

הזכות הקנויה ויריביה*

מאת

אביגדור לבונטין**

גלוריה, יהושע,
מורי, מורוטי ורבותי,

התכנסנו לערב שמח, כעין-משפחתי. על כן, לא אוגיע אתכם בהרצאה מפורטת וגם אשתדל לעמוד במסגרת חצי השעה שהוקצתה לי. ברוח פנייתם של מארגני הערב אדרש לנושא משפטי "כללי", ובחירתי להתבונן בשתי קבוצות של תלאות שבאו על זכויות קנויות. "התיאוריה של זכויות קנויות ... יצאה מן האופנה": מלים אלה – שהן ציטטה, ועוד אשוב אליהן – הן שהנחו אותי אל הנושא. אפתח באמירה המקובלת שזכות היא אינטרס מוגן בדין. האמירה ניתנת להיפוך, כלומר: אין זאת רק שזכות היא אינטרס מוגן בדין, אלא אינטרס מוגן בדין הוא הישות הקרויה בקיצור "זכות". כאשר מזוהית זאת מתבוננים בדבר, מתחוויר שהדין כולו עניינו זכויות, כלומר: הגנה על אותם אינטרסים שהחברה גמרה אומר להגן עליהם מוסדית, לפי כללים ובגיבוי סנקציות. ההגנה צורכת את הגדרת האינטרסים המוגנים, שכן יש להבחין בינם לבין אינטרסים שאינם מוגנים, וכן התוויית אמצעי ההגנה: היא מנקזת איפוא אל תוכה פרשנות ופרוצדורה כמובניהן הרחבים ביותר – ובעצם חופפת את "הדין כולו". ליד התיבה "זכות" שגור הכיטוי "זכות קנויה", הרומז לאפשרות מציאותה של זכות שאינה קנויה. אולם, להבדיל מהרעיון של זכות – כפי שהוא עולה, למשל, בדיון אקדמי – ולהבדיל מזכות שמתכננים את יצירתה לעתיד ובינתיים רק נושאים ונותנים על כינונה

* הדברים נאמרו בערב שנערך עם צאתו של ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן (בעריכת שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר, תשס"ב), ב' תמוז התשס"ב - 12 ביוני 2002.

** פרופסור אמריטוס, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

בין צדדים או בין עורכי-דינם, זכות קיימת היא תמיד קנויה (כלומר: שייכת) למישהו או למישהם ("קנויה" כאן לא באה לייחד זכות שנרכשה בעסקה של "קנייה"-אגב-מכר, להבדיל מדרכי רכישה אחרות). ואל יעלה על דעתנו שזכות מותנית או תלויה (contingent) שאינה, כפי שאומרים, vested – איננה קנויה. זכותו של קטין לנכס עם הגיעו לבגרות (והכוונה לנכס שאינו שלו, להבדיל מנכס שהוא שלו ורק מנוהל עבורו בקטינותו על ידי אפוטרופוס או נאמן) אין לדעת עליה בבטחה אם "תבשיל" אי-פעם. אולם, הזכות היא קנויה, אף שאינה זכות בגוף הנכס (שאוכלי לא יגיע אי-פעם לידיו ולא לידי עיזבונם); היא זכות אחרת, שבהיותה ציפייה מוגנת בדין היא, ככזאת, זכות משפטית (דיינו שנשווה בינה לבין ציפייה בלתי-מוגנת כגון ציפייה ליהנות מצוואתו של מצווה חי). הרואה את זכותו של הקטין רק בהיבטה כזכות ש"טרם הבשילה" נתפס לטעות אופטית – הטעות שבהסתכלות הצדה ולא אל הזכות הנכונה. אמת: זכות הקטין בגוף הנכס טרם הבשילה, ואולי לא תבשיל, ואכן בגוף הנכס אין לו זכות; אולם ציפייתו הנזכרת הבשילה אף הבשילה; היא, בגבולותיה, אינטרס מוגן בדין וזכות הקנויה לו. ואין מדובר רק בזכויות פרטיות, הנרכשות (acquired) מכוח פעולה משפטית, מאמץ או מאורע מיוחדים לבעל הזכות, אלא גם בזכויות כלליות. ככל שיש לציבור זכות לדעת, זכות לחיים שלווים או למים טהורים, זכות זו היא קנויה לבני הציבור – קנויה להם כביכול "אוטומטית", כזכות "טבעית" או "מולדת", מכוח היותם בני הציבור – ולא מכוח פעולה משפטית, מאמץ או מאורע. אף באותם חלקים מדיני עונשין שעניינם "עבירות ללא קרבן" (כפי שהן מכונות לעתים) משתקף אינטרס מוגן של בני הציבור: יש לבני הציבור – קנויה להם – זכות שכסף עובר לסוחר לא יזויף, שהתנועה בדרכים תזרום כסדרה, ושהמדינה, האמורה לגונן עליהם אף מפני כסף מזויף, מים מזוהמים ואנדרולמוסיה בדרכים, לא תיחלש בכוחה להגן עקב חתירה או הסתה. אם כן, זכות קיימת היא לעולם קנויה. ומכיוון שאין זכויות שאינן קנויות, מתבקש להוסיף שאין יצירת זכות חדשה ללא הקנייתה.

אף שזכויות קיימות – בין פרטיות ובין כלליות – כולן קנויות, ההגנה עליהן אינה תמיד שווה, לא באמצעה ולא בעוצמתה. זכויות פרטיות נהנות מהגנה חזקה במיוחד ככל שיש יתר נכונות לקלוט זכות פרטית שנרכשה בחסות דין זר (גם כשזכות כמותה אינה קיימת בדין הפורום) משיש נכונות לארח בביתנו זכויות כלליות או ציבוריות שהוענקו על ידי דין זר. כמו כן, זכויות פרטיות עמידות יותר בפני כרסום רטרואקטיבי בהשתנות הדין לאחר רכישתן.

כאשר גיל הבגרות מועלה, מקובל על רבים שמי שלא הגיע לגיל החדש ייחשב קטין, כלומר: בגירותו לא תעמוד לו אף שהספיק להגיע לבגרות לפי הדין הקודם; לעומת זאת, מקובל שפעולות משפטיות שנעשו וזכויות פרטיות שנרכשו קודם להעלאת הגיל יוסיפו לעמוד בעינן. מעמד הבגירות הוא זכות "כללית" ולא פרי פעולה משפטית, מאמץ או מאורע מיוחד לפרט, אלא השתקפות יחסם אליו של אחרים – של הציבור – ובעיקרון

אין הוא משוריין בפני שינוי רטרואקטיבי. לעומת זאת, כשמדובר ביתרון שנרכש מפעולה משפטית מיוחדת, והוא זכות "פרטית" – נוטה המשפט להבטיח את עמידתו בפני שינוי רטרואקטיבי. יש המסמיכים את ההבדל להבחנה בין זכויות לבין היכולת לרכוש זכויות וגורסים שהיכולת לרכוש זכויות אינה, היא עצמה, זכות "במלוא המובן". בהקשר שהוזכר מדגישים לפעמים שזכויות שלא נרכשו מכוח עסקה או פעולה מיוחדת הן לא-יותר מ"הצד האחר" – כעין בבואה או הד – של מוסדות משפטיים, כעין השתקפות במדורו של הפרט של אינסטיטוטיונים כלליים; ואלה – אך סביר וטבעי שלא יוסיפו להשתמר בהתקבל שינוי בדין שתכליתו לשנותם או לבטלם ובהעדר טעם להניח שהייתה כוונה לרחות את השינוי או להשהותו. כאשר מאומצת השקפה חדשה, הנראית טובה או נכונה יותר מקודמתה, כלום להוסיף לנהוג לפי ההשקפה הנראית כפחות טובה או נכונה? וכך, למשל, כשמבטלים את מוסד העבדות, מי שהיה עבד לפני הביטול לא יראה כמוסיף להיות עבד לכל ימיו, וגם לא לימי חייו אדונו, אלא יראהו כמשתחרר מיד. לעניות דעתי, עדיין חסרה כאן חוליה: אף בהנחה שזכות היא לא יותר מהשתקפות אינדיבידואלית של אינסטיטוט כללי, ואף בהנחה שיש הבדל בין היכולת לרכוש זכויות (על אף שהיכולת עצמה היא אינטרס מוגן, ולכן זכות) לבין זכויות אחרות, "מהותיות" – מה בכל זאת מסביר או מצדיק – אף בהנחות אלה – את החשבתה היתירה של זכות פרטית שנרכשה מכוח עסקה או פעולה מיוחדת?

נראה לי ראוי לתור אחר ההסבר או ההצדק בקרבה אל מושג האישיות המשפטית. מעמדן המיוחד של פעולות משפטיות רצוניות, כאלה שזכויות פרטיות נרכשות מכוחן, יונק מכבוד האדם וגם מחירותו: מכבודו – כי ללא יכולת לפעול בדין, להתקשר עם אחרים ולסמוך עליהם, חסר הפרט הבודד את האמצעים הדרושים לסיפוק צרכיו חייו ולקיומו בכבוד, וללא האמצעים ניטלים החיים עצמם (כפי שאמר, למשל, בשיא התמציתיות, שייקספיר: "כאשר תטול אמצעי חיי, תטול את חיי"); ומחירותו – הלא היא חירותו לבצע עסקאות ופעולות כאלה או אחרות או להימנע מהן. היכולת לעשיית פעולות משפטיות, והכשירות – היותר סבילה – ליהנות בדין מזכויות שהן פריין של פעולות משפטיות, הן נשמת האישיות המשפטית. ובעצם, האישיות המשפטית היא קונסטרוקציה ש"הומצאה" כדי להיות מוקד לזכויות ולחובות, והתכחות לחובות ולזכויות היא פגיעה הנוגסת באישיות המשפטית. פגיעות מסוימות בגבולות יעילותה של האישיות המשפטית מתבקשות מדי פעם, ויש שהדין מתכוון אליהן ורוצה בהן; אך בחברה המכבדת את האישיות המשפטית שומה עלינו לקיים חזקה שלא היה רצון לכך.

עד כאן הצטיירו "זכות" ו"זכות קנויה" כמשייטות על מי מנוחות, פחות או יותר. אך הגלים מתחילים לרגוש באזור השכנות או התפר בין זכויות לבין מה שזכויות נועדו למענם, כלומר: אינטרסים. ל"אינטרס" אין משמעות מוסכמת. יש שהמלה מצביעה על מה שאינו מרוחק, דמיני או עיוני, אלא הוא מעשי וקרוב. לעתים, מצביע "אינטרס" על אנוכיות, להבדיל ממניעים אידיאולוגיים או ערכיים, כבאמירה שרק לאינטרסים מקום

במדיניות חוץ. פעמים "אינטרסים" משמשים להצביע על מה שיש לאדם, כבאינטרס שיש לבעל מניות בחברה, ופעמים על מה שהוא רוצה – "מעוניין" – שיהיה לו, או ייעשה לטובתו או חושש פן יפגע בו – ובלשון העם: מה ש"כדאי לו" ומה ש"אכפת לו". ואילו זכותו של אדם מצביעה על חובתם של אחרים להתחשב במה שכדאי או אכפת לו. מכל מקום, יש אינטרסים מוגנים בדין וכאלה שאינם מוגנים.

בין אינטרסים שלרוב אינם מוגנים בדין ניתן למנות את רצונו של אדם שיימשך או יקום מצב עניינים כללי, חברתי-כלכלי-מדיני, נוח לו. בהקשר זה מרכיב לדבר על vested interests – ביטוי שזכה להילה מפוקפקת: הוא הפך למעשה נרדף ל"ממסד" (Establishment). רווחות אמירות כגון שהתקשורת שבויה בידי ה-vested interests, או שלאוניברסיטאות הוותיקות יש "וסטד אינטרסט" למנוע הכרה מגופים לימודיים חדשים, או שלבני משפחות "נכונות" יש "וסטד אינטרסט" שמנהלי ארגונים חשובים לא ימונו אלא משורותיהם, או לבעלי ממון שעזיבונות ורווחי בורסה לא ימוסו. ככל שאמצעי התקשורת, למשל, נתונים בידי "וסטד אינטרסטס", מצטיירת התקשורת כשקת של המושכים כחוטים ונהנים מעושר וכוח, של "ההון הגדול". מכאן נמשך טיעון שהתקשורת מכורה לטיפול צריכה ראוותנית (באמצעות פרסומת מפתה ומהפנטת, שהיא עצמה מקור לא אכזב של הכנסה ולכן של הנצחת השליטה בתקשורת), לכידור קלוקל, ל"יוקרתיות" נבובה, לטעם וולגרי – הכל כדי להסיח את דעתו של המון העם ממצבו ומבעיותיו הקיומיות ולהבטיח את המשך שליטתם של ה"וסטד אינטרסטס".

וכאן, השכונות בין זכויות לאינטרסים מוליכה להסתבכות. העוינות כלפי תוכנם של אינטרסים כאלה שהזכרתי גולשת לביקורת על הזכות עצמה כתבנית עיונית ומכשיר משפטי: שכן הזכות, המשמשת להגן על רבים מהאינטרסים, משמשת להגן גם על אינטרסים שהם בעייתיים ומפוקפקים. הזכות מתחילה איפוא להיתפס כבת-ברית של אינטרסים קיימים שההווה ירש מהעבר ובהם אינטרסים ששוב אינם נראים בעיני רבים מוצדקים מבחינת המוסר או התועלת.

יש כאן, כמובן, "קפיצה" ממישור למישור: הרי אף כשמבקשים להביע מסרים שונים מאוד מאלה שהובעו בעבר משתמשים בכל זאת באוצר המלים, בכללי דקדוק ותחביר ובאותיות האלף-בית מהעבר. מחברי "המניפסט הקומוניסטי" יצאו להקים עולם חדש, אך לא דחו בכתבתם את אותיות האלף-בית ואת כללי הדקדוק ששימשו בחיבור כתבי הקודש או, להבדיל, "הנסיד" של מקיאולי או "על המלחמה" של קלאוזביץ.

ולענייננו – בדקדוק המשפטי "זכות" (ולכן, כאמור, זכות "קנויה") היא הישות המרכזית – ויהא תוכנן של זכויות אשר יהיה, וישתנה כאשר ישתנה. אם אכן האמירה "זכות היא אינטרס מוגן בדין" נקראת לאמור ש"אינטרס מוגן בדין הוא הישות הקרויה בקיצור 'זכות', הרי כל עוד העיסוק המשפטי עמנו, זכויות – כלומר: זכויות קנויות – כלליות ופרטיות, הן הבלוקים ההכרחיים באתר הבנייה של המשפט.

נוסף על פגיעתם הרעה של אינטרסים בעייתיים ומפוקפקים, בא על הזכות הקנויה עוד

מקבץ של תלאות. מכיוון שהרבו לדוש בהן, לראותן כדבר המובן מאליו, נתפסו זכויות לעייתות החומר. האומר על דבר שהוא "מובן מאליו" מחמיא לערכו, אך בה בעת גם גורע משיעור קומתו. אף בחשיבה עיונית צפוי הישן, הנדוש וה"מובן מאליו" להיראות לא רק באור החיובי – כמוכר, מנוסה, בטוח – אלא גם באור שלילי – כמיושן. זה טיבן של אופנות: הן מציגות את הישן כמיושן.

לנושא האופנה – בשמלות ובגדים, במכונות, בארכיטקטורה, בריהוט, באמנות ובספרות על ענפיהן השונים, בנימוסים והליכות – פנים רבות ושורשים עמוקים, נפשיים, אתניים, חברתיים ועסקיים. מטבעם עשויים בני אדם לחוות שעמום והם נכספים לשינויים. גם בשפת הדיבור אנו מודעים לביטויים הנכנסים לאופנה ויוצאים ממנה ("חבל על הזמן", "להתעשת", "הולכים עכשיו חזק", כפי שאומרים: עד שקשה להבין כיצד חיינו לפני שהתעשתנו; וכדי להביע שביעות רצון, במקום "יופי!" אומרים לאחרונה "שגעון!").

אף עולם המשפט מועד למשב רוחות האופנה. לפני שנות דור עקבתי בעוונותי אחר גלגולי הרעיון שניתן לתבוע על עילה זרה שאין למצוא כמותה בדין הפורום (*Choice of Law and Conflict of Laws*, 1975-76, הערה 457). הבאתי מעורכי אחת המהדורות (התשיעית, 1973) של Dicey ש"התיאוריה של זכויות קניניות אשר דייסי באנגליה וכל בארצות-הברית ראוה כיסוד כל ברירת הדין ... יצאה מן האופנה..." (כך בפירושו: "יצאה מן האופנה" *has gone out of fashion*).

כפי שאשוב לציין, בעוד שההיגד המצוטט שיקף הלכי רוח כלליים, אין לראותו כסיכום אינדוקטיבי של כללים או של פסיקות בענייני ברירת הדין. אדרבה (אף כי העורכים כנראה לא נתנו דעתם על כך): הוא נגד את ההיענות לתביעות על עילות שאין כמותן בדין הפורום. בשנים שקדמו לאותה מהדורה הלכה וגברה ההיענות לתביעות כאלה; ומה הייתה ההיענות, כל-כולה, אם לא שיר הלל לזכויות קניניות? העורכים טרחו להתרחק מה"תיאוריה" (כפי שכינוה) של זכויות קניניות, אך בה בעת, בדפים אחרים של הכרך העבה, חמכו בהכרח בזכויות שניקנו מכוח דין זר. שאלתי, איפוא (שם, עמ' 170 והערה 458), אם ידעה ימינם את אשר עושה שמאלם.

ומשעומדים אנו באופנות ובחדשנות, חולפים בלבי הרהורי לצון: וכי מדוע יסתפק המשפטן, בגבור עליו יצר החדשנות, באמירות חיוורות על ה"תיאוריה" של זכויות קניניות? "נראה אותו גבר", כפי שאומרים, "אם כבר – אז כבר": מדוע, למשל, לא יחוקק שחוזר נקשר בהצעה – בהצעה, ללא קיבול? חידוש כזה מובטח היה לו שיהודה מקצה העולם עד קצהו; ואם מביתנו יבוא, יוציא שם ישראל לתהלה בעמים עד כי חידוש מפורסם אחר מבית היוצר שלנו, זה של "הנפקד הנוכח", יחוויר לעומתו. ואיזו הצדקה, יוסיף אולי החדשן האופנתי לשאול, יש לדרישה לנהוג בענייני חוזים "בדרך מקובלת ובתום לב"? האין גם היא מיושנת? תחליטו: בדרך מקובלת או בתום לב – עד מתי ניכנע לגיבוש של שני יסודות? מה גם שגונבה לאוננו שמועה על מקומות רחוקים,

וגם רחוקים פחות, שבהם דרך מקובלת ותום לב לאו דווקא שוכנים בכפיפה אחת. ואולם, אופנות ו"trends" אינם חזות הכל ולא מפי נביאיהם אנו חיים – לא מפי כוכבי בידור, קולנוע וספורט, ולא מפי שאר "סלבריטאים". נניח איפוא להרהורי לצון ונשוב לנימה יותר רצינית.

למה, אפוא, כיוונו העורכים הנזכרים בהסתייגותם מה"תיאוריה של זכויות קנויות"? על רקע עיסוקם, והאכסניה שבה דבריהם מופיעים, מסתבר שלא התכוונו אלא לתובנה שבמימוש זכות מכוח דין זר מיישם הפורום, לאמתו של דבר, את דינו שלו, את דין הפורום (כפי שגם עולה מהיזקקותו של הפורום לפרוצדורה המקומית, לתקנת הציבור המקומית ועוד) – להבדיל מיישום זכות שנקנתה מכוח הדין הזר. ואולם, אם כך, עדיין על זכויות קנויות אנו בונים – אמנם לא על זכויות מכוח דין זר אלא על זכויות שדין הפורום עצמו מייצר ואף כי בגין אישים זרים ואירועים או נכסים שמחוץ לטריטוריה. ככל שזאת הייתה הכוונה, הרי היה כאן היגד במישור התיאוריה של ברירת הדין בלבד, לא היגד מכוון לתיאוריה יותר רחבה של זכויות קנויות.

דא עקא: העורכים ניסחו דבריהם לאמור שהואיל והתיאוריה של זכויות קנויות "יצאה מהאופנה", לכן אין בה כדי לספק בסיס למסקנה מסוימת במישור ברירת הדין. תמיחני אפוא שמא בכל זאת משתקפת בדבריהם אווירה יותר גורפת של הסתייגות מזכויות קנויות, אווירה המתפשטת אף מעבר לנושאי ברירת הדין. ואכן, דומה שטלטלת ה"יצאה מן האופנה" גורפת זכויות קנויות במלוא היקפן. יתר על כן: דומה שכך הוא לא רק עקב השכנות בין זכויות קנויות לבין אינטרסים בעייתיים ומפוקפקים.

מפני מה, איפוא, באיזה מובן, זכויות "יצאו מן האופנה"? אצביע, ואתעכב קימעה, על גורם אחד הפועל לדעתי מעבר לשכנות בין זכויות לאינטרסים בעייתיים ומפוקפקים. בימינו, עקב ריבוי נורמות מעורפלות במסמכים חוקתיים (וחוקות מרבות לצורך נורמות מעורפלות) ובאמנות בינלאומיות ועל-לאומיות שניסוחן נוטה להכללה, למליצה ולתגיות יותר מאשר לדיק, אנו נחשפים להחלטות רבות הקובעות שיש (או אין) זכות לאו דווקא מתוך הנורמות או האמנות הקרובות לעניין אלא רק לאחר ביצוע "איוונים" "יצירתיים", שלא ניתן לנחשם ולצפותם מראש, בין אינטרסים וערכים. והאיוונים נעשים, לראשונה, על ידי המחליט. לא תמיד ניכרת מודעות לכך שהכללים והזכויות שעל הפרק, הם עצמם, נוצרו מעיקרא לשם, ותוך, איוון בין מאוויים, ערכים ואינטרסים – איוון שנעשה בשעתו על ידי יוצרי הכללים והזכויות וראוי הוא שאותו ינסו עתה להבין ולכבר. ודוק: נחשפים אנו להחלטות הקובעות שיש או אין זכות אף שהחלטות עצמן לא כך הן אומרות, אלא אומרות – בלשון יותר מתונה ותקנית, או אף חסודה (בסגנון אופייני לפסיקה להבדיל מחקיקה) – שהזכות קמה, או לא קמה, בשעתה. תכפה עלינו יצירה שפיטתית של זכויות בדיעבד ולמפרע – זכויות שלא הובאו לעולם מכוח כללים, מעשים ואירועים שפעלו אז (בזמן הנחשב, רשמית ולהלכה, כקובע לצורך היווצרותן), אלא בכוחה של שפיטה הנעשית עתה.

פסיקה האומרת עתה, לראשונה, שנתקיימה זכות מאז, משעת המעשים או האירועים הנידונים והקובעים, אך הפסיקה עצמה היא פרי איזונים וחקקי לב המופעלים לראשונה עתה, אינה עושה את אשר היא אומרת: בפועל היא משמיעה שלאורך חייה, מלידתה ועד להחלטה, לא הייתה בנמצא זכות ברורה אלא הייתה זכות נסתרת או ספק-זכות או זכות מטושטשת.

ההגנה המשפטית מפני רטרואקטיביות קמה והתפתחה בעיקרה אל מול רטרואקטיביות בחקיקה, ואילו כנגד פסיקה ו"איזונים" רטרואקטיביים אין כוחה עומד לה – אולי משום שמעצבי ההגנה לא העלו רטרואקטיביות כזאת על דעתם. דרך המלך ליצירת זכויות ולהיווצרותן רצופה כללים ברורים ופעולות משפטיות הנערכות בהתאם לכללים כאלה. עובדות שנויות במחלוקת ומקרי גבול משפטיים היו מעולם ולעולם יהיו. כאן אין מנוס מהכרעה, ועד להכרעה יהיו הדברים שרויים בספק. אולם, הריבוי המובהק והמפליג של זכויות שלידתן באיזונים הוריים, ולא בנביעה כנה מכללים ברורים ומפעולות משפטיות שנעשו בהתאם אליהם, פוגע ביוקרתן של זכויות ומקשה את חודן ככלי שמיש בעשייה המשפטית. כמסגרת רעיונית, כמושג, עומדת הזכות בעינה, אך כמכשיר בעשייה המשפטית נראה שלא היטיבה לשמור על מקומה. זכויות שבספק, ככל שהן מתרבות, מוציאות שם רע לזכויות בכלל. ואכן, כיום מתייחסים בחשדנות אף לזכות שאינה מוטלת בספק: אין די בעצם הזכות אלא בודקים אחרי הזכאי שמא בדעתו לנצל את הזכות לרעה? מה מניע אותו לעמוד על זכותו? האם הדבר דרוש לו באמת? ועכשיו?

ובשלמות? ומה פלא שזכות סחופה, דויה ומדולדלת מעין זאת "יוצאת מן האופנה"? הזכרתי פעמיים-שלוש את ה"תיאוריה" של זכויות קנויות. אך האם ב"תיאוריה" עניין לנו? הרי העיקר הגדול שיש לכבד זכויות מזין את הדין על כל ענפיו. משעה שנסוגים מכיבוד זכויות, היש לנו "תיאוריה" אחרת? חלופה שהיא עדיין בתחום המשפט? כלום אין נסיגת זכויות קנויות שקולה כנגד נסיגת הדין כולו כמרקם של כללים וזכויות התואמות כללים? התרופפותן של זכויות מעודדת טיפולים נקודתיים ופיתוח טכניקות כגישור ופישור, להבדיל מיישום זכויות. פיתוח הטכניקות (שלעצמן, ובמקומן הנאות, הן רצויות ומועילות) מתחולל לכאורה במשפט, אך בעצם מדובר ביישוב מחלוקות ושמירה על הסדר מחוץ למשפט, ובמקומו – וכך אף אם העושים במלאכה הם משפטנים ואף אם המלאכה נעשית בחיק בתי המשפט או בסמוך אליהם. הרי אלמלא התעמעם הדין והסתרבל מבית, גם בשל הלחצים החוקתיים והנורמות המעורפלות שהזכרתי, אלמלא נפגע בביטחוננו העצמי, לא היה צורך בחלופות מחוץ.

אין להקל ראש בנסיגת הדין. גילויי העוינות כלפי זכויות קנויות אינם תופעה של מה בכך. אמת: אופנות באות והולכות – אחרת לא היו אופנות; ובכל זאת, לא בכל אופנה מותר להקל ראש אך משום שעתידה היא לחלוף. יש אופנות ויש אופנות. יש אופנה שובבה ויש אופנה הרסנית, וחובה לתת את הדעת על הנזק שאופנה עלולה לגרום לפני שהיא חולפת. ניסור ענפים שיושבים עליהם, או השלכת תינוקות אגב ריקון מי

האמבטיה, אינם מעשי שובבות שמותר לעבור עליהם לסדר היום אך משום שלא יארכו. לפרט, הניצב מול עצמו וחביון נפשו, השוכן המצפון מכל חוק ואף ממכלול הדין; אבל המצפון הוא סובייקטיבי, ולפרטים החיים בחברה יש צורך בכללי מינימום לא סובייקטיביים. "במשפט" (יורשה לי לחזור על מלים מגוף ספר ויסמן, עמ' 371) – "גלומה תשובתה הגדולה של התרבות לסובייקטיביות של המצפון". בטוב ובישר כשלעצמם אין די: הטוב והישר בעיני ראובן אפשר שאינו טוב וישר בעיני שמעון – אלא שנגזר על ראובן ועל שמעון להיות יחדיו בחברה. השאלה אם זכות קנויה כזאת או אחרת היא ראויה, מבחינה מוסרית ותועלתנית, להיות זכות – נתונה להערכתו הסובייקטיבית של הפרט. ועם זאת יש מקום לשאול אם אין התכחשות מוסרית לזכות קיימת, על שום שהזכות אינה נראית לנו, שווה בנוק שההתכחשות גורמת בערעור מעמדן של זכויות. יש לנו עניין – "אינטרס", אם תרצו – שהמשפט לא יקרוס, ולכן יש לנו אינטרס חיוני שתהיינה זכויות ושהן תהיינה יעילות.

פתחתי דברי בהנחה שזכות היא אינטרס מוגן בדין – בדין, כלומר לפי כללים. טוב אולי להוסיב בשער העיר אנשים חכמים, אמיצים, ישרים, בלתי-תלויים ונקיים מפנייה אישית כדי להשכין שלום ולשכך סכסוכים לפי ראות עיניהם, ולא בכפיפות לכללים; ואף אפשר לחזק את פעולתם באבזרים וברעיונות לקוחים מעולם השפיטה המסורתית וגם לזכות את הכרעותיהם בסנקציות שלטוניות. גם אפשר שלא "בשער העיר" יושיבו את האנשים הטובים אלא במבנים קבועים, מצוידים במרב השכלול האלקטרוני, וחשוב יותר – שהם לא יחליטו אלא רק לאחר שלצדדים יינתן להשמיע טענותיהם באין מכלים. אך עדיין אין זאת דרך הדין, וכדברו הירדע של גנרל צרפתי על ה- Charge of the Light Brigade בשנת 1854, במלחמת קרים: "C'est magnifique mais ce n'est pas la guerre" (הדבר מרהיב, אך אין הוא מלחמה).

ומדוע "אין זאת דרך הדין"? כי נעדרות ממנה סגולות אופייניות לדרך הדין, וביחוד הוודאות המשפטית ועמה יכולת התכנון מראש (ולו באותה מידה צנועה שכללים יכולים לספק), וכן השוויון המתקבל מהחלת אותו הכלל, בהיות הנסיבות דומות, גם במקרים אחרים. הוסף לכאן שיישום כללים מקל על בקרה חיצונית: קל יותר לוודא שהכלל הנכון יושם מלקבוע ששיקול דעת חפשי הופעל ללא שחיתות נסתרת (נסתרת לעתים אף מהשוקל עצמו) או משוא-פנים. שפיטה שלא בדרך ישום כללים עשויה אולי להיחשב שפיטה, אך אין היא עשיית משפט. וכי מבלי משים, או בהחלטה רגעית, או רק בקרב קבוצה חריגה ומבודדת אחת, התגבש החיבור בין צדק לבין כללים, לאמור שלא רק ל- justice אנו זקוקים אלא ל- justice according to law. לכן, אף אם בהקשרים שונים רצויה הכרעה לפי הטוב והישר, להבדיל מהכרעה לפי דין, כך הוא בתנאי שתישמר הזכות לזכות, הזכות לפנות אל הזכות.

נדרשתי הערב לשתי מתקפות על זכויות קנויות. כאמור, אין להקל בהן ראש, אך גם אין להגזים בהערכת משקלן או להתחלחל מפניהן. המתקפה הראשונה רעשנית, אך ביסודה

היא שגויה – כי היא מסיטה לעברן של זכויות טענות שלפי עניינן הן מכוונות נגד אינטרסים בעיתיים ומפוקפקים ולא נגד זכויות; השנייה, לצערנו, תוסיף להזיק לפרק זמן אך לאחר מכן, מותר להניח, תלך בדרכן של אופנות.

כפי שצפה Roscoe Pound לעניין אכיפת דיני העונשין, לפנינו תנודה תמידית של המטוטלת. לאחר שמתירים את הרצועה, מרימה העבריינות ראש, ואז באה תגובה של הקשחה, ובמקום החתירה להבין עבריינים מחריפים את המאבק נגדם. לימים, נעורה בציבור התנגדות לאלימות משטרתית ודרישה לגלות יתר הבנה לעבריינים ולכבד את זכויותיהם; או אז שבים הללו ומרימים ראש – וחוזר חלילה.

לענייננו – מותר לשער שעוד נשוב להתגעגע לוודאות משפטית ולזכויות איתנות. אולי אף ניזכר בדמותו של "האיש הרע", המופיעה בהגותו של Holmes, זה האיש המתעקש לדעת מראש (והייתי מדגיש "מראש", לא "למפרע") עד היכן יניח לו הדין ללכת כחפצו והוא נכון לשלם טבין ותקילין עבור ייעוץ משפטי ברור (אגב: כדאי שיחפש לו יועץ משפטי "חד-צדדי", כזה שלא יאמר "מצד אחד כך, אבל מצד שני וכו'").

מותר להניח שבקניין ובמקרקעין, בייחוד, לא נשלים לאורך ימים עם חוסר ודאות. אשר על כן, יהושע יקירי, חזק ואמץ! עוד נתכנו לדיני הקניין עלילות; ושכרך יהיה הרבה על פי פעלך, פעלו של המובהק במלומדי המקצוע.

אני שמח שזיכוני לברך את יהושע ויסמן בערב חגיגי זה ועל שניתן לי לאחל מכאן לגלוריה ולך סיפוק, נחת ואושר. כה לחי. ולמקשיבים – תודה.

ציונים אחרים

לעניין השאלה אם היכולת לרכוש זכויות היא עצמה זכות "במלוא המובן":
Savigny, *System* (1849) #365 (Guthrie's ed. 1869, p.126 n.2), #389 (ibid., p.304,
.esp. Bar's criticism, ibid. 126 n.2)
וכן בספרי *Choice of Law and Conflict of Laws* (המוזכר בדברים שלעיל), עמ' 32.

לעניין סיפוק צרכי החיים אליבא דשייקספיר:
הסוחר מונציה I, IV ("כאשר תטול אמצעי חיי, תטול את חיי").

לעניין "תנודת המטוטלת" אליבא דרוסקו פאונד:
Roscoe Pound, "The Future of the Criminal Law," 21 *Col. L. Rev.* 1 (1921);
Cohen & Cohen, *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy*, 309-312
(1951).
וכן מאמרי "פרשנות: אקלימים וסינתזה", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 269,
275-276 (תשנ"ג)

לעניין "האיש הרע" של הולמס:
Holmes, "The Path of the law," 10 *Harv. L. Rev.* 475-478; *Jurisprudence in
Action* 277, 275-301 (1953); *The Mind and Faith of Justice Holmes* 71-89 (Max
Lerner ed., 1954).