"לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי

צחי קרן־פז*

ניסיון לקדם שוויון מהותי – במובן של צמצום פערים בין חזקים לחלשים בחברה – באמצעות המשפט הפרטי נתקל בשורה של טיעונים ביקורתיים המתבססים על הרעיון כי המשפט הפרטי אינו מכשיר ראוי לנסות ולקדם באמצעותו שוויון. במאמר זה בכוונתי לדון באופן ביקורתי בשניים מתוך הטיעונים האמורים: טיעון חוסר הלגיטימיות וטיעון העלות המוגזמת.

טיעון חוסר הלגיטימיות גורס כי הכרעות חלוקתיות הן פוליטיות במהותן וככאלו, ראוי שתיעשנה בידי רשויות נבחרות ולא בידי הרשות השופטת. אני גורס כי טיעון חוסר הלגיטימיות אינו מצדיק הימנעות שיפוטית מעיצוב כללי המשפט הפרטי באופן המביא בחשבון את התוצאות החלוקתיות בשל ארבע סיבות. ראשית, התוצאות החלוקתיות של העשייה השיפוטית הן בלתי נמנעות. שנית, תורת הבחירה הציבורית מציעה כי הכרעה חלוקתית בידי בתי המשפט אינה בהכרח נחותה מהכרעה מקבילה של רשויות נבחרות, אפילו מבחינת צדק פרוצדורלי גרידא. שלישית, כוחו של המחוקק להשלים או לשנות את התוצאה החלוקתית שמעצב בית המשפט משככת את החשש שהתערבות בית המשפט אינה לגיטימית. רביעית, הפסד ההתערבות של בית המשפט מבחינת צדק פרוצדורלי (ככל שהוא קיים) עשוי לבוא בשכר קידומו של צדק מהותי.

טיעון העלות המוגזמת גורס כי הניסיון לקדם שוויון באמצעות המשפט הפרטי גובה מאתנו מחיר גבוה מדי מבחינת השגת מטרות אחרות של המשפט הפרטי והוא נחות משיטות חלוקה אלטרנטיביות כגון שיטת המיסוי והחלוקה. באופן קונקרטי יותר, הטענה הנה כי חלוקה מחדש של עושר וזכאויות אחרות באמצעות

* ד"ר למשפטים, מרצה וחבר הסגל הקבוע בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למנהל. tsachikp@colman.ac.il. אני מבקש להודות למארי אנדרה ג'קוב, לז גרין, אלן הטצ'ינסון, עמרי ידלין, קייט סת'רלנד, אריאל פורת, ברוס פלדטהאוזן, ברוס ריידר, איאן רמזי, משתתפי הסמינר המחלקתי בבית הספר למשפטים של המכללה למנהל, חברי המערכת של כתב העת **משפט וממשל** וקוראים אנונימיים, על הערות לטיוטות קודמות של מאמר זה, לשלומי בחרי, אבי זנקו ויערה אלון על עזרתם במחקר ולבית הספר למשפטים של המסלול האקדמי של המכללה למנהל על תמיכתו הכספית.

המשפט הפרטי פוגעת יתר על המידה בצפיות, בחירות וביעילות.

באשר לפגיעה בצפיות, אני טוען כי ניתן לעצב כללים חלוקתיים באופן שלא יפגע יתר על המידה באינטרס הצפיות של הצדדים המעורבים בחלוקה. באשר לפגיעה בחופש הפעולה של הפרט אני גורס כי כאשר מובאת בחשבון גם חירות הפעולה של הצד הנהנה מהחלוקה, כלל לא ברור כי חלוקה באמצעות המשפט הפרטי נחותה מחלוקה באמצעות דיני המסים מבחינת אינטרס החירות. יתר על כן, כיוון שבמידה בלתי מבוטלת חלוקה מחדש של זכאויות בחברה יכולה להיעשות באופן אפקטיבי בידי המשפט הפרטי יותר מחלוקה מחדש בידי דיני המסים, ניתן להצדיק פגיעה יתרה בחירות באמצעות חלוקה בידי המשפט הפרטי. לבסוף, גם אם סך החירות בחברה קטן כתוצאה מחלוקה באמצעות המשפט הפרטי, ייתכן שתוצאה זו רצויה כשהיא לעצמה, אם היא מביאה לחלוקה שוויונית יותר של חירות בחברה.

באשר לפגיעה ביעילות, הדיון במאמר מערער כמה הנחות שעליהן מתבסס טיעון בזבוז המשאבים. אחת מהנחות אלו הנה ההנחה שקיים בהכרח מתח בין קידום יעילות לקידום שוויון. אני טוען כי בעוד שלעתים קיים מתח כזה, לפעמים הכלל השוויוני יותר הוא גם הכלל היעיל. הנחה נוספת היא שמידת האפקטיביות של דיני המסים בקידום שוויון זהה לזו של המשפט הפרטי. אני מערער על הנחה זו בשל התעלמותה מהפן הנורמטיבי (להבדיל מהכופה) של המשפט הפרטי. מסיבות המפורטות במאמר אני טוען כי לא ניתן להגן על הטענה הגורפת כי קידום שוויון באמצעות המשפט הפרטי בהכרח נחות משיטות חלוקה אלטרנטיביות מבחינת היבט היעילות, כמו גם מבחינת היבטים אחרים. למשפט הפרטי יש יכולת מוגבלת, אך חשובה, ככלי אחד מני רבים, לצמצם פערים בחברה. התשובה לשאלה עד כמה ראוי להשתמש במשפט הפרטי לשם השגת מטרה זו הנה תלוית הקשר, וישנו מספר לא מבוטל של סיטואציות, שבהן ראוי ששיקול השוויון יעצב מחדש באופן פרוגרסיבי את כללי המשפט הפרטי.

א. מבוא. ב. סקירה כללית של בעיית קידום השוויון במשפט הפרטי: 1. ההבחנה בין המשפט הפרטי ובין המשפט הציבורי וביקורתה; 2. קידום שוויון במשפט הפרטי ובמשפט הציבורי; 3. הצגת הטיעון בהקשרו הרחב. **ג. לגיטימיות:** 1. הצגת הטיעון; 2. הכרחיות התוצאות החלוקתיות של קביעת כללים משפטיים והאופי הערכי־פוליטי של הרשות השופטת; 3. בחירה ציבורית; 4. יכולת המחוקק לשנות את הכללים שפיתח בית המשפט; 5. צדק מהותי ופרוצדורלי. **ד. טיעון העלות המוגזמת:** 1. הצגת טיעון העלות המוגזמת ובחינת הנחותיו ומגבלותיו באופן כללי; 2. פגיעה בצפיות; 3. פגיעה בחופש הפעולה של הפרט; 4. בזבוז משאבים. **ה. סיכום.**

א. מבוא

מטרתו של מאמר זה היא לדון בשתי טענות ביקורת המושמעות כלפי השאיפה לקדם שוויון באמצעות המשפט הפרטי. על פי טענת ביקורת אחת – "טיעון הלגיטימיות" – קידום מטרות חלוקתיות בידי בית המשפט אינו ראוי, כיוון שבית המשפט אינו גוף נבחר, ואילו ההכרעה החלוקתית היא פוליטית במהותה. על פי טענת ביקורת שנייה – "טיעון העלות המוגזמת" – קידום שוויון באמצעות המשפט הפרטי פוגע יתר על המידה בהשגת מטרות אחרות של המשפט הפרטי, לעומת קידום שוויון בדרכים חלופיות, בעיקר באמצעות דיני המסים. מסקנתי היא, שטיעון הלגיטימיות אינו משכנע כלל וכוחו של טיעון העלות המוגזמת מוגבל ביותר, ומכל מקום הוא תלוי הקשר.

החלק הראשון יסקור באופן כללי את בעיית קידום השוויון במשפט הפרטי מתוך התייחסות להבחנה בין המשפט הפרטי ובין המשפט הציבורי וביקורתה, דרכי קידום השוויון במשפט הפרטי והציבורי הנוהג, והצגת טיעוני בהקשרו הרחב, לרבות הצגה תמציתית של הטיעונים כלפי קידום שוויון במשפט הפרטי, הגדרת השוויון שבה אני תומך ובעיות מתודולוגיות נלוות. החלק השני יציג את טענת הלגיטימיות ויציע ארבעה מענות לטענה זו המבוססים על היות התוצאות החלוקתיות וההכרעות הערכיות תוצר הכרחי של העשייה השיפוטית, על תובנות ספרות הבחירה הציבורית, המעמידות בספק את נחיתות העשייה השיפוטית מבחינת הצדק הפרוצדורלי, על יכולת המחוקק לשנות את ההלכה השיפוטית ועל הרעיון של חילופיות (trade off) בין צדק מהותי ופרוצדורלי. החלק השלישי יציג את טענת העלות המוגזמת, ידון בהנחות שבבסיסה ובמגבלותיה באופן כללי, ויבחן באופן ביקורתי שלוש טענות המועלות כלפי הניסיון לקדם שוויון באמצעות המשפט הפרטי: הטענה אשר לפיה חלוקה באמצעות המשפט הפרטי אינה צפויה מספיק, הטענה שחלוקה כזו פוגעת במידה מוגזמת בחירות השלילית של נמעניה והטענה שחלוקה כזו גורמת לבזבוז משאבים. סיכום קצר יפרט את מסקנותיי בסוף המאמר.

ב. סקירה כללית של בעיית קידום השוויון במשפט הפרטי

בחלק זה ברצוני להציג את המסגרת הכללית לדיון בשאלת קידום השוויון באמצעות המשפט הפרטי ולמקם בתוכה את הטיעון אשר עליו אני מגן במאמר זה. הדיון מחייב את חידוד ההבחנה בין המשפט הפרטי ובין המשפט הציבורי וביקורתה (פסקה 1), ובחינת כוחו הנורמטיבי של ערך השוויון במשפט הציבורי ובמשפט הפרטי בדין המצוי (פסקה 2). בנוסף, אציג את הטיעון שלי בהקשרו הרחב, ואעמוד על היקפו הראוי ומגבלותיו. כן אציג את ארבעת הטיעונים העיקריים נגד הניסיון לקדם שוויון במשפט הפרטי, ואת תפיסת השוויון הראויה בעיני, וכמה בעיות מתודולוגיות שהיא מעוררת (פסקה 3).

1. ההבחנה בין המשפט הפרטי ובין המשפט הציבורי וביקורתה

ההבחנה בין משפט פרטי ובין משפט ציבורי היא אחת ההבחנות המושרשות, שלא לומר הקלאסיות, בתורת המשפט. ענפי המשפט הפרטי דנים במערכות יחסים בין פרטים, ואילו

ענפי המשפט הציבורי דנים במערכות היחסים בין הפרט ובין הציבור, בעיקר המדינה ומוסדותיה.[1] קיימות, כמובן, הגדרות שונות למונחים "משפט פרטי" ו"משפט ציבורי" וגישות שונות באשר למקור ההבחנה ביניהם. על פי אחת ההגדרות המקובלות להבחנה בין משפט פרטי ובין משפט ציבורי, אלו המשתתפים באינטראקציות הנשלטות על ידי המשפט הפרטי, עושים זאת מתוך נקודת מוצא של שוויון ביניהם, ואילו אינטראקציות במשפט הציבורי מאופיינות בכפיפות הפרט למדינה כריבון.[2] הבחנה עקרונית זו בין משפט פרטי ובין משפט ציבורי, המתרכזת בבחינת זהותם של הסובייקטים הכפופים לכללי המשפט הפרטי והמשפט הציבורי, מהווה את ההצדקה העיקרית להסדרה הנורמטיבית השונה של מערכות היחסים שבין הצדדים. על המדינה ומוסדותיה מוטלות חובות מוגברות כלפי הפרט, לרבות החובה לנהוג בו בשוויון, הן בשל הפערים ביחסי הכוחות בין הצדדים, והן בשל הרציונל לפיו הרשות היא נאמן הציבור. לעומת זאת במערכת יחסים בין פרטים, שכוחם עקרונית שווה והם מתחרים זה בזה, אין מקום להחלת חובות מוגברות, לרבות חובת השוויון.[3] גישה זו מתיישבת יפה עם התפיסה האינדיבידואליסטית, שעיצבה את המשפט הפרטי במאה ה-19. ההבחנות בין המשפט הפרטי והציבורי ובין תחולת החובות בכל אחד מענפים אלו וטעמיהן היו ועודן נתונות לביקורת חריפה מטעמים שונים ובהם: ירידת קרנה של התפיסה הפורמליסטית של המשפט הנותנת משקל רב לסיווגים אנליטיים,[4] ערעור ההנחה בדבר שוויון הכוחות בין צדדים במשפט הפרטי וההבנה שכוח רב

---

1. ראו לדוגמה: Roscoe Pound, "Public Law and Private Law", 24 *Cornell L.Q.* (1939) 469, pp. 470; דפנה ברק־ארז, "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעת גומלין", **משפט וממשל** ה (תש"ס) 95, בעמ' 96.
2. ראו: John C. Reitz, "Political Economy as a Major Architectural Principle of Public Law", 75 *Tul. L. Rev.* (2001) 1121, p. 1142; ברק־ארז (לעיל) בעמ' 96. הגדרות אחרות מתמקדות באינטרס הציבורי המעורב באינטראקציות של משפט הציבורי, ובהבחנה בין נזק לציבור ובין נזק לפרט. לסקירה ראו: Philip J. McConnaughay, "Reviving the 'Public Law Taboo' in the International Conflict of Laws", *35 Stan. J. Int'l L* (1999) 255, pp. 301-302.
3. להבחנה עקרונית זו ולטעמיה ראו לדוגמה: Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Belknap Press of Harvard University Press, 1986), 296 ("we have no general duty to treat all members of our community with equal care and concern in everything we do. But we believe our government...does have this duty"). עם זאת, Dworkin מסייג את טענתו לנסיבות שבהן זכויות משפטיות מופשטות מתנגשות. ראו שם, בעמ' 300; אלפרד ויתקון, "הרשות הציבורית בפעולותיה בתחום המשקי־האזרחי", **משפטים** יא (תשמ"א) 304, בעמ' 306; בג"צ 262/62 **פרץ נ' יושב ראש המועצה המקומית כפר שמריהו**, פ"ד טז(3) 2101 (להלן: בג"ץ **פרץ**), בעמ' 2115.
4. לסקירת התופעה במשפט הישראלי תוך ציון המגמה הזוהה במשפט המשווה ראו מנחם מאוטנר, **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (מעגלי דעת, תשנ"ג), 52.

(לרבות פונקציות שלטוניות), שבעבר היה מרוכז בידי המדינה, עבר היום לידיים פרטיות,[5] התובנה הקשורה לקודמתה, אשר לפיה חלק מתפקידי המדינה הוא דווקא להגן על פרטים חלשים מפני פרטים אחרים חזקים,[6] ערעור ההנחה אשר לפיה גישה שאינה מתערבת ביחסי כוחות בין הצדדים היא ניטרלית או טבעית,[7] עליית ערכן של תפיסות סולידריות וקהילתיות על חשבון הגישה האינדיבידואלית[8] והטשטוש בין תפיסה אורגנית ובין תפיסה פונקציונלית של הממשל.[9]

היבט נוסף של ההבחנה העקרונית בין משפט ציבורי ובין משפט פרטי הוא מקורה של הנורמה. נהוג לסבור כי הנורמה המסדירה את מערכת היחסים בין הצדדים במשפט הפרטי היא יצירת השפיטה; לעומת זאת הנורמה המסדירה את מערכת היחסים בין הצדדים במשפט הציבורי היא יצירת החקיקה.[10] מלבד הביקורת הכללית שהוזכרה לעיל בדבר קשיי ההבחנה בין משפט פרטי ובין משפט ציבורי, ככל שהבחנה זו מבוססת על היות המשפט הציבורי משפט חקוק לעומת משפט פרטי שהוא יציר הפסיקה, הרי שבארץ התחומים מיטשטשים מאוד. מחד גיסא, על פי גישה זו אין בארץ משפט פרטי טהור כיוון שדיני החוזים, דיני הנזיקין ודיני עשיית עושר מוסדרים אצלנו בדברי חקיקה. מאידך גיסא, נורמות מהותיות רבות של המשפט החוקתי והמנהלי, לרבות עילות הביקורת השיפוטית על מעשה המִנהל, הן בעיקרן יצירות הפסיקה.[11] עם זאת, השימוש בסטנדרטים ובמושגי שסתום במשפט הפרטי כגון "תום לב", צדק", "סבירות" וכדומה, מעניק לבית המשפט שיקול דעת רב, המחזיר בעיקרו של דבר את תהליך פיתוח הנורמות של המשפט הפרטי להיות יצירה שיפוטית, וככזאת, "משפט פרטי" על פי הגדרתו לעיל. מכל מקום אני טוען בהמשך כי ככל שהמשפט הפרטי בארץ אינו מבוסס על נורמות שהן יצירות השפיטה, הרי נחלש הקושי מבחינת שיקול הלגיטימיות לעשייה שיפוטית התורמת לחלוקה־מחדש של זכאויות

---

5. ראו לדוגמה ברק־ארז (לעיל, הערה 1), בעמ' 112, 114-115.
6. ראו לדוגמה: Owen Fiss, "Free Speech and Social Structure", 71 *Iowa L. R.* (1986) 1405, pp. 1415-1416; Allan C. Hutchinson, *Waiting for Coraf: A Critique of Law and Rights* (University of Toronto Press, 1995), pp. 194-198.
7. תובנה ריאליסטית זו מוצגת ומוסברת בפרק ג.2 להלן. ראו במיוחד הערות 104-108 והטקסט הסמוך להן. ראו בנוסף: Duncan Kennedy, "The Stages in the Decline of the Public/ Private Distinction", 130 *U. PA. L. R.* (1982) 1349; Duncan Kennedy, "The Stakes of Law, or Hale and Foucault!", *Sexy Dressing Etc*. (Harvard University Press, 1993) 87.
8. ראו: Patrick S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Clarendon Press, 1979); Grant Gilmore, *The Death of Contract* (Ohio State University Press, 1974).
9. ראו ברק ארז (לעיל, הערה 1), בעמ' 113.
10. ראו לדוגמה: Robert Post, "The Challenge of Globalization to American Public Law Scholarship", 2 *Theoretical Inquiries in Law* (2001) 323, pp. 324-325.
11. ברוך ברכה, **משפט מנהלי** (כרך שני, נבו, תשנ"ו-תשמ"ז), בעמ' 27-28; ברק־ארז (לעיל, הערה 1), בעמ' 96.

בחברה.[12] באופן כללי יותר, הטיעון המקודם במאמר זה משתלב בביקורת על ההבחנה בין הפרטי ובין הציבורי, אף שהוא אינו גורס שאין להבחנה חשיבות. כפי שאני מציין בהמשך, החובה לקדם שוויון במסגרת המשפט הפרטי שונה מהחובה המקבילה במשפט הציבורי.

2. קידום שוויון במשפט הפרטי ובמשפט הציבורי

עקרון השוויון מעוגן היטב בתחום המשפט הציבורי. חובתה הבסיסית של הרשות היא לנהוג בשוויון ובלא הפליה. לעתים עקרון השוויון מעוגן בהוראות חוק ספציפיות[13] ולעתים הוא משמש כעיקרון פרשני אשר על פיו ישנה חזקת תכלית כללית שמטרת החוק לקדם שוויון.[14] בעקרון השוויון גם נעשה שימוש להשלמת חסר בחקיקה ולפיתוח הלכתי של המשפט. הפסיקה טרם הכריעה ברורות אם עקרון השוויון הוא בעל מעמד חוקתי על־חוקי, כחלק מערך כבוד האדם המוגן בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, אם לאו.[15] מעמד כזה יאפשר לפסול חקיקה המאוחרת מחוק היסוד בשל פגיעה בשוויון.[16] תפיסת השוויון הדומיננטית בגדרי המשפט הציבורי היא התפיסה האריסטוטליאנית, אשר על פיה חייבת הרשות לתת יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים על פי מידת שונותם.[17] כפי שמציינים זמיר וסובל,[18] לאחרונה מסתמן ניסיון לשכלל את המבחן האריסטוטליאני על ידי הכפפתו לעקרון המידתיות ועל ידי נכונות לשקול גישות שונות לשוויון כגון הוספת דרישה

---

12. ראו להלן פרק ג.1, והטקסט הקודם להערה 91.
13. ראו לדוגמה חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ס"ח 248; סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985, ס"ח 60. לסקירת חקיקה (שבחלקה מסדירה יחסים במסגרת המשפט הפרטי) ראו יצחק זמיר ומשה סובל, "השוויון בפני החוק", **משפט וממשל** ה (תש"ס) 165, בעמ' 169.
14. ראו לדוגמה בג"ץ 153/87 **שקדיאל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מב(2) 221, בעמ' 274.
15. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב, 150.
16. ראו זמיר וסובל (לעיל, הערה 13), בעמ' 208-213. ניתן להצביע על שלוש גישות עיקריות. גישה השוללת מעמד חוקתי לעקרון השוויון או למצער מפקפקת בקיומו. ראו לדוגמה את דעת השופט זמיר בבג"ץ 453/94 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 501, בעמ' 535-536. גישה הנוטה לראות בעקרון השוויון זכות חוקתית. ראו לדוגמה את דעת השופט אור בבג"ץ 5394/92 **הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה**, פ"ד מח(3) 353, בעמ' 362-363. על פי גישת הביניים אסורה פגיעה בשוויון שיש בה משום השפלת המופלה או פגיעה בכבודו. ראו לדוגמה את גישת השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94, (להלן: בג"ץ **מילר**), בעמ' 132-133. כפי שמציינים זמיר וסובל האמירות הן בגדר אמרת אגב וגם בשל כך ההלכה בעניין זה טרם נתבהרה.
17. ראו ד"נ 10/69 **בורונובסקי נ' הרבניים הראשיים לישראל ואח'**, פ"ד כח(1) 7, בעמ' 35-36. ("עקרון השוויון...משמעותו כי יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה, יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה").
18. זמיר וסובל (לעיל, הערה 13), בעמ' 190.

שמוצדק יהיה להתחשב בהבחנה אף אם היא רלוונטית.[19] בתחומים מסוימים אימץ המחוקק את עקרון ההעדפה המתקנת, תוך הרחבת החובה לנהוג העדפה מקדמת, שבראשיתה חלה על נשים בלבד, גם על אנשים עם מוגבלויות ועל ערבים.[20] עילת השוויון במשפט הציבורי אינה מוגבלת להפליה על בסיס קבוצתי – השתייכות לקבוצה שהופלתה בעבר ומופלית כיום, כשבדרך כלל ההפליה מתבססת על תכונות שאינן ניתנות לשינוי או שקשה לשנותן (immutable characteristics). כאמור, כל שוני שאינו רלוונטי הוא אסור ומבחינה זו הפסיקה מטשטשת את ההבדל בין הפליה המבוססת על חברות בקבוצה מופלית, לבין שיקולים זרים, היעדר סבירות ומתן יחס בלתי זהה למתחרים עסקיים.[21] עם זאת, לאחרונה מסתמנת מודעות לכך שלב החובה לנהוג בשוויון הוא איסור ההפליה על בסיס קבוצתי.[22] אף שהפלייתם של חברי קבוצות שוליים היא בוודאי אסורה, הרי שעקרון השוויון אינו מנביע חובה כללית של הרשות להקצות משאבים כך שיצומצמו פערי הכנסה וכוח בחברה.[23] לאחרונה, בבג"ץ **הקשת הדמוקרטית המזרחית** קבע בית המשפט כי "הערך של צדק חלוקתי הינו ערך כבד משקל, אשר כל רשות מינהלית חייבת לתת לו משקל ראוי בכל החלטה שלה בדבר חלוקת משאבים ציבוריים".[24] עם זאת, הנמקת בית המשפט דווקא חותרת תחת הפרופוזיציה אשר לפיה הרשות מחויבת לפעול באופן שיצמצם פערים בחברה. בית המשפט קבע כי התחשבות מצד מועצת מקרקעי ישראל במצוקה כספית היא שיקול זר שאינו נכלל במסגרת סמכותה לקבוע מדיניות קרקעית.[25] עקרון השוויון חל גם

19. ראו את גישת השופטת דורנר בבג"ץ **מילר** (לעיל, הערה 16), בעמ' 135.
20. ראו לדוגמה סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959, ס"ח 86. ס"ק (א) קובע "בקרב העובדים בשירות המדינה, בכלל הדרגות והמקצועות, בכל משרד ובכל יחידת סמך, יינתן ביטוי הולם, בנסיבות הענין, לייצוגם של בני שני המינים, של אנשים עם מוגבלות, ושל בני האוכלוסיה הערבית, לרבות הדרוזית והצ'רקסית (בחוק זה – ייצוג הולם)". ראו סעיף 18א ו 18א1 לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, ס"ח 132, הקובע חובת ייצוג הולם לנשים ולערבים בהתאמה.
21. ראו זמיר וסובל (לעיל, הערה 13), בעמ' 228-229. איסור על שוויון במובן השני המצוין בטקסט בולט לדוגמה בפסיקה בדיני מכרזים ציבוריים.
22. בג"ץ 6845/00 **ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נו(6) 663, (להלן: בג"ץ **ניב**).
23. ראו לדוגמה בג"ץ 1554/95 **עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד נ(3) 2.
24. בג"ץ 244/00 **עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25, בעמ' 65.
25. שם, בעמ' 73. בפסק דין אחר, שבו נעשה שימוש ברטוריקה של צדק חלוקתי לבחינת פעילות המנהל, המונח הובן כשלילת מונופולין וכעידוד תחרות חופשית ולא כצמצום פערים בין חזקים לחלשים בחברה. ראו בג"ץ 6268/00 **קיבוץ החותרים אגודה שיתופית חקלאית רשומה נ' מנהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נה(5) 639, בעמ' 666. מובן שגישה אשר לפיה הקריטריון הראשי לחלוקה הוא כוחות השוק היא תפיסה אפשרית של צדק חלוקתי, אולם לדעתי היא אינה תפיסה ראויה.

על פעולות הרשות במסגרת המשפט הפרטי[26] והורחב לחול גם על פעולותיהם של גופים דו־מהותיים הפועלים במסגרות שהן פורמלית חלק מהמשפט הפרטי אך הן בעלות סממנים ציבוריים.[27]

תחולתו של עקרון השוויון במשפט הפרטי מסויגת יותר. אמנם ייתכן שלאור עיגונו האפשרי של עקרון השוויון בערך כבוד האדם, אנו נמצאים בתקופת מעבר מבחינת תחולת העיקרון במשפט הפרטי, אך נקודת המוצא לעניין תחולת העיקרון היא הפוכה מזו שבמשפט הציבורי. במשפט הציבורי עקרון השוויון חל אלא אם כן סויג במפורש בחוק (התקף מבחינה חוקתית), ואילו במשפט הפרטי דרך המלך ליצירת חובה לנהוג בשוויון היא קביעת חובה כזו בהוראות חקוקות. בהיעדר חובה חקוקה מפורשת, לא קיים במשפט הפרטי עקרון־על המחייב פרטים לנהוג בשוויון, אם כי איני סבור שקיים כיום עקרון־על המתיר התנהגות לא שוויונית. הוראות חקוקות האוסרות הפליה נפוצות במיוחד בתחום דיני העבודה[28] (ומבחינה זו יש לזכור שלדיני העבודה יש אופי ציבורי מסוים בשל משפט העבודה הקולקטיבי, הפן הנורמטיבי של הסכמים קיבוציים וקיומם של צווי הרחבה) אך גם בחקיקה אחרת.[29] בשנת 2000 נחקק חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000[30] (להלן: חוק איסור הפליה) הקובע בסעיף המטרה שלו: "חוק זה נועד לקדם את השוויון ולמנוע הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים." סעיף 3 לחוק אוסר להפלות בהספקת מוצר או שירות ציבורי בהפעלת מקום

---

26. בג"ץ **פרץ** (לעיל, הערה 3).

27. ראו לדוגמה בג"צ 731/86 **מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, פ"ד מא(2) 449 (חברת החשמל כגוף דו מהותי); ע"א 294/91 **חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (להלן: ע"א **קסטנבאום**), בעמ' 490 (חברה קדישא כגוף דו מהותי).

28. ראו חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996, ס"ח 166; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, ס"ח 38; חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז-1987, ס"ח 48; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998, ס"ח 152 (העוסק בעיקר בתחום יחסי העבודה).

29. ראו לדוגמה סעיף 4 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, ס"ח 327, האוסר על מוסדות רפואה ועל מטפלים להפלות מטופלים; חוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998, ס"ח 166; סעיפים 6 ו-19 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. (סעיף 6(א) לחוק קובע: "מימוש זכויות ומתן שירותים לאדם עם מוגבלות ייעשו (1) תוך הקפדה על כבוד האדם וחירותו והגנה על פרטיותו; (2) במסגרת השירותים הניתנים והמיועדים לכלל הציבור, תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות בנסיבות הענין כאמור בחוק זה; (3) לגבי זכויות ושירותים הניתנים על ידי גוף ציבורי – באיכות נאותה, בתוך זמן סביר ובמרחק סביר ממקום מגוריו של האדם, והכל במסגרת מקורות המימון העומדים לרשות הגוף הציבורי". סעיף 19 לחוק מעניק לאנשים עם מוגבלות זכאות לנגישות לתחבורה ציבורית.)

30. חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000, ס"ח 58.

ציבורי ובמתן כניסה למקום כזה מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי, הורות או מוגבלות. סעיף 5 קובע כי הפרת האיסור היא עוולה אזרחית ומסמיך את בית המשפט לפסוק פיצוי בלא הוכחת נזק. נראה שהחוק אוסר לא רק סירוב להתקשר על בסיס מפלה אלא גם הספקת השירות בתנאים מפלים.[31] החוק מצומצם בתחולתו להספקת שירותים לציבור ולפיכך הוא אינו חל על הפליה בשכירת דירה, במכירת מכונית וכדומה. במדינות רבות ישנה חקיקה מקבילה, שלעתים היא מרחיקת לכת יותר מהחוק הישראלי.[32]

תחולת עקרון השוויון במשפט הפרטי, בהיעדר חקיקה מפורשת, אינה ברורה. בדיון הנוסף בפרשת **בית יולס נ' רביב**[33] נקבע ברוב דעות כי עורך מכרז פרטי אינו חייב לנהוג בשוויון כלפי המציעים מכוח החובה לנהל משא ומתן בתום לב וכי אין לזהות שוויון עם תום לב. במובן אחד הלכה זו "מחמירה" עם עקרון השוויון, בכך שהיא שוללת את תחולתו אפילו בהליכי מכרז, המבוסס מבחינת ההיגיון הכלכלי שלו על שוויון בין המציעים (ומכאן שתחולת העיקרון נשללת מקל וחומר בסיטואציות טרום חוזיות אחרות). מאידך גיסא, הלכת **בית יולס** חלה על שוויון במשמעות "חלשה" של יחס שונה כלפי מתחרים עסקיים ואינה דנה בשוויון במובן שבו אני מתמקד (שיוסבר להלן)[34] של הפליה על בסיס קבוצתי. התנהגות כזו עשויה להתפרש כחסרת תום לב. בעניין **קסטנבאום**[35] הביע השופט ברק את דעתו כי עקרונות היסוד של המשפט הציבורי מוזרמים למשפט הפרטי בדרך של קליטה עקיפה באמצעות מושגי שסתום כגון תום לב, תקנת הציבור, וסבירות. בנוסף, עיגונו האפשרי של עקרון השוויון בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו עשוי לאפשר את החלתו על מערכות יחסים שבין פרטים. ואכן, לפחות שני פסקי דין מחוזיים שעסקו בהפליה במתן שירות לציבור הרחב (לפני חקיקת חוק איסור הפליה), פסקו פיצויים לטובת הנפגעים,

31. אני מסיק זאת מלשון האיסור בסעיף 3 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים – "לא יפלה" ומהוראת סעיף 6(3) לחוק הקובעת כאחת מחזקות ההפליה התניית הספקת שירות או מוצר לנמנים עם הקבוצה המוגנת בלא התניה זהה לאחרים. לדעה אחרת, המתבססת על הצעת החוק שלא כללה את סעיף 6(3), ראו הִלָּה קרן, "שוויון בדיני חוזים – קריאה פמיניסטית", **משפטים** לא(2) (תשס"א) 269, בעמ' 311. קרן סבורה ש"לשון האיסור מדברת על עצם הספקתם של מוצרים ושירותים, אך לא על התנאים להספקתם". שם, ומבקרת צמצום זה. בעוד אני שותף לדעתה של קרן שראוי שהחוק יאסור על הפליה במחיר ובתנאי השירות, אני סבור שזוהי תוצאת החוק על פי פרשנות אפשרית וראויה.

32. באונטריו ובקוויבק שבקנדה, למשל, החוק אוסר בין היתר על הפליה בעניין מגורים. ראו: Quebec Charter of Ontario Human Rights and Freedoms (R .S. Q. C.-12) Chapter I.1 [URL:http://www.cdpdj.qc.ca/en/commun/docs/charter.pdf]sec.12-14 (נצפה לאחרונה באפריל 2004).

33. ד"נ 22/82 **בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ**, פ"ד מג(1) 441.

34. ראו להלן פסקה 3.

35. ע"א **קסטנבאום** (לעיל, הערה 27), בעמ' 530.

בהסתמך על עילות טרום חוזיות ונזיקיות.[36] בית המשפט מפרש את עקרון השוויון כחלק מתקנת הציבור ובתחום יחסי העבודה נפסלו פעמים אחדות הוראות חוזיות המפלות מטעמי מין וגיל בהתבסס על תקנת הציבור.[37]

התשובה לשאלה באיזו מידה דוקטרינות המשפט הפרטי מנסות לצמצם (או למצער לא להרחיב) פערי הכנסה וכוח בחברה אינה חד־משמעית. הגישה המקובלת היא כי שיקולים מעין אלה אינם רלוונטיים, אולם ניתן להצביע על דוגמות אחרות וכן להצביע על אמרות בפסיקה המחייבות התחשבות בשיקולים אלו. כדוגמה לגישה המקובלת ניתן להביא את דברי השופט חיים כהן בע"א **גשר הזיו נ' פייביש**: "אין למדוד סבירותם של אמצעים אלה או אחרים לפי מיטב יכלתו הכספית של המזיק".[38] אולם בסוגיה הקרובה בדיני חוזים לעניין נטל הקטנת הנזק (הנבחן במונחים של סבירות)[39] קבעה הפסיקה כי אמצעי הנפגע רלוונטיים לשאלת סבירות החלטתו שלא לרכוש נכס חלופי.[40] שיקולי הצדק בדיני

36. בת"א (י-ם) 11258/93 **נעאמנה נ' קיבוץ קליה** (לא פורסם), אסר המפעיל של פארק המים "אטרקציה" את כניסת משפחה ערבית בתואנה של חשש להתלקחות בעקבות פיגוע בירושלים שאירע יומיים לפני כן. בית המשפט (השופטת מרים מזרחי) פסק כי בחזרה מההצעה לציבור בנסיבות המקרה יש משום ניהול משא ומתן בחוסר תום לב. בנוסף, קבע בית המשפט כי הנתבע הפר את החובה החקוקה לנהוג בשוויון שמקורה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. בת"א (ת"א) 79/51 **שמסיאן נ' גני רוזמרי** (לא פורסם), מנעו מנהל מועדון ועובדיו את כניסתה של נכה למועדון בשל נכותה ותוך התבטאות שהתרת כניסתה תפגע במוניטין המועדון וברווחי הבעלים. בנסיבות המקרה דובר בהזמנה לציבור דרך מודעה שהתפרסמה באחד המקומונים לערביי פנויים פנויות מעל גיל מסוים. בית המשפט (השופטת דליה מארק־הורנצ'יק) פסק לתובעת פיצויים בהתבסס על שלוש עילות: הפרת החובה לנהל משא ומתן בתום לב, לשון הרע ועוולת הרשלנות. לדעתי, מעניינת במיוחד הנמקת בית המשפט ולפיה ההתנהגות המפלה היא התנהגות לא סבירה ורשלנית. בית המשפט נענה לבקשת ארגוני נכים שצורפו כצד וציווה על בעל המועדון לאפשר כניסת נכים למועדון.

37. ראו לדוגמה בג"ץ **ניב** (לעיל, הערה 22), לעניין פסילת הוראה המפלה בין עובדים מחמת מין, דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית־הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330, בעמ' 360-375, 382-384 לעניין פסילת הוראה המפלה בין עובדים מחמת גיל.

38. ע"א 363/59 **גשר הזיו, קבוצת פועלים להתישבות שיתופית בע"מ נ' פייביש**, פ"ד טו(1) 469, בעמ' 478. לתמיכה בגישה זו ראו צפורה כהן, "השפעת אמצעיהם הכספיים של הצדדים על קביעת חובת הזהירות בעוולת הרשלנות", **מחקרי משפט** ד (תשמ"ו) 56. לדעתי גישה זו אינה ראויה ואינה מתיישבת אפילו עם הבנה ראויה של עקרון הצדק המתקן. ראו: Tsachi Keren-Paz, "Egalitarianism as Justification: Why and How Should Egalitarian Considerations Reshape the Standard of Care in Negligence Law", 4 *Theoretical Inquiries in Law* (2003) 275, pp. 286-300. כן ראו להלן פרק ד, פסקה 4(ב)(2).

39. ראו סעיף 14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16.

40. ע"א 601/75 **אריאל נ' קירשבאום**, פ"ד לא(3) 102, בעמ' 106; ע"א 571/80 **אילן רחמים חברה לבנין והשקעות בע"מ נ' טביק**, פ"ד לז(2) 77, בעמ' 82-83.

חוזים[41] מתפרשים ככוללים שיקולי מאזן מצוקה במובן הרחב[42] (אף ששיקולים אלה אינם זהים בהכרח לשיקול צמצום הפערים בחברה). כללי פרשנות אובייקטיבית בדיני חוזים מביאים בחשבון את שיקול השוויון וכלל הפרשנות נגד המנסח נתמך גם הוא בשיקול החלוקתי.[43] ניתן להוסיף לסקירה החוזית את החקיקה הצרכנית וחוק החוזים האחידים המבוססים על הרעיון של מניעת ניצול פערי כוחות בין צדדים כדי לזכות בנתח בלתי הוגן מהרווח בעסקה.[44] בתחום דיני הקניין שיקולי שוויון וצדק חלוקתי משפיעים (לכל הפחות) על עיצוב ההלכות בתחומי הלכת השיתוף[45] ודיני התחרות.[46] בתחום דיני הפיצויים בנזיקין שיקולי שוויון משפיעים על היקף הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות באופן כללי,[47] ומצדיקים את המגמה המודרנית להרחיב את בסיס האחריות בד בבד עם קביעת תקרת פיצוי.[48] במשפט הסקנדינבי אף ניתן לבית המשפט שיקול דעת כללי לסטות מעקרון הפיצוי המלא מתוך התחשבות במצוקת המזיק ובמעמד הצדדים.[49]

---

41. ראו סעיפים 3(4), 4, 7(ב), 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה); סעיפים 14(ב), 31, 43(ב) לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973, ס"ח 118.

42. ראו ע"א 509/83 **דוד נ' יאסין**, פ"ד מא(4) 651, בעמ' 661; ע"א 27/80 **ישראל ארגמן חברה לבנין בע"מ נ' ברנדפלד**, פ"ד לו(1) 393, בעמ' 403.

43. ראו לדוגמה איל זמיר, **פירוש והשלמה של חוזים** (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ו), בעמ' 32, 104-105.

44. חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982, ס"ח 8; חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, ס"ח 248. לסקירת חקיקה זו ראו דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים** (כרך א, אבירם, תשנ"א), בעמ' 51-52.

45. דנ"א 1558/94 **ו' נפיסי נ' ס' נפיסי**, פ"ד נ(3) 573, בעמ' 595.

46. ראו לדוגמה ע"א 189/95 **בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב**, פ"ד נג(4) 199, בעמ' 219, 235.

47. כך, למשל, במקרים שבהם נפגעת קטינה שמטבע הדברים אין לה דפוס השתכרות קודם, נקודת המוצא לחישוב אובדן כושר השתכרות בארץ תהיה השכר הממוצע במשק (המתבסס על שכרם של גברים ונשים כאחד) ולא השכר הממוצע של נשים. ראו לדוגמה ע"א 5118/90 **בשה נ' מדינת ישראל** (לא פורסם); דוד קציר, **פיצויים בשל נזק גוף** (כרמל, תשנ"ח), בעמ' 412. לדיון ביקורתי קצר בעמדה ההפוכה המקובלת במשפט המשווה ראו: Tsachi Keren-Paz, "An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness", 16 *Can. J. L. & Juris*. (2003) 91, pp. 121-126. שאלה נפרדת הראויה לבחינה היא, האם בתי המשפט מגלים יתר נכונות לסטות מהשכר הממוצע כלפי מטה, כאשר התובעת היא קטינה, לעומת מצב שבו התובע הוא קטין.

48. מגמה זאת מוצאת ביטויה בסעיף 4 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, ס"ח 234; סעיף 5 לחוק אחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980, ס"ח 86.

49. ראו: Finnish Act of Tort ch.2 § 1.2 ; § 2 ; § 3 ; ch. 4 § 1; Sv. Prop. 1975: 12 p. 177 כפי שמופיע ב: Thomas Wilhelmsson, *Critical Studies in Private Law: A Treatise on*

3. הצגת הטיעון בהקשרו הרחב

(א) תפיסה מכשירית, פלורליסטית ותלוית־הקשר של המשפט

טענתי המרכזית היא כי ניתן וראוי לקדם שוויון, במובן, שיוגדר להלן,[50] של צמצום פערים בחברה, באמצעות המשפט הפרטי. בהיעדר אינדיקציה אחרת, אשתמש להלן במונח "לקדם שוויון" במשמעות של צמצום פערים בין חזקים לחלשים בחברה. באופן דומה, כשאדון בתוצאה או מטרה חלוקתית, אתכוון לתוצאה חלוקתית של הגברה או הקטנת פערים בחברה. חלוקה המגבירה פערים בחברה אכנה "רגרסיבית", וכזו המקטינה פערים – "פרוגרסיבית". בעוד היכולת לקדם שוויון היא חלקית ומוגבלת, תחום מחייתה אינו מבוטל. לא ראוי א־פריורית להימנע מניסיון לקדם שוויון באמצעות המשפט הפרטי ויש לבחון בכל סוג של מקרים, אם ניתן לקדם שוויון באופן אפקטיבי ואם כדאי לעשות כן, לנוכח העלויות הכרוכות בכך.

תפיסתי את המשפט בכלל, ואת המשפט הפרטי בפרט, היא אינסטורמנטליסטית, פלורליסטית וקונטקסטואלית. כאינסטרומנטליסט אני סבור שהמשפט הנו מכשיר לקידום מטרות חברתיות,[51] או למצער, שתוצאותיו של כלל נתון הן רכיב בעל חשיבות רבה בהערכה אם כלל זה רצוי אם לאו. תפיסה כזו אינה מקובלת כמובן על הכול. יש הסוברים, למשל, כי מטרת המשפט הפרטי היא להיות משפט פרטי וכי יש להבינו באופן מבני ולא באופן מכשירי,[52] ולכן ענפי המשפט הפרטי צריכים להתבסס על עקרון הצדק המתקן בלבד. הטיעון שאותו אנסה לבסס במאמר מעוגן בתפיסה האינסטרומנטלית וככזה אינו מתיישב עם גישה הרואה בקידום צדק מתקן חזות הכול מבחינת המשפט הפרטי. התפיסה האינסטרומנטלית של המשפט הפרטי מבוססת היטב בעמדת הפסיקה הישראלית[53] (וזאת, למרות קיום מקביל של אמירות בפסיקה בדבר מטרת הצדק המתקן שבבסיס המשפט

Need-Rational Principles in Modern Law (Kluwer Academic Publishers, 1992), pp. 113-124.

50. ראו להלן פסקה 3 (ג).

51. ראו: Karl Llewellyn, "Some Realism About Realism: Responding to Dean Pound", 44 *Harv. L. Rev*. (1931) 1222, pp. 1233-1234.

52. ראו לדוגמה: Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (Harvard University Press, 1995), pp. 5-6, 19, 21.

53. ראו לדוגמה דנג"צ 4601/95 **פרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נב(4) 817, בעמ' 826 ("אכן, הגישה המקובלת עלינו הינה, כי המשפט הוא מכשיר חברתי. מושגי המשפט נועדו להגשים מטרות חברתיות. הם כלי שרת להשגת יעדים חברתיים"). ראו גם בג"ץ 6194/97 **נקש נ' בית־הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נג(5) 433, בעמ' 450; ע"א 6291/95 **בן יקר גת חברה להנדסה ובנין בע"מ נ' הוועדה המיוחדת לתכנון ולבנייה מודיעין**, פ"ד נא(2) 825, בעמ' 843; בג"ץ 4804/94 **חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נ(5) 661, בעמ' 676; ע"א 1915/91 **א' יעקובי נ' ע' יעקובי**, פ"ד מט(3) 529, בעמ' 571.

הפרטי).[54] לעומת זאת מטרת השאת העושר של הניתוח הכלכלי מעולם לא אומצה במשפט הישראלי, ואף נמתחה עליה ביקורת במספר פסקי דין.[55] יצוין כי שלילת הלגיטימיות של תפיסה אינסטרומנטלית היא בעלת נפקויות רחבות בהרבה מדחיית הבסיס לטיעוני במאמר. היא שוללת, למשל, כל ניסיון לקדם יעילות על פי גישת הניתוח הכלכלי למשפט.

כפלורליסט, אני סבור שראוי שהמשפט הפרטי יקדם יותר ממטרה אחת.[56] יצוין שגם הגישה הפלורליסטית, כמו הגישה האינסטרומנטלית, רווחת בפסיקה הישראלית.[57] בניגוד לרבים מחסידי הניתוח הכלכלי, הסבורים שאמת המידה היחידה לבחינת השאלה אם כלל מסוים הוא רצוי הִנה השאת עושר, אני סבור כי ראוי שהמשפט הפרטי יקדם ערכים נוספים ושוויון בתוכם. נובע מתפיסתי הפלורליסטית שאיני סבור שהמטרה היחידה (או אפילו העיקרית) של המשפט הפרטי צריכה להיות קידום שוויון. כזכור, לשיטתי, המשפט הוא מכשיר לקידום מטרות חברתיות הצריך להיבחן גם על פי תוצאותיו. בין תוצאותיו נכללות גם השגת מטרות חלוקתיות ראויות בכלל, וקידום שוויון בפרט. עם זאת, למשפט הפרטי מטרות מספר (ומכאן גישתי הפלורליסטית), המשתנות על פי הענפים השונים של המשפט הפרטי, ובתוך פרטי הדוקטרינות שלהן (ומכאן גישתי הקונטקסטואלית). לדוגמה, ברור כי מטרות דיני החוזים שונות ממטרות דיני הנזיקין. עם זאת, בטרמינולוגיה של השופט ברק, קידום השוויון הוא אחת התכליות הכלליות של כל דוקטרינה במשפט הפרטי, העומדת בצד התכליות הספציפיות של כל דוקטרינה.[58]

כקונטקסטואליסט, אני סבור שהמשקל היחסי שיש לתת לערכים השונים, ובהם למטרות שראוי שהכלל הנתון יקדם, משתנה עם ההקשר. כאחיותיה, גם גישה זו מעוגנת היטב בפסיקה הישראלית.[59] מכאן שגם המשקל שצריך להינתן לערך השוויון באיזונו עם

---

54. ראו לדוגמה ע"א 3668/98 **בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ' פידיאם אחזקות בע"מ**, פ"ד נג(3) 180, בעמ' 191 ("גם אם יש משקל לשיקולים הכלכליים, אין הם בבחינת חזות הכול במסגרת המשפט הפרטי שבמרכזו רעיון הצדק המתקן").

55. הנודע בפסקי הדין הדוחים ניתוח כלכלי במסגרת המשפט הפרטי הוא ד"נ 20/82 **אדרם חמרי בניין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס**, פ"ד מב(1) 221.

56. לגישה פלורליסטית לדיני הנזיקין ראו לדוגמה: Gary T. Schwartz, "Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice", 75 *Tex. L. Rev.* (1997) 1801.

57. ראו לדוגמה בג"ץ 6126/94 **סנש נ' רשות השידור**, פ"ד נג(3) 817, בעמ' 843: "ההבחנה בין האיזון במשפט הציבורי לבין האיזון במשפט הפרטי אינה חדה ומוחלטת. כשם ששיקולי זכויות הפרט מהווים חלק מהאינטרס הציבורי, כך מוזרמים שיקולים ציבוריים אל תחום המשפט הפרטי ונוטלים חלק בעיצוב הזכויות המוגנות בו... עם־זאת, גם אין מדובר בזהות מוחלטת. המשקל שיש לתת לשיקולים ולאינטרסים השונים עשוי להשתנות ובהתאם לתחום הרלוונטי (משפט פרטי או ציבורי) ובהתאם להקשר הספציפי. בהתאם לכך עשוי להשתנות גם האיזון הסופי".

58. ראו אהרון ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שני, **פרשנות חקיקה**, נבו, תשנ"ד) 457-459.

59. ראו לדוגמה ע"א 214/89 **אבנרי נ' שפירא**, פ"ד מג(3) 840.

ערכים אחרים, משתנה בהתאם לנסיבות. כנקודת מוצא אני סבור, כי מחד גיסא, ככל שפגיעתו של כלל נתון בשוויון קשה יותר, כך צריכה לגבור הנטייה נגד אימוץ הכלל, ומאידך גיסא, ככל שקידומו של ערך השוויון גובה מחיר גבוה יותר מבחינת השגתן של מטרות אחרות, כך צריכה לגבור הנטייה נגד אימוץ הכלל השוויוני. לדוגמה, כלל אשר לפיו מי שגרם נזק לאחר לא ישלם פיצויים אם הוא עני יותר מהניזוק, משרת יפה את ערך השוויון, אך עלותו מבחינת מטרת ההרתעה והצדק (המתקן והמתגמל) היא כה קשה, עד כי לא ראוי לאמצו. בנוסף, אני נוטה לסבור, כי הערך של קידום שוויון, כשהוא לעצמו, הוא בעל משקל המשתנה בהתאם לנסיבות. אם תרצו, ניתן לראות זאת כ"מקדם" שיש לתת לערך השוויון לפני איזונו עם ערכים אחרים. מכל מקום, הטיעון במאמר אינו מסתמך על סברה זו. מהאמור עד כאן נובע, שמחויבות לקידום ערך השוויון באמצעות המשפט הפרטי, אינה מחייבת את אימוצו של הכלל השוויוני ביותר. היא מחייבת הכרה בכך שלתוצאותיו החלוקתיות של הכלל יש רלוונטיות, שראוי שבית המשפט ייטה במידת האפשר לאמץ כללים המקטינים אי־שוויון בחברה ואינם מגבירים אותו, שלמטרה של הפחתת פערים בחברה יש ערך אוטונומי ואינטרינזי משל עצמה, ושהיא אינה טפלה להשגת מטרות אחרות. ככלל, מטרת קידום השוויון וצמצום פערים בחברה רלוונטית (כמעט) תמיד[60] אך (כמעט) לעולם אינה מכרעת.[61]

על אלו המפתחים את דיני המשפט הפרטי מוטלת אפוא חובה לשקול את תוצאותיו החלוקתיות של הכלל, כנגד ערכים אחרים, אך לא מוטלת עליהם חובה לאמץ כלל פלוני בשל היותו הכלל השוויוני ביותר. יש לזכור כי גם אין מדובר במצב של "הכול או לא כלום". ראשית, ייתכן שישנו רצף של כללים חלופיים השונים זה מזה במידה שבה הם מקדמים שוויון וייתכן שתוצאת האיזון תהיה אימוץ כלל ביניים. שנית, בעיקר בשל האופי הערכי־סימבולי־מחנך של החוק, וחשיבותה של ההנמקה,[62] לעתים יהיה די בכך שההנמקה תביע מודעות לתוצאות החלוקתיות הלא אידאליות של הכלל ותסביר מדוע הוא אומץ. בכך, לדעתי, יהיה משום ביסוס חשיבות ערך השוויון בחברה, ושליחת מסר לקבוצות שוליים בחברה שהאינטרסים שלהם מובאים בחשבון. מגישתי תלוית ההקשר נובע כי לא ניתן לספק נוסחת פלא המציעה כיצד ליישב את ערך קידום השוויון עם מטרות אחרות של המשפט הפרטי. יש לפתח מחקר הבוחן סוגיה זו באופן פרטני. אחת ממטרותיי במאמר היא להוכיח, באמצעות אזכורן של סוגיות שונות מתחומי המשפט הפרטי, כיצד רגישות חלוקתית יכולה להנביע מסקנות דוקטרינריות אפשריות. עם זאת, בשל קוצר היריעה אין ברצוני לנסות ולבסס מסקנות אלו. מטרת הדוגמות היא להצביע על דרך הניתוח הראויה, בהתחשב בקיום השאיפה לקדם שוויון מחד גיסא, ובמגבלות שאיפה זו מאידך גיסא.

---

60. יושם אל לב כי מהעובדה שהמטרה רלוונטית לא נובע שהיא תמיד תהא בת השגה.
61. במאמר זה לא אתייחס לשאלה אם ישנם מצבים שבהם שיקול קידום השוויון אינו שיקול רלוונטי או ראוי, ואם ישנם מצבים שבהם השיקול חייב לקבל עדיפות מכרעת.
62. ראו להלן פרק ד, פסקה 3(ב)(2). במיוחד ראו להלן הערה 220 והטקסט הסמוך לה.

במידה רבה הגישה המוצעת כאן תואמת את הגישה הנהוגה בתחומי המשפט הציבורי. גם שם ערך השוויון מאוזן עם ערכים אחרים והוא זוכה למשקל שונה בנסיבות שונות.[63] עם זאת, אין להסיק מתוצאות האיזון במשפט הציבורי בדבר התוצאות הראויות במשפט הפרטי. ראשית, המובן הרלוונטי של שוויון במשפט הציבורי שונה מזה המוצע במאמר זה ורחב ממנו.[64] שנית, הערכים אשר כנגדם יש לאזן את ערך השוויון הם שונים. שלישית, גם המשקל היחסי של עקרון השוויון (שכיניתי אותו לעיל כ"מקדם" השוויון), סביר שיהיה שונה בשתי הסיטואציות (כאשר הנטייה תהיה לתת לו משקל נמוך יותר במסגרת המשפט הפרטי).

טענתי, שניתן וראוי לקדם שוויון באמצעות המשפט הפרטי אינה גורפת בשני מובנים נוספים מלבד התובנה שראוי לאזן את ערך השוויון עם ערכים אחרים: ראשית, איני טוען כי המשפט הפרטי הוא הכלי הראוי או האפקטיבי ביותר לקידום שוויון. אינני טוען, כמובן, כי יש לתת לו מעמד בלעדי או בכורה כלשהי במאבק הנמשך לקידום שוויון בחברה. שנית, אני חף מאשליות לגבי יכולתו המוגבלת של המשפט הפרטי לקדם שוויון. משיקולים אחדים, בעיקר מערכתיים, אך גם אחרים, כוחו של המשפט הפרטי לקדם שוויון מוגבל. עם זאת, מכך לא נובעת המסקנה כי אין המשפט הפרטי יכול כלל להביא לשיפור חלוקתי כלשהו, וכי אין מוטלת חובה על כל העוסקים בפיתוח המשפט הפרטי לנסות ולקדם במידת האפשר את עקרון השוויון, וזאת לפחות כל עוד החברה תופסת עצמה כמושתתת על אתוס שוויוני.

(ב) ארבע טענות עיקריות נגד השאיפה האיגליטרית

אחד הדיונים המרתקים בספרות התאורטית של המשפט הפרטי דן בשאלה אם המשפט הפרטי יכול לקדם מטרות חלוקתיות, ואם ניסיון כזה הוא לגיטימי, ראוי, אפשרי ואפקטיבי.[65] באופן ספציפי, חילוקי הדעות מתמקדים בשימוש האפשרי במשפט הפרטי

---

63. ראו זמיר וסובל (לעיל, הערה 13), בעמ' 213.

64. ראו לעיל פסקה 2.

65. לספרות התומכת בתפקיד חלוקתי למשפט הפרטי ראו לדוגמה: Robert L. Hale, "Coercion and Distribution in a Supposedly Noncoercive State", 38 *Pol. Sci. Q.* (1923) 470; Robert L. Hale, "Bargaining, Duress, and Economic Liberty", 43 *Colum. L. Rev.* (1943) 603; Anthony T. Kronman, "Contract Law and Distributive Justice", 89 *Yale L. Rev.* (1980) 472; Hugh Collins, *Regulating Contracts* (Oxford University Press, 1999) pp. 277-278; Hanokh Dagan, *Unjust Enrichment : A Study of Private Law and Public Values* (Cambridge University Press, 1997) (להלן: Hale 1); Hanokh Dagan, "The Distributive Foundation of Corrective Justice", 98 *Mich. L Rev.* (1999) 138; Hanokh Dagan, "Takings and Distributive Justice", 85 *Vir. L. Rev.* (1999) 741; Hanokh Dagan, "Just Compensation, Interests and Social Meanings", 99 *Mich. L. Rev.* (2000) 134 (להלן: Dagan 1). לגישות המבקרות את הניסיון האמור, ראו לדוגמה: (להלן: Dagan 2).

כמכשיר לקדם חלוקה פרוגרסיבית של עושר – העברתו מהעשירים לעניים – או לקדם באופן אחר את חלקם ומצבם של חברי קבוצות שוליים.[66]

Louis Kaplow and Steven Shavell, "Why (לעיל, הערה 52), בעמ' 36-37, 211; Weinrib the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income", 23 *J. Legal Stud.* (1994) 667 (להלן: Kaplow and Shavell I); Louis Kaplow and Steven Shavell, "Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income", 29 *J. Legal Stud.*(2000) 821 (להלן: Kaplow and Shavell II); Alan Schwartz, "Products Liability and Judicial Wealth Redistributions", 51 *Ind. L. J.* (1976) 558; Elizabeth Anderson, "Compensation Within the Limits of Reliance Alone", *Compensatory Justice* (John W. Chapman ed., New-York University Press, 1991) 178; Robert E. Goodin, "Compensation and Redistribution", *Compensatory Justice* (John W. Chapman – ed., New-York, 1991), 143; Stephen D. Sugerman, "Doing Away with Tort Law", 73 *Cal. L. Rev.*, 555 p. 594, note 176; Joanne Conaghan and Wade Mansell, *The Wrongs of Tort* (Pluto Press, 1999).

66. D. Card and A. B. Kruger, *Myth and Measurement: The New Economics of the Minimum Wage* (Princeton University Press, 1995); Robert G. Lee, "Rent Control — The Economic Impact of Social Legislation", *12 Oxford J. Legal Stud.* (1992) 543; Ken Cooper-Stephenson, "Corrective Justice, Substantive Equality and Tort Law", *Tort Theory* (Ken Cooper-Stephenson and Elaine Gibson eds., Captus University Publications, 1993) 48; Ken Cooper-Stephenson, "Economic Analysis, Substantive Equality and Tort law", *Tort Theory* (Ken Cooper-Stephenson and Elaine Gibson eds., Captus University Publications, 1993) 131; Ted DeCoste, "Taking Torts Progressively", *Tort Theory* (Ken Cooper-Stephenson and Elaine Gibson eds., Captus University Publications, 1993) 240; Richard L. Abel, "A Critique of Torts", 37 *UCLA L. Rev.* (1990) 785, pp. 822-831; Duncan Kennedy, "Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power", 41 *Md. L. Rev.* (1982) 563 (להלן: "Kennedy"); Duncan Kennedy, "Law-and-Economics from the Perspective of Critical Legal Studies", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (vol. 2, Peter Newman, ed., Stockton Press, 1998) 465 (להלן: "Kennedy I"); Richard Delgado, "Words that Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling", 17 *Harv. C. R.-C.L. L. Rev.* (1982) 133 Hale 1; (לעיל, הערה 65); Hale 2 (לעיל, הערה 65); Christine Jolls, "Behavioral Economics Analysis of Redistributive Legal Rules", 51 *Vand. L. Rev.* (1998) 1653 Kaplow and Shavell I (לעיל, הערה 65); Kaplow and Shavell II (לעיל, הערה 65).

נקודת המוצא של הדיון היא שגם אם קיימת שאיפה חברתית לקדם שוויון, ישנם כמה טעמים המצדיקים לכאורה גישה שיש לקדם שוויון רק בתחומי המשפט הציבורי וזאת באמצעות מערכת המסים והחלוקה (להלן: דיני המסים). על פי גישה זו, ישנם ארבעה טעמים טובים מדוע אין לנסות לקדם שוויון באמצעות המשפט הפרטי: טיעון הרנדומליות, טיעון הלגיטימיות, טיעון היעדר האפקטיביות וטיעון העלות המוגזמת. יצוין כי טיעונים אלו חופפים במידה מסוימת זה את זה והחלוקה המוצעת נעשית לצורכי נוחות אנליטית בלבד. שני הטיעונים הראשונים גורסים שקידום שוויון באמצעות המשפט הפרטי אינו ראוי (גם בהנחה שהוא אפשרי וכדאי). שני הטיעונים האחרונים גורסים שקידום שוויון באמצעות המשפט הפרטי אינו אפשרי[67] ומכל מקום אינו כדאי[68] (גם בהנחה שהוא ראוי).

טיעון הרנדומליות. נימוק מרכזי שבו דנתי במקום אחר[69] וניסיתי להראות כי אינו משכנע, הוא שקידום שוויון באמצעות משפט פרטי אינו הוגן כיוון שהוא פועל באופן רנדומלי. רק חלק מאלו שהיינו רוצים שישתתפו בחלוקה־מחדש – בין כמקבלים ובין כנותנים – ישתתפו בפועל בחלוקה־מחדש באמצעות המשפט הפרטי.[70] יתרה מזו, אפילו אלו שישתתפו, יעשו זאת בשיעור שונה מהשיעור האידיאלי שאותו מבקשת החברה להשיג. טיעון זה, אף שיש בו ממש, אינו מצדיק הימנעות משימוש במשפט הפרטי כאחד מהכלים להשגת מטרות חלוקתיות. אין לנו סיבה א־פריורית להניח שתוצאת החלוקה־מחדש של כלל חלוקתי תהיה רחוקה יותר מהחלוקה האידיאלית, מהחלוקה הראשונית לפי כלל משפטי שאינו מתעתד להביא לידי חלוקה־מחדש.[71] למעשה, הצבעתי על כמה טעמים המלמדים שיש סיכוי גבוה שאותה חלוקה־מחדש תהיה קרובה יותר לאידיאל החברתי, בין כתוצאה ישירה מהחלת הכלל החלוקתי ובין בעקבות התערבות של חקיקה מאוחרת שהכלל החלוקתי יוליד.[72]

טיעון הלגיטימיות גורס כי קידום שוויון באמצעות המשפט הפרטי מעורר בעיות לגיטימיות, ככל שעיצוב כללי המשפט הפרטי נעשה בידי הרשות השופטת. זאת, כיוון ששופטים אינם נבחרים, בשעה שהשגת מטרות חלוקתיות היא פעולה פוליטית באופייה, שראוי שתיעשה בידי הרשויות הנבחרות.

טיעון חוסר האפקטיביות גורס שבשל שורה של בעיות מושגיות־ערכיות, עובדתיות ומערכתיות־מבניות, המשפט הפרטי אינו מסוגל כלל לקדם את התוצאה החלוקתית שהחברה מעוניינת שהוא יקדם.[73] חלופה אחת של נימוק זה היא חוסר יכולת להביא לידי

---

67. זוהי הגרסה החזקה (אך הפחות סבירה) של טענת היעדר האפקטיביות.
68. מסקנת חוסר הכדאיות מתבססת על טיעוני היעדר האפקטיביות והעלות המוגזמת, ולמעשה על שילוב שתי טענות אלו.
69. ראו: Keren-Paz (לעיל, הערה 47).
70. להצגה אחת של הטיעון ראו: Goodin (לעיל, הערה 65).
71. למתודולוגיה של השוואה כזו ראו תת־פסקה 3(ג) להלן, טקסט הסמוך להערה 80.
72. ראו להלן פרק ג, פסקה 5(ב)(1).
73. ראו לדוגמה: Schwartz (לעיל, הערה 65), בעמ' 565-571; אריאל פורת, "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני חוזים של ישראל", **עיוני משפט** כב(3) (תשנ"ט/ תש"ס) 641, בעמ' 654-655.

התוצאה הרצויה. חלופה אחרת היא החשש שהניסיון לקדם את המטרה החלוקתית הראויה יביא בסופו של דבר לידי תוצאה חלוקתית גרועה יותר מהמצב הקיים שאותו ניסה המשפט הפרטי לשפר. להלן אכנה טיעון זה, על שתי חלופותיו, כ"טיעון היעדר האפקטיביות", ואת החלופה השנייה אכנה "טיעון הבומרנג".[74] במאמר זה לא אתייחס בהרחבה לטיעון היעדר האפקטיביות.[75] טענתי היא כי טיעון זה מצביע נכונה על מגבלות השימוש במשפט הפרטי כדי לקדם שוויון, אך הוא אינו משכנע כטעם לדחיית השאיפה האמורה. למשפט הפרטי יש יכולת מוגבלת אך חשובה לקדם שוויון בחברה; מידת יכולתו של המשפט לקדם שוויון ומידת הרציות של ניסיון כזה תלויה בנסיבות ולא ניתן לתת תשובה גורפת לשאלות אלו.

טיעון העלות המוגזמת גורס שלא רצוי לנסות לקדם שוויון באמצעות המשפט הפרטי, בשל עלותו המוגזמת של ניסיון שכזה מבחינת היכולת לקדם מטרות אחרות שהמשפט הפרטי חפץ ביקרן. כלומר גם אם ניתן להביא לידי תוצאה חלוקתית, שהיא עצמה מהווה שיפור לעומת המצב הקיים, השגתה באמצעות השימוש במשפט הפרטי בזבזנית מדי מבחינת הפסד היכולת לקדם מטרות אחרות של המשפט הפרטי, כגון קידום חירותם של הפרטים, השגת יעילות וכדומה. לנוכח האפשרות לקדם שוויון באמצעים חלופיים, שעלותם זולה יותר מבחינת הפסד היכולת להשיג מטרות אחרות, הרי ראוי שהמשפט הפרטי יימנע מיומרה לקדם מטרות חלוקתיות.

הסיבה לכך שהדיון במאמר זה מתמקד רק בטיעוני הלגיטימיות והעלות המוגזמת נובעת מאילוצי זמן ומקום בלבד.[76] בשל מורכבות טיעון היעדר האפקטיביות ורגישותו המיוחדת להקשר הדברים, הדיון בו ייערך במאמר נפרד.

(ג) הגדרת השוויון ובעיות מתודולוגיות נלוות

(1) הגדרה

מאמר זה אינו מתמקד בהגדרת השוויון שאמור המשפט הפרטי לקדם. בלא ספק ישנן דעות שונות בעניין זה, ובשם ערך השוויון מקודמות תיאוריות פוליטיות שונות והחלטות שיפוטיות מנוגדות.[77] אני תומך בתפיסת שוויון מהותי, המייחסת חשיבות להשתייכות הקבוצתית של הפרט, המבינה את המושג באופן יחסי והמדגישה את יחסי הגומלין והמתח

---

74. טיעון הרנדומליות חופף באופן חלקי את טיעון היעדר האפקטיביות בטוענו, שהתוצאה של קידום שוויון באופן חלקי נחותה מהשארת המצב כמות שהוא. כאמור אני דוחה טענה זו ובהמשך אתייחס אליה ככל שהדבר דרוש לצורכי טיעוניי במאמר זה.

75. להתייחסות חלקית ראו להלן פסקה 3(ג)(2), הערות 97, 147 ופרק ג, פסקה 5(ב).

76. לדיון ראשוני שלי בארבעת הטיעונים ראו: Tsachi Keren-Paz, *The Limits of Private Law: Tort Law And Distributive Justice* (York University, D. Jur. dissertation, 2000), pp. 139-232.

77. לסקירת גישות שונות לשוויון ראו לדוגמה: Dworkin (לעיל, הערה 3) בעמ' 297-301. (סקירת תפיסות שוויון המבוססות על גישה ליברטריאנית, רווחה, שוויון חומרי ושוויון משאבים).

בין חברויות בקבוצות שוליים שונות, הקוראת להכרה ולהתייחסות לשוני במקום לנסות להעלים אותו, המשלבת שוויון הזדמנויות מהותי עם ניסיון לצמצם (אך לא להעלים) פערים בתוצאה הסופית של חלוקת המשאבים בחברה.[78] ברצוני להבהיר היבטים אחדים של תפיסת שוויון זו, שלטענתי על המשפט הפרטי לקדם. ראשית, היא חלוקתית ויחסית באופייה. היא מתמקדת בניסיון לצמצם פערים בין חזקים לחלשים בחברה. שנית, אני משתמש במונח "משאבים" במובן רחב, הכולל לא רק הכנסות, אלא גם מעמד חברתי (סטטוס), כוח, חירות חיובית ושלילית, כבוד (dignity) וכבוד עצמי (self dignity). שלישית, יש חשיבות לזיקה בין הפער הקיים בין הצדדים הטיפוסיים לאינטראקציה לבין חברותם בקבוצות שוליים. לא כל פער מקרי בעוצמתם של הצדדים הוא רלוונטי, אלא פער הנובע מהשייכות המעמדית, המגדרית, האתנית, הגזעית ותכונות כיוצא באלה.

אציין כי גם לתפיסת השוויון הנראית לי ראויה, תפיסה המושתתת על רעיון של חלוקה־מחדש של משאבים, ייתכנו גרסאות שונות. לצורכי הטיעון שאני מפתח במאמר זה, ההכרעה בין הגרסאות השונות של תפיסת השוויון אינה הכרחית וזאת משתי סיבות. ראשית, הטיעון יכול לתמוך בניסיון לקדם תפיסות חלופיות של שוויון. שנית, לתפיסה המדויקת של השוויון אין משקל מכריע לצורכי הטיעון, כיוון שממילא חלק מרכזי בטענתי הוא שיכולת המשפט הפרטי לקדם שוויון היא מוגבלת. לפיכך במקרים רבים תפיסה איגליטרית של משפט פרטי תנביע המלצות דוקטרינריות דומות או זהות, בלי קשר לפרטי תפיסת השוויון.

(2) בעיות מתודולוגיות

תפיסת הניסיון לקדם שוויון כחתירה לחלוקה־מחדש של משאבים (במובנם הרחב שהוסבר לעיל) באופן פרוגרסיבי מעוררת בעיות מתודולוגיות אחדות. כיוון שבעיות אלו כרוכות בעיקר בטענה שחלוקה־מחדש באמצעות המשפט הפרטי אינה אפקטיבית, לא אדון בכך במאמר זה. כיוון שפטור בלא כלום אי־אפשר, ברצוני לעמוד בקצרה על המתודולוגיה לבחינת עדיפותם היחסית של כללים חלופיים מבחינת קידום השוויון. מבחינה מתודולוגית, בחינת רציות תוצאותיו החלוקתיות של כלל נתון צריכה להיעשות בדרך הבאה: המצב החלוקתי הקיים, הסטטוס קוו, לפני פיתוחו של כלל נתון מתחום המשפט הפרטי, הוא חלוקה קיימת "א". המצב לאחר חלוקה־מחדש הנוצרת בשל החלת הכלל החדש הוא "ב". שני מצבים אלו צריכים להיות מושווים למצב חלוקתי היפותטי "ג". מצב היפותטי זה משקף את החלוקה האידיאלית שחברה נתונה חוזה לנגד עיניה. יש לבחון איזה כלל – "א" או "ב" – קרוב יותר ל-"ג". בפשטות, הבחינה היא איזה כלל מביא לידי תוצאה ראויה יותר, כאשר "ג" היא אמת מידה לקביעה מה התוצאה הראויה יותר. לדוגמה, אם אנו סבורים שחירותן של נשים מוגבלת יתר על המידה לעומת חירותם של גברים, הרי עלינו לאמץ כללים המגבירים את חירותן היחסית של נשים.[79]

---

78. לפירוט ראו: Keren-Paz (לעיל, הערה 76), בעמ' 34-42.

79. טעם זה יכול, למשל, להוות נימוק לשלילת חובת הזהירות של נשים בהיריון כלפי ילדיהן העתידים להיוולד, ביחס להתנהגותן במהלך ההיריון. הטעם הוא, שכלל השולל חובת זהירות

גישה זו מעוררת קושי והוא חוסר היכולת להביא לידי התוצאה הרצויה, שהיא, על פי הסיווג שלי, חלק מבעיית חוסר האפקטיביות. מוגבלות זו נובעת מקשיים ערכיים־מושגיים (הקושי לקבוע מהי התוצאה העדיפה מבחינת עקרון השוויון), קשיים עובדתיים (הקושי לקבוע מה יהיו תוצאותיו החלוקתיות של הכלל) וקשיים מערכתיים־מבניים.

קושי אחד הנו עובדתי. לעתים פשוט אין אפשרות לדעת מהן התוצאות החלוקתיות של הכלל. הקושי יכול להיות נעוץ בעובדה שלכלל אין תוצאות חלוקתיות מובהקות, או שישנן תוצאות חלוקתיות, אך אין אפשרות לדעת מהן. ככל שהכלל הנו בעל תחולה רחבה יותר, כך קשה יותר, כמובן, לנבא את תוצאותיו החלוקתיות, כיוון שהוא מתפרס על סוגי מקרים רבים יותר, ולכן קשה לזהות סוג מתדיינים טיפוסי.

קושי שני בהערכת תוצאותיו החלוקתיות של הכלל הוא מושגי־ערכי. לעתים התוצאות החלוקתיות העובדתיות של כלל נתון הן ברורות, אך פרשנותן שנויה במחלוקת. כך הדבר כאשר שני הצדדים הטיפוסיים להתדיינות הם צדדים חלשים, ויש מחלוקת מי חלש יותר. למשל, מי יותר מקופח בחברה האמריקנית, גברים שחורים או נשים לבנות?[80] דוגמה נוספת: כלל השולל חובת זהירות של נשים בהיריון כלפי ילדיהן העתידיים, משפר את רווחתן של נשים לעומת רווחתם של גברים. לעומת זאת הוא גם מקטין את רווחתם של ילדים, לעומת רווחתם של הוריהם. איזו קבוצה חלשה יותר, נשים או ילדים?[81]

התשובה לקשיים אלו היא רב־רובדית אך חלקית. באשר לקושי העובדתי, העובדה שבמקרים מסוימים אין תוצאה חלוקתית מובהקת, או שלא ניתן לדעת מהי, אינה מנביעה את המסקנה שיש להתעלם מההשפעות החלוקתיות כאשר הן ברורות. באשר לקושי המושגי ערכי, ראשית, אין מנוס מהכרעה ערכית בעניין זה, כשם שאין מנוס מהכרעה ערכית בסוגיות טעונות אחרות. מטבע הדברים, יהיו גישות שונות לשאלות אלו, גם בקרב אנשים השואפים לקדם שוויון. שנית, העובדה שלכלל מסוים יש תוצאות חלוקתיות מנוגדות, מקטינה את משקלו היחסי של שיקול קידום השוויון לעומת שיקולים אחרים. שלישית, כשם שישנם מצבים שבהם לא ניתן להכריע, בשל הקושי הערכי, בדבר רציות התוצאה החלוקתית, כך ישנם מקרים, שבהם לא קיים קושי כזה ולפחות בהם ראוי לתת משקל לשיקולי עידוד השוויון. בעיה נוספת היא העובדה שחלוקה דיכוטומית לחזקים ולחלשים משקפת באופן חלקי בלבד את המציאות המורכבת מספקטרום של פערי כוח ועושר יחסיים.

(נניח "א") קרוב יותר לאידיאל של שוויון בחירותם של גברים ונשים ("ג"), לעומת כלל המכיר בקיומה של חובת זהירות ("ב"). להסבר של הטענה (לרבות התחשבות באינטרסים של הילדות והילדים הנולדים תחת משטרי האחריות השונים). ראו להלן הערה 197 והטקסט הסמוך לה; Keren-Paz (לעיל, הערה 76), בעמ' 281-284.

80. בעיה זו ידועה בספרות בתור intersectionality. ראו לדוגמה: Sheila McIntyre, "Backlash Against Equality: The 'Tyranny' of the 'Politically Correct'", 38 *McGill L. J.* (1993) 1, p. 2 note 4.

81. כפי שאני טוען להלן בהערה 197, למעשה, העימות בין קבוצת הנשים וקבוצת הילדים בסוגיה זו, הוא מדומה בלבד.

כך, תחת כלל מסוים עשוי אותו מתדיין פוטנציאלי להיות צד חזק בסוג התדיינות אחד וצד חלש בסוג התדיינות אחר. לכך מתקשרת בעיית הכללת היתר והחסר של כללים חלוקתיים. משיקולים שיובהרו להלן,[82] ההתחשבות בשיקול השוויון כהגדרתו כאן צריכה להיעשות, עקרונית, בעת עיצוב כלל בעל תחולה רחבה יחסית ולא בכל התדיינות, אד־הוק. הצורך בהכללה מסוימת מביא לידי כך, שכל כלל שייבחר ילקה במידה מסוימת של הכללת יתר וחסר. ברם, בהתחשב בעלויות של שיטת הכרעה אד־הוק ובהנחה שאצליח לשכנע בטיעוני ששיקול השוויון ראוי שיישקל, הרי די להראות שכלל מסוים הוא רצוי מבחינת תוצאתו החלוקתית הכוללת, כדי לתמוך בו מבחינת שיקול השוויון. זאת, אף אם ניתן להצביע על סיטואציות ספציפיות שבהן הכלל יביא לידי תוצאה חלוקתית הפוכה מהמקווה.

דיון מקיף בסוגיה זו לא ייעשה במאמר זה ומטרתי כאן אינה להשיב על השאלה הקשה, מהי ההגדרה הממצה של עני/עשיר וחזק/חלש.[83] עם זאת, ניתן לחשוב על הגדרות הנותנות מענה פרקטי לקושי האמור[84] ובוודאי ניתן למצוא דוגמות שבהן תהיה מחלוקת מעטה מהי התשובה הנכונה לשאלה מי הצד החזק ומי הצד החלש. כך, למשל, נקודת המוצא צריכה להיות כי כלל בעל השפעה חלוקתית שלילית על נשים (בהשוואה לגברים) הוא כלל רגרסיבי;[85] מסקנה דומה מתבקשת ביחס לכלל בעל השפעה חלוקתית שלילית על מיעוטים אתניים (לעומת קבוצת הרוב).[86] אולם בהתחשב בשאיפה (או בכורח) לשמור על רמה מינימלית של הכללה יש להביא בחשבון את האפשרות של תוצאות חלוקתיות מנוגדות ולשקללן כך שמבחינה חלוקתית יועדף הכלל שתוצאתו החלוקתית הכוללת היא הטובה ביותר.[87]

---

82. להלן פרק ד, 2.

83. ההתעלמות משאלת ההגדרה מיהו עני/עשיר, חזק/חלש רווחת בספרות הרלוונטית הן בקרב התומכים בתפקיד חלוקתי למשפט הפרטי והן בקרב המתנגדים. ראו לדוגמה את מאמריהם של Kaplow and Shavell I (לעיל, הערה 65); Kaplow and Shavell II (לעיל, הערה 65); Schwartz (לעיל, הערה 65) וספרו של Weinrib (לעיל, הערה 52) בצד המתנגדים, ואת מאמריהם של Kronman (לעיל, הערה 65) ו-Jolls (לעיל, הערה 66) בצד התומכים.

84. לעניין הגדרת עני ועשיר ניתן לחשוב על מבחן הכנסה. ראו לדוגמה להלן, הערה 187. דיון ביתרונות ובחסרונות מבחן שכזה ובדרכים לעיצובו ועידונו חורגות מתחום מאמר זה. לניתוח המתבסס על זיהוי צדדים כחזקים וחלשים ולהסבר הסיווג שנבחר ראו להלן פרק ד, פסקה 4(ד)(2ג).

85. דוגמות לכללים כאלו ידונו להלן בהערות 96-97 והטקסט הסמוך להן; בהערה 197 והטקסט הסמוך לה, ובפרק ד, פסקה 4(ד)(2א).

86. דוגמה לניתוח חלוקתי כזה ניתן למצוא במאמרו של חנוך דגן, "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קנייני חדש", **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ז** (פרופ' אריאל רוזן־צבי ז"ל – עורך, הוצאת פפירוס, תשנ"ו) 673, בעמ' 724-727.

87. על קשיים דומים ודרכים אפשריות לפתרונן אני עומד ב-Keren-Paz (לעיל, הערה 38).

לבסוף, ברצוני לציין כי מובן שמי שאינו חולק עמי את השאיפה לצמצם פערים בחברה יתנגד לשימוש במשפט הפרטי לקידום מטרה זו. הטיעון במאמר זה (ובמקומות נוספים[88]) נועד להתמודד עם הטענה, שגם בהינתן הסכמה לכך שהמטרה החלוקתית של צמצום פערים היא ראויה, השימוש במשפט הפרטי כמכשיר להשגת מטרה זו אינו ראוי ממספר סיבות. לבחינת שתיים מסיבות אלו אפנה עתה.

ג. לגיטימיות

1. הצגת הטיעון

ההכרעה בדבר אופן חלוקת המשאבים בחברה היא פוליטית במהותה. על כן הטענה היא שמן הראוי שהיא תיעשה בידי המחוקק ולא בידי הרשות השופטת שאינה נבחרת. ואכן, ביקורת כגון זאת נשמעת הן מצד מלומדים כמו ארנסט וינריב (Ernest Weinrib), הדוחים באופן כללי תפיסות אינסטרומנטליות למשפט הפרטי והן מצד אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט כמו אלן שוורץ (Alan Schwartz).

ויינריב טוען כי הבחירה של חלוקה מסוימת מבין חלופות אפשריות מצריכה התייחסות למטרה קולקטיבית חיצונית למבנה של צדק מתקן וכזאת היא פוליטית. הכרעה חלוקתית ספציפית צריכה להיעשות על ידי מוסדות נבחרים כיוון שהיא משפיעה על האינטרסים של פרטים שונים בחברה. שופטים, אשר אינם נבחרים בידי העם והמוגבלים במגבלות מוסדיות של ההליך השיפוטי אינם כשירים לבחור חלוקה ספציפית מבין חלוקות אפשריות. ובלשונו של ויינריב:[89]

> A particular distribution is the product of political institutions that have the capacity and authority to evaluate the full range of possible distributions, and that are accountable for their choices from among those possibilities. Hence, considerations of institutional competence and electoral responsibility figure prominently in discussions of limits of the legal process. Since no particular distribution can be excluded ab initio, competence and accountability must be of a global character. The authorization of some distributions and the rejection of other involve decisions about the interests of all members of the community. Those responsible for these decisions should correspondingly be answerable to all. Judges, who have limited control over their own agendas, who see controversy through the

88. שם; ראו גם: Keren-Paz (לעיל, הערה 47); וראו: Keren-Paz (לעיל, הערה 76).
89. Weinrib (לעיל, הערה 52), בעמ' 211.

> prism of bipolar argument, who must funnel the effects of their judgments through litigants, and who are relatively insulated from accountability to the community, are not appropriately situated to select from among possible distributions.

אלן שוורץ טוען, שבעוד מטרת השאת העושר בחברה היא מטרה "ניטרלית" ולא פוליטית, הרי הכרעות חלוקתיות הן פוליטיות במהותן ולכן ככלל ראוי שלא ייעשו בידי הרשות השופטת. שוורץ טוען כי כללים שמטרתם חלוקתית יכולים רק להיבחר מבין סט של אופציות של כללים חלוקתיים חלופיים ולא להיגזר מהמטרות החלוקתיות שעומדות בבסיס הכללים החלוקתיים שנבחרו, משום ששיקולים חלוקתיים הם טעונים ערכית ולכן לכלל חלוקתי נתון יש, עקרונית, יותר חלופות אפשריות מלכללים שמטרתם לא חלוקתית. ובלשונו של שוורץ:[90]

> Distributional rules, in sum, are not so much derived from basic premises as chosen from among the many possibilities each premise yields for resolving particular problems. Courts cannot "rationally" adopt them… when the essence of decision is choice, not derivation, American society follows the democratic method.

שיקול הלגיטימיות הוא בעיניי החלש מבין ארבעת הטיעונים נגד השימוש במשפט הפרטי להשיג מטרות חלוקתיות. אני סבור כי הטיעון חלש במיוחד בהתחשב בשיטה, בתרבות ובאתוס המשפטיים בארץ. ראשית, לכאורה יש לטיעון משקל רב יותר בשיטות משפט מקובל שבהן ישנה הפרדה חדה בין דין חקוק ובין דין יציר פסיקה. בארץ, חלקים ניכרים מהמשפט הפרטי הם חקוקים ולכן טיעון המתבסס על היעדר לגיטימיות בפיתוח שיפוטי עצמאי של דוקטרינות במשפט הפרטי מאבד מעוקצו. אם מקורו הנורמטיבי של הכלל החלוקתי הוא חקוק, או למצער אם ההנחיה החקיקתית מאפשרת פיתוח של כלל חלוקתי שכזה, ממילא נחלשת הטענה שהרשות השופטת עוסקת בנושא שנמצא מחוץ למתחם הלגיטימיות שלה. אחת משתיים: או שהכלל החלוקתי הוכתב על ידי המחוקק, או שהוא נוצר בגדר הפעלת שיקול דעתו של בית המשפט, שיקול דעת שהוא לגיטימי, בהנחה

90. Schwartz (לעיל, הערה 65), בעמ' 64. אני חולק על הבחנה זו של Schwartz – בין שיקולי יעילות הניתנים לגזירה ובין שיקולים חלוקתיים שאינם ניתנים לגזירה – מנימוקים המוסברים במקום אחר. ראו Keren-Paz (לעיל, הערה 76), בעמ' 208-209. די להזכיר שהמחלוקת בין אנשי ניתוח כלכלי בדבר סוגיות מרכזיות בניתוח כלכלי (כגון עדיפותם של כללי אחריות וכללי קניין), מטילה ספק רציני בדבר היכולת לגזור כללים משיקולי יעילות.

שהפרשנות שבחר בה בית המשפט נמצאת במתחם הפרשנות הלגיטימי של הנורמה. זאת ועוד, העובדה שכללי פרשנות החקיקה בארץ כוללים חזקת תכלית כללית של קידום שוויון,[91] מאפשרת להחיל חזקה זו גם בפרשנות הנורמה של המשפט הפרטי התומכת בכלל חלוקתי. שנית, אין לדעתי מחלוקת רצינית בפסיקה בארץ בדבר המטרה האינסטרומנטלית של המשפט כמכשיר להשגת יעדים חברתיים.[92] שיטה המתיימרת לשפוט את כלליה המשפטיים גם על פי תוצאותיהם אינה יכולה, כמובן, להתעלם מתוצאותיו החלוקתיות של הכלל. יתרה מזו, ידועה גישתו של נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק, אשר לפיה ערכי המשפט הציבורי, לרבות שוויון, נקלטים (באופן עקיף) דרך מושגי שסתום של המשפט הפרטי כגון סבירות, תום לב ותקנת הציבור.[93] אני סבור שבשל ארבע סיבות, שיפורטו בארבע הפסקות הבאות, טענת היעדר הלגיטימיות אינה משכנעת כסיבה להימנע מלנסות להשיג תוצאות חלוקתיות באמצעות המשפט הפרטי: האופי הפוליטי והחלוקתי הבלתי נמנע של ההכרעות השיפוטיות, חולשתה של הביקורת בדבר הבעייתיות הכרוכה במעורבות בתי המשפט בהכרעות פוליטיות מבחינת הצדק הפרוצדורלי, כוח המחוקק לשנות את הכרעות בתי המשפט והמתח בין צדק פרוצדרולי למהותי.

2. הברחיות התוצאות החלוקתיות של קביעת כללים משפטיים והאופי הערכי־פוליטי של הרשות השופטת

התשובה הראשונה לטענת היעדר הלגיטימיות מבוססת על ההבנה שהתוצאות החלוקתיות של אקטים שיפוטיים הן בלתי נמנעות ועל התובנות של הריאליסטים וממשיכיהם.[94] לדיני המשפט הפרטי, כמו לכל כלל משפטי, יש תוצאות חלוקתיות בלתי נמנעות. כללי המשפט מחלקים חבויות וזכאויות, עושר, סטטוס, חירות ורווחה בין נמעניהם. חשוב לשים לב שתוצאות חלוקתיות אלו הן בלתי נמנעות. הענקת זכאות לחוג תובעים פוטנציאליים בהכרח גורעת מזכאותו של חוג הנתבעים הפוטנציאליים. על פי התיאורמה של קוז (Coase), בהיעדר הוצאות עסקה, לכלל המשפטי לא יהיו תוצאות מבחינת השגת התוצאה היעילה.[95] אולם גם במצב כזה תהיה לכלל תוצאה חלוקתית. המציאות של קיום הוצאות העסקה אינה משנה, כמובן, את האופי הבלתי נמנע של התוצאות החלוקתיות של הכלל המשפטי. שלילת חובת זהירות מיטיבה את מצבם של מזיקים פוטנציאליים ומרעה את מצבם של ניזוקים פוטנציאליים. קביעה כי לרותי נחמני יש זכות להשתמש בביציות המופרות על אף היעדר הסכמתו הנמשכת של בעלה,[96] מיטיבה את מצבה של רותי נחמני

---

91. ראו לעיל הערות 14 ו-58 והטקסט הסמוך להן.
92. לאסמכתות ראו לעיל הערות 53-55 והטקסט הסמוך להן.
93. ראו ע"א **קסטנבאום** (לעיל, הערה 27), בעמ' 530.
94. ראו להלן הערות 105-108 והטקסט הסמוך להן; לעיל הערה 7 והטקסט הסמוך לה.
95. Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost", 3 *J.L. & Econ.* (1960) 1.
96. ראו דנ"א 2401/95 **ר' נחמני נ' ד' נחמני**, פ"ד נ(4) 661. פרשת **נחמני** ראויה בעיני לניתוח חלוקתי, לא רק משום שהיא מערבת באופן טיפוסי נשים לעומת גברים בחברה שבה המעמד,

על חשבונו של דני נחמני ומיטיבה לכאורה את מצבן של נשים במצב דומה, או נשים בכלל, על חשבון גברים במצב דומה או גברים בכלל.[97] קביעה כי שיקול הדעת שלא להורות על

הכוח והסטטוס של נשים נחות לעומת זה של גברים, אלא בשל העובדה שחוסר הסימטרייה הביולוגי בהליך ההפריה, הופך נשים באופן טיפוסי להיות פגיעות במיוחד בהתדיינות לגבי גורל הביציות המופרות. השוני בהשקעה הנדרשת משני הצדדים במהלך הטיפול, בכאב הפיזי, בחודרנות ובעלות הנפשית של טיפולי פריון לאישה, הופכים אותה באופן שיטתי לפגיעה לעומת הגבר. ניתן, כמובן, לחשוב גם על מקרים חריגים, אולם ככלל, נחיתות הנשים בהליך ברורה. שוני ביולוגי זה מחייב גישה של שוויון מהותי, המביאה בחשבון את השוני ולכן יוצרת כלל שאינו בהכרח סימטרי מבחינת היכולת להמשיך בהליך באופן חד־צדדי.

לכאורה נראה שניתוח כזה, המביא בחשבון את חוסר הסימטרייה הטיפוסי בין גברים לנשים ההופך את אינטרס ההסתמכות של נשים לפגיע במיוחד, יבקר במיוחד (או לכל הפחות) את גישת השופט ברק. כל שופטי המיעוט, לרבות השופט ברק סברו כי כלל ברירת המחדל דורש הסכמה נמשכת של שני הצדדים. בנוסף, השופט ברק גרס כי מכוח עקרון תקנת הציבור אין תוקף להתחייבות מפורשת מראש של הבעל כי ניתן יהיה להמשיך בהליך גם בהיעדר הסכמתו הנמשכת. ראו שם, בעמ' 790. קביעה כזאת פוגעת באורח אנוש ובלתי מוצדק באינטרס ההסתמכות של נשים, חושפת אותן לסחטנות במקרה של פירוד ומפגינה חוסר רגישות מצער לערכי האוטונומיה והשלמות הגופנית של נשים, כיוון שהיא שוללת מהאישה כל אפשרות למנוע, בהסכם מראש, מצב שבו ההתערבות החודרנית והכואבת בגופה תיעשה לשווא. גישה זו מחייבת את האישה להתחבט בדילמה אכזרית בין היעדר יכולת להביא ילד לעולם, לבין כפיפות לטיפול פולשני שיכול להיהפך חסר ערך בכל עת, על פי גחמת בן זוגה, בלא שניתנת לה כל אפשרות משפטית להגן על האינטרסים הנכבדים שלה. על פי ניתוח זה, לא מאזן הצדק במקרה האינדיבידואלי (כגון היעדר חלופה להיהפך לאם) הוא הגורם הדומיננטי המצדיק היענות לבקשתה של האישה, אלא ההבנה שכלל הפוך (לכל הפחות בגרסתו של השופט ברק) מחריף באופן שיטתי וחמור את פערי הכוח שבין גברים לנשים בחברה. מטבע הדברים, ניתוח חלוקתי מקיף של הכלל שנקבע בפרשת **נחמני** מצריך מאמר נפרד. ניתוח כזה יצטרך לבדוק האם יש הצדקה להתחשב בשיקול של קידום מעמד נשים בפתרון הקונפליקט הטיפוסי במקרים כגון אלו, מהו הסעד הראוי שמצדיק הניתוח החלוקתי שתיאור מהלכו התמציתי הובא לעיל והאם כלל "רותי" (ואם כן, איזו וריאציה שלו) יביא לידי התוצאה המקווה של שיפור מעמד נשים בחברה.

97. במסגרת טיעון היעדר האפקטיביות, שאיני דן בו במאמר זה, רווחת הטענה כי ניסיון להתערב לטובת צד חלש לא יביא לידי התוצאה המקווה ולעתים יביא אף לידי תוצאה הפוכה. ראו לדוגמה פורת (לעיל, הערה 73), בעמ' 655. בדוגמת **נחמני**, הטענה היא שכלל "רותי" ירתיע גברים מלהשתתף בתהליך ההפריה. תשובה חלקית לטענה כללית זו, היא שבאופן טיפוסי, התערבות לטובת צד חלש, תביא לידי שיפור במצבם של חלק מחברי הקבוצה המוגנת (בדוגמה שלנו, נשים שהחלו את התהליך ועתה מוגנות מפני הפסקת ההליך

הריסת מבנה שנבנה על רכוש משותף הוא מצומצם ביותר,[98] מיטיבה את מצבם של שכנים שומרי חוק, ואולי נקמנים או צרי עין, על חשבון שכנים שאינם שומרי חוק. קביעה כי לנשים יש זכות להשתתף בקורס טיס[99] משפרת את מצבן של נשים לעומת גברים בחברה הישראלית. קביעה כי לערבים יש זכות לגור בישובים שנבנו על אדמת מדינה שהוקצתה לסוכנות היהודית[100] משפרת את מצבם של ערבים ישראלים לעומת יהודים ישראלים (או למצער, לעומת יהודים ישראלים גזענים).

כפי ששתי הדוגמות האחרונות מוכיחות, היות תוצאותיהם החלוקתיות של כללים משפטיים בלתי נמנעות, אינה מוגבלת לשדה המשפט הפרטי. יתרה מזו, במקרים אלו (**מילר** ו**קעדאן**), הושתתה ההחלטה על עקרון השוויון. משמע, לא רק שתוצאתו החלוקתית של הכלל הייתה צריכה להיות ברורה לבית המשפט, אלא היא אף הייתה הכוח המניע מאחורי ההכרעה שהושגה. הקשר בין קידום שוויון לבין תוצאה ומטרה חלוקתית הוא ברור. למעשה, עקרון השוויון מושתת בבסיסו על השאיפה לבטל פערים בלתי מוצדקים בין פרטים – קרי לקידום חלוקה־מחדש איגליטרית ופרוגרסיבית.[101] נשאלת השאלה, אם אמנם אסורה על בית המשפט פעילות חלוקתית־איגליטרית במסגרת המשפט הפרטי בשל שיקולי לגיטימיות, מדוע מותר לבית המשפט, ומדוע הוא אף חייב – וכך מוסכם על הכול מקדמת דנא – לקדם שוויון בתחום המשפט הציבורי? הבה נשווה לדוגמה את פסקי הדין של **מילר** ו**נחמני**: בשני המקרים (לפחות על פי ניתוחי) נתמכו תביעותיהן של אליס מילר ושל רותי נחמני בטענות של שוויון, וברקע של שתי הפסיקות עמדו זכויותיהם היחסיות

באופן חד־צדדי), ותביא להרעת מצבם של חלק אחר מחברי הקבוצה המוגנת (בדוגמה שלנו, נשים שאינן יכולות כעת להשיג את הסכמת בני זוגן להתחיל בתהליך ההפריה, בשל ההרתעה שכלל "רותי" יוצר). ככלל, לא ניתן לתת תשובה א־פריורית, האם יתרונותיו החלוקתיים של כלל מסוים עולים על חסרונותיו. השוו: Richard Craswell, "Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships", 43 *Stan. L. Rev.* (1991) 361, pp. 372-377. בסיטואציות הביציות המופרות, נראה לי שכלל "רותי" רצוי מבחינתן של נשים ממספר סיבות ובהן: ההטיה הפסיכולוגית של "לי זה לא יקרה" שתגרום לגברים להסכים להתחיל בהליך, והפגיעה החמורה באינטרס ההסתמכות של נשים שהחלו את ההליך, לעומת פגיעה באינטרס הציפייה של נשים שלא יכולות להתחיל את ההליך בשל מחסור בבן זוג. לשאלה אם כלל "רותי" יקדם את המטרה החלוקתית של קידום כוחן של נשים בחברה אין תשובה ברורה, אולם ניתן לומר בוודאות כמעט מלאה, שתוצאותיו של כלל כזה תהיינה שונות מתוצאותיו החלוקתיות של כלל "דני". השוני בתוצאות החלוקתיות של הכללים הוא הנקודה הרלוונטית לצורך הניתוח בטקסט.

98. ראו רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199.

99. ראו בג"ץ **מילר** (לעיל, הערה 16).

100. ראו בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258.

101. זו ההגדרה אשר אימצתי, ראו לעיל פרק ב, פסקה 3(ג)(1) והיא גם מתקבעת לאחרונה כגרעינו של עקרון השוויון במשפט הציבורי. ראו בג"ץ **ניב** (לעיל, הערה 22) והטקסט הסמוך לה.

של נשים וגברים. בשני המקרים היו גם שיקולים כבדי משקל נגד קבלת תביעותיהן. מדוע הכרעת בית המשפט לטובת אליס מילר על בסיס ערך השוויון היא לגיטימית (למרות העובדה ששופטים אינם נבחרים) ואילו הכרעת השופטים לטובת רותי נחמני (בהנחה שהכרעה זו נעשתה מתוך שיקולי שוויון) אינה לגיטימית?[102]

זאת ועוד, נראה לי שכמעט כולם מסכימים, שבלי קשר לשאלת צדקת הפסיקה לטובת רותי נחמני, הכרעת הרוב ושיקוליו היו לגיטימיים. האם ייתכן שהנמקה חלופית (בחלקה) המביאה לידי אותה תוצאה והמדגישה את פערי הכוחות בין גברים לנשים בחברה, את נחיתותן של נשים בהליכי פירוד וגירושין ואת חוסר הסימטריה הביולוגי אינה לגיטימית?[103] הבה נניח שאישה במצבה של רותי נחמני הייתה עותרת לבג"ץ ותוקפת את חוקיות חקיקה ראשית או חקיקת משנה הדורשת הסכמה נמשכת של שני בני הזוג במהלך הליך ההפריה החוץ גופית. היעלה על הדעת ששקילת השיקולים החלוקתיים שציינתי לעיל (בין אם הם יתקבלו ובין אם לאו) היא לגיטימית בהליך בפני בג"ץ, אך אינה לגיטימית בדנ"א **נחמני** בהליך שבין שני בני הזוג? אין אבסורד גדול ממתן תשובה חיובית לשאלה זו. הן חיקוק הדורש את הסכמתו הנמשכת של הבעל, והן פיתוח כלל של המשפט פרטי הדורש הסכמה כזו (מכוח דיני חוזים, השתק הבטחה, נזיקין, קניין או כל דין אחר) מביאים לידי תוצאה חלוקתית מסוימת בין גברים ונשים בשל התערבות (או אי־התערבות) המדינה במערכת היחסים שבין הצדדים. נקודה זו תובהר מיד.

עד כה עמדתי על ההכרחיות של התוצאות החלוקתיות של הכללים המשפטיים, המלמדת אותנו שאי־אפשר להימנע מהכרעות חלוקתיות ואין מקום ליומרה שיפוטית להימנע מכך. בנוסף, כעולה מכתביהם של הריאליסטים, מחדל מלפעול והותרת הצדדים להתקשר וליצור אינטראקציות ביניהם בלא הגבלה ובלא התערבות, הוא עצמו סוג של הסדרה על ידי המדינה. גם זוהי החלטה ערכית, פוליטית ולא ניטרלית כמו כל סוג אחר של הסדרה. רוברט הייל (Robert Hale) ומוריס כהן (Morris Cohen) חשפו בכתביהם את הכשל שבדיכוטומיה פרטי/ציבורי ואת יומרת המדינה לניטרליות בהימנעות מהסדרה.[104] הם הראו שבהגנה שהמדינה מעניקה לזכויות קניין, המדינה מקנה תוקף לחלוקת העושר

102. ודוק: ניתן לטעון, שלגוף העניין לא ראוי לקדם שוויון במשפט הפרטי בשל טיעוני הרנדומליות, העלות המוגזמת והיעדר האפקטיביות. אולם במנותק משיקולים אלו, לא ברור לי מדוע התחשבות בשיקול השוויון, במובן של צמצום פערים בין גברים לנשים, היא מעשה לגיטימי מבחינת בית המשפט כאשר המדינה היא אחד המתדיינים, ואינה לגיטימית כאשר שני המתדיינים הם אנשים פרטיים. בשני המקרים, יחסי הכוחות בין גברים לנשים בחברה נקבעים על פי כללים משפטיים ובשני המקרים, ההחלטה לקדם את מעמדן של נשים היא החלטה ערכית ופוליטית במובנה הרחב. הדיון הסמוך בטקסט מחדד את התובנה המבקרת את ההבחנה בין פרטי ובין ציבורי בבחינת יחסי הכוח בין פרטים.

103. להצגת הנמקה שכזו ראו לעיל, הערה 96.

104. ראו: Hale 1, (לעיל, הערה 65), Morris R. Cohen, "Property and Sovereignty", 13 *Cornell L. Q.* (1927) 8.

הקיימת בחברה, מכוונת את הפעילויות הכלכליות[105] וקובעת את החלוקה העתידית של טובין שייוצרו.[106] מכאן נובע שההחלטה שלא "להתערב"[107] היא בעצמה טעונה ערכית ופוליטית, מצדדת באחד הצדדים למאבק בין קבוצות שונות בחברה ומוטה קשות לטובת הסטטוס קוו ולטובת החזקים ונגד החלשים.

האידיאל הליברטיאני של המדינה המינימלית אינו א־פוליטי. המעבר מהמצב הטבעי ההובסיאני לעבר החוזה החברתי מאפשר אך אינו מחייב מערך פוליטי של *laissez faire*. בלא עיצוב המשפט הפרטי כפי שעוצב, פרטים מסוימים לא היו יכולים לצבור את העושר והכוח שמהם הם נהנים היום. אין כל דבר טבעי או בלתי־נמנע בדפוס החלוקה הנוכחי, לרבות אופיו הלא שוויוני הבולט. ההסדרה הקיימת לאינטראקציות בין פרטים וזכויותיהם ההדדיות היא דרך הסדרה אחת אפשרית מני רבות. לענייננו חשוב להטמיע את ההבנה כי מדובר בסוג של הסדרה והתערבות הזהים במהותם לכל סוג אחר של הסדרה והתערבות המעורבים בכל חלופה אחרת.

עד כה הצגתי שתי תובנות: האחת, בדבר התוצאות החלוקתיות הבלתי נמנעות של כללים משפטיים. השנייה, שההחלטה להנציח את הסטטוס קוו היא פוליטית בה במידה שפוליטית ההחלטה לשנותו. שילוב התובנות הללו בהקשר השיפוטי מביא לידי מסקנה, ששקילת שיקולים פוליטיים על ידי הרשות השופטת בעת יצירת דין יציר הפסיקה היא בלתי נמנעת. שופטים מבססים את החלטותיהם על שיקולים ערכיים, הם אינם יכולים אלא לשקול שיקולים ערכיים שהֵנם שיקולים פוליטיים במובנם הרחב והם חייבים לשקול שיקולים כאלו. לכן רצוי להיות כנים בעניין שיקול הדעת של השופטים והאופי הפוליטי של פעולתם.[108] מפני שיש תחום ניכר של שיקול דעת המצריך הכרעה ערכית וחובת השופטים היא לנסות ולהגיע לידי תוצאה צודקת (במסגרת החוק), תוצאה צודקת אינה יכולה להיקבע בלא התחשבות בשיקולים פוליטיים. זאת ועוד, כיוון שהיעדר התערבות הוא עצמו נקיטת עמדה באופן מובהק, שופטים אינם יכולים לפטור עצמם מדיון בהשלכות החלוקתיות של החלטותיהם בטענה שמדובר בעניין פוליטי. החלטה להימנע מהתערבות היא פוליטית בה במידה שפוליטית החלטה להתערב, מפני שהיא מגִנה על חלוקה נתונה שהיא אפשרית רק בשל התוקף שנותן לה המשפט. בתי המשפט מפתחים את דיני המשפט הפרטי. לדינים אלו יש תוצאות חלוקתיות בלתי־נמנעות. החלטה למנוע סטייה מהסטטוס קוו היא פוליטית בה במידה שפוליטית ההחלטה לסטות מהסטטוס קוו. מהו, אם כן, הבסיס

---

105. ראו: Hale 1 (לעיל, הערה 65), בעמ' 470.

106. ראו: Cohen (לעיל, הערה 104), בעמ' 13.

107. המילה "להתערב" הושמה במרכאות, כיוון שהיא מרמזת על קיום של מצב טבעי הקודם לאקט המתערב. לב טיעונם של Hale ו־Cohen הוא שמצב טבעי כזה אינו קיים.

108. ראו: Allan C. Hutchinson, *It's All in the Game: A Nonfoundationalist Account of Law and Adjudication* (Duke University Press, 2000) p. 323. לטיעון דומה לזה המוצג בטקסט ראו גדעון ספיר, "ההליך החוקתי כהליך פוליטי", **מחקרי משפט** יט(2) (תשס"ג) 461, בעמ' 461־471.

להאשים שופטים בפעילות פוליטית אסורה אם הם סוטים מהסטטוס קוו אך להימנע מכך אם הם מנציחים אותו?

ההצדקה היחידה האפשרית להימנעות שיפוטית מניסיון לשנות את הסטטוס קוו תלויה בהסקה בלתי סבירה של מסקנה אשר לפיה הסטטוס קוו משקף החלטה מודעת, מיודעת ולגיטימית מצד המחוקק להסדיר את הסוגיה באופן שונה מזה שחפץ בו מתדיין המבקש מבית המשפט להביא לידי שינוי חברתי. אם אנו יכולים להסיק בבירור שהמחוקק כרשות נבחרת מאמין שהסטטוס קוו משקף את החלוקה האידיאלית בחברה, אזי, בכפוף לשאלת קיום ביקורת שיפוטית,[109] על בתי המשפט לכבד החלטה זו ולהימנע מניסיון לקדם מטרות חלוקתיות. אפילו במקרה כזה, לנוכח העובדה שתוצאותיהם החלוקתיות של כללים משפטים הן בלתי נמנעות, לא ברור כיצד כל כלל חדש, המתיימר לשנות ולו במעט את הסטטוס קוו, ניתן להגנה. ייתכן, אם כן, שאם נביא גישה בלתי סבירה זו לקיצוניותה הלוגית, הדבר ימנע באופן גורף פיתוח של כללים חדשים במשפט הפרטי. מכל מקום, ההנחה, שהמחוקק מקדש באופן מודע את הסטטוס קוו, פגומה מעיקרה ממספר סיבות. ראשית, כעניין של משפט חוקתי, אין חקיקה בדרך של מחדל. בעוד, ניתן לעתים, כעניין פרשני, להסיק משתיקת המחוקק על כוונה להסדר שלילי של נקודה מסוימת, בתי המשפט אינם יכולים להניח, אסור להם להניח והם אף אינם מניחים בפועל שהיעדר הסדרה של תחום מסוים בחקיקה, פירושו שהמחוקק מעוניין להנציח את המצב כמות שהוא. הדבר נכון במיוחד לגבי עניינים שבאופן היסטורי הוסדרו כדין יציר פסיקה. למעשה, הנחה הפוכה הייתה מונעת כל פיתוח של דין יציר הפסיקה. ספציפית לעניין צדק חלוקתי, המחוקק מחלק מחדש טובות הנאה ונטל כל הזמן. לפיכך אין כלל מקום להנחה שהמחוקק מעוניין לקדש את הסטטוס קוו. תפיסה זו נראית לי נכונה יותר מהתפיסה ההפוכה, אשר לפיה הסטטוס קוו הוא תוצאה של החלטה מושכלת מצד המחוקק בדבר החלוקה הראויה של טובות ההנאה והנטל בחברה באופן כללי. ראיה לחולשת התפיסה ההפוכה היא הפער בין נכונות המחוקק לחוקק חקיקה המיטיבה עם חלקים מהציבור, לבין היעדר הנכונות לקבוע מהיכן יבוא מימון טובת הנאה זו. פער זה מוכיח שהענקת טובת הנאה, בלי לבדוק מי ייאלץ לשאת בעלויותיה, אינה יכולה להיחשב כהחלטה מושכלת בדבר סך הנטל וטובות ההנאה בחברה.

זאת ועוד, העובדה שהמחוקק לא חוקק את הכלל שבית המשפט מתבקש לאמץ יכולה להיות מוסברת באופנים חלופיים שאינם מניחים את התנגדות המחוקק להסדר המוצע. ייתכן שהמחוקק לא חשב על הסיטואציה שהתעוררה, או על תוצאותיה החלוקתיות, ייתכן שהעדיף שבית המשפט יפַתח את הדין בסוגיה זו. אף ייתכן שהמחוקק היה מעוניין לבצע את השינוי האמור אך היה מנוע מכך בשל מגבלותיו המוסדיות שלו.[110] טעם נוסף לחולשת הטיעון של קידוש הסטטוס קוו מכוח הבנת שתיקת המחוקק כהסכמה הוא פן אחד של תשובתי הרביעית לטיעון הלגיטימיות שתידון להלן: כוחו של המחוקק לשנות את הכלל יציר הפסיקה אם אך יחפוץ בכך הופך את ההתנגדות לשקילת שיקולים חלוקתיים בידי בית

109. שאלות אלו יידונו להלן בפסקה 4, במיוחד הטקסט ליד הערה 140.

110. דיון באפשרות זו ראו להלן בפסקות 3 ו-4.

המשפט לבלתי סבירה. לסיכום תשובתי הראשונה: ככל שמטרידה אותנו העובדה ששופטים שאינם נבחרים מכריעים בשאלות פוליטיות במובנן הרחב, אין בכך כדי לתמוך בהטלת איסור על שופטים לקדם מטרות חלוקתיות בגדרי המשפט הפרטי, כיוון שהנצחת הסטטוס קוו היא פוליטית בה במידה שפוליטי שינויו באופן פרוגרסיבי (או רגרסיבי).

3. בחירה ציבורית

(א) כללי

ביקורת חוסר הלגיטימיות מניחה שמבחינת הצדק הפרוצדורלי טמון קושי בעובדה ששופטים, שאינם נבחרים בידי הציבור והחלטותיהם אינן משקפות בהכרח את רצון הרוב, מכריעים בשאלה כיצד יחולקו משאבים בחברה, הכרעה שהיינו רוצים שתיעשה בידי גוף נבחר. על פי גישה זו, טיעון כמו זה שהוצג בפרק הקודם, אשר לפיו אין מנוס מהכרעה שכזאת, או הטיעון שיוצג בפרק הבא, אשר לפיו ככל שיש בעייתיות, היא ניתנת לתיקון בידי המחוקק, מניחים שאכן מבחינת הצדק הפרוצדורלי, פתרון של קידום חלוקה־מחדש באמצעות בית המשפט נחות לעומת פתרון של קידום חלוקה באמצעות המחוקק. פילוסופים פוליטיים מבחינים בין תוצאות צודקות ובין הליך צודק.[111] צדק מהותי בוחן את התוצאה המושגת לפי קריטריונים מהותיים הנגזרים מערכים, מוסר ואתיקה. המידה שבה התוצאה אכן רצויה נבחנת בהתאם למידה שבה התוצאה עומדת במבחני הדרישות המהותיות של הצדק והעובדה שהכלל אומץ בדרך בעייתית אינה רלוונטית להערכת צדקתו. לעומת זאת, צדק פרוצדורלי יעריך את המידה שבה הכלל רצוי אך ורק על פי הדרך שבה אומץ הכלל ושאלת תוכנו של הכלל אינה רלוונטית.[112] לכן כללים מתחרים יכולים להיות מושווים על פי הקריטריונים הנפרדים והבלתי תלויים של צדק מהותי וצדק פרוצדורלי. בתחום הפוליטי, בשל ריבוי הדעות בחברה דמוקרטית מהן דרישות הצדק המהותי, הקריטריון העיקרי לבחינת תוקפה של חקיקה הוא פרוצדורלי. כללית, אם הכלל המשפטי נוצר בהתאם לדרישת הצדק הפרוצדורלי, הכלל תקף ומחייב, בלי קשר לספקות שעשויים להיות בדבר צדקתו המהותית. מבחינה זו, בדמוקרטיות, הקריטריון העיקרי של צדק פרוצדורלי הוא העיקרון הרובני. כלל שאומץ בידי מחוקק המייצג את רוב הבוחרים הוא בעל תוקף משפטי. עיקרון זה, שהוא אחד מעיקרי הדמוקרטיה, מבטיח שוויון בין האזרחים (one person one vote) ומשמש כלי מרכזי למימוש עצמי. כיבוד עיקרון זה מעורר קושי באשר ללגיטימיות של ביקורת שיפוטית, המבוססת על כך שגוף שאינו נבחר, איננו יציג ואיננו accountable מבטל את הכרעות הרוב. הטיעון בדבר חוסר לגיטימיות מתבסס, לכן, על העובדה שהשופטים יוצרים כללים משפטיים בלי שהם עומדים לבחירה מחודשת

---

111. ראו לדוגמה: John Rawls, *A Theory of Justice*, (Belknap Press, 1999) pp. 74-75 (מבחין בין צדק מושלם, בלתי מושלם ופרוצדורלי).

112. על פי Rawls, שם, במקרה של צדק פרוצדורלי מושלם או בלתי מושלם, מידת הצדק שבתוצאה ניתנת להערכה לפי קריטריון שהוא חיצוני לפרוצדורה של בחירת הכלל ובלתי תלויה בה. במקרה של צדק פרוצדורלי טהור, אין כל קריטריון בלתי תלוי לבחינת היות התוצאה ראויה מלבד ההיצמדות להליך.

ובניגוד לעיקרון הרובני. בפסקה זו אקרא תיגר על הנחה זו בהתבסס על טענה רווחת, אך נתונה במחלוקת בספרות הבחירה הציבורית, אשר לפיה ההליך השיפוטי מוטה פחות מההליך החקיקתי לטובת קבוצות לחץ ולכן עדיף (או למצער אינו נחות) אפילו מבחינת הצדק הפרוצדורלי.

(ב) עדיפות הרשות השופטת?

אפתח בשתי הערות מקדמיות. ראשית, חשוב לזכור שניתוח מלא של נכונות טיעון הבחירה הציבורית מצריך בדיקה אמפירית ואינדיבידואלית בשיטות משפט שונות ובזמן נתון.[113] במאמר זה, שמטרתו הנה תורת־משפטית – להגן על השאיפה לקדם את ערך השוויון ומטרות חלוקתיות פרוגרסיביות – איני מתעתד להסיק מסקנות לגבי החברה הישראלית בת ימינו. במיוחד יש לשים לב לכך שניתוח הבחירה הציבורית רגיש למבנה המשטר, היוצר מערך תמריצים שונה למחוקק, לאנשי הרשות המבצעת ולשופטים. מטעם זה ייתכן שניתוח הבחירה הציבורית, המבוסס על ספרות אמריקנית שאני אציג להלן, יצטרך להיעשות בהתאמה "לתנאי הארץ ותושביה" לנוכח ההבדלים בין מבנה המשטר בארץ ובין מבנה המשטר בארצות הברית, בעת שאני מציג דוגמות המבוססות על המבנה המשפטי, הפוליטי והחברתי בארץ. עם זאת, ההבדל העיקרי בין המשטר האמריקני ובין המשפט הישראלי – השתתת המשטר בארץ על מבנה קואליציוני, המעניק יתר כוח מיקוח לקבוצות אינטרסים במישור החקיקה – מלמד דווקא על סיכוי שהטיעון לעיל תקף אפילו יותר בארץ, והרקורד החיובי של בית המשפט בשמירת זכויות אזרחיות ופוליטיות מהווה אינדיקציה חלקית בכיוון זה.[114] מכל מקום, התובנה הבסיסית של שלוזמן וטירני (Schlozman and Tierney) אשר עליה מבוסס הטיעון המוצג להלן – ואשר לפיה קל יותר לקבוצות אינטרסים לחסום חקיקה שאינה נוחה להם, לעומת קידום חקיקה שהם חפצים בה[115] – צריכה להיות נכונה בלא תלות במבנה המשטר המיוחד של כל שיטת משפט ובהרכבן של קבוצות הלחץ.

שנית, גם בהנחה שמעורבות של בית המשפט בקידום חלוקה־מחדש אכן אינה בעייתית, מבחינת הצדק הפרוצדורלי, הרי עדיין אין ודאות שהתערבות בית המשפט תביא לידי התוצאה המקווה, כלומר שבית המשפט יתערב באופן פרוגרסיבי. מן הראוי להבחין בין שתי השאלות. פרק זה יתמקד בקושי הנורמטיבי. פסקה 5(ב) להלן, תבחן אם מעורבות שיפוטית סביר שתביא לידי תוצאות פרוגרסיביות.

תֵמה רווחת בתיאוריית הבחירה הציבורית דוגלת בעדיפותה של הרשות השופטת על פני הרשות המבצעת והרשות המחוקקת (להלן: רשויות הממשל). גישה זו מתבססת על

113. לניתוח המשווה את שיטות המשפט הישראלית, האנגלית והאמריקנית מבחינת היקף שיקול הדעת של בית המשפט לקבוע נורמה שאינה ניתנת לשינוי בידי המחוקק ראו עמרי ידלין, "'שיקול דעת שיפוטי' ו'אקטיביזם שיפוטי' כמשחק אסטרטגי", **מחקרי משפט** יט(2) (תשס"ג) 665, בעמ' 671-685.

114. השוו לדיון להלן בפסקה 5.

115. ראו להלן הערה 125 והטקסט הסמוך לה.

תורת הבחירה המשותפת של מנקור אולסן (Mancur Olsen), אשר לפיה קבוצות קטנות מסוגלות להתארגן במשותף ולצרף את משאביהן טוב יותר מקבוצות גדולות, בשל בעיות של טפילות ובורות רציונלית.[116] מטעם זה, רשויות הממשל חשופות ללחצים מצד קבוצות מאורגנות של בעלי אינטרסים שיניעו אותן להחליט החלטות שאינן מבוססות על טובת הציבור אלא על אינטרסים צרים של קבוצות לחץ, של המחוקקים ושל עובדי הציבור. לענייננו, המונח "החלטה" כולל חקיקה והימנעות מחקיקה כאחד. תופעה כזו הִנה בעייתית לא רק מבחינת צדק מהותי – השגת תוצאה נחותה לעומת תוצאה שהייתה מושגת אלמלא כוחן המאורגן של קבוצות הלחץ – אלא גם מבחינת הצדק הפרוצדורלי וזאת משני טעמים: ראשית, היא נותנת לחזקים המאורגנים בקבוצות אינטרסים כוח והשפעה העולים על משקלם האלקטורלי. בכך, ההצדקה הרובנית לתוקפה של החקיקה מתערער. נגד כלל שאומץ בעקבות השפעת קבוצות לחץ ניתן לטעון, שהכלל הנדון אושר או נדחה לא משום שרוב הבוחרים רצו בכך אלא בשל האינטרסים של אותם מועטים בעלי כוח. אם ההצדקה הרובנית עומדת ביסוד העדיפות הנטענת של יצירת כללים בידי המחוקק על פני כללים יצירי הפסיקה, כוחן של קבוצות האינטרסים מעמיד בספק הצדקה זו. שנית ועיקר, אם המחוקקים מאשרים חוק מסוים או נמנעים מלאשרו מתוך ציפייה לקבל טובות הנאה מהחברים בקבוצות האינטרסים, מעשיהם מוכתמים במשוא פנים ובניגוד עניינים. תפיסה לא מעודנת של תהליך זה רואה בו קנייה ומכירה של חקיקה מועדפת. כך, למשל, נטען שסדר העדיפויות של המחוקקים מושפע מציפייה לקבל טובות הנאה צדדיות, ולהשיג תרומות ויתרונות אחרים למסע הבחירות.[117] מושגית, ניתן לדבר על משהו דומה לשוחד: המחוקקים מקריבים את האינטרס הציבורי על מנת לקבל טובות הנאה לעצמם בתמורה לקידומם של אינטרסים של קבוצות חזקות. תופעה כזו היא בלי ספק הפרה חמורה של הצדק הפרוצדורלי.

הטוענים לעדיפות ההליכים המתנהלים בפני הרשות השופטת על פני הליכי רשויות הממשל סוברים ששופטים חשופים פחות לסיכון שיקדמו אינטרסים אנוכיים של קבוצות לחץ, בין היתר, משום שאינם עומדים לבחירה מחדש. טיעון זה עומד בבסיס ההצדקה

---

116. Mancur Olsen, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups* (Harvard University Press, 1965). בעיית הטפילות (free-riding) נגרמת כאשר מספר מספיק של אנשים שעשויים להרוויח, אם פעולה מסוימת המביאה תועלת לכל חברי הקבוצה תתבצע, נמנעים מלהשתתף בהוצאותיה, מתוך תקווה שיהיו אחרים שיישאו לבדם בהוצאות. במצב דברים זה, עלות הפעולה נהיית גבוהה מדי בעבור אלה המוכנים לשאת בהוצאותיה, היא לא תבוצע, והרווח האפשרי לכל אחד מחברי הקבוצה לא יתממש. בורות רציונלית (rational ignorance) היא מצב דברים, שבו עלות השגת האינפורמציה הנדרשת לצורך בחירה בחלופה האופטימלית, גבוהה מדי לעומת התועלת שתופק מבחירה זו. מצב דברים זה יביא לידי כך שחברי הקבוצה לא ינקטו את קו הפעולה האופטימלי מבחינתם, כיוון שהשגת האינפורמציה הנדרשת לצורך ההכרעה יקרה מדי.

117. ראו לדוגמה: William N. Eskridge and Philip P. Frickley, "Statutory Interpretation as Practical Reasoning", 42 *Stan. L. Rev.* (1990) 321, p. 334.

לקיומה של ביקורת שיפוטית על חקיקה.[118] מלומדים רבים חולקים על הטענה שתיאוריית הבחירה הציבורית מצדיקה ביקורת שיפוטית ומוכיחה את עליונותה המוסדית של הרשות השופטת.[119] יש הטוענים (ככל הנראה בצדק), שניתוח תורת הבחירה הציבורית מקושר לתפיסות שמרניות וימניות־חברתיות,[120] ושהוא מגזים בהערכת ההשפעה של קבוצות אינטרסים ומתעלם מתמריצים הפוכים המשפיעים על המחוקק.[121] זאת ועוד, נגד הטיעון

---

118. ראו לדוגמה: Cass R. Sunstein, "Interest Groups in American Public Law", 38 *Stan. L. Rev.* (1985) 29; Jerry L. Mashaw, "Constitutional Deregulation: Notes Toward a Public, Public Law", 54 *Tul. L. Rev.* (1980) 849, pp. 874-875; Richard A. Epstein, "Toward a Revitalization of the Contract Clause", 51 *U. Chi. L. Rev.* (1984) 703, pp. 705-717; Erwin Chemerinsky, "The Supreme Court, 1988 Term — Foreword: The Vanishing Constitution", 103 *Harv. L. Rev.* (1989) 43, pp. 46-47, 78, 80-81. גישה זו מעוררת את שאלת גבול הלגיטימיות של פעולות הרשות השופטת. גם אם יש קשיים בהליך החקיקתי מבחינת הצדק הפרוצדורלי, לא נגזר מכך כוח התערבות בלתי מוגבל של בית המשפט. לסקירת הרציונלים השונים לביקורת שיפוטית ותחום ההצדקה השונה להתערבות שהם מספקים, ראו רות גביזון, "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?", **משפטים** כח (תשנ"ז) 12, בעמ' 63-66. לא ארחיב לגבי קושי זה, כיוון שהטיעון שאני מקדם בעייתי פחות מבחינת סתירה לעיקרון הרובני מביקורת שיפוטית (ראו להלן תת־פסקה (ג) ופסקה 4) ולכן נמצא, לדעתי, הרחק מגבול אי־הלגיטימיות של הפעילות השיפוטית. לגישתי, כל מי שסבור שביקורת שיפוטית היא מוצדקת (למרות הפגיעה בעיקרון הרובני), חייב להסכים שגם ניסיון לצמצם פערים בחברה במסגרת המשפט הפרטי בידי הרשות השופטת הוא מוצדק, ככל שמדובר בטיעון הלגיטימיות.

119. ראו לדוגמה: Frank B. Cross, "The Judiciary and Public Choice", 50 *Hastings L. J.* (1999) 354; Einer R. Elhauge, "Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?", 101 *Yale L. J.* (1991-92) 31; William M. Landes and Richard A. Posner, "The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective", 18 *J. L. & Econ.* 875 (1975) (העלאת ספקות בדבר יכולתם של שופטים להיאבק באופן אפקטיבי נגד חקיקה לא ראויה).

120. ראו לדוגמה: Cross, שם, בעמ' 358 ("Law and economics has had a longstanding preference for litigation over legislation"). לטענה דומה, המקשרת ביקורת שיפוטית עם נטייה שמרנית ראו: Michael Mandel, "A Brief History of the New Constitutionalism, or 'How We Changed Everything So That Everything Would Remain the Same'", 32 *Isr. L. R.* (1998) 250.

121. ראו לדוגמה: Cross, (לעיל, הערה 119), בעמ' 368-369; Benjamin I. Page and Robert Y. Shapiro, "Effects of Public Opinion on Policy", Am. J. Pol. Sci .Rev. (1983) 75; Daniel Shaviro, "Beyond Public Choice and Public Interest: A Study of the Legislative Process as Illustrated by Tax Legislation in the 1980s", 139 *U. Pa. L. Rev.* (1990) 1; למקורות נוספים

בדבר העדיפות המוסדית של הרשות השופטת, טוען פרנק קרוס (Frank Cross) כי ההליך השיפוטי חשוף יותר למניפולציות מצד קבוצות אינטרסים, לעומת מידת החשיפה של רשויות הממשל, בשל מגבלות מוסדיות של ההליך השיפוטי כגון המשאבים הגבוהים שהוא מצריך מהמתדיינים, דרישות של זכות עמידה ויריבות, תלותו של בית המשפט בצדדים שיפתחו בהליך והמרדף אחר תקדימים נוחים ששחקנים חוזרים מתמחים בו. לכן סבור קרוס כי הגברת הביקורת השיפוטית על מעשי רשויות הממשל תגביר ולא תקטין את השפעתן של קבוצות לחץ.[122]

(ג) נפקות ההבחנה בין בלימת חקיקה ובין קידומה לפיתוח המשפט הפרטי

כפי שניתן לראות, השאלה אם הרשות השיפוטית עמידה יותר מרשויות הממשל בפני לחצים של קבוצות אינטרסים, שנויה במחלוקת. במאמר זה אין ביכולתי להכריע במחלוקת זו (וספק בעיני אם השאלה בכלל ניתנת להכרעה). ובכל זאת ברצוני לציין שתי נקודות העולות מהמחלוקת האמורה והרלוונטיות לענייננו. ראשית, התשובה לשאלה בניסוחה הגורף שנויה במחלוקת ומכאן בלבד די להסיק שהביקורת על מעורבות שיפוטית בהליכים חלוקתיים אינה פשוטה ואינה יכולה להנביע מסקנה חד־משמעית אשר לפיה אל לבתי המשפט להתערב, מטעמי לגיטימיות, בניסיון לצמצם פערים בחברה.[123] שנית ועיקר, לדעתי יש להבחין בין סוגיית הביקורת השיפוטית ובין סוגיית פיתוח דיני המשפט הפרטי.[124] גם אם השיקולים המבקרים את מוסד הביקורת השיפוטית מטעמי לגיטימיות נכונים בהקשר זה, הם מאבדים מתוקפם במישור פיתוח דיני המשפט הפרטי. קיי שלוזמן וג'והן טירני מצאו שקבוצות לחץ היו אפקטיביות יותר בחסימת חקיקה הפוגעת באינטרסים שלהם (לעומת קידום חקיקה המיטיבה עמם), כאשר העניין הנדון היה נסתר יחסית מעין הציבור, כאשר לקבוצה הייתה תמיכה רצינית מקבוצות אחרות או מאנשי ממשל, וכאשר הקבוצה יכלה למצוא פורום נוח לקידום האינטרס שלה.[125] ממצאים אלו מקובלים על

ראו: Keren-Paz (לעיל, הערה 47). לגישת ביניים המדגישה הן את קיומם של תמריצים חומריים והן את קיומן של נורמות חברתיות ראו Dagan 2 (לעיל, הערה 65), בעמ' 142-144.

122. Cross (לעיל, הערה 119), בעמ' 368-369. מארק גלנטר (Marc Galanter) ומלומדים אחרים חזקים בהליך השיפוטי. ראו: Marc Galanter, "Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", 9 *L & Soc'y Rev.* (1974) 95; Kevin T. McGuire, "Repeat Players in the Supreme Court: The Role of Experienced Lawyers in Litigation Success", 57(1) *J. Pol.* (1995) 187.

123. היא גם אינה יכולה, כמובן, להצמיח מסקנה חד־משמעית **הפוכה**.

124. השוו: William J. Fenrich, "Common Law Protection of Individuals' Rights in Personal Information", 65 *Fordham L. Rev.* (1996) 951, pp. 978-985 (שיקולי בחירה ציבורית תומכים באקטיביזם שיפוטי ויצירתיות שיפוטית בפיתוח של דיני הנזיקין).

125. Kay L. Schlozman and John T. Tierney, *Organized Interests and American Democracy* (Harper & Row, 1986) pp. 314-316, 395-398.

תומכי השימוש בתאוריית הבחירה הציבורית ועל מתנגדיה כהצדקה לאקטיביזם שיפוטי.[126] קרוס סבור שמאפיינים אלו טיפוסיים לכל סוגי ההליך השיפוטי, ומכאן שהם מנביעים את נחיתותה המוסדית של הרשות השופטת באופן כללי.[127] לעומת זאת, אני מתייחס ברצינות להבדל הנובע מממצאם הראשון של שלוזמן וטירני המבחין בין "סיכול ממוקד" של חקיקה "עוינת" (הצריכה "לצאת בחוץ", או ליתר דיוק לא להיכנס כלל בשערי ספר החוקים), לבין קידום של חקיקה מיטיבה שקבוצות הלחץ חפצות ביקרה. הבדל זה רלוונטי להשוואה בין ביקורת שיפוטית ובין פיתוח דיני המשפט הפרטי. על פי ממצאם של שלוזמן וטירני, לקבוצות לחץ המייצגות את החזקים בחברה, יש סיכוי טוב לבלום חקיקה המחלקת מחדש עושר (וזכאויות אחרות) בצורה פרוגרסיבית. אולם אם בית המשפט יפסוק באופן פרוגרסיבי, אזי לחזקים יהיה קושי להפוך את הגלגל באמצעות חקיקה. בשעה שבנוגע לביקורת שיפוטית טען קרוס בלשון ציורית ש-"Judicial review functionally gives the factions another bite at the apple,"[127] התדיינות בגדר המשפט הפרטי אינה נותנת לחזקים "ביס נוסף". אם התוצאה אשר אליה הגיע בית המשפט אינה ראויה לגופה, המחוקק לא ייתקל בקשיים מיוחדים אם ירצה לשנותה. ממה נפשך, אם הפגם שנפל בכלל יציר הפסיקה הוא שהכלל פרוגרסיבי יתר על המידה, כלומר העביר לקבוצות חלשות יותר ממה שרוצים היינו להעביר להם על פי החלוקה האידיאלית שחברה נתונה חוזה לעצמה כרצויה – החזקים לא יחסמו חקיקה כזאת הפועלת לטובתם ויש סבירות גבוהה שהחלשים לא יצליחו למנוע את שינויה בשל היעדר כוח פוליטי. לעומת זאת, אם הפגם בכלל שפיתח בית המשפט הוא שהחלוקה שהוא מקדם אינה פרוגרסיבית דיה, ודאי שאין בכך משום נימוק למנוע שיפור צנוע זה, כאשר האלטרנטיבה היא הנצחת המצב הקיים, ולנוכח ממצאם של שלוזמן וטירני, לפיו סביר ששינוי מקיף יותר היה נחסם בידי קבוצות הלחץ.[129] נמצא, שהסיבה היחידה להתנגד לפיתוח כללים מתחום המשפט הפרטי העתידים לקדם חלוקה־מחדש, צריכה להיסמך על ההנחה שחלוקה כזאת עתידה להיות רגרסיבית. כפי שאראה להלן, יש לנו סיבה לפקפק בנכונות הנחה זו.[130]

4. יכולת המחוקק לשנות את הכללים שפיתח בית המשפט

אפילו היה זה נכון, שאי־בחירת השופטים בידי הציבור פוגעת בלגיטימיות הניסיון לקדם שוויון באמצעות המשפט הפרטי, הרי יכולת המחוקק לשנות את הכלל יציר הפסיקה בדרך של השלמה, תיקון או ביטול פותרת את בעיית הלגיטימיות.[131] למעשה, אפילו בהקשר

126. ראו לדוגמה: Fenrich (לעיל, הערה 124), בעמ' 979-980; Cross (לעיל, הערה 119), בעמ' 373.
127. Cross (לעיל, הערה 119), בעמ' 373.
128. Cross (לעיל, הערה 119), בעמ' 372.
129. לדיון מפורט בטיעון זה ראו: Keren-Paz (לעיל, הערה 47), בעמ' 100-104.
130. להלן פסקה 5(ב).
131. ראו: Fenrich (לעיל, הערה 124), בעמ' 982.

של ביקורת שיפוטית, המעוררת בעיות קשות יותר מבחינת הלגיטימיות, נטען שיכולת המחוקק להגיב על ביטול החוק בידי בית המשפט, בדרך של חקיקת חוק שונה, משככת את בעיית הלגיטימיות. על פי גישה זו, בתי משפט והמחוקק מנהלים דו־שיח, ודו־שיח זה מספק הגנה מספקת לפרקטיקה של הביקורת השיפוטית מפני טענות המושתתות על הפגיעה בעיקרון הרובני.[132] טיעון זה נכון פי כמה וכמה כאשר בתי משפט מפתחים את הדין בדרך של פיתוח שיפוטי. במקרה זה בתי המשפט כפופים תמיד לרשות הנבחרת כיוון שכל מעשיהם נתונים לשקילה מחודשת מצד המחוקק או לווטו,[133] ויצירתיות שיפוטית צריכה להיחשב כביצוע ראוי של אחריותם המשותפת של בתי המשפט לפיתוח המשפט.[134] אמת, לא תמיד יכול המחוקק, משיקולים מוסדיים ובהתבסס על תובנות של תורת המשחקים, לשנות החלטה שאינה נראית לו.[135] אולם אני רואה תובנה זו כבעלת יכולת להחליש ולא לחזק את הביקורת בדבר היעדר הלגיטימיות של העשייה השיפוטית. תובנות מתחום תורת המשחקים באשר לאילוצים שבמסגרתם פועלים המחוקקים מראות את חולשת ההצדקה הרובנית למתן עדיפות לנורמות יצירות המחוקק. אם, למשל, כפי שמראה עמרי ידלין, בכוחו של מי שקובע את סדר ההצבעה להשפיע על תוכן החוק בשל בעיית סדר העדפות מעגלי,[136] או שבכוחם של "שוערים" להשפיע על התקבלותה של חקיקה,[137] הרי לא המחוקק ולא בתי המשפט נהנים מהצדקה רובנית ואז אין ודאות שקביעת נורמות בידי המחוקק עדיפה מקביעת נורמות בידי בתי המשפט. לחלופין, ניתן לסבור שכדי לתת מענה

---

132. ראו לדוגמה: Peter W. Hogg and Allison A. Bushell, "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures", 35 *Osg. Hall. L. J.* (1997) 75. השוו לבג"ץ **5364/94 ולנר נ' יושב־ראש מפלגת העבודה הישראלית**, פ"ד מט(1) 759, בעמ' 784 (אשר בו מוצג דו שיח בלתי פוסק בין מחוקק לשופט).

133. ראו: Fenrich (לעיל, הערה 124), בעמ' 982, בהתבסס על: Cornelius J. Peck, "The Role of the Courts and Legislatures in the Reform of Tort Law", 48 *Minn. L. Rev.* (1963) 265, pp. 281-282, 286, 293-294.

134. Edmund Ursin, "Judicial Creativity and Tort Law", 49 *Geo. Wash. L. Rev.* (1981) 229, p. 256.

135. ראו ידלין (לעיל, הערה 113), בעמ' 671-687.

136. ראו ידלין (לעיל, הערה 113), בעמ' 678-680. סדר העדפות מעגלי הוא מצב שבו כאשר הגוף הבוחר הטרוגני בדעותיו, הרוב עשוי להעדיף חלופה א על פני חלופה ב, חלופה ב על פני חלופה ג, וחלופה ג על פני חלופה א. הקושי במצב זה הוא שהתוצאה שתתקבל עלולה להיות תלויה בסדר ההצבעה בגוף הבוחר ואינה משקפת העדפה אמיתית של הרוב.

137. שם, 701-704. שוערים (gatekeepers) הנם גורמים בתהליך החקיקה אשר הסכמתם חיונית לשם דיון בחקיקה. קיימים שני סוגים של שוערים: השוער מן הסוג הראשון הוא בעל כוח להחליט אם להניע את גלגלי החקיקה בנושא מסוים אם לאו, אך משהניח הצעת חוק בנושא מסוים אין לו עוד שליטה על תוכן החוק. השוער מן הסוג השני מציע למחוקק הצעה מסוג "take it or leave it": הגוף המחוקק אינו רשאי לסטות ימינה או שמאלה מן הנוסח של הצעת החוק שאותו הניח השוער על שולחנו.

הולם לביקורת בדבר היעדר הלגיטימיות די ביכולת התאורטית או הפורמלית של המחוקק לשנות את ההחלטה בחוק. העובדה שלא נמצא רוב כזה רק מוכיחה שבית המשפט לא פעל בניגוד לדעת הרוב ושהחלטתו אינה מעוררת קשיי לגיטימיות.

ישנם שני הבדלים ברורים בין מצבי פיתוח המשפט בידי בית המשפט מחד גיסא וביקורת שיפוטית מאידך גיסא, ההופכים את טענת היעדר הלגיטימיות לחלשה בהרבה בהקשר פיתוח המשפט. ראשית, בפועלו לפיתוח המשפט הפרטי, בית המשפט אינו פועל בהכרח בניגוד לרצון הרוב. כפי שציינתי לעיל, ישנן סיבות רבות המסבירות מדוע אין לפרש את שתיקת המחוקק כתמיכה בחלוקה הקיימת של משאבים בחברה או בסטטוס קוו. שנית, בהפעילו ביקורת שיפוטית, לרוב נתונה לבית המשפט העליון במדינה הרלוונטית המילה האחרונה.[138] פסיקתו אינה יכולה להתבטל כלל, או שיש קושי ניכר בשינויה. ה(כמעט) סופיות של החלטת בית המשפט, בהפעילו ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, מחייבת מידה מסוימת של ריסון עצמי מצד בית המשפט, כדי שלא לפגוע בעיקרון הרובני בקלות יתרה מדי. לעומת זאת, כאשר בית המשפט יוצר כלל של משפט פרטי, המחוקק יכול לשנות כלל זה בקלות, ובלבד שהכלל שפיתח בית המשפט אינו היחיד המחויב מבחינה חוקתית.[139] אבהיר נקודה זו. לרוב, לבית המשפט ביוצרו כלל של משפט פרטי יש שיקול דעת לבחור כלל מתוך כללים חלופיים אחדים. אם זהו המצב, רשאי המחוקק להשתמש בפררוגטיבה שלו ולאמץ כלל חלופי אחר מזה שאימץ בית המשפט. לכלל זה תהיה, כמובן, עדיפות, והוא יהיה תקף מבחינה חוקתית. במקרים הנדירים שבהם הכלל שאימץ בית המשפט הוא היחיד האפשרי מבחינה חוקתית, כך שכלל חלופי ייפסל כלא חוקתי, מנוע המחוקק מלשנות את הכלל שאומץ בידי בית המשפט. אפילו במקרים נדירים אלו, לא ניתן לדבר על בעיית לגיטימיות בפסיקתו של בית המשפט, כיוון שממילא מבחינה חוקתית לא יכולים הן בית המשפט והן המחוקק לקבוע כלל אחר.[140] להלן אני מציע שהאינטראקציה שבין הרשות השופטת למחוקק, עתידה, או לפחות עשויה, לפתור את הבעיה העיקרית שבקידום מטרות חלוקתיות באמצעות המשפט הפרטי.[141] כאן ברצוני להדגיש שיכולת התגובה של המחוקק פותרת באופן משביע רצון את בעיית הלגיטימיות. למעשה, שילוב שתי הטענות מביא לידי המסקנה כי ניסיון לקדם שוויון וחלוקה־מחדש פרוגרסיבית, באמצעות המשפט הפרטי, לא רק שאינו בעייתי, אלא הוא אף רצוי, לעומת האלטרנטיבה של הותרת הזירה לרשויות הממשל בלבד.

---

138. אך ראו: Hogg and Bushell (לעיל, הערה 132) לסיוגה של טענה זו.

139. בהקשר זה מתעוררת שאלת מעמדו החוקתי של עקרון השוויון במשפט הישראלי, שלא אומץ במפורש עד כה בחוקי היסוד. לסקירה ראו לעיל פרק ב, פסקה 2, הערות 13-14 והטקסט הסמוך להן.

140. השוו: Stephen F. Williams, "Public Choice Theory and the Judiciary: A Review of Jerry L. Mashow's Greed Chaos and Governance", 73 *Notre Dame L. Rev.* (1998) 1599, pp. 1621-1622.

141. ראו להלן פסקה 5(ב)(1), הערה 159 והטקסט הסמוך לה.

לבסוף, יש לזכור שקריאתי לעיצוב כללי משפט פרקטיים, המקדמים שוויון, אינה מופנית דווקא כלפי בתי המשפט. מעורבות של המחוקק בפיתוח כללי משפט פרטי המקדמים שוויון היא רצויה בעיניי, ואכן קיימת מגמה חקיקתית חלקית כזו.[142] בנוסף, מבחינה מוסדית, ייתכן גם פתרון אחר (המצריך אף הוא מעורבות חקיקתית). ניתן לקדם שוויון במשפט הפרטי באמצעות הקמת נציבויות שתפקידן יהיה לברר תלונות על התנהגות מפלה במישור הפרטי, (תוך יצירת כללים מהותיים האוסרים הפליה והקובעים את גדריה) או להגן על קבוצות טעונות הגנה (כגון צרכנים) ולבצע רגולציה של הפעילות הנתונה לסמכות שיפוטה של הנציבות. אפשרות כזאת תפתור קשיים מוסדיים אחדים המקשים על בית המשפט לקדם שוויון (כגון חלקיות התמונה שבידיו, הפאסיביות שההליך האדוורסרי גורם ועוד). פתרון זה רווח במשפט המשווה.[143]

5. צדק מהותי ופרוצדורלי

כמצוין בפסקה 3 לעיל, בשל ריבוי המחלוקות במשטרים דמוקרטיים בדבר תפיסת הטוב, מקובל שתוקפו של הכלל המשפטי (בעיקר חקיקה ראשית) נקבע בעיקר על פי כללי צדק פרוצדורלי. חקיקה הנתמכת בקולותיהם של נציגי רוב הבוחרים, תקפה. ברוב הדמוקרטיות, לרבות בישראל, המחויבות לצדק פרוצדורלי בלבד אינה מוחלטת. דמוקרטיה נתפסת לא רק כשלטון הרוב, אלא גם כהטלת מגבלות מהותיות על שלטון הרוב, מכוח עקרון הצדק המהותי, אפילו עמד הכלל בדרישות הצדק הפרוצדורלי. כדי שלכלל יהיה תוקף, עליו לא רק לעמוד במגבלות הצדק הפרוצדורלי אלא אף בסף מסוים של צדק מהותי, וחקיקה שלא תעמוד בסף זה – תיפסל. בשיח החוקתי, המתח בין צדק פרוצדורלי למהותי תואר כמתח בין דמוקרטיה של אמצעים לדמוקרטיה של מטרות.[144] מוסד הביקורת השיפוטית של החקיקה, אם כך, מבוסס בחלקו[145] על חילופיות בין צדק פרוצדורלי לצדק מהותי. הכלל שקובע בית המשפט (השולל את תוקפו של דבר החקיקה) נחות לעומת כלל החקיקה מבחינת הצדק הפרוצדורלי (בשל הפגיעה בעיקרון הרובני) אך עדיף מכלל החקיקה מבחינת צדקתו המהותית.[146]

---

142. ראו לעיל פרק ב.2.

143. ראו לדוגמה את החקיקה המצוטטת לעיל בהערה 32.

144. ראו: Michael Mandel, "Democracy and the New Constitutionalism in Israel", 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 259, pp. 286-287.

145. וזאת לצד הנמקות אחרות. לדיון בהצדקות הביקורת השיפוטית וחסרונותיה ראו לדוגמה גביזון (לעיל, הערה 118), בעמ' 61-70; ספיר (לעיל, הערה 108), בעמ' 471-478; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1997) pp. 137-149.

146. תיתכן טענה, שביקורת שיפוטית ניתנת להגנה מבחינת הצדק הפרוצדורלי, כיוון שהרוב, ביוצרו את החוקה, העניק לבתי המשפט את הכוח לבקר חקיקה. למרות טיעון זה (המעורר הן קושי עקרוני, מבחינת היכולת של הרוב להגביל את כוחו בעתיד והן קושי בהקשר הישראלי, לנוכח גדר הספקות אם הייתה כוונה להעניק לבתי המשפט סמכות ביקורת שיפוטית), הדעה

ניתן לראות, אפוא, שיש מצבים שבהם ניתנת עדיפות לצדק המהותי על פני הצדק הפרוצדורלי בבחינת תוקפן של נורמות משפטיות. בפסקה הקודמת דנתי בהבחנה בין ביקורת שיפוטית ובין דין יציר הפסיקה. לצורכינו כעת אני טוען שחלוקה־מחדש באמצעות המשפט הפרטי עשויה להיות סיטואציה נוספת שבה עלינו להיות מוכנים להמיר צדק פרוצדורלי בצדק מהותי. להלן אתייחס לטיעון זה כאל טיעון ההמרה. תת־הפסקה הראשונה תציע הגנה נורמטיבית לטענה שמעורבות המערכת השיפוטית מוצדקת אם היא עשויה להביא לידי תוצאות עדיפות מבחינה מהותית, ותבחן מה התנאים שקיומם נדרש כדי שטיעון ההמרה יצדיק התערבות שיפוטית. תת־הפסקה השנייה תבחן אם יש לנו סיבות להניח, שהאינטרקציה בין המחוקק לרשות השיפוטית, כשזו האחרונה מתיימרת להביא בחשבון את תוצאותיו החלוקתיות של המשפט הפרטי בעת עיצובו, תביא לידי תוצאה פרוגרסיבית.[147]

(א) הצגת טיעון ההמרה והתנאים להגנתו הנורמטיבית

טיעון ההמרה גורס שגם אם מעורבות בית המשפט בקידום מטרות חלוקתיות הוא בעייתי מבחינת הצדק הפרוצדורלי בשל הפגיעה בעיקרון הרובני, הרי עדיין ניתן להצדיק את ההתערבות ובלבד שמעורבות זו תביא לידי תוצאות בעלות עדיפות משמעותית מבחינת הצדק המהותי.[148] לגישתי, השאלה הרלוונטית היא אם ניסיון של בית המשפט לקדם שוויון באמצעות המשפט הפרטי יביא לידי תוצאה עדיפה לעומת השארת הזירה למחוקק בלבד והתנערות מכל יומרה לקדם שוויון באמצעות המשפט הפרטי. כדי לתמוך במעורבות שיפוטית אין צורך להוכיח שהתוצאה המיידית של התערבות בית המשפט היא עדיפה מהשארת הזירה למחוקק. די להראות שהאינטראקציה בין הפעילות השיפוטית לפעילות החקיקתית מביאה לתוצאה טובה יותר מהתנערות שיפוטית מקידום שוויון. הדיון בתת־הפסקה הבאה והדיון שערכתי במקום אחר[149] נועדו לבסס נקודה זו. היבט נוסף של טיעון ההמרה הוא ההבחנה בין ביקורת שיפוטית של החקיקה ובין פיתוחו של דין יציר הפסיקה. למטרת הטיעון כאן, די לשים לב לכך שככל שההתערבות השיפוטית בעייתית פחות מבחינת הצדק הפרוצדורלי, כך יש, וראוי שיהיה, מרחב מחיה לבית המשפט לפתח כללי

המקובלת היא שביקורת שיפוטית הנה בעייתית מבחינת העיקרון הרובני. ראו: Mandel (לעיל, הערה 144), בעמ' 289-290.

147. למעשה נושאה של תת־פסקה זו מתקשר הן לטיעון היעדר האפקטיביות והן לטיעון הרנדומליות. בשל ההיבט המוסדי המעורב בו, החלטתי להתייחס אליו במאמר זה, אם כי איני יכול למצות את הדיון בו במסגרת זו.

148. להצגת טיעון דומה של Alexander Bickel, בהקשר של ביקורת שיפוטית, אם כי מתוך מסקנה שההתערבות אינה מביאה לידי תוצאות ראויות ולכן אינה בת הגנה, ראו: Dworkin (לעיל, הערה 145), בעמ' 144-147. לקשר שבין הגינות ההליך וצדקת תוצאותיו ראו ספיר (לעיל, הערה 108), בעמ' 427, הערה 58.

149. ראו: Keren-Paz (לעיל, הערה 47), בעמ' 100-104.

משפט פרטי כדי להשיג תוצאה העדיפה על הסטטוס קוו מבחינת הצדק המהותי. כיוון שמשילוב שלושת הנימוקים הקודמים עולה שמעורבות שיפוטית בקידום שוויון אינה בעייתית אף ששופטים אינם נבחרים בידי הציבור, הרי לבתי המשפט יש חופש נרחב לפתח כללים המביאים אפילו לידי שיפור קטן מבחינת הצדק המהותי. (לעומת זאת, כאשר התערבות בתי המשפט בעייתית מבחינת הצדק הפרוצדורלי, כמו במקרי ביקורת שיפוטית על חקיקה, ההתערבות תהיה מוצדקת רק כאשר השיפור מבחינת הצדק המהותי הוא משמעותי. מטעם זה נדרש שהחקיקה לא תעמוד ברף מינימלי של צדק מהותי, לשם פסילתה בהליך ביקורת שיפוטית על חקיקה.)

להשלמת הטיעון ברצוני להציג הסתייגות והבהרה. ראשית ההסתייגות: טיעון ההמרה מניח שמלכתחילה יש קושי מבחינת הצדק הפרוצדורלי במעורבות שיפוטית בקידום מטרות חלוקתיות. איני שותף להנחה זו. למעשה, שלוש התשובות הקודמות לטיעון היעדר הלגיטימיות חולקות על התזה שהעובדה ששופטים אינם עומדים לבחירה מחדש מהווה בעיה מבחינת הצדק הפרוצדורלי האמורה למנוע מהם להשתתף בקידום שוויון. לכן טיעון ההמרה הוא רק טיעון חלופי.

מכאן להבהרה: כדי שטיעון ההמרה יצדיק התערבות שיפוטית בפעילות חלוקתית עליו למלא כמה תנאים. שימו לב, טיעון ההמרה מצריך יותר מהסכמה בלבד לכך שייתכנו מצבים שבהם יהיה עלינו לבחור בכללים בעלי עדיפות מבחינת הצדק המהותי אפילו הם חסרים מבחינת הצדק הפרוצדורלי. בנוסף, הטיעון מצריך הוכחה שבתי המשפט אמנם יביאו לידי תוצאות עדיפות מבחינה מהותית מהמצב הקיים (שלכאורה נתמך בידי המחוקק ולכן נתמך גם מבחינת הצדק הפרוצדורלי). הכרעה שכזאת דורשת תחילה קביעת נקודה ארכימדית (התלויה ב'תפיסת הטוב' ,שאותו יש לקדם, של מבצע ההערכה) שכנגדה ניתן יהיה להשוות את התוצאות המושגות בידי בתי המשפט ובידי המחוקק. שנית, ההכרעה דורשת בדיקה אמפירית, שהיא תלוית זמן ומקום, של השאלה איזה מוסד (המחוקק או בתי המשפט) מקדם טוב יותר את הצדק המהותי כפי שהוגדר בשלב הראשון. אבהיר את דבריי. התשובה לשאלה איזה מוסד משיג תוצאות צודקות יותר מבחינה מהותית, תלויה בהכרח בתפיסת הטוב של מי שמבצע את ההערכה. לדוגמה, נניח שתפיסת הטוב של רותי נחמני היא שיש לחזק את מעמדן של נשים בחברה לעומת גברים ואת האוטונומיה היחסית שלהן, ושתפיסת הטוב של דני נחמני היא שיש לחזק (או לפחות לשמר) את מעמדם של גברים בחברה לעומת נשים ואת האוטונומיה היחסית שלהם. השוני בנקודות המוצא שלהם לגבי דרישות הצדק המהותי, היה מוביל אותם בהכרח להערכה שונה של מידת הרציות מבחינת הצדק המהותי של תוצאת בית המשפט בדנ"א **נחמני**[150], גם לו שניהם היו מסכימים שהשגת צדק מהותי צריכה לקבל עדיפות על פני השגת צדק פרוצדורלי, ושמעורבות בית המשפט בפרשה (בלי קשר לתוצאתה) בעייתית מבחינת הצדק הפרוצדורלי. נותרה, אם כן, לבירור השאלה, אם יש לנו סיבות להאמין, שמתן לגיטימציה למעורבות שיפוטית בעשייה חלוקתית, תוביל לתוצאה פרוגרסיבית.

150. ראו דנ"א **נחמני** (לעיל, הערה 96).

ב. האם מעורבות בית המשפט תביא לתוצאה רגרסיבית או פרוגרסיבית?

משהוחלט מהי תפיסת הטוב המהווה נקודת השוואה לפעילות החלוקתית של המחוקק ובתי המשפט, השאלה איזה מוסד מקדם תפיסת טוב זו טוב יותר היא תלוית זמן, הקשר ותרבות. בעבורי, השאלה הרלוונטית היא אם בתי משפט, בהנחה שיקבלו עליהם כמטרה לקדם מטרות חלוקתיות ראויות, יקדמו יתר שוויון בחברה לעומת מצב שבו הם מתיימרים להנציח את הסטטוס קוו. מן הראוי לשים לב, שמתן מענה לשאלה, איזה מוסד יצליח לקדם באופן טוב יותר חלוקה פרוגרסיבית, תלוי בשני משתנים שונים. האחד הוא מידת הפרוגרסיביות היחסית של שני המוסדות. הרכיב השני הוא מידת השפעת המניפולציה של החזקים על ההליך, כאשר נקודת המוצא היא שההשפעה שלהם רבה יותר מהשפעת החלשים, הן על ההליך החקיקה והן על ההליך השיפוטי, והשאלה היא היכן עדיפותם היחסית ניכרת יותר. מן הראוי לשים לב לכך ששני המשתנים – מידת הפרוגרסיביות היחסית של המוסדות, ומידת ההשפעה העודפת של החזקים בשני ההליכים – אינם מושפעים מהתשובה לשאלה אם בשיטת משפט נתונה נתפסת עשייה חלוקתית שיפוטית כלגיטימית. אם נניח כי לשופטים יש נטייה רגרסיבית לעומת המחוקק, נטייה זו תישמר (ותביא לתוצאות שליליות) גם אם נדבוק בכלל השולל את לגיטימיות המעורבות השיפוטית בעשייה חלוקתית. באופן דומה, השפעתם העודפת של החזקים בהליך השיפוטי היא נתון קיים גם אם בתי המשפט לא ינסו לצמצם פערים בחברה. עם תובנות אלו בידינו, אפנה לדון תחילה בשאלת הפרוגרסיביות היחסית, ואחר כך, בשאלת מידת ההשפעה היחסית של החזקים בשני ההליכים.

(1) מידת הפרוגרסיביות היחסית של שני המוסדות

הנטייה היחסית של בתי המשפט – בהשוואה למחוקק – לקדם שוויון תלויה במשתנים פוליטיים וסוציולוגיים המשתנים מחברה אחת לאחרת ולאורך זמן. בהקשר הדומה של ביקורת שיפוטית, ישנם מלומדים אחדים מהצד השמאלי של המפה – כגון מייקל מנדל (Michael Mandel) – הטוענים שישנה סבירות גבוהה יותר שבתי המשפט יהיו שמרניים ויזיקו לקידום שוויון בחברה במקום לקדם אותו.[151] עם זאת, מנדל מודה שמגמה זו אינה אוניברסלית ובכל הנוגע לישראל הוא טוען שהחלטות בית המשפט העליון טובות יותר באופן שיטתי, מבחינת קידום השוויון, מפעולות המחוקק.[152] במאמר זה אין בכוונתי

151. ראו: Mandel (לעיל, הערה 120); Mandel (לעיל, הערה 144), בעמ' 259-260; ראו גם: Frederick Schauer, "The Calculus of Distrust", 77 *Va. L. Rev.* (1991) 653, pp. 659-661 (מתווי קריירה המובילים לבית המשפט העליון יכולים להסביר מדוע יש בבית המשפט העליון נטייה חזקה להגן על זכויות קנייניות יותר מלהגן על זכויות אישיות); John H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press, 1980), pp. 58-59. (שופטים המשתמשים בהנמקות ערכיות נוטים לבחור בערכי המעמד הבינוני־גבוה אשר ממנו רוב השופטים ועורכי הדין באים.)

152. ראו: Mandel (לעיל, הערה 120), בעמ' 295-301. (בית המשפט העליון כמעט לא התערב באורח לא דמוקרטי בהחלטות הממשלה ובאופן ייחודי התערבויותיו הביאו יותר תועלת מנזק מבחינה דמוקרטית.) מלומדים אחרים נוטים (לפחות במשתמע) להסכים שהרקורד של בית

לקבוע מסמרות בדבר הפרוגרסיביות היחסית של הרשויות בישראל של ימינו. בכל הנוגע להגנה על זכויות אזרחיות ופוליטיות נראה לי שיש קונצנזוס יחסי בדבר עדיפות הרשות השופטת, אולם אין קונצנזוס יחסי כזה לגבי עדיפות הרשות השופטת בהגנה על זכויות חברתיות כיוון שבית המשפט נוטה לקדם פחות זכויות חברתיות לעומת זכויות אחרות. בנוסף, ההיבטים הסוציולוגיים־משטריים הייחודיים לישראל – בעיקר הקישור הקיים במפלגות החרדיות בין אלקטורט עני (לעתים מרצון) ורגישות חברתית מסוימת (אם כי נקודה זו נתונה במחלוקת) יחד עם חוסר סובלנות לזכויות אזרחיות של מגזרים אחרים בחברה וכוח פוליטי לא מבוטל הנובע משיטת הממשל שלנו – כל אלו מקשים את הסקת המסקנות בדבר הפרוגרסיביות היחסית. גם בחינת התזה של הקושי לקדם חקיקה מיטיבה לעומת קלות הסיכול של חקיקה "עוינת" אינה מובילה לתוצאות חד־משמעיות, מה גם שרב־גווניותן של ההשלכות החלוקתיות של כללים משפטיים וההבחנה בין זכויות פוליטיות ובין זכויות חברתיות מקשה את הסקת המסקנות בנקודה זו.[153]

המשפט העליון טוב משל המחוקק בכל הנוגע לזכויות אזרחיות, אך מסופקים אם כך הדבר לגבי זכויות חברתיות. ראו אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" **צדק חלוקתי בישראל** (מנחם מאוטנר – עורך, רמות, תשס"א) 79, בעמ' 85; רות בן־ישראל "השלכות חוקי היסוד משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" **שנתון העבודה** ד (תשנ"ד) 27, בעמ' 31.

153. כך, למשל, למפלגות החרדיות יש הצלחה מוגבלת בחקיקת "חוקים עוקפי בג"ץ". הדוגמה הבולטת היא חוק יבוא בשר קפוא (תיקון), תשנ"ה-1995, ס"ח 92, שהפך את פסיקת בג"ץ 5009/94 **מיטראל בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל**, פ"ד מח(5) 617. לעומת זאת, שינוין של מספר נורמות חברתיות שפעלו נגד קבוצות חלשות בחברה נעשה בדרך של דיון שיפוטי, לא נהפך בחקיקה, וספק אם היה מושג בלא ההליך השיפוטי. בג"ץ **מילר** (לעיל, הערה 16) ובג"ץ 1000/92 **בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד מח(2) 221, שחייב את בתי הדין הרבניים להחיל את הלכת השיתוף על בני זוג המתדיינים בפניהם, הן הדוגמאות המובהקות. דוגמת ביניים הוא בג"ץ 721/94 **אל־על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ**, פ"ד מח(5) 749 (להלן: בג"ץ **דנילוביץ**) לגבי זכויות של זוגות חד־מיניים. בעוד בג"ץ אישר את פסיקת בית הדין הארצי לעבודה, המחוקק הוא זה שהוסיף קודם לכן את האיסור על הפליה בשל נטייה מינית. בג"ץ **דנילוביץ** מספק תובנה מעניינת, כיוון שכפי שאני טוען להלן בטקסט, למחוקקים (ובמידה פחותה לשופטים) יש קושי להצטייר כמי שאינם פועלים לקידום שוויון. הדבר גורם, לדעתי, להכללת הוראות מקדמות שוויון בחוק, שספק אם המחוקק הישראלי היה מחוקק את התוצאות הנובעות מהן, ודוגמת בג"ץ **דנילוביץ** תוכיח. ספק בעיניי אם המחוקק הישראלי היה מאשר, אז או היום, חוק שכל מטרתו לקבוע כי חברת "אל על" תעניק תנאים סוציאליים שווים לבני זוג מאותו המין. לדיון מפורט וכללי יותר בלחצים המנוגדים בעד ונגד קידום שוויון שלהם נתונים המחוקקים ועל המסקנות הנגזרות מכך לעניין יכולת בית המשפט לקדם שוויון, ראו: Keren-Paz (לעיל, הערה 47), בעמ' 100-104.

מכל מקום אני סבור שאפילו שופטים בעלי נטייה רגרסיבית יגיעו לתוצאות חלוקתיות שוויוניות יותר בשיטה המחייבת אותם להביא בחשבון את התוצאות החלוקתיות של כללי המשפט הפרטי שהם מפתחים. יש לזכור שרטוריקה של הפליה, או אפילו אי־קידום שוויון, היא יקרה מאוד מבחינה פוליטית למי שמביע אותה.[154] אמנם הדברים נכונים במיוחד לגבי מי שמעמיד עצמו לבחירת הציבור, אך הם נכונים גם לגבי שופטים. ואכן, לא רק תאוריות פוליטיות מתחרות מתיימרות לקדם שוויון,[155] גם תוצאות הפוכות, כמו בדנ"א **נחמני**, נתמכות אף הן בשם תפיסות שונות של שוויון.[156]

יתרון חשוב של הגישה שאני מציע הוא שגישה זו מצריכה דיון גלוי של שופטים בתוצאות החלוקתיות של החלטותיהם. בעוד ייתכן שלשופטים, בגלל רקעם הסוציו־אקונומי, תהיה נטייה שמרנית במובן הכלכלי־חברתי, הדבר הגרוע ביותר שתומכי שוויון יכולים לעשות הוא להניח לשופטים להסתתר מאחורי הנמקות פורמליסטיות הדוחות את הרלוונטיות של תוצאותיהן החלוקתיות של החלטותיהם, והמקדמות במודע או שלא במודע החלטות אנטי שוויוניות. תוצאות חלוקתיות עדיפות סביר שתושגנה, בשיטה שבה שיקולים חלוקתיים צריכים להישקל בגלוי, לאור האתוס הפרו־שוויוני הקיים בחברות מערביות (ובישראל). גם אם ככלל נטיות השופטים הן רגרסיביות ואנטי־שוויוניות,[157] עדיין מתן לגיטימציה לשקילת שיקולים חלוקתיים תביא לידי תוצאות שוויוניות יותר מתוצאות המושגות בפועל על ידי שופטים רגרסיביים, באקלים המאפשר להתעלם מהתוצאות החלוקתיות הנובעות מכללי המשפט הפרטי.[158] כמובן, ברטוריקה שוויונית יכול להיעשות שימוש מניפולטיבי והאתוס השוויוני אינו מבטיח תוצאה פרוגרסיבית, אולם עדיין מבחינה יחסית, העלאת

---

154. ראו לדוגמה: Peter Westen, "The Empty Idea of Equality", 95 *Harv. L. Rev*. (1982) 537, p. 594 (אף שמושג השוויון ריק מתוכן, השימוש הנרחב ברטוריקה של שוויון נעשה כדי להעמיד שמרנים במצב הלא נוח של צורך לטעון נגד ערך השוויון).

155. לסקירה ראו: Dworkin, (לעיל, הערה 77).

156. ראו דנ"א **נחמני** (לעיל, הערה 96) שבו שופטי הרוב והמיעוט כאחד הסתמכו, בין היתר, על עקרון השוויון, כדי לבסס את מסקנותיהם הסותרות. ראו את דעות המיעוט של השופטים שטרסברג־כהן (בעמ' 684-685) וברק (בעמ' 790-791); השוו לגישות חלק משופטי הרוב: השופט טל (בעמ' 698-712); השופטת דורנר (בעמ' 717-719) והשופט מצא (בעמ' 748-749).

157. יצוין שהניסיון הישראלי, לדעתי, אינו תומך באופן גורף בתזת השופטים הרגרסיבים.

158. מבחינת שקיפות, בוודאי הנמקה המבוססת על טעמים רצויה. מבחינת היכולת לקדם מטרות פרוגרסיביות, יש הטוענים שהנמקה ערכית (להבדיל מהנמקה מושגית־מקצועית) חושפת את בית המשפט ליתר התערבות בהחלטותיו. ראו ידלין (לעיל, הערה 113) בעמ' 705-708. אם תזה זו נכונה, הרי מבחינת מבחן התוצאה, המידה שבה מעבר לשיח טעמים כזה הוא רצוי, תלויה בפרוגרסיביות היחסית של בתי המשפט והמחוקק. אם בית המשפט פרוגרסיבי יותר מהמחוקק, לכאורה דווקא רצוי שהוא יסתיר את החלטותיו הפרוגרסיביות בהנמקה פורמלית, החסינה יותר מהתערבות.

רמת המודעות לתוצאות החלוקתיות שבעשייה השיפוטית ולרלוונטיות הנורמטיבית של שיקול השוויון, אמורה לשפר את המצב לעומת המצב הקיים. אור השמש אמור לחטא גם את העשייה השיפוטית החלוקתית. כמובן ייתכן שיהיה בכוחם של החזקים בכל זאת לאיין את תוצאות הכלל הפרוגרסיבי שהושג בהתדיינות, באמצעות ההליך החקיקתי, אולם אין בכך משום סיבה מספקת להימנע מניסיון לקדם סדר יום פרוגרסיבי.

זאת ועוד, יש לזכור שהמודל שהצעתי אינו מעניק לשופטים תפקיד בלעדי (או אפילו עיקרי) במאבק לצמצום פערים בחברה. לכן השאלה הנכונה איננה אם המערכת השיפוטית לבדה תביא לידי תוצאות חלוקתיות עדיפות בהינתן לגיטימיות למפעל שיפוטי שכזה. השאלה הנכונה היא אם האינטראקציה שבין פעילות בתי המשפט למחוקקים, לפי המודל המוצע, תביא סך הכל לידי תוצאות עדיפות לעומת מצב שבו לניסיון שיפוטי לצמצם פערים בחברה דרך עיצוב המשפט הפרטי אין לגיטימציה. עקרונית, כלל חלוקתי שבית המשפט מעצב יכול להביא לידי תוצאה רגרסיבית, בין באופן ישיר, ובין – אף שאפשרות זאת אינה נראית לי סבירה – על ידי הנעת הליך חקיקתי שבסופו של דבר יחמיר את מצבם של מי שהכלל נועד לטובתם לעומת מצבם עובר לחקיקה. במקום אחר הצעתי שהאינטראקציה בין הרשות השופטת למחוקק, עתידה, או לפחות עשויה, לפתור את הבעיה העיקרית שבקידום מטרות חלוקתיות באמצעות המשפט הפרטי, חלקיותה של החלוקה (מבחינת מספר המשתתפים) וחוסר הדיוק שבה (לעומת החלוקה האידיאלית הנחזית בחברה נתונה).[159] הטענה בתמצית היא כי החלוקה החלקית יוצרת חוסר שיווי משקל, וכי בשל קיומם של שיקולים ולחצים שונים, יש סיכוי טוב שהתוצאה החלוקתית החלקית שהושגה בבתי המשפט, תושלם (ולא תבוטל) על ידי המחוקק. תוצאת החלוקה־מחדש לאחר תהליך השרשרת גם תהיה רצויה יותר מבחינת קידום הצדק בין קבוצת החזקים לקבוצת החלשים, וגם תתקן עיוותים "אופקיים", תוך קבוצתיים, הנובעים מהיכולת החלקית בלבד לקדם חלוקה־מחדש באמצעות כללי המשפט הפרטי וכללים יצירי פסיקה. השיקולים והלחצים שיגרמו לתיקון בכיוון הנכון כוללים בין היתר את הלחץ להשגת צדק תוך־קבוצתי, העלאת המודעות בחברה לחוסר השוויון הבסיסי שבה שברגיל הוא יחסית בלתי נראה או נתפס כטבעי והכרחי, והקושי של המחוקק להצטייר כאנטי־שוויוני.

(2) מידת ההשפעה העודפת היחסית שיש לחזקים בשני ההליכים.

אם היתרון היחסי שיש לחזקים לעומת החלשים בהליך השיפוטי הוא משמעותי יותר מבהליך החקיקה, הרי הניסיון להעביר באופן חלקי את המאבק לצמצום פערים בחברה מזירת החקיקה והזירה המנהלית לזירה השיפוטית נראה כאמצעי כושל לקידום מטרה ראויה.

משיקולים שהוסברו בפסקה 3 לעיל, אני סבור שהיתרון היחסי שיש לחזקים על פני החלשים, ניכר יותר בהליך החקיקה, מבהליך השיפוטי. טענתי לעיל שהתדיינות במסגרת המשפט הפרטי אינה נותנת לצד החזק "ביס נוסף".[160] עדיין נותר לבחון, האם ה"ביס

159. ראו: Keren-Paz (לעיל, הערה 47), בעמ' 100-104.

160. ראו לעיל, הערה 128.

היחיד" שאותו מקבל הצד החזק בהתדיינות לא עתיד להביא לידי תוצאה רגרסיבית הנובעת מכוחו העודף בהליך השיפוטי. כזכור, ההשוואה הנכונה אינה השוואה מוחלטת – אם לחזקים ולחלשים יש מידת השפעה שווה על ההליך השיפוטי. התשובה השלילית כמעט מובנת מאליה ונתמכת בספרות שנסקרה לעיל.[161] ההשוואה הנכונה היא יחסית, ויש לה שני היבטים. היבט אחד הוא השוואת עדיפותם היחסית של החזקים בשני ההליכים, החקיקתי והשיפוטי. בעניין זה יש לשים לב כי טענת היעדר הסימטריה של שלוזמן וטירני בין יכולת יחסית של החזקים לחסום חקיקה פרוגרסיבית והיעדר יכולת יחסית לקדם חקיקה רגרסיבית,[162] אינה תקפה במידה זהה במסגרת ההליך השיפוטי. סיבה אפשרית אחת היא הדיכוטומיות הטיפוסית להתדיינות במשפט הפרטי לעומת הגמישות הרבה יותר של הליך החקיקה.[163] סיבה אפשרית אחרת היא השוני במידת המניפולציה שניתן לעשות בהליך השיפוטי והחקיקתי ובטכניקות ההשפעה. חלק מיתרונות החזקים, למשל, היכולת הכספית לשאת בעלות המאבק וההומוגניות והסולידריות היחסית עם האליטות השלטוניות והשיפוטיות, עומד לימינם בשתי הזירות. יתרונות אחרים, לעומת זאת, כגון היכולת להציע תרומות, טובות הנאה, לחצים איומים וכן השפעה על ידי היוועדויות חשאיות, אפשריים וניכרים בהליך החקיקתי והביצועי הרבה יותר מבהליך השיפוטי.

היבט שני של הבדיקה היחסית הוא, אם לחזקים יש מידת השפעה מוגברת במשטר המכיר בלגיטימיות המעורבות השיפוטית בצמצום פערים בחברה במסגרת המשפט הפרטי, או במשטר שאינו מכיר בלגיטימיות האמורה. הניתוח שהוצע לעיל לגבי האינטראקציה בין הרשות השופטת למחוקק, האתוס השוויוני והעלות המעורבת בפגיעה בערך השוויון,[164] מציע שהפער בין חזקים לחלשים בהליך השיפוטי ייחלש עם הגברת המודעות לפעילות החלוקתית הבלתי נמנעת שנעשית בידי בית המשפט בעת פיתוח המשפט הפרטי. אותו ניתוח מציע גם כאפשרות, שהאינטרקציה המקווה בין שתי הרשויות, תביא לידי תוצאה עדיפה על הסטטוס קוו, גם אם, בניגוד להנחתי, העדיפות היחסית של החזקים על החלשים משמעותית יותר בזירה השיפוטית. לסיכום תת־פסקה זו, השאלה אם התערבות בית המשפט תביא לידי תוצאה רצויה היא קונטינגנטית ותלוית הקשר וצריכה להיבדק באופן אמפירי. הניתוח לעיל ניסה להראות כי טיעון גורף נגד יכולת להביא לידי תוצאה פרוגרסיבית אינו נכון, ולהציע מספר מאפיינים מבניים, ההופכים את המסקנה ההפוכה, לפחות לאפשרית, אם לא לסבירה.

161. ראו לעיל, הערה 122.

162. ראו: Schlozman and Tierney (לעיל, הערה 125).

163. לסיוג הדיכוטומיות, ראו לעיל פרק ב, טקסט הקודם להערה 62.

164. ראו לעיל, הערות 154-159, והטקסט הסמוך להן.

ד. טיעון העלות המוגזמת

חלק זה בוחן את הטיעון אשר לפיו לא רצוי לנסות לקדם שוויון באמצעות המשפט הפרטי בשל עלותו המוגזמת של ניסיון שכזה מבחינת היכולת לקדם מטרות אחרות שהמשפט הפרטי חפץ ביקרן.

1. הצגת טיעון העלות המוגזמת ובחינת הנחותיו ומגבלותיו באופן כללי

גם רוב המבקרים של גישה איגליטרית למשפט הפרטי יסכימו שבכוחו של המשפט הפרטי לקדם שוויון במידה כלשהי. חלק גם יסכימו שקידום חלקי של שוויון, כשהוא לעצמו, עדיף על היעדר קידום כלל. אלא מאי? הטענה היא שניסיון לקדם שוויון פוגע ביכולת דיני המשפט הפרטי לקדם את המטרות הקלאסיות שלהם. חלק ממטרות אלו יכולות להיות ספציפיות, כמו קידום הצדק המתקן והקצאת אשמה לצד אשם בדיני הנזיקין. אליזבת אנדרסון (Elizabeth Anderson), למשל, טוענת כי ניסיון לקדם חלוקה־מחדש של עושר באמצעות דיני הנזיקין חותר תחת יכולתם של דיני הנזיקין לגנות התנהגות לא ראויה ולהשיג צדק מתקן.[165] מטרות אחרות יכולות להיות תקפות לרוחב דיני המשפט הפרטי, כגון השאיפה המשותפת לליברלים ולתועלתנים לאמץ כללים ברורים וצפויים,[166] שאיפתם של ליברלים לפגוע מעט ככל האפשר בחירות הפרט,[167] ושאיפתם של אנשי ניתוח כלכלי להשיג יעילות.[168] לנוכח האפשרות לקדם שוויון באופן אפקטיבי יותר באמצעים חלופיים כמו המשפט הציבורי ודיני המסים, הרי יש לקדם שוויון באמצעים אלו, ולהניח למשפט הפרטי לקדם את מטרותיו הקלאסיות. מבחינה זו, טיעון העלות המוגזמת הוא מעין טיעון של היעדר מידתיות.[169] הפגיעה בחירות או ביעילות לשם קיום שוויון היא מעל לנדרש לנוכח האפשרות להשיג את אותה התוצאה באמצעים פוגעניים פחות.

תשובה ראשונית לטיעון העלות המוגזמת דורשת להגביר את מודעותנו להטיה המוניסטית וההיררכית של התומכים בטיעון. אין זה מקרה שבקרב שתי התיאוריות הדומיננטיות של המשפט הפרטי היום – צדק מתקן וניתוח כלכלי של המשפט – אשר מהן מוטחת ביקורת העלות המוגזמת[170] הגישה הדומיננטית היא מוניסטית. על פי תפיסה זו, יש עדיפות לקידום המטרה שהתאוריה חפצה בעיקרה, על פני קידום כל מטרה אחרת.[171]

---

165. ראו: Anderson (לעיל, הערה 65), בעמ' 182-183. לדחיית הטענה ראו: Keren-Paz (לעיל, הערה 76), בעמ' 151-154.
166. להצגת הטענה ולדיון בה ראו להלן פסקה 2.
167. להצגת הטענה ולדיון בה ראו להלן פסקה 3.
168. להצגת הטענה ולדיון בה ראו להלן פסקה 4.
169. לכלל המידתיות במשפט הישראלי ראו בג"ץ 59/3477 **בן־עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד מט(5) 1, בעמ' 11.
170. ראו: Anderson (לעיל, הערה 65) והמקורות להלן בפסקות 2-4.
171. למעשה, על פי תפיסה מקובלת של צדק מתקן, אין כל משמעות לדיבור על השגת מטרה אחרת מעל צדק מתקן במשפט הפרטי.

מאידך גיסא, כל ניסיון מצד תפיסה פלורליסטית לקדם יותר ממטרה אחת, מחייב ויתור על השאיפה לקדם כל מטרה באופן אופטימלי, וזאת כדי לקדם את האיזון האופטימלי בין המטרות.[172] מכאן נובע, כי הטענה שקידום ערך השוויון פוגע בהשגת מטרה אחרת במלואה, אין בה כשהיא לעצמה משום נימוק נגד הניסיון לקדם שוויון. רק מי שמחויבים לגישה מוניסטית (כגון חלק מחסידי הניתוח הכלכלי והצדק מתקן) יראו בעצם הניסיון לקדם מטרה אחרת על חשבון המטרה שהם תומכים בה, משום פגם כשהוא לעצמו. משמבינים אנו שמדובר באיזון, נשאלת השאלה אם האיזון היה סביר, ולשאלה כזאת, בהכרח לא ניתן לענות באופן גורף אלא יש לבדוק אותה בהקשרה הנתון. יש לזכור כי מידת היכולת לקדם שוויון באמצעות המשפט הפרטי משתנה ממקרה למקרה, כמו גם מידת הפגיעה בערכים אחרים, מידת החיוניות לקדם שוויון בהקשר מסוים, ומידת היכולת לקדם שוויון באופן חלופי.[173] למשל, היכולת לחלק סטטוס חברתי (להבדיל מעושר) אפקטיבית הרבה יותר באמצעות דיני הנזיקין מבאמצעות דיני המסים.[174] כמו כן, לעתים קידום השוויון פוגע במטרת היעילות, ולעתים הוא מתיישב עמה.[175] בהיעדר בדיקה עובדתית של מידת ההקרבה של ערכים אחרים מחד גיסא, ומידת התועלת בקידום שוויון מאידך גיסא, לא ניתן להגיע לכל מסקנה בדבר רציות קידום השוויון באמצעות כללים שונים של המשפט הפרטי. בנוסף, לצורך הערכת נכונות טיעון העלות המוגזמת, לא העדיפות התאורטית של המנגנון החלוקתי החלופי רלוונטית, אלא הסיכוי שמנגנון זה יופעל בפועל. על חשיבותה של נקודה זו אעמוד בפסקאות 3 ו-4.

2. פגיעה בצפיות

(א) כללי

חלוקה־מחדש באמצעות דיני המסים היא בבסיסה צפויה מראש. למרות קיומם של חריגים, בדרך כלל יודעת הנישומה את שיעורי המס החלים עליה מראש ולכן מסוגלת לתכנן מראש את הוצאותיה ופעולותיה בהתחשב בסכום שהיא יודעת שייגבה ממנה לצורכי מס. ליכולת הצפייה והתכנון יש חשיבות מרובה מבחינת החירות החיובית של הפרט: יכולתו של אדם לתכנן את חייו ולשלוט בגורלו. לכן גביית סכומים באופן פתאומי ובלתי־ידוע מראש פוגעת בחירותו של הפרט. לכאורה, שימוש במשפט הפרטי לצורכי חלוקה־מחדש פוגעת ביכולת הצפייה והתכנון ולכן פוגעת באופן מוגזם בחירות הפרט. זאת בשל העובדה שעצם ההשתתפות בחלוקה־מחדש באמצעות אינטראקציה של המשפט הפרטי (תביעה בנזיקין, כניסה לחוזה וכדומה) מוטלת בספק, ומועד ההשתתפות וגודל הסכום שיילקח או יינתן

172. השוו: Patrick S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (Butterworths Publishing, London, 1967), p. 15.

173. ראו לעיל פרק ב, פסקה 3(א).

174. להסבר נקודה זו ופיתוחה ראו להלן פסקה 3(ב)(2).

175. לדיון בנקודה זו, ראו להלן פסקה 4.

אינם ידועים מראש. טיעון זה העלו בספרות בין היתר רוברט גודין (Robert Goodin) ואלן שוורץ.[176] כך למשל טוען גודין כי:[177]

> The evil that my rationale would ask compensation to rectify is the evil of a "bolt from the blue" that people had no reason to expect and that threatens to make a mockery of their life plans. On my theory of compensation, what is sacrosanct is not the preexisting distribution but rather preexisting expectations and the plans and projects that people have built around them… On the expectation-based argument, what is wrong is not altering the status quo but rather altering it unpredictably.

כדי לענות על טיעון זה עלי להקדים ולהעיר שתי הערות. ראשית, ונקודה זאת תחזור בהמשך, יש להבחין בין חיובים רצוניים (בעיקר חוזיים) ובין חיובים לא רצוניים (בעיקר נזיקיים וכן רוב החיובים שמקורם בדיני עשיית עושר ולא במשפט). טיעון הפגיעה בצפיות משכנע יותר לגבי חיובים לא רצוניים, אשר לגביהם יש לאדם שליטה מוגבלת בלבד מבחינת כניסתו לאינטראקציה של המשפט הפרטי. חיובים רצוניים, מעצם טיבם מאפשרים לפרט שליטה לגבי עצם הכניסה לתחום החיוב ומכאן שבכפוף לשאלת בהירותם של הכללים החלוקתיים (נקודה שתידון בסמוך), טיעון היעדר הצפיות מאבד מכוחו. גם חיובים לא רצוניים אינם בהכרח בלתי צפויים. לדוגמה, חיוב מזונות מכוח הדין הוא חיוב בלתי רצוני, אך נראה שלפרט יש יכולת צפייה טובה למדי לגבי היקפו של חיוב זה. שנית, מידת השכנוע של הטיעון תלויה באופן שבו מעוצב הכלל החלוקתי ולכן בנסיבות שונות ייתכן משקל שונה לטענה. לדוגמה, כלל חלוקתי (כמו זה המאומץ בפינלנד ושבדיה)[178] הנותן לבית המשפט שיקול דעת לסטות מעקרון הפיצוי המלא בהתחשב בין היתר במעמדם הכלכלי של הצדדים הספציפיים, מקשה על מתדיינים פוטנציאליים להעריך את תוצאותיו.[179] לעומת זאת, כלל הקובע לדוגמה כי המזיק הרשלן העני ישלם 80% בלבד מהנזק שגרם והמזיק העשיר ישלם 120% מהנזק שגרם, אינו בעייתי מבחינת הצפיות יותר מכלל המתעלם ממשאבי הנתבע.[180]

---

176. ראו: Goodin (לעיל, הערה 65), בעמ' 157; Schwartz (לעיל, הערה 65), בעמ' 570.
177. Goodin, שם.
178. ראו לעיל, הערה 49 והטקסט הסמוך לה.
179. אם כי גם כלל כזה יאפשר לצדדים, לפחות עקרונית, להעריך את תוחלת הרכיב החלוקתי של הכלל, מבחינה סטטיסטית או אקטוארית, לפחות כאשר הצטברה פסיקה מספקת של בית המשפט המלמדת כיצד הוא מפעיל את שיקול דעתו.
180. לבחינת כלל כזה והבהרת הנקודה שתוצאותיו צפויות ראו להלן תת פסקה (ג), הערות 187-189. יושם אל לב, כי איני מגן כאן על כלל כזה, אלא מביא אותו כהדגמה בלבד.

לאחר הבהרת נקודות מקדמיות אלו, ברצוני לענות על טיעון חוסר הצפיות לגופו. תשובתי מורכבת משתיים. ראשית, במידה מסוימת הטיעון הוא מעגלי. כיוון שהמשפט הפרטי מבוסס כיום (בחריגים מסוימים) על עקרון השבת המצב לקדמותו, הרי צפיותיהם הסבירות של הפרטים הן שלא יילקחו מהם סכומים לשם קידום מטרות חלוקתיות באמצעות המשפט הפרטי. במשטר של שימוש במשפט הפרטי לקידום מטרות חלוקתיות, ישתנו ציפיותיהם הסבירות של הבריות ויכללו מודעות לכך שכשם שנגבים מהם סכומים לשם קידום מטרות חלוקתיות באמצעות דיני המסים, כך יילקחו מהם סכומים באמצעות אינטראקציות של המשפט הפרטי.

על תשובה זו הקשה אלן שוורץ, שכדי להגן על אינטרס התכנון של הפרטים, לא די בכך שעצם ההשתתפות בחלוקה באמצעות המשפט הפרטי היא צפויה, אלא שיעור ומועד ההשתתפות צריכים להיות צפויים. ובלשונו: "*making litigation outcomes predictable may be insufficient if the circumstances which trigger the rule's operation are themselves unpredictable*."[181] על קושיה זו תשובתי היא שהשילוב של כללים חלוקתיים ברורים ומנגנוני ביטוח יפתרו קושי זה. לצורכי הדיון כאן אני מגדיר כלל חלוקתי ככלל שמטרתו ותוצאתו היא סטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו כך שהוא מעביר עושר מעשירים לעניים. מבחינה אנליטית ניתן לראות כלל כזה כמורכב משני חלקים: האחד, התוצאה הנדרשת על פי עקרון השבת המצב לקדמותו. (לדוגמה, המזיק הרשלן ישלם פיצוי מלא על הנזק שגרם.) השני, הסטייה מתוצאה זו כדי לקדם מטרה חלוקתית. (לדוגמה, המזיק הרשלן העני ישלם 80% בלבד מהנזק שגרם והמזיק העשיר ישלם 120% מהנזק שגרם.) הבנת התשובה שאני נותן לקושייתו של שוורץ מצריכה הבנה של מנגנון הביטוח ובעיית הסבסוד הצולב הרגרסיבי שהוא גורם.

(ב). סבסוד צולב רגרסיבי וביטוח

תופעת סבסוד צולב רגרסיבי מתרחשת כאשר נמעניו של כלל מסוים נושאים בעלותו שווה בשווה (לרוב באמצעות העלאה אחידה של המחיר שהם משלמים), בעוד הפקת טובת ההנאה מהכלל מקיימת מתאם חיובי עם עושרו של הפרט. תוצאת הסבסוד הצולב היא רגרסיבית כיוון שפרטים עניים מסבסדים את טובת ההנאה של פרטים עשירים, ובכך מעבירים עושר מעניים לעשירים. התופעה נפוצה לרוחב דיני המשפט הפרטי והיא נגרמת בשל חוסר היכולת לתמחר באופן אינדיבידואלי את עלותו של הכלל לכל פרט. לכן מחושבת עלות ממוצעת המשולמת מראש, בעוד טובת ההנאה המופקת מהכלל היא אינדיבידואלית ותלוית־עושר.

בדיני הנזיקין, השילוב של עקרון השבת המצב לקדמותו (הנקרא גם "עקרון הפיצוי המלא") בקיומו הנפוץ של ביטוח אחריות מוביל לחלוקה רגרסיבית של עושר מהעניים

181. Schwartz (לעיל, הערה 65), בעמ' 572, הערה 41. Schwartz נותן כדוגמה כלל הקובע כי יצרן אחראי לכל נזקי המוצר הפגום, לרבות נזקים לא צפויים.

לעשירים.[182] הסיבה לתוצאה הרגרסיבית היא שלמבטח ביטוח האחריות אין יכולת לדעת מהי תוחלת הנזק שיגרום המבוטח האינדיבידואלי. זאת כיוון שהמבוטח – המזיק הפוטנציאלי – אינו יודע מי יהיו הניזוקים אשר בהם יפגע. כיוון שכך, המבטח יגבה פרמיה המשקפת תוחלת נזק ממוצעת המושפעת מהערכים הממוצעים של הניזוקים (עשירים ועניים כאחד). נמצא שקבוצת המבוטחים – המזיקים הפוטנציאליים – משלמים פרמיה אחידה. עם זאת, הניזוקים מקבלים סכומים השונים בגובהם, בשל עקרון השבת המצב לקדמותו. למה הדבר דומה? להסדר בין שני חברים, גדעון ואמירה, השמים כל אחד 500 ש"ח בקופה משותפת ומחליטים שביום ההולדת של גדעון הוא יקבל 800 ש"ח וביום ההולדת של אמירה היא תקבל 200 ש"ח. בדוגמה זו אמירה סבסדה את גדעון בסך של 300 ש"ח. בביטוח אחריות, העשירים הם גדעון והעניים הם אמירה.[183] ביטוח האחריות (ביטוח צד ג') חשוף הרבה יותר לבעיית הסבסוד הצולב מביטוח צד א', זאת כיוון שלמבטח קל יותר לחשב את תוחלת תגמולי הביטוח שיחוב למבוטח עצמו, לעומת תוחלת החבות של מי שהמבוטח יזיק לו. כיוון שהמבוטח יכול לפגוע הן בעשיר (שנזקיו גבוהים) והן בעני (שנזקיו נמוכים), נאלץ המבטח לגבות פרמיה המשקפת את תוחלת הנזק הממוצעת. נמצא שמבוטחים עניים ועשירים כאחד משלמים פרמיה זהה לביטוח אחריות (בכובעם כמזיקים פוטנציאליים) אך אם יינזקו, הרי בשל עקרון הפיצוי המלא (השבת מצב לקדמותו), יקבלו העשירים יותר (בכובעם כניזוקים פוטנציאליים).[184] מטעם זה, אחת התובנות החשובות ביותר של גישה חלוקתית־שוויונית לדיני הנזיקין היא להתנגד למגמת הרחבת אחריות המבוססת על שיקולי פיזור נזק. מטרת פיזור הנזק אינה מתיישבת עם המטרה החלוקתית־שוויונית ולפחות כל עוד נשמר עקרון הפיצוי המלא, עקרון השוויון תומך בצמצום האחריות הנזיקית ובמעבר

---

182. לשתי סיבות נוספות ושונות לאפקט הרגרסיבי של דיני הנזיקין ראו פרק ד, פסקה 4(ד).

183. לניתוח קלאסי של הבעיה, בעיקר מהיבט יעילות ראו: George L. Priest, "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law", 96 *Yale L.J.* (1987) 1521, pp. 1546, 1559-1560, 1565-1566. מבחינה טרמינולוגית, בתחום הביטוח, תופעת הסבסוד הצולב (לרבות בעיית היעילות המעורבת בה) נקראת "adverse selection".

184. בנוסף, בשל יתרונות של נזילות, מודעות ונגישות להליך המשפטי, ככלל יש סיכוי רב יותר שהעשירים יתבעו משהעניים יעשו כן, ושיצליחו יותר בתביעות שיגישו (וזאת אף שייתכן שכאשר הנזקים קטנים, העשירים יעדיפו לספוג אותם, ואילו העניים יתבעו). כמו כן, כפי שיוסבר להלן, אותה רמת סיכון עלולה להיחשב כרשלנית, אם הופנתה כלפי העשיר, אך כסבירה אם הופנתה כלפי העני. ראו להלן פסקה 4(ד)(1), הערות 266-267 והטקסט הסמוך להן. מאידך גיסא, סביר שהעשירים משקיעים יותר בהוצאות מניעה, למניעת נזק מרכושם הם, עובדה המקטינה את תוחלת הנזק שלהם. ההנחה המקובלת בדיני הנזיקין היא שתוצאת דיני הנזיקין היא רגרסיבית. ראו Abel (לעיל, הערה 66), בעמ' 799-801, 802-803, 808-810, 813, 823, 825, 829; ראו: Conaghan and Mansell (לעיל, הערה 65), בעמ' 203. "[i]t is a journey which, when once undertaken, is likely to take the traveler into territory never likely to occupy the pages of *Winfield & Jolowicz on Tort*".

לשיטת פיצוי חלופית המבוססת על ביטוח צד א' (ביטוח נזקיו של המבוטח, לרבות אלו הנגרמים מעוולה של אחר, להבדיל מביטוח אחריותו של המבוטח כלפי צדדים שלישיים על נזקים שהוא גורם להם).[185] כמובן, בסיטואציות שבהן בעיית הסבסוד הצולב חמורה פחות, הנימוק בעד צמצום האחריות נחלש, אם כי לא נעלם, בשל הבעייתיות הטבועה בעקרון הפיצוי המלא. כאשר עלותה של תניה חוזית מתפזרת באמצעות העלאה אחידה של התמורה החוזית המשולמת על ידי צד לחוזה שהתניה נקבעה לטובתו, וחברי קבוצה זו הם הטרוגניים, בעיית הסבסוד הצולב רלוונטית גם בדיני החוזים.[186]

(ג) צפיות מבחינת מועד ההשתתפות ושיעורה.

לאחר הבהרת המונח "כלל חלוקתי" וסקירת הרגרסיביות המובנית בשילוב כלל הפיצוי המלא בביטוח אחריות, ברצוני להסביר כיצד השילוב של כללים חלוקתיים ברורים ומנגנוני ביטוח, משכך את החשש שחלוקה באמצעות המשפט הפרטי אינה צפויה, מבחינת שיעורה ומועדי ההשתתפות בה.

ראשית, יש לזכור שבכל הנוגע לחיובים רצוניים, ככל שהכלל החלוקתי ברור יותר, ניתן בקלות יחסית לחשב את ערכו. יכולת זו עונה על הקושי הנוגע לשיעור ההשתתפות. הוולונטריות של החיוב מספקת מענה באשר למועד ההשתתפות. גם לגבי חיובים לא רצוניים עלינו לזכור שקיומם הנפוץ של מנגנוני ביטוח אחריות יאפשר בקלות יחסית לחשב באופן אקטוארי את הערך של הרכיב החלוקתי ולשקף ערך זה בפרמיית הביטוח. נניח שהחלטנו לאמץ את הכלל הבא: המזיק העשיר ישלם 120 אחוזים מהנזק שהוא גורם לעניים ואת הנזק המלא שהוא גורם לניזוקים אחרים. המזיק העני ישלם במלואו נזק שהוא גורם לעניים ו-80 אחוזים מהנזק שהוא גורם לאחרים.[187] לפני אימוץ הכלל שילמו העשיר והעני פרמיה זהה בעבור ביטוח האחריות שרכשו שנבעה מהיעדר יכולתה של חברת הביטוח להעריך את תוחלת הנזק האינדבידואלית של כל

---

185. ראו: Patrick S. Atiyah, The Damages Lottery (Hart Publishing, Oxford, 1997), pp. 123-124, 189. עמדתו של Abel מורכבת יותר. אמנם הוא בעד הרחבת האחריות לגבי היבטים מסוימים של נזקי גוף, אך הוא מציע לבטל חבות בשל נזקי רכוש שנגרמו ברשלנות. ראו Abel (לעיל, הערה 66), בעמ' 822-825. פתרון (חלקי) נוסף, שאומץ בחקיקה הישראלית, הוא קביעת תקרת פיצוי. ראו סעיף 4 לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים; סעיף 5 לחוק האחריות למוצרים פגומים.

186. Ian Ayers and Robert Gertner, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", 99 *Yale. L. J.* (1989) 87, p. 100.

187. נניח שעני יוגדר כמי שמרוויח פחות מהשכר הממוצע במשק, והשאר ייחשבו עשירים. נניח גם, כי שיעור העניים הוא 80% מהאוכלוסייה, וכי התפלגות הניזוקים והמזיקים זהה לשיעורם הכללי באוכלוסייה. הנחה (פשוטה) נוספת היא כי חברת הביטוח יודעת לזהות מראש אם המבוטח ייחשב עני או עשיר על פי הכלל.

מבוטח.[188] היעדר יכולת זו לא השתנה על פי הכלל החדש. לעומת זאת, כעת יודעת חברת הביטוח כי תוחלת חבותה כלפי המבוטח העשיר לכיסוי חבותו הנזיקית גבוהה יותר מתוחלת חבותה כלפי המבוטח העני, ולפיכך היא תגבה פרמיות המתחשבות בנתון זה.[189] לכן התוצאה של קיום ביטוח מוציאה את העוקץ מטענת היעדר הצפיות: העשיר המבוטח ישלם באופן ודאי כחלק מהפרמיה סכום המשקף את הרכיב החלוקתי ויגן על עצמו מפני חוסר הצפיות הכרוך בחלוקה מקרית התלויה באינטראקציה של המשפט הפרטי. הצפיות תישמר והמטרה החלוקתית תושג. העשיר אמנם אינו יודע אם יזיק ויצטרך לשלם פיצוי הכולל רכיב חלוקתי, אולם הרכיב החלוקתי ייכלל בפרמיית ביטוח האחריות שהוא משלם. תובנה בסיסית זו פותחה בידי ריצ'רד אייבל (Richard Abel) כחלק מטיעונו אשר לפיו דיני הנזיקין אינם צריכים לפצות בעלי רכוש בעבור פגיעה רשלנית בנכסיהם. בעניין החשש מאי־ודאות טוען אייבל בצדק, כי תחת משטר כזה ירכשו בעלי הרכוש ביטוח צד א' ובכך יגנו על עצמם מפני הפסדים בלתי צפויים לרכושם.[190] יושם אל לב, כי הפתרון המוצע על ידי אייבל שונה מהדוגמה שנתתי. הפתרון של אייבל שולל אחריות ובכך כורת את ענף ביטוח האחריות ואת בעיית הסבסוד הרגרסיבי האינהרנטית לו. הדוגמה שנתתי משמרת כלל אחריות ואת ענף ביטוח האחריות, אך מקטינה (אם כי אינה פותרת) את תוצאת הסבסוד הרגרסיבי בכך שכנגד העובדה שהעשירים ימשיכו לקבל פיצוי גבוה יותר משיקבלו העניים, הם גם ישלמו פרמיה גבוהה יותר. ודוקו: השינוי בפרמיות ביטוח

188. נניח כי שיעור הנזק הממוצע הנגרם לעניים היה 10,000 ושיעור הנזק הממוצע הנגרם לעשירים היה 60,000. הפרמיה הממוצעת שחברת הביטוח גובה מכל מבוטח על פי הכלל הלא חלוקתי מבוסס לכן על תוחלת נזק כללית של 20,000 למבוטח (80% מ-10,000 ועוד 20% מ-60,000). לכן העני משלם פרמיה המבוססת על כפליים מנזקו (הממוצע) האמיתי.

189. על פי נתוני הדוגמה המובאים בהערת השוליים הקודמת, תושג התוצאה הבאה: המבוטח העשיר יפגע בהסתברות של 80% בעני שאז יצטרך לשלם 12,000 כפיצוי (9,600) ויפגע בהסתברות של 20% בעשיר ויצטרך לשלם 60,000 כפיצוי (12,000). הפרמיה של העשיר תתבסס לכן על תוחלת חבות של 21,600 (בעוד הפרמיה על פי כלל לא חלוקתי התבססה על תוחלת חבות של 20,000). המבוטח העני יפגע בהסתברות של 80% בעני ויצטרך לשלם 10,000 כפיצוי (8000) ויפגע בהסתברות של 20% בעשיר ויצטרך לשלם 48,000 כפיצוי (9,600). הפרמיה של העני תתבסס לכן על תוחלת חבות של 17,600. שימו לב, גם על פי כלל "פרוגרסיבי" עדיין העני מסבסד את העשיר, אולם שיעור הסבסוד פוחת מ-10,000 ל-7,200 כמוסבר להלן. תוחלת הפיצוי שמקבל העני היא 80% מ-10,000 (8000 – אם המזיק עני) ו-20% מ-12,000 (2400 – אם המזיק עשיר). תוחלת הפיצוי הכללית שמקבל העני היא 10,400 עבור נזק של 10,000. בהתחשב בעובדה שהפרמיה שהוא משלם מבוססת על תוחלת חבות של 17,600, יוצא שעל פי הכלל הפרוגרסיבי, עדיין כל מבוטח עני מסבסד בממוצע את העשירים בסך של 7,200 (ההפרש בין מה שהוא מקבל בתוחלת: 10,400, ומה שהוא משלם: 17,600).

190. Abel (לעיל, הערה 66), בעמ' 823.

האחריות נובע מהשינוי בכללי המשפט הפרטי. ניתן, כמובן, לחשוב על פתרונות אחרים שאינם מצריכים שינוי כללי האחריות והפיצוי. שני הכללים שצוינו לעיל, קביעת שיעור הפיצוי על פי עושרם של הצדדים וביטול האחריות הנזיקית, משנים את דיני המשפט הפרטי. כלל נוסף עשוי לקשור את שיעור פרמיית ביטוח האחריות בהכנסתו של המבוטח. שימו לב, גם כלל כזה (השקול למיסוי פרוגרסיבי) הוא התערבות במשפט הפרטי (חופש ההתקשרות בדיני החוזים), שנעשית כדי להשיג תוצאה חלוקתית. פתרון אחר הוא להגביר את הפרוגרסיביות של דיני המס ותשלומי העברה.

מלבד השאלות הכלליות בדבר העדיפות היחסית של השיטות האמורות, הנדונות לאורך המאמר, ראוי לשים לב להבדל האידיאולוגי והפסיכולוגי בין שתי שיטות החלוקה־מחדש. העברה מחדש בדרך של מיסוי ותשלומי העברה מצוירת תדיר על ידי מתנגדיה כחסד הנעשה בידי הרכיב היצרני כלפי הרכיב הלא יצרני בחברה (בימים שבהם נכתב טקסט זה, די להקשיב לרטוריקה של שר האוצר בנימין נתניהו או לעיין בכתיבתו של אברהם טל מעיתון "הארץ"). לעומת זאת, הניתוח לעיל מוכיח, כי דיני המשפט הפרטי מעבירים עושר באופן שיטתי מהעניים לעשירים. על כן נראה שתיקון "ישיר" של דיני המשפט הפרטי כדי להקטין או לבטל את התוצאה האמורה, יזכה ליתר הצדקה ותמיכה מתיקון "עקיף" של התוצאות האמורות על ידי שינוי שיטת המס ותשלומי ההעברה.[191] זאת כיוון שזיקתו של שינוי בדיני המסים לקושי החלוקתי שיוצרים דיני המשפט הפרטי, פחות נראית לעין.[192] מכל מקום, ההכרעה מהו הפתרון האופטימלי תלויה בעלות כל פתרון ובתועלת שהוא מביא.[193] כמצוין לעיל, אני סבור שההכרעה אם רצוי שבית המשפט יאמץ כלל חלוקתי במסגרת המשפט הפרטי, תלויה בין היתר בשאלה מה הסיכוי שפתרון אחר (אפילו הוא עדיף תאורטית) יאומץ בפועל.[194]

---

191. העדיפות הנ"ל מבחינת היכולת להצדיק את החלוקה־מחדש אמורה להיות מקובלת גם על אלו המחזיקים בתפיסה ליברטיאנית המקדשת את הסטטוס קוו והמתנגדת לחלוקה מחדש של עושר.

192. השוו לטענתו של Duncan Kennedy להלן, הערה 288 ובטקסט הסמוך לה.

193. יתרון בולט בפתרון המוצע על ידי Abel לעומת הכלל שהבאתי לדוגמה בטקסט הוא מניעת בעיית הסבסוד הצולב מצד מבוטחים בביטוח אחריות. כפי שהבהרתי במקום אחר, קיום מנגנון הביטוח מקהה גם את עוקצו של טיעון הרנדומליות, כיוון שרוב אלו שהיינו רוצים שישתתפו בחלוקה, יעשו זאת באמצעות מנגנון הביטוח. ראו: Keren-Paz (לעיל, הערה 47), בעמ' 98-100. זאת תהיה התוצאה בין שנבחר בכלל של Abel, בכלל של סטייה מעקרון הפיצוי המלא, או בכלל של חישוב פרמיות בביטוח אחריות מתוך התחשבות בעושרו של המבוטח. עם זאת, עדיין נראה שכל אחת משלוש החלופות עדיין נחותה מבחינת שיקול הרנדומליות לחלוקה מחדש באמצעות דיני המיסוי והחלוקה, ובלבד שחלוקה כזו תהיה אכן מקיפה.

194. ראו להלן פסקה 4(ה).

נותרת, אם כן, השאלה אם יש לנו סיבה להניח שמנגנון הביטוח יצליח לתמחר נכונה את עלותו של כלל חלוקתי, או במילים אחרות אם התוצאות החלוקתיות של הכלל צפויות במידה מספקת. בעוד התשובה חייבת להיות תלוית הקשר, נראה לי שעם חלוף הזמן, שיטה משפטית המחויבת לקידום עקרון השוויון באמצעות המשפט הפרטי תוכל לפתח כללים חלוקתיים ברורים, צפויים וניתנים לתמחור. ספציפית לעניין הביטוח, אין מניעה עקרונית לחשב באופן אקטוארי את תוחלת הרכיב החלוקתי לגבי קטגוריות של מבוטחים. מספר דוגמות יבהירו את העניין:

סטייה מעקרון הפיצוי המלא בהתחשב בעושרם של המזיק והניזוק: כפי שהראיתי לעיל, כלל הקובע כי שיעור הפיצוי יהיה תלוי בעושרם של המזיק והניזוק, ניתן לחישוב באופן פשוט מבחינה אקטוארית ואינו מעורר כל בעיה.[195]

אחריות משותפת של הורים לנזקי ילדיהם: להלן אני מציע כלל המטיל אחריות ביחד ולחוד על שני ההורים לפיקוח רשלני על ילדיהם שגרמו נזק לאחרים. אני מציע שהכלל יכלול זכות השתתפות בגובה מחצית הנזק מצד ההורה החב כלפי ההורה האחר. זאת בניגוד לכלל הנוהג אשר לפיו אחריות ההורים היא אינדיבידואלית.[196] לעת עתה די להבין, כי אם יאומץ כלל כזה, צפיות כל הצדדים המעורבים בעניין – ההורה המפקח, ההורה השני והצד השלישי – אינה נפגעת. תוצאת הכלל היא הוספת ההורה השני כחייב נוסף כלפי הצד השלישי וחלוקת החבות בין שני ההורים. למעשה, כלל כזה אף מגביר ודאות וצפיות, ביתרו את הדיון בשאלה אם ההורה הנעדר אחראי אם לאו, ומהי חלוקת האשמה בין ההורים.

שלילת חובת זהירות של נשים בהיריון לגבי התנהגותן במהלך ההיריון שפגעה ביילוד: במקום אחר אני טוען, כי מתוך רגישות למעמדן של נשים בחברה לעומת גברים ולאוטונומיה שלהן, יש לשלול חובת זהירות של נשים בהיריון כלפי ילדיהן, בשל אחריות לנזקים שנגרמו במהלך ההיריון. עם זאת, אני סבור שאינטרס הנשים עשוי לתמוך בהטלת אחריות, אם יש לאם ביטוח אחריות המכסה את החבות הנדונה.[197] השוני בפרמיות שנשים

---

195. ראו דיון בהערות 188-191 ובטקסט הסמוך להן, ובמיוחד הערה 190.

196. לדיון בכלל כזה ראו להלן פסקה 4(ד)(2א).

197. ראו: Keren-Paz (לעיל, הערה 76), פרק 5. לגרסה תמציתית של הטיעון ראו Tsachi Keren-Paz, "On Mothers, Babies and Bathwater: Tort Law, Distributive Justice and Prenatal Duties", 14 *Social & Legal Studies*, (forthcoming 2005) קוצר היריעה מונע ממני להגן על טיעון זה כאן, אולם ברצוני לציין מספר נקודות. ראשית, משפט משווה של שיטות המשפט המקובל מלמד כי לא הוכרה חובת זהירות, למעט בנסיבות שבהן קיים ביטוח. למעשה, המחלוקת העיקרית היא אם להכיר בחובת זהירות כאשר קיים ביטוח, למרות שיקולים המתנגדים להטלת אחריות אפילו כשיש ביטוח, או להתנגד להטלת חובת זהירות למרות קיומו של ביטוח. במקרים הבודדים שבהם הוטלה אחריות, היה זה בנסיבות שבהן היה ביטוח, אף שלא בכל המקרים עובדה זו הוזכרה בפסק הדין. לפסיקה השוללת קטגורית הכרה בחובת הזהירות ראו: *Dobson* v. *Dobson*, [1999] 2 S. C. R. 753 (Canada); *Stallman* v. *Youngquist*, 531 N. E. 2nd 355 (Ill. 1988); *Chenault* v. *Huie*, 989 S. W. 2nd 474 (Tex.

אמורות לשלם, על פי כלל השולל חובת זהירות או מכיר בה, צריך לשקף את תוחלת הנזק הנגרם לעובר במהלך ההיריון כתוצאה מהתנהגות רשלנית של האם. חברות ביטוח מחשבות תוחלת נזק במקרים מקבילים כעניין שבשגרה.[198]

Lynch v. (App. Dallas, 1999). לפסיקה וחקיקה המכירות בחובת הזהירות כשיש ביטוח ראו: *Lynch* (1991), 25 N. S. W. L. R. 411 (Australia); *Grodin* v. *Grodin*, 301 N. W. 2nd 869 (Mich. Ct. App., 1980); *Bonte* v. *Bonte,* 616 A.2d 464 (N. H. 1992); John A. Robertson, "Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy, and Childbirth" 69 *Va. L.Rev.* (1983) 405, p. 441, note 114; *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act,* 1976, Ch. 28. Sec. 1(1).

שנית, השיקול המכריע בעיניי בעד דחיית חובת הזהירות הוא העובדה שמעמדן של נשים חלש משל גברים, שחירותן מוגבלת יותר ושהכרה בחובת הזהירות רק תחמיר בעיות אלו. איני סבור שהטלת החובה כשהיא לעצמה, ובמנותק מההקשר החלוקתי, מטילה נטל כה כבד ההופך את הטלת החובה לבלתי רצויה בהתחשב בשיקול האבסטרקטי של פגיעה מוגזמת בחירות.

שלישית, חלק מהטיעון שלי מוקדש לדחיית הטענה כי השיקול החלוקתי התומך בצמצום פערים בין גברים לנשים אינו מכריע כטיעון נגד הכרה בחובת זהירות בשל קיומה של קבוצת היילודים והילודות. טענתי בהקשר זה היא שניתוח המביא בחשבון את מין היילודים מביא לידי המסקנה כי בעוד כלל המכיר בחובת הזהירות מגן (לכאורה) על שלמותם הגופנית של תינוקות משני המינים, הרי הוא מטיל נטל לא פרופורציונלי על נשים. תינוקות זכרים ירוויחו מן הכלל הן בשל הגברת הסיכוי שייוולדו בריאים והן בעתיד בשל שיפור מעמדם היחסי כגברים לעומת נשים בחברה המכירה בחובת זהירות כאמור. לעומת זאת, הרווח לתינוקות נקבות בערכים של שלמות גופנית, יבוא על חשבון חירותן המוקטנת כנשים בוגרות. מבחינה זאת, ההיבט הפיננסי של החבות אינו המכריע בעיניי (בין היתר בשל קיומה התדיר של קופה משותפת), אלא נפקות החבות מבחינת הגבלת חירותן הנוספת של נשים (בעיה המוחרפת בשל פוטנציאל הניצול לרעה של הכלל) ומבחינה סימבולית.

רביעית, אני משייך עצמי לאלו הסבורים כי כשיש ביטוח בפועל, רווחתן של הנשים תגדל אם תוטל עליהן אחריות, בשל זהות האינטרסים של נשים ויילודים לקבל פיצוי, כאשר יש ביטוח. מובן שבמצב דברים כזה, מבחינה מהותית מדובר בביטוח אישי ולא בביטוח אחריות, אך בשל מבנה שוק הביטוח, לכלל המכיר בחובת זהירות אם יש ביטוח עשויה להיות נפקות פרקטית. מכל מקום, בהחלט תיתכן טענה שניתוח פמיניסטי מצדיק שלילת חובת זהירות גם כשיש ביטוח.

198. גורמים בשוק הביטוח מביעים ספק אם הכרה בחובת הזהירות תוביל לשינוי בפרמיות, וזאת בשל הנפח הקטן של התביעות. עם זאת, הם סבורים שלא תהיה בעיה עקרונית לחשב אקטוארית את ההבדל בפרמיות שיידרש. Deirdre Martin מ-Insurance Bureau of Canada חיוותה דעתה כי "[I]t is expected that the volume of such claims would not be significant, and little or no increase in auto insurance premiums would be expected

החמרת תנאי הכניסה לתחום החוזי בדיני החוזים: אני טוען להלן שמגמת בית המשפט המקלה את הכניסה לתחום החבות החוזית, סביר שתפעל לרעתם של צדדים חלשים והיא אף אינה יעילה, בהכניסה חוסר ודאות באשר למצב המשפטי ובהגדילה את הוצאות התדיינות.[199] אם טיעון זה נכון, הרי לפנינו דוגמה מעניינת שבה הכלל הרצוי מבחינה חלוקתית, רצוי גם כדי לקדם ודאות והסתמכות. נהוג לסבור ששיקולי שוויון ושיקולים חלוקתיים הם שיקולי אד הוק שהתחשבות בהם תוליך לערעור ודאות וביטחון חוזי, אולם כאן ישנה דוגמה מעניינת המראה כיצד הגמשת תנאי הכניסה לתחום החבות החוזית, הפוגעת בוודאות, פוגעת באופן שיטתי בצד החלש.

3. פגיעה בחופש הפעולה של הפרט

נימוק הפגיעה בחירות טוען שחלוקה באמצעות המשפט הפרטי פוגעת בחירות הפרט מעבר לנדרש. בעוד לקיחת סכום מהפרט לשם קידום מטרות חלוקתיות פוגעת בכל מקרה בסך נכסיו ומכאן גם ביכולתו לקדם את מטרותיו, קידום מטרות חלוקתיות באמצעות המשפט הפרטי מגביל, בנוסף, גם את חירותו השלילית של הפרט, על ידי שלילת אפיקי פעולה מסוימים ממנו (לדוגמה, הגבלת גובה הריבית שהוא רשאי לגבות), או חיובו לבצע פעולות מסוימות (לדוגמה, הטלת אחריות בנזיקין על ההורה שלא פיקח בפועל על ילדו והסתפק בפיקוח של בת זוגו). על פי טענה זו, ישנו שוני איכותי במידת ההתערבות בענייניו של הפרט בין חלוקה באמצעות דיני המסים וחלוקה באמצעות המשפט הפרטי. ואכן, טענה ברוח זו מועלית מצד הוגים ליברליים אחדים שאינם מתנגדים לקידום ערך השוויון, אך סבורים שיש לקדמו בעיקר על ידי מנגנוני המסים ותשלומי ההעברה.[200] כך, למשל, ג'ון רולס (John Rawls) מבחין בין המבנה הבסיסי של החברה, הכולל את מערכת המסים והחלוקה ובין כללים החלים במישרין על פרטים המקיימים ביניהם אינטראקציות. תפקיד מערכת המסים והחלוקה הוא לכונן ולשמור על מערך זכאויות המקיים את דרישות הצדק המחלק. בתוך המבנה הבסיסי, פרטים זכאים לחופש להיכנס לעסקאות וולונטריות מתוך

---

as a result. However, since we do not have any statistics to go by, it is impossible to hazard more than a guess as to the volume and severity of potential claims of this kind. In a manner of speaking, these claims would not be significantly different from existing claims." דוא"ל מ- Deirdre Martin, מ- Insurance Bureau of Canada (6.10.99, עותק שמור במערכת). לאסמכתאות נוספות ראו: Keren-Paz (לעיל הערה 76), הערת שולים 115.

199. ראו להלן פסקה 4(ד)(2ב).

200. ראו: Charles Fried, *Right and Wrong* (Harvard University Press, 1978), pp. 143-150; John Rawls, "The Basic Structure as Subject", *Values and Morals* (Alvin I. Goldman and Jaegwon Kim eds., D. Reidel Company Publishing, 1978) 47, p. 65; Michael J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract* (Harvard University Press, 1993), pp. 100-101.

מטרה להגדיל את רווחתם האישית בהתבססם על קיום המערכת החברתית היכולה לתקן עיוותים כדי לשמר את דרישות הצדק. לפיכך, המשפט הפרטי, בניגוד לדיני המסים, אינו אמור להיות מעוצב כדי להשיג מטרות חלוקתיות.[201] אנטוני קרונמן (Anthony Kronman) דן בטענה כי חלוקה־מחדש באמצעות דיני החוזים פוגעת בחירותו של הפרט יותר מחלוקה־מחדש באמצעות דיני המסים ודחה אותה בשל שתי הנמקות שלטעמי אינן מתיישבות במלואן זו עם זו. [202] הדיון להלן יציג, יבקר ויפתח את טיעונו של קרונמן.

(א) שתי שיטות החלוקה מערבות מידת פגיעה זהה בחירות?

קרונמן מתחיל את טיעונו בציינו שדרכי הגבלת חירות הפרט של שיטת המס ושל ההתערבות באמצעות דיני החוזים (להלן: ההסדרה החוזית) הן זהות בטבען. שתי השיטות מונעות אימוץ אפיקי פעולה מסוימים ושתיהן מותירות אפשרות תאורטית לאמץ חלופות לדרכי הפעולה שהוגבלו אף שבפועל, במקרים רבים, החלופה אינה בהישג יד.[203] תחילה, אבחן את נכונות טענתו של קרונמן בהקשר החוזי שבו היא הוצגה. לאחר מכן אבחן את ההבדל בין סיטואציות חוזיות ובין סיטואציות נזיקיות.

בהקשר החוזי אני סבור שטענתו של קרונמן אינה משכנעת. שני סוגי ההתערבות – בחלוקה דרך דיני המסים ובחלוקה דרך דיני החוזים – אכן מונעים מהפרט לקדם פעולות מסוימות. אולם אפיקי הפעולה הנחסמים דרך הסדרה באמצעות דיני החוזים הנם יותר משמעותיים לחירותו של הפרט מאלו הנחסמים באמצעות דיני המסים. שני סוגי ההתערבות מגבילים חירות חיובית על ידי הקטנת עושרו של הפרט. בנוסף, הסדרה חוזית מגבילה גם את חירותו השלילית של הפרט, על ידי התערבות בחופש החוזים. ההבדל האמור בין שתי שיטות החלוקה מתבהר לאור תאוריית האישיות של הקניין שפיתחה מרגרט רדין (Margaret Radin). לנכסים עשוי להיות לא רק ערך חומרי אלא גם ערך אישי, בהתחשב בטיב הנכס ובקשר בין בעל הנכס לנכס. נכס עשוי להיות לא המיר (כפי שטבעת נישואין היא המירה לסוחר התכשיטים) אלא אישי (כפי שטבעת נישואין היא בעלת ערך אישי לעונד/ת אותה).[204] מטעם זה שיטת המסים המודרנית מבוססת על גביית כסף – הנכס ההמיר מכול. חירותה ורווחתה של אישה נפגעים פחות כאשר היא משלמת מס בסך 100 אלף ש"ח, מבמצב אשר בו היא משלמת מס ביצירות אמנות שבבעלותה השוות 100 אלף ש"ח. ההבחנה בין נכס אישי ובין נכס המיר היא אחד הטעמים להגנה המוגברת המוענקת לפרט מפני נטילה (הפקעה) של קניין, לעומת נטילה באופן של גביית מסים.[205] באופן

201. Rawls, שם. באופן כללי ראו: Rawls (לעיל, הערה 111).
202. ראו: Kronman (לעיל, הערה 65), בעמ' 498-510.
203. שם, בעמ' 504-505.
204. ראו: Margaret J. Radin, "Property and Personhood", 34 *Stan. L. Rev.* (1982) 957.
205. מאידך גיסא, ייתכן שההגנה המוגברת במקרי הפקעה ניתנת בשל האופי הרנדומלי של הנטילה. מכל מקום, גם בדיני המסים הנטל רחוק מלהיות מוטל בצורה זהה על נישומים בעלי עושר זהה. ראו צילי דגן "ההשלכות החלוקתיות הנסתרות בדיני מסים" צדק חלוקתי בישראל

דומה, חלוקה־מחדש באמצעות דיני המסים פוגעת פחות בחירותו וברווחתו של אדם, מנטילה של סכום זהה המתבצעת באמצעות התערבות בחופש החוזים של הפרט. כמוסבר לעיל,[206] התערבות בחופש החוזים מטילה מגבלה על פעולה קונקרטית, אשר יצאה, או עתידה לצאת, אל הפועל. לעומת זאת, נטילת מס הכנסה או מס הון מאדם אינה מגבילה פעולה ספציפית שהתכוון לעשות (כגון כריתת חוזה בתנאים מסוימים) אלא מפחיתה את סך הונו הכללי,[207] וכך אינה נזקפת לחובת אקט זה או אחר. מטעם זה הפגיעה הנגרמת כתוצאה מהתערבותם של דיני המסים נתפסת כחמורה ופולשנית פחות.

מהניתוח עד כה עולה שבניגוד לטיעונו של קרונמן, חלוקה־מחדש באמצעות דיני החוזים פוגעת יותר בחירותו של אדם מחלוקה באמצעות דיני המסים. אולם הבדל יסודי בין דיני החוזים ובין דיני הנזיקין עשוי להביא אותנו לידי מסקנה שונה בהשוואה בין דיני הנזיקין ובין דיני המסים. עד כה, הניתוח התבסס רק על השוואת מידת ההתערבות בחירותו של הצד אשר ממנו נלקח העושר. אולם חלוקה־מחדש מערבת תמיד גם צד מקבל. התערבות בחופש החוזים עשויה לתאום את רצונו האמיתי של צד חלש, שבשל פערים בכוח המיקוח אינו יכול לכלול בחוזה תניה שהייתה רצויה לו ושכעת "נכפית" עליו באמצעות הדין (כדין כופה ממש, או כברירת מחדל). במקרים אחרים, מכל מקום, ההתערבות תהיה פטרנליסטית וניתן לחשוב על מקרים אשר בהם התערבות בחופש החוזים תפגע בחירותם (קרי בחופש ההתקשרות החוזי) של שני הצדדים.[208] בעוד התערבות פטרנליסטית שכזאת לטובת הצד החלש עשויה להיות מוצדקת, היא חייבת (בהגדרה) להיחשב כפוגעת בחירותו של המתקשר החוזי. מבחינת קידום החירות, פתרון עדיף מבחינה תאורטית יהיה לאפשר לצד החלש להתקשר בחוזה שהוא רוצה (גם אם הוא מזיק לו), ולהעביר לו באמצעות תשלום העברה את הסכום שאותו הוא מפסיד בשל אי־ההתערבות בתוכן החוזה.[209]

(מנחם מאוטנר – עורך, רמות, תשס"א) 261. ככל שטעם הרנדומליות נחלש כהצדקה להגנה המוגברת מפני נטילת קניין, עולה משקלו של טיעון הקניין כאישיות.

206. ראו לעיל, הערות 200-201 והטקסט הסמוך להן.

207. לעומת זאת, מס המוטל על פעולה מסוימת, מקטין את חירות הפעולה של הפרט לבצע את אותה פעולה, בהגדילו את עלות הפעולה לפרט. מבחינה זו, גם לדיני המסים יש אפקט הכוונת התנהגות מחד גיסא, והגבלת חירות באופן פולשני יותר, בדומה להתערבות של המשפט הפרטי, מאידך גיסא.

208. דוגמה מובהקת להתערבות פטרנליסטית היא קביעת בטלותן של תניות פטור או הוראות מפלות בחוזים שאינם חוזים אחידים, מכוח עקרון תקנת הציבור. ביטולן של תניות מקפחות בחוזים אחידים וקביעת הוראות כופות בחוקים צרכניים, ניתנים להסבר בהצדקה שאינה פטרנליסטית: הבסיס להתערבות נובע מפערי כוחות המיקוח בין הצדדים שאינם מאפשרים לצד החלש לעצב את החוזה כרצונו.

209. מובן שהעלויות המנהליות הגבוהות הכרוכות בפתרון שכזה, לרבות קשיי הכימות, תומכות בפתרון של חלוקה מחדש באמצעות דיני החוזים.

הדברים שונים ככל שמדובר בדיני הנזיקין. חוזה כמוסד, בהיותו מבוסס על שיפור פרטו[210] מציג לכאורה אחידות אינטרסים בין המתקשרים. לפחות לכאורה, מאווייהם של שני הצדדים לחוזה מופרים בגלל הכפפתם לחוזה השונה מזה שהיו כורתים בתנאי שוק בלתי־מוסדר.[211] ואכן הספרות הדנה בנושא ההתערבות בחופש החוזים לטובת צד חלש, מדגישה שאחד השיקולים נגד התערבות כזו הוא הפגיעה בחירותו של הצד החלש.[212] לעומת זאת, דיני הנזיקין משקפים פרדיגמה מנוגדת המבוססת על דפוס של משחק סכום אפס, אשר לפיו הפסדו של הצד האחד (ויהא זה המזיק או הניזוק, הממשי או הפוטנציאלי) הוא הרווח של הצד השני. הגבלת חירותו של המזיק הפוטנציאלי (למען השגת מטרות חלוקתיות), מגדילה את חירותו של הניזוק הפוטנציאלי.[213] מכאן, פגיעה גדולה יותר בחירותו של הצד החזק בדיני הנזיקין,[214] (לעומת הפגיעה בחירותו על ידי גביית כסף ממנו באמצעות דיני המסים) עשויה להתקזז, באופן חלקי או מלא, עם הגדלת חירותו של הצד החלש[215] (לעומת הגדלת חירותו על ידי העברת כסף אליו באמצעות תשלומי העברה). לכן, כל טיעון המבוסס על פגיעה בחירות כטעם להעדפת חלוקה־מחדש באמצעות דיני המסים, יהיה חלש יותר כשעל כפות המאזניים מושווים דיני הנזיקין ודיני המסים, לעומת השוואה בין דיני החוזים ובין דיני המסים. כל כלל בדיני הנזיקין שמטרתו חלוקה־מחדש של עושר המקטין את חירותו של העשיר או החזק, יותר משהייתה מקטינה חלוקה אלטרנטיבית

---

210. שיפור פרטו הוא הקצאה שאינה מרעה אף את מצבו של אחד בהשוואה למצבו לפני החלוקה החדשה, ומשפרת את מצבו של לפחות אדם אחד. ראו: Jules L. Coleman, *Markets, Morals and the Law* (Cambridge University Press, 1988), 67, p. 72.

211. איני מבקש להתפרש כטוען בטקסט, שהתערבות בחופש החוזים פוגעת בהכרח במאווייהם האמיתיים של שני הצדדים. מכל מקום, דיון מפורט בפערים בכוח מיקוח ובשיקולים פטרנליסטיים חורג ממטרת מאמר זה. לדיון בנקודות אלו ראו: Kennedy (לעיל, הערה 66).

212. ראו: Collins (לעיל, הערה 65), בעמ' 268, המסכם ביקורת זו באופן הבא: "Some further support for the enforcement of a rigid rule against interventions on the ground of substantive unfairness no doubt derives from its connection with the ideal of freedom of contract. When freedom of contract is justified as a necessary incident of the moral stance of respect for the dignity and autonomy of individuals, any interference with freedom of contract smacks of paternalism, a form of social control that implicitly reduces the worth of citizens".

213. להבנה של דיני הנזיקין כחילופיות בין חירות הפעולה של מזיקים פוטנציאליים לביטחון לניזוקים פוטנציאליים, ראו לדוגמה: Gregory C. Keating, "Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents", 74 *S. Cal. L. Rev.* (2000) 193.

214. לצורך הטיעון אין זה משנה אם הפגיעה בחירותו של הצד החזק נגרמת על ידי הטלת חובות מוגברות עליו כמזיק פוטנציאלי או על ידי הקטנת ההגנה הניתנת לו כניזוק פוטנציאלי.

215. לצורך הטיעון אין זה משנה האם הגברת חירותו של הצד החלש היא על ידי הגברת חופש פעולתו כמזיק פוטנציאלי, או הגברת ההגנה המוענקת לו כניזוק פוטנציאלי.

באמצעות דיני המסים, סביר שיגדיל גם את חירותו של העני או החלש יותר מהעברה של סכום אליו באמצעות תשלום העברה. לעומת זאת, בדיני החוזים, לכאורה חירותם של שני הצדדים לחוזה נפגעת, כאשר מתערבים בחופש החוזים שלהם, לעומת החלופה של חלוקה־מחדש באמצעות דיני המסים. תובנה זו מוליכה אותי לדון בטיעונו השני של קרונמן.

(ב) חלוקה־מחדש באמצעות המשפט הפרטי פוגעת יותר בחירות הצד החזק – וטוב שכך

(1) כללי

טיעונו השני של קרונמן, התומך בשימוש במשפט הפרטי למטרת קידום השוויון, מבטיח יותר. התובנה העיקרית שבבסיסו היא שאנו עוסקים במתח שבין ערכי החירות והשוויון ובחילופיות שביניהם. כדי לקדם שוויון עלינו לשלם לעתים במטבע של חירות, עד שנגיע לנקודה שבה קידום נוסף של שוויון יהיה יקר מדי מבחינת עלותו במונחים של פגיעה בחירות.[216] במקום מסוים נראה שקרונמן מודה (לפחות במשתמע), שהתערבות בחופש החוזה פוגעת באוטונומיה יותר מחלוקה־מחדש באמצעות דיני המסים, אך הוא רואה זאת כיתרון ולא כחסרון.[217] (לעומת זאת, במקום אחר הוא טוען שבדיקה אמפירית תגלה קרוב לוודאי שהתערבות בחופש החוזים לעתים היא הדרך הפוגעת פחות בחירות הפרט, או לפחות לא פוגעת יותר, הנדרשת כדי לקדם מטרות חלוקתיות).[218] על פי דרך ניתוח זו, אם כן, ייתכן שחלוקה־מחדש באמצעות המשפט הפרטי אכן מגבילה חירות יותר מחלוקה באמצעות דיני המסים. בשל ההכרחיות שבחילופיות בין חירות ושוויון, חלוקה מחדש באמצעות דיני המסים פשוט אינה אפקטיבית דיה (לפחות לא ככלי בודד) ולכן כל אלו המחויבים באמת לערכי השוויון צריכים לתמוך בשימוש בכלים מהמשפט הפרטי לשם קידום השוויון.

(2) הפן הנורמטיבי של המשפט וההבחנה בין פרדיגמות החלוקה וההכרה

בדיון שלהלן אנסה להגן על גישה זו ולפתח אותה. ראשית, יש לשים לב כי תוצאותיו של המשפט הפרטי הן נרחבות יותר מחלוקת העושר שהוא מקדם (או משמר). אם ניקח לדוגמה את דיני הנזיקין, הם קובעים סטנדרט ראוי של התנהגות, משמשים כטעם לפעולה

---

216. Kronman (לעיל, הערה 65), בעמ' 506.

217. שם, בעמ' 505: "To the extent that it leaves individuals free in other respects, a redistributive tax on income is unlikely to produce the ideal pattern of holdings it is meant to achieve... to achieve a closer fit with the distributive ideal, it will be necessary to supplement the tax with a set of rules which regulate the content of individual transactions in a greater detail. To achieve a perfect fit, it may be necessary to expand the notion of taxable income to include leisure itself, and once this has been done little difference remains between mere taxation and a restrictive system of contractual regulation".

218. Kronman (לעיל, הערה 65), בעמ' 507. עוד טוען שם Kronman שקרוב לוודאי הפתרון הטוב ביותר במקרים רבים לקידום חלוקה מחדש יהיה שילוב של מיסוי והתערבות בחופש החוזה.

מצד נמעניהם, והם בעלי מסרים ערכיים וסמליים. נוסף על העובדה שדיני המשפט הפרטי משמשים בהכרח אחד הכלים לחלוקה של עושר בחברה, הם מחלקים זכאויות השונות מעושר. למשל, כל דיני המשפט הפרטי מחלקים חירות, בתוחמם את המותר והאסור. הם מחלקים גם סטטוס וכבוד חברתי, באמצעות הצמדת תוויות של "מזיק", "מפר", "רשלן", "תם לב", "מסיג גבול", "מטעה", "מיטיב", "פועל למען עניין הזולת" ועוד. תוכנו של הכלל המשפטי משפיע על הדרך שבה פרטים תופסים את עצמם ונתפסים על ידי אחרים. תובנה זו מתבססת הן על הסברים תורת־משפטיים ותאורטיים בדבר ההיבט הנורמטיבי (להבדיל מההיבט הכוחני והכופה) של כללים משפטיים, והן על מחקרים סוציולוגיים ואמפיריים בתחום המחקר של השפעות הגומלין ביו נורמות משפטיות, נורמות חברתיות, וסנקציות לא משפטיות.[219] חשוב גם להבין שיש שוני במידת האפקטיביות של השגת חלוקה־מחדש של זכאויות שונות במשפט הפרטי. יש זכאויות – כמו עושר – שקשה להביא לידי שינוי ניכר בחלוקתן באמצעות שינוי דיני המשפט הפרטי (או חלק מהם), אך ישנן זכאויות אחרות (כמו חירות וסטטוס חברתי) שלדיני המשפט הפרטי עשוי להיות תפקיד חשוב, ולעתים אף מרכזי, בחלוקתן. אם אנו שואפים בכנות לשנות את מעמדם של החלשים והשוליים בחברה, את רווחתם, מעמדם החברתי וחלקם הראוי בזכאויות בסיסיות כמו חירות והכרת־ערך עצמית, עלינו להיות מוכנים להשתמש במשפט הפרטי באופן מודע ובלתי מתווך ולא להסתפק בחלוקה מוגבלת של העושר באמצעות דיני המסים. על פי גישה זו, דיני המשפט הפרטי הם מכשיר טוב יותר לפתרון בעיות חלוקתיות רחבות יותר משאלות של חלוקת עושר בחברה. למשל, ננסי פרייזר (Nancy Fraser) מבחינה בין שאלות של חלוקת עושר לבין שאלות של אי־צדק חברתי ושאלות של הכרה הנוגעות למעמדן של קבוצות שוליים.[220] הפרדיגמה החלוקתית רואה את שאלת החלוקה הבלתי שווה של

219. ראו לדוגמה: H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed. (Clarendon Press, Oxford, 1994), pp. 79-91 (ההבחנה בין התפיסה הפנימית ובין התפיסה החיצונית של המשפט); Julie Barker Pape, "Physician Data Banks: The Public's Right To Know Versus The Physician's Right To Privacy", 66 *Fordham L Rev*. (1997) 975 (סקירה של הפסדי מוניטין הנגרמים לרופאים בשל ממצא של רשלנות רפואית); Richard McAdams, "The Origin, Development, and Regulation of Norms", 96 *Mich. L. Rev*. (1997) 338 (פיתוח ה-"esteem theory" אשר לפיה אנשים מצייתים לכללים משפטיים כדי לזכות בהערכה חברתית מצד אחרים); Eric A. Posner, *Law and Social Norms* (Harvard University Press, 2000) (פיתוח תאוריה אשר לפיה אנשים מצייתים לכללים כדי לאותת לאחרים שהמצייתים הם בעלי תכונות שונות כגון הנטייה לשתף פעולה); Cass R. Sunstein, "On the Expressive Function of Law", 144 *U. Pa. L. Rev*. (1996) 2021 (מציע תאוריה אשר לפיה נורמות משפטיות מוטמעות אצל חלק מנמעניהן ומשדרות מסר בדבר גינוי חברתי הצפוי למפרי הנורמות. בכך הנורמות משנות את המשמעות החברתית של הפעילות שמסדירה הנורמה).

220. Nancy Fraser, "From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Post Socialist Age", *Justice Interruptus: Critical Reflections on the "Postsocialist"*

עושר כבעיה המרכזית בסוגיית חוסר השוויון בחברה. על ידי חלוקה־מחדש פרוגרסיבית של העושר, תיפתר הבעיה, כך שחברותם של היחידים המקופחים בקבוצות מקופחות באופן היסטורי תיהפך לא רלוונטית. על פי גישה זו יחידת אי־השוויון המרכזית היא האינדיבידואל (למרות הרלוונטיות של שאלת המעמד) והבעיה המרכזית נעוצה בהיעדר יחס של כבוד מספיק כלפיו. לעומת זאת, בפרדגימת ההכרה (recognition) הבעיה העיקרית אינה כלכלית אלא חברתית וסימבולית ונובעת מההטיה כלפי העדפותיהן וערכיהן של קבוצות דומיננטיות. יחידת אי־השוויון הבסיסית היא הקבוצה ולא היחיד והסעדים אמורים להתרכז במתן לגיטימציה לשוני חברתי ובחיזוק מעמדן של הקבוצות המקופחות הסטורית. טענה נוספת של פרייזר שנויה במחלוקת. לפיה, שתי הפרדיגמות מצויות במתח מתמיד כיוון שמתן פתרון לשאלת חוסר השוויון החלוקתי (הכרוך בהשתייכות קבוצתית) מחליש את הזהות הקבוצתית ומטרתו: "to put the group out of the business as a group",[221] ואילו הסעדים של פרדיגמת ההכרה נועדים לשמר את הערך של שונות בין קבוצות.[222]

ברור שלצורך קידום פרדיגמת ההכרה,[223] יש צורך ברגישות של דיני המשפט הפרטי ולא די במיסוי ובחלוקה פרוגרסיביים של עושר. לדוגמה, אם אנו סבורים שעלינו להילחם בנטיות הומופוביות, אנו עשויים לסבור שראוי שלא להכיר במקרה של תיאור שקרי של מי שאינו הומוסקסואל כהומו כמקרה של הוצאת דיבה, כדי שלא ליצור את הרושם שבעיני המשפט אמירה כזו היא דבר שפרסומו עלול "לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לו".[224] אם אכן אנו סבורים שראוי להילחם בנטייה הומופובית, כלל כזה[225] עשוי

Condition (Routlege, 1997), p. 11. הטיעון בטקסט העוקב הוא תמצית של פרקים 1 ו-8 בספר.

221. שם, בעמ' 19.

222. לעומתה טוענת Iris Young כי קידום שוויון בהכרח משלב חלוקה והכרה וכי אין מתח בין המטרות. ראו: Iris Marion Young, "Unruly Categories: A Critique of Nancy Fraser's Theory", 222 *New Left Rev*. (1997) 147, p. 159. למעשה, שאלה זו מקושרת במידה רבה להבדל בין תפיסות סימטריות וא־סימטריות של שוויון. לתפיסה א־סימטרית של שוויון המזכירה את טיעון פרייזר ראו: Christine A. Littleton, "Reconstructing Sexual Equality" 75 *Cal. L. Rev*. (1987) 1279. לסקירה של תפיסות שוויון שונות ולקשר בין הפרדיגמות ראו בהתאמה: Keren-Paz (לעיל, הערה 76), בעמ' 43-44, 66-75.

223. לעניין זה אין נפקות לשאלה אם אנו מקבלים את טענתה הנוספת של Fraser בדבר המתח בין הפרדיגמות אם לאו, ובלבד שאנו סבורים שיש לטפל גם בשאלות שבהן עוסקת פרדיגמת ההכרה.

224. ראו סעיף 1(2) לחוק לשון הרע, תשכ"ה-1965, ס"ח 240.

225. דיון בשאלה אם כלל כזה רצוי לגופו של עניין חורג מתחום מאמר זה. בית המשפט המחוזי בע"א (ת"א) 1145/95 **קליין ואח' נ' אמסלם** (לא פורסם) ראה בפרסום כאמור משום הוצאת דיבה. ראו גם סעיף 1(4) לחוק איסור לשון הרע כפי שתוקן בתשנ"ז (שלא ברור מה תחולתו במקרה האמור) וכן: Patrice S. Arend, "Defamation in an Age of Political Correctness:

להיות אפקטיבי יותר משינוי דיני המסים.[226] מכל מקום, אין סיבה לראות את שני הכללים כמוציאים זה את זה ולדעתי ראוי לנסות ולקדם שוויון הן בעזרת שקילת אימוץ הכלל במסגרת דיני לשון הרע והן בעזרת שינוי דיני המסים.

(3) חלחול גישה אנטי שוויונית מהמשפט הפרטי לציבורי

נוסף על הנטען עד כה, נראית לי טענתו של חנוך דגן לפיה ניסיון רציני לחנך אנשים לערכים מסוימים – אלטרואיזם, השרשת חשיבות ערך השוויון בחברה והצורך לקדם את מעמדם של החלשים בחברה – מחייב את שלילת הדיכוטומיה בין משפט ציבורי איגליטרי ומשפט פרטי ליברטיאני.[227]

אם ניקח לדוגמה את דיני הנזיקין, הרי למרות הקסם בגישה הרואה בחבות הנזיקית מחיר בעבור פעילות מותרת, דיני הנזיקין הקלאסיים הם הרבה יותר מכך. הם סנקציה בגין עשיית מעשה אסור ולא נורמטיבי.[228] בקביעת סטנדרט ההתנהגות הנדרש ובהבחנה בין פעילויות אסורות ומותרות, דיני הנזיקין מכוונים התנהגות, ומשמשים מצפן נורמטיבי. כאשר נקודה זו מובאת בחשבון, מובן הצורך לצקת רגישות חלוקתית ורגישות לערך השוויון לתוך דיני הנזיקין. דיני הנזיקין לא נועדו אלא להגביל את חירותם של מעוולים פוטנציאליים למען קידום ביטחונם וחירותם של ניזוקים פוטנציאליים. על כן הרצון לקדם את חירותם ורווחתם של החלשים באמצעות דיני הנזיקין אינו רק לגיטימי וראוי, אלא גם

Should a False Public Statement That a Person is Gay be Defamatory?", 18, *N. Ill. U. L. Rev.* (1997) 99.

226. כלל המכיר בזוגות חד־מיניים כמשפחה לצורכי דיני המסים יביא, כמובן, לידי תוצאה אפקטיבית יותר מבחינת חלוקת עושר מהכלל המוצע בטקסט. איני חולק גם על התובנה שלשינוי דיני המסים יהיה ערך חינוכי וסימבולי כשהוא לעצמו. השאלה לאיזה משני השינויים יהיה ערך סימבולי וחינוכי גדול יותר, זקוקה לבחינה אמפירית.

227. ראו: Dagan 1 (לעיל, הערה 65), בעמ' 37-40. בעמוד 39 טוען Dagan כי "It seems artificial, even naive, to expect that the same person who is not required to pay (almost) any attention to the fate of others in every private-law-affected action… will recognize the legitimacy of the claims of others (equally strangers) to fragments of her resources when the tax-collector asks his due".

228. להבחנה בין מחיר ובין סנקציה ולקישור מחיר למשטר של אחריות קפידה וסנקציה למשטר של רשלנות ראו: Robert Cooter, "Prices and Sanctions", 84 *Colum. L. Rev.* (1984) 1523, p. 1524. בעוד דיני הנזיקין המודרניים נעים מבסיס אחריות בשל אשם לאחריות מטעמים חלוקתיים, לפחות עוולת הרשלנות משקפת את הגישה הקלאסית של דיני הנזיקין אשר לפיה הפיצוי בשל רשלנות הוא סנקציה בשל מעשה אסור. נקודה זו מטושטשת לעתים בפסיקה. ראו ע"א 862/80 **עיריית חדרה נ' זוהר**, פ"ד לז(3) 757, בעמ' 770. (הכרה משתמעת בגישת "פגע ושלם" על ידי רשות מנהלית הסוטה מסטנדרט הזהירות הנזיקי, מתוך התעלמות מהבעייתיות שבמתן היתר לרשות להמשיך לפעול ברשלנות כל עוד ניתן פיצוי.)

מחויב המציאות. גישה השוללת מטרה כזו, פוגעת בחלשים פעמיים. במישור המעשי היא מנציחה את שוליותם על ידי סירוב לנסות ולשפר את מעמדם. במישור הסמלי היא מפגינה זלזול בחשיבות ערך השוויון ובערכם של החלשים. אבהיר את דבריי. גבול החבות הנזיקי הוא הגבול שמעבר לו אנו מוכנים להצר את צעדיהם של מזיקים פוטנציאליים למען קידום אינטרסים ראויים דיים של ניזוקים פוטנציאליים. הסירוב לכלול רגישות חלוקתית בדיני הנזיקין מלמד, שערכי השוויון וקידום מעמדם של החלשים אינם מהווים טעם נכבד מספיק להגבלת האוטונומיה של המזיק ובכך מחלישים את מעמדם של ערכים אלו לעומת ערכים אחרים המוכרים כטעם מספיק להגבלת חירותם של מזיקים פוטנציאליים. (הניתוח האמור מניח שהמזיק הפוטנציאלי הוא הצד החזק. אותו טיעון בשינויים המחויבים יחול לעניין הקטנת תחום החבות הנזיקי כאשר המזיק הפוטנציאלי הוא הצד החלש.)[229] מסר סמלי שכזה עלול לחלחל לתחומי המשפט הציבורי, אשר בו שיקול השוויון מעוגן זה מכבר, ולהחליש את כוחו. אם המשפט הפרטי בכלל ודיני הנזיקין בפרט מהווים איזון בין האינטרסים המנוגדים של הפרטים לאינטראקציה; ואם בנוסף, קיימת שורה של טעמים המצדיקים את שלילת חירות הפעולה של המזיק הפוטנציאלי;[230] ואם טעמים אלו (או חלקם), הם גם רלוונטיים לאיזון בין זכויות הפרט ובין סמכויות הממשל;[231] הרי שאם טעמים אלו אינם כוללים את ערך השוויון, ממילא משתמעת נחיתותו של שיקול השוויון לעומת שיקולים אחרים (שכוחם יפה באיזון האינטרסים להגביל את חירות המזיק הפוטנציאלי). נחיתות זו עשויה להשפיע גם על האיזון בתחומי המשפט הציבורי, כך שהמשקל שיינתן שם לשיקול השוויון יהיה נמוך יותר. במילים אחרות: נימוק נוסף לאיסור להתייחס בשוויון נפש לשיקול השוויון במשפט הפרטי, הוא החשש פן נקל בו ראש גם במשפט הציבורי. מהאמור נובע שעלינו לשקול את הפגיעה בחירות המזיק הפוטנציאלי כאשר אנו שוקלים שימוש בדיני הנזיקין כדי לקדם מטרות חלוקתיות, אך עלינו להיות נכונים לשלם לעתים מחיר זה כדי לקדם שוויון.[232]

---

229. יושם אל לב שעל פי ניתוח זה שיקול חלוקתי אינו מצדיק באופן כללי את הרחבת תחום החבות הנזיקי או הצרתו. הקביעה צריכה להיות תלוית הקשר ולהתבסס על התוצאה החלוקתית של הכלל, ועל הזיהוי של הצד החזק כניזוק הפוטנציאלי הטיפוסי או כמזיק הפוטנציאלי הטיפוסי.

230. או לחילופין, מצדיקים את הגברת ההגנה על אינטרס הניזוק הפוטנציאלי.

231. לדמיון בין סוגיות האיזון ראו לעיל הערות 63-64 והטקסט הסמוך להן.

232. ייתכן שראוי, בהקשר זה, להבחין בין דיני הנזיקין ובין דיני החוזים. כיוון שדיני הנזיקין (בניגוד לדיני החוזים) מושתתים בבסיסם על הגבלת חירות, הנזק (במישור הסמלי) מסירוב להכיר בשיקול האיגליטרי, כטעם מספיק להגבלת חירות, נראה חמור יותר מסירוב מקביל במישור דיני החוזים. לכן, אפילו היה זה נכון (בניגוד לטענתו השנייה של Kronman) שהאינטרס בקידום ערך השוויון אינו מצדיק הגבלה נוספת של חירות, מלבד זו הנדרשת על פי חלוקה המתבצעת באמצעות דיני המסים, עדיין ייתכן שמסקנה שונה נדרשת בהקשרם של דיני הנזיקין. לתובנה כי לקידום שוויון יש מחיר וכי על החברה להיות נכונה לשאת בו ראו בג"ץ **מילר** (לעיל, הערה 16), בעמ' 135-138.

(4) שלוש חלופותיו של הטיעון

בין דיני הנזיקין ובין דיני החוזים קיים שוני שהוזכר לעיל. התערבות באמצעות דיני החוזים נדמית כמגבילה את חופש החוזים של שני הצדדים ואילו בדיני הנזיקין פגיעה בחירותו של צד אחד מגדילה את חירות הצד האחר. בעולם שבו למזיק הפוטנציאלי יש חירות להניף את אגרופו גם מעבר למקום שבו מתחיל אפו של הניזוק הפוטנציאלי, חירותו של הניזוק הפוטנציאלי להתהלך ללא אף שבור נפגעת, ולהפך: בעולם שבו הנפת אגרוף אסורה במקום שבו מתחיל אפו של הניזוק, פעולה כזו הופכת את הנתבע למזיק, וממילא שוללת את חירות הפעולה שלו. מטעם זה, בתחום דיני הנזיקין (ולמעשה ברוב תחומי דיני החיובים הלא רצוניים) יש להיזהר בהשמעתן של טענות שהניסיון לקדם מטרות חלוקתיות אינו מוצדק כיוון שהוא יקר מדי במונחי פגיעה בחירות. השאלה הרלוונטית היא חירותו של מי. מן הראוי לזכור שיש שני פנים למטבע החירות. הגבלת חירותם של צדדים חזקים, כדי לקדם את האינטרסים של צדדים חלשים, עשויה להיות מוצדקת לא רק בשל התוצאה העדיפה מבחינת השוויון (כלומר החלפה מוצדקת של חירות בשוויון), אלא גם כיוון שבמונחי חירות בלבד, הגידול בחירותם של החלשים כתוצאה מהכלל החלוקתי, עולה על ההפסד הנובע מהפגיעה בחירותם של החזקים. בעוד טענה כזו אינה ניתנת לכימות בשל בעיות מדידה ויכולת השוואה (*incommensurability*) הייתי רוצה להבחין בין שלוש טענות שונות, שכל אחת מהן תומכת בשימוש בדיני הנזיקין ככלי לקידום שוויון.

טענה ראשונה: דיני הנזיקין מביאים לידי תוצאה חלוקתית ראויה ומקדמים את ערך השוויון. כיוון שכך, הם מהווים מכשיר ראוי לקידום מטרות חלוקתיות, אף שבסך הכול הם פוגעים בחירותם של החזקים יותר משהם מקדמים את חירותם של החלשים. במקרה כזה יש לנו החלפה של חירות בשוויון. זוהי הדרך שבה אני מבין את טיעונו השני של קרונמן.

טענה שנייה: דיני הנזיקין מביאים לידי תוצאה חלוקתית ראויה. הם עושים זאת באמצעות הגבלת חירותם של החזקים (מעבר להגבלה שהייתה נדרשת על ידי חלוקה באמצעות דיני המסים). עם זאת, אפילו במונחי חירות גרידא, החירות המצרפית בחברה גדלה, כיוון שהגידול בחירותם של החלשים (כתוצאה מהכלל החלוקתי המיטיב עמם), עולה על ההפחתה בחירותם של החזקים. הגידול בחירותם של החלשים עשוי להיות מושג על ידי חלוקה־מחדש ישירה של חירות (כגון באמצעות כלל השולל חובת זהירות של נשים בהיריון כלפי ילדיהן העתידיים), או כנגזרת של חלוקה של זכאות אחרת (כגון עושר). שימו לב, אם התועלת השולית מחירות פוחתת (ונראה לי שכך הדבר), הרי תוצאה כזו של הגדלת החירות המצרפית בחברה, מכוח השימוש בדיני הנזיקין להשיג מטרות חלוקתיות, היא סבירה בהחלט.

טענה שלישית: דיני הנזיקין מביאים לידי תוצאה חלוקתית ראויה. סך הכול הם פוגעים בחירותם של החזקים יותר משהם מקדמים את חירותם של החלשים. עם זאת, תוצאה זו עצמה רצויה לגופה כיוון שברצוננו לחלק מחדש באופן איגליטרי חירות ולא רק עושר. על פי גישה איגליטרית, חלוקה־מחדש שאינה משיאה את סך החירות בחברה עשויה להיות עדיפה על חלוקה חלופית משיאה, אם היא מביאה לחלוקה שוויונית יותר של חירות

בחברה. גרסה אחרונה זו של הטיעון רואה בחירות סוג נוסף של זכאות שיש לחלקה בחברה על פי שיקולים איגליטריים, ולא על פי שיקולי יעילות.[233]

לסיכום הדיון עד כה, אמנם ייתכן שחלוקה־מחדש באמצעות המשפט הפרטי אכן פוגעת יותר בחירותם של החזקים, לעומת חלוקה חלופית באמצעות דיני המסים, בגלל החילופיות בין חירות לשוויון, אולם אלו המרגישים מחויבים לקידום השוויון בחברה צריכים לתמוך בשימוש במשפט הפרטי לפחות כאמצעי משלים לחלוקה באמצעות דיני המסים, כדי להשיג תוצאות חלוקתיות ראויות.

נקודה נוספת מקשרת אותנו לשיקולים מוסדיים ולטיעון הלגיטימיות שנדון לעיל. אם סבורים אנו שראוי לקדם את ערך השוויון, הרי מהעובדה שניתן היה לקדם אותו בדרך פחות פוגעת (על ידי שימוש נכון בדיני המסים) אך הדבר לא נעשה, לא נובעת המסקנה שעל הרשות השופטת להימנע כליל מלנסות ולקדם את ערך השוויון. בהנחה שערך השוויון היה יכול להיות מקודם בצורה טובה יותר על ידי חלוקה באמצעות דיני המסים, כל שאנו יכולים לקבוע הוא שהחלוקה־מחדש החלופית (באמצעות דיני המסים) עדיפה על החלוקה־מחדש שבוצעה בפועל (באמצעות כלל חלוקתי של המשפט הפרטי). מכאן לא נובע שהחלוקה הקיימת על פי הסטטוס קוו (כלל משפט פרטי שאינו חלוקתי) עדיפה על החלוקה־מחדש שבוצעה בפועל (על ידי כלל חלוקתי של המשפט הפרטי). כיוון שהדרך שאנו מניחים כאידאלית לקדם שוויון (שימוש בדיני המסים) אינה פתוחה בפני בית המשפט, ראוי שהוא ישתמש בדרך הפתוחה בפניו. להיבטים אחרים של טיעון זה, אשוב בפרק הבא.

4. בזבוז משאבים

לואיס קפלוב וסטיבן שבל (Louis Kaplow and Steven Shavell) טוענים שלא ראוי לקדם מטרות חלוקתיות באמצעות כללים משפטיים, אלא ראוי לבצע חלוקה־מחדש של עושר (אם בכלל) רק באמצעות דיני המסים.[234] לטענתם, שימוש במשפט הפרטי כדי לקדם חלוקה פרוגרסיבית של עושר אינו יעיל. בשל עלויות מנהליות[235] גבוהות ובשל התמריצים

233. ההבחנה הבסיסית בין גישות תועלתניות, לרבות גישת הניתוח הכלכלי, ובין גישות חלוקתיות היא שהראשונות מעוניינות למקסם את הטובין הרלוונטיים ואינן מתעניינות באופן החלוקה של הטובין. לעומת זאת, גישות חלוקתיות מעדיפות חלוקה שוויונית יותר של הטובין על פני השאתו.

234. Kaplow and Shavell I (לעיל, הערה 65); Kaplow and Shavell II (לעיל, הערה 65).

235. ראו: Kronman (לעיל, הערה 65), בעמ' 508-510 הדן בטענה שחלוקה באמצעות מיסוי עדיפה א־פריורית מחלוקה באמצעות דיני החוזים, ודוחה אותה. הוא טוען כי בסיטואציות ספציפיות – בתגובה לסוגים מסוימים של אפליה – תגובה של המשפט הפרטי יכולה להיות זולה יותר מבחינת עלויות מנהליות מתגובה באמצעות דיני המסים. באופן כללי יותר, טוען Kronman, חלוקה באמצעות דיני החוזים נהנית מיתרון מנהלי בשל איחוד שלבי הגבייה וההעברה, וזאת בניגוד לשיטת המיסוי ותשלומי העברה. מקרים שונים מערבים עלויות שונות ואין זה סביר שבכל המקרים העלויות המנהליות של חלוקה באמצעות דיני המסים נמוכות יותר מאלו של חלוקה באמצעות המשפט הפרטי.

השליליים שקידום מטרה חלוקתית באמצעות כללים משפטיים יוצר, ניסיון שכזה גורם להפסד רב יותר של עושר מההפסד הנגרם בעת שימוש בדיני המסים לאותה תכלית. תמצית טיעונם היא, כי שימוש בדיני המשפט הפרטי לחלק עושר פוגע בתמריץ לעבוד (לייצר עושר) בה במידה שפוגעים בו דיני המסים, וזאת בשל עצם הנטילה, אך בנוסף, המטרה החלוקתית של דיני המשפט הפרטי יוצרת חוסר יעילות בפעילות המוסדרת על ידי הכלל, וזאת בשל בחירה בכלל שמטרתו אינה השאת עושר אלא השגת מטרה חלוקתית.[236]

להלן אציע חמש תשובות לטיעון זה, הנתון במחלוקת בספרות המשפטית.[237]

(א) ערעור הנחת הפגיעה הזהה בתמריץ לעבוד

המודל של קפלוב ושבל מבוסס על מספר הנחות שנכונותן מסופקת. ההנחה הראשונה של המודל היא שמידת הפגיעה בתמריץ לעבוד כתוצאה מנטילת העושר היא זהה תחת שתי שיטות החלוקה. להלן אתייחס לטענה זו כהנחת 'הפגיעה הזהה בתמריץ לעבוד'. הנחה בסיסית זאת הועמדה בספק במחקרה של קריסטין ג'ולס (Christine Jolls).[238] בהתבסס על פסיכולוגיה קוגניטיבית ויישומיה ב-Behavioral Law and Economics, טוענת ג'ולס כי מידת הפגיעה בתמריץ לעבוד תחת כלל משפטי חלוקתי עשויה להיות פחותה ממידת הפגיעה תחת דיני המסים. סיבה אחת היא קיומו של כשל קוגניטיבי הגורם לאופטימיות בלתי מבוססת לגבי ההסתברות של קרות האירוע אשר עליו חל הכלל החלוקתי; כשל כזה יגרום לפגיעה פחותה בתמריץ לעבוד כשהחלוקה מתבצעת באמצעות כללי המשפט הפרטי.[239] סיבה שנייה קשורה לתופעה הנקראת "חשבונאות מנטלית". על פי תופעה זו חלוקה באמצעות כלל משפטי עשויה להיחשב כהוצאה מתוך הכנסה ולא כהוצאה כנגד

---

236. Kaplow and Shavell I (לעיל, הערה 65), בעמ' 668-669: "The reason is that using legal rules to redistribute income distorts work incentives fully as much as the income tax system — because the distortion is caused by the redistribution itself — and also creates inefficiencies in the activities regulated by the legal rules".

237. Kaplow and Shavell עצמם מציינים במאמר, ביהירות מה, ש- "[it] does not appear, however, that the point is understood in legal academia", Kaplow and Shavell I (לעיל, הערה 65), בעמ' 667, הערה 3. בין המקורות שהם מציינים שם מוזכרים: Guido Calabresi, "The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further", 100 *Yale L. J.* (1991) 1211, 1224, note 36; Kennedy (לעיל, הערה 66), בעמ' 316; Kronman (לעיל, הערה 65), בעמ' 508. ביקורות מאוחרות לטיעון של Kaplow and Shavell ניתן למצוא ב-Jolls (לעיל, הערה 66); Chris W. Sanchirico, "Taxes Versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View", 29 *J. Legal Stud.* (2000) 797.

238. Jolls (לעיל, הערה 66).

239. השוו לדוגמה: Neil D. Weinstein, "Unrealistic Optimism About Future Life Events", 39 *J. Personality & Soc. Psychol.* (1980), 806, table 1, p. 810 (רוב האנשים סבורים שיש סיכוי פחות שהם ייתבעו לדין לעומת האדם הממוצע).

הכנסה ולכן היא תפגע פחות בתמריץ לעבוד.[240] (דוגמה לחשבונאות מנטלית והשפעתה היא העובדה שאחוז גבוה יותר של אנשים שתכננו ללכת לסרט ואיבדו סכום כסף, ששיעורו כמחיר הכרטיס, ירכשו כרטיס, לעומת אחוז האנשים שאיבדו את הכרטיס עצמו וירכשו כרטיס חדש. אף שמדובר בסכום זהה, אובדן הכרטיס יוצר חשבונאות מנטלית אשר לפיה האובדן נזקף למחיר הכרטיס, שנראה גבוה מדי, בשעה שאובדן הכסף נזקף להפסד כללי).

ערעור נוסף של הנחת הפגיעה הזהה בתמריץ לעבוד נמצא בעבודתו של כריס סנשיריקו (Chris Sanchirico). סנשיריקו טוען, כי טענתם של קפלוב ושבל בדבר הפגיעה בתמריץ לעבוד הנגרמת על ידי כלל חלוקתי נכונה, רק כאשר הרכיב החלוקתי של הכלל הוא פונקציה של הכנסת הצדדים, אך ניתן ליצור כלל בעל תוצאה חלוקתית שאינו תלוי בהכנסה.[241] באופן כללי יותר הוא טוען, שהמודל של קפלוב ושבל מבוסס על ההנחה שהכלל החלוקתי משפיע באופן זהה על כל נמעניו, בשעה שבפועל, לכללים חלוקתיים יש השפעה משתנה על נמעניהם, ומטעם זה ניתן להשיג תוצאות חלוקתיות בלא הפסדי יעילות.[242] קפלוב ושבל, בתגובה למאמרו של סנשריקו, חולקים על טענתו כי המודל שלהם מוגבל מבחינת הנחותיו וטוענים לתחולה רחבה שלו.[243] הם מציינים כי בעוד המודל של סנשיריקו אינו סותר את המודל שלהם, הרי האינטרפטציה שלו, אשר לפיה ייתכן שימוש רחב בכללי המשפט הפרטי כדי לצמצם פערים בחברה, היא מטעה.[244] בעוד הם מחדדים את הסייגים לטענתם הכללית, הם עדיין סבורים שהתפקיד החלוקתי של המשפט הפרטי הוא זניח, ועובד באופן שונה מהמצופה (בעיקר, כתיקון לפגיעה בתמריצי העבודה שיוצרת חלוקה פרוגרסיבית של דיני המסים).[245] סיכום הספרות בסוגיית הפגיעה הזהה בתמריץ לעבוד מלמד לדעתי כי קיים ספק רציני בדבר נכונותה.

---

240. לשוני בתוצאות התנהגות הסובייקטים בהתבסס על חשבונאות מנטלית שונה ראו: Amos Tverski and Daniel Kahneman, "The Framing of Decisions and the Psychology of Choice", 211 *Science* (1981), 453, p. 457.

241. Sanchirico (לעיל, הערה 237), בעמ' 799-800.

242. שם, בעמ' 805-807.

243. ראו: Kaplow and Shavell II (לעיל, הערה 65), בעמ' 824, הערה 7. עם זאת, הם רק מציינים שם כי רוב טענותיו של Sanchirico אינן מדויקות. Kaplow and Shavell מודים, הן במאמרם המקורי והן במאמר התגובה כי ייתכנו מצבים שבהם חלוקה באמצעות המשפט הפרטי תהיה יעילה. Kaplow and Shavell I (לעיל, הערה 65), בעמ' 680-681; Kaplow and Shavell II (לעיל, הערה 65), בעמ' 825-827.

244. Kaplow and Shavell II (לעיל, הערה 65), בעמ' 824.

245. שם, בעמ' 825-827.

(ב) ערעור הנחת האפקטיביות הזהה

(1) כללי

ההנחה השנייה המשתמעת שעליה מבוסס המודל של קפלוב ושבל היא ששתי השיטות החלופיות לקידום החלוקה־מחדש (המשפט הפרטי ודיני המסים) אפקטיביות בה במידה מבחינת השגת חלוקה־מחדש של הזכאות הרלוונטית, בעוד עלות קידום המטרה החלוקתית, מבחינת הפסד יעילות (קרי בזבוז משאבים) גבוהה יותר בחלוקה באמצעות המשפט הפרטי. להלן אתייחס להנחה זו כהנחת 'האפקטיביות הזהה'. לדעתי, הנחה זו, ככל שהיא מתימרת להיות בעלת תוקף כללי, היא מוטעית. כפי שציינתי לעיל בדיון בטיעון החירות, בכל הנוגע לחלוקת זכאויות שאינן עושר, המשפט הפרטי מהווה בעיקרון כלי אפקטיבי הרבה יותר מדיני המסים לחלוקת זכאויות אלו.[246] לכן, הנחת האפקטיביות הזהה מוטעית. אמנם ייתכן, שדיני המשפט הפרטי עשויים לפגוע יותר במטרת השאת העושר, אך הם מביאים לידי תוצאות חלוקתיות עדיפות על אלו שניתן להשיג באמצעות שימוש בדיני המסים. חישבו לדוגמה על דוגמת מניעת ההפליה בכניסה למועדונים.[247] גם אם תוצאת החוק האוסר על הפליה כזו היא הפסד יעילות (והנקודה אינה ברורה כלל), ברור שיכולת החוק לקדם שוויון ולמנוע השפלה, גדולה לאין שיעור מיכולתם של דיני המסים. למעשה, ברור מדוגמה זו שהמוטיבציה השוויונית של החוק איננה להעביר עושר מעשירים לעניים (או מאשכנזים לספרדים), אלא לטפל בבעיות של כבוד עצמי וסטטוס חברתי. אני נמנה עם אלו הסבורים כי כללי המשפט הפרטי יכולים להביא לידי שינוי מסוים בדבר העדפותיהם הערכיות של נמעניהם, לשלוח מסרים ערכיים וסמליים בדבר הרצוי והנורמטיבי, וכי הפרתם של כללים משפטיים גוררת הטלת סנקציות לא משפטיות מצד פרטים אחרים בחברה, ואילו כיבוד הכללים מעניק יוקרה וטובות הנאה מסוימות לאלו המכבדים את הנורמות המשפטיות.[248] בנוסף, אני סבור שיכולות אלו של נורמות המשפט הפרטי עשויות להיות (על פי הגרסה הצנועה) או סביר שתהיינה (על פי הגרסה הפחות צנועה) ניכרות יותר, מיכולותיהן המקבילות של דיני המסים, וזאת בשל מספר סיבות. ראשית, היכולות האמורות של נורמות משפטיות תלויות בחלקן בתהודה שהן מעוררות, ואני מניח שלנורמות מהמשפט הפרטי תהודה גבוהה יותר. שנית, נראה לי סביר, שבמקרים רבים ההיבט החלוקתי והנורמטיבי של כלל חלוקתי יהיה יותר ברור משורה של שינויים בדיני המסים ותשלומי ההעברה. שלישית ועיקר, כפי שטענתי לעיל,[249] ההצדקה הנורמטיבית לחלוקה־מחדש עשויה להיות שונה על פי שתי החלופות. חלוקה־מחדש באמצעות דיני המסים נוטה להיתפס כמבוססת יותר על חסד או צדקה כלפי החלשים. לעומת זאת, חלוקה־מחדש באמצעות כללי המשפט הפרטי עשויה להיתפס כמבוססת על זכותם של

246. ראו לעיל פסקה 3(ב)(2).

247. ראו חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים.

248. ראו לעיל, הערה 219 והטקסט הסמוך לה.

249. ראו לעיל את הטקסט הסמוך להערות 191-193.

החלשים לקבל יחס בלתי־מפלה. הבה נחשוב על דוגמות נזיקיות אחדות. ראשית, שינוי כללי האחריות והפיצויים כך שיימנע תיעול סיכונים לעבר העניים, תופעה הנגרמת מכך שזול יותר לפגוע ולפצות עניים מלפגוע ולפצות עשירים.[250] כאן ברור כי שינוי כזה, המקטין פערים בין עניים ועשירים, אינו חסד שמבצעת החברה כלפי העניים. מדובר רק בקידום תפיסה מהותית של שוויון לפני החוק אשר לפיה לא ראוי שהשיטה תחשוף עניים לסיכונים גבוהים יותר.

(2) עיצוב מבחן ההתרשלות באופן פרוגרסיבי

דוגמה שנייה לשוני הרעיוני בין חלוקה באמצעות המשפט הפרטי ובין חלוקה באמצעות דיני המסים, תצביע גם על אפשרות לשוני פרקטי מבחינת חלוקת העושר בחברה. הבה נחשוב על כלל המביא בחשבון את משאבי הנתבע לצורך הקביעה אם התרשל.[251] כלל כזה יבחן את סבירות אי־ההשקעה בהוצאות מניעה לא רק בהתחשב ביחס בין גובה הוצאות המניעה לתוחלת הנזק אלא גם ביחס בין גובה הוצאות המניעה לסך משאביו של הנתבע[252] (וליחס בין תוחלת הנזק למשאביהם של ניזוקים פוטנציאליים).[253] הטיעון התומך בכלל כזה הוא שהקביעה שאדם הוא רשלן היא ערכית ומביעה גינוי להתנהגותו של המזיק. ממצא של רשלנות משקף, על פי הגישה המקובלת, היעדר איזון ראוי מצד המזיק בין

250. לדיון בבעיה ובדרכים אפשריות לפתרונה ראו להלן תת-פסקה (ד)(1).

251. לניתוח כלל כזה ראו: Keren-Paz (לעיל, הערה 38), בעמ' 286-326.

252. דיון נורמטיבי ברציות כלל כאמור חורג ממסגרת מאמר זה ובוצע שם. הקביעה שמזיק עני נדרש להשקיע פחות בהוצאות מניעה ממזיק עשיר (כששאר הדברים שווים), מוסברת להלן בטקסט. הקביעה כי כדי למנוע נזק מניזוקים פוטנציאליים עניים נדרשת (כאשר שאר הדברים שווים) השקעה גבוהה יותר של הוצאות מניעה, מתבססת על הרעיון שנשיאת העני בהפסד הלא מפוצה, תגרום לו להפסד רווחה גדול יותר וכן, שיכולתו להגן על עצמו באופן אלטרנטיבי, נמוכה יותר. כמובן, אימוץ גישה זו מעורר מספר קשיים נורמטיביים שבירורם חורג ממסגרת זו, כגון החשיפה המוגברת המודעת של העשירים לנזקי גוף. עם זאת, יש לזכור שעל פי דיני הנזיקין הקיימים, העניים הם החשופים באופן מוגבר לנזקי גוף, וכי יכולת העשירים למנוע את הנזק או לשאת בתוצאותיו טובה מזו של העניים. מי שמוטרד מהפלייתם לרעה של עשירים על פי הכלל המוצע, צריך להיות מוטרד לפחות באותה המידה, מהפלייתם לרעה של עניים במשטר הקיים. ניתן לסבור באופן חלופי, שתיעול סיכונים כלפי העשירים מוצדק בשל רציונל הדומה לזה של הפליה מתקנת המשפט הציבורי. לגבי נקודה זו לא ארחיב.

253. כפי שאני מסביר, שם, בעמ' 313-316, בהיעדר מידע על זהותם של ניזוקים פוטנציאליים, השוואת הפגיעה ברווחתו של הנתבע, אם ייאלץ לשאת בהוצאות המניעה (כששיעור הפגיעה מתחשב בעושרו של הנתבע), צריכה להיעשות עם הפגיעה ברווחתו של הניזוק הפוטנציאלי הממוצע, ולא הניזוק בפועל, וזאת מתוך התחשבות בדרישת הצפיות וברלוונטיות שלה לצורך הערכת ההתנהגות כחפה מאשם או כבת-אשם.

אינטרס המזיק בחירות פעולה ובין אינטרס הניזוק בביטחון.[254] מן הראוי גם לזכור שהנטל האפקטיבי המוטל על מזיק פוטנציאלי בדרישה שינקוט אמצעי זהירות מסוימים, מושפע מהאמצעים העומדים לרשותו. דרישה מאדם שיוציא 80% מהונו כדי למנוע נזק מסוים מן האחר, אינה שקולה לדרישה מאדם שיוציא 1% מהונו לשם מניעת אותו הנזק. ואכן, בהתבסס על תובנות אלו טענתי, שאם ברצוננו לשמר את ההערכה המוסרית שלנו כחברה לגבי טיב איזון האינטרסים שעשה הנתבע בתביעת רשלנות, מן הראוי להביא בחשבון את הנטל האפקטיבי שנשיאה בהוצאות המניעה (וכן בהוצאות התאונה) תגרום.[255] לצורך הדיון כאן חשובה העובדה, שטיעון זה, אם הוא נכון, שולל את חבות הנתבע לא מכיוון שאנו סבורים שלמרות שהנתבע פעל שלא כראוי אנו פוטרים אותו מחבות מטעמי חסד (רציונל של פטור excuse), אלא כיוון שאנו סבורים שלא היה דופי בהתנהגותו (רציונל של הצדקה justification).

דוגמה זו גם מקלה על הבנת הטענה מדוע אותה תוצאה חלוקתית לא הייתה יכולה להיות מושגת באמצעות דיני המסים. ניתן לסבור שהפתרון הראוי הוא מציאת הנתבע העני חייב ברשלנות כמזיק, והגברת הפרוגרסיביות של דיני המסים והחלוקה כדי לפצותו על הוצאותיו. תשובה זו (שבבסיסה היא זו הניתנת על ידי קפלוב ושבל) אינה ראויה. ראשית, לא ברור כיצד ניתן מבחינה פרקטית לשנות את דיני המסים ותשלומי העברה כך שיפצו את המזיק העני על חבותו כלפי הניזוק שהתבססה על רשלנותו בגין אי־הוצאת הוצאות מניעה, או לחלופין, על הצורך שלו להוציא הוצאות מניעה שהן למעלה מיכולתו על מנת למנוע חבות נזיקית. שנית, יש לזכור, שלכלל המשפטי יש תוצאות (כספיות ואחרות) מלבד החבות הישירה כלפי התובע. למשל, תיוג הנתבע כרשלן עשוי להטיל עליו סנקציות לא משפטיות שעלותן לנתבע הן כספיות ואחרות. האם דיני המסים צריכים לפצות גם על נזק זה? אם התשובה שלילית, הרי הוכח שחלוקה באמצעות המשפט הפרטי עשויה להיות אפקטיבית יותר. אם התשובה חיובית (בהנחה שניתן בכלל לכמת הפסד זה), הרי מבחינה מהותית, דיני המסים והחלוקה משקפים את השינוי שראוי שייעשה באמצעות המשפט הפרטי. גם אז נותרת השאלה אם הכללת השינוי בדיני המסים והחלוקה לא תגרום הפסד יעילות רב יותר משינוי כללי האחריות בנזיקין. לבסוף, עדיין אנו נותרים עם בעיה מסוימת של אי־המירות ערכים וכסף. הקביעה שהנתבע התרשל היא קביעה ערכית המכתימה את התנהגותו של הנתבע. אם אני צודק בטענתי, שההערכה הנורמטיבית הנכונה היא שהנתבע לא התרשל, הרי הכתמה זו אינה ראויה, אף אם יינתן בעבורה פיצוי כספי.

(3) הערות סיכום

ניתן כמובן לחשוב על דוגמות נוספות, שבהן שינוי פרוגרסיבי של הכלל הוא רצוי אף שהאפקט של השינוי מבחינת חלוקת העושר הוא זניח לפחות בטווח הקצר. השינוי במקרים אלו יהיה רצוי, בשל הפוטנציאל הטרנספורמטיבי שבו – היכולת לשנות לאורך זמן את מעמדם של בני קבוצות חלשות ואת האופן שבו הם ואחרים תופסים את מקומם הראוי

254. ראו לדוגמה: Keating (לעיל, הערה 213).

255. Keren-Paz (לעיל, הערה 38), בעמ' 288-300.

בחברה. שינוי כזה, לאורך זמן, עשוי להביא גם לידי חלוקה־מחדש של העושר, אך תוצאה זו תהיה זניחה בטווח הקצר. טיעוני נגד הטלת חובת זהירות על נשים בהריון ובעד אחריות שווה של הורים בשל פיקוח רשלני על ילדיהם, מתבססים על קו מחשבה כזה, המדגיש את הסטטוס של נשים בחברה לעומת סטטוס הגברים ואת התפיסות בדבר מקומן בחברה. לעומת זאת, חלוקת העושר הפרוגרסיבית בין גברים לנשים בחברה שכללים אלו יגרמו סביר שתהיה מוגבלת, בעיקר בשל קיומה התדיר של קופה משותפת.[256]

לקראת סיום הדיון בהנחת האפקטיביות הזהה, ברצוני להעיר שתי הערות המאירות את תשובתי לטענה באורה הנכון. הראשונה נוגעת להסתמכותי על הפן הנורמטיבי והאקספרסיבי של המשפט.[257] הטענות בדבר האפקטים הסימבוליים והחינוכיים של המשפט אינן טריוויאליות והן שנויות במחלוקת בספרות.[258] עם זאת, גם לשיטת מי שאינו מאמין בנכונותן, הרי, לפחות כל עוד טענות אלו לא הופרכו, הן מספקות הסבר מדוע ייתכן שדיני המשפט הפרטי יהיו אפקטיביים יותר בחלוקה־מחדש של זכאויות בחברה מדיני המסים. כזכור, איני טוען לעדיפות גורפת של חלוקה באמצעות המשפט הפרטי או לאי־שימוש במערכת המסים והחלוקה. הערתי השנייה נוגעת לטענתי שהפן הנורמטיבי והאקספרסיבי של המשפט הפרטי עשוי להיות משמעותי יותר מזה של דיני המסים. לצורכי הטיעון שאני מציג, אין צורך בהוכחת הטענה הפחות צנועה שתמיד או באופן שיטתי, היכולת להביא לידי שינוי חלוקתי אפקטיבי רבה יותר באמצעות דיני המשפט הפרטי. די להראות ששינוי של כללים מסוימים במשפט הפרטי, יביא לידי הקטנת פערים אשר סביר להניח ששינוי בדיני המסים לא יביא. לדעתי, הדוגמות שהבאתי תומכות בסברה זו.

(ג) ערעור הנחת היכולת לקדם יעילות באמצעות המשפט הפרטי

ההנחה השלישית המשתמעת שעליה מבוסס המודל של קפלוב ושבל היא שכללי המשפט הפרטי יכולים להביא לידי תוצאה יעילה כאשר הם אינם "מושחתים" על ידי ניסיון לקדם מטרות חלוקתיות. על פי הנחה זו, ניסיון לקדם מטרות חלוקתיות יביא לידי הפסד יעילות ניכר שהפסדו עולה על שכר קידום המטרה החלוקתית. ערעור הנחה זו יחליש, כמוסבר להלן, את טיעונם של קפלוב ושבל. אף שהספקות בדבר נכונות ההנחה השלישית תקפים לדעתי (במידה שונה של שכנוע) לרוחב המשפט הפרטי, טיעוני יתמקד בדיני הנזיקין. מסיבות שונות, יכולתם של דיני הנזיקין להביא לידי התוצאה היעילה מוגבלת ביותר. סיבה מרכזית היא קיומו הנפוץ של ביטוח אחריות ושיטת הגבייה של פרמיות אחידות יחסית, הפוגעים קשות במטרת ההרתעה והיעילות של דיני הנזיקין.[259] בשל יכולתם המוגבלת

256. ראו לעיל, הערה 197. וראו להלן תת־פסקה (ד)(2א).

257. ראו לעיל, הערה 219 והטקסט הסמוך לה.

258. Robert E. Scott, "The Limits of Behavioral Theories of Law and Social Norms", 86 *Va. L. Rev*. (2000) 1603; Stewart MacAulay, "Law and Behavioral Sciences: Is There Any There There?", 6 *L. & Pol'y* (1984) 149, p. 168.

259. ראו: Sugerman (לעיל, הערה 65), בעמ' 573.

ממילא של דיני הנזיקין לקדם שיקולי יעילות, הוספת מטרה חלוקתית אינה יכולה לפגוע קשות במטרת היעילות. לכאורה, תיתכן טענה, שהעובדה שקיימת בעיית חוסר יעילות אינה מצדיקה את החרפתה. אולם יש לזכור כי שיטה פלורליסטית נאלצת לעתים לבצע חילופיות בין השגת מטרות שונות. ניתן לסבור, כמו שוגרמן (Sugerman), שהבעיות המבניות של דיני הנזיקין לעניין השגת יעילות הן כה אקוטיות, עד שיש לזנוח כליל את הניסיון לקדם יעילות באמצעות דיני הנזיקין.[260] לפי גישה זו, ממילא הפסד היעילות הנטען הנגרם מקידום מטרה חלוקתית, אינו רלוונטי לצורך ההערכה אם הכלל רצוי. לחלופין, ניתן לסבור שגם אם עדיין ברצוננו לקדם יעילות, הרי חוסר היעילות ההתחלתי של דיני הנזיקין גורם לכך שההפסד השולי, במונחי השגת יעילות, עקב הוספת המטרה החלוקתית יהיה קטן. לכן, כאשר ישנה אפקטיביות מסוימת בהשגת המטרה החלוקתית, תוצאת האיזון בין שיקולי יעילות וחלוקה תיטה להצדיק התערבות חלוקתית באמצעות דיני הנזיקין, יותר משמציע המודל של קפלוב ושבל. ככל שבעיית הסבסוד הצולב קיימת גם בענפים אחרים של המשפט הפרטי (ובאופן חלקי היא קיימת),[261] או ככל שמסיבות אחרות יש מקום לפקפק ביכולת דיני המשפט הפרטי לקדם יעילות כוחו של טיעון זה יפה באופן כללי.

(ד) ערעור ההנחה שקידום מטרה חלוקתית בא בהכרח על חשבון יעילות הכלל.
המודל של קפלוב ושבל מניח (אם כי אינו מחייב) קיום מתח בין הכלל היעיל לכלל הרצוי מבחינה חלוקתית. מכאן, מעבר מהכלל הקיים לכלל חלוקתי, יעלה לנו בהפסד יעילות שניתן לחסוך על ידי בחירה בכלל היעיל וחלוקת העושר באמצעות דיני המסים. אולם ראוי לשים לב כי בשעה שלעתים השגת המטרה החלוקתית עולה לנו בהפסד יעילות, לעתים כלל המקדם שוויון יהיה גם הכלל היעיל (או למצער, לא ברור שיש הפסד יעילות באימוץ כלל רצוי מבחינה חלוקתית).

(1) דוגמה לקיום חילופיות בין יעילות וחלוקה שוויונית: תיעול סיכון לעבר העניים
דוגמה למצב הדברים הראשון היא פיתוח כללים בדיני הנזיקין שיתעלו סיכונים לעבר העשירים ולא לעבר העניים. במקום אחר[262] עמדתי על ההטיה הרגרסיבית של דיני הנזיקין הקיימים המתעלים סיכונים לעבר העניים כתוצאה משילוב של שתי סיבות. ראשית, על פי כלל הפיצוי המלא, עדיף למזיק (ככל שהוא שולט בתיעול הסיכון) לסכן את העניים כיוון שתוחלת הנזק שלהם נמוכה משל העשירים. זה יהיה המצב גם תחת ההנחה שהיקף אחריותו של המזיק כלפי הניזוק העני והעשיר הוא זהה (כלומר שהסיכוי שהמזיק יימצא

260. שם.

261. ראו לדוגמה: Craswell (לעיל, הערה 97), בעמ' 377; Ayers and Gertner (לעיל, הערה 186), בעמ' 100.

262. ראו: Keren-Paz (לעיל, הערה 38).

אחראי כלפי הניזוק בנזיקין אינו מושפע מעושרו של הניזוק).[263] תוצאה זו בעייתית משני טעמים. האחד, אפילו בהנחה שדיני הנזיקין מפצים באופן מלא את הניזוקים, הם עדיין מסכנים את העניים ביתר. ככל שאנו סבורים שמטרת דיני הנזיקין צריכה להיות מניעת הנזק מלכתחילה, להבדיל מפיצוי הנפגעים בדיעבד, הסיכון המוגבר שחשופים לו העניים הוא בעייתי. הטעם השני לבעייתיות התוצאה הוא, שככל שיש לנו סיבות להאמין שאידיאל השבת המצב לקדמותו הוא רק בבחינת אידיאל, ובפועל דיני הנזיקין מפצים בחסר,[264] השילוב של התמריץ לסכן את העניים ובעיית פיצוי החסר הופכות את העניים לעניים יותר. נקודה נוספת שמן הראוי לשים לב אליה, היא כי התוצאה החלוקתית השלילית הזו

---

263. כפי שהראה Abel (לעיל, הערה 66), בעמ' 799-800, 809-810, 829. עקרון השבת המצב לקדמותו יוצר תמריץ לתעל סיכונים לעבר העניים. כמובן, מזיקים אינם שולטים תמיד, או באופן מלא, על מיהות הקורבנות הפוטנציאליים. אולם ככל שקיימת שליטה כזו, והיא קיימת במצבים רבים, המזיק יתעל את הסיכון כלפי העניים, הן כיוון שתוחלת הנזק שלהם (הכוללת כרכיב את גודל נזקם אם אירוע הנזק יתממש) נמוכה יותר מזו של ניזוקים עשירים והן כיוון שתוחלת החבות של המזיק כלפיהם נמוכה יותר. גובה הנזק של העני נמוך יותר, כיוון שרוב רכיבי הפיצוי מושפעים מהסטטוס של הניזוק עובר לתאונה (שווי הרכוש ואובדן כושר השתכרות הן שתי הדוגמות הבולטות ביותר, אם כי לא היחידות). תוחלת החבות כלפי העני נמוכה יותר, כיוון שניזוקים עניים עתידים לתבוע פחות ולזכות פחות בשל קשיי נזילות, נגישות פחותה יותר להליך המשפטי ומידת מודעות נמוכה יותר להפרת זכויותיהם. דוגמה אחת למקרה שבו יכול המזיק לתעל את הנזק כלפי העניים היא תאונות עבודה. נניח שבמבנה מסוים עובדים 15 איש, מהם 10 פועלי צווארון כחול ו-5 פועלי צווארון לבן. במבנה יש שני חדרים כשאחד מהם מוקצה לפועלים והשני להנהלה. תקרת אחד החדרים מצופה באזבסט ובעלי המפעל צריכים להחליט היכן למקם את שתי קבוצות העובדים. דיני הנזיקין נותנים תמריץ לבעלי המפעל לשכן את עובדי הצווארון הכחול בחדר עם תקרת האזבסט, על יסוד ההנחה שתוחלת החבות כלפי עובדי הצווארון הלבן גבוהה מתוחלת החבות כלפי עובדי הצווארון הכחול. (להשלמת התמונה יש לציין כי הכרעת בעלי המפעל את מי לשכן בחדר עם תקרת האזבסט תושפע גם ממידת חוזקם של העובדים כקבוצה – קרי יכולתם להתאגד ולתבוע, או לנהל משא ומתן. כיוון שיחסי עובד־מעביד נעשים בצלם של יחסים חוזיים, נשאלת השאלה אם העובדים יכולים לתמחר את הסיכון המוגבר שלהם ולקבל פרמיה המשקפת סיכון זה בצורה של העלאה במשכורת. יכולתם לעשות כן תלויה קודם כול בידיעה על קיום הסיכון; בנוסף, היא תלויה במבנה השוק וביכולת המיקוח היחסית של הצדדים.) לדרך אפשרית אחת להתמודד עם תיעול סיכון לעניים ראו תת־פסקה (ב)(2) לעיל.

264. לטענות כאלו ולהבדלים ביניהן ראו: Sugerman (לעיל, הערה 65), בעמ' 593-594; Michael J. Saks, "Do We Really Know Anything About Behavior of the Tort Litigation System - and Why Not?", *Pa. L. Rev.* 140 (1992) 1147, pp. 1217-1218. לטענות בדבר פיצוי יתר ראו לדוגמה: Priest (לעיל, הערה 184). אני סבור שככלל תופעת פיצוי החסר משמעותית יותר.

של תיעול סיכונים לעבר העניים, המתבטאת בהפיכתם לעניים יותר בשל בעיית פיצוי החסר, היא נוספת ונפרדת מבעיית הסבסוד הצולב הרגרסיבי שהוסברה לעיל,[265] שגם היא הופכת את העניים לעניים יותר ונובעת מהשילוב של עקרון הפיצוי המלא עם ביטוח אחריות.

תמריץ שני לתיעול סיכונים לעבר העניים קיים היום לא רק בשל העובדה שאם יימצאו המזיקים הפוטנציאליים חייבים בדין, מידת הפיצויים שישלמו תהיה נמוכה יותר, כאשר הניזוקים הם עניים, אלא גם כיוון שעל פי ניתוח כלכלי של סטנדרט הזהירות, סיכון המופנה כלפי עניים עשוי להיחשב כלא רשלני, בעוד אותו סיכון המופנה כלפי עשירים עשוי להיחשב כרשלני. זאת כיוון שהוצאות מניעת הנזק הן קבועות בשני המקרים, בעוד תוחלת הנזק של העשירים גבוהה יותר. מנימוקים שעמדתי עליהם במקום אחר,[266] אני סבור שראוי למנוע תיעול רגרסיבי כזה של סיכון לעבר העניים. פתרון אפשרי אחד (אשר לא פיתחתי) הוא האחדת הפיצוי הנפסק כך שישלול את התמריץ לסכן את העניים. פתרון אפשרי אחר, הוא לעצב מחדש את סטנדרט הרשלנות כך שדווקא תיעול הסיכון לעבר העני ייחשב כרשלני (ולכן הסנקציה הנזיקית תיצור תמריץ שלילי לתיעול הסיכון לעבר העניים) בעוד תיעול הסיכון לעבר העשיר ייחשב כלא רשלני.[267] לצורך הדיון כאן מה שמשנה הוא שאימוץ כלל כזה מוותר במודע על השגת תוצאה שלפחות לכאורה[268] היא יעילה יותר (הקטנת סכום הנזק המוחלט של התאונות) לשם השגת תוצאה חלוקתית צודקת יותר. כלל כזה יגדיל את סך נזקי התאונות, אך יטיל אותם על מי שמסוגלים לשאת בהם ביתר קלות.

(2) דוגמות להיעדר חילופיות בין יעילות וחלוקה שוויונית

שלא כבדוגמה הקודמת, במקרים אחרים פחות ברור שכלל העדיף מבחינה חלוקתית אינו עדיף גם מבחינת יעילות. אם הכלל הקיים (בעל התוצאה החלוקתית הרגרסיבית) משאיר בידי הקבוצות החזקות נתח גדול יותר (מבחינה אבסולוטית) מזה שיישאר בידיהם תחת כלל פרוגרסיבי, הרי לפחות בהינתן הוצאות עסקה, ייתכן שלא יושג הכלל היעיל.[269] להלן אבחן מספר דוגמות אשר בהן תיתכן זהות בין התוצאות הרצויות על פי שיקול היעילות ושיקול החלוקה הפרוגרסיבית.

(2א) כלל המטיל אחריות ביחד ולחוד על שני ההורים בעבור פיקוח רשלני של אחד מהם על ילד(ת)ם

כלל כזה, בנוסף ליתרונותיו החלוקתיים שיוצגו להלן, עשוי לתמרץ אבות להשקיע יותר בפיקוח על ילדיהם ובכך להקטין את תדירות מקרי הפיקוח ההורי הרשלני. הטיעון

265. לעיל פסקה 2(ב).

266. ראו: Keren-Paz (לעיל, הערה 38).

267. לדיון נורמטיבי קצר, ראו לעיל תת־פסקה (ב)2 הערות 251-255 והטקסט הסמוך להן.

268. לערעור ההנחה ראו להלן תת־פסקה (ג2).

269. השוו: Ayers and Gertner (לעיל, הערה 186), בעמ' 100.

שלהלן מתבסס על ההנחה שנשים הנן צד חלש לעומת גברים (הן מבחינה כלכלית והן מבחינת כוח וסטטוס חברתיים) וכי ראוי שהכלל המשפטי ימנע הרחבת פערים בין גברים לנשים.[270] על פי גישת המשפט המקובל (הנוהגת גם בארץ), אחריות הורים בשל פיקוח רשלני על ילדיהם שגרמו נזק לצד שלישי היא אינדיבידואלית. ראשית, יש להוכיח התרשלות בפיקוח ושנית, אין מייחסים התרשלות של הורה אחד להורה השני.[271] לשיטתי, גישה כזו מחמיצה את הבנת מוסד ההורות כפרויקט משותף של שני ההורים, היא מוטית מבחינה חלוקתית לרעת נשים – במישור המעשי והסימבולי כאחד – והיא אף עשויה להביא לידי תוצאות לא יעילות. הניתוח מתבסס על ההנחה שגישה אינדיבידואלית תביא לידי חבות של נשים באופן לא פרופורציונלי. זאת, הן בשל היות הנשים רוב מכריע בקבוצת ההורים בעלי המשמורת הבלעדית במשפחות חד־הוריות[272] והן מכוח תפקידן החברתי כמטפלות העיקריות בילדים גם במשפחות דו־הוריות. לטענתי, חבות בלתי פרופורציונלית זו היא בעלת תוצאות שליליות מבחינת גישה חלוקתית־שוויונית במישור המעשי והסמלי. במישור המעשי, כיוון שהיא גורמת לחלוקת עושר רגרסיבית בין גברים ונשים;[273] במישור הסמלי, כיוון שהיא משדרת את המסר אשר לפיו השגחה על ילדים היא עניין לנשים בלבד[274] וכיוון שהיא עלולה לחזק סטריאוטיפ של נשים כלא אחראיות.

---

270. הדיון בתת־פסקה זו מתבסס על: Keren-Paz (לעיל, הערה 76), פרק 6, בעמ' 429-470. הניתוח המלא של סוגיה זו מורכב יותר מהתמצות שלו המוצג בטקסט.

271. ראו לדוגמה ע"א 326/88 **צימרמן נ' גבריאלוב**, פ"ד מו(1) 353, בעמ' 358-359; *Restatement (Second) of Torts*, Section 316 (1965); *Cashman* v. *Reider's Stop-N-Shop Supermarket*, 504 N. E. 2ed 487 (Ohio. App. 1986); *Duncan* v. *Rzonca*, 478 N. E. 2ed 603 (Ill. App. 2ed Dist. 1985); *Labadie* v. *Semler*, 585 N. E. 2ed 862 (Ohio App. 6 Dist. 1990).

272. בסיטואציה כזו, יש קושי לראות בהורות פרויקט משותף והטלת אחריות נדמית לכאורה כהטלת אחריות בשל סטטוס, שהיא נדירה במשפט הפרטי ונחשבת לרוב כבעייתית. עם זאת, ניתן להגן על תוצאה שכזו בהתבסס על טענה (שאינה נטולת קשיים משלה) אשר לפיה היעדרות אחד ההורים (במקרה הטיפוסי – האב) מתמונת חינוך הילד, מגדילה את הסיכוי להתנהגות אנטי־חברתית של הילד. ואכן, המשפט הצרפתי מכיר בקטגוריה של גידול רשלני (Negligent Upbringing) הנפרדת מקטגורית פיקוח רשלני (Negligent Supervision). ראו: Jean Pierre Le Gall, "Liability for Persons Under Supervision", in Andre' Tunc ed., *Int'l. Enc. Comp. L.*, vol. XI, Torts (Tubingen, Germany: J.C.B. Mohr, 1983) ch. 3, pp. 364-365. לדיון, ראו: Keren-Paz (לעיל, הערה 76), בעמ' 454-458.

273. קיומה של קופה משותפת מקטין אך אינו פותר את הבעיה, וזאת בין היתר בשל בעיית האחריות במקרים של משפחות חד־הוריות. ראו Keren-Paz (לעיל, הערה 76), בעמ' 454-458.

274. אחת השאלות המתעוררות היא, כמובן, אם אין התוצאות המשפטיות רק משקפות את המציאות אשר לפיה בפועל נשים נושאות בחלק הארי של נטל ההשגחה על ילדים. הקושי בטענה זו הוא בהתעלמותה מהפן הנורמטיבי של המשפט כמכשיר להשרשת ערכים חברתיים מקובלים ותפיסות שמרניות בדבר יחסי הכוח בחברה, להבדיל משיקוף בלבד של ערכים

בנוסף, ככל שיש מקום לשיקולי יעילות בסוגיה זו, כלומר, על יסוד ההנחה הלא פשוטה שעיצוב הכלל המשפטי יכול בכלל להשפיע על מידת הפיקוח ההורי, כלל האחריות האינדיבידואלי גם אינו נראה לי יעיל. תחת ההנחה שטיב הפיקוח ההורי יורד ככל שמשך הפיקוח האינדיבידואלי עולה, הרי היעדרם היחסי של אבות מתמונת הפיקוח, המאריך את משך הפיקוח של אמהות, יגביר את תדירות היסח הדעת של אמהות במהלך הפיקוח על ילדיהן.[275] מטעמים אלו אני סבור ששיקול חלוקתי־שוויוני תומך בכלל שרשלנות הורה אחד תיוחס גם להורה השני, וזאת במערכת היחסים שבין ההורים לבין הניזוק. במערכת היחסים הפנימית בין ההורים, אני מציע חלוקת אחריות שווה שאיננה תלויה באשם. תוצאה זו נראית לי עדיפה הן מבחינה חלוקתית והן מבחינת יעילות.

(2ב) מועד הכניסה לתחום החבות החוזית

דוגמה נוספת למקרה שבו נראה ששיקולי יעילות ושיקולי חלוקה־מחדש פרוגרסיבית מתיישבים זה עם זה היא סוגיית מועד הכניסה לתחום החבות החוזית. מנחם מאוטנר טען בניתוחו של ע"א **רבינאי נ' מן שקד**[276] שהקלת תנאי הכניסה לתחום החוזי כתוצאה של

אלו. ראו לעיל הערות 219, 248. Keren-Paz (לעיל, הערה 76), בעמ' 460-461. מכל מקום, בפסיקה האמריקנית ניתן למצוא דוגמות שבהן בתא משפחתי מסורתי, בנסיבות שבהן שני ההורים לא היו נוכחים והילד גרם לנזק, יוחסה אחריות בשיעור שונה לשני ההורים (למרות שההיגיון חייב לכאורה הטלת אחריות שווה). ראו: *Bruttig* v. *Olsen*, 453 N.W. 153 (Wis. App. 1989). באופן דומה, עיון בהנמקת ע"א **צימרמן** (לעיל, הערה 271) מלמד כי שני ההורים היו נוכחים בבית בשעת התאונה ולא ברורה ההתעלמות המוחלטת מאחריות האב לתאונה שאירעה.

275. ייתכן גם טיעון הפוך אשר לפיו הקצאת הטיפול ההורי להורה אחד היא יעילה, בכך שהיא מפתחת התמחות בפיקוח. יש לשים לב כי טיעון זה לכאורה מצדיק חלוקת עבודה שמרנית ביותר בין המינים אשר לפיה, האישה תתמחה בגידול הילדים ובטיפול בבית והגבר יתמחה בפרנסת המשפחה. גם אם טיעון זה נכון מבחינת היעילות (ויש בו קשיים לא מעטים), דומה שהוא מוכיח, אם בכלל יש צורך בהוכחה כזו, שיעילות אינה חזות הכול. מכל מקום, גם אם האישה תיוותר המטפלת העיקרית (ובכך תפתח מומחיות בפיקוח), נראה לי שבשלב מסוים ההתשה הנגרמת ממשך פיקוח ארוך, תהפוך שיתוף בפיקוח מצד ההורה השני ליעילה יותר. לכל הפחות, הטיעון בטקסט מוכיח כי כלל העדיף מבחינה חלוקתית, אינו כרוך בהכרח במחיר של אובדן יעילות.

טיעון אחר שאיני מוצא כמכריע נגד ההצעה המובאת בטקסט הוא שהטלת חובה על האב לא תוביל בהכרח להגברת הפיקוח מצדו אלא לרכישת ביטוח. ייתכן שטיעון זה נכון, אך עניין זה יורד לשורש אפקטיביות מטרת ההרתעה של דיני הנזיקין. מכל מקום, אם טיעון זה נכון, הרי שהוא חל גם לגבי אחריות האם ונמצא שוב שאין מקום להבחין בין אחריות ההורים.

276. ע"א 158/77 **רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק)**, פ"ד לג(2) 281 (להלן: ע"א **רבינאי**).

פרשנות זיכרון הדברים גורמת לתוצאה חלוקתית שלילית אשר לפיה בעליהם של נכסים קטנים (הצד החלש) נאלצים להיפרד מנכסיהם לטובת חברות קבלניות.[277] בעוד הוכחת נכונות הטענה באופן כולל דורשת מחקר נוסף, עיון במספר פסקי דין מובילים של בית המשפט העליון בסוגיית זיכרון הדברים תומך במסקנה זו. לבתי המשפט יש נטייה להקדים את מועד הכניסה לתחום החבות החוזית ובכך להקל במעבר מהתחום הלא חוזי לתחום החוזי.[278] משמעות הדבר היא שגם אנשים הסבורים שהם אינם קשורים בחוזה ימצאו עצמם קשורים בחוזה. מבחינה חלוקתית, השאלה היא, לטובת מי פועלת מגמה זו. האם לטובת צדדים חזקים או חלשים? לשאלה זו אין תשובה חד־משמעית במישור התאורטי. סברה אפשרית אחת היא שצדדים חזקים המיוצגים טוב יותר, יגנו על עצמם ביתר הצלחה מכניסה לתחום החבות החוזית בניגוד לרצונם. על פי סברה זו, הנתמכת על ידי ניתוחו של מאוטנר, ייתכן שהצד החלש, שנקשר בזיכרון הדברים בלא ייצוג משפטי ובלא בדיקת האלטרנטיבות, מגלה שעשה מקח טעות ומנסה להשתחרר מהתחייבותו (הלכאורית) על פי זיכרון הדברים. אם זהו אכן מצב הדברים, נראה שהקדמת מועד הכניסה לתחום החבות החוזית תפעל לרעתם של צדדים חלשים. מאידך גיסא יש לזכור שהרצון להתנער מזיכרון דברים מתעורר תדירות כאשר אחד הצדדים מזהה הזדמנות להתקשרות חוזית חלופית עדיפה. אם ניתן להניח שצד חזק ידע לזהות טוב יותר הזדמנויות חלופיות עדיפות, יש להניח שצדדים חזקים יהיו מעוניינים להשתחרר מזיכרון דברים יותר מצדדים חלשים, ועל פי הלך מחשבה זה, הקדמת תחום החבות החוזית תיטיב דווקא עם צדדים חלשים.

הבדיקה שערכתי מבוססת על ניתוח עשרה פסקי דין שנבחרו מתוך רשימות קריאה שונות לדיני חוזים.[279] מתוך עשרה פסקי דין שבהם הייתה מחלוקת אם נקשר חוזה,

---

277. Menachem Mautner, "Contract, Culture, Compulsion or: What is so Problematic in the Application of Objective Standards in Contract Law?", 3 *Theoretical Inquiries in Law* (2002) 545, p. 568.

278. לטענה דומה ראו שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה", **משפטים** כ"א (1) (תשנ"א) 33, בעמ' 34. בעת האחרונה, ניתן חיזוק למגמה זו בפסיקת פיצויי קיום בשל הפרת החובה לנהל משא ומתן בתום לב. ראו ע"א 8144/00 **ערליג נכסים (1987) בע"מ נ' ברנדר**, נז(1) 158. הלכה זו מתווספת להלכה שניתן להשתמש בחובה לנהוג בתום לב במהלך המשא ומתן, כדי להתגבר על היעדר כתב. ראו ע"א 986/93 **קלמר נ' גיא**, פ"ד נ(1) 185.

279. ע"א **רבינאי** (לעיל, הערה 276); ע"א 1049/94 **דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן**, פ"ד נ(5) 820; ע"א 1932/90 **פרץ בוני הנגב – אחים פרץ בע"מ נ' בוחבוט**, פ"ד מז(1) 357; ע"א 3380/97 **תמגר נ' גושן**, פ"ד נב(4) 673; ע"א 1734/96 **כהן נ' כהן** (לא פורסם); ע"א 2036/94 **ב' טרבלסי נ' ד' טרבלסי**, פ"ד נג(1) 457; ע"א 133/89 **החברה לפיתוח חוף התכלת (תל־אביב־הרצליה) בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, נתניה**, פ"ד מז(5) 689; ע"א 615/72 **גלנר נ' התיאטרון העירוני חיפה**, פ"ד כח(1) 81 (להלן: ע"א **גלנר**); ע"א 651/72 **פסטרנק נ' חברת יוסף לוי פתח תקווה בע"מ**, פ"ד כח(1) 617; ע"א 3601/96 **בראשי נ' עיזבון המנוח זלמן בראשי ז"ל**, פ"ד נב(2) 582. עשרת פסקי הדין נבחרו מתוך רשימות קריאה לדיני חוזים של דפנה ברק ארז, אריאל פורת, ועופר גרוסקופף בנושא הצעה, קיבול וזכרון דברים. אני

בשמונה פסק בית המשפט כי נקשר חוזה. מתוך שמונת פסקי דין אלו, בארבעה הצד שאני מזהה כחזק ביקש להישאר בקשר החוזי וזכה (ע"א **רבינאי, דור אנרגיה, פרץ ותמגר**).[280] בשלושה מקרים לא ניתן לדעתי לקבוע מי הצד החזק וייתכן שאין צד כזה (ע"א **כהן, טרבלסי** ו**החברה לפיתוח**).[281] במקרה אחד, ניתן לסבור שהצד החלש הוא שזכה, אם כי הפער בין הצדדים היה ככל הנראה קטן (ע"א **גלנר**).[282] בשני פסקי דין נקבע, כי אין תוקף לקשר החוזי (ע"א **פסטרנק** ו**בראשי**). בע"א **פסטרנק** זכה מי שאני מזהה כצד חלש[283] ובע"א **בראשי** יש קושי לקבוע אם הצד שהפסיד (בנו של המנוח, החסר כשרות על פי מבחן מהותי, בנסיבות של מתן מתנה על ערש דווי) הוא הצד החזק בהשוואה לאלמנה (שהיא מבחינה מהותית הצד שכנגד, בשל ריקון החברה מנכסיה, וזאת בניגוד לעיזבון המנוח שהוא הצד שכנגד מבחינה פורמלית). גם כאן נראה לי, שאם היו פערים, הם לא היו גדולים. אם ננפה את פסקי הדין שבהם לא ברור מי הצד החזק, נמצא כי מתוך שישה פסקי דין, בארבעה זכה הצד החזק ובשניים – הצד החלש, כאשר במקרה של ע"א **גלנר**, הפערים בין הצדדים אינם משמעותיים. ככל שניתן להסיק מסקנות מניתוח מוגבל זה, הרי המסקנה הדוקטרינרית ברורה. בתי המשפט צריכים להחמיר את תנאי הכניסה לתחום החבות החוזית ולהימנע מפרשנות הנוטה לסווג זיכרון דברים כחוזה מחייב. זאת כיוון שנראה שהנחתו של מאוטנר, אשר לפיה הצד החלש מוצא עצמו תדירות קשור בחוזה בניגוד להבנתו ולצפייתו, נכונה.

מודע לכך שהן משום שבחירה זו אינה אקראית והן בשל מיעוט המקרים לא ניתן להסיק ממדגם זה מסקנות התקפות סטטיסטית. עם זאת, נראה לי שהמתודולוגיה האמורה מאפשרת בחינה של פסקי דין מנחים בסוגיה, ותוך הקטנת החשש להטיה, ששימוש בפסקי דין מרשימת הקריאה שלי או של מנחם מאוטנר היה יוצר.

280. בע"א **רבינאי** וע"א **תמגר**, זיהיתי (בעקבות מאוטנר) בנסיבות של הסכם קומבינציה, את החברה הקבלנית כצד החזק ואת בעל המקרקעין הפרטי כצד החלש. בע"א **דור אנרגיה** פערי הכוחות בין חברת הדלק לזכיין, גרמו לי לזהות את הראשונה כצד החזק. בע"א **פרץ**, זיהיתי את החברה הקבלנית כצד החזק לעומת המוכר שהיה אדם פרטי. סיווג זה התחזק בנסיבות המקרה על יסוד תיאורו של המוכר בידי שופט המיעוט (השופט שמגר).

281. בע"א **כהן** ו**טרבלסי** המוכר והקונה היו אנשים פרטיים ואין בפסק הדין כל אינדיקציה לגבי פערי הכוחות ביניהם. בע"א **החברה לפיתוח** נראה שמדובר בשני צדדים חזקים – אנשי עסקים, שהם שחקנים חוזרים ויודעי דין, שהנם שווי כוח פחות או יותר ואשר התקשרו בחוזה מסחרי ביניהם שנכרת במשא ומתן חופשי.

282. ע"א **גלנר** (לעיל, הערה 279) עסק בחוזה בין תיאטרון לבין במאי. העובדה שדובר בנסיבות שבהן האדם הפרטי הוא שחקן חוזר, מחלישה את המסקנה שמדובר בצד חלש. בנוסף, בנסיבות אלו, השאלה אם הבמאי הוא הצד החלש, תלויה במוניטין היחסיים שלו ושל התיאטרון, עובדה שלא ניתן היה להסיקה מעובדות המקרה.

283. בעלת המקרקעין שניסתה להתנער מזיכרון הדברים בעסקת קומבינציה עם חברה קבלנית.

עד כאן הניתוח עסק בביקורת הכלל הקיים מבחינה חלוקתית. נראה שהחמרת תנאי הכניסה לתחום החבות החוזית נדרשת גם משיקולי יעילות הנוגעים לוודאות הכלל המשפטי, מניעת התקשרויות בלתי רצויות והפחתת עלותן של התדיינויות משפטיות. ראשית, חוזה הנו יעיל פרטו, רק כאשר לשני הצדדים אכן הייתה כוונה ליצור קשר חוזי מחייב. מצב שבו פרטים מוצאים עצמם קשורים בחוזה בנסיבות שבהן לא ברור אם אכן גמרו בדעתם לעשות זאת, עלול להוביל להרעת מצבם לעומת מצבם הטרום־חוזי. בנוסף, העמימות הדוקטרינרית באשר למעמדו של זיכרון הדברים (כחוזה מחייב או כשלב בלתי מחייב במשא ומתן) אינה רצויה. היא גוררת ריבוי התדיינויות וחוסר ודאות באשר למצבם המשפטי של הצדדים עד גמר ההתדיינות הקונקרטית. לכן נראה ששינוי מגמת בית המשפט ודחיית שלב הכניסה לתחום החבות החוזית רצויים מבחינת שיקולי יעילות וצדק חלוקתי כאחד.[284]

(2ג) דיני הפקעות

דוגמה נוספת להתיישבות מטרת החלוקה הפרוגרסיבית עם מטרת היעילות נותן חנוך דגן בהקשר של דיני הפקעות.[285] פיצוי נאות למי שקניינם מופקע נדרש כדי למנוע השקעת חסר של בעלי נכסים בפיתוח המקרקעין שלהם. החשש להשקעת חסר גדל בהתאמה לשנאת הסיכון של בעל הנכס. מכאן, פיצוי נאות על הפקעה חשוב במיוחד כדי שלא לפגוע בתמריצים של בעלי נכסים קטנים להשקיע בפיתוחם. זאת כיוון שנטילה של "כבשת הרש" מבעלי הנכסים הקטנים, תפגע בהם יותר מנטילה בלא פיצוי מלא מבעלי נכסים מרובים. הכללת הטיעון של דגן מביאה לידי המסקנה ששיקול יעילות מחייב להתחשב בעקרון התועלת השולית הפוחתת של הכסף. על פי גישה זו, תוצאה יעילה עשויה להעדיף הפסד אבסולוטי גבוה יותר, אם הפסד זה נישא בידי העשיר. מטעם זה, כלל המקצה סיכונים לעשירים, שבמבט ראשון נראה כלא יעיל, עשוי להיחשב כיעיל.[286] לחילופין, ניתן לסבור, שאין כל היגיון בניסיון להשיא עושר, בלי לשים לב לתוצאות החלוקתיות של הכללים המשפטיים.

(ד) נפקות הסיכוי לקיים חלוקה אלטרנטיבית בעלת עדיפות תאורטית

כמצוין לעיל, השאלה הקריטית מבחינת אלו התומכים בחלוקה פרוגרסיבית של עושר היא האם חלוקה כזאת תתבצע בפועל, ולא אם קיים מכניזם אלטרנטיבי בעל עדיפות תאורטית מבחינת יכולתו לקדם שוויון באופן אפקטיבי או יעיל יותר. קפלוב ושבל,

284. כאמור, מסקנה זו היא טנטטיבית. כלל אפשרי אחד הוא קביעה שרק חתימה של שני הצדדים על חוזה מוגמר תחייב את הצדדים.

285. חנוך דגן, "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי", **צדק חלוקתי בישראל** (מנחם מאוטנר – עורך, רמות, תשס"א) 97, בעמ' 111-113.

286. על פי גישה זו, הטיעון שאותו אני מפתח ב-Keren-Paz (לעיל, הערה 38), בדבר הצורך להתחשב באמצעיהם של הצדדים לצורך הקביעה אם הנתבע התרשל, עשויה להיתמך בטיעון היעילות כהגדרתו בטקסט.

הערים לנקודה זו, ממהרים לציין שהעושר הנחסך על ידי שימוש בחלוקה באמצעות דיני המסים, יכול להיות מופנה לטובת אלו שהכלל החלוקתי מנסה לשפר את מצבם.[287] אולם הערכת העדיפות היחסית של השיטות החלופיות לחלוקת עושר צריכה להביא בחשבון את מידת הריאליות שהחלוקה תתבצע על ידי החלופה העדיפה תאורטית. נקודה זו מתקשרת לסוגיית הפרוגרסיביות היחסית של הרשויות השונות. ככל שיש סיכוי רב יותר שחלוקה פרוגרסיבית מקיפה תיערך באמצעות דיני המסים, כך קטן הצורך לנסות ולהשיג חלוקת עושר פרוגרסיבית באמצעות המשפט הפרטי. בהקשר זה טען דנקן קנדי (Duncan Kennedy) שהניסיון האמריקני מראה כי המחוקק לעולם אינו מחלק מחדש עושר באופן פרוגרסיבי כדי לתקן את התוצאות החלוקתיות הלא רצויות של פסיקת בתי משפט שעיצבה כללים בהתבסס על שיקולי יעילות או שיקולים אחרים.[288] לכן טענתם של קפלוב ושבל שלגבי כל כלל חלוקתי ניתן להגיע לאותה תוצאה חלוקתית, בלי הפסד יעילות באמצעות דיני המסים היא חלולה וחסרת משמעות פרקטית (ובהתחשב בהעדפותיהם הערכיות של הכותבים, אולי אכן הייתה זו כוונתם). עם זאת, טענתי איננה ששיקולי שוויון צריכים תמיד לקבל עדיפות על פני שיקולי יעילות. יש צורך לאזן ביניהם, וייתכן שכלל שתועלתו החלוקתית מועטה אך הוא מערב הפסד יעילות גדול, צריך להידחות. מאידך גיסא, במצבים אחרים שיקול היעילות צריך להידחות מפני שיקולי שוויון.

ה. סיכום

למאמר זה שתי מטרות מרכזיות. האחת, להציג לקהל הקוראים מסגרת דיון אנאליטית לשאלה אם ניתן ורצוי לקדם שוויון באמצעות המשפט הפרטי. בהקשר זה, הצגתי את תפיסת השוויון שבה אני תומך וסקרתי את הנימוקים המרכזיים נגד הניסיון האמור. הצגתי גם את שורשיה של תפיסתי המשפטית – תפיסה מכשירית, פלורליסטית ורגישה להקשר של המשפט, וטענתי שגישה זו משתלבת יפה בתפיסה המקובלת על בית המשפט העליון הארץ. הצגתי בקווים כלליים את המודל שאני מציע לקידום שוויון באמצעות המשפט הפרטי, ועמדתי על הבטחותיו ומגבלותיו. אחת מטענותיי המרכזיות היא, שלא ניתן לשלול או לחייב באופן גורף את השימוש בדיני המשפט הפרטי כדי לקדם שוויון. ההכרעה אם ניתן וראוי לעצב כלל מסוים כך שישיג תוצאות חלוקתיות תלויה בהקשר.

מטרתו המרכזית השנייה של המאמר הייתה לבחון באופן ביקורתי שתיים מתוך ארבע הטענות העיקריות נגד הניסיון לקדם שוויון במשפט הפרטי. באשר לטיעון הלגיטימיות, אחת מטענותיי המרכזיות היא כי כל שיטה המתעניינת בתוצאותיו של הכלל המשפטי

---

287. Kaplow and Shavell I (לעיל, הערה 65), בעמ' 668, 674. עם זאת הם מודים שבפועל, חלוקה באמצעות דיני המסים לא תוביל לכך שכל אחד יהיה במצב טוב יותר לעומת חלוקה באמצעות דיני המשפט הפרטי; שם, בעמ' 674, הערה 7.

288. ראו: Kennedy I (לעיל, הערה 66), בעמ' 469. ("Legislatures never, ever pass statutes that adjust tax and transfer programs to make up for the impact of modifications of private law rules (though of course they could if they wanted to)").

כבסיס להערכתו, חייבת להביא בחשבון גם את תוצאותיו החלוקתיות. בהינתן הכרחיות תוצאותיהם המשפטיות של כללים וערעור הנחת הניטרליות של הסטטוס קוו, וכן בהתחשב בדיאלוג הנמשך בין המחוקק והרשות השופטת, הבעתי את סברתי שניסיון לקדם שוויון באמצעות עיצוב דיני המשפט הפרטי בדרך שיפוטית אינו בעייתי למרות העובדה ששופטים אינם נבחרים בידי הציבור. אני גם סבור שתוצאת הדיאלוג האמור עשויה לקדם את מטרת השוויון למרות כוחם העודף של צדדים חזקים בהליך השיפוטי ואפילו אם נניח קיומה של נטייה רגרסיבית של שופטים בשל הרקע שממנו רובם באים; זאת כיוון שתוצאות חלוקתיות עדיפות סביר שתושגנה, בשיטה שבה שיקולים חלוקתיים צריכים להישקל בגלוי, לאור האתוס הפרו־שוויוני הקיים בחברות מערביות ובישראל.

בהנחה שמעורבות שיפוטית כזו היא לגיטימית, עדיין נותרה לבירור השאלה האם התערבות כזו היא רצויה. בהקשר זה הצגתי את החשש שניסיון לקדם שוויון פוגע יותר מדיי בהשגת מטרות אחרות של המשפט הפרטי, וכי ניתן להשיג אותה מידה של שוויון בדרך חלופית של שימוש בדיני המסים ותשלומי ההעברה, תוך פגיעה פחותה בצפיות, בחירות וביעילות. באשר לצפיות, ניסיתי להראות כי ניתן לפתח כללים חלוקתיים צפויים מספיק. באשר לחירות, הצבעתי על הבחנה בין חיובים רצוניים ובין חיובים לא רצוניים וטענתי כי ניסיון לקדם שוויון יכול להיות מוצדק הן בשל העדפה של שוויון על חירות והן בשל ההבנה כי קידום שוויון עשוי להגביר את חירותם של החלשים בחברה במידה שתצדיק את הפגיעה בחירותם של החזקים. טיעון מרכזי שלי בהקשר זה הוא כי יש לנו סיבה לפקפק בהנחה שחלוקה־מחדש באמצעות דיני המסים תהיה אפקטיבית בה במידה שתהיה אפקטיבית חלוקה באמצעות המשפט הפרטי, וזאת בשל המשמעות הערכית של כללים משפטיים ויכולתם העדיפה לחלק זכאויות לא מוחשיות כמו הערכה עצמית וסטטוס חברתי. באשר ליעילות, ערערתי על ההנחה לפיה חלוקה באמצעות דיני המסים היא בהכרח יעילה יותר ונתתי דוגמות לכללים משפטיים שעשויים להיות עדיפים מבחינת היבטי יעילות ושוויון כאחד. טענה מרכזית נוספת שלי היא שגם אם המחוקק יכול לקדם שוויון באופן אופטימלי, הימנעותו מלעשות כן אינה מהווה הצדקה לרשות השופטת לשבת בחיבוק ידיים ולא לנסות לקדם שוויון באופן חלקי. אמנם לא על הרשות השופטת המלאכה לגמור, אך חובתה היא לנסות ולהתחיל.