

משפט, נורמות והתנהגות: על משתנים ממתנים, על משתנים מתווכים ועל מה שביניהם

מבוא

במאמר זה אנסה למפות את העולה מן הגישה ההתנהגותית למשפט באשר לחשיבותו של המשפט. תפיסתנו את חשיבות המשפט מבוססת על תפיסת עולם אמפירית כמותית, שלפיה המשפט נחשב לחשוב אם יש בו כדי להשפיע באופן ישיר או עקיף על אחד או יותר מן הממדים המרכיבים את ההתנהגות האנושית. זאת ועוד: ככל שהשפעתו של המשפט על ההתנהגות מותנית במשתנים אשר אינם מושפעים ממנו, המשפט נתפס עבורנו כחשוב פחות. מתוך נקודת מבט זו אבחן במאמר את סוגי הספרות המרכזיים אשר מכוננים את הגישה ההתנהגותית. את ייחודיות הגישה ההתנהגותית אציג באמצעות סקירה ביקורתית של המחקרים ההתנהגותיים השונים, מחקרים אשר בוחנים את ההשפעה הישירה ואת ההשפעה העקיפה של המשפט על ההתנהגות האנושית.

בניסיון לענות על השאלה "האם המשפט חשוב?" יש צורך לאמוד לא רק את החשיבות שאנו מייחסים למשפט, אלא גם להבין מהו אותו משפט שבו אנו דנים. לצורך מיקוד הדיון במאמר זה, העוסק בניסיון לברר את חשיבותו של המשפט בהיבט השפעתו על ההתנהגות, נייחד את המושג "משפט" לכזה אשר נוצר באופן פורמלי על ידי מערכות המדינה השונות (כגון, מחוקק, בתי משפט ורשויות אדמיניסטרטיביות), קרי משפט המדינה. אף שחלק ניכר מן המאמר יעסוק בנורמות חברתיות ובהיבטים בלתי פורמליים של המשפט, במסגרת זו אין ביכולתנו לאמוד את חשיבותו של המשפט הבלתי פורמלי. לפיכך, העיסוק במסגרת מאמר זה ב"משפט בלתי פורמלי" יצומצם לניסיון להבין את האופן שבו המשפט הבלתי פורמלי ממתן ומתווך את השפעת משפט המדינה על ההתנהגות האנושית, ולא את תפקודו העצמאי של המשפט הבלתי פורמלי ואת השפעתו הוא על ההתנהגות.

הגישה ההתנהגותית למשפט מתאפיינת בהתמקדות בקשר שבין המשפט לבין התנהגותו של האדם הבודד. הבנת התנהגות האדם הבודד נעשית בעיקר בעזרת אמצעים אמפיריים ובאמצעות ניסויים.¹ הגישה ההתנהגותית שואפת לפשטות יחסית בתפיסתה את

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. תודה לעוזרי המחקר: לעדן גוטליב, ליפעת כביר, לקארין סאסי, לאמיר פלק, להדס פריאון ולגלעד וינר. תודה גם לעדי אייל, לשחר ליפשיץ, למנחם מאוטנר ולטלי מרגלית על הערותיהם המועילות.

1 עם זאת, חשוב לציין כי משפטנים רבים הנמנים עם חוקרי הזרם ההתנהגותי של המשפט אינם מבצעים מחקרים אמפיריים עצמאיים בהקשרים משפטיים, אלא עושים שימוש מושכל בממצאים אמפיריים אשר נאספו על ידי פסיכולוגים וכלכלנים בהקשרים משפטיים. ראו למשל: Avishalom Tor, *The Fable of Entry: Bounded Rationality, Market Discipline and Legal Policy*, 101 Mich. L. Rev. 482 (2002); Ehud Guttel & Alon Harel, *Matching*

מודל ההתנהגות האנושי.² הרקע התאורטי לגישה זו נשען בעיקר על פסיכולוגיה חברתית וקוגניטיבית, ומשלהי שנות התשעים של המאה העשרים גם על תחומים חדשים יותר כמו כלכלה התנהגותית. על פי תפיסות אלו חשיבות המשפט מורכבת יחסית: תפיסת האופנים שבהם עשויה ההתנהגות האנושית להשתנות בשל השפעת המשפט היא רב-ממדית, ובחינת השינוי בהתנהגות האדם הורחבה לממדים הקשים לכימות.

המודל הנדרש להבנת חשיבות המשפט מנקודת המבט של הגישה ההתנהגותית הוא מודל מארגן – מודל שמטרתו להפוך ידע בתחום מסוים לבר-יישום עבור תחומים אחרים. בקווים כלליים ניתן לומר כי בהשוואה לשאר מדעי החברה, הפסיכולוגיה אמנם עשירה מאוד מבחינה מתודולוגית, אך נעדרת מתא-אוריה ככלכלה או אבות מייסדים דומיננטיים כסוציולוגיה.³ בשל כך נוצר פסיפס מורכב מאוד של ממצאים על ההתנהגות ועל החשיבה האנושית, העשוי להקשות על מציאת מודלים מארגנים.

תחימת הגישה ההתנהגותית למשפט היא משימה לא פשוטה בפני עצמה. בעולם המחקר המשפטי מקובל לדבר על גישה זו כמעין התפצלות מאוחרת של הגישה הכלכלית למשפט (משפט וכלכלה). הגישה ההתנהגותית קוראת תיגר על ספרות הניתוח הכלכלי של המשפט, ומראה כי בשל מגבלות הרציונליות יש מקום לבחון מחדש את תקפותם של המודלים הכלכליים בכל הנוגע במשפט.⁴ במובן מסוים יש לטענה זו משקל רב; חדירתה של הפסיכולוגיה לזרם המרכזי של חקר המשפט, שהחלה למעשה רק בחמש עשרה השנים האחרונות, זכתה להצלחה בעיקר בזכות התקפותיה על הגישה הכלכלית למשפט. עם זאת, התפיסה ההתנהגותית, הרואה בביקורת על המודלים הכלכליים את עיקר המחקר הפסיכולוגי, מקפלת בחובה ראייה מעט שטחית של היקף התרומה האפשרי של הפסיכולוגיה למשפט.⁵ כך, למשל, מחקרים פסיכולוגיים על זהות קבוצתית, על הוגנות, על לגיטימציה ועל נורמות חברתיות הם רלוונטיים למשפט אף שלא נכתבו מנקודת מבט ביקורתית על מודלים כלכליים דווקא. כדי לאזן בין שתי נקודות המבט ולחתור למשמעות הגישה ההתנהגותית, יובאו במסגרת סקירת הספרות הרלוונטית דוגמאות מייצגות הן מן הגישה ההתנהגותית – אשר צמחה כביקורת על הגישה הכלכלית, הן מן הגישה הפסיכולוגית – אשר התפתחה באופן עצמאי ובחנה סוגיות הנוגעות לשיתוף פעולה של יחיד עם אינטרסים שונים של קבוצה. חשוב לציין, כי אף שבמידה מסוימת מדובר בגישות

Probabilities: The Behavioral Law and Economics of Repeated Behavior, 72 U. CHI.

L. REV. 1197 (2005)

Russell Korobkin & Thomas Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the* 2

Rationality Assumption from Law and Economics, 88 CAL. L. REV. 1051 (2000)

למשל מקס ובר, אמיל דורקהיים או קרל מרקס. 3

Jeffrey J. Rachlinski, *The "New" Law and Psychology: A Reply to Critics*, 4 ראו:

Skeptics, and Cautious Supporters, 85 CORNELL L. REV. 3 (2000)

הגישה ההתנהגותית גם אבישלום תור; ראו: Avishalom Tor, *The Methodology of the*

Behavioral Analysis of Law, 4 HAIFA L. REV. 237 (2008)

Yuval Feldman & Robert J. MacCoun, *Some Well-Aged Wines for the "New* 5 ראו:

Norms" Bottles: Implications of Social Psychology to Law and Economics, in THE

LAW AND ECONOMICS OF IRRATIONAL BEHAVIOR 358 (2005)

בעלות אוריינטציה מעט שונה, הרי רב המחבר על המפריד בין שתי גישות אלו. בניגוד לגישה האיכותנית, המאפיינת חלקים נרחבים מן הספרות של משפט וחברה, נסמכות הגישה ההתנהגותית והגישה הפסיכולוגית בעיקר על מחקרים כמותיים ועל ניסויים ומתמקדות ביחיד כיחידת הניתוח הרלוונטית; בהתאמה, שתי הגישות סובלות מהפסד של עושר התנהגותי הנובע מהמעבר למדרים כמותיים. במובן זה, בהסתמכות על המתודה הפסיכולוגית ועל התאוריה ההתנהגותית קיים ויתור רב, כפי שהוסבר קודם לכן.

גם כאשר ניגשים לבחון את השפעת המשפט על ההתנהגות, התמונה העולה מן המחקרים ההתנהגותיים השונים אינה מקלה עלינו להגדיר את המושג "השפעה". נראה כי הספרות מבחינה הבחנה חשובה בין השפעתו הישירה של המשפט על ההתנהגות האנושית לבין השפעתו העקיפה עליה. במובנים רבים העיסוק בהשפעתו הישירה של המשפט על ההתנהגות הוא פשוט יותר, שכן באופן זה קל יותר לאמוד את חשיבותו כפי שהוגדרה כאן: ככל שהכרזה על חוק או על מאמצים לאכפו גורמים לשינוי בולט יותר בהתנהגות אזי ניתן לדבר על חשיבות גדולה יותר של המשפט, ובהיעדרה של השפעה כזו ניתן לשלול את חשיבותו של המשפט. עיסוק מורכב הרבה יותר הוא העיסוק בהשפעה העקיפה של המשפט, קרי זו המתווכת באמצעות משתנים חיצוניים למשפט אשר ממתנים אותה; מדובר בקשר בין מספר רב של גורמים, וניתן לייחס את השינוי בהתנהגות למשתנים אשר אינם בהכרח קשורים למשפט, כלומר לאחד מהמשתנים הממתנים או המתווכים.⁶ מאחר שאין זה פשוט לאתר קשרים סיבתיים בין מספר רב של משתנים, קיים קושי להצביע על חשיבותו הייחודית של המשפט. נוסף לכך, חשיבות המשפט בהקשר זה נמדדת על פי הזיקה המסוימת בין המשתנה הממתן או המתווך לבין המשפט: ככל שמדובר במשתנה אשר נובע ישירות מן המשפט או מושפע ממנו בקלות יחסית, כך נוכל להמשיך ולדבר על חשיבות המשפט לשינוי ההתנהגות האנושית; למשל, ככל שמדובר בהליך הוגן יכולה המדינה להקפיד בקלות יחסית על מערכת נדרשת של כללים שתגרום למשפט להיתפס כצודק, וכפועל יוצא – לגרום לציות לו. אולם אם מדובר במשתנה אשר אינו מושפע מן המשפט עצמו, משתנה הממתן את השפעת המשפט (כגון זהות קבוצתית, שיכולת המשפט לייצרה היא מוגבלת) – נראה בו משתנה המצמצם את חשיבות המשפט.

בקווים כלליים, נראה כי ניתן לדבר על שלושה מסלולים מרכזיים המאחדים בתוכם את המודלים השונים לאופן השפעת המשפט על ההתנהגות האנושית: השפעה ישירה באמצעות מודלים של מחיר או של פחד; השפעה עקיפה המתמקדת בהעברת מידע בין הריבון לאזרח ללא תלות משמעותית במנגנונים של מחיר או של מוסר; דרך השפעה שלישית אשר חלקה ישירה וחלקה עקיפה, העוסקת במודלים של חינוך, של מוסריות ושל שינוי ערכים, מודלים המבוססים על שינוי פנימי של ההתנהגות.

6 בשפה פשוטה, "משתנה ממתן" הוא משתנה אשר קיומו במשוואה גורם להשפעתו של גורם א על גורם ב להיות חזקה או חלשה יותר, כתלות בנסיבות. משתנה יוגדר "מתווך" אם ההשפעה של גורם א על גורם ב מוסברת באמצעות השפעתו של גורם א על המשתנה המתווך, אשר משפיע בתורו על גורם ב. ראו: Reuben M. Baron & David A. Kenny, *The Moderator-Mediator Variable Distinction in Social Psychological Research: Conceptual, Strategic, and Statistical Consideration*, 51 J. PERS. & SOC. PSYCHOL. 1173 (1986).

בהתאם לכך, בחלקו הראשון של המאמר אעסוק בהשפעה הישירה של המשפט על ההתנהגות האנושית; בחלק השני אעסוק בהשפעותיו העקיפות של המשפט על ההתנהגות, השפעות אשר מחדדות את שאלת חשיבותו של המשפט. במסגרת הניסיון לענות על השאלה "האם המשפט חשוב?" אבחן את המחקרים השונים בגישה ההתנהגותית לאורה של השאלה אם המשתנים השונים, הממתנים את השפעת המשפט והמתווכים בינו לבין ההתנהגות, יכולים להיחשב ככאלו ההופכים את המשפט עצמו לחשוב פחות.⁷ בבחינת הגורמים להשפעתו העקיפה של המשפט על ההתנהגות האנושית יינתן משקל מיוחד לנורמות חברתיות. מבין כלל המשתנים, נראה כי למשתנה זה המשקל הרב ביותר בתיווך בין המשפט לבין ההתנהגות האנושית והשפעה רבה על מיתון הקשר ביניהם. בחלקו השלישי של המאמר אבחן גם משתנים הנוגעים במוטיבציה פנימית של הפרט, כגון הוגנות, לגיטימציה וזהות קבוצתית, המוזכרים בספרות כמסבירים את השפעתו העקיפה של המשפט על ההתנהגות האנושית. בחלקו הרביעי והמסכם של המאמר אשתמש בידע הנסקר באשר לתהליכים השונים (המודעים והבלתי מודעים) המעורבים בהשפעת המשפט על ההתנהגות האנושית כדי לבחון את האופן שבו יש להבין את חשיבותו האמתית של משפט המדינה ואת השפעתו על ההתנהגות האנושית.

כפתח הדברים ראוי להדגיש כמה מגבלות מוכנות של הגישה ההתנהגותית. ראשית, אחד הקשיים המרכזיים בגישה זו נובע מהיעדר חפיפה בין משמעויות שונות המיוחסות לאותו מושג, והספרות העוסקת בנושאים אלו אינה מקפידה תמיד על שימוש סלקטיבי במונחים. כך, למשל, המושג "נורמה" מתייחס למספר רב של תופעות של התנהגות. כדי להקהות קושי זה אעשה במהלך המאמר ניסיון להבהיר את המינוח שבו משתמשת הספרות ההתנהגותית החוקרת את המשפט. במסגרת ניסיון זה אבקש לאחד בין מושגים חופפים המתארים למעשה תופעות זהות.

שנית, חשוב להכיר במגבלותיה של הגישה ההתנהגותית כבואה להסביר תופעות משפטיות. הפנמת מגבלותיה של המתודולוגיה של הגישה ההתנהגותית חשובה כדי לסייג את הטענות המובאים במאמר זה ביחס לחשיבות המשפט. כך, למשל, הפסיכולוגיה מתקשה להבין תהליכים ארוכי טווח בשל האופן שבו היא אוספת נתונים. מגבלה זו רלוונטית למאמר זה; אף שאבחן בו נושאים הנוגעים בהשפעת המשפט על החברה על פני תקופה ממושכת, אתמקד בגישה ההתנהגותית בלבד.⁸ יתר על כן, כפי שכבר צוין לעיל, לעתים קשה לתחום את מגוון ההתנהגויות לממדים כמותיים, ובמובן זה קיים ויתור רב בהסתמכות על התאוריה ההתנהגותית ועל מתודות של התנהגות. הרצון להקפיד על

7 כפי שיובהר להלן, התשובה לשאלה זו היא מורכבת ותלויה הן במקורו של הגורם המתווך המסוים הן בקשר בינו לבין המשפט. מובן כי ככל שהגורם ניתן לעיצוב על ידי המשפט, הרי אין בעצם התערבותו בקשר שבין המשפט לבין ההתנהגות האנושית כדי להפחית מחשיבותו של המשפט. לעומת זאת, במקרים שבהם אין ביכולתו של המשפט להשפיע על עיצוב הגורם יש בהתערבותו של הגורם משום צמצום של היקף השפעתו של המשפט.

8 Robert D. Cooter, Michal Feldman & Yuval Feldman, *The Misperception of Norms: The Psychology of Bias and the Economics of Equilibrium*, 4 REV. L & ECON. (2008), available at www.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1222&context=rle

סיבתיות ועל תקפות, המאפיין את הגישה ההתנהגותית, מחייב להסתפק בסיפור שטחי יותר על הקשר שבין משפט לבין התנהגות אנושית. שלישית, לא אבחן במאמר זה משתנים מרכזיים רבים המשפיעים על ההתנהגות האנושית.⁹ אף כי ידוע שלכל אחד מן התהליכים הללו אינטרקציה מתועדת עם המשפט, תקצר היריעה מלטפל בצורה יסודית בכל אחד מהם. עם זאת, בשל הגישה הרחבה למושג הנורמות החברתיות וכדי לתחום את הדיון עבור הקורא, אנסה לציין בפירוט את התחומים המשיקים שבהם לא יעסוק המאמר.

א. השפעתו הישירה של המשפט על ההתנהגות

השפעתו הישירה של המשפט על ההתנהגות מיוחסת בדרך כלל למודל הקלאסי של מחיר – שבמסגרתו התנהגות בלתי רצויה מקבלת "תג מחיר" גבוה יותר. בתחום זה יש מקום להבחין בין אכיפה פורמלית לבין הרתעה חברתית, המבוססת על אכיפה בלתי פורמלית. במסגרת הבחנה זו ניתן לזהות בספרות ההתנהגותית מגמה של דעיכת חשיבותה התאורטית והמעשית של ההרתעה הפורמלית במובנה הפשוט כמכתיבה ציות, ולעומתה מגמה של עליית ההרתעה הבלתי פורמלית, הן מבחינת היקף העיסוק בה בספרות הן מבחינת השימושים שמוצע להסתמך עליהם כדי לגרום להגברת יעילותה של החקיקה.

1. מגמת הדעיכה בחשיבותה של ההרתעה הפורמלית בספרות ההתנהגותית המודל הבסיסי והמוכר של השפעת המשפט על ההתנהגות האנושית עניינו, כאמור, בהרתעה ובתפיסה כי בני אדם יימנעו מהתנהגות עבריינית רק כל עוד הסבירות שייתפסו וחומרת העונש עולים על התועלת הצפויה מביצוע הפשע.¹⁰ רעיון זה פותח למודל מתמטי של מוטיבציה, המנסה לנבא מתי יפעלו אנשים בניגוד לחוק בהתבסס על הערך שבביצוע הפשע, על הסיכוי שייתפסו ועל חומרת הענישה. בתחילת המחקר בנושא, מודל ההרתעה כמכתיב ציות (הנתפס כאינטואיטיבי ביותר מבין המודלים העוסקים בחשיבות המשפט) אומץ בחלקו על ידי קרימינולוגים וסוציולוגים שפעלו בשנות השישים ובשנות השבעים של המאה העשרים. אמנם אותם חוקרים קראו תיגר על הפשטנות של המוטיבציה הפנימית, כפי שהוצגה על ידי תאורטיקנים של כלכלה; אולם בכך שבחנו עד כמה הרתעה פורמלית משנה בפועל את התנהגותם של בני האדם, קיבלו למעשה את ההנחה אשר בבסיס מודל ההרתעה.¹¹ אך על אף קיומם של מחקרים אשר תמכו במגמה זו, מספר רב

9 כגון עיצוב עמדות, תהליכים אוטומטיים, רגשות ועוד.

10 הנוסחה הקלאסית לניבוי ציות היא מכפלת סבירות האכיפה בעצמת הענישה ובמהירות הענישה.

11 ראו למשל: Matthew Silberman, *Toward a Theory of Criminal Deterrence*, 41 Am. Soc. Rev. 442 (1976); Franklin E. Zimring, *Perspectives on Deterrence* (1971); Franklin E. Zimring & Gordon Hawkins, *Deterrence: The Legal Threat in Crime Control* (1973); Charles R. Tittle, *Sanctions and Social Deviance: The Question of Deterrence* (1980).

יותר של מחקרים פקפקו ביעילותה של ההרתעה וביכולתה להסביר את השפעת המשפט על ההתנהגות האנושית.

הסיבה המרכזית לדעיכה בחשיבות המעשית המיוחסת להרתעה פורמלית ולחיפוש אחר הסברים חלופיים לציות מיוחסת למגבלות ביכולתם של מנגנוני אכיפת החוק הפורמלי לפקח על ציות לחוק, לצד העלויות הגבוהות של תהליך האכיפה. השאלה שנשאלה במאמרים רבים הייתה, לפיכך: אם פיקוח על התנהגותו של כל פרט על ידי מנגנוני אכיפת החוק איננו מעשי, מדוע רוב בני האדם מציינים לחוק?¹² המסקנה הייתה כי אכיפה פורמלית כשלעצמה אינה יכולה להסביר מדוע בני האדם מציינים לחוק.¹³ על פי גישה זו, לו הייתה האכיפה הפורמלית ההסבר היחיד לציות לחוק, צריכה הייתה להתקיים אכיפה משמעותית הרבה יותר כדי שיתקיים ציות; כיוון שהלכה למעשה הציות מתקיים בלא אכיפה משמעותית יותר, המסקנה היא כי להרתעה הפורמלית משקל קטן יותר בהסבר ההתנהגות האנושית מכפי שמיוחס לה.

גישה מעט שונה מנסה להתמקד במוטיבציה של היחיד ולהראות כי מטבעו, האדם מושפע לא רק מפחד וכי ניתן להגיע לתוצאות משמעותיות יותר באמצעות יצירת תמריצים אחרים.¹⁴

12 “There are too many subtle opportunities to cheat, and too few police officers, to make it plausible that the only effective motives supporting moral behavior are the prospects of financial or criminal penalties for immorality”; Michael McPherson, *Limits of Self Seeking: The Role of Morality in Economic Life*, in NEOCASSICAL POLITICAL ECONOMY: THE ANALYSIS OF RENT-SEEKING AND DUP ACTIVITIES 77 (1984).

13 למחקר אמפירי מקורי הודן במגבלות ההרתעה ומסביר מהם “ציות בפועל” ו“ציות מדווח” ראו: John Braithwaite & Toni Makkai, *Testing an Expected Utility Model of Corporate Deterrence*, 25 LAW & SOC’Y REV. 7 (1991). לדיון תאורטי עדכני יותר, העוסק בציות לחוקי המס (תחום אשר באופן מסורתי נתפס כתחום שאינו מוסבר לגמרי), ראו: Eric A. Posner, *Law and Social Norms: The Case of Tax Compliance*, 86 VA. L. REV. 1781, (2000). במאמר זה נדונה “בעיית הציות לחוקי מס” – כיצד ייתכן ששיעורו של המס הנגבה כה גדול כאשר הסבירות שהסנקציה תוטל וחומרתה של הסנקציה כה נמוכות? בניסיון לענות על שאלה זו חוזר פונרר למודל האיתות המפורסם שלו – באמצעות תשלום המס אנשים מאותנים לסביבה שהם משתייכים לקבוצת “האנשים הטובים”. קיים מגוון של הסברים חלופיים לתופעת הציות לחוקי המס, כגון אזהרות טובה ואמונה בלגיטימיות של ממשלה, והם יידונו בהמשך.

למחקר משווה המדגים, בין היתר, כי להחמרה בעונש או להקלה בו אין השפעה על היקף השימוש במריחואנה, ראו: Robert MacCoun & Peter Reuter, *Evaluating Alternative Cannabis Regimes*, 178 BRIT. J. PSYCHOL. 123 (2001).

14 כדברי פיטר מאי:

Both sets of motivations are relevant in practice, and legal actions are often necessary for the enforcement of contracts. Nonetheless, the distinctions are analytically useful in drawing attention to other factors than deterrent fears in motivating compliance with regulations

מחקרים הנוקטים גישה זו נוטים לעמת בין יכולתו של המשפט להרתיע לבין יכולות אחרות שלו, אשר אינן קשורות לכוחו ההרתעתי. דוגמה טובה לעניין זה היא הניסוי שערכו ריצ'רד שוורץ וסוניה אורלינס;¹⁵ במסגרת הניסוי חולקה קבוצת אנשים משלמי מסים לשתי קבוצות: קבוצה אחת עברה טיפול שכלל מניפולציה של פחד, קרי הסבירו למשתתפים מהו העונש הצפוי על העלמת מס (היינו הדגשת חלקו ההרתעתי של המשפט, או החדרת מוטיבציה חיצונית) ואילו הקבוצה השנייה עברה טיפול שכלל מניפולציה של מודעות, קרי הדגישו בפני המשתתפים כי הקצאת כספי מסים בארצות הברית היא חיובית ומועילה (היינו החדרת מוטיבציה פנימית). המשתנה התלוי בניסוי היה השינוי בהכנסה המדווחת בין השנה שקדמה לטיפול לבין השנה שלאחריו. עורכי הניסוי הראו כי לשני האופנים שבהם הוצגו דיני המס למשתתפים בניסוי הייתה השפעה עליהם (בהשוואה לקבוצת ביקורת), והוכיחו שהטיפול באמצעות החדרת מוטיבציה פנימית היה יעיל יותר מאשר הטיפול באמצעות החדרת מוטיבציה חיצונית. ממצא זה ממחיש את היתרון הגלום בשכנוע בני אדם על-פני הפחדתם והרתעתם.¹⁶

גישה שלישית, קיצונית יותר, תוקפת את מגבלות ההרתעה בצורה ישירה יותר. על פי גישה זו לא רק שהרתעה אינה מספקת, אלא למעשה אין קשר בינה לבין התנהגותם של אנשים בפועל. כך, למשל, הוכח כי חקיקה פורמלית היא חסרת כל השפעה משמעותית, חיובית או שלילית, על פעולותיהם של תאגידים בהקשר של רגולציה סביבתית.¹⁷ בהקשר

and in suggesting that regulation can sometimes more fruitfully be thought of as a social contract.

Peter May, *Compliance Motivations: Affirmative and Negative Bases*, 38 *LAW & SOC'Y REV.* 41, 61 (2004)

15 Richard D. Schwartz & Sonya Orleans, *On Legal Sanctions*, 34 *U. CHI. L. REV.* 274, 283 (1967) ראו: *חשוב לציין כי מאמר זה סובל מכמה בעיות מתודולוגיות קשות; לעניין זה*

LAWRENCE M. FRIEDMAN & STEWART MACAULAY, *LAW AND THE BEHAVIORAL SCIENCES*: ראו: Charles R. Tittle & Alan R. (1969). *לניסוי מבוקר יותר אשר הוביל למסקנה ההפוכה*, ראו:

Rowe, *Moral Appeal, Sanction Threat, and Deviance: An Experimental Test*, 20 *Soc. PROBS.* 488 (1973) Robert A. Kagan, *Why do we pay our taxes? Revisiting R* גמ: ראו גם:

16 D. Schwartz's "On Legal Sanctions" (unpublished manuscript, on file with author) תוצאות מחקרם של שוורץ ואורלינס בנושא מסים (שם) זכו לביקורת קשה – נטען כי תקפותו

הפנימית של עיצוב הניסוי שלהם שנויה במחלוקת. ברור לכול כי פשוט יותר להעביר מידע על מוסר באמצעות ניסוי מאשר לייצר אצל אנשים תחושת פחד. במוכן זה, ייתכן מאוד כי

הפער בין הפחדה לבין חינוך נובע בעיקר מעיצוב לקוי של הניסוי ולא מהבדלים תאורטיים בני קיימה. בהקשר של איכפת מסים מעניין להזכיר את מאמרו של קגן, שבו הראה כי הגורם

החשוב ביותר לחיזוי ציות של תשלום מס על ריבית בכנקים הוא יכולתן של הרשויות לפקח על ההכנסה (בהקשר של שינוי באופן דיווחי הבנקים ל-IRS, מס ההכנסה האמריקני,

על הכנסה מריבית – שינוי שהפך את הדיווח לשקוף יותר): Robert A. Kagan, *On the*

Visibility of Income Tax Law Violations, in 2 *TAXPAYER COMPLIANCE: SOCIAL SCIENCE PERSPECTIVE* 76 (1989)

17 Robert A. Kagan, Neil Gunningham & Dorothy Thornton, *Explaining Corporate Environmental Performance: How Does Regulation Matter?* 37 *LAW & SOC'Y REV.*

הפלילי, ג'ון דרליי, קווין קרלסמית' ופול רובינסון¹⁸ טוענים כי רוב בני האדם אינם מכירים את החוק ואת העונשים הקבועים בו; אם כן, יותר מכפי שהחוק הוא הגורם המכוון של נורמות חברתיות בהקשר הפלילי, האינטואיציות המוסריות של בני האדם (שקדמו לחוק) הן המנחות ביסוד תפיסתם את החוק. לטענה זו חשיבות רבה לעניין הנורמה החברתית כמשתנה מתווך בין המשפט לבין ההתנהגות, אך משמעותה בפועל היא כי לחוק הפורמלי עצמו משקל זעום, שכן מרבית בני האדם מייחסים לו משמעות שונה ממשמעותו האמתית. מחקר אחר בהקשר זה, אשר במסגרתו נבדקו אסירים, הצביע על כך שברוב המקרים האסירים כלל לא ידעו איזה עונש היו צפויים לקבל על פשעיהם העתידיים לפני שביצעו אותם ונתפסו. מכאן ניתן להסיק שחומרת הענישה אינה אמצעי המרתיע התנהגות עבריינית.¹⁹

באופן פשטני, דעיכת חשיבותה של ההרתעה בעיני הספרות ההתנהגותית כהסבר לאופן השפעת המשפט על ההתנהגות האנושית מקשה על יכולתנו להבין את חשיבותו של המשפט (וראי בכל הנוגע במחקרים אשר עוסקים בחוסר יכולתו של המשפט להרתיע; פחות אולי ביחס למחקרים העוסקים בחוסר "רצונו" להרתיע). עם זאת, את הדיון בעניין זה ניתן לנתב, לכאורה, לשני כיוונים שונים: מצד אחד, ירידת קרנה של ההרתעה הפורמלית בספרות ההתנהגותית מעידה על חולשתו של המשפט ועל הצורך באמצעים חלופיים (או למצער משלימים) ממקורות חיצוניים למשפט המדינה. מן הצד האחר ניתן לטעון, כי דווקא מכוח ההבנה כי השפעתו המרתיעה של המשפט מוגבלת ועל יסוד ניתוח תהליכים התנהגותיים מורכבים יותר, ניתן להבין לעומק את השפעת המשפט על ההתנהגות, השפעה אשר מותנית ברבדים נוספים הן במשפט הן בהתנהגותו של היחיד.

2. עליית קרנה של האכיפה הבלתי פורמלית בספרות ההתנהגותית

בד בבד עם הדעיכה בחשיבות המיוחסת להרתעה הפורמלית כהסבר להשפעת המשפט על ההתנהגות, החלו מודלים בלתי פורמליים של אכיפה לצבור הכרה גוברת בקרב חוקרים בתחום. גדולתם נסקה הן משום שדרכי הפיקוח הפורמליות יקרות יותר מאשר אלה הבלתי פורמליות, הן בשל קיומן של הוכחות אמפיריות מוצקות לכך שהמודלים הפורמליים

(2003) 51, 58–60.

18 John M. Darley, Kevin M. Carlsmith & Paul H. Robinson, *The Ex Ante Function of the Criminal Law*, 35 LAW & SOC'Y REV. 165 (2001).

19 David A. Anderson, *The Deterrence Hypothesis and Picking Pockets at the Pickpocket's Hanging*, 4 AM. L. & ECON. REV. 295 (2002); מתעוררת כאן בעיה של בחירה נוגדת (adverse selection), שכן קיים מספר בלתי ידוע של בני אדם אשר לא ביצעו כל פשע, אך אותם אנדרסון לא כלל במדגם שלו. כמו כן, במובן מסוים ברור כי אסירים הם אנשים שהרתעה אינה אמצעי יעיל בעינינם (אנדרסון עצמו מודה בכך בצורה חלקית בעמוד 297 למאמר). מנגד טוען אנדרסון בצדק כי רוב בני האדם אינם יודעים מה שיעור הקנס המוטל על אדם שעובר את הכביש באור אדום, ועל אחת כמה וכמה שהם אינם מכירים את השינויים בחוק. לדעתי טענה זו עשויה, אולי, להסביר כי החמרה בענישה אינה משפיעה במידה רבה על ההתנהגות האנושית, אולם אין בה די כדי להוכיח כי ענישה בפני עצמה אינה משפיעה על ההתנהגות כלל.

יעילים פחות מאשר המודלים הבלתי פורמליים²⁰ (למשל, ריימונד פֶּטְרֶנוֹסְטֶר וְלִיאָן אִיוֹבְנִי טוענים כי הרצון באישור חברתי גרם לאנשים להימנע מפעולה עבריינית יותר משגרמו לכך מנגנוני פיקוח פורמליים כמו הסיכוי להיענש).²¹ בשל חשיבותן של נורמות להסברת התנהגות הסוטה מן הישר, נבחנו במחקרים רבים יכולותיה של הקהילה לפקח על הנורמות הנפוצות בחברה ולאכוף אותן ללא התערבות המדינה. באופן טבעי, החוקרים האוחזים בגישה ההתנהגותית התמקדו במבנה התמריצים – הן של האוכפים הן של הנאכפים. עם זאת, ראוי לציין כי על פי המחקר המסורתי שערך חוג אנשי המשפט והכלכלה העוסקים בנורמות חברתיות, המתייחס להשפעת הנורמות על התנהגותם החוקית של בני האדם (legal behavior) – נורמות משנות את המחיר החברתי שנדרשים מפרי החוק לשלם. גישה זו היא טבעית ביותר לאנשי משפט וכלכלה שכן בכל שוק קיים, התנהגותם של אחרים משפיעה על התנהגות היחיד באמצעות מנגנוני היצע-ביקוש ומחיר. במובן זה, נקודת מבט זו אינה שונה ממודלים פשוטים של הרתעה. השינוי המרכזי הוא נכונותם של אנשי המשפט והכלכלה העוסקים בנורמות חברתיות להכיר בכך שסנקציות חברתיות עלולות לקבוע מחיר "יקר" יותר להתנהגות בלתי חוקית אשר אינה תואמת את הקונצנזוס.²² כמה

20 Robert F. Meier & Weldon T. Johnson, *Deterrence as Social Control: The Legal and Extralegal Production of Conformity*, 42 AM. SOC. REV. 292 (1977); Richard C. Hollinger & John P. Clark, *Deterrence in the Workplace: Perceived Certainty, Perceived Severity, and Employee Theft*, 62 Soc. F. 398 (1983) אולם יש מחקרים אשר מלמדים דווקא על מגבלותיהם של האמצעים הבלתי פורמליים: Doris L. MacKenzie & Spencer D. Li, *The Impact of Formal and Informal Social Controls on the Criminal Activities of Probationers*, 39 J. RES. CRIME & DELINQ. 243 (2002) ראו גם טיילר ודרליי: "As a result, social control strategies based primarily on a deterrence model of human behavior have, at best, had limited success", Tom R. Tyler & John M. Darley, *Building a Law-Abiding Society: Taking Public Views About Morality and the Legitimacy of Legal Authorities into Account when Formulating Substantive Law*, 28 HOFSTRA L. REV. 707, 713 (2000) לתמיכה נוספת במגבלות המודל הבסיסי של הרתעה ראו גם גרסמיק ובורסיק: "We propose that both conscience (internalized norms) and attachments to significant others (broadly defined to include friends, family, etc.) function as potential sources of punishments which, like state-imposed legal sanctions, vary in both their certainty and their severity", Harold G. Grasmick & Robert J. Bursik, Jr., *Conscience, Significant Others, and Rational Choice: Extending the Deterrence Model*, 24 LAW & SOC'Y REV. 837, 839 (1990)

21 "We find that social control works primarily through informal processes; and that once these are controlled, perceptions of the severity and certainty of punishment have no effect on delinquent behavior", Raymond Paternoster & Leeann Iovanni, *The Deterrent Effect of Perceived Severity: A Reexamination*, 64 Soc. F. 751, 768–9 (1986); Dan M. Kahan, *Social Influence, Social Meaning, and Deterrence*, 83 VA. L. REV. 349, 352–61 (1997)

22 דוגמה טיפוסית להסבר מבוסס בעניין "עלותן" של נורמות חברתיות ניתן למצוא בדבריו של קוטר [ההדגשות שלי – 'פ':] "With group pressures, an increase in an act's popularity

כלכלנים הכירו בכך שלעתים יסכימו בני אדם לטרוח ולהטיל סנקציות חברתיות על אחרים שהתנהגותם נתפסת ככזו הסותרת את הנורמה,²³ גם אם הדבר נוגד את האינטרס האישי הישיר שלהם.²⁴ באופן טבעי, נכונותם של אנשים להטיל סנקציות על מפרי נורמות תגרום לחיזוק גורם ההרתעה ולהפיכתו ליעיל יותר, בהשוואה למצב שבו רק המדינה מבצעת את האכיפה.²⁵

בין המודלים הנחקרים ביותר בספרות האכיפה הבלתי פורמלית ניתן למצוא מודלים של אכיפה קהילתית²⁶ ומודלים של מוניטין,²⁷ אשר היו חלק מן הניסיונות הראשונים להרחיב את גדר המחקר על אודות ציות מעבר למודלים של אכיפה פורמלית. מודלים של מוניטין ושל אכיפה קהילתית שותפים בהנחת היסוד שלהם לפיה מנגנונים בלתי פורמליים פועלים כדי להבטיח ציות, שכן לפרט יש מוטיבציה להתנהג בצורה שתשמר את שמו הטוב ואת מעמדו בקהילה. לפי גישות אלו, החשיבות במעבר מאכיפה פורמלית לאכיפה בלתי פורמלית נוגעת בשיפור בנגישות המידע – כלומר ביכולתה של החברה לזהות את מפרי הנורמות ולהתנהג אליהם בהתאם, בהתחשב במידע המוגבל שיש למדינה על אודות פרט זה או אחר בחברה. מחקרים רבים הציעו מודלים שנועדו לסייע בניבוי המקרים שבהם אכיפה בלתי פורמלית תהיה אפקטיבית. ממודלים אלו התברר, למשל, כי במצבים שבהם המרחק החברתי בין חברי הקהילה גדול (הם אינם חולקים את אותם ערכים חברתיים) ומעמדם החברתי של חברי הקהילה נמוך, המשפט הפורמלי חשוב יותר מן

lowers its cost. Imposing a non-legal sanction on someone often involves a risk of retaliation, which decreases as more people obey the norm. The risk of a non-legal sanction often increases as more people obey the norm, thus *lowering the relative costs of conforming to the norm*”, Robert Cooter, *Do Good Laws Make Good Citizens? An Economic Analysis of Internalized Norms*, 86 VA. L. REV. 1577, 1585 (2000)

23 את הרעיון פיתח ריצ'רד מקאדמס, אף שבכתיבה מאוחרת יותר הוא עצמו הציג מודלים חלופיים: Richard H. McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 96 MICH. L. REV. 338 (1997)

24 כך למשל, במקרים רבים אדם המעיר לאחר המלכלך את הסביבה מביא בחשבון “עלות” אפשרית של עימות עם אותו אדם, גם אם עבורו הרווח מכך שהסביבה תהיה נקייה הוא זעום. Ernst Fehr & Simon Gächter, *Altruistic Punishment in Humans*, 415 NATURE 137 (2002), available at www.nature.com/nature/journal/v415/n6868/full/415137a.html.

25 שם.

26 ראו למשל: Michihiro Kandori, *Social Norms and Community Enforcement*, 59 REV. ECON. STUD. 63 (1992). המאמר עוסק בצורה פורמלית (מתמטית) במנגנונים שבעזרתם יכולה הקהילה לקבל מידע על אודות התנהגותם של היחידים, ובוחן את משמעויות גודלה של הקהילה ואת משמעויות העסקאות שמתקיימות בין חברי הקהילה. ראו גם: Robert Axelrod & Douglas Dion, *The Further Evolution of Cooperation*, 242 SCIENCE 1385 (1988); ERIC A. POSNER, *LAW AND SOCIAL NORMS* (2000)

27 ראו למשל: David Charny, *Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships*, 104 HARV. L. REV. 373, 417–20 (1990)

המשפט הבלתי פורמלי.²⁸ גישה זו אומצה גם על ידי אנשי משפט וכלכלה אשר בחנו את התופעה במשקפיים הייחודיים לספרות זו. את אחד המחקרים הידועים והמצוטטים ביותר ערכה ליוזה ברנסטיין;²⁹ היא בחנה כיצד תעשיית היהלומים בניו-יורק מכבדת הסכמים ג'נטלמניים. ברנסטיין הציעה תזה לפיה המחיר של הפרת הסכם ג'נטלמני הוא חוסר יכולת מוחלט להמשיך ולסחור ביהלומים. כך, אנשים מונעים לקיים את הבטחותיהם ולשמור על המוניטין שלהם מתוך פחד שאם לא יעשו כן – יאבדו את עסקיהם. גישה זו מאששת את ההנחה הכלכלית לפיה אכיפה חברתית יעילה במיוחד בקבוצות מלוכדות (close-knit), או במקום שניתן לעקוב אחר מוניטין בעלות נמוכה יחסית. במצבים אלו השפעת משפט המדינה על ההתנהגות האנושית פחותה. גישה דומה ניתן למצוא אצל אריק פוֹזְנֵר, המתמקד בציות לנורמות כחלק מהליך של איתות (signaling) – ביחס לאופיו של האדם ולעלויות העסקה העתידיות של מי שיבוא עמו בקשר מסחרי.³⁰

מודלים אלו של מוניטין מדגישים מאוד את חששותיהם של בני האדם בכל הנוגע במעמד החברתי שלהם ואת הצורך של בני האדם לחוש כי התנהגותם זוכה להסכמה מצד החברה. עולה מהם כי משתנים אלה תורמים לציות יותר מאשר הפחד מאכיפה על ידי המדינה. יתרה מזו, לפי מודלים אלו הפחד מאכיפה נובע בעיקר מהמחיר החברתי הכרוך באי-ציות (כגון תווית שלילית) יותר מאשר מיכולת הענישה.³¹ באופן דומה, דרליי, קרלסמית' ורובינסון³² סוקרים מחקרים לפיהם בחברה, פחד אינדיבידואלי מחוסר הסכמה חברתית הוא מניע חזק יותר לציות לחוק מאשר הרתעה פורמלית. מודלים של חוסר הסכמה חברתית אינם תופסים את מערכת היחסים שבין הפרט לחברה כמערכת יחסים אמצעותית (אינסטרומנטלית) טהורה, ומכירים בצורך הבסיסי של האדם להיות מקובל בחברה. הם תופסים את הצורך "להיות שייך" כצורך אנושי בסיסי, ואת הסנקציות או את הדחייה החברתית כמחיר שלבני האדם יש מוטיבציה להימנע ממנו. בהרחיבו את הניתוח לעיל טוען ריצ'רד מקאדמס שהמוטיבציה העיקרית של בני האדם לציות לנורמות נובעת מהצורך שלהם באישור חברתי לערך העצמי שלהם, כדי לשמרו.³³

28 להדגמה אמפירית של דפוסים חברתיים המאפיינים ארגונים אשר סביר יותר כי יכפו בדיקות סמים פורמליות על עובדיהם, ראו: Marian J. Borg & William P. Arnold III, *Social Monitoring as Social Control: The Case of Drug Testing in a Medical Workplace*, 12 Soc. F. 441 (1997).

29 Lisa Bernstein, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 21 J. LEGAL STUD. 115 (1992).

30 ראו Posner, לעיל ה"ש 26. ראו גם: Avner Greif, *Reputation and Coalitions in Medieval Trade: Evidence on the Maghribi Traders*, 49 J. ECON. HIST. 857 (1989).

31 ראו: Charles R. Tittle, *Sanction, Fear and the Maintenance of Social Order*, 55 Soc. F. 579 (1977).

32 Darley, Carlsmith & Robinson, לעיל ה"ש 18, בעמ' 168.

33 Roy F. Baumeister & Mark R. Leary, *The Need to Belong: Desire for Interpersonal Attachments as a Fundamental Human Motivation*, 117 PSYCHOL. BULL. 497 (1995).

קיימים גם מודלים שונים מעט של אכיפה חברתית, שאינם מבוססים על אכיפה ספונטנית אלא ממוסדים יותר ובהם המדינה או הארגון מייצרים תשתית לאכיפה חברתית של התנהגות.³⁴ דוגמאות לכך ניתן למצוא בישראל בהקשרים של הגנה על חשפי שחיתויות, המכונה בארצות הברית "whistleblower protection"; הגנה זו ניתנת ביחס לחוקים רבים הנוגעים בנושאים כמו איכות סביבה, מיסוי, טוהר מידות כלכלי ועוד. גם בתחום זה מחקרים התנהגותיים אשר בוחנים את המוטיבציה ואת תפיסת המציאות של האוכפים החברתיים תורמים תרומה של ממש. גם בהתייחס למודלים הללו מאפשרת הגישה ההתנהגותית ניבוי טוב יותר באשר לתנאים שבהם סביר כי אנשים ישתפו פעולה עם תכניות אלו ולאופן שבו ניתן להניעם לפעול בצורה מיטבית.³⁵

חשוב לציין בהקשר זה, כי הספרות אשר מציבה את הנורמות החברתיות כבעלות תפקיד מרכזי ביכולת ההרתעתה של המשפט אינה נוגעת רק לנושא האכיפה הבלתי פורמלית, אלא עוסקת גם ברמת היעילות של האכיפה הפורמלית. טענה מקובלת בקרב חוקרי משפט וכלכלה העוסקים בנורמות חברתיות היא כי ככל שגדל מספרם של בני האדם שנחשבים למפרי חוק, כך קטן הסיכוי כי המדינה תאכוף את החוק כלפי אדם מסוים.³⁶ משתמע מכך כי לתפיסת הנורמה החברתית השולטת יש חשיבות לא רק באשר

MARCIA P. MICELI & JANET P. NEAR, BLOWING THE WHISTLE: THE ORGANIZATIONAL AND LEGAL IMPLICATIONS FOR COMPANIES AND EMPLOYEES (1992). בהקשר זה קיימים אנשים מסוימים בתוך הארגון אשר תפקידם לקבל פניות מעין אלו. פרט לכך, בישראל קיים למשל מוסד מבקר המדינה אשר מקבל תלונות של אזרחים (לעתים אף באופן אנונימי) על היבטים שונים של חוסר תפקוד מצד השלטונות. בארצות הברית נושא זה מפותח יותר. לסקירה על המנגנונים השונים הקיימים בהקשר זה ראו: Orly Lobel, *Citizenship, Organizational Citizenship, and the Laws of Overlapping Obligations*, forthcoming, 97 CA. L. REV. 2009.

Yuval Feldman & Orly Lobel, *Behavioral Versus Institutional Antecedents of Decentralized Enforcement: An Experimental Approach*, 2 REGULATION & GOVERNANCE (2008) 165 – מחקר ניסויי הבודק את נכונותם של עובדים ישראלים ואמריקנים "להלשין" על הפרות חוק של עמיתיהם לעבודה. ממחקר זה עולה כי ככל שההתנהגות הבלתי חוקית בארגון נפוצה יותר ונוגעת בדרגים גבוהים יותר, כך סביר פחות שעובד ידווח עליה, במיוחד בדיווח פנימי לגורם מבקר בארגון. כמו כן, אם ארגון שם דגש במערכת ציות ובקרה פנימית ומאפשר לעובד להשמיע את קולו, יש לכך השפעה חיובית על נכונות העובד לדווח על התנהגות בלתי חוקית לגורמים פנימיים בארגון (דיווח פנימי) והשפעה הפוכה על נכונותו לדווח לגורמים חיצוניים (כגון עיתונות) במקרים מסוימים. נוסף לכך נמצא כי להבדלי מגדר, מעמד ותרבות יש השפעה חזקה על הנכונות לדווח ולאכוף חברתית התנהגויות לא אתיות. כך, למשל, בהשוואה לעמיתיהם הישראלים, עובדים בארצות הברית היו נכונים בהרבה לדווח לרשויות על מרבית ההתנהגויות הלא אתיות.

Yuval Feldman, *Behavioral And Social Mechanisms that Undermine Legality in The Workplace: Examining The Efficacy of Trade-Secrets Laws Among Knowledge Workers in Silicon Valley* (Faculty of Law, Bar-Ilan U., Working Paper No. 1-05, available at www.biu.ac.il/law/unger/working_papers/1-05.pdf; 2005); לדיון באופן שבו פרקטיקה נתפסת ("perceived practice") העצימה את העלויות שהיה סביר

ליעילות מנגנוני האכיפה הבלתי פורמלית, אלא גם באשר למנגנוני האכיפה הפורמלית. השפעה מעין זו הוצגה במספר לא מבוטל של מקרים, למשל בהקשר של אכיפת חוזי "אי־תחרות" בעמק הסיליקון.³⁷

בחירת תפקודן והשפעתן של הנורמות החברתיות על האכיפה הבלתי פורמלית בכל הנוגע בהשפעתו ההרתעתית של המשפט, מעלה צורך בכירור מעמיק של האופן שבו מתווכות הנורמות החברתיות בין המשפט לבין ההתנהגות האנושית. ככל שיש בירי הריבון אפשרות לעשות שימוש במשפט כדי להשפיע על הנורמות החברתיות – ועקב כך על אופי האכיפה הבלתי פורמלית – הרי מסלול זה צפוי להיחשב כמחזק את המשפט; כך, למשל, כאשר עצם ההרשעה בפלילים היא שמבהירה את השליליות שבמעשה ומתייגת את העבריינין כראוי לגינוי חברתי. עם זאת, ככל שאכיפה בלתי פורמלית אינה ניתנת להשפעה יש בה כדי לצמצם את חשיבות המשפט; קיומו הופך למיותר במידת מה, על אחת כמה וכמה באותם מצבים שבהם אכיפה בלתי פורמלית צפויה להיות אפקטיבית יותר מן האכיפה על ידי המדינה, כגון במקרים שבהם מדובר בקהילות סגורות. כדי לענות על שאלה זו עלינו לבחון לעומק את טיב הקשר שבין המשפט לנורמה החברתית ולהתנהגות האנושית ואת כיוונו – חיובי או שלילי.

ב. השפעתו העקיפה של המשפט

סוג הספרות המרכזי אשר עוסק בהשפעתו העקיפה של המשפט על ההתנהגות האנושית מכונה כיום "The expressive function of the law" – השפעתו ההצהרתית (אקספרסיבית) של המשפט. בדומה להתייחסות לגישה ההתנהגותית בכללותה, גם סוג ספרות זה זכה לעדנה מאוחרת באקדמיה המשפטית בשל ההתעניינות המאוחרת של הגישה הכלכלית למשפט בנורמות חברתיות. עם זאת, הדיוק ההיסטורי מחייב לציין כי למעשה חלק נכבד מספרות ה"משפט וחברה" עוסקת זה שנים רבות בהשפעתו הסמלית של המשפט על החברה ובתפקידו של המשפט ביצירת שינויים חברתיים. גישה זו בוחנת ממבט על את תפקידו של המשפט בעיצוב שינויים תרבותיים ועושה שימוש במונחים כמו "שינוי חברתי", "פוליטיקה סימבולית" וכדומה.

שמעסיקים ישלמו כדי להטיל סנקציה על אחרים, על השפעתן של נורמות ועל האפשרות של אכיפה פורמלית שהציע הייד בהקשר של אכיפת חוקי סודות מסחריים בעמק הסיליקון, ראו: ALAN HYDE, WORKING IN SILICON VALLEY, ECONOMIC AND LEGAL ANALYSIS OF A HIGH-VELOCITY LABOR MARKET (2003). לטענתו של הייד, חוקי סודות מסחריים כבר אינם נושא לדיון בתעשיית ההיי־טק בעמק הסיליקון; המעסיקים חוששים שיאבדו עובדים פוטנציאליים, ולכן כמעט שאינם תובעים עובדים בגין הפרת חוקי סודות מסחריים. עם זאת, ראו Cooter, Feldman & Feldman, לעיל ה"ש 8 – במאמר זה נבחנה האפשרות לקשר הפוך, לפיו עלייה במספר האנשים שאינם מציינים לחוק תגביר את האפשרות לסנקציות פורמליות, היינו תגרום להקצאה נוספת של משאבי אכיפה; למשל, ריבוי של אנשים הנוהגים בהשפעת אלכוהול עשוי לגרום להגדלת כמות האמצעים המכניים שיוקדשו לטיפול בנושא.

37 ראו גם Charny, לעיל ה"ש 27.

אף שהמשמעות המורדרנית של ה"הצהרתיות" של המשפט זכתה לפרשנויות רבות,³⁸ במסגרת מאמר זה אתמקד בפרשנות המקובלת בקרב חוקרי משפט וכלכלה, שעניינה יכולתו של המשפט לשנות את ההתנהגות האנושית באמצעות שינוי מקדים בתפיסת הנורמה החברתית השולטת בעיני אזרחי המדינה.³⁹

אחת מנקודות המחלוקת המשמעותיות ביחס לתפקידו ההצהרתי של המשפט נוגעת בשאלה אם המשפט גורם בפועל לשינוי בנורמה החברתית, או שמא מסתכם תפקידו ביידוע האזרחים על קיומה. מובן כי בדומה להבחנות אשר הוזכרו קודם לכן, גם כאשר המשפט רק מיידע על דבר קיומה של נורמה – הוא ממילא גורם לשינוי בה. אולם, מאחר שהאספקלריה שדרכה אנו בוחנים את המודלים הללו נוגעת בחשיבותו העצמאית של משפט המדינה, מובן כי להבחנה זו תרומה רבה להבנת חשיבותו האינהרנטית של המשפט.

כאמור, על פי חלק ניכר מהמודלים המתמקדים באופנים שבהם המשפט יכול לעשות שימוש בנורמה חברתית כדי לגרום לשינוי בהתנהגות, החוק אינו מקור לנורמה החברתית אלא רק משמש ככלי המיידע אנשים באשר לתוכנה. כך למשל, לטענת רוברט סקוט,⁴⁰ החוק מאותת לפרט כי רוב האנשים בקהילה נתונה מאמינים בתוכן החוק ולכן לא יסכימו

38 בגישה זו נעשה שימוש במגוון רחב של דוקטרינות משפטיות, הנוגעות בין היתר בדיני עבודה, למשפט פלילי ולמשפט חוקתי. ראו: Elizabeth S. Anderson & Richard H. Pildes, *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, 148 U. PA. L. REV. 1503 (2000) תחומים אחרים שבהם הובאו בחשבון תפקידיו ההצהרתיים של המשפט כוללים זכויות הצבעה. לחוקים הנוגעים בהומוסקסואליות, ראו: Richard H. Pildes & Richard G. Niemi, *Expressive Harms, 'Bizarre Districts' and Voting Rights: Evaluating Election-District Appearances After Shaw v. Reno*, 92 MICH. L. REV. 483 (1993). Wibren Van Der Burg, *The Expressive and Communicative Functions of Law, Especially with Regard to Moral Issues*, 20 LAW & PHIL. 31 (2001) המדינה באמצעות חוקים קיימים, גם אם הם אינם נאכפים, ובנוגע בחוקים נגד הפליה. תחום נוסף, חשוב ומעניין, שבו קיים עיסוק בתאוריות הבעייתיות של המשפט, הוא תחום הענישה הפלילית – ראו Kahan, לעיל ה"ש 21. באשר למשמעות ההצהרתית של סנקציות פליליות מנקודת מבט היסטורית, ראו: Joel Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, 49 THE MONIST 397 (1965).

39 ראו: Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of the Law*, 144 U. PA. L. REV. 1603, 1615 (1996), 2021. במאמר מוגדר תפקידו ההצהרתי של החוק כך: "At least for purposes of law, any support for 'statements' should be rooted not simply in the intrinsic value of the statement, but also in plausible judgments about its effect on social norms"

40 "Why might the Smiths revise their estimate of the probabilities of sanction without experiencing a change in their preferences or in the underlying norms? The Smiths, as all of us, recognize that statutes are enacted only if [...] a substantial majority of the community has at least a weak preference for the new rule", Robert E. Scott, *The Limits of Behavioral Theories of Law and Social Norms*, 86 VA. L. REV. 1603, 1615 (2000).

לכל הפרה שלו.⁴¹ לפיכך, החוק משקף את דעת הרוב באוכלוסייה אך הוא אינו מסייע לייצר את אותו רוב.⁴² בדומה לכך, טוען מקאדמס כי יש בכוחה של חקיקה להשפיע על ההתנהגות האנושית רק בכך שהיא גורמת לבני האדם לשנות את אמונותיהם באשר לאופן שבו ייתפסו בתוך קהילותיהם אם יבצעו פעולה כלשהי.⁴³ אלכס גייזינגר מציע מודל אחר, שעל פיו סביר יותר כי מרבית בני האדם יעריכו מחדש את סבירותה של "התנגשות" עם לחץ חברתי כשחוק חדש נחקק, שכן הם סבורים כי רוב האנשים האחרים מאמינים שיש לציית לחוקים בשל היותם חוקים.⁴⁴ כלומר, בני האדם מאמינים שציות לחוק הוא נורמה בפני עצמה, עליונה לערכים שמשרת החוק, וכי התנהגות מנוגדת לנורמה הזו כרוכה במחיר חברתי.

מודלים אחרים מדברים גם הם על תפקיד מיידע של החוק באשר לנורמה החברתית, אך מעניקים לו תפקיד פעיל יותר בעיצוב הנורמה. כך, למשל, מודלים מקובלים בספרות שעניינה השפעתו ההצהרתית של המשפט, תופסים את המשפט כבעל תפקיד הבעתי בהיותו כלי היוצר נקודות מפגש (focal points) במשחקי קואורדינציה, ובכך מגדיל את הסבירות של תיאום מוצלח בין המשתתפים במשחק.⁴⁵ מנגד יש הטוענים כי שינוי בחוק מקנה משמעויות חברתיות חדשות לסוגי התנהגות שונים.⁴⁶ דווקא משום שהמודלים הללו מקנים למשפט תפקיד שונה מזה שיוחס לו באופן מסורתי, אנסה לברר בצורה מעט יותר סודית מהו המקום אשר מוקצה למשפט בכל אחד מהם.

1. גישת התיאום – קואורדינציה

בקרב רבים מאנשי המשפט והכלכלה העוסקים בנורמות חברתיות, תפקיד התיאום נתפס כמרכזי בהבנת תפקידו ההבעתי של החוק. חוקרים אלו דנים ביכולתו של החוק

-
- 41 Sunstein (לעיל ה"ש 39) ו־Scott (לעיל ה"ש 40) שותפים לדעה זו.
- 42 למרות זאת, ברור שכל פרט שיבדוק היכן נמצא הרוב עלול להצטרף לאותו רוב וכך להגדיל את מספרם של המרכיבים את אותו רוב.
- 43 ראו: Richard H. McAdams, *An Attitudinal Theory of Expressive Law*, 79 OR. L. REV. 339, 342 (2000). מק'אדמס אף מציין (בעמ' 366) כי במצבים שבהם קיים פער בין החוק לבין הנורמה, אכיפת חוק שאינה זוכה לתמיכת הציבור פוגעת במעמדו הכללי של החוק, שכן היא מעצימה את הסבירות לחוסר הסכמה מצד החברה.
- 44 ראו: Alex Geisinger, *A Belief Change Theory of Expressive Law*, 88 IOWA L. REV. 35, 70 (2002).
- 45 ראו: Richard H. McAdams, *A Focal Point Theory of Expressive Law*, 86 VA. L. REV. 1649 (2000). ראו: Richard H. McAdams & Janice Nadler, *Testing the Focal Point Theory of Legal Compliance: The Effect of Third-Party Expression in an Experimental Hawk/Dove Game*, 2 EMPIRICAL LEGAL STUD. 87 (2005).
- 46 ראו: Kahan, לעיל ה"ש 21; Robert Cooter, *Expressive Law and Economics*, 27 J. LEGAL STUD. 585 (1998); Lawrence Lessig, *The Regulation of Social Meaning*, 62 U. CHI. L. REV. 943 (1995).

לתאם⁴⁷ את התנהגותם של אנשים בקהילות⁴⁸ מסוימות או בתוך כדי ביצוע עסקאות מסוימות.⁴⁹ לפי גישת התיאום, במצבים מסוימים הפרט יהיה מעוניין להתנהג בצורה נתונה כיוון שהסובבים אותו נוהגים כך. השפעת התנהגותם של הסובבים על התנהגותו של אותו פרט היא ישירה (התועלת שלו מן הפעולה גדולה) ולא עקיפה (המחיר הכרוך בפעולה הפוכה עולה). המציאות מלמדת כי היקף השינוי במיקום שיווי המשקל בעקבות הפרת חוק הוא גדול יותר מכפי שניתן להסביר על ידי שינוי במחיר בלבד.⁵⁰ לפי גישה זו, המוטיבציה של הפרט להתאים את התנהגותו לסובבים אותו היא עדיין אמצעותית ולא נראה שהיא מתקשרת לשינויים פנימיים בהעדפות, כפי שמציינים איריס בונגט ורוברט קוטר:⁵¹ "ההשפעה ההצהרתית חזקה כאשר בני האדם עושים את הטוב ביותר עבורם – בכך שהם מתנהגים בצורה דומה זה לזה."⁵²

- 47 באמצעות יצירת נקודות מפגש שבהן שני הצדדים מרוויחים מפעולה מסוימת.
- 48 לדוגמה של מודל כלכלי המביא בחשבון את המאפיינים המיוחדים של הקהילה (כגון: יכולתם של חברי הקהילה לאסוף מידע זה על זה והיכולת של הקהילה ליצור איוון נורמטיבי) ראו: Samuel Bowles & Herbert Gintis, *How Communities Govern: The Structural Basis of ProSocial Norms, in ECONOMICS, VALUES, AND ORGANIZATIONS* 206 (Avner Ben-Ner & Louis Putterman eds., 1998) (הספר להלן: (ECONOMICS, VALUES, AND ORGANIZATIONS)).
- 49 McAdams לעיל ה"ש 45; Cooter, לעיל ה"ש 22.
- 50 אכן, הרעיון לפיו תיאום הוא המטרה הראשית של ממשלה ריכוזית, הוא רעיון בסיסי ביותר בכתיבה הכלכלית בנושא תאוריה ארגונית. ראסל הרדין כתב:

The grand problem of making an institution work well is coordinating the activities of its members. A successful organization need not and likely cannot be expected to coordinate everyone optimally, but it must coordinate modally so piecemeal violations of the coordination are not very disruptive. [...] Again the fundamental trick is that of Hobbes, not that of Durkheim: *to coordinate the interests, not the morality, of participants.*

- Russell Hardin, *Institutional Commitment: Values or Incentives? in ECONOMICS, VALUES, AND ORGANIZATIONS* 419 (1998) (ההדגשות הוספו – י' פ').
- 51 בניסיון אמפירי להבהיר את השפעתו של החוק על הקונצנזוס, הראו בונגט וקוטר כי "עמלה קטנה" ("small fee") המתלווה לחוסר שיתוף פעולה יכולה לגרום לאנשים לנוע משיווי משקל "רע" (כשמרבית האנשים אינם משתפים פעולה) לשיווי משקל "טוב" (כשמרביתם משתפים פעולה), אם מספר האנשים בקבוצה עולה על שמונה. ממצא זה תומך בעמדתו של קוטר, לפיה פועלו ההצהרתי של החוק אינו מאותת לאנשים על הקונצנזוס הקיים בחברה, אלא הוא משמש כגורם דינמי שיש באפשרותו לעצב את הקונצנזוס באמצעות שינוי נקודת האיוון ("tipping point"); זו, בתורה, משפיעה על נקודת שיווי המשקל שאליה יתכנסו אנשים בטווח הארוך. ראו: Iris Bohnet & Robert D. Cooter, *Expressive Law: Framing or Equilibrium Selection?* (KSG, Harvard U., Working Paper No. RWP03-046, 2003), available at <http://web.hks.harvard.edu/publications/getFile.aspx?Id=101>
- 52 גם קורנהאוזר מספק דוגמאות למצבים שבהם ההפך הוא הנכון. אם אנשים מקבלים את הרושם שרבים אחרים חיסון בגלל דרישה מחייבת, יהיה זה פחות הגיוני עבורם

ניסיון אמפירי לחקור את תפקידו ההצהרתי של החוק מנקודת מבט זו ערכו מקאדמס וג'ניס נדלר.⁵³ הם השתמשו במשחק ה"נץ או יונה"⁵⁴ כדי לבחון מודל שלישי להשפעת החוק על ההתנהגות האנושית, נוסף על לגיטימציה וסנקציות, והראו שהחוק מסוגל לשנות התנהגות בכך שהוא מראה לאנשים מה תהיה נקודת המפגש הסבירה ביותר עבורם. מאחר שכל האנשים נחשפים לאותה הנחיה באשר לנקודת המפגש ויודעים כי גם אחרים נחשפים לאותה הנחיה, מקבל החוק תפקיד של מתאם בין אנשים – חוסך להם את הצורך להירבר באשר לנקודות המפגש ביניהם.

אף שהגישות המתוארות לעיל מעניקות למשפט תפקיד קונסטרוקטיבי בעיצוב ההתנהגות ולא תפקיד מיידע בלבד, הן עדיין מייצרות למשפט תפקיד שעיקרו הקלת התקשורת בין בני האדם, ונדאי שאינן מייחסות לו יכולת עצמאית לגרום לשינוי בעמדות, בשיפוט מוסרי או בהעדפותיהם של האזרחים.

2. המשפט כמאשר קונצנזוס

גישה קרובה אך שונה מבחינה תאורטית מגישת הקואורדינציה היא גישה הרואה בתפקידו ההצהרתי של המשפט דרך להעביר ידע המסייע לאנשים לגבש את עמדתם באשר לנורמה החברתית הנוהגת. המודלים השונים הקיימים בתוך הגישה המיידעת מתייחסים להעברת מידע, הנבדק ביחס לסיכוי כי אחרים בחברה יאשרו התנהגות מסוימת, לסיכוי כי אחרים ישתפו פעולה עם דרישות החוק ולסיכוי כי אנשים ישנו את הדעות שבהן הם אווזים באשר למידע.

מקאדמס טוען, למשל, שלחוק יש השפעה חיובית על נורמות, כיוון שהאזרחים תופסים אותו כמקור מידע המסייע להם להחליט אם להתנהג בצורה מסוימת אם לאו. לפי גישה זו, אכיפת החוק פותרת בעיה של "בורות קולקטיבית" (pluralistic ignorance) בכך שהחוק מאותת לאזרח מהן העמדות האמתיות שבהן אווזים חברי הקהילה או אזרחי המדינה.⁵⁵ ג'ון שולץ וניל פ'יני הציעו גישה נוספת, לפיה ההשפעה ההצהרתית של החוק אינה קשורה למחיר הכרוך בציות לו או לתועלת שבציות לו, אלא לצורך של הפרט להרגיש שיתר האנשים תורמים אף הם למאמציו שלו – כדי להישאר מחויב לחברה ולכלליה, צריך

לקבל חיסון. בהקשר של סודות מסחריים טענתי שמצד אחד, כאשר עובדים רבים יותר מגלים סודות מסחריים באופן בלתי חוקי במעבר בין מקומות עבודה, קטן הסיכוי שיענשו בגין שיתוף או שיועסקו בגין אי-שיתוף. מן הצד האחר, אם אנשים רבים יותר חולקים מידע ביניהם אזי ערכה של חשיפת הסודות יורד, וקטן התמריץ של העובר העוזב לחלוק מידע: Lewis A. Kornhauser, *Economic Analysis of Constitutional Law: Virtue and Self-Interest in the Design of Constitutional Institutions*, 3 THEORETICAL INQ. L. 21 (2002).

53 ראו McAdams & Nadler, לעיל ה"ש 45.

54 אחר מן המשחקים הבסיסיים בתורת המשחקים; למשחק זה יישומים רבים בכלכלה ובמדעי המדינה והוא מזכיר בצורה חלקית את "דילמת האסיר".

55 ראו McAdams, לעיל ה"ש 43.

הפרט להאמין שלמחויבותו לחוק שותפים גם אחרים.⁵⁶ בדומה לכך, טוען דן קהן⁵⁷ כי התנהגותם של בני האדם אינה קשורה למחיר בלבד, אלא גם לכך שהם אינם רוצים להיות ה"פראירים" היחידים שמצייתים לחוק. לפי גישה דומה שהציעו יוג'ין בֶּרְדֶּךְ ורוברט קגן, תפקידו של המשפט הוא לאשש עבור האזרחים את התפיסה כי כאשר הם נוקטים בפעולה לטובת הכלל הם למעשה חלק ממחנה טוב, חיובי וגדול; לעומתם, אלו הנמנים עם "הרעים" – סובלים מנחת זרועו של החוק.⁵⁸ אליבא דגישה זו, הענשת ה"תפוחים הרקובים" תביא לכך שה"תפוחים הטובים" ימשיכו להיות משוכנעים שהדבר השקול יותר והנכון יותר לעשות הוא לציית לחוק. כלומר, בני האדם אינם נרתעים מן הקנס עצמו, אולם כאשר הם רואים מה קורה לאחרים שאינם מצייתים לחוק, הם חשים ביטחון בכך שהציות לחוק הוא הדרך הנכונה.⁵⁹

בניסוי שערכו ג'ון-רוברט טיֶן וְלָאָרְס פֶּלְדֶּר⁶⁰ הם מציעים נקודת מבט שונה. לפי גישתם, סנקציות אינן מספיקות כדי לגרום לשינוי במחויבותם של בני האדם לציית לחוק הכתוב. על החוק להיתפס בעיני בני האדם כתוצאה של תהליך בחירות או של משאל עם, וממילא ככזה המשקף את עמדת הרוב.⁶¹ וכך, בניגוד לממצאיהם של בוהנט וקוטר,⁶² על החוק לשקף קונצנזוס בכדי לשנות קונצנזוס, שאם לא כן הוא לא יוכל לגרום לשיתוף פעולה. הסברם של טיילר ופלד לדרישה זו מכונה "שיתוף פעולה מותנה" (conditional cooperation). כלומר, בני האדם מוכנים לציית לדרישה לפעול למען האינטרס הציבורי

56 ראו: John T. Scholz & Neil Pinney, *Duty, Fear and Tax Compliance: The Heuristic Basis of Citizenship Behavior*, 39 AM. J. POL. SCI. 490 (1995); John T. Scholz & Mark Lubell, *Trust and Taxpaying: Testing the Heuristic Approach to Collective Action*, 42 AM. J. POL. SCI. 398 (1998). לסקר מחקרי המדגים את חשיבות הנורמה הנתפסת במגוון רחב של דילמות חברתיות (שבהן פחות סביר כי היבטים של אמון והרדיות יגרמו להשפעה נורמטיבית), ראו: Anders Biel, Chris Von Borgstede & Ulf Dahlstrand, *Norm Perception and Cooperation in Large Scale Social Dilemmas*, in RESOLVING SOCIAL DILEMMAS: DYNAMICS, STRUCTURAL, AND INTERGROUP ASPECTS 245 (1999).

57 לעיל ה"ש 21.

58 ראו: EUGENE BARDACH & ROBERT A. KAGAN, GOING BY THE BOOK: THE PROBLEM OF REGULATORY UNREASONABLENESS (2002).

59 Dorothy Thornton, Neil Gunningham & Robert A. Kagan, *General Deterrence and Corporate Environmental Behavior*, 27 Law & Pol'y 262 (2005).

60 ראו: Jean-Robert Tyran & Lars P. Feld, *Why People Obey the Law: Experimental Evidence from the Provision of Public Goods*, (CESifo, Working Paper No. 651(2), 2002), available at www.cesifo-group.de/DocCIDL/651.PDF.

61 ראו McAdams, לעיל ה"ש 43, בעמ' 364. מק'ארמס מציע כי בשל מעטה הפרטיות שהיא מעניקה, מאפשרת הפעולה של בחירות חשאיות לאורח לגלות את העדפתו הפרטית ללא חשש מפני לחצים חברתיים. בדרך זו יכולה חקיקה להיות אמצעי לגילוי של הסכמה אמיתית לנורמה מסוימת. מובן שעובדה זו משמעותית יותר בכל הנוגע בדמוקרטיה ישירה מאשר בכל הנוגע בדמוקרטיה עקיפה.

62 ראו Bohnet & Cooter, לעיל ה"ש 51.

(קרי לציית לחוק) ולתרום למשאבי הקולקטיב כל עוד נאמר להם שגם אחרים יעשו כמותם.⁶³

3. המשפט כמעביר מידע

חשוב לציין, כי בקרב המודלים השונים באשר לתפקידו ההצהרתי של המשפט קיימות גישות אשר אינן מתמקדות באופן ישיר בקשר שבין החוק לבין הנורמה אלא בהעברת מידע אחר, אשר עשוי לגרום לשינוי בהתנהגות האזרחים. כך למשל על פי גישה אחת, החוק יכול ליידע אנשים על אודות עמדת המדע ביחס לפעולות אשר הם עומדים לנקוט. החוק מספק, למשל, מידע מהימין על אודות סיכויים וסיכונים – מה מסוכן (כגון עישון) ומה בטיחותי (כגון חגירת חגורות בטיחות).⁶⁴ לפי הגישה המתוארת לעיל, בתהליך החקיקה הכללי נאסף מידע המשמש לייצור החלטה טובה יותר מאשר דעתו האישית של האדם הבודד.⁶⁵ מנקודת מבט דומה, קגן מציג את תפקידו המיידע של המשפט בהקשר הסביבתי, שבו הוא מבהיר לבני האדם את הגבול בין פעולה שגורמת נזק לסביבה לבין פעולה שיש להתירה.⁶⁶ דווקא גישה זו, אשר מתעלמת מן הנורמה החברתית כמשתנה מתווך, מאפשרת לזהות חשיבות בהשפעה ישירה של המשפט על ההתנהגות האנושית – למעשה, המשפט מחנך את האנשים (גם אם ברמה המיידעת-מדעית בלבד) להתנהג באופן ראוי.

גישה נוספת, הנבדלת מעט מרוב הגישות ההצהרתיות, מציע אדוארד צ'נג. צ'נג טוען שחוקים יכולים להסדיר התנהגות באופן עקיף באמצעות עיצובם מחדש, בצורה עדינה, של אותם תנאי סביבה אשר מלכתחילה "נתנו במה" להתנהגות האסורה.⁶⁷ באמצעות צמצום ההזדמנויות להתנהג בצורה אסורה גורם החוק לבני האדם להפוך את ההתנהגות החוקית לכרירת מחדל, שכן ההתנהגות הבלתי חוקית מסובכת מדי ואינה נגישה. כלומר, על פי גישה זו המשפט עשוי לשנות הן את הנורמה החברתית הן את התנהגות היחיד באמצעות הגדלת המאמץ הנדרש מצדו של אדם המעוניין להפר את החוק, מאחר שבמקרים רבים אנשים פועלים על פי מה שנראה להם ככרירת המחדל.

63 הסבר זה מתעלם מכך שתופעת "הטרמפיסט" (free riding) עלולה להתפשט דווקא כאשר יותר אנשים תורמים (minimal contributing set).

64 ראו: Dhammika Dharmapala & Richard H. McAdams, *The Condorcet Jury Theorem and the Expressive Function of Law: A Theory of Informative Law*. 5 AM. L. & ECON REV. 1 (2003).

65 שם, בעמ' 6.

66 "The law on the books [...] is a benchmark for enforcer of both the social and economic license. Exposure of substantial legal noncompliance is taken by both community activists and professional investors as a justification for skepticism about the environmental good faith or the competence of mill managers"; Kagan, Gunningham & Thornton, לעיל ה"ש 17, בעמ' 79.

67 ראו: Edward Cheng, *Structural Laws and the Puzzle of Regulating Behavior*, 100 Nw. U. L. REV. 655 (2006).

4. סיכום ביניים והאחדת המודלים

לסיכום, האסכולה הגורסת כי למשפט תפקיד הצהרתי, רואה בו באופן כללי כלי מרכזי בעיצוב הנורמה החברתית הנוהגת ובשינויה. ראינו כי קיימות גישות רבות ומגוונות לאופן שבו ממלא המשפט תפקיד זה. המודלים השונים באשר לתפקודו ההצהרתי של המשפט נחלקים בתשובתם לשאלה שאותה אנו בוחנים במאמר זה, בדבר חשיבותו העצמאית של משפט המדינה: חלקם רואים במשפט כלי מיידע, המעביר לפרט מידע על מצרף התנהגויותיהם ועמדותיהם של האנשים הרלוונטיים לו בחברה, וחלקם רואים בו כלי מיידע במובן המדעי; מודלים אחרים מעניקים למשפט תפקיד משמעותי יותר, הכולל את היכולת להשפיע גם על עיצוב הנורמה כמקור ולא רק ככלי.

למרבה הצער, הן בשל ריבוי המודלים, אשר נחלקים ביניהם באשר לזהות המנגנון שבאמצעותו משפיע המשפט על הנורמה, הן בשל מיעוט המחקרים האמפיריים אשר בחנו סוגיה זו, קיים קושי אמתי לבחון את עצמת השפעתו של המשפט על הנורמה החברתית ואת טיבה.

ריבוי המודלים והסתירות ביניהם גרמו לי לבחון את תפקודה של הנורמה החברתית כמשתנה מתווך בקשר בין המשפט להתנהגות האנושית, בשני מחקרי שדה; ההתנהגויות שנבדקו נלקחו מעולמם של הנשאלים. במחקר הראשון⁶⁸ נבחנה השפעת החוק על נורמות חברתיות באמצעות ניסוי; מטרת הניסוי הייתה לזהות את התכונות של חוקי זכויות היוצרים אשר משפיעות על תפיסתם של סטודנטים בארצות הברית את הנורמה החברתית של שיתוף בלתי חוקי של קבצים. אמנם המשתתפים בניסוי (סטודנטים באוניברסיטה) האמינו שהפרקטיקה של שיתוף קבצים היא רווחת ומצויה, אך הם סברו שמבחינה חברתית תהפוך הפרקטיקה למקובלת ולמוסכמת פחות אם משתפי הקבצים ייענשו באופן שיביישם בחברה. נוסף לכך, נמצא כי המשתתפים עצמם הביעו נכונות מועטה לבצע פעילות של שיתוף קבצים באופן אישי אם צפו כי זכויותיהם האישיות ברשת המחשבים האוניברסיטאית יבוטלו בשל כך. תוצאות אלו מצביעות על כך שסנקציות פורמליות ובלתי פורמליות המזוהות עם אסדרה (רגולציה) של זכויות יוצרים אכן משפיעות על אופן תפיסת הנורמה של שיתוף קבצים. בד בבד, עולה מן הניסוי כי גם בהיעדר סנקציה, לא שינה החוק את תפיסת הנורמה של שיתוף קבצים. בכלל זה, גם הדגשת ההצדקה המוסרית להימנע משיתוף קבצים לא גרמה לשינוי בתפיסה.

השאלה בדבר המנגנונים האחראים להשפעתו של החוק על הפרט נבחנה גם בהקשר של גילוי סודות מסחריים.⁶⁹ בהקשר זה, נבדקה בניסוי השפעתם ההצהרתית של חוקי סודות מסחריים על עובדים בעמק הסיליקון. גם במקרה זה נעשתה הבדיקה באמצעות טכניקות ניסיוניות הבוחנות את השפעת המשפט על משתנים שונים, דוגמת כוונה לחלוק מידע סודי, תפיסת מוסריות של מסירת מידע סודי, אחוז נתפס של עובדים אחרים אשר היו

68 ראו: Yuval Feldman & Janice Nadler, *Expressive Law and Norms of File Sharing*, 43 SAN DIEGO L. REV. 577 (2006).

69 Yuval Feldman, *Experimental Approach to the Study of Normative Failures: Divulging of Trade Secrets by Silicon Valley Employees*, 2003(1) J. L. TECH. & POL'Y 105 (2003).

מוכנים לחלוק מידע סודי והסבירות של הסכמה חברתית מצד מעסיקים קודמים ונוכחיים למסירת מידע סודי. במחקר נבדק איזה מודל (מודל מבוסס הרתעה, מודל מבוסס תיאום או מודל מוסרי) מצליח להסביר בצורה הטובה ביותר את המנגנון שאחראי על פעולתו ההצהרתית של החוק. נתונים ממדגם שנערך בקרב 260 עובדי הייטק בעמק הסיליקון מראים שדווקא בהקשר זה, פועלם ההבעתי של חוקי סודות מסחריים מתבסס בעיקר על מוסריות ופחות על יכולתו של החוק לכפות סנקציה פורמלית.

הפער בתוצאות בין שני המחקרים המתוארים לעיל מלמד כי אף אם נבחן את כל המודלים במקביל, הרי בשל השונות הקיימת בין אוכלוסיות שונות ובהקשר של חוקים שונים קיים קושי רב להגיע להבנה מלאה של המנגנונים האחראים להשפעתו ההצהרתית של המשפט. כך, למשל, ייתכן שהאוכלוסייה הראשונה – סטודנטים אשר בשל גילם, מגוריהם ולימודיהם חשופים מאוד להשפעה של עמדות חבריים – הושפעה מאוד מן החשש מסנקציה חברתית בשל הפרת החוק. לעומת זאת, האוכלוסייה השנייה של עובדי הייטק היא מבוגרת יותר ואוטונומית יותר מבחינה חברתית, ולפיכך ייתכן שסנקציה חברתית נתפסה עבורם כאיום חלש יותר ומשמעותי פחות לחייהם. אם כן, נמצא כי גם כאשר עוסקים בהשפעתו העקיפה של המשפט וביכולתו לעשות שימוש בנורמה החברתית, לסוג האוכלוסייה משקל במיתון אופייה של השפעת המשפט וטיבה.

ג. מוטיבציה פנימית

המישור השלישי של השפעת המשפט על ההתנהגות כונה עד כה בשם הכולל "מוטיבציה פנימית". כינוי זה כלל מערכת של דחפים פנימיים לפעול אשר לא נגעה בהרתעה או בהשפעת נורמות חברתיות כמונחן האמצעותי והמיידיע. כפי שהראינו, שני מישורים אלה (הרתעה והשפעת נורמות חברתיות) משפיעים לעתים באופן ישיר על עצמת המישור השלישי ועל הרלוונטיות שלו להתנהגות, אולם עד כה לא פירטנו את טיבה של המוטיבציה הפנימית באופן עצמאי. כאשר דנים במודלים המבוססים על הפנמת ערכים ועל מוטיבציה פנימית, ישנה חשיבות רבה לשאלה באילו ערכים מופנמים אנו עוסקים אם אנו רוצים להכריע בשאלת חשיבותו של המשפט. מצד אחד ניתן לחשוב על המשפט כגורם המעצב את ערכי החברה, אשר בני האדם מצייתים לו מתוך הפנמה של ערכים אלו ולא מתוך היענות ישירה לתכתיבי החוק. אם המשפט אכן משפיע רק בתנאי שבני האדם מפנימים את ערכיו, אין בכך כדי להצביע על חוסר חשיבותו של המשפט אלא על תהליך מורכב יותר של שינוי עמדות, ורק עם סיומו יוכל המשפט לגרום לשינוי של ממש בהתנהגות. מן הצד האחר, אם התלות בערכים נוגעת בערכים חוץ-משפטיים אשר המשפט אינו מעצבם אלא נדרש להביא אותם בחשבון אם ברצונו להשפיע, יש בכך משום צמצום חשיבותו של המשפט כגורם המשפיע על ההתנהגות באופן עצמאי.

למרבה הצער, גם חוקרי משפט וכלכלה המכירים בתלות בין המשפט לבין הפנמת ערכים מתקשים לזהות הפרדה בין שתי התפיסות הללו, וברוך כלל נמנעו חוקרים בורים

זה מלהתייחס להבחנה ביניהן.⁷⁰ לעומת זאת, בקרב חוקרים מזרמים אחרים קיימת הכרה מסוימת ביכולתו של המשפט לשנות את תפיסותיהם המוסריות של בני האדם. כך, למשל, במחקר קלאסי הצביעו נייג'ל ווקר ומייקל אַרְגִּיל⁷¹ על יכולתו של החוק לשנות את השקפותיהם המוסריות של אנשים. חשוב לציין כי בתחומי מחקר אחרים קיימת כתיבה רבה על אודות תהליכי הפנמה,⁷² ובכללה כתיבה על השפעותיהם של תהליכי ההפנמה השונים על עיצוב מדיניות.⁷³ כך, למשל, נמצא כי הפנמת ערכים הנעשית באופן מודע ומחושב תהיה עמידה יותר ללחצים שונים מהפנמת ערכים הנעשית באופן בלתי מודע ובתוך התבססות על מנגנונים אוטומטיים ופריפריאליים.⁷⁴ מנגד, במחקרם של דרליי, קרלסמית' ורובינסון מוצג טיעון הפוך לגישתם המתוארת לעיל של ווקר וארגייל; דרליי, קרלסמית' ורובינסון טוענים כי גם בהקשר הפילי משקף החוק את האינטואיציה המוסרית הקיימת וכי למעשה, אנשים הנדרשים לענות לשאלה מה משמעות החוק עונים עליה לפי הראוי בעיניהם ועל פי תפיסתם המוסרית, ומתעלמים מכוונתו המקורית של החוק.⁷⁵

עניין חשוב נוסף הוא כי בשל הקשיים האמפיריים, חלק לא מבוטל מהכתיבה התאורטית מתקשה לייצר הבחנות אנליטיות ברורות בין מושגים שונים כגון מוטיבציה פנימית, אינטרס עצמי, אמצעותיות (אינסטרומנטליות), שינוי בהעדפות, בתפיסות מוסריות ובערכים חברתיים. מובן כי מבחינה מושגית, שינוי בתפיסה מוסרית אינו דומה לשינוי פנימי בהעדפותיו של אדם. אולם בשל הזיהוי המוצדק בין שיקולים חיצוניים לבין התנהגות אינסטרומנטלית, התגבשה בקרב העוסקים בתחום, כמעין תמונת ראי, תפיסה שגויה לפיה אם אדם פועל ממניעים פנימיים אין זאת אלא כי הוא פועל מנימוקים מוסריים

- 70 ראו למשל Cooter, לעיל ה"ש 22. קוטר קובע כי נדרשת הפנמה כדי לייצב את המנגנון של אכיפה חברתית וממילא כדי לגרום לשיווי משקל יציב.
- 71 ראו: Nigel Walker & Michael Argyle, *Does The Law Affect Moral Judgments?*, 4 Br. J. CRIMINOL. 570 (1964). עם זאת, חשוב לציין כי ווקר וארגייל לא הצליחו להראות השפעה משמעותית של החשיפה לחוק על תפיסת הנורמה בחברה, ולכן הטילו ספק בתוקף הפעולה ההצהרתית.
- 72 למחקר מתמשך ממצא על הפנמה של כללים משפטיים וערכים מוסריים (העוקב אחר אימון נורמות בקרב קבוצת סטודנטים לאורך זמן), ראו: ELLEN S. COHN & SUSAN O. WHITE, *LEGAL SOCIALIZATION: A STUDY OF NORMS AND RULES* (1990).
- 73 ראו לעיל ה"ש 5.
- 74 ראו למשל: Richard. E. Petty, Joseph R. Priester & Duane T. Wegener, *Cognitive Processes in Attitude Change*, in HANDBOOK OF SOCIAL COGNITION 69 (1994). במאמר נדונו הבדלים בין המנגנונים כגון עמידות של נורמה, התנגדות לניסיונות שכנוע נגדי וקשר בין עמדה להתנהגות.
- 75 ראו לעיל ה"ש 18. ראו גם: Kathryn C. Oleson & John M. Darley, *Community Perceptions of Allowable Counterforce in Self-Defense and Defense of Property*, 23 LAW & HUM. BEHAV. 629 (1999).

וערכיים;⁷⁶ ואילו הלכה למעשה, מניעים פנימיים יכולים לבטא גם שינוי בהעדפות שאינן נוגעות בתפיסתו המוסרית של האדם.

הד לעימות באשר למשקל הראוי שיש לייחס למוטיבציה פנימית כמניע להתנהגות ניתן למצוא בוויכוח בעניין שאלת הצורך במוטיבציה פנימית ובערכים שאינם אמצעותיים, שהתפתח בקרב כלכלנים העוסקים בסדר חברתי.⁷⁷ שני נציגים מובהקים של הצדדים לוויכוח זה הם רוברט סוגדן וג'יין מנסברידג'. סוגדן טוען שערכים חברתיים משמשים רק לתיאום האינטרסים של פרטים בחברה, וכי אין למעשה כל צורך בשינוי במוטיבציה הפנימית של אנשים כדי להבטיח סדר חברתי.⁷⁸ מנגד, טוענת מנסברידג' כי אין זה אפשרי לשמור על סדר חברתי ללא ערכים חברתיים.⁷⁹ גישתה של מנסברידג' מכירה בחשיבותם של מוסריות⁸⁰ ושל ערכים בלתי אמצעותיים בהסברת הסדר החברתי.⁸¹ עמדה תאורטית זו צוברת חשיבות הולכת וגוברת בתחום מחקר המשפט והכלכלה,⁸² בפרט בקרב מלומדי משפט וכלכלה העוסקים במחקר של נורמות והמרבית לרון בתפקידה של מוטיבציה פנימית כחלק מהבנת השפעתו של המשפט על הנורמות החברתיות ועל ההתנהגות האנושית.⁸³

76 מובן כי לאמתו של דבר, מוטיבציה המבוססת על דחפים, על הרגלים ואף על אינטואיציה יכולה להיות משויכת ל"מוטיבציה פנימית"; אלא שמסיבות שונות, מוצדקות בחלקן, מוטיבציה מסוג זה לא זכתה לעדנה בכתיבה המשפטית בהשוואה למוטיבציה מוסרית.

77 לסקירה ממצה ראו: Avner Ben-Ner & Louis Putterman, *Values and Institutions in Economic Analysis*, in *ECONOMICS, VALUES AND ORGANIZATION* 3 (1998).

78 ראו: Robert Sugden, *Spontaneous Order*, 3 *J. ECON. PERSPECTIVES* 85 (1989).

79 Jane Mansbridge, *Starting With Nothing: On the Impossibility of Grounding Norms Solely in Self-Interest*, in *ECONOMICS, VALUES, AND ORGANIZATION*

80 לדיון בנושא ראו: Robert D. Cooter, Symposium: Law, Economics & Norms: Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant, 144 *U. PA. L. REV.* 1643 (1996) וכן Cooter, לעיל ה"ש 22. לניתוח מעניין של האופן שבו תופסים מלומדי התנועה את עצמם ראו: Panel, *The New Chicago School, Myth or Reality?* 5 *U. CHI. L. SCH. ROUNDTABLE* 1 (1998); Robert C. Ellickson, *Law and Economics Discovers Social Norms*, 27 *J. LEGAL STUD.* 537 (1998).

81 ראו גם: BRUNO S. FREY, NOT JUST FOR THE MONEY: AN ECONOMIC THEORY OF PERSONAL MOTIVATION (1998). כאשר הוא מתייחס לתופעת ה"דחיקה לשוליים", מסתמך המחבר על תאוריות של מיקוד, של שליטה ושל הערכה עצמית. ראו גם: ROBERT H. FRANK, PASSIONS WITHIN REASON: THE STRATEGIC ROLE OF THE EMOTIONS (1988).

82 ראו לעיל ה"ש 52, למשל.

83 נראה כי בקרב חוקרי משפט וכלכלה העוסקים בנורמות חברתיות, קוטר (לעיל ה"ש 22, בעמ' 1595) הוא המלומד המוביל אשר מתמקד בהפנמה. קוטר טוען כי כדי לנהוג בהתאם לקונצנזוס, אפשר שמוטב כי אנשים ישנו לא רק את התנהגותם כי אם גם את העדפותיהם. הסיבה לכך קשורה להנחה השנויה במחלוקת לפיה אנשים יכולים להבחין באופיו האמתי של האחר, וזהו תמריץ לשנות לא רק את התנהגותם אלא גם את אופיים: "People will tend to change their preferences when doing so increases their opportunities sufficiently to increase their satisfaction relative to their initial preferences and their final preferences"

רעיון זה הורחב בגישה שקידם הארט, לפיה לבני האדם יש כבוד פנימי (internal respect) כלפי החוק,⁸⁴ כבוד המתעלה מעל לשיקולים אמצעותיים של ציות. בהתאם לכך, מגמה אופיינית בתחום התאוריות החוקיות של רגולציה ושל אכיפה קוראת לדון במושג של ציות וולונטרי ולקבוע כי הוא חשוב ונדרש כדי לשמור על סדר חברתי.⁸⁵

1. גורמים למוטיבציה פנימית

מטרי במאמר זה אינה נוגעת רק בשאלת אופן השפעת המשפט על ההתנהגות האנושית, אלא גם בכחינת חשיבותו העצמאית בנפרד מגורמים אחרים. לכן, נראה כי יש צורך להעמיק את הניתוח באשר למהות המוטיבציה הפנימית, באשר לגורמים המשפיעים עליה ובאשר למידה שבה יכול המשפט לעשות בהם שימוש. כדי לתחום את גדר הדיון באופן סביר, בחרתי למקדו בשלושה משתנים מרכזיים בעלי השפעה מתועדת בספרות על יכולתו של המשפט לגרום לשינוי בהתנהגות: הוגנות, לגיטימציה וזהות קבוצתית. בחירתם של שלושת המשתנים הללו נובעת, בין היתר, מכך שביחס אליהם ניתן להראות את קיומן של אינטרקציות הדדיות מורכבות, שעל פיהן כל אחד מן הגורמים משפיע על חשיבותם של הגורמים האחרים ביחס לציות לחוק.

א. הוגנות

ההוגנות של החוק, שתועדה ככזו המגבירה צייתנות לחוק, היא ללא ספק המשתנה המרכזי שאליו מתייחסת הספרות בכואה לנתח מוטיבציה פנימית או מוטיבציה לא אמצעותית לציות לחוק. "הוגנות" היא אחד המושגים הנחקרים ביותר בקרב חוקרים של גישות התנהגותיות, וכך גם בתחומים רבים אחרים. לא ניתן, כמובן, להתייחס לכל מושגי ההוגנות השונים בכמה שורות; לפיכך אנסה להתמקד בשאלות הרלוונטיות לבחינת האופן שבו משפיעה ההוגנות של מערכת המשפט ושל החוק על הנכונות לציית לחוק. בשנים האחרונות חקרו כלכלנים את נושא ההוגנות לעומק והכירו בחשיבותו לתחומים רבים בהתנהגות השוק (market behavior).⁸⁶ אף על פי כן, התלהבותם של כלכלנים מיכולת הניבוי של ההוגנות עומדת תדיר לבחינה מחודשת.⁸⁷

84 זהו אחד הטיועונים המרכזיים של הארט. ראו: H. L. A. HART, THE CONCEPT OF LAW (1961).

85 ראו: Kenneth H. Ryesky, *Of Taxes and Duties: Taxing the System with Public Employees' Tax Obligations*, 31 AKRON L. REV. 349 (1998).

86 ראו: Ernst Fehr & Klaus M. Schmidt, *A Theory of Fairness, Competition and Cooperation*, 114 Q. J. ECON. 817 (1999). כמו כן, לדוגמה מפורסמת להכרה בחשיבותה של ההגינות, ראו: Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard Thaler, *Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market*, 76 AM. ECON. REV. 728 (1986).

87 ראו למשל: John H. Kagel & Katherine W. Wolfe, *Tests of Fairness Models Based on Equity Considerations in a Three-Person Ultimatum game*, 4 EXPERIMENTAL ECON. 203 (2001); וכן, Elisabet E. Rutström & Melonie B. Williams, *Entitlements and Fairness: An Experimental Study of Distributive Preferences*, 43 J. ECON. BEHAV. & ORG. 75

על כל פנים, עם התקדמות המחקרים על אודות הדרכים שבהן עשויה הוגנות להשפיע על ההתנהגות האנושית, נראה כי כדי להבין אם הוגנות מצמצמת את חשיבות המשפט או מרחיבה אותה יש מקום להבחין בין צדק חלוקתי לבין צדק דיוני.

צדק חלוקתי

לכאורה, בכל הנוגע בצדק חלוקתי, כדי להיחשב להוגן נדרש המשפט לעמוד בסטנדרטים מסוימים של הגינות, שוויון או דאגה לחלש. כך, למשל, בכל הנוגע בהטלת מסים, הכתיבה העוסקת במיסוי צודק⁸⁸ מציגה את מגבלות המשפט בבואו להכתיב מדיניות מיסוי אשר אמורה להיתפס כצודקת.⁸⁹ במובן זה, הצורך של המשפט להיתפס כהוגן מקטין את תרומתו הייחודית של המשפט להסברת ההתנהגות האנושית; בהיבט של חלוקת משאבים, הטלת מס בשיעור גדול תיתפס בדרך כלל כ"צודקת" פחות מנקודת מבט של הגינות, וכ"צודקת" יותר מנקודת מבט של שוויון או של דאגה לחלש. אף שהמשפט עצמו אינו מעצב את הקריטריון המשפיע על תפיסת הצדק של האזרחים, החלטת המשפט בדבר שיעורי המס היא שאחראית ברובה לאופן שבו תופסים אזרחים את רמת הצדק התוצאתי של המשפט.

צדק דיוני

בכל הנוגע בצדק דיוני, נראה כי יש לראות בהוגנות ערך אשר עשוי להעצים את חשיבות המשפט (קרי את היקף השפעתו על ההתנהגות) באמצעות הסתמכות על תהליכים הנתפסים כהוגנים, ללא קשר להחלטות המתקבלות בהליך המשפטי בפועל. כך, למשל, המחקרים העוסקים בהשפעת האופן שבו מתנהגות רשויות אכיפת החוק כלפי האזרחים על נכונותם לציית, מלמדים כי באמצעות משאבים זולים באופן יחסי ניתן להגביר בצורה משמעותית את צייתנותם של האזרחים.⁹⁰ בהקשר הפלילי, בחנו ריימונד פטרנוסטר ושותפיו

Eskander Alvi, *Fairness and Self-Interest: An Assessment*, 27 (2000). ראו עוד למשל: J. Socio-Economics 245 (1998); במאמר זה מובעת תמיכה כללית בהשקפה לפיה להגינות ולאינטרס אישי יש כוח הסברה בלתי תלוי.

88 ראו: Michael Wenzel, *The Impact of Outcome Orientation and Justice Concerns on Tax Compliance: The Role of Taxpayers' Identity*, 87(4) J. APPL. PSYCHOL. 629 (2002).

89 אין בכך כדי לטעון כי המשפט אינו יכול להשפיע על האופן שבו יגדירו אנשים חלוקה צודקת, בוודאי לא לאורך זמן, אלא כי המחיר של היתפסות כצודק בעיני האזרחים הוא גבוה בהרבה אם שוקלים שיקולים של צדק חלוקתי.

90 כדברי טיילר:

In contrast, if legitimacy were based on policy agreement or outcome favorability, then authorities would lose legitimacy whenever they created policies which countered the self-interests or values of individuals or groups within society. [...] It suggests that authorities can garner widespread support for their policies, as well as make difficult decisions without losing public support, if they utilize fair decision-making procedures and show respect for individual members of their society.

למחקר⁹¹ כיצד השפיעה הוגנות ההליך על צייתנותם העתידית של אנשים שנעצרו עקב מקרי אלימות במשפחה. החוקרים השוו בין משתתפים שנעצרו לפרקי זמן שונים לבין משתתפים שקיבלו אזהרה בלבד, ובדקו את המידה שבה נטו אלו לחזור על העבירה מאוחר יותר. נמצא כי המשתתפים שקיבלו אזהרה בלבד נטו פחות לחזור על העבירה בהשוואה לאלו שנעצרו. כמו כן, המשתתפים שנעצרו ושחוו הליך מעצר הוגן (השוטרים הקשיבו להם, לא היו מוטים לטובת המתלונן, לא אזקו אותם וכיוצא באלה) נטו פחות לחזור על העבירה בהשוואה לעצורים שחוו הליך מעצר הוגן פחות. החוקרים הדגישו כי נמצא שהשפעת הוגנות ההליך על ההתנהגות העתידית חזקה לפחות באותה מידה כמו השפעתם של אזהרה ללא מעצר ושל משך המעצר עליה. כלומר, כדי להגביר את הצייתנות לחוק אין הכרח לאכפו פחות או לנקוט יחס סלחני כלפי עבריינים אלא יש להפגין כלפיהם יחס הוגן, המבהיר להם שכבודם נשמר ושדעותיהם זוכות להתייחסות.

מנגד, חשוב להכיר גם במגבלות הצדק הריוני – עצם השפעתו על ההתנהגות תלויה לעתים בגורמים מקדמיים. כך, למשל, בדקו לאחרונה דיוויד דה קרמר וטום טיילר⁹² כיצד משפיעים הוגנות ההליך והאמון בסמכות על הנכונות לשתף פעולה עם מקורות סמכות. החוקרים שיערו כי תהליכים הוגנים מקדמים שיתוף פעולה רק כאשר האדם חש אמון כלפי מקור הסמכות, כלומר סומך עליו שידאג לצרכיו. בכמה ניסויים שביצעו החוקרים נמצא כי רמות גבוהות של אמון ותהליך הוגן מגבירים את הנכונות לשתף פעולה עם מקור הסמכות. כמו כן, נמצא כי הקשר בין הוגנות התהליך לנכונות לשתף פעולה חזק יותר בקרב משתתפים בעלי אמון רב בסמכות. מכך הסיקו החוקרים שהוגנות התהליך מגבירה אמנם את שיתוף הפעולה עם הרשויות, אך אמון מקדמי ברשויות הוא תנאי בסיסי לכך.

ב. לגיטימציה

השפעת ההוגנות מתקשרת לאלמנט נוסף בעל חשיבות רבה – לגיטימציה של השלטון.⁹³ משמעותה של לגיטימציה היא המידה שבה הפרט תופס את הסמכות כזכות

Tom R. Tyler, *Citizen Discontent with Legal Procedures: A Social Science Perspective on Civil Procedure Reform*, 45 AM. J. COMP. L. 871, 895 (1997)

91 ראו: Raymond Paternoster, Robert Brame, Ronet Bachman & Lawrence W. Sherman, *Do Fair Procedures Matter? The Effect of Procedural Justice on Spouse Assault*, 31 LAW & SOC'Y REV. 163 (1997)

92 ראו: David De Cremer & Tom R. Tyler, *The Effects of Trust in Authority and Procedural Fairness on Cooperation*, 92 J. APPL. PSYCHOL. 639 (2007)

93 ראו: Philip Worchel, Philip G. Hester & Philip S. Kopala, *Collective Protest and Legitimacy of Authority: Theory and Research*, 18 J. CONFLICT RESOL. 37 (1974); Tom R. Tyler, Jonathan D. Casper & Bonnie Fisher, *Maintaining Allegiance toward Political Authorities: The Role of Prior Attitudes and the Use of Fair Procedures*, 33 AM. J. POL. SCI. 629 (1989); David O. Sears, Tom R. Tyler, Jack Citrin & Donald R. Kinder, *Political System Support and Public Response to the Energy Crisis*, 22 AM. J. POL. SCI. 56 (1978)

להורות לו כיצד לנהוג.⁹⁴ לגיטימציה נתפסת כמושג קרוב להוגנות; מחקרים רבים הראו כי הוגנות היא הגורם הראשון במעלה בהסבר ללגיטימציה של השלטון. הלגיטימציה של השלטון (לפחות במובנה הפורמלי) מבוססת למעשה על תפיסות של שימוש נכון בסמכות, ולריבון יכולת לעשות שימוש בכלי זה כדי להגדיל השפעתו על ההתנהגות האנושית. על פי חלק מהחוקרים, לגיטימציה זו של השלטון מנותקת למעשה על מתפיסות טבעיות של מוסר. לגיטימציה, בשונה ממתפיסות מוסריות, עשויה להעצים את חשיבותו של המשפט ולא לקבוע לו גבולות שאותם לא יוכל לחצות.⁹⁵ זאת ועוד: במחקר שערכו טיילר וג'ייסון סנשיין⁹⁶ בעניין הגישות כלפי המשטרה בארצות הברית, נמצא כי לגיטימיות המשטרה הושפעה במידה רבה מהתפיסה של הוגנות התהליך המשטרתי. ככל שהנבדקים סברו כי המשטרה ממלאת אחר מרכיבי הצדק הדיוני⁹⁷ – הם תפסו את המשטרה כלגיטימית יותר וככזו שראוי יותר לציית לה. במובן זה יכולים אפוא מדינה או ארגון, בצעדים פשוטים למדי של צדק דיוני, להגדיל את הלגיטימציה בעיני הציבור וממילא את השפעתם על ההתנהגות האנושית.

ג. זהות קבוצתית

המשתנה ה"פנימי" האחרון שבו נעסק, הממתן את הקשר שבין המשפט לבין ההתנהגות האנושית, נוגע בזהותו הקבוצתית של האדם. משתנה זה זכה למחקרים התנהגותיים רבים, בעיקר במסגרת מצבים של דילמות חברתיות – אשר מדמים למעשה מצב של ציות לחוק.⁹⁸ בהקשרים רבים שבהם הסברים מנקודת מבט של בחירה רציונלית טענו ששיתוף פעולה אינו סביר, משתנה של זהות קבוצתית הצליח דווקא להגביר את שיתוף הפעולה.⁹⁹

94 לסקירה ראו: Jason Sunshine & Tom R. Tyler, *The Role of Procedural Justice and Legitimacy in Shaping Public Support for Policing*, 37 LAW & SOC'Y REV. 513 (2003).

95 ראו Tyler & Darley, לעיל ה"ש 20, בעמ' 723: "Legitimacy provides greater and more reliable authority to legal officials than does morality, since legal officials have discretionary authority to decide what is appropriate" ובעמ' 735: "Most strikingly, when legitimacy and morality clash, legitimacy often dominates people's behaviors".

96 לעיל ה"ש 94. למשל, מתן אפשרות לאזרחים לבטא את קולם, הענקת תחושה כי עבודת המשטרה נעשית באופן ניטרלי ועוד.

97 או למצער לחלק גדול מן החוקים המאזנים בין אינטרס היחיד לבין אינטרס הקבוצה (מסים, איכות סביבה, תעבורה ועוד). על שאלה זו התפתחה ספרות ענפה ביותר. ראו למשל: Jay W. Jackson, *Reactions to Social Dilemmas are Influenced by Group Identification Motives*, in 16 ADVANCES PSYCHOL. RES 167 (2002).

98 בנושא זה קיימת ספרות ענפה במיוחד בפסיכולוגיה חברתית, אשר דנה בכמה מנקודות הציון של תחום הזהות הקבוצתית על רבדיו השונים. ראו: Norbert L. Kerr, *Motivation Losses in Small Groups: A Social Dilemma Analysis*, 45 J. PERS. & SOC. PSYCHOL. 819 (1983); Robyn M. Dawes & David M. Messick, *Social Dilemmas*, 35 INT'L J. PSYCHOL. 111

לפי הטיעון הבסיסי בעניין זהות קבוצתית, ככל שהפרט מזדהה יותר עם הקבוצה שאותה מייצגת הסמכות החוקית, כך הוא נוטה יותר לציית לחוק. הטיעון מבוסס על תאורית הזהות החברתית של הנרי טג'פל וג'ון טרנר,¹⁰⁰ לפיה כל אדם מזדהה במידת מה עם הקבוצה שאליה הוא משתייך, ובהתאם לכך שואף להיטיב עם קבוצתו ולשתף פעולה עם המוסדות המייצגים אותה. יתר על כן, ככל שהפרט מזדהה עם קבוצתו יותר, נכונותו לציית מושפעת יותר מהוגנות מוסדות החוק ופחות משיקולים תועלתניים. על פי טיילר,¹⁰¹ הסיבה לכך היא כי הפרט תופס את ההוגנות כראיה להיותו גורם בעל ערך בקבוצה, וכי אדם המזדהה במידה רבה עם קבוצתו ירצה להיתפס על ידה כגורם מרכזי.

מייקל ונזל¹⁰² בחן כיצד שיקולי הרתעה ושיקולים של הוגנות משפיעים על צייתנות בתשלום מסים באוסטרליה, ואת תפקידה הממתן של זהות קבוצתית בחשיבותם היחסית של הגורמים הללו. בהסתמך על תאורית הזהות החברתית והמודל של טיילר (המתואר לעיל) שיער ונזל כי משתתפים המזדהים הזדהות רבה עם הלאום האוסטרלי יפגינו רמות גבוהות יותר של ציות לתקנות המס. במחקר נבחנו סוגים שונים של עבירות מס על פי

(2000); Xiao-Ping Chen, *The Group-Based Binding Pledge as a Solution to Public Goods Problems*, 66 *ORG. BEHAV. & HUM. DECISION PROCESSES* 192 (1996); Kelly S. Bouas & S. S. Komorita, *Group Discussion and Cooperation in Social Dilemmas*, 22 *PERS. & SOC. PSYCHOL. BULL.* 1144 (1996); Marilynn B. Brewer & Roderick M. Kramer, *Choice Behavior in Social Dilemmas: Effects of Social Identity, Group Size and Decision Framing*, 50 *J. PERS. & SOC. PSYCHOL.* 543 (1986); Marilynn B. Brewer, *In-Group Bias in the Minimal Intergroup Situation: A Cognitive-Motivational Analysis*, 86 *PSYCHOL. BULL.* 307 (1979); Henri Tajfel, *Social Psychology of Intergroup Relations*, 1 *ANN. REV. PSYCHOL.* 1 (1982); Roderick M. Kramer & Marilynn B. Brewer, *Effects of Group Identity on Resource Use in a Simulated Commons Dilemma*, 46 *J. PERS. & SOC. PSYCHOL.* 1044 (1984); Lowell Gaertner & Chester A. Insko, *Intergroup Discrimination in the Minimal Group Paradigm: Categorization, Reciprocation or Fear?* 79 *J. PERS. & SOC. PSYCHOL.* 77 (2000); Mark Schaller, *In-Group Favoritism and Statistical Reasoning in Social Inference: Implications for Formation and Maintenance of Group Stereotypes*, 63 *J. PERS. & SOC. PSYCHOL.* 61 (1992); David De Cremer & Geoffrey J. Leonardelli, *Cooperation in Social Dilemmas and the Need to Belong: The Moderating Effect of Group Size*, 7 *GROUP DYNAMICS: THEORY, RESEARCH, AND PRACTICE* 168 (2003)

Henri Tajfel & John C. Turner, *The Social Identity Theory of Intergroup Behavior*, :ראו 100
IN PSYCHOLOGY OF INTERGROUP RELATIONS 7–24 (1986)

Heather J. Smith & Tom R. Tyler, *Justice and Power: When will Justice Concerns*: :ראו 101
Encourage the Advantaged to Support Policies which Redistribute Economic Resources and the Disadvantaged to Willingly Obey the Law? 26 *EUR. J. SOC. PSYCHOL.*
 .171 (1996)

Michael Wenzel & Prita Jobling, *Legitimacy of Regulatory Authorities as a*: :ראו 102
Function of Inclusive Identification and Power Over Ingroups and Outgroups, 36
EUR. J. SOC. PSYCHOL. 239 (2006)

הדיווח העצמי של המשתתפים. נמצא כי חלק מהעבירות הושפעו מגורמים תועלתניים בלבד, ואילו עבירות אחרות הושפעו מזהות קבוצתית, מהוגנות (נתפסת) ומן האינטרקציה ביניהן. כלומר, צייתנותם של משתתפים המזדהים מאוד עם קבוצתם הושפעה בעיקר מהוגנות רשויות המס, ואילו צייתנותם של המזדהים עם קבוצתם הזדהות מעטה בלבד הושפעה בעיקר משיקולי תועלת. כמו כן, נמצאו ראיות מוגבלות לכך שהזדהות עם קבוצה מגבירה כשלעצמה את הנכונות לציית לחוק.

נוסף לקשרים האמורים, לזהות קבוצתית השפעה גם על טיב הקשר בין שני הגורמים שנזכרו לעיל – הוגנות ולגיטימציה של השלטון. כך, למשל, בניסוי של ונזל ושל פריטה ג'ובלינג נמצא, כי בני אדם שהזדהותם עם הקבוצה רבה שופטים את הלגיטימיות של מוסדות על פי ההוגנות המיוחסת להם.¹⁰³ עם זאת, בשונה משני הגורמים אשר הוזכרו לעיל, דווקא זהות קבוצתית לכאורה נתונה פחות להשפעה של המשפט,¹⁰⁴ וממילא עשויה להיתפס כמשתנה חיצוני למשפט יותר מאשר משתנה אשר המשפט יכול לרתום לצרכיו. במובן זה, לשם הגדרת המדיניות המשפטית חשוב להבין את השפעת הזהות הקבוצתית על ההתנהגות כדי להתאים את האופן שבו על המשפט לפעול להגברת ציות וולונטרי, אך הזהות הקבוצתית חשופה פחות לשינוי על ידי המשפט עצמו. ממילא, על פי המפתח שיצרנו למיון השפעות המשפט על ההתנהגות, קיומה של הזהות הקבוצתית מגביל את השפעת המשפט על ההתנהגות ואינו מעצים אותה.

אם כן, נמצא כי להוגנות, ללגיטימציה ולזהות קבוצתית יש חשיבות רבה במיתון השפעת המשפט על ההתנהגות האנושית. נפקותה של חשיבות רבה זו לתפיסת חשיבות המשפט כשלעצמו תלויה, כאמור, ביכולתו של המשפט לרתום ערכים לקידום מטרותיו. ראינו כי יכולת זו רבה יותר במקרים של צדק דיוני ושל לגיטימציה, אך מצומצמת יחסית במקרים של זהות קבוצתית ושל צדק חלוקתי.

2. המשפט כפוגע במוטיבציה פנימית

עד עתה ראינו כי הגישות שנזכרו נחלקות באשר למידת תרומתו של המשפט לעיצוב הנורמה החברתית. מעניין לציין כי בהקשר של השפעת המשפט על המוטיבציה הפנימית, מחקרים רבים מראים כיצד החוק עשוי לגרום לפגיעה בתפקודן של נורמות חברתיות. טענה זו נפוצה במחקריהם של חוקרי משפט וכלכלה (כגון ליזה ברנסטיין,¹⁰⁵ פוזנר,¹⁰⁶

103 שם.

104 בוודאי בהשוואה לצדק דיוני וללגיטימציה.

105 ראו: Lisa Bernstein, *Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's*; *Search for Immanent Business Norms*, 144 U. Pa. L. Rev. 1765 (1996); המחברת דנה בעליונותן של נורמות משפטיות המבוססות על ניסיון מצטבר על פני חקיקה מבוססת קוד בקהילות עסקיות.

106 לגורמים המשפיעים על יעילות מנגנוני אכיפה קבוצתיים ראו: Eric A. Posner, *The Regulation of Groups: The Influence of Legal and Nonlegal Sanctions on Collective Action*, 63 U. Chi. L. Rev. 133 (1996).

בראון,¹⁰⁷ קגן ושותפיו למחקר¹⁰⁸), הטוענים שהחוק הפורמלי עלול להשפיע באופן הרסני על תוכנו של הנורמות היעילות או הרצויות ועל אופיין. נדמה כי השפעה הרסנית זו בולטת בעיקר בהקשר של המוטיבציה הפנימית. להלן אסקור בקצרה כמה מנגנונים שהוצעו בספרות להסברתה של תופעה זו.

ברונו פרי התמקד באחת מן התופעות הידועות ביותר בהקשר זה – "דחיקה לשוליים" של מוטיבציה פנימית ("crowding out of internal motivation"); זו עלולה להתרחש כאשר מוטיבציה חיצונית נכנסת לתמונה.¹⁰⁹ על פי מחקרו של פרי,¹¹⁰ הסבירות כי תושבים שהוצע להם פיצוי יתנגדו להפעלת כור גרעיני בשכונתם גבוהה יותר מן הסבירות כי תושבים שלא הוצע להם פיצוי יתנגדו לכך. כלומר, הצעת הפיצוי, המספקת מוטיבציה חיצונית להסכים להפעלת הכור, דחקה החוצה מוטיבציות פנימיות להסכים להפעלתו. מושג ידוע נוסף בהקשר זה הוא תופעת "קנס הוא מחיר" ("fine is a price"), דרך נוספת שבה עלול החוק לפגוע בנורמות החברתיות. אורי גניזי ואלדו רוסיציני תיעדו את התופעה בגני ילדים, שהטילו קנסות על הורים אשר הגיעו באיחור לאסוף את ילדיהם.¹¹¹ לא רק שכפיית הקנס על ההורים המאחרים לא הועילה, אלא היא אף השיגה תוצאה הפוכה: יותר הורים איחרו לאסוף את ילדיהם. מסתבר שהטלת הקנס יצרה אצל ההורים תחושה של מעין היתר להגיע באיחור. זוהי דוגמה למקרה שבו החוק פגע בנורמת התנהגות קיימת של הגעה בזמן.¹¹²

- 107 למשטרי אכיפה חלופיים ראו: Darryl K. Brown, *Street Crime, Corporate Crime and the Contingency of Criminal Liability*, 149 U. PA. L. REV. 1295, 1303 (2001).
- 108 ראו לעיל ה"ש 17. במאמר מתוארים סגנונות ציות שונים לכללים בנוגע בזיהומים אסורים בקרב נושאי משרה בחברות.
- 109 ראו: Edward L. Deci, *Effects of Externally Mediated Rewards on Intrinsic Motivation*, 18 J. PERS. & SOC. PSYCHOL. 105 (1971). במאמר מוצגים היסודות הפסיכולוגיים לתופעת ה"דחיקה לשוליים" שפיתח פריי לאחר זמן.
- 110 ראו: Bruno S. Frey, *Institutions and Morale: The Crowding-Out Effect*, in ECONOMICS, VALUES, AND ORGANIZATION 437 (1998). במאמר זה מוצגת הירידה במוטיבציה פנימית הנוצרת נוכח הצגתם של תגמולים חיצוניים. כמו כן, ראו: Ernst Fehr & Simon Gächter, *Do Incentive Contracts Undermine Voluntary Cooperation?* (Institute for Empirical Research in Economics, University Of Zurich, Working Paper No. 34, 2000), available at www.unizh.ch/econ/workingpapers/workingpaper34.pdf; במאמר נטען שגורם מודל מורכב יותר כדי לתפוס באופן שלם את תופעת ה"דחיקה לשוליים". ראו גם: Sandra H. Berry & David E. Kanouse, *Physician Response to a Mailed Survey: An Experiment in Timing of Payment*, 51 PUB. OPINION Q. 102 (1987). בהקשר זה מוצגת הדגמה "מציאותית" המבוססת על מחקר שדה (בניגוד למחקר מעבדה) של תופעת ה"דחיקה לשוליים". עם זאת, ראו: Bruno S. Frey & Reto Jegen, *Motivation Crowding Theory*, 15 J. ECON. SURV. 589 (2001). במאמר נטען כי הזרם המרכזי של הכלכלנים עדיין מטיל ספק בתופעה זו, אף על פי שהיא הומחשה בניסויים רבים.
- 111 ראו: Uri Gneezy & Aldo Rustichini, *A Fine is a Price*, 29 J. LEGAL STUD. 1 (2000).
- 112 לעיון מפורט במודל זה והצעות לכמה מנגנונים חלופיים ראו: Yuval Feldman & Doron Teichman, *Are all 'Legal Dollars' Created Equal?*, 102 Nw. U. L. REV. 223 (2008).

במחקר אחר על אודות השפעת החוק על הנורמה החברתית, התמקדו מרגרט בלייר וליין סטאוט¹¹³ בהשפעה השלילית שיש לרגולציה על תפיסתם של אנשים את מהימנותם בעיני החברה ("אם הם לא סומכים עליי, אולי הם צודקים"). לטענתן של בלייר וסטאוט, רגולציה של חובת הנאמנות בקרב נושאי משרה בחברות עשויה שלא לשרת את המטרה של יתר נאמנות. הן הציעו מנגון דומה לתופעת ה"דחיקה לשוליים", המתמקד בהשפעתן של דרישות פורמליות על מרכיב האמון ביחסים בין-אישיים.

בקו מחשבה דומה נוקט מארק כהן,¹¹⁴ המציין את השפעתה השלילית של החקיקה על תכונות בסיסיות של עזרה לזולת שאינן מונעות מחקיקה. הוא טוען כי אם תִּכְפֶּה על אנשים בעלי כישורים מיוחדים החובה לעזור לזולת עלולות פעולות התנדבות להיפגע, שכן הסבירות שאנשים ירכשו את הכישורים המיוחדים תקטן. באופן כללי יותר טוען כהן כי המוניטין שרוכש אדם שעוזר לזולת ייעלם אם עזרה לזולת תהיה בגדר חובה חוקית.

בהקשר זה טוען קהן כי מדיניות המניחה שבני האדם ישאפו תמיד למקסם את עושרם וכי לא ניתן לצפות שיתרמו לחברה בשום צורה שהיא, היא מדיניות הרסנית לציות וולונטרי,¹¹⁵ שכן היא מאותתת לאזרחים על היעדרה של נורמה חברתית. מדיניות המניחה שבני האדם יתחמקו מתשלום מסים, למשל, ובהתאם לכך מציעה תמריץ לתשלום המסים בצורת איום בסנקציה, מתעלמת מכך שפרסום האיום והטלת הסנקציה נתפשים בציבור כאיתות לכך שהתחמקות מתשלום מסים היא תופעה רחבה, ומכאן שמוסר תשלום המסים ירוד. כיוון שאנשים מתנגדים להיות היחידים שתורמים לרווחת הכלל, אפשר שגם אלה ששילמו בעבר יפסיקו לעשות זאת עם הטלת הסנקציה. כלומר, הטלת הסנקציה על אנשים שאינם משלמים מסים תוביל לתוצאה הפוכה מן הרצוי – לירידה במוסר התשלום של מרבית האנשים בחברה.

מנגד, חשוב לציין כי קיימים מחקרים אחרים המראים כי לא זו בלבד שהרתעה אינה פוגעת במוטיבציה הפנימית של בני האדם, אלא שהיא אפילו עשויה להגביר אותה. בכלל זה, מחקרים רבים הראו שלמנגנון ההרתעה יש השפעה חיובית על נורמות בחברה ואפילו על נורמות פנימיות.¹¹⁶ כלומר, האיום בסנקציה כשלעצמו מספיק לפעמים כדי לשכנע אנשים שאי-הציות לחוק הוא בעייתי מבחינה מוסרית. למשל, פטרנוסטר ושותפיו למחקר¹¹⁷ הראו במחקר מתאמי כי ככל שאנשים תופסים את ההרתעה כמשמעותית יותר, הם נוטים לתפוס את הפעולה כמוסרית פחות. מכאן עולה, כי הרתעה פורמלית נדרשת כדי לשמר

113 ראו: Margaret M. Blair & Lynn A. Stout, *Trust, Trustworthiness, and the Behavioral Foundations of Corporate Law*, 149 U. PA. L. REV. 1735 (2001).

114 ראו: Mark A. Cohen, *Norms versus Laws: Economic Theory and the Choice of Social Institutions*, in SOCIAL NORMS & ECONOMIC INSTITUTIONS 95 (1991).

115 ראו: Dan M. Kahan, *Trust, Collective Action, and Law*, 81 B. U. L. REV. 333 (2001).

116 ראו למשל Silberman, לעיל ה"ש 11; ראו עוד: Franklin Zimring & Gordon Hawkins, *The Legal Threat as an Instrument of Social Change*, 27 J. Soc. ISSUES. 33 (1971).

מאמרים אלה מציגים בצורה אמפירית את השפעתן של סנקציות חוקיות על מוסריות.

117 ראו: Raymond Paternoster, Linda E. Saltzman, Gordon P. Waldo & Theodore G. Chiricos, *Perceived Risk and Social Control: Do Sanctions Really Deter?* 17 LAW & SOC'Y REV. 457 (1983).

את האמינות של הסנקציה הבלתי פורמלית. נוסף לכך, בניסוי שערכו שורץ ואורלינס¹¹⁸ בהקשר של ציות לחוקי המס נמצא כי המשתתפים בקבוצה של "פחד מסנקציה" (fear-) group (of-punishment) חשו חובה מוסרית חזקה יותר לשלם מסים בהשוואה לחברי קבוצת הביקורת. גם אם המחקרים המתוארים לעיל הם מעטים, הם מצביעים על כך שיותר מכפי שהרתעה מביאה ל"דחיקתן לשוליים" של מוטיבציות פנימיות – היא יכולה להגבירן.

ד. על מי משפיע המשפט

עניין אחרון שנעסוק בו, המחזק את המורכבות הגלומה בניסיון להבין את יכולתו של המשפט להשפיע על ההתנהגות האנושית, נוגע בנושא אשר כמעט אינו נחקר בהקשרים משפטיים, אולם אי-אפשר להבין את הגישה ההתנהגותית למשפט באופן מלא בלעדיו – השונות הבין-אישית. עניין זה נוגע, למעשה, בשלושת המודלים שעל פיהם כחנו את השפעת המשפט על ההתנהגות; אולם מרבית המחקרים אשר עסקו בשונות בין-אישית נוגעים יותר בממד השלישי שעניינו במוטיבציה הפנימית. אף שבכל מערכת משפטית קיים קושי להביא בחשבון הבדלים בין-אישיים כאשר עומדים לכוונן מדיניות משפטית, חשוב להיות מודעים להבדלים אלו, לפחות באופן תאורטי. בשל הקושי שתואר לעיל, הקשר בין מבנה האישיות לבין הציות לחוק לא נחקר באופן מספק. למרות זאת ניתן לשער כי במצבים מסוימים בני אדם בעלי מבנה אישיות שונה יגיבו לחוק בצורה שונה.

אחד התחומים הנחקרים יותר בקשר שבין הבדלים בין-אישיים לבין חשיבות המשפט נוגע בהתפתחות מוסרית. על פי תאוריית הציות של ג'ון טאפ ופליצ'ה ליווין, בני האדם נחלקים לשלוש קבוצות ביחס למניעיהם לציית לחוק, בהתאם להתפתחותם המוסרית:¹¹⁹ אנשים פרה-קונבנציונליים, אשר מצייתים לחוקים מתוך נקודת מבט אגוצנטרית ומתוך

118 ראו: Schwarz & Orleans, לעיל ה"ש 15. המאמר משווה מהיבט מחקרי את השפעתם של חינוך, של מוסריות ושל סנקציות פורמליות על התחמקות של יחידים מתשלום מס.

119 כדברי טאפ וליווין:

A preconventional reasoner would answer the question – should I obey this rule? By reference to a standard or belief that all rules must be obeyed and that punishment results if they are not. A conventional reasoner answers the question by reference to a need for law and order to prevent a breakdown of society. A postconventional resoner weights the reasons for compliance against possible reasons for non-compliance, and otherwise refers to principles that are independent of authority.

JUNE L. TAPP & FELICE J. LEVINE, LAW, JUSTICE, AND THE INDIVIDUAL IN SOCIETY: June L. Tapp & Felice J. Levine, ראו עוד: PSYCHOLOGICAL AND LEGAL ISSUES 21 (1977) *Compliance from Kindergarten to College: A Speculative Research Note*, 1 J. YOUTH & ADOLESCENCE 233 (1972); Lawrence Kohlberg, *Stage and Sequence: The Cognitive-Developmental Approach to Socialization*, in HANDBOOK OF SOCIALIZATION THEORY AND RESEARCH 347–480 (1969).

פחד להיענש ורואים בחוק כלי שמטרתו לשמור עליהם מפני הרע; אנשים קונבנציונליים "שומרי חוק", המתמקדים בהבנת הצורך בסדר חברתי וחשוב להם להתקבל בחברה; אנשים פוסט-קונבנציונליים המתפקדים כ"יוצרי חוק" – מייחסים חשיבות ליסודות הבסיסיים של הצדק ומציבים את העיקרון של צדק מוסרי במעמד גבוה יותר מזה של החוק הכתוב.¹²⁰

כמה מחקרים מצאו קשר בין התפתחות מוסרית לבין צייתנות לחוק. במחקרם של סוטינגן וקופרן,¹²¹ שעסק בצייתנות של דייגים במלזיה לתקנות דיג, נמצא כי רמת ההתפתחות המוסרית של הפרט מאפשרת במידה רבה לנבא את הנכונות שלו לציית לחוק. נוסף לכך, במחקרם של אריה רטנר, דנה יגיל וקמליה שרמן-סגל, שנערך בישראל,¹²² נמצא כי משתתפים שעברו את המידע המוסרי טוב יותר מאחרים היו נכונים פחות להפר את החוק בסוגיות פרטיות וציבוריות כאחד. פרט למחקרים אלה, המצביעים על התפתחות מוסרית כתכונת אישיות המנבאת ציות לחוק, ראוי לציין את מחקרם של טיילר וג'פרי פגן,¹²³ אשר הצביע על צייתנות לחוק כתכונת אופי יציבה, המשתנה מאדם אחד למשנהו.¹²⁴ על פי התפיסה המכירה בהבדלים בין-אישיים ועל פי המחקרים המסתמכים עליה, מובן כי המעוניין להבין את מלוא השפעתו של המשפט על ההתנהגות יאלץ להתחשב בקיומה של שונות משמעותית בטיב ההשפעה, הנגזרת מהבדלים בין-אישיים בהתפתחות המוסרית ובמוטיבציה לציות לחוק. כאמור, אף כי קיים קושי מובנה בהתייחסות מבודלת מצד המשפט לאנשים בעלי מבנה אישיות שונה, נראה כי לעצם הידיעה כי המשפט משפיע בצורה שונה על אוכלוסיות שונות ישנה חשיבות מעשית בלתי מבוטלת. יתר על כן, דווקא כיוון שבמקרים מסוימים השימוש במשפט עשוי להוביל לירידה בהשפעת המוטיבציה הפנימית¹²⁵ וממילא בהיקף ההתנהגות הרצויה בעיני המשפט, יש חשיבות לידיעה באיזה סוג של אוכלוסייה עוסק חוק מסוים.

120 ראו גם Kohlberg, שם, בעמ' 347, וגם: June L. Tapp & Lawrence Kohlberg, *Developing Senses of Law and Legal Justice*, 27 J. Soc. Issues 65 (1971)

121 K. Kuperan & Jon G. Sutinen, *Blue Water Crime: Deterrence, Legitimacy, and Compliance in Fisheries*, 32 LAW & SOC'Y REV. 309 (1998)

122 אריה רטנר, דנה יגיל & קמליה שרמן-סגל, *The Sense of Entitlement to Violate the Law: Legal Disobedience as a Public versus a Private Reaction*, 31 Soc. BEHAV. & PERS. 545 (2003)

123 Jeffrey Fagan & Tom R. Tyler, *Legal Socialization of Children and Adolescents*, 18 Soc. JUST. RES. 217 (2005)

124 החוקרים בחנו חברות חוקי (Legal Socialization) של נערים בארצות הברית, כלומר המידה שבה תופסים נערים את רשויות החוק כלגיטימיות או חשים ציניות כלפי החוק וערפול מוסרי. במחקר נמצא קשר בין תכונות אישיות למרכיבים של חברות חוקי. בפרט נמצא, כי תחושת ניכור מנבאת מתן לגיטימציה נמוכה לחוק ורמה גבוהה של ציניות ושל ערפול מוסרי. כמו כן, תוקפנות ניבאה ערפול מוסרי. על סמך הממצאים הסיקו החוקרים שחברות חוקי הוא תכונת אופי יציבה בחלקה.

125 ראו לעיל הדיון בתופעת ה"דחיקה לשוליים" (crowding out) בה"ש 109.

חשוב לציין כי מאחר שמשנתני אישיות אלו נקבעים ברובם בטרם נוצר הקשר בין האדם לבין המשפט, הרי קיומם מחליש לכאורה את השפעת המשפט על ההתנהגות האנושית, שכן על פי אותו היגיון שהוזכר לעיל כל משתנה הממתן את השפעת המשפט ואשר המשפט עצמו אינו יכול לעצבו – מפחית מחשיבות המשפט. עם זאת חשוב לרעת כי במחקר על אודות שיפוט מוסרי קיימת עמדה מבוססת למדי, לפיה לתרבות ולנורמות חברתיות השפעה רבה על התפתחות השיפוט המוסרי.¹²⁶ אף על פי כן, השפעה זו אינה מבטלת את קיומם של ההבדלים הבין-אישיים, אשר נוצרים ברובם בגילים צעירים. אם כן, נמצא כי קיומם של הבדלים בין-אישיים גורם, למעשה, לכך שהמשפט משפיע ברמות שונות על חלקים שונים באוכלוסייה, והוא פועל באופן אחר על כל חלק וחלק בה.

אחרית דבר

במאמר זה בחנתי מספר רב של מודלים מקבילים הקיימים בגישה ההתנהגותית למשפט, והמצביעים על מורכבות הקשר בין המשפט לבין ההתנהגות האנושית. הנוסחה הבסיסית שבה השתמשתי לבדיקת חשיבות המשפט מבוססת על תפיסת עולם אמפירית כמותית, לפיה המשפט נחשב לחשוב אם יש בו כדי להשפיע באופן ישיר או עקיף על אחד או יותר מן הממדים המרכיבים את ההתנהגות האנושית. ככל שהשפעתו של המשפט על ההתנהגות מותנית במשתנים אשר אינם מושפעים ממנו, המשפט נתפס עבורנו כחשוב פחות. אולם אם השפעת המשפט על ההתנהגות מותנית במשתנים אשר ביכולתו של המשפט לעצבם, נראה בכך עדות לערוץ נוסף שבאמצעותו יכול המשפט להשפיע על ההתנהגות האנושית.

כך, למשל, בכל הנוגע ביחס שבין המשפט לבין הנורמה החברתית, נראה כי המחקרים האמפיריים באשר לטיב השפעתו העקיפה של המשפט על ההתנהגות מספקים מספר רב של קשרים אפשריים בין השניים, אשר בחלקם סותרים זה את זה. לא זו בלבד שהמנגנון שבאמצעותו משפיע המשפט על נורמות חברתיות שנוי במחלוקת, אלא שעצם המגמה של השפעת המשפט על הנורמות החברתיות רחוקה כלל ועיקר מלהיות מובנת. התשובה לשאלה "האם המשפט חשוב?" מותנית בתשובה לשאלה עד כמה המשפט תלוי בנורמה החברתית – אם קיומה של הנורמה החברתית מקטין ממילא את השפעת המשפט על ההתנהגות האנושית, או שמא המשפט הוא שמשפיע על הנורמות החברתיות ובשל כך נראה בהן ערוץ נוסף שבאמצעותו יכול המשפט להשפיע על ההתנהגות האנושית, ושאינו גורע מחשיבותו.

לסיכום, מצד אחד, הגישה ההתנהגותית מחזקת את התפיסה לפיה למשפט השפעה רבה על ההתנהגות, שכן היא מאירה השפעות ידועות פחות של המשפט על ההתנהגות האנושית. מן הצד האחר, הגישה ההתנהגותית היא זו שאחראית בין היתר להבנה כי ביסודו של השינוי בהתנהגות טמונים גורמים רבים, ואי-אפשר להסביר אותו אך ורק בשינוי חיצוני כמו זה הקשור בהכרזה על כלל משפטי כזה או אחר. הבנה זו גורמת לנו לבחון

126 לסקירה ראו: Jonathan Haidt, *The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment*, 108 PSYCHOL. REV. 814 (2001).

את היחס שבין השפעתו הישירה של המשפט על ההתנהגות לבין השפעתו העקיפה עליה. ריבוי גורמים זה הוא שאחראי לספקות שעוררנו ביחס לחשיבותו האמתית של המשפט ולחוסר התלות שלו במשתנים אשר אינם נובעים במישרין מן המשפט.

ביחס להשפעתו הישירה של המשפט על ההתנהגות קיימות כמה גישות, לכאורה סותרות. חלק מן הגישות מצדדות בהרתעה כמכשיר מרכזי שבאמצעותו יכול המשפט לשנות את ההתנהגות האנושית – שינוי "תג המחיר" של התנהגויות שהמדינה לא חפצה בהן. אמנם, גישה זו נתפסת לעתים כארכאית נוכח מספרן הרב של גישות המאירות היבטים אחרים במשפט; אך ראינו כי גם מחקרים מאוחרים, אשר היו מודעים לכל אותן גישות מתקדמות, הגיעו למסקנה כי יש להרתעה חשיבות שלא ניתן לוותר עליה. גישות אחרות שראינו גורסות כי המשפט יכול להשפיע רק אם הוא תואם את הנורמה השלטת, או אם אנשים מפנימים אותו כדבר הנכון עבורם לעשותו.

המורכבות בניתוח חשיבות המשפט באה לידי ביטוי ביתר שאת בכל הנוגע בהשפעה העקיפה של המשפט על ההתנהגות האנושית. ראינו כי לא קיימת הסכמה כלשהי באשר להשפעת המשפט על הנורמה החברתית. מודלים רבים מתארים כיצד יכול המשפט לגרום לשינוי בנורמה הנוהגת, ואילו מחקרים אחרים מצביעים על כך שבמקרה הטוב, המשפט הוא לכל היותר כלי להעברת מידע על נורמות, ואילו במקרה הרע – אמצעי להריסת תפקודן של הנורמות החברתיות. בהיעדר מחקרים אמפיריים מספקים העוסקים בקשר שבין משפט לנורמות חברתיות, קשה להציע נוסחה אחידה באשר לחשיבות המשפט ולמעמדו ביחס לזה של נורמות חברתיות.

במישור של מוטיבציה פנימית, דנו מצד אחד באופן שבו משתנים כגון לגיטימיות שלטונית, הוגנות החוק וזהות קבוצתית ממתנים את השפעת המשפט על ההתנהגות האנושית, ומן הצד האחר באופן שבו המשפט מעצב את תפיסתם המוסרית של האזרחים. זאת ועוד: השפעתו של המשפט תלויה לעתים גם באופיים של האזרחים ובמידת הזדהותם האישית עם המדינה או עם מקור הסמכות. בהקשר של משתנים אלו, הבחנו בין משתנים אשר הם עצמם מושפעים מן המשפט לבין משתנים חיצוניים למשפט שאינם מושפעים ממנו. מיתון השפעת המשפט על משתנים מן הסוג הראשון עשוי להיחשב למעשה כמסלול נוסף להשפעה העקיפה של המשפט, אולם מיתון השפעת המשפט על ידי משתנים מן הסוג השני מצמצם את חשיבות המשפט, אשר תלוי ומוגבל בקיומו של משתנה הנמצא מחוץ לתחום השפעתו.

באחרית הדברים אזכיר כמה תובנות מרכזיות באשר לעמדת הגישה ההתנהגותית ביחס לחשיבות המשפט. במאמר זה הוצגו לא מעט מקרים שבהם המחקרים האמפיריים על אודות השפעת המשפט על ההתנהגות סותרים זה את זה. חוסר אחידות זה נובע ממורכבותם של נשואי המחקר ולא (או לפחות לא רק) ממגבלות המתודה. הבנת חשיבותם של המשתנים הממתנים את השפעת המשפט על ההתנהגות עשויה להקל מעט את תחושת הבלבול העולה מהצגתם של מחקרים אלו זה לצד זה. מורכבות המשתנים הנמדדים והיות המשפט וההתנהגות כאחד גורמים רבי-ממדים, מגדילים את הסיכוי לקיומם של משתנים אשר ימתנו את הקשר שבין המשפט לבין ההתנהגות. משמעות ההכרה בחשיבותם של המשתנים הממתנים לא יכולה אלא להביא לצורך הולך וגובר בקיומם של מחקרים אמפיריים. במובן זה, צרכנים של מחקרים אמפיריים-התנהגותיים על המשפט צריכים

להבין כי רק כאשר תיווצר "מסה קריטית" של מחקרים בתחום משפטי מסוים ניתן יהיה להבין באמת את השפעת המשפט על ההתנהגות. לפיכך, אסור שחוסר האחידות העולה מן המחקרים יפחית מחשיבותה של עריכת מחקרים כאלו.

עם זאת, על אף ההכרה הנדרשת בחשיבותם של המחקרים האמפיריים לשם הבנת החשיבות ההתנהגותית של המשפט, יש חשיבות רבה גם להתבוננות על הקשר בין המשפט לבין ההתנהגות ממעוף הציפור, מתוך ויתור מסוים על הרצון להביא בחשבון את כל המשתנים הממתנים האפשריים. במובנים רבים, סוד כוחו של הניתוח הכלכלי של המשפט טמון ביכולתו לפשט את המציאות המשפטית ולזהות עקרונות-על בתוך מציאות דוקטרינלית מורכבת לכאורה. אף שהפסיכולוגיה כתחום ידע, ודאי בהשוואה לכלכלה, האדירה את המורכבות של המודלים שבהם היא עושה שימוש, ויתורים מסוימים צריכים להיעשות כדי להפכה ל"אטרקטיבית" יותר עבור המשפט. מאמר זה אינו המקום לביסוס הטענה באשר לשינויים הדרושים במחקר ההתנהגותי כדי להפכו לשמיש יותר עבור קובעי המדיניות המשפטית; אולם ראוי שטענה זו תכלל בדיון באשר לעמדת הגישה ההתנהגותית למשפט ולחשיבות המשפט בכלל.

אם כן, נמצא כי אף שהשאלה שניסינו לבדוק במאמר זה היא ברורה לכאורה, התשובה לה מורכבת מאוד. מורכבות ההתנהגות, שבה עסקנו רבות, ומורכבותו של המשפט עצמו, שבה לא עסקנו כלל, אינן מקלות את המשימה. כאמור, המשפט עצמו הוא במקרים רבים תגובה להתנהגות קיימת או מצופה של יחידים ושל קבוצות בחברה. תלותו זו של המשפט במשתנים קיימים של התנהגות מקשה לאמור את השפעתו על ההתנהגות כגורם חיצוני לה. מכל מקום, אם נדרשים אנו להשיב על השאלה שהצבנו בראשית הדברים, ניתן אולי לקבוע במידה רבה או חלקית של וודאות, כי המשפט כנראה חשוב בחלקו, בנסיבות מסוימות, ביחס לחלק מן ההתנהגויות של חלק מן האנשים.