

תרבות, זכויות קניין וכלכלת שוק: על רפורמות במשפט הפרטי ושינוי תרבותי

אמנון להבי*

המאמר מציג מסגרת תיאורטית חדשה לבחינת היחס המורכב בין רפורמות במשפט הפרטי, ארגונים לפעולה משותפת ותפקידה של התרבות כגורם אשר מניע הטמעת רפורמות משפטיות או מסכלן. מסגרת הדיון המוצעת במאמר נעוצה בתובנה היסודית שלפיה כל אימת ששיטת משפט מעצבת מערך חדש של נורמות שיש להן השלכות חברתיות, כלכליות ותרבותיות משמעותיות, על מעצבי הנורמות הפורמליות – ובפרט המחקקים – לתת את דעתם לאופנים שבהם יופנם ההסדר המשפטי החדש על-ידי נמעני הנורמות, ולצורך האפשרי בהנעת הליכי שינוי יסודיים יותר, בין היתר בנוגע לתפיסות תרבותיות, על-מנת שהרפורמה תוגשם הלכה למעשה. לבחינתה של שאלת ההתאמה בין נורמות משפטיות לתפיסות תרבותיות יש חשיבות מיוחדת בענפים של המשפט הפרטי והמסחרי – כגון דיני החוזים, דיני הקניין והיבטים מסוימים של המשטר התאגידי – שבהם המשפט מבקש לעצב ולהכווין אופנים שונים של פעולה משותפת (collective action) בין פרטים. במצבים מעין אלה, ככל שיש מקום לסברה שקיימת שונות בין הפרדיגמות של הפעולה המשותפת שהרפורמה המשפטית רואה לנגד עיניה לבין תפיסות, אמונות וערכים תרבותיים הנוהגים בחברה או בחלקים ממנה ביחס להתנהלות הבין-אישית, עיצוב הנורמות המשפטיות נדרש לאתר דרכים שיאפשרו לכל-הפחות שינוי תרבותי מקטעי (incremental) בממדים התרבותיים הרלוונטיים בקרב נמעני הנורמות, כדי לסייע בקידומה של הפעולה המשותפת והמטרות הנורמטיביות שבבסיסה. במחווה לספרו של אוריאל פרוקצ'יה על משפט ותרבות ברוסיה, המאמר נדרש באופן נרחב למקרה-המבחן של רוסיה, תוך סקירת רפורמה משפטית מקיפה שנעשתה שם בשנים האחרונות בתחום הניהול העצמי של בתים משותפים על-ידי ארגוני בעלי דירות, ובחינת הצורך בעריכת התאמות תרבותיות.

* פרופסור-חבר, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתי נתונה לליאנה וולך ולמארק נוביקוב על סיוע במחקר.

מבוא

1. פרוקצ'יה על תרבות, זכויות קניין וכלכלת שוק
2. עיקר הטיעון ומהלך המאמר
- פרק א: המשפט הפרטי ופרדיגמות לפעולה משותפת
 1. הערכים של המשפט הפרטי
 2. על עיצובן הערכי והמשפטי של פרדיגמות לפעולה משותפת (א) על תום-הלב כאבן-יסוד נורמטיבית לפעולה משותפת (ב) ההבניה המשפטית של ארגונים לפעולה משותפת
 3. פרדיגמות, שווקים וכללי בררת-מחדל
- פרק ב: על רפורמה משפטית ותרבות
 1. על הכוחות המניעים רפורמה במשפט הפרטי
 2. שלושה ממדים של תרבות
 3. תרבות והטמעה שורשית של רפורמות במשפט הפרטי
- פרק ג: לקראת תיאוריה של רפורמה משפטית ושינוי תרבותי מקטעי
- פרק ד: פעולה משותפת במתחמי מגורים – משפט, ארגון ותמורות תרבותיות
 1. האתגר המשפטי של מתחמי מגורים פרטיים
 2. רפורמה משפטית ושינוי תרבותי מקטעי – בתים משותפים ברוסיה

סוף-דבר

מבוא

1. פרוקצ'יה על תרבות, זכויות קניין וכלכלת שוק

תרומתו של אוריאל פרוקצ'יה לחקר המשפט והתרבות באה לידי ביטוי יוצא-דופן בספרו RUSSIAN CULTURE, PROPERTY RIGHTS, AND THE MARKET ECONOMY, אשר ראה אור בשנת 2007.¹ פרוקצ'יה מבקש לבאר בספרו זה את הפער הניכר בין הרפורמות המשפטיות שנערכו ברוסיה לאחר תום העידן הסובייטי, ובפרט חקיקתו של קוד אזרחי מקיף, לבין אי-התפתחותה הלכה למעשה של כלכלת שוק מתוחכמת, נוסח מדינות המערב, המבוססת על מרכזיותו של החוזה ככלי משפטי לפעילות כלכלית. לפי פרוקצ'יה, הציבור הרוסי ממשיך להתייחס בחשדנות לחוזים ולאכיפתן של התחייבויות חוזיות עתידיות על-ידי המערכת המשפטית, כך שבפועל החוזים הנוהגים ברוסיה הינם חוזים לחילופין מידיים של סחורה כנגד מזומן, מחד גיסא, וחוזים מסחריים בין "שחקנים חוזרים", דוגמת מוסדות פיננסיים, מאידך גיסא. ליבה של הפעילות החוזית

1 URIEL PROCACCIA, RUSSIAN CULTURE, PROPERTY RIGHTS, AND THE MARKET ECONOMY (2007).

הנוהגת בכלכלות שוק – כזו המאפשרת לצדדים לעסקה להגשים את חופש החוזים שלהם על-ידי סטייה מהוראות בררת-המחדל של הדין ומתן תוקף משפטי לעצם קיומה של התחייבות חוזית לביצוע עתידי – נעדר מן המציאות הנוהגת ברוסיה, באופן שיש בו כדי להשפיע לרעה על התפתחות הפעילות הכלכלית בה.²

לגישתו של פרוקצ'יה, הסיבה לפער זה אינה נעוצה בחבלי-לידה-מחדש של שיטת המשפט הרוסית, אשר זקוקה כביכול רק לפרק-זמן כדי להשתחרר מעולה של האידיאולוגיה הסובייטית – שדגלה במשך שבעים שנות שליטתה בעוונות לקניין הפרטי ולמוסד החוזים כנגזרת שלו – כך שבסוף תקופת המעבר יבשיל המשפט הפרטי ויאפשר הגנה ראויה על זכויות הקניין וחופש החוזים. העוונות לחוזה נעוצה במאפיינים תרבותיים יסודיים של החברה הרוסית, ובקיומה של מערכת ערכים הנמתחת אל ימי תחילת צמיחתה של רוסיה הנוצרית במאה העשירית לספירה. בספרו עומד פרוקצ'יה על טיבם של ערכים אלה ברוסיה, תוך הנגדתם לערכים ולתפיסות מוסריות, תרבותיות ואסתטיות שהתפתחו במערב לאורך האלף השני ולשיטות המשפט שנבטו מתוכם. פרוקצ'יה דן בחשיבותם של ערכים כגון הומניזם, אינדיווידואליזם, ביזור קבלת החלטות, עושר כערך, תפיסת האמת על-סמך תבונה וניסיון, והתמקדות במילה הכתובה בתרבות המערב, לעומת מאפיינים בולטים ברוסיה, כגון קולקטיביזם, קיום סמכות מרכזית לקבלת החלטות, ספיריטואליזם, אמונה בגורל, וכן מרכזיותו האפיסטמולוגית והתיאולוגית של הדימוי החזותי, אשר באה לידי ביטוי תרבותי ואסתטי מכונן באיקונה הרוסית.³

במסגרת מאמר זה לא אוכל להידרש למכלול הניתוח העשיר והמרתק המוצע בספר, ואתמקד בזיקה שפרוקצ'יה מבקש ליצור בין התרבות, המשפט הפרטי וכלכלת השוק. בהקשר זה דומה כי גישתו של פרוקצ'יה מונעת משלוש הנחות מפורשות או משתמעות השזורות לאורך הספר. ראשית, פרוקצ'יה מזהה את המנגנון הפרדיגמטי לכינון של זכויות קניין ולפיתוח כלכלת שוק עם חוזים הנערכים בשוק הפתוח בין צדדים רחוקים – כאלה שבהם המגבלה היחידה על תוכן החוזים נעוצה בהסכמתם ההדדית של הצדדים להסכם ובאכיפה משפטית של ההתחייבויות הכלולות בו. שנית, ניתן לאתר מכלול מסוים של ערכים חברתיים ותרבותיים אשר משפיעים על אופן קבלת ההחלטות של פרטים ומובילים לתוצאות טובות יותר של שגשוג לכל רוחב הפעילות בשוק. למעשה, אלה הערכים המזוהים עם תרבות המערב ועם הגישה הכלכלית והמשפטית הגלומה בה. שלישית, פרוקצ'יה מניח כי תרבות – כמכלול של ערכים ותפיסות חברתיות, מוסריות ואסתטיות – נותרת יציבה לאורך מאות שנים ומתקשה להסתגל לרפורמות במשפט הפרטי שאינן תואמות את מאפייניה הקיימים. בפשטות, התרבות מניעה את המשפט, אך המשפט אינו מניע את התרבות.

2 שם, בעמ' 1–9.

3 פרוקצ'יה מקדיש פרק נפרד לכל אחד מהערכים המרכזיים הנידונים. למסקנות הניתוח ראו שם, בעמ' 278–280.

במאמר זה אטען כי הבנת הזיקה שבין תרבות, משפט פרטי וכלכלת שוק הינה אכן חיונית, אך ייתכן שראוי לבחון מחדש חלק מהנחות היסוד האמורות לעיל, בפרט בהקשר של תהליכי שינוי ובחינת הקשר שבין רפורמה משפטית לתמורות תרבותיות. לצד הניתוח התיאורטי של הסוגיות הללו אדרש לכמה מקרי-מבחן, ובכלל זה של רפורמות משפטיות המונהגות בימים אלה ברוסיה.

2. עיקר הטיעון ומהלך המאמר

מסגרת הדיון המוצעת במאמר זה נעוצה בתובנה היסודית שלפיה בכל עת ששיטת משפט מעצבת מערך חדש של נורמות שיש להן השלכות חברתיות, כלכליות ותרבותיות משמעותיות, על מעצבי הנורמות הפורמליות – כגון מחוקקים, רשויות מנהליות ובתי-משפט בכובעם כיוצרי דין⁴ (לצורך הפשטות אתיחס לכולם במאמר זה כאל "מחוקקים") – לתת את דעתם לאופנים שבהם יופנם ההסדר המשפטי החדש על-ידי נמעני הנורמות, ועל הצורך האפשרי בהנעת הליכי שינוי יסודיים יותר, ובכלל זה בנוגע לתפיסות תרבותיות, על-מנת שהרפורמה תוגשם הלכה למעשה.

אטען כי לבחינתה של שאלת ההתאמה בין נורמות משפטיות לתפיסות תרבותיות יש חשיבות מיוחדת בענפים של המשפט הפרטי והמסחרי – כגון דיני החוזים, דיני הקניין והיבטים מסוימים של המשטר התאגידי – שבהם המשפט מבקש לעצב ולהכווין אופנים שונים של פעולה משותפת (collective action) בין פרטים. במצבים מעין אלה, ככל שיש מקום לסברה שקיימת שונות בין הפרדיגמות של הפעולה המשותפת שהרפורמה המשפטית רואה לנגד עיניה לבין תפיסות, אמונות וערכים תרבותיים הנוהגים בחברה או בחלקים ממנה ביחס להתנהלות הבין-אישית, עיצוב הנורמות המשפטיות נדרש לאתר דרכים שיאפשרו לכל-הפחות שינוי תרבותי מקטעי (incremental) בממדים התרבותיים הרלוונטיים בקרב נמעני הנורמות, כדי לסייע בקידומה של הפעולה המשותפת והמטרות הנורמטיביות שבבסיסה. המאמר טוען כי במקרים רבים ראוי לדחות גישה של "הכל או לא כלום" כלפי שינוי תרבותי, וכי עיצוב משפטי מוקפד עשוי לסייע בהנעת תהליכי שינוי מדודים, בפרק-זמן קצר יחסית, באופן שיסייע בהטמעתה של הרפורמה המשפטית.

המאמר ממקד את הדיון בהסדרה הפנימית של ארגונים לפעולה משותפת, כגון גופי ניהול עצמי בבתים משותפים ובקהילות מגורים, תאגידים עסקיים, ארגוני עובדים ואיגודים מקצועיים, המהווים הן אתר מרכזי לעיצוב רפורמות במשפט הפרטי והן כלי לשינויים מקצועיים אפשריים באופנים שבהם פרטים מתקשרים ומשתפים פעולה בתוך ארגונים אלה ומחוץ להם. לגישתי, מעבר להיותם "איים" של פעולה משותפת, בהשאלה מדבריו של קוז (Coase),⁵ ניתן לראות בארגונים אלה גם סוג של "מובלעת" באשר

4 לתפקידם של בתי-משפט כיוצרי דין (לפחות במסורת המשפט המקובל) ראו: Amnon Lehari, *Judicial Review of Judicial Lawmaking*, 96 MINN. L. REV. 520, 526–541 (2011).

5 קוז דימה את אופן ניהול הפירמה ביחס לשוק החוזים ל-"islands of conscious power in"

לתחולתן של תפיסות תרבותיות ולהליכים של שינוי אפשרי בנוגע אליהן. כך, ברי כי תפיסות תרבותיות הנוהגות בחברה הכללית מחלחלות אל תוך ארגונים אלה ומשפיעות על עיצובם הלכה למעשה. אך באותה עת קנה-המידה המוגדר של ארגונים אלה וקיום מאפיינים של מדרג וסמכות, מחד גיסא, ופעולה משותפת אופקית, מאידך גיסא, עשויים לאפשר שינוי מקטעי של "התכנות הקולקטיבי" (collective programming) של ארגונים אלה,⁶ וליצור דינמיקה שתסייע בקידום אותו סוג של פעולה משותפת שהרפורמה המשפטית רואה לנגד עיניה.

מבין הרכיבים השונים של תרבות הנידונים בספרות באופן תיאורטי ובאופן אמפירי, המאמר מתמקד בשלושה ממדים של תרבות שהינם רלוונטיים במיוחד הן לסוגי הפעולה המשותפת שהמשפט הפרטי רואה לנגד עיניו בעיצוב ענפים כגון דיני חוזים, קניין או תאגידים, והן לתפיסות ולערכים המניעים את ההסדרה הפנימית של ארגונים לפעולה משותפת הלכה למעשה. המימד התרבותי הראשון הוא אינדיווידואליזם מול קולקטיביזם.⁷ השני הוא המימד של פערי כוח (power distance), המתייחס למידה מקובלת מבחינה חברתית של כוח או השפעה בין-אישיים בין שני פרטים (או יותר), כפי שהם נתפסים על-ידי הצד הנחות בכוחו.⁸ המימד השלישי הוא של נורמות חברתיות של אמון והדדיות ארוכת-טווח בקרב חברי קבוצה מסוימת, המומשגות בספרות לעיתים תכופות כ"הון חברתי" (social capital).⁹ המאמר מראה כיצד רפורמה משפטית עשויה להניע הליכי שינוי בממדים אלה במסגרת ארגונים לפעולה משותפת, תוך ניתוב-מחדש של תפיסות תרבותיות קיימות העשויות לסייע בכינונה של הפעולה המשותפת. כך, למשל, בהקשר של רפורמה בתחום הבתים המשותפים ברוסיה, אראה כיצד הכרה בלגיטימיות של פערי כוח ומנהיגות בתוך ארגון עשויה לסייע ביצירת ה"ניצוץ" לפעולה משותפת של ניהול עצמי של הבית המשותף, ככל שהרפורמה המשפטית קובעת גם דרישות נאותות של דיווח ושקיפות המנתבות מחדש את המימד התרבותי הזה. דברים דומים תקפים גם לגבי שינויים מקטעיים בהבנת תפקידו של הפרט בתוך קבוצה של בעלי נכסים בבית המשותף, וליצירת התשתית לבניית "הון חברתי" שיסייע בשימור

R.H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4: "this ocean of unconscious co-operation". ראו: ECONOMICA 386, 388 (1937).

6 GEERT HOFSTEDE, *CULTURE'S CONSEQUENCES: COMPARING VALUES, BEHAVIORS, INSTITUTIONS, AND ORGANIZATIONS ACROSS NATIONS* 9 (2nd ed. 2001). לדיון במונח "תכנות קולקטיבי" ראו להלן חלק ב2.

7 שם, בעמ' 225: "אינדיווידואליזם מייצג חברה שבה הקשרים בין פרטים הינם רופפים: כל אחד מצופה לדאוג לעצמו/ה ולמשפחתו/ה הקרובה. קולקטיביזם מייצג חברה שבה אנשים, החל בינקותם, משולבים בקבוצות פנימיות (in-groups) חזקות ולכידות, העוסקות בהגנה מתמדת על חבריהן בתמורה לנאמנות בלתי-מתפשרת מצידם."

8 שם, בעמ' 83. מימד תרבותי זה יבואר וידון ביתר הרחבה בחלק ב2 להלן.

9 ROBERT D. PUTNAM, *BOWLING ALONE: THE COLLAPSE AND REVIVAL OF AMERICAN COMMUNITY* 19 (2000) ("הון חברתי מתייחס לקשרים בין פרטים – לרשתות החברתיות ולנורמות של הדדיות ואמון הנובעות מהן").

הפעולה המשותפת לאורך זמן. ברי, עם זאת, שהליכים אלה הינם מורכבים ורחוקים מלנחול הצלחה מלאה ביישום הרפורמה.

יצוין, בראשית הדברים, כי שאלת היחס שבין רפורמה משפטית למאפיינים תרבותיים זוכה בדיון מסוים במסגרת הספרות העוסקת במשפט ציבורי, בפרט בהקשר של כתיבתן-מחדש או תיקונן של חוקות¹⁰ או בשאלת היחס שבין שינוי חברתי לבין רפורמות בזכויות אדם.¹¹ הקשר בין עיצוב המשפט לתפיסות תרבותיות או מוסריות הנוהגות בחברה נלמד לעיתים במשפט הפלילי ובתחומים אחרים שבהם נבחנים מניעים לא-מכשירניים (non-instrumental) לציות לחוק.¹² ספרות המשפט והפיתוח (law and development), אשר תידון בחלק ב, מזהה אף היא את ההשלכות האפשריות של תרבות נוהגת על רפורמות משפטיות המיועדות לקידום שלטון החוק (rule of law) כתשתית נחוצה לפיתוח כלכלי, אך גם כאן הדגש מושם ככלל במשפט הציבורי.¹³ בספרות העוסקת במשפט הפרטי הנושא נידון באופן מצומצם בלבד, וספרו של פרוקצ'יה מהווה למעשה את אחד הנסיונות השיטתיים הראשונים לעמוד על טיבה של זיקה זו. חָסֶר זה בולט במיוחד לנוכח העובדה שהמשפט הפרטי¹⁴ הינו תחום משפט אשר מעצם הגדרתו מיושם ומופעל הלכה למעשה על-ידי שחקנים פרטיים באופן ביוזרי, כך ששאלת הזיקה לנורמות תרבותיות הרווחות בקרב פרטים, ובקרב החברה כמכלול, הינה בעלת חשיבות מובהקת. אומנם, גם תחומים כגון משפט חוקתי, דיני מיסים או משפט פלילי אינם מתאפיינים אך ורק בציות סביל מצד נמעני הנורמות המשפטיות, אולם המשפט הפרטי נועד מעצם טיבו להסדיר ולאפשר פעולה משפטית של פרטים המבוססת על קבלת החלטות מבוזרת.¹⁵ בהתאם לכך, רפורמות במשפט הפרטי שמטרתן ליצור תשתית

10 ראו: MICHEL ROSENFELD, THE IDENTITY OF THE CONSTITUTIONAL SUBJECT: SELFHOOD, CITIZENSHIP, CULTURE AND COMMUNITY (2010) (המנתח את הזיקה המורכבת שבין זהות חוקתית לזהות לאומית, תרבותית או דתית בהקשר של כינון או תיקון של חוקות).

11 ראו: THE PRACTICE OF HUMAN RIGHTS: TRACKING LAW BETWEEN THE GLOBAL AND THE LOCAL (Mark Goodale & Sally Engle Merry eds., 2007) (קובץ מאמרים העוסק בפערים האפשריים שבין שיח זכויות האדם הפורמלי והאוניוורסלי במהותו לבין הפרקטיקה של זכויות האדם, הנשענת בעיקרה על ערוצים מקומיים של תקשורת, תרבות ומבנה מוסדי).

12 העבודה המרכזית בהקשר זה היא TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW (2nd ed. 2006) (המציע ראיות אמפיריות לכך שאנשים מצייתים לחוק לא רק בשל הפחד מענישה, אלא בעיקר משום שהם רואים את החוק והסמכות השלטונית כלגיטימיים מבחינה מוסרית). בעוד טיילר אינו נדרש באופן מפורט לדיון במושג התרבות בהקשר זה, כתיבה מאוחרת יותר מבקשת לקשור ישירות ערכים תרבותיים לא-מכשירניים לציות לחוק. ראו, לדוגמה: Amir N. Licht, *Social Norms and the Law: Why Peoples Obey the Law*, 4 REV. L. & ECON. 715 (2008).

13 ראו דיון להלן ליד ה"ש 154–158.

14 לצורך הדיון כאן ניתן לכלול בגדר המונח "משפט פרטי" ענפים כגון דיני חוזים, דיני קניין, דיני נזיקין, דיני עשיית עושר, דיני תאגידים ומשפט מסחרי, דיני עבודה במגזר הפרטי והיבטים מסוימים של דיני משפחה.

15 בהקשר זה ראוי לערוך הבחנה עדינה יותר גם בתוך המשפט הפרטי. כך, מאפיינים רבים של דיני הנזיקין ניתנים להבנה כיוצרים תמריצים משפטיים או מנגנוני הרתעה המניעים פרטים להתנהל

משפטית לשיתוף-פעולה צפויות להיכשל מקום שיש חוסר התאמה מהותי בין הפרדיגמות של פעולה משותפת שהמשפט רואה לנגד עיניו לבין תפיסות-העולם המכוונות שחקנים פרטיים הלכה למעשה באופנים שבהם הם מתקשרים, מתאגדים ופועלים מול זולתם.

ברי כי אתגר זה הינו מורכב במיוחד מקום שהרפורמה במשפט הפרטי כרוכה בעיצובן של פרדיגמות חדשות לפעולה משותפת הסוּתות באופן ניכר מפרקטיקות חברתיות קיימות, אף אם אין עוררין בדבר הלגיטימיות המוסדית או אף הרציות הנורמטיבית של שינויים משפטיים אלה. כך הם פני הדברים, למשל, מקום שמחוקקים מבקשים להגיב על "זעזוע" חיצוני (כגון משבר כלכלי, חברתי או פוליטי) אך הרפורמה המשפטית שהם מעוניינים להנהיג כרוכה מצידה בזעזוע משפטי מבחינתם של נמעני הנורמות. דיון נרחב יוקדש במאמר זה להיבטים שונים של השינויים הדרמטיים המתחוללים במשפט הפרטי במדינות כגון סין או רוסיה שלאחר העידן הקומוניסטי, וכן לאופן שבו רפורמות משפטיות מקיפות הנערכות במדינות אלה מבקשות לעצב פרדיגמות חדשות של פעולה משותפת מבוססת-שוק ושל קבלת החלטות מבוזרת בתחומים כגון דיני חוזים, קניין או תאגידים, אשר שונות באופן ניכר מהניהול הציבורי הריכוזי שאפיין הן את המדיניות הפורמלית והן את הפרקטיקות החברתיות שנהגו לפני הרפורמה. שינויים משמעותיים במשפט הפרטי יכולים להיות גם מנת-חלקן של מדינות בעלות מסורת של כלכלה ביזורית, כגון ארצות-הברית, עקב שינוי יסודי בתנאי השוק, משבר אסדרתי (רגולטורי) וכיוצא בהם. בכל המקרים הללו יש חשיבות מיוחדת לאופן שבו הרפורמה המשפטית נכרכת בבניית תשתית ארגונית לפעולה משותפת בין-אישית ולניסיון לחולל שינוי מקטעי בפרקטיקות תרבותיות רלוונטיות.

כאמור, המאמר מזהה ארגונים רבי משתתפים – כגון תאגידים עסקיים, ארגונים מקצועיים, גופים ניהוליים של בתים משותפים וארגוני עובדים במגזר הפרטי – כזירה מרכזית לעיצוב רפורמות במשפט הפרטי וכמכשיר לקידום תמורות תרבותיות באופן שבו פרטים משתפים פעולה. כידוע, ספרות נרחבת עוסקת באופנים שבהם ארגונים אלה נעזרים בנורמות חברתיות או בשיטות שונות של הסדרה פרטית כתחליף להסדרה הפורמלית של המשפט הפרטי.¹⁶ אך העניין שלי כאן שונה. במאמרי זה אני מבקש

בעולם באופן שימנע חיכוכים לא-רצויים (פיזיים או מושגיים) עם פרטים אחרים. ראו, למשל: WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW (1987) 9–13, 58 (המעלים את הטענה כי לדיני הנזיקין יש תפקיד מרכזי בהרתעה מפני התנהגות אישית הפוגעת בתועלת המצרפית). לעומתם, תחומי משפט פרטי כגון דיני חוזים, קניין ותאגידים מתמקדים תכופות ביצירת מנגנונים שיכשירו צורות מוכנות ומפורשות של פעולה משותפת בין-אישית.

16 אחת העבודות הבולטות בהקשר זה היא: ROBERT C. ELLICKSON, ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES (1991) (שם נבחנים האופנים שבהם חברי קבוצה המהווים "שחקנים חוזרים" זה כלפי זה עשויים להסדיר את יחסיהם על-ידי כללים לא-פורמליים, הגוברים לעיתים במישור המעשי על כללי המשפט הפורמליים). ראו גם: Lisa Bernstein, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 21 J. LEGAL

לזהות את נחיצותם של ארגונים אלה לקידום אותן פרדיגמות של פעולה משותפת המעוצבות על-ידי המערכת המדינתית של המשפט הפרטי, ואת האופנים שבהם עיצוב מנגנונים משפטיים עשוי להסתמך על דינמיקות בין-אישיות קיימות בארגונים מעין אלה, מחד גיסא, ועל קידום שינויים בפרקטיקות הפעולה המשותפת שלהם, מאידך גיסא.

התמקדותו של המאמר בארגונים לפעולה משותפת מציעה אף היא זווית מעט שונה מזו שפרוקצ'יה מציע להבנת הזיקה שבין תרבות, כלכלה והמשפט הפרטי. אף שמקומו של החוזה בין צדדים עצמאיים בשוק הפתוח (arm's length contract) הינו מרכזי הן במשפט הפרטי והן בכלכלת השוק, אין הוא מהווה את הפרדיגמה היחידה לפעולה משותפת. נתח משמעותי מפעילות זו נעשה בארגונים לפעולה משותפת שטיב היחסים המשפטיים והמוסדיים בתוכם שונה באופן מהותי מחוזים בשוק הפתוח, מחד גיסא, ומפעילות מדינתית, מאידך גיסא. בהתאם לכך, גם הפרקטיקות התרבותיות הרלוונטיות להבנת הדינמיקה הנוהגת בארגונים אלה והתאמתן לפרדיגמות הפעולה המשותפת שהמשפט הפרטי מבקש לעצב עשויות להיות שונות לעומת תחומי משפט אחרים.

מהלך המאמר הינו כדלקמן. חלק א מזהה את האופנים השונים שבהם המשפט הפרטי רואה לנגד עיניו ומעצב באופן פורמלי "טיפוסים אידיאליים" – בלשונו של מקס ובר¹⁷ – או פרדיגמות של פעולה משותפת. חלק זה בוחן את המחלוקת הנורמטיבית בספרות בדבר ערכי-היסוד האמורים להנחות את עיצובו של המשפט הפרטי ואת מקומם הייחודי של מחוקקים בביצוע שיפוט נורמטיבי כאמור. מחוקקים במדינות שונות עשויים לעצב באופן שונה את הרכיבים המהותיים והפרוצדורליים של המשפט הפרטי לאור תפיסת-עולם נורמטיבית מוגדרת וייחודית להם – בין היתר על-סמך גישתם הכללית ליחסים הראויים שבין פרטים ולא להם שבין הפרט לחברה – ומהלך נורמטיבי זה בעיצוב רפורמה במשפט הפרטי משפיע מעצם טיבו גם על מלאכת ההתאמה או השינוי הנדרש בממדים תרבותיים. גם בכך הניתוח במאמר זה מקבל גוון שונה מעט מזה המנחה את פרוקצ'יה בספרו, לפחות במשתמע, שלפיו יש מערכת ערכים מסוימת (המזוהה עם תרבות המערב) המתאימה יותר למשפט הפרטי. לגישתי, הן כעניין נורמטיבי והן כעניין מעשי, הפרדיגמות של המשפט הפרטי אמורות לשקף את תפיסת-העולם של המחוקקים, ובכלל זה כאשר הם מבקשים לחולל שינוי משפטי ותרבותי. בהתאם לכך אראה כיצד הבחירות הנורמטיביות הללו מקבלות ביטוי בעיצוב הפרדיגמות של סוגים שונים של פעולה משותפת, החל בחוזי חילופין פשוטים ועד

STUD. 115 (1992) (הבוחנת את ההליכים והכללים הלא-פורמליים הנוהגים בקרב חברי תעשיית היהלומים). זרם אחר בספרות זו עוסק באופן שבו נורמות לא-פורמליות (כגון ביוש חברתי) עשויות להתחרות באופני אכיפה פורמליים או להשלימם. ראו: ERIC A. POSNER, LAW AND SOCIAL NORMS (2000).

17 ובר משתמש במונח Idealtypus ככלי קונספטואלי – כזה המיועד ללכוד את מהותה של תופעה סוציולוגית מסוימת על-ידי אפיון והדגשה של תכונותיה המרכזיות. המונח "אידיאלי" אינו מכוון בהכרח להערכה נורמטיבית של תכונה מסוימת כראויה או כנעלה. ראו: RICHARD SWEDBERG, THE MAX WEBER DICTIONARY: KEY WORDS AND CENTRAL CONCEPTS 119–121 (2005).

לצורות מורכבות ורבות משתתפים של משטרים לניהול נכסים. אעמוד על היחס שבין פרדיגמות אלה לבין כוחות השוק, ועל תפקידם הייחודי של כללי בררת־מחדל במשפט הפרטי בהגדרת הספקטרום האפשרי של פרדיגמות לפעולה משותפת במשפט הפרטי ובביסוס יכולתם של נמעני הנורמות לעסוק בהסדרה פרטית ובעיצוב מבוזר של הפעולה המשותפת.

חלק ב נפתח בדיון תמציתי בכוחות העשויים לחולל שינוי ביסודות הנורמטיביים של המשפט הפרטי, ובאופן תרגומם לכלל דוקטרינה חדשה, תוך התמקדות ברוסיה שלאחר העידן הסובייטי. הדיון בחלק זה מתמקד בשלושה ממדים תרבותיים שהוזכרו בקצרה לעיל כנושאים לעיתים תכופות השפעה מרכזית על יכולת היישום של רפורמות במשפט הפרטי העוסקות בהסדרת פעולה משותפת: (1) אינדיווידואליזם מול קולקטיביזם; (2) פערי כוח; (3) הון חברתי. לאחר־מכן החלק דן במתח הפוטנציאלי שבין רפורמות במשפט הפרטי לבין ערכים, תפיסות ופרקטיקות של תרבות.¹⁸

חלק ג קורא לאמץ גישה מקטעית לשינוי תרבותי – כזו המבקשת לזהות אפיקים אפשריים שמטרתם לחולל תמורות חלקיות בממדים תרבותיים רלוונטיים – תוך התמקדות בארגונים לפעולה משותפת כגורם מרכזי בעיצובו וביישומו של המשפט הפרטי. בכך המאמר נוקט עמדה נגד גישה של "הכל או לא כלום" ביחס לשינוי תרבותי. גישה גורפת כזו הייתה דורשת התאמה מלאה בין הטיפוסים האידיאליים של פעולה משותפת הנחזים על־ידי המשפט הפרטי לבין מערך תואם של תכונות תרבותיות החלות באופן אחיד והרמוני לכל רוחב החברה. בחלק זה אטען כי במקרים רבים גישה גורפת זו אינה בת־השגה לנוכח הקצב האיטי של שינויים תרבותיים רחבי־היקף, ולעיתים אף אינה דרושה כדי לקדם רפורמה משפטית מסוימת. לדוגמה, בעוד פעולה משותפת בתחומים של חוזים, ניהול עצמי של בתים משותפים או משטר תאגידי עשויה להיות מחוזקת על־ידי השתתפות ציבורית רחבה בזירה האזרחית־הפוליטית (ולחזק מצידה השתתפות כזו), לעיתים ראוי לחשוב על האפשרות לקדם שינוי נקודתי וחלקי יותר במאפיינים תרבותיים מסוימים, תוך הישענות על מאפיינים תרבותיים קיימים אחרים. כך, כפי שהזכרתי בקצרה לעיל, מאפיינים תרבותיים קיימים של כוח וסמכות, אם הם מתועלים ומבוקרים באופן פנים־ארגוני, עשויים לספק את ה"ניצוץ" לפעולה משותפת במשפט הפרטי, כגון ניהול עצמי של בית משותף, ואת המנגנונים הבין־אישיים לשימור הפעולה המשותפת לאורך זמן, גם אם זו אינה מבוססת על מודלים של מיקרודמוקרטיה בנוסח הפוליס היוונית. אין בכוונתי לשלול, כמובן, את היתרונות הטמונים בסינרגייה אפשרית בין צורות של פעולה משותפת במשפט הפרטי לבין ניהול דמוקרטי במישור הציבורי, אך אני מבקש להציג בחלק זה את היתרונות הגלומים בגישה מקטעית לשינוי תרבותי לצורך קידום רפורמות במשפט הפרטי. מכאן, אף שאני מסכים עם הבחנתו

18 לחשיבות הגוברת של מושג התרבות במסגרת מחקר הכלכלה, כמשתנה מסביר אפשרי של תופעות כלכליות, ראו: Luigi Guiso, Paola Sapienza & Luigi Zingales, *Does Culture Affect Economic Outcomes?*, 20 J. ECON. PERSP. 23 (2006) (המגדירים תרבות כ"ערכים ואמונות מסורתיים שקבוצות חברתיות, דתיות ואתניות מעבירות באופן יציב יחסית מדור לדור").

הכללית של פרוקציה בדבר יציבותה של תרבות לאורך זמן, אטען כי ניתן לעצב מנגנונים במשפט הפרטי המעודדים תמורות בין-אישיות ותרבותיות מקטעיות כדי לסייע ביישומה של רפורמה מסוימת.

חלק ד מציג את הדוגמה המרכזית במאמר זה לבחינת הקשרים המורכבים שבין רפורמה במשפט הפרטי, כללים ופרקטיקות הנהגים בארגונים לפעולה משותפת, ותמורות תרבותיות: משטרי ניהול עצמי של בתים משותפים (condominiums) וסוגים אחרים של מתחמי מגורים פרטיים (common interest developments). לאחר הצגת האתגרים הפונקציונליים הכרוכים בסוג כזה של פעולה משותפת, אדרש בחלק זה למקרה-המבחן של רוסיה ולמורכבות הכרוכה בפער שבין רפורמה משפטית לבין הממדים התרבותיים הנחוצים לתפקוד נאות של פעולה משותפת כזו. התובנות הנלמדות בהקשר זה יסייעו גם בביסוס הגישה התיאורטית החדשה לביאור הזיקה שבין רפורמה במשפט הפרטי, תפקודה של כלכלת שוק ושינוי תרבותי מקטעי.

פרק א: המשפט הפרטי ופרדיגמות לפעולה משותפת

חלק זה נפתח בסקירת הדיון בספרות העיונית בדבר הערכים שעל המשפט הפרטי לקדם. לאחר-מכן אדון באופנים שבהם המשפט הפרטי מעצב פרדיגמות של פעולה משותפת, החל באופן ההגדרה של מערך הציפיות הלגיטימיות בהתקשרות בין צדדים לחוזה – בין היתר על-סמך התפתחות המושג "תום-לב" גם כאמת-מידה אובייקטיבית – וכלה בדרכי ההבניה המשפטית של ארגונים מורכבים לפעולה משותפת. אחר כך אדון בשאלת היחס שבין עיצוב משפטי מלמעלה למטה (top-down) לבין הסדרה פרטית הנצמחת מלמטה (bottom-up), ולצורך כך אדרש לתפקידם הפונקציונלי והנורמטיבי של כללי בררת-מחדל הניתנים להתנאה במסגרת המשפט הפרטי.

1. הערכים של המשפט הפרטי

סעיף זה יוקדש לדיון התיאורטי בדבר מהותו של המשפט הפרטי ובדבר הערך – או הערכים – שעליו לקדם. טענתי המרכזית בהקשר זה היא כי המשפט הפרטי רחוק מלהיות אך מכשיר טכני ליישום העדפות שוקיות, וכי הגופים המחקקים זכאים לחלוטין, מבחינה מוסדית ונורמטיבית, לבחור את ערכי-היסוד שינחו את הסדרתו של המשפט הפרטי, על ענפיו השונים. בהתאם לכך על גופים אלה לשוות לנגד עיניהם פרדיגמות או טיפוסים אידיאליים של סוגי פעולה פרטית, ובכלל זה של מנגנוני פעולה משותפת (collective action), אשר יוסדרו ויקודמו על-ידי כללי המשפט.

כבר בראשית הדברים אדגיש כי אין להבין את הסמכות – שלא לומר החובה – של הגופים המחקקים לעסוק בשקילה נורמטיבית מפורשת של תפיסות מוסריות וערכים אחרים כמתכון להכשרת צורות חזקות של כפייה מלמעלה למטה. מטרתו של המשפט

הפרטי אינה להפוך פרטים למריונטות, אלא לקדם, בין היתר, אידיאלים חשובים של אוטונומיה, פרטיות, הגדרה עצמית וכדומה. משום כך על המחוקקים לא רק לוודא שהפרדיגמות של פעולה פרטית ופעולה משותפת שהם רואים לנגד עיניהם בעת עיצוב המשפט הפרטי מאמצות ערכים אלה, אלא גם לעצב ספקטרום של פרדיגמות שיאפשר לפרטים תנועה ויכולת בחירה משמעותית ביניהן, כדי להגשים ערכים אלה הלכה למעשה. עם זאת, מחוקקים אינם יכולים לנטוש את אחריותם לזהות את החזון הרחב יותר של החברה ומאפייניה העולה מעיצוב הנורמות של המשפט הפרטי, או לנקוט גישה סבילה לחלוטין שלפיה "המשפט הפרטי הינו תמיד אך ורק מה שהצדדים אומרים שהוא, ותפקידו של המשפט הוא לאכוף תובנה זו בלבד". במסגרת עיצובו של המשפט הפרטי, המחוקקים נדרשים לעסוק בהכרעות נורמטיביות ולקבוע לפחות מסגרת כללית להגדרת הלגיטימיות המשפטית של סוגי הפעולה הפרטית והפעולה המשותפת המוסדרים במשפט.

ביתר פירוט, בסעיף זה אדרש בקצרה לשני נושאים שעולים תכופות בשיח האקדמי בדבר יסודותיו הנורמטיביים של המשפט הפרטי, ואשר יש להם חשיבות מיוחדת במסגרת מאמר זה: ראשית, שאלת עצמאותו (או תלותו) של המשפט הפרטי לעומת המשפט הציבורי; ושנית, השאלה אם על המשפט הפרטי לקדם ערך מרכזי מסוים או שמה שומה עליו לקדם דווקא פלורליזם של ערכים.

באשר לשאלת היחס בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, את התשתית לדיון התיאורטי בנושא זה ניתן לייחס במידה רבה לריאליזם המשפטי ולזרמים אחרים של כתיבה פרוגרסיבית וביקורתית. לפי גרסה חזקה של הטיעון הרווח בכתיבה זו, המשפט הפרטי אינו אלא "משפט ציבורי במסווה".¹⁹ דוגמה מסקרנת (אם כי כזו שלא זכתה בתשומת-לב מספקת) לגרסה חזקה זו מצויה דווקא בחיבורם הקנוני של ברלי (Berle) ומינס (Means) על התאגיד המודרני.²⁰ ברלי ומינס רואים את התאגיד הפרטי הנסחר בשוק ניירות-הערך – קרי, את התאגיד הפרטי הנשען על ציבור המשקיעים לצורך גיוס הון – כגוף מעין-ציבורי שיש להחיל עליו, ולו באופן חלקי, נורמות מן המשפט הציבורי. הנימוק רחוק מלהיות טכני או סיווגי גרידא. לגישתם, מכיוון שהפרטים המחזיקים בניירות-הערך אינם תורמים מאמץ או עבודה להכנסה שהתאגיד מייצר, "הפריווילגיה לזכות בהכנסה ובחלק מהעושר הנוצר בלי חובה מקבילה לעבוד בעבורם אינה יכולה להיות מוצדקת אלא אם כן מצבה של הקהילה ככלל מוטב כתוצאה מכך ולפחות רוב חברי הקהילה חולקים בעושר הזה".²¹ לפיכך על הדין לעודד חלוקה רחבה

19 לסקירת גישה זו, ולביקורת כלפיה, ראו: ARTHUR RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY 86–89 (2009).

20 ADOLF A. BERLE & GARDINER C. MEANS, THE MODERN CORPORATION & PRIVATE PROPERTY (10th ed. 1991).

21 שם, בעמ' xxxv.

ככל האפשר של ניירות-ערך של תאגידים אלה בקרב הציבור, "כדי לאפשר את אותה חלוקה-מחדש של העושר שבה תחפוץ החברה האמריקאית".²² עמדות מתונות יותר בכתיבה דוחות את גישת ההשתלטות של המשפט הציבורי על המשפט הפרטי, אך מדגישות בכל-זאת את האופן שבו בחירות נורמטיביות אשר נעשות על-ידי המחוקקים במסגרת עיצוב המשפט הפרטי ומיועדות לקדם אינטרסים מסוימים – תוך שימוש בכוח הכפייה והאכיפה של המדינה – מחייבות חשיבה-מחדש על דוקטרינות הנחזות כניטרליות. דוגמה לכך היא גישתו של מוריס כהן (Morris Cohen), התופס את מוסד הקניין הפרטי כהפעלה למעשה של ריבונות פרטית של בעל הקניין כלפי פרטים אחרים בתמיכתה של המדינה. לפי כהן, אף ש"ההכרה בקניין הפרטי כסוג של ריבונות אינה כשלעצמה טיעון נגדו", היא מחייבת מחוקקים להיות מודעים לבחירות הנורמטיביות הכרוכות בעיצוב המשפט של מוסד הקניין הפרטי.²³ בהמשך לכך הדגישו כותבים אחרים את מורכבותם של השיקולים הנורמטיביים הכרוכים בעיצוב המשפט הפרטי, ואת היותם של ערכים ציבוריים כגון מחויבות חברתית פנימית למשפט הפרטי.²⁴

לעומתם, כותבים כגון ויינריב (Weinrib) טוענים לעצמאותו המלאה של המשפט הפרטי לא רק ביחס למשפט הציבורי, אלא גם ביחס לכל שיקול של מדיניות ציבורית או נימוק "פונקציונלי" אחר המצוי מחוץ ליחסים ההדדיים הישירים בין הצדדים.²⁵ לגישתו של ויינריב, גישת הצדק המתקן, המהווה את העיקרון המלכד של המשפט הפרטי, "שוללת כל טיעון שאינו מתיישב עם המבנה ההדדי" של היחסים בין הצדדים, דוגמת שיקולים המתייחסים רק לצד אחד (כגון "כיס עמוק") או מטרות מכשירניות (כגון קידום התועלת המצרפית בחברה) שאינן קושרות בהכרח בין הצדדים.²⁶ תפיסה כזו של המשפט הפרטי אינה שוללת את אופיו הנורמטיבי, אך ברי שהיא מגבילה את סוגי השיקולים המהותיים שמחוקקים רשאים לשקול בבואם לעצב את כללי המשפט הפרטי. אני שותף לעמדה שלפיה המפעל הנורמטיבי של המשפט הפרטי אינו צריך להסתמך על תיאוריה פוליטית או משפטית הקושרת את המשפט הפרטי מעצם טיבו לערכים ולדוקטרינות של המשפט הציבורי. מחוקקים חייבים להביא בחשבון את ההשלכות של עיצוב מערכת של נורמות משפטיות שנועדה להיות מופעלת ומיושמת על-ידי צדדים פרטיים במגוון של יחסים משפטיים בין-אישיים, ואת ההבדלים המהותיים שקיימים בין מערכת היחסים האנכית שבין המדינה לפרט לבין הבניית יחסים משפטיים בין צדדים

22 שם, בעמ' xxxvi.

23 Morris R. Cohen, *Property and Sovereignty*, 13 CORNELL L.Q. 8, 14 (1927).

24 ראו, למשל: Gregory S. Alexander, *Property's Ends: The Publicness of Private Law Values*, 99 IOWA L. REV. 1257 (2014) (הטוען כי המטרה של שגשוג אנושי (human flourishing), אשר צריכה לגישתו להנחות את עיצוב המשפט הפרטי, טבועה באופיינו כיצורים חברתיים, וכי יש להטמיע במשפט הפרטי ערכים ציבוריים מעין אלה מבלי להעתיק בהכרח אל המשפט הפרטי דוקטרינות "חיצוניות" מהמשפט הציבורי).

25 ERNEST J. WEINRIB, *CORRECTIVE JUSTICE* 2–3 (2012).

26 שם, בעמ' 3–4.

פרטיים. עם זאת, איני רואה סיבה של ממש מדוע המפעל הנורמטיבי של עיצוב המשפט הפרטי צריך, מעצם טיבו, להדיר את עצמו מהבאה אפשרית בחשבון של מטרות או ערכים מסוימים, אף אם ברור כי בחירת הערכים, היקף תחולתם ויישומם יהיו שונים בצורה מהותית מאופן פעולתם במשפט הציבורי. להבנתי, מעצבי הנורמות אינם צריכים להימנע מלדון ברלוונטיות האפשרית של ערכים או שיקולים כגון פערי כוח, מבנה השוק או אחריות מוסרית של פרטים כלפי אחרים. העובדה שבמשפט הפרטי המדינה ממלאת תפקיד שולי יותר כשחקנית מן המניין ביישום ובהפעלה של הנורמות המשפטיות אין משמעה שעל המדינה להזניח את תפקידה הנורמטיבי בשקילת הערכים האפשריים שינחו את המערך הכולל של יחסים משפטיים בין-אישיים ובעיצוב הפרדיגמות של פעולה אישית ופעולה משותפת במסגרת המשפט הפרטי.

תפקידו של המחוקק בשקילת ערכים במסגרת עיצוב המשפט הפרטי מעורר גם את השאלה בדבר הדילמה הנורמטיבית בין זיהוי ערך מרכזי (או מדרג של ערכים) לעומת מודל של ריבוי ערכים. כך, תיאוריות "מוניסטיות" (כפי שהן מכונות תדירות בפי מבקריהן²⁷) מתמקדות בערכים מלכדים, כגון יעילות כלכלית,²⁸ קידום החירות השווה²⁹ או שימור האוטונומיה הפרטית.³⁰ לעומתן, תיאוריות פלורליסטיות של המשפט הפרטי טוענות כי אף אם ניתן לאתר באופן אובייקטיבי גרעין של "טוב מוסרי" שראוי לקדמו במשפט הפרטי, כגון הבטחת השגשוג האישי או האוטונומיה הפרטית, אין מתכון יחיד להגשמת מטרות-יסוד אלה. בהיותו מושג מורכב, ניתן להגשים "טוב מוסרי" על-ידי מכלול של ערכים, שתמהילם ישתנה בהקשרים בין-אישיים שונים ולרוחב הענפים השונים של המשפט הפרטי.³¹

במקום אחר הצגתי בהרחבה את גישתי, שלפיה המשפט הפרטי יכול וצריך להטמיע מטרות וערכים שונים, אך פלורליזם מעין זה כפוף למגבלות הנובעות ממאפיינים

27 ראו: Gregory S. Alexander, *Pluralism and Property*, 80 FORDHAM L. REV. 1017, 1019–1022 (2011).

28 ראו, למשל: STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, 595–612 (2004).

29 תיאוריות אלה מזוהות לעיתים כ"קנטיאניות", בעקבות תפיסתו של עמנואל קנט שלפיה קידום עקרון החירות השווה בין אנשים בקביעת מטרות חייהם ושימוש בנכסים לצורך כך הם עיקרון יסודי של המשפט הפרטי. ראו: IMMANUEL KANT, THE METAPHYSICS OF MORALS 89–120 (Mary Gregor ed. & trans., 1996).

30 זרם אחד בספרות זו מזוהה עם גישה ליברטריאנית – כזו הרואה בקידום האוטונומיה האישית הצדקה לעיצוב המשפט הפרטי באופן שמפחית ככל האפשר את מעורבותה של החברה (או את מעורבותם של אנשים אחרים) בחיי הפרט. דוגמה בולטת לכך היא תיאוריית הזכאות (entitlement theory) של רוברט נוזיק (Nozick). ראו: ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA (1974). לביקורת עדכנית על גישה זו, שלפיה קידום האוטונומיה וההגשמה העצמית מחייב דווקא תפקיד מתערב יותר למשפט הפרטי, ראו: Hanoch Dagan, *The Utopian Promise of Private Law*, 66(3) U. TORONTO L.J. 392 (2016).

31 ראו, לדוגמה, Alexander, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1262–1264; Hanoch Dagan, *Pluralism and Perfectionism in Private Law*, 112 COLUM. L. REV. 1409, 1429–1437 (2012).

מבניים אינהרנטיים של ענפי המשפט הפרטי, כמו-גם לשיקולים פונקציונליים הנוגעים ביציבותו ובעקביותו של המשפט.³²

כך, מחד גיסא, בדיני הקניין דומה כי תיאוריות המקדמות ערך מלכד יחיד, דוגמת אינטרס ההדרה (exclusion), כמאפיין הכרחי של הקניין הפרטי³³ שוגות בכך שהן מתמקדות בסוג אחד של זכות קניין (בעלות), תוך הזנחת חשיבותן של זכויות קנייניות אחרות, כגון שעבודים; בסוג מסוים של נכס (בדרך-כלל קרקע); ובמתכונת מסוימת של יחסים משפטיים בין-אישיים (כזו שבין בעלים יחיד לבין ציבור הלא-בעלים), תוך הזנחת משטרי קניין מורכבים, דוגמת זה הנוהג בתאגיד המסחרי. בהתאם לכך איני רואה טעם מדוע המשפט מחויב לעצב, לדוגמה, את גבולותיה של דוקטרינת השימוש ההוגן בדיני זכויות יוצרים באותו אופן שבו הוא מעצב את הדינים החלים על שימוש במקרקעין של הזולת, או ליצור זיקה הכרחית בין משכי התוקף של זכות הבעלות בסוגי נכסים שונים.³⁴ כעניין נורמטיבי ופוזיטיבי, השוני הדוקטרינרי בין תחומי-המשנה הללו בדיני הקניין נעוץ בשקילה שונה של מטרות וערכים המנחים את עיצוב הנורמות המשפטיות. עם זאת, יוצרי הנורמות של המשפט הפרטי חייבים לנקוט זהירות בקידום פלורליזם ושונות, על-מנת לא לערער מאפיינים מבניים – כגון יריבות חוזית או תחולתן של זכויות קניין כלפי צדדים שלישיים (in rem) – או לפגוע באופן אחר ביכולתם של פרטים לתכנן כנדרש פעולה פרטית או פעולה משותפת במשפט.

בכל מקרה, המסקנה שאני מבקש לגזור ביחס לבסיס הנורמטיבי של המשפט הפרטי היא כי יש לראות את מעצבי הנורמות כמי שנהנים מלגיטימיות מלאה בבחירת הערכים שינחו את עיצובו של המשפט הפרטי, וכי לנוכח העובדה שהטמעתם של שיקולים מוסריים, חברתיים או פוליטיים בדוקטרינה המשפטית מחייבת סוג של פורמליזציה, על המחוקקים לזהות טיפוסים אידיאליים או פרדיגמות של פעולה פרטית ופעולה משפטית שיאפשרו את הגשמתם של ערכים אלה, וליצור בהתאם לכך את התשתית המשפטית והארגונית לפעולתם של נמעני הנורמות.

32 ראו: AMNON LEHAVI, THE CONSTRUCTION OF PROPERTY: NORMS, INSTITUTIONS, CHALLENGES 49–68 (2013).

33 ראו: Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Morality of Property*, 48 WM. & MARY L. REV. 1849 (2007) (המזהים את זכות ההדרה הן כמאפיין פונקציונלי הכרחי והן כערך נורמטיבי בארצות-הברית).

34 לדיון במתחים אלה בתוך דיני הקניין ראו: Timothy J. Brennan, *Copyright, Property, and the Right to Deny*, 68 CHICAGO-KENT L. REV. 675 (1993). לדעות שונות בדבר נבדלותו של הקניין הרוחני מדיני הקניין ה"מסורתיים" המסדירים זכויות במקרקעין, השוה בין שני המאמרים הבאים: Peter S. Menell, *Intellectual Property and the Property Rights Movement*, 30(3) REGULATION 36 (2007); Richard A. Epstein, *A Response to Peter Menell: The Property Rights Movement and Intellectual Property*, 30(4) REGULATION 58 (2007–2008).

2. על עיצובן הערכי והמשפטי של פרדיגמות לפעולה משותפת

ספרות ענפה בתחום מדעי החברה עוסקת זה זמן בזהווי המכשולים האפשריים לשיתוף-פעולה בין פרטים – כגון אופורטוניזם, טפילות, סחטנות או בעיות נציג – ובאיתור המנגנונים המשפטיים והמוסדיים שעשויים לצמצם בעיות מעין אלה. במסגרת ספרות זו מוצעים מודלים מכיוונים תיאורטיים מגוונים – החל בתורת המשחקים וכלה בכלכלה המוסדית החדשה (New Institutional Economics) – לצמצום הפער שבין זיהוי היתרונות הכלליים הגלומים בפעולה משותפת לבין עיצוב מנגנונים פרטי שיאפשר פעולה כזו. מכאן גם עולה תובנה, משתמעת לפחות, בדבר חשיבות ההסדרה המשפטית של הפעולה המשותפת.³⁵

ברי כי לא כל סוגי הפעולה המשותפת נתקלים באותן בעיות, וכי אי-אפשר להתמודד עם שלל הבעיות באופן זהה בעיצוב מנגנונים ארגוניים ומשפטיים. בהתאם לכך, המשימה של עיצוב הסדרים חקיקתיים שיתמכו בקידום סוג מסוים של פעולה משותפת כרוכה באתגר נורמטיבי ופונקציונלי.

הרובד הנורמטיבי, המתחיל באיתור ערכי-היסוד שיש לקדם במשפט הפרטי או בענף מסוים שלו, מחייב בשלב השני, כנגזרת של ערכים אלה, את גיבוש הציפיות החברתיות באשר לאופן שבו על פרטים להתייחס אל זולתם בהקשרים שונים של פעולה משותפת, ובתרגומן של ציפיות אלה לכלל מסגרת משפטית שתאפשר את הפעולה המשותפת. עיצוב משפטי מעין זה מחייב את המחוקקים (ובכלל זה, כאמור, בתי-משפט אשר נדרשים לסוגיה ביחס לסכסוך מסוים אך במטרה לעצב נורמה כללית יותר) להגדיר את טווח ההתנהגויות הנתפסות כמקובלות או אף כרצויות, לעומת אופני התנהגות המסכלים את הגשמת הערכים שבבסיסה של פעולה משותפת מעין זו. דוגמה מובהקת לכך, שתידון בקצרה להלן, נוגעת בעקרון תום-הלב. מונח זה מבואר ומפותח באופן שונה בשיטות משפט שונות, כתוצאה מהערכה נורמטיבית יסודית נבדלת. מעבר לכך, גם בתוך שיטת משפט מסוימת המונח "תום-לב" עשוי להשתנות בתוכנו ובהיקפו בהתאם לתחום המשפט או לסוג הפעולה המשותפת המדוברת. כך, חוזה חילופין בין צדדים רחוקים עשוי להיבדל ממשטר ניהול תאגידי.

מבחינה פונקציונלית, עיצוב משפטי של פרדיגמה (או פרדיגמות) לפעולה משותפת מחייב בחינה של יכולת התפקוד של מבנה ארגוני או משפטי מסוים בהגשמת המטרות הנורמטיביות. הדוגמה שתידון להלן היא זו של התאגיד ושל ארגונים עסקיים אחרים

35 ברי כי אי-אפשר לסקור את הספרות הענפה בנושא במסגרת מאמר זה. עבודה מוקדמת משפיעה במיוחד היא: MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS (1971). עבודה משפיעה אחרת היא: ELINOR OSTROM, GOVERNING THE COMMONS: THE EVOLUTION OF INSTITUTIONS FOR COLLECTIVE ACTION (1990). לניתוח הזיקה שבין פעולה משותפת, תורת המשחקים ועיצוב המשפט ראו: DOUGLAS G. BAIRD, ROBERT H. GERTNER & RANDAL C. PICKER, GAME THEORY AND THE LAW 31–45, 188–217 (1998). בהמשך חלק זה אדון בספרות העוסקת בנושא זה במסגרת זרם הכלכלה המוסדית החדשה.

שעיצובם מוסדר במשפט הפרטי. מבחינה ארגונית, התפתחותן המוסדית של פירמות נבעה מהכרה ביתרונות התפקודיים היחסיים של מודל לשליטה ולניהול של נכסים המבוסס על "מדרג" או "איחוד אנכי", לצד קיומם של מוסדות אחרים לפעולה משותפת המבוססים על חוזים בשוק הפתוח. מימושה המשפטי של תובנה ארגונית זו בא לידי ביטוי, בין היתר, בכינונו של התאגיד כבעל אישיות משפטית נפרדת מזו של בעלי העניין הפרטיים בתאגיד, כדי לקדם פעולה משותפת במתכונת זו.³⁶

בהינתן המאפיינים הנורמטיביים והפונקציונליים הללו, המחוקק נדרש, במסגרת עיצוב המשפט הפרטי, למפות את סוגי הפעולה המשותפת שהוא מבקש להסדיר, ולקבוע את אמות-המידה הרלוונטיות לצורך קביעת הסדר משפטי נבדל לסוג מסוים של שיתוף-פעולה. אמות-מידה אלה עשויות לכלול, למשל, את המספר הטיפוסי של השחקנים המעורבים; את טיב הפעולה המשותפת שבה מדובר; את סוג הנכס מושא הפעילות; את מידת התלות או פערי הכוח בין הצדדים לשיתוף-הפעולה או את מידת ההדירות של הסמכות או שיקול-הדעת הנתונים בידי אחד הצדדים; ואת מידת ההשפעה על צדדים שלישיים.

בהמשך לכך על המחוקק לקבוע את הספקטרום של החלופות המשפטיות שיהיו פתוחות לצדדים המבקשים לעסוק בסוג מסוים של פעולה משותפת – החל בחוזה חילופין בין צדדים רחוקים בשוק הפתוח; המשך בעסקות ארוכות-טווח, כגון חוזי עבודה או זכיונות; וכלה בפעולה משותפת בלתי-מוגבלת בזמן מעצם טיבה, כגון בתאגיד העסקי, בבית המשותף או בארגון העובדים. על המחוקק לזהות את המערך הכולל של הציפיות הלגיטימיות שבין צדדים לשיתוף-פעולה מסוג מסוים, לעצב את האופנים שבהם יוטמעו ציפיות אלה במפורש או במשתמע בהסדר המשפטי, לקבוע את מידת החירות שניתן לצדדים לסטות מהוראות הדין, וליצור את התשתית המוסדית והארגונית לקידום הסוגים השונים של הפעולה המשותפת.

(א) על תום-הלב כאבן-יסוד נורמטיבית לפעולה משותפת

אין זה המקום להידרש לניתוח מעמיק של עקרון תום-הלב במשפט הפרטי, אך בהקשר של מאמר זה ראוי לעמוד בתמצית על האופן שבו עיצובה של נורמה מעין זו ושינויה האפשרי לאורך זמן בשיטת משפט מסוימת מהווים נדבך נורמטיבי יסודי בהסדרת סוגים שונים של פעולה משותפת.

כך, למשל, ההכרעה הנורמטיבית הכרוכה בעיצוב המונח "תום-לב" כיוצר תשתית משפטית לפעולה משותפת זכתה בישראל בביטוי מפורש בשיח שבין הנשיא ברק לשופט חשין בעניין **רוקר נ' סלומון**.³⁷ לגישתו של הנשיא ברק, חובת תום-הלב –

36 ראו: Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, 36 YALE L.J. 387, 392–408 (2000) (המנתחים את החשיבות של הקצאת נכסים (asset partitioning), אשר מתאפשרת הודות לכינון התאגיד העסקי כאישיות משפטית נפרדת, ומסייעת בקיום פעילות משותפת עסקית רבת משתתפים).

37 רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199 (1999).

המוצאת ביטוי סטטוטורי, בין היתר, בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, אך פרושה כ"עיקרון מלכותי" לרוב כל שיטת המשפט³⁸ – כוללת בחובה אמת-מידה "אובייקטיבית" לצד רכיב "סובייקטיבי" של תום-לב. כך:

"עקרון תום-הלב קובע את אופן התנהגותם של אנשים שמציאות החיים הפגישה ביניהם. הוא קובע כי התנהגות זו צריכה להיות ביושר ומתוך הגינות כנדרש על-פי תחושת הצדק של החברה בישראל. מעצם מהותו, עקרון תום-הלב מהווה אמת-מידה 'פתוחה' המשקפת את תפיסות היסוד של החברה הישראלית באשר להתנהגות ראויה בין בני-אדם."³⁹

לגישתו של השופט חשין, דוקטרינת תום-הלב מהווה אמת-מידה סובייקטיבית, כזו העוסקת ב"לבו של האדם" וב"מצב דעתו" כאשר הוא פועל מול זולתו במסגרת המשפט, ואין בסיס לשוני או מושגי לנדרש האובייקטיבי של חובה זו.⁴⁰ עם זאת, השופט חשין אינו שולל את תפקידו של המשפט בהכוונה "אובייקטיבית" של אופני פעולה משותפת בין פרטים. כך, לעמדתו, המונח "בדרך מקובלת", המשלים את הוראת סעיף 39 לחוק החוזים, מבטא לא רק "צילום של מציאות – תיאור דרך שהרבים הולכים בה", אלא גם "דרך שראוי לילך בה", דהיינו, "מבחן אובייקטיבי".⁴¹ בפסקי-דין מאוחרים התקבלה ככלל גישתו של הנשיא ברק באשר לקיום אמת-מידה אובייקטיבית לעקרון תום-הלב.⁴² אך העמדה הרחבה יותר העולה מהדברים היא כאמור של ה"כוונה נורמטיבית מפורשת של אופני פעולה משותפת במשפט הפרטי. טיבו של עיצוב משפטי זה משתנה לפי הפרדיגמות השונות של הפעולה המשותפת שהמשפט רואה לנגד עיניו. כדברי הנשיא ברק:

"לא הרי מעמדו של תום-הלב ביחסים בין בעל קניין לזר, כהרי מעמדו של תום-הלב ביחסים בין בעל קניין לשותפו; לא הרי פגיעה על-ידי אדם שהקשר עמו הוא חד-פעמי (כגון מסיג-גבול מזדמן) כהרי פגיעה על-ידי אדם שהקשר עמו נמשך (כגון דייר בבית משותף)."⁴³

המלאכה הנורמטיבית של עיצוב פרדיגמות לפעולה משותפת, ותפקידו הפרטני של עיקרון משפטי דוגמת תום-הלב בשרטוט ספקטרום של אופני התנהגות בין-אישית

38 שם, בעמ' 275.

39 שם, בעמ' 279.

40 שם, בעמ' 250–254.

41 שם, בעמ' 254–255.

42 ראו, לדוגמה, ע"א 8661/10 נעמה נ' טורקיה, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 19.2.2012).

43 עניין רוקר, לעיל ה"ש 37, בעמ' 280.

מקובלים בהקשרים שונים, מוצאים ביטוי בכל שיטות המשפט. ראוי בהקשר זה לתת את הדעת למורכבותם של הליכי שינוי. כך, למשל, בשנים האחרונות פועלים גופים רשמיים וקבוצות מלומדים במסגרת האיחוד האירופי במטרה לגבש, ככל האפשר, מסגרת משותפת לדיני המשפט הפרטי בכללותם, ולדיני החוזים בפרט, לרוחב שיטות המשפט של המדינות חברות האיחוד. בהקשר זה הדיון בעקרון תום-הלב מעורר עניין מיוחד, משום שהוא מבטא את האתגר שבגישור לא רק בין טכניקות או סגנונות משפטיים שונים – לדוגמה, קיומם של דיני היושר בשיטת המשפט המקובל כאמצעי חלופי להתמודדות עם בעיות של אופורטוניזם בפעולה משותפת⁴⁴ – אלא גם בין הכרעות נורמטיביות שונות באשר לאופנים הראויים של ההתנהלות הבינ-אישית בסוגים שונים של פעולה משותפת.⁴⁵

כך, מסמך מקיף לקביעת עקרונות משותפים בדיני החוזים, שפורסם בשנת 2009 על-ידי קבוצת מומחים בכירה,⁴⁶ מנסה לאתר – כנגזרת של ערכי-העל המוצעים לדיני החוזים: ודאות, צדק, חירות ויעילות⁴⁷ – את תפיסת-העולם הנורמטיבית העומדת בבסיסו של עקרון תום-הלב. לפי המודל המוצע, המונחים "תום-לב" (good faith) ו"התנהלות הוגנת" (fair dealing) מבטאים "סטנדרט התנהגות המתאפיין ביושר, בפתיחות ובהתחשבות באינטרסים של הצד האחר לעסקה או ליחסים שבהם מדובר".⁴⁸ עם זאת, נראה כי עדיין ארוכה הדרך לאימוץ פורמלי של מסגרת אחידה לעיצוב עקרון תום-הלב באופן כללי, ולביטוי פרטני שלו בסוגים שונים של פעולה משותפת לרוחב שיטות המשפט האירופיות.⁴⁹

העובדה שמנגנון משפטי כגון תום-לב רחוק מלהיות טריוויאלי מבחינת תוכנו והערכים שהוא מייצג, והאופן שבו עיצובו המשפטי כרוך בהכרעות חברתיות ואף

44 ראו: Kenneth Ayotte, Ezra Friedman & Henry E. Smith, *A Safety Valve Model of Equity as Anti-Opportunism* (Northwestern Law & Econ. Research Paper No. 13-15, March 2013), available at ssrn.com/abstract=2245098.

45 ראו: Simon Whittaker & Reinhard Zimmerman, *Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape*, in GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW 7 (Reinhard Zimmerman & Simon Whittaker eds., 2000) (לניתוח ההבדלים בעניין זה בין שיטות המשפט בגרמניה, בצרפת ובאנגליה).

46 PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW: DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE 43–44 (Christian von Bar et al. eds., outline edition 2009).

47 שם, בעמ' 76–77, 85–93.

48 שם, בעמ' 178 (Book I, art. I – I:103(1)).

49 ראו: Simon Whittaker & Reinhard Zimmerman, *Coming to Terms with Good Faith*, in GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW 653, 690 (Reinhard Zimmerman & Simon Whittaker eds., 2000) (המדגישים את השינויים המהותיים הקיימים כיום לא רק בין שיטות המשפט השונות, אלא גם בתוך כל אחת מהן).

במאפיינים תרבותיים, באים לידי ביטוי מובהק גם ברפורמות הניכרות במשפט הפרטי שהונהגו בסין בדור האחרון.

כך, בשנת 1999, לאחר דורות רבים שבהם דיני החוזים הסיניים לא היוו הלכה למעשה ענף של המשפט הפרטי, חוקקה סין חוק חוזים מקיף,⁵⁰ וזאת כחלק מגל הרפורמות המשפטיות שנעשו בעקבות הרפורמות הכלכליות שהחלו בסוף שנות השבעים של המאה העשרים.⁵¹ אף שחקיקתו של חוק החוזים הסיני נבעה גם משיקולים בין-לאומיים – ובכלל זה צירופה של סין בשנת 1981 לאמנה בדבר חוזים למכר טובין בין-לאומיים⁵² והמשא-ומתן שהיא ניהלה באותה תקופה להצטרפות לארגון הסחר העולמי⁵³ – הרפורמה נשלטה על-ידי הכרעות נורמטיביות מודעות באשר לאופני פעולה משותפת הנעוצים בחוזים. כך, סעיף 1 לחוק החוזים הסיני מצהיר כי מטרתו של החוק "להגן על הזכויות והאינטרסים החוקיים של צדדים לחוזה, לשמור על הסדר הכלכלי והחברתי, ולקדם מודרניזציה סוציאליסטית". העיקרון הכללי של תום-לב נקוב בסעיף 6 לחוק, והוא חל על כל שלבי החוזה.⁵⁴

אף שהמושג "תום-לב" אינו מוגדר בחוק, בתי-משפט ומלומדים בסין תיארו אותו סמוך לאחר חקיקתו כ"עיקרון המנחה העליון או 'העיקרון המלכותי' של כל דיני החיובים", כזה שמהווה לא רק עיקרון מנחה ל"התנהגות היומיומית של בני-אדם", אלא גם "צו מוסרי חיוני בפרקטיקה המסחרית של סין".⁵⁵ חובת תום-הלב נתפסת ככזו שאמורה לגשר בין המציאות הכלכלית המשתנה של סין לבין המסורות התרבותיות עתיקות-היומין שלה, בכך שהיא דורשת משחקנים במשפט הפרטי "לאזן אינטרסים בינם לבין עצמם, ולאזן את האינטרסים שלהם עם אלה של החברה, על-מנת לשמור על יציבות חברתית והתפתחות הרמונית".⁵⁶

50 Uniform Contract Law of the People's Republic of China, promulgated by the Nat'l People's Cong., Mar. 15, 1999, effective Oct. 1, 1999 (להלן: חוק החוזים הסיני). לתרגום מלא של החוק לאנגלית ראו www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=182632.

51 John H. Matheson, *Convergence, Culture and Contract Law in China*, 15 MINN. J. INT'L L. 329, 335–338 (2006); Shiyuan Han, *A Snapshot of Chinese Contract Law from an Historical and Comparative Perspective*, in TOWARDS A CHINESE CIVIL CODE: COMPARATIVE AND HISTORICAL PERSPECTIVES 235, 236–243 (Lei Chen & C.H. (Remco) van Rhee eds., 2012).

52 Convention on Contracts for the International Sales of Goods, art. 9(2), U.N. Doc. A/CONF.97/18, Annex I (1980), reprinted in 19 I.L.M. 671 (1981). ראו Han, לעיל ה"ש 51, בעמ' 239.

53 סין הצטרפה לארגון הסחר העולמי בשנת 2001. ראו: *WTO Successfully Concludes Negotiations on China's Entry*, WTO NEWS (Sept. 17, 2001), https://www.wto.org/english/news_e/pres01_e/pr243_e.htm.

54 ראו Matheson, לעיל ה"ש 51, בעמ' 345–346.

55 ראו: Wang Liming & Xu Chuanxi, *Fundamental Principles of China's Contract Law*, 13 COLUM. J. ASIAN L. 1, 16 (1999).

56 Chunlin Leonhard, *A Legal Chameleon: An Examination of the Doctrine of Good* ראו:

ככל שהדברים אמורים בתרבות הסינית, הרפורמה של חוק החוזים בכלל, וחובת תום-הלב בפרט, נתפסות כמכבדות תפיסות תרבותיות רווחות אך בה-בעת גם כמאתגרות אותן. באופן מסורתי התייחסה החברה הסינית בשלילה לחוזים פורמליים, ונדרשה להם רק במקרה של כישלון בהסדרה באמצעות יחסים בין-אישיים או הסכמות לא-פורמליות.⁵⁷ לפיכך הגישור בין הצורך בפורמליזציה משפטית של סוגים אלה של פעולה משותפת לבין שמירת תפיסות חברתיות-תרבותיות מסורתיות נעשה על-ידי הכרה ב"רוחו" של ההסכם כחשובה יותר מלשונו הכתובה.⁵⁸ לפיכך נטען בספרות כי עיקרון זה מתיר לבתי-המשפט בסין להתערב תכופות בתוכן החוזה או בביצועו, גם כאשר השופטים מונעים על-ידי אינסטינקטים, רגשות או תחושה כללית של צדק.⁵⁹ באופן יסודי יותר, האופן שבו המחוקקים בסין משווים לנגד עיניהם את הטיפוסים האידיאליים או הפרדיגמות של פעולה משותפת חוזית, ובכלל זה באמצעות עקרון תום-הלב, נובע מפילוסופיות ארוכות-שנים, כגון קונפוציוניזם או טאוואיזם או קומוניזם, וממרכזיותם של מעגלים שונים של קשרים בין-אישיים (guanxi), החל במעגל המשפחתי וכלה במערכות יחסים עם זרים. בהתאם לכך, מבנים תרבותיים של מדרג, תפקידים שונים לבני-אדם בחברה, התמקדות בקולקטיב ודגש ביחסים בין-אישיים של מחויבות, הדדיות, מוניטין ורגשות, מהווים כולם נדבכים מרכזיים בכינון היסודות הנורמטיביים של הפעולה המשותפת וביציקת תוכן בחובת תום-הלב. אין משמעות הדברים, כמובן, שתפריט כזה של עיצוב משפטי של פרדיגמות לפעולה משותפת יתפקד בהכרח היטב, במיוחד ככל שקידום הצפיות במשפט ומניעת שרירותיות נתפסים כערכים ראויים.⁶⁰ אך הדברים מלמדים על האופן שבו רפורמה במשפט הפרטי בכלל, ובעיצוב חובת תום-הלב בפרט, רואה מפורשות לנגד עיניה פרדיגמות של פעולה משותפת בהתבסס על זיהוי ערכים יסודיים – בין שמדובר בערכים מושרשים היטב או בשקילה-מחדש של ערכים ראויים.⁶¹

כנקודת ייחוס אחרונה בהקשר זה אציין כי במסגרת הרפורמות המקיפות שנערכו בקודקס האזרחי הרוסי בשנים 2012 עד 2014 – ואשר יידונו בהרחבה בחלק ב1 להלן – הוכר לראשונה תום-הלב כעיקרון יסודי במשפט, בניגוד לפני הדברים בגרסה הקודמת

Faith in Chinese and American Contract Law, 25 CONN. J. INT'L L. 305, 309–310 (2010).

57 ראו Matheson, לעיל ה"ש 51, בעמ' 345.

58 ראו: Cheng Lu Wang, Xiaohua Lin, Allan K.K. Chan & Yizheng Shi, *Conflict Handling Styles in International Joint Ventures: A Cross-Cultural and Cross-National Comparison*, 45 MGMT. INT'L REV. 3, 12 (2005).

59 ראו Leonhard, לעיל ה"ש 56, בעמ' 326–324.

60 Matheson, לעיל ה"ש 51, בעמ' 375–370. כן ראו: Junwei Fu, *Freedom of Contract in the EU and China*, 8 J. INT'L COMM. L. & TECH. 274 (2013) (לטענה שעקרונות של תום-לב, הגינות ואינטרס ציבורי מתיישבים עם ערכי הקונפוציוניזם).

61 Matheson, לעיל ה"ש 51, בעמ' 381–380.

של הקודקס, שנחקקה בין 1994 ל-2006.⁶² בגרסה המוקדמת נחשב עקרון תום-הלב (dobrosovestnost) אחד מבין שורה של כלים פרשניים שעמדו לרשות בית-המשפט בבואו ליישב סכסוכים מסחריים.⁶³ אך בגרסה המתוקנת של החוק הוחל עקרון תום-הלב ישירות ובאופן כולל על צדדים במשפט הפרטי.⁶⁴ כפי שאראה בחלק ב, אף שהסיבות לרפורמה זו היו נעוצות ברצון ליצור אקלים משפטי שיעודד השקעות זרות (כך לפחות היו פני הדברים עד לפרוץ המשבר הנוכחי באוקראינה) ובשאיפה הכללית יותר להתקרב אל שיטות המשפט האזרחי,⁶⁵ באופן פרטני יותר נראה כי החלת עקרון תום-הלב מבקשת לפעול לתיקון מצב הדברים שמכוחו אופנים מעשיים של פעולה משותפת שנהגו במשפט הפרטי היו נגועים, בין היתר, במצגי-שווא, בחוסר כנות במשא-ומתן ובאופורטוניזם לאחר-מעשה.⁶⁶ במובן זה, הרפורמה בקודקס האזרחי הגדירה מחדש את מערך הציפיות מצדדים הנוקטים פעולה משותפת.

(ב) ההבניה המשפטית של ארגונים לפעולה משותפת

בסעיף-משנה זה אבקש לנוע מן הזירה החוזית-השוקית של פעולה משותפת – זו שלהבנתי נתפסת בעיניו של פרוקציה כליבה של כלכלת השוק – אל צורות מורכבות יותר של פעולה משותפת במשפט הפרטי, כלומר, ארגונים רבי משתתפים כגון תאגידים עסקיים, ארגוני עובדים במגזר הפרטי וגופי ניהול עצמי של בתים משותפים ומתחמי מגורים פרטיים.

עיצובן המשפטי של נורמות המתייחסות לארגונים לפעולה משותפת מעין אלה כרוך במגוון של שיקולים נורמטיביים ופונקציונליים הנבדלים מאלה המאפיינים את השדה החוזי הרגיל. זאת, בין היתר, לנוכח העובדה שיצירתם בדין של ארגונים מעין אלה, וההכרה לפחות בסוגים מסוימים שלהם כישויות בעלות אישיות משפטית נפרדת,

62 Yuri Makhonin, *CIS Legal Update – September 2013: Summary of Key Changes to the Russian Civil Code*, JD SUPRA BUSINESS ADVISOR (Sept. 25, 2013), www.jdsupra.com/legalnews/cis-legal-update-september-2013-summa-24142/.

63 Veniamin F. Iakovlev, *The Arbitrazh Courts and the New Russian Civil Code*, in ראו: PRIVATE AND CIVIL LAW IN THE RUSSIAN FEDERATION: ESSAYS IN HONOR OF F.J.M. FELDBRUGGE 99, 102 (William Simons ed., 2009).

64 ראו: Civil Code: Reload, 1(72) LEGAL NEWSLETTER RUSSIA (Jan. 2013), available at www.pwc.ru/en/legal-services/news/civil-code-reloaded.html (להלן: Civil Code: Reload).

65 ראו: Asya Ostroukh, *Russian Society and its Civil Codes: A Long Way to Civilian Civil Law*, 6 J. CIV. L. STUD. 373 (2013).

66 ראו: Kambiz Behi & Edsel Tupaz, *Admitting Russia to the WTO Will Create Stronger Economic Ties*, JURIST (July 3, 2012), jurist.org/sidebar/2012/07/kambiz-behi-edsel-tupaz-russia-civil.php. לניתוח הבעיה של פעולה בניגוד עניינים (self-dealing) כאחראית להשתתף המשטר התאגידי ברוסיה בעידן ההפרטה המסיבית שלאחר נפילת ברית-המועצות, ראו: Bernard Black, Reinier Kraakman & Anna Tarassova, *Russian Privatization and Corporate Governance: What Went Wrong?*, 52 STAN. L. REV. 1731 (2000).

מחייבות את המחוקק לכמה הכרעות נורמטיביות ראשוניות שאינן נדרשות לגבי יחסים משפטיים בין פרטים בשוק. בפשטות רבה אומר כי בעוד המחוקק אינו אמור לשאול את עצמו מדוע בני-אדם (טבעיים) קיימים או מבקשים לפעול בעולם, עליו להידרש בהחלט לסוגיות אלה כאשר מדובר בהחלטה אילו מבנים ארגוניים יקבלו תוקף בדין, ואם פרדיגמות רצויות מבחינה נורמטיבית של פעולה משותפת יקודמו על-ידי כינונם של ארגונים מעין אלה.

לא אוכל לסקור כאן באופן מלא את ההצדקה לקיומם של ארגונים אלה בעולם הכלכלה והחברה, ובעקבות זאת בעולם המשפט. במקום אחר זיהיתי את האופנים שבהם תאגידים, ארגוני עובדים וגופים ניהוליים של בתים משותפים מהווים כל אחד פקעת רב-כיוונית של פעולה משותפת, ואת התפקיד שעל המשפט למלא במתן גיבוי לאופנים אלה של פעולה משותפת, מחד גיסא, ובפיקוח עליהם, מאידך גיסא, בעיקר תוך הידרשות להסדרת יחסי הכוח בתוך ארגונים אלה.⁶⁷ בחלק ד להלן אדון בכמה מן ההיבטים הללו בהקשר של בתים משותפים. כאן אדרש בקיצור נמרץ לעיצובו של התאגיד המסחרי, ואתמקד בסוגיות הבאות: ראשית, מדוע התאגיד נתפס כארגון שיכול לאפשר סוגים מסוימים של פעולה משותפת אשר קשה יותר לקדםם בעסקות שוק פרטניות; שנית, כיצד אופני הפעולה המשותפת המתקיימים בתאגיד עלולים להפוך צדדים לפגיעים במיוחד לאופורטוניזם ולניצול לרעה מצד אלה המחזיקים בכוח עדיף, ומה התפקיד שעל המשפט למלא בהקשר זה; שלישית, כיצד התפתחויות חקיקתיות בארצות-הברית ובמדינות אחרות הרחיבו את הספקטרום של הטיפוסים האידיאליים של ארגונים המיועדים לאפשר פעולה משותפת מורכבת בתחום העסקי.

ויליאמסון (Williamson) זיהה את האתגר המרכזי של תיאוריית הארגונים בהבנת "הגיון היעילות שבניהול עסקות באפיקים חלופיים של משטר – בעיקר שוקי חילופין (spot markets), חוזים מסוימים ארוכי-טווח (יצירי-כלאיים) ומדרגים".⁶⁸ בהתמקדו ביחסים חוזיים שבהם יש ערך מיוחד להמשכיות, ויליאמסון בוחן מאפיינים כגון ייחודיותו של הנכס מושא החוזה (asset-specificity), אי-ודאות (uncertainty) ותדירות (frequency) כממדים רלוונטיים של עסקות, וכיצד מאפיינים אלה עלולים להוביל לתלות הדדית ולמכשולים פוטנציאליים במימוש החוזה בשל בעיות כגון אופורטוניזם או שינויים חיצוניים המחייבים את הצדדים להתאים את החוזה לתנאים אלה. לפי ויליאמסון, התאמות הנעשות בשוק החוזי עלולות להיות אפקטיביות פחות מאלה המושגות באמצעות משטר ניהול דינמי בתוך פירמה המאגדת את כל התשומות הרלוונטיות. כך, "איחוד אנכי" (vertical integration) של משאבים ומדרג בתוך הפירמה

67 ראו: Amnon Lehari, *Concepts of Power: Majority Control and Accountability in Private Legal Organizations*, 8 VIRGINIA L. & BUS. REV. 1 (2014).

68 ראו: Oliver E. Williamson, *The Economics of Governance*, 95(2) AM. ECON. REV. 1, 1 (2005).

מאפשרים קבלת החלטות שוטפת המתאימה את עצמה לתנאים משתנים בלי צורך בהשלמתם או בכריתתם של חוזים חדשים מחוץ לפירמה.⁶⁹ באשר למימד האופקי של הפעולה המשותפת בין חברי הפירמה (לצורך העניין ההתייחסות כאן היא לבעלי הנתח ההוני בה), ארגון דוגמת התאגיד העסקי נזקק, כדי לאפשר את הפעולה המשותפת, לכמה מנגנונים הדורשים התחייבויות אמינות והדדיות של חברי הפירמה כנגד זרם היתרונות המובטח להם. מנגנונים אלה כוללים באופן טיפוסי: (1) העברת נכסים – חברי התאגיד תורמים הון כדי ליצור מסה של נכסים בבעלותו ובניהולו של התאגיד, כאישיות משפטית נפרדת, בתמורה לתביעות כספיות לא-קבועות בדמות מניות בתאגיד; (2) האצלה לנציגים (agents) – חברי התאגיד מאצילים באופן משמעותי את סמכות קבלת ההחלטות ביחס להתנהלות התאגיד לנציגים נבחרים (דירקטוריון) או לגוף מקצועי (הנהלה מעשית), במקרים רבים בלי יכולת ליטול את המושכות בחזרה לידיהם או לשנות החלטות שהתקבלו על-ידי הנציגים; (3) משטר המבוסס על שלטון הרוב – כל חבר בתאגיד מסכים להימצא במשטר שבו הוא עשוי לתרום לקידומה של מטרה או פעילות שהוא עצמו מתנגד לה, תכופות על-סמך תמיכה של רוב רגיל.⁷⁰

מאפיינים ארגוניים אלה, המשווים לנגד עיניהם פרדיגמות מסוימות של פעולה משותפת לקידום אינטרסים כלכליים, זכו בעיגון ובהסדרה בכל שיטות המשפט. דינים אלה מאפשרים את הפעולה המשותפת על-ידי הסדרת עקרונות כלליים כגון אישיות משפטית נפרדת לתאגיד, אחריות מוגבלת של חברי התאגיד לחובותיו, עבירות של מניות והאצלת סמכות לנציגים.⁷¹

עם זאת, העיצוב הפרטני של דיני המשטר התאגידי מתאפיין גם בהבדלים מהותיים בין שיטות המשפט. הבדלים אלה עשויים לשקף, למשל, הערכות אמפיריות שונות של המחוקקים בנוגע להיתכנות הניצול לרעה של המבנה התאגידי על-ידי חברים או נציגים ולסוג המנגנונים המשפטיים הנחוצים לשם פיקוח עליהם.⁷² הם יכולים לבטא הערכות נורמטיביות שונות בנוגע למטרות התאגיד ולגבי השאלה את מי הוא אמור לשרת. לפיכך מדינות שונות עשויות לתרגם את תפיסתן בנוגע לפרדיגמות של פעולה משותפת לנורמות משפטיות נבדלות בנושאים כגון ייצוג עובדים בדירקטוריון,⁷³ הלגיטימיות של

69 OLIVER E. WILLIAMSON, THE ECONOMIC INSTITUTIONS OF CAPITALISM 56, 78 (1985).

70 לניתוח מפורט של מאפיינים אלה ראו Lehari, לעיל ה"ש 67.

71 ראו: John Armour, Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *What Is Corporate Law?*, in THE ANATOMY OF CORPORATE LAW: A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH 1, 5–16 (Reinier R. Kraakman et al. eds., 2nd ed. 2009).

72 John Armour, Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Agency Problems and Legal Strategies*, in THE ANATOMY OF CORPORATE LAW: A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH 35, 35–45 (Reinier Kraakman et al. eds., 2nd ed. 2009).

73 Luca Enriques, Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The Basic Governance Structure: Minority Shareholders and Non-Shareholder Constituencies*, in THE ANATOMY OF

פרמיית שליטה⁷⁴ או היקפן של חובת תוס-הלב או חובת הנאמנות של בעלי שליטה במקרה של עסקות הנגזרות בניגוד עניינים אפשרי.⁷⁵ נוסף על כך, גישתה של שיטת המשפט נדרשת לעיתים (ולטעמי, צריכה להידרש תמיד) להערכה אמפירית ונורמטיבית של חלוקת הכוח בתאגיד. בהמשך לכך, כפי שאראה בחלק ב, כל רפורמה בדיני המשטר התאגידי חייבת להידרש גם להתאמה או למתח האפשרי שבין התפיסות המשפטיות של יחסי כוח בתאגיד לבין תפיסות תרבותיות של פערי כוח בין-אישיים הנתפסים כלגיטימיים בחברה מסוימת.

לסיום הדיון כאן יצוין כי בעשורים האחרונים התרחב באופן משמעותי התפריט הסטטוטורי של סוגי הפירמות לפעולה משותפת המוסדרות במשפט הפרטי בארצות-הברית ובשיטות משפט אחרות. כך, תוך שבירת הדיכוטומיה שבין תאגיד לשותפות, עיצבה החקיקה המדינתית בארצות-הברית פרדיגמות חדשות של ארגונים לפעולה משותפת, ובכלל זה Limited Liability Company (LLC), Limited Liability Partnership (LLP), ובכלל זה Limited Liability Limited Partnership (LLLP) ועוד.⁷⁶

הרחבת הספקטרום של סוגי הארגונים העסקיים נתפסת בעיני תומכיה כעונה על הצורך בהקניית גמישות במנגנוני המשטר הארגוני, תוך הפחתת המגבלות המוטלות על פירמות, וזאת במיוחד בעבור עסקים בקנה-מידה קטן עד בינוני, אשר נדרשו עד כה להתארגן כתאגידים כדי ליהנות מאחריות מוגבלת של חבריה לחובות הארגון.⁷⁷ מעבר לעצם הרחבתן של הקטגוריות השונות של סוגי הארגונים, בכל אחת מצורות אלה חברי הארגון נהנים מחירות רבה יותר בהסדרתם של כללי המשטר הניהולי, הזכויות הפיננסיות של החברים, עבירותן של הזכויות, היקפן של חובות האמון וכיוצא בהם. יש הסבורים כי הרחבת הספקטרום של סוגי הארגונים והעצמת החירות החוזית בכל אחד מהם אף מייצגות את עתידו של העולם העסקי.⁷⁸ זאת, במיוחד לנוכח העובדה שכמה

CORPORATE LAW: A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH 89, 100–102 (Reinier Kraakman et al. eds., 2nd ed. 2009).

74 ראו: Alexander Dyck & Luigi Zingales, *Private Benefits of Control: An International Comparison*, 59 J. FIN. 537 (2004).

75 ראו: Luca Enriques, Gerard Hertig & Hideki Kanda, *Related-Party Transactions*, in THE ANATOMY OF CORPORATE LAW: A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH 153, 175 (Reinier Kraakman et al. eds., 2nd ed. 2009).

76 לניתוח מפורט של צורות אלה ראו: LARRY E. RIBSTEIN, *THE RISE OF THE UNCORPORATION* (2010).

77 ראו: Joseph A. McCahery, Erik P.M. Vermeulen & Priyanka Priydershini, *A Primer on the Uncorporation* (ECGI – Law Working Paper No.198, March 2013), available at ssrn.com/abstract=2200783.

78 *The Endangered Public Company: The Big Engine that Couldn't*, THE ECONOMIST (May 19, 2012), available at www.economist.com/node/21555552.

מסוגי הארגונים הללו, כגון ה-LLC, יכולים להיסחר בשוקי ניירות-הערך.⁷⁹ התפתחויות משפטיות אלה מרחיבות לפיכך באופן ניכר את סוגי הפרדיגמות של ארגונים עסקיים לפעולה משותפת.

הרפורמות המשפטיות בתחום הארגונים העסקיים לפעולה משותפת מחדדות את שאלת היחס שבין עיצוב משפטי מלמעלה למטה (top-down) לבין הסדרה פרטית הנצמחת מלמטה (bottom-up). הן מעוררות מחדש שאלות עקרוניות, אשר תקפות לכל רוחב המשפט הפרטי, בדבר היחסים המשולשים המורכבים שבין תפקידם של מחוקקים בשקילה נורמטיבית של ערכים ובעיצוב פרדיגמות של פעולה משותפת, כוח המשיכה הנורמטיבי והעובדתי של כוחות השוק, ותפקידם של כללי בררת-מחדל הניתנים להתנאה במשפט הפרטי. אדון בסוגיה זו כעת.

3. פרדיגמות, שווקים וכללי בררת-מחדל

כעולה מהדיון עד כה, תפקידה של המדינה בשקילה נורמטיבית של ערכים יסודיים במשפט הפרטי, בהמשגה של טיפוסים אידיאליים או פרדיגמות לפעולה משותפת ובעיצוב דוקטרינות משפטיות שישדירו את אופני הפעולה הללו נעוץ בשאלות תיאורטיות רחבות יותר בנוגע לתפקידה של המדינה בחברה, ליחסים שבין המרחב הציבורי למרחב הפרטי, ולאופן שבו המדינה יכולה להעצים – ולא רק להגביל – את החירות האישית. התשובות לדילמות אלה משתנות בין חברות שונות.

כך, למשל, מיכאלס (Michaels) ויאנסן (Jansen) טוענים כי בגרמניה המדינה נתפסת כיציר אינהרנטי של החברה וכמייצגת של האינטרסים הקולקטיביים שלה, וכי תובנה בסיסית זו אינה משתנה כאשר מתרחשת תזווה בין המרחב הפרטי לזה הציבורי, דוגמת המעבר למודל של מדינת הרווחה שהתרחש במהלך המאה העשרים.⁸⁰ בהתאם לכך, העובדה שהמדינה מעורבת בהכרח ביחסים בין פרטים כאשר היא מחליטה אם לאכוף חוזים, זכויות קניין או היבטים אחרים של יחסים משפטיים בין-אישיים – תובנה שנתפסה כמהפכנית בארצות-הברית כאשר נוסחה על-ידי הריאליסטים המשפטיים⁸¹ – היא כמעט מובנת מאליה בשיטת המשפט הגרמנית. השאלה המשמעותית יותר נוגעת באופן שבו יש להטמיע, אם בכלל, מדיניות ממשלתית מסוימת המיועדת בעיקרה לחול במרחב הציבורי גם במרחב הבין-איש, באמצעות כללי המשפט הפרטי.⁸² לעומת זאת, בארצות-הברית, בעלת המסורת החזקה יותר של העדר התערבות

79 ראו: Suren Gomtsian, *The Governance of Publicly Traded Limited Liability Companies* (TILEC Discussion Paper No. 2014-008, Feb. 2014), available at ssrn.com/abstract=2391621.

80 Ralf Michaels & Nils Jansen, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, 54 AM. J. COMP. L. 843, 853–856 (2006).

81 ראו לעיל ליד ה"ש 19–24.

82 Michaels & Jansen, לעיל ה"ש 80, בעמ' 858–859.

(laissez faire), הדיון בשאלת הלגיטימיות של המדינה בעיצוב המשפט הפרטי נשלט ככלל על-ידי הניסיון לאתר תחומים מוגדרים של פעילות בין-אישית שבמסגרתם נדרשת התערבות חקיקתית, אסדרתית או שיפוטית. מכאן משתמע כי השוק החופשי נתפס בדרך-כלל כמקור הראוי של נורמות התנהגות במשפט הפרטי, וכי כל עוד אין מאתרים "כשל שוק" מסוים, על המדינה לתת גושפנקה ולאכוף פרקטיקות והעדפות שוקיות.⁸³ עם זאת, התובנה מה מהווה "כשל שוק" מחייבת הערכה אמפירית ונורמטיבית. כך, השאלה אם התנהלות פרטית מסוימת המשפיעה באופן עובדתי על אחרים מהווה "החצנה" שיש לשלוט בה או להגבילה באופן כלשהו במשפט הפרטי טעונה הערכה נורמטיבית בדבר הלגיטימיות של פעולה זו. דילמות דומות קיימות גם ביחס לנושאים אחרים, כגון קיומו של כוח שוק או מידע לא-סימטרי.⁸⁴

אמת-מידה נורמטיבית מרכזית בספרות המחקרית להתערבות אפשרית בפעילות פרטית היא זו של קידום הרווחה המצרפית (aggregate welfare), המזוהה עם הניתוח הכלכלי של המשפט.⁸⁵ מבלי להידרש כעת לשאלה אם ראוי שקידום מטרה זו יהווה את הערך היסודי במשפט הפרטי, יש לתת את הדעת לכך שגישת הרווחה המצרפית – אף שהיא מזוהה מעצם טיבה עם השוק – קוראת למעשה לייחוס תפקיד משמעותי למחוקקים בעיצוב הנורמות של המשפט הפרטי, כזה שחורג בהרבה מאכיפה בדיעבד של חוזים פרטיים. כאשר בוחנים גישות אקדמיות ומוסדיות דוגמת הכלכלה המוסדית החדשה או האסכולה של "good governance", אשר מילאו תפקיד מרכזי בקידום רפורמות בכלכלות מתפתחות ובכלכלות המצויות בתהליכי מעבר, מתברר כי עמדה המבקשת לתמוך בפיתוח כלכלת שוק מחייבת לא רק הכרעה נורמטיבית ראשונית מצידם של המחוקקים, אלא גם נטילת תפקיד פעיל בעיצוב הדוקטרינות של המשפט הפרטי. מטלה זו חורגת מניסיון לחקות מערך של פרקטיקות קיימות הנהוגות בשוק. היא כרוכה בעיצוב זהיר ומוקפד של המשטר המשפטי שיקדם את המטרה הרצויה מבחינה נורמטיבית (כגון קידום הרווחה המצרפית), תוך הסרת מכשולים להגשמתה. מכאן שתפקיד פעיל של מחוקקים בעיצוב המשפט הפרטי מתיישב היטב, להבנתי, עם כלכלת שוק.

בהמשך לכך, בניתוח הזיקה שבין עיצוב משפטי מלמעלה למטה לבין הסדרה פרטית במשפט הפרטי, ראוי לעמוד כאן בקצרה על תפקידם של כללי בררת-מחדל בקידום פעולה משותפת.

חוקרים התומכים בגרסה חזקה של חופש החוזים במסגרת אופנים שונים של פעולה משותפת מזהים את תפקידם של כללי בררת-מחדל, כגון אלה המצויים בדיני התאגידים,

83 דומה כי זו הגישה המונחת בבסיסם של חיבורים אקדמיים מרכזיים בתחום, כגון: ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW & ECONOMICS 43–47 (5th ed. 2008) (הממפים סוגים שונים של כשלי שוק הפוגעים ב"שוקים תחרותיים").

84 שם.

85 ראו, למשל, SHAVELL, לעיל ה"ש 28, בעמ' 77–83 (הדן במונח "החצנה" ובדרכים ל"פתרון חברתי מיטבי של החצנות").

כמערכת של הסדרים "אשר זמינים על המדף כדי שמשותפים במיזמים תאגידיים יוכלו לחסוך בעלויות עסקה".⁸⁶ באופן כולל יותר, כותבים אלה רואים את המשפט התאגידי כ"סותם חורים" (gap-filler) בהתקשרויות פרטיות, כמיועד לשרת הסדרה פרטית מפורשת, אך לא לגבור עליה.⁸⁷

גישה זו ביחס לכללי בררת-מחדל עומדת במתח, מטבע הדברים, עם העובדה שרבות מההוראות המצויות בדוקטרינות של דיני התאגידים מהוות כללים מנדטוריים. כאלה הן, למשל, הוראות שונות הקיימות ברבות ממדינות ארצות-הברית בנוגע לעסקות עם בעלי עניין או להצעות רכש.⁸⁸ חלק מהחוקרים התומכים בחופש חוזים חזק טוענים כי הוראות אלה אינן מנדטוריות באמת, משום ש"ניתן לעקוף אותן בקלות ובאופן חוקי, או לחלופין ניתן לראותן כאילו ציים לא-מגבילים משום שבשטח אין דרישה אמיתית לסטות מהן".⁸⁹ אולם מלומדים אחרים חולקים על תפיסה זו של הדין, וגורסים כי היא שגויה מבחינה עובדתית.⁹⁰

הדילמה שבין הוראות מנדטוריות לכללי בררת-מחדל מיושבת לעיתים במשפט התאגידי על-ידי נקיטת עמדת-ביניים – כזו המאפשרת לצדדים לבחור את ההסדר המשפטי מתוך מבחר נתון של חלופות. כך, למשל, חוק החברות בצרפת מאפשר למנסחי מסמכי היסוד של התאגיד לבחור במבנה דירקטוריון דו-רובי כחלופה לכלל בררת-המחדל של רובד אחד. כלומר, היבט זה של הפעולה המשותפת מבוסס על בחירה בין מבנים המעוצבים סטטוטורית.⁹¹

היבט אחר של רמת-ביניים ביחס שבין יכולת הבחירה הפרטית לבין עיצוב המשפט מלמעלה למטה נוגע במתכונת הארגונית של הפעולה המשותפת. כפי שצוין בחלק א2(ב) לעיל, זה המצב בנוגע להרחבת התפריט של הארגונים לפעולה משותפת מעבר לתאגיד ולשותפות, ולעיצובם הסטטוטורי של ארגונים כגון LLP, LLC או LLLP, עם מידה משמעותית של גמישות בכל אחד מהם. כפי שהעירו מלומדים אחדים, טכניקה כזו של עיצוב המשפט הפרטי מאפשרת לצדדים למיזם עסקי "לאותת" לשותפים פוטנציאליים מהם התנאים המוצעים לפעולה המשותפת, תוך שהם בוחרים את המתכונת הארגונית אך קושרים את עצמם להוראות המחייבות של הדין ביחס למתכונת זך.⁹²

FRANK H. EASTERBROOK & DANIEL R. FISCHER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW 34 (1991).

STEPHEN M. BAINBRIDGE, THE NEW CORPORATE GOVERNANCE IN THEORY AND PRACTICE 32–33 (2008). ראו:

Melvin A. Eisenberg, *The Conception that the Corporation is a Nexus of Contracts, and the Dual Nature of the Firm*, 24 J. CORP. L. 819, 823–825 (1998). ראו:

Roberta Romano, *Answering the Wrong Question: The Tenuous Case for Mandatory Corporate Laws*, 89 COLUM. L. REV. 1599, 1599 (1989).

Eisenberg, לעיל ה"ש 88, בעמ' 824–823.

Armour, Hansmann & Kraakman, לעיל ה"ש 71, בעמ' 21.

שם, בעמ' 22–23.

האיזון שבין עיצוב מלמעלה למטה של נורמות במשפט הפרטי, המספק יתרון של סטנדרטיזציה, לבין מתן אפשרות לצדדים לפעולה המשותפת לבחור מתוך תפריט נתון, כדי להעצים את האוטונומיה שלהם, מתקיים גם בענפים אחרים של המשפט הפרטי, דוגמת דיני הקניין. מחד גיסא, תוקפן של זכויות קנייניות כלפי צדדים שלישיים (in rem) מחייב סוג מסוים של סטנדרטיזציה מוכוונת מלמעלה, המגבילה באופן מעשי את החופש החוזי. מאפיין זה של עיצוב דיני הקניין בא לידי ביטוי, למשל, בעקרון הרשימה הסגורה (numerus clausus) של הזכויות הקנייניות המוכרות בדין.⁹³ מאידך גיסא, ככל שהצדדים לפעולה משותפת יכולים לבחור באופן משמעותי את סוג המשטר הקנייני שבמסגרתו יפעלו – למשל, את התנאים להעברת בעלות או להקניית זכות שכירות בקרקע – עיצוב המשפט הפרטי מעצים את האוטונומיה ומרחיב את ספקטרום היחסים הבין-אישיים.⁹⁴

הניתוח עד כה הציג את תפקיד-המפתח שמחוקקים ממלאים בעיצוב טיפוסים אידיאליים או פרדיגמות של פעולה משותפת ובקידום האפשרות למימושם על-ידי עיצוב הדוקטרינה המשפטית, וזאת גם כאשר ערכי-היסוד של המשפט מחויבים לגישה אוהדת כלפי השוק וכלפי מתן אפשרות לפרטים לערוך בחירות משמעותיות בנוגע לעיצוב יחסיהם הבין-אישיים, בין על-סמך כללי ברת-מחדל הניתנים להתנאה ובין על-סמך תפריט משמעותי של חלופות סטטוטוריות לפעולה משותפת. אך מעבר לתפקידם המעשי של כללי ברת-מחדל ותפריטים של חלופות סטטוטוריות, אטען כי אלה ממלאים תפקיד נורמטיבי בעל חשיבות רבה, במיוחד בעיתות של רפורמה משפטית, אשר יידונו בהרחבה להלן.

כך, למשל, כאשר מדובר בחברות המצויות בתהליכי מעבר, כגון סין או רוסיה, ההכרעה הנורמטיבית היסודית לעבור ממשטר של כלכלה ריכוזית להבניית יחסים כלכליים בין-אישיים מבוססי-שוק מחייבת את מחוקקי הרפורמה ליידע ולחנך את נמעני הנורמות לא רק בדבר הערכים הכלליים המשתנים, אלא גם בדבר גיבושן של פרדיגמות חדשות לפעולה משותפת, ובכלל זה על-ידי הצגת כללי ברת-מחדל ותפריטים סטטוטוריים, גם אם הצדדים יוכלו אחר כך להסדיר את יחסיהם באופן פרטי. במובן זה, כללי ברת-מחדל הם יותר מאשר עניין של נוחות גרידא או של חיסכון בעלויות עסקה. הם מהווים כלי מרכזי המאפשר למחוקקים ליצוק תוכן קונקרטי בערכי הרפורמה המשפטית ולהציג לפני נמעני הנורמות לפחות חלק מהפרקטיקות והמנגנונים האפשריים לקיום פעולה משותפת מבוזרת. מתן תוכן קונקרטי כזה לרפורמה משפטית – אף אם רק באמצעות שימוש בכללי ברת-מחדל שצדדים יוכלו אחר כך להתנות עליהם במסגרת כינון יחסיהם הבין-אישיים – מהווה כלי חינוכי-נורמטיבי משמעותי לקידומה של פעולה משותפת בין פרטים. באופן זה המפעל הנורמטיבי של עיצוב המשפט הפרטי עשוי גם לעודד תמורה הדרגתית באמונות, בתפיסות ובערכים תרבותיים קיימים

93 ראו: Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 YALE L.J. 1, 24–42 (2000).

94 ראו Dagan, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1428–1430, 1433–1434.

שעלולים לעכב את יישומה של הרפורמה במשפט הפרטי. בהתאם לכך, לאחר שאדרש בתחילת החלק הבא לכוחות המניעים רפורמות במשפט הפרטי, אדון באתגר הגלום בפער האפשרי שבין רפורמה משפטית לבין ממדים תרבותיים קיימים, וביכולת לחולל שינוי באחרונים.

פרק ב: על רפורמה משפטית ותרבות

אפתח חלק זה בדיון בכוחות העשויים להשפיע על שינוי מהותי במשפט הפרטי, תוך התמקדות במקרה-המבחן של רוסיה. לאחר-מכן אציג שלושה ממדים תרבותיים שעשויה להיות להם, לגישתי, השפעה חשובה במיוחד על הטמעתן של רפורמות משפטיות שעניינן בקידום פעולה משותפת במשפט הפרטי, ואציג את הממצאים העולים מהספרות בנוגע לשאלת הזיקה הדינמית שבין שינוי משפטי לבין תרבות. דברים אלה יובילו לדיון בחלק ג בדבר האפשרות לשינוי תרבותי מקטעי.

1. על הכוחות המניעים רפורמה במשפט הפרטי

מהם הגורמים המחוללים שינוי במשפט הפרטי? ברי כי אי-אפשר לעמוד כאן על כל סוגי השינויים או ה"זעזועים" החיצוניים שעשויים ליצור צורך או תמריץ לחשוב מחדש על כללי המשפט. שינויים בעולם הטבע (כגון אסונות-טבע או חשיפת מקורות מים), כמו גם שינויים פוליטיים, חברתיים, כלכליים, טכנולוגיים ואחרים, עשויים להשפיע באופן משמעותי על האופן והתנאים שבהם מתנהלת פעולה פרטית או משותפת. לעיתים עשויה להיות לזעזועים חיצוניים מעין אלה השפעה ארוכת-טווח על אמונות, מוסכמות וערכים תרבותיים,⁹⁵ וזו עשויה ליצור בתורה לחץ על מערכת המשפט להתאים את עצמה לתפיסות המשתנות. אך במקרים אחרים זעזועים חיצוניים אלה עשויים לחייב מחוקקים להגיב באופן מהיר יותר. זה המצב מקום שערכי-היסוד אינם מתערערים עקב השינוי החיצוני אך יש צורך בהתאמתן של הנורמות המשפטיות לנסיבות החדשות. לחלופין, המחוקקים עשויים לעסוק בשקילה-מחדש נורמטיבית של הדין הראוי כתוצאה מהזעזוע החיצוני האמור.

דוגמה לתרחיש הראשון היא העדכון המשמעותי שנעשה בדיני החוזים ובענפים אחרים של המשפט הפרטי בארצות-הברית ובמדינות אחרות כדי להתאימם

95 ראו, למשל: Nathan Nunn, *Culture and the Historical Process*, 27 ECONOMIC HISTORY OF DEVELOPING REGIONS S108 (2012) (המזהה אירועים היסטוריים – כגון תחילת השימוש במחרשה בחקלאות, סחר בעבדים או עליית הפרוטסטנטיות – כגורמים שחוללו שינויים תרבותיים ארוכי-טווח).

להתפתחויות טכנולוגיות, כגון התפתחות המסחר האלקטרוני.⁹⁶ אך בעוד השינויים המהירים בטכנולוגיה הדיגיטלית ובמרשתת יצרו דיון ער בשיח האקדמי ובעיתונות הפופולרית בדבר הפרדיגמות העתידיות של כלכלת השוק, דומה כי עד כה לא ערערו שינויים טכנולוגיים אלה את הערכים היסודיים של החברה האמריקאית, לפחות ככל שהדברים אמורים בהסדרת יחסים בין-אישיים במשפט הפרטי.⁹⁷

לעומת זאת, התרחיש השני – המצוי בליבו של המאמר – הוא כזה שבו זעזוע חיצוני מניע מחוקקים לשקול מחדש באופן מפורש את יסודותיו הנורמטיביים של המשפט הפרטי. דוגמה מובהקת לכך – זו העומדת גם ברקע ספרו של פרוקצ'יה – היא גלי הרפורמות ששטפו את משפטן הפרטי של הרפובליקות העצמאיות שקמו לאחר קריסתה של ברית-המועצות וכן של מדינות במרכז אירופה ובמזרח שהיו נתונות אף הן בשליטה סובייטית. בהערכת התפתחויות אלה ראוי לתת את הדעת לכך שבכל אחת מן המדינות הללו בחרו המחוקקים בנתיב ייחודי במעבר מחברה סוציאליסטית לכלכלה מבוססת-שוק ולשיטת משפט פרטי התואמת תמורה זו.⁹⁸ הבדלים אלה עשויים לשקף החלטות בעלות אופי גיאופוליטי (כגון הגשת מועמדות להצטרפות לאיחוד האירופי, כפי שעשו מדינות במרכז אירופה ובמזרח), כלכלי (כגון נסיוןן של מדינות כגון רוסיה או אוקראינה, סמוך לאחר כינוןן כרפובליקות עצמאיות, לערוך רפורמות במשפט הפרטי כדי למשוך השקעות זרות) או מוסרי-אידיאולוגי (כגון החלטתן של רוב הרפובליקות המרכז-אסיאתיות ובאזור הקווקז לשלב במשפטן הפרטי מודלים של משפט אירופי לצד משפט מסורתי – בעיקר דין מוסלמי).⁹⁹

רוסיה מהווה מקרה-מבחן מרכזי לבחינת רפורמה מסיבית שנערכה במשפט הפרטי בעקבות הזעזוע הפוליטי-האידיאולוגי של דעיכת הקומוניזם. תהליך זה – שהתרחש גם בעקבות אירועים קודמים בהיסטוריה של רוסיה, לפני העידן הסובייטי ובמהלכו¹⁰⁰ – ממחיש את האופן שבו זעזוע חיצוני עשוי לעורר חשיבה-מחדש על ערכי-היסוד של

96 לסקירת שינויים אלה בדין האמריקאי ראו: Michael L. Rustad & Thomas H. Koenig, *Rebooting Cybertort Law*, 80 WASH. L. REV. 335, 345–349 (2005).

97 לניתוח האתגרים המהותיים שהמסחר האלקטרוני מציב בפני דיני החוזים, אף שאלה אינם מערערים את התפיסות האידיאולוגיות היסודיות שבבסיס כלכלת השוק, ראו: Raymond T. Nimmer, *The Legal Landscape of E-commerce: Redefining Contract Law in an Information Era*, 23 J. CONTRACT L. 10 (2007).

98 ראו: Péter Cserne, *The Recodification of Private Law in Central and Eastern Europe*, in NATIONAL LEGAL SYSTEMS AND GLOBALIZATION: NEW ROLE, CONTINUING RELEVANCE 45, 47 (Pierre Larouche & Péter Cserne eds., 2013).

99 לסקירה של ההבדלים בין הרפורמות במשפט הפרטי שנערכו במדינות אלה ראו שם, בעמ' 54–62.
100 לבחינת הדורות השונים של הקודקס האזרחי ברוסיה – החל בדין האזרחי שעוצב ברוסיה הצארית בסביבות 1835, המשך בקודקס שנחקק לאחר המהפכה בשנת 1923, עבור בקודקס הסובייטי משנת 1964, וכלה בקודקס האזרחי שלאחר העידן הסובייטי – וכן לאופנים שבהם כל אחד מן הדורות הללו שיקף שינויים פוליטיים, חברתיים וכלכליים שהתחוללו ברוסיה בתקופה הרלוונטית, ראו Ostroukh, לעיל ה"ש 65.

המשפט הפרטי ולאחר בהתאם את עיצוב הרפורמה. אומנם, המשבר באוקראינה, שהחל בראשית 2014, ובעקבותיו הסנקציות שהוטלו על רוסיה על-ידי מדינות המערב, וזאת לצד הפיחות בשער הרובל וצניחת מחירי הנפט, עלולים בהחלט לערער את המשכן של הרפורמות, המבוססות על הנחת-יסוד של משיכת הון זר, או לשנות באופן כולל יותר את האסטרטגיה הפוליטית והכלכלית של רוסיה.¹⁰¹ אף-על-פי-כן ראוי לבחון בהקשר של מאמר זה את תהליכי הרפורמה במשפט הפרטי שהתרחשו עד כה.

סמוך לאחר קריסת הגוש הסובייטי, בסוף שנות השמונים של המאה העשרים, נקטה רוסיה צעדים ראשוניים שנועדו להטמיע עקרונות של כלכלת שוק, בעיקר על-ידי חקיקה פרטנית בנוגע לזכויות קניין ולעידוד יזמות,¹⁰² וכן חקיקה של חוק בנוגע לעקרונות המשפט הפרטי בשנת 1991.¹⁰³ החל בשנת 1994 ועד לשנת 2006 השלימה רוסיה את חקיקתו של קודקס אזרחי מקיף, אשר נועד, לפי מטרותיו המוצהרות, להגשים ולקדם עקרונות של כלכלת שוק.¹⁰⁴

בשנת 2009 הכריז הנשיא דאז דמיטרי מדוודב כי "החיים אינם עומדים מלכת; רוסיה השתנתה, והיחסים הקנייניים שהקוד האזרחי מסדיר השתנו גם הם", ומינה ועדה ציבורית "לערוך ניתוח מעמיק של החקיקה שלנו" ולהציע תיקונים לקודקס.¹⁰⁵ לאחר הליך שזכה בסיקור נרחב, עברה באפריל 2012 הצעת החוק – שכללה כ-500 סעיפים – בקריאה הראשונה בבית התחתון של בית-המחוקקים (Gosudarstvennaya Duma), אך

101 ראו, למשל: Peter Baker & James Kanter, *Raising Stakes on Russia, U.S. Adds Sanctions*, N.Y. TIMES (July 17, 2014) available at www.nytimes.com/2014/07/17/world/europe/obama-widens-sanctions-against-russia.html?_r=0 (לדיווח על סנקציות אמריקאיות שהוטלו על רוסיה עקב המשבר); THE ECONOMIST (May 3, 2014), www.economist.com/news/finance-and-economics/21601536-Russia's-Economy-Tipping-the-Scales (לדיווח על בריחת הון זר בהיקף של כ-60 מיליארד דולר ברבעון הראשון של 2014). כן ראו: *Russia's Battered Economy – Hardly Tottering By*, THE ECONOMIST (Jan. 17, 2015), available at www.economist.com/news/europe/21639557-russian-economy-will-take-long-time-recover-it-badly-structural-reforms-it-needs (לטענה כי הדרך היחידה של רוסיה לצאת מהמשבר היא מצויה בו היא "לבנות מחדש את הכלכלה כדי לשקם את תפקידם של השווקים").

102 ראו: WILLIAM BURNHAM, PETER B. MAGGS & GENNADY M. DANILENKO, *LAW AND LEGAL SYSTEM OF THE RUSSIAN FEDERATION* 313 (5th ed. 2012).

103 ראו: *Fundamentals of Civil Legislation of the USSR and Union Republics*, No. 2211-1, Vedomosti SSSR 1991, No. 26, item 733 (May 1991), BURNHAM ET AL. המאוזכר אצל לעיל ה"ש 102, בעמ' 313 ה"ש 2.

104 לנוסח מלא באנגלית של הקודקס האזרחי בגרסתו זו ראו: CIVIL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION (William E. Butler ed. & trans., 2010).

105 States News Service, *Opening Remarks at Meeting of Council for Codification and Enhancement of Civil Legislation*, HIGHBEAM RESEARCH, (Oct. 7, 2009), available at <https://www.highbeam.com/doc/1G1-216095351.html>.

סמוך לאחר-מכן הוחלט לפצל את הליך הרפורמה בקודקס לכמה שלבים.¹⁰⁶ בין נובמבר 2012 למרץ 2014 אישרו בית-המחוקקים והנשיא סדרה של תיקונים מקיפים לקודקס,¹⁰⁷ ותיקונים נוספים צפויים לעבור הליך דומה. המניע המרכזי לרפורמה עדכנית זו בקודקס האזרחי היה רצונה של רוסיה (או כך לפחות היה הדבר עד למשבר באוקראינה) לשפר את האקלים המשפטי להשקעות מקומיות וזרות.¹⁰⁸ הרפורמה לבשה צורה בעת שרוסיה המתינה לקבלתה לארגון הסחר העולמי, תהליך שהושלם באוגוסט 2012 לאחר 19 שנות משא-ומתן.¹⁰⁹ לנוכח המוניטין הגרוע שהיה לשיטת המשפט הפרטי ברוסיה – בשל אסדרה נוקשה מדי לצד אכיפה שיפוטית חלשה, שחיתות נרחבת, גישה אנטי-שוקית מצד בתי-המשפט ורדיפה פוליטית של אנשי עסקים בכירים – הציפייה בבסיס הרפורמה היסודית של הקודקס האזרחי הייתה שזו תיצור תמריץ מחודש לפעילות כלכלית.¹¹⁰ דיני החוזים, התאגידים והקניין עומדים במרכז הרפורמה העדכנית בקודקס האזרחי.¹¹¹ יצוין כי אף שהנתיב הכללי של הרפורמה נע לכיוון יצירת אקלים משפטי

106 לדיווחים בשפה האנגלית על תהליך זה ראו *Civil Code: Reload*, לעיל ה"ש 64; Natalya Morozova, *Ongoing Battle to Modernise Russian Civil Law*, FINANCIER WORLDWIDE (July 2013), available at www.financierworldwide.com/ongoing-battle-to-modernise-russian-civil-law/#.VVnorPmqpHw; *Civil Code Reform: Step Two*, 7(78) LEGAL NEWSLETTER RUSSIA (May 2013), available at [www.pwc.ru/en/legal-services/news/assets/civil-code\(eng\).pdf](http://www.pwc.ru/en/legal-services/news/assets/civil-code(eng).pdf).

107 Federal Law No. 302-FZ (Dec. 30, 2012); Federal Law No. 8-FZ (Feb. 11, 2013); ראו: Federal Law No. 100-FZ (May 7, 2013); Federal Law No. 142-FZ (July 2, 2013); Federal Law No. 222-FZ (July 23, 2013); Federal Law No. 260-FZ (Sept. 30, 2013); Federal Law No. 35-FZ (Mar. 2, 2014); Federal Law No. 99-FZ (May 5, 2014).

108 ראו Behi & Tupaz, לעיל ה"ש 66.

109 ראו: Larry Elliott, *Russia's Entry to WTO Ends 19 Years of Negotiations*, THE GUARDIAN (Aug. 22, 2012), available at www.theguardian.com/business/economics-blog/2012/aug/22/russia-entry-world-trade-organisation.

110 ראו Behi & Tupaz, לעיל ה"ש 66.

111 לסקירה של שלוש הפעילות הראשונות של הרפורמה, שהתרחשו במהלך 2012 ובמחצית הראשונה של 2013, ראו Makhonin, לעיל ה"ש 62. לסקירת התיקונים המאוחרים יותר, שנעשו במהלך המחצית השנייה של 2013 ובתחילת 2014, ואשר עוסקים גם בנושאים של קניין רוחני, כללי ברירת דין ודיני משפחה וירושה, ראו: I. Tolmacheva & Yu. Grunina, *The Review of Russian Economic Legislation in July 2015*, 8 RUSSIAN ECONOMIC DEVELOPMENTS 69 (2015); I. Tolmacheva & Yu. Grunina, *The Review of Russia's Economic Legislation in October 2015*, 11 RUSSIAN ECONOMIC DEVELOPMENTS 83 (2015); GRATA Law Firm, *Russian Federation: Overview of Certain Changes to Russian Legislation in March 2014*, MONDAQ (Mar. 31, 2014), available at www.mondaq.com/x/303248/Constitutional+Administrative+Law/Overview+Of+Certain+Changes+To+Russian+Legislation+In+March+2014.

ידידותי יותר לשוק, הליך החקיקה לווה מחלוקות מהותיות בנוגע לאופן שבו יש לתרגם את התפיסה הנורמטיבית הכללית בדבר משפט פרטי התומך בכלכלת שוק לכלל פרדיגמות חדשות של פעולה משותפת במשפט הפרטי, בפרט ככל שהדברים אמורים בעיצוב המשפטי של משטר תאגידי.¹¹² דילמות מעין אלה מעידות על הפער האפשרי שבין זיהוי אבני-יסוד נורמטיביות לבין עיצוב אופני הפעולה המשותפת שיסייעו בקידום של ערכים אלה. כפי שציינתי בחלק א2(א) לעיל, הכללתה לראשונה של חובת תום-הלב כחובה כללית במשפט הפרטי במסגרת הרפורמה העדכנית בקודקס הרוסי מהווה אמירה נורמטיבית משמעותית באשר לאופן ההתנהלות בין פרטים.¹¹³ תוכנה המדויק של החובה, ובעיקר האופן שבו היא תיושם במסגרת הסדרים שונים של פעולה משותפת במשפט הפרטי, טעונים עדיין בירור וליבון, בעיקר בחקיקה וכן בפסיקה עתידית של בתי-המשפט ברוסיה.

אך האתגר הניצב לפתחה של מערכת המשפט הרוסית, כמו-גם לפתחה של כל שיטת משפט המצויה בתהליך של רפורמה מקיפה במשפט הפרטי, אינו רק חידוד הכללים וההסדרים במשפט הכתוב. הקושי המשמעותי יותר עשוי להתגלות במסגרת הניסיון לקרב בין הפרדיגמות החדשות של פעולה משותפת שהמשפט רואה לנגד עיניו לבין הפרקטיקות, הערכים והמניעים האחרים לפעולתם של פרטים בהתנהלותם הבין-אישית, בפרט אם יתברר כי יש צורך לחולל תמורה, ולו חלקית, במאפיינים תרבותיים אלה.

2. שלושה ממדים של תרבות

הדיון העכשווי בספרות מדעי החברה, ובתחום הכלכלה בפרט, עוסק במידה רבה בזיקה שבין שני היבטים של המושג "תרבות".¹¹⁴ היבט אחד עוסק בשיווי-משקל חברתיים של ציפיות ואמונות המשותפות לחברי קבוצה מסוימת,¹¹⁵ והאחר עוסק בהעדפות ובערכים הנרכשים על-ידי פרטים בעיקר בהעברה בין-דורית.¹¹⁶ השילוב התיאורטי

¹¹² מחלוקת כזו התעוררה בנוגע לשאלה אם על דיני התאגידים להפחית את הכללים המנדטוריים המתייחסים למשטר תאגידי, כדי להיות גמישים יותר, או שמא עליהם להגביר את הפיקוח האסדרתי, כדי לסייע במניעת ניצול כוח לרעה על-ידי בעלי שליטה ומנהלים בתאגיד. ראו Morozova, לעיל ה"ש 106.

¹¹³ ראו לעיל ליד ה"ש 62–66.

¹¹⁴ לניתוח הזיקה שבין שני פנים אלה של המושג "תרבות" ראו: Alberto Alesina & Paulo Giuliano, *Culture and Institutions*, J. ECON. LIT. 1, 4–6 (forthcoming 2016), available at scholar.harvard.edu/files/alesina/files/cultureandinstitutions_jel_2014.pdf.

¹¹⁵ ראו: Avner Greif, *Cultural Beliefs and the Organization of Society: A Historical and Theoretical Reflection on Collectivist and Individualistic Societies*, 102(5) J. POL. ECON. 912, 915 (1994) (המגדיר אמונות תרבותיות רציונליות כ"ציפיותיהם של פרטים בנוגע לפעולות שאחרים ינקטו בסוגי מצבים שונים").

¹¹⁶ ראו: Luigi Guiso, Paola Sapienza & Luigi Zingales, *Social Capital as Good Culture*, 6 J. EUR. ECON. ASSOC. 295, 297–298 (2008).

והמתודולוגי של שני ההיבטים הללו מדגיש את הממשק החיוני שבין הפרטי לקולקטיבי בהבניית תפיסות תרבותיות ובהבנת תהליכי שינוי המתרחשים בתפיסות אלה לאורך זמן.¹¹⁷ בחלק זה אמקד את תשומת-הלב בספרות זו, אף שספרות העוסקת בזיקה שבין משפט לתרבות קיימת כמובן גם בדיסציפלינות אחרות, ובכלל זה בתורת המשפט, בפילוסופיה הפוליטית ובענפים מסוימים של התיאוריה הביקורתית.¹¹⁸

הופשטדה (Hofstede) מגדיר תרבות כ"תכנות קולקטיבי של הדעת המבחין חברי קבוצה או קטגוריה מסוימת של אנשים לעומת אחרת",¹¹⁹ ואילו גוויזו (Guiso) ושותפיו לכתיבה מגדירים את התרבות כ"אותם ערכים ואמונות מסורתיות שקבוצות חברתיות, דתיות ואתניות מעבירות באופן יציב יחסית מדור לדור".¹²⁰ התפיסה של אמונות וערכים משותפים, המיתרגמים לאופנים שבהם "קבוצה של אנשים פותרת בעיות ומיישבת דילמות",¹²¹ רווחת גם בניתוחים אחרים של התרבות – כאלה המדגישים לא רק את הזיקה שבין הפרטי לקולקטיבי, אלא גם את תפקידם החיוני של מאפיינים תרבותיים בכינון ההיבטים השונים של פעולה משותפת.

בעוד רכיבים כגון סמלים, גיבורים וטקסים נתפסים אף הם כמכונני תרבות,¹²² ההיבט של ערכים (values) משותפים נחשב כבעל תפקיד מרכזי במיפוי ובמדידה של ממדים תרבותיים. ערכים מוגדרים בדרך-כלל כ"נטייה כוללת להעדיף מצבי עניינים מסוימים על אחרים".¹²³

מלומדים זיהו ממדים שונים של ערכים תרבותיים, אף שיש לעיתים חפיפה מסוימת ביניהם. כך, הופשטדה מתמקד בחמישה ממדים: פערי כוח, מניעת אי-ודאות, אינדיווידואליזם-קולקטיביזם, גבריות-נשיות וראייה קצרת-טווח-ארוכת-טווח.¹²⁴ שלום שוורץ נדרש לסוגיות הבסיסיות שחברות מתמודדות עימן, וממפה אותן לאורך שלושה צירים: אוטונומיה מול תלות חברתית, מדרג מול שוויוניות, ושאיפה לקידום עצמי מול שאיפה להרמוניה.¹²⁵ פרויקט ה-WVS (World Values Survey), שכלל עד כה

117 ראו Alesina & Giuliano, לעיל ה"ש 114, בעמ' 4-6.

118 לניתוח עשיר של שאלת הזיקות האפשריות בין משפט לתרבות, כעולה מהספרות התיאורטית בתחומי ידע אלה, ראו מנחם מאוטנר **משפט ותרבות** 41-82 (2008).

119 Hofstede, לעיל ה"ש 6, בעמ' 9.

120 Guiso, Sapienza & Zingales, לעיל ה"ש 18, בעמ' 23.

121 ראו: FONS TROMPENAARS & CHARLES HAMPDEN-TURNER, RIDING THE WAVES OF CULTURE: UNDERSTANDING CULTURAL DIVERSITY IN BUSINESS 8 (3rd ed. 2012).

122 Hofstede, לעיל ה"ש 6, בעמ' 10.

123 שם, בעמ' 5.

124 שם, בעמ' 28-29.

125 ראו: Shalom H. Schwartz, *A Theory of Cultural Value Orientations: Explication and Applications*, in MEASURING AND MAPPING CULTURES: 25 YEARS OF COMPARATIVE VALUE SURVEYS 33 (Yilmaz Esmer & Thorleif Pettersson eds., 2007). לתיאור של כל אחד מן הצירים הללו, ראו: Amir N. Licht, Chanan Goldschmidt & Shalom H. Schwartz, *Culture*

שישה מחזורים של סקרים שנערכו בין השנים 1981 ו-2014, נעזר בשאלון מובנה הכולל כ-250 שאלות בגרסתו העדכנית.¹²⁶ ממצאי הסקרים של ה-WVS מופו על-ידי מנהל הארגון רונלד אינגלהרט (Inglehart) וסגן נשיא הארגון כריסטיאן ולצל (Welzel) לשני ממדים של שונות בין-תרבותית: (1) ערכים מסורתיים מול ערכים חילוניים-רציונליים; (2) ערכי הישרדות מול ערכי ביטוי עצמי.¹²⁷ בסקירת הספרות שלהם בוחנים אלסניה (Alesina) וג'וליאנו (Giuliano) ממדים אלה לצד היבטים אחרים שזכו בתשומת-לב גוברת במחקרים תיאורטיים ואמפיריים, ובכלל זה התפיסה של הדדיות ואמון כלליים (הנחשבים קירוב ל"הון חברתי" – מושג שיבואר להלן¹²⁸), תפקידם של קשרי משפחה, מוסריות כללית מול מוסריות מוגבלת, גישות ערכיות כלפי עבודה ועוני, וערכים דתיים.¹²⁹

מבלי לגרוע ממשקלם היחסי של כל הרכיבים האמורים, אבקש להתמקד כאן בשלושה ממדים של ערכים אשר רלוונטיים במיוחד לסוגי הפעולה המשותפת שרפורמות במשפט הפרטי רואות לנגד עיניהן ולתפקודם של מוסדות משפטיים וארגוניים שנועדו לקדם פעולה משותפת.¹³⁰ שלושת הממדים הללו – אינדיווידואליזם-קולקטיביזם, פערי כוח והון חברתי – כרוכים גם במידה מסוימת זה בזה, כך שתזוזה תרבותית במימד אחד עשויה להשפיע גם על הממדים האחרים.¹³¹ ראשית, המימד של אינדיווידואליזם-קולקטיביזם בוחן את מידת ה"היטמעות של פרטים בתוך קבוצות ראשוניות".¹³² משמעות הדברים היא שחברות אינדיווידואליסטיות מדגישות הישגים אישיים וזכויות של פרטים, בעוד קולקטיביזם מתמקד בחיים מלוכדים של קבוצות וארגונים,¹³³ ועל-כן דורש מפרטים מחויבות "לשימור הסטטוס-קוו, לתואמנות (propriety) ולהימנעות מהתנהגות שעלולה לפגוע בסולידריות של הקבוצה או בסדר המסורתי".¹³⁴ בספרו THE COLLECTIVE AND THE

Rules: The Foundations of the Rule of Law and other Norms of Governance, 35 J. COMP. ECON. 659, 662–663 (2007).

126 ראו את אתר ה-WVS בכתובת www.worldvaluessurvey.org/wvs.jsp. לשאלון הרשמי של מחזור הסקר של 2014 ראו www.worldvaluessurvey.org/WVSDocumentationWV6.jsp.

127 להגדרה של ערכים אלה ולנתונים עדכניים על-אודותיהם ראו את אתר ה-WVS, לעיל ה"ש 126.

128 ראו להלן ליד ה"ש 145–149.

129 Alesina & Giuliano, לעיל ה"ש 114, בעמ' 16–16.

130 Mariko J. Klasing, *Cultural Dimensions, Collective Values and Their Importance for Institutions*, 41 J. COMP. ECON. 447, 453–457 (2013) (הטוענת לקיום קשר סיבתי חזק בין מידת האינדיווידואליזם בחברה מזה וחוסר הסובלנות כלפי אי-שוויון מזה לבין איכות תפקודם של מוסדות במדינה מסוימת).

131 ראו Alesina & Giuliano, לעיל ה"ש 114, בעמ' 17 (הטוענים לקיום מתאם חיובי בין אינדיווידואליזם לרמה גבוהה של אמון כללי, כמו-גם למוסריות כללית).

132 Hofstede, לעיל ה"ש 6, בעמ' 209–212.

133 ראו Alesina & Giuliano, לעיל ה"ש 114, בעמ' 8–9.

134 ראו Licht, Goldschmidt & Schwartz, לעיל ה"ש 125, בעמ' 662.

INDIVIDUAL IN RUSSIA מזהה קרקורדין (Kharkhordin) את גרעין האינדיווידואליזם בכבוד לבני-אדם, בעצמאות, בפרטיות ובפיתוח עצמי, ומנגיד אותם במקרה של רוסיה לא רק לאידיאולוגיה הסובייטית, אלא גם לפרקטיקות הרווחות בה זה מאות שנים.¹³⁵ הספרות אינה רואה באינדיווידואליזם ערך העומד בסתירה לאפשרות של פעולה משותפת, אך היא מדגישה את המערך הנבדל של המניעים לפעולה במקרה כזה. בעוד חברות קולקטיביסטיות מעודדות תלות רגשית של חברים בקבוצות שהם משתייכים אליהן, פעולה משותפת בין פרטים אינדיווידואליסטיים הינה מחושבת יותר,¹³⁶ דהיינו, כזו המכירה ביתרונות הפרטיים ארוכי-הטווח, אך המותנים בנסיבות, של פעולה משותפת. כך, ניתן לאפיין חלק ניכר מהכתיבה בתורת המשחקים – כגון עבודתו המשפיעה של אקלסרוד (Axelrod), בפרט בספרו *THE EVOLUTION OF COOPERATION*¹³⁷ – כבחניה של המנגנונים הפסיכולוגיים, החברתיים והפורמליים שעשויים לקדם פעולה משותפת בין פרטים "רציונליים", דהיינו, כאלה המבקשים למקסם את תועלתם האישית.¹³⁸

שנית, המימד של **פערי כוח** (power distance) מתייחס ל"מידת ההשפעה או הכוח הבין-האישית" כפי שהם נתפסים על-ידי הצד הנחות בכוחו במערכת היחסים, אך כאלה שנתפסים כמקובלים על-ידי שני הצדדים ונתמכים באופן רחב על-ידי הסביבה החברתית והתרבות הלאומית. לפי גישה זו, התרבות "קובעת את מידת פערי הכוח שתהווה שיווי-משקל בין נטייתו של הצד בעל העוצמה העדיפה לשמר או להגביר את פערי הכוח לבין נטייתו של הצד הנחות בכוחו לנסות להפחיתם".¹³⁹

ברמה החברתית, התפיסה התרבותית של פערי כוח ניתנת להמשגה כמיקומם של יחסים בין-אישיים על-פני הרצף של מדרג-שוויוניות. כך, חברה שוויונית תבקש לטפח אידיאות כגון שוויון מוסרי, צדק חברתי ואחריות, בעוד סדר חברתי מדרגי יתמקד

135 OLEG KHARKHORDIN, *THE COLLECTIVE AND THE INDIVIDUAL IN RUSSIA: A STUDY OF PRACTICES* (המותח מקבילות בין ההליך הפומבי של ביקורת ו"היטהרות" במפלגה הקומוניסטית לווידיים הפומביים בכנסייה האורתודוקסית).

136 HOFSTEDE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 209–212.

137 ROBERT AXELROD, *THE EVOLUTION OF COOPERATION* (2006).

138 אין משמעות הדבר, כמובן, שיש הסכמה גורפת בדבר נקודת המוצא ה"רציונלית" של פרטים, ובכלל זה במסגרת עיצוב המשפט. ראו: Carol M. Rose, *Property as Storytelling: Perspectives from Game Theory, Narrative Theory, Feminist Theory*, 2 YALE J. L. & HUMAN. 37 (1990) (הטוענת כי הבנת התפתחותו של משטר הקניין הפרטי אינה יכולה להישען רק על הנחה בדבר פרטים רציונליים המועדים לשיווי-משקל של חוסר שיתוף-פעולה, אלא מחייבת הכרה בצורך במסה קריטית של פרטים המונעים גם על-ידי הרצון לקדם את טובת האחר). למעשה, חלק משמעותי בספרות העוסקת בכלכלה התנהגותית מבקש לערער על ההנחה בדבר התנהגות אנוכית רציונלית כנקודת מוצא להבנת התנאים של שיתוף-פעולה בין-אישית. ראו, למשל: Mariana Blanco, Dirk Engelmann & Hans-Theo Normann, *A Within-Subject Analysis of Other-Regarding Preferences*, 72 GAMES & ECON. BEHAV. 321, 321–322, 333–334 (2011).

139 HOFSTEDE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 83–84.

בחלוקת תפקידים בחברה, בקבלת סמכות ובהתרת שיקול-דעת בידי הממונים.¹⁴⁰ אין משמעות הדברים, עם זאת, שמדרג שקול לעריצות בלתי-מבוקרת. כך, למשל, כפי שצוין בחלק א2(א), תפיסת ה-guanxi בתרבות הסינית המסורתית – אף שהיא נשענת על מדרג חברתי ותפקידים נבדלים – מטפחת תפיסות של מחויבות, הדדיות, רצון טוב וחיבה בין-אישית.¹⁴¹ מעבר לכך, תפיסות של פערי כוח, מדרג ומחויבות הדדית עשויות למצוא ביטוי שונה בהקשרים ארגוניים שונים. כך, שישידו (Shishido) ואגוצ'י (Eguchi) טוענים כי תאגידים יפניים מבוססים באופן מסורתי על מודל של "קהילת התאגיד". לפי מודל זה, מכיוון שעובדים חותרים לקריירה ארוכת-טווח בתאגיד, ודרג הניהול נצמח באופן פנימי מתוך מאגר העובדים, מנהלים נדרשים לתגמל את הכפופים להם על-ידי קידום הרווחה ארוכת-הטווח של הארגון. בהתאם לכך, תפיסות של מאמץ קבוצתי, הדרכה אישית בין-דורית ושיקולים ארוכי-טווח נשזרים באופן תרבותי בתוך המבנה המדרגי של התאגיד.¹⁴²

המושג התרבותי "פערי כוח" צריך להיבחן גם לאור זיקתו למובן המשפטי של המושג "כוח" (power), דהיינו, ליכולת הנתונה לאדם ליצור "שינוי מסוים ביחסים המשפטיים" מול אנשים אחרים, המצויים בהתאם ב"כפיפות משפטית" (liability).¹⁴³ המשפט הפרטי נדרש לזהות פרקטיקות של הפעלת כוח המאפיינות הקשר חברתי או ארגוני מסוים לאור ערכים תרבותיים או דינמיקות אחרות של פערי כוח, ולהחליט כיצד לעצב מערך של כוחות משפטיים בנוגע אליהם (דהיינו, אם לתת תוקף לאותן פרקטיקות של פערי כוח או לנסות להיאבק בהן באמצעות המשפט). בהקשרים ארגוניים כמו אלה של התאגיד העסקי, של הבית המשותף או של ארגון העובדים, הדילמה הנוגעת בזיקה שבין פרקטיקות של פערי כוח לבין קביעת המערך של הכוחות המשפטיים מאפיינת לא רק את מישור היחסים האנכי (כגון זה שבין מנהל לעובדים בפירמה), אלא גם את מערך היחסים האופקי בארגון, כגון זה שבין בעלי מניות, בין בעלי דירות או בין חברי ארגון העובדים, בהתאמה. כך, למשל, פערי כוח עשויים להתקיים הלכה למעשה בין בעלי שליטה לבין בעלי מניות מיעוט בתאגיד או בין קבוצות-משנה של דיירים או של חברי ארגון עובדים, ועל המשפט הפרטי להידרש תמיד לשאלת הלגיטימיות הנורמטיבית של אופני חלוקת כוח הנעוצים בפרקטיקות או במוסכמות תרבותיות.¹⁴⁴ שלישית, המימד של "הון חברתי" מתייחס למאפיינים כגון אמון, נורמות ורשתות

140 ראו: Jordan I. Siegel, Amir N. Licht & Shalom H. Schwartz, *Egalitarianism and International Investment*, 102 J. FIN. ECON. 621, 624 (2011).

141 Matheson, לעיל ה"ש 51, בעמ' 374.

142 Zenichi Shishido & Takaaki Eguchi, *The Future of Japanese Corporate Governance: Internal Governance and the Development of Japanese-Style External Governance through Engagement*, in RESEARCH HANDBOOK ON SHAREHOLDER POWER 552 (Jennifer G. Hill & Randall S. Thomas ed., 2015).

143 Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L.J. 16, 24, 44–54 (1913).

144 ראו Lehavi, לעיל ה"ש 67, בעמ' 29–32.

חברתיות שעשויים לשפר את יעילות התפקוד של חברה על-ידי קידום סוגים שונים של פעולה משותפת.¹⁴⁵ פוטנאם (Putnam) טוען כי כמו בעלי הון רגיל, גם אלה הנהנים מהון חברתי נוטים לצבור עוד ממנו, כך שהצלחה במוסדות בקנה-מידה קטן עשויה לאפשר לקבוצה לפתור בעיות נרחבות יותר בהקשרים ארגוניים מורכבים יותר.¹⁴⁶ גישה זו נתמכת בממצאים היסטוריים מסוימים על התפתחות הון חברתי מקבוצות קטנות למסגרות חברתיות נרחבות יותר.¹⁴⁷ עם זאת, להון החברתי עלול להיות צד אפל יותר, בדמות לכידות פנים-קבוצתית המובילה לניכור בין קבוצות שונות או לניסיון של קבוצה ללכוד רווח פרטי (rent-capturing) מתוך המשאבים הקולקטיביים.¹⁴⁸ ככלל, הון חברתי עלול להיות מוקצה באופן לא-שוויוני לרוחב מגזרים שונים של החברה.¹⁴⁹

חלק ניכר מהדיון המחקרי הנוכחי מוקדש למרכיב האמון, על היבטיו השונים, ולאופנים שבהם הוא עשוי להשפיע על הליך יצירת ההון החברתי. המחקר הנוכחי של ה-World Values Survey (2014–2010) בוחן את רמות האמון שהנשאלים חשים כלפי אנשים אחרים, ובכלל זה "משפחה", "אנשים שאת/ה מכיר/ה אישית", "אנשים בשכונה שלך", "אנשים שאת/ה פוגש/ת בפעם הראשונה", "אנשים מלאום אחר" ו"אנשים מדת אחרת". כן מוצגת השאלה: "האם ניתן לסמוך על רוב האנשים או שמא יש להיות זהירים מאוד בהתנהלות עם אנשים?"¹⁵⁰ תוצאות הסקר שונות מאוד במדינות הנסקרות – הן במספרים מוחלטים והן באופן ההשתנות של רמת האמון במעבר מהמשפחה למעגלים בין-אישיים רחוקים יותר. ככלל, רמות האמון שנשאלים חשים כלפי מי שהם מכירים באופן אישי מחוץ למעגל המשפחתי או כלפי מי שמתגורר ב"שכונה" מצויות בנקודות-ביניים בין רמות האמון הגבוהות בבני המשפחה לבין רמות האמון הנמוכות בזרים. מידת האמון שהנשאלים חשים כלפי "רוב האנשים" משתנה באופן ניכר בין המדינות הנסקרות.¹⁵¹

145 JANE JACOBS, THE DEATH AND LIFE OF GREAT : לניסוחים מוקדמים של מושג זה ראו: AMERICAN CITIES 90–91 (1961); JAMES S. COLEMAN, FOUNDATIONS OF SOCIAL THEORY 300–321 (1990).

146 PUTNAM, לעיל ה"ש 9, בעמ' 19.

147 ROBERT PUTNAM, MAKING DEMOCRACY WORK: CIVIC TRADITIONS IN MODERN : ראו: ITALY (1993) (המייחס את תפקודן הטוב יותר של רשויות מקומיות במרכז איטליה ובצפונה, לעומת דרומה, לצמיחתן של ערים חופשיות (free cities) החל במאה השנים-עשרה ולטיפוחן המתמיד של הון חברתי במרכז המדינה ובצפונה).

148 SHEILAGH OGLIVIE, INSTITUTIONS AND EUROPEAN TRADE: MERCHANT : ראו, לדוגמה: GUILDS, 1000–1800 (2011) (הטוענת כי גילדות הסוחרים הימי-ביניימיות לא קידמו בהכרח שגשוג כלכלי או סולידריות כלל-חברתית, כנטען על-פי הגישה המקובלת, אלא השתמשו ב"הון החברתי" שלהן כדי להבטיח יתרונות פרטיים לחברי הגילדה).

149 Alesina & Giuliano, לעיל ה"ש 114, בעמ' 6–8.

150 World Values Survey Wave 6, 2010–2014, Online Data Analysis of values V24, : ראו: V102–V107, available at www.worldvaluessurvey.org/WVSOnline.jsp.

151 שם, ניתוח נתונים מקוון של הערך V24.

ניוטון (Newton) וזמרלי (Zmerli) מזהים שלושה היבטים של אמון: אמון פרטי (particular trust), המתייחס לאמון בבני משפחה, באלה שאדם מכיר באופן אישי ובמי שמתגוררים בשכונות אליו; אמון חברתי כללי (general social trust), המתייחס לאמון באלה שאדם פוגש בפעם הראשונה, באנשים מדת אחרת, באנשים מלאום אחר וב"רוב האנשים"; אמון פוליטי (political trust), המתייחס לאמון במוסדות, כגון הממשלה, מערכת המשפט או המשטרה.¹⁵² בהתבסס על ניתוח הסבב הקודם של ה-World Values Survey (2005–2007), ניוטון וזמרלי מצביעים על קשר בין שלושת הרכיבים הללו, אך באופנים ובהיקפים שונים. הם שוללים את הרעיון שאמון פרטי חותר תחת בניית אמון חברתי כללי, ומבקרים גם את התיאוריה הרואה את מידת האמון שאדם חש כתכונה אישיותית הטבועה בו. הם טוענים כי לאמון פרטי עשויה לעיתים להיות השפעה חיובית על אמון חברתי כללי ואמון פוליטי, ומציינים גם כי רמות האמון המצרפיות בחברה מסוימת עשויות להשפיע על מידת האמון שפרט חש כלפי מוסדותיה.¹⁵³ לפיכך, אף ששאלות רבות באשר לתפקידו של אמון בחברה מסוימת ובאשר לקשר שבין היבטיו השונים נותרות עדיין פתוחות, הממצאים מלמדים כי אמון באופן ספציפי, והון חברתי באופן נרחב יותר, הם ממדים תרבותיים בעלי אופי דינמי יחסית. כמו-כן, מערכות בין-אישיות המתקיימות במעגלים בין-אישיים ברמות-ביניים, כגון בשכונות המגורים או במסגרות אחרות בקנה-מידה בינוני, מתאפיינות בדרך-כלל ברמות מגוונות של אמון בין-אישית, החשופות במיוחד להליכי שינוי. דברים אלה נקשרים לאתגר, שיידון להלן, של התאמה בין כללי המשפט לממדים תרבותיים.

3. תרבות והטמעה שורשית של רפורמות במשפט הפרטי

את הדיון בזיקה שבין רפורמה במשפט הפרטי לשינוי תרבותי יש למקם תחילה בהקשר הרחב יותר של רפורמות "שלטון החוק" ("rule of law") ששלטו בקידום תוכניות סיוע ובדיוני המדיניות של גופים כגון הבנק העולמי וקרן המטבע הבין-לאומית החל בשנות התשעים של המאה הקודמת.¹⁵⁴ מיליארדי דולרים הושקעו על-ידי גופים בין-לאומיים וקרנות פרטיות בקידום רפורמות משפטיות באפריקה, באמריקה הלטינית, באסיה ובמזרח אירופה, מתוך תפיסה שלפיה קידום שלטון החוק במדינות אלה יסייע גם בהתפתחות הכלכלית.¹⁵⁵ כפי שדייוויס (Davis) וטרבילקוק (Trebilcock) מציינים, גישה זו, המזוהה בספרות עם האסכולה של משפט ופיתוח (law and development),

Ken Newton & Sonja Zmerli, *Three Forms of Trust and Their Association*, 3 EUR. POL. SCI. REV. 169, 170–173 (2011).

153 שם, בעמ' 192–194.

154 ראו באופן כללי: Thomas Carothers, *The Rule-of-Law Revival*, in PROMOTING THE RULE OF LAW ABROAD: IN SEARCH OF KNOWLEDGE 3 (Thomas Carothers ed., 2006).

155 דאו: David M. Trubek, *The "Rule of Law" in Development Assistance: Past, Present, and Future*, in THE NEW LAW AND ECONOMIC DEVELOPMENT: A CRITICAL APPRAISAL 74 (David M. Trubek & Alvaro Santos eds., 2006).

מבוססת על ההנחה כי מאפיינים מסוימים של שלטון החוק חשובים במיוחד להתפתחות כלכלית – בפרט קידום דמוקרטיה, הפרדת רשויות וחופש העיתונות – וכי רפורמות משפטיות משמעותיות עשויות להגשים יעדים אלה.¹⁵⁶

גל הרפורמות החשוב ביותר בזירת המשפט הפרטי נועד להוביל לפורמליזציה של זכויות קניין במדינות מתפתחות ובכלכלות-במעבר. רפורמות אלה מזהות עם גישות כגון זו של הכלכלן דה-סוטו (De Soto), הטוען כי העדר מיסוד פורמלי של זכויות קניין מונע אפשרות של שימוש בנכסים לקבלת אשראי ולגיוס הון, ומסכל בכך פיתוח כלכלי.¹⁵⁷ תפיסה זו עומדת גם בבסיס יצירתו של ה-International Property Rights Index (IPRI), המבקש להראות כי "בכל שנה מתבהר ביתר שאת הקשר שבין שגשוג כלכלי להגנה על זכויות קניין".¹⁵⁸

מחקרים אמפיריים מלמדים, עם זאת, על תמונה מורכבת יותר, ובכלל זה על כשלונן של רפורמות בתחום המשפט הפרטי בביסוס משטר קנייני חדש ובהטמעת שלטון החוק באופן נרחב יותר.¹⁵⁹ סקירת הרפורמות בתחום זכויות הקניין באפריקה המשוונית ובמדינות מתפתחות באזורים אחרים מצביעה תכופות על מאבקים פוליטיים, על מאבק בין השלטון המרכזי לקהילות מקומיות ועל היבטים אחרים של משברים משטריים כסיבות לכשלון הרפורמות הללו.¹⁶⁰ מחקרים אחרים מצביעים על העלויות החבויות של הליך פורמליזציה. מדובר לא רק בחשש כללי מפני עלויות מעבר או אי-שקט חברתי, אלא גם בנזק האפשרי הטמון בפגיעה בנורמות לא-פורמליות מבוססות להסדרת שימוש בנכסים.¹⁶¹ מתח זה עלול להיות חמור במיוחד מקום שהרפורמה בדיני הקניין מובילה הלכה למעשה למבוי סתום בין המשטר הפורמלי החדש לבין אופנים לא-פורמליים של

156 Kevin E. Davis & Michael J. Trebilcock, *The Relationship Between Law and Development: Optimists versus Skeptics*, 56 Am. J. Comp. L. 895, 895–898, 905–911 (2008).

157 HERNANDO DE SOTO, *THE MYSTERY OF CAPITAL: WHY CAPITALISM TRIUMPHS IN THE WEST AND FAILS EVERYWHERE ELSE* 46–62 (2000).

158 ראו: PROPERTY RIGHTS ALLIANCE (PRA), *INTERNATIONAL PROPERTY RIGHTS INDEX – 2011 REPORT 3* (2011), available at americansfortaxreformfoundation.org/userfiles/ATR_2011%20INDEX_Web2.pdf. לגרסה העדכנית ביותר של מדד ה-IPRI ראו internationalpropertyrightsindex.org.

159 להערכה של גישות "אופטימיות" ו"פסימיות" בהקשר זה ראו Davis & Trebilcock, לעיל ה"ש 156, בעמ' 938–945.

160 ראו, למשל: SANDRA F. JOIREMAN, *WHERE THERE IS NO GOVERNMENT: ENFORCING PROPERTY RIGHTS IN COMMON LAW AFRICA* (2011) (הטוענת כי מדינות המשנות את משטר הקניין הפורמלי שלהן נתקלות באתגרים ביישומם אם הם אינן יכולות לשלוט במבני הסמכות בתוך קהילות מקומיות); ATO KWAMENA ONOMA, *THE POLITICS OF PROPERTY RIGHTS INSTITUTIONS IN AFRICA* (2010) (הבוחר את השינויים שחלו במוסדות פורמליים להסדרת זכויות קניין בכמה מדינות באפריקה ואת זיקתם לגישות משתנות בקרב מנהיגים פוליטיים).

161 ראו: Michael Trebilcock & Paul-Erik Veel, *Property Rights and Development: The Contingent Case for Formalization*, 30 U. Pa. J. Int'l L. 397, 443–452 (2008).

שליטה בנכסים.¹⁶² בעיות אחרות – כגון שחיתות, התנהלות בניגוד עניינים והעדר דיין וחשבון ציבורי – עלולות גם להוביל לכשלון של רפורמות במשפט הפרטי הכרוכות במהלך נרחב יותר של רפורמה כלכלית או פוליטית.¹⁶³ מהו תפקידה של התרבות בקידום הטמעה של רפורמה במשפט הפרטי או לחלופין בהצבת קשיים בתהליך זה? הספרות מתייחסת תכופות להשפעה האפשרית של נורמות חברתיות או מנגנוני אכיפה לא-פורמליים על יישום של כללים משפטיים פורמליים,¹⁶⁴ אולם רק כותבים מעטים עסקו באופן נרחב יותר בזיקה שבין תרבות לבין רפורמה במשפט הפרטי, וגם זאת באופן מוגבל. כך, קנת דָם (Dam) נדרש לכמה הסברים תרבותיים הנידונים בהקשר של הספרות העוסקת במשפט ופיתוח.¹⁶⁵ הוא מגיע לכלל מסקנה כללית כי "כללי משפט ומוסדות משפטיים אשר מיובאים... למדינות מתפתחות אך אינם תואמים את התרבות המקומית – אינם צפויים להצליח", תוך שהוא מדגיש את החשיבות של "תרבות משפטית" (legal culture) לקביעת טיב האכיפה בפועל.¹⁶⁶ עם זאת, דָם אינו נדרש לאיתור מאפיינים תרבותיים פרטניים העלולים להציב מכשול בפני רפורמה משפטית, ואינו עוסק בשאלה אם שינוי משפטי עשוי להוביל לתמורות תרבותיות.

כדי לבנות תשתית אנליטית לדיון בנושאים אלה, אדון בהמשך סעיף זה בשני זרמים בכתיבה האמפירית העוסקים בשתי שאלות הקשורות זו לזו: ראשית, האם תרבות מעצבת ככלל את תוכן של דוקטרינות במשפט הפרטי? ושנית, האם כללים במשפט הפרטי ו/או תרבות מקומית משליכים על התפקוד הכלכלי? חלק ג למאמר יסקור זרם שלישי בספרות, הנבנה על התובנות הכרוכות בשני הנושאים שלעיל כדי להידרש לשאלה המרכזית הנידונה במאמר זה, דהיינו, אם שינויים תרבותיים מביאים עימם שינויים מוסדיים (ובכלל זה במוסדות משפטיים), ואם יש גם השפעות בכיוון ההפוך, דהיינו, אם רפורמה במשפט הפרטי עשויה לחולל תמורות תרבותיות.

ראשית, עבודות אחדות ניסו באחרונה לבחון את הזיקה שבין ערכים או מאפיינים תרבותיים לבין תוכן של נורמות במשפט הפרטי. דרי-מטיאצי (Dari-Mattiacci) וגווריריו (Guerriero) בחנו את דוקטרינת תקנת השוק במיטלטלין ב-126 מדינות, והצביעו על הבדלים ניכרים בין שיטות המשפט. על-פי ממצאיהם, 29% מהמדינות מגינות באופן קטגורי על הבעלים המקורי, 13% מגינות קטגורית על הקונה תם-הלב, ו-

162 ראו: Daniel Fitzpatrick, *Evolution and Chaos in Property Rights Systems: The Third World Tragedy of Contested Access*, 115 YALE L.J. 996, 1038–1045 (2006).

163 ראו Black et al., לעיל ה"ש 66, בעמ' 1750–1777.

164 ראו, למשל, Trebilcock & Veal, לעיל ה"ש 161, בעמ' 456–459. ראו גם: ROBERT D. COOTER & HANS-BERND SCHÄFER, SOLOMON'S KNOT: HOW LAW CAN END THE POVERTY OF NATIONS 84–90 (2012) (הטוענים כי סנקציות חברתיות וקשרים לא-פורמליים עשויים לחזק, למשל, את אכיפתם של חוזי יחס ארוכי-טווח).

165 KENNETH W. DAM, THE LAW-GROWTH NEXUS: THE RULE OF LAW AND ECONOMIC DEVELOPMENT 60–69 (2006).

166 שם, בעמ' 68–69.

58% מהמדינות מעניקות לבעלים המקורי הגנה מותנית, המגבילה בדרך-כלל את זכותו לתבוע את הנכס בחזרה לתקופה מוגדרת של שנים, הנעה בין שנה לשלושים בשיטות משפט אלה.¹⁶⁷ החוקרים מייחסים את ההבדלים הדוקטרינריים הללו לתפיסה תרבותית של הסתמכות עצמית (self-reliance), שאותה הם מגדירים על-סמך שני ממדים: שימור מדרג והתמקדות ביחיד. תרבויות המתאפיינות ברמה גבוהה של הסתמכות עצמית הן אלה המתאפיינות בשוויוניות (כלומר, בגישה לא-אוהדת לשימור מדרגים) ובאינדיווידואליזם. שיטת המשפט במדינות אלה מגינה באופן חזק על הבעלים המקורי, כך שהקונה תס-הלב לעולם אינו רוכש זכות נקייה מתביעת הבעלים. מצב עניינים זה שונה במדינות שתרבותן מתאפיינת ברמה נמוכה של הסתמכות עצמית. הללו מגינות על הקונה תס-הלב. תרבויות המתאפיינות ברמת-ביניים של הסתמכות עצמית ייטו גם להציע פתרונות-ביניים במסגרת דוקטרינת תקנת השוק.¹⁶⁸

בעבודה משותפת עם עמיר ליכט¹⁶⁹ בחנו את היחס בין מידת התלות החברתית (לעומת אוטונומיה) לבין רמת ההגנה על זכויות קניין, כפי שזו נמדדת על-ידי מדד ה-IPRI.¹⁷⁰ הניתוח מאתר קשר ברור ואף סיבתיות בין שני המשתנים: ככל שחברה נתונה מדגישה את הערך של תלות חברתית ומייחסת ערך פחות לאוטונומיה, כן היא מגינה פחות על זכויות קניין, באופן שבו הדבר מוגדר על-ידי ה-IPRI, וזאת לא רק ביחס להגנה על קניין בנכסים מוחשיים, אלא אף ביחס להגנה על קניין רוחני.¹⁷¹

ברור (Breuer) וזלצמן (Salzmann) מוצאים תמיכה אמפירית להשערתם כי במדינות המדגישות תלות חברתית המאפיינים המשפטיים והמוסדיים של המשטר התאגידי מנוהלים בעיקרם על-ידי מערכת פנימית (insider system) של יחסים בין בנקים לבין בעלי עניין, אשר מטרתה העיקרית היא להבטיח יציבות. זאת, בניגוד לחברות המתאפיינות במתן משקל גבוה לאוטונומיה, שבהן המשטר התאגידי מנוהל על-ידי מנגנונים שוקיים מבוזרים.¹⁷² מחקרים אלה מוצאים, לפיכך, תמיכה בקשר שבין מאפיינים תרבותיים לבין כללי המשפט הפרטי.

167 ראו: Giuseppe Dari-Mattiacci & Carmine Guerriero, *Law and Culture: A Theory of Comparative Variation in Bona Fide Purchase Rules*, 35 OXFORD J. LEGAL STUD. 543, 544–545 (2015).

168 שם, בעמ' 557–559.

169 Amnon Lehari & Amir N. Licht, *BITs and Pieces of Property*, 36 YALE J. INT'L L. 115 (2011).

170 ראו לעיל ליד ה"ש 158. יוער כי ה-IPRI הינו מדד משולב, בין-מדינתי והשוואתי המורכב משלושה מדדי-משנה (שכל אחד מהם כשלעצמו מורכב מכמה מאפיינים). מדדי-משנה אלה עוסקים בסביבה הפוליטית והכלכלית, בהגנה על זכויות קניין בנכסים מוחשיים ובהגנה על זכויות קניין רוחני.

171 Lehari & Licht, לעיל ה"ש 169, בעמ' 139–148.

172 Wolfgang Breuer & Astrid Juliane Salzmann, *National Culture and Corporate Governance*, in CORPORATE GOVERNANCE – RECENT DEVELOPMENTS AND NEW TRENDS 369, 375–376, 382 (Sabri Boubaker, Bang Dang Nguyen & Duc Khuong Nguyen eds.,

זרם שני בספרות מבקש לבחון את מידת ההשפעה של מאפיינים תרבותיים ומשפטיים על הביצועים הכלכליים של מדינות. ספרות זו היא נרחבת מאוד בהיקפה, ולא תוכל לזכות בסקירה מקיפה כאן, אך ראוי לציין כי כותבים בזרם זה מגיעים למסקנות שונות לא רק בנוגע לעצם ההשפעה על התפקוד הכלכלי, אלא גם בנוגע לאיתור הגורם המשפיע – תרבות או משפט.

כך, מחד גיסא, לה־פורטה (La Porta) ושותפיו לכתובה מזהים במחקר משנת 1997 את חשיבותן של תפיסות תרבותיות בדבר אמון, וזאת הן ביחס למאפיינים כלכליים, כגון גידול בתוצר הלאומי הגולמי לנפש, והן ביחס לאיכות תפקודם של בתי־משפט ומוסדות ביו־קרטניים.¹⁷³ הנטינגטון (Huntington) טוען כי תרבות יכולה להסביר ביצועים כלכליים שונים בקרב מדינות מתפתחות. בהידרשו למקרי־המבחן של קוריאה הדרומית וגאנה, אשר החלו בנקודת מוצא כלכלית דומה בשנות השישים של המאה העשרים אך מאז נפרדו דרכיהן, טוען הנטינגטון כי "הקוריאנים מעריכים חסכנות, השקעה, עבודה קשה, חינוך, ארגון ומשמעת", בעוד לתושבי גאנה "יש ערכים אחרים".¹⁷⁴ גוויזו ושותפיו לכתובה מתמקדים בדת ובאתניות כממדים תרבותיים קבועים (בניגוד למאפיינים הניתנים לרכישה באופן רצוני, כגון היבטים מסוימים של הון חברתי), וטוענים כי תכונות תרבותיות אלה מעצבות ציפיות והעדפות – כגון אמון באחרים או העדפה לחסכנות – אשר משפיעות בתורן על תוצאות כלכליות.¹⁷⁵ קלסינג (Klasing) מזהה השפעה חיובית של אינדיווידואליזם והשפעה שלילית של פערי כוח באיכות המוסדית בכל הקשור להגנה על זכויות הקניין וליעילותה של הביו־קורטיה.¹⁷⁶ לעומת זאת, בסדרת עבודות מאוחרת יותר של לה־פורטה ושותפיו לכתובה מוצעת תיאוריה מלכדת שונה של היחסים בין מוסדות, כללים משפטיים ותוצאות כלכליות ופיננסיות.¹⁷⁷ המשתנה המסביר המרכזי שלהם לביצועים כלכליים הוא "שורשים משפטיים" (legal origins). המשפט המקובל האנגלי, המשפט הציבילי הצרפתי והמשפט הציבילי הגרמני מהווים את הקטגוריות המרכזיות של השורשים המשפטיים,

2012). השערות מחקר אחרות שלהם, הקושרות מאפיינים תרבותיים לשיטת המשטר התאגידי, זוכות באישוש אמפירי מוגבל יותר. שם, בעמ' 374–389.

173 ראו: Rafael La Porta et al., *Trust in Large Organizations*, 87 AM. ECON. REV. 333 (1997).
 174 Samuel P. Huntington, *Foreword – Cultures Count*, in CULTURE MATTERS: HOW VALUES SHAPE HUMAN PROGRESS xiii (Lawrence E. Harrison & Samuel P. Huntington eds., 2000).
 בספרם משנת 2014 טוענים צ'ואה (Chua) ורובנפלד (Rubinfeld) כי קיימים הסברים תרבותיים ופסיכולוגיים למידת הצלחתן השונה של קבוצות מיעוטים בארצות־הברית. לטענתם, קבוצות המתאפיינות בתסביך עליונות, בתחושת חוסר ביטחון ובשליטה בדחפים מצליחות יותר מקבוצות אחרות. Amy Chua & Jed Rubinfeld, *The Triple Package: How Three Unlikely Traits Explain the Rise and Fall of Cultural Groups in America* (2014).

175 Guiso, Sapienza & Zingales, לעיל ה"ש 18, בעמ' 29–44.

176 Klasing, לעיל ה"ש 130.

177 Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes & Andrei Shleifer, *The Economic Consequences of Legal Origins*, 46 J. ECON. LIT. 285 (2008).

והמונח עצמו מתייחס לדרכים שבהן מדינות "פיתחו סגנונות שונים של שליטה חברתית בפעילות עסקית ומוסדות התומכים בסגנונות אלה".¹⁷⁸ אף שלה־פורטה ושותפיו לכתובה אינם שוללים את ההשלכות האפשריות של גורמים אחרים, כגון תרבות, פוליטיקה והיסטוריה, הם טוענים כי שורשים משפטיים אינם מהווים רק קירוב (proxy) למאפיינים אחרים אלה, וכי לשורשים משפטיים יש נתח גדול יותר מאשר למאפיינים תרבותיים כגון דת בביאור ההבדלים בתפקודם של מוסדות חברתיים ובביצועם כלכליים.¹⁷⁹

פרק ג: לקראת תיאוריה של רפורמה משפטית ושינוי תרבותי מקטעי

בחלק זה אבקש להניח את היסודות לתפיסתי בדבר היכולת לקרב בין רפורמה במשפט הפרטי לבין תפיסות תרבותיות על־ידי גישה הרואה תפקיד מרכזי לעיצוב המשפטי של הרפורמה ביצירת שינוי תרבותי מקטעי (incremental) המתייחס לאותם ממדים תרבותיים בעלי חשיבות מיוחדת להצלחת הרפורמה. לאחר סקירת הספרות הקיימת העוסקת בשאלת היחס בין שינוי משפטי לשינוי תרבותי, אציג את תפקידם המרכזי של ארגונים לפעולה משותפת, ואמחיש באופן ראשוני כיצד רפורמה משפטית עשויה לשאוף לשינוי מקטעי מעין זה. ניתוח זה יפותח בחלק ד, שיעסוק במקרה־המבחן המרכזי כאן לרפורמה משפטית העוסקת בפעולה משותפת, דהיינו, ההסדרה המשפטית של ניהול עצמי בבתים משותפים ובחינת ההתפתחויות שאירעו בהקשר זה ברוסיה. רולן (Roland) רואה תרבות או נורמות חברתיות כמוסד המשתנה באיטיות (slow-moving institution), מוסדות פוליטיים הוא רואה ככאלה העשויים להשתנות במהירות רבה (rapidly-moving), ואת תחום המשפט הוא רואה כמצוי במקום כלשהו בתווך.¹⁸⁰ נוסף על כך, את מתכונת השינוי (האיטי) בתרבות הוא רואה כרציפה, בעוד שינויים פוליטיים עשויים להיות דרמטיים או חטופים, ומתכונת השינוי של דוקטרינות משפטיות נתפסת על־ידי שוב כממוקמת באמצע הדרך. לפיכך, לפי רולן, שינויים תרבותיים הינם מועמדים טובים להשפיע על מוסדות המשתנים במהירות רבה יותר.¹⁸¹ כותבים אחרים טוענים אף הם כי שינויים תרבותיים עשויים להסביר התפתחות של

178 שם, בעמ' 307–310.

179 שם, בעמ' 309–311.

180 Gérard Roland, *Understanding Institutional Change: Fast-Moving and Slow-Moving Institutions*, 38 STUD. COMP. INT'L DEV. 109 (2004).

181 רולן קושר את התפתחות התרבות להתפתחות הטכנולוגיה, ורואה בהם שני סוגי שינוי העשויים להתרחש במקביל. שם, בעמ' 116–117.

מוסדות משפטיים, פוליטיים ופיננסיים.¹⁸² פישר (Fischer) מראה כיצד גלי הגירה שונים לקולוניות האמריקאיות, שהתאפיינו כל אחד בזיקה לזרם מסוים בנצרות ולמערכת ערכים תואמת, עיצבו למעשה את המוסדות המוקדמים בקולוניות.¹⁸³ השפעתם של זרמי הגירה והמטען התרבותי שלהם על מוסדות משפטיים וכלכליים נלמדת גם בהקשרים גיאוגרפיים והיסטוריים אחרים.¹⁸⁴

אך האם שינוי במשפט יכול לחולל תמורה תרבותית? אף ששאלה זו זכתה בהתייחסות מועטה יחסית בספרות, דומה כי ניתן לחלק את הכותבים שעסקו בכך למי שמגלים ספקנות עמוקה באשר ליכולת שינוי כזה לעומת אלה הסבורים כי ניתן לחולל תמורה תרבותית באמצעות המשפט, לפחות בהיבטים מסוימים. פרוקצ'יה מייצג בעיני באופן מובהק את אלה הסבורים כי מאפיינים תרבותיים בחברה נותרים יציבים במשך תקופות זמן ממושכות, כך ששינוי במשפט לא יוכל להוליד תמורה תרבותית. עמדה דומה מציגים להבנתי גם ליכט ושותפיו לכתיבה, המציינים כי רפורמות משפטיות הנעוצות ברצון לכונן משטר של שלטון חוק מתאימות פחות לתרבויות מסוימות בעולם המתפתח.¹⁸⁵

לעומתם, כותבים אחרים מציעים גישה מותנית יותר, שלפיה שינויים פוליטיים או כלכליים יסודיים – כגון איחודה-מחדש של גרמניה או הגברת השתתפותן של נשים בכוח העבודה – עשויים לחולל תמורות בהעדפות ובערכים תרבותיים, באופן שיש בו גם כדי להשפיע על יכולתן של רפורמות משפטיות מקבילות (כגון שינוי דיני העבודה) לסייע בהטמעה תרבותית טובה יותר של השינוי.¹⁸⁶

בניסיון לבחון את ההשלכות האפשריות של עיצוב המשפט הפרטי על העדפות וערכים תרבותיים, מתבסס טבליני (Tabellini) על מודל תיאורטי של תורת המשחקים כדי לטעון כי מוסדות משפטיים המתפקדים היטב באכיפה פורמלית של התחייבויות בין צדדים רחוקים עשויים להנביט ערכים טובים, כגון מוסריות כלל-חברתית, בעוד אכיפה

182 לסקירה של עבודות אלה ראו Alesina & Giuliano, לעיל ה"ש 114, בעמ' 22–28.

183 DAVID HACKETT FISCHER, ALBION'S SEED: FOUR BRITISH FOLKWAYS IN AMERICA (1989).

184 ראו, למשל, Nunn, לעיל ה"ש 95, בעמ' S118–S116.

185 Licht, Goldschmidt & Schwartz, לעיל ה"ש 125, בעמ' 682.

186 ראו, בהתאמה: Alberto Alesina & Nicola Fuchs-Schündeln, *Goodbye Lenin (or Not?): The Effect of Communism on People's Preferences*, 97 AM. ECON. REV. 1507 (2007) (אשר מנתחים סקרים שנערכו בקרב מערב-גרמנים ומזרח-גרמנים לשעבר, וטוענים כי בני הדור הצעיר מגרמניה המזרחית לשעבר מאמצים באופן הדרגתי השקפות מערביות בנוגע למדיניות הראויה בהקשר של ביטחון כלכלי במקרי אבטלה); Samuel Bowles, *Endogenous Preferences: The Cultural Consequences of Markets and Other Economic Institutions*, 36 J. ECON. LIT. 75, 75–77, 102–105 (1998) (הטוען כי מוסדות שוקיים "יכולים להשפיע על התפתחות של ערכים, טעמים ותכונות אישיות", כמו במקרה של זכויות נשים, וכי חברות צריכות לפחות לשקול את העמדה האריסטוטלית שלפיה "מחוקקים הופכים את האזרח לטוב בכך שהם מטמיעים בו הרגלים, וזוהי מטרתו של כל מחוקק").

לא-פורמלית המתבססת על יחסים בין-אישיים עלולה לעודד מוסריות מוגבלת, אשר תבוא על-חשבון ערכים נרחבים יותר של פעולה משותפת.¹⁸⁷ בהתאם לכך, חברות המתאפיינות מלכתחילה ברמה גבוהה של מוסריות כלל-חברתית יתפקדו טוב יותר באכיפה חיצונית ובפעולה משותפת כלכלית, ולהפך. אלא שמצב עניינים זה מוביל לבעיה של תלות בנתיב מסוים (path dependence), שלפיה חברות המתאפיינות מלכתחילה במוסריות מוגבלת לא ינקטו מאמצים משמעותיים להנהיג אכיפת חוק פורמלית טובה יותר, ודבר זה יקשה את הפחתת העלויות הכרוכות באימוץ מוסריות כלל-חברתית ובהפצת ערכים טובים. לפי טבליני, בעיה זו ניתנת לפתרון, באופן חלקי לפחות, על-ידי גיבוש רפורמות מוסדיות שיכוונו פעילות כלכלית וכללים משפטיים לעבר שווקים לא-אישיים (impersonal markets).¹⁸⁸

ג'קסון (Jackson) בוחן את הזיקה שבין מוסדות משפטיים לאכיפה פורמלית לבין התפתחותו של הון חברתי, שאותו הוא מגדיר כמעורבות חברתית או כמוסריות כלל-חברתית.¹⁸⁹ לגישתו, קיומם של מוסדות פורמליים חזקים מפחית את היתרונות הגלומים בהתנהגות אופורטוניסטית המכשילה פעולה משותפת, אך עלול גם – לא במתכוון – להפחית תמריצים פרטיים לרכוש מידע בנוגע לאמינות (trustworthiness) של שותפים פוטנציאליים, ובכך לפגוע בהתפתחות תרבותית שלפיה אמינות מוערכת כמעלה (virtue) ובעקבות זאת מתפשטת בקרב החברה. ג'קסון מסיק כי בעוד חברות עם רמה התחלתית נמוכה של מוסריות כלל-חברתית יתקשו לעשות שימוש במוסדות חוזיים פורמליים כדי לייצר עלייה עתידית ברמת האמינות, חברות החוצות מלכתחילה סף מסוים יוכלו לנתב את היקף האכיפה הפורמלית כדי להגיע לאופטימום חברתי של אכיפה ביחס להתפתחות תרבותית מבוזרת של אמינות.¹⁹⁰

מהן המסקנות העולות מן האמור לעיל בנוגע לסיכוייה של רפורמה במשפט הפרטי לקדם פרדיגמות חדשות של פעולה משותפת על-ידי ניסיון לחולל תמורות במאפיינים התרבותיים הרלוונטיים? בעוד שינוי מהיר וגורף בכל הממדים התרבותיים בחברה מסוימת הינו תרחיש בלתי-סביר, שעשוי אף להיתפס כלא-רצוי מנקודת-מבטם של מעצבי הרפורמה, ניתן לאתר תכונות תרבותיות מסוימות שהן בעלות רלוונטיות מיוחדת לסוג מסוים של פעולה משותפת ואשר עשויות להגיב על שינויים מוסדיים או משפטיים. כך, בעוד מאפיינים תרבותיים כגון דת או אתניות, ומערכות של אמונות וערכים הכרוכות בהן באופן הדוק, צפויים להיות קבועים או להשתנות באיטיות רבה,¹⁹¹ ממדים

Guido Tabellini, *The Scope of Cooperation: Values and Incentives*, 123(3) Q. J. ECON. 187
905, 908 (2008).

188 שם, בעמ' 926–931.

Ken Jackson, *Contract Enforceability and the Evolution of Social Capital*, 29 J. L. ECON. 189
& ORG. 60, 60–63 (2013).

190 שם, בעמ' 68–70, 72–76.

191 Guiso, Sapienza & Zingales, לעיל ה"ש 18, בעמ' 24.

תרבותיים אחרים עשויים להיות דינמיים יותר, להגיב על עיצוב נורמות משפטיות, ולאפשר באופן רחב יותר היבטים שונים של בחירה אישית וקולקטיבית.

לנוכח זאת אני מבקש להציג כאן את הפוטנציאל לשינוי מקטעי (incremental) בתכונות תרבותיות, אשר ייתכן שלא יחול לכל רוחב סוגי הפעילות הבין-אישית בחברה מסוימת. כך, אופנים מסוימים של פעולה משותפת המעוצבים על-ידי מנגנונים של המשפט הפרטי עשויים להידרש להיבטים ספציפיים הנוגעים בממדים של אינדיווידואליזם-קולקטיביזם, פערי כוח או הון חברתי. עיצוב הפרדיגמות של הפעולה המשותפת עשוי לאמץ מאפיינים מסוימים של ממדים אלה הרווחים בתרבות הקיימת, ובה בעת להידרש למנגנונים משפטיים ומוסדיים כדי לנסות לחולל תמורות ביחס להיבטים אחרים של ממדים אלה. ניתן להמשיג גישה זו כניסיון לחולל את השינוי המצומצם ביותר הנדרש במימד תרבותי כלשהו על-מנת לקדם פעולה משותפת.

כך, למשל, בהקשר של ארגונים לפעולה משותפת, כגון אלה הפועלים בתאגידים או בבתים משותפים, תפיסות תרבותיות קיימות בדבר פערי כוח או מנהיגות – אם ינותבו ויפוקחו כנדרש בתוך הארגון הנוסד על-ידי הרפורמה המשפטית – עשויות לסייע ביצירת ה"ניצוץ" לפעולה משותפת ובשימורה האפשרי לאורך זמן. פעולה משותפת זו תתנהל בניצוחם של פרטים שימלאו תפקידים בארגונים אלה ויבססו את סמכותם גם על תובנות תרבותיות בדבר הלגיטימיות של ההנהגה שלהם, אך תוך כפיפות לבקרה ולשקיפות שיוסדרו במסגרת הארגון הנוצר מכוח הדין. דברים אלה עשויים להיות תקפים אף אם אין מדובר בחברה שמתקיימת בה תרבות דמוקרטית אשר מבוססת על שיתוף אזרחי נרחב בקבלת החלטות או מחויבת לצמצם באופן גורף פערי כוח מסורתיים בתוכה. אין בכך כמובן כדי לגרוע מהחשיבות הגלומה בסינרגייה אפשרית בין פעולה משותפת במשפט הפרטי לבין צורות של שלטון ציבורי דמוקרטי, אלא רק להאיר את היתרונות המעשיים בגישה מקטעית לתמורות תרבותיות, המכוונת באופן ממוקד יותר לקידום רפורמה מסוימת במשפט הפרטי.

בדומה לכך, היבטים תרבותיים הנוגעים בתפקידו של הפרט בתוך הקבוצה בהקשרים בין-אישיים שונים במשפט הפרטי – למשל, בתאגיד או בבית משותף – עשויים בהחלט להיות מושפעים מהמימד התרבותי הנרחב יותר של אינדיווידואליזם-קולקטיביזם. אך גם כאן אין משמעות הדברים שרפורמה משפטית הנסמכת, למשל, על הפרטה של זכויות קנייניות וקיבוצם של פרטים בתוך ארגונים לפעולה משותפת חייבת לפעול כדי לעצב מחדש את מכלול היחסים החברתיים שבין הפרט לקולקטיב בכל הזירות החברתיות השונות, ובכלל זה ברובד הפוליטי. כך, יעילות תפקודו של משטר ארגוני המבוסס על קבלת החלטות רוב באיגוד עובדים, בגוף מנהל של בית משותף או בתאגיד, ואכיפת מגבלות נורמטיביות שהרפורמה המשפטית מעצבת באשר לפגיעה במיעוט, יושפעו בוודאי מהמימד התרבותי הנרחב יותר של אינדיווידואליזם-קולקטיביזם. אך פרדיגמה כזו של פעולה משותפת אינה תלויה בכך שהרפורמה המשפטית תשאף לעקור מן השורש את כל ההיבטים החברתיים של אינדיווידואליזם-קולקטיביזם שאינם מתיישבים לכאורה עם סוג הפעולה המשותפת מושא הרפורמה. לדוגמה, ככל שחברה המתאפיינת ברמה גבוהה של אינדיווידואליזם קובעת כלל של

החלטת רוב בסוג מסוים של ארגון לפעולה משותפת, ייטיב המחוקק לעשות אם ינמק מפורשות את התכליות להטלת משמעת קבוצתית מעין זו, ויבהיר אם יש באיזון זה בין הפרט לקבוצה כדי להשליך על יחסים משפטיים בהקשרים בין-אישיים אחרים.

הון חברתי הינו, כאמור, מימד תרבותי נוסף העשוי להיות חיוני ליישום מוצלח של רפורמה משפטית המבקשת לבסס פעולה משותפת ארוכת-טווח. עם זאת, אף הון חברתי, ומידת האמון הבין-אישי בפרט, עשויים להיות דינמיים ומותנים במאפיינים הספציפיים של הפעולה המשותפת מושא הרפורמה. בהתאם לכך, האופן שבו מתפתח אמון בתוך ארגון מסוים לפעולה משותפת, כגון תאגיד או בית משותף, עשוי להיות שונה בצורה מהותית מאופן בניית האמון במעגלי המשפחה והחברים הקרובים, מחד גיסא, ובזירות חברתיות ופוליטיות נרחבות, מאידך גיסא. האתגר למחוקקים בהקשר זה הוא אפוא לזהות את ההשלכות האפשריות של ממדים תרבותיים מסוימים על יישום הרפורמה המשפטית, ולעצב מנגנונים משפטיים שיניעו בכיוון מסוים מכוונות בין-אישיות מבוססות-תרבות כדי לקדם סוג מסוים של פעולה משותפת, מבלי לשאוף לזעזוע חברתי-תרבותי נרחב יותר בהקשר של יצירת הון חברתי בכלל ואמון בפרט. דברים אלה יודגמו בחלק ד בהקשר של בתיים משותפים.

הגישה של שינוי תרבותי מקטעי המתרחש בפרק-זמן מצומצם יחסית בתגובה על שינוי מוסדי או משפטי כבר מעוגנת, לפחות במידה מסוימת, בספרות התיאורטית והאמפירית. גישה זו נעוצה באופן רחב יותר ברעיון של ניידות תרבותית (cultural mobility), השולל גישה של "הכל או לא כלום" ביחס לשינוי תרבותי, בהתייחס לתכונות או לממדים תרבותיים מסוימים. בספר CULTURAL MOBILITY: A MANIFESTO טוען גרינבלט (Greenblatt) נגד אקסיומות-לכאורה של "יציבות ועקביות" ביחס לתרבות ונגד הניסיון לבנות "נרטיב גדול יחיד" בהקשר זה, ומבקש לקדם גישה מותנית יותר ביחס לתרבות.¹⁹²

דינמיקה כזו עשויה לקבל משנה תוקף בחברות המתאפיינות הלכה למעשה במידה פחותה של אחידות תרבותית לעומת התפיסה הרווחת לגביהן. ולר (Weller) טוען, למשל, כי מורשת התרבות הכלכלית של סין היא "עשירה ומורכבת", וכוללת בתוכה "יסודות של שליטה מדינתית ריכוזית לצד יסודות של חופש שוקי", ומצב עניינים זה מסביר את הדינמיות בסין במהלך העשורים האחרונים של ממדים תרבותיים כגון אינדיווידואליזם-קולקטיביזם והון חברתי.¹⁹³

אף שהגישה הכללית בדבר ניידות תרבותית אינה בעלת תוקף דומה בהכרח לכל רוחב החזית, הספרות המחקרית שנידונה לעיל תומכת בהנחה כי ממדים תרבותיים מסוימים עשויים להיות דינמיים יותר מאחרים. מעבר לכך, קיימים הקשרים בין-אישיים

Stephen Greenblatt, *Cultural Mobility: An Introduction*, in STEPHEN GREENBLATT ET AL., 192
CULTURAL MOBILITY: A MANIFESTO 1–5, 16–17 (2009).

Robert P. Weller, *Market Development, Political Change, and Chinese Cultures*, in 193
DEVELOPING CULTURES: ESSAYS ON CULTURAL CHANGE 215, 218 (Lawrence E. Harrison
& Jerome Kagan eds., 2006).

מסוימים המשמשים "מובלעות" שבהן הליך השינוי התרבותי עשוי לקבל צביון שונה בהשוואה לרובד של כלל החברה. בפרט הדברים אמורים באותם ארגונים לפעולה משותפת העומדים במרכזו של מאמר זה, קרי, תאגידים עסקיים, ארגוני עובדים וגופים מנהלים של בתים משותפים ומתחמי מגורים פרטיים.

כך, למשל, הופשטה מזהה את הדרכים שבהן ממדים תרבותיים מסוימים – ובפרט אינדיבידואליזם – קולקטיביזם, פערי כוח ומניעת אי-ודאות – עומדים בבסיס הפעולה המשותפת של ארגונים, ומבאר כיצד מבני המשטר שלהם פועלים הן מבחינה פורמלית והן כעניין של פרקטיקה.¹⁹⁴ הדברים אמורים הן ביחס לציר היחסים האנכי, הנוגע בהבניית תהליך העבודה, בשיטת הקידום ובתפקידן של המנהיגות ושל ההעצמה האפשרית של העובדים בארגון, והן ביחס לציר האופקי, הנוגע, למשל, בשיטת המשטר התאגידי החל בקרב בעלי מניות. פתרונות לבעיות ארגוניות וניהוליות הם מבוססי-תרבות, וארגונים חייבים להגיב על אתגרים ועל תנאים משתנים לנוכח מהגנונים תרבותיים אלה. ארגונים מסוג זה עשויים להתאפיין גם בתרבות ארגונית (organizational structure), כך שבתוך תרבות לאומית מסוימת יהיה לארגונים שונים "תכנות מנטלי קולקטיבי" נבדל, שיכלול מאפיינים וממדים תרבותיים ייחודיים, כגון "דגש בתהליך מול דגש בתוצאה", "שליטה רופפת מול שליטה הדוקה", "גישת נורמטיבית לעומת גישת פרגמטית" ועוד.¹⁹⁵

ריבוד המאפיינים התרבותיים של ארגונים לפעולה משותפת עשוי להעיד גם על הדינמיות האפשרית של ארגונים אלה בהתמודדות עם תנאים משתנים. הוא עשוי להשליך גם על האופנים שבהם העיצוב המשפטי של ארגונים אלה מאפשר להם לתפקד כסוג של סביבה מבוקרת (controlled environment), שאינה מצייתת אך ורק לנורמות תרבותיות כלל-חברתיות. קנה-המידה של ארגונים דוגמת תאגידים עסקיים, בתים משותפים או ארגוני עובדים, אשר נבדל מבחינה איכותית וכמותית מעסקות חילופין מבוזרות בשוק הפתוח, מחד גיסא, ומפעולה ציבורית כלל-חברתית, מאידך גיסא, עשוי להציע תובנות משמעותיות על האופנים שבהם רפורמה במשפט הפרטי עשויה לקדם פרדיגמות חדשות של פעולה משותפת ולהיזקק לתמורה מקטעית בממדים תרבותיים.

ראוי גם להדגיש בהקשר זה כי ארגונים לפעולה משותפת – להבדיל מאנשים טבעיים – הינם מכשירניים מעצם טיבם. הם נוסדים ומקבלים גושפנקה לפעילות על-ידי המשפט כדי לקדם סוגים מסוימים של פעולה, ויכולת התפקוד שלהם קובעת את הצדקת-היסוד לקיומם. למחוקקים נועד אפוא תפקיד מרכזי במיוחד בעיצוב "התכנות הקולקטיבי" של סוגי ארגונים אלה, ובניסיון "לתכנת" אותם מחדש מקום שהם אינם מתפקדים היטב או שיש שינוי בערכי-היסוד המנחים את התחום הרלוונטי במשפט הפרטי. לפיכך, בעיצוב הפרדיגמות לפעולה משותפת והכללים המשפטיים שיחולו בהתאם לכך על ארגונים אלה, אף אם מדובר בכללי ברת-מחדל הניתנים להתנאה, המחוקקים עשויים להיזקק לתמורות מקטעיות בממדים תרבותיים, כגון

194 Hofstede, לעיל ה"ש 6, בעמ' 373–391.

195 שם, בעמ' 319–405.

אינדיווידואליזם, פערי כוח והון חברתי, ככל שהדבר נדרש לקידום הפעולה המשותפת. חלק ד יידרש עתה לאתגרים אלה באופן פרטני בהקשר של בתים משותפים ומתחמי מגורים פרטיים.

פרק ד: פעולה משותפת במתחמי מגורים – משפט, ארגון ותמורות תרבותיות

1. האתגר המשטרי של מתחמי מגורים פרטיים

בחלק זה אמחיש את הזיקה שבין רפורמה במשפט הפרטי, ארגון לפעולה משותפת ושינוי תרבותי על-ידי דיון תמציתי במנגנוני המשטר של בתים משותפים וסוגים אחרים של מתחמי מגורים פרטיים (common interest developments). מונח זה מתייחס בספרות ובחקיקה לטיפוסים שונים של מתחמי מגורים הכוללים בתוכם שילוב של ניהול ושליטה משותפים בנכסים לצד זכויות קניין פרטיות, כגון condominium (הדומה בטיבו לבית המשותף בישראל),¹⁹⁶ stock cooperative (co-op), planned development ו־community apartment project.¹⁹⁷ ברי כי אופיו והיקפו של התפריט הארגוני, הגדרת סוגי הפעולה המשותפת וההסדרה המשפטית שלהם משתנים ממדינה למדינה ומשיטת משפט אחת לרעותה. בסעיף זה אדרש לאתגרים הפונקציונליים הדומים ביחס לסוגים השונים של בתים משותפים ומתחמי מגורים, ובפרט לאופן שבו מנגנון המשטר שלהם – הכולל באופן טיפוסי את האגודה של בעלי הדירות (homeowner association) ואת הוועד המנהל הנבחר (executive board) – מופקד על קידום הפעולה המשותפת כפי שהיא מעוצבת בחקיקה המסדירה את פעילותם של ארגונים אלה.

המתכונת הרווחת ביותר של מתחם מגורים היא ה־condominium – הבית המשותף. כידוע, המבנה המשפטי הבסיסי של הבית המשותף, שעשוי להיות מורכב ממבנה יחיד או מכמה מבנים, הינו כזה שבו יחידות הדיוור מצויות בבעלות אישית, ואילו שטחים ומתקנים אחרים בתוך המבנים, כגון חדרי מדרגות, מסדרונות ומעליות, וכן שטחים חיצוניים, כגון חצרות, גינות, רחובות פנימיים או מתקני ספורט, מצויים בבעלות משותפת – בנתחים שאינם מחולקים פיזית – של כלל בעלי הנכסים.¹⁹⁸

¹⁹⁶ ראו פרק ו לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

¹⁹⁷ להגדרה העדכנית של מונחים אלה בחקיקה העדכנית של מדינת קליפורניה בארצות-הברית ראו: Davis-Stirling Act, Cal. Civ. Code § 4100 et seq.

¹⁹⁸ לניתוח השוואתי של המבנה המשפטי של הבית המשותף ראו: C.G. van der Merwe, A Comparative Study of the Distribution of Ownership Rights in Property in an Apartment or Condominium Scheme in Common Law, Civil Law and Mixed Law Systems, 31 GA. J. INT'L & COMP. L. 101 (2002).

המבנה הארגוני והמשפטי של בתים משותפים התפתח בשלבים היסטוריים שונים ובקצב נבדל ברחבי העולם. במערב אירופה החלו להתפתח צורות מוקדמות של בתים משותפים לפני מאות שנים, אך הדחיפה לחקיקה משמעותית בתחום באה רק לאחר מלחמות-העולם במאה העשרים, שיצרו מחסור חמור בדיוור וכן דרישה שוקית גוברת לבעלות חלף שכירות.¹⁹⁹ כלכלות מתפתחות בדרום-מזרח אסיה אימצו את מודל החקיקה באוסטרליה במהלך שנות השישים והשבעים, כדי לעמוד בביקוש של רוכשים מקומיים וזרים לפיתוח נדל"ן למגורים בצפיפות גבוהה.²⁰⁰ בארצות-הברית אומץ המודל של בית משותף בחקיקה המדינתית רק בסוף שנות החמישים ובתחילת שנות השישים, אך מאז הוא צמח במהירות.²⁰¹ מדינות מתפתחות וכלכלות אחרות המצויות בתהליכי מעבר, כגון סין או רוסיה (שהמקרה שלה יידון בחלק 2 להלן), נדרשות אף הן באופן גובר לעיצוב מדיניות ולחקיקה בנושא, בפרט במרכזים עירוניים ותיקים וחדשים.²⁰²

החקיקה המייסדת את המבנה הארגוני והמשפטי של בתים משותפים משרתת מגוון מטרות. כך, למשל, ההקצאה של אינטרסים משפטיים נבדלים לפרטים ביחידות הדיוור ובקרקע שעליה הן בנויות, לצד הגדרת האינטרסים המשפטיים הקולקטיביים ברכוש המשותף, מקילות השגת מימון לפרויקטים בשלב הבנייה ובקבלת אשראי מגובה-משכנתה לרכישה של יחידות הדיוור.²⁰³

הדיון בסעיף זה מתמקד, עם זאת, בתפקידה של החקיקה בנושא הבתים המשותפים ביצירת התשתית לפעולה משותפת של בעלי יחידות הדיוור בתפעולו השוטף של הבית המשותף, ובאופן שבו העיצוב המשפטי עשוי להתאים למאפיינים תרבותיים רווחים של התנהלות בין-אישית או לחלופין לחייב תמורה לפחות באחד הממדים התרבותיים הרלוונטיים כדי לאפשר את הפעולה המשותפת. בטרם אדרש בסעיף הבא למקרה-

199 שם, בעמ' 110–111, 116.

200 ראו: Carol S. Rabenhorst & Sonia I. Ignatova, *Condominium Housing and Mortgage Lending in Emerging Markets – Constraints and Opportunities* 9–10 (Urban Institute Center on International Development and Governance Working Paper No. 2009-04 (2009), available at www.urban.org/publications/411921.html

201 Stephen E. Barton & Carol J. Silverman, *History and Structure of the Common Interest Community*, in *COMMON INTEREST COMMUNITIES: PRIVATE GOVERNMENTS AND THE PUBLIC INTEREST* 3 (Stephen E. Barton & Carol J. Silverman eds., 1994)

202 ראו: UNITED NATIONS – ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE, *GUIDELINES ON CONDOMINIUM OWNERSHIP OF HOUSING FOR COUNTRIES IN TRANSITION* 5 (2003)

203 בכך המבנה המשפטי של הבית המשותף נבדל מזה של בניין/מתחם מגורים המאוגד כ-co-op, למשל, שבו ניתנת משכנתה כוללת (blanket mortgage) ביחס לכלל הבניין לצד מערך אפשרי של הלוואות פרטניות. ראו: Henry Hansmann, *Condominium and Cooperative Housing: Transactional Efficiency, Tax Subsidies, and Tenure Choice*, 20 J. LEGAL STUD. 25, 26–27 (1991).

המבחן של רוסיה, אדון כאן באתגרים המרכזיים הכרוכים בסוג כזה של שיתוף-פעולה ובאמות-המידה האפשריות לבחינת נאותות תפקודו.

מהם סוגי בעיות הפעולה המשותפת שבעלי/דיירי יחידות דיור נתקלים בהם בבתיים משותפים ובמתחמי מגורים אחרים, וכיצד אמור העיצוב המשפטי והארגוני להתמודד עם בעיות אלה?

ככלל, ניתן למפות את אתגרי הפעולה המשותפת לשני היבטים מרכזיים: (1) כינון וניהול שוטף של נכסים ומתקנים משותפים, כגון חללי מעבר בתוך הבניינים, רחובות פנימיים ומתקני ספורט; (2) שליטה בהחצנות אפשריות בתוך מתחם המגורים הנובעות מהשימוש ביחידות הדיור.²⁰⁴

באשר לנכסים ולמתקנים המשותפים, אתגר הפעולה המשותפת מורכב משני שלבים. הראשון הוא כינון יעיל של הנכסים. בחלק מהנכסים, כגון רחובות פנימיים, המתאפיינים בתכונות כלכליות של "טובין ציבוריים" – העדר אפשרות להדרה (non-excludability) והעדר יריבות (non-rivalry)²⁰⁵ – קיומן של חובות משפטיות פורמליות להשתתפות כספית בכינון הנכס פותר את כשל השוק המצריך בדרך-כלל ייצור או מימון ציבוריים של הטובין באמצעות מנגנון מיסוי.²⁰⁶ באשר לנכסים בעלי תכונות של club goods, כגון מתקני ספורט, שניתן לספקם ככלל גם בשוק הפרטי, הספקה פנימית של נכסים כאלה עשויה לחסוך עלויות לדיירי המתחם,²⁰⁷ וזאת לצד יתרונות של תחושת אקסקלוסיביות עקב סגירת המתקן למשתמשים מחוץ לקבוצה.²⁰⁸ השלב השני נוגע בתחזוקה, בשימור ובשיפור של נכסים אלה. סמכותם של הגופים המנהלים של הבית המשותף – האספה הכללית של בעלי הנכסים והוועד הנבחר – לקבוע הסדרי שימוש ולהטיל חובות הדדיות

204 לניתוח שני סוגים אלה של בעיית הפעולה המשותפת ראו: LEE ANNE FENNEL, THE UNBOUNDED HOME: PROPERTY VALUES BEYOND PROPERTY LINES 67–95 (2009). ראו גם אלון קלמנט "הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת" **קהילות מגודרות** 115 (אמנון להבי עורך, (המשווה בין האופנים שבהם ארגון עשוי להתמודד עם בעיות פעולה משותפת הרווחות בבית משותף, כגון שימוש-יתר והשקעת-חסר מצד דיירים, לבין אפשרות הסדרתן של בעיות אלה על-ידי נורמות חברתיות).

205 העדר אפשרות להדרה משמעו שאין דרך מעשית למנוע מאנשים הנאה מהנכס גם אם הם מסרבים לשלם בעבור מימונו. העדר יריבות משמעו שהעלות השולית של משתמש נוסף בנכס היא אפס או קרוב לכך. ראו: RICHARD CORNES & TODD SANDLER, THE THEORY OF EXTERNALITIES, PUBLIC GOODS, AND CLUB GOODS 8–10 (2nd ed. 1996).

206 שם, בעמ' 347–356.

207 טובין מסוג club goods מתאפיינים בכך שהחל במספר מסוים של משתמשים הם יהיו חשופים לבעיה של עומס (congestion), אשר תפחית את הנאתם של המשתמשים הקיימים. דבר זה מחייב בקרה על מספר המשתמשים, בין היתר באמצעות מנגנונים של מחיר. בטובין כאלה עשוי להיות גם קל יותר להדיר את מי שאינו משלם בעבור צריכת הטובין. ראו שם, בעמ' 347–356.

208 ראו אמנון להבי "מבוא: קהילות מגודרות בישראל – בין העיר לכפר" **קהילות מגודרות** 9, 17 (אמנון להבי עורך, 2010).

על בעלי יחידות הדיור מסייעת בשמירה על הנכסים מפני השקעת-חסר ושימוש-יתר.²⁰⁹

מִעֵבֶר לַמִּשְׁטֵר הַנִּיהוּל שֶׁל הַנִּכְסִים הַמְּשׁוּתָּפִים בְּבָתִּים הַמְּשׁוּתָּפִים וּבִמְתַּחֲמֵי הַמְּגוּרִים, בְּכַמָּה שִׁטּוֹת מִשְׁפָּט, כְּגוֹן בְּמִדְיוֹנוֹת הַשּׁוֹנוֹת בְּאַרְצוֹת-הַבְּרִית, נִיתֵן לִקְבֹּעַ בְּמִסְמְכֵי הַיִּיסוּד שֶׁלָּהֶם אוֹ כְּלָלִים הַמּוֹתֻקְנִים עַל-יְדֵי הַגּוֹפִים הַמְּנַהֲלִים אוֹתָם הוֹרָאוֹת הַמַּסְדִּירוֹת גַּם הִיבְטִים מִסּוּיָמִים שֶׁל הַשִּׁמּוּשׁ בִּיחִידוֹת הַדִּיור הַפְּרָטִיּוֹת אוֹ שֶׁל חֲזוֹתָן הַחִיצוֹנִית. הִיבְטִים אֵלֶּה שֶׁל הַהַסְדָּרָה הַפְּרָטִית בָּאִים נוֹסֵף עַל אִסְדָּרָה צִיבּוּרִית, כְּגוֹן דִּינֵי הַתְּכַנּוֹן וְהַבְּנִיָּה אוֹ דִּינֵי הַמִּטְרָדִים. כֵּךְ, כְּלָלִים אֵלֶּה עֲשׂוּיִים לְכַלּוֹל מַגְבָּלוֹת אֶסְתֵּטִיּוֹת לַגְּבִי הַצּוֹרָה וְהַעֲצוּב הַחִיצוֹנִי שֶׁל יחידות הדיור, מַגְבָּלוֹת לַגְּבִי הַחֲזָקָה חִיּוֹת-מִחֲמַד, כְּלָלִים בְּנוּגַע לַאֲחֻסָּן חֲפָצִים בַּחֲצֵרוֹת הַפְּרָטִיּוֹת,²¹⁰ וּבְאַחֲרוֹנָה אֵף מַגְבָּלוֹת לַגְּבִי עִישׁוֹן בִּיחִידוֹת הַדִּיור.²¹¹

כִּיצַד נִיתֵן לַמְּדוּד אֶת הַצְּלַחַת תִּפְקוּדָם שֶׁל בָּתִּים מְשׁוּתָּפִים וּמְתַחֲמֵי מְגוּרִים וְשֶׁל הַעֲצוּב הַמִּשְׁפָּטִי שֶׁל הַמִּשְׁטֵר הַפְּנִימִי שֶׁלָּהֶם? הַשֵּׁלֵב הָרָאוּשׁ בַּהֲעֵרְכָה כְּזוֹ מַחֲיִיב שְׂקִילָה מְפּוֹרֶשֶׁת שֶׁל הָעֵרְכִים וְהַמִּטְרָוֹת הַנּוֹרְמָטִיבִּיּוֹת שֶׁבְּבָסִיס הַרְפּוֹרְמָה הַמִּשְׁפָּטִית שֶׁהִקִּימָה אֶת הַמַּסְגֶּרֶת הַמוֹסְדִית שֶׁל בֵּית מְשׁוּתָּף אוֹ מִתַּחַם מְגוּרִים פְּרָטִי. כִּפִּי שֶׁאֵרָאָה בַּפְּסָקוֹת הַבְּאוֹת, מִטְרָוֹת אֵלֶּה צְפוּיּוֹת לִקְדָם אֶת הָעֵדְפּוֹתֵיהֶם הַסּוֹבִיֶּקְטִיבִּיּוֹת שֶׁל הַדִּיירִים, אֵךְ הֵן עֲשׂוּיּוֹת גַּם לְכַלּוֹל אֲמוֹת-מִידָה נּוֹרְמָטִיבִּיּוֹת שֶׁהַמְּחֻקֵּק קוֹבֵעַ בְּנוֹשָׂאִים כְּגוֹן מִידַת הַהִכְלָלָה הַחִבְרָתִית (social inclusion) וְהַלְגִּיטִימִיּוֹת שֶׁל מְנַגְנוֹנֵי סִינּוֹן כְּלִשָּׁהֶם, קִידוּמָה שֶׁל הַשְּׁתַּתְּפוֹת רַחֲבָה בַּקְּבֻלָּת הַחֲלָטוֹת כְּעֶרֶךְ הָעוֹמֵד בְּפָנֵי עֲצֻמוֹ, וְעוֹד. לְאַחֲר־מִכֵּן יֵשׁ לִשְׁקוֹל אֶת הַשְּׁפַעְתָּם הָאִפְשָׁרִית שֶׁל מִמְּדֵים תְּרַבּוּתִיִּים רִלוּוֹנִטִּיִּים עַל יִישׁוּם הַרְפּוֹרְמָה, וְאִם מִתְקִיִּים מִתָּאֵם – אוֹ שְׁמָא חִיכּוֹךְ – בֵּין פְּרָטִי הַעֲצוּב הַמִּשְׁפָּטִי שֶׁל הַרְפּוֹרְמָה לְבֵּין מִמְּדֵים תְּרַבּוּתִיִּים כְּגוֹן אִינְדִּיוִּדוּאָלִיזְם-קוֹלֶקְטִיבִּיזְם, פְּעָרֵי כּוּחַ וְהוֹן חִבְרָתִי. כֵּךְ, לְמִשָּׁל, יֵשׁ לְבַחֵן אֶת הָאִיזוֹן הַמְּגוּלָם בַּהֲסָדֵר הַמִּשְׁפָּטִי שֶׁל הַבֵּית הַמְּשׁוּתָּף בֵּין מְקוֹם הַתּוֹעֵלָה שֶׁל הַפְּרָט לְבֵּין הַמְּשַׁמַּעַת הַקְּבוצִית בְּנִיהוּל הַבֵּית הַמְּשׁוּתָּף, הַבָּאָה לְיָדֵי בִּיטוּי כְּלָלִי הָרֹב הַנִּדְרֵשׁ לַקְּבֻלָּת הַחֲלָטוֹת, וְזֹאת בִּיחָס לְמִימַד הַתְּרַבּוּתִי שֶׁל אִינְדִּיוִּדוּאָלִיזְם-קוֹלֶקְטִיבִּיזְם הָרוּוֹחַ בַּחֲבֵרָה זֹאת.

אֶתְחִיל אֶת הַנִּיתּוּחַ בַּבְּחִינַת הָאוֹפֵן שֶׁבוֹ דִּיירִים עֲשׂוּיִים לְהַעֲרִיךְ אֶת יַעֲלִילוֹת תִּפְקוּדוֹ שֶׁל הַמוֹסָד הַמִּשְׁפָּטִי שֶׁל הַבֵּית הַמְּשׁוּתָּף. דֶּרֶךְ אַחַת הִיא לְבַחֵן אֶת תְּגוּבָתָם הַמַּעֲשִׂית שֶׁל דִּיירִים עַל אוֹפֵן פְּעוּלָתָם שֶׁל הַגּוֹפִים הַמְּנַהֲלִים, וְזֹאת בְּאוֹפֵן יָשִׁיר, עַל-יְדֵי סְקָרִים אוֹ שְׂאֻלוֹנִים, אוֹ בְּאוֹפֵן עֲקִיף, עַל-יְדֵי בַּחֲנִינַת מַסְפָּרָם וְתוֹכָנָם שֶׁל סְכֻסָּכִים מְתוּעָדִים אוֹ שֶׁל

209 FENNELL, לעיל ה"ש 204, בעמ' 45–64.

210 לִסְקִירָה שֶׁל כְּלָלִים מַעֲיִן אֵלֶּה, וְשֶׁל פְּסָקֵי-דִין הָעוֹסָקִים בְּתוֹקְפָם הַחֻקִּי בְּמִדְיוֹנוֹת שׁוֹנוֹת בְּאַרְצוֹת-הַבְּרִית, רְאוּ: ROBERT C. ELLICKSON ET AL., LAND USE CONTROLS: CASES AND MATERIALS (4th ed. 2013), 621–639.

211 רְאוּ: Vivian S. Toy, *Upper West Side Condo Votes to Ban Smoking*, N.Y. TIMES (May 12, 2011), available at www.nytimes.com/2011/05/15/realestate/upper-west-side-condo-votes-to-ban-smoking.html?_r=0.

מעשים אחרים המבטאים חוסר שביעות-רצון.²¹² דרך אחרת, המבקשת לאמוד את היעילות המצרפית של ניהול הבית המשותף או מתחם המגורים, היא מדידת ההשפעה של אופן הפעולה המשותפת על ערכי הנכסים הפרטיים בהשוואה ליחידות דיור בבתיים או במתחמים אחרים. מחקרים אחדים טוענים לקיומה של פרמיית שוק חיובית לנכסים המצויים במתחמי מגורים כאלה, מבלי לזהות רכיב ספציפי האחראי לעליית ערך זו.²¹³ בניתוח פרטני יותר של השפעת כללי המשטר בבתיים משותפים ובמתחמי מגורים פרטיים על מחיריהן של יחידות הדיור, טוען רוג'רס (Rogers) כי כלל משטרי הקובע דרישה לרוב מיוחד בטווח שבין 66% ל-80% מבעלי הנכסים לצורך תיקון מסמכי הייסוד של האגודה יוביל לרמת מחירים גבוהה יותר בבית או במתחם לעומת דרישה לרוב רגיל, מחד גיסא, או דרישה לרוב מיוחד של 90%, מאידך גיסא.²¹⁴ כלומר, רוכשים-בכוח ייטו לראות את הטווח האמור לעיל כיוצר שיווי-משקל מיטבי שבו הניהול המשטרי לא יהיה חשוף לסחטנות חזקה של מיעוט (ומכאן הצורך לסטות מדרישה להסכמה פה אחד או קרוב לכך) אך באותה עת לא יאפשר באופן מוגזם ניצול לרעה של מיעוט על-ידי רוב מקרי (ומכאן הצורך לדרוש הסכמה לשינוי החורגת מרוב רגיל). רוג'רס טוען גם כי בעוד למגבלות מסוימות לגבי אופן השימוש ביחידות הדיור (למשל, בנוגע להצבת שלטים על-גבי יחידות הדיור או להחזקת חיות-מחמד) יש השפעה כללית חיובית על מחירי השוק של יחידות הדיור, אין פרמיה חיובית למגבלות הנוגעות בעיצובן החיצוני של יחידות הדיור.²¹⁵

מחקרים אחרים מביעים ספקנות באשר להשפעתם החיובית של כללי משטר בבתיים משותפים ובמתחמי מגורים פרטיים על ערכי הנכסים. חלק מהכותבים טוענים כי הפרמיה במחירי הנכסים תלויה במאפיינים כגון גודלן של יחידות הדיור או סגנון הבנייה שלהן, ולא במאפיינים משטריים-ארגוניים, וכי מגבלות ארכיטקטוניות עלולות אף להוביל לירידה בערכי הנכסים.²¹⁶ כותבים אחרים מטילים ספק בעצם יעילותם

212 דרך כזו תידון בחלק ד' להלן, בסקירת הספרות המתייחסת למקרה-המבחן של רוסיה.

213 ראו, למשל: Amanda Agan & Alexander Tabarrok, *What Are Private Governments Worth?*, 28(3) REGULATION 14 (2005) (המאתרים פרמיה חיובית של 5%–6% לבתיים הנמצאים במתחם מגורים פרטי בוורג'יניה הצפונית לעומת בתיים בשכונות רגילות סמוכות); DANIEL S. SCHELLER, *THE POLITICAL ECONOMY OF NEIGHBORHOOD GOVERNANCE* 42–50 (2010) (המציג עליית ערך נכסים במתחם מגורים בעיר טלהסי שבפלורידה בין השנים 2004 ו-2007 בשיעור גבוה יותר בהשוואה לנכסים סמוכים שאינם מצויים במתחם כזה).

214 ראו: William H. Rogers, *A Market for Institutions: Assessing the Impact of Restrictive Covenants on Housing*, 82 LAND ECON. 500 (2006) (להלן: רוג'רס 2006); William H. Rogers, *The Housing Price Impact of Covenant Restrictions and Other Subdivision Characteristics*, 40 J. REAL ESTATE FINAN. ECON. 203 (2010) (להלן: רוג'רס 2010).

215 רוג'רס 2006, לעיל ה"ש 214, בעמ' 509–511; רוג'רס 2010, לעיל ה"ש 214, בעמ' 218–220.

216 ראו: Jeremy R. Groves, *Finding the Missing Premium: An Explanation of Home Values within Residential Community Associations*, 84 LAND ECON. 188 (2008) (הבוחר ערכי נכסים במחוז סט. לואיס שבמדינת מיזורי בארצות-הברית).

המשטרית של ארגונים אלה, וטוענים כי ניהול עצמי אופקי של בתים משותפים עלול להוביל לייצור-יתר של טובין ושירותים ולגבייה עודפת של מיסים פנימיים מחברי הקבוצה בהשוואה לניהול חיצוני מקצועי.²¹⁷

זרם אחר בכתבה אף טוען, במיוחד בהקשר של מתחמי מגורים מגודרים (gated communities), כי פרמיות במחיריהן של יחידות הדיור אינן אלא "משחק סכום אפס" ואף גרוע מכך, שכן למתחמי מגורים כאלה יש השפעה שלילית על מחיריהן של יחידות הדיור בשכונות סמוכות שאינן מגודרות, כך שמתחמי מגורים מגודרים נשענים למעשה על ערך של "סנוביזם", הנובע מהדרה חברתית-כלכלית.²¹⁸ טיעונים אלה כרוכים בביקורת רחבה יותר כלפי סוגים מסוימים של בתים משותפים ומתחמי מגורים פרטיים, אשר מצביעה על מכלול של פרקטיקות הדרה גלויות וסמויות בארגונים כאלה,²¹⁹ ומנגידה את ההצלחה-לכאורה של מתחמי מגורים פרטיים עם הדעיכה של המרחב הציבורי העירוני.²²⁰ ברי כי גישה מעין זו הופכת את הדיון ביעילות תפקודם של מנגנונים לפעולה משותפת בבתי משותפים ובמתחמי מגורים פרטיים למורכב יותר, משום שהיא מחייבת להביא בחשבון גם רכיבים של החצנות אפשריות בעיצוב הפרדיגמות הראויות במשפט הפרטי.

בהתאם לכך, במסגרת הערכת תפקודו של משטר הניהול בבית המשותף יש לתת את הדעת ליישום כלל המטרות והערכים שבבסיס עיצובו של המשטר המשפטי. כך, למשל, האם הצלחתו של משטר הניהול של הבית המשותף נמדדת בעיקרה במקסום שווי השוק של יחידות הדיור בבניין, ואם כך, האם אנו מתמקדים רק במקסום התועלת המצרפית או שמא גם בחלוקת הערך בין הדירות השונות? האם השתתפות רחבה של הדיירים בקבלת ההחלטות הינה ערך העומד בפני עצמו לפי תפיסתה של הרפורמה המשפטית, והאם הדיירים שותפים לעמדה זו? האם הציפייה היא שגופים מנהלים של בתים משותפים ומתחמי מגורים יקטינו ככל האפשר את התלות בהספקת שירותים ממשלתיים? אילו סוגי הדרה בהליכי הקבלה לבית המשותף או למתחם המגורים נתפסים כפסולים מבחינה נורמטיבית? שיקולים אלה עשויים כמובן לחרוג מגדר ההעדפות הסובייקטיביות של הדיירים, אך ככל שמאפיינים אלה מהווים חלק מהעיצוב הנורמטיבי של הטיפוסים

217 ראו: Laura Langbein & Kim Spotswood-Bright, *Efficiency, Accountability, and Private Government: The Impact of Residential Community Associations on Residential Property Values*, 85 SOC. SCI. Q. 640 (2004).

218 Renaud Le Goix & Elena Vesselinov, *Gated Communities and House Prices: Suburban Change in Southern California, 1980–2008*, 37 INT'L J. URB. & REGIONAL RES. 2129, 2144–2146 (2013).

219 Constance Rosenblum, *Co-ops Chill, Condos Don't*, N.Y. TIMES, Jan. 24, 2014, למשל: at RE1, available at www.nytimes.com/2014/01/26/realestate/co-ops-chill-condos-dont.html (הבוחנת מגמות נוכחיות במנגנונים של בחירת הדיירים בבתי משותפים ובבנייני קר-אופ בניו-יורק).

220 Paula A. Franzese, *Privatization and Its Discontents: Common Interest Communities and the Rise of Government for "the Nice"*, 37 URB. LAW. 335 (2005).

האידיאליים של פעולה משותפת מעין זו, יש להביאם בחשבון בהערכת יישומה של הרפורמה המשפטית.

התבוננות רחבה זו על המפעל הנורמטיבי של כינון גופי ניהול על-מנת לאפשר פעולה משותפת ארוכת-טווח בין שכנים בבניינים רבי דירות משליכה גם על תפקידם של ממדים תרבותיים ועל יכולתה של הרפורמה המשפטית לחולל שינוי מקטעי באופני ההתנהלות בין פרטים, לפחות ככל שהדברים אמורים בארגונים לפעולה משותפת מעין אלה, מקום שעלול להיווצר חיכוך בין הנורמה המשפטית לבין המימד התרבותי הרלוונטי.

כך, לדוגמה, אם העיצוב המשפטי של משטר הניהול בבתים משותפים בחברה שהתאפיינה עד כה בתפיסה תרבותית קולקטיביסטית מבקש עתה לעודד בעלי יחידות להשקיע מאמץ אישי ומקורות כספיים פרטיים בדירותיהם, וכן לתרום הון ומאמץ לטובת הרכוש המשותף, אזי רפורמה משפטית כזו תידרש לא רק לבטא את הלגיטימציה הנורמטיבית לקידום האינטרס הפרטי ולמקסום התועלת האישית, אלא גם להדגיש לפני נמעני הנורמות את ההכרח שבנטילת אחריות אישית, לכל-הפחות בהקשר הארגוני של הבית המשותף. בהתאם לכך, ההיבט של משמעת קבוצתית, המהווה חלק מובנה באופן זה או אחר מכל בית משותף או מתחם מגורים, צריך להיות מובדל ומובחן מתפיסות תרבותיות קודמות של קולקטיביזם. חשבו, לדוגמה, על כלל היפותטי הדורש רוב של 51% לקבלת החלטה מסוימת בנוגע לרכוש המשותף בבניין (כגון שינוי בכללי הפעילות של מתקן ספורט משותף) לעומת כלל הדורש רוב מוחלט של 90% באותו בית משותף לקבלת החלטה שעניינה איסור החזקת חיות-מחמד או השכרת דירות לגורמים חיצוניים. הבחנה זו בדרישת הרוב לקבלת החלטות עלולה להיתפס כנטולת היגיון בחברה המתאפיינת בקולקטיביזם גבוה בכל אורחות חייה, אך היא עשויה להיתפס כהיגיונית – אף אם היא מחייבת שינוי תרבותי מקטעי – בגישה של פעולה משותפת מחושבת (calculated), כזו המבקשת לאזן בין הצורך בהשגת יעילות מצרפית לבין מניעת פגיעת-יתר באוטונומיה האישית.

דינמיקה דומה תאפיין את ההשלכות האפשריות של העיצוב המשפטי של משטר ניהול בבתים משותפים על תפיסות תרבותיות בנוגע לפערי כוח או למדרג. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בארגונים לפעולה משותפת, כגון האספה הכללית והוועד המנהל הנבחר, המתאפיינים הן ביחסים בין-אישיים אופקיים והן בסוג מסוים של משטר אנכי (vertical) של קבלת החלטות. למעשה, תפיסות תרבותיות המכבדות מדרג או פערי כוח אינן סותרות בהכרח קיום משטר ניהולי אפקטיבי, במיוחד בחברות שלא ביססו עדיין מבנה ביורוקרטי יציב לארגונים מעין אלה. מנהיגות אישית וכבוד מצידם של הדיירים לאותם מנהיגים "טבעיים" הממלאים תפקידים ניהוליים בארגון עשויים לסייע בכינונה של הפעולה המשותפת, בכפוף לקיום מנגנונים מספקים של שקיפות ואחריותיות (accountability). ההתאמה התרבותית הנדרשת, המחייבת דיירים להטמיע את הרעיון של פעולה בין-אישית אופקית תוך הימנעות מגילויים חריגים של אדישות, התחמקות או טפילות ביחס לפעולה המשותפת, עשויה להיות מקודמת על-ידי רתימתה לעניין של

גרסה עדכנית של כבוד למדרג או לפערי כוח בתוך הארגון לניהול עצמי של הבית המשותף.

לבסוף, מידת ההון החברתי, ובפרט שאלת האמון בין השכנים בבית המשותף, עשויות למלא אף הן תפקיד מכריע ביישום מוצלח של רפורמה משפטית בתחום הבתים המשותפים, כך שהעיצוב המשפטי של הרפורמה צריך לאתר דרכים לעידוד התפתחותו של אמון כזה ולשמירה עליו, במיוחד בחברות שהתאפיינו בחשדנות כלפי אנשים שמחוץ למעגל הקרוב של משפחה וחברים. מנגנונים משפטיים של אחריות ושקיפות עשויים למלא תפקיד מכריע בהקשר זה. כך, למשל, ככל שהכללים בנוגע לקיומו של מניין חוקי (quorum) באספות כלליות או בישיבות הוועד המנהל מבקשות להימנע מקביעת רף גבוה מדי, אשר אי-קיומו יביא לידי שיתוקה של הפעולה המשותפת, דרישות דיווח ברורות להחלטות שהתקבלו, גם במניין חוקי צנוע יותר, עשויות לסייע בבנייתו ההדרגתית של אמון בין דיירי הבית המשותף. אדגים את מהלך הדברים הזה בסעיף הבא.

2. רפורמה משפטית ושינוי תרבותי מקטעי – בתים משותפים ברוסיה

במסגרת מאמר זה לא אוכל להידרש לניתוח השוואתי מקיף של רפורמות משפטיות בתחום של בתים משותפים ומתחמי מגורים פרטיים. במקום אחר אני עומד בהרחבה על השינוי במאפייניו של אתגר הפעולה המשותפת בהקשר של מדינה דוגמת ארצות-הברית – שבה כינונו המשפטי של הבית המשותף ומתחמי מגורים דומים מחייב לכאורה מעבר משליטה פרטנית חזקה בבית המגורים למשטר הכולל יסודות ניכרים של שליטה קבוצתית וגריעה לכאורה מחירויות הפרט – לעומת כלכלות המצויות בתהליכי מעבר ביניהן סין ורוסיה, שבהן העברת האחריות משליטה ציבורית מוחלטת לניהול עצמי על-ידי קבוצת הדיירים כרוכה באתגר של יצירת תשתית לפעילות מבוזרת.²²¹ כאן אעסוק במקרה-המבחן של רוסיה, העומד במרכז ספרו של פרוקצ'יה, ואתמקד באתגרי הפעולה המשותפת בבתי משותפים לנוכח מחקרים תיאורטיים ואמפיריים שנדרשו לנושא זה. הפרטת תחום הדיור ברוסיה החלה זמן קצר לאחר קריסתה של ברית-המועצות, כאשר נחקק בשנת 1991 חוק שהעניק למשקי-בית ברוסיה זכות חד-פעמית לקבלת יחידת דיור באמצעות שיטה של שוברים. כך, דיירים ששכרו דירות מהמדינה במהלך התקופה הסובייטית קיבלו בעקבות החוק את זכות הבעלות באותה דירה בלי צורך בתשלום משמעותי. כתוצאה מכך, בפרק-זמן קצר יחסית, הופרטו רוב יחידות הדיור הקיימות ברחבי רוסיה.²²²

221 ראו: Amnon Lehari, *Law, Collective Action and Culture: Condominium Governance in Comparative Perspective*, 23(2) ASIA PAC. L. REV. 7 (2015).

222 לסקירה של הרפורמות ברוסיה בתחום הקרקעות החל בתחילת שנות התשעים, הן בהקשר העירוני והן בהקשר הכפרי-החקלאי, ראו, למשל: Mikhail Berezin et al., *The Russian Federation*, in HOUSING PRIVATIZATION IN EASTERN EUROPE 79 (David Clapham et al eds., 1996); Zvi

אף שהחוק משנת 1991 נדרש לסוגיית האחריות הכספית המשותפת של בעלי הדירות לניהול הרכוש המשותף, הוא לא העניק במפורש לדיירים זכות קניין ברכוש זה. דבר זה יצר חיכוכים תכופים עם רשויות מקומיות, אשר ביקשו לשמר את השליטה בהליכי הניהול.²²³ רק בעת חקיקת קודקס הדיור (Zhilishchnyi kodeks) בשנת 2005 נקבע עיקרון מפורש בדבר בעלות קולקטיבית של בעלי יחידות הדיור ברכוש המשותף בבית, ומעבר לכך נוצרה גם התשתית המשפטית והארגונית לניהול עצמי של בתים משותפים.²²⁴ הקודקס נותן בידי בעלי הדירות שלוש אפשרויות לניהול משותף של הבניין: (1) ניהול על-ידי הדיירים בלי כינונו של גוף ניהול פורמלי ובהסתמך על חוזים להספקת שירותים; (2) ניהול עצמי על-ידי הקמת ארגון פורמלי המאגד את בעלי הדירות בבניין (tovarishchestvo sobstvennikov zhil'ia) – זהו מוסד ה־homeowner association, שאכנה אותו כאן "ארגון לניהול עצמי מלא" או "ארגון בעלי דירות"; (3) מינוי חברת ניהול חיצונית-מקצועית. אף שהנתונים משתנים בין ערים שונות ברוסיה, שיעורם של הארגונים לניהול עצמי מלא של הבית המשותף הופך אותם לחלופה משמעותית. כך, למשל, בסנקט-פטרבורג נהלו כבר בשנת 2006, סמוך לאחר חקיקת הרפורמה, כ-25% מהבניינים רבי הדירות בידי ארגונים לניהול עצמי מלא.²²⁵ לפי נתונים שפרסם משרד הבינוי והשיכון הרוסי בשנת 2014, ארגונים לניהול עצמי מלא הוקמו ב-9.6% מתוך כ-2.4 מיליון הבתים המשותפים הקיימים כיום ברוסיה.²²⁶ נקודה ראויה לציון באשר למניעי הרפורמה בשנת 2005 קשורה לגישתם העקרונית של השלטונות ברוסיה, ובכלל זה של בית-המחוקקים, לארגוני בעלי דירות. דומה כי הממשל הרוסי נוטה לראותם כגופים לא-פוליטיים, כאלה שאינם קשורים לתנועות מחאה חברתיות או לצורות אחרות של ביטוי פוליטי, אלא כגופים הפועלים לא למטרת רווח כדי לספק שירות מסוים במגזר הפרטי. ככאלה הם נתפסים באופן כללי כמתורכים בין המדיניות הממשלתית לכלכלת השוק.²²⁷ ברי כי בעידן של פעולה מתמדת מצד

Lerman & Natalya Shagaida, *Land Policies and Agricultural Land Markets in Russia*, 24 LAND USE POL'Y 14 (2007); DAVID J. O'BRIEN & VALERY V. PATSIORKOVSKY, MEASURING SOCIAL AND ECONOMIC CHANGE IN RURAL RUSSIA: SURVEYS FROM 1991 TO 2003 (2006); Stephen K. Wegren, *Land Reform in Russia: What Went Wrong?*, 24 POST-SOVIET AFF. 121 (2008).

223 ראו: ROSA VIHAVAINEN, HOMEOWNERS' ASSOCIATIONS IN RUSSIA AFTER THE 2005 HOUSING REFORM 69–74 (2009).

224 שם, בעמ' 15, 89–90. לנוסח הרשמי של הקודקס ברוסית, הכולל סדרה של תיקונים שהתקבלו במהלך השנים, ובכלל זה כאלה שנחקקו ביולי 2014, בעיקר בנוגע לאסדרה על חברות ניהול מקצועיות, ראו באתר משרד השיכון הרוסי: www.rg.ru/sujet/795/ (רוסית).

225 VIHAVAINEN, לעיל ה"ש 223, בעמ' 86–87, 98–99.

226 לפי נתונים אלה, 38.24% מהבתים המשותפים בחרו בחלופה של ניהול מקצועי, 40% בחרו בחלופה של ניהול ישיר תוך חתימה על חוזה שירותים, ו-12.16% טרם בחרו בסוג המסטר. משרד הבינוי והשיכון הרוסי "כיוונים לשיפור מגזר המגורים" (מרץ 2014) (עותק שמור במערכת) (רוסית).

227 שם, בעמ' 20–23.

הממשל הרוסי לצמצום חופש הביטוי והמחאה הפוליטית ברוסיה, נטרולם של רכיבים פוליטיים אפשריים סייע בקידום הרפורמה בתחום הקניין הפרטי. ניתן אף לטעון כי גישה זו מתיישבת עם מגמה רחבה יותר ברוסיה, אשר לה טוענים שלפנטוק (Shlapentokh) וארטוניאן (Arutunyan) בספרם שראה אור באחרונה. לשיטתם, בעידן שלטונו של הנשיא ולדימיר פוטין נעשה שימוש במוסד הקניין הפרטי לא רק ככלי המספק מרחב של חירות אישית, אלא גם כמכשיר לדיכוי התנגדות פוליטית ולהעצמת אחיזת הממשל בהיבטים שונים של חיי החברה והכלכלה.²²⁸ לא אכנס כאן לדיון הנרחב בדבר הזיקה הכוללת שבין רפורמות בתחום הקניין לבין המציאות הפוליטית ברוסיה, אך נראה, כאמור, שארגוני בעלי דירות נותרים מחוץ לליבת הוויכוח בנושא זה. כן ראוי לציין, באופן כולל יותר, כי בניגוד לצמיחה ההדרגתית של כלכלת השוק המאפיינת את סין, למשל, ובכלל זה בתחומי הדיוור, הקניין הפרטי והניהול העצמי של בתים משותפים,²²⁹ הרפורמות הכלכליות ברוסיה היו נגועות כבר בתחילת הדרך בבעיות חמורות של שחיתות וצמיחת מעמד מצומצם של "קלפטוקרטים", אשר בזזו הלכה למעשה נכסים ציבוריים לשעבר.²³⁰ לאחר-מכן, בעידן הנשיא פוטין, ננקטו צעדי נגד נוקשים שנועדו להחזיר למדינה שליטה בפעילות הכלכלית.²³¹ אך לפי הטענה, המשטר הקלפטוקרטי ברוסיה רק שינה כיום צורה, כך שמקורביו של פוטין השתלטו על פעילותם של התאגידים הגדולים ברוסיה, תוך ניגוד עניינים חריף.²³² אחת התוצאות המרכזיות של מצב עניינים זה היא העדר צמיחה עקבית ויציבה של מעמד-ביניים ברוסיה.²³³ צמיחה כזו נחוצה ליישום מוצלח של רפורמה בתחום הפרטת הדיוור ולקיום פעולה משותפת מבוזרת ו"מחושבת" מצידם של פרטים המבקשים לקדם תועלת אישית דרך הפעולה המשותפת. אם כן, רפורמת הדיוור ברוסיה נועדה לקדם התנהלות צרכנית פעילה של פרטים ולעודד פעולה משותפת לניהול עצמי של בתים משותפים, אולם היא לא נשענה על בסיס מוצק.

228 ראו: VLADIMIR SHLAPENTOKH & ANNA ARUTUNYAN, FREEDOM, REPRESSION, AND PRIVATE PROPERTY IN RUSSIA 6–8, 188–190 (2013).

229 לסקירת מצב העניינים בסין ראו, למשל: Lei Chen & Mark D. Kielsgard, *Evolving Property Rights in China: Patterns and Dynamics of Condominium Governance*, 2 CHINESE J. COMP. LAW 21 (2014).

230 ראו Black et al., לעיל ה"ש 66, בעמ' 1746–1747.

231 ראו: David Lane, *Russia's Asymmetric Capitalism in Comparative Perspective*, in MEDIA, CULTURE AND SOCIETY IN PUTIN'S RUSSIA 181, 199–201 (Stephen White ed., 2008); Jeffrey Kahn, *Freedom of Expression in Post-Soviet Russia*, 18 U.C.L.A. J. INT'L L. & FOREIGN AFF. 1 (2013).

232 ראו: KAREN DAWISHA, PUTIN'S KLEPTOCRACY: WHO OWNS RUSSIA? 331–339 (2014).
233 ראו VIKHAYINEN, לעיל ה"ש 223, בעמ' 84–85. לדיווח על מצבו הנוכחי של מעמד-הביניים ברוסיה ראו: Alexey Eremenko, *Russia's Growing Middle Class in for a Scare*, THE MOSCOW TIMES (May 21, 2014) available at www.themoscowtimes.com/business/article/russias-growing-middle-class-in-for-a-scare/500635.html

בבחינת תנאי-הרקע ליצירת תמריצים פרטיים כתוצאה מהרפורמה וליכולתה להניע פרטים לנקוט פעולה משותפת בניהול בתים משותפים ומתחמי מגורים, יש לתת את הדעת גם לכך שבעידן הסובייטי שיעור הוודאות מנקודת-מבטו של הדייר בכל הנוגע בהבטחת מקום מגוריו היה דווקא גבוה. שכר-הדירה הציבורי היה ככלל נמוך, ותעסוקה (במגזר הציבורי, מן הסתם) הבטיחה בדרך-כלל לדייר את המגורים בדירה למשך כל ימי חייו, כמעט ללא חשש שהוא יידרש לפנותה. מכאן שבתקופה זו נהגו דיירים לראות את הדירה שבה גרו כ"שלהם" גם בהעדר זכות פורמלית. יתר על כן, כתוצאה ממהלך ההפרטה ללא תשלום שהחל בתחילת שנות התשעים, נוצר ברוסיה מעמד גדול של "בעלי דירות עניים", רבים מהם גמלאים, בלי מקורות כספיים משמעותיים למעט דירת המגורים. במצב עניינים זה קשה עד-מאוד לארגן ולשמר בית משותף המתפקד היטב, במיוחד בבניינים מהעידן הסובייטי, המחייבים תכופות תיקונים נרחבים במיוחד עקב ההזנחה המתמדת של שטחים ומתקנים משותפים שאפיינה את העידן הסובייטי.²³⁴ יצוין בהקשר זה כי סקרי דעת-קהל שנערכו ברוסיה בסוף שנות התשעים הראו ככלל התנגדות רבה יותר לרפורמות בקרב תושבים בעלי רמת הכנסה נמוכה, כולל כאלה שנהפכו לבעלי דירות, אשר הביעו חשש מיוחד מפני עליית תעריפיהם של השירותים והתשתיות והצורך לשאת בתשלומים אלה.²³⁵

נתח מרכזי משוק הדיור הרוסי הוא עדיין מאגר הבניינים שנבנה בתקופה הסובייטית, וניתן לאתר הבדלים דרמטיים בין בניינים ישנים אלה לבין בניינים חדשים (דהיינו, אלה שנבנו לאחר עידן ההפרטה) ביכולת הניהול העצמי במונחים של הון כספי והון חברתי. ככלל, בבתים משותפים שנבנו למן תחילת שנות האלפיים בעלי הדירות רוכשים אותן במחירי שוק, ולפיכך דיירי הבתים המשותפים הללו מתאפיינים בהומוגניות חברתית-כלכלית, אשר מקילה יצירת הון חברתי בין הדיירים, על-אף מספרן הגדול של יחידות הדיור הקיימות בדרך-כלל בבתים כאלה. מעבר לכך, בבניינים החדשים ארגון בעלי הדירות מוקם כבר בשלב הבנייה על-ידי היזם, כך שהדיירים אינם נדרשים להשקיע זמן ומאמץ כדי לכוון את המסגרת המוסדית של ניהול הבית. יוער גם כי חלק מהפרויקטים החדשים הם מגודרים, דבר המגביר לפחות באופן סמלי את זיקתם של בעלי יחידות הדיור לנכסים המשותפים בתוך הבניין או מתחם המגורים.²³⁶

לעומת זאת, אתגר הניהול העצמי משמעותי יותר בבניינים מהתקופה הסובייטית, המתאפיינים ברמת הטרוגניות גבוהה יותר של הדיירים, שכן בניין כזה עשוי לכלול שוכרים-לשעבר שקיבלו את זכות הבעלות בדירה דרך שיטת השוכרים, רוכשים של דירות כאלה בשוק החופשי (העשויים לחפוף ברכישת דירה בבניין כזה משיקולים של מיקום או מוניטין – למשל, במרכז ההיסטורי של סנקט-פטרבורג), וכן דיירים בדירות

234 Vihavainen, לעיל ה"ש 223, בעמ' 11–15.

235 ראו "הרפורמה בדיור ובשירותים משותפים בעיני תושבי רוסיה" (דוח לא מתוארך), זמין בכתובת

[www.zircon.ru/upload/iblock/507/Reformy_zhilishno-](http://www.zircon.ru/upload/iblock/507/Reformy_zhilishno-kommunalnogo_hozjajstva_v_ocenkeh_rossijan.pdf)

[kommunalnogo_hozjajstva_v_ocenkeh_rossijan.pdf](http://www.zircon.ru/upload/iblock/507/Reformy_zhilishno-kommunalnogo_hozjajstva_v_ocenkeh_rossijan.pdf) (רוסית).

236 Vihavainen, לעיל ה"ש 223, בעמ' 127–132, 173–174.

קומונליות מהעידן הסובייטי (דהיינו, דירה שבה גרות במשותף כמה משפחות החולקות ביניהן את חדרי השירות בדירה), אשר אינם חברים באופן רשמי בארגון בעלי הדירות אך מטבע הדברים עושים שימוש ברכוש משותף, כגון חללי המעבר בבניין.²³⁷ בתים משותפים כאלה עלולים להיות חשופים לבעיות כגון חשדנות מצד דיירים בהליך הקמתו בדיעבד של ארגון בעלי דירות, כדי לעמוד בדרישות הרפורמה לפי קודקס הדיור משנת 2005; לחצים מצד גורמים חיצוניים, כגון גופים ממשלתיים, העשויים לנסות להשתלט על שטחים משותפים; טפילות מצד דיירים כאשר נדרשת תרומה כספית או אחרת לצורך תחזוקת הרכוש המשותף, במיוחד לנוכח מנגנוני האכיפה החלשים בקודקס הדיור; שיעור השתתפות נמוך של דיירים בקבלת החלטות, ועוד.²³⁸

כמו-כן, דיירים בבניינים מהתקופה הסובייטית נאלצים תכופות להתמודד עם הידרדרות התשתית הפיזית של הבניינים. לפי נתונים עדכניים, כמחצית מהבתים המשותפים ברוסיה שנבנו בתקופה הסובייטית זקוקים לשיפוץ כללי, בעלות כוללת של 3.6 טריליון רובל. השלטון המרכזי ברוסיה, יחד עם רשויות אזוריות ומקומיות, ייסד קרן לסיוע כספי לביצוע פרויקטים לשיקום בניינים החל בשנת 2008, אך רוב הפרויקטים טרם בוצעו.²³⁹ סקר שנערך בשנת 2014 בין בעלי דירות בבתים משותפים מעלה כי 41% מהנשאלים סבורים כי על הממשלה לשאת בהוצאות הפרויקטים הללו, ורק 12% סברו כי זו אחריותם האישית של הדיירים לממן את פרויקט השיקום.²⁴⁰

למרות כל האמור לעיל, מחקרים אמפיריים אחדים שנערכו ברוסיה מצביעים על הצלחה מסוימת בניהול העצמי של בתים משותפים, כזו העשויה להעיד גם על תמורות תרבותיות מקטעיות – אף אם אין הן בהכרח יציבות או מתקיימות בכל הארגונים – בפעולתם המשותפת של בעלי דירות בנוגע לממדים תרבותיים של אינדיבידואליזם, פערי כוח וצמיחתו של הון חברתי.

לעיתים התמריץ לכינונו בפועל של ארגון בעלי דירות נוצר כתוצאה מהתנגדותם של דיירים לאיומים חיצוניים, כגון נסיונות מצד גופים ממשלתיים מקומיים או צדדים פרטיים מחוץ לבניין להשתלט על שטחים משותפים בבניין או להשתמש בהם הלכה למעשה. הקרקע המקיפה את הבניין מהווה מוקד תכוף לחיכוכים כאלה, וכינון פורמלי של ארגון בעלי דירות מאפשר לדיירים לנהל בפועל שטחים כאלה, לגדר אותם, לסלול בהם מקומות חניה, ולהקצות ביניהם את מקומות החניה על-ידי השכרתם או מכירתם לאחר הליך פנימי של מכרז.²⁴¹ במובן זה, הרפורמה המשפטית משנת 2005 הפכה את הדיירים למודעים לזכויותיהם האישיות ולנתח הקנייני והכספי שלהם ברכוש המשותף,

237 שם, בעמ' 127–129, 222–223.

238 שם, בעמ' 224–235.

239 משרד הבינוי והשיכון הרוסי, לעיל ה"ש 226, בעמ' 9.

240 ראו הקרן לרפורמה בדיור ובשירותים משותפים, דוח מיום 29 ביולי 2014, זמין בכתובת fondgkh.ru/data/2014/07/29/1234445483/BIQIOM.pdf (רוסית).

241 Rosa Vihavainen, *Common and Dividing Things in Homeowners' Associations*, in: POLITICAL THEORY AND COMMUNITY BUILDING IN POST-SOVIET RUSSIA 139, 140–142 (Oleg Kharkhordin & Risto Alapuro eds., 2011).

באופן שהפך רכוש זה משטח הפקר לטובין המנוהלים כ-club goods. ערכם הכספי הגבוה של מקומות החניה, והצורך לנקוט פעולה כדי להבטיח את הותרתו של נכס זה בידי דיירי הבית, יצרו תמריץ חזק לכינון הפעולה המשותפת.

היוזמות לפעולות מעין אלה מקודמות בדרך-כלל על-ידי קבוצה קטנה יחסית של דיירים, המסוגלת להניע דיירים אחרים להצטרף לפעולה או לכל-הפחות לקבל מהם לגיטימציה מתמשכת לביצועה. באופן לא-מפתיע, הדומיננטיות הלכה למעשה של "מנהיגים" אלה מאפיינת גם את הניהול השוטף של הבית המשותף.²⁴² כך, בעוד לפי קודקס הדיור ארגון בעלי הדירות מורכב מהאספה הכללית, מועד מנהל נבחר ומוועדת בקרה תקציבית (שחבריה נבחרים ישירות על-ידי האספה הכללית ואינם נמנים עם חברי הוועד המנהל), בפועל שיעור ההשתתפות הנמוך בישיבות, שאינו עומד בדרישות הקוורום הפורמליות,²⁴³ מוביל להסתמכות רבה של הדיירים על מנהיגות הוועד המנהל, ובפרט על יושב-ת-הראש הוועד. כפי שמציין ויאוונין (Vihavainen) במחקרה על ניהול עצמי של בתים משותפים בסנקט-פטרבורג, ליושבי-הראש של הוועדים יש ככלל אישיות דומיננטית, והם זוכים בכבוד מצידם של הדיירים האחרים. אך מצב עניינים זה אינו מוביל הלכה למעשה לעריצות. יושבי-ראש רבים רואים בהשתתפות ובהספקת מידע עדכני ומספק לדיירים עניין של כבוד, הנדרש גם לשם קבלת לגיטימציה מתמדת מצד הדיירים. החלטות פורמליות מתקבלות לעיתים תכופות על-ידי הצבעה בכתב (שהוא הליך מותר לפי קודקס הדיור), ולא בכינוס ובדיון בעל-פה של אספת הדיירים. גם כאשר קבלת ההחלטות אינה מצייתת לחלוטין לדרישות הפורמליות שהקודקס קובע, הדיירים זוכים ככלל לקבל את המידע הרלוונטי, מראש ולאחר מעשה, בערוצי תקשורת שונים.²⁴⁴

הדינמיקה הנוהגת בניהול העצמי של הבתים המשותפים עשויה ללמד אפוא על תמורה מקטעת במימד התרבותי של פערי כוח בהקשר של פעולה משותפת מסוג זה ברוסיה. בעוד שהעידן הסובייטי התאפיין בניהול המבוסס על מדרג וסמכות לכל רוחב החזית, הצורות המעשיות של פעולה משותפת המתגבשות תכופות בבתים המשותפים, על רקע הרפורמה המשפטית, נשענות במידה רבה על כבוד למנהיגות אך בה-בעת גם על התניית הלגיטימציה לסוג כזה של הפעלת כוח בקיום מנגנון של דין-וחשבון וברמה סבירה של שקיפות כלפי חברי האגודה. עם זאת, אין משמעות הדברים, כמובן, שכך

242 במקום אחר עמדתי – בהקשר של פעולה משותפת של קבוצות שכנים הפועלים בפארקים ובגינות ציבוריות בעיר ניו-יורק – על הדינמיקה של ייזום פעולה משותפת על-ידי דמויות דומיננטיות וקבלת לגיטימציה מתמשכת מדיירים אחרים בשכונת המגורים לנקיטת פעולות קולקטיביות המיועדות לשימור האינטרסים של קבוצת הדיירים. ראו: Amnon Lehari, *Property Rights and Local Public Goods: Toward a Better Future for Urban Communities*, 36 URB. LAW. 1, 33–40 (2004).

243 ראו המכון לכלכלה אורבנית (Fond Institut Ekonomiki Goroda) "ניתוח הפרקטיקות של ארגוני בעלי דירות המנהלים בתים משותפים" (2011), זמין בכתובת www.ombudsman.mos.ru (רוסית).

244 Vihavainen, לעיל ה"ש 241, בעמ' 145–148.

הדברים מתנהלים תמיד בניהול בתים משותפים ברוסיה; ארגונים כאלה בקנה-מידה גדול יותר עלולים בהחלט ללקות בהעדר שקיפות בקבלת החלטות.²⁴⁵

במחקר אמפירי שנעשה באחרונה בקרב ארגוני בעלי דירות בערים מוסקבה ופרם (Perm) מצאו בוריסובה (Borisova) ושותפיה לכתיבה כי משתנה מרכזי המנבא ניהול עצמי מוצלח של אגודות בעלי דירות בבתי משותפים הוא מה שהם מכנים "כשירות אזרחית טכנית" (technical civil competence), המהווה צורה מיוחדת של הון חברתי המאפשרת לדיירים לקיים פיקוח אפקטיבי על פעילותם של הגופים הניהוליים.²⁴⁶ לפי מידע המבוסס על סקרים, כשירות אזרחית טכנית נמדדת על-ידי בעלי דירות החברים בארגונים אלה בעיקר לפי התפיסה העצמית שלהם בנוגע לרמת מעורבותם בהליך קבלת ההחלטות של האגודה ובנוגע למידת יכולתם להישמע בהליכים אלה. רמה גבוהה של הון חברתי מסוג זה משפיעה לחיוב על הערכתם בדבר תפקודה של האגודה.²⁴⁷

מחקר זה מראה גם כי למעורבות של חברת ניהול מקצועית יש השפעה שלילית על המימד של כשירות אזרחית טכנית, כך שבתיים משותפים בניהול עצמי נוטים לתפקד טוב יותר. ראוי לציין גם כי חברי האגודות אינם מעריכים את מידת האחריות של משטר הניהול על-סמך התדירות הפורמלית של כינוס אספות כלליות ושיעור ההשתתפות בהן, אלא בהסתמך על הערכה כוללת יותר של איכות הפרקטיקות המשטריות, ובכלל זה הפצת מידע רלוונטי לחברי האגודה.²⁴⁸ לפיכך, אף שהרמה הכוללת של כשירות אזרחית טכנית אינה משביעת-רצון במקרים רבים, ממצאים אלה מצביעים גם הם על הרלוונטיות של תמורות מקצועיות באופנים אלה של פעולה משותפת, ועל האופן שבו ממדים של אינדיווידואליזם, פערי כוח והון חברתי משתנים לאורך זמן.

ממצאים נוספים מלמדים גם על חשיבות האופנים שבהם מופעלות פרקטיקות משטריות בצל הכללים הפורמליים של המשפט. פרקטיקות אלה מכוונות לעיתים לפצות על חולשתם של מנגנוני אכיפה סטטוטוריים או שיפוטיים. דברים אלה באים לידי ביטוי, למשל, בצעדים שגופים מנהלים נוקטים נגד התופעה הרווחת של טפילות המתבטאת באי-תשלום מיסי האגודה. כאן, למשל, לדומיננטיות של יושב-ת-הראש של הוועד עשויה להיות חשיבות מיוחדת בשכנוע חברים – תכופות לצד איום בנקיטת הליכים משפטיים – לשלם לפחות חלק מחובותיהם לאגודה. במקרה אחד בסנקט-פטרבורג החליט הוועד המנהל לפטור מחובת התשלום גמלאים עניים כאות הוקרה בדיעבד להקרבה שנקטו בעת המצור של צבא גרמניה הנאצית על לנינגרד במלחמת-העולם השנייה. החלטה זו הונעה הן משיקולים מעשיים והן מהרצון לנקוט אקט סמלי שיסייע

245 שם, בעמ' 146–147.

246 ראו: Ekaterina Borisova, Leonid Polishchuk & Anatoly Peresetsky, *Collective Management of Residential Housing in Russia: The Importance of Being Social* 42(3) J. COMP. ECON. 609, 624–626 (2014).

247 שם, בעמ' 620–622.

248 שם, בעמ' 624–627.

בבניית אמון בין דיירי הבית המשותף.²⁴⁹ ארגוני בעלי דירות אחרים נוקטים אף הם צעדים בעלי השלכות מעשיות וסמליות בבנייה ההדרגתית של תקשורת בין-אישית, אמון והיבטים אחרים של הון חברתי, כגון ייסוד אתר במרשתת או ערוץ טלוויזיה פנימי, הקמת פינות הוקרה לאנשים בעלי תפקיד מרכזי בפיתוח הבניין, או אף עיצוב דגל ייחודי לאגודה והנפתו על גג הבניין.²⁵⁰

עם זאת, דיירי בתים משותפים ברוסיה ניצבים עדיין בפני אתגרים ניכרים בנושא הפעולה המשותפת, והרפורמה המשפטית בתחום אינה מתפקדת באותו אופן בשכונות שונות ובערים שונות. בהתאם לכך, בשנים האחרונות ניכר לחץ גובר מצד תושבים על רשויות מקומיות להקים פרויקטים ציבוריים של דיור להשכרה שישחררו את הדיירים מהצורך לדאוג לתחזוקת הבניין שהם גרים בו.²⁵¹ לגבי אזרחים רבים ברוסיה, העיצוב המשפטי מלמעלה למטה של בעלות פרטית וניהול עצמי של בתים משותפים, כטיפול אידיאלי של פעולה משותפת להסדרת דיור במרחב העירוני, מתברר כמאתגר יתר על המידה. הצלחתה של הרפורמה חלקית אפוא, ונראית תלויה במכלול הנסיבות המאפיינות בית משותף מסוים, ובכלל זה באופן שבו דיירי מגיבים על שאיפתה של הרפורמה לכונן סוג חדש של פעולה משותפת, לנוכח הצורך המעשי בשינוי תרבותי מקטעי.

סוף דבר

ספרו של פרוקצ'יה הינו פורץ-דרך בהבנת הקשרים המורכבים שבין משפט פרטי, כלכלת שוק ותרבות. במאמר זה ביקשתי לבחון את נתיב הדיון הזה ולהציע גישה חדשה העשויה לסייע בהעשרתו ובפיתוחו. מקרה-המבחן של רוסיה, שבבסיס ספרו של פרוקצ'יה, מהווה דוגמה מרתקת לסוגיות שבבסיס הדיון. תקוותי היא כי ההתמקדות בפרטיו של ההליך החקיקתי, בתפקידים הייחודיים של ארגונים במשפט הפרטי כבסיס לפעולה משותפת, ובזיהוי האופנים שבהם עשויות להתחולל תמורות מקטעיות בממדים תרבותיים רלוונטיים תקדם את המסגרת התיאורטית בהקשר זה ותיצור בסיס להמשך חקירת הקשר הדינמי בין משפט, כלכלה ותרבות. פיתוחו של המשפט הפרטי בהקשר של פעולה משותפת אינו נעשה בדרך של אימוץ מודל שכבר קיים בשיטה זו או אחרת. זהו תהליך הכרוך בשיקולים נורמטיביים

249 Vihavainen, לעיל ה"ש 241, בעמ' 151–153.

250 ראו שם; Oleg Kharkhordin, *Conclusion: Commonality at Different Levels – Infrastructures of Liberty, in* POLITICAL THEORY AND COMMUNITY BUILDING IN POST-SOVIET RUSSIA (2011), 210–211 (Oleg Kharkhordin & Risto Alapuro eds., 2011).

251 ראו: Elena Somina & Frances Heywood, *Transformation in Russian Housing: The New Key Roles of Local Authorities*, 13 INT'L J. HOUSING POL'Y 312, 317–318 (2013).

ופונקציונליים מורכבים, כאלה המזהים את תפקידם הייחודי של מחוקקים בגיבוש עמדה ביחס לפרדיגמות של פעולה משותפת ובעיצוב משטרים משפטיים שיאפשרו להגשים אופני פעולה אלה, תוך הותרת מרחב ניכר לצדדים פרטיים לתפור למידותיהם את תנאי היחסים המשפטיים הבין-אישיים שיהיו תקפים לגביהם. באותה עת, רפורמות במשפט הפרטי הנוקטות הליכים כאלה צפויות לכישלון אם הן אינן נדרשות לשאלת ההתאמה או החיכוך האפשרי בין אופני הפעולה המשותפת שההסדר המשפטי משווה לנגד עיניו לבין אמונות, תובנות וערכים תרבותיים קיימים השולטים בהתנהלות הבין-אישית בחברה. תובנה זו מחייבת הכרה מקרוב של עקרונות העיצוב הפרטניים של הרפורמה המשפטית, של הממדים התרבותיים העשויים להיות רלוונטיים במיוחד לאופנים השונים של הפעולה המשותפת, ושל הדרכים שבהן מוסדות וארגונים שונים יכולים לתווך בין הרפורמה המשפטית לבין השינוי התרבותי הנדרש.

הניתוח שהוצע במאמר מדגיש את התפקיד המרכזי שארגונים רבי משתתפים לפעולה משותפת, דוגמת תאגידים עסקיים או ארגוני בעלי דירות, עשויים למלא כ"איים" של משטר בזירה שוקית של פעולה משותפת מבוזרת, וכיצד מובלעות ארגוניות מעין אלה עשויות לסייע בקידום שינויים מקטעיים בממדים תרבותיים רלוונטיים כגון אינדיווידואליזם-קולקטיביזם, פערי כוח והון חברתי. סוגיות אלה ראויות לדיון נרחב יותר בהקשרים נוספים של ארגונים לפעולה משותפת, כגון ארגוני עובדים או אגודות מקצועיות. המסגרת המוצעת כאן עשויה להאיר את הזיקה שבין שינוי משפטי לתמורה תרבותית גם בענפים אחרים של המשפט הפרטי. אותיר מלאכה זו למועד אחר.

