

אחרית-דבר למושג החוק

מאת

אנדרי מרמור*

מאמר זה עוסק בגלגולו האחרון של הוויכוח בין הארט ודבורקין על סבירותה של ההשקפה הפוזיטיביסטית בתורת-המשפט. בשנים האחרונות ויכוח זה קיבל תפנית מתודולוגית מעניינת, שבמרכזו הועמד הדיון על עצם טבעה של תורת-המשפט. חלקו הראשון של המאמר עוסק בניתוח ביקורתי של התפנית המתודולוגית הזו שדבורקין מטיף לה בשנים האחרונות, תוך הגנה על תשובתו של הארט, תשובה שהתפרסמה לאחרונה באחרית-דבר ל-"*The Concept of Law*". השקפות מנוגדות אלה על טבעה של תורת-המשפט, חושפות ויכוח מרכזי נוסף בין הארט ודבורקין הנוגע לשאלת קיומם של כללי הויהוי, תורת הפרקטיקה של כללים, שעמדה ביסוד השקפתו של הארט על כללי הויהוי, זכתה במשך השנים לקיתונות של ביקורת. באחרית-הדבר הארט מציע מודיפיקציה משמעותית של תורתו, תוך העמדתה על מושג הקונבנציה החברתית. החלק השני של המאמר מציג את הטעמים לשינוי הזה בעמדתו של הארט, תוך בחינתם כנגד עמדתו החולקת של דבורקין. החלק האחרון של המאמר בוחן את החיזה החדשה של הארט על טבעם של כללי הויהוי על רקע תיאוריות פילוסופיות עדכניות של מושג הקונבנציה החברתית. בחינה זו חושפת קשיים לא מעטים בעמדת הארט, אולם, בסופו של דבר, היא מתיימרת להראות שתיות כללי הויהוי ניתנת להגנה, תוך העמדתה על בחינה מחודשת של מושג הקונבנציה.

הקדמה. א. טבעה של תורת-המשפט. ב. כללי הויהוי. ג. הנורמטיביות של קונבנציות חברתיות.

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. אני מודה לרות גביוון, לחיים גנו, לאלון הראל ולדורי קימל על הערותיהם המועילות לטייטה של מאמר זה.

הקדמה

33 שנים לאחר שיצא לאור *The Concept of Law*¹ וכשנה לאחר מותו של הל"א הארט, התפרסמה מהדורה שנייה של הספר. מהדורה זו כוללת אחרית-דבר שהארט עמל על כתיבתה בשנות-חיייו האחרונות². עורכי הספר מעידים על כך, שהארט הארט התלבט שנים רבות באשר לפרסומה של אחרית-דבר כזו. לצד הדחף הטבעי לענות למבקרי עמד לנגד עיניו החשש שמא רק ייגרע מן המקור, ובכואו לתקן ימצא את עצמו מקלקל. למרות חששותיו, מסתבר שהארט המשיך לעבוד על הטיוטה וסמוך למותו כמעט שסיים חלק אחר (והחשוב יותר — לפי עדותו) מתוך השניים שהתכוון לכתוב. התרגשות ואכזבה כאחת צפויים למי שקורא את אחרית-הדבר. ההתרגשות מובנת מאלה. אחרי הכול קשה להגזים בחשיבותו של הספר ובתרומתו העצומה לתורת המשפט ב-30 השנים האחרונות. אחרית-דבר ליצירה מונומנטלית כמו *The Concept of Law* עשויה ליצור את התחושה כאילו משאיר לנו מחברה מעין צוואה אינטלקטואלית, בבחינת אמירה לדורות הבאים "הנה כך רציתי שדרכי יובנו". האמת היא שאין נימה כזו בטקסט, ומכאן מקור אחד, כנראה בלתי-מוצדק, לאכזבה מסוימת. אלא שיש גם סיבות אחרות, מוצדקות יותר, לאכזבה. הטקסט כולו מוקדש לביקורתיו של רונלד דבורקין. למעשה אחרית-הדבר אינה אלא תשובה מרוכזת, ולעתים מקוטעת, של הארט לדבורקין. צריך לזכור שגם זו משימה מבעיתה בהיקפה. דבורקין הקדיש מאות עמודים לביקורת על תורת-המשפט של הארט במאמרים ובספרים שפרסומם התפרש על-פני עשרות שנים. בשנים אלו דבורקין שינה לא מעט מטיעוניו, כמו גם אחדות ממסקנותיו ושיטת הצגתן. קשה לענות לכל אלה באחרית-דבר, והקושי בהחלט ניכר בטקסט. נדמה אפוא, שהארט נטל על עצמו משימה שמבחינה מסוימת גם מצומצמת מדי — בכך שהתרכז במבקר אחד — וגם, מבחינה אחרת, רחבה מדי, בכך שניסה לענות על כל מסכת הביקורות שדבורקין הביע נגדו במשך עשרות שנים ובהקשרים שונים ומגוונים. מטבע הדברים התוצאה לא אחידה. בעניינים מסוימים הארט מודה שיש צורך לתקן את עמדותיו המקוריות בעקבות הביקורת של דבורקין. בעניינים אחרים הארט חוזר על עמדתו המקורית מבלי להוסיף לה טיעונים חדשים. עם זאת, ישנן שתי נקודות מרכזיות שיש בהן — לדעתי — עניין מיוחד, והדיון בהן הוא נושא המאמר הזה. כוונתי לוויכוח של הארט עם דבורקין על טבעה של תורת-המשפט — ויכוח חדש-יחסית, שהארט מקדיש לו כאן מקום נכבד, וכן לוויכוח שלו עם דבורקין

1 H.L.A. Hart *The Concept of Law* (Oxford, 1961)

2 H.L.A. Hart *The Concept of Law* (Oxford, 2nd ed. by J. Raz & P.A. Bulloch, 1994) 238-276 להלן: 'Postscript'.

על קיומם של כללי הזהוי. בין השאר, אנסה להראות שיש קשר ענייני הדוק בין שתי מחלוקות אלו.

מבחינתי, לשני נושאים אלו יש מכנה משותף גם מבחינה אחרת: בשניהם ארצה להראות כי עמדתו של הארט נכונה יותר מזו של דבורקין, הגם שארצה לטעון כי בשני התחומים גישתו של הארט מחייבת תיקונים של ממש. אפנה כעת לדון בכל אחד מהם לפי הסדר.

א. טבעה של תורת-המשפט

החוק, או מערכת-המשפט, הם אחד המוסדות החברתיים-פוליטיים המורכבים ביותר של התרבות האנושית. לא מפתיע אפוא, שרבים הם תחומי המחקר אשר יש להם עניין במשפט כתופעה ייחודית ומרתקת. לכל תחום מחקר, כמו סוציולוגיה, היסטוריה וכיו"ב, מטרות ושיטות משלו בקשר לחקר המשפט. גם לפילוסופים של המשפט יש פרספקטיבה משלהם, אלא שזו מסתברת כבעייתית במיוחד. העניין הפילוסופי במשפט מתחלק, או לעתים מיטלטל, בין שתי מטרות עיקריות: מצד אחד, יש עניין ביקורתי טהור בניחות ובהערכה מוסריים של המשפט ומוסדותיו השונים. טבעי שנרצה לדעת אם המשפט הוא מוסד ראוי וטוב מבחינה מוסרית, אם יש בעצם קיומו משהו טוב וצודק, אם סמכות משפטית היא לגיטימית וכיוצא באלה שאלות מוסריות-נורמטיביות. מצד אחר, לפילוסופיה של המשפט היתה תמיד גם יומרה תיאורית: לנסות להבין מהו החוק? במה מתאפיין המשפט כמוסד חברתי מסוג מסוים? במה הוא שונה, למשל, מדת וממוסר? אלא ששאלות אלו ודומות להן, שיש בהן יומרה לתאר ולהסביר תופעה חברתית כמו המשפט, אינן מובנות מאליהן כשאלות פילוסופיות. אין זה ברור כלל מה יש לפילוסוף, בתור שכזה, להוסיף על תובנות של סוציולוג או היסטוריון, למשל, בהקשרים כאלו. ובכלל, מהו הפשר של השאלה "מהו חוק"? כשאלה פילוסופית במהותה?

האמת היא, שמנקודת-מבט פילוסופית אין ייחוד בעצם קיומה של הבעיה המיתודולוגית של פילוסופיית-המשפט. כל תחום בפילוסופיה מכיל שאלות פילוסופיות גם על טיבו של התחום עצמו. במלים אחרות: כל עיסוק פילוסופי כולל גם את הרפלקסיה הפילוסופית על העיסוק עצמו, ולעתים קרובות — על העיסוק הפילוסופי בכללותו. כך, למשל, גם תורת-המוסר מכילה דיון המכונה מטא-אתי בדבר טבעם של השיפטים המוסריים ושל הדיון הפילוסופי במוסר; ופילוסופיית-המדע כוללת גם את הדיון הפילוסופי בדבר טיבו של העיסוק הפילוסופי במדע וכך בכל תחום ותחום. מבחינה זו דווקא מפתיע לגלות, שהעיסוק המיתודולוגי בפילוסופיה של המשפט הוא חדש-יחסית. צריך לזכור, שאחת התרומות המרכזיות של The Concept of Law לתורת-

המשפט נעוצה בחידוש המיתודולוגי דווקא. הארט היה זה שהצליח, אולי יותר מכל הוגה אחר במאה העשרים, להתוות מיתודולוגיה פילוסופית לתורת-המשפט. בשאבו השראה מן הדומיננטיות של העיסוק הפילוסופי בשפה ובתורת משמעות בפילוסופיה של המאה הנוכחית, הארט הצליח להראות כיצד השאלות הבסיסיות בתורת-המשפט רלבנטיות לפילוסופיה האנליטית. ולהיפך: כיצד ניתן לטפל בשאלות כאלו על-ידי הכלים החדשים שהלכו ונוצרו בפילוסופיה של הלשון והפילוסופיה האנליטית, בכלל. כותרת ספרו מעידה על תפישתו הבסיסית, שלפיה התפקיד המרכזי של פילוסופיית-המשפט הוא תפקיד של ניתוח מושגי. הארט האמין, שניתוח מושג החוק ומושגים אחרים המרכזיים במשפט (כמו כלל, חובה וכיו"ב) חיוני להבנתנו את המשפט — הבנה שבלעדיה לא ניתן לעסוק ברצינות בביקורת ובהערכה מוסריים של החוק. עם זאת, הארט הקדיש מעט מאוד תשומת-לב למהפכה המיתודולוגית שהוא-עצמו יצר. כמי שבמידה רבה ייסד את המסורת האנליטית בפילוסופיה של המשפט, הארט עצמו כתב מעט מאוד על היסודות השיטתיים של מחשבתו. אלא שיסודות אלה צריכים היו לעלות על-פני השטח במוקדם או במאוחר; אחרי הכול, אין זה ברור כל-כך ניתוח מושגי מהו. האם ניתוח מושגי אמור לספק לנו הגדרה של מושג במונחים של תנאים הכרחיים ומספיקים לתחולתו? הארט עצמו סבר שלא. כפי שהארט הבין היטב, בדרך-כלל יש עניין פילוסופי מאוד מוגבל בהגדרות, ומכל-מקום הוא ידע היטב שהמשפט הוא תופעה מורכבת בהרבה מכפי שאפשר להגדיר בהגדרה אנליטית³. האם ניתוח של מושג אינו אלא ניתוח השימושים השגורים שלו בשפה הטבעית? ואם כן, איזה עניין פילוסופי יש בניתוח כזה? שאלות מיתודולוגיות אלו ואחרות לא הגיעו למרכז הזירה בתורת-המשפט, אלא לאחרונה, עם פרסום ספרו האחרון של דבורקין בתורת-המשפט Law's Empire⁴.

עוד בטרם החליף את הרברט הארט כפרופסור לתורת-המשפט באוקספורד התפרסם רונלד דבורקין כאחד ממבקרי החריפים ביותר. עד שנות השמונים דבורקין התרכז בביקורת המהות ולא השיטה. כנגד תורת-המשפט הפוזיטיביסטית, שהארט היה ממחזשיה הגדולים במאה הנוכחית, דבורקין ניסה להציג תורת-משפט הקרובה יותר ברוחה (אם כי לא ממש בתוכנה) למסורת המחשבה של המשפט הטבעי⁵, אלא שבשנות השמונים חלה אצל דבורקין תפנית מיתודולוגית חדשה. למעשה כיום הוא דוחה לחלוטין

3 H.L.A. Hart "Definition and Theory in Jurisprudence" *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford, 1983) 21-48. ראה גם B. Bix "Questions in Legal Interpretation" Marmor (ed.), *Law and Interpretation — essays in legal philosophy* (Oxford, A. Marmor ed., 1995) 137-154.

4 R.M. Dworkin *Law's Empire* (London, 1986).

5 ראה, למשל R.M. Dworkin *Taking Rights Seriously* (London, 1977), בעיקר פרקים 1-4.

את הגישה האנליטית-מושגית לתורת-המשפט ובמקומה הוא מציג תורת-פרשנות מקיפה שבעת ובעונה אחת היא גם תורת-משפט גם מיתודולוגיה של תורת-המשפט. אין בכוונתי לדון כאן בתורת-הפרשנות של דבורקין, דבר שעשיתי כבר בהרחבה במקום אחר.⁶ ברצוני להתמקד כאן אך ורק בוויכוח בין דבורקין להארט על טבעה של תורת-המשפט, וגם זאת בעיקר תוך התמקדות בתשובה של הארט. מהו אפוא הפגם שדבורקין מוצא בגישה האנליטית לתורת-המשפט? דבורקין טוען שגישה זו סמנטית בעיקרה. הוא מניח שהארט וכל אלה שהלכו בעקבותיו התיימרו לנתח את מושג החוק באופן האמור לספק תשובה לשאלה מהי משמעותו של "חוק"? אלא שגישה סמנטית כזו, טוען דבורקין, לא יכולה לטפל באותם היבטים של המשפט, שהם — לדעתו — ההיבטים החשובים והייחודיים שלו. בעיקר הוא מתכוון כאן לתופעה שהוא מכנה "ויכוח תיאורטי במשפט", ואתחיל בכך שאנסה להסביר למה כוונתו כאן.⁷

כל סטודנט למשפטים ער לכך, שמשפטים חלוקים בדעותיהם לעתים קרובות לגבי השאלה, מהו הדין בעניין כזה או אחר? אלא שלא כל מחלוקת משפטית כזו היא מאותו סוג. לטענת דבורקין, ישנם שני סוגים שונים של מחלוקת משפטית: מחלוקת מסוג אחד, שהוא מכנה "מחלוקת תיאורטית", נוגעת לתנאי התוקף של נורמות משפטיות. מחלוקת תיאורטית מתעוררת כאשר משפטים חלוקים בדעתם לגבי השאלה, מה מקנה תוקף משפטי לנורמות מסוג מסוים? כך, למשל, יש כאלה היכולים לסבור כי נורמה תהיה תקפה משפטית רק אם היא תואמת את ערכי-היסוד של השיטה המשפטית בכללותה, ומשפטים אחרים יכולים לשלול טענה זו ולטעון שנורמה תהיה תקפה משפטית אף אם היא עומדת בסתירה לערכי-היסוד האמורים. זוהי, כאמור, מחלוקת תיאורטית, משום שהיא נוגעת לתנאי התוקף הכלליים של נורמות משפטיות. לצד מחלוקת תיאורטית כזו ניתן לחלוק לעתים קרובות לגבי השאלה, אם תנאי התוקף המשפטי של נורמות אכן נתקיימו במקרה זה או אחר, ואז המחלוקת היא מעין מחלוקת אמפירית. למשל: הגם שיש הסכמה על כך שתקדים בשיטת-המשפט שלנו מכונן נורמות משפטיות תקפות, המחלוקת יכולה להתעורר לגבי השאלה אם, למשל, יש תקדים מחייב לעניין מסוים; או מה בדיוק נקבע בתקדים וכיוצא באלה מחלוקות שדבורקין, כאמור, מכנה "אמפיריות". ההנחה הרווחת היא — או כך לפחות טוען דבורקין — שהמחלוקות שנצפה למצוא במשפט הן רק מן הסוג האמפירי. מחלוקות תיאורטיות אמורות להיות נחלתם של תיאורטיקנים של המשפט, ולא של המשפטים עצמם. שופטים ועורכי-דין אמורים להסכים על תנאי התוקף המשפטי של נורמות, וככל שיש ביניהם מחלוקת על הדין, הרי

6 A. Marmor *Interpretation and Legal Theory* (Oxford, 1992) 35-84, 103-123

7 הטיעון המתואר להלן מצוי ב-"Law's Empire" לעיל הערה 4, בפרק 1. לגיתוח ביקורתי מפורט יותר ראה מרמור, לעיל הערה 6, בעמ' 10-1.

שזו מחלוקת אמפירית בלבד. מכל-מקום, דבורקין שולל הנחה זו בתוקף. לטענתו, מחלוקות תיאורטיות הן חלק מרכזי בדיון המשפטי עצמו. עורכי-דין ושופטים בכל מערכת-משפט נתונה חלוקים בדעתם גם לגבי תנאי התוקף המשפטי של הנורמות במסגרת השיטה שבה הם פועלים⁸.

האמת היא, שקל להסכים עם דבורקין בנקודה זו, אם כי בתיקון מסוים. התיקון נדרש, משום שדבורקין צריך היה להבחין בין שני סוגים, או למצער שתי רמות, של מחלוקת תיאורטית במשפט. בדרך-כלל המחלוקת התיאורטית שנמצא במסגרת השיח המשפטי נוגעת לתנאי התוקף המשפטי של נורמות, הספציפי למערכת-המשפט שבמסגרתה השיח מתנהל. כך, למשל, אנו עדים לוויכוח במסגרת המשפט הישראלי על תוקפה המשפטי-חוקתי של הכרזת העצמאות, וזהו בהחלט ויכוח תיאורטי הנוגע לתנאי התוקף של נורמות משפטיות במשפט הישראלי. לעומת זאת, הוויכוח התיאורטי שמעניין את הפילוסופים של המשפט אינו ויכוח הספציפי למערכת-משפט נתונה. פילוסופים ותיאורטיקנים אחרים עוסקים במחלוקת תיאורטית על המושג של תנאי התוקף המשפטי. כך, למשל, יכול להיות ויכוח על השאלה, אם תנאי התוקף המשפטי נקבעים רק על-ידי קונבנציות חברתיות או גם על-ידי שיקולים מוסריים, פוליטיים וכיו"ב. כאמור, נקודה אחרונה זו נוגעת למושג התוקף המשפטי, ולא לתנאי התוקף המשפטי במסגרת מערכת-משפט נתונה. ויכוח תיאורטי מן הסוג השני, המושגי, הרבה יותר נדיר במסגרת השיח המשפטי הפרקטי. מכל-מקום, נצא מתוך הנחה שאמנם דבורקין צודק וויכוח תיאורטי במשפט הוא חלק מן הפרקטיקה המשפטית הרלוונטית. מדוע הנחה זו חשובה לטיעון של דבורקין?

ובכן, טיעונו המרכזי של דבורקין הוא, שתורת-משפט סמנטית, כמו זו של הארט, אינה יכולה להסביר את תופעת הוויכוח התיאורטי במשפט: "Our jurisprudence has no plausible theory of theoretical disagreements in law"⁹. וכל כך למה? הטיעון שדבורקין מכנה "טיעון העוקץ הסמנטי", הוא כך: תיאוריות סמנטיות של המשפט מתמירות לענות על השאלה, מהי המשמעות של "חוק"? המשמעות של ביטוי בשפה — כך ההנחה הרלוונטית בתורת-המשמעות (סמנטיקה) — נעוצה בקריטריונים לשימוש נאות בביטוי. במלים אחרות: אם יש לביטוי משמעות, הרי שצריכים להיות איזשהם כללים המכוונים אותנו כיצד להשתמש בביטוי וכיצד להחילו על מקרים קונקרטיים; ומכאן שאם משפטים יודעים את המשמעות של "חוק", לא נותר מקום לוויכוח תיאורטי במסגרת החפישה הסמנטית של המשפט. כל ויכוח הנראה לכאורה כוויכוח תיאורטי על משמעות מושג "החוק", יכול להתפרש רק כאחת משתי הדרכים הבאות:

8 דבורקין טורח להמחיש טענתו זו בניחות מפורט למדי של כמה דוגמאות מן המשפט האנגלי-אמריקני. ראה לעיל הערה 7, בעמ' 15-30.

9 דבורקין, לעיל הערה 4, בעמ' 6.

או שנפרשו כוויכוח על מקרי-גבול סמנטיים או שנפרשו כוויכוח מדומה, כלומר: כמעין העמדת פנים. בעצם — נאמר — השופטים מתווכחים על מה המשפט צריך להיות והם רק מציגים את הוויכוח כנסוב על השאלה "מהו המשפט".

האלטרנטיבה הראשונה מביכה בתוצאתה: לומר שכל ויכוח על השאלה מהו "חוק" אינו אלא ויכוח על מקרי-גבול סמנטיים, פירושו לייחס לשופטים סוג של ויכוח מטופש למדי. למה הדבר דומה? נניח שאנחנו רואים חוברת מודפסת של כ-100 עמודים ומישהו טוען שזה "ספר", והאחר מכחיש זאת. יש מעט מאוד טעם בוויכוח כזה כשהוא מתנהל כוויכוח תיאורטי על השאלה "מהו 'ספר'?" אלא שדבורקין טוען, כי האלטרנטיבה השנייה מביכה לא פחות. לייחס לשופטים העמדת פנים כל-אימת שהם מתווכחים על תנאי התוקף המשפטי של נורמות פירושו לייחס להם העמדת פנים נרחבת מאוד, שטעמיה — טוען דבורקין — מסתוריים למדי. אחרי הכול, מדוע לא להניח ששופטים פשוט מתכוונים למה שהם אומרים¹⁰?

מכאן דבורקין מסיק את המסקנה, שתיאוריות סמנטיות של המשפט נדונות לכישלון מוחלט. אין באפשרותן לבאר את אחת התופעות המרכזיות לשיח המשפטי, קרי: ויכוח תיאורטי במשפט עצמו על תנאי התוקף המשפטי של נורמות. במקום גישה סמנטית למשפט — טוען דבורקין — צריך לעבור לגישה פרשנית. יתרונה של גישה פרשנית בהקשר הנוכחי נעוץ בכך, שאין היא מניחה מראש קיומן של עובדות מושגיות/סמנטיות על טיבו של המשפט, או מושג "החוק". הכול נתון לפרשנות, ופרשנות — כפי שדבורקין מראה בפירוט — מונחית על-ידי שיקולים נורמטיביים. כדי לדעת מהו חוק עלינו לדעת גם מה החוק צריך להיות. ומכאן — לטעמו — ויכוח תיאורטי במשפט אינו ויכוח מושגי, אלא ויכוח פרשני שהוא מעצם טבעו עובדתי ונורמטיבי כאחד.

עד כאן עיקרי טיעונו של דבורקין. האם יש בו ממש? כן ולא. במקום אחר כבר הסברתי בפירוט מדוע אני סבור שטיעון העוקץ הסמנטי משולל יסוד משתי בחינות לפחות¹¹. ראשית, ההנחה שדבורקין מייחס להארט, שלפיה ניתוח מושג החוק אינו אלא הניסיון לענות לשאלה, מה המשמעות של "חוק"? היא הנחה משוללת יסוד טקסטואלי. הארט מעולם לא ראה את עצמו כמי שעוסק בסמנטיקה באופן שדבורקין מייחס לו, ועל כך בדיוק חוזר הארט, בהדגשה רבה, באחרית-הדבר¹². חשוב מזה: הראיתי, שטיעון העוקץ הסמנטי נשען על תפישה שטחית מדי של סמנטיקה, ומבחינה סמנטית לפחות אין הוא עוקץ אף אחד. לא אחזור על טיעונים אלה, המחייבים דיון מעמיק יותר בתורת משמעות מודרנית, וכפי שנראה מיד, אף אין צורך בכך; שכן באותו מקום ניסיתי גם

10 האמת היא, שישנם דווקא טעמים טובים למידה לא-מבוטלת של העמדת-פנים בריטוריקה השיפוטית — טעמים שעמדתי עליהם בהרחבה בספרי. ראה מרמור, לעיל הערה 6, בעמ' 118-122.

11 לעיל, עמ' 10-1.

12 Postsript, p. 246.

להראות כיצד ניתן לעשות רקונסטרוקציה של טיעון העוקץ הסמנטי באופן שהוא גם נכון יותר מבחינה סמנטית וגם ניתן לטעון לגביו שיש לו אחיזה איתנה יותר בתורת המשפט של הארט.

הוויכוח של דבורקין עם הארט — כך אנסה להראות — אינו ויכוח על הגישה הסמנטית למשפט (שכן, כאמור, כלל לא ברור שיש גישה כזו), אלא על הגישה הקונבנציונליסטית הטמונה בפוזיטיביזם המשפטי של הארט. אחד הטיעונים הראשונים שדבורקין העלה כנגד הפוזיטיביזם של הארט עוד בשנות השבעים גרס, שהקונבנציונליזם אינו מתיישב עם היות המשפט שנוי במחלוקת (ומכאן זכה לכינוי "טיעון הקונטרוברסליות")¹³. אנסה להראות כאן, שטיעון העוקץ הסמנטי אינו אלא שחזור של טיעון הקונטרוברסליות הישן.

כמה דברים אמורים? נתחיל בכך שננסח את העמדה הפוזיטיביסטית של הארט באמצעות שתי הטענות הבאות:

(1) בכל מערכת-משפט נתונה יש קונבנציות חברתיות שמכוחן משפטים מזהים את מקורות המשפט, כלומר: את אותן העובדות הנחשבות כמסגרת המערכת לעובדות יוצרות דין. קונבנציות חברתיות אלה הן כללי הויהווי.

(2) נורמה כלשהי תקפה משפטית אם ורק אם היא נובעת (קרי: שואבת את תוקפה) מאחד מאותם מקורות המזוהים על-ידי כללי הויהווי.

טיעון הקונטרוברסליות של דבורקין שולל את הטענה השנייה (כפי שנראה בחלק השני של המאמר, דבורקין שולל היום גם את הטענה הראשונה, אך על כך, כאמור, בהמשך). את עיקרו של הטיעון ניתן לנסח באמצעות המהלכים הבאים:

(1) קונבנציות חברתיות — טוען דבורקין — משקפות בעיקרו של דבר דפוס מסוים של הסכמה¹⁴. מכאן, שכאשר ישנה מחלוקת לגבי תחולתה של הקונבנציה לעניין מסוים, הקונבנציה עצמה אינה יכולה להיות מקור לפתרון המחלוקת. במלים אחרות: מאחר שתוקפן של קונבנציות נעוץ בעצם ההסכמה על תוכן, היכן שמסתיימת ההסכמה, מסתיים גם הכוח הנורמטיבי של הקונבנציה.

(2) מאחר שהפוזיטיביזם רואה את התוקף המחייב של נורמות משפטיות כתוקף הנובע מקונבנציות חברתיות, היכן שמסתיימת ההסכמה על תוכן הקונבנציות, מסתיים גם הדין. מכאן, שהפוזיטיביזם המשפטי מחויב לעמדה שלפיה במקרים שנויים במחלוקת אין דין מחייב.

(3) המסקנה המתחייבת מ-(2) אינה תואמת את הפרקטיקה המשפטית. בניגוד לתפישה הפוזיטיביסטית, משפטים סבורים שיש דין מחייב גם בעניינים השנויים

13 דבורקין ניסח את הטיעון הזה באופנים שונים במקומות שונים. ראה, למשל, לעיל הערה 5, בעיקר פרק 3.

14 כפי שנראה בחלקו השני של המאמר, זהו אפיון שטחי ולא-מדויק של קונבנציות חברתיות.

במחלוקת ומכאן, שהפוזיטיביזם המשפטי שקרי, לפחות במובן מרכזי אחד: הדין נתפש, למצער במסגרת הפרקטיקה המשפטית עצמה, ככולל יותר ממה שנובע ממקורות המשפט המזוהים על-ידי כללי הזיהוי.

עד כאן אפוא טיעון הקונטרוברסליות בגרסתו המקורית. כעת ניתן לנסח טיעון זה מחדש, הפעם במונחים סמנטיים. במלים אחרות: גם אם מסכימים עם הארט, שהוא עצמו מעולם לא התיימר לטעון טענות על המשפט במובן הסמנטי, דבורקין יכול להראות שהפוזיטיביזם, בתור שכזה, מחויב לעמדה סמנטית מסוימת לגבי משמעות מושג "החוק" — עמדה המסבכת אותו במשהו כמו העוקץ הסמנטי. עיקרו של הטיעון הוא זה:

(1) מנקודת-המבט הסמנטית, הפוזיטיביזם המשפטי מחויב לעמדה שלפיה המשמעות של מושג "החוק" נתונה על-ידי קונבנציות חברתיות. זה גובע במישורן משילוב שתי הטענות המרכזיות של הארט שצוינו לעיל.

(2) מכאן, שעל-פי הפוזיטיביזם המשפטי, המשפט הוא בעיקרו של דבר מה שקהילת המשפטנים חושבת שהוא המשפט. במלים אחרות: על-פי הפוזיטיביזם, קונבנציות חברתיות מכוננות את מה שנתפש בכל מערכת-משפט נתונה כדין מחייב.

(3) מאחר שמשפטנים סבורים כי יש דין מחייב גם בעניינים השנויים במחלוקת, העמדה הפוזיטיביסטית נדונה לתבוסה עצמית — שכן או שהחוק אינו מתמצה במה שמשפטנים חושבים שהוא החוק, ואז הפוזיטיביזם שקרי כתיאוריה על משמעות מושג "החוק", או שהחוק מתמצה במה שמשפטנים חושבים שהוא "החוק", ואז הפוזיטיביזם פשוט שקרי כעניין שבעובדה; שהרי משפטנים סבורים שהמשפט אינו רק עניין של קונבנציות¹⁵.

כדי להמחיש מעט את הבעיה שטיעון התבוסה העצמית מעורר, חשבו על הדוגמא הבאה: נניח שתורת-המשפט האנטי-פוזיטיביסטית של דבורקין כל-כך משכנעת את משפטני ניו-זילנד, עד שכולם משוכנעים שהיא-היא תורת-המשפט האחת והיחידה המשקפת את האמת. כלומר: נניח שכל משפטני ניו-זילנד הופכים "דבורקינאים". נראה שהפוזיטיביזם המשפטי נדון עכשיו לתבוסה עצמית בניו-זילנד! שהרי החוק בניו-זילנד אמור להיות מה שנובע מקונבנציות חברתיות רווחות, אלא שעל-פי הקונבנציות הרווחות (קרי: הדבורקינאיות), החוק אינו רק מה שנובע מקונבנציות רווחות. הלוגיקאים קוראים לזה "תבוסה עצמית".

באחרית-הדבר הארט מציע שתי תשובות עיקריות לטיעוניו של דבורקין בהקשר הנוכחי. תשובה אחת נעוצה בהבחנתו בין שני מישורים אפשריים של דיון תיאורטי על המשפט — הבחנה שאת עיקרה הזכרתי כבר. תורת-המשפט — כפי שהארט תופס אותה — היא תיאורית וכללית, בעוד שלטענתו, דבורקין תופש את תורת-המשפט כנורמטיבית

15 מרמור, לעיל הערה 6, בעמ' 9.

וכספציפית למערכת-משפט נתונה. מכאן — מסיק הארט — לא ייתכן שיהיה ניגוד ממשי בין שתי התיאוריות, שלו ושל דבורקין, שהרי הן פשוט עוסקות בעניינים שונים. תשובתו השנייה נוגעת לבסיס הסמנטי של תורתו, שם הארט מסתמך על ההבחנה בין הסמנטיקה של מושג החוק, לסמנטיקה של טענות משפטיות. כפי שמיד נראה, שתי נקודות אלו קשורות ביניהן קשר הדוק.

מהי אפוא ההבחנה — כפי שהארט מבין אותה — בין תורת-המשפט שלו ושל דבורקין? לטענתו, כאמור, תורת משפט כמו שלו מתיימרת להיות כללית ותיאורית (descriptive and general)¹⁶. היא כללית במובן זה, שהיא אמורה לחול על כל מערכת-משפט בתור שכזו, ואין היא מתעניינת במערכת-משפט מסוימת. התיאוריה תיאורית במובן זה שהיא נייטרלית מבחינה מוסרית: יומרתה רק להסביר תופעה חברתית ולא לעסוק בהצדקתה. לעומת שני מאפיינים אלה של תורתו — טוען הארט — דבורקין מציג תיאוריה של המשפט שהיא ספציפית לתרבות משפטית מסוימת, קרי: המשפט האנגלו-אמריקני, ולפחות בחלקה היא הצדקתית; שכן עניינה בניסיון לספק את הפרשנות הטובה ביותר האפשרית של המשפט — פרשנות שהיא בחלקה נורמטיבית: לדעת דבורקין, תפקיד הפרשן לנסות ולחשוף את אותה מערכת של עקרונות העומדים ביסוד מערכת-המשפט שיציגו את הדין באור המוסרי הטוב ביותר (האפשרי)¹⁷.

אם הארט צודק בהבחנה זו, אין ספק שהוא אכן רשאי לתהות אם יש ניגוד בין שתי הגישות. כפי שהוא מציין, "It is not obvious why there should be or indeed could be any significant conflict between enterprises so different as my own and Dworkin's conception of legal theory"¹⁸. יתירה מכך: הבחנה זו, ככל שניתן להגן עליה, מאפשרת להארט לצאת מן התסכול שהצבעתי עליה לעיל לגבי בעיית התבוסה העצמית. הארט יוכל לטעון שברובד התיאורי-מושגי, משפט הוא עניין של קונבנציות חברתיות דווחות, גם אם במערכת-משפט נתונה הקונבנציות הדווחות סותרות בתוכנן תפישה זו. למה הדבר דומה? חשבו, למשל, על חברה מבודדת לחלוטין שאנשיה משוכנעים, בטעות כמובן, כי השפה שהם מדברים היא השפה האנושית היחידה בעולם¹⁹. האם יהיה בכך כדי לשלול את אמיתות התפישה הקונבנציונליסטית של טבע השפה האנושית? מובן שלא. אנחנו נרצה לומר, שבאיזשהו רובד בסיסי (שהוא כמובן תיאורי וכללי, כהגדרתו של הארט) שפה אנושית היא עניין של קונבנציות, הגם שברמה פרקטיקולרית, במסגרת חברה מסוימת, קונבנציונליות השפה אינה זוכה להכרה. וכך גם במשפט. הארט עצמו

16. Postscript, p. 240

17. ראה למשל, לעיל הערה 4, בעמ' 52.

18. Postscript p. 241

19. דוגמא זו שאולה ממאמרו של הפילוסוף טיילר ברג' על קונבנציות. על ההקשר המקורי ומראה מקום

ראה להלן הערה 33.

טען לא פעם, שיש מערכות-משפט שבהן כללי הזיהוי הקונבנציונליים מתנים את התוקף המשפטי של מערכות נורמות מסוימות בקריטריונים מוסריים. הוא טען, שאין בעובדה זו, ובצדק — לדעתי — כדי לשלול את שתי התזות הבסיסיות של הפוזיטיביזם המשפטי שהוצגו לעיל²⁰. גם אם בחברה מסוימת כולם חושבים שתוקף משפטי תלוי בערכיות מוסרית, הרי שמנקודת-מבט כללית גם לגבי חברה זו נוכל לומר שתוקף משפטי נעוץ ביסודו של דבר במה שאנשים חושבים שהוא נעוץ, וזה כשלעצמו עניין של קונבנציות חברתיות.

אלא שהארט מודע לכך כי העניין אינו כה פשוט, משום שדבורקין מתיימר למעשה לשלול את אפשרותה של אותה נקודת-מבט כללית ותיאורית שהארט מסתמך עליה. במלים אחרות: דבורקין לא נוטל על עצמו מפעל אינטלקטואלי שהוא פשוט שונה מזה של הארט. לטענת דבורקין, תיאוריה תיאורית וכללית כמו זו של הארט היא בלתי-אפשרית. לא ניתן — כך טוען דבורקין — לתאר את המשפט מאיזושהי נקודת-מבט חיצונית לו ובתור איזושהי תופעה חברתית שלתיאורטיקן עצמו אין כל עניין בהצדקתה. כפי שהוא ניסח את הדברים לאחרונה, בתשובה לאחרית-הדבר של הארט, "legal theory cannot be Archimedean with respect to law: describing law is doing law, so that, to the extent and in the way that ordinary legal reasoning is normative, legal theory must be normative, too"²¹.

הוויכוח הוא אפוא לא על עצם ההבחנה בין פילוסופיה תיאורית לפילוסופיה נורמטיבית של המשפט, אלא על אפשרותה של הראשונה.

על מה דבורקין מסתמך כשהוא שולל את אפשרות הפילוסופיה התיאורית של המשפט? האמת היא שדבורקין נתפס על-ידי הארט (ויש לומר, שגם על-ידי רבים אחרים) כמי שטיעונו בעניין זה נגוע בכשל מתמיה. מן ההנחה, המקובלת על הכול, שלפיה המשפט הוא מערכת נורמטיבית במהותה, דבורקין נראה כמי שמסיק שכל אמירה תיאורטית על המשפט חייבת לקחת בחשבון את נקודת-המבט הפנימית — קרי: הנורמטיבית — של המשתתפים; ומכאן שכל אמירה כזו אינה אמירה על המשפט, אלא במסגרת המשפט, קרי: במסגרת המערכת הנורמטיבית של המשפט עצמו. על טיעון זה הארט לא מתקשה להשיב תשובה פשוטה למדי: נכון — הוא אומר — שכל דיון תיאורטי במשפט חייב לקחת בחשבון את נקודת-המבט הנורמטיבית של המשתתפים, אלא שאין בכך דבר כדי לגרוע מן האופי התיאורי של התיאוריה. כדי להבין נקודת-מבט נורמטיבית מסוימת, אין שום הכרח להיות שותף לה²².

20 Postscript, p. 258.

21 R.M. Dworkin "Hart's posthumous reply" (1994) (טרם פורסם). למעשה, דבורקין תורר כאן על עיקרי טיעונו ב-"Law's Empire".

22 Postscript, p. 242. ראה גם מרמור, לעיל הערה 6, בפרק 3.

האם דבורקין אכן נכשל כאן בכשל לוגי כל־כך פשוט? ספק רב בעיניי. אמנם, טיעונו של דבורקין לא משכנע, אך מסיבות מעט עמוקות יותר. השאלה המרכזית מבחינתו היא בדיוק זו: מה הפשר של הבנה בהקשר הנוכחי? האומנם ניתן להבין מערכת נורמטיבית כמו המשפט, מבלי להיות שותף לדיון הנורמטיבי שמנסים להבינו? תשובתו של דבורקין, שלפיה הבנה "נייטרלית" כזו היא בלתי־אפשרית, נעוצה בתזה הכללית שלו, שלפיה הבנה בהקשר זה היא בהכרח הבנה פרשנית, ופרשנות, כאמור, היא עניין נורמטיבי בחלקו. האלטרנטיבה — טוען דבורקין — היא פשוט לנסות ולרווח מה אנשים חושבים שהוא הדין, ואין זה בהכרח מה שהדין אכן מורה. אחרי הכול — הוא טוען — משפטים יכולים לטעות לגבי המשפט. כך, למשל, אפילו רוב משפטי ארה"ב יהיו סבורים שעונש־מוות אינו סותר את החוקה האמריקנית, ייתכן שהם טועים, או כך מכל־מקום סבור דבורקין עצמו וכמה ליברלים עמו. אם מניחים שתורת־משפט אינה אלא דיווח על קונבנציות רווחות, לא ניתן אפילו לתת פשר מתקבל על הדעת לטענות מן הסוג "אמנם כולם סבורים שהדין הוא כך וכך, אלא שהאמת היא שהדין הוא..."

האם חזרנו כאן לטיעון העוקץ הסמנטי? אמנם נראה כך ולכן ראוי כעת לדאוג ביתר פירוט מהי התשובה השנייה של הארט — תשובה שהזכרתי והנוגעת לבסיס הסמנטי של תורתו. כפי שניסיתי להראות קודם, הארט מחויב לעמדה מסוימת לגבי הסמנטיקה של מושג "החוק". הפוזיטיביזם המשפטי מחויב לעמדה הבסיסית, שלפיה מושג "החוק" מקבל את משמעותו מכוח הקונבנציות הרווחות בכל חברה נתונה. אלא שמכאן דבורקין מסיק את המסקנה שלפיה קונבנציות הן גם אלה הקובעות את ערכי האמת של טענות משפטיות בכל מערכת־משפט נתונה, וזו מסקנה שאינה נובעת מן ההנחה. כפי שהארט מציין בצדק, דבורקין מבלבל כאן בין המשמעות של מושג ובין המשמעות של הקריטריונים ליישומו של המושג²³. למושגים רבים יכולה להיות משמעות מוגדרת, הגם שהקריטריונים ליישומם משתנים בהקשרים שונים, ולעתים קרובות שנויים במחלוקת. כך, למשל, יש משמעות מוגדרת (ומובנת לכול) של המושג "גבוה", הגם שברור לנו שיש קריטריונים שונים לבחון אם ילד הוא גבוה, או אם ג'ירפה גבוהה וכיו"ב. הוא־הדין כמובן לגבי מושגים מורכבים יותר, כמו "צדק", "יופי" וכיו"ב. יש לנו מושג מובחן של "יופי" הגם שברור לנו שישנם הבדלים עצומים בקריטריונים של יופי בהקשרים שונים והגם שקריטריונים אלו שנויים במחלוקת. אדם המתפעל מיופיה של קלאודיה שיפר ומיפיו של חתול־הבית שלו אינו מתכוון להחיל על שניהם את אותם הקריטריונים של יופי²⁴.

חשבו, למשל, על מושג קרוב יותר למשפט, כמו מושג "המשחק". קשה לחלוק על העובדה שיש קשר מושגי הדוק בין משחקים לקונבנציות. אחרי הכול, משחקים הם

Postscript, p. 246 23

לעיל הערה 1, בעמ' 156. 24

אחת הדוגמאות המובהקות לפרקטיקה חברתית המכוננת על-ידי קונבנציות. במישור המושגי הכללי ניתן אפוא להניח שמשחק הוא מושג קונבנציונלי בעיקרו. האם נובע מכאן כי הקריטריונים לבחינת כל משחק שאפשר להעלות על הדעת צריכים להיות בהכרח קריטריונים קונבנציונליים? ברור שלא. ישנם משחקים שאפשר פשוט להמציא לאלתר, ישנם משחקים שאינם נתפשים ככאלה על-ידי שחקניו, ישנם "משחקי כוח" שהקשר בינם לבין קונבנציות רופף למדי וכן הלאה. במלים אחרות: המעבר ממשמעותו של מושג כללי לקריטריונים השונים ליישומו אינו מעבר אוטומטי. היותו של מושג מכונן על-ידי קונבנציות אינו מביע את המסקנה, שכל קריטריון ליישומו של המושג בהקשר קונקרטי מסוים הוא-עצמו קריטריון קונבנציונלי טהור.

ובחזרה למשפט: הפוזיטיביזם מחויב לתפישת מסוימת של מושג "החוק" — תפישה, שכאמור ניתן לתרגמה גם למונחים סמנטיים. תפישה זו קושרת את מושג החוק לקונבנציות חברתיות בקשר מאוד הדוק. מכאן פשוט לא נובע שהקריטריונים לאמיתותן של טענות משפטיות במערכת-משפט נתונה הם בהכרח קריטריונים המתמצים בקונבנציות כאלו או אחרות. המעבר ממושג "החוק" לקריטריונים ספציפיים של תקפות משפטית אינו אוטומטי ומה שנכון מבחינה מושגית לגבי האחד אינו בהכרח נכון לגבי האחר. מכאן שההבחנה הבסיסית של הארט בין תיאור מושג "החוק" לבין פרשנות הדין במערכת-משפט נתונה היא אפשרית וסבירה.

יתירה מכך: נדמה לי, שההבחנה בין מושג לקריטריונים ליישומו מסוגלת להסביר היטב היכן טמונה הטעות המרכזית של דבורקין בטיעון הקונטרוברסליות בגרסתו המקורית. נחזור לדוגמת המשחקים תחילה: משחק, כאמור, הוא עניין של קונבנציות. האם מכאן נובע שהקריטריונים לתחולתו של מושג המשחק אינם יכולים להיות שניים במחלוקת? מובן שלא. אנחנו מכירים אין-ספור דוגמאות שבהן תחולת המושג שנויה במחלוקת. כך, למשל, תיתכן מחלוקת על כך ש"משחקי כוח" הם משחקים. יש כאלו הסבורים שמלחמה היא משחק וכאלה השוללים זאת. או חשבו, למשל, על ילד המקפץ לו על מזרון ללא כל חוקיות או מטרה — האם הוא משחק משחק? ככל הדוגמאות האלה, ורבות אחרות שאפשר להביא, לא רק שישנה מחלוקת על הקריטריונים לתחולת המושג, אלא שהמחלוקת היא גם לא בהכרח מאותו סוג. מכל-מקום, ברור שבעצם קיומן של מחלוקות כאלו על הקריטריונים לתחולת המושג אין כדי לשלול את האופי הקונבנציונלי הבסיסי של מושג "המשחק".

האם יש סיבה לחשוב שהחוק שונה במובן זה? כיום דבורקין ודאי סבור שכן, אלא שטענתו נשענת על גורם חדש. כפי שהזכרתי קודם, טיעון הקונטרוברסליות כוון כנגד הטענה שלפיה הדין מתמצה באותן נורמות השואבות את תוקפן מכללי הזיהוי. את עצם קיומם של כללי הזיהוי דבורקין לא התכוון בתחילה לשלול. כל זה השתנה בשנים האחרונות. את עיקר התקפתו על תורת-המשפט של הארט הוא מבסס כיום על דחייתה של התזה הראשונה של הארט מתוך השתיים שצינתי לעיל: התזה שלפיה בכל מערכת-

משפט יש קונבנציות חברתיות שמכוחן משפטנים מזהים את מקורות המשפט — קונבנציות שהארט כינה "כללי הזיהוי". אין כללי זיהוי — טוען היום דבורקין — או מכל-מקום, אין כללי זיהוי באותו מובן שהארט הניח. בחינתה של מחלוקת זו היא נושא החלק הבא של המאמר.

ב. כללי הזיהוי

התזה של הארט, שלפיה בכל מערכת-משפט מודרנית יש כללי זיהוי אשר קהילת המשפטנים באותה מערכת מזהה מכוחם את מקורות המשפט, היא אולי אחת הדוגמות העיקריות שאנחנו מנחילים לתלמידנו בתורת-המשפט. אין ספק שזו גם אחת התזות המרכזיות של The Concept of Law²⁵, ובמשך כמעט שלושה עשורים אף נחשבה לתזה אשר בעיקרה כמעט שלא היתה שנויה במחלוקת. אחרי הכול, יש לנו צורך להסביר מדוע בשיטת-המשפט הישראלית, למשל, אנחנו מניחים כמובן מאליו שבידי הכנסת סמכות לחוקק חוקים (ואנחנו יודעים כיצד עליה לעשות זאת), שלבית-המשפט העליון יש סמכות לפרשם, ואין לו, למשל, סמכות להציע הצעות חוק לכנסת; וכן שורה ארוכה של כללים מסוג זה שכולם יחד מכוננים את תנאי התוקף המשפטי של נורמות בשיטת-המשפט שלנו. ובכן, ההסבר שהציע הארט, שלפיו כללים אלה הם כללי הזיהוי במשפט הישראלי ושתוקפם נעוץ בעצם קבלתם (acceptance) על-ידי הקהילה המשפטית בארץ, נראה כהסבר פשוט ומשכנע.

האמת היא, שתזת כללי הזיהוי סבוכה בהרבה ורצופה קשיים לא-מבוטלים. כדי לדעת אם אמנם יש כללי זיהוי — כפי שהארט טוען — צריך לדעת איזה מין כללים אלה. ב-The Concept of Law הארט הצביע על שני אפיונים בסיסיים של כללי הזיהוי: ראשית, אלה הם כללים חברתיים שתוקפם נעוץ בעצם קבלתם במסגרת החברה שבה הם קיימים. שנית, כללי הזיהוי הם כללים משניים, שאינם מכוונים להסדיר התנהגות — כמו כללים ראשוניים — אלא שהם כללים החלים על כללים; הם קובעים את התנאים שבהם כללים ראשוניים מסוג מסוים רוכשים מעמד נורמטיבי משפטי.

האפיון השני, שלפיו כללי הזיהוי הם סוג של כללים משניים, אינו בעייתי במיוחד, ועקרונית אינו שנוי במחלוקת. הבעיות נעוצות באפיון הראשון, והבסיסי יותר, שלפיו כללי הזיהוי הם סוג של כללים חברתיים. למעשה, לא מדובר כאן רק באפיונם של כללי הזיהוי, אלא בתיאוריה של הארט הנוגעת לטבעם של כללים בכלל — תיאוריה שזכתה בכינוי "תיאוריית הפרקטיקה של כללים" (The practice theory of rules).

25 לעיל הערה 1, בעיקר פרק 5.

עקרונית אנחנו מכירים שלושה סוגים של כללים: כללים אישיים, כללים מוסדיים וכללים חברתיים. כללים אישיים הם כללים שאדם קובע לעצמו. כך, למשל, אני יכול לקבוע לעצמי כלל, שבכל שבת אלך לים. כללים מוסדיים הם כללים הנקבעים על-ידי מוסד כלשהו, וקיומם למעשה פרוזיטי על כללים חברתיים שמוסדות פועלים מכוחם. כללים חברתיים הם כללים של חברה או קהילה מסוימת. קהילה כזו יכולה להיות מסוגים רבים ומגוונים, החל בחכורת-רחוב או בכפר נידח וכלה בחבל-ארץ או מדינה. תיאוריית הפרקטיקה של כללים היא אפוא בראש-ובראשונה תיאוריה לגבי טיבם של כללים חברתיים. לטענת הארט, כלל חברתי מסוים — נאמר R — קיים בחברה נתונה, S , אם, ורק אם, התנאים הבאים מתקיימים:

- (1) בחברה S ישנה סדירות של התנהגות לפי R , קרי: שמרבית חברי החברה S נוהגים כעניין שבשגרה לפעול בהתאם ל- R .
- (2) למרבית חברי S יש גישה נורמטיבית ל- R , הארט מכנה גישה זו "קבלה" (acceptance), והיא כוללת את שלושת הרכיבים הבסיסיים הבאים:
 - א. לגבי מרבית חברי S הכלל R נתפס כמכונן טעמים לפעולה בהתאם ל- R ;
 - ב. כאשר מישו מחברי S סוטה מן הכלל R , אחרים נוהגים להזדקק לקיומו של R כטעם או כצידוק לביקורת הסטייה (וכך שהביקורת עצמה אינה זוכה לביקורת).
 - ג. קיומו של הכלל R משמש בקרב חברי S צידוק להפעלת לחצים חברתיים ואחרים על אחרים לפעול בהתאם ל- R .²⁶

תפישה זו של כללים חברתיים הוצגה אפוא ב-The Concept of Law כתיאוריה כוללנית לגבי טיבם של כללים חברתיים. בתור שכזו תיאוריית הפרקטיקה של כללים זכתה לקיתונות של ביקורת, בראש-ובראשונה מאת רו דבורקין. כפי שנראה מיד בהמשך, הארט השתכנע מחלק מן הביקורות, ובאחרית-הדבר הוא מציע גרסה מתוקנת ומצומצמת יותר של התיאוריה הזו. בכל אופן, כדי שנוכל להבין את הבסיס למודיפיקציה שלו, אנסה להסביר בקצרה את הטעמים העיקריים שהועלו כנגד תיאוריית הפרקטיקה של הכללים. למעשה ישנן שלוש נקודות ביקורתיות מרכזיות, שנדמה לי כי גם רו וגם דבורקין שותפים להן²⁷.

ראשית, קל מאוד להראות שישנם כללים חברתיים אשר אינם מעוגנים בפרקטיקה חברתית כלשהי. במלים אחרות: התנאי הראשון של הארט לקיומם של כללים חברתיים אינו מתקיים בחלק מן המקרים. כללים יכולים להתקיים גם בהיעדר סדירות של התנהגות בהתאם לכלל. הדוגמא המובהקת לכך הם כללי מוסר. אין זה חלק מתפישתנו

26 לעיל.

27 הביקורת של רו מצויה בספרו 50-58 J. Raz Practical Reason and Norms (London, 1975). הביקורת של דבורקין ראה בעיקר לעיל הערה 13.

את כללי המוסר לחשוב שקיומם מותנה בפרקטיקה הנוהגת לפעול בהתאם להם — לא כעניין שבעובדה ואף לא כעניין של ציפייה הכרחית. רבים סבורים, למשל, שישנה חיבה מוסרית להתחסס לבני-אדם בכבוד ובהערכה, אף אם אלה הסבורים כך חיים בחברה שבה עיקרון מוסרי זה אינו נוהג. יתירה מכך: איש אינו חושב שכדי שיהיה כלל מוסרי כזה עלינו לצפות לכך, ובהכרח, שתהיה סדירות התנהגות בהתאם לכלל. ולבסוף, מי שסבור שיש כלל מוסרי המחייב התייחסות בכבוד לבני-אדם, אינו נוטה לחשוב שאם יש סדירות התנהגות בהתאם לכלל זה, הרי שזוהי הפרקטיקה המקנה לכלל את תוקפו. בסיכומו של דבר, כללי מוסר (ואולי אף כללי נימוס מסוגים שונים, וכיו"ב) הם סוג של כללים שהקשר בינם לבין סדירות התנהגות הוא קשר מקרי ורופף.

הביקורת השנייה נעוצה בחוסר-יכולתו של הארט לבאר את ההבחנה בין כללים חברתיים לבין טעמים לפעולה הזוכים להכרה כללית. יש הבדל חשוב מאוד בין פעולה בהתאם לכלל (following a rule) ובין פעולה בהתאם לטעמים הזוכים להכרה כללית כטעמים נכונים לפעולה (generally accepted reasons). חשבו, למשל, על צופה חיצוני המגיע לדיוני מועצת-הפקולטה מבלי לדעת מראש דבר על המוסד הזה ומתוך מגמה לברר מהם כללי הדיון הנהוגים בו. הצופה שלנו ישים לב לכך, שהמשתתפים נוהגים לכקש רשות דיבור על-ידי הרמת יד בהצבעה (וכן הוא ישים לב לכך, שלעתים יש סטיות מסדירות זו שבדרך-כלל זוכות לביקורת וכיו"ב). הצופה יתרשם גם מכך, שכל-אימת שפרופסור חכמי מדבר משתררת דממה ופני המשתתפים עוטים יראת-כבוד (וכן שכאשר יש סטייה מסדירות זו, הסטייה זוכה לתגובה ביקורתית וכן הלאה). ובכן, על-פי תיאוריית הפרקטיקה של הארט, הצופה שלנו יסיק את המסקנה שיש שני כללים חברתיים כאן, אלא שהוא כמובן צודק במקרה הראשון וטועה לחלוטין במקרה השני. חברי מועצת-הפקולטה מגלים הקשבה מיוחדת ויראת-כבוד כלפי פרופסור חכמי לא משום שיש כלל המחייב אותם לכך, אלא משום שהם מעריכים את חוכמתו המופלגת וסבורים שיש טעמים מיוחדים להקשיב לדבריו²⁸.

ההבחנה בין כללים לטעמים הזוכים להכרה כללית מוכרת לנו היטב גם בהקשר של משחקים, תחרויות וכיו"ב. חשבו, למשל, על ההבחנה בין כללי משחק ובין אסטרטגיות מקובלות במסגרת המשחק. ניקח, למשל, מירוצי-מכוניות. במירוצי פורמולה 1, כפי שמספר לי דורי קימל — ישנם כללים מוגדרים היטב לגבי סוג הדלק וציוד התדלוק שמותר להשתמש בהם במהלך המירוץ. אין ספק שאלה הם כללים, וסטייה מהם כרוכה בפסילה ובקנס. עם זאת, יש גם עקרונות פעולה, או אסטרטגיות, הקובעים, למשל, כיצד ראוי לתכנן את מהלכי התדלוק והחלפת הצמיגים במירוץ. למשל: במסלול שקשה

28 הראשון — כמדומני — שהצביע על הבחנה זו הוא הפילוסוף G.J. Warnock בספרו *The Object of Morality* (London, 1971) 43-46; מאחר שרוגמאותיו של וורנוק שאובים מעולם הקריקט, לצערי, אינני יכול לשחזרם מבלי להסתכן באיזולת מצדי.

לעקוף בו יש נטייה להמעיט במספר עצירות הביניים לתדלוק. זה לא כלל, וסטייה מעיקרון זה אינה מטילה סנקציה על המשתתף. יתירה מכך: ייתכנו מצבים, הגם שהם נדירים, שבהם קבוצה תחליט לסטות מן האסטרטגיה האמורה (למשל: אם חישוביה מראים שיתרון המהירות הנובע ממטען דלק קל יותר יאפשר לנהג לפתוח פער כזה המבטיח את חזרתו למסלול מבלי לאבד את מקומו אחרי עצירת התדלוק).

מה עומד ביסוד ההבחנה בין כללים לאסטרטגיות של משחק? בשני המקרים ההנחה היא, שיש טעמים מסוימים העומדים ביסוד הכלל או האסטרטגיה. ההבחנה נעוצה בכך שכללים באים לסכם ולהחליף את הטעמים האלו, והמשתתפים במשחק אינם פונים לטעמים במישרין, אלא לכללים הבאים במקומם. קבוצת-מירון בפורמולה 1 אינה יכולה לטעון שהיא החליטה להחליף את סוג הדלק במכוניותיה, משום שזה מקנה למירון יותר עניין או הגינות וכיו"ב טעמים, הגם שהם אולי נכונים לגופם. כאמור, מלכתחילה מטרת הכללים היתה לשקלל טעמים אלו ולבוא במקומם²⁹. אלמנט זה של החלפת השיקולים נעדר לחלוטין במקרה של אסטרטגיה. אסטרטגיה אינה אלא עקרון פעולה, כלומר: קבוצת טעמים, הזוכה להכרה כללית בתור שכזו. סטייה מאסטרטגיה אינה פעולה בניגוד לכלל. וכך הם פני הדברים גם ברוגמת מועצת-הפקולטה שלנו: גם כאשר ישנם טעמים לסטות מן הכלל המחייב בקשת רשות דיבור על-ידי הצבעה, הסטייה עדיין תיחשב לפעולה בניגוד לכלל, הגם שכאמור ייתכן כי מוצדק לסטות ממנו. בניגוד לכך, אם מסתבר לנוכחים שפרופסור חכמי השתכר ולכן אין שום טעם להקשיב קשב מיוחד לדבריו, אי-ההקשבה אינה נתפשת כפעולה בניגוד לכלל.

בניתוח של הארט אין כל רכיב המאפשר לעשות הבחנה בסיסית זו בין כללים ובין עקרונות או טעמים הזוכים להכרה כללית. כפי שנראה בהמשך, דבורקין סבור שלפגם זה השלכות חשובות גם לעניין אפיונם של כללי הזיהוי.

לבסוף, גם רז וגם דבורקין לא השתכנעו מן ההסבר של הארט לנורמטיביות של כללים חברתיים³⁰. לטענת שניהם (אם כי מגימוקים קצת שונים), תיאוריית הפרקטיקה של כללים חברתיים מחמיצה לחלוטין את ההיבט הנורמטיבי של כללים. אמנם, הארט טוען במפורש, שכלל חברתי יכול להיתפש כנורמה רק אם הוא נתפש כמכונן טעמים לפעולה, אלא שאין זה ברור היכן במסגרת תפישתו יש הסבר לאופן שבו כלל אמור לכונן טעמים כאלה ומכוח מה. האם הטעמים נעוצים בכך שאחרים נוהגים לפי הכלל? אם כן, אזי לכל היותר ניתן לראות בתיאוריית הפרקטיקה של כללים תיאוריה החלה על סוג מסוים אחד של כללים חברתיים, קרי: קונבנציות. רק לגבי כללים קונבנציונליים מתאים מבנה מחשבתי כזה, כלומר: מבנה שלפיו הטעמים לפעול בהתאם לכלל נעוצים בעצם העובדה שמרבית חברי הקבוצה הרלבנטית האחרים פועלים לפי אותו כלל.

29 לניתוח מפורט יותר בעניין זה ראה ספרו של רז, לעיל הערה 27.

30 ראה לעיל הערה 24.

למותר לציין, שלא כל סוגי הכללים החברתיים נמנים עם קונבנציות. מעטים מאוד מבין הפילוסופים סבורים, למשל, שכללי מוסר הם קונבנציות.

כפי שצינתי קודם, מסתבר שהארט קיבל את הביקורת הזו על תיאוריית הפרקטיקה של כללים, ובאחרית-הדבר הוא מציע תיקון מאוד ממשי לתיאוריה שלו. למעשה, הוא סומך את ידיו על כל שלוש הנקודות שהועלו נגדו ומסיק מכאן את המסקנה המתבקשת מאליה: תיאוריית הפרקטיקה של הכללים חלה רק על כללים מסוג אחד, קרי: קונבנציות חברתיות. אמנם, יש בכך הצרה מאוד ניכרת של תחולת התיאוריה המקורית, אבל — הוא טוען — אין בהצרה זו כדי לפגום בתורת-המשפט שלו; שכן כללי הזיהוי הם קונבנציות, ומכאן שתורת הפרקטיקה המקורית חלה עליהם ללא קושי מיוחד. כפי שהוא מנסח זאת, *"the theory remains as a faithful account of conventional social rules which include... the rule of recognition, which is in effect a form of judicial customary rule existing only if it is accepted and practised in the law-identifying and law-applying operations of the courts"*.³¹

יוצא אפוא, שיש לנו חפישה מוגדרת למדי עכשיו של כללי הזיהוי כקונבנציות חברתיות, שטיבן אמור להתבאר בהתאם לתיאוריית הפרקטיקה של כללים, תוך הבהרה שממד הנורמטיביות שלהם נעוץ בעובדה שיש טעמים לפעול בהתאם לכלל משום שאחרים פועלים לפי אותו כלל עצמו. האם הארט צודק בטענתו, שבכל מערכת-משפט מודרנית ישנם כללי זיהוי קונבנציונליים? דבורקין עדיין סבור שלא:

On my view, there is no fully shared rule of recognition at all: the supposed convention, that the American Constitution is the supreme law of the land or that Parliament is the supreme lawgiver in Britain, can only be described as conventionally accepted if we ignore the fact that what those abstract formulations mean to some lawyers, as guides to identifying true, concrete propositions of law, is very different from what they mean to others.

ובהמשך:

So Hart's picture of law, as fixed by a conventional rule of recognition, cannot be sustained even for Anglo-American legal systems, except by making the convention so abstract that it becomes:

.Postscript, p. 256 31

law must be identified by the right tests for identifying law. And then there is no longer any point to calling that a *convention*³².

האמת היא, שדבורקין מסתמך כאן על עובדות ידועות ומסיק מהן מסקנה שהיא בעיני בלתי-סבירה לחלוטין. העובדות מצביעות על מחלוקות בין שופטים לבין עצמם על תוכנם של כללי הזיהוי בשיטת-המשפט שהם פועלים בה. דבורקין אינו מתקשה לתת דוגמאות למחלוקות כאלו: בימים אלו, למשל, ישנה מחלוקת חריפה באנגליה בשאלת התחולה הישירה של סעיף 10 ל-"European Convention". חלק משופטי אנגליה קבעו, שחוק בריטי הסותר בתוכנו את ההגנה על חופש הביטוי בסעיף 10, אינו תקף. אחרים (שהם בינתיים הרוב) שוללים קביעה זו. המשפט החוקתי האמריקני מספק לדבורקין דוגמאות למכביר. כך, למשל, יש שופטים המשוכנעים בכך שהחוקה כוללת סטנדרטים מוסריים לבחינת תוקפם של חוקים, ואחרים השוללים זאת בתוקף. האם יש בין אלה לאלה הסכמה על כללי הזיהוי במשפט האמריקני? — שואל דבורקין. לכל היותר יש ביניהם הסכמה על כך שהחוקה מכתיבה להם כיצד לנהוג, אלא שכל אחד מבין את מה שהחוקה מכתיבה באופן שונה לחלוטין. ומכאן — מסיק דבורקין — ככל שאפשר לדבר על כלל זיהוי קונבנציונלי, הרי שזה כלל אבסטרקטי לחלוטין וריק מכל תוכן ממשי.

קשה להשתחרר מן הרושם שדבורקין חוטא כאן בשטחיות רבה. מחלוקת על תוכנם של כללי הזיהוי אינה מרוקנת את הכללים מתיכון. גם כאשר ישנן דרכים שונות להבין דבר-מה, צריך שיהיה דבר-מה שניתן להבינו בדרכים שונות. והאמת היא, שיש גם הפרזה רבה בהיקף המחלוקת שדבורקין מייחס לשופטים בהקשר הנוכחי: אחרי הכול, אין שופטים אמריקנים הסבורים שהדין בארה"ב מושפע מהוראותיה של מלכת אנגליה! המחלוקות החוקתיות במשפט האמריקני הן בעלות פשר רק על רקע הסכמה נרחבת למדי על כללי הזיהוי במשפט האמריקני. בהיעדר רקע נרחב של הסכמה, אין פשר למחלוקות הקונקרטיות שדבורקין מתאר.

קשה גם להשתחרר מן הרושם, שדבורקין למעשה חוזר כאן על טיעון הקונטרוברסליות בגרסתו הפשטנית ביותר. הוא נראה כמניח שלקונבנציות חברתיות ישנה משמעות פרקטית רק אם יש הסכמה נרחבת על תוכנן. הנחה זו שגויה משתי בחינות: כפי שנראה בהמשך, קיומן של קונבנציות חברתיות אינו נעוץ בהסכמה כלל ועיקר. ולעניין הקונטרוברסליות: חשבו, למשל, על הקונבנציונליות של מושגים מוכרים בשפה הטבעית. אילו סברנו שקונטרוברסליות מרוקנת את הקונבנציות ממשמעותן המעשית, היינו נאלצים להודות שאין בשפה הטבעית מושגים עמומים (vagueness). אלא שאנחנו חושבים ההיפך. המושג "קרחת", למשל, מקבל את משמעותו מכוח

32 Dworkin "Hart's posthumous reply", לעיל הערה 20.

קונבנציות לשוניות, הגם שאין הסכמה נרחבת על התשובה לשאלה אם אדם שיש לו לדוגמא, כעשרים שעות על ראשו, הוא קרח. היכן כל זה משאיר את עמדתו של הארט? נדמה לי, שניתן להסיק כי התזה של הארט לגבי קיומם של כללי זיהוי קונבנציונליים חסינה לביקורות מן הסוג שהעלה דבורקין, אך פתוחה לביקורת מכיוון אחר. גם הארט וגם דבורקין מקדישים מעט מאוד תשומת-לב לשאלה מהן קונבנציות חברתיות ומה מקנה לקונבנציות ממד נורמטיבי. בחינה מעמיקה יותר של מושג הקונבנציה עלולה לחשוף קשיים לא-מבוטלים בעמדה של הארט. בשורות הבאות אנסה להסביר מדוע.

ג. הנורמטיביות של קונבנציות חברתיות

שנים אחדות לאחר שספרו של הארט יצא לאור, התפרסמה עבודתו המאלפת של הפילוסוף David Lewis על קונבנציות — מחקר ששינה באופן רדיקלי את כל ההתייחסות התיאורטית לתחום זה³³. כפי שהסברתי במקום אחר³⁴, התזה הבסיסית של לויס לגבי טיבן של קונבנציות מוגבלת בהרבה מכפי שנטו לחשוב, אך אין מחלוקת על כך שעמדתו היא לפחות נקודת-ההתחלה ההכרחית לדיון. מטרתו העיקרית של לויס הייתה להראות, שקונבנציות חברתיות (ובכלל זה, מבחינתו, גם קונבנציות סמנטיות) אינן נוצרות מכוח הסכמה. לטענת לויס, קונבנציות הן כללים שרירותיים הבאים להסדיר פתרון בעיות קואורדינציה.

ברמה האינטואיטיבית ישנם שני מאפיינים התחלתיים של קונבנציות, המייחדים קונבנציות מכללים אחרים ומחייבים הסבר. ראשית, לכללים שהם קונבנציות יש ממד בולט של שרירותיות. כשיש כלל מסוים הנתפס כקונבנציה, ההנחה היא שמוכרח להיות איזושהו כלל אחר, חלופי, שיכול היה לשרת אותה מטרה. שנית, יש לנו תחושה ברורה שהטעמים שלנו לפעול בהתאם לכלל קונבנציונלי הם טעמים התלויים בכך שגם אחרים פועלים לפי אותו כלל עצמו. לצורך הדיון בהמשך אקרא לשתי התזות האלה תזת השרירותיות ותזת היעילות, בהתאמה. כאמור, לויס טען שהרציונל של שני התנאים האלה מתבאר מיד כשמבינים שהפונקציה של קונבנציות היא לפתור בעיות חוזרות ונשנות של קואורדינציה בקונטקסט מסוים. בעיית קואורדינציה ישנה כל-אימת שיש לכמה אנשים מספר חלופות פעולה ושמבחינת העדפתם הסובייקטיבית חשוב להם יותר

33 D.K. Lewis *Convention: A Philosophical Study* (Oxford, 1969). האמח היא שנוסף על הניתוח המבריק של מושג הקונבנציה שלויס הציע כאן, ספרו נחשב גם למחקר שיסד במידה רבה את יישומה של תורת-המשחקים בפילוסופיה.

34 A. Marmor "On Convention" *Synthese* (May, 1996).

לבחור בחלופה שגם אחרים יפעלו לפיה, מאשר לבחור בחלופה מסוימת (דוגמא פשוטה ושחוקה למצב כזה: ההחלטה באיזה צד של הכביש לנהוג. קל להיווכח שדוגמא זו עומדת בכל התנאים שצינו). מכאן גם ברור מדוע קיומן של קונבנציות אינו נעוץ באיזושהי הסכמה בין נתיני הקונבנציה, שהרי קואורדינציה והסכמה הם שני מושגים שהקשר ביניהם מקרי בלבד. לעתים בעיית קואורדינציה נפתרת בהסכמה ולעתים — בדרכים אחרות. לויס, ורבים בעקבותיו, נתנו דוגמאות שונות והסברים מגוונים לאופנים השונים שבהם קונבנציות נוצרות, ואין צורך שנרחיב על כך את הדיבור.

עוד לפני שנמשיך בניתוח מדויק יותר של מושג הקונבנציה כדאי כבר לשים לב לכך שהטענה שלפיה כללי זיהוי משפטיים הם קונבנציות נראית עכשיו כטענה בעייתית למדי: אין זה מובן מאליו שכללי הזיהוי שרירותיים במובן שנדרש מקונבנציות ואף אין זה ברור שכללי הזיהוי באים לפתור בעיות קואורדינציה.

במה טמונה השרירותיות שאנחנו מייחסים לקונבנציות? בהסתמך על הניתוח הבסיסי של דייוויד לויס, הצעתי את ההגדרה הבאה:

נניח ש- A מציין את הטעם(ים) העיקרי שבשלו חברי קהילה P מצייתים לכלל R בנסיבות C . הכלל R יהיה שרירותי, אם ורק אם, יש לפחות כלל אחד R' , כך שאילו מרבית חברי הקהילה P היו פועלים לפי R' בנסיבות C , אזי עבור חברי הקהילה A, P היה טעם מספיק לפעול בהתאם לכלל R' במקום הכלל R . הכללים R ו- R' הם כאלה שכדרך-כלל אי-אפשר לפעול בעת ובעונה אחת לפי שניהם בנסיבות C .

את נימוקי המפורטים להגדרה זו סיפקתי כבר במקום אחר³⁵ ולא אחזור כאן על אותם דברים. מכל-מקום, ישנן שתי נקודות חשובות המחייבות הבהרה כאן: ראשית, נשאלת השאלה אם שרירותיותה של קונבנציה מחייבת את זה שנתני הקונבנציה יהיו מודעים לה. לויס עצמו סבר שכן. הוא הניח, ששרירותיות מחייבת ידיעה כללית (common knowledge) בדבר טיבה השרירותי של הקונבנציה³⁶. אין ספק שלויס טעה בנקודה זו. כפי שהראה טיילר ברג', כלל יכול להיות קונבנציה גם אם נתני הכלל משוכנעים בכך, בטעות, שאין לכלל אלטרנטיבה כלשהי. חשבו על הדוגמא שהזכרתי קודם-לכן בהקשר אחר, לגבי חברה מבודדת שאנשיה משוכנעים בכך כי השפה שהם מדברים היא השפה היחידה הקיימת בעולם. הם סבורים אפוא בטעות, שאין אלטרנטיבה לכללי השפה שלהם. למותר לציין, שאין בכך כדי להביאנו למסקנה שכללי השפה שלהם אינם כללים קונבנציונליים³⁷.

35 לעיל.

36 ראה D.K. Lewis "Languages and Language" 7 *Minnesota Studies in the Philosophy of Science* (1975) 3-35.37 T. Burge "On Knowledge and Convention" 84 *The Philosophical Review* (1975) 249-255.

צריך לזכור, שלנקודה זו חשיבות לא-מבוטלת בהקשר המשפטי. היא מראה, שדעתה של קהילה משפטית מסוימת לגבי טיבם של כללי הזיהוי שלה אינה קונקלוסיבית לגבי טיבם האמיתי. תזת השרירותיות צריכה להיבחן לגבי כל סוג של כללים במישור הענייני ובאופן שאינו מניח שדעתם של נתיני הכלל לגבי טיבו היא דעה שאמנם מכוננת את טיבו של הכלל.

הנקודה השנייה המחייבת הבהרה לגבי תזת השרירותיות נוגעת להבחנה בין כלל שהוא שרירותי, במובן שהוגדר לעיל, ובין כלל שנתיניו אינדיפרנטים לתוכנו. שרירותיות אינה מניחה אינדיפרנטיות. גם במסגרת פתרון בעיות קואורדינציה ישנם לעתים פתרונות טובים יותר או פחות ויכולים להיות טעמים להעדיף פתרון אחד על משנהו. חשוב, למשל, על בעיית הקואורדינציה הנוצרת כאשר שיחת-טלפון נקטעת באמצע: נשאלת השאלה, מי צריך לנסות ולחדש את השיחה? יש להנחית, שמבין שתי האפשרויות העיקריות הקיימות כאן עדיפה קונבנציה שלפיה מי שחייג מלכתחילה הוא זה שינסה לחייג שוב (בעיקר משום שיש ודאות גדולה יותר שהוא יודע את המספר). עם זאת, גם אם משום-מה התפתחה קונבנציה אחרת שלפיה דווקא זה שחייגו אליו צריך לנסות לחדש את השיחה, יש לכולנו טעמים טובים לפעול בהתאם לקונבנציה שהתפתחה. כל זאת כמובן בהנחה שההעדפה הסובייקטיבית של כולנו היא, שיותר חשוב לנו לפעול בהקשר זה כמו שהאחרים פועלים מאשר להעדיף אלטרנטיבה מסוימת דווקא. ומכאן נובעת גם מסקנה נוספת: שרירותיות מאפשרת דרגות. אפשר לדבר על כללים שרירותיים יותר ופחות. קונבנציה תהיה שרירותית לחלוטין אם הצדדים אכן אינדיפרנטים לגבי הבחירה בין האלטרנטיבות השונות. הקונבנציה תהיה פחות ופחות שרירותית ככל שאנחנו מתרחקים מאינדיפרנטיות, עד לגבול שבו ההעדפה לפעילות מתואמת גוברת על ההעדפה לחלופה מסוימת אך במעט.

נדמה לי, שדי בהבהרות אלה כדי להראות שלמעשה תזת השרירותיות מנביעה את תזת היעילות: כאשר כלל הוא שרירותי במובן שהוגדר לעיל, הטעמים לפעול בהתאם לכלל ממילא מותנים בציפייה לכך שגם אחרים יפעלו לפי אותו כלל עצמו. ומכאן שכלל הוא קונבנציה רק אם הטעמים לפעילות מתואמת דווקא הם טעמים חזקים יותר מאשר הטעמים לפעול בהתאם לאחת מן החלופות הרלבנטיות. ולהיפך, כמובן: אי-אפשר לדבר על קונבנציה כאשר הטעמים העומדים ביסוד הכלל בנויים על העדפה של חלופה מסוימת, אף במחיר ויתור על פעילות מתואמת.

אין ספק, שכל המאפיינים האלה ישנם כמצבי קואורדינציה. מבחינה זאת התזה המרכזית של לויס לגבי הרציונל של קונבנציות מאוד משכנעת. הוא מספק לנו הסבר ברור ומשכנע לגבי הנורמטיביות של קונבנציות — הסבר הנערץ בהיותן של קונבנציות כללים הפותרים בעיות חוזרות ונישנות של קואורדינציה. ומכאן, הגם שקונבנציות הן כללים שרירותיים במובן מסוים, יש לנו טעמים טובים לציית להם כל עוד יש לנו עניין בפתרון בעיית הקואורדינציה שהכלל מספק. הספקות לגבי התזה של לויס נוגעים

למידת הכלליות של טענתו: האמנם כל סוגי הקונבנציות שאנחנו מכירים קשורים לפתרון בעיית קואורדינציה?

התשובה לשאלה זו — כך טענתי במקום אחר — היא בהחלט לא³⁸. קיים למצער סוג אחר, נפוץ מאוד, של קונבנציות, שבשום אופן לא ניתן לבארו במונחי פתרון לבעיית קואורדינציה. כדי שניתן יהיה לבאר את הרציונל של כלל מסוים ככלל המיועד לפתור בעיית קואורדינציה, חייב להתקיים התנאי הבא: צריך להיות איזשהו מצב ברקע הדברים המאפשר לנו לזהות את בעיית הקואורדינציה הספציפית שהקונבנציה מיועדת לפתור, באופן שאינו תלוי בתוכנה של הקונבנציה עצמה. במלים פשוטות: בעיית הקואורדינציה צריכה לבוא קודם, ואחר-כך — קונבנציה הפותרת אותה. אלא שזה מצב שאינו מתקיים לגבי מערכות רבות של קונבנציות. אסתפק כאן בשתי דוגמאות מוכרות: כללי נימוס וכללי משחק.

חשבו, למשל, על כללים של נימוסי שולחן. יש קונבנציה המוכרת לכולנו, שעלינו להחזיק את המזלג ביד שמאל ואת הסכין ביד ימין (יש אגב מקומות שבהן הקונבנציה בדיוק הפוכה). נדמה לי, שיהיה מוזר מאוד להניח כי זוהי קונבנציה שמטרתה לפתור בעיית קואורדינציה. האם נדרשת בכלל פעולה מתואמת בעניין זה בין הסועדים ליד השולחן? מובן שלא. אמנם נכון, שבהינתן קיומה של קונבנציה כזו ישנם רבים שיעדיפו פשוט לפעול כפי שאחרים פועלים, מפני שיש להם נטייה חזקה יותר לקונפורמיות חברתית מאשר לסטייה ממנה. אבל גם אם זוהי מעין בעיית קואורדינציה, הרי שהיא יכולה לצוץ רק לאחר שכבר יש קונבנציה בעניין. בהעדפות כאלה אין כדי להסביר את הצורך בקונבנציה מלכתחילה.

כללי משחק הם דוגמא נוספת, וחשובה יותר, לקונבנציות שהרציונל שלהן לא נעוץ בפתרון בעיות קואורדינציה. חשבו, למשל, על משחק השח-מט. אין ספק שכללי המשחק הם קונבנציונליים, אלא שקשה לתארם ככללים שמטרתם לפתור בעיית קואורדינציה או כל בעיה אחרת. כללי שח-מט מכוננים את המשחק עצמו, ועד שאין לנו משחק כזה, ממילא אין כל בעיית תיאום שצריך לפתור. מה יכול להיות אפוא הרציונל של קונבנציות כאלו, שאינן קונבנציות קואורדינטיביות? נדמה לי, שדוגמת כללי המשחק יכולה להצביע על ראשיתו של פתרון. ישנן מערכות של כללים קונבנציונליים שהטעמים לעסוק בפעילות המכוננת עליהן הם לא טעמים חיצוניים למערכת הקונבנציות. במלים אחרות: יש מערכות של קונבנציות המכוננות את טעמי עצמן. לקונבנציות כאלה קראתי "קונבנציות של מערכות אוטונומיות". משחקים, כללי נימוס מסוגים מסוימים, אולי גם כללי אופנה, קונבנציות של ז'נרים אמנותיים וכיוצא באלה, הם דוגמאות למערכות אוטונומיות כאלו. המשותף להם נעוץ בכך שלא ניתן לתת פשר לרציונל של הקונבנציות לפני תוכן של הקונבנציות עצמן ובמנותק מהן. הקונבנציות

38 ראה לעיל הערה 33.

מכוננות לא רק את האופנים שבהם מוסדרת הפעילות, אלא גם את הערכים שהפעילות מתיימרת לקדם. במילים אחרות: הנורמטיביות של קונבנציות המכוננות פרקטיקה אוטונומית נעוצה באותם ערכים שאנחנו מייחסים לפעילות המכוננת על-ידי³⁹.

עם זאת, חשוב שלא להפריז במידת האוטונומיה של מוסדות המכוננים על-ידי קונבנציות. גם מוסדות אוטונומיים כאלו, כמו, למשל, משחק שח-מט, נימוסי שולחן, אופרה וכיו"ב קשורים בקשר הדוק לערכים שהם חיצוניים למוסד עצמו. משחק שח-מט, למשל, נותן ביטוי לערך של ניצחון לעומת הפסד (ובמישור אינטלקטואלי דווקא); נימוסי שולחן קשורים לערכים אסתטיים (ואריסטוקרטיים?); מבנה של אופרה קשור לערכים אמנותיים מסוימים וכן הלאה. האוטונומיה של מוסדות כאלו נעוצה בכך שהקונבנציות המכוננות את הפרקטיקה אינן ניתנות לגזירה ישירה מתוך הערכים החיצוניים ("The conventions are radically under-determined by the external values"). אין דבר בערך של ניצחון לעומת הפסד המחייב את מבנה משחק השח-מט, למשל. המשחק מכונן על-ידי הקונבנציות, ואותן קונבנציות מכוננות גם את הערכים הספציפיים של משחק שח-מט. צריך לשים לב, שגם כאן מידת האוטונומיה של מערכת הקונבנציות היא לעתים עניין של דרגה. ישנן מערכות קונבנציונליות שהקשרן לערכים בלתי-תלויים הדוק יותר מאחרות. כך, למשל, אפשר להניח שהקונבנציות של אופרה קרובות יותר לערכים אסתטיים-אמנותיים כלליים מאשר קונבנציות של משחק שח-מט, שהוא יותר אוטונומי מבחינה זו.

יוצא אפוא, שישנם לפחות שני סוגים של כללים קונבנציונליים. אמנם, תזת השרירותיות ותזת היעילות חלות על שני הסוגים, אלא שהרציונל לקיומן של קונבנציות משני סוגים אלו שונה לחלוטין. במקרה האחד הקונבנציה מיועדת לפתור בעיות חוזרות ונשנות של קואורדינציה בתחום מסוים. במקרה השני הקונבנציות מכוננות פרקטיקה אוטונומית, קרי: מוסד חברתי שערכו מכונן על-ידי אותן קונבנציות המכוננות את המוסד עצמו.

הגיע הזמן לשוב לתזה של הארט לגבי טיבם הקונבנציונלי של כללי הזיהוי. נדמה לי שקל להסיק מסקנה אחת, מוגבלת: תיאוריית הפרקטיקה של כללים היא בסיס מאוד רעוע לתזה שלו. אמנם, אין בה שום דבר הסותר את הניתוח של קונבנציות חברתיות שהצעת לעיל, אך אין בה גם דבר התורם להבנת הבסיס הקונבנציונלי של כללי הזיהוי. נכון שקונבנציות מחייבות קיומה של סדירות התנהגות לפי הכלל, והרציונל שלהן נעוץ בחלקו בציפייה להתמשכותה של אותה סדירות התנהגות. נכון גם, שלקונבנציות יש ממד נורמטיבי במובן זה שקיומה של קונבנציה מכונן ערכים וטעמים לפעולה; אך מכאן ועד למסקנה שכללי הזיהוי הם קונבנציות חברתיות המרחק עוד גדול. קל לצמצם

39 על היחס בין מערכות קונבנציונליות וערכים אינטרינזיים ראה גם מאמרו של J. Raz "Mixing Values" *Aristotelian Society Sup.* (1991) 83-100.

את המרחק הזה במובן אחד. אין ספק שכללי הזיהוי מקיימים את התנאי הקבוע בתזת היעילות. טעמיהם של משפטים לפעול על-פי הקריטריונים לתקפות משפטית הקבועים בכללי הזיהוי של שיטת-המשפט שבה הם פועלים תלויים בכך שגם עמיתיהם פועלים לפי אותם קריטריונים בסיסיים. במלים אחרות: הטעמים לפעילות מתואמת בקשר לזיהויים של מקורות המשפט גוברים בדרך-כלל על הטעמים להעדיף מקור אחד על משנהו. כאשר תנאי זה אינו מתקיים, התוצאה עשויה להיות מהפכה (לאו דווקא במובן האלים או הדרמטי של הביטוי. השינויים שאמנת השוק המשותף באירופה הכניסו בכללי הזיהוי של כל מערכות המשפט השותפות לאמנה הם ודאי מהפכניים במובן שאליו אני מכוון כאן).

כפי שכבר ציינתי מקודם, הקושי העיקרי בתזה של הארט נעוץ בתזת השרירותיות. צריך לזכור, שכללי הזיהוי הבסיסיים של מערכת-משפט מסוימת נראים כמשקפים את הפילוסופיה הפוליטית המקובלת בחברה. החוקה האמריקנית אינה נתפסת על-ידי האמריקנים כמקור מקרי לדין העליון בשיטת-המשפט שלהם. עצם מעמדה הנורמטיבי העליון של החוקה משקף במידה רבה את הפילוסופיה הפוליטית האמריקנית. והוא-הדין — כך נדמה לי — במרבית שיטות-המשפט המודרניות. גם אנחנו סבורים, למשל, שאין זה אך מקרי, אלא גם ראוי ונכון, שסמכות החקיקה תהיה טבועה בכנסת, ואין צורך להכביר מלים על האנגלים שכה מוקירים את עקרון ריבונות הפרלמנט שלהם. כיצד אפוא ניתן לומר, שכללי זיהוי אלמנטריים אלו הם שרירותיים? והאם יש אפשרות להניח שכללי זיהוי אלו באים לפתור בעיית קואורדינציה?

למעשה שיקולים דומים לאלו הובילו את דבורקין ב-"Law's Empire" למסקנה ש"כללי הזיהוי" האמורים אינם כללים כלל ועיקר. מקום שהארט מצביע על כללי זיהוי, דבורקין מוכן להניח שלכל היותר יש שם האמנות, או עקרונות, הזוכים להכרה כללית⁴⁰. עקרון עליונות החוקה האמריקנית, למשל, אינו כלל — טוען דבורקין — אלא עיקרון פוליטי בסיסי הזוכה להכרה כללית בחברה האמריקנית. והוא-הדין בעקרון ריבונות הפרלמנט באנגליה וכן הלאה: אלה הן מערכות של האמנות המשקפות את התפישה הראויה של מקורות המשפט בחברה נתונה ומבוססת על טעמים מוסריים ופוליטיים הזוכים להכרה כללית. במלים אחרות: כללי זיהוי חברתיים אינם בנמצא, לא משום שאין כלל מוסכמות לגבי מקורות המשפט, אלא משום שמוסכמות אלו אינן מבוססות על כללים קונבנציונליים.

נדמה לי, שניתוח מושג הקונבנציה שהצעתי לעיל עשוי להראות כי דבורקין נחפז במסקנתו גם כאן. נתחיל בתזת השרירותיות. אין ספק שאם מבינים שרירותיות בהקשר הנוכחי כאינדיפרנטיות, או כשרירותיות במובן הרזוח של ביטוי זה בשפה הטבעית, קשה לקבל את התזה של הארט שלפיה כללי הזיהוי הם קונבנציות, ובתור שכאלה —

40 ראה לעיל הערה 4, בעמ' 91.

כללים שרירותיים. אלא שהראינו כבר, כי למושג השרירותיות יש כאן משמעות טכנית שונה לחלוטין. השרירותיות הגלומה בכלל שהוא קונבנציה מחייבת דבר מוגבל מאוד: היא מחייבת את ההנחה שיש למצער כלל אפשרי נוסף, שאילו פעלו מרבית חברי הקבוצה הרלבנטית לפי הכלל החלופי, לכולם היה טעם מספיק לפעול לפי אותו כלל חלופי. מכאן — כפי שהראיתי בפירוט — לא נובעת הנחה של אינדיפרנטיות לגבי בחירה בין הכלל הנוהג לחלופותיו. ההנחה היחידה המתבקשת מתחת השרירותיות היא אותה הנחה הגלומה בתחת היעילות, דהיינו: שמרבית חברי הקבוצה הרלבנטית מעדיפים אחדות בפעולה על-פי כלל על-פני האפשרות לפעול לפי העדפה מסוימת אחת. כלומר: כל עוד ההעדפה הרווחת לפעולה מתואמת גוברת על ההעדפה לבחור בחלופה רלבנטית אחרת, הכלל הוא שרירותי במובן הנדרש מקונבנציה חברתית. כפי שמרגרט גילברט ציינה פעם, בהחלט ישנם מצבים שבהם ניתן לחפש "את הקונבנציה המתאימה ביותר" בנסיבות העניין⁴¹; ומכאן, שאין כל סתירה בין ההנחה שכללי זיהוי בסיסיים הם כללים שרירותיים ובין היותם קשורים קשר הדוק להשקפת-עולם פוליטית מסוימת.

גם הקושי הנעוץ בקשר שבין קונבנציות לפתרון בעיות קואורדינציה ניתן לפתרון באופן המתיישב עם התזה של הארט. אין ספק, שהפונקציה של חלק ניכר מכללי הזיהוי אכן נעוצה בפתרון בעיות קואורדינציה (כללים הקובעים, למשל, את הפרוצדורה לחקיקת חוק). עם זאת, אין גם ספק שלא כל כללי הזיהוי ניתנים להעמדה על המבנה הבסיסי שהציע לויס. אלא שגם כאן ראינו, כי לקונבנציות חברתיות רציונל מורכב יותר. כללי הזיהוי במשפט, כמו קונבנציות בהקשרים רבים אחרים, מכוננים מוסדות חברתיים בעלי ערך, והרציונל שלהם נעוץ בכך שהם מכוננים מוסדות אלו. מבחינה זו אינני סבור, שיש הבדל בין חלק מכללי הזיהוי במשפט ובין הקונבנציות המכוננות את מוסד האופרה, למשל. כפי שראינו, גם לגבי אופרות האוטונומיה של המוסד היא חלקית ויחסית: הגם שיש קונבנציות ברורות למדי לגבי השאלה כיצד צריכה אופרה להתנהל, והן מכוננות את עצם קיומו של המוסד, אי-אפשר לנתק בינן לבין ערכים אמנותיים כלליים. והוא-הדין בקונבנציות של משחקים. גם הם נותנים ביטוי לערכים אנושיים כלליים, כמו הערך של התמודדות, ניצחון וכיו"ב. האוטונומיה של כללים אלו נעוצה בכך שאי-אפשר לגזור אותם מן הערכים הכלליים שהם נותנים להם ביטוי. היחס בין קונבנציות כאלו ובין ערכים לא-קונבנציונליים הוא יחס של תת-הגדרה (under-determination). יחס כזה ישנו גם בין כללי הזיהוי הבסיסיים של מערכת-משפט מסוימת ובין הפילוסופיה הפוליטית המגולמת בהם. אין ספק שכללי הזיהוי מבטאים תפישה רווחת בחברה לגבי הסמכות הפוליטית; אחרי הכול, כללי הזיהוי הם אלה

41. M. Gilbert *On Social Facts* (London, 1989) 340

הקובעים את מבנה הסמכות הפוליטית, היקפה ואופן פעולתה. אך מכאן, כאמור, לא נובע שכללי הזיהוי אינם קונבנציות.

יוצא אפוא, שהתזה של הארט נכונה בעיקרה. הגם שניתוח מעמיק יותר של מושג הקונבנציה מחייב תיקונים של ממש בתיאוריית הפרקטיקה של כללים — ובכלל זה כללים קונבנציונליים — אין בניתוח שהצעתי כדי לתמוך בעמדה של דבורקין שלפיה לא ייתכן כי יהיו כללי זיהוי קונבנציונליים. ההיפך הוא הנכון: עמדתו הפוזיטיביסטית של הארט נראית לי חסינה הן מפני טיעון הקונטרברסליות, והן מפני הקשיים הכרוכים במורכבותן של קונבנציות חברתיות. בסופו של דבר, מסקנה זו אף תומכת בעמדתו של הארט לגבי טבעה של תורת-המשפט. ככל שנצליח לבסס עמדה קונבנציונליסטית כמו שלו, כך גם תגבר אמינותה של תורת-משפט כללית ותיאורית מן הסוג שהארט יסד והנחיל לדורות של פילוסופים של המשפט.
