

## עיון פילוסופי במשפט ואודותיו

דוד אנוך\* ואלון הראל\*\*

מאמר זה הוא מאמר סקירה המתאר כמה מגמות מרכזיות בעיון הפילוסופי של המשפט. המאמר מתמקד בעיקר במסורת הפילוסופית האנגלו-אמריקנית ובוהן את הקשר בין פילוסופיה של המשפט, פילוסופיה של המוסר ותיאוריה פוליטית. המאמר נחלק לארבעה חלקים. החלק הראשון בוהן תיאוריות המנסות להגדיר או לאפיין את המשפט. מצד אחד המשפט הוא מוסד חברתי הכולל בתי משפט, בתי מחוקקים וכן סנקציות. מצד אחר המשפט עוסק בשאלות של צדק, זכויות וחובות. בחלק זה אנו בוחנו אם המשפט הוא תופעה חברתית-קונבנציונלית (כפי שגורסים הפוויטיביסטים) או שהמשפט מקיים גם אילוצים מוסריים מינימליים (כפי שגורסים הסידי תיאוריות של משפט הטבע).

החלק השני מתמקד בשאלה, איך ראוי לעצב את המשפט (להבדיל מהשאלה, מהו משפט). בחלק זה אנו בוחנו, למשל, אילו התנהגויות ראוי שהמשפט יסדיר ומהם הטעמים הלגיטימיים המצדיקים הסדרה משפטית. כן אנו בוחנו את הקשר בין אחריות מוסרית ובין אחריות משפטית וכן את הקשר בין החובה והזכות המשפטית לבין החובה והזכות המוסרית.

החלק השלישי סוקר ספרות הבוחנת מפרספקטיבה פילוסופית שדות משפטיים פרטיקולריים לרבות משפט פלילי, דיני חוזים ודיני נזיקין.

\* פרופסור לפילוסופיה ופרופסור למשפטים בדוכן יעקב ברמן, האוניברסיטה העברית בירושלים.

\*\* פרופסור למשפטים, הקתדרה ע"ש פיליפ ואסתל מיוזוק למשפט פלילי ומנהלי, הפקולטה למשפטים בירושלים.

אנחנו מבקשים להודות לרם ריבלין על עזרה במחקר. על הערות מועילות אנו מודים לרם ריבלין, ולחברות ולחברים של מערכת דין ודברים. כל אתרי האינטרנט נצפו באחרונה באוקטובר 2007, אלא אם כן נכתב אחרת.

החלק הרביעי בוחן תיאוריות ביקורתיות של המשפט – תיאוריות הרואות במשפט תופעה פוליטית חברתית ואידיאולוגית. חלק זה בוחן את הזרם של ריאליזם משפטי וכן את הזרם המכונה Critical legal Studies. במאמר סקירה זה בחרנו לפרוס לפני הקורא יריעה רחבה (אף כי לא ממצה ולא מעמיקה) של הגישות הפילוסופיות השונות.

**א. מברוא. ב. מטא-משפט – עיון פילוסופי על אודות מהות המשפט.**  
**ג. אתיקה, פילוסופיה פוליטית ומשפט:** 1. פילוסופיה פוליטית ומשפט: למשל, גבולות המשפט; 2. פילוסופיה של המוסר והמשפט: למשל, אחריות מוסרית ומשפטית; 3. אנלוגיות בבירורים מושגיים: למשל, זכויות. ד. עיון פילוסופי בענפי משפט מסוימים: 1. משפט פלילי; 2. דיני חוזים; 2. דיני נזיקין. ה. פילוסופיה "ביקורתית" והמשפט. ו. מבט לעתיד.

## א. מברוא

עיון פילוסופי משיק לחקר המשפט בדרכים רבות ושונות זו מזו. במאמר זה אנו מתארים כמה מגמות מרכזיות בעיון הפילוסופי במשפט ועל אודותיו. הדגש המרכזי של מאמר זה הוא בקשר בין פילוסופיה של המשפט, פילוסופיה של המוסר ופילוסופיה פוליטית. מאמר סקירה זה מחולק לארבעה חלקים. בחלקו הראשון אנו עוסקים בתיאוריות המנסות לאפיין או להגדיר את המשפט ובמיוחד בוחנים את המתח בין תיאוריות פוזיטיביסטיות של המשפט לבין תיאוריות משפט הטבע. בחלק השני אנו בוחנים את הרלוונטיות של תיאוריות של המוסר לביתוח נורמטיבי של המשפט. חלק זה בוחן שלוש דוגמאות מרכזיות לרלוונטיות של אתיקה למשפט: גבולות המשפט, היינו השאלה אילו התנהגויות ראוי שהמשפט יסדיר ומהם הטעמים הלגיטימיים המצדיקים הסדרה משפטית; הקשר בין אחריות מוסרית לבין אחריות משפטית; וכן הקשר בין מושגי זכות וחובה מוסרית לבין זכות וחובה משפטית. החלק השלישי סוקר עיון פילוסופי בענפים שונים של המשפט לרבות משפט פלילי, דיני חוזים ודיני נזיקין. לבסוף, בחלק הרביעי אנו בוחנים בקצרה תיאוריות ביקורתיות של המשפט. אחרי הצגת האופנים השונים שהעיון הפילוסופי משיק בהם לחקר המשפט, אנו מציעים – בהיסוס מה – ספקולציות על עתיד תחומים אלה. מובן שהחלוקה לקטגוריות שיפורטו להלן – שמתבטאת, פחות או יותר, בחלוקת המאמר לסעיפים וסעיפי משנה – אינה מוצעת כחלוקה חזקה, מוציאה או ממצה. היא מוצעת כחלוקה מועילה (כך אנו מקווים) מבחינה מתודולוגית, ואף שיש מחקרים פילוסופיים-משפטיים שאינם נכנסים בבירור לאחת מקטגוריות אלה, ואף שיש מחקרים שנכנסים בבירור ליותר מקטגוריה אחת כזו, בכל זאת לעתים קרובות קל מאוד לסווג מחקר מסוים לקטגוריה המתאימה לו; ומכל מקום חלוקה זו, כמו גם הדוגמאות המרכזיות לכל קטגוריה, יש בהן כדי לספק מבט-על משקף בתחום העיון הפילוסופי במשפט ועל אודותיו.

ברור מתיאור קצר זה כי מאמר סקירה זה הוא מאמר אקלקטי. הדיון בקשר שבין פילוסופיה למשפט נוגע בתחומים שונים של המשפט ובתחומים שונים של הפילוסופיה. הקשר בין תחומים אלה הוא לעתים קשר רופף, ניתן להכליל ולומר כי העיון הפילוסופי הוא בעיקרו עיון מופשט; הוא עוסק בשאלות כלליות רחבות ומופשטות. הוא איננו תלוי באופן טיפוסי בשיטה משפטית זו או אחרת והוא מנותק בדרך כלל מן הניתוח הדוקטרינרי פוזיטיבי המאפיין את עבודתו של המשפטן. עם זה, כפי שנראה נתק זה איננו נתק מוחלט, והניתוח המשפטי יכול לסייע לניתוח הפילוסופי ולהפך.

יש מקום כאן עוד להעיר הערה מקדמית אחת. העיון הפילוסופי מורכב ממסורות ומתודולוגיות שונות, שהדמיון ביניהן לעתים אינו בולט יותר מהדמיון בין מחקרים בדיסציפלינות שונות ממש. בימינו בולטת במיוחד החלוקה של מסורות פילוסופיות למסורת הפילוסופיה האנליטית (בדרך כלל, האנגלו-אמריקנית) מצד אחד, ומסורות קונטיננטליות שונות מצד אחר (כמו מחקר שעיקרו מחקר פילוסופי-היסטורי, או הגות פוסט-מודרנית שמוזהה בדרך כלל עם כמה הוגים צרפתים בני זמננו). עיקרה של רשימה זו הוא העיסוק הפילוסופי-משפטי במסורת האנליטית.

### ב. מטא-משפט – עיון פילוסופי על אודות מהות המשפט

מושג המשפט עצמו יכול לעמוד במוקד של בירור פילוסופי שיטתי. כך, למשל, אפשר לשאול שאלות על אודות מהותו של המשפט. המשפט, כך נראה, הוא מערכת כללים, אבל יש מערכות כללים רבות שאינן משפט, כגון כללי נימוס, כללי מוסר או כללי ההתאחדות לכדורגל. מה מייחד, אם כן, את המשפט דווקא? שאלה זו, כמובן, אינה נשאלת מנקודת מבט של שטח שיפוט מסוים, על אודות שיטת משפט ספציפית (מה מייחד את שיטת המשפט הישראלית?), אלא מנקודת מבט כללית ומופשטת הרבה יותר, על אודות המשפט ככזה. שאלות נוספות הנשאלות כחלק ממחשבה כזו על המשפט הינו, למשל: מהם התנאים לתוקפה המשפטי של נורמה בלשהי? שהרי יש נורמות רבות, ורק מקצתן תקפות מבחינה משפטית. מה מייחד את אלה? גם כאן, השאלה אינה על אודות תנאי התוקף המשפטי במערכת משפטית נתונה (במשפט הישראלי, נורמה היא תקפה מבחינה משפטית אם ורק אם אומצה בחקיקה של הכנסת או בחלק מחייב של פסק דין של בית משפט, או היא עומדת באחד מן הקריטריונים האחרים שהמשפטן הישראלי מכיר בהם), אלא על אודות התנאים לתוקף משפטי בשיטה משפטית בלשהי (למשל, האם תוקף משפטי הוא פונקציה רק של זיהוי באמצעות כללים הנוהגים בחברה לעניין זה, או גם של תנאים אחרים, כגון מעמדו המוסרי של הכלל? אנהנו נשוב לדוגמה זו להלן). ועוד, נראה שהמשפט מספק טעמים לפעולה, כך שלפחות לעתים תוכנו של המשפט בעניין מסוים רלוונטי לאופן הפעולה הנכון (מבחינה רציונלית, ואולי אף מוסרית) באותו עניין. אבל כיצד מספק המשפט טעמים לפעולה? בדומה לאופן שבו המוסר מספק טעמים לפעולה? אבל מהו אופן זה? או אולי המשפט מספק טעמים לפעולה – כשהוא אמנם עושה זאת – בדומה דווקא לאופן שבו כללי ההתאחדות לכדורגל מספקים טעמים לפעולה (לשחקנים ושחקניות הכדורגל, לפחות)? או אולי באופן אחר? וכן, דומה שהמשפט תובע לעצמו – אולי בהכרח, אבל

לפחות בדרך כלל – סוג מיוחד של לגיטימיות וסוג מיוחד של סמכות. אבל מהם המובנים הרלוונטיים של "לגיטימיות" ושל "סמכות", וביצד, אם בכלל, המשפט מצליח להיות לגיטימי ופמבתי? זאת ועוד, נראה שחלקים מרכזיים מהמשפט (פסקי דין, למשל, אך לא רק הם) מורכבים מסוג מסוים של טיעונים, או של שיג ושיח, של reasoning, אבל מהם המאפיינים הייחודיים, אם יש כאלה, של השיג והשיח המשפטיים? האם יש מתודולוגיה משפטית מיוחדת כלשהי, ואם כן, מה אפשר ללמוד על אופייה, על יתרונותיה ועל חסרונותיה?

הניסיון להשיב תשובות מספקות לשאלות אלה ולשאלות נוספות הקשורות להן מהווה, אם כן, סוג אחד של מחשבה פילוסופית על אודות המשפט. זוהי מחשבה שיטתית על המשפט עצמו, על מהותו ועל מאפייניו ההכרחיים או לפחות הנפוצים. לעתים השימוש במונחים כגון "פילוסופיה של המשפט" או jurisprudence מיוחד לסוג זה של מחשבה פילוסופית על המשפט, ובחינה של תורות יוריספרודנטליות מסורתיות תעלה (כפי שנראה באופן מדגמי להלן) שלרובן ככולן יש תשובות לשאלות מרכזיות אלה. עיסוק זה במשפט מקביל, אם כן, מבחינות רבות לעיסוקה של הפילוסופיה של המדע במדע, או של הפילוסוף של הדת בדת. בכל המקרים האלה מתבוננת הפילוסופיה בתופעה שהיא חוקרת כאילו ממבט-על, ובוחנת את מאפייניה המושגיים, ואולי גם האחרים.

דומה שאחד הקשיים המרכזיים בדיון זה נובע מהמתח העמוק, שנראה פנימי לתופעת המשפט, בין כוח ושרירות מצד אחד, ובין טעמים, תוכן מוסרי, צדק והיגיון מצד אחר. מחד גיסא, קשור המשפט בכוחה של המדינה, בכוחם של גופים פוליטיים ליצור משפט, הנאכף באמצעות כוח (בלי קשר ישיר לשאלה, אם הם עושים זאת בתבונה או בהגינות), ובכוחם של גופים פוליטיים אחרים לייצר הכרעות שיפוטיות שגם הן נאכפות בכוח (בלא קשר לתבונה שבה מקבלים בתי המשפט את הכרעותיהם). מאידך גיסא, עושה המשפט שימוש במונחים מוסריים (כגון זכויות וחובות, צדק והגינות) השכם והערב, ובוודאי נראה כי אין המשפט מסתפק אך בהפעלת כוח. לא מפתיע, אם כן, שבהקשרו של דיון יוריספרודנטיאלי זה, מקום של כבוד עדיין נועד למחלוקת הקלאסית בין פוויטיביזם משפטי ובין (החלק היוריספרודנטיאלי של) מסורת המשפט הטבעי.

מחלוקת מרכזית זו נוגעת לשאלת הקשר בין המוסר למשפט. איש, כמובן, אינו חולק על כך שיש קשרים מרכזיים וחשובים בין המוסר למשפט.<sup>1</sup> כך, למשל, מן הראוי שמחוקקים ינסו לכונן מערכת משפטית שהמתח בינה ובין המוסר יהיה מועט ככל האפשר, ושופטות צריכות להימנע – במידת האפשר, אולי – מלהוציא מתחת ידן פסק דין היוצר עוול מוסרי. קשרים כאלה בין המוסר למשפט אינם שנויים במחלוקת בין פוויטיביזם המשפטי ובין

1. כשאנו מדברים על המוסר, אין אנו מדברים על העובדות הסוציולוגיות על אודות האמנותיהם או שיפוטיהם המוסריים של חברי האוכלוסייה הרלוונטית וחברותיה, אלא על אוסף האמיתות המוסריות עצמן, היינו על השאלה איך ראוי לנהוג ולא איך אנשים בחברה מסוימת סבורים שצריך לנהוג. במונחיו של הארט בדברנו על המוסר אנו מדברים על המוסר הביקורתי, לא על המוסר הפוויטיבי, ראו: הל.א. הארט, חוק, חירות ומוסר (אליה גילדין – מתרגמת, תשס"ו) בעמ' 55-58.

תפיסות נונ-פוזיטיביסטיות כלשהן. פוזיטיביסטים שוללים קשר אחר, חזק יותר. לשיטתם, אפשר לזהות ולהבין את המשפט בלא הפניות למוסר. תוקף משפטי של נורמה, טוענים פוזיטיביסטים, אינו קשור בהכרח לתוכנה המוסרי (או הבלתי מוסרי), אלא אך לעובדות היסטוריות חברתיות כלשהן, כגון כמה אנשים בחדר מסוים (המכונה "הפרלמנט") הרימו את ידיהם (באקט המכונה "הצבעה") אחרי שאדם אחר על כיסא גבוה (המכונה "יו"ר") הבהיר שהרמת הידיים הקרובה תעסוק בנורמה הנתונה וכדומה.

שלוש מעמדות המפתח בהיסטוריה של הפוזיטיביזם המשפטי הן העמדות של אוסטין<sup>2</sup> (Austin)<sup>2</sup> של קלזן (Kelsen)<sup>3</sup> ושל הארט (Hart)<sup>4</sup>. להלן נציג אותן בקיצור נמרץ, רק כדי להבהיר את טיב הדיון בפוזיטיביזם משפטי. כמובן, אין כאן יומרה לעשות צדק פילוסופי עם עמדותיהם של הוגים אלה.

אוסטין סבור שחוקים הם פקודות כלליות של הריבון לנתיניו; שפקודות הן הבעות רצון של אחד לגבי פעולתו של אחר, הנתמכות באיום אפקטיבי בסנקציה; ושריבון הוא אדם או גוף שכל חברי הקהילה וחברותיה מורגלים בציות לו, ושהוא אינו מורגל בציות לאיש. על פי תפיסה זו, כדי לדעת אם נורמה מסוימת תקפה מבחינה משפטית במערכת נתונה, יש לבדוק אם מקורה בריבון (כלומר, במי שהכול מצייתים לו כדרך של הרגל אבל הוא אינו מציית לאיש בדרך זו), אם היא כללית, ואם היא מגובה באיום אפקטיבי בסנקציה. בדיקות אלה כולן סוציולוגיות-היסטוריות בעיקרן: בשום שלב אין צורך, למשל, להבין את תוכנה של הנורמה כדי לדעת אם היא תקפה מבחינה משפטית אם לאו. ממילא, שום מבחן תוכני אינו רלוונטי לתוקף המשפטי על פי עמדה כזו. ומאליו ברור, אם כן, ששום קריטריון תוכני מוסרי אינו רלוונטי לתוקפה של נורמה משפטית. כללים תקפים מבחינה משפטית יכולים להיות אפוא בלתי צודקים. עמדתו של אוסטין היא, אם כן, פוזיטיביסטית באופן פרדיגמטי. היא איננה רואה במוסריות של נורמה תנאי לתוקפה המשפטי או במוסריותה של מערכת נורמות תנאי לקיומה של מערכת משפטית.

האם יכולה תיאוריה כשל אוסטין להשיב על השאלות שעמן פתחנו בסעיף זה? על חלקן, נראה שכן. כך, למשל, תיאוריה כשל אוסטין משיבה תשובה ברורה על השאלה בדבר תנאי התוקף של נורמה משפטית. היא גם נותנת תשובה בהירה על השאלה בדבר הנורמטיביות של המשפט, השאלה כיצד יכול לספק המשפט טעמים לפעולה, משום שחוקים הם מקרה פרטי של איום (איום כללי שמקורו בריבון), הם מספקים טעמים לפעולה באופן שבו איומים באופן כללי מספקים טעמים לפעולה, ולא נראה שיש דבר

2. ראו: John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence* [1832] (Wilfrid E. Rumble – ed., 2005).

3. ראו בעיקר: Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (1961); Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (1970) (להלן: Kelsen, *Pure Theory of Law*). ראו גם: Hans Kelsen, "On the Pure Theory of Law", 1 *Israel L. Rev.* (1966) 1.

4. ראו: H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1994).

מה מסתורי בכך (שהרי לכולנו יש טעמים להימנע מהסנקציות הרלוונטיות). לעומת זאת, לא ברור שלאוסטין יש המשאבים הדרושים כדי להשיב תשובות מתקבלות על הדעת על כמה מהשאלות האחרות שהזכרנו. כך, למשל, קשה למצוא אצל אוסטין מקום לשיג ושיח משפטיים (legal reasoning) במובן מעניין כלשהו, בין השאר משום שהניתוח של אוסטין דן בכל נורמה בנפרד, ואינו מדגיש את הקשרים המעניינים – לוגיים ואחרים – בין נורמות שונות באותה מערכת משפטית,<sup>5</sup> אבל legal reasoning מתרכז בדיוק בקשרים כאלה. וכן, באיזה מובן יכול אוסטין לתפוס את הלגיטימיות – ולו לכאורה – של המשפט? היכן, במרחב הסוציולוגי לחלוטין של הניתוח של אוסטין, מרחב שאין בו מקום לשיקולים מוסריים או אפילו לשיקולים נורמטיביים שאינם מוסריים, ושעומד בלא רחם על ההבחנה בין המשפט כפי שהוא ובין המשפט כפי שראוי שיהיה, היכן במרחב כזה יש מקום להבדל (או לפחות להבדל האפשרי) בין המשפט לבין אוסף פקודותיו של שודד שיטתי וחוק דיו כדי להיחשב לריבון (כפי שמילה זו מובנת על ידי אוסטין)?<sup>6</sup> במונחי המתח המרכזי שאיפיינו מוקדם יותר – המתח בין שרירות וכוח מצד אחד לבין היגיון, טעמים וצדק מצד אחר – נראה ברור שהתיאוריה של אוסטין נוטה יותר לכיוון צדו הכוחני והשרירותי של המשפט ומתעלמת אפוא מן התחושה שהמשפט קשור קשר אמיץ לשאלות של צדק, זכויות וחובות.

עמדה פוזיטיביסטית אחרת היא העמדה של קלזן. קלזן פיתח את מה שכינה "התיאוריה הטהורה של המשפט" – תיאוריה הרואה במשפט תופעה מובחנת הן מעובדות סוציולוגיות מצד אחד (כמו העובדות המשמשות בסיס לתיאוריה של אוסטין) והן מאמיתות מוסריות מן הצד האחר. המשפט לדידו של קלזן הוא מערכת של נורמות בעלת מבנה לוגי. נורמה היא ought statement, כלומר טענה בדבר האופן שבו ראוי להתנהג. סוג אחד פרדיגמטי של פסוקי ought הם פסוקים מוסריים, אלא שיש פסוקי ought מסוג אחר כגון כללי נימוס הקובעים (פחות או יותר) כיצד על אדם להתנהג אם הוא חפץ להיות אדם מנומס. קלזן אימץ במלואה את העמדה של יום (Hume) לפיה טענות בדבר האופן שבו ראוי להתנהג (ought statements) אינן יכולות לעולם להיגזר מ is statements, היינו טענות בדבר עובדות בעולם. איננו יכולים לגזור את המסקנה שראוי להאכיל אנשים מן העובדה שאנשים זקוקים לאוכל כדי להתקיים.<sup>7</sup> כדי לגזור מסקנה זו אנו צריכים להניח גם טענת ought נוספת, כגון זו שלפיה ראוי לאפשר לאנשים להתקיים. קלזן האמין בקיומן המובחן של נורמות משפטיות. כיוון שקיומן של נורמות אלה אינו יכול להיגזר מטענות is, נשאלת השאלה: מהיכן נורמות משפטיות שואבות את תוקפן?

5. בנקודה זו מהווה הפוזיטיביזם של Kelsen שיפור של ממש לעומת זה של Austin. ראו להלן.
6. לפרטים נוספים בעניינין של Austin, ראו: James W. Harris, "The Command Theory of Law", *Legal Philosophies* (1980) pp. 24-35; Brian Bix "John Austin", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2007 Edition), ניתן לצפייה באתר: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2007/entries/austin-john/>
7. לעמדתו של Hume בעניין זה ראו: David Hume, *A Treatise of Human Nature* [1739] (L.A. Selbe-Bigge – ed., 1978) Book III Part I section 1, p. 469.

התשובה של קלזן על שאלה זו היא פשוטה. נורמה משפטית שואבת את תוקפה כמעט תמיד מנורמה משפטית גבוהה יותר. כך, למשל, כאשר השטר עוצר את הנהג, הוא שואב את סמכותו מתקנות התעבורה. תקנות התעבורה מצדן שואבות את תוקפן מחוק אשר הסמיך את שר התעבורה להתקין תקנות כאלה. בשלב כלשהו אנו עשויים להגיע לנורמה העליונה במערכת המשפטית כגון החוקה. נשאלת אפוא השאלה: מה מקור התוקף של החוקה? הנורמה העליונה של השיטה איננה יכולה לשאוב את תוקפה מנורמה גבוהה יותר. מכאן הסיק קלזן את הטענה שביסוד המערכת עומדת הנחה בדבר קיומה של נורמה – נורמה שהיא נורמת היסוד של המערכת, ה-Grundnorm. נורמה בסיסית זו מסבירה הן את האחדות של המערכת המשפטית והן את התקפות המשפטית של נורמות. שתי נורמות הנגזרות מאותה נורמה בסיסית שייכות לאותה מערכת משפטית ותקפותן היא תוצר של היותן נובעות שתיהן מן הנורמה הבסיסית.

העמדה של קלזן היא פוזיטיביסטית משום שהתקפות של נורמה איננה תוצר של מוסריותה של הנורמה. עם זה, שלא כעמדתו של אוסטיין, היא איננה גם תוצר של עובדות חברתיות. המשפט הוא תופעה נורמטיבית ביסודה ואיננו תופעה סוציולוגית ועל כן (בניגוד לעמדת אוסטיין) איננו יכולים לזהות את הנורמות המשפטיות באמצעות התבוננות אך בעולם התופעות החברתיות.

האופי הנורמטיבי של התיאוריה של קלזן מסביר היטב מדוע המשפט מדבר במונחים נורמטיביים, כגון במונחי זכויות וחובות. המשפט הוא מערכת נורמות הקובעות אופני התנהגות ראויים. "ראוי" זה הוא "ראוי" שונה באופיו מן הראוי המוסרי, ועם זה השיח המשפטי בדומה לשיח המוסרי הוא שיח נורמטיבי. כן מצליחה התיאוריה של קלזן להדגיש את ההיבט המערכתי של המשפט – בשונה מאוסטיין, שאצלו תוקפה של כל נורמה נקבע באופן פרטני (האם מקורה בריבון? האם היא מגובה באיום אפקטיבי בסנקציה?), אצל קלזן קשרי נביעה תוך-מערכתיים קובעים את תוקפן של נורמות משפטיות. ברור, אם כן, שהתיאוריה של קלזן תואמת הרבה יותר מזו של אוסטיין את השיח המשפטיים. עם זה, לא נראה שתיאוריה זו מסבירה היטב את המרכיב הכוחני של המשפט. כדי להסביר מרכיב זה נאלץ קלזן להכניס לתוך התיאוריה שלו דרישה נוספת ולפיה תנאי לתקפותה של הנורמה הבסיסית הוא האפקטיביות החברתית שלה.<sup>8</sup> תנאי זה פוגע במידת מה במוטיבציה הבסיסית של קלזן לתאר את המשפט כתופעה נורמטיבית טהורה – תופעה שאיננה ניתנת לרדוקציה לעובדות חברתיות.<sup>9</sup>

עמדה פוזיטיביסטית אחרת היא זו של הארט. הארט מאמין שהתנאי לתוקפה המשפטי של נורמה הוא שהיא מזוהה ככזו על ידי כללים חברתיים – או אולי קונבנציות, כללים חברתיים מסוג מסוים – הנוהגים בקהילה המשפטית הרלוונטית. כדי לצקת תוכן בהכנה זו של תוקף משפטי, הארט מפתח תיאוריה של פרקטיקות חברתיות, של כללים חברתיים,

8. Kelsen, *Pure Theory of Law* (לעיל, הערה 3) בעמ' 212.

9. לפרטים נוספים על אודות Kelsen, ראו: Andrei Marmor, "The Pure Theory of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2002 Edition), ניתן לצפייה באתר: [\[http://plato.stanford.edu/archives/win2002/entries/lawphil-theory\]](http://plato.stanford.edu/archives/win2002/entries/lawphil-theory)

ובסופו של דבר של קונבנציות. מהלך זה, כמובן, קושר קשרים מעניינים בין הדיון התורתי-משפטי לבין דיונים פילוסופיים בהקשרים אחרים ורחבים מאוד, שהרי השאלה הכללית שהארט שואל כאן – מהם התנאים לקיומם של כללים חברתיים ושל קונבנציות – היא שאלה שיש בה עניין הרבה מעבר להקשר התורתי-משפטי שבו מעלה אותה הארט. לא זה המקום להיכנס לנבכי תורתו של הארט והתפתחותה במרוצת השנים. אף שתורתו של הארט היא תיאוריה פוזיטיביסטית, היא שונה מאוד מאלה של אוסטיין ושל קלון בהיותה נשענת על התפיסה שהמשפט ניתן להבנה במונחים של קונבנציה חברתית. אחד המאפיינים המעניינים של קונבנציות חברתיות הוא שיש בהן, מחד גיסא, אלמנט מסוים של מקריות, שרירותיות (שהרי היו יכולות להתפתח במקומותינו קונבנציות חברתיות שונות), וכוונות (שהרי קונבנציות נאכפות באמצעות סנקציות חברתיות) ומאידך גיסא יש בהן גם אלמנט נורמטיבי של ממש (אנו נוהגים, לעתים קרובות, לגנות את מי שאינו פועל על פי הקונבנציות החברתיות, אנו חושבים שקונבנציות נותנות טעמים לפעולה וכדומה). דווקא דואליות זו שקונבנציות מקיימות נראית מתאימה במיוחד כחלק מתיאוריה על אודות מהותו של המשפט, שגם יחסו אליו משלב, כאמור לעיל, אלמנטים מנוגדים כאלה. התיאוריה של הארט, אם כן, נראית מתאימה מזו של אוסטיין לתפוס את שני המרכיבים היוצרים את המתה בין שרירותיות למוסר במשפט, והקשר שבין משפט לקונבנציות חברתיות נראה כר מבטיח להגות יוריספרודנטיאלית, בין שקשר זה מוצה על ידי הארט ובין שלא.<sup>10</sup>

לעומת פוזיטיביזם משפטי ניצבות עמדות תורת-משפטיות הטוענות לקשר ישיר והכרחי יותר בין משפט למוסר, ובפרט בין תוקף משפטי לתוכן מוסרי. העמדה המסורתית בעניין זה – העמדה שכנגדה יצא אוסטיין, ושעל רקע הביקורות עליה התפתח הפוזיטיביזם המשפטי – מכונה תורת המשפט הטבעי, ועל פיה עקרונות המשפט הטבעי (שאפשר לחשוב עליהם – בקירוב, לפחות – כעקרונות נצחיים והכרחיים של צדק אלוהי או עקרונות צדק שמקורם בטבע האדם) מגבילים מבחינה תוכנית את תוקפן של נורמות משפטיות. בלשונה של הסיסמה המזוהה עם מסורת זו: *Lex iniusta non est lex*, כלומר חוק שאינו צודק לאו חוק הוא. ההוגה המרכזי שפיתח את הדוקטרינה של המשפט הטבעי הוא תומס אקווינס (St. Thomas Aquinas) אשר סבר כי החוק הטבעי הוא חלק מן החוק הנצחי האלוהי – אותו החלק אשר בני אדם מסוגלים להבינו. חוק פוזיטיבי הוא היישום של החוק הטבעי בנסיבות חברתיות מסוימות. ההגדרה של אקווינס למשפט היא: "an ordinance of reason for the common good, made by him who has care of the community, and promulgated"<sup>11</sup>

10. לפרטים נוספים בעניין תורתו של Hart, ראו: Jules Coleman and Brian Leiter, "Legal Positivism", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Dennis Patterson – ed., 1999) 241. לפרטים נוספים על קונבנציות והקשר שבינן ובין המשפט (ותורת המשפט), ראו: Leslie Green, "Positivism and Conventionalism," 12 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (1999) 35; Andrei Marmor, "Legal Conventionalism", *Positive Law and Objective Values* (2001) p. 1 בעמ' 25.

11. Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, (1948) question 90, art. 4.



שורה ארוכה של הנחות מונחות ביסוד עמדתו של אקווינס, בכללן שהחוק מבוסס על התבונה (ולא, למשל, על רצון שרירותי של האל או של בני אדם), שהוא מכוון לקידום הטוב הכללי (היינו שיש טוב כללי ושהמשפט הוא טלאולוגי, כלומר מכוון להשגת מצבי עניינים רצויים), הנחות שלא נוכל לדון בהן ברצינות כאן.<sup>12</sup> תפיסה כזו נראית מתאימה במיוחד כדי לתפוס את הלגיטימיות של המשפט, ואולי אף את סמכותו. מצד אחר, נראה שביקורתו של אוסטין – לפיה מסורת זו אינה מבחינה בין המשפט כפי שהוא לבין המשפט כפי שראוי שיהיה – תופסת כאן. יתרה מזו, ובאופן מפתיע במידת מה, לא ברור שמסורת זו יכולה לתת דו"ח מספק על הנורמטיביות של המשפט: אמנם לפי תיאוריה זו מובטח לנו שציווייו של המשפט לא יהיו בלתי צודקים (או אולי לא יהיו בלתי צודקים יתר על המידה), ועל כן מובטח לנו שלא יהיו טעמים נכבדים מדי שלא לציית להם, אבל דווקא קשר קרוב מדי בין המשפט למוסר אינו מותיר מקום למשפט עצמו לספק טעמים לפעולה, אלא לכל היותר לדוות על הטעמים לפעולה שניתנים לנו במישרין על ידי עקרונות המשפט הטבעי הנצחי או לתווך ביניהם לבינינו. אם אנו סבורים שהמשפט עושה יותר מכך, נראה שגם כאן יש בעיה למסורת זו.<sup>13</sup>

רונלד דוורקין (Ronald Dworkin) מוצג לעתים כמי שחידש את מסורת המשפט הטבעי בתורת המשפט האנגלו-אמריקנית המודרנית, אבל לעתים הוא מוצג דווקא כמי שהציג חלופה שלישית לדיכוטומיה המסורתית בין משפט טבעי לפוזיטיביזם משפטי. אפשר להבין דואליות זו: דוורקין מבין ומקבל את ההבחנה בין המשפט כפי שהוא לבין המשפט כפי שראוי שיהיה, לפחות במובן זה שבהחלט ייתכנו נורמות תקפות מבחינה משפטית אבל שלא ראוי שתהיינה תקפות מבחינה משפטית, או נורמות שאינן תקפות מבחינה משפטית שראוי שתהיינה תקפות מבחינה משפטית. עם זה, דוורקין אינו מקבל את ההבחנה חסרת הפשרות בין תוקף משפטי לתוכן מוסרי. בעניין זה התפתחה מחשבתו של דוורקין בשלבים. בשלבים המוקדמים יותר של מחשבתו<sup>14</sup> (למאוחרים יותר נגיע להלן) קיבל דוורקין את

12. לגרסה עכשווית יותר של משפט טבעי, ראו: John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (1980); John Finnis, *Natural Law* (1991).

13. לפרטים נוספים על מסורת המשפט הטבעי, ראו: John Finnis "Aquinas' Moral, Political, and Legal Philosophy", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2006 Edition), ניתן לצפייה באתר: [http://plato.stanford.edu/archives/spr2006/entries/aquinas-moral-political/]; John Finnis "Natural Law Theories", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2007 Edition), ניתן לצפייה באתר: [http://plato.stanford.edu/archives/spr2007/entries/natural-law-theories/]. *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Robert P. George – ed., 1992).

14. ראו בעיקר: Ronald Dworkin, "The Model of Rules I", *Taking Rights Seriously* (1978) chapter 2, p.14; Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986) chapter 7, pp. 225-250 עברית של רעיונות אלו, ראו: עמוס שפירא, "לבעית 'שיקול הרעת השיפוט' במקרי-גבול", *משפטים ב (תש"ל)* 57.

קיומם של כללי זיהוי הארטיאניים. ביקורתו התרכזה אז בכך שאין הם ממצים את המשפט. דוורקין ביקש ללמוד – בעיקר מהאופן שבו שופטים ושופטות מתמודדים עם מקרים קשים – שהמשפט מכיל סטנדרטים משפטיים נוספים וולת הכללים שמוזוהים באמצעות כללי הזיהוי שהפוזיטיביסטים מאז הארט מעלים על נס. לאלה קרא דוורקין "עקרונות". הוא גיסה להראות שאלה, מחד גיסא, תקפים מבחינה משפטית, ומאידך גיסא, קשורים בטבורם למוסר, כך שהשאלה אם עיקרון תקף מבחינה משפטית אינה מנותקת משאלות מוסריות על תוכנו (בפרט, אם הוא חלק מן התיאור המוצלח ביותר – מבחינת שיקולי מוסר – של המערכת המשפטית ככלל).

חשוב להדגיש כי המתלוקת בין פוזיטיביסטים לנונ-פוזיטיביסטים (בין שמדובר באנשי משפט טבעי ובין שמדובר בשלילה כללית יותר של פוזיטיביזם משפטי) היא בעיקרה מחלוקת מושגית-תיאורית, ולא מחלוקת נורמטיבית. זוהי מחלוקת על מהותו של המשפט, ולא – או לפחות, לא בראש ובראשונה – על שאלות נורמטיביות כלשהן. כדי לראות זאת, יהיה מועיל לערוך עיקוף קצר דרך חובת הציות לחוק. השאלות, אם יש חובה מוסרית לציית לחוק, באילו נסיבות, איך יש לנהוג במי שמפר אותה וכדומה, הן כמובן שאלות מעניינות וחשובות. האם פוזיטיביסטים ונונ-פוזיטיביסטים חלוקים ביניהם בעניין זה? התשובה, כך נראה לנו, היא "לא בהכרח". כפי שכל פוזיטיביסטית תמהר לקבוע (בצדק), העובדה שהתוקף המשפטי של נורמה איננו מותנה בתוכן המוסרי שלה איננה מחייבת את הפוזיטיביסטית למסקנה שיש לציית גם לנורמות בלתי מוסריות. הפוזיטיביסטית יכולה לטעון שנורמות בלתי צודקות מסוימות, אף שהן תקפות מבחינה משפטית (משום שהן מקיימות את המאפיינים ההיסטוריים-חברתיים או הקונבנציונליים הנדרשים לשם הבטחת התקפות המשפטית של נורמה, ומשום שתוקף משפטי אינו תלוי בתוכן מוסרי), בכל זאת אין חובה מוסרית לציית להן, ואולי אף יש חובה מוסרית שלא לציית להן. עמדה זו בשאלת הציות יכולה לעלות בקנה אחד עם עמדתו של משפטן טבעי מסורתי שוודאי אין לציית לנורמה כזו, משום שאינה צודקת, ובדיוק משום כך גם אינה תקפה מבחינה משפטית. כך, אין בהכרח הבדל בעמדות הנורמטיביות של פוזיטיביסטית ומשפטן טבעי, לפחות בכל הנוגע לחובת הציות לחוק. המחלוקת ביניהן היא בראש ובראשונה מושגית על אודות מהותו של המשפט ותנאי התוקף של נורמה משפטית. לא ברור כלל מהן ההשלכות הנורמטיביות של מחלוקת מושגית זו, או אף אם יש השלכות כאלה.

הדיון בפוזיטיביזם משפטי התפתח רבות בעשורים האחרונים. יותר ויותר הוגים והוגות מנסים להבחין בו הבחנות ולחדש בו חידושים. חלקם, כך נראה לנו, חידושים של ממש: כך, למשל, ההבחנה בין פוזיטיביזם "נוקשה" או "מוציא" (exclusive positivism) – על פיו לא ייתכן קשר בין תוקף משפטי לתוכן מוסרי<sup>15</sup> – לבין פוזיטיביזם "רך" או

15. פוזיטיביזם כזה מוזוהה בעיקר עם Raz; Joseph Raz, *The Authority of Law* (1979) p. 46; Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (1994) p. 194. ראו גם: Kenneth Himma, "The Instantiation Thesis and Raz's Critique of Exclusive Positivism", 20 *Law and Philosophy* (2001) 61; Andrei Marmor, "Objective

"מכליל" (inclusive positivism) – על פיו ייתכן קשר כזה, אם ורק אם כללי הזיהוי (הפוזיטיביסטיים) מפנים למוסר<sup>16</sup> – יכולה לקדם את הדיון בפוזיטיביזם משפטי. עם זה, קשה שלא לחוש שהספרות בנושא זה בשנים האחרונות אינה מתפתחת בכיוונים מעניינים או מבטיחים, העשויים לספק תובנות מיוחדות על המשפט.

אולי גם על רקע תחושת ייאוש זו ראוי להזכיר כאן התפתחות נוספת ומשפיעה במחשבה על המשפט, התפתחות (נוספת) שמגיעה מבית מדרשו של רונלד דוורקין. כאמור, דוורקין החל בביקורתו על הפוזיטיביזם המשפטי כביקורת מתוך תורת המשפט: מתוך קבלה של כללי המשחק התורת-משפטיים, חיפש דוורקין אתר אמיתות מושגיות על המשפט או אתר התנאים לתוקף משפטי, וחיפושיו הוליכוהו לשלילה של פוזיטיביזם בכלל, והפוזיטיביזם של הארט בפרט; אבל כיוונו הביקורת של דוורקין נהפך לרדיקלי יותר במרוצת השנים, עד שהבשיל לביקורת על הפרויקט התורת-משפטי הקלאסי כולו. פרויקט זה, כאמור לעיל, מתחקה אחרי מושג המשפט, ומנסה לנתחו. אבל, טוען היום דוורקין, מושג המשפט הוא מושג ששום ניתוח שכזה לא יאה לו. ניתוח מושגי שכזה מנסה למצוא את הקרקע המשותפת לכל המחלוקות על אודות המשפט, אבל המחלוקות על אודות המשפט כה עמוקות, עד שאין כל קרקע משותפת כזו. מושג המשפט, אם כן, הוא an essentially contested concept<sup>17</sup>, מושג שטיבן ועומקן של המחלוקות על אודותיו הופכות אותו לבלתי ניתן לניתוח ניטרלי, מהסוג שתורת משפט אנליטית מנסה למצוא. (מבחינה זו דומה מושג המשפט למושגים דמוקרטיה, שוויון, וצדק.) כל שניתן לעשות, טוען היום דוורקין, הוא להציע פרשנות של מושג זה ומושגים קשורים לו. מקו מחשבה זה יוצא דוורקין – ועמו חלקים נכבדים בכתיבה התורת-משפטית העכשווית – לעיון במהותה של פרשנות בכלל, ופרשנות משפטית בפרט.<sup>18</sup>

Values", *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy* (Jules Coleman and Scott Shapiro – eds., 2001) ch. 3.

16. ההוגה המזוהה במיוחד עם סוג כזה של פוזיטיביזם הוא Coleman. ראו למשל:

Jules Coleman, "Negative and Positive Positivism", *Markets, Morals, and the Law* (2001) ch. 1, pp. 3-28; Jules Coleman, *The Practice of Principle* (1988); וראו גם: Hart; Wilfrid J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (1999); H.L.A Hart, *The Concept of Law* (1994) pp. 193-200, 247-254.

17. למקורו של מונח זה, ראו: 56, Walter Bryce Gallie, "Essentially Contested Concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society* (1956) 167, pp. 167-198.

אפיון המשפט ככזה על ידי Dworkin מופיע בראשונה כבר ב: Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1978) p. 103, ומפותח לאחר מכן בעיקר ב: Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986) ch. 2-3, pp. 71-72, 92-96; וראו גם: Ronald Dworkin, "Book review: Thirty Years On", 115 *Harv. L. Rev.* (2002) 1655, p. 1686; וכן, באחרונה: Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (2006) ch. 8, pp. 223-240.

18. לעיון ראשוני בסוגיה זו, ראו, למשל: Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (2005); Julie Dickson, "Interpretation and Coherence in Legal Reasoning",

עמדותיו של דוורקין – ואולי עוד יותר מכך, טיעונו – מבוקרים השכם והערב, והולך ומתגבש בספרות זו קונצנזוס שאין הם עומדים במבחן הביקורת.<sup>19</sup> אבל גם בלי להתעכב על הפרטים כאן, נראה ברור ליותר ויותר מהעוסקים והעוסקות בתחום שהדיון התורתי-משפטי האנגליטי הקלאסי, זה שהמחלוקת בין פוזיטיביזם לשלילתו במרכזו, אינו עוד הדרך להמשיך בה. איננו יודעים אם אכן כך הם הדברים.

### ג. אתיקה, פילוסופיה פוליטית ומשפט

העיסוק היוריספרודנטיאלי הקלאסי במשפט, כך אמרנו, הוא בראש ובראשונה מושגי, ולא נורמטיבי, אבל כר פורה במיוחד להגות פילוסופית במשפט ועל אודותיו אפשר למצוא בעיסוק בתחומים נורמטיביים באופן פרדיגמטי, כגון פילוסופיה של המוסר וחלקים מסוימים של פילוסופיה פוליטית.

פילוסופיה של המוסר היא תחום הדיון הפילוסופי השואל – בין השאר – שאלות על אודות הכללים שראוי (מבחינה מוסרית, כמוכן) לפעול על פיהם, על אודות הדברים שיש להם ערך, אילו חובות וזכויות יש לנו (אם בכלל), מה הופך חיים לחיים טובים יותר וכדומה. פילוסופיה פוליטית – או לפחות החלק של פילוסופיה פוליטית שבו נעסוק כאן – הוא תחום הדיון ששואל שאלות מוסריות על אודות המוסדות החברתיים הבסיסיים שלנו, על אודות המדינה, על אודות הכללים הראויים מבחינה מוסרית להסדרתן של התנהגויות חברתיות. כך, למשל, פילוסופיה פוליטית עוסקת בשאלות של צדק כלכלי, שוויון, דמוקרטיה, חירות פוליטית וחירויות אחרות וכדומה.

המשפט, כמוכן, הוא אחד מהמוסדות החברתיים הבסיסיים והמשפיעים בחברה מודרנית, ועל כן אך טבעי שפילוסופיה פוליטית (נורמטיבית) תניב מסקנות על אודות המשפט (הראוי). ומכיוון שתחומים אלה של פילוסופיה פוליטית הם, כך נראה, מקרים פרטיים של פילוסופיה של המוסר, ומכיוון שתחומים מוסריים שונים קשורים זה בזה לעתים קרובות בקשרים של קוהרנטיות (או של היעדרה), אך טבעי שלעמדות וטיעונים בפילוסופיה של המוסר יהיו השלכות מעניינות על דיונים במשפט ראוי.

לעתים, השלכות אלה ברורות כל כך, עד שאין טעם להכביר מילים על אודותיהן. כך, למשל, נראה שלדיון במעמדן המוסרי של המתות חסד יש השלכות ישירות למדי על

*The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2005 Edition), ניתן לצפייה באתר: [http://plato.stanford.edu/archives/fall2005/entries/legal-reas-interpret/]; Brian Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy* (1993)

19. ראו, למשל: Larry Alexander, *Reading Dworkin Critically* (Alan Hunt – ed., 1992); "Striking Back at the Empire: A Brief Survey of Problems in Dworkin's Theory of Law", 6 *Law & Phil.* (1987) 419 (וראו גם במאמרים האחרים באותו כרך); Brian Leiter, "The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century" 36 *Rutgers L. J.* (2004) 165; Michael Steven Green, "Dworkin's Fallacy, Or What the Philosophy of Language Can't Teach Us about the Law", 89 *Va. L. Rev.* (2003) 1879

השאלה על אודות הדין הראוי בעניינים אלה, אם, למשל, נגיע למסקנה המוסרית שכל המתת חסד היא לעולם פסולה כרצח, נראה שהמסקנה שלא ראוי שהמשפט יתיר המתות חסד אינה רחוקה עוד. עם זה יש לציין, שגם במקרים כאלה - שבהם הקשר בין הדיון המוסרי המופשט יותר לדיון על אודות המשפט הראוי נראה קרוב מאוד - קשר זה אינו מייד. לעולם יש להבחין בין שאלות על אודות מעמדה המוסרי של פרקטיקה מסוימת, לבין שאלות על יחסו הראוי של המשפט לפרקטיקה זו. המעבר מהצהרה על פסולתה המוסרית של פרקטיקה לטענה על כך שראוי שהמשפט יאסור אותה הוא לעולם חסר, שכן כדי לתמוך במסקנה המתבקשת, נדרשות הנחות לא רק על אודות מעמדה המוסרי של הפרקטיקה הרלוונטית, אלא אף (לכל הפחות) על אודות תפקידיו של המשפט, מידת מעורבותה הראויה של המדינה בהכרעה ובאכיפה של כללים מוסריים, וההשלכות הנוספות של איסור<sup>20</sup> (אנו נחזור לנקודות אלה בהמשך).

אבל לעתים הקשר בין הדיון הנורמטיבי הכללי יותר לבין הדיון במשפט הוא סבוך ומעניין יותר. אנו מבקשים לתת כאן שלוש דוגמאות לדיונים כאלה: דוגמה אחת לדיון בפילוסופיה פוליטית שמשיק לדיון על אודות המשפט, דוגמה אחת לדיון בפילוסופיה של המוסר שיינתן שיש לו השלכות מעניינות על עניין המשפט (בעיקר) הפלילי הראוי, ודוגמה אחת לדיון (בחלקו מושגי, ובחלקו נורמטיבי) שבו הקשר בין הדיון המוסרי ובין הדיון על אודות המשפט ברור פחות, אך לא פורה פחות.

#### 1. פילוסופיה פוליטית ומשפט: למשל, גבולות המשפט

הפילוסופיה הפוליטית במסורת הליברלית נוהגת להגיש את הגבולות הלגיטימיים לפעולותיה של המדינה. המדינה נתפסת לא רק - לעתים אף לא בעיקר - כגוף היכול לקדם את הטוב, לדאוג לאספקתם של טובים ציבוריים, לפתור בעיות קואורדינציה וכדומה, אלא (גם) כריכוז מסוכן של כוח שיש להקפיד שלא יחרוג מגבולותיו אל עבר התחום האמור להיות נתון למרות מוחלטת של יחידים.

אך טבעי שהוגים ליברליים יקדישו מחשבה, אם כן, לגבולות הלגיטימיים של המשפט, שהרי המשפט - ודאי זה הפלילי, אבל לא רק הוא - מהווה אחת מהדרכים המרכזיות שבאמצעותן מכווינה המדינה התנהגויות של פרטים בתוכה. אם יש תחומים שהם אינם מעניינה של המדינה, אך טבעי להמשיך ולטעון שהם גם אינם מענייניו של המשפט.<sup>21</sup>

20. יתר על כן, בעקבות האירועים הפוליטיים בשנים האחרונות, והוויכוחים המוסריים בדבר הטיפול בטרור, עינינו וכו', נתפתחה תפיסה לפיה ראוי במקרים מסוימים שיהיה פער בין הדרישות של המשפט לבין הדרישות של המוסר וראוי אפוא כי פרטים יפרו את כללי המשפט כגון את האיסור האבסולוטי לבצע עינויים כאשר שיקולי מוסר מחייבים זאת. ראו, למשל: Oren Gross, "The Prohibition on Torture and the Limits of law in Torture", *Torture* (Sanford Levinson- ed., 2004) pp. 229-253.

21. זוהי פרפרזה על ציטוט ידוע מתוך דו"ח ועדת Wolfenden, הדו"ח שהצית את מה שלימים כונה The Hart-Devlin Debate, ראו: Committee on Homosexual Offences and Prostitution, 1957. *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution* (London,

כך, למשל, בעל החירות מיל (Mill) מציע את עקרון הנזק המפורסם, שעל פיו (בניסוח גס) אין המדינה מוסמכת להתערב בהתנהגויות של פלוני שאינן גורמות נזק לאיש זולת פלוני עצמו.<sup>22</sup> כמובן, שום דבר אינו מובן מאליו בעניין עקרון הנזק: לא ברור כיצד בדיוק ראוי להבינו, מהם בדיוק הטיעונים האמורים לתמוך אותו, ואם הוא יכול לעמוד בפני ביקורות רבות שהוטחו בו מאז ימיו של מיל. לא נוכל לעשות צדק עם דיונים אלה כאן.<sup>23</sup> למטרותינו כאן הנקודה החשובה היא זו: אם גרסה מסוימת של עקרון הנזק עומדת במבחן הביקורת, נראה ברור שיש לו לעיקרון זה השלכות רבות על דיונים בגבולותיו הראויים של המשפט, לפחות המשפט הפלילי.

עקרון הנזק של מיל מגדיר את הטעמים הלגיטימיים המצדיקים חקיקה אוסרת. הטעם הלגיטימי היחיד לחקיקה (או לכל הפחות לחקיקה פלילית) הוא נזק לזולת. מעיקרון זה נגזר כי טעמים אשר אינם נופלים לגדר הקטגוריה של נזק לזולת אינם מצדיקים חקיקה (או לכל הפחות חקיקה פלילית). כך, שני סוגי טעמים מרכזיים נפסלים כבלתי לגיטימיים לפי עמדתו של מיל. האחד הוא חקיקה פטרנליסטית האוסרת על אדם להתנהג באופן המזיק רק לעצמו מתוך מטרה להגן עליו מפני החלטותיו שלו עצמו. למשל, דיונים בדרישה ללגליזציה של סמים קלים משתמשים לא אחת בטענותיו ובטיעונו של מיל לעניין האיסור לחוקק חקיקה פטרנליסטית כדי לטעון נגד הלגיטימיות של האיסור הפלילי להשתמש בסמים קלים.<sup>24</sup> גם החקיקה המחייבת הבישת קסדות מגן או חגורות בטיחות המיועדות

1957) Reprinted as *The Wolfenden Report: Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution* (1963). עוד על ויכוח זה בהמשך.

22. ג'ון ס. מיל, *על החירות* [1859] (אריה סימון – מתרגם, תש"ו) בפרק רביעי (למשל עמ' 134).

23. לראשית דיון בעל אופי פרשני, ראו: C.L. Ten, *Mill On Liberty* (1980); J.S. Mill *On Liberty in Focus* (John Gray and G.W. Smith – eds., 1991); J. S. Mill *On Liberty* (David Joel Feinberg, Spitz – ed., 1975). לניסיון להגדיר ולתחום את עקרון הנזק, ראו, למשל: Joseph Raz, *The Moral Limits of the Criminal Law: Vol. 1, Harm to Others* (1984) pp.31-64; Joseph Raz, "Autonomy, Toleration, and the Harm Principle", *Issues in Contemporary Legal Philosophy: the Influence of H.L.A. Hart* (1987) 313, pp. 327-333.

24. Noah Mamber, "Coke and Smack at The Drugstore: Harm Reductive Drug Legalization: An Alternative to A Criminalization Society", *15 Cornell J. L. & Pub Pol'y* (2006) 619, p. 623; Andrew Koppelman, "Drug Policy and the Liberal Self", *100 Nw. U.L. Rev* (2006) 279. אלכוהול – דיון אנלוגי לחלוטין, ככל שאנו מבינים, לדיון העכשווי בסמים קלים – ראו: מיל (לעיל, הערה 22) בעמ' 164.

כמובן, האיסור של מיל לחוקק חקיקה פטרנליסטית אינו נטול סייגים. ראו, למשל, את דברי מיל על אודות האדם המנסה לעבור גשר, בלי לדעת שהוא רועע, בעמ' 180, שם. באופן דומה גוזר מיל גם הגבלה של יכולתו של אדם למכור את עצמו לעבד, בעמ' 193, שם. ליישום

להגן על הפרט מפני נזק לעצמו מהוות לכאורה דוגמאות לחריגה מהגבולות הראויים של המשפט הפלילי על פי מיל.<sup>25</sup> הטעם השני שאותו פסל מיל הוא אכיפת המוסר הנהוג. זהו ההקשר שבו ניצת הוויכוח המפורסם בין הארט לדבלין (Devlin):<sup>26</sup> עקרון הנזק קובע כי המדינה איננה רשאית לאכוף – באמצעות משפטה הפלילי, לפחות – נורמות הנתפסות ברוב רובדי החברה כמחייבות, כל עוד אין הפרתן גורמת נזק לאחרים.<sup>27</sup> חשוב לנו להרגיש שנושאים אלה עולים לא רק בתיאוריה של המשפט הפלילי. כך, למשל, אחד הרציונלים המרכזיים המוצעים לעקרון הנזק של מיל מבוסס על ערכה המוסרי והפוליטי של אוטונומיה: מן הראוי לאפשר לאנשים לעצב את חייהם במידת האפשר בעצמם, להיות הסופרים של סיפור חייהם.<sup>28</sup> אבל גם אם עקרון הנזק עצמו אינו חל אלא במשפט הפלילי, הרציונל הזה לעקרון הנזק ודאי חל הרחק מעבר לו. כך, למשל, הוגים רבים סבורים שהכרה בערכה של אוטונומיה יש בה כדי לבסס לא רק את גבולות הלגיטימיות של המשפט הפלילי, אלא אף את המסקנה הרחבה יותר, שאל לה למדינה להחזיק בעמדה רשמית בעניין מהותם של החיים הטובים.<sup>29</sup> על פי דוקטרינה ליברלית מקובלת זו – דוקטרינה המכונה לעתים "דוקטרינת הניטרליות" – תפיסות טוב הן עניינם של פרטים, ואולי של קהילות, אבל ודאי לא של המדינה. פרטים צריכים לעצב את חייהם בעצמם, על פי תפיסות הטוב שלהם. אל לה למדינה להתערב בעניינים כאלה, ועל כן עליה להישאר ניטרלית כלפי תפיסות טוב שונות.

כמובן, גם כאן הדברים אינם ברורים כל עיקר: לא ברור מאליו איך להבין דרישת ניטרליות כזו, וכיצד – אם בכלל – ניתן להצדיקה. ואפילו ניתן להצדיקה, לא ברור

- נוסף של עיקרון זה (המכונה "preemptive paternalism"), ראו: Nicholas Dixon, "Boxing, Paternalism, and Legal Moralism", 27 *Social Theory and Practice* (2001) p. 323.
25. ראו, למשל: עמוס שפירא, "בשולי פרשת הקסדות: זכותה של החברה להגן על הפרט מפני עצמו", *עיוני משפט ב (תשל"ב) 513*; David L. Shapiro, "Courts, Legislatures, and Paternalism", 74 *Va. L. Rev.* (1988) p. 519; Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 3: Harm to Self (1989). לדיון מבואי מצוין בפטרנליזם, ולהפניות רבות, ראו: Gerald Dworkin, "Paternalism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2002 Edition), [http://plato.stanford.edu/entries/paternalism/].
26. עיקרו של ויכוח זה זמינים כעת גם בעברית. ראו: הארט (לעיל, הערה 1); פטריק דבלין, "מוסר והחוק הפלילי" (י' קרת – מתרגם) תכלת 3 (תשנ"ח) 122.
27. להבחנות של הארט בין פטרנליזם לאכיפת מוסר, ובין אכיפת מוסר פוויטיבי לביקורת, ראו בעמ' 67-70 ו-55-58, שם.
28. ראו: Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (1986) p. 369.
29. ניסוח זה שאול מתוך: Ronald Dworkin, "Liberalism", *A Matter of Principle* (1985) 181, p. 191, אם כי אצל Dworkin לא נראה שהטיעון המרכזי לניטרליות מבוסס על אוטונומיה. לדיונים בניטרליות על יסוד אוטונומיה, ראו: Charles Larmore, *Patterns of Moral Complexity* (1987) Chapter 3, pp. 40-68; George Sher, *Beyond Neutrality: Perfectionism and Politics* (1997).

שההצדקה תינתן על יסוד הערך של אוטונומיה (זה בהחלט אינו סוג ההצדקה היחיד בספרות).<sup>30</sup> אבל בהנחה שניתן להצדיק דרישת ניטרליות כזו או אחרת, ברור שיש לה השלכות מרחיקות לכת על דיונים משפטיים רבים שלא במשפט הפלילי. כך, למשל, האם רשאית המדינה להוקק חוק חינוך חובה שיכפה על הורים שיטת לימוד לילדיהם ולילדותיהם באופן שהוא מנוגד למה שההורים רואים כחיים הטובים? האם יכולה המדינה לדרוש – בגיבוי עונשי או בגיבוי של סנקציה תקציבית – חינוך לערכים כלשהם, אף שהם מנוגדים לערכיהם של אורחים רבים בתוכה?<sup>31</sup> האם יכולה המדינה לעודד באמצעות הפניית תקציבים, דרכי חיים מסוימות על פני אחרות? האם יכולה המדינה, למשל, למסות סיגריות וכרטיסים למופעי בידור כדי לסבסד ערבי שירה ותזמורות סימפוניות, פשוט מהטעם ששירה ומוזיקה סימפונית תורמות יותר לחיים הטובים מעישון ומופעי בידור? האם מן הראוי שהסדריה החוקתיים והמנהליים של המדינה יגלמו מחויבות מסוימת, למשל, לדת אחת לעומת דתות אחרות (או לעומת שלילתה של כל דת)? התשובה על שאלות אלה, ועוד רבות אחרות, כרוכה בהבנה של דרישת הניטרליות ושל הטיעונים בעדה, ועל כן גם בהבנת מהותו של ערך האוטונומיה (אם אכן מדובר בערך).<sup>32</sup>

בדרכים אלה, אם כן, ובדרכים רבות נוספות, שולח הדיון הכללי והנורמטיבי בפילוסופיה פוליטית את זרועותיו אל עבר דיונים על אודות ההסדר המשפטי הרצוי בתחומים רבים.

2. פילוסופיה של המוסר והמשפט: למשל, אחריות מוסרית ומשפטית

פילוסופיה פוליטית (או תת התחום הזה שבו אנו עוסקים כאן) היא, כאמור, המקרה הפרטי של הפילוסופיה של המוסר העוסק באופנים שבהם חברה מתארגנת ופועלת במרוכז. הקשר שבין תחום דיון זה לבין דיון ביקורתי במשפט נראה ברור ביותר, אבל קשר כזה מתקיים גם בין החלקים המופשטים יותר בפילוסופיה של המוסר לבין דיון ביקורתי במשפט. כדי לראות זאת, חשבו על המושג של אחריות מוסרית, ועל הקשר שבינו לבין אחריות משפטית. הדיון הפילוסופי באחריות מוסרית סבוך ומורכב מאוד. בדיון זה עולות שאלות מושגיות על אודות מהותה של אחריות מוסרית, שאלות על אודות הקשר שבין אחריות מוסרית לחופש הרצון (על פי הבנות רבות ושונות של מושג קשה זה), שאלות על אודות המושאים של אחריות מוסרית (האם אנו אחראים בראש ובראשונה לכוונות? לפעולות? לתוצאות?),

30. לביקורת על ביסוס דרישת ניטרליות על ערכה של אוטונומיה, להפניות רבות ולהצעה חלופית, ראו: Yaacov Ben-Shemesh, "Neutrality without Autonomy", 24 *Law and Philosophy* (2005) 435-466.

31. ראו, למשל: Stephen Macedo, "Liberal Civic Education and Religious Fundamentalism: The Case of God v. John Rawls?" 105 *Ethics* (1995) 468.

32. עקרון הניטרליות הוא עיקרון המוצע על ידי ליברלים כעיקרון אשר כל שיטה משפטית ליברלית צריכה לקיים. אין הוא מוצע כעיקרון המתיימר לתאר את המשפט הקיים. נראה שהסדרים משפטיים רבים בישראל ובכל מדינה אחרת (למיטב ידיעתנו) אינם ניתנים להגנה במונחים של עקרון הניטרליות.



שאלות על אודות התנאים ההכרחיים לאחריות מוסרית (האם היעדר שליטה בתוצאה שולל אחריות בגינה?), ושאלות על אודות ההשלכות השונות של אחריות מוסרית או היעדרה (האם, למשל, אחריות מוסרית היא תנאי הכרחי לאשמה מוסרית? והאם לעולם לא ראוי להאשים את מי שאינו אשם?).<sup>33</sup> כפי שניתן לראות, אם כן, הדיון הפילוסופי באחריות מוסרית עשיר, מעניין ומאתגר גם בלי כל קשר למשפט.

בד בבד, כמעט לכל השאלות הנזכרות יש שאלות קרובות להן על אודות אחריות משפטית (פלילית, ואף לא-פלילית). כמובן, באשר לאחריות משפטית יש להבחין בין שני סוגי שאלות (שאינן ביניהן הבחנה כשמדובר באחריות מוסרית): סוג אחד של שאלות שואל על אודות אחריות משפטית על פי המשפט הנוהג: האם, למשל, מייחס לנו המשפט הישראלי הנוהג אחריות אך לסיכונים שאנו יוצרים, או אף לתוצאות שמתרחשות כשהם מתממשים? סוג שונה של שאלות הוא שאלות על אודות אחריות משפטית על פי המשפט הראוי: תהא אשר תהא עמדת המשפט הישראלי הנוהג, למשל, בעניין אחריות בגין גרימת סיכון או בגין תוצאות, מה מן הראוי שתהיה עמדתו בעניינים אלה? סוג השאלות הראשון הוא תחום המחקר של המשפטן הדוקטרינרי, זה שמנסה להבין את כלליו של המשפט הנוהג. סוג השאלות השני הוא תחום מחקרה של התיאורטיקנית של המשפט (של המשפט ככזה או של ענפי משפט מסוימים). (כמובן, ייתכן שאותו חוקר עצמו יחבוש את שני הכובעים הללו בו בזמן.)

האם יש קשר כלשהו בין הדיון באחריות מוסרית לבין הדיון – לפחות מהסוג השני, הנורמטיבי – באחריות משפטית? לא ברור מהם הפרטים של קשר זה, אבל כמעט אין ספק שיש קשר כלשהו מסוג זה. כך, למשל, ניתן אולי לטעון שמקום שאין בו אחריות מוסרית לא מן הראוי שתהיה בו אחריות משפטית. זוהי, כמובן, טענה נורמטיבית, וככזו היא גם שנויה במחלוקת, אבל אם ניתן להגן עליה – או אולי על גרסה מסויגת שלה, למשל כזו החלה רק על אחריות משפטית פלילית – היא מהווה מעין עקרון גשר המאפשר הסקת מסקנות על משפט ראוי מתוך הדיונים המופשטים יותר באחריות מוסרית. כך, למשל, אם אין אחריות מוסרית לתוצאות שאינן בשליטתו של מבצע הפעולה הרלוונטית, ואם בהיעדרה של אחריות מוסרית לא מן הראוי שתהיה אחריות משפטית פלילית, כי אז לא ראוי שתהיה אחריות משפטית פלילית לתוצאות שאינן בשליטתו של מבצע הפעולה הרלוונטית. ובאופן כללי יותר, אם לא ייתכן פער באחריות מוסרית בין שני אנשים בנסיבות דומות, אם אין ביניהם הבדל מבחינת מה שנמצא בשליטתם, ואם אחריות משפטית אמורה לשקף בקירוב אחריות מוסרית, אולי לא ראוי שיהיה פער באחריות משפטית בין שני אנשים אם אין ביניהם הבדל מבחינת מה שנמצא בשליטתם.<sup>34</sup>

33. למבוא וסקירה של הספרות הרלוונטית בעניין אחריות מוסרית, ראו: John Martin Fischer and Mark Ravizza, "Introduction", *Perspectives on Moral Responsibility* (1993) 1, pp. 1-41.

34. לטיעון ברוח זו, ולהפניות רבות לספרות הרלוונטית העוסקת במזל מוסרי ומשפטי, ראו: David Enoch, "Luck between Morality, Law and Justice", (*Theoretical Inquiries in Law*, 9(1) (2008) 23.

### 3. אנלוגיות בבירורים מושגיים: למשל, זכויות

בשני סעיפי המשנה הקודמים הבאנו דוגמאות לדיונים נורמטיביים – תחילה בפילוסופיה פוליטית, ואחר כך בפילוסופיה של המוסר באופן כללי יותר – שנראה שיש להם השלכות ברורות על דיון ביקורתי במשפט. (ואגב – אם יטען הטוען שאין להם השלכות כאלה, ואם יצליח הטוען לבסס טענה כזו, תהיה טענה זו עצמה טענה מעניינת – אם כי שלילית – על הקשר שבין מוסר, פוליטיקה ומשפט, וגם על הקשר שבין פילוסופיה של מוסר, פילוסופיה פוליטית וחשיבה ביקורתית על המשפט).<sup>35</sup> אבל מחקר המשפט יכול להפיק תועלת מפילוסופיה פוליטית ופילוסופיה של המוסר גם בדרכים אחרות, שאולי יש בהן גם כדי להחזיר טובה לתחומים מופשטים אלה, ולשפוך אור מעניין עליהם מתוך מחשבה זהירה על המשפט.

המשפט והמוסר כאחד הם ענפי שיה נורמטיביים. הם ממליצים על פעולות מסוימות, דורשים פעולות מסוימות, מדברים – במפורש או במשתמע – על טעמים לפעולה, מבקרים פעולות מסוימות וכדומה. מכיוון שכך, לא מפתיע שאנו מוצאים לעתים קרובות מושגים נורמטיביים שיש בהם שימוש נרחב במוסר ובמשפט כאחד,<sup>36</sup> אבל מכיוון שכך הם הדברים, מתבקש לחקור את אותם מושגים נורמטיביים בשני ההקשרים, זה לצד זה, כדי ללמוד על קווי דמיון מעניינים ביניהם, כמו גם על הבדלים חשובים. אולי, למשל, משמש המושג חובה (או אולי אחריות) באופן אנלוגי לחלוטין במוסר ובמשפט? או אולי יש הבדלים חשובים בין תפקידה של החובה במוסר ובמשפט? ואם יש הבדלים כאלה, אולי יש בהם ללמוד לא רק על מורכבותו של מושג החובה, אלא גם על הבדלים מעניינים בין המוסר למשפט? או אולי התבוננות זהירה בתפקודן של חובות במשפט תוכל לציידנו בתובנות על מהותן של חובות, תובנות שאז נוכל לקחת עמנו בחזרה לדיון המוסרי המופשט יותר? כדוגמה (נוספת) לאופן דיון זה, אנו מבקשים להתעכב מעט על הדיון במושג נורמטיבי מרכזי אחר, מושג הזכות. קשה להפריז בחשיבותו של מושג זה בחשיבה הפילוסופית על המוסר ועל המשפט, בחשיבה המשפטית והפוליטית היומיומית ובשיה הציבורי באופן כללי יותר; אלא שמשעה שגשאלות השאלות הנכונות – מהי בדיוק זכות; מה הקשר בין זכויות ובין מושגים נורמטיביים אחרים כגון חובה, טעם לפעולה, חירות, סמכות; באילו תנאים יש זכויות; למי בכלל יכולות להיות זכויות; כיצד, אם בכלל, מעשירות זכויות את חיינו המוסריים; מדוע, במילים אחרות, נחוצות לנו זכויות, אם אמנם הן נחוצות וכדומה – נראה ברור שמושג זה דורש עיון שיטתי ומקיף.

35. לטענה ברוח זו לעניין הדברים האמורים בסעיף 2.2, ראו, למשל: Arthur Ripstein "Closing the Gap", *Theoretical Inquiries in Law* (2008), 61.

36. לעיל השתמשנו בצירוף "הנורמטיביות של המשפט" לצורך השאלה על אודות הדרכים שהמשפט מספק בהן טעמים לפעולה. בעשותנו כן הלכנו בדרכה של הספרות העכשווית, אבל Raz, בכתיבה מוקדמת, השתמש במונחים כאלה כדי לדבר על סוגיה קרובה לזו המוזכרת כאן בטקסט: מה ההסבר לכך שהמשפט עושה שימוש נרחב כל כך באותם מושגים נורמטיביים שהמוסר עושה בהם שימוש? ראו: Joseph Raz, *Practical Reasons and Norms* (1975), pp. 154-155, 162, 170.

כאמור, מושג הזכות אינו ייחודי למשפט כלל, ובכל זאת, הניתוח המשפיע ביותר של מושג הזכות, וההבחנות המשפיעות ביותר בין סוגים שונים של זכויות, נערכו על ידי חוקר משפט, בהקשר של ניתוח השיח המשפטי: מדובר בניתוחו המפורסם והוותיק של הופלד (Hohfeld).<sup>37</sup> הופלד עסק, כאמור, במושג הזכות ובמושגים קשורים לו בהקשרים משפטיים, אבל הספרות מיהרה להפיק תועלת כללית יותר מניתוחיו של הופלד, ולהחילם באופן אנלוגי לחלוטין גם על זכויות שאינן משפטיות. היכולת התיאורטית לדבר על זכויות בכלל ברמת הדיוק שהניתוח של הופלד קורא לה גם משליכה בחזרה על המשפט: שהרי סביר להניח שיש עקרונות גשר כלשהם – מהסוג שהוזכר לעיל – המאפשרים היסקים מסוימים מזכויות מוסריות לזכויות שמן הראוי שיהיו אף משפטיות. כך לאנלוגיה בין זכויות משפטיות למוסריות שתי תוצאות תיאורטיות רצויות: הבנה טובה יותר של מושג הזכות במוסר ובמשפט כאחד, ושיפור היכולות לטעון מזכויות מוסריות לזכויות משפטיות.<sup>38</sup>

מאיך גיסא, לא מן הנמנע שיש הבדלים חשובים בין זכויות מוסריות למשפטיות. אולי, למשל, אף שייתכן מבחינה מושגית שתתקיים זכות מוסרית להפר חובה מוסרית, בכל זאת לא ייתכן מבחינה מושגית שתתקיים זכות משפטית להפר חובה משפטית.<sup>39</sup> אם כך, אולי יש כאן רמז לאחד ההבדלים המושגיים בין המוסר למשפט.

אולי נוסף כאן רק עוד דוגמה אחת לאנלוגיות מועילות כאלה, גם היא בין המשפט לתחום דיון נורמטיבי אחר, אבל לא המוסר. גם תורת ההכרה (אפיסטמולוגיה) היא תחום דיון נורמטיבי, שהרי היא דנה בשאלות של הצדקת האמנות ושיפוטיות, ראיות, טעמים להאמנה וכדומה, ואף במושגים נורמטיביים אלה המשפט עושה שימוש השכם והערב, הפעם בעיקר בתחום דיני הראיות. מה הקשר בין ראיות באפיסטמולוגיה לראיות במשפט? האם מדובר באותו מושג, בעל חלות אנלוגית כמוסבר לעיל? או אולי יש ייחוד לראיות במשפט, ייחוד שמלמד הן על מושג הראיות והן על מושג המשפט? או שאולי מדובר אך ב"שיתוף השם", כך שאותה מילה עצמה (כגון "ראיות", או – בהקשרים אחרים – "סיבתיות") משמשת במשמעות אחת במשפט, ובמשמעות אחרת, כמעט לא קשורה לה, בדיונים פילוסופיים כלליים יותר באפיסטמולוגיה ובמטפיזיקה? מה, אם בכלל, יכולים חוקרי משפט ללמוד מהמחקר האפיסטמולוגי בעניינים אלה? מה, אם בכלל, יכולים אפיסטמולוגים ללמוד מחוקרי המשפט, ובפרט מחוקרי דיני הראיות? גם כאן, עיון במושגים נורמטיביים אלה

37. Wesley N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (1978).

38. לסקירה כללית של תיאוריות מתחרות של זכויות, ראו: Alon Harel, "Theories of Rights", *Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Martin P. Golding and William A. Edmundson – eds., 2005).

39. להצעה ספקולטיבית ברוח זו – אך בלא דיון – ראו: David Enoch, "A Right to Violate", *One's Duty*, 21 *Law and Philosophy* (2002) pp. 355-384. מהעת האחרונה: Gerhard Øverland, "The Right to Do Wrong" 26 *Law and Philosophy* (2007) 377.

יכול להניב את התועלות מהסוגים השונים שהזכרנו במקרה של האנלוגיות (המובנות יותר מאליהן, כך נראה) בין מושגים נורמטיביים במוסר ובמשפט.<sup>40</sup> בשלושת סעיפי המשנה האחרונים הדגמנו, אם כן, אופנים מרכזיים שחקר המשפט משיק בהם לעיון בחלקים הנורמטיביים של הפילוסופיה הפוליטית והפילוסופיה של המוסר. מדובר, כמובן, אך בדוגמאות, ואף בהן אין כאן דיון ממצה, אבל אנו מקווים שיש כאן מספיק כדי להבהיר את אופני הדיון הרלוונטיים, שמהווים סוגה משגשגת של מחקר פילוסופי של המשפט, על אודותיו ולאורו.

#### ד. עיון פילוסופי בענפי משפט מסוימים

בנוסף לדיונים הכלליים שבהם עסקנו, עוסקים משפטנים ופילוסופים גם בניסיון להבין תחומי משפט ספציפיים. מקצת הדיונים הללו עסקו בניסיון למצוא עקרונות בסיסיים ויסודיים היכולים להסביר את הלוגיקה המסתתרת ביסוד ההסדרים המשפטיים בתחומים השונים. לעתים קרובות לניסיון יש ממד תיאורי ובקורתי כאחד. מן הצד האחד הניסיון הוא להסביר את המשותף לשרה משפטי מסוים כגון דיני חוזים או דיני נזיקין. מן הצד השני הניסיון של התיאורטיקן הוא גם לבקר דוקטרינות אשר אינן מתיישבות עם עקרונות היסוד של התחום המשפטי הרלוונטי או להגן על דוקטרינות הנתמכות על ידי עקרונות היסוד הללו.

מכאן גם נגזר כי הדיון הפילוסופי בתחומי המשפט השונים איננו באופן טיפוסי דיון מוסרי מופשט. הוא מעוגן גם בדוקטרינות המשפטיות שמהן שואב הפילוסוף את חומר הגלם לפיתוח מופשט של עקרונות יסוד של השרה המשפטית הרלוונטי. ככל הנראה תיאורטיקן של שדה משפטי כלשהו כגון דיני חוזים, דיני נזיקין או משפט פלילי אינו יכול לפתח את התיאוריה של השרה המשפטית במנותק מהבנה עמוקה ורגישות לניואנסים הדוקטרינריים של התחום שאותו הוא חוקר. מאידך גיסא, דוקטרינות משפטיות אלה אינן מאומצות כמו שהן; הן משמשות רק חומרי גלם לבחינה ביקורתית.

#### 1. משפט פלילי

תיאוריות של המשפט הפלילי אינן מנותקות מן התיאוריות של המשפט בכלל. ניתן למצוא אפוא ניתוח כלכלי של משפט פלילי כמו גם ניתוח מפרספקטיבה ביקורתית. הסידי משפט וכלכלה רואים את המשפט הפלילי כמכשיר לקידום שיקולי יעילות חברתית.<sup>41</sup> הסידי

40. לראשית דיון תיאורטי בדיני ראיות ברוח דברים אלה, ראו, למשל: Alex Stein, *Foundations of Evidence Law* (2005); Brian Leiter and Ronald J. Allen, "Naturalized Epistemology and the Law of Evidence", 87 *Virg. L. Rev.* (2001) 1491; Brian Leiter, "Prospects and Problems for the Social Epistemology of Evidence Law", 29 *Philosophical Topics* (2001) 319.

41. ראו, למשל: Richard Posner, "An Economic Theory of Criminal Law", 85 *Colum. L. Rev.* (1985) 1193.

הניתוח הביקורתי של המשפט חושפים את חוסר הרציונליות של המשפט הפלילי ואת תפקידו הפוליטיים כמכשיר דיכוי.<sup>42</sup> פמיניסטיות חושפות את האספקטים המגדריים של המשפט הפלילי ואת האופן שבו המשפט הפלילי משרת דיכוי מגדרי.<sup>43</sup> בסעיף זה נימנע מלבחון את הגישה הכלכלית, הביקורתית או הפמיניסטית למשפט הפלילי וגסתפק בבחינה של המשפט הפלילי מפרספקטיבה של הפילוסופיה האנליטית.

בחינה פילוסופית של המשפט הפלילי נחלקת לשני סוגים עיקריים. סוג אחד של תיאוריה כזו הוא אנליטי, ותכליתו היא להבין את המושג של משפט פלילי ומושגים הקשורים אליו, כגון פשע. תכליתם של חסידי הגישה הזו היא לבחון מהם המרכיבים המרכזיים המאפיינים את המשפט הפלילי. הסוג השני הוא נורמטיבי ותכליתו היא לנתח לא את מהותו של המשפט הפלילי כי אם שאלות נורמטיביות בנוגע למשפט הפלילי. מהי תכליתו של המשפט הפלילי? מהם תפקידיו החברתיים? האם ראוי שיהיה משפט פלילי בכלל?<sup>44</sup> בסעיף זה נתמקד בניתוח הנורמטיבי ונבחן שלוש שאלות מרכזיות: השאלה הראשונה היא תכליתה של הענישה והדיכוטומיה בין תיאוריות תוצאתניות לתיאוריות גמוליות של ענישה. השאלה השנייה היא מהות המעשה הפלילי, ובמיוחד ההבחנה בין האספקטים הסובייקטיביים לאובייקטיביים של המעשה הפלילי. השאלה השלישית היא תפקידה של המדינה בהליך הפלילי.

התיאורטיקנים של הענישה נחלקים בדרך כלל לתוצאתנים הרואים במשפט הפלילי ובענישה הפלילית מכשיר להשגת תכליות חברתיות כגון מקסום העושר, מניעת פשע או השגת יציבות חברתית, ולדאונטולוגים הרואים בענישה פעולה ראויה בפני עצמה, כלומר באופן שאיננו תלוי במימוש תכליות חברתיות. ביטוי בולט לעמדה התוצאתנית או האינסטרומנטליסטית מצוי, למשל, ב Model Penal Code הקובע כי:<sup>45</sup>

42. למאמר קלאסי החושף את חוסר הרציונליות והעקיבות של המשפט הפלילי, ראו: Mark Kelman, "Interpretative Construction in the Substantive Criminal Law", 33 *Stan. L. Rev.* (1981) 591.

43. לטענה שעצם הפעלת הכוח הפלילי היא סממן של גבריות, ראו, למשל: Angela P. Harris, "Gender, Violence, Race and Criminal Justice", 52 *Stan. L. Rev.* (2000) 777; Stephen J. Schulhofer, "The Feminist Challenge in Criminal Law", 143 *U. Pa. L. Rev.* (1995) 2151; "Symposium: Gender Issues and the Criminal Law", 85 *J. Crim. L. & Criminology* (1994) 1; Victoria Nourse, "The 'Normal' Successes and Failures of Feminism and the Criminal Law", 75 *Chi.-Kent. L. Rev.* (2000) 709; Beverly Balos, "Teaching Prostitution Seriously", 4 *Buff. Crim. L. R.* (2001) 951.

44. להבחנה בין שני סוגי השאלות, ראו: Douglas N. Husak, *Philosophy of Criminal Law* (1987) pp. 20-26.

45. ראו: American Law Institute, *Model Penal Code* (1962) Part I. (General Provisions) Article 1. (Preliminary), §1.02(1) (Purposes; Principles of Construction). עמדה דומה מובעת גם בס"ק (a)(2) בעמ' 13, שם, הקובע כי: "The general purposes of the

"The general purposes of the provisions governing the definition of offences are:

a) to forbid and prevent conduct that unjustifiably and inexcusably inflicts or threatens substantial harms to individual or public interests..."

אלא שתפיסה תוצאתנית של המשפט הפלילי נתקלת בקושי מרכזי בסיסי. אם התכלית העיקרית של המשפט הפלילי היא למנוע התנהגות בלתי חברתית או להגן על היציבות החברתית, לא ברור כלל מדוע אין להטיל סנקציות על אנשים חפים מפשע כשהטלת סנקציות כאלה תסייע למניעת התנהגות אנטי חברתית. לכאורה עמדה תוצאתנית מחייבת הרשעה של אדם חף מפשע אם הרשעה כזו תמנע אסון כבד. יתר על כן, עמדה תוצאתנית איננה יכולה להצדיק בקלות את הפרקטיקה הפלילית שעל פיה אין העונשים המוטלים על עבירות קלות חמורים יותר ממה שהם בפועל. אמנם הסבל הכרוך בענישה כבדה כזו (כמו גם ההוצאות המנהליות הכרוכות בה) נכנסים לתחשיב התוצאתני, אבל לעתים הפסדם יכול לצאת בשכרם – אם, למשל, ענישה חמורה כזו מבטיחה יציבות, ואולי אף מקטינה את מספר הפעמים שבהן יש להפעיל את המשפט הפלילי עם עלויותיו הרבות. מדוע, אם כן, המשפט הפלילי נמנע מהטלת עונש מוות על עוברי עבירות גניבה קלות או עונש מאסר כבד כגין עבירות תנועה גם כאשר עונשים כבדים כאלה מבטיחים סדר חברתי יציב?<sup>46</sup> מקצת מן התוצאתנים מנסים לפתח תיאוריות מתוחכמות אשר תסבנה מדוע הטלת עונשים בלתי צודקים או הטלת עונשים על חפים מפשע לא יביאו לידי מניעת פשע או לידי יציבות חברתית.<sup>47</sup> עם זה יש הגורסים כי תיאוריות מתוחכמות תוצאתניות אינן פותרות באופן משביע רצון את הקשיים הללו, שהרי האינטואיציה לפיה אסור להרשיע חפים מפשע איננה תלויה בשאלה, אם הרשעה של חפים מפשע מביאה בעקבותיה תוצאות רצויות או בלתי רצויות. הקשיים בהגנה על עמדה תוצאתנית הביאו את התוצאתנים לאמץ תיאוריות תוצאתניות חלקיות או מסויגות המקבלות את התפיסה הבסיסית לפיה המשפט הפלילי נועד להשגת תכליות חברתיות רצויות כגון מניעת פשע או יציבות חברתית אלא ששיקולי צדק מגבילים את האמצעים שניתן להשתמש בהם כדי להשיג את התכליות הללו. תיאוריה אחת מסוג זה, תיאוריה שהשפיעה רבות על ההבנה של המשפט הפלילי, היא העמדה של הארט. הארט סבור כי הבנת המשפט הפלילי מחייבת להבחין בין התכלית הכללית, המצדיקה את המשפט הפלילי (general justifying aim) לבין עקרונות של חלוקת העונש

provisions governing the sentencing and treatment of offenders are: (a) to prevent the commission of offenses"; MPC Part I Commentaries, vol. 1, p. 15; וראו גם:

46. זוהי, למשל, טענתו של: Gary Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy* (1968) 169, pp. 183-184.

47. לטקסט קלאסי נפלא ברוח זו, ראו: Jeremy Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1970).

והומרתו (distribution).<sup>48</sup> לדעתו של הארט התכלית הכללית המצדיקה את המשפט הפלילי היא התוצאות החיוביות הנובעות מן הענישה: הרתעה של עבריינים, הגנה אפקטיבית על החיים והרכוש ועוד, ואולם השגת התכלית הזו צריכה להיעשות באמצעים המכבדים את מה שהארט מכנה "עקרונות צדק חלוקתיים". לפי עקרונות הצדק החלוקתיים אין להעניש אנשים אשר לא ביצעו עבירות פליליות. יתר על כן, חומרת העונש חייבת לשקף את חומרת העבירה. עקרונות החלוקה מסבירים גם את העובדה שאיננו מוכנים להרשיע אנשים כאשר לא ניתן היה לצפות מהם לפעול באופן אחר. כך, למשל, אנשים אשר פעלו מתוך מצוקה קשה או בתנאים בלתי נסבלים או בעקבות פרובוקציה זוכים לעתים קרובות למחילה גם כאשר הטלת העונש הייתה תורמת למימוש התכליות החברתיות המצדיקות את המשפט הפלילי.<sup>49</sup>

עם זה ישנם אנשים המאמצים עמדה רדיקלית יותר וגורסים כי לענישה הפלילית ערך בפני עצמו שאיננו תלוי בתוצאות החיוביות או השליליות של הענישה. יתר על כן, יש הגורסים כי שיקולי תועלת כגון הרתעה ומניעת פשע הם שיקולים בלתי לגיטימיים משום שהם משתמשים בעבריינין כאמצעי להשגת תכליות חברתיות. העבריינין לפי עמדה זו הוא סוכן מוסרי (moral agent). סוכן מוסרי זכאי שיראו בו תכלית ולא אמצעי בלבד.<sup>50</sup> מכאן שהצדקת הענישה איננה יכולה להתבסס על שיקולים חברתיים כגון הרתעה או מניעת פשע.

עמדה אחת חשובה במסורת זו היא העמדה הגמולנית או הרטריוטיביסטית. כמו התפיסות התוצאתניות של המשפט הפלילי כך גם העמדה הגמולנית איננה עמדה אחידה. יש גמולנים הגורסים כי תכלית המשפט הפלילי היא להבטיח שאנשים אשר ביצעו עבירות, יקבלו את המגיע להם.<sup>51</sup> לפי עמדה זו יש פעולות אשר ראוי כי האדם המבצע אותן יסבול בעקבות ביצוען. עמדות גמולניות אחרות גורסות כי העונש הוא השתקפות חברתית רצויה של סנטימנטים כגון כעס או שנאה.<sup>52</sup> המשפט הפלילי הוא הדרך שבה חברה מתוקנת

48. ראו: H.L.A. Hart, "Prolegomenon to the Principles of Punishment", *Punishment and Responsibility* (1968) pp. 1-27.

49. לעמדה, שמבחינות מסוימות יש דמיון בינה ובין עמדתו של הארט, ואשר על פיה פרקטיקת הענישה והטעמים הלגיטימיים שבמסגרתה הם גמולניים, אך הטעמים התומכים בפרקטיקה כולה הם תוצאתניים, ראו: John Rawls, "Two Concepts of Rules", 64 *Philosophical Review* (1955) 3, pp. 4-13.

50. סוכן מוסרי מאופיין כישות רציונלית אשר ניהנה ביכולת לבצע שיפוטים מוסריים ולפעול לפי השיפוטים המוסריים הללו. באופן טיפוסי בני אדם במובחן מחיות הם סוכנים מוסריים. המושג של סוכן מוסרי הוא מושג יסוד בפילוסופיה של המוסר, במיוחד במסורת הקאנטיאנית.

51. ראו: Antony R. Duff, *Trials and Punishments* (1986) p. 198.

52. ראו: Antony R. Duff, *Punishment, Communication and Community* (2001) pp. 23-27.

מביעה את הסתייגותה מן המעשים הבלתי הראויים הללו ומאפשרת לקורבנות הפשע לבטא את רגשי השנאה והתיעוב שלהם כלפי המעשים הבלתי הראויים.<sup>53</sup> אחד הביטויים החריפים הקלאסיים למה שנתפס בעיני פרשנים רבים כעמדה דטריוביביסטית קיצונית הוא עמדתו של עמנואל קאנט (Immanuel Kant):<sup>54</sup>

“Even if a civil society were to be dissolved by the consent of all its members (e.g., if a people inhabiting an island decided to separate and disperse throughout the world), the last murderer remaining in prison would first have to be executed, so that each has done to him what his deeds deserve and blood guilt does not cling to the people for not having insisted upon this punishment; for otherwise the people can be regarded as collaborators in this public violation of justice.”

עמדה זו זכתה לפרשנויות שונות מאוד זו מזו. יש שפירשו את קאנט כמאמץ עמדה גמולנית קיצונית הנסמכת על הטענה לפיה ראוי כי עבריינים יקבלו את מה ש"מגיע להם". לפי עמדה זו בצורתה הקיצונית יש טעם מוסרי או אפילו הובה מוסרית לגרום לסבל של פרטים אשר ביצעו מעשי פשע. לעומתם היו שסברו כי יש לפרש קטע זה באופן שיתיישב עם חלקים אחרים אצל קאנט. פרשנות מתוחכמת אחת רואה בקאנט מאמץ מוקדם של תיאוריה מעורבת ולא גמולנית טהורה. הענישה לפי עמדה זו היא מכשיר הכרחי להרתעה המיועדת להגן על החירות של הפרטים. שיקולים תוצאתניים (הגנה על החירות) הם אפוא הבסיס הנורמטיבי להקמת מנגנון הענישה, אלא שבהינתן מנגנון כזה, צריך שמנגנון זה יפעל בלא התחשבות בשיקולים תוצאתניים. אסור אפוא לשופטים או מושבעים או תובעים להביא בחשבון שיקולים תוצאתניים (לרבות הגנה אפקטיבית על החירות) כאשר הם מטילים סנקציות. מכאן שאת הקטע לעיל יש לפרש כקטע המתאר את ההתנהגות הראויה של פקידי המדינה ולא כקטע המכוון להצדיק הקמת מוסדות ענישה. יש אפוא פער בין ההצדקה להקמת מוסדות ענישה מדינתיים (שהיא הצדקה תוצאתנית המבוססת על הגנה על החירות) לבין האופן שבו ראוי שיפעלו פקידי המדינה בתוך המוסדות הללו שהוא על פי פרשנות זו אופן פעולה גמולני המתבסס באופן בלעדי על ההתנהגות העבריינית של הפרטים.<sup>55</sup> המחלוקת בין עמדות תוצאתניות לגמולניות איננה מחלוקת תיאורטית גרידא. היא משפיעה באופן עמוק על אופי הענישה. שיטות משפטיות שונות מאמצות עמדות שונות ומנוגדות בנוגע לתכלית הענישה הפלילית. ההתפתחות המהירה של הוראות הענישה (Sentencing Guidelines) בארצות הברית הייתה תוצאה של הדגשה יתרה של תפיסה

53. ראו: Jeffrie G. Murphy and Jean Hampton, *Forgiveness and Mercy* (1988) pp. 3-4.

54. Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals* (1996) p. 106.

55. לפרשנות זו ראו: Thomas E. Hill, "Kant on Wrongdoing, Desert, and Punishment", 18 *Law and Philosophy* (1999) 407, p.425.



גמולנית של הענישה הפלילית.<sup>56</sup> להסדרי הענישה הקשיחים הללו קדמה שיטה גמישה שבמסגרתה העונש שהוטל על הנאשמים נקבע על ידי השופטים ולעתים קרובות גם על ידי עובדים סוציאליים וקרימינולוגים. ההסדרים הגמישים הללו היו מבוססים על שיקולים חברתיים כלליים כגון מסוכנות הנאשם ושיקולי הרתעה. כך נגזרו גזרי דין שונים מאוד על נאשמים אשר הורשעו בעבירות זהות. בעקבות ספרו הידוע של מרווין פרנקל (Marvin Frankel), אשר הצביע על חוסר האחידות הקיצוני של הענישה הפלילית,<sup>57</sup> הומר ההסדר בהסדרי ענישה קשיחים אשר היו אמורים להבטיח אחידות בענישה בעיקר על בסיס חומרת העבירה. הבסיס האידיאולוגי להסדרי ענישה קשיחים אלה היה תפיסה גמולנית לפיה אדם שביצע עבירה ראוי לעונש אשר ישקף את חומרת העבירה הזו.

ענף אחר של הפילוסופיה של המשפט הפלילי עוסק בשאלת המעשה הפלילי ובוחר את הקשר בין המרכיב הנפשי הנדרש מן העבריין – ה"mens rea" – למרכיב החיצוני של העבירה – ה"actus reus". העבירה הפלילית מחייבת באופן טיפוסי מצב נפשי של מחשבה פלילית וכן מעשה הנותן ביטוי חיצוני לעבירה הפלילית.<sup>58</sup> הקשר בין שני המרכיבים הללו הוא אחד התחומים השנויים במחלוקת קשה במשפט הפלילי. מחלוקת אחת נוגעת לטיבו של המצב הנפשי הנדרש לצורך הרשעה במעשה פלילי. משפטנים פליליים נוטים להתנגד להרשעה של אדם בגין רשלנות. רשלנות היא מצב נפשי שבו אדם איננו מודע לאחת מנסיבות העבירה או לאפשרות התממשות התוצאה גם אם אדם סביר היה מודע לאפשרות זו. עם זה, שיטות משפט שונות מכירות ברשלנות כבסיס מספיק להרשעה. יתר על כן, האינטואיציה המוסרית היא כי לעתים אנשים שאינם מפתחים מודעות בנוגע לנסיבות הרלוונטיות של העבירה או בנוגע לתוצאות האפשריות של הפעולה – ראויים לעונש. אדם מוסרי הוא אדם בעל רגישויות המאפשרות לו לזהות באופן טיפוסי עובדות רלוונטיות להתממשות המעשה הפלילי כגון אי הסכמה של קורבן עבירת אונס. אדם נטול רגישויות כאלה ראוי לדעתם של רבים לעונש אפילו האמין בטעות בהסכמת נאנסת למגע מיני.<sup>59</sup>

56. Paul J. Hofer and Mark H. Allenbaugh, "Perspectives on the Federal Sentencing Guidelines and Mandatory Sentencing: The Reason Behind the Rules: Finding and Using the Philosophy of the Federal Sentencing Guidelines", 40 *Am. Crim. L. Rev.* (2003) 19  
 57. Richard S. Frase, "State Sentencing Guidelines: Diversity, Consensus, and Unresolved Policy Issues: Symposium: Panel Three: Theories and Policies Underlying Guidelines Systems", 105 *Colum. L. Rev.* (2005) 1190.

58. Marvin Frankel, *Criminal Sentences: Law without Order* (1972).

59. ראו: George Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (2000).

59. ראו, למשל: עמדתו של הנשיא שמגר בעניין ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302 (להלן: עניין האונס בשמרת) בפסק דין זה, בעמ' 356, קובע שמגר: "הבעיה – בלבושה המומחש והמחודר – מתייחסת, למשל, לנסיבות שבהן גברתן פסיכופט – שאינו חולה נפש ואינו מפגר – מאמין בכנות שהנאנסת מסכימה למגע המיני (ייתכן על יסוד אמונתו שנשים לעולם אינן מסרבות לו או שאינן רשאיות לסרב לו [...]) דא עקא, שלאור

ויכוח חשוב אחר מתבונן ברלוונטיות של התממשות מעשה - מעשה הנותן ביטוי חיצוני מוחשי לעבירה. כדי להדגים את השאלה הניחו לרגע כי אדם הפך להרוג אדם אחר, ומתפלל לאל שימית את האדם האחר, באמונה שהאל הטוב יענה לתפילתו. אף שיש מקום לגינוי מוסרי של הפעולה, התפיסה המקובלת היא כי אין מקום להרשעה פלילית משום שהרצון הפסול לא קיבל ביטוי חיצוני בעולם, מהסוג המספיק להרשעה בעבירה פלילית. עם זה, המידה שבה הרצון צריך לקבל ביטוי ממשי בעולם שנויה במחלוקת עמוקה. אחד הביטויים למחלוקת זו הוא המחלוקת הקשה בדבר ענישת הניסיון. בעבר, מרבית השיטות הבחינו הבחנה חדה בין אדם שהצליח להשלים את המעשה הפלילי לבין אדם אשר ניסה אך מסיבות שאינן תלויות בו לא הצליח לממש את המעשה הפלילי. הבחנה זו משקפת אף היא - כך ניתן לפחות לטעון - את החשיבות המיוחדת לביטוי החיצוני של הפעולה. כך, למשל, פלטשר (Fletcher) מצביע על מתח בין subjective criminality לבין manifest criminality. תפיסות הנסמכות על פליליות סובייקטיבית הן תפיסות המדגישות את הכוונה של הפרט לפגוע באינטרס מוגן, ואילו תפיסות הנסמכות על פליליות מוחצנת הן תפיסות המדגישות את הביטוי החיצוני של ההתנהגות, כך שהפליליות חייבת להיות:<sup>60</sup>

...objectively discernible at the time it occurs. The assumption is that a neutral third party observer could recognize the activity as crime even if he had no special knowledge about the offender's intention.

לצד שאלת הענישה הפלילית חשוב לבחון גם את מיהותו של המעניש הפלילי. במאות השנים האחרונות המשפט הפלילי מנוהל באופן בלעדי (או כמעט בלעדי) על ידי המדינה. זוהי עמדה חדשה יחסית בהתפתחות המשפט. המשפט הפלילי האנגלי התפתח מן המשפט הפרטי. הגפגע מן המעשה הפלילי נדרש עד המאה השמונה עשרה לערך לנהל הליך אשר קשה מאוד לקטלגו כמונחים מודרניים כמשפט פלילי לכל מאפייניו העכשוויים. בשנים האחרונות מתפתחת מגמה חדשה הגורסת כי יש לפתח מנגנונים לא פורמליים - מנגנונים פרטיים שימלאו את מקומה של הענישה הפלילית. הביטוי הבולט ביותר למגמה זו הוא המעבר למנגנונים של צדק מאחה (restorative justice). מנגנונים אלה מעניקים תפקיד מרכזי לקורבן או לקהילה. באופן טיפוסי מתבססים מנגנונים אלה על מוסדות בוררות בין הקורבן לבין העבריין.<sup>61</sup> תפקיד הענישה לפי עמדה זו הוא לשקם את היחסים בין העבריין, הקורבן והקהילה, ולאחות את הקרע שנגרם בעקבות העבירה.

נסיבות העניין נעדרת כל סבירות מאמונתו הכנה; קרי אדם סביר, בנסיבות אלה, היה מבחין בכך שאין הסכמה".

60. ראו: Fletcher (לעיל, הערה 58) בעמ' 116.

61. ראו: John Braithwaite, "Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts", 25 *Crime and Justice: A Review of Research* (1999) 1, pp. 1-127.

התפתחותם של מנגנונים פרטיים מסוג זה מעוררת שורה של שאלות קשות בנוגע לתפקידה של המדינה בענישה. יש הגורסים כי אין הכרח מוסרי כי המדינה תהיה מעורבת בענישה וכי באופן תיאורטי היה ניתן להעניק את החירות להעניש לפרטים. ג'ון לוק (John Locke), למשל, סבור כי המדינה מענישה משום שהפרטים אינם יכולים לשפוט באופן אובייקטיבי את מידת החומרה בהתנהגותם של אחרים. רגשי נקמה יביאו את הקורבנות להטיל עונשים חמורים מדי בשעה שרגשי חיבה כלפי עצמם וכלפי חבריהם יביאו אותם להטיל ענישה קלה מדי על בני משפחה או חברים. תפקידה של המדינה בענישה מוצדק אפוא משיקולים אינסטרומנטליים.<sup>62</sup>

תפיסה אינסטרומנטלית של תפקידה של המדינה מאפיינת הן את התוצאתנים והן רבים מן הגמולנים. התוצאתנים סבורים כי תכלית המשפט הפלילי היא למנוע פשע ולהבטיח סדר חברתי. באופן תיאורטי היה ניתן להבטיח סדר חברתי באמצעות ענישה פרטית. הגמולנים, הסבורים כי הענישה הפלילית מבטיחה כי העבריינים יקבלו את המגיע להם, רואים גם הם במדינה מכשיר לגרימת סבל לחוטאים. באופן תיאורטי היה ניתן להטיל את התפקיד הזה על קורבנות הפשע.

לעומת התפיסה האינסטרומנטלית של תפקיד המדינה, ישנה תפיסה אלטרנטיבית לפיה יש ערך אינהרנטי למעורבות של המדינה בענישה. עמדה אחת, המסבירה את החינויות של המעורבות של המדינה, היא העמדה לפיה הענישה היא ביסודה פרקטיקה אקספרסיבית שנועדה לבטא את רגשות הסלידה החברתיים מן ההתנהגות האנטי חברתית. עמדתו של פיינברג (Feinberg) רואה בענישה:<sup>63</sup>

...a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgments of disapproval and reprobation, on the part of either the punishing authority itself or of those 'in whose name' the punishment is inflicted.

לפי עמדה זו, אם כן, לא מקרה הוא שהמדינה היא המחזיקה ברסן המשפט הפלילי. המשפט הפלילי הוא מכשיר שנועד לבטא כעס ותיעוב חברתי כלפי התנהגות אנטי חברתית. ענישה על ידי המדינה מתחייבת לפי עמדה זו מן הלוגיקה של המשפט הפלילי ויש לדחות אפוא את הניסיון לערב בהליך הפלילי את הקורבן או הקהילה.

כמובן, ניתוח זה איננו ממצה את כל או אולי אפילו את מרבית הסוגיות הפילוסופיות הנוגעות לקשר בין הפילוסופיה למשפט הפלילי. יש לקרוא סעיף זה, כמו גם את סעיף 3.2 ו-3.3, כדוגמאות בודדות לסוגיות מרכזיות בניתוח הפילוסופי של ענפי המשפט הרלוונטיים.

62. ראו: ג'ון לוק, *המסכת השנייה על הממשל המדיני* (יוסף אור – מתרגם, תשי"ט) בעמ' 10-11.

63. ראו: Joel Feinberg, "The Expressive Function of Punishment", *A Reader on Punishment* (Antony R. Duff and David Garland – eds., 1994) p. 74.

## 2. דיני חוזים

דיני החוזים מסדירים באופן משפטי התנהגות אשר באופן טיפוסי מערכת בתוכה הבטחה או התנהגות דמוית הבטחה. דיני חוזים מסדירים בין היתר את השאלה מתי יש להבטחות אלה תוקף משפטי, היינו (פחות או יותר) מתי הן ייאכפו על ידי בתי המשפט, וכן הם מסדירים את טיבן של התרופות במקרה של הפרה. כמו בתחומים האחרים של המשפט, משקפות תיאוריות של דיני חוזים את הזרמים העיקריים של החשיבה המשפטית. הזרם הכלכלי למשפט רואה בדיני החוזים מכשיר לקידום תועלת או רווחה של הפרטים. הנחת יסוד נפוצה של התיאוריה הכלכלית של דיני חוזים היא כי פרטים הם רציונליים וכי דיני החוזים מקדמים באופן בלעדי או לפחות חלקי את היעילות הכלכלית. הטיעון המרכזי הבסיסי העומד ביסוד הניתוח הכלכלי הוא כי בשלב כריתת החוזה הפרטים הנכנסים לחוזה באופן וולונטרי סבורים כי מצבם לאחר קיום החוזה יהיה טוב ממצבם לפני קיום החוזה. כיוון שהצדדים מכירים טוב יותר את האינטרסים שלהם, מימוש החוזה מקדם את הרווחה של שני הפרטים (וכיוון שבאופן טיפוסי אין השפעות חיצוניות על צדדים שלישיים, חוזה כזה – שמקדם את רווחת שני הצדדים לו – מקדם גם את הרווחה החברתית בכללותה). במסורת הפילוסופית האנליטית יש כמה תיאוריות אלטרנטיביות מרכזיות המבוססות על שיקולי צדק. במסגרת זו אנו נתמקד בשתי תיאוריות: התיאוריה הליברלית המבוססת על החובה המוסרית של המבטיח לקיים הבטחות, והתיאוריה של צדק מתקן המבוססת על ההסתמכות של המובטח.

בספר קלאסי שהשפיע רבות על החשיבה בתחום התיאוריה של דיני חוזים הגן צ'ארלס פריד (Charles Fried) על התיאוריה הליברלית של החוזים, המסבירה את דיני החוזים כמכשיר להגנה על הרצון של המבטיח לכבול את עצמו באמצעות מתן הבטחה. האתגר המרכזי של תיאוריות מסוג זה הוא להצביע על מקור החיוב המוסרי לקיים הבטחות. פריד סבור כי החיוב לקיים הבטחות מבוסס על שיקולי הגנה על החירות של הרצון של המבטיח. לדעתו היכולת להפוך אופן התנהגות שהוא בדרך כלל אופציונלי לאופן התנהגות מחייב איננו רק עניין של נוחות, אלא הוא נגזר מכל תיאוריה של ליברליזם אינדיבידואלי. פריד מוסיף ואומר כי כדי "...שאני איהנה מחופש רב ככל האפשר, כדי שלרצון שלי יהיה מרב החירות האפשרית המתיישבת עם החירות של אחרים, הכרחי כי תהיה דרך שבה אוכל לכבול את הרצון שלי עצמי".<sup>64</sup> דיני החוזים מאפשרים לנו לקדם את החירות שלנו באמצעות מתן מנגנון המאפשר לנו להטיל על עצמנו חיובים באופן וולונטרי. באמצעות מתן תוקף להבטחות שלנו, מעניקים לנו דיני החוזים חירות שלא הייתה לנו בלעדיהם. עמדתו הבסיסית של פריד היא אפוא כי דיני החוזים הם מכשיר להגנה על הבטחות והבטחות הן מנגנון המרחיב את החירות של פרטים באמצעות מתן האופציה של כבילה עצמית. התיאוריה של פריד מעוררת שלל בעיות. ראשית, לא ברור כי מערכת משפטית המעניקה לנו את החירות לכבול את עצמנו, מעניקה לנו יותר חירות ממערכת משפטית שאיננה מעניקה לנו חירות כזו. מצד אחד, מערכת כזו מעניקה לנו חירות לכבול את עצמנו. מן הצד האחר, כאשר אדם מממש את החירות הזו, הוא כבול בהבטחות שנתן, וכבילה זו היא

64. Charles Fried, *Contract as Promise* (1981) p. 13 (התרגום שלנו – ד"א וא"ה).

בגדר הגבלה של החירות.<sup>65</sup> יתר על כן, כעניין תיאורי הטיעון של פריד נכשל בהסברת דיני החוזים. לא כל ההבטחות ניתנות לאכיפה. ההבטחה לחגוג את יום ההולדת של חברי, או ההבטחה להשיר 10 קילוגרמים ממשקלי אינן ניתנות (בדרך כלל) לאכיפה. העמדה של פריד איננה מסבירה את ההבדלים בין ההבטחות שניתנות היום לאכיפה משפטית (ולפיכך הן חלק מדיני החוזים) ובין הבטחות שאינן ניתנות לאכיפה משפטית. לדידו של פריד ראוי כי דיני החוזים יאכפו במידת האפשר את כל ההבטחות.<sup>66</sup>

תיאוריה קרובה ביסודה לתיאוריה של פריד היא התיאוריה שפותחה על ידי רנדי בארנט (Randy Barnett) הנסמכת על הסכמה במובחן מרצון. ההסכמה שעליה מדבר בארנט היא הרבה יותר מהבטחה סתם לקיים חיוב. הסכמה זו חייבת להיות הסכמה של בעל הזכות הרלוונטית לכבול את עצמו מבחינה משפטית, היינו להיות כפוף לסנקציות משפטיות בגין הפרה.<sup>67</sup> האכיפה המשפטית היא מוצדקת כאשר המבטיח ביצע באופן וולונטרי פעולה אשר נתנה אינדיקציה לכוונה מצדו ליצור חיוב משפטי אכיף. מכאן גזור בארנט את המסקנה כי כאשר יש ראיות להסכמה מן הסוג הרלוונטי, ראיות אלה מספיקות לצורך אכיפה משפטית, והגנות מפני תביעה בגין הפרת חוזה צריכות להתבסס על נסיבות המקעקעות את התוקף המוסרי של ההסכמה. הבנת התיאוריה של בארנט מחייבת הבנה של שני הבדלים מרכזיים בינה לבין התיאוריה של פריד. ראשית, פריד מדבר על רצון לביצוע חיוב ואילו ההסכמה שעליה בארנט מדבר היא הסכמה לאכיפה המשפטית ולא רק לביצוע חיוב. שנית, בארנט בניגוד לפריד, מדגיש את האספקט האובייקטיבי של ההסכמה. ההסכמה שעליה בארנט מדבר היא מחייבת רק אם היא מהווה "manifestation of an intent to alienate rights".<sup>68</sup> ומכאן שבית המשפט הבוחן את החיוב החוזי חייב לבחון את קיומו של "a manifestation of an intention to be legally bound".<sup>69</sup>

גם התיאוריה של בארנט לוקה בפגמים לא מעטים. אחת הביקורות הידועות על התיאוריה של בארנט היא הכישלון של התיאוריה להסביר את אופיין של התרופות החוזיות. הן התיאוריה של פריד והן התיאוריה של בארנט אינן מסבירות היטב את אופי התרופה החוזית.<sup>70</sup> זאת משום שהן מתיישבות עם כל תרופה המטילה עונש או סנקציה

65. ראוי: Curtis Bridgeman, "Liberalism and Freedom from the Promise Theory of Contract", 67.4 *Modern Law Review* (2004) 684, p. 687; Eric A. Posner, "Contract Theory", *Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Martin .P. Golding and William A. Edmundson – eds., 2005) 142.

66. שם, בעמ' 687.

67. Randy E. Barnett, "The Consent Theory of Contract", 86 *Colum. L. Rev.* (1986) 269, p. 299.

68. שם, בעמ' 304.

69. שם, שם.

70. ראוי: Richard Craswell, "Default Rules and the Philosophy of Promising", 99 *Mich. L. Rev.* (1989) 489.

על הצד המפר, העובדה שיש טעם לאכוף את ההבטחה או את התוכן המוסכם על הצדדים איננה אומרת מאומה על השאלה, מה צריכה להיות הסנקציה על ההפרה, אבל נראה כי חלק אינטגרלי מדיני החוזים הם גם דיני התרופות – דינים הקובעים הסדרים פרטיקולריים בנוגע לתרופות. התיאוריות של פריד ובארנט הן ניטרליות אפוא בשאלה מרכזית של דיני החוזים: האם הפיצויים בגין הפרה צריכים להיות פיצויי ציפיות או פיצויי הסתמכות או אכיפה (או אולי יש מקום לסעד או לסנקציה שונים בתכלית).

בניגוד לתיאוריות ליברליות של חוזים, המתמקדות ברצון או בחירות של המבטיח, תיאוריות צדק מתקן של חוזים מתמקדות דווקא במובטח, ובמיוחד בהסתמכות של המובטח. אם אדם אחד מבטיח לאדם אחר הבטחה, והאדם האחר הסתמך על הבטחה זו, לא צודק שהמבטיח לא יפצה את המובטח בגין ההסתמכות.<sup>71</sup> תיאוריות אלה מסבירות את החיוב החוזי במונחים הדומים לחיוב נזיקי. כשם שאדם שהתחשל, וגרם נזק לאדם אחר, חייב בפיצוי, כך גם אדם אשר הביא במעשיו לידי הסתמכות של אדם אחר, חייב בפיצוי. גם תיאוריות ההסתמכות נתקלות בקשיים להסביר באופן מספק את דיני החוזים. יש, למשל, הסבורים כי בניגוד לדיני נזיקין, לא ברור מדוע לאדם יש זכות להסתמך על מצג של אדם אחר. בניגוד לדיני נזיקין שבהם באופן טיפוסי הקורבן הוא קורבן פסיבי של התנהגות המזיק, בדיני חוזים המובטח משקיע באופן וולונטרי בתקווה ליהנות ממימוש ההבטחה של המבטיח. כדי לבסס את הטענה כי צדק מתקן מחייב את המבטיח לפצות את המובטח יש להראות שלקורבן יש זכות לפיצוי על הנזק שנגרם לו עקב ההסתמכות הוולונטרית.<sup>72</sup>

קושי אחר בתיאוריית ההסתמכות הוא שתיאוריית ההסתמכות איננה מסבירה מדוע קורבנות של הפרת הוזה נהנים מפיצוי גם כאשר אין הם מסתמכים על המצג.<sup>73</sup> לאמיתו של דבר התיאוריה נסמכת על *promissory estoppel*, אלא שבדיני החוזים הדוקטרינה של *promissory estoppel* היא דוקטרינה משנית. כדי להתגבר על הקושי הזה, חסידי תורת ההסתמכות נשענים לעתים על מושגים כגון הסתמכות מוצדקת או סבירה, ואולם ברור כי סבירות ההסתמכות מכניסה לתוך התיאוריה מרכיב זר הנשען על שיקולים נורמטיביים שהתיאוריה מניחה, במקום כאלה שהיא מסבירה.<sup>74</sup> יתר על כן, שיעור הפיצויים שנראה שמתחייב מן התיאוריה של ההסתמכות הם פיצויי הסתמכות, ואילו הפיצויים הטיפוסיים בדיני החוזים הם פיצויי צפיות (או בשיטות מסוימות אכיפה). נראה אפוא כי יש קשיים בניסיון להשתמש בצדק מתקן כדי להסביר את דיני החוזים.

71. Lon Fuller and William Purdue, "The Reliance Interest in Contract Damages" 46 *Yale L. J.* (1936) 52; Grant Gilmore, *The Death of Contract* (1974) pp. 71-72; Patrick Selim Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979) p. 6

72. ראו: Richard Craswell, "Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships", 43 *Stan. L. Rev.* (1991) 361

73. Morris R. Cohen, "The Basis of Contract", 46 *Harv. L. Rev.* (1933) 553, p. 575

74. לביקורת אפקטיבית על השימוש במושגים של הסתמכות מוצדקת ראו: Barnett (לעיל), הערה (67) בעמ' 275-276.

לנוכח הקשיים שבהם נתקלת כל אחת מן התיאוריות הללו, יש הוגים הרוצים לאמץ עמדה אקלקטית, לפיה אין עיקרון נורמטיבי יחיד שיכול להסביר את דיני החוזים כולם. במקום זאת יש לאמץ הסבר אשר ייתן מקום של כבוד לשיקולים נורמטיביים שונים זה מזה. דוגמה מובהקת לגישה זו היא גישתו של אטייה (Atiyah). לדידו של אטייה:<sup>75</sup>

I suggest that we should not think of contract law as 'about' one central paradigmatic type of conduct, but about clusters of typical situations. So we are looking for situations rather than simple transactions. There are families of situations, related to each other, much as there are 'family' resemblances among games, in Wittgenstein's famous example. It is incorrect today to think of contract law as having one central core with clusters of differences around the edges.

אטייה ממשיך ומראה כיצד המודל הקלאסי של חוזים איננו מתקיים במציאות. המציאות היא מורכבת ולעתים קרובות חוזים אינם מקיימים את הדרישות הבסיסיות של המודל הקלאסי. חוזים הם לא בהכרח אירועים דיסקרטיים מובחנים המבוססים על הסכם, אלא הם לעתים קרובות נגזרים מקשר רציף ויומיומי נמשך. חוזים לעתים קרובות מערבים יותר משני צדדים, כמו במקרה של שותפויות. חוזים, בניגוד למודל הרגיל, לא בהכרח מערבים חליפין, כמו במקרים של חוזים הנגזרים מהסתמכות על התנהגות שנסתיימה בעבר. יש התחייבויות חוזיות הנשענות על עקרון הרצון או עקרון ההסתמכה ואילו התחייבויות אחרות נשענות על הסתמכות או על שיקולי צדק חלוקתי או יעילות.<sup>76</sup>

את תקפותה של תיאוריה אקלקטית מסוג זה קשה להעריך באופן מופשט. לצד האטרקטיביות של עמדה זו, יש תמיד חשש שתיאוריה אקלקטית היא תיאוריה אדיהוקית שבה התיאורטיקן משתמש בריבוי ההצדקות העומדות לרשותו כדי להצדיק באופן אד הוקי – ולכן פגום מבחינה תיאורטית – את הדוקטרינה החוזית הקיימת.

### 3. דיני נזיקין

גם תיאוריות של המשפט הנזיקי אינן מנותקות מן התיאוריות המשפטיות הכלליות. הזרם המשפיע ביותר בעולם האנגלו-אמריקני בתחום דיני הנזיקין הוא הזרם של כלכלה ומשפט

75. Patrick Selim Atiyah, *Essays on Contract* (1990) p. 5.

76. לרעיון של "פלורליזם תיאורטי" ראו למשל: Melvin A. Eisenberg, "The Theory of Contracts", *The Theory of Contract Law: New Essays* (Peter Benson — ed., 2001) p. 206; איל זמיר, "הבסיס התיאורטי של חוק המכר דירות", *משפטים* ל (תש"ס) 459, בעמ' 466; והשוו: John Kekes, *The Morality of Pluralism* (1993). להצגת גישה אקלקטית לתיאוריה, ראו גם: אהרן ברק, *פרשנות תכליתית במשפט* (תשס"ג) בעמ' 277. ראו גם תרומתו של איל זמיר לכרך זה.

הרואה בפיצוי הנזיקי מכשיר ליצירת תמריצים אופטימליים. עם זה, לצד הניתוח הכלכלי, אשר השפיע הן על החוקרים האקדמיים והן על הפסיקה, יש הרואים בדיני הנזיקין מכשיר להגנה על צדק, בעיקר על הצדק המתקן (Corrective Justice).

הוגה הדעות החשוב ביותר במסורת זו הוא ארנסט ווינריב (Ernest Weinrib)<sup>77</sup> ועל כן נתמקד כאן בתיאוריה שלו. הוגי דעות אחרים אשר פיתחו תיאוריות נזיקיות הנסמכות על צדק קורקטיבי כוללים את ג'ורג' פלטר (George Fletcher)<sup>78</sup>, ז'ולס קולמן (Jules Coleman)<sup>79</sup>, ואתור ריפסטיין (Arthur Ripstein)<sup>80</sup>.

ביסוד העמדה של ווינריב עומדת תפיסה פורמליסטית ואנטי-אינסטרומנטליסטית של המשפט הפרטי. למשפט הפרטי יש מהות משלו (רציונליות אימננטית) אשר אותה ניתן לחלץ מן הדוקטרינה המשפטית. הבנה של המשפט דורשת הבנה של מהות המשפט ולא הבנה של התכליות החיצוניות שאותן המשפט אמור לממש. תפיסה אינסטרומנטליסטית של המשפט – תפיסה המבוססת על התכליות החיצוניות של המשפט, כגון הגישה שהמשפט אמור לממש צדק או יעילות או ערכים אחרים, היא לדעתו של ווינריב גישה שגויה. הפורמליזם של ווינריב דוחה את הרעיון שהמשפט הפרטי בכלל ודיני הנזיקין בפרט הם מכשיר למימוש תכליות חיצוניות למשפט. למשפט הפרטי יש רציונליות אימננטית משלו, שאותה ווינריב מנסה לחשוף באמצעות בחינה של הדוקטרינות המשפטיות.

שני מרכיבים מרכזיים הלקוחים מן ההיסטוריה של הפילוסופיה מאפיינים את עבודתו של ווינריב. מאריסטו ווינריב שואב את ההבחנה בין צדק מתקן לצדק חלוקתי. מקאנט ווינריב שואב את המרכזיות של רעיון הסוכן המוסרי, רעיון ה־moral agent.

צדק מתקן לפי אריסטו הוא צדק המבוסס על יחס בין שני פרטים. הצדדים קשורים זה לזה באמצעות חובות וזכויות קורלטיביות. הקורלטיביות הדו צדדית הזו היא מרכיב של הדוקטרינה המשפטית בכל תחומי המשפט הפרטי – בחוזים, בנזיקין ובדיני עשית עושר. צדק חלוקתי, לעומת זאת, עוסק בשורת יחסים אחרת הכוללת בין היתר את הטובין שאותם מחלקים, קבוצת האנשים הנהנית מן הטובין ועקרונות חלוקת הטובין. תחומים שונים של המשפט שואבים את הרציונליות הפנימית שלהם מסוגי הצדק השונים. המשפט הפרטי הוא במהותו ביטוי של צדק מתקן ואילו המשפט הציבורי הוא ביסודו ביטוי של צדק מחלק.

77. ראו למשל: Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (1995) ch. 3; Ernest J. Weinrib, "Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice", 2 *Theoretical Inquiries in Law* (2001) 107.

78. ראו, למשל: George P. Fletcher, "Fairness and Utility in Tort Theory", 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 537.

79. ראו: Jules Coleman, "Corrective Justice And Wrongful Gain", 11 *J. Legal Studies* (1972) 421; Jules Coleman, *Risks and Wrongs* (1988), esp. part III; Jules Coleman, "The Practice of Corrective Justice", *Philosophical Foundations of Tort Law* (David G. Owen – ed., 1995).

80. Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility, and the Law* (1998); Jules Coleman, 41 *McGill Law Journal* (1995) 91.



צדק מתקן איננו עיקרון מספיק להבנת מהות המשפט הפרטי. אריסטו מתאר צדק מתקן כצדק המבטיח שוויון בין שני פרטים אבל איננו נותן תשובה לשאלה, באיזה מובן הצדדים שווים. כדי להשיב על שאלה זו פונה ווינריב לקאנט ולרעיון הקאנטיאני של הסוכן המוסרי. המשפט הפרטי אצל קאנט מסדיר את הקשר בין מעוול לקורבן באופן המכבד את הסטטוס המוסרי של סוכנים מוסריים ומבטיח את השוויון בין הצדדים. תפיסה זו רואה את יחס השוויון בין הצדדים כמרכיב המרכזי שצריך לכוון את ההסדרים הדוקטרינריים של המשפט הפרטי. תכליות חברתיות חיצוניות למשפט כגון הרתעה או צדק חלוקתי אינן רלוונטיות להבנה של המשפט הפרטי.

המשפט הפרטי מתאפיין בעיקרון פורמלי של צדק מתקן הלקוח מן המסורת האריסטוטלית. צדק מתקן מבוסס על הנחת השוויון בין הפרטים. עוולה נזיקית היא הפרה של השוויון המבוצעת על ידי אדם אחד (המעוול) כנגד אחר (הקורבן). שני הצדדים המרכיבים את היחס הזה קשורים זה לזה ביחס דו צדדי משום שאחד מהם מבצע עוולה כלפי האחר ובכך מפר את השוויון בין הצדדים. תפקיד המשפט הנזיקי הוא להחזיר את השוויון ליחסים בין הפרטים באמצעות העברת פיצוי מן המעוול אל הקורבן. המאפיין המרכזי של דיני הנזיקין הוא הקשר או הזיקה הדו צדדית בין המעוול לקורבן. המעוול נהנה (במובן נורמטיבי, לא פסיכולוגי) מהפרת חובה שהוא חב לקורבן והקורבן נפגע (באופן נורמטיבי, לא פסיכולוגי) משום שזכויותיו נפגעו בשל הפרת החובה.

תיאוריה של צדק מתקן היא תיאוריה בדבר הצורה של המשפט הפרטי. אין היא קובעת מסמרות בדבר פרטי הדוקטרינה של המשפט הפרטי. תיאוריה זו מתיישבת אפוא עם שורה ארוכה של הסדרים דוקטרינריים שונים מאוד זה מזה. עם זה, העובדה שתיאוריה של צדק מתקן מתמקדת בזיקה או ביחסים בין הצדדים מטילה אילוצים מסוימים על תוכן הדוקטרינה של דיני הנזיקין. קביעת חבות נזיקית חייבת להישען על מרכיבים של היחס בין הצדדים. כך, למשל, סבור ווינריב כי תיאוריות כלכליות, הנסמכות בין היתר בקביעת חבות נזיקית על עלות אמצעי הזהירות של הנתבע, אינן מקיימות את האילוצים של הצדק המתקן.<sup>81</sup> עלות אמצעי הזהירות היא עניינו של הנתבע בלבד, ואין היא נוגעת ליחס בין הצדדים. התיאוריה הכלכלית של דיני הנזיקין נשענת, אם כן, על תכליות חיצוניות למשפט, וככזו איננה מכבדת את האוטונומיה של המשפט. היא מכפיפה את המשפט לשיקולים חיצוניים למשפט.

על פי עמדה זו, אם כן, מעשה נזיקי הוא הפרת הנורמה המסדירה את היחסים בין הצדדים כך שאדם אחד (המעוול) מקבל יותר ממה שהוא זכאי לו, ואדם אחר (הקורבן) מקבל פחות ממה שהוא זכאי לו. הפיצוי הנזיקי הוא הדרך לתקן את חוסר ההרמוניה הנורמטיבי הזה. המאפיין החשוב ביותר של גישתו של ווינריב הוא הניתוח האנטי-אינסטרומנטלי של המשפט. כל הבנה של המשפט הפרטי המבוססת על מטרה חיצונית למשפט נכשלת לידו של ווינריב. המשפט איננו מכשיר למימוש תכלית חיצונית למשפט. יש הרואים, למשל, בדיני הנזיקין מכשיר לפיצוי הקורבן, אך לא ברור לפי עמדה זו מדוע הפיצוי חייב להגיע מן המעוול. הרתעה אף היא – כך נטען – איננה יכולה לספק הסבר מתקבל על הדעת

81. ראוי: Weinrib (לעיל, הערה 77) בעמ' 47-48.

לדוקטרינה הנויקית. שיקולי הרתעה אינם מסבירים, למשל, מדוע דיני הנויקין אינם מסתפקים במעשה רשלני אלא דורשים גם הוכחה נזק, רק הרציונליות האימננטית יכולה לספק דין וחשבון מספק על הדוקטרינות של דיני הנויקין.

העמדה האנטי-אינסטרומנטליסטית, הנשענת על הרציונליות האימננטית של המשפט, מעוררת קשיים רבים. ראשית, כדי להבין את הרציונליות האימננטית יש לזהות גוף ידע שאת הרציונליות האימננטית שלו אנו מנתחים. כיוון שווינריב דוחה במובלע תפיסה פוזיטיביסטית לפיה כל מה שהמוסדות המשפטיים קובעים הוא דיני גויקין, לא ברור לפי אילו קריטריונים מזהה ווינריב את גוף הידע הדוקטרינרי שאת הרציונליות האימננטית שלו יש לאפיין.

יתר על כן, גם בהנחה שניתן לזהות גוף ידע של משפט פרטי, שאת הרציונליות האימננטית שלו ניתן לאפיין, לא ברורה המוטיבציה לראות בגוף ידע זה בסיס להסדרת יחסים משפטיים בין הצדדים. יש שיאמרו כי אם אימוץ תכליות חיצוניות למשפט מהייב נטישת הרציונליות האימננטית של דיני הנויקין ואימוץ הסדרים אלטרנטיביים, המממשים מטרות חשובות כגון פיצוי, יעילות או הרתעה, יש לעשות זאת, כשם שעשה המחוקק הניו-זילנדי, אשר קבע הסדרי פיצוי אלטרנטיביים לאלו של דיני הנויקין, במקרה של תאונות שגרמו לנזקי גוף.<sup>82</sup> ווינריב דוחה עמדות אלה משום שהוא סבור כי התיאוריה המשפטית הייבית להבין את המשפט כפי שהוא ולאפיין את המבנה הפנימי האינהרנטי למשפט, אבל הוא איננו מספק לנו הסבר, מדוע יש להגן על המשפט מפני ה"אימפריאליזם" של דיסציפלינות חיצוניות למשפט.

### ה. פילוסופיה "ביקורתית" והמשפט

שורה ארוכה של הוגי דעות סברו כי הניסיון לפתח תיאוריות כלליות של המשפט, אשר יצדיקו את התוקף המוסרי של כללים משפטיים או את הרציונליות של הדוקטרינות המשפטיות, נידון לכישלון. המשפט הוא יצירה אנושית המגלמת בתוכה את החולשות האנושיות, אינטרסים כלכליים-חברתיים של קבוצות דומיננטיות בחברה. מרקס עצמו ובעקבותיו מרקסיסטים רבים סברו כי המשפט הוא מכשיר בידי מעמדות שולטים לשמר

82. ראו: New Zealand Royal Commission of Inquiry into Compensation for Personal Injury, *Compensation for Personal Injury in New Zealand: Report of the Royal Commission of Inquiry* (Government Printer, Wellington, 1967) ["Woodhouse Report"]; Geoffrey Palmer, "New Zealand's Accident Compensation Scheme: Twenty Years On", 44 *VUW Law Review* (1994) 223; *University of Toronto Law Journal* (1994) 223; ראו גם את כרך 35(4) של כתב העת *VUW Law Review*, משנת 2004, עמ' 775 ואילך, שהוקדש כולו לדיון בהסדר זה, ניתן לצפייה באתר: [http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLR/2004/index.html]. לפרטים מלאים, ראו באתר הגוף המנהלי האחראי להפעלת ההסדר: [http://www.acc.co.nz].

את הדומיננטיות שלהם בין היתר באמצעות מתן לגיטימציה להסדרים החברתיים הקיימים. ההבחנה בין המשפט לפוליטיקה היא אפוא הבחנה שגויה המשרתת תכליות פוליטיות.<sup>83</sup> תובנות ספקניות מודרניות יותר בנוגע למשפט פותחו על ידי הריאליסטים האמריקנים. הריאליזם המשפטי האמריקני היה תגובה על מה שהריאליסטים כינו "פורמליזם" או "mechanical jurisprudence", היינו העמדה לפיה שופטים מחליטים על בסיס כללים ושיקולים משפטיים. הריאליסטיים טענו כי בחינה זהירה של ההחלטות השיפוטיות (במקרים קשים, לפחות) מעידה כי השופטים מחליטים על בסיס אמונתם המוסרית. טענה מרכזית של הריאליזם האמריקני התבססה על האמונה שהטקסטים המשפטיים אינם בני היקבעות – הם indeterminate, היינו אינם יכולים לייצר באופן מכני החלטות משפטיות. ניתן להבחין בין שני אופנים שונים של אי היקבעות משפטית.<sup>84</sup> אי היקבעות מסוג אחד היא אי היקבעות נורמטיבית. המקורות המשפטיים אינם נותנים טעם קונקלואסיבי להחלטה משפטית אחת. המקורות המשפטיים הם רבים, ניתנים לפירושים רבים, וסותרים זה את זה, ומכאן שהמקורות המשפטיים אינם מבטיחים החלטה אחת נכונה מבחינה משפטית. אי היקבעות מסוג אחר היא אי היקבעות סיבתית. תוכן של הדוקטרינות המשפטיות אינם קובעים סיבתית את החלטות בתי המשפט. הסיבה המרכזית לאי ההיקבעות המשפטית (משני הסוגים) היא הריבוי של עקרונות, כללים ודוקטרינות סותרות.<sup>85</sup> ריבוי הפתרונות המשפטיים האפשריים בא לידי ביטוי גם בהקשר של פרשנות התקדים.<sup>86</sup> כל תקדים ניתן לקרוא הן באופן דווקני והן באופן רך או ליברלי. הקריאה הדווקנית רואה בכלל המשפטי הנגזר מן התקדים כלל החל על עובדות המקרה ואילו הקריאה הליברלית היא קריאה המנסה להרחיב את הכלל ולגזור נורמה כללית. שתי הקריאות הן קריאות לגיטימיות והשאלה הנשאלת על ידי הריאליסטים היא מדוע בוחר השופט בקריאה אחת ולא בקריאה אחרת. ההחלטה המשפטית נתפסת באופן טיפוסי על ידי הריאליסטים כאופן של רציונליזציה של ההחלטה במונחים של כללים ועקרונות משפטיים – רציונליזציה אשר אין לה עיגון אמיתי בכללים ובעקרונות המשפטיים. כדי להסביר את ההחלטה המשפטית, לא ניתן להסתפק אפוא בניחות החוקים, הדוקטרינות והטעמים המשפטיים. יש צורך להבין גם – ואף בעיקר – את תפיסת העולם המוסרית או האידיאולוגית של השופט, את האופן

83. לסקירה ודיון קצר בתיאוריה המרקסיסטית של המשפט, ראו: Celia Hunt, "A Marxist Theory of Law", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Dennis Paterson – ed., 1999) 355.

84. Brian Leiter, "Legal Realism", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (D.M. Patterson – ed., 1996) 261; William L. Edmundson, "American Legal Realism", *Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory* (Martin .P Golding and William. A Edmundson – eds., 2005) pp. 50-66.

85. מאמר המדגים טענה זו הוא: Karl Llewellyn, "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules and Canons about how Statutes are to be Construed", 3 *Vanderbilt L. Rev.* (1950) 395.

86. Karl Llewellyn, *The Bramble Bush* (1951) (1930) 74 ff.

שבו שופטים תופסים את העובדות, את אופני החשיבה שלהם הורגלו שופטים בבתי הספר למשפטים וכדומה. בנוסף, תוצאה טבעית של ההתרחקות מן הפרשנות המכניסטית היא ההסתמכות ההולכת וגוברת של הריאליסטים המשפטיים על מדעי החברה ככלי בהבנת המשפט. כיוון שהמשפט איננו ביסודו ענף נורמטיבי שההיגיון הפנימי שלו נקבע על ידי חוקים, כללים או נורמות, יש לחפש את ההיגיון של המשפט במדעי החברה – מדעים החוקרים את ההתנהגות האנושית. המשפט הוא ענף של התנהגות אנושית ולפיכך לפסיכולוגיה, לסוציולוגיה ולאנתרופולוגיה יש תפקיד חשוב בהבנת המשפט. כך, למשל, ג'רום פראנק בחן את המשפט מן הפרספקטיבה של הפסיכואנליזה,<sup>87</sup> שעה שקארל לולין (Karl Llewellyn) בחן את המשפט מפרספקטיבה אנתרופולוגית.<sup>88</sup>

שלושה זרמים מרכזיים צמחו מן הריאליזם המשפטי: הניתוח הכלכלי של המשפט מאמץ את הטענה כי המשפט איננו נשען על כללים, חוקים ותקדימים, וכי הלוגיקה המסבירה או המצדיקה את התוצאות המשפטיות נשענת באופן מלא או חלקי על שיקולי יעילות. הזרם השני הוא הזרם ההתנהגותי והאמפירי של המשפט, זרם העוסק בבחינה אמפירית של ההתנהגות הנובעת מהסדרים משפטיים שונים ומשתמש בכלים של פסיכולוגיה, סטטיסטיקה וסוציולוגיה.<sup>89</sup> הזרם השלישי – ובו נתמקד כאן – הוא הזרם הביקורתי של המשפט, זה המכונה Critical Legal Studies.

זרם זה – שהחל לפעול באופן מאורגן בשנת 1977 בכנס שנערך בוויסקונסין – הוקם על ידי פעילים פוליטיים אשר השתתפו בפעילות של תנועת זכויות האזרח האמריקנית. זרם זה, אשר זכה להשפעה ניכרת בשנות ה-80, אימץ את הטענה של הריאליזם האמריקני כי החומרים המשפטיים אינם קובעים את החלטות המשפטיות. מטענה זו ומבחינה שיטתית של החלטות שיפוטיות הגיעו חברי הזרם לכלל מסקנה, כי החלטה השיפוטית היא ביסודה החלטה פוליטית וכי אין הבחנה אמיתית בין החלטות משפטיות לפוליטיות. "משפט הוא פוליטיקה" נהפך לביטוי אשר שיקף באופן בוטה את העמדה של חסידי הזרם הביקורתי.<sup>90</sup> מערכות השיקולים המנחות מחוקקים בהחלטותיהם (ולפיכך הנתפסות כפוליטיות), כגון שיקולי תועלת, רווחה חברתית ועוד, מנחות גם את השופטים בהחלטותיהם "המשפטיות" המשתמשות באופן טיפוסי ברטוריקה של צדק וזכויות. אין פירוש הדבר כמובן כי אין מוסדות שונים ומובחנים העוסקים במשפט מצד אחד ובפוליטיקה מצד אחר, אלא שמערכות השיקולים המנחות את החלטות של המוסדות אלה דומות זו לזו.

87. Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* (1930)

88. Karl N. Llewellyn and E. Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence* (1941)

89. זרם זה זוכה לבולטות בשנים האחרונות. כך, למשל, העיתון החדש שמוציאה אוניברסיטת קורנל *Journal of Empirical Legal Studies* מוקדש באופן בלעדי למאמרים המשתיכים לזרם זה.

90. לסקירה כללית של זרם זה, ראו: Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* (1987); David Kairys, *The Politics of Law: A Progressive Critique* (1982).

עמדה זו הביאה את אנשי הזרם הביקורתי לידי עיסוק בחשיפת האידיאולוגיות הפוליטיות אשר – כך הם טוענים – מנחות את השופטים, ובכך לידי ערעור מקור הלגיטימציה של ההחלטה השיפוטית – לגיטימציה המבוססת לעתים קרובות על ההנחה כי השופטים רק מפעילים או מיישמים את החוק אשר נקבע על ידי המחוקק ואינם מחוקקים אותו. התפיסה הליברלית שאותה הם תקפו רואה בשופטים מומחים במשפט. מומחים אלה משתמשים בחשיבה שונה (חשיבה משפטית דוקטרינרית). חשיבה זו שונה מאוד מן החשיבה הפוליטית או האידיאולוגית המייחדת את המחוקקים. לצד ביקורת זו הציעו חברי הזרם הביקורתי אלטרנטיבות לפרשנות המקובלת של המשפט. אלטרנטיבות אלה נתפסות על ידי חברי הזרם הביקורתי לא כאלטרנטיבות "נכונות יותר" מבחינה משפטית אלא כאלטרנטיבות המשקפות את הפוליטיקה האלטרנטיבית שלהם.

חברי הזרם הביקורתי של המשפט השתייכו לשמאל הפוליטי, והיו מעורבים בפעילות פוליטית מגוונת. השפעת התנועה הלכה ושקעה באיטיות בשנות ה-90. עם זה, קבוצות אחרות כגון שחורים והיספניים, פמיניסטיות, הומוסקסואלים ולסביות השתמשו בתובנות של הזרם הביקורתי כדי לפתח ביקורת אלטרנטיבית. אנשי ה־Critical Race Theory ניסו לחשוף את הנחות היסוד בענייני גזע. הם תמכו, למשל, בהגבלות של חופש הביטוי המיועדות להגן על קבוצות אתניות מפני הפליה גזעית.<sup>91</sup> הפמיניסטיות חשפו את הלוגיקה המגדרית המסתתרת ביסוד דוקטרינות חוקתיות של חופש הביטוי (המגנות על פורנוגרפיה) או ביסוד דוקטרינות של המשפט הפלילי כגון הגנה עצמית (המגבילות הגנה עצמית למקרים של סכנה מיידית ובכך שוללות את ההגנה מנשים החשופות לאלימות במשפחה).<sup>92</sup> הומוסקסואלים ולסביות ניסו לחשוף את הלוגיקה ההומופובית המנחה את

91. ראו, למשל: Richard Delgado, "Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling", *Critical Race Theory* (Richard Delgado – ed., 1995) p. 159; Richard Delgado and David Yun, "The Speech We Hate: First Amendment Totalism, The ACLU, and the Principle of Dialogic Politics", *27 Ariz. St. L. J.* (1995) 1281  
 להרחבה ראו: Richard Delgado and Jean Stefancic, "Critical Race Theory: An Annotated Bibliography", *79 Va. L. Rev.* (1993) 461

92. לדיון מרכזי על אודות פורנוגרפיה, ראו: Catharine A. MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State* (1989) chap. 11 וכן Catharine A. MacKinnon, *Only Words* (1993).  
 לדיונים בהגנה עצמית ראו, למשל: Elizabeth Schneider, *Battered Women & Feminist Lawmaking* (2000) pp. 117, 135; Jeffery B. Murdoch, "Is Imminence Really Necessity? Reconciling Traditional Self-Defense Doctrine with the Battered Women's Syndrome", *20 N. Ill. U. L. Rev.* (2000) 191, pp. 191-192; Elizabeth M. Schneider, "Equal Rights to Trial for Women: Sex Bias in the Law of Self-Defense", *15 Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* (1980) 623.

הפסיקה בעניינים שונים כגון פשעי שנאה או תפיסות ודעות קדומות בנוגע לזוגיות.<sup>93</sup> המשותף לכל הורמים האלה הוא הפקפוק העמוק ברצינות של ההחלטה המשפטית והנכונות לגייס את המשפט במפורש לקידום אידיאלים פוליטיים ואידיאולוגיים.

### ו. מבט לעתיד

מרכיב אחד של עתידה של הפילוסופיה של המשפט מצוי כבר בהווה. הגבולות המבדילים בין פילוסופיה של המשפט לתחומים אחרים הולכים ומיטשטשים. פילוסופיה של המשפט היא יותר ויותר ענף של פילוסופיה פוליטית, פילוסופיה של המוסר, ולעתים אף ענפים אחרים של הדיון הפילוסופי – כגון פילוסופיה של הלשון או תורת ההכרה (אפיסטמולוגיה). ההבדלים הללו מיטשטשים לא משום שהמשפט איננו תופעה מובחנת מתופעות אחרות, אלא משום שהכלים שאותם מפתחים בשדות אחרים בפילוסופיה הם כלים מתווכמים המתאימים גם לניתוח של המשפט. המשפט הוא ביסודו תחום עיסוק המערב בתוכו טקסטים (אשר פילוסופיה של הלשון יכולה להסביר כיצד לזהות את המשמעות שלהם), נורמות (אשר פילוסופיה של המוסר ופילוסופיה פוליטית יכולות לבחון ולהעריך) ומוסדות חברתיים (אשר פילוסופיה של מדעי החברה יכולה לסייע בהבנתם).

גם היבטים פרוזאיים יותר של העיסוק המחקרי במשפט מחזקים מגמה זו. יותר ויותר בתי ספר למשפטים – בארצות הברית, בארצות אחרות וגם בישראל – מעסיקים משפטנים ומשפטניות בעלי הכשרה פילוסופית של ממש. נראה, אם כן, שהפילוסופיה של המשפט תמשיך ותפתח בכיוונים שהופכים אותה לחלק אינטגרלי מדיונים פילוסופיים כלליים יותר, והופכים את הניסיון לעסוק אך בפילוסופיה של המשפט לבלתי אפשרי. אנו סבורים כי יש לשמוח על התפתחות אלה.

93. ראון אלון הראל, "בתי המשפט והמוסקואליות – כבוד או סובלנות?", משפט וממשל ד (תשנ"ח) 785.