

## האם (ומה) האומנות יכולה ללמד אותנו על המשפט? RUSSIAN CULTURE, PROPERTY RIGHTS, AND THE MARKET ECONOMY מסע בעקבות הספר

אלון הראל\*

Consistency is contrary to nature, contrary to  
life. The only completely consistent people  
are the dead.<sup>1</sup>

בספר מושא רשימה זו טוען אוריאל פרוקצ'יה כי החברה הרוסית היא בעלת מאפיינים תרבותיים מסוימים אשר אינם מאפשרים לה להשתלב בכלכלה מודרנית המבוססת על שוק חופשי, זכויות קניין, הישענות על דיני חוזים כמכשיר מרכזי לחלוקת עושר ועוד. כדי לקיים כלכלת חוזים של ממש, צריכים להתקיים תנאים מסוימים (הומניזם, אינדיווידואליזם, גישה ספקנית ומסויגת ביחס לסמכות הפוליטית ועוד), ואלה, לדעת אוריאל, אינם מתקיימים בחברה הרוסית. אוריאל משתמש באומנות החזותית כדי לבסס את המסקנה כי תנאי-היסוד ההכרחיים להתפתחותה של כלכלת חוזים אינם מתקיימים בחברה הרוסית.

הנחת-היסוד של הספר היא כי לחברות אנושיות יש מאפיינים תרבותיים המתממשים בספרות שונות של העשייה האנושית. בניגוד להנחות-היסוד של הניתוח המוצע על-ידי אוריאל, אטען כי התרבות נגועה לעיתים קרובות בסתירות מהותיות. מכאן גם נובע כי התבוננות על ספרה תרבותית אחת אינה יכולה להנביע באופן אוטומטי מסקנות ביחס לספרה תרבותית אחרת. את ההשערה בדבר אי-התקיימותם של קווי אופי תרבותיים של אומה אבסס, בין היתר, על מחקרים פסיכולוגיים ופילוסופיים עכשוויים המעלים ספקות ביחס להתקיימותם של קווי אופי של פרטים. על-פי העמדה החלופית

\* פרופסור, מופקד הקתדרה על-שם פיליפ ואסטל מיזוק, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, וחבר מרכז פדרמן לחקר הרציונליות.

<sup>1</sup> Aldous Huxley, *Wordsworth in the Tropics*, in *DO WHAT YOU WILL: ESSAYS* 121 (1929)

שתוצע להלן, ההתנהגות האנושית, כמו-גם התנהגותן של אומות, הן פונקציה של נסיבות, ולא של אופי.

מבוא

פרק א: החוזים והאיקונומיה – הילכו שניים יחדיו בלתי אם נועדו?

פרק ב: האם לפרטים ולחברות אנושיות יש קווי אופי?

סיכום

## מבוא

אוריאל פרוקצ'יה, כידוע לכל משפטן ישראלי, נדד במהלך חייו המקצועיים מן השדה הריגורוזי של הניתוח הכלכלי של המשפט אל עבר השדה האינטלקטואלי של משפט ותרבות. זוהי נדידה נדירה בעולם המקצועני של ימינו, בין היתר משום שמקצוענות-היתר של האקדמיה הפכה את הכתיבה האקדמית לכתיבה ז'רגוניסטית אשר דוחה מעליה את ה"חובבנות" של אנשי הרנסנס ותובעת התמקצעות.

ברשימה זו אני רוצה לבחון באופן ביקורתי מקצת מן התזות המועלות בספרו המרתק של אוריאל *RUSSIAN CULTURE, PROPERTY RIGHTS, AND THE MARKET ECONOMY*<sup>2</sup>. טענתי המרכזית היא כי הספר משתמש בלוגיקה הפנימית של הניתוח הכלכלי של המשפט כדי לנתח תופעה תרבותית: העדרה של כלכלת חוזים בחברה הרוסית. לדעתי, זהו גם עקב אכילס של הספר העשיר והנפלא הזה. להבדיל מהמתודולוגיה של הניתוח הכלכלי, העולם של משפט ותרבות נגוע באי-קוהרנטיות המאפיינת את המציאות האנושית, ואי-קוהרנטיות זו מקשה את הסקת המסקנות המוצעות על-ידי אוריאל בספרו זה. באופן ספציפי יותר אטען כי ההנחה שיש קווי אופי שמאפיינים חברה, ואשר באים לידי ביטוי בספרות תרבותיות שונות, היא הנחה בעייתית, ואני מסופק אם היא איתנה דייה לבסס הסבר מקיף על ההבדל בין המשפט הפרטי הרוסי למשפט הפרטי המערבי.

הטענה המרכזית של הספר היא כי החברה הרוסית היא בעלת מאפיינים תרבותיים מסוימים (שאותם אכנה "קווי אופי") אשר אינם מאפשרים לה להשתלב בכלכלה מודרנית המבוססת על שוק חופשי, זכויות קניין, הישענות על דיני חוזים כמכשיר מרכזי לחלוקת עושר ועוד. כדי לקיים כלכלת חוזים של ממש, צריכים להתקיים תנאים מסוימים (הומניזם, אינדיווידואליזם, גישה ספקנית ומסויגת ביחס לסמכות הפוליטית ועוד), ואלה, לדעת אוריאל, אינם מתקיימים בחברה הרוסית. אוריאל משתמש באומנות

URIEL PROCACCIA, RUSSIAN CULTURE, PROPERTY RIGHTS, AND THE MARKET ECONOMY 2 (2007).

החזותית כדי לבסס את המסקנה כי תנאי-היסוד ההכרחיים להתפתחותה של כלכלת חוזים אינם מתקיימים בחברה הרוסית.

הטיעון המוצע על-ידי אוריאל בנוי באופן הבא: (1) בחינה שיטתית של התרבות הרוסית (ובמיוחד של האומנות החזותית הרוסית – האיגונוט) מעידה על קווי אופי תרבותיים של החברה הרוסית. (2) קווי אופי אלה הם עתיקים, ובניגוד לעמדה המקובלת, הם אינם רק פונקציה של עידן הדיקטטורה הסובייטית. זאת ועוד, אף שקווי אופי אלה ניתנים לשינוי, השינוי הוא איטי והדרגתי. (3) קווי האופי התרבותיים הללו, המשתקפים בתרבות החזותית הרוסית, משקפים את האופי הפנימי של הרוסים, ולכן הם יבואו לידי ביטוי גם בספרות אחרות של התרבות הרוסית, ובמיוחד במשפט. האיגונוט הרוסיות מושגות על הנחות תרבותיות שאינן מתיישבות עם הנחות-היסוד המאפשרות את התקיימותה של תרבות החוזים המערבית. מכל אלה נובע (4) תרבות החוזים המערבית לא תיקלט בנקל בחברה הרוסית, ולא תפעל באופנים שבהם היא פועלת במערב. כשלונה של כלכלת החוזים הרוסית (המתועד בעמודים הראשונים של הספר) אינו מקרי לפיכך; הוא מעוגן במרכיבים תרבותיים עתיקים ויציבים של החברה הרוסית, ואלה אינם עתידים להשתנות בעתיד הקרוב.

תיאור קצר זה יכול להעיד דווקא על זניחת ההנחות של משפט וכלכלה. אחרי הכל, הכלכלנים האדוקים רואים לעיתים קרובות בחוזים מוסד אוניוורסלי המאפיין כל חברה אנושית באשר היא, ולא מוסד תרבותי אשר נולד בזמן ובמקום מסוימים. לדעתם, החוזים הם מכשיר למתן מבע לרצונותיהם של הפרטים ולהעדפותיהם. מכיוון שכל פרט ופרט חפץ (בהגדרה) לממש את העדפותיו, והחוזים הם מכשיר אפקטיבי למימוש העדפות, החוזים הם מרכיב אוניוורסלי של החברה האנושית. אם כן, אפשר לכאורה לראות בספרו של אוריאל ראיות לנצחון הדיסציפלינה של משפט ותרבות על הדיסציפלינה של משפט וכלכלה; לנצחון הלוקליות של מדע התרבות על האוניוורסליות של מדע הכלכלה. חוזים, על-פי עמדה זו, הם כשלעצמם תופעה תרבותית שנולדה במקום מסוים (אירופה) ובזמן מסוים (תחילת העידן המודרני); הם אינם תופעה אוניוורסלית, ומכאן נובעת גם דחיית ההנחות הכלכליות המסורתיות בדבר האוניוורסליות של דיני החוזים.

אולם אני אטען אחרת. היבט אחר של הדיון בספרו של אוריאל משקף לדעתי את הלוגיקה הכלכלית דווקא: ההנחה כי התרבות משקפת באופן קונסיסטנטי קווי אופי מוגדרים מתבססת על הנחות בדבר הקונסיסטנטיות של ההתנהגות האנושית. הנחת-היסוד של הספר – אשר שאובה לדעתי מהלך-הרוח המאפיין את הניתוח הכלכלי – היא כי לחברות אנושיות יש מאפיינים תרבותיים המתממשים בספרות שונות של העשייה האנושית. אולם בניגוד להנחות-היסוד של הניתוח המוצע על-ידי אוריאל, התרבות נגועה לעיתים קרובות בסתירות מהותיות. מכאן גם נובע כי התבוננות על ספרה תרבותית אחת אינה יכולה להנביע באופן אוטומטי מסקנות ביחס לספרה תרבותית אחרת. התביעה לקוהרנטיות של הספרות התרבותיות – דהיינו, להימצאותם של קווי אופי דומים בכל הספרות התרבותיות – היא שגויה, ואינה ישימה לניתוח התרבות. הייבוא האוטומטי של הלך-הרוח המאפיין את המשפט וכלכלה, אשר מבוסס על

קונסיסטנטיות, אל לב הדיסציפלינה של משפט ותרבות אינו מוצדק לפיכך. את ההשערה בדבר אי-התקיימותם של קווי אופי תרבותיים של אומה אבסס, בין היתר, על מחקרים פסיכולוגיים ופילוסופיים עכשוויים המעלים ספקות ביחס להתקיימותם של קווי אופי של פרטים. על-פי העמדה החלופית שתוצע להלן, ההתנהגות האנושית, כמרגם התנהגותן של אומות, הן פונקציה של נסיבות, ולא של אופי.

בחלק הראשון של המאמר אציג באופן מפורט את התזה המוצעת על-ידי אוריאל. בחלק זה אציג את התנאים הנדרשים, לדעת אוריאל, לצורך התקיימותה של כלכלת חוזים. לאחר-מכן אציג את הראיות שאוריאל שואב מן התרבות החזותית כדי לבסס את מסקנתו כי תנאים אלה מתקיימים במערב ואינם מתקיימים בתרבות הרוסית. בחלק השני אבחן באופן ביקורתי את המושג "קווי אופי תרבותיים", ואטען כי באופן טיפוסי קווי אופי תרבותיים הם תבנית מושגית בעייתית בהינתן הפלורליזם האינהרנטי של חברות אנושיות.

## פרק א: החוזים והאי-קונות – הילכו שניים יחדיו בלתי אם נועדו?

בפרק זה אתאר את הטיעון המרכזי בספרו של אוריאל, אשר כולל, בין היתר, את קווי האופי הרלוונטיים לדעת אוריאל להבנת דיני החוזים הרוסיים, וגם אעלה כמה השגות ביקורתיות ביחס לשימוש במושג "קווי אופי" לצורך הבנת דיני החוזים. עם זאת, תכליתי העיקרית בפרק זה היא להציג את טיעונו של אוריאל באופן נאמן, אף אם תמציתי. השגותי הביקורתיות המרכזיות יוצגו בפרק ב.

לב הספר מורכב משורה של פרקים המנתחים את קווי האופי המהווים, לדעת אוריאל, תנאים הכרחיים להתפתחותה של תרבות חזית. חברה אשר אינה מאמצת את קווי האופי האמורים אינה יכולה לפתח כלכלת חוזים. התרבות החזית היא תנאי הכרחי (ואולי גם תנאי מספיק, אף שהעניין אינו נידון במפורש) להתפתחותה של כלכלת חוזים. אוריאל סבור, בין היתר, כי הומניזם, אינדיווידואליזם, גישה ספקנית כלפי סמכות ושורה של קווי אופי אחרים הם חיוניים לצורך התפתחותה של כלכלת חוזים.

לכל הפרקים המציגים את קווי האופי הללו יש מבנה דומה. כל פרק מבסס בתחילתו את ההנחה כי קו האופי הרלוונטי הוא תנאי הכרחי להתפתחותה של כלכלת חוזים. לאחר-מכן נבחן האופן שבו קו האופי הרלוונטי בא (או אינו בא) לידי ביטוי בתרבות החזיתית במערב ואירופה וברוסיה. בכל אחד מן הפרקים נטען כי קו האופי החיוני לצורך התפתחות כלכלת חוזים מתקיים בתרבות החזיתית המערבית ואינו מתקיים בתרבות החזיתית הרוסית. מכיוון שקו האופי שבא לידי ביטוי באומנות החזיתית הוא חלק מטבעה של החברה, מטבע הדברים יימצא ביטוי לקו אופי זה גם בספרות אחרות של הקיום התרבותי. על-כן, אם קווי האופי החיוניים לצורך התפתחות כלכלת חוזים מצויים באומנות החזיתית המערבית, הם יימצאו גם בספרה של המשפט והפוליטיקה

המערביים, ואם הם נעדרים מן האומנות החזותית הרוסית, הם לא ימצאו גם בספרה של המשפט הרוסי.

בכל חברה אנושית המוכרת לנו מתקיימות עסקות חליפין ריאליות. במסגרת עסקות אלה, שניתן לכנותן "חוזים", אנשים מוכרים וקונים נכסים מסוגים שונים. אלא שעסקות אלה אינן מאפשרות התפתחות של כלכלת חוזים במובן שאוריאל מדבר עליו. חוזים, כפי שהם מתפרשים על-ידי אוריאל, מחייבים שני מרכיבים מרכזיים: (1) הצדדים לחוזה יכולים לקבוע את תוכנו של החוזה, כלומר, החוזה משקף מרכיבים ספציפיים המתאימים לנסיבות ולהעדפות של הפרטים. מובן שתנאי זה יכול להתקיים באופן מלא או חלקי. ככלל, ככל שהתרבות החזותית מפותחת יותר כן חירותם של הצדדים לקבוע את תוכנו של החוזה רבה יותר. (2) החוזה אינו רק מעשה חליפין שבו הצדדים מחליפים טובין באופן ברו-זמני, אלא הוא מערב לעיתים קרובות אירועים עתידיים. במילים אחרות, הפרטים במשטר החוזי יכולים ליטול על עצמם התחייבויות חזויות עתידיות. מכאן גם נובע כי ל"הבטחות גרידא" יש בכלכלת חוזים כוח נורמטיבי מחייב.<sup>3</sup>

קיומם של חוזים המקיימים תנאים אלה אינו טריוויאלי, ואינו מאפיין את כל החברות האנושיות. לאמיתו של דבר, עצם נכונותה של חברה לאכוף הסדרים פרטיים אינה מובנת מאליה כלל. מדוע על החברה להשקיע משאבים באכיפת הסדרים פרטיים – הסדרים שהם פונקציה של רצון פרטי, ולא של מדיניות ציבורית?<sup>4</sup> שאלה זו העסיקה את מיטב המוחות של המשפט הפרטי במאה האחרונה, אולם לצורכי מאמר זה די לציין כי אוריאל סבור שהנכונות להשקיע משאבים כאלה היא תופעה תרבותית המאפיינת חברות מסוימות (בעיקר חברות אירופיות בעידן המודרני), ולא אחרות, ושהיא נשענת על מאפיינים תרבותיים מסוימים. להלן קווי האופי העיקריים המאפשרים, לדעת אוריאל, את קיומה של תרבות חזוית:

1. הומניזם – הומניזם מדגיש את מרכזיותו של האדם ביקום. "[T]he centrality of Man in the universe posits *him* (or *her*), *his* practical needs, *her* (even idiosyncratic) preferences, *her* individual well-being as a supreme goal to be attained by *society*".<sup>5</sup> בעולם הומניסטי קיומם של דיני חוזים מאפשר לפרטים להטיל מרות על המדינה ולחייב את המדינה לאכוף את רצונותיהם הפרטיים של הצדדים. הלגיטימיות של דיני החוזים מושתתת על היפוך המדרג המסורתי בין המדינה לבין הפרט: במקום שהמדינה תאכוף את רצונה על הפרט, הפרט בדיני החוזים כופה את המדינה לסייע לו באכיפת רצונו. כפי שאוריאל קובע: "By their private agreement, <sup>6</sup>A and B harness the might of Leviathan to the chariot of their individual will"
2. אינדיווידואליזם – דיני החוזים מבוססים על כבוד לאוטונומיה של הפרט: הרצונות והמאווים של הפרט מהווים בסיס עיקרי להתערבות המוסדית של המדינה. באופן

3 שם, בעמ' 8.

4 שם, בעמ' 9.

5 שם, בעמ' 48.

6 שם, בעמ' 40.

מסורתי הכיר המשפט המקובל רק בצורות מוגדרות של חוזים – writs. לא כל העדפה של פרטים יכלה לשמש בסיס להצדקת מעורבותה של המדינה. רק העדפות שהתאימו לצורות המוכרות, כגון חוזה מכר או חוזה הלוואה, זכו בהכרה משפטית. החידוש הגדול בפסק-הדין האנגלי בעניין *Slade* היה הרחבת העילות המצדיקות התערבות כזו.<sup>7</sup> בעקבות פסק-דין זה התגבשה העמדה כי הרצון ואפילו הגחמה של הפרט מטילים ככלל חובה על המדינה לסייע במימושם. השורשים האינטלקטואליים של עמדה זו הם שורשים קנטיאניים: הפרט הוא מקור הרצון, ולרצון זה יש כוח נורמטיבי; הוא מטיל חובות על פרטים אחרים, ועל המדינה להבטיח את התממשותו. במילותיו של אוריאל: "Contract law, more than any other legal discipline... renounces central authority to accommodate (decentralized) individual preferences, or the human will"<sup>8</sup>

3. סמכות – לא כדינים אחרים, דוגמת המשפט הפלילי, דיני החוזים אינם נשענים על סמכותה של המדינה. המדינה מופקדת אומנם על אכיפת חוזים, אך ככלל היא אינה בודקת את תוכנם, ואינה מתנה את הפעלת האכיפה בכך שהחוזים מקדמים את האינטרס הציבורי או מתיישבים עם תפיסותיה המוסריות-הפוליטיות. זאת ועוד, גם כאשר היא אוכפת את החוזים, תכלית האכיפה אינה לקדם תכליות חברתיות, אלא להגן על הרצונות הפרטיים של הצדדים. אוריאל מתאר מרכיב זה במילים הבאות: "Western contract law is one small haven of individual choice in an ocean of regulated order. The authority of the state is used for the enforcement of consensual agreements, but not otherwise... It strips the state of its authority to call the shots"<sup>9</sup>

4. עושר – ידוע כי היחס לטובין חומרניים וכן לשאיפה של פרטים לרכוש טובין חומרניים השתנה במערב באופן רדיקלי במאות השנים האחרונות. בימי-הביניים היה היחס לטובין חומרניים חשדני, ולעיתים קרובות אף שלילי. עמדה זו התבססה על כתבי הקודש, ובפרט על האמירה המפורסמת של ישו שלפיה קל יותר להעביר גמל דרך קוף המחט מאשר להכניס עשיר למלכות שמים.<sup>10</sup> נראה כי יחס זה השתנה במערב, בין היתר, בעקבות ההשפעה הפרוטסטנטית. הנכונות לראות ברכישת טובין חומרניים ובהגדלת העושר הפרטי משום העדפה לגיטימית (ובמסגרת הדת הפרוטסטנטית אף העדפה הראויה לשבח) אפשרה את פיתוחם של דיני החוזים, שהרי בסופו של יום חוזה טיפוסי אינו אלא מכשיר להגדלת תועלתם של הצדדים.

5. אמת – אוריאל מדגיש בספרו את הרעיון שלפיו דיני החוזים מניחים הנחות ביחס לביזור הידע האנושי. על-פי עמדה זו, אשר חיונית לצורך פיתוחה של התרבות החזית, הפרטים יודעים טוב יותר מכל סמכות מרכזית מה רצוי וראוי להם.

7 .Slade's Case, (1602) 76 Eng. Rep. 1074 (K.B.)

8 PROCACCIA, לעיל ה"ש 2, בעמ' 77.

9 שם, בעמ' 95.

10 הבשורה על-פי מתי יט 24.

שיפוטיהם של הפרטים ביחס לרווחתם הם שיפוטים אמנים, ויש לתת להם מקום במסגרת המשפט. לדברי אוריאל: "When it comes to evaluating one's bundles of goods and commodities, comparing them to the bundles owned by other individuals, and making informed exchange decisions, governments and sovereigns, however enlightened, cannot replace the judgment of the concerned individuals"<sup>11</sup>

זוהי שורת ההנחות אשר חיוניות, לדעת אוריאל, לקיומה של כלכלת חוזים. מבלי לערער על הנחות-יסוד אלה, אשר בסופו של יום אקבל, הרשו לי להעלות כמה השגות. קיים ויכוח עז בספרות ביחס להנחות 2 ו-3. השאלה המפלגת את הוגי-הדעות היא אם המשפט הפרטי הוא כלי למתן מבע לאינטרסים פרטיים (או לזכויות טבעיות) של הצדדים או שמא בסופו של יום המשפט הפרטי (כולל דיני החוזים) מכוון לאמיתו של דבר להגנה על האינטרס הכללי. הוגי-דעות כגון לוק ונוזיק סבורים, ברוח העמדה המוצעת על-ידי אוריאל, כי זכויות חוזיות הן זכויות טבעיות, וכי על המדינה להגן עליהן לא משום שהן מקדמות אינטרס כללי, אלא משום שתכליתה של המדינה היא בראש ובראשונה להגן על זכויות שקדמו למדינה – הזכויות הטבעיות.<sup>12</sup> זו גם העמדה המשתקפת במידה רבה מפסקי-הדין של המשפט המקובל. לבסוף, גם הזרם הניאו-קנטיאני במשפט הפרטי תומך בעמדה זו. הבסיס התיאורטי לתפיסה ניאוקנטיאנית זו, הרואה במשפט הפרטי מכשיר להגנה על זכויות ברמת הפרט, מבוסס על רעיון החירות הקנטיאני. המשפט הפרטי מגן על החירות, והחירות הבאה לידי ביטוי במסגרת המשפט הפרטי אינה כפופה לצרכים או לאינטרסים החברתיים.<sup>13</sup>

אולם על עמדה זו, המעניקה עליונות לזכויות ברמת הפרט, נמתחה ביקורת נוקבת על-ידי הוגי-דעות מן השמאל ומקרב הריאליסטים האמריקאים. האחרונים סברו כי החוזים הם מכשיר לקידום אינטרסים כלליים וחברתיים. מוריס כהן, למשל, סבר כי "Enforcement [of contracts], in fact, puts the machinery of the law in the service of one party against the other. When that is worthwhile and how that should be done are important questions of public policy"<sup>14</sup>. האינטרס הציבורי קובע מתי יש להכיר בחוזים, ולא זכותו של הפרט. זאת ועוד, מכיוון שהחוזה אינו אלא מתן ריבונות לאדם אחד על אדם אחר, נשאלת השאלה מתי ולצורך מה יש להעניק כוח כזה לאדם פרטי.<sup>15</sup> כהן סבר כי ההצדקה היחידה למתן כוח מסוג זה הוא קידומו של האינטרס הציבורי. בהתייחסו למרכיב אחר של המשפט הפרטי – דיני הקניין – צידד ריצ'רד הייל בעמדה דומה, וקבע:

11 PROCACCIA, לעיל ה"ש 2, בעמ' 193.

12 ROEBRT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA 150–153 (1974).

13 ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW (2012).

14 MORRIS R. COHEN, *The Basis of Contract*, 46 HARV. L. REV. 553, 562 (1933).

15 שם, בעמ' 581, ה"ש 26.

"To take this control by law from the owner of the plant and to vest it in public officials or in a guild or in a union organization elected by the workers would neither add to nor subtract from the constraint which is exercised with the aid of the government. It would merely transfer the constraining power to a different set of persons. It might result in greater or in less actual power of free initiative all round, but this sort of freedom is not to be confused with the 'freedom' which means absence of governmental constraint."<sup>16</sup>

גם הניתוח הכלכלי של המשפט דחה את ההנחה שלפיה המשפט הפרטי מגן על אינטרסים פרטיים או זכויות טבעיות. תכליתו של המשפט כולו, ובכלל זה של המשפט הפרטי, היא לקדם את התועלת החברתית, אשר אינה אלא סכום התועלות של הפרטים. מכאן שאין הבדל עקרוני בין המשפט הפרטי, המיועד לכאורה להגן על האוטונומיה של הפרט, לבין המשפט הציבורי, המגן לכאורה על האינטרס של הכלל: הן המשפט הפרטי והן המשפט הציבורי עוסקים באינטרס של הכלל. אף שמורים כהן לא היה כמובן איש הניתוח הכלכלי של המשפט, הוא ביטא באופן מדויק את הסנטימנט העכשווי של חסידי הניתוח הכלכלי כאשר קבע:

"Certain things have to be done in a community and the question whether they should be left to private enterprise dominated by the profit motive, or to the government dominated by political considerations, is not a question of man versus the state, but simply a question of which organization and motive can best do the work."<sup>17</sup>

מסקנת הדיון היא לפיכך כי ויכוח ארוך-ימים ניטש ביחס להנחות 2 (אינדיווידואליזם) ו-3 (סמכות המדינה). עמדתו של אוריאל בעניין הנחות אלה משקפת את המסורת הליברלית הניאו-קנטיאנית, והוא דוחה במשתמע את המסורת הדומיננטית האחרת – המסורת התועלתנית. אוסיף ואומר כי ניתן להעלות גם הסתייגויות ביחס להנחת-היסוד הרביעית בדבר עושר כתנאי הכרחי לקיומה של כלכלת חוזים. אחרי הכל, החוזים מקדמים את העדפות הצדדים, יהא תוכנם אשר יהא. גם אם העדפות הצדדים אינן חומריות ואינן מבטאות רדיפה אחר עושר וממון, אלא אחר תענוגות אסתטיים או אינטלקטואליים למשל, הכלכלה החוזית אמורה לאפשר או לפחות להקל את התממשותן.

למרות הסתייגויות אלה והסתייגויות אפשריות אחרות, אני סבור כי אוריאל זיהה

Robert L. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, 38 POL. 16 (1923). Sci. Q. 470, 478

MORRIS R. COHEN, *LAW AND THE SOCIAL ORDER: ESSAYS IN LEGAL PHILOSOPHY* 64 17 (1933).



מרכיבים המאפיינים את התרבות החוזית. גם אם ניתן לחלוק על מקצת ההנחות הללו, אין ספק שחלק נכבד מהן אכן חיוניות להתפתחותה של כלכלת חוזים. האתוס החוזי מניח ללא ספק מידה של כבוד ואמון כלפי שיפוטם של פרטים ביחס לרווחתם ולצורכיהם. בעולם שבו רווחתו של פרט נקבעה באופן אובייקטיבי, ללא תלות ברצונותיו, במאווייו או בשיפוטיו, לא יכלה להתפתח תרבות חוזית של ממש, משום שהקביעה מה רווחתו מחייבת נעשתה על-ידי סמכות מרכזית אחת. גם אם ניתן אולי לחלוק על כמה מן התנאים הללו או לסייג את תחולתם, לצורכי מאמר זה אניח כי המרכיבים המנויים לעיל הם אכן מרכיבים הכרחיים לצורך התפתחותה של תרבות חוזית.

לאחר זיהוי המרכיבים הללו פונה אוריאל לבחינה השוואתית של קווי האופי האמורים באירופה המערבית וברוסיה. השאלה המרכזית שהוא שואל היא עד כמה התרבות החוזית משקפת את התקיימותם או את אי-התקיימותם של קווי האופי הללו. באופן ספציפי יותר אוריאל מראה כי התרבות החוזית במערב אכן משקפת את קיומם של קווי האופי הנדרשים לצורך התפתחותה של תרבות חוזית, ואילו ברוסיה התרבות החוזית אינה משקפת את קיומם של קווי האופי הללו. הניתוח נעשה במידה רבה על-ידי השוואה בין הציור המערבי ברנסנס לבין אומנות האיקונות ברוסיה. עם זאת, לעיתים אוריאל מרחיב את הניתוח ומביא גם דוגמות מן האומנות העכשווית, ואפילו מן המוזיקה. אפילו האומנים קנדינסקי ומלוויץ' – אבות הציור המופשט מתחילת המאה העשרים – מובאים כדוגמות לאופני החשיבה הרוסיים, אשר אינם מתיישבים עם אופני החשיבה של כלכלות חוזים.

באופן אירוני הייתי אומר כי הנחת-היסוד של הניתוח היא שתרבות האומה חזקה מן האדם היחיד, ובכך הנחות-היסוד של הדיון מאתגרות את ההומניזם עצמו. כלשונו של שאול טשרניחובסקי, "הָאָדָם אֵינוֹ אֶלָּא תְּבִנִית נוֹף-מִלְדָּתוֹ, רַק מֵהַ-שִּׁסְפָּגָה אֲזָנוֹ עוֹדָה רְעִנָּה, רַק מֵהַ-שִּׁסְפָּגָה עֵינוֹ טָרָם שֶׁבָּעָה לְרֵאוֹת"<sup>18</sup>. מבלי להתיימר לסקור את כל הטיעונים, הרשו לי להציע טעימה קלה מן הניתוח שאוריאל עורך בנוגע לתרבות החוזית במערב וברוסיה.

ההומניזם של הרנסנס בא לידי ביטוי בתרבות החוזית בהדגשת הנוכחות הקונקרטית של האדם בשר-ודם על מאפייניו.<sup>19</sup> הרנסנס התעניין במציאות המטריאלית של האדם. עמדה זו נדחתה על-ידי האיקונוגרפיה הרוסית, אשר מדגישה את עליונותו של הטרנסצנדנטי על הטבעי או המטריאלי.<sup>20</sup> האיקונוגרפיה הרוסית דוחה את מרכזיותו של האדם ומדגישה במקום זאת את מרכזיות האל, או באופן רחב יותר – את עליונותו של הנשגב.

18 שאול טשרניחובסקי "האדם אינו אלא" שירי שאול טשרניחובסקי פא (הוצאת דביר, 1968).

19 PROCACCIA, לעיל ה"ש 2, בעמ' 48.

20 שם, בעמ' 50.

האינדיווידואליזם המערבי בא לידי ביטוי בנכונותם של אומני המערב "to craft each human figure in a different mold, typical only of itself"<sup>21</sup> לכל דמות באומנות הרנסנס יש אופי משלה, מבע-פנים והלך-רוח משלה. מכאן גם החשיבות המיוחדת שיוחסה לאומנות הפורטרט, שהרי הפורטרט הוא המקום שבו באים לידי ביטוי מאפייניו הייחודיים של האדם כפרט.<sup>22</sup> לעומת זאת, האומנות הרוסית גילתה לדעת אוריאל עוינות קיצונית לאינדיווידואליזם. הדוקטרינות הדתיות והמוסריות הנוגעות באיקונות רואות באינדיווידואליזם עיקרון מושחת. העוינות לאינדיווידואליזם המערבי באה לידי ביטוי בשני אופנים: (1) המסורת המדגישה את החיקוי של איקונות עתיקות; (2) המשמעות הייחודית שהוענקה לזמן.

העתקת איקונות עתיקות הייתה פרקטיקה מרכזית שאפיינה את האומנות הרוסית, והיא התבססה על ההנחה בדבר חוסר היכולת האנושית לפרש מחדש את המציאות.<sup>23</sup> פרקטיקה זו נסמכה על העמדה שאין אבולוציה או קדמה המאפשרות הצגה חדשנית של המציאות הטרוסצנדנטית. האיקונות העתיקות הן "החלונות לגן העדן".<sup>24</sup> המציאות הטרוסצנדנטית כבר באה לידי ביטוי מושלם באיקונות העתיקות, ואין מקום לשנות או לחידש, באשר האיקונות העתיקות כבר משקפות את הנשגב. לפיכך מהלך הזמן אינו מביא בעקבותיו שינוי.

האיקונוגרפיה המערבית שיקפה ספקנות ביחס לסמכות פוליטית. כך, למשל, סמכות המדינה תועדה ברנסנס לא אחת באמצעות בחינה של השלכותיה על האזרחים, דהיינו, של יכולתה להטיב עם האזרחים.<sup>25</sup> לעומת זאת, הארכיטקטורה של סנקט פטרבורג משקפת עולם ערכי הפוך מזה של המערב. אף שסנקט פטרבורג נתפסת כעיר המערבית ביותר ברוסיה, אוריאל טוען – תוך בחינת ההיסטוריה והארכיטקטורה של העיר – כי היא משקפת דווקא את הלך-הרוח הרוסי. הביטוי הבולט ביותר בספר לאנלוגיה בין פוליטיקה ומשפט לבין האומנויות החזותיות מצוי בחלק זה של הספר. וכך אוריאל כותב:

"The Winter palace, then, is the embodiment of the architecture of power. In humanist societies any declaration of might, in life and in art, is mitigated by recognition of the other, and the privilege of other people to contribute a balancing voice of their own. In public law and in politics, the blending of voices generates a constitutional order. In private law, it makes room for contract. In art, it ushers in a sense of proportion. In the art of

21 שם, בעמ' 81.

22 שם, בעמ' 82.

23 שם, בעמ' 85.

24 שם.

25 שם, בעמ' 120.

architecture, it balances space against space, line against line, wall against window."<sup>26</sup>

לבסוף, גם ההבדלים בתפיסת האמת – בין העמדה הרואה את האמת כאחת ויחידה לבין זו הנותנת מקום לריבוי פרספקטיבות – באה לידי ביטוי בנכונותה של האומנות המערבית לאמץ פרספקטיבה לבין אי-נכונותה של האומנות הרוסית לאמצה. הפרספקטיבה בציוור היא ביטוי לפלורליזם של נקודות-המבט וללגיטימיות של נקודת-המבט האישית; הפרספקטיבה היא מטבע ברייתה אופן התבוננות חלקי, אשר משקף את המבט של פרט יחיד ומניח את האפשרות והלגיטימיות של נקודות-מבט נוספות. בדחתה את הפרספקטיבה אימצה האומנות הרוסית את העמדה כי "Truth is not merely in the eye of the beholder; the eye of the beholder, to be truthful, must be of the 'inner' or spiritual variety, which defies not only the comforts of falsifiable observation, but also the reign of reason itself"<sup>27</sup>

אפשר לסכם אם כן את המהלך באופן התמציתי הבא:

1. חוזים אינם טבעיים לאדם; הם אינם חלק מן ההווה הביולוגית של הפרטים או חלק בלתי-נפרד של החברה האנושית ככזו. התקיימותה של מערכת מפותחת ואפקטיבית של חוזים מותנית בהתפתחות תרבותית.
2. לצורך התפתחותה של תרבות חוזית צריכים להתקיים קווי אופי תרבותיים מסוימים. קווי אופי אלה הם הכרחיים, ובלעדיהם לא תיתכן כלכלת חוזים.
3. קווי אופי אלה ניתנים אומנם לשינוי, אך השינוי הוא הדרגתי, ולא מיידית. כדי לפתח או לשנות קווי אופי אלה נדרשת טרנספורמציה תרבותית.
4. קווי אופי אלה משתקפים לא רק בתרבות החוזית, אלא גם בספרות תרבותיות אחרות, כגון זו החזותית. מכאן שניתן להסיק מסקנות ביחס להתקיימותם או לאי-התקיימותם של קווי אופי אלה על בסיס התבוננות על האומנות.
5. התבוננות על האומנות המערבית מעלה כי קווי אופי הנחוצים לצורך התפתחותה של תרבות חוזית אכן מצויים בתרבות החזותית המערבית. התבוננות על האומנות הרוסית, לעומת זאת, מצביעה על כך שקווי אופי אלה אינם מצויים בתרבות החזותית הרוסית.
6. מהנחות אלה נובעת המסקנה כי התרבות הרוסית של היום אינה יכולה לקיים כלכלת חוזים של ממש, משום שקווי האופי הנחוצים לצורך התפתחותה של כלכלת חוזים אינם מתקיימים בחברה הרוסית. מכאן גם נובע כי אף אם המשפט הרוסי יאמץ בחקיקה קודים משפטיים מערביים, הוא לא יוכל להבטיח קיומה של כלכלת חוזים הדומה לזו המאפיינת את המערב. כשלונה של כלכלת החוזים הרוסית אינו תוצר של תכנון לקוי, חקיקה לא-מוצלחת או העדר משאבים; הוא תוצר ישיר של ההווה התרבותית הרוסית.

26 שם, בעמ' 139–140.

27 שם, בעמ' 242.

הטענה כי במדינות שונות ובתרבויות שונות יש לדיני החוזים קווי אופי ייחודיים המשקפים את התרבות המקומית מקבלת תמיכה מהתבוננות השוואתית על דיני החוזים האנגלו-אמריקאיים ועל הדינים הקונטיננטליים. ניתן להדגים זאת תוך שימוש במושג תום-הלב, שהוא מרכזי לשיטות הקונטיננטליות וזר לחלוטין לשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות. דוקטרינת תום-הלב משקפת עמדה המגבילה את כוחו של הפרט לקדם את האינטרסים שלו, ומעניקה כוח לרשות המרכזית (לבתי-המשפט) להגן על הפרטים ולהבטיח את רווחתם. את הפער בין שיטות המשפט מבחינת מעמדה של דוקטרינת תום-הלב בהן ניתן לייחס להבדל תרבותי עמוק בכל הנוגע ביחס שבין הפרט לקהילה, באחריות המוטלת על הקהילה להגן על הפרט ובחשיבותה היחסית של ההגנה על החירות. במאמר הבוחן את עקרון תום-הלב מתאר קולינס (Hugh Collins) את עקרון תום-הלב הקונטיננטלי כעיקרון שהוא "mysterious and exciting to an English lawyer"<sup>28</sup>. קולינס רואה בתרבות מרכיב המסביר את ההבדלים בין הקהילות השונות מבחינת הדוקטרינות של המשפט הפרטי הננקטות בהן. עמדה זו נהייתה עמדה מרכזית אפילו בקרב מקצת מחסידי משפט וכלכלה.<sup>29</sup>

בפרק הבא אבחן את הטענות הללו באופן ביקורתי. טענתי המרכזית תהיה כי המושג של קווי אופי הוא בעייתי הן ברמת הפרט והן ברמת הקבוצה. אטיל ספק בקיומם של קווי אופי תרבותיים המשותפים לחברות, ואאתגר את הטענה כי קווי אופי אלה משתקפים באופן קונסיסטנטי בספרות תרבותיות שונות.

## פרק ב: האם לפרטים ולחברות אנושיות יש קווי אופי?

תכליתי בפרק זה היא לבחון באופן ביקורתי את הנחה 4 לעיל, שלפיה קווי אופי המשתקפים בספרה אחת (האומנות החזותית, למשל) יבואו לידי ביטוי גם בספרה אחרת (דוגמת המשפט). טענה זו נשענת על הנחות חזקות בדבר הקונסיסטנטיות של ההתנהגות האנושית. למשל, אם ערכי ההומניזם והאינדיווידואליזם משתקפים בתרבות החזותית המערבית, אין זאת אלא משום שהחברה המערבית מוקירה ערכים אלה, ומכאן נובע שערכים אלה יבואו לידי ביטוי גם בספרות תרבותיות אחרות. לעומת זאת, אם ערכים אלה נעדרים מן התרבות החזותית הרוסית, אין זאת אלא משום שהחברה הרוסית אינה מוקירה ערכים אלה או אף מתנגדת להם, ומכאן שערכים אלה לא יבואו לידי ביטוי גם בספרות תרבותיות אחרות.

כדי לבחון בזהירות את התזה בדבר קווי האופי המשותפים, הרשו לי קודם לאתגר

28 ראו: Hugh Collins, *Good Faith in European Contract Law*, 14 OXFORD J. LEGAL STUD. 229, 249 (1994).

29 Robert C. Ellickson, *Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics*, 65 CHI.-KENT L. REV. 23 (1989).

את המונח "קו אופי" ברמת הפרט. לעיתים קרובות אנו מסבירים את התנהגותו של אדם על בסיס הטענה כי הוא בעל "אופי" מסוים. כבר אריסטו אפיין את המושג "קווי אופי". באופן טיפוסי, קווי אופי מציינים נטיות ארוכות-טווח של פרט לפעול באופנים מסוימים (או להימנע מלפעול באופנים מסוימים). הנטיות הללו מוסברות על-ידי הנחות בדבר הפסיכולוגיה של הפרט, אשר משקפת את טבעו האמיתי. לעיתים קרובות המושג "אופי" משמש ל"הסברת" התנהגותו של אדם. אנו יכולים למשל לומר כי "חיים כעס משום שהוא רגזן" או כי "משה עזר למרים משום שהוא אלטרואיסט" או כי "דוד סיכן את חייו משום שהוא אמיץ". מובן שהסברים אלה הם חלקיים, באשר העמדה המקובלת היא כי אדם יכול לעיתים לפעול בניגוד לאופיו. אולם כאשר אדם פועל בניגוד לאופי המיוחס לו, עובדה זו מחייבת הסבר.

האם הסברת ההתנהגות האנושית במונחי אופי נכונה? האם יש לבני-האדם אופי? העמדה הגורסת כי לבני-האדם יש אופי וכי לאופי יש כוח מסביר נראית לרבים מובנת מאליה. אלא שכמו דברים רבים אחרים אשר מובנים לכאורה מאליהם, המחקר המדעי העכשווי אינו מאשש את ההנחה ה"מובנת מאליה" בדבר קיומו של אופי. שורה של מחקרים פסיכולוגיים עכשוויים מטילים ספק בקיומם של קווי אופי קבועים של בני-אדם.

עמדה זו נראית מוזרה במבט ראשון. אין ספק שבחיי היומיום אנו נסמכים לעיתים קרובות על הנחות בדבר אופיים של בני-אדם, והנחות אלה אף מתאמתות לעיתים קרובות במציאות. כך, למשל, כאשר אנו מניחים כי חיים הוא רגזן, אנו נסמכים על העובדה שלעיתים קרובות הגיב חיים ברוגז בסיטואציות שבהן רוב האנשים אינם מגיבים כך. זאת ועוד, אם אנו מייחסים לחיים אופי רגזני, אזי נפעל באופנים המשקפים אמונה שהוא עתיד להתרגז וכי כדאי לפיכך להתנהל איתו במתינות. אם הנחת-יסוד זו בדבר קיומו של אופי היא שקרית, כיצד ניתן להסביר את היציבות היחסית בהתנהגותם של בני-אדם ואת נכונותם של בני-אדם לפעול בהתאם להנחות בדבר האופי הקבוע והיציב של בני-האדם? ובמיוחד, כיצד ניתן להסביר את העובדה שציפיות בדבר אופיים הקבוע של בני-האדם מתממשות בדרך-כלל?

ההסבר המקובל כיום על רבים מהפסיכולוגים הוא שמסיבות חברתיות ואחרות הפרטים מוצאים את עצמם באופן טיפוסי בנסיבות חיים שונות המובילות אותם לדפוסי פעולה קבועים וצפויים. במילים אחרות, לא האופי מסביר את היציבות בהתנהגות האנושית, אלא הנסיבות. היציבות בהתנהגות היא פונקציה של יציבות בנסיבות החיים. מכאן שזניחת ההנחות בדבר קיומו של אופי אינה מנביעה בהכרח את המסקנה כי ההתנהגות האנושית אינה צפויה. כך נקבע בספר ידוע של פסיכולוגים חברתיים:

"[I]n everyday experience the characteristics of actors and those of the situations they face are typically confounded – in ways that contribute to precisely the consistency that we perceive and count on in our social dealings. People often choose the situations to which they are exposed; and people often are chosen for situations on the basis of their manifest or presumed abilities

and dispositions. Thus, clerics and criminals rarely face an identical or equivalent set of situational challenges. Rather they place themselves, and are placed by others, in situations that differ precisely in ways that induce clergy to look, act, feel, and think rather consistently like clergy and that induce criminals to look, act, feel and think like criminals."<sup>30</sup>

פילוסופים של המוסר זיהו את החשיבות הפילוסופית של התובנה הפסיכולוגית הזו. גילברט הרמן, לדוגמה, סיכם את מאמרו בנושא זה באמירה הגורפת הבאה: "We very confidently attribute character traits to other people in order to explain their behavior. But our attributions tend to be wildly incorrect and, in fact, there is no evidence that people differ in character traits"<sup>31</sup>. הרמן אף סוקר במאמרו כמה ניסויים מפורסמים התומכים לדעתו במסקנה כי אין לפרטים טבע קבוע של ממש, וכי בוודאי אין להם קווי אופי היכולים לשמש כלי להסברת התנהגותם.

כאמור, העמדה הדוחה את הטענה כי לפרטים יש קווי אופי קבועים מסבירה לעיתים קרובות את התנהגותם של פרטים במונחי הנסיבות החיצוניות, ולא במונחי הטבע הפנימי של הפרטים. היציבות והקביעות בהתנהגות האנושית אינן נעוצות במהות פנימית של האדם, אלא בסביבה שבה הוא מצוי ובאילווצים שבמסגרתם הוא פועל. על-פי עמדה זו, שינויים קלים בנסיבות עשויים להוביל לשינויים דרמטיים בהתנהגות. גישה זו, המכונה "הגישה הנסיבתית" (situationism), מאופיינת באופן הבא:

"We normally think that if people behave charitably or deplorably it's because of who they are, the kinds of values they embrace, or the kind of character they possess. But such notions about the efficacy of character traits were rendered problematic by compelling experimental data throughout the 70s and 80s. This led to a strong swing towards *situationism*. Situationism claims that morally significant behavior is influenced by situational factors to a far greater extent than we normally suppose."<sup>32</sup>

תכליתי במאמר זה אינה כמובן להכריע בוויכוח, שהוא ביסודו ויכוח פסיכולוגי אם אכן יש קווי אופי של פרט ואם אופי יכול לשמש מרכיב בהסברת התנהגותם של פרטים.

Lee Ross & Richard E. Nisbett, *The Person and the Situation*, in MORAL PSYCHOLOGY: 30 HISTORICAL AND CONTEMPORARY READINGS 187, 192 (Thomas Nadelhoffer, Eddy Nahmias & Shaun Nichols eds., 2010)

Gilbert Harman, *Moral Philosophy Meets Moral Psychology: Virtue Ethics and the Fundamental Attribution Error*, 99 PROC. ARISTOTELIAN SOC'Y 315, 329 (1999)

Hagop Sarkissian, *Minor Tweaks, Major Payoffs: The Problems and Promise of Situationism in Moral Philosophy*, 10(9) PHILOSOPHERS' IMPRINT 1, 2 (2010)

עם זאת, אני רוצה להשתמש בוויכוח ביחס לקיומם של קווי אופי של פרטים כדי ללמוד על התקיימותם או אי-התקיימותם של קווי אופי של חברות. גם אם נקבל את העמדה שלפיה אין קווי אופי המאפיינים פרטים, אי-אפשר להסיק מכך כי אין קווי אופי לאומיים של חברות. מכאן שגם אם הפסיכולוגים החולקים על קיומם של קווי אופי צודקים בעמדותיהם ביחס לפרטים, אי-אפשר להסיק מסקנות ביחס להתנהגותן של אומות. עם זאת, העמדה הדוחה את קיומם של קווי אופי ברמת הפרט מעלה לדעתי ספקות משמעותיים ביחס לתזה המוצעת על-ידי אוריאל, וזאת מכמה וכמה טעמים.

ראשית, ייתכן שהספקות שהועלו ביחס לקיומם של קווי אופי של פרטים חלים גם ביחס לאומות. האם ייתכן שהיציבות והקביעות בהתנהגותן של אומות מוסברת על-ידי נסיבות, ולא על-ידי קווי אופי? האם ייתכן שהתיאוריה הנסיבתית היא התיאוריה המתאימה לא רק להסברת התנהגותם של פרטים, אלא גם להסברת התנהגותן של אומות? טענה זו מקעקעת את התשתית התיאורטית שעליה נשען אוריאל, והיא מאיימת גם על המסקנה המרכזית של ספרו, שלפיה בעתיד הקרוב לא תוכל הכלכלה הרוסית ליהפך לכלכלת חוזים.

דווקא בהקשר של רוסיה הועלתה טענה דומה בספרה של דניסון (Dennison) העוסקת במוסד הצמיתות ברוסיה, אשר בוטל רק במהלך המאה התשע-עשרה.<sup>33</sup> דניסון מתייחסת במפורש בספרה לתזה שלפיה ייחודיותה של רוסיה היא ייחודיות תרבותית-מנטלית, ומביאה כדוגמה לכך, בין היתר, את ספרו של אוריאל.<sup>34</sup> היא מציעה לדחות גישה זו, ולייחס את מיוחדותה של רוסיה דווקא למבנה המוסדי, שאותו ירשה מן התקופה הפיאודלית. גם דוד הד, בביקורתו על ספרו של אוריאל, מעלה התנגדות דומה, וקובע כי לאומות, בניגוד ליצורים ביולוגיים, אין גנים.<sup>35</sup> לדעתו, אין בסיס פילוסופי איתן להסבר המבוסס על קווי אופי מובחנים של אומות שונות.

ספקנות זו מתחזקת מטעמים נוספים. הניתוח התרבותי המוצע על-ידי אוריאל מניח התקיימותם של קווי אופי אופי זהים בספרות תרבותיות שונות. אבל הנחה זו מוקשה. כך, למשל, ייתכן שקווי האופי המאפיינים אומנים אינם מאפיינים משפטנים. אם אומנים ומשפטנים הם אכן בעלי אופי שונה, הדבר עשוי להוביל לשוני בין התרבות החזותית לבין התרבות המשפטית. אנו יודעים, למשל, כי במערב המשפטנים נוטים להיות שמרניים בעמדותיהם ואילו האומנים משקפים לעיתים קרובות תרבות אוונגרדית המתאגרת את הסדר החברתי הקיים. קביעות אלה נשמעות אולי סטריאוטיפיות, אולם כל משפטן מודע לחשיבות המיוחסת במשפט לוודאות, המבוססת על תקדימים. כדי לבסס את עמדתו, המשפטן חייב למצוא לה עיגון בהיסטוריה המשפטית, ומכאן

33. TRACY DENNISON, THE INSTITUTIONAL FRAMEWORK OF RUSSIAN SERFDOM (2011)

34 שם, בעמ' 5.

35 דוד הד "אוריאל פרוקציה – איש ההשכלה: סקירה ביקורתית של ספרו RUSSIAN CULTURE, PROPERTY RIGHTS, AND THE MARKET ECONOMY"

מִשְׁפָּט וְעִסְקִים יג 369, 375 (2010).

השמרנות המיוחסת למקצוע המשפט.<sup>36</sup> לעומת זאת, האומנים מתפארים לעיתים קרובות דווקא בחדשנות הרדיקלית שלהם ובאקסצנטריות המשקפת את ייחודיותם. לא למותר לציין כי אלה הכללות גסות, וכי לעיתים קרובות יש הבדלים בין פרטים שונים בתוך אותה קהילה מקצועית. עם זאת, יש נטיית-לב כללית, המשתנה מקהילה מקצועית אחת לאחרת. ייתכן לפיכך שבתחומי תרבות שונים מתקיימות מסורות שונות, ומכאן נובע שאין להסיק מן האומנות הרוסית קווי אופי של המשפט הרוסי, משום שאין מקום להניח כי יש קווי אופי משותפים לתרבות החזותית ולמשפט.

טלר כדוגמה את החברה של סינגפור. כידוע, סינגפור מקיימת כלכלת חוזים פורחת ובצידה מערכת פוליטית ומשפטית שמכותנית נוקשה. בשעה שכלכלתה של סינגפור מכבדת את העדפותיהם של הצרכנים, השיטה המשפטית בסינגפור נשענת על הנחות שמכותניות ואנטי-אינדיווידואליסטיות. האינדיווידואליזם הסינגפורי בא לידי ביטוי בספרת החיים הכלכליים, אך הוא נעדר לחלוטין מספרת החיים הפוליטיים, ומכאן תיאורה של סינגפור כקפיטליזם עם דיקטטורה נאורה. נראה לפיכך כי סינגפור (וכיום אולי גם סין מסיבות דומות) משמשת דוגמה נגדית להנחה בדבר מבע קונסיסטנטי של קווי האופי בספרות תרבותיות שונות. לדעתי, העמדה המוצעת על-ידי אוריאל מבוססת על הנחות חזקות בדבר הקונסיסטנטיות של ההתנהגות האנושית, שלפיהן נטיות המוצאות מבע בחיים התרבותיים ימצאו מבע גם בחיים החברתיים, הפוליטיים והמשפטיים. אלא שהמציאות אינה תומכת בחזון ורוד זה של הרמוניה בין ספרות התרבות השונות.

השאלה שנידונה כאן היא שאלת-יסוד בהבנת התחום של משפט ותרבות. האם הניתוח התרבותי צריך להניח קוהרנטיות בהתנהגות האנושית? האם יש לנו סיבות חזקות להניח כי כל הספרות התרבותיות נשלטות על-ידי קווי אופי זהים? האם חרף הממצאים שעליהם דיברתי קודם בדבר העדרו של אופי בהקשר האישי ניתן בכל-זאת להניח התקיימותו של אופי בהקשר הלאומי? הרהורי ספק אלה הם עדיין רק בגדר הרהורי ספק, ולא בגדר הפרכה של העמדה המוצעת על-ידי אוריאל. עם זאת, איני רואה דרך לסלק ספקות אלה מדרכי ולאמץ את ההנחות ההפוכות בדבר התקיימותו של אופי קבוע של אומות.

## סיכום

טרונייתי המרכזית כלפי ספרו העשיר והנפלא של אוריאל היא שהוא מייבא את הלך-הרוח המאפיין את הניתוח הכלכלי של המשפט אל לב הניתוח התרבותי. התרבות האנושית מלאה סתירות; ההתנהגות האנושית אינה משקפת תמיד קווי אופי קבועים

36 על האופי השמרני של מקצוע המשפט ראו, למשל: Edgar Bodenheimer, *The Inherent Conservatism of the Legal Profession*, 23 IND. L.J. 221 (1948).



וקוהרנטיים. ספרות שונות של הקיום התרבותי האנושי עשויות לשקף נטיות סותרות. מכאן שעצם הניסיון להסיק מספרה תרבותית אחת, כגון הספרה החזותית, לספרות אחרות, דוגמת הספרה הפוליטית-המשפטית, עלול להיות נגוע בהנחות של קוהרנטיות ורציונליות, הלקוחות מן הניתוח הכלכלי. הממצאים האמפיריים בדבר העדרם של קווי אופי המאפיינים פרטים מאיימים לקעקע גם את הנחות-היסוד של התזה של אוריאל בדבר קיומם של קווי אופי של אומות. אופי מניח מטבעו מידה של יציבות וקוהרנטיות בהתנהגות האנושית. הניתוח התרבותי, במובחן מן הניתוח הכלכלי, אינו רשאי להניח הנחות כאלה מבלי לבססן באופן אמפירי. אני סבור כי רציונליות וקונסיסטנטיות מאפיינים באופן טיפוסי לא את האדם בשר-ודם, אלא את התיאוריות על-אודותיו.