

על הרוחני שבמשפט

אוריאל פרוקצ'יה*

תורת המשפט, שנלמדה באוניברסיטאות לפני שנות דור, פשטה מזמן את הרגל. כיום רווחת התובנה, שלא רווחה אז, שפני המשפט אינם ניתנים לפענוח, כאותו בור המתמלא מחולייתו, מתוך כללי המשפט עצמם, ואין לו פשר מושכל אלא פשר הניתן לו בדיספלינות משיקות. מהפכה מחשבתית זו התחוללה הודות לתרומתה של הגישה הכלכלית למשפט, שנהפכה, עקב כך, לזרם המוביל בתורת המשפט המודרנית. אולם גם הגישה הכלכלית למשפט נתונה כעת למתקפה כבדה, ויהיה עליה לשנות את פניה בעתיד הנראה לעין. המאמר מפרט את הסיבות העיקריות לכך, ובמיוחד הוא מדגיש את הצורך להעשיר את השיח של אנשי הגישה הכלכלית למשפט בתובנות המדגישות את השוני בין בני האדם, והמבוססות על ההבדלים התרבותיים הקיימים ביניהם. בעוד הגישה הכלכלית למשפט מניחה, במתכונתה כיום, כי כל הסוכנים הכלכליים מצייתים לכללים אוניברסליים, החלים במידה שווה על כולם, השיח התרבותי צפוי לעדן את המודלים הכלכליים, ולקרוב אותם אל מציאות שבה לכל תרבות אנושית יש כללים משלה.

מהפכה גדולה התחוללה בעולם המשפט בשלושת העשורים האחרונים של המאה העשרים ובעשור הראשון של המאה החדשה. תחום ידע עתיק יומין ועתיר אינפורמציה – מדע המשפט שנלמד בבתי ספר מקצועיים – איבד את אופיו הסכולסטי, רווי הכללים, ונהפך,

* פרופסור וראש תוכנית לימודי המשפט המתקדמים, בית ספר רדזיגר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

כמעט בן לילה, לתחום תאורטי.¹ כל התורה, המורכבת והמעודנת, שהרביצו עד לפני שלושים או ארבעים שנים המהוללים בפרופסורים, מכונה כיום בפי הדור החדש "האות השחורה של המשפט".² הגנאי המרומז בכינוי זה נותר בעינו גם אם מבקריה של הגישה הישנה מודים בפה מלא שגישה זו הייתה "אנליטית", מפולפלת ורבת דקויות. מה גרם לתפנית דרמטית זו? בלא שמץ של ספק הפך המשפט, לפחות כפי שהוא נלמד באוניברסיטאות, את עורו מדיסיפלינה לאינטר-דיסיפלינה, מתחום לבינתחום. מהפך זה התחולל כאשר חדרה לרובנו ההכרה כי המשפט אינו כמות בור המתמלא מחולייתו: התשובה "הנכונה" לשאלות משפט אינה יכולה להימצא בתוך כללי המשפט עצמו. המשפט הוא רגולציה של החיים; חיי הכלכלה, חיי החברה, חיי הרוח של האדם, בכל אלה שולטים לפחות שליטה חלקית, כללי משפט. לכן אין כל דרך לעמוד על איכותם, ואפילו לא על תוצאת החלתם של כללי המשפט המסדירים את החיים, בלי להתעמק בשטחי החיים שהמשפט מסדיר. פועלו של המשפט הוא רפלקסיבי, הוא מקבל את משמעותו מקשרי הגומלין שבינו לבין החיים. "השמעת פעם מחיאת כף יד אהת?", שאלו פעם חכמי הון.

1. גם מורי המשפט של דורות עברו ראו את עצמם כ"תאורטיקנים". כוונתם הייתה בעיקר לכך שהתעניינותם במשפט נושאת אופי עיוני ולא פרקטי. "משימתנו איננה להכשיר עורכי דין", נהגו תמיד לומר, "אלא משפטנים", כלומר אנשי מקצוע שהמבנה המחשבתי שלהם נשען על צורות טיעון ושכנוע המבדלים אותם מיתר באי החברה. השאלה, אם צדקו אם לאו באפיון עצמי, זה היא שאלה סמנטית, שהתשובה עליה טמונה בשאלה, למה מתכוונים כאשר מדברים על "תאוריה". במדעי החברה מייחדים בדרך כלל את הביטוי "תאוריה" למבנה מחשבתי שהשימוש בו מועיל להבנת התנהגות אנושית ולניבוייה. מבחינה זו העיסוק של מורי המשפט בדורות עברו לא היה "תאורטי" אלא "סכולסטי". כמו אנשי הזרם הסכולסטי של ימי הביניים, כך גם המשפטנים חתרו אל חקר "האמת המשפטית" על בסיס אקסיומטי מוצק. היגד משפטי הוכר כ"נכון", למשל, אם נשען על אסמכתאות פסיקטיות ברורות או על דעות של מלומדים ידועי שם. דעה משפטית שסותרת מקורות מעין אלה הייתה "שגויה" מבחינה משפטית, אם כי מותר היה לטעון כי יש טעמים טובים לחתור אליה מבחינת הדין הרצוי. דוגמה טובה לדין משפטי סכולסטי מעין זה היא השאלה, האם תום הלב הנדרש בקיום חיובים חוזיים הוא "אובייקטיבי" או "סובייקטיבי". כל עוד בית המשפט העליון בישראל טרם "הכריע" בשאלה זו, התשובה "הנכונה" שכנה בכתבי המלומדים. כאשר הזדמן לבית המשפט העליון "להכריע" בשאלה, ועל סמך ההנחה כי בהיררכיה של המקורות לחקר "האמת" בית המשפט העליון נהנה ממעמד על, התשובה "הנכונה" נהפכה לזו שתאמה את "הכרעתו" של בית המשפט העליון. מורי המשפט מן הדור הצעיר יותר, בעיקר אלה שהתחנכו בארצות הברית, זנחו זה מכבר את הגישה הסכולסטית לחקר האמת, והחלו לתור אחר מבנים משפטיים תאורטיים שיש בהם כדי לשפוך אור על העולם החוץ משפטי ולנבא התנהגות של בני אדם.
2. "האות השחורה של המשפט" – "the black letter of the law" – הוא כינוי לעיסוק משפטי שתכליתו לחשוף את כללי המשפט "כמות שהם", לגלות בקיאות משפטית, ובאופן כללי "לדעת" מה המשפט "אומר". דוגמה מוכרת לבחינה המיועדת לקבוע את מידת ידיעתו של הנבחן באות השחורה היא מבחני ההסמכה של לשכת עורכי הדין.

בלא תיבת התהודה של החיים, קולו של המשפט אובד בדומייה, כאלם שתיקתה של מחיאת כף יד אחת.³ העיסוקים הבינתחומיים הם רבים ומגוונים, אך תחילה בכוונתי לדון בעיסוק הבינתחומי שקצר את ההצלחות המרשימות ביותר,⁴ "הגישה הכלכלית למשפט". לאחר שאדון בקצרה בסיבות להצלחות אלה, אסמן גם את גבולותיהן, ואראה כיצד לא ניתן יהיה לפרוץ גבולות אלה ולהצמיד את המשפט קדימה, אלא באמצעות העשרת הדיון בתוכנות השאולות מתחומים אחרים, ממדעי החברה והרוח.

הצלחתה הכבירה של הגישה הכלכלית נבעה משתי סיבות מרכזיות. בראש ובראשונה, יצרה אינטרדיסיפלינה זו מצע רעיוני בוטח, שבמסגרתו ניתן היה להבהיר בשיטה אלגנטית ורבת עוצמה, כיצד פישרו של המשפט הייב להימצא במחוזות היצוניים לו, ולא בתוכו פנימה. כך, למשל, כולנו מבינים כיום כי קשה לתת פשר לדיני ההגבלים העסקיים, למי שאיננו אמון על דוי התחרות הבלתי משוכללת. רק הבנה לעומק של הפתרון המונופוליסטי (או הקרטליסטי) יכולה לחשוף הן את הטעמים הנורמטיביים להטלת פיקוח על מונופולים (או קרטלים), והן את הדרך שבה ראוי לו לפיקוח כזה שיתבצע.⁵ אנסח זאת

3. עמדתי על כך לפני שנים רבות בהרצאתי, אוריאל פרוקצ'יה, "כועות משפט (הרצאה לפתיחת שנת הלימודים)", משפטים כ (תש"ן) 9.

4. השאלה, איזה תחום או בינתחום "הצליח" יותר מן האחרים מועדת להישאר תמיד שנויה במחלוקת. האמירה שבטקסט, לפיה הגישה הכלכלית למשפט "הצליחה" יותר מעיסוקים בינתחומיים אחרים, נשענת על מדדים כמותיים פשוטים. בכל פקולטה למשפטים איכותית בארצות הברית, ובמידה גוברת והולכת ביתר ארצות המערב, מספר העוסקים בגישה הכלכלית למשפט הולך ועולה בהתמדה, ומכל מקום הוא גבוה הרבה יותר ממספר העוסקים בשטח המגע שבין משפטים לבין כל דיסיפלינה משפטית אחרת. גם מספר המאמרים בכתבי עת משפטיים מובילים הכתובים במתודולוגיה של הגישה הכלכלית למשפט הוא עצום, ועולה באופן ניכר על מספר המאמרים בכתבי עת אלה שהמתודה שלהם היא בינתחומית אחרת.

5. למשל, התאוריה הכלכלית מבארת מדוע מונופוליסט ממקסם את רווחיו באמצעות הקטנת הכמות הנמכרת, לעומת הכמות שהייתה נמכרת בשיווי משקל תחרותי, והעלאת המחיר לצדכן. הטעם הנורמטיבי לפסול שאנו מוצאים בפתרון זה הוא, שהקטנת הכמות יוצרת הפסדי רווחה הנובעים מכך שהגדלת רווחיו של המונופוליסט קטנה מן ההפסד שנגרם לצרכנים. מצב דברים זה הוא גם בלתי יעיל (העוגה הכוללת קטנה יותר) וגם בלתי צודק, בשל התוצאה החלוקתית של העברת עושר מן הצרכנים למונופוליסט. תובנה זו מאפשרת לנו להתמודד טוב יותר עם פרשנות דיני התחרות. ניתן, למשל, לזהות קיומם של קרטלים באמצעות זיהוי ירידה בלתי מוסברת בכמות המשווקת, דרך נוחה הרבה יותר מהוכחת קיומו של הסכם בין הקרטליסטים. הראשון שעמד על ההכרח לשלב ניתוח כלכלי בדיני ההגבלים העסקיים היה Aron Director, פרופסור רב השפעה באוניברסיטת שיקאגו שרבים רואים בו את אבי הגישה הכלכלית למשפט. את תוכנותיו לא העלה על הכתב עד שנות החמישים של המאה החולפת, ויש שרואים בכתבים אלה את הניצנים הראשונים לגישה הכלכלית למשפט. ראו, למשל: Aaron Director and Edward Levi, "Law and the Future: Trade Regulation", 51 *Northwestern University Law Review* (1956) 281

שוב: הגישה המקובלת בדיני הפרשנות הישראלים כיום היא להעדיף "פרשנות תכליתית" על פני "פרשנות לשונית",⁶ כלומר חובתה של הפרשנית היא לתת למשפט פשר העולה בקנה אחד עם התכלית שלשמו הוא קיים. אך כדי להגיע אל תכלית "משפטית" זו, לא די להתבונן במשפט לבדו. תכלית זו חבויה גם (ואולי בעיקר) בתאוריה של התהרות הכללית משוכללת, ועל כן הבנתה היא יסוד הכרחי בעבודתו של המשפטן.

הסיבה השנייה לעליית קרנה של הגישה הכלכלית למשפט נעוצה במנעד העצום של התאוריה הכלכלית, שאינה עוסקת, כידוע, רק בתנוונות של מיני עושר,⁷ אלא גם בכל המגוון הרחב של אסטרטגיות פעולה רציונליות. ניתן, למשל, לחשוב במושגי שוק – מוצרנים לגמרי – לא רק על תפוחי אדמה, מוצרי אנרגיה, מניות, פטנטים או מקרקעין, אלא גם על תינוקות, איברים, פשיעה, תשוקות, פחדים, ידידות והטאים. קשה לחשוב על תחום שהמשפט מסדיר שאיננו ניתן להצגה כפסיפס של שחקנים המבקשים להשיא את רווחיהם, תועלתם או מאווייהם האחרים, ו"לטפל" בו במכשירים השאולים מארגז הכלים הכלכלי. והנה דוגמה מן הימים האחרונים ממש: בימים אלה הפיץ משרד המשפטים הצעת תזכיר שתכליתו "הבניית הענישה". אם עד כה השופטת הגזרת את עונשו של נאשם (לאחר שהורשע בדינו) נהנתה משיקול דעת בלתי מוגבל שאפשר לה להשית על הנאשם כל עונש מאפס עד המקסימום הקבוע בחוק, מעתה תיאלץ להיצמד למעין תעריפון שקבע המחוקק. פשיטא, שכל השחקנים המשתתפים במחזה זה, ובראשם המערכת הקובעת את השיטה ("המחוקק", או "הזוכרה"), השופטת והעבריין, אינם פעילים בשווקים מפורשים (אקספליסיטיים); ואולם הגישה הכלכלית מאפשרת התייחסות גם לשווקים מרומזים (אימפליסיטיים), ויש לה מה לתרום להבנת העניין בעזרת כלים כלכליים. אם נחשוב, למשל, על מתן שיקול דעת רחב לשופטת הגזרת את הדין כעל "סטנדרט",⁸ ועל שיטת הענישה המובנית כעל אוסף של "כללים",⁹ נוכל להיעזר בספרות הדנה בכללים ובסטנדרטים,¹⁰ המדריכה אותנו מתי יעיל יותר לחוקק כאלה או כאלה.¹¹ ואם נחשוב

6. ראו, למשל, ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 364, בעמ' 394.

7. כפי שסברו גדולי המשפטנים של האות השחורה. ראו, למשל: גד טדסקי, "על הדין הדיספוזיטיבי", עיוני משפט טו (תש"ן) 5.

8. "סטנדרט" הוא נורמה משפטית בעלת רזולוציה נמוכה, הקובעת רק את המסגרת הכללית להכרעות העתיד. הנורמה הקובעת את חובת הזהירות בעולות הרשלנות ומקבעת אותה על פי אמת המידה של "האדם הסביר" היא, למשל, "סטנדרט".

9. "כלל" להבדיל מ"סטנדרט" הוא נורמה משפטית בעלת רזולוציה גבוהה, כלומר כזו המתייחסת ברחל בתך הקטנה למהות הפתרון הנדרש. נורמה הקובעת כי חברה ציבורית חייבת למנות לפחות שני דירקטורים חיצוניים כאחד האמצעים לפיקוח על הנהלת הפירמה היא, למשל, "כלל".

10. ראו, למשל: Louis Kaplow, "Rules Versus Standards: An Economic Analysis", 42 *Duke Law Review* (1992) 557. נוסף על עבודתו של Kaplow ניתן לציין לפחות עוד שני מחקרים חשובים: Colin Diver, "The Optimal Precision of Administrative Rules", 93 *Yale Law*

על שיטת שיקול הדעת הרחב כשיטה המחדירה שונות לסל תשלומי העונש,¹² ולעומתה על השיטה המובנית כעל שיטה שבה התעריף הוא קבוע, בלא כל שונות, נדע כי השיטה הראשונה מרתיעה יותר עבריינים שניתן לאפיין אותם כשונאי סיכונים,¹³ והשיטה השנייה מרתיעה יותר עבריינים שניתן לאפיין אותם כאוהבי סיכונים.¹⁴ לא זו גם זו, הגישה הכלכלית גם עוזרת לנו לנבא אילו עבריינים שייכים לכל אחת משתי הקטגוריות.¹⁵

Review (1983) 65; Isaac Ehrlich and Richard Posner, "An Economic Analysis of Legal Rulemaking", 3 *Journal of Legal Studies* (1974) 257

11. למשל, אם המקרים העתידיים להתברר בערכאות המשפט הם "סדרתיים", כלומר יש ביניהם מכנה משותף כה חזק עד שסביר להחיל על כולם תוצאות משפטיות דומות, אז המחוקק יתברר כיצד היעיל יותר של כללי משפט, כי בהיגף יד חקיקתי אחד הוא יוכל לכסות את כל המקרים. לעומת זאת, אם המקרים העתידיים להתברר הם שונים במהותם אלה מאלה, פרשניות המשפט יעילות מן המחוקק בקביעת כללים, כי הן מודעות ממנו לפרמטרים החשובים להחלטותיהן, המתבררים לפנייהן במהלך הדיון, ולכן במקרים כאלה יעיל יותר שהמחוקק יסתפק בקביעת סטנדרטים.
12. השונות בסל זה נמדדת לפי הפער הממוצע בין כל עונש אינדיבידואלי המושת על נאשם פלוני לבין ממוצע העונשים המושת על כולם יחד.
13. נגיה לדוגמה כי בשיטת שיקול הדעת, מחצית מן העונשים הנקצבים לעבריינים על עבירה פלונית הם של שתי שנות מאסר ומחצית מן העונשים הם של ארבע שנות מאסר; וכי לעומת זאת בשיטה המובנית כל העונשים על עבירה פלונית הם של שלוש שנות מאסר. "תוחלת העונש" (העונש בפועל כפול הסתברות השתתו) היא שווה בשני המקרים, שלוש שנות מאסר. אך בשיטה הראשונה ישנה אי ודאות אם יושת העונש הראשון או השני. אם העבריין הפוטנציאלי הוא שונא סיכונים, הוא יעדיף את השיטה השנייה, "הבטוחה", על פני השיטה הראשונה, "המסוכנת". לכן כוח ההרתעה של השיטה הראשונה, "המסוכנת", הוא רב יותר, עבור עבריין שונא סיכונים, משל השיטה השנייה.
14. עבריינים עשויים להיתפס כאוהבי סיכונים משום שסדרת מחקרים אמפיריים הוכיחה כי רוב בני האדם שונאי סיכונים כאשר מדובר ברווחים (רובנו מעדיפים לקבל 100 ש"ח בוודאות מאשר לקבל 200 ש"ח בהסתברות של 50 אחוזים ולא כלום בהסתברות של 50 אחוזים), אך אוהבי סיכונים כאשר מדובר בהפסדים (רובנו מעדיפים להיקנס ב-200 ש"ח בהסתברות של 50 אחוזים ולא להיקנס כלל בהסתברות של 50 אחוזים מאשר להיקנס בוודאות ב-100 ש"ח). עונשים הם הפסדים ולא רווחים, כמובן, ולכן ייתכן שעבריינים פוטנציאליים יאהבו סיכונים הכרוכים בהם.
15. ככל שניתנת לעבריין הפוטנציאלי הזדמנות טובה יותר לכלכל את צעדיו באופן זהיר ומחושב, כך ההבדלים בין רווחים להפסדים בנוגע לשנאת הסיכון קטנים ולעתים מתבטלים לגמרי. הטעם האינטואיטיבי לטענה זו הוא כי הבדלים אלה הם, בסופו של חשבון, פרי טעות במערך הקוגניטיבי של השוקל אותם. סביר להניח כי עבירות כלכליות שמבצעים עברייני צווארון לבן, הפועלים באופן רציונלי להשאת רווחיהם, תתאפיינה במספר קטן יותר של

לצד הגישה הכלכלית למשפט התפתח ספקטרום רחב של עיסוקים בינתחומיים אחרים, וביניהם גם נבטים ראשונים (ולא כל כך ראשונים) לעיסוקים בינתחומיים במשפט ובמדעי הרוח, כמו משפט והיסטוריה, משפט ודת, משפט וספרות או משפט ואמנות.¹⁶ אני צופה להם תהילה גדולה, גדולה יותר מתהילתה של הגישה הכלכלית למשפט. אני גם צופה כי תמורה זו כבר נמצאת מעבר לפתח. הערכה זו נשענת על נימוקים מספר. בראש ובראשונה יש לציין כי לדעת רבים הגישה הכלכלית למשפט, לפחות בצורתה המקורית, הולכת ומאבדת מחיוניותה. סיבה טריוויאלית לכך היא כי קשה יותר ויותר לקצור בה הישגים רבי משמעות. בשנים הראשונות, הנפלאות, להתפתחותה, יכלו חוקריה להניח לה את יסודותיה, ואף לקטוף את "הפירות הנגישים" ביותר, את ה-"low-hanging fruits". כיום הפירות שעוד נותרו למלאכת הקטיפה הבויים בצמרת הרחוקה, ונדרש מאמץ הולך וגובר כדי להגיע אליהם ולהתבשם מניחוחם. אכן, בימים עברו ניתן היה להרעיש את עולם המשפט ב"תגליות", הנראות כיום מובנות מאליהן. למשל, לא הכול הבינו, עד שהדבר נאמר במפורש, כיצד קביעת מחירי מקסימום סטטוטוריים למוצרים כמו כסף או דירות להשכרה, עלולים ליצור שווקים שחורים, לפגום באיכות המוצר ולפגוע במי שמבקשים להגן עליהם – הצרכנים. רק מתי מעט הביאו בחשבון כיצד סיטואציות משחקיות (למשל, דילמת האסיר) עשויות להשפיע, לעתים לטובה ולעתים לרעה גדולה, על רווחתם של שחקנים אינטראקטיביים בענפי משפט שונים. אך הפירות הנגישים האלה כבר נקטפו כולם. כוהניה הנוכחיים של הגישה הכלכלית נשאבים אל מחוזות טכניים הרבה יותר, עתירי ניסוחים מתמטיים מסובכים, רוויי הנחות מסוגננות, ואילו במבחן התוצאה מתברר

טעויות קוגניטיביות, ואילו סוגים אחרים של עבריינים, כגון אלה הפועלים לעתים קרובות מתוך עידנא דריתחא, יהיו "רציונליים פחות".

16. קיימים כיום הרבה כתבי עת בינתחומיים המגשרים בין המשפט לבין המדעים האחרים. אחד החלוצים בתחום זה הוא כתב העת של אוניברסיטת דרום קליפורניה – Law & Economics. במשך שנים רבות מקצוע החובה היחיד לתלמידי התואר השני במשפטים באוניברסיטה העברית נקרא "משפט ו...". והיה בו דיון קצר במשפט וכלכלה כשווה בין עיסוקים בינתחומיים שווים רבים אחרים. האוניברסיטאות האמריקניות המובילות, אף שאינן מחשיבות (ובצדק), במדיניות גיוס הסגל החדש שלהן, תארים מתקדמים (מוסמך או דוקטורט) במשפטים, מעדיפות בצורה ברורה גיוס של סגל שיש לו הכשרה ברמה של דוקטורט בתחומים לא משפטיים, המשמשים את בעליהם בעיסוקיהם הבינתחומיים. ברור כשמש שווה מהפכה בלתי הפיכה, וקרנם של העיסוקים הבינתחומיים רק תלך ותעלה כחלוף הזמן. בתוך הפסיפס הרחב של עיסוקי משפט בינתחומיים, ישנם אחדים העושים כעת את צעדיהם הראשונים כמו, למשל, משפט ואמנות. ראו לעניין זה, למשל: Uriel Procaccia, *Russian Culture, Property Rights and the Market Economy* (forthcoming, 2007). עיסוקים בינתחומיים אחרים הם ותיקים יותר. העיסוק במשפט וספרות, למשל, קנה לו שביתה עוד בשנות השבעים ואולי גם קודם לכן. ראו, למשל: שולמית אלמוג, *משפט וספרות* (נבו, 2000).

כי חרף כל המאמצים, ואלפי המאמרים הממשיכים להיכתב (ובצדק!) בתחום, לא ראינו בעשור האחרון אפילו תאורמה מרשימה אחת שיש בה כדי לשנות את פני המשפט.¹⁷ שקיעתה של הגישה הכלכלית למשפט צפויה לא רק בשל כך שעיקר הישגיה כבר הושגו. בימי הביניים אהבו המשפטנים להתפלמס בשאלה, מה עלה בגורל עזבונו של לורוס, שעבר לידי יורשיו משנפטר, לאחר שישוע הנוצרי החזיר את לורוס לתחייה. האם חזר העיזבון לידי המנוח-לשעבר, או שמא התקבע ונטמע בקרב יתר רכושם של היורשים באופן בלתי הדיר? שאלה מעין זו הייתה יכולה להיות חשובה, אילו הנחות היסוד שלה היו מתקיימות, אך בלעדיהן היא נראית בדיוק כמו שהנה - התפלפלות סכולסטית ריקה מתוכן. גם על הגישה הכלכלית למשפט עוברת בשנים האחרונות "מתקפת לורוס" דומה, המבקשת לערער את הנחות היסוד שלה, ולכן גם את התוצאות ה"מדעיות" הנובעות ממנה. זרוע מרכזית אחת של מתקפה זו קשורה (בעיקר, אך לא רק) לשמותיהם של עמוס טברסקי ו"ל ודניאל כהנמן יב"א. שניים אלה, ושובל ארוך של תלמידים שנהרו בעקבותיהם, הוכיחו כמעט מעל לכל ספק כי אפילו שחקני שוק אינם מתנהגים באופן רציונלי כפי שהכלכלה הנאו-קלאסית מניחה כהנחת עבודה אקסיומטית. לדוגמה בלבד די להזכיר כי אפילו התובנה המצוטטת ביותר בכל הגישה הכלכלית (ולמעשה, המאמר המשפטי המצוטט ביותר של המאה העשרים), התאורמה המפורסמת של קוז (Coase),¹⁸ נראית עכשיו מוטלת בספק. קוז טען, כזכור, כי אם מתעלמים מקיומן של הוצאות משא ומתן והוצאות כריתת חוים ("אפס הוצאות עסקה", בלשונו), אין כל חשיבות לכללים המקצים זכויות התחלתיות, כי תהיינה הזכויות ההתחלתיות אשר תהיינה, פרטים רציונליים יסחרו ביניהם עד שיגיעו להקצאה היעילה. לא משנה, למשל, אם מפעל פלוני רשאי לזהם את האוויר אם לאו, כי משא ומתן חופשי ונטול עלויות בינו לבין הקורבנות הפוטנציאליים של הזיהום יוביל תמיד לאותה הקצאת זכויות, והקצאת זכויות זו תהיה ההקצאה היעילה.¹⁹ לידועי ח"ן אוסיף כאן, שבעצם אין זו אלא וריאציה משפטית לתאורמה הראשונה של

17. דוגמה למאמר ששינה את פני תורת המשפט, ומדגים גם את קבוצת הפירות הנגישים, היא: Ronald Coase, "The Problem of Social Cost", 3 *Journal of Law Economics* (1960) 1. דוגמה למאמץ קלוסאלי שנעשה באחרונה, במידה חלקית מאוד של הצלחה, לטפל בפירות הצמרת היא: Louis Kaplow and Steven Shavell, "Fairness v. Welfare", 114 *Harvard Law Review* (2001) 961.

18. ראוי לעיל, הערה 17.

19. למשל, אם רווחי הזיהום למוזהם הם 100 ונזקי הזיהום לקורבנות הם 50, המפעל ימשיך לזהם גם אם נאסר עליו הדבר, כי יוכל לרכוש את הסכמת הקורבנות להמשך הזיהום תמורת סכום הנע בין 50 ל-100, ושני הצדדים ייהנו מן העסקה. בדומה לכך, אם רווחי הזיהום הם 50 ונזקי מגיעים ל-100, לא יהיה כל זיהום, גם אם הדבר יהיה מותר על פי דין, כי במקרה האחרון הקורבנות ירכשו את הסכמת המזהם להפסיק את הזיהום תמורת סכום הנע בין 50 ל-100. לכן, בהינתן יכולת מסחר בזכויות והוצאות עסקה נמוכות, הכלל המשפטי איננו "רלוונטי" ומידת הזיהום תוכרע אך ורק על פי התועלות והעלויות היחסיות של הצדדים.

כלכלת הרווחה, ולפיה כל שיווי משקל תחרותי הוא פרטו אופטימלי.²⁰ ואולם אם השחקנים מחשיבים, למשל, את הזכויות שהוקצו להם כזכויות מיוחדות, כפי שלמדנו מכהנמן וטברסקי, בשל עצם העובדה שהם תופסים את הזכויות כ"שלהם", ולכן קיים פער בין מחיר המכירה, שבו היו מוכנים לוותר על הקצאות קיימות, לבין מחיר הקנייה, שבו היו מוכנים לרכוש אותן אלמלא היו שלהם (מה שמכונה "אפקט הבעלות" – endowment effect),²¹ אזי סברתו של קוז, שהקצאה ההתחלתית אינה רלוונטית, אינה נכונה עוד. אם גישתם של השחקנים להקצאותיהם מושפעת מאפקט הבעלות, מתברר כי ההקצאה הסופית הנה בהחלט "תלוית מסלול" – path dependent.²² דוגמה מפורסמת אחרת נוגעת לתופעת שנאת הסיכון, שהכלכלה הנאו-קלאסית הרבתה להשתמש בה כהנחה עבודה. מן הכלכלה הניסויית, שאיננה אלא פסיכולוגיה ניסויית, למדנו כי הנחה זו מתקיימת באופן אמפירי בכל הנוגע לתשלומים חיוביים אך לא דווקא בכל הנוגע לתשלומים שליליים;²³ ואם לא די בממצא הבלתי מוסבר, לכאורה, כי רובנו שונאי סיכונים בכל הנוגע לתשלומים חיוביים ואוהבי סיכונים בכל הנוגע לתשלומים שליליים, סדרת תצפיות קפדנית חושפת את האמת המרה, שקשה לנו, או לפחות לרובנו, להבחין בין אלה לבין אלה: רוב בני האדם תופסים את ההבדל בין תשלומים חיוביים לשליליים לא לפי ההבדל לאמיתו אלא לפי המבנה הלשוני שבמצעותו מוצגות להם האלטרנטיבות (מה

20. פירוש התאורמה הוא שתהיה הקצאת הזכויות הראשונה אשר תהיה, אם אין היא פרטו אופטימלית, כלומר ניתן לשפר אותה עבור תת קבוצה של השחקנים בלי להרע את מצבו של אף אחד, מגנון השוק יסיט אותה להקצאה אחרת כלשהי שהנה פרטו אופטימלית, כלומר הקצאה שכל שינוי שלה חייב לשנות לרעה את מצבו של לפחות אחד מן השחקנים. להסבר טכני למחצה, אך קריא, של התאורמות של כלכלת הרווחה, ראו: Allan Feldman, *Welfare*, *Economics and Social Choice Theory* (1980) p. 39.
21. Daniel Kahneman, Jack Knetsch and Richard Thaler, "Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion and Status Quo Bias", *5 Journal of Economic Perspectives* (1991) 193.
22. למשל, אם ההקצאה ההתחלתית מעניקה זכויות לשחקן א' בחלקת מקרקעין שגם שחקן ב' חושק בה, אפקט הבעלות, המשפיע רק על שחקן א', עלול לגרום לכך שהמחיר המרבי ששחקן ב' יהיה מוכן לשלם לשחקן א' כדי לרכוש ממנו את החלקה, יהיה נמוך יותר מן הערך הסובייקטיבי ששחקן א' זוקף לבעלותו בחלקה, ולכן החלקה תישאר בבעלותו של שחקן א'. אילו, לעומת זאת, החלקה הייתה ניתנת בשלב הראשון לשחקן ב', ולכן רק שחקן ב' היה זוקף לה ערך סובייקטיבי גבוה יותר, היא הייתה נשארת בבעלותו של שחקן ב'. הנה כי כן, הקצאת הזכויות ההתחלתית משפיעה על החלוקה הסופית של הזכויות.
23. כפי שכבר נאמר בהערת שוליים 14 לעיל, רוב בני האדם, למשל, מעדיפים להרוויח בוודאות 100 ש"ח מאשר לקבל סיכוי של 50 אחוזים להרוויח 200 ש"ח, אך בה בעת הם מעדיפים להפסיד 200 ש"ח בהסתברות של 50 אחוזים ולא להפסיד 100 ש"ח בוודאות גמורה. ראו, לעניין זה: Daniel Kahneman and Amos Tversky, "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk", *47 Econometrica* (1979) 263.

שמכונה בספרות "the framing effect".²⁴ אם אין אנו רשאים עוד להניח לא אהבת סיכון ולא שנאת סיכון, כי השחקנים הם גם כאלה וגם כאלה בעת ובעונה אחת, ובמהלכיהם שולטים לא תמריצים כלכליים כי אם מסגרות פסיכולוגיות ולשוניות, איך ניתן, אחרי כל זאת, לבנות מודל המבאר או מנבא את התנהגות השחקנים בעולם שיש בו ולו המידה הקטנה ביותר של אי ודאות?²⁵ כל אלה מערערים, לדעתי באופן חמור, את ערך ה"אמת", או לפחות "האמת האובייקטיבית" של תוצאות הגישה הכלכלית, ומעמידים בספק לא את עצם זכות קיומה כשיטה לליבון בעיות משפט, אלא את מעמדה הרם כזרם המוביל בתאוריה המשפטית; שהרי לא ברור עוד, כפי שהיה בעבר, שהיא מסבירה את תכליותיה של השיטה המשפטית טוב יותר מכל עיסוק בינתחומי אחר, והריהי נמהלת, למגינת לבם ולחרדתם של גדולי חוקריה, בגורמים "מזהמים" לרוב, כמו פסיכולוגיה ולשון.

ואולם ישנו זרם עמוק יותר ואיתן יותר החותר תחת הגישה הכלכלית ומאיים לערער את יסודותיה, ולדעתי גם לסחוף אותה בסופו של דבר אל מתוץ לבימה המרכזית. הזרם הזה סוער מכל הכיוונים, גם משמאל וגם מימין. מן הצד השמאלי של המפה אנו שומעים זה שנות דור את המנטרה החוזרת ונשנית, אך לא בטולת הטעם, של אנשי הגישה הביקורתית למשפט (Critical Legal Studies), כי התכליות האמיתיות, לא הרטריות, של המשפט, כפי שנוסחו הן על ידי האגליטיקאים העובדים את האות השחורה, והן על ידי אנשי הגישה הכלכלית, שבזכות בסדר יומם הפוליטי של הנסחים. לגרסתם של חסידי הגישה הביקורתית, היומרה המשותפת של חסידי הגישה האגליטית, האות השחורה, ושל אנשי

24. Gary McClelland and William Schulze, "The Disparity Between Willingness to Pay Versus Willingness to Accept as a Framing Effect", *Frontiers in Mathematical Psychology: Essays in Honor of Clyde Coombs* (Donald R. Brown and JE Keith Smith eds., 1991) p. 166. לדוגמה, נניח כי אדם מתבקש להניח כי עושרו גדול ב-100 ממה שיש לו באמת, אך הוא מתבקש לוותר על 10 מתוך עושר זה בוודאות, או על 20 בהסתברות של 50 אחוזים. ברור שבסוף היום הוא יהיה עשיר ב-80, ב-90 או ב-100 ממה שהוא עכשיו, ולכן עליו לחשוב על התוצאה הסופית כעל בחירה בין רווחים. עם זאת, תוצאות אמפיריות מוכיחות כי רוב האנשים מתייחסים לעניין כאל הפסדים, כי השאלה מוצגת להם במבנה לשוני הנוגע ל"ויתורים".

25. ודוק: כהנמן וטברסקי עצמם סברו כנראה שיש בכוחם להצביע על חוקיות אלטרנטיבית משלהם, במקום החוקיות "המדומה" של הכלכלנים. אך מי שמקבל את החוקיות האלטרנטיבית הזאת ברצינות, חייב להכיר בנזקים הכבדים שהיא גורמת לתאוריה הכלכלית הנאו-קלאסית. למשל, דמות האדם בכלכלה הנאו-קלאסית היא "רוה" מאור. "אדם" אינו אלא פרופיל של העדפות, כגון מי שמעדיף את X על פני Y. ההנחה היא כי חלופות אלה מייצרות עבור מעדיפהן ערכי תועלת - לפחות תועלת אורידנאלית (כלומר "יותר מ..." או "פחות מ...") - קבועים, שאינם תלויים במשתנים "לא רלוונטיים". לכן אם מתברר שהבוחרת מעדיפה את X על פני Y אם היא נשאלת על כך במבנה לשוני נתון, אך את Y על פני X אם המבנה הלשוני הוא אחר, דמות ה"אדם" כפרופיל מוגדר של העדפות מתמוססת, ועמה כל התאוריה הכלכלית, המניחה שהאדם איננו כזה, מתמוססת גם היא.

הגישה הכלכלית, לחשוף אמת אובייקטיבית בלשהי איננה אלא כסות דקה למאבקי כוח בין מעמדות, בין פירמות לעובדים, בין עשירים לעניים, משכילים לנבערים מדעת, הזקים לחלשים.²⁶ טלו, למשל, את סוגיית חופש החוזים. הגישה הכלכלית גורסת כי כריתת חוזים חופשית מקדמת את היעילות שכן יש בה כדי להביא לידי שיפורי פרטו בהקצאת המשאבים בחברה – כל הפרטים המשתתפים בהליך החוזי משפרים עמדות ואיש איננו יוצא מופסד. אם הרוכל מעדיף להיפרד משק תפוחים תמורת המישים שקלים והצרכן מעדיף לוותר על המישים שקלים כדי לרכוש שק תפוחים, עסקת המכר ביניהם היא יעילה, כי כל הצדדים מרוצים יותר לאחר שנעשתה ממה שהיו לפני שנעשתה. יש אפילו שטוענים כי ההקצאה החוזית איננה רק יעילה אלא גם "צודקת" מבחינת הפילוסופיה של המוסר, כי אם היא מיטיבה עם כל הפרטים בלא יוצא מן הכלל, קשה לתאר חברה ליברלית שאיננה מפרשת את השינוי שהעסקה מחוללת כרצוי גם מן הבחינה המוסרית: הטוב החברתי אינו יכול להיגור, לפי תורת מידות זו, אלא מרווחתם של בני האדם שהחברה מורכבת מהם. והנה אנו למדים מפי אנשי הגישה הביקורתית למשפט כי חופש החוזים איננו "חופשי" כל כך, כי תורת "ההעדפה הנגלית" (the revealed preference)²⁷ עלולה להסתיר טפחיים לצד הטפה שהיא מגלה כלפי חוץ, וכי חופש החוזים מנוצל לעתים קרובות בידי מי שהייתה לו עדיפות בעמדת המיקוח, כדי להנציח את הפערים בינו לבין הנחותים ממנו בעמדות המיקוח.²⁸ למי שמכיר את ההיסטוריה של דיני החוזים האמריקניים, הלכת *Lochner*²⁹ היא הדוגמה האולטימטיבית לעמדה זו. בהלכת *Lochner* בית המשפט של תחילת המאה העשרים השתמש בתירוץ של קדושת החוזה כדי לאכוף על עובדים תנאי עבודה שדמו לתנאי עבודתם, לאחר שעוניים ומצוקתם גרמו להם, כמה שנים קודם לכן, להסכים לאותם תנאים (הלכה זו עמדה בתוקפה עד שנות השלושים של המאה שעברה). האומנם אנו יכולים להיות בטוחים כי השיהי המהלל את החוזה ככלי ליצירת שיווי משקל יעיל, ואולי גם צודק, איננו אלא עלה תאנה שקוף, ומה שמסתתר מאחוריו באמת איננו אלא רצונם של המעמדות החזקים לכפות על המעמדות החלשים ציות לחוזים מקפחים המותירים את מירב השמנת בידי בעלי השררה והכוח? הנה כי כן, לצד השיח הכלכלי,³⁰ המנתה ניתוח "אובייקטיבי" כביכול את תוצאות

26. ליסודות הגישה הביקורתית למשפט ראו: Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement* (1986).

27. תורת ההעדפה הנגלית גורסת כי אם פלוני היה יכול לבחור בין תלופה א' לבין תלופה ב', ובחר הלכה למעשה באחת מהן, אות הוא כי העדיף אותה למעשה על פני התלופה השנייה. תורת ההעדפה הנגלית כופרת, כמוכן, באפשרות שבני אדם יבחרו בתלופות שאינן מיטיבות אתם, או שהם מונעים על ידי כוחות בלתי רציונליים, והיא ממעטת מאוד בחשיבותה של התרטה.

28. אחד המאמרים המוקדמים המסבים את תשומת הלב לתופעה זו הוא: Duncan Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication", 89 *Harvard Law Review* (1976) 1685.

29. *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905).

30. השיח הכלכלי והשיח החברתי אינם אמורים להוציא זה את זה. כדי להדגים את היתכנותו של

הרווחה של ההתקשרות החוזית, התגנבו אל תוך השיח גם אלמנטים הקשורים למדעי האדם: מאבקי מעמדות, היסטוריה של כוח, תופעות של ריבוד חברתי, ושוב, הרבה מאוד תאוריה של לשון. שיה מסוג זה, שמקורו בצד השמאלי של המפה, משתלב יפה בהשקפת עולם רחבה יותר של תפיסות פוסט-מודרניות השוללות מתוך עיקרון את עצם קיומה של אמת קנונית אחת. לא רק המתמטיקאים יודעים, זה דורות רבים, שלצד הגאומטריה האוקלידית המסורתית תיתכנה גאומטריות חלופיות רבות נוספות; גם בהיסטוריה,³¹ בספרות,³² באמנות,³³

שיח "מעורב" כלכלי-חברתי ניתן להשתמש שוב במושג "אפקט הבעלות". במשפט האמריקני מרבים להתפלמס בשאלה, אם ראוי להתיר למעבידים לשכור עובדים על בסיס "לכשארצה", כלומר תוך שמירת הזכות לפטרם בלא הודעה מוקדמת ובלא פיצויי פיטורין (למי שאינו יודע – הדבר מותר!). כדי להצדיק העסקת "לכשארצה", טענו חסידיה של הגישה הכלכלית הנאו-קלאסית כי שלילת זכותו של המעביד לחירות הפיטורין מייקרת עבורו את תוחלת העלות של העסקת העובד. אילו העדיף העובד לשלם למעביד את תוספת העלויות הכרוכה בויתור מצדו על חירות הפיטורין, היה המעביד מסכים ברצון לאפשרות זו, ואם הדבר לא נעשה, "העדפתם הגלויה" של הצדדים הייתה כי העובד יועסק על בסיס "לכשארצה" (במשכורת גבוהה יותר), ולא בתנאי ביטחון סוציאלי משובחים יותר (ובמשכורת נמוכה יותר). במצב דברים זה, אל לו להלין אם פוטר. ואולם בשעה שנכרת הסכם ההעסקה בין המעביד לעובד, האחרון טרם התמקם במקום עבודתו, ועדיין לא פיתח יחס אמוציונלי לעבודתו. בדיעבד, כאשר המעביד מבקש לסלק אותו ממקום העבודה, בהינתן אפקט הבעלות שנצבר בינתיים בגישתו של העובד למקום עבודתו, ייתכן מאוד שהנזק שנגרם לעובד הוא גדול יותר ממה שיכול היה לשער בזמן המשא ומתן, כאשר "בחר" או "העדיף" שלא לשלם את הפרמיה בעד הביטחון התעסוקתי. על סוג מעין זה של בעיות ראו: Jennifer Arlen, Matthew Spitzer and Eric Talley, "Endowment Effects within Corporate Agency Relationships", 31 *Journal of Legal Studies* (2002) 1.

31. בעבר נטו ההיסטוריונים לתאר את המאורעות ה"גרנדיוזיים" של דברי הימים, כגון מלחמות בין עמים או תולדות המשפחות השליטות, ואילו כיום התפתחה נטייה לעסוק גם ב"מיקרו-היסטוריה", המציגה במרכז הבימה את האדם הפשוט, אורחות חייו, מצוקותיו, תקוותיו ואמונותיו. דוגמה יפה לכתיבה כזו ניתן למצוא בספרו של קרלו גינבורג, שתורגם בימים אלה לעברית, קרלו גינבורג, הגבינה והתולעים: עולמו של טוחן בן המאה השש-עשרה (אורה אייל – מתרגמת, כרמל, תשס"ה). ספר זה מתאר בצורה יוצאת מן הכלל את תולדותיו של טוחן פשוט מן המאה השש עשרה במחוז הפריולי באיטליה.

32. במשך דורות רבים עסקה הספרות בנרטיבים קוהרנטיים בלבד, כאילו רק הם ראויים להידפס כספרות יפה. עידן זה הלך בלא שוב, לפחות מאז יוליסס של ג'יימס ג'ויס, אשר תיאר בעזרת שברי דברים וחצאי אסוציאציות אלף עמודים של שום דבר, סתם יום אחד בלבד (16 ביוני 1904) בחייהן של שלוש דמויות. גם הרומן שנהפך עתה לקלאסיקה, בעקבות הזמן האבוד של מרסל פרוסט, שבר לרסיסים את כללי הנרטיב הישן.

33. כבר מאז התנועה האמנותית הרומנטית הכחישו האמנים את נוכחותה של מציאות אובייקטיבית כלשהי והדגישו את החוויית והמרגש מבהינה סובייקטיבית. העולם הפיגורטיבי הישן נופץ

במוזיקה³⁴ ובענפי הגות רבים שוקדים כוהניה של הפוסט-מודרניות על "הנכחה", "העצמה" ו"מתן קול" לדוברים ולאמיתות שעד עתה לא נכחו, לא מיצו את עוצמתם וקולם נדם. בעולם מעין זה, שבו עצם התביעה להגמוניה על האמת נתפסת באור מגוחך ואבסורדי, גם האורתודוקסיה של הגישה הכלכלית צפויה ליהס דומה.

עד כאן ההתקפה משמאל. ואולם גם מצד ימין של המפה (למשל, מצד חוקר כמו רוברט אליקסון (Robert Ellickson)³⁵ וממרכזו של הספקטרום הפוליטי (למשל, מצד חוקר כמו אדוורד רוק (Edward Rock)³⁶), אנו שומעים עוד ועוד רחשים המודים בכך שהתמריצים המשפיעים על שחקני השוק הם לא בהכרח מונוטוניים עם העושר, כלומר בלשון פשוטה, לא בהכרח נכון שתמריץ חומרי גדול יותר משפיע יותר מתמריץ חומרי קטן יותר. מילת הקוד בחמש או שש השנים האחרונות לציון הממד הנוסף, המשפיע, לצד העושר, על עיצוב התמריצים, היא המילה "נורמות".³⁷ שחקני שוק נצפו כמעדיפים לציית לנורמות לא

לרסיסים אחרי פיקאסו והציירים המופשטים, וגם הורמים הנאו-פיגורטיביים המבצבצים פה ושם בימינו, כבר אינם דומים בדבר לפיגורטיביות התמימה של פעם. אחרי מרסל דישון אין עוד הבחנה באמנות בין "אמנות גבוהה" ל"אמנות נמוכה", או פופולרית. העבודה הממחשה את הדיכוטומיה הזו יותר מכול היא האסלה המפורסמת שלו – אסלה רגילה לכל דבר – המוצגת אחר כבוד במוזיאונים החשובים בעולם.

34. הסדר וההיגיון של העולם הקוגניטיבי המוזיקלי, כפי שקבע, למשל, ז'אן-פיליפ ראמו, הוצבו על ידי מלחינים כשיינברג כחלופה לגיטימית אחת, שלצדה יש חלופות רבות אחרות. בייחוד שיינברג קעקע את התוכנה הקוגניטיבית כי המוזיקה חייבת להיות "טונלית" ולהישען על תו מסוים כעל תו מפתח בכל קטע מוזיקלי, ו"המציא" לצדה את המוזיקה ה"אי-טונלית", שבה לכל התווים מעמד שווה בכל קטע.

35. ראו את ספרו החשוב של Ellickson: *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes* (1991). בספר זה הראה Ellickson את חלקו הוגיח של המשפט בעיצוב כללי התנהגות של קהילות כפריות בארצות הברית, הנסמכות על מוסכמות חברתיות ועל "נורמות" אחרות יותר מאשר על משפט המדינה. אין להוציא מכלל אפשרות כי בטווח הארוך מערכת יחסים הנשענת על נורמות יעילה לפחות כמו מערכת הנשענת על דינים, אולם בטווח הקצר ברור שממקסמים רציונליים עשויים להגדיל את תועלתם אם יפנו עורף לנורמות בכל מקרה שבו הדינים מספקים להם נתח דשן יותר בעוגה, ולכן אם הם בוחרים שלא לעשות כן, יש בכך כדי להעיד על שאין הם ממקסמים רציונליים.

36. ראו, למשל, את המאמר: Edward Rock, "Saints and Sinners: How does Delaware Corporate Law Work?", 44 *UCLA Law Review* (1997) 1009. במאמר זה טוען Rock כי עיקר המסר של תקדימי דלוור לא נקבע בהלכות המשפט עצמן, אלא במעין "הטפה" לפרקטיקה תאגידית גאוטה, שאף שאינה מחייבת, משמשת אורים ותומים להתנהגותם של התאגידים הלכה למעשה. עוד על השקפותיו של Rock בעניינים סמוכים, ראו: Edward Rock and Michael L. Wachter, "Norms and Corporate Law", 149 *University of Pennsylvania Law Review* (2001) 1607.

37. ראו באופן כללי: Eric Posner, *Law and Social Norms* (2000).

מחייבות³⁸ כגון הגינות, עשיית חסד או יישור קו עם מוסכמות חברתיות מאשר להתעשר, והתנהגות מעין זו איננה קלה למידול בכלים המסורתיים של הגישה הכלכלית. בדיעבד מתברר כי האסטרטגיה לציית לנורמות ולא לתמריצי עושר, דווקא הוכיחה את עצמה כיעילה למדי. החברה היפנית, למשל, שבה חוקים והתחייבויות חוזיות הם רק קווי המתאר הכלליים המנחים את התנהגות השחקנים, ואילו הנורמות הן העיקר, הניבה כלכלה משגשגת. לעומת זאת ברוסיה שלאחר הגלסנוסט, שבה מפרשים את כלכלת השוק כהתמודדות נוקשה בזירת "תפוס ככל יכולתך", כלומר כלכלת השוק מקבלת פרשנות "רציונלית" לגמרי, על פי הנוסחה "תמיד תעדיף יותר מאשר פחות" (גם זוהי הנחה נאו-קלאסית, הקרויה "אי רוויה" - insatiability), המשק מרדשדש בבוץ עמוק, וממדי העוני רק גדלים כחלוף השנים. התן פרס נובל לכלכלה אמרטייה סן (Amartya Sen) כינה פעם, במאמר מפורסם, את הממקסמים הרציונליים, המפרשים תמיד את רווחתם כעולה מונוטונית עם העושר, בשם הקולע "שוטים רציונליים" (rational fools),³⁹ ובכך סימן את קיומם של המשתנים הרכים, שיש להם כוח מסביר התנהגותי מכריע, אך אינם נוחים למידול בכלכלה הנאו-קלאסית או בגישה הכלכלית שנבטה ממנה.

מכל האמור עולה מסקנה בלתי נמנעת, והיא כי הפסיפס המתקבל מן העיון בתאוריה הבינתחומית המובילה, משפט וכלכלה, הוא פסיפס שחסרות בו משבצות לרוב, ובלעדיתן אין לו פשר כלל, או שהפשר שניתן לו הוא מוטעה ומטעה. לצד השיקולים הרציונליים המאפיינים את הגישה הכלכלית יש מקום של כבוד גם להיבטים תרבותיים, והשאלה היא מהם היבטים תרבותיים אלה. כבר הזכרתי תחומים אחדים כגון פסיכולוגיה, היסטוריה ולשון אך עתה ברצוני לפרוס את מילות הקוד האלה ולהציף מעבר לכותרות אל התכנים עצמם.

למילה "תרבות" יש לפחות שני מובנים שונים לגמרי. במובן החלש, המובן האנתרופולוגי של המילה, "תרבות" היא כל מערכת רוחנית המעצבת את התנהגות האדם.⁴⁰ במובן זה גם מה שיכול להיחשב לחוסר תרבות הוא "תרבות", כגון, למשל, מערכת האמונות הטפלות, הטוטמים ואיסורי הטאבו של שבטים פרימיטיביים. אכן, כל מי שיבקש לעצב מערכת משפט בשבט פרימיטיבי כזה, שתתעלם מ"תרבותו" של אותו שבט, ייתקל מן הסתם בקיר אטום; ואילו מי שיבקש לחקור את המשפט הנוהג בשבט כזה, לא יוכל להבין אותו, גם אם ניתן בכישורים אנליטיים נדירים, אם לא יביא בחשבון את

38. חשוב להדגיש כי מדובר בנורמות בלתי מחייבות מבחינה משפטית, שכן אם הן מחייבות, הן נהפכות להלק מן המשפט הפורמלי.

39. המאמר הנודע: "Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory" הופיע בכמה בימות, למשל באסופת מאמרים של Sen, Amartya, *Choice, Welfare and Measurement* (1982) p. 84.

40. ראו באופן כללי: מנחם מאוטנר, "המשפט כתרבות: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה", רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוזן שמיר – עורכים, רמות, תשנ"ח) 545.

מערכת האילוצים התרבותיים שבני אותו שבט כפופים לה.⁴¹ תרבות במובנה ה"גבוה" יותר ניתן למצוא ביצירה הרוחנית של בני אותה תרבות, במופעים כגון ספרות, שירה, תיאטרון, האמנויות הפלסטיות, מוזיקה, ארכיטקטורה, פילוסופיה, תאולוגיה או שוב לשון. מספר הווריאציות למרקם התרבותי של עם הוא אינסופי, ולא תמיד ניתן להבחין בקלות בין תרבות גבוהה לפופולרית, או אפילו להצדיק את עצם ההבחנה ביניהן.

דוגמה מודרנית להשפעתה של התרבות, במובנה האנתרופולוגי, על מערכת המשפט ניתן למצוא בדיני ניירות הערך. תופעה מתועדת היטב היא שתכרות זרות (למשל, ישראליות) הנרשמות למסחר בבורסה לאומית לניירות ערך בארצות הברית, עולות מיד בערך השוק שלהן. לכאורה, ערך השוק של פירמה צריך להיקבע על פי זרם התקבולים שלה, ועל פי מערכת הדינים המסדירה את התנהלותה. ברור, עם זאת, כי שני פרמטרים אלה אינם יכולים להסביר את הפרמיה הנרשמת לחברות הנסחרות על אדמת ארצות הברית, שכן הרישום אינו משפיע על זרם התקבולים, ואילו הדין החל על החברה הוא דין מקום התאגדותה בלא קשר לפורום שבו היא נסחרת. חברה הרשומה בישראל גוררת אתה, למשל, את הדין הישראלי לכל מקום בעולם, בלא קשר למיקומו של מרכז עסקיה או לשוק שבו ניירות הערך שלה נסחרים. ההסבר המתקבל על הדעת לתופעה הוא שתכרות הנסחרות על אדמת ארצות הברית פועלות בתוך סביבה המצפה מכל באיה להתנהגות הולמת, שאיננה נדרשת ברוב המקומות האחרים בעולם (למשל, בישראל). זוהי סביבה של הגינות וישר, שאינם הוותים בספר, אך התרבות הטובבת את התאגידיים האמריקניים מקיאה אותם מתוכה אם אינם נוהגים על פי כלליה.⁴² דוגמה מפורסמת אחרת מתחום דיני התאגידיים נוגעת לפופולריות הרבה של מדינת דלוור הקטנה כמדינת רישום לתאגידיים מכל העולם. בראייה פשטנית ניתן היה לסבור כי סיבת הנחירה לדלוור נעוצה בחוק החברות המצוין שלה, שניתן "לקנות" אותו רק באמצעות הפיכתה של דלוור למדינת רישום התאגיד. אך השערה זו מופרכת מיניה וביה מן הסיבה הפשוטה שמדינות רבות חיקו את החוק של דלוור עד שקשה להבחין בין החוקים השונים, ובכל זאת כל אותן מדינות לא נהפכו לאבן שואבת

41. דוגמאות לרוב מובאות בספרו המעניין של אחד משגרירינו לשעבר ביבשת אפריקה: Hanan Aynor, *Notes From Africa* (1969).

42. John Coffee, "Racing Towards the Top: The Impact of Cross Listing and Stock Market Competition on International Corporate Governance", 102 *Columbia Law Review* (2002) 1757. במאמר זה טוען Coffee כי רישומה של חברה זרה למסחר בבורסה אמריקנית יוצר, ipso facto, ערך עבור המשקיעים. הפרמיה מוסברת בטענה כי כאשר חברה זרה מקבלת עליה את כל המתבקש מפירמות הנסחרות על אדמת ארצות הברית, הריהי מאותתת בכך לציבור המשקיעים כי בכוונתה לשדרג את התייחסותה כלפי מיעוטים. לדעתו של Coffee, גם למערכת הדינים יש תפקיד בעילותם של האיתותים, כי הדינים האמריקניים מחמירים לדעתו יותר מהדינים הנוהגים ברוב ארצות המוצא מבחינת כללי הגילוי שלהם והאכיפה במקרים של הפרה; אך נראה כי לטיעון אחרון זה אין בסיס אמפירי רציני. למשל, דרישות הגילוי החלות על חברות ישראליות בישראל מחמירות מאלה הנדרשות מהן על אדמת ארצות הברית, ובכל זאת ערכן של החברות עולה מיד עם רישומן למסחר בארצות הברית.

לרישום תאגידים. ההסבר המתקבל על הדעת היחיד ליתרונה התחרותי של דלוור נעוץ בקיומה של תרבות שיפוטית ייחודית למדינה זו, שבה השופטים מנפקים החלטות צודקות ואיכותיות במהירות שיא, להבדיל ממדינות אחרות שבתו השופט שלהן סובלים הן מסחבת והן מחוסר מומחיות בדיני התאגידים (גם כאן ישראל היא דוגמה לא רעה). ה"תרבות" של דלוור איננה אלא קואליציה של סוחרים ממולחים (המחוקקים ומושלי המדינה) ומקצועני משפט (השופטים) הפועלים לתועלתם המשותפת, אך בהשכילם לאותת איתות אמין על כוונתם להתמיד באסטרטגיה שלהם, יצרו רשת צפופה של ציפיות וכללי התנהגות שבמובן האנתרופולוגי ניתן לכנותה "תרבות". פרופוזיציה זו כבר שחוקה כל כך וידועה לכל עד שאין עוד צורך לתמוך אותה באסמכתאות.

ברצוני להתום רשימה קצרה זו בהערה המעניינת ביותר, הנוגעת לתרבות ה"גבוהה" ומיקומה הצפוי ביוריספרודנציה של העתיד הנראה לעין, כבר אמרתי לעיל כי כוחו של העיון המשפטי הבינתחומי הוא בתובנה המכירה בקשרי הגומלין שבין הכללים המסדירים לבין תחומי החיים המוסדרים על ידיהם. תובנה זו הנחילה לגישה הכלכלית את תהילתה הגדולה, אך חכמי הגישה הכלכלית החסירו בה גורם מכריע אחד, והוא הגורם התרבותי, ובכך אין הם נבדלים מאנשי "האות השחורה", שאת מקומם תפסו. במקום להניח, כפי שהיו צריכים, כי לתרבות יש תפקיד מכריע בעיצובו של המשפט וביכולת להבינו, הם הניחו כי התחום המשפטי (במקרה של אנשי האות השחורה) או הבינתחום (במקרה של אנשי הגישה הכלכלית) נשלט על ידי חוקים מדעיים "אובייקטיביים", על-תרבותיים, ולכן הניחו שיש להם תחולה אוניברסלית. אדגים תחילה את חוסר המודעות לגורם התרבותי, ובמה חוסר מודעות זו הקדיח את הקדרה במקרה של הגישה "השחורה", שאיננה בינתחומית, למשפט, ואחר כך אראה כיצד חטא זה חוצה את הקווים ופוגם גם בעבודתם של אנשי הגישה הכלכלית.

בימים אלה התבררנו על השלמת עבודת ההכנה של הצעת חוק דיני ממונות שתעניק לנו, לאחר השלמת הליכי החקיקה בכנסת, קודקס אזרחי חדש במדינת ישראל.⁴³ קודקס אזרחי, כפי שידוע לכול, איננו סתם אוסף של דברי חקיקה אזרחיים הכרוכים בכריכה אחת. בוודאי אין לראות בו רק מאמץ מרוכז לתקן קלקולים נקודתיים שהשתרשו במשפט האזרחי במהלך השנים, שהרי לצורך כך ניתן היה להסתפק בתיקוני חקיקה רגילים. תכליתו של קודקס שנוצר יש מאין היא להמיר את אופייה של שיטת משפט שלמה ולהפוך את תרבותה ל"תרבות קודקסית". אכן, מגמה זו ניכרת בבירור בדברי ההסבר לקודקס המוצע, ובעבודות ההכנה רבות השנים שקדמו לו. קווי המתאר העיקריים המאפיינים את התרבות הקודקסית ומבדילים אותה מחלופותיה, ובעיקר מתרבותו של המשפט המקובל, מתבטאים בשאיפה לשלושה עיקרים: סדר, שלמות והרמוניה. "סדר" כיצד? קודקסים מצטיינים בארכיטקטורה

43. שרון נבו ואנוכי הרחבנו את הדיבור על סוגיית הקודקס, לרבות על היבטיה התרבותיים, במאמר: שרון נבו ואוריאל פרוקצ'יה, "מהפך! על הקודקס האזרחי החדש", משפט ועסקים ד (תשס"ו) 95. עיקר הטענות המובאות בטקסט, והמתייחסות לקודקס האזרחי החדש, שאלות ממאמר זה. המאמר גם מכיל רשימה פתוחה או יותר ממצה של אסמכתאות המתעדות את הטענות הנטענות כאן.

שקופה שיש בה פרקי מבוא, שהוראותיהם חלות על כל סעיפי הקודקס, ופרקים ספציפיים החלים על שטחי משפט מיוחדים, המסודרים מתוך הקפדה יתרה על אמנות הסיווג (חיובים לחוד, קניינים לחוד וכיוצא בזה). הסדר אמור להבהיר את החוק לקורא, לקרב את מסריו אל העם ולהקל את מלאכת הפרשן. "שלמות" כיצד? הקודקס שואף להשיב על כל שאלות המשפט העשויות להתעורר, כדי שהפרשן לא יאלץ להפש תדרכה מחוץ להוראותיו. כדי להשיג את יעד השלמות, הקודקס מרבה להשתמש בהוראות שסתום (כגון תום לב), ולפיכך כל המשתמש בהן, רואים אותו כאילו החיל על סכסוכים קונקרטיים הוראה מפורשת מתוך הקודקס. דרך אחרת למילוי לקונות, המשרה על השיטה תחושה של שלמות, היא שימוש נרחב בפרשנות באמצעות אנלוגיה, כלומר מילוי לקונות בסוגיות אילמות באמצעות החלתן של הוראות מפורשות בסוגיות אחרות, "הדומות" להן. "הרמוניה" כיצד? השימוש הנרחב באנלוגיה והתחושה שבכל סוגיות הקודקס שולט בעצם דבר חקיקה יחיד, אמורות להביא לידי מזעור הסתירות הפנימיות שבין חלקי המשפט האזרחי, וצמצום היווצרותם של הבדלים "בלתי מוצדקים" בין סוגיה לסוגיה. בכל התרבויות הקודקסיות שבעולם מתערער מעמדו של התקדים המחייב, ופרשניות החוק מופנות, כל פעם מחדש, אל הטקסט הסטטוטורי כאל מקור עיקרי, מה שמסייע לו לשמור על בהירותו המבנית, שלמותו וההרמוניה הפנימית שבו (ריבוי הלכות מהיכות מחוץ לקודקס, בנוסח המשפט המקובל, עלול כמובן לפגום בשלמות ובקוהרנטיות האמורות לאפיין את תרבות הקודקס).

אף שהקודקס הוכן במשך למעלה מעשרים שנה, לא ידוע לי שנדונו שאלות המדיניות העיקריות המתבקשות כמעט מאליהן מאימוצו המתוכנן, כגון האם אכן צריכה לשרור הרמוניה בין חלקי המשפט השונים והפתרונות צריכים להיות "דומים", או אולי בהינתן השוני בין הסוגיות, ראוי להן להיות מוסדרות באופן שונה? האם בכלל נהיר לנו מהו "דמיון" ואיך ניתן להשיג אותו? האם ריבוי השימוש בהוראות שסתום, הנחוץ לצורך שלמותו של הקודקס, אינו עתיד לכרסם למעלה מן המידה בביטחון המשפטי שניתן להשיגו רק בכללים ספציפיים? האם בעולם דינמי ומשתנה רצוי לעגן את מקור כל הדינים במוצר סטטוטורי קבוע, או אולי ראוי לפתוח פתח לשינויים באמצעות הפסיקה? האם ההגירה הצפויה ממחוזות המשפט המקובל אל תרבויות הקודקס תשפר את שיטתנו המשפטית? אף שהדמויות המרכזיות שהובילו את חקיקת הקודקס (הוגה הרעיון, פרופסור אורי ידן המנוח; יושב ראש ועדת הקודקס, הנשיא אהרן ברק; וה"חוקר הראשי" של ועדת ברק, פרופסור מיגל דויטש) הרבו לפרסם מאמרים על פרויקט הקודקס, מטרותיו והשאלות שנידונו במהלך הכנתו, אין במאמרים אלה שום דיון רציני אף באחת מן השאלות שלעיל, ואף אחת מהן גם אינה ניכרת בדברי ההסבר המלווים את הצעת חוק דיני ממונות.⁴⁴

איך כל זה קרה? אני מניח כי עבודות ההכנה לקראת חקיקת הקודקס הובילו את המנסחים אל עבודות ההכנה של קודקסים אחרים, כלומר אל אלה שקדמו לקודקסים האירופיים הגדולים של המאה התשע עשרה. הסגנון המרשים והחגיגי של האירופים עשה

44. דיון מקיף במאמרים אלה ובדברי ההסבר נמצא במאמרם של נבו ופרוקצ'יה, שם.

כנראה רושם רב על המנסחים שלנו,⁴⁵ ומכל מקום הרטוריקה להצדקת מפעל הקודקס, כלומר הדיבורים הרמים על השאיפה לסדר, לשלמות ולהרמוניה, הייתה שווה כמעט לחלוטין בשני המקרים.⁴⁶ אך מה רב הוא ההבדל! הרטוריקה האירופית נבעה באופן טבעי לחלוטין מתפיסת העולם התרבותית ששלטה בכיפה באותם ימים, ובראש ובראשונה מן הפילוסופיה של העידן התבוני מן המאה השמונה עשרה. לפי תפיסה זו כל בעיות האדם ומצוקותיו ניתנות לפתרון באמצעות השכל, וכל השאלות שיכולות להישאל ניתנות לטיפול נכון וסינופטי, היכול גם למצוא את ביטוי במסמך מסכם. ה"פילוסופים" (les philosophes) הצרפתים של המאה השמונה עשרה הסמיכו מעשה למחשבה תחילה, ונתנו ביטוי לאופטימיות שלהם ולאמונתם בכוחה של התבונה וחיברו את האנציקלופדיה הגדולה שהתיימרה לכסות את כל תחומי הידע האנושי. הקוד נפוליאון, שהוא הבבואה המשפטית של התנועה האנציקלופדיסטית, משקף יפה את התפיסה כי כל בעיות המשפט האזרחי ניתנות לשלטונו של השכל, ומותר לשאוף לאידאל כי כולן תקבלנה מענה בהוראות הקודקס.

הרבה מים זרמו בנהר הסיינה מאז אותם ימים רחוקים, והאתוס המערבי הקנוני התהפך על צירו. לא יאחר ממלחמת העולם הראשונה, וככל הנראה זמן רב קודם לכן, חדל היקום להתפרש כמעשה מרכבה הרמוני, האמונה בכוחו של השכל להביא מרפא לכל תלאויות האדם התפוררה לגמרי, והמחשבה כי סדר והרמוניה יכולים לתפוס את מקומה של התייחסות פרטנית לכל בעיה לגופה הודרה אל מרתפי ההיסטוריה. אין לי ספק שאילו תהפוכות אלה, וביטויין בכל תחומי היצירה, היו לנגד עיניהם של מנסחי הצעת חוק דיני ממונות, גם הם לא היו סבורים כי יצירת חוקים שונה במהותה מיתר יצירות האדם. או או היו גם הם מטילים מידה של ספק בהיתכנותו של פרויקט בעולם המשפט דווקא (קודקס מסודר, שלם והרמוני), כאשר ברור לכול כי אילו היה מדובר, למשל, בפרויקט מעולם הספרות (נרטיב רציף ו"חלקי"), במוזיקה (שמירת אמונים לסולמות הטונליים), באמנות (כצורת ביטוי פיגורטיבית וריאליסטית), בתיאטרון (בלא אבסורדים) או בתפיסת ההיסטוריה ("משק

45. דוגמה יפה לרטוריקה שקדמה לקוד נפוליאון, הראשון והמרהיב מכל הקודקסים האירופיים המודרניים, ניתן למצוא בספר קצר מפרי עטו של Jean-Etienne-Marie Portalis, שהיה ה"מדען" הבולט ביותר מקרב כל מנסחי הקודקס. ראו: Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours Préliminaire du Premier Projet de Code Civil*, אשר ראה אור בפרוץ בשנותיה הראשונות של המאה התשע עשרה. Portalis מרבה לדבר על סדר, שלמות והרמוניה כעל אידאלים בהכנת הקוד. רוח של חגיגות מפעמת בדבריו, ואור גדול, אורה של תקופת ההשכלה, מאיר את רעיונותיו.

46. דמיון כמעט מושלם בין הרטוריקה הצרפתית של תחילת המאה התשע עשרה לבין הרטוריקה של מנסחי החוק אצלנו ניתן למצוא, למשל, אצל "אבי רעיון הקוד", פרופסור אורי ידן המנות. ראו, למשל: אורי ידן, "הגשמת הקודיפיקציה האזרחית", עיוני משפט ו (תשל"ט) 506. גם אלה שהלכו בדרכו, כגון יו"ר ועדת החקיקה של הקודקס, הנשיא אהרן ברק, והחוקר הראשי, פרופסור מיגל דויטש, השתמשו, איש איש על פי סגנונו המיוחד, ברטוריקה בעלת מסר זהה. לפרטים מלאים ראו: נבו ופרוקציה (לעיל, הערה 43).

כנפי ההיסטוריה", להבדיל משחקי ה"מיקרו-היסטוריה", או פרטי חייהם של דלת העם, הפרויקט היה חסר סיכוי בשל הנתק בינו לבין האתוס התרבותי של התקופה. כאמור, ניתוקה של התרבות מן המשפט מאפיין לא רק את מנסחי הקודקס, וחוטאים בה גם חוקריה של הגישה הכלכלית. ברצוני למקד את המבט באחת התרבויות המרתקות בהיסטוריה, התרבות של העם הרוסי. לאחר הפרטטרויקה והגלסנוסט גמרו פרנסי רוסיה אומר להצטרף לכלכלות השוק של העולם המערבי, אך לא ידעו כיצד להשלים את המלאכה. לצורך כך נשכרו טובי המומחים במערב, רבים מהם אנשי אקדמיה אמריקנים האמונים על הגישה הכלכלית, כדי להציע לרוסים טיוטות לרפורמה. בדרך כלל, הממשלה הרוסית ששה לאמץ את ההמלצות שהוגשו לה, רק כדי לגלות בדיעבד שהניסיון נכשל. דוגמה מאלפת לכך היא ניסיונם של שניים מטובי המנתחים הכלכליים של המשפט, בלק (Black) וקרקמן (Kraakman), להציע לרוסים קוד חברות חדש. המחברים השכילו להתבחין בחולשתה של מערכת האכיפה הרוסית, ולכן בהישענם על הספרות העוסקת ב"דיני חוזים במצב הטבע"⁴⁷ כלומר במערכת חוזית שאיננה נשענת על זרועות האכיפה של המדינה, הציעו לרוסים "קוד חברות האוכף את עצמו".⁴⁸ קוד החברות האוכף את עצמו של בלק וקרקמן אומץ ונהפך לחוק, אך הפרקטיקה של המשטר התאגידי ברוסיה המשיכה להיות עלובה כמקודם, והכול מסכימים כי הניסיון נכשל. בלק וקרקמן הודו בהגינותם בכישלון המהלך, אך תירצו זאת בכך ששגו באומדן ממדי השחיתות ברוסיה.⁴⁹ לדעתי, הסברם של בלק וקרקמן אינו מניח את הדעת, ומה שחסר בו הוא התבוננות בעומק הממד התרבותי. כל מי שמכיר את ההיסטוריה המשפטית של רוסיה יודע שעד העת האחרונה ממש לא היה בה מעולם חוק חוזים, ולמעשה כמעט לא היה בה מעולם משפט אזרחי בכלל. גם כיום, לאחר חקיקתו של חוק החוזים, ההסתמכות עליו בחיי היומיום היא מזערית ביותר, כאשר רוב עסקאות החליפין הן "ריאליות" ואינן מותירות אחריהן שובל של הבטחות עתידיות. התאגיד המודרני איננו, כמובן, אלא פקעת חוזית מורכבת, ולכן בתרבות שאינה נסמכת על מוסד החוזה, קשה להעלות על הדעת שגשוג תאגידי. כיצד ניתן להסביר את רתיעתה של רוסיה מחוזים, תאגידים והבטחות אחרות? כדי להשיב על שאלה זו, על המתבונן לחלץ עצמו מסד התרבות המערבית, המניחה את קדושתו של החוזה כמובנת מאליה, ולשאול

47. "מצב הטבע" הנו, כמובן, מצב היפותטי שבו אין מדינה, ולכן אין הגנה משפטית מסודרת על זכויות קניין מכל סוג ומין. הטענה היא כי אפילו במצב זה ישנם מקרים שבהם פרטים היו מתקשרים בקשרי חוזה, ואלה הם המקרים שבהם החוזים "אוכפים את עצמם" גם בהיעדר שלטון מרכזי. דוגמה לכך היא כאשר השחקנים משחקים משחק חוזר, ולכן מי שמפר את התחייבויותיו החוזיות עלול להינזק מתגובת השוק המזהה את המפר ומנדה אותו מן החברה. ראו באופן כללי: Anthony Kronman, "Contract Law and the State of Nature", 1 *Journal of Law, Economics & Organization* (1985) 5.

48. Bernard Black and Reinier Kraakman, "A Self-Enforcing Model of Corporate Law", 109 *Harvard Law Review* (1996) 1912.

49. Bernard Black, Reinier Kraakman and Anna Tarassova, "Russian Privatization and Corporate Governance: What Went Wrong?" 52 *Stanford Law Review* (2000) 1731.

משום מה יכול מישוהו לסבור, כי הבטחה פרטית שנותן אדם אחד לחברו, אפילו בנושאים אזוטריים, תובעת לעצמה גיבוי מטעם המדינה? ומדוע יש בה כדי להצדיק ציפייה מן המערכת המדינתית שתגייס את כל כוח הכפייה שלה כדי לאכוף הבטחות? על שאלה זו ניתן להשיב מתוך מעקב צמוד אחר הרעיונות שהולידו את חופש החוזים בתקופה הקדם-מודרנית במערב (פסק הדין האנגלי הראשון שהכיר במפורש בתוקפה המחייב של הבטחה חוזית ניתן רק בתחילת המאה השבע עשרה).⁵⁰ בלי לפרט כאן יתר על המידה, מסתבר כי מספרם של רעיונות אלה אינו רב. הוא כולל מושגים כמו הומניזם, אינדיבידואליזם, התפוררות מוסד הסמכות, הנהייה לעושר, תמורות דרסטיות בהתפתחות מושג ה"אמת", או מהפכת הדפוס. בכל אחד מתחומים אלה ההיסטוריה הרוסית, והתאולוגיה האורתודוקסית השוורה בה, התקבעה על רעיונות שאינם רק שונים מאלה שהתפתחו במערב, אלא במידה מרובה מנוגדים להם: החברה הרוסית מעולם לא הייתה הומניסטית או אינדיבידואליסטית, הסגידה לסמכות ולשררה לא כהתה בה, השאיפה לעושר מעולם לא נתפסה בה כערך ראוי וכיוצא באלה. קל להבין על רקע של בירור תרבותי מעין זה מדוע החברה הרוסית אינה "חברה חוזית", ולכן גם מדוע אינה חברה תאגידית.⁵¹ הפתרון לבעיה זו אינו יכול להימצא בחקיקת חוק חברות שעל פי התאוריה הכלכלית ה"אובייקטיבית", או ה"אוניברסלית" יכול לאכוף את עצמו; הפתרון חייב לחדור לעומק רובדי התרבות הרוסית ולחולל בהם שינויים, או להשלים עם היותה של התרבות הרוסית שונה משלנו, ולא דווקא נחותה בהישגיה מהישגי המערב.

יזמו של הניתוח התרבותי של המשפט יגיע, והוא קרוב. תכליתו לא תהיה להחליף את הגישה הכלכלית, שהישגיה המופלאים ימשיכו לפאור את היכולת התהילה של המשפט, ממש כשם ששום דבר לא יחליף לעולם את האות השחורה, שהיא הבסיס לכל דיון רציני. אלה וגם אלה ישתלבו בשיח שאיננו עוד בינתחומי כי אם רב תחומי, ובו מקום של כבוד להבנת תרבויות והטמעת תובנותיהן אל תוך הניתוח המשפטי.

50. *Slade's Case*, (1602) 4 Co Rep 91a (107 ER 1067). בעניין *Slade* רכש אדם מאיכר בדבון בשם ג'ון סלייד את יבול הדגנים שלו, שהיה עתיד לצמוח במשך השנה. היבול עלה יפה, אך הרוכש סירב לקבל בו חזקה או לשלם את המחיר. בית המשפט הכיר בתביעת ה"assumpsit" של המוכר, כלומר בתביעה המבוססת על הבטחה "עירומה", במילים הבאות, המשמשות יסוד מוסד לדיני החוזים החופשיים של ימינו: "Every contract executory imports in itself an assumpsit".

51. על הקשר ההדוק בין הנחות היסוד התרבותיות לבין היווצרותה של חברה חוזית (או תאגידית) עמדתי בהרחבה בספרי העומד לראות אור בקרוב (לעיל, הערה 16).

