

## מה לגבי אי השוויון המעמדי?

### מאמר תגובה על ספרו של חנוך דגן "תאוריה ליברלית של קניין"

מאת

תמר קריכלי-כץ\*

#### מבוא

בחיבור קצר זה אתמקד באופן שבו הספר "תאוריה ליברלית של קניין"<sup>1</sup>, ובמובנים רבים גם התאוריה של "צדק ביחסים" שפותחה על ידי חנוך דגן ואביחי דורפמן<sup>2</sup> בכללותה, מטפלים בשאלות שקשורות לאי שוויון ולאפליה.

התאוריה הליברלית של "צדק ביחסים" שפיתחו דגן ודורפמן עוסקת במחויבות הפנימית של המשפט הפרטי לעקרונות של הגדרה עצמית ולשוויון מהותי.<sup>3</sup> בספר "תאוריה ליברלית של קניין" דגן מתאר את הצמתים שלגביהן יש לתאוריה של "צדק ביחסים" כוח מסביר, משום שהמשפט (האמריקאי) פועל בדיוק כפי שמבקשת ממנו התאוריה לעשות. בספר מתוארים גם צמתים אחרים שלגביהם התאוריה של "צדק ביחסים" מצליחה להצביע על נקודות העיוורון של המשפט הפרטי (ובאופן ספציפי דיני הקניין) ועל האופנים שבהם ראוי שהוא ישתנה.

הדגש על המחויבות הפנימית של המשפט הפרטי לשוויון מהותי מאפיינת ומייחדת את ההתבוננות של חנוך דגן ואביחי דורפמן; התאוריה של "צדק ביחסים" נשענת על ההנחה שעל מנת להבטיח את נקודת הפתיחה של מערכות היחסים בין צדדים כך שכל אחד ואחת מהם יוכל לממש את החופש שלו, תנאי ההיקשרות ומערכת היחסים צריכים להיות מבוססים על תפיסה של כל אחת מהם כחופשיים ושווים מבחינה מהותית, ולא רק מבחינה פורמלית. במילים אחרות, דגן ודורפמן קוראים ל"טיפול פנימי" באמצעות המשפט הפרטי (דיני החוזים והקניין) של סוגיות הנוגעות לשוויון מהותי, ואין הם מסתפקים ב"טיפול החיצוני" שעושים דיני המיסוי והרווחה בדרך של חלוקה מחדש.

---

\* ד"ר תמר קריכלי-כץ היא מרצה בכירה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב.

<sup>1</sup> Hanoach Dagan, A Liberal Theory of Property (2020).

<sup>2</sup> Hanoach Dagan & Avihay Dorfman, *Just relationships*, 116 *Colum. L. Rev.* 1395 (2016).

<sup>3</sup> חנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" עיוני משפט מא 307 (2019).

אני רוצה להצביע על כך שאף על פי שנראה שמבחינה תאורתית המחויבות הפנימית של התאוריה של "צדק ביחסים" לשוויון מהותי נוגעת גם לאי שוויון על בסיס קטגוריות זהות (כמו לאומיות, אתניות, גזע, מגדר ומיניות) וגם לאי שוויון על בסיס מעמד כלכלי, נראה שמרבית הדוגמאות הקונקרטיות שהספר עוסק בהן באופן פנים-קנייני רלוונטיות בעיקר לאי שוויון (או אפליה) על בסיס קטגוריות זהות.<sup>4</sup> כפי שאראה, ההבחנה בין תביעות לשוויון על בסיס קטגוריות זהות לבין תביעות לשוויון על בסיס מעמד כלכלי היא חשובה למשפט הפרטי, משום שההגינות שעומדים מאחורי תביעות כאלה עשויים להיות במתח, או במקרה קצה אפילו נוגדים. למעשה, בעוד שההיגיון הפנימי של רבות מהתביעות לשוויון על בסיס קטגוריות זהות בשווקים נשען על הנחה בדבר יכולת זהה לשלם בעבור מוצרים או שירותים, ההיגיון הפנימי של רבות מהתביעות לשוויון על בסיס מעמדי-כלכלי מניחה פערים ביכולת לשלם בעבור מוצרים או שירותים. לכן, נשאלת השאלה מדוע ההתייחסות לשוויון בספר היא בעיקר בנוגע לתביעות לשוויון על בסיס קטגוריות זהות ופחות בנוגע לתביעות לשוויון על בסיס מעמד כלכלי. מקומן המצומצם יחסית בספר של תביעות לשוויון על בסיס קטגוריות מעמד מפתיע במיוחד דווקא משום שהספר עוסק בדיני הקניין.

### אי שוויון על בסיס קטגוריות זהות ואי שוויון מעמדי-כלכלי

ההבחנה שאתמקד בה היא בין אי שוויון (ואפליה) על בסיס קטגוריות זהות,<sup>5</sup> כמו לאומיות, אתניות, גזע, מגדר ומיניות, לבין אי שוויון מעמדי-כלכלי שמתבטא בפערים בהכנסה ובבעלות על רכוש; בנגישות לעבודה בשכר, וכתוצאה מכך גם להשכלה ולשירותי בריאות ולפנאי; בתוחלת החיים ובשיעורי התחלואה והתמותה. אי שוויון מעמדי-כלכלי שונה במהותו מאי שוויון על בסיס קטגוריות זהות<sup>6</sup> משום שההגינות

<sup>4</sup> מנגד ראו את ההתייחסות הנרחבת של דגן ודורפמן לשאלות של עוני וצדק ביחסים, Hanoach Dagan & Avihay Dorfman, *Poverty and Private Law: Beyond Distributive Justice* (unpublished script, 2021), available at

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3637034](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3637034). האמור בביקורת ספר

קצרה זו מתייחס לכן אך לטיפול של הספר באופן פנים-קנייני בשאלות הנוגעות לאי שוויון מעמדי-כלכלי ולא לאופן שבו דגן ודורפמן מטפלים בשאלות של עוני. חשוב להדגיש בהקשר הזה כי עוני ואי שוויון מעמדי-כלכלי הם אומנם תופעות קשורות, אך לא חופפות. בעוד שעוני הינו מקרה קצה של נזקקות חומרית, אי שוויון מעמדי-כלכלי מתבטא בפערים בהכנסה ובבעלות על רכוש; בנגישות לעבודה בשכר, וכתוצאה מכך גם להשכלה, לשירותי בריאות ולפנאי, ובפערים בתוחלת החיים ובשיעורי התחלואה והתמותה.

<sup>5</sup> להבחנה זו ראו גם Nancy Fraser, *From Redistribution to Recognition? Dilemmas of*

*Justice in a 'Post-Socialist' Age*, 212 *NEW LEFT REVIEW*, 68

<sup>6</sup> מעניין לציין שחלק מקטגוריות הזהות (כמו למשל מגדר או נטייה מינית) נוטות להיות מפוזרות בכל המעמדות (יש נשים עשירות ונשים עניות).

הפנימיים של התביעה לשוויון מעמדי ושל התביעה לשוויון על בסיס קטגוריות זהות נוטים להיות שונים, ולעיתים אף סותרים.

התביעה לשוויון על בסיס קטגוריות זהות נוטה להתבסס על טענות להכללה, לאיסור הדרה ולאיסור אפליה על בסיס קריטריונים שאינם רלוונטיים. בעיני רבים, ההצדקה לתביעות להכללה לאיסור הדרה ולאיסור אפליה נעוצה בעצם קיומה של היסטוריה של אפליה והדרה.<sup>7</sup> כך למשל, ההיגיון הפנימי של התביעה לאפשר לשחורים וללבנים הזדמנות שוקית שווה לרכוש בתים, מוצרים או שירותים מתבססת על הכרה בהיסטוריה של הדרה ואפליה גזעית, ועל הטענה שגזע אינו רלוונטי לעסקאות שוקיות אם יכולתם ונכונותם של שחורים לשלם בעבור בית, מוצר או שירות זהה לאלה של לבנים.

התביעה לשוויון על בסיס קטגוריות מעמד מבוססת על היגיון פנימי אחר. כאן התביעה אינה לשוויון בין כל מי שנכונותם לשלם בעבור אותו בית, מוצר או שירות היא שווה (שהרי אין ביכולתם של בני המעמד הנמוך לשלם); התביעה היא דווקא לשוויון על אף הפערים ביכולת לשלם. במובנים מסוימים, ההיגיון הפנימי של התביעה לשוויון על בסיס קטגוריות זהות מקעקע הבחנות שוקיות על בסיס קריטריונים שאינם היכולת לשלם, ובכך עושה לגיטימציה להבחנות על בסיס הקריטריון של היכולת לשלם כרלוונטיות וכראויות בעסקאות שוקיות. כך, למעשה, ההיגיון הפנימי של התביעות לשוויון על בסיס קטגוריות זהות עשוי להיות מנוגד להיגיון הפנימי של התביעה לשוויון מעמדי-כלכלי שמבקשת דווקא להתגבר על ההבדלים בין אנשים לעניין היכולת לשלם.

חשוב להדגיש שההגיגות הפנימיים של התביעות לשוויון הם חשובים. אם נסתכל על מערכות של אי שוויון באופן כללי כמערכות שמחד גיסא מחלקות משאבים – כמו כסף או כוח – ובה בעת עושים לגיטימציה לחלוקה,<sup>8</sup> הרי שההיגיון הפנימי של התביעות לשוויון עשוי בעצמו להצדיק חלוקות מסוימות ולהגדיר אחרות כלא לגיטימיות. כך, הוראת איסור אפליה שקובעת כי אין להדיר לקוחות שחורים ממוצרים ושירותים אם יש בידיהם היכולת לשלם עבורם כמו לקוחות לבנים עושה מחד גיסא דה-לגיטימציה לחלוקה שוקית על בסיס גזע, ומאידך גיסא לגיטימציה לחלוקה שוקית על בסיס היכולת לשלם. כך, למעשה, מערכות היחסים הקנייניות והחוזיות שלנו לא רק מחלקות משאבים, כסף וכוח בין צדדים ומאפשרות הגדרה עצמית, אלא גם מכוננות

<sup>7</sup> המשפט האמריקאי (והישראלי) נוטה להבחין בין אפליה אסורה שנשענת על היסטוריה ארוכת שנים של אי שוויון, הדרה ודיכוי לבין אבחנה שרירותית (שמבוססת על קריטריונים שאינה רלוונטיים) ונוטה לאסור בהקשרים שוקיים רק את הראשונה. ראו למשל משה כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל" **עבודה, חברה ומשפט** יא 195 (2006); Mark Kelman, *Market Discrimination and Groups*, 53 STAN. L. REV. 833, 863–864 (2001) DEBORAH HELLMAN, *WHEN IS DISCRIMINATION WRONG* (2008).

<sup>8</sup> להמשגה דומה ראו William H. Sewel, *Three Temporalities: Toward an Eventful* *Sociology*, 98 *THE HISTORIC TURN IN THE HUMAN SCIENCES*, 245 (1996).

את הנורמות החברתיות לגבי חלוקות של משאבים, כסף וכוח. לכן, כפי שחנוך דגן מציין בספר, הטיפול הפנימי של הספר בשאלות של שוויון מהותי היא הכרחית.

הכוונה אינה לטעון כי דווקא התביעות לאיסור אפליה על בסיס קטגוריות זהות הן אלה שעושות את הלגיטימציה לאי השוויון המעמדי-כלכלי בשוק, אלא לטעון שההיגיון הפנימי שלהן מתיישב עם ההיגיון השוקי שמאפשר ומשתק את אי השוויון המעמדי-כלכלי. לכן, הטיפול התאורטי בשאלות של איסור אפליה על בסיס קטגוריות זהות אינו יכול לענות על הצורך לטפל בשאלות של אי שוויון מעמדי-כלכלי.

### תשומת הלב לאי השוויון המעמדי-כלכלי

חשוב לציין כי באופן שמתבקש מהתאוריה של "צדק ביחסים", חנוך דגן מסביר בספר שדרישת השוויון המהותי רלוונטית גם לקטגוריות זהות וגם למעמד כלכלי. נראה, עם זאת, כי מרבית תשומת הלב שניתנת בספר לאי השוויון המעמדי-כלכלי היא חיצונית או מקדמית לדיני הקניין ולא פנימית אליהם. כך, נותרת למעשה השאלה של אי השוויון המעמדי-כלכלי שאלה של צדק חלוקתי ולא של "צדק ביחסים". חנוך מדגיש שאם הלגיטימיות של הקניין מושתתת על אוטונומיה, הרי שעל האוטונומיה והקניין להיות נגישים לכולנו. לכן, למשל, הוא מסביר שעל כללי הרקע לדיני הקניין – כללי החלוקה מחדש – להבטיח את הנגישות לבעלות בבתים, כך שלמעשה כולם יהיו "בעלים". כמו כן, דגן מבהיר שעל כללי הרקע להבטיח נגישות כללית לבריאות ולהשכלה. למעשה, הזירה העיקרית שהספר מטפל בה בשאלת אי השוויון המעמדי-כלכלי באופן שהוא פנימי היא הזירה החוזית (והלא קניינית) של יחסי העבודה, ובאופן ספציפי בטיחות בעבודה, שכר מינימום והזכות של עובדים ועובדות להתאגד מול המעבידים שלהם כפתרון לפערי הכוחות המבניים ביניהם והרצון להימנע משליטה.

על רקע תשומת הלב הפנים-קניינית המצומצמת יחסית לסוגיות של שוויון מעמדי-כלכלי, בולטת תשומת הלב הפנים-קניינית הנרחבת בספר לסוגיות של שוויון על בסיס קטגוריות זהות בזירות של שווקים, דיור וחובות ההתאמה. הכוונה שלי אינה להוראות חיצוניות למשפט הפרטי (לדיני החוזים ולדיני הקניין), אלא להוראות שהן פנימיות למערכות היחסים הפרטיות. כך למשל הספר עוסק בהרחבה בחובה הפנימית של בעלי עסקים לא להדיר שחורים בדיוור, או לקוחות הומואים בבתי הקפה שבבעלותם ובחובות ההתאמה המתבקשות.

הפער בין אופי הטיפול של הספר באי השוויון המעמדי-כלכלי לבין אופי הטיפול באי השוויון על בסיס קטגוריות זהות בולט במיוחד לאור העובדה שהספר עוסק דווקא בדיני הקניין; משום שהפלטפורמה של הקניין הפרטי היא זו שגם עשויה לאפשר את השיעתוק והעמקה של אי השוויון המעמדי-כלכלי, נראה שמגיע לאי השוויון המעמדי טיפול פנימי מקיף יותר במסגרת הספר. במילים אחרות, משום שהמשפט מכיר כחלק מהזכות לקניין גם בזכות ליהנות מהרווחים שהנכס מניב (הזכות לפירות), ומשום שמשמעותה של הכרה כזו הינה העמקה של אי השוויון בין מי שיש בבעלותם

נכסים למי שאינם בעלי נכסים, נראה ששאלת השוויון המעמדי-כלכלי מחייבת טיפול פנימי נרחב במסגרת דיני הקניין בשים לב לפלטפורמה ולכלליה, ולא רק טיפול חיצוני מקדמי בדמות שוויון הזדמנויות וחלוקה מחדש במסגרת דיני המיסוי והרווחה (שהם חיצוניים לדיני הקניין).

לבסוף, אציין כי הדיון בסוגיות של אי שוויון ואפליה בספר נעשה תוך מתן תשומת לב בעיקר ליחסים בין הצדדים עצמם ופחות להשפעות שעשויות להיות למערכות היחסים בין פרטים על החברה בכללותה. הבחירה להתמקד ביחסים עצמם נגזרת כמובן מהמחויבות ל"צדק ביחסים" ולכבוד כלפי השוויון המהותי של הצדדים. עם זאת, נראה שהשוויון המהותי במערכות היחסים בין פרטים במשפט הפרטי הוא חשוב לא רק בין הצדדים, אלא משום (ואולי בעיקר) שמערכות יחסים אלה הן "אבני הבניין" של השוק: בהן נעשית חלוקת המשאבים ובהן מופעלים ומשתעסקים התסריטים התרבותיים לגבי השאלה אילו חלוקות הן מוצדקות וראויות ואילו אינן כאלה. למעשה, כל אחת ואחת ממערכות היחסים בשוק (למשל מערכת היחסים הספציפית בין מעסיק לבין עובד שחור שבה נקבעים תנאי ההעסקה של העובד) מחלקת משאבים בין הצדדים עצמם, ובאותה עת גם משתפת בייצור אי השוויון הכללי (או בצמצומו) ובשיעור האמונות התרבותיות-שוקיות שמצדיקות את אי השוויון (או שאינן מצדיקות אותו). לכן, המחויבות לשוויון מהותי במערכות יחסים היא חשובה לא רק מתוך שאיפה לצדק לצדדים עצמם, אלא גם משום שמערכות היחסים הללו הן אלה שבהן נעשות ומוצדקות חלוקות משאבים בשוק.

## סיכום

בחיבור קצר זה ביקשתי להצביע על כך שלמרות המחויבות הפנימית העמוקה של התאוריה של "צדק ביחסים" לשוויון מהותי, נראה כי עיקר העיסוק הפנים-קנייני בספר מתמקד בשאלות הנוגעות לאי שוויון על בסיס קטגוריות זהות, כך ששאלות הקשורות באי שוויון על בסיס מעמד כלכלי מטופלות טיפול פנימי מועט יחסית. טענתי גם שהטיפול המועט בשאלות של שוויון על בסיס מעמד כלכלי מטריד במיוחד דווקא משום שהספר עוסק בדיני הקניין. לבסוף, הצבעתי על כך שההתמקדות בספר הינה ביחסים עצמם ופחות בהשפעות שיש ליחסים על החברה בכללותה.