

התפיסה הריאליסטית של המשפט*

מאת

חנוך דגן**

א. מבוא

רבים יסכימו לטענה שזרם הריאליזם המשפטי שינה מן היסוד את השיח המשפטי (האמריקני)¹. עם זאת בעיני רבים, "התפיסה הריאליסטית של המשפט" – כותרת החיבור הזה – תיחזה כאוקסימורון. אחדים זוכרים אולי את הכינוי שהדביק רונלד דבורקין לריאליזם המשפטי – "נומינליזם"². אלה עשויים ודאי לתהות, כיצד אני יכול לטעון שלאותם "נומינליסטים" – המרדדים כל תופעה מורכבת לאוסף של מופעים בדידים – יש משהו בעל משמעות לתרום לניתוח המשפטי. אחרים רואים בריאליזם מתקפה שלוחת רסן נגד הפורמליזם המשפטי³, כזו שאינה מותירה פתח לאופק קונסטרוקטיבי. ושוב, אם כל מה

* זהו תרגום של מאמר שהתפרסם ב-607 (2007) *U. Toronto L.J.* 57. ברצוני להודות לגרג אלכסנדר, איציק בנבגי, ישי בלנק, אלן ברודנר, נילי כהן, דונלד דייויס, ניל דקסבורי, דוד אנוך, אנדרו הלפין, ריק הילס, חגי כנען, דניס קלימצ'ק, רועי קרייטנר, מני מאוטנר, היקי פיהלאג'אמאקי, דג רנדלמן, ארתור ריפשטיין, קרייג רות'רהאם, חיים סיימן, ג'ו סינגר, כריס טומלינס, ארני ווינריב, סטיב וויזנר, קתרינה ווימן, איל זמיר ומשתתפים בסדנאות בבתי הספר למשפטים באוניברסיטה העברית ובאוניברסיטאות בר אילן, חיפה, תל-אביב, וושינגטון אנד לי וטורונטו על הערות והצעות מועילות; לג'ניפר שקבטור על עזרה במחקר; לגליה שניבויים על עבודת התרגום; למרכז-על צגלה למחקר בינתחומי של המשפט על עזרה במימון המחקר. דקאן ופרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

1 ראו למשל A.T. Kronman "Jurisprudential Responses to Legal Realism" *73 Cornell L. Rev.* (1988) 335.

2 ראו R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1978), 15-16 וכן M. Horwitz *The Transformation of American Law, 1870-1960* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977), 202.

3 M. White *Social Thought in America: The Revolt against Formalism* (Boston: Beacon Press, 1957), 11.

שיש בריאליזם הוא קריאה לאנטי פורמליזם, קשה לדבר על "תפיסה ריאליסטית של המשפט".

קוראים אחרים עשויים לבקר את כותרת החיבור מן הכיוון ההפוך, כלומר מן הטעם שמשמעת ממנה הנחה בדבר קיומה של תפיסה ריאליסטית אחת – במקום ריבוי של תפיסות. אלה עשויים להצביע על מגוון האסכולות – הבולטות שבהן הן ודאי "משפט וכלכלה" ו"התנועה הביקורתית של המשפט" – שרואות עצמן, או לפחות נחשבות, כממשיכו של זרם הריאליזם המשפטי⁴ ואף להזכיר את היריבות בין הזרמים השונים, הנובעת מחילוקי דעות משמעותיים ביחס לטבע המשפט⁵. מכיוון שחילוקי הדעות הללו הם אמיתיים, הריאליזם המשפטי עשוי להיות מובן לכל היותר כאוסף אקלקטי, וככל הנראה גם בלתי קוהרנטי, של רעיונות בסיסיים אודות המשפט, שההתנגשות ביניהם היא בלתי נמנעת משעה שירודים לעומקם (מלאכה שהושארה לממשיכיהם של הריאליסטים)⁶. אף קוראים אלה אפוא עשויים להגיע לאותה מסקנה בלתי מחמיאה, שלפיה הניסיון לדבר על "תפיסה ריאליסטית של המשפט" הוא בעייתי ביותר.

אם כל מה שיש בריאליזם הוא נומינליזם, ביקורת לשם ביקורת או אוסף של רעיונות בלתי קוהרנטיים, אכן אין היגיון רב בניסיון לאתר את "התפיסה הריאליסטית של המשפט". אפילו קוראים אוהדים יותר של הריאליזם המשפטי, כאלה המייחסים לו בכל זאת כמה תובנות עמוקות אודות טבע המשפט, עשויים לטעון שהניסיון לנסח מחדש את לקחיו התורת-משפטיים הוא עקר. זאת משום שניתן באותה מידה לייצג את טענותיה של ההשקפה הריאליסטית של המשפט באמצעות אסכולות תורת-משפטיות אחרות, ידועות יותר או פחות, כמו למשל הגישה האמפירית למדעי החברה⁷, אינסטרומנטליזם פרגמטי⁸, התנועה הביקורתית של המשפט⁹, ניהיליזם מיושן¹⁰ או אנרכיזם פילוסופי¹¹. סטודנטים עכשוויים

- 4 ראו למשל J.W. Singer "Legal Realism Now" 67 *Cal. L. Rev.* (1988) 467, 532; J. Hasnas "Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument" 45 *Duke L.J.* (1995) 84, 91-92, 95, 107-108.
- 5 R.A. Posner *Economic Analysis of Law* (6th ed., New York: Aspen, 2003), 529, השווה עם M. Kelman *A Guide to Critical Legal Studies* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987), 184.
- 6 G. Minda *Postmodern Legal Movements* (New York: New York University Press, 1995), 26, 28-30; Horwitz, לעיל הערה 2, עמ' 169, 212-208.
- 7 ראו J.H. Schlegel *American Legal Realism and Empirical Legal Science* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1995).
- 8 ראו R.S. Summers *Instrumentalism and American Legal Theory* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1982).
- 9 ראו Horwitz, לעיל הערה 2, עמ' 270-271.

של אסכולות מגוונות אלה מצליחים להפיק מהן ניתוחים עשירים ומתוחכמים יותר מאלה שניתן יהיה לזקק מן הספרות הריאליסטית, לפיכך מעבר ליעד (הראוי כשלעצמו) של עשיית צדק היסטורי עם הריאליזם, לימוד מחדש של כתביו יהיה בעל תועלת שולית בלבד. כפי שכותרת המאמר מלמדת – עמדתי אינה כעמדתם של כל אלה. לטענתי, הריאליזם המשפטי מציע תובנות חשובות, בעלות ערך סגולי – ונכון לעכשיו לרוב נשכחות – לניתוח התורת המשפטי. חיבור זה יְרָאָה כי הריאליזם מגלם תפיסה ייחודית וספציפית של המשפט, כזו שלא ניתן להמירה בשום תפיסה אחרת¹². אכן, החזרה שלי למורשת הריאליסטית אינה בבחינת עיסוק בהיסטוריה אינטלקטואלית. איני מתכוון לעסוק בשורשים האינטלקטואליים של הרעיונות הריאליסטים¹³, בהערכת מעמדה ההיסטורית של התנועה הריאליסטית¹⁴ או בניתוח כתביו של מלומד ריאליסט כזה או אחר¹⁵. תחת זאת בכונתי להציע פרשנות מועילה לכתבים הריאליסטיים ולזקק מתוכם את ראיית המשפט הגלומה בהם, הרלוונטית לכאן והעכשיו המשפטיים¹⁶. כשמטרה זו לנגד עיניי, אני מתעלם מלא מעט תבן (וגם מכמה דברי הבל ממש) שהספרות הזו מכילה וקורא אותה באור הטוב ביותר האפשרי¹⁷. אותה

10 ראו B.A. Ackerman *Reconstructing American Law* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1984), 6-22.

11 ראו M.S. Green "Legal Realism as a Theory of Law" 46 *Wm. & Mary L. Rev.* (2005), 1915.

12 כפי שניתן להבין מן הטקסט, יש להניח כי ריאליסטים משפטיים יראו ברוב הדיונים התורת-משפטיים כוויכוחים – שהם קרוב לוודאי נורמטיביים – בין תפיסות מתחרות של המשפט ולא כטיעונים המתיימרים לנסח את התפיסה האחת האפשרית של המשפט. עמדה זו אף הובעה על ידי כמה תאורטיקנים משפטיים עכשוויים. ראו D. Dyzenhaus "The Genealogy of Legal Positivism" 24 *Oxford J. Legal Stud.* (2004) 39, 56; L. Murphy "The Political Question and the Concept of Law" in J. Coleman (ed.) *Hart's Postscript* (Oxford: Oxford University Press, 2001) 371, 381-384; S.R. Perry "Interpretation and Methodology in Legal Theory" in A. Marmor (ed.) *Law and Interpretation* (Oxford: Clarendon Press, 1995) 97, 112-113; F. Schauer "The Social Construction of the Concept of Law" 25 *Oxford J. Legal Stud.* (2005) 493 (concept) לבין מושג (conception) לביין מושג (concept) 167 ראו B. Gallie "Essentially Contested Concepts" 56 *Proc. Arist. Soc.* (n.s.) (1956) 167.

13 ראו למשל E.A. Purcell, Jr. *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism and the Problem of Value* (Lexington: University Press of Kentucky, 1973); J.E. Herget, S. Wallace "The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism" 73 *Va. L. Rev.* (1987) 399.

14 ראו למשל W. Twining "Talk about Realism" 60 *N.Y.U. L. Rev.* (1985) 329.

15 באופן ספציפי, חיבור זה אינו מיועד לקחת חלק בדיון הער שהתפתח סביב הפילוסופיה של אוליבר וונדל הולמס.

16 להשקפה דומה ראו W. Twining "Other People's Power: The Bad Man and English Positivism, 1897-1997" 63 *Brooklyn L. Rev.* (1997) 189, 189.

17 ראו R. Dworkin *Law's Empire* (Cambridge, MA: Belknap Press, 1986), 52-53.

גישה היא שמנחה אותי בפרשנות הטקסטים, בבחירתם ובדגשים שאני בוחר להעניק להם¹⁸. קריאה אוהדת זו של הריאליזם גם תסביר מדוע אני מתמקד בהוגים אחדים, כגון אוליבר וונדל הולמס, בנג'מין קרדוזה, קרל לוואלין ופליקס כהן¹⁹, ומקדיש תשומת לב מועטה בלבד לאחרים – למשל ג'רום פרנק ות'ורמן ארנולד²⁰.

על פי התפיסה הריאליסטית שאני מסרטט, המשפט הוא מוסד דינמי המגלם שלושה מתחים מכוננים²¹: כוח-תבונה, מדע-אומנות ומסורת-קדמה. על פי התפיסה הריאליסטית, ייחודיותו של המשפט היא בהכלתם של שלושת המתחים המכוננים הללו. המשפט הוא אינו כוח בוטה, אבל גם לא תבונה טהורה; הוא לא רק מדע וגם לא רק אומנות; המשפט הוא לא רק צופה פני עבר, אך גם לא רק צופה פני עתיד. הריאליזם דוחה כל אחת ואחת מן התפיסות החלקיות הללו, העולות מרבים מן הניתוחים התורת-משפטיים העכשוויים. עבור הריאליסט, ההימצאות בשלושת המתחים הללו היא שמגדירה את המשפט. תורת משפט המבקשת להכריע או לרכך את אחד המתחים תימצא בהכרח חסרה.

אחת הדרכים להציג את תכלית החיבור הזה היא אפוא לראות אותו כניסיון לחשוף את הערפול והבעייתיות שמעוררת הקלישאה "כולנו ריאליסטים כעת"²². במובן מסוים הקלישאה הזו היא נכונה, ככל שהיא מתייחסת לאותן תאוריות משפטיות עכשוויות הממשיכות את הפרויקט הריאליסטי והעוסקות בליטוש ובביאור של טענה ריאליסטית מסוימת – יהי זה הערעור על הפורמליזם המשפטי או כל טענה אחרת ביחס למאפיין של

18 אכן, איני טוען שעלה בידי לאתר את המהות האחת הנכונה של הריאליזם המשפטי, כזו שתזדקק לעיני כל המעיין בכתבים הריאליסטיים. הפרשנות המוצעת כאן ודאי מושפעת מעמדו של ביחס למשפט. עם זאת הרעיונות המוצגים כאן אינם פרי המצאתי: תפיסת המשפט המוצגת כאן היא זו המונחת בבסיסה של כמות מספקת של טקסטים ריאליסטיים, כך שראוי לכנותה "התפיסה הריאליסטית של המשפט". במילים אחרות, הצלחת המאמר תלויה הן במידת יכולתו לייצר הבנה משכנעת של המשפט, הן ביכולתו להציע פרשנות הולמת להגות הריאליסטית. השו, M. Walzer *Interpretation and Social Criticism* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987), 1-32 (פרשנות כנבדלת הן מגילוי הן מהמצאה).

19 רשימת הריאליסטים המשפטיים שלי היא אכן רחבה מבחינה טמפורלית. בכך אני צועד בעקבותיו של Horwitz, לעיל הערה 2, עמ' 169-192. ראו גם A.L. Kaufman *Cardozo*, 203, 217, 314, 451 (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998); אך השו T.C. Grey "Modern American Legal Thought" 106 *Yale L.J.* (1996) 493, 497-502. B. Leiter "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence" 76 *Texas L. Rev.* (1997) 267, 269.

20 בחרתי במתכוון במונח "מתח" ולא במונחים חזקים יותר, כגון "סתירה". היחסים שבהם אני דן אינם יחסים של סתירה. עם זאת ולמרות שזוגות המונחים שבהם אני דן אינם הפכים, הם מייצגים תפיסות וגישות מתחרות והקושי ליישב ביניהם דומה לקושי ליישב בין טובין או התחייבויות שאינם ברי השוואה.

22 ראו L. Kalman *Legal Realism at Yale, 1927-1960* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1986), 229.

המשפט, שלדירו של הריאליזם הוא מהותי. אבל קלישאה זו היא גם מאוד מטעה, משום שבהתמקדן בהיבט אחד מתוך "התמונה הריאליסטית הגדולה", תאוריות משפטיות עכשוויות מפספסות את תובנות המפתח הריאליסטיות ומחמיצות את ההבטחה הגדולה הטמונה בריאליזם: חשיפה מתמדת של אותם מתחים המכוננים את המשפט. מטרתי בלימוד מחדש של הכתיבה הריאליסטית ובניסיון לנסח את "התפיסה הריאליסטית של המשפט", היא בדיוק לשוב אל אותה הבטחה ולהעמיד מחדש את סדר היום הריאליסטי למחקר ולעיון.

ב. מביקורת לניסוח מחדש

נקודת המוצא של הריאליזם היא הביקורת שלו על הפורמליזם, ביקורת שעשויה להיות לה רלוונטיות מיוחדת בעת הנוכחית, שבה הפורמליזם זוכה לעדנה מחדשת אצל כמה שופטים ומלומדים²³. בחלק זה של המאמר אפרט את עיקריה של התפיסה הפורמליסטית של המשפט ואראה כיצד הביקורת הריאליסטית על תפיסה זו היא עדיין חיה ובוועטת, חרף הניסיונות (הנועזים) שנעשו לשכך אותה. כפי שנראה, יש לטענה הריאליסטית – שלפיה ריבוי המקורות המשפטיים הופך את ההבטחה הפורמליסטית לבהירות דוקטרינרית ללא יותר מתענועע כוזב – השלכות הרות אסון על יכולתו של משטר פורמליסטי לתבוע לעצמו לגיטימציה וסמכות. הבנה נכונה של ביקורת רדיקלית זו של הפורמליזם המשפטי, היא נדבך הכרחי בדרך להבנת האלטרנטיבה שמציע הריאליזם למשפט, המבוססת על הפנמת ביקורת הפורמליזם והשלכותיה, וכן (במידה לא פחותה) על מחויבות עמוקה לשיקום המשפט כך שיוכל לשמש מוסד חברתי חי להשגת צדק²⁴.

1. פורמליזם משפטי

פורמליזם קלאסי – שמבחינה תרבותית גולם אולי יותר מכל בדמותו של כריסטופר קולומבוס לנגדל מאוניברסיטת הרווארד – מחזיק בהבנה של המשפט כמדע דוקטרינרי מובנה, כל-כולל ואוטונומי²⁵. על פי תפיסה זו, המשפט מבוסס על כמה עקרונות לוגיים

23 A. Scalia *A Matter of Interpretation* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1997), 25. ראו גם למשל "Symposium: Formalism Revisited" 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 527.

24 C.L. Tomlins "Framing the Field of Law's Disciplinary Encounters: A Historical Narrative" 34 *L. & Soc'y Rev.* (2000) 911, 944.

25 ראו Kronman, לעיל הערה 1, עמ' 335.

כמו-מדעיים²⁶. שני מאפיינים – הקשורים זה בזה – של התפיסה הפורמליסטית של המשפט, ראויים להדגשה: ההנחה בדבר אוטונומיה וסגירות של השדה המשפטי, והיותו של יקום אוטונומי זה נשלט בידי היגיון פורמלי²⁷.

על פי הפורמליזם, המשפט הוא "מדע אוטונומי בעל תקפות והיגיון פנימי", שבו התוצאות המשפטיות "נגזרות מתוך הלוגיקה הפנימית של המערכת"²⁸. המשפט מורכב ממושגים ומכללים. באשר למושגים, הפורמליזם מאמץ "גישה אפלטונית או אריסטוטלית", שלפיה מושג הוא זה אשר "מציין את המהות של אותו סוג של דברים"²⁹. באשר לכללים – הגלומים בחקיקה או בפסיקה – אף הם נתפסים כמנביעים באופן לוגי תוצאות משפטיות: ניתן לחלץ מן החקיקה ומן הפסיקה בדרך של אינדוקציה מספר מוגבל של עקרונות וביכולתם של מדעני המשפט לאתר את התשובה הנכונה לכל מקרה עתידי, תוך שימוש בהנמקה סילוגיסטית: סיווג המקרה החדש לאחת מכמה קטגוריות והסקת התוצאה בדרך של דדוקציה³⁰.

- 26 ראו N. Duxbury *Patterns of American Jurisprudence* (Oxford: Clarendon Press, 1995), במהלך 10; P.D. Carrington "Hail! Langdell!" 20 *L. & Soc. Inq.* (1995) 691, 709-710. השנים נעשה שימוש במונח "פורמליזם" אף כדי לתאר תפיסות אחרות. ראו D. Kennedy "Legal Formalism" in *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences* (vol. 13, Amsterdam: Elsevier, 2001). דיון בתפיסות אלה חורג ממסגרת החיבור הזה. זאת ועוד, לצורך ניסוח מחדש של התפיסה הריאליסטית של המשפט, נכון לעכשיו די במובן הקאנוני של פורמליזם קלאסי אשר מובא כאן כדי לתאר את אותו דבר שכנגדו יצאו הריאליסטים המשפטיים, גם אם – כפי שיש הטוענים – תיאור קאנוני זה הוא במידת מה קריקטורה. ראו A.J. Sebok *Legal Positivism in American Jurisprudence* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), 83-104.
- 27 ראו T.C. Grey "The New Formalism" Stanford Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 4, 1999, <http://ssrn.com/abstract=200732>.
- 28 R.H. Pildes "Forms of Formalism" 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 607, 608-609. למשל Carrington, לעיל הערה 26, בעמ' 708-709.
- 29 Grey, לעיל הערה 19, עמ' 11.
- 30 ראו Duxbury, לעיל הערה 26, עמ' 15; Horwitz, לעיל הערה 2, עמ' 16, 18; J. Dewey "Logical Method and Law" in W.W. Fisher III et al. (eds.) *American Legal Realism* (New York: Oxford University Press, 1993) 185, 188-189; W.W. Fisher III "The Development of American Legal Theory and the Judicial Interpretation of the Bill of Rights" in M.J. Lacey, K. Haakonssen (eds.) *A Culture of Rights* (Cambridge: Woodrow Wilson International Center for Scholars & Cambridge University Press, 1993) 266, 269.

מאחר שההנמקה המשפטית מובנת במונחים לוגיים אלה, שהם ניטרליים ואדישים לתכנים ספציפיים כאלה או אחרים³¹, על פי הפורמליסטים, שופטים הם טכנאים שהמשימה שלהם, כמו גם סוג המיומנות שהם מפעילים, היא מכנית: לאתר את הנורמה המשפטית הרלוונטית, להצהיר על תוכנה ולהחיל את הוראותיה הנתונות מראש. מאחר שהאמצעים הדוקטרינליים הללו מייצרים תוצאות קבועות ובעלות תקפות פנימית, אין צורך – ולמעשה לא ראוי – שעורכי דין יעסקו בשאלות הנוגעות למטרות חברתיות או לערכים³².

2. ביקורת הפורמליזם

נקודת המוצא של הפרויקט הריאליסטי היא בביקורת על תפיסה פורמליסטית זו של המשפט. הריאליסטים טוענים כי אותו "דוקטרינריזם" שמהלל המפעל הפורמליסטי אינו מתאר נכון את ההליך המשפטי. את הטענה הדסקרפטיבית (תיאורית) הזו הריאליסטים משכללים אף לכדי טענה מושגית, שלפיה העמימות ויכולת התמרון הנלווים למתודה הפורמליסטית, המבקשת לאתר את המשמעות האחת של כל מושג משפטי, או להגיע לתוצאה האחת הנגזרת מן הכללים המשפטיים – אלה פשוט הופכים את אותו דוקטרינריזם לבלתי אפשרי מושגית. לבסוף, הטענה התיאורית והטענה המושגית מהוות בסיס לביקורת הנורמטיבית של הריאליזם, שלפיה המתודה הפורמליסטית משמשת כאמצעי להסוואת בחירות ערכיות וליצירת בסיס מפוברק לסמכות מקצועית.

(א) עמימות דוקטרינרית

(1) התמודדות עם הארט

הבחירה לפתוח תיאור אוהד של הריאליזם המשפטי בדיון בטענת העמימות עשויה להתקבל בהרמת גבה. אחרי הכול נראה כי תיאורו המפורסם של הארט את טענת העמימות כ"הגזמה פראית"³³ התקבל זה מכבר כמוסכמה³⁴. ובכן – לא עליי. אמנם, נכון שהארט

31 מלומדים המאמצים ניתוח פורמליסטי עבור תחום ספציפי ומצומצם של שאלות משפטיות אינם מחזיקים בתפיסה פורמליסטית של המשפט, משום שהפורמליזם שלהם תקף, לשיטתם הם, רק ככל ובמידה שניתן להצדיק אותו במונחים ריאליסטים. רועי קרייטנר כינה זאת יפה "פורמליזם מקומי אינסטרומנטלי". ראו R. Kreitner "Fear of Contract" *Wis. L. Rev.* (2004) 429, 437-438.

32 ראו Horwitz, לעיל הערה 2, עמ' 10-9, 15, Carrington; 199-198, לעיל הערה 26, עמ' M. Mautner "Beyond Toleration and Pluralism: The Law School as a Multicultural Institution" 9 *Int'l J. Legal Prof.* (2002) 55, 56.

33 H.L.A. Hart *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), 144.

עצמו מקדיש תשומת לב לבעיה המצומצמת יותר של עמימות הכללים המשפטיים ומראה שאותה בעיה של עמימות מקורות דוקטרינריים בדידים אכן אינה גדולה, אולם הריאליזם מראה שדוקטרינות משפטיות הן עמומות בהכרח, לא – או לפחות לא בעיקר – בשל היות הכללים עמומים כל אחד לעצמו, אלא יותר מכך בשל ריבויים של כללים כאלה. עמימות דוקטרינרית נובעת, בראש ובראשונה, מקיומו של מרחב אפשרויות גדול לברור מתוכו את הכלל המשפטי הרלוונטי ופחות מעמימותו של כלל ספציפי, משעה שנבחר כמתאים לחול על סיטואציה משפטית נתונה.

הארט מכיר בכך שניתוח דוקטרינרי מותר מרחב פרשני מסוים, הן בשל עמימות השפה הן בשל הפלורליות האנושית, אך הוא ממשיך להחזיק בעמדה שאותו פער בין השפה למציאות אינו מחייב שלא יהיו "מקרים קלים" של החלת כלל משפטי על המציאות. הארט נותן כדוגמה את המקרה של חוק עזר האוסר כניסת כלי רכב לפארק העירוני. הארט מודה כי "באופן טבעי, השפה הכללית מגבילה רק במידה מסוימת את טווח המשמעויות שלה" ולכן עשויה להתעורר השאלה אם "כלי רכב" כולל במקרה כזה גם אופניים, מטוסים או גלגליות, אך בעוד ש"מקרים קשים" אלה הם בלתי נמנעים, בהתחשב ברקמה הפתוחה של כל שפה, "קיימים כל העת גם 'מקרים קלים', שהחלת הביטוי הכללי בעניינם היא פשוטה ובלתי בעייתית". כך, אופנוע הוא ודאי כלי רכב. הבחנה זו בין גרעין למעטפת של כל נורמה היא הבסיס למסקנתו של הארט, שלפיה בניגוד לביקורת הריאליסטית, "הגרעין של כללים משפטיים הוא ברור דיו כדי לסרטט גבול בין החלטה שיפוטית נכונה לשגויה"³⁵.

הניתוח של הארט עשוי ליטול את העוקץ מכמה מן הטענות הריאליסטיות בדבר עמימותם של כללים דוקטרינריים (לרוב חקוקים). כך, בניתוח הזה יש מענה הולם לטיעוניהם של ג'ון דיואי ומקס רדין, שלפיהם בלתי אפשרי "לייצר כללים ברורים כך שמן הרגע שנוסחו, ניתן יהיה להחילם אחת ולתמיד, באורח מילולי-מכני, על כל סיטואציה עתידית"³⁶. אכן, אם ביקורת העמימות מצטמצמת לטענה בדבר עמימות השפה, שבה מנוסחים הכללים³⁷ ובדבר "חוסר היכולת, האינהרנטי, לצפות את כל המקרים

34 ראו למשל, L. Green "The Concept of Law Revisited" 94 *Mich. L. Rev.* (1996) 1687, 1694.

35 Hart, לעיל הערה 33, עמ' 123, 141-142, 144. למופע מוקדם של טיעון זה ראו J. Dickinson "Legal Rules: Their Function in the Process of Decision" 79 *U. Pa. L. Rev.* (1931) 833, 846-847.

36 Dewey, לעיל הערה 30, עמ' 192.

37 ראו M. Radin "Statutory Interpretation" 43 *Harv. L. Rev.* (1929) 863, 868-869. רדין מרחיב את ביקורתו ומחיל אותה אף על שיטות מקובלות אחרות של פרשנות חוקים, כגון פרשנות על פי כוונת המחוקק. ראו שם, בעמ' 870. לניסוח הארטיאני של ביקורת טענה כזו ראו A. Marmor *Interpretation and Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1992), ch. 8.

העתידיים³⁸, כי אז הביקורת הזו מוגבלת למדי ונוגעת רק לאותם מקרים שהם "מקרים קשים" דוקטרינלית. אם טענת העמימות מכוונת לעמימות של כל כלל בדיד, היא אכן אינה מציבה איום של ממש על הפרויקט הדוקטרינרי.

רדין, שמתמקד בעמימות של נורמות סטטוטוריות, כל אחת בפני עצמה, כמו צופה את הטענה של הארט ומודה שכל כלל חקוק "מציב מגבלות מסוימות על אפשרויות הפרשנות שלו"³⁹. לעומת זאת הביקורת של דיואי אינה מצטמצמת לעמימותם של מקורות משפטיים בודדים. מיד לאחר שהוא מתייחס לקושי הנובע מן הפער הקבוע בין שפה לבין המציאות שאותה מבקשת השפה ללכוד, דיואי מוסיף כי "שאלות הנוגעות למשקלו של גורם כזה או גורם אחר הן המכריעות בקביעה מהו הכלל המשפטי שיחול על סיטואציה נתונה"⁴⁰.

(2) ריבוי דוקטרינרי

בעוד דיואי נוגע בבעיה של ריבוי דוקטרינרי רק במובלע, ריאליסטים אחרים מתייחסים לסוגיה הזו באופן מפורש ובאריכות גדולה הרבה יותר.

אם בכונתנו לאמוד את בעיית העמימות במלוא היקפה ועוצמתה, הם טוענים, לא די שנתבונן על כללים בודדים. עמימות הכללים נובעת בעיקר מקיומם של מקורות דוקטרינריים רבים, שכולם ניתנים להחלה פוטנציאלית בכל אחד מצמתי ההכרעה השיפוטית⁴¹. מכיוון שנורמות משפטיות בדרך כלל "באות בצורות"⁴² – משום שהדוקטרינה המשפטית מציעה תמיד אפשרויות "רבות ברירה" – דוקטרינות משפטיות אף פעם לא תספקנה תשובות שהן נגזרות מראש, מדויקות והכרחיות לבעיה משפטית נתונה⁴³. עמימות דוקטרינרית אופיינית למשפט בעיקר בזכות העובדה הפשוטה ששום כלל משפטי אינו מתקיים בחלל ריק; כללים הם תמיד חלק מן המערכת המשפטית שבה הם נתונים⁴⁴. בחינה ראויה של הטענה בדבר עמימות כללים מצריכה אפוא התבוננות על

- J. Waldron "Legislators' Intentions and Unintentional Legislation" in
A. Marmor (ed.) *Law and Interpretation* (Oxford: Clarendon Press, 1995) 329
- Dewey, לעיל הערה 30, עמ' 193. 38
- Radin, לעיל הערה 37, עמ' 878-879. 39
- Dewey, לעיל הערה 30, עמ' 192. 40
- הבעיה של ריבוי דוקטרינרי רחבה מהקושי שהיה נוצר אילו היה ניתן להחיל נורמות משפטיות – עמומות כל אחת לעצמה – בסדר קבוע וידוע מראש. 41
- W.W. Cook "Book Review of *The Paradoxes of Legal Science* by Benjamin Cardozo" 42
38 *Yale L.J.* (1929) 405, 406
- F. Rodell *Woe Unto you, Lawyers!* (New York: Reynold & Hitchcock, 1940), 154, 160 43
- J. Frank *Law and the Modern Mind* (London: Stevens, 1949), 138 למשל 44
- נקודה זו הודגשה על ידי הנס קלזון, מהבולטים שבפוזיטיביסטים המשפטיים, שטען כי תוקפם של כללים משפטיים – ולעתים אף המשמעות שלהם – נגזרים מהיותם חלק ממערכת משפט

הדוקטרינות המשפטיות כמכלול – כפי שערכי דין נוהגים לעשות. התבוננות מתוך פרספקטיבה רחבה כזו מיד מבליטה אלמנט של בחירה, שמוסתר בכל דיון המתמקד בעמימותם של כללים בודדים, לרבות הניתוח של הארט: מכיוון ש"המסורת המשפטית אינה יכולה לדבר אלא בכפל לשון"⁴⁵, תמיד קיים מרחב תמרון בבחירת הכלל המשפטי שיחול על סיטואציה משפטית נתונה. עבור הריאליזם, הצורך לבחור בין הכללים המתחרים להחלה בכל סיטואציה משפטית הוא המקור העיקרי (ושאין מנוס ממנו) לעמימות הדוקטרינרית⁴⁶.

כך, טוען קרל לואלין, ש"כל המערכות המשפטיות" הן עבודת טלאים של הנחות יסודיות, עטופות ב"חוסר עקביות המוסווה רק בקושי", משום שאנו מוצאים בכולן "מגוון של מקורות, המתקיימים אלה לצד אלה ושמידת הקוהרנטיות שלהם חלקית בלבד"⁴⁷. כל דוקטרינה משפטית, לרבות אלה המנחות את הפעילות הפרשנית של עורכי דין (כללי הפרשנות הקנוניים בשיטה)⁴⁸, כוללת "לפחות שתי מגמות הפוכות" בפרשנותה של כל נקודה ונקודה. עבור כל (או כמעט כל) מקרה נתון, עורכי דין מאתרים מקורות דוקטרינריים סותרים שיש ליישב ביניהם: כלל וחריג (לרוב מעורפל) או כלל מדויק לכאורה וסטנדרט מעורפל (כגון תום לב או סבירות) שגם הוא ניתן להחלה פוטנציאלית. המצאי הגדול כל כך של מקורות ביחס לכל שאלה משפטית, שאת כולם ניתן להרחיב או לכווץ, מוביל לעמימות דוקטרינרית עמוקה שלא ניתן לחמוק ממנה⁴⁹.

H. Kelsen *General Theory of Law and State* (A. Wedberg trans., ראו אפקטיבית. 3, 110-123 Cambridge, MA: Harvard University Press, 1949).

K.N. Llewellyn "Some Realism about Realism" in K.N. Llewellyn *Jurisprudence:* 45

Realism in Theory and in Practice (Chicago: University of Chicago Press, 1962) 42, 70

F.S. Cohen "The Problems of Functional Jurisprudence" in L. Kramer ; 58 'עמ' 46

Cohen (ed.) *The Legal Conscience: Selected Papers of Felix S. Cohen* (New Haven, CT:

; Yale University Press, 1960) 77, 83

A. Altman "Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin" (1986) 15 *Phil. &*

Pub.Aff. 205 ; ראוי להבהיר כי ריאליסטים אינם מכחישים שהדוקטרינה המשפטית

כשלעצמה מותירה אפשרויות רבות – למעשה את רוב האפשרויות – מחוץ לטווח הפרשנות.

הם רק טוענים כי תמיד תימצא יותר מאפשרות אחת יחידה כמתאימה להחלה.

K.N. Llewellyn *The Case Law System in America* (P. Gewirtz ed., M. Alsandi trans., 47

Chicago: University of Chicago Press, 1989), 45

R.M. Unger *The Critical Legal Studies Movement* (Cambridge, MA: Harvard

University Press, 1983), 15-22

K.N. Llewellyn "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons 48

.about How Statutes Are to Be Construed" 3 *Vand. L. Rev.* (1950) 395

ראו Llewellyn, לעיל הערה 47, עמ' 51-47. לדוגמה אחת – ההחלטה אם לראות בהעברת

טובין מצד השומרוני הטוב אקט של מתן טובת הנאה מצד המעניק או עשיית עושר של הנהנה

האפקט של ריבוי מקורות דוקטרינריים מוחרף עוד יותר לנוכח יחסי הגומלין המורכבים בין כללים לעובדות. החלטה בדבר הכלל המשפטי הראוי להחלה על סיטואציה משפטית נתונה דורשת סיווג של המקרה לקטגוריה המשפטית הרלוונטית. זה בתורו דורש הבחנה בין "עובדות מהותיות" או "עובדות רלוונטיות" (כגון המהירות שבה נהג הנאשם בזמן התאונה), לבין עובדות שאינן כאלה (כגון השעה שבה אירעה התאונה) ושהמשפט בהכרח מתעלם מהן, אולם סיטואציות עובדתיות מתירות סיווג ליותר מקטגוריה אחת וכל קלסיפיקציה כזו או אחרת כוללת "מידה של אלימות, כלפי העובדות או כלפי הקטגוריה המשפטית". יישום כללים על עובדות או מיון עובדות לתוך כללים מחייבת אדפטציה (התאמה) או של העובדות או של הכללים. הגדרת תהליך המיון הזה במושגים של "החלה של כללים על עובדות" היא לפיכך "הפשטה מתעתעת"⁵⁰. "יישום כללים" הוא ביטוי לא מתאים; מה שקורה למעשה הוא שכללים או נמתחים או מכווצים⁵¹. באופן דומה, הריאליסטים טוענים שהתפיסה של מסקנות, הנובעות באופן הכרחי ממושגים משפטיים, היא כוזבת. תחת זאת הם טוענים כי הנהרת מושגים משפטיים כוללת בחירה מתוך תפריט עתיר באפשרויות⁵². ההטרונגויות בהבנות העכשוויות של מושגים משפטיים (כגון קניין או חוזה) בתוך כל איזור שיפוט ומחוצה לו, כמו גם עושר האפשרויות שמציעה ההיסטוריה של מושגים משפטיים, מאתגרים את החתירה הפורמליסטית למושגיות אסנציאליסטית (מהותנית)⁵³.

H. Dagan *The Law and Ethics of Restitution* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), 86-122.

ריבוי דוקטרינרי קיים אפילו כאשר אנו עוסקים במקור משפטי יחיד, לפחות כשמדובר בפסק דין המהווה תקדים, בנבדל מכלל חקוק. ראו K.N. Llewellyn *The Bramble Bush* (Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications, 1930), 40-48; K.N. Llewellyn *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (Boston: Little, Brown, 1960) (להלן: *Llewellyn, Common Law Tradition*), 77-91. נכון שהפרקטיקה של חילוץ תקדים היא מבוססת דיה, כך שמשפטנים שונים מיישמים טכניקות דומות להבחנה בין ה'רציו' ל'אוביטר' של החלטה בזמן ובמקום נתונים. ראו K. Greenawalt "Reflections on Holding Dictum" 39 *J. Legal Educ.* (1989) 431, 433-434; אולם כל זה דווקא מעניק משנה תוקף לטענה הריאליסטית, שלפיה לא לשונה של הדוקטרינה כשלעצמה, אלא ההבנות המשותפות הללו של משפטנים הן אשר קובעות את פרשנות הדוקטרינה.

ראו Llewellyn, לעיל הערה 47, עמ' 53.

50 אף שקיים קשר בין שתי הטענות, יש להבדיל בין טענה זו לבין הטענה של ספקנות עובדות מבין מדרשו של פרנק. ראו למשל J. Frank "Say It with Music" 61 *Harv. L. Rev.* (1948) 921, 923-924.

51 F.S. Cohen "Transcendental Nonsense and the Functional Approach" 35 *Colum. L. Rev.* (1935) 809, 820-821, 827-829. ראו גם Horwitz, לעיל הערה 2, עמ' 202.

52 ראו למשל Dagan, לעיל הערה 49, עמ' 224-221, 316-315; H. Dagan "The Craft of Property" 92 *Cal. L. Rev.* (2003) 1517, 1527-1532.

לסיכום, הטעם העיקרי לטענתם של הריאליסטים, שלפיה שופטים אף פעם אינם מוגבלים לחלוטין על ידי הדוקטרינה המשפטית, אינו נעוץ בעמימות של כללים ספציפיים שאתה התמודד הארט בהצלחה, אלא בשאלה אם כלל משפטי יכול ללכוד סיטואציה משפטית המעוררת שאלה. ריבוי מקורות דוקטרינריים הוא הסיבה העיקרית לאמרתו המפורסמת של השופט הולמס, שלפיה "לכל מסקנה ניתן למצוא עיגון פורמליסטי"⁵⁴. התפקיד השיפוטי בפרשנות כללים ומושגים משפטיים הוא לעולם אינו כזה של החלה סטטית. בכל רגע נתון הדוקטרינה המשפטית מכילה אפשרויות סותרות הניתנות להחלה על המקרה הרלוונטי⁵⁵. שופטים תמיד נאלצים לבחור "ואולי אף לנסח מחדש את האפשרות הנבחרת"⁵⁶.

(ב) הסוואת בחירות ; פברוק סמכות

הפרויקט הפורמליסטי של "מדע לשם מדע" המתעמק "בדקדוקי המבנה הפנימי של המשפט וביפי ההליכים הפורמליים שלו" הוא אפוא כזה שלא ניתן לדבוק בו⁵⁷. זאת ועוד, הפרויקט הזה מטריד ואף מזיק, שכן הוא מציג שיפוטים ערכיים (לרוב אינטואיטיביים) שנעשים על ידי שופטים כמסקנות הכרחיות, כמו היו נגזרים מראש מעצם החלת הכללים והמושגים המשפטיים. בכך מסווה הפורמליזם את הבחירות הללו, הופך אותן לחסינות מפני בחינה אמפירית או נורמטיבית ומגן על מעטה הפרופסיונליות שעורכי דין מתהדרים בו ללא הצדקה.

(1) פורמליזם כמסווה

הכזב הפורמליסטי, טוען הולמס, משמש כמסווה ל"שיקולים של תועלת חברתית" המצויים "בלב לבו של מעשה השיפוט" ושאסור להם להיות עלומים⁵⁸. גם פליקס כהן עוסק בסוגיה של הסוואת בחירות נורמטיביות במסגרת הביקורת המפורסמת שלו על השימוש הפורמליסטי במושגים משפטיים. הגם ששימוש במושגים משפטיים הוא בלתי נמנע, טוען כהן, הפרקטיקה התמימה הזו היא מסוכנת, משום שעורכי דין נוטים "לחפצן"

O.W. Holmes "The Path of the Law" in *Collected Legal Papers* (New York: Harcourt, 54
R.A. Posner *Law, Pragmatism, and Democracy*. Brace & Co., 1920) 167, 181
(Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003), 81-82.
P. Gewirtz "Editor's Introduction" in K.N. Llewellyn *The Case Law System in America* 55
.P. Gewirtz ed., M. Alsandi trans., Chicago: University of Chicago Press, 1989) xvi
Llewellyn, לעיל הערה 47, עמ' 92 הערה 1. 56
.R. Pound "Mechanical Jurisprudence" 8 *Colum. L. Rev.* (1908) 605, 605 57
Holmes, לעיל הערה 54, עמ' 184. 58

(to thingify) מושגים משפטיים. "שפת הנון-סנס הטרנסצנדנטלי" של עורכי דין, כדבריו של כהן, מתייחסת למושגים משפטיים לא כאל מעשה ידי אדם, אלא כאל נתון, כאילו היו חלק בלתי נפרד מסביבתנו הטבעית או האתית וכך המושגים המשפטיים הקיימים מוצגים כמסבירים ומצדיקים את התוצאות המשפטיות. אבל "מושגי הקסם של תורת המשפט המסורתית", טוען כהן, אינם מסבירים ואף לא מצדיקים החלטות של בתי משפט. גרוע מכך, כאשר "הפיקציות והמטפורות הססגוניות של תורת המשפט המסורתית נחשבות כטעמים להחלטה, התוצאה היא שקל למנסח ההחלטה או העמדה, כמו גם לקורא... להתעלם מקיומם של הכוחות החברתיים המעצבים את המשפט ומאמות המידה החברתיות שעל פיהן ראוי לשפוט את ההסדרים המשפטיים"⁵⁹. אם כן, יש לצאת נגד הפורמליזם, משום שבהתיימרו למצוא תשובות דוקטרינריות הכרחיות לשאלות משפטיות, הוא מונע קיום של דיון פתוח ברציונות ובערכן הנורמטיבי של החלטות שיפוטיות חלופיות ובכך מוביל לאסנציאליזציה של בחירות שיפוטיות שהן למעשה קונטינגנטיות⁶⁰.

דיואי מציע ביקורת דומה על דרך ההנמקה הסילווגיסטית. דיואי מתאר את אופן ההצגה המשפטי (הפורמליסטי) כ"סיכון מקצועי" של שופטים. מטרת ההנמקה השיפוטית היא "לתאר את הבסיס להחלטה השיפוטית כך שההחלטה לא תיראה שרירותית". ההנמקה השיפוטית נוטה אפוא שלא לחשוף את כל אותן בעיות וספקות, שהן מנת חלקן של מקבל ההחלטה השיפוטית. זהו סוד קסמו של הסילווגיזם ושל הסילוף הנלווה אליו. "שפות מסוג זה, שיש להן חזות מהודקת... מעניקות אשליה של ודאות" ושל החלטה שיפוטית שהיא "א-אישית, אובייקטיבית ורציונלית". יתירה מזאת, כאשר "הדוקטרינה של כללים קודמים שהם הכרחיים וודאיים נכנסת לתמונה", "העבר הופך מקודש" וזה, על פי דיואי, "העוול הממשי הגדול" שמולידה המתודה הסילווגיסטית. מתן קדימות – ולמעשה הנצחה – של

59 Cohen, לעיל הערה 52, עמ' 811-812, 820. ראו גם J. Bingham "What Is the Law?" 11 *Mich. L. Rev.* (1912) 1, 12; J. Waldron "'Transcendental Nonsense' and System in the Law" 100 *Colum. L. Rev.* (2000) 16, 51; הניסוח מחדש של שיח הזכויות על ידי הופלד מהווה אף הוא מהלך דומה של חשיפת הבחירות הגלומות במבנים משפטיים ניטרליים לכאורה. ראו W.N. Hohfeld "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" 23 *Yale L.J.* (1913) 16; W.W. Cook "Privileges of Labor Unions in the Struggle for Life" 27 *Yale L.J.* (1918) 779; J.W. Singer "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld" *Wis. L. Rev.* (1982) 975. קרל לוואלין משכלל עוד יותר את המהלך המשחרר של הופלד וטוען כי סעדים שונים למעשה מקימים זכויות משפטיות שונות. ראו Llewellyn, לעיל הערה 45, עמ' 63. ראו גם H. Dagan *Unjust Enrichment: A Study of Private Law and Public Values* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), 12-14.

60 O.W. Holmes "Law in Science and Science in Law" in *Collected Legal Papers* (New York: Harcourt, Brace & Co., 1920) 210, 230, 232, 238-239.

הסטטוס קוו באופן כזה גוררת "תסכול, בוז כלפי המשפט ואף קיומה של מעין ברית בין הרשות השופטת לבין בעלי האינטרסים שאותם משרתות הפרשנויות הקיימות של הכללים המשפטיים"⁶¹.

(2) פורמליזם וההילה המקצועית של משפטנים

חשיפת העמימות ויכולת התמרון בהפעלת דוקטרינות משפטיות מעוררת חששות כבדים ביחס ליומרה המקצועית של משפטנים. כך, פרד רודל מצביע על היכולת של עורכי דין למצב את עצמם כ"אדונים של שאר בני האדם". עורכי דין רוכשים לעצמם כוח חברתי מופרז בכך שהם מסכלים כל "תחרות מותגים או מוצרים". הם מצליחים לזכות במעמד המיוחס והבלתי מוצדק הזה באמצעות יצירתה ושימורה (לעתים תוך הונאה עצמית) של שפה מובחנת בעלת חזות מדעית: שיח הפורמליזם המשפטי. רודל מתאר את השפה הזאת בססגוניות כ"מבוך של מחוות ופרוצדורות מבלבלות", בליל של "מילים ארוכות וביטויים גרנדיוזיים" בעלי "משמעות ריקה או מעורפלת" שלרוב "סותרים זה את זה". הוא מוסיף ומסביר כי עורכי דין מצליחים להסוות את "ריקנותה" של ההנמקה הדוקטרינרית באמצעות "הצגה יומרנית" של השפה הדוקטרינרית – שעבור מי שאינם משפטנים היא בבחינת "שפה זרה" – "ככזו שהיא בעיקרה מדע מדויק". הפורמליזם המשפטי אחראי אפוא למעמד המיוחס והבלתי מוצדק שלו זוכים משפטנים⁶².

3. חידת הרקונסטרוקציה (או הניסוח מחדש)

(א) אל מעבר לסובייקטיביזם נוסח פרנק

המתקפה הריאליסטית על הפורמליזם המשפטי מפורשת לעתים קרובות מדי כטוענת שלשופטים יש שיקול דעת בלתי מוגבל להגיע לתוצאות משפטיות פרי גחמותיהם האישיות, ושאותן הם מצדיקים לאחר מעשה תוך שימוש בכללים ובהנמקות משפטיות. בריאן לייטר (Brian Leiter) מכנה את העמדה הזו "פרנקיפיקציה" (frankification) של

61 ראו Dewey, לעיל הערה 30, עמ' 191, 193.

62 Rodell, לעיל הערה 43, עמ' 3-4, 6-7, 153, 157-158, 186, 189, 196, 198. לניסוח מודרני ראו P. Bourdieu "The Force of Law: Towards a Sociology of the Juridical Field" 38 R. Shamir *Managing Legal* גם *Hastings L.J.* (1987) 805, 819-821, 841-843 *Uncertainty: Elite Lawyers in the New Deal* (1995), 5, 166 N. Duxbury "In the Twilight of Legal Realism: שמציע רודל לבעיות אלה ראו Fred Rodell and the Limits of Legal Critique" 11 *Oxford J. Legal Stud.* (1991) 354, 370-372.

הריאליזם המשפטי ובצדק מאשים את המחזיקים בה, כמי שבאופן מופרך תופסים את ג'רום פרנק – סמן קיצוני של "האגף האידיוסינקרטי" של הריאליזם המשפטי – כמייצג אופייני של התנועה; בעוד שפרנק, כפי שממשיך לייטר וטוען, מייצג רק מיעוט בתוך התנועה הריאליסטית⁶³.

הזרם המרכזי של הריאליזם דוחה את הסובייקטיביזם מבית מדרשו של פרנק⁶⁴. משום שהמשפט הוא מוסד חברתי, כך טוען כהן, כללים משפטיים מהווים "עובדות חברתיות בקנה מידה רחב" ש"לא ניתן להסבירם באמצעות גילויים אידיוסינקרטיים בודדים של הטיות אישיות של פרטים"⁶⁵. "תאוריית תחושת הבטן של המשפט" מעצימה את "הגורמים האישיים והמקריים בהתנהגות שיפוטית" ומתעלמת מהניסיון היום-יומי שלנו בדבר "התנהגותם האחידה והניתנת לחיזוי של בתי משפט", אולם המשפט, אומר כהן, אינו "אוסף של החלטות בלתי קשורות אחת לשנייה ואף לא תוצר של כאבי בטן שיפוטיים. שופטים הם בני אדם, אבל הם זן מיוחד של בני אדם, הנבחרים למשרתם ופועלים תחת מערכת רבת עוצמה של בלמים שלטוניים". החלטות שהן באמת יוצאות דופן נידונות אפוא להישחק ולהיעלם במערכת שיש בה ערעורים, עיונים חוזרים, אפשרויות הדחה (impeachment) והליכי חקיקה⁶⁶. בעוד שריאליסטים לא יכחישו שאישיותו של שופט כזה או אחר עשויה להשפיע על התוצאה במקרה ספציפי⁶⁷, רובם מאמינים ש"חריגויות או

63 Leiter, לעיל הערה 20, עמ' 268-269, 283-284. ראו גם M. Ansaldi "The German Llewellyn" 58 *Brooklyn L. Rev.* (1992) 705, 775-777; להתייחסות קריקטוריסטית לריאליזם המשפטי נוסח פרנק מהעת האחרונה ראו R. Dworkin *Justice in Robes* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006).

64 פרנק עצמו מעולם לא ויתר על ההשקפה האי-רציונלית המתומצתת בביטוי "תחושת בטן שיפוטית". הוא פשוט סבר שיש לראות אותה כנאצלת יותר. ראו R.J. Glennon *The Inconoclast as Reformer* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1985), 49-50; B.A. Ackerman "Book Review of *Law and the Modern Mind* by Jerome Frank" 103 *Dedalus* (1974) 119, 122.

65 F.S. Cohen "Field Theory and Judicial Logic" in L.K. Cohen (ed.) *The Legal Conscience: Selected Papers of Felix S. Cohen* (New Haven, CT: Yale University Press, 1960) 121, 125.

66 Cohen, לעיל הערה 52, עמ' 70.
67 לדוגמה חריפה במיוחד – שהיא בבחינת היוצא מן הכלל המעיד על הכלל – ראו *Republic of Bolivia v. Philip Morris*, 39 F. Supp. 2d 1008 (S. Dist. Tex. 1999).

מוזרויות של שופטים מאזנות זו את זו⁶⁸, והחלק הארי של החומרים המשפטיים מציית לתבניות שהן במהותן ניתנות לחיזוי⁶⁹.

שום דבר מאלה אינו גורע מן הטענה הריאליסטית, שתמיד יהיה פער בין דוקטרינות לתוצאות משפטיות. לא ניתן להבין את המשפט כאוסף של כללים ומושגים בעלי תוכן שניצב מעל המסורת המשפטית שבה הוא ממוקם ושהוא בלתי תלוי בהבנות החוץ דוקטרינריות של הקהילה המשפטית⁷⁰, אולם עם זאת ובניגוד לקריקטורה של הריאליזם המשפטי שמציג פרנק, הריאליזם המשפטי (במייטבו) אינו טוען שהפער בין דוקטרינה למשפט מתמלא באופן סובייקטיבי ואף אינו מכחיש את קיומה של מציאות משפטית. הזרם המרכזי של הריאליזם מקבל את ביקורתו של בנג'מין קרדוזה את המשפטנים שמחזיקים בטענה "שלא קיים במציאות שום משפט, מעבר לזה המצוי בהחלטות שיפוטיות ספציפיות". עמדה כזו היא שגויה, טוען קרדוזה, משום שהיא מכחישה את ה"הווה" המשפטי. המשפט לפי עמדה שגויה זו "אף פעם אינו הווה, הוא תמיד רק עומד להיות. הוא קיים רק כמגולם בהחלטה שיפוטית ספציפית ומרגע שהוא קיים הוא מיד מתפוגג". דינה של העמדה המכחישה את קיומה של מציאות משפטית להידחות, משום שהיא אינה עולה בקנה אחד עם תפיסתנו היום-יומית הבסיסית את המשפט: "המשפט וציות לחוק הם עובדות הזוכות לתיקוף יום-יומי מטעם ניסיון החיים שלנו. אם על פי הגדרה כלשהי עובדות אלה מצטיירות כאשליות, אין בכך אלא להעיד על כישלונה של ההגדרה"⁷¹.

(ב) ליטוש האתגר הריאליסטי

הריאליסטים טוענים שהתיאור הפורמליסטי של ההווה המשפטי (או של המציאות המשפטית) כמערכת אוטונומית של מושגים המנביעים משמעות אחת וכללים הקשורים

- B.N. Cardozo *The Nature of the Judicial Process* (New Haven, CT: Yale University Press, 1921), 176. ראו גם Kaufman, לעיל הערה 19, בעמ' 457-458.
- 69 ראו K.N. Llewellyn "My Philosophy of Law" in *My Philosophy of Law: Credos of Sixteen American Scholars* (1941; Littleton, CO: Fred B. Rothman, 1987) 183, 196; Leiter, לעיל הערה 20, עמ' 284-283. ראו גם למשל K. Greenawalt *Law and Objectivity* (New York: Oxford University Press, 1992), 34, 68.
- 70 B. Bix *Law, Language, and Legal Determinacy* (Oxford: Clarendon Press, 1993), 181-182.
- 71 R. Polenberg *The World of Benjamin Cardozo*, לעיל הערה 68, עמ' 127-126. ראו גם R. Polenberg *The World of Benjamin Cardozo* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997), 159, 162-163. לטיעון הפנומנולוגי הזה קרדוזה מוסיף טיעון נוסף, שלפיו ניהיליזם משפטי "מכחיש את קיומו של המשפט [באמצעות הכחשת] אפשרות קיומם של כללים בעלי תוקף כללי"; שם, עמ' 126, אולם זהו טיעון מעגלי, שאינו שורד את הביקורת הריאליסטית על הפורמליזם, שכן הוא מניח תפיסה פוזיטיביסטית של המשפט.

בקשר לוגי, היא מוטעית. לפיכך הם אף דוחים תאוריות פוזיטיביסטיות, ככל שהן מתארות את "הפונקציה השיפוטית [כ]ישוב סכסוכים ללא משוא פנים באמצעות החלת כללים משפטיים מוגדרים"⁷², ובכך ממשיגות את המשפט כאילו היה מערכת עצמאית של כללים ומושגים, מכונה המפעילה עצמה על פס הייצור של התיקים המשפטיים⁷³. עבור הריאליסטים המשפטיים, תפיסה מהימנה של המשפט חייבת להקצות מקום מרכזי לאנשים המפעילים את המשפט⁷⁴. בקיצור, ריאליסטים משפטיים דוחים את המשוואה בין משפט לדוקטרינה ומתעקשים תחת זאת להבין את המשפט כמוסד דינמי ולא כישות ערטילאית⁷⁵. טענה זו אינה מכחישה את קיומם של כללים או כופרת בקיומו של הווה משפטי⁷⁶. ריאליסטים מכירים בכך שהמשפט הוא תחום מוגדר בסך הכול ושרוב עורכי הדין הם בעלי "חוש דין" נכון לגבי קייס משפטי נתון ברגע נתון⁷⁷. אלא שכל זה מעורר שאלה. ריאליסטים ודאי אינם טוענים שהקביעות (דטרמיניזם) של המשפט – העובדה שאכן ישנם מקרים קלים במשפט – נגזרת מהקביעות של הדוקטרינה המשפטית ככזו⁷⁸. אם כך, הם טוענים שקביעות המשפט נובעת ממהו אחר, שיורד לשורש אופיו של המשפט. אבל מה יכול להיות אותו "דבר אחר"?

שאלה זו מסכמת את האתגר הריאליסטי. הפער בין דוקטרינה לתוצאות משפטית, טוען אנתוני קרונמן, מעורר שני קשיים: מובנות ולגיטימציה⁷⁹. ראשית, זיהוי מקורותיו של "חוש

H.L.A. Hart "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream" 11 *Ga. L. Rev.* (1977) 969, 971 72
 R. Cotterrell *The Politics of Jurisprudence* (London: Butterworths, 1989), 99, 110-112 73
 מטעם זה, תפיסה ריאליסטית של שלטון החוק תהיה שונה בתכלית מן הגרסה הפורמליסטית לעיקרון זה. אחת הדרכים לקרוא חיבור זה היא לראותו כמציע תפיסה (ריאליסטית) כזו. 74
 M.C. Dorf "Legal Indeterminacy and Institutional Design" 78 *N.Y.U. L. Rev.* (2003) 875, 878-879 75
 לתפיסה נוגדת ראו T. Benditt *Law as Rule and Principle* (Stanford, CA: Stanford University Press, 1978), 25 76
 באופן דומה, אין להבין את המורשת הריאליסטית כמצדדת באקטיביזם שיפוטי ביחס לרשות המחוקקת או לבתי משפט קודמים, או ככזו המכחישה את התועלת שבתרגום מושגי הסתום המופיעים בחקיקה לאוסף של כללים ספציפיים יצירי פסיקה. השו"ר F. Schauer "The Limited Domain of Law" 90 *Va. L. Rev.* (2004) 1909, 1939-1941.
 ראו Llewellyn, לעיל הערה 49, עמ' 48. ראו גם למשל M. Martin *Legal Realism: American and Scandinavian* (New York: Peter Lang, 1997), 39-40, 76; B. Leiter "Legal Indeterminacy" 1 *Legal Theory* (1995) 481 77
 על פי המינוח של לייטר, ריאליסטים טוענים כי הדוקטרינה המשפטית היא תמיד עמומה-רציונלית. להבחנה שהוא עורך בין עמימות רציונלית לעמימות סיבתית ראו Leiter, שם. 78
 ראו Kronman, לעיל הערה 1, עמ' 336-335. ראו גם למשל Glennon, לעיל הערה 64, עמ' 52; L. Kalman *The Strange Career of Legal Liberalism* (New Haven, CT: Yale University Press, 1996), Purcell; לעיל הערה 13, עמ' 94. 79

הדין" – משעה שאף דוקטרינה יחידה אינה יכולה להינתן כתשובה לכך – הוא הכרחי כדי להסביר החלטות שיפוטיות קודמות (כלומר, כדי להפוך אותן למוכנות) וכדי לצפות החלטות עתידיות. שנית, ואף חשוב מכך, על המקורות האלה להיות מסוגלים לגאול את המשפט מבעית אבדן הלגיטימציה שלו. משעה שהמיתוס הפורמליסטי אודות המשפט כמערכת של כללים ומושגים בלתי תלויים באדם המפעיל אותם נותן, כעת אותם מקורות אלטרנטיביים של המשפט צריכים להיות מסוגלים להגביל איכשהו את שיקול הדעת של שופטים בלתי נבחרים ולהצדיק את הסמכות שהם תובעים לעצמם.

שארית חיבור זה מסרטטת את התגובה הריאליסטית לאתגרים אלה, תוך פיתוח תפיסה ייחודית של המשפט. ההבנה הריאליסטית של המשפט מייצגת אידיאל, אבל כזה שהוא במכוון בלתי אוטופי. היא מדגישה את הגורם האנושי על חולשותיו הבלתי נמנעות ומבליטה את המתחים הטבועים במשפט. היא אף מצביעה על מאפיינים מוסדיים, פרוצדורליים ושיחניים (דיסקורסיביים) מסוימים ככאלה המרכיבים – אם כי בשום אופן אינם פותרים – את המתחים המכוננים של המשפט. גם אם פחות זוהר, המשפט מופיע פְּמוֹכָן הרבה יותר ואף כיותר לגיטימי בתפיסה הריאליסטית מאשר במקבילה (היומנית אך המיתולוגית) הפורמליסטית.

על פי התפיסה הריאליסטית, המשפט הוא מוסד דינמי המגלם שלושה מתחים מכוננים: בין כוח לתבונה, בין מדע לאומנות ובין מסורת לקדמה. חלקים ג-ה מוקדשים לדיון נפרד בכל אחד מן המתחים המכוננים הללו, מצביעים על מרכזיותם בספרות הריאליסטית ומנצלים את הספרות הזאת על מנת להראות כיצד הבנתנו את המשפט תהא חסרה אם לא נכיר בחשיבותם. ההצגה הריאליסטית בדבר מאפייניו המהותיים של המשפט רחוקה מלהיות שלמה או ללא רבב. לא ניתן לדון כאן במכלול השאלות והקשיים שהשיח הריאליסטי מעלה, ביניהם כאלה שמעוררים דיונים פילוסופיים קלאסיים. למרבה המזל, חקירה בסדר גודל כזה אינה דרושה למילוי המשימה שהצבתי לעצמי: לנסח מחדש את תובנות הריאליזם המשפטי, שעל פיהן יש להציב את המתחים המכוננים של המשפט במוקד תפיסת המשפט שלנו.

ג. על כוח ותבונה

אני פותח בכוח וביחס המורכב בינו לבין תבונה כשני מאפיינים בולטים של המשפט, גם אם אינם חיים בקלות בשלום האחד עם השני. נקודת המוצא שלנו חייבת להיות הכוח הכופה של המשפט, המעצים את האתגר הריאליסטי בניסיון לשקם את המשפט. שיפוטם המונפקים על ידי מפעילי המשפט שונים במהותם מכל יתר השיפוטם בכך שבכוחם לגייס

את הכוח המונופוליסטי של המדינה לצורך אכיפתם⁸⁰. קריסת האלגוריתם הפורמליסטי משמעה שהבחירות שעושים שופטים, ולא הדוקטרינות שהם מחילים, הן שמניעות את הכפייה והכוח. בדיוק במובן הזה, קריסת הטענה הפורמליסטית בדבר יכולת הניבוי והגליטימציה של הדוקטרינה המשפטית היא מאיימת והצורך בשיקום חריף במיוחד. בעוד שהכוח הכופה של המשפט והאתגרים שהוא מציב נזנחו או טוטאו מתחת לשטיח לעתים קרובות מדי, גם תיאור המשפט ככוח ברוטלי (או אינטרסים או פוליטיקה), טוענים הריאליסטים, הוא רדוקטיבי ומסתיר פן חשוב של המשפט. המשפט הוא גם פורום של היגיון והתבונה מייצרת כבלים ממשיים – גם אם חמקמקים – על מקבלי החלטות שיפוטיים וכתוצאה מכך גם על ההפעלה של הכוח המדינתי. ריאליסטים לא פתרו את מסתורין התבונה ואף לא ניסחו טיעון מכריע שיסביר כיצד שורדת התבונה בסביבה הכופה של המשפט. עם זאת ההתעקשות שלהם, שלפיה ככל תיאור מהימן של המשפט דינם של כפייה ותבונה להתקיים יחד, והניתוחים המוקדמים שלהם אודות הקושי ליישב בין כוח לתבונה הם חשובים, בייחוד כאשר משווים בינם לבין גישות עכשוויות שהן רדוקטיביות ומבוססות על ראייה רומנטית מדי או לחילופין צינית מדי של המשפט.

1. המשפט ככוח ציבורי

אוליבר וונדל הולמס פותח את מאמרו הקלאסי "The Path of the Law" בשימת דגש רב על הכוח הכופה של המשפט. משפט הוא מקצוע, אומר הולמס, משום ש"בחברות כשלנו, מצוותו של הכוח הציבורי מופקדת בידי שופטים במקרים מסוימים והכוח המדינתי כולו יתגייס, אם רק יהיה בכך צורך, להוציא לפועל את החלטותיהם ואת צויהם"⁸¹. הדגש העגמומי הזה על כוח אינו רק גימיק פתיחה עבור הולמס. הטענה שהמשפט הוא מנגנון כופה המגובה על ידי כוח מדינתי, ארוגה לתוך המאמר החשוב הזה של הולמס ועוזרת לבאר כמה מן התמות המרכזיות שלו⁸².

80 ראו למשל R. West "Adjudication is Not Interpretation" in R. West *Narrative, Authority, and Law* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1993) 89, 93-96, 174-176. אני משתמש במילים "כוח" ו"כפייה" כמילים כמעט נרדפות ובאופן דומה במילים "תבונה", "הצדקה" ו"נורמטיביות" כמסמנות כולן משמעות דומה.

81 Holmes, לעיל הערה 54, עמ' 167.

82 למרכזיותן של שאלות אודות כוח עבור הריאליזם ראו באופן כללי G.S. Alexander "Comparing the Two Legal Realisms – American and Scandinavian" 50 *Am. J. Comp. L.* (2002) 131, 132.

The Path of the Law להבנת (א) כוח כמפתח

טלו את הטענה הידועה לשימצה של הולמס, שלפיה "משפט הוא לא יותר מנבואה לגבי מה יחליטו בתי המשפט בפועל"⁸³. על פניה התאוריה הפרדקטיבית הזאת של המשפט היא פגומה מיסודה. עבור שופטים שאמורים להכריע בשאלות משפטיות, ל"משפט כפרדיקציה" אין שום משמעות – האם הם אמורים לחזות את התנהגותם שלהם עצמם? אם כן, הם ודאי לעולם לא יטעו⁸⁴. יתירה מזאת, גם אם נסלק את המכשול הזה בכך שנאמר ששופטים אינם מסוגלים לראות כך את המשפט⁸⁵, תאוריה פרדיקטיבית של המשפט היא בעייתית ביותר. כפי שטוען הארט, נורמות משפטיות נתפסות לא רק כפרדיקציות של רצף פעולות שיפוטיות, אלא כסטנדרטים מנחים להתנהגות והערכה וכבסיס להצגת טענות, דרישות, תביעות, ביקורת וענישה. התאוריה הפרדיקטיבית "מטשטשת את העובדה שבמקום שבו קיימים כללים, סטייה מהם איננה רק בבחינת בסיס לתחזית על בואן של תגובות עוינות או על כך שבית המשפט ישית סנקציות על המפרים אותם, אלא הם מהווים גם סיבה והצדקה לתגובה כזאת ולהטלת סנקציות"⁸⁶. הכשל הזה בהבנת הנורמטיביות של המשפט הוא משמעותי, משום שיש בכך התעלמות מ"נקודת המבט הפנימית" של בני אדם, שבדרך כלל מהווים את הרוב המקבל על עצמו את הכללים ובוחר מרצונו לקיים אותם. מתוך נקודת מבט זו "הפרת כלל אינה אך בבחינת בסיס לחיזוי תגובה עוינת, אלא סיבה (או הצדקה) לעוינות"⁸⁷. פשיטא, שפגם נוסף זה חותר תחת תמה חשובה נוספת ב"Path of the Law": אימוצו של הולמס את נקודת מבטו של האיש הרע "המייחס משמעות רק לתוצאות

- 83 Holmes, לעיל הערה 54, עמ' 173. קרל לוואלין מחיל את הטענה הזו אף כלפי נשאים אחרים של המשפט: אנשי אכיפת החוק, פקידים, סוהרים ועורכי דין. ראו Llewellyn, לעיל הערה 49, עמ' 3: "האופן שבו בעלי סמכות אלה מטפלים בסכסוכים הוא המשפט".
- 84 ראו למשל F.S. Cohen "The Problems of a Functional Jurisprudence" 1 *Mod. L. Rev.* (1937) 5, 17; D. Luban "The Bad Man and the Good Lawyer: A Centennial Essay on Holmes's *The Path of the Law*" 72 *N.Y.U. L. Rev.* (1997) 1547, 1577-1578.
- 85 ראו K.N. Llewellyn "On Reading and Using the Newer Jurisprudence" in K.N. Llewellyn *Jurisprudence: Realism in Theory and in Practice* (Chicago: University of Chicago Press, 1962) 128, 142. כמו כן ראו Martin, לעיל הערה 77, עמ' 16, 30, 37-32, 74-72; J.M. Balkin "Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence" 103 *Yale L.J.* (1993) 105, 110-112, 128-129, 131-136, 139-143; Bingham, לעיל הערה 59, עמ' 10.
- 86 Hart, לעיל הערה 33, עמ' 84.
- 87 שם, בעמ' 90. ראו גם למשל Benditt, לעיל הערה 76, עמ' 39, 88-86; J. Raz "The Relevance of Coherence" in J. Raz *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (Oxford: Clarendon Press, 1994) 261, 280-281.

המטריאליזם של מעשיו ומזלזל בטעמים אחרים לפעולה, "בין אם הם מצויים בתוך המשפט או מחוצה לו, במחלקות העמומות של המצפון"⁸⁸. טענה הולמסיאנית נוספת השנויה במחלוקת היא קריאתו להפרדה בין משפט למוסר. הולמס מכיר בכך "שהמשפט הוא עדות וגילוי חיצוני של חיינו המוסריים", וכי "חיי המשפט נוטים להפוך אנשים לאזרחים טובים יותר". עם זאת הוא קובל על כך ש"המשפט עתיר בפרזולוגיה הלקוחה ממוסר", ש"מאפשרת לנו" באופן מתעתע "לעבור מתחום לתחום מבלי שנבחין בכך". כדי שלא ליפול לתוך המלכודת הזאת, מציע הולמס לסלק מן המשפט "כל מילה בעלת מטען מוסרי" ולאמץ במקומן אוצר מילים "להעברת תפיסות משפטיות, שהוא חף מכל דבר שהוא מחוץ למשפט"⁸⁹. שוב, במבט ראשון הצהרות אלה שטחיות ביותר. לא זו בלבד שהטענה אודות פועלו המוסרי של המשפט חותרת תחת הטענה בדבר השימוש הלא הולם במילים בעלות תוכן מוסרי בשיח המשפטי (או להיפך), אלא שהטענה האחרונה, כפי שמציין דיוויד לובן, היא בבחינת *non sequitur*. "עצם העובדה שביטויים משפטיים נבדלים ממקביליהם החוץ משפטיים אינה אומרת שאלו ביטויים שונים בעלי משמעות שונה". החלפת מילים טעונות מוסרית בטרמינולוגיה מלאכותית אינה באמת אפשרית, משום שמובנים משפטיים ומוסריים קשורים אלה באלה באורח שיטתי: "המטען המוסרי והמשמעות הלא-טכנית של מונחים משפטיים אכן מתקיימים לצד מובנים מקצועיים יותר, כפי שהשיח המשפטי מפתח אותם, אך זוהי תופעה מקובלת בהקשר של שימוש במילים בהקשרים שונים (כלומר, ביחס למילים כמילים)"⁹⁰.

חשיבה על המשפט במונחים פרדיקטיביים נראית פשטנית ונראה מוזר לקדם הפרדה הרמטית בין משפט למוסר ולהלל את נקודת המבט הא-מוסרית של האיש הרע, אולם פגמים חמורים אלה הופכים שוליים, כמעט לא ממין העניין, אם נפרש את טענותיו של הולמס באופן אוהד יותר, באמצעות קריאה שלהן כמיועדות לבצר את הטענה שכפיה היא מאפיין מכוון של המשפט, שהמשפט אינו רק "מערכת תבונית"⁹¹. יש לזכור שהולמס מדגיש פרדיקציה משום שאנשים פוחדים מן הסכנה הצפויה להם, שהיא "כל כך הרבה יותר חזקה מהם"; אכן, זוהי הסיבה שבגינה אובייקט הצפיות הוא "הפעלת הכוח הציבורי דרך המנגנון של בתי המשפט"⁹². באופן דומה, את תזת ההפרדה של הולמס, כמו גם את צידודו

88 Holmes, לעיל הערה 54, עמ' 171. ראו גם שם, עמ' 174.

89 שם, עמ' 170-171, 179.

90 Luban, לעיל הערה 84, עמ' 1567-1569. והשוו Cardozo, לעיל הערה 68, עמ' 133-134 (שופטים מחויבים "לקיים קשר בין משפט ומוסר"; ה"ניגודים בין משפט לצדק" אינם צריכים לפגוע ב"מכנים המשותפים העמוקים יותר שביניהם").

91 Holmes, לעיל הערה 54, עמ' 172-173. ראו גם Cotterrell, לעיל הערה 73, עמ' 57-74, 79-77.

92 Holmes, לעיל הערה 54, עמ' 167.

בנקודת המבט הפרודנטית של האיש הרע על פני זו של האזרח המחוקֶּת הטוב⁹³, יש לקרוא כאמצעים מתודולוגיים לפתיחתו של מרחק משחרר עבור נמעני השיפוטים הכופים של המשפט, כדי לשלול מן המשפט מקצת "מן התפארת הנלווית לדיבורים המתקשרים למושגים מוסריים". רק לאחר שנשטוף את תפיסת החובה בעזרת "החומצה הצינית" הזאת, מסביר הולמס, תתכווץ סֶפֶרַת החובות המשפטיות לתוך מידותיה הנכונות⁹⁴. ברוח דומה, מבקר לוואלין את "המסורת המבולבלת [שבה] אם זה משפטי, זה לפיכך גם צודק". זו טעות להניח חפיפה אינהרנטית בין משפט לצדק. יש להפריד בין משפט למוסר כדי "לקחת אחריות על חתימה לקראת הנכון והצודק בתוך המסגרת המשפטית הקשוחה... כדי להפריד ולהתיר את מה שתובע לעצמו סמכות, ממה שהוא נכון וצודק, ולהיות מסוגלים לגנות את המשפט ואת מה שאין לו שום קשר עם המשפט באותה המידה"⁹⁵. אכן, בעוד ערבוב בין משפט למוסר עשוי לייצג את המשפט רק במונחים של צדק ואמת, במקום כתוצרים של מהלכים כוחניים, הפרדה בין משפט למוסר עשויה לעזור לנו לשמר את היכולת לייצר ביקורת אחראית-מוסרית ומודעת-מוסרית של המשפט⁹⁶. באופן דומה, עלינו לחשוב על מטפורת "האיש הרע" כאזהרה מפני ראיית המשפט דרך "חזיונות צבועים ורוד" המשמשים "להשכיח את הצדדים הלא מחמיאים של המשפט ואת אותם אלמנטים הראויים לביקורת". הסתכלות מתוך נקודת המבט המרוחקת של האיש הרע, לפחות מדי פעם, עשויה להפשיט את המשפט מכוחו המיתולוגי ולהבליט את השלכותיו הכופות⁹⁷.

(ב) חמקמקות כוחו של המשפט

איש כמעט אינו מכחיש את כוחו הכופה של המשפט. אפילו הארט, שמקצה לנורמטיביות מקום מרכזי בתאוריה המשפטית, מכיר בכוח כמאפיין המבדיל את המשפט ממערכות נורמטיביות אחרות המטילות חובות: ההבדל המרכזי בין כללים משפטיים לכללי

93 ראו S.R. Perry "Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory" in S.J. Burton (ed.) *The Path of the Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000) 158, 165-166.
 94 Holmes, לעיל הערה 54, עמ' 174, 179. ראו גם שם, עמ' 171-172.
 95 K.N. Llewellyn "The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method" 49 *Yale L.J.* (1940) 1355, 1372-1373.
 96 ראו R. West "Three Positivismisms" 78 *B.U. L. Rev.* (1998) 791, 792-793, 795. וראו גם N. MacCormick *H.L.A. Hart* (Stanford, CA: Stanford University Press, 1981), 24-25, Murphy; 158-160, לעיל הערה 12, עמ' 392-387, 399-398.
 97 ראו Twining, לעיל הערה 16, עמ' 205, 208-213, 218-220, 222-223.

הדקדוק או האתיקה הוא רצינותו של הכוח החברתי מאחורי הכללים המשפטיים⁹⁸. עם זאת לא יהיה נכון לבקר את הולמס כמי שמיחזר את אותה גברת מוכרת בשינוי אדרת. התפקיד המכונן של כוח וכפייה בפרקטיקה המשפטית הוא חמקמק וקיימת נטייה לטשטשו. ראשית, בעוד שהמשפט לוקח לעצמו באופן גלוי למדי את המונופול על ההפעלה הלגיטימית של כוח בחברה⁹⁹, השפעתו הכופה מיתרגמת לכדי דרכים סמליות יותר ולכן פחות שקופות של הפעלת כוח. למשפט יש נטייה להציג כמהותניות (או לפחות כמועדפות) את הבחירות הקונטינגנטיות הגלומות בו – שלעתים קרובות מדי מתבררות כמועילות לבעליהם של "אינטרסים מבוססים"¹⁰⁰ בחברה – וכך הופך אותן להיראות לגיטימיות ולאטרנטיביות אחרות להצטייר כבלתי לגיטימיות.

את הנקודה הזו, המתבלטת כבר בדיונו של כהן על מושגים משפטיים ובניתוח של דיואי אודות הנמקה סילוגיסטית, מפתחים אנשי הגישה הביקורתית למשפט. כך, רוברט גורדון מסביר כי בני אדם נוטים לתפוס הוראות משפטיות כ"טבעיות והכרחיות", או לפחות כ"בסך הכל בלתי שנויות במחלוקת, ניטרליות, מקובלות". זה הופך את המשפט לאחד מאותם "אתרים של אמונה, שבאופן בסיסי מובילים לשיתוק משום שלאנשים קשה כל כך... אפילו לדמיין כיצד יכולים היו החיים להיות שונים וטובים יותר". חרף העובדה שמבנים משפטיים נוצקו מתוך "כוונת מכוון על ידי בני אדם", אנשים נוטים להאמין שכאלה הם, ואין בלתי¹⁰¹.

יתירה מכך, מאפיינים חשובים של המשפט נוטים להסוות את הפעלת הכוח – בין המטריאלית ובין הסימבולית – על ידי נשאי המשפט. חלוקת העבודה המוסדית בין "מי שמתמחים בפרשנות" לבין מי שמוציאים לפועל את החלטותיהם מעלימה את הכוח הכופה של המשפט, באמצעות הסרת המלאכה של הפעלת אלימות מן הראשונים והאצלתה לאחרונים, באופן היוצר חציצה בין השופטים לבין התוצאות האלימות הנגזרות מפעילותם הפרשנית¹⁰². בדומה, כפי שראינו, תוך הולכת השולל של יצירת מתודולוגיה בלתי תלויה בבני אדם המנביעה תשובה אחת נכונה, האלגוריתם של הפורמליזם המשפטי מסווה את בחירותיהם של שחקנים משפטיים ומאפשר להם להסיר מעצמם אחריות לאותם אמצעים

98 ראו Hart, לעיל הערה 33, עמ' 84.
 99 ראו למשל Kelsen, לעיל הערה 44, עמ' 21; J. Raz *The Concept of a Legal System* (2nd ed., Oxford: Clarendon Press, 1980), 3.
 100 והשוו Dewey, לעיל הערה 30, עמ' 193.
 101 ראו R.W. Gordon "New Developments in Legal Theory" in D. Kairys (ed.) *The Politics of Law: A Progressive Critique* (2nd ed., New York: Pantheon, 1990) 413, 418-421.
 102 כן ראו Kelman, לעיל הערה 5, עמ' 295-290; Bourdieu, לעיל הערה 62, עמ' 839-837.
 102 R. Cover "Violence and the Word" in M. Minow et al. (eds.) *Narrative, Violence, and the Law* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1993) 203.

כופים, המופעלים כנגזרת ישירה של פעילותם השיפוטית. אפילו תאוריות פוסט-ריאליסטיות, כדוגמת זו של דבורקין, נוטות לערפל את אותו היבט של כוח ואינטרס בכך שהן מציעות לחשוב לדוגמה על השופט האידאלי (הרקולס) כמי שמסוגל להתעלות ולהיות חף לחלוטין מכל שיקול של אינטרס עצמי או שיוך קבוצתי¹⁰³.

הסכנה של העלמת כוחו הכופה של המשפט גדולה במיוחד ביחס למשפט הפרטי, אשר מסדיר את האינטראקציות היום-יומיות שלנו ונוטה להתמזג לתוך סביבתנו הטבעית¹⁰⁴. אין זה מפתיע אפוא שריאליסטים משפטיים מתמקדים בחשיפת הקונטינגנטיות של מושגים וכללים בתחום של קניין, חוזים ונזיקין, בניסיון לחשוף את הדרכים הנסתרות שבהם המשפט מפעיל את כוחו בתחומים אלה. הביקורת של כהן ביחס ל"חפצון" של קניין מדגימה יפה נקודה זו. בתי משפט מצדיקים את ההגנה על שמות מסחריים, על בסיס הטענה שאם מישהי יצרה דבר מה בעל ערך, הרי היא זכאית להגנה מפני גזל, משום שדבר בעל ערך הוא קניין. "המעגל השוטה בבסיס ההנמקה הזאת הוא פשוט", מסביר כהן. "היא מתיימרת לבסס את ההגנה המשפטית על ערך כלכלי, כשלמעשה, ערך כלכלי של משהו תלוי במידת ההגנה המשפטית עליו". הנמקה משפטית פגומה זו מערפלת את ההשפעות הכופות והחלוקתיות של המשפט. מה שבתי המשפט עושים למעשה במקרים כאלה הוא לבסס "אי-שוויון בניצול המסחרי של השפה" ובכך הם יוצרים ומקצים "מקור חדש של עושר או של כוח כלכלי". השיח המשפטי המסורתי מחסן החלטות כאלה מביקורת נורמטיבית ובכך הוא שווה ערך ל"הגנה מוטה על חלוקת העושר הקיימת, המוסווית באמצעות היגיון (פורמליסטי) משפטי". אם כן בעין בלתי בוחנת המשפט עשוי לסייע ב"שכפול פערי מעמדות והנחות בלתי ביקורתיות, שלא היו שורדות לאורה הנוקב של מחלוקת מוסרית פתוחה וחופשית"¹⁰⁵.

- 103 ראו Dworkin, לעיל הערה 17, עמ' 259-260. ראו גם E.J. Weinrib *The Idea of Private Law* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995), 14-15 של אינטליגנציה" ומדגיש את "מחיקת העצמי" של נשאיר).
- 104 ראו למשל R.W. Gordon "Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law" 15 *Fla. St. U. L. Rev.* (1987) 195, 212-214.
- 105 ראו Cohen, לעיל הערה 52, עמ' 814-818, 840. ראו גם L.L. Jaffe "Law Making by Private Groups" 51 *Harv. L. Rev.* (1937) 212 H. Pihlajamaki לשוה המשפט הפרטי אינה מצויה בביקורת על כלכלת הלסה פר. ראו "Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared" 52 *Am. J. Comp. L.* (2004) 469, 473-477 תחת זאת הלקח הריאליסטי החשוב מצוי בביקורת על האופן שבו דוקטריניזם פועל כדי לפטור את המשפט הפרטי מן הצורך במתן הצדקות. ראו באופן כללי M.R. Cohen *Law and the Social Order: Essays in Legal Philosophy* (New York: Harcourt, Brace, 1933).

2. כוחו של היגיון, והגיונו של הכוח

כאשר ריאליסטים משפטיים מדגישים את הכוח הכופה של המשפט (חרף הניסיונות לטשטשו באמצעים מוסדיים ושיחניים) ומבליטים את ההשלכות החלוקתיות והסימבוליות של הבחירות שעושים נשאי המשפט, הם מציגים בכך אתגר עצום למשפט. הצבת הכוח בלב תורת המשפט מהווה איום על המשפט, משום שאין זה ברור כיצד יהיה ניתן אי פעם ליישב בין כוח לתבונה (או בין כפייה לנורמטיביות). ריאליסטים מודעים לקושי זה, אך אינם מתפתים לרדוקטיביות וטוענים שהשילוב המטריד בין כוח לתבונה הוא מפתח להבנה נכונה של המשפט.

(א) הקושי

במבט ראשון, נראה שהאתגר שמציבה התפיסה שכוח (או כפייה) הוא מאפיין מכונן של המשפט יהיה קל להתמודדות. נוכל לדמות שהכוח הכופה של המשפט פשוט מתווסף לנורמטיביות שלו, שניהם מאפיינים מובחנים של המשפט, נפרדים אך משלימים זה את זה כאסטרטגיות של הבטחת ציות; ברם כפי שהראה מאיר דן-כהן, המייחס את הגישה הזו להארט¹⁰⁶, זו תהא מסקנה פשטנית משום שהיא מתעלמת מן המתח הפוטנציאלי (או הסתירה ממש, על פי דן-כהן) שבין כפייה לנורמטיביות. לא ניתן לשדך סנקציות לנורמות מבלי לשנות את טבען של הנורמות, משום שגיבוי ציווי בסנקציה גורע מן הכוח הנורמטיבי שהיה יכול להיות מנת חלקן של הביטוי הסמכותי אילולא גובה בסנקציה. כפייה מיועדת לקדם את התנהגות המצויה באופן בלתי תלוי בערכים וברצונות. לפיכך כפייה מקעקעת את הנורמטיביות של נורמות ומפקיעה כל אפשרות להיעתרות או ציות מרצון (מתוך הכרת תודה, הזדהות או אמון). כוח או האיום להפעלת כוח אינו מתווסף לנורמטיביות אלא חותר תחתיה¹⁰⁷.

חמישים שנה בטרם ניסח דן-כהן בחדות כזו את הקושי הזה, לוואלין הכיר גם הוא באתגר ליישב בין הכפייה שבחוק לבין טענתו לנורמטיביות. המשפט "משתרע מעבר

106 ניתן היה לייחס השקפה כזו אף לתומס אקווינס. ראו T. Aquinas *Summa Theologica* (trans. Fathers of the English Dominican Province, Christian Classics, 1981), 482, Q. 95, Art. 1.

107 M. Dan-Cohen "In Defense of Defiance" 23 *Phil. & Pub. Aff.* (1994) 24, 26-27, 29, 48-49. דן-כהן מתאר את היחס בין כפייה לבין נורמטיביות במושגים של בחירה חדה בין אפשרויות המוציאות האחת את השנייה (disjunctive). הוא מבחין תאור זה מהתאור הרדוקטיבי, שעל פיו הנורמטיביות של המשפט היא חלק מכוחו הכופה של המשפט. שם, עמ' 26. אולם בכך שהוא רואה את הנורמטיביות ואת הכפייה כמנוגדים זה לזה, גם אופן ההמשגה הראשון עומד בסתירה לכל ראייה של המשפט כפי שאנו מכירים אותו: הן ככוח ציבורי הן כנושא משמעות נורמטיבית.

לנורמטיביות של היות ראוי, לתוך הציווי של היות מוכרח, אפילו שלעתים משפט הוא "לא ראוי ולא מוצדק", אולם אף על פי שהמשפט אוסף את הציוויים שבו, המשפט "אינו כוח בוטה המופעל לעומת או מבלי להתייחס לסדר הקיים". המשפט תובע "התייחסות, ציות, סמכות ויעילות" משום שהמשפט הוא "הביטוי האפקטיבי של הסדר הקיים המוכר של הקהילה בכללותה". ככזה, לא יהיה די בכך שהמשפט יתבע ויאכוף ביעילות את העליונות שלו. המשפט זקוק בנוסף לכך ל"יסוד שיבטא הכרה בכך שמה שמבוצע או מצווה, מה שמוצב כציווי או כנורמה, הוא חלק מן הסדר הקיים של הקהילה בכללותה". אין צורך באישורו של כלל ספציפי כזה או אחר. "התוכן והמהות של הנורמות והפעילויות של המערכת המצווה, כמכלול, צריך להיות מוכר על ידי הקהילה בכללותה כמשרת אותה בצורה שבבסיסה היא טובה". אלא שלא קל לעמוד בדרישה כזאת לנורמטיביות. המשפט מעניק "כוח עצום" לשופטים, פוליטיקאים ואנשי אכיפת החוק ולכן הוא נתפס באופן טבעי על ידי אחרים כ"ציווי" בלבד מטעם אלה ש"מתערבים"¹⁰⁸.

במילים אחרות, לוואלין תומך בעמדתו של הולמס, שלפיה לכוח תפקיד מרכזי בכל תפיסה מהימנה של המשפט. הוא אף מכיר בכך שמשום שהאינטרסים וההעדפות של משפטנים הם תמיד (לפחות פוטנציאלית) חלק מן הדרמה המשפטית, הכפייה של המשפט מהווה איום על הנורמטיביות שלו, אולם לוואלין מסרב לקבל את התפיסה הרדוקטיבית, שעל פיה משפט הוא כוח. בעוד שאכן קשה ליישב בין כוח לנורמטיביות במשפט, טוען לוואלין, מאבק כוח ושיח נורמטיבי קשורים זה בזה במשפט לבלי הפרד¹⁰⁹:

"חסידיים של עמדות נורמטיביות שונות נאבקים על השליטה במערכת הציוויים; זהו מאבק על כוח, באמצעות כוח ואסטרטגיה. הצדדים נאבקים גם כדי לשכנע את הציבור שזכיתם בשליטה כזו תשרת את טובת הכלל; השכנוע הזה נדרש גם כדי להצליח במאבק וגם כדי להבטיח הפעלה אפקטיבית של המערכת לאחר ההצלחה בכך"¹¹⁰.

108 Llewellyn, לעיל הערה 94, עמ' 1364, 1367, 1370, 1381. ראו גם M.R. Cohen "My Philosophy of Law" in *My Philosophy of Law: Credos of Sixteen American Scholars* (1941; Littleton, CO: Fred B. Rothman, 1987) 31, 41.

109 הדיון שיובא להלן עשוי להיות רלוונטי אף להולמס ולהסביר מדוע לאחר שהוא מדגיש את אלמנט הכפייה שבמשפט, הולמס עדיין מהלל את המשפט כקול התבונה וכ"אחד ההישגים האדירים של הרוח האנושית". ראו Holmes, לעיל הערה 54, עמ' 194, 201-202. השוו. T.C. Grey "Plotting *The Path of the Law*" 63 *Brooklyn L. Rev.* (1997) 19, 21, 25-26, 46, 51, 57.

110 Llewellyn, לעיל הערה 94, עמ' 1382-1383. ראו גם שם, עמ' 1362-1363. השוו. H. Dagan "Just Compensation, Incentives, and Social Meanings" 99 *Mich. L. Rev.* (2000) 134 בתפקידים המורכב של שכנוע והנמקה במאבק על שליטה בין קבוצות אינטרסים).

בכך שהם דוחים את הטענה שהמשפט מתמצה בכוח טהור (או אינטרסים או פוליטיקה) הריאליסטים נבדלים מתלמידיה העכשוויים של הביקורת הריאליסטית על הפורמליזם. בניגוד לרבים מחסידי הניתוח הכלכלי של המשפט הם אינם רואים במשפט אוסף של עסקאות (מפורשות או משתמעות) בין קבוצות יריבות, שכל אחת מהן שואפת למקסם את חלקה¹¹¹. שלא כמו מלומדי הגישה הביקורתית למשפט, הריאליסטים מתנגדים לטענה שהמשפט פשוט משמר את מבני הכוח הקיימים באמצעות חיסונה של האידיאולוגיה השלטת מביקורת פוליטית¹¹². עמדתו הפוכה של לוואלין, שלפיה מאבקי כוחות במשפט תמיד כרוכים בארגומנטציה באשר לטובת הכלל, אינה מיועדת לבטל, או אפילו לגרוע, מרצינותה של הדאגה בדבר השימוש של שחקני המשפט בהיגיון כמסווה לכוח ואינטרסים (ומכך נובעת המחויבות הריאליסטית לבחינה מתמדת של הדין הקיים, שאליה אשוב מיד). תחת זאת ההתעקשות לראות בהצדקות כמשחקות תפקיד מרכזי במשפט – לראות במשפט משהו שהוא לעולם אינו רק אינטרסים או מאבקי כוח פוליטיים – היא קריטית, משום שיש לה תפקיד מכריע בשימור עצם האפשרות לבקר את הדין הקיים ולגייס את המשפט ליצירת שינוי חברתי שהוא דרוש מבחינה מוסרית¹¹³. השארת התבונה מחוץ לתפיסתנו את המשפט, כפי שתאוריות רדוקטיביות של "המשפט ככוח" מציעות, מעקרת את האפשרות להשמיע ביקורת מוסרית על המשפט, ו(כמעט) מחייבת עמדה המאשרת את הפעלת הכוח הנוכחית על ידיו. מכיוון שההשלכות של ניתוק המשפט משיח של הנמקות מוסריות הן חמורות לא פחות מאשר אלה של זיהוי משפט ומוסר, יש לעשות כל מאמץ להימנע ממנו. יותר מדי מונח על הכף מכדי שנוותר על הפרויקט הריאליסטי של יישוב בין הכפייה של המשפט לבין טענתו לנורמטיביות.

(ב) טיעונים להצדקת כוח

האופן שבו הריאליזם מסרטט את הדרך שבה דרים במשפט בצוותא כוח והיגיון מתחיל מהרעיון שהכוח של המשפט תובע שימוש בהיגיון. דווקא משום שהמשפט הוא מנגנון כופה, המגובה על ידי הכוח המדינתי, השיח המשפטי – שהוא השיח הציבורי שלנו אודות

111 F.H. Easterbrook "Foreword: The Court ; 537-535, 529 עמ' Posner, לעיל הערה 5, and the Economic System" 98 *Harv. L. Rev.* (1984) 4, 15-17

112 R.W. Gordon "Law and Ideology" 3:1 *Tikkun* (January/February 1988) 14, ראו למשל 16, 85; A. Sarat, T.R. Kearns "Making Peace with Violence" in A. Sarat, T.R. Kearns (eds.) *Law, Violence, and the Possibility of Justice* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2001) 49, 50, 66, 69-71

113 S.J. Burton *Judging in Good Faith* (Cambridge: Cambridge University Press, ראו למשל 1992), 19-21

הכפייה המדינתית – חייב להיות שיח מצדיק, תרגיל במתן הצדקות¹¹⁴, אבל הצדקת הכוח נושאת סכנות כמו גם יתרונות ייחודיים. הסכנות שבה דורשות נקיטת גישה ביקורתית וספקנית כלפי הנמקה משפטית. היתרונות הפוטנציאליים שלה נוגעים לכובד האחריות הייחודי למי שטוענים בשם המשפט.

(1) תורת משפט של תכליות

ריאליסטים משפטיים טוענים שעל ההנמקה המשפטית לכוון עצמה לתכליות שהמשפט משרת; שיש להמיר תורת משפט של כללים בתורת משפט של תכליות¹¹⁵. על משפטנים לטעון להגנתם או בגנותם של ציוויים וכללים משפטיים במונחים של האופן שבו הללו מקדמים ערכים אנושיים¹¹⁶. יש לאמוד את ערכם של מוסדות משפטיים וכללים משפטיים על פי מידת יעילותם בקידום הערכים שהם נועדו לשרת ועל פי התקפות והרציות של אותם ערכים¹¹⁷.

כך, הולמס טען כי משעה ש"החובה לשקול" שיקולים של "תועלת חברתית" הופכת "בלתי נמנעת", על ההנמקה המשפטית לעסוק במתן הצדקות הנוגעות לתכליות חברתיות. התמקדות זו, בתורה, מחייבת לחלק את השיח המשפטי מהבידוד הדיסציפלינרי שלו: משפטנים יצטרכו ללמוד, חזה הולמס, "את התכליות שמבקשים להשיג ואת הטעמים להיותן מבוקשות", וחקירה זו תדרוש את הפגשתן של תובנות ושיטות מדיסציפלינות

- 114 ראו למשל Llewellyn, לעיל הערה 45, עמ' 70-71.
- 115 ראו למשל Cardozo, לעיל הערה 68, עמ' 99-102; Pound, לעיל הערה 57, עמ' 611-612. יש להדגיש שאין המדובר בתכליות הנוגעות למקרה פרטיקולרי כזה או אחר, אלא לאותן תכליות המנחות מלכתחילה את עיצוב הדוקטרינה (או את שינויה).
- 116 מכיוון שכללים משפטיים משפיעים על כלל בני האדם ולא רק על הצדדים המתדיינים, על ההנמקה המשפטית להביא בחשבון כל ערך אנושי רלוונטי. ראו M. Radin "My Philosophy of Law" in *My Philosophy of Law: Credos of Sixteen American Scholars* (1941; Littleton, CO: Fred B. Rothman, 1987) 285, 299.
- 117 לניסוח רב עוצמה של הטענה כי שיפוטים מוסריים הם חלק בלתי נפרד מן השיח המשפטי (המחללים אפילו להיבטים הדסקרפטיביים שלו) ראו R. Pound "A Comparisons of Ideals in Law" 47 *Harv. L. Rev.* (1933) 1, 2-3; Summers, לעיל הערה 8, עמ' 20-21; T.W. Bechtler (ed.) *Law in Social Context: Liber Amicorum Honouring Professor Lon L. Fuller* (1978) 3, 20-21; T.C. Grey "Freestanding Legal Pragmatism" 18 *Cardozo L. Rev.* (1996) 21, 26, 41-42. עמדתו של פאונד לא הייתה חד-משמעית באשר למעמד של ערכים שמידת ההכרה בהם טרם הובררה באופן אמפירי. ראו R. Pound "The Ideal Element in American Judicial Decision" 45 *Harv. L. Rev.* (1931) 136, 136-137. שאלה זו מהווה סלע מחלוקת עיקרי בין פוזיטיביסטיים ללא-פוזיטיביסטיים. השוו בין J. Raz "Legal Principles and the Limits of Law" 81 *Yale L.J.* (1972) 823, 852-854 לבין Dworkin, לעיל הערה 2, עמ' 46, 58-65, 68.

אחרות עם השיח המשפטי. הולמס מציין במפורש את השימוש המועיל בקרימינולוגיה, וכן בייחוד "באסכולות של כלכלה פוליטית", ומכאן אמירתו המפורסמת כי "אנשי החוק היבש (black-letter) הם אולי אנשי ההווה, אולם אנשי העתיד הם אנשי הסטטיסטיקה ומומחי הכלכלה"¹¹⁸.

פתיחתו של השיח המשפטי לתובנות מדיסציפלינות אחרות – ההכרה בקו המחבר בין הנמקה משפטית לצורות אחרות של הנמקה מעשית (practical reasoning) – תסכל באופן בלתי נמנע את טענתם של משפטנים לידע מקצועי, ייחודי וסגור¹¹⁹. כפי שהולמס מנסח זאת, יש לזנוח את לשון ההוכחה שמשפטנים נוקטים בה ואת טענתם לצדקה מוחלטת "אחת ולתמיד". "לא ניתן להתייחס למשפט כאילו כל מה שיש בו הוא אקסיומות והיסקים מתמטיים"; לא ניתן לטפל בו כעניין של "עשיית חשבון פשוט". משום שהמשפט מחייב התייחסות לאמונות חברתיות ושיקולי מדיניות, הוא "אינו ניתן למדידה כמותית ולכן לא ניתן לבסס מתוכו היסקים לוגיים מדויקים". השיח המשפט הופך הרבה יותר קונטינגנטי ועל משפטנים להצניע לכת: עליהם "להסס באותם מקומות שהם מפגינים ביטחון ביחס אליהם, ולהכיר בכך שהם למעשה מצדדים בעמדה מסוימת ביחס לשאלות שהן נתונות לוויכוח, לרוב בוערות". מחלוקת (בין פרטים, קבוצות וענפים של הממשל) הופכת להיות מאפיין מכונן של המשפט¹²⁰.

(2) ביקורת מתמדת; פלורליזם ערכי

הבנה זו של המשפט כפורום של תבונה מוכרחה לייסד עצמה, לפחות במידת מה, על אמונה אופטימית ביכולתנו להכיר בטיעונים מוסריים משכנעים ולהיות מושפעים מהם¹²¹. למרות זאת משום שהנמקה משפטית היא תמיד הנמקה ביחס לכוח ואינטרסים, הטיעונים המושמעים על ידי שחקנים משפטיים צריכים תמיד להיות מובאים בערבון מוגבל¹²². ניתן לשמר את הנורמטיביות של המשפט רק אם מתייחסים אליה בספקנות ורק אם משפטנים נזכרים תדיר במאפיין המכונן האחר והפחות מחמיא של המשפט – כוחו הכופה; רק אם

118 Holmes, לעיל הערה 54, עמ' 184, 187-189. ראו גם למשל R. Pound "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence" 25 *Harv. L. Rev.* (1912) 489, 510-511.
 119 ראו Posner, לעיל הערה 5, עמ' 73. ראו גם למשל Horwitz, לעיל הערה 2, עמ' 193.
 120 ראו Holmes, לעיל הערה 54, עמ' 180-182, 184.
 121 M. Nussbaum "Why Practice Needs Ethical Theory: Particularism, Principle, and Bad Behavior" in S.J. Burton (ed.) *The Path of the Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000) 50, 74, 76-77.
 122 למעשה, אילו יכולנו להיות בטוחים כי קיימת חפיפה מלאה וקבועה בין הנמקה משפטית לבין ציווי המוסר, לא היה ניתן לדבר במובן מעניין כלשהו על משפט ככוח.

מתאפשר כל העת לבקר את הסיבות העומדות בבסיסו ואת השלכותיו (בייחוד אלה החלוקתיות). לפיכך ריאליסטים מצדדים בטענתו של הולמס כי דבר במשפט אינו חסין משיקול נוסף: "אף קביעה משפטית אינה מובנת מאליה ולא משנה עד כמה נהיה נכונים לקבל אותה"¹²³.

כהד נוסף של תזת ההפרדה של הולמס, ריאליסטים משפטיים טוענים כי העובדה שכאשר המשפט מאמץ כללים וערכים מסוימים, "הוא גולש מן הנורמטיביות של היות ראוי לציווי של היות חייב" – ויתירה מזאת, הוא נוטה לייצר "תחושה של צדקה, טענה לנכונות"¹²⁴ – חייבת להשפיע על הטון שבו נמסר השיח המצדיק של המשפט. בהכרם בנטייה לאשרר את הקיים, ריאליסטים לרוב ניגשים לבחינה נורמטיבית ברוח ביקורתית ופלורליסטית¹²⁵. הם מבינים צדק כ"חתיירה בלתי פוסקת לשפר את המשפט, סמל המבטא את הצורך בביקורת מתמדת והתאמה בלתי פוסקת של המשפט לחברה המשתנה שאותה הוא מייצג". ריאליסטים משפטיים תופסים ערכים אנושיים כ"פלורליסטיים ומרובים, דינמיים ומשתנים, היפותטיים ולא מובנים מאליהם, בעיתיים יותר מאשר מכריעים"¹²⁶.

(3) ארגומנטציה אחראית

ריאליסטים משפטיים גורסים, שכוחו הכופה של המשפט אינו רק מציב אתגר לגיטימציה של המשפט, אלא הוא גם המקור לחלק מהאיכויות של השיח המשפטי. "כאשר הכוח עומד מאחורי המשפטי-רשמי", מסביר לוואלין, "נורמה המבקשת להתקבל ונוהג ההופך לציווי רשמי הם מעניינו של כל אחד, משרתים את הרצונות שלו – בין

123 Holmes, לעיל הערה 54, עמ' 181. ראו גם למשל Llewellyn, לעיל הערה 45, עמ' 55. לניסוח מודרני ראו J. Waldron *Law and Disagreement* (Oxford: Clarendon Press, 1999), 111-122, 176-187.

124 Llewellyn, לעיל הערה 94, עמ' 1364, 1368.

125 בניגוד ל-Weinrib, לעיל הערה 102, עמ' 33-35, 39-42, הטוען כי כדי למלא כהלכה "פונקציה מצדיקה", על כל הצדקה "להציב את גבולותיה"; לפיכך, ממשך ווינריב, הסתמכות על "אוסף של הצדקות נפרדות ובלתי תלויות זו בזו – משמעה כי פונקציית ההצדקה שלהן אינה נלקחת ברצינות". אך ווינריב אינו מספק טעמים של ממש לדרך שבה הוא מאפיין מה שהוא מכנה כהצדקות "אמיתיות" (לעומת הצדקות שאינן כאלה).

126 H.E. Yntema "Jurisprudence on Parade" 39 *Mich. L. Rev.* (1941) 1154, 1169. ראו גם למשל K.N. Llewellyn "On the Good, the True, the Beautiful in Law" in K.N. Llewellyn *Jurisprudence: Realism in Theory and in Practice* (Chicago: University of Chicago Press, 1962) Purcell; לעיל הערה 13, עמ' 41-42. לא כל הריאליסטים המשפטיים שותפים להשקפה זו. כהן למשל היה תועלתן. ראו למשל F.S. Cohen *Ethical Systems and Legal Ideals* (1933; Westport, CT: Greenwood Press, 1976), 17, 42, 145, 187-188, 220, 229. והשוו למשל Summers, לעיל הערה 8, עמ' 42-44.

הנשגבים ובין הארציים". בניסוח אחר, בחברה בת ימינו השיח המשפטי הוא זירה לליבון ערכים חברתיים, בדיוק משום שבה הכוח מתחלק ואינטרסים מתנגשים. מה שמונח על הכף הוא לא רק מטריאלי: המשפט מייצר ומשמר את "הקבוצות של הקבוצה" – רזה ככל שתהיה בעולמנו היום – והוא נתפס כמוסד שיש ביכולתו "לדבר בשם המכלול שהוא אנחנו". כוחו המטריאלי והאקספרסיבי של המשפט הוא מה שמזמן לתוך השיח המשפטי את התומכים הנלהבים של אידאלים מסויימים, כמו גם תפיסות מתנגשות, ומה שהופך אותו "באופן בלתי נמנע לאותה זירה אנושית שבה [בני אדם] נדרשים לאחריות קבוצתית"¹²⁷. כך, כוחו הכופה של המשפט תמיד "ניצב בבסיסה של דרישה לאחריות (accountability)"; שלא כמו שדות אחרים של כוח, כוחו של המשפט תמיד נתבע למתן דין וחשבון¹²⁸.

ההיווכחות באחריות הכרוכה בניווט כוחו הכופה של המשפט תובעת מכל שחקן משפטי להצדיק, לשכנע אותנו שהדרך שהוא או היא מציעים תקדם טוב יותר ערכים רלוונטיים וטובין אנושיים. "לקביעת נורמות משפטיות יש דרך מתוחכמת להצדיק את עצמה" באמצעות בחירה בין טענות מתנגשות "בהתאם לסך הדרישות של הכלל". המשפט הוא זירה בעלת "דחף מתמיד להתיימר לדבר בשם הכלל, ובמידת מה להפוך את היומרה הזאת למציאות"¹²⁹. הימצאותו החובקת-כל של הכוח הכופה במשפט – ולמעשה חוסר היכולת לוותר עליו – היא בדיוק מה שהופך את ההנמקה המשפטית לייחודית וראויה לכבוד הקולקטיבי שלנו. שלא כמו הנמקה אבסטרקטית, ההנמקה המשפטית – המתאפיינת בהשפעות משמעותיות על חייהם של בני אדם – היא אחראית יותר משום שהיא נטענת מתוך דחיפות גדולה יותר והיא עשירה רגשית וכך נוטה להיות קשובה, זהירה ורצינית¹³⁰. מובן אקוטי זה של אחריות מסייע להסביר מדוע ריאליסטים משפטיים, שבדרך כלל נזהרים שלא לזלזל באלטרנטיבות רדיקליות, דוחים ספקנות מוסרית או רלטיביזם מוסרי¹³¹. משום

K.N. Llewellyn "Law and the Social ; 1387 ,1382 ,1365 עמ' 94, לעיל הערה 94, Llewellyn 127
 Sciences" in K.N. Llewellyn, *Jurisprudence: Realism in Theory and in Practice*
 (Chicago: University of Chicago Press, 1962), 357-358
 .A.T. Kronman "Monotheism and Violence" [unpublished] 128
 Llewellyn, לעיל הערה 94, עמ' 1399-1398. 129
 O. Fiss *The Law As It Could Be* (New York: New York University Press, 2003), והשוו 130
 165-166. שמות התואר שאני מדביק כאן להנמקה המשפטית עשויים להראות כפרי תקוותי,
 או מה שאני מייחל לו במשפט. אלא שבהקשר הנוכחי הם רק מקדימים את הדיון באומנות
 המשפט בחלק ד2 להלן, המפרט את המנגנונים המעגנים ציפיה כזו אשר מבוססים על הכרה
 בחשיבותו של המשפט.
 G. Calabresi "An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law ראו למשל 131
 and the Allocation of Body Parts" 55 *Stan. L. Rev.* (2003) 2113, 2121
 .אכן היו "ספקני עובדות", אולם הם היו בבירור מיעוט. ראו Summers, לעיל הערה 8, עמ' 42.

ש"ההליך של קבלת החלטות אחריות... משתרע בכל חיי המשפט" – משום שעיסוקם היום-יומי של משפטנים דורש "בחירה, החלטה ואחריות" – ריאליסטים משפטיים סבורים שהשימוש ב"תובנות מוסריות" הוא חיוני למשפט¹³². מסיבה זו הריאליסטים אינם סובלניים כלפי האפיון של מלומדים ביקורתיים את ההנמקה המשפטית כ"אמצעי משמוע, טכנולוגיה כופה להסדרה חברתית של תשוקות ורגשות"¹³³ וכלפי המשואה הנלווית לו בין הנמקה נורמטיבית לבין "אינטרסים צרים וכוח שרירותי"¹³⁴. טעמים משפטיים מתייחסים לאידיאלים של צדק, וכפי שהסל ינטמה (Hessel Yntema) טוען, לא כל אידיאל הוא מספיק טוב: "אידיאלים של צדק שאינם קשורים לצרכים אנושיים אינם אידיאלים אמיתיים"¹³⁵. בעוד שהם תמיד מקדמים בברכה קריאות תגר ביחס לאמיתות המשפטיות המקובלות ביותר, ריאליסטים מוציאים אל מחוץ למשואה עמדות ספקניות המקעקעות כל אפשרות הן

- אפילו פרנק – ש"היה ספקן עד כדי ניהיליזם" – רצה לחנך משפטנים "אקטיביסטים" ולא "ספקנים אחוזי שיתוק". R.W. Gordon "Professors and Policymakers: Yale Law School Faculty in the New Deal and After" in A.T. Kronman (ed.) *History of the Yale Law School* (New Haven, CT: Yale University Press, 2004) 75, 101
- H.W. Jones "Law and Morality in the Perspective of Legal Realism" 61 *Colum. L. Rev.* 132 (1961) 799, 801, 809.
- G. Peller "Reason and the Mob: The Politics of Representation" 2:3 *Tikkun* (1987) 28, 133
- G. Peller "The Metaphysics of American Law" 73 *Cal. L. Rev.* (1985) 92. ראו גם למשל (להלן: "Peller "Methaphysics""). 1151, 1155
- D. Kennedy *A Critique of Adjudication* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997), 109-113, 147-148, 155 134
- "עשויה מבנים מבנים של זוגות טיעונים סותרים"; זוהי "מערכת של מילות קוד סותרות שהן תמיד זמינות ולפיכך לעולם אינן בעלות כוח שכנוע כשלעצמן". לכן, לשיטתו, המשפט "ניתן לתמרון בכל הרמות" ונתון להשפעה אידאולוגית דרך "הסוס הטרויאני של המדיניות (policy)", שקנדי מאפיין כ"פטפטת או דיבור סרק". ראו גם למשל "Peller "Methaphysics", לעיל הערה 133, עמ' 1152-1153.
- H.E. Yntema "The Rational Basis of Legal Science" 31 *Colum. L. Rev.* (1931) 925, 955 135
- D. Herzog *Without Foundations: Justification in Political Theory* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1985), 232, 237-238

להצדקה הן לביקורת¹³⁶. ריאליסטים תמיד עוסקים בבחינה קונסטרוקטיבית של הדין הקיים ושל הערכים שאותם הוא נועד לקדם¹³⁷.

כך לדוגמה המאמץ הריאליסטי להסיר את המסכה הלכאורה ניטרלית ובלתי נמנעת של מושגים וכללים של משפט פרטי אינה מיועדת לחתור תחת עצם האפשרות של סדר משפטי צודק, או אפילו לערער בהכרח על רציותו של הסדר הקיים. בעוד שהסיכונים באסנציאליזציה של הבחירות הגלומות במשפט הפרטי ושל הסוואת השלכותיהן החלוקתיות והאקספרסיביות הם פתולוגיים, ניתן לגאול את המשפט הפרטי. ברוח זו, כותבים ריאליסטים טוענים כי קניין פרטי אינו רק "שליטה בחפצים" אלא "אף שלטון ביחס לחברינו בני האדם", וכי השיח המשפטי המסורתי אינו מספק הצדקה הולמת "לעוצמת הכוח והשליטה בחייהם של אחרים, שהסדר המשפטי מעניק לאלה המכונים בעלים". אולם חשיפת ההשלכות החלוקתיות של המשפט הפרטי והניסיון לנטרל את היומרה שלו לניטרליות (או אפילו להיותו מובן מאליו) אינה אף פעם נקודת הסיום של הניתוח עבור הריאליסטים המשפטיים, אלא רק תחילתו¹³⁸. זהו אמצעי לביסוס חקירה ביקורתית בונה: הכרה בכך שקניין הוא צורת שלטון מאפשרת, ואפילו דורשת, "להחיל בדיני הקניין את כל אותם שיקולים של אתיקה חברתית ומדיניות ציבורית נאורה, שאמורים להיות חלק מן הדין לגבי כל צורת שלטון"¹³⁹.

- 136 ראו A. Brudner *The Unity of the Common Law: Studies in Hegelian Jurisprudence* (Berkeley: University of California Press, 1995), 269-277. אכן, ניתן לומר כי ריאליסטים משפטיים מחזיקים בפילוסופיה פרגמטיסטית, וזאת אם (ורק אם) נפרש פרגמטיזם כמחויבות להעמדה מתמדת של דעות במבחן הניסיון, בחינתן אל מול טיעונים שעשויים לשלול אותן ונקיטת עמדה שלפיה ניתן למצוא תשובות טובות יותר (אולי הטובות ביותר) אובייקטיבית לשאלות הניצבות בפנינו. לניתוח הפרגמטיזם ברוח זו ראו C. Misak *Truth, Politics, Morality: Pragmatism and Deliberation* (London: Routledge, 2000), 49, 56-57, 74, 98.
- 137 ראו W. De Been "Realism" *Jurisprudence* (1953), 552-553. E.W. Patterson. כמו כן ראו "Realism Revisited" [unpublished]; H. Etlanger et al. "Foreword: Is it Time for a New Legal Realism?" *Wis. L. Rev.* (2005) 335, 345. והשוו Green, "לעיל הערה 11, עמ' 1969-1968 (גריין רואה במחויבות הריאליסטית לקידום רפורמות אנרכיות, משום שהוא אינו מפנים את ההבחנה הריאליסטית בין משפט לבין דוקטרינה).
- 138 ראו למשל Gordon, "לעיל הערה 131, עמ' 95. בניגוד מסוים לרטוריקה שלהם, רבים מאנשי התנועה הביקורתית של המשפט שותפים לרוח הקונסטרוקטיבית הזאת. ראו למשל D. Kennedy "The Effect of the Warranty of Habitability on Low Income Housing: 'Milking' and Class Violence" *15 Fla. St. L. Rev.* (1987) 485.
- 139 ראו 8 *Cornell L.Q.* (1927) 13. M.R. Cohen "Property and Sovereignty". האמור בטקסט גם משקף קריאה אזהרת של ביקורתו של רוברט הייל (Robert Hale) על המשפט הפרטי. ראו R.L. Hale "Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State" *38 Pol. Sci. Q.* (1923) 470. B.H. Fried *The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the First Law and Economic Movement* (Cambridge, MA: Harvard University Press,

תבונה וכוח נידונים להתערבב זה בזה בשיח המשפטי. מכיוון שתמיד מוקצה במשפט מקום לתבונה, לעולם אין לראות במשפט כוח לשם כוח. לכן, ריאליסטים משפטיים סבורים שיהיה זה תבוסתני – למעשה בלתי אחראי – להניח שכוח יחליף את התבונה. עם זאת משום שקיימת סכנה מוחשית כל כך לניצול לרעה של הכוח על ידי נשאי המשפט, ריאליסטים חשדניים באותה המידה כלפי הרעיון – אותו הם רואים כנאיבי ומסוכן – שהתבונה באה במקומם של אינטרסים, וכי המשפט ינטרל כל כוח, למעט כוחו של הטיעון המשכנע יותר. התפיסה הריאליסטית של המשפט משתדלת שלא לרמוז שניתן יהיה אי פעם לסלק כליל את השפעתם של כוח ואינטרסים מן המשפט.

בדחותה את שתי העמדות הקיצוניות הללו, התפיסה הריאליסטית של המשפט מכירה בקושי לשלב בין כוח לתבונה כשני מאפיינים מכוננים של המשפט ומודעת להשלכות הקשות שעלולה להמיט הברית הלא פשוטה הזאת. היא מורה לנו לבחון באופן מתמיד ובעין ביקורתית את האינטראקציה המורכבת בין כוח לתבונה, מתוך תקווה לחדד את חוש האחריות הכרוך במתן הצדקות לכוח¹⁴⁰ ולמזער את הפוטנציאל המשחית של הרדיפה אחר צבירת כוח אינטרסנטית. אחת ההשלכות החשובות של הגישה הזאת היא, כפי שראינו, הזהירות שבה ריאליסטים ניגשים לתאוריות מוניסטיות של צדק והתעקשותם על ביקורת משפטית מתמדת. אימפליקציה אחרת ולא פחות חשובה היא הדחייה של עמדה צינית בתגובה להצדקות שהמשפט מספק עבור הפרקטיקות שלו. הצורך במתן הצדקות הוא מקור לא אכזב להתקדמות חברתית ומוסרית, משום שלכל הפחות הוא כופה חזות מכובדת, תמונה אידיאלית של המשפט שלעתים קרובות משמשת קריאת תיגר על דעות ועל פרקטיקות מקובלות¹⁴¹.

ד. על מדע ואומנות

עד כה דנתי בתבונה ובהצדקות באופן מופשט ומטרחי כעת היא לצקת מעט תוכן לתוך רעיונות הריאליסטיים על הנמקה משפטית. החלפת האלגוריתם הפורמליסטי (שלא ניתן

Kennedy ; 1998), 10, 13, לעיל הערה 134, עמ' 292-294. הקריאה האחרת של מאמרו של הייל – כטוען שאי-השוויון בהכנסות ובכוח הוא תוצר ישיר של הקצאה משפטית פרי כללי רקע ושלא קיימת כל הבחנה בין איומים לבין הבטחות או בין כפייה להסכמה – נסמכת על "דימוי מכניסטי של בני אדם" שקשה להגן עליו. ראו N. Duxbury "Robert Hale and the Economy of Legal Force" 53 *Mod. L. Rev.* (1990) 421, 443.

140 ראו D. Herzog *Poisoning the Minds of the Lower Orders* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1998), 151, 159.

141 ראו H. Dagan "Qualitative Judgments and Social Meanings in Private Law: A Comment on Professor Keating" 4 *Theor. Inq. L.* (2003) 89.

להגן עליו) בתורת משפט של תכליות מספקת הנחיה כלשהי, אבל גם מוסיפה נופך של דחיפות לקשיים בדבר מובנות ולגיטימציה. אם הדוקטרינה כלשעצמה אינה מנביעה תוצאות, מה למעשה מגביל את נשאי המשפט? האם הקו הרציף שקיים בין הנמקה משפטית לצורות אחרות של הנמקה מעשית אינו ממוטט את ההבחנה בין משפט לפוליטיקה ובכך מקעקע את הלגיטימציה של המשפט?¹⁴² מה, אם בכלל, מבחין את המשפט ממערכת של ציוויים סובייקטיביים וגחמניים?

חלק מן התשובה לשאלות הללו מצוי בהבחנה האחרונה שלי בחלק הקודם באשר למשמעותה של המסורת המשפטית, אולם בטרם נדון (בחלק הבא) במקומה של המסורת בתפיסה הריאליסטית של המשפט, עלינו לדון בתכנית הריאליסטית בדבר ההיבטים צופים פני העתיד של השפיטה. הספרות הריאליסטית מציעה שני סוגים של מנגנונים להגבלת שיקול דעתם של האמונים על פיתוח המשפט: מדע, או ליתר דיוק תובנות מדעיות, הן אמפיריות הן נורמטיביות ואומנות, או ליתר דיוק מאפיינים קונבנציונליים מסוימים של השפיטה, בייחוד הדגש הקונטקסטואלי שלה והאופי הדיאלוגי שלה¹⁴³. זה נראה טבעי להציג את המנגנונים הללו כשני סוגים מתחרים, אם לא מתנגשים, של תגובות לאתגר הריאליסטי של בנייה מחדש (רקונסטרוקציה); זה לפחות הגורל המצער שלהם על פי הספרות העכשווית¹⁴⁴. כמה ריאליסטים אכן שותפים לתחושת הפילוג הזאת וממקמים את עצמם בצד כזה או אחר של החלוקה המסתמנת הזאת. לעומת זאת הריאליסטים הנבחרים שלי אינם שותפים לגישה הזאת. עבורם, ולפיכך עבור התפיסה הריאליסטית של המשפט שאני מסרטט כאן, מדע ואומנות משלימים זה את זה ואחד אינו מוציא את השני. כרגיל, לא כהן ולא לוואלין עיבדו או נתנו דין וחשבון מלא לקיום המשותף והלא נוח הזה ומאמר זה אינו מנסה למלא את הפער הזה. עם זאת חלקיים ככל שיהיו, הניתוחים שלהם מאפשרים לנו להעריך מה אנחנו מאבדים, כאשר מצדדי המדע וחסידיו האומנות מתחרים זה בזה במקום להשתלב אלה באלה.

142 הדאגה שמא הדמיון בין הנמקה משפטית לבין צורות אחרות של הנמקה מעשית ימוטט את ההבחנה בין משפט לבין פוליטיקה, הובילה את ווינריב להחייאת פורמליזם של משפט טבעי, שהוא שונה במובנים רבים מן הפורמליזם שנדון לעיל בחלק ב.1. ראו Weinrib, לעיל הערה 102. ניתן לקרוא את המאמר הזה כתגובה כפולה לווינריב, שכן הוא מראה שקיימים הבדלים חשובים בין משפט לבין פוליטיקה שיש בהם כדי למתן את החשש לטשטוש תחומים בין משפט לפוליטיקה, והוא אף מצביע על כמה מן הבעיות הכרוכות בפתרון שהוצע על ידי ווינריב להתמודדות עם אתגר זה.

143 ראו Kronman, לעיל הערה 1, עמ' 336-338.

144 ראו שם, עמ' 339.

1. גיוס המדע

הזיהוי המקובל של הריאליזם המשפטי עם גיוס המדע בשירות המשפט הוא סביר. כפי שמציין ניל דקסברי (Neil Duxbury), בעוד הפורמליזם המשפטי "רק התהדר בשם מדעי", ריאליסטים משפטיים חותרים לביסוסו של "מחקר מדעי אמיתי של המשפט", "לימוד שיטתי שתכליתו השגת ידע הולם על המבנה החברתי כמנגנון משתנה אך קוהרנטי"¹⁴⁵. אין זה מפתיע אפוא שמקובל לזהות זרמים בעלי אוריינטציה מדעית חזקה – בייחוד גישה אמפירית לחקר המשפט ולניתוח כלכלי של המשפט – כיורשים החוקיים של הריאליזם המשפטי¹⁴⁶.

איני מכחיש את חובם של הזרמים הללו לריאליזם המשפטי או את תרומתם לפרויקט הריאליסטי. הן ההשקפה הריאליסטית של המשפט כמכשיר לקידום טובין אנושיים, כפי שנדון לעיל, הן הדגש הריאליסטי על עובדות חברתיות והמחויבות לחקירה מדעית, כפי שיידונו להלן, תורמים לקישור בין הריאליזם המשפטי לבין הגיוס של מדעי החברה לצורכי השיח המשפטי. עם זאת כמו יורשים עכשוויים אחרים של הריאליזם המשפטי, גם תומכי המדע מעוותים את המורשת הריאליסטית בכך שהם מתמקדים בהיבט זה בלבד של התפיסה הריאליסטית של המשפט ומתעלמים ממרכיבים אחרים של התפיסה העשירה של המשפט שעמם הוא משתלב¹⁴⁷.

(א) שלושה כיוונים אמפיריים

ריאליסטים שמים דגש על לימוד עובדות חברתיות הרלוונטיות למגוון הפעילויות המשפטיות וממליצים להתמקד בשלושה כיוונים אמפיריים: לחקור את הסדירות הנסתרות של הדוקטרינה המשפטית כדי להשיב על כנן את המובנות והצפויות שלו; ללמוד את

145 Duxbury, לעיל הערה 26, עמ' 80. ראו גם למשל S.M. Feldman *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism: An Intellectual Voyage* (New York: Oxford University Press, 2000), 110.

146 למחקר משפטי אמפירי ראו למשל Schlegel, לעיל הערה 7. לניתוח כלכלי של המשפט ראו J.W. DeCew "Realities about Legal Realism" 4 *Law & Phil.* (1985) 405, 421; E.W. Kitch "The Intellectual Foundations of Law and Economics" 33 *J. Legal Educ.* (1983) 184, 184; A. Schwartz "Karl Llewellyn and the Origins of Contract Theory" in J.S. Krause, S.D. Walt (eds.) *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000) 18.

147 חשוב להבין כי התמקדות במדע אינה רק משמיטה חלקים חשובים של תמונת המשפט אלא עשויה אף לעוות תמונה זו. כך לדוגמה, השמטת האומנות עשויה להטות לכיוון מסוים את החינוך המשפטי והשמטת הכוח עשויה לחסן ללא כל הצדקה פרויקטים מדעיים-משפטיים מביקורת נורמטיבית וחלוקתית.

ההשלכות המעשיות של המשפט כדי לכוון טוב יותר את פיתוחו וכדי לקדם את הלגיטימציה שלו; להגיב לנורמות החברתיות הרווחות – למוסר המקובל – כדי לייצב את האובייקטיביות של המשפט ואת הלגיטימציה שלו¹⁴⁸.

(1) חשיפת "המשפט בפעולה" (law in action)

באמצעות איסוף, עיבוד וניתוח מידע ביחס להחלטות שיפוטיות קיימות, ריאליסטים משפטיים מצביעים על הפער התדיר בין החוק הכתוב למשפט בפעולה. בנוסף, הם חושפים את הסדירויות הנסתרות של החלטות שיפוטיות ומראים כיצד סדירויות אלה מתארות את הדוקטרינה המשפטית טוב יותר מאשר כל הסבר פורמליסטי. שלא כמו החוק הכתוב, החשיפה הריאליסטית של האלמנטים האמיתיים שמסבירים את המשפט בפעולה אף מסייעת לעורכי דין בעבודתם המעשית, משום שהיא מספקת בסיס אמין לחיזוי החלטות עתידיות¹⁴⁹. כך, בלשונו של ג'וזף בינגהם, החלטות קודמות משמשות כ"תשתית פרי ניסיון לחיזוי החלטות עתידיות"¹⁵⁰.

(2) בסיס לרפורמות משפטיות

סוג נוסף של מחקר אמפירי רלוונטי עבור שחקנים משפטיים המבקשים לשפר – ולא רק לחזות – את המשפט. נתיב זה הולך בעקבות המלצתו של פאונד לאתר את "התוצאים החברתיים הממשיים של מוסדות משפטיים ושל דוקטרינות משפטיות", הן ברפורמות משפטיות הן ביישום ובפרשנות של הדין הקיים¹⁵¹. "תיקי ברנדיס" המפורסמים הם דוגמה מייצגת של פרויקט מסוג כזה, שבו מידע מקיף ביחס לתנאים הממשיים בענפי התעשייה שימשו להכנת תיק עבור בית המשפט העליון, שבו נבחנו תקנות באשר לשעות העבודה של

148 קיים סוג נוסף, רביעי, של חקירה אמפירית המיוחס לריאליזם: מיקום המשפט בתוך הקשר רחב יותר של נורמות חברתיות. המוביל העיקרי של כיוון זה היה אנדרהיל מור. ראו למשל U. Moore, G. Sussman "The Lawyer's Law" 41 *Yale L.J.* (1932) 566. כמו כן ראו Schlegel, לעיל הערה 7, עמ' 115-146. לסקירה וביקורת של גרסאות עכשוויות של כיוונים אלה ראו A. Sarat, T.R. Kearns "Beyond the Great Divide: Forms of Legal Scholarship in Everyday Life" in A. Sarat, T.R. Kearns (eds.) *Law in Everyday Life* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1993) 21, 42-47.

149 ראו למשל Duxbury, לעיל הערה 26, עמ' 80, 96, 127; Feldman, לעיל הערה 145, עמ' 113; Etlanger et al., לעיל הערה 137, עמ' 339-340.

150 Bingham, לעיל הערה 59, עמ' 17.

151 Pound, לעיל הערה 118, עמ' 513.

עובדות מכבסה¹⁵². כאן ובמקרים רבים אחרים "מידע מדוקדק באשר לעובדות חברתיות [הניח ועדיין מניח] תשתית הכרחית של דה־מיסטיפיקציה לקראת יצירת שינוי חברתי"¹⁵³.

(3) שיקוף מוסר נוהג

אף שלא נהוג להציג זאת כך, הסתמכותו של קרדוזה על מוסר נוהג כמקור להנחיית שיקול הדעת השיפוטי אף היא משתייכת לקטגוריה זו. קרדוזה ניצב אל מול אתגר האובייקטיביות: הסכנה שתורת משפט של תכליות תידרדר ל"תורת משפט של סנטימנטים ורגשות". התשובה שלו לכך הייתה ששופטים אינם אמורים לכפות "על הקהילה מנהגים התפורים על פי מנהגיהם שלהם, או אמונותיהם הגחמניות". תחת זאת שופטים צריכים לשאוב מתוך "חיי הקהילה"; הם מחויבים "להיעתר לסטנדרטים המקובלים של הקהילה, למוסר הנוהג", כלומר להעדפות הנורמטיביות של אלה שהמשפט נועד לשרתם¹⁵⁴.

(ב) עובדות וערכים

תוך שהם מושפעים מהרוח האינטלקטואלית של שנות העשרים והשלושים, ריאליסטים אחדים נטו להשקפה שהידע היחיד שניתן לדבר עליו כממשי ביחס לחברה הוא אמפירי וניסיוני גם יחד. על פי טענה זו, תפיסות בלתי אמפיריות הן חסרות משמעות ועל מלומדים לפתח וליישם שיטות שיאפשרו לנו לאתר ולמדוד תופעות חברתיות באופן הניתן לאימות והחף משיפוט ערכיים. על פי השקפה זו, מתודולוגיה צריכה להחליף מוסר פוליטי וניתן לשפוט קדמה חברתית רק במונחים של ידע ומומחיות מדעית¹⁵⁵.

- 152 ראו Fisher *American Legal Realism*, לעיל הערה 30, עמ' 237; N.E.H. Hull *Roscoe Pound* and Karl Llewellyn: *Searching for an American Jurisprudence* (Chicago: University of Chicago Press, 1997), 29.
- 153 Horwitz, לעיל הערה 2, עמ' 189. ראו גם Schlegel, לעיל הערה 7, חלקים 2 ו-4; P. Ellsworth, J. Jentum "Social Science in Legal Decision-Making" in L. Lipson, S. Wheeler (eds.) *Law and the Social Sciences* (New York: Russell Sage Foundation, 1986), 581; M.C. Dorf "Foreword: The Limits of Socratic Deliberation" 112 *Harv. L. Rev.* (1998) 4.
- 154 J.C.P. Goldberg "Community and the Common Law Judge: Reconstructing Cardozo's Theoretical Writings" 64 *N.Y.U. L. Rev.* (1990) 1324, 1335, 1338, 1372. קרדוזה לא הטיל ספק בעצם האפשרות של סובייקטיביות טהור. Cardozo, שם, בעמ' 110-111.
- 155 ראו Purcell, לעיל הערה 13, עמ' 15, 19, 22-21, 27-24, 31-32. ראו גם Horwitz, לעיל הערה 2, עמ' 209, 211. יש כמה גילויים בני זמננו של גישה זו. ראו למשל Posner, לעיל הערה 5, עמ' 76.

תפיסה זו בדבר מדע חברתי אובייקטיבי זכתה מאז לביקורת¹⁵⁶. למעשה, הריאליסטים המשפטיים הנבחרים שלי מעולם לא החזיקו בה. הן כהן הן לוואלין פקפקו בפרויקט של אמפיריציזם טהור לצורך ביסוס יכולת חיזוי משפטית, הערכת הדין הקיים או שקילת רפורמות משפטיות. כהן מבאר היטב את שתי המלכודות הגדולות שמניחה לפתחנו היומרה כי ניתוח מדעי של עובדות יעשה את העבודה¹⁵⁷.

לשיטתו של כהן, הקושי הראשון הוא שבעוד שביכולתו של המדע "לשפוך אור על המשמעויות הממשיות של כללים משפטיים באמצעות איתור השפעתם על הסדר החברתי", הערכת התוצאים הללו היא מלאכה אתית בעיקרה. שיפוט מוסרי תמיד יהיה דרוש "כדי להעניק משמעות נורמטיבית לעובדות היבשות"¹⁵⁸, אולם זהו אינו הקושי היחיד. אפילו עצם האיסוף של העובדות בדבר השלכותיהם של כללים קיימים מערב בהכרח "קריטריונים מבחינים המכריעים מה הן ההשלכות החשובות", באופן ש"בבסיס כל הערכה של חשיבות מונח קריטריון ערכי"; "עבודת הליקוט של עובדות חברתיות ללא שימוש בקריטריון ערכי מנחה מסתכמת בשממה של סטטיסטיקה חסרת תוחלת"¹⁵⁹. מסיבות אלה כהן מגיע למסקנה כי "תיאור משפטי הוא עיוור כשהוא נותר מחוץ לאורה המנחה של תאוריה ערכית"¹⁶⁰.

בדחתם את האפשרות של אמפיריציזם יבש, לוואלין וכהן מקדמים עמדה המעניקה לאמפיריציזם תפקיד צנוע – וסביר יותר – בעולם המשפט¹⁶¹. על פי גישה זו, השלב האמפירי בניתוח המשפטי מבסס אך "הפרדה זמנית בין מצוי לרצוי". כפי שמסביר לוואלין, "הצבת יעדים [חקירה] אמפירית תמיד דורשת הפעלת שיפוט ערכיים", אולם תיאורים בדבר "המצוי" צריכים "להיות, ככל האפשר, בלתי מושפעים" מעמדותיו הנורמטיביות

- 156 ראו למשל P. Novick *That Noble Dream: The "Objectivity Question" and the American Historical Profession* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998).
- 157 ביחס ללוואלין ראו W. Twining "The Idea of Juristic Method: A Tribute to Karl Llewellyn" 48 *U. Miami L. Rev.* (1993) 119, 151-152.
- 158 F.S. Cohen "Modern Ethics and the Law" 4 *Brooklyn L. Rev.* (1934) 33, 45 גם למשל Glennon, לעיל הערה 64, עמ' 43. לביקורת דומה על הניתוח הכלכלי של המשפט ראו A. Leff "Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism" 60 *Va. L. Rev.* (1974) 451, 454-459.
- 159 Cohen, לעיל הערה 52, עמ' 75-76. ניתן לחשוב למשל על הבעייתיות של פרויקט אמפירי, שמטרתו לפתח כלים לביסוס פרדיקציה מהימנה ומיישם לצורך כך בחינה כמותית בלבד ללא התייחסות להבדלי חשיבות שקהילה משפטית נתונה מייחסת להלכות משפטיות שונות.
- 160 שם, עמ' 76. ראו גם למשל L.L. Fuller "American Legal Realism" 82 *U. Pa. L. Rev.* (1974) 429, 457-458.
- 161 בניגוד ל-Horwitz, לעיל הערה 2, עמ' 5, 181, 210 (המתאר את תפיסת הריאליזם המשפטי של לוואלין כאמפיריציזם טהור).

של המתבונן¹⁶². בתפקידיהם השונים – חקיקה, ייצוג, ייעוץ ושפיטה – על משפטנים להשתמש במידע שנאסף על המשפט בפעולה ועל השפעותיו על החברה, כמו גם "במידע עובדתי טכני ובחווות דעת של מומחים" כדי להעשיר, ולא כדי לדחוק, את ההיבטים הנורמטיביים של השיפוט שלהם¹⁶³. ההבחנה בין מצוי לבין רצוי אינה אמורה אפוא "להתעלם מקיומו של הרצוי או לבטלו", אלא מיועדת "להפוך מצוי עתידי, לראוי של תקופתו"¹⁶⁴. כפי שכהן מטעים, "לא המדע לבדו ואף לא אתיקה המתעלמת מידע מדעי יכולים להציע מבחן תקף לבדיקת היות המשפט טוב או רע"¹⁶⁵. ניתוח משפטי מצריך הן ידע אמפירי הן שיפוט נורמטיבי.

מעניין לציין שאף קרדוזה מחזיק בעמדה דומה באשר לשילוב בין ידע חברתי לשיפוט מוסרי¹⁶⁶. הסתמכות בלעדית על העובדות החברתיות של מוסר נוהג הייתה עשויה להוות פתרון אטרקטיבי לבעיה של אובייקטיביות שיפוטית עליה הצביע¹⁶⁷, אולם כשהוא חוזה מראש את הסלידה (המוצדקת) שאנו חשים כיום כלפי הישענות בלעדית על קונבנציות מוסריות¹⁶⁸ – במקרה כמו פלסי נ' פרגסון, אשר נסמך רבות על ה"ההרגלים המבוססים, המנהגים והמסורות של בני אדם"¹⁶⁹ – קרדוזה נזהר מלשלול את הממד הנורמטיבי החורג מהמוסר הנוהג (טרדה דומה צריכה לגרום למשפטנים להיות חשדנים כלפי ההנחה המשתמעת מכמה מן הניתוחים של "משפט וכלכלה", שעל פיה העדפותיהם של בני האדם – כל עוד הן מבוססות על מידע מלא – הן הדבר היחיד שאמור להנחות את הרווחה החברתית¹⁷⁰). יש מקרים, טוען קרדוזה, שבהם אל לו לשופט להסתמך על הערכים הרווחים בחברה, משום ש"למרות שהם שולטים בכיפה באותו זמן, הם אינם עומדים בנורמות

Llewellyn, לעיל הערה 45, עמ' 55. 162

Llewellyn, לעיל הערה 126, עמ' 189. 163

M.S. McDougal "Fuller v. The American Legal Realists: An Intervention" 50 *Yale L.J.* 164
827, 835 (1941).

Cohen, לעיל הערה 157, עמ' 45. 165

B. Schwartz *Main Currents in American Legal Thought* (Durham, NC: Carolina Academic Press, 1993), 479-480. 166

אולם אפילו פנייה למוסר נוהג אינה תרופת קסם, משום ש"רוח התקופה, כפי שהיא נגלית לכל אחד מאתנו, היא לעתים קרובות כל כך הרוח המקרית של הקבוצה הספציפית שבה הוקצה לנו מקומנו בדרך של לידה, חינוך, מקצוע או השתייכות". Cardozo, לעיל הערה 68, עמ' 175-174. 167

ראו למשל West, לעיל הערה 80, עמ' 108-106. 168

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 550 (1896). 169

L. Kaplow, S. Shavell *Fairness versus Welfare* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002), 18-28, 413-431. 170

ראויות של מוסר". במקרים אלה "קיימת חובה לנהוג בהתאם לסטנדרטים הגבוהים ביותר, כאלה שאדם מעודן בעל מצפון מחודד... היה כופה על עצמו"¹⁷¹.

האמפיריציזם המעודן הזה בנוסח כהן, לוואלין וקרדוזו תואם היטב את העמדה הפלורליסטית הנשקפת מן הגישה הריאליסטית לניתוח נורמטיבי, כפי שצוין בחלק הקודם. עם זאת ואפילו שגישה זו נמנעת מליפול לתוך המלכודת של ספקנות מוסרית, האתגר של לגיטימציה נותר בחלקו חסר מענה. ריאליסטים משפטיים הנוהרים תמיד מרומנטיזציה של המשפט ושל נשאו, מכירים בקושי הזה. כפי שכהן מסביר, משום שהמשפט הוא "שדה המחלוקת, פר אקסלנס", סביר כי ל"נקודת הייחוס הפרטית" של שופטים תהיה תרומה מכרעת לשיפוט שלם. גחמנות שיפוטית בנוסח פרנק תעלם ככל הנראה, כפי שצוין, אולם מחויבותיהם הנורמטיביות של שופטים עדיין תהיינה יצוקות על פי "הגישות של מעמדם הכלכלי ביחס לשאלות חברתיות"¹⁷².

לפיכך הגם שעובדות וערכים הם אכן אבני בניין מרכזיות בתפיסה הריאליסטית של המשפט, הם עדיין רק חלק מן התמונה. לא ניתן לגשת לאתגר שהריאליסטים מציבים ביחס למובנות והלגיטימציה של המשפט במלואו, מבלי לתת דין וחשבון למאפיינים המוסדיים של השפיטה (לכל הפחות במסורת המשפט המקובל) ושל הנורמות והתכונות המאפיינות את המקצוע המשפטי. מאפיינים משפטיים מובהקים אלה הם מרכיבים מרכזיים של ההבטחה של המשפט. עם זאת יש להודות שאפילו לאחר שמוסיפים את המאפיינים האלה של המשפט, ריאליסטים עדיין אינם מסוגלים לספק תשובות מלאות לאתגרים של מובנות ולגיטימציה. אין בכוחה של דיסציפלינה אנושית כמו המשפט להציע תרופות קסם כאלה. יתירה מזאת, הפרויקט הריאליסטי הוא בחלקו ניסיון להשתחרר מן הבינריזם של ציניות לעומת רומנטיזציה של המשפט. במקומו של הבינריזם המטעה הזה, מצביע הריאליזם המשפטי על החשיבות של קבלה זהירה של המעלות המוסריות של הדין הקיים, המהולה בחשדנות בריאה, שביכולתה לעורר ביקורת מוסרית מודעת ולבסס חוש אחריות חד בתודעה המשפטית¹⁷³. ברוח זו יש לקרוא את ההלל הריאליסטי על אומנות המשפט, שאליה אפנה כעת¹⁷⁴.

171 Cardozo, לעיל הערה 68, עמ' 108-110.

172 Cohen, לעיל הערה 65, עמ' 123-124; Cohen, לעיל הערה 52, עמ' 72.

173 C. Clark, D. Trubek "The Creative Role of the Judge: Restraint and Freedom in the Common Law Tradition" 71 *Yale L.J.* (1961) 255, 256, 263-265, 268-273, 275-276, הטוענים כי בכך שהוא דוחה את התפיסה של חופש וסובייקטיביות שיפוטית, לוואלין מטשטש את ההשפעה שיש לערכים האישיים של שופטים ומוביל לשחרור שופטים מאחריות בגין הפעלת החופש היצירתי הנתון בידיהם.

174 השימוש בתפיסה של "אומנות" עשוי לשקף תובנה כללית יותר גם על מדע, שבעצמו משתמש בטכניקות אומנותיות לפיתוח כלים תאורטיים יצירתיים.

2. אומנות המשפט

לדבר על המשפט כעל אומנות עשוי להיות מטעה. אמירה כזו יכולה להתפרש כטענה שלפיה הריאליסטים מחזיקים – או למצער תומכים – בתפיסה קונבנציונלית של המשפט¹⁷⁵. לוואלין טוען כי "דרכי הפעולה" של משפטנים, "הפעלת הידע", "התודעה האומנותית", "טכניקות ההפעלה", "שיטות העבודה המושרשות" וכן "הרגלי חשיבה" מעניקים לאנשי מלאכת המשפט "תחושה של טבעיות, של מובנות מאליו" ביחס לתוצאות משפטיות מסוימות. האתוס של המקצוע המשפטי, בכלל, ושל השיפוט, בפרט, טוען לוואלין, מייצר כבלים אמיתיים המייצרים בתורם "סדירות סבירה" וכך מסירים באופן אפקטיבי את החשש מ"שיקול דעת פרוץ"¹⁷⁶.

מחוץ להקשרם (שיובא להלן), אמירות אלה נראות כמנבאות את ניתוחו של סטנלי פיש אודות עורכי דין כשלוחות של הידע של הפרקטיקה שלהם. על פי גישה זו, משפטנים "אינם רק מחזיקים בידע אלא מוחזקים על ידי הידע", והדבר היחיד – אך המשמעותי – שמגביל אותם הוא עמדתה של הקהילה הדיסקורסיבית או הפרשנית¹⁷⁷, אולם הניתוח הריאליסטי אודות האומנות המשפטית נבדל במובנים חשובים מהתאוריה הרדוקטיבית הזאת¹⁷⁸. כמו פיש, ריאליסטים משפטיים מצביעים על היותם של משפטנים משוקעים בתוך מלאכתם-אומנותם כדי להתגונן מפני ההאשמה בדבר סובייקטיבית שיפוטית וכדי להראות כי "השד הסובייקטיבי של פרורגטיבה שיפוטית מוחלטת ופרוצה [הוא] מיתוס או פנטזיה"¹⁷⁹. עם זאת בניגוד לפיש, הם טוענים כי טבעה של האומנות המשפטית מספק מידה של הצדקה לסמכות שתובע לעצמו המשפט. על פי התפיסה הריאליסטית של המשפט, מאפייניה של המלאכה המשפטית מסייעים לא רק לשיקום יכולת החיזוי של המשפט, אלא הם אף חלק מן ההצדקה לטענת המשפט ללגיטימציה.

- 175 ראו D. Patterson "Law's Practice" 90 *Colum. L. Rev.* (1990) 575, 597-600.
- 176 Llewellyn, *Common Law Tradition*; לעיל הערה 47, עמ' 77; לעיל הערה 49, עמ' 49, 214, 216-217, Llewellyn; לעיל הערה 69, עמ' 183, 184. כמו כן ראו למשל Cohen, *לעיל הערה 52*, עמ' 72.
- 177 ראו S. Fish *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory* (Durham, NC: Duke University Press, 1989), 127. כמו כן ראו B.G. Scharffs "Law as Craft" 54 *Vand. L. Rev.* (2001) 2245.
- 178 הברל נוסף הוא שבדחותה ספקנות מוסרית ורליביזם, התפיסה הריאליסטית של המשפט דוחה אף את "התפיסה השמרנית בדבר כוחה של ביקורת" העולה מניתוחו של פיש. לביקורת נוקבת של פיש בנקודה זו ראו West, לעיל הערה 80, עמ' 137-151.
- 179 A.T. Kronman *The Lost Lawyer* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993), 224.

(א) מעלות מוסדיות

קחו לדוגמה את אתגר האובייקטיביות של כהן (וקרדוזה). פתיחת השיח המשפטי לעובדות ולשיפוטים ערכיים חוץ-דוקטרינריים אינה שקולה למתן יד חופשית לסובייקטיביות שיפוטית, אולם היא מעוררת חששות הנוגעים לעיוותים הנובעים מהמיקום החברתי הספציפי (והמועדף) של עורכי דין ושופטים. כשהם ניצבים אל מול חששות אלה, כהן ולואלין מוצאים נחמה במעלות המוסדיות של המשפט.

"החוכמה העתיקה של המשפט המקובל שלנו", מסביר כהן, "מכירה בכך ש[בני אדם] באופן טבעי נבדלים זה מזה בתפיסתם העובדתית והמשפטית, לא משום שחלקם ישרים וחלק אינם כאלה, אלא משום שכל אחד מאתנו פועל בשדה טעון ערכית, המעניק צורה וצבע למה שאנו רואים". לכן רק "השקפת עולם מרובת פרספקטיבות תציל אותנו מהאנרכיה האינסופית של ראייה חד-ממדית". המבנה המוסדי של השפיטה (בשיטת המשפט המקובל) מיועד ליצור בדיוק סוג כזה של "פרספקטיבה אנושית וחברתית על אמת ומשמעות". הוא מעודד מחלוקות ביחס לשאלות של עובדה, השקפה ומשפט, ובכך יוצר פורום שבו האופקים הנורמטיביים והאמפיריים של שופטים עומדים למבחן המתמיד של נקודות מבט מתנגשות. כך, המשפט כמוסד מעודד שופטים לפתח "הסתכלות סינופטית" שהיא "תג מבחין של הציוויליזציה הליברלית"¹⁸⁰.

גם עבור לוואלין, סמכותם של שופטים נובעת לא ממאפייניהם הייחודיים כפרטים אלא מן "המְשָׁה". שופטים ממוקמים בסביבה מוסדית ה"תובעת ממחזיק המשרה להתפשט ממאפייניו ומהעדפותיו האישיות. הזמן, המקום, הארכיטקטורה, ההסדרים הפנימיים, תמיכתם של בעלי תפקידים אחרים, אופנות וטקסים מצטרפים יחד כדי לחדד את המסר הזה". כאשר הם שופטים בין מתדיינים, מצופה משופטים להיות לא רק נטולי פניות; הגישה הנטועה בהם מורה להם להיות אף "פתוחים, פתוחים באמת, להקשיב, להיות מיודעים, להיות משוכנעים, להגיב לטיעון טוב". הם מונעים לחתור ל"סבלנות, להבנה מתוך הזדהות, למאמץ לאיתור התוצאה הנכונה"¹⁸¹.

שני המרכיבים החשובים ביותר בסביבה הזאת הם ההליך האדוורסרי וההנמקה השיפוטית המופיעה בפסקי דין. הדרמה המשפטית בנויה כתחרות במתן טיעונים, שבה עורכי הדין של כל צד פועלים כפקידי בית המשפט, המגנים בשם "כל צד על תפיסה אחת

180 Cohen, לעיל הערה 65, עמ' 125-126. לדיון בפלורליזם של כהן ראו D. Tsuk "The New Deal Origin of American Legal Pluralism" 29 Fla. St. U. L. Rev. (2001) 189, 237, 253, 266. ראו גם Cardozo, לעיל הערה 68, עמ' 141, 176. לתפיסה דומה של השפיטה בכתיבה פמיניסטית ראו K.T. Bartlett "Feminist Legal Methods" 103 Harv. L. Rev. (1990) 829, 880-887.

181 Llewellyn, *Common Law Tradition*, לעיל הערה 49, עמ' 46-47.

משכנעת באשר לטעם החיים, שניתן לעגן אותה במשפט¹⁸². בסופו של תהליך זה שופטים מצווים לכתוב חוות דעת. פסיקה זו מיועדת "לגבש יחדיו את אחיו לקהילה של הכותב... לשכנע אותם שזוהי פסיקה שקולה". היא אף מיועדת לאפשר ל"צד המפסיד לחוש שדעתו נשמעה", לספק "הנחיה בהירה ונבונה לעתיד" ולשכנע "את הציבור המעוניין כי המיומנות שבה הושגה התוצאה, הדברים שעליהם היא מושתתת והתוצאה עצמה הם ראויים"¹⁸³. כשמתבוננים בהם במקובץ, למאפיינים מבניים אלה של המשרה השיפוטית יש "כוח ממלכתי" לזקק משופטים את הטוב ביותר שיש ביכולתם להציע; לתעל אותם "לשירות הכלל". הם הופכים את בתי המשפט ל"גוף המתאים ביותר של ממונים (שלא נבחרו למשרתם) לבקר גופים שלטוניים אחרים (הקרועים בין פוליטיקה, משוא פנים, להט, מומחיות, מגושמות, הטיות, אמביציה וחזון)". שופטים עומדים בפני הצורך "לתת דין וחשבון לציבור, לצרכני המשפט" על בסיס יום-יומי ובפרטנות. לפיכך הם הופכים "מיומנים במלאכה ההכרחית אך המסובכת של גיבוש שיפוטים שלא מתוך מומחיות ספציפית, אלא במונחים של הכלל, ככלל"¹⁸⁴. אוון פיס מספק ניסוח מודרני ממצה של המעלות המוסדיות המבססות את האובייקטיביות השיפוטית:

"על שופטים להיות בלתי תלויים באינטרסים של הצדדים, או אפילו של החברה בכללותה (הדרישה לעצמאות שיפוטית); שופטים נאלצים להאזין לתלונות שהם היו מעדיפים אולי שלא לשמוע (התפיסה של היעדר שיקול דעת בבחירת התיקים); עליהם לתת זכות טיעון לכל מי שהחלטתם עשויה להשפיע עליו (כללי "הצדק הטבעי"); על השופט להגיב וליטול אחריות אישית להחלטותיו (המסורת של פסקי דין בלתי אנונימיים); על שופטים להצדיק את החלטותיהם במונחים כלליים (דרישת העקרונות הניטרליים)"¹⁸⁵.

אולם פיס ממשיך מכאן וטוען כי פרוצדורות השפיטה הן לפיכך מקבילות ל"מצב המקורי" (מאחורי "מסך הבערות") של ג'ון רולס (John Rawls)¹⁸⁶, ולמעשה גורס כי

- K.N. Llewellyn "American Common Law Tradition and American Democracy" in K.N. Llewellyn *Jurisprudence: Realism in Theory and in Practice* (Chicago: University of Chicago Press, 1962) 282, 308-310. 182
- Llewellyn, *Common Law Tradition*, לעיל הערה 49, עמ' 132. 183
- Llewellyn; 48 עמ' 182, לעיל הערה 182, עמ' 310-309. 184
- Fiss, לעיל הערה 130, עמ' 163. כמו כן ראו שם, עמ' 11-12, 14, 54-55, 68; J. Rawls; 235-236. *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993). 185
- ראו שם, עמ' 163. 186

שופטים מסוגלים להתעלות מעל האינטרסים האישיים שלהם והשיוך הקבוצתי שלהם. לנוכח הדגש שלו על אינטרסים וכוח כמרכיבים מכוננים של השדה המשפטי, הניתוח הריאליסטי של המעלות המוסדיות של המשפט מתייחס בחשדנות לטענות כאלה. אכן, מעלות אלה הופכות את השפיטה לפורום ציבורי ייחודי, בעל פוטנציאל להכללה (inclusiveness), המבסס את הדחייה הריאליסטית של ציניות ביחס למשפט. עם זאת יש לקרוא את הדיון של לוואלין וכהן (וגם של פיס) במעלות המוסדיות של השפיטה לא כתיאורים חיים של השפיטה כפי שהיא, אלא כניסוח האידיאל של השפיטה, שמולו ניתן יהיה להעריך את פעולתה היום-יומית. אל להם להעלים חששות בנוגע לשיפוט המונעים מאינטרס (ולעתים מעיוורון) עצמי. השוואה למודל הרולסיאני של נציגים נטולי פניות אינה במקומה ככל שזה נוגע לנשאי המשפט (וזה נכון אפילו אם נתעלם מהטרדות השגרתיות – אך המשמעותיות – בדבר עומס תיקים ומשאבים מוגבלים)¹⁸⁷. הכרה במעלות המוסדיות של המשפט דורשת משחקנים משפטיים, במקום להיות שאננים, לערער באופן מתמיד על אמיתות משפטיות זחוחות, כולל התיאור של השפיטה כמוסד שכל כולו נועד אך לשירות הציבור¹⁸⁸.

(ב) חוש מצב (Situation Sense)

הדרמה המשפטית איננה שיח אודות עקרונות של צדק מופשט. לפיכך אומנות המשפט אינה מתמצה במאפיינים המוסדיים שנדונו לעיל. שיח משפטי נורמטיבי תמיד ממוקם בתוך הקשר אנושי ספציפי. הוא מייחל, מחזק ומסתמך על המיומנות הייחודית של משפטים ללכוד את הדקויות העובדתיות של מקרים מסוגים שונים ולהתאים את הטיפול המשפטי למאפיינים הספציפיים של כל אחת מן הקטגוריות הללו¹⁸⁹. ריאליסטים משפטיים טוענים כי מכיוון שהקונטקסטואליות של השיח המשפטי אינה אך חלק מן האידיאל המשפטי אלא אף יסוד אופייני של הידע (know-how) המשפטי, היא מהווה בסיס הן לגיטימציה של המשפט הן לצפיות שלו.

(1) קטגוריות צרות ולא מקרים בודדים

קיימת נטייה לזהות את הצינוי הריאליסטי לחקירה קונטקסטואלית עם קריאה לשיפוט אד-הוקיים. מיעוט קטן מתוך הריאליסטיים אכן מחזיקים בגישה הנומינליסטית המפוקפקת

187 השוו P. Brest "Interpretation and Interest" 34 *Stan. L. Rev.* (1982) 765, 770-771.
 188 בדומה, קריאה אוהדת של התייחסותו השכיחה של לוואלין ל"כלל" לא תראה את תפיסת החברה שלו כמניחה קהילה אחת ויחידה שהיא יציבה וקוהרנטית.
 189 אולם ראו Fiss, לעיל הערה 130, עמ' 24-26, 30-31, 52-53, 100-102 (הפונקציה החברתית העיקרית שממלאים בתי המשפט היא מתן משמעות לערכים ציבוריים ולא יישוב סכסוכים).

הזאת¹⁹⁰. לעומת זאת רוב הריאליסטים מחזיקים בעמדה שונה בתכלית¹⁹¹. הם מכירים בכך שהשימוש של המשפט בקטגוריות, מושגים וכללים הוא בלתי נמנע, אפילו רצוי, וכי ברוב המקרים על טוענים משפטיים פשוט לפעול על פי הכללים¹⁹². זוהי הסיבה שבגללה ריאליסטים משקיעים מאמץ בשיפור הכללים, בהסתמכם על ידע אמפירי, מחויבויות נורמטיביות וחוש מצב. במילים אחרות, "ריאליזם מוכוון כללים" אינו דבר והיפוכו¹⁹³, כל עוד אנו זוכרים שהיציבות (המוגבלת) של כללים בכל רגע נתון תלויה בהבנות המשותפות של משפטנים שידונו בחלק הזה ובחלק הבא, ולא מהדוקטרינה ככזו¹⁹⁴.

יתירה מכך, רוב הריאליסטים אינם תומכים באסטרטגיה הבעייתית של פרטיקולריזם רגיש לכללים, המאפשר לשופטים לסטות מן הכללים כאשר התוצאה של מקרה ספציפי דורשת זאת, תוך הבאה בחשבון הן של הערכים המהותיים הרלוונטיים הן של הערך של השמירה על יושרתם של הכללים¹⁹⁵. תחת זאת הם טוענים רק כי לפחות שחקנים מסוימים – בייחוד שופטים של ערכאות ערעור – צריכים לעתים להשתמש במקרים חדשים לצורך שכלול מתמיד של הכללים, כהזדמנות לבחון מחדש את התקפות הנורמטיבית של כללים קיימים ככללים, ולהעריך מחדש את ההלימות של קטגוריות משפטיות. הדגש שלי כאן הוא על טענה אחרונה זו: כלומר, כדי להיטיב לנצל את חוש המצב הייחודי למשפטנים (כפי שידון להלן), יש לבחון את הקטגוריזציה המשפטית באופן ביקורתי ולוודא כי הקטגוריות המשפטיות הן צרות באופן יחסי¹⁹⁶.

כך, לוואלין מפציר בנו לחשוב מחדש על הקטגוריות המשפטיות המקובלות משום שבעוד שלא ניתן להעלים את הסיווג המשפטי, "לסווג משמעו לשבש" וכך "לערפל חלק מן הנתונים ולתת ערך פיקטיבי לחלק אחר". מטעם זה, הסיווגים שלנו "ניתנים להצדקה רק ככל [שהם] הכרחיים לצורך השגת מטרה מסוימת". משום שהמטרות שלנו עשויות

- 190 ראו למשל Rodell, לעיל הערה 43, עמ' 169-174, 201-202.
- 191 ראו למשל, A. Altman "The Legacy of Legal Realism" 10 *Legal Stud. Forum* (1986) 167, 171-172; T.D. Rakoff "The Implied Terms of Contract: Of 'Default Rules' and 'Situation Sense'" in J. Beatson, D. Friedmann (eds.) *Good Faith and Fault in Contract Law* (Oxford: Clarendon Press, 1995) 191, 216.
- 192 כללים משמשים לצורך פתרון סמכותי של סכסוכים ובכך משיאים את אותם יתרונות מוסריים הכרוכים בתיאום, מומחיות ויעילות. ראו L. Alexander, E. Sherwin *The Rule of Rules* (Durham, NC: Duke University Press, 2001) 12-15. F. Schauer "The Generality of Law" 107 *W. Va. L. Rev.* (2004) 217, 224-234.
- 193 אולם השווה E. Sherwin "Rule-Oriented Realism": Book Review of *The Law and Ethics of Restitution* by Hanoach Dagan" 103 *Mich. L. Rev.* (2005) 1578.
- 194 ראו Alexander & Sherwin, לעיל הערה 192, עמ' 32-34.
- 195 בניגוד ל-Sherwin, לעיל הערה 193, עמ' 1591-1594.
- 196 ראו Fisher, לעיל הערה 30, עמ' 272-273, 275.

להשתנות, עלינו לבחון מפעם לפעם את "הקטגוריות המסורתיות"¹⁹⁷ (שקילה מחדש של קטגוריות משפטיות חשובה מטעם נוסף, והוא שהיא עשויה לחשוף בחירות משפטיות חבויות ולעתים בלתי מוצדקות של הכללה והדרה).

לוואלין מאתר שפע של קטגוריות משפטיות (חישבו על חוזים או קניין) שהן "גדולות מכדי שניתן יהיה לטפל בהן", בהכילן "פריטים הטרוגניים רבים" מדי. לפיכך הוא ממליץ "לעבוד עם קטגוריות צרות – שהן תת-קטגוריות של הקטגוריות המקובלות כעת, או לחילופין שיחצו קטגוריות קיימות"¹⁹⁸. באמצעות החלה של קטגוריות צרות מסוג זה, משפטנים יוכלו לפתח את המשפט תוך "בחינתו אל מול ניסיון החיים". שוב, הטענה אינה כי "הצדק או הרגישות למקרים פרטיקולריים או צדדים פרטיקולריים" צריכים להיות בעלי השפעה מכרעת, אלא כי הליך קבלת החלטות יצא נשכר מן "ההיגיון והרגישות שמתוכם יהיה ניתן להצביע על סוגים של מצבים עובדתיים"¹⁹⁹.

(2) העשרה ולא החלפה של חקירה נורמטיבית

לייטר טוען כי הציווי הריאליסטי בדבר "קבלת החלטות מונחית-עובדות"²⁰⁰ תואם "תורת משפט נטורליסטית, המבוססת על ראייה פרגמטית", שאותה הוא מציג כטענת הלבנה של הריאליזם המשפטי. עבור לייטר, הריאליזם מחזיק בתפיסה, שלפיה בהכרעתם השיפוטית שופטים בדרך כלל מגיבים לעובדות של התיק שבפניהם יותר מאשר לכללים או לטעמים המשפטיים²⁰¹. לניסוח זה של לייטר את המורשת הריאליסטית קיימת אחיזה

K.N. Llewellyn "A Realistic Jurisprudence: The Next Step" in K.N. Llewellyn 197
Jurisprudence: Realism in Theory and in Practice (Chicago: University of Chicago
 W.W. Cook "Scientific Method and the Law" in W.W. Press, 1962) 3, 27
 Fisher III et al. (eds.) *American Legal Realism* (New York: Oxford University Press,
 1993) 242, 246

Llewellyn, שם, עמ' 27-28, 32; Llewellyn, לעיל הערה 45, עמ' 59-60. ראו גם למשל
 Fisher, לעיל הערה 30, בעמ' 275.

K.N. Llewellyn "The Current Recapture of the Grand Tradition" in K.N. Llewellyn 199
Jurisprudence: Realism in Theory and in Practice (Chicago: University of Chicago
 Press, 1962) 215, 217, 219-220

Llewellyn, לעיל הערה 47, עמ' 77.

B. Leiter "Legal Realism" ראו גם למשל 283, 277, 275, 267, עמ' 20, Leiter 201
 in D. Patterson (ed.) *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Cambridge,
 MA: Blackwell, 1996) 261, 269-271; B. Leiter "Legal Realism" in M. Golding, (ed.)
Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory (Malden, MA: Blackwell,
 2004) 50, 52-53

מסוימת בכתבים הריאליסטים²⁰². עם זאת התפיסה כי הפתרון הנורמטיבי כמו נגזר מן העובדות עצמן, כך שעקרונות כלליים או שיקולי מדיניות אינם משחקים כל תפקיד, היא בעייתית ביותר.

רגישות למצבים ולעובדות הופכת ריקה כשהיא מנותקת ממחויבות נורמטיבית. לא ניתן לוותר על המחויבות הללו אם בדעתנו ליישב – כפי שהמשפט תמיד נאלץ לעשות – קונפליקטים בין אותם אינטרסים ודרישות שהרגישות למקרה חושפת. גם אם קונצנזוס נורמטיבי של הקהילה הרלוונטית עשוי להגיח בכמה הקשרים מוגבלים²⁰³, לרוב אין ביכולתו של משפט בחברות מודרניות והטרוגניות להניח קיומה של מסורת משותפת יציבה ואיננה, שתנחה את המשפטנים בישוב המחלוקות הללו²⁰⁴. יתירה מכך, גם כאשר הבנות משותפות כאלה קיימות, הן אינן צריכות להכריע את השאיפות שלנו ביחס לנורמות משפטיות; על המשפט להישמר תמיד משעתוק של חוסר צדק חברתי²⁰⁵.

מסיבות אלה אני דוחה את הרעיון כי ביכולתה של רגישות למצבים לספק תחליף לשיפטים ערכיים ובהתאם למשימה שלי של ניסוח מחדש אוהד, אני מציע קריאה אחרת של התמה הריאליסטית של קונטקסטואליזם. על פי גישה זו, שימת לב ל"סוג המצב" שמדגים המקרה הרלוונטי מעשירה ולא מחליפה את העיסוק הנורמטיבי של המשפט.

(3) חשיבותו של ההקשר

על פי גישה ריאליסטית זו, תשומת לב להקשר היא חשובה משני טעמים. הראשון שבהם עולה מדיונו של הרמן אוליפנט (Herman Oliphant), המעלה על נס את האסטרטגיה המסורתית של המשפט המקובל, של החלת קטגוריות משפטיות צרות, שכל אחת מהן מכסה קשת מצומצמת יחסית של מצבים אנושיים. אסטרטגיה זו "עורכת לצורך הטיפול המשפטי הבחנות ותתי הבחנות עדינות של מצבי חיים שונים" ומגיעה בכך לתוצאה הרצויה

- J.C. Hutcheson, Jr. "The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision" 14 *Cornell L.Q.* (1929) 274
 לפרש אפילו את לוואלין ואת אוליפנט ברוח זו. ראו Llewellyn, *Common Law Tradition*, לעיל הערה 49, עמ' 329; H. Oliphant "Facts, Opinions, and Value-Judgments" 10 *Tex. L. Rev.* (1932) 127, 138.
- W. Twining *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (Chicago: University of Chicago Law School, 1973), 226-227
- R. Post "Law and Cultural Conflict" 78 *Chi.-Kent L. Rev.* (2003) 485, 491-492
- W. Kymlicka *Contemporary Political Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1990), ראו Fiss; 267-269, לעיל הערה 130, עמ' 220-215, Summers; 220-215, לעיל הערה 8, עמ' 58, Gewirtz, לעיל הערה 55, עמ' xxi-xx.

החוויה שלהם "מבפנים", ומצד אחר, מהעצמאות, מהקרירות ומהאיפוק ההכרחיים ליכולת לייצר שיפוטים על בסיס המאפיינים האובייקטיביים של המצב²¹⁰. צירוף זה של הזדהות וריחוק הוא ארגז הכלים המאפשר למשפטנים לטעון באופן אמין לגישה ייחודית ל"סוג של תובנות שרק המידיות מאפשרת" ול"יכולת שיפוט שרק המציאות החיה יכולה לייצר". לפיכך זהו היבט חיוני של התביעה של שופטים לסמכות ושל המשפט ללגיטימציה. קרונמן מנגיד בין האיכויות של סימפטיה והזדהות לבין "התרברבות תאורטית" ומסביר כי האידאל המקצועי שהוא מסרטט מתנער מכל גישה אינסטרומנטלית למשפט, וכי אסור לתפיסה זו "להתפתות לאידיאל הכוזב של מדע משפטי"²¹¹. קרונמן צודק בכך שהוא מבחין בין ה"רגישות המושכלת" של אומנות המשפט לבין המומחיות הטכנית והרציונליות של מדע המשפט (בהיבט האמפירי או הנורמטיבי שלו)²¹². פערי המזג בין השופט האריסטוטלי שאליו מייחל קרונמן, לבין המהנדס החברתי שאליו שואף פאונד מצביעים על כך שאין בנמצא נוסחה קלה לשילובם של שני אלה בדמותו של משפטן אחד, אולם כשם שזה נכון ביחס למתח שבין הזדהות לבין ריחוק, אין כל סיבה לחשוב שאדם בעל תכונות שאותן קרונמן מהלל בצדק, לא יהיה מסוגל גם להחיל שיפוטים ערכיים ולהקדיש תשומת לב רלוונטית לעובדות חברתיות. התפיסה הריאליסטית של המשפט מעלה על נס את התמהיל שבין ידע אמפירי ותובנה נורמטיבית לבין מסירות למשרה המשפטית ורגישות להקשר הרלוונטי. תמהיל זה הוא שיכול אולי להסביר את העובדה (המשמחת) שאף שחקירה אמפירית ונורמטיבית שולבו בזרם המרכזי של המחשבה המשפטית האמריקנית, הגבולות בין השיח המשפטי לבין רטוריקה פוליטית טרם התמוטטו כליל והראייה של ההנמקה המשפטית כצורה מובחנת של טיעון וניתוח נותרת על כנה²¹³.

ה. על מסורת וקדמה

המתח המכונן השלישי של המשפט, על פי התפיסה הריאליסטית של המשפט, כבר השתמע מן הדיון שלי בשני הפרקים הקודמים וכעת אפנה לדון בו ביתר פירוט. המשמעות של המחויבות הריאליסטית לתבונה ושל המרשם המורכב של הריאליזם לשילוב תובנות מדעיות ונורמטיביות בתוך מקצוענות משפטית, הנשענת על כבלים מוסדיים ועל תבונה מעשית, היא כי הדוקטרינה הקיימת צריכה להיות – כפי שהיא אכן בפועל – נקודת המוצא

210 ראו Kronman, לעיל הערה 179, עמ' 72-73.

211 שם, עמ' 223-224.

212 שם, עמ' 224-225.

213 אולם השווה Peller "Methaphysics", לעיל הערה 133, עמ' 1153 (המבקר זאת כהוצאת האוויר מתוך מרבית העבודה הריאליסטית).

לניתוח שאלות משפטיות. עם זאת ריאליסטים נוהגים להיות חשדנים ביחס לכוחו של המשפט ומקפידים תמיד להבחין בין משפט לבין מוסר. מטעם זה הם נוהרים מלקדש את הדוקטרינה הקיימת ומלייחס לכללים קיימים סמכות נורמטיבית מופרזת. על פי התפיסה הריאליסטית של המשפט, הפנייה לדוקטרינות הקיימות איננה – ולעולם לא צריכה להיות – התחנה הסופית של הניתוח המשפטי.

עבור ריאליסטים משפטיים אפוא התפיסה של אבולוציה משפטית – השילוב בין מסורת לבין קדמה²¹⁴ – אינה אך תובנה סוציולוגית ביחס למשפט. אבולוציה משפטית היא חלק מהתשובה שהמשפט מספק באשר למתח בין כוח לתבונה ולאגריים של מובנות ולגיטימציה. בהתאם לכך, התפיסה הריאליסטית של המשפט היא ביסודה דינמית. ריאליסטים דוחים כל ניסיון משפטי פוזיטיביסטי להבין את המשפט במונחים סטטיים, תוך התייחסות פשוטה לעובדות ניתנות לאימות באשר לציוויים הסמכותיים של ריבון פוליטי, או לאוסף של כללים הניתנים לאיתור בעזרתו של כלל זיהוי²¹⁵. חיפוש כזה אחר נקודת ייחוס אמפירית הוא חסר תוחלת משום שהמשפט הוא "תהליך חברתי, לא דבר שניתן להפעיל אותו או שמתרחש בתאריך מסוים"²¹⁶. על פי התפיסה הריאליסטית, המשפט הוא "מוסד חי" ובתוכו אוסף של אנשים "המתרוצצים ופועלים בנתיבים סלולים במידת מה, בעלי רעיונות ואידיאלים נשלטים במידת מה"²¹⁷. לפיכך במקום לעסוק בזיהוי התכנים של כללים דוקטרינריים בכל רגע נתון, תפיסה משמעותית של המשפט חייבת להתרכז בדינמיקה של התפתחות המשפט.

לאור ההיבט הנון-פוזיטיביסטי הזה של הריאליזם המשפטי, יש מי שיתפתה לתאר את הריאליסטים כתומכים (מוקדמים) של דבורקין בספרו *Law's Empire*, פיתוי שאף הולך ומתגבר לנוכח הדמיון יוצא הדופן בין ניתוחו של לוואלין את התפתחות המשפט, לבין האלגוריתם שמקדם דבורקין בדמות השופט של הרקולס, אולם יש לדחות את הפיתוי הזה משום שהקול הריאליסטי, כפי שנראה, שונה למדי מזה של דבורקין. כפי שחזרתי וטענתי,

214 אכן, התפיסה הריאליסטית של המשפט דוחה את הגישה הרואה סתירה בין מסורת לבין קדמה. ראו גם, H. Berman "The Historical Foundations of Law" 54 *Emory L.J.* (2005) 13, M. Krygier "Law as Tradition" 5 *Law & Phil.* (1986) 237, 251, 18-19; J. Austin *The Province of Jurisprudence Determined* (1832; H.L.A. Hart, ed., 1954; Aldershot, UK: Ashgate, 1998), 14, 107. ראו גם למשל Raz, לעיל הערה 206, עמ' 40.

215 ראו בהתאמה J. Dewey "My Philosophy of Law" in *My Philosophy of Law: Credos of Sixteen* (1911; Littleton, CO: Fred B. Rothman, 1987) 73, 77; American Scholars (1941); Radin, לעיל הערה 116, עמ' 295.

217 Llewellyn, לעיל הערה 69, עמ' 183-184.

התפיסה הריאליסטית של המשפט איננה בבחינת גילום מוקדם של אופנות עכשוויות, אלא יש לראותה כמציעה אלטרנטיבה מעשית לכל אלה.

1. בין עבר לעתיד

הכללתה של מסורת משפטית במסגרת התפיסה הריאליסטית של המשפט עשויה לעורר תמיהה, לאור אמרתו הידועה של הולמס – הסנדק של הריאליזם המשפטי – המגנה את ההישענות על המסורת המשפטית כ"חיקוי עיוור של העבר". עבור הולמס, היצמדות לכללים משפטיים "שטעמם פג מן העולם", רק משום ש"הם אתנו מימי הנרי החמישי" היא "מקוממת"²¹⁸. יש להתנגד להמשכיות כזאת עם העבר המשפטי משום שהיא "מגבילה את הדמיון שלנו, ומצמצמת את המונחים שבהם אנו מורשים לחשוב"²¹⁹. בעוד שהיסטוריה "חייבת להיות חלק מן הלימוד" של המשפט, עליה להיות "הצעד הראשון לקראת ספקנות נאורה, כלומר... לקראת חשיבה מחודשת על רציותם של כללים [קיימים]"²²⁰.

קרונמן רואה באמרתו של הולמס "קריאה לדחיית המסורת", ניסיון לשחרר את המשפט מכבלי העבר והחלפת הסמכות של העבר ב"סמכות העל-זמנית של התבונה". למען האמת, תבונה (כאשר היא מובנת כהערכת התועלת שנושא המשפט עבור נמעניו) עשויה להצדיק הקצאת מידה מסוימת של כוח מחייב לתקדימים, בשל התועלת האינסטרומנטלית שנושאת פרקטיקת התקדים למקסום הרווחה המצרפית או להבטחת שוויון (או הגינות), אולם עבור קרונמן אפילו גישה מתונה כזו ממעיטה בערכה של המסורת במשפט ומבטאת הערכה לקויה של סמכותם של תקדימים במשפט²²¹.

אני מציע פרשנות שונה של המוטו של הולמס. במקום דחיית המסורת, אני מציע פרשנות מתונה יותר של הקריאה של הולמס לספקנות נאורה, כזו הלוקחת ברצינות את המחויבות לראות במשפט הקיים את הצעד הראשון במסגרת כל חקירה משפטית. על פי הקריאה שלי, הקושי של הולמס עם חיקוי עיוור של העבר אינו מתייחס לצעד הראשון הזה ולפיכך אין "לפתור" אותו באמצעות דחיית הסמכות של המסורת, אלא הבעייתיות שנובעת מחיקוי עיוור של העבר נובעת מהיעדרו של צעד שני. לפיכך התרופה ההולמת היא להוסיף למסורת המשפטית פרוגרמה להכוונה עתידית של האבולוציה המשפטית.

כרגיל, קשה להצביע על הכוונה המקורית של הולמס. למרבה המזל אין זה מוקד המאמר הזה. מטרתי היא להראות שהקריאה שאני מציע היא קוהרנטית עם כמה מהתמות המרכזיות

218 Holmes, לעיל הערה 54, עמ' 187.

219 Holmes, לעיל הערה 60, עמ' 211.

220 Holmes, לעיל הערה 54, עמ' 186-187. ראו גם למשל Posner, לעיל הערה 5, עמ' 6, 71-72.

221 ראו A.T. Kronman "Precedent and Tradition" 99 *Yale L.J.* (1990) 1029, 1036-1043.

של הממשיכים הריאליסטים של הולמס, בייחוד – אך לא רק – לוואלין²²². הגישה הריאליסטית מבקשת לפתוח אופק לפרספקטיבה צופה פני עתיד מתוך כבוד למסורת. יש להבין אותה כחגיגה של "הסגנון המהולל" (Grand Style) של המשפט המקובל, שתואר על ידי לוואלין כ"האחדה פונקציונלית של חזון ומסורת, של המשכיות והתפתחות, של מנגנונים עם מטרות, של אמצעים עם צרכים" המגשרת בין "הציוויים הנחזים של התקדימים והתביעות המורגשות של הצדק"²²³.

(א) התאמה וטעם

תוך שהוא פוטר בקיצור את השאלה אם שופטים מוצאים את הדין או קובעים אותו כחסרת משמעות, לוואלין טוען כי "שופטים עושים את שני הדברים גם יחד". כפי שצוין, שפיטה עבור לוואלין היא בהכרח יצירתית, לפחות במובן של "ניסוח כללים כנוקשים או כרופפים ושל הגבלתם או הרחבתם וכן [קביעת] הכיוון שלהם", אולם יצירתיות זו תלויה באופן משמעותי ב"חומרים הנתונים, המופיעים [עבור שופטים] לא רק כבעלי תוכן מסוים, אלא גם בצורת ארגון מסוימת, שאינם רק מגבילים אלא גם מנחים, ש'מושכים' לכיוון מסוים ולא אחר, בעוצמה מסוימת ולא אחרת". לפיכך הסיפור המשפטי (במיטבו) הוא כזה של "חידוש מתמיד של הדוקטרינה, אולם מגעו של העבר קרוב מדי... והצורך בכללים ברורים גדול מדי, מכדי שהחידוש יריח כמו מהפיכה, או לחילופין כקמפיין מאורגן לקראת רפורמה". מסיבה זו, החלטות שיפוטיות הן "נמצאות ומוכרות וגם נוצרות"²²⁴. באופן ספציפי יותר, לוואלין מתאר תופעה שיפוטית, שאותה הוא מכנה "כלל של התאמה וטעם". הוא טוען כי החלטות שיפוטיות ניתנות מתוך "רצון לנוע תוך התאמה לחומרים וכמו מתוכם... לגלות את החבוי יותר מאשר לכפות סדר חדש, ועוד פחות להשליט רצון חיצוני". לוואלין אינו עוסק כאן בפסיקה על פי תקדימים והוא אף דואג להסביר שמובן זה של טעם והתאמה אינו יכול להיווצר על ידי תקדים ספציפי זה או אחר. מערכת המשפט היא זו שמייצרת את "הדרישה לעקביות מתונה, לסדירות סבירה, לחתירה מתמשכת ומודעת-לעצמה לאינטגרציה". הכרעה משפטית חדשה צריכה "להתאים לטעם של המכלול"; עליה "לחשוב באמצעות תחושת המשפט שלנו בכללותו" ו"ללכת עם הגרעין הזה ולא לעומתו או נגדו"²²⁵.

222 ראו למשל L. Green "The Development of the Doctrine of *Stare Decisis* and the Extent to Which It Should Be Applied" 40 *Nw. U. L. Rev.* (1946) 303, 325.
 223 Llewellyn, *Common Law Tradition*, לעיל הערה 49, עמ' 37-38.
 224 שם, עמ' 36; Llewellyn, לעיל הערה 127, עמ' 361-362.
 225 Llewellyn, *Common Law Tradition*, לעיל הערה 49, עמ' 190-191, 222-223. ראו גם למשל H. Hamner Hill "The Way the Law Is" 8 *Can. J. L. & Jurisp.* (1995) 227, 243.

מחויבות זו לפתוח את המעטפה המשפטית כפי שהגיעה, במקום לפתוח תמיד בהתחלה חדשה היא לא רק נגזרת של ראייה מעשית ומפוכחת המניחה כי לא ניתן יהיה לזנוח לחלוטין כללים קיימים²²⁶. ראשית, השמרנות הריאליסטית ביחס למשפט – הקבלה של התפיסה הריאליסטית את העבר המשפטי כמרכזי וכסמכותי ביחס להווה המשפטי²²⁷ – היא תגובה לאתגרים של מובנות ולגיטימציה. לפיכך אף שיצירתיות שיפוטית אינו מוגבלת למקרי גבול אלא היא "עניין של יום ביומו, כמעט של תיק בתיקן"²²⁸ משפטנים המשוקעים במסורת מסוגלים להכריע מקרים חדשים ב"מידה גדולה של הרמוניה עם האופן שבו עושים זאת משפטנים אחרים", משום שהם כולם אמונים על מציאת פתרון למקרה החדש תוך התאמה "למהות ולרוח של הדין הקיים"²²⁹. "שיטה שיפוטית" זו, ולא הנמקה פורמליסטית סילוגיסטית כנגזרת של דוקטרינות, מושגים או כללים קיימים, היא אשר מגבילה שופטים והיא המסבירה כיצד רוב החומרים המשפטיים הם למעשה ניתנים לחיזוי²³⁰.

אך יתירה מזאת, העבר המשפטי הוא לא רק עוגן של מובנות וצפויות. הריאליסטים המשפטיים בוחרים את הסביבה הדוקטרינרית הקיימת כנקודת המוצא שלהם, משום שזו עשויה לסמן – ולרוב היא אכן מסמנת – בחירות נורמטיביות בעלות ערך, גם אם הן חבויות ולעתים אינן מוצאות לפועל בצורה מושלמת²³¹. במילים אחרות, הם מניחים שמשום שכפי שראינו ההליך השיפוטי משלב באופן ייחודי אומנות ומדע, התנובה הקודמת שלו משקפת ניסיון שיפוטי מצטבר ושיפוטים הראויים לכבוד²³². גישה זו אולי מכבדת פחות את המסורת המשפטית מהמידה שממליץ עליה קרונמן²³³, ועם זאת היא רחוקה מרחק גדול

- Alexander & Sherwin, לעיל הערה 192, פרק 8. הפסקאות הבאות יכולות להיקרא כתגובה לביקורת שלהם. השוו Herzog, לעיל הערה 140, עמ' 15. 226
 ראו קרייגר, Law as Tradition, הערה 213 לעיל, בעמ' 239, 241, 245, 251, 254. 227
 Llewellyn, *Common Law Tradition*, לעיל הערה 49, עמ' 190. 228
 Llewellyn, לעיל הערה 47, עמ' 77. 229
 K.N. Llewellyn "Impressions of the Conference on Precedent" in K.N. Llewellyn, ראו *Jurisprudence: Realism in Theory and in Practice* (Chicago: University of Chicago Press, 1962) 116, 126. הערה 126 לעיל, בעמ' 250, 260, Llewellyn; לעיל הערה 94, עמ' 1400. ראו גם Fisher, לעיל הערה 30, בעמ' 276. 230
 ראו גם Herzog, לעיל הערה 140, עמ' 15; Grey, לעיל הערה 27, עמ' 12. 231
 J.B. White *Justice as Translation* (Chicago: University of Chicago Press, 1990), 91, ראו 232
 95-96, 223; והשוו Dworkin, לעיל הערה 17, עמ' 211, 213, Grey, לעיל הערה 27, עמ' 26. 233
 קרונמן טוען כי יש לנו מחויבות (מסוימת) לכבד את העבר המשפטי שלנו משום שזהו העבר שיש לנו. ראו Kronman, לעיל הערה 221, בעמ' 1052, 1054, 1066-1068.

מראיית העבר המשפטי כ"פשוט מאגר ידע" או אפילו כמקור ליתרונות מכשיריים גרדא של מקסום תועלת או של שמירה על הוגנות²³⁴.

(ב) צדק והתפתחות

מתן כבוד לעבר המשפטי הוא צד אחד בלבד של המטבע הריאליסטי. הצד האחר מתמקד בדינמיות הטבועה במשפט. עבור ריאליסטים משפטיים לא ניתן להבין את המשפט רק תוך התייחסות לאלמנטים הסטטיים שלו (מושגים וכללים). המשפט הוא מערכת דוקטרינרית בתנועה, "המתפתחת ומתפרסת בשטף מתמיד". לפיכך תפיסה מעשית של המשפט צריכה לכלול "אף את האלמנטים המכוונים והמניעים את הפיתוח משפטי"²³⁵. ריאליסטים משפטיים מונים שתי סיבות לשילוב הממד הדינמי הזה. הסיבה הראשונה היא תוצר של הביקורת שלהם כלפי הרעיון הפורמליסטי של גזירת פתרונות עבור מקרים חדשים מתוך מושגים וכללים קיימים. ריאליסטים מכירים בכך שהסביבה המשפטית הקיימת תמיד מותירה מרחב ניכר לתמרון פרשני. הם מבינים שמשום שהדוקטרינה המשפטית "מתעצבת, ושוב מתעצבת עם כל גילוי של הנרטיב שלה, אפילו תנודות שהן לכאורה מפתיעות נראות כמשתלבות בתוך המכלול"²³⁶. לפיכך הם מקבלים את טענתו של פאונד, שלפיה אידיאלים משפטיים משחקים תפקיד חיוני בנרטיב המשפטי "כקריטריון להערכת טיעונים, הכרעה בין פרשנויות מתחרות, בחירה מתוך נקודות המוצא האפשרויות של הנמקה משפטית או של אנלוגיות מתחרות והכרעה מה סביר ומה צודק"²³⁷. התייחסות לאידיאלים משפטיים כמנוע של שינוי אינה מקרית כמובן. היא מיטיבה לתאר את מהותו של הטעם השני להתמקדות הריאליסטית בדינמיות משפטית. כזכור, בכך שהם משלבים כוח לתוך תפיסת המשפט שלהם, ריאליסטים מחויבים לערער באופן מתמיד על המשפט והם נזהרים שלא לרמוז כי קצב השינויים במשפט תמיד צריך להיות מבוקר²³⁸. כמו קרדווזו, הם רואים במשפט "תהליך בלתי פוסק של בחינה ובחינה חוזרת", המיועד לסלק טעויות ומוזרויות ולשמר "את מה שהוא טהור, סביר וטוב"²³⁹. ראייה זו של המשפט כמעבדה אנושית רבת היקף החותרת לשיפור מתמיד מבוססת על רוח האופטימיזם

234 בניגוד ל-Kronman, שם, עמ' 1032-1033.
 235 Cotterrell, לעיל הערה 73, עמ' 153, 156. ראו גם White, לעיל הערה 232, עמ' 216, 241.
 236 Herzog, לעיל הערה 140, עמ' 18. ראו גם שם, עמ' 15-16; Krygier; לעיל הערה 214, עמ' 242, 248.
 237 R. Pound "A Comparisons of Ideals in Law" 47 *Harv. L. Rev.* (1933) 1, 2-3
 238 Herzog, לעיל הערה 140, עמ' 21-22.
 239 Cardozo, לעיל הערה 68, עמ' 179. ראו גם Dworkin, לעיל הערה 17, עמ' 400-413.

המודרניסטי; היא נסמכת (כפי שראינו) על אמונה בכוח התבונה וביכולתה לייצר תגובות הולמות לשינויים בחברה, כאלה שיובילו לקדמה חברתית²⁴⁰.

הדגש על הממד הדינמי של המשפט אינו אמור לגרוע מן הטענה הריאליסטית בדבר שיקום יכולת החיזוי של המשפט. מידה מסוימת של חוסר צפיות עדיין קיימת אמנם, אולם המתווה הריאליסטי הוא עדיין בר חיזוי באופן יחסי, לפחות בהשוואה לנוסחה הפורמליסטית שהיא ניתנת לתמרון (manipulability) ולפיכך אף פחות ודאית²⁴¹. אותה מידה של חוסר צפיות שעדיין נותר והרטוראקטיביות הנלווית אליה אינם מדאיגים באופן מיוחד. כל עוד האבולוציה המשפטית נובעת מהחיפוש המתמיד אחר צדק, הדבר עשוי לטפח אצל האזרחים גישה רצויה של קבלה זהירה של ערכו המוסרי של הדין הנוהג וציפייה בריאה לשיפורו המוסרי²⁴².

כרגיל, לוואלין הוא זה אשר מיטיב לנסח את הממד הדינמי של התפיסה הריאליסטית של המשפט. עבור לוואלין, המשפט כרוך ב"חתירה מתמדת למשפט טוב יותר, למשפט הטוב ביותר", "בחינה מחודשת ועיבוד מחדש של המורשת" ללא לאות. שופטים נושאים באחריות לנוע קדימה: הם פועלים מכוח ה"חובה להשיג צדק והתאמה", כלומר "ייצור ושיפור בלתי פוסק של כללים"²⁴³. "עיוות למטרות שווא וניצול לרעה להשגת רווח או טובות אישיות" הם חלק מחיי המשפט²⁴⁴, אך הללו נותרים כהפרעות שהן "רעות באופן נואש" ואל מולם קיימת "בכל מבנה 'משפטי'... חובה [משתמעת] לעשות טוב" – לא בהכרח בכל פרט ופרט, אלא ברמה של "ההשפעה הכוללת ובמיוחד הפוונה הכוללת של המערכת כולה". זהו המובן שבו המשפט מקיים עבור עצמו "קשר הכרחי עם הצדקה". החתירה הזאת אחר צדק – הדרישה להצדקה – איננה אך "דרישה אתית מן המערכת (אף על פי ש[גם] זה חלק מהעניין)", אלא "זהו אלמנט שיש לחשוב עליו כקיים ושריר תמיד

240 ראו למשל R. Pound "A Survey of Social Interests" 37 *Harv. L. Rev.* (1943) 1, 39, 48
 כמו כן ראו למשל R.S. Summers "Introduction" in R.S. Summers (ed.) *American Legal Theory* (Aldershot, UK: Dartmouth, 1992) xiii, xiv
 ; 30 Hull, והשוור *Theory* (Aldershot, UK: Dartmouth, 1992) xiii, xiv
 E.B. McLean *Law and Civilization: The Legal Thought of Roscoe Pound* (Lanham, MD: University Press of America, 1992), xiii-xv
 241 E.H. Taylor, Jr. "H.L.A. Hart's Concept of Law in the Perspective of American Legal Realism" 35 *Mod. L. Rev.* (1972) 606, 612
 242 H. Dagan "Restitution and Slavery: On Incomplete Commodification, Intergenerational Justice, and Legal Transitions" 84 *B.U. L. Rev.* (2004) 1139, 1173
 243 Llewellyn, *Common Law Tradition*, לעיל הערה 49, עמ' 36, 38, 217.
 244 ריאליסטים משתדלים שלא ליפול למלכודת הרומנטיזציה של המשפט. אולם ראו R.W. Gordon "Critical Legal Histories" 36 *Stan. L. Rev.* (1984) 57, 70.

בהווה", כזה ש"לא יוכלו להכחיש אפילו המפעילים הציניים והאגוצנטריים ביותר" של מערכת המשפט²⁴⁵.

אכן, התפיסה הריאליסטית של המשפט היא גם צופה פני עבר וגם צופה פני עתיד. היא מערערת כל העת על רציונות של דוקטרינות קיימות, בסיסיהן הנורמטיביים, המתאם בין לבין ההקשר החברתי שבו הן נטועות ומידת האפקטיביות שלהן בקידום היעדים הנורמטיביים תלויי ההקשר שלהן (אני משתמש במכוון ברעיון המעורפל של "קידום יעדים נורמטיביים"; שלא כמו כמה מן הניתוחים של אנשי המשפט וכלכלה, הנוטים להתרכז רק בתוצאים המטריאליים של המשפט, ניתוח ריאליסטי נורמטיבי מבקש להצביע על האופנים המורכבים שבהם עשוי המשפט לבסס ערכים אנושיים; לפיכך הוא מסתכל על ההשלכות המטריאליות של המשפט, על ההשפעה האקספרסיבית שלו ועל יחסי התלות המורכבים ביניהם²⁴⁶).

2. רומן השרשרת הריאליסטי

תפיסת המשפט כפרקטיקה מצדיקה ודינמית הנעה בין הממדים של התאמה להצדקה הפכה פופולרית בעת האחרונה תודות לרונלד דבורקין (Ronald Dworkin)²⁴⁷. הגם שניתן להצביע על נקודות דמיון רבות בין התפיסה הריאליסטית של המשפט לבין תפיסת המשפט כיושרה (Integrity) של דבורקין, ההבדלים בין השתיים חשובים לא פחות. בדיוק כשם שההכרה בחשיבות פנייתם של משפטנים למדע או החשדנות כלפי כוחו של המשפט אינה הופכת ריאליסטים משפטיים לאנשי הניתוח הכלכלי של המשפט או לאנשי התנועה הביקורתית של המשפט (בהתאמה), ההבנה הריאליסטית בדבר אבולוציה משפטית אינה מקבילה לתפיסת רומן השרשרת של דבורקין.

אתחיל בדמיון בין התפיסה הריאליסטית של המשפט לבין תפיסת המשפט של דבורקין. שתיהן רואות במשפט מסורת מתפתחת, פרקטיקה מצדיקה המבקשת כל העת לעצב ולעצב עצמה מחדש באור הנורמטיבי הטוב ביותר האפשרי. שתיהן מהוות תרגיל באופטימיות משפטית ומבקשות לנווט את ההתפתחות המשפטית באופן המדגיש את הרציונות הנורמטיבית של המשפט. שתיהן רואות בחתירה להשגת צדק כחלק מכונן של המשפט ולא כקריטריון חיצוני (כפי שהפוזיטיביזם רואה זאת), או כמבחן עבור תקפותו של החוק (כפי

245 Llewellyn, לעיל הערה 94, עמ' 1385. השו' N. MacCormick "Natural Law and the Separation of Law and Morals" in R.P. George (ed.) *Natural Law Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1992) 105, 110-113.

246 דאגן, לעיל הערה 53, עמ' 1561. ראו גם N. MacCormick "On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin" 58 *N.Y.U. L. Rev.* (1983) 239, 251-254.

247 דאגן, לעיל הערה 17, עמ' 52-53, 164-258.

שרואה זאת תפיסת המשפט הטבעי). עבור שתיהן, שיח נורמטיבי – חקירה מתמדת, ביקורתית וקונסטרוקטיבית בדבר הערכים המונחים בבסיס הדוקטרינה הקיימת – מוטמע אפוא לתוך השיח המשפטי. בכל המובנים הללו, התפיסה הריאליסטית של המשפט היא בבחינת מבשרת של Law's Empire של דבורקין וניתן לומר כי היא חזתה את הדיון של דבורקין בהתאמה והצדקה כשני הממדים של האבולוציה המשפטית²⁴⁸.

אולם במקביל לקווי הדמיון הללו, התפיסה הריאליסטית של כל אחד מן הממדים הללו שונה באופן משמעותי מזו של דבורקין. בשונה מדבורקין, ריאליסטים אינם רואים בממד ההתאמה ציווי גלובלי; תחת זאת ובהתאם למחויבותם לחוש מצב, הם שואפים לקוהרנטיות מקומית הרבה יותר. לוואלין משלב באופן מפורש בין התפיסה של המשפט כמסורת מתפתחת לבין הציווי הריאליסטי לקונטקסטואליזם, כאשר הוא טוען כי שני המפתחות העיקריים להחלטות נבונות הם "החיפוש אחר חוש מצב וצדק במצב" ו"התייחסות, בעת ובעונה אחת, לאסמכתאות המשפטיות הקיימות ולצורך המתמיד בניסוח בהיר ומבוסס יותר של קווים מנחים לעתיד לבוא"²⁴⁹. במונחים שטבע יוסף רו, יש להבין את "הכלל של התאמה וטעם" נוסח לוואלין כקריאה ליצירת קוהרנטיות מקומית ולא גלובלית: יצירת כיסים של קוהרנטיות המשקפים קבוצות של מקרים שקיים ביניהם דמיון מבחינת העקרונות הנורמטיביים הרלוונטיים המנחים את ההסדרה המשפטית שלהם, ומבחינת המשקל שניתן לאותם עקרונות, כך שראוי לכלול אותם תחת מסגרת משפטית אחידה²⁵⁰.

הדחייה של הריאליסטים את הקוהרנטיות הגלובלית נעוצה בפלורליזם הערכי שלהם: כאשר היא מקומית ולא גלובלית, קוהרנטיות מבססת קיום משותף של ריבוי של הקשרים חברתיים, הנשלטים בידי עקרונות מוסריים מובחנים שאינם ברי השוואה. המחויבות הריאליסטית לפלורליזם ערכי, העומדת בניגוד מובהק לתפיסתו המטא-אתית המוניסטית של דבורקין²⁵¹, מסבירה אף את ההבדל בין הגישה הריאליסטית לממד ההצדקה לבין האופן שבו מבין דבורקין את הממד הזה. עבור הריאליסטים, ממד ההצדקה דורש זיהוי של הערכים האנושיים המונחים בבסיס הדוקטרינה ושל הדרכים האופטימליות לקדם את אותם

248 העובדה כי בדרך כלל אין מכירים בחוב שחבה תאוריית המשפט של דבורקין לתפיסה הריאליסטית של המשפט – ההתייחסות של דבורקין לריאליזם כ"נומינליזם" הפותחת את החיבור הזה – היא אך עדות נוספת לגורלה המצער של המורשת הריאליסטית.

249 Llewellyn, *Common Law Tradition*, לעיל הערה 49, עמ' 194. ראו גם שם, עמ' 44.
250 ראו Raz, לעיל הערה 86, עמ' 281-282, 294-304. הדוקטרינה הדבורקיניאנית של "עדיפות מקומית" מהווה הכרה מסוימת בטענת חשיבות הקונטקסט. ראו Dworkin, לעיל הערה 17, עמ' 250-254.

251 ראו G.P. Fletcher "The Right and the Reasonable" 98 *Harv. L. Rev.* (1985) 949, 981-982.

ערכים. מסגרת זו אינה נסמכת על ההבחנה (הלא פשוטה) בין עקרונות לבין עיקרי מדיניות (או בין זכויות לבין מדיניות ציבורית), המשחקת תפקיד חשוב כל כך בתורת המשפט של דבורקין²⁵².

ראוי להצביע על הבחנה אחת אחרונה. המחויבות הריאליסטית לפלורליזם ערכי, החשד הטבוע של הריאליסטים כלפי טענות של נשאי המשפט המייצגים כביכול את קולה הטהור של התבונה ותפיסתם את ההנמקה המשפטית כתרגיל בלתי פוסק בשכנוע, שבמסגרתו יש להתייחס בחשדנות לכל טענה המתיימרת למצוא את התשובה האחת הנכונה, כולם מסבירים את הזהירות שבה ריאליסטים מתייחסים לביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים²⁵³. לעומת זאת דבורקין מזוהה עם העמדה שלפיה לשאלות משפטיות יש תשובה אחת נכונה והוא מצדד נאמן של ביקורת שיפוטית חזקה²⁵⁴.

1. האם כולנו ריאליסטים כעת?

אז, האם כולנו ריאליסטים כעת? אם הסרטוט מחדש שלי את התפיסה הריאליסטית של המשפט במאמר זה משכנע, התשובה לשאלה זו היא ברורה ככל שהיא מפתיעה. לא כולנו ריאליסטים כעת – אפילו אם אנו מסירים מן המשוואה את אלה המבקשים להחיות את הפורמליזם המשפטי – משום שבמקום להמשיך את המורשת הריאליסטית, תאורטיקנים משפטיים של העשורים האחרונים קרעו אותה לגזרים²⁵⁵. התבוננותה של התאוריה המשפטית במהלך תקופה זו גזלה מן התפיסה הריאליסטית של המשפט את לקחייה המבטיחים ביותר.

בהחלט ייתכן כי ניתוחים עכשוויים אודות כוחניות המשפט, מזה, ואודות היותו פורום של תבונה, מזה, הם עשירים יותר מן הניתוחים הריאליסטיים בדבר כוח ותבונה במשפט.

- 252 ראו Dworkin, לעיל הערה 2, בעמ' 82-88. לביקורת של ההבחנה הזו ראו למשל K. Greenawalt "Policy, Rights, and Judicial Decision" 11 *Ga. L. Rev.* (1977) 991, 1010-1033; A. Harel "Revisionist Theories of Rights: An Unwelcome Defense" 11 *Can. J. L. & Jurisp.* (1998) 227
- 253 ראו Posner, לעיל הערה 5, עמ' 121-122. ראו גם למשל T.C. Grey "Judicial Review and Legal Pragmatism" 38 *Wake Forest L. Rev.* (2003) 473
- 254 ראו בהתאמה Dworkin, לעיל הערה 2, עמ' 130-81; R.M. Hills, Jr. *Freedom's Law* (Oxford: Oxford University Press, 1996), 7-38
- 255 תהליך זה בולט במיוחד ביחס לניתוח הכלכלי של המשפט, ש"זוכה עתה להכרה כדיסציפלינה או תת-דיסציפלינה בזכות עצמה". R.H. Coase "Law and Economics at Chicago" 36 *J. L. & Econ.* (1993) 239, 254

באופן דומה, השימוש במדע בשיח המשפטי כיום מתוחכם משהיה בשיא תקופת הזוהר הריאליסטית והיבטים מסוימים של אומנות המשפט מובנים היום טוב יותר משהובנו על ידי לואלין וחבריו. לבסוף, ניתוחים עכשוויים של האבולוציה המשפטית עשויים להעשיר את התזה הריאליסטית אודות הדינמיות של המשפט כמאפיין מכונן שלו. איני מתכוון להתעלם או להמעיט בערכם של ליטושים ושיפורים אלה (ואחרים), אולם ניסוח מחדש של התפיסה הריאליסטית של המשפט מעורר ספקות רציניים בנוגע לתהליך זה של התמחות ופרגמנטציה. מחירו של התהליך הזה הוא גבוה – גבוה מדי – משום שעל פי התפיסה הריאליסטית של המשפט, ההתנצחות בין משפט ככוח לבין משפט כתבונה, בין משפט כמדע לבין משפט כאומנות ובין משפט כמסורת לבין משפט כקדמה היא עקרה ומזיקה, שכן כל ניתוח חד-ממדי של המשפט בהכרח ייצא חסר²⁵⁶. ניתן להבין כראוי את המשפט (כמו גם כל דוקטרינה ספציפית או מוסד משפטי ספציפי) רק אם נפנים מחדש את מה שלדידם של הריאליסטים הוא המאפיין החשוב ביותר שלו: השילוב המסובך, אך הבלתי נמנע, בין כוח לתבונה, בין מדע לאומנות ובין מסורת לקדמה.

256 לתפיסה הריאליסטית של המשפט השפעות חשובות למחקר המשפטי ולחינוך המשפטי. הדיון באלה ימתין לבוא זמנו.