

הפרט החוזי בין אינדוידואליזם לקולקטיביזם
URIEL PROCACCIA, RUSSIAN CULTURE, PROPERTY RIGHTS, בעקבות
AND THE MARKET ECONOMY

ענת רוזנברג*

מאמר זה מסתמך על ההזמנה הכפולה הטמונה בספרו של אוריאל פרוקצ'יה: ראשית, ההזמנה המתודולוגית להרחבת היריעה ולהתבוננות במשפט במסגרת שיח תרבותי רחב יותר; ושנית, ההזמנה לבחינת המשגתו של הפרט החוזי בהיסטוריה, של אותו קונסטרוקט תרבותי שהיה והינו מרכזי לתרבות החוזית המערבית – האדם הפרטי הבוחר ומנסח לעצמו זכויות וחובות אשר החברה, בדמות המדינה, מגבה באמצעות אכיפה.

על רקע ההיסטוריה של הפרט המודרני במערב, המאמר בוחן את דמותו של הפרט החוזי באנגליה במאה התשע-עשרה, המוכרת כתור-הזהב של החווה, בשני אתרי תרבות מרכזיים לתקופה: המשפט החוזי והרומן הוויקטוריאני – שניהם שדות שיח ליברליים ביסודם אשר תמכו בעלייתה של חברת השוק החוזית. בניגוד להנחה רווחת על-פיה הרומן והמשפט החוזי פעלו שניהם לכינון הפרט החוזי על בסיס תפיסות המדגישות את האוטונומיה שלו, אני טוענת כי הרומן מציע לנו פרט יחסי מיסודו. תפיסה ליברלית זו חורגת לא רק מן התפיסה הדומיננטית המיוחסת לחשיבה הליברלית של המאה התשע-עשרה, אלא גם מן החלופות המוכרות לחוקרי המשפט החוזי – סטטוס וקולקטיביזם. תפיסה זו ראויה לתשומת-לב במסגרת ההיסטוריה של המשגת האדם החוזי המודרני. תרבות חוזית ליברלית

* פוסט-דוק', מכון סאקר למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודות למני מאוטנר, לרועי קרייטנר וליופי תירוש על הארות והערות. בנימה אישית, בבואי לאוריאל פרוקצ'יה לבקש את הנחייתו במחקר דוקטורט בתחום הרציונליות, הקשיב אוריאל קשב רב לתוכנית המחקר, ולאחר-מכן שאל אותי אם נתקלתי במחקרי "משפט ותרבות". לסיום פגישתנו נתן לי אוריאל מהדורה מוקדמת של ספרו, אשר עמד אז לקראת סיום, ובכך סימן את סימן-הדרך הראשון לתפיסה מחקרית שונה בתכלית מזו ששיערתי בנפשי. מאמר זה, בעקבות ספרו של אוריאל, נכתב במקביל להגשתו של מחקר הדוקטורט שהתפתח מסימן-הדרך הראשון ההוא. בתזמון מופלא ומפליא זה, אני שמחה להודמנות לשוב אל הספר ואל ההזמנה שהוא היווה וממשיך להוות להרחבת תפיסותינו המתודולוגיות והמהותיות על משפט, תרבות ומה שביניהם.

מתבררת כמערך מורכב המכיל חלופות מושגיות להבנת קיום אינדיווידואלי, כמו-גם להבנתן של פרקטיקות חברתיות ויחסים אנושיים.

מבוא

פרק א: הפרט המשוחרר מכבלי החברה

פרק ב: הפרט הבוחר ודיני החוזים

1. המודל הקלסי של החוזה במשפט המאה התשע-עשרה: אינדיווידואליזם

2. מסטטוס לחוזה

3. מאינדיווידואליזם לקולקטיביזם

4. סיכום תמונת הפרט החוזי העולה מן ההיסטוריה

פרק ג: הפרט היחסי והרומן הוויקטוריאני

הרהורי סיכום

מבוא

ספרו של פרופ' פרוקצ'יה ישים אותי במאמר זה פעמיים.¹ ראשית, במישור המתודולוגי, הוא ישים להרחבת היריעה המחקרית ולהתבוננות במשפט במסגרת שיח תרבותי רחב יותר. בספרו מבקש פרוקצ'יה להסביר את כשלונה של תרבות השוק החוזית ברוסיה בהעדרם של מושגי-היסוד התרבותיים אשר הצמיחו תרבות זו באירופה המערבית, ואף בקיומם של רעיונות סותרים. לשם ביסוס טענתו פורש פרוקצ'יה ניתוח עשיר של שדות שיח בתרבות המערב וברוסיה, החל בציור ואיקונוגרפיה, המשך בספרות ומוזיקה, וכלה בתיאולוגיה, מדע ופילוסופיה. ללא יריעה רחבה זו, טוען פרוקצ'יה, לא נוכל לרדת ליסוד כשלונה של כלכלת השוק ברוסיה ולשורשי הצלחתה במערב. ללא הידרשות לשדות שיח אחרים, מציע פרוקצ'יה, לא נוכל להבין את המשפט.

שנית, במישור התכנים, דיונו של פרוקצ'יה בתרבות החוזית במערב ישים אותי כנקודת מוצא למחשבה על המשגת הפרט החוזי בהיסטוריה. שניים מן הרעיונות שביססו על-פי פרוקצ'יה את תרבות השוק במערב היו ההומניזם והאינדיווידואליזם. בפרקים העוסקים באלה, ולאורך הספר כולו, פרוקצ'יה מצביע על הפרט החוזי – האדם הפרטי האוטונומי

1 URIEL PROCACCIA, RUSSIAN CULTURE, PROPERTY RIGHTS, AND THE MARKET ECONOMY (2007) (להלן: פרוקצ'יה).

הבוחר ומנסח לעצמו זכויות וחובות אשר החברה, בדמות המדינה, מגבה באמצעות אכיפה – כקונסטרוקט תרבותי מרכזי לתרבות החוזית המערבית.

במאמר זה אבקש להרהר באופני המשגתו של הפרט, ובאופן שבו השתתף המשפט החוזי בהמשגה זו. על רקע ההיסטוריה של הפרט המודרני במערב, אבחן את דמותו של הפרט החוזי במשפט ובספרות. הדיון יתמקד במאה התשע-עשרה באנגליה, אשר נהנית, כפי שיוסבר להלן, מקונסנזוס היסטוריוגרפי שעניינו מרכזיות האינדיווידואליזם בעידן זה הן במשפט והן בספרות, ובאותה עת מספקת לנו את מגוון החלופות המושגיות שדרכן נהוג לחשוב על הפרט החוזי במשפט המקובל המודרני.

בפרק א אציג בקצרה את ההיסטוריה של הפרט המשוחרר בחברה המודרנית במערב. בפרק ב אבחן את תפיסת הפרט בדיני החוזים במאה התשע-עשרה. במסגרת זו אבחן את ההיסטוריה של דיני החוזים באנגליה – ערש המשפט המקובל הפרטי – ואצביע על שתי מסקנות חשובות העולות ממנה. מסקנה אחת נוגעת באופן שבו הניחו דיני החוזים ובנו דמות של פרט כאדם אוטונומי אשר פועל ביחסיו החוזיים כממקסם רציונלי. המסקנה האחרת עניינה האופן שבו, על-אף מרכזיותו של דימוי הפרט המופשט הזה, השפיעו גם חלופות "חברתיות" יותר – חשיבה מבוססת-סטטוס וחשיבה קולקטיביסטית – על התפתחותם של דיני החוזים. שתי המסקנות הללו יחדיו מלמדות על המשגת הפרט החוזי במשפט בתוככי מתח מתמיד בין הקטגוריות המושגיות של סטטוס, אינדיווידואליזם וקולקטיביזם – מתח המעמיד זה מול זה לאורך ההיסטוריה המודרנית את הפרט מול הקולקטיב.

בפרק ג אפנה לדון באופן שבו הומשג הפרט החוזי בשיח מרכזי אחר במאה התשע-עשרה: הרומן הוויקטוריאני, אשר עסק באופן נרחב ביחסים חוזיים. באופן ספציפי, אציע התבוננות בייצוג הפרט החוזי בִּטְקִסְט אשר הוכתר לא אחת כשופר משופריו של האינדיווידואליזם האנגלי של המאה התשע-עשרה: מידלמארץ' של ג'ורג' אליוט.² בניגוד להנחה רווחת שלפיה הרומן, בדומה למשפט החוזי, פעל לכינון הפרט המודרני בגדר המתח שבין הפרט לקולקטיב, מידלמארץ' מתבסס על דימוי של הפרט המודרני החורג מן הציר המושגי המוכר. הרומן מציע לנו פרט יחסי מיסודו (insistently relational person). לפיכך פרק ג מציע כי האינדיווידואליזם של הרומן היה שונה מהאינדיווידואליזם המוכר לנו במשפט. הוא לא הנביע את הבנתם של יחסים חוזיים כפי שהללו נוסחו במשפט, ולא היה כרוך במחויבות לאידיאל הפרט האוטונומי, המופשט מהקשריו החברתיים. תפיסת הפרט המוצעת ברומן, אבקש לטעון, ראויה להמשגה נפרדת במסגרת ההיסטוריה של זהות הפרט המודרני, אשר תופסת מקום מרכזי בחשיבה על תרבות חוזית.

פרקים ב ו-ג יחדיו מציעים כי המשגתו של הפרט החוזי במשפט התמודדה לא רק עם דחיקתו על-ידי הקולקטיב, אלא גם עם אפשרות לניסוח אינדיווידואליסטי חלופי – זה של הפרט היחסי מיסודו. הרחבת היריעה המחקרית לעבר הרומן מלמדת כי אינדיווידואליזם אנגלי במאה התשע-עשרה היה מערכת רעיונות שטמנה בחובה יותר מסדר אחד של משמעויות. הפרט האוטונומי של המשפט לא היה אידיאל בלעדי או הגמוני. פרק הסיכום

GEORGE ELIOT, MIDDLEMARCH: A STUDY OF PROVINCIAL LIFE (David Carroll ed., Oxford 2
World's Classics 1996) (1872)

בוחר מסקנות אלה של המאמר על רקע המסגרת המתודולוגית המוצעת לנו על-ידי פרופ' פרוקצ'יה לחקר משפט ותרבות.

פרק א: הפרט המשוחרר מכבלי החברה

עלייתה של החברה המודרנית, המערבית, האינדיווידואליסטית, הייתה תהליך ארוך של "התכת מוצקים". במסגרת תהליך זה, שמועד תחילתו שנוי במחלוקת ומיוחס לתקופות שונות בין המאה השלוש-עשרה (המועד המוקדם ביותר) לבין המאה התשע-עשרה (המועד המאוחר ביותר),³ הוסרו מחויבויות חברתיות לטובת רציונליזציה במובנה הווריאנטי,⁴ אשר פוררה, כדברי זיגמונט באומן, את המערך המורכב של קשרים חברתיים מובנים.⁵ מערך חברתי שמקור סמכותו ברשויות ציבור, דוגמת הכנסייה, ומדרג יוחסין מקובע שחיבר בין אצילים, אדונים, צמיתים ומשרתים, הוחלפו בתפיסה שראתה בציבוריות תולדה של הרצונות האישיים של הפרט.⁶

בעוד הסדר החברתי אורגן כך מחדש, הומשג גם הפרט מחדש כאדם חופשי, המסוגל לבחור ולנסח זכויות וחובות בעבור עצמו. בנקודה זו ניתן לקשור את הסיפור להיסטוריות של זהות הפרט, אשר נוטות גם הן לקבל את המאה התשע-עשרה כמועד המאוחר ביותר שבו הרעיון של זהות אינדיווידואלית, פנימית, טרום-חברתית, נהפך למרכזי. לקראת סוף המאה השמונה-עשרה, מספר לנו דרור וורמן, חל באנגליה שינוי בתפיסת

3 לסקירת העמדות השונות ראו, למשל: ALAN MACFARLANE, THE ORIGINS OF ENGLISH INDIVIDUALISM ch. 2 & conclusion (1978). מקפרלן עצמו טוען כי האינדיווידואליזם האנגלי החל במאה השלוש-עשרה, אם לא קודם לכן. התיקוף המאוחר ביותר ניתן כנראה לייחוס לפולניי: KARL POLANYI, THE GREAT TRANSFORMATION (Beacon Press 1957) (1944), available at: uncharted.org/frownland/books/Polanyi/POLANYI%20KARL%20-%20The%20Great%20Transformation%20-%20v.1.0.html#page_249. לסקירה נוספת של עמדות היסטוריוגרפיות (ולטענה המייחסת את המפנה האינדיווידואליסטי באנגליה לסוף המאה השמונה-עשרה) ראו: MICHAEL MASCUCH, ORIGINS OF THE INDIVIDUALIST SELF, prologue & ch. 1 (1997).

4 ובר ראה בעליית הקפיטליזם המודרני התנתקות הדרגתית של הכלכלה ממחויבויות חברתיות מובנות, ובראשן המשפחה, אשר קרסה כיחידת-הבסיס לפעילות כלכלית. MAX WEBER, ECONOMY AND SOCIETY ch. 4 (Guenther Roth & Claus Wittich eds., University of California Press 1968) (1914). ראו גם MACFARLANE, לעיל ה"ש 3, בעמ' 50-51.

5 ZYGMUNT BAUMAN, LIQUID MODERNITY 4 (2000). מרקס ואנגלס טבעו את "התכת המוצקים" במניפסט הקומוניסטי: KARL MARX & FREDERICK ENGELS, THE COMMUNIST MANIFESTO (1848), available at: www.gutenberg.org/files/61/61.txt.

6 מיכאל זקם ומלאת שמיר "הקדמה: האדם הפרטי כריבון לעצמו" זמנים 104, 4 (2008).

הזהות אשר עלה כמעט כדי מהפכה תרבותית. בעקבות מלחמת-העצמאות האמריקאית, תפס משטר חדש (או תפיסה חדשה) של זהות את מקומו של משטר קודם. תחת משטר הזהות החדש נתפס הפרט כבעל גרעין פנימי; עומקו הפסיכולוגי של כל אדם נהפך לחשוב ומשך את תשומת-הלב. הזהות קיבלה כעת את משמעותה כאותו ייחוד אשר מפריד ומבדיל כל אדם מבני-האדם האחרים הסובבים אותו; העצמיות התייחסה לפנימיות. משטר זה, אשר וורמן מכנהו "זהות אינדיווידואלית" (individual identity), החליף את משטר הזהות הקודם, אשר נעדר אותה תודעה של פנימיות יציבה. זהות תחת המשטר הישן נתפסה כפונה החוצה, אלי החברה, והובנה דרך המשותף בין פרטים, באמצעות יחסים חברתיים; המשטר הישן התבסס על מה שוורמן מכנה "intersubjective identity".⁷

עלייתו של משטר זהות חדש העוסק בייחודו ובפנימיותו של הפרט נבחנה על-ידי חוקרים שונים. גאורג זימל, למשל, מצביע על שני שלבים בהתפתחותו של האינדיווידואליזם המערבי: השלב הראשון, אשר זימל מייחסו למאה השמונה-עשרה, התבסס על ניגוד בין הפרט לקולקטיב; והשלב השני, שהתרחש במאה התשע-עשרה, התמקד בהבדלים בין פרטים ובייחודם האישי.⁸ שלב זה מהדהד בטיעונו של וורמן. אותו מפנה היסטורי נחקר גם על-ידי צ'רלס טיילור דרך שורשיו הפילוסופיים, בספרו SOURCES OF THE SELF.⁹ בשלהי המאה השמונה-עשרה, על-פי טיילור, נהפך הרעיון של הבדל ושוני בין פרטים לחשוב. העובדה שבני-אדם שונים זה מזה, מדגיש טיילור, לא הייתה חדשה, כמובן. החידוש היה בכך שהבדלים אלה לא נתפסו עוד כווריאציות חסרות משמעות על טבע אנושי בסיסי; במקום זאת, ייחודו של כל אדם נהפך כעת לגורם מכריע באשר לאופן שבו עליו לנהל את חייו, קרי, למקור מוסרי. חשיבותם של הייחוד והמקוריות האינדיווידואליים, יחד עם האידיאלים המבוססים על רציונליות מופשטת (שהתבססה על ההבחנה המודרנית בין אובייקט לסובייקט והניבה תפיסות של אחריות אישית), נהיו לליבתה של הזהות המודרנית.¹⁰

7 DROR WAHRMAN, THE MAKING OF THE MODERN SELF (2004)

8 GEORGE SIMMEL, THE PHILOSOPHY OF MONEY 362–363 (David Frisby ed., Tom Bottomore & David Frisby trans., 2nd ed. 1990). ראו גם את טיעונו של ריצ'רד סנט כי ההסתמכות על עובדות אימננטיות במאה התשע-עשרה ייצגה שלב שני בתהליכי החילון המודרני, לאחר השלב הראשון במאה השמונה-עשרה שייצג אמונה בטבע. המעבר לאימננטיות מסביר את הדגש ההולך וגובר בהבדלים בין פרטים, אשר נתפסו כעת כבסיס לקיום החברתי. RICHARD SENNETT, THE FALL OF PUBLIC MAN: ON THE SOCIAL PSYCHOLOGY OF CAPITALISM (1978).

9 CHARLES TAYLOR, SOURCES OF THE SELF: THE MAKING OF MODERN IDENTITY (1989)

10 שם, בעמ' 375. ראו גם צ'רלס טיילור "הפוליטיקה של ההכרה" רב-תרבותיות במבחן הישראליות 21 (אוהד נחתומי עורך, 2003). מרסל מוס טען לעלייתה ההדרגתית של תפיסת הזהות הפנימית בתהליך ארוך שהגיע לשיאו בסוף המאה השמונה-עשרה. Marcel Mauss, A Category of the Human Mind: The Notion of Person; The Notion of Self, in THE CATEGORY OF THE PERSON 1 (Michael Carrithers et al. eds., 1985). להתייחסויות שונות להתפתחותה ההיסטורית של הזהות המודרנית ראו: Roy Porter, REWRITING THE SELF (ed., 1997). בין התייחסויות אלה ניתן למצוא גם היסטוריות החותרות תחת סיפור "הפרט המשוחרר" ותחת התבססותה של תפיסת הזהות הפנימית – נושא שבו אדון בפרק ג להלן.

טיילור מבהיר אם כן את הקשר בין רעיון הזהות המודרנית לבין האינדיווידואליזם כתפיסת מוסר המשמשת לניסוח הסדר החברתי. הרעיון של זהות אינדיווידואלית, פנימית, טרום-חברתית נמצא בבסיס המרכזיות הרעיונית של הפרט החופשי הבוחר של האינדיווידואליזם. סטיבן לוקס מתמצת את תפיסת הפרט הזו: הפרט נתפס באופן מופשט כנתון, כבעל מאפיינים נתונים שניתן לכנותם "רצונות", "תשוקות", "אינטרסים", "מטרות", "צרכים" וכן הלאה. מאפיינים אלה משמשים להגדרת מטרותיו של הסדר החברתי כולו.¹¹ הפרט המופשט, כפי שמסביר טיילור, הוא אוטונומי, עצמאי ובלתי-תלוי (self-sufficient): מאפייניו הפסיכולוגיים – היותו רצוני או רציונלי או אחראי – מתקיימים ללא תלות מושגית בהקשריו החברתיים.¹²

רעיון הפרט האוטונומי נמצא בקשר הדוק לניגוד הרעיוני שבין הפרט לחברה. על החירות של מיל¹³ – חיבור אשר הוכתר לעיתים כשיאה של הגות האינדיווידואליזם של המאה התשע-עשרה – מחדד קשר זה. מיל בנה את הפרט כבעל נטיות ויכולות פנימיות:

"Human nature is... a tree, which requires to grow and develop itself on all sides, according to the tendency of the inward forces which make it a living thing."¹⁴

הפרט של מיל הוא אדם טרום-חברתי, אשר מכיר את עצמו ומודע לצרכיו ולרצונותיו כפי ששום אדם אחר אינו יכול להיות מודע להם. התורה כולה הונעה על-ידי חרדתו של מיל מפני עריצותה של החברה. על רקע זה ניסח מיל את החברה ככוח חיצוני המטיל מגבלות על ענפי העץ (הפרט) ופוגע בצמיחתו בעודו מנסה להתאימו למערך מוגדר מראש של תבניות חברתיות. תפיסה מופשטת, טרום-חברתית, של הפרט נדרשה לשם ניסוח הניגוד שבין הפרט לחברה, ובאותה עת בנתה אותו.¹⁵ לניגוד שבין הפרט לחברה אצל מיל עוד נשוב בהמשך.

11 STEVEN LUKES, INDIVIDUALISM ch. 11 (1973)

12 CHARLES TAYLOR, PHILOSOPHY AND THE HUMAN SCIENCES: PHILOSOPHICAL PAPERS 189–190 (1985).

13 JOHN STUART MILL, ON LIBERTY (Batoche Books 2001) (1859), available at: socserv2.socsci.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/mill/liberty.pdf

14 שם, בעמ' 55.

15 חרדתו של מיל נבעה מרגישותו לחשיבותם של הקשרים חברתיים לזהות הפרט. עמדה זו ברורה במיוחד בשעבוד האישה: "מבין כל המכשולים העומדים בדרכה של התפתחות המחשבה ומקשים על גיבוש עמדות מבוססות כלפי החיים וההסדרים החברתיים, המכשול הגדול ביותר עתה הוא הבורות הנוראה וחוסר תשומת הלב שמעניקה האנושות לתופעות שמשפיעות על האופי האנושי ומעצבות אותו... ההסטוריה... מלמדת... [על] רגישותו העצומה של הטבע האנושי להשפעות חיצוניות..." ג'ון סטיוארט מיל שעבוד האישה 71 (שונמית ליפשיץ מתרגמת, 2009). פתרונו של מיל לבעיה זו היה הסרת השפעות באמצעות חופש משפטי שווה לכל, שבו הוא ראה מקבילה רעיונית לרעיון התחרות החופשית הנעדרת התערבות ממשלתית. על הניגוד בין הפרט לחברה ראו גם LUKES, לעיל ה"ש 11.

פרק ב: הפרט הבוחר ודיני החוזים

את ההיסטוריה של דיני החוזים במאה התשע-עשרה ניתן לקרוא, כפי שעושה פרוקצ'יה, על רקע ההיסטוריה הרחבה של עליית האינדיווידואליזם ומרכזיותו של הפרט בעל הזהות הפנימית, אשר משתחרר בהדרגה מכבלים חברתיים, יכול לבחור בעצמו את הנדרש לסיפוק מאווייו הפנימיים, ועושה זאת. כפי שנראה, מחקרים היסטוריים מצביעים על כך שדיני החוזים אשררו דמות זו וכוננו אותה. חשוב לא פחות, ניתן להבין את הביקורות ההיסטוריות על הנרטיב הדומיננטי של התפתחות דיני החוזים, המצביעות על פרט חוזי הנטוע בהקשרים חברתיים, כחלק מן הביקורת הרחבה יותר על סיפור עלייתו של הפרט החופשי ועל הליברליזם בכלל. הפרט החוזי בהיסטוריה של דיני החוזים הוא אם כן חלק מסיפור הפרט המודרני באופן רחב יותר – הוא מזין אותה וניזון ממנה.

בחלק זה אסקור את דיני החוזים במאה התשע-עשרה תוך שימת דגש בקשר שבין לבין דמות הפרט החוזי. אסקור ראשית את המודל הקלסי, האינדיווידואליסטי, של החוזה במשפט של המאה התשע-עשרה, ולאחר-מכן את החלופות המושגיות שעמדו מולו באותה תקופה – סטטוס וקולקטיביזם.

אולם בטרם נפנה לסיפור עצמו, אבהיר מדוע בחרתי בהתבוננות בדמות הפרט החוזי דווקא במאה התשע-עשרה. ראשית, בעוד ההיסטוריה של דיני החוזים שנויה במחלוקת במובנים רבים, על היבט אחד אין חולק כמעט: במאה התשע-עשרה תפסות אינדיווידואליסטיות מהדהדות במשפט. על הדהוד זה מסכימים גם אלה הסבורים כי ההתפתחויות המשפטיות בדיני החוזים בתקופה זו נבעו מסיבות שאינן קשורות לאינדיווידואליזם פוליטי, כלכלי או אידיאולוגי, כגון ג'יימס גורדלי,¹⁶ וגם מי שסבורים כי ההתפתחות המשפטית העיקרית בתחום החוזים אירעה זמן רב לפני המאה התשע-עשרה – למשל, בתקופת הרנסנס, כמוצע בספרו של פרוקצ'יה.¹⁷

16 JAMES GORDLEY, THE PHILOSOPHICAL ORIGINS OF MODERN CONTRACT DOCTRINE (1991); James Gordley, *Contract, Property and the Will – The Civil Law and Common Law Tradition*, in THE STATE AND FREEDOM OF CONTRACT 66 (Harry N. Scheiber ed., 1998) ראו גם: David Lieberman, *Contract Before "Freedom of Contract"*, in THE STATE AND FREEDOM OF CONTRACT 89 (1998).

17 שאלת התקופה שבה חל "המפנה האינדיווידואליסטי" בדיני החוזים נתונה במחלוקת דרמטית, הנשענת על הוויכוח ההיסטוריוגרפי הרחב יותר בדבר התפתחות האינדיווידואליזם במערב. מחברים שונים מציעים תקופות שונות על-פני ציר של כשש מאות שנה. לחוקרים הסבורים כי ההתפתחות העיקרית בדיני החוזים אירעה זמן רב לפני המאה התשע-עשרה ראו, למשל: A.W.B. Simpson, *The Horwitz Thesis and the History of Contracts*, 46 U. CHI. L. REV. 533 (1979); A.W.B. Simpson, *Innovation in Nineteenth Century Contract Law*, in LEGAL THEORY AND LEGAL HISTORY 171 (1987); J.H. Baker, *The Rise and Fall of Freedom of Contract by P.S. Atiyah*, 43 MOD. L. REV. 467 (1980); Philip A. Hamburger, *The Development of the Nineteenth Century Consensus Theory of Contract*, 7 LAW

שנית, לצד הסכמה רחבה זו על הדהוד האינדיווידואליזם בדיני החוזים, ההיסטוריה של המאה התשע-עשרה חושפת גם את החלופות המושגיות לתפיסות האינדיווידואליסטיות של הפרט החוזי – סטטוס וקולקטיביזם. חלופות אלה מסבכות את ההגמוניה הרעיונית של האינדיווידואליזם, אך אינן מחליפות אותה, כפי שאפרט בפרקים להלן. המאה התשע-עשרה מספקת לנו, אם כן, את מגוון החלופות המושגיות שדרכן נהוג לחשוב על הפרט החוזי במשפט המודרני.

1. המודל הקלסי של החוזה במשפט המאה התשע-עשרה: אינדיווידואליזם

ההיסטוריה של דיני החוזים במאה התשע-עשרה מתחקה אחר התבססותו של המודל הקלסי במשפט. מודל זה מבטא כמה מן הרעיונות העיקריים שפרוקצ'יה מציג בספרו כבסיס לתרבות חוזית מפותחת: מרכזיותו של האדם במדרג החשיבויות; שחרור הפרט מכבליה של החברה המאורגנת וחשיבותו של חופש הרצון; הרציונליות הכלכלית של הפרט החוזי ויכולתו לנסח בעבור עצמו מכלול של זכויות וחובות. מרכיביו היסודיים של המודל הקלסי נהפכו זה כבר למעין ידע כללי בקרב חוקרי המשפט החוזי. דנקן קנדי מנסח את עקרונות המודל הקלסי סביב ארבעה ניגודים: מתן אפשרות ותוקף (facilitation), להבדיל מרגולציה של יחסים חברתיים; הגדרה

& HIST. REV. 241 (1989); D.J. IBBETSON, A HISTORICAL INTRODUCTION TO THE LAW OF OBLIGATIONS 232 (1999); FREDERIC W. MAITLAND & FRANCIS C. MONTAGUE, A SKETCH OF ENGLISH LEGAL HISTORY ch. 8 (James F. Colby ed., Lawbook Exchange 1998) (1915) ניתן לחשוב על המאה התשע-עשרה כעל שיאה של התפתחות ארוכת-טווח. ראו, למשל: Allan Farnsworth, *The Past of Promise: An Historical Introduction to Contract*, 69 COLUM. L. REV. 576 (1969). לבסוף, יש הרואים במאה התשע-עשרה רגע של מפנה דרמטי, ומייחסים לתקופה זו את ההתפתחות העיקרית בדיני החוזים האנגליים אשר ביססה את דיני החוזים המודרניים. ראו, למשל: Roscoe Pound, *The End of Law as Developed in Juristic Thought* (part 1), 27 HARV. L. REV. 605 (1914); Roscoe Pound, *The End of Law as Developed in Juristic Thought* (part 2), 30 HARV. L. REV. 201 (1917) hereinafter: Pound 1917; P.S. ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT (1979); DUNCAN KENNEDY, THE RISE AND FALL OF CLASSICAL LEGAL THOUGHT (2006); ROY KREITNER, CALCULATING PROMISES: THE EMERGENCE OF MODERN AMERICAN CONTRACT DOCTRINE (2007); Max Radin, *Contract Obligation and the Human Will*, 43 COLUM. L. REV. 575 (1943). החלוקה המוצעת לעיל אינה עושה כמובן צדק עם המחלוקות הקיימות בין ההוגים השונים שבכל קבוצה, ועם החלוקות המורכבות שהם מציעים בתוך התקופות שבהן הם דנים. לדיון בחלק ממחלוקות וחלוקות אלה ונוספות (למשל, בשאלת דין החוזים שקדם למודל הקלסי) בין ארבעה היסטוריונים של המשפט האנגלו-אמריקאי המתמקדים בהתפתחויות במאה התשע-עשרה ראו מנחם מאוטנר "פרסאוס ושלוש הנשים הזקנות של דיני החוזים" עיוני משפט לא 489 (2009).

עצמית, להבדיל מפטרנליזם; אוטונומיה, להבדיל מקהילה; ופורמליות, להבדיל מאי-פורמליות.¹⁸

בליבו של המודל הקלסי מצוי הרעיון כי חוזה ניתן ליצירה יש מאין באמצעות פעולה של רצון הפרט: הבטחה, החוזה הומשג במשפט כהסכם המבוסס על כוונתם של אנשים פרטיים, אשר יוצרים אותו מכוח רצונם על-מנת לספק את מאווייהם. הפרופוזיציה שלפיה המשפט החוזי מגן על רצונותיהם של הצדדים לחוזה נהפכה תחת המודל הקלסי להסבר המארגן את כלליו של משפט זה, רובם ככולם.¹⁹

בין מאפייניו הבולטים של המודל הקלסי ראוי להדגיש את כלליותו. המודל נטה לתאר מצבים חוזיים באופן מופשט ומנותק מן ההקשר הקונקרטי של כל מקרה ומקרה.²⁰ הנטייה להפשטה ולהכללה אפשרה את החלתו של המודל המבוסס על הרצון הפרטי בהקשרים מגוונים. מאחר שתוכנו של החוזה היה מעניינם של הצדדים ובשליטתם הבלעדית, התמקדו דיני החוזים בעקרונות הכלליים שבמסגרתם התנאים שבחרו הצדדים יהיו אכיפים.

מאפיין נוסף של המודל הקלסי הוא הנטייה להחפצה (reification) של החוזה, קרי, ההתייחסות אליו כאל דבר שנוצר על-ידי הצדדים לו, ואשר משמש לפיכך מקור לזכויות ולחובות במנותק מההקשרים הרחבים יותר שבהם הוא מתקיים. החפצת החוזה הובילה, בין היתר, להתגבשות הדוקטרינרית ולדגש התיאורטי בהצעה וקיבול, אשר עסקו בסוגיית היצירה של החוזה.²¹ מהלך זה הוביל לתיחום החוזה ולהפרדתו הרעיונית ממערכות היחסים הרבות הסובבות אותו.²²

זכויות חוזיות נתפסו תחת המודל כמוחלטות. לפיכך צד לחוזה לא נדרש להסביר או להצדיק את המניעים שהובילו אותו להתקשרות החוזית, לקביעת תנאים מסוימים או לאי-קביעתם, או לעמידתו על קיום החיוב החוזי.²³ היבטים סובייקטיביים, להבדיל

18 KENNEDY, שם, בעמ' xxxvi.

19 ראו, למשל, ATIYAH, לעיל ה"ש 17, בעמ' 405, 435; IBBETSON, לעיל ה"ש 17, בעמ' 221-242 Duncan Kennedy, *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy*; Roscoe Pound, *Lon Fuller's "Consideration and Form"*, 100 COLUM. L. REV. 94, 115 (2000); Samuel Williston, *The Role of the Will in Law*, 68 HARV. L. REV. 1, 4-7 (1954); Samuel Williston, *Freedom of Contract*, 6 CORNELL L.Q. 365, 370-371 (1921).

20 לדיון ראו, למשל: Christopher T. Wonnell, *The Abstract Quality of Contract Law*, 22 CONN. L. REV. 437, 438 (1990). ראו גם ATIYAH, לעיל ה"ש 17, בעמ' 215.

21 ATIYAH, לעיל ה"ש 17, בעמ' 446. החוזה שטרם בוצע (executory contract) היה המקרה הפרדיגמטי של המודל, והיה קשור באופן הדוק לרעיון של דבר הנוצר על-ידי הרצון. יתרה מזו, החוזה שטרם בוצע אפשר החלת כללי קיוזו בין התובע לנתבע, אשר אשררו את החפצת החוזה מאחר שהם הזמינו ייצוג של סכום "נטו" המבטא את ערך החוזה בפני עצמו. ראו IBBETSON, לעיל ה"ש 17, בעמ' 216-217.

22 על תכונתו של החוזה כקשר מתוחם ("bordered relationship") ראו: Arthur Allen Leff, *Contract as Thing*, 19 AM. U. L. REV. 131, 138 (1970).

23 ATIYAH, לעיל ה"ש 17, בעמ' 405-454; GRANT GILMORE, *THE DEATH OF CONTRACT* 14-15 (1974).

מביטויים אובייקטיביים של כוונה, היו בלתי-רלוונטיים להכרעות בסכסוכים חוזיים. אלן ברודנר מסביר נטייה זו: הנחת הפרט המופשט, האטומיסטי, משמעה שזכויות וחובות חוזיות נקבעות תוך הפשטה מכוונות קונקרטיות; עצם היכולת לבחור היא היכולת היחידה הראויה להוקרה ולהגנה. מנקודת-מבט זו, להגניעות (מוטיווציות) אין כל חשיבות רציונלית: הן אינן ביטוי של הרצון החופשי, אלא נטיות פרטיקולריות שיש להתנתק מהן על-מנת להגיע לבסיס לזכויות וחובות.²⁴ מכאן, תוכנו של החוזה נהפך לבלתי-ניתן לערעור כמעט. עיקר ההתדיינות החוזית נע סביב שאלות הקשורות ליצירת החוזה – שאלות מבניות אשר כל מטרתן, על-פי המודל הקלסי, היה לוודא קיומה של בחירה חופשית. בהתקיים דרישה זו, תוכנו של החוזה היה מחייב כפי שהוא.

דגשים אלה באו לידי ביטוי, למשל, בכלל אשר מנע הצגת ראיות בעל-פה המעידות על כוונה שונה מזו העולה מן החוזה הכתוב (parol evidence rule). עצם קיומו של החוזה קיבל עדיפות על המניעים הספציפיים שהובילו ליצירתו ואשר היו עשויים לכן להתור תחתיו. באופן דומה, בתי-המשפט אפשרו מרחב מוגבל מאוד לשינוי זכויות וחובות חוזיות עקב שינוי נסיבות לאחר מועד הכריתה.²⁵

צידה האחר של מוחלטות הזכות החוזית היה העדר חובות טרום-חוזיות, אשר הוסבר גם הוא כנובע מכך שחוזה מבוסס על רצון הצדדים וכוונתם. כפי שהציע גרנט גילמור באירוניה, התפיסה כולה נראתה מחויבת לרעיון שלפיו באופן אידיאלי איש אינו צריך להיות אחראי לדבר כלפי זולתו.²⁶ המבנה הכולל התבטא בתנאי הקשר: על הצדדים לנהוג זה בזה במונחים של "אורך הזרוע" (arm's length), קרי, כל צד נדרש להסתמך על עצמו בלבד, אינו נהנה מחובות אמון או מחובות הגינות של הצד האחר, ואינו חב חובות כאלה כלפיו.²⁷

די ברעיונות מרכזיים אלה להציע כי נקודת המוצא האנליטית של המודל הקלסי של החוזה הסתמכה על רעיון הפרט המופשט וכוונתו. בבסיסו של רעיון הבחירה החופשית כתנאי הכרחי ומספיק לניסוח זכויות וחובות חוזיות עמד אדם אשר הקשריו החברתיים היו בלתי-רלוונטיים ליכולתו לבחור ולשמעות בחירותיו, ואשר חוזיו ביטאו רצון שהתקבע קודם להם. הפרט החוזי, כאדם אוטונומי, לא חב חובות כלפי הצד האחר לחוזה מעבר לאלה שבחר בעצמו. הפרט קדם לחברה במונחים מושגיים ומוסריים.

אולם המרכיבים שהזינו את המודל הקלסי – וגם את זאת מציין פרוקצ'יה – היו מרכיבים במכלול שעניינו לא היה הפרט המופשט כשלעצמו, אלא הפרט המודרני בתוך סדר חברתי קפיטליסטי המבוסס על חליפין בשוק חופשי שבו פרטים אוטונומיים פועלים על בסיס רציונליות כלכלית. כך, למשל, רעיון החופש החוזי נזקק לאידיאל השוק התחרותי על-מנת לשמור על הגיונו הפנימי, שכן בכל מצב שאינו תחרות מושלמת הפרט אינו

24 ALAN BRUDNER, THE UNITY OF THE COMMON LAW 128–129, 134–135 (1995)

25 ראו ATIYAH, לעיל ה"ש 17, בעמ' 460–459.

26 GILMORE, לעיל ה"ש 23, בעמ' 14.

27 ATIYAH, לעיל ה"ש 17, בעמ' 403.

חופשי לחלוטין מכוחם השרירותי של פרטים אחרים.²⁸ כך גם האכיפה החוזית, הנדרשת על-מנת להגן על ודאות החליפין, ולא דווקא על חופש הבחירה של הפרט, על-אף ניסוחה במונחים של הגנה על הרצון.²⁹ גם מופשטותו וכלליותו של המודל הקלסי עצמו – טוען לורנס פרידמן בהתבטאות שצוטטה רבות – לא הייתה לא-ריאליסטית או טכנית; היא היוותה דחייה מכוונת של הפרטיקולרי על-מנת למנוע הטלת הגבלות על אוטונומיית הפרט והשוק החופשי בשם מדיניות חברתית.³⁰

הקשר בין המודל הקלסי לבין רעיון השוק החופשי מצביע על המרכיב השני שנבנה על-גבי רעיון הפרט המופשט, האוטונומי, הלוא הוא הרציונליות הכלכלית של הפרט החוזי הממקסם את האינטרס האישי שלו³¹ – קונסטרוקט אידיאלי נוסף ששימש לכינון תמונת השוק. אכן, המודל הקלסי היה השקעה רעיונית בבניית תכונותיו של הפרט החוזי כאדם בעל תודעת שוק.³² המודל הניח פרטים המסוגלים לחשב באופן מופשט החלפת ערכים שאין

Robert B. Seidman, *Contract Law, the Free Market, and State Intervention: A Jurisprudential Perspective*, 7 J. ECON. ISSUES 533, 555 (1973); LAWRENCE M. FRIEDMAN, *CONTRACT LAW IN AMERICA* 22 (1965); Melvin A. Eisenberg, *Why There is No Law of Relational Contracts*, 94 Nw. U. L. REV. 805, 808 (2000) ראו גם ATTYAH, לעיל ה"ש 17, בעמ' 435-437.

Betty Mensch, *Book Review – Freedom of Contract as Ideology*, 33 STAN. L. REV. 753 (1981); Mark Pettit, *Freedom, Freedom of Contract, and the "Rise and Fall"*, 79 B.U. L. REV. 263 (1999); R.B. Ferguson, *Commercial Expectations and the Guarantee of the Law: Sales Transactions in Mid-Nineteenth Century England*, in LAW, ECONOMY, AND SOCIETY, 1750-1914, 192 (G.R. Rubin & David Sugarman eds., 1984).

FRIEDMAN, לעיל ה"ש 28, בעמ' 20. ראו גם ATTYAH, לעיל ה"ש 17, בעמ' 402; Donal Nolan, *The Classical Legacy and Modern English Contract Law*, 59 MOD. L. REV. 603, 615 (1996).

אלברט הירשמן מתחקה אחר ההתפתחויות ההגותיות שהובילו לשימוש הגנרי במונח "אינטרס" כצבירה של עושר כלכלי, ולהפיכתו של מונח זה לפרדיגמה חדשה המסבירה את עיקר הפעילות האנושית. ALBERT O. HIRSCHMAN, *THE PASSIONS AND THE INTERESTS* (1977). פולניי מאפיין אף הוא את אידיאל השוק החופשי כמבוסס על התנהגות המכוונת למימוש האינטרס האישי ברווח כלכלי. POLANYI, לעיל ה"ש 3, בעמ' 249. יש לשים לב כי רעיון הפרט המופשט, עוד קודם לרציונליות הכלכלית שלו, מכוון לתפיסה מסוימת של חברת השוק. רדין מסבירה את תפיסת האדם השוקית: "[A view which] transforms our world of concrete persons, whose uniqueness and individuality is expressed in specific personal attributes, into a world of disembodied, fungible attribute-less entities possessing a wealth of alienable, severable 'objects'." Margaret Jane Radin, *Market-Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849, 1885 (1987).

KREITNER, לעיל ה"ש 17, בעמ' 228-235. ראו גם מנחם מאוטנר משפט ותרבות 281-282 (2008): "הגיבור" בהא הידיעה של התאוריה הכללית [של החוזה במאה התשע-עשרה] הוא 'האדם הכלכלי'... גיבור זה של התאוריה הוא בן-דמותו של גיבור תרבות המודרנה...". לדיין

ביניהם הבדל איכותי הפוגע ביכולת לנסחם במונחי חליפין, ובכך קיבע את רוח החישוביות של הפרט הרציונלי. כך, למשל, בתי-המשפט סירבו לשקול את נאותות התמורה החוזית במסגרת דוקטרינת התמורה, בהסתמכם על התובנה התיאורטית שבמרכזה הפרט המסוגל לחשב ולבצע חליפין על בסיס ערכים שקולים.³³

2. מסטטוס לחוזה

"שכן, מהו הדבר שמייחד את העולם המודרני – הדבר העיקרי שמבדיל בין המוסדות המודרניים, הרעיונות המודרניים, והחיים המודרניים עצמם, לבין אלה של ימים עברו? דבר זה הוא העובדה שבני אדם אינם נולדים לתוך מעמד, אינם כבולים אליו בקשר בל יינתק, והם חופשיים להשתמש בכישוריהם ובהזדמנויות הנקרות על דרכם כדי להשיג את הדבר שבו הם חושקים ביותר."³⁴

כך חגג מיל את נפילתו של הסטטוס. הקטגוריה החדשה שאפשרה לבני-אדם להשיג את הדבר שבו חשקו הייתה החוזה. הניגוד בין סטטוס לחוזה שימש הוגים שונים במאה התשע-עשרה ולאחריה בניסוח המאפיינים המייחדים את החברה הקפיטליסטית המודרנית. כך, אמרתו הידועה של מיין בדבר מעברן של חברות מודרניות מסטטוס לחוזה³⁵ מיקמה את החוזה בלב החברה הפרוגרסיבית. ובר הבחין בין "חוזי סטטוס" לבין "חוזי מטרה" (purposive), בבקשו לתאר את הרציונליות המודרנית של חברת השוק, המאופיינת על-ידי האחרונים. בעוד שחוזה הסטטוס יצר מערך יחסים רחב, מעין-משפחתי, המגדיר מחדש את הווייתו ומצבו המשפטי הכולל של הפרט, חוזה המטרה אינו יוצר יחס רחב, ומוגבל לפעולה או לתוצאה ספציפיות, לרוב כלכליות. חוזה המטרה שואב את ערכו הנורמטיבי מרעיון ההסכמה, ולא מרעיון הקשר הטבעי, ומתבסס על תפיסת הפרט הרצוני, המופשט, המתקיים באופן עצמאי מן הקשר שהחוזה שלו מייצג.³⁶

בתמונת השוק, ובפרט התבססותה על נורמות לא-אישיות בין זרים ממקסמים, ראו, למשל:

ELIZABETH ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS ch. 7 (1993).

33 KREITNER, לעיל ה"ש 17, חלק 1. ראו גם רועי קרייטנר "החוזה הפרטי והפרט החוזי" זמנים 104, 54, 60 (2008).

34 מיל, לעיל ה"ש 15, בעמ' 71.

35 HENRY SUMNER MAINE, ANCIENT LAW 296 (Ashley Montagu ed., University of Arizona Press 1986) (1864).

36 ANTHONY T. KRONMAN, MAX WEBER ch. 5 (1983). זיהויו של החוזה עם עליית המודרניות, וההבחנה בין המודרניות לבין הסדר החברתי הישן על בסיס הדומיננטיות של צורות שונות של "סטטוס" המבוססות על יחסים טבעיים או א-פריוריים באותו סדר חברתי ישן, מזינים כתיבה סוציולוגית ענפה. כך, למשל, הבחנתו של טוניס בין Gesellschaft לבין Gemeinschaft קשרה את ה-Gesellschaft ("חברה"), המיוחס לחברה המודרנית, לסדר שבו פרטים פועלים לקידום האינטרס האישי שלהם באמצעות חושים. FERDINAND TÖNNIES, COMMUNITY AND

כפי שראינו, מיל ביקש לנסח מבני חשיבה אשר יאפשרו לפרטים להשתחרר מן המבנים החברתיים ההיסטוריים מבוססי-הסטטוס. במאה התשע-עשרה הייתה ההבחנה האנליטית בין סטטוס לבין חוזה חלק מהחיפוש אחר מערכת חלופית למדרגים היסטוריים אשר תשחרר את בני-האדם ותגדירם מחדש כחופשיים.³⁷ דיוקו ההיסטורי של הטיעון בדבר המעבר מסטטוס לחוזה היה חשוב פחות מן הקשר שהוא יצר בין רעיון החוזה לבין חברת השוק. כפי שהסביר זאת דייסי, החלפת יחסים מבוססי-סטטוס ביחסים מבוססי-חוזה הייתה מביחנת תומכי האינדיווידואליזם הדרך הזמינה ביותר לתקיפת מוסדות עתיקים שנראו בלתי-רלוונטיים עוד.³⁸

המודל הקלסי התבסס גם הוא על הבחנה חדה בין סטטוס לבין חוזה. בעוד שבמקרה הראשון זכויות וחובות נבעו מהגדרה חברתית המתבססת על שיוכו של הפרט לקבוצה ומתפקידו החברתי, במקרה האחרון הן נבעו מבחירתו החופשית של הפרט המופשט. קנדי סוקר את ההתפתחויות הדוקטרינריות שהובילו לארגון הרעיוני של דיני החוזים סביב המודל הקלסי: ראשית, המונחים "סטטוס", "מערכת יחסים" ו"מצב" (condition) נדחו כעקרונות אופרטיביים להוראות דיני החוזים; שנית, דיני אישות ו"סטטוס" התגבשו כקטגוריות בפני עצמן, אשר הסבירו מצבים שחרגו מחוזים "אמיתיים". מהלך זה מתואר על-ידי קנדי כמהלך כפול: הוצאתן של מערכות יחסים מגדר דיני החוזים, וזיהוי הרצון הפרטי כרעיון המארגן את מה שנותר.³⁹ הקטגוריה של סטטוס נהפכה לניגוד לרעיון המופשט של זכות, במקום אמצעי לארגון זכויות ספציפיות, מסביר קנדי. המרכיבים של מקרי סטטוס פוזרו בין קטגוריות נפרדות, כגון מעין-חוזה וסוגים של אחריות נזיקית, כך שהעיקרון המארגן אותם לא היה יכול עוד לשמש עיקרון אופרטיבי להנבעת כללים חוזיים.⁴⁰ התפתחויות אלה, טוען קנדי, הושפעו מאמרתו של הנרי מיינ המובאת לעיל, ואשררו אותה. אולם היסטוריות של המאה התשע-עשרה מלמדות אותנו כי רוח-הרפאים של הסטטוס מעולם לא נטשה את החוזה. הפרט החופשי מעולם לא היה יותר מאשר אידיאל, וההתקדמות

לדין Society (Gemeinschaft und Gesellschaft) (Charles P. Loomis trans. & ed., 1957).

ביחס שבין מושגיו של טוניס לבין הגות סוציולוגית נוספת המטפלת בניגודים דומים בין החברה המודרנית לבין זו הטרומ-מודרנית ראו: Charles P. Loomis & John C. McKinney,

Introduction: Tönnies and His Relation to Sociology, in TÖNNIES, supra, at 1

Pound, לעיל ה"ש 17, בעמ' 209-210.

Albert Venn Dicey, LECTURES ON THE RELATION BETWEEN LAW AND PUBLIC OPINION IN

ENGLAND DURING THE NINETEENTH CENTURY 151 (Macmillan 2nd ed. 1962) (1905)

לתובנה דומה בהקשר האמריקאי ראו את דיונה של סטנלי בתפיסתו של ויליאם גרהם סמנר, אשר סבר כי עליית החוזה תחתור תחת מצבי תלות המבוססים על סטטוס, דין ונוהג. Amy

Dru Stanley, FROM BONDAGE TO CONTRACT 1 (1998).

Kennedy, לעיל ה"ש 17, בעמ' xxxvi. על הוצאתן של מערכות יחסים מגדר דיני החוזים ראו

גם Pound, לעיל ה"ש 17, בעמ' 221-210, Kreitner; לעיל ה"ש 17, בעמ' 19.

Kennedy, לעיל ה"ש 17, בעמ' 186-194. ראו גם את התייחסותו של זינגר להתפתחות

המודל הקלסי כניגוד לסטטוס, אשר נהפך לחריג לכלל: Joseph William Singer, *Legal*:

Realism Now, 76 CAL. L. REV. 465, 477-482 (1988)

לעברו הייתה לכל-היותר מגמה. היסטוריות המצביעות על המשך הרלוונטיות של הסטטוס בחוזים ניתנות להבנה על רקע הביקורת הרחבה יותר על נרטיב הפרט החופשי. חלק מביקורת זו רואה בסיפור שחרורו של הפרט קונסטרוקט אידיאולוגי גרידא ששימש לביזור הגמוניות חברתיות, בראשן זו של מעמד-הביניים, ולהצדקת הקפיטליזם במאה התשע-עשרה; חלק אחר מסכים כי ניתן לדבר על מגמה של שחרור הפרט ממגבלות הסטטוס, אך לא על הצלחה מלאה. כך או כך, מדובר בכתיבה המצביעה על היבטי סטטוס, ובפרט על מעמד (class)⁴¹ ומגדר, כעל מרכיבים חשובים בחיים המודרניים.

ניתוחו של באומן מבהיר את הטענה היסודית של ביקורת אלה, בהצביעו על תהליך דו-שלבי. בשלב הראשון שחררה המודרניות הקלסית את הפרט ממבנים חברתיים, אך זאת רק על-מנת להטמיעו מחדש. כך, מוצקים חדשים החליפו מוצקים ישנים: במקום השיוך שהתבסס על estates, קרי על השיוך השושלתי מלידה, הוטמע הפרט המודרני בקטגוריות של מעמד (class) ומגדר. הפרט החופשי המודרני נדרש להתאים את עצמו לתבניות מוגדרות מראש של מיקומים חברתיים, שהיו קשיחות כמעט כמו אלה שקדמו להן. רק במודרניות השנייה, או הפוסט-מודרניות, הגיע השלב השני שבו אין עוד שיוכים חברתיים, והפרט, גורס באומן, חופשי באופן רדיקלי.⁴² אם כן, במאה התשע-עשרה הפרט המשוחרר מוטמע בהקשרים חברתיים של מעמד ומגדר.

כיצד נראית הביקורת המתייחסת ישירות לחוזה במאה התשע-עשרה? הרלוונטיות של מעמד ומגדר מתבררת בכמה מישורים, החל בהחלטות של בתי-המשפט, המשך בהסדרים חקיקתיים וכלה בפרקטיקה חוזית.

חוזה הנישואים הוא אחד המקרים הפרדיגמטיים להיסטוריות אלה. עד תום השליש השני של המאה התשע-עשרה נהפכו נישואים אזרחיים לאוניוורסליים – התפתחות שנראתה כחלק מן המהלך הכללי של הרחבת חופש החוזים של הפרט החוזי במובנו הקלטי. אולם מרכיב ההסכמה התמצה בבחירת בן/בת-הזוג, שכן רוב היבטי הקשר הוסדרו בדיון.⁴³ בהתאם לכך הוציאו

41 להבחנה ולקשר בין "סטטוס" לבין "מעמד" במונחים היסטוריים ראו: MICHAEL McKEON, "The Origins of the English Novel 1600–1740, 162–167 (1987). מקיאון מבהיר כי "סטטוס" התייחס להבחנות שהתבססו על מדרג הכבוד או האצולה, בעוד ש"מעמד" התייחס להבחנות שהתבססו על תחומי עיסוק ויכולת כלכלית. השימוש במונח "סטטוס" במאמר זה הוא רחב, וחל על כל קטגוריזציה א-פריורית המבוססת על שיוך קבוצתי.

42 BAUMAN, לעיל ה"5, הקדמה ופרק 1.

43 Sandra Berns, *Women in English Legal History: Subject (Almost), Object (Irrevocably), Person (Not Quite)*, 12 U. Tas. L. Rev. 26, 43 (1993); John V. Orth, *Contract and the Common Law*, in *The State and Freedom of Contract* 44, 52 (Harry N. Scheiber ed., 1998) ("[T]he contract of marriage carries the parties, as it were, to the threshold of their new status, but not beyond"). לדיון נרחב במודלים של נישואים במסורת האנגלו-אמריקאית ראו: JOHN WITTE, JR., *From Sacrament to Contract: Marriage, Religion, and Law in the Western Tradition* (1997). ויט טוען כי המודל החוזי, שעל-פיו נישואים הם התקשרות וולונטרית שתנאיה נקבעים על-ידי הצדדים עצמם, הוגדר במאה השמונה-עשרה, פותח תיאורטית במאה התשע-עשרה, אך הוחל כמודל משפטי רק במאה העשרים.

כותבים קלסיים את הנישואים מכתבתם על חוזים; נישואים נחשבו על-פי ההבחנות הקלסיות כסטטוס.⁴⁴ להבדיל מקשר הנישואים עצמו, הבטחת הנישואים הייתה חוזה לכל דבר, ונכללה תחת דין החוזים הכללי. עטיה סבור כי זו אחת הדוגמות הקיצוניות לנטייתו של המודל הקלסי להפשטה ולהכללה, שבמסגרתן השתמשו בתי-המשפט בהנמקות של קיום הבטחות ומחויבות מוחלטת לחוזה שנכרת תוך התעלמות מן ההקשר המיוחד של היחסים הספציפיים.⁴⁵ אולם ג'ינג'ר פרוסט מראה כיצד בתי-המשפט פעלו למעשה על-פי הבחנות מגדריות ומעמדיות בדונם בהפרות של הבטחת נישואים. תחת הרטוריקה של החלה פורמליסטית של דיני החוזים הכלליים ניתן לזהות, לטענת פרוסט, נטייה פטרנליסטית להגן על מוסד המשפחה ולסייע לנשים שנמשו על-ידי ארוסיהן, תוך רגישות לפערי מעמד.⁴⁶

היסטוריות של תחום העבודה מלמדות גם הן על המשך הדומיננטיות של חשיבה מבוססת-סטטוס. כך, ג'ון אורת טוען כי אף שתפיסת עבודה במונחים חוזיים התבססה עד מחצית המאה התשע-עשרה, והייתה מרכיב חשוב במגמה הכוללת שחרתה על דגלה את הרעיון החוזי הקלסי כחלופה לסטטוס, גם היא הייתה אידיאל יותר מאשר מציאות. במשך מרבית ההיסטוריה של המשפט המקובל הייתה העבודה סוג של סטטוס שנשא עימו זכויות וחובות, ולא ביצוע של התחייבות חוזית. חוזה עבודה, כמו חוזה נישואים וכמו חוזה למכירת מקרקעין, קשר בין צדדים, אולם עיקרי תנאיו נקבעו בדין על-פי תפקידם החברתי של הצדדים, ולא ניתנו לשינוי או להתנאה. השינוי במאה התשע-עשרה למשטר שבמסגרתו הותר למעסיקים ולעובדים לקבוע תנאי עבודה – כגון תקופת ההעסקה, שעות העבודה והשכר – היה קצר-מועד, וכמעט מייד עם הסרתם של מנגנוני ההסדרה הישנים החלו להיחקק חוקים חדשים שהסדירו חלקים ניכרים מיחסי העבודה החוזיים.⁴⁷

מודל זה לא הצליח לחולל שינויים בדין של המאה התשע-עשרה, אף שהוא פתח פתח להגנות נרחבות יותר לנשים ולילדים. שם, בעמ' 10, 194-215.

44 אנסון ביטא בבהירות את ההיגיון שעמד מאחורי ההבחנות כאשר הוציא מגדרי חיבורו על דיני החוזים עסקות שאי-אפשר לכנותן חוזים "באופן רגיל", ביניהן: "[a]greements which affect a change of status immediately upon the expression of the consent of the parties, such as marriage, which, when consent is expressed before a competent authority, alters at once the legal relations of the parties in many ways". SIR WILLIAM REYNELL ANSON, PRINCIPLES OF THE ENGLISH LAW OF CONTRACT 3 (Oxford, Clarendon Press, 1st ed. 1879). ראו דיון אצל KENNEDY, לעיל ה"ש 17, בעמ' 204-205.

45 Hall v. Wright, [1860] All E.R. 688 (Exch.), לעיל ה"ש 17, בעמ' 401. עטיה מצביע על פסק-הדין [1860] Hall v. Wright, [1860] All E.R. 688 (Exch.) כעל דוגמה מובהקת. במקרה זה תבעה התובעת פיצויים בגין הפרת הבטחת נישואים. הנתבע הודה כי הבטיח, אך טען כי לאחר ההבטחה חלה, ולא יכול עוד להינשא. פרקליטו טען כי מדובר בסוג מיוחד של חוזה המצריך התייחסות שונה מהרגיל. שופטי הרוב בערעור דחו את הטענות, בהסבירם כי הנתבע התחייב להינשא בחוזה, ונשא בסיכון כי לא יוכל לקיים את הבטחתו.

46 GINGER S. FROST, PROMISES BROKEN: COURTSHIP, CLASS AND GENDER IN VICTORIAN ENGLAND ch. 8 (1995).

47 Orth, לעיל ה"ש 43, בעמ' 62-65. ראו גם: Simon Deakin, *Legal Origin, Juridical*.

היסטוריות של חווי אשראי מלמדות כי לקטגוריות של מעמד ומגדר היה תפקיד חשוב ביחסים חוזיים אלה, הן כמציאות מעשית והן בבתי-המשפט. ההיסטוריונית מרגוט פיין, למשל, בחנה את יחסי האשראי הפרטי באנגליה בין 1740 ל-1914. מודל הפרט האוטונומי של הכלכלנים הקלסיים התקיים, לטענת פיין, לצידו של הפרט החברתי שצבר זכויות וחובות חוזיות על-סמך מעמדו וקשריו.⁴⁸ דוגמה צבעונית היא הפעלתה של דוקטרינת ה"חיוניות" (law of necessities) בבתי-המשפט לתביעות קטנות. מטרת הדוקטרינה הייתה להבחין בין חובות חוזיים של נשים וקטינים שבגינם היה על ראש המשפחה לשלם לבין אלה שמהם היה פטור, וזאת על-פי חיוניותם של המוצרים שנרכשו (יש לזכור כי בתקופה זו נשים נשואות, כמו קטינים, לא נחשבו אישיות משפטית נפרדת לצורכי חוזים, וגברים נשואים ניסו לא אחת להתנער מחובות שנצברו בשמם). אופן הפעלתה של הדוקטרינה, מראה פיין, הסתמך על מעמדם של הבעל והמשפחה במדרגים חברתיים, כך שמה שנחשב חיוני או הכרחי לאחד לא נחשב כזה גם לאחר – יש מי שזקוק לחפתי כסף ולעשרה כובעים, ויש מי שאינו זקוק להם.⁴⁹

לסיכום, לקיומו של הפרט בתוך מעמד ומגדר ולשיכוו הקבוצתי הייתה חשיבות מעשית מבחינת זכויותיו וחובותיו החוזיות במאה התשע-עשרה, וזאת על-אף הדומיננטיות הרעיונית של המודל הקלסי.

3. מאינדיווידואליזם לקולקטיביזם

הסיפור המוכר של המאה התשע-עשרה מצביע על כרסום שחל במרכזיותו של המודל הקלסי תחת השפעות קולקטיביסטיות שנתנו את אותותיהן במשפט החל בעשורים המאוחרים של המאה. סיפור זה מצביע על ירידה בחופש החוזים, קרי, בחופש שניתן לפרט לממש את בחירותיו כרצונו. נתבונן בקצרה בכמה היבטים שעולים מן ההיסטוריה העוסקת במפנה זה.

מה היה טיב השינויים בדיני החוזים המיוחס לקולקטיביזם? בעוד דיני החוזים הכלליים נותרו מופשטים כשהיו, והתבססו על המשגה אידיאלית של פרט חופשי, גופי חקיקה נרחבים החלו להסדיר הקשרים חוזיים ספציפיים (צרכנות, תאגידיים, בריאות, חינוך ועוד). גופי חקיקה אלה נתפסו בחשיבה המשפטית כתחומים מיוחדים, שאינם חלק מדיני החוזים הכלליים, ואשר מכרסמים בחופש הפרט לנהוג כרצונו. הנטייה להפצת החוזה נותרה בעינה, ואפשרה ניתוח יחסים חוזיים במנותק מהקשרם

Form and Industrialization in Historical Perspective: The Case of the Employment Contract and the Joint-Stock Company, 7 Socio-Econ. Rev. 35 (2009)

MARGOT FINN, THE CHARACTER OF CREDIT: PERSONAL DEBT IN ENGLISH CULTURE, 48 Erika Rappaport, "A Husband and His Wife's Dresses": 1740–1914, in THE SEX OF Consumer Credit and the Debtor Family in England, 1864–1914, in THE SEX OF THINGS 163 (Victoria de Grazia & Ellen Furlough eds., 1996)

FINN, לעיל ה"ש 48, פרק 6. 49

החברתי הרחב. אולם ההנחה החשובה של שוויון בין הצדדים והסתמכות על יכולתו של כל צד לחוזה לזהות את הרצוי לו ולקדמו, שהייתה מרכזית למודל הקלסי, הוחלפה כעת בנכונות הולכת וגוברת של בתי-המשפט להגן על צדדים חלשים מפני החלטותיהם שלהם ולמנוע אי-צדק בין צדדים לחוזה. נסיבות טרום-חוזיות ושינוי נסיבות לאחר מועד הכריתה נהפכו לרלוונטיים יותר לניתוח המשפטי. משכך, נשחקה תפיסת מוחלטותה של הזכות החוזית, ותוכן החוזה נעשה חשוף להתערבות משפטית רבה יותר.⁵⁰ הדרישות החלות על צדדים חוזיים נעשו תובעניות יותר מ-"arm's length", ולחלופין הותאמו התרופות החוזיות על-מנת להשיג תוצאה צודקת יותר בין הצדדים. פטורים מאחריות חוזית הורחבו אף הם תחת מגמה דומה.⁵¹

השינויים שחלו במשפט בעקבות הקולקטיביזם חשפו הבנה של הפרט כאדם שאינו אוטונומי לחלוטין. הפרט נתפס כנתון ביחסי כוח, בלחצים ובאי-שוויון מהותי, אשר מצדיקים ומוזינים הגנה על-ידי המדינה באמצעות בתי-המשפט או המחוקק. אולם במאה התשע-עשרה לא היה מדובר בתמורה משמעותית בתודעה המשפטית בהקשר החוזי, משום שהשינויים שחלו בעת הזו נעשו על רקע ההמשגה הקלסית של החוזה. במקום לחלוק על משמעות החוזה, ביטאו ההשפעות הקולקטיביסטיות ביקורת על רציותו של חוזה זה או על תנאי היתכנותו.⁵² במילים אחרות, המחלוקת האידיאולוגית והמעשית בין זרמים

50 Atiyah, לעיל ה"ש 17, בעמ' 736-737.

51 Gilmore, לעיל ה"ש 23, בעמ' 80-81; Ibbetson, לעיל ה"ש 17, בעמ' 252.

52 מדוע רציותו או תנאי היתכנותו? המונח "קולקטיביזם" בהקשר ההיסטורי כאן מתייחס למעשה לשתי מגמות אידיאולוגיות שהופיעו במאה התשע-עשרה: המגמה הרדיקלית יותר, אשר הושפעה מן המרקסיזם וביקשה לחתור תחת המבנה החברתי המבוסס על קניין פרטי וחליפין שוקי, שבו תמך האינדיווידואליזם; והמגמה הליברלית ביסודה, אשר הכירה כעניין מעשי במגבלותיו של המודל הקלסי על רקע מציאות מורכבת של כשלי שוק ופערי כוח ומידע, וביקשה להתמודד עימם. חלק מן ההיסטוריונים סבורים כי את ההתפתחויות במשפט במאה התשע-עשרה יש לייחס למגמה הליברלית בלבד, וכי השפעות רדיקליות על נסיונות לערוך רפורמה משפטית לא הופיעו לפני העשורים הראשונים – ובגרסות מסוימות אף לא לפני העשורים האחרונים – של המאה העשרים. על-פי איבטסון, למשל, רק לקראת סוף המאה העשרים עלה הטיעון שלפיו עקרונות של צדק מהותי עומדים ביסודם של דיני החוזים. Ibbetson, לעיל ה"ש 17, פרק 13. קורניש וקלרק טוענים כי הקולקטיביזם במאה התשע-עשרה היה ליברלי באופיו, וכי היו לו מחויבויות אינדיווידואליסטיות. השפעות מרקסיסטיות הופיעו לטענתם רק עשרים או שלושים שנה מאוחר יותר. W.R. Cornish & G. de N. Clark, *Law and Society in England 1750-1950* ch. 1, pt. 2, § 6 (1989). לטיעון דומה ראו: Harry N. Scheiber, *Economic Liberty and the Modern State*, in *The State and Freedom of Contract* 122, 123-124 (Harry N. Scheiber ed., 1998). לטענת אפסטיין, מדיניות ה-"laissez faire" מעולם לא כללה מחויבות לחופש חוים מלא, לרבות שיקול-דעת בלתי-מסויג בבחירת תנאים חוזיים. במקום זאת, היא כללה מחויבות-"ביניים" לקדושת החוזה מרגע שהוא נחשב תקף. שינויים בדין שהטילו אחריות חוזית מורחבת, אשר לא היה אפשר לייחסה לרצון הצדדים, לא ביטאו לפיכך, על-פי אפסטיין, את ירידת האינדיווידואליזם המשוּיך ל-"laissez faire". ראו: Richard A. Epstein, *Contracts Small and Contract Large*.

אינדוידואליסטיים וקולקטיביסטיים לא תורגמה בשלב זה לתפיסות אונטולוגיות שונות של החוזה עצמו בשיח המשפטי. המסגרת הרעיונית שהזינה את התמורות המשפטיות המשיכה להסתמך על תפיסת החוזה כמקום מפגש בין פרטים בעלי אינטרסים נפרדים המבקשים לממשם, אלא שכעת לפחות אחד מהם נתפס כבעל מסוגלות פחותה לזהות או לממש אינטרסים אלה. לפיכך הרעיון החוזי נותר כשהיה, ורק תחומי חלותו הצטמצמו במסגרת התפתחות אשר הומשגה לא כהבנה שונה של החוזה, אלא כהתערבות של הקולקטיב – של המדינה – בחוזה; משמעותו של החוזה כייצוג של הפרט הבוחר נותרה על כנה.⁵³

אולם לצד התודעה המשפטית הדומיננטית במאה התשע-עשרה, שהבינה את הקולקטיביזם כביקורת חיזונית המכרסמת בתחולת החוזה מבלי לחלוק על משמעותו כביטוי של רצון הפרט המופשט, מחקרים מצביעים גם על חשיבה קולקטיביסטית בליבו של המשפט החוזי לכל אורך המאה התשע-עשרה. בתמצית ניתן להצביע על שלושה מישורים שונים שבהם טיעון זה בא לידי ביטוי: האחד עניינו הפער שבין התיאוריה למעשה; השני עניינו המורכבות שנבעה מקיומם של דיני היושר לצד המשפט המקובל; והשלישי עניינו הקוהרנטיות הרעיונית של המודל הקלסי.

ראשית, יכולת ההפשטה והדיוק האנליטי במודל התיאורטי הייתה רבה יותר מאשר במציאות היומיומית המורכבת בבתי המשפט. כך, לדוגמה, פטרנליזם שיפוטי שנועד לגונן על פרטים תלתיים (כפי שראינו, למשל, בהיסטוריה של הבטחת הנישואים) או הפעלת שיקולים של מדיניות חברתית באופן מודע על-ידי שופטים (עמדה שאי-אפשר לנסחנה כנובעת מרצון הפרט המופשט, גם אם מדיניות זו נועדה, כפי שראינו, לתמוך בסדר חברתי המבוסס על שוק חופשי) לא נעדרו מבתי המשפט.⁵⁴

Contract Law Through the Lens of Laissez Faire, in THE FALL AND RISE OF FREEDOM OF CONTRACT 25 (F.H. Buckley ed., 1999). אריק פוזנר מחזק טיעון זה: Eric Posner, *The Decline of Formality in Contract Law, in THE FALL AND RISE OF FREEDOM OF CONTRACT* 61 (F.H. Buckley ed., 1999).

53 לדיונים ביציבותה של המערכת המושגית של המודל הקלסי בתקופת הקולקטיביזם ראו, למשל, Brudner, לעיל ה"ש 24, בעמ' 90; Atiyah, לעיל ה"ש 17, בעמ' 686, 713; Farnsworth, לעיל ה"ש 17, בעמ' 604; Friedman, לעיל ה"ש 28, בעמ' 21-24; Ibbetson, לעיל ה"ש 17, בעמ' 258; Scheiber, לעיל ה"ש 52, בעמ' 124; Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement* 58 (1986).

54 Kreitner, לעיל ה"ש 17. קרייטנר מצביע על התלבטות בדבר דמותו של הפרט החוזי כממקסם רציונלי בפסיקתם של בתי המשפט האמריקאיים, בעוד שתיאורטיקאים קלסיים עסקו באידיאליזציה של דמות זו. לטיעון בדבר גישה מורכבת של בתי המשפט באנגליה בהשוואה למגמה התיאורטית ראו: R.B. Ferguson, *The Horwitz Thesis and Common Law Discourse in England*, 3 OXFORD J. LEGAL STUD. 34 (1983). פרגוסון טוען כי בתי המשפט לא הושפעו מן האידיאולוגיה הפורמליסטית התיאורטית של המאה התשע-עשרה. טיעון זה מתמקד בפורמליזם המשפטי ובקשר בינו לבין הקפיטליזם התעשייתי, ואינו עוסק במישורין בהמשגת החוזה והפרט החוזי מושאי מאמר זה, אולם הוא מדגים את המורכבות העולה בבחינה ביקורתית של כתיבה תיאורטית בהשוואה לפסיקה.

שנית, לצד המשפט החוזי המקובל פעלו עד הרבע האחרון של המאה התשע-עשרה בתי-המשפט של היושר. כללי היושר, טוענים קורניש וקלרק, התבססו על אידיאולוגיה חלופית לזו ששלטה במשפט המקובל. בבתי-המשפט של היושר הושם דגש בתפיסות של תלותיות האדם החוזי, אשר התבטאו, למשל, בהרחבת דרישות ההגינות מצדדים חוזיים. דיני היושר לא היו אומנם איום אמיתי על הדומיננטיות של התפיסה האינדיווידואליסטית של המשפט המקובל (וכאשר התפתח איום כזה, ברבעון האחרון של המאה, הם נבלעו לתוכו), אך מקומם בהיסטוריה של דיני החוזים לא הודגש דיו, לטענת המחברים.⁵⁵

שלישית, ביקורת פנימית על דיני החוזים הקלסיים גורסת כי עקרונות קולקטיביסטיים התקיימו מלכתחילה במודל עצמו.⁵⁶ ביסודה של הביקורת הפנימית עומדת הטענה כי העקרונות הכלליים של המודל הקלסי, כמו כל עיקרון כללי שהוא, לא הנביעו – ולא היו יכולים להנביע – את תוצאותיו הפרטיקולריות במישור הכללים המשפטיים, קל וחומר במישור החברתי. זוהי טענת ה-*indeterminacy* של הכתיבה הביקורתית, שעל-פיה עקרונות כגון חופש החוזים אינם יכולים, כשלעצמם, להנביע כללים משפטיים מסוימים, ולא אחרים; והללו, בתורם, אינם יכולים, כשלעצמם, להנביע תוצאות חברתיות ידועות מראש. כללים משפטיים, כמו-גם תוצאות במישור החברתי, ניתן להסביר רק בעזרת התייחסויות קונקרטיות להקשר החברתי הספציפי, ולא באמצעות התייחסויות עקרוניות. כללים משפטיים מבטאים הכרעה ספציפית יותר – למשל, במאבקי כוח בין קבוצות שונות המתחרות בחברה. על-פי ביקורת זו, המחויבות לעקרונות כלליים, ואף המשפט בכללותו, הם קונסטרוקט רעיוני המסווה הכרעה בתוככי מתחים קונקרטיים נמשכים ובלתי-פותרים. הביקורת הפנימית עוסקת לפיכך בחשיפת חוסר קוהרנטיות בין עקרונות מופשטים לבין כללים משפטיים, וכן בין אלה לבין תוצאות חברתיות, כגון חלוקת המשאבים בחברה.⁵⁷ כך, למשל, ההבחנה בין המשפט המקובל לבין דיני היושר שימשה, כנטען, לטשטוש חוסר הקוהרנטיות שבסדר המשפטי, בהציבה את דיני היושר כחריג לעקרונות המשפט הכלליים.

באופן רחב יותר, הטיעון שהביקורת הפנימית משמיעה בנוגע לדיני החוזים הוא שבין אם בתי-המשפט ושחקנים אחרים היו מודעים לכך ובין אם לאו, המודל הקלסי תאם מדיניות חברתית מסוימת, ולא מחויבות לרצון הפרטי כשלעצמו. דוקטרינות ספציפיות שנוסחו במונחים של רצון הפרט, כגון דוקטרינת הכפייה, הוסברו על-ידי מבקרים כדוקטרינות הכלליים.

55 CORNISH & CLARK, לעיל ה"ש 52, בעמ' 226.

56 ראו, למשל: Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MD. L. REV. 563 (1982).

57 כפי שמציע גורדון בהומור: "[O]ne of the skills that the fans of this method have developed to an abnormal extent is that of supplying, whenever they hear a claim of functional relation between a legal rule and a social practice, the standard counterclaim, with counterexamples, for an exactly inverse relationship." Robert Gordon, *Critical Legal Histories*, 36 STAN. L. REV. 57, 116 (1984).

אשר פעלו למעשה על-פי היגיון שונה, שעניינו, למשל, איזון יחסי הכוח בחוזה.⁵⁸ על רקע תובנות אלה, מקומו של הפרט הרצוני במרכז החשיבה, וכנקודת המוצא האנליטית לניתוח החוזה, מתערער. יש לשים לב שהביקורת הפנימית, בעודה חותרת תחת הקוהרנטיות הרעיונית של המודל הקלסי המבוסס על הפרט המופשט, הותירה על כנו – ואף חיזקה – את הטיעון המצביע על תמיכת המודל בסדר חברתי אינדיווידואליסטי. הביקורת שימשה, במילים אחרות, לחשיפת דמותו של הפרט החוזי כקונסטרוקט אידיאולוגי, שאינו מגביע באופן לוגי את המערכת שהוא אמור להצדיק.

ייתכן שהכתיבה הביקורתית אשר הציעה ביקורת פנימית על המודל הקלסי הגיעה במועד מאוחר מכדי לערער באופן אפקטיבי על אופני החשיבה שביטא המודל, כפי שמציע פרוקצ'יה.⁵⁹ לענייננו במאמר זה, ניתן להסתפק בהצבעה עליה כעל אחד מבין כמה כיווני מחקר המלמדים על קיומה של חשיבה חלופית על הפרט החוזי, בהבינה אותו כנתון ביחסי כוח ואי-שוויון חברתיים, ובהעמידה את הקולקטיב לפניו.

4. סיכום תמונת הפרט החוזי העולה מן ההיסטוריה

לסיכום חלק זה, מהי תמונת הפרט החוזי העולה מן ההיסטוריה הקיימת? לפנינו שלוש חלופות מושגיות: סטטוס, אינדיווידואליזם וקולקטיביזם. המרכזית מביניהן לחשיבה המשפטית החוזית – האינדיווידואליזם – ביססה תמונה של אדם טרום-חברתי, אוטונומי, מופשט מהקשרים חברתיים, וממקסם רציונלי. חוזיו של אדם זה מבטאים את רצונו ובחירתו האוטונומיים. אל מול תפיסה זו עומדות שתי חלופות "חברתיות" יותר, אשר תפקדו כל אחת באופן שונה מבחינה אידיאולוגית והיסטורית, אך משותפת להן העמדת הקולקטיב לפני הפרט כבסיס להבנת פעולתו – עמדה המטילה ספק בחשיבות קיומו הטרומ-חברתי של הפרט וברציונליות הכלכלית שלו. אם לפשט את התמונה עוד יותר, הפרט החוזי בשיח המשפטי נע בגדר המתח שבין אינדיווידואליזם לקולקטיביזם – בין הגדרת זכויות וחובות המבוססת על פנימיותו ורצונו המופשט לבין הגדרתן החברתית על בסיס שיוכו הקבוצתי וקיומו במסגרת יחסי כוח. מתח זה מזין את ההיסטוריה של דיני החוזים, והוא יסודי עד כדי כך שהוא הוביל, לטענת אלן ברודנר, לתחושת משבר בקרב תיאורטיקאים של המשפט, אשר חווים את המתח – שלא נענה עוד להבחנות הקלסיות בין פרטי לבין ציבורי – כמתח אשר מפרק את ההיגיון הפנימי של הקטגוריות המשפטיות המקובלות וחושף אותן בכל שלבי ההכרעה לתחרות בין אידיאולוגיות מתחרות ללא כל עיקרון שינחה את הבחירה ביניהן.⁶⁰

58 John P. Dawson, *Economic Duress: An Essay in Perspective*, 45 MICH. L. REV. 235 (1947); Clare Danton, *The Deconstruction of Contract Doctrine*, 94 YALE L.J. 1011 (1984–1985). ראו גם Kennedy, לעיל ה"ש 56.

59 פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 194.

60 BRUDNER, לעיל ה"ש 24. ברודנר מבקש להתגבר על המשבר בעזרת תיאוריה הגליאנית הרואה במתח שבין עקרונות אינדיווידואליסטיים וקולקטיביסטיים בדיני החוזים מתח קונסטטיטוטיבי ומניב.

פרק ג: הפרט היחסי והרומן הוויקטוריאני

בחלק זה של המאמר אבקש לצרף לטווח האפשרויות להמשגתו של הפרט החוזי – הנעות בין אינדיווידואליזם לקולקטיביזם – אפשרות מושגית נוספת: פרט יחסי מיסודו (*insistently relational person*). פרט זה, מצד אחד, אינו עונה על רעיון הפרט המופשט והרציונלי, אך מן הצד האחר, הוא אינו מוגדר על-ידי קולקטיב הקודם לו. מדובר בפרט הנתון במערכות יחסים פרטיקולריות, קונקרטיות, שאינן חשודות מיסודן כיחסי כוח, אך שאי אפשר להפשיטו מהן. דמות זו עונה על ההגדרה הפרדוקסלית של זהות אינטרסובייקטיבית (*intersubjective identity*) – הגדרה אשר נעה בין המשותף לייחודי,⁶¹ בין החברה לבין הפרט, מבלי להיזקק להפשטות קבוצתיות כגון סטטוס, אך גם מבלי לחשוד בהקשרים חברתיים ומבלי להתנער מהם. מדובר בתפיסה חברתית, ולא טרום-חברתית, של הפרט החוזי, אך דרושה לה המשגה משל עצמה.

התפיסה שאבקש להצביע עליה כאן לא תישמע זרה לחלוטין לקוראת המכירה את תיאוריית חוזה היחס ואת הניתוחים האמפיריים של פרקטיקה חוזית שנכתבו במאה העשרים. הללו הצביעו על חשיבותה של מערכת היחסים הרחבה ושל ההקשר שבו מתקיימים יחסים חוזיים לצורך הבנתם של יחסים אלה ושל הפרטים הפועלים בגדרם (עם זאת, איני מציעה הקבלה לאילו מהם; קיימים הבדלים חשובים בינם לבין התפיסה שאציע כאן).⁶² לעניין מאמר זה הדגש הוא בכך שתפיסת הפרט היחסי מיסודו הייתה רעיון בעל נוכחות היסטורית אשר מצא ביטוי דומיננטי באחד מתוצרי התרבות המרכזיים של המאה התשע-עשרה עצמה – הרומן הוויקטוריאני.

באנגליה, בלב-ליבם של המהפכה התעשייתית, הקפיטליזם המודרני והמשפט הפרטי

61 הגדרה זו נעה בין שני משטרי הזהות שמציב וורמן – intersubjective identicality ו־individual identity. ראו WAHRMAN, לעיל ה"ש 7.

62 תיאוריית חוזה היחס מקורה בכתיבתו של מקנל, אשר פיתח אותה בכמה חיבורים. המוכר מביניהם הוא: IAN R. MACNEIL, THE NEW SOCIAL CONTRACT: AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONS (1980). מאמרו המוקדם של מקוליי על פרקטיקה חוזית זכה בהד רחב, בהתבוננו בהיבטים "לא-חוזיים" המזינים יחסים חוזיים עסקיים: Stewart Macaulay, *Non Contractual Relations and Business*, 28 AM. SOC. REV. 55 (1963). לדיון בכתיבה סוציולוגית על השוק ראו מנחם מאוטנר "דיני חוזים" בחיי היום-יום בתעשייה" האם המשפט חשוב? (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, טרם פורסם). כאמור, איני טוענת להקבלה בין התפיסה המוצעת כאן – ואשר הייתה דומיננטית ברומן הוויקטוריאני, כפי שאטען מייד – לבין הכתיבה של המאה העשרים, על-אף מכנים משותפים. כך, למשל, אחד ההבדלים בין תפיסות כגון זו של חוזה היחס לבין התפיסה העולה מן הרומן הוא שהרומן הניח כי הבטחה היא מערכת יחסים, בעוד תיאוריית חוזה היחס מתבססת על הטיעון שיש בחוזה היבטים שאינם הבטחתיים, על-מנת לבסס את חשיבותה של מערכת היחסים בחוזה. באופן זה התיאוריה של מקנל משמרת את הקשר המושגי בין מרכיב ההבטחה הנמצא בכל חוזה לבין הרצון המופשט.

המקובל, נכתב לצד דיני החוזים הרומן הוויקטוריאני הריאליסטי. הרומן הריאליסטי הוא סוגה קונקרטיה במונחים של זמן ומקום, כרונולוגיה, בניית דמויות בעלות שמות מלאים ומבנה פסיכולוגי, והוא עסק בחיי היומיום של גיבוריו. הרומן ביקש לספר סיפורים שאינם "אמיתיים" במובן הפשוט של המילה, אך הוא התיימר להציגם כאמיתיים במובן זה שהם היו יכולים להיות, שהם מתקבלים על הדעת. במילים אחרות, הרומן, בדומה למשפט, לא היווה שיקוף של "מציאות", אך גם לא ביקש להתנתק ממנה או להכחישה, שכן כמו המשפט, הוא לא תפס את עצמו כאתר העוסק בעצמו בלבד, אלא כשיח המתייחס לעולם האנושי המורכב שבתוכו התקיים; הרומן עסק בתיווך מתמיד בין מצוי לרצוי, בין מציאות לבדיון. על רקע המאפיינים הגנריים הללו והמרכזיות התרבותית של הרומן במאה התשע-עשרה, הוא משמש אחד ממושאי המחקר החשובים לחקר תרבות המאה התשע-עשרה. אולם הוא כמעט לא נבחן על-ידי היסטוריונים של דיני החוזים.

הרומן הוויקטוריאני, כמו המשפט, זיהה את המאה התשע-עשרה כתור-הזהב של החווה. הוא עסק בהרחבה – שלא לומר באובססיות – ביחסים חוזיים, וכמו המשפט זיהה את החווה כפרקטיקה עיקרית בעולם החדש. הרומן הריאליסטי כולל לפיכך אינספור סיפורי חוזים. סיפורים אלה משמשים ברומן הן במישור התמטי והן במישור הסמלי, וממוקמים, כפי שנראה מייד, בצירי עלילה עיקריים. סיפורי חוזים ברומן חושפים חשיבה ליברלית אשר נטועה בתקופתה ומכוננת אותה. אולם הפרט החוזי של הרומן אינו נופל לגדרי החלופות המושגיות המוכרות לנו מן ההיסטוריה של המשפט.

לא אבקש לבסס טענה זו במלוא היקפה בגדרי מאמר זה,⁶³ אולם אציע הצצה בטקסט אחד, ובתוכו בדוגמה אחת, על-מנת להצביע על תפיסת פרט מעניינת, השונה מאלה שנידונו עד כה.

מידלמארץ' של ג'ורג' אליוט פורסם בין 1870 ל-1871.⁶⁴ זהו רומן נפלא, הממוקם בלב הריאליזם הספרותי האנגלי של המאה התשע-עשרה. מידלמארץ' הוכתר לא אחת כשופר של האינדיווידואליזם,⁶⁵ כפי שהוכתר לעיתים גם המשפט החוזי, וככזה מעניין לבחון את הפרט החוזי שהוא בונה.

הנה, בקצרה, סיפור אחד מתוך העלילה העשירה של הרומן: לדגייט הוא רופא צעיר מרקע אריסטוקרטי שהתרגל לחיים מסבירי-פנים. הוא מגיע לעיירה פרובינציאלית, מידלמארץ', בתקווה לפתח מחקר ופרקטיקה רפואית מודרנית. בתוך זמן קצר הוא פוגש את רוזמונד, בתו היפה של סוחר מקומי, ונישא לה בציפייה לחיי נישואים מאושרים שיתמכו בקריירה משגשגת. אולם עד-מהרה המציאות טופחת על פניו של לדגייט. הוא אינו עומד בהחזרי ההלוואות שנטל כדי לרהט את הבית החדש, ומבקש לצמצם בהוצאות. רוזמונד מסרבת; היא מבקשת לשמר את סממני מעמדה החברתי הגבוה. כאשר נושים פותחים בהליכי גבייה ומעקלים את רכושם של בני-הזוג, לדגייט מקבל הלוואה שמאפשרת

63 לניתוח מקיף ראו: ANAT ROSENBERG, THE PROMISE OF LIBERALISM: THE VICTORIAN NOVEL AND CONTRACT LAW (unpublished PhD dissertation, 2010).

64 ELIOT, לעיל ה"ש 2.

65 ראו, למשל: CALVIN BEDIANT, ARCHITECTS OF THE SELF chs. 1 & 3 (1972).

לו לכסות את חובותיו. את ההלוואה מעניק לו בולסטרוד - הבנקאי רב-העוצמה של העיירה. בולסטרוד עוזר לדגייט משום שהוא מקווה לרכוש את נאמנותו. מדוע? משום שלדגייט מטפל בחולה שמאיים לחשוף סודות אפלים שבולסטרוד עמל כל חייו להסתיר. לאחר העמדת ההלוואה, בולסטרוד רוצח את החולה. בעיירה כמו בעיירה, הסודות נחשפים, ולדגייט מסתבך בחשדות לרצח. אשתו רוזמונד אינה עומדת לצידו. לבסוף הוא יוצא מן הסבך, אך גאלץ להשלים עם חיים ממוצעים וחסרי זוהר, ועם נישואים פושרים.

נבחן לרגע את התפקוד הסמלי של חוזה ההלוואה בעלילה. סיפורו של לדגייט הוא סיפור על התהוות זהות דרך התנפצות של חלומות אל מול מציאות משתנה ומורכבת. זהו סיפור-יסוד שמידלמארץ' בוחן דרך כמה דמויות, המתמודדות כולן עם הפער בין ציפיות ותקוות לבין הקיים והאפשרי, בין שאיפות הנחיות כאישיות לבין המציאות מחוץ לד' אמותיו של הפרט. דרך התמודדות זו של הדמויות מתכוננת זהותן. עיסוקו של הרומן בציר התרחשות זה הוא מן הסיבות המרכזיות להגדרתו כטקסט אינדיווידואליסטי, והוא אכן עוסק בלהט בייחודו של הפרט וביכולתו לפעול בעולמו.

בסיפורו של לדגייט הרומן עושה שימוש בחוזה ההלוואה כדי לספר את סיפור-היסוד של התמודדות הפרט עם מציאות חברתית והיסטורית, ויותר מכל - עם המציאות של אחרות, של בני-אדם שונים ממנו שעומדים על מקיים מערכות יחסים. הלחץ הגובר של ההתחייבות החוזית משמש את אליוט לבניית זהות אינדיווידואלית דרך מדרג של אידיאליזציות שהולכות וקורסות, ומוחלפות בהכרה באחרות.

במדרג ניתן לזהות שלושה שלבים עיקריים: לדגייט מתחיל עם תמונה אידיאליסטית מדומיינת של אישה צייתנית, עיירה המתפעלת מיכולותיו המקצועיות, והתאמה מלאה בין נישואים מאושרים לבין קריירה מספקת:

"[H]aving been accepted [by Rosamond], he was prepared to accept all the consequences which he believed himself to foresee with perfect clearness... other schemes would not be hindered: they would simply adjust themselves anew."⁶⁶

זו התפיסה שמנחה את לדגייט כאשר הוא מתקשר בחוזה ההלוואה. אולם הוא טועה: רוזמונד אינה האישה הכנועה והמעריצה שהוא מדמה בנפשו, והוא מתעלם אף מן המציאות של עיירה פרובינציאלית המתייחסת בחשדנות לרעיונותיו הרפואיים המודרניים. יש לשים לב שנקודת מוצא זו של לדגייט אינה נקודת המוצא של הפרט המופשט הפועל על-פי פנימיותו: לדגייט מוצג ברומן מלכתחילה כמי שגיבש את רעיונותיו על רקע חינוכו ושיוכו המשפחתי למעמד גבוה. במילים אחרות, איננו עומדים לפני ביקורת ישירה על רעיון הפרט המופשט; טעותו של לדגייט אינה חלק מייצוג של פרט מופשט, ואינה משמשת לחתירה תחת רעיון זה. האדם שאליוט מציירת אינו מתחיל שם, וכפי שנראה כעת, הוא עוד הולך ומתרחק מרעיון ההפשטה ככל שהוא מוטמע יותר במערכות יחסים קונקרטריות. זהותו של

66 Eliot, לעיל ה"ש 2, בעמ' 327.

לדגייט מקבלת משמעות בתחילת סיפורו במידלמארץ' ביחס להקשר חברתי רחב; עם ההתעמקות בדמות, בניית זהותו של לדגייט מתרחקת מהיבט זה, המזכיר סטטוס, ומתכוננת ביחס לפרטים אחרים ולהקשרים פרטיקולריים.

בשלב השני של הסיפור החוזי המחויבויות החוזיות נהפכות למכבידות. או־או לדגייט מפנים משהו מן המציאות של אשתו ושל מגבלותיו המקצועיות בעיירה: היחסים הקונקרטיים המקיפים אותו מחייבים את התייחסותו ומובילים לשינוי. אולם בשלב זה לדגייט נאבק עדיין לשמר את התמונה האידיאליסטית הכוללת, ולכן מאמץ סוגים חדשים של אידיאליזציה. כך, כדי להתמודד עם העקשנות של אשתו, הוא מנסה לחשוב עליה כעל יצור מסוג אחר:

"[I]t was inevitable that... he should think of her as if she were an animal of another and feebler species."⁶⁷

אידיאליזציה נוספת היא של הקריירה שלו, אשר מדומיינת כעת כמשהו שמנותק ממנו:

"[B]y the bedside of patients the direct external calls on his judgment and sympathies brought the added impulse needed to draw him out of himself."⁶⁸

בשלב השלישי והאחרון של הסיפור החוזי, החוזה מכריע את לדגייט. סיפור החוזה מביא אותנו כך אל הנקודה הסופית בעלילת ההתפכחות, שבה כל האידיאליזציות – הן המקוריות והן אלה שאומצו כמגננה חלקית בשלב הביניים – קורסות, ולדגייט מכיר במציאות של אשתו ובאופק המקצועי שלו בעיירה כפי שהם. בשלב זה העלילה קושרת בין המישורים הללו, שוב בעזרת ההקשר החוזי: כאשר לדגייט נעזר בהלוואה מבולסטרוד ומסתבך בעקבותיה בהשדות לרצה, לא רק נישואיו עומדים למבחן, אלא גם אמינותו כרופא מוטלת בספק. העלילה מסתיימת בהתארגנות מחודשת של לדגייט בכל המישורים.⁶⁹

סיפור החוזה של לדגייט משמש אם כן במידלמארץ' כציר השתנות: הוא מופיע ברגעי השיא של מתח – אשר קיים תמיד וממילא על־פי הרומן – בין תפיסות אישיות (שנוצרו בעצמן במציאות חברתית מסוימת) לבין מציאות חברתית והיסטורית משתנה, בין אדם

67 שם, בעמ' 628 (ההדגשה הוספה).

68 שם (ההדגשה הוספה).

69 היבט זה חותר תחת הבניית הספרות הנפרדות, וביניהן השוק כאתר של רציונליות כלכלית – נושא שאינו נופל לגדרי מאמר זה. לענייננו, די בהצבעה על קיומו היחסי מיסודו של לדגייט על־מנת להבהיר כי הרציונליות הכלכלית של הפרט החוזי – אבן־היסוד השנייה בהמשגה המשפטית, אשר נבנתה, כפי שראינו, על־גבי רעיון הפרט המופשט – קורסת גם היא ברומן.

לזולתו, בין דרגות שונות של הכרה במציאות של האחר. קיומם של פרטים במידלמארץ' מנוסח דרך נקודות השבירה וההשתנות הללו, דרך המפגש עם האחר: "the double change of self and beholder",⁷⁰ כפי שמגדירה זאת המספרת. הפרט במידלמארץ' אינו אדם מובנה ומוגדר בכל רגע נתון, כי אם אדם המצוי בהשתנות מתמדת, באי-יציבות אינהרנטית הנובעת מהווייתו דרך ובאמצעות מערכות היחסים וההקשרים החברתיים שבהם הוא נמצא. חוזיו של פרט זה אינם אמצעים להרחבת תחומי פעולתו בעודו מתגבר על שלשלות החברה ומממש את עצמו, ואינם ייצוג של רצון טרום-חברתי (וטרום-חוזי); הקשריהם החוזיים של פרטים במידלמארץ' אינם מהווים רגעי ניתוק מן הקיום היחסי – הם משמשים מקרים פרדיגמטיים שבאמצעותם ניתן לבחון ולהבין קיום זה לעומק; חוזים משמשים אתרים שבהם זהות יחסית מתהווה. פעולתו המרכזית של החוזה במידלמארץ' היא יצירת קשר קונקרטי בין פרטים בהקשרים חברתיים ספציפיים – קשר אשר אינו מקדם מהלכי מחשבה ורצונות הנחווים כפנימיים, כפרטיים, אלא דווקא מפרק אותם; קשר אשר מבטא מערך של פשרות ומגבלות, ומשמש ככינון הזהות עצמה. הפרט החוזי הוא אדם הנמצא באופן יסודי בכפילות שבה משמשים יחדיו הן ההבדל, השוני והפער בינו לבין אחרים והן תלותו בהם לעצם זהותו. קיום יחסי זה מגדיר את הפרט החוזי. הוא אינו ניתן לרדוקציה לפרט המופשט, וגם לא לקבוצה המופשטת.

נקודה אחרונה בטרם ניפרד מלדגייט: החוזה שבחנו מניע עלילה של אכזבה והתרחקות, אך סיפורים חוזיים אחרים במידלמארץ' מייצגים דווקא שיפור ושינוי לטובה. עצם תהליך ההתאמה, ההשתנות המתמדת מול האחר, הוא שמשותף לייצוגי החוזים ברומן. הקיום התלתי, היחסי, של האדם הוא מצב יסודי יותר מסיפוק או מאכזבה, מאגואיזם או מאמפתיה – נושאים אשר נידונים בדרך-כלל ברומנים של אליוט. קיום ביחס לאחר הוא הבסיס למערכות יחסים, בין טובות ובין טובות פחות, והוא הבסיס לכינון משמעותו של חוזה במידלמארץ' ולהמשגתו של הפרט החוזי.

קיומו של הפרט בתוך מערכות יחסים הינו רעיון אינדיווידואליסטי יותר מהגדרות המבקשות להבינו א-פריורית דרך תפקידו החברתי המופשט ושיכוו הקבוצתי, והוא רעיון חברתי יותר מהגדרות המבקשות לחשוב עליו כעל אדם אוטונומי וכנקודת מוצא אנליטית להבנת הקשריו החוזיים. זהו הפרט היחסי מיסודו, והיותו כזה שימש ברומן הוויקטוריאני בסיס לחשיבותו ולמרכזיותו. הרומן הוויקטוריאני אכן מפורסם בגין עיסוקו במערכות יחסים, אך הללו זכו בתשומת-לב, בפרט בזרמי ביקורת ניאור-מרקסיסטיים, בהיותן הפשטה מן השיוך החברתי המעמדי ובהעמידן פרטים במרכז תשומת-הלב, ולכן כחלק מן האינדיווידואליזם.⁷¹ טיעון זה, גם אם הוא נכון, אינו אפיון מספק של הפרט החוזי שהרומן

70 Eliot, לעיל ה"ש 2, בעמ' 88.

71 ראו, למשל: Daniel Cottom, *Social Figures* (1987). באופן רחב יותר, חוקרי ספרות שבו והגדירו את הרומן הוויקטוריאני כביטוי של אידיאולוגיה בורגנית, כצורת האומנות הפרדיגמטית של מעמד-הביניים, ומעבר ליחסי המעמדות – כשיח אשר קיבל ואשרר את טבעותיו או מובנותו-מאליו של המבנה החברתי הקפיטליסטי וקידם ערכים אינדיווידואליסטיים. ראו, למשל: Leo Franco Moretti, *The Way of the World* (2000);

מכונן. יחסיותו היסודית של הפרט החוזי ברומן אינה אמצעי מקרי או סתמי (או במילותיו של פרידמן – טכני) להדגשת ייחודו; יחסיות זו נמצאה בין האדם הישן/חדש של הסטטוס והקולקטיביום לבין האדם של האינדיווידואליזם. היא מאפשרת לנו מוצא מושגי והיסטורי מגדרי מתח שנראה בלתי־פתיר כמעט בדיון המשפטי הנמשך בין מסורות אלה.

הרהורי סיכום

תמונת ההיסטוריה של המאה התשע־עשרה עשרה מציבה לפנינו חלופות מושגיות להמשגת הפרט החוזי. חלופות אלה שימשו ומשמשות לניסוחם ולהצדקתם של עקרונות־היסוד של הסדר החברתי יותר משהן משמשות כהסבר או כתיאור של מציאות חוזית או אנושית כלשהי. בשיח המשפטי תפיסת הפרט נעה בין הדיכוטומיות שהוגדרו תחת האינדיווידואליזם והקולקטיביום. הרומן הוויקטוריאני פיתח באותה עת תפיסת פרט שונה, אשר מסבכת דיכוטומיות אלה ומשמשת אזהרה מפני מהותנות לא רק בהמשגתם של פרטים, אלא גם בהמשגתם של ההסדרים החברתיים הנקשרים אליהם. כפי שמבהיר פרוקציה בסיכום לספרו, "אינדיווידואליזם" אינו מונח בעל מהות פנימית ידועה מראש; הוא מקבל את משמעותו בגדרי מסגרות תרבותיות ספציפיות,⁷² ועל כך ניתן להוסיף עוד – בגדרי שדות שיח תרבותיים ספציפיים.

העדר המחויבות הרעיונית לאידיאל הפרט האוטונומי אשר מופשט מהקשריו החברתיים ופועל כממקסם רציונלי לא גרע מתמיכת הרומן בחברת השוק החוזית; הוא לא החזיר את

BERSANI, A FUTURE FOR ASTYANAX: CHARACTER AND DESIRE IN LITERATURE ch. 2 (1978); DEIDRE SHAUNA LYNCH, THE ECONOMY OF CHARACTER: NOVELS, MARKET CULTURE, AND THE BUSINESS OF INNER MEANING (1998); NANCY ARMSTRONG, HOW NOVELS THINK: THE LIMITS OF BRITISH INDIVIDUALISM FROM 1719–1900 (2005); Irene Tucker, *What Maisie Promised: Realism, Liberalism and the Ends of Contract*, 11 YALE J. CRIT. 335 (1998); PATRICK BRANTLINGER, FICIONS OF STATE: CULTURE AND CREDIT IN BRITAIN, 1964–1994, 146 (1996); W.J. HARVEY, CHARACTER AND THE NOVEL 24 (1965); Linda Shires, *The Aesthetics of the Victorian Novel: Form, Subjectivity, Ideology*, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO THE VICTORIAN NOVEL 61, 65 (Deidre David ed., 2001); Joseph W. Childers, *Industrial Culture and the Victorian Novel*, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO THE VICTORIAN NOVEL 77, 77–78 (Deidre David ed., 2001); IAN WATT, THE RISE OF THE NOVEL (1957). איני מבקשת בהכרח לשלול טענות אלה, אלא להציע כי הן אינן מספרות לנו די על תפיסת הפרט החוזי (והאינדיווידואליזם) ברומן. כך, קריאה במידלמארץ' על רקע ההמשגה המשפטית של הפרט החוזי מלמדת על תמונה מורכבת, שעל־פיה ההמשגה האינדיווידואליסטית במשפט וזו שברומן היו שונות מיסודן.

72 פרוקציה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 279–280.

הרומן לגדרי הסטטוס וגם לא קידם תפיסה קולקטיביסטית;⁷³ הוא היה אינדיווידואליזם אחר. אכן, רומנים ויקטוריאניים המשיגו גם את השוק עצמו באופן מופשט פחות וחברתי יותר מן המשפט. את זאת עשו אותם רומנים בעודם מזהים את החוזה ככלי מרכזי להתנהלות אנושית, ואת היחסים החוזיים כמטפורה חשובה לחברה המודרנית.

אנו נוהגים לחשוב על הפרט החוזי המודרני – אותו אדם מדומיין אשר נמצא ואינו נמצא ביסודה של תרבות חוזית מפותחת – בגדרי מתח מתמיד בין הפרטי לציבורי, בין האישי לקבוצתי, בין הפרט לקולקטיב. דיכוטומיות אלה אפשרו למשפטנים לנסח את דיני החוזים הקלאסיים, את תפיסת העולם שביסודם, ובהמשך גם את ההתנגדויות והביקורות כלפי אלה.⁷⁴ בין דיכוטומיות אלה ניתן לאתר תפיסה נוספת, זו של הרומן הוויקטוריאני, אשר תמכה בחברת השוק החוזית אך הניחה במרכזה אדם תלוי הנתון במערכות יחסים מסועפות שבלעדיהן אי אפשר – ואין טעם – לנסח מי הוא ומהן אפשרויותיו בעולם.

כיצד המסגרת המתודולוגית שמציב פרוקצ'יה מסייעת בהבנת המורכבות המושגית סביב הפרט החוזי במאה התשע-עשרה? ניתן לחשוב על היחס בין משפט ותרבות שפרוקצ'יה מצביע עליו, ועל משמעותה של תרבות, בשני מישורים.

ראשית, טיעונו של פרוקצ'יה מצביע על התאמה בין ביטויי תרבות, כגון יצירות אומנות וספרות, לבין המשפט החוזי המערבי, ובין שניהם לבין תרבות כלכלית-חוזית. התאמה זו נטענת על רקע השוואתן של כמה מסגרות חשיבה מרכזיות בתרבות המערב וברוסיה. המסגרת הרעיונית הרחבה של הטיעון משמשת בסיס לבחינה ביקורתית בהקשרים צרים יותר. כפי שהצעתי במאמר זה, בתוך המסגרת הרעיונית הרחבה של האינדיווידואליזם המערבי ניתן לזהות מורכבויות הראויות לתשומת לב. כך, בעידן שבו הגיעה מרכזיותו של החוזה לשיאה באנגליה, הניח הרומן תפיסה מושגית שונה מזו שהזינה שדות שיח אחרים, חשובים לא פחות לחברת השוק, דוגמת המשפט. תרבות, ובאופן ספציפי תרבות חוזית, נראית אם כן מנקודת מבט זו כמערך מורכב המכיל חלופות מושגיות להבנת פרקטיקות חברתיות, יחסים אנושיים וקיום אינדיווידואלי. כפי שטוען קליפורד גירץ, המשפט, כמשתתף פעיל בכינונה של תרבות וכביטוי מביטוייה, מציע "רשת של משמעויות" היוצקת תוכן להתרחשויות חיינו, ובכך מצטרף ליתר אתרי התרבות החשובים של החברה האנושית, אך אינו נעלם לתוכם.⁷⁵ המשפט, כחלק מתרבות, ייצג במאה התשע-עשרה דרך אפשרית

73 איני מבקשת לטעון כי האדם הנטוע בהקשרים של מעמד ומגדר, או הזקוק להגנת הקהילה, לא הזין רומנים ויקטוריאניים. הצעתי היא להקדיש יתר תשומת לב לאופן שבו דווקא האדם שמשתחרר מן הסטטוס ברומן, ואשר אינו בעמדת נחיתות מבנית, הינו פרט חוזי שונה באופן יסודי מן הפרט החוזי של האינדיווידואליזם במשפט.

74 גם בתחום התיאוריה החוזית, תיאוריות חוזים שפותחו במאה העשרים ממשיכות להתכתב עם הרעיונות הקלאסיים שביססו את המסגרת המושגית של הדיון. מיטיב לנסח זאת מלווין אייזנברג, בהציגו את התיאוריה של חוזה היחס: "Like most modern contract theories, relational contract theory can only be understood against the backdrop of the school of classical contract law, to which it stands in opposition", ראו Eisenberg, לעיל ה"ש 28, בעמ' 805.

75 Clifford Geertz, Local Knowledge 218–219 (1983).

לחשוב על הקיום האנושי ולחיות אותו, אך לא דרך בלעדית או כזו שנמצאה ביחס הומולוגי לדרכים אחרות. תרבות, ליברלית או אחרת, מתבטאת פעמים רבות בהסכמה על השאלות שהיא מנסה לפתור, אך לא בכל עת ומקום נמצא הסכמה על התשובות להן.⁷⁶ ההמשגות השונות של הפרט החוזי באנגליה של המאה התשע-עשרה ביקשו להשיב על שאלת היחס בין פרטים וביניהם לבין החברה המודרנית, אך אי-אפשר לומר שהן הציעו אותן תשובות. במישור אחד, אם כן, המסגרת המתודולוגית הרחבה של פרוקציה מציירת את נקודת המוצא לבחינת מורכבויות בתוככי התרבות החוזית ובגדרי רעיונות ספציפיים, ובפרט מורכבויות ביחס שבין המשפט לבין שדות שיח אחרים לאורך ההיסטוריה.

את טיעונו המתודולוגי של פרוקציה יש לקרוא גם במישור נוסף – המישור התורת-משפטי, המבקש לנסח את אופני החשיבה על משפט. במישור זה פרוקציה מציב במרכז הבמה את תפיסת המשפט כתוצר תרבות וכיוצר תרבות, ומזמין את ניתוח המשפט במסגרת הקשרים היסטוריים-תרבותיים קונקרטיים, על כל עושרם. כל ניסיון להחיל כללים משפטיים ולכונן באמצעותם סדר חברתי, מראה פרוקציה, הוא ניסיון עקר אם הוא נעשה מחוץ למסגרת החשיבה הזו ומבלי להסתייע בתובנותיה. אם הרב-תחומיות שהספר מציב עלולה להיראות אתגר בלתי-מושג, לא כך מבני החשיבה המזינים אותו, אשר צריכים לשמש הזמנה פתוחה לחשיבה ולמחקר על משפט ותרבות. אם לא נוכל להקיף את מלוא היריעה שספרו של פרוקציה מבקש להקיף, נוכל לפחות לדעת כי כל עוד לא עשינו זאת עלינו להיוותר מפוקקים, ולעסוק בהעשרת התמונה שלפנינו. התבוננות במורכבות המשגותיו של הפרט החוזי מסתמכת על הזמנה זו.

ואולי העושר המושגי, שבתוכו ייצג המשפט רק מסגרת אחת להמשגת הפרט החוזי בחברת השוק באנגליה, הוא עצמו מרכיב נוסף ביסודה של תרבות חוזית מפותחת: עושר זה מבטא מערכת משמעויות אשר לא רק מכתובה – ולכן מגבילה – את גדרי האפשרי, אלא גם מבטיחה את האפשרות לשינוי.⁷⁷ והרי שינוי, מזכיר לנו פרוקציה, נמצא ביסודה של תרבות חוזית.⁷⁸

76 DAVID KAUFMANN, THE BUSINESS OF COMMON LIFE viii (1995); DAVID WAYNE THOMAS, 76

CULTIVATING VICTORIANS: LIBERAL CULTURE AND THE AESTHETIC 25 (2004)

77 על תרבות באופן כללי כמבנה של מגבלות אשר ערב גם להתפתחות, לתנועה ולשינוי ראו,

למשל: STEPHEN GREENBLATT, THE GREENBLATT READER 14 (Michael Payne ed., 2005)

78 פרוקציה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 75.