

## היסודות ההיסטוריים של המשפט

מאת

הרולד ג. ברמן\*

H.J. Berman, *The Historical Foundation of Law*, 54 EMORY LAW JOURNAL, 13-21 (2005)

התכנסנו כאן כדי לדון במשפט מנקודות מבט שונות אך קרובות: יסודותיו בהיסטוריה, יסודותיו ביחסים החברתיים, ויסודותיו במוסר ובדת. בפתח דיוננו זה, אפתח בניתוח קצר של שלוש האסכולות המרכזיות של ההגות המשפטית – הפוזיטיביזם, התיאוריות של משפט הטבע, והאסכולה ההיסטורית – שהתחרו זו בזו באירופה ובאמריקה בשתי המאות האחרונות. אעשה זאת מאחר שאני מאמין שאחד ההישגים שלנו היום יהיה לצרף את שלוש האסכולות האלה יחד, למה שאפשר לכנותו 'תורת משפט אינטגרטיבית'. אדגיש את הצורך להחיות מחדש את תורת המשפט ההיסטורית על מנת לפתור קונפליקטים בין האסכולות האחרות, ואדגיש, בנוסף, את הצורך לבצע אינטגרציה לשלוש האסכולות, על מנת לענות על האתגרים ההיסטוריים שעומדים בפני המסורת המשפטית במאה העשרים ואחת.

האסכולה הפוזיטיביסטית מתייחסת אל המשפט ככלי פוליטי במהותו, גוף של כללים המתפרסמים ונאכפים בידי הרשויות המוסמכות, המייצגות את הרצון והמדיניות של המחוקקים. התומכים של תיאוריית משפט הטבע, לעומתם, מתייחסים למשפט כאל כלי מוסרי, התגלמות של עקרונות ההיגיון והמצפון הטמונים בטבע האדם. ההיסטוריציסטים לעומת זאת מתייחסים למשפט בעיקרו כהתגשמות זיכרון הקולקטיב והאתוס המתפתח של החברה שלה הוא שייך.

\* כל הזכויות שמורות. התרגום והפרסום באישור. תרגום מאנגלית: עו"ד שמעון נטף. פרופסור למשפטים בבית הספר למשפטים של הרווארד ובבית הספר למשפטים של אוניברסיטת אמורי. שימש גם בתור פרופסור למשפטים על-שם רוברט ו. וודרוף, ועמית מרכז קרט. מאמר זה הוצג בכנס על "יסודות המשפט" שנערך בבית הספר למשפטים של אמורי, ב-25 למרץ, 2004.

הפוזיטיביסטים – השולטים כיום בקרב חוקרי משפט אירופים-קונטיננטליים ואנגלר-אמריקנים גם יחד – מטעימים את מקור המשפט בעיקר בכללים ש"הניחו" הרשויות החקיקתיות, המנהליות והשיפוטיות, ומנתחים את הכללים האלו במנותק מהתאמתם לעקרונות מוסריים, או לתודעה ההיסטורית של הישות הפוליטית הנתונה. רק לאחר שנקבע מה "יש" בחוק, הם אומרים, יש מקום לשקול מה "ראוי שיהיה" בו, מה היה בעבר, או מה יהיה בעתיד. מנגד, הנטורליסטים (אם ניתן לכנותם כך) מטעימים את מקור החוק בעיקר בעקרונות יסוד של צדק, תוך שהם מאחדים את המושגים "יש" ו"ראוי שיהיה", ומנתחים חוקים לאור התכליות המוסריות שביסודם. ולבסוף, ההיסטוריציסטים מטעימים – הן את מקור החוק הקיים, הן את החוק ש"ראוי שיהיה" – בעיקר במנהגים ובמסורת של חברה נתונה, הכוללים גם את החלטותיהם הקודמות של בתי המשפט, וגם את הכתיבה האקדמית של משפטיים בחברה הנתונה; לטענתם, את משמעות החוקים והצדק יש למצוא בזהות, בתרבות ובערכים ההיסטוריים של החברה.

שאלת הקדימות בין שלוש התיאוריות הללו לא הייתה קריטית בטרם התקופה המכונה "עידן הנאורות" של אחרית המאה השמונה עשרה, שכן באירופה הנוצרית של טרום עידן הנאורות הייתה הנחה די אוניברסלית, ולפיה אלוהי השילוש הקדוש הוא המקור האולטימטיבי של הסדר, הצדק, והייעוד האנושי גם יחד. כך היה אפשר לקיים אינטגרציה במונחים תיאולוגיים להיבטים ההיסטוריים, המוסריים והפוליטיים של המשפט. הוגי עידן הנאורות, כדוגמת אקווינס (Thomas Aquinas), גרוטיוס (Hugo Grotius) ולוק (John Locke), שחרף השוני ביניהם נחשבים על פי רוב למאמינים במשפט הטבע, הסכימו על חלקים מרכזיים של המשגה הפוזיטיביסטית של המשפט כגוף של כללים שנקבעו על ידי רשות החקיקה, וגם על המשגה ההיסטורית של המשפט כביטוי למנהגים ולאמונות של החברה אשר לה שייך המשפט. למרות שתורות משפט פרוטסטנטיות וקתוליות נחלקו ביניהן בהיבטים חשובים – האחת נוטה יותר כלפי משפט הטבע וההיגיון כמקור העיקרי של החוק, והאחרת נוטה יותר לכיוון פוזיטיביזם ורצון המדינה – אף על פי כן, שתייהן החזיקו בדעה שהאל העניק לבעלי השלטון עלי אדמות את הכוח ליצור ולאכוף חוקים, שהוא טבע את המצפון והדעת בליבותיהם ובשכלם של בני האדם, וכי ההיסטוריה של המשפט מייצגת את ההתגשמות של התוכנית האלוהית. הם הכירו במתח שקיים בין ההיבטים הפוליטיים, המוסריים וההיסטוריים של המשפט, אך מתח זה נפתר בסופו של דבר על ידי זיהוי מקורם המשותף באלוהי השילוש הקדוש, שהוא מחוקק כל יכול, שופט צדק ורחום, מעורר השראת ההתקדמות ההיסטורית, ש"עקבותיו" בנפש האנושית, כפי שהורה אוגוסטינוס הקדוש, הם הרצון, הדעת והזיכרון, בהתאמה.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> ראו ST. AUGUSTINE, CONFESSIONS 317-18 (E.B. Pusey trans., Ernest Rhys, ed., J.M. Dent & Sons Ltd. 1907) (latest reprinting in 1929) (397); ובכך, השלושה עליהם שחתי הנם להיות, לדעת, ולרצות. מפני שהנני, ואדע וארצה; ואני יודע שאני הנו, ורוצה, ואני רוצה להיות ולדעת. לכן באלו השלוש, יבחין הוא אשר יוכל ... כמה בלתי נפרד הוא ההבדל, ובכל זאת הוא ישנו".

בעקבות החילון של ההגות המשפטית במאות התשע עשרה והעשרים, המתח בין התיאוריות הפוזיטיביסטיות ותיאוריות משפט הטבע התחדד במיוחד. בעשורים האחרונים, התנגדותן זו לזו החלה להתרכך במידת מה. הפוזיטיביסטים היום מודים באופן כללי כי שיטה משפטית עשויה לכלול במפורש נורמות מוסריות עליונות, המבטיחות שוויון והגינות מהותיים ופרוצדורליים – הן בכללים המשפטיים עצמם, והן באופן שבו הם מיושמים. בדומה לכך, הנטורליסטים מביאים בחשבון יותר ויותר את טבעו המוסרי של ההיבט הפוליטי במשפט – יתרונותיו של ביטחון משפטי, כולל היצמדות נאמנה לטקסטים חקיקתיים. המקום שבו נפרדות דרכיהם של הנטורליסטים והפוזיטיביסטים הוא בפרשנות של כללים משפטיים. הפוזיטיביסט מפרש אותם, כשאפשר, על פי משמעותם הפשוטה; ובמקרה של עמימות, על פי המדיניות שאותה הם מקדמים. החוק, עבור הפוזיטיביסט, הוא כלי של רצון המחוקק. הנטורליסט, בניגוד אליו, שוקל גם את התכלית המוסרית של הכלל, כולל תכליותיו כחלק ממערכת של צדק. הנטורליסט מניח שאחת התכליות של כל כלל היא שהוא יחול באופן הוגן ושוויוני, ואם המחוקק התכוון באופן מעוות לאי צדק משווע, אין להוציא לפועל כוונה זו. כך, בפרשנות וביישום של כללים משפטיים, מי שדבק בתיאוריה פוזיטיביסטית של המשפט, בפועל, יתמוך מעל לכל בסדר הפוליטי, בעוד מי שדבק בתורת משפט הטבע, בפועל, יתמוך מעל לכל בסדר המוסרי.

מה שנעדר בדורות האחרונים מהדיון בין הפוזיטיביסטים והנטורליסטים של המשפט, הוא ההכרה במשמעות הנורמטיבית של הממד ההיסטורי של המשפט. בהיסטוריה, בזמן, מה שנכון מוסרית בתנאים מסוימים יהיה לא מוסרי בתנאים אחרים; כמו כן, מה שטוב מבחינה פוליטית בתנאים מסוימים יעורר התנגדות בתנאים אחרים. הקונפליקט שבין המוסר והפוליטיקה של המשפט, בין מה שהפילוסופים מכנים הצודק והטוב, יכול להיפתר בקונטקסט של תנאים היסטוריים; ההיסטוריה, החוויה בזיכרון של החברה, עשויה לאפשר ואפילו להכריח התאמה בין המוסר לבין הפוליטיקה. אכן, זהו אפיון מהותי של המשפט, שניתן להגדירו כאיזון שבין הסדר והצדק לאור הניסיון ההיסטורי.

תורת המשפט ההיסטורית, שהייתה במשתמע חלק מהתפתחות המסורת המשפטית המערבית מהמאה השתיים עשרה ואילך,<sup>2</sup> וששיחקה תפקיד קריטי בהתפתחות המשפט המקובל האנגלי במאות השבע עשרה והשמונה עשרה,<sup>3</sup> הגיחה כתורה

שם, ראו גם: St. AUGUSTINE, DE TRINITATE, LIBER XV, III, 75-78 (W.J. Mountains. ed., 1968); cf. St. Bonaventure, *The Soul's Journey into God*, in BONAVENTURE 80-85 (Ewert Cousins, trans., 1978). מושג ה"רצון" של אוגוסטינוס כולל כוונה ותשוקה, מושגי ה"ידע" וה"שכל" כוללים דעת ומצפון, ושל "היות" ו"מהות" כוללים זיכרון, אותו הוא הבין לא רק כהיזכרות בעבר אלא גם כמודעות להווה וראיית העתיד. הגדרה זו של הזיכרון תואמת למושג "העצמי הנמשך לאורך זמן" שהתפתח במאה העשרים על ידי הפסיכולוג הקוגניטיבי הנודע אולריק נייסר. ראו: Ulric Neisser, *Five Kinds of Self-knowledge*, 1 PHILOSOPHICAL PSYCHOLOGY 35, 46-50 (1998).

2 ראו HAROLD J. BERMAN, LAW AND REVOLUTION: THE FORMATION OF THE WESTERN LEGAL TRADITION 5, 6-9 (1983).

3 ראו שם, HAROLD J. BERMAN, LAW AND REVOLUTION II: THE IMPACT OF THE PROTESTANT REFORMATIONS ON THE WESTERN LEGAL TRADITION 244-57 (2003).

נפרדת של פילוסופיה משפטית במאה התשע עשרה, במסגרת הדיון בין פוזיטיביזם ומשפט הטבע. אופייני למדי לאסכולה ההיסטורית שהניסוח המפורש הראשון שלה על ידי קארל פרידריך פון סאוויני היה מענה להצעה שעלתה ב־1814 על ידי פרופסור גרמני למשפט רומי, אנטון פרידריך יוסטוס תיבו, להכניס חידוש יסודי למסורת המשפטית הגרמנית על ידי אימוץ קודקס אזרחי לאומה הגרמנית כולה, על פי המודל של הקודקס האזרחי הצרפתי של 1804. הטענה של סאוויני לא הייתה שאימוץ קודקס אזרחי הוא רעיון גרוע מצד עצמו, אלא שגרמניה לא הייתה מוכנה לקודקס כזה; שלגרמניה באותו זמן לא הייתה אפילו השפה המשפטית המתאימה לפרויקט כזה; ובנוסף, שההצעה לבצע קודיפיקציה של החוק האזרחי הגרמני באותה עת שיקפה תפיסה בסיסית מוטעית של טבע המשפט. המשפט, כפי שכתב סאוויני בתשובתו המפורסמת לתיבו, "מתפתח ראשית על פי המנהג והאמונה של האנשים, ולאחר מכן באמצעות מדעי המשפט – בכל מקום, על כן, על ידי כוחות פנימיים הפועלים בשקט, ולא על ידי רצונו השרירותי של המחוקק".<sup>4</sup> המשפט, לטענתו, כמו השפה, הוא חלק בלתי נפרד מהתודעה המשותפת של העם, הקשור אורגנית לרעיונות והנורמות המשתקפות במסורות המתפתחות, כולל המסורת המשפטית.

מעניין לציין כי במחצית השנייה של המאה התשע עשרה, טענותיו של סאוויני קנו להם שביטה הן באירופה והן בארצות הברית. למעשה, תורת המשפט ההיסטורית הפכה לאסכולת תורת המשפט הדומיננטית בארצות הברית בסוף המאה התשע עשרה ובעשורים הראשונים של המאה העשרים, הן בקרב משפטנים והן בבתי המשפט.<sup>5</sup>

למעשה, תיאוריית משפט היסטורית הוטעמה אל תוך העיקרון, שאותו ירשה ארצות הברית מאנגליה, שלפיו בתי המשפט נדרשים בדרך כלל בהכרעת תיקים ליישם את ההכרעות בתיקים מקבילים קודמים, כלומר, אותם כללי משפט שנדרשו להכרעות באותם מקרים. דוקטרינת התקדים משקפת, מצד אחד, את עיקרון משפט הטבע בנוגע לכלליות המשפט, או כפי שאומרים האנגלים – העיקרון שלפיו "יש להכריע מקרים דומים באופן דומה". היא גם משקפת את העיקרון הפוזיטיביסטי

<sup>4</sup> ראו FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, VOM BERUF UNSRER ZEIT FÜR GESETZGEBUNG UND RECHTSWISSENSCHAFT (1814), p.14. Cf. English translation by Abraham Hayward entitled "On the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence" (1831, reprinted 1975), p.30

<sup>5</sup> ראו ROSCOE POUND, INTERPRETATIONS OF LEGAL HISTORY 10 (1923); ROSCOE POUND, JURISPRUDENCE 63 (1959). בדיונים סביב חקיקת קודקס אזרחי בניו יורק בין השנים 1860-1880, דייוד דדלי פילד, המחבר העיקרי של הקודקס המוצע צידד באופן מוצהר בתיבו, וגיימס קולידג' קרט, המתנגד הראשי של הקודקס המוצע, צידד במוצהר בסאוויני. התבוסה של הקודקס האזרחי של פילדס הייתה דוגמה דרמטית לניצחון הכללי יותר של האסכולה ההיסטורית בין התיאוריות המשפטיות. ראו James Coolidge Carter, *The Proposed Codification of our Common Law: A Paper Prepared at the Request of the Committee of the Bar Association of the David Dudley* City of New York, NEW YORK EVENING POST (1884) וכן Field, *Codification—Mr. Field's Answer to Mr. Carter*, 24 AM. L. REV. 265 (1890). באופן כללי ראו Stephen A. Siegel, *Historicism in Late Nineteenth Century Constitutional Thought*, 1990 WIS. L. REV. 1431 (1990).

של אובייקטיביות המשפט, כך שבהכרעת תיקים, בתי המשפט נדרשים לא רק לפרש ולהחיל את החוקים שחוקקו המחוקקים, אלא גם, בהעדר חוק מתאים, להחיל מקורות אחרים של נורמות משפטיות, לרבות משפט מנהגי, עקרונות משפטיים כלליים, וכללי משפט שהוכרו כמחייבים במקרים קודמים או בכתיבה אקדמית מובילה.<sup>6</sup> בהתאם, דוקטרינת התקדים אינה נמצאת בקונפליקט אינהרנטי עם משפט הטבע או עם פוזיטיביזם. אף על פי כן, היא מהווה גם, ואף בעיקר, ביטוי להיסטוריות של המשפט – התיאוריה הגורסת שלהכרעות הקודמות של בתי המשפט נודעת משמעות נורמטיבית בקביעת החוק, ויתרה מכך, שלהחלטת בית המשפט במקרה נתון יש משמעות נורמטיבית – היא מהווה תקדים – להכרעה במקרים ברי השוואה בעתיד.

במאה העשרים האסכולה ההיסטורית מצאה עצמה תחת מתקפה בארצות הברית, כמו גם במדינות מערביות נוספות. חלק מהביקורת התמקד בכך שהיא רוממה את רוח האומה כמקור האולטימטיבי של המשפט, וחלק אחר התמקד בכך שהיא זלזלה בתפקידה הפוזיטיבי של החקיקה בהתפתחות המשפט. בארצות הברית היא הותקפה גם, ובעיקר, ביחס להנחה שלפיה השופטים בהכרעותיהם אינם "יוצרים" משפט אלא "מוצאים" אותו בתקדימים של העבר, במשפט המנהגי או במקורות היסטוריים אחרים. אומנם, תמיד הייתה הכרה בכך שבאפשרות השופטים להיות יצירתיים בהתאמת תקדימי העבר לתנאי ההווה והעתיד; אולם האסכולה ההיסטורית הדגישה את הצמיחה האורגנית של המשפט, בעוד שבמאה העשרים, הדגש הושם באופן גובר והולך על הצורך בחדשנות. דגש זה, בתורו, התחבר לתיאוריית המשפט של "הרצון" – לפיה שופטים, בדיוק כמו מחוקקים ורשויות מנהליות, מחליטים לא על פי מה שהחוק "היה" או "הווה" – אלא על פי מה שהוא "יהיה", כלומר, על פי מה שהם חושבים למדיניות טובה.

בשנות העשרים והשלושים של המאה העשרים, תורת המשפט האמריקנית החלה להיות מושפעת באופן גובר והולך מאסכולה שכונתה בשם "ריאליזם משפטי", ולפיה כללים משפטיים הם עמומים באופן אינהרנטי, ושהשופטים מכריעים בתיקים על פי דעותיהם הקדומות.<sup>7</sup> בשנות הארבעים המאוחרות, שנות החמישים ושנות השישים המוקדמות של אותה מאה, באה בעקבותיה אסכולה בשם "מדע המדינה" שניתחה את המשפט במונחים של רווחה כלכלית, כוח פוליטי, ו"ערכים" חברתיים אחרים, שלפי התיאוריה על בתי המשפט "למקסם" את חלוקתם בהכרעותיהם.<sup>8</sup> מאז שנות השישים המאוחרות, קמו בארצות הברית תנועות משפט

<sup>6</sup> סעיף 38 של בית הדין הבינלאומי לצדק מציין רשימת מקורות דומה לחוק הבינלאומי, דהיינו, אמנות בינלאומיות, משפט בינלאומי מנהגי ועקרונות משפטיים כלליים שהתקבלו באופן רחב, אך מסייג שהכרעות שיפוטיות ותורתם של משפטים בכירים הם רק "אמצעי משני לקביעת כללים משפטיים". Statute of the International Court of Justice, June 26, 1945, art. 38(l), 59 Stat. 1055, 1060, 3 Bevens 1153, 1187.

<sup>7</sup> ראו JEROME FRANK, LAW AND THE MODERN MIND (1930). Cf. FRED <sup>7</sup>RODELL, WOE UNTO YOU, LAWYERS! (1939).

חדשות ומגוונות, כולן פוזיטיביסטיות במהותן בדרך שבה הן תופסות את טבעו ומקורותיו של החוק (כמו הריאליזם המשפטי ומדע המדיניות שלפניהן), לצורך קידום מטרות שונות: "הגישה הביקורתית למשפט", "תאוריית הגזע הביקורתית", "הגישה הפמיניסטית למשפט", "פירוק השמרנות" (detraditionalization), "הגישה הכלכלית למשפט", ואחרות.<sup>9</sup> תומכי התיאוריה של משפט הטבע שנשארו בארה"ב מנהלים קרב מאסף כנגד התיאוריה הפוזיטיביסטית של המשפט שבבסיס תנועות אלה, וגם כנגד התיאוריה הפוזיטיביסטית של המשפט שדבקים בה רוב התיאורטיקנים המשפטיים הקונבנציונאליים יותר. האסכולה ההיסטורית, לעומתם, כמעט נעלמה מן האקדמיה. לעיתים, דנים בה כשארית מעידן שחלף ועבר. לעיתים, היא מוזכרת כדוגמה ל"שמרנות" חסרת הצדקה. לרוב מתעלמים ממנה. אכן, לא מכבר, היסטוריון ומומחה למשפט משווה אמריקני מוביל, במסגרת סקירה של ההצדקות הפוזיטיביסטיות ומכוח משפט הטבע לתוקפו של המשפט המנהגי, הצהיר במפורש שלא יבחן גישה לפי נקודת המבט של תורת משפט היסטורית מאחר ש"התיאוריה הכללית של המשפט... של סאוויני לא מקובלת היום כלל".<sup>10</sup>

אם בארצות הברית תורת המשפט ההיסטורית נחשבת למתה, הרי זה מפני שמתנגדיה המיתו אותה בקריטוריות. ממשיכי דרכו האמיתיים של סאוויני תומכים בהיסטוריקה, לא בהיסטוריציות, במסורת, לא בשמרנות מסורתית.<sup>11</sup> ההיסטוריציות הוא השיבה לעבר; ההיסטוריקה מדגישה את מרכיב ההמשכיות מהעבר אל העתיד בהתפתחות תרבות של חברה, לרבות תרבותה המשפטית. במילותיו של היסטוריון נודע של ימינו, "המסורת היא האמונה החיה של המתים, שמרנות מסורתית היא האמונה המתה של החיים".<sup>12</sup> שינוי מהיר, אפילו שינוי מהפכני מעת לעת, הוא חלק מהאבולוציה של המסורת המשפטית המערבית. עם זאת, תורת משפט היסטורית אינה – כפי שחשבו חוקרים שונים – רק הצהרה סוציולוגית; אומנם היא הפכה, בידיהם של תיאורטיקנים חברתיים כמו יוג'ין ארליך ומקס וובר, לחלק מהסוציולוגיה של המשפט ולמחקר על השפעותיהם של גורמים חברתיים, כלכליים ואידיאולוגיים על התפתחות החוק לאורך הזמן. אולם, כתיאוריה משפטית, תורת משפט היסטורית מדגישה את האמונה בהתפתחות

<sup>8</sup> ראו Harold D. Lasswell & Myres S. McDougal, *Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest*, 52 YALE L.J. ANTHONY T. KRONMAN, THE LOST LAWYER: FAILING IDEALS OF THE LEGAL PROFESSION, pp. 201-208, 212-213, 249, 253-254, 355 (1943).  
<sup>9</sup> ראו JOHN HENRY SCHLEGEL, AMERICAN LEGAL REALISM AND EMPIRICAL SOCIAL SCIENCES (1995).

<sup>10</sup> ALAN WATSON, THE EVOLUTION OF LAW 48 (1985). פרופ' סיגל כתב גם ש"תורת המשפט ההיסטורית... ייסדה עצמה באמונות שנדחו היום כליל". Stephen A. Siegel, *The Revision Thickens*, 20 LAW & HIST. REV. 631, 637 (2002).

<sup>11</sup> סאוויני הדגיש ש"הקשר האורגני הזה של החוק עם היותו ואופייו של העם נשמר גם בהתקדמות הזמנים... החוק הזה צומח עם העם, משתנה עם העם ולבסוף מתנוון ונעלם אם העם מאבד את אופיו הייחודי". לעיל ה"ש" 4; p.27. Hayward translation.

<sup>12</sup> ראו JAROSLAV PELIKAN, THE VINDICATION OF TRADITION 65 (1984).

אורגנית, לא רק אמונה של התפתחות כזו קיימת. היא מביטה אל מורשת העבר של המשפט כמקור חשוב ומודע לעצמו לצמיחתו בהווה ובעתיד.

אם נניח, במסגרת תיאוריה משפטית, שההיסטוריה, המסורת והזיכרון הקבוצתי (במשמעותו של אוגוסטינוס למילה "זיכרון", כלומר, לא רק זיכרון העבר אלא גם ציפייית העתיד) – שההיסטוריה במשמעות דינמית זו שוות ערך לפוליטיקה ולמוסר, לרצון ולדעת כבסיס למשפט, אזי יש לצעוד את הצעד הבא ולשאול מה ההיסטוריה שלנו מספרת לנו על המשפט שלנו – מספרת לנו לא רק מה *לחשוב* על המשפט שלנו, אלא גם מה *לעשות* לגבי המשפט שלנו. כאן עלינו להביט לאחור אל העבר, וקדימה אל העתיד, ולשאול לא רק מה קרה בעבר ומה העבר מספר לנו שסביר שיקרה בעתיד, אלא גם לאיזה עניין בעבר אנו כפופים עדיין, ומה המסורת דורשת מאתנו כיום. זוהי הכוונה במושג "יסודות היסטוריים".

אם נשפוט לפי הספרים שאנו מורים לתלמידים שלנו ללמוד, ניתן היה לחשוב שההיסטוריה המשפטית שלנו החלה במאה העשרים – בשנות השלושים או אפילו החמישים. אומנם, המאה העשרים הביאה לשינויים מהפכניים במערכת המשפטית שלנו. אך אם ניקח בחשבון את הסוגיות היסודיות שעומדות בפני בתי המשפט והרשויות המנהליות והחקיקתיות, נראה שהן דורשות לא רק פרספקטיבה בין דורית, כי אם פרספקטיבה של אלפי שנים. הן כוללות סוגיות של חוסר ארגון משפחתי, רווחה חברתית, בריאות, חינוך, עבירות מוסריות וזכויות אדם, סוגיות שלפני בערך 900 שנה נכללו אל תוך סמכותה הרוחנית של הכנסייה הקתולית הרומית, חוקיה ובתי המשפט שלה.<sup>13</sup> במאות השש עשרה והשבע עשרה שלאחר מכן, הרפורמות הפרוטסטנטיות הוציאו את הכנסייה הקתולית אל מחוץ לחוק בשטחים הפרוטסטנטים של אירופה, תוך שהם מעבירים את סמכותה הרוחנית לממשלים חילוניים.<sup>14</sup> יותר משתי מאות לאחר מכן, המהפכה הצרפתית, ובאופן מצומצם יותר המהפכה האמריקאית, החליפו צורות שונות של דאיזם בתיאולוגיה נוצרית מסורתית.<sup>15</sup> במאה העשרים הארוכה חוונו אגנוסטיציזם ורליגיביזם רבי היקף וכן מה שנהוג לכנות "החילון של החילוניות",<sup>16</sup> לצד הפרטה הולכת וגוברת של אמונות דתיות שהיו הבסיס העיקרי שעליו נבנתה המסורת המשפטית המערבית. כתוצאה מכך, המסורת עצמה במשבר ובסכנה שתישכח.

הצורך לחשוב במונחים היסטוריים רחבים על המסורת המשפטית המערבית, שהמשפט האמריקני הוא חלק אינטגרלי ממנה, עולה גם מהעובדה שעברנו לעידן חדש, שבו לראשונה בהיסטוריה בני האנוש כל העמים והתרבויות בעולם באו יחד ביחסי גומלין מתמשכים. אנו חיים בכלכלה עולמית, הנתמכת על ידי גוף גדל והולך של משפט בינלאומי לסחר, להשקעה ולכלכלה. באמצעות טכנולוגיה חדשה יש לנו תקשורת חובקת עולם כמעט מיידית, הכפופה אף היא לגוף של רגולציה משפטית בינלאומית. מספר רב של ארגונים ואיגודים בינלאומיים שנוצרו על מנת

<sup>13</sup> ראו Berman, לעיל ה"ש 2, עמ' 199-254.

<sup>14</sup> ראו Berman לעיל ה"ש 3 עמ' 176-197, 349-171.

<sup>15</sup> ראו Harold J. Berman, *Law and Belief in Three Revolutions*, 18 VAL. U. L. REV. 569, 616 (1984).

<sup>16</sup> HANS BLUMENBERG, *THE LEGITIMACY OF THE MODERN AGE*, השוו (1983) trans. Robert M. Wallace 10-11 ("המושג "חילון" בעצמו עבר חילון").

לקדם שלל מטרות, פועלים לקידום חקיקה שנועדה לצמצם חוסר סדר עולמי ולהתגבר על חוסר צדק בעולם, למנוע את הרס הסביבה העולמית ואת זיהום האטמוספירה, למנוע את התפשטותן של מחלות גלובליות, למגר את העוני בקרב מיליארד או יותר מבני האדם בעולם שמתקיימים מהכנסה של פחות מדולר ליום, לתקן הפרות של זכויות אדם אוניברסליות, לעמוד מול טרור עולמי ולפתור סכסוכים אתניים ודתיים המאיימים על השלום העולמי. אנשים מכל חלקי העולם באו יחד בקריאה לפיתוח הגנה משפטית עולמית מפני פגעים גלובליים אלה ופגעים נוספים, על ידי פיתוח מוסדות משפטיים רשמיים ובלתי רשמיים. הם גם באו יחד לצורך קידום נסיעות חובקות עולם, ספורט עולמי, תרבות פנאי עולמית ועוד כל מיני מטרות חיוביות אחרות המשפיעות על האנושות כולה והדורשות רגולציה בינלאומית על מנת להבטיח התנהלות צודקת ומוסדרת. הגוף הגדל והולך של המשפט העולמי כולל לא רק משפט בינלאומי ציבורי, כלומר, החוק שנוצר על ידי מדינות לאום ביחסייהן אחת עם השנייה, לרבות החוק שמסדיר את האומות המאוחדות והארגונים הבין ממשלתיים הכפופים להן – אלא גם כולל את הגוף העצום של הנורמות המשפטיות, החוזיות והמנהגיות, שחלות על יחסים בין פרטים ומיזמים הלוקחים חלק בפעילויות וולונטריות חוצות גבולות לאומיים. משפט עולמי הוא שם חדש למה שנקרא פעם *jus gentium* [בלטינית], חוק הלאומים, והוא מאמץ מאפיינים מקובלים של מערכות משפט שונות בקרב אומות העולם.

החברה העולמית המתגבשת, וגוף המשפט העולמי הנלווה אליה, נמצאים, אומנם, תחת איום חמור מהקיצונים מקרב תרבויות עולם שונות. אך "התנגשות הציביליזציות" כפי שהתבטא סמואל הנטינגטון, מתרחשת על רקע אינטראקציה ותקשורת בין תרבותית.<sup>17</sup> אפילו האנטי-גלובליסטים יוצרים רשת גלובלית. אפילו הטוריסטים הם חלק מקונספירציה בינלאומית.

נדרשת תורת משפט אינטגרטיבית, שמקבלת את מידת האמת שקיימת בשלוש האסכולות המרכזיות של תורת המשפט ומנסה לשלב ביניהן,<sup>18</sup> על מנת לזהות, לפרש ולתמוך בגוף הגדל והולך של משפט עולמי.

חלק מהתומכים המובילים של תורת המשפט הפוזיטיביסטית צידדו פעם בעמדה לפיה משפט בינלאומי ציבורי אינו משפט אמתי שכן אין מדינה עולמית ומאחר שמדינות לאום יכולות לפרוש באופן חופשי מהתחייבויות משפטיות בינלאומיות.<sup>19</sup> כיום, לעומת זאת, גם הפוזיטיביסט המחמיר ביותר יכיר בכך שמעל ל-20,000 אמנות והסכמים בינלאומיים הרשומים באו"ם, הם חקיקה – לא רק של המדינות הפרטיות שאשררו אותם, אלא גם של הקונפדרציה הבינלאומית של המדינות. כך הם מהווים את החוק במובן הפוזיטיביסטי של המילה, למרות היעדרו של ריבון בינלאומי עליון. בנוסף, לתורת המשפט הפוזיטיביסטית אין (נכון להיום) קושי להכיר בתפקיד המחוקק של כמה אלפי ארגונים בין-ממשלתיים האחראיים על ניהול אותם אמנות והסכמים.

<sup>17</sup> ראו SAMUEL P. HUNTINGTON, THE CLASH OF CIVILIZATIONS AND THE REMAKING OF WORLD ORDER (1996).

<sup>18</sup> ראו Harold J. Berman, *Toward an Integrative Jurisprudence: Politics, Morality, History*, 76 CAL. L. REV. 779 (1988).

<sup>19</sup> ראו JOHN AUSTIN, THE PROVINCE OF JURISPRUDENCE DETERMINED, (W. E. Rumble ed., 1995) (1832).



יתרה מזאת, תורת המשפט הפוליטיביסטית – לא רק שהכירה בתוקפם של חוקים הנובעים מהיחסים החוזיים שבין מדינות ריבוניות, אלא גם תרמה טכניקות חשובות ליצירה, פירוש ויישום של חוקים כאלה.

גם תורת משפט הטבע, שהייתה בעבר דומיננטית בניתוח משפט בינלאומי ציבורי, ממשיכה לשחק תפקיד משמעותי בגיבושו והחלתו. המשפט הבינלאומי הציבורי מציג עצמו ככלי לקידום ערכי מוסר אוניברסליים, של זכויות אדם ושל צדק. אין הדבר ניכר יותר מאשר באמנות הבינלאומיות האוסרות על עבדות, פשעי מלחמה ומה שנקרא פשעים נגד האנושות: רצח עם, אפרטהייד ועינויים. בנוסף, במה שמכונה התחום הפרטי של יחסים בינלאומיים, תורת המשפט הטבע תומכת ביצירה ויישום של נורמות משפטיות על ידי פרטים, מיזמים והתאגדויות מרצון, העוסקים בפעילות בינלאומית.

מעל לכל, יש לראות – הן את ההיבטים הפוליטיים של המשפט העולמי מנקודת המבט הפוליטיביסטית, הן את ההיבטים המוסריים של המשפט העולמי מנקודת המבט של משפט הטבע – מן הפרספקטיבה ההיסטורית, של התכנסות (כמעט) כל אנשי העולם ליחסים מתמשכים איש עם רעהו, במאות ה-20-21. הדברים מובהקים במיוחד בזירה הכלכלית. יוזמות עסקיות ושחקנים כלכליים אחרים המתקשרים יחד, מכל הלאומים, לצורך ניהול עסקיהם המשותפים, ולייסוד נורמות מקובלות של שיח ומוסדות מקובלים – מהוות מרכיב חשוב במה שנקרא כיום 'חברה אזרחית עולמית'. מרכיבים אחרים של חברה אזרחית עולמית כוללים ארגונים דתיים בינלאומיים, מדיה של ידיעות וחדשות, ארגוני השכלה ומחקר, חברות מקצועיות, מועדוני ספורט, ושלהל סוגים של התאגדויות וולונטריות אחרות "המורכבות מפרטים וקבוצות באיגוד וולונטרי, ללא קשר לזהותם כאזרחים של מדינה כלשהי ומחוץ לסמכותם הפוליטית והציבורית של קהילת העמים".<sup>20</sup>

דוגמה דרמטית להשפעה של איגוד וולונטרי בינלאומי על המשפט העולמי הוא התפקיד ששיחק הארגון "רופאים ללא גבולות" (איגוד בינלאומי של כ-2,500 רופאים פרטיים, המתנדבים להילחם במחלות במדינות שנהוג לכנות "מתפתחות") בהבסת מאמצייהן של חברות תרופות אמריקאיות ואחרות למנוע חלוקת תרופה גנרית נגד איידס בדרום אפריקה, שנועדה להפוך את הטיפול באיידס לבר השגה למיליוני דרום אפריקאים. בשנת 1998, הגישו שלושים ותשע חברות תרופות תביעה בבית משפט דרום אפריקני, למניעת פגיעה בזכויות הפטנט שלהן, תוך שהן נשענות על עקרונות משפטיים מקובלים בעולם. רופאים ללא גבולות הפיצו עצומה, שדרשה מחברות התרופות למשוך את התביעה, שכונתה בשם "ותרו על התיק" – וצברה 285,000 חתימות מאנשים פרטיים ו-140 חתימות מארגונים מקרב 130 מדינות.<sup>21</sup> במרוצת הזמן חברות התרופות, תחת לחץ דעת הקהל העולמית, אכן משכו את תביעתן; בכך הן קיבלו את העיקרון שלפיו בעלי פטנט לא ינסו למנוע

<sup>20</sup> זוהי ההגדרה של חברה אזרחית עולמית שנוסחה בידי גורדון כריסטנסון: Gordon A. *World Civil Society and the International Rule of Law*, 19 Christenson, HUM. RTS. Q. 724, 731 (1997).

<sup>21</sup> ראו הודעה לעיתונות, Doctors Without Borders, Drug Companies in South Africa Capitulate Under Barrage of Public Pressure (Apr. 19, 2001), [www.doctorswithoutborders.org/pr/2001/04-192001—pf.html](http://www.doctorswithoutborders.org/pr/2001/04-192001—pf.html).

הפצה של תרופות גנריות דומות וזולות יותר, בקרב אוכלוסיות הסובלות ממחלות שניתן להתמודד איתן רק באמצעות שימוש בתרופות בעלות פטנט, העולות יותר ממה שהן מסוגלות לשלם – אף על פי שהפצה כזו היא בכל מקרה אחר פגיעה בזכויותיהן החוקיות. עיקרון זה נטען בברזיל מוקדם יותר, שם מאז שנת 1996 הוענקה גישה לתרופות גנריות לרוב רובם של חולי האיידס.<sup>22</sup> בסופו של דבר, המדינות החברות בארגון הסחר העולמי אימצו החלטה בשנת 2002, ולפיה המדינות המכונות "מדינות חברות הכי פחות מפותחות" לא יהיו חייבות, בנוגע למוצרי תרופות, לאכוף זכויות פטנט זרות שאמורות לחול תחת ההסכם הבינלאומי של הארגון על היבטי הסחר של קניין רוחני.<sup>23</sup>

לסיכום, אני מבקש לשוב ולטעון כי תודעה היסטורית היא בסיס יסודי של המשפט, וכי תיאוריות סוציאליות ותיאוריות מוסריות של המשפט, שנשענות בעיקר על תפקידיהם של הרצון וההיגיון, בהתאמה, נדרשות גם להישען על זיכרון העבר וראיית פני העתיד לביסוס מסקנותיהן. כאמור, פילוסופיה ללא היסטוריה היא ריקנית; אולם יש להוסיף לכך שהיסטוריה ללא פילוסופיה היא חסרת משמעות. ההיסטוריה שיש לקרוא על מנת להשיג הבנה ראויה של המשפט צריכה להישען על היסטוריוגרפיה איתנה, כזו שלוקחת בחשבון לא רק את הפרטים של חוויה היסטורית באזורים מסוימים ותקופות זמן קצרות, אלא גם את הכיוון הרחב יותר של החוויה ההיסטורית במשך פרקי זמן ארוכים יותר. כדברי המלומד הדגול – והנזנח מאוד – מהמאה העשרים, יוג'ין רוזנשטוקהוסי, ההיסטוריוגרפיה ה"מדינית" של המאות התשע עשרה והעשרים הובילה להתפרקות העבר לחלקים קטנים, ועם הזמן לאיבודה של כל תחושת כיוון. בהעמידו עצמו מחוץ להיסטוריה, כותב רוזנשטוקהוסי, ההיסטוריון המדעי סופר ימים ושנים אך לא דורות ומאות.

בהוספת תורת משפט היסטורית לאסכולות הרווחות של תורת המשפט הפוליטית ותורת המשפט המוסרית, אני מציע לאמץ נקודת מבט ארוכת טווח, נקודת מבט חובקת אלפי שנים – של המסורת המשפטית המערבית, הנתונה כעת במשבר, שבחלקו נובע מכך שיסודותיה ההיסטוריים במערכות אמונה נוצריות נשכחו; ונקודת מבט ארוכת טווח – גם היא חובקת אלפי שנים, של שילוב המסורת המשפטית המערבית עם מסורות משפטיות אחרות כשהעמים והתרבויות של העולם, יוצרים את אט חברה עולמית וגוף של משפט עולמי באמצעות יצירת כלכלה עולמית.

ציטוט מוצע: תרגום מאמרו של הרולד ג. ברמן "היסודות ההיסטוריים של המשפט" בלוג רשות הרבים (15.5.2023).

<sup>22</sup> ראו את נאום המפתח של הסנטור חוזה סרה, שר הבריאות בברזיל, שנמסר על ידי הקונסול הכללי של ברזיל מאוריצי קורטז קוסטה בכנס איידס 20 שנים מאוחר יותר (13 באוקטובר 2001) שיעור <http://www.pih.org/calendar/011013aids/keynote.html>. עד שנת 2001, הימצאות נגיף HIV/AIDS בקרב מבוגרים בברזיל הופחת ב-0.7%. ראו, Index Mundi, (2004), BRAZIL-PEOPLE-HIV/AIDS-ADULT PREVALENCE RATE [www.indexmundi.com/brazil/hiv\\_aids\\_adult\\_prevalence\\_rate.html](http://www.indexmundi.com/brazil/hiv_aids_adult_prevalence_rate.html)

<sup>23</sup> Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, - ראו *Extension of the Transition Period Under Article 66.2 of the TRIPS Agreement for Least Developed Country Members for Certain Obligations with Respect to Pharmaceutical Products*, IP/C/25 (July 1, 2002).