת טובתו על-חשבון המזיק. במקרה של הסתכנות מרצון, כיבוד רצונו של הניזוק להיחשף לסיכון בגלל הסכנה, ולא למרות הסכנה, הוא ביטוי לכיבוד בחירתו החופשית, גם אם העלויות של נקיטת אמצעי הזהירות על-ידי המזיק הן מזעריות.

2. נקודת-המבט של התיאוריה של המשפט הפרטי: על מי מסתכלים ומתי

פורת מבקר את תיאוריית הצדק ביחסים על התמקדותה ביחסים שבין הצדדים להתייחסות-הגומלין הנזיקית על-חשבון ראייה כללית של סך כל ההשלכות של דיני הנזיקין על החברה. למעשה, את השאלה בדבר נקודת-המבט הראויה של התיאוריה של המשפט הפרטי ניתן לפרק לשלוש הבחנות. *הבחנה אחת* היא בין התבוננות לכתחילית (*ex ante*) לבין התבוננות בדיעבדית (*ex post*). פורת סובר, בצדק, כי התבוננות בדיעבדית מחמיצה את ההשלכות שיש להפעלת המשפט (כגון הטלת חבות נזיקית) על הכוונת ההתנהגות ותנאי התייחסות-הגומלין בין יוצרי סיכון לבין נקלעי סיכון. עם טענה זו אנחנו מסכימים. למעשה, צדק ביחסים מתמקד כמעט אך ורק בבחינה לכתחילית של מציאת תנאי התייחסות-גומלין צודקים, ואינו עוסק כמעט בשאלה כיצד יש לתקן התייחסויות-גומלין שכשלו.¹⁴ כלומר, צדק ביחסים מתעניין בשאלת התנאים הצודקים של התייחסות-גומלין בין צדדים המעוניינים לשתף פעולה (למשל, באמצעות חוזה) או בין מי שיוצר סיכון לבין מי שעלול להיקלע לסיכון זה, ולא בשאלה מה צריך להיעשות במצב שבו שיתוף-הפעולה עולה על שרטון או הסיכון מתממש לכלל נזק, בהתאמה. אכן, בהקשר זה אין הברל משמעותי בין אופן הניתוח של צדק ביחסים לבין זה של הניתוח הכלכלי: שתי הגישות מתעניינות באיתור כללי המשפט הראויים, הגם שהמבחן המהותי שלהן לאיתורם שונה כמובן. (בשולי הדברים הללו נעיר כי דווקא הדוגמה שפורת מביא להמחשת ביקורתו – דוקטרינת "הגולגולת הדקה"¹⁵ – היא מקרה שבו דיני הנזיקין הופכים את נקודת-המבט מזו הלכתחילית לזו השוקלת את מאזן

14 החריג היחיד לכך מופיע בפרק ד למאמרנו, שם אנחנו מנתחים את הלכת אבו חנא. לבחינה בדיעבדית של צדק ביחסים ראו Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, Substantive Remedies (unpublished manuscript).

15 פורת מציינת ביחס ל"גולגולת הדקה" כי "אם ידוע למזיק שלניזוק הפוטנציאלי יש 'גולגולת דקה' (דהיינו, שהוא רגיש במיוחד לפגיעה), הדבר מעלה, ובצדק, את סטנדרט הזהירות שבו עליו לעמוד, בראש ובראשונה מכיוון ש'הגולגולת הדקה' של הניזוק מגדילה את תוחלת הנזק שהמזיק נדרש להפחית באופן יעיל". תגובתו של פורת, ליד ה"ש 19. לעומתו, דעתנו היא שדוקטרינת "הגולגולת הדקה" חלה במצב שבו המזיק לא היה יכול לצפות כלל את דבר קיומה. שאלת אמצעי הזהירות הנדרשים מוכרעת מנקודת-מבט לכתחילית, ולכן אינה יכולה להביא בחשבון את מה שאי-אפשר לצפות. במקום זאת, הדוקטרינה מאפשרת סעד של פיצוי המכסה על גודל הנזק (הבלתי-יצפוי), כחריג לדרישת הצפיית שבחובת הזהירות וביסוד הקשר הסיבתי המשפטי.

המצוקה הברדיעבדי, שכן היא חלה גם כאשר אין להיפוך זה אפשרות להשפיע על הכוונת התנהגותם של מזיקים פוטנציאליים.¹⁶ שם השאלה היא אם חבותו של מזיק רשלן צריכה לחול גם כלפי נזק שנגרם בשל רגישות מיוחדת של הניזוק שהמזיק לא היה יכול לצפותה). *הבחנה שנייה* הנוגעת בנקודת-המבט הנכונה היא בין בחינה פרטנית לבין בחינה קטגורית של תנאי התייחסות-הגומלין הלכתחיליים בין יוצרי סיכון לבין נקלעי סיכון. פורת מייחס לצדק ביחסים את העמדה שיש לתפור את תנאי התייחסות-הגומלין (למשל, את תוכנה של חובת הזהירות) באופן אדר-הוקי, כלומר בהתאם ליוצר סיכון מסוים ולנקלע הסיכון המסוים, כך שהיחסים בין השניים הם כל שנדרש כדי לקבוע, למשל, כמה זהירות יחוב האחד כלפי האחר. אך זו אינה הגישה של צדק ביחסים. (זו בדיוק הסיבה שבגינה ניתוח היחסים שבין נהגים להולכי-רגל יכול להניח את ההבחנה האיכותית שציינו לעיל ולהתעלם ממקרה-הקצה שפורת מזכיר¹⁷ – של נהג המאיץ על-מנת לקבל טיפול מציל חיים.) כמו המשפט הנוהג, קביעת תנאים צודקים של התייחסות-גומלין בין שני צדדים נעשית באמצעות פנייה לקטגוריה שהם "משתייכים" אליה – למשל, הקטגוריה של רופא ומטופל. חובת הזהירות היא אומנם יחסנית (relational), אך תוכנה נקבע בהתאם לטיב היחסים שאנו רוצים לראות – כלומר, מנקודת-מבט לכתחילית, ולא בדיעבדית – בין כל צמד של יוצר ונקלע סיכון המשתיך לאותה קטגוריה של יחסים. על-כן לא רק שאיננו מתעלמים מהשפעת תוכנה של חובת הזהירות שרופא א חייב כלפי מטופל ב על כלל מטופליו של א, אלא שההתחשבות בהשפעה זו היא אינטגרלית לרעיון של המשפט הפרטי כצדק ביחסים. מסיבה זו ממש נקודת-המבט הלכתחילית של גישת הצדק ביחסים מחייבת גם להתחשב במספר הניזוקים הפוטנציאלי לצורך קביעת החובה המוטלת על המזיק.

ההבחנה השלישית היא בין התבוננות על מזיקים וניזוקים (בפועל או בכוח) לבין התבוננות על כלל חברי החברה. כלומר, זוהי הבחנה בין נקודת-מבט יחסנית לכוללנית (multilateral). כך, למשל, הכרה בחובת זהירות יחסנית בין רופא לבין כל אחד ממטופליו עלולה ליצור עומס על מערכת המשפט, ובכך לגרוע מהמשאבים שמערכת המשפט (והמדרינה) יכולה להעמיד לכלל הציבור. צדק ביחסים אכן אינו כולל התייחסות להשפעות שליליות מסוג זה, אך לא משום שהן אינן חשובות, אלא משום שעניינן אינו בטיב היחסים שבין הרופא לבין המטופל. השפעות אלה נוגעות בשאלה של צדק חלוקתי, להבדיל מצדק ביחסים. לכן תיאוריה מקיפה של צדק (כזו המורכבת ממימד של יחסים צודקים, ממימד של חלוקה צודקת של משאבים ומממדים חיוניים נוספים של צדק) תצטרך לספק עיקרון לפתרון התנגשויות בין דרישותיו של צדק ביחסים לבין דרישותיו של צדק חלוקתי (בין שהדבר ייעשה במסגרת כללי המשפט הפרטי ובין שהוא ייעשה באמצעים חיצוניים להם). בכך גישתנו מציעה דרך עקרונית לסמן את גבולות התפרשותה. לעומת זאת, הניתוח הכלכלי כופר בקיומו של קו גבול עקרוני

16 השפעה לכתחילית אפשרית גם ביחס לניזוק, וזאת אם הוא ידע – או היה יכול לדעת – על רגישותו החריגה. אך גם כאן, ייאמר, בתי-המשפט בישראל ובמשפט המקובל אינם נוטים להתייחס להשפעה זו כאשר עסקינן בניזוקים אשר רגישותם המיוחדת היא גופנית או נפשית (להבדיל מ"גולגולת רכושית" דקה), דוגמת המזח הרעוע והדליק במקרה המפורסם Overseas Tankship (U.K.) v. Morts Dock & Engineering Co., [1961] 1 All ER 404 (Privy Council) (a.k.a Wagon Mound No. 1).

17 תגובתו של פורת, חלק ב2, הדוגמה הראשונה.

בין היחסני לבין הכוללני, משום שהוא כופר ברעיון שיש ערך אינטרינזי למשפט העוסק ביחסים בין אדם לחברו במנותק מהשפעתם של יחסים אלה על הרווחה המצרפית. אין זה אומר שהניתוח הכלכלי יתעקש שיש לשקלל לתוך חובת הזהירות את העומס המוטל על בתי-המשפט או השפעות שליליות (וחיוביות) אחרות על כלל החברה. אך הדרך שלו לשלול את השקלול האמור אינה יכולה להיות עקרונית, אלא פרגמטית וקונטינגנטית – למשל, ניתן לטעון שלבית-משפט הדין בסכסוך נזיקי אין הידע והיכולת לערוך את השקלול הכוללני הזה, ולא ששקלול זה אינו שייך לעשיית צדק ביחסים בין מזיק לניזוק.

3. מה התיאוריה של המשפט הפרטי עושה: על ההבחנה בין "מה ראוי לעשות" לבין "איך ראוי לעשות"

בחלקה האחרון של תגובתו פורת דן בהלכת אבו חנא ובתרומה של צדק ביחסים להצדקתה. טענתנו היא כי הן הניתוח הכלכלי והן גישת הצדק המתקן אינם מספקים הסבר משכנע להלכה זו (וזאת על-אף המאמץ הרב שהשקיע בית-המשפט העליון בסיפוק הסבר כזה). בין היתר טענו כי כושר השתכרות בשוק העבודה הוא קירוב (proxy) לפיריון של העובד כיצרון של ערך כלכלי מוסף לחברה, ועל-כן גם מרכיב חשוב בקביעת הפסד הרווחה החברתי הנובע מהפגיעה בניזוק. לכן ניתוח כלכלי של המשפט צריך לתמוך בשקלול בכימות הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות.¹⁸ אין זה אומר שהפיריון של הניזוק מבטא את מלוא הנזק החברתי המגולם בפציעתו, אך הוא בוודאי שיקול חשוב במדידת הפסד הרווחה הנגרם לחברה כתוצאה ממעשה העולה. פורת מבקר טענה זו, אך עושה זאת בצורה מעניינת במיוחד, משום שהוא מחדד שאלה תיאורטית חשובה. לשיטתו, כימות הנזק אכן חייב לגלם את "הנזק החברתי שנגרם", אולם כאן הוא גורס כי "השאלה אם הנזק החברתי תלוי בכושר ההשתכרות אם לאו היא שאלה שמחוץ לגישה הכלכלית: החברה היא שקובעת אם הנזק של אובדן יד או אובדן חיים נמדד על-פי הפסד ההשתכרות שנגרם לניזוק או לפי מדרים אחרים שבינם לבין הפסד השתכרות אין ולא כלום". למשל, הנזק החברתי במדינה דמונית מסוימת עשוי להיקבע לפי "הפגיעה בכושרו [של הניזוק] להתפלל".¹⁹ בהערה נלווית הוא מציין כי "הגישה הכלכלית שואבת לתוכה את הערכים שהחברה נותנת לחיים ולבריאות, ואינה יוצרת אותם".²⁰ כלומר, הניתוח הכלכלי אינו מתיימר לענות על השאלה מה צריך להיחשב נזק ברי-פיצוי, אלא על השאלה האחרת של איך ראוי להגשים את אותה מטרה שהחברה הגדירה כפיצוי על "נזק חברתי".

18 הניתוח הכלכלי גורס כי הפסד הרלוונטי לצורך פיצוי בדיני נזיקין הוא הפסד לחברה כתוצאה מפציעת הניזוק, ולא הפסד האישי שנגרם לו (אם כי לעיתים יש ביניהם חפיפה מלאה). המקום שבו ההבחנה בין הפסד חברתי להפסד אישי מקבלת ביטוי מובהק בניתוח הכלכלי הוא כלל שלילת האחריות הניזוקית לנזק כלכלי טהור שנגרם ברשלנות. ראו, למשל, Richard A. Posner, *Common-Law Economic Torts: An Economic and Legal Analysis*, 48 ARIZ. L. REV. 735, 737 (2006).

19 תגובתו של פורת, חלק 11, בפסקה השלישית.

20 שם, בה"ש 43.

בתשובתנו כאן איננו מתכוונים להתמקד בהבדל המהותי בין הניתוח הכלכלי לבין צדק ביחסים בהקשר זה, דהיינו, שלגבי האחרון הנזק הרלוונטי לדיני הניזקין הוא לא זה החברתי, אלא הנזק שנגרם לניזוק במונחים של פגיעה ביכולתו לתפקד כיצור חופשי ושוויוני. במקום זאת נבקש להצביע על השוני בשאפתנות המחקרית של שתי גישות אלה. צדק ביחסים מתיימר לענות על שאלת ה"מה ראוי לעשות", כלומר, לקבוע מה ראוי שחברה המושתתת על צדק תקבע (דרך המחקר או בתי-משפט) ביחס לשאלה כמו זו שהתעוררה בעניין אבו חנא (ועל כך עמדנו בפרק ד למאמרנו). אכן, תשובתנו היא שתנאי התייחסות-גומלין המכבדים את האוטונומיה ואת השוויון של הניזוק אינם מתיישבים עם הכפפתו לנחיתות כלכלית הנובעת מסדר חברתי לא-צודק. איננו כופרים באפשרות ובחשיבות שגישה תיאורטית למשפט הפרטי, ובכלל זה הגישה הכלכלית, תתמקד בזיהוי האמצעים האפקטיביים להגשמת מטרה קודמת וחיצונית לניתוח הכלכלי. אולם אימוץ גישה כזו שולל את האפשרות להשוות או לעמת בין צדק ביחסים לבין הניתוח הכלכלי, משום שמישורי הפעולה התיאורטיים שלהם שונים בתכלית. למעשה, ככל שהגישה הכלכלית – או גישה כלכלית, ללא הא הידיעה – אכן מסתפקת במתן תשובה לשאלת ה"איך" ומוכנה להתאים את עצמה ליישום התשובה הראויה לשאלת ה"מה", כ"אז פשיטא שלא צריכה (ולא יכולה) להיות סתירה בינה לבין צדק ביחסים (להפך, הגישה הכלכלית יכולה להתגייס לטובת קידומו במשפט!).

עוד נוסיף, לסיום, כי איננו בטוחים שעמדתו האמורה של פורת, שלפיה "הערכים שהחברה נותנת לחיים ולבריאות" חיצוניים לניתוח הכלכלי, מתיישבת עם הביקורת שהוא מעלה כלפינו ביחס לחוסר ההתחשבות של צדק ביחסים בצדדים שלישיים. השאלה אם ראוי להתחשב בצדדים שלישיים (כאלה העומדים מחוץ למערכת היחסים הניזקית) היא שאלה ערכית לא פחות משאלת ערכם של החיים והבריאות. דעתנו היא כי בעיקרון אין זה ראוי, במסגרת דיני הניזקין, להכפיף את תנאי התייחסות-הגומלין בין יוצר סיכון לבין נקלע סיכון לתחשיב הרווחה המצרפי או לתחשיב של צדק חלוקתי בין כל חברי החברה.²¹ גישה כלכלית המתמקדת בשאלה איך ראוי להגשים את הערכים שהחברה קובעת תתקשה לבקר (או לצורך העניין – להצדיק) את ההבחנה הערכית בין יחסי המזיק והניזוק, מצד אחד, לבין צדדים שלישיים, מצד אחר.

ב. צדק ביחסים ותיאוריה פוליטית:

תשובה לפרופ' נבג'י

תגובתו של נבג'י מעלה שלוש נקודות חשובות, שהמשותף להן הוא תהייתו או ביקורתו על המקום שצדק ביחסים תופס בפילוסופיה הפוליטית. הנקודה הראשונה עוסקת בהבחנה הקנטיאנית בין חובות של מידה טובה (virtue) לבין חובות של זכות (right); השנייה עוסקת בעקרונות-הבסיס של צדק ביחסים כתיאוריה של צדק; והשלישית – בשאלת הקשר בין צדק ביחסים לבין תיאוריית הצדק של ג'ון רולס. בתשובתנו נטען כי תיאוריית הצדק ביחסים מציעה הבחנה שונה מזו הקנטיאנית בין חובה של מידה טובה לבין חובה של זכות, מאמצת תפיסה ליברלית של אוטונומיה ושוויון, ולבסוף מציעה תיקון לעקרון הצדק הראשון של

21 הלשון הזהירה שבטקסט נובעת מהכרתנו באפשרות של מקרי-קיצון שבהם ניתן להכשיר התחשבות בהשפעות חיצוניות.

תיאוריית הצדק של רולס. תשובות אלה מצויות בחלקן בכתביה קודמת שלנו,²² אך תגובתו החשובה של בנבגי' תורמת רבות לחידודן.

1. צדק ביחסים אינו ייבוא של חובות של מידה טובה לתוך המשפט

בנבגי' סבור כי "סלע המחלוקת" בין צדק ביחסים לבין צדק מתקן אינו מצוי בתוכן החובות החלות בין אדם לחברו, אלא בשאלת "מיקומן" – בתוך המשפט או מחוץ לו.²³ לגישתו, אין מחלוקת עניינית בין שתי הגישות לעניין קיומן של חובות עשה (כמורגם חובות התאמה ואיסור הפליה), אלא שאנשי צדק מתקן מתעקשים על השארתן מחוץ למשפט. בנקודה זו בנבגי' טוען כי צדק ביחסים מצדד בייבוא חובות אלה אל תוך המשפט הפרטי (ובשלב הבא, שבו ניגע בהמשך, הוא טוען כי עדיף לייבאן בעיקר דרך מנגנוני המשפט הציבורי, ולא דרך המשפט הפרטי).

איננו מסכימים עם ניתוח זה, מהסיבה הפשוטה שצדק ביחסים אינו מבקש לשמר את קו הגבול שסימן קנט בין חובה של מידה טובה לבין חובה של זכות: צדק ביחסים מציע קו גבול אחר בין שתי קטגוריות אלה, בכך שהוא מזהה חובות עשה מסוימות כאינטגרליות למערך החובות הנגזרות מזכויותיו של הזולת. כלומר, איננו מכחישים שיש חובות אשר אל לו למשפט פרטי ליברלי להכיר בהן ולאוכפן (למשל, החובה להיות חבר נאמן). התנגדותנו היא לגישה הרואה בחובות התאמה, באיסור הפליה ובחובות עשה "פשוטות" (כגון חובת רישום הערת-אזהרה במרשם המקרקעין²⁴) משום חובות שאינן נגזרות מזכויות הזולת. מה שמסביר את קו הגבול השונה שצדק ביחסים מייחס להבחנה בין חובה של מידה טובה לחובה של זכות הוא השוני המהותי בין תפיסות החירות והשוויון שבבסיס צדק ביחסים לבין אלה שבבסיס צדק מתקן, הלא הוא השוני בין אוטונומיה ושוויון מהותי, מצד אחד, לבין עצמאות ושוויון פורמלי, מצד אחר (ועל כך ראו את התשובה שבחלק הבא). עוד יוער כי בנבגי' אינו מסכים עם אבחון זה. לשיטתו, הגישה הקנטיאנית אינה רזה יותר מגישת צדק ביחסים ביחס לחובות עשה כחלק מתורת המידה הטובה. עמדתנו היא כי הפער בין עצמאות ושוויון פורמלי לבין אוטונומיה ושוויון מהותי הוא ממשי ובלתי-ניתן להתעלמות. העובדה שהמידה הטובה הקנטיאנית כוללת חובות עשה משמעותיות אינה סותרת עמדה זו.

2. העקרונות המארגנים של צדק ביחסים: אוטונומיה, שוויון מהותי ומגבלות חיצוניות

בנבגי' מביא כמה מקרי-מבחן היפותטיים על-מנת לבחון כיצד, אם בכלל, צדק ביחסים יכול לפתור אותם. הפנייה למקרים אלה עשויה ליצור את הרושם שבנבגי' מוטרד מהקשיים האופרטיביים של יישום צדק ביחסים על מקרים מסוימים, אולם דומה שהטרדה החשובה

22 ראו Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *Justice in Private: Beyond the Rawlsian Framework*, 37 LAW & PHIL. 171 (2018).

23 תגובתו של בנבגי', חלק א, בפסקה האחרונה.

24 נטל הרישום של הערת-אזהרה על-ידי הרוכש הראשון בהתאם לאמור בס' 9 לחוק המקרקעין הוכר בפסיקה הישראלית כמבסס חובת זהירות של הרוכש הראשון כלפי השני. ראו ע"א 9245/99 ויינברג נ' אריאן, פ"ד נח(4) 769 (2004).

יותר שלו היא במישור העקרוני. כלומר, בנבג' סובר כי אין לצדק ביחסים עיקרון או עקרונות מארגנים כלליים, ומכאן גם נובע שהדרך היחידה הפתוחה לפני משפטן המאמץ את גישת הצדק ביחסים היא להפעיל שיפוט אינטואיטיבי אד-הוקי ביחס לכל מקרה. מהלך כזה מהווה הודאה בכך שאין כלל תיאוריה של משפט פרטי בשם צדק ביחסים. אנחנו חולקים על מסקנה זו.

במרכזו של צדק ביחסים עומדות שתי המחויבויות הבסיסיות ביותר בחברה ליברלית: חירות ושוויון. צדק ביחסים מאמץ את הפרשנות השוויונאית-הליברלית (liberal-egalitarian) של מחויבויות אלה: אוטונומיה ושוויון מהותי. ביחס לשוויון, הרעיון הבסיסי הוא הערך האינטרנזי של חיים בחברה שבה תנאי התייחסות-הגומלין שבין אדם לזולתו יהיו יחסים בין שווים. תנאים אלה נקבעים לעיתים על-ידי הצדדים עצמם (למשל, התייחסות-גומלין חוזית) ולעיתים על-ידי המשפט (למשל, התייחסות-גומלין נזיקית בין יוצר סיכון לבין נקלע סיכון מזדמן).²⁵ במקרה הראשון יחסים צודקים מוגדרים ככאלה שתנאי התייחסות-הגומלין בהם נקבעו על-ידי צדדים המצויים ביחסי כוחות שווים פחות או יותר, ואילו במקרה השני יחסים צודקים הם אלה שהמשפט קובע את תנאי התייחסות-הגומלין בהם תוך שהוא מביא בחשבון את ההבדל (הרלוונטי) במצבם של הצדדים להתייחסות-הגומלין (למשל, קובע את סטנדרט הזהירות על רקע האסימטריה בין חיים לבין זמן וכסף בהקשר של עוולת הרשלנות). שוויון זה הוא מהותי, ולא פורמלי, מכיוון שהבדלים (מסוימים) מובאים בחשבון לצורך קביעת תנאי התייחסות-גומלין צודקים.

המחויבות לאוטונומיה עושה תנועה הפוכה – היא מתחילה מזכותו של היחיד להגדרה עצמית ועוברת אל טיב היחסים הנוצרים בין שני יחידים (או יותר) הפועלים, יחד או לחוד, לממש זכות זו. יחסים צודקים מחייבים התחשבות במשקל היחסי של החירויות של כל צד להתייחסות-הגומלין ביחס לזכות בסיסית זו להגדרה עצמית.²⁶ לצורך כך הצענו להבחין בין סוגים שונים של מימוש החירות (מעבר לשמירה על מרכיבים, כגון חיים, המהווים תנאים חיוניים לחיים אוטונומיים): בקצה האחד מצויים פרויקטים בסיסיים (ground projects), אשר מבטאים מחויבויות אישיות מרכזיות או אף מכוננות לזהות ולעשייה של הפרט (למשל, משפחה ועבודה); בקצה האחר מצויות העדפות (כולל העדפות חולפות, כגון חופשה באילת); ובין שני קצוות אלה מצויים תמהילים שונים של פרויקטים בעלי השפעה עמוקה על זהות הפרט ושל כאלה המשקפים את העדפותיו באותו רגע נתון. תנאי התייחסות-גומלין המכבדים את האוטונומיה של שני הצדדים נדרשים לבטא את החשיבות היחסית של מימוש האוטונומיה של כל אחד מן הצדדים. כך, למשל, המימוש העצמי הכרוך במרוב רווחי עסקו של המעסיק אינו יכול להצדיק התעלמות לא-סבירה מבחירותיו הדתיות של עובדו (ככל שאלה בחירות הנוגעות בליבת אמונתו הדתית).

שני עקרונות אלה, כפי שהראינו במאמרנו ובמקומות אחרים, מובילים למסקנות זהות בקשת רחבה של התייחסויות-גומלין הנשלטות על-ידי המשפט הפרטי.²⁷ כפי שנציין להלן

25 קיימת כמובן גם קטגוריית-ביניים של יחסים שתנאיהם הם שילוב של שני הראשונים (למשל, התייחסות-גומלין צרכנית הכוללת היבטים הסכמיים והיבטים נזיקיים).

26 H.L.A. Hart, *Between Utility and Rights*, 79 COLUM. L. REV. 828, 834–35 (1979)

27 ראו מאמרנו; Dagan & Dorfman, לעיל ה"ש 22.

בתשובתנו לד"ר תותרייג'ובראן, הלימה זו אינה חייבת להיות מושלמת, אך היא רחבה דייה לראות בשוויון מהותי ובאוטונומיה את שני עקרונות-היסוד של צדק ביחסים.

המעבר משני עקרונות-יסוד אלה לפתרון סכסוכים במשפט הפרטי כולל בתוכו שלושה שלבים בסיסיים. השלב הראשון הוא למעשה מסקנה מיידית מאימוץ המחויבות לאוטונומיה ולשוויון מהותי: תנאי התייחסות-גומלין המכבדים צד אחד כיצור אוטונומי ושווה אינם יכולים להצדיק את רמיסת זכותו של הצד האחר להתייחסות המכבדת אותו כיצור אוטונומי ושווה (זו, למשל, הסיבה לכך שסטנדרט של זהירות סבירה הוא הכרחי וגם מספיק, שכן, בכפוף לחריגים, דרישה לזהירות מרבית עלולה לשעבד את חירות הפעולה של יוצר הסיכון להבטחת בטיחותו של נקלע הסיכון²⁸). מסקנה זו מקבלת ביטוי צורני במבנה הכוחות, הזכויות והחובות שבמשפט הפרטי – כל אלה לובשים צורה יחסנית.

השלב השני הוא תיחום היקפם של יחסים הנשלטים על-ידי שני עקרונות-היסוד של צדק ביחסים. שלב זה כולל את ניפויין של התייחסויות-גומלין ופרקטיקות שלא ראוי להשליט עליהן את דרישות האוטונומיה והשוויון המהותי של צדק ביחסים (למשל, פרקטיקות של ביטוי פוליטי ואומנותי) או שאי-אפשר או לא ראוי למשפט אותן (למשל, אהבה וחברות). שלב זה גם מסביר מדוע משפט ליברלי ראוי מונע ממשכירים נקיטת פרקטיקות גזעניות אך בה-בעת אינו כופה אותם להרעיף מידה שווה של נחמדות על בני-אדם מרקע אתני שונה.

השלב השלישי מסמן את שלב המעבר מהתיאורטי אל האופרטיבי. כפי שבנג'י מצייין בצדק, אין זה ראוי שהמשפט והשפיטה יתנהלו בצורה אד-הוקית.²⁹ החשיבות של שלטון החוק להכוונת התנהגותם של הפרטים ולריסון כוחם של סוכני המשפט (כגון שופטים) שוללת את תפיסת המשפט הפרטי כאוסף של שיפטים נכונים, ברמה התיאורטית, בדבר כיבוד האוטונומיה והשוויון של צדדים להתייחסות-גומלין. כך, למשל, יחסים צודקים במובן של כיבוד האוטונומיה והשוויון המהותי של הצדדים אכן אינם יכולים להצדיק הפליה של צרכנים על בסיס ריח גוף (או פיזור-דעת), אולם לצד זאת, בשלב היישום שלו, צדק ביחסים יכול להצדיק רשימה סגורה של קבוצות חשודות שלא תכלול ריח גוף (או פיזור-דעת), שכן העמימות המובנית לתוך קטגוריה זו עלולה למנוע הנחיה אפקטיבית של ספקית השירות או מוכר הסחורה ביחס למותר ולאסור. בדומה לכך, יחסים צודקים במובן המהותי אכן צריכים לתת משקל משמעותי לתחביב מכונן זהות ולהיזהר ממתן משקל-יתר לחברות בקהילה דתית כאשר חברות זו אינה נושאת משמעות עמוקה מבחינת הפרט, ועם זאת צדק ביחסים, כעיקרון משפטי, יכול להצדיק את ההכללה שלפיה השתייכות דתית היא מכוננת יותר מתחביב. הסיבה לכך נעוצה במעבר מהתיאורטי לאופרטיבי, ובפרט מהאילוץ הנורמטיבי ששלטון החוק מציב בפני הניסיון ליישם תיאוריה במשפט המחויב לאוטונומיה ולשוויון של נמעניו. אכן, צדק ביחסים רואה בקטגוריות, בקירובים (proxies) ובחזקות (presumptions) משום אמצעים הכרחיים וראויים שעל המשפט הפרטי להשתמש בהם לשם יצירת המעבר הראוי מעולם התיאוריה של צדק ביחסים אל הפרקטיקה המשפטית

28 חריג חשוב לכך במשפט המקובל הוא המקרה של דוקטרינת ה-ultrahazardous activities המוצאת לה ביטוי, אם כי חלקי בלבד, בס' 38-40 לפקודת הנזיקין. להרחבה ראו Dorfman, *Negligence and Accommodation*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 117-119.

29 תגובתו של בנג'י, חלק ב, בפסקה שאחרי ה"ש 28.

של צדק ביחסים. איננו טוענים, כמובן, שמשפט פרטי המבוסס על צדק ביחסים יהיה חף בכך משאלות קשות ומוויכוחים על הקטגוריות הנכונות, על גבולותיהן ועל האופן שבו יש להכריע במקרים המתגרים אותן. אך אלה שאלות שכל תיאוריה באשר למשפט הרצוי, ככל שהיא מכבדת את העיקרון של שלטון החוק, נדרשת להתמודד איתן.

3. צדק ביחסים ותיאוריית הצדק של ג'ון רולס

בנבג' מסכים איתנו שיחסים צודקים בין אדם לחברו מחייבים כיבוד של הצדדים כיצורים אוטונומיים ושווים. אך לטענתו, המעבר ממוסר של יחסים אל העולם המוסדי של המשפט צריך להיעשות דרך המשפט הציבורי. החובות שאנו מזהים בבסיס המשפט הפרטי, ואשר בנבג' מזהה בבסיס המוסר הבין-אישי, צריכות לקבל לדידו צורה משפטית אנכית, ולא אופקית – המדינה, על מוסדותיה וסוכניה, צריכה להיות האחראית העיקרית ליישומן ביחסיה עם כל פרט ופרט (חובות אלה כוללות את מה שבנבג' מכנה כיבוד האדם "כפי שהוא", ולא רק "באשר הוא"). זוהי אחריות עיקרית, ולא בלעדית, מכיוון שבנבג' מוכן להכיר בכך שיש חובות שהמדינה לא תוכל לקיים בצורה אפקטיבית, למשל מטעמים של יעילות, ולכן היא תיאלץ לגייס את עזרת הפרטים לצורך ביצוען. במצב דברים זה, החובות המשפטיות שיוטלו על הפרטים כפרטים (להבדיל מפרטים כסוכנים המגויסים בשירות המדינה) יהיו ברגיל רק מן הסוג של כיבוד החירות השלילית והשוויון הפורמלי של הזולת.³⁰ הצעתו של בנבג' משקפת עמדות של פילוסופים ליברליים חשובים (כגון דוורקין ואולי גם רולס עצמו) בדבר חלוקת עבודה מוסדית בין פרטים לבין מוסדות.³¹ עם זאת, קשה לראות מהו הטיעון ההופך את חלוקת העבודה הזו ממוסדית – כזו הנשענת על טיעונים אמפיריים של כשירות מוסדית – למוסרית, קרי, לחלוקת עבודה המקבלת הצדקה מוסרית עקרונית שאינה תלויה באיכות הביצוע המוסדי או האישי. במקום אחר טענו כי צדק ביחסים דורש – כעניין של מוסריות המשפט הפרטי, המהווה תנאי ללגיטימיות שלו – שהפרט הוא שיחוב חובת איסור הפליה כלפי זולתו (למשל, בהקשר של השכרת דירות או מכירת מוצרים ושירותים), כך שגם אם המדינה תיטול על עצמה את ביעור ההפליה בחברה, אין זה ראוי שהמשפט הפרטי יפטור את הפרטים מחובה זו.³² משפט פרטי כזה חותר תחת צדק ביחסים ולכן אינו ראוי, ללא קשר להצלחת המשפט הציבורי בחלוקה צודקת של משאבים והזדמנויות. כדי להמחיש זאת ניתן לדמיין מצב שבו המדינה מספקת דיור ציבורי מוזל ונגיש לכל המעוניין, כך שאין עודפי ביקוש לדיור. האם במצב זה משפט פרטי במדינה ליברלית רשאי לאפשר לבעלי בתים פרטיים להימנע מלהשכיר או מלמכור את נכסיהם לבן הקהילה הערבית מפאת היותו ערבי? צדק ביחסים מזהה מצב דברים זה כעוולה נזיקית של איסור הפליה. חוסר הצדק שצדק ביחסים "תופס" אינו מופנה לרמה המצרפית של החברה ככללותה או לקבוצה מסוימת בחברה, אלא לפגיעה כאוטונומיה ובשוויון המהותי ביחסים שבין משכיר פוטנציאלי לבין שוכר פוטנציאלי.

30 תגובתו של בנבג', חלק ג, בפסקה שאחרי ה"ש 36.

31 להרחבה בנושא זה ראו Dagan & Dorfman, לעיל ה"ש 22.

32 שם.

הוויכוח שלנו עם בנבג' ניתן להמשגה נוספת באמצעות פנייה לתיאוריית הצדק של ג'ון רולס.³³ הפנייה אליה, על-ידינו ועל-ידי בנבג', נעשית לא משום שהיא נכונה או שלמה בהכרח, אלא כתבנית (template) עשירה במיוחד הנותנת מושג לא-רע איך תיאוריה מקיפה של צדק הנשענת על חירות ושוויון עשויה להיראות. עקרון הצדק הראשון של רולס, המכונה "עקרון השוויון בחירויות בסיסיות", קובע כי לכל אחד ואחת יש זכות שווה לסל של חירויות-יסוד.³⁴ בנבג', כך נראה, סובר כי עיקרון זה מבסס את ההגנה של המשפט הפרטי על החירות השלילית ועל שוויון פורמלי, אך במסגרת המשפט הציבורי המדינה מקבלת אחריות לכבד גם את האוטונומיה ואת השוויון המהותי של תושביה. לעומת זאת, צדק ביחסים קורא לתוך עקרון הצדק הראשון של רולס את ההגנה על אוטונומיה ושוויון מהותי. ההבניה שלנו יוצרת אחידות נורמטיבית בין המישור האנכי לבין המישור האופקי שעיקרון זה חל עליהם. במילים אחרות, צדק ביחסים מבקש לבסס את צדקתו של המשפט הפרטי על המחויבויות הבסיסיות המוכרות לנו כבר מהמשפט הציבורי של מדינות ליברליות, קרי, לאוטונומיה ולשוויון מהותי.

ג. צדק ביחסים והתיאוריה הביקורתית של המשפט: תשובה לד"ר תותרייג'ובראן

התגובה של תותרייג'ובראן יוצאת מתוך "התיאוריה הביקורתית של המשפט, שלפיה המשפט הפרטי אינו אי בודד המנותק ממערכת המשפט הכללית ומהתנאים הפוליטיים והחברתיים שבהם הוא מתפקד, אלא מערכת הפועלת בתוך הקשר מורכב, אשר מושפעת מנתונים חיצוניים ומכילה שחקנים שונים ומגוונים שאינם נופלים תחת הקטגוריות הקלאסיות של פרטי או ציבורי".³⁵ מאמרנו דן בהרחבה בשאלה אילו חלקים מתוך ביקורת המשפט הפרטי של הגישה הביקורתית למשפט יש לאמץ, ואילו חלקים נראים לנו מוקשים. תגובתה של תותרייג'ובראן מבקשת לאתגר את דיוננו, ולהוסיף אתגרים נוספים שבהם לא דנו. זוהי הזדמנות מצוינת על-כן להרחיב ולחדד את הדיון בשאלת השפעתה של התיאוריה הביקורתית של המשפט על צדק ביחסים.

1. צדק ביחסים כביקורת של המדינת

רבים מהתיאורטיקאים המסורתיים של המשפט הפרטי (ובכלל זה אנשי הצדק המתקן) אוזחים, באופן מובלע או מוצהר, במה שניתן לכנותו גישה מדינתית למשפט הפרטי, שלפיה מדובר במערך של כללים החלים על היחסים שבין אזרחים (או תושבים). כלומר, נמעניו הם אנשים פרטיים במובן זה שהם אינם פועלים ככובעם כפקידי ציבור או כנכחרי ציבור, אך השתייכותם למדינה (כאזרחיה או כתושביה) אינה אגבית או שולית.³⁶ תותרייג'ובראן

33 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971)

34 שם, בעמ' 60.

35 תגובתה של תותרייג'ובראן, פרק המבוא, בפסקה האחרונה.

36 למעשה, אנחנו מתקשים לחשוב על תיאורטיקאי מסורתי של המשפט הפרטי שאינו מייחס למדינה ולמעמדו של האדם הפרטי כאזרח המדינה מקום הכרחי בהצדקת המשפט הפרטי, וכמיוחד בהצדקת חלוקת העבודה בין צדק מתקן במשפט הפרטי לבין צדק חלוקתי במשפט

מציינת כי (מה שבעינינו נחשב) אחד ההישגים החשובים ביותר של המשפט הפרטי בעשורים האחרונים – חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה) – הוא תוצר של השפעת המשפט הבין-לאומי, ועניינו מחויבות לקידום "זכויות ועקרונות אוניוורסליים בין-לאומיים".³⁷ אף-על-פי שהיא מעלה נקודה זו כביקורת על צדק ביחסים כתיאוריה של משפט פרטי, אנו רואים בכך חיוזק נוסף לתפיסה הלא-מדינתית של המשפט הפרטי המצויה בבסיסה של תיאוריית הצדק ביחסים: המשפט הפרטי עוסק בקביעת תנאי התייחסות-גומלין בין בני-אדם, ולא – או לא בהכרח – בין אזרחים.

תפיסה זו אינה מתנגדת אם כן לגישה הביקורתית המוצגת כאן על-ידי תותריי-ג'ובראן, אשר קוראת תיגר על דוגמה מרכזית בתיאוריה של המשפט הפרטי – זו הקושרת את המשפט הפרטי לפרויקט המדינתי. לצד זאת, קריאת-תיגר זו גם מחדדת את השאפתנות התיאורטית של צדק ביחסים, באופן המעמיד כנראה תיאוריה זו על פסים שונים מאלה של הגישה הביקורתית. בניגוד לזרמים מסוימים של הגישה הביקורתית למשפט, המהלך הביקורתי של צדק ביחסים מכין את הקרקע למהלך חיובי של גיבוש סטנדרט מחייב של משפט פרטי לכל מדינה המכבדת את ערכי האוטונומיה והשוויון המהותי, ובכך גם תורם לגיבוש סטנדרט מחייב של מדינה צודקת (כזו שמחויבת לתמוך בהסדרי המשפט הפרטי, ובכך באוטונומיה ובשוויון של נמעניו, כולל אלה שאינם אזרחיה או תושביה). הביקורתיות של צדק ביחסים היא אם כן מתודולוגיה תיאורטית בשירות אידיאל של צדק, ולא כדבר העומד בפני עצמו.³⁸ זהו גם יחסנו להבחנה שבין הפרטי לציבורי, שבה אנו דנים בהרחבה במאמרנו. כמו הכותבים הביקורתיים, אנחנו דוחים את הגרסה המסורתית של ההבחנה הזו. אך בניגוד לחלק מהם, אנחנו מתעקשים על חשיבות קיומה של הבחנה כזו, באשר היא שומרת מפני קולקטיביזציה מלאה של יחסינו הבין-אישיים. חשוב גם לציין כי שום דבר באופן שבו אנחנו מתווים את ההבחנה הזו אינו שולל את האמיתות שתותריי-ג'ובראן מדגישה, קרי, שיש לא מעט סוגיות משפטיות המערבות היבטים של משפט פרטי ושל משפט ציבורי, או שיש גופים דו-מהותיים, הפועלים בה-בעת בשתי הכשירויות. להפך, ההכרה בקטגוריות מעורבות כאלה משמיעה מתוכה את קיום ההבחנה, בכך שהיא מצביעה על הבעייתיות המיוחדת של מצבים המחייבים התייחסות הן ליחסים שבין אדם לחברו והן ליחסים שבין מדינה לאזרחיה.

2. צדק ביחסים וביקורת תאגידית?

תותריי-ג'ובראן מעלה את שאלת שילובו של התאגיד בתוך המערך התיאורטי של צדק ביחסים, שכן לדבריה צדק ביחסים "מתעלם מקיומם של שחקנים חשובים נוספים אשר

הציבורי. ראו, למשל, (2016) Arthur Ripstein, *Private Wrongs* ch. 10. כאמור, עמדתנו היא כי זו טעות לסבור כי צדק מתקן וצדק חלוקתי ממצים את אפשרויות הבחירה בין צורות של צדק, וכי הצדק של המשפט הפרטי הוא זה המתקן. צדק ביחסים, לטענתנו, נאמן לפרטיותו של המשפט הפרטי בכך שהוא על-מדינתי.

37 תגובתה של תותריי-ג'ובראן, ליד ה"ש 34-35.

38 ראו בהקשר זה את ניתוחה של רובין וסט בנוגע לצדק ביחסים: Robin West, *The New Legal Criticism*, 117 COLUM. L. REV. ONLINE 144 (2017).

מכוננים את היחסים בתוך המשפט הפרטי ומשפיעים עליהם". מבין אותם שחקנים היא מדגישה במיוחד את "התאגידים המסחריים הפרטיים"³⁹. מושאיו הבסיסיים והסופיים של צדק ביחסים הם בני-אדם, ומטרתו של המשפט הפרטי היא ליצור, לאפשר ולאכוף תנאי התייחסות-גומלין בין בני-אדם כיצורים אוטונומיים ושווים. הבחירה להשאיר את שאלת התאגיד בצד הבמה אינה נובעת אך ורק מהחשיבות של יחסים צודקים בין בני-אדם (ובכלל זה בין אלה ששולטים בתאגיד, מנהלים אותו ועובדים בו), אלא מכך ששאלת התאגיד – מהו ומה תכליתו – נראית לנו נקודת-העיוורון הגדולה ביותר של התיאוריה של המשפט הפרטי. הפתרון של הניתוח הכלכלי לשאלת התאגיד נראה פשטני מדי – התאגיד הוא עוד סוג (לצד בני-אדם והתארגנויות אנושיות אחרות) של יחידה יצרנית שתכליתה מרוב רווחה. ההבדל בין תאגידים מסוגים שונים וההבדל בין כל אחד מהם לבין "יחידות ייצור" אחרות (כגון יצרן יחיד, משפחה ועוד) טעון עוד עבודה רבה. לעומת אנשי הניתוח הכלכלי, אנשי צדק מתקן ממעטים להתייחס לשאלת מקומו של התאגיד במשפט הפרטי, מתוך הנחה – מובלעת או מפורשת – שלא רק שקיימת המשכיות מלאה בין הכוחות, הזכויות והחובות שחלים במקרה של בני-אדם לבין אלה שחלים במקרה של תאגיד, אלא שאותן הצדקות התומכות בהחלה הראשונה תומכות גם בשנייה.⁴⁰

התפיסה שמנחה אותנו, לעומת זאת, היא להימנע הן מגישה פשטנית והן מהזנחת חשיבותו המיוחדת של התאגיד במשפט הפרטי. מכאן נובע שמרכיב חשוב של צדק ביחסים נותר לא-שלם. לשם כך אנחנו נדרשים, ראשית, לפתח תשובה עשירה ומדויקת לשאלה מהו תאגיד ומה תכליתו, ושנית, לבחון כיצד התשובה לשאלה הראשונה תשפיע על המשפט הפרטי, ככל שהוא מתייחס להתייחסויות-גומלין בין תאגידים ובתוכם. למשימה מורכבת זו נפנה בקרוב.

3. צדק ביחסים והמתח האפשרי בין אוטונומיה לשוויון

תותריי-ג'ובראן מבקרת את מה שהיא מכנה "תפיסה רומנטית" של צדק ביחסים, שלפיה אוטונומיה ושוויון מהותי מצויים ביחסים "הרמוניים"⁴¹. כוונתה היא כי בניגוד למה שניתן להבין מצדק ביחסים, "ייתכנו מצבים שבהם קיים מתח בין ההגדרה העצמית של צד אחד לבין ההגדרה העצמית והזכות לשוויון מהותי של הצד האחר"⁴². למעשה, יש כאן שתי ביקורות (או תהיות): אחת, קיומו של מתח בין האוטונומיה של כל אחד משני הצדדים לאותה התייחסות-גומלין; והאחרת, קיומו של מתח בין קידום ערך האוטונומיה של אחד הצדדים או של שניהם לבין קידום השוויון המהותי ביניהם. למעשה, המתח הראשון נדון בהרחבה במאמרנו – הרעיון הבסיסי של צדק ביחסים הוא יצירת תנאי התייחסות-גומלין שמשקפים יחס של שוויון מהותי בין האוטונומיה של האחד לבין האוטונומיה של האחר. יחסים צודקים הם אלה שמתייחסים ברצינות – כלומר, מייחסים שוויון מהותי – למצבם של שני הצדדים. מתח זה קיים בהקשרים שונים (למשל, עולת הרשלנות, דיור, עבודה),

39 תגובתה של תותריי-ג'ובראן, חלק ב, בפסקה הראשונה.

40 ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 187 n. 33 (1995).

41 תגובתה של תותריי-ג'ובראן, חלק ג, בפסקה השנייה.

42 שם.

ומוכרע בהתאם לאותם עקרונות ומגבלות שעליהם עמדנו במקום אחר ובתשובתנו לעיל לפרופ' בנבגי'. הביקורת השנייה של תותרייג'ובראן מכוונת לנקודת המוצא של צדק ביחסים – לשני עקרונות היסוד של צדק ביחסים ולאפשרות קיומו של מתח ביניהם. זוהי אפשרות שאנחנו מקבלים (כאמור לעיל ובכתיבה נוספת). ניתן אולי להבינה כהמשך ישיר לגישה ביקורתית החושדת, עם מרקס, באחדות מושגית ככסות למתחים ערכיים וליחסי כוחות המצויים בבסיס הדברים.

אולם, בניגוד לתהייתה של תותרייג'ובראן, אנו סוברים כי הביטוי העיקרי של המתח בין אוטונומיה לבין שוויון אינו מצוי "בשורה התחתונה", אלא בניתוח המוביל לאותה שורה תחתונה. כלומר, מסקנת הניתוח תהיה זהה ברוב המקרים, בין שהערך המוביל הוא אוטונומיה ובין שהוא שוויון מהותי. לשם המחשה, חָשבו על מקרה שבו אולם אירועים מסחרי בבעלות של נוצרי אדוק סירב לקיים מסיבת נישואים של זוג לסביות. צדק ביחסים גורס כי אין זה ראוי שהמשפט יתיר סירוב זה, בין שהבסיס לכך מצוי בחוק איסור הפליה ובין שהוא מצוי בעקרונות כלליים של דיני החוזים והקניין.⁴³ מסקנה זו נובעת הן מניתוח מבוסס-אוטונומיה והן מניתוח מבוסס-שוויון. (לשם פשטות הניתוח נניח שהבעלות אינה מתווכת דרך תאגיד או מבנה משפטי מורכב אחר, אלא מצויה בידיו של אדם פרטי (proprietor)).⁴⁴ בקצרה, ניתוח מבוסס-אוטונומיה מתחיל בהבחנה ובהשוואה בין חשיבות הפעילות לאוטונומיה של כל אחד מהצדדים – חשיבות הפעלתו של אולם האירועים לבעליו, מצד אחד, וחשיבות חגיגת הנישואים וקשר הנישואים בין בנות-הזוג, מצד אחר. כפי שאחד מאיתנו טוען במקום אחר, באיזון זה דומה שידן של האחרונות על העליונה.⁴⁵ ניתוח מבוסס-שוויון מגיע למסקנה דומה. ההבדל המרכזי הוא שניתוח זה אינו נדרש לבחון את שאלת חשיבותה של הפעילות לאוטונומיה של כל אחד מן הצדדים. במקום זה, השאלה המרכזית שתישאל היא אם ראוי להכיר בסמכות הקניינית של בעל האולם להכפיף את הזוג לשיפוטו הדתי – לארחן או לסרבן בהתאם למידת ההזדהות או הדחייה שהוא חש כלפיהם או כלפי תפיסת הטוב שלהן. על כך, כפי שאחד מאיתנו טוען במקום אחר, יש להשיב בשלילה.⁴⁶

חשוב להבהיר כי אין בכך כדי לשלול את הבחנתה החשובה של תותרייג'ובראן כי אוטונומיה ושוויון מהותי אינם מקיימים יחסים הרמוניים כעניין הכרחי מן הבחינה המושגית.⁴⁷ הבחנה זו תמשיך ללוות את השלבים הבאים של צדק ביחסים, אולם הנחת-העבודה שלנו היא כי מתח אפשרי זה מצוי בשוליו של המשפט הפרטי כמשפט של יחסים צודקים בין אדם לזולתו, ולפיכך אין בו כדי לשלול את האפשרות של תיאוריה משפט-פרטית המבוססת על מחויבות לשני עקרונות אלה ברזומנית.

43 ראו פרק ד למאמרנו. כן ראו, באופן כללי, Dagan & Dorfman, לעיל ה"ש 22.

44 השוו עם ע"א (מחוזי י-ם) 5116-11-12 בית הארחה וגן אירועים יד השמונה נ' יעקובוביץ' (פורסם בנבו, 17.6.2014).

45 PROPERTY (Cambridge University Press, forthcoming OF THEORY LIBERAL DAGAN, A HANOCH 2020).

46 Avihay Dorfman, Toleration in Law (unpublished manuscript).

47 אפילו דוורקין, אשר ביקש להראות כי הפרשנות הטובה ביותר למוסר פוליטי ליברלי מחייבת הרמוניה בין חירות לשוויון, לא טען כי הרמוניה האמורה היא אמת מושגית. טענתו היא במישור הנורמטיבי – כך ראוי לפרש את ערכי האוטונומיה והשוויון.