על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט

מאת

עלי זלצברגר*

הגיתוח הכלכלי של המשפט יכול לטעול במישורים שונים — תיאורי, פוזיטיבי ונורמטיבי. מאמר זה, לאחר טיפול בשאלה, מהי הגישה הכלכלית למשפט, וסקירה של סוגי העבודות שנעשות במסגרתה — יתמקד בפן הנורמטיבי של גישה זו. הדיון הנורמטיבי הרציני במסגרת הגישה הכלכלית למשפט הוא פרי העשור האחרון והתפתח בעקבות טיעוניו של ריצ'רד פוזנר, איש אסכולת שיקגו של הגישה הכלכלית, בזכות עקרון "מקסום העושר". טיעוניו אלו ינותחו במאמר בעין ביקורתית, לאחר סקירת הדיון היוריספרודנטלי והפילוסופי־פוליטי שברקע הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט. הפרק האחרון של המאמר ינסה להראות, שמקסום העושר או היעילות אינן המטרות הנורמטיביות האפשריות היחידות במסגרת הגישה הכלכלית. הוא יטען בזכות "עקרון ההסכמה", שניתן להצגה כעקרון הנורמטיבי של ענף אחר של הגישה הכלכלית — ענף הבחירה הציבורית.

מבוא. א. הגישה הכלכלית למשפט — מבט־על: 1. על מדע הכלכלה ומעמדו בתוך מדעי־החברה; 2. מאפייניה של הגישה הכלכלית למשפט: (א) משפט וכלכלה — ישן מול חדש; (ב) ניתוח במסגרת מודל השוק מול ניתוח שלא במסגרת מודל השוק; (ג) ניתוח כלכלי של המשפט — דוגמטי ומתן; (ד) מישור הניתוח הכלכלי של המשפט; (ה) מקור הדיון של הגישה הכלכלית למשפט. ב. שורשי הצד הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט: 1. התועלתנות והתיאוריה הקלסית בכלכלה; 2. הביקורת על התועלתנות והתפתחות התיאוריה המיקרו־כלכלית. ג. הוויכוח על מקסום העושר כמטרה הנורמטיבית של הגישה הכלכלית למשפט: 1. הטיעון החלש — הועלתנות, כלכלה ותיאוריה של המשפט: (א) המישורים המושגי והמעשי; (ב) המישור המוסרי; 2. הטיעון החזק — ההצדקה הנורמטיבית למקסום העושר: (א) הגימוק האינסטרומנטלי; (ב) גימוק ההסכמה; (ג) גימוק אי־הוודאות; 3. סיכום־ביניים. ד. כמה הרהורים על תעיקרון הנורמטיבי העדיף להנחיית המערכת המשפטית: 1. הנחות הגישה; 2. העיקרון הנורמטיבי המוצע; 3. כמה הערות על הבעיות הכרוכות ביישומו של עקרון ההסכמה. ה. סיכום.

* Senior Scholar, Lincoln College, Oxford. ברצוני להודות לישראל גלעד ולאוריאל פרוקצ'יה על ההיכרות שעשו ביני לבין הגישה הכלכלית למשפט. הם בודאי ימצאו במאמר זה הדים להצגת הדברים הבהירה שלהם. תודה לרותי גביזון, לכריס מקרדן ולפול פן (שני האחרונים — מאוקספורד) על הערותיהם הפוריות לגרסות קודמות של מאמר זה.

nevo.co.il

מבוא

הגישה הכלכלית למשפט מוזהה בדרך־כלל עם קריטריון ה"יעילות". אכן, רוב המחקר במסגרת דיסציפלינה זו מכוון לתאר את הכללים ואת המוסדות המשפטיים, לנתח אותם ולהעריך אותם כשיעילות משמשת קנה־מידה. גם אלו שלא דנים בכך במפורש מניחים בדרך־כלל שהמטרה היא להביא את המדינה, החברה או קבוצת הפרטים בה מדובר למצב יעיל, וניתוחם נועד לבדוק באיזו מידה רחוק המצב הנוכחי מלהיות יעיל וכיצד יש לשנות את הכללים המשפטיים כדי להביא ליעילות. במאמר זה אנסה לבחון בעין ביקורתית את רציותה של היעילות, המוגדרת על־ידי אסכולת שיקגו של הגישה הכלכלית למשפט כמקסום העושר המצרפי, כמטרה של המערכת המשפטית. במלים אחרות: אנסה לבחון את השאלה היוריספרודנטלית הפנימית[1] — שהיא גם השאלה הנורמטיבית העיקרית של הגישה הכלכלית למשפט — הניתנת לניסוח כך: מה צריך להיות העיקרון הנורמטיבי המוביל של המערכת המשפטית?

הדיון הנורמטיבי הרציני במסגרת הגישה הכלכלית למשפט החל רק כ־1979, עם פרסום מאמרו של ריצ'רד פוזנר — אחד מתודי־החנית של הגישה הכלכלית למשפט — "Utilitarianism, Economics and Legal Theory"[2]. זה קרה כשני עשורים לאחר יסודה של הגישה הכלכלית למשפט[3] ולאחר שהפכה אלמנט חשוב במסגרת התיאורטיקה המשפטית. אך את מאמר זה והוויכוח שהתעורר בעקבותיו ניתן לראות כחלק מדיון יוריספרודנטלי רחב יותר שגילו למעלה ממאתיים שנה. לפני שנתמקד אפוא בטיעונים של פוזנר בזכותו של עקרון מקסום העושר והביקורת עליהם (פרק 3), נרחיב מעט על מיקומו של הוויכוח בהקשר הכללי יותר של הדיון היוריספרודנטלי והפילוסופי־פוליטי (פרק 2). לאחר הדיון על עקרון מקסום העושר, שבו אנסה להראות כי פוזנר אינו משכנע בטיעוניו, אציע (בפרק 4) עיקרון נורמטיבי אחר להנחיית המערכת הפוליטית־משפטית — עקרון ההסכמה. עיקרון זה ניתן להצגה כתוצר של ענף אחר של הגישה הכלכלית למשפט — ענף הבחירה הציבורית (Public Choice). כדי ליישר קו ולהבהיר מושגי־יסוד נפתח את המאמר (פרק 1) בכמה מלים כלליות על הגישה הכלכלית למשפט כיום — היקפה, ענפיה השונים וכיווני התפתחות עתידיים.

1 על ההבחנה בין שאלות יוריספרודנטליות חיצוניות, כמו מהו משפט? מה בין משפט ומוסר? חובת הציות לחוק ועוד; לשאלות יוריספרודנטליות פנימיות, כמו מה צריך להיות המשפט? ראה Bruce Ackerman, "Law Economics and Legal Culture", *1986 Duke Law Review* 929, 944 ff.

2 *Journal of Legal Studies* (1979) 103 8. (מאמר זה כשינויים אחדים, הופיע שנתיים לאחר־מכן בספרו של פוזנר (*The Economics of Justice* (Cambridge, Mass., 1981)).

3 יסודה של הגישה הכלכלית למשפט מוזהה בדרך־כלל עם מאמריהם של R.H. Coase, "The Problem of Social Cost" 3 *J. of L. and Econ. (1960) 1; G. Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts" 70 Yale L.J.* (1961) 499.

א. הגישה הכלכלית למשפט — מבט־על

1. על מדע־הכלכלה ומעמדו בתוך מדעי־החברה

בפרספקטיבה רחבה — מבחינת היקף וזמן — התופעה הקרויה הגישה הכלכלית למשפט לא תיראה תופעה חריגה. אנו מצויים כיום בעיצומו של עידן חדש במדעי־החברה — עידן של פיתוח תיאוריה חובקת־כול (Grand Theory). במסגרת זו, הסוציולוגיה, מדעי־המדינה, הפסיכולוגיה ואפילו הפילוסופיה, כמו גם המשפט, מושפעים מ"אימפריאליזם" של מדע־הכלכלה[4]. צורת המחשבה הכלכלית, מתודות הניתוח, כלי־המחקר ואפילו הפילוסופיה הכלכלית מיושמים בכל אחת מדיסציפ־לינות אלו. מעניין שתופעה דומה (אך לא לחלוטין זהה) של ניסיון לגבש תיאוריה חובקת־עולם מתרחשת גם בלב מדעי־הרוח, בהיסטוריה, בסיפרות ובדיסציפלינות נוספות, וייתכן שהעתיד טומן בתובו עימות בין התיאוריות ואינטגרציה של התתומים; שכן כבר כיום יש תחומים, כמו פילוסופיה של המוסר והורת־הפרשנות, הניזונים משתי ההתפתחויות[5].

מהו אותו מדע־הכלכלה ששפתו משתלטת על מדעי־החברה? כשמזכירים "כלכלה", המחשבה האינטואיטיבית היא על מחירים, אינפלציה, אבטלה ושווקים, וקשה להבין כיצד סוציולוגיה או פסיכולוגיה יכולות "לדבר בכלכלה". אך כבר ב־1932 הוגדר מדע־הכלכלה באופן נרחב הרבה יותר כ־"מדע שחוקר את התנהגות בני־האדם כקשר שבין מטרות לבין אמצעים המצויים במחסור והניתנים לשימושים חלופיים" (תרגום שלי — ע"ז)[6]. במשך שנים רבות פירשו הגדרה זו במכוונת את הכלכלה לטפל אך ורק במקורות חומריים והקצאתם, ובקביעת מחירים בשווקים כלכליים, אך שני האלמנטים המרכזיים בהגדרה זו — המחסור והבחירה — אינם בהכרח מוגבלים לשווקים ולייצור וצריכה של מוצרים, ונראה שאפילו מחברה התבוון להקיף יותר מאשר פעולות במסגרת השוק. אכן, בעשורים האחרונים התפתחו ענפים של מדע־הכלכלה, כמו, למשל, תורת־המשחקים, שפרצו את חומות השוק ומתעסקים בהתנהגות של בחירה גם שלא במסגרתו. ייתכן שכיום

4 ראה K. Boulding, "Economics as a Moral Science" 68 *American Economic Review* (1968) 1; Peter Ordeshock, "The Emerging Discipline of Political Economy", in: James Alt & Kenneth Shepsle (eds.), *Perspectives on Positive Political Economy* (USA, 1990) 9–30; William Riker, "Political Science and Rational Choice", in: Alt & Shepsle (eds.) 163 ff.

5 על הניסיון לגבש תיאוריה חובקת־עולם במדעי־הרוח ראה את קובץ המאמרים: Quentin Skinner (ed.), *The Return of Grand Theory in the Human Sciences* (Cambridge, 1985). צר המקום מלתת פירוט נוסף, אך כדאי להדגיש שניים מן ההבדלים העיקריים בין התופעות. ראשית, במדעי־הרוח מדובר בכמה תיאוריות המתחרות זו בזו, כשכל אחת מנסה לספק תיאוריה כללית לכל מדעי־הרוח. שנית, כנרמז בשמו של הספר, מדובר בתופעה החוזרת ונשנית בתולדות המחשבה; שכן ניסיון דומה (שלמעשה הקיף גם את תחומי מדעי־החברה שטרם נולדו) נעשה בתקופת ההתנאורות, או ה־Enlightenment. מענין לציין, שסקינר מגדיר את התופעה כמתרחשת ב"מדעי־האדם", אולי כדי להימנע מלתחום אותה במדעי־הרוח בלבד.

6 L. Robbins, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science* (London, 1932) 16. להגדרות נוספות ראה Gary Becker, *The Economic Approach to Human Behaviour* (Chicago, 1976) 3.

אפילו ההגדרה המודרנית יותר, הרואה בכלכלה את מדע הבחירה בתנאי מחסור[7], אינה רחבה דיה לכלול את כל מה שנעשה תחת קורת־הגג של מדע־הכלכלה; שכן חלק מהנושאים המטופלים על־ידי המודלים הכלכליים (למשל: במסגרת ענף הבחירה הציבורית) אינם קשורים ישירות במצב של מחסור (או, לפחות, להגדרה הקלסית של מחסור).

אם זה המצב, ונשאר רק אלמנט הבחירה, אולי משמעותי יותר לתאר את מדע־הכלכלה לא על־ידי תחום עיסוקו, אלא באמצעות המתודה המדעית שלו. מתודה זו מתאפיינת בניסיון לנתח התנהגות אנושית בסיטואציות נתונות על־ידי (1) תיאור המציאות באמצעות מספר מוגבל של הנחות מפשטות; (2) הפעלת מודל מתימטי על מציאות מפושטת זו — מודל המאפשר לטעון ולהוכיח טענות שונות לגבי הקשר בין המשתנים השונים שבמסגרתו; (3) הסקת מסקנות לגבי המציאות "האמיתית", המבוססות על תוצאות המודל[8].

אחת הביקורות על הכלכלה, ובאופן נגור גם על הגישה הכלכלית למשפט, היא שהמודלים הכלכליים לעולם אינם מתארים את המציאות נאמנה. ביקורת זו אינה מוצדקת, שכן המודלים הכלכליים לא מתיימרים להיות מלאים ונאמנים למציאות במאת האחוזים[9]. הדבר נכון אפילו לגבי המודל הפשוט של ביקוש והיצע בתנאי שוק, שכן הקשר המפורסם בין מחיר לרמת הביקוש מניח טעמים קבועים, מחירים קבועים של מוצרים אחרים ועוד. המודלים הכלכליים מתארים רק חלק ממרכיבי המציאות, ותוצאות הרצתם מוגבלות למשתנים הכלולים בהם. המסקנות שניתן להסיק מהם לגבי המציאות אינן זהות לתוצאות המודל ואינן מסקנות אבסולוטיות (אילו אחרת היה הדבר, היו המודלים הכלכליים נותנים מזמן תשובות חד־משמעיות כיצד יש להתגבר על אינפלציה, אבטלה וכו').

התרומה העיקרית של הכלכלה היא אפוא בכך שזו מספקת לנו שפה ובסיס משותפים לדיון בשאלות הטעונות הכרעה. כשמוצג מודל כלכלי, ניתן לדון על הנחותיו — מידת נאמנותן למציאות, מה חסר בהן וכיצד יש לשכללן בעתיד; ניתן לדון על המודל עצמו, אופן הפעלתו ותוצאותיו; וניתן לדון במסקנות שניתן להסיק ממנו לגבי השאלה המקורית הדורשת מענה. לאור הדיון ניתן לבנות מודל טוב יותר המבוסס על הנחות מורכבות יותר, וכך הלאה. המתודה המדעית של הכלכלה היא אבולוציונית במובן של אפשרות לשכלול ולשיפור רציפים והעלאת רמת המורכבות. היא מאפשרת נקודות־ייחוס נוחות והיא גם מספקת פתרונות, גם אם הם לא מלאים. תיאור זה יכול לתת לנו מושג טוב יותר גם באשר לשאלה מה למשפט ולכלכלה — השאלה הבאה על סדר־יומנו.

7 Cento Veljanovski, *The New Law and Economics – A Research Review* (Oxford, 1982) 18; Richard Posner, *Economic Analysis of Law* (Boston, 3rd ed., 1986) 3.

8 תיאור אחר, אך דומה של המתודה הכלכלית מצוי אצל Riker (לעיל, הערה 4). להגדרת מדע־הכלכלה באמצעות הגישה הכלכלית ראה Becker (לעיל, הערה 6) 4-8. נראה לי, שההגדרה הטובה לעיל מועילה יותר מההגדרות הנ"ל ומאפשרת לכלול במסגרת הניתוח הכלכלי כר נרחב יותר של פעולות שאינן במסגרת השוק.

9 ראה Veljanovski (לעיל, הערה 7), 19-21.

2. מאפייניה של הגישה הכלכלית למשפט

בדומה להגדרה של מדע־הכלכלה, כך גם הגדרת הגישה הכלכלית למשפט אינה מובנת מאליה ואינה מוסכמת על הכול. כמי שמעדיף את ההגדרה המתודולוגית לכלכלה, כך גם הייתי מגדיר את הגישה הכלכלית למשפט. זוהי דרך מחשבה על נושאים, שאלות או בעיות מתחום המשפט או אופן ניתוחם. בהינתן שאלה משפטית, תהא זו שאלה תיאורית (מה המשפט אומר), נורמטיבית (מה צריך המשפט לומר) או פוזיטיבית (מדוע המשפט אומר מה שאומר) הגישה הכלכלית תנסה לפתור אותה באמצעות מודל כלכלי. במקום לנסות ולפרט עוד בעניין הגדרת הגישה הכלכלית למשפט, יהיה זה מועיל יותר לפרט מה סוג העבודות הנעשות במסגרתה. נעשה זאת על־ידי הצעת כמה מיונים של עבודות אלו — מיתים שאינם מתיימרים להיות ממצים או בלעדיים.

(א) משפט וכלכלה — ישן מול חדש

ההצטלבות של כלכלה ומשפטים אינה תופעה חדשה. המערכת המשפטית מטפלת באופן מסורתי בין השאר בבעיות כלכליות, וההסדרים המשפטיים משפיעים מן הסתם על הפעילות הכלכלית. הגישה הישנה של משפט וכלכלה (היא גם האופן שבו האדם ברחוב בדרך־כלל מבין את "הגישה הכלכלית למשפט") מתמקדת בתחומי המשפט המשפיעים על פעולות השווקים הכלכליים. היא בוחנת מה השפעת ההסדרים המשפטיים על התחרות, המחירים, ההשקעות, הרווחים, הייצור, האינפלציה וכו'. התחומים של דיני־מסים, דיני־עבודה, דיני־תאגידים ועוד מטפלים באופן מסורתי בעניינים אלו, והשיקולים הכלכליים, הן במישור הפוזיטיבי הן במישור הנורמטיבי, הם שיקולים טבעיים במסגרת הניתוח המשפטי. הגישה החדשה של משפט וכלכלה אינה מצטמצמת לתחומים אלו, אלא היא רואה במערכת המשפטית כולה, משפט פרטי כמשפט ציבורי, דוקטרינה ופרוצדורה כאחת, כר פעולה לניתוח כלכלי[10].

שורשיה של הגישה החדשה של משפט וכלכלה טמונים ביחסי־הגומלין, החל מהמאה השמונה־עשרה, בין התפתחות התיאוריה הקלסית (ואחר־כך — הניאו־קלסית) במיקרו־כלכלה, לבין ההתפתחויות בתיאוריה הפוליטית והמוסרית. על דיאלוג זה ותרומתו לגישה הכלכלית למשפט נרחיב את הדיבור בפרק הבא. על־אף עתיקותם של שורשים אלו, הגישה החדשה של משפט וכלכלה צמחה כזרם משמעותי במחשבה המשפטית רק בשנות השישים של מאה זו עם העבודות החלוציות של קוז וקלברסי בתחום דיני־הנזיקין, ושל אלכין בתחום דיני־הקניין[11]. פרסומים אלו ליוו ביסוד בתב"עת חדש העוסק במשפט וכלכלה — *The Journal*

10 עוד על ההבחנה בין הגישה הישנה לחדשה ראה Veljanovski (לעיל הערה 7), 1-4.

11 Ronald Coase, "The Problem of Social Cost" 3 *Journal of Law and Economics* (1960) 1; Guido Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts" 70 *Yale Law Journal* (1961) 499; Alchian, "Some Economics of Property Rights" (Santa Monica, Rand Paper No. 2316, 1961).

of Law and Economics — היוצא לאור על־ידי האוניברסיטה של שיקגו. התאוצה הגדולה של התחום באה בשנות השבעים, עם ספרו של ריצ'רד פוזנר, פרופסור בבית־הספר למשפטים של אוניברסיטת שיקגו וכיום גם שופט בבית־המשפט לערעורים של ה־circuit השביעי בארה"ב, *Economic Analysis of Law*[12].

(ב) ניתוח במסגרת מודל השוק מול ניתוח שלא במסגרת מודל השוק

גם במסגרת הגישה החדשה יש להבחין בין שני טיפוסי ניתוח כלכלי המקבילים להגדרות השונות של מדע־הכלכלה. הגישה המסורתית יותר, שמייצגה המובהק הוא ריצ'רד פוזנר, מנסה ליישם את הניתוח המסורתי של פעילות השוק הכלכלי, או את התיאוריה המיקרו־כלכלית הניאו־קלסית, גם לנושאים ולפעילויות שאינם במסגרת השוק[13]. כפי שפוזנר מפרט בתחילת ספרו, האלמנטים המרכזיים של גישה זו הם חוק הביקוש, גישת עלות ההזדמנויות (Opportunity Costs) והתפישה שעל־פיה בתנאי־חליפין וולונטריים יטו המקורות להגיע לשימוש היעיל ביותר שלהם[14]. פוזנר מיישם אלמנטים אלו של ביקוש, היצע ושיווי־משקל בתנאי תחרות משוכללת בניתוח שאלות מדיני־חוזים, נזיקין, דיני־עונשין, פרוצדורה, ראיות ואפילו דיני־משפחה.

טיפוס שונה של ניתוח כלכלי כולל יצירה או הפעלה של מודלים כלכליים מיוחדים, שלא נבנו לשימוש במסגרת השוק, לטיפול בשאלות מעולם המשפט. הדוגמא המובהקת היא זו של ענף הבחירה הציבורית (Public Choice)[15]. ענף זה מושתת על שתי אבני־יסוד: תיאוריית הבחירה החברתית (Social Choice) או בכינוייה המקבילים — הבחירה הקולקטיבית (Collective Choice) והבחירה הרציונלית (Rational Choice); ותיאוריית קבוצות־האינטרסים[16]. תאוריית הבחירה החברתית מנתחת הליכים של קבלת החלטות קבוצתיות והקשר בינם לבין העדפותיהם האינדבידואליות של מקבלי ההחלטה, הן במישור הנורמטיבי (בהינתן דרישות ערכיות מסוימות מה הוא כלל ההכרעה או מבנה המוסד מקבל ההכרעה האופטימלי?) הן במישור הפוזיטיבי (בהינתן כלל הכרעה מסוים, מה ניתן לצפות שישיג ומה מגבלותיו?). מטבע הדברים, ניתוח זה אינו מוגבל לפעילויות במסגרת

12 ראה לעיל, הערה 7.

13 הטקסט המרכזי המייצג גישה זו הוא ספרו של פוזנר המוזכר לעיל, הערה 7, פורסם לראשונה ב־1972.

14 שם, עמ' 3-10.

15 סקירה כללית על הענף מצויה ב: Dennis Mueller, *Public Choice* (Cambridge, 1979); Dennis Mueller, *Public Choice* II (Cambridge, 1989); Ian Mclean, *Public Choice — An Introduction* (Oxford, 1987) ועל בחירה ציבורית ומשפט ראה Patrick McAuslan, "Public Law and Public Choice" 51 *Modern Law Review* (1988) 681; Daniel Farber & Philip Frickey, *Law and Public Choice — A Critical Introduction* (Chicago, 1991).

16 ראה Ed Rubin, "Beyond Public Choice — Comperhensive Rationality in Writing and Reading of Statutes" 66 *New York University Law Review* (1991) 1, 6–14; Jerry Mashaw, "The Economics of Politics and the Understanding of Public Law" 65 *Chicago and Kent Law Review* (1989) 123; James Buchanan, "Justification of the Compound Republic — The Calculus in Retrospect", in: James Gwartney & Richard Wagner (eds.), *Public Choice and Constitutional Economics* (Connecticut, 1988) 131 ff.

השוק הכלכלי. הוא רלבנטי מאוד לפוליטיקה ולמשפט, מכיוון שרוב ההחלטות בתחומים אלו הן תוצר קבוצתי. לניתוח זה השלכות חשובות לשאלות ולמושגי־יסוד במשפט כמו שיטת התקדים המחייב, פרשנות חוקים ועוד. כמייסדה המודרני של תיאוריית הבחירה החברתית ניתן לראות את הכלכלן קנת' ארו[17]. תיאוריית קבוצות האינטרסים מוסיפה פן אחר לניתוח קבלת החלטות חברתיות — בחינת האפקטים של ארגון קבוצות־לחץ או הפעלת לובי על מקבלי ההחלטות ועל תוצר ההכרעות החברתיות[18]. ענף הבחירה הציבורית החל להתפתח, במקביל לגישה השווקית של משפט וכלכלה, במסגרת מדעי־המדינה[19], וגם הוא לוּוה בכתב־עת משלו — *Public Choice* — אך בעשור האחרון תפש לו מקום גם במסגרת המחקר המשפטי, ובעיקר בתחומי המשפט הציבורי[20]. יש המבחינים באסכולות שונות גם בתוך ענף הבחירה החברתית[21].

ב־15 השנים האחרונות אנו עדים לאינטגרציה בין הגישות (השווקית והחוץ־שווקית) ולצמיחתם של ענפי־משנה חדשים, המתבססים הן על ניתוח השוק הכלכלי הן על ניתוח כלכלי של פעילויות שאינן במסגרת השוק ועל השוואות בין השניים. דוגמאות טובות לכך כוללות את הכלכלה הפוליטית החדשה של שיקגו[22], הכלכלה הפוליטית הפוזיטיבית[23], כלכלת הארגון החדשה וכן הכלכלה המוסדית החדשה המזוהה בעיקר עם אוליבר וויליאמסון[24]. לאחרונה נוסד גם כתב־עת חדש, המשמש שופר של הגישות הארגוניות־ממסדיות, בשם *The Journal of Law, Economics and Organization*. ענפים אלו מספקים לנו מסגרות תיאורטיות חדשות לניתוח בעיות מתחומי מדעי־המדינה והמשפט[25]. שתי המסגרות התיאורטיות החשובות ביותר

17 ראה Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values* (2nd edition, New Haven, first published in 1951). הגרסה הנוותיקה יותר של הענף מצויה בכתביהם של בורדה (Borda) והמרקיז קונדורסה (Condorcet) מהמאה השמונה־עשרה, שעסקו בעיקר בניתוח הבעיות של כלל רוב פשוט, ראה בספרו של ארו, עמ' 93-96.

18 אחת מאבני־היסוד של תיאוריה זו היא ספרו של אולטון: M. Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups* (Cambridge, Mass., 1965); ולסקירה כללית על התחום ראה Patrick Dunleavy, *Democracy, Bureaucracy and Public Choice* (Exeter, 1991) Ch. 2.

19 אחת העבודות הראשונות בתחום היא Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy* (New York, 1957).

20 ראה McAuslan ו־Farber & Frickey (לעיל, הערה 15).

21 ראה William Mitchell, "Virginia, Rochester and Bloomington — Twenty-Five Years of Mitchell .Public Choice and Political Science" 56 *Public Choice* (1988) 101 מבחין בין אסכולת רוצ'סטר, המשתמשת בעיקר בכלים מתורת־המשחקים; אסכולת וירג'יניה המתבססת על תיאוריה כלכלית נוסח איטליה, סקנדינביה ושיקגו ובעיקר על אופוזיציה לתיאוריה הניאו־קלסית האורתודוקסית (האסכולה של וירג'יניה מתאפיינת גם בגוון הפוליטי הימני שלה); ואסכולת בלומינגטון, הנגושת למחירה החברתית בעיקר מן הכיוון הפילוסופי־נורמטיבי.

22 לסקירה של התחום ראה William Mitchell, "Chicago Political Economy — A Public Choice Perspective" 63 *Public Choice* (1989) 283.

23 ראה James Alt & Kenneth Shepsle (eds.), *Supra* note 4.

24 ראה Oliver Williamson, *Markets and Hierarchies* (New York, 1975); Oliver Williamson, "Transaction Costs Economics — The Government and Contractual Relations" 22 *Journal of Law and Economics* (1979) 233; Thrainn Eggertson, *Economic Behaviour and Institution* (USA, 1990); Langolis (ed), *Economics as a Process — Essays in the New Institutional Economics* (USA, 1990).

25 ליישומים של הניתוח הכלכלי הנ"ל במדעי המדינה והמשפט ראה Terry Moe, "The New Economics

הן תיאוריית הוצאות העסקה (Transaction Costs Economics) ותיאוריית השליחות (Agency Theory). תיאוריית הוצאות העסקה עניינה ניתוח והשוואה של הוצאות הכרוכות בעסקאות במסגרת השוק, מול ההוצאות הכרוכות בעסקאות שלא במסגרת השוק, דהיינו: בעיקר עסקאות פנים־ארגוניות. במקור שימשה מסגרת זו להסבר קיומה של הפירמה (כהסדר אלטרנטיבי וזול יותר לעסקאות במסגרת השוק). כיום משתמשים במסגרת תיאורטית זו לניתוח כללי של הקמה ומבנה של מוסדות[26]. תיאוריית השליחות משתמשת במסגרת היחסים שבין שולח (principal) לשליח (agent) לניתוח יחסים בין מוסדות וארגונים ובתוכם. במקור שימשה מסגרת זו לניתוח ההפרדה ביו בעלות לניהול בחברה, וכיום היא משמשת מסגרת כללית לניתוח מערכות־יחסים כמו זו בין הבוחר לנבחר, בין המחוקק לבירוקרט או לשופט ועוד[27].

(ג) ניתוח כלכלי של המשפט — דוגמטי ומתון

במישור מיון אחר ניתן למיין את העבודות במסגרת הגישה הכלכלית למשפט על־פי הדוגמטיות שלהן. דוגמטיות זו קשורה במידה רבה לסוגי הניתוח הכלכלי המיושמים במשפט, שפירטנו לעיל, אך הדגש כאן שונה במקצת. נקודת־המבט של מיון זה היא לא זו של התיאוריה הכלכלית, אלא נקודת־המבט של תחומי היישום, ובעיקר של סוג ההנחות המשמשות נקודות־מרצא למודלים הכלכליים — הנחות שלעתים קרובות גם משקפות אידאולוגיות פוליטיות שונות[28]. בצד הדוגמטי של המפה אנו מוצאים את אסכולת שיקגו. הניתוח במסגרתה מבוסס על הנחות מאוד קשיחות באשר להתנהגות הפרטים, ראייה דוגמטית של מושג הפירמה ואידיאולוגיה קונסרבטיבית.

המודלים של אסכולת שיקגו מניחים, שפרטים מונעים על־ידי תחירה בלעדית למַקסם את האינטרס הכלכלי העצמי (דהיינו: את עושרם האישי), שיש להם תמיד

of Organization" 28 *American Journal of Political Science* (1984) 739 ; Jonathan Macey, "Public Choice — The Theory of the Firm and the Theory of Market Exchange" 74 *Cornell Law Review* (1988/89) 43.

26 הטקסט הקלסי בתחום הוא Ronald Coase, "The Nature of the Firm" 4 *Econometrica* (1937) 386. ליישום בתחום המשפט ראה, לדוגמא, Macey שם וכן Jonathan Macey, "Transaction Costs and the Normative *Elements* of Public Choice Model — An Application to Constitutional Theory" 74 *Virginia Law Review (1988) 471*.

27 הטקסט הקלסי שעסק, באמור, בניתוח מבנה החברה הוא Jensen & Meckling, "Theory of the Firm — Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure" 3 *Journal of Financial Economics* (1976) 305. המתבוים מבחינים שם בין שלושה סוגים של הוצאות שליחות: הוצאות פיקוח (monitoring costs), הוצאות שמירת אמנות (bonding costs), והפסד שיורי (residual lost). ראה גם Thrainn Eggertsson, *Economic Behaviour and Institutions* (USA, 1990) 40–58. ליישום בתחומינו ראה, לדוגמא, Aranson, Gellhorn & Robinson, "The Theory of Legislative Delegation" 68 *Cornell Law Review* (1982/3), 1.

28 ראה Melvin Eisenberg, "An Overview of Law and Economics", (Working Paper no. 90–9) *Program in Law and Economics*, University of California at Berkeley; Bruce Ackerman, "Law, Economics and the Problem of Legal Culture", 1986 *Duke Law Review* 929.

יכולת מלאה לבחור את האופציה הטובה ביותר מבחינתם ושיש להם ידע מושלם של המשפט, כך שכללי אחריות מדריכים את בחירת ההתנהגות שלהם. לאסכולת שיקגו ראייה מקבילה של הפירמה כמוסד הפועל באופן בלעדי למַקסם רווחים (או בגרסה יותר מודרנית: מוסד המורכב מסדרה של חוזים). בכך מתעלמים אנשי שיקגו ממבנה השליטה של הפירמה ומשאר המרכיבים הארגוניים־ממסדיים המשפיעים על פעולותיה[29]. האידיאולוגיה של שיקגו, הנובעת באופן ישיר משני האלמנטים הראשונים, כוללת העדפה של שווקים וחוזים על־פני כללים משפטיים ומעורבות ממשלתית; וכן העדפה של יעילות על־פני שיקולי צדק חלוקתי.

האסכולה המתונה יותר, שפותחה בעיקר בייל (ומזוהה במיוחד עם גיודו קלברסי), אך פופולרית ביום, עם השתכללות הכלים הכלכליים, במקומות רבים אחרים, אמנם מניחה שפרטים מבקשים למקסם את האינטרס העצמי שלהם, אך גורסת שאינטרס זה אינו מורכב רק מן הגורם החומרי־כלכלי ונשואו אינו בהכרח רק בעל האינטרס[30]. אינטרס זה יכול להיות שונה בפעילות בתחום המשפט הפרטי ובפעילות בתחום המשפט הציבורי[31]. כך גם אין הנחה אבסולוטית, שבכל מצב הפרטים יודעים מה טוב ביותר מבחינתם ושיש להם ידע מושלם של המשפט או שכללי אחריות ידריכו באופן בלעדי את בחירתם. באשר לפירמה, הגישה המתונה רואה בפירמה לא סדרה של חוזים, אלא גוף של נכסים ופרטים המאורגן באמצעות כללים ומופעל על־ידי שליחים (agents). לפיכך, פעילות הפירמה תלויה גם בתיאוריית השליחות ובניתוח הוצאות עִסקה[32]. האידיאולוגיה של הגישה המתונה מאמינה, כגישה הדוגמטית, בעליונות העקרונית של פעילות במסגרת השוק, אך היא מכירה גם במגוון גדול יותר של כשלונות שוק המחייבים התערבות של המערכת המשפטית. המערכת המשפטית נתפשת כמחזקת את פעילות השוק ולא כחלופית לה. נוסף על כך, יעילות אינה נתפשת כמטרה הבלעדית של המערכת המשפטית; גם לשיקולים של צדק חלוקתי ומתקן יש מקום במסגרת הניתוח הכלכלי.

כתוצאה מהנוקשות של מרכיביה, ובעיקר מההנחות ההתנהגותיות שלה, האסכולה הדוגמטית (של שיקגו) מאפשרת טיפול מודלי או מחימטי פשוט ולעניין (יחסית) בכל תחום משפטי. מודל הבנוי, למשל, על הנחות של אינפורמציה מלאה, ידיעה מושלמת של החוק, העדר הוצאות עִסקה וכו׳ פשוט יחסית להרכבה ומסקנותיו ישירות וחד־משמעיות. לכן, יש הרואים בגישה המתונה שלב אבולוציוני מתקדם יותר של גישת האסכולה של שיקגו (כשהאחרונה מהווה נקודת־מוצא מחקרית). שלב זה מאופיין לא רק בהנחות ובאלמנטים יותר מורכבים, אלא גם בהפרדה בין תקפות הנחות־היסוד, שאינה ולבנטית לשורה התחתונה הנוגעת לעולם ה״אמיתי״, לבין תקפות היפותיזות (הבנויות על בסיס הנחות־יסוד אלו), שהיא עניין להוכחה באמצעות כלים אמפיריים־כמותיים[33]. נראה לי שתיאור זה (התיאור האבולוציוני)

29 ראה Eisenberg, שם, עמ׳ 25.

30 פירוט נוסף של טיפוס הנחות זה מצוי במסגרת הדיון על עקרון ההסכמה, בסעיף ד.1(א) של המאמר.

31 ראה, למשל, Amartya Sen, *On Ethics and Economics* (Oxford, 1987) 67–70.

32 ראה Eisenberg (לעיל, הערה 28), 29-30.

33 ראה Eisenberg, שם, 27, 32-35.

אינו מלא, בעיקר בגלל ההבדלים האידיאולוגיים, שאינם קשורים לאבולוציה של התיאוריה הכלכלית, אלא להשקפת־העולם הנורמטיבית שברקע המערכת המשפטית.

במלים אחרות: ההבדלים בין האסכולות ניתנים לסיווג לשלושה מישורים שונים: תיאור המציאות (כולל אפיון הרציונליות), המטרות הנורמטיביות (והשאלה האם ניתוח כלכלי צריך בכלל להכתיב מטרות נורמטיביות מסוימות) והמסקנות הפרקטיות לגבי המעורבות הממשלתית ומערכת־המשפט. יש קשר ישיר בין תיאור המציאות לבין ההמלצות על מידת המעורבות הממשלתית (שכן הנחות של אינפורמציה מלאה, ידיעת החוק וכו' מובילות למסקנה בדבר הצורך לצמצום המעורבות המרכזית), ואשאיר לסוציולוגים של הגישה הכלכלית למשפט את השאלה מה קודם למה — ההנחות או האידיאולוגיה השמרנית. אך אין בהכרח קשר לוגי חד־ערכי בין מישורים אלו לבין המישור הנורמטיבי ושאלות של יעילות מול צדק, אף שבפועל נמצא בדרך־כלל מתאם גם בין המישור הנורמטיבי למישורים האחרים. נחזור לנקודה זו בהמשך, והיא נקודה טובה למעבר למישור המיון הבא.

(ד) מישור הניתוח הכלכלי של המשפט

את העבודות במסגרת הגישה הכלכלית למשפט ניתן גם לחלק על־פי מישור עיסוקן — תיאורי, פוזיטיבי או נורמטיבי[34]. במישור התיאורי ניתוח כלכלי של המשפט מבקש לתאר את הכללים, ההחלטות וההליכים המשפטיים תוך שימוש בשפה של מדע־הכלכלה. אחת הדוגמאות המובהקות לכך היא הנסיונות השונים לתאר את המשפט המקובל כמערכת יעילה, במובן שהכללים השונים שפותחו על־ידי שופטים במסגרת המשפט המקובל מציעים את הפתרונות היעילים לבעיות שאותן הם נועדו לפתור[35]. מאחורי נסיונות אלו טמונה בדרך־כלל גם ההנחה הנורמטיבית שיעילות היא מטרה רצויה והמסקנה כי הניתוח הכלכלי ממליץ למעשה על המשפט הקיים בשינוי האדרת[36]. עם זאת, ניתן לנטרל אלמנט נורמטיבי זה ועדיין לבחון האם הכללים המשפטיים השונים ניתנים לתיאור כיעילים.

במישור הפוזיטיבי מנסה הגישה הכלכלית לנסח מערכת של הנחות או תחזיות הניתנות לאימות בעזרת כלים אמפיריים. מודל כלכלי פוזיטיבי מבקש למצוא קשרים בין משתנים מסוימים המרכיבים את המודל, כשאחד המשתנים מקובעים. הדוגמא המובהקת היא הקשר שבין ביקוש למחיר במודל המיקרו־כלכלי הקלסי, כשההכנסה, הטעמים ומשתנים נוספים קבועים. התחזית בדבר סוג הקשר ניתנת

34 ראה Veljanovski (לעיל, הערה 7), 21-26, לחלוקה שונה ראה Antony Ogus, "The Parameters of Law and Economics from Pashukonis to Posner", in: R. Moles (ed.), *Law and Economics — Association for Legal and Social Philosophy 14th Annual Conference, The Queen's University of Belfast 2–4 April 1987* (Stuttgart, 1988) 14, 15.

35 התיאוריה הועלתה על־ידי פוזנר ב־Richard Posner, "A Theory of Negligence" 1 *Journal of Legal Studies* (1972) 29 לסקירה כללית על הטיעון ראה Jules Coleman, "Efficiency, Exchange and Auction — Philosophic Aspects of the Economic Approach To Law" 68 *California Law Review* (1980) 221.

36 ראה Ackerman (לעיל, הערה 28), 934-940, לרבות התייחסות לביקורת של ה־Critical Legal Studies לפרויקט זה.

לבחינה אמפירית בעזרת ענף נוסף של כלכלה — האקונומטריקה, כשהכלי המרכזי לביצוע בחינה זו הוא הרגרסיה הרב־משתנית[37]. יש לזכור שהכלכלה הפוזיטיבית, וכך גם הניתוח הפוזיטיבי של המשפט, מספקים קשרים חלקיים והסברי תופעות שאינם ממצים. היישום המרכזי לתחום המשפט כולל בדיקת ההשפעות השונות של כללים משפטיים, החלטות שיפוטיות ומבנה מוסדות משפטיים, אמיתיים או היפותטיים. כך, לדוגמא, ניתוח כלכלי של המשפט יכול לבחון מהן ההשפעות של כלל אחריות מוחלטת מול ההשפעות של כלל רשלנות על שיעור תאונות־הדרכים וסך הנזק הנגרם על־ידן[38], או לבחון מה השפעת דרכי־עניינה שונות על רמת הפשע[39], ועוד[40].

הכלכלה הנורמטיבית היא הענף האחי של מדע־הכלכלה, וניתוח כלכלי נורמטיבי של המשפט משתמש בכלים כלכליים כדי לדרג רציות או לשפוט באופן ערכי כללים, החלטות ומוסדות משפטיים. במלים אחרות: ניתוח נורמטיבי אומר לנו — לא מהו הכלל המשפטי הקיים ולא מדוע הוא קיים, אלא האם הוא כלל שוב ומהו הכלל המשפטי הראוי. כפי שכבר צוין, הגישה הכלכלית למשפט מזוהה בדרך־כלל עם קריטריון היעילות כקריטריון הנורמטיבי המוביל להערכת המערכת המשפטית, אך זהות זו אינה מחויבת המציאות. אמנם, המתודה הכלכלית מעצם טבעה אינה מאפשרת לאמץ כל קריטריון נורמטיבי שהוא — כך, למשל, קשה לאמץ במסגרת הגישה הכלכלית את התורה המוסרית של משפט־הטבע או את תורת־המוסר הקנטיאנית — אך עדיין קיים מגוון נרחב למדי של עקרונות מוסריים הניתנים להצגה במסגרת הגישה הכלכלית. באופן מאוד גס ניתן לומר, שכל הקריטריונים המוסריים המונחים על־ידי התוצאה של כללים או על־ידי המוסדות והתהליכים של קבלתם (בניגוד לקריטריונים מוסריים המונחים על־ידי תוכן הכללים, ההתנהגות של הפרטים או הכוונה שמאחוריהם) ניתנים לאימוץ במסגרת הגישה הכלכלית. כך, למשל, שיקולים של יעילות, תועלת וצדק יכולים להוות מרכיבים של הניתוח הכלכלי הנורמטיבי של המשפט.

(ה) מקור הדיון של הגישה הכלכלית למשפט

ניתן להבחין בין שני מקורות אפשריים היכולים לשמש שערים לניתוח כלכלי נורמטיבי ותיאורי של המשפט — השער היוריספרודנטלי, שניתן לכנותו גם השער המהותי; והשער של תורת המדינה, שניתן לכנותו גם השער הממסדי. למעשה, מיון זה על־פי מקור הדיון אינו מיון המייחד רק את הגישה הכלכלית למשפט, והוא

37 אקונומטריקה צמחה כענף מיוחד של הסטטיסטיקה, שמטרתו לפתח כלים סטטיסטיים לבדוק היפותיזות של מדע־הכלכלה בעזרת נתוני־אמת. הרגרסיה היא אחד מכלים אלו ומטרתה לבחון קשרים סטטיסטיים בין משתנים שונים.

38 ראה עבודתו החלוצית של קלברסי Guido Calabresi, *The Costs of Accidents — A Legal and Economic Analysis* (New Haven, 1970).

39 ראה, למשל, את העבודה החלוצית של ארליך Isaac Ehrlich, "The Deterrence Effect of Criminal Law Enforcement" 1 *Journal of Legal Studies* (1972) 259.

40 לסקירה כללית של הספרות בתחום הניתוח הכלכלי הפוזיטיבי של המשפט ראה Veljanovski (לעיל, הערה 7), 68-93.

תקף לשאלות שונות מתחום המשפט הנשאלות מחוץ למסגרת הגישה הכלכלית. לדעתי, הוא משמעותי, וראוי לאזכור במיוחד מנקודת־המבט של הגישה הכלכלית, כיוון שהוא מספק הקשר נרחב יותר לניתוח הכלכלי ובמיוחד משום שיש בו כדי להסביר את הנתק רב־השנים בין הגישה המסורתית של משפט וכלכלה — ובעיקר הפן הנורמטיבי שלה וחדיון בעקרון היעילות, המתקשרים בעיקר לשער היוריספרודנטלי — לבין גישת הבחירה החברתית המבוססת כמעט בלעדית על שער תורת־המדינה.

כשמביטים מבעד לשער היוריספרודנטלי, הניתוח הכלכלי מובנה על בסיס התיאוריה של המשפט, ובמיוחד על יסוד השאלה מהו משפט? ועל יסוד ההפרדה בינה לבין השאלה מה צריך להיות המשפט — הפרדה ששורשיה בפוזיטיביזם של המאה השמונה־עשרה. אף שהשאלה מהו משפט היא תיאורית, נובעים מהתשובה עליה היגרים נורמטיביים לשאלות־משנה, למשל: איך שופטים צריכים להכריע בהחלטות שיפוטיות[41].

נקודת־מוצא אחרת לדיון היא השער של תורת־המדינה — הדיון הפוזי־טיבי בצמיחתה של המדינה והוויכוח הנורמטיבי באשר לתפקידיה. את שורשי הגרסה המודרנית לוויכוח באשר לתפקידי המדינה והממשל שלה ניתן לאתר במאה השמונה־עשרה בצפון־אמריקה בוויכוח בין פלורליסטים לרפובליקנים, בין פדרליסטים לאנטי־פדרליסטים. הפלורליסטים והפדרליסטים טענו, שהממשל צריך לייצג את הדעות השונות בחברה. הרפובליקנים והאנטי־פדרליסטים טענו, שהממשל צריך לייצג את הערכים הנעלים של החברה או את הערכים האזרחיים (civic virtues) שלה[42]. על רקע ויכוח נורמטיבי זה התפתח גם ויכוח פוזיטיבי־תיאורי באשר לאופן פעילותו של ממשל (ובעיקר באשר לאופן פעילותו של המחוקק הדמוקרטי). המודל הפלורליסטי רואה במחוקק מייצג נאמן של הדעות השונות בציבור ומאזן של הכוחות בחברה; המודל האוטונומי רואה במחוקק גוף המסוגל לפעול ולתמרן באופן עצמאי מדעת־הקהל או מאלו שבוחרים בו; ומודל הבחירה הציבורית רואה במחוקק מייצג רק של קבוצות־האינטרסים בעלות הכוח ויכולת הארגון[43]. הרבה גישות נורמטיביות, פוזיטיביות ותיאוריות למערכת־המשפט מבוססות על אימוץ

41 ניתן לקחת כדוגמא את הוויכוח הקלסי בין הארט לדבורקין, הנעבע מהשאלה מהו משפט. הוויכוח נסב על השאלה, האם יש תשובה אחת ויחידה לכל שאלה משפטית? דבורקין משיב על שאלה זו בחיוב, והארט משיב בשלילה. מהתשובה לשאלת בסיס תיאורית זו נובעים היגרים נורמטיביים שונים, בין השאר באשר לאופן שעל השופט להכריע בסכסוך משפטי. בהקשר זה ראה גם Ruth Gavison, "The Implications of Jurisprudential Theories for Judicial Election, Selection and Accountability" 61 *Southern California Law Review* (1988) 1618, 1630 ff.

42 על הגישות השונות בהקשר שלנו ראה Cass Sunstein, "Interest Groups in American Public Law" 38 *Stanford Law Review* (1985) 29; Michael Froomkin, "Climbing the Most Dangerous Branch — Legisprudence and the New Legal Process" (book review of William Eskridge & Philip Frickey, *Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy*) 66 *Texas Law Review* (1988) 1071.

43 ראה Daniel Farber & Philip Frickey, "The Jurisprudence of Public Choice" 65 *Texas Law Review* (1987) 873; William Eskridge & Philip Frickey, "Legislation, Scholarship and Pedagogy in Post Legal Process Era" 48 *University of Pittsburgh Law Review* (1987) 691; Froomkin, שם; Sunstein, שם.

אחד המודלים הללו. בין השאר אפשר למנות את גישת ההליך המשפטי (Legal Process) של שנות החמישים, הבנויה על התיאוריה הפלורליסטית; גישת ההליך המשפטי החדשה (New Legal Process) הנשענת יותר על מודל רפובליקני־אוטונומי; הגישה הביקורתית למשפט (Critical Legal Studies) הנשענת, מזווית שונה, על התיאוריה האוטונומית; וגישת הבחירה הציבורית על גוניה השונים[44].

אותה שאלה שהוזכרה קודם־לכן — כיצד צריכים שופטים להכריע בהחלטות שיפוטיות — תטופל באופן שונה לגמרי, עדיין במסגרתה של הגישה הכלכלית, מבעד לשער תורת־המדינה. כאמור, ההקשר הנרחב יותר עשוי להסביר את הנתק רב־השנים בין הגישה המסורתית של משפט ובלבלה, הקשורה בעיקר לשער היוריספרודנטלי, לבין גישת הבחירה החברתית המבוססת כמעט בלעדית על שער תורת־המדינה; וזאת, על־אף המקבילות הכרונולוגיות הן של השורשים התיאורטיים של שני השערים הן של צמיחת הגישה הכלכלית במסגרתן, כפי שיפורט בפרק הבא. רק בשנים האחרונות נוצרה תקשורת בין שני השערים תחת קורת־הגג של הגישה הכלכלית.

הפרקים המרכזיים של מאמר זה יתמקדו במישור הנורמטיבי של הגישה הכלכלית החדשה למשפט. נקודת־המוצא תהיה זו של הגישה הדוגמטית, המתבססת על מודל השוק והטוענת בזכות עקרון היעילות. אנסה להראות מדוע עיקרון זה אינו העיקרון הנורמטיבי הטוב ביותר להדרכת המערכת המשפטית, ואציע עיקרון חלופי המבוסס במידה רבה על גישה לא־שווקית של כלכלה ומשפט — גישה מתוגה שמקורה במידה רבה בשער של תורת־המדינה. אך כדי להיטיב להבין את הטיעונים ונקודות־התייחסותם נקדים בפרק הבא בכמה מלים על ההיסטוריה של הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט.

ב. שורשי הצד הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט

1. התועלתנות והתיאוריה הקלסית בכלכלה

ג'רמי בנתם סימן נקודת־מפנה חשובה בפילוסופיה של המשפט כאשר ייסד בתחילת המאה השמונה־עשרה את ההבחנה בין השאלה הפילוסופית הפוזיטיבית, מהו המשפט, לבין השאלה הפילוסופית הנורמטיבית, מה צריך להיות המשפט[45], הבחנה בסיסית המשרתת את תורת־המשפט עד עצם היום הזה. הגישה הפילוסופית

44 על אסכולות שונות המבוססות על גישת הבחירה הציבורית ראה Susan Rose-Ackerman, "Progressive Law and Economics — and the New Administrative Law" 98 *Yale Law Journal* (1988) 341; מחד גיסא, וכן Jerry Mashaw, "Constitutional Deregulation — Notes Toward a Public, Public Law" 54 *Tulane Law Review* (1979) 849; Richard Epstein, *Takings — Private Property and the Power of Eminent Domain*, מאידך גיסא. ראה גם Linda R. Hirshman, "Postmodern Jurisprudence and the Problem of Administrative Discretion" 82 *Northwestren University Law Review* (1988) 646.

45 הבחנה זו נעשתה כבר בספרו הראשון של בנתם *Fragment on Government, or a Comment on the Commentaries* (1776). לסקירה כללית ראה J. Harris, *Legal Philosophers* (London, 1980) 71; וכן Friedman, *Legal Theory* (5th Edition, London) 1967.

השלטת מאז אריסטו ועד לבנתם היתה זו של משפט הטבע[46]. הרעיון המרכזי של משפט הטבע, כפי שבא לידי ביטוי בפי אחד מעמודי־התווך של הגישה, תומס אקווינס, במאה השלוש־עשרה, הוא קיומו של חוק עליון, אוניברסלי ונצחי אחד, המוטבע ביקום מיום היבראו. חוק זה קובע מה נכון, מה ראוי ומה צודק, ובן־אנוש יכול ללומדו ועליו ליישמו בעזרת השכל האנושי ועל־ידי התבוננות בטבע[47].

הפילוסוף הסקוטי דויד יום (1711-1776) היה המכקר החשוב הראשון של משפט הטבע. הוא עשה הבחנה חדה בין סיבה, עובדה וערך; וכן טען שהאינטלקט האנושי מוגבל ומותנה בנסיון־חיים משתנה, ולכן לא ניתן על־ידי התבוננות בלבד לגזור את האמת ואת החוק האוניברסליים והנצחיים. בסופו של דבר מקור הזכויות, החובות ושאר הכללים המשפטיים הוא בהסכמה האנושית[48]. ביקורתו של יום סללה את הדרך לבנתם ולצמיחתה של התועלתנות, אם כי היא לא *סתמה* את הגולל על משפט הטבע. עמנואל קאנט (1724-1804) יצא להגנתו של משפט הטבע, בטענה שגם אם השכל הובס, ההסדר הנצחי עדיין קיים, ויש לו, נוסף על ביטויים שכליים, גם ביטויים מצפוניים — חוש מוסרי טבוע־מלידה שאינו נגזר מהניסיון. תורת־המוסר שבנה קאנט מבוססת, בהתאם לכך, על הכוונה (הכלל המנחה את ההתנהגות), ולא על התוצאה[49]. אכן, משפט הטבע ממשיך למלא תפקיד בפילוסופיה של המשפט גם היום, והמושגים של משפט הטבע, צדק טבעי וזכויות טבעיות שגורים בפי פילוסופים ומשפטנים, בהנמקות מוסריות ומשפטיות־פוזיטיביות כאחד[50].

ג'רמי בנתם (1748-1832) המשיך את קו־הביקורת של יום וניסה לתרגם אותה לשפת המעשה על־ידי הצעת רפורמות מוסריות ומשפטיות. בבסיסה של התועלתנות — התיאוריה המוסרית שהוצעה על־ידי בנתם — ניתוח תיאורי־פוזיטיבי (בניגוד לנורמטיבי), המושתת על התבוננות בהתנהגות האנושית. מהתבוננות זו מסיק בנתם, כי מטרתו של כל אדם היא להפיק את האושר המירבי מחייו — אושר הנמדד על־ידי סך התענוג שאדם חווה בניכוי הסבל הנגדם לו. מניתוח תיאורי זה גזר בנתם את העקרון הנורמטיבי היחיד שעליו מושתתת תורתו המוסרית — עקרון האושר המירבי. המטרה היא האושר הרב ביותר למספר בני־האדם הגדול

46 ראה Harris, שם, עמ' 6-23.

47 ראה ספרו של אקווינס (on Law) Summa Theologiae, *Prima Secundae — Questions* 90–97. קטעים מצוטטים ב־*Selected Readings* Clarence Morris (ed.), *The Great Legal Philosophers — in Jurisprudence* (Philadelphia, 1971) 57–79; וכן ראה Harris שם, עמ' 8.

48 David Hume, *A Treatise of Human Nature* (first published in 1739–1740, Oxford, 1978), Book III; ראה גם George Sabine & Thomas Thorson, *A History of political Theory*, (4th Edition, Japan, 1981) 550–555; וכן Harris (לעיל הערה 45), 12.

49 ראה קטעים מספרו של קאנט *Philosophy of Law (An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Rights); General Introduction to the Meta-physics of Morals* (first published in 1791), ב־Morris, (לעיל, הערה 47), 239-253; וכן Sabine & Thorson (לעיל, הערה 48), 556.

50 ראה John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford, 1980) שימוש בנקודות משפט הטבע במסגרת הנמקות שיפוטיות במאה הנוכחית נעשה במסגרת משפטי נירנברג ובהקשר הישראלי, על־ידי השופט זוסמן בע"פ 1/65 יחידור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד יט(3) 365.

ביותר[51]. התורה של בנתם מזהה למעשה את המישור התיאורי, ה"יש", עם המישור הנורמטיבי, ה"ראוי", והיא מתעלמת מהתנהגות ומכוונה (הנמצאים במוקד תורת משפט הטבע והתורה הקאנטיאנית) תוך התמקדות בתוצאה. יישום התורה המוסרית למשפט הוא כמעט טריביאלי: לחוק אין ערך בפני עצמו, אלא הוא רק מכשיר להשגת האושר המירבי. הערכה של כל כלל משפטי (בין אם מדובר בחוק ובין אם מדובר בהחלטה שיפוטית) תהיה על־פי האפקט שלו על סכום כל התועלות של כל הפרטים (האושר המצרפי), כלל המגדיל את האושר המצרפי הוא חיובי וכלל המקטין את האושר המצרפי הוא שלילי. הכלל הטוב ביותר הוא זה הממקסם את האושר המצרפי. בנתם לא היסס להביע דעות אלו גם באשר לכללים משפטיים ספציפיים בתחומי המשפט השונים[52].

שנים לא רבות לאחר הולדת התועלתנות הפציע כוכב נוסף בשמי המחשבה החברתית — התיאוריה הקלסית בכלכלה ("עושר האומות" של אדם סמית פורסם ב־1776)[53]. בנתם עצמו התעניין וכתב על כלכלה (בעיקר בעקבות ספרו של סמית), אך נראה שהוא לא ניסה לקשר (כמו גם אדם סמית) בין תורתו הפילוסופית לניתוחיו הכלכליים. הסבר אפשרי אחד לחוסר־קשר זה הוא, כי התיאוריה הכלכלית באותה תקופה התמקדה בערך הייצור (ערך גורמי הייצור שהושקעו בייצור), בעוד שהתועלתנות נבנתה (במונחים כלכליים) למעשה סביב ערך הצריכה.

הזיקה בין התועלתנות לכלכלה נוצרה במחצית השנייה של המאה התשע־עשרה על־ידי הכלכלנים הניאו־קלסיים. אלו התמקדו בניתוחיהם בערך הצריכה ואימצו לצורך תיאור השוק הכלכלי את הניתוח הפוזיטיבי של התועלתנות, שעל־פיו כל פרט מנסה למקסם את תועלתו. היו אלו הניאו־קלסיקנים אשר שרטטו לראשונה את עקומות הביקוש וההיצע המוכרות לכל מי ששמע ולו שיעור אחד בכלכלה. מאחורי העקומות מסתתרים מרכיבים נכבדים של התועלתנות: ההנחה שפרטים מבקשים למקסם את תועלתם (והפידמות את רווחיהן), ההנחה שניתן למדוד ולהשוות תועלות, שעליה הוסיפו הכלכלנים את ההנחה של תועלת שולית פוחתת (שממנה נובעת צורתה של עקומת הביקוש היורדת משמאל לימין) ופתרון השוק המייצג את העקרון הנורמטיבי של התועלתנות — מקסום האושר המצרפי של הפועלים במסגרתו[54].

51 ראה קטעים מספרו של בנתם (first published, 1789) *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* ב־Morris (לעיל, הערה 47), 262-268. כן ראה Harris (לעיל, הערה 45), 36-41.

52 ראה Morris, (לעיל, הערה 47), 268-274; וכן בקטעים מספרו של בנתם *The Limits of Jurisprudence Defined* (first published in 1945), המופיעים ב־Morris, שם, 275-288. בנתם התענין במיוחד בתחום המשפט הפלילי ובתורת־הענישה.

53 ראה R. Backhouse, *A History of Modern Economic Analysis* (Oxford, 1987) 13.

54 עברו כמעט מאה שנים, שבמהלכן פותחו גישות שונות לכלכלה, כמו המרקסיזם והגישה ההיסטורית הגרמנית, עד שהכלכלנים הניאו־קלסיים חזרו לניתוח השוק של אדם סמית תוך התמקדות בצד הביקוש. אלפרד מרשל יצר ב־1840 את האינטגרציה בין הביקוש להיצע, הוא היה הראשון להשתמש במינוח של שווי־משקל כשוק ושפשי ומשוכלל ולהתוות את עקומות הביקוש והיצע. ה"יד הנעלמה" של אדם סמית החלפה כניתוח מתימטי המראה כיצד מגיע השוק לשווי־משקל. ראה Backhouse (לעיל, הערה 53), 94.

2. הביקורת על התועלתנות והתפתחות התיאוריה המיקרו־כלכלית

קיימים שלושה מישורים עיקריים של ביקורת נגד התועלתנות: מישור מושגי, מישור מעשי ומישור מוסרי[55]. מושגית, התורה התועלתנית אינה בהירה באשר ליחידת מקסום האושר (קהילה, מדינה או אולי העולם כולו; בני־אנוש בלבד או גם יצורים אחרים), ובאשר ליחידת־הזמן הקובעת (האם יש לקחת בחשבון בחישוב האושר עוברים, או אולי את הדורות הבאים באופן כללי?). אלו שאלות פילוסופיות נכבדות, אך ניתן בהחלט לפתח את התורה התועלתנית כך שתוכל להשיב עליהן[56]. המישור המעשי בעייתי יותר: כיצד ניתן למדוד תועלת? הבעיה קיימת במסגרת תועלתו של הפרט היחיד, ובעיקר תחת ההנחה של תועלת שולית פוחתת, וביתר תריפות כאשר אנו מתבקשים להשוות תועלות של פרטים שונים. יישומו של עקרון מקסום העושר על־ידי בנתם עצמו מוביל עד כמה חמורות בעיות המדידה. הוא הטיף, למשל, בשם עקרון מקסום העושר להסרת המעורבות הממשלתית בענייני כלכלה ודת, מחד גיסא, ולהגברת מעורבות זו כנגד ההתאכזרות לחיות וכנגד תופעת הקבצנות מאידך גיסא. מבקריו טוענים, שלמעשה בנתם עיטר את דעותיו האישיות בתוצאות כביכול של חישובי מקסום עושר, שבפועל הן שרירותיות לחלוטין[57]. במישור המוסרי הותקפה התועלתנות על שהיא מטיפה לאנוכיות ולחתירה לאושר מבלי להתחשב במקור האושר ובאמצעים להשגתו. כך יכולה התועלתנות להצדיק מוסרית התנהגות היכולה להיות מנוגדת לכל אינטואיציה מוסרית (אם עינויו של אדם, למשל, גורם לאושרם הרב של אחרים, הוא יוצדק על־ידי התועלתנים אם התענוג של אותם אחרים עולה על הסבל של המעונה). ביקורת נוספת היא, שהתועלתנות מתעניינת רק בגודלה של העוגה ולא באופן חלוקתה, דהיינו: שיקולים של צדק חלוקתי כלל לא נלקחים בחשבון בחישוב התועלתני[58].

הביקורות נגד התועלתנות לא נעלמו מעיניהם של הכלכלנים. ביקורות אלו היו בין המאיצים לפיתוחה של הכלכלה המודרנית במאה הנוכחית[59]. הכלכלנים התמקדו בעיקר במישור הביקורת המעשי ובבעיית המדידה, ותשובתם (החלקית) לא איחרה לבוא. היה זה המעבר מהגישה הקרדינלית (המניחה מדידות וברות־השוואה של תועלות) לגישה האורדינלית (המניחה רק אפשרות לדירוגן או, ליתר דיוק, אפשרות לדירוג העדפות). אחד מהמובילים בפיתוחה היה הכלכלן האיטלקי וילפרדו פרטו

55 לפירוט נוסף של נקודות־הביקורת המרכזיות ראה Richard Posner, *The Economics of Justice* (Harvard, Mass., 1983) 31–39, 51–60.

56 לדיון בחלק מהסוגיות ראה את קובץ המאמרים Amartya Sen & Bernard Williams (eds.), *Utilitarianism and Beyond* (Cambridge, 1982).

57 ראה Posner (לעיל, הערה 55), 33-36.

58 ראה קובץ המאמרים בעריכת Sen & Williams (לעיל, הערה 56), שם; וכן הביבליוגרפיה בעמ' 279-290.

59 בשנות השלושים של המאה פותח ענף המקרו־כלכלה, העוסק במישור המצרפי־לאומי ובקשרים שבין אינפלציה, אבטלה, מדיניות מוניטרית ופיסקלית וכו'. הקשרים שבין התועלתנות לכלכלה מתמקדים בענף הזחיק יותר של מיקרו־כלכלה, שאליו מכוונות הפניותינו.

(Pareto, 1845–1923)[60]. הלה קיבל את הביקורת באשר להעדר היכולת למדוד תועלות ולהשוותן, ועל־כן החליף את הנחת המדידות וברות־ההשוואה של תועלות בהנחה חלשה יותר, שעל־פיה רמות תועלת ניתנות לדירוג אצל כל פרט ופרט, אך לא לכימות. ניתן אפוא לקבוע, שפרט מסוים נהנה יותר ממצב א מאשר ממצב ב, אך לא ניתן לומר בכמה יותר, וממילא לא ניתן להשוות בין תועלות של פרטים שונים. במישור הנורמטיבי, גם אצל פרטו נשארה המטרה בעינה — אופטימום תועלתני; אבל בהעדר היכולת המעשית להשיגה, הוחלפה זו באופטימום פרטו, או ביעילות. מצב פרטו אופטימלי הוא מצב שבו לא ניתן להגדיל את אושרו של פרט אחד מבלי לגרוע מאושרו של פרט אחר. יש מקרים שבהם נוכל לומר בוודאות, כי מצב מסוים עדיף חברתית על־פני מצב אחר. אלו מקרים שבהם ניתן לבצע שיפור פרטו. התנאי לשיפור כזה הוא, כי במעבר ממצב א למצב ב לא נגרע אושרו של אף אחד מהפרטים, ואושרו של לפחות פרט אחד גדל. אז גם ניתן לומר, כי מצב א הוא פרטו עדיף על מצב ב. אך שני מצבים שהם פרטו אופטימליים אינם בני־השוואה, ויש אף מקרים שבהם לא ניתן להשוות מצב פרטו אופטימלי למצב אחר שאינו פרטו אופטימלי.

הניתוח הכלכלי של פרטו, שעליו לא נתעכב, הגיע למסקנות דומות לאלו של התיאוריה הקלסית, דהיינו: שהתנאים להגיע למצב פרטו אופטימלי או יעיל הם תנאי תחרות בשוק חופשי ומשוכלל. אף שפרטו לא התכוון לטפל במישור הביקורת השלישי נגד התועלתנות — המישור המוסרי — בתיאוריה שלו יש פתרונות לחלק מביקורת זו. הפעלת קריטריון פרטו מונעת, למשל, את אותם מצבים מפלצתיים כמו עינויו של אדם להנאת ההמונים. הבעיה המרכזית והמתסכלת בתיאוריה היא מוגבלות היישום שלה. מכיוון שרוב הדילמות וההחלטות החברתיות אינן יכולות להיות מוכרעות מבלי פגיעה במישהו, כמעט שלא יהיו מצבים שבהם נוכל ליישם את קריטריון פרטו. זוהי אחת הסיבות לכך שהתיאורטיקנים הכלכליים המשיכו בחיפושים אחרי יורש אחר לתיאוריה הקלסית. ואכן, כעבור כמה עשורים, בשלהי שנות השלושים, צמחה האסכולה של כלכלת הרווחה החדשה.

גישה זו, שניתן לייחס אותה בעיקר לכלכלנים קלדור והיקס[61], מבקשת להתמודד עם בעיית מדידות התועלת של האסכולה הקרדינלית (ושל התועלתנות) באופן שונה מהאסכולה האורדינלית, ונוסף על כך היא שמה לה למטרה גם להתמודד עם מקצת מהבעיות האחיות של התועלתנות. אשר לבעיית המדידות, כלכלת הרווחה עדיין רואה את המטרה הנורמטיבית כמַקסום האושר המַצרפי, אך בגלל הבעיה של מדידת האושר מוצע קריטריון חלופי השונה מזה של פרטו. מדובר בקריטריון כספי של הנכונות לשלם, המכונה גם עקרון הפיצוי, שיפור פרטו פוטנציאלי, או עקרון קלדור־היקס. פעולה או מעבר ממצב אחד לזולתו יהיו רצויים נורמטיבית אם הנכונות המַצרפית לשלם עבור מעבר זה גדולה מהנכונות המַצרפית לשלם עבור אי־ביצוע המעבר, או, במלים אחרות: אם אלו המפיקים תועלת מהפעולה

60 ראה: Backhouse (לעיל, הערה 53), 302.

61 N. Kaldor, "Wefare Propositions of Economics and Interpersonal Comparison of Utility" 49 *Economic Journal* (1939) 549; J. Hicks, "The Valuation of Social Income" 7 *Economica* (1940) 7 ראה גם Veljanovski (לעיל, הערה 7), 37.

מוכנים לתת פיצוי מלא לאלו המפסידים ממנה ועדיין להישאר ברווח. יש לציין שמדובר רק בדרישה היפותטית לפצות. נבחנת רק הנכונות לשלם ואין נדרש כתנאי פיצוי בפועל. לכן מכונה העיקרון גם "עקרון פרטו הפוטנציאלי"[62]. יש לציין, שהפעלת עקרון קלדור־היקס אינה מביאה בהכרח לשיפור פרטו ואף לא למצב פרטו אופטימלי, אך היא עשויה להביא לאחד מהם או לשניהם. אם אנו כבר מצויים במצב פרטו אופטימלי, הפעלת עקרון קלדור־היקס לא תסיט אותנו ממצב זה[63]. אסכולת שיקגו של הגישה הכלכלית למשפט, וריצ'רד פוזנר בראשה, מבססים את גישתם על עקרונות־היסוד של כלכלת הרווחה. התימה המרכזית של פוזנר, כזכור, היא להציג נושאים משפטיים כבעיות שוק, תוך שימוש במודלים מיקרו־כלכליים לניתוחן ולפתרונן.

באשר למישור המוסרי של הביקורת על התועלתנות, הוצגו במסגרת כלכלת הרווחה שני כיוונים אפשריים של פתרונות. האחד הוא לאפשר וטו מטעמי צדק או מוסר כאשר הפתרון שמגיעים אליו בעזרת עקרון הפיצוי מאוד לא צודק (מקסום תחת אילוץ). הכיוון השני הוא של שילוב שיקולים של צדק (חלוקתי) בשקלול המצרפי של הנכונות לשלם, על־ידי מתן משקלות שונים לנכונות לשלם אצל פרטים שונים (פונקציית הרווחה החברתית). גישת שיקגו לניתוח הכלכלי של המשפט מתעלמת כמעט לחלוטין מאלמנטים אלו של כלכלת הרווחה, ובדפים הבאים ניווכח גם מדוע. אך בהחלט יש בנמצא מלומדים המאמצים גם אלמנטים אלו בניתוח בעיות משפטיות. מדובר, למשל, בגישת ייל לניתוח הכלכלי של המשפט, שניתן לזהותה בעיקר עם קלברסי[64]. וזהו חלק מן הגישה ה"מתונה" של משפט וכלכלה שעליה הרחבנו את הדיבור קודם־לכן.

לצד התפתחותה של המיקרו־כלכלה, המתמקדת (או לפחות התמקדה במקורה) בהתנהגות שווקים או בהתנהגותם של פרטים במסגרת השוק, התפתח במהלך השנים ענף מקביל ששם את יהבו בשימוש בכלים מתימטיים לניתוח התנהגותם של פרטים, לאו דווקא במסגרת השוק. העניין בדיסציפלינה זו מרחיק למאה השמונה־עשרה ולעבודותיהם של בורדה (1770) וקונדורסה (1785). השניים התעניינו בניתוח כלל הרוב בקבלת החלטות. הגרסה המודרנית של מחקר זה פותחה החל משנות

62 הקיחוב ל"דבר האמיתי" (מקסום האושר) מתבטא בכך שעקרון הפיצוי משמיט את הנחת התועלת השולית הפורחתה של הכסף. לחלופין מונח, שליחידת־כסף תועלת שולית קבועה. ניתן לראות מדוע מדובר ב"קיחוב" ובהנחה בעייתית, שכן אין הצעה תשלום של מאה שקלים הבאה ממיליונר שקולה להצעה של אותו סכום הבאה מעני מרוד, כשם שלשקל המאה ואחר אין אותו משקל כמו לשקל הראשון גם לרידו של המיליונר, וכמובן גם לרידו של העני.

63 עוד על היחס בין עקרון קלדור־היקס לבין שיפור פרטו ומצב פרטו אופטימלי ראה Jules Coleman, *Markets, Morals and the Law* (USA, 1988) 81–86.

64 ראה, למשל Guido Calabresi, *The Costs of Accidents — A Legal and Economic Analysis* (לעיל, הערה 38); וכן Guido Calabresi, "An Exchange About Law and Economics — A Letter to Ronald Dworkin" 8 *Hofstra Law Review* (1980) 553.

החמישים המוקדמות על־ידי דנקן בלק[65], קנת׳ ארו[66], ואחרים[67]. כתביהם תפחו לענף עצמאי בכלכלה, הכולל את גישת ה־Public Choice — היא גישת ההכרעה הציבורית.

הניתוח התיאורטי של גישת ההכרעה הציבורית היכה שורשים תחילה במסגרת מדעי־המדינה[68], אך בעשור האחרון אנו עדים לשימוש הולך וגובר בגישה גם בניתוח סוגיות מתחום המשפט, בעיקר בתחומי המשפט הציבורי[69]. גישת ההכרעה הציבורית מסתמכת על בסיס נורמטיבי שונה מזה של הגישה המסורתית לגבי הניתוח הכלכלי של המשפט. בעוד שהניתוח המסורתי של הכלכלה והמשפט מאמץ את הבסיס הנורמטיבי של כלכלת הרווחה, ששורשיה יונקים מהתורה התועלתנית, גישת ההכרעה הציבורית מאמצת כבסיסה הנורמטיבי את תיאוריות האמנה החברתית (המתקשרות לתומס הובס [1588-1679], לג׳ון לוק [1632-1704] ולז׳אן ז׳ק רוסו [1712-1778]). תיאוריות אלו, שחלקן הקדימו את התועלתנות, ניתנות למיקום על רצף נורמטיבי אי־שם בין תורות משפט הטבע לבין התועלתנות. לוק ורוסו, למשל, מכירים בקיומו של משפט טבע ורואים בחוק מכשיר להגשמתו, אך לדידם מקור החוק הוא בהסכמה החברתית. לעומת זאת, הובס כופר בקיומו של משפט הטבע (להבדיל ממצב הטבע), אך גם הוא גורס שהחוק מקורו בהסכמה חברתית. למעשה היה זה הובס ששימש אחד המקורות העיקריים לבסיס הנורמטיבי של גישת ההכרעה החברתית, אשר על־פיה ההצדקה של כלל מסרים, פעולה מסוימת או מעבר ממצב אחד למשנהו אינה תלויה בתוכן הכלל או במהות הפעולה (כך על־פי משפט הטבע), גם לא בתוצאותיה (כך על־פי התועלתנים), אלא במידת ההסכמה שהכלל, הפעולה או המעבר משקפים.

ג. הוויכוח על מקסום העושר כמטרה הנורמטיבית של הגישה הכלכלית למשפט

כפי שראינו, המוסר התועלתני שם לו למטרה להביא מקסימום אושר למקסימום בני־אדם. תרגום תורת־מוסר זו לתחום המשפט הוא כמעט טריביאלי: הסדר משפטי המקטין את האושר המצרפי אינו רצוי, הסדר משפטי המגדיל את האושר המצרפי הוא רצוי וההסדר המשפטי הטוב ביותר הוא זה הממקסם את האושר המצרפי. ראינו גם מהן נקודות־הביקורת העיקריות נגד התועלתנות וכיצד שתי אסכולות כלכליות — הגישה האורדינלית וגישת כלכלת הרווחה — מנסות להתמודד עם ביקורת זו על־ידי הצעת תחליפים מעשיים יותר לעקרון

65 Duncan Black, "On the Rational of Group Decision-Making" 56 *Journal of Political Economy* (1948) 23.

66 Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values* (לעיל, הערה 17).

67 סקירה כללית על ענף ה"הכרעה הציבורית" ניתן למצוא ב־Dennis Mueller, *Public Choice* (לעיל, הערה 15); Dennis Mueller, *Public Choice II* (לעיל, הערה 15).

68 בין הספרים המפורסמים Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy* (New-York, 1957); James Buchanan & Gordon Tullock, *The Calculus of Consent — Logical Foundations of Constitutional Democracy* (Ann Arbour, 1962).

69 ראה Daniel Farber & Philip Frickey, *Law and Public Choice* (לעיל, הערה 15); Patrick McAuslan, "Public Law and Public Choice" (לעיל, הערה 15).

מקסום האושר. גם אסכולת שיקגו של הגישה הכלכלית למשפט יוצאת מאותה נקודת־מוצא של קבלת הדעיונות הכללים של התועלתנות והכרה במגבלותיה, אך הטיעון שמציג ריצ'רד פוזנר — מייצגה המובהק של האסכולה — הוא חדשני. פוזנר מציע עקרון מוסרי חדש שתמציתו מקסום העושר (במקום מקסום האושר של התועלתנות). הסדר משפטי המגדיל את סך העושר בחברה הוא רצוי נורמטיבית, וההסדר המשפטי הטוב ביותר הוא זה הממקסם את עושרה המצרפי של החברה. מקסום העושר מושג כאשר כל אחד מהמקורות נמצא בידי מי שמעריכו במחיר הגבוה ביותר, דהיינו: מי שמוכן ויכול לשלם עבור המקור או מי שדורש את המחיר הגבוה ביותר להפרד ממנו (במלים אחרות: עושר אינו מושג חשבונאי, אלא מבוסס על מבחן הנכונות והיכולת לשלם)[70]. פוזנר טוען, בניגוד לאסכולות הכלכליות שראו בעקרונות המוצעים על־ידן תחליפים לעקרון מקסום האושר, שהעקרון המוסרי שלו עדיף נורמטיבית על העקרון התועלתני[71]. פוזנר לא מסתפק בטיעון זה וממשיך לטיעון חזק יותר, שעל־פיו מקסום העושר הוא העקרון הנורמטיבי הטוב ביותר להנחיית המערכת המשפטית[72]. בדפים הבאים נעקוב אחרי שני הטיעונים של פוזנר בעין ביקורתית[73].

1. הטיעון החלש — תועלתנות, כלכלה ותיאוריה של המשפט

(א) המישורים המושגי והמעשי

הטיעון המקורי של פוזנר מבוסס על סקירה של נקודות־הביקורת המרכזיות נגד התועלתנות וניסיון להראות כיצד עקרון מקסום העושר פותר את הבעייתיות. כך, למשל, במישורים המושגי והמעשי טוען פוזנר, שעקרון מקסום העושר מסלק את העמימות של העקרון התועלתני, הוא ישים בזכות היעלמותן של בעיות המדידה וההשוואה של רמות תועלת שונות, אישיות ובין־אישיות; שכן כסף הוא מדיד וברר־השוואה, והוא הרבה יותר נוח לעיבוד ולהצגה פורמליים (של נתונים ונוסחאות).

על־אף שעקרון מקסום העושר לא פותר את כל הבעיות המושגיות של התועלת־נות, ובעיות כגון מהי היחידה הגיאוגרפית שעל־פיה יש לעשות את התחשיב ומהי יחידת־הזמן של מקסום העושר, עדיין שרירות וקיימות, בעיות המדידה וההשוואה

70 על הגדרתו של עקרון מקסום העושר ראה ספרו של פוזנר (לעיל, הערה 6), 11-15; וכן C. Edwin Baker, "The Ideology of the Economic Analysis of Law" 5 *Philosophy and Public Affairs* 3, 4–8 (1975).

71 ראה Richard Posner, "Utilitarianism, Economics and Legal Theory" (לעיל, הערה 2).

72 רמזים לטיעון זה ניתן למצוא כבר במאמר הראשון של פוזנר, שם; אבל הוא זוכה לפיתוח במאמרים המאוחרים יותר: Richard Posner, "The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman" 9 *Journal of Legal Studies* (1980) 243; Richard Posner, "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication" 8 *Hofstra Law Review* (1980) 487.

73 חלקים מהדיון שבהמשך מבוססים על הוויכוח שעוררו מאמריו של פוזנר — ויכוח שמצא ביטוי בעיקר בכרך התשיעי של *The Journal of Legal Studies* (1980); ובכרך 8 של *Hofstra Law Review* (1980).

הבין־אישית אכן נעלמות. אך במקומן צצות בעיות מושגיות־מעשיות לא פחות קשות. נפרט אחדות מהן:

(1) עקרון מִקסום העושר, שלא כמו עקרון מִקסום האושר, אינו מקיים את דרישת השלמות — אחד מהתנאים החשובים להפעלתה של פונקציה חברתית מצרפית ואוניברסלית. משמעותה של דרישה זו היא, שהעיקרון הנבחר מסוגל להכריע בין כל זוג מצבים אלטרנטיבי או שהוא תמיד יוכל לשפוט האם שינוי מוצע הוא בבחינת שיפור או הרעה. עקרון מִקסום העושר אינו מקיים דרישה זו, שכן יהיו פעולות או שינויי מצב רבים אשר לגביהם העיקרון לא יוכל לומר לנו דבר. דוגמא בסיסית לסוג סיטואציות שכזה היא עִסקת־חליפין (ללא שימוש בכסף): כאשר שני פרטים מחליפים ביניהם מוצר אחד תמורת מוצר אחר, העִסקה, אם היא וולונטרית והפרטים רציונליים, משפרת את רווחת (אושר) שניהם מבלי לגרוע מאושרו של מי שלא שותף לה. על־כן, על־פי העיקרון התועלתני, העִסקה רצויה (ולמעשה העִסקה, נוסף על העלאת האושר המִצרפי, מביאה גם לשיפור פרטו). עִסקה שכזו אינה יכולה להיות מוצדקת (או מגונה) על־ידי קריטריון מִקסום העושר, שכן בהעדר מערכת־מחירים אין אפשרות לדעת כיצד היא משפיעה על העושר המִצרפי[74]. נוסף על בעיית השלמות, החלה למעשה על כל פעולה שאין מעורבים בה מחירים, הדוגמא של עִסקת־החליפין מצביעה גם על פגם נוסף: כיצד ניתן להגן על תורה מוסרית הרואה באור חיובי עִסקה בשוק עם מחירים, בעוד שלגבי אותה עִסקה ממש בשוק־חליפין ללא מחירים אין היא יכולה לחוות דעה?

(2) עקרון מִקסום העושר אינו מספק קריטריון נורמטיבי שלם גם בתחום נוסף, חשוב הרבה יותר לתורת־מוסר — הקצאה ראשונית של מקורות. נושא זה קשור גם לפגמים נוספים של העיקרון — בעיות של מעגליות ושרירותיות. אליבא דפרתגר, רציותה של פעולה או מדיניות תלויה בשאלה האם פעולה או מדיניות זו ממקסמת את העושר — שאלה שהתשובה עליה מתקבלת באמצעות חישובים של הנכונות והיכולת לשלם בעד ביצועה או נגדה. חישובים אלו תלויים באופן החלוקה הנוכחית של העושר, אך זו תלויה בפעולות או במדיניות של תקופה קודמת. יוצא שחלוקת העושר גם קובעת את, וגם נקבעת על־ידי, עקרון מִקסום העושר. אם נמשיך אחורה בשרשרת מאורעות היפותטית, נגיע בסופו של דבר להקצאת העושר (או המקורות) התחילית. זו אינה יכולה להיקבע על־ידי עקרון מִקסום העושר, כיוון שלפניה לפרטים אין שום מקורות. לכן עקרון מִקסום העושר אינו יכול לספק לנו תשובה לשאלה כיצד יש להקצות את המקורות הראשוניים — שאלה בעלת חשיבות לגבי תורת־מוסר; שאלה שהעיקרון התועלתני ברמה התיאורטית יכול להשיב עליה, שכן גם פרטים חסרי כול יכולים להפיק אושר[75].

(3) אם נניח שניתן להתגבר על בעית החלוקה הראשונית של מקורות, למשל:

74 עוד לעניין זה ראה Jules Coleman, "Efficiency, Utility and Wealth Maximization" 8 *Hofstra Law Review* (1980) 509, 524.

75 בנושא זה ראה Coleman (לעיל, הערה 74), 524; וכן A. Kronman, "Wealth Maximization as a Normative Principle" 9 *Journal of Legal Studies* (1980) 227, 240; Cento Veljanovski, "Wealth Maximization, Law and Ethics — On the Limitis of Economic Efficiency" 1 *International Journal of Law and Economics* (1981) 5, 19; R. Schumalbeck, "Book Review:

על־ידי שיטה של מתן אשראי[76], דרישת השלימות אולי תסופק, אך ניתקל בבעיה אחרת — של שרירותיות: הסדר שבו תבוצע חלוקת המקורות ישפיע על תוצאות החלוקה ועל חלוקת העושר בכל נקודה בעתיד, הן מבחינת העושר המצרפי הן מבחינת אופן חלוקתו. הסיכויים הם, שמי שיוקצאו לו מקורות קודם יימצא בסופו של דבר עשיר יותר ממי שיוקצאו לו מקורות אחר־כך. כאשר מדובר בבחירת מדיניות או כלל משפטי בין כמה אלטרנטיבות להחלטה, נמצא שעל־פי סדר־יום אחד נגיע למדיניות א, ואילו על־פי סדר החלטות אחר נגיע למדיניות ב. לפיכך, התוצאה תהיה חלויה בסדר ההחלטות, ועל־כן היא תהיה שרירותית. נוסף על כך ייתכן שבהפעלת קריטריון מקסום העושר ניתקל גם במעגליות: מדיניות א יכולה להביס את מדיניות ב על בסיס קריטריון מקסום העושר, ואילו מדיניות ב יכולה להביס את מדיניות א על בסיס אותו קריטריון עצמו. ההכרעה תהיה חלויה בסדר־היום. האם ניתן להצדיק קריטריון נורמטיבי שתוצאות הפעלתו קשורות לאלמנטים כה מקריים־שרירותיים?

(4) בעיה נוספת הקשורה לקודמתה אך מזווית־הראייה של המידול הכלכלי, היא בעיית אפקט ההכנסה. למקסום העושר אנו מגיעים בעזרת המבחן של הנכונות והיכולת לשלם. הנכונות לשלם תלויה במערכת־המחירים בשוק ומניחה למעשה מחירים קבועים, או, חשוב יותר — מחירים יחסיים קבועים. אבל מחירי שוק הם בריוק תוצאה של סוג ההחלטות שאליהן אנו רוצים להגיע באמצעות הפעלת קריטריון מקסום העושר. נניח, שאנו עומדים בפני החלטה חברתית בדבר מדיניות מסוימת או כלל משפטי — לדוגמא: האם התרופה על הפרת חוזה צריכה להיות פיצויים או אכיפה. על־פי פוזנר, עלינו להחליט על־פי האופציה הממקסמת את העושר, וזאת נמצא על־ידי בדיקת הנכונות והיכולת לשלם אצל כל פרט ופרט עבור כל אחת מהאופציות. נכונות זו מבוססת על מערכת קבועה של מחירים ומחירים יחסיים. ההחלטה, אם זו משנה את הטטטוס־קוו, מביאה לכך שחלק מהפרטים הופכים לעשירים יותר וחלק אחר לעניים יותר. שינוי זה יגרום לשינויים בביקוש ובהיצע, שסביר שיביאו למערכת־מחירים שונה. במסגרת מערכת־המחירים החדשה, ההחלטה שהגענו אליה אינה בהכרח זו המביאה למקסום העושר. אין זה בלתי־סביר שהפעלתו של עקרון מקסום העושר, בדוגמא שלנו, תביא אותנו למעבר מפיצויים לאכיפה, ובעקבות שינוי מערכת־המחירים הפעלת העיקרון בשנית תביא אותנו למעבר מאכיפה לפיצויים. התוצאה תהיה מעגליות הנגרמת מהתעלמות מאפקט ההכנסה בהפעלתו של קריטריון הנכונות לשלם — התעלמות שאינה קיימת כאשר כלכלנים בונים עקומות־ביקוש[77].

(5) בעיה דומה של עקרון מקסום העושר, מזווית־ראייה יותר "פסיכולוגית" ופתות

The Justice of Economics — An Analysis of Wealth Maximization as a Normative Goal" 83 *Columbia Law Review* (1983) 488, 499.

76 כמו שמציע Kronman (לעיל, הערה 75), 240.

77 עוד על נקודה זו ראה Coleman (לעיל, הערה 74), 525. אגב, פוזנר חשב, בנראה בטעות, שבעיה זו זהה לבעיה הקודמת שהצגנו, המכונה על־ידי דבורקין "בעיית המעגליות" (ראה מאמרו של פוזנר "The Value of Wealth..." [לעיל, הערה 72], 246). אבל מדובר בבעיה נפרדת, שלפוזנר לא היתה תשובה עליה. הבעיה שדבורקין העלה מפורטת בסעיף הבא.

של התיאוריה הכלכלית, היא בעיית כפילות העוך. אנשים נוטים להעריך במונחים כספיים דברים שברשותם באופן שונה מהערכת ערכם הכספי של אותם דברים כאשר אלו לא מצויים ברשותם. אני, למשל, מוכן לשלם 50 שקלים עבור ספרו של ריצ'רד פוזנר עם הקדשה של המחבר, אבל אם הספר המוקדש כבר מצוי ברשותי אהיה מוכן להיפרד ממנו רק תמורת 150 שקלים. בדומה, אפקט "הדשא של השכן ירוק יותר" יכול לגרום לאותה בעיה של כפילות־ערך, וד עלולה להביא גם למצגליות — מוצר שיעבור מידיו של א לידיו של ב על־פי תחשיב מקסום העושר, ואחר־כך יעשה את דרכו מ־ב ל־א על־פי אותו תחשיב[78]. מכיוון אחר אנו שוב רואים, שסדרי־עולם הנקבעים על־פי קריטריון מקסום העושר יהיו תלויים גם בסדר קבלת ההחלטות או ביצוע העסקות (אגב, ניתן לפתור בעיה זו על־ידי הגדרה מחודשת של מקסום העושר ככולל מבחן כפול — נכונות לשלם ונכונות לקבל תשלום. על־פי מבחן זה, פעולה, כלל או התנהגות יהיו מוצדקים רק אם גם הנכונות לשלם עבור ביצועם וגם הנכונות לשלם עבור החזרה מהם גדולים מהנכונות לשלם עבור אי־ביצועם והנכונות לשלם עבור הימנעות מהחזרה מהם. עם זאת, ברור שמבחן כזה ירחיב באופן משמעותי את חוסר־השלמות של הקריטריון).

(ב) המישור המוסדי

עד כה טיפלנו במישורים המושגי והמעשי. ראינו, שאולי עקרון מקסום העושר פותר בעיות אחדות הקשורות ביישומו של עקרון מקסום האושר, אך הוא בהחלט יוצר בעיות אחרות. כזכור, פוזנר טוען, שעקרון מקסום העושר עדיף גם מוסרית על התורה התועלתנית. לטענתו, מקסום העושר מונע תוצאות מפלצתיות של התועלתנות: הסדיסט לא יוכל להמשיך לענות את קורבנו, מכיוון שלא יוכל לשלם את סכומי־העתק שידרוש הקורבן עבור המשך העינויים. מאותה סיבה הריגתו של אדם נגד רצונו לעולם לא תהיה מוצדקת, כיוון שהמחיר שידרוש עבורה (או מחיר חייו) יהיה בלתי־סופי. עקרון מקסום העושר גם ייצור מחויבות לזכויות מוגנות הנובעות מ"קדושת" השוק החופשי ומהליך ניתות עלות־תועלת — מחויבות שאין לה מקבילה אצל התועלתנות. יתירה מכך: עקרון מקסום העושר מעודד תכונות טובות כמו מילוי הבטחות, אמירת האמת, חריצות ועוד. ההליך שאנשים יפעלו בו לשיפור עושרם יתרום גם לשיפור עושרם של אחרים, שלא כמו המיכניזם לשיפור האושר האישי.

האם טיעוניו של פוזנר עומדים במבחן הביקורת? נקודות־הביקורת הבאות יכולות להיות לעזר במתן תשובה לשאלה זו:

(1) ייתכן שכמה תרחישים מפלצתיים של העולם התועלתני ייעלמו מהמפה, אך אלו רק יוחלפו בתרחישים מפלצתיים אחרים. במקום אדם שמפיק הנאה מופלגת מטבלם של אחרים נמצא אחר המוכן ויכול לשלם עבור סבלם[79]. נוסף על כך,

78 פיתוח נוסף מצוי אצל Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, (Cambridge, Mass., 1985) 238; Mark Kelman, "Consumption Theory, Production Theory and Ideology in the Coase Theorem" 52 *Southern California Law Review* (1978/79) 669, 678 ff. קלמן מבחין בין הכנסה על בסיס עלות ההזדמנויות (opportunity costs income) לבין הכנסה נוכחת (realized income).

79 להרחבה של נקודה זו ראה Schumalbeck (לעיל, הערה 75), 506.

יש בעולמנו עניים מרודים המוכנים להפקיר את עצמם ליחס מפלצתי או למכור איברים מגופם, תמורת סכום מינימלי לכלכלת משפחתם.

(2) רשימת הזכויות שיובטחו על־ידי עקרון מַקסום העושר היא, מטבע הדברים, אינצידנטלית לעיקרון זה. רשימה זו לא כוללת כמה זכויות, שתורות־מוסר אחרות רואות בהן זכויות־יסוד הכרחיות, כמו הזכות הכללית לחירות (עקרון מַקסום העושר, לדוגמא, אינו פוסל עבדות), הזכות לקניין פרטי (עקרון מַקסום העושר לא מוציא מכלל אפשרות העברה כפויה של רכוש או עושר), חופש הדיבור ועוד[80].

(3) הצד השני של הטיעון, כי החתירה למַקסם עושר מיטיבה גם עם אחרים, הוא עידודם וקידומם של אלו שכבר התעשרו על־חשבון אלו שהם כבר עניים, זאת בזכות העובדה שהעשירים "תורמים" לרמת המוסר (העושר) החברתי והעניים לא. ככל שהפרט עשיר יותר, כך הוא תורם יותר עושר לחברה על־ידי עִסקאות השוק בהן הוא מעורב. עדיפות דומה ניתנת גם ליצרנים (שבדרך־כלל הם גם עשירים יותר) על־פני הצרכנים (בדרך־כלל העניים יותר), בגלל ההבדלים בין ערך הייצור (הגבוה יותר בדרך־כלל והרלבנטי ליצרן) לערך הצריכה של אותם טובין. לכן, בבסיסו של עקרון מַקסום העושר מונח עידוד חוסר־שִׁוויון[81]. בעיה זו המורה עוד יותר על רקע המעגליות והשרירותיות שהחכרו קודם־לכן ועל רקע שתיקתו של עקרון מַקסום העושר בשלב הקצאת המקורות. יצירת אי־השִׁוויון היא על בסיס שרירותי, ולמעשה את אותה העדיפות שמקבל העשיר על חשבון העני, מקבל בשלב הקצאת המקורות מי שבמקרה הקצו לו קודם־לכן על־חשבון מי שטרם הֻקצו לו. משעה שנוצר אי־השוויון השרירותי הוא מטופח על־ידי עקרון מַקסום העושר. התועלתנות, לעומת זאת, יותר שוויונית, שכן גם בשלב החלוקה התחילית וגם בשלבים מאוחרים יותר, מי שיש לו מעֵרֶך תוספת עושר למה שיש לו, במונחי תועלת, פחות ממי שאין לו (עקרון התועלת השולית הפותחת). לכן עקרון מַקסום האושר יכתיב להת למי שאין לו; והדינמיקה תהיה בדיוק הפוכה לזו המוכתבת על־ידי עקרון מַקסום העושר (אגב, פוזנר בתשובה לביקורת זו הביע דאגה רבה יותר בשל בעיית השרירותיות מאשר בעיית השִׁוויון. בתשובה לבעיה הראשונה טען שקיים אי־שִׁוויון מולד, גם במקורות וגם בכשרון וביכולת, המצדיק את המשך התפישה האי־שִׁוויונית שבהפעלתו של עקרון מַקסום העושר. אך גם אם בטיעון נגד זה יש כדי להקהות את בעיית השרירותיות הוא רק מעצים את בעיית אי־השִׁוויון).

עד כה דנו בטענה של פוזנר, כי עקרון מַקסום העושר עדיף על העיקרון התועלתני הן במישור המעשי־מושגי הן במישור המוסרי. על־אף שעקרון מַקסום העושר אכן פותר כמה בעיות יישומיות הקיימות בעקרון מַקסום האושר, נראה לי כי טיעוניו של פוזנר בדבר עדיפותו הנורמטיבית אינם משכנעים. הדיון שלנו עד כה נגע רק להשוואה בין שני עקרונות נורמטיביים, ונראה שהקרב טרם הוכרע לחלוטין. הטקטיקה הבאה של פוזנר (ואולי קו־ההגנה השני) מרחיבה את היריעה באמצעות טענה חזקה יותר: בהילקח כל השיקולים האפשריים בחשבון, עקרון מַקסום העושר הוא העקרון הנורמטיבי הטוב ביותר להנחיית המערכת המשפטית. לכאורה נראה, שאם הגענו למסקנה כי לעקרון מַקסום העושר אין עדיפות על עקרון

80 ראה גם Baker (לעיל, הערה 70), 32–40.

81 שם, עמ' 9–27.

מקסום האושר, אין צורך בבדיקת הטענה החזקה יותר. אך אם נשתמש בשפת פרטו, טיעון זה לא יהיה בלתי־מתקבל על הדעת גם לאחר המסקנה שהגענו אליה זה עתה. במונחים כלכליים (על־אף שההקבלה אינה מושלמת), אף שלא ניתן היה להוכיח שעקרון מקסום העושר הוא פרטו עדיף על־פני העקרון התועלתני, עדיין ניתן תיאורטית להוכיח שהוא פרטו אופטימלי. יש הצדקה, על־כן, לעקוב גם אחר הטיעון החזק של פוזנר ולבחון כיצד הוא עומד במבחן הביקורת.

2. הטיעון החזק — ההצדקה הנורמטיבית למקסום העושר

ניתן לחלק את טענותיו של ריצ'רד פוזנר בדבר עליונותו הנורמטיבית של עקרון מקסום העושר לשלושה ראשים עיקריים: הנימוק האינסטרומנטלי, נימוק ההסכמה ונימוק אי־הוודאות:

(א) הנימוק האינסטרומנטלי

עקרון מקסום העושר — טוען פוזנר — בהתחשב בשקלול כל האלמנטים הרצויים בתורת־מוסר, מספק את הצירוף האופטימלי של אושר, זכויות וחלוקה צודקת[82]. התועלתנות מבקשת למקסם את האושר המצרפי, אך בכך היא מתעלמת מזכויותיהם של הפרטים ולכן מביאה לתוצאות מפלצתיות. התורה הקנטיאנית מאמינה בזכויות מוחלטות ואוטונומיות. קשיחות זו עלולה אף היא להביא לתוצאות חברתיות מעוותות. עקרון מקסום העושר משיג את הצירוף האופטימלי של שתי הגישות, נוסף על תוצר־לוואי שאף הוא מבורך — צדק חלוקתי.

בטענה זו פוזנר מודה למעשה שבעושר, בניגוד לאושר או לחירות, אין ערך אינהרנטי, ולכן העושר הוא רק אינסטרומנט להשגת ערכים אחרים. עקרון מקסום העושר מוצג כשביל־הביניים בין תועלתנות לקאנטינאיזם — עיקרון המביא לידי ביטוי את הטוב שבשניהם וחונח את הרע. האם תיאור זה אכן נאמן למציאות? נניח, שתועלתן וקאנטיאן מקיימים פגישת־פסגה, שמטרתה לאמץ עיקרון נורמטיבי מוסכם אחד. התועלתן משחכנע מטיעוני עמיתו שמוצדק להגביל חישובים של מקסום האושר לטובת תביעות לגיטימיות של זכויות. כך, למשל, הוא מודה בכך שמוצדק למנוע מהסדיסט לענות אחרים. הקאנטיאן משתכנע על־ידי עמיתו, שבמקרים קיצוניים מוצדק לוותר על האבסולוטיות של תפישת הזכויות בתמורה להגדלת האושר המצרפי. כך, למשל, הוא רואה כמוצדק מצב שבו תיכפה עסקה שבה אדם גוזע ברעב יוכל לשפר לאין־ערוך את מצבו על־חשבון פגיעה קלה באדם אמיד ביותר. אנו מתקרבים להסכמה על עיקרון משותף, אך האם יהיה זה עקרון מקסום העושר? נראה לי, ששני הצדדים ידחו עיקרון זה כהצעת־פשרה מקובלת. התועלתן יסכים לוותר על מקסום דווקני של תועלת, אך זאת רק תמורת הבטחה של זכויות־יסוד. אכל מקסום העושר (כפי שראינו קודם־לכן) לא יביא להבטחה של הזכויות ה"נכונות", אז מדוע לוותר על התועלתנות תמורתו? הקאנטיאן מוכן

82 זוהי הטענה המרכזית המועלית במאמרו של פוזנר "The Ethical and Political Basis..." (לעיל, הערה 72).

לוותר על מוחלטותן של זכויות בעבור קידום האושר. אבל מִקסום העושר אינו בהכרח מקדם את האושר, אז מדוע לוותר על זכויות בעבורו?[83]

ומה באשר למוצר־הלוואי של צדק חלוקתי? הלוא ראינו קודם־לכן, שלמעשה לעקרון מִקסום העושר אין הרבה מה לומר באשר להקצאה הראשונית של מקורות; וכאשר זו בוצעה, הפעלת הקריטריון של מִקסום העושר רק תביא להעמקה של אי־השוויון. פוזנר, מן הסתם, צודק בטענתו שעקרון מִקסום העושר יביא לקומבינציה של אושר, זכויות וחלוקה, אבל *קשה* להשתכנע שמדובר במינון הנכון וברכיבים הנכונים; והרי זה מה שעושה את כל ההבדל בין עקרון נורמטיבי טוב לעקרון נורמטיבי רע.

(ב) נימוק ההסכמה

הטענה הבאה של פוזנר מוצגת כך: העיקרון הנורמטיבי המנחה הטוב ביותר למערכת המשפטית הוא עיקרון המשקף הסכמה כללית. קיימת הסכמה כללית כזו להפעלת עקרון מִקסום העושר, ולכן עקרון זה הוא העיקרון הנורמטיבי הטוב ביותר. גם טענה זו רואה בעקרון מִקסום העושר אינסטרומנט, ובבסיסה הטענה המפתיעה שעקרון מִקסום העושר משקף קונסנזוס חברתי. הטענה מפתיעה שכן בעיניו של הצופה מהצד הפעלת עקרון זה כרוכה בהעברות כפויות של עושר. זה נכון — משיב פוזנר — שהפעלתו היומיומית של העיקרון למעשה אינה משקפת תמיד הסכמה, אבל זאת רק בגלל הוצאות עִסקה והעדר אינפורמציה מלאה. בעולם של אינפורמציה מושלמת וללא הוצאות עִסקה, הצברות העושר הכפויות היו נעשות באופן וולונטרי. לכן ניתן להסיק קיומה של הסכמה מראש (*ex-ante*) לביצוע עִסקאות "כפויות". נוסף על כך, ניתן להניח הסכמה מראש מכיוון שיש גם פיצוי מראש לאותם פרטים שהעברות העושר נכפות עליהם. השוק, ביודעו שעקרון מִקסום העושר הוא העיקרון הדומיננטי, מתאים את המחירים בהתאם לכך. בלוקחו בחשבון את העִסקאות הכפויות העתידיות, והתאמה זו יוצרת פיצוי מראש[84]. במצב של אינפורמציה מלאה — טוען פוזנר — אנשים יבחרו בעקרון מִקסום העושר, מכיוון שעלות הפעלתו זולה מעלות הפעלתו של עקרון המשלב פיצוי בדיעבד (*ex-post*), כמו עקרון פרטו.

לפני שנבחן את הטענה של פוזנר לגופה, ראוי להקדים בהערה: מבלי קשר לשאלה האם עקרון מִקסום העושר משקף הסכמה (או האם קבוצת־הפעולות המונחות על־ידי עקרון מִקסום העושר כלולה בקבוצת־הפעולות המשקפות הסכמה), נימוק ההסכמה אינו יכול לשמש הצדקה מספיקה לעקרון מִקסום העושר. קבוצת־הפעולות הנעשות בהסכמה רחבה יותר מקבוצת־הפעולות הנעשות על־פי עקרון מִקסום העושר. במלים אחרות: ישנן פעולות או מצבים שעל־פי הצדקה של הסכמה הן רצויות, ואילו עקרון מִקסום העושר שוללן או אדיש כלפיהן. דוגמא אחת שכבר ההכרה קודם־לכן היא עִסקת־החליפין בשוק ללא מחירים. יוצא אפוא, שנימוק ההסכמה אינו יכול לעמוד לבדו בהצדקת עקרון מִקסום העושר.

83 ראה גם Kronman (לעיל, הערה 75), 227, 238–239; Dworkin (לעיל, הערה 78), 249–263.

84 הטענה מובאת במאמרו של פוזנר "The Ethical and Political Basis..." (לעיל, הערה 72), 492.

מה לגבי תוכנו של נימוק ההסכמה עצמו? נראה שבנימוק זה מבקש פוזנר להדוף מְחקפה מכיוון המחנה הקאנטיאני שבאה בעקבות הנימוק הקודם. נימוק ההסכמה מבקש להצריק את עקרון מְקסום העושר מנקודת־מבט ליברלית של זכויות. בהתחשב בנתון רקע זה, יש ממש בביקורתו של דבורקין המזהה את ההסכמה שפוזנר מתכוון אליה כהסכמה נוגדת מציאות (counter factual). דבורקין טוען, שהסכמה כזו אינה דומה להסכמה אמיתית ואפילו לא להסכמה מוסקת (implied). תיאוריה ליברלית או גישה של זכויות מדגישות, או אפילו בנויות על, הסכמה אמיתית, ולכן עקרון מְקסום העושר אינו יכול לספק אותן[85].

בעוד ששאלת סוג ההסכמה אשר תספק את הליברל נתונה עדיין לוויכוח, ישנה נקודת־ביקורת חזקה הרבה יותר נגד הנמקתו זו של פוזנר — זו שאלת הגלעין בנימוק זה: האם אכן ניתן לקשר בין עקרון מְקסום העושר להסכמה מסוג כלשהו — תהא זו הסכמה מראש או הסכמה נוגדת מציאות או הסכמה מסוג אחר? נראה לי שפוזנר מותח את המונח "הסכמה", ובעיקר את נשואו, מעבר לכל משמעות סבירה. כך נוצר בלבול בין הסכמה לבין נטילת סיכון, מחד גיסא, ובין נזק, פיצוי והסכמה, מאידך גיסא. דוגמא המובאת על־ידי פוזנר עצמו מדגימה את הבלבול הראשון. זוהי דוגמת כרטיס־ההגרלה. פוזנר טוען שכשאדם קונה כרטיס־הגרלה, הוא מסכים מראש להפסד (שייגרם לו אם לא יזכה). קשה לקבל תיאור זה: קניית כרטיס־הגרלה היא נטילת סיכון, או במונחי הסכמה — הסכמה ליטול סיכון. הסכמה זו אינה זהה להסכמה להפסד. אילו השתיים היו זהות, גישה ליברלית (או עיקרון נורמטיבי המבוסס על זכויות) היתה מצדיקה מוסדיות מעשה דמאות המצמצם עד לאפס את הסיכוי לזכות בהגרלה, או התלטה שלא להעניק את הפרס לזוכה; שכן זה נתן הסכמתו להפסד. ותנאי ההגרלה הם עניין נפרד של אינפורמציה והוצאות עסקה. ברור שאין זו העמדה הליברלית. הסכמה ליטול סיכון אינה זהה אפוא להסכמה להפסיד.

הבלבול השני קשור למושגים נזק, פיצוי והסכמה. אדם שניזוק ומסכים לחזור בו מהתביעה המשפטית שהגיש תמורת פיצוי מוסכם, ניתן לראותו כמי שנתן את הסכמתו להיות מפוצה, אך לא כמי שנתן את הסכמתו להיות ניזוק. באופן דומה פיצוי מראש (כגון שילוב של אחריות מוחלטת וביטוח־חובה), שאינו בהכרח מבוסס על הסכמה כלל וכלל, אינו זהה להסכמה להיות ניזוק. לכן גם אם נקבל את התיאור השגוי במחלוקת (והוא אכן קונטרוברסלי), שלפיו במשטר של עקרון מְקסום העושר ניתן פיצוי מראש, עדיין לא ניתן להצדיק משטר זה בנימוק ההסכמה[86].

(ג) נימוק אי־הוודאות

הנימוק השלישי של פוזנר להוכחת טענתו בדבר עליונותו הנורמטיבית של עקרון מְקסום העושר הוא, שעיקרון זה הוא העיקרון שייבחר על־ידי כל הפרטים במצב היפותטי של אי־ודאות לפני הקצאת המקודות התחילית של החברה[87]. נימוק זה

85 ראה Dworkin (לעיל, הערה 78), 275.

86 להרחבה של הביקורת על נימוק ההסכמה ראה Coleman (לעיל, הערה 74), 531-540.

87 ראה מאמרו של פוזנר "...The Ethical and Political Basis" (לעיל, הערה 72), 498-499.

בנוי באופן מאוד דומה לצורה שבה בונה ג'ון רולס את תיאוריית הצדק שלו, שבה הוא טוען לזכות עקרון המקסימין (Maximin)[88]. בקליפת־אגוז, המיצוק של רולס בנוי בשני רבדים - נורמטיבי ופוזיטיבי. במישור הנורמטיבי טוען רולס, שהקצאה צודקת של מקורות היא זו שכל הפרטים היו נותנים לה את הסכמתם לפני שהיו יודעים את מיקומם האינדיבידואלי בחברה לרבדיה השונים — ההקצאה המוסכמת מעבר למסך הבערות. במישור הפוזיטיבי טוען רולס, שבהינתן כמה אלטרנטיבות של הקצאה כזו, ההקצאה שהיו מסכימים עליה כולם מעבר למסך הבערות היא זו שבה חלקו של העני ביותר הוא החלק הגדול ביותר בהשוואה לשאר ההקצאות — המקסימום של המינימום. זהו עקרון המקסימין.

בנימוק השלישי פוזנר מקבל, למעשה, באופן עקרוני (אך לא לכל פרטיו) את החלק הנורמטיבי במשנתו של רולס, אך הוא דוחה את החלק הפוזיטיבי. זאת הוא עושה במידה רבה בעקבות ביקורתו של קנת' ארו על העקרון הרולסיאני. ארו טוען, שאין זה סביר שייבחר עקרון המקסימין, גם תחת מסך הבערות, מכיוון שתמיד, בכל חברה, יהיה קיים אותו טיפוס של פרט כשולי החברה — העני ביותר, החלש ביותר, החולה ביותר — שעלות שמירתו בחיים תהפוך את כל שאר הפרטים בחברה לעניים מרודים. ארו גורס, שהתנהגות פרטים תחת מסך הבערות או בתנאי אי־ודאות תנחה על־פי עקרון התועלת הצפויה. הפרטים יבחרו בהקצאה הממקסמת את סך התועלת הצפויה שלהם. סכום התועלת הצפויה מחקבל על־ידי סכום כל המכפלות של תועלת פרט i בהסתברות להיות פרט i מפרט מס' 1 עד הפרט מס' n — האחרון בחברה. ההקצאה הממקסמת סכום זה תיבחר על־ידי הפרטים כהקצאה הרצויה[89]. פוזנר מקבל תיאור זה ומאמץ את עקרון התועלת הצפויה כמושא הבחירה הוולונטרית תחת מסך אי־הוודאות.

באשר למישור הנורמטיבי של התורה הרולסיאנית, פוזנר מסכים לעיקרון שעל־פיו הקצאת המקורות ההיפותטית שנבחרת פה אחד היא ההקצאה הצודקת, אך הוא חולק על רולס באשר לעיתוי ה"משאל". אליבא ד'פוזנר, העיתוי הנכון לקיים "משאל" זה הוא לא ב"מצב המקורי", כיוון שבמצב זה הפרטים אינם יודעים את יכולת הייצור שלהם, ועל־כן אין משמעות להעדפותיהם. פוזנר מציע לקיים את המשאל בשלב שבו כבר מדובר בפרטים אמיתיים, היודעים את תכונותיהם, את יכולתם ואת העדפותיהם. פוזנר גורס, שבשלב זה כל הפרטים יבחרו בעקרון מִקסום העושר.

נראה שנימוק זה משמש לפוזנר קו־הגנה (אחרון) לאחר תבוסתו בנימוק ההסכמה. הבעיה המרכזית של נימוק זה היא לא המישור הנורמטיבי שלו, אלא המישור הפוזיטיבי־תיאורי. פוזנר אינו מספק הוכחות (או הסברים) לטיעונו הפוזיטיבי. יש בו שלוש בעיות עיקריות: האחת היא השימוש במונחי עושר במקום מונחי אושר או תועלת — מדוע שפרטים במצב של אי־ודאות יחשבו על מצבם העתידי במונחים של עושר? כיצד מחולל שינויו של עיתוי המשאל החברתי שינוי מִמקסום תועלת צפויה למִקסום עושר? פוזנר אינו מציע הנחות־יסוד חדשות לגבי אֶפיוניהם של

88 John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., 1972).

89 ראה Kenneth Arrow, "Book Review: Some Ordinalist Utilitarian Notes on Rawls' Theory of Justice" 70 *Journal of Philosophy* (1973) 245.

הפרטים כבעלי אינטרסים אנוכיים וכחותרים למַקסם את תועלתם האישית, ותחת הנחות מסורתיות אלו השימוש במונחים של עושר במקום אושר לתיאור ההסכם החברתי הראשוני הוא בלתי־קוהרנטי[90]. הבעיה השנייה היא, שגם אם נתגבר על טרמינולוגיית העושר, עדיין נותרת השאלה בדבר התנהגות הפרטים במצב של אי־ודאות. בטרמינולוגיה כלכלית (של כלכלת אי־ודאות) תיאורו הפוזיטיבי של רולס מניח, שבתנאי אי־ודאות פרטים הם שונאי סיכון מוחלטים. פוזנר מניח, שהפרטים נייטרליים לסיכון[91]. סביר שתיאור נאמן יותר למציאות הוא היכן שהוא בין שתי הגישות הללו — דהיינו: שהפרטים אינם נייטרליים לסיכון; הם שונאי סיכון, אבל לא שונאי סיכון מוחלטים.

בעיה שלישית, הנובעת אף היא מעיתוי ה״משאל״, חוזרת לדוגמת כרטיס־ההגרלה שהוזכרה קודם־לכן. קיום המשאל בשלב שבו מדובר בפרטים אמיתיים היודעים את תכונותיהם, והעדפותיהם ויכולתם, שקולה להסכמה ליטול סיכון ולהשתתף בהגרלה שתוצאותיה פחות או יותר ידועות מראש. ראינו כיצד עקרון מַקסום העושר מתגמל את העשיר על־חשבון העני, ואת היצרן על־חשבון הצרכן. אם זהו המצב, מדוע הצרכן הפוטנציאלי או העני הפוטנציאלי יתנו את הסכמתם ליטול סיכון השקול להפסד?

בעיה נוספת קשורה להוזחבתו של העקרון המנחה בשלב הקצאת המקורות והפיכתו לעקרון נורמטיבי כללי, שעל־פי פוזנר צריך להנחות את החברה בכל שלבי חייה, להנחות מתוקקים ושופטים כאחד. אין קשר הכרחי בין השאלה כיצד פרטים במצב של אי־ודאות יחליטו על הקצאת מקורות החברה, לבין החלטתם בדבר העקרון שצריך להנחות פעילות פוסט־חלוקתית. על כן, גם אם טיעונו של פוזנר משכנע, עדיין אין בו הצדקה מלאה לאימוצו של עקרון מַקסום העושר כעקרון הנורמטיבי הכללי המנחה את המערכת המשפטית.

3. סיכום־ביניים

לדעתי, ריצ׳רד פוזנר אינו מצליח לשכנע, שעקרון מַקסום העושר ראוי להיות העקרון הנורמטיבי המוביל. הוא נכשל בהצבעה על יתרונותיו הן במישור המעשי הן במישור המוסרי. הוא עצמו מודה בכך שהעקרון אינו מושלם, כשהוא מציע להטיל בסיטואציות שונות מַגבלות של הסכמה אמיתית על חישוב של מַקסום העושר. כך, למשל, פוזנר מציע לקחת בחשבון שיקולי הסכמה אמיתית, כשהחלטות החלוקה הן מהותיות או משמעותיות ולא מקריות, כגון מיסוי וחלוקת זכויות קניין[92]. הוא נסוג לחלוטין (ובמודע) מעקרון מַקסום העושר, כשהוא מציע כיצד יש לפרש את החוקה האמריקנית[93].

מנגד, הביקורת החוזרת נגד טיעוניו של פוזנר אין משמעותה שעקרון מַקסום העושר חסר־ערך לחלוטין. אפילו אחד ממתנגדיו הבולטים של פוזנר — רונלד

90 ראה גם Veljanovski (לעיל, הערה 75), 8.

91 להסבר מפורט יותר ראה Schmalbeck (לעיל, הערה 75), 510-515.

92 Richard Posner, "The Ethical and Political Basis..." (לעיל, הערה 72), 499-500.

93 ראה Richard Posner, "The Constitution as an Economic Document" 56 *George Washington Law Review* (1987) 4, 31.

דבורקין — עושה שימוש בקריטריון מקסום העושר במסגרת התיאוריה המשפטית שלו[94]. לדעתי, אכן יש מקום לשיקולים של מקסום עושר, אך עליהם להשתלב במסגרת עיקרון נורמטיבי שונה שיעמוד בבסיס המערכת המשפטית. בפרק הבא אנסה להציג כמה מחשבות בכיוון של עיקרון שכזה.

ד. כמה הרהורים על העיקרון הנורמטיבי העדיף להנחיית המערכת המשפטית

העיקרון הנורמטיבי שאני מעוניין לטעון בזכותו — עקרון ההסכמה — אינו המצאה שלי ואינו תוצר של תיאוריית מוסר או פילוסופיה פוליטית חדשה. בכל־זאת אנסה לדבר בשבחו מזווית־ראייה שונה — זווית־הראייה של הגישה הכלכלית למשפט[95]. אנסה להראות, כי העיקרון, שניתן להצגה כעקרון הנודמטיבי של ענף הבחירה הציבורית, מהווה חלק מהגישה הכלכלית למשפט, ובהמשך לפרק הקודם אציג את העיקרון תוך שימוש במושגים ובסוגי הטיעון אשר שימשו בדיון על עקרון מקסום העושר. נקודת־ההתחלה תהיה פירוט ההנחות הפוזיטיביות העיקריות, שבבסיסה של הגישה.

1. הנחות הגישה

א. התנהגותם של פרטים. ההנחה הפוזיטיבית־תיאורית שבבסיס העיקרון הנורמטיבי המוצע היא הנחת־היסוד של רוב הכלכלנים, כמו גם הנחת־היסוד של נתח נכבד של התורות הפילוסופיות. ההנחה היא, שפרטים הם רציונליים וחותרים למקסם את אינטרסיהם האישיים[96]. ההנחה הזו תופשת לגבי כל הפרטים, הן בפעילותם במסגרת השוק הכלכלי הן בפעילותם מחוץ לשוק. נצפה אפוא, שפוליטיקאים יבקשו למקסם את אינטרסיהם גם בפועלם כמתווכים או כשליטים[97], שביורוקרטים יבקשו למקסם את אינטרסיהם בפעילותם הביורוקרטית[98] ושאפילו שופטים יתתרו למקסום אינטרסיהם בפעילותם השיפוטית[99].

94 ראה Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass., 1986) 301.

95 גישה קרובה ניתן למצוא אצל David Gauthier, *Morals by Agreement* (Oxford, 1986).

96 ראה Jonathan Macey, "Competing Economic Views of the Constitution" 56 *George Washington Law Review* (1987) 50, 57.

97 דוגמא ליישום הנחה זו בתחום זה מצויה אצל Robert Tullison, "Public Choice and Legislation" 74 *Virginia Law Review* (1988) 339; Jonathan Macey, "Competing Economic Views of the Constitution" 65 *George Washington Law Review* (1987) 50.

98 ראה, למשל, David Whynes & Robert Bowles, *The Economic Theory of the State* (Oxford, 1981); Charles Rowley and Robert Elgin, "Towards a Theory of Bureaucratic Behaviour", in: David Geenaway (ed.), *Public Choice, Public Finance, and Public Policy* (Oxford, 1985) 31–50.

99 ראה William Landes & Richard Posner, "The Independent Judiciary in an Interest Group Perspective" 18 *Journal of Law and Economics* (1975) 895; Eli Salzberger, "Why Do We Have an Independent Judiciary? A Public Choice Perspective, Working Paper 91–20" *John M. Olin Working Papers in Law and Economics, School of Law* (Berkeley, 1991).

ביקורת רבה הוטחה כנגד הנחת־יסוד זו, ויש המבטלים את כל הגישה התועלת־נית, כמו גם את המיקרו־כלכלה, על בסיס הכפירה בהנחה זו שהיא הנחת־היסוד שלהן. היו מי שטענו, כי עצם הצגת הנחה שכזו מהווה אקט לא־מוסרי, כיוון שהיא עלולה לעודד פוליטיקאים וביורוקרטים לפעול למען מקסום תועלתם[100], וכמי שעסק בניתוח כלכלי של המערכת השיפוטית נתקלתי לא־פעם במחאות כמו כיצד ניתן להציג את השופטים כמי שמבקשים למקסם את תועלתם האישית?

נראה לי, שנתח גדול מביקורת זו אינו מוצדק. המונח אושר, או אינטרס עצמי, אינו "דבר המדבר בעד עצמו", והשאלה הגדולה היא איזה תוכן יוצקת התיאוריה למונחים אלה. ההגדרה המקיפה ביותר, או, אם תרצו, הצרה ביותר של מקסום האינטרס העצמי — הגדרה המשמשת חלק מהמודלים הכלכליים, מורכבת משלושה רבדים[101]: (1) בחירת מטרה עצמית — כל פעולת בחירה מודרכת על־ידי החתירה להשגת מטרה אישית של הבוחר; (2) מטרת אושר עצמי — המטרה העצמית היא למקסם אושר אישי; (3) אושר תלוי־עצמי — אושרו האישי של הפרט תלוי רק בצריכתו העצמית. הגדרה חזקה זו היא המשמעות שהמבקרים מיחסים בדרך־כלל למושג self-interest, וביקורתם מבוססת על הגדרה זו. אך זו אינה ההגדרה האפשרית היחידה למושג והיא גם אינה ההגדרה החיונית לכל המודלים הכלכליים. ניתן לבנות מודל כלכלי המבוסס על הגדרה מינימליסטית יותר של מקסום אינטרסים עצמיים, למשל: הגדרה המוותרת על הרובד השלישי של ההגדרה המקסימליסטית. על־פי הגדרה שכזו, תועלתו או אושרו של אדם יכולים להיות מושפעים גם מצריכתם של אחרים. לחלופין ניתן להגדיר מקסום אינטרס אישי תוך ויתור על הרובד השני של ההגדרה המקסימליסטית. על־פי הגדרה שכזו, המטרה העצמית יכולה לקחת בחשבון גם את אושרם של אחרים. כאשר מדברים על פוליטיקאים, או אפילו על שופטים, הממקסמים את אינטרסיהם האישיים, אך אלו תלויים ברמת צריכתם או באושרם של בוחריהם, של הצדדים לדיון או של כלל הציבור — אזי אין הנחת האינטרס העצמי נראית כה בלתי־מציאותית. העיקרון הנורמטיבי המוצע כאן מתבסס על מודליזציה המסתפקת באחת הצורות של ההגדרה החלשה של מקסום האינטרס העצמי, דהיינו: הגדרה המתבססת על הרכיבים הראשון והשני או הראשון והשלישי של ההגדרה הצרה.

ב. הערך בחברה. ההנחה המרכזית השנייה של תורתנו המוסרית היא, שאין ערך (בחברה) מעבר לערכים של הפרטים החברים בה. במלים אחרות: השיפוט הנורמטיבי של כלל משפטי, או של כל התנהגות באשר היא, ניתן להסקה באופן בלעדי משיפוט כלל או התנהגות זו על־ידי הפרטים בחברה. בשלב זה אין אנו אומרים דבר על האופן שבו יש להסיק מהערכתם של הפרטים את השיפוט המוסרי החברתי. מה שכן מודגש הוא, שאין ערך המרחף לו בחלל החברה — ערך שאינו חלוי בחבריה. הנחה זו מוציאה מכלל העקרונות הנורמטיביים האפשריים נתח מסוים מתורות־המוסר הקיימות, למשל: את התורות הקומוניטריות (Communitarian) המייחסות ערך עצמאי למבנה החברתי עצמו. ההנחה ממקדת

100 התשובה לביקורת זו מצויה אצל Geoffrey Brennan & James Buchanan, "Is Public Choice Immoral? The Case for the Nobel Lie" 74 *Virginia Law Review* (1988) 179.

101 ראה Amartya Sen, *Supra* 31, 80-88.

אותנו בקבוצת התורות האינדיבידואליסטיות, בהן השיפוט הנורמטיבי מוסק משיפוטים נורמטיביים של הפרטים בחברה[102]. עם זאת, על בסיס אחת ההנחות המינימליסטיות באשר להתנהגותם של הפרטים המונעת על־ידי אינטרס עצמי עשויים למעשה להילקח בחשבון בהערכה הנורמטיבית מרכיבים שהקומוניטרים מבקשים לקחת בחשבון וגורסים שהתועלתנים מתעלמים מהם. בלשונו של אמרטיה סן, גישתנו מאפשרת לקחת בחשבון לא רק את היבט ה־well being של הפרט, הכולל הישגים והזדמנויות בהקשר היתרונות שלו עצמו, אלא גם את היבט ה־agency של הפרט, הכולל הישגים והזדמנויות בהקשר של מטרות וערכים של אחרים[103].

2. העיקרון הנורמטיבי המוצע

על־פי העיקרון המוצע — עקרון ההסכמה — מערכת־משפט, כלל או פעולה מוצדקים נורמטיבית אם ורק אם הם משקפים הסכמה של כל הפרטים המושפעים מהם[104]. בתחילת המאמר תיארנו את הוויכוח שבין גישת משפט הטבע, או הגישה הקאנטיאנית, לבין התועלתנות. אחד המאפיינים המבחינים בין שתי הגישות היה התמקדותה של הגישה הקאנטיאנית בתוכן הכלל או במהות ההתנהגות בקריטריון הקובע את טיבה המוסרי, לעומת התמקדותה של התועלתנות אך ורק בתוצאה של הפעלת הכלל או הפעולה כקובעת את טיבה המוסרי. הגישה המוצעת כאן מתמקדת באלמנט שונה, הקובע את טיב הפעולה או הכלל: הפרוצדורה שעל־פיה התקבלו או המוסד שבו הוחלטו. עקרון ההסכמה, אינו מונע אפוא על־ידי ערך טבוע ואינו מונע על ידי תוצאתיות, אלא הוא עיקרון פרוצדורלי־מוסדי.

עקרון ההסכמה הוא רק עיקרון אחד מתוך מספר רב של עקרונות נורמטיביים המשתייכים לקבוצה זו של עקרונות פרוצדורליים־מוסדיים. אחד העקרונות היותר פופולרים בקבוצה זו הוא עקרון הרוב, שעל־פיו פעולה או כלל מוצדקים אם ניתנה להם הסכמת רוב אלו המושפעים מהם. דוגמא אחרת היא שלטון אוליגרכי, שעל־פיה פעולה או כלל יהיו מוצדקים אם הם נקבעו על־ידי קבוצה מסוימת של שליטים. אבל יש בעקרון ההסכמה ייחודיות ובלעדיות — זהו העיקרון הפרוצדורלי־מוסדי היחיד שיכול להיות מסווג גם בקטיגוריית העקרונות בעלי ערך טבוע וגם בקבוצת העקרונות התוצאתיים. בכך טמון כוח השכנוע שלו.

ניתן להדגים כוח שכנוע זה על־ידי ניסיון להצדיק את עקרון ההסכמה בהתבסס

102 למיון עדכני של הגישות השונות של הפילוסופיה הפוליטית, הכולל את ההבחנה בין תיאוריות אינדיבידואליסטיות לבין תיאוריות קומיתטריות ראה Michael Sandel (ed.), *Liberalism and its Critics* (Oxford, 1984), ובמיוחד עמ' 1-13.

103 ראה ספרו של סן (לעיל, הערה 92), 43-45. כן ראה Geoffrey Brennan & James Buchanan, *The Reason of Rules — Constitutional Political Economy* (Cambridge, 1985) 22, 33–45.

104 שאלת־מפתח בהקשר זה, שעליה לא אפרט במסגרת זו היא מי בדיוק ייכלל בקבוצת הפרטים המושפעים מהכלל או מהפעולה. לשאלה זו חשיבות מברעת לגבי קשיי הישימות של העיקרון, שיפורטו בהמשך, תוצאותיו מבחינת פיזת השמרנות, חלוקה ועוד. אציין רק, כי קיים ויון דומה באשר להעדפותיו של מי יש לקחת בחשבון בחישוב המקסום התועלתני. דבורקין, למשל, מבחין בין העדפות חיצוניות לפנימיות ומציע שיש להתחשב רק באחרונות. ראה Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, 1979) 223 ff. ראה גם C. Baker, "Counting Preferences in Collective Choice Situations" 25 *UCLA Law Review* (1977/78) 381.

על שימוש באותם טיעונים שבהם השתמש ריצ'רד פוזנר להצדיק או להוכיח את עליונותו של עקרון מקסום העושר. הנימוק השני של פוזנר — נימוק ההסכמה (עקרון מקסום העושר מוצדק נורמטיבית כיוון שהוא משקף הסכמה) — תופך לטאוטולוגי. הוא כעת נשמע כך: עקרון ההסכמה מוצדק נורמטיבית כיוון שהוא משקף הסכמה. האובייקט הערכי בנימוק של פוזנר הופך לעיקרון המוצע עצמו. דבר דומה קורה לנימוק השלישי של פוזנר — נימוק ההתנהגות בתנאי אי־ודאות. כפי שציינו, נימוק זה הוא קו־הגנה אחרון של פוזנר לאחר דחיית נימוק ההסכמה. למעשה נימוק ההסכמה, אם הוא עומד, כולל במסגרתו את נימוק אי־הוודאות; שכן ניתן להציג את הנימוק האחרון כהסכמה בתנאים נתונים מסוימים (של אי־ודאות). גם לגבי נימוק זה ניתן אפוא לומר, שהעיקרון המוצע כאן מאמץ את האובייקט החיובי שפוזנר שואף אליו והופכו לתוכן העיקרון עצמו. מן הראוי להוסיף, שרעיון ההתנהגות בתנאי אי־ודאות כאמת־מידה נורמטיבית, המבוסס על התיאוריה של רולס, שואב השראה מאותו מקור של עקרון ההסכמה עצמו — ההסבר, שהוצע לראשונה על־ידי תומס הובס, הרואה בחוזה או באמנה החברותית בסיס לקיומו של סדר חברתי ובסיס לקיומה של המדינה. ההבדל העיקרי בין הגישה של רולס (ושל פוזנר) לבין גישת עקרון ההסכמה הוא, שרולס ופוזנר מדגישים את הכללים או העקרונות שעל־פיהם רצוי לפעול; בעוד שעקרון ההסכמה מדגיש את המבנה המוסדי או הפרוצדורה שלפיה מוצדק לאמץ את הכללים.

מעניין יותר הוא הנימוק הראשון של פוזנר — הנימוק האינסטרומנטלי — המצדיק את עקרון מקסום העושר כקוקטייל הנכון של אושר, זכויות וצדק חלוקתי. נראה לי, שנימוק זה משכנע יותר כאשר הוא מופעל לא על עקרון מקסום העושר, אלא על עקרון ההסכמה, כיוון שהעיקרון — כפי שציינו קודם — יכול להיחשב גם כעיקרון טבוע־ערך וגם כעקרון תוצאתי: הדרישה של הסכמה כללית של המושפעים מפעולה או מכלל משקפת אוטונומיה אינדיבידואלית מלאה. כל פרט יכול לדחות כל פעולה או כלל הפוגעים בזכויותיו. עקרון ההסכמה, הוא אפוא מונחה זכויות. ההבדל העקרוני היחיד בין עקרון זה לגישות המסורתיות של ערך טבוע הוא, שעל־פי עקרון ההסכמה "זכויות" הן דבר סובייקטיבי, בעוד שעל־פי הגישות המסורתיות "זכויות" הן דבר אובייקטיבי. ניתן לראות בהבדל זה יתרון של עקרון ההסכמה, שכן הוא מאפשר לפרטים (הרציונליים, על־פי הנחות־היסוד) להחליט מה יהיו זכויותיהם, או, במלים אחרות: הוא מאפשר לפרטים לסחור בזכויותיהם "האובייקטיביות" תמורת ערכים, מטרות ורצונות אחרים.

עקרון ההסכמה ניתן להצגה גם כעיקרון תוצאתי, בהיותו מקביל לעקרון פרטו, המשמש אחת הדרכים להגדרת יעילות. עיקרון המשתמש ביעילות כקריטריון נורמטיבי הינו תוצאתי, שכן רציותם של פעולה או כלל נקבעים לפי התוצאה שאליה הם מובילים. אנו אומרים, שמצב א הוא פרטו עדיף על מצב ב אם ורק אם יש לפחות פרט אחד המעדיף את א על־פני ב, ואין אף לא פרט אחד המעדיף את ב על־פני א. מצב א ניתן להגדרה אלטרנטיבית כפרטו עדיף על מצב ב אם יש הסכמה כללית או העדר התנגדות למעבר מ־ב ל־א. ההבדל העיקרי בין עקרון פרטו לעקרון ההסכמה הוא, שעקרון פרטו נחשב כתחליף או כ־second best למקסום האושר, או כעקרון היעילות הטוב ביותר הפותר את בעיות המדידה וההשוואה של

תועלות בין־אישיות. לעומת זאת, עקרון ההסכמה רואה בקריטריון פרטו עדיף first best או עדיף על עקרון מַקסום האושר[105].

ניתן אפוא לסכם ולומר, שגם הנימוק האינסטרומנטלי משכנע הרבה יותר כשהוא מופעל על עקרון ההסכמה במקום על עקרון מַקסום העושר. עד כדי כך הוא יותר משכנע, שלמעשה מה שקורה לנימוק זה דומה למה שקרה לשני הנימוקים האחרים של פוזנר — אובייקט הנימוק אצל פוזנר הופך לתוכנו של העיקרון המוצע על־ידנו. כך, במקום לטעון שעקרון ההסכמה מוצדק כיוון שהוא משקף תערובת נכונה של אושר, זכויות וצדק חלוקתי, ניתן לטעון שהוא מוצדק כיוון שהוא בעצמו אושר והוא בעצמו זכויות. עדיין אנו תבים מלה או שתיים על מרכיב הצדק החלוקתי.

במובן מסוים ניתן לומר, שעיקרון ההסכמה הוא גם שוויוני, כיוון שבבסיסו של העיקרון עומד הרעיון של טיפול שוויוני בכל הפרטים. לכל פרט יש אותו כוח של הטלת וטו על כל החלטה, פעולה או כלל המשפיעים עליו או עליה[106]. אבל אנשים רבים, בדברם על שוויון, מתכוונים לשוויון בתוצאות ולא לשוויון בטיפול או לשוויון בהזדמנויות. איננו יכולים להשביע לגמרי את רצונם של אלו, שכן לא ניתן להציג שוויון בתוצאות (במונחי רווחה או מקבילותיה) כתוצאה אינהרנטית של עקרון ההסכמה. בהקשר זה, שוויון בתוצאות חלוי באופן מכריע בנקודת־המוצא או בשלב שבו אנו מתחילים להפעיל את עקרון ההסכמה. אם עקרון ההסכמה מופעל בחברה קיימת שלא הודרכה על־ידו לפני־כן, לא ניתן להבטיח תוצאה שוויונית, שכן זו תלויה באופן חלוקת המקורות בעת הצגת העיקרון ובכוח המיקוח של הפרטים[107]. עם זאת, ניתן לומר כי סביר שמצב השוויון לא יורע. לעומת זאת, אם עקרון ההסכמה מופעל מרגע ייסוד או הקמת החברה, סביר שהחלוקה תהיה שוויונית יותר גם במונחים תוצאתיים. בסיטואציה שכזו יש שוויון בנקודת־המוצא — לאף פרט אין דבר — וההשפעה של ההבדלים בכוח מיקוח תהיה שולית יותר. הבדלי חלוקה שיתהוו בכל־זאת, יהיו בעיקר תוצר של רצון הפרטים. יהיו פרטים שיעדיפו ערכים ומטרות אחרים על־פני שוויון תוצאתי מלא, ואם כך הדבר ניתן לראות מצב זה כעדיף על־פני הפעלת עיקרון שוויוני אובייקטיבי מבחוץ. כמו מה שנאמר לעיל על זכויות, גם כאן הפרט, אם הוא מעוניין בכך, יכול לסחור בשוויון תמורת מטרות ורצונות אחרים. בכל מקרה, השוויון המוכטח על־ידי עקרון

105 קולמן מבקר את זיהויה של הסכמה עם עקרון פרטו, גם מבחינה סימנטית וגם מבחינה אפיסטמולוגית. הוא טוען, שהמוטיב החשוב ביותר ביעילות (או בעקרון פרטו) הוא מוטיב המַקסום, וכשיעילות או עקרון פרטו מצטמים ומנוחתים בנשגים של הסכמה, הם מאבדים את מימד המַקסום (ראה מאמרו של Coleman [לעיל, הערה 74], 545–548). נראה לי שביקורת זו אינה במקומה. על־פי הנחות־היסוד של המיקרו־כלכלה) הפרט, ורק הוא או היא, יודע מה רע, מה טוב ומה יותר טוב עבורו, והוא פועל באופן רציונלי להשיג את הטוב ביותר עבורו. על־פי הנחה זו, לא ייתכן, מעצם טיבו, מצב שבו פרט לא יהן את הסכמתו לפעולה שתביא לשיפור במצבו. הקונסטציה של יעילות "אובייקטיבית", אינה קיימת אפוא כלל, וכך גם ההבחנה בין גישה ריאליסטית לגישה נוגדת־מציאות (counterfactualist) אינה תואמת את ההנחות הבסיסיות והכלליות של הגישה הכלכלית. ראה גם Jules Coleman, *Markets, Morals and the Law* (Cambridge, 1988) 133–150.

106 ראה גם סטרם של Brennan & Buchanan (לעיל, הערה 103), 21.

107 במינוח של תיאוריה כלכלית, הקצאת המקורות הקיימת תקבע את מיקומנו בתוך תיבת אדג'וורת'; כוח המיקוח יקבע את הנקודה אליה נגבור לאחר הפעלת עקרון ההסכמה בתוך הערשה הרלבנטית.

ההסכמה הוא יותר שוויון נוסח דבורקין — שוויון במקורות — מאשר שוויון כלכלי או שוויון של רווחה[108].

3. כמה הערות על הבעיות הכרוכות ביישומו של עקרון ההסכמה

ביקורת על עקרון ההסכמה המתבקשת כמעט מאליה היא, שחרף מראיתו האובייקטיבית הוא בלתי־ישים לחלוטין. האם ביקורת זו מוצדקת? יש להבחין בין שני היבטים של "ישימות" — היבט פנימי והיבט חיצוני. בהיבט הפנימי למעשה כבר טיפלנו — וזהי השאלה האם ניתן להפעיל את העיקרון מבחינת המיכניקה הפנימית של פעולתו. מבחינה זו אין לנו בעיות הדומות להפעלת העיקרון התועלתני, שכן אין לנו צורך למדוד תועלות אצל פרטים ולהשוות תועלות בין־אישיות. עקרון ההסכמה דורש רק שפרטים יוכלו לדרג מצבים, פעולות וכללים שונים. יתירה מכך: ניתן בהחלט להרחיב את ההגדרה של אינטרס עצמי (למה שכינינו הגדרה יותר חלשה). הגם שהרחבה כזו עלולה לסבך את מידול הפעלת העיקרון, עדיין היא אפשרית; הפעלת העיקרון יכולה לסבול גם העדר־שלמות בדירוג הצדפות, שלא כמו עקרון מקסום העושר הדורש שלמות שכזו[109]. מבחינת ההיבט הפנימי של הפעלת עקרון ההסכמה ניתן לסכם, שהעיקרון ישים (ובכל מקרה — ישים יותר מעקרונות מתחרים).

השאלה החריפה יותר קשורה להיבט החיצוני של ישימות העיקרון. בכך אנו מתכוונים לשתי בעיות עיקריות: האחת, מהם המיכויים שהפעלת העיקרון תוכל להכריע בין אלטרנטיבות שונות; והשנייה קשורה לעלות הפעלתו של העיקרון. רוב המבקרים את העיקרון יכותנו את ביקורתם, מן הסתם, בעיקר לבעיה הראשונה. הם יטענו שברוב מוחלט של הנושאים לא נוכל למצוא כלל, פעולה או החלטה שישביעו את רצון כל הפרטים המושפעים מהם. אף פתרון לא יוכל להתקבל פה אחד. ביקורת זו שוכחת שלמעשה גם הסטטוס־קוו הוא פתרון אפשרי, וכאשר לוקחים את הסטטוס־קוו בחשבון, הרי שעקרון ההסכמה מעניק מאה אחוזים של ישימות. העדר קונסנזוס לשינוי הסטטוס־קוו משמעו, על פי הגדרה, עדיפותו של זה על־פני כל אופציה אחרת. כל זאת בחנחה שלסטטוס־קוו זה הגענו על־ידי קונסנזוס בזמן עבר, ולכן אין א־פריוריית פגם להישאר בו.

במלים אחרות — בשפה טכנית יותר — אם החברה אינה מצויה במצב פרטו אופטימלי, ניתן לעבור למצב שכזה באמצעות שיפור פרטו. בסיטואציה כזו, כל מי שיכול להרוויח מהמעבר הנ"ל יעשה כל מה שביכולתו להביא למעבר, וכאשר המעבר מוחנה בהסכמה פה אחד, כדי להשיג הסכמה שכזו יציעו המרוויחים הפוטנציאליים להתחלק ברווח מהמעבר עם אלו האדישים. אף שניתן לצפות להליך של מיקוח, החלטה בוא תבוא (אם המצב הקיים אינו פרטו אופטימלי), שכן כולם יכולים להרוויח ממנה. יתירה מכך: עקרון ההסכמה מאפשר מעבר ממצב שאינו פרטו אופטימלי למצב פרטו אופטימלי גם שלא באמצעות שיפור פרטו;

108 ראה ספרו של דבורקין, *Law's Empire* (לעיל, הערה 94), 297; וכן Ronald Dworkin, "What is Equality, Part 2: Equality of Resources" 10 *Philosophy and Public Affairs* (1981) 283.

109 ראה טן (לעיל, הערה 31), 65.

שכן אם יש מפסידים פוטנציאליים מהמעבר המוצע, והפסדם קטן מהרווח של אלו שרוצים בו — המרוויחים יכולים להעביר חלק מרווחהם למפסידים, כך שגם האחרונים יתמכו במעבר. מבחינה זו, עקרון ההסכמה עדיף על עקרון פרטו. אם החברה נמצאת במצב פרטו אופטימלי, עדיין ייתכן מעבר למצב פרטו אופטימלי אחר, אם המרוויחים מהמעבר יכולים לחלק את רווחיהם עם המפסידים באופן שהמפסידים ייאותו להסכים לו. אם אין הדבר אפשרי, משמע שאכן שום החלטה לא תוכל להתקבל בהסכמה מלאה, והסטטוס־קוו יישאר בעינו. אך על־פי העיקרון הנורמטיבי שלנו, הסטטוס־קוו יהיה אך מוצדק.

הבעיה השנייה היא זו של עלות הפעלתו של העיקרון. גם אם ניתן להגיע להחלטה פה אחד בנוגע לשינוי מצב, אימוץ כלל או פעולה, עדיין נשאלת שאלת העלות: האם המחיר הכרוך בהחלטה פה אחד אינו מחיר־עתק? אכן, התיאור לעיל של המעבר למצב פרטו אופטימלי באמצעות שיפור פרטו, או שלא באמצעות שיפור פרטו, מניח עולם שבו יש אינפורמציה מלאה והעדר הוצאות עִסקה. בעולם האמיתי אין אינפורמציה מלאה, והוצאות העִסקה אינן אפס. יתירה מכך: בהשוואה לכללי החלטה אחרים, אכן כלל החלטה פה אחד הוא בהחלט יקר יותר להפעלה. זוהי למעשה הבעיה היישומית העיקרית של עקרון ההסכמה. מה אפוא יכול להיות הפתרון לבעיה?

פתרון אחד, המוצע על־ידי כמה מלומדים[110], הוא מעבר לעקרון פרטו כפוי, או עקרון קלדור־היקס עם פיצוי אמיתי (כזכור, עקרון קלדור־היקס המקורי לא דרש פיצוי בפועל, אלא רק יכולת לפצות). לפי הצעה זו, ייערך ניתוח עלות־תועלת במונחי תועלת[111], והפתרון היעיל ייאכף על הפרטים תוך פיצוי אלו המפסידים מההחלטה. לדעתי, יש לדחות פתרון זה: ראשית, הוא מפר את רעיון־היסוד של עקרון ההסכמה — הוולונטריות שלו — ולכן הפתרון נחות נורמטיבית מעקרון ההסכמה. שנית, במסגרת הנחות־היסוד שלנו, פתרון זה אינו ישים מבחינת ההיבט הפנימי. אי־ישימות זו קשורה לתפישת היעילות (במונחי תועלת) או לתפישת מָקסום התועלת. לפי הנחותינו, הפרטים הם רציונליים במובן זה שהם יודעים מה טוב בשבילם. הם אינם אמורים לדעת, אלא־אם־כן מספרים להם מה טוב לפרטים אחרים. לפיכך, אין בנמצא "יעילות אובייקטיבית", או אין קביעה של יעילות שהיא בלתי־תלויה בהעדפותיהם של פרטים הבאות לידי ביטוי בפעילות וולונטרית[112]. על־כן, יעילות או מָקסום תועלת אינם ניתנים להיכפות. שלישית, קבלת פתרון זה מחייבת הנחה נוספת כדבר מדירות וברורת־השוואה בין־אישית של תועלות. כפי שכבר פירטנו, הנחה שכזו סבוכה ובלתי־מציאותית. וסיבה אחרונה לדחיית פתרון זה היא, שפשוט לא ברור אם הוא אכן יותר זול להפעלה. ייתכן שההיפך

110 ראה, למשל Veljanovski (לעיל, הערה 75), 14.

111 ניתוח עלות־תועלת השגורחי, או בשפת המקור — cost-benefit analysis, נעשה במונחים כספיים. במובן זה תרגום המונח לעברית לא היה מדויק.

112 Coleman (לעיל, הערה 105), 144, מבחין בין אובע תפישות של "יעילות": ריאליסטית (הלוקחת בחשבון עלויות עסקה כחלק אינטגרלי של השוק)־סובייקטיבית, ריאליסטית־אובייקטיבית, נוגדת־מציאות (ללא הוצאות עסקה)־סובייקטיבית ונוגדת־מציאות־אובייקטיבית. לדעתי, אין הבדל בין שני מישורי המיון, שכן גישה סובייקטיבית מובילה באופן אוטומטי למה שקולמן מכנה גישה ריאליסטית.

הוא הנכון, שכן פתרון כזה מצריך מערכת ביורוקרטית של מדידות, איסוף נתונים ואכיפה שעלותה תהיה מן הסתם גבוהה ביותר.

פתרון אפשרי שני הוא לקחת בחשבון את העלות הכרוכה בהפעלת כלל החלטה של פה אחד ולהפנים אותה במסגרת העיקרון הנורמטיבי על־ידי יצירת כלל החלטה חדש ואופטימלי מבחינת עלות הפעלה. ניתוח ופתרון דומים להצעה זו מצויים בעבודות המוקדמות של ג'יימס ביוכנן וגורדון טלוק[113]. הרעיון המרכזי שלהם היה כדלקמן: כלל החלטה פה אחד הוא כלל ההחלטה הטוב ביותר, בהתחשב בהפסד הנגרם לפרטים מתוצאות ההחלטה — התוצאות החיצוניות. על־פי כלל כזה, ההוצאות החיצוניות יהיו אפס, שכן אף פרט לא יתן את קולו להחלטה הגורמת לו הפסד (בל נשכח שהפרטים רציונליים). מנקודת־מוצא זו של כלל החלטה פה אחד, ככל שנצמצם את הרוב הדרוש להעביר החלטה, הוצאות חיצוניות אלו יגדלו, שכן יהיו יותר מפסידים. הוצאות אלו יגיעו למקסימום עם הפעלת כלל החלטה של אדם אחד — כלל דיקטטורי. לעומת זאת, כלל הדיקטטור הוא הכלל הזול ביותר מבחינת עלות יישומר־הפעלתו או מבחינת ההוצאות הפנימיות הכרוכות בהפעלתו; שכן אין צורך לכנס ישיבות, לאסוף קולות וכדומה. מנקודת־מוצא זו של כלל הדיקטטור, ככל שנגדיל את מספר הפרטים הדרוש להעברת החלטה, כך ייגדלו ההוצאות הפנימיות. מבחינה זו, כלל החלטה פה אחד הוא כלל ההחלטה היקר ביותר להפעלה. אם נחבר את שני סוגי ההוצאות, נוכל למצוא את כלל ההחלטה האופטימלי, וזה יהיה הכלל המביא סכום הוצאות זה למינימום.

לדעתי, יש לדחות פתרון אטרקטיבי זה כמספק עיקרון נורמטיבי תלופי לעקרון ההסכמה, וזאת לפחות משתי סיבות עיקריות, הדומות לאלו שהשתמשנו בהן לדחיית הפתרון הקודם: ראשית, פתרון זה מסכל את אלמנט הוולונטריות, שהוא הגלעין של עקרון ההסכמה. אם מטרתנו היא בכיוון הוולונטרי, עלינו להיות מוכנים לשלם את המחיר הכרוך ביישומו. שנית, הפתרון המוצע לא נראה ישים. בעוד שההוצאות הפנימיות נמדדות במונחים כספיים, ההוצאות החיצוניות הן במונחים של תועלת. מציאת הכלל האופטימלי, המבוסס על חיבור ההוצאות, מחייבת הנחה של מדידות וברות־השוואה של תועלות, המחזירה אותנו שוב לנקודת־המוצא.

אם כן מהו בכל־זאת הפתרון לעלות הגבוהה הכרוכה בהפעלת עקרון ההסכמה? הפתרון הנראה בעיני נע בכיוון של ביוכנן וטלוק של כלל ההחלטה האופטימלי, אך לא כיוצר עיקרון נורמטיבי חדש. השימוש בעקרון ההסכמה יכול להוביל לשימוש בכלל ההחלטה האופטימלי כתוצר פרקטי של קונסנזוס. באופן כללי יותר, קבלת עקרון ההסכמה כעיקרון הנורמטיבי המוביל והבלעדי אין משמעה שכל הכרעה חברתית זקוקה להחלטה פה אחד. החלטה פה אחד מוקדמת יכולה להסמיך החלטות מאוחרות יותר שלא על בסיס פה אחד. למעשה, אך סביר שלאחר תחשיב אינדיבידואלי של כלל ההחלטה האופטימלי יגיעו כל הפרטים לקונסנזוס באשר לכלל החלטה עתידי. סביר אף שיתקבלו (על־ידי קונסנזוס ראשוני) כמה כללי החלטה עתידיים שונים, המעוצבים לטפל בטיפוסים שונים של סוגיות. כל כללי ההחלטה, המוסדות וההליכים שייבנו ישאבו את תוקפם מקונסנזוס מקורי. בדרך

113 James Buchanan & Gordon Tullock, *supra* note 68, at pp. 68–84.

זו בעיות יישומו של עקרון ההסכמה נראות פתירות. הסצנריו המתואר כאן הולך למעשה בעקבות רעיון החוקה כחוזה חברתי, ששורשיו נטועים מאות שנים בעבר, ושאת הגרסה המודרנית שלו, הדומה ביותר לאופן שהוא מוצג כאן, ניתן למצוא אצל ג'יימס ביוכנן[114].

כך נמצא, שהשימוש בפועל בכלל התלטה פה אחד יוגבל לשלב החוקתי ולהחלטות מסוימות בשלב הפוסט חוקתי והחלטות אחרות יתקבלו בהליכים אחרים (כמו החלטת דוב או רוב של נציגים) השואבים את הלגיטימציה שלהם מעקרון ההסכמה. טבען של הנסיבות שבהן נבקש להחליט באמצעות כלל פה אחד עצמו (בשלב החוקתי או הפוסט־חוקתי) הוא כזה שהעלות (הפנימית) של הפעלתו לא תהיה גבוהה מאוד, שכן יהיו אלו נסיבות שמטבע הדברים מאופיינות בדרגה גבוהה של אי־ודאות ובצורך לראייה ארוכת־טווח. מאפיינים אלו יצמצמו התנהגויות אסטרטגיות ובכך יקטינו את ההוצאות הפנימיות[115].

ה. סיכום

מנקודת־מוצא כללית של מבט־על על הגישה הכלכלית למשפט, מחד גיסא, ועל הרקע לוויכוח היסוד של תורת־המדינה, מאידך גיסא, התמקדנו במאמר זה בוויכוח על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט. בחנו את טיעוניו של ריצ'רד פוזנר בזכות עקרון מקסום העושר כעיקרון הנורמטיבי הראוי להדריך את המערכת המשפטית, וניסינו להציע עיקרון נורמטיבי עדיף, עקרון ההסכמה, עדיין במסגרת הגישה הכלכלית, אך במסגרת ענף מיוחד שלה — ענף הבחירה הציבורית. לדעתי, לענף זה יש יתרון על־פני הגישה הכלכלית המסורתית של אסכולת שיקגו, בספקו מסגרת ניתוח למדינה ולרשויותיה, למוסדותיה ולתהליכיה — מסגרת ניתוח המאפשרת לדון גם בפעולות שמחוץ לשוק, המתמקדת בניתוח קבלת החלטות הן ברמת הפרט הן ברמת הקבוצה, החברה או המדינה.

בשל קוצר היריעה לא נתאפשר לנו להרחיב. כך, למשל, לא דנו בהשלכות של אימוץ עקרון ההסכמה על הערכתה של שיטת הממשל בישראל — מה כוחן של החלטות דימוקרטיות, דהיינו: החלטות שהתקבלו ברוב קולות, בשיטה המבוססת על ייצוג פרופורציונלי־ארצי וממשלות־קואליציה? האם לממשלת אחדות לאומית יש ערך מוסרי גבוה מאשר לממשלה על בסיס רוב מצומצם? מהן ההשלכות של העיקרון המוצע על שאלת הרציות של חוקה, והדרך הנאותה לאמץ חוקה? ועוד. לאימוצו של עקרון ההסכמה יש גם השלכות באשר להפרכת מערכת־המשפט הישראלית, המבנה שלה והכללים שראוי שידריכו שופטים בקבלת החלטות — בפרשנות ובחקיקה שיפוטית.

על־אף ההיקף הנרחב של כתיבה הקשורה לנושאים שבהם דנו במאמר זה, נראה שחלק מכיווני המחשבה שהועלו נמצאים עדיין בחיתוליהם, בעיקר מזווית־הראייה

114 ראה James Buchanan, *The Limits of Liberty — Between Anarchy and Leviathan* (Chicago, 1975) 68–84.

115 ראה Brennan & Buchanan, *The Reason of Rules...* (לעיל, הערה 103), 28-29, 74-81.

של תורת־המשפט. רוב הפילוסופים של המשפט עסוקים בשאלות יוריספרודנטליות חיצוניות, כגון מהו המשפט, והשאלות היוריספרודנטליות הפנימיות עדיין ממתינות להעלאה, לבחינה ולדיון.