

נתיבו של המשפט

מאת

השופט אוליבר וונדל הולמס הבן*

Oliver Wendell Holmes, Jr., [*The Path of the Law*](#), 10 HARVARD
LAW REVIEW 457 (1897)**

בבואנו ללמוד משפט, איננו עוסקים במסתורין, אלא במקצוע המוכר לציבור הרחב. אנו לומדים כיצד להתמודד בעמדנו בפני שופטים או בבואנו לייעץ לאחרים כיצד להימנע מלהגיע לבית המשפט. הסיבה שלימוד המשפט הוא מקצוע, והסיבה לכך שאנשים מוכנים לשלם לעורכי דין כדי שיטענו בעבורם או שיעצו להם, נעוצה בעובדה שבחברות כדוגמת החברה שלנו, היכולת להפעיל את הכוח הציבורי נתונה, במקרים מסוימים, בידי השופטים, ובעת הצורך, עוצמתה המלאה של המדינה תופעל כדי לאכוף את פסיקותיהם והוראותיהם. רבים מבקשים לדעת באילו נסיבות ובאיזו מידה הם מסתכנים בעימות עם כוח עדיף עליהם במידה כה ניכרת, ועל כן התפתח מקצוע שתכליתו לברר מתי יש לחשוש מסכנה זו. מטרת הלמידה שלנו, אם כן, היא התחזית – תחזית של אופן הפעלת הכוח הציבורי באמצעות מערכת בתי המשפט.

כלי הלמידה העומדים לרשותנו הם מאגר פסקי-הדין, המאמרים והחוקים במדינתנו ובבריטניה, שראשיתם לפני שש מאות שנה, והמתרחבים בהתמדה מדי שנה, עד כי כיום הם מונים מאות רבות. בין דפים נבואיים אלה, מצויות תחזיות העבר לגבי המקרים שבהם יינתנו פסקי-הדין. אלה זכו, ובצדק, לכינוי "האורים והתומים של המשפט". המשמעות המרכזית והכמעט בלעדית של כל פעילות משפטית חדשה

* שופט בבית המשפט העליון של ארצות הברית בין השנים 1902 ל-1932.

** כל הזכויות שמורות. התרגום והפרסום באישור. תרגום מאנגלית: תמי ושמעון נטף.

היא להפוך תחזיות אלה למדויקות יותר, ולאגדן במערכת בעלת קשרים פנימיים קוהרנטיים. התהליך הוא אחיד, החל מניתוח המקרה על ידי עורך הדין, תוך הסרת האלמנטים הדרמטיים המעטרים את סיפור הלקוח והתמקדות רק בעובדות בעלות רלוונטיות משפטית, ועד לניתוחים המעמיקים וההכללות המופשטות של תורת משפט תיאורטית. הסיבה לכך שעורך הדין אינו מזכיר את העובדה שלקוחו חבש כובע לבן בעת עריכת החוזה, בעוד שהגברת קוויקלי בוודאי הייתה מדגישה פרט זה, כשם שהייתה מתעכבת על הגביע המצופה זהב למחצה והגחלים המשובחים, נעוצה בהבנתו כי הכוח הציבורי לא יופעל באופן שונה בהתאם למה שהיה על ראשו של הלקוח. הלקחים מפסקייהדין הקודמים מנוסחים כעקרונות כלליים ומאוגדים בספרי הלימוד על מנת להקל על זיכרוןן והבנתן של התחזיות המשפטיות, וזו גם הסיבה שהחוק מנוסח באופן כללי. הזכויות והחובות המרכזיות שבהן עוסקת הפסיקה אינן אלא תחזיות. אחד הנזקים הנובעים מהטשטוש בין רעיונות משפטיים לבין רעיונות מוסריים, סוגיה שאדון בה בהרחבה בהמשך, הוא שהתיאוריה המשפטית נוטה להפוך את סדר הדברים, ולהתייחס לזכויות או חובות כישויות המתקיימות באופן נפרד ועצמאי מתוצאות הפרתן, שאליהן נוספו רק מאוחר יותר סנקציות מסוימות. אולם כפי שאבקש להדגים, החובה המשפטית אינה אלא תחזית: אם אדם יבצע או יימנע מפעולות מסוימות, יושת עליו נטל מסוג זה או אחר על ידי פסק דינו של בית המשפט, וכך גם לגבי זכויות משפטיות.

מכלול התחזיות שלנו, כאשר הן מאורגנות כמערכת שיטתית, אינו בלתי מוגבל בהיקפו. התחזיות מתגבשות כגוף סופי של דוקטרינות, שאותו ניתן ללמוד בפרק זמן סביר. החשש מפני הגידול המתמיד במספר פסקייהדין אינו מוצדק. הפסיקה בתחום שיפוט נתון במהלך דור אחד עתידה לגעת, באופן ישיר או עקיף, בכלל גוף המשפט, ולנסחו מחדש מנקודת המבט של התקופה. ניתן לשחזר את מכלול עקרונות המשפט מתוך פסקייהדין הללו, גם אם היינו מאבדים את כל פסקייהדין שקדמו להם. השימוש בפסקייהדין קדומים יותר הוא בעיקרו היסטורי – נושא שאתייחס אליו להלן.

אבקש, במידת האפשר, להציג תחילה מספר הנחות יסוד ללימוד מערכת הדוקטרינות או שיטת החיזוי המובנית שאנו מכנים "משפט", עבור אלה המעוניינים לעשות בה שימוש לצורך עריכת תחזיות בעצמם, ובהקשר ללימוד זה, להצביע על אידיאל שאליו מערכת המשפט שלנו טרם הגיעה במלואה.

ראשית, הבנת מהותו של המשפט דורשת להכיר את גבולותיו, ועל כן סבורני שיש לפתוח בהדגשת והפרכת הבלבול הרווח בין מערכת המוסר לבין מערכת המשפט – בלבול המתגבש לעיתים לכדי תיאוריה מפורשת, ולעיתים קרובות יותר מטיל את כובד משקלו על החשיבה המשפטית מבלי לעלות לסף המודעות. קל לראות כי לאדם "רע" בעל נטיות אנטי-מוסריות יש את אותו העניין להימנע ממפגש עם כוחה של המדינה כפי שיש לאדם בעל ערכים מוסריים, ומכאן שהחשיבות המעשית של ההבחנה בין המוסר לבין המשפט ברורה. אדם שאינו מייחס חשיבות לכלל אתי כלשהו המקובל ומכובד בקרב שכניו, עדיין ישאף להימנע מן ההכרח להוציא ממון מכיסו או לשהות מאחורי סורג ובריה.

אני מניח שאיש מבין קוראיי לא יפרש את דבריי כביטוי לציניות. המשפט הוא העדות החיצונית והמגן של חיי המוסר החברתיים שלנו. ההיסטוריה של המשפט היא למעשה ההיסטוריה של ההתפתחות המוסרית של המין האנושי. העיסוק

במשפט, חרף הבדיחות הנפוצות על אודותיו, נוטה להפוך את העוסקים בו לאזרחים ובני אדם טובים יותר. כאשר אני מדגיש את ההבדל בין המשפט לבין המוסר, אני עושה זאת ביחס למטרה ספציפית אחת בלבד – לימוד והבנת המשפט. לשם מטרה זו, עלינו להכיר לעומק את מאפייניו הייחודיים, ועל כן אני מבקש מכם להשעות לרגע את התייחסותכם לסוגיות רחבות אחרות.

אינני כופר בקיומה של נקודת מבט רחבה שממנה ההבחנה בין המשפט למוסר הופכת משנית או פחותת חשיבות, בדומה לאופן שבו כל ההבחנות המתמטיות מתבטלות אל מול האינסוף. אולם טענתי היא כי עבור המטרה שאנו דנים בה עתה – לימוד שיטתי ושליטה במשפט כתחום בעל גבולות מוגדרים; כמערכת של דוקטרינות המצויות בתוך מסגרת מושגית ברורה – חשיבותה של הבחנה זו היא מכרעת. ציינתי כבר את הסיבה המעשית לטענה זו. אם ברצונכם לרכוש ידע על המשפט כשלעצמו, עליכם להתבונן בו מנקודת מבטו של האדם הפורע חוק, המתמקד אך ורק בהשלכות המעשיות שידיעת המשפט תאפשר לו לחזות מראש, ולא מנקודת מבטו של האדם המוסרי, שהמניעים להתנהגותו נעוצים במגבלות העמומות יותר של המצפון, בין במסגרת החוק ובין מחוצה לו. חשיבותה התיאורטית של ההבחנה אינה פחותה מחשיבותה המעשית, אם מבקשים לנתח את הנושא ביסודיות. המשפט רווי במינוחים השאולים מעולם המוסר, וכוחה של השפה לבדה מפתה אותנו תדיר לנוע מתחום אחד למשנהו מבלי להבחין בכך – דבר שאכן קורה אם לא נקפיד לשמר בתודעתנו את הגבול ביניהם. המשפט עוסק במושגים כגון זכויות, חובות, זדון, כוונה, רשלנות וכיוצא באלה, ואין דבר קל יותר – או נפוץ יותר, אם יותר לי לומר – מאשר להשתמש במונחים הללו במשמעותם המוסרית בשלב כלשהו של טיעון משפטי, ובכך לשגות בהבנת הסוגיה. כאשר אנו מדברים, למשל, על זכויות אדם במובן המוסרי, כוונתנו לסמן את גבולות ההתערבות הלגיטימית בחירות הפרט, אותם אנו תופסים כהנחיית המצפון או כאידיאל ראוי, יהא האופן שבו הגענו להכרה זו אשר יהא. אולם עובדה היא שחוקים רבים שנאכפו בעבר או הנאכפים כיום זוכים לגינוי מצד הדעות הנאורות ביותר בנות זמננו, או חורגים מגבולות ההתערבות הראויה כפי שהיא נתפסת במצפונם של רבים. ברי אפוא כי ההנחה שזכויות האדם במובן המוסרי זהות לזכויות במובן החוקתי והמשפטי אינה אלא מקור לבלבול מחשבתי.

אין ספק שניתן להעלות על הדעת מקרי קיצון מובהקים של חקיקה שאותה גוף מחוקק לא יעז לחוקק אף בהיעדר איסור חוקתי מפורש, וזאת מן הטעם שהקהילה תתקומם ותתנגד לה באופן אקטיבי. עובדה זו מקנה מידה של סבירות לטענה כי המשפט, גם אם אינו חלק אינטגרלי מהמוסר, מוגבל לכל הפחות על ידי. אולם לא ניתן לשרטט את גבולות ההגבלה הזו באמצעות מערכת מוסרית כלשהי. הגבול נמצא לרוב עמוק בתוך המסגרת של מערכת מוסרית נתונה, ולעיתים אף חורג ממנה, מסיבות הנובעות מדפוסי התנהגות של קבוצות חברתיות מסוימות בתקופות היסטוריות מסוימות. זכור לי כיצד פרופסור אגאסי המנוח ציין פעם שאוכלוסייה גרמנית תצא למחאה ברחובות אם יתווספו שני סנטים למחירה של כוס שיכר. במקרה כזה, החוק יהיה חסר תוקף ממשי, לא משום שהוא בלתי צודק, אלא משום שלא ניתן לאכוף אותו. איש לא יכחיש כי ניתן לאכוף, ואכן נאכפים, חוקים בלתי צודקים, ולא קיימת הסכמה רחבה באשר לשאלה אילו חוקים ספציפיים הם בלתי צודקים.

הבלבול שאליו אני מתייחס מתקיים אף במסגרת המושגים המשפטיים המוצהרים. הבה נתייחס לשאלה היסודית: מהו המשפט? נמצא, כי חלק מהמלומדים טוענים שהמשפט הוא דבר-מה שונה ממה שנפסק בבתי המשפט של מסצ'וסטס או אנגליה; שהוא מערכת המיוסדת על התבונה האנושית; שהוא נגזרת של עקרונות אתיים או אקסיומות מקובלות או ביטויים אחרים, העשויים להתיישב או שלא להתיישב עם החלטות שיפוטיות אלה. ואולם, אם נבחן את הסוגיה מנקודת מבטו של ה"אדם הרע" שהזכרנו, נגלה כי נגזרות או אקסיומות אלה חסרות ערך ממשי עבורו. הוא מעוניין לדעת אך ורק מה בתי המשפט באנגליה ובמסצ'וסטס צפויים לעשות בפועל. אני נוטה להסכים, באופן כללי, עם גישה זו. במובן שבו אני משתמש במושג "משפט", כוונתי היא לתחזיות של פעולות בתי המשפט בפועל, ולא לדבר-מה ששאיפותיו גבוהות יותר.

ניטול לדוגמה רעיון נוסף שמקובל לראותו כהמשגה הרחבה ביותר של המשפט – מושג החובה המשפטית, שהזכרתי קודם. אנו נוטים לצקת לתוך מונח זה את מלוא המטען הערכי השאוב מתחום המוסר. ואולם, מה משמעותו של מושג זה מנקודת המבט של האדם הרע? בראש ובראשונה, התחזית כי אם יבצע פעולות מסוימות, הוא יהיה חשוף לתוצאות בלתי רצויות, בדמות מאסר או תשלומי חובה כפויים. מנקודת מבטו, מה ההבדל בין קנס לבין תשלום מס על פעילויות מסוימות? הראיה לכך שנקודת המבט שלו מהווה את אמת המידה לעקרונות משפטיים טמונה בדיונים הרבים המתנהלים בבתי המשפט בדיוק סביב שאלה זו: האם חבות משפטית מסוימת מהווה עונש או מס. התשובה לשאלה זו תלויה בהכרעה האם הפעולה הנדונה נכונה או שגויה מבחינה משפטית, והאם האדם פעל מתוך כפייה או מרצון חופשי.

אם נניח בצד את הדין הפלילי, מה ההבדל המהותי בין החבות לשלם פיצוי על פי דיני רישוי עסקים או חוקים המתירים הפקעת רכוש, לבין החבות לשלם פיצוי על מה שאנו מכנים המרה בלתי מוצדקת של נכס, כאשר אין אפשרות להשיב את הנכס לבעליו? בשני המקרים, הצד הנוטל את קניינו של זולתו מחויב לשלם את ערך הקניין כפי שנקבע על ידי חבר המושבעים, ולא מעבר לכך. מה המשמעות של כינוי לקיחה אחת כמוצדקת והאחרת כבלתי מוצדקת, מנקודת המבט המשפטית? ככל שהדבר נוגע לתוצאה הקונקרטית – התשלום הכפוי – אין הבדל מעשי, בין אם הפעולה המביאה לתוצאה זו מתוארת במונחים של ערכים חיוביים או שליליים, ובין אם החוק מתכוון לאסור או להתיר אותה.

מנקודת מבטו של האדם הרע, להבחנה האמורה תהיה משמעות רק אם לאחת מן האפשרויות, ולא לאחרת, מתלווים על פי דין חסרונות נוספים או לכל הפחות השלכות נוספות. למיטב ידיעתי, החסרונות הנוספים היחידים מתבטאים בשתי דוקטרינות משפטיות בעלות חשיבות משנית, שאת שתיהן ניתן לבטל בנקל. האחת היא שחווה שנכרת במטרה לבצע פעולה אסורה הוא בלתי תקף, והשנייה היא שאם אחד מבין שני עבריינים שותפים או יותר נדרש לשלם את מלוא סכום הפיצויים, הוא אינו זכאי לתבוע מעמיתו את חלקם היחסי. אני סבור שבכך מתמצה העניין. ניתן לראות כיצד גבולותיו העמומים של מושג החובה המשפטית מצטמצמים והופכים מדויקים יותר, כאשר אנו מזקקים אותו באמצעות גישה ביקורתית ומסירים את כל שכבות המשמעות הנוספות, למעט מושא חקירתנו העיקרי: דרכי הפעולה של המשפט.

אין תחום שבו הטשטוש בין רעיונות משפטיים לבין רעיונות מוסריים מתבטא באופן מובהק יותר מאשר בדיני החוזים. בין היתר, אנו נתקלים שוב ושוב בתופעה שבה זכויות וחובות ראשוניות, כפי שהן מכונות, עוטות משמעות מיסטית החורגת ממה שניתן להסביר או לייחס להן באופן רציונלי. במסגרת המשפט המקובל, משמעותה של החובה לקיים חוזה אינה אלא התחזית שאדם יידרש לשלם פיצויים אם לא יקיים את התחייבותו – ותו לא. אם אדם גורם נזק, תוטל עליו אחריות לשלם פיצויים בסכום מסוים. אם התחייב בחוזה והאירוע שהובטח לא התממש, תוטל עליו אחריות לשלם פיצויים בסכום מסוים. זהו כל ההבדל. ואולם, גישה פרשנית זו מעוררת התנגדות בקרב מי שמצדדים בהטמעה מרבית של עקרונות מוסריים בשיח המשפטי. אף על פי כן, עמדה זו הייתה מקובלת על הלורד קוק, ובעניין זה, כמו בסוגיות רבות אחרות, אני מוצא את עצמי מסכים עם גישתו.

בפרשת *Bromage v. Genning*¹, התבקש בית הדין של המלך לאסור דיון בעתירה שהוגשה במדינת וויילס לאכיפה ספציפית של התחייבות להעניק חוזה חכירה. קוק טען כי אכיפה שכזו תסכל את כוונתו של מתחייב החוזה, שהרי כוונתו המקורית הייתה שתהיה בידו הבחירה אם לספוג את הנזק הכספי או לקיים את חוזה החכירה. הסרג'נט הרה, שייצג את העותר, הודה כי הוא טוען בניגוד למצפנו, והצו לאיסור על הדיון ניתן. פסיקה זו חורגת מעבר למה שנחשב ראוי בפרקטיקה המשפטית הנוכחית, אך היא ממחישה היטב את מה שאני רואה כגישתו המקורית של המשפט המקובל, אף כי מר הרימן, בחיבורו הקצר והמועיל בנושא חוזים, הגיע למסקנה אחרת, שאינה נראית לי מבוססת דיה.

התייחסתי עד כה רק למשפט המקובל, מאחר שקיימים מקרים שבהם אפשר למצוא הצדקה לוגית לדיון מפורש באחריות אזורית כמטילת חובות של ממש. מדובר במקרים הספורים שבהם בית המשפט מוציא צו מניעה שאכיפתו צפויה להיעשות באמצעות מאסר הנתבע או הטלת סנקציות אחרות אם לא יציית להוראות בית המשפט. ואולם, סבורני כי לא ראוי לגבש תיאוריה כללית על בסיס חריגים, ונראה לי עדיף לחדול כליל מלהתעסק בסוגיית הסנקציות והזכויות הראשוניות, מאשר לתאר את התחזיות שלנו בנוגע לפיצויים השגרתיים שהחוק מחייב בהם, במונחים הבלתי הולמים הללו.

הזכרתי מספר דוגמאות למונחים מהלקסיקון המוסרי המשמשים במשפט: זדון, כוונה ורשלנות. די להתייחס למושג "זדון", כפי שהוא משמש בתחום האחריות האזרחית בגין עוולות – תחום שאנו המשפטנים מכנים "דיני נזיקין" – כדי להדגים שמשמעותו המשפטית של המונח שונה ממשמעותו המוסרית, וכן להמחיש כיצד ההבדל טושטש בשל השימוש הזהה בכינוי לשני עקרונות שאין ביניהם דמיון מהותי. לפני כשלוש מאות שנה, כומר נשא דרשה ובה סיפר מעשייה מתוך "ספר הקדושים" של פוקס, על אדם שסייע בעינויו של אחד הקדושים, ולאחר מכן נפטר מתוך ייסורי מצפון עזים. למעשה, פוקס טעה בעובדות: האיש נותר בחיים, נכח במקרה בדרשה, ובעקבותיה הגיש תביעה נגד הכומר. נשיא בית המשפט העליון, ריי, הנחה את חבר המושבעים כי הנתבע אינו נושא באחריות, מאחר שהסיפור סופר בתום לב, ללא כוונת זדון. הוא התייחס לזדון במשמעותו המוסרית, כמניע המבוסס על רשעות. ואולם, כיום אין ספק שאדם יישא באחריות בגין הצהרות שקריות שנועדו לגרום נזק ממשי, אף ללא כל מניע זדוני. כאשר מתארים מקרה

¹ Rolle Rep 368.

מסוג זה בכתב תביעה, אכן מכנים את התנהגות הנתבע כ"זדונית"; אולם המונח אינו מתייחס, לפחות לפי הבנתי, למניע של הנתבע או אפילו ליחסו כלפי התרחשויות עתידיות, אלא מבטא אך ורק את העובדה שנטיתתה הברורה של התנהגותו, בנסיבות הידועות, הייתה לגרום לתובע נזק ממשי.²

כפי שהדגמתי באופן חלקי, השימוש במינוחים מעולם המוסר הוביל גם לבלבול בדיני החוזים, וברצוני להרחיב בנושא זה. המוסר עוסק במצבו הפנימי האותנטי של האדם – בכוונותיו האמיתיות. מתקופת המשפט הרומי ועד ימינו, תפיסה זו השפיעה על הטרימינולוגיה המשפטית בתחום החוזים, והשפה שבה נעשה שימוש השפיעה בתורה על התפתחות החשיבה המשפטית. אנו נוטים לדבר על חוזה כעל מפגש קוגניטיבי של הצדדים, ובהתאם לכך מסיקים שבמקרים מסוימים אין חוזה תקף, כיוון שלא התקיים מפגש רעיוני אמיתי – משום שהצדדים התכוונו לדברים שונים, או משום שאחד הצדדים לא היה מודע להסכמת הצד האחר.

אולם עובדה ודאית היא שצדדים יכולים להיות מחויבים על פי חוזה לתנאים שאיש מהם לא התכוון אליהם במקור, וכן במצבים שבהם אחד הצדדים לא היה מודע כלל להסכמת הצד השני. טלו לדוגמה חוזה שנערך כדין ובכתב להעברת הרצאה, מבלי שצוין בו המועד המדויק של ההרצאה המדוברת. אחד הצדדים סבור שיש לפרש את ההתחייבות כדורשת ביצוע מיידי, תוך שבוע. הצד השני מפרש את המועד כמותנה בהגעתו למצב של מוכנות מספקת. בית המשפט פוסק כי פירוש החוזה דורש ביצוע תוך פרק זמן סביר. הצדדים מחויבים לחוזה כפי שהוא מתפרש על ידי בית המשפט, אף שאיש מהם לא התכוון למה שבית המשפט קבע שהם הסכימו עליו. לפי תפיסתי, אדם אינו יכול להבין את התיאוריה הנכונה של דיני החוזים, או אפילו לדון בסוגיות היסוד באופן אינטליגנטי, עד שיכיר בעובדה שכל החוזים הם בעלי אופי פורמלי, וכריתת חוזה אינה תלויה בהסכמת שתי תודעות לכוונה אחת, אלא בהסכמה על שתי מערכות של סימנים חיצוניים – כלומר, לא על כך שהצדדים התכוונו לאותו הדבר, אלא על כך שהם ביטאו את אותו הדבר.

יתרה מזאת, מאחר שאת הסימנים הללו ניתן לקלוט באמצעות חוש כזה או אחר – ראייה או שמיעה – אופיו של הסימן יהיה תלוי ברגע המדויק של כריתת החוזה. אם הסימן הוא פיזי, כגון מכתב, החוזה נכרת ברגע מסירת מכתב הקבלה. אם נדרש מפגש אמיתי של רעיונות, לא יתקיים חוזה עד שההסכמה תיקרא ותובן; ולא יתקיים חוזה כלל אם מסמך ההסכמה ייחטף על ידי צד שלישי מידיו של המציע.

לא כאן המקום לפתח את פרטי התיאוריה או לתת מענה לכל הספקות והשאלות המתעוררות באופן טבעי מהרעיונות הכלליים שתיארתי. אומנם, אינני מכיר שאלה בתחום זה שאין לה תשובה הולמת, אך מטרתי כעת היא רק לשפוך אור, באמצעות שורת הערות, על נתיבה הצר של הדוקטרינה המשפטית ועל שני הקשיים שנראה כי עלולים לסכן אותה בשוליה. על הקושי הראשון כבר הרחבתי די הצורך. אני מקווה שהדוגמאות שהצגתי המחישו את הסכנה הטמונה בבלבול בין המוסר לבין המשפט, הן בתיאוריה, הן בפרקטיקה, ואת המכשול שמציבה השפה המשפטית בצדו זה של הנתיב. לעיתים אני תוהה אם לא היינו מרוויחים אילו היה באפשרותנו להסיר מהשיח המשפטי כל מונח בעל משמעות בתחום המוסר, ולאמץ תחתיו מונחים נטולי כל קונוטציה חוץ-משפטית לשם המשגת רעיונות משפטיים. אומנם

² Hanson v. Globe Newspaper Co., 159 Mass. 293, 302

היינו מאבדים בכך עדויות רבות לשרידים היסטוריים, כמו גם את האצילות המיוחסת לקשרים אתיים, אך התועלת בבהירות המחשבתית שהיינו רוכשים מסילוק הבלבול המיותר הייתה עולה לאין שיעור על ההפסד.

עד כאן באשר למגבלות המשפט. הנושא הבא שברצוני לבחון הוא שאלת הכוחות המכריעים את תוכנו והתפתחותו של המשפט. ניתן להניח, כפי שעשו הובס, בנת'ם ואוסטין, שהמשפט במהותו נובע מהריבון, גם כאשר הגורמים האנושיים הראשונים המביאים אותו לידי ביטוי הם שופטים; וניתן גם לטעון שהמשפט מהווה ביטוי לרוח התקופה וכיוצא בזה. סוגיה זו אינה מכרעת לענייננו הנוכחי. גם אם נניח שכל החלטה משפטית דורשת את אישורו של קיסר בעל סמכות שלטונית רודנית והלך רוח גחמני, עדיין נתעניין במידה זהה בגילוי סדר כלשהו, הסבר רציונלי או עיקרון צמיחה כלשהו בחוקים שאותו קיסר קבע, כאשר אנו מבקשים להגיע ליכולת לחזות את התפתחותם. בכל מערכת, ללא קשר למקורה, ניתן לזהות הסברים ועקרונות. ביחס אליהם יש כשל נוסף אותו אני מבקש לחשוף.

הכשל אליו אני מתייחס הוא התפיסה שהכוח היחיד המניע את התפתחות המשפט הוא הלוגיקה. רעיון זה אומנם נכון במובן הרחב ביותר. הנחת היסוד שעליה מושתתת חשיבתנו על העולם היא שקיים יחס קבוע וניתן לכימות בין כל תופעה לבין מה שקודם לה ומה שבא בעקבותיה. כל דבר החסר יחס מכומת כזה מוגדר כנס, ונמצא מחוץ לתחולת חוק הסיבה והתוצאה. בהתאם לכך, הוא נמצא מעבר ליכולת הקוגניטיבית שלנו, או לכל הפחות מהווה דבר-מה שאיננו יכולים לחשוב עליו באופן רציונלי.

תנאי מוקדם לאופן שבו אנו חושבים על העולם הוא האפשרות לחשוב עליו באופן רציונלי, כלומר, שלכל מרכיב בו יש סיבה ותוצאה באותה מידת ודאות שיש למרכיבים שהכי מוכרים לנו. לפיכך, במובן הרחב ביותר, נכון לומר שהמשפט הוא התפתחות לוגית, בדומה לכל תופעה אחרת. הסכנה שעליה אני מצביע אינה נעוצה בהכרה שעקרונות היסוד של תופעות אחרות משפיעים גם על המשפט, אלא ברעיון שניתן לגזור מערכת נתונה, כדוגמת זו שלנו, מתוך אקסיומות כלליות של התנהגות, כפי שניתן לעשות במתמטיקה. זו הטעות הטבעית שמאפיינת פקולטות למשפטים, אך היא אינה מוגבלת להן. שמעתי פעם שופט בעל מעמד רם מצייך כי מעולם לא נתן פסק דין בטרם השתכנע לחלוטין בנכונותו. באופן דומה, יש המותחים ביקורת על דעות מיעוט בפסקי דין, כאילו אחד או יותר מהצדדים טעה פשוט בחישוב, ואילו התאמצו כדבעי, הייתה נוצרת בהכרח הסכמה מלאה.

דפוס חשיבה זה הוא טבעי ביותר. המשפטים מתורגלים בחשיבה לוגית. תהליכי היקש, הבחנה והסקת מסקנות מהווים את זירת פעילותם הטבעית. שפתן של הכרעות שיפוטיות היא בעיקרה שפה לוגית. והמתודולוגיה הלוגית ומבנה הטיעון הפורמלי נותנים מענה לאותה שאיפה לוודאות ויציבות הטבועה בנפשו של האדם. ואולם, הוודאות היא אשליה במובנה הרחב, וגורל האדם איננו במנוחה. מאחורי המבנה הלוגי הפורמלי ניצבת הערכה באשר לערכן היחסי של הנמקות משפטיות מתחרות ומידת חשיבותן. אומנם, לעיתים קרובות הערכה זו נותרת מעורפלת ובלתי מודעת, אך היא מצויה בשורשיו ובמערכת העצבים העמוקה ביותר של התהליך כולו.

ניתן להעניק לכל מסקנה צורה לוגית. תמיד אפשר לזהות תנאי משתמע בחוזה. ומדוע הוא משתמע? בשל אמונה מסוימת באשר למנהג המקובל בקהילה או

בקבוצה חברתית; או בשל עמדה כלשהי בנוגע למדיניות רצויה; או, בתמצית, בשל עמדה ביחס לנושא, אשר אינה ניתנת למדידה כמותית מדויקת ועל כן אינה מתאימה לשמש בסיס להסקת מסקנות לוגיות חד-משמעיות. תחומים אלה מהווים למעשה שדות קרב אינטלקטואליים, שבהם אין אפשרות להגיע למסקנות בעלות תוקף נצחי, ושבהם ההכרעה אינה עושה יותר מאשר לגלם את העדפותיה של קבוצה מסוימת בזמן ובמקום נתונים.

אנו נוטים שלא להיות מודעים לרוחבו של אותו חלק בשיטת המשפט הפתוח לבחינה מחודשת, בהינתן שינוי קל בדעת הקהל. אין טיעון קונקרטי שהוא מובן מאליו, ללא קשר למידת הנכונות שלנו לקבלו – אפילו לא אותה אמירה מפורסמת של הרברט ספנסר: "לכל אדם הזכות לעשות ככל העולה על רוחו, כל עוד הוא אינו פוגע בזכות זהה של זולתו".

מדוע ניתנת העדפה להצהרה שקרית ומזיקה, אם נאמרה בתום לב, כאשר מדובר במסירת מידע לגבי מועמד למשרה? התשובה היא שהחברה סברה כי חשוב יותר לאפשר זרימה חופשית של מידע, מאשר להגן על הפרט מפני מה שבנסיבות אחרות היה נחשב עוולה הראויה לפיצוי. מדוע אדם רשאי להקים עסק שביודעין יפגע כלכלית בשכונה שבה הוא פועל? התשובה היא שהתפיסה הדומיננטית גורסת שתחרות חופשית משרתת את טובת הציבור באופן המיטבי. ברי כי הכרעות אלה בדבר חשיבות יחסית משתנות בהתאם לזמן ולמקום.

מדוע שופטים מורים לחבר המושבעים שמעסיקים אינם נושאים באחריות כלפי עובדיהם בגין פציעות שנגרמו במהלך העבודה, אלא אם כן הייתה רשלנות מצד המעסיק, ומדוע חברי המושבעים נוטים להכריע לטובת התובעים כאשר הם הגורם המכריע בתיק? התשובה היא שהמדיניות המסורתית של מערכת המשפט שלנו הייתה לצמצם את האחריות למקרים שבהם אדם סביר היה יכול לצפות את הפגיעה או לפחות את הסיכון לפגיעה, בעוד שהנטייה של חלק ניכר מהציבור היא לדרוש מקבוצות מסוימות של אנשים להבטיח את בטיחותם של אלה שעמם הם באים במגע עסקי. מאז שניסחתי את הדברים הללו, נתקלתי בדרישה מפורשת לביטוח מסוג זה המהווה חלק מתוכנית המוצעת על ידי אחד מארגוני העובדים המרכזיים ביותר במדינה.

קיימת מעין מלחמה סמויה, חצי-מודעת, על שאלות של מדיניות חקיקתית, ואם מאן-דהוא סבור שניתן ליישב את הסוגיות הללו באמצעות הסקה לוגית פורמלית או באופן מוחלט, אין לי אלא לומר שלדעתי הוא שוגה מבחינה תיאורטית, וכי אני משוכנע שהמסקנה אליה הגיע לא תזכה לקבלה אוניברסלית בכל זמן, בכל מקום ועל ידי כל אדם (semper ubique et ab omnibus).

למעשה, נראה לי שהתיאוריה שלנו בעניין זה פתוחה כבר כעת לבחינה מחודשת, אף כי אינני מוכן להתחייב לאופן שבו הייתי מכריע אילו הועלתה הצעה לעשות כן. דיני הנזיקין שלנו הגיעו אלינו מתקופות שבהן עוללות כגון תקיפה, הוצאת דיבה וכדומה היו מקרים נקודתיים ומסוימים, והפיצויים שנפסקו בגינן נותרו מוגבלים למקרה הקונקרטי. כיום, בתי המשפט עוסקים ברובם בענייני נזיקין הנוגעים לאירועים המערבים מיזמים עסקיים מאורגנים – פגיעות באדם או ברכוש על ידי מסילות רכבת, מפעלים וכדומה. את האחריות של הגורמים הללו ניתן לחשב באופן סטטיסטי, ובמוקדם או במאוחר היא נכללת במחיר שהציבור משלם.

למעשה, הציבור הוא שנושא בסופו של דבר בנטל הפיצוי, ושאלת האחריות, אם נבחן אותה לעומקה, הופכת לשאלה בדבר מידת הרציות בביטוח בטיחותם של אלה שהחברה משתמשת בשירותיהם. ניתן לומר שבמקרים כאלה, הסבירות שחבר מושבעים יכריע לטובת הנתבע היא כמעט מקרית; מדי פעם הם חורגים באופן שרירותי מהמסלול הרגיל של מתן פיצויים, בדרך כלל במקרה של תובע שהוא "מצפוני" במיוחד, וככזה, רצוי להיפטר ממנו. מצד שני, אפילו שוויים של חיי אדם ניתן להערכה עבור החברה, וניתן לקבוע שהפיצוי לא יהיה גבוה מהסכום הזה. יתכן שיום אחד נמצא את עצמנו, במקרים מסוימים, מחקים ברמה מתוחכמת יותר אותו תעריף של חיים ושלמות גופנית שמוכר לנו מהחוק הגרמני העתיק.

דומני כי השופטים עצמם לא תמיד השכילו להכיר באופן מלא בחובתם לשקול שיקולים של תועלת חברתית. חובה זו היא בלתי נמנעת, והתוצאה של הרתיעה המשפטית מעיסוק מפורש בשיקולים מסוג זה היא הותרת הבסיס המהותי של הכרעות שיפוטיות באפלה, ולעתים קרובות אף לא מודע. כאשר החלו הדיונים הראשונים בעניין הסוציאליזם, מעמדות חברתיים שחששו משינוי חוץ חרדה עמוקה. אני משער שחרדה זו השפיעה על ההתפתחות השיפוטית בארצנו כמו גם בבריטניה; אולם היא בוודאי לא הוזכרה באופן מפורש בפסקי הדין הרלוונטיים. אני סבור כי מניע דומה הוביל אנשים שאיבדו את תקוותם להשפיע על הרשות המחוקקת לתלות את יהבם בבתי המשפט כמפרשי החוקה, ובחלק מן הפסיקות התגלו עקרונות חדשים, החורגים מגוף המסמכים החוקתיים עצמם, אשר ניתן לפרשם באופן המעגן את הדוקטרינות הכלכליות שהיו מקובלות לפני כחמישים שנה, ולמנוע באופן גורף חקיקה שמוסד משפטי מסוים אינו רואה בעין יפה.

אני מתקשה שלא להאמין כי אילו הכשרתם של משפטנים הייתה מובילה אותם באופן שגרתי לשקול באופן מובהק ומפורש את התועלת החברתית המצדיקה את הכרעותיהם, הם היו מגלים זהירות רבה יותר בנקודות שבהן הם כיום בטוחים בעמדתם, ומכירים בכך שהם למעשה נוקטים עמדה בשאלות שנויות במחלוקת, ולעתים אף בעלות רגישות פוליטית ניכרת.

עד כאן באשר לכשל של החשיבה הלוגית הפורמליסטית. כעת אבקש לבחון את מצבו של המשפט כתחום מחקר אקדמי, ואת האידאולוגיה שאליו הוא שואף. אנו עדיין רחוקים מנקודת המבט שאני מבקש להגיע אליה. איש עדיין לא הגיע אליה במלואה, ואף אינו מסוגל להגיע אליה בשלמותה. אנו נמצאים רק בתחילתה של התעוררות פילוסופית ושל חשיבה מחודשת על ערכן של דוקטרינות הנחשבות ברובן כמובנות מאליהן, ושהיסוד הרציונלי שלהן אינו נדרש לבחינה שיטתית, מודעת ומכוונת.

התפתחות המשפט נמשכה קרוב לאלף שנים, בדומה להתפתחותו של אורגניזם ביולוגי, כאשר כל דור נוטל את הצעד ההכרחי הבא, והתודעה, כמו החומר, מצייתת לחוק של התפתחות אורגנית. החיקוי הוא צורך הטבע האנושי, כפי שהדגים היטב החוקר הצרפתי המבריק גבריאל דה טארד בחיבורו החשוב Les Lois de l'Imitation. אנו מבצעים את רוב פעולותינו מהסיבה הפשוטה שכך נהגו אבותינו או שכך נוהגים בני דורנו, והדבר נכון לגבי חלק גדול יותר ממה שאנו עושים מכפי שניתן לחשוב. יש לכך סיבה טובה, הטמונה בעובדה שחיינו הקצרים אינם מאפשרים לנו לעשות יותר מכך, אך היא אינה אופטימלית בהכרח.

אין הכרח בכך שרק מאחר שאנו נאלצים לקבל מיד שנייה וללא הוכחה את מרבית הכללים שעליהם אנו מבססים את פעולותינו ואת חשיבתנו, איש מאיתנו לא ינסה לארגן תחום כלשהו בעולמו על פי תבונתו האישית, או שבאופן קולקטיבי לא נשאף למצות את ההיגיון הרציונלי עד למידה המרבית האפשרית בכל תחומי החיים. אומנם, החוקר האבולוציוני יהסס להכריז, ביחס למשפט, על תוקף אוניברסלי של האידיאלים החברתיים שלו או של העקרונות שהוא מאמין שראוי לגלמם בחוק. הוא יטיל ספק בשאלה אם יוכל להוכיח שהם מיטביים במקום ובזמן הנתון. הוא יהיה מוכן להודות שאין בידי ידע ודאי על הטוב המוחלט ביקום, ואף יודה שיש לו יכולת מוגבלת לדעת מהו הטוב הנצחי עבור המין האנושי.

עם זאת, נכון לומר שמערכת חוקים תהיה רציונלית ומתקדמת ככל שהכללים המרכיבים אותה מתייחסים באופן מפורש ומודע למטרה שהם נועדו לשרת, וככל שהסיבות לשאיפה למטרה זו מובעות או ניתנות להבעה באופן גלוי ומפורש.

כיום, אנו פונים במקרים רבים אל המסורת אם ברצוננו להבין מדוע כלל משפטי מסוים נושא צורה זו ולא אחרת, ואף, במידה לא מעטה, אם ברצוננו להבין מדוע הוא קיים מלכתחילה. אנו עוקבים אחר תולדות המשפט עד לתיעוד המשפטי הקדום ביותר באנגליה, ואולי אף לתקופות מוקדמות יותר במנהגים של הפרנקים הסאליים, ושם, במעמקי העבר, ביערות גרמניה או בצרכים המנהליים של המלכים הנורמנים, בהנחות היסוד של האוכלוסייה השלטת ובהיעדר רעיונות מופשטים, אנו מוצאים את המניע הפרקטי למה שההצדקה הטובה ביותר שלו כיום נעוצה בעובדה שכך התקבל והתפתח בעבר, ושכני האדם התרגלו לכך.

לימוד רציונלי של המשפט עודנו, במידה רבה, לימוד היסטורי. מאחר שבלעדי ההיבט ההיסטורי לא נוכל להבין את ההיקף המדויק של הכללים שעלינו לרכוש, ההיסטוריה חייבת להישאר מרכיב חיוני בלימוד המשפט. יתרה מכך, היא מהווה חלק מהלימוד הרציונלי מכיוון שהיא הצעד הראשון לקראת ספקנות מושכלת — כלומר, לקראת בחינה ביקורתית מחודשת של ערך הכללים הללו. כאשר מוציאים דרקון ממערתו אל האור, ניתן לספור את שינוי ולהעריך את עוצמתו. אך הוצאת הדרקון מהמערה היא רק השלב הראשון. השלב הבא הוא להחליט האם להרוג אותו או לאלפו, ובכך להפכו ליצור שימושי.

לצורך עיון רציונלי במשפט, ייתכן שאיש כללי הברזל הוא האיש הנכון לתקופתנו, אך איש המחר הוא איש הסטטיסטיקה ומומחה הכלכלה. מצער הדבר שאין סיבה טובה יותר לקיומו של כלל משפטי מאשר העובדה שכך נקבע בימי הנרי הרביעי. מצער עוד יותר אם הסיבות המקוריות להיווצרות הכלל נעלמו זה מכבר, והכלל נותר בתוקפו רק מתוך חיקוי עיוור של העבר. הרהור זה מביא אותי לחשוב על הכלל הטכני הנוגע למושג הסגת גבול מלכתחילה (*trespass ab initio*), אותו ניסיתי לאחרונה להסביר בפסק דין במסצ'וסטס.³

אציג דוגמה תמציתית כדי להמחיש כיצד המטרה החברתית שלשמה נועד כלל משפטי מתערפלת ומושגת רק באופן חלקי, מאחר שצורתו של הכלל נגזרת מהתפתחות היסטורית הדרגתית ולא מעיצוב מכוון המתייחס במפורש למטרה הרצויה. אנו סבורים שראוי למנוע את נטילת רכושו הפרטי של אדם אחד בידי אדם אחר, ולכן הגדרנו את עבירת הגניבה (*larceny*). הנזק זהה בין אם הנטילה נעשתה

³ Commonwealth v. Rubin, 165 Mass. 453.

על ידי אדם שהרכוש הופקד בידי ובין אם נעשתה על ידי אדם שלא בהרשאה. אולם המשפט הקדום, במגבלותיו, לא ניסה לעשות הרבה מעבר למניעת אלימות, ובאופן טבעי כלל את הנטילה ללא רשות, את הסגת הגבול, כמרכיב בהגדרת העבירה.

בעת המודרנית, שופטים הרחיבו במידת־מה את ההגדרה כאשר קבעו שאם העבריינין משתלט על הרכוש באמצעות מרמה או תחבולה, הדבר מהווה עבירת גניבה. פרשנות זו מוותרת למעשה על דרישת הסגת הגבול, והיה הגיוני יותר, וגם מתאים יותר למטרה הנוכחית של החוק, לוותר על הדרישה לחלוטין. אלא שצעד כזה היה נחשב לנועז מדי, ולכן בתי המשפט הותירו את השינוי בידי המחוקק. בהתאם לכך, נחקקו חוקים האוסרים על מעילה (embezzlement). אולם, עוצמתה של המסורת גרמה לעבירת הגניבה להיראות כה שונה מעבירת המעילה, עד כי בתחומי שיפוט מסוימים נפתח פתח למבצעי עבירות שהואשמו בגניבה לטעון שהיה ראוי להאשימם במעילה, ולהיפך, ובכך להימלט מעונש.

שאלות יסודיות בהרבה עודן ממתונות לתשובה טובה יותר מאשר "כך נהגו אבותינו". מה עומד לרשותנו מעבר להשערה בלתי מבוססת שלפיה הדין הפלילי בצורתו הנוכחית מועיל יותר משהוא מזיק? לא התעכבתי על ההשפעה שיש לו בהשפלת אסירים ודחיקתם עמוק יותר אל תוך חיי פשיעה, או על השאלה אם קנסות ומאסר אינם מטילים נטל כבד יותר על בני משפחתו של העבריינין מאשר עליו עצמו. כוונתי לעסוק בשאלות רחבות יותר: האם העונש אכן מרתיע? האם אנו מתייחסים לעבריינים על פי עקרונות ראויים?

אסכולה מודרנית של קרימינולוגים אירופים מציגה נוסחה, המיוחסת לפרנץ גאל, לפיה עלינו להתמקד בעבריינין ולא בעבירה. נוסחה זו כשלעצמה אינה מקדמת אותנו במידה ניכרת, אולם המחקרים בתחום זה מפנים לראשונה את מבטנו אל חיפוש תשובות לשאלות אלה על בסיס מדעי. אם העבריינין הטיפוסי הוא פרט בעל נטייה מולדת לפשיעה, הנאלץ לרמות או לרצוח בשל דחף אורגני עמוק, בדומה לדחף של נחש להכיש, אזי אין תועלת בדיבור על הרתעה במובנה הקלאסי של מאסר. יש להרחיקו מהחברה; לא ניתן לתקנו או להפחידו עד שיחדל מהתנהגותו האינסטינקטיבית.

לעומת זאת, אם הפשיעה היא, כמו מרבית ההתנהגות האנושית, עניין של חיקוי חברתי, יש לצפות שענישה תסייע לשמור אותה מחוץ ל"אופנה". מספר חוקרים בעלי שם סבורים כי המחקר אודות עבריינים תומך בהשערה הראשונה. מנגד, הנתונים הסטטיסטיים בדבר העלייה היחסית בפשיעה באזורים צפופים כגון ערים גדולות, שבהם לדוגמה האישית יש פוטנציאל השפעה מרבי, לעומת אזורים דלי אוכלוסין שבהם קצב ה"הידבקות" איטי יותר, מחזקים את ההשקפה השנייה. ואולם, קיימת סמכות מקצועית חשובה התומכת בעמדת ביניים, "לא טבעה של העבירה, אלא מסוכנותו של העבריינין – היא המהווה את הקריטריון המשפטי הראוי להנחיית התגובה החברתית הבלתי נמנעת נגדו".⁴

המכשולים העומדים בפני הכלל הרציונלי שהדגמתי בתחום האיסור על גניבה מופיעים גם בתחומים אחרים של המשפט, כאלה שאינם שייכים לדין הפלילי

⁴ Havelock Ellis, The Criminal, 41, citing Garofalo. See also Ferri, Sociologie Criminelle, passim. Compare Tarde, La Philosophie Pénale

בהכרח. ניקח לדוגמה את דיני הנזיקין או האחריות לתשלום פיצויים במשפט האזרחי מחוץ לדיני חוזים וכדומה. האם עומדת לרשותנו תיאוריה כללית של אחריות, או שמא עלינו למנות את המקרים הספציפיים שבהם היא קיימת ולהסביר בכל מקרה את הרציונל, כפי שניתן להבין בנקל מהעובדה שלקטגוריות מסוימות של עוולות, כגון הסגת גבול או הוצאת דיבה, יש היסטוריה ייחודית משלהן לעניין זכות התביעה?

אני סבור שמבחינה משפטית, כל גרימת נזק ממשי על ידי אדם בראחריות ראויה לתביעה, אם בנסיבות הקיימות היה האדם מודע לסיכון שבפעולותיו, על פי הניסיון הכללי או על פי ניסיונו האישי (אם זה האחרון משמעותי מהרגיל), וזאת למעט אותם מקרים שבהם המשפט מסרב להגן על התובע או מעניק זכות יתר לנתבע על יסוד שיקולי מדיניות כלשהם.⁵

אני סבור שבאופן רגיל, משמעות המושגים "זדון", "כוונה" ו"רשלנות" אינה אלא שהסכנה הייתה ברורה במידה כזו או אחרת בנסיבות שהיו ידועות לאדם המעורב, אף כי במקרים מסוימים של זכות יתר, "זדון" מתייחס למניע זדוני ספציפי, ומניע כזה עשוי לבטל את הפטור הניתן לגרימת נזק ביודעין משיקולים שונים של טובת הציבור הגוברת על האינטרס הפרטי.

כאשר הצגתי את עמדתי בפני שופט בריטי בעל מעמד נכבד, הוא השיב: "אתה מדבר על המשפט כפי שהוא ראוי להיות; על פי המשפט המצוי, עליך להוכיח זכות. אדם אינו אחראי לרשלנות אלא אם כן הייתה מוטלת עליו חובה". אם המחלוקת בינינו חורגת מעבר לשאלת מינוח או מעבר לחילוקי דעות ביחס ליחס בין החריגים לכלל, אזי לפי גישתו, את האחריות לפעולה אין לתלות בנטיית המובהקת של הפעולה לגרום נזק ממשי באופן כללי, אלא יש לבססה על אופיו המיוחד של הנזק, או לגזור אותה מנסיבות ייחודיות מעבר לנטיית הכללית של הפעולה. אני משוכנע שהשקפה זו שגויה, אך היא מוכרת, ואני מניח שהיא מקובלת באופן כללי בבריטניה.

המסורת מהווה בסיס כה עמוק לעקרונות המשפטיים, עד שאנו נוטים להגזים בחשיבותו של המחקר ההיסטורי. זה עתה פרסם פרופסור איימס מאמר מלומד שנועד להדגים, בין היתר, שהמשפט המקובל לא הכיר בטענת ההגנה של מרמה בתביעות הנוגעות לחוזים פורמליים מיוחדים (specialties), ומזה ניתן אולי ללמוד שהאופי הייחודי של הגנה זו נעוץ במקורו בדיני היושר (equity). אולם אם, כפי שציינתי קודם לכן, כל החוזים הם פורמליים במהותם, אזי ההבחנה בין פגמים צורניים המונעים את היווצרותו של חוזה תקף לבין מניעים מוטעים – סוגיה שבוודאי לא זכתה לשיקול דעת כוללני בכל שיטה שניתן לכנותה רציונלית, למעט שיטה שהכירה מפורשות במניעים אלה – אינה היסטורית בלבד אלא גם תיאורטית. היא לא מוגבלת למקרים מיוחדים אלא חלה באופן כללי. אני מוכרח להוסיף ולציין כי אינני סבור שמר איימס יחלוק על הערותי אלה.

⁵ דוגמה אחת למקרה שבו החוק מסרב להגן על תובע היא כאשר צד שלישי מונע ממנו שימוש בדרך בעלת ערך שבה נסע באופן מזיק במשך תקופה הקצרה בשבוע ממועד ההתיישנות. שבוע לאחר מכן תהיה לו הזכות, אך כרגע הוא נחשב למסיג גבול. כבר נתתי דוגמה לזכות יתר. אחת הדוגמאות המובהקות ביותר היא התחרות העסקית.

אולם אם נבחן את דיני החוזים, נמצא שהם רוויים ברבדים היסטוריים. ההבחנות בין חוב (debt), התחייבות פורמלית (covenant), והבטחה (assumpsit) הן היסטוריות בלבד. הסיווג של חלק מהחובות שהחוק מחייב לשלם כ"חוזים למחצה" (quasi-contracts), ללא קשר לעסקה כלשהי, הוא היסטורי בלבד. דוקטרינת התמורה (consideration) היא היסטורית בלבד. ניתן להסביר את תוקפה של חותמת רשמית (seal) רק באמצעות ההיסטוריה.

דוקטרינת התמורה היא למעשה רק דרישה משפטית צורנית. האם היא צורה יעילה? אם כן, מדוע אינה נדרשת בכל סוגי החוזים? החותמת גם היא צורה גרידא, והיא הולכת ונעלמת עם השימוש בסימון חלופי (scroll) ועם החקיקה הדורשת תמורה, בין אם יש חותמת ובין אם לאו. מדוע שהבחנה היסטורית גרידא תשפיע על הזכויות והחובות של גורמים עסקיים בני זמננו?

מאז כתיבתו של מאמר זה, נתקלתי בדוגמה מובהקת לאופן שבו המסורת לא רק גוברת על שיקולי מדיניות הגיוניים, אלא אף מנצחת לאחר שתחילה פירוש אותה באופן שגוי והחילו אותה באופן רחב יותר משהייתה במקור, עת הייתה בעלת משמעות מעשית. המשפט המקובל בבריטניה קובע שאם צד אחד לחוזה ביצע שינוי מהותי במסמך החוזה, החוזה מתבטל ביחס אליו. דוקטרינה זו מנוגדת למגמה הכללית של המשפט. לא מנחים חבר מושבעים שאם אדם שיקר אי פעם לגבי פרט כלשהו, יש להניח שהוא שיקר בכל טענותיו. גם אם אדם ניסה לרמות, אין בכך יסוד מספק למנוע ממנו להוכיח את האמת. התנגדויות מסוג זה נוטות בדרך כלל להתייחס למשקל הראיות ולא לקבילותן. זאת ועוד, הכלל האמור אינו תלוי בהוכחת מרמה, ואינו מוגבל לשאלות בדבר קבילותן של ראיות. הוא אינו קובע רק שאין לעשות שימוש במסמך שנערכו בו שינויים, אלא שהחוזה עצמו בטל ומבוטל. מה משמעות הדבר? קיומו של חוזה כתוב תלוי בעובדה שהמציע והניצע החליפו ביניהם הצהרות כתובות, ולא בהמשך קיומן הפיזי של הצהרות אלה. אולם במקרה של אגרת חוב, התפיסה הקדומה הייתה שונה לחלוטין. החוזה היה בלתי נפרד מהמסמך הפיזי. אם צד שלישי השמיד את המסמך, הסיר את החותם או שינה אותו, בעל החוב לא היה יכול לגבות את החוב, גם אם היה חף מאשמה, בשל היעדר היכולת להציג בפני בית המשפט את החוזה של הנתבע בצורתו המחייבת – כלומר, את המסמך הממשי שעליו הוטבעה חתימתו.

לפני כמאה שנה, הברון קניון, כהרגלו מעת לעת, נטל על עצמו את המשימה להחיל את ההיגיון שלו על המסורת, תוך פגיעה בעקרונות המשפט המקובל, ומאחר שלא הבין את הבסיס ההיסטורי של הכלל, הצהיר כי אינו רואה סיבה מדוע מה שתקף לגבי אגרת חוב לא יחול גם על חוזים אחרים. במקרה ספציפי זה, החלטתו הייתה נכונה, מאחר שמדובר היה באגרת חוב, שנחשבה אף היא במשפט המקובל כחוזה הקשור באופן בלתי נפרד לנייר שעליו נכתבה. אולם הנימוק שהציג היה בעל אופי כללי, ועם הזמן הורחב לחוזים כתובים אחרים, תוך המצאת טיעונים מלאכותיים ולעיתים אף מגוחכים כדי להצדיק את הכלל המורחב.

אני מקווה שהערוטיי הביקורתיות, המובעות בחופשיות יחסית, לא יפורשו כזלזול במערכת המשפט. אני רוחש כבוד עמוק למשפט, ובמיוחד למסורת המשפטית שלנו, המהווה אחת מיצירות המופת המרשימות ביותר של התבונה האנושית. איש אינו מודע יותר ממני למספר העצום של הוגים דגולים שהקדישו את חייהם לתרומתן של תוספות או תיקונים, כאשר התרומה המשמעותית ביותר שלהם

מתגמדת אל מול המבנה השלם והעוצמתי. עצם קיומו של המשפט כחלק אינטגרלי מחיי בני אדם, ולא כחזון אוטופי מופשט, מזכה אותו יותר מכל דבר אחר להערכה. אולם, ניתן לבקר אף את מה שמוקירים עמוקות. למשפט הקדשתי את חיי המקצועיים, והקדשה זו הייתה פגומה אילו נמנעתי מלעשות ככל יכולתי לשכללו, או אילו היססתי להצביע על מה שאני רואה כאידיאל שלו בעתיד ולחתור אליו במלוא מרצי.

ייתכן שדי במה שכבר אמרתי כדי להדגים את התפקיד שממלא המחקר ההיסטורי בלימוד שיטתי של המשפט בצורתו הנוכחית. אין סכנה לכך שיפחיתו בערכו, במוסד זה או באוניברסיטת קיימברידג'. מר ביגלו שנמצא כאן עמנו, ומר איימס ומר תייאר הנמצאים שם, תרמו תרומות חשובות ובלתי נשכחות לתחום. בבריטניה, ספר ההיסטוריה על המשפט האנגלי המוקדם שפורסם על ידי סר פרדריק פולוק, ומר מייטלנד העניק לנושא מימד של קסם כמעט פיוטי. יש להיזהר מהמכשול של התמקדות יתר בחקר העתיקות, ולזכור שעבורנו, העניין היחיד בעבר הוא האור שהוא שופך על ההווה.

אני מצפה ליום שבו תפקידה של ההיסטוריה בפרשנות הדוקטרינות המשפטיות יהיה מצומצם יותר, ובמקום מחקר פילולוגי מבריק נפנה את מאמצינו לחקר המטרות הרצויות של המשפט והסיבות לכך שהן רצויות. כצעד צנוע לקראת אידיאל זה, דומני שעל המשפטנים לשאוף לרכוש הבנה כלכלית מעמיקה. ההפרדה המוסדית הקיימת כיום בין בתי הספר לכלכלה פוליטית לבין בתי הספר למשפטים נראית לי עדות לכך שעוד ארוכה הדרך למחקר פילוסופי מתקדם. אומנם, בכלכלה הפוליטית בת זמננו אנו נתקלים בהיבטים היסטוריים בקנה מידה נרחב אף יותר, אולם במסגרת דיסציפלינה זו אנו נדרשים לשקול את מטרות החקיקה, את האמצעים להשגתן ואת העלויות הכרוכות בכך.

אנו לומדים שכל השגה דורשת ויתור על דבר-מה אחר, ולומדים להעמיד זה מול זה את התועלת שבה אנו זוכים אל מול התועלת שעליה ויתרנו, כדי לדעת את משמעות בחירותינו כאשר אנו ממלאים את תפקידנו כמחוקקים או כבוחרים.

בעלי הנטייה הפרגמטית נוטים להמעיט גם בערכו של תחום מחקר נוסף שעליו אבקש לומר מילה טובה, למרות שתחת כותרתו חוסות גישות בעייתיות רבות. כוונתי למה שמכונה "תורת המשפט" (jurisprudence). לתפיסתי, תורת המשפט היא בפשטות המשפט בצורתו הכללית והמופשטת ביותר. כל מאמץ לצמצם מקרה ספציפי לכדי כלל הוא מאמץ של תורת המשפט, אף שבשפה האנגלית, המונח מתייחס רק לכללים הרחבים ביותר ולמושגי היסוד.

אחד ממאפייני הזיהוי של משפטן מעולה הוא יכולתו לזהות כיצד ליישם את העקרונות הכלליים ביותר. מסופר על שופט שלום במדינת ורמונט, שבפניו הובאה תביעה של חקלאי נגד חקלאי אחר בגין שבירת מחבצה. השופט נטל פסק זמן כדי לשקול את הנושא, ולאחר מכן הודיע כי חיפש בקודקס החוקים ולא מצא דבר לגבי מחבצות, ופסק לטובת הנתבע. גישה דומה ניכרת בספרי הלימוד ובקבצי פסקי הדין שלנו. יישום העקרונות הראשוניים בתחומי החוזים או הנזיקין מוסווה תחת כותרות כגון "מסילות ברזל" או "טלגרף", או מפוזר על פני חיבורים רבים העוסקים בתת-קטגוריות היסטוריות כגון סחר ימי ודיני יושר, או מאוגד תחת כותרות שרירותיות הנחשבות אטרקטיביות לבעלי גישה מעשית, כגון "דיני מסחר".

אם אדם מבקש לרכוש מומחיות במקצוע המשפט, ראוי שיעשה זאת ביסודיות, והתמחות זו פירושה לחדור מבעד לכל האירועים והנסיבות הקונקרטיות ולזהות את הבסיס המהותי לתחזית המשפטית. לפיכך, חיוני שהמשפטן יפתח הבנה מדויקת של משמעותם של מושגי יסוד כגון "משפט", "חובה", "זדון", "כוונה", "רשלנות", "בעלות", "קניין" וכדומה. אני נזכר במקרים שבהם נראה כי הערכאות השיפוטיות הגבוהות ביותר התקשו בהכרעותיהן עקב חוסר תפיסה בהירה של חלק מהמושגים הללו. כבר הדגמתי את חשיבותם. אם נדרשת המחשה נוספת, ניתן למצוא אותה בקריאת הנספח לספרו של סר ג'יימס סטפן על "הדין הפלילי" העוסק במושג הבעלות, ומשם להמשיך אל חיבורם המאיר עיניים של פולוק ורייט. סר ג'יימס סטפן אינו הכותב היחיד שמאמצו לנתח רעיונות משפטיים נפגמים בשל השאיפה להגיע לתמצית אוניברסלית של כל השיטות המשפטיות, במקום לערוך ניתוח מדויק של שיטה אחת.

הקושי בכתיבתו של אוסטין הוא שהיכרותו עם המשפט האנגלי הייתה בלתי מספקת. עם זאת, יש יתרון מעשי בלימוד יסודי של אוסטין, כמו גם של קודמיו הובס ובנת'ם ושל ממשיכיו הראויים הולנד ופולוק. ספרו האחרון של סר פרדריק פולוק מאופיין באותה אלגנטיות המייחדת את כל יצירותיו, והוא חופשי מההשפעה המעוותת של המודלים הרומיים.

העצות שהוותיקים בתחום מציעים לצעירים נוטות להיות בלתי-מעשיות כמו "רשימת מאה הספרים המומלצים ביותר". בתקופתי, לפחות, קיבלתי עצות מסוג זה, וההמלצה ללמוד משפט רומי מדורגת גבוה ברשימת ההצעות הבלתי מעשיות הללו. אני מניח שעצה זו מתכוונת ליותר מאשר לאסוף מספר ביטויים לטיניים אפקטיביים כדי לקשט את הטיעון המשפטי – המטרה שלשמה הלורד קוק המליץ ללמוד את ברקטון. אילו זו הייתה כל מטרתנו, היה די בקריאה של שעה אחת בספר De Regulis Juris Antiqui.

אני משער שאם אכן יש טעם בלימוד המשפט הרומי, הרי שראוי ללמוד אותו כמערכת שיטתית, דבר הדורש שליטה במבנה טכני מורכב יותר וקשה להבנה משלנו, ולימוד מסלול היסטורי נוסף, הנחוץ אף יותר משלנו להבנת התפתחותו. מי שמפקפק בטענתי זו מוזמן לעיין בחיבורו של קלר Der Romische Civil Process und die Actionen, בניתוח על צווי הפראיטור, בספרו המרתק של מיורה Historical Introduction to the Private Law of Rome, ולתוצאות המיטביות, בחיבורו המקיף והמוערך של סוהן על מוסדות המשפט הרומי.

לא. כדי להשיג פרספקטיבה רחבה בתחום מסוים, אין צורך להתעמק בנושא אחר, אלא לחדור לעומקו של הנושא הנדון עצמו. הדרך לעשות זאת היא, בראש ובראשונה, להתחקות אחר מכלול הדוקטרינות הקיימות עד לרמת ההפשטה הגבוהה ביותר באמצעות תורת המשפט; שנית, לגלות מתוך ההיסטוריה כיצד הדוקטרינות הללו הגיעו למצבן הנוכחי; ולבסוף, לבחון ככל האפשר את המטרות שהכללים השונים נועדו להשיג, את הסיבות לשאיפה להשגת מטרות אלה, את המחיר שמשלמים תמורתן, והאם הן מצדיקות את המחיר.

המשפט סובל ממחסור בתיאוריה, ולא מעודף שלה, במיוחד בתחום המחקר האחרון שהזכרתי. כשדיברתי על היסטוריה, הזכרתי את עבירת הגניבה כדוגמה לכך שהמשפט סובל מכך שלא גיבש בצורה בהירה כללים ששיגו את מטרתו המוצהרת. הבעיה במקרה זה הייתה שימור נוסחאות של כללים מתקופה שבה

המטרה הרצויה הייתה מצומצמת יותר. כעת אדגים את החשיבות המעשית של הבנת הרציונל העומד בבסיס החוק כדי להכריע בתיקים בפועל, באמצעות דוגמה של כלל מתוך קבוצת כללים שלמיטב ידיעתי, מעולם לא זכתה להסבר או לניתוח מספק. אני מתייחס לחוקי ההתיישנות.

אומנם תכליתם של חוקי ההתיישנות ברורה למדי, אולם מהי ההצדקה לשלילת זכויותיו של אדם – פעולה שבדרך כלל מגלמת את תמצית העוול – רק בשל חלופה הזמן? אחד הטיעונים הוא אובדן ראיות, אולם זהו שיקול משני. טיעון אחר הוא השאיפה לשלום חברתי, אך לא ברור מדוע השלום יהיה רצוי יותר אחרי עשרים שנה דווקא. הסיכוי להשגת שלום גובר גם ללא התערבות המחוקק. טיעון נוסף הוא שאם אדם לא טרח להבטיח את זכויותיו, אין לו להלין אם החוק, לאחר פרק זמן מוגדר, מתיישר עם התנהלותו.

אם טיעונים אלה ממצים את הסוגיה, סביר להניח שיש להכריע לטובת התובע במקרה שאתאר להלן; אולם, אם תסכימו עם עמדתי, ייתכן שיש להכריע דווקא לטובת הנתבע. המקרה הוא כדלקמן: אדם נתבע על הסגת גבול, והוא טוען להגנתו שיש לו זכות מעבר. הוא מוכיח שעשה שימוש בדרך באופן גלוי וללא התנגדות במשך עשרים שנה. ואולם, מתברר שהתובע העניק רישיון לאדם שאותו חשב בטעות, אך באופן סביר, לנציגו של הנתבע, ובשל טעות זו הניח שהשימוש של הנתבע בדרך היה מורשה. מכאן עולה שהנתבע למעשה לא רכש את הזכות באופן רגיל. האם הנתבע רכש את זכות המעבר או לא?

אם רכישת הזכות תלויה באשמתו או ברשלנותו של בעל הקרקע, במובן המקובל של מושגים אלה, כפי שנראה שמניחה הדעה הרווחת, אזי רשלנות כזו לא התקיימה, ועל כן הנתבע לא רכש זכות מעבר. אילו ייצגתי את הנתבע, הייתי טוען שהבסיס לרכישת זכות מעבר בשל חלוף הזמן אינו נעוץ במעמדו של מי שמאבד את הזכות, אלא במעמדו של מי שרוכש אותה. סר הנרי מיין תרם לפופולריות הקישור בין התפיסה הארכאית של הזכות לקניין לבין התיישנות. אולם הקשר הזה קדום מכל תיעוד היסטורי. הוא טבוע במבנה החשיבה האנושית.

נכס כלשהו שממנו אדם נהנה ומשתמש בו כשלו במשך תקופה ממושכת – יהא זה נכס מוחשי או דעה – מתמזג עם אישיותו של המשתמש, ולא ניתן לעקור אותו ממנו בלי שיחוש תרעומת ויפעל להגנתו, יהא האופן שבו השיג אותו אשר יהא. אין למשפט הצדקה איתנה יותר מאשר האינסטינקטים העמוקים של האדם.

ההתייחסות להזנחה מצד הבעלים הקודמים, שהובילה לניתוק ביניהם לבין הנכס שהם תובעים ולהתקשרותו לאחר, עולה רק כתגובה לטענה שאנו מאכזבים אותם. אם בעלים אלה היו מודעים לכך שאדם אחר מבצע פעולות המעידות על פניהן על יצירת קשר בעלות, אזי לפי תפיסתי, מתוך צדק כלפי האחר, היה עליהם לברר אם אותו אדם פעל ברשותם, לוודא שהוזהר, ואם היה צורך בכך, למנוע את פעולותיו.

דיברתי על חקר המשפט, אולם אמרתי מעט מאוד על מה שבדרך כלל נדון בהקשר זה – ספרי לימוד, שיטת הלימוד של קריאת פסקי דין וכל הכלים האמצעיים שעמם בא הסטודנט במגע ישיר. אוסיף להימנע מלהרחיב בכך. הנושא שעליו באתי לדבר הוא התיאוריה, לא הפרטים המעשיים. שיטות ההוראה ודאי השתפרו מאז תקופת לימודי, אולם יכולת אישית והתמדה יביאו לשליטה בחומר גם בהיעדר שיטת הוראה אופטימלית.

התיאוריה היא המרכיב החשוב ביותר במכלול הדוקטרינות המשפטיות, בדיוק כפי שהאדריכל הוא האדם החיוני ביותר בבניית מבנה. השיפורים המשמעותיים ביותר בעשרים וחמש השנים האחרונות היו דווקא שיפורים בתיאוריה. אין יסוד לחשש שהתיאוריה אינה מעשית, שכן עבור אדם בעל יכולת, משמעותה של תיאוריה היא אך ורק העמקת ההבנה בנושא. אמנם, עבור בעלי יכולת מוגבלת, נכונה לעתים האמרה שהתעניינות ברעיונות כלליים מעידה על היעדר ידע ספציפי. אני נזכר שבימי שירותי הצבאי, קראתי על קצין צעיר שנבחן ברמה הבסיסית ביותר, וכשנשאל על תרגילי פלוגה השיב שמעולם לא נתן את דעתו על תמרון של פחות מעשרת אלפים חיילים. ראוי להותיר את החלשים והבלתי מוכשרים לעיסוקיהם השוליים.

הסכנה האמיתית היא שבעלי יכולת ואוריינטציה מעשית יפגינו חוסר עניין או חוסר אמון כלפי רעיונות הרחוקים מעיסוקם היומיומי. לא מכבר שמעתי סיפור על אדם ששילם למשרתו האישי שכר גבוה שהיה חשוף להפחתות בגין ליקויים שונים. אחת מעילות ההפחתה הייתה: "בגין היעדר דמיון – חמישה דולרים". מחסור זה אינו מוגבל למשרתים אישיים בלבד. העוצמה, שהיא תכלית השאיפה האנושית, מתבטאת כיום בעיקר בצורה של ממון, שהיא הביטוי המידי ביותר, והיא אומנם מטרה ראויה. "ההון", אמרה רייצ'ל, "הוא המדד של האינטליגנציה". אמירה זו משמשת לעורר אנשים מאשליותיהם התמימות.

אולם כפי שקובע הגל: "בסופו של דבר, יש להשביע את רצון הדעת, לא את רצון התיאבון".⁶ עבור אדם הניחן בדמיון, בכל קנה מידה, הצורה הנעלה ביותר של כוח אינה הממון, אלא השליטה ברעיונות. אם תחפשו דוגמה מופתית לכך, עיינו בספר *History of English Thought in the Eighteenth Century* מאת מר לסלי סטיבן, ותיווכחו כיצד, מאה שנים לאחר מותו, הרעיונות המופשטים של דקארט הפכו לכוח מעשי המעצב את התנהגותם של בני אדם. קראו את חיבוריהם של משפטנים גרמנים ותראו שהעולם מושפע מקאנט יותר משהושפע מנפוליאון.

לא כולנו יכולים להיות דקארט או קאנט, אולם כולנו חפצים באושר. ואני משוכנע, מהיכרותי עם אנשים רבים שזכו להצלחה, שאת האושר לא ניתן להשיג בעבודה כיועץ משפטי של תאגיד גדול תמורת שכר של חמישים אלף דולר. אינטלקט המסוגל להגיע להישג כזה זקוק למזון נוסף מלבד ההצלחה החומרית. ההיבטים הרחבים והמופשטים יותר של המשפט הם אלה שמעניקים לו עניין אוניברסלי. דרכם תוכלו לא רק להיות מומחים בתחום שבחרתם, אלא גם לקשר אותו למכלול הידע האנושי ולחוש הד של האינסוף, לקלוט הבזק חטוף מהסדר הקוסמי, רמז לחוק האוניברסלי.

אזכור מוצע: תרגום למאמרו של השופט אוליבר וונדל הולמס הבן "נתיבו של המשפט" **רשות הרבים** (14.8.2025).

⁶ Phil. des Rechts, § 190