

כסף והמשפט: כיצד משפיעה התפיסה של כסף על התאוריה המשפטית

מאת
עמרי גולדוין, איל גלזר וענבל תמיר*

תקציר

אנו נוטים לחשוב על ערכי יסוד, כמו חיי אדם ושלמות הגוף, כדברים שאינם ניתנים לביטוי בכסף; ניתן אף לומר, כי זהו חלק ממה שהופך "ערך יסוד" לכזה. מנגד, חלק אינטגרלי מההגנה על אותם ערכי יסוד כולל את החיוב בפיצוי כספי על הפגיעה בהם. נראה אפוא כי לפנינו פרדוקס: בעת הפיצוי על ערך יסוד שנפגע אנו נותנים לו ביטוי בכסף, וכך פוגעים בעצם היותו "ערך יסוד"; בד בבד, הימנעות מפיצוי על הפגיעה תחליש בהכרח את ההגנה על אותם ערכים החשובים לנו מכול.

המקור לפרדוקס זה, כמו גם לבעיות תאורטיות-משפטיות רבות, טמון, כך נטען, בהבנה שגויה של כסף. המאמר טוען כי ההבנה המקובלת של כסף – כאמצעי אבסטרקטי ו"שקוף", שעיקר פעולתו היא הפשטת אובייקטים וטובין שונים מערכם האיכותי, והמרתו לערך כמותי בלבד – אינה מספקת. בניגוד לגישה זו, המאמר מציג תפיסה פלורליסטית של כסף. לפי הגישה המוצעת, כסף נושא משמעויות נורמטיביות שונות בהקשרים שונים, בין היתר כתלות במערכת היחסים שבה מועבר הכסף ובייעוד שהכסף נועד למלא. כלומר, במקרים מסוימים ההבדל בין כספים שונים איננו רק כמותי, אלא גם איכותי. תפיסה זו, כך נטען, מספקת תיאור מדויק יותר של השימוש שלנו בכסף, מקנה נקודת מבט מרעננת על מגוון סוגיות תאורטיות-משפטיות

* בוגרי הפקולטה למשפטים על שם בוכמן באוניברסיטת תל אביב. תחילתו של מאמר זה בעבודה שהוגשה בקורס "הנדסה משפטית של אי-שוויון" בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב. חלקים מהמאמר הם פיתוח של עבודה שהוגשה בקורס "סעדים במשפט הפרטי" בפקולטה זו. אנו מודים לחנוך דגן, לחמי קריכלי כץ, לרועי קרייטנר, לאביחי דורפמן, לצילי דגן ולאלון הראל על הערות שסייעו לכתיבת המאמר. תודה לעורכת "עיוני משפט" נוגה בן צבי ולחברי המערכת עידו בן מאיר, ים רוזנבאום ודן וויטנקו על עבודת עריכה שסייעה לשיפור המאמר.

ומאפשרת להתמודד עם בעיות שאינן ניתנות לפתרון במסגרת הגישה המסורתית.

המאמר פותח בהצגת "הגישה המסורתית" לכסף, ולאחר מכן מציג את "הגישה הפלורליסטית" ומבסס את עדיפותה. בהמשך מוצגים יתרונותיה של הגישה הפלורליסטית באמצעות דיון בפיצויים על נזקי גוף. בחלק זה בוחן המאמר את מגבלותיהן של תאוריות משפטיות קיימות בתחום, מגבלות אשר נובעות, לפי הנטען, מהסתמכות – מפורשת או משתמעת – על תפיסה מסורתית של כסף, ומראה כי הגישה הפלורליסטית מאפשרת לפתור בעיות יסודיות אלה. לבסוף פונה המאמר לכמה יישומים משפטיים נוספים של הגישה המוצעת.

- הקדמה: למה לחשוב על כסף? 249
- א. מה זה כסף? 251
1. תאוריה של כסף – הגישה המסורתית 252
- (א) הגישה המסורתית – מבט כללי 252
- (ב) הגישה המסורתית – ביטויים בתאוריה המשפטית 257
2. תאוריה של כסף – הגישה הפלורליסטית 259
- (א) פלורליזם של כספים – שלושה ממדים 260
- (ב) פלורליזם של כספים – ספרות הערכה 266
- ב. השפעת הדיון בתאוריה של כסף על התאוריה של פיצויים על נזקי גוף 272
1. תזת הרצף בניסוח החזק 273
- (א) תזת הרצף בניסוח החזק – מבט כללי 273
- (ב) תזת הרצף בניסוח החזק – התמקדות בכסף 277
2. תזת הנתק 278
- (א) תזת הנתק – מבט כללי 278
- (ב) תזת הנתק – התמקדות בכסף 279
3. תזת הרצף בניסוח החלש 281
- (א) תזת הרצף בניסוח החלש – מבט כללי 281
- (ב) תזת הרצף בניסוח החלש – התמקדות בכסף 282
- ג. יישומים אפשריים נוספים של המחשבה על כסף במשפט 284
1. מי נותן את הכסף? פלורליזם יחסני והחשיבות של זהות הצדדים 284
- (א) הבחנה ראשונה בין הפרטי לציבורי: הפרדה בין דיני הנזיקין ומערכת המס 285
- (ב) הבחנה שנייה בין הפרטי לציבורי: שכר מינימום 286
- (ג) המזיק שמעביר לניזוק 288
2. למה נותנים את הכסף? פלורליזם ייעודי וכספי פיצויים 289
- סיכום 292

"שני דגים צעירים שוחים להם ביחד
ופוגשים במקרה דג מבוגר יותר ששוחה
לכיוון השני, מהנהן לעברם בראשו
ואומר, 'בוקר טוב, בחורים. איך
המים?'. ושני הדגים הצעירים ממשיכים
לשחות כמה זמן, ואז לבסוף אחד מהם
מביט באחר ואומר, 'מה זה לעזאזל
מים?'¹

הקדמה: למה לחשוב על כסף?

חשבו על הפרדוקס הבא: אנחנו נוטים לחשוב שלבני אדם יש ערך יסודי, הנגזר מעצם היותם אנושיים ואינו ניתן להמרה או לרדוקציה לערכים אחרים. המחשבה הזו עומדת באופן מובלע בבסיס רעיונות כמו "כבוד האדם" או "זכויות אדם", ומעידה על התפתחות היסטורית שהפכה אקטים כמו מכירת אדם בכסף או כפרה על הריגתו בכסף לתרחישים שאינם מתקבלים על הדעת.² מאותה מחשבה נובע גם הרעיון, שערכים אנושיים מסוימים ומאפיינים מסוימים של "האנושי" אינם ניתנים לרדוקציה לסקאלה אחרת (ולמעשה כלל אינם ניתנים להעמדה על סקאלה כלשהי), בפרט לא לסקאלה כמותית של כסף. ואולם מציאות החיים מלמדת, שאנחנו דווקא נוהגים לפצות בכסף על פגיעה בערכים אנושיים.³ בכך נראה שמגולמת הבנה שלפיה ניתן, בדרך כלשהי, להעביר את הערכים הללו רדוקציה למונחי כסף, שהרי אחרת לא ברור מדוע שננהג כך, ואף יותר מכך – שנראה בכך התנהגות מוצדקת. נראה אפוא שאנו פועלים בניגוד להנחה הנורמטיבית שלפיה "האנושי" אינו ניתן לרדוקציה. ואולם אם ננסה לפתור את הבעיה, ניקלע לפרדוקס שנכנה כאן "הפרדוקס של זימל".⁴ נניח שאנו דבקים בהנחה שערכים אנושיים יסודיים אינם ניתנים לרדוקציה למונחי כסף. אם כך, מתבקש כאמור שלא נפצה על פגיעה בהם באמצעות כסף. ואולם במצב כזה ניתקל בבעיה: מחד, אם

- 1 דיוויד פוסטר וואלאס אלו הם מים 1-2 (אסף גברון מתרגם 2017).
- 2 לניסוח קלאסי של עמדה זו, ראו אצל עמנואל קאנט: "בממלכת התכליות יש לכל דבר או מחיר או ערך פנימי. כל דבר שיש לו מחיר, אפשר לשים תחתיו דבר אחר בתור אקויוולנט שלו; וכל דבר שהוא נעלה על כל מחיר, ז"א אי אפשר שיהיה אקויוולנט כנגדו, לו ערך פנימי", ובהמשך הוא מוסיף, "והאנושות כבעלת יכולת מוסרית, היא הדבר שיש לו לבדו ערך פנימי" (עמנואל קאנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות 108-109 (מהדורה שנייה, שץ שטין עורך, מ' שפי מתרגם 1988)).
- 3 הכוונה כאן (ובהמשך) היא כמובן לפיצוי על פגיעה בערכים שאינם כספיים, או שאנחנו נוטים לראות בהם כאלה שאי אפשר או שלא ראוי לאמוד במונחים כספיים.
- 4 הבעיה המתוארת זכתה להצגה מאירת עיניים בספרו של הסוציולוג גאורג זימל: GEORG SIMMEL, THE PHILOSOPHY OF MONEY 363-371 (Tom Bottomore & David Frisby trans., 3rd ed. 2004) (להלן: SIMMEL, THE PHILOSOPHY OF MONEY).

נימנע כליל מפיצוי עליהם בכסף, תיחלש משמעותית ההגנה על הערכים החשובים ביותר עבורנו, ואולי אף לא תתאפשר בכלל; מאידך, אם נבחר לפצות עליהם בכסף, נפעל באופן שאינו קונסיסטנטי עם ההנחה האמורה, ונפגע פגיעה ממשית ביחס אל אותם ערכים כערכים יסודיים, ייחודיים ונעלים.⁵

ניתן לחשוב על הפרדוקס הזה ועל פתרונות אפשריים עבורו במגוון דרכים. ואולם מהלך מקדמי של מאמר זה יהיה להסביר מדוע חשוב לחשוב עליו בכלל. במילים אחרות, מטרה ראשונה של המאמר היא להסביר מדוע חשוב לחשוב על העובדה שכסף הוא האמצעי שמשמש במשפט לשם מתן פיצויים, ועל הבעיה שמתעוררת מניה וביה עקב השימוש בו.

זירה מרכזית שבה יעסוק מאמר זה תהיה תאוריה של משפט פרטי.⁶ תאוריות שונות של משפט פרטי חלוקות ביניהן בשאלה מהי מטרתו, הן כעניין נורמטיבי (כלומר, מהי המטרה הרצויה) והן כעניין דסקריפטיבי ופרשני (כלומר, מהי המטרה המצויה, או מהו האור הטוב ביותר שבו ניתן להציג את המשפט המצוי). בהתאם, התאוריות השונות, בפרט בדיני הנזיקין, חלוקות ביניהן גם בשאלה מהו התפקיד של פיצויים בהגשמת מטרה זו. ואולם דומה כי על אף המחלוקות באשר לתכלית המשפט ולתכלית הפיצויים, התאוריות השונות חולקות "נקודת עיוורון" משותפת, והיא היעדר התייחסות מעמיקה למשמעות של כסף – האמצעי שבו המשפט משתמש כדי להעניק פיצויים. קחו למשל את קבוצת התאוריות הדומיננטית של "צדק מתקן", שלפיהן מטרת דיני הנזיקין היא השבת המצב לקדמותו; מטרה זו תוגשם באמצעות פיצויים כספיים, אשר ביכולתם – כך לפי התאוריה – להשיב את האיזון הנורמטיבי שבין המזיק לניזוק.⁷ תאוריות של צדק מתקן אינן נדרשות להשפעת המשמעויות של כסף על האפשרות להגשים את מטרת דיני הנזיקין (כפי שהן עצמן מגדירות מטרה זו).⁸ כך גם באשר לתאוריות שעבורן המטרות שונות לחלוטין, כמו למשל התאוריה שלפיה מטרת הפיצויים היא לעשות וינדיקציה (אשרור) לזכות שהופרה, להכיר בה ולהעביר מסר.⁹

ההתעקשות על כך שהתאוריות השונות אינן עוסקות במשמעות של כסף ובפרדוקסליות שלו היא חשובה. בחלק מהמקרים, כפי שנראה בהמשך המאמר בנוגע לצדק מתקן ובנוגע לתאוריה הווינדיקטיבית, אי-ההידרשות התאורטית לשאלת המשמעות של כסף, משפיעה על עצם האפשרות של אותן תאוריות להצדיק ולהסביר

5 שכן בהתאם להנחה, יחס זה דורש לראות בהם לא-המירים לערכים אחרים, ובפרט לכסף. נדגיש כי הנחה זו אומנם אינה מחייבת, אך היא אינטואיטיבית למדי, ואין באפשרותנו להגן עליה בגדרי מאמר זה.

6 עם זאת המאמר אינו מוגבל למשפט הפרטי ויבחן דוגמאות גם מענפי משפט נוספים, למשל מהמשפט הפלילי. ראו בעניין זה להלן בפרק ג.

7 ראו למשל ERNEST J. WEINRIB, CORRECTIVE JUSTICE 109-110 (2012) (להלן: WEINRIB, CORRECTIVE JUSTICE); ARTHUR RIPSTEIN, PRIVATE WRONGS 234 (2016).

8 ברובם המוחלט של המקרים, למעט חריג אשר יוצג בהמשך.

9 ראו למשל, Stephen A. Smith, *Duties, Liabilities, and Damages*, 125 HARV. L. REV. 1727, 1753-55 (2012) (להלן: Smith, *Duties*).

מתן פיצויים במשפט. אם כך, הרי אי־הידרשות זו משפיעה על כוח השכנוע וההסבר של התאוריה בכללותה. במילים אחרות, הידרשות לשאלות על אודות הכסף כאמצעי למתן פיצויים מעמידה בפני חלק מהתאוריות אתגר לא־עבירי. במקרים אחרים, אופטימיים יותר, הידרשות למשמעות של כסף דווקא יכולה להוסיף כוח לתאוריה מסוימת על פני אחרות. לצד החשיבות התאורטית, יש לעיסוק בשאלת הכסף גם חשיבות מעשית בהקשר של פיצויים. הואיל ופיצוי על פגיעה בערכים שאינם כספיים היא פרקטיקה שמתבצעת במשפט תדיר, הרי יש חשיבות לכך שנבין מה אנחנו עושים כאשר אנו מפצים בכסף; שכן הפיצוי יכול להשתנות לנוכח תשובות שונות על השאלה מה אנחנו עושים, או מה אנחנו יכולים בכלל לעשות, כאשר אנחנו מפצים בכסף על פגיעה בערכים שאינם כספיים.

מהלכו של מאמר זה לא יתמצה רק בהצגת החשיבות של אימוץ תאוריה נכונה של כסף בהקשר של פיצויים. כפי שנמחיש באמצעות מגוון דוגמאות, חשיבה על כך שכסף הוא אמצעי דומיננטי בפרקטיקות משפטיות רבות ואימוץ תאוריה מדויקת של כסף מאפשרים להסביר מגוון דוקטרינות משפטיות שמעוררות אתגרים תאורטיים. כמו כן, יש באלו פוטנציאל להעשיר את הדיון התאורטי-משפטי בתחומים שונים, ולתרום למחשבה על עיצובם הראוי של הסדרים משפטיים שונים.

פרק א של המאמר יפתח בהפניית הזרקור לעבר כסף. בפרק זה נציג שתי גישות אפשריות להבנה של כסף: הראשונה, שנכנה "הגישה המסורתית", גורסת שכסף הוא תמיד דבר שקוף, מופשט ומפשיט, המפרק דברים בעולם מההבדלים האיכותיים ביניהם, ומעמיד אותם על סקאלה כמותית אחידה; את הגישה השנייה, שבה נצטרך, נכנה "הגישה הפלורליסטית". לפי גישה זו, כסף הוא דבר שנטען במשמעויות שונות ומגוונות בהקשרים שונים, בהתאם לשימוש בו בפרקטיקות אנושיות. פרק ב של המאמר יראה כיצד ההתמקדות בכסף משפיעה על התאוריה של פיצויים על נזקי גוף. בתוך כך נציג שלוש תזות העוסקות בקשר שבין הזכות שנפגעה לבין הסעד שניתן במשפט, נמקם תאוריות שונות של פיצויים על הרצף של שלוש התזות, ונסביר כיצד שאלת הכסף משפיעה על ההבנה של הקשר בין הזכות לבין הסעד, ומכך גם על התמונה התאורטית הכללית בנוגע לפיצויים על נזקי גוף. בפרק זה נבקש גם לחזור ל"פרדוקס של זימל" שעימו פתחנו, ולהראות כיצד תאוריה פלורליסטית של כסף מביאה למעשה להיעלמותו. בפרק ג נציג בקצרה כמה יישומים אפשריים נוספים של הגישה הפלורליסטית לכסף במשפט, וכיוונים לחשיבה מחודשת על שאלות תאורטיות-משפטיות, שיכולים לעלות בעקבות התמקדות במשמעות של כסף, מתוך הבנה פלורליסטית שלו. לבסוף נסכם.

א. מה זה כסף?

התמקדות בכסף כאמצעי לפיצוי על פגיעה בערכים שאינם כספיים דורשת תחילה עיסוק בשאלה "מה זה כסף?". בשאלה זו נעסוק באמצעות הצגת שתי גישות תאורטיות. הגישה הראשונה, שתכונה כאן "הגישה המסורתית", היא הגישה המשותפת לרוב ההוגים המרכזיים שעסקו בתאוריה של כסף, והיא הגישה המקובלת – לפחות להבנתנו

– גם היום. הגישה השנייה, שאותה נכנה "הגישה הפלורליסטית", היא גישה שלא פותחה בהרחבה בספרות. עם זאת, לאחר הצגתה נטען כי אנו סבורים שדווקא אותה יש לאמץ.

1. תאוריה של כסף – הגישה המסורתית

(א) הגישה המסורתית – מבט כללי

"Money is a thing that can be used only by being alienated"¹⁰. דברים אלה, המבטאים תמצית של המחשבה הפילוסופית שנרצה לסווגה כאן כמחשבה מסורתית על כסף, לא נכתבו בידי הוגה מרקסיסט, וגם לא בידי סוציולוג שביקש לתאר את חיי השוק הקפיטליסטי. כתב אותם אולי גדול הפילוסופים בעת המודרנית, Immanuel Kant, בספרו "המטפיזיקה של המוסר". תת־הפרק בספר שכתרתו "מהו כסף?" מונה שני עמודים וחצי, שמצויה בהם באופן צלול המחשבה על כסף כדבר מופשט לחלוטין, נטול ערך כשלעצמו:

"Money represents all goods, since it is conceived as a universally accepted mere means of commerce (within a nation), having no value in itself, as opposed to things which are goods (i.e., which have value in themselves and are related to the particular needs of one or another in the nation)".¹¹

התובנה שלפיה כסף כאמצעי מאפשר מסחר, כמאמר הקלישאה, בין "תפוחים ותפוזים" (ובמילים אחרות, הוא תנאי האפשרות של שוק) עלולה להיראות טריוויאלית. מטרתנו כעת היא לעמוד על כך שהתבוננות מן הסוג הזה בכסף נסמכת על הבנה פילוסופית מסוימת מאוד של כסף, כדבר שהוא, כהגדרת Max Weber, "האלמנט האבסטרקטי והאימפרסונלי ביותר שקיים בחיים האנושיים".¹² רק אפיון זה של כסף, כאמצעי שקוף לחלוטין ונעדר ערך, מאפשר לו לשמש אמצעי להשוואה בין דברים אשר בהיעדרו היו לחלוטין לא־המירים.¹³ כפי שכתב Karl Marx שבעה עשורים לאחר Kant,¹⁴ "Money... like the radical leveller that it is, does away with all distinctions"

10 ספרו משנת 1797 הודפס מחדש כחלק מהקובץ הבא: Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, reprinted in PRACTICAL PHILOSOPHY 434 (Mary J. Gregor ed. & trans., Cambridge Univ. Press 1996), (ההדגשות הוספו).

11 שם (ההדגשות הוספו).

12 Max Weber, *Religious Rejections of the World and their Directions*, in FROM MAX WEBER: ESSAYS IN SOCIOLOGY 331 (H.H. Gerth & C. Wright Mills eds., 1971).

13 המירות היא האפשרות להמיר שני אובייקטים כדי יחידת מידה אחידה, ולמקם אותם על סקאלה לפי אותה יחידת מידה וכך להשוות ביניהם. להרחבה, ראו להלן ה"ש 30.

14 KARL MARX, CAPITAL – A CRITIQUE OF POLITICAL ECONOMY 86 (Fredrick Engels ed., Samuel Moore & Edward Aveling trans., 1887).

ובמקום אחר אצל Marx, כסף הוא שמאפשר "Equation of the incompatible"¹⁵. כסף, אפוא, איננו רק דבר אבסטרקטי, אלא גם דבר שמאפשר פעולת אבסטרקציה, הפשטה של הבדלים איכותיים בין אובייקטים.

אפיונו של הכסף כ"מופשט" ו"שקוף" מגלם בתוכו כמה תכונות בסיסיות, אשר הגישה שנכנה כאן "מסורתית" משייכת לכסף. תכונה מרכזית אחת של הכסף היא האינסטרומנטליות שלו: "הצורה הטהורה ביותר של כלי"¹⁶ כמו כלי עבודה, עצם קיומו וצורתו נקבעים בהתאם למטרות שלשמן הוא קיים ושאותן הוא משמש, כאשר הוא כשלעצמו אינו המטרה.¹⁷ מה שהופך אותו לאמצעי כה אפקטיבי הוא בין השאר הכלליות של השימושים שלו, במובן שהוא משמש – או יכול פוטנציאלית לשמש – כמדיום לחליפין של אין-סוף אובייקטים שונים (מוחשיים ומופשטים), אשר עבור כולם הוא ימלא את אותה הפונקציה בדיוק.¹⁸ כחלק מאותה אוניברסליות, ובאופן חשוב לעניין האפקטיביות של הכסף כאמצעי, הוא אדיש לחלוטין לזהותו של האדם המחזיק בו (זו חלק מהמשמעות של היותו "שקוף") וערכו אינו משתנה בין אדם לאדם, כך שהוא אימפרסונלי¹⁹ ומקיים שוויון פורמלי מוחלט.²⁰ עוד נעיר, כי במסגרת התפיסה

15 .KARL MARX, GRUNDRISSE 163 (Martin Nicolaus trans., 1973)

16 ראו SIMMEL, THE PHILOSOPHY OF MONEY, לעיל ה"ש 4, בעמ' 210.

17 אומנם בעולם המודרני המיקום של הכסף במערך הטלאולוגי מורכב מאוד, ובמקרים מסוימים הוא הופך מאמצעי לתכלית, אולם הוא אף פעם אינו השלב הגבוה ביותר באף שרשרת טלאולוגית (ראו שם, בפרק 3).

18 ראו GIANFRANCO POGGI, MONEY AND THE MODERN MIND 136-38 (1993). מאפיין נוסף של השימוש בכסף שהופך אותו לכה אפקטיבי הוא האפשרות לשמור אותו לאורך זמן ולהשתמש בו בעתיד, בין אם בצורה של חיסכון ובין אם בהעברה בין-דורית. עקרונית, איננו רואים הבדל מהותי בין התפקיד של כסף כמדיום לחליפין בין סחורות מאיכויות שונות לבין תפקידו בחיסכון על פני זמן, משני טעמים: ראשית, הפונקציה של כסף כאמצעי חיסכון לעתיד מבוססת למעשה על היכולת להמיר עבודה בהווה בסחורות או בשירותים בעתיד, ובמובן הזה היא קשורה למעשה לאפיון של כסף כאמצעי המרה בין אובייקטים בעלי מאפיינים שונים. שנית, הפונקציה של כסף כאמצעי חיסכון לעתיד קשורה לשאיפה להשתמש בו בעתיד למגוון של מטרות (כולל מטרות שטרם נקבעו), ובמובן הזה היא קשורה ליכולתו להיות מדיום של חליפין בין דברים בעלי איכויות שונות, משום שאחרת לא היה ביטחון בשימוש המגוון שהוא יאפשר בעתיד.

19 לאימפרסונליות זו שבה הגישה המסורתית מאפיינת את הכסף יש גם פנים נוספות. כך למשל, מובן אחד של אימפרסונליות של כסף שמזוהה בידי הגישה המסורתית הוא אופן השימוש בו – שימוש שניתן לאפיין כמנותק, ניטרלי וקר, כך שהוא אינו מכיל קשר אישי בין האובייקט לבין הסובייקט המשתמש בו, באופן המתאים למצב המנטלי של שימוש באמצעי זמני, להבדיל ממחויבות לתכלית מסוימת. ביטוי נוסף לאימפרסונליות הוא העובדה שהכסף מעצב ומגביל את המחזיק בו (כאישיות שלמה) הרבה פחות מאשר החזקה של טובין אחרים, למשל קרקע או יכולות מסוימות. בניסוח אחר, בהחזקה של כסף הקשר בין ה-having ל-being הוא רופף בהרבה מאשר ברוב צורות ההחזקה האחרות. באופן מעניין, הניתוק של האישיות מהחזקותיו של האדם כפי שמתבטא בהחזקה של כסף יכול לאפשר לאדם הזדמנות גדולה ורחבה יותר לבטא את אישיותו, שכן

המסורתית ובאופן הקשור לתפיסה של כסף כדבר שהוא "שקוף" ונעדר ערך כשלעצמו, הכסף נתפס בתור "a claim upon society"²¹ – תופעה שפועלת על החברה "מבחוץ". בהתאם, התפיסה המסורתית בוחנת ככלל רק את האופן שבו השימוש בכסף משפיע על החברה ועל ערכיה הבסיסיים, קרי, באופן חד-כיווני, ונוטה שלא להתייחס ל"כיוון השני", קרי להשפעה של השימוש של החברה בכסף על מושג הכסף ותפיסתו. פעולה ההפשטה, אשר מתאפשרת הודות לאופיו המופשט ו"השקוף"²² של כסף (לפי הגישה המסורתית), היא גם הדבר המטריד ביותר עבור שורה של הוגים חברתיים, אשר מבטאים חשש מההשלכות של השימוש באותו אלמנט אבסטרקטי על החברה ועל החיים האנושיים. אם אצל Kant כסף תואר במופשטותו בצורה ניטרלית ואף אוהדת (אהדה שהמשיכה גם לתאורטיקנים משפטיים שמזוהים עם המסורת הקאנטיאנית וההגליאנית),²³ הרי ההבחנות של חלק מההוגים החברתיים של ראשית המאה העשרים עגומות בהרבה.²⁴ כסף, אומר Georg Simmel, איננו רק "radical leveller" כהגדרתו אצל Marx, אלא "frightful leveler". לטענתו, כסף, "With its colorlessness and indifference... hollows out the core of things... their specific value, and the incomparability"²⁵.

- ההחזקה אינה מנציחה את כיוון ההתפתחות ואת דרכי הפעולה. Poggi, לעיל ה"ש 18, בעמ' 141-139. עוד ראו Simmel, *The Philosophy of Money*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 325, 341.
- 20 שם, בעמ' 448-446. אלמנט נוסף של האינסטרומנטליות ושל האימפרסונליות של הכסף הוא היות הכסף "חסר היסטוריה". באשר לסכום כסף מסוים, ברוב המקרים אין כל רלוונטיות לשאלה את מי, או עבור מה, הוא שימש. ברגע שהכסף עובר מיד ליד, המחזיק החדש מקבל אותו כדרך חלק, נקי מהעבר. למעשה זהו תנאי הכרחי לתנועה אפקטיבית של כסף, מכיוון שמערכת מוניטרית מודרנית מבוססת בראש ובראשונה על הביטחון שאנשים אחרים יהיו מוכנים להשתמש בכסף באותו האופן. על מנת שלאנשים יהיה את הביטחון הנדרש בכך שהכסף שהם מקבלים יוכל לשמשם בעתיד, ושהכסף שהם נותנים יוכל לשמש לטובת קבלת טובין מסוימים, הם חייבים לדעת שהכסף שהם מקבלים נקי מכל הקשר ושימוש שהתבצע בו בעבר. למעשה, כל תצורה אחרת של יחס בין הכסף לבין העבר שלו תפגע מהותית בביטחון שאנשים זקוקים לו לטובת שימוש אפקטיבי בכסף, ובהתאם תפגע באינסטרומנטליות הייחודית שלו. ראו Roy Kreitner, *Legal History of Money*, 8 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 415, 416-17 (2012).
- 21 Simmel, *The Philosophy of Money*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 176.
- 22 מכאן ואילך, כוונתנו ב"שקוף" היא למכלול התכונות הכוללות אימפרסונליות, אינסטרומנטליות, אוניברסליות וחסר היסטוריה.
- 23 ראו להלן בפרק א.1.(א).
- 24 התמונה בהקשר זה היא כמובן מורכבת, כך שגם במאה העשרים המשיכו הוגים רבים לתפוס כסף, במסגרת התפיסה המסורתית, באור אופטימי יותר. דוגמה מייצגת בהקשר זה אפשר למצוא אצל פרידריך האייק **הדרך לשעבוד** 64-65 (אופיר העברי עורך, אהרן אמיר מתרגם 2001).
- 25 Georg Simmel, *The Metropolis and Mental Life*, in *The Sociology of Georg Simmel* (Kurt H. Wolff ed. & trans., 1950) 414. דאגה זו, שלפיה הכסף באדישותו המובנית הופך את העולם כולו לאינסטרומנטלי, מרדד את ההבדלים האיכותיים שבין דברים בעולם ובכך משטיח גם יחסים אנושיים, מצויה למעשה כבר אצל מרקס, אשר הזהיר שכסף עושה רדוקציה של קשרים

משמעות הטענה על השפעתו של כסף אינה מתמצה באמירה הפשוטה שלפיה ככל שמקומו של כסף בחיים החברתיים עולה, כך אנשים מקדישים את עצמם יותר לעשיית כסף, או מרוכזים יותר בהתעשרות, ופחות בדברים שאינם ניתנים למכירה וקנייה. הטענה של חלק מההוגים שעסקו בהשפעה של כסף עמוקה ומורכבת בהרבה, ולפיה השימוש בכסף כאמצעי הערכה, מעצב את האופן שבו אנו מעניקים ערך לדברים באופן כללי.²⁶ דוגמה מעניינת להשפעה זו של כסף ניתן למצוא אצל Simmel, שמתאר את ה-"wergild": מופע קדום של פיצוי על רצח, שראשיתו באנגליה האנגלו-סקסונית.²⁷ כמתואר שם, באופן היסטורי, סכום הפיצוי על חייו של אדם היה סובייקטיבי ונקבע בידי קרוביו. ואולם מרגע שה-wergild הפך להיות קבוע, ואותו סכום היה משולם לפיצוי בגין מוות עבור אנשים שונים ובמקרים שונים, הרעיון שהתגבש הוא שערכו של האדם עצמו הוא אותו הסכום. Simmel מסביר כי ה-"קיבוע" של ה-wergild הונע בכלל מרצון להשליט רגיעה חברתית וסדר, אולם לשיטתו, נראה שזהו המקור למעבר מהערכה סובייקטיבית ותועלתית של ערך האדם אל עבר המחשבה האובייקטיבית שלאדם – כל אדם – יש ערך מסוים כזה.²⁸

הנקודה החשובה לענייננו בהקשר זה, היא ההשפעה של צורות ההערכה שנקבעות במוסדות החברתיים (במקרה של ה-wergild אלו החוק והמנהג) על האופן שבו פרטים נותנים ערך לדברים בחייהם, עד כדי מתן ערך לחיים עצמם. בפרט, מעניין במיוחד לחשוב על התפקיד של כסף בכינון דרך ההערכה הזאת: הפיצוי הזהה מכונן לפי Simmel את אופן המחשבה הזה, ונראה (הגם ש-Simmel עצמו אינו עומד על נקודה זו במפורש) שרק כסף, בשל האופי המופשט המיוחס לו, יכול להיות האמצעי שמבטיח שהפיצוי אכן יהיה זהה בכל המקרים, ולעצב צורת מחשבה כאמור, שבה ישנו ערך אובייקטיבי-כמותי של חיי אדם.²⁹ דוגמה זו ממחישה את האופן שבו כסף משפיע על מערכת הערכה, ומאפשר טרנספורמציה של מערכת הערכה איכותית למערכת הערכה כמותית אובייקטיבית, באופן שמשטש ומשטיח איכויות ספציפיות. מפרספקטיבה שונה מעט על אותה נקודה, ניתן גם לחשוב על התפקיד הקריטי שהכסף ממלא בחברה המודרנית ביצירת המירות. המירות היא ההנחה שלפיה שתי אלטרנטיבות ניתנות להמרה לאמת מידה כמותית יחידה, אשר באמצעותה יהיה ניתן להשוות ביניהן.

אנושיים. הבורגנות, כך כתבו מרקס ואנגלס בשנת 1872, "Has left remaining no other nexus between man and man than naked self-interest, than callous cash payment". ראו Karl Marx & Friedrich Engels, *Manifesto of the Communist Party*, in *SELECTED WORKS IN ONE VOLUME* 38 (1968).

26 זימל, למשל, מדבר על החשיבות של כסף "במערכת של הערכה". ראו SIMMEL, THE PHILOSOPHY OF MONEY, לעיל ה"ש 4, בעמ' 357.

27 שם. תופעה זו נדונה בהרחבה ובצורה מעניינת אצל WILLIAM IAN MILLER, *EYE FOR AN EYE* 104-29 (2005). מהדיון של מילר ניתן להפיק תובנות דומות יחסית לאלה שניתן לזקק מהדיון של זימל (לפחות בהקשר של עבודה זו).

28 SIMMEL, THE PHILOSOPHY OF MONEY, לעיל ה"ש 4, בעמ' 361.

29 שם, בעמ' 361-362.

במרבית המקרים, כסף הוא המשמש בתור אמת המידה המאפשרת המירות, קרי להפשיט את האלטרנטיבות מערכן האיכותי ולבטא את ערכן בצורה כמותית.³⁰ כך, הוא משפיע מהותית על אופני ההערכה שלנו.³¹ אם כן, צורת המחשבה על כסף שברצוננו לאפיין כ"מסורתית" רואה בו אמצעי אוניברסלי, שקוף לחלוטין, אשר מאפשר להפשיט דברים מההבדלים האיכותיים שביניהם. מחשבה זו, כפי שהראינו, מצויה בין השאר במחשבה הפילוסופית והסוציולוגית על כסף. כעת נבקש להראות, כי היא מושרשת עמוק גם בתאוריה המשפטית העכשווית על זרמיה המגוונים (ובהם זרמי מחשבה שבנושאים אחרים נמצאים בעימות חריף זה עם זה). לצורך כך נביא שלוש דוגמאות לתאוריות מרכזיות, אשר להבנה הזו של כסף יש תפקיד חשוב בהן.

30 ישנו דיון פילוסופי ומשפטי נרחב בשאלת ההמירות של ערכים שונים, הן מבחינה פוזיטיבית והן מבחינה נורמטיבית. לדיונים בהקשרים רלוונטיים, ראו למשל: Joseph Raz, *Value Incommensurability: Some Preliminaries*, 86 PROC. OF THE ARISTOTELIAN SOC'Y 117, 121 (1986); לביקורת על הניתוח של רו, ראו: Donald Regan, *Authority and Value: Reflections on Raz's Morality of Freedom*, 62 S. CALIF. L. REV. 995, 1056-75 (1988). לדיונים נוספים בנושא המירות, ראו: MILLER, לעיל ה"ש 27, בעמ' 161-163; Ruth Chang, *Introduction*, in INCOMMENSURABILITY, INCOMPARABILITY, AND PRACTICAL REASON 1, 1-2 (Ruth Chang ed., 1997); Cass R. Sunstein, *Incommensurability and Valuation in Law*, 92 MICH. L. REV. 779, 798 (1994); Christine Desan, *The Key to Value: The Debate over Commensurability in Neoclassical and Credit Approaches to Money*, 83 LAW & CONTEMP. PROBS. 1 (2020); Elizabeth Anderson, *Practical Reason and Incommensurable Goods*, in INCOMMENSURABILITY, INCOMPARABILITY, AND PRACTICAL REASON, *ibid.*, at 90, 90-109; Martha C. Nussbaum, *Flawed Foundations: The Philosophical Critique of (a Particular Type of) Economics*, 64 U. CHI. L. REV. 1197, 1199-1202 (1997).

31 זימל מסביר, כיצד מבחינה היסטורית המגמה שלפיה אי-אפשר לפצות בכסף פיצוי מלא על חיי אדם אינה סותרת את המגמה של התפרסותו של הכסף בכל תחומי החיים, אלא להפך – היא משלימה אותה. לשיטתו, "It is precisely because money represents the value of incommensurable things and has become more colourless and indifferent that it cannot be used as an equivalent in very special and uncommon conditions where the innermost and (SIMMEL, THE PHILOSOPHY OF MONEY) most basic aspects of the person are concerned" לעיל ה"ש 4, בעמ' 367. למעשה אנו עדים כאן לשילוב בין שתי מגמות מקבילות בהתפתחות ההיסטורית – עליית הערך האינדיווידואלי של האדם כחלק מהרעיונות של כבוד האדם ושל זכויות האדם והפיכתו לסובייקטיבי יותר, ובמקביל חדירת הכסף לעוד ועוד מרחבים בחיים המודרניים (כאשר הוא פועל בתור האמצעי המופשט והמפשיט באופן כה אפקטיבי), מה שהפך אותו לאובייקטיבי יותר ולכן למתאים פחות לשמש פיצוי על פגיעה בערכים אנושיים בסיסיים, כמו למשל גוף האדם. זהו מה שזימל מכנה ה-"increasing inadequacy of money". מובן שהשילוב בין שתי המגמות ממחיש בדיוק את הפרדוקס שבו התחלנו. לדיון מאיר עיניים באשר לשילוב בין שתי המגמות, ראו שם, בעמ' 365-372.

(ב) הגישה המסורתית – ביטויים בתאוריה המשפטית

הדוגמה הראשונה מתבטאת היטב בציטוט הבא: "Money is something that can be used only by being exchanged. It is also an almost universal means, in that it can be exchanged for (almost) any other means" ³². כך כותב Arthur Ripstein, מחשובי התאורטיקנים של המשפט הפרטי, הכותב במסורת הקאנטיאנית. הנחת המוצא של תאוריית הצדק המתקן הנאו-קאנטיאנית היא, שלכל פרט יש זכות בלעדית באמצעים שברשותו (כך למשל, גופו והקניין שלו). כאשר האמצעים שברשות הניזוק – כגון גופו או רכושו – נפגעים, הרי נפגעת זכותו הבלעדית של הניזוק באמצעים שברשותו. לפיכך, בתאוריית הצדק המתקן הניזוק זכאי לקבל כסעד החזקה באמצעים "שקולים", אשר ישיבו את המצב הנורמטיבי לקדמותו, בכך שתושב זכותו הבלעדית באמצעים שברשותו. לפי תאוריה זו, הכסף, בתור "הדבר הקרוב ביותר לאמצעי המשמש לכל תכלית (all-purpose means)", ניתן להבנה כמשיב לצד הנפגע את האמצעים שהוא או היא זכאים להם" ³³. תפיסה זו של הכסף, כאמצעי אוניברסלי שיכול להחליף כמעט את הכול, היא המאפשרת לתפוס אותו כשקול לכל אובייקט שנפגע, באופן שמכונן את הרעיון ולפיו הסעד הכספי הוא פשוט "the right looked at from the other end" ³⁴. האובייקט הניזוק עובר הפשטה מכל תכונותיו האיכותיות, כך שניתן לבטאו – באופן שקול לחלוטין – במונחי כסף (גם במצב שמדובר באובייקט הקשור לליבת האישיות, כמו גוף האדם).

דוגמה נוספת היא מן הניתוח הכלכלי של המשפט, אשר בליבתו עומד ניתוח עלות-תועלת. לשיטתה של גישה זו, החלטה טובה היא החלטה יעילה (שכן היא מקדמת את סך הרווחה או העושר החברתי) ³⁵, והחלטה יעילה היא החלטה שהתועלת ממנה גבוהה מהעלות. ניתוח עלות-תועלת מחייב את הנחת ההמירות, ההנחה שלפיה שתי אלטרנטיבות ניתנות להמרה לאמת מידה יחידה, אשר באמצעותה יהיה ניתן להשוות ביניהן. ³⁶ ללא המרה לאמת מידה שכזו, בחינה "אובייקטיבית" של העלות והתועלת, בעיקר כאשר היא חלה על מקרים מסוגים שונים, תהיה חסרת הגיון. יתרה מכך, ללא אמת מידה כמותית אשר ניתן לבצע בה פעולות מתמטיות בסיסיות, הרעיון המנחה את הניתוח הכלכלי של מקסום רווחה מצרפית יהיה חסר משמעות, שכן הערכים השונים המכוננים את "הרווחה המצרפית" לא יהיו ניתנים כלל לחישוב מצרפי. אמת המידה

32 RIPSTEIN, לעיל ה"ש 7, בעמ' 252.

33 שם, בעמ' 234.

34 Peter Birks, *Definition and Division: A Meditation on Institutes* 3.13, in *THE CLASSIFICATION OF OBLIGATIONS* 24 (Peter Birks ed., 1997).

35 להבחנה בין השניים מתוך גישה המעדיפה את עקרון מקסום העושר, ראו Richard Posner, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, 8 J. LEGAL STUD. 103, 119-27 (1979).

36 ראו למשל Alon Harel & Ariel Porat, *Commensurability and Agency: Two Yet-To-Be-Met Challenges for Law And Economics*, 96 CORNELL L. REV. 749, 749-65 (2011) וכן Margaret Jane Radin, *Compensation and Commensurability*, 43 DUKE L.J. 56, 62-67 (1993) (להלן: Radin, *Compensation*).

המשמשת לצורך זה את הניתוח הכלכלי ברוב הגדול של המקרים היא כסף (חשבו למשל על מודל לרנד הנד, המנחה שופטים להשוות בין הערך הכספי של אמצעי הזהירות שהיה ניתן לנקוט לבין הערך הכספי של הנזק (בתוחלת)).³⁷ קל לראות כי הכסף הוא מועמד אופטימלי לתפקיד, בדיוק בגלל התכונות שמייחסת לו החשיבה המסורתית, קרי היכולת להפשיט אלטרנטיבות וערכים שונים מערכם האיכותי ולהמירם לערך כמותי. כך, מתודת הניתוח המרכזית של הניתוח הכלכלי דורשת מאיתנו להפשיט את האלטרנטיבות שלפנינו מתכונותיהן הממשיות ומערכן עבור סובייקט זה או אחר, ולהשוות ביניהן באמצעות המרתן למונחי כסף.

דוגמה נוספת ניתן למצוא אצל תאורטיקנים של המשפט הפרטי אשר כותבים במסורת ההגליאנית. עבור Alan Brudner, למשל, הכסף משמש בתפקיד הכרחי של הפשטת הערך של אובייקט מתכונותיו הממשיות. תהליך זה הוא חיוני במסגרת המחשבה של Brudner, שכן הוא מהווה תנאי לאפשרות לכך שאדם יתפס במערכת של קניין וחוזים כתכלית כשלעצמו, באופן שבו אנשים יכירו ברצון המופשט שלו, שאינו תלוי באובייקט קונקרטי (להבדיל מרצון פרטיקולרי שקיים בנוגע לאובייקט מסוים). למעשה, זהו העיקרון המארגן והמאחד של העמדה ההגליאנית בנוגע למשפט הפרטי. לפי Brudner, ככל שהבעלות הקניינית היא בזיקה לאובייקט חומרי בלבד, בעל הקניין אינו יכול להיתפס ולקבל הכרה בידי אחר כתכלית כשלעצמו, שכן הוא מקיים תלות באותו אובייקט, תלות שמקורה ברצון פרטיקולרי (כלומר, הרצון בנוגע לאובייקט הקנייני המסוים). לעומת זאת, בעלות קניינית שתאפשר את תפיסתו של בעל הקניין בידי אחרים כתכלית כשלעצמו תהיה רק בעלות בערך החליפין של אותו אובייקט, באופן המתווך בין האדם לבין האובייקט החומרי (כלומר, הבעלות בערך החליפין היא בעלות כאמצעי מופשט, אמצעי שאינו תלוי באובייקט חומרי פרטיקולרי).

על כן, נדרש אמצעי שיוכל להפשיט את ערך החליפין מתכונותיו הפרטיקולריות והממשיות של האובייקט; מכאן תפקידו ההכרחי של הכסף, אשר משמש בשיטתו של Brudner בדיוק לתפקיד זה (The exchange value of one's possession... is expressed more conceptually in terms of something – money – that abstracts from the specific character of all objects).³⁸ ההפשטה הזו, כתנאי הכרחי (ולא מספיק), מאפשרת לפי Brudner לצד לחוזה להכיר באופן מלא ברצון המופשט של הצד השני, אשר אינו תלוי באובייקט מסוים, כך שאותו צד נתפס כתכלית כשלעצמו. הנקודה החשובה לענייננו

37 ראו למשל ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 350-51, 326-28 (2008), וכן ראו WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW 87, 99-100, 102 (1987). כמו כן ראו את מודל ההרתעה, המשווה בין הערך הכספי של הנזק לערך הכספי של הפיצוי GUIDO CALABRESI, THE COST OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS ch.5 (2008).

38 ALAN BRUDNER, THE UNITY OF THE COMMON LAW: STUDIES IN HEGELIAN JURISPRUDENCE 117 (2nd ed. 2013). באופן כללי, ראו שם את הדיון בעמ' 100-118. דיון זה של ברודנר מתבסס בעיקרו על ספרו של הגל משנת 1821, ראו גיאורג וילהלם פרידריך הגל הפילוסופיה של המשפט 88-55 (גדי גולדברג מתרגם 2014).

היא התפקיד שיש לכסף בתאוריה זו – הפשטה של ערך מכל תכונה פרטיקולרית של האובייקט. שלוש הדוגמאות שניתנו כאן ממחישות, כי צורת המחשבה שתיארנו בתור המחשבה ה"מסורתית" על כסף קיימת ומקובלת גם בחשיבה התאורטית-משפטית על כסף (אם במשתמע ואם כהנחת מוצא).

2. תאוריה של כסף – הגישה הפלורליסטית

התפיסה המסורתית ממשיגה כסף כדבר אחד, מופשט ושקוף, אשר יכול לשמש לכל מטרה כמעט. לפי גישה זו הכסף הוא חסר איכות, כך שכספים יכולים להיבדל אך ורק מבחינה כמותית. בהמשך לכך, ובהתאם לתפיסתה בנוגע למשמעותו האחידה והקבועה של הכסף כפי שתוארה לעיל, הגישה המסורתית תופסת כסף בתור מה שפועל על החברה "מבחוץ", ובוחנת את פעולתו באופן חד-כיווני.

כעת נבקש לטעון שמודל חד-צדדי שכזה, אשר מתעלם מהשפעה בכיוון ההפוך – קרי, מהאופן שבו התרבות והפרקטיקות החברתיות משפיעות על עיצובו של הכסף – אינו מספק, משני טעמים. ראשית, ההתייחסות המסורתית לכסף כמקשה אחת אינה תואמת את האופן שבו אנשים ככלל, והמשפט בפרט, משתמשים בכסף במציאות. במילים אחרות, ההתייחסות המסורתית לכסף שגויה מבחינה דסקריפטיבית. כפי שנראה, התאוריה מתקשה להסביר תופעות שונות של הבחנה בין כספים, אינדיווידואליות וקהליות כאחד, וכן שימושים מגוונים שיש לכסף בפרקטיקות חברתיות שונות. שנית, ואולי חשוב מכך, מסגרת החשיבה המסורתית מעוררת קושי גם מבחינה נורמטיבית; היא מובילה לבעיות תאורטיות רבות, ומגבילה את מרחב הפתרונות שניתן להעלות כדי להתמודד עימן. לטענה זו נידרש בהרחבה בחלקים הבאים של מאמר זה.

כדי לספק תיאור מהימן יותר של כסף, וכדי להאיר את ההנחות העומדות בבסיס כמה מהקשיים התאורטיים שהגישה המסורתית מוליכה אליהן, נבקש להציג גישה אחרת, שנכנה כאן תפיסה פלורליסטית של כסף. לפי גישה זו, כסף דווקא אינו דבר חיצוני לחברה ואינו משפיע עליה באופן חד-צדדי בלבד;³⁹ אלא שהחברה יוצקת תוכן בכסף באמצעות פרקטיקות שונות, והכסף בתורו משפיע על פרקטיקות חברתיות, בתהליך מתמשך של היזון דו-כיווני. גישה זו יוצאת נגד ההנחה המסורתית שכסף הוא תופעה הומוגנית ובעלת השפעה קבועה. במקום זה מוצע כי ישנו ריבוי של כספים (או שימושים בכסף), הנבדלים זה מזה הן מבחינה פורמלית, הן ביחסנו המנטלי אליהם והן בתפקידם החברתי או המשפטי, וכי השפעתם על החברה משתנה בהתאם.⁴⁰ במקרים

39 לעמדה המצדדת בטענה זו, ראו למשל NIGEL DODD, THE SOCIAL LIFE OF MONEY (2016).

40 ראו VIVIANA ZELIZER, THE SOCIAL MEANING OF MONEY (1994) (להלן: ZELIZER, SOCIAL MEANING). וראו גם Bruce Carruthers, *The Meanings of Money: A Sociological Perspective*, 11 THEOR. INQ. L. 51 (2010) ("Money-in-theory is perfectly homogeneous; money-in-practice is fraught with internal distinctions, and is carefully separated from sacred objects and certain social relations... money-in-practice comes with many strings and labels attached" (שם, בעמ' 72-73)).

רבים ההבחנה בין כספים, כך נטען, איננה כמותית גרידא, אלא איכותית. על מנת להדגים את הטענה הפלורליסטית, ואת עדיפותה על התפיסה המסורתית, נציג כעת שלושה ממדים שבהם באות לידי ביטוי הבחנות בנוגע לכספים שונים: הייעוד של הכסף (פלורליזם ייעודי), טיב היחסים בין האנשים שביניהם מועבר הכסף (פלורליזם יחסני) וטווחי הזמן שבהם מועבר הכסף (פלורליזם טמפורלי). נדגיש כי שלוש הקטגוריות נועדו רק להמחיש את הטענה שבבסיס הגישה הפלורליסטית, וכי הן אינן בגדר רשימה ממצה; בהחלט ניתן לחשוב על ממדים נוספים שבהם באה לידי ביטוי ההבחנה בין שימושים שונים בכסף בפרקטיקות חברתיות שונות. עוד נדגיש כי ההבחנה בין הקטגוריות איננה קשיחה, ובכל שימוש בכסף יכולים להופיע כמה ממדים של פלורליזם גם יחד; כפי שנראה, הם אף משפיעים זה על זה.

בהמשך לכך, בסעיף השני של פרק זה, לאחר שנמחיש את הרעיון שבבסיס התפיסה הפלורליסטית המוצעת, נבקש למקם את התפיסה הפלורליסטית בהקשר רחב יותר – ביחס לדיון בנושא של אופני הערכה בכלל, ושל "ספרות הערכה" בפרט. בתוך כך, נדגים כמה מן הקשיים שהתפיסה המסורתית של הכסף מעוררת בנוגע לדיון זה. כמו כן, נבחין בין התפיסה הפלורליסטית של כסף המוצעת במאמר, לבין תפיסות פלורליסטיות הנוגעות לאופני ההערכה בספרות שונות, אשר הוצעו בספרות בשנים האחרונות. בתמצית, נטען כי תפיסות אלה אומנם עושות כבוד דרך מסוימת מהתפיסה המסורתית, אך הן עדיין משמרות את הדוגמה המסורתית שלפיה לשימוש בכסף בהקשרים שאינם כלכליים יש השפעה יחידה – בדרך כלל שוקית-משחיתה – ועל כן אין ביכולתן להתמודד עם מקרים מורכבים, שבהם העברות כספיות שלובות בתוך פרקטיקה חברתית שאינה כלכלית. התמודדות עם מקרים אלה דורשת, כך נטען, תפיסה פלורליסטית של כסף, לא רק של אופני הערכה. לאורך הפרק ננסה לחדד את התובנה שלפיה עלינו לאמץ תאוריה פלורליסטית של כסף, שכן התפיסה המסורתית, כמו גם הפיתוחים שהוצעו לה לאורך השנים, אינה מספקת מבחינה דסקריפטיבית; דווקא התפיסה הפלורליסטית מצליחה היכן שהתפיסה המסורתית נכשלת.

(א) פלורליזם של כספים – שלושה ממדים

על מנת להמחיש את טענת הגישה הפלורליסטית, שלפיה כסף אינו דבר אחיד ושקוף, נציג כעת שלושה ממדים שבהם מתבטאת הבחנה איכותית בין כספים שונים, ובין שימושים שונים שיש לכסף: פלורליזם ייעודי, פלורליזם יחסני, ופלורליזם טמפורלי. נציג תחילה את ההבחנה בין כספים בהתאם לייעוד שהכסף נועד לממש. כך, ביסוד התפיסה הפלורליסטית עומד הרעיון שלפיו אנחנו עושים פעולה של "ייחוד" לכספים שונים, אשר משפיעה על האופן שבו אנחנו משתמשים בהם. אפשר לאתר מקור לרעיון זה במחקרים אנתרופולוגיים אשר הראו שבקהילות מסוימות נהוג להבדיל לא רק בין כמויות של כסף, אלא גם בין איכויות של כסף.⁴¹ בקהילות אלה נעשה

41 ראו למשל: George Dalton, *Primitive Money*, 67 AMERICAN ANTHROPOLOGIST, NEW SERIES 44, 52-59 (1965).

לעיתים שימוש בכמה סוגי כסף במקביל, אשר כל אחד מהם מיועד למטרה ספציפית בלבד. כך, סוג כסף אחד שיש בו שימוש בקהילה מסוימת עשוי להתאים לקניית אוכל אך להיות לחלוטין לא-ראוי לרכישת קרקע, וסוג אחר עשוי לשמש בלעדית לקניית מתנות חתונה.⁴² בכל הנוגע לשימוש בכסף בקהילות אלה, השאלה החשובה איננה רק בכמה כסף מדובר, אלא באיזה כסף מדובר. לעומת זאת, את הכסף המודרני נהוג להגדיר בתפיסה המסורתית על דרך הניגוד, כ-"all-purpose money" – כסף אחיד לכל מטרה. על כך ברצוננו לערער. כפי שנראה, גם כיום בחברה שבה אנו חיים אנחנו מייחדים כספים למטרות שונות, ובהתאם משתמשים בהם בצורות שונות. על מנת להראות את מובחנותם של כספים שונים בהתאם לייעודם, אפשר לעמוד תחילה על כך שאנו נוהגים לבצע "חשבונאות מנטלית", אשר במסגרתה אנחנו מייצגים מראש כספים שברשותנו לשימושים ספציפיים. משפחות רבות, למשל, אינן מנהלות את הכנסותיהן כקופה אחת המתאימה לכל מטרה, אלא מחלקות אותן לתתי-קופות המיועדות למטרות ספציפיות – תשלומי בתי ספר, שכר דירה, אוכל, פנסיה וכדומה.⁴³ בדומה לכך, גם מוסדות, ממשלות ותאגידים מקצים כספים שונים למטרות שונות, ויוצרים הפרדה קשיחה בין אותם כספים (למשל במסגרת בניית תקציב). גם המקור שממנו הגיעו הכספים משמש אותנו להבחנה ביניהם. באופן דומה ל-"special-purpose money" הקהילתי, גם בחברה המערבית מקובל עדיין להבחין בין כספים "טובים" לכספים "רעים". כך, אנחנו מכנים למשל כספים שהגיעו מפרקטיקות לא-מוסריות בכינויים כמו "כספים מלוכלכים", ובהתאם נוהגים מקבלתם. גם בתוך התחום ה"נקי" אפשר למצוא דיפרנציאציה והבחנה בין כספים: כך למשל, ניתן לחשוב על האופן שבו אנשים מסוימים מתייחסים ביראת כבוד לכספים שקיבלו בירושה, ומשתדלים להשאירם בחזקת המשפחה, או על האופן שבו אנשים יימנעו מלהשתמש בכספים שקיבלו כמתנת יום הולדת כדי לשלם על הוצאות יום-יומיות דוגמת שטיפת הרכב. מחקרים שונים אף מצאו, שבמקרים מסוימים אנשים שחוסכים במאמץ רב כספים שהגיעו ממקור אחד ושימשו לייעוד מסוים, נוהגים בה בעת בפזרנות בכספים שהגיעו

42 כספים אלה, אשר קרל פולני כינה "special-purpose money", נבדלים לא רק בייעודם, אלא גם באופן שבו הם נסחרים ולעיתים אף בזהות האנשים שיכולים לסחור בהם. ראו Karl Polanyi, *The Economy as an Instituted Process*, in *TRADE AND MARKET IN THE EARLY EMPIRES* 64 (Karl Polanyi, Conrad M. Arensberg & Harry W. Pearson eds., 1957). כך למשל, בקהילה קטנה המתגוררת באי רוסל שליד אוסטרליה היה בעבר שימוש במטבעות פחותי ערך לצד השימוש במטבע הראשי, אשר יועדו לנשים בלבד. ראו ZELIZER, *SOCIAL MEANING*, לעיל ה"ש 40, בעמ' 21.

43 תופעה זו מכונה "mental accounting", והיא זכתה להתייחסויות רבות בספרות. ראו למשל Chip Heath & Jack Soll, *Mental Budgeting and Consumers Decisions*, 23 J. CONSUMERS RES. 40 (1996); Drazen Prelec & George Loewenstein, *The Red and the Black: Mental Accounting of Savings and Debt*, 17 MARKETING SCI. 4 (1998); Richard Thaler, *Mental Accounting Matters*, 12 J. BEHAV. DECISION MAKING 183 (1999); Richard Thaler, *Mental Accounting and Consumer Choice*, 4 MARKETING SCI. 199 (1985).

ממקור אחר, ולא שימשו לאותו ייעוד.⁴⁴ תופעות אלה אינן ניתנות להסבר במסגרת תפיסה מסורתית של כסף.

ההבחנה בין כספים שונים בהתאם לייעוד שהם מממשים אינה מתבטאת רק ברמה הפסיכולוגית-אינדיווידואלית, אלא גם ברמה החברתית. אפשר להמחיש זאת באמצעות מגוון רחב של דוגמאות, אך נסתפק בשתיים. חשבו למשל על סיטואציה שבה מעסיק מגיע כאורח לחתונתו של עובד. בסיטואציה הנוהגת מקובל כי המעסיק יעניק לעובד מתנה (בכסף או שווה כסף). כעת דמיינו, כי את אותו סכום כסף בדיוק היה המעסיק מוסיף לשכר החודשי של העובד. דומה כי התנהגות זו תיראה חריגה או מוזרה מבחינה חברתית. יתרה מזאת, כלל לא בטוח שאפשר להבין התנהגות זו ושנוכל להבין את סכום הכסף שהתווסף לשכר כ"מתנה", שכן ההקשר שבו ניתן סכום כסף זה אינו מתאים לכך. ואולם תפיסה מסורתית של כסף תתקשה לתת הסבר מספק להבדל זה, שכן בתפיסה זו הכסף עצמו הוא שקוף ונעדר משמעות, ולמעשה ניתן להבחין רק בהבדלים כמותיים ולא בהבדלים איכותיים בין "כספים" שונים. דוגמה זו ממחישה כיצד אותו סכום כסף בדיוק, במסגרת אותה מערכת יחסים, יכול לקבל משמעויות שונות בהתאם לייעודים השונים שהוא נועד לממש ולהקשר שבו מתבצעת העברת הכספים.⁴⁵

נחשוב על דוגמה נוספת, הפעם בזירה המשפחתית. במשפחות רבות נהוג כי הורים מעניקים לילדים סכום כסף כלשהו – דמי כיס – בתמורה לסיוע בעבודות הבית, למשל כיסוח הדשא, שטיפת המכונית וכדומה.⁴⁶ כעת נדמיין, שבמקום להעניק את סכום הכסף לילד בכל פעם שהוא יבצע מטלה בבית, ההורים ינהלו רישום ויוסיפו את התשלום עבור מטלת הבית לחלקו של הילד בירושה. תיאור כזה מעורר לכל הפחות אי-נוחות, ונראה כי במובן מסוים אנחנו נתקשה להבין את התנהגות ההורים. ואולם, תפיסה מסורתית של כסף אינה מסייעת לנו להבין או להסביר מדוע יש הבדל בין סכומי הכסף הניתנים בכל אחד מההקשרים, ויתרה מזאת, מדוע הוספת הכסף לירושה כלל לא תוכל למלא את הייעוד – החינוכי בדרך כלל – שדמי הכיס נועדו להגשים. הטעם לכך

44 כך למשל, במחקר שנערך באוסלו בשנות השמונים אשר עקב אחר הרגלי הצריכה של נשים שעבדו בזנות, נמצא שבעוד שאת כספי הרווחה שנשים אלו קיבלו מהמדינה הן חסכו בזהירות על מנת לעמוד בתשלומי שכר הדירה והוצאות המחיה השוטפות, הן נהגו בה בעת בפזרנות כלפי הכספים שהרוויחו מעבודת הזנות – אותם הן נהגו לבזבז במהרה על אלכוהול, על סמים ועל מסיבות. ראו ZELIZER, SOCIAL MEANING, לעיל ה"ש 40, בעמ' 3.

45 ויודגש, אין מדובר בהבדל בדבר מה שעבורו ניתן הכסף, שכן גם בתרחיש שבו הכסף "התווסף" לשכר העבודה – אין מדובר בכסף שניתן עבור עבודה. ההבדל אינו מתמצה אפוא ב"שירות" או ב"מוצר" שנרכש בכסף, אלא במשמעות שמוענקת לכסף עצמו בהתאם להקשר הדברים. אי-אפשר לספק הסבר מעין זה במסגרת תפיסה מסורתית של כסף.

46 לדיון מאיר עיניים באינטראקציות כלכליות בתוך המשפחה מן הסוג הזה, ראו Viviana Zelizer, *Kids and Commerce*, 9 CHILDHOOD 375, 381-84 (2002). השאלה אם אכן מדובר בתשלום עבור עבודה היא שאלה מורכבת, שכן ברור שלפחות חלק מהמטרה של האינטראקציה הכלכלית האמורה היא ללמד את הילד על אודות כסף, חיסכון וכולי. ואולם בכך יש דווקא כדי לחזק את טענתנו.

הוא, שבמסגרת התפיסה המסורתית אי־אפשר להחזיק בהבחנות שאינן כמותיות בין כספים בכלל, ובפרט בין סכומי כסף *זהים* המועברים בין *אותם צדדים*. ההבדל בין המצבים נעוץ, אפוא, במשמעות השונה שמוענקת לכסף בשתי האינטראקציות – בהתאם לייעוד שהכסף נועד למלא בכל אחת מהן – הבדל שעליו ניתן לעמוד רק במסגרת תפיסה פלורליסטית של כסף.

הבחנות מסוג זה ניתן למצוא גם בדוקטרינות משפטיות מוכרות, שכן המשפט יוצק תדיר תכנים קונקרטיים שונים לכסף, בהתאם לתכלית השימוש בו. כך למשל, כפי שנרחיב בהמשך, בדיני הנזיקין ישנה הבחנה בין פיצוי תרופתי לפיצוי עונשי, ולפי הפרשנות הנוהגת, לשתי הקטגוריות של כספי הפיצויים מוענקות משמעויות נבדלות. כך, בעוד שהפיצוי התרופתי נועד לתיקון מסוים של הנזק שנגרם, הרי כספי הפיצוי העונשי מיועדים לבסס את המסר הסולד והמעניש של בית המשפט.⁴⁷

ברומה לכך, המשפט הפלילי משתמש בכסף לייעודים שונים מהותית, שבכל אחד מהם הכסף מקבל משמעות נורמטיבית שונה מן היסוד; אותו סכום כסף יכול לשמש לענישה (באמצעות קנס), ובאותה מידה יכול לשמש לפיצוי, שתפקידו לשמש מעין סעד אזרחי. יתרה מזאת, באותו גזר דין יכולים להיגזר במקביל שני סכומי כסף – אחד כקנס ואחד כפיצוי – אשר כל אחד מהם נועד למלא תכלית אחרת, ובהתאם לכך משמעותו הנורמטיבית שונה. דוגמה נוספת אפשר למצוא בהבחנה שבין מקרים שונים של שימוש בכסף לטובת ביטוח או שיפוי של נושא משרה בתאגיד, בהתאם לייעוד שאליו הוקצה בכסף. כך למשל, המשפט מתיר לחברה להקצות כסף לטובת שיפוי או ביטוח של נושא משרה בגין הפרת חובת זהירות ברשלנות, אך לא לטובת שיפוי או ביטוח בגין הפרת חובת זהירות מכוונת.⁴⁸ דוגמאות אלה ממחישות, לפחות באופן ראשוני, כי לאורכן ולרוחבן של הפרקטיקות החברתיות והמשפטיות אפשר למצוא הבחנות בין משמעויות נורמטיביות שונות שכסף מקבל, בהתאם לייעוד שהוא נועד לממש. הבחנות אלה, שהן הבחנות *איכותיות*, ממחישות את הטיעון שבבסיס הגישה הפלורליסטית, ואינן ניתנות להסבר מספק במסגרת התפיסה המסורתית, שלפיה הכסף עצמו אדיש להקשר – ובכלל זה לתכלית שהוא נועד להגשים בהקשר מסוים – ונעדר כל משמעות מובחנת.

כעת נעבור לממד *היחסני* של ההבחנה בין כספים. אופן השימוש שלנו בכסף איננו רק *מושפע* מאינטראקציות חברתיות באופן הקשרי, אלא שסוגי היחסים השונים הקיימים בחברה *מכוונים* אותו, בתהליך דו-כיווני. כך, המשמעות של השימוש בכסף משתנה בהתאם לסוג היחסים שבהם הוא משמש, ומערכות היחסים שלנו בתורן מתעצבות לעיתים – בין היתר – לפי השימוש שלנו בכסף במסגרתן (על כך יורחב בהמשך הפרק). יתרה מזאת, בניגוד להנחה של התאוריה המסורתית שכסף הוא דבר שקוף וקבוע, שפועל על החברה "מבחוץ" ובאופן חד-צדדי, החברה דווקא משנה

47 ראו להלן בפרק 1.1.

48 הבחנה דומה ניתן למצוא בין ביטוח נושא משרה בגין הפרת חובת אמונים שנעשתה בתום לב, שאותו המשפט מתיר, לבין ביטוח בגין הפרת חובת אמונים שלא בתום לב, או קנס, שעליהם המשפט אוסר. ראו ס' 258-263 לחוק החברות, התשנ"ט-1999.

בהתמדה ובמאמץ רב את מנגנוני השימוש השונים בכסף, כדי לעצב יחסים חברתיים ויחסי כוחות.⁴⁹ כדי להמחיש זאת אפשר למנות בין היתר את המקרים הבאים: הייחוד של כספים כ"מתנה" לביסוס מערכת יחסים של אינטימיות; ייחודם של כספים כ"הלוואה", כדי ליצור יחסי מחויבות ותלות; וייחודם של כספים בתור "טיפ", על מנת להכיר תודה לנותן שירות, אך במקביל גם לבסס יחסי היררכיה ברורים. כל אחת מההעברות הכספיות הללו נושאת משמעות חברתית מסוימת, ומסייעת להגדיר את טיב היחסים שבין הצדדים. זאת ועוד, המשמעות שהכסף מקבל בהעברה במסגרת יחסים מסוג מסוים עשויה להיות לא-מתאימה לחלוטין להעברה במסגרת יחסים מסוג אחר.⁵⁰ תפקידים חברתיים אלה, וההבחנה שהם יוצרים בין שימושים שונים בכסף, נעדרים לגמרי מן התאוריה המסורתית של כסף.

ההבחנה בין כספים בהתאם לאופי מערכת היחסים שבה מתבצע השימוש בכסף קיימת גם במקומות רבים במשפט. דוגמה להבחנה יסודית שכזו, הנמצאת בדוקטרינות משפטיות רבות, היא ההבחנה בין השימוש בכסף במסגרת יחסים שבין פרטים, לבין שימוש בכסף ביחסים שבין המדינה לאזרח. כך למשל, מקובל לחשוב כי יש הבדל נורמטיבי מהותי בין תשלום פיצוי בידי המזיק בגין הנזק שגרם, לבין תשלום הפיצוי בידי המדינה או בידי גוף אחר, וכי ישנה חשיבות לכך שדווקא המזיק הוא מי שיפצה את הניזוק. דוגמה מעניינת לכך עולה ממחקרו של Tom Baker, שמראה כי תובעים רבים בנוזיקין יעדיפו על פי רוב להיפרע מכספי הביטוח של המזיק ולא מכיסו, בשל משמעות שונה שמוענקת לכספים מהמקורות השונים (ואולם במקרים דוגמת נהיגה בשכרות או אונס התובעים יעדיפו להיפרע דווקא מכיסו של המזיק ולא מכספי המבטח).⁵¹ ההבחנה בין שני המצבים, שבהם כמות הכסף שתועבר לניזוק היא זהה,

49 ZELIZER, SOCIAL MEANING, לעיל ה"ש 40.

50 DODD, לעיל ה"ש 39, בעמ' 288. מתוך הגיונות אלה, זליזר מציעה בספרה כי קונפליקטים רבים בנוגע לכסף נובעים ממחלוקת בין הצדדים בנוגע לטיב היחסים שהכסף נועד לסמל. כלומר, שורשו של הסכסוך הכמותי שבין הצדדים נעוץ פעמים רבות בסכסוך איכותי – צד אחד התכוון לייעד לכסף שהועבר משמעות שונה מזו שהתכוון הצד השני. ZELIZER, SOCIAL MEANING, לעיל ה"ש 40.

51 Tom Baker, *Blood Money, New Money, and the Moral Economy of Tort Law in Action*, 35 LAW & SOC'Y REV. 275 (2001). כפי שהמחקר של בייקר מראה, עורכי דין רבים המייצגים תובעים בנוזיקין מודים כי הם מכוונים מלכתחילה לפיצויים מכספי הביטוח ולא מה- blood money, ולטענת רבים מעורכי הדין שבייקר ראיין מדובר בהעדפה שקיימת גם אצל התובעים עצמם. הבחירה לנסות ולהיפרע מכספי הביטוח אינה נוגעת רק לשאלה מאילו כספים ניתן מעשית להיפרע, אלא גם לעובדה שבעיני התובעים ועורכי הדין מדובר בכספים בעלי משמעות שונה (All respondents reported that there are different kinds of money, with different moral values, at stake in personal injury litigation" (שם, בעמ' 285)), בשל הפגיעה היתרה במזיק המחויב לשלם מכיסו. בייקר מראה כיצד במקרים מסוימים, למשל במקרים של נהיגה בשכרות וכן במקרי אונס, דווקא ה- blood money הוא מטרה מצד התובעים הניזוקים. כפי שבייקר טוען, ל"כספי הדם" ולכספי הביטוח יש ערך שונה בסיטואציות שונות, לא רק משיקולים מעשיים של מועד קבלת הכסף אלא גם משיקולים מוסריים שמעניקים ערך שונה לסכומי הכסף השונים: "In an

ממחישה כי ישנו הבדל איכותי בין הכספים, בהתאם לאופי מערכת היחסים שבה הם מועברים.⁵² יש להדגיש, כי ההבדל אינו שבמקרה אחד נגרם למזיק חסרון כס ישיר ובמקרה אחר לא; הכסף עצמו מקבל אצל הניזוקים משמעות אחרת. תפיסה מסורתית של כסף תתקשה להסביר תופעה זו, ולא תסייע לנו להבין כיצד יש הבדל בראייתו של הניזוק בין הכספים, בהתאם למקורם ולמערכת היחסים שבין נותן הכסף ומקבלו.

דוגמה נוספת להבחנה של המשפט בין כספים, בהתאם לזהותו של מעביר הכסף ואופייה של מערכת היחסים שבין הצדדים, נמצאת בהבחנה שבין מימון מפלגה בידי אדם, שאותה המשפט מתיר, לבין מימון מפלגה בידי תאגיד, שעליה המשפט אוסר;⁵³ אותו סכום כסף ייחשב לגיטימי ומותר, או לא-לגיטימי ואסור – בהתאם לאופייה של מערכת היחסים שבה ישתמשו בו. דוגמאות אלה אינן דוגמאות ממצות, כמובן, אלא רק המחשה לכך שהחברה בכלל והמשפט בפרט יוצרים אין ספור הבחנות בין כספים שונים, בהתאם לאופי מערכת היחסים שבה מתבצע השימוש בכסף.

ממד נוסף שבו אפשר למצוא הבחנה בין כספים הוא ממד הזמן. דוגמה אינטואיטיבית לכך נמצאת ברעיון של חוב, שלפיו סכום כסף שלא שולם עד מועד מסוים הופך מ"תשלום" ל"חוב", ומקבל בהתאם משמעויות חוקיות ומוסריות חדשות. דוגמה נוספת אפשר למצוא בהבחנה בין תצורות שכר שונות לעובדים, הנבדלות זו מזו בפרקי הזמן שעל בסיסן הן מחושבות. בעוד שהשכר של עובדים מסוימים מחושב לפי שעה, אחרים מקבלים שכר יומי, ואילו שכרם של אחרים מחושב לפי חודש; כל תצורת שכר כזו משפיעה על מעמד העובד ועל היחסים שבינו לבין המעסיק, בהתאם לעיתוי התשלום. כך למשל, מקובל לחשוב כי שכר חודשי "גלובלי" מכונן יחסי עובד-מעסיק המתאפיינים באמון גבוה יותר מאלו שמכונן שכר הניתן על בסיס שעות, וכי שכר עבודה יומי יוצר תלות גבוהה יותר של העובד במעסיק. זאת ועוד, עיתוי השכר משפיע גם על יכולתו של העובד להסתמך עליו ולתכנן את חייו בהתאם לשכר שהוא צפוי לקבל, כך שיכולתו של עובד המקבל שכר גלובלי לתכנן את חייו גבוהה בהרבה מזו של העובד המקבל שכר יומי, או של עובד המקבל שכר המשולם עבור כל פעולה שהוא מבצע. להבדלים אלה נלוות גם השלכות חברתיות, המתבטאות בכך שה"מעמד" החברתי של עובד המקבל שכר גלובלי שונה ממעמדו של עובד ששכרו קשור ישירות לזמן העבודה שלו.

עד כה הראינו כי כספים שונים נבדלים ביניהם מבחינה איכותית, בין היתר בהתאם לייעוד שהם נועדו לממש בהקשר מסוים, בהתאם לאופי מערכת היחסים שבה הם

ordinary case, blood money appears to be worth less than insurance money (because of the associated delay and moral cost). But, when plaintiffs are 'out for blood', the value of blood money exceeds that of insurance money" (שם, בעמ' 300). בייקר טוען עוד במאמרו, שהראיונות שערך מציעים כי "Tort law in practice has only a tenuous link with the corrective justice theories propounded by legal theorists" (שם, בעמ' 316). הביקורת שלנו על המגבלות של תאוריות צדק מתקן בנזיקין מצטרפות למסקנה זו של בייקר.

52 על נקודה זו נרחיב בהמשך, ראו להלן בפרק 1.1.3.

53 ס' 8(א) ו-8(ב) לחוק מימון מפלגות, התשל"ג-1973.

משמשים ובהתאם לעיתוי התשלום. הבחנות אלה אינן ניתנות להסבר במסגרת הגישה המסורתית, שבה כספים נבדלים זה מזה רק מבחינה כמותית. יתרה מזאת, הן ממחישות כי האופן שבו כסף מקבל משמעות במסגרת פרקטיקות חברתיות ומשפטיות שונות הופך את הכסף לתופעה מורכבת בהרבה מהאמצעי המופשט, המפשיט והשקוף, כפי שמתארת אותו הגישה המסורתית. לגישה הפלורליסטית יש אפוא יתרון מובהק ביכולת לתאר ולהסביר – ובהתאם לכך גם להבין – את השימוש שלנו בכסף.

(ב) פלורליזם של כספים – ספרות הערכה

לאחר שעמדנו על הפלורליזם המאפיין את השימוש בכסף, נדגים כעת כיצד הקשיים הדסקריפטיביים של הגישה המסורתית באים לידי ביטוי גם במסגרת דיונים תאורטיים באשר לאופני הערכה. בסעיף זה נתמקד במקרים שבהם השימוש בכסף הוא חלק אינטגרלי מתחומי חיים שאינם נחשבים "שוקיים", במסגרת דיון ברעיון המקובל במחקר של "ספרות הערכה".⁵⁴ הדיון ישרת מטרה כפולה. תחילה נבקש להציג באמצעותו את מגבלותיה התאורטיות של התפיסה המסורתית, ובהתאם להמשיך ולחזק את התובנה שיש לזנוח אותה. לאחר מכן יאפשר הדיון לחדד את התפיסה הפלורליסטית החלופית המוצעת במאמר, ולהבדילה מגישות אחרות שהוצעו בשנים

54 ביטוי קנוני לתפיסה זו מצוי כמובן בספרו של מייקל וולצר, ראו MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY ch.1 (1983). ראו גם ELIZABETH ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS xiii (1995). אנדרסון ידועה כמי שכתבה על רעיון של פלורליזם של דרכי הערכה (valuations). עם זאת אנו סבורים, כי קשה לקרוא את אנדרסון כמי שחושבת שיתכנו דרכים שונות להבנת המשמעות של כסף, ובמובן זה התפיסה שלה הולמת את מה שמכונה במאמר זה "תפיסה מסורתית", ולא את התפיסה של כסף שאנו מכנים "פלורליסטית". כך למשל, כאשר אנדרסון כותבת על הכסף שעובר בעסקת זנות, היא מציינת כי "The customer's cash payment is impersonal and fully alienable" (שם, בעמ' 154), ונראה שאת התכונה הזו היא מייחסת לכסף ככלל. נראה שיחסה הכללי של אנדרסון לשוק הוא – במונחים שלנו – יחס מוניסטי, למשל כאשר היא כותבת כך: "The norms structuring market relations that govern the production, circulation, and valuation of economic goods have five features that express the attitudes surrounding use and embody the economic ideal of freedom: they are impersonal, egoistic, exclusive, want-regarding, and oriented to 'exit' rather than 'voice'" (שם, בעמ' 145-146). נראה אפוא שתפיסת הפלורליזם של אנדרסון היא תפיסה של ספרות הערכה נפרדות בתחומים שונים של החיים, ולא תפיסה שלפיה ניתן להעריך באופנים שונים את אותו הדבר עצמו – כסף למשל. ואכן, אנדרסון כותבת כך: "Constraints may be needed to secure the robust sphere differentiation required to create a significant range of options through which people can express a wide range of valuations" (שם, בעמ' 143). בפרט בהקשרים הרלוונטיים עבורנו, חשוב לשים לב שלפי אנדרסון, על מנת שיתכנו דרכי הערכה שונות, נדרש שאספקטים שונים של החיים יהיו לא-שוקיים (ובכך ככל הנראה כוונתה היא שלא יועבר בהם כסף): "We can express these valuations only in social spheres governed by non-market norms" (שם, בעמ' 164-165). לסיכום, תפיסת הפלורליזם של אנדרסון שונה שוני יסודי משלנו, שכן היחס שלה לכסף הוא יחס שבמונחי מאמר זה ניתן להגדיר כמוניסטי.

האחרונות, אשר מציגות פלורליזם של אופני הערכה. בתוך כך, נבחר כי התפיסה הפלורליסטית של הכסף צועדת "צעד נוסף" ביחס לגישות אלה, ומאפשרת התמודדות עם מקרים מורכבים אשר אין ביכולתן של הגישות הללו להתמודד עימם. נמחיש את הטענה הכללית בעזרת הדוגמה של הקשר שבין יחסים אינטימיים להתחייבויות כספיות.⁵⁵ פעמים רבות נדרש המשפט להכריע אם ראוי שיעשה שימוש בכסף במסגרת מערכת יחסים מסוימת, ואם יש לאכוף התחייבויות כספיות שנעשו בין צדדים.⁵⁶ כדי להכריע בשאלות מסוג זה, ולקבוע אם ומתי ראוי שיהיה שימוש בכסף במערכת יחסים מסוימת בין צדדים, יש לנסות ולהתחקות תחילה אחר ההשפעה של השימוש בכסף במקרה המדובר – אם על מערכת היחסים עצמה ואם על ערכים חברתיים המושפעים מאותה אינטראקציה; לשון אחר, יש לבחון מהי המשמעות שהכסף מקבל באותו הקשר.

האופן שבו התפיסה המסורתית מתמודדת עם הסוגיה נסמך על הנחה שמזהה את השימוש בכסף עם ספירת השוק בלבד. מהנחה זו נובעות שתי טענות באשר לשימוש בכסף. לפי הטענה הראשונה, המכונה "הספרות הנפרדות", בעוד שתחומי חיים מסוימים מתנהלים תחת היגיון שוקי, תחומי חיים אחרים, כמו היחסים האינטימיים שבין בני זוג או בין הורים לילדיהם, מתנהלים לפי הגיונות מוסריים שהם זרים לשוק לחלוטין – ערכי אישיות, קהילה, דאגה ואכפתיות. כפועל יוצא של טענה זו, לפי הטענה השנייה, המכונה "העולמות העוינים", כל ערוב בין התחומים הללו יביא להשחתתם, ולכן יש לשמור על הפרדה קשיחה ביניהם. שימוש בכסף – וכימות כספי בפרט – יפגע במוטיבציות הפנימיות העומדות בבסיס מערכות יחסים אינטימיות, ואילו הכנסת שיקולים מוסריים לתחום השוקי תוביל לחוסר יעילות.⁵⁷ יש מי שמזהירים

55 המונח "יחסים אינטימיים" אינו מתייחס כאן רק ליחסים זוגיים, אלא בצורה רחבה יותר ליחסים חברתיים שמאופיינים באינטימיות מסוג מסוים. המונח כולל גם יחסי הורים-ילדים, יחסי חברות, יחסים מיניים מזדמנים וכדומה.

56 לפי זלזר, במערכות יחסים שונות ישנן "חבילות יחסיות" (relational packages) – סט התחייבויות כלכליות שעליהן הצדדים מסכימים: מי משלם, על מה, באיזו דרך ובאיזו תדירות. ומתוך מכלול ההתחייבויות האפשריות, המשפט מכיר בקבוצה מצומצמת בלבד בתור קטגוריות יחסים משפטיות, שכפופות לפעולות כמו אכיפה, ענישה ופיצויים. דוגמאות לקטגוריות שכאלה הן למשל יחסי נישואין, יחסי הורה-ילד, יחסי רופא-מטופל או יחסי עובד-מעסיק. כאשר צדדים לסכסוך מגיעים לבית המשפט עליהם לשכנע את בית המשפט שמערכת היחסים שלהם שייכת לקטגוריה משפטית מסוימת, בין היתר על סמך ההעברות הכלכליות שביצעו. ראו VIVIANA (ZELIZER, INTIMACY) (להלן: ZELIZER, THE PURCHASE OF INTIMACY 63 (2005)).

57 טיעון זה מכונה בספרות "hostile worlds argument", והוא מופיע תדיר בהקשרים של הפרטה ושל קומודיפיקציה. לעיתים משתמשים בטיעון זה כדי לטעון שיש להגביל את השוק מלעסוק בתחומים מסוימים, אשר עדיף שיישארו תחת הסדרה מדינתית. ראו למשל, Michael Sandel, *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, in TANNER LECTURES ON HUMAN VALUES 89 (Grethe B. Peterson ed., 2000). מנגד, יש מי שטוענים שהסדרה מדינתית לא תשמור בהכרח מפני קומודיפיקציה. ראו למשל צילי דגן וטליה פישר "על שווים ושווים יותר: הרגולציה של האימוץ" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 93 (ישי בלנק, דוד לוי פאור ורועי

בהקשר זה גם מאפקט דומינו: כאשר תחום מסוים נמצא רק בחלקו תחת היגיון שוקי, ישנו חשש כי ההגיונות השוקיים יזלגו גם לתוך החלק שאינו מתנהל בשוק, כך שלבסוף התחום כולו יפעל תחת היגיון שוקי.⁵⁸ כך למשל, אם נשתמש בשתי דוגמאות שהובאו בספרות, נוכל לומר כך: כאשר יחסי מין נקנים בכסף, הדבר יכול לפגום בהכרה ההדדית הקיימת באופן כללי בין שותפים ליחסי מין – בנוגע למשיכה והעניין שלהם זה בזה – אשר הופכת את יחסי המין לטוב משותף;⁵⁹ וכאשר מתקיים "שוק לתינוקות", המאפשר להביא לעולם תינוק בהליך פונדקאות בתמורה לתשלום או אפילו עבור עמלה סמלית, עשויה להיות לכך השפעה מצננת על המניע האלטרואיסטי של נשים פונדקאיות, אשר מוכנות להשתתף בהליך ולמסור את התינוק לטובת רווחתה של המשפחה המאמצת והתינוק עצמו.⁶⁰ למעשה, עצם ההכרה בכך שיש לשלם סכום קבוע מסוים עבור תינוק עשויה להשפיע על האופן שהחברה כולה "מעריכה תינוקות",⁶¹ ו"להעבירו", לפחות במובן מסוים, מהספירה האינטימית לספירה השוקית.

ואולם, הניסיון ליצור הפרדה חדה בין תחומי חיים ו"ספרות הערכה" שונות, המשתקף בטענות אלה, מאתגר שוב ושוב בידי מופעים היברידיים, המערבבים יחסים אינטימיים ועסקאות כלכליות. נראה שהיחסים שבין הורים לילדים או בין בני זוג, אשר כוללים גם אינטימיות וגם התחייבויות כספיות, דוחים המשגה כוללנית הממקמת אותם בהכרח באחת הספרות. לאורך השנים הועלו אומנם הצעות שונות ליישוב המתח וליצירת איוון בין שתי הספרות, אך הן נשארו לרוב בתוך פריגמט הספרות הנפרדות וכללו רדוקציוניזם מוחלט, שלפיו יחסים חברתיים אינם אלא סחר כלכלי "רציונלי" (כלומר שייכים לספירה השוקית), או לחלופין אינם אלא ביטוי של תרבות או של יחסי כוחות.

אחת ההצעות המעניינות שהועלו בהקשר הזה, אשר נראית נאמנה יותר למציאות, היא שבפועל ישנם תחומי ביניים רבים שבהם מתקיים "incomplete-commodification" – תחומים בעלי ריבוי משמעויות, שמתקיימים בהם ערכי האישיות והקהילה לצד חלק מהגיונות השוק. מדובר במצבים שבהם הצדדים אמנם מעבירים ביניהם כספים, אך

קרייטנר עורכים (2016). כמו כן, ניתן לערער על כך שהשוק נקי משיקולים מוסריים. ראו Avihay Dorfman, *Against Market Insularity: Market, Responsibility and the Law*, 27 CORNELL J. L. & PUB. POL'Y 553 (2018).

58 ראו MARGARET JANE RADIN, *CONTESTED COMMODITIES* 136 (1996).

59 ANDERSON, לעיל ה"ש 54, בעמ' 154.

60 RADIN, *CONTESTED COMMODITIES*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 136.

61 ראו את טענתו של זימל שהוזכרה לעיל, על כך שתשלום סכום קבוע משפיע על האופן שאנחנו תופסים את הערך של טובין מסוים (SIMMEL, *THE PHILOSOPHY OF MONEY*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 360). טענת העולמות העוינים מנחה לעיתים גם את בתי המשפט בהחלטותיהם. דוגמה אחת לכך אפשר למצוא בהחלטות בתי המשפט האמריקניים לאורך השנים בעניין עילת ה-lost consortium, הנוגעת לפיצויים שתובע יכול לקבל ממי שפצע או הרג את בת זוגו ברשלנות. בעוד שבתי המשפט נאותו לפצות על אובדן השירותים החומריים שבת הזוג סיפקה לתובע, ובהם ביצוע מטלות הבית, הם מיעטו להעניק פיצוי על אובדן הקשר הזוגי עצמו בטענה ששימת תג מחיר על הקשר תפגע בערכו הלא-ממוני. להרחבה, ראו ZELIZER, *INTIMACY*, לעיל ה"ש 56.

תיאור האינטראקציה ביניהם אינו יכול להתמצות בערכה הכלכלי.⁶² למעשה, לפי הצעה זו, גם תחומים שנחשבים באופן מסורתי לבעלי אופי שוקי מובהק עשויים להתגלות כתחומי ביניים שאינם מתמצים בערך כלכלי טהור. תחום אחד כזה הוא שוק העבודה. עבור עובדים רבים מקום העבודה איננו רק מקור הכנסה המתקשר לשיקולים תועלתניים, אלא גם אתר של מימוש ושל גאווה אישית; זהו מקום שבו אפשר לבטא את האינדיווידואליות, לבנות מערכות יחסים משמעותיות ולסייע מתוך אכפתיות למקבלי השירות. לפי Margaret Radin גם מערכות יחסים רומנטיות מכילות אספקטים שוקיים לצד אספקטים שאינם שוקיים: לשיטתה, אנשים נכנסים למערכות יחסים הן בשל סיבות כלכליות, והן בשל השיתופיות הבין-אישית הכרוכה בזוגיות, שהיא חלק מהרעיון של שגשוג אנושי. לאור זאת Radin מציעה, שהדרך הנכונה לשמור על הערכים החברתיים הלא-ממוניים אינה להציב חומות בין התחום השוקי לתחום הלא-שוקי, אלא לטפח את האספקטים הלא-שוקיים של הדברים שאנחנו סוחרים בהם. אחד מתפקידיה של רגולציה, לשיטתה, הוא להגביל חלקית את השימוש בכסף בתחומי הביניים כדי להגן על אותם ערכים ולמנוע את אפקט הדומינו שהוזכר, כאשר בכל תחום דרושה

מידת הגנה אחרת בהתאם לסכנה המאפיינת אותו.⁶³ על אף יתרונותיה של גישה פלורליסטית זו, התפיסה הפלורליסטית של כסף המוצעת במאמר זה צועדת צעד נוסף מעבר לה. בעוד שניתן לקבל את הטענה כי תחומי חיים רבים מכילים מגוון אלמנטים שונים שיש לשמרם, התפיסה של Radin מניחה שכדי לעשות זאת יש להגביל בהכרח את השימוש בכסף. כלומר, התפיסה עדיין מניחה את ההנחה המסורתית המקשרת בהכרח כסף לפעילות השוק, וטוענת שבעולמנו הלא-אידיאלי, שבו דה־קומודיפיקציה מוחלטת אינה אפשרית, יש למצוא פשרה ולהציב מגבלות חלקיות על השימוש בכסף וכך "לצמצם את הפגיעה". לעומת זאת, לפי התפיסה הפלורליסטית של כסף המוצעת כאן, לכסף אין השפעה נגטיבית בלבד על המשמעויות הלא-ממוניות, אלא גם השפעה פוזיטיבית. השימוש בכסף יכול במקרים מסוימים לסייע לביסוס המשמעויות הלא-ממוניות, כאשר הוא עצמו נושא משמעות מתאימה. במילים אחרות, התפיסה שאנו מציעים, מציגה עמדה מורכבת יותר: מדובר לא רק בפלורליזם של אופני הערכה בקפדנות חיים שונות, שבהן אופייה של כל ספירה מכתוב את התשובה על השאלה עד כמה יש להגביל את השימוש בכסף במסגרתה, אלא גם בפלורליזם של כסף, שבעזרתו ניתן לבסס את אותן משמעויות ומערכות יחסים של תחומי הביניים, ואף להעריך אובייקטים שונים כאמצעות כסף במגוון דרכים. בניסוח אחר, פלורליזם אמיתי של אופני הערכה הוא כזה שכולל בתוכו פלורליזם באשר לאופני ההערכה האפשריים באמצעות כסף.

אם נשוב לשאלת הקשר שבין יחסים אינטימיים להעברות כלכליות, התפיסה הפלורליסטית של כסף הופכת במובן מסוים את השאלה על ראשה; במקום להכריע אם סוג יחסים מסוים שייך במהותו לתחום השוקי, ובהתאם לגזור מכך אם ראוי להכיר בהתחייבויות ובהעברות כספיות בין הצדדים באותו הקשר, התפיסה מסיטה את מוקד

62 RADIN, CONTESTED COMMODITIES, לעיל ה"ש 58, בעמ' 106-107.

63 שם, בעמ' 107-110.

הדיון להעברות הכספיות עצמן, ושואלת מה תפקידן – האם הן מבטאות במקרה הזה הכנסה של היגיון שוקי "משחית", או שהן בעלות תפקיד אחר? התפיסה שוללת את התחולה המוחלטת של טענת "העולמות העונים" בכל הנוגע לשימוש בכסף, ועומדת על כך שיחסים בין-אישיים – ובכלל זה יחסים אינטימיים – שלובים באופן אינהרנטי בהעברות כלכליות ושימוש בכסף, ולאלו אין בהכרח אפקט משחית על אותם יחסים. אדרבה, פעמים רבות הם מסייעים ליצור דיפרנציאציה, ולשרטט את ההבדלים בין מערכות יחסים מסוגים שונים.⁶⁴

כך למשל, כאשר המשפט מכיר בחובות כלכליות מסוימות החלות במסגרת יחסי נישואין, הוא לא בהכרח פוגע באינטימיות של קשר הנישואין, אלא מבדל ומבחין אותו מקשרים זוגיים אחרים. לפי התפיסה, האפקט המשחית של השימוש בכסף מתרחש רק כשט ההעברות הכלכליות שהתבצעו אינן מתאים לסוג הקשר שהצדדים ביקשו לבסס, או לאופי הפרקטיקה החברתית שבתוכה מתבצעות ההעברות.⁶⁵ כך למשל, סט עסקאות כלכליות שיתאים למערכת יחסים במקום עבודה, כגון מתן בונוס על ביצועים טובים בסוף החודש, עשוי להיות הרסני עבור מערכת יחסים בין בני זוג. חשוב להבהיר כי מובן שאין ברצוננו לטעון שלכסף לעולם אין השפעה משחיתת, אלא רק שלא נכון לומר שיש לו בהכרח השפעה משחיתת; למעשה, כפי שהובהר, לעיתים אף יש לו השפעה מעצימה.⁶⁶

64 סוגיה מעניינת הממחישה טענה זו היא עוולת ה-heartbalm מן המשפט המקובל, שבמסגרתה היה אפשר בעבר לתבוע פיצוי כספי מאנשים שהביאו בכוונה לפירוק הקשר הזוגי של התובע. בתחילת המאה התשע עשרה היו גברים הזכאים היחידים לפיצויים לפי עילה זו, אך לקראת סוף המאה הורחבה הזכאות לפיצויים במקומות מסוימים גם לנשים. תחת טיעון "העולמות העונים" התפתחות שכזו עשויה להיתפס כשליטת, שכן כל פיצוי על פגיעה בקשר זוגי עלול להביא להשחתת ערכו הלא-ממוני של הקשר. אולם אם בוחנים את הסוגיה מפרספקטיבה פלורליסטית שמכירה בחשיבות של העברות כלכליות לכינון יחסים, ניתן לראות בהרחבת הזכאות ניסיון אקטיביסטי להרחיק את קטגוריית היחסים "בעל-אשה", שבה ישנה סימטריה בין הצדדים, מקטגוריית היחסים הא-סימטרית במובהק של "אדון-עבד". ראו Viviana Zelizer, *Money, Power, and Sex*, 18 YALE J. L. & FEM. 303 (2006); Viviana Zelizer, *How I Became a Relational Economic Sociologist and What Does That Mean*, 40 POL. & SOC'Y 145 (2012).

65 בניסוח אחר, האפקט המשחית מתקיים כאשר ישנו שימוש לא-נכון בכסף, כלומר כאשר זו שגיאה בהבנה וביישום של הכלל בפרקטיקה החברתית הספציפית. לדיון ב"עקיבה אחר כלל" באופן שיכול להיות מאיר עיניים להבהרת נקודה זו, ראו לודוויג ויטגנשטיין **חקירות פילוסופיות** ס' 242-185 (עדנה אולמן-מרגלית מתרגמת 2014).

66 יש לציין, כי בספרות ישנה עמדה שלפיה גם כאשר מסתכלים על כסף בהתאם למה שהגדרנו כאן ה"תפיסה המסורתית" של כסף (בצורה חד-ממדית ואימפרסונלית), יכול להיות לו תפקיד שאינו רק משחית אלא אף מעצים. כך למשל, נטען כי בעולם שבו כסף מעניק כבוד, הפיכה של פרקטיקה מסוימת לשוקית יכולה להעניק תחושת ערך לדברים שעשויים להתקבל כמובנים מאליהם כאשר אין משלמים עליהם (עבודות הבית למשל), בעוד שהשאתם מחוץ לשוק עשויה להביא לתת-הערכה שלהם. עוד נטען כי לכסף, אף במובנו המסורתי והחד-ממדי, עשוי להיות ערך מעצים

לסיכום סעיף זה, הגם שניתן לקבל את טענת התאורטיקנים של התפיסה המסורתית במסגרת תזת ה"ספרות הנפרדות", כי הכסף חודר בעת המודרנית ליותר ויותר תחומי חיים ובכך מרחיב את האפשרות לקיים מסחר מצד אחד, אך עלול לפגוע בערכים חשובים מן הצד האחר, יש לערער בה בעת על היקף המסקנה שהם גוזרים מכך. לטענתם, המסקנה המתבקשת היא שיש להגביל את השימוש בכסף בכל תחום שאינו מתנהל על פי היגיון "שוקי טהור", או להשלים עם פגיעה הכרחית המגולמת בו. לשיטתנו, לעומת זאת, השימוש בכסף לא רק מרדד ערכים והופך אותנו מנוכרים, אלא שהוא חלק אינטגרלי ממערכות היחסים שלנו. כסף אכן משמש במקרים רבים אמצעי למסחר; אך במקרים אחרים ובפרקטיקות שונות הוא מקבל משמעויות אחרות, ומשמש דווקא לביסוס יחסים חברתיים שונים, לשמירה על המבנה המשפחתי או הזוגי, או ליצירת אינטימיות ואקסקלוסיביות. לפיכך, בחינה ראויה של השפעת השימוש בכסף על תחום מסוים אינה יכולה להניח אפריורית הבנה ופעולה הכרחית מסוימת של הכסף בנוגע ל"ספרת הערכה" מסוימת; במקום זאת, נדרשת בדיקה רגישה יותר של הצדדים ושל אופי האינטראקציה ביניהם, ובפרט של המשמעות אשר מקובל לייחס לכסף במסגרת אותה פרקטיקה חברתית.

בפרק זה הדגמנו כמה ממדים לבחינת הפלורליזם של כסף. עמדנו תחילה על כך שאנו מייעדים כספים למטרות שונות, ובהתאם משתמשים בהם בדרכים שונות. בהמשך הראינו כיצד כסף יכול לשמש באופן פוזיטיבי לביסוס מערכות יחסים מסוגים שונים, וכיצד משמעותו יכולה להשתנות בהתאם לאופי מערכת היחסים שבה הוא משמש. עוד הראינו, כיצד שימושים שונים בכסף יכולים לקבל משמעויות שונה בהתאם לעיתוי השימוש בכסף. הבחנות אלה, כך טענו, הן הבחנות איכותיות בין כספים שונים. כמו כן, בסעיף השני של הפרק טענו כי הדיון המוכר בנוגע ל"ספרות הערכה" אינו רגיש למגוון הדרכים שבהן אנשים משתמשים בכסף ולמגוון המשמעויות שהוא יכול לקבל, וכי תיאור מהימן של אופני הערכה שונים מחייב הבנה פלורליסטית של כסף. בתוך כך המחשנו את הקושי שבתפיסה המסורתית על פיתוחיה השונים, ואת עדיפותה של הגישה הפלורליסטית המתוארת במאמר זה, המציעה מחשבה מורכבת יותר בנוגע לכסף.

במונחי אוטונומיה, שכן בכך שהוא מאפשר המרה של משאב מסוג אחד למשאב מסוג אחר הוא מגדיל את ספקטרום הבחירה של פרטים ומאפשר להם מוביליות חברתית גדולה יותר. כמו כן נטען שלכסף במובנו המסורתי עשוי להיות ערך במונחי השתתפות דמוקרטית, שכן הפיכה של קבלת החלטות לסחורה שוקית עשויה לאפשר זירות נוספות של השתתפות דמוקרטית. לטענות מסוג זה, ראו Tsilly Dagan & Talia Fisher, *Rights for Sale*, 96 MINN. L. REV. 90, 95-105 (2011).

ב. השפעת הדיון בתאוריה של כסף על התאוריה של פיצויים על נזקי גוף

בפרק הנוכחי של המאמר נבקש להראות כיצד החשיבה שהצענו בפרק הקודם על משמעותו של כסף מאפשרת תובנות חדשות בתאוריה המשפטית. בפרט, נבקש להראות כי תאוריות של משפט פרטי שאינן מקדישות מחשבה לעובדה שכסף הוא אמצעי משמעותי בפעולתו של המשפט, או מניחות כנתונה את מה שכינינו "התפיסה המסורתית" של כסף, עלולות להתקשות להצדיק את הפרקטיקה של מתן פיצויים על נזקי גוף; כפועל יוצא הן גם צפויות להיתקל באתגר הצדקה משמעותי, הניצב בפני התאוריה כולה. לצד האתגר התאורטי, לתובנה זו יש גם חשיבות מעשית: הואיל ופיצוי בכסף הוא פרקטיקה שמתבצעת במשפט כל הזמן, ישנה חשיבות לכך שתגובת תשובה מספקת על השאלה "מה אנחנו עושים כשאנחנו מפצים בכסף", שכן תשובה זו יכולה להשפיע על האופן שבו ייפסקו פיצויים. בפרק זה נבקש להדגים את החשיבות של התמקדות במחשבה על כסף ושל תפיסה פלורליסטית של כסף, דרך המקרה של פיצויים על נזקי גוף.

על מנת לצלול לעומק הדברים, נבקש להציג בפרק זה שלוש תזות נוהגות בנוגע לקשר שבין הזכות שנפגעה לבין הסעד שהמשפט מעניק בעקבות פגיעתה: תזת הרצף החזקה (אשר נייצג באמצעות תאוריית הצדק המתקן),⁶⁷ תזת הנתק ותזת הרצף החלשה (אשר נייצג באמצעות התאוריה של John Gardner). בתוך כך נציג את ההשפעות של התמקדות בעובדה שהפיצוי מתבצע באמצעות כסף ושל התפיסה הפלורליסטית של כסף על שאלת הקשר שבין הזכות לבין הסעד. נבקש להראות כי תאוריה של צדק מתקן, שנשייך ל"תזת הרצף החזקה", מחויבת להנחת המירות בין הערך שנפגע לבין הפיצוי הכספי,⁶⁸ כלומר שתאוריה מסוג זה רואה – או חייבת לראות – בכסף אקוויוולנט פוטנציאלי לכל ערך לא-ממוני שנפגע. בניגוד לכך, תאוריות שנשייך ל"תזת הרצף החלשה" וחלק מן התאוריות שנשייך ל"תזת הנתק" (הרואות בפיצויים כלי לאשרור של קיומן של זכויות) מחויבות בהקשר של פיצויים לאי-המירות, ונוקטות עמדה שלפיה הכסף כלל איננו אקוויוולנט אפשרי לערך הלא-ממוני.⁶⁹ הן התאוריה שנשייך לתזת הרצף החזקה והן התאוריה שנשייך לתזת הנתק מקבלות כנתונה את "התפיסה המסורתית" של כסף; הן עושות כן בין אם הן מאמצות אותה ומשתמשות בכסף כהתאם לתפיסה המסורתית, ובין אם הן דוחות אותה כלא-רצויה, ותחת זאת מסרבות

67 אנו משתמשים כאן במושגים "חזקה" ו"חלשה" על מנת להבחין בין שני סוגים של תאוריות המשתייכות לתזת הרצף. מדובר בהמשגה שלנו, שנועדה לשקף את עוצמת הרצף שבין הזכות לבין הסעד, ואין לייחס לה משמעות מיוחדת.

68 להרחבה על המושג "המירות", ראו לעיל ה"ש 30.

69 הניתוח הכלכלי של המשפט (והמודל שבמסגרתו הרואה בהרתעה את מטרת הפיצויים) משויך גם הוא ל"תזת הנתק", אך מטעמים אחרים לעומת המודל המאשרר (וינדיקטיבי), אשר אינם קשורים לעמדה כללית בנוגע להמירות.

לראות בכסף אקווילנט לערך לא-ממוני, מבלי להעלות את האפשרות של משמעות אחרת של כסף, החורגת מהמשמעות שיש לו בתפיסה המסורתית.⁷⁰ בשני המקרים, כך נטען, הנחת תפיסה מסורתית באשר לכסף מציבה קשיים מהותיים בפני יכולתן של התאוריות להסביר ולהצדיק פיצויים על נזקי גוף. את הדיון ילווה ה"פרדוקס של זימל", שעזמו פתחנו את המאמר. נמחיש כיצד התפיסה המסורתית של הכסף מביאה לקריסה של התאוריות שהזכרנו לאחד משני צדדיו של הפרדוקס: מחד, תזת הרצף בניסוח החזק, שלפיה הסעד שקול לזכות, מחויבת להניח שאכן ניתן לפצות באופן מלא באמצעות כסף על פגיעה בערכים אנושיים יסודיים (ובפרט בדוגמה שלנו – על ערך שלמות הגוף); ומאידך, תזת הנתק, שלפיה כסף אינו יכול להיות שקול לזכות שנפגעה, ולכן הסעד כלל לא נועד לפצות על הפגיעה, מביאה לכך שאיננו מגינים דווקא על הערכים הבסיסיים ביותר שלנו ואיננו מפצים בגין פגיעה בהם. הפתרון לקושי, כך נטען, טמון בתפיסה פלורליסטית של כסף ובהבנה מורכבת יותר של המשמעות שהוא מקבל כאשר המשפט משתמש בו כסעד על פגיעה בזכות; רק הבנה שכזו מאפשרת להעלים את הפרדוקס, ולפתור את הקושי שמעלה שאלת הקשר שבין הזכות שנפגעה לבין הסעד. כדוגמה לכך, נראה כיצד התאוריה אשר אנו משייכים כאן ל"תזת הרצף בניסוח החלש" תופסת את הפיצוי הכספי באופן מורכב יותר, ומתגברת כך על הקשיים של התאוריות האחרות.

1. תזת הרצף בניסוח החזק

(א) תזת הרצף בניסוח החזק – מבט כללי

תזת הרצף בניסוח החזק מאפיינת הוגים המשותפים למסורת של צדק מתקן. היא מתקיימת במסגרת רעיונית שבה זכות היא מושג יחסני (relational), שמוגדר כמגבלה על התנהגותו של הזולת בנוגע לשימוש באמצעים שברשות הפרט, מגבלה שגוזרת חובה קורלטיבית על הזולת שלא להכפיף את האמצעים שברשות הפרט לטובת תכליותיו. הטעם לכך הוא שלפרט צריכה לעמוד – לשיטתם של ההוגים המשותפים למסורת זו – היכולת לקבוע את השימוש באמצעים שברשותו לטובת הגשמת התכליות שהוא הציב לעצמו.⁷¹ שורשיה ההיסטוריים של תזת הרצף החזקה מגיעים עד למחשבת אריסטו ולרעיון של "איזון נורמטיבי" בין שני פרטים. הפרה של איזון נורמטיבי זה מתבטאת בנזק שנגרם לאחד הצדדים, נזק שניתן לחשוב עליו כעל "הפסד" שעובר למזיק, שעבורו מדובר ב"רווח". כאשר האיזון מופר יש להשיבו, וזהו תפקיד הסעד בתפיסה זו – השבת המצב הנורמטיבי (קרי, השוויון בין הצדדים) לקדמותו.⁷²

70 במקרה של תזת הנתק הדברים מורכבים יותר, שכן תפיסה של פיצויים וינדיקטיביים דווקא מציגה הבנה פלורליסטית של כסף, אך הבנה זו אינה מתבטאת ביחס שבין הזכות לסעד, כך שהסעד איננו נתפס כפיצוי. ראו להלן בפרק ב.2.

71 ראו Ripstein, לעיל ה"ש 7, בעמ' 31-39.

72 אריסטו אתיקה: מהדורת ניקומאכוס 118-119 (יוסף ג' ליבס מתרגם 1985).

הזכות, לפי תפיסה זו, "שורדת" את הפגיעה בה וממשיכה למעשה אל הסעד, שאינו אלא התגלמות של אותה הזכות שהתגבשה (דרך ההליך המשפטי) במצב שלאחר הפרתה. הסעד אפוא הוא המשכה הישיר של הזכות, וההליך מתאר למעשה רצף אחיד, משלב ההפרה ועד לשלב השתקמות הזכות במתן הסעד, סעד שהוא שקול לזכות שהופרה ומוגבל על ידה.⁷³ הזכות עוברת דרך ההליך המשפטי מזכאות לאובייקט מסוים לזכאות לשווה-ערך או לאובייקט שקול שלו. כך, הזכות והחובה הקורלטיבית לה ממשיכות להתקיים, אך עם תוכן אחר ש"ממלא" אותן; מערכת היחסים הנורמטיבית שבין הצדדים נותרת זהה, וקיומה של הזכות נותר קבוע; רק האופן שבו היא מתמלאת בתוכן קונקרטי משתנה.⁷⁴ לפי גישה זו, טרם האירוע הנזיקי הייתה למזיק חובה ראשונית לשמור על זכותו של הנפגע ולא לפגוע בה (קרי, לא להתערב בהתאמת אמצעיו לתכליותיו). הסעד שנפסק בהליך המשפטי הוא מילוי של אותה חובה ראשונית של הנאשם לפעול בהתאם לזכותו של הניזוק, ועליו להיות קונסיסטנטי ככל הניתן עם הזכות המקורית.⁷⁵

הקשר שבין הזכות לבין הסעד בתפיסה זו מתבטא בשלושה עקרונות: עקרון הזהות, עקרון ההגבלה ועקרון הרצף. לפי עקרון הזהות, הזכות שהופרה והזכות המשוקמת בידי המזיק היא אותה זכות עצמה, או ערך שקול שלה. לפי עקרון ההגבלה, הסעד משקם רק את הזכות שנפגעה או ערך שקול שלה, אך לא מעבר לכך. לפי עקרון הרצף,

73 ראו WEINRIB, CORRECTIVE JUSTICE, לעיל ה"ש 7, בעמ' 83-84, 87-88.

74 שם, בעמ' 90-91. זו נקודה קריטית, שכן הזהות שבין הזכות לסעד איננה – ואיננה צריכה להיות – זהות של תוכן קונקרטי, אלא זהות נורמטיבית. מובן שיכולות להיות נסיבות עובדתיות שבהן התוכן הקונקרטי של הזכות מוכרח להשתנות, למשל מכיוון שהנזק שגרם המזיק לניזוק הוא בלתי הפיך, ומגבלות הזמן והמרחב אינן מאפשרות להשיב את המצב *דעוכדמי* לקדמותו. אך זוהי כלל אינה הדרישה התאורטית של צדק מתקן. במצבים מסוג זה יחייב בית המשפט את הנתבע להעביר לניזוק אקוויוולנט איכותי או כמותי של האובייקט המקורי שבהקשר אליו הופרה הזכות, ובכך הוא משקם את *האיזון הנורמטיבי* שהיה ביניהם והופר (ראו שם, בעמ' 109-110).

75 RIPSTEIN, לעיל ה"ש 7, בעמ' 242. כאשר הדבר אינו אפשרי, נפסק כי הוא חייב לתת ערך שקול כמותי או איכותי לזכות, אך הדבר אינו משנה את הניתוח התאורטי. הטענה שתשלום הפיצויים מביא להשבת המצב לקדמותו, כאילו העוולה לא התרחשה, איננה – ואיננה אמורה להיות – טענה עובדתית הנוגעת למצבי עניינים בעולם ולתוצאות העובדתיות של תשלום הפיצויים, אלא טענה נורמטיבית הנוגעת ליחס שבין עוולה ותיקון. תובנה זו היא קריטית להבנת היסודות התאורטיים של צדק מתקן, אך לדעתנו היא "מפוספסת" לעיתים קרובות ומובילה לדחייה של תאוריית הצדק המתקן מטעמים אינטואיטיביים, שלפיהם אי-אפשר – *כעניין של עובדה* – "להשיב את המצב לקדמותו". אכן, פעמים רבות הדבר אינו אפשרי כעניין של עובדה, אך זאת כלל איננה הדרישה של התאוריה. כפי שנראה בהמשך המאמר, ישנם טעמים אחרים וטובים יותר לדחיית התאוריה של צדק מתקן בהקשר של פיצויים.

הזכות של הנפגע "שורדת" את ההפרה וממשיכה להיות סמן של הקשר הנורמטיבי שבין הצדדים.⁷⁶

אנו מבקשים לטעון, כי על מנת שסעד הפיצוי יוכל למלא את התפקיד שתזת הרצף החזקה מייחסת לו, תזה זו מחויבת להניח המירות בין הזכות שנפגעה לבין הסעד. המסקנה מכך היא שכאשר הפיצוי ניתן בכסף – כפי שנעשה במציאות המשפטית שבה אנו חיים – יש להניח בכל מקרה קונקרטי המירות בין הזכות הספציפית שנפגעה לבין הסעד הכספי שניתן. ההסבר לכך הוא שתזת הרצף החזקה מחייבת, כאמור, יסוד של רציפות (היחס הנורמטיבי שהזכות מכוננת בין המזיק לבין הניזוק ממשיך להתקיים גם לאחר ההפרה ועד מתן הסעד, שהוא המשכה הישיר של הזכות), וכן שקילות בין הזכות באובייקט שנפגע (למשל, שלמות הגוף) לבין הזכות באובייקט שניתן כסעד. על פי התאוריה, הרצף אינו מחויב להתקיים מבחינת תוכן הזכות או האובייקט שבהקשר אליו היא נפגעה; אלא שתוכן הזכות עובר טרנספורמציה, אשר באה לידי ביטוי בסעד הקונקרטי שניתן. במילים אחרות, מדובר בפעולת המרה של זכות באמצעי מסוים (כגון שלמות הגוף) לזכות בכסף שניתן כסעד, כך שניתן לשרטט שוויון (או שקילות) בין שתי הזכויות, וביתר דיוק – בין היחסים הנורמטיביים שכל אחת מהן מכוננת. כך, אותו אובייקט נורמטיבי שכונה "זכות" הוא מושג יחסני, שהוגדר כמגבלה על יכולתו של הזולת להשתמש באמצעים שברשות הפרט, מגבלה הגוזרת עליו חובה קורלטיבית שלא להכפיף את האמצעים שברשות הפרט לטובת תכליותיו. בהתאמה, הרצף שתואר מתקיים בין השליטה שיש לפרט על אמצעי x לפני ההפרה, לבין השליטה על אמצעי חלופי y שניתן לפרט כסעד בהליך המשפטי, כאשר בין שני מצבי השליטה הללו מתקיימת שקילות.⁷⁷

76 לפי מי שאוחזים בתאוריות של צדק מתקן, שלושה עקרונות אלו מבטאים את החירות השווה של הצדדים, שכן חריגה אל עבר יותר או פחות מהזכות שהופרה תהווה פגיעה חד-צדדית בחירות השווה של כל אחד מהצדדים. ראו Weinrib, Corrective Justice, לעיל ה"ש 7, בעמ' 93-94.

77 נבקש להבהיר בעניין זה שתי נקודות: ראשית, תזת הרצף בניסוח החזק דורשת שקילות קטגורית בין הזכות לבין הסעד. מובן כי שקילות זו יכולה להתקיים באופן קטגורי רק אם היא מתקיימת בכל מקרה קונקרטי (אחרת היא איננה מתקיימת באופן קטגורי). מנגד, אם לפי התאוריה ישנה שקילות בין הזכות שנפגעה לבין הסעד הספציפי שניתן בכל מקרה קונקרטי, הרי היא מתקיימת גם במישור הקטגורי, בין הזכות לבין הסעד במובן המופשט של המושגים (על כך שהזכות כמושג מופשט או קטגורי היא חסרת משמעות ללא הביטויים הקונקרטיים שלה, ראו עמרי גולדוין **יסודות מושג הזכות: לקראת מודל הוליסטי** 66-67 (עבודת גמר לקראת התואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב 2023). ודוק, כפי שיובהר מיד, ככל שישנה שקילות בין ערכם של שני אובייקטים, ממילא מתקיימת המירות ביניהם, כך שההבהרה האמורה רלוונטית באותה מידה גם לקיומה של המירות בין הזכות לבין הסעד – אם במקרה הקונקרטי, ואם באופן קטגורי. שנית, לא ניתן להפריד בין היחסים הנורמטיביים שהזכות או הסעד מכוננים במקרה מסוים לבין התוכן הקונקרטי שהם מקבלים באותו מקרה, שכן אותו תוכן הוא שיוצר את היחסים הנורמטיביים האמורים. המסקנה העולה מכך היא, שטענת נגד שלפיה השקילות ביחסים הנורמטיביים אינה משמיעה בהכרח שקילות – ובהתאם לכך, גם המירות – בין הערך של האמצעי שנפגע לבין ערכו של האמצעי שניתן כסעד נראית מוקשית.

באופן דומה, רצף ושקילות מצויים גם בין *החובה* החלה על הזולת שלא להכפיף את האמצעים שברשות הפרט לשליטתו, לבין החובה החלה על המזיק לאחר המשפט להעניק לניזוק שליטה על אמצעי שקול באמצעות מתן סעד. בשלב זה אין לנו אלא להסיק שבין הזכות לבין הסעד חייבת להתקיים המירות, משני טעמים. ראשית, ללא האפשרות להמיר בין ערכו של האמצעי שנפגע לבין ערכו של האמצעי הניתן כסעד, כלל לא היה ניתן לדבר על שוויון או על שקילות במצב הדברים הנורמטיבי.⁷⁸ שנית, אלמלא היינו מניחים שהזכות והסעד ניתנים להמרה, לא ברור כיצד יצף בין השניים יכול להישמר (בהיעדר יכולת המרה היה חייב להיות נתק מסוים, שלב של הפרדה קשיחה בין הזכות באמצעי שנפגע לבין הזכות באמצעי שניתן כסעד).⁷⁹ אם כן, במסגרת זו הזכות לקבוע את השימוש באמצעים שברשות הפרט לשם הגשמת תכליותיו (זכות שהיא המצב שלפני ההפרה), ובפרט באמצעי הספציפי שנפגע, מוכרחה להיות המירה לזכות לקבוע את השימוש באמצעים אלה במצב שלאחר מתן הסעד (באמצעות קבלת סכום כסף שנתפס כשקול לאותו אמצעי); לפי התאוריה, נוצר בין השתיים בסיטואציה כזו מצב נורמטיבי שווה.⁸⁰ בהיעדר הנחה של המירות בין הזכות לבין הסעד, אין ביכולתה של תאוריית הצדק המתקן, המאופיינת ב"תזת הרצף בניסוח החזק", להגשים את התפקיד שהיא מייעדת לפיצויים במשפט. בהיעדר יכולת שכזו, התאוריה כולה, כך נדמה, מאבדת את כוחה התאורטי והמעשי.

78 אם מתקיים שוויון בין שתי אופציות, הרי אינה יכולה להתקיים ביניהן אי-המירות. ראו Raz, לעיל ה"ש 30, בעמ' 121. אינטואיטיבית נאמר, כי על מנת ששני דברים יהיו שווים האחד לאחר צריכה להיות יחידת מידה אשר באמצעותה ניתן להשוות ביניהם, כלומר להמיר אליה.

79 באנלוגיה, על מנת שכמות מסוימת של אנרגיית חום תעבור טרנספורמציה לאותה כמות של אנרגיית תנועה בתהליך רציף, חייב להתקיים תהליך של המרת אנרגיית החום לאנרגיית תנועה. ללא המרה התהליך אינו יכול להיות רציף.

80 חשוב לציין, שגם אצל ויינריב וגם אצל ריפשוטיין מופיעים סייגים בנוגע ליכולת של הסעד הכספי להיות שקול לזכות ולהשיב את המצב לקדמותו, באמירה שיש לעשות זאת "ככל הניתן". איננו חושבים שסייג זה מסייע לנכונות הטענה. העמדה של הגישה הקאנטיאנית בנוגע לסעד טוענת *טענות חזקות ביותר*, כמו טענת הרצף וטענת השקילות. ברגע שאנו מוסיפים "ככל הניתן" לאותן טענות חזקות, אנחנו יוצרים סוג של טאוטולוגיה שמחלישה מאוד את הטענות, שכן אם הטענה נכונה תמיד, היא חסרת מובן ואינה מוסיפה כל מידע. כך, אם הכסף משיב את המצב לקדמותו בנוגע לפגיעה בגוף "ככל הניתן", ייתכן "שלא ניתן" או "שניתן רק במידה מצומצמת מאוד", ועדיין הטענה תהיה נכונה בגלל שזה "מה שניתן". כלומר, הטענה תהיה נכונה תמיד ולכן גם חסרת משמעות. נראה שבמצב שכזה נדרשת בחירה בין עמידה מאחורי הטענות החזקות בנוגע לקשר שבין הזכות והסעד כמו שהן, או החלשה של הטענות והפיכתן לשאפתניות ומוחלטות פחות, כך שבמקרים שבהם "ככל הניתן" משמעותו "לא ניתן" או "ניתן רק במידה מצומצמת מאוד", הטענה תנוסח אחרת ותקבל משמעות אחרת.

(ב) תזת הרצף בניסוח החזק – התמקדות בכסף

תזת הרצף בניסוח החזק מחויבת אפוא להניח המירות בין הסעד הכספי לבין הזכות לשלמות הגוף שנפגעה. הנחה זו מגלמת בתוכה את התפיסה המסורתית, שלפיה הכסף הוא "all-purpose means", אמצעי אוניברסלי המפשיט אובייקטים (כמו הזכות לשלמות הגוף) מערכם הממשי, ומאפשר השוואה של דברים אשר על פניו אינם ניתנים להשוואה. רק בהבנה זו של הכסף הוא יכול להיות שקול לזכות שנפגעה: כאשר אנו מבינים את המונח "זכות" בתור היכולת שלנו לפעול באמצעות האמצעים שברשותנו להגשמת תכליותינו, ופגיעה בזכות היא פגיעה באמצעים שברשותנו, הרי כסף בתור אמצעי אוניברסלי הוא האמצעי היחיד אשר יכול לבוא במקום כל אמצעי אחר שנפגע. זאת ועוד, הכסף מאפשר להפשיט מהזכות את תוכנה הקונקרטי, וכך להגיע למסקנה הלא-אינטואיטיבית שפגיעה בקניין ופגיעה בגוף הן שקולות, במובן זה שהגוף והקניין הם אמצעים שבעזרתם אנו פועלים להגשמת תכליות, ועבור פגיעה בשניהם ניתן לתת ערך שקול כספי באותו האופן.⁸¹ לסיכום הנקודה, ככל שכסף יכול להמיר את ערכה של כל זכות שנפגעה, להפשיט אותה מתוכנה הקונקרטי ולבטא באמצעות הסעד ערך שקול כמותי שלה, כפי שנובע ישירות מתזת הרצף בניסוח החזק, אזי תזה זו מחויבת להניח תפיסה מסורתית של כסף.⁸²

ההתמקדות בכסף ובאופן שהתאוריה מבינה אותו מאפשרת לזהות בה קשיים משמעותיים. את הקושי הגדול ביותר אפשר לתאר כך: ככל שאנו חיים בחברה שבה השמירה על גוף האדם היא ערך יסודי, ושיש בה עמדה מהותית של אי-המירות בנוגע לשלמות הגוף (הן בפרקטיקה החברתית והן בפרקטיקה המשפטית),⁸³ כך הדרישות שלנו מהצדק המתקן – להשיב את המצב לקדמותו, להעלים את אי-הצדק בעזרת הסעד הכספי ולהביא למצב שקול מבחינה נורמטיבית – הופכות אותו לבלתי אפשרי; כלומר, הצדק המתקן לעולם לא יוכל לעמוד במחויבויות הנורמטיביות שהוא מציב לעצמו בנוגע לפיצוי, אלא במחיר של ויתור על אותה עמדה מהותית של אי-המירות.⁸⁴ התמקדות בכסף בנוגע לתאוריה זו ממחישה את העמדה שהתאוריה נוקטת באשר ל"פרדוקס של זימל": איך ייתכן שמצד אחד אנו חושבים שלגוף האדם, כמאפיין בסיסי של ה"אנושי", יש "ערך מוחלט", שאינו ניתן לרדוקציה לסקאלה כמותית כלשהי, ובד בבד אנו מפצים עליו בכסף? נראה כי מה שנובע מתזת הרצף בניסוח החזק אינו אלא שלילה של ההנחה הראשונה, שכן הזכות לשלמות הגוף ניתנת במסגרתה להמרה למונחים של כסף. רק כאשר חושבים על הצדק המתקן ועל תזת הרצף מפרספקטיבה של המשמעות של כסף, נחשפת העובדה כי התאוריה כרוכה בשלילת ההנחה הראשונה,

81 ראו RIPSTEIN, לעיל ה"ש 7, בעמ' 31-43.

82 מנגד, ככל שאנו חושבים שהסעד הכספי עושה – לפחות במקרים מסוימים – פעולה אחרת, בעלת משמעות קונקרטית, החורגת מתפקידו לפי התפיסה המסורתית, אנו חורגים בהכרח מגדרי תזת הרצף בניסוח החזק, שלפיה לסעד הכספי יש תפקיד אחד, המקבל ביטוי זהה בכל מצבי העוולה הנזיקית.

83 ראו Porat & Harel, לעיל ה"ש 36.

84 Radin, Compensation, לעיל ה"ש 36, בעמ' 57.

ובתור שכזו היא עומדת בסתירה לאינטואיציות מוסריות בסיסיות. יתרה מזאת, שלילת ההנחה הראשונה אינה נמצאת בהלימה עם המוטיבציות הנורמטיביות של התאוריה עצמה, שכן הפרויקט המודרני של הצדק המתקן החל במידה רבה כמהלך נגדי לעלייתו של הניתוח הכלכלי של המשפט, בניסיון לבסס את המשפט הפרטי כפרקטיקה מוסרית ולא-אינסטרומנטלית.⁸⁵ מן הדיון עד כה מתקבל, שכל עוד תאוריית הצדק המתקן מחזיקה בתזת הרצף בניסוח החזק, היא מחויבת להחזיק בתפיסה מסורתית של כסף, ולכן היא קורסת לאחד מצדדי הפרדוקס שתואר במאמר זה ונתקלת בקושי משמעותי – הן במישור ההסברי, הן במישור ההצדקה.

2. תזת הנתק

(א) תזת הנתק – מבט כללי

"תזת הנתק", כפי שמלמד שמה, היא תמונת הראי של תזת הרצף. תחת תזת הנתק הסעד איננו המשך ישיר של הזכות ואיננו ביטוי שלה; בין הזכות לבין הסעד מתקיימת הפרדה חזקה, והפרת הזכות היא אומנם תנאי למתן הסעד, אך הסעד אינו בהכרח שקול לזכות שנפגעה או מוגבל על ידה. כך, הסעד יכול לשרת גם מטרות שאינן קשורות לסיבות שבגינן נוצרה מלכתחילה החבות שחלה על המזיק (תזת הנתק אינה מחייבת תאוריה אחת שתקבע את אותן מטרות).⁸⁶

התאוריה המרכזית בתזת הנתק מציגה תפיסה שלפיה הסעד כלל אינו יכול להביא להשבת המצב לקדמותו ולמצב עניינים שבו העוולה לא התרחשה (כלומר ל"העלמת" העוולה), ולמעשה אין דבר אחר שיכול להביא לכך. לפי תאוריה זו, שום סעד שיינתן – למצער במקרים מסוימים – לא יוכל "להעלים" את הפגיעה ואת הפרת הזכות ולהביא

85 ראו למשל, ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW (1995); JULES L. COLEMAN, RISKS AND WRONGS (1992). על כן אנו סבורים, כי ההצבעה על כך שהטענות של תאוריה זו כפי שהן מנוסחות מחייבות את הנחת ההמירות בנוגע לשלמות הגוף חשובה לא על מנת לשלול את התאוריה, אלא דווקא כדי לדייק בטיעוניה, כך שתוצאות הטיעונים והשלכותיהם יבואו בהלימה עם המחויבויות הנורמטיביות שלה.

86 WEINRIB, CORRECTIVE JUSTICE, לעיל ה"ש 7, בעמ' 107-108, המצטט למשל את Michael Tilbury, Remedies and the Classification of Obligations, in THE LAW OF OBLIGATIONS AND BOUNDARIES 11, 17-24 (A. Robertson ed., 2004). מופע אחד של תזת הנתק מצוי במודל ההרתעה, המאפיין את האסכולה של משפט וכלכלה בדיני נזיקין. ראו למשל LANDES & POSNER, לעיל ה"ש 37; CALABRESI, לעיל ה"ש 37, בפרק 5. הניתוח הכלכלי של המשפט (ומודל ההרתעה בתוכו) מניח ומחויב באופן בסיסי להמירות כמוכן (ראו בהקשר זה למשל Nussbaum, לעיל ה"ש 30, בעמ' 1198). אולם הסיבה לכך שהוא משתייך לתזת הנתק איננה קשורה לשיקולים של המירות ותאוריה של כסף, אלא טמונה בכך שהסעד נועד להרתיע ולכן הוא צופה פני עתיד, ועולה מכך שהוא איננו מחויב ולא נועד לשקף את הזכות שנפגעה. לכן לא נעמיק כאן בניתוח שלו.

להשבת המצב לקדמותו,⁸⁷ ולא ייתכן רצף בין הפרת הזכות לבין הסעד, מן הטעם הפשוט שהזכות אינה ממשיכה להתקיים והפרתה היא כזו שכלל אינה ניתנת לתיקון.⁸⁸ הסעד לא נועד אפוא (וממילא לא היה יכול) להיות שיקוף או ליצור תיקון של הזכות שהופרה, ומטרתו איננה לנסות להעלים את העוולה או להביא למצב עניינים שבו היא כאילו לא התרחשה מעולם; מטרתו היא להבהיר לצדדים – ולחלופין לציבור – שהעוולה שהתרחשה היא אכן עוולה, ולא הייתה צריכה להתרחש.⁸⁹ לפי תאוריה זו, מטרת הסעד היא לעשות אשרור (וינדיקציה) לזכות שהופרה, ולתת לה הכרה ציבורית. הסעד לפיכך לא נועד כלל "לפצות" על הפגיעה בזכות, אלא משמש בראש ובראשונה דרך מוחשית להעברת מסר ציבורי, באופן שהמזיק והניזוק ירגישו אותו.⁹⁰ תאוריה זו נוקטת עמדה חזקה של אי-המירוות (incommensurability) בנוגע לזכויות, שלפיה למעשה אי-אפשר להמיר את הזכות בשום דבר. מרגע שהזכות נפגעה, לא ניתן למצוא לה ערך שקול או שווה ערך כלשהו. פעולת הכימות של פיצויים מאשררים (וינדיקטיביים) היא לפיכך "עניין של בחירה ולא של לוגיקה",⁹¹ כלומר אין מדובר בתהליך של כימות וחישוב, שביסודו נמצאת המרה מכל סוג, שכן הפגיעה בזכות כלל אינה ניתנת לביטוי במונחים כספיים.

(ב) תזת הנתק – התמקדות בכסף

עמדת אי-ההמירוות החזקה שמציגה תזת הנתק⁹² מצביעה גם על הבנה מסוימת של כסף, שלפיה השימוש בכסף לפיצוי על עצם הפגיעה בזכות יביא לפגיעה ולהשטחה של ערכה האינטרינזי של הזכות כדי ערך אינסטרומנטלי; על כן, לפי גישה זו אין לחשוב על הסעד הכספי בשום אופן כ"פיצוי" על הפגיעה בזכות (A right whose infringement can be undone by a payment is not a right).⁹³ עמדה זו מייצגת גם היא תפיסה מסורתית בנוגע לכסף – מהצד הביקורתי, ובהתאם לתזת הספרות הנפרדות⁹⁴ – שכן

87 Scott Hershovitz, *Corrective Justice for Civil Recourse Theorists*, 39 FLA. ST. U. L. REV. 107, 111-12 (2011); Mark A. Geistfeld, *The Principle of Misalignment: Duty, Damages, and the Nature of Tort Liability*, 121 YALE L.J. 142, 163 (2011).

88 ראו למשל Smith, *Duties*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1752-1753.

89 ראו למשל John C.P. Goldberg, *Two Conceptions of Tort Damages: Fair v. Full Compensation*, 55 DEPAUL L. REV. 435, 436 (2005). ראו באופן כללי שם על ההפתחות ההיסטורית של שתי התפיסות בנוגע למשמעות הפיצוי הנזיקי.

90 STEPHEN A. SMITH, RIGHTS, WRONGS, AND ; 1755-1753 בעמ' 1755-1753, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1755-1753, *INJUSTICES: THE STRUCTURE OF REMEDIAL LAW* 202 (2019). לתאוריה אחרת, בעלת תפיסה דומה בהקשר זה, ראו Benjamin C. Zipursky, *Civil Recourse, Not Corrective Justice*, 91 GEO. L.J. 695 (2003).

91 Smith, *Duties*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1754.

92 מובן שהכוונה היא למופע הלא-כלכלי שלה.

93 ראו Smith, *Duties*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1753.

94 ראו לעיל בפרק א.2(ב).

השימוש בכסף נתפס כנושא *בהכרח* במשמעות מסוימת, שהיא זרה לספרה החברתית-נורמטיבית; לחלופין, השימוש בכסף נתפס כשימוש שיביא בהכרח לתוצאות של השטחת ערך ושל קומודיפיקציה. בכך נראה כי התאוריה שוללת את ההנחה השנייה ב"פרדוקס של זימל": *אנו לא מפצים בכסף על ה"ערך המוחלט"* (במקרה שלנו – שלמות הגוף) שנפגע, ולמעשה *איננו מפצים עליו כלל*. אומנם אנו מעניקים סכום כסף מסוים כסעד לניזוק, אך הסעד לא נועד *כשום מובן* להיות פיצוי על הפגיעה.

כך, ההנחה המקדימה בדבר התוצאות והמשמעות ההכרחית של השימוש בכסף לפיצוי על הפגיעה בגוף, מובילה להימנעות מכל פיצוי על הפגיעה בזכות (הימנעות זו מתחייבת אם מתייחסים בכובד ראש להבנה של הסעד בתזת הנתק),⁹⁵ ובכך מחלישה למעשה את ההגנה על זכותו של הניזוק לשלמות הגוף, משני טעמים: ראשית, גם אם הסעד מאשר את קיומה של הזכות *באופן כללי*, הרי הפגיעה בזכותו *הספציפית* של הניזוק אינה מקבלת כל הגנה, ואינה דורשת כל תיקון; שנית, הנתק שבין הזכות לבין הסעד מאפשר להשתמש בסעד לאשרור או לקידום של מטרות שהן *חיצוניות* לזכות ולחובה הראשוניות שהופרו⁹⁶ (למשל, למטרות ענישה או נקמה,⁹⁷ הרתעה או קידום של ערכים אחרים), כך שהלכה למעשה, אין הכרח שיהיה כל קשר רציונלי בין הסעד לבין זכותו הראשונית של הניזוק לשלמות הגוף. בניסוח אחר, הנתק אינו מאפשר להטיל מגבלות מספקות על אופי הסעד.⁹⁸

מן המקובץ עד כה מתקבל, שהתפיסה המסורתית באשר לכסף – בין אם היא כוללת תפיסה אוהדת, ובין אם היא כוללת תפיסה ביקורתית של השפעת השימוש בכסף – מובילה לקריסה לאחד מצדדי הפרדוקס: או שאנו נדרשים לראות – בניגוד לאינטואיציות מוסריות בסיסיות – בזכות לשלמות הגוף אובייקט שניתן לכמתו במונחים כספיים, או שאנו נדרשים לקבוע שאין אנו מפצים כלל על הפגיעה בזכות ושאיננו מגינים עליה (או לכל היותר מגינים עליה בעקיפין ובאופן כללי, אך לא על

95 יש לציין כי תזת הנתק מציגה תפיסה מסורתית של כסף, בפרט בהקשר של פיצוי על פגיעה בזכות. עם זאת, כאשר אין מדובר על הקשר של פיצוי ישיר, תזת הנתק מציגה גם הבנה פלורליסטית ומורכבת יותר של כסף מזו שמציגה התפיסה המסורתית: מכך שהסעד הכספי נתפס כמבצע וינדיקציה לזכות שנפגעה, מעביר מסר לצדדים ויוצר הכרה ציבורית, עולה שאופן השימוש של המשפט בכסף בהקשר זה ובהתאם המשמעות שהכסף מקבל בו חורגים משמעותית מהתפיסה המסורתית, ויכולים לבטא לא רק שיקוף והפשטה של ערכים, אלא גם הכרה בהם או אשרור שלהם.

96 Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *Substantive Remedies*, 96 NOTRE DAME L. REV. 513, 530 (2020).

97 אחת התאוריות הבולטות בתזת הנתק תופסת את תפקיד הסעד כאמצעי המאפשר לניזוק מעין "נקמה אזרחית" (civil recourse) בדרך מתורבתת. ראו Zipursky, לעיל ה"ש 90, בעמ' 738-733; John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *Torts as Wrongs*, 88 TEX. L. REV. 917 (2010).

98 נדגיש כי אין בכוונתנו לטעון שפסיקת פיצויים המונחת בידי תזת הנתק *לעולם* לא תוכל להגן על זכותו של הניזוק. עם זאת ככל שפסיקה כזו אכן תצליח בכך, יהיה זה בעקבות שיקולים *חיצוניים* לתזת הנתק אשר הובאו בחשבון במסגרת קביעת הפיצויים.

זכותו של הניזוק הספציפי). נדמה אפוא, שהפתרון לפרדוקס טמון בשלילת ההנחה שעומדת בבסיסו, קרי שלילת התפיסה המסורתית של הכסף. כעת נפנה להמחיש זאת באמצעות דוגמה לתאוריה המציגה תפיסה פלורליסטית ומורכבת יותר של כסף.

3. תזת הרצף בניסוח החלש

(א) תזת הרצף בניסוח החלש – מבט כללי

"תזת הרצף בניסוח החלש" מציגה תפיסה שלפיה ממשיך להיות קשר בין הזכות שנפגעה לבין הסעד שניתן בגין הפגיעה בה, ואולם הסעד איננו שקול לזכות. לפי Gardner, תזת הרצף מתבטאת כאן בהמשכיות של הטעמים העומדים בבסיס הזכות, אך לא של הזכות עצמה. לפי תאוריה זו, הסיבה לעמידה בחובה הראשונית היא אותה הסיבה שבגינה יש לפצות על אי-העמידה באותה חובה. משכך, השאלה המרכזית שהתאוריה שואלת היא מהי דרך הפיצוי הזמינה המתאימה ביותר לטעמים העומדים ביסוד הזכות, ולא מהו הסעד שישקם את הזכות עצמה. מדובר בהבדל תאורטי משמעותי לעומת תזת הרצף החזקה, שכן מבחינת הזכות והחובה המקוריות אין כל המשכיות: לפי "תזת הרצף החלשה", ההפרה של הזכות (ובהתאם של חובת הזולת) מקימה זכות משנית לפיצוי על הפגיעה בזכות הראשונית (ובהתאם חובה משנית לפצות), כך שהזכות המקורית והחובה הקורלטיבית שלה מפסיקות להתקיים. החובה המשנית לפצות היא חובה להקל או למתן ככל האפשר את אי-העמידה של המזיק בחובה המקורית, להבדיל מחובה להעניק ערך שקול של אותה הזכות, ומשאיפה "להשיב את המצב לקדמותו".⁹⁹

תפיסה זו מביעה עמדה של אי-המירות בנוגע לזכות שנפגעה. ראשית, לפי Gardner התיקון שמתבצע בכך שאנחנו מפצים הוא כהכרח לא-שלם. מרגע שהמזיק לא עמד בחובתו הראשונית, הוא איבד את עצם האפשרות לפעול באופן מלא בהתאמה לטעם שעומד ביסוד החובה.¹⁰⁰ אי-השלמות של הסעד אינה מצביעה על בעיה כמותית (כלומר, הטענה איננה שהסעד פשוט אינו גדול מספיק), אלא מבטאת רעיון עמוק יותר: לא משנה כמה גדול יהיה הסעד שייפסק, הרי למצער במובן מסוים הוא יהיה כהכרח שונה מהותית מהחובה הראשונית; כך באפשרותו להיות לכל היותר "second best", אך לא לשקף התאמה מלאה לטעם שעמד ביסוד החובה הראשונית. מכך אפשר ללמוד, שללא תלות בתוכן הסעד או בהיקפו, כעניין של הגדרה הסעד איננו שקול לזכות הראשונית; כלומר, שהם אינם ניתנים להמרה האחד לאחר. זאת ועוד, הסיבה לקיומה של החובה (ובהתאם גם של הזכות הקורלטיבית) היא הסבר שמצביע לערך או לקבוצת ערכים שמהם אנו גוזרים את קיום החובה.¹⁰¹ כפי שתואר, לפי התאוריה פעולה אחת אינה יכולה להיות שקולה לפעולה אחרת מבחינת אופן התאמתה לסיבה שביסוד החובה. המסקנה מכך היא שיחסים שונים בין פעולות לבין ערכים (יחסים המתבטאים

99 ראו JOHN GARDNER, FROM PERSONAL LIFE TO PRIVATE LAW 100-102 (2018).

100 שם, בעמ' 127.

101 שם, בפרק 1.

בהתאמה שבין פעולה לבין הסיבה – כלומר הערך – שביסוד החובה) אינם ניתנים להשוואה, ולפיכך הם בהכרח לא-המירים.

(ב) תזת הרצף בניסוח החלש – התמקדות בכסף

"תזת הרצף בניסוח החלש" מציגה עמדה של אי-המירות בשאלת הקשר שבין הזכות לסעד. עם זאת, היא אינה מנתקת ביניהם, כך שהסעד אכן נועד לפצות *במובן מסוים* על הפגיעה בזכות. לפי תאוריה זו, החובה לפצות נועדה להקל ולמתן ככל האפשר את אי-העמידה בחובה המקורית,¹⁰² מבלי להתחייב להעלמת הפגיעה שהתרחשה ולהשבת המצב לקדמותו. לאי-ההתחייבות הזו יש חשיבות תאורטית גדולה, שכן היא מאפשרת להבין את ה"תיקון" באופן שהופך אותו לבר-מימוש ואפשרי. כך, הפיצוי אינו נתפס כ"פיצוי שלם",¹⁰³ ובהתאם הסעד הכספי לא נועד *לשקף* את ערך הזכות שנפגעה ולהיות שקול לה; אלא שבמקרים מסוימים הכסף הוא פשוט האמצעי שתואם – בהינתן כלל השיקולים – באופן המוצלח ביותר לטעמים הניצבים בבסיסה של החובה, ולכן הוא האמצעי המשמש לפיצוי.¹⁰⁴ תפיסה זו של הקשר שבין הזכות לבין הסעד מציגה הבנה של כסף שאינה תואמת לחשיבה המסורתית:¹⁰⁵ הסעד הכספי אינו מבצע הפשטה והמרה של ערך איכותי לערך כמותי, ולמעשה כלל אינו משקף את הערך האיכותי. השימוש בו – ובהתאם המשמעות שהוא מקבל – הוא ליצירת תיקון שאינו מושלם של הפרת הזכות המקורית, באמצעות יצירת התאמה של הסעד הכספי עם הטעמים העומדים בבסיסה הזכות שהופרה.

העמדה של Gardner מדגימה וממחישה כיצד הפרדוקס המלווה אותנו מתחילת המאמר יכול להיפתר: הפתרון לכך שאנו מאמינים שמאפיינים אנושיים מסוימים הם בעלי "ערך מוחלט" ויסודי, ואינם ניתנים לרדוקציה ולהמרה לסקאלה כמותית של כסף, ובד בבד מפצים בכסף על הפגיעה באותם ערכים, נמצא באופן שאנו מבינים את המשמעות של הכסף בפיצוי על הפגיעה באותם ערכים. הבנה של הפיצוי הכספי באופן שלא נועד לשקף את הערך שנפגע או להיות שקול לו פתוחה עבורנו דק, אם אנו זונחים

102 שם, בעמ' 100.

103 על התפיסה של הסעד כ-*full compensation*, ראו Goldberg, לעיל ה"ש 89, בעמ' 437-438.

104 כך למשל, ניקח מקרה של א שפגע ב-ב וגרם לו לשבר ברגל. ייתכן שניתן להשיג את התיקון (במובן הצנוע יותר שגרדנר משתמש בו) בכך ש-א ייקח את ב לטיפולים בעצמו, ישלם בעצמו עבור כל הטיפולים והנסיעות, וידאג לכל הסידורים שמסביב. אולם אחת הסיבות לקיומה של החובה לשלמות הגוף טמונה ביכולת של אדם להיות עצמאי. לפי התאוריה הזו הסיבה לקיומה של החובה ממשיכה להתקיים, והסעד צריך לבוא בהתאמה לאותה סיבה ככל הניתן. לכן ייתכן שבמקרה כזה תשלום כסף יאפשר ל-ב את הדרך הטובה ביותר להשיג את התיקון ולצמצם למינימום את החשיפה שלו לעוד התערבות, הפרעה או אי-נוחות באופן שיבוא בהלימה עם העצמאות כאחת הסיבות לחובה. ראו Gardner, לעיל ה"ש 99, בעמ' 103-104.

105 ביטוי נוסף לחשיבה על כסף אצל גרדנר באופן החורג מהתפיסה המסורתית נמצא בכך שהוא חושב שתשלום כסף יכולה להיות במצבים מסוימים גם משמעות אפולוגטית, כך שתשלום הכסף נותן תוקף מוחשי להתנצלות ובכך מקדם את התיקון (ראו שם, בעמ' 148-157).

את התפיסה המסורתית, ומקבלים את התפיסה הפלורליסטית באשר למשמעות של כסף. כך, עמדה פלורליסטית באשר למשמעות של כסף מאפשרת את ההבנה שכסף יכול לשמש בהקשר של פיצויים במגוון דרכים, ואיננו מוגבל לפונקציה אחת מחייבת של הפשטת הערך האיכותי מהזכות שנפגעה, והמרתה לכדי ערך שקול כמותי. במסגרת תפיסה זו, הפרקטיקה של פיצוי בכסף על פגיעה בערכים יסודיים כמו שלמות הגוף כלל אינה מעוררת פרדוקס, שכן הפיצוי במקרים אלה פשוט לא נועד לשקף את הערך היסודי או להיות ערך שקול כמותי שלו, אלא ליצור תיקון מסוים – שאינו מושלם – המבטא את הערך שביסוד הזכות שנפגעה והחובה שהופרה.¹⁰⁶

הניתוח שהצגנו כאן ממחיש כיצד התמקדות בתאוריה של כסף יכולה להשפיע על הדיון התאורטי-משפטי, להאיר קשיים בתאוריות מסוימות, ואף לסייע בפתרון בעיות יסודיות ומורכבות. בפרק זה הראינו, שבנוגע לשאלת הקשר שבין הזכות לבין הסעד במקרים של פגיעה בגוף, תזת הרצף בניסוח החזק (תאוריית הצדק המתקן) מחויבת לתפיסה מסורתית של כסף; מחויבות זו מעמידה בפניה קשיים יסודיים, ומעמידה בספק את יכולתה לעמוד במחויבויות הנורמטיביות שהיא מציבה לעצמה, תוך הלימה לאינטואיציות מוסריות בסיסיות. כמו כן הראינו, שתזת הנתק מניחה אף היא תפיסה מסורתית של כסף באשר לפיצוי (גם אם מתוך עמדה ביקורתית); תפיסה זו מעמידה בפניה קושי משמעותי, המתבטא בכך שלמעשה במסגרתה איננו מפצים כלל על הפגיעה בזכות, עובדה שעומדת גם היא במתח עם אינטואיציות מוסריות בסיסיות (זהו "צידו השני" של הפרדוקס שמלווה מאמר זה).

מסקנת הניתוח הייתה, שהתפיסה המסורתית של כסף מביאה את התאוריה המחזיקה בה כדי קריסה לאחד מצדדיו של הפרדוקס. עולה מכך שהדרך להימנע מהפרדוקס היא לשלול את ההנחה העומדת בבסיסו – המגלמת בתוכה תפיסה מסורתית בנוגע לכסף והמניחה שהפיצוי הכספי נועד בהכרח להיות ערך שקול כמותי של הזכות שנפגעה – ולאמץ במקומה תפיסה פלורליסטית באשר למשמעותו של כסף, ובפרט של הפיצוי על ערכי יסוד. לבסוף, להמחשת הטענה הבאנו כדוגמה את "תזת הרצף בניסוח

106 היה ניתן לטעון, כי מחויבותה של תזת הרצף בניסוח החלש ל"תיקון מסוים" נופלת לכשל טאוטולוגי דומה לזה של תזת הרצף בניסוח החזק (ראו לעיל ה"ש 80). ואולם בניגוד לתזת הרצף בניסוח החזק, תזת הרצף בניסוח החלש איננה מחויבת מלכתחילה לתיקון שלם או להשבת המצב לקדמותו (במובן המחמיר של המונח), אלא רק לתיקון חלקי הנמצא בהלימה מיטבית עם הטעמים שניצבים בבסיס הזכות הראשונית. במובן זה התזה טוענת טענות חזקות ומוחלטות פחות, היא גמישה יותר, והיא מציעה קריטריון לבחינת הסעד – עד כמה הסעד משקף נאמנה את הטעמים שבבסיס הזכות הראשונית או נמצא בהלימה עימם. כך, שלא בדומה לסייג של "ככל הניתן" בתזת הרצף בניסוח החזק, המחויבות של תזת הרצף בניסוח החלש ל"תיקון מסוים" אין משמעה כי כל סעד שניתן יוכל, ולו תאורטית, לעמוד במחויבות זו. בפרט, המחויבות ל"תיקון מסוים" אינה חשופה לכשל הנובע ממקרים שבהם כלל אי-אפשר לבצע את אותו תיקון, שכן קשה לדמיין מצב שבו הסעד לא יוכל להלוו כלל את הטעמים שניצבים בבסיס הזכות. אם כן, לא כל סעד יוכל להיחשב ל"תיקון מסוים" במובן שתזת הרצף בניסוח החלש מכוננת אליו, כך שהטענה של תאוריה זו באשר לתפקידו של הסעד הכספי אינה טאוטולוגית.

החלש", והראינו כי היא מציגה הבנה פלורליסטית ומורכבת יותר של כסף; הבנה זו מאפשרת לה להתעלות מעל המשוכות התאורטיות והמעשיות שמכבדות על שתי התאוריות האחרות, ולהעלים את הפרדוקס שעומד בבסיס הקושי.

ג. יישומים אפשריים נוספים של המחשבה על כסף במשפט

מאמר זה החל בבחינת האפשרויות השונות לחשיבה על המשמעות של כסף ובביסוס העמדה בעד התפיסה הפלורליסטית. מהעיסוק הכללי בתאוריה של כסף עברנו לרמת הפשטה נמוכה יותר, והראינו באמצעות הדוגמה של פיצויים על נזקי גוף, כיצד התמקדות במחשבה על כסף במשפט יכולה לסייע בחשיבה על בעיות תאורטיות-משפטיות. כעת נבקש להראות, כי הפוטנציאל של הגישה הפלורליסטית בפרט, ושל התמקדות במשמעות הכסף במשפט בכלל, אינו מוגבל רק לתחום זה. בפרק הנוכחי נצביע על דוגמאות ליישומים אפשריים נוספים של ההתמקדות במחשבה פלורליסטית על כסף במשפט. דוגמאות אלו יראו שהתבוננות בסוגיות משפטיות מוכרות, מתוך פרספקטיבה שמביאה בחשבון את המשמעויות של כסף, יכולה להביא לתובנות מקוריות וחשובות על אודותיהן.

תחילה נבקש להראות, כיצד התמקדות במשמעויות של כסף מאירה באור חדש מגוון מצבים משפטיים שבהם נראה שיש חשיבות לזהותו של מעניק הכסף: הפרדה בין דיני הנזיקין ומערכת המס לעניין התחשבות בשיקולים חלוקתיים, הדיון בדבר שכר מינימום לעומת קצבה מדינתית ושאלת ההעברה מהמזיק לניזוק. המצבים המשפטיים שבהם יש חשיבות לזהותו של מעניק הכסף יוצגו כאן כקשורים למה שכינינו לעיל "פלורליזם יחסני" (relational), כלומר שיש בו הבחנה בין סוגים שונים של כסף הקשורה לטיב היחסים שבין הצדדים שבינם מועבר הכסף. לאחר מכן נציג דוגמאות הקשורות לקטגוריה שכינינו לעיל "פלורליזם ייעודי" של כסף, כלומר הבחנה בין סוגים שונים של כסף הקשורה לייעוד או לתכלית אשר סכום הכסף שמועבר נועד למלא. נדגים היבט זה באמצעות הדוגמה של פיצוי עונשי בדיני הנזיקין ובאמצעות ההבחנה בין קנס לפיצוי בדין הפלילי. נדגיש כי דוגמאות אלו הן הצגות ראשוניות בלבד, אשר אינן מפתחות את הדיון בשלל המורכבויות של הסוגיות שבהן נדון, ובמובן זה הן בגדר הצעה לפיתוחים אפשריים ולמחקר המשך.

1. מי נותן את הכסף? פלורליזם יחסני וחשיבות של זהות הצדדים

כעת נציג שלוש דוגמאות למצבים שבהם ההתמקדות בכסף, תוך הבנה פלורליסטית שלו, מאפשרת להבין או להסביר ממד נוסף בסוגיות תאורטיות מוכרות באשר לזהות הצדדים המעבירים – או המקבלים – את הכסף. הטענה שננסה לפתח כאן מורכבת משני חלקים משלימים. ראשית, נטען שתאוריות הבוחנות את הסיטואציה בהתאם למצב העניינים החומרי הסופי בלבד (כלומר כמה כסף יש לכל צד) מחמיצות את העובדה שלאותו הסכום יכולות להיות משמעויות שונות, ולכן הן אינן תופסות את כל מורכבות הסוגיה. שנית, בנוגע לתאוריות הרגישות לזהות הצדדים, נטען שעל מנת שתהיה בכלל חשיבות לשאלת זהותו של מעביר הכסף או של מקבל הכסף, נדרשת הבנה (משתמעת)

פלורליסטית של כסף, המאפשרת בין השאר את טעינתו במשמעות נורמטיבית לאור זהות המשתמש בו.

(א) הבחנה ראשונה בין הפרטי לציבורי: הפרדה בין דיני הנזיקין ומערכת המס

בניתוח הכלכלי של המשפט ישנה עמדה מרכזית, שלפיה המשפט – ובפרט המשפט הפרטי – אינו צריך להתחשב בשיקולים חלוקתיים, כגון שיקולים של הבדלים מעמדיים וגזעיים בין ניזוקים. עמדה זו מתבססת על הטענה, שלפיה מערכת המשפט יעילה פחות ממערכת המס בהתמודדות עם הבדלים מסוג זה.¹⁰⁷ מטעם זה, טוענים אנשי ניתוח כלכלי בין היתר, כי על דיני הנזיקין להיות מוכוונים ליעילות בלבד, ולהתעלם משיקולים חלוקתיים ומהבדלים בין-אישיים, כך שהיבטים הנוגעים לחלוקה או לקבוצות מוחלטות צריכים להיות עניין למערכת המס.¹⁰⁸ נימוקים מסוג זה מביאים לכך, שהניתוח הכלכלי הקלאסי של המשפט יצדיק את מערכת דיני הנזיקין והפיצויים הנוהגת, אשר מפצה באופן שונה ניזוקים עניים ועשירים כתלות בכושר השתכרותם.¹⁰⁹ הטיעון שהצגנו במאמר זה בנוגע להבנה של כסף מאפשר להבין מדוע עמדה זו מעוררת קושי, ואיננה תופסת את מכלול המורכבות של הדיון; שכן המשמעות של כסף כאשר הוא ניתן במסגרת מערכת המס (וככלל כאשר הוא מנותב כ־*יחסים אנכיים* שבין האזרח למודינה) שונה מהמשמעות של כסף כאשר הוא ניתן במסגרת סכסוכים בין צדדים פרטיים (כלומר, כאשר הוא בשימוש כמערכת יחסים אופקית). כך למשל, אם הפיצוי של ניזוק נמוך יותר משמעותית בגלל שהוא עני, גם אם אנו מניחים שהמדינה משלימה במונחים כספיים באמצעות מערכת המס את הפער הנובע מעמדתו הנחותה של הניזוק, הרי הדבר עדיין לא יהיה שקול מבחינה נורמטיבית לכך שהכסף יעבור מהמזיק לניזוק במסגרת פיצויים. הטעם לכך הוא, שהמשמעות של כסף שונה בין הסיטואציות: חלוקה מחדש של משאבים, במקרה האנכי, אל מול ביטוי של היחס בין הצדדים, במקרה האופקי;¹¹⁰ הגשמה של צדק חלוקתי במקרה האנכי, אל מול שוויון מהותי בין הצדדים במקרה האופקי. הנקודה היא, שסכום שווה של כסף בשני המצבים

107 גרסה מוכרת של טיעון זה ידועה בכינוי "double-distortion argument", ראו Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. 667 (1994).

108 שם, וכן ראו Louis Kaplow, *On the (Ir)relevance of Distribution and Labor Supply Distortion to Government Policy*, 18 J. ECON. PERSP. 159 (2004).

109 לתיאור ביקורתי של עמדה זו, ראו Ronen Avraham & Kimberly Yuracko, *Torts and Discrimination*, 78 OHIO ST. L.J. 661 (2017). אברהם ויוראקו עצמם מציעים רפורמה שמטרתה להשוות בין ניזוקים הנבדלים זה מזה בכושר השתכרותם, מתוך פרספקטיבה פנימית לניתוח הכלכלי. ככלל אפשר לומר, שפרספקטיבה של ניתוח כלכלי מלמדת כי מערכת פיצוי שמפצה באופן שונה ניזוקים עניים ועשירים תביא להרתעת חסר באשר לפגיעה בעניים.

110 דוגמה לטענה על אודות הבדל זה אפשר למצוא למשל בטענה שגם הסעדים במשפט הפרטי צריכים לבטא את החירות ואת השוויון המהותיים של הצדדים, באופן שאיננו ניתן לרדוקציה לפעולתה של המערכת הציבורית. ראו Dagan & Dorfman, לעיל ה"ש 96.

יביא לתוצאה נורמטיבית שונה מהותית, או בניסוח אחר – למימוש של ערכים שונים בתכלית.¹¹¹

לשם הבהרה נציין, כי עמדתנו היא שהטענה לפיה יש להפריד בין מערכת מס ששוקלת שיקולי צדק ומערכת משפט ששוקלת שיקולי יעילות מעוררת קושי, בין השאר משום שהכסף שיש בו שימוש במערכת המס שונה במשמעותו, במובן חשוב, מהכסף שיש בו שימוש בפיצויים נזיקיים. בכך אין בכוונתנו בהכרח להתווכח עם הטענה שלפיה פעולה של חלוקה מחדש דרך מערכת המס היא יעילה יותר, אלא רק להצביע על כך שהניתוח שעמדה זו מציעה מחמיץ רובד יסודי של הסוגיה.

(ב) הבחנה שנייה בין הפרטי לציבורי: שכר מינימום

חוב מעסיק בתשלום שכר מינימום לעובד הוא אמצעי מקובל במדינות מודרניות כדי להתמודד עם עוני ועם הצורך להבטיח תנאי חיים בסיסיים ראויים לעובד. עם זאת, השימוש בו כאמצעי לקידום צדק חלוקתי מעורר מחלוקת, בין השאר על רקע העובדה שהוא עלול להביא לתוצאות גרסיביות ויעילות פחות מאמצעים אחרים המבוססים על תמיכה מדינתית.¹¹² גם מי שתומכים בהסדר מבססים את טיעוניהם בדרך כלל על שיקולים חברתיים ודמוקרטיים, כגון צמצום אפליה או הבטחת האפשרות של כלל האזרחים להשתתף באופן שווה ב"משחק" הפוליטי (אף שלא בטוח שבדבריהם יש תשובה אמיתית לטיעון שלפיו הסדר המבוסס על תמיכה מדינתית יביא לתוצאות חלוקתיות טובות יותר).¹¹³ טיעונים אלה, כך אנו מבקשים לטעון, מחמיצים חלק ממורכבות הדיון, בכך שהם אינם רגישים לעובדה שיש חשיבות לזהותו של מעביר הכסף. גם אם במצב הסופי סכום הכסף שיקבל העובד בהסדר המבוסס על שכר

¹¹¹ לעמדה אחרת בדבר עדיפותה הנורמטיבית של מערכת המשפט על מערכת המס בהקשרים מגוונים, ראו Dafna Lewinson-Zamir, *In Defense of Redistribution Through Private Law*, 91 MINN. L. REV. 326 (2006). לוינסון-זמיר טוענת (בין שאר המהלכים במאמר) שכללים משפטיים הם עדיפים, שכן ביכולתם להביא לתוצאות טובות יותר במובני רווחה, משום שהרווחה של אנשים תלויה לא רק ב"מה יש להם" אלא גם ב"איך הם קיבלו אותו" (ראו שם, בעמ' 357). המובן שבו לוינסון-זמיר כותבת על רווחה שונה מהמובן הקלאסי של הניתוח הכלכלי, שכן היא דוגלת בתאוריה אובייקטיבית של רווחה ולא בתאוריה של מקסום העדפות (וראו Dafna Lewinson-Zamir, *The Objectivity of Well-Being and the Objectives of Property Law*, 78 (N.Y.U. L. REV. 1669 (2003)). מכל מקום, מובן שהתאוריה שלנו אינה עומדת בסתירה לתאוריה של לוינסון-זמיר, אלא מציעה שיקול נוסף, הנוגע למשמעויות השונות של כסף בפרקטיקות השונות.

¹¹² ראו למשל Daniel Shavero, *The Minimum Wage, the Earned Income Tax Credit, and Optional Subsidy Policy*, 64 U. CHI. L. REV. 405 (1997). לביקורת יסודית יותר, ראו JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* §43 (1971).

¹¹³ ראו למשל Elizabeth Anderson, *What Is the Point of Equality?*, 109 ETHICS 287, 325 (1999); Noah D. Zatz, *The Minimum Wage as a Civil Rights Protection: An Alternative to Antipoverty Arguments?*, 2009 U. CHI. LEGAL F. 1.

מינימום ובהסדר המבוסס על תמיכה מדינתית יהיה זהה, ואף אם יובטח כי גם ללא שכר מינימום לא תתקיים כל אפליה בשכר, הרי המצב הנורמטיבי לא יהיה זהה, בין השאר, מכיוון שהמשמעות של הכסף בשני המקרים איננה זהה.

לאחרונה נטען, בניגוד לתאוריות האמורות, כי חיוב המעסיק בתשלום שכר מינימום לעובד הוא חשוב באופן בלתי-תלוי בשיקולי יעילות וצדק חלוקתי, שכן זוהי דרך להבטיח מערכת יחסים צודקת בין הצדדים, שבה המעסיק מכבד את החירות ואת השוויון המהותיים של העובד.¹¹⁴ מעניין להצביע על כך שטוען זה, הרגיש לשוני שבין מצבי העולם הנורמטיביים שתוארו לעיל, נדרש להניח (במשתמע) הבנה פלורליסטית של כסף: אלמלא יכלה זהותו של מעביר הכסף להקנות לאותו סכום כסף משמעות שונה, לא ברור כיצד היה הכסף יכול לשמש למילוי החובה של המעסיק כלפי העובד באופן שיש לו חשיבות נורמטיבית. כלומר, אם הכסף אינו יכול לקבל משמעות נורמטיבית החורגת מהיותו אמצעי שקוף וחסר תוכן, לא נראה שהוא יכול לשמש – במובן של התאמת האמצעי לתכלית – למילוי החובה באופן שונה מהותית מבחינה נורמטיבית מהסדר שלפיו אותו סכום כסף יועבר בידי המדינה, שכן הוא לא יוכל לשמש ל"העברת" התוכן הנורמטיבי.

הטעון טעון הסבר והדגמה. לא כל פעולה הייתה יכולה למלא את חובתו של המעסיק כלפי העובד. כך למשל, אילו אמר המעסיק לעובד שהוא מכבד אותו כפי שהוא, כאדם חופשי ושווה, הפעולה המילולית לא הייתה מבטאת את העמידה בחובה. העמידה בחובה דורשת פעולה מסוימת, שבה מועבר דבר מסוים מהמעסיק לעובד (העברת מילים בלבד, למשל, אינה עומדת בדרישה). הפעולה המסוימת הנדרשת היא פעולת התשלום, וכפי שהפעולה המילולית אינה יכולה לבטא את העמידה בחובה, מכיוון שהמילים כשלעצמן אינן יכולות לשאת את התוכן הנורמטיבי הנדרש – פעולת התשלום דווקא יכולה לבטא את העמידה בחובה, בדיוק בגלל שכסף יכול לקבל את התוכן הנורמטיבי הנדרש. בניסוח אחר, התוכן הנורמטיבי של פעולת תשלום חייב להיות כזה שכסף יכול לשאת, אחרת הפעולה פשוט אינה יכולה לשאת את התוכן הנורמטיבי. וכך, אם לשם עמידה בחובה המעסיק חייב לבצע את פעולת התשלום (של שכר מינימום) לעובד, הרי הכסף שבאמצעותו מתבצע התשלום חייב לשאת את התוכן הנורמטיבי המאפשר את העמידה בחובה – קרי התייחסות לעובד באופן המכבד את החירות ואת השוויון המהותיים שלו. כך, תשלום שכר המינימום בידי המעסיק אכן יכול לקיים את חובתו ליחסים צודקים עם העובד, מכיוון שכסף הוא אכן אמצעי מתאים

Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *Poverty and Private Law: Beyond Distributive* 114 *Justice*, 68 AM. J. JURIS. 229, 247-48 (2023). לפי דגן ודורפמן, החובה של המעסיק לשלם לעובד שכר מינימום מבטאת את המחויבות של המעביד לכבד את החירות המהותית של העובד, באמצעות הבטחת תנאים כלכליים מינימליים שיאפשרו לו לממש את זכותו להגדרה עצמית. כמו כן, חובה זו מבטאת תפיסה של שוויון מהותי בין הצדדים, שכן היא מביאה בחשבון הבדלים דלונטיים במצבם הכלכלי של הצדדים באופן שמבטיח תנאי התקשרות צודקים, ולמצער כאלה שאינם חורגים מרף מינימלי מסוים.

למילוי החובה במקרה זה, שכן הוא נטען במשמעות נורמטיבית באופן הרגיש לזהות הצדדים המשתמשים בו.¹¹⁵

(ג) המזיק שמעביר לניזוק

אחד הדיונים התאורטיים הבסיסיים ביותר בדיני הנזיקין עוסק בשאלת המבנה היחסני של דינים אלה: מדוע דווקא *המזיק* צריך לפצות דווקא את *הניזוק* ורק אותו?¹¹⁶ העמדות בסוגיה מרובות ומורכבות, ואין בכוונתנו לצלול כאן לעומקו של הדיון. הנקודה אשר ברצוננו להדגיש היא שככל שבאמת יש חשיבות נורמטיבית במבנה זה, עלינו להניח שהכסף נטען במשמעות נורמטיבית שונה באמצעות זהות הצדדים, קרי המעביר והמקבל. אילו הכסף לא היה יכול לקבל ולהעביר תוכן נורמטיבי, אז שוב, במונחי התאמת אמצעי לתכלית, מדובר היה באמצעי שאינו מתאים למלא את החובה המוסרית שחלה על המזיק כלפי הניזוק.¹¹⁷ השאלה איזו משמעות בדיוק הכסף מקבל כאן (יוצר תיקון, מקבל משמעות אפולוגטית, נקמנית וכדומה) חורגת מגדרי מאמר זה. עם זאת, השימוש בדוגמה זו נועד להעביר נקודה אחרת: בכך שאנו חושבים שיש ערך נורמטיבי למבנה שבו המזיק מפצה את הניזוק, אנו מניחים (במשמעות) שהכסף יכול לקבל משמעות נורמטיבית באופן החורג מהתפיסה המסורתית בעניינו. יתרה מכך, אנו ממחישים בכך את העובדה ש**עצם זהותם של הצדדים** יכולה להעניק לכסף חלק מהמשמעות הנורמטיבית שלו בפרקטיקה מסוימת. הדוגמאות שלעיל נועדו להמחיש את הנקודה, שהשאלה "מי נותן" ו"מי מקבל", בכל הנוגע להעברת כסף בפרקטיקה משפטית מסוימת, היא *חשובה*, בין השאר משום שהכסף מקבל משמעות שונה בהתאם לזהות הצדדים, מה שיכול להביא להבדל נורמטיבי מהותי בין שני מצבי עולם שבהם התוצאה הכספית הכמותית זהה. למען הסר ספק, איננו טוענים שמדובר בהסבר חלופי או בלעדי, אלא *בהסבר משלים* לתאוריות הרגישות להבדל הנורמטיבי הנובע מזהות הצדדים המשתמשים בכסף.¹¹⁸

115 מהלך דומה ניתן ליישום במקרים נוספים, שבהם ניתן להראות את החשיבות של זהותו של מקור הכסף (בדגש על הבחנה בין מקור ציבורי למקור פרטי) למשמעות שהכסף מקבל באינטראקציה מסוימת, כך שהמשמעות של כסף באינטראקציה מסוימת היא בעלת השלכות ישירות על שאלות של צדק. אנו סבורים שההתמקדות במשמעות של כסף כאן יכולה להעשיר ולהאיר פן נוסף בכמה מהלכים תאורטיים נוספים המנסים להדגיש את החשיבות האינהרנטית בהיבטי צדק שבהעברת סכום כסף מסוים בידי שחקן פרטי (בניגוד לשחקן מדינתי), גם אם מדובר באותו סכום בדיוק. ראו למשל לעניין אחריות המעסיק לשאת בעלויות ההתאמה במקום העבודה, חנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" **עיוני משפט** מא 307, 359-356 (2019).

116 ראו למשל Jules L. Coleman, *The Structure of Tort Law*, 97 YALE L.J. 1233 (1987).

117 שכן כפי שהומחש לעיל בפרק 1.1(ב), התוכן הנורמטיבי של פעולה (במקרה הזה הפיצוי) מוגדר בידי התוכן הנורמטיבי שהאמצעי יכול לשאת.

118 בשולי הדברים נציין, כי למהלך של מאמר זה ייתכנו כמובן השלכות בסוגיה של בחירת משטרי אחריות בנזיקין. אחת הדוגמאות המפורסמות בספרות העוסקת בנושא זה היא של תחום הפיצויים עקב תאונה בניו זילנד: במדינה הונהגה שיטה מרחיבה של פיצויים ללא אשם, שבמסגרתה אדם

2. למה נותנים את הכסף? פלורליזם ייעודי וכספי פיצויים

המשפט הנוהג מזמן דוגמאות גם למקרים שניתן להבינם כמציגים פלורליזם ייעודי של כסף, כלומר של שימוש בכסף בהתאם לייעודים שונים ולתכליות שונות, תוך הבנה מגוונת של משמעות הכסף באקט המסוים שבו נעשה שימוש. שימוש שכזה בכסף חורג ממה שהוגדר במאמר זה בתור "התפיסה המסורתית". נדגים זאת באמצעות שתי דוגמאות בולטות מהדין המצוי – השימוש בפיצויים עונשיים בדיני הנזיקין וההבחנה בין קנס לפיצוי בדין הפלילי. באמצעות שתי הדוגמאות נבקש להראות, שהחשיבה על תאוריה של כסף ואימוץ של התאוריה הפלורליסטית שבה צידדנו במאמר זה מאפשרים הבנה מעמיקה יותר של מופעים משפטיים שעלולים – בהיעדר מחשבה על תאוריה של כסף – להיראות לא-ברורים.

השימוש בפיצוי עונשי בדיני הנזיקין הוא דוגמה מובהקת לשימוש בסכום כסף באופן שמייחס לו ייעוד מסוים, ואינו רואה בו אמצעי לביצוע הפשטה של הברלים איכותיים בין אובייקטים וטובין שונים, בניגוד לתפיסה המסורתית. הפיצויים העונשיים, בניסוחם המשפיע במשפט הישראלי, הם "פיצויים שעל המזיק לשלם לניזוק בסכום שאינו משקף הערכה של הנזק שגרם המזיק לניזוק על ידי עוולה, אלא בא להעניש את המזיק על התנהגותו המזיקה ובכך לבטא סלידה ממנה".¹¹⁹ לפי פרשנות זו של הפיצוי העונשי, סכום הכסף שבו נעשה שימוש אינו מבטא אומדן כמותי, אלא נטען במשמעות איכותית מובהקת. יתרה מזאת, הכסף אינו משמש אמצעי שקוף שעושה פעולת הפשטה של דברים מערכיהם, אלא נושא משמעות עצמאית – הוא מחזק ומבסס את המסר הסולד והמעניש שבית המשפט מעוניין לבטא.¹²⁰ לכספי הפיצויים יש משמעות ייעודית, במובן זה שסכום הכסף ששימש פיצוי תרופתי לא יכול היה לשמש

שנפגע בתאונה אינו תובע פיצויים בנזיקין מהפוגע (או מחברת הביטוח שלו), אלא פונה לגוף ממשלתי המסובסד מכספי מיסים אשר מספק את הפיצויים. ראו למשל, Craig Brown, *Deterrence in Tort and No-Fault: The New Zealand Experience*, 73 CALIF. L. REV. 976 (1985). מבלי להיכנס לשלל המורכבויות שבבחירת משטר אחריות בנזיקין, נציין שהתפיסה במאמר זה מציעה כי ישנו קושי עקרוני במשטר מסוג זה, שכן הכסף שבו משולמים הפיצויים מהקרן הממשלתית – מבחינת משמעותו – איננו אותו כסף שהיה משולם בידי המזיק.

119 אהרן ברק דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 579 (ג' טרסקי עורך, מהדורה שנייה 1979), כמצוטט בפס' 74 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין בע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004), אשר נחשב לפסק הדין המנחה בעניין פיצוי עונשי בנזיקין.

120 מעניין לציין שפיצויים עונשיים נפסקים במקרים מיוחדים שבהם נראה בבירור שהתנהגות המזיק ראויה לגינוי. ראו שם, פס' 78 לפסק דינו של השופט ריבלין; ע"א 2144/13 עיזבון מנטין נ' הרשות הפלסטינאית, פס' 135 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו 6.12.2017), וכן פס' 142 לפסק דינו, שם הוא מפרט על מקרים של פסיקת פיצויים עונשיים במקרה של אונס קבוצתי אכזרי וקשה, של תקיפה מכוונת וזדונית שגרמה לפגיעה פיזית חמורה, של רצח אכזרי של אישה בידי בן זוגה ושל מעשה רצח שבוצע כחלק מפיגוע טרור. כמו כן ראו לאחרונה למשל ע"א 2362/19 פלונים נ' הרש"פ, פס' 12 לפסק דינו של השופט מינץ (נבו 10.4.2022).

גם פיצוי עונשי, וסכום הכסף שנפסק כפיצוי עונשי אינו נתפס ככסף שהוא גם "תרופתי".¹²¹ התפיסה היא כי מדובר בשני סוגי פיצויים מובחנים, אשר מתפקדים בצורה שונה ופועלים פעולה אחרת בעולם, הגם שמדובר בשני מופעים של סכום כסף שעובר בין אותם צדדים באותו הקשר – המזיק והניזוק. כך, בעוד שהפיצויים התרופתיים קשורים (בדרך זו או אחרת, בהתאם להבנה התאורטית שנבחרת) לנזק שגרם המזיק לניזוק, ואינם נתפסים כמבטאים את הסלידה מהתנהגותו המזיקה, הרי פיצויים עונשיים מיועדים לביטוי הסלידה מהמעשה, ואינם נתפסים בידי בית המשפט כקשורים לנזק שנגרם לניזוק.

בדומה לפיצוי העונשי, שנחשב "נטע זר" עונשי בדיני הנזיקין, הפיצוי לנפגע עבירה נחשב ל"נטע זר" אזרחי בדיני העונשין.¹²² סעיף 77 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, קובע, כי אם אדם הורשע "רשאי בית המשפט לחייבו... לשלם לאדם שניזוק על ידי העבירה... לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו". בהקשר של מאמר זה מעניין במיוחד לשים לב להבדל שבין הכסף המשולם כפיצוי לנפגע העבירה, לבין סכום כסף אחר שעשוי להיות מוטל על המורשע בפלילים כקנס. כספים אלה שונים באופן מוצהר בייעוד שלהם, כפי שכתב השופט ריבלין: "החייב על-פי סעיף 77 בא לפצות את קורבן העבירה על 'נזק' או 'סבל' שנגרמו לו. 'נזק' – הפסד של ממון בו; 'סבל' – נזק שאינו נזק של ממון, ושניהם מסימניה של התרופה האזרחית המוענקת לנפגע-הניזוק מידי העברייין-המזיק. זאת, להבדיל מן הסנקציה העונשית (ולו גם סנקציה כספית על דרך של קנס) שהציבור כולו תובע מידי העברייין".¹²³ במקרה זה ניתן לראות שוב, כיצד המשפט הנוהג רואה בשני סכומי כסף אשר מועברים באותו ההליך מידי של אותו אדם¹²⁴ דברים שונים מבחינת התכליות שלהם, ולפיכך גם מבחינת המשמעות שלהם. להבדל זה שבין התכליות של סוגי הכספים יש גם ביטויים מעשיים. כך למשל, לשם פסיקת פיצויים לפי סעיף 77 – בניגוד להטלת קנס – אין נדרשת הרשעה, ומספיקה

121 ישנה כמובן גם הבנה מקובלת אחרת של הפיצוי העונשי, ולפיה הוא קשור למטרות של הרתעה יעילה. ראו בעניין **עיצובן אטינגר**, לעיל ה"ש 119, פס' 76 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין, וכן בעניין **עיצובן מנטיין**, לעיל ה"ש 120, פס' 115-118 לפסק דינו של השופט סולברג. גם במסגרת התכלית העונשית של הפיצוי העונשי תיתכן הבנה של הכסף שקרובה יותר לתפיסה מסורתית, כפי שמתבטא בדבריו של השופט סולברג על ההצדקה הגמולית (שם, פס' 109-111). ואולם ההצדקה בדבר העברת מסר חברתי מוזכרת באופן בולט בפסיקה, הן בפסק דינו של השופט ריבלין בעניין **עיצובן אטינגר** והן בפסק דינו של השופט סולברג בעניין **עיצובן מנטיין**.

122 ראו למשל בדבריו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין: "מעיקרה ובתוכנה, מהווה היא נטע זר בדין העונשין. המחוקק שתל זרע של משפט אזרחי בתוככי דין העונשין, אך זריעה זו לא שינתה מאופיו ומאפיונו של הזרע ושל צאצאיו" (רע"פ 2976/01 **אסף נ' מדינת ישראל**, פ"ד (3) 418, 462 (2002)).

123 עניין **אסף**, שם, בעמ' 479.

124 דוגמה זו שונה מהדוגמה של פיצוי עונשי בדיני הנזיקין בכך שבעוד שגם הפיצוי התרופתי וגם הפיצוי העונשי מגיעים לכיסו של הניזוק, בדין הפלילי הפיצויים מגיעים לנפגע העבירה ואילו הקנס לקופת המדינה. אנו סבורים כי הניתוח שלנו הולם גם בהינתן הבדל זה.

הקביעה כי העברין ביצע את המעשה המזיק;¹²⁵ כמו כן, בעוד שבקביעת גובה הקנס בית המשפט נדרש על פי חוק להתחשב ביכולתו הכלכלית של הנאשם,¹²⁶ הרי בקביעת כספי הפיצויים בית המשפט אינו מתחשב ביכולתו הכלכלית, "אלא רואה לנגד עיניו רק את נזקן וסבלו של הקורבן".¹²⁷

לעובדה שמדובר בסכומי כסף בעלי משמעות שונה ישנם ביטויים מעניינים אף יותר. סעיף 77(ג) לחוק העונשין קובע, כי במצב שבו הוטלו על הנאשם קנס וכן פיצויים לנפגע העבירה, כל סכום שיופקד בידי הנאשם "יזקק תחילה על חשבון הפיצויים", ורק לאחר מכן יזקק לטובת כיסוי הקנס. ניתן לראות בבירור כי בית המשפט מייחס משמעות שונה לשני סכומי הכסף שמעביר הנאשם. דיון מקיף בנושא נערך בעניין **מוסרי**,¹²⁸ שם גם נקבע בדעת רוב (ובכך שונתה הלכה קודמת) כי אין לאסור אדם אשר העביר את סכום הקנס שהושת עליו לאוצר המדינה, גם אם הסכום נזקף לטובת פיצויים לקורבן העבירה. בית המשפט הוסיף גם כאן לראות בסכומי הכסף שהנאשם חייב לשלם – כספי הפיצויים וכספי הקנס – סכומי כסף מובחנים מבחינת משמעותם: כאשר הכסף הופקד לטובת תשלום חוב הקנס אך נזקף לטובת תשלום הפיצויים, מתייחסים למצב כאילו כלל לא שולם הקנס (הגם שאין להפעיל את האפשרות של מאסר חלף קנס במצב זה). ניתן להסביר יחס זה בעובדה שלכספים השונים יש משמעות שונה, שכן הם ממלאים תכליות שונות – תכלית תרופתית לכספי הפיצויים¹²⁹ ותכלית עונשית לכספי הקנס.

הניתוח שהצענו כאן עשוי להעלות התנגדות שלפיה מדובר במקרה "לא נקי", שכן ההבדל בין סכומי הכסף אינו קשור רק לתכליתם, אלא לעובדה שהנמען שלהם שונה: כספי הפיצויים מגיעים לנפגע העבירה, ואילו כספי הקנס משולמים לאוצר המדינה.¹³⁰ ואולם, ההבחנה בין הנמענים עדיין אינה מסבירה את התופעה כולה, שכן על פניו לא ברור מדוע הכספים משולמים לנפגע אינם יכולים למלא גם את התכלית העונשית, ומדוע עבור התכלית העונשית נדרש סכום כסף נפרד בדמות הקנס (ודאי שהסיבה אינה יכולה להיות העשרה פוטנציאלית של קופת המדינה). יתרה מכך, העובדה שלכספים יש נמענים שונים אינה סותרת את הניתוח שלנו, ואף מחזקת אותו: העובדה שדווקא על

125 עניין **אסף**, לעיל ה"ש 122, בעמ' 479.

126 ס' 40 לחוק העונשין.

127 רע"פ 7621/15 **מוסרי נ' מדינת ישראל**, פס' 34 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר (נבו) 1.7.2021.

128 שם.

129 בע"פ 4737/17 **אחמד שחאדה נ' מדינת ישראל** (נבו) 24.8.2018 מפרט המשנה לנשיאה מלצר כי לפיצוי מכוח ס' 77 יש כמה תכליות שונות, "וביניהן: מתן סעד מהיר לנפגע העבירה; הכרה חברתית בסבלו של הנפגע; העלאת מעמדו של קורבן העבירה בהליך הפלילי, כחלק מהמגמה לשלב בהליך הפלילי ולהכיר בזכויותיו במסגרת הליך זה ואף יסוד של היטהרות לעברין עצמו, שחיובו בפיצוי לטובת הנפגע עשוי לתרום לשיקומו" (שם, פס' 23).

130 זאת ועוד, ההסדר ולפיו יש לזקוף את הכספים המשולמים כקנס קודם כול לטובת פיצויים לנפגע מבטא את העדפת המחוקק למתן פיצוי לנפגע על פני העשרה של קופת המדינה (עניין **מוסרי**, לעיל ה"ש 127, פס' 32 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר).

מנת שהקנס ימלא את תכליתו העונשית עליו לעבור לקופת המדינה, ולא לכיסו של הנפגע, מלמדת כי בעיני המחוקק ובית המשפט מדובר בכספים מובחנים מבחינת משמעותם.

לסיכום, בחלק זה הראינו כי התבוננות בסוגיות משפטיות שונות מפרספקטיבה של תאוריה של כסף מאפשרת הבנה מעמיקה יותר שלהן, בפרט בדוקטרינות שעל פניו נראות מבלבלות וחריגות. בפרט הראינו, כי אימוץ תאוריה פלורליסטית בנוגע לכסף, הן כזו הרגישה לזהות הצדדים שביניהם הכסף עובר ולאופי מערכת היחסים ביניהם, והן כזו הרגישה ליעוד שהכסף נועד לממש בהקשר מסוים, מאפשרת להסביר ולהצדיק דוקטרינות משפטיות שונות.

סיכום

במאמר זה ניסינו להראות, שהאופן שבו פילוסופים, תאורטיקנים חברתיים ותאורטיקנים של המשפט חושבים בדרך כלל על כסף וההנחות שהם מניחים על מהותו – הם במרבית המקרים שגויים. הן כעניין של תאוריה חברתית והן כעניין של תאוריה משפטית, התייחסות לכסף רק כאל אמצעי שקוף ומופשט, המפשיט והמשטיח את ערכם האיכותי של אובייקטים כדי ערך כמותי גרידא, אינה תופסת את מגוון השימושים המורכבים של בני אדם בכלל – ושל מערכת המשפט בפרט – בכסף, ובהתאם את ריבוי המשמעויות שיש לכסף בחיים האנושיים ובפרקטיקה המשפטית. זאת ועוד, העמדה המקובלת בנוגע לכסף, שקראנו לה כאן "העמדה המסורתית", מביאה לכך שרובה הגדול של הכתיבה בתאוריה המשפטית מתעלם מהעובדה שכסף הוא האמצעי שהמשפט פועל באמצעותו בפרקטיקות הרלוונטיות, או מניח כמובן מאליו שהכסף פועל בדרך שהגישה המסורתית מייחסת לו.

המאמר מציע גישה פלורליסטית למשמעות ולתפקיד של הכסף במשפט. להבנה זו של כסף יכולות להיות, כפי שהראינו, השלכות משמעותיות על הדיון בסוגיות שונות בתאוריה המשפטית. בחלק מהמקרים הבנת המשמעות של כסף בפרקטיקה מסוימת יכולה לחזק או להחליש משמעותית עמדה תאורטית מסוימת, ואף להביא לכך שתאוריה מסוימת תתגלה כבלתי אפשרית (או פשוט שגויה). במקרים אחרים, התמקדות במשמעות של כסף יכולה לספק הסבר נוסף לפרקטיקות ולהסדרים שונים, הסבר אשר גם אם הוא מוליך לתוצאות דומות לשל תאוריות אחרות, הוא נגיש גם למי שאינו מקבל טענות המתבססות על הסבר אחר. יתרה מכך, ברמה בסיסית כסף הוא אמצעי מרכזי בפרקטיקות משפטיות רבות, שהן חלק משמעותי מהתופעות שהתאוריה המשפטית שואפת להסביר ולהצדיק (או לבקר). משכך, הסבר תאורטי מספק צריך לכלול גם התייחסות למשמעות ולתפקיד שהוא ממלא. ההתמקדות של המאמר במשמעותו ובתפקידו של הכסף מספקת בשלב זה יותר שאלות מאשר תשובות. הדבר נובע מעצם הטיעון שביסוד המאמר: מעצם קבלת עמדה פלורליסטית בנוגע למשמעותו של כסף נובע כי אי-אפשר לשרטט תשובה יחידה וכוללנית בנוגע לתפקידו במשפט, אלא שאנו נדרשים לחקירה שיטתית של תפקידו בכל פרקטיקה משפטית. בכך מהווה המאמר בסיס ומסגרת לחקירה עתידית ומעמיקה יותר בנוגע למשמעותו ולתפקידו של הכסף במשפט.