

לא פרטי, לא ציבורי: לקראת תפיסה חדשה של אחריות

מאת

רונית דוניץ-קידר*

מקובל לחשוב על העולם העסקי כעל עולם המתנהל על פי פרקטיקות של תחרות חופשית מתוך שאיפה להפיק את מירב התועלת הכלכלית. הערכים של קידום הצדק החברתי והאחריות לאינטרס הציבורי, לעומת זאת, נתפסים בשיח הציבורי כמוטלים על מדינות, ממשלות וגופים ציבוריים מטעמן. קטגוריות המחשבה ודפוסי הפעולה של המשפט, ובמיוחד ההבחנה בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, הולמים הבחנה זו. כך, הנורמות המשפטיות החלות על המרחב הפרטי-העסקי הן נורמות ממוקדות-חירות ומקדמות-תחרות בעיקרן, ואילו הנורמות המשפטיות המסדירות את המרחב הפוליטי נוגעות בעיקר לשאלות של הגינות ושוויון, ומונחות על ידי ערכים של תום לב מוגבר ושל נאמנות מצד רשויות המנהל לאינטרס הציבורי הכללי.

ואולם, בשנים האחרונות אנו עדים לשינויים מרחיקי לכת ביחסי הכוחות בין השדה העסקי וזה הציבורי, המתבטאים בהתעצמות מרובת הפנים בכוחם של התאגידים הגדולים מחד גיסא, ובנסיגת המדינה כמסגרת החברתית הכלכלית והמשפטית המרכזית מאידך גיסא. המאמר מראה כי שינויים אלה מדלדלים את יכולתם של פרטים בחברה להשתתף באופן מלא ואפקטיבי בעיצוב חייהם, וטוען כי המצב המשפטי הקיים אינו מאפשר התמודדות מספקת עם קושי זה. הטענה המרכזית במאמר היא כי יחסי הכוחות המשתנים מחייבים מבט מחודש הן על המציאות הפוליטית והן על המשפט. מטרת המאמר היא לקרוא תגר על קטגוריות-הפעולה הקיימות של המשפט, ולהציע תחתן קטגוריות חדשות, אשר יבטיחו כי יכולתו של הפרט להשתתף בעיצוב האינטרס הציבורי לא תיפגע. מטרה זו נפרטת לשתי טענות: ראשית, המאמר טוען כי ההבחנה המקובלת בין "משפט פרטי" ו"משפט ציבורי", ככל שהיא משמשת להדיפה א-פריורית של תובענות פוטנציאליות כנגד גופים פרטיים, היא מזיקה, כיוון שהיא פוגעת ביכולתם של הפרטים בחברה להשתתף בעיצוב המרחב הציבורי; שנית, המאמר מציע מודל תאורטי-נורמטיבי חלופי שתכליתו אימוץ תפיסה עשירה יותר של אחריות בשיח המשפטי.

מבוא. א. עליית כוחם של התאגידים ונסיגת כוחה של המדינה. ב. טשטוש ההבחנה המשפטית בין פרטי לציבורי. 1. דואליות נורמטיבית; 2. תחולתן של נורמות חוקתיות

* מרצה, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. המאמר מוקדש לזכרו של עו"ד גלעד שירמן ז"ל, בן-דודתי היקר לי כאח, ששכלו החרף, נדיבות לבו ומסירותו יחסרו לי תמיד.

על גופים במשפט הפרטי; 3. תאוריית הבחירה הציבורית (Public Choice Theory); 4. משפט רך: אחריות חברתית של תאגידים; 5. סיכום ביניים: אולת ידם של מכלול הכלים המשפטיים להחלת נורמות של אחריות על גופים פרטיים; 6. הטעמים להבחנה המשפטית בין פרטי לציבורי. 1. ייחודו של המשפט הציבורי: כוח ונאמנות; 2. ייחודו של המשפט הפרטי; 3. לא פרטי, לא ציבורי: דואליות נורמטיבית לכול. סיכום.

מבוא

מקובל לחשוב על העולם העסקי כעל עולם המתנהל על פי פרקטיקות של תחרות חופשית מתוך שאיפה להפיק את מרב התועלת הכלכלית. הערכים של קידום הצדק החברתי והאחריות לאינטרס הציבורי, לעומת זאת, נתפסים בשיח הציבורי כמוטלים על מדינות, ממשלות וגופים ציבוריים מטעמן.

קטגוריות המחשבה ודפוסי הפעולה של המשפט והאופן שבו המשפט מאורגן – בעולם המערבי כבישראל – הולמים את ההבחנה האמורה. כך, מבחין המשפט בין הענף הפרטי, המונחה בעיקר על ידי הערך של האוטונומיה של הרצון הפרטי, לבין הענף הציבורי, המשווה לנגד עיניו את האינטרס הציבורי הכללי. על פי חלוקה ענפית זו, הנורמות המשפטיות החלות על המרחב הפרטי-העסקי הן נורמות ממוקדות-חירות ומקדמות-תחרות בעיקרן, ואילו הנורמות המשפטיות המסדירות את המרחב הפוליטי הן נורמות הנוגעות בעיקר לשאלות של הגינות ושוויון ומונחות על ידי ערכים של תום לב מוגבר ושל נאמנות מצד רשויות המנהל לאינטרס הציבורי הכללי.

ואולם, בעשורים האחרונים מתרחשים שני תהליכים בולטים המאפיינים את העולם המערבי, המחייבים מבט מחודש הן על המציאות הפוליטית והן על המשפט: התהליך הראשון נוגע להתעצמות מרובת הפנים בכוחם של התאגידים הגדולים; התהליך השני נוגע לנסיגת המדינה ולירידה הניכרת בדומיננטיות של המסגרת החברתית, הכלכלית והמשפטית שהיא מספקת לאזרחיה. שני התהליכים הללו, המתרחשים בד בבד ואף מזינים ומטפחים זה את זה, יוצרים מצב חדש, שאחת מתוצאותיו הבולטות היא ההתדלדלות בכוחו של הציבור לעצב ברציפות, בעקיבות ובאפקטיביות את המרחב הציבורי והטוב המשותף.

מטרת המאמר היא לסרטט מחדש את הגבולות המשתנים של המציאות החברתית והמשפט, לקרוא תיגר על קטגוריות הפעולה של המשפט ולהציע תחתן קטגוריות חדשות, אשר יבטיחו כי יכולתו של הפרט להשתתף בעיצוב האינטרס הציבורי לא תיפגע. מטרה זו נפרטת לשתי טענות: ראשית, המאמר טוען כי ההבחנה המקובלת בין "משפט פרטי" ל"משפט ציבורי", ככל שהיא משמשת להדיפה א-פריורית של תובענות פוטנציאליות נגד גופים פרטיים, היא הבחנה מזיקה, כיוון שהיא פוגעת ביכולתם של

הפרטים בחברה להשתתף בעיצוב המרחב הציבורי; שנית, כי יש להמירה ברצף רעיוני שבלבו נטועה תפיסה מוגברת של אחריות.

הטענה הראשונה במאמר היא כי ההבחנה המקובלת בין "משפט פרטי" ל"משפט ציבורי", ככל שהיא משמשת להדיפה א-פריורית של תובענות פוטנציאליות נגד גופים פרטיים, היא הבחנה מזיקה. המאמר יראה כי לא זו בלבד שההבחנה הקטגורית בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי היא פוליטית, כפי שכבר הראו זרמים ביקורתיים של המשפט, ולא זו בלבד שהיא פועלת להנצחת יחסי כוחות לא שוויוניים בחברה, היא אף מזיקה בעיקר בחתירתה תחת היכולת של הפרטים בחברה לעצב בעצמם את מרחב החיים הציבורי. נזק זה מתבטא לא רק ביצירתם של פערים ניכרים בנגישותם של פרטים בחברה לטובין חברתיים, אלא גם, ובעיקר, בעצם האפשרות של אותם פרטים לעצב בעצמם את הכללים המסדירים את הגישה לטובין החברתיים. הפגיעה המסתמנת אפוא איננה רק בשוויון אלא אף באוטונומיה ובכבוד של פרטים מסוימים בחברה, וכן בעקרונות היסוד של הדמוקרטיה ושל שלטון החוק. נדבך מרכזי בקריאה לזנוח את ההבחנה בין פרטי לציבורי לצורך סיווגם האפריורי של גופים הפועלים במשפט הוא היותה של הבחנה זו מכשירית, דהיינו היא כלי שנועד לסייע בידי המשפט להחליט מתי יש לייחס חובות מוגברות לגופים מסוימים ומתי יש להימנע מכך. חשוב אפוא שלא לבלבל את היווצרות ולייחס טעם לפעולה (של הטלת חובות או הימנעות מהטלת חובות כאמור) להבחנה עצמה, להבדיל מהשיקולים העומדים בבסיסה. בהקשר זה חשוב להדגיש כי המאמר אינו טוען כי ההבחנה בין משפט פרטי למשפט ציבורי היא הבחנה ריקה מבחינה תאורטית, או כי יש לבטלה כליל. אלא כי בעוד שלהבחנה זו עשוי בהחלט להיות כוח הסברי בתורת המשפט, המאמר טוען כי יש לזנוח אותה ככלי מאבחן לשם הקצאה של חובות ואחריות כלפי גופים שונים הפועלים במשפט. הטענה השנייה של המאמר היא כי יש להמיר את ההבחנה הדיכוטומית המסורתית בין פרטי לציבורי כמנגנון מסווג של תובענות פוטנציאליות כלפי גופים פרטיים במובהק, ברצף רעיוני המבוסס על תפיסה מוגברת של אחריות, המוחלת על גופים ציבוריים ופרטיים כאחד והמאפשרת חשיבה מחדש על ארגון שדה המחשבה המשפטית-פוליטית המתחדשת.

הספרות המשפטית עסקה בהרחבה בשאלות הנוגעות להחלתן של נורמות מוגברות על גופים פרטיים, ממגוון של פרספקטיבות: ראשית, בדרך של יצירת דוקטרינות בתחום המשפט המנהלי, המבקשות להחיל "דואליות נורמטיבית" על גופים הנתפסים כ"דו-מהותיים"; שנית, באמצעות הקריאה להחלתן של זכויות אדם חוקתיות על גופים פרטיים; שלישית, באמצעות פיתוח שיח האחריות התאגידית; רביעית, באמצעות ניתוח פרוגרסיבי של דיני התאגידים עצמם. הטענה במאמר זה חורגת בשניים מן ההצעות שהועלו עד כה: ראשית, הספרות הקיימת העוסקת בהחלת נורמות מוגברות על גופים פרטיים איננה מבקשת לקעקע את ההבחנה בין גוף פרטי לגוף ציבורי ככלי המסווג אפריורית את הגופים הנדונים, אלא אך למתוח את גבולותיהן של הנורמות המוגברות הללו אל מעבר לתחולת המשפט הציבורי הקלסי. כפי שאראה במאמר, מהלך זה איננו

מספק בעיניי, שכן תוצאתו מוגבלת לחיובם של גופים בנורמות מוגברות רק בהקשרים מוגבלים ובלתי מספקים, והוא אינו נובע מתפיסה תורת-משפטית רחבה. לעומת המהלך המקובל הצעתי מבקשת לזנוח את ההבחנה בין משפט ציבורי למשפט פרטי, ככל שזו משמשת כלי אבחון ראשוני לסטנדרט ההתנהגות הנדרש, ולאפשר דיון קונקרטי בסטנדרט הראוי בכל מקרה לגופו ועל פי הקשרו. שנית, ההצעה במאמר חורגת מהספרות הקיימת בקריאה להמרת המבחנים הקיימים באשר לקשת החובות והזכויות של גופים פרטיים במשפט, ממבחנים המתמקדים באופי הגוף המדובר או טיב הפעילות שבה הוא עוסק, למבחן המבקש לברר את מידת השפעתו של הגוף הנדון על המרחב הציבורי, וזאת מתוך אימוץ תפיסה עשירה יותר של אחריות אל תוך השיח המשפטי.

למאמר ארבעה פרקים. הפרק הראשון של המאמר יסקור את התמורות בעולם המערבי בעשורים האחרונים, יתאר את עליית כוחם של התאגידים ונסיגת כוחה של המדינה ויציג את האופנים השונים שבהם יוצרים תהליכים אלה זליגה בין התחומים הפרטי והציבורי, וטשטוש ההבחנות הנובעות מהם. הפרק השני יבחן באופן ביקורתי את השינויים שחלו בפסיקה בעקבות השינויים הללו, שתכליתם לטשטש גם במשפט את ההבחנה בין פרטי לציבורי. כך, יסקרו בפרק זה ההתפתחויות המשפטיות המאפשרות החלתן של נורמות מתחום המשפט המנהלי גם כלפי גופים דר-מהותיים, וכן החלתם (המצומצמת) של עקרונות חוקתיים דוגמת עקרון השוויון גם על גופים פרטיים. למרות השינויים הללו הפרק ידגים כי ההלימה בין המצב המשפטי לשינויים הפוליטיים-כלכליים וחברתיים במציאות היא מועטה ונקודתית בלבד, בבחינת "תגובת מאסף", וכי ההתפתחויות עד כה, אף על פי שהן צעד בכיוון הנכון, מאפשרות התמודדות חלקית בלבד עם הסוגיות החשובות הנובעות מהתהליכים הדרמטיים ומשינויי הכוחות המתחוללים בעולם. חלקו האחרון של הפרק יעסוק בהתפתחותו של שדה האחריות החברתית של תאגידים, המבקש אף הוא לערער על ההבחנה הקלאסית בין פרטי לציבורי, ומהווה מבחינה זו "טריז" מחשבתי בסדר הקיים. ואולם, הניתוח בפרק יראה כי ככל ששדה זה נתפס כ"משפט רך", וולונטרי, המצוי בספרה הלבד-משפטית, הוא נדון מראש להיות תחום לא אפקטיבי. מסקנתו של הפרק השני היא אפוא כי רק זניחתה של ההבחנה בין פרטי לציבורי כקו גבול, הדין מראש תובענות פוטנציאליות להיוותר מחוץ לתחום הביקורת השיפוטית, עשויה לאפשר לפרקטיקות חדשות אלה של אחריות מוגברת לחלחל ביתר אפקטיביות אל המשפט עצמו. הפרק השלישי של המאמר יסקור את החלוקה הענפית המקובלת למשפט ציבורי ולמשפט פרטי, יציג את הטעמים שבבסיס ההבחנה האמורה ויבקש להראות כי טעמים אלה אינם משכנעים, ככל שהדבר נוגע לשימוש בהבחנה זו כדי להדוף מראש גופים פרטיים אל מחוץ לטווח הביקורת השיפוטית. הפרק הרביעי יציג קווים לדמותו של מודל תאורטי-נורמטיבי להתמודדות עם הקשיים שהוצגו בפרקים הקודמים, שתכליתו אימוץ תפיסה עשירה יותר של אחריות והחדרתו אל תוך השיח המשפטי, לצד שבירת הדיכוטומיה הנוהגת בין ה"פרטי" ל"ציבורי" וקביעת הסדרים משפטיים הרואים במציאות ציר רצוף ולא ספרות נפרדות

ונבדלות. חלקו האחרון של הפרק יוקדש להתמודדות עם טענות אפשריות העשויות לעלות נגד ההצעה במאמר.

א. עליית כוחם של התאגידים ונסיגת כוחה של המדינה

בעשורים האחרונים מתרחשים בעולם המערבי בד בבד שני תהליכים חשובים, שאף מזינים ומטפחים זה את זה, ומחייבים מבט מחודש הן על המציאות הפוליטית והן על המשפט: התהליך הראשון נוגע להתעצמות מרובת הפנים בכוחם של התאגידים הרב-לאומיים; התהליך השני נוגע לנסיגה בכוחה של המדינה ולירידה הניכרת בדומיננטיות של המסגרת החברתית, הכלכלית והמשפטית שהמדינה מספקת לאזרחיה. אחת מתוצאותיהם הבולטות של תהליכים אלה היא טשטוש הגבולות הגובר שבין הסקטור הפרטי לבין הסקטור הציבורי.

עצמתם הגוברת והולכת של התאגידים הגדולים היא רבת פנים, ויש לה ביטויים כלכליים, פוליטיים, סביבתיים ותרבותיים כאחד. מבחינה כלכלית למשל עולה שווי הנכסים המצויים בבעלות התאגידים הרב-לאומיים הגדולים על התוצר הלאומי של רוב מדינות העולם.¹ בדומה לכך, הכנסותיהם של התאגידים הגדולים עולות על תקציביהן של מרבית המדינות (66 מתוך 100 הכלכלות הגדולות בעולם הן תאגידים).² מובן שעצמה כלכלית זו מיתרגמת לעצמה חברתית ופוליטית³ לא מבוטלת שהובילה חוקרים מובילים בעולם לטעון כי השוק חשוב כיום יותר ממדינות.⁴ גם עצמתם הסביבתית של התאגידים הגדולים היא עצומה, בעיקר בהיבט של פוטנציאל ההרס הסביבתי שיש בכוחם להסב. דוגמה קשה במיוחד לפוטנציאל זה שהתממש לאחרונה היא זליגת הנפט

1 John Christopher Anderson, *Respecting Human Rights: Multinational Corporations Strike Out*, 2 U. PA. J. LAB. & EMP. L. 463, 466–468, 505–506 (2000).

2 Brian Roach, *Corporate Power in a Global Economy*, המצוטט בתוך עלי בוקשפן, איריס האן וגלעד רוט "הענק וגנו: על חברות, דיני חברות ואיכות סביבה" משפט ועסקים יג 157, ה"ש 16 (2010) (להלן: "הענק וגנו").

3 אחד האפיקים החשובים של העצמה הפוליטית הוא תופעת השדלנות (לובינג). על היקפה של התופעה והסכנות הטמונות בה ראו LAWRENCE LESSIG, *REPUBLIC, LOST: HOW MONEY CORRUPTS CONGRESS AND A PLAN TO STOP IT* (2011) (להלן: לסיג). עוד ראו יואב המר ומשה כהן-אליה "שתדלנות וההליך הדמוקרטי" עיוני משפט לג 593 (2011). ברי כי ההשפעה הפוליטית של תאגידי הענק על מדינות מתפתחות היא אף רבה יותר. ראו Steven A. Ratner, *Corporations and Human Rights: A theory of Legal Responsibility*, 111 YALE L.J. 443 (2001).

4 SUSAN STRANGE, *THE RETREAT OF THE STATE: THE DIFFUSION OF POWER IN THE WORLD ECONOMY* 16–43 (1998).

מאסדת הנפט של חברת בריטיש פטרוליום (BP) שהתרחשה במפרץ מקסיקו ב-2010, ושגרמה לאסון האקולוגי החמור ביותר בארצות הברית בעשורים האחרונים.⁵ ואולם, העצמה התאגידית איננה רק ביטוי של כוח כלכלי או פוליטי. עצמה זו מתבטאת גם בדרכים נוספות, סמויות יותר מן העין, המבטאות את היותם של התאגידים גורם מעצב של המרחב הציבורי. השפעת התאגידים איננה רנדומלית או ספורדית אלא היא עצמה מבנית. דוגמה לכך היא שוק העבודה. כ-45% מהעובדים המועסקים בשוק העבודה הפרטי (שהוא כ-80% מכוח העבודה במשק הישראלי) מועסק על ידי המעסיקים ה"גדולים", המעסיקים יותר מ-100 עובדים. שליש מהמועסקים בכלל הממשק אפוא מועסקים בתאגידים הגדולים בישראל.⁶ אין ספק, אם כך, שמבחינת עצמה, מרוכז בידי המעסיקים הפרטיים הגדולים כוח רב. ואולם, משמעותו של כוח זה איננה רק בעמדת מיקוח משופרת, אלא היא משמעותית ועמוקה יותר: כמעסיקים המרכזיים במשק נתון עיצובו של שוק העבודה במידה רבה בידיים תאגידיות. השינויים הדרמטיים שעבר שוק העבודה הישראלי בעשורים האחרונים מדגימים זאת: המודל שאפיין את שוק העבודה בישראל בעבר הלא רחוק ואשר התאפיין בעבודה מאורגנת ועמה יציבות יחסית לעובדים, הוא מודל הולך ונעלם. המעבר לצורות חדשות של העסקה, המתאפיינות בעלייה ניכרת במספר החוזים האישיים, בהעסקה באמצעות חברות כוח אדם במגוון רחב של תפקידים,⁷ ברוטציה גבוהה של עובדים,⁸ ואפילו בשעות עבודה מתארכות והולכות בשל הטכנולוגיה המאפשרת עבודה מהבית, שינה מאוד את מבנהו של שוק העבודה ואת מערכת הערכים החולשת על שוק זה ומסדירה אותו. ערכים כגון "גמישות

5 ראו דוח מפורט של ה-Center for Catastrophic Risk Management באוניברסיטת ברקלי, בעניין הכשלים שהוליוו לאסון, DEEPWATER HORIZON STUDY GRP., FINAL REPORT ON THE INVESTIGATION OF THE MOCONDO WELL BLOWOUT (2011), http://ccrm.berkeley.edu/pdfs_papers/bea_pdfs/DHSGFinalReport-March2011-tag.pdf.

6 ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל 770 ("עסקים, לפי ענף כלכלי וקבוצת גודל של משרות שכיר ממוצע למעסיק") (2011) www.cbs.gov.il/shnaton62/st18_03x.pdf. אני מודה לרעות בגס-שמיר על שהפנתה את תשומת לבי לנתון זה.

7 עם עובדי הקבלן הרבים ניתן למנות לא רק עובדי ניקיון ושמירה כי אם גם רופאים, מרצים באוניברסיטה ואחרים. ראו אמיר פז-פוקס "עובדים בעידן של הפרטה" (פרק מתוך מחקר בנושא "אחריות המדינה, גבולות ההפרטה וסוגיית הרגולציה", בדפוס); גיא דוידוב "עובדי קבלן בבית ספר" הפרטה ומסחר בחינוך הציבורי (אורית איכילוב עורכת, 2010).

8 מחקר שערך בנק ישראל לגבי תנאי ההעסקה של מנהלים בחברות ממשלתיות העלה כי בקרב מנכ"לים המועסקים בחברות ממשלתיות (שאינן נמנות עם החברות המרכזיות) הוותק הממוצע הוא בן שנתיים וחצי בלבד. המחקר מייחס את הממצאים באשר לשיעור הוותק הנמוך גם לרצון המנהל לכהן בסקטור הציבורי שירות קצר יחסית, בין היתר כדי להגיע לנקודת זינוק גבוהה יותר לסקטור העסקי. עדית סולברג מנהלים בכירים בחברות ובתאגידים ממשלתיים 12 (בנק ישראל – מחלקת המחקר, 2007) www.boi.org.il/deptdata/mehkar/papers/dp0709h.pdf.

ניהולית", תחרותיות ורווחיות תפסו את מקומם של ביטחון תעסוקתי ותנאי העסקה הוגנים.⁹ חשוב לציין עוד כי עמדת השפעה מרכזית זו על שוק העבודה אינה מתמצה בהכרעות בנושא צורת ההעסקה בלבד אלא יש לה השלכות מרחיקות לכת גם על תחומים מרכזיים נוספים של החיים הציבוריים. כך, למשל, מעמדן של נשים בשוק העבודה בכלל, ובעמדות בכירות בשוק פרט, נתון במידה רבה לפרקטיקות ההעסקה הפרטיות. העובדה כי שמונה-עשר אחוזים בלבד מעמדות הניהול הבכיר בשוק הפרטי מוחזקות בידי נשים, בהתחשב במרכזיותו של השוק הפרטי, מעצבת במידה רבה את המרחב הציבורי כולו.¹⁰ בדומה לכך, יחסה של החברה לאיזון בין עבודה לפנאי, המשפיע אף הוא על מקומן של נשים בחברה, מעוצב על פי הנורמות המקובלות בתאגידים אלה. גם סוגיית שכר הבכירים במשק הפרטי, שהוא פי עשרות רבות משכר הממוצע של העובדים באותו ארגון, מקרינה על כלל המשק ומעצבת את הנורמות המקובלות בו.¹¹

9 ראו למשל דברי השופט אדלר בע"ע (ארצי) 300178/98 ביבס נ' שופרסל בע"מ, פד"ע לו 481 (2001) (להלן: עניין שופרסל), שיידון בהרחבה להלן, בפרק השני.

10 במגזר הפרטי מהוות נשים 47% מכלל העובדים, ואולם שיעורן הולך וקטן ככל שהדרגה בכירה יותר. כך, מצויות 34% נשים בעמדות ניהול זוט, ואילו בדרגות הבכירות של הניהול יורד שיעור הנשים ל-18% בלבד. תומר זרחין "השוואת השכר לנשים: בלי טובות, בלי אפליה" הארץ 20.5.2012 www.haaretz.co.il/news/education/1.1711620.

11 ראו בהקשר זה מחקר של הגרדיאן הבריטי, שלפיו חלוקת העושר בחברה מוטה זה זמן לטובת בעלי ההון ותאגידי הענק, וזאת בקצב הולך וגובר. כך, לעומת משכורותיהם של השכירים בשוק הפרטי שנמצאות בירידה (מבחינת האחוז שהן מהוות מהתל"ג), שכר המנהלים הבכירים דווקא עלה. ראו Prem Sikka, *Squeezing Ordinary People's Finance Always Leads to Disaster*, THE GUARDIAN, Apr. 4, 2012, www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/apr/23/squeezing-ordinary-people-finances. המגמה בישראל דומה: בעוד שמשכורות השכירים נשחקו בשנים האחרונות, מדו"ח של הרשות לניירות ערך, הבוחן מגמות בשכר בכירים בחברות ציבוריות, עולה כי שכר הבכירים הממוצע בחברות הציבוריות עלה בכמעט פי שניים בעשור האחרון. ראו הרשות לניירות ערך שכר בכירים: תמונת מצב ומגמות 2009–2003 (2010) www.isa.gov.il/Download/IsaFile_5029.pdf. ראו גם את הנתונים שהתפרסמו בעיתון דה מרקר, שלפיהם שכרם של 100 הבכירים המתוגמלים ביותר בחברות הציבוריות במשק הוא, בשנת 2011, פי 79 מהשכר הממוצע, וכי הפערים רק מעמיקים: בשנת 2010 היה הפער פי 77. ליאור זנו "תלושים מהמציאות: 830 מיליון שקל ל-100 בכירים – פי 79 מהשכר הממוצע" *TheMarker* 3.4.2012 www.themarker.com/markets/1.1678124. ראו גם את ממצאי העיתון כלכליסט, בנוגע לפערי השכר בין שכר המנהלים בחברות בישראל לשכר הממוצע באותה חברה: go.calcalist.co.il/pic/contralmanager/040312.pdf. על הפערים בשכר בין החברות הציבוריות לבין החברות הממשלתיות ראו סולברג, לעיל ה"ש 8, שלפיה עלות השכר הממוצעת למנהל בחברה הכלולה ברשימת ת"א 25 בשנת 2004 הייתה כ-471 אלף שקל בחודש. זאת, לעומת עלות שכר חודשית של כ-30 אלף שקל בלבד למנכ"ל בחברות הממשלתיות. נציין בהקשר זה כי מעניין שהצעת חוק בנושא הגבלת שכר הבכירים,

בהקשר דומה מדגישה נעמי קליין בספרה *נו לוגו*¹² את האופנים שבהם תורמים התאגידים הגדולים לכינונה של תרבות "מותגים", המעצבת את זהותם של הפרטים בחברה באופן עמוק. קליין מדגימה כיצד, כעניין של מדיניות, חותרים התאגידים הגדולים ליצירת הזדהות עם המותג, ובכך משפיעים על מעגלי ההשתייכות של הפרטים בחברה. מלבד עיצובם של הרגלי צריכה קליין מצביעה על השפעה עמוקה על זהותם היסודית של הפרטים כבני אדם, המתגבשת לכדי דומיננטיות של תפיסת העצמי של הפרט כצרכן.¹³ אכן, התאגידים הגדולים הם שחקנים מרכזיים בזירה התרבותית, וכנאלה הם אוחזים בכוח רב בעיצוב התרבות ובשיתוקה, ולפיכך גם בכינון המציאות. זוהי נקודה שקשה להפריז בחשיבותה: מאחר שהתרבות היא מרכיב מרכזי בעיצובה של התודעה וההתנהגות האנושיות, הגופים המצויים בצומתי ההכרעה באשר לעיצובם של הקודים המכוננים תרבות זו ומזינים אותה הם בעלי השפעה מהותית על עיצוב דמותו של המרחב הציבורי בכלל.¹⁴

ביטוי מרכזי להשפעה מעצבת כזו של סדר היום התאגידי על החיים הציבוריים הוא למשל הפיעפוע של "ההיגיון העסקי" ושפת העסקים לחיי היום-יום. אכן, נדמה שאין תחום בחיי הפרטים בחברה שאיננו מושפע כיום ממודל החשיבה הניהולית, שהוא בעיקרו מודל תאגידי, המודד ביצועים בפרמטרים של רווח והפסד, והמייחס חשיבות עליונה לערך ה"יעילות". זוהי מערכת שלמה של מושגים, מילים ושפה, שחלחלה לכל רובדי החיים והיא חלק מהעצמה התאגידית. דוגמאות לכך יש למכביר: דוגמה בולטת בחינוך, למשל, היא דוח דברת. ועדת דברת היא ועדה ציבורית שמונתה בשנת 2003 על ידי שרת החינוך דאז לימור לבנת, לשם בחינה מקיפה של הרפורמות הנדרשות בחינוך בישראל. בראש הוועדה הוצב שלמה דברת, כלכלן בהשכלתו ואיש עסקים, שכיהן כיושב ראש של קרן ההון-סיכון "כרמל ונטשרס". מינויו של כלכלן ואיש עסקים שאיננו בעל רקע בחינוך לעמוד בראש הוועדה לבחינת רפורמה במערכת החינוך היא ביטוי מובהק של השביתה שקנתה לה השפה התאגידית וההיגיון התאגידי בכל תחומי החיים. המלצות הוועדה גופן משקפות אף הן את אותו שיח הגמוני של ניהול: כפי שציין יוסי

המבקשת להגביל את פערי השכר בין השכר הגבוה ביותר לנמוך ביותר בחברה ציבורית, מונחת על שולחנה של הכנסת כבר שנים אחדות, ואיננה זוכה לחקיקה. ההצעה האחרונה ברוח זו, המבקשת להגביל את פערי השכר בין השכר הגבוה ביותר לנמוך ביותר בחברה ציבורית לפי חמישים (!) בלבד, נדחתה שוב במאי 2012, בשל היעדר רוב בכנסת. ראו צבי זרחיה "נדחתה ההצבעה על חוק שכר הבכירים: קדימה שינתה עמדה" *TheMarker* 23.5.2012 www.themarker.com/career/ 1.1714828.

12 נעמי קליין *בלי לוגו* – המטרה: בריוני המותגים (עידית פז מתרגמת, 2005) (להלן: *נו לוגו*).

13 שם. עניין נוסף שיש לשים לב אליו בהקשר זה נוגע למרחב הציבורי הפיסי עצמו. לדיון בסוגיה זו ראו דניאל מישורי "שילוט ושליטה במרחב הציבורי: עתירת 'פעולה ירוקה' נגד שלטי פרסום בנתיבי איילון כמאבק על נחלת הכלל" *מעשי משפט* א 109 (2009).

14 לניתוח מקומה המרכזי של התרבות בחיי החברה ראו מנחם מאוטנר *משפט ותרבות* (2008).

דהאן, "האידיאולוגיה המרחפת מעל הדו"ח היא אידיאולוגיה השוק שעיקרה התייחסות לבתי הספר כאל יחידות כלכליות יצרניות, המתחרות ביניהן על-פי כללי התחרות בשוק החפשי".¹⁵ דוגמה דומה לחלחולה של השפה התאגידית לרבדים נוספים ומפתיעים של החיים היא למשל התכנית "משפחה חורגת", המשודרת בשנים האחרונות בטלוויזיה המסחרית. התכנית מושתתת על התפיסה שלפיה המשפחות המופיעות בה הן יחידות עסקיות, והתכנית נועדה להקנות למשפחות אלה כלים כלכליים ואחרים לייעולן של פרקטיקות ניהול משק הבית שלהן. עולם הספורט הוא דוגמה נוספת לדומיננטיות השיח הניהולי-התאגידי במרחב הציבורי, העוסק כיום יותר מתמיד לא רק בניתוח הביצועים הספורטיביים של המשתתפים בו אלא גם בסוגיות של רווח והפסד כלכליים הכרוכים בניהול ספורט, בשוויון המוערך של הקבוצות, במשכורות השחקנים וכד'.¹⁶ את מקומן של מגוון של פרספקטיבות ומודוסים תרבותיים שהתקיימו אלה בצד אלה תופס אפוא בשנים האחרונות ההיגיון ההגמוני התאגידי באשר ל"דרך הנכונה לפעול".

מאפיין מרכזי נוסף של הכוח המעצב הניכר המצוי בידי התאגידים הוא כי מדובר בכוח המרוכז בידי גופים שאינם דמוקרטיים (דהיינו שאינם שואבים את כוחם וסמכותם מן הציבור במובן הרגיל של מונח זה ואינם פועלים לשם הציבור או בשמו). ההשלכות של הכוח המצוי בידי תאגידים בעיצוב המרחב הציבורי, אף על פי שאינם מגיבים למלוא היקפם של כללי היסוד הדמוקרטיים, הן מרחיקות לכת, ומשום כך תובעות שינוי מחשבתי.

בד בבד עם העלייה הדרמטית בכוחם של התאגידים ובהשפעה המכרעת שיש לפרקטיקות התאגידיות על עיצוב המרחב הציבורי חל תהליך של נסיגה בכוחה של המדינה וביכולתה לשמש – לפחות דה פקטו – מרכז כוח ושלטון אפקטיבי כבעבר.¹⁷ תהליכי הגלובליזציה המאפשרים ניידות רבה של סחורות, עובדים ומידע הובילו להתרופפות ביכולת האכיפה והפיקוח של המדינות על התאגידים הפועלים (גם) בשטחן. כך, אפשר שמקום מושבה של הנהלת התאגיד הוא במדינה מסוימת, ואילו בעלי המניות שלה מרוכזים במדינה אחרת, והמפעלים או מרכזי הפיתוח ממוקמים במדינה שלישית. היותו של המשפט הפוזיטיבי טריטוריאלי בעיקרו מקשה מאוד על המדינה להפעיל מנגנוני שליטה ופיקוח אפקטיביים על גופים שרק חלק מפעילותם מתרחשת בשטחה.

15 יוסי דהאן "דו"ח דוברת – על המהפכה העסקית של החינוך" העוקץ 17.5.2004 www.haokets.org/tag/%D7%A4%D7%95%D7%A1%D7%98%D7%99%D7%9D-%D7%A0%D7%91%D7%97%D7%A8%D7%99%D7%9D/page/249/.

16 כך, למשל, אחת הפינות המוגשות בערוץ הספורט בהפסקת המחצית של שידורי ליגת האלופות מארחת מומחה כלכלי המדבר על הצד הפיננסי של הספורט. בהקשר זה מעניין לשים לב לביטויים כמו "money time", המתארים את רגעי ההכרעה בספורט תחרותי, או את הביטוי "השורה התחתונה", הלקוח אף הוא מעולם העסקים, והוא משקף "את מה שחשוב באמת".

17 ראו STRANGE, לעיל ה"ש 4, בעמ' 82.

בעולם גלובלי כשמקורות המידע והכוח מבוזרים בין גורמים רבים, פרטיים וציבוריים כאחד, מרכזיותו של השלטון המדינתי מתעמעמת מאוד. בניגוד למודל המסורתי של המדינה, כגורם כוח וסמכות מרכזי, יוצרים התהליכים האחרונים מצב חדש של מוקדים מרובים של כוח מפוזר, המשפיעים השפעה ניכרת לא רק על יכולת השליטה והפיקוח אלא אפילו על האופנים שבהם תופסים הפרטים בחברה את מושג הסמכות עצמו.¹⁸ תופעת ההפרטה, שהפכה חזון נפרץ בעולם המערבי כולו בשלושת העשורים האחרונים, מחריפה את הקושי: מדינות רבות בעולם, וישראל בכללן, מפריטות שירותים, נכסים וסמכויות שבעבר היו נתונים בידי הציבור.¹⁹ כך למשל, בארץ ובעולם הופרטו שירותים ציבוריים כגון שירותי בריאות, חינוך, שירותי רווחה;²⁰ נכסים ציבוריים כגון אוצרות טבע, תשתיות לאומיות ואף סמכויות שיטור, ביטחון ומדיניות חוץ.²¹ מקומם של התאגידים כמי שממלאים פונקציות הולכות ורבות אשר בעבר היו נתונות בידי

- 18 ANDREW CLAPHAM, HUMAN RIGHTS IN THE PRIVATE SPHERE 137 (1993).
- 19 לתופעת ההפרטה בישראל ראו למשל איל פלג הפרטה כהצברה: גופים מופרטים במשפט הציבורי (2005) (להלן: פלג הפרטה כהצברה); יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים 287 (2007); אמיר פז פוקס וזהר כוכבי בין הציבורי לפרטי: הפרטות והלאמות בישראל דוח שנתי 2010 (מרכז חזון, מכון ון ליר, 2010) www.vanleer.org.il/sites/files/product-pdf/141_PDF.pdf; יעל חסון שלושה עשורים של הפרטה (מרכז אדוה, 2006) www.adva.org/uploaded/privatization.pdf; לתופעת ההפרטה בעולם ראו למשל: יצחק כץ ההפרטה בישראל ובעולם (1997); שלמה אקשטיין, בן-ציון זילברפרב ושלמה רוזוביץ הפרטת חברות בישראל ובעולם (1998); פלג הפרטה כהצברה, שם, בעמ' 20–22; THE PRIVATIZATION PROCESS: A WORLD WIDE PERSPECTIVE (Terry Anderson & Peter Hill eds., 1996).
- 20 למהלכי הפרטה בחינוך בישראל ראו יוסי דהאן ויוסי יונה "דוח דברת: על המהפכה הניאו-ליברלית בחינוך" תיאוריה וביקורת 27, 11 (2005) theory-and-criticism.vanleer.org.il//NetisUtils/srvutil_getPDF.aspx/RSPBJ/%2F%2F27-2.pdf; נוגה דגן-בוזגלו היבטים של הפרטה במערכת החינוך (מרכז אדוה, 2010) www.adva.org/uploaded/hafrataedu.pdf; בתחום הרווחה ראו למשל אבישי בניש "מיקור חוץ בראי המשפט הציבורי: הפרטת תוכנית 'מרווחה לעבודה' ובעיית כשלי הפיקוח" משפטים לח 283 (2008); אבישי בניש "יישום 'תוכנית ויסקונסין' בישראל: היבטים משפטיים" עבודה, חברה ומשפט יא 121 (2005). בתחום הבריאות ראו ברברה סבירסקי ההפרטה במערכת הבריאות הציבורית בישראל: ביטוייה והשלכותיה (מרכז אדוה, 2007) [www.adva.org/uploaded/healthprivatizationreport\(1\).pdf](http://www.adva.org/uploaded/healthprivatizationreport(1).pdf).
- 21 לניסיון להפריט סמכויות כליאה שנפסל כבלתי חוקית על ידי בג"ץ, ראו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) 58-026630-2, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009). לדיון בתופעת ההפרטה של סמכויות ביטחון ומדיניות חוץ בארצות הברית, הכוללת הפרטה של פעילות צבאית, לרבות חקירה ותרגום של עצורים באזורי סכסוך מזוין, תמיכה לוגיסטית לחיילים, תכנון אסטרטגי בעת לוחמה ואף פעילות דיפלומטית, ראו Laura Dickinson, *Public Law* Values in a Privatized World, 113 YALE J. INT'L L. 383, 385 (2006).

הציבור, הולך ומתעצם.²² היחלשותה של המדינה כמקור סמכות מרכזי ליצירת נורמות מכוונות-התנהגות, כמו גם התפרקותה מנכסיה הפיזיים והאחרים באמצעות הפרטה, תורמים כשלעצמם להתחזקותו של המוקד השוקי-הפרטי בעיצוב המרחב הציבורי. תהליכים אלה, המאופיינים בעיקר בהיווצרותם של מספר רב של מוקדי כוח בחברה ומשנים את תפיסת הסמכות עצמה, מחייבים אפוא חשיבה מחדש על הקטגוריות שבאמצעותן אנחנו מארגנים את המרחב הציבורי שבו אנחנו חיים, כמו גם את השדות המשפטיים המשקפים ומכוננים מרחב זה.²³ במציאות הנוכחית ברור אפוא כי לא רק פעילות שלטונית או מעין-שלטונית היא פעילות ציבורית במובנה המלא. לפיכך ההבחנה המסורתית בין פרטי לציבורי כהבחנת מוצא משפטית, שיש בה כדי להכריע מראש את מידת האחריות של גוף מסוים להתנהלותו, היא מיושנת ואיננה הולמת עוד את מציאות החיים. על המשפט הפוזיטיבי, ככל שיש בכוחו לכוון את התנהגותם של התאגידים, להטיל נורמות תובעניות יותר של אחריות גם על גופים המכונים "פרטיים" והפועלים במסגרת המשפט הפרטי. אחריות זו היא פועל יוצא של הפעילות התאגידית ושל הדומיננטיות של פעילות זו בחיי היום-יום של הפרטים האחרים בחברה, ובעיקר של עמדת ההשפעה המיוחדת שבה מצויים תאגידים מסוימים ושל הקשר החזק שבין עמדה זו לעיצוב האינטרס הציבורי.²⁴

- 22 לדין בתפקיד שממלאת ההפרטה ביצירה של סקטור פרטי העוסק בתפקידים שהיו נתונים בעבר ביד הציבור ראו למשל DAVID VOGEL, THE MARKET FOR VIRTUE: THE POTENTIAL AND LIMITS OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY (2005).
- 23 השוו לדברי המשפטן הבין-לאומי אנדרו קלפהאם (Clapham), ולפיהם: "[...] The emergence of new fragmented centres of power, such as associations, pressure groups, political parties, trade unions, corporations multinationals [...] has meant that the individual now perceives authority, repression, and alienation in a variety of new bodies [...] this societal development has meant that the definition of the public sphere has had to be adapted to include these new bodies and activities" CLAPHAM, לעיל ה"ש 18, בעמ' 137.
- 24 הטיעון המועלה כאן – שלפיו עם הכוח באה גם האחריות – איננו רק טיעון פרקטי, או טיעון של הגינות בדמוקרטיה, אלא הוא נטוע בתפיסה פילוסופית מוסרית קונקרטית. במידה מסוימת שואב הממד המוסרי של הטיעון מטענתו של פיטר סינגר (Singer) במאמר Peter Singer, *Famine, Affluence, and Morality*, 3 PHIL. & PUB. AFF. 229 (1972), שלפיה החובה המוסרית לסייע לאחרים הזקוקים לסיוע כזה מוטלת על מי שמצוי בעמדה לסייע. ראו גם גישתו של דייוויד מילר (Miller) לאחריות המוטלת על מדינות בהקשרים של צדק גלובלי, DAVID MILLER, NATIONAL RESPONSIBILITY AND GLOBAL JUSTICE (2007). עם זאת התחקות אחר מלוא היקפו של הדמיון בין הטענות כאן לאלה של סינגר או מילר חורגת מגבולות המאמר.

ב. טשטוש ההבחנה המשפטית בין פרטי לציבורי

ההבחנה בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי היא אחת ההבחנות הקלסיות במשפט המערבי.²⁵ ככלל, מקובל לומר שענפי המשפט הפרטי מסדירים את היחסים שבין הפרטים בחברה לבין עצמם, ולעומתם ענפי המשפט הציבורי מסדירים את היחס שבין הפרטים לבין המדינה. הטעמים המרכזיים להבחנה האמורה נובעים בעיקר מן התפיסה שלפיה האינטראקציות בין הפרטים מתקיימות על בסיס שוויוני ומתוך אוטונומיה ובחירה, וכי לפיכך הנורמות המסדירות יחסים אלה צריכות להיות בעיקרן נורמות מקדמות-תחרות. לעומת זאת היחסים בין המדינה לפרטים מאופיינים בהיעדר שוויון, ולכן עצמתה הרבה של המדינה ביחס לפרט עשויה לסכן את חירויותיו. בנוסף, מתאפיינת מערכת היחסים שבין הפרטים למדינה בכך שהמדינה איננה פועלת להגשמת מאווייה אלא היא משמשת נאמן של הציבור. על הנורמות המסדירות את מערכת היחסים שבין הפרט למדינה לשקף מערכת יחסים מיוחדת זו, והן עושות זאת באמצעות הטלתן של חובות מוגברות של אחריות על המדינה (כגון החובה לנהוג בהגינות, בסבירות, תוך מתן משקל ראוי לאינטרס הציבורי, בשוויון ועוד).

כידוע, הבחנה זו שבין המשפט הפרטי למשפט הציבורי זכתה לביקורות נוקבות. ראשית טענו המבקרים כי בשל השינויים שביחסי הכוחות בחברה, ובעיקר בשל העלייה החדה בכוחם של התאגידים, אין לראות במדינה לבדה מי שבידה מרוכז הכוח המסכן את חירויות הפרטים האחרים.²⁶ ביקורת מרכזית נוספת הועלתה על ידי הזרמים הביקורתיים של המשפט שהצביעו על הפוליטיות של ההבחנה. לפי ביקורת זו האוטונומיה היחסית שלה זוכה המשפט הפרטי איננה משקפת ניטרליות ביחסה של

25 ראו למשל דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 11–16 (2010); דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי: תחומי גבול ויחסי גומלין" משפט וממשל ה 95, 95 (2000) (להלן: ברק-ארז "תחומי גומלין"); טובה שטרסברג-כהן "עקרונות כלליים במשפט הפרטי" המשפט ז 523 (2002); אסף הראל גופים דו-מהותיים: גופים פרטיים במשפט המנהלי (2008). לקיומה של ההבחנה כבר במשפט הרומי ראו Randy Barnett, *Forward: Four Senses of the Public Private Distinction*, 9 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 267, 270 (1986), לקיומה של ההבחנה בכתיבתו של פופנדורף, המבחין בין משפט פרטי, משפט פרטי שמתקיימים בו יחסי מרות, ומשפט ציבורי, ראו Ralf Michaels & Nils Jensen, *Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations* (Duke Law School Faculty Scholarship Series, 2007), lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1077&context=duke_fs.

26 ראו למשל דברי אהרן ברק שלפיהם כוחו של תאגיד גדול עשוי להיות רב מזה של עירייה קטנה. אהרן ברק "זכויות אדם במשפט הפרטי" ספר קלינגהופר 163 (יצחק זמיר עורך, 1993). ראו גם אצל רדאי, המביאה את דברי הוראן (Horan) שלפיהם ריכוז הכוח בידי גופים פרטיים הוא אחד האיומים הגדולים בעולם של היום על חירויות הפרט. פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג 21, 26 (1995).

המדינה למערכות היחסים שבין הפרטים ואיננה אך מקדמת תחרות, אלא משקפת העדפה שמרנית, המיטיבה עם בעלי הכוח בסדר הקיים.²⁷ ברוח דומה הושמעה גם ביקורת פמיניסטית להבחנה זו, ועל פיה מלבד בעיית ההבחנה עצמה, יוצרת ההבחנה בין פרטי לציבורי גם הייררכייה, כאשר עליונותו של ה"פרטי" (המשוחרר מנורמות מגבילות) היא ברורה.²⁸ המכנה המשותף לביקורות האמורות – גם אם בדרך כלל אינו מנוסח בלשון זו – ובכללן הטענה העומדת בלב מאמר זה, נוגע לדיאגנוזה שלהן באשר למצב המשפטי הקיים (בין השאר בחסות ההבחנה שבין המשפט הפרטי למשפט הציבורי) שאינו מאפשר החלה ממשית ועמוקה של נורמות מוגברות של אחריות מן המשפט הציבורי על תאגידים פרטיים.²⁹ עם זאת קיים שוני בין הגישות השונות באשר לפתרונות האפשריים לקושי זה. כך, בעוד שהספרות הקיימת העוסקת בשאלת תחולתן של נורמות ציבוריות על גופים פרטיים עושה זאת באופן נקודתי בלבד, ונוגעת להקשר

27 ראו למשל Duncan Kennedy, *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, 130 U. PA. L. REV. 1349 (1982); Morton J. Horwitz, *The History of the Public Private Distinction*, 130 U. PA. L. REV. 1423 (1982).

28 לניתוח של הדיכוטומיה בין פרטי לציבורי מנקודת מבט פמיניסטית ראו הלה קרן "שוויון בדיני חוזים – קריאה פמיניסטית" משפטים לא 269, 288–294 (2001). חשוב לציין כי הביקורת הפמיניסטית הראשונית על ההבחנה בין פרטי לציבורי מתייחסת לכך שה"פרטי" מכונן בדרך כלל למשפחתי ולא־ינטימי, ואילו הציבורי מכונן אל העולם החיצוני המוערך של עסקים, משפט ומדינה. זוהי ביקורת שונה מעט מן הביקורת המוצגת כאן, העוסקת בפרטי ובציבורי באופן שונה, שבו הפרטי מכונן לתחום שבו הפרט משוחרר מחובות למעט אלה שהוטלו עליו במפורש, ולעומתו הציבורי כפוף לחובות מגוונות. לבה של טענה זו הוא כי תפיסה זו של התחום הפרטי, שתכליתה לגונן על החירות האישית ועל הקניין, עושה זאת רק ביחס לאלה שהם מלכתחילה בעלי חירות כזאת וקניין כאמור. על פי הביקורת הפמיניסטית, אלה הם על פי רוב גברים.

29 בעיה זו של הקושי להחיל נורמות מוגברות על גופים פרטיים נדונה לא אחת בפסיקה ובספרות, הן במסגרת דיני התאגידים (ראו למשל עלי בוקשפן "אחריות חברתית תאגידית וביטוייה במשפט" תאגידים 3 ז (2010); עלי בוקשפן "על חברה וחברה, ועל מעמדו של סעיף 11 לחוק החברות במשפט הישראלי" משפט ועסקים א 229 (2004)), והן במסגרת המשפט המנהלי והחוקתי. ראו למשל איל בנבנישתי "תחולת המשפט המנהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב 11 (1993); הראל, לעיל ה"ש 25; דפנה ברק־ארו "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית" משפט וממשל א 275 (1993) (להלן: ברק־ארו "דואליות נורמטיבית"); ברק־ארו "תחומי גומלין", לעיל ה"ש 25; ברק "זכויות אדם במשפט הפרטי", לעיל ה"ש 26; רדאי, לעיל ה"ש 26. לצד אלה יש לציין קיומם של מאמרים רבים העוסקים בשאלת חוקתיותם של הליכי ההפרטה, באופן כללי או בהתייחס להפרטות מסוימות, אשר אף שלב עיסוקם נוגע לעצם ההפרטה, עדיין יש בהם התייחסות כזו או אחרת לשאלת תחולת נורמות ציבוריות, באופן כללי, על חברות פרטיות ועל גופים מופרטים. ראו למשל: דפנה ברק־ארו "זכויות אדם בעידן של הפרטה" עבודה, חברה ומשפט ח 209 (2001); דפנה ברק־ארו "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 461 (2008); פלג הפרטה כהצברה, לעיל ה"ש 19.

מסוים של הקושי האמור, הצעתי רחבה יותר, והיא מבקשת, ראשית, לעשות להבניית האפשרות לתחולה נרחבת של נורמות מוגברות על גופים פרטיים המצויים בעמדת השפעה ממשית על עיצוב המרחב הציבורי, ושנית, להעמיד במרכז התפיסה החדשה את מושג האחריות.

הפסיקה בישראל קיבלה באופן חלקי את הביקורת באשר לקושי שבדיכוטומיה בין פרטי לציבורי, ואימצה, גם אם באופן מוגבל, פרקטיקות שונות של החלת נורמות מוגברות גם על גופים פרטיים, אם כי בהקשרים מסוימים בלבד. כך הורחבה מסגרת התחולה של המשפט המנהלי גם כלפי גופים דו-מהותיים, על פי אמות מידה שהתגבשו בפסיקה.³⁰ בנוסף אימצה הפסיקה באופן נקודתי את תחולתן של זכויות אדם חוקתיות גם על גופים פרטיים (בעיקר בתחום השוויון).³¹ התפתחותו של שיח האחריות החברתית של תאגידים סימנה אף היא את התגבשותן של תפיסות חדשות באשר לאחריות המוטלת על גופים פרטיים בכל הנוגע להשלכות הרחבות של פעילותם. התפיסה הדוחה מכול וכול את תחולתן של נורמות מוגברות על גופים פרטיים איננה אפוא מקובלת עוד, והתפיסה הרווחת היא של "חלחול אטי" של נורמות מוגברות לתוך המשפט הפרטי.³² למרות זאת, וכפי שאראה להלן, השינוי הרב ביחסי הכוחות בין הגופים הפרטיים לבין עצמם במציאות החיים איננו משתקף במלואו ובאופן אפקטיבי במשפט. למרות הסדקים הנבקעים בהבחנה שבין פרטי לציבורי, היא משמשת גם כיום מחסום אפיורי להחלת חובות מוגברות של אחריות על גופים פרטיים. כך, בכמה וכמה החלטות קבע

30 לא את כל המשפט המנהלי על כלליו ודקדוקיו: ברק-ארז "דואליות נורמטיבית", לעיל ה"ש 29; בנבנישתי, לעיל ה"ש 29; הראל, לעיל ה"ש 25.

31 ברק "זכויות אדם במשפט הפרטי", לעיל ה"ש 26; רדאי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 34; משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור אפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג 15 (2003) (להלן: כהן-אליה "חירות ושוויון").

32 דפנה ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103, 120 (2005). עלי בוקשפן מבקר בספרו המהפכה החברתית במשפט העסקי (2005) (להלן: בוקשפן המהפכה החברתית) את התפיסה הגורסת כי כדי שנורמות חברתיות יוכרו במשפט הפרטי, יש לאתר אפיקים אשר באמצעותם ניתן "להזרים" נורמות ציבוריות אל תוך המשפט הפרטי. לחילופין, מדגיש בוקשפן כי במשפט הפרטי עצמו מצויות נורמות המדגישות את חשיבות ההתנהגות של התחשבות בזולת. גם בוקשפן אפוא סבור כי ההבחנה בין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי היא אנכרוניסטית (ראו שם, בעמ' 20, 27, 33–37, 62–69, 157–169). עם זאת הגם שבוקשפן ער לחולשתה של ההבחנה בין פרטי לציבורי, ואף סבור כי היא איננה מועילה, הניתוח שהוא מציע מתקיים במסגרתה של ההבחנה האמורה, ואיננו זונח אותה כליל. כך, בעוד שבוקשפן מזהה היטב את הקשיים שהאבחנה נושאת עמה, הוא מקדיש את עיקר הניתוח לעיסוק בשינוי המתחולל במשפט מתוכו. זאת, בניגוד לקריאה במאמר זה, המבקש להמיר את ההבחנה עצמה, ככל שזו משמשת להכרעה בשאלות של תחולתן של נורמות של אחריות מוגברת, בתפיסה מחודשת, פרוגרסיבית יותר, של רעיון ה"אחריות" עצמו. להרחבה בעניין זה ראו להלן, פרק ד.

בית המשפט כי גופים שהתאגדו במסגרת המשפט הפרטי "פטורים לחלוטין מתחולת המשפט הציבורי".³³ תיוגו של גוף כשחקן פרטי, הפועל במסגרת המשפט הפרטי, עשוי אפוא לשמש מעין מחסום של קבילות בפני טענות המושמעות כלפיו לעניין התנהלותו.³⁴ היעדר ההלימה בין המציאות המשתנה לבין המשפט מוביל לחוסר יכולתו של המשפט לכוון, לעצב ולהסדיר את המרחב הפוליטי-החברתי-כלכלי ולהתדלדלות עקיבה בכוחו של הציבור לעצב בעצמו את המרחב הציבורי. השורות הבאות יוקדשו לניתוח ההתפתחויות בפסיקה ובחקיקה, שביקשו לערוך את ההתאמות הנדרשות לשינויים ביחסי הכוחות שתוארו לעיל וידיגמו את קוצר ידם של שינויים אלה להבטיח כי כוחו של הציבור לעצב את המרחב הציבורי יישמר.

1. דואליות נורמטיבית

אחת התגובות הבולטות והחשובות ביותר של המשפט לשינויים שתוארו לעיל ביחסי הכוחות שבין המדינה לבין השחקנים התאגדיים, ובין אלה לבין פרטים אחרים בחברה, היא החלתן של נורמות מתחום המשפט המנהלי על גופים שאינם ציבוריים במובהק, אלא שבשל מעמדם או אופי הפעילות שלהם סווגו על ידי הפסיקה כגופים "דו-מהותיים".³⁵ כך, על פי קריטריונים שונים שנקבעו בפסיקה הורחבה תחולתו של הדין המנהלי גם על גופים אלה, והם נתפסים כגופים שחלה עליהם דואליות נורמטיבית:

33 ראו ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196, 207 (1995), המצוטט בהרחבה בפסיקה.

34 לסקירה מקיפה של הגופים שלא הוכרו כגופים דו-מהותיים אף על פי שהיה אפשר לסווגם ככאלה, ראו הראל, לעיל ה"ש 25, בעמ' 101. מקרים נוספים שבהם שימש הסיווג של גוף מסוים כפרטי מחסום בפני החלת נורמות של אחריות מוגברת הם למשל בג"ץ 4284/08 קלפנר נ' חברת דואר ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 26.4.2010), המצטט את פרשת און: "בעוד שהנטייה לאכוף יחסי עבודה בשירות הציבורי הינה גדולה יותר [...] קיימת הסתייגות בכל הנוגע לאכיפת יחסי עבודה במגזר הפרטי". ראו גם רע"א 467/04 יתח נ' מפעל הפיס, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 1.9.2005), שקבע כי "לא בנקל יכיר בית המשפט בגוף כ'דו-מהותי' מקום בו עסקינן בגוף שהתאגד במסגרת המשפט הפרטי, כבענייננו [...] ולא די בכך שהגוף ממלא תפקיד שיש לציבור עניין בו, אלא על המבקש להכפיפו למסגרת משפטית רחבה יותר מזו החלה על גופים פרטיים להוכיח 'דבר מה נוסף' אשר מצדיק זאת". וראו בפסק הדין (המצטט את פרשת און) שם, כי "סוגיה זו של החלת חובות מתחום הדין המנהלי על גופים שאינם גופים שלטוניים אינה פשוטה, מלאכה עדינה וקשה, אפשר לומר אפילו מסוכנת, שכן היא מאיימת על האוטונומיה של הפרט". וראו לעניין זה גם ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992).

35 לדיון מקיף בסוגיית הפרמטרים לסיווג גופים כדו-מהותיים במשפט הישראלי, ראו הראל, לעיל ה"ש 25, בעמ' 37 ואילך.

הדין הציבורי מזה והמשפט הפרטי מזה.³⁶ בין הקריטריונים שנקבעו בפסיקה אפשר למנות גופים פרטיים בעלי זיקה לרשות ציבורית או הפועלים על פי זיכיון מטעם המדינה,³⁷ גופים הממלאים פונקציות ציבוריות מרכזיות או המספקים מוצר חיוני,³⁸ גופים בעלי מעמד מונופוליסטי וכדומה.

מעיון בפסיקה ובמבחנים שנקבעו בה בעניין הדואליות הנורמטיבית עולה כי מרבית המבחנים מכוונים להתמודד עם תופעת ההפרטה, על גווניה השונים, והם מבקשים ללכוד ברשתו של המשפט הציבורי גופים המפעילים סמכויות שלטוניות, או הדומים במעמדם למעמדו של גוף שלטוני. מכאן החשיבות הרבה שמעניקה הפסיקה לחיוניותו של השירות שבו מדובר, לזיקת הגוף הפרטי לשלטון או למעמדו המונופוליסטי של הגוף הפרטי. ההנחה המשתקפת מניתוח הפסיקה היא כי גופים שהם פרטיים באופן מהותי (ולא רק בדרך ההתאגדות שלהם), הפועלים לשם הגשמת מטרותיהם שלהם ואינם משמשים – במישרין או בעקיפין – זרוע ארוכה של הרשות, מממשים בפעילותם את האוטונומיה המוקנית להם בדין. אשר לגופים אלה, הפועלים במסגרת השוק מבלי שהם מצויים בעמדה ריכוזית המאיימת על התחרות החופשית, הפסיקה מניחה כי אינם צריכים להיות כפופים לנורמות המטילות אחריות מוגברת. על פי היגיון זה נמנעה הפסיקה מלקבוע למשל כי גופי התחבורה הציבורית אגד ודן הם גופים דרמהוטיים. הטעם לכך היה כי "אגד ודן פועלות בשוק התחבורה ונדרשות להכרעות כלכליות כדי להמשיך להתחרות בשוק התחבורה הציבורית".³⁹

דגשים אלה של הפסיקה – אופי שלטוני או מעין-שלטוני של הפעילות הפרטית או מעמד מסכל תחרות – הופכים את עקרונות הדואליות הנורמטיבית לעקרונות שאין בכוחם לספק מענה כולל לקושי הטמון בעמדת ההשפעה המרכזית שבה מצויים גופים פרטיים אלה ביחס למרחב הציבורי, ולצורך הדחוף להסדיר השפעה זו. אסף הראל מציע מודל המבקש להתמודד עם קשיים אלה. הראל סבור כי אפשר לסווג כדרמהוטיים גם גופים פרטיים העושים "שימוש מהותי בקניין הציבורי".⁴⁰ הראל מזהה היטב את הבעיה

36 שם, בעמ' 11.

37 ראו למשל בג"ץ 187/71 "רמט" בע"מ נ' החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים, פ"ד כו(1) 118 (1971).

38 בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (1987), שבו הכיר בית המשפט בחברת החשמל כגוף דרמהוטי; עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 34, שבו הכיר בית המשפט בחברה קדישא כגוף כאמור, לעניין שירותי קבורה; דב"ע (ארצי) נב/4-12 ההסתדרות הכללית, האיגוד הארצי של קציני הים – צים, חברת השיט הישראלית בע"מ, פד"ע כו 3 (1993) (שבו הסתדרות העובדים הכללית הוכרה אף היא כגוף דרמהוטי).

39 לביקורת על החלטה זו ולדיון בקשיים שהלכה זו מעוררת ראו הראל, לעיל ה"ש 25, בעמ' 104.

40 שם, בעמ' 431. הפרמטרים שמונה הראל המעידים על שימוש מהותי בקניין ציבורי והמשמשים קווים מנחים למודל שהוא מציע, הם הפעלת סמכות שלטונית על פי דין; זיקה פונקציונלית לשלטון; זיקה מוסדית לשלטון, כולם מוגדרים הגדרה רחבה מזו שבפסיקה. פרמטרים אלה אמנם מרחיבים

שעמה יש להתמודד, שכן במודל שהוא מציע יש התייחסות רצינית, אולי לראשונה, להשלכותיה של הפעילות התאגידית על עקרונות הצדק והשוויון בחברה. עם זאת, ולמרות תשומת הלב שהראל מעניק להשלכות שעשויות להיות להתנהלותו של הגוף הפרטי על חלוקת העושר בחברה, דומני שמסגרת הדיון שהוא מציע מסיטה את מוקד המבחן להחלת נורמות מוגברות על גופים פרטיים ממרכז הכובד המהותי שלו: הדרישה לכך שהגוף הפרטי יעשה שימוש בקניין ציבורי כתנאי להחיל עליו נורמות מוגברות עשויה להרחיק את הדיון מהשפעותיה של התנהלותו של הגוף הפרטי על המרחב הציבורי באופן שלא יאפשר ביקורת על התנהלותו כאשר אי אפשר יהיה להתייחס לפעילותו כאל פעילות העושה שימוש בקניין ציבורי. בכך טמון בעיניי הקושי המרכזי בגישתו של הראל, שכן ייתכנו מקרים שבהם פעילותו של גוף מסוים אכן מתרחשת בספרה המכונה פרטית, והיא איננה משתמשת במשאב ציבורי כלשהו, ולמרות זאת תהיה הצדקה להחיל על הגוף האמור נורמות מוגברות של אחריות.

דוגמה לקושי זה היא חובת הייצוג ההולם.⁴¹ כפי שאפשר לצפות באקלים הפוליטי והמשפטי הנוכחי, החובות המוטלות על גופים ציבוריים בעניין ייצוג הולם לנשים תובעניות בהרבה מן החובות המקבילות המוטלות על גופים פרטיים. תיקון משנת 1993 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 קובע כי "בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית יינתן ביטוי הולם לייצוגם של בני שני המינים".⁴² לעומת חובה זו החקיקה בתחום הייצוג ההולם לנשים במגזר הפרטי מצומצמת בהרבה: ראשית, חובת הייצוג ההולם לנשים חלה על חברות ציבוריות בלבד ואיננה מופנית לחברות פרטיות. שנית, החובה לייצוג הולם בחברות הציבוריות נוגעת לדירקטורים החיצוניים בלבד. החוק קובע כי "בחברה שבמועד מינוי דירקטור חיצוני כל חברי הדירקטוריון שלה הם בני מין אחד, יהיה הדירקטור החיצוני הממונה בן המין השני".⁴³ התוצאה היא שייצוגם של נשים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות מצוי בעלייה מתמדת, ושיעורן מגיע כיום

אפוא את הדין הקיים באשר לאפשרות לסווג גוף מסוים כגוף דומה, אך הם אינם מהווים שבירה משמעותית מספיק של המסגרות המקובלות, שתאפשר מענה מספק לכלל המקרים שבהם מתעורר צורך כאמור.

41 לסוגיית הייצוג ההולם במשפט הישראלי, ראו יופי תירוש "ייצוג הולם במשפט הישראלי – סיכום ביניים ריאליסטי" ספר מישאל חשין 699 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009).

42 ס' 18 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975. ראו לעניין זה בג"ץ 454/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994), שבמסגרתו בוטל מינוים של שלושה דירקטורים גברים למועצת רשות הנמלים ולבתי הזיקוק בע"מ בשל היעדר ייצוג הולם לנשים בדירקטוריונים אלה.

43 ס' 239(ד) לחוק החברות, התשנ"ט-1999. ככלל קובע חוק החברות כי חברה רשאית לקבוע את מספר הדירקטורים בה. עם זאת חברה ציבורית מחויבת למנות שני דירקטורים חיצוניים, שאינם נבחרים על ידי בעלי העניין בחברה אלא על ידי האספה הכללית של בעלי המניות בחברה. חובת הייצוג ההולם בחברות ציבוריות חלה כאמור אך ורק על הדירקטורים החיצוניים.

לכ-44%, ואילו שיעור הנשים בדירקטוריונים של החברות הציבוריות נמוך בהרבה ושיעורו 18% בלבד.⁴⁴ בנוסף, ברוב החברות שבהן מכהנות דירקטוריות חיצוניות, אלה הן הנשים היחידות המכהנות בדירקטוריון. כאמור לעיל, לפרקטיקות לא שוויוניות אלה בגופים הפרטיים הגדולים השפעה עצומה על שוק העבודה בישראל וכן על מעמדן של נשים בחברה בכללותה. למרות זאת יכולתו של הציבור להשפיע על פרקטיקות אלה היא מועטה ביותר.⁴⁵ אף על פי שאין ספק שהחלתן של נורמות עשירות של שוויון גם על החברות הגדולות במגזר הפרטי הייתה עשויה להשפיע השפעה מכרעת על מעמדן של נשים במשק כולו, קשה להניח שמבחני הפסיקה בדבר סיווגן של חברות אלה כגופים דו-מהותיים יסייעו לכך. החברות הציבוריות במשק הן גופים פרטיים במובהק, וכאשר אין מדובר בהפעלת סמכות מעין-שלטונית, מעמד מונופוליסטי או שירות חיוני, קשה להניח שהפסיקה, על פי הדין הקיים, תקבע כי יש לראות בהן גופים דו-מהותיים. בדומה לכך, גם המודל שמציע הראל לא יסייע במקרה זה, שכן קשה להניח שמשרות ניהול בסקטור הפרטי יסווגו כ"קניין ציבורי". בנוסף, מאחר שהמודל שמציע הראל, למרות יתרונותיו, מחזיק בכל זאת בהבחנה האפרורית בין פרטי לציבורי באופן שסיווג אפרורי של גוף מסוים כפרטי עשוי למנוע את עצם הדיון בהתנהלותו, עשוי עניין הייצוג ההולם שלא להגיע כלל לדיון.

ההצעה לזנוח כליל את הדיכוטומיה שבין משפט פרטי לציבורי ככלי מאבחן, המופעל כמחסום אפרורי להחלת נורמות מוגברות על גופים פרטיים, ולהמירה במבחן ההשפעה המהותית של התנהלות הגוף שבו מדובר על עיצובו של המרחב הציבורי, תאפשר במקרים מסוימים, וכאשר התנהלותם תימצא בעלת השפעה שלילית במיוחד על המרחב הציבורי, להחיל על גופים אלה נורמות אחרות מוגברות. העברת מרכז הכובד של הדיון המשפטי בנוורמות מוגברות מדיון "סף" מסווג אל משקלם הקונקרטי של שיקולים במציאות ספציפית, עשוי לאפשר להעביר תחת שבט הביקורת המשפטית גם פרקטיקות נפוצות במשק, המתבצעות לאו דווקא על ידי גורם יחיד ומרכזי, בעל עמדת מפתח, אלא על ידי מספר גופים פרטיים שלהתנהלותם המצרפית השפעה מכרעת על המרחב הציבורי. באופן זה גם תאגיד פרטי שאיננו בעל מעמד מונופוליסטי או ריכוזי (כגון דן או אגד, למשל), עשוי להיות מוכפף, לעניינים מסוימים, לחובות מוגברות מבלי שתוטל על בית המשפט החובה לסווגו כדו-מהותי לשם כך.

דוגמה נוספת למצב שבו עשוי להתגלות שכוחו של סיווג גופים כדו-מהותיים, כפי שפותח בפסיקה, אינו מספק, היא מחיקת דמותן של נשים כליל משלטי החוצות בנושא תרומת איברים להשתלה. בסוף שנת 2011 השיק מרכז ההשתלות קמפיין באמצעי התקשורת ובשלטי חוצות על גבי אוטובוסים שמטרתו לעודד חתימה על "כרטיסי תורם"

44 אורלי אלמגור-לוטן ייצוג הולם של נשים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות וציבוריות (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2010) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02566.pdf.

45 לאפשרות לעצב כללים מחוללי שינוי באמצעות חקיקה, או היעדרה, ראו להלן ה"ש 61.

להשתלט איברים. שלטי החוצות הציגו שורה של אנשים (גברים, נשים וילדים) שחתמו על כרטיס תורם כאמור.⁴⁶ חברת "כנען פרסום ושיווק בתנועה", שפעלה לקידום הקמפיין מטעם חברות האוטובוסים, בחרה להימנע מלהציג תמונותיהן של נשים במסגרת הקמפיין בירושלים. פרקטיקה זו זכתה לגינוי נרחב בעיתונות ובציבור מהטעם שלקמפיין מסוג זה השפעה ניכרת על עיצוב המרחב הציבורי ועל קיבוען של נשים כלא רלוונטיות למרחב הציבורי.⁴⁷ עמותת ירושלים ואחדים מתושבי העיר עתרו נגד חברת אגד וחברת כנען וכן נגד משרד התחבורה וטענו כי הדרת נשים משלטי פרסומות היא פגיעה קשה בעקרונות היסוד של השוויון, כבוד האדם וחופש הביטוי (הפוליטי).⁴⁸ עוד ביקשו העותרים כי בג"ץ יורה לשר התחבורה להתנות רישיונות להפעלת תחבורה ציבורית בהתייבות המפעיל להימנע מכל פעולה שיש בה אפליה מגדרית. בתגובה לעתירה טענה חברת אגד כי התנגדותה לפרסום נשים במודעות נובעת מהחשש שהמודעות והאוטובוסים יושחתו. עוד טענה אגד, בהסתמך על פסיקה קודמת של בית המשפט,⁴⁹ כי היא איננה גוף דו-מהותי, ולפיכך אין להחיל עליה חובות הנובעות מן המשפט הציבורי. תגובתה המרשימה של המדינה לעתירה (אף על פי שסברה כי דינה של העתירה להידחות על הסף מהטעם שהיא מוקדמת וכללית) עסקה רבות בחשיבותו של המאבק נגד הדרת נשים והצהירה מפורשות כי "הדרת קבוצה מלוחות המודעות אך מחמת מין פוגעת בתקנת הציבור, בעקרונות היסוד של השיטה ובזכויות היסוד של

46 תמר רותם "בחזרה לימים שעוד ראו נשים בירושלים" הארץ 11.11.2011 www.haaretz.co.il/news/education/1.1563930.

47 שם: "בשנים האחרונות החמירה הדרת הנשים מהמרחב הציבורי בירושלים, והפכה לנורמה מקוממת. לא מדובר עוד בהסתרה של נשים לא צנועות אלא בהעלמת כל זכר למין הנשי [...] נראה שהחברות המסחריות משתפות פעולה עם תופעה זו".

48 עתירה קודמת שהוגשה נגד חברות אגד וכנען (ועסקה בהדרתה של מתמודדת-אישה למועצת העיר ירושלים ממודעות פרסומת דומות) הסתיימה מחוץ לכותלי בית המשפט, שכן החברות חזרו בהן והצהירו כי אין מניעה מבחינתן לפרסם כרזות עם דמותה של העותרת על אוטובוסים בירושלים. ראו בג"ץ 9460/08 רשימת "התעוררות-ירושלמים" נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית (פורסם בנבו, 10.11.2008).

49 בג"ץ 4135/94 גרבר נ' שרת העבודה והרווחה (פורסם בנבו, 21.7.1994), וכן בש"א (מינהליים ת"א) 30188/02 חברת השמירה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התחבורה (פורסם בנבו, 3.6.2002). במקרה זה נתבקש בית המשפט להכיר בחברות התחבורה דן ואגד כגופים דו-מהותיים מטעמים מצטברים רבים (ובהם טיב השירות כשירות חיוני, היחסים של אגד ודן עם השלטון – פיקוח, רישוי, סבסוד ועוד). למרות שיקולים אלה פסק בית המשפט כי אין להכיר בחברות התחבורה כגוף דו-מהותי, מהטעם שהחברות הללו פועלות בשוק התחבורה ונדרשות להכרעות כלכליות כדי להמשיך ולהתחרות בשוק התחבורה הציבורית.

הנשים והמפרסמים⁵⁰. בהמשך התייחסה תגובת המדינה לחובותיה של אגד והביעה את עמדתה כי למרות הפסיקה הקיימת בעניין יש מקום לסווג את חברת אגד כגוף דו-מהותי, בשל מספר רב של מאפיינים המצדיקים סיווג כאמור: "מדובר בשירות חיוני בסיסי לציבור שאגד נותנת זה עשרות בשנים, וזאת בהתאם לרישוי ותחת פיקוח רחב של ממשלר התחבורה, ובהתאם לדמי נסיעה הקבועים בצו הפיקוח [...] אגד מקבלת סבסוד ממשלתי משמעותי [...] ואוחזת ב-51% מהשוק"⁵¹. בהתייחס ישירות לפסיקה שקבעה בעבר כי אגד איננה גוף דו-מהותי, המדינה הביעה את עמדתה כי יש להבחין בין פעולות שאגד מבצעת בהקשר השירות הציבורי לבין פעולות שהיא מבצעת במשפט הפרטי. לפיכך סברה המדינה שאפשר לאבחן את הפסיקה הקיימת מהעניין הנדון ולקבוע כי בעניין דנן אין לפסיקה זו השלכה ממשית לעניין הדרת נשים משלטי הפרסומת, שהיא פעולה המתקיימת במישור ציבורי ומעל במה ציבורית. כן הפנתה תגובת המדינה לעמדתו של אסף הראל, המבקרת את פסיקתו של בית המשפט בעניין סיווגה של אגד כגוף שאיננו דו-מהותי.⁵²

אף על פי שאני סבורה כמובן כי הצדק עם העותרים, וכי יש בהחלט מקום לסווג את חברת אגד כגוף דו-מהותי, המאמץ לשכנע את בית המשפט כי כך הוא, ניכר היטב. כך, למרות שגם המדינה סברה כי אין כל ספק באשר לחשיבותו הרבה של נושא הדרת הנשים, וכי יש מקום להחיל חובות למנוע הדרה כאמור גם על אגד, הוטל על העותרים הנטל לעמוד בסיווגה האפריורי של חברת אגד כגוף דו-מהותי, אשר רק אם תיכנס בשערי, תהיה אגד מועמדת בעיני המשפט לשאת בחובות שלא להפלות. דעתי היא כי דרך תחתית זו מיותרת, וכי אין כל טעם להידרש לסיווג אפריורי זה כדי להיכלל בקטגוריה שרק במסגרתה יהיה אפשר לשקול אם יש מקום להטיל עליה חובות של מניעת אפליה אם לאו. זניחת הסיווג הפרטי וציבורי המשמש כיום כמעין מחסום של קבילות, ומעבר לדיון ישיר לגופו של עניין, בסיטואציה עצמה ובהקשרה, תוך התבוננות בהשפעה שיש להתנהגות התאגיד על עיצוב המרחב הציבורי עדיפה בעיניי בהרבה. בשעה שלהדרתן של נשים מהמרחב הציבורי השלכות מרחיקות לכת על אופיו של מרחב זה, וכאשר הנורמות הפסולות של הדרת נשים מקבעות את מעמדן של נשים כזרות למרחב הציבורי, יש למנוע את האפשרות כי העובדה שאלה הן פרקטיקות הננקטות בידי גורמים פרטיים הפועלים כביכול במסגרת המשפט הפרטי, עשויה, אף על פי כן, להוציא אותן אל מחוץ להישג ידו של המשפט. בהקשר זה מעניין לשים לב גם לכך, שהעותרים סברו כי כדי להגביר את סיכויי הצלחתה של העתירה יש טעם לכלול בה את משרד התחבורה אף על פי שהמשרד נעדר קשר ישיר למקרה. הטעם לכך, ככל הנראה, הוא כי בשעה שבה לא ברור, לאור הפסיקה הקיימת, אם אגד תסווג מחדש כגוף דו-מהותי,

50 פס' 6 לתגובת המדינה לעתירה בבג"ץ 39/12 עמותת תנועת ירושלים נ' מדינת ישראל – משרד התחבורה (פורסם בנבו, 7.3.2012).

51 שם, פס' 35.

52 שם.

סברו העותרים כי יהיה אפשר להפנות את התביעה אל משרד התחבורה כגוף שלטוני שאין עוררין על היקף החובות שהוא חב בהן, ולדרוש שיתנה את הרישיונות שהוא מופקד על הנפקתם בהתנהגות בלתי מפלה של המקבל. גם דרך זו היא בעיניי עקלקלה שלא לצורך: אילו היה המצב המשפטי מאפשר בבירור לתבוע התנהגות שוויונית מכלל הגופים המצויים בעמדת השפעה ניכרת על המרחב הציבורי, ייתכן שהעותרים לא היו נזקקים כלל ל"מסלול עוקף" מעין זה.⁵³

דוגמה נוספת למצב עניינים שבו סיווג גופים כדו-מהותיים הוא מגביל, היא פרשת התובענה הייצוגית שהוגשה נגד חברת סלקום ואשר נדונה לאחרונה בבית המשפט.⁵⁴ בפרשה זו נתבעה חברת סלקום על ידי לקוחותיה מהטעם שהחברה החלה גובה תשלום בעבור פירוט שיחות שבעבר ניתן על ידה בחינם, וזאת מבלי לקבל את הרשאתם המפורשת לכך. המבקשים תבעו השבת הכספים שגבתה החברה בעבור שירות זה. הקושי להעניק לתובעים את מבוקשם נבע מהעובדה שהחווה בין החברה לבינים עמד בתוקפו, ולפיכך אי אפשר היה לבסס תביעה להשבה מכוח דיני החוזים (הדורשת את ביטול החווה כתנאי מקדים לשם כך). בית המשפט, שסבר כי הצדק עם התובעים, נדרש לקונסטרוקציה דחוקה של משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חדש בעניין תוספת התשלום, שסופו בכך שעל הצעתה של סלקום לשינוי המחיר לא היה קיבול, ולפיכך לא נתגבש חוזה. אין זה מפתיע שהדין בבית המשפט לא עסק כלל בשאלת מעמדה המיוחד של חברת סלקום, ולא נשקלה האפשרות להכיר בו כגוף דו-מהותי, החייב בחובות הגינות כלפי לקוחותיו, וזאת למרות משקלה הנכבד של החברה במרחב הציבורי בישראל. סביר להניח שהטעם להיעדר דיון כאמור הוא קביעותו של בית המשפט באשר לגופים דומים, כגון דן ואגד, שלא סווגו כדו-מהותיים משום שהם אינם גופים מונופוליסטיים אלא חברות הפועלות בשוק תחרותי. אכן, במסגרת המצב המשפטי הקיים, ובהיעדר הלכה הרואה בגופים פרטיים בעלי השפעה ניכרת על המרחב הציבורי גופים החבים בנורמות מוגברות של אחריות, אין תמה שבית המשפט בחר להכריע את המקרה תוך שימוש – גם אם דחוק – בדוקטרינות המשפטיות החוזיות. נמצא אפוא שהתייחסו הקיים בין פרטי לציבורי, הנמתח מעט על ידי הפסיקה כדי לאפשר הכפפתם של גופים מעין-שלטוניים או מונופוליסטיים לנורמות אלה, אינו מסייע, ואף עשוי להיות בעוכרי הציבור בשעה שאי אפשר לעמוד בו, אך פרקטיקות ההתנהגות של גופים אלה הן בלתי ראויות.⁵⁵ זניחת

53 יש להדגיש כי במועד כתיבת המאמר טרם הוכרע המקרה האמור בבית המשפט, ולכן פסיקתו של בית המשפט עצמו ונימוקיו טרם נשמעו. ייתכן כמובן כי הכרעתו של בית המשפט בעניין דנן תחרוג מהפסיקה הקיימת ותביע עמדה שלפיה על אגד להיחשב כגוף דו-מהותי. עם זאת ברי גם כי הדין המצוי מתווה במידה רבה את גבולותיו של השיח בעניין זה (גם אם איננו מחייב אותו) וכן את אופקי ההתפתחות הצפויים לשיח האמור.

54 ת"צ (מחוזי מ"ר) 4018-03-08 פתאל נ' סלקום ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 7.12.2011) (להלן: עניין סלקום).

55 המשפט מכיר כמובן בפערי הכוחות הגדולים שיש לעתים בין הפרט לבין גוף אחר שעמו הוא מתקשר בחוזה, והוא משופע במנגנונים המבקשים לאזן פערי כוחות אלה. זהו ההיגיון העומד למשל

הסיווג האפריורי של פרטי או ציבורי ואימוצו של מבט רחב יותר על אופיים ומעמדם של גופים במרחב הציבורי (לרבות כאלה שאינם מונופוליסטיים, אך שהפרקטיקות הנהוגות על ידיהם, כמו גם על ידי המקבילים להם בתעשייה, הן מעצבות מציאות) היה מאפשר לבית המשפט כלים טבעיים יותר לעשות צדק במקרה זה.⁵⁶ מעמדה של חברת סלקום כשחקן מרכזי מאוד בשוק התקשורת ונקיטת הפרקטיקות הללו של חיובים מורכבים המשתנים תדיר כדבר שבשגרה, הן על ידי סלקום והן על ידי החברות המקבילות לה, מצדיקות בעיניי, לעניין התובענה שבה עסקינן, החלה של חובות הגינות גם על חברת סלקום.

הספרות הקיימת העוסקת בהחלת הנורמות מן המשפט המנהלי על גופים פרטיים איננה מבקשת אפוא לקעקע את ההבחנה בין גוף פרטי לגוף ציבורי, אלא אך למתוח את גבולותיהן של הנורמות השלטוניות אל מעבר לתחולת המשפט המנהלי הקלסי. התוצאה היא כי התייחסותו של המשפט המנהלי לגופים פרטיים הפועלים בהקשרים ציבוריים מעין-ממלכתיים, עשויה לחייבם רק בהקשרים מוגבלים ובלתי מספקים, בחובות הדומות לחובות המוטלות על גופים במשפט הציבורי. לעומת תפיסה זו, הצעתי מבקשת להרחיב את הדיון בסוגיה, ראשית על סמך הטענה כי אין כל הצדקה להתייחס לכלל הגופים הפועלים במשפט הפרטי כאל גופים אשר א-פריורית אינם מחויבים לשאת בחובות של אחריות (מסוימת) כלפי הציבור שבתוכו הם פועלים, בשעה שפעילותם מזיקה לאותו ציבור. שנית, וכפועל יוצא, כי הטלת האחריות תבוצע שלא מתוך התבוננות בגוף הפועל אלא על פי "פרמטרים בוני אחריות", שהמסד הרעיוני שלהם הוא מידת ההשפעה על עיצוב האינטרס הציבורי, ושיש בהם כדי ליצור חובה מוגברת בסיטואציה הנבחנת.

2. תחולתן של נורמות חוקתיות על גופים במשפט הפרטי

(1) חקיקה

ההבנה כי בעידן הנוכחי מצוי כוח רב בידי תאגידים פרטיים ולא דווקא בידי המדינה הולוכה בשנים האחרונות לחיקוקם של מספר חוקים, המטילים חובות של אחריות מוגברת גם על גופים פרטיים. עם אלה אפשר למנות את חוק איסור אפליה במוצרים,

בלבו של חוק החוזים האחידים, בהוראות שונות הנוגעות להגנת הצרכן, ואף ביסודם של דיני העבודה באופן כללי. לדיון רחב יותר במנגנונים אלה, ובכך שיש בכוחם (לעתים) לאזן פערי כוח מיקוח אך לא להתמודד עם פערי כוחות מבניים, ראו להלן.

56 חשוב לציין בהקשר זה כי הביקורת המובעת לעיל איננה מכוונת לעצם הכרעתו של בית המשפט בעניין סלקום, לעיל ה"ש 54, אשר התקבלה במסגרת המצב המשפטי הקיים והיטיבה, בסופו של דבר, עם הצרכנים. חזיה של הביקורת מיועדים להדגים את חסרונותיה של הדרך הפתלתלה, לעתים, שבה נאלץ בית המשפט ללכת כדי להגיע לתוצאה הוגנת, ולעומת זאת בהיעדר ההבחנה בין פרטי לציבורי, כמוצע במאמר, היה אפשר להחיל באופן ישיר וחד יותר את חובות האחריות כלפי סלקום, ולהגיע לתוצאות דומות.

בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים,⁵⁷ המטיל על גופים פרטיים את החובה לנהוג בשוויון במקרים המנויים בחוק, חוק שכר שווה לעובדת ולעובד,⁵⁸ המטיל חובה על מעסקים פרטיים להעניק את אותם תנאים לגברים ולנשים המבצעים את אותה עבודה, חוק שווי זכויות האישה⁵⁹ ועוד. אכן, החלתה של החובה המוטלת על גופים פרטיים לנהוג בשוויון היא חדשה יחסית במשפט הישראלי,⁶⁰ והיא צעד חשוב בכיוון הנכון. ואולם, כפי שהראו כותבים רבים, לא די בה כדי להבטיח שינוי אמתי בתחום זה.⁶¹ דוגמה חשובה לקוצר ידה של החקיקה להבטיח שוויון אמתי היא התופעה

57 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000 (להלן: חוק איסור אפליה במוצרים ושירותים).

58 חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו–1996.

59 חוק שווי זכויות האישה, התשי"א–1951.

60 ראו למשל את דבריו של השופט ויתקון בשנות השמונים המוקדמות, שצוטטו בהרחבה בפסיקה, ולפיהם "אדם פרטי חפשי להתקשר עם פלוני או שלא להתקשר עם אלמוני הכל כעולה על רוחו, ובהעדר חקיקה מפורשת האוסרת התנהגות כזאת רשאי הוא להפלות בין בני דת, גזע ולאום למיניהם, ובין גבר לאשה, ואיש אינו פוצה פה ומצפצף". אלפרד ויתקון "הרשות הציבורית בפעולותיה בתחום המשקי-אזרחי" משפטים יא 304, 306 (1982).

61 כהן-אליה "חירות ושוויון", לעיל ה"ש 31; קרן, לעיל ה"ש 28; צחי קרן-פז "לי זה עולה יותר: דחיית הטענות בדבר חוסר הלגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון המשפט הפרטי" משפט וממשל ז 541, 548–549 (2005). בספרות קיימת התייחסות נרחבת לקוצר ידו של מוסד החקיקה לחולל שינוי חברתי משמעותי, בעיקר בהקשר התאגידי. אכן, חקיקה נתונה עד מאוד להשפעות הכוח התאגידי, ולפיכך במקרים רבים היא איננה אופציה ראלית לשם קידום מטרות. חלק מן הכוח שיש לתאגידים בשדה המשפט יוחס לכך שבניגוד לפרטים האנושיים בחברה התאגיד הוא ישות מלאכותית שאורך חייה איננו מוגבל. בנוסף התאגיד הוא גם "שחקן חוזר", שהתמורה להשקעתו עשויה לצמוח בעתיד גם אם לא במהלך הנוכחי. לפיכך יהיה מוכן להשקיע משאבים העולים על המשאבים שיהיו זמינים לפרט אנושי. ראו Marc Galanter, *Why the 'haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 L. & Soc'y Rev. 95, 135 (1974). ראו גם לסיג, לעיל ה"ש 3. בהקשר זה חשובה במיוחד התובנה שמדגיש קרן-פז, שלפיה לקבוצות אינטרסים קל לחסום חקיקה שאיננה מתיישבת עם צורכיהן יותר מאשר לקדם חקיקה שיש להן עניין בה. קרן-פז מראה כי "לקבוצות לחץ המייצגות את החזקים בחברה, יש סיכוי טוב לבלום חקיקה המחלקת מחדש עושר (וזכויות אחרות) בצורה פרוגרסיבית. אולם אם בית המשפט יפסוק באופן פרוגרסיבי, אזי לחזקים יהיה קושי להפוך את הגלגל באמצעות חקיקה". קרן-פז, הנזכר בה"ש זו, בעמ' 575. תובנה זו פועלת כמובן לטובת שימור הסדר הקיים, שכן הנטל המוטל על קבוצות החפצות לשנותו רב מזה המוטל על בעלי הכוח בסדר הנוכחי, החפצים אך לסכל חקיקה מחדשת. תאוריית הבחירה הציבורית מכירה אף היא בקשיים הרבים הכרוכים בחקיקה מחדשת ומצביעה על הבעייתיות הטמונה בעצמתן של קבוצות לחץ, שהשפעתן על הליכי קבלת ההחלטות ברשות המחוקקת והמבצעת עולה על כוחן האלקטורלי (ראו קרן-פז, שם, בעמ' 571, והמחקרים שאליהם הוא מפנה). על רקע תובנות אלה מציע גם לסיג להגדיר מחדש, וביתר הרחבה, את תופעת השחיתות השלטונית באופן שתכלול לא רק קבלת טובות הנאה אישיות בתמורה להצבעה לפי האינטרסים של קבוצת הלחץ אלא כל יתרון אחר, מוחשי או בלתי מוחשי, הצומח לפקיד הממשל (מחוקק או חבר

המתנגדת של הדרת נשים מהמרחב הציבורי, אשר המגזר הפרטי הוא שותף מלא ומרכזי בקידומה. כזה הוא למשל המקרה של "קווי המהדרין" של חברת אגד, שבהם מופרדים הנוסעים מן הנוסעות, כשהנוסעות מוגבלות לישיבה בירכתי האוטובוס בלבד.⁶² אף על פי שפרקטיקה זו של הפרדה על בסיס מגדרי הייתה עשויה להימנות עם המקרים המוסדרים בחוק איסור אפליה במוצרים ושירותים, שתכליתו כאמור למנוע פרקטיקות של אפליה מצד גופים פרטיים העוסקים בהספקת מוצר או שירות ציבורי, או המפעילים מקום המיועד לשימוש הציבורי,⁶³ קבע בית המשפט לאחרונה כי פרקטיקה זו אינה פסולה כאשר היא מתבצעת בהסכמה ומתוך רצון חופשי.⁶⁴ הטעם המרכזי לכך בעיניי הוא מסגרת הדיון בבית המשפט, שהתנהל בעיקר על שאלת יחסה של המדינה למיעוט החרדי בקרבה ולאורחות חייו ולא לחובתו של הגוף הפרטי לנקוט שוויון כלפי המינים. אין זו אלא שגם כאשר מצויה באמתחתו של בית המשפט חקיקה המטילה חובה מוגברת על גופים פרטיים, העדפתו המובהקת היא לדון בנושאים אלה דרך הפריזמה המסורתית של חובות הפיקוח והאחריות המוטלות של המדינה, ולא בדרך של חובותיהם הישירות של הגופים הפרטיים עצמם. אם במקרים שבהם אכן מדובר במצב שבו החוק עוסק במישרין, ברור שידה של החקיקה לא תושיע כאשר המקרה הנדון לא ייכנס כלל בגדרה.

(2) מודל "התחולה העקיפה"

כפי שראינו לעיל, חקיקה נקודתית, הקובעת את תחולתן של נורמות חוקתיות על גופים פרטיים היא אפיק אפשרי, אם כי מוגבל בהיקפו ובכוחו, להחלת נורמות חוקתיות על הסקטור הפרטי. ניסיון נוסף, מעניין וחשוב, להכפפת הסקטור הפרטי לנורמות חוקתיות גורס כי החובה להגן על זכויות האדם שנקבעו במשפט החוקתי מתקיימת לא רק כאשר

ברשות המבצעת) משיתוף פעולה עם קבוצת הלחץ. המשמעות שיש לייחס להענקת כלים נוספים בידי הציבור, שההתדלדלות בכוחו לעצב את המרחב הציבורי היא עקיבה, היא אפוא רבה במיוחד. במובן זה, המשפט בצורתו הנוכחית, ובפרט כאשר לדיכויטומיה המלאכותית בין פרטי לציבורי ככל שזו משמשת סיווג אפריורי לתובענות פוטנציאליות, משמר את מראית העין של שלטון החוק בלבד, אך איננו מקיים את עקרונותיה המהותיים של הדמוקרטיה. למעשה, מרחב החסינות המוענק על ידי המשפט לגופים גדולים ומשפיעים, רק משום שהם מכונים "פרטיים", מונע מהפרטים האחרים בחברה את זכותם הבסיסית לעצב באופן דמוקרטי את חייהם ולהשפיע על האופן שבו יוגדר הטוב המשותף (דיוויד קורטן כשהתאגידים שולטים בעולם (2005)).

62 לניתוח מצוין של תופעת ההפרדה באוטובוסים כמקרה של אפליה ראו מאמרה של נויה רימלט "הפרדה בין גברים לנשים כהפליה בין המינים" עלי משפט ג 99 (2004).

63 החוק אמנם מחריג בס' 3(ד) את החובה לנהוג בשוויון במקרה של הפרדה בין גברים לנשים מטעמי אמונה דתית. עם זאת בית המשפט קיבל את קביעתה של ועדת לנגנטל שדנה בנושא וסברה כי חריג זה אינו מתקיים בעניין קווי המהדרין. ראו בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פסק דינו של השופט דניציגר (פורסם בנבו, 5.1.2011).

64 שם.

לגופי השלטון כי אם גם באשר לגופים פרטיים ביחסים שבינם לבין עצמם.⁶⁵ זאת מכוח תחולתן העקיפה של זכויות האדם הבסיסיות, או למצער חלקן, במשפט הפרטי.⁶⁶ מודל זה מכונה מודל התחולה העקיפה, ולפיו תחולתן של זכויות האדם המוגנות במשפט הפרטי איננה ישירה אלא מתבצעת באמצעות הדוקטרינות הקיימות במשפט הפרטי (כגון חובת תום הלב, תקנת הציבור וכד').⁶⁷ דוקטרינה זו ככלל איננה מקובלת בארצות הברית למשל, שבה לא ניתן לתבוע מגופים פרטיים עמידה בנורמות החוקתיות של זכויות אדם, שכן החובה להגן על זכויות אלה מוטלת על השלטון בלבד.⁶⁸ גם במשפט הבינלאומי החלתן של נורמות מוגברות מכוונת על פי רוב כלפי מדינות, ואיננה חלה ברגיל על הספירה הפרטית. עם זאת, בשנים האחרונות מתרבות הקריאות להחיל נורמות המחייבות

65 ברק "זכויות אדם במשפט הפרטי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 163, 169.

66 אהרן ברק מייחס את ההכרה הפורמלית בתחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי למהפכה החוקתית. על פי גישה זו, בשל נוסחם של חוקי היסוד, שלשונם איננה מגבילה במפורש את החובה לשלטון בלבד, זוכות הזכויות המנויות בחוקי היסוד למעמד חוקתי גם במשפט הפרטי. שם, בעמ' 163, 166–167. למסקנה זו השלכות באשר למעמדן של זכויות אחרות, שאינן מנויות בחוקי היסוד, ולפיכך לא ברור אם גם הן זוכות להגנה דומה, ולו בהיקף מצומצם, במשפט הפרטי.

67 לביקורת על גישה זו ראו פרנסיס רדאי, הסבורה כי בעוד שיש מקום להחיל נורמות של הגנה על זכויות אדם גם במשפט הפרטי, הדוקטרינה אשר באמצעותה מתרחשת ההחלה האמורה צריכה להביא בחשבון את יחסי הכוחות בין הפרטים השונים בחברה. רדאי טוענת כי החלה "ניטרלית" של עקרונות חוקתיים במשפט הפרטי משקפת גישה פורמליסטית-אינדיווידואליסטית של שוויון בין פרטים ואיננה מביאה בחשבון שיקולים של העדפה מתקנת, שהם הכרחיים להחלה נאותה של העקרונות האמורים. ראו רדאי, לעיל ה"ש 26. כן ראו גבריאלה שלו "השפעת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים" קריית המשפט א 41 (2001).

68 ההלכה בארצות הברית קובעת כי כדי שיהיה אפשר להחיל את הוראות החוקה על גופים פרטיים חייב להתקיים בפעולתם של גופים אלה אלמנט מכריע של "מעשה מדינה" (state action). כך, למשל, לא הוכר הוועד האולימפי האמריקני כאורגן של המדינה לצורך החלתה של דוקטרינת מעשה המדינה. ראו San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. U.S. Olympic Comm., 483 U.S. 522, (1987) 542–547, המצוטט אצל Dickinson, לעיל ה"ש 21. בדומה לכך, בית ספר פרטי שעסק בחינוך נערים בעלי קשיי הסתגלות חברתיים לא הוכר כגוף ציבורי אף על פי שפעל לפי חוזה מטעם המדינה, ואף על פי שפעילות חינוכית מסוג כזה נחשבת לפעילות ציבורית מובהקת. ראו Rendell-Baker v. Kohn, 102 S. Ct. 2764 (1982), המצוטט אצל Christopher Stone, *Corporate Vices and Corporate Virtues: Do Public/Private Distinctions Matter?*, 130 U. PA. L. REV. 1441, 1484 (1982). חריג בולט לקו המחשבה האמריקני בעניין זה מצוי בחוק ה־ Alien Tort Claims Act (ידוע גם בכינויו Alien Tort Claims Act), המקנה לבית המשפט הפדרלי בארצות הברית סמכות לדון בטענות של אזרחים זרים להפרות זכויות אדם שביצעו תאגידים אמריקניים. עם זאת לדוקטרינת ה־state action תפקיד חשוב גם בדיונים בפני בית המשפט האמריקני במסגרת תביעות המתבררות בפניו לפי חוק זה. ראו Ratner, לעיל ה"ש 3, בעמ' 450. לדיון בדיון בארצות-הברית מתוך מבט חוקתי השוואתי ראו Stephen Gardbaum, *The Horizontal Effect of Constitutional Rights*, 102 MICH. L. REV. 387 (2003).

הגנה על זכויות אדם גם על גופים לא מדינתיים, ובהם תאגידים רב-לאומיים.⁶⁹ כך טוען קלאפהאם (Clapham), הקורא להחלת זכויות אדם גם כלפי תאגידים, והסבור כי החלה כאמור של חובות תובעניות יותר כלפי תאגידים תחייב שינוי מחשבתי באופן שבו אנו תופסים את הדיכוטומיה בין פרטי לציבורי:

This paradigm shift, from what has been an exclusively state-centric approach to HR protection, also means that our appreciation of the traditional importance of the boundary between public and private may need adjusting [...] we cannot pretend that the public/private distinction is a pre-ordained static border. It is closer to a battleground, with ideological forces wishing to shift the frontlines in order to consolidate their gains.⁷⁰

הפסיקה בישראל קיבלה עמדה זו באופן חלקי בלבד,⁷¹ והיא מחילה את זכויות האדם החוקתיות כלפי פרטים באופן ספורדי.⁷² ואולם, גם התפתחות זו, לעבר יישומו של מודל התחולה העקיפה, הגם שהיא בהחלט רצויה, איננה מביאה לפתרון כולל של בעיית התחולה של נורמות אחריות מוגברת על גופים במשפט הפרטי. הטעמים לכך הם שלושה: ראשית, גם בשעה שבתי המשפט מחילים עקרונות של המשפט החוקתי במשפט הפרטי, חשוב לשים לב לכך שנקודת המוצא להחלתה היא הפוכה מזו שבמשפט הציבורי: במשפט הציבורי חלות נורמות האחריות המוגברת על פעולתה של הרשות

69 לדיון בסוגיות אלה במשפט הבין-לאומי ראו CLAPHAM, לעיל ה"ש 18, וכן Ratner, לעיל ה"ש 3. בהקשר הישראלי-פלסטיני ראו דנה וייס אחריות תאגידים לזכויות אדם: מקרי מבחן של פעילות עסקית ברצועת עזה (חיבור לקבלת תואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 2009).

70 ANDREW CLAPHAM, HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS OF NON-STATE ACTORS 1 (2006).

71 ראו למשל דברי השופטת ארבל ברע"א 11925/05 לוי נ' וייס (פורסם בנבו, 25.5.2006), שלפיהם היקף התחולה של זכויות האדם במשפט הפרטי שנוי במחלוקת. חוקרים אחדים סבורים שמעמדן של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי עדיין רופף ומשקף התלבטות אמיתית באשר לדין הראוי. לעמדה זו ראו למשל קרן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 269, 272; דפנה ברק-ארוז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" קריית המשפט ח 11 (2009). לדיון באשר לתחולתו של עקרון השוויון במשפט הפרטי ראו קרן-פז, לעיל ה"ש 61, כהן-אליה "חירות ושוויון", לעיל ה"ש 31. עם זאת קיימים בפסיקה גם קולות פרוגרסיביים יותר, המצדדים בהחלת נורמות חוקתיות גם על גופים פרטיים. ראו למשל רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (פורסם בנבו, 16.11.2011): "תפישת זו, כי גופים, אף אם בבעלות פרטית, הפועלים במרחב הציבורי, כפופים לשיח זכויות האדם, הינה תפישה בעלת עיגון עמוק בשיטת המשפט הישראלית, ומוצאת את ביטוייה בשלל חובות המוטלות על גופים שכאלה [...] אף מבחינה תיאורטית משקף החוק את ההבנה כי במציאות בה חלקים נכבדים מחיי היום-יום של הפרט מושפעים על ידי מוסדות אזרחיים, תיחום הזכות לשוויון רק למוסדות בבעלות המדינה משמעותו שימור מציאות מפלה בפועל".

72 ברק-ארוז וגלעד, לעיל ה"ש 71.

אלא אם סויגו במפורש, ואילו במשפט הפרטי מוטל הנטל להוכיח כי נתקיימו נסיבות המחייבות את החלתן של נורמות כאמור, על הפרט המבקש הגנה.⁷³ מטעם זה, עצם הסיווג של גוף מסוים כגוף הפועל במשפט הפרטי משמש בפעמים רבות מחסום אפשרי מפני תובענה הבוחנת את השלכות התנהגותו של הגוף האמור על המרחב הציבורי; שנית, עקרונות ההגנות הקיימים במשפט הפרטי, כגון חובת תום הלב או תקנת הציבור, מתפרשים בבתי המשפט בצמצום לעומת החובות הנשאים מן המשפט הציבורי, כגון חובת ההגנות, למשל.⁷⁴ כך עשוי בית המשפט להימצא חסר כלים אפקטיביים בבקשו להחיל חובת הגנות על גוף פרטי שעה שזו נסמכת על הפרשנות הקיימת כיום באשר לחובות האחריות שגובשו במשפט הפרטי.⁷⁵ בנוסף, גישת התחולה העקיפה תלויה לעתים בקיומם של מנגנונים קונקרטיים במשפט הפרטי שיוכלו לשמש כלי בידי בית המשפט בכל מקרה ומקרה. כך, גם אם המקרה עצמו יצדיק בעינינו התערבות שיפוטית, לא בטוח כלל שמנגנונים אלה יהיו זמינים. נכון אמנם שהחלתם של עקרונות תום הלב או תקנת הציבור אפשרית באופן בלתי תלוי בקיומם של מנגנונים קונקרטיים (באמצעות שימוש בסעיף 61(ב) לחוק החוזים). עם זאת, בעוד השימוש בעקרונות אלה בידי בית המשפט עשוי בהחלט לרכז את התוצאה, ולהטיל חובות מסוימות על הגוף הפרטי, לא בטוח כלל שהם כלי חזק מספיק לתלות בו את מלוא היקפה של ההחלה העקיפה של חובות חוקתיות על גופים פרטיים;⁷⁶ שלישית, גישת התחולה העקיפה של זכויות אדם מוגבלת להחלתן של זכויות אדם בלבד, ואין בידה לסייע במקרים שבהם התנהגותו של הגוף הפרטי פוגעת באינטרס ציבורי שאיננו עולה כדי זכות מוגנת.

דוגמה לקוצר ידו של מודל התחולה העקיפה במקרים שאינם עולים כדי פגיעה בזכות חוקתית, אך הם בעלי השפעה ניכרת על המרחב הציבורי, היא פרשת שופרסל:⁷⁷ המערער, דוד ביבס, הועסק בחברת שופרסל ופוטר לאחר שנחשד בעבירה פלילית וזוכה. ביבס טען כי פיטוריו היו שלא כדין, ומשום כך יש להחזירו לעבודה או לחלופין לשלם לו את כל משכורותיו מיום פיטוריו. בית הדין הארצי לעבודה דחה את טענותיו. דעת הרוב, שנכתבה מפי השופט אדלר, סברה כי היות שמדובר במעסיק פרטי, אין להחיל עליו את החובות המוטלות על מעסיק ציבורי.⁷⁸ לשיטתו של אדלר, כאשר מדובר במגזר

73 נקודה זו נשענת על ניתוח שערך קרן-פו ביחס לתחולתה של חובת השוויון, ראו קרן-פו, לעיל ה"ש 61, בעמ' 548.

74 ברק-ארו "תחומי גומלין", לעיל ה"ש 25, בעמ' 111.

75 כך למשל פורשה החובה לנהוג בתום לב בדיני חוזים כחובה המטילה בעיקר דרישה ליושר ולא כדרישה המטילה חובת הגנות מלאה ואובייקטיבית. ראו שם.

76 לניתוח כאמור של מגבלותיו של הדין הקיים בהחלת חובת השוויון בעניין נעאמנה ראו ברק-ארו וגלעד, לעיל ה"ש 71, בעמ' 24.

77 עניין שופרסל, לעיל ה"ש 9.

78 "במגזר הפרטי התפתחה ההלכה בסוגיית אכיפת יחסי עובד-מעביד [...] הותוותה הלכה חדשה, ולפיה יוענק סעד אכיפה מקום שבו מעשה הפיטורים הפר זכויות חוקתיות של העובד. כך,

הפרטי, וכאשר מדובר בהתנהגות של המעביד שאיננה עולה כדי הפרת זכות חוקתית של העובד, "יש מקום להעניק למעסיקים הפרטיים יתר גמישות ולהתחשב בפרוגטיבה של הנהלות מפעלים לפטר עובד שאבד להן האמון בו ולפעול לקידום ולשמירה על המשמעת במפעל".⁷⁹ לעומת עמדתו של אדלר, סברה השופטת ברק כי יש לקבל את הערעור. מפסק דינה של ברק עולה כי לסיווג האפריורי לפרטי ולציבורי אין בעיניה משקל רב, וכי יש לאזן את השיקולים לגופו של עניין.⁸⁰ כך, קבעה ברק, כי "על בית-הדין, בשיקוליו אם להצהיר על בטלות הפיטורין או להסתפק בפסיקת פיצויים, כאשר מדובר בכל מעביד שהוא, לעשות את האיזון הנכון בכל מקרה. יש להביא בחשבון את מהות המעביד, את נימוקי הפיטורין, את העובדה שהפסד מקום עבודה הוא בדרך-כלל תופעה קשה לעובד, את גילו של המפוטל ואת סיכוייו של המפוטל למצוא עבודה מתאימה למיומנותו".⁸¹ ברק מוסיפה כי יש "לתת לעובד ביטחון בעבודה באופן שפרנסתו ופרנסת משפחתו, כמו גם האפשרות של עובד להיות בעל תעסוקה לשם סיפוק צרכיו הנפשיים והרוחניים, ולא רק החומריים, יקבלו הגנה ראויה".⁸² אף על פי שדעת הרוב מקבלת אפוא את מודל התחולה העקיפה וסבורה כי יש להחיל גם על מעסיקים מן המגזר הפרטי את החובה שלא לפגוע בזכויות חוקתיות של העובד, לא היה בכך די כדי להבטיח שהמערער יוחזר לעבודתו. מובן שיש חשיבות רבה לתחולתן של זכויות חוקתיות גם במשפט הפרטי, ונכונותו של בית המשפט להכיר בהן חשובה מאוד. ואולם, גם לפרקטיקות ההעסקה והפיטורין, גם אם אינן עולות כדי זכות חוקתית, יש השפעה ניכרת על המרחב הציבורי (השפעה שיש להניח כי היא עולה על ההשפעה של ההעסקה בגופים הציבוריים). פגיעה זו בעובד, וההשפעה שיש לפרקטיקת הפגיעה הזו על המרחב הציבורי בכלל, אינן באות על פתרון בפסק הדין של הרוב. ממקרה שופרסל ברור אפוא כי לא די במודל התחולה העקיפה כדי להבטיח סיטואציות שבהן לא הופרה זכות חוקתית, אך הפגיעה הניכרת בעובד שרירה וקיימת.

בפסקי-הדין בפרשות תחנות והורן את ליבוביץ נאכפו יחסי עבודה כשהתברר כי העובדים פוטרו בגין הצטרפותם לארגון עובדים, פעילותם בו והשתתפותם בשביתה. לשון אחר, העובדים הוחזרו לעבודה כאשר הופרה זכותם לחופש ההתאגדות [...] מה היא אפוא דרך המלך בסוגיית אכיפת יחסי עובד-מעביד במגזר הפרטי? בפסיקה שבה נדונה אכיפת יחסי עובד-מעביד בחברות ממשלתיות נפסק כי במקרה של פיטורים בניגוד להסכם קיבוצי הכלל הוא מתן סעד של פיצוי כספי, ולא של השבה לעבודה". שם, בעמ' 500 (ההדגשה הוספה – ר"ק).

79 שם.

80 עם זאת קבעה השופטת ברק כי יש לראות בשופרסל גוף דו-מהותי, שם.

81 שם, בעמ' 496 (ההדגשה הוספה – ר"ק).

82 שם.

3. תאוריית הבחירה הציבורית (Public Choice Theory)

אפיק נוסף להחלתן של נורמות אחריות מוגברת על תאגידים פרטיים מבוסס על תאוריית הבחירה הציבורית (Public Choice Theory). תאוריה זו מבקשת להתחקות, באמצעות שימוש בכלים מתחום הכלכלה, אחר הליכי קבלת ההחלטות במרחב הפוליטי, והיא מדגישה את העובדה שתהליכי קבלת ההחלטות הדמוקרטיים בעידן המודרני נתונים ללחצים רבים מצדן של קבוצות אינטרס שונות, המצויות במוקדי כוח ייחודיים.⁸³ לחצים אלה מובילים לכך שההכרעות המתקבלות במנגנונים הדמוקרטיים (ברשות המחוקקת וברשות המבצעת כאחד) משקפות לעתים מזומנות את האינטרסים של קבוצות לחץ אלה, וכי אינטרסים אלה אינם עולים בקנה אחד עם האינטרס הציבורי הכללי. על מנת להתגבר על קושי זה, מציעה גישת הבחירה הציבורית לראות בביקורת השיפוטית את זירת הפיקוח על פעילותן של המסגרות הדמוקרטיות האחרות. תפקידו של בית המשפט הוא להבטיח כי האינטרס הציבורי "יאוזן מחדש" לתוך ההכרעה הסופית, במקרה שההחלטה המקורית התקבלה בשל לחצים חיצוניים. המשפט המנהלי מאפשר לצקת תוכן נורמטיבי למסגרת מפקחת זו. ברוח דברים אלה, מציע איל בנבנישתי לחייב גופים פרטיים מסוימים בחובות מן המשפט המנהלי, וזאת כאשר אפשר להתחקות אחרי "עסקה" כלשהי שנעשתה בין השלטון לגוף הפרטי, ושלפיה קיבל התאגיד מידי המדינה שליטה בנכס כלשהו או בתחום פעילות מסוים, ולציבור יש עניין מיוחד בהפעלתו התקינה.⁸⁴ בנבנישתי מציין כי למרות הקושי להוכיח קיומה של עסקה כאמור יהיה אפשר להסיק ככל שמעמדו של הגוף קרוב יותר למעמדו של מונופול, או ככל שהפעילות שבה הוא עוסק היא פעילות חיונית. במקרים כאלה תגבר הדרישה מהגוף הפרטי לפעול על פי דרישות המשפט המנהלי.⁸⁵ יתרונה המובהק של גישה זו, הוא בכך שהיא מכירה במלאכותיות שבהבחנה בין פעילות "שלטונית" לבין פעילות "פרטית" בעידן הנוכחי, וכי גם על המשפט להכיר בעמימות זו, ולאפשר את החלתן של נורמות תובעניות יותר גם כלפי גופים פרטיים.

ואולם, למרות יתרון זה, דומה שגם גישה זו איננה מספקת מענה מקיף לבעיה. ראשית, המסגרת התאורטית של גישת הבחירה הציבורית כתפיסה המושתתת על תפיסות נאו-ליברליות ושמרניות (והרואה לכן בהליך הדמוקרטי "הליך שוקי", שהשחקנים נושאים ונותנים במסגרתו על הטובין החברתיים שיגולמו בחקיקה או יודרו ממנה) איננה רגישה די הצורך לפרמטרים אחרים של ההליך הדמוקרטי, ובהם קידום פוזיטיבי של ערכים כגון צדק חלוקתי, שוויון ועוד. כך, בהדגישה את כוח המיקוח השונה של הצדדים

83 לדין בתאוריית הבחירה הציבורית, התפתחותה ומגמות בהקשר זה ראו באופן כללי JAMES BUCHANAN & ROBERT TOLISSON, THE THEORY OF PUBLIC CHOICE (1972).

84 בנבנישתי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 32.

85 שם, בעמ' 32–33.

בלבד, כוח שיש לאזנו לעתים על מנת לאפשר תוצאה הוגנת, מתעלמת גישה זו הן מהמבנה העמוק של השוק, המוטה לטובת הסדר הקיים, והן מתוכנן של הפרקטיקות הפרטיות והשפעתן על המרחב הציבורי: אם ההליך מאוזן מבחינת יחסי הכוח בין הצדדים, הוא תקין. ואולם, חלק לא מבוטל מן העצמה המבנית של התאגידים משפיע לא רק על תוצאתו הסופית של "המשחק הפוליטי", אלא על עצם היכולת לגבש את תפיסת האינטרס הציבורי מראש. הטיה מובנית זו באשר לעצם הגדרתם של גבולות השיח והשפה, הופך את גישת "השוואת הלחצים" של תאוריית הבחירה הציבורית לבלתי מספקת. בנוסף, גישת הבחירה הציבורית אינה מביאה בחשבון כי לא תמיד יחסי הכוח בין הקבוצות השונות הללו גלויים, וכי לא תמיד יש בכוחו של ההליך השיפוטי לחשוף את מגוון האינטרסים שהולך לקבלת החלטה מסוימת ולא להחלטה אחרת. משכך, יקשה על בית המשפט לאזן את הלחץ של קבוצות האינטרס החזקות, שכן לא תמיד יש בידו היכולת לפענחן.

קושי נוסף במודל שמציע בנבנישתי נובע מן הדרישה לקיומה של עסקה – פורמלית או לא פורמלית – בין השלטון לבין התאגיד, שלפיה התקיימה (להלכה או למעשה) העברתם של טובין או של תחום פעילות מסוים מן הרשות אל הגוף הפרטי. הקושי טמון בכך שדרישה זו איננה מקיפה את מכלול המקרים שבעטיים מתעורר הצורך להחיל נורמות מוגברות על גופים פרטיים. כך, למשל, "עקרון ההרחבה" המוצע במקרים שתוארו לעיל לא יוכל לסייע לעניין הדרת נשים משלטי חוצות, או אפילו לעניין "קווי המהדרין". זאת משום שבמקרים אלה ההכרח להחיל חובות מוגברות על הגופים הפרטיים המעורבים נובע לא מקיומה של "עסקה" מפורשת או משתמעת בין הרשות לגוף הפרטי, או מטיבה של הסמכות המופעלת על ידי הגוף הפרטי כשלעצמה, אלא ממידת ההשפעה שיש לפעילות זו על עיצוב המרחב הציבורי. אכן, דומה שהצעתו של בנבנישתי נועדה להתמודד עם התופעות המטרידות של ההפרטה על גווניה השונים (אצילת סמכויות, שימוש בגופים פרטיים למטרות ציבוריות וכד'), יותר מאשר עם תופעת הגופים הפרטיים במובהק, שיש להם השפעה מכרעת על חיינו, גם אם זו איננה נובעת משימוש בסמכות שהייתה שמורה בעבר למדינה.⁸⁶

דוגמה לקוצר ידה של גישת הבחירה הציבורית בהתמודדות עם כשלים מבניים של יחסי הכוחות, היא היעדר האפשרות להשתמש במודל זה לצורך הטלתן של חובות המגלמות הפנמה של עלויות התנהגותם (להבדיל מפרקטיקות מקובלות של החצנת עלויות המאפיינות את ההתנהלות התאגידית במקרים רבים) על גופים אלה. בפרשת דובק⁸⁷ יש כדי להדגים את הקושי האמור. בעניין דובק עתרה עיריית חיפה לבית המשפט כדי לחייב את יצרניות הסיגריות, ובהן חברת "דובק", לשאת בעלויות האכיפה שהטיל

86 בנבנישתי מדגיש כי "נדחקה אל שולי הבימה התופעה המקבילה של פעולה שלטונית באמצעות או תוך הסתייעות בגופים פרטיים, חיצוניים מבחינה מוסדית למערכת השלטונית". שם, בעמ' 28.

87 ת"א (מחוזי חי') 740/04 עיריית חיפה נ' דובק בע"מ (פורסם בנבו, 7.5.2005) (להלן: עניין דובק).

חוק הגבלת העישון במקומות ציבוריים, התשמ"ג-1983, על העירייה. החוק האמור אוסר על אדם לעשן במקומות ציבוריים וכולל, בין היתר, עישון ברכבת, בבית קפה או במסעדה (למעט בחלק המיועד לכך), בבנקים ובמקומות עבודה. לטענת העירייה, יצרניות הסיגריות אחראיות לנזקים הבריאותיים הנגרמים לציבור המעשנים והמעשנים הפסיביים, באשר העישון הסביל (הפסיבי) חושף גם את הלא-מעשנים לרמת סיכון גבוהה לחלות במחלות קשות. כרשות מקומית מוטלת על העירייה חובה חוקית ומוסרית להפעיל את סמכותה לאכוף את חוק הגבלת עישון. על יצרניות הסיגריות, כמי שאחראיות לנזקי העישון, לשאת בעלות הפיקוח והאכיפה של חוק הגבלת עישון. לשיטתה של העירייה, באמצעות הצבת פקחים המוסמכים להטיל קנסות על מעשנים במקומות ציבוריים תמנע העירייה את יצירת הנזק עוד לפני שנגרם. לכן, על העירייה להטיל את מומן ההוצאה על יצרניות הסיגריות.

בית המשפט דחה את תביעת העירייה, והתייחס לטענת העירייה שלפיה על יצרניות הסיגריות לשאת בנטל, כאל הטלת מס: "אם נקלף את התביעה ממחלצותיה נמצא, שהעירייה מבקשת להטיל על המבקשות מעין מס/היטל/אגרה שלא על פי דין, וכבר שנינו ולמדנו, בבחינת מושכלת יסוד של שלטון החוק, שאין מטילים מס או היטל ללא סמכות מפורשת בחוק".⁸⁸ בית המשפט מניח אפוא כי החובה להגן על הציבור מנזקי העישון הפסיבי איננה מוטלת על כתפי יצרניות הסיגריות (אף על פי שמדובר בהשלכה ישירה של השימוש במוצר שאותו הן מייצרות). בית המשפט מוסיף וקובע כי מאחר שהעישון עצמו איננו אסור בחוק, ומאחר שחוק איסור עישון במקומות ציבוריים מופנה לציבור המעשנים, אין מקום להטיל, יש מאין, את החובה להידרש לנזקי העישון הפסיבי על יצרניות הסיגריות.

הדיון בבית המשפט נערך למעשה בחסות ההבחנה בין פרטי לציבורי, גם אם לא נקט לשון זו במפורש, שכן הדיון מניח שקו הבסיס שביחס אליו יש לבחון את מערך החובות והזכויות הוא כזה שעל הרשות הציבורית לבדה מוטל הנטל לדאוג לאינטרס הציבורי. ההנחה המובלעת של בית המשפט היא שהחובה להפנים את העלויות הכרוכות בנזקי העישון הפסיבי איננה מוטלת על יצרניות הסיגריות, וכי ניסיון לטעון לאחריות לנזקים שהן גורמות הוא למעשה "הטלת מס". כך, קבע בית המשפט, כי "אין הרשות המקומית מוסמכת 'לגלגל' על הציבור, או על חלק מסויים ממנו, לשאת בעלויות הכרוכות בביצוע מטרותיה".⁸⁹ אולם לאור העמדה המיוחדת שיש ליצרניות הסיגריות באשר לעיצוב המרחב הציבורי (ויעיד הצורך בחוק הגבלת נזקי העישון הנובע מהמוצר שאותו הן משווקות), יש מקום לסבור כי עמדה מיוחדת זו מחייבת אותן – גם כגוף פרטי – לשאת בעלויות הכרוכות בפעילותן. בהקשר זה, זניחת ההבחנה בין פרטי לציבורי לצורך סיווגה האפריורי של מערכת החובות והזכויות הנובעת ממצב דברים מסוים, עשוי היה להוליך

88 שם, פס' 5.

89 שם.

למסקנה שונה. מסגור אחר של הדיון עשוי היה לאפשר הצבה שונה של אותו קו בסיס, שביחס אליו נבחן מערך הזכויות והחובות במקרה זה, ולאפשר החלת הנורמות המוגברות על חברת הסיגריות, שיוליכו להפנמת העלויות שהיא מטילה על החברה.⁹⁰ המקרה האמור מדגים כי כאשר הקושי טמון במבנה העומק של תפיסת מערך החובות והזכויות הנובע ממצב עניינים מסוים (ולא מכוח מיקוח רב גרידא, המצוי בידי קבוצת כוח זו או אחרת), אין בידה של גישת הבחירה הציבורית להושיע. בית המשפט מתקשה לאבחן מצבים כאלה כמצדיקים התערבות, שכן חוסר השוויון הגלום בהם איננו נקודתי, אלא נוגע להטיות המובנות של הסדר הקיים. החלוקה המורשת לפרטי ולציבורי משמשת כלי חשוב בחוסר היכולת של בית המשפט לאבחן את הסיטואציה העומדת בפניו ככזו המיטיבה עם גוף פרטי רב עצמה, המטיל את עלויות הפעילות שלו על הציבור. ההצעה לזנוח את הסיווג האפריורי לפרטי וציבורי כקטגוריות מוצא לדיון, ולהשתמש בפרמטר המתחקה אחר מידת ההשפעה שיש לפעולה הפרטית על עיצוב המרחב הציבורי כאמת מידה מרכזית להחלת נורמות מוגברות של אחריות, נועדה להתגבר על קשיים אלה.

4. משפט רך: אחריות חברתית של תאגידים

תגובה נוספת של המשפט לשינויים ביחסי הכוח בין המדינה לתאגידים הגדולים היא התפתחותו המואצת של תחום "האחריות החברתית של תאגידים" (CSR), באקדמיה ובעולם העסקי כאחד.⁹¹ בשנים האחרונות ניצבת שאלת אחריותם החברתית של

90 הדיון שערך בית המשפט במסגרת עילת עשיית עושר זהה במבנהו לדיון הכללי: בית המשפט קובע כי יצרניות הסיגריות לא "קיבלו" טובת הנאה ולא נהנו מחיסכון בהוצאות, שהרי הסמכות והחובה לאכוף את החוק להגבלת עישון במקומות ציבוריים אינה מופנית כלפיהם. מכירת סיגריות כשלעצמה אינה אסורה בחוק, והאיסור לעשן במקומות ציבוריים אינו מופנה אל המבקשות אלא למעשן. לכן, לא ניתן להצביע על "הטבה" שקיבלו המבקשות כ"זוכה" ולא ניתן לראות בעירייה "מזכה". זהו דיון המניח את המבוקש: סרטוט מערך החובות והזכויות הנובעות מחקיקת החוק, בהנחה שאין ליצרניות הסיגריות, כגוף פרטי, חובה למנוע את ההשפעות השליליות של התנהלותן, חובה המוטלת על הרשות הציבורית המחויבת – והיא בלבד – לשקול את האינטרס הציבורי בפעילויותיה.

91 ראו למשל את המאמרים שפורסמו בנושא זה ב-Harvard Business Review בעשורים האחרונים, ובראשם את מאמרם המשפיע של פורטר וקרמר: Michael E. Porter & Mark R. Kramer, *Creating Shared Value*, 2011 HARV. BUS. REV. 62. יש המייחסים לכתב עת זה חלק משמעותי בפיתוח התחום. ראו גם Rami Kaplan, *The Post-war Origins of the "Corporate Social Responsibility" Framework: A Case of Elite Defensive Reinstitutionalization* (2012) (Unpublished manuscript) (on file with the author); בנוסף, תכניות רבות להוראה ומחקר בתחום ה-CSR הוקמו בבתי ספר לניהול ברחבי העולם, כולן בעשור האחרון. לסקירת השינויים הללו ראו רונית דוניץ-קידר ועופר סיטבון "חינוך לאחריות חברתית של תאגידים כאתגר גבולות המשפט" המשפט יז 297 (2012).

התאגידים במרכז סדר היום הציבורי במערב, והתפיסה שלפיה התכלית היחידה של החברה העסקית היא למקסם את רווחי בעלי המניות הולכת ונשחקת. את מקומה של תפיסה זו תופסת ההבנה כי על התאגיד לנהוג באחריות של ממש כלפי הקהילה שבתוכה הוא פועל. אחד המושגים המרכזיים במסגרת שיח האחריות התאגידית הוא תאוריית "מחזיקי העניין" (Stake-holders), הרואה במכלול הגופים והפרטים הבאים במגע עם החברה העסקית (ובהם העובדים, הנושים, הסביבה הפיזית כמו גם הציבור בכללותו) בעלי עניין בהתנהלותם של הגופים העסקיים, נוסף על בעלי המניות עצמם.⁹² לשינויים ניכרים אלה תרמה בין השאר שורה של התנהגויות פוגעניות במיוחד של תאגידי ענק, אשר תהליכי הגלובליזציה והשינויים הטכנולוגיים לא אפשרו לה להיות מחוץ ל"רדאר" הציבורי. המודעות הציבורית הגבוהה ביחס לפעילות זו והביקורת הנוקבת שנשמעה כלפיה, הוליכו לגיבושה של עמדה חדשה המצביעה על הצורך בריסון העצמה התאגידית. דרישה זו מתבטאת בין היתר בדחיפת התאגידים עצמם לפיתוחן של פרקטיקות וולונטריות של קבלת אחריות לפעולתם,⁹³ ובכללה אימוצם של קודים אתיים, פרסום דוחות של אחריות תאגידית, קרנות השקעה אתיות ותופעות של יזמות חברתית.⁹⁴ הטמעתו של שיח זה הובילה לקריאה רחבה להחלה תובענית של חובות כלפי תאגידים, הנשמעת בשנים האחרונות לא רק מארגוני החברה האזרחית אלא גם ממוסדות וארגונים בין-לאומיים, כגון מועצת הביטחון של האו"ם,⁹⁵ הפרלמנט האירופי⁹⁶ וכדומה. גם בישראל מקומן של יזמות כאמור אינו נפקד. חברות בישראל החלו מפרסמות דוח שנתי

92 לגישה זו במשפט הישראלי ראו בוקשפן המהפכה החברתית, לעיל ה"ש 32.

93 אחת הדוגמאות הבולטות בהקשר זה הוא המקרה של Nike, Inc. v. Kasky, 539 U.S. 654 (2003), שבו נתבעה חברת נייקי על כך שהתנהגותה לא הלמה את הצהרותיה בעניין מחויבותה לנושאי הגינות בהעסקה. דורין מקברנט מציעה לראות את המחויבות הוולונטרית מצד התאגידים כמקפלת בתוכה את רעיון "ההרשאה החברתית לפעול", שלפיו התאגידים, בפעולתם החברתית, מצייתים למעשה למכלול של תמריצים והבנות חברתיות, התובעים מהם עמידה ברף התנהגות מסוים המצוי מעבר לדרישות החוק. ראו Doreen McBarnet & Patrick Schmidt, *Corporate Social Responsibility Through Creative Enforcement: Human Rights, the Alien Tort Claims Act and the Limits of Impunity*, in THE NEW CORPORATE ACCOUNTABILITY (Doreen McBarnet, Aurora Voiculescu & Tom Campbell eds., 2007).

94 לדיון בקודים וולונטריים ראו עלי בוקשפן ואסא כשר "אתיקה בחברות עסקיות: שיקולים משפטיים ומוסריים" משפט ועסקים ב' 159 (2005); למחויבויות המוצהרות של חברות מובילות בישראל בעניין אחריות תאגידית, ראו זה כן העסק שלנו: אחריות חברתית של תאגידים בישראל (שרון אברהם-ויס ורוני וינר עורכים, המרכז האקדמי למשפט ועסקים, 2010) www.clb.ac.il/csr (להלן: זה כן העסק שלנו).

95 למשל בעניין יהלומי הדמים ראו Ratner, לעיל ה"ש 3, בעמ' 446.

96 ראו למשל יזמה לניסוחו של קוד התנהגות לחברות בינלאומיות הפועלות בארצות מתפתחות, והן בעלות פוטנציאל השפעה על זכויות אדם במדינות אלה. שם.

או דו-שנתי של אחריות תאגידית,⁹⁷ הוקם ארגון "מעלה" – ארגון ללא כוונת רווח, מיסודן של חברות עסקיות בישראל, שהוקם כארגון גג של עסקים המחויבים לניהול אחריות חברתית,⁹⁸ חברות אחדות החלו למנות מנהלי אחריות תאגידית, ובאתרי אינטרנט רבים של החברות הישראליות ישנה התייחסות מפורשת למחויבותן ל"אחריות תאגידית".⁹⁹

למרות התפתחויות חשובות אלה, ואולי אף בשל הערוצים המיוחדים שבהן התרחשו, אחד המאפיינים המרכזיים של השיח בעניין האחריות החברתית של תאגידים, בישראל כמו בעולם, הוא כי אחריות זו מצויה בספרה הלבן-משפטית, המכונה בספרות "מעבר לציות לחוק" (beyond compliance). התפיסה השלטת היא כי נורמות ההתנהגות המוגברות שבהן אנו מצפים כי התאגידים יעמדו, החורגות משיקולי רווח והפסד, הן נורמות המבוססות לא על הדרישות שמטיל עליהם המשפט, כי אם על ערכי מוסר מקובלים בחברה. ההנחה המקופלת בתפיסה זו היא שאת דרישות החוק, הנתפסות כדרישות סף, התאגידים מקיימים.

אחד הגורמים המרכזיים לתפיסת האחריות התאגידית כאחריות המצויה בספרה החוץ-משפטית הוא הקשיים המתעוררים באשר לאפקטיביות הרגולציה המדינתית. בעניין זה נדמה ששילוב המרכיב הגלובלי בהתעצמותם של התאגידים הגדולים מחד גיסא, עם היותו של המשפט מוסד מדינתי-טריטוריאלי מאידך גיסא, יוצר הטיה טבעית של השיח העוסק בהתמודדות עם העצמה הזאת לכיוונים של רגולציה א-מדינתית – וולונטרית או בין-לאומית. הטענה העומדת בבסיס הנחה זו היא הטענה שהיותו של המשפט מוגבל-מדינה הופכת אותו לכלי לא אפקטיבי בריסון כוחם של התאגידים. טענה זו מושמעת לא רק באשר למפגעים תאגידיים של איכות סביבה,¹⁰⁰ שמטבעם אינם מוגבלים לגבולותיה של מדינה אחת, אלא גם לנושאים אחרים המצויים בתחום התנהלותם של התאגידים, כגון יחסי העבודה, שרשרת העסקה, אתיקה צרכנית, יחס לקהילה ועוד. ניידות ההון והסחורות בעולם הגלובלי מאפשרת אפוא לתאגידים להיחלץ בקלות יחסית מתביעות משפט המדינה המבקשת להכביד עליהם את הרגולציה, ולעבור

97 לדוח ציבורי הסוקר את מצב האחריות החברתית בישראל ראו זה כן העסק שלנו, לעיל ה"ש 94.

98 מעלה מונה כיום מעל 130 חברות בישראל, ומנהלת, ביחד עם הבורסה לניירות ערך, את "מדד מעלה לאחריות חברתית". מדד זה מדרג את החברות הציבוריות בישראל לפי עמידה במדדי התנהלות

חברתית. ראו באתר הארגון: www.maala.org.il/he/home/a/main.

99 מקובל לטעון שההתפתחות של תחום האחריות התאגידית בישראל היא איטית יותר מאשר בעולם המערבי, וכי ישראל מפגרת הן בתפישת המשמעות של אחריות חברתית, והן ביישומה ביחס למדינות אחרות. לסקירה כללית של המצב בישראל ראו זה כן העסק שלנו, לעיל ה"ש 94; תמר ברקאי "אחריות חברתית של עסקים: ניאו-ליברליזם בתרגום ציוני" תיאוריה וביקורת 33, 45 (2008) theory-and-criticism.vanleer.org.il/NetisUtils/srvrutil_getPDF.aspx/q4p/%2F%2F33-3.pdf.

לאחריות תאגידית בעיקר בנושאי סביבה ראו "הענק וגנו", לעיל ה"ש 2, בעמ' 113–117.

100 שם.

אל מדינה אחרת אשר בה רף ההתנהגות הנדרש מהם בחקיקה נמוך יותר. מצב זה מתואר בספרות כ"מירוץ אל התחתית" (race to the bottom) דהיינו מדרון הידרדרות שבו מדינות נאלצות להמשיך ולהוריד את תביעותיהן ברגולציה כדי להתחרות במדינות אחרות ולהצליח למשוך אליהן משקיעים. עניין נוסף העולה בהקשר זה הוא חולשת מנגנוני האכיפה המדינתיים בשל מיעוט בתקציבים, או לעתים בשל מדיניות "רכה".¹⁰¹ תוצאת הקשיים הללו, כך נטען, היא כי רק אימוץ וולונטרי של קודים אתיים לאחריות מוגברת מצד התאגידים מחד גיסא, או רגולציה בין-לאומית מאידך גיסא, יוכלו להתמודד עם תופעת ההתעצמות התאגידית.

ואולם גם שני אפיקי רגולציה אלה – הוולונטרי והבין-לאומי – המצויים מבחינת המשפט הפוזיטיבי בתחום "המשפט הרך" – אינם מבטיחים במיוחד: הרגולציה הבין-לאומית מעוררת שאלות כבדות משקל של טעם לפעולה מצד המדינות.¹⁰² בעניינים כגון איכות סביבה, שרשרת העסקה או מיסוי, למשל, לכל שחקן מדינתי בזירה הבין-לאומית יש אינטרס כפול: מחד גיסא כל מדינה שואפת לכך שהמדינות האחרות יטילו קודים מחמירים של התנהגות על התאגידים הפועלים בתחומן, אך בה בעת מבקשת כל מדינה להנמיך במעט את הסטנדרט הנדרש כדי למשוך את התאגידים לפעול בתחומן שלהן. על פי רוב דילמות אלה אינן מובילות דווקא להכבדת הדרישות מצד המדינות אלא למירוץ האמור אל התחתית.¹⁰³ עניין נוסף המועלה בהקשר זה הוא הקושי הרב ביצירת שיתוף פעולה פורה ואמתי בין מספר גדול של מדינות, החלוקות ביניהן לא רק בהשקפת עולמן באשר לטיב הרגולציה הנדרשת ואופייה אלא גם במצבן הכלכלי, התרבותי והפוליטי, ברמת הריכוזיות שלהן ובמידת השפעת ההון על השלטון בתחומן.¹⁰⁴

גם הרגולציה הוולונטרית מעוררת קשיים רבים.¹⁰⁵ הטעמים לכך הם רבים: ראשית, הרגולציה הוולונטרית נתפסת פעמים רבות כתרגיל יחצני בלבד, הנעשה מן השפה אל

101 מחקרים מראים כי הליכי ההפרטה וכן פרקטיקות של "ממשל חדש" (הרואות חשיבות ברגולציה מתוך שיתוף פעולה ולא כמודל של שליטה) רופפו מאוד את שליטת המדינה בגופים הפרטיים. ראו Christine Chinkin, *A Critique of the Public/Private Dimension*, 10 EUR. J. INT'L. L. 387, 390 (1999). כן ראו הפניה ב"הענק וגנו", לעיל ה"ש 2, לדוח של עמותת אדם טבע ודין, שלפיו בתחומי איכות הסביבה יש ירידה בהיקף האכיפה, בה"ש 222–223 והטקסט הצמוד להן.

102 לדיון בשאלות אלה בתחום של מיסוי ראו Tsilly Dagan, *National Interests in the International Tax Game*, 18 VA. TAX REV. 363 (1998).

103 BRUNO GURTNER & JOHN CHRISTENSEN, TAX JUSTICE NETWORK, THE RACE TO THE BOTTOM: INCENTIVES FOR NEW INVESTMENT? (2008), www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Bruno-John_0810_Tax_Comp.pdf.

104 לתיאור הקשיים של בעיות האכיפה במשפט הבין-לאומי בנושאי איכות סביבה ראו "הענק וגנו", לעיל ה"ש 2, בה"ש 12.

105 נו לוגו, לעיל ה"ש 12. ראו גם דוניץ-קידר וסיטבון, לעיל ה"ש 91.

החוץ, ושנועד להציג כלפי הציבור חזות אחראית. זאת, בשעה שבפועל הפרקטיקות הנהוגות רחוקות מלשקף התנהלות אחראית מצד התאגיד.¹⁰⁶ קשה שלא לחשוב כי באופן טבעי יבחרו התאגידים לקבל על עצמם יעדים זולים יחסית או קלים לביצוע, ובוודאי כאלה שאינם עומדים לבחינה מדוקדקת של העין הציבורית.¹⁰⁷ קושי נוסף הוא בכך שהרגולציה העצמית (לפחות עד כה) מתאפיינת בדרך כלל בניסוח עמום מאוד של הנורמות הוולונטריות. בנוסף, היעדרם של מנגנוני אכיפה ופיקוח עצמאי נתפס כחלק מתרגיל מתוחכם שנועד לחמוק מרגולציה כופה יותר.¹⁰⁸ לפיכך מה שנדמה כצעד חיובי – ציפיות חברתיות גוברות מתאגידים לשקול שיקולים חברתיים ומוסריים – מתגלה כלא אפקטיבי מבחינת שינוי המצב בפועל.¹⁰⁹

לאור אלה, נדמה שאפיק המשפט המדינתי, גם אם אין ביכולתו לתת מענה הרמטי לקשיים של אפקטיביות הרגולציה, הוא עדיין אפיק משמעותי וחשוב: ראשית, בשל הקשיים הרבים שמתעוררים בכל אפיק פעולה אחר נדמה שדרך פעולה זו, של בחינת האפשרויות שמספק משפט המדינה, איננה מעוררת קשיים רבים יותר מכל דרך אחרת; שנית, המשמעות של ויתור על הפעולה המדינתית היא מרחיקת לכת מבחינת התפיסות שהיא משקפת: צעד כזה משקף ויתור על חלקן של הציבור בעיצוב המרחב הציבורי. הותרת אחריותם של תאגידים לרגולציה הוולונטרית משמעה למעשה קבלתה של הטענה שנגדה יוצאת מלכתחילה הקריאה להגברת האחריות, והיא שהתאגידים הגדולים הופכים לגוף אשר במסגרתו מתקיימות ההכרעות הציבוריות החשובות ביותר. למעשה, היא מהווה קבלה ללא תנאי של השיח הנאו-ליברלי, פוסט מדינת הרווחה, הרואה בעליית כוחם של התאגידים ובנסיגת כוחה של המדינה "נתון" מציאות שאין מהרהרים אחריו. המסקנה המתבקשת היא כי כל זמן שהתביעות המוצדקות לאחריות מוגברת גם כלפי גופים פרטיים יישארו "מחוץ למשפט", השפעתן – הסימבולית כמו גם והמעשית – לא תוליך ליצירת שינוי אמיתי.

106 על הפערים שבין הצהרה למציאות בתאגידים בישראל ראו זה כן העסק שלנו, לעיל ה"ש 94.

107 יש הטוענים כי קיימות סיבות עסקיות (business case) לאימוץ התנהגות אחראית על ידי תאגידים, ולכן כדי להצליח בעסקים יש לנהוג באחריות (doing well by doing good). ראו Amartia Sen, *Does Business Ethics Make Economic Sense?*, in *ETHICAL ISSUES IN BUSINESS: A PHILOSOPHICAL APPROACH* 244–251 (Thomas Donaldson, Patricia Hogue Werhane & Margaret Cording eds., 7th ed. 2002).

108 ראו דוניץ-קידר וסיטבון, לעיל ה"ש 91, וכן Kaplan, לעיל ה"ש 91.

109 Ronen Shamir, *The Age of Responsibilization: On Market-Embedded Morality*, 37 *ECON. & SOC'Y* 1 (2008).

5. סיכום ביניים: אזלת ידם של מכלול הכלים המשפטיים להחלת נורמות של אחריות על גופים פרטיים

מהמקובץ עולה כי למרות פיתוחן של דוקטרינות משפטיות כתגובה לשינוי ביחסי הכוחות בין התאגידים הגדולים למדינה ובין התאגידים לפרטים יחידים בחברה, כל אחת מן הדוקטרינות הקיימות כיום במשפט מספקת פתרון חלקי ומוגבל בלבד להתמודד עם האתגרים שמציבה המציאות הגלובלית. עם זאת, כדי להסיק כי יש צורך בשינוי רדיקלי, בכיוון הפתרון המוצע במאמר, יש להוסיף ולהראות כי המנגנונים השונים ממכלול אינם מספקים את רשת ההגנה הנדרשת בפני עצמתם הגוברת והולכת של התאגידים. אכן, ניתן לטעון כי סך האמצעים הקיימים כיום במשפט – חקיקה, דוקטרינת הגופים הדומהותיים, תחולת העקרונות החוקתיים במשפט הפרטי ואף התפתחותו של תחום האחריות התאגידית – יוצרים יחד רשת מצרפית מקיפה, המאפשרת החלת נורמות מוגברות גם על גופים פרטיים. רשת הגנה זו מייתרת, כך על פי הטענה, את הצורך בזניחת ההבחנה בין פרטי לציבורי ובמעבר להחלה עניינית של נורמות של אחריות.

תשובתי לטענה זו היא כפולה: ראשית, כפי שאראה מיד, גם רשת הכלים המצרפית, הגם שהיא משקפת התפתחויות חשובות ורצויות במשפט, איננה מסוגלת לספק את ההגנה הנדרשת בכלל המקרים שבהם מתעורר הצורך בהגנה כאמור. זאת בעיקר מהטעם שרשת ההגנה הנפרסת כיום על המשפט הפרטי מיועדת להתמודד בעיקר עם מצבים של פערי מיקוח בין פרטים בחברה, אך איננה ערוכה להתמודדות עם פערים מבניים ביחסי הכוחות, המקנים לגופים הפרטיים הפועלים במרחב הציבורי יתרונות החורגים משאלות של שוק משוכלל גרידא. כפי שאראה מיד, דוגמה לכך היא שוק ההון. שנית, גם אם המנגנונים הקיימים עשויים – כל אחד על פי העניין – להוליך במקרים לא מעטים לפתרונות סבירים, אין בכך די בעיניי: לזניחת ההבחנה בין פרטי לציבורי בהקשר הנדון כאן יש חשיבות לא רק כדי ללכוד ברשת המשפטית מקרים המגיעים לפתחו של בית המשפט, אלא גם כדי לשנות שינוי ניכר את האופן שבו אנחנו חושבים על עצם ההקצאה של אחריות בעולם של יחסי כוחות משתנים. שיח חדש כזה, שאיננו מבחין אפריורית בין גוף הפועל במשפט הפרטי לבין גוף הפועל במסגרת המשפט הציבורי, אלא בוחן לגופו של עניין מה טיבה של האחריות שיש לייחס לגוף על פי מידת השפעתו על המרחב הציבורי (ולאור המבחנים "בוני האחריות" שיוצעו בחלק האחרון של המאמר), לא רק יאפשר להטיל אחריות רטרואקטיבית על גוף כזה או אחר במקרה של פגיעה אלא גם יספק לידי המשפט, לידי הציבור ואף לידי השוק עצמו את הכלים לחשוב באופן אחר, ועמוק יותר, על שאלות של חלוקת אחריות במציאות המורכבת שבה אנו חיים. שיח האחריות המוצע במאמר הוא אפוא בעל משמעות טרנספורמטיבית וסימבולית כאחד: כוחו איננו טמון רק בהטלת אחריות על גוף זה או אחר במקרה כזה או אחר, אלא בכך שהוא מאפשר, ומעודד, את שינויה של מסגרת הדיון בהקצאת החובות והזכויות במרחב הציבורי. הערעור שמציע שיח חדש זה על המסגרות המשפטיות הקיימות עשוי, בתורו,

להוליד גם לפרשנות מחודשת, והולמת יותר את המציאות המשתנה, של הכלים המשפטיים הקיימים.

אחת הזירות המרכזיות שבהן מתקיימים פערים מבניים ביחסי הכוחות בין פרטים בחברה ואשר בה, על פי רוב, לא תעמוד לציבור גם רשת ההגנה המצרפית שתוארה לעיל, היא שוק ההון. אחת הפרקטיקות שקנתה לה שבת בהתנהלותן של חברות במשק הישראלי, נוגעת להתנהלותן של חברות הנרכשות בידי בעל שליטה יחיד באמצעות מינוף רב. סמוך לאחר הרכישה מעבירות החברות הללו לידי בעל השליטה בהן (אם בדרך של הפחתת הון החברה ואם בדרך נטילת הלוואה וחלוקתה כדיווידנד) את המימון שנדרש לו לשם מימון ההלוואות שבאמצעותן רכש את החברה.¹¹⁰ מהלך זה של מימון עסקת המינוף של בעל השליטה מכספי החברה הנרכשת זכה לקיתונות של ביקורת, הן באקדמיה והן בעיתונות הכלכלית, שכן שהוא פוגע ביציבותה ובחוסנה של החברה לאורך זמן ועלול לסכן את עתידה.¹¹¹ זאת משום שהפחתת הון החברה פוגע ישירות במשאבים העומדים לרשותה והנדרשים לה כדי לעמוד בהתחייבויותיה במהלך עסקיה. בעקבות זאת עלול להיפגע מעמדה בשוק, למשל בשל ירידה בדירוג האשראי של החברה, בדרישה לריבית גבוהה יותר מספקים, המסתכנים בכך שהחברה לא תוכל לפרוע את חובותיה, וכן בהתדרדרות מחיר המניה שלה. המשמעות הישירה היא פגיעה – לעתים אנושה – בבעלי העניין הקשורים בחברה, ובראשם העובדים, התלויים בחברה לפרנסתם, והציבור בכללותו, למשל בשל פגיעה בזכויות הפנסיה של הציבור, המושקעות בחברות אלה באמצעות המשקיעים המוסדיים. במשק הישראלי, הסובל מריכוזיות יתר, הפגיעה האפשרית מחריפה: בשל ריכוזו של כוח כלכלי עצום בידי מספר מצומצם של בעלי שליטה האוחזים בנתח מרכזי מהשוק (וכן בבעלות צולבת על מגוון לא מבוטל של שירותים, נכסים ומוצרים), ההשפעה של אותם בעלי שליטה על המרחב הציבורי בישראל חורגת אל מעבר לפגיעה האפשרית בחברה עצמה ובבעלי העניין הקשורים בה, ועשויה לטלטל חלקים נרחבים בציבור ואף את המשק הישראלי כולו.¹¹²

110 ראו למשל את רכישתן של בזק, פרטנר או אי. די. בי. על ידי אנשי העסקים אלוביץ, בן דב ודנקנר (בהתאמה), שבוצעה שלא באמצעות הון עצמי של הרוכש.

111 ראו למשל אירית חביב-סגל דיני חברות לאחר חוק החברות החדש כרך ב 641–645 (2005); עמירם גיל "דיני תאגידים כמסגרת לייצוג עובדים" עיוני משפט ל 575 (2008); גיא רולניק "להחזיר את שוק ההון לציבור, למשק ולחוסכים" *TheMarker* 30.6.2011 www.themarket.com/opinion/ 1.662635. עם זאת יש להדגיש כי הביקורת איננה מכוונת כלפי כל עסקת מינוף באשר היא, משום שעסקה כזאת יכולה להיות גם יעילה (וזאת משום שיש היגיון רב בכך שלא רק בעלי העושר, על פי חלוקת העושר הקיימת בחברה בכללותה ברגע נתון, יוכלו לקדם יזמות עסקיות הדורשות מימון רב). ראו חביב-סגל, שם, בעמ' 646–648.

112 לכוחם העודף של בעלי השליטה בשוק ההון הישראלי ראו אסף חמדני ריכוזיות השליטה בישראל: היבטים משפטיים (2009); ענת פייער ריכוזיות הבעלות על החברות הציבוריות – השוואה בינלאומית (משרד האוצר, אגף שוק ההון, ביטוח וחסכון, 2006). כן ראו את דוח בנק ישראל,

כדי לשנות מצב עניינים זה, שבו מרוכזות בידי בעלי השליטה בחברות הגדולות במשק – העושים בהן לקידום ענייניהם שלהם – עוצמה שיש בה כדי להשפיע על המרחב הציבורי השפעה מהותית, יש להחיל נורמות מוגברות של אחריות על התנהלותם. ואולם, בכוחו של המצב המשפטי הקיים אין לסייע: אף על פי שהמשפט מציע הסדרי חקיקה נקודתיים כדי להתמודד עם התופעות הללו, המציאות מראה כי חקיקה זו מוגבלת למדי, ובכל מקרה איננה מספקת מענה הולם להשפעה העצומה שיש לגופים אלה ולהתנהלותם, המכוונת להיטיב עם בעל השליטה על חשבון הציבור. כך, למשל, סעיף 303 לחוק החברות, קובע כי החלטת הדירקטוריון בדבר הפחתת הון וחלוקה חריגה של דיווידנדים כפופה לאישורו של בית המשפט. מטרתו של הסעיף היא למנוע פגיעה בציבור בעלי העניין באמצעות חלוקת דיווידנד חריגה. אולם המציאות מוכיחה כי אישור כזה ניתן לא אחת, בין היתר על בסיס מניפולציות חשבונאיות שמציגה החברה, המשקפות, לעתים בלי בסיס הולם במציאות, כי לחברה יש הון מוצק דיו לשם חלוקת דיווידנדים כאמור.¹¹³ גם דוקטרינת הגופים הדומהותיים איננה מסייעת: בהקשר של ההגנה על אינטרס הציבור בשוק ההון, היותם של הגופים המדוברים גופים פרטיים לכל דבר ועניין מונע, על פי רוב, את החלתן של נורמות מוגברות של אחריות על פעולותיהן, ומהווה מכשול של ממש בדרך ליצירת שינוי אמתי. בזירה מורכבת וריכוזית כשוק ההון קשה לצפות כי פרקטיקות של אחריות תאגידית יועילו אף הן. בהקשר של שוק ההון הישראלי, אם כן, הסדרי החקיקה הקיימים, כמו גם הדוקטרינות הקיימות במשפט להרחבת האחריות כלפי גופים פרטיים, אינם מספקים – יחד או לחוד – את ההגנה הראויה לאינטרס הציבורי. אכן, העובדה שהפרקטיקות המאפשרות לבעלי שליטה בחברות מרכזיות להשתמש בחברות לקידום האינטרסים האישיים שלהם הן פרקטיקות רווחות ומרכזיות במשק הישראלי, מעידה כשלעצמה על קוצר ידו של המשפט הקיים. נדמה אפוא שהשינוי הנדרש יתאפשר רק עם זניחת ההבחנה בין פרטי לציבורי כמסננת אפריורית, המונעת מראש את האפשרות להטיל אחריות גם על גופים

המצביע על כך כי קבוצות האחזקות הגדולות בישראל, השולטות בחלקים גדולים מהכלכלה, מתאפיינות במינוף פיננסי, ולכן גם ברמות סיכון גבוהות מאלה של חברות אחרות. בנק ישראל דין וחשבון 2011 (2012) www.bankisrael.gov.il/press/heb/120328/120328s.htm.
 113 ס' 303(א) לחוק החברות קובע כך: "בית המשפט רשאי, לבקשת חברה, לאשר לה לבצע חלוקה שלא מקיימת את מבחן הרווח, ובלבד ששוכנע שמתקיים מבחן יכולת הפירעון". מבחן יכולת הפירעון, המחליף על פי הסעיף את מבחן הרווח, הוא צר יותר ודורש אך להראות כי החברה תוכל לפרוע את חובותיה בעתיד. ריבוי המקרים שבהם אישר בית המשפט עסקה כאמור, ועם זאת הגיעו החברות המדוברות, תוך זמן לא רב, לחוסר יכולת לפרוע את חובותיהן במלואם, מעידה על אולת ידו של מנגנון זה בהגנה על האינטרס הציבורי. יש להדגיש עוד כי ככלל חלוקת דיווידנד איננה נתפסת כפעולה בניגוד עניינים, והיא איננה עסקה הדורשת קבלת אישורים מיוחדים כנדרש במקרים מסוימים בחוק החברות. הטעם לכך הוא כי חלוקת דיווידנד נתפסת כפעולה שכלל בעלי המניות בחברה, לרבות בעלי מניות המיעוט, נהנים ממנה באופן שווה.

פרטיים אלה, על פי מידת השפעתם על עיצובו של המרחב הציבורי. בשלב שני, תאפשר גיבושה של תפיסת האחריות המוצעת בחלקו האחרון של המאמר, החלתן של פרקטיקות התנהגות אחריות יותר מצדם של גופים אלה.

לזניחת ההבחנה בין פרטי לציבורי יש אפוא חשיבות רבה לא רק כדי לאפשר ללכוד ברשת המשפטית את כלל המקרים העשויים להגיע לפתחו של בית המשפט, אלא גם, ואולי בעיקר, כדי לשנות שינוי ניכר את הדרך שבה אנו תופסים את עצם ההקצאה של אחריות בעולם של יחסי כוחות משתנים. כפי שמדגים הדיון לעיל, הטיפול הספורדי של המשפט בסוגיות אלה כיום, המתבצע בהקשרים שונים ובשדות משפטיים שונים, לא רק שאיננו מכסה את כלל המקרים שבהם נדרשת הגנה על המרחב הציבורי, אלא שהוא מעביר את המסר שלפיו ככלל אין להטיל אחריות על גופים פרטיים מובהקים, זולת במקרים חריגים. המשמעות היא כי הציבור בכללותו ורבים מעורכי הדין המתווכים בין הציבור למשפט אינם סבורים שיוכלו לעבור את הסינון הראשוני, הרואה בגופים רבי עצמה אלה גופים פרטיים ולכן פטורים, ויש אפוא להניח כי מקרים רבים אינם מגיעים כלל לבתי המשפט. לזניחת ההבחנה בין גופים פרטיים לגופים ציבוריים כתנאי סף להטלת אחריות מוגברת יש אפוא משמעות טרנספורמטיבית וסימבולית חשובה ביותר, אשר תאפשר למשפט, כמו גם לכוחות החברתיים והכלכליים, לטפח תפיסה אחרת, עמוקה יותר, של אחריות. מכאן קריאתו של המאמר לזנוח הבחנה מיושנת זו ולקבוע במקומה הסדרים משפטיים קונקרטיים, הרואים במציאות ציר רצוף ולא ספרות נבדלות.

ג. הטעמים להבחנה המשפטית בין פרטי לציבורי

הספרות המשפטית מעלה שורה של טעמים להצדקת ההבחנה בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי. פרק זה יוקדש לסקירתם של הטעמים הללו ולבחנה ביקורתית של תוקפם ומשקלם במציאות של ימינו. הנחת המוצא של הדיון בפרק זה היא כי הטעם לקבל, או לדחות, הבחנות משפטיות נובע (בעיקר) מן ההשלכות (החלוקתיות, הסימבוליות או האחרות) של הבחנות אלה על החברה שכלפיה הן מכוונות. הנחה זו היא חלק מתפיסה רחבה יותר את המשפט, המתייחסת אליו באופן תכליתי ורואה בו מכשיר חשוב במיוחד לקידום תכליות ויעדים חברתיים.¹¹⁴ על בסיס תכליתי זה יוערכו הטעמים

114 לגישה תכליתית למשפט ראו באופן כללי את תפיסת המשפט של פולר, LON L. FULLER, THE LAW IN QUEST OF ITSELF (1940), שהיה מן המשפטנים הבולטים בארצות הברית שהחזיקו בגישה תכליתית למשפט. לתפיסה דומה באירופה ראו רודולף ירינג המאבק למשפט (1947). כן ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003). לסקירת הגישה התכליתית למשפט וגילוייה בפיתוח זרם הפרשנות התכליתית ראו ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו 737 (2002). לגישה דומה בהקשר של המשפט הפרטי ראו Anthony

השונים להבחנה בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, שייבחנו להלן משתי פרספקטיבות: ההצדקות המרכזות בייחודו של המשפט הציבורי והמתמקדות במאפייניו הייחודיים; וההצדקות המתמקדות באופיו של המשפט הפרטי ובטעמים לראות בו גוף דין נפרד. יש להדגיש שוב, וכפי שצוין לעיל, כי ההצעה כאן איננה מבקשת לקעקע כליל, לכל דבר ועניין, את ההבחנה בין פרטי לציבורי ואיננה גורסת כי אין בה כל הצדקה שהיא. אלא, ההצעה מתמצה בטענה כי כמכשיר לסיווג אפרירי של גופים כמועמדים לשאת בנטל מוגבר של חובות, הבחנה זו מזיקה יותר משהיא מועילה.

1. ייחודו של המשפט הציבורי: כוח ונאמנות

הטעמים המרכזיים להכרה במשפט הציבורי כמערכת נורמות נפרדת הם כוחה העדיף של המדינה ביחסיה עם הפרט ותפיסתה כנאמן הציבור.¹¹⁵ על פי תפיסה זו, לעומת האינטראקציות בין הפרטים בחברה המתקיימות על בסיס שוויוני ומתוך אוטונומיה ובחירה, מערכת היחסים בין המדינה לפרטים מאופיינת בהיעדר שוויון, ולכן עצמתה הרבה של המדינה ביחס לפרט עשויה לסכן את חירויותיו. בנוסף, המדינה נתפסת כגוף שאיננו פועל להגשמת מאווייו, אלא משמש נאמן של הציבור. מכאן שעל הנורמות המסדירות את מערכת היחסים שבין הפרט למדינה לשקף מערכת יחסים מיוחדת זו, והן עושות זאת באמצעות הטלתן של חובות מוגברות של אחריות על המדינה (כגון החובה לנהוג בהגיונות, בסבירות, בשוויון ועוד). אם כן, כאשר מדובר בפעולות של המדינה יש טעם חזק להחיל נורמות מוגברות. עם זאת אין הדבר מוליך למסקנה כי כאשר מדובר במערכות יחסים בין פרטים, אין מקום להחלת נורמות כאמור. במקרה שבו הגוף הפרטי מצוי בעמדת השפעה רבה על עיצוב המרחב הציבורי, יש הגיון להחיל גם על הגוף הפרטי חובת נאמנות. יפים לעניין זה דברי השופט ברק בפרשת מיקרו דף, ולפיהם "מי שקיבל זיכיון מהציבור, צריך להתנהג באופן המצדיק הענקת זיכיון זה"¹¹⁶ שההיגיון שהנחה אותם תקף במציאות של ימינו לא רק כלפי בעל זיכיון במובן המשפטי הצר, אלא כלפי כל מי שמחזיק בעמדה שיש בה השפעה ממשית על עיצובו של המרחב הציבורי. הטעם הראשוני העומד בבסיס תפיסה זו הוא כי היעדר החלה כאמור של חובות אחריות יוליד, הלכה למעשה, להפקרתו של המרחב הציבורי בידי גופים הפועלים לקידום

Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 YALE L.J. 472 (1980); Hanokh; Dagan, *The Distributive Foundations of Corrective Justice*, 98 MICH. L. REV. 1152 (1999)

לגישה הפוכה ראו ERNEST WEINRIB, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* (1995).

115 ברק-ארז "תחומי גומלין", לעיל ה"ש 25, בעמ' 283. ראו גם דברי השופט זוסמן, בבג"ץ 262/62 פרץ נ' יושב ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2115 (1962), שלפיהם הרשות היא נאמן הציבור: "בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה, נטלה הרשות על עצמה תפקיד של נאמן הציבור".

116 עניין מיקרו דף, לעיל ה"ש 38, בעמ' 462.

האינטרסים שלהם מתוך התעלמות מהאינטרס הציבורי, ותוך חסימה ממשית של יכולתם של הפרטים האחרים בחברה לבקר התנהלות זו ולהשפיע עליה. דברים אלה מהדהדים את תפיסת ה-"social license to operate" העומדת בבסיס פעולתם של התאגידים בחברה, ושעל פיה החברה מעניקה לתאגיד זכויות יתר משמעותיות, כגון האחריות המוגבלת והאישיות המשפטית הנפרדת, מתוך ציפייה שהוא לא יחרוג מן "הרישיון החברתי לפעולה"¹¹⁷. רישיון זה מבטא אפוא את הסכמת החברה שבתוכה פועל התאגיד לשימוש בשטחה, באוצרות הטבע שלה ובשירותים הציבוריים שהיא מעניקה לו, הממומנים מכספי המסים (כגון כוח עבודה משכיל, תחבורה, ביטחון וכיו"ב). בתמורה מצפה החברה שבפעולתו ינהג התאגיד באחריות כלפי החברה שבה הוא פועל.

מסקנת האמור לעיל היא כי אם הטעם בהחלתן של נורמות מוגברות הוא ההימצאות בעמדה המחייבת פעולה מתוך חובת נאמנות, אין סיבה אפרוורית שלא להחיל חובות מוגברות על גופים פרטיים בשעה שמידת ההשפעה שיש לפעילותם על המרחב הציבורי מצדיקה זאת.

ואולם, כנגד טענה זו אפשר לטעון שלעומת המדינה, שהיא נאמן הציבור במובן הפשוט והמידי ביותר – אין לה דבר משל עצמה, והיא פועלת למען הציבור בכל מעשיה – הגוף הפרטי, גם כאשר הוא מצוי בעמדת השפעה מיוחדת, פועל למען עצמו. מאפיין זה של הגוף הפרטי גובר, לפיכך, על חובת הנאמנות שיש לו כלפי הציבור. התשובה לטענה זו היא כפולה: ראשית, בקריאה העולה מן המאמר להחיל נורמות מוגברות של אחריות גם כלפי גופים פרטיים אין דרישה להחיל אחריות כאמור בכל מצב ובאופן המחמיר ביותר. הקריאה כאן מכוונת אך ורק לעצם האפשרות לתפוס, על פי הצדקה עניינית, גם גופים פרטיים במובהק כגופים שעמדתם המיוחדת כלפי עיצוב המרחב הציבורי מחייבת אותם לנהוג באחריות. שנית, כוחה של הטענה שלפיה הפרטים הפועלים במסגרת המשפט הפרטי "פועלים למען עצמם" הוא מוגבל. גם המשפט המכונה "פרטי" רווי נורמות מגבילות, המושתתות על תפיסות קונקרטיות של ערכים יסודיים וצדק חלוקתי, המכפיפים את פעילותו הפרטית לכאורה של "הפרט העושה למען עצמו" לקידומה.¹¹⁸ באופן היסודי ביותר, גם "המשפט הפרטי" נובע מהמדינה

117 ראו McBarnet & Schmidt, לעיל ה"ש 93, וכן Michael E. Porter & Mark R. Kramer, *Strategy and Society: The Link Between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility*, 2006 HARV. BUS. REV. 78.

118 ליסודות החלוקתיים של המשפט הפרטי ראו Dagan, לעיל ה"ש 114. עם הדוקטרינות שבאמצעותן מחיל המשפט נורמות מגבילות-חירות ומקדמות-מטרות חברתיות רחבות אפשר למנות את עקרון תום לב, הדרך המקובלת ותקנת הציבור בדיני חוזים. ראו למשל מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחות דיני החוזים בישראל" עיוני משפט כט 17, 51–55 (2005) (להלן: מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה"); איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר אהרן ברק 343 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009). גם חוק עשיית עושר משמש בידי בית

(ולפיכך מהציבור), והוא מבטא הכרעה ציבורית, שלפיה יש להעניק לפרטים בחברה את הכוח להסדיר את ענייניהם בעצמם, מתוך הכרה בכך כי לחירות ולמימוש האוטונומיה יש ערך מרכזי בחיים בעלי משמעות. ההצעה לראות בגופים הפרטיים המצויים בעמדת השפעה מיוחדת על עיצוב האינטרס הציבורי גופים שיש טעם להחיל עליהם חובות מוגברות – או למצער לא למנוע אפריורית אפשרות כזו בשל סיווגם כפרטיים – משתלבת היטב בפרקטיקות נהוגות אלה, ובתפיסות העומדות ביסודן.

טענה זו יפה גם לאלמנט הכוח המיוחד של המדינה. כאמור, אחד הטיעונים המרכזיים המצדיקים את הטלתן של חובות מוגברות על המדינה נוגע לכוחה החרגי ביחסיה עם הפרט. יחסים אלה הוגדרו כ"יחסים אנכיים" של שליטה ומרות. תיאור זה של היחסים בין הפרט למדינה, למרות הנסיגה בכוחה של המדינה, עדיין מדויק.¹¹⁹ עם זאת, הבחנתם של יחסים אלה מ"היחסים האופקיים" המאפיינים לכאורה את השוק הפרטי, גורפת מדי. כפי שעולה מהדיון בפרק הראשון, מערכות יחסים מסוימות המתקיימות בחברה בין פרטים הן בעלות רכיבים לא מבוטלים של כפיפות בין פרטים חזקים לפרטים חלשים מהם. כאלה הן מערכות היחסים הסטנדרטיות של יחידים בציבור עם החברות הגדולות שהתנהלותן מעצבת, במידה רבה, את חייהם של הפרטים האחרים בחברה. ודוק: אין הכוונה כאן לפערים ביחסי המיקוח בין הצדדים בלבד, אלא בפערים מבניים, הנוגעים לנגישות לעיצוב המרחב הציבורי עצמו. כוחם של אותם גופים פרטיים בעיצוב מרחב זה, כפי שהודגם בפרק הראשון (למשל, בנושא הדרת נשים מהמרחב הציבורי), איננו מתמצה בכך שגופים אלה הם בעלי כוח מיקוח רב יותר כלפי גופים פרטיים מסוימים בהתקשרויות רצוניות עם פרטים, אלא נובע מכך שהם חולשים הלכה למעשה על פלח נכבד של המרחב הציבורי. הטעם לשלול מראש את האפשרות להטיל

המשפט מכשיר לעשיית צדק לפי נורמות חברתיות ראויות (וראו לעניין זה את דברי השופט שטרסברג-כהן בפרשת א.ש.י.ר, המציינת כי חוק עשיית עושר "הוא אחד החשובים שבספר החוקים הישראלי. חשיבותו, בערכותו. שורשיו, בתחושת הצדק, היושר וההגינות (*ex aequo et bono*); ענפיו משתרגים אל תוך ענפי משפט שונים ומונעים פגיעה בזולת על-ידי שלילת פירותיה של הפגיעה מהפוגע והענקתן לנפגע, ועל-ידי תגמול עשיית הישר והטוב" (רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 413 (1998)) (להלן: עניין א.ש.י.ר). אשר להיקפם וטיבם של הצדק והיושר בעניין זה הוסיפה הפסיקה וקבעה כי "לא ניתן דעתנו אך ורק לצדק וליושר בין בעלי-הדין – ביניהם לבין עצמם – אלא ליסודות כלל-חברתיים העשויים להשפיע במישורין על בעלי-הדין אף-הם" (שם, בעמ' 362; ההדגשה הוספה – ר"ק). כן ראו את היסודות האובייקטיביים בדיני הנזיקין, המשמשים אף הם להחלתן של נורמות אובייקטיביות במקרים קונקרטיים (ראו למשל את מאפייניה האובייקטיביים של הזהירות המושגית, או של דרישות הקשר הסיבתי, ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 129–137 (1985), ועוד). Ralf Michaels & Nils Jansen, *Private Law Beyond the State? Europeanization, 119 Globalization, Privatization* 9 (Duke Law School Faculty Scholarship Series No. 78, 2007), lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1078&context=duke_fs (להלן: מייקלס וינסן).

נורמות מוגברות של אחריות על גופים בשל ההנחה (המוטעית) כי היחסים ביניהם הם "אופקיים" הוא אפוא טעם חלש.

ודוק: החלתן של נורמות מוגברות על גופים פרטיים במקרים מסוימים המצדיקים זאת יכול שתופנה לא רק לתאגידים רבי עצמה, שעצם נוכחותם במרחב הציבורי מעצבת אותו, אלא גם על גופים "פרטיים" קטנים יותר, שעמדתם הקונקרטית במציאות הופכת אותם לגופים מרכזיים בעיצובו של המרחב הציבורי הרלוונטי. כך, למשל, סניף של רשת מזון ביישוב ספר (שתפקידו הציבורי חורג בהרבה מזה של סניף דומה בלב עיר הומה) עשוי להיחשב לגוף בעל אחריות מיוחדת כלפי התושבים באותו אזור. אחריות זו עשויה להביא לתחולתה של חובה של אותו גוף להקצות שטח מדף מסוים למוצרים של מגדלים ויצרנים מקומיים, גם אם הרווחים שיצמחו לו מכך אינם ניכרים.¹²⁰ יתרונה של גישה זו, הבוחנת כל מקרה לגופו ואיננה מגבילה עצמה לתיוגים וסיווגים אפריוריים וקשיחים, הוא בכך שהיא מאפשרת יחס דיפרנציאלי למקרים שונים: לעניין מסוים ובהקשר נתון (סניף של רשת מזון בפריפריה) עשוי גוף כזה לחוב בחובה מוגברת, אך אותו גוף עצמו, בנסיבות אחרות (סניף של אותה רשת בלב תל אביב), יהיה פטור מחובה כאמור.

בדיון ביחסי הכוחות שבין הרשות לפרט, כמו גם בחובות הנאמנות של הרשות כלפי הפרטים, והבחנתם של אלה מפרטיותו של התאגיד, יש להביא בחשבון עוד כי התאגידים, חרף היותם פרטיים וחרף השפעתם על המרחב הציבורי ועל אורחות החיים של הפרטים האחרים בחברה, הם אינם גופים נבחרים, ואינם, ככלל, אחראים (accountable) לחלק מהשלכותיה של התנהגותם. מנקודת מבט דמוקרטית, גוף רב עצמה שכזה עשוי להיות מסוכן אולי מגוף שלטוני שיש עליו פיקוח ציבורי מובנה. במובן זה, החסינות האפריורית המוענקה לגופים הפרטיים חותרת תחת עקרון היסוד בדמוקרטיה, המבטיח שוויון בין האזרחים בחברה ומשמש אפיק מרכזי למימוש זכותו של כל אזרח להשפיע באופן עצמאי על החברה שבה הוא חי. עיקרון זה נשחק מאוד כאשר גוף פרטי שאיננו נבחר ואיננו, ככלל, accountable להשלכותיה העמוקות של התנהלותו, חותר בפעילותו תחת הכרעת הרוב.¹²¹

2. ייחודו של המשפט הפרטי

התפיסה שלפיה מוצדק לתחום את מערכת הנורמות המסדירה (גם אם באופן רחב מאוד) את היחסים שבין פרטים בחברה, ולכנותה "משפט פרטי", מקובלת מאוד ומבוססת במידה רבה על אינטואיציה רווחת, שלפיה מושג זה הוא בעל ליבה של משמעות

¹²⁰ ראו למשל עמדתה של הלה קרן כלפי פרשת שמסיאן, הסבורה כי החופש של בעל המסעדה, שלא אפשר לפרטים בעלי מוגבלויות להיכנס בשעריה, ראוי להתפרש בצמצום בשל טיב העיסוק שבחר לעצמו. קרן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 287.

¹²¹ השוו קרן-פז, לעיל ה"ש 61.

אוניברסלית. למרות זאת, הספרות בעניין מראה כי בחינה השוואתית של השימוש במונח "משפט פרטי", וטעינתו במשמעות, איננה אחידה בקרב שיטות משפט שונות, או אפילו בתוך אותה שיטה משפטית עצמה.¹²² עם זאת, ולמרות השוני בתיחומו ובהגדרתו של "המשפט הפרטי", אחד המאפיינים המרכזיים המיוחסים למשפט הפרטי נוגע למערכת הערכים מדגישי החירות העומדת ביסודו. כך, התפיסה הרווחת היא כי בלב המשפט הפרטי קיימים הערכים של האוטונומיה של הפרט, של מימוש עצמי ושל חופש הרצון (לעומת ערכים של צדק חלוקתי ושוויון העומדים בבסיסו של המשפט הציבורי).¹²³ למרות היותה של ההבחנה האמורה אחת המקובלות במשפט, המלאכותיות שבה נחשפה זה מכבר, ונדמה שכיום כבר ברור למדי כי גם אם ערכים מסוג מסוים דומיננטיים במידה מסוימת במערכת דינים נתונה, הרי שקשה לחלוק על כך שבשתי מערכות הדינים – הפרטית והציבורית – פועלים בכפיפה אחת מגוון רב של ערכים. כך, גם בתחומים המסוגלים כפרטיים במובהק, כמו דיני החוזים, פועלים בצד הערכים של חופש החוזים והרצון, גם ערכים של הגינות, תום לב ותקנת הציבור.¹²⁴ גם בדיני הנזיקין, בצד העקרונות המדגישים את אחריותו האינדיווידואלית של מעוול לנזק שגרם, פועלים עקרונות של מדיניות משפטית, החורגים מגבולות היחסים האינדיווידואליים שבין התובע לנתבע במובן הצר, ומשרתים שיקולים רחבים יותר של צדק.¹²⁵ הקריאה לאפשר שימוש בדיני הנזיקין כדי לחייב מעוולים המוניים, הגורמים נזקים סביבתיים ניכרים, בוודאי מצויה מעבר לערכים הגרעיניים של חירות ואוטונומיה המיוחסים למשפט הפרטי.¹²⁶ בדומה לכך, תפיסתו הרחבה של עקרון עשיית עושר ולא במשפט, המאפשרת לבית המשפט לשקול טווח רחב של שיקולים חברתיים הנוגעים להתנהגות נאותה בין הצדדים, חורגת אף היא מהגבולות המסורתיים המיוחסים למשפט הפרטי.¹²⁷ גם במסגרת דיני התאגידים פועלים שיקולים החורגים מגבולות ערכי חירות הפרט ומימושה

122 מייקלס וינסן, לעיל ה"ש 119, בעמ' 5. מאמרם של מייקלס וינסן משווה את משמעותו של רעיון המשפט הפרטי (כמו גם של מושגים נוספים) בדין הגרמני לזו שבדין האמריקני. ראו Stone, לעיל ה"ש 68; להיסטוריה של ההבחנה ראו Horwitz, לעיל ה"ש 27.

123 ראו למשל ד"ר 22/82 רביב נ' בית יולס, פ"ד מג(1) 441 (1989). לעניין מעמדו המרכזי של ערך ה"חופש" ראו גבריאלה שלו "חופש וצדק בדיני חוזים" שנתון משפט העבודה ה 153 (1996).

124 לנכונותו של בית המשפט להתערב בחוזים בשמם של ערכים חברתיים חיצוניים לחוזה ראו מאוטר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 118, בעמ' 51–55; זמיר, לעיל ה"ש 118, בעמ' 355.

125 דוגמה לכך היא פיתוחה של חובת הזהירות המושגית, הכוללת יסודות אובייקטיביים של מדיניות משפטית בהחלת אחריות בגין עוולת הרשלנות, וכן בדרישות הקשר הסיבתי בדיני נזיקין, המשקפות שיקולי מדיניות רחבים. אריאל פורת "תביעות בגין נזקי עישון: האתגר של דיני הנזיקין בעידן העוולות ההמוניות" משפטים לג 77 (2003).

126 ראו למשל פורת, שם; בועז שנור "הקשר הסיבתי העובדתי בתביעות בגין נזקי גוף שנגרמו מזיהומים סביבתיים" מחקרי משפט כג 559 (2007).

127 ראו למשל עניין א.ש.י.ר, לעיל ה"ש 118.

באמצעות ההתאגדות כחברה. כזה הוא למשל סעיף 11(א) לחוק החברות, המגדיר את תכלית החברה וקובע כי "תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין היתר, את ענייניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור".¹²⁸ השינויים העמוקים בתפיסת המשפט הפרטי עצמו, שינויים שאף כונו "מהפכה חברתית במשפט העסקי",¹²⁹ מעידים אפוא על הדואליות הנורמטיבית המאפיינת כיום גם את המשפט הפרטי.

הטענה התומכת בהבחנה שבין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, הנסמכת על היותו של המשפט הפרטי שונה מהמשפט הציבורי משום שהמשפט הציבורי חותר להגשמת האינטרס הציבורי, ואילו במשפט הפרטי הפרטים מגשימים את חירותם, היא אפוא טענה פשטנית. נכון יותר לומר שכלל המשפט, לרבות "המשפט הפרטי", נובע מן הציבור במובן זה שהוא שואב את כוחו, במובן המידי ביותר, מסמכותה של המדינה, והוא משקף את מערכת הערכים המשותפת. במרכז של מערכת ערכים זו ניצבים כמובן גם ערכי החירות והאוטונומיה של הפרט והתפיסה כי חיים מלאים ובעלי ערך אפשריים רק מתוך התחשבות בחירויות אלה. ואולם, גם מתוך הכרה במרכזיותם של ערכים אלה אין משום התנערות מוחלטת מהאלמנטים הציבוריים והפוליטיים הכרוכים בסרטוט "המרחב הפרטי" וגבולותיו. למעשה, רק גישה כזו מייחסת חשיבות מלאה לערך כבוד האדם – כל אדם – שכן היא עומדת על כך שהמשפט יאפשר לכל אדם את הנגישות הרצופה להשתתף בעיצוב כללי המשחק הפוליטיים, גם אם נגישות זו מחייבת מגבלות על חירויותיו של פרט אחר.¹³⁰ זאת ועוד: קשיים אלה משקפים את הבעייתיות של ההבחנה בין פרטי לציבורי במציאות החיים עצמה, שכן גם מישור החיים, שהוא לכאורה פרטי, כולל למעשה אינטראקציות המצטברות לתמונת חיים כוללת ויוצרות, בסופו של דבר, את המרחב הציבורי. הטענה שלפיה המשפט הפרטי הוא הספירה שבה הפרט מקדם את ענייניו בהתעלם מאינטרסים רחבים, ולפיכך מוצדק להעניק לסיווגו של גוף מסוים כ"פרטי" כוח המחסן אותו אפריורית מביקורת, היא לפיכך טענה חלשה, הן בעולם המציאות והן בעולם המשפט.

טענה נוספת מייחסת למשפט הפרטי תפקיד של קידומו של צדק מתקן, לעומת תכליתו של המשפט הציבורי, שהיא קידומו של צדק מחלק. טענה כזו הועלתה על ידי

128 סעיף זה, כחלק מעניין תכלית החברה העסקית באופן רחב יותר, עורר דיון בקרב הקהילה המשפטית בישראל. ראו למשל ידידיה שטרן "כלכלת בעלי מניות או כלכלת קהלים – דיני חברות במבט השוואתי וגלובלי" המשפט ט 213 (2004); בוקשפן המהפכה החברתית, לעיל ה"ש 32; עמיר ליכט "תכליות החברה" משפט ועסקים א 173 (2004); יחיאל בהט "תכלית החברה ומטרותיה בהצעת חוק החברות, התשנ"ו – 1995" שערי משפט א 277 (1998).

129 בוקשפן המהפכה החברתית, לעיל ה"ש 32.

130 לאור זאת נדמה שמשמעותה המעשית של הימנעות מהאפשרות להחלת נורמות מוגברות על גופים פרטיים הפועלים במשפט הפרטי, היא כי המשפט הפרטי מיועד שלא לקדם את האינטרס הציבורי. זוהי מסקנה מרחיקת לכת, ומוטעית.

המשפטן הקנדי ארנסט ויינריב (Weinrib).¹³¹ ויינריב טוען כי המשפט הפרטי נטוע בתפיסה האריסטוטלית של צדק מתקן ומזהיר מפני שימוש בדוקטרינות שיפרצו מסגרת זו באופן שיעשה שימוש במשפט הפרטי לשם קידומן של מטרות חברתיות רחבות.¹³² ויינריב מוסיף וטוען כי לעומת התפיסה של צדק חלוקתי, הכוללת בתוכה אופנים רבים ושונים של חלוקת העושר בחברה, התפיסה המגולמת בעיקרון של צדק מתקן היא מונוליתית באופייה, ומתייחסת לערך יחיד של "תיקון", או השבת המצב לקדמותו.¹³³ לפיכך, סבור ויינריב, כי דיני עשיית עושר, למשל, כחלק מהמשפט הפרטי, אינם אינסטנציה מתאימה לקידום ערכים חברתיים החורגים ממערכת היחסים הקונקרטית בין התובע לנתבע.¹³⁴ במענה לטענה זו הראה חנוך דגן כי המשפט הפרטי איננו יכול להיות מובן או בעל משמעות מבלי שהדוקטרינות הפועלות במסגרתו יתפענחו על רקע הערכים החברתיים הרחבים שבתוכם הוא נטוע. דגן מדגים זאת, בין השאר, בהצבעה על כך שהמשפט הפרטי מבוסס על משטר קנייני קיים (וקונטרוברסלי), המשוקע כשלעצמו בערכים הנוגעים לחלוקת העושר בחברה.¹³⁵ אם כן גם מאפיין זה, במידה שהוא אכן תקף, איננו מקים טעם א־פריורי להימנע מלהחיל נורמות מוגברות של אחריות על גופים פרטיים.

מאפיין נוסף המיוחס למשפט הפרטי, והמצדיק תפיסתה של מערכת דינים זו כנפרדת, נובע אף הוא מן הדומיננטיות המיוחסת לערך האוטונומיה ונוגע למקומה המרכזי של הסדרה פרטית במשפט הפרטי. התפיסה היא כי באינטראקציות מסוימות יש מקום להעניק לצדדים כוח משפטי שיאפשר להם "לחוקק לעצמם" מה הם הכללים שיחולו על מערכת היחסים ביניהם (ככל שכללים אלה אינם פוגעניים או נצלניים). במובן זה, החווה הוא המושג הפרדיגמטי במשפט הפרטי. ואולם גם כוחה של טענה זו להשפיע על תיחומה ההרמטי של המשפט הפרטי – כיוצר ספרה נפרדת המוגנת מפני התערבות באוטונומיה של הפרטים ובכוחם להסדיר בעצמם את ענייניהם – מוגבל בעיניי. ראשית, כפי שצוין לעיל, המשפט הפוזיטיבי בישראל, כמו גם בעולם, מטיל שורה של מגבלות על יכולתם של הצדדים לחוקק בשביל עצמם. דיני החוזים למשל משופעים בסעיפים קוגנטיים שאינם מאפשרים לצדדים להתנות עליהם.¹³⁶ התפיסה המגולמת בהגבלות אלה משקפת תפיסה עמוקה של אוטונומיה, המיועדת למעשה

131 אם כי גישתו למשפט הפרטי איננה מושתתת על תפיסה תכליתית של משפט זה אלא על ניתוח פנימי של טבעו. ראו WEINRIB, לעיל ה"ש 114.

132 שם.

133 שם, בעמ' 212.

134 שם, במבוא.

135 Dagan, לעיל ה"ש 114, בעמ' 138–150.

136 לעניין ההוראות הכופות בחוק החוזים הישראלי, ראו גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 52–53 (2005).

להבטיח את מימושו של ערך זה בקרב כלל הפרטים בחברה כדי שכוחו של פרט מסוים לא יבוא על חשבון האוטונומיה של פרט אחר. ההצעה לזנוח את ההבחנה בין משפט פרטי לציבורי לעניין הסיווג האפריורי של גופים כמוגנים מפני תחולתן של נורמות מוגברות של אחריות, איננה חותרת תחת תפיסה זו, אלא היא נטועה, במידה רבה, בדרך שבה עוצבו דיני החוזים בארץ: היא איננה מבטלת כליל את המרחב האוטונומי של הצדדים "לחוקק לעצמם" ולהגשים את מטרותיהם באמצעות המשפט, אלא היא מצמצמת את כוחם לעשות כן תוך פגיעה בזכויותיהם ובמעמדם של פרטים אחרים בחברה, כמחברים במשותף של האמנה החברתית הדינמית.

שנית, מעמדם של תאגידים כגופים בעלי שאיפות אורגניות למימוש עצמי, המצדיקות הענקת הגנה משפטית לאוטונומיה שלהם לשם כך, איננו ברור כלל ועיקר. בשונה מאנשים בשר ודם, התאגיד הוא יצירה משפטית מלאכותית שנועדה בעצמה לתכלית מסוימת.¹³⁷ ההתייחסות הכמעט קנטיאנית אל התאגידים כאל "מטרה כשלעצמה" (End in itself) איננה מובנת מאליה. לא ברור אפוא אם כאשר מדובר בתאגידים, הטעם לאפשר הסדרה פרטית הוא טעם חזק, הנובע ממקומם המרכזי של ערכי החירות והאוטונומיה, ולא מהרצון לאפשר לתאגידים יכולת תחרות והשתלבות בעולם העסקי הגלובלי, שעם כל חשיבותו הוא בלי כל ספק ערך משני לערך החירות והמימוש העצמי.¹³⁸

שלישית היא הטענה כי נפרדות המשפט הפרטי מזירה של הפעילות האוטונומית של הצדדים איננה מקדמת את האוטונומיה של הפרטים הפועלים בה אלא למעשה היא ביטוי של נורמות עסקיות בין-לאומיות החולשות על היחסים בין הצדדים. קושי זה מועלה על ידי מייקלס וינסן מאוניברסיטת דיוק (Michaels & Jansen), שבחנו את פעילותם של תאגידים רב-לאומיים בארצות הברית ובגרמניה. מייקלס וינסן מתארים מצב שלפיו במקרים רבים נקבע תוכן הקונקרטי של "הנורמות הפרטיות", האוטונומיות כביכול, של השחקנים התאגידיים על פי תוכן של נורמות בין-לאומיות של עסקים.¹³⁹ טענתם של מייקלס וינסן היא כי מאחר שנורמות בין-לאומיות אלה, המונחות בעיקר על ידי שיקולים של הסרת חסמי סחר, יעילות, תחרותיות וכדומה, משקפות למעשה ציות

137 בידי התאגידים ישנן מספר תיאוריות הנוגעות לאופיו של התאגיד. עם אלה ניתן למנות את התאוריה המלאכותית, או תאוריית הפיקציה (הרואה בתאגיד אישיות משפטית מלאכותית); תאוריית המצרף (רואה בתאגיד יותר מפיקציה משפטית; היא רואה בו קבוצה ממשית של בני אדם שהתאגדו למטרה משותפת); התאוריה הריאלית (הרואה בתאגיד אדם לכל דבר ועניין); תאוריית הפקעת החווית (הרואה בתאגיד מוקד של סבך התקשרויות חוזיות). ראו ידידה שטרן הבעלות בחברה העסקית: תיאוריה, דין, מציאות 25–40 (2008).

138 למורכבות הנושא של ההתייחסות לתאגיד כאל "אדם" במובנים עמוקים, החורגים מהכרה באישיותו המשפטית גרידא, ראו עופר סיטבון "על בני אדם, תאגידים, ומה שביניהם: האם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך לחול על תאגידים?" קריית המשפט ח 107 (2009).

139 מייקלס וינסן, לעיל ה"ש 119.

לכללים עסקיים-בין-לאומיים חיצוניים, אין לראות בהן ביטוי להעדפותיהם האוטונומיות של התאגידים. אם כן, האוטונומיה הניתנת לצדדים "לחוקק לעצמם" במקרה זה איננה משרתת את המטרה שלשמה היא נוצרה (דהיינו, ביטוי לרצונם האוטנטי של השחקנים), אלא היא משמשת צינור שבאמצעותו קולט המשפט הישראלי נורמות עסקיות בין-לאומיות אשר הצדדים רואים עצמם כפופים להן. כך, בחסות הכוונה לאפשר לצדדים מרחב ביטוי עצמי, ההסדרה הפרטית במשפט מאפשרת את הזרמתן של נורמות גלובליות (משפטיות ואחרות) לתוך משפט המדינה באופן שהוא למעשה החלתן של "נורמות עוקפות מדינה":¹⁴⁰ הקושי מתעורר בעיקר מהטעם שפרקטיקות ההתנהגות של התאגידים, המכוונות על פי קודים בין-לאומיים של עסקים ומצייתות להם, מיושמות במדינות כלפי מחזיקי עניין מקומיים ועשויות להשפיע מאוד על אורחות חייהם של הפרטים האחרים במדינה עצמה. גם אם הפרקטיקות האמורות אינן מהוות הפרה של הדין המקומי, הרי שהן לכל הפחות אינן "קשובות" לו.¹⁴¹ הגם שהסדרים אלה שנויים לעתים במחלוקת ומעוררים שאלות רבות באשר לערכים שהם מקדמים, באשר ללגיטימציה שלהם וכדומה, החסינות שהם זוכים לה כ"משפט פרטי" מעוררת קושי רב באשר ל"פרטיותו" של המשפט הפרטי: השדה הנורמטיבי ששחקנים אלה רואים עצמם כפופים לו הוא כאמור שדה נפרד ממשפט המדינה, השואב את מקורות הסמכות שלו מארגונים על-מדינתיים ומציית למערכת ערכים שאיננה משקפת תפיסות פנים-מדינתיות מוסכמות. אי-התערבותו של משפט המדינה באינטראקציות משפטיות של שחקנים אלה גם בספרה הפנים-מדינתית, היא לפיכך בעייתית מאוד. הימנעותו של המשפט הישראלי מלבחון את פרקטיקות ההתנהגות הללו (כמו גם הרתיעה האפריורית של תובעים פוטנציאליים להעמידן במבחן בבית המשפט), מהטעם שאלה הם גופים פרטיים הפועלים במשפט הפרטי, מכבידה מאוד על יכולתם של הפרטים האחרים לערער עליהן. דברים אלה מחזקים את הצורך והדחיפות בשינוי כללי המשחק בתוך המדינה באופן שישקף את שינויי הכוחות שתוארו לעיל, ואת הצורך בהגנה על האינטרס הציבורי במסגרות חדשות אלה.

יודגש כמובן כי אין באמור לעיל קריאה למנוע מתאגידים הפועלים בישראל התחשבות בנורמות בין-לאומיות במהלך עסקיהם. התאמה של פעילות התאגידים

140 הבנק העולמי למשל דורש ממדינות מתפתחות לאמץ נורמות של משפט פרטי, שהמודל שלהן הוא המשפט הפרטי האמריקני, בתמורה להלוואות. בנוסף, הוא מקיים דירוג של מערכות המשפט במדינות שונות. אם כן, ציות לכללים בין-לאומיים אינו בהכרח משקף אוטונומיה. שם, בעמ' 24.

141 בדרך כלל מדובר בשיקולים כלכליים צרים שאין להם דבר וחצי דבר עם האינטרס הציבורי או עם שיקולים הנוגעים למאפייניו הייחודיים של המשק הישראלי. על הקשיים שמעוררת העובדה כי במרכזן של נורמות בין-לאומיות אלה עומדים על פי רוב שיקולים כלכליים טהורים, ראו Hans-Joachim Mertens, *Lex Mercatoria: A Self Applying System Beyond National Law?*, in GLOBAL LAW WITHOUT A STATE 31 (Gunter Teubner ed., 1997).

הפועלים בישראל – מקומיים וזרים – לפרקטיקות אלה היא חיונית לשם יכולתם של תאגידים אלה להתחרות במשק הגלובלי. ואולם טענתי היא כי טעם חשוב זה איננו צריך לשמש חסם אפריורי לעצם היכולת לבחון את התנהלותם של הגופים הללו בעת פעילותם בישראל. יודגש עוד כי בקריאה לזנוח את הסיווג האפריורי של גוף הפועל במסגרת המשפט הפרטי, ולפיכך הוא חסין מביקורת, אין השפעה ישירה על תוכן הביקורת שהגוף הפרטי יהיה נתון לה.¹⁴² ייתכן בהחלט שבמכלול השיקולים ימצא בית המשפט כי אין דופי בהתנהגות מסוימת של התאגיד. אולם בכך אין די כדי להצדיק חסינות אפריורית. באמצעות תיוג פרקטיקות אלה כ"משפט פרטי" הופכים הגופים הפרטיים הגדולים למחוקקים ולמעצבים של נורמות פעולה מרכזיות של משפט. ככאלה אין להניח לסיווג אפריורי לשמש מקלט מפני ביקורת.

ניתן לומר אפוא לגבי מכלול השיקולים שהועלו כאן בדבר נפרדותו של המשפט הפרטי, כי הם אינם מעוררים טעם חזק להבחין אפריורית בין משפט פרטי למשפט ציבורי, לעניין החלה מוגברת של נורמות של אחריות על כלל הגופים הפועלים במשק, והמשפיעים השפעה מהותית על המרחב הציבורי. ראשית, כפי שכבר הראתה הספרות בעניין, ההבחנה עצמה בעייתית, בוודאי בעידן הנוכחי, והתחומים פרטי וציבורי הם היברידיים הרבה יותר ממה שלפעמים נדמה לנו. שנית, ועיקר, הטענה היא כי ההבחנה בין פרטי לציבורי בהקשר הנדון במאמר היא מכשירית, דהיינו, היא כלי שנועד לסייע בידי המשפט להחליט מתי יש לייחס חובות מוגברות לגופים מסוימים, ומתי יש להימנע מכך. חשוב אפוא שלא לבלבל את היוצרות ולייחס טעם לפעולה (של הטלת חובות או הימנעות מהטלת חובות כאמור) להבחנה עצמה, להבדיל מהשיקולים שבבסיסה. יש להבחין אפוא בין השיקולים האמתיים, המצדיקים החלה מוגברת של נורמות, לבין ההבחנה פרטי/ציבורי, שהיא למעשה הפרוקסי (proxy) להחלטה כאמור. כך, אם אנו סבורים כי מצב של פערים ביחסי הכוחות מצדיק, לעתים, הטלת חובות מוגברות על הצד החזק, יש לבחון בכל סיטואציה את יחסי הכוחות שבין הצדדים (ולא לייחס מראש "כוח" למדינה והיעדרו אצל גוף פרטי באשר הוא). בדומה לכך, אם חובת הנאמנות היא הטעם להחלת נורמות מוגברות, יש לבחון התקיימותן של נסיבות המצדיקות הטלת חובת נאמנות גם על גופים פרטיים, ככל שהדבר נובע מן הנסיבות. בדומה לכך, אם בסיטואציות מסוימות יש ערך לאוטונומיה של הגופים הפועלים, יש לוודא שערך זה נשמר כאשר נשקל מערך החובות שיוטלו על הגוף הרלוונטי על פי מערכת היחסים הספציפית בין הצדדים. טענתי היא, כי במקום תיחום אפריורי ומלאכותי של ספֶרה משפטית נפרדת, שהגופים הפועלים במסגרתה חסינים למדי מפני התערבות בהתנהלותם, יש לאפשר בחינה קונקרטית של כל מקרה לגופו.

142 גם כיום בהחלת המשפט המנהלי על גופים דר-מהותיים לא חל המשפט המנהלי על כל פרטיו ודקדוקיו.

ד. לא פרטי, לא ציבורי: דואליות נורמטיבית לכול

הפרקים הקודמים הדגימו את קוצר ידן של הדוקטרינות הקיימות במשפט בהתמודדות עם מצבים שבהם גופים פרטיים משפיעים בהתנהגותם על אופיו וטיבו של המרחב הציבורי ועל יכולתו של הציבור להשתתף השתתפות מלאה ואמתית בעיצובו. אחד הטעמים העיקריים לכך נעוץ בהבחנה שבין המשפט הציבורי למשפט הפרטי, המשמשת כיום כמבחן אפריורי לתחולת נורמות מוגברות של אחריות. המאמר קורא לזנוח את ההבחנה האמורה באופן שבתי המשפט יוכלו להידרש לכל מקרה המובא בפניהם לגופו, ולבחון באופן קונקרטי אם קיימים טעמים להחיל על אחד הצדדים נורמות של אחריות מוגברת. מהלך כזה יסיר את המכשול האפריורי העומד בפני בחינה קונקרטית של חובותיהם של גופים פרטיים להתנהג באופן לא פוגעני. למעשה, יש במבחן המוצע מעין היפוך של נטל ההוכחה: עם זניחתה של ההבחנה האפריורית, המסווגת גוף ל"פרטי ופטור" או ל"ציבורי וחייב", יוסר גם הנטל מעל כתפי התובע להראות שיש טעם לסווג מחדש את הגוף הפוגעני כגוף דרמהוטי כדי שטענתו תשמע. כך, יוכל בית המשפט לדון ישירות בעניין עצמו, ולבחון אם בנסיבות המקרה יש טעם להחיל חובות מוגברות של אחריות על הגוף שכלפיו מושמעת הטענה. לבו של המבחן להטלת חובות כאמור לא יהיה טיבו של הגוף, אלא מידת השפעתו על עיצוב המרחב הציבורי הכללי.

תיאור מפורט ומלא של תוכנה של חובת האחריות הנדרשת, או של המכשירים המשפטיים הספציפיים שבאמצעותם תוחל, חורג כאמור מגבולותיו של מאמר זה. מטרתי בשלב זה ראשונית ועקרונית יותר, והיא מבקשת להסיר את המכשול העיקרי העומד בפני פיתוחן של דוקטרינות כאמור, ולהניח את התשתית הרעיונית לדיון, בטרם ניתן יהיה לפתח את הדרכים המעשיות לביצועה. עם זאת דומני שאפשר כבר בשלב ראשוני לסרטט בקווים כללים את מתארו של שיח האחריות החדש, שהמאמר קורא לפיתוחו.

ראשית, טענתי היא כי על הציר המארגן של שיח מחודש זה לכלול התייחסות רצינית למושג האחריות. תפיסת האחריות שהמאמר קורא לפתחה כעיקרון משפטי, מבקשת להוסיף לתפיסות הנאו-ליברליות של חירות, העומדות במידה רבה בבסיס ההבחנה שבין פרטי לציבורי, עקרונות אקטיביים יותר של התחשבות בזולת ותפיסתו כשותף למרחב הציבורי כעיקרון הכרחי של החיים בדמוקרטיה מודרנית.¹⁴³ טענתי היא כי בעידן הנוכחי, ההתמקדות בשיח הזכויות בלבד, בלא התייחסות משלימה לחובות, מכשילה את האפשרות להבטיח לכלל הפרטים בחברה את הכוח להשתתף בעיצוב המרחב הציבורי ולקיים בתוך כך חיים חברתיים ופוליטיים פעילים ובעלי משמעות. שעה שהשפעותיהם

143 הספרות העוסקת בשאלת האחריות מנקודת מבט פילוסופית מציעה מגוון של עקרונות המעגנים את החובה לנהוג באחריות. לניתוח מקיף במיוחד של נושא זה ראו JOEL FEINBERG, RIGHTS, JUSTICE AND THE BOUNDS OF LIBERTY (1980).

המכרעות של גופים "פרטיים" על המרחב הציבורי הן בלתי מוסדרות, ומאפשרות לגופים אלה להתעלם מההשלכות שיש להתנהלותם על הפרטים האחרים בחברה, עולה הפגיעה בפרטים אחרים אלה לכדי מניעתה המעשית של עצם האפשרות של אותם פרטים לעצב בעצמם את הכללים שיקבעו את הנגישות לטובין החברתיים.¹⁴⁴ האחריות אפוא מובאת כאן כ"ערך קונסטרוקטיבי", המבטא במובנו הבסיסי ביותר את ההגנה על ההליך הדמוקרטי מפני כוח בלתי מרוסן של קבוצות מסוימות בתוכו, ובמובן רחב ועשיר יותר, את השותפות החברתית והאזרחית העומדת בבסיסם של חיים משותפים במרחב ציבורי. שילובו של ערך האחריות במשפט יבטא מעבר משיח של "ערכים משמרים", החפים מכל תוכן אתי פוזיטיבי (כגון החובה לנהוג בסבירות או במידתיות), שיש בכוחם להבטיח הוגנות במסגרת המצב הקיים בלבד, לעבר ערכים אקטיביים, המבטאים את ההבנה כי האפשרות (ואף החובה) להשתתף בעיצוב המרחב הציבורי היא ערך ראשון במעלה, שהוא תנאי הן לחיים הציבוריים המשותפים והן לחיי חירות בעלי משמעות של הפרט. במובן זה, הקריאה להחלת נורמות של אחריות משקפת את התפיסה הרפובליקנית המודרנית, הרואה בקיומו של מרחב פוליטי-ציבורי תנאי לחיים חופשיים ובעלי משמעות של הפרט, והיא רואה חשיבות בעצם השתתפותם הציבורית הפעילה של פרטים בעלי מחויבות לכלל ובעלי תודעה "אזרחית" של חיים במדינה ושל ציות לחוק ולסדר הציבורי. עם זאת, הרפובליקניזם נבדל מתפיסות קהילתניות בכך שהוא מדגיש את חשיבותם של המדינה וחוקיה לחייו ולחירותו של הפרט. להשתתפות הפוליטית-האזרחית

144 אחד הביטויים המרתקים לניסיון להפיכתו של שיח האחריות למרכזי יותר בזירה הבין-לאומית הוא גיבושה של "מגילת האחריות" (Draft Declaration of Human Responsibilities) על ידי ה-Inter-Action Council, ארגון בינלאומי של מנהיגים וראשי מדינות לשעבר (ובהם מיכאיל גורבצ'וב, הנרי קיסינג'ר, הלמוט קוהל, שמעון פרס ואחרים), ששם לו למטרה להתמודד עם האתגרים הפוליטיים, הכלכליים והחברתיים העומדים בפני האנושות. ראו interactioncouncil.org/ או a-universal-declaration-of-human-responsibilities. מגילה זו קובעת כי על כל אדם מוטלת החובה לנהוג באנשים אחרים בדרך אנושית, לשאוף לקידום כבודו של הזולת, לקדם את הטוב ולהימנע מעשות רע, ואף קוראת לאמץ את האמרה "מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך" (ראו, למשל, ס' 1-4 בהצהרה: "All people have a responsibility to strive for the dignity and self-esteem of all others (Art. 2); Everyone has a responsibility to promote good and avoid evil in all things (Art. 3); All people must accept a responsibility to each and all [...] What you do not wish to be done to yourself, do not do to others (Art. 4)". אף על פי שלא אימצה לבסוף בידי האו"ם, ההכרזה משקפת תפיסה חדשה שבמרכזה עומדות החובות שיש לפרטים כלפי אחרים, ומשקפת את ההשלכות המעשיות, מטילות-החובה, של שיח הזכויות הקלסי. חשוב לציין כי ההד הציבורי הרב שזכתה לו עבודת הוועדה בנושא זה הוביל לניסוחה של טיוטת הצהרה בידי נציבות האו"ם לזכויות האדם כמגילה משלימה למגילת זכויות האדם (ראו [www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/52c520c7be26d11dc1256d040055f1b0/\\$FILE/G0312023.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/52c520c7be26d11dc1256d040055f1b0/$FILE/G0312023.pdf)).

יש אפוא, בעיני הרפובליקניזם המודרני, איכויות ואופני פעולה שונים מאלה של חיים בקבוצה או של יחסים בין-אישיים אחרים.¹⁴⁵

אחד הדיונים המעניינים באשר לעיצובו ולאופיו של המרחב הפוליטי-הציבורי הוא הדיון שעורך רולס על היחס שבין שאלת הצדק לבין טיבו של המבנה החברתי הבסיסי.¹⁴⁶ על פי רולס, המבנה הבסיסי של חברה הוא האופן שבו "מוסדותיה הפוליטיים והחברתיים העיקריים משתלבים לכדי מערכת אחת של שיתוף פעולה חברתי, והאופן שבו הם מקצים זכויות וחובות בסיסיות, ומווסתים את חלוקת התועלות הצומחות משיתוף הפעולה במהלך הזמן".¹⁴⁷ תפיסתו של רולס מדגישה את מורכבותם של יחסי הגומלין בין הפרטים בחברה ואת ההכרח שיחסי גומלין אלה יהיו הוגנים. מרכיב מרכזי נוסף בתפיסתו של רולס הוא הדגש על המבנה החברתי הבסיסי, ומוסדותיו השונים, כבעל השפעה מכרעת על עיצוב חיהם של הפרטים בחברה נתונה, ולכן הוא נתפס על ידי רולס כמרכיב מרכזי בשאלת הצדק. השקפה זו הולמת מאוד את רעיון האחריות כפונקצייה של ההשפעה על המרחב הציבורי, מהטעם שהיא מדגישה הן את מרכיב ההשתתפות במערכת מורכבת של שיתוף פעולה והן את העובדה שליסוד המבני – ולא דווקא הוולונטרי, החוזי – יש משקל מרכזי בתוצאות צודקות של חלוקת הטובין החברתיים. יישומה של תפיסה זו בענייננו מוליך למסקנה כי כדי שעקרונות הקצאת האחריות המשפטית יהיו צודקים, כעניין של מבנה השיטה, עליהם לעלות בקנה אחד עם עקרונות של שיתוף פעולה המבטיחים נגישות הוגנת של כל פרט בחברה לטובין המחולקים בה. כך, כאשר שיתופי הפעולה אינם מוליכים ליצירתן של פרקטיקות הוגנות, המעניקות משקל שווה לכלל המשתתפים בהן, והמציבות את הפרטים כולם בעמדה של גישה אמתית לעיצוב חיהם, המסקנה המתחייבת היא כי עלינו לנסח מחדש את תפיסת האחריות שבה אנחנו מחזיקים. מסקנה זו נוגעת הן לשחקנים נושאי האחריות והן לתוכנה ולאופייה של האחריות.

הקשר תאורטי זה, הנסמך על תפיסה רפובליקנית-דמוקרטית של המרחב הציבורי, מדגיש את השוני שבין התפיסה כאן – המבקשת לתפוס באופן שונה ורחב יותר את עצם רעיון האחריות, כך שישקף את מורכבותם של קשרים ומבנים חברתיים אשר מכוחם נוצרים פערים מבניים בין פרטים בחברה לבין גופים תאגידיים בעלי עצמה – לבין גישות חברתיות אחרות, המחדדות את מקומם המרכזי של העקרונות ה"ציבוריים" הקיימים

145 לדיון במאפייניה של המחשבה הרפובליקנית ראו ניר קידר ממלכתיות: התפיסה האזרחית של דוד בן-גוריון (2009).

146 שאלה מעניינת, החורגת מהדיון במאמר זה, היא אם יש לסווג את משנתו של רולס כתאוריה רפובליקנית או כתאוריה ליברלית. למאפיינים רפובליקניים של עמדתו ראו JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM (1993).

147 ג'ון רולס צדק כהוגנות: הצגה מחודשת 81–82 (דפי אגס-סגל מתרגמת, 2010) (ההדגשה הוספה – ר"ק).

כבר כיום במשפט הפרטי.¹⁴⁸ שוני זה מודגם בכך שבעוד שהעקרונות המשפטיים הקיימים כיום – כגון החובה לנהוג בתום לב ועל פי תקנת הציבור – הם ערכים משמרים, מבטיחי-הוגנות בסיטואציה נתונה ובמבנה חברתי-פוליטי נתון, הם אינם, בניגוד לרעיון האחריות שהמאמר מבקש לקדם, ערכים טרנספורמטיביים, משני-תודעה או יחסי כוחות. הגם שקשה להפריז בחשיבותם של עקרונות משמרים אלה למשפט כמערכת הוגנת, שלא רק מטפחת אינטרסים אישיים אלא גם משקפת עקרונות של הגינות והתחשבות בזולת, דומה שאין בכוחם של עקרונות אלה לחולל שינוי של ממש במבני הכוחות החברתיים.¹⁴⁹ כך, בעוד שהשימוש בעקרונות תום הלב או תקנת הציבור עשוי להעניק בידי בית המשפט כלים לפצות, *ex post*, פרט שנפגע מהתנהגות חסרת תום לב של פרט אחר, קשה להעלות על הדעת, לפחות ברוב המקרים, כי יהיה בסטנדרט זה כדי למנוע מראש התנהגות פוגענית של גוף רב עוצמה כלפי הציבור. לשם כך נדרשים עקרונות המבוססים על תפיסה המבקשת לא רק לאזן את יחסי הכוחות בין הצדדים אלא גם לכוון מוסדות, נורמות ופרקטיקות המבטיחים את יכולתם של כלל הפרטים להשתתף השתתפות מלאה ופעילה במרחב הציבורי. החשיבות בפיתוחו של רעיון עשיר יותר של אחריות, נוגעת, לכן, לא רק לאפשרות של הטלת אחריות רטרואקטיבית על גוף כזה או אחר במקרה של פגיעה (בדומה להכרעה כיום כי גוף מסוים נהג בחוסר תום לב), אלא בעיקר לכך שיהיה בעיקרון חדש זה כדי לספק לשחקנים המרכיבים את המרחב הציבורי את הכלים לנהל, באופן אחר, *ex ante*, את התנהגותם.

תפיסת אחריות העומדת בדרישות הצדק המתחייבות מן התפיסה הרפובליקנית-הדמוקרטית, הרואה בקיומו של מרחב ציבורי הוגן תנאי הכרחי לקיומם של חיים חברתיים בעלי משמעות, צריכה להתחשב אפוא בשני עניינים מרכזיים: ראשית, נקודת המוצא שלה צריכה להיות התייחסות רצינית לחברה כאל מערכת ענפה של שיתוף פעולה בין פרטים, המקיימים ביניהם יחסי גומלין מורכבים. מערכת יחסים זו מהווה את המסד הרעיוני להטלת אחריות על המשתתפים בה, המקיימים ביניהם קשרי תלות הדדית והמפיקים ממנה, ואלה מאלה, תועלת; שנית, עליה לשקף הלכה למעשה את ההבנה כי מערכת זו של שיתוף פעולה איננה רק תוצאה של התקשרויות רצוניות בין צדדים שווים בכוחם ובמעמדם, אלא היא נשענת במידה רבה על מבנה של מוסדות – ובהם כללים ונורמות – המכוונים, יוצרים ומשמרים את יכולתם של אחדים מן המשתתפים בה להשפיע השפעה מכרעת על המרחב הציבורי.

נסיכת תוכן מעשי לעקרון האחריות שמאמר זה מבקש לקדם, אשר ידגיש את ההבנה כי טיב הזיקה המתקיימת בין הגוף המדובר לבין הציבור שבקרבו הוא פועל, מתאפשרת בשל מבני הכוחות הפוליטיים-חברתיים-כלכליים, ומשמעה התמקדות בעמדתו

148 ראו בעיקר גישתו של עלי בוקשפן, המוצגת בספרו המהפכה החברתית, לעיל ה"ש 32.

149 לא זו בלבד אלא שעקרונות אלה מתפרשים בצמצום כאשר הם מוחלים על ידי בית המשפט במסגרת המשפט הפרטי. ראו ברק-ארז "תחומי גומלין", לעיל ה"ש 25, בעמ' 111.

המיוחדת של הגוף הנדון בעיצוב המרחב הציבורי. כאמור, הפניית הקריאה להחלת חובות של אחריות על גופים פרטיים שהם בעלי השפעה רבה על עיצוב המרחב הציבורי (ובראשם התאגידים הגדולים), נובעת מן ההבנה כי היחסים שבין התאגיד לבין סביבתו אינם מתמצים ביחסים חוזיים או מעין-חוזיים בין פרטים חופשיים בחברה, אלא כי מרבית היחסים שבין פרטים לבין גופים תאגידיים הם בעלי מאפיין דומיננטי של היעדר בררה או אפילו הכרח, תרבותי אם לא כלכלי.¹⁵⁰ על המשפט לשקף את ההבנה שהחיים בעידן המודרני מתנהלים במגוון רחב מאוד של אינטראקציות של הפרטים בחברה עם תאגידים, שמרכיב הבחירה בהן הוא שולי, ואשר מעצבות את החיים הציבוריים.¹⁵¹ השפעתם של התאגידים על המרחב הציבורי עשויה להיות רציפה, רבת פנים ונרחבת לא רק כאשר מדובר בגוף מונופוליסטי.

פריטתה המעשית של תפיסה זו לענייננו היא כי טיבו של הקשר שבין התאגיד לציבור שבקרבו הוא פועל ישמש פרמטר חשוב בהכרעת היקפה של האחריות שבו יחויב אותו גוף, כאשר הוא פועל במרחב הציבורי. ככל שהגוף המדובר מרכזי יותר בחיים הציבוריים, ככל שהקשרים שהציבור מקיים עם אותו גוף הם בעלי משמעות רבה יותר וענפים יותר, כן תגבר מידת האחריות שיש לייחס לו.¹⁵² כך למשל טענתי לעיל, כי סניף

150 ראו לעניין זה את דבריו היפים של השופט אדמונד לוי בפרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, שמהם עולה כי בחברה המודרנית עשויה היכולת לצפות בטלוויזיה להיחשב לאלמנט המרכיב את תפיסת "כבוד האדם", שכן היא הכרחית להיחשף לנעשה בחברה וליטול חלק בעשייה החברתית המתחוללת בה: "הכיצד זה נוכל לקבוע כי תנאי מחיה שאינם מקיימים ולו מידה מינימאלית של יחס לרמת החיים המקובלת בחברה, או אשר מונעים מהאדם הזדמנות, ולו בסיסית, לפתח את עצמו, להגדיר את מטרותיו ושאיפותיו ולפעול להשגתן, אינם פוגעים בזכותו החוקתית לכבוד? האומנם האדם שתנאי מחייתו אינם מאפשרים לו מידה מינימאלית של השתתפות אזרחית, ושמנועים מבעדו מלהתערות בחברה הסובבת אותו ומלהשפיע על הנעשה בה הוא האדם שאותו אנו משווים לנגד עינינו בדברנו בכבודו?" בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס (3) 496, 464 (2006).

151 תפיסה רחבה זו, החורגת מהממד הרצוני של האינטראקציה בין תאגידים לפרטים, מדגישה שוב את השוני שבין ההצעה במאמר זה לבין תפיסתו של בוקשפן, הרואה במנגנונים הקיימים כבר כיום במשפט, ובעיקר בדיני החוזים ובדיני החברות, כלי מרכזי להגברת ההגינות בהתנהלות העסקית.

152 אונורה א'ניל, העוסקת בשאלות של הקצאת אחריות מוסרית, רואה אף היא ברשת שיתופי הפעולה הבין-אישית את המקור להטלת אחריות על הפרטים בחברה כלפי רווחתם של פרטים אחרים בה. א'ניל סבורה כי מאחר שפעולותינו לקידום ענייננו שלנו נשענות על הנחות שונות בדבר פעולותיהם של אנשים אחרים ועל ציפיותינו שיפעלו בדרך מסוימת, ושישתתפו, כמונו, במוסדות החברתיים, יש להטיל אחריות מוגברת על הפרטים המצויים בעמדה שיש בה כדי להשפיע על תנאי הפגיעות (vulnerability) שבהם חיים אחרים. נוסחה זו, המדגישה הן את מורכבותן של האינטראקציות החברתיות שאנו מקיימים עם אחרים והן את פגיעותם המבנית של אחרים מן הפרטים בה, הולמת מאוד את רעיון האחריות כפונקציה של ההשפעה על המרחב הציבורי המקודמת במאמר זה. ראו ONORA O'NEILL, TOWARD JUSTICE AND VIRTUE (1996). מודל מרכזי של אחריות

של רשת מזון הממוקם בפריפריה עשוי להיות חייב בחובות מסוימות, השונות מאלה שיוטלו על סניף של אותה רשת מזון עצמה, הממוקם בעיר גדולה. הטעם לכך הוא כי באזורים מרוחקים נודעת לסניף כאמור של רשת מזון נוכחות רבה יותר במרחב הציבורי, וכי סניף כזה מקיים רשת סבוכה של אינטראקציות מגוונות עם הציבור המתגורר באזור, החורגת בהרבה מהתפקיד שממלא סניף דומה בעיר גדולה.¹⁵³ קשר דומה מקיימים מפעלים הממוקמים בעיירות מרוחקות, והם "מפעל-של-עיר", במובן זה שפרנסתן של משפחות רבות באותם מקומות יישוב תלויות בקיומו של המפעל, עד כי זהותו של היישוב כרוכה בקשר הדוק עם המפעל. כך, למשל, העתקת מפעל כאמור למדינה אחרת כדי להגדיל את רווחיותו, או קיצוצים מסיביים בכוח העבודה בשל חשש ליירדה עתידית ברווחים (שאיננה מיתרגמת להפסדים), עשויה להיחשב, על פי הצעתי, התנהגות לא אחראית בסיטואציות מסוימות.

פן נוסף של מבחן "טיב הקשר" או הזיקה המתקיימת בין התאגיד לבין הציבור שבקרבו הוא פועל, נוגע לשאלת התועלת, דהיינו לשאלה מי נהנה מהפרקטיקה המובילה לכך שהנגישות לעיצוב המרחב הציבורי של אחדים מן הפרטים בחברה מוגבלת. סוגיה זו זוכה להתייחסות מעניינת מכיוון אחר, ונדונה במסגרת הספרות העוסקת בשאלות של צדק גלובלי במשפט בין-לאומי. במסגרת זו מציעים כותבים אחדים, כי בשיקולים להטלת האחריות בשאלות של חוסר צדק מבני יש לברר מי הם הגופים הנהנים מקיומן של הפרקטיקות המאפשרות את חוסר הצדק שבו מדובר.¹⁵⁴

הנשענת על רשת חברתית של יחסי שיתוף פעולה, אם כי בהקשר של צדק גלובלי, מציעה איריס יאנג. *Iris Young, Responsibility and Global Justice: A Social Connection Model*, 23 *SOC. PHIL. & POL'Y* 102 (2006). כן ראו רטנר, העוסק במה שהוא מכנה "nexus factor" כמדד של קרבה, אשר גם לאורו יש לבחון הטלת אחריות על תאגידים בהקשר של הפרת זכויות אדם. Ratner, לעיל ה"ש 3, בעמ' 508.

¹⁵³ עם האינטראקציות הללו אפשר למנות לא רק את היותו של אותו סניף המקור המרכזי להספקת מצרכי מזון ושירותים בסיסיים באותו יישוב אלא גם את היותו, פעמים רבות, מקום מפגש מרכזי; עוגן לעסקים קטנים נוספים המתקבצים סביב הסניף; המקום העיקרי שבו בני המקום מוציאים את עיקר משכורתם, ועוד. בנוסף, במקרים רבים מקיימים סניפים כאמור קשר ארוך שנים עם הקהילה המקומית, ולעתים מזומנות גם מתקיימים יחסים של היכרות אישית בין צוות העובדים וההנהלה לבני המקום.

¹⁵⁴ ראו למשל את המודל שמציעה Young, לעיל ה"ש 152. יאנג מציעה ארבעה פרמטרים להחלת אחריות במישור הגלובלי גם בהיעדר קהילה פוליטית מדינית בין האחראים לעוול לבין קרבנותיו: פריוילגיה (*privilege*) (עד כמה מרוויח הגוף המדובר מאופן ההתנהלות המוביל לחוסר הצדק המבני); כח (*power*) (עד כמה מצוי הגוף המדובר בעמדה לשנות את מצב הדברים המדובר); אינטרס בשינוי המצב; פעולה קולקטיבית לשינוי. למודל דומה, המבקר את שני הפרמטרים האחרונים מארבעת הפרמטרים שמציעה יאנג, ראו Yossi Dahan, Hanna Lerner & Faina Milman-Sivan, *Global Justice, Labor Standards and Responsibility*, 12 *THEORETICAL INQUIRIES L.* 439 (2011). כן ראו Ratner, לעיל ה"ש 3.

התפיסה העולה מדרישה זו, ואשר ניתן ליישמה במסגרת הדיון כאן, היא כי ככל שגוף כלשהו נהנה מקיומן של פרקטיקות לא הוגנות, עליו לשאת בעלויות הנוגעות לתיקונן. דוגמה למצב כזה עשויה להיות זאת שהובאה לעיל באשר לפרקטיקות ההתנהלות בשוק ההון, כאשר בעלי השליטה הם הנהנים העיקריים מדילול המשאבים המסוכן שאליו נקלעת החברה בעקבות השימוש בכספיה לטובתם. משמעותו המעשית של "מבחן ההנאה" בעניין זה עשויה להיות, למשל, כי אם אכן נקלעה החברה לקשיים גדולים בעקבות התנהלות כאמור, תוטל על כתפי בעלי השליטה האחריות להביא דברים על תיקונם, למשל באמצעות הזרמת הונם האישי להבראת החברה ובעמידה בחובותיה כלפי נושיה.¹⁵⁵ יש להניח, בנוסף, כי יישומו של מבחן ההנאה באופן כזה עשוי לא רק לאפשר את תיקונה של פגיעה שכבר נוצרה, אלא אף להשפיע מראש על אופן התנהלותם של בעלי השליטה בחברות המרכזיות בשוק.

ההיגיון בבסיסו של מבחן ההנאה מצוי גם ביסודה של הדרישה להטיל אחריות על תאגידים במקרים שבהם התנהגותם כוללת את החצנת עלויותיה האמתיות. כך, למשל במקרה של יצרניות סיגריות, שנדון לעיל, והנזקים הישירים והעקיפים שגורם מוצר זה, ואשר כפי שראינו תיקונם מוטל על החברה בכללותה, בעיקר בשל בהיעדר תפיסת אחריות רחבה דייה שתאפשר הטלת עלויות אלה על יצרניות הסיגריות עצמן.¹⁵⁶ דוגמה נוספת לאופן שבו יהיה אפשר ליישם את מבחן "טיב הקשר" וכן את "מבחן ההנאה" הוא המקרה של סירובה של חברת גוגל לפרסם קמפיין פוליטי באינטרנט, בתגובה להצעת החוק שהועלתה בכנסת בעניין מה שמכונה "הרווחים הכלואים".¹⁵⁷

155 ראו את דבריה של השופטת ורדה אלישיך בדיון באישור הסדר החוב של חברת דלק נדל"ן, שנקלעה לחובות, בין השאר בעקבות חלוקת דיורידנים חריגה, אשר כוונו לבעל השליטה בחברה, יצחק תשובה: "עניין לנו בהסדר בעייתי, שאף אם הוא תואם את דרישות החוק, הוא רחוק מלהוות פתרון אופטימלי או אף קרוב לו, ומותיר יותר מאשר טעם רע [...] בעל השליטה מנצל לטובתו את עקרון היסוד של אישיות משפטית נפרדת, חרף היותו בעל-הון רב חברות אחרות ונכסים, החי ברמת חיים של האלפיון העליון". ראו פר"ק (מחוזי ת"א) 12-04-12230 כלל פיננסים נאמנויות 2007 בע"מ נ' דלק נדל"ן בע"מ (פורסם בנבו, 27.9.2012). על פי הסדר החוב האמור מאבדים בעלי האג"ח 1.4 מיליארד שקל (!) כשהם זוכים לתשלום של כ-30% בלבד מן החוב, ואף זאת בפריסה לשבע שנים. לדיווח על ההסדר בעיתונות הכלכלית ראו למשל אבי שאולי "אושר הסדר החוב בדלק נדל"ן; תשובה הציל את עורר" גלובס 27.9.2012 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000787051. ברוח דומה ראו הצעתה של אירית חביב-סגל להטיל אחריות מוגברת על הבנק המממן את הרכישה הממונפת. זאת משום שהסיכון בהלוואה מגולם בשיעורי הריבית הגבוהים במיוחד להחזרה, ומשקף אפוא את הנאתו של הבנק מן העסקה, במקרה שתעלה יפה. ראו חביב-סגל, לעיל ה"ש 111, בעמ' 651-654.

156 ראו דיון בעניין זה שם, בעמ' 24-26.

157 הצעת חוק לעידוד השקעות הון (תיקון מס' 69 והוראת שעה), התשע"ב-2012, ה"ח הממשלה 1396. החוק לעידוד השקעות הון העניק, בטרם התיקון האמור, מסלול פטור ממס על רווחים

תכליתה של ההצעה שאושרה לאחרונה לקריאה שנייה ושלישית בכנסת היא להעניק הטבת מס בשיעור של מיליארדי שקלים למספר תאגידי ענק הפועלים בישראל באשר לרווחים שצברו תאגידים אלה, אך לא שולם עליהם מס. בתגובה להצעת החוק האמורה ביקשו חברי כנסת אחדים ממפלגת מרצ להשיק קמפיין באינטרנט נגד הצעת החוק. ואולם, חברת גוגל ישראל סירבה להשיק את הקמפיין בטענה כי מדובר בנושא "רגיש".¹⁵⁸ החלטה זו עוררה תמיהות לא מעטות, במיוחד לאור פרסומם של קמפיינים רגישים לא פחות בגוגל או ביו-טיוב.¹⁵⁹ בשל עצמתה הרבה של גוגל בשוק הפרסום באינטרנט, משמעותו המעשית של הסירוב לפרסם את הקמפיין נגד מדיניות המיסוי האמורה היא השתקת השיח הציבורי בעניין המחלוקת הפוליטית סביבו. אין ספק כי לכך יש השפעה מכרעת על המרחב הציבורי בישראל. השאלה המעניינת במקרה זה היא אם היה על גוגל, כתאגיד פרטי, לנהוג באחריות רבה יותר כלפי הציבור, ולהבטיח את האפשרות לנהל שיח ציבורי פתוח.¹⁶⁰ על פי מבחן טיב הקשר, נראה שאין מחלוקת כי

שהופקו במפעל מוטב על פי החוק. עם זאת החוק הוסיף וקבע כי בעת חלוקת דיווידנד מתוך הכנסה כאמור, שהופקה בעת שהמפעל היה פטור מתשלום מס חברות, תהיה החברה חייבת במס חברות שהייתה חייבת בו אלמלא הפטור. התוצאה הייתה שחברות שקיבלו פטור על פי החוק נמנעו במשך השנים מאד ארוכה מאד מחלוקת דיווידנדים מאותם רווחים כדי שלא לשאת במס בעת חלוקת הדיווידנדים. מכאן שמס: "רווחים כלואים". הצעת החוק האמורה מציעה להעניק פטור ממס בעת חלוקת הדיווידנדים, בשיעור של עשרות אחוזים משיעור המס שאותו הייתה החברה אמורה לשלם על פי החוק המקורי.

158 ראו למשל צבי זרחיה ונתי טוקר "גוגל חסמה קמפיין של מרצ נגד חוק הרווחים הכלואים" www.themarker.com/advertising/1.1796914 8.8.2012 **TheMarker**

159 שתי דוגמאות בולטות במיוחד הן פרסומם של סרטונים שציבור רחב ראה בהם פוגעניים: ב-2006 הורה שופט בטורקיה לחסום גישה לסרטון ביו-טיוב אשר כלל תוכן פוגעני כלפי מוסטפא כמאל אטאטורק, מנהיגה המכונן של טורקיה המודרנית לאחר מלחמת העולם הראשונה, פגיעה האסורה על פי החוק הטורקי. גוגל עצמה לא יזמה חסימה כאמור, ובספטמבר 2012 פרסמה יו-טיוב את הסרטון "תמימותו של הנביא מוחמד", שרבים ראו בו סרטון פוגעני ואנטי-איסלמי. יצוין כי לאחר שהמהומות שהתעוררו בעקבות סרטון זה הסתיימו במותם של לא מעט בני אדם (ובהם שגריר ארצות הברית בלוב), חדלה גוגל, לזמן מוגבל, לאפשר את הפצתו של הסרטון במדינות אחדות, ובהן אינדונזיה, מצרים ולוב. בישראל למשל לא נחסם הסרטון לצפייה. קשה לחלוק על שסרטונים אלה "רגישים". ראו Jeffery Rosen, *Google's Gatekeepers*, N.Y. TIMES, Nov. 28, 2008, www.nytimes.com/2008/11/30/magazine/30google-t.html?pagewanted=all&_r=0; הראל עילם "גוגל מסרבת להסיר את הסרטון האנטי מוסלמי המסעיר את העולם" כלכליסט 15.9.2012 www.calcalist.co.il/internet/articles/0,7340,L-3583040,00.html; תמיר כהן "גוגל חסמה הגישה לצפייה בסרט על מוחמד במצרים ובלוב" הארץ 13.9.2012 www.haaretz.co.il/captain/1.1823510.net/1.1823510.

160 שאלה מעניינת היא אם בעניין זה היו האמצעים הקיימים במשפט כבר כיום עשויים לסייע ביד המבקשים לחייב את חברת גוגל לפרסם את הקמפיין (במקרה זה רלוונטיים בעיקר החוק לאיסור

מערכת היחסים בין גוגל לציבור הישראלי היא אינטנסיבית וענפה למדי: מנוע החיפוש של גוגל הוא לא רק המרכזי ברשת – בישראל כבעולם – אלא שקיומו שינה את גישתו של הציבור למידע שינוי מהותי, ואף את האופן שבו אנחנו מאחסנים, שומרים, ואפילו תופסים מהו "מידע"; אתר יוטיוב, בבעלותה של גוגל, חולל אף הוא מהפכה תרבותית של ממש, בוודאי בעולם המוסיקה, והוא בין שלושת האתרים הנצפים ביותר בעולם.¹⁶¹ פלטפורמת המייל של חברת גוגל מספקת שירותי דואר אלקטרוני למיליוני משתמשים, בעשרות שפות, ועברית בכללן, המנהלים באמצעות שירותיה גם מסמכים, יומני פגישות, רשימת אנשי קשר והנעזרים בשירותי המפות שלה ועוד. אין זה מקרה שכאשר קרסו שירותי הדואר האלקטרוני שגוגל מספקת למספר שעות, תגובת הציבור הייתה נסערת מאוד, ואילו עלייתו מחדש של האתר תוארה כ"איחוד מרגש עם בן משפחה אובד".¹⁶²

אפליה במוצרים ושירותים, וכן התחולה העקיפה של עקרונות חוקתיים כלפי גופים פרטיים. התשובה על כך איננה ברורה: לכאורה, חוק איסור אפליה במוצרים ושירותים מאפשר הגשת תביעה נגד גוגל, שכן החוק מגדיר, בס' 1, גם "שירותי תקשורת" כשירות ציבורי, וס' 3 שבו אוסר אפליה במתן שירות ציבורי מטעמי "השקפה". עם זאת כדי להוכיח כי התנהלותה של גוגל אכן עולה כדי אפליה פסולה, יידרשו העותרים להראות כי מדובר ביחס שונה במקרים דומים (דהיינו, להראות שגוגל הגבילו קמפיילים פרסומיים דומים, או להראות שגוגל אכן קיבלו לפרסום קמפיילים בעלי אופי דומה. בשני המקרים, נדמה, יהיה נטל ההוכחה כבד מאוד: במקרה הראשון, לו מהטעם שלעותר פוטנציאלי אין די נתונים בעניין זה; במקרה השני, מהטעם שתוכן הקמפיילים עצמם אינו זהה, ולא הרי "רגישותו" של נושא מסוים כ"רגישות" הטמונה בנושא אחר). מישור תקיפה שני הוא הטענה לתחולת העקיפה של זכויות חוקתיות גם על גופים פרטיים. במקרה דנן, ניתן לטעון כי על גוגל חלה החובה לכבד את חופש הביטוי. השאלה שתתעורר במקרה כזה היא כפולה: ראשית, אם יש להחיל, במקרה דנן, את החובה לכבד את חופש הביטוי על גופים פרטיים. כפי שהראיתי לעיל, הפסיקה נוטה לכך באופן חלקי בלבד (ראו הדיון לעיל בפרק ב.2). שנית, ורק במקרה שהתשובה לשאלה הראשונה תהיה חיובית, יש לברר אם ההגבלה שעליה החליטה גוגל היא לגיטימית, ונראה כי עקרונית, טענה כזו תתקבל רק כאשר להגבלות תוכן שאינן מפלות בין נקודות השקפה (ראו למשל בהקשר דומה את ההגבלות על פרסומת פוליטית, בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008)). גוגל, יש להניח, תוכל לטעון כי הקריטריון שקבעה – הגבלת תוכן "רגיש" – איננו קריטריון מפלה, ולפיכך אין כאן "view point discrimination", דהיינו אפליה מחמת נקודת השקפה. עם זאת העובדה שהדבר לא הגיע לפתחו של בית המשפט מדגימה כי יש צורך לחולל שינוי עמוק לא רק בכלים הקיימים בידי המשפט להעניש את מי שמפר את התחייבויותיו לנהוג באחריות, אלא בעיקר בשיח עצמו ובתפיסה שונה ורחבה יותר של הקצאת אחריות מלכתחילה.

161 אחרי גוגל ופייסבוק. ראו למשל, Laura Fitzpatrick, *Brief History YouTube*, TIME MAGAZINE, May 31, 2010, www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1990787,00.html.

162 עידו קינן "עולמנו קרס. אה, זה רק הג'מייל" כלכליסט 12.8.2008 www.calcalist.co.il/internet/articles/0,7340,L-3103026,00.html. בבלוג הרשמי של אתר ג'מייל נכתב "אנחנו חשים

למעשה, פרנסתה של גוגל משירותים אלה, באמצעות פרסום, מתאפשרת בשל קשר אינטימי זה שהיא מנהלת עם לקוחותיה: גוגל סורקת את תיבת הדואר הנכנס והיוצא של כל חשבון כדי לאפשר פרסום מותאם אישית. גוגל אפוא מקיימת קשר ענף, אינטנסיבי ואינטימי עם חלקים רבים בציבור. קשר זה, אני טוענת, מטיל עליה מידה רבה יותר של אחריות בהתנהלותה כלפי אותו ציבור.

גם "מבחן ההנאה" מצדד בהטלת אחריות רבה יותר על גוגל בהקשר הסיורב לפרסם את הקמפיין נגד החוק המדובר, המיטיב מאוד עם תאגידי הענק, בכך שהוא פוטר אותם, למעשה, ממיסוי חלקים נכבדים מהכנסתם, שאלמלא החקיקה הייתה חייבת במס. כמי שתימצא ניזוקה מדיון ציבורי בעניין התחמקותם של תאגידי הענק מתשלום מס (גוגל ידועה כמתחמקת סדרתית משלומי מס בעזרת תכנוני מס אגרסיביים),¹⁶³ הנאתה של גוגל מהיכולת לשלוט באופן מכריע כל כך בשוק הפרסום באינטרנט, היא מובהקת. אם כן, במקרה כזה מוליכים שני המבחנים שהוצעו להטלת אחריות מוגברת על חברת גוגל בעת שהיא בוחרת שלא לפרסם קמפיין הנוגד את מדיניות המיסוי שבעזרתה, בין השאר, היא מתעשרת.

הדיון עד כה מדגיש את הטענה כי החשיבות שבאיזון הכוח המצוי בידי התאגידים הגדולים אין משמעה רק איזונו של כוח המיקוח של הצדדים, אלא של הכוח לגבש את תפיסת האינטרס הציבורי מראש. כזהו המקרה בעניין חברת גוגל שהובא לעיל. דוגמה נוספת לכך נוגעת לסוגיית הפרטיות. השפעתם של התאגידים הגדולים בעניין זה איננה נוגעת רק להפרות של הזכות לפרטיות (בדרך של מעקב ואיסוף של מידע פרטי באמצעות המחשבים והרשתות החברתיות, שימורו במאגרי החברה, ולעתים אף מכירתו) אלא לעצם תפיסת הפרטיות והגדרתה ולעיצובה מחדש של ספֶרה אישית מול זו החשופה לעין כול. כך, למשל, בתגובה לביקורת שהושמעה נגד חברת פייסבוק בעניין ההפרות השיטתיות של עקרונות הפרטיות שהתחייבה להם, טענה החברה כי עלינו לקבל את השינויים המתרחשים כיום בעולם, ולהעריך באופן אחר את חשיבות ההגנה על מידע שעדיין נתפס בעינינו כמידע פרטי.¹⁶⁴

את כאבכם ואנחנו מצטערים ("we feel your pain and we're sorry"), ראו gmailblog.blogspot.co.il/2008/08/we-feel-your-pain-and-were-sorry.html

¹⁶³ בשנת 2009 פורסם כי גוגל שילמה בבריטניה מס בשיעור זניח על רווחי העתק שלה. ראו Robert Watts, *Google Avoids £100m UK Tax*, THE SUNDAY TIMES Apr. 19, 2009. בדיקה דומה שערך העיתון דה מרקר העלתה כי חברת גוגל ישראל אינה משלמת מסים בארץ כלל אף על פי שהכנסותיה בשנים 2007–2009 עמדו על מאות מיליוני דולרים. ראו איילה צורף, הילה רו ומוטי בסוק "גוגל ישראל לא משלמת מסים בארץ" **TheMarker** 25.10.2010 www.themarker.com/technation/1.1766175

¹⁶⁴ Miguel Helft, *Marketers Can Glean Private Data on Facebook*, N.Y. TIMES Oct. 23, 2010, www.nytimes.com/2010/10/23/technology/23facebook.html; Emily Steel & Geoffrey Fowler, *Facebook in Privacy Breach*, WALL STREET JOURNAL Oct. 17, 2010. בהקשר של

הפרמטרים "בוני האחריות" שהוצעו לעיל משקפים היטב את ההבנה שתוארה בחלקו הראשון של המאמר, ולפיה הכוח להשפיע על המרחב הציבורי ולעצבו מצוי כיום לא רק בידי המדינה (ויש שיאמרו לא בעיקר בידי המדינה) אלא הוא מפוזר בין גופים פרטיים רבים ומגוונים. כפועל יוצא מכך נודעת חשיבות לעיצוב המבחנים להטלת חובות אחריות מוגברת על גופים פרטיים לא רק על פי התנהלותו של גוף זה או אחר, אלא על פי התנהלות "גנרית" של גופים דומים לגוף הנדון, המשתקפת גם בהתנהלותו שלו. אלמנט נוסף שיש אפוא לבחון הוא אלמנט ההשפעה המצרפית, הנובעת מן הכוח המצרפי; הנובעת לא רק מהתנהלותו של גורם יחיד ומרכזי המצוי בעמדת מפתח, אלא מהתנהלות "רוחבית" של מספר גופים. התנהלותה של חברת סלקום בפרשה שהובאה לעיל, המשקפת התנהלות גנרית של לא מעט חברות במעמדה, היא דוגמה טובה להדגים את אופן יישומו של פרמטר זה.

כפי שציינתי לעיל, סוגיית הכוח המצוי בידי התאגידים הגדולים זוכה להתייחסות בספרות העוסקת בשאלות של צדק גלובלי. במסגרת זו, מציעים הכותבים, יש להתחשב בשאלה בידי מי מצוי הכוח לשנות את מצב הדברים הבלתי הוגן. הכוח לחולל שינוי, סבורים כותבים אלה, מטיל את האחריות לנהוג כך בפועל.¹⁶⁵ גם בענייננו יש היגיון רב בתפיסה זו: מאחר שבלב השקפת העולם המקודמת במאמר זה עומדת התפיסה הרפובליקנית-הדמוקרטית, הרואה במרחב הציבורי הוגן מרחב הכרחי לקיומם של חיים חברתיים בעלי משמעות, יש חשיבות רבה לדרכים שבהן אפשר הלכה למעשה לחולל שינוי כאמור בפרקטיקות המאיימות על התקיימותו של מרחב הציבורי הוגן ונגיש לכולם. מאחר שפעמים רבות היכולת לחולל שינוי מעשי אכן טמונה בשינוי התנהלותם של התאגידים הגדולים עצמם, יש היגיון רב ביישומה של התפיסה האמורה גם בגיבושו של מושג האחריות שהמאמר מציע.

אלמנט חשוב נוסף בעיצובו של שיח האחריות המוצע כאן, הוא הדגש על ההקשר הקונקרטי של הסיטואציה הנדונה, להבדיל מניתוחה הפרלימינרי על פי קטגוריות נוקשות. ההצעה קוראת להפעלתו של יחס דיפרנציאלי, במקרים שונים, להטלתן של חובות מוגברות, גם כאשר מדובר באותו גוף עצמו. כך למשל, טענתי לעיל, כי סניף של רשת מזון הממוקם בפריפריה עשוי להיות חייב בחובות מסוימות, השונות מאלה שיוטלו

ההגנה על פרטיותם של האזרחים מפני איסוף המידע שמבצעות חברות רבות, שומרות אותו ולעתים אף מוכרות אותו, ברור כי המגבלות החוקיות, גם כאשר אלה כבר מנוסחות, אינן מצליחות להדביק את קצב איסוף הנתונים או את היקפו. לניתוח סוגיה זו ראו Amitai Etzioni, *Privacy and the Private Realm*, 25 INNOVATION 57 (2012).

165 ראו Young, לעיל ה"ש 152, המכנה דרישה זו בהקשר שם "power". Dahan, Lerner & Milman-Sivan, לעיל ה"ש 154, מציעים הצעה דומה במסגרת הדיון בשוק העבודה הגלובלי, בהקשר של יצירת סטנדרטים להגנה על עובדים.

על סניף של אותה רשת מזון עצמה הממוקם בעיר גדולה.¹⁶⁶ דיון הקשרי כאמור יוביל גם לכך שבמקרה כמו זה של הדרת הנשים משלטי הפרסומת לא תוכל חברת אגד להתגונן מראש בטענה כי הפסיקה כבר קבעה כי החברה איננה גוף דו-מהותי, שכן השיקולים להחיל עליה חובות של אחריות מוגברת נגזרים בכל פעם מחדש, על פי ההקשר, וקביעה להחלת חובות כאמור, או הימנעות ממנה בהקשר ראשון, איננה יפה בהכרח להקשר אחר.¹⁶⁷

מובן שייתכנו מקרים שבהם ההלכה הקיימת כיום (דואליות נורמטיבית, תחולתם של עקרונות חוקתיים), ועריכת איזונים קונקרטית במקרה ספציפי, יוליכו לאותן תוצאות. עם זאת, יתרונה של הגישה המוצעת כאן, שלפיה הסיווג האפריורי ייזנח לטובת איזון ספציפי, הוא בעיקר בשניים: ראשית, הוא מבטיח כי לא ייפלטו מראש מן הדיון מקרים שבהם התנהגותו של גוף פרטי מעצבת את המרחב הציבורי באופן שלפרטים אחרים אין אפשרות למנוע, כיוון שסיווגו של הגוף הפועל כגוף פרטי מונעת זאת. שנית, האיזון ייערך באופן מדויק יותר, לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה, ללא שימוש בהכללות וסיווגים המאפילים על מורכבותו של כל מקרה. דרך זו תעניק לבית המשפט גמישות ו"אפשרות רבה להתחשב בהקשר, תוך הכרעה בכל מקרה לגופו, ושלא על פי מודל קשיח".¹⁶⁸

בהשאלה מדיני הראיות, ההצעה כאן מבקשת להוביל למעבר מקבילות למשקל: בניגוד להלכה הקיימת, הגורסת כי כאשר מדובר בגוף פרטי במובהק (אשר איננו עומד בפרמטרים שנקבעו בפסיקה לגבי גוף דו-מהותי), הטלה של חובות של אחריות מוגברת איננה קבילה, משקפת ההצעה כאן תפיסה שונה, ולפיה יש לבחון את מערך החובות והזכויות של שני הצדדים בכל מקרה ומקרה, אלא שהמשקל שיש ליתן לכל אחד מהמאפיינים של הסיטואציה משתנה לפי אופיו של מצב העניינים. על פי גישה זו, כל מכלול הראיות יישמע ויישקל, כאשר תפקידו של השופט הוא לתת משקל ראוי לכל אחד מן המאפיינים של היחסים בין הצדדים, לפי מצב הדברים. טענתי מוגבלת אפוא לשימוש

166 יש לציין כי הרשתות עצמן נוהגות באופן דיפרנציאלי, כאשר אותה רשת מתמחרת מוצרים הנמכרים בפריפריה תמחור שונה מזה של מוצרים הנמכרים במרכז הארץ. על פי רוב דווקא המחירים בפריפריה עשויים להיות גבוהים יותר, בשל היעדר תחרות.

167 הפסיקה עצמה עמדה על הקושי המתעורר לעתים בסיווג חד-פעמי של גוף כזה או אחר כפרטי או דו-מהותי, וביקשה לאפשר מרחב מסוים לאבחון את הסיווג האמור. בחסות ההבחנה בין פרטי לציבורי אפשרה הפסיקה להבחין בין פעולותיו של תאגיד במישור הפרטי (חוזים שהוא כורת, למשל) לבין פעולותיו במישור הציבורי (מספק שירות חיוני, למשל). עם זאת כוח האבחון הטמון במבחן זה של הפסיקה הוא מוגבל ולוקה באותם קשיים עצמם שבה לוקה הבחנת המוצא שלו. בעיניי יש לאפשר להחיל את חובות האחריות כלפי התאגיד, בהתייחס לפעולותיו כמכלול, כגוף הנטוע בהקשר חברתי מסוים, הממקם אותו, לעניין הנדון, כבעל אחריות או כפטור ממנה.

168 קרן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 316.

הספציפי בסיווג שבין הפרטי לציבורי, כמחסום אפריורי של "קבילות", מפני תביעות של פרטים נגד תאגידים המשפיעים על המרחב הציבורי ומעצבים אותו. יש להדגיש כי האמור לעיל אינו מכוון לערוך כל שינוי בחובות המוגברות המוטלות על המדינה כלפי האזרחים. אשר לגופים הפרטיים, לעומת זאת, המטרה היא גיבושה של תפיסה עשירה יותר של אחריות תאגידית, החורגת מגבולות השיח המוסרי ומחלחלת גם אל עבר השיח המשפטי עצמו. חובה זו של אחריות תוחל לאו דווקא על פי טיבו של הגוף שבו מדובר (מונופול), או הסמכויות שהוא מפעיל (מעין שלטוניות), אלא על פי עמדתו של התאגיד כלפי עיצוב המרחב הציבורי המשותף. שינוי זה של מסגרת הדיון יעתיק את מרכז הכובד של השיח המשפטי מההבחנות המשעתקות את הסדר הקיים, אל העמדת האינטרס הציבורי במרכזו של השיח המשפטי, ויעורר דיון במגבלות המשפטיות הקיימות כיום על נגישותו הרצופה האפקטיבית והעקיבה של הציבור לעיצוב האינטרס הציבורי, כמו גם באפשרויות להיאבק במגבלות הללו בכלים משפטיים.

אחת הטענות שניתן להעלות נגד ההצעה לזנוח את ההבחנה בין פרטי לציבורי כמוצע כאן, היא כי הטלת חובות מוגברות על גופים פרטיים בעלי השפעה ניכרת על המרחב הציבורי יש בה כדי לשמש חרב פיפיות, שכן העלויות הכרוכות ביישומן של פרקטיקות אחראיות יותר עשויות להיות מגולגלות, בסופו של דבר, על הציבור. כך, למשל, הטלת חובות מוגברות על סניף של רשת מזון בשל מיקומו בפריפריה עשויה לגרור עלות נוספת לסניף המדובר, שמשמעותה פגיעה ברווחיות. פגיעה זו עלולה להתבטא בתמחור גבוה יותר לצרכן או בהטיית הכף נגד פנייה של עסקים או של רשתות שונות לפעילות בפריפריה (שהרי מוטב להתמקד באזורים שבהם פעילותם לא תיתפס כבעלת השפעה גדולה כל כך).¹⁶⁹ אכן, הטלת חובות מוגברות של אחריות עשויה

169 טענה דומה, בקנה מידה רחב יותר, היא כי מדיניות תובענית כלפי תאגידים, המטילה עליהם נטלים כלכליים, תגרום ל"בריחתם" של אלה מישראל. עם זאת מחקרים מראים שיש מקום להטיל ספק בהנחה שלפיה הקלה בנטלים כלכליים היא אכן הדרך הטובה ביותר למשיכת משקיעים. כך, למשל, מחקרים מראים כי השיקולים העיקריים העומדים ביסוד החלטתם של משקיעים על השקעה במדינה נתונה הם יציבות פוליטית וכלכלית, קיומו של הון חברתי וקיומן של תשתיות פיזיות. לעומת זאת המשקל שניתן לתמריצים כלכליים אינו גבוה. ראו למשל J. CHRISTENSEN & S. KAPOOR, TAX AVOIDANCE, TAX COMPETITION AND GLOBALISATION: MAKING TAX JUSTICE A FOCUS FOR GLOBAL ACTIVISM (paper given at Tax and Development Conference, Helsinki, Finland, 2004), בהקשר של הקלות מס. כן ראו OECD, ECONOMIC SURVEY OF ISRAEL 2009. ASSESSING THE MACROECONOMIC POLICY FRAMEWORK (2010). ראו גם את הדוח העוסק בהשלכות הכלכליות והחברתיות השליליות של המדיניות הכלכלית המקלה שנקטה אירלנד כלפי משקיעים זרים: TASC, TAX INJUSTICE: FOLLOWING THE TAX TRAIL (2012), www.tascnet.ie/upload/file/2055%20Tasc%20Booklet%20A4%2044pg_LR%20WEB.pdf. כן ראו את מאמרו של אסף לחובסקי "בתי המשפט והימנעות ממס בשנים הראשונות לאחר קום המדינה: אינטרסים מעמדיים או שיקולים מעשיים?" מחקרי משפט כא 575 (2005). במאמר זה

בהחלט להתבטא ביצירת עלויות רבות יותר לגוף הפרטי הנושא באחריות זו, ועלויות אלה עשויות לפגוע ברווחיותו. אולם בכך אין שוני רב מהטלת כל דרישה נורמטיבית אחרת, הגוררת עלויות רבות יותר לגוף הנושא בה: כאלה הן הדרישות לשכר מינימום, לבטיחות וגהות בעבודה, לאיסור על עבודת ילדים, להגבלות על שעות העבודה ועוד. כשם שאנו תופסים את מכלול הדרישות הקיימות כיום בחוק כהכרחיות לחיים תקינים והוגנים, הגם שמשמעותן המעשית היא פגיעה ברווחיות הגופים הפרטיים, כך אני סבורה שיש לתפוס – במצבים שבהם הדבר נדרש – את הצורך להטיל אחריות מוגברת על הגופים הפרטיים רבי העצמה.¹⁷⁰ יש לזכור עוד כי ההצעה להטלת אחריות מוגברת איננה נובעת מפערים בכוח המיקוח בין תאגידי הענק לבין יחידים בציבור גרידא, אלא מקיומם של כשלים מוסדיים מבניים, המאפשרים עצמה יוצאת דופן לגופים מסוימים על חשבון נגישותו של כלל הציבור לעיצוב המרחב הציבורי. תיקונו של מצב זה מחייב, לכן, שינוי בהקצאת האחריות בין הפרטים השונים בחברה. המסד התאורטי שעליו מתבססת הטענה להטלת אחריות מוגברת על גופים פרטיים, הוא התפיסה המוסרית שלפיה המערכת הענפה של יחסי גומלין בין הגופים הפרטיים לציבור, וההטיה המבנית המאפשרת לגופים אלה להתעשר מיחסים אלה, מחייבות הטלת אחריות מוגברת על הגוף האמור. העובדה שהגוף המדובר מפיק את רווחיו מאינטראקציה עם הציבור שבקרב הוא פועל, מחייבת בעיניי, מבחינה מוסרית, התייחסות לא רק לפוטנציאל

מתאר לחובסקי את ההיסטוריה החקיקתית של הנורמות האנטי-כנוניות בפקודת מס הכנסה וכן את התיקון המאפשר לרשויות המס לסווג מחדש עסקה שתכליתה העיקרית היא הפחתת תשלום מס. לחובסקי מתאר את ההתנגדות האידאולוגית לתיקון זה של חברי הכנסת הליברלים, שסברו כי נטל המס שהוא מאפשר מכביד מדי על הציבור. בין ההתנגדויות מצביע לחובסקי על כך ש"אחד מחברי הכנסת של האופוזיציה הזהיר, במידה של היסטוריה, כי התיקון יאלץ את ציבור משלמי המסים בני המעמד הבינוני לרדת מהארץ" (ח"כ שמואל תמיר). מצוטט אצל לחובסקי, שם, בעמ' 589 (ההדגשה הוספה – ר"ק). לחובסקי ממשיך ומבהיר כי "חששותיהם של המתנגדים לתיקון התברור". שם, בעמ' 589.

170 בניגוד לעמדה כאן, סבור עלי בוקשפן כי פסיקתו של בית המשפט איננה משקפת התייחסות מספקת לתכלית החברה להשאת רווחיה דווקא, דהיינו לשיקולי העלויות המגולמות בנורמות מוגברות על גופים פרטיים. ראו למשל את הביקורת שמותח בוקשפן על עמדתו של הנשיא ברק בדנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000), למשל, באמרו כי "הטמעתה של אחריות חברתית באמצעות הכפפתה של חברה עסקית לעקרונות היסוד של השיטה המשפטית במסגרת חוזה שהיא עורכת עם עובדיה, הינה תופעה ראויה אך נראה כי הדבר נעשה בעוצמה רבה מדי, ותוך התעלמות ממעמדם הגבוה א-פריוני של תכלית פעולתה של החברה לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה"; בוקשפן "אחריות חברתית תאגידית וביטוייה במשפט", לעיל ה"ש 29. בפרשה זו התערב בית המשפט בחוזה שנחתם בין מעביד לעובדים, אשר קבע גיל פרישה שונה לדיילי צוות האוויר לעומת צוות קרקע בשל "צורך עסקי" במראה צעיר של צוות האוויר. בדיון בבית המשפט העליון סבר הנשיא ברק כי עקרון השוויון גובר במקרה זה על הצורך העסקי של המעביד, כפי שבא לידי ביטוי בחוזה.

הרווח הטמון באזור שבו הוא פועל, אלא גם לצרכיו המיוחדים של הציבור החי באזורים אלה. עם זאת, חשוב להדגיש, כי ההצעה במאמר איננה מכוונת לאפשר פגיעה כלכלית קשה בגופים הפרטיים, ובוודאי לא פגיעה העשויה להוביל לקריסתם. כך, במקרים שבהם עלויותיה של הטלת האחריות המוגברת עשויות לגרום הפסדים ניכרים, ישמש נתון זה שיקול חשוב נגד הטלת חובות כאמור.¹⁷¹

טענה נוספת שניתן להעלות כנגד ההצעה לזנוח את ההבחנה בין פרטי לציבורי בהקשר המוצע כאן היא כי יש בהצעה כזו חתירה תחת היציבות המשפטית, או חמור מכך, תחת עקרון החוקיות, הקובע כי מה שאינו אסור במפורש – מותר. כך, למשל, אם לא נקבעו בחוק איסורים המוטלים על התאגידים, הם רשאים לבחור כיצד לפעול. התשובה לטענה זו משולשת: ראשית, לעניין היציבות המשפטית: למרות חשיבותו, הערך של יציבות וודאות משפטית הוא ערך משני בלבד לערכים אחרים, כגון עקרון השוויון או העיקרון שלפיו המשפט מכוון לעשיית צדק. כפי שהודגם בחלקו הראשון של המאמר, המצב המשפטי הקיים חותר תחת עקרונות דמוקרטיים בסיסיים, ויוצר מצב של אי־שוויון מבני ביחסי הכוחות שבין הפרטים השונים בחברה. כשל זה הוא מהותי, והוא מוליך לפגיעה קשה בזכויותיהם של פרטים רבים, במגוון רחב של סיטואציות. לפיכך הצורך בשינוי המשפטי המוצע עולה בעיניי על חסרונותיו, בעיקר אם אלה מתמצים במידה רבה יותר של חוסר ודאות. יש לזכור עוד כי חוסר הודאות ילך ויקטן ככל שעקרונות ההחלה של נורמות מוגברות על גופים פרטיים יתגבשו בפסיקה. שנית, יש לזכור כי דרך זו היא למעשה הדרך שבה התפתחו בפסיקה עקרונות הדואליות הנורמטיבית מלכתחילה,¹⁷² ובמובן מסוים – ההצעה במאמר היא המשכו של תהליך זה,

171 השאלה היכן עובר הגבול בין פגיעה כלכלית קשה לפגיעה כלכלית נסבלת היא כמובן שאלת מפתח בדיון האמור. דיון מפורט בשאלה זו חורג מגבולות המאמר, אך מעניין להשוות את הסוגיה כאן לדיון דומה הנערך במשפט האמריקני באשר לאפשרות להתחשב בשיקול של נזק כלכלי במקרים של פגיעה בשוויון, כאשר הטענה של הגוף המפלה היא כי האפליה היא הכרחית מבחינה עסקית. המקור לטענה כזו הוא ס' 703(e) של ה- Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. § 2000e-2(a) (Title VII). המקור (2012), המאפשר אפליה חריגה, אם זו מתחייבת, בתום לב, לשם הפעולה התקינה של העסק ("bona fide business necessity"). בארצות הברית פירשו בתי המשפט סעיף זה בצמצום רב, והם מתירים אפליה רק במקרים קיצוניים. ראו בעניין זה את פרשת דיאז: Diaz v. Pan Am. World Airways, Inc., 442 F.2d 385 (5th Cir. 1970). כן ראו את עניין Wilson v. Southwestern Airlines, שם נקבע כי נזק כלכלי, או אבדן יתרון תחרותי גרידא, לא יספיקו לשם מתן לגיטימציה לאפליה: "a potential loss of profits or possible loss of competitive advantage following a shift to non-discriminatory hiring does not establish business necessity under Diaz". Wilson v. Sw. Airlines, 517 F. Supp. 292 (N.D. Tex. 1981) (ההדגשה הוספה – ר"ק).

172 ראו עניין מיקרו דף, לעיל ה"ש 38, ועניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 34. לפיתוח דומה בפסיקה של חובת אחריות בנוזקין (באשר לחובת הזהירות המושגית) ראו עניין גורדון, לעיל ה"ש 118, בעמ'

והיא מבקשת ללכת באותה דרך.¹⁷³ יש לציין עוד כי העדפת עקרון היציבות על פני פיתוח המשפט והתאמת הדוקטרינות בו למציאות המשתנה, משקפות תפיסה שמרנית של המשפט, החותרת תחת עצם יכולתו של זה לשמש אמצעי הוגן להסדרת החיים הציבוריים בחברה דמוקרטית. שלישית, קשה לומר שההצעה האמורה מייבאת עקרונות זרים של אחריות למשפט, ומבקשת להחיל אותם על גופים שאין להם דבר וחצי דבר עם הנורמות המופנות כלפיהם. תוכנן של הנורמות המוגברות כבר קיים במשפט – לא רק בדוקטרינות שתוארו לעיל, וביקשו להרחיב את תחולתן של נורמות האחריות הללו על גופים פרטיים – אלא במשפט כולו. אכן, הספרות והפסיקה עמדו בהרחבה על קיומן של נורמות כלליות המתיישבות עם קריאה לאחריות כלפי הזולת ולהתחשבות בו, גם במשפט הפרטי. השנים האחרונות מאופיינות בהתגברותה של מגמה זו, שאף כונתה "מהפכה חברתית במשפט העסקי".¹⁷⁴ ג'וזף סינגר, למשל, סבור כי ההרשאה לבחור כיצד לנהוג במרחב שהוא כביכול "מותר" (מאחר שאיננו אסור בחוק מפורשות) איננה כוללת בחובה היתר להתנהל באופן החותר תחת העקרונות של חברה חופשית

135, שלפיו "הסמכות השלטונית מעניקה שליטה, פיקוח וכוח. נוצרת מציאות של תפקוד, הסתמכות וציפייה, העשויים לקיים חובת זהירות מושגית".

173 באופן כללי יותר, ניתן להוסיף כי המשפט מכיר בחשיבותם של עקרונות וסטנדרטים ככלי חשוב בפיתוח המשפט, ולא זו בלבד שהוא אינו נמנע משימוש בהם, הוא אף מוסיף וקובע עקרונות מעין אלה בחקיקה. ראו למשל הצעת חוק דיני ממונות, המונה בפרק הראשון שלה שורה של עקרונות רחבים, לרבות הגינות, צדק, ביטחון, תום לב ועוד; הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח הממשלה 700 (המכונה גם "הקודקס האזרחי"), שעברה ב-2011 בקריאה ראשונה בכנסת. לחשיבותם של עקרונות וסטנדרטים במשפט ראו Ronald Dworkin, *The Model of Rules*, 35 U. Chi. L. Rev. 14 (1967).

174 בוקשפן המהפכה החברתית, לעיל ה"ש 32. עם השינויים הללו אפשר למנות את תפיסתו של עקרון תום הלב כנורמה "מלכותית" ואת נכונותו של בית המשפט להתערב בחוזים בשמם של ערכים חברתיים חיצוניים לחוזה. ראו למשל מאוטר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 118, בעמ' 51–55; זמיר, לעיל ה"ש 118, בעמ' 346–352. כן ראו את תפיסתו הרחבה של עקרון עשיית עושר ולא במשפט, המאפשר לבית המשפט לשקול טווח רחב של שיקולים חברתיים הנוגעים להתנהגות נאותה בין הצדדים (ראו למשל פסק דינו של השופט ברק בד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גוניס ג.מ.ב.ה. פ"ד מב(1) 221 (1988)). אמנם ערכים אלה אינם מוחלים כיום במלוא היקפם על גופים פרטיים, אולם אי אפשר לומר כי הם זרים לשיטת המשפט. ההפך הוא הנכון: אלה הם עקרונות היסוד של השיטה, המעניקים חיות ותוכן להסדרים משפטיים קונקרטיים. בהקשר התאגידי הטענה כי נורמות האחריות המוגברות כבר מוכרות אף חזקה יותר בעיניי, שכן נורמות אלה מצויות כיום בקודים האתניים של תאגידים רבים, הרואים עצמם מחויבים להם. גם חוק החוזים מכיר בנהוג ענפי כמקור רלוונטי לשם הסקתן של פרקטיקות מקובלות במגזרים הדומים למגזר שבו מדובר. ראו למשל ס' 26 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973 ("השלמת פרטים"), הקובע כך: "פרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו יהיו לפי הנהוג הקיים בין הצדדים, ובאין נהוג כזה, לפי הנהוג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים".

ודמוקרטיה. לשיטתו, עקרונות אלה מחייבים תשומת לב ראויה לאינטרסים של הזולת.¹⁷⁵ מכאן עולה כי ההכרה בחשיבות ההגנה על זכויות אדם, בהגנה על עקרון השוויון, בערך של מניעת שחיתות, בחובה להתחשבות בזולת או שלא לנהוג בדרך מנצלת, וכן בעיקרון היסודי של אחריותיות (accountability), קיימים כולם במשפט. אכן, כפי שסבור גם דוורקין, ערכים אלה קיימים במשפט כעקרונות-על, והם משמשים מעין מעטפת הכרחית לקיומה של מערכת משפטית הוגנת.¹⁷⁶ ואולם, בעוד שהשיח הקיים באשר לערכים אלה מחייב הכרה בקיומם של הוגנות, כבוד וחירות במסגרת המשפטית הקיימת, טענתי במאמר מבקשת להדגיש, כתנאי לכל אלה, את חשיבותו של המרחב הציבורי כזירה של שותפות, ולכן גם של אחריות. הבנה מעמיקה ומלאה יותר של התפיסה החברתית שעליה מושתתת חברה חפשית ודמוקרטית מדגישה, לכן, את ההכרח כי המשפט, כמו המערכת החברתית-הפוליטית כולה, ישקף את הרעיון של מרחב ציבורי נגיש לכול.

סיכום

הטענה המרכזית במאמר היא כי לאור התהליכים המתרחשים בעולם הגלובאלי, ובהם התעצמותם של התאגידים בד בבד עם היחלשותן של מדינות, הטעם שבבסיס ההבחנה בין פרטי לציבורי, כקטגוריית מוצא לדיון בנומנות האחריות המוחלות של גופים פרטיים, אינו מצדיק את החלתה האפריורית.

מטרת המאמר אפוא כפולה: ראשית, המאמר קורא לזניחתה של ההבחנה המקובלת בין "משפט פרטי" ל"משפט ציבורי", ככל שהיא משמשת להדיפה א-פרוורית של תובענות פוטנציאליות כנגד גופים פרטיים, שכן היא הבחנה מזיקה. לא זו בלבד שההבחנה הקטגוריאלית בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי היא פוליטית, כפי שכבר הראו זרמים ביקורתיים של המשפט, ולא זו בלבד שהיא פועלת להנצחת יחסי כוחות לא שוויוניים בחברה, אלא היא אף חותרת תחת יכולתם של הפרטים בחברה לעצב בעצמם את מרחב החיים הציבורי. נדבך מרכזי בקריאה לזנוח את ההבחנה בין פרטי לציבורי לצורך סיווגם האפריורי של גופים הפועלים במשפט, הוא כי הבחנה זו היא מכשירית, דהיינו היא כלי שנועד לסייע בידי המשפט להחליט מתי יש לייחס חובות מוגברות לגופים מסוימים, ומתי יש להימנע מכך. חשוב אפוא שלא לבלבל את היוצרות, ולייחס

Joseph William Singer, *Corporate Responsibility in a Free and Democratic Society*, 58 175 CASE W. RES. L. REV. 1031 (2008).

176 כזה הוא למשל עקרון ה-integrity של דוורקין. ראו Dworkin, לעיל ה"ש 173. כן ראו RONALD DWORCKIN, LAW'S EMPIRE 176-276 (1986).

טעם לפעולה (של הטלת חובות או הימנעות מהטלת חובות כאמור) להבחנה עצמה, להבדיל מהשיקולים העומדים בבסיסה.

מטרתו השנייה של המאמר היא להציע כי ההבחנה המסורתית בין פרטי לציבורי כמנגנון מסווג של תובענות פוטנציאליות כלפי גופים פרטיים במובהק, תומך ברצף רעיוני שבלבו נטועה תפיסה מוגברת של אחריות המוחלת על גופים ציבוריים ופרטיים כאחד, והמאפשרת חשיבה מחדש על ארגון שדה המחשבה המשפטית-פוליטית המתחדשת. כאמור, אין בכוונתה (או ביישומה הקונקרטי) של ההצעה במאמר לגרוע מהאחריות המוטלת על גופים המסווגים כציבוריים, אלא להוסיף נדבך של אחריות לגופים הנתפסים בחלוקה הנוכחית כפרטיים.

לבו של המבחן להחלת חובות של אחריות מוגברת הוא ההשפעה המהותית על עיצוב המרחב הציבורי, ותכליתו היא להוות משקל שכנגד להתדלדלות העקיבה בכווח של הציבור להשפיע באופן רציף, עקיב ואפקטיבי על אופיו וטיבו של המרחב האמור. לצעד כזה של זניחת ההבחנה בין פרטי לציבורי כמנגנון אפריורי מסווג, ולהמקתה בתפיסה כוללת הרואה בחובה לנהוג באחריות כלפי הציבור רצף רעיוני, משמעות מעשית, הנושאת עמה הבטחה מסוימת לשיפור במעמדו של הציבור בעיצוב המרחב הציבורי, אלא גם משמעות סימבולית חשובה: החלת עקרונות של אחריות מוגברת גם על גופים פרטיים במובהק כאשר יש טעם ענייני לכך, מבטאת הכרה של המשפט בחשיבותם של ערכי האחריות, השותפות וההתחשבות בזולת, ויש בה כדי לעודד לא רק פרטים הנפגעים מהתנהגותם של פרטים אחרים לקרוא תיגר על ההתנהגות הפוגענית, אלא גם לעודד מראש גופים פרטיים מעצבי-מציאות שלא להתעלם מהשלכות מעשיהם על הפרטים האחרים בחברה.

אכן, שעה שהשפעותיהם המכריעות של גופים "פרטיים" על המרחב הציבורי אינן מוסדרות, והן מאפשרות לגופים אלה להתעלם מההשלכות שיש להתנהלותם על הפרטים האחרים בחברה, עולה הפגיעה בפרטים אחרים אלה לכדי מניעתה המעשית של עצם האפשרות של אותם פרטים לעצב בעצמם את הכללים שיקבעו את נגישות הטובין החברתיים. זוהי פגיעה, בראש ובראשונה, ביכולתם של כלל הפרטים בחברה לקיים חיים חברתיים ופוליטיים פעילים ובעלי ערך. תפיסת האחריות שהמאמר קורא לפתחה מבטאת אפוא, במובנה הבסיסי ביותר, את ההגנה על ההליך הדמוקרטי מפני כוח לא מרוסן של קבוצות מסוימות, ובמובן רחב ועשיר יותר – את השותפות החברתית והאזרחית שבבסיס חיים משותפים במרחב ציבורי.