

ביסוסי חובת הציות לחוק*

מאת

חיים גנז

...במעשה שבידיך הנך אומץ לנהוג בנו שלא כצדק. הלא אנחנו הולדנוך, גידלנוך, הינכנוך... כמיטב יכולתנו... – יאמרו החוקים לסוקראטס, כך לפחות סבור הוא, כבודק עם קריסטן את אפשרות בריחתו מן הכלא. ועוד לרביו הם יאמרו: "כל אתונאי החפץ בכך, אחרי שנרשם וראה את ענייני המדינה ואותנו, את החוקים, ולא מצאנו חן בעינינו, אנחנו מרשים לו במפורש שיצא עם כל רכושו... אך כל איש מכס שישאר... הרי הוא כבר הסכים למעשה, לדידנו, שיעשה כפקודתינו...".¹ ועוד יאמרו: "הגד נא סוקראטס, מה יש ברעתך לעשות? כלום אינך מוזמן עצמך להאכיד אותנו, את החוקים, ואת המדינה כולה, במידה שהדבר בידך או שמא סבור אתה כי יש קיום לאותה מדינה שבתוכה לא יהיה תוקף לפסקיהדין, והם יבוטלו ויושמדו בידי הרוסות, והיא לא תיהרס?"

א. מבוא

תורה מלאה אודות חובת הציות לחוק צריכה להבהיר את מובנה, לטפל בצידוקיה, לסקור את התנאים שמערכת משפטית צריכה לקיים כדי שחובה זו תתפוס לגביה, ולרזן במשקלה של חובה זו יחסית לסוגים שונים של שיקולים מוסריים ומעשיים. במאמר זה אני דן באופן חלקי רק באחד מן העניינים האלה: בעניין צידוקה של חובת הציות לחוקי. בכליזאת אקדים הערה אחת על מובנה.

תודתי נתונה לפרופסורים יוסף רו ודונלד רבורקין מאוניברסיטת איקספורד; לפרופסור מאיר דדכח מאוניברסיטת ברקלי; לפרופסור דת גביון, לד"ר מירי גוראריה ולד"ר איגור פרימוץ מהאוניברסיטה העברית; לאריאל פורת, לאגנדי מרמור ולאמיר הורביץ מאוניברסיטת תל אביב; ולחברי מערכת "משפטים", על הרבה הערות מועילות שהעירו על חלקים שונים של טיוטות מאמר זה.

1 אפלטון, בתבי אפלטון-קריסטן (שוקן, הרפסה שישית, תרגום – יוסף ליבס, תש"מ, כרך א) 251 (51-52).

2 אפלטון, שם, עמ' 249.

3 אני דן כאן באותם צידוקים של החובה לציית לחוק, המעוגנים בהיבטים שונים של מוסר החוק בכלל. יש צידוקים לחובת הציות לחוק המיוחדים למדינות דמוקרטיות. אני דן בהם במפורש במקום אחר. ראה – Ch. Gans, "Justice – Conditioned and Democracy-Based Obedience" Oxford (forthcoming) *Journal of Legal Studies* (forthcoming) במאמר זה אני דן גם בתנאים שמערכות משפטיות

החובה לציית לחוק היא חובה לבצע פעולות מפני שהחוק מצווה על ביצוען. היבטים מסוימים שלה, בעיקר העובדה שמדובר בחובה ובחובה לציית למוסד שאנחנו רגילים לזהותו עם עליונות, גרמו לרבים לחשוב כי מי שמקבל על עצמו חובה זו, מקבל על עצמו הכרח מוחלט לבצע את כל מה שהחוק מצווה. דעה זו היא מוטעית⁴. בדברי על חובה לציית לחוק אני מדבר על הכרח להימנע מהפרת חוק רק על-יסוד סוגים מסוימים של שיקולים מעשיים, למשל, שיקולי נוחות אישית. אינני מדבר על הכרח להימנע מהפרת חוק – יהיו השיקולים להפרתו אשר יהיו.

ההיסטוריה של הפילוסופיה מספקת כמה וכמה טיעונים לביסוסה של חובה כזו. שלושה מרכזיים מתוכם מפורשים כבר אצל אפלטון, במובאה שבראש מאמר זה: הטיעון המנסה לבסס את חובת הציות לחוק על חובת אסירות-התודה; הטיעון המנסה לבסס על החובה לכבד הסכמים; והטיעון התוצאתני המתבסס על הסכמה שהפרת חוק טומנת בחובה למצב המדיני. טיעונים אלה חזרו ונשתכללו בידי פילוסופים מאז ביטא אותם סוקראטס. בעשורים האחרונים נתוסף להם ניסיון לבסס את חובת הציות לחוק על עקרון ההגינות. בהתאם לעיקרון זה, נהיה בלתי-הוגנים זה כלפי זה אם לא ניטול על עצמנו מגבלות ולא נישא בנטלים שעה שאנו זוכים בטובים שלא היו באים לעולם אלמלא הטיילו על עצמם בני החברה שלנו מגבלות דומות ונטלו על עצמם נטלים דומים. ה'ל'א' הארט וג'והן רולס סבורים כי בעיקרון זה יש כדי לבסס חובה של ציות לחוק.

הטיעון המבוסס על הסכמה נתעשר במרוצת אלפיים וחמש מאות השנים האחרונות, בעיקר בשני היבטים: ראשית, נתרחה קשת ההתנהגויות האנושיות שמתוכן פילוסופים מנסים ללמוד הסכמה מצד אזרחים לחוקי מדינתם. סוקראטס דיבר על הימנעות מהגירה מארץ. לוק היה קיצוני ממנו ודיבר על נסיעה בארץ ופילוסופים מודרניים יותר מדברים על הצבעה בבחירות. שנית, נתגוון מושג ההסכמה שעליו פילוסופים מדברים בהקשרו של הציות לחוק. הם מדברים מעט על הסכמה מפורשת ויותר על הסכמה בשתיקה או הסכמה מכללל. יש שחדלו לגמרי לנסות לייחס לאזרחים הסכמה ממשית כלשהי. במקום זאת הם מדברים על כך שבין אם הסכימו האזרחים ובין אם לאו, צריך לראותם, על-יסוד עקרונות מוסריים מסוימים, ובגלל ההתנהגויות הנזכרות, כאילו הסכימו ("מעין הסכמה"), או לשער, על-יסוד עקרונות רציונאליים מסוימים, שהיו מסכימים אילו נשאלו (הסכמה היפותטית).

לטיעון התוצאתני, המתבסס על עדיפותו של מצב עניינים הנשלט על-ידי חוק על-פני מצב העניינים האנרכי, ניסו לתת תימוכין במשך ההיסטוריה של הדיונים הפילוסופיים בחובת הציות לחוק מהרבה קצוות של קשת התורות המוסריות: מן הקצה האגואיסטי, מן הקצה התועלתני ומן הקצה הקנטיאני. גרסאות בולטות לטיעון זה בגוון ספק אגואיסטי ספק תועלתני אפשר למצוא אצל הובס, לוק ויום. הטיעון הנוכחי ניתן לניסוח גם במונחי תורת-המוסר של קנט. לעומת הטיעון על-יסוד הסכמה והטיעון

צריכות לקיים כדי שהחובה לציית לחוק תתפוס לגביהן. במובנה של חובת הציות לחוק אני רן ב"מושג חובת הציות לחוק" – מאמר העומד להתפרסם במשפטים. במשקלה של חובה זו יחסית לסוגים אחרים של שיקולים מעשיים ומוסריים אני רן ב"סרבנות פוליטית" – מאמר העומד להתפרסם בעיתון משפט.

4 לדין מפורט בנקודה זו ראה מאמרי, "מושג חובת הציות לחוק" (לעיל, הערה 3).

התוצאתי, לא זכה הטיעון על-יסוד אסירות-התורה למגוון של גרסאות בהיסטוריה של המחשבה, ואילו הניסיון לבסס את חובת הציות לחוק על הגינות הוא, כאמור, בעל היסטוריה קצרה מאוד.

מקרב פילוסופים אנגלר-אמריקניים הכותבים בשני העשורים האחרונים בעניינה של חובת הציות לחוק, סבורים רבים כי אף אחד מן הטיעונים שנוכרו אין בו כדי לבסס חובה זו. ביקורתם כנגד הטיעון האחרון הנוגע לתוצאות שיש להפרת חוק על ערעור המצב המדיני אינה מתייחסת אל הנחתו הנורמטיבית כי מצב הנשלט על-ידי חוק עדיף מוסרית על-פני מצב עניינים שאין בו חוק. היא נשענת על כך שלא כל הפרת חוק טומנת בחובה סכנה של מעבר ממצב העניינים האחד אל האחר. משום-כך – הם טוענים – אין בידי טיעון זה לבסס חובת ביצוע כל המעשים שהחוק מצווה לבצעם, ובשל כך אין זו בעצם חובה לציית לחוק. את השיקולים הלוגיים העומדים ביסוד עמדה זו אסביר ואנסה לדרות בחלק האחרון של מאמר זה.

נקודות אחרות הקשורות בטיעון התוצאתי הזה אנסה להבהיר בחלק הרביעי שלו. שלא כביקורות שהופנו נגד הטיעון האחרון, רוב הביקורות שהופנו כנגד שלושת הטיעונים הראשונים כוונו אל הנחותיהם הנורמטיביות. נראה לי, כי עוצמת הביקורות שהופנו כנגד הטיעונים מהסכמה ומאסירות-תורה אכן מצדיקה את המסקנה שאין בידי טיעונים אלה לבסס חובה של ציות לחוק. אראה זאת בשני החלקים הראשונים של המאמר. לא כן הדבר באשר לטיעון מהגינות. בטיעון זה אדון בחלק השלישי להלן.

ב. ציות לחוק ואסירות-תורה

רובנו זוכים בטובות-הנאה רבות כתוצאה מקיומה של מערכת-חוקים. מחברים מסוימים תופשים עובדה זו כעובדה שבגינה חל על היחסים בינינו לבין הממשלה או לבין החוקים, העיקרון המוסרי האוסר כפיות-טובה, המחייב באסירות-תורה⁵. ציות לחוק נתפש כדרך הנאותה לביטוי אסירות-תורה זו, והפרתו – לכפיות-טובה. טיעון זה נכשל כיוון שעובדת הזכייה בטובים אינה מספיקה לעשות את מי שזוכה בהם לחבים באסירות-תורה; ואילו התנאים הנוספים שנחוץ שיתקיימו כדי שחובה זו תחול, אינם מתקיימים ביחס שבין הכפופים לחוק לבין החוק.

כדי שנאמר על מי שזוכה בטובים (אכנהו "מוטב"), כי הוא חב אסירות-תורה למי שגורם לכך שזוכה בטובים אלה (אכנהו "מיטיב"), צריך בראש-זבראשונה כי הפעולה המזכה בטוב תיעשה מתוך כוונה להיטיב עם המוטב. צריך שכוונה כזו תהיה לפחות חלק משמעותי במערך מניעיו של גורם טובת-ההנאה. אם נגרמת לנו טובה כזו כתוצאה מפעולה שבאמצעותה ביקש פלוני להיטיב עם עצמו, או עם אחרים וזולתנו, איננו חייבים

5 לסקירה של עקרון חובת אסירות-התורה, ראה A.J. Simmons, *Moral Principles and Political Obligations* (Princeton, 1979) 163-182. להלן – סימונס. והערתי שם, וכן P. Soper: "The Obligation to Obey the Law", in: R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy – The Influence of H.L.A. Hart* (Oxford, R. Gavison, ed., 1987) עליו, שם.

לו דבר⁶. אם שכני משמיע מוסיקה להנאתו ואף אני נהנה, איני חייב לו אסירות-תורה. דברים דומים אמורים לגבי טובים שאנו זוכים בהם כתוצאה מפעולה שבאמצעותה ביקש אמנם פלוני להיטיב עצמו, אך כשמגיעו להיטיב עצמו היו מבוססים על חובה קודמת שנשל על עצמו מתוך אינטרס עצמי⁷. אם פלוני מספק לנו טובים בהתאם לחוזה שעשה עמנו, איננו חייבים לו על כך אסירות-תורה, שכן מקור כוונתו לספק לנו את הטובים הוא חובה שנשל על עצמו מתוך אינטרס עצמי. במלים אחרות: קיום מוטיבציה אלטרואיסטית מצד המיטיב הוא תנאי הכרחי לכך שיהיה זכאי לאסירות-תורה. תנאי זה אינו מתמלא במקרה של הטובים שאנו זוכים בהם כתוצאה מקיומה של מערכת-חוקים. את זהות המיטיב כאן ניתן לתפוש בכמה אופנים ואף אחד מהם אינו מאפשר לייחס לו מוטיבציה אלטרואיסטית. תפישה אחת של זהות המיטיב במה שמעמד להיות יחסים של אסירות-תורה לצורך ביסוס חובת הציות לחוק היא זו המובלעת ב"קריטריון". לפיה מואנשים החוקים עצמם, ומשודאנשו – סוקראטס מייחס להם אופי של אב נוטה חסד, שהאחרים, ילדיו חסרי-הישע, סמוכים על שולחנה⁸. פירוש אפשרי שני של זהות המיטיב יכול להתבסס על תפישת החוק של דבס, שלפיה מקור תוקפם של החוקים הוא פרטנולי: הריבון. אפשר שאת אסירות-התורה אנו חבים לא לחוקים המואנשים אלא לאישיות שהיא מקור תוקפם. פירוש שלישי שהטעון הגרוע לביסוס חובת הציות לחוק יכול להניח לגבי זהות המיטיב, אינו קשור למיטפיסיקה מאנישה של החוקים ולא לתאוריה פרטנוליסטית על מקור תוקפם. הוא מצביע על העובדה שחוקים נוצרים עליידי בני-אדם ומופעלים עלידיהם וגורם כי את חובת אסירות-התורה אנו חבים לאותם אנשים הטורחים לחוקקם ולהפעילם⁹. כאמור, אף אחד מפירושים אלה של זהות המיטיב אינו פותר את סיעון אסירות-התורה מן הביקורת הנוגעת להעדר כוונות אלטרואיסטיות מצד המיטיב. הפירוש הסוקראטי הוא החלש מכולם. האגשת החוקים נראית בלתי-רצויה מבחינה מיטפיסית (איזה שיקול מיטפיסי יכול להצדיק תפישת חוקים כנמנים על אותו

6 סימונס מפרט תנאי זה לכמה פריטים. כדי שמיטיב יהיה זכאי לאסירות-תורה הוא סבור, כי הטובה חייבת להיעשות תוך מאמץ או הקרבת קורבן מיוחד מצד המיטיב, כי היא צריכה להיעשות מתוך כוונה, באופן וולונטרי ומסעמי טובתו של המוטב (שם, עמ' 170–174). אלה הם דברים נכונים, אך נראה לי שהקביעה, כי כדי שמוטב יהיה חב באסירות-תורה הכרחי שהמיטיב עשה את הטובה מתוך כוונה מיוחדת להיטיב עמו, עם אותו מוטב, מניחה מראש את תנאי הכוונה והוולונטריות. ואשר לתנאי הראשון בדבר השקעת מאמץ מצד המיטיב: לא ברור אם הקביעה שפעולת המיטיב היא בבחינת מאמץ מיוחד קדם-מניחה שסעמי הפעולה הם טובת המוטב או להיפך. בכל מקרה יש כפילות מסוימת אצל סימונס.

7 גם בשאלה מתי התנהגות מתוך חובה קודמת ראויה לאסירות-תורה ומתי אינה ראויה לכך סימונס דן באריכות ובפירוט חשובים ומעניינים (שם, עמ' 179–183). נראה לי כי מה שאמרתי בגוף הטקסט יש בו תשובה כלשהי לשאלה זו. התנהגות מתוך חובה שאדם נשל על עצמו מלכתחילה מטעמים אלטרואיסטיים היא התנהגות שבגינה הוא זכאי לאסירות-תורה. התנהגות מתוך חובה שנשל על עצמו מתוך אינטרס עצמי אינה ראויה לאסירות-תורה. העובדה שמגיעים אגואיסטיים ואלטרואיסטיים מפנים פעמים רבות אל אותן פעולות וגורמים יחידים ליטול תובות מסוימות היא המקשה לרוב על התשובה לשאלה אם חבים אסירות-תורה אם לא בגין אותן פעולות.

8 ראה אפלטון, לעיל, הערה 1.

9 פירוש כזה מזכיר סימונס. הוא בולס גם אצל Soper. ראה P. Soper, *Supra* notes.

סוג ישים שבני-אדם נמנים עליהם?) והאופי נוטה החדר שסוקראטס מייחס לחטוטרות המיטפיסית הזו גראה מניח את מה שהוא מבקש להוכיח. לחוקים קשה לייחס כוונות אלטרואיסטיות לא מפני שיש ראיות המבססות את ההיפך, אלא מפני שקשה לייחס להם כוונות כלשהן. האפשרות שלפיה אנו חבים אסירות-תודה לא לחוקים עצמם אלא לאישיות שהיא מקור תוקפם, לא טובלת מפגמים מיטפיסיים, אלא יורספרודנטיים. היא נדחתה מזמן על-ידי תיאורטיקנים של החוק¹⁰. אבל גם אילו היתה נכונה, גם אילו היתה אישיות בשורדם מקור תוקפם של החוקים, היה קשה לייחס לה מוטיבציות אלטרואיסטיות טהורות בחקיקתם ובאכיפתם¹¹. הפירוש השלישי, שלפיו אנו חבים אסירות-תודה לא לאישיות החוקים ולא לאישיות שהיא מקור תוקפם, אלא לאנשים הטבעיים המתוקקים והמפעילים אותם ובכשרם כאנשים טבעיים, טובל גם הוא מפגם העדר הכוונות והאלטרואיסטיות. יהיה זה מאוד בלתי-זהיר להתייחס אל מוטיבציה אלטרואיסטית – גם אם היא קיימת אצל האיש הנבחרים והממונים, המתוקקים ומפעילים חוקים – כאל הגורם הדמיננטי במערך המניעים שלהם בפועלם כמתוקקים ומפעילי חוקים. ואם עיקר מניעיהם מצוי באינטרס עצמי ישיר או בחובה קודמת שנשלטו על עצמם מתוך אינטרס עצמי, אין חבים להם אסירות-תודה¹².

פילוסופים אחדים אינם מסתפקים בביקורת המכריעה הזו על הגיסיון לחלוץ את חובת הציות לחוק מחובת אסירות-תודה. הם מצביעים על חולשות נוספות שלו. ראשית, הם סבורים כי חובת אסירות-תודה אינה חלה על הכפופים לחוק ביחסם לחוק, לא רק מפני שאי-אפשר לייחס מוטיבציה אלטרואיסטית למערכת-החוקים או למי שעומד מאחוריה, אלא מפני שגם אם קיימת מוטיבציה כזו, אין בה די. כדי שמוטב יהיה חייב אסירות-תודה למיטיב, צריך לא רק שהמוטב יזכה בטובים כתוצאה מפעולה שעשה המיטיב מטעמי טובתו של המוטב. צריך גם שהמוטב יעדיף לפתות באיזושהי מידה את מצבו בצירוף הטוב שבו הוא זוכה והחסר שייגרם לו כתוצאה מהפעולה המועמדת לבטא את אסירות-תודה, על-פני מצבו בלא שניהם¹³. תנאי זה מתקיים אולי לגבי חלקם

10 ראה H.L.A. Hart *The Concept of Law* (Oxford, 1961); J. Raz, *The Concept of a Legal System* (Oxford, 1971). על המודל הפרסונליסטי של המערכת המשפטית, מודל שראשיתו בהובס ופיתוחו אצל בנתהם ואסטיין.

11 בהתאם למודל ההובסיאני ודאי שאי-אפשר לעשות זאת, שכן אחת מהנחות-היסוד שלו היא כי מניעיו היחידים של הריבה, כמו של כל הפועלים האנושיים, הם אנואיסטיים.

12 ואם באמת יש כאלה מתוכם העושים הריבה מעבר למה שהאינטרס העצמי או החובה שנשלטו על עצמם מתוך אינטרס עצמי תובעים מהם לעשות, ראויים הם לאסירות-תודה שציות לחוק אינו יכול לבטא, שכן אין בו די כדי להבחין בין אותם מתוקקין ומפעיליו של חוק הראויים לתודה מיוחדת זו לבין אלה שאינם ראויים לה. על השאלה אם ציות לחוק ראוי בכלל שיהווה דרך לביטוי אסירות-תודה ראה להלן, בסקסט.

13 זהות המיטיב יכולה להיות מרכיב בהעדפה זו. למשל, אדם יכול לרצות בטובים בתנאי שפלוני מספק אותם ולא אלמוני. בהקשר שלנו: אדם יכול לרצות בטובים שהוא זוכה בהם בגלל קיום מערכת-חוקים, אך למערכת-חוקים זו יש אופי מסוים ולא אופי אחר. Simmons מזכיר תנאי זה ומפרט עוד יותר את התנאי שבגוף הסקסט – תנאי העדפת המצב עם הטובים על-פני המצב שבלעדיו. לדיונו המפורט ראה: סימנס, עמ' 175–178.

הגדול של הכפופים למערכות-חוקים, אך לא לגבי מולם. לא לכל הכפופים לחוק יש סיבות טובות להעדיף להימצא במצב המתאפיין בצידוף היתרונות והחסרונות של קיום החוק וציות לו על-פני הימצאות במצב שבו אין יתרונות וחסרונות אלה. לגבי חלקם יהיה זה נכון לומר כי הטובים שהחוק מעניק נכפים עליהם, ומי שזוכה בטוב שלא מרצונו אינו חייב בגינו אסירות-תורה, אף אם הוענק לו מתוך כוונות אלטרואיסטיות. ובכן, אף אם לא היתה תחולתה של חובת אסירות-תורה ביחסים שבין הכפופים לחוק לבין החוק נגועה בספק המבוסס על העדר כוונות אלטרואיסטיות מצד המיטיב, ספק המטיל צל על עצם חלוצתה ביחסים אלה, היה הספק ברבר הקבלה הוולנטארית של הטובים מצד כל הכפופים מטיל צל על האוניברסליות של חלוצתה ביחסים אלה.

נקודת-תורפה נוספת של הניסיון לבסס חובה לציית לחוק על חובת אסירות-תורה מצויה לא בשאלת עצם החלות או האוניברסליות של חלות החובה האחרונה ביחסים שבין הכפופים לחוק לבין החוק, אלא בשאלה אם דווקא ציות לחוק הינו הדרך הנאותה לביטוי אסירות-תורה, אילו חלה החובה לבטא ביחסים הנדונים. לדעת מבקרים מסוימים, אין כל סיבה לחשוב כי דווקא בדרך זו הכפופים לחוק היו צריכים לבטא את אסירות-תורתם לו. עומדות לרשותם אינספור דרכים אחרות לבטא, אם הם חבים אותה בכלל. הם יכולים להתנרב לבצע פעולות אחרות שתשרתנה את המערכת, לתרום לה מזמנם ומכספם, וכיוצא באלה¹⁴. המבקרים המדגישים נקודה זו נשענים על בעייתיות

14 ראה M.B.E. Smith, "Is There a *Prima Facie* Obligation to Obey the Law?", 82 *Yale L.J.* (1973) 950. הלה טוען, כי אפילו אם דרך הציות לחוק היא הדרך המוצלחת ביותר לבטא אסירות-תורה, אין חובת אסירות-תורה גוררת חובה לבטא את אסירות-תורה בדרך המשכנעת ביותר. "אדם שהוריו דרשניים ושתלטניים יכול לבטא את אסירות-תורה שלו כלפיהם בדרך של כניעה לכל שגינותיהם, אך וראי שאין לו כל חובה לכאורה לעשות זאת". אך השאלה היא לא אם עלינו לבטא את אסירות-תורה בדרך המשכנעת ביותר, אלא האם במקרה שבו אדם חייב אסירות-תורה למישהו, ניתן להצביע על פעולה אחת או סוג של פעולות שהוא המתאים ביותר לביטוי אסירות-תורה זו. במקרה של יחסי החוק והכפופים לו, קבוצת-הפעולות של ציות לחוק היא מועמדת מתאימה. והיא כזו דווקא משום שאין היא קבוצת הפעולות המשכנעת ביותר. פעולות שמעבר לציות לחוק, פעולות התגדבות למיניהן, הן שהיו מבטאות באופן המשכנע ביותר אסירות-תורה לחוקים או למי שעומד מאחוריהם, אילו היו ראויים לאסירות-תורה. ציות לחוק הוא אפוא מינימום. גם משום-כך וגם משום שגבולות סוג הפעולות הנמנות עליו קלות (יחסית) לזיהוי, הוא נראה מתאים במיוחד להיות מועמד לביטוי של אסירות-תורה, או לפחות אי-כפיות טובה, כלפי המדינה. דוגמת הכניעה לשגינות ההורים שסמית מביא היא אף מטעה במקצת. שוב, השאלה שראוי לשאול היא לא אם כניעה לשגינות ההורים היא הדרך הטובה ביותר לביטוי אסירות-תורה כלפיהם, אלא האם קבוצת-הפעולות שהורינו דורשים או מבקשים מאתנו לבצע, לאו דווקא דרישותיהם השגיוניות, ראויה להיות קבוצת-הפעולות שבאמצעותה נבטא את אסירות-תורה כלפיהם. תשובה חיובית לשאלה זו אינה גוררת את המסקנה שראוי להיכנע לקפריזות של הורים. היא גוררת רק את המסקנה שעצם העובדה שפעולה מסוימת התבקשה על-ידי ההורים היא טעם לבצע פעולה זו, אך לא טעם מכריע. אם תוכן הבקשה נושא אופי שגיוני, אפשר שנכדיע בסופו של דבר שלא למלאה, אף-על-פי שהיא בקשת הורים והגם שאנו חושבים כי עובדה זו צריכה להישקל בעד ביצוע הפעולות המצוינות בבקשה. סימונס ער לאפשרות להשיב לסמית באופן דומה לזה (שם, עמ' 186). הוא מצביע על כך שציות לחוק נחוץ לממשלה ושבלעדיו לא תוכל להתקיים; אבל טוען כי העובדה שפעולה או פעולות מסוימות מצדנו יאפשרו למי שאנו תבים לו אסירות-תורה להתקיים, אינה גוררת שאכן את הפעולה

הקיימת בדרך-כלל בקשר לקביעת הפעולות שאותן אדם אמור לבצע כדי למלא חובה של אסירות-תורה. היחסים שבמסגרתם נוצרות חובות כאלה הם לרוב מגוונים ומורכבים במידה כזו שיהיה זה לאחכם לזהות מראש פעולה או קבוצת פעולות ככאלה שבביצוען ראוי לבטא הכרת-טובה. אף-על-פי שבאופן כללי אני מסכים לדברים אלה, יש לי רושם כי דווקא בהקשר יחסי האזרחים עם המערכת המשפטית, נקודה זו היא פחות בעייתית. נראה לי כי אילו היתה קיימת חובה של אסירות-תורה מצד האזרחים למערכת, היו פעולות מקרב קבוצת הפעולות של ציות לחוק מועמדות מוצלחות במיוחד לביטוי של אסירות-תורה כזו. ראשית, מפני שפעולות רבות של ציות לחוק נחוצות במיוחד למערכת המשפטית לשם עצם התקיימותה. שנית, מפני שראוי לקחת בחשבון עובדה זו לצורך קביעת אופן ביטוייה של אסירות-התורה. חובת אסירות-התורה היא חובה שאנו חבים למי שהיטיב עמנו מנימוקים אלטרואיסטיים ולכן, כשגומלים לו, ראוי לעשות זאת מתוך שימת-לב מיוחדת לצרכיו-שלו. ואולם, לא כל פעולות הציות לחוק היו מועמדות טובות לכך, שכן, כפי שנראה להלן, לא כל פעולה של ציות לחוק נחוצה למערכת וחשובה עבורה¹⁵. חובת אסירות-התורה, אילו גררה חובה של ציות לחוק, לא היתה אפוא גוררת אותה כחובה אוניברסלית לא רק במובן שנוכח לעיל, לאמור: שלא היתה חלה על כל הכפופים למערכת, אלא גם במובן זה שלא היתה מייצרת טעמים לביצוע כל הפעולות שהחוק מצווה לבצען. כאמור¹⁶, פגם העדר האוניברסליות אינו עושה את הדיבורים על חובה לציית לחוק למוטעים או למיתרים; אבל הטיעון הנוכחי, הטיעון עליסוד חובת אסירות-התורה, אינו מבסס ממילא את חובת הציות לחוק בגלל מה שצוין לעיל כביקורת הראשונה והמרכזית עליו: כי קיום כוונות אלטרואיסטיות מצד המיטיב הוא תנאי הכרחי לחבות אסירות-תורה כלפיו, וכי לא ניתן ליחס כוונות כאלה למערכת-החוקים או למי שעומד מאחוריה.

אבל אולי מי שעומד מאחורי החוקים אינם ריבון פרטנולי או האנשים המשמשים במנגנון יצירת החוקים והפעלתם, אלא כל אותם פרטים הנוטלים על עצמם ציות למערכת-החוקים כדי לאפשר את קיומה. כיוון שקיומה של מערכת-החוקים מוכה אותנו בטובים שונים וחשובים, אולי להם, לכל אותם כפופים שציותם מאפשר קיומה של מערכת-החוקים, אנו חבים ציות מצדנו, אף אם הכוונות הגלוות לציותם אינן אלטרואיסטיות? יש יותר מקוריו בעובדה שהניסיון לבסס את חובת הציות לחוק בדרך זו, המתמקדת לא ביחס שבין הכפופים לחוק לבין החוק, מקורו או מתפעליו, אלא ביחס

הזו חובה עלינו לבצע כביטוי לאסירות-תורתנו כלפיו. הוא מביא את הדוגמא של האיש הנזקק לשירותי כליה מלאכותית ושואל אם במסרה שיש לנו חובת אסירות-תורה כלפי אותו איש אנו חייבים לממן כליה מלאכותית זו, לתפעלה כל היום וכו'. התשובה שצריך להשיב לסימונס בהקשרה של דוגמא זו זהה לגמרי לתשובה שהיה צריך להשיב לסמית בקשר לדוגמת שגינות ההורים. אם אנו חייבים אסירות-תורה לפלוני והלה זקוק לכליה מלאכותית לצורך קיומו – ברור שעובדה זו יוצרת סעם לכאורה לבטא את אסירות-התורה כלפיו בהתאמצות להשיג לו כליה כזו. ברור שכשמדובר במצרך יקר ככליה מלאכותית, אפשר שיעמדו שיקולים חוקים כנגד ביטוי אסירות-התורה כלפיו בדרך זו. הרבר תלוי בין השאר בעושרנו.

15 ראה להלן, סעיף 3.

16 שם.

שבין הכפופים לחוק לבין עצמם, נעשה על-ידי מי שבתורתו על מושג המשפט התעקש על החלפת המודל הפרסונלי של המערכת המשפטית שמקורו בהצב, במודל אימפרסונלי שלה. ה'לא' הארט אומר לנו כי אם נפר את החוק, ננהג שלא בהגינות לא כלפיו, כלפי אישיות שהיא מקור תוקפו וכלפי מתפעלי, אלא כלפי שותפינו לחברה: כלפי הכפופים האחרים לחוק. אדון בטיעון זה בחלק השלישי של המאמר. הוא צאצא לא רק של הטיעון על-יסוד אסידות-התודה, אלא גם של הטיעון על-יסוד הסכמה שבו אעבור לדרך עתה.

ג. ציות לחוק והסכמה

1. כללי

הניסיון לבסס את חובת הציות לחוק על הסכמת הכפופים לו הוא אולי הפופולרי ביותר בתולדות הנסיונות לבסס חובה זו ביסוס חילוני. הסכמה נחשבת למקור המובהק ביותר להיווצרות חובות. רבים סברו משום-כך כי אם יצליחו להראות שאלה הכפופים לחוק הסכימו לציית לו, יבססו באורח מוצק את חובת הציות לחוק. קשה להצביע על ביטוי מילולי מפורש של הסכמה מצד כל או רוב הכפופים לחוק לציית לו¹⁷ ואילו הטיעונים לחובת הציות שואפים לבסס תחולה אוניברסלית או כמעט אוניברסלית שלה. נגלל שני הדברים האלה הפנו מאמציהם של רוב מי שניסו להוכיח על-יסוד הסכמה את חובת הציות לחוק לכיוונים מספר. הם ניסו להצביע על כך שניתן לראות התנהגויות מסיימות כתושבות במקום או כהצבעה בבחירות, התנהגויות שכל הכפופים למערכת משפטית או רובם מתנהגים אותן, או כסימנים לאימילוליים להסכמת הכפופים לחוק לציית לו (הסכמה בשתיקה) או כהתנהגויות שניתן לשער לגביהן שנלווית להן הסכמה כזו (הסכמה מכללא), או כהתנהגויות שאמנם אינן מסמנות הסכמה ממשית, אבל שראוי להתייחס אליהן כאילו ביטאו הסכמה, שכן יצרו ציפיות לציות והסתמכויות על ציות, ועקב כך חובה להימנע מהפרה.

שלוש גרסאות אלה של טיעון ההסכמה, שאבהירן בפירוט רב יותר להלן – הטיעון על-יסוד הסכמת בשתיקה, הטיעון על-יסוד הסכמה מכללא והטיעון על-יסוד מעין הסכמה – הן המרכזיות והחשובות ביותר במסורת הנדונה. הן מצביעות על התנהגויות שמתנהגים בפועל כל הפרטים הכפופים או רובם בכל זמן נתון כלפי מערכות משפטיות (לפחות מסיימות). אבל אין הן הגרסאות היחידות של הטיעון על-יסוד הסכמה. היו מי שנוקדו לא להתנהגויות המתקיימות או שהתקיימו בפועל¹⁸, ודיברו על הסכמה היפותטית¹⁹ – הסכמה שעל-אף שלא

17 ניתן להצביע על הסכמה מפורשת רק מצד קבוצות קטנות ומיוחדות כמו נושאי משרות רשמיות או מהגרים שהתאזרחו. על חובת הציות של האזרחים והסכמתם המפורשת ראה, R. Sartorius, "Political Authority and Political Obligation"; 67 *Virginia L.R.* (1981) 3; A.J. Simmons, "Voluntarism and Political Associations" 67 *Virginia Law Review* (1981) 19.

18 צריך להבדיל את הטיעון מהסכמה בשתיקה הטרען מהתנהגות בפועל המלמדת על הסכמה בפועל וטיעון ההסכמה-מכללא או המעין הסכמה הטרען מהתנהגות בפועל לא להסכמה בפועל אלא להסכמה-מכללא (על כך ראה להלן, בגוף המאמר), מטיעוני ההסכמה ההיסטורית וההיפותטית שלא רק להסכמה-בפועל אינם טוענים, אלא אף מהתנהגות בפועל אינם טוענים.

ניתנה, ראוי לכל הכפופים למערכות משפטיות לתתה; והיו מי שניסו לבסס חובה של ציות לחוק לא עליסוד הסכמתם של כל אותם פרטים שלגביהם נטענת חובת ציות, אלא עליסוד הסכמת הדור הראשון של הכפופים למערכת משפטית נתונה: הסכמה היסטורית.²⁰

את שתי הגרסאות האחרונות של הטיעון צריך לזכות כמעט על הסף. בתוך מכלול מרכיביו של הצידוק להיותה של הסכמה מקור מובהק להיווצרות של חובת יש שני מרכיבים מרכזיים: ראשית, עובדת ההסכמה – העובדה שפלוני התנהג בפועל התנהגות המבטאת הסכמה (או התנהגות שיש קונבנציה לתפוש אותה כמבטאת הסכמה) יוצרת ציפיות והסתמכויות אצל אנשים אחרים. שנית, עובדת ההסכמה פירושה יצירת ציפיות והסתמכויות מתוך בודנה ובהכרח רצון ובחירה ליצור ציפיות והסתמכויות אלה. במלים אחרות: היווצרות ציפיות והסתמכויות כתוצאה מעובדת ההסכמה היא חלק הכרחי אחד של צידוק היותה בסיס לחיובים, והעובדה שהציפיות והסתמכויות של האחרים, תוצרות באמצעות ההסכמה הן הפתמכויות הנצרות מתוך כוונה ליצור אותן ובהכרח מתוך רצון ובחירה ליצור אותן, היא חלק הכרחי אחר ובולט של הסבר כוח משיכתה של ההסכמה כבסיס לחיובים. הן הניסיון לענן את חובת הציות לחוק בהסכמה היפותטית והן הניסיון לעגנה בהסכמה היסטורית, מדברים על הסכמות המעוקרות משני המרכיבים הללו של צידוק היותה בסיס לחיובים. הסכמה היפותטית אינה הסכמה בפועל (ושלא כמו מעין הסכמה אף אינה מעוגנת בהתנהגות המתקיימת בפועל). אם ניתן לדבר על היווצרות ציפיות והסתמכויות בקשר אליה, הריהן ציפיות והסתמכויות הנצרות לא בגין נתינתה אלא מכוח תקפותו של העיקרון שמשמו צריך לתתה. לא יהיה זה אפוא נכון לומר כי היא שהצמיחה ציפיות והסתמכויות אלה. הללו אמורות לצמוח בין אם תינתן בין אם לאו. את היווצרות החובה צריך אפוא לייחס באופן ישיר לעיקרון שבשמו צריך לתת את ההסכמה, ולא להסכמה עצמה. וכן, העובדה שראוי לי להסכים אין פירושה שאמנם הסכמתי, שאני רוצה ובחר בפועל לבצע את הפעולה. מדובר אפוא בהסכמה שגם את יסוד התצונות המתאים היא חסרה.²¹ הניסיון לבסס את חובת הציות לחוק של כל הפרטים בכל הזמנים על הסכמה שנתן בפועל הדור הראשון, מלבד שיש בו ממדים מופלגים של פיקטיביות²², מדבר גם כן על הסכמה המעוקרת משני המרכיבים המרכזיים הנזכרים לצידוק היותה של הסכמה מקור לחיובים. כיוון שאין היא הסכמת הפרטים שלהם מיוחסים החיובים, נובע באורח טאוטולוגי כי החיובים שהיא יוצרת אינם נובעים מרצונם של פרטים אלה ואינם מעוגנים בציפיות ובהסתמכויות שפרטים

19 למשל, תומס הובס ב-T. Hobbes, *Leviathan* (Cambridge, 1904); וג'ון רולס ב-J. Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., 1972).

20 ריצ'רד הוקר, אחד מראשוני ההוגים בזמן החדש, שניסו לבסס את החובה והסמכות הפוליטית על הסכמת הכפופים לה, מדבר במפורש על הסכמה היסטורית. Richard Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity* (London, 1907). הסכמה כזו מרומזת גם אצל הובס ורוסו. ראה סימונס, שם, בעמ' 60.

21 לניסוחים קצת שונים (ובעלי עוצמה) של ביקורת על הניסיון לראות בהסכמה היפותטית מקור לחיובות ראה R. Sartorius, *Supra* note 17 – המתחם להסכמה היפותטית בגרסה ההובסיאנית שלה, וכן רבדוקין המבקר את גרסת רולס להסכמה ההיפותטית ב-R. Dworkin, "The Original Position", *Reading Rawls* (New York, N. Danniels ed., 1975) 16, 17-18.

22 על כך ראה D. Hume, "Of The Original Contract", *Hume's Moral and Political Philosophy* (New York, H.D. Aiked ed., 1948) 356.

אלה יצרו²³. ראוי אפוא ליחד מאמצים לבחינת שלוש הגרסאות הראשונות של טיעון ההסכמה: הטיעון על יסוד הסכמה בשתיקה, הטיעון על יסוד הסכמה מכללא והטיעון בדבר קיומה של מעין הסכמה²⁴. באלה אעסוק כאן כשהם מסתמכים על עובדת התשובות במקום. הניסיון לגזור הסכמה בשתיקה, הסכמה מכללא או מעין הסכמה מעובדת ההשתתפות בבחירות הוא רלבנטי לחובת הציות לחוק כמסגרת מערכות פוליטיות דימוקרטיות, ולא אעסוק בו כאן²⁵.

2. הצגת אופני תפישת התשובות כהסכמה

במסכת השנייה על הממשל המדיני לוק אומר: "... כל מי שברשותו נמצא, או ניתן לשימוש, חלק כלשהו מנחלותיו של איזה ממשל, נותן בזה את הסכמתו שבשתיקה, וכל זמן שיהנה משימוש זה, חייב הוא במשמעת לחוקיו של אותו ממשל ככל אחד מן הכפופים לו; ואחת היא אם הרברים אמורים בבעלות תמידית של קרקע בידו וביד יורשיו, או במעון לשבוע ימים בלבד, או רק בנסיעה חופשית בדרך המלך; אכן, עצם ישיבתו של אדם בתוך חבל-הארץ של אותו ממשל, דייה לחייבו בכך"²⁶. רוסו אומר: "משהוקמה המדינה, הישיבה בה פירושה הסכמה; מי שיושב בארץ, ממילא נכנע לריבון"²⁷. וכך סבור סוקראטס לפניהם²⁸, ור' רוס אחריהם²⁹. המחברים הללו תופשים את עובדת תשובותם של אנשים במקום כאופן של הסכמה לציית לחוקיו. קשר זה בין תשובות לבין הסכמה הובן, כאמור, בשלושה אפנים: כהסכמה בשתיקה, כהסכמה מכללא וכמעין הסכמה. שלושתם, כפי שנראה, מותירים את הטיעון על יסוד הסכמה חשוף לביקורות דומות.

בהתאם לתפישתה כהסכמה בשתיקה מתייחסת תשובות במקום אל הסכמה לציית לחוק כפי שמתייחסת בקרב דוברי עברית הגיית צירוף ההברות "אני מסכים" אל הסכמה לפעולה שעליה הן נסבות, אלא שהיא עושה זאת בשתיקה, באופן לא-מילולי, כמו שעושה זאת, למשל, הנהגון-ראש. הגיית צירוף ההברות "אני מסכים" היא הדרך

23 ראה גם סימונס (לעיל, הערה 15), 60–61, לדיון מפורט יותר.

24 כדי למנוע בלבול אעיר, כי אני משתמש בביטוי "הסכמה-בשתיקה" כדי לסמן מה שבמסגרת דיני חוזים מסומן בדרך-כלל באמצעות הביטוי "הסכמה-מכללא", ובביטוי "הסכמה-מכללא" אני משתמש כדי לסמן מצב עניינים הדומה לזה שבמסגרת דיני חוזים מסומן על-ידי הביטוי "תנייה-מכללא" (ראה הטקסט ובעמוד הבא). הביטוי "מעין-הסכמה" מסמן כאן מה שבדיני חוזים מכונה "מניעות על-ידי-מצג".

25 גרסאות מרכזיות של ניסיון זה מצויות אצל J. Plamenatz, *Man and Society* (London 1963) 228, 238; J. Plamenatz, *Consent, Freedom and Political obligation* (Oxford, 2nd ed., 1968); וכן P. Singer, *Democracy and Disobedience* (Oxford, 1973). לעמדתו בעניין זה ראה Ch. Gans, "Justice – Conditioned and Democracy – Based Obedience", *supra* note 3. גרסאות נוספות וביקורת עליהן ראה סימונס, עמ' 91–92; וכן M.B.E. Smith, *supra* note 14, 395–398.

26 ג'ון לוק, *המסכת השנייה על הממשל המדיני* (מאגנס, יוסף אור – מתרגם, תשי"ט) 90 (סעיף 119).

27 דאן ואק רוסו, *על האכזבה החברתית או עקרונות המשפט המדיני* (מאגנס, יוסף אור – מתרגם, מהדורה שלישית, תשס"ז) 159.

28 ראה אפלטון, *לעיל, הערה 1*.

29 W.D. Ross: *The Right and The Good* (Oxford, 1930) 27.

המקובלת בקרב דוברי עברית, והנהוג לראש הוא הסימן המקובל בשפת הגוף גם לתיאור העובדה המנטלית של יחס ההסכמה לדבריה (פעולה, מצב עניינים וכדו') וגם לביצוע פעולת הדיבור (speech act), ובמקרה של הנהוג לראש אולי נכון לדבר על פעולה תקשורתית של התחייבות לבצע הפעולה שעליה נסבה ההסכמה³⁰. הכוונה ליטול התחייבות כזו היא חלק ממובנן של המלים "אני מסכים" או של סימן ההנהוג לראש³¹. בהתאם לפירוש אחד שלו לוק סבור, כנראה, כי תושבות במקום היא התנהגות שמתוקף משמעותה נלווית לה הכוונה ליטול התחייבות לציית לחוק, ממש כשם שזו נלווית לשימוש במלים "אני מסכים" ביחס לפעולה שעליה הן נסבות³².

בהתאם לתפישתה כהסכמה מכללא (implied consent), תושבות במקום מלמדת על הסכמה לא מפני שהיא סימן להסכמה. היא אינה נתפשת כפעולה לשונית או תקשורתית כלל וכלל. אבל היא התנהגות שניתן לשער לגבי מי שמתנהג אותה כי אילו נתן דעתו לשאלה אם לציית לחוקי המקום שבו הוא מתגורר אם לא, היה מסכים לציית להם. וכיוון שכך, הריהו חייב לציית לחוק. הדבר דומה לתניות מכללא בדיני חוזים. אם עשו שני צדדים הסכם ביניהם ושכחו להסדיר עניין מסוים, למשל, אם עשו הסכם שכירות ואת דמיה שכירות הצמידו לשער הדולר בלא לציין לאיזה שער דולר הם מצמידים – לשער הקנייה, לשער המכירה או לשער היציג – מניחים לגביהם כי הסכימו להצמיד לשער היציג. מניחים זאת כיוון שמסיקים זאת מכלל מה שמקובל בשוק, או מכלל מה שמקובל בין שני הצדדים המסוימים הללו בהסכמים אחרים שעשו ביניהם. מניחים כי אילו נתנו דעתם לעניין, היו אמנם מציינים במפורש כי את שכר הדירה צריך לחשב לפי השער היציג. הסכמה זו אינה נלמדת מתוך איחודי התנהגות ממשית של הצדדים שכוונה מלכתחילה לסמן הסכמה. היא הסכמה שמשערים מתוך מערך כולל של עובדות והתנהגויות של הצדדים ושל אנשים אחרים כי היתה מתקיימת. הצדדים או אחד מהם יכולים להפריך השערה זו על-ידי זה שיוכיחו, כי לא נתקיימה אצלם באמת הסכמה לעניין שלגביו מייחסים להם הסכמה מכללא.

בהתאם לתפישתה כמעין הסכמה, תושבות במקום אינה התנהגות שמטרתה לסמן הסכמה וגם אינה התנהגות שניתן לשער לגביה, ממנה וממכלול העובדות הסובבות אותה, כי מי שמתנהג אותה מקיים, כעניין של עובדה, התייחסות של הסכמה לציית לחוקי המקום שבו הוא מתגורר. בהתאם לתפישתה זו, תושבות במקום היא התנהגות שמי שמתנהג אותה יודע או אמור לדעת כי הוא יוצר, בהתנהגו אותה, ציפיות והסתמכויות כי יציית לחוק, ומחובתו לא לאכזב ציפיות והסתמכויות אלה. מחובתו לנהוג כאילו הסכים לציית לחוק, אף אם לא הסכים ממש, הסכים בין במובן של ביצוע הפעולה התקשורתית של הסכמה (=סימן הסכמה) ובין במובן של ביצוע הפעולה המנטלית או

30 ניתוח מפורסם של פעולת הדיבור של ההבטחה, שהסכמה דומה לה במידה רבה, מצוי אצל J. R. Searle, *Speech Acts* (Cambridge, 1969).

31 לכך ראה N. Mac Cormick, "Voluntary Obligations and Normative Powers" *Proceedings of the Aristotelian Society*, supp. Vol. 46 (1972) 59-78; J. Raz, "Promises and obligations", *Law, Morality and Society: Essays in honor of H.L.A. Hart* (Oxford, 1977) 210.

32 על הבנה כזו של הסכמה בשתיקה ועל כך שאפשר להבין את לוק בדרך זו ראה סימנס, שם, 79-84.

כניסה לתוך המצב המנטלי של הסכמה (=התייחס יחס גפשי של הסכמה). פיטר זינגר מכנה מקור זה של חיובים "מעץ הסכמה"³³. מקור זה של חיובים זהה לגמרי – כפי שזינגר עצמו מציין – למקור החיובים שמשפטנים מכנים "מניעות" (estoppel).

3. ביקורת תפישת התושבות כהסכמה

שלוש התפישות סובלות מחולשות דומות, אם כי ביחס לתפישת הראשונה – לאמור: כי תושבות במקום הינה סימן של הסכמה ממשית לציית לחוקי – הן בולטות עד כדי הצגתה כאיחולת. ראוי לבקרה גם במישור העובדתי וגם במישור הנורמטיבי. היא גם לא נכונה וגם לא רצויה. היא לא נכונה כיוון שפשוט אין זה נכון כי מקובל לראות בישיבה במקום סימן להסכמה לציית לחוקי באופן שבו מקובל לראות בהנהיג רכב סימן להסכמה לעניין שעליו הוא נסוב. אך לא זו בלבד שאין זה מקובל לראות בישיבה במקום משום סימן להסכמה לציית לחוקי, גם אין זה רצוי – מבחינה פרגמטית ומוסרית כאחת – כי יהיה זה מקובל. התנהגויות, בין מילוליות ובין גופניות, האמורות לשמש סימנים קבועים להסכמה, רצוי שתהיינה כאלה שאין מניעים אחרים להתנהג אותן ממילא, ושאינן מניעים חשובים להימנע מלהתנהג את היפוכן במצבים שבהם הן אמורות לסמן הסכמה. פעולות המשמשות לסימן הסכמה ראוי שיהיו נייטרליות מבחינה מוטיבציונית בשני המובנים הללו. אם נבחר כסימנים להסכמה דווקא התנהגויות שלאנשים יש מניעים אחרים להתנהג אותן גם שלא כסימנים להסכמה, ושיש להם מניעים להימנע מלהתנהג את היפוכן גם כשאין הם רוצים לסמן הסכמה, ימצאו אנשים את עצמם מסכימים כשאינם רוצים להסכים או נמנעים מלבצע פעולות שהם רוצים לבצע, שמא ייחשבו אז למסכימים למה שאינם רוצים להסכים לו. למשל, לא רצוי שסעודת צהריים תהיה מקובלת באורח כללי כסימן להסכמה למשהו, שכן אז או שנמצא עצמנו בשעת סעודת צהריים לא רק אוכלים אלא בהכרח (סימנטי) גם מסכימים למשהו, או שניאלץ לוותר על ארוחת הצהריים שלנו כדי שלא למצוא את עצמנו מסכימים למשהו שאיננו רוצים להסכים לו. שיקולים אלה חלים כמובן ביתר-שאת על תושבות במקום. תושבות במקום היא התנהגות שיש אינספור מניעים להתנהג אותה ממילא ושלרוב האנשים יש נימוקים מאוד חשובים – עד כדי תוסר-ברירה – להימנע מלהתנהג את היפוכה (כלומר: להגר). בנקודה אחרונה זו אמר יום דברים נכוחים שחוזר וצוטטו: "האם יכולים אנו לומר ברצינות כי לאיכר עני או לבעל-מלאכה יש בחירה תופשית לעזוב את ארצו שעה שאין הוא יודע שפה זרה כלשהי או נימוסים, וחי מיום ליום על שכרהעבודה הנמדך שהוא מקבל? אם כן, יכולים אנו לומר גם כי אדם הנשאר בספינה מסכים מתוך חופש לשלטון בעליה, הגם שהובא אל הספינה שעה שהוא ישן, ומוכרח לקפוץ לאוקיינוס או להתנדף, ברגע שהוא עוזב אותה"³⁴. יום מצביע כאן על תוסר-יכולת הכלכלית והלשונית להגר ממקום למקום כפוגם ברצונות של התושבות באותו מקום, ובשל כך – באפשרות ללמוד מתוכה הסכמה לציית לחוקים. מבחינתם של אנשים רבים מאוד יהיה נכון לומר כי

³³ P. Singer, *supra* note 25, 48-52

³⁴ D. Hume, *supra* note 22, 363

חוסרי יכולת להגר הוא עוד יותר עמוק ובלתי-ניתן לריפוי. הם קשורים למקומות שבהם גדלו ונתחנכו, לבית, למשפחה, לחברים, לנופים ולתרבות שבהם מעוגנים וזכרונותיהם באופן המכונן את תפישת הזהות העצמית שלהם או לפחות חלק מרכזי של תפישת הזהות העצמית שלהם. להגר פירושו עזרם אמנם לא להתאבד מבחינה פיזיולוגית כמו שהקפיצה לאוקיינוס היא בשביל האיש בסירה של יום, אבל פירושו יותר מאשר סתם ויתור על דברים יקרים מאוד³⁵; פירושו לאבד מרכיב מרכזי של הזהות העצמית. בהמשיכם את מגוריהם במקום שבו מעוגנים וזכרונותיהם החשובים, לא עומדת בפניהם משום-כך אפשרות רצינית של בחירה שלא לעשות כן. לא זו בלבד שאין זה רצוי מבחינה פרגמטית להתייחס אל המשך מגורים במקום כסימן של הסכמה ושל רצון להתנהג התנהגויות שמעבר להמשך מגורים זה (למשל, ציות לחוקי מקום המגורים), גם אין זה מתקבל על הדעת מבחינה מוסרית.

תפישת התושבות כהסכמה מכללא לציות לחוק גם היא אינה נכונה. היא מכוססת על השערה עובדתית מוטעית. פשוט אין זה נכון לשער מתוך כך שבני-אדם יושבים במקום מסוים, כי אילו נתנו דעתם לכך, היו מסכימים לציית לחוקי. יש מתוכם אף כאלה המתנגדים באורח פעיל לחוקי המקום שבו הם מתגוררים: מהפכנים, אנרכיסטים ומרגלים מוצהרים הם כאלה.

ג'וזף סימונס, המבקר גם הוא את הנסיונות לבסס את חובת הציות לחוק על הסכמה, חולק על הביקורת הספציפית הזו³⁶. לדעתו, היא מחמיצה את ההבחנה בין שני מובנים של הסכמה: הסכמה כהתייחסות נפשית והסכמה כפעולה תקשורתית. האחרונה, כשהיא מבוצעת, יוצרת חיובים גם בלא שהראשונה מתלווה לה. כשאדם אומר "אני מסכים" הוא חייב, גם אם לא נתקיים אצלו יחס של הסכמה לדבר שעליו הסב את אמירתו "אני מסכים", שאם-לא-כן יוכלו אנשים לפטור את עצמם מהבטחות שהבטיחו בטענה שהיו הבטחות-שווא. ובאותו אופן – סימונס אומר – אם תושבות מבטאות הסכמה לציית לחוק, העובדה שיש תושבים שהם מהפכנים ומרגלים אין פירושה שעובדת תושבותם לא יוצרת עבורם חיובים לציית לחוק.

השגתו של סימונס היתה מוצדקת אילו היה ראוי להבין את הביקורת הנוכחית – ההצבעה על קיום מרגלים וכו' – כביקורת המכוונת אל התפישה הקודמת של תושבות כהסכמה: תפישתה כהסכמה בשתיקה, כסימן לא מילולי להסכמה ואולם, כביקורת המכוונת אל תפישת התושבות כהסכמה מכללא, כהתנהגות שניתן לשער לגבי מי שמתנהג אותה כי אילו נתן דעתו לכך, היה מסכים לציית לחוק, היא ביקורת תקפה. אין היא מבליעה את הטענה כי לאחר ביצוע הפעולה התקשורתית של הסכמה, יוכל אדם לפטור עצמו מן החיוב עלידי שהוא חול להסכים. היא מבליעה רק את הטענה שאין זה נכון לשער לגבי מי שמפרים חוקים בפועל, כי אילו נתנו דעתם על השאלה אם להסכים לציית להם, היו משיבים לה בחיוב. ההצבעה על קיומם של תושבים שהם מרגלים, מהפכנים ואנרכיסטים מוצהרים היא אפוא ביקורת מוצלחת וחזקה על הניסיון

35 סימונס (לעיל, הערה 5) מתייחס לויתור זה כאל ויתור על דברים יקרים (בעמ' 499). הוא סבור, ובצדק, כי גם בתור שכזה הוא פוגם ברצוניות של אי-ההגירה. דעתי היא, כאמור, כי הויתור הוא ויתור על משהו שהוא יותר מיקר; וזה אך מחזק את הפגם ברצוניות של אי-ההגירה.

36 Simons, *supra* note 5 at 97.

לראות בתושבות בסיס להסכמה מכללא לציית לחוק. היא מבהירה היטב כי אין זה נכון לשער לגבי תושביו של מקום, מכוח תושבותם בו, כי הם מסכימים לציית לחוקיו. לתפישת התושבות כהתנהגות המצמיחה חייבים כאילו היתה הסכמה, אף כי אינה אווילית או פסולה על הסף כשתי התפישות הקודמות, יש תולשות רבות הדומות לאלה של שתי התפישות הקודמות. התנהגות שפלוגי מתנהג ושאונה סימן להסכמה ושאונה מניחה גם מקום להשערות על הסכמה, מצמיחה בכל זאת חובה כלפי אחרים אם ידע פלוגי או היה צריך לדעת שהתנהגותו תגרם לאחרים להסתמך עליו, ואם בעקבות ההסתמכות ותסכולה סבלו אותם אחרים נזק. אלה הם קוויו הכלליים של מוסד המניעות המשפטית והם גם הקווים המאפיינים של מקור החיובים המוסריים שפיטר זינגר מכנה "מעין הסכמה". והם יהיה נכון לומר, כי תושבותנו במקום שעליו חלה מערכת משפטית נתונה היא בבחינת התנהגות שאנו יודעים כי תגרם לאחרים לחשוב שנציית לחוק ולהסתמך על כך שנציית לו. נראה שהתשובה לשאלה זו היא שלילית.³⁷ תושבותנו במקום אינה גורמת לאחרים לחשוב שנציית לחוק ואינה גורמת להם להסתמך על כך שנציית לחוקיו, ובהכרח איננו יודעים ואיננו אמורים לדעת שתושבותנו במקום גורמת להם לחשוב ולהסתמך כך. ההנחות העובדתיות ההכרחיות לצורך תפישתה של התנהגות נתונה כמצמיחה חובה להתנהג התנהגויות אחרות כאילו היתה הסכמה להן, אינן מתקיימות אפוא במקרה של הניסיון לתפוש תושבות כאילו היתה הסכמה לציית לחוק. ושוב: לא רק הן פוסלות אותה מלשמש מקור לחיובים כאילו היתה הסכמה. כדי שהתנהגות תשמש ככזו, ראוי שתמלא לפחות את התנאי הנורמטיבי השני שהתנהגות צריכה למלא כדי שתוכל להיחשב סימן להסכמה ממשית, והיא: שאפשר שלא להתנהג אותה התנהגות בלא לשלם מחיר יקר מדי. על מי שלוגם בירה במסבאה כשכל אחד מחבריו מומין בתורו את השאר ובהגיע תורו הוא מסרב להזמין את האחרים בטענה שלא הסכים להסדר, אפשר לומר כי הוא מנוע מלטעון זאת. אפשר לומר עליו כי העובדה שעד הגיע תורו שיהיה עליו להזמין את האחרים מחייבת אותו להזמין בתורו את השאר כאילו הסכים לעשות זאת, שכן (בין השאר) היה אפשר לו, במחיר לא כבד, להימנע מלשתות את הבירה.³⁸ מטעמים שכבר נסקרו, אי אפשר לומר דברים דומים על מי שמוסיף להתגורר במקום שבו גדל. מגורים במקום נכשלים אפוא להיות מועמדים להתנהגות שניתן להתייחס אליה כאילו היתה הסכמה, לא רק בשדה ההנחות המוקדמות העובדתיות, אלא גם בשדה ההנחות המוקדמות הנורמטיביות שהתנהגות צריכה לקיים כדי שיהיה אפשר להתייחס אליה כאילו היא הסכמה. במעבר מן הניסיון לבסס את חובת הציות לחוק על הסכמה ממשית – בין בשתיקה ובין מכללא – אל הניסיון לבסס חובה זו על מעין הסכמה או מניעות, יש משום ויתור על וולונטריות מלא לצורך ביסוס חובה זו, לטובת וולונטריות חלקי. לא הסכמה לחיוב עצמו ולא רצייה בו, אלא ידיעת התוצאות של התנהגות רצונית, לאמור: כי היא יוצרת ציפיות והסתמכויות, אמורה להיות כאן מקור החיוב.³⁹ מעבר אחר אל וולונטריות חלקי

37 ראה גם J. Raz, *The Authority of Law* (Oxford, 1977) 240.

38 הדוגמא היא של זינגר 25, 49 *supra* P. Singer.

39 סימונס מפרש במקום אחד את חיובי המניעות (מה שהוא מכנה "הסכמה מכללא") כנובעים מכך

לצורך ביסוס חובת הציות לחוק אפשר לראות, ודבים ראו, בניסיון לבסס חובה זו על עקרון ההגינות. עיקרון זה נתפש על-ידי מחברים רבים כעיקרון שהדגשו העיקרי הוא על מידת הצדק שבהשבה על טובים, שאולי לא רצו בהם אבל שנצרכו באורח וולונטרי – משטופקו. אעבור לדון בו עתה.

ד. ציות לחוק ומשחק הוגן

1. כללי

כשאנשים אחרים מנהלים פעולות משותפות בהתאם לכללים וברוך זו מגבילים את חרותם, לאלו שכפפו עצמם למגבלות אלה יש זכות, במקרה הצורך, לכפיפות דומה מצד אלה הנהנים מכפיפותם. אפשר כי הכללים יורו שלרשויות יש סמכות לאכוף ציות... אך החובה המוסרית לציית לכללים בנסיבות כאלה קיימת הודות לאלה מקרב הקבוצה המשתפים פעולה זה עם זה, ויש להם זכות מקבילה לציית⁴⁰.

כך הארט מנסח את העיקרון שהובא על-ידי אל מרכז זרית הנסיגות לבסס את חובת הציות לחוק. רולס עיבדו אחר-כך וכינוהו עקרון ההגינות⁴¹. מחברים שהתייחסו אל הטיעון לחובת הציות על-ידי עיקרון זה, תופשים אותו כטיעון שבמינוח אריסטוטלי הינו טיעון של צדק מתקן⁴². ככזה, הנחתו העקרונית המרכזית היא כי מי שזכה בטובים כתוצאה מפעילותם של אחרים, חייב לשאת במחירם אפילו אם לא ביקש מראש כי יסופקו לו. אך את הטיעון ניתן לתפוס גם כטיעון של צדק מחלק. בעצם – כפי שאנסה להראות – ראוי לתופשו רק כטיעון של צדק מחלק. ככזה, הנחתו העקרונית המרכזית היא כי אם ייצורם של טובים הפתוחים לצריכה של ציבור מותנה בנטלים הצריכים ליטול על עצמם לפחות חלק מן הפרטים הנמנים על ציבור צרכניו, יש לחלק את הנטלים האלה באורח שוויוני בין כל צרכני הטובים הללו המסוגלים לקחת חלק בייצורם. בחלק זה של הפרק אדון בטיעון בתפישתו הראשונה, זו הרוחחת בספרות. בחלק הבא אדון בו בתפישת הצדק המחלק שלו.

שהאמור להיות חייב זוכה (מרצון) בטובות-הנאה (עמ' 89 בספרו). זו טעות. חיובי מניעות מבוססים לא על טובות-הנאה שהמועמד להיות חייב זכה בהן, אלא על הציפיות וההסתמכויות שהתנהגותו של הלה יצרה. החיובים שקבלת טובות-הנאה שלא ביקשת לקבלן יוצרות, שייכים במסגרת המשפטית – כפי שנאמר בגוף הטקסט – לדיני עשיית עושר ולא במשפט, ובמסגרת הדיון בחובת הציות לחוק – לטיעון ההגינות שיידון להלן, ולא לטיעון המניעות. לביקורת דומה על סיימונס ראה גם T. Honore, "Must We Obey? - Necessity as a Ground of Obligation" 67 *Virginia Law Review* (1981) 57.

H.L.A. Hart, "Are There any Natural Rights?" 64 *Philosophical Review* (1955) 185; 40

J. Rawls, "Legal Obligation and the Duty of Fair Play"; in: S. Hook (ed.) *Law and Philosophy* (New York, 1964); אך ראה גם J. Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard, 1971) הפניות נוספות לרולס ראה אצל סיימונס (לעיל, הערה 5).

עיקר דיונו של רולס בעקרון ההגינות מצוי במאמרו מ-1964.

ראה כל הערות להלן הנוגעות לחלק הנוכחי של הפרק.

2. תפישת הצדק המתקן

תפישת טיעון ההגיונות במונחים של צדק מתקן מבארת את הקרבה בינו לבין שני הטיעונים המסורתיים לחובת הציות לחוק שנדונו לעיל. יש מי שראו בו שכן לטיעון אסירות-התורה ויש מי שראו בו שכן לטיעון עליסוד הסכמה⁴³. הקרבה האחרונה אנלוגית במידה רבה לקרבה בין שני ענפים של דיני החיובים במשפט: בין דיני התנאים לבין דיני עשיית עושר ולא במשפט⁴⁴. טיעון המשחק ההוגן נראה מיועד לבסס ביחסים שבין פרטים לבין מערכות המייצרות טובים הפתוחים לצריכה ציבורית מה שמסדירים דיני מעידות ביחסי שבין פרטים: חיוביו של מי שזכה בטובים שלא בדרך של קבלת מתנה בלא שהביע מלכתחילה הסכמה לחיוב כלשהו בגין זכייה בהם, כלפי מי שזיכה בהם. כפי שנראה מיד, השיקול המרכזי שבגללו מבקרי טיעון המשחק ההוגן סבורים כי טיעון זה נכשל בסופו של דבר לבסס חובה של ציות לחוק, הוא גם שיקול מנחה מרכזי של דיני עשיית עושר ולא במשפט. הטובים העיקריים שבהם אנו זוכים כתוצאה מקיומה של מערכת משפטית – סדר, יציבות וודאות – הם טובים שאיננו חופשיים שלא לצורך. איננו חופשיים (כפרטים החיים במסגרת חברה המקיימת מערכת משפטית) לוותר עליהם. משוםכך, לייחס לנו צריכה רצונית, שלהם הוא עניין מוקשה ובהכרח גם הטלת חיוב בקשר לצריכתם היא מוקשית.

אם דיירים מן הבית שבו אני מתגורר, מתאגדים ומשקיעים בהתקנת אנטנת-טלביזיה המאפשרת קליטת שידורים מתחנות רחוקות ואני מנצל את אפשרויות הקליטה שאנטנה זו פתחה בפני, יהיה זה נכון לומר עלי שאני מקבל ברצון את ההנאות שאנטנה זו מספקת. הנאות אלה הן כאלה שהאפשרות לנצלן פתחה בפני (בגין מאמץ שאחרים עשו ממילא) אבל שהאפשרות שלא לנצלן גם כן פתחה בפני. לעומת זאת, אם דיירים מן הבית שבו אני מתגורר, מתאגדים לצורך ארגון ערבי-תרבות בחצר-הבית וכל אחד מהם תורם לשם כך ואני, בפותחי את חלונות דירתי, נהנה גם-כן, לא יהיה זה מובן מאליו לומר עלי שאני מקבל ברצון את ערבי-התרבות האלה. אפשר שהמניע המרכזי שלי בפתיחת חלונות ביתי הוא אורורו, ואת המוסיקה המושמעת בחצר אני מקבל באורח פסיבי. ערבי-התרבות בדוגמא זו הם הנאות שאני צורך ואיני יכול שלא לצורך (אלא במחיר של אינחת בלתי-סבירה כמו הימנעות מפתיחת חלונות דירתי או סתימת אוזני) וזה בניגוד לשידורי הטלביזיה מתחנות רחוקות שמקליטתן אני יכול להימנע בלא כל מחיר. דוגמת ערבי-התרבות היא של רוברט נוזיק⁴⁵. הוא משתמש בה כדי לטעון שהעיקרון שלפיו מי שזכה בטובים כתוצאה משיתוף-פעולה של אחרים, או שהוא מחייב רק את מי שהסכים מראש לזכות בטובים הללו, ופירושו של דבר: התמוטטות של עקרון ההגיונות אל תוך העיקרון הלא-שנוי-במחלוקת כי יש לכבד הסכמים; או שאינו מחייב בכלל, ופירושו של דבר: סתימתו הגמורה של עקרון ההגיונות כמקור עצמאי לחיובים.

43 סמית, לעיל, הערה 14, מדגיש את הקרבה הראשונה. סופר, לעיל, הערה 9, מדגיש את השנייה, המוזמנות בעצם גם מדברי הארס על עקרון ההגיונות, ובדברי נוזיק *Nozick, Anarchy, State & Utopia* (New York, 1974) וסימונס.

44 סופר, לעיל, הערה 9, מדגיש נקודה זו.

45 נוזיק, לעיל, הערה 43, 93.

אבל ההבחנה בין הנאות הנצרכות כתוצאה מפעילות של אחרים שאי אפשר שלא צורך לבין הנאות כאלה שאפשר לצורךן שלא לצורךן – הבחנה המודגשת אצל סימונס – יש בה למתן את ביקורתו של נויק על עקרון המשחק ההוגן. זה יכול לשמש מקור עצמאי לחיובים.

העיקרון יכול לשמש מקור לחיוביו של מי שזוכה בהנאות בלא שביקש מראש כי תספקנה לו, ובלבד שההנאות שהזא וזכה בהן הן מסוג ההנאות שהאפשרות שלא לצורך אותן פתוחה בפני המועמד להיות מחויב בגינן, כך שיהיה אפשר לייחס לו בבירור קבלה ברצון שלהן, ולא רק קבלה פסיבית. האפשרות לייחס לו קבלה שלהן ברצון – אפשרות הקיימת מכוח זה שהיא צורךן בשעה שהוא יכול שלא לצורךן – היא המבססת את טענת חוסר ההגינות כלפיו אם יסרב לתת עליהן תמורה מתאימה. כזה הוא מקרה אנטנת הטלביזיה, שתאר לעיל. מצד אחד, אין זה רצוי לדרוש מאדם לשאת בהוצאות על הנאות שאפשר שהוא מעדיף את מצבו בלעדיו ובלעדיו ההוצאות עליהן על-פני מצבו עמן ועם ההוצאות עבורן. גם מפני שאפשר שיהיה זה בלתי-הוגן כלפיו, וגם מפני שאין זה רצוי שדרישה כזו תיחשב כרצויה; שכן אם תחשב ככזו, יהיה בכך משום עידוד לאנשים להתערב באופן מניפולטיבי זה בסדר-ההעדפות של זה. מצד שני, אם בעקבות זמירותה של הנאה לידיו אתה צורך אותה גם כשאתה יכול שלא לצורך אותה, אין זה בלתי-הוגן להחזיקה, משכרכת אותה, כמי שסדר-ההעדפותיו השתנו, ולנוהג כך בהתאם לכך, לאמור: לתבוע ממך תמורה עבור ההנאה שצרכת. הכרה בצדקתה של תביעה כזו גם אינה טומנת בחובה סכנה של אפשרות כי אנשים יתערבו באורח מניפולטיבי זה בסדר-ההעדפותיו של זה. העובדה ששכניך מתקינים אנטנה לקליטת תחנות מרחקות אינה מטילה עליך חיובים באורח אוטומטי, בין אם אתה רוצה בין אם לא. רק אם אתה צורך את ההנאות שאנטנה זו מספקת כשיש לך אפשרות שלא לצורךן, הינך חייב, למרות העובדה שלא מלכתחילה הבעת רצון לצורך הנאות אלה ולשאת בהוצאות ייצורן⁴⁶.

כאמור, נראה כי השיקולים הללו הם גם השיקולים המרכזיים המנחים בתחום החיובים המשפטיים המכונים דיני עשיית עושר ולא במשפט. אם הירקן המקומי מעמיד על סף-יביתו סלידקות בלא שביקשתי, ואני נוטלו פגימה ואוכל את הירקות שבו, הנני חייב במעיד-חוזים. לעומת זאת, אם הצבע המקומי מסייד את הקירות החיצוניים של ביתי בלא שביקשתי, איני חייב לו דבר, אף אם איני טורח למחוק את הסייד ואף אם אני נהנה מן העובדה שביתי מיד⁴⁷. הטובים המרכזיים שאנו זוכים בהם כתוצאה מקיומה של מערכת משפטית – סדר, יציבות וודאות – הם, כאמור, מן הסוג השני. כיוון שמי שמצויים במסגרתה של מערכת משפטית בלא שהסכימו מראש לציית לה אינם חופשיים שלא לצורך טובים אלה, אי אפשר לייחס להם צריכה וולונטרית שלהם ואי אפשר להחיל עליהם את חובת המשחק ההוגן. אף-על-פי שעיקרון זה יכול להיות מקור עצמאי לחיובים, אין הוא יכול לשמש בסיס לחובת הציות לחוק. הביקורת הנוכחית על הגיסיון לחלוץ את החובה לציית לחוק מעקרון ההגינות, במידה

46 סימונס, לעיל, הערה 5, סעיף 5.4; סרטורוס, לעיל, הערה 16, 17.

47 דוגמאות אלה שאלות מסופר, לעיל, הערה 9.

שהיא תקפה לגבי תפישתו כעיקרון של צדק מתקן, היא גם תקפה לגבי תפישתו כעיקרון של צדק מחלק. אראה זאת בדו"ח להלן בתפישה זו של עקרון ההגיונות. אנסה להראות שם גם כי למרות ביקורת זו, ניתן לחלוץ את החובה לציית לחוק מן העיקרון בתפישתו כעיקרון של צדק מחלק. לפני שאעשה זאת, רצוני להשיג עוד שתי השגות על הניסיון לחלוץ את חובת הציות לחוק מעקרון ההגיונות בתפישת הצדק המתקן שלו.

ראשית, בהתאם לתפיסה זו, העיקרון מצווה על מי שזכו בטובים כתוצאה מפעילותם של אחרים, לשאת במחירם של טובים אלה. כמקור לחובה לציית לחוק עיקרון זה יכול להתגלות כאכזב, שכן ניתן לשאול עליו את השאלה שנשאלה כבר על הניסיון לחלוץ את חובת הציות לחוק מעקרון אסירות-התורה: מדוע ההגיונות מחייבת להשיב על הטובים שאנו זוכים בהם כתוצאה מפעילותם של אחרים המקיימת את המערכת המשפטית, דווקא בדרך של ציות לחוק? בטיעון עליסוד אסירות-התורה היה, כזכור, הציות לחוק דרך נאותה להכרת תודה מפני שציות כזה נחוץ במיוחד לגומל הטובה, היינו, למערכת המשפט, לשם התקיימותה, ומפני שהיה ראוי לקחת בחשבון עובדה זו לצורך קביעת אופן ביטוי אסירות-התודה. כפי שכבר אמרתי לעיל, היה ראוי לקחת בחשבון כיוון שחובת אסירות-התודה היא חובה שאנו חבים למי שהיטיב עמנו מנימוקים אלטרואיסטיים ולכן, כשגומלים לו, ראוי לעשות זאת מתוך שימת לב מיוחדת לצרכיו שלו. שתי נקודות אלה, גם העוברתית וגם הנורמטיבית, הן בעייתיות בהקשרו של הטיעון עליסוד הגיונות כשהוא נתפש כטיעון של צדק מתקן. במסגרת טיעון זה, אנו מנועים מלהניח את העובדה כי ציות לחוק מצד מי שלא הסכים לו מלכתחילה נחוץ למי שנטלו על עצמם ציות-מרצון. אנחנו מנועים מלקחת אמת זו בחשבון במסגרת הטיעון מהגיונות, שכן מכוח הנחותיו של טיעון זה נראה כי מי שנטלו על עצמם ציות-מרצון, מצליחים, באמצעות ציותם-שלם, לייצר את הטובים שקבלתם עליידי אחרים מחייבת את אותם אחרים בהשבה. אלמלא הצליחו לייצר טובים אלה, לא היה איש נהנה מהם ולא היתה נוצרת חובת השבה בגינם. במלים אחרות: נכון שבלא ציות ניכר לחוק לא תצליח מערכת משפטית להתקיים ולייצר את הטובים שעליהם מדובר. נכון שעובדה זו – כפי שטענו רבים שעליהם עוד מעט אצטרף – אמנם מצמיחה חובה של ציות לחוק. אך היא אינה יכולה להצמיחה מכוח טיעון ההגיונות בתפישת הצדק המתקן שלו, שכן קדם-הנחותיו של זה אינן מאפשרות להניחו. זאת ועוד: גם אילו היה ניתן להניח עובדה זו במסגרת תפישה זו של טיעון ההגיונות, לא היה ניתן לצרף לה במסגרתו הנחות ערכיות שהיו גוררות יחד עמה את המסקנה שדווקא בדרך של ציות לחוק יש להשיב על הטובים שזוכים בהם מכוח קיומה של מערכת משפטית. שכן מי שמזכים אותנו בטובים אלה עושים זאת לאו דווקא מטעמים אלטרואיסטיים ולכן, שלא כבטיעון אסירות-התורה, אופי הטובים המתקבלים ולא דווקא צרכיו של מי שזיכנו בהם, הם הצריכים לקבוע את טיב התמורה. לעובדה שהירקן שהניח ליד דלת ביתי סליירקות שצרכתי, זקוק בדחיפות לשמרטף, יש משקל מיוחד בקביעת האופן שבו עלי להשיב לו על אספקת הירקות, רק אם סיפקם מתוך ידיעת צרכי-שלי ומתוך רצון מיוחד לשרתם לשמם. אם הניח הירקות ליד דלת ביתי כדי לקדם את מכירותי-שלו, העובדה שלפתע הוא זקוק לשמרטף אינה בעלת משקל מיוחד לצורך קביעת דרך ההשבה. ובכן: אף אילו מי שנהנים מן הטובים שמערכת משפטית מייצרת היו חייבים להשיב עבור טובים אלה

מכוח עקרון ההגינות, אין זה כלל ברור שהיו חייבים לעשות זאת בדרך של ציות לחוק. שנית, והשגה זו נראית לי אף חשובה מן הקודמת: אפילו הציות לחוק היה הדרך הנאותה להשבה על הטובים שאנו זוכים בהם מכוח התקיימותה של מערכת משפטית, עצם הצורך לטעון לכך מורה על החמצה של עוקץ מרכזי בטיעון המשחק ההוגן. נראה כי אם תפישה של עקרון ההגינות כבסיס לחובת הציות לחוק היא כזו המאלצת לפנות לשיקולים נוספים שמחוץ לעיקרון כדי לבאר מדוע דווקא ציות לחוק נדרש מכוחו של העיקרון, אזי בין אם יש שיקולים כאלה ובין אם לאו, משהו חשוב הלך לאיבוד. שכן נראה כי במסגרת טיעון המשחק ההוגן, הקשר בין ההנאה מן הטובים לבין החובה להשתתף בייצורם הוא הרבה יותר אינטימי. נראה כי החובה להשתתף בייצור הטובים אינה זקוקה לתיווך של שיקולים נורמטיביים שמחוץ לעקרון ההגינות. נראה כי היא חלק אורגני של העיקרון עצמו. לכך מרמזת לפחות רוח דבריהם של הארט ושל רולס. אשוב ואצטט את נוסח עקרון ההגינות של הארט: "כשאנשים אחדים מנהלים פעילויות משותפות בהתאם לכללים ובדרך זו מגבילים את חירותם, לאלה שכפפו עצמם למגבלות אלה יש זכות, במקרה הצורך, לכסיפות דומה מצד אלה הנהנים מכסיפותם" (הדגשה שלי – ח"ג). לקשר האינטימי הזה בין החובה להשתתף בייצור הטובים לבין ההנאה מקיומם, רק תפישת הצדק המחלק של עקרון ההגינות יכולה לתת ביטוי. כפי שנראה, גם תפישה זו של העיקרון כפופה להשגת נויקסימונס ולסייג הוולונטריזם שהיא סייגה עיקרון זה. אלא שאת סייג הוולונטריזם עצמו ניתן לסייג באופן כזה שעל הציות לחוק יחול בכל זאת עקרון ההגינות. אקדיש לכך את רוב הדין בתפישת הצדק המחלק של עקרון ההגינות. אעבור אפוא לדרך בה.

3. תפישת הצדק המחלק

בתפישתו כטיעון של צדק מחלק, הנחתו העקרונית המרכזית של טיעון ההגינות היא, כאמור, כי אם ייצורם של טובים הפתוחים לצריכה ציבורית מותנה בנטלים שצריכים ליטול על עצמם לפחות חלק מן הפרטים הנמנים על ציבור צרכניהם, יש לחלק את הנטלים האלה באורח שוויוני בין כל צרכני הטובים הללו המסוגלים לקחת חלק בייצור⁴⁸. נראה כי זהו הרעיון המצוי ביסוד טיעונם של הארט ורולס: הרעיון שבחלוקה שוויונית של נטלי ייצור, ולא רעיון ההגינות שבהשבה גרידא על טובים שזכית בהם. הקשר שעיקרון זה קושר בין צריכת הטוב לבין החובה לשאת בנטלי ייצורו, שלא כקשר שקשר בין שני אלה עקרון ההגינות בתפישת הצדק המתקן שלו, הוא, כאמור, קשר בלתי-אמצעי. החובה לשאת בנטלי הייצור היא כאן חלק מעקרון ההגינות עצמו – היא לא זקוקה כאן לתימוכים נורמטיביים נוספים, שספק – כפי שהראיתי לעיל – אם ניתן לספקם לה.

48 נראה כי זהו העיקרון המצוי ביסוד דיונו של D. Lyons ביחסים שבין הגינות ותועלת, D. Lyons, *Forms and Limits of Utilitarianism* (Oxford, 1965) Chap. 2 לאיונס מזכיר שם בדרך-אגב (עמ' 166) את האפשרות של גזירת החובה לציות לחוק מעיקרון זה ומעיד העדות מספר שאנסה לפתח באורח מלא בסעיף הבא.

בעוד שתפישת עקרון ההגינות כעיקרון של צדק מתקן קרבה את הניסיון לחלוק ממנו את חובת הציות לחוק לנסיגות לעשות זאת על-יסוד עקרון אסירות-הגדרה ועל-יסוד הסכמה, תפישתו כעיקרון של צדק מחלק מבליטה יותר את קרבתו לטיעון המסורתי השלישי לחובת הציות לחוק שעדיין לא נדון: הטיעון התוצאתני. קרבה זו, כפי שנראה, אינה קרבה של דמיון חיצוני, אבל היא קרבת משפחה אמיתית: של הזרות משותפת ושל תלות וסיוע הדדיים. מלוא פרטיה של קרבה זו יוכלו להתברר רק בשלבים שונים של הדיון בשני הטיעונים הללו – בחלק זה ובחלק הבא של הפרק.

כעיקרון של צדק מחלק כפוף עקרון ההגינות לסוגים שונים של סייגים. למשל, כי החלוקה השוויונית של הנטלים היא אפשרית מבחינה אמפירית. אם הטוב הפתוח לצריכה ציבורית הוא ניצחון במלחמה, בלתי-אפשרי הדבר שקבוצת הנהגים ממנו תהיה זהה לקבוצת יצרניו.⁴⁹ זקנים, נכים וילדים אינם יכולים להילחם; ובלתי-אפשרי הדבר שקבוצת יצרניו ישאו בנטלים והם בייצורו. יש מי שנהרגים ויש מי שנפצעים קשה או קל ומי שאינם נפצעים כלל. כן ראוי לממש את החלוקה השוויונית של נטלי ייצורו של טוב ציבורי אחד רק אם מימוש כזה אינו כרוך בנוזקים ציבוריים בלתי-נסבלים אחרים. סייגים מסוימים אלה ועיבוד פרטיהם אינו חשוב כל-כך לענייננו, שכן שוויון בציות לחוק הוא לא בלתי-אפשרי אמפירי ולא קשור בנזק ציבורי.⁵⁰ לענייננו חשובים הסייגים שצריך לסייג עיקרון זה משום אותם השיקולים שמכוחם השיגו נזיק וסימונס על עקרון ההגינות בגרסת הצדק המתקן שלו – שיקולים שנודנו לעיל בהרחבה. אלה חלים, כאמור, על עקרון ההגינות גם בתפישתו כעיקרון של צדק מחלק. יתר-על-כן: תחולתם כאן ניתנת לצידוק יותר קפדני ופחות אינטואיטיבי משהיה צידוק תחולתם בהקשר תפישתו של העיקרון במונחים של צדק מתקן. עקרון ההגינות, בתפישתו כעיקרון של צדק מחלק, בוודאי חל בלא סייג על כל מי שהביעו רצון לצרוך את הטובים וכל מי שצורכים אותם מתוך רצון – יהיו הטובים אשר יהיו. מי שהסכים להתקנת אנטנה שתקלוט שידורי-טלביזיה מתחנות רחוקות ומי שקולט שידורים אלה משהותקנה, אף אם לא הסכים מראש להתקנתה, חייב לשאת לפחות בנטלי אחזקתה. ואולם אלה שאינם רוצים בטובים במובן זה שהם מעדיפים את מצבם בלעדי הטובים ובלעדי נטלי ייצורם על-פני מצבם עם השנים, אי-אפשר לכפותם להשתתף בנטלי הייצור אפילו הם נהנים מן הטובים. אם הערך שיש לקיומם של טובים כאלה, אם להשתמש בטרמינולוגיה חצי-קנטיאנית, תלוי לגמרי בנטייתם הסובייקטיבית של אלה המעוניינים בהם ומעדיפים את מצבם עם הטובים ועם נטלי ייצורם על-פני מצבם בלעדיהם, אזי לחייב את מי שאינו מחזיק בהעדפות סובייקטיביות אלה להשתתף בנטלי ייצורם של הטובים פירושו לנהוג אי-שוויון בין נטייתם הסובייקטיבית של אלה המעדיפים את חבילת הטובים ונטלי ייצורם על-פני העדר שניהם, לבין נטייתם הסובייקטיבית של אלה המעדיפים את העדר שניהם. פירושו, להעריך אנשים בעלי נטיות סובייקטיביות מסוימות על-פני אנשים בעלי נטיות סובייקטיביות אחרות, בלא כל סיבה נראית לעין. פירושו, לנהוג

49 רוגמא זו שאלה מ-36 "On The Function of False Hypotheses in Ethics" C.D. Broad, *International Journal of Ethics* (1916) 377-397.

50 לאיונס, לעיל, הערה 48, וברוד, לעיל, הערה 51, נוגעים בבעיות אלה.

חוסריהגיונות באחרונים. הדגמא של נזיק על ערבייהווי שדייריו של בית מארגנים מבוהרה עניין זה היטב. חלק מן הדיירים בבית מתאגר לצורך קיום ערבייהווי וכיוון שהם מתקיימים בחצר, הם הופכים להיות לטוב ציבורי ביחס לכל הדיירים: איש לא יכול להימנע ואיש לא יכול לגרום לאחרים להימנע מצריכתו של טוב זה. כל הדיירים, גם אלה המעדיפים בלי הווי ובלי נטלי ייצור הווי, נהנים מן ההווי. לכפות על הדיירים הללו השתתפות בנטלי הייצור פירושו לכפות עליהם סדריהעדרפה שאינם מחזיקים בהם, רק משום שאחרים מחזיקים בסדריהעדרפה כאלה ומצליחים לממשם. פירושו של דבר, לנהוג אישוויון בין מי שרוצים בערבייהווי ובנטלי ייצורם לבין אלה שאינם רוצים, וזה מנוגד לדרישה היסודית ביותר של הצדק. אף-על-פי-כן, נראה לי כי ניתן לחלוק חובה של ציות לחוק מעקרון ההגיונות בתפישתו הנוכחית, לאמור, כעיקרון של צדק מחלק. ראשית, משום שבהקשרם של הטובים המיוצרים על-ידי המשפט, הגם שצורכים אותם לא מתוך בחירה, נראה כי העדפותיהם הסובייקטיביות של רוב האנשים עולות בקנה אחד עם צריכה זו ונכונות לשלם את מחירה. שנית, משום שיש טעמים חזקים שעליסודם אין צורך כלל כי העדפותיהם הסובייקטיביות של האנשים יהיו במקרה זה תנאי לחובת ההגיונות.

אשר לעניין הראשון: אל לנו לשכוח כי מן העובדה שאנשים צורכים טובים שאי אפשר להם שלא לצורכם, אי אפשר ללמוד כי הצריכה בהכרח מנוגדת להעדפות הצרכנים. אפשר ללמוד ממנה רק, כי הצריכה לא בהכרח עולה בקנה אחד עם העדפות אלה. זאת שלא כבמקרה של טובים שצורכים אותם כשאפשר שלא לצרוך אותם. באשר לאחרונים, אם פלוני צורך אותם, הדבר מהווה ראיה חלוטה לכך שהוא מעדיף לצורכם ולשלם את מחירם. לעוברת הצריכה מתוך בחירה יש כוח ראייתי, אך לא מהותי. מה שחשוב באמת הוא קיומה של ההעדפה העולה בקנה אחד עם הצריכה. עוברת הצריכה מתוך בחירה מוכיחה באורח החלטי את קיומה של העדפה הזאת. אך יש לפחות עוד דרך אחת להוכיח באורח החלטי כי צריכתם של טובים עולה בקנה אחד עם העדפות הצרכנים: הדאיתם של הללו כי כך הוא הדבר; ושלא כבמקרה ערבי התרבות, במקרה של הטובים המיוצרים על-ידי החוק יש לנו טעמים חזקים להניח כי כמעט כל האנשים, אם יהיו כנים, יודו כי הינם מעדיפים מצב שבו מתקיים החוק והם מצייתים לו, על-פני מצב בלא השניים. במלים אחרות: יש הברל חשוב בין הטובים המיוצרים על-ידי המשפט לבין טובים כמו ערבי תרבות המתקיימים בחצור: הברל במעמדם מנקודת-המבט של מערך המניעים האנושיים. איש אינו חולק על כך שאינטרס עצמי הוא מרכיב מרכזי במערך מניעים זה; ועליסוד טעמים שהובס היה הראשון שנתן להם ביטוי פילוסופי רב-עוצמה, יש טעמים חזקים של אינטרס עצמי שעליסודם ראוי להעדיף מצב שבו מתקיימים ממשלה וחוק הנהגים מציות נרחב, על-פני מצב שבו אין הם מתקיימים. ודאי שכך הוא הדבר לדידו של מי שאינו משתתף בציות לממשלה ולחוק. אך כפי שהראה הובס בבירור, טעמים של אינטרס עצמי תומכים בהעדפה של המצב שבו מתקיימים ממשלה וחוק גם אם צריך להשתתף בפועל בציות להם. לגבי רוב האנשים לא יהיה זה נכון לומר, כי טעמים כאלה תומכים בהעדפה של המצב שבו מתקיימים ערבי תרבות בחצורם, בעיקר אם עליהם לתרום לייצורם, על-פני מצב שבו אין מתקיימים ערבים כאלה. ובכן, אף-על-פי שבשני המקרים אי אפשר להוכיח את קיום ההעדפה באמצעות

פעולה רצונית של צריכה, שכן בשני המקרים אי-אפשר שלא לצרוך את הטובים, בכליזאת נבדלים שני המקרים זה מזה. במקרה הטובים המיוצרים עלידי החוק, אילו עמדה בפני אנשים הברירה אם לצרוך טובים אלה או לא, היו בוודאי בוחרים לצרוכם. לשאלה אם לצריכה שהם צורכים טובים אלה בפועל נלווית העדפה של המצב שבו מתקיימים טובים אלה והכרח לשלם את מחירם, גם-כן היו כמעט כל האנשים משיבים בחיוב (בהנחה שהינם כנים). אפשר שדברים אלה אינם נכונים לגבי כל האנשים. אפשר שיש אנשים חזקים מספיק שהאינטרס העצמי שלהם אינו מחייב העדפה זו, ואפשר שיש אנשים שהאינטרס העצמי שלהם אינו בראש מעייניהם, ובוודאי שיש אנשים שאינם ערים לדרכים הטובות ביותר לקידום האינטרס העצמי שלהם, או שמחזיקים בתפישה של אינטרס עצמי שאינה גוררת את ההעדפה הנדונה כאן. אבל מרבית האנשים אינם נמנים על הקבוצות הללו. מרבית האנשים מעדיפים מצב שבו מתקיים חוק ושהם מציינים לו עליפני מצב בלא השגים. ובכן, ביחס למרבית האנשים מתממש מה שתנאי הרצונית אמור להוכיח: קיום ההעדפה המתאימה. מכוח עקרון ההגינות מחייבים הם אפוא לציית לחוק.

טעם שני וחלופי התומך במסקנה האחרונה חל לא על רוב האנשים בגין מניעיהם, אלא על כל האנשים בגין היותם נתיני המוסר. הוא מבוסס לא על הטענה שבהקשרם של הטובים המיוצרים עלידי החוק תנאי הרצונית בא על סיפוקו, אלא על כך שבהקשרם של טובים אלה אין צורך כלל שיבוא על סיפוקו. טעם זה מבוסס על כך שיש הבדל חשוב בין טובים המיוצרים עלידי החוק וטובים כערכי תרבות בחצר – הפעם הבדל לא במעמדם מנקודת-המבט של המוטיבציה האנושית, אלא הבדל במעמדם מבחינתה של עצם אפשרות לחיות חיים מוסריים. כוונתי היא לטובים כמו עצם החיים וחיים בחברה, ולטובים הטבעיים והחברתיים הנחוצים מבחינה אמפירית לשם התקיימותם של שני הטובים הראשונים. אכנה טובים אלה טובים הכרחיים מוסרית. נראה כי נתיני המוסר, מעצם היותם כאלה, אינם יכולים לשלול מנתיני מוסר אחרים את האפשרות לחיות חיים מוסריים. לפחות כעניין של רצונות אישיים, להבדיל מעניין של רצונות בעלי מניע מוסרי, אין הם יכולים לעשות זאת. נובע מכאן, כי אין הם יכולים לרצות לשלול מאחרים את הטובים הנחוצים אמפירית לעצם האפשרות של חיים מוסריים, לפחות אם האחרים כבר נהנים מטובים אלה ורוצים להמשיך ליהנות מהם. אם אמנם כך הוא הדבר, ואם המשך ייצורם של טובים אלה תלוי בנטלים שלפחות חלק מצרכניהם נטלים על עצמם, אזי נכנס עקרון ההגינות לתמונה. הוא דורש כי נטלים אלה יתחלקו באופן שווה בין כל צרכני הטובים הללו, בלא קשר לשאלה אם מבחינה אישית צרכנים אלה מעדיפים מצב בלא הטובים ובלא נטלי ייצורם עליפני מצב שבו מתקיימים הטובים והנטלים. כדי להראות זאת אביא דוגמא.

תושביה של עיר מחליטים להימנע משימוש ברכבם יום אחד בשבוע כדי למנוע את עליית זיהום האוויר בעירם לרמה קטלנית. כדי להשיג זאת אין צורך שכולם יימנעו מלהשתמש ברכב באותו יום, אבל יש צורך שחלק יימנע ואין כל דרך או אין זה כדאי לקבוע תורנויות בעניין הזה. אני מניח, ראשית, כי רמה חיונית של אוויר צלול הוא טוב שקיומו הכרחי מבחינה מוסרית – במובן שניתן לעיל למושג זה. שנית, כי כדי לקיים רמה מינימלית של אוויר צלול הכרחי (אמפירית) שלפחות חלק מתושבי העיר יימנעו מנסיעה ברכבם יום אחד בשבוע. הכרח זה חל על חלק מתושבי העיר, בין אם

מנקודת-מבטם האישית הם מעדיפים את החבילה של אוויר צלול והימנעות משימוש ברכב על-פני החבילה של אוויר מזוהם (עד מוות) ושימוש ברכב, ובין אם הם מעדיפים את ההיפך. תהיה העדפתם האישית בין שתי החבילות אשר תהיה, מבחינה מוסרית חלק מתושבי העיר חייב להעדיף בפועל את הראשונה על פני השנייה. בגלל ההכרח המוסרי בקיום אוויר צלול ובגלל עובדות בקשר לייצורו, ייתכן אפוא כי חלק מאלה המעדיפים מבחינה אישית את החבילה השנייה על-פני הראשונה, ימצאו את עצמם נאלצים מבחינה מוסרית לוותר על מימוש העדפה אישית זו ולהעדיף בפועל את החבילה הראשונה על-פני השנייה. חלק אחר של בעלי העדפה אישית זו יורשו לפעול בהתאם לה (שכן, פעולתם בהתאם לה לא תפריע לייצור הטוב) והם אף ימצאו את עצמם עם חבילה שאותה הם מעדיפים עוד יותר: גם אוויר צלול וגם נסיעה ברכבם). ייווצר כאן אפוא אי-שוויון בין בעלי העדפות אישיות זהות. חלק מאלה המעדיפים בכל מקרה לנהוג ברכבם – בין אם האוויר יישאר צלול ובין אם יזדהם – נדרש להימנע מכך. חלק אחר אינו נדרש. וכל זאת בלא שיש ביניהם כל הבדל נוגע לעניין המצדיק אפליה כזו. כדי שיהיה שוויון ביניהם, כולם חייבים אפוא להימנע מלממש את העדפתם האישית.

אציג את הטיעון בצורה נוספת: מימוש ההעדפה של שימוש ברכב בלא אוויר צלול על-פני הימנעות מנסיעה וקיום אוויר צלול במצב העניינים שתואר בסיפור הוא אסור מבחינה מוסרית. פירושו אז, סיכול קיומו של אוויר צלול, ובנסיבות שתוארו, זהו טוב הכרחי מבחינה מוסרית. במלים אחרות: מי שמחזיק בהעדפה זו ומנסה לממשה, מנסה לעשות מעשה בלתי-מוסרי. המוסר חוסם בפני בנייה העיר המחזיקים בהעדפה זו את האפשרות לממשה. ההעדפות היחידות העומדות לרשותם הן ההעדפה של קיום אוויר צלול ושימוש ברכב על-פני קיום אוויר צלול והימנעות ברכב, וההעדפה ההפוכה (ההעדפת קיומו של אוויר צלול והימנעות משימוש ברכב על-פני קיום אוויר צלול ושימוש ברכב). מנקודת-המבט האישית כולם מחזיקים, כמוכזן, בהעדפה הראשונה ולא בשנייה. אבל את מימושה של זו מצד כולם המציאות חוסמת, שכן אם כולם יממשוה, איש לא יממשה: לא יותר עוד אוויר צלול. ניתן לאפשר רק לחלק לממשה. אבל לאפשר לחלק לממש העדפה אישית זו פירושו, לנהוג אי-שוויון ברצונות סובייקטיביים שווים, שהרי כולם רוצים לממשה. יתר-על-כן: אם נתיר לחלק לנסוע ברכבם ולנשום אוויר צלול, יהיה זה אפשרי רק משום שלחלק אחר לא התרנו לנסוע ברכב. פירוש של דבר הוא, להתיר לא רק אי-שוויון אלא גם שימוש בחלק מבניה העיר כאמצעים לסיפוק רצונם האישי של הנמנים על החלק האחר. פירוש של דבר הוא, להתיר טפילות. נראה שהמוסר אוסר זאת.

אסכם עתה באופן מופשט את עקרון ההגיונות בתפישת הצדק המחלק, על חלקיו וביסוסיהם. הבעיה שעמדה בפנינו היתה: מהן דרישות הצדק המחלק בקשר לנטלים הקשורים בייצור טובים המצריך שיתוף-פעולה מצד רבים, ושצריכתם פתוחה, ולפעמים הכרחית, לאו דווקא לאלה ששיתוף-הפעולה שלהם נתון לייצור הטובים. ענייננו בדרישות הצדק המחלק בתוך קבוצת הצרכנים העתידיים המסוגלים לייצר. בקרב קבוצה זו, וביחס לחבילות הבאות:

חבילה א: הטוב בלי נטלי ייצורו.

חבילה ב: הטוב עם נטלי ייצורו.

חבילה ג: בלי הטוב ובלי נטלי ייצורו.

חבילה ד: בלי הטוב ועם נטלי ייצורו.

שוררות ההעדפות הבאות: כל הנמנים על הקבוצה מעדיפים אישית את א על-פני כל החבילות האחרות – ב, ג וד. חלק מחברי הקבוצה מעדיפים את חבילה ב על חבילה ג (אקרא להם קבוצת ב"ג) וחלקם האחר מעדיף את חבילה ג על ב (אקרא להם קבוצת ג"ב). כל חברי הקבוצה מעדיפים כל אחת מהחבילות א, ב, ג על פני חבילה ד.

נראה כי הצדק המחלק דורש כי כל חברי קבוצת ב"ג, בין אם מדובר בטוב הנדרש מבחינה מוסרית (למשל, אוויר צלול) ובין אם לאו (למשל: ערביהווי), כיוון שהם מעדיפים גם את א על ב, חייבים כולם לבחור ב"ב. שכן, אף-על-פי שהטוב ייצר גם אם חלקם יבחר ב"א, איראפשר שכל הנמנים על קבוצת ב"ג יבחרו ב"א, והצדק מצווה לנהוג שוויון בין בעלי נטיות אישיות שוות. את אלה המעדיפים את ג על ב, חברי קבוצת ג"ב, איראפשר לכפות לשאת בנטל, אם מדובר בייצור טוב שאינו נחוץ מוסרית. שכן, אפילו אם בפועל הם מוצאים את עצמם עם א ואפילו שמחים על כך, לכפותם להשתתף פירוש, לא לכפותם על א אלא על ב. ולכפותם על ב פירוש, לכפות אותם על העדפה שאין הם רוצים בה, וכל זה רק מפני שקבוצת ב"ג הצליחה לממש את העדפתה. לכפותם להשתתף פירוש לכפות עליהם את ב"ג למרות שהם מחזיקים ב"ג"ב. פירוש, לנהוג באורח לא-שוויוני בין הרצונות הסובייקטיביים של חברי ב"ג לבין אלה של חברי ג"ב.

ואולם, כשמדובר בטוב שקיומו הכרחי מבחינה מוסרית, ובמצב שבו ייצורו אפשרי רק על-ידי שיתוף-פעולה של חלק מצרכני העתידים המסוגלים לייצרו, ההעדפה ג"ב אינה מותרת למימוש מבחינה מוסרית. שכן, להתיר לממשה פירוש בהכרח (לוגי), להתיר סיכול ייצור הטוב. מי שמחזיק בהעדפה ג"ב ומנסה לממשה, הריהו מנסה לעשות מעשה בלתי-מוסרי. מימוש ההעדפה ג"ב סגור אפוא בפני השותפים למצב הנדון כאן. החבילות היחידות הניתנות לאספקה הן א רב: ב – לכולם, א – רק לחלק. אבל כולם רוצים ב"א יותר משהם רוצים ב"ב. לספק לחלק הרוצה בה ולא לספק לחלק אחר הרוצה בה פירוש, לנהוג אי שוויון ברצונות הסובייקטיביים השווים, וכפי שכבר אמרתי ביחס לדוגמת האוויר הצלול והשימוש ברכב, כיוון שאת א יהיה ניתן לספק לחלק רק הודות לכך שחלק אחר נטל את ב, לספק לחלק את א פירוש, לעשות את אלה המקבלים את ב אמצעי בידי הרצון הסובייקטיבי של אלה שיקבלו את א, לנצל אותם ולהיות הטפיל שלהם. נראה שהמוסר אוסר זאת.

כדי להראות שמכל זה נובעת חובה של ציות לחוק, צריך להראות, ראשית, שציות כזה מצד רבים מייצר טובים הפתוחים לצריכת אחרים הנמנים על הקבוצה שבה החוק שורר. עניין זה מהווה חלק נכבד של הניסיון לבסס את חובת הציות לחוק ביסוס תוצאתני. אומר עליו מה שאומר במסגרת הציון בביסוס זה, בחלק הבא של המאמר. שנית, צריך להראות גם או שבני-אדם מחזיקים בהעדפה הסובייקטיבית ב"ג, או שהתקיימות החוק הינה טוב נחוץ מבחינה מוסרית ושלכן הם מגועים בהקשרו מלממש את ההעדפה הסובייקטיבית ג"ב. לאפשרות הראשונה כבר טענתי לעיל. לשנייה אטען במסגרת הדיון בביסוס התוצאתני.

ה. הטיעון התוצאתני

1. כללי

בהתאם לטיעון שידון כאן עולה חובה של ציות לחוק באופן ישיר מן התרומה שתורם ציות כזה לייצורם של טובים שקיומם משנה בלא הכר את איכות החיים, את רמת רווחתם. בלא ממשלה, אומר הובס בשורה שמרבים לצטטה, ישרור מצב הטבע שבו ה"אדם חי חיי בדידות, חיים דלים, מאוסים, בהמיים וקצרים"⁵¹. להלן אנתח את הטובים או התועלות המיוצרים על-ידי המערכת המשפטית. אבחין אותם מסוגים שונים של טובים ותועלות המיוצרים על-ידי חוקים וקבוצות חוקים ספציפיים ואנסה לעמוד על הקשרים שבין הפרות חוק לבין נזקים אפשריים לייצור הטובים הללו. האפשרות שהפרת חוק תגרום נזק כזה היא בסיס לחובת הציות לחוק. היא בסיס עצמאי לחובה זו וגם תנאי הכרחי לכך שעקרון ההגיונות בתפיסת הצדק המחלק שלו שנדון לעיל, יהיה בסיס לחובה זו. בין שני הבסיסים הללו יש קשרים אינטימיים נוספים שאעמוד עליהם. גרסה מאוחדת של שניהם מהווה את המסד המוצק ביותר לחובת הציות לחוק.

2. על הטובים הקשורים בהתקיימותה של מערכת משפטית

הטובים והתועלות המועמדים להיות אלה המבססים מכוח העקרון התוצאתני ועקרון ההגיונות את חובת הציות לחוק הם טובים ותועלות שפעולות מייצרות מכוח התאמתן לכללים בתור היותם כללים משפטיים, לאמור, כאלה הנמנים על מערכת משפטית. טוב אחד כזה הוא עצם קיומה של המערכת המשפטית בתור מבשר כולל ויעיל לקביעת תוכנם של הסדרי התנהגות, בין אם מדובר בהסדרה כללית ומראש באמצעות חקיקה ובין אם מדובר בהסדרה פרטית ובדיעבד באמצעות פסיקה, ובתור מבשר לאכיפת הסדרים אלה. טובים אחרים כאלה הם האפשרויות שקיום מכשיר כזה טומן בחובו לרמת היציבות והודאות בחייהם של בני הקבוצה החברתית המחזיקה בו. על האופן שבו מתקשר הציות לחוק לייצור הטובים הללו אדון מאוחר יותר. כרגע חשוב להבחין בין טובים אלה לבין טובים אחרים שמייצרות פעולות שהן גם פעולות של ציות לחוק, אבל שהן מייצרות אותם לא בתור היותן פעולות של ציות לחוק. יש שני סוגים מרכזיים של טובים כאלה. הסוג הראשון הוא של טובים אישיים שחוקים רבים מתגייסים להגנה על קיומם, טובים כמו שלמות גופנית ונפשית, שם טוב, קניין פרטי וכיוצא באלה. הסוג השני הוא של טובים ציבוריים שחוקים מתגייסים להסדר ייצורם – חלקם טובים ציבוריים אישיים כמו תחושת ביטחון גופני וקנייני, תברואה, ביטחון וקיום מסגרות נורמטיביות להסדרת יחסים בינאישיים כלכליים ורגשיים וכיוצא בהם; חלקם טובים ציבוריים חברתיים כמו השגת יעדים לאומיים ותרבותיים וכיוצא בהם. יש חוקים המצווים על התנהגויות המייצרות טובים משני הסוגים הללו: אישיים וציבוריים; ויש כאלה המצווים על התנהגויות המייצרות רק טובים ציבוריים. הימנעות מתקיפה, למשל, מייצרת את שניהם. הפרת כלל המצווה עליה כרוכה גם בנזק גופני למותקף וגם בנזק

51 תומס הובס, לווייתן, פרק 13 (תרגום עברי על-ידי יוסף אור, הוצאת מאגנס) 116.

לתחושת הביטחון האישי, לאו דווקא של המותקף אלא של כל מי שקרוב אל התקיפה מבחינת אפשרות השנואה, ויודע עליה. תשלום מסים מייצר טובים רק מן הסוג השני. הימנעות ממנה מחבלת בייצור הטוב הציבורי שיש בקיום תקציב – טוב המשרת ייצורם של טובים ציבוריים אישיים וחברתיים אחרים. אין בה חבלה ישירה בטוב אישי. הבחנות אלה שופכות אור חדש על איבר אחד של ההבחנה המסורתית בין פעולות שהן רעות כשלעצמן (*mala per se*) לבין כאלה שהן רעות מפני שנאסרו (*mala prohibita*). תקיפה היא דוגמא לפעולות שהן רעות כשלעצמן. אין היא צריכה לקיומו של איסור פוזיטיבי עליה כדי שתיחשב לרעה. הימנעות מתשלום מסים היא דוגמא לפעולה שבלא שנוהג לגביה איסור פוזיטיבי אין בה רע, שכן תשלום מסים מיועד לייצר את הטוב שבקיום תקציב ציבורי ורק אם מספר מסוים של אנשים (התלוי בטיב המשימות שיש צורך בתקציב להשגתן) נוהג לשלם את מסיו, יש סיכוי לייצר את הטוב הזה. אם האיסור אינו נוהג, ממילא לא ייוצר הטוב ולכן אין רע או בהימנעות מתשלום מסים. אבל לאור האבחנות דלעיל, אם לגבי הימנעות מתשלום מסים נוהג איסור משפטי, עושה נהיגתו של איסור כזה את ההימנעות מתשלום מסים לרעה בשני מגרשים שמבחינת אף אחד מהם לא היתה רעה אלמלא נהג האיסור. רעה אחת היא הפגיעה שהפרת האיסור הזה פוגעת בייצור הטוב שהאיסור המסוים הזה מייצר – הטוב שבקיום תקציב ציבורי. רעה שנייה היא הפגיעה שהפרת האיסור הזה פוגעת בייצור הטובים שהמערבת המשפטית ככזו מייצרת: הטוב שבקיומו של מכשיר שבאמצעותו ניתן לקבוע בפומבי ובבהירות ולאכופי דרכי התנהגות הנחשבות לרצויות כשלעצמן או שתהיינה רצויות אם תנהגנה באורח כללי, והטוב שבקיומה של אפשרות להתגברת רמת היציבות והוודאות בקשר להתנהגויות בקרב החברה.

ראוי לציין, כי יש פעולות שהן *mala per se* ואם חוקים אוסרים עליהן, נעשות הן גם *mala prohibita* באופן הראשון וגם *mala prohibita* באופן השני, שהוכחנו לעיל. אם יש כלל משפטי היוצר או תומך בנוהג של הימנעות מתקיפה, אזי סטייה מנוהג זה פירושה לא רק גרימת רע לאיש המותקף, אלא אף פגיעה בתחושת הביטחון האישי של בני החברה ופגיעה בתפקוד המשפט כמכשיר לקביעה ולאכיפה של התנהגויות. אחזור על מה שנאמר כאן בטבלה שבעמוד הבא.

הטבלה ממחישה כי רק הנזקים מן הסוג השלישי, והאיום בגרימתם – נזקים שאם הם נגרמים, הם נגרמים על-ידי הפרות של שלושת החוקים – הם הנזקים שבגינם העיקרון התוצאתני יכול לשמש מקור לחובת הציות לחוק. היא ממחישה גם, כי העיקרון התוצאתני יכול להיות מקור לחובה לבצע פעולות המצוות בחוקים רבים ביותר מאופן אחד ובלא תיווך החובה לציית לחוק.

ההבחנה בין "רע מפני שנאסר" מן הסוג הראשון לבין "רע מפני שנאסר" מן הסוג השני היא חשובה גם מבחינה מושגית וגם מבחינה מעשית. מבחינה מושגית חשובה ההבחנה, שכן "רע מפני שנאסר" מן הסוג הראשון מציין רעה שחקיקת האיסור המשפטי יכולה להיות תנאי הכרחי למניעתה ואילו "רע מפני שנאסר" מן הסוג השני מציין רעה שחקיקת האיסור המשפטי היא תנאי הכרחי לחיווצרותה. ה"רע מפני שנאסר" מן הסוג הראשון מציין רעה המתקיימת בעצם גם בלא הציווי המשפטי, אלא שבלא הציווי המשפטי אין דרך למונעה. את הרע שבהעדר תקציב ציבורי קשה למנוע בלא שתובה

הפרת חוק האוסר על תקיפה	הפרת חוק המצווה לשלם מסים	
נזק למותקף	_____	<i>mala per se</i>
נזק לרמת תחושת הביטחון הגופני בקרב הקבוצה בכלל	נזק לטוב של קיום תקציב	<i>mala prohibita, a</i>
נזק לתפקוד המשפט כמכשיר לקביעה ולאכיפת הימנעות מהתנהגויות רעות בשני המובנים הראשונים ונזק לטובים אחרים שהמשפט מייצר: אפשרויות הוודאות והיציבות החברתית.		<i>mala prohibita, b</i>

לשלם מסים מוטלת באמצעות החוק; ואילו ה"רע מפני שנאסר" מן הסוג השני מציין רעה שלא היתה יכולה להתרחש אלמלא הוטל האיסור. הצייוי המשפטי כאן הוא תנאי הכרחי לעצם האפשרות שהרעה תתרחש ולא דרך למניעת רעה שתתרחש אם לא ייחקק הצייוי וינהג. לטובים המיוצרים מכוח קיומה של המערכת המשפטית – הטוב שיש בעצם קיומה של המכשיר לקביעה ולאכיפה של התנהגויות רצויות ואפשרויות היציבות והוודאות שטמונות בהפעלה נכונה שלה – לא יכול להיגרם נזק כלשהו מתוך כך שאנשים היו נמנעים מלשלם מסים, אילו לא היה חוק המצווה על תשלום מסים. ההבחנה בין "רע מפני שנאסר" מן הסוג הראשון לבין "רע מפני שנאסר" מן הסוג השני חשובה גם לעניין ביסוסה של חובת הציות על העיקרון התוצאתני: פסיחה עליה, התבוננות ב"רע מפני שנאסר" כאילו כלל רק את הסוג הראשון של רע זה שהבחנתי לעיל, מטעה לחשוב כי בעצם אין בידי העיקרון התוצאתני להיות מקור לחובה של ציות לחוק. רז חושב כך. אחרי שהוא מבאר את ההבחנה בין *mala per se* לבין *mala prohibita*, כשאת הקטיגוריה האחרונה הוא מייחד רק למה שסווג לעיל כסוג הראשון של *mala prohibita*, ואחרי שהוא אומר שהחוק הוא (בין השאר) מכשיר לכינון ולאכיפה של הסדרי שיתוף-פעולה במצבים שבהם העדר הסדרים כאלה פירושו אי-יציבות של טובים ציבוריים, הוא אומר כי הטעמים המוסריים התומכים בהתנהגות התואמת להסדרים שכוונן החוק, שואבים את כוחם "מן ההתקיימות העובדתית של נוהג שיתוף-הפעולה (בתחומים המוסדרים) ולגמרי לא מן העובדה שהחוק הוא אינסטרומנטלי לכינון ולקיום נוהג זה"⁵². את דבריו הוא מדגים באמצעות הצבעה על הנוהג שלא לזהם נהרות. השאלה המוסרית אם להשליך פסולת לנהר תלויה בשאלה העובדתית אם אמנם אנשים נוהגים שלא להשליך פסולת לתוכו ולא במקורות הנהג זה. אם הנהג מתקיים, אזי יש טעמים מוסריים שלא להשליך פסולת לנהר, בין אם מקורו של הנהג הזה בחוק ובין אם צמח ממקורות אחרים. ואם הנהג אינו מתקיים, לאמור: אם פסולת רבה מושלכת לנהר, אזי

52 רז, לעיל, הערה 37, 249.

העובדה שהחוק מצווה לא להשליכה אינה משנה את העובדה שאין טעמים מוסריים להימנע מהשלכתה. דברים אלה של רז היו לגמרי נכונים אילו הטובים שהמערכת המשפטית מייצרת ושמכות פגיעה בהם העיקרון התוצאתני אמור להיות מקור לחובת הציות לחוק, נתפשו כאותם טובים שהסדרים המשפטיים הפרטיקולריים שמערכת משפטית כללת מייצרים, אילו ה"רע" שבביצוע פעולות שהחוק אוסר עליהן היה מובן רק כ"רע כשלעצמו" או כ"רע מפני שנאסר" מן הסוג הראשון. אבל רז עצמו אומר, כי החוק הוא אינסטרומנטלי בכינון ובתחזוקת של הסדרים התנהגותיים כאלה ואחרים. האינסטרומנטליות הזו עצמה, עצם התקיימותה של מערכת משפטית במבשר לכינון ולאכיפה של הסדרים התנהגותיים, היא טוב ציבורי; והפרת חוק כלשהו באשר הוא חוק, היא מועמדת, בדרכים שעליהן אעמוד מיד, לפגוע בטוב זה (כשם שהפרת הנוהג לא להשליך פסולת לנור היא מועמדת לפגוע בטוב הציבורי שיש בהיותם של נהרות נקיים מפסולת). על כן, אף-על-פי שנוכח הדבר כי מנקודת-המבט של ייצורו של טוב פרטיקולרי שנוהג אשר נתכונן על-ידי הסדר משפטי פרטיקולרי מייצר, השאלה אם להתנהג בהתאם לנוהג זה אם לאו תלויה בשאלה אם נוהג ספציפי זה עצמו מקוים ולא בשאלה אם נוהג זה מקורו הוא משפטי או אחר, אין כל זה משנה לרידה של התשובה לשאלה אם יש להתנהג בהתאם לנוהג זה מפני שהחוק מצווה עליו. שכן, התשובה לשאלה זו צריכה להינתן לא מנקודת-מבטו של הטוב הפרטיקולרי שנוהג מסוים זה מייצר, אלא מנקודת-מבטם של הטובים שהמערכת המשפטית מייצרת ככזו. אם הימנעות מביצוע פעולות המצוות בחוק מועמדת לפגוע בטובים שהמערכת המשפטית מייצרת ככזו, גורר העיקרון התוצאתני חובה לבצע פעולות אלה כיוון שכללים משפטיים מצווים עליהן. הוא גורר חובה של ציות לחוק. וכל זה באופן בלתי-תלוי בתובת אחרות שאפשר שעיקרון זה גורר בקשר לביצוען של פעולות אלה, ובנוסף על חובות אלה.

3. ציות לחוק וייצור הטובים הקשורים בהתקיימות המשפט

עד כאן זיהיתי את הטובים שקיומם רלבנטי לביסוסה של תובת הציות לחוק. נותרו עתה שתי נקודות שצריך להבהירן כדי להשלים את הטיעון התוצאתני והטיעון מהגינות. הנקודה הראשונה רלבנטית בעיקר לצורך גרסת טיעון ההגינות שבהתאם לה תנאי הרצוניות או קיום ההערפה אינו חל במקרה של הטובים המיוצרים על-ידי החוק. היא נוגעת לשאלה אם אמנם הטובים המיוצרים מתוך עצם התקיימותה של מערכת משפטית יכולים להיחשב טובים הכרחיים מבחינה מוסרית. הנקודה השנייה נוגעת לדרכים שבהן הימנעות מביצוע פעולות הנדרשות על-ידי החוק מסכנת את קיומם של הטובים הללו. אשר לנקודה הראשונה, היא תלויה בעיקר בשאלה אם המערכת המשפטית הינה הכרחית מבחינה אמפירית לצורך התקיימותה של חברה. אי-אפשר להשיב לשאלה זו תשובה חיובית הנהגית ממידת הודאות שממנה נהנית התשובה החיובית לשאלה אם רמה מינימלית של חמצן הינה הכרחית מבחינה אמפירית להמשך החיים. מכל-מקום, בנתוני טבע ואדם, איני יכול אלא לפנות כאן שוב אל הובס. לפחות אלה המסכימים עמו חייבים לקחת ברצינות לא רק את הדרך הראשונה שנוזנה בסעיף הקודם לחליצת תובת הציות

לחוק מעקרון ההגיונות, אלא גם את הדרך השנייה⁵³. הרושם שלי הוא כי רבים מן המבקרים המודרניים של חובת הציות לחוק, שכנגדם אני טוען כאן, יסכימו בנקודה הנכוחית עם הרבס⁵⁴.

את האמור לעיל צריך מיד לסייג. התיזה שמערכות משפטיות וממשלות הינן הכרחיות מוסרית במובן הנדון כאן, אין פירושה שהן ממשיכות להיות כאלה – תהיינה אשר תהיינה המטרות שלשמן הן מנוצלות ויהיה אשר יהיה תוכן החוקים שמהם הן מורכבות. איני יכול לפתח כאן עניין זה בפרוטרוט, אך עלינו לזכור כי הטוב המתמצה בקיומן של ממשלות ומערכות-משפט הוא אינסטרומנטלי ולפיכך הינו מותנה בטיבן המוסרי של המטרות שלשמן משתמשים בהן⁵⁵. חובה לציית לחוק ולממשלה היא מעניינת די הצורך אם היא חובה לציית לחוקים גרועים של ממשלות טובות. אין היא צריכה להיות חובה לציית לחוקים רעים של ממשלות רעות.

ועתה לעניין האופנים שבהם תפקודו ואף קיומו של החוק כמכשיר לכינון ולאכיפה של התנהגויות עלול להיפגע כתוצאה מהפרות חוקים. הפרות כאלה יכולות לפגוע בתפקוד החוק באופנים שונים ומבחינתו של כל אחד מאופני פגיעה אלה מתחייב היקף שונה של ציות.

ראשית, ראוי להבחין בין שני פוגים של פגיעה ישירה בתפקוד החוק: בין פגיעה ישירה ברמת היעילות המינימלית של תפקודו, והצוה מבחינה מוסרית, לבין פגיעה ישירה ברמות יעילות שמעבר לזו המינימלית. שנית, ראוי להבחין בין הפרות הפוגעות באופן ישיר ברמת היעילות המינימלית של החוק לבין הפרות העלולות לפגוע בכך בעקיפין בדרכן הפרות נוספות. ראוי להבחין בין שני ערוצים של פגיעה עקיפה, בין שני טעמים שבגללם הפרות מניעות להפרות נוספות. הן יכולות להגיע לכך על-ידי שהן מערערות את הציפיות שהחוק אמנם יצליח לתפקד כמכשיר לכינון ולאכיפת התנהגויות והן יכולות להגיע לכך על-ידי שהן מערערות את תחושת החלוקה הצודקת של הגטלים שצריך לשאת בהם כדי לאפשר לחוק לתפקד כמכשיר לכינון ולאכיפת התנהגויות.

חשיבות ההבחנה הראשונה נובעת מתוך כך שרק על רמה מסוימת של תפקוד המערכת המשפטית כמכשיר לכינון ולאכיפה של התנהגויות ניתן לומר כי היא טוב שקיומו דרוש מנקודת-המבט המוסרית. רק על רמה מסוימת של תפקוד זה ניתן לומר שבהיעדרה הגמור יהיו חיינו "עריצים, מרירים, רלים, בהמיים וקצרים". ממש כשם שכדי שלא נמות מזהם אוויר אין צורך שהאוויר יהיה צלול לגמרי, כך כדי להפקיע את חיינו מערירות וממרידות, אין צורך שהמערכת המשפטית תתפקד במלוא יעילותה. וממש כשם שכדי שרמת ויהם האוויר לא תהיה קטלנית אין צורך להימנע לגמרי משימוש ברכב, כך כדי שתישמר רמת היעילות המזערית של המשפט, אין צורך להימנע לגמרי

53 ראה גם יום, לעיל, הערה 22, 368.

54 סימונס, לעיל, הערה 5, בפרק 8: *Virginia Law Review* 67, "Authority and Consent" J. Raz, (1981) 105.

55 Ch. Gans, "Justice-Conditioned and Democracy-Based Obedience" *Oxford Journal of Legal Studies* (forthcoming).

מלהפך את החוק. ובכן, היקף הציות הנדרש כדי למנוע פגיעה ישירה ברמת היעילות המוערית של המשפט הדרושה מבחינה מוסרית רחוק מאוד מלהיות אוניברסלי. היקף נרחב יותר של ציות מתחייב מתוך הפגיעה העקיפה שהפרת חוק עלולה לפגוע ברמת-מינימום זו. הפרות חוק יכולות לפגוע בטיב שמשמו מועמד העיקרון התוצאתי להנביע חיבה להימנע מהן, בשמשן מה שמחברים שונים מכנים "דוגמא רעה". שוב, בהקבלה לדוגמת זיהום האוויר, כשם ששימוש מסוים ברכב אפשר שלא יפגע ברמה המוערית הנחוצה מוסרית של אוויר צלול, אבל יפגע ברמה זו בעקיפין בדרכנו שימושים נוספים שיפגעו ישירות או שידרכנו שימושים נוספים שיפגעו ישירות ברמה הנחוצה של אוויר צלול, כך אפשר שהפרת חוק פרטית לא תפגע ישירות ברמה המוערית הדרושה מוסרית של יעילותו של תפקוד המשפט כמכשיר לקביעה ולאכיפה של התנהגויות, אבל תפגע ברמה זו בעקיפין בכך שתדרבן הפרות נוספות שתפגענה ישירות ברמה זו. כאמור, יש שני טעמים שבגללם הפרות חוק עלולות לדרבן להפרות חוק נוספות. טעם אחד קשור באופן אינטרינזי לעיקרון התוצאתי. הפרה יכולה להצדיק ו/או לדרבן הפרות נוספות כיוון שהיא מערערת את ציפיותיהם של העדים לה כי הטוב שהימנעות נרחבת ממנה אמורה לייצר, אמנם ייווצר. אם הטוב שמכוח פגיעה בו יש חיבה לבצע סוג מסוים של פעולות, לא ייווצר ממילא, לא יכול העקרון התוצאתי לבסס חיבה לבצע פעולות הנמנות על סוג זה. מה טעם להימנע מנסיעה ברכב או להפך את החוק אם ממילא יהיה האוויר מזהם או אם ממילא לא יצליח החוק לתפקד כמכשיר לקביעה ולאכיפה של התנהגויות? מידת צדקתו של הדרכון שהפרה מדרבנת להפרות נוספות בהתאם להלך-המחשבה הנוכחי תלויה, כמובן, ברצינות העובדתית של החשש שהטוב שבו מדובר אמנם לא ייווצר; וביסוסו של חשש זה תלוי בכמות הציות הנחוצה לייצור הטוב ובמספר ההפרות שבוצעו בפועל. במקרה הטוב שבו אנו דנים – מקרה התקיימותה של המערכת המשפטית כמכשיר לכינון ולאכיפת התנהגויות ברמת יעילות מינימלית – אפשר לומר בוודאות כי החשש אינו מבוסס אם מספר ההפרות אינו גדול מאוד. יוצא מכאן, שהיקף הציות הנחוץ כדי שהפרות לא ידרבנו הפרות נוספות שמא לא ייווצר הטוב שהציות אמור לייצר, הגם שהוא נרחב יותר מהיקף הציות הנחוץ כדי שהפרות לא תפגענה ישירות בטיב זה, אף הוא אינו נרחב במיוחד.

הטעם השני שבגללו הפרות חוק עלולות לדרבן להפרות נוספות – טעם שיש בו לבסס את נחיצותו של ציות בהיקף הרבה יותר נרחב – קשור ותלוי בעקרון ההגיונות. אם אמנם – כפי שהנחתי כאן – הטוב שבקיטו של מכשיר לכינון ולאכיפה של התנהגויות היא טוב שקיטו נדרש מנקודת-המבט המוסרית, ואם אמנם תנאי הכרחי לייצורו של טוב זה הוא, שוב – כפי שהנחתי כאן – ציות לפחות מצד חלק מצרכניו של טוב זה, אזי בהתאם לעקרון ההגיונות חיבה זו חלה על כל צרכניו. אי-ציות, אם אי-אפשר להתירו באורח שוויוני, פירושו ערעור ההגיונות שבחלוקת חבילות הטובים והגטלים – פירושו ניצול של המצייתים. ואחת הדרכים הפתוחות בפני המצייתים למנוע את ניצולם ולהשיב לעצמם שוויון עם המפרים הוא להפך בעצמם. ובכן, הפרות עלולות לדרבן הפרות נוספות לא רק משום שהן עלולות לעורר את חשדו של מי שהוא עד להן כי הטוב שהציות אמור לייצור לא ייווצר, אלא בגלל רצונו המוצדק שלא להיות מנוצל. באומרי כי רצון זה הינו מוצדק, איני מתכוון לומר שלאחר שקילת כל הדברים

מוצדק תמיד לפעול בהתאם לו. ניתן, כנראה, לומר הרבה אודות התנאים שצריכים להתקיים כדי שיהיה מוצדק לפעול בהתאם לרצון כזה, אך איני יכול לדרן בסוגיא זו כאן. לצורך הארגומנט הנוכחי, די להפנות תשומת-לב לכך שלרצונות המוצדקים רק באורח חלקי יש כוח מניע רב יותר מאשר לרצונות שאינם מוצדקים כלל. אם הפרת חוק מצד חלק מן הכפופים לו היא בלתי-הוגנת כלפי אלה המצייתים לו, אזי היא נותנת לאחרונים טעם להפר בעצמם. גם אם טעם זה הוא אך לעתים רחוקות טעם מספיק להפרה או אפילו תמיד אינו טעם מספיק להפרה, יש לו כוח מניע סיבתי משמעותי. אמת זו מקבלת משנה-התוקף בנסיבות הנדונות כאן – נסיבות שבהן נוכחות גורמים של דילמת האסיר היא בעלת עוצמה רבה; ולאור הנטייה שיש לרוב האנשים "לבשל" את חשיבתם המוסרית כך שתתאים לאינטרסים האישיים שלהם, ולהלכיש את האינטרסים האישיים שלהם במחלצות מוסריות. בערוץ הנוכחי הפרות חוק מדרבנות אפוא זו את זו באופן בלתי-יתלוי בשאלה אם החשד שהטוב שהציות אמור לייצרו אמנם ייווצר. משום-כך כוחן של הפרות גדול להאיץ את דרדור ייצורו של הטוב בערוץ הנוכחי לאיך-שיעור מכוחן להאיצו בערוץ הקודם. הסיכון שהפרות יחדות מסכנות את ייצור הטוב בדרבנן הפרות נוספות מן הטעם הקשור בעקרון ההגינות הוא סיכון ממשי, ועליכן היקף הציות הנדרש בסופו של דבר מטעמו של העיקרון התוצאתני הוא ציות בהיקף נרחב.

על הדגש חשוב בטענה האחרונה ראוי לחזור: היא מדברת על כך שהעיקרון התוצאתני, לא על כך שעקרון ההגינות, דורש ציות בהיקף נרחב, ובגלל עקרון ההגינות⁵⁶. אין בלבבלה עם תיזה אחרת שאף היא נכונה: כי עקרון ההגינות דורש בעצמו ולא רק מסייע לעיקרון התוצאתני לדורש, ציות בקנה-מידה נרחב. האפקט של עקרון ההגינות הוא אפוא כפול: הוא דורש באופן ישיר ציות מצד כל צרכני הטוב גם במקרים שבהם אין הציות נחוץ באופן ישיר לייצור הטוב, והוא גורם מרכזי לכך שהעיקרון התוצאתני ידרוש ציות גם במקרים שבהם אין הציות נחוץ ישירות לייצור הטוב.

4. על הקשרים בין טיעון ההגינות והטיעון התוצאתני

אולי זהו מקום נאות לסכם ולהבהיר מה שנאמר במקומות שונים לאורך שני החלקים האחרונים של המאמר על הקשרים והיחסים בין הניסיון לבסס את חובת הציות לחוק על עקרון ההגינות, מכאן, לבין הניסיון לבססה על העיקרון התוצאתני, מכאן. בהקשרו של הניסיון לבסס חובה זו, שני העקרונות שואבים את כוח-משיכתם מתוך תפישת הפרת החוק מצד אלה הנהנים מן הטוב שבקיומו כצריכת-חינם של טוב זה. עקרון ההגינות מדגיש את חוסר-ההגינות של צריכת חינם זו, ואילו הטיעון התוצאתני מדגיש את הסכנה הטמונה בצריכת-חינם כזו לעצם ייצור הטוב⁵⁷. בגלל אי-ההגינותה, עקרון ההגינות אוסר

56 זאת ודאי אין להבין כהעמדה של הגינות על תועלת. כיוון שלהגינות יש מעמד מוסרי עצמאי וכיוון שאנשים מכירים בעובדה זו ואינם רוצים להיות מנוצלים, פעולה בלתי-הוגנת היא לא רק בלתי-הוגנת, אלא יכולה להיות גם גורם לתוצאות לא-רצויות. על הנסיונות להעמיד הגינות על תועלת ועל כשלונם ראה לאיונס, לעיל, הערה 48, בפרק 5.

57 ניסוחו של רולס לעקרון ההגינות מרמז על עניין זה. הוא מדבר על צריכת-חינם במסגרת מערכות שעליהן חל עקרון ההגינות כמקור היוצר חוסר-יציבות במערכות כאלה. רולס לעיל, הערה 41, 9-10.

עליה. מפני שהיא מסכנת את ייצור הטוב, העיקרון התוצאתי אוסר עליה. הטיעון על-יסוד הגינות והטיעון על-יסוד התוצאות הרעות בהקשרו של הציות לחוק קשורים זה לזה, גם מבחינה לוגית וגם מבחינה אמפירית. מצד אחד, עקרון ההגינות מחייב לשאת בנטל הציות לחוק כתנאי שנשיאה בנטל זה לפחות על-ידי חלק מן הנושאים בו מייצרת את הטוב שיש בקיומה של מערכת משפטית. במלים אחרות: עקרון ההגינות אינו מחייב לשאת בנטלים סתם מפני שאחרים נושאים בהם, אלא מפני שאילו לא נשאו בהם היה נגרם הרע שבהיעדרה של מערכת משפטית⁵⁸, ואילו, מצד שני, אפשר כי אירעויות, לפחות אירעויות ברמה גבוהה בחלוקת חבילות הטוב שבקיום החוק ונטלי ייצורו של טוב זה, לאמור: נטל הציות לחוק, פוגמת בכשרות המוסרית (להבדיל מן היעילות התפקודית) של טוב זה. פגם זה בכשרות המוסרית של הטוב – כפי שהזכרתי – יכול להיות תנאי הפוסל את האפשרות להחיל את העיקרון התוצאתי על מערכת משפטית נתונה. ובכן, האפשרות לבסס את חובת הציות על העיקרון התוצאתי קודמת קדימות הגינות לאפשרות לבסס על עקרון ההגינות; ואילו מימוש לפחות ברמה מסוימת של עקרון ההגינות בציות לחוק קורס קדימות הגינות לאפשרות (לפחות מנקודת-מבטן של תורות-מוסר דאוטולוגיות) לבסס את חובת הציות על העיקרון התוצאתי.

כפי שראינו, הטיעונים הללו מחותנים לא רק לוגית אלא גם אמפירית. הפרות חוק מדרבנות (בצדק) הפרות נוספות, בעיקר אם ומפני שהן בלתי-הדגנות, בעיקר אם ומפני שאי-אפשר לחלקן באורח שוויוני; ומפני שהן מדרבנות הפרות נוספות בדרך זו, סכנת הנזק שהן נושאות בתוכן היא הרבה יותר ממשית משהיתה אילו לא היה בהן משום חוסר-הגינות. בקצרה: אלמלא היתה ברוכה הפרת חוק בנוק או בסכנת נזק, לא היה אפשר להפעיל את עקרון ההגינות לצורך ביסוס חובת הציות; ואלמלא חל עקרון ההגינות על הציות חוק, היו הסיכויים שהפרתו תגרום לנזקים כמעט אפסיים. האפשרות שייגרם נזק היא המתנע של עקרון ההגינות בהקשרו של הציות לחוק, ותחולת עקרון ההגינות בהקשר זה היא הדלק העיקרי המניע את סיכוני הנזק שבהפרת חוק.

אף-על-פי-כן, גם בשני העקרונות הללו חוברים יחדיו לכיסוס חובת הציות לחוק, אין בהם כדי לבסס חובה לציית לכל החוקים בכל נסיבות חלותם. ראשית, ייתכנו – כפי שכבר הזכרתי לעיל – מערכות משפטיות שהטוב שבקיומן פסול מלהיחשב לטוב כשר מבחינה מוסרית. לא העיקרון התוצאתי ולא עקרון ההגינות יכולים לבסס חובה מוסרית לציית לחוקי מערכות כאלה. שנית, ייתכנו נסיבות שעליהן חלים חוקים שהפרה אוניברסלית שלהם באותן נסיבות לא תגרום נזק כלשהו, לא ישיר ולא עקיף, לטוב שמשמו מועמד העיקרון התוצאתי לבסס את חובת הציות לחוק. חובה לציית לחוקים כשהם חלים בנסיבות כאלה, לא העיקרון התוצאתי ולא עקרון ההגינות יכולים לבסס.

נראה כי שילוב כלשהו של עקרון ההגינות והעקרון התוצאתי מונח ביסוד האופן שבו הוא מציג את עקרון ההגינות. בפרשנות המפורסמת של סימונס לנוסחת עקרון ההגינות של רולס (סימונס, לעיל, הערה 5, 104-106), יש השמטה של נקודה חשובה זו אצל רולס.

58 הדרישה לציות הנובעת מהגינות אינה מותנית כלל בכך שפעולות ציות אינדיבידואליות תהיינה מועילות. בעניין זה מצדקת ביקורתו של סימונס על סמית (ראה סימונס, לעיל, הערה 5, 106, בהערה. אבל אם אולי יש שמץ של אמת בדברי סמית, צריך לייחסו לתנאי הנדון בגוף החיבור).

כיוון שמדובר בהפרה שאין עמה תוצאות רעות, לא יחול העיקרון התוצאתני; וכיוון שמדובר באפשרות של הפרה שגם כשהיא מבוצעת מצד כולם אינה מזיקה, לא יחול עקרון ההגיונות, שכן אפשר לחלק כאן באורח שוויוני את ההפרה, את הפטור מנטל הציות: אפשר לתתו לכולם. דוגמא טריביאלית לאפשרות כזו היא הפרת החוק האוסר על חציית כביש ברמזור אדום בשלוש לפנות בוקר, כשאיש לא רואה. חציית הכביש ברמזור אדום בשעות אלה, כשאיש לא רואה, אינה מזיקה לא ישירות ולא בעקיפין (לא רק לטוב שמשמו מועמד העיקרון התוצאתני לבסס את חובת הציות לחוק, אלא גם לטובים אחרים שמשמם מועמד עיקרון זה לחייב ציות לרמזורים); והימנעות מחציית הכביש ברמזור האדום כשאיש לא רואה היא נטל שאת כולם אפשר לפטור ממנו – היא נטל שאת הפטור ממנו אפשר לחלק באורח שווה.

המבקרים העכשוויים של חובת הציות לחוק טוענים, כי העובדה שאף אחד מן הנסיגות לבסס את חובת הציות לחוק, לרבות שני הנסיגות האחרונות, על-יסוד עקרון ההגיונות ועל-יסוד העקרון התוצאתני, אינם מצליחים להוכיח כי חובה זו היא חובה אוניברסלית – חובה לבצע כל פעולה ופעולה שהחוק מצווה לבצעה מכשילה את עצם הניסיון לבסס חובה זו. אנסה עתה להבהיר ולרחות את השיקולים המושגיים וההגיוניים העומדים ביסוד מחשבה זו.

ד. כלליות חובת הציות לחוק⁵⁹

1. כללי

העמדה שלפיה צידוקי החובה הכללית לציית לחוק חייבים לחול על כל פעולה פרטית שהחוק מצווה עליה, נראית נובעת מן האמת המושגית אודות הקשר הצידוקי הקיים בין העובדה שפעולה נדרשת בחוק לבין היותה לחובה. בהיבטים שונים של קשר זה אני דן במקום אחר⁶⁰. להכיר בחובה מוסרית לציית לחוק פירושו, להכיר בכך שפעולות שהחוק דורש הן בגדר חובה מוסרית מפני שהחוק דורש את ביצוען. אם העובדה שהחוק דורש פעולה היא טעם להיות אותה פעולה בגדר חובה, כיצד ייתכן הדבר שיש פעולות שהחוק דורש ושאינן על-פירכין אינן בגדר חובה? לאמור: אינן נדרשות על-ידי הטעמים המצדיקים את הציות לחוק? נראה כי התיוה המושגית על האוניברסליות של החובה לציית לחוק נובעת באורח הגיוני מן התיוה הנכונה, ללא ספק, אודות הקשר הצידוקי שבין עובדת ציוויה של פעולה בחוק לבין היותה לחובה⁶¹. ואולם – כפי שראינו – אף אחד מן הצידוקים שהוצעו לחובה לציית לחוק, לרבות צירוף הטיעונים מהגיונות

39 חלק זה של המאמר מהווה גרסה מעובדת של חלק מן הדברים שאמרתי ב-"The Obligation to Obey the Law – A Comment on P. Soper", in: R. Gavison (ed.) *Issues in Contemporary Legal Philosophy – the Influence of H.L.A. Hart* (Oxford, 1987) 180-190.

60 ח' גנו, "מושג חובת הציות לחוק" (עומד להתפרסם במשפטים).

61 צריך לזכור כי גם אם צידוקים אלה חלים על כל פעולה פרטית שהחוק דורש, אין פירושו של דבר שפעולה זו מוכרחה אימומטית להתבצע. על כך, שם, חלק ג.

ומתוצאות מויקות, אינו מצליח להצדיק ביצוע כל הפעולות הפרטיות הנמנות על הסוג "ציות לחוק". נראה אפוא כי אין חובה לציית לחוק⁶².

2. כלליותן של חובות מוסריות אחרות

הדבר הראשון שאליו צריך לשים לב בקשר לטיעון הזה הינה העובדה, שהוא חל לא רק על החובה לציית לחוק אלא גם על חובות כמו קיום הבטחות ואיסור הריגת בני־אדם. מצד אחד, חובות אלה מניחות את הקשר הצידוקי גורר־האונברסליות באותה מידה שהחובה לציית לחוק מניחה קשר זה. אם יש חובה לקיים הבטחות, הרי הפעולות שחובה זו חלה עליהן הן בגדר חובה מפני שהבטחה; ואם יש איסור להרוג בני־אדם, הרי פעולות שחובה זו חלה עליהן הינן בגדר חובה מפני שהן הריגת בני־אדם. מצד שני, נתפשו חובות אלה, ממש כמו החובה לציית לחוק, כחובות הצריכות ביסוסים. פילוסופים טרחו לספק להן ביסוסים כאלה⁶³. ניתן להראות בנקל, כי צידוקים אלה אינם חלים על כל פעולה פרטית הנמנית על הסוגים הכלליים "קיום הבטחות" ו"המנעות מהריגה", ושלבן, אין בעצם חובה לקיים הבטחות ואין בעצם איסור להרוג בני־אדם. ביחס לחובה האחרונה טענו פילוסופים – ולדעתי, באורח משכנע – כי היא מבוססת על שתי הנמקות חשובות. ראשית, ערכם של חיי יצורים המסוגלים לאושר והנאה. שנית, ערכם המיוחד של חיי יצורים המסוגלים למודעות עצמית, לרציונליות ולאוטונומיה. ואולם, ברור הדבר שיש בני־אדם שאינם מסוגלים לא להנאות ולא לאוטונומיה. מסקנה תקפה אחת הנובעת מתוך כך היא, כי ביחס לבני־אדם מסוימים הצידוקים לאיסור הריגת בני־אדם אינם חלים. הטיעונים המצדיקים המתוחזקת והפלות מבוססים, לפחות באורח חלקי, על מסקנה זו ועל קרה־מחשבה המוליך אליה. נובע מכאן שהחובה שלא להרוג אינה אוניברסלית כמובן שגורן לעיל. דברים דומים ניתן להראות לגבי החובה לקיים הבטחות. ואולם, האם רוצים אנו לעבור ממסקנה זו? לאמור: כי החובות לקיים הבטחות ולהימנע מהריגת בני־אדם אינן אוניברסליות, אל המסקנה כי אין חובה לקיים הבטחות וכי אין חובה להימנע מהריגת בני־אדם? המחיר הזה נראה קצת גבוה. בעצם, הוא גבוה יותר ממה שהוא נראה. נראה שעלינו לוותר בעצם כמעט על כל החובות שיש להן דרגה סבירה של ספציפיות⁶⁴. ואולם, אם ההיגיון דורש זאת, האם יש דרך לא לשלם את המחיר הזה? אני סבור שיש.

62 ראה M.B.E. Smith, "Is there a *Prima Facie* Obligation to Obey the Law?", 82 *The Yale Law Journal*, (1973) 950; Raz: "The Obligation to Obey the Law" in: *The Authority of Law* 234-249; "The Obligation to Obey – Revision and Tradition, 1 *Notre Dam Journal of Law, Ethics & Public Policy* (1984) 139-155; P. Soper, "The Obligation to Obey the Law", in: R. Gavison *supra* note 59.

63 ראה, למשל, P. Singer, *Practical Ethics* (Cambridge, 1979), chap. 4; J. Glover, *Causing Deaths and Saving Lives* (Penguin, 1977), Chap. 3.

64 נראה כי החובות היחידות שעמן ניותר תהיינה אלה המנוסחות בעקרונות המוסריים הבסיסיים והמופשטים ביותר (כמו, למשל, עקרון התועלת או הציווי הקטיגורי).

3. הקשר הצידוקי

הדרך לא לשלם את המחיר האמור מצויה בהכנה מדויקת יותר של הקשר הצידוקי בין העובדה שפעולה נמנית על סוג מסוים לבין תביעת ביצועה מכוחה של החובה הכללית הדרושה פעולות מסוג זה. הכנה זו אינה גוררת שחובות כלליות כאלה הן אוניברסליות במובן הנדון כאן. הקשר הצידוקי יכול וצריך להיות מובן בשני האופנים הבאים: ראשית, אם הצידוק או הצידוקים של החובה הכללית חלים על פעולה פרטית הנמנית על הסוג שחובה זו היא חובה לבצע, חלים צידוקים אלה על פעולה פרטית זו מפני שהיא נמנית על סוג זה, ולא בזכות תכונה אחרת כלשהי של פעולה זו. מפני שפעולה מסוימת נדרשת עליידי החוק, ולא בזכות תכונה אחרת כלשהי שלה (למשל, כזו הנובעת מתוכנו המוצלח של החוק המסוים או מן הנסיבות שבהן הוא חל), נעשית פעולה זו למחויבת מכוחה של החובה לציית לחוק; ומפני שפעולה מסוימת הובטחה, ולא בזכות תכונה אחרת כלשהי שלה (למשל, כזו הנובעת מתוכנה של ההבטחה המסוימת או מאופי היחסים שבין המבטיח הספציפי לנבטח הספציפי), נעשית פעולה זו למחויבת מכוחה של החובה לקיים הבטחות. האמת השנייה שהקשר הצידוקי מצביע עליה היא, כי מה שעושה פעולות פרטיות הנמנות על סוג הנחשב לחובה למחויבות, היא תכונה לאאקראית של אותו סוג פעולות. למשל, בקשר לחובה המוסרית לציית לחוק: ייתכן הדבר כי אם אדם יימנע מלבצע פעולה שהחוק דורש ממנו לבצע, יושם אדם זה בכלא ולא יהיה מסוגל או לקיים את חובתו המוסרית לפרנס את משפחתו. אפשר לומר, כי במקרה כזה יש לאיש חובה מוסרית לבצע את הפעולה שהחוק דורש ממנו לבצע, ומפני שהחוק דורש ממנו זאת. שכן, אלמלא דרש החוק פעולה זו, לא היה עומד האיש בסכנת מאסר והפרת חובתו המוסרית לפרנס את משפחתו⁶⁵. הקשר הצידוקי בין השתייכותה של פעולה פרטית לסוג המתווה חובה לבין היותה לחובה, מורה לא על טעמים מוסריים אקראיים שכאלה. חובה לציית לחוק פירושה חובה לבצע פעולות שהחוק דורש, מפני שהוא דורש זאת, ובגלל טעמים הקשורים לטבע החוק – טעמים הקשורים אל החוק כשלעצמו ולא טעמים הנטפלים לו באורח מקרי.

אף אחד משני הדברים הללו, שעליהם מוסב הקשר הצידוקי, אינו גורר את המסקנה שחובות כלליות – כמו החובה לציית לחוק, החובה לקיים הבטחות והחובה שלא להרוג בני-אדם – הינן בהכרח אוניברסליות במובן זה שכל הפעולות הפרטיות הנמנות עליהן נדרשות בפועל עליידי הטעמים המצדיקים חובות אלה. המובן הראשון של הקשר הצידוקי הוא מובן מוציא. פירושו הוא, כי אם פעולה פרטית נדרשת מכוחה של חובה כללית, הרי זה הודות לעובדה שפעולה זו נמנית על סוג הפעולות שחובה זו היא חובה לבצע, ולא הודות לתכונה אחרת כלשהי של אותה פעולה פרטית. אין פירושו של הקשר הצידוקי, כי ההשתייכות של פעולות פרטיות לסוג של פעולה הנתפש כחובה פירושו

65 הדוגמא היא של סופר, לעיל, הערה 63. סופר אינו עושה את ההבחנה בין שני המובנים של הקשר הצידוקי שהצעתי כאן. הוא גם מדבר כאילו היתה איראקראיות שביסוד הקשר הצידוקי שקולה במובנה לאוניברסליות. זוהי טעות. איראקראיות ואוניברסליות יכולות לגרום אולי זו את זו אך אין הן זהות במובנן, ואם הטיעון שבטקסט להלן הוא משכנע, בדאי מאוד להתעקש על ההבחנה בין אוניברסליות ובין איראקראיות.

שפעולות פרטיות אלה נעשות בהכרח מחויבות, לאמור: נדרשות עליידי הטעמים המצדיקים את החובה הכללית. פירושו של הקשר הצידוקי הוא רק, כי ההשתייכות של הפעולה הפרטית אל הסוג המהווה חובה היא תנאי הכרחי לכך שפעולה פרטית זו תידרש עליידי הטעמים המצדיקים חובה זו. אין השתייכות זו בבחינת תנאי מספיק לכך שהפעולה הפרטית תידרש עליידי ביסוס החובה. המובן השני של הקשר הצידוקי הוא מובן איהאקראיות. פירושו הוא, כי משהו לא-אקראי בקשר לסוג הפעולה הנחשב לחובה הוא הדבר שבזכותו נעשות פעולות פרטיות המשתייכות אל סוג זה לכאלה הנדרשות עליידי טעמים מוסריים נוספים – אותם טעמים המצדיקים את החובה. גם מכאן לא נובע כי כל-אימת שפעולה פרטית נמנית על הסוג המהווה חובה, היא נדרשת בהכרח גם עליידי טעמים מוסריים אלה. שכן, איהאקראיותם של הטעמים המוסריים יחסית לסוג הפעולה המהווה חובה יכולה להתמצות בכך שהם אופייניים לסוג זה ואין הם חייבים להיות הכרחיים יחסית לו. נובע מכאן, כי אין זה הכרחי שכל החובות הכלליות הינן אוניברסליות במובן זה שכל פעולה פרטית הנמנית עליהן נדרשת עליידי הטעמים המצדיקים אותן. אפשרי הדבר, שחובות כלליות מסוימות מציינות סוגי פעולה שהפעולות הפרטיות הנמנות עליהם נדרשות באורח אופייני, אך לא הכרחי, עליידי הטעמים המצדיקים חובות כלליות אלה.

נראה שכאלה הן החובות לציית לחוק, וגם שתי החובות האחרות שצינו לעיל – החובה לקיים הבטחות וחובות והחובה שלא להרוג בני-אדם. סוג הפעולה של הריגת בני-אדם אופייני לו שהוא כרוך בהכרח יצורים המסוגלים להנאות, לרציונליות ולרציות; לסוג הפעולה של הפרת הבטחה אופייני שהוא תורם להחלשת מערכת של הסתמכויות בינאישיות בתוך החברה; לסוג הפעולה של הפרת חוק אופייני שהוא מסכן את קיום החוק כמוסד לקביעת התנהגויות ולאכיפתן בחברה. ערכים אלה הם מקור אופייני להצדקת פעולות פרטיות המשתייכות אל הסוגים הנזכרים, וקשורים אל סוגי פעולה אלה לא באורח מקרי. זה מבטיח את איהאקראיות של הקשר בין העובדה שפעולה פרטית נמנית על סוג הפעולה המהווה חובה לבין היותה למחויבת – איהאקראיות שהקשר הצידוקי מוסב עליה. אין פירושו של דבר, כי כל פעולה פרטית השייכת לסוג נדרשת בפועל ובאורח אוטומטי עליידי הטעמים המצדיקים היות סוג פעולה זה בגדר חובה כללית.

במלים אחרות: כדי למלא את דרישת איהאקראיות המונחת ביסוד הקשר הצידוקי שבין השתייכותה של פעולה פרטית אל הסוג המהווה חובה כללית לבין היותה למחויבת, מספיק להשיב בחיוב לשאלות כמו: האם יש משהו אופייני אודות החוק העושה פעולות הנדרשות בחוקים למחויבות מבחינה מוסרית? האם יש משהו אופייני להריגת בני-אדם שבגיניו אסורות פעולות הנמנות על סוג זה? אין זה הכרחי להשיב בחיוב לשאלה השאפתנית יותר: האם יש משהו פנימי ומהותי לחוק שבגיניו נעשות כל הפעולות המצוינות בחוקים למחויבות מוסרית? האם יש משהו מהותי והכרחי אצל בני-אדם שבגיניו אסורות כל ההריגות של בני-אדם?

אני מקווה שהראיתי, כי ניתן להבין את הקשר הצידוקי בין עובדת דרישתה של פעולה בחוק לבין היותה מחויבת מוסרית בדרך שאינה גוררת את דרישת האוניברסליות שהוסברה לעיל. אני מקווה גם שהראיתי כי אם צעד זה אינו נעשה, אזי המחיר שאנו מצוים לשלם של גרירה זו אינו רק ויתור על החובה לציית לחוק, אלא אף ויתור על

חובות מוסריות מרכזיות אחרות. יש סיבות טובות להמשיך ולדבר על חובות כלליות כמו החובות שלא להרוג, לקיים הבטחות ולציית לחוק, אף אם הן אינן אוניברסליות. שכן, נראה כי מוצדק שנוסיף להשתמש בביטויים המרמזים על כך שסוגים מסוימים של פעולות הם כאלה שפעולות פרטיות הנמנות עליהם נדרשות עלידי טעמי פעולה הקשורים באורח אופייני לסוגי פעולות אלה. אצביע מיד על שיקולים נוספים התומכים בטענתי זו – שיקולים הנוגעים למרדני חשיבותן של חובות כלליות. לפני שאעשה זאת, אסכם בקצרה את עיקרי משמעותה של הטענה כי יש חובה לציית לחוק.

4. סיכום משמעותה של חובת הציות לחוק והבהרת חשיבותה

לומר שיש חובה לציית לחוק פירושו לומר את שני הדברים הבאים. ראשית, כי אופייני לעובדה שפעולה נדרשת עלידי החוק שהיא מזמנת טעמים מוסריים מסוימים (הגינות ומניעת תוצאות רעות) המצדיקים ביצועה של פעולה זו. שנית, שכחם לפעולות הנדרשות עלידי החוק, אם טעמים אלה חלים, הם גוברים בהכרח רק על סוגים מסוימים אחרים של טעמי פעולה (למשל, טעמים של אינטרס עצמי). כל טעם פעולה אחר (בין שהוא עולה מתוכנו של החוק המסיים ובין שהוא עולה מן הנסיבות שבהן הוא חל) התומך באיביצועה של הפעולה שהחוק דורש, חייב להישקל כנגד הטעמים שעובדת הציווי בחוק וזמנה (הגינות ותוצאות רעות) באופן שבו בדרך-כלל נשקלים טעמים בעד ונגד ביצועה של פעולה. בשקילה כזו הטעמים התומכים בחובה לציית לחוק יכולים להיות מוכרעים עלידי הטעמים נגד ביצוע הפעולה שהחוק דורש. במלים אחרות: לומר שיש חובה לציית לחוק אין פירושו לומר, שאנו מחייבים בהכרח לבצע כל פעולה פרטית שהחוק דורש; וכל זה משום שני שיקולים מושגיים שחשוב להבדיל ביניהם. ראשית, כשסוג מסוים של פעולות נחשב לחובה, אין פירושו של דבר שהוא נדרש עלידי טעמים בעלי כוח מוחלט יחסית לכל טעמי הפעולה שבועלם. הוא נדרש עלידי טעמים שכוחם המוחלט עומד להם רק ביחס לטעמי פעולה מסוימים אחרים. לכן, טעמי פעולה שאינם מצויים תחת השליטה המוחלטת של הטעמים המצדיקים את חובת הציות לחוק יכולים להתחרות בחובה זו ולהכריעה⁶⁶. שנית, כפי שהוסבר כאן, העובדה שסוג פעולה מסוים נתפש כחובה אינה גוררת שכל הפעולות הפרטיות הנמנות על סוג זה נדרשות עלידי הטעמים שבגינם סוג זה הוא בגדר חובה. לפיכך ייתכן הדבר, שפעולה הנדרשת עלידי החוק לא תבוצע לא רק משום שהטעמים המצדיקים את החובה לציית לחוק מוכרעים ביחס לאותה פעולה עלידי טעמים אחרים, אלא גם משום שהטעמים המצדיקים את החובה לציית לחוק כלל אינם דורשים פעולה פרטית זו.

מבחינה מעשית, מסקנותי אינן שונות באופן רדיקלי ממסקנותיהם של מבקרי חובת הציות לחוק שנדונו במאמר זה. כפידתם בחובה לציית לחוק אינה גוררת רשות מוסרית להתעלם לגמרי מן העובדה שפעולות נדרשו עלידי החוק⁶⁷, ואילו האישוש שאני ניסיתי לתת כאן לחובה זו אינו גורר את המסקנה שהעובדה שפעולות נדרשות עלידי

66 ח' גנו, לעיל, הערה 60.

67 ראה, למשל, J. Raz, *The Authority of Law* 237, 262.

חוק היא עובדה שתמיד, וללא יוצא־מִן־הכלל, מזמנת טעמים מוסריים התומכים בביצוע של פעולות אלה. אני מקווה שהשיקולים הנורמטיביים שנדונו בחלקים הרביעי והחמישי של המאמר, והשיקולים ההגיוניים שהוסברו בחלק זה, תומכים במסקנותי.

אעבור עתה לדון בהערכת חשיבותה של החובה לציית לחוק. מ'ב'א' סמית הציע לנו שני קריטריונים להערכת חשיבותן של חובות. "ראשית, חובה־לכאורה היא רצינית אך ורק אם פעולה המפרה חובה כזו ושאינה בבחינת קיום חובה אחרת כלשהי הינה פעולה רעה באורח רציני; ושנית, חובה־לכאורה היא רצינית אך ורק אם הפרתה תיעשה להרבה יותר רעה – פעולה שהיא כבר רעה מנימוקים אחרים"⁶⁸. סמית מביא את דוגמת החוק האוסר על חציית כביש ברמזור אדום בשתיים לפנות־בוקר כדי להוכיח שבהתאם למבחניו, החובה לציית לחוק, אילו נתקיימה, לא היתה יכולה להיחשב לחובה חשובה. ואולם, מה שסמית מראה בעצם הוא רק שמקרים מסוימים של החובה לציית לחוק הם טריביאליים ובלתי־חשובים. אין זה מוכיח שבכל תחולותיה חובה זו היא בלתי־חשובה. ומכל־מקום, טעות היא להסיק מן הטריביאליזם של תחולות מסוימות של החובה לציית לחוק אודות ערכה של חובה זו בכלל. אחדות או אפילו רבות מן התובות המשפטיות הינן טריביאליזם מפני שהסיכון שבו הן מעמידות את הערכים שעליהם החובה לציית לחוק מגינה תלוי בהסתברויות עובדתיות המשתנות ממקרה אחד למקרה אחר של הפרת חובה זו. כמוכן, חובות משפטיות אינן שונות מחובות הבטחה. הערך המתמצה בקיומו של מוסד לכינון ולאכיפה של התנהגויות בתוך החברה יעמוד בסיכונים שונים במקרים שונים של הפרת חוק כשם שהערך המתמצה בשימורה של מערכת הסתמכויות בינאישיות בתוך החברה יעמוד בדרגות שונות של סיכון במקרים שונים של הפרות הבטחה. מכאן אין זה נובע שהחובות הכלליות לציית לחוק ולקיים הבטחות הן בלתי־חשובות. בהתאם לקריטריונים של סמית עצמו, ניתן בנקל להצביע על דוגמאות של חובות משפטיות מסוימות שהינן חשובות מאוד. ואולם, הנקודה העיקרית שרצוני להעלות היא כי הקריטריונים של סמית הם חלקיים. נכון הוא שהקריטריון השני שלו מראה כי החובה לציית לחוק היא פחות חשובה יחסית לחובה לקיים הבטחות ולחובה להימנע מהריגת בני־אדם. ואולם, כנגד קריטריון זה עלינו להזכיר לעצמנו קריטריון אחר שכבר נזכר בחלק הקודם של המאמר: חובה מוסרית היא חשובה אם יש לה הכוח להפוך פעולות לחיוביות מבחינה מוסרית ושאלמלא החובה, הן היו שליליות מן הבחינה המוסרית ומבחינות אחרות. כאן נראה שהחובה לציית לחוק צוברת נקודות רבות יותר משתי החובות האחרות.

חובות כלליות (בניגוד למקרים פרטיים המשתייכים אליהן) חשובות אם הן מגינות על ערכים חשובים, והחובה לציית לחוק (ממש כמו החובה לקיים הבטחות) עושה כן. יתירה מזאת: חשיבותן של חובות כלליות היא פונקציה לא רק של חשיבות הערכים הכלליים שעליהם הן מגינות, אלא גם של התדירות שבה עשויות חובות אלה לחול, והתדירות שבה מופיעים בחיי המעשה שלנו הטעמים המוכרעים בהכרח עלידי חובות אלה. רצונות פעוטים שלנו הם טריביאליים ובלתי־חשובים מכוח הגדרתם כפעוטים. אבל רצונות פעוטים שלנו נוכחים תדיר בחיי המעשה שלנו. אם חובה כללית נתונה

68 סמית, לעיל, הערה 63.

גוברת עליהם בהכרח, אזי אם הודמנויות חלונתה של חובה זו הן תדירות מאוד, העובדה שאנו מחזיקים בחובה כזו נראית ראויה לציון בתיאור חיי המעשה שלנו, אף אם חובה זו אינה מגוננת על ערכים חשובים. שכן, אם אנו מחזיקים בחובה כזו, פירושו של דבר הוא שאיננו מרשים לעצמנו במקרים שבהם היא חלה, לפעול בהתאם לטעמים שלעתים מאוד קרובות קובעים את מעשינו.

החובה לציית לחוק, ממש כמו החובה לקיים הבטחות, היא חשובה בכל המישורים שנוכרו לעיל. ההודמנויות שבהן היא חלה הן שכיחות: הטעמים שאותם היא מכריעה בהכרח, אפילו אם הננו מינימליסטים וסבורים שאלה הם רק רציות פעוטות, גם הם מאוד שכיחים בחיינו; ולבסוף חובה זו מגוננת – כפי שניסיתי לטעון קודם – על ערך חשוב, אם כי לא החשוב ביותר: קיומו של מכשיר לכינון ולאכיפה של התנהגויות רצויות – מכשיר שקיומו מעצים במידה ניכרת את הציבות והביטחון בחיינו.