שפיטה כפולמוס

עילי אהרנסון*

המאמר מציג מסגרת תיאורטית לניתוח פסקי־דין המכילים פולמוס בין השופטים היושבים במותב. את הפולמוס השיפוטי ניתן להגדיר כהתמודדות המתנהלת בין שני שופטים (או יותר) המתעמתים זה עם זה על הכוח לפרש את הדין באופן מחייב. המאמר מבקש להראות כי תופעת הפולמוס מאירה היבטים מעניינים של הפעילות השיפוטית, ביניהם האופן שבו משתלבים במסגרת פעילות זו המימד האישי (המהווה מרכיב אופייני, גלוי או סמוי, של חילוקי־דעות בין אנשים) והמימד המקצועי (ההקשר המוסדי והשיחני הקובע כיצד תלובן המחלוקת ותוכרע). הפולמוס השיפוטי חושף מימד של מתח פנימי בתוך ההרמוניה הלכאורית של הסדר המשפטי, כאשר שניים מפרשניו המוסמכים של הדין מנצלים את כושר הניתוח והשכנוע שלהם כדי להצדיק תוצאות משפטיות סותרות ולערער על הפרשנות שמציג עמיתם.

המאמר מדגים כיצד ניתן להיעזר במסגרת התיאורטית של חקר הפולמוס (הנשענת על הזרם הפרגמטיסטי בתחומי הפילוסופיה של הלשון והפילוסופיה של המדע) כדי להבין כיצד מחלוקות שיפוטיות מבוררות ומוכרעות. כמקרה־דגם מוצג ניתוח של הפולמוס שהתקיים בין השופטים ברק וחשין בעניין גנימאת. מנקודת־מבט רחבה יותר אבקש להיעזר בקריאה הפולמוסית של פסק־דין זה כדי לבחון כיצד התבססה דווקא עמדתו של השופט ברק, ולא עמדתו המנוגדת של השופט חשין, כפרדיגמה השלטת ביחס למשמעותם של חוקי־היסוד. המאמר משתמש בתפיסתם של תומס קון וריצ'רד רורטי לגבי המבנה של מהפכות מדעיות כדי להראות כיצד טכניקות הטיעון שבהן השתמש השופט ברק סייעו בגיבושה של המהפכה החוקתית.

---

* דוקטורנט, London School of Economics and Political Science.

הטיעונים המוצגים במאמר התגבשו בעקבות סמינר בנושא "רציונליות ופולמוס" שנערך במכון להיסטוריה ופילוסופיה של המדעים והרעיונות ע"ש כהן, אוניברסיטת תל־אביב (2002), בהנחיית פרופ' מרסלו דסקל ופרופ' מגחם פיש. אני אסיר־תודה לפרופ' פיש על שעודד אותי לכתוב מאמר זה, וכן לד"ר שולמית אלמוג, למערכת משפט וממשל ולקורא האנונימי על תגובותיהם המועילות לטיוטות מוקדמות של המאמר.

nevo.co.il

א. מבוא. ב. מדוע "שפיטה כפולמוס"? ג. הֶקשרים וכלים תיאורטיים לניתוח ההנמקה השיפוטית כהתמודדות פולמוסית: 1. התיאוריה הפרגמטיסטית כהקשר תיאורטי לניתוח הנמקות שיפוטיות; 2. מערך מושגי לניתוח פולמוסים: שלושה טיפוסים אידיאליים של תחלופת עמדות. ד. מקרה־דגם: כיצד הוכרע הפולמוס בעניין גנימאת, ומה ניתן ללמוד מכך על התבססותה של המהפכה החוקתית? 1. הצגת הפולמוס; 2. הערכת האסטרטגיה הפולמוסית של השופטים כמסגרת להבנת פסק־הדין; 3. עיון בטכניקות הקונטקסטואליזציה של שני השופטים; 4. עיון בטכניקות הטקסטואליזציה של שני השופטים. ה. סיכום.

"טקסט אינו טקסט אלא אם יסתיר מפני כל רואהו
לראשונה את חוק חיבורו ואת כלל משחקו"

ז'ק דרידה, בית המרקחת של אפלטון

א. מבוא

מאמר זה מתמקד בפן מסוים של הפעילות השיפוטית, ומבקש להראות כיצד התמקדות זו עשויה לסייע בניתוח טקסטואלי של הנמקות שיפוטיות ובהבנת היבטים כלליים יותר של תופעת המשפט. המאמר מתמקד בפסקי־דין המשקפים חילוקי־דעות בין השופטים היושבים במותב. אבקש לבחון כיצד העובדה ששופטים מפתחים את טיעוניהם המשפטיים תוך כדי התפלמסות עם שופטים אחרים משפיעה על האופן שבו נקבעות הלכות בין כותלי בית־המשפט העליון. כדי לברר שאלה זו איעזר בכלים תיאורטיים המשמשים לניתוח תופעת הפולמוס באופן כללי.[1]

1. העניין בתופעת הפולמוס מופיע בהקשרים תיאורטיים שונים ומגוונים. לניתוח פולמוסים הלכתיים ראו, למשל, חיים שפירא ומנחם פיש "פולמוסי הבתים: המחלוקת המטא־הלכתית בין בית שמאי לבית הלל" עיוני משפט כב 461 (1999); המחלוקת בהלכה (חנינה בן מנחם, נתן הכט ושי ווזנר עורכים, 1994). לניתוח פולמוסים מדעיים, ולדיונים כלליים בחשיבותה של תופעת הפולמוס במסגרת התפתחותו של המדע, ראו: SCIENTIFIC CONTROVERSIES: CASE STUDIES IN THE RESOLUTION AND CLOSURE OF DISPUTES IN SCIENCE AND TECHNOLOGY (H. Tristram Engelhardt & Arthur L. Caplan eds., 1987); SCIENTIFIC CONTROVERSIES: PHILOSOPHICAL AND HISTORICAL PERSPECTIVES (Peter Machamer, Marcello Pera & Aristides Baltas eds., 2000). לניתוח פולמוסים פילוסופיים ראו: Marcelo Dascal, *How Rational Can a Polemic Across the Analytic-Continental 'Divide' Be?*, 9 INTERNATIONAL JOURNAL OF PHILOSOPHICAL STUDIES 313 (2001).

nevo.co.il

את תופעת הפולמוס ניתן להגדיר כהתמודדות בין שני דוברים (או יותר) אשר מבקשים לשכנע זה את זה, או נמענים נוספים, בדבר עדיפות עמדתם. סוגים שונים של פולמוסים מתאפיינים בכללי משחק שונים.[2] כללי משחק אלה מסדירים, בין היתר, את הדרכים הלגיטימיות שבהן המתמודדים רשאים לפעול על־מנת לשכנע בדבר עדיפותה של עמדתם, ואת הדרכים שבהן ניתן להכריע בין עמדותיהם המנוגדות. למשל, אי־הסכמה בין מלומדים המשתתפים בכינוס מדעי תלובן בדרכים שונות ותוכרע על־פי אמות־מידה שונות מן האופן שבו יהיה אפשר ללבנה ולהכריעה במסגרת עימות טלוויזיוני. אף שהפולמוס מתקיים בין דוברים זהים ועוסק בבירורה של שאלה זהה, במסגרת כל אחת מזירות ההתמודדות יידרש הדובר להשתמש באמצעים שונים כדי לשכנע את הנמענים בדבר עדיפות עמדתו. באמצעות ניתוח שיטתי של כללי המשחק שהשופטים מחויבים לפעול במסגרתם כאשר הם מבקשים לבסס את עדיפותה של עמדתם הפרשנית ביחס לעמדה פרשנית מנוגדת שמציג עמיתם, אבקש להציע תובנות חדשות ביחס לתנאי ביסוסן של אמיתות בעולם המשפט. לצורך הדיון אבקש להגדיר את הפולמוס השיפוטי כהתמודדות המתנהלת בין שני שופטים (או יותר) אשר מתמודדים זה עם זה על הכוח לפרש את הדין באופן מחייב (כלומר, לקבוע הלכה מנחה).[3]

אחת הדרכים האפשריות לאפיין את בית־המשפט העליון היא כמוסד המוסמך לייצר ידע מסוג מסוים: ידע על־אודות המצב המשפטי הנוהג. אף שבתהליכי ייצורו של גוף־ידע זה נוטלים חלק "משתתפים" שונים (למשל, מחוקקים, שופטים, פרקליטים ומלומדים), תהליכים אלה מתנהלים במסגרת מִדרג ברור בין מעמדה של קבוצה מסוימת של פרשנים מוסמכים לבין מעמדן של יתר הקבוצות. באותם מקרים שבהם מתגלעים חילוקי־דעות בין פרשנים שונים של הדין, ייוחס מעמד אוטוריטטיבי רק לאותן פרשנויות אשר הוכרו כמחייבות במסגרת תהליכי הבירור המתקיימים בין שופטי בית־המשפט העליון.[4] ביחס לרוב השאלות

---

2. Marcelo Dascal, *Types of Polemics and Types of Polemical Moves*, *in* DIALOGUE ANALYSIS VI: PROCEEDINGS OF THE 6TH CONFERENCE 15–33 (1998).

3. בחרתי בהגדרה צרה יחסית של המטרה שהשופטים המתפלמסים מבקשים להשיגה. אני מכיר בכך שקביעת ההלכה השיפוטית עשויה לשמש באופן מכשירני (אינסטרומנטלי) לקידומם של פרויקטים רחבים יותר (למשל, נקיטת עמדה בפולמוס היסטוריוגרפי; ראו: LEORA BILSKY, TRANSFORMATIVE JUSTICE: ISRAELI IDENTITY ON TRIAL (2004); LAWRENCE DOUGLAS, THE MEMORY OF JUDGMENT: MAKING LAW AND HISTORY IN THE TRIALS OF THE HOLOCAUST (2001). הבחירה בהגדרה מצמצמת של יעד אשר אין עוררין על מרכזיותו בפעילות השיפוטית נועדה לאפשר מעקב ממוקד יותר אחר האופן שבו השופטים משתמשים באמצעים השכנועיים העומדים לרשותם כדי להשיגו. היכולת לקבוע הלכה מנחה מהווה במידה רבה תנאי לקידומן של אותן אג'נדות משניות: פוליטיות, היסטוריוגרפיות ואחרות (אם כי ניתן לזהות מקרים שבהם דווקא דעת מיעוט מתבררת כמשפיעה יותר על השיח הציבורי, ולאורך זמן – גם על השיח המשפטי).

4. בניסוחו של השופט זוסמן: "החוק הוא הלכה מופשטת, ורק פסק הדין של בית המשפט מתרגם את הלכת המחוקק למעשה החיוב כמו שהוא נאכף על הבריות. השופט הוא הנותן לדין את צורתו הממשית והקונקרטית." יואל זוסמן "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג 213 (1971).

nevo.co.il

המשפטיות לא מתעוררות אי־הסכמות עמוקות בין שופטי בית־המשפט העליון באשר לפרשנותו של הדין הנוהג.[5] אולם ניתן לטעון כי משקלם האיכותי של אותם מקרים שבהם אכן מתעוררות אי־הסכמות חורג בהרבה ממשקלם הכמותי.[6] זאת, מפני שמחלוקות אלה צפויות להתעורר דווקא ביחס ל"מקרים קשים", כלומר, כהגדרתו של הנשיא ברק, מקרים שפתרונם מחייב את השופט לבחור בין כמה אפשרויות שכל אחת מהן חוקית כשלעצמה.[7] "שאלות אלה", כותב ברק, "אינן תדירות, אך... התשובה להן קובעת לעתים את כיוון מהלכה ואופייה של השיטה כולה."[8]

בספרו שיקול דעת שיפוטי נטל על עצמו ברק לפתח תיאוריה פרשנית שיהיה בכוחה להדריך את הפעלתו של שיקול־הדעת השיפוטי באותם "מקרים קשים", ועל־ידי כך "ליצור מבחנים אובייקטיביים על פיהם יבחן שיקול הדעת השיפוטי".[9] תיאוריה זו התמקדה באופן שבו השופט היחיד מכריע בשאלה המשפטית, על רקע ההנחה כי "נקודת הכובד הייתה ונשארה השכנוע הפנימי של השופט בנכונות בחירתו... לכל היותר, יש בו, בשכנוע ההדדי, כדי להביא לפשרה בעניינים שוליים".[10] אולם ניתן לטעון כי התמקדות בלעדית בתהליכי השכִילה וההנמקה של השופט היחיד (מבלי להפחית מחשיבותם של תהליכים אלה!) מתקשה להוביל להבנה מקיפה וממצה של אופן התבססותן של הלכות משפטיות בבית־המשפט העליון.[11] מכיוון שהמותב הבסיסי שהלכות אלה מתקבלות בו מורכב משלושה שופטים,[12] יש טעם לבחון כיצד מתנהלים מאמצי השכנוע שבמסגרתם השופט מבקש לגייס תמיכה לעמדתו בקרב עמיתיו למותב. כמו־כן יש לנתח את המהלכים הטיעוניים המופיעים בהנמקתו אשר נועדו לשכנע קבוצות נמענים נוספות (למשל, באקדמיה המשפטית או בציבור בכללותו)

5. לניתוח כמותי של דפוסי ההסכמה והמחלוקת בבית־המשפט העליון ראו יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית־המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" עיוני משפט כ 749 (1997). במחקר נבחנו 6,329 פסקי־דין אשר ניתנו על־ידי בית־המשפט העליון ביושבו במותב של שלושה שופטים ואשר הנמקתם התארכה מעבר לחמישה עמודים. רק ב־5.8% מתוך מאגר פסקי־הדין נחלקו שופטי בית־המשפט בהכרעתם (שם, בעמ' 755).
6. שם, בעמ' 757.
7. אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 17 (1987).
8. שם.
9. שם, בעמ' 187.
10. שם, בעמ' 261.
11. לביקורת על התפיסה המתמקדת בתהליכי ההכרעה של השופט היחיד ראו: JURGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY 222 (William Rehg trans., 1996). האברמס מפתח גישה המתמקדת בהיבט הדיאלוגי של מעשה השפיטה (ראו במיוחד פרק 5.3 לספרו).
12. כפי שנקבע בסעיף 26 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198. חשוב לציין כי בשוליה של הוראה זו הסמיך המחוקק את בית־המשפט לשבת במותבים גדולים יותר או קטנים יותר, אלא שמקרים אלה חורגים מן הכלל (ראו שחר, גרוס וחריס, לעיל ה"ש 5, בעמ' 752, שם נמצא כי 88.6% מפסקי־הדין שנכללו במאגר המדגמי שנבחן ניתנו במותב של שלושה שופטים).

nevo.co.il

להסכים עם פרשנותו.[13] יש להודות כי יכולתם של חוקרי המשפט לעקוב אחר האופן שבו מאמצי שכנוע אלה מתנהלים ומוכרעים הינה מוגבלת. כפי שמציינים שחר, גרוס וחריס, "ליבו של תהליך ההכרעה סמוי מן העין הציבורית... שאלות חשובות בדבר נוהלי ההתייעצות וההשפעה ההדדית, סדרי הכתיבה וההכרעה הסופית אינן מוסדרות בכללים גלויים, והנעשה בהן בפועל נסתר לחלוטין מעין הציבור".[14] ההנמקה השיפוטית נותרת לפיכך המקור הבלעדי כמעט – והבעייתי כשלעצמו[15] – שבאמצעותו ניתן ללמוד מדוע הועדפה הפרשנות שהציג שופט אחד על הפרשנות שהציג עמיתו, וכיצד נהפכה להלכה המשפטית המחייבת. ובכל־זאת, כך אבקש להראות, מן הטקסטים שבהם מוצגים תהליכי ליבונן והכרעתן של אי־הסכמות בין שופטים ניתן ללמוד תובנות חדשות ומעניינות לא רק על האופן שבו פרשנויות מסוימות מתבססות כ"אמיתות" משפטיות מחייבות, אלא גם על האופן שבו מתרחשות מגמות היסטוריות רחבות יותר בהתפתחותו של המשפט.

13. הטקסט השיפוטי פונה לקבוצות נמענים שונות, ביניהן הציבור הרחב, קהיליית עורכי־הדין, האקדמיה המשפטית ועמיתים בבית־המשפט. קבוצות אלה נבדלות זו מזו בציפיותיהן מהטקסט וביכולת הבקרה שלהן על מסריו הגלויים והסמויים. לפיכך השופט נדרש לנקוט אמצעים שונים כדי לשכנע כל אחת מאותן קבוצות להסכים עם מסריו, ולעיתים הוא נאלץ לנכר קבוצת נמענים מסוימת כדי לשכנע קבוצה אחרת. באופן כללי, לכן, נדמה לי כי לא יהיה נכון להגדיר באופן גורף את אחת מקבוצות הנמענים כעדיפה על הקבוצות האחרות. במקום זאת יש לעקוב אחר מהלכים נרטיביים ורטוריים קונקרטיים, ולבחון את איכויותיהם השכנועיות המשוערות בעיני קבוצות נמענים רלוונטיות. לאורך המאמר נתמקד בעיקר בקבוצה מצומצמת יחסית של נמענים שאני מניח כי השופט פונה אליהם: עמיתיו למותב, אשר תמיכתם בעמדתו הכרחית כדי להעניק לפרשנותו מעמד של הלכה משפטית מחייבת (בניגוד לקבוצות נמענים אחרות, אשר שיקול־הדעת האופרטיבי שלהן אם לקבל או לדחות את הפרשנות שהשופט מציג הוא למעשה אפסי). אולם מכיוון שקבוצת נמענים זו עצמה אינה פועלת בחלל ריק, אלא מקיימת קשרי־גומלין עם קבוצות אחרות (ראו, למשל, על האקדמיה המשפטית כקבוצת־התייחסות של השופט אצל אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 195 (1992)), אבקש לראות בקשרי־גומלין אלה חלק מההקשר ההרמנויטי שבמסגרתו שופטים מעריכים את משקל הטיעונים המופיעים בהנמקת עמיתם.

14. שחר, גרוס וחריס, לעיל ה"ש 5, בעמ' 750. על כך כותב השופט ברק: "אך מעט ידוע – לציבור הרחב, לקהל המשפטנים, למורים למשפט ולשופטים עצמם – על שיקול הדעת השיפוטי... בעיקרו של דבר נשאר שיקול הדעת השיפוטי בתחום הנסתר. רבה המיסטיות האופפת אותו." ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 23-24. יהיו שיטענו כי בית־המשפט עצמו פועל לשמר מימד "מיסטי" זה (למשל, באמצעות פרקטיקות ריטואליות או טכניקות טקסטואליות שונות), שכן הוא משרת את הלגיטימציה המוענקת לסמכותו האוטוריטטיבית. ראו בעניין זה: Jacques Derrida, *Force of Law: The Mystical Foundations of Authority*, *in* DECONSTRUCTION AND THE POSSIBILITY OF JUSTICE 3 (Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld & David Gray Carlson eds., 1992).

15. בין היתר מפאת העדרן של ראיות נוספות בדבר מידת האותנטיות שבה הטקסט משקף את אופן התנהלותם של תהליכי הבירור והשכִּילה שקדמו לכתיבתו.

nevo.co.il

בפרק ב אבקש להצביע על מגבלותיהן של גישות רווחות המשמשות לניתוח הנמקות שיפוטיות, ולהצביע על האופן שבו צורת הקריאה המוצעת כאן, אשר מתמקדת באופיין הפולמוסי של הנמקות שיפוטיות, מסוגלת להתמודד עם האתגרים הנובעים מכך. בפרק ג אציג מערך של כלים והֶקשרים תיאורטיים לניתוח הנמקות שיפוטיות כהתמודדויות פולמוסיות. בפרק ד אשתמש בכלים אלה כדי לנתח – כמקרה־דגם – את הפולמוס שהתקיים בין השופטים ברק וחשין בעניין גנימאת.[16] מנקודת־מבט רחבה יותר, אבקש להשתמש בפולמוס זה כדי להאיר באמצעותו באור חדש את האופן שבו התבססה הפרדיגמה הברקית, ולא הפרדיגמה החשינית, כעמדה המקובלת בדבר משמעותו (המהפכנית) של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ב. מדוע "שפיטה כפולמוס"?

אחת ההבחנות המקובלות בין גישות שונות בחקר המשפט (ובכלל זה בפרשנות של הנמקות שיפוטיות) היא ההבחנה בין גישות פרשניות המשקיפות על תופעת המשפט מנקודת־מבט "פנימית" לבין גישות המאמצות נקודת־מבט "חיצונית".[17] בתמצית, אחת הדרכים לאפיין את ההבחנה מצביעה על כך שהפרשן "הפנימי" פועל תוך אימוץ עקרוני של הנחות החשיבה שהשופטים עצמם פועלים על־פיהן,[18] בעוד הפרשן "החיצוני" מבקש להצביע על הקשר בין הפעילות השיפוטית לבין גורמים חוץ־משפטיים שבמסגרתם המשפט פועל (לדוגמה, כוחות כלכליים או אילוצים פוליטיים). הפרשן "הפנימי" מתחייב לקבל על עצמו כללי משחק מסוימים ולהעמידם מחוץ לתחום ביקורתו. למשל, בבואו לנתח את הטקסט השיפוטי, הפרשן "הפנימי" נוטה להניח כי הטקסט מייצג באופן מהימן את תהליכי השכִּילה שהנחו את השופט בהכרעתו או כי השופט משתמש בכלים שהשיח המשפטי מעמיד לרשותו אך ורק לשם ניתוח השאלה המשפטית הנתונה במחלוקת, ולא לשם קידומם של אינטרסים חוץ־משפטיים. על־סמך הנחות אלה השיח המשפטי מוצג כמסגרת המספקת באופן אוטונומי אמות־מידה מובחנות שבאמצעותן ניתן להעריך את האופן שבו השופט משתמש בכללים, בעקרונות ובדוקטרינות המעוגנים בקורפוס המשפטי כדי לבסס את עמדותיו.[19]

16. בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (1995) (להלן: בש"פ גנימאת).
17. על ההבחנה בין שתי הגישות ראו: Randy Barnett, *The Internal and External Analysis of Concepts*, 11 Cardozo L. Rev. 525 (1990); Richard L. Schwartz, *Internal and External Method in the Study of Law*, 11 Law and Philosophy 179 (1992); Brian Z. Tamanaha, *The Internal/External Distinction and the Notion of a "Practice" in Legal Theory and Sociolegal Studies*, 30 Law & Soc'y Rev. 163 (1996).
18. זהו מקרה פרטי של ההבחנה הקלסית המופיעה אצל ה' ל' א' הארט בין צורות ההסתכלות "הפנימיות" ו"החיצוניות" על פרקטיקות חברתיות. ראו: H.L.A. Hart, The Concept of Law 89 (2nd ed., 1994).
19. כדוגמות לחיבורים המייחסים למשפט לכידות ורציונליות על־סמך גישה פרשנית זו, ניתן לציין, למשל: Lon L. Fuller, The Morality of Law (1970); Ronald Dworkin, Law's

nevo.co.il

בהקשר שלנו חשוב להבחין כי מה שנותר (באופן מבני ממש!) מחוץ לתחום הביקורת של מתודולוגיות הקריאה "הפנימיות" הם אותם ממדים של המעשה השיפוטי אשר אינם מוסדרים על־ידי מערכת המחויבויות המוסדיות או הדיסציפלינריות שהשופטים פועלים במסגרתה. חלקם אינם מוסדרים מפני שהם נחשבים ממדים אזוטריים, כפי שנתפסה עד לעשורים האחרונים ההבניה הנרטיבית של העובדות העומדות לדיון.[20] ממדים אחרים אינם מוסדרים דווקא מפני שהם מגלמים הריגה מן הכללים. משזיהה הפרשן "הפנימי" שימוש לא־תקני בכללים ובעקרונות של הדיסציפלינה (למשל, כאשר השופט מחצין יתר על המידה שיקולים אישיים או פוליטיים בהכרעתו), הוא יבקש באופן טיפוסי להציע פירוש מתוקן אשר יגשים באופן טוב יותר את האידיאלים העומדים בבסיס האתוס (למשל: אובייקטיביות, א־פוליטיות).[21] הקריאות "הפנימיות" מוציאות אפריורית מטווח חקירתן את האפשרות *שניתן לבסס אמיתות בתחומי המשפט גם באמצעות עקיפתם של כללים משפטיים, באמצעות ניצול מתוחכם של עמימותם של העקרונות המשפטיים, או באמצעות החלתן הבְּרִירָנית (הסלקטיבית) של דוקטרינות מסוימות תוך התעלמות מדוקטרינות רלוונטיות אחרות.*

צורת הקריאה שתוצע להלן מאמצת נקודת־מבט רחבה יותר, הגורסת כי אין להגביל את עצמנו להערכת משמעותם המשפטית של המהלכים הטיעוניים שהשופט נוקט לאורך הנמקתו. במקום זאת, נתמקד בהערכת תרומתם הרטורית של מהלכים אלה למאמצי השכנוע של השופט.[22] נימנע מלהניח כי כוחם השכנועי של טיעונים המופיעים בהנמקה השיפוטית נגזר (באופן בלעדי) ממשקלם המשפטי.

Empire (1986); Ernest J. Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, 97 Yale L. J. 949 (1988). בתחום הסוציולוגיה של המשפט ראוי לציין את גישתו של לוהמן: Niklas Luhmann, Law as a Social System (Fatima Kastner, Richard Nobles, David Schiff & Rosamund Ziegert eds., Klaus A. Ziegert trans., 2004).

20. את פריצת־הדרך ההיסטורית בהבנת חשיבותה של ההבניה הנרטיבית במסגרת הפעילות השיפוטית נהוג לייחס לחיבורים הבאים: James B. White, The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression (1973); Robert M. Cover, *Foreword: Nomos and Narrative*, 97 Harv. L. Rev. 4 (1983).

21. נטייה זו נובעת, גורס פול קהן, מהמחויבות הרווחת באקדמיה המשפטית לפרויקט של רפורמת המשפט. ראו: Paul W. Kahn, The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship (1999).

22. מבחינת ההשתייכות לפרדיגמות שונות בהקר המשפט, ניתן לכלול חיבור זה במסגרת הפרדיגמטית של משפט ורטוריקה. בתמצית, רטוריקה היא אומנות השכנוע. למן אריסטו עסקו חוקרי רטוריקה בפענוח האופן שבו השימוש של הדובר בשפה מסייע לו לשכנע את נמעניו כיצד לפעול או במה להאמין. חשוב לציין כי הפרדיגמה של "משפט כרטוריקה" אינה נוקטת בהכרח גישה ביקורתית ביחס לשימוש שהשופטים עושים בשפה (להבדיל מגישת "ביקורת האידיאולוגיה", אשר מתמקדת בהיבטים המניפולטיביים של ההנמקה השיפוטית). למשל, בעבודותיהם של חיים פרלמן, ג'יימס בויד־וייט וניל מקורמיק מיוחסת רציונליות פנימית למבנים הרטוריים המרכיבים את השיח המשפטי, ואף נידונות מחויבויותיו האתיות של השופט כאשר הוא מבקש לשכנע את נמעניו. ראו: Chaim Perelman, Justice, Law and Argument:

nevo.co.il

מן העבר האחר, מתודולוגיות קריאה "חיצוניות" נוטות למקד את חקירתן דווקא בהשפעתם של היבטים שאינם מוסדרים על־ידי כללי המשחק המוצהרים של הפעילות השיפוטית על האופן שבו פעילות זו מתנהלת. הסטת נקודת־המבט של חוקרי משפט אל עבר היבטים מוסווים או מוכחשים של הפעילות השיפוטית סייעה לזרמי־מחשבה שונים – כגון הריאליזם המשפטי, לימודי המשפט הביקורתיים (CLS), הפמיניזם, המרקסיזם ופרדיגמות שונות של "משפט ו..." ("law and...") – לפתח שיח חלופי (וביקורתי) על־אודות המשפט, ההושף באופן שיטתי את מגבלות התפיסה המסורתית הרואה במשפט דיסציפלינה אוטונומית.[23] אולם חשוב להבחין גם כיצד שיח חלופי זה עצמו מגביל את אופקי הפרשנות של תופעת המשפט. היו שטענו כי מתודולוגיות הקריאה "החיצוניות" מייחסות משקל מופרז (שנושא לעיתים אופי ספקולטיבי וחשדני יתר על המידה) להשפעתם של ממדים חוץ־משפטיים על הפעילות השיפוטית.[24] כך, רבות מן הגישות הביקורתיות בחקר המשפט נוהגות לתפוס את ההנמקה השיפוטית כאמצעי הסוואה גרידא למשמעויותיה הרחבות של ההכרעה (למשל: הכלכליות, המגדריות או הפוליטיות).[25] בהקשר שלנו יוצא שמתודולוגיות אלה מתקשות לפרש את האופן שבו השיח המשפטי – על הגיונו הפנימי ועל חוקי המשחק האופייניים לו – לא רק מותנה על־ידי אותם גורמים חיצוניים, אלא גם מתנה את אופן השפעתם ואת אופן השתקפותם בהכרעה השיפוטית.

Essays on Moral and Legal Reasoning (1980); James Boyd White, Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law (1985); Neil MacCormick, Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning (2005). על כיווני חקירה נוספים במסגרת הפרדיגמה של "משפט כרטוריקה" ראו, למשל: The Rhetoric of Law (Austin Sarat & Thomas R. Kearns eds., 1994); Guyora Binder & Robert Weisberg, Literary Criticisms of Law (2000); Peter Goodrich, Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis (1987).

23. לסקירת מגמה זו בהקשרה ההיסטורי והאינטלקטואלי ראו: Gary Minda, Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End (1995).

24. ראו, למשל, אריאל בנדור "הטיית משפט, הכרת פנים – מחשבות ביקורתיות על 'משפט כספרות'" מחקרי משפט יח 85 (2002). במסגרת ביקורתו על זרם "המשפט כספרות", טוען בנדור כי "אי התייחסות לדברים ולנימוקים מוצהרים של השופטים או עקיפתם, ועל כל פנים, הימנעות מהעמדתם במוקד הדיון... עשויים לגרום לעתים ביקורת לא הוגנת או מתנשאת... [ל]התבססות על השערות או אף על סברות־כרס שאינן מוכחות... [ול]חוסר הבנה לאילוצים של המערכת השיפוטית וגישה נאיבית־משהו, המפריזה במשקל המיוחס לבחירות תוכניות, רטוריות, או סגנוניות של שופטים". שם, בעמ' 103.

25. לניתוח מתודולוגי של יתרונותיה וחסרונותיה של גישה זו, כפי שהיא משתקפת בתפיסות הפמיניסטית והמרקסיסטית של המשפט כמנגנון אידיאולוגי, ראו עילי אהרנסון המשפטיזציה בישראל: האמנם מגמה אמנציפטורית? 153-170 (עבודת גמר לתואר "מוסמך במדעי הרוח", אוניברסיטת תל־אביב, 2005).

nevo.co.il

צורת הקריאה שתוצע להלן, לעומת זאת, מניחה כי חוקיותו הפנימית של השיח המשפטי (למשל, הדרכים לביסוס טיעון הנתפסות כלגיטימיות במסגרתו, מקורות הידע שניתן להסתמך עליהם, והדרכים שבהן ניתן לייצג אינטרסים חוץ־משפטיים, בין־מוסדיים ותוך־מוסדיים) משפיעה על האופן שבו בית־המשפט מפרש שאלות משפטיות. רמת האוטונומיה של השיח המשפטי נמוכה מזו המיוחסת לו על־ידי הקריאות "הפנימיות" אך גבוהה מזו המיוחסת לו על־ידי רבות מבין הקריאות "החיצוניות". בניסוחו של פייר בורדייה (Bourdieu):

> Even though jurists may argue with each other concerning texts whose meaning never imposes itself with absolute necessity, they nevertheless function within a body strongly organized in hierarchical levels capable of resolving conflicts between interprets and interpretations. Furthermore, competition between interpreters is limited by the fact that judicial decisions can be distinguished from naked exercises of power only to the extent that they can be presented as the necessary result of a principled interpretation of unanimously accepted texts.[26]

במאמר זה אבקש להראות כיצד פסקי־דין המכילים פולמוס בין שופטים מאירים את האופן שבו הפעילות השיפוטית מתנהלת בצורה אוטונומית יחסית אל מול התכתיבים הדיסציפלינריים (שנתפסים על־ידי הקריאות "הפנימיות" כחזות הידע המשפטי), מחד גיסא, ואל מול האינטרסים החוץ־דיסציפלינריים (המצויים במוקד חקירתן של הקריאות "החיצוניות"), מאידך גיסא. לדעתי, תופעת הפולמוס מעניינת בהקשר זה מפני שהיא מתרחשת על קו־התפר שבין הפן האישי לפן המקצועי של הפעילות השיפוטית. כאשר שופטים מבקשים לבסס את הלגיטימיות של הכרעתם במסגרת הנמקות מסוג זה, הם עוסקים בהתמודדות עם שופטים אחרים אשר מבקשים לבסס את הלגיטימיות של הכרעה סותרת. בסיומת של התמודדות זו תוכר רק אחת מהפרשנויות המנוגדות כפירוש מחייב של הדין. סיטואציה זו חושפת מימד של מתח פנימי בתוך הלכידות הלכאורית של הסדר המשפטי, כאשר שניים מפרשניו המוסמכים של הדין מנצלים את כושר הניתוח והשכנוע שלהם כדי להצדיק תוצאות סותרות, ובתוך כך לערער על הפרשנות של עמיתם לכס השיפוט.[27] ייתכן שדימוי השופט כמי

26. Pierre Bourdieu, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, 38 HASTINGS L. J. 805, 818 (1986–1987).

27. שהר, גרוס וחריס, לעיל ה"ש 5, בעמ' 757, מסבירים את שכיחותן הנמוכה של מחלוקות גלויות בפסקי־הדין של בית־המשפט העליון באמצעות השערה בדבר "קיומו של מנגנון כלשהו הממתן את רוב המחלוקות ומשתיק אותן במהלך שלבי ההכרעה". הנחה זו משקפת את הנזק שעלול להיגרם למראית פני הצדק (למשל, לאתוס הרואה ב"שלטון החוק" את ניגודו הבינרי של "שלטון האדם" היושב בכס השיפוט) כתוצאה מהחצנתם של חילוקי־דעות אלה. השלושה מצטטים בהקשר זה את המלומדים האמריקאיים אטיה וסמרס: "Judges who are more inclined to impress the public with the idea that law in some sense represents neutral and eternal

nevo.co.il

שמסוגל לנתק את עצמו מהשפעתם של שיקולים אישיים כאשר הוא מנהל התמודדות כזו משקף אידיאל רצוי.[28] אולם נדמה לי כי די בנסיונו היומיומי של כל אחד מאיתנו כמשתתף בפולמוסים (למשל, עם עמיתים או עם בני־זוג) לזהות את חולשתה *התיאורית* של גישה מחקרית זו, המנטרלת את השפעתה של הדינמיקה הבין־אישית על אופן התנהלותה של התמודדות בין־אישית. אין כל סיבה להניח כי אמיתות כלליות לגבי האופן שבו אנשים חשים ופועלים כאשר הם מלבנים חילוקי־דעות זה עם זה אינן חלות על שופטים. אלא שההקשר המוסדי שבמסגרתו מתנהלים פולמוסים בין שופטים מקשה על המימד האנטגוניסטי של ההתמודדות לפרוץ החוצה בגלוי. ההקשר המוסדי מחייב את השופטים לשכלל את דרכי השכנוע שלהם כך שישתלבו במסגרת מערך הדרישות הנורמטיביות שנועדו לשמור על אופייה המקצועי של ההתמודדות.

באמצעות ההתמקמות בנקודת מפגש זו שבין המימד "האישי" למימד "המקצועי" של הפעילות השיפוטית, אבקש להציע צורת קריאה אפשרית של הנמקות שיפוטיות.[29] צורת קריאה זו אינה שבויה בהנחה הדיכוטומית – אשר מובלעת, כפי שטענתי קודם, ברבות מן הקריאות "הפנימיות" והקריאות "החיצוניות" כאחד – שלפיה המימד "האישי", מחד גיסא, והמחויבות המקצועית לפעול במסגרת מערך של מחויבויות מוסדיות או דוקטרינריות, מאידך גיסא, אינם יכולים לדור בכפיפה אחת (הנחה משותפת זו מובילה כל אחת מן הגישות לנסות לסלק את אחד משני הממדים, או לפחות למזער את חשיבותו, ולכן היא מובילה לניתוח חלקי של המורכבות הפנימית של הפעילות השיפוטית). כדי להראות כיצד המימד האישי והמימד המקצועי של הפעילות השיפוטית משתלבים זה בזה, אתמקד בניתוח הדרכים השונות שבהן שופטים העוסקים בהתמודדות פולמוסית מנצלים את כלי השכנוע (המשותפים) העומדים לרשותם כדי לזכות בהתמודדות. השפה המשפטית מספקת לשופט המתפלמס מאגר עשיר (ועם זאת, מוגבל!) של כלים שכנועיים, אשר ניצולם המושכל מאפשר לו לבסס את עמדתו שלו ו/או לערער את משקלה של עמדת יריבו. שופטים שונים מנצלים מאגר זה בדרכים שונות לחלוטין זו מזו, ושונות זו עשויה להעיד על חשיבותו של

values of truth, and that judges themselves have no political role in deciding the law, may be more inclined to present a united front and suppress any differences of opinion". PATRICK S. ATIYAH & ROBERT S. SUMMERS, FORM AND SUBSTANCE IN ANGLO-AMERICAN LAW: A COMPARATIVE STUDY OF LEGAL REASONING, LEGAL THEORY AND LEGAL INSTITUTIONS 287–288 (1987).

28. על טכניקות דוקטרינריות המשתתפות בתהליך כינונו של דימוי זה ראו יששכר (איסי) רוזן־צבי "האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" משפט וממשל ח 49 (2005).

29. ההיבט הפולמוסי של הפעילות השיפוטית מהווה כמובן רק גדבך אחד במערך ההקשרים המורכב שבמסגרתו מתקבלות הכרעות ונכתבות הנמקות שיפוטיות. חשוב לכן להדגיש כי צורת הקריאה שתוצג להלן אינה מוצעת כתחליף לצורות קריאה חלופיות, אף לא לאלה שאת מגבלותיהן ביקרתי בסעיף הקודם (לצורך הטיעון לא נזקקתי לדון ביתרונות המחקריים שניתן לייחס לגישות "הפנימיות" ו"החיצוניות").

nevo.co.il

המימד האישי במסגרת פעילותם. כפי שאבקש להראות מייד, כאשר אנתח את בחירותיהם המגוגדות בתכלית של השופטים ברק וחשין בפסק־הדין שכתבו בעניין גנימאת, מעיון בבחירותיהם האסטרטגיות והטקטיות של השופטים ניתן ללמוד, בין היתר, על תפיסתם האישית את תפקידם, על אופייה של הפעילות השיפוטית ועל עולם המשפט כמערכת מובחנת של ייצור ידע בכלל.

בעקבות נטרול חשיבותו של המימד האישי בפעילות השיפוטית, הקריאות "הפנימיות" נוטות לתפוס את זירת ייצור הידע המשפטי כזירה של התמודדות בין דוקטרינות מתחרות, ולא בין דוברים בשר־ודם. צורת קריאה זו אינה מקנה חשיבות מספקת לחופש הבחירה המתאפשר במסגרת הפעילות השיפוטית. אף שהדיסציפלינה המשפטית מגבילה כמובן את מאגר המקורות שעליהם יוכל השופט להסתמך כדי לשכנע לטובת האופן שבו פירש את המצב המשפטי, היא מאפשרת לשופטים לבחור במגוון רחב יחסית של מקורות (למשל: תקדימים מקומיים וזרים, כתבי מלומדים או שיקולי מדיניות). אבקש לכן לחשוב על הכללים, העקרונות והדוקטרינות המרכיבים את השיח המשפטי לא כעל *תכתיבים* המכוונים את שיקול־הדעת השיפוטי.[30] במקום זאת, אפרשם כאמצעים שהשופטים *רשאים* לבחור ולהשתמש בהם כדי לשכנע את נמעניהם להסכים עם פרשנותם לגבי המצב המשפטי הנוהג. בעזרת הנחה זו אבקש להראות כיצד תהליכי ההכרעה בין פרשנויות מנוגדות של המצב המשפטי מושפעים מיכולתם השונה (differential) של שופטים שונים לנצל באופן אפקטיבי (מבחינה רטורית) את כלי המשחק שהקורפוס הדיסציפלינרי מעמיד לרשותם. כלי משחק אלה משמשים אמצעים רטוריים לביסוס הלגיטימיות של פרשנותם ולערעור משקלה של הפרשנות שמציג עמיתם.[31]

החירות לבחור באילו אמצעי שכנוע להשתמש, וכיצד לארגנם לכלל מבנה טיעוני כולל, משפיעה על האופן שבו השופט מעצב את הנמקתו. המתפלמס הרציונלי מחויב להביא בחשבון את חירותו של יריבו הפולמוסי להגיב על עמדתו בדרכים שונות כאשר הוא מפתח את טיעונו. מכיוון שמתמודדים שונים צפויים להעלות הסתייגויות שונות כנגד הטיעון שהדובר מציג, עליו לשכלל את עמדתו כך שתיטיב לנטרל ביקורות אפשריות ולשרוד התנגדויות צפויות.[32] התנגדויות אלה הן בחזקת נעלם ברגע הטיעון מכיוון שאי־אפשר לצפות בוודאות את תגובתו העתידית של מתמודד בשר־ודם. בהנחה ששופטים הינם מתפלמסים רציונליים, ניתן להניח כי השופט יתחור לבצר את עמדתו ככל האפשר כנגד

30. דוגמה לגישה המייחסת לכללים ולעקרונות משפטיים את היכולת להכתיב תוצאה "נכונה" ראו אצל: Ronald Dworkin, *Is There Really No Right Answers in Hard Cases?*, *in* RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 119–145 (1985).

31. לניתוח הפעילות השיפוטית כזירת התמודדות בין "משחקי לשון" שונים ראו: ALLAN C. HUTCHINSON, IT'S ALL IN THE GAME: A NONFOUNDATIONALIST ACCOUNT OF LAW AND ADJUDICATION (2000).

32. Marcelo Dascal, *Epistemology and Controversies*, *in* PHILOSOPHY OF SCIENCE: VOLUME 10 OF PROCEEDINGS OF TWENTIETH WORLD CONGRESS OF PHILOSOPHY 159–192 (Tian Yu Cao ed., 2000).

nevo.co.il

התנגדויות צפויות באמצעות הערכה מושכלת של דפוסי התנהלותו הפולמוסית של עמיתו. למשל, בעימות בין שופט א לשופט ב, שופט א עשוי להסתמך בדבריו על תקדים או על ציטוט שניתן בהזדמנות אחרת על־ידי שופט ב, ובכך להקשות על שופט ב לתקוף את עמדתו. בהקשר פולמוסי אחר – למשל, בהתמודדות בין שופט א לבין שופט ג – ייתכן שהבאת אותו ציטוט של שופט ב לא תסייע כלל בידי שופט א לבסס את עמדתו, ודווקא מהלך אחר (למשל, יצירת היקש למקרה אחר שבו מצא עצמו שופט ג בעמדת מיעוט) יצליח לנטרל את יכולתו של שופט ג להגיב באופן אפקטיבי. אלה רק שניים מבין תרחישים רבים אפשריים של ניצול כלי המשחק שהשיח המשפטי מעמיד לרשות השופטים (בהמשך נפגוש, תוך כדי עיון בפסק־הדין בעניין גנימאת, דוגמות ממשיות למהלכים כאלה). אך די בדוגמות שלעיל לרמז כי חלק מהתכנים אשר נכללים בהנמקה השיפוטית משובצים שם כדי לשרת את צרכיו הפולמוסיים של השופט. ערנות להשפעתן של בחירות רטוריות אלה על ההכרעה בדבר הפרשנות המחייבת של המצב המשפטי עשויה לסייע לנו להבין כיצד שופטים מכוננים את המציאות המשפטית, ולא (רק) מצהירים עליה.

ג. הֶקשרים וכלים תיאורטיים לניתוח ההנמקה השיפוטית כהתמודדות פולמוסית

1. התיאוריה הפרגמטיסטית כהקשר תיאורטי לניתוח הנמקות שיפוטיות

צורת הקריאה המוצעת כאן לניתוח היבטיהם הפולמוסיים של הנמקות שיפוטיות נשענת על התפיסה שמציג הזרם הפרגמטיסטי בתחום הפילוסופיה של השפה. בתמצית, זרם זה גורס כי האופן שבו אנו חושבים על המציאות הינו תוצר של הפרקטיקות הלשוניות שבהן אנו משתמשים כדי לעשות זאת, ומתמקד בהקר האופן שבו שימושים שונים בשפה מכוננים את הידע שלנו על־אודות העולם (ובכלל זה, את תפיסותינו המשפטיות).[33] בניסוחו של ויליאם ג'יימס (William James):

33. לניתוחים פרגמטיסטיים של המשפט ראו, למשל: William Andrew Shutkin, *Pragmatism and the Promise of Adjudication*, 18 VT. L. REV. 57 (1993–1994); Brian Z. Tamanaha, *Pragmatism in U.S. Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence, Sociolegal Studies, and the Fact-Value Distinction*, 41 AM. J. JURIS. 315 (1996); Various contributions *in* THE REVIVAL OF PRAGMATISM: NEW ESSAYS ON SOCIAL THOUGHT, LAW, AND CULTURE (Morris Dickstein ed., 1998); MICHAL ALBERSTEIN, PRAGMATISM AND LAW: FROM PHILOSOPHY TO DISPUTE RESOLUTION (2002). כאן המקום להדגיש כי השימוש בתיאוריה הפרגמטיסטית במסגרת מאמר זה מיועד להשיג מטרות תיאוריות (descriptive), כלומר, להציע הסבר אפשרי לאופן שבו נקבעות הלכות בבית־המשפט העליון. איני מבקש להגן כאן על עדיפותה של תורת משפט המבוססת על עקרונות פרגמטיסטיים. להגנה על עמדה זו ראו, למשל: RICHARD A. POZNER, OVERCOMING LAW (1995); Richard A. Pozner, *Pragmatic Adjudication*, 18 CARDOZO. L. REV. 1 (1996); Daniel A. Farber, *Reinventing Brandeis: Legal Pragmatism for the Twenty-First Century*, 1995 U. ILL. L. REV. 163.

nevo.co.il

> The pragmatic method... is to try and interpret each notion by tracing its respective practical consequences. What difference would it practically make to anyone if this notion rather than that notion were true?[34]

השיח המשפטי הינו אפקטיבי מאוד לשימוש, בין היתר מפני שניתן להחילו ביחס למכלול ההיבטים של הקיום האנושי (פוטנציאל העומד מאחורי הכרזתו של ברק כי "כל פעולה נתפסת בעולם המשפט"),[35] מפני שמרחב התמרון של הדובר בין כלליו הינו חופשי יחסית (כפי שנראה עוד בהמשך),[36] ומפני שהוא זוכה – ובאותו זמן מזכה את סוכניו המורשים – בהון סימבולי רב ובמעמד אוטוריטטיבי ובר־אכיפה.[37] שופטים משתמשים בכלים הלשוניים שהשיח המשפטי מעמיד לרשותם כדי לקדם באמצעותם מטרות שונות. למשל, ניתן לטעון כי האופן שבו השתמש ברק במושג "סבירות" סייע לו לקדם באופן אפקטיבי את תפיסת־עולמו המשפטית כנגד תפיסות תלופיות,[38] לחזק את מעמדו המוסדי של בית־המשפט העליון אל מול רשויות השלטון האחרות (באמצעות נטילת הסמכות לבקר את סבירות האופן שבו הפעילו את סמכויותיהן),[39] ולהשפיע באופן עמוק על דמותה המתהווה של החברה הישראלית.[40] מנקודת־מבט פרגמטיסטית יש לחקור כיצד השכיל ברק לנצל באופן אפקטיבי את איכויותיו הלשוניות הייחודיות של מושג זה (למשל, את עמימותו וגמישותו) כדי להצדיק באמצעותו

34. WILLIAM JAMES, PRAGMATISM 18 (1995).
35. בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 447 (1988).
36. לדיון אמפירי המפריך את הטענה שלפיה בכוחם של תקדימים להכתיב תוצאות משפטיות, ראו: Jeffrey A. Segal & Harold J. Spaech, *The Influence of Stare Decisis on the Votes of United States Supreme Court Justices*, 40 AMERICAN JOURNAL OF POLITICAL SCIENCE 971 (1996). לדיון מושגי ברמת ההתניה של כללים משפטיים, בהסתמך על התפיסה הוויטגנשטיינית בנושא "מעקב אחר כללים", ראו: BRIAN BIX, LAW, LANGUAGE AND LEGAL DETERMINACY (1993).
37. המונח "הון סימבולי", אשר פותח על־ידי בורדייה, מתייחס לטובין שמוחזקים על־ידי יחיד או קבוצה ואשר יש להם ערך־שימוש שאינו חומרי (למשל, אמון ציבורי גבוה או מונופול על ייצור משאב חברתי מסוים; בענייננו – הכרעה בת־אכיפה בשאלות של צדק). בהון סימבולי ניתן להשתמש כדי לצבור, בין היתר, עוצמה אישית ובין־מוסדית. ראו Bourdieu, לעיל ה"ש 26, בעמ' 812.
38. משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" עיוני משפט יד 5 (1989).
39. כפי שמנחם מאוטנר מנסח זאת: "תחת הכותרת 'סבירות' חולל בית המשפט העליון בשנות השמונים שינוי רדיקלי בדגם יחסיו עם רשויות המִנהל... בית המשפט הצליח לחולל את השינוי מפני שהוא השתמש במושגים משפטיים מוכרים, תוך שהוא מקנה להם תכנים חדשים. פירוקו של מושג הסבירות לתכניו ולהקשרי השימוש בו מתבקש אפוא... לצורך הבנת האופן שבו הצליח בית המשפט להפוך לקביל את השינוי הרדיקלי שהוא חולל במערכת יחסיו עם המִנהל." מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5, 25 (1994).
40. רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות – שיקול־דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994).

nevo.co.il

את המטרות שאותן חפץ לקדם.[41] שאלת האופן שבו הבניות נרטיביות[42] ומהלכים רטוריים[43] מסייעים לשופטים לקדם מטרות אלה ואחרות עוררה עניין מחקרי רב בעשורים האחרונים, גם אם לא תוך אימוץ מפורש של מתודולוגיה פרגמטיסטית. ברצוני לתרום לדיון בשימושיה הפרגמטיים של השפה המשפטית באמצעות התמקדות בהיבט חשוב של תופעת השיפוט: כלליה ומאפייניה של ההתמודדות המתנהלת בין שופטים על הכוח לפרש את הדין באופן מחייב.

השאלה המרכזית שבכוונתי לשאול היא: איזה יתרון רטורי השופט שואף להפיק כאשר הוא בוחר להשתמש במהלך שכנועי מסוים כדי לבסס את פרשנותו? שאלה בסיסית זו מתפצלת לשאלות נגזרות בבואנו לבחון מהלכים רטוריים קונקרטיים שהשופט בוחר בהם. למשל: (א) מבין האמצעים השונים שהשופט רשאי להשתמש בהם כדי לבסס את עמדתו (כגון פנייה לדין הזר, פנייה לכתבי מלומדים, ציטוט תנ"כי או שילוב מובאה מן הספרות היפה, ביקורת אישית נגד יריבו), מדוע הוא בוחר לעשות שימוש באמצעי זה ולא באמצעי אחר? וכיצד בחירתו אכן משרתת את נסיונו לבסס את עמדתו כעדיפה על עמדת עמיתו? (ב) מבין ההקשרים השונים שהשופט רשאי להציב בהם את טיעונו (למשל, הרחבת הדיון לעבר שאלות הקשורות להתפתחות ההיסטורית של הדין הספציפי או של השיטה המשפטית בכלל, לעבר תורת הפרשנות הכללית או לעבר תיאוריות תורת־משפטיות מופשטות, או לחלופין צמצום הדיון לשאלות הנוגעות בעובדות הקונקרטיות), איזה הֶקשר הוא בוחר, וכיצד טכניקת הקונטקסטואליזציה שלו משרתת את צרכיו הפולמוסיים? (ג) מבין שלל האפיונים שהשיח המשפטי מכיר בהם כקבילים ביחס לבעיה העומדת לדיון (למשל, שאלה הנוגעת בדין ספציפי או שאלה חוקתית), מדוע השופט בוחר לאפיין את הבעיה בצורה מסוימת, ולא בצורה אחרת? (ד) כיצד השופט מנצל את מאגר ההון הסימבולי שהשפה המשפטית מאפשרת לצבור (למשל, על־ידי כך שהוא מייחס לעמדתו פרדיקטים כגון "דמוקרטית", "ליברלית" או "נאורה")?

בעזרת שאלות אלה ואחרות אבקש לנתח בהמשך פולמוס שיפוטי קונקרטי שהתנהל בבית־המשפט העליון. אולם בטרם נפנה לכך, ברצוני להציג מערך מושגי שישמש אותנו לקריאת הנמקות שיפוטיות בהקשרן הפולמוסי.

41. בהמשך ננתח את היעדים שברק מצליח לקדם באמצעות השימוש המתוחכם שהוא עושה במושג מרכזי אחר בשיטתו – "האיזון הנורמטיבי". ראו להלן סעיף ד4.

42. לניתוח האופן שבו הבניות נרטיביות משקפות (ומשרתות) יחסי כוח בין־מגדריים ראו, למשל, שולמית אלמוג "'עיני המערער חשכו' – בין הנרטיבי לנורמטיבי" מחקרי משפט טו 295 (1999); ליאורה בילסקי "נשים מוכות: מהגנה עצמית להגנת העצמיות" פלילים ו 5 (1997); אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האישה – חום דמם של 'האדם הסביר' ו'הישראלית המצויה' בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזואלוס" פלילים ו 137 (1997). לשימוש בתובנות נרטיביות לשם ניתוח תרומתו של המשפט לכינונו של זיכרון קולקטיבי ראו, למשל, ליאורה בילסקי "משפט ופוליטיקה: משפטו של יגאל עמיר" פלילים ח 13 (1999). לדיון במחויבויות האתיות הנובעות מהשלכותיהן הפוליטיות של הבניות נרטיביות, ראו יונתן יובל "צדק נרטיבי" מחקרי משפט יח 283 (2002).

43. ראו, למשל, מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993);

nevo.co.il

2. מערך מושגי לניתוח פולמוסים: שלושה טיפוסים אידיאליים של תחלופת עמדות המערך המושגי שבו נשתמש מבוסס על עבודתו של מרסלו דסקל, החוקר את השיבותם של פולמוסים בתחומי פעילות שונים, ובמיוחד את מקומם בהתפתחותו של המדע.[44] דסקל משתמש במודל המחשבתי של טיפוסים אידיאליים כדי לאפיין שלושה דפוסי התנהלות אופייניים של פולמוסים. כל אחד מן הטיפוסים האידיאליים שיוצגו להלן מתאפיין, בין היתר, בדינמיקה ייחודית של התקדמות מהשאלה שעוררה את הפולמוס ועד להכרעה, בדרישות מובחנות שיש לעמוד בהן כדי להכריעו ובסוג הנושאים שניתן ללבן במסגרתו. תוך מודעות ליתרונותיו ולמגבלותיו של מודל מחשבתי זה,[45] נבקש להשתמש בו כדי לאפיין את תנאי היהפכותן של פרשנויות שיפוטיות לכלל קביעה מחייבת בדבר הדין הנוהג.

פולמוס מסוג דיון (discussion) מתאפיין בכך שלכל אורכו הוא ממשיך להתנהל סביב שאלה מתוחמת למדי אשר בעטייה הוא התעורר. דינמיקה זו מתאפשרת מכיוון שהמתמודדים מקיימים ביניהם רמה גבוהה יחסית של הסכמה לגבי מהותה והיקפה של אי־ההסכמה ביניהם, כמו־גם לגבי הפרוצדורות שבאמצעותן ניתן לפתור אותה. מידה כזו של הסכמה מתאפשרת באופן טיפוסי במסגרת דיסציפלינות אשר מגדירות באופן קשיח למדי את התנאים שיש לעמוד בהם כדי לייצר במסגרתן טענות תקפות. למשל, בתחומי המדעים המדויקים או בתחום הלוגיקה עומד לרשות המתפלמסים מאגר מוגדר של פרוצדורות (דרכי ניסוי ודרכי הוכחה) שהדובר רשאי להשתמש בהן כדי לבסס את עמדתו.[46] אם הדובר אכן הצליח לבסס

רועי עמית "העמדות של (ה)קאנון – הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" עיוני משפט כא 81 (1997); מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית־המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591 (2003).

44. הסקירה המוצגת כאן מבוססת בעיקר על Dascal, לעיל ה"ש 2 ו־32.

45. לדיונים מתודולוגיים ביתרונות ובמגבלות של המודל המחשבתי של "טיפוסים אידיאליים" ראו: Susan J. Hekman, Weber, the Ideal Type, and Contemporary Social Theory (1983); Fritz Ringer, Max Weber's Methodology: The Unification of the Cultural and Social Sciences 111 (1997). חשוב להבהיר, בקצרה ובתמצית, כי מודל זה משמש כדי להסביר ולחקור את המאפיינים המובהקים ביותר של תופעות ממשיות, בין היתר באמצעות נטרול השפעתם של מרכיבים ואילוצים מחיי היומיום המפריעים למאפיינים אלה להגיע לכלל מימוש מלא. כך, למשל, אופן התנהלותם של שווקים כלכליים במציאות אינו תואם לחלוטין את הטיפוס האידיאלי של מודל השוק המשוכלל, המשמש במדע הכלכלה. אולם מודל זה מאפשר לכלכלנים ללמוד ולהסביר תופעות שניתן להבינן טוב יותר בעזרת הנחת הנחות אידיאליות (למשל, הרציונליות של מקבלי ההחלטות) לגבי אופי פעולתם של שווקים. בענייננו, מקרים ממשיים של פולמוסים אינם מגלמים באופן טהור ומושלם אף אחד מן המודלים שיוצגו כאן. אולם, כפי שנראה בהמשך, ניתן לזהות קרבה בין התנהלותם האופיינית של פולמוסים בשדה־פעילות מסוים (למשל: המדע, הפוליטיקה, המשפט) לבין התנאים המאפיינים כל אחד מן הטיפוסים האידיאליים שיוצגו כאן.

46. אולם ייתכן מצב שבו גם במסגרת דיסציפלינות אלה פועלות פרדיגמות שונות אשר אינן חולקות בסיס משותף (תמטי ומתודולוגי) דחב דיו לאפשר את ניהול הפולמוס באופן זה. למשל, על־פי תפיסת המדע של תומס קון (Kuhn), פולמוסים המתקיימים בין מלומדים

nevo.co.il

את ההיפותזה שלו בעזרת המבחנים המוכרים על־ידי הקהילה המדעית, יריבו בפולמוס מחויב (עקב המוסכמות הדיסציפלינריות) להכיר בעמדתו כתקפה. יריבו רשאי לסרב להכיר בהכרעה רק על בסיס פנייה לאותן פרוצדורות מקובלות עצמן – למשל, בטענה כי הניסוי שנעשה אינו מצליח לעמוד בתנאים שהדיסציפלינה מכירה בהם כהכרחיים לצורך אימות טענות במסגרתה.

פולמוס מסוג ויכוח (dispute) מתאפיין בכך שהמתמודדים בו אינם מסוגלים ־או אינם מעוניינים – להגדיר במשותף את גבולות אי־ההסכמה ו/או את הדרכים לפתרונה. לעומת דיון, שבו אי־ההסכמה מיוחסת לטעותו של אחד המתמודדים בפרשנותו של מושג או בהחלתה של פרוצדורת הסקה המקובלת בתחום, פולמוס מסוג ויכוח אינו מתנהל בעזרת מנגנון הכרעה מוסכם. במקום זאת, ההבדלים המתגלעים בין המתמודדים מיוחסים להבדלי השקפות או להבדלי העדפות. לכן, לוויכוח אין פתרון אחד ויחיד, וייתכן ששני הצדדים גם־יחד יסיימו את הפולמוס בתחושה כי עמדתם שלהם הכריעה את הכף. מכיוון שאין בסיס תמטי יציב דיו לתיחום הבעיה מושא הפולמוס ו/או בסיס מתודולוגי רחב דיו לתיחום הדרכים הלגיטימיות לפתרונה, לרשות המתמודדים עומד מגוון רחב ביותר של אמצעים שניתן להשתמש בהם כדי להכריע בהתמודדות. גילום מובהק של דפוס פולמוסי זה ניתן למצוא בפולמוסים פוליטיים. למשל, את מרחב אי־ההסכמה המתגלעת בין המצדדים בהסכמי אוסלו לבין המתנגדים להם אי־אפשר לתחם באופן מוגדר. כמו־כן אי־אפשר להכריע ביניהם על־ידי פנייה לפרוצדורת הכרעה מוסכמת. בדרך־כלל ייטו הצדדים המתווכחים לפרש אותם נתונים עצמם – למשל, נתונים סטטיסטיים המתייחסים להשפעת ההסכמים על מצב הביטחון ־כמאששים את עמדתם־הם וכמפריכים את עמדת היריב, מבלי שלצד כלשהו, או לקהילת הנמענים, יעמדו כלים שיאפשרו להם לחייב את יריבם להכיר בפרשנותם שלהם. כיצד, אם כך, מוכרעים ויכוחים?[47] בעוד הפרמטרים הקובעים את ההכרעה בדיון מתייחסים לקבילות הראיות ולתקפות השימוש בכללי ההסקה, הפרמטר הקובע את ההכרעה בוויכוח הוא אפקטיביות גרידא. לכן, למשל, בעוד שבדיון מדעי לא תוכל טענה בדבר טעויותיו הקודמות של היריב או בדבר אישיותו לכרסם בכוח השכנוע של עמדתו, בוויכוח דווקא טענות אישיות (למשל, "פרס יחלק את ירושלים") עשויות לאפשר למתמודד לזכות בניצחון בפולמוס, מבלי שתקפותו הלוגית של המהלך או אמיתות המידע שהפרופוזיציה מוסרת ישפיעו על התוצאה.

המשתייכים לשתי פרדיגמות שונות בתקופה של משבר החורג מדפוסי המדע התקני לא יוכלו להתנהל בכפוף לאמות־מידה משותפות. ראו תומס ס' קון המבנה של מהפכות מדעיות (יהודה מלצר מתרגם, 1977), בעיקר עמ' 50-68.

47. חשוב לשים לב שהמנגנונים המשמשים את המשטר הדמוקרטי כדי להגיע להחלטות פוליטיות אינם מכריעים את הפולמוס במובן שבו אני משתמש לאורך חיבור זה. ההפך מכך: מנגנונים אלה נועדו לאפשר לחברות דמוקרטיות לשמור על יציבות פוליטית למרות קיומם של פולמוסים בלתי־פתורים בתוכן.

nevo.co.il

טיפוס אידיאלי שלישי של פולמוס הוא המחלוקת (controversy), מחלוקת עשויה להתגלע סביב שאלה מתוחמת היטב, ולהתנהל בין מתמודדים אשר חולקים בסיס רחב יחסית של מחויבויות מוסדיות ודיסציפלינריות אשר מגבילות את יכולתם לנתב את הפולמוס לעבר שאלות נגזרות או לעבר פרוצדורות הכרעה אפשריות. אולם עם התקדמותו של הפולמוס מתברר כי על־אף כוחן המגביל של מחויבויות אלה, ההכרעה בין העמדות השונות מחייבת הכרעה בין דעות, השקפות, מתודולוגיות ופרשנויות שלא ניתן להכריע ביניהן באופן מוסכם. מאידך גיסא, אי־אפשר לייחס את חילוקי־הדעות להבדלי העדפות גרידא, למחויבות אידיאולוגית דוגמטית או לחוסר רציונליות. המתמודדים עשויים לייחס ליריבם טעות באופן פירושו של מושג או בהחלתה של פרוצדורה, אולם אין בכוחם לכפות על יריבם מחויבות מוסדית או דיסציפלינרית להודות בכך. (דוגמה אופיינית מתחום המשפט, שבמשמעויותיה אעסוק בהרחבה בהמשך: השופטים ברק וחשין חלוקים לגבי מידת ההשפעה שצריכה להיות לדין הקנדי על המשפט הישראלי; כל אחד מהצדדים מנמק את עמדתו תוך הסתמכות על מקורות אשר מקובלים על חברי הקהילה הדיסציפלינרית כקבילים וכמשכנעים; אולם איש מהם אינו מסוגל להוכיח באופן קונקלוסיבי כי עמיתו מפרש מקורות אלה באופן מוטעה.) כיצד, אם כך, מוכרעות מחלוקות? על־ידי כך שאחד המתמודדים מצליח לשכנע את הנמענים (המוסמכים להכריע בין העמדות) להאמין בכך שהטיעונים שערם כדי לחזק את משקלה של עמדתו אל מול עמדת היריב הצליחו להטות את מאזן ההיגיון (balance of reason) לטובתו. מייד אבקש להראות כי פולמוסים בין שופטים על־אודות שיטת הפרשנות הראויה נופלים באופן טיפוסי לקטגוריה פולמוסית זו.

כפי שכבר צוין, השימוש במודל המחשבתי של טיפוסים אידיאליים נועד לאפשר לנו לנסח בבהירות את מאפייניהם של שלושה הֶקשרים שונים שבמסגרתם מלובנים חילוקי־דעות בין אנשים. במסגרת כל אחד מהֶקשרים אלה על הדובר לעמוד בדרישות שונות כדי לשכנע את נמעניו. זיהוי נקודות הדמיון והשוני בין התנהלותם האופיינית של פולמוסים שיפוטיים לבין מאפייניו של כל אחד משלושת הטיפוסים האידיאליים אשר הוצגו לעיל עשוי לסייע לנו בזיהוי הדרישות שהשופטים מתמודדים עימן כאשר הם מבקשים לבסס את פרשנותם המשפטית. בעקבות כך נוכל להבין טוב יותר את תנאי ייצורן של "אמיתות" בעולם המשפט על־ידי המוסד המוסמך לייצרן - בית־המשפט העליון.

לדעתי, הדפוס הפולמוסי של מחלוקת מיטיב לתאר את האופן הטיפוסי שבו מבוררות אי־הסכמות בין שופטים במסגרת הנמקותיהם. אכן, כאשר שופטים מפתחים את טיעוניהם, הם כפופים למגוון רחב של כללים כתובים ובלתי־כתובים המכתיבים כיצד ניתן לבסס טענות במסגרת הדיסציפלינה. הכללים, העקרונות והדוקטרינות הנכללים בקורפוס המשפטי, מחד גיסא, והקונוונציות המוסדיות המאפיינות את הפעילות השיפוטית, מאידך גיסא, מגבילים את מרחב התמרון של השופטים בין אמצעי שכנוע אפשריים. השופטים אינם רשאים לבחור באמצעי שכנוע אך ורק על־פי הפרמטר של אפקטיביות, כפי שהמתמודדים בפולמוס מסוג ויכוח נוהגים לעשות. עליהם לבחור רק באותם אמצעים אשר מוכרים על־ידי הדיסציפלינה כקבילים כדי לבסס טענות במסגרתה. מאפיין זה מלמד על הבעייתיות באותן קריאות "חיצוניות" שכופרות בכוחה של השפה המשפטית להכוון באופן כלשהו את ההכרעה השיפוטית, ואשר רואות בה אך ורק אמצעי הסוואה לסתירותיו הפנימיות של

nevo.co.il

המשפט[48] או "transcendental nonsense".[49]

אולם שיקול־הדעת השיפוטי כולל בכל־זאת מרכיבים רבים ומגוונים שהדיסציפלינה נמנעת מלהסדירם באמצעות אמת־מידה מוגדרת או מוסכמת. למשל, תהליך הכללתן של מכלול הנסיבות המרכיבות את הסיטואציה לכלל נרטיב עובדתי אשר ישמש מצע לדיון המשפטי אינו מותנה על־ידי כללים מוגדרים.[50] באשר לביסוסו של ידע משפטי, הדיסציפלינה אינה מנחה את השופטים, למשל, כיצד לאפיין את הבעיה המשפטית העומדת לדיון או כיצד לבחור קטגוריות משפטיות מתאימות כדי לפתור בעיה זו.[51] ביחס לכל אותם מרכיבים (וכמובן ביחס לרבים אחרים), שופטים שונים (ולעיתים אף אותו שופט בהזדמנויות שונות) נוהגים לפעול במגוון של דרכים אשר מקובלות כולן על הדיסציפלינה המשפטית כלגיטימיות. כל עוד שופט א פועל במסגרת אותו מגוון רחב של פרקטיקות פרשניות המוכרות כלגיטימיות, אין שופט ב מסוגל לכפות עליו מחויבות דיסציפלינרית (כלומר, מחויבות שמקורה בקונוונציות המוסכמות על השופטים באשר לשיטות ההכרעה של בעיות משפטיות, ואשר הפרתה תוביל להכרזה על שופט ב כעל מי שניצח בפולמוס) לפעול לפתרון הבעיה העומדת לדיון בדרכים ששופט ב טוען לעדיפותן. כתוצאה מכך, מרחב אי־ההסכמה המתהווה בין השופטים המתפלמסים במהלך ההנמקה עשוי להתפצל למגוון רחב של שאלות עובדתיות, מתודולוגיות ופרשניות. הקושי לתחם את גבולות הפולמוס, מבחינה תמטית ומתודולוגית, מוביל לכך שההכרעה אינה מתבססת על החלתה של אמת־מידה מוגדרת ומוסכמת. בכך הפולמוס השיפוטי חורג מהתנאים המאפיינים פולמוס מסוג דיון. מאפיין זה מלמד על הבעייתיות באותן קריאות "פנימיות" אשר מייחסות למשפט דרגה גבוהה מדי של לכידות פנימית ורציונליות אימננטית.[52] אבקש להדגים זאת כעת, ולדון בהשלכות הנובעות מכך, באמצעות מעקב אחר פולמוס קונקרטי שהתקיים בבית־המשפט העליון.

---

48. Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV. 1685 (1975–1976); Mark Kelman, *Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law*, 33 STAN. L. REV. 591 (1981).

49. Felix S. Cohn, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUM. L. REV. 809 (1935).

50. חשוב לציין כי כללים פרוצדורליים שונים (כגון כללים בעניין קבילותן של ראיות) "מסננים" אומנם את המידע המעובד לבסוף לכלל נרטיב עובדתי, אולם שלב עיצובו של הנרטיב עצמו אינו מוסדר בכללים פרוצדורליים. על חשיבותו של שלב זה כותב יונתן יובל, בסעיף שכותרתו "עיצוב הנרטיב כמעשה השיפוט: הצומת הבלתי־מרומזר של סיפור ודין": "הטענה... הינה כי בניית הנרטיב השיפוטי אינה מהווה רובד עובדתי 'אובייקטיבי' שכללים משפטיים 'מיושמים' בו, אלא שבניית הנרטיב היא־היא העבודה השיפוטית המנביעה, לפחות בקטגוריות רחבות של מקרים, את סיומו השיפוטי של הסיפור." יובל, לעיל ה"ש 42, בעמ' 284. ראו גם פיטר ברוקס "משטור סיפורים" מחקרי משפט יח 249 (2002).

51. DUNCAN KENNEDY, A CRITIQUE OF ADJUDICATION (FIN DE SIÉCLE) (1997).

52. ראו את המקורות המצוינים לעיל בה"ש 19. תפיסתו של דבורקין (DWORKIN, לעיל ה"ש 30), שלפיה לשאלות משפטיות יש תשובות נכונות (אשר שופט העוקב אחר גישת הפרשנות הדבורקיניאנית – adjudication as integrity – מסוגל "לחשוף"), נדמית לי בעייתית במיוחד

nevo.co.il

ד. מקרה־דגם: כיצד הוכרע הפולמוס בעניין גנימאת, ומה ניתן ללמוד מכך על התבססותה של המהפכה החוקתית?

בפרק זה אבקש להשתמש במסגרת התיאורטית של "שפיטה כפולמוס" כדי לנתח את הנמקותיהם של השופטים ברק וחשין בפסק־הדין הראשון שניתן בעניין גנימאת. פסק־דין זה נידון כבר בהרחבה במקומות אחרים, אולם הוא טרם נידון מנקודת־המבט המוצעת כאן. מטבע הדברים, התמקד העניין המחקרי בהשלכותיו החשובות של פסק־הדין בתחומי סדר הדין הפלילי והמשפט החוקתי. הקריאה שתוצע להלן, לעומת זאת, אינה מתמקדת במשמעויותיו המשפטיות של פסק־הדין, אלא באופן שבו בוססו משמעויות אלה. הקריאה שאציע מתמקדת בשאלה כיצד בוססה אחת התזות הפרשניות (זו אשר הוצעה על־ידי השופט ברק) כעדיפה על התֵזה הפרשנית הסותרת (אשר הוצגה על־ידי השופט חשין). אבקש להדגים את הכוח ההסברי הטמון בניתוח בחירותיהם האסטרטגיות והטקטיות של השופטים המתפלמסים בבואם להשתמש במקורות משפטיים רלוונטיים ובאמצעים רטוריים אחרים.

מנקודת־מבט רחבה יותר, אבקש להיעזר בקריאה הפולמוסית של פסק־דין זה כדי להציע תובנות חדשות ביחס לאופן שבו התבססה תורת הפרשנות החוקתית של השופט ברק כעולם המושגים הדומיננטי שבאמצעותו נתפסת כיום המציאות המשפטית בישראל. בחירתי להשתמש בפולמוס בעניין גנימאת כבמקרה־דגם מתבססת, בין היתר, על ייחודן של הנסיבות ההיסטורית שבהן הוא התרחש. היה זה אחד מתוך קבוצת פולמוסים אשר התרחשו בקו־התפר שבין שני עידנים היסטוריים בהתפתחות המשפט הישראלי: העידן שלפני המהפכה החוקתית והעידן הבתר־מהפכני. לפיכך העיון המחודש בפסק־דין גנימאת מספק צוהר לשלב מכונן שבו התחלפה פרדיגמת החשיבה המובילה במשפט הישראלי.[53] לאורך שנות

בהקשר זה. מכיוון שחילוקי־דעות בעולם המשפט אינם מוכרעים על־פי המודל של דיון, דבורקין עצמו (או לצורך העניין: שופט המאמץ את גישתו) אינו מסוגל לכפות על בני־הפלוגתא שלו מחויבות דיסציפלינרית להכיר בעמדתו כעדיפה. גישתו הפרשנית נותרת לפיכך במעמד של אחת ההלופות האפשריות, ואי־אפשר לייחס טעות לשופט המבכר גישה פרשנית מקובלת אחרת.

53. הדיון שלהלן מבקש להדגים, בין היתר, כיצד המודל שפותח על־ידי תומס קון לתיאור המבנה של מהפכות מדעיות עשוי לסייע בניתוח התגבשותה של המהפכה החוקתית בישראל. המושג המרכזי המשמש את קון הוא מושג *הפרדיגמה*, המתייחס לאוסף הפרקטיקות המשמשות חברי קבוצת חוקרים מסוימת לפתירת שאלות מדעיות (למשל: ההנחות המוקדמות שהחוקר רשאי להניח, טכניקות החקירה הלגיטימיות שבעזרתן ניתן לאשש הנחות אלה, או התנאים הקובעים כיצד להעריך את תוקפן של המסקנות שהחוקר מציג). להרחבה ראו קון, לעיל ה"ש 46. ברצוני להבהיר כי קיימות גם מגבלות בבואנו להשתמש בתפיסה הקוניאנית לניתוח חילופי פרדיגמות בתחום המשפט. חלקן נובעות מההבדלים שבין הדיסציפלינה המשפטית לבין דיסציפלינות מדעיות. אולם חשוב לציין כי אף שקון התייחס במחקריו לפרדיגמות מתחום מדעי הטבע, השפעת המודל שפיתח כדי לתאר חילופי פרדיגמות ניכרת גם בתחום ההיסטוריה והפילוסופיה של מדעי החברה (ראו בעניין זה: VERMON PRATT, THE PHILOSOPHY OF THE SOCIAL SCIENCES (1978) 58), ואף בחקר המשפט (כדוגמה לחיבור מסוג זה, המשתמש בפיתוח של מושג *הפרדיגמה*

nevo.co.il

כהונתו הצליח ברק לבסס רבות מתפיסותיו העקרוניות כהלכות מחייבות, ובמידה רבה גם להטמיע בקרב עמיתיו את השימוש בשיטות החשיבה והניתוח שפיתח.[54] אף שמאמץ ההטמעה של עמדותיו התנהל במקביל בכמה זירות (בין היתר בכתיבה האקדמית, שבה המשיך ברק לעסוק במקביל לפעילותו השיפוטית), בית־המשפט העליון שימש הזירה המרכזית לכך (בין היתר מפני שרק במוסד זה, בניגוד לפולמוסים באקדמיה, פרשנויות עשויות לקבל מעמד מחייב). הישגיו של ברק בהשארת חותם כה משמעותי על המשפט הישראלי התממשו, במידה רבה, כתוצאה משורת הכרעות שאותן השיג בפולמוסים עקרוניים שניהל עם עמיתיו בבית־המשפט העליון. עם החריפים והבולטים שבין פולמוסים אלה ניתן למנות את הפלוגתא עם השופט אלון סביב מגוון סוגיות הנוגעות בדמותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וכן ביחס למעמדו של המשפט העברי בשיטת המשפט הישראלית, ואת הפולמוסים שניהל עם השופט חשין ביחס למעמדם ההוקתי של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ושל חוק־יסוד: חופש העיסוק. כיצד התבססה הפרדיגמה הברקית, ולא החלופה ההשינית, כפרשנות המקובלת באשר למעמדם של חוקי־היסוד שהתקבלו בשנת 1992? באמצעות ניתוח האופן שבו הוכרע אחד הפולמוסים המרכזיים שהתנהלו בין השניים סביב סוגיה זו, אבקש להציע זווית נוספת להבנת התגבשותה ההיסטורית של המהפכה החוקתית.

1. הצגת הפולמוס

השאלה המשפטית שבעטייה התעורר הפולמוס (קרי, השאלה שבגינה ניתנה רשות הערעור) עסקה בפירושו של סעיף 21א(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: התיקון התשיעי). סעיף זה קובע באילו מקרים בית־המשפט רשאי לצוות על מעצרו של נאשם לאחר שהוגש נגדו כתב־אישום. השופטים נחלקו בדעותיהם ביחס לשאלת הנפקות של סיווג העבֵרה מושא האישום כ"מכת־מדינה" לגבי שיקול־דעתם בסוגיית המעצר. אולם משהתחילו השופטים ברק והשין להתפלמס על פתרונה של שאלה זו, התברר כי תשובותיהם הסותרות נגזרות מעמדותיהם המנוגדות ביחס לשאלה כללית יותר. מכיוון שחקיקתו של התיקון התשיעי קדמה בזמן לחקיקתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן גם: חוק־היסוד), התעוררה שאלת השפעתו של חוק־היסוד על פרשנות הדין שקדם לחקיקתו (להלן: דין ישן), ובכלל זה על פרשנותו של התיקון התשיעי. עמדתו העקרונית של השופט ברק בסוגיה הייתה כי חוק־היסוד מקנה לשופט את הסמכות לפרש מחדש את מובנו של הדין הישן.[55] עמדתו העקרונית של השופט חשין הייתה כי חוק־היסוד לא הקנה סמכות מעין זו לשופט.[56] חשין סמך את עמדתו על סעיף 10 לחוק־היסוד, אשר מסדיר את היחס בין חוק־

הקוניאני כדי לנתח את ההיסטוריה של התיאוריה החוקתית האמריקאית, ראו: PAUL W. KAHN, LEGITIMACY AND HISTORY: SELF-GOVERNMENT IN AMERICAN CONSTITUTIONAL THEORY (1992).

54. למשל, שיטת הפרשנות התכליתית. ראו ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו 737 (2002).

55. בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 16, בעמ' 410 מול האות ז (סעיף 9 לפסק־דינו של השופט ברק).

56. השופט חשין, יש להבהיר, אינו גורס כי לבית־המשפט העליון אין סמכות לבחון מחדש את

nevo.co.il

היסוד עצמו לבין הדין הישן. כותרתו של סעיף זה היא "שמירת דינים", ולשונו קובעת כי "אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד".

לדידו של חשין, סעיף זה מלמד כי המחוקק צפה את ההתנגשויות והאפשריות בין הוראות חוק־היסוד לבין הוראות הדין הישן, והגן על הדין הישן מפני שינוי במקרים אלה. סעיף 10 לחוק־היסוד קובע, כך גורס חשין, את "המשך קיומו של הדין כמות שהיה".[57] השופט ברק, לעומת זאת, סבר כי סעיף 10 שולל רק את סמכותו של השופט לשנות את *תוקפו* של הדין הישן, ואינו שולל את סמכותו לשנות את *מובנו*, מה שמותיר עדיין בידי השופט סמכות פרשנית ניכרת.[58] בנקודה זו הלך הפולמוס המקורי והתרחב עוד יותר לעבר שאלות נגזרות רבות נוספות, ותחילה: מה נפקותה של ההבחנה בין תוקפה של נורמה לבין מובנה לעניין שיקול־הדעת השיפוטי בפרשנותה של אותה נורמה. בעוד ברק פונה לכתביהם של התיאורטיקאים קלזן והארט כדי לבסס את נפקותה של ההבחנה,[59] חשין ממשיך וגורס, מבלי שהוא פונה לבסס את עמדתו שלו על כתביהם של קלזן והארט או על עמדותיהם הסותרות של מלומדים אחרים, כי "לא נמצאה לי הבחנה של ממש בין 'תוקף' מזה ובין... 'מובן'... מזה. 'תוקף' – לענייננו – הוא... 'מובן'... ואתקשה לקבל פירוש אחר להוראה על דבר שמירת הדין הקיים".[60]

הפולמוס הלך והתרחב עוד יותר כאשר החלו שני השופטים להתפלמס על השינוי שתולל חוק־היסוד במעמדן של הזכויות המנויות בו. ברק קבע כי "עם חקיקתו של חוק היסוד נפל דבר בישראל. מעמדן הנורמאטיבי של מספר זכויות אדם שונה. הן הפכו להיות חלק מחוקתה של המדינה. ניתן להן 'מעמד חוקתי על־חוקי'".[61] חשין, אשר חולק על קביעתו הבסיסית של ברק שלפיה התקבלה בישראל חוקה וממילא כי התחוללה בישראל מהפכה חוקתית, סובר כי השפעתו של חוק־היסוד היא ברטוריקה בלבד, לא במהות: "לא מצאתי ולו מקום אחד שבו אומר בית המשפט – בפרשו דין קודם – כי לולא חוק היסוד היה מחליט כך וכך וכי עקב חוק היסוד מחליט הוא אחרת."[62] "בבחינת *מהותם של דברים*", הוא מוסיף, "לא מצאתי מה נשתנה מאז ועד עתה, לאחר היות חוק היסוד".[63]

ההלכות שנקבעו בעניין זה, אלא שסמכות זו אינה מתבססת לדידו על הוראות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי אם על סמכויותיו הכלליות של השופט. "אם ניתן הוא החוק הקודם לפירושים שונים, יכול ורשאי הוא בית המשפט לשנות מדרכו – כשם שהיה יכול לעשות כן בעבר – אך כך יעשה בהסתמך על החוק הקודם [במקרה דנן: התיקון התשיעי – ע' א'] ועל תחומי פריסתו המקוריים... בעשותו כן יפעל בית המשפט בגדרי סמכותו, *תוך שהוא נוטל על עצמו אחריות למעשהו ובלא שינסה לתלות עצמו בפירוש הכפוי עליו, כביכול, בחוק היסוד.*" שם, בעמ' 398 מול האות א (סעיף 22 לפסק־דינו של השופט חשין). ההדגשה במקור.

57. שם, בעמ' 389 מול האות ו (סעיף 18 לפסק־דינו של השופט חשין).
58. שם, בעמ' 410 מול האות ז (סעיף 9 לפסק־דינו של השופט ברק).
59. שם, בעמ' 411 מול האות א-ד (סעיף 9 לפסק־דינו של השופט ברק).
60. שם, בעמ' 398 מול האות ז (סעיף 22 לפסק־דינו של השופט חשין).
61. שם, בעמ' 410 מול האות ג (סעיף 9 לפסק־דינו של השופט ברק).
62. שם, בעמ' 393 מול האות א (סעיף 19 לפסק־דינו של השופט חשין).
63. שם, בעמ' 401 מול האות ג (סעיף 24 לפסק־דינו של השופט חשין). ההדגשה במקור.

nevo.co.il

עמדותיהם הסותרות בשאלה זו נגזרות מפולמוס משני נוסף – ולמעשה פולמוס מטא־משפטי – אשר נסב סביב השאלה: מניין ערכים חברתיים שואבים את כוחם המשפטי? עמדתו (הלוקיאנית) של חשין היא כי "את עוצמתן המוסרית והחברתית שואבות זכויות היסוד לא מחוק היסוד באשר הוא אלא מתוך עצמן".[64] לדידו, חקיקת חוקי־היסוד לא באה לשנות סדרי עולם, ובוודאי לא "להפוך" אותם. חקיקת חוקי־היסוד נועדה לתת ביטוי הצהרתי להלך־רוח אשר קיים כיום בציבור הישראלי ביחס לעליונותם של ערכים מסוימים (הקשורים לכבודו ולחירותו של אדם) על ערכים אחרים. הלך־רוח זה הלך והתגבש בהדרגה, וממילא, מכיוון שהמשפט אינו אלא בבואה של הערכים החברתיים, השתלב בהדרגה בשיטה המשפטית. "האומנם", שואל חשין בלגלוג, "לא שמענו מעולם על זכות יסוד זו, ועתה – כמו לפתע –נגלה לנו האור? וכי מישהו מאיתנו – או מאבותינו – פקפק אי פעם *בעצם קיומה של הזכות, בתחומי התפרסותה או בסייגים לה?*"[65] חוקי־היסוד לא שינו לפיכך, לדעת חשין, את הסביבה הנורמטיבית שבתוכה השופט פועל. השופט ברק, לעומתו, גורס כי בעקבות חקיקת חוקי־היסוד החדשים "שוב איננו יכולים להסתכל על הדין הישן מנקודת המבט הישנה... לא נוכל אחרת, גם אם נרצה".[66]

פולמוס משני נוסף בין שני השופטים נסב סביב השאלה כיצד ניתן להבטיח את הלכידות הפנימית של שיטת המשפט הישראלית בעקבות חקיקתם של חוקי־היסוד. לשיטתו של ברק, חוקי־היסוד קבעו מִדרג נורמטיבי חדש בשיטת המשפט הישראלית, על־ידי כך שעיגנו את מעמדם של עקרונות מסוימים כעקרונות־העל של השיטה. ומכיוון ש"ביחס למערך החקיקה, החוק הבודד עומד במערך של כלים שלובים", כך ש"המפרש חוק אחד, מפרש את החקיקה כולה",[67] על השופט מוטלת כעת המשימה "לייצב" מחדש את השיטה באמצעות התאמת האיזון המשתקף בכל דָבר חקיקה לאיזון שנקבע בחוקי־היסוד החדשים. השופט חשין חולק על הטענה שחוקי־היסוד יצרו מִדרג נורמטיבי חדש בשיטת המשפט הישראלית, וממילא אינו סבור כי חקיקתם מטילה מחויבויות פרשניות יוצאות־דופן על השופט. לכידותה של השיטה מתאפשרת, כפי שהתאפשרה תמיד, כתוצאה מהאפקט המצטבר של אינספור פרשנויות נקודתיות של הדין, "עקב בצד אגודל".[68] התאמות נקודתיות אלה משתלבות באופן הרמוני זו עם זו מפני שבכולן מיושמת אותה מערכת ערכית הומוגנית למדי של תפיסות צדק שאותה חולקים הן ההדיוט ("האיש ברחוב יפו")[69] והן השופט העליון.

מכאן נולדת מחלוקת משנית נוספת, מתודולוגית באופייה, בדבר מקורות הידע שאליהם יש לפנות כדי לפתור שאלות משפטיות. מקורות הידע המשפטיים היחידים שהשופט חשין משתמש בהם הם דברי חקיקה ופסיקה שהתקבלו בישראל. לעומתו, ברק נעזר בפתרונות

64. שם, בעמ' 401 מול האות ב (סעיף 24 לפסק־דינו של השופט חשין).
65. שם, בעמ' 400 מול האות ז (סעיף 24 לפסק־דינו של השופט חשין). ההדגשה במקור.
66. שם, בעמ' 415 מול האות ב (סעיף 12 לפסק־דינו של השופט ברק).
67. שם, בעמ' 410 מול האות ה (סעיף 9 לפסק־דינו של השופט ברק).
68. שם, בעמ' 401 מול האות ו (סעיף 25 לפסק־דינו של השופט חשין).
69. בביטוי זה השתמש השופט חשין בדיון הנוסף. דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 640 מול האות ז (1995) (להלן: דנ"פ גנימאת).

nevo.co.il

שמצאו שיטות משפט אחרות לשאלות הנידונות (בהקשר זה הוא מאזכר את הפתרונות שנקבעו בקנדה, בארצות־הברית, באנגליה, בשוויץ ובאיחוד האירופי),[70] ובכתביהם התיאורטיים של מלומדים בסוגיות תורת־משפטיות.[71]

כתוצאה מריבוים ומעומקם של חילוקי־הדעות, שני השופטים משתמשים למעשה בשני עולמות מושגיים שונים לגמרי כדי לפתור את השאלה המקורית שעוררה את הפולמוס. עולמות מושגיים אלה אינם ניתנים ליישוב זה עם זה, כך נראה, שכן השופט ברק מבסס את עולם המושגים שלו בשלמותו על הטענה כי התחוללה בישראל מהפכה חוקתית, ואילו השופט השין חולק על טענה זו. לאורך התקדמותו של הפולמוס הלך ונשחק בהדרגה המישור המשותף – התמטי והמתודולוגי – באשר לדרכי פתרונה של השאלה. אם כן, על־סמך מה בכל־זאת הוכרע הפולמוס לטובת ברק?

2. הערכת האסטרטגיה הפולמוסית של השופטים כמסגרת להבנת פסק־הדין

תיתכן תשובה פשוטה (ולדעתי גם פשטנית) לשאלה שעימה חתמנו את הסעיף הקודם. ניתן לומר כי הפולמוס הוכרע כפי שהוכרע מפני שהשופטת השלישית שישבה במותב (במקרה זה השופטת דורנר) "הרימה ידה" לתמיכה בפרשנותו של ברק. ייתכן, תגרוס עמדה זו, כי אילו ישב במותב שופט פלוני במקום שופט אלמוני, הייתה התוצאה מתהפכת. אם גישה זו נכונה, אזי התפתחותו ההיסטורית של המשפט אינה אלא תוצר של נסיבות מקריות שבעטיין משפטנים מסוימים כיהנו בבית־המשפט העליון בזמן נתון, ושופטים מסוימים ישבו במותב מסוים כאשר הוכרעה שאלה מסוימת. נדמה לי כי גישה זו מייחסת דרגה גבוהה מדי של אי־היקבעות (indeterminacy) לדינמיקה של הדיסציפלינה ולחוקיותו הפנימית של השיח המשפטי. אכן, אין לנו נגישות מלאה לשיקוליו של אותו שופט אשר מכריע על־ידי תמיכה באחד הצדדים. לעיתים (אם כי לא במקרה זה), העוגן הטקסטואלי היחיד העומד לרשותנו הוא האמירה הלקונית "אני מסכים". אולם גישה זו, הפוטרת את הכרעת הפולמוס בין שופטים כמשחק של "ספירת ידיים", מתקשה להסביר את ההבדל בין דפוסי הכרעתם של חילוקי־דעות בין שופטים לבין אופן הכרעתם של ויכוחים פשוטים מהיי היומיום אשר אין בנמצא כל אמת־מידה מושכלת להכרעתם.

כוונתי אינה לעסוק בהערכה ספקולטיבית של השיקולים אשר הניעו את השופטת דורנר לתמוך בעמדה שהציג ברק.[72] אבקש לאתר בטקסט את המהלכים האסטרטגיים והטקטיים של השופטים ברק וחשין, ולנתח – מבחינה פולמוסית – כיצד מהלכים אלה תורמים לביסוס עדיפותן של כל אחת מהעמדות. באמצעות ניתוח זה אבקש להסביר חלק מההקשר שבמסגרתו מוכרע הפולמוס. חשוב לזכור כי כל המשתתפים בפולמוס (הן המתפלמסים

70. בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 16, בעמ' 423 מול האות ג (סעיף 21 לפסק־דינו של השופט ברק).
71. שם, בעמ' 411 מול האות א־ד (סעיף 9 לפסק־דינו של השופט ברק).
72. הנמקתה של השופטת דורנר מתמקדת בפירושו של התיקון התשיעי עצמו, ואינה דנה בהרחבה בשאלות כלליות הנוגעות בפרשנות של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. לאורך המאמר בחרתי להימנע מלדון בהנמקתה של השופטת דורנר, כדי לא לסטות מהמעקב אחר המהלכים ומהלכי־הנגד של השופטים ברק וחשין.

nevo.co.il

עצמם והן השופטים המצדדים באחת העמדות) פועלים במסגרת הֶקשר דיסציפלינרי אשר מדריך אותם (אך לא מכתיב להם להלוטין!) כיצד לטעון וכיצד להעריך את טיעוני עמיתיהם. באמצעות השימוש בקטגוריה הפולמוסית של מחלוקת אבקש להראות כי אף שהפולמוס בין השופטים ברק וחשין הולך ו"מתפזר" בין שאלות שונות ומגוונות, עד שאי־אפשר עוד לצמצמו ולהכריעו על־פי אמת־מידה ברורה ומוסכמת, הפולמוס אינו מתנהל במתכונת פתוחה לגמרי. באמצעות מעקב אחר הדרישות שההקשר הדיסציפלינרי מעמיד בפני השופטים ברק וחשין כאשר הם מנסחים את טיעוניהם, ואחר האופן שבו שני השופטים משכילים להתמודד עם דרישות אלה, אבקש לבחון מה הופך עמדה פרשנית מסוימת למשכנעת יותר מעמדה אחרת. בדרך זו אבקש לתרום להבנתנו בדבר תנאי ביסוסן של "אמיתות" בעולם המשפט.

אבקש עתה להציג את האסטרטגיה המאפיינת את מהלכיהם הפולמוסיים של שני הדוברים, ואת הקשר בין בחירותיהם האסטרטגיות לבין עמדותיהם העקרוניות. בכוונתי לשאול כיצד האופן שבו הדובר מארגן את מערך הטיעונים שלו משרת אותו בנסיונו לשכנע את נמעניו להסכים עם תוכן דבריו. כאמור, הניתוח הטקסטואלי שאציג אינו מתמקד בשאלה *מה הטקסט אומר*, אלא בשאלה *כיצד הטקסט אומר זאת*. את אותו *כיצד* אבקש להסיק באמצעות ניתוח של אופן ארגונו של הטקסט כמכלול (האסטרטגיה הפולמוסית), תוך הסתייעות בכמה מובאות מן הטקסט להדגמת המהלכים הטקטיים המשרתים אסטרטגיה זו. אדון בשני מאפיינים עיקריים של התנהלותם האסטרטגית של שני הדוברים: אבקש לבחון כיצד בחירותיהם הקונטקסטואליות (כלומר, בחירתם להציב את הסוגיה שבפולמוס בתוך הֶקשרים מסוימים) ובחירותיהם הטקסטואליות (כלומר, השפה שבה הם בוחרים להשתמש כדי לבסס את טיעוניהם) משרתות כל אחד מהם בנסיונו לשכנע את נמעניו להעדיף את פרשנותו שלו על הפרשנות של עמיתו. אבקש להראות כי בבחירותיו הקונטקסטואליות השופט ברק פועל באופן עקבי להרחבת גבולותיו התמטיים והמתודולוגיים של הפולמוס אל עבר מעגלי הֶקשרים רחבים (אשר חלקם אינם נחוצים כלל, לדעת יריבו, כדי לפתור את השאלה שבגינה ניתנה רשות הערעור). בבחירותיו הטקסטואליות, ברק מנסה להטמיע ז'רגון חדש (אשר יריבו מסרב להשתמש בו) שבעזרתו – ורק בעזרתו – יש לחשוב על המציאות המשפטית בעידן שלאחר חקיקת חוקי־היסוד. אטען כי הן טכניקות הקונטקסטואליזציה והן טכניקות הטקסטואליזציה של השופט ברק מתאפיינות ברמת כפיפות נמוכה יותר לתכתיבי הקורפוס הדיסציפלינרי. אולם מבחינה רטורית, כך אבקש להראות, רמת כפיפות נמוכה זו אינה מכרסמת בהצלחתו לגייס לגיטימציה לעמדתו, אלא דווקא משרתת את מאמציו.

3. עיון בטכניקות הקונטקסטואליזציה של שני השופטים

הסבר אפשרי להצלחתו של ברק להכריע את הפולמוס לטובתו ניתן למצוא בטכניקות הקונטקסטואליזציה שלו. טיעונים דומים צפויים לקבל משקל שונה כאשר הם מוצגים בהקשרים שונים. בחירתם של מעגלי הֶקשרים שבמסגרתם יהיה אפשר לצבור משקל מרבי לטובת העמדה המוצגת מהווה את אחד מאתגריו העיקריים של המתפלמס. אולם סוג הפולמוס מגביל את מרחב התמרון של הדובר באיתורם ובהצדקתם של מעגלי ההקשרים שבמסגרתם הוא מציע לחשוב על השאלה שעל הפרק. בפולמוס מסוג דיון, מרחב הקונטקסטואליזציה

nevo.co.il

הלגיטימי הינו צר למדי, מפאת קשיחותם היחסית של כללי המשחק. למשל, אם הדובר אינו מסוגל להוכיח את ההיפותזה שלו באמצעות ניסוי או חישוב, הוא לא יוכל להפיק יתרון רב מפנייה לטיעונים מתחום ההיסטוריה והפילוסופיה של המדע. לעומת זאת, בפולמוס מסוג ויכוח הדובר רשאי לתמרן בין מעגלי הֶקשרים רבים ומגוונים. יריבו עשוי לטעון כי הוא "מוציא את הדברים מהקשרם", כפי שאכן נהוג לטעון בוויכוחים פוליטיים, אך יקשה עליו להצביע על אמת־מידה מקובלת שעל בסיסה יהיה אפשר להעריך את הבחירה הקונטקסטואלית כסטייה לא־לגיטימית. בפולמוס מסוג מחלוקת, לעומת זאת, הרחבתם של תחומי הפולמוס אל עבר מעגלי הֶקשרים נוספים נתפסת כלגיטימית בתנאי שהדובר מספק סיבות מושכלות (אך לא בהכרח סיבות שמקובלות על יריבו ו/או על כלל חברי הדיסציפלינה) לבירורה של השאלה במסגרת הֶקשרים אלה.

בראשית הנמקתו מכריז ברק כי השאלה המרכזית העומדת לדידו על הפרק היא שאלת האיזון הנכון בין האינטרס הלגיטימי של הפרט שלא תישלל חירותו בטרם הוכחה אשמתו לבין האינטרס הלגיטימי של החברה בהרתעת עבריינים במסגרת המלחמה בפשיעה.[73] על פניו, שאלה זו אינה זהה לשאלות שהשופט חשין מציב בפתח הנמקתו. לדידו של השופט חשין,[74] על הפרק עומדות שלוש שאלות: (א) האם חומר הראיות בתיק מספק תשתית מספיקה, ולו לכאורה, למעשים המיוחסים לנאשם בכתב־האישום? (ב) האם התקיימה עילה ראויה למעצר לאחר אישום? (ג) האם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך אחרת?

כבר במהלך הפתיחה של שני הדוברים מופיעה אם כן אי־הסכמה לגבי עצם ניסוחה של השאלה המרכזית שיש לפתור. מכיוון שהשאלה שברק מציב אינה אלא הפשטה של השאלה שבגינה ניתנה רשות הערעור, לפנינו למעשה אי־הסכמה על האופן שבו יש לחשוב על סוגיות משפטיות בכלל. אי־הסכמה ראשונית זו מפצלת את תהליך הבירור לשני מסלולי שכִילה שונים.

ברק מציע לפתוח את הבירור בהפשטת השאלה המשפטית למרכיביה הכלליים ביותר, ולהתקדם בהמשך ההנמקה לרמות קונקרטיזציה גבוהות יותר ויותר, עד לרמה של החיקוק הקונקרטי והמקרה הקונקרטי. תחילה הוא פונה (בסעיפים 1-4 להנמקתו) לסקירת הפתרונות שמצאו שיטות משפט אחרות לשאלת האיזון הנכון בין חירות הנאשם לאינטרס הכלל, וזאת *עוד לפני שהוא סוקר את הפתרונות הנוהגים בשיטת המשפט הישראלית בסוגיה*. מייד לאחר־מכן הוא פונה להציג את הפתרונות שמצאה הפסיקה הישראלית לשאלה זו, כפי שהתפתחו לאורך ההיסטוריה של דיני המעצר בישראל (סעיפים 5-7 להנמקתו). בנקודה זו ברק משהה את הדיון בשאלה העקרונית שהציג, ופונה לדון בשאלות חוקתיות כלליות (סעיף 8 להנמקתו). כפי שראינו, בפולמוס מסוג מחלוקת, הדובר המעוניין להרחיב את גבולות הפולמוס לעבר מעגלי הֶקשרים נוספים מחויב לנמק מדוע הרחבה זו חיונית לבירור השאלה שבמחלוקת. את ההצדקה ברק מבסס על השינוי שחוללו חוקי־היסוד בסביבה הפרשנית שבמסגרתה יש לחשוב על שאלות משפטיות.[75] לדידו, חוקי־היסוד מהווים נקודת מוצא

73. בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 16, בעמ' 405 (סעיף 1 לפסק־דינו של השופט ברק).
74. שם, בעמ' 380 מול האות א (סעיף 1 לפסק־דינו של השופט חשין).
75. "עם הקיקתם של חוקי היסוד חל שינוי קונספטואלי... אכן, חל שינוי בנקודת המבט. זו אינה

nevo.co.il

ארכימדית למחשבה על כל סוגיה משפטית קונקרטית, ובכלל זה על סוגיית המעצר לאחר אישום. לכן הוא פונה לדון בהשפעתם הפרשנית של חוקי־היסוד על הדין בכלל (סעיף 9 להנמקתו) ועל הדין הישן בפרט (סעיפים 10-18 להנמקתו). מגמת הקונקרטיזציה ההולכת ומתגברת ממשיכה כאשר ברק עובר מהדיון בשאלת השפעתם של חוקי־היסוד על הדין הכללי לשאלת השפעתם על המשפט הפלילי (סעיפים 19-20 להנמקתו). רק לאחר שהעמיק בשאלות חוקתיות ופרשניות מורכבות אלה, פונה ברק לנתח את הוראות התיקון התשיעי עצמו (סעיפים 21-23 להנמקתו). אולם הוא אינו פונה עדיין לניתוח לשון החיקוק. במקום זאת הוא פונה שוב אל הפתרונות החלופיים שהוצעו על־ידי "מדינות דמוקרטיות בנות־תרבות", כלשונו, קרי: קנדה, ארצות־הברית,[76] אנגליה, שווייץ, מדינות סקנדינביה והאיחוד האירופי. רק אז הוא עובר לדון באופן קונקרטי בשאלה שבגינה ניתנה רשות הערעור – שאלת הנפקות של סיווג העבֵרה כמכת־מדינה לגבי שיקול־הדעת השיפוטי בשאלת החזקתו של החשוד בביצועה במעצר לאחר אישום (סעיפים 24-36 להנמקתו). משם (בסעיפים 37-43 להנמקתו) הוא עובר לקונקרטיזציה נוספת של הדיון הקודם, כאשר הוא פונה לבחון אם יש לסווג את העבֵרה מושא האישום הספציפי (גנֵבת רכב) כמכת־מדינה. רק לאחר שלושים ושניים עמודים של ההנמקה – שבהם פגשנו, בין היתר, את הפתרונות שמצאו מגוון שיטות משפט לשאלה העקרונית שהציב ברק, את עמדתם של המלומדים קלזן והארט בנוגע להבחנה בין מובנה של גורמה לבין תוקפה, וכן דיונים מורכבים בתורת הפרשנות החוקתית – אנו פוגשים (בסעיפים 44-49 להנמקתו של ברק) את גנב הרכב עימאד גנימאת ולומדים על המעשה המיוחס לו.[77] לאורך סעיפים אלה עובר ברק "מן הכלל אל הפרט", ומיישם את העקרונות הכלליים שנידונו לאורך ההנמקה כולה כדי להכריע במקרה הקונקרטי.

בחירותיו הקונטקסטואליות של ברק אינן מובנות מאליהן. ניתן להמחיש טענה זו באמצעות עיון בבחירותיו הקונטקסטואליות השונות בתכלית של חשין. בעוד ברק אינו צועד ולו צעד אחד מבלי להסתמך על המהפכה שחוללו כביכול חוקי־היסוד, חשין מציג שתי יחידות

מהחוק החוּצָה אל עבר זכויות האדם, אלא מזכויות האדם החוקתיות פנימה, לעבר מובנו של כל חוק וחוק. כתוצאה מתמריצים אלה, עלינו לבחון מחדש פירושים שניתנו לחקיקה בעבר." שם, בעמ' 415 מול האות ב (סעיף 12 לפסק־דינו של השופט ברק).

76. אגב, ניתן להלוק על עמדתו של השופט ברק שלפיה שיטת המשפט האמריקאית מדגימה את האופן שבו "מדינות דמוקרטיות בנות־תרבות" צריכות לאזן בין זכויות נאשמים לבין אינטרס הכלל במלחמה בפשיעה. מערכת האכיפה של המשפט הפלילי בארצות־הברית הינה נוקשה בהרבה מן המקובל ברוב מדינות המערב (בעיקר בכל הקשור לעונש המוות ולאופן שפיטתם של קטינים). ראו: James Q. Whitman, Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Gap between America and Europe (2003).

77. על ריחוקו של עולם המושגים המשפטי מעולמם המושגי של בעלי־הדין כותב אביגדור פלדמן: "הנאשם חסר יכולת ליצור משמעות מן המלים שנישאו לעברו מעבר דוכן המשפט. הוא אינו יודע שהמשפט הסתיים. השופט כבר יצא והנאשם מסתבל בפרקליטו במבט מבולבל, 'מה אירע?'." אביגדור פלדמן "שירת הסירנות: שיח וחלל בבית־המשפט" תיאוריה וביקורת 1, 143 (1991).

nevo.co.il

טקסטואליות נפרדות, אוטרקיות. היחידה הראשונה עוסקת בהחלת הוראותיו של התיקון התשיעי כדי להכריע במקרה הקונקרטי (סעיפים 1-15 להנמקתו); ואילו השנייה עוסקת בשאלת השפעתם של חוקי־היסוד על הדין הישן (סעיפים 16-29 ועד בכלל). היחידה הראשונה מחזיקה כבר את כל הדרוש למעשה השפיטה, כפי שחשין תופס אותו. במהלך יחידה זו חשין מכריע בשאלת המשך מעצרו של הנאשם מבלי שהוא נזקק כלל לחוק־היסוד, ואף *מבלי שהוא מזכיר חוק זה ולו פעם אחת בטקסט*. את סיכומה של יחידה זו מכתיר חשין בכותרת "סוף דבר", ואילו את התייחסותו לסוגיה החוקתית הוא מכתיר בכותרת "אחר הדברים האלה". חשין מבהיר כי שאלת השפעתו של חוק־היסוד נכפתה עליו כנושא רלוונטי לפולמוס רק מפני שעמיתו "הרחיב והעמיק" בשאלות חוקתיות כלליות,[78] תוך שהוא מבקש "לייסד – לראשונה בתולדות חוק היסוד – דוקטרינה מקפת וכל כוללת" אשר קובעת כי "יש בכוחם של חוקי היסוד... להזיז גבולות ולהניע יבשות".[79] המבנה של הטקסט החשיני מבקש, לא פחות ממסריו, לערער על בחירותיו הקונטקסטואליות של השופט ברק על־ידי כך שהוא נמנע במופגן מליישם במידה כלשהי את צורת החשיבה אשר אליבא דברק אין בלתה. בעוד ברק גורס כי "לא נוכל להשקיף על הדין הישן בלא לקחת את חוקי היסוד בחשבון",[80] "לא נוכל אחרת, גם אם נרצה",[81] היחידה הראשונה של הטקסט החשיני מבקשת להוכיח כי אפשר גם אפשר לפרש את התיקון התשיעי באופן שמכבד את כבודו וחירותו של הנאשם גם מבלי להזדקק לחוק־היסוד, לפתרונות המשפט המשווה או לכתבים התיאורטיים המורכבים שברק פונה אליהם.

אופן ארגון הטקסט של השופט חשין משקף את עמדתו העקרונית שלפיה חוקי־היסוד לא שינו את מכלול השיקולים הרלוונטיים שעל השופט להביא בחשבון בבואו לפרש את הדין.[82] לדידו, פנייתו של ברק להקשרים רחבים (בתחומי תורת המשפט והמשפט המשווה) אינה נחוצה ואינה מועילה, שכן "דיברה תורה כלשון בני אדם, ואם תורה כך – חוק היסוד לא כל שכן".[83] בעוד ברק מפנה אותנו לפתרונות התלופיים שנקבעו ב"מדינות דמוקרטיות בנות־תרבות",[84] ונוקט הערכה ביקורתית ביחס לפתרונות שהציעו עד כה שופטי ישראל,[85]

78. בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 16, בעמ' 388 מול האות ו (סעיף 16 לפסק־דינו של השופט חשין).
79. שם, בעמ' 393 מול האות ה (סעיף 20 לפסק־דינו של השופט חשין).
80. שם, בעמ' 415 מול האות ב (סעיף 12 לפסק־דינו של השופט ברק).
81. שם.
82. את אופן ארגון הטקסט ניתן לפרש כאסטרטגיה רטורית. הכתיבה האפוריזמית של ניטשה, הכתיבה המעין־גיאומטרית של שפינוזה או הכתיבה הדיאלוגית של אפלטון מספקות שלוש דוגמות קלסיות לאופן שבו ארגון הטקסט משקף מבחינה צורנית את עמדותיו העקרוניות של הדובר, ומסייע לו בדרך זו לשכנע את נמעניו.
83. דנ"פ גנימאת, לעיל ה"ש 69, בעמ' 640 מול האות ה (סעיף 7 לפסק־דינו של השופט חשין).
84. בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 16, בעמ' 405-407, 423 (סעיפים 1-4 ו־21 לפסק־דינו של השופט ברק).
85. ברק כותב כי "בחינה מחודשת [של האיזון שהתיקון התשיעי מקיים – ע' א'] יכולה הייתה להתרחש גם בעבר. אך בפועל היא לא נעשתה". שם, בעמ' 415 מול האות ג (סעיף 12 לפסק־דינו של השופט ברק).

nevo.co.il

חשין מבקש את התשובות בלשון החיקוק עצמו, בהלכה הפסוקה וב"באפיונה של עבירת גניבתו של רכב בימינו ובמקומותינו".[86] תוך ניגוד חריף למערך ההקשרים שבהם עמיתו מציב את הסוגיה, חשין מתעקש לקיים את הדיון על הקרקע המחוספסת של המציאות הישראלית, אשר יותר משהיא מתאפיינת ב"איזונים" וב"מטריות נורמטיביות", מתאפיינת בשיעורים גבוהים של גנֵבת רכב.[87]

לפנינו, אם כן, שתי חלופות באשר לאופן שבו יש לפתור שאלות משפטיות. שתי החלופות הינן לכידות (קוהרנטיות) כשלעצמן אך אינן מתיישבות זו עם זו. אליבא דברק, כדי לפרש את מובנו של התיקון התשיעי יש ליישם צורת חשיבה כללית יותר המשקפת את האיזון החדש שקבע חוק־היסוד בין חירות הפרט לאינטרס הכלל. לכן, לשיטתו, כאשר הוא משהה את ניתוח החיקוק הספציפי לטובת ניתוח שאלות חוקתיות כלליות, הוא אינו סוטה מן הנושא או מרחיב אותו באופן מלאכותי, אלא מבקש לחשוף את רבדיה העמוקים יותר של השאלה, ולמצוא כלים אנליטיים שבעזרתם ניתן לנתחה ביתר בהירות. כנגד הטענה שלפיה הדיון שהוא מנהל מנותק מההקשר הקונקרטי (רמת המסוכנות של עימאד גנימאת והתפשטות התופעה של גנֵבות רכב), היה ברק משיב בוודאי כי אלה טפלים לאתגר השיפוטי העיקרי: יישום עקרונות השיטה המשפטית על איבר קונטינגנטי מתוכה. לשיטתו של השופט חשין, לעומת זאת, אין צורך לחרוג בכל מקרה ומקרה מן הנורמה הספציפית כדי להבינה על רקע עקרונותיה הכלליים של השיטה. עקרונות אלה ממילא מוטמעים בתפיסות השכל הישר של השופט. השופט נדרש להחיל תפיסות אלה כדי לבחון את המקרה הקונקרטי תוך היעזרות במספר מצומצם של מקורות ידע מוסכמים (ובראשם החקיקה המקומית והפסיקה המקומית). צמצום זה מאפשר לדידו בקרה דיסציפלינרית אפקטיבית על שיקול־הדעת השיפוטי. בקרה כזו אינה מתאפשרת כאשר אחד השופטים הולך ומרחיב באופן עקבי את הפולמוס לעבר הֶקשרים שהרלוונטיות שלהם אינה מוסכמת בין חברי הדיסציפלינה. במושגים פולמוסיים, ברק מבקש להעמיס עוד ועוד טיעונים, תוך שהוא מזמין את יריבו להסכים או לכפור ברלוונטיות שלהם, ובכך לנתב את הפולמוס לכיוון הטיפוס האידיאלי של "מחלוקת". חשין, לעומתו, מבקש כל העת לצמצם את גבולות התחלופה הפולמוסית, תוך שהוא מתמקד בקבוצה מצומצמת של טיעונים ובקבוצה מצומצמת של מקורות ידע, ובכך הוא מבקש להביא לידי כך שהפולמוס יתנהל ככל האפשר במסגרת הדפוס של "דיון".

שתי הדרכים לגיטימיות בעיני הדיסציפלינה, ולפיכך אי־אפשר לייחס למי מהמתפלמסים טעות בהחלת מתודולוגיות ההסקה המקובלות בקהיליית המשפטנים. אף־על־פי־כן יש להכריע בין שתי העמדות המנוגדות ולהכיר רק באחת מהן כפרשנות המשפטית המחייבת. כדי להבין מדוע הוכרעה ההתמודדות כפי שהוכרעה, יש לבחון את היתרונות האסטרטגיים (מן הבחינה הרטורית) שהשופט ברק משכיל להפיק בעזרת טכניקות הקונטקסטואליזציה שלו. אציע

86. שם, בעמ' 384 מול האות א (סעיף 6 לפסק־דינו של השופט חשין).

87. "המכה האחת עשרה ממשיכה וחובטת בחוזקה בחברה בישראל", כותב חשין, "ואם בתחילתה ייסרה אותנו בשוטים, הרי כיום היא מייסרת אותנו באבנים... שעת לילה; הרחוב נם את שנתו; מבט לימין, מבט לשמאל; ניפוץ זגוגית; חיבור חוטים; נסיעה מהירה...". שם, בעמ' 381 מול האות ג (סעיף 3 לפסק־דינו של השופט חשין).

nevo.co.il

הסבר אפשרי: ככל שהשאלה שמבררים מוצבת במסגרת מעגלי הֶקשרים רבים ומגוונים יותר, נשחק בהדרגה הכוח המגביל של לשון החוק עצמו על שיקול־הדעת השיפוטי. למשל, כאשר ברק פותח את הנמקתו בפנייה לדין הזר כאל ההקשר הראשוני שבמסגרתו יש לחשוב על השאלה (ואילו לניתוח קונקרטי של הוראות התיקון התשיעי עצמו הוא פונה רק בסעיף 21 להנמקתו), נשחק המִדרג המקובל בין החוק המקומי לבין מקורות פרשנות חלופיים.[88] בעקבות כך מתרחבת יכולתו של השופט לתמרן בין מקורות פרשנות שבהם הוא מוצא חיזוק לעמדתו (למשל: כתבי המלומדים הארט וקלזן, הדין הקנדי). מניה וביה, ברק מרחיב בדרך זו את יכולתו לעקוף את הוראות הדין המקומי, אם יחפוץ בכך.

משקלן היחסי של ההגבלות שהציב המחוקק בתוך מכלול השיקולים הרלוונטיים להכרעה הולך ומצטמצם ככל שהן נבלעות בתוך מגוון מקורות הידע שהשופט נעזר בהם. חתירתו של ברק לצמצום הרלוונטיות של התיקון התשיעי נובעת מביקורתו על האיזון הקבוע בחוק זה בין חירות הנאשם לבין אינטרס הכלל במלחמה בפשיעה. ברק קובע כי "מעצר בגין חומרת העבירה בלבד אינו מקובל במדינות דמוקרטיות בנות תרבות... ספק בעיניי אם הוא יוכל לעמוד בפסקת ההגבלה".[89] מאידך גיסא, ברק מכיר בכך ש"חוקתיותו של התיקון התשיעי אינה עומדת... למבחן" מאחר שמדובר בדין ישן המוגן מכוח סעיף שמירת הדינים.[90] התיקון התשיעי מהווה לפיכך אחד מקבוצה של חוקים אשר "אילו נחקקו... לאחר צאתם של חוקי היסוד, הם היו בטלים, שכן הם פוגעים בזכויות האדם בלא שתקוימנה דרישותיה של פיסקת ההגבלה. משנחקקו לפני חקיקתם של חוקי היסוד, נשמר כוחם של חוקים אלה, בלי שניתן ליישב אותם (בדרך פרשנית) עם חוקי היסוד".[91] הגיונו של סעיף 10 לחוק־היסוד פגום בעיני השופט ברק מכיוון שהוא משמר יסוד סטטי ואנכרוניסטי (הדין הישן) בתוך שיטה אשר שואבת את ההרמוניה והלכידות הפנימית שלה מהתאמתם של כלל איבריה (אשר מצויים – דין חדש ודין ישן כאחד – "במערך של כלים שלובים")[92] לעקרונות־היסוד שלה (המצדיקים איזון חדש בין זכות הפרט לאינטרס הכלל). מכשול זה יש לסלק, אולם לא כדאי לעשות זאת (מבחינה טקטית) תוך התעלמות מפורשת מהוראת המחוקק או תוך ביקורת חד־משמעית על ניסוח אחד מסעיפיו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהרי על חוק־יסוד זה

88. מִדרג זה מוצא ביטוי, למשל, בקביעה המופיעה בחוק יסודות המשפט שלפיה רק במקרה שבו "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה (או) בהלכה פסוקה", יפנה השופט לדרך של היקש. ראו סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם־1980, ס"ח 163.

89. בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 16, בעמ' 423 מול האות ג-ד (סעיף 21 לפסק־דינו של השופט ברק).

90. שם, בעמ' 422 מול האות ד (סעיף 21 לפסק דינו של השופט ברק).

91. שם, בעמ' 414 מול האות ד (סעיף 11 לפסק־דינו של השופט ברק).

92. שם, בעמ' 410 מול האות ה (סעיף 9 לפסק־דינו של השופט ברק): "כל חוק משתלב בסביבתו הנורמטיבית ומושפע ממנה... המפרש חוק אחד, מפרש את החקיקה כולה. ביחס למערך החקיקה, החוק הבודד עומד במערך של כלים שלובים. ואם כך ביחסים בין חוקים 'רגילים' לבין עצמם, על אחת כמה וכמה שכך הדבר בין חקיקה 'רגילה' ישנה לבין חוקי היסוד."

nevo.co.il

נשענת המהפכה החוקתית. יהיה נבון, לעומת זאת, להציג את ההסדר הקבוע בתיקון התשיעי כבעיה שיש לפתור, במקום להסתמך עליו כעל מקור מחייב לפתרון הבעיה שבפולמוס.

ברק משכיל לעשות זאת מבלי להפר במופגן את מחויבויותיו המוסדיות (כלפי המחוקק), על־ידי כך שהוא משהה את ניתוח התיקון התשיעי עצמו עד לסעיף 21 להנמקתו, ופועל בינתיים להציג את הפתרון המעוגן בו כבלתי־מספק. ברק פותח את הנמקתו בהצגת חולשתם של הפתרונות החקיקתיים הישראליים ביחס לפתרונות החקיקתיים הנהוגים בשיטות משפט של מדינות שאותן הוא ממתג כ"דמוקרטיות", "נאורות" ו"בנות־תרבות". בחירתו של ברק לפתוח בצורה זו מאפשרת לו חופש תמרון רב יחסית, שכן היעזרותו של השופט בדין הזר אינה נשלטת על־ידי אמות־מידה דיסציפלינריות קשיחות ומגבילות. ברק אינו נדרש להציג באופן מפורש נימוקים המסבירים מדוע הפתרונות הנהוגים באותן שיטות משפט שאליהן הוא פונה באופן תדיר ונרחב (בעיקר קנדה, גרמניה וארצות־הברית) הינם רלוונטיים יותר מהפתרונות שמצאו שיטות משפט דמוקרטיות אחרות אשר מקומן נפקד מן הניתוח. הקורא החשדן עשוי לטעון כי פנייתו של ברק למשפט המשווה כאל מקור ידע ראשוני נובעת מכך שהדבר מאפשר לו חופש רב בבואו לבחור דגמים השוואתיים לצורך עיצובה של שיטת המשפט הישראלית בעידן הבתר־מהפכני. היחסים המוסדיים שבין הרשות השופטת לבין הרשות המתוקקת במדינות מסוימות "מושכים" את ברק יותר מאלה המאפיינים מדינות אחרות. לכן הראשונות יזכו מעתה להיקרא "מתקדמות" או "בנות־תרבות", ופתרונותיהן יצוטטו בהרחבה בפסקי־הדין, עד שהדיסציפלינה תחל בהדרגה להכיר בהן כבמקורות רלוונטיים (יותר מאחרים) לפרשנותו של הדין המקומי. תהליך העדפתן של שיטות אלה סוחף אחריו סוכנים שונים המשתתפים בתהליכי ייצורה של "האמת המשפטית" (למשל, פרקליטים המשבצים מובאות מן המשפט הקנדי בכתבי טענותיהם). הרלוונטיות של ההסדרים הקנדיים, לדוגמה, נהפכת בהדרגה לחלק מהידע הפרגמטי שחברי הקהילה הדיסציפלינרית (למשל, סטודנטים למשפטים) רוכשים בדבר האופן שבו ניתן לבסס טענות בשיח המשפטי הישראלי. בעקיפין, השימוש ההולך ומתרחב בשיטות משפט אלה כבמקור ידע דומיננטי מוביל להידמותו ההדרגתית של המשפט הישראלי לשיטות משפט אלה. אלא שייתכן כי תהליך הידמות זה לא התבסס על דיון מקיף מספיק ברלוונטיות של המודלים הנוהגים בקנדה, בגרמניה ובארצות־הברית למציאות הישראלית (לעומת המודל הבריטי, למשל, אשר אינו מפקיד סמכויות כה רחבות בידי הרשות השופטת),[93] אלא על ביסוסן האגבי של דרכים חדשות לייצור ידע תוך כדי פולמוסים שיפוטיים.[94]

הפנייה הראשונית לדין הזר מבקשת לרמז כי הכלים שהעמיד המשפט הישראלי – כפי שעוצב טרם המהפכה החוקתית – אינם מספקים, וכי יש להמירם בכלי חשיבה וניתוח חדשים (דהיינו, להקדים ולחפש פתרונות שנקבעו בשיטות משפט שבהן קיימת חוקה

93. לביקורת דומה ראו: אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133 (1997).

94. ודוק: אין בכוונתי לטעון כאן טענה מהותית בעד או נגד הפתרונות אשר "יובאו" מקנדה, מגרמניה או ממקום אחר. הטענה עוסקת בניתוח המהלכים הרטוריים שבאמצעותם נעשה השינוי, ולא בהערכת תכניו של השינוי.

nevo.co.il

פורמלית).[95] ברק מסביר את משמעותם ההיסטורית של חוקי־היסוד החדשים באופן דומה לזה שבו תומס קון (Kuhn) מסביר את תנאי התגבשותן של מהפכות מדעיות. לדידו של קון, פרדיגמות חדשות עולות ומתבססות בעקבות משבר המיוחס לכשלונה של הפרדיגמה השלטת להמשיך לפתור את החידות שהתופעות הפיזיקליות מציבות בפניה. המעבר מפרדיגמה אחת לאחרת מתרחש כאשר תיאוריות ודרכי חקירה אשר נתפסו קודם לכן כפריפריאליות מצליחות להוכיח את עצמן כאפקטיביות יותר בפתרון אותן חידות, עד שהן זוכות בהדרגה בהכרת הממסד המדעי, אשר מתחיל להשתמש בהן במקום בתיאוריות ובדרכי החקירה שבהן נהג להשתמש באופן מסורתי לשם פתרון החידות המדעיות.[96] באופן דומה, ברק מבקש לשכנע את נמעניו כי הכלים שבהם השתמשו שופטי ישראל באופן מסורתי כדי לפתור שאלות משפטיות אינם מסוגלים עוד לשמש לפירוש דיני המעצרים באופן שיגשים את התפיסות הרווחות כיום ביחס לזכויות האדם בישראל. בלשון קוניאנית, ברק מבקש לכונן מודל חדש של "חיי קהילה". במסגרת מודל זה על חברי הקהילה הדיסציפלינרית לתפוס את שיטת המשפט הישראלית בראש ובראשונה כ"חברה במועדון" שיטות המשפט המקיימות מבנה חוקתי, ולפנות תחילה לפתרונות שמצאו שיטות משפט אלה, ולא לפתרונות שאותם נהגה הדיסציפלינה עצמה להציע באופן מסורתי. מובן שאפיון זה של עיתוי הפולמוס ושל הדרישות שעיתוי זה מציב בפני השופטים נתון בעצמו במחלוקת בין שני המתפלמסים ובקרב הקהילה הדיסציפלינרית בכלל.[97]

הדוגמה שלעיל מלמדת כי לפנינו לא רק התמודדות על פתרונה של שאלה ספציפית (אשר בגינה ניתנה רשות הערעור), ואף לא רק התמודדות על פתרונן של שאלות חוקתיות כלליות. לפנינו התמודדות על האופן שבו יש לפתור שאלות משפטיות בכלל בסיטואציה ההיסטורית שנוצרה לאחר הקיקת חוקי־היסוד, כלומר, על האופן שבו ניתן לייצר ידע במסגרת הדיסציפלינה "ביום שאחרי המהפכה".

כבר בראשיתו הרג הפולמוס מגבולותיו המקוריים אל עבר שאלה מתודולוגית: עד כמה יש להיעזר במשפט הקנדי (שברק מקדיש לו את מרבית תשומת־הלב לאורך ארבעת הסעיפים הראשונים של הנמקתו) לצורך ניתוח שאלות משפטיות בישראל? בשל האופי הדיאלוגי של ההתמודדות הפולמוסית, על השופט חשין להכריע, כאשר הוא מכלכל את מהלכיו, אם להציג דוגמות נגדיות מהדין הזר המחזקות את פרשנותו שלו ו/או מערערות על פרשנותו של עמיתו, או שמא לערער באופן מפורש על פרוצדורות ההסקה שעמיתו נוקט (כלומר, להפוך את שאלת הקדמת הפנייה לדין הזר לפנייה לדין המקומי לסוגיה נוספת, מתודולוגית באופייה, שיש להתפלמס עליה). האסטרטגיה שחשין בוחר בה היא להימנע מלהיגרר לזירה שאליה ביקש ברק לנתב את הפולמוס - זירת המשפט המשווה. חשין בוחר לא להיעזר במהלך

95. ראו גם אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי־היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996).

96. ראו קון, לעיל ה"ש 46.

97. ראו, למשל, רות גביזון "המהפכה החוקתית - תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (1997).

nevo.co.il

הנמקתו במקורות משפט זרים,[98] כמבקש לומר: מקורות הידע הקונוונציונליים שבהם השתמשה הדיסציפלינה מאז ומעולם – החוק והפסיקה המקומיים – מעמידים לרשות השופט כלים מספיקים לדיון בשאלה האמיתית שבירורה התבקש. אין צורך לרעות בשדות זרים. יש להגביל את הבירור *"לימינו ולמקומותינו"* (ההדגשה במקור, ומופיעה פעמיים במהלך הנמקתו – ע' א').[99]

האם בחירה זו של חשין נבונה מבחינה פולמוסית? בנקודה זו יש חשיבות להבחנה שבין פולמוס מסוג דיון לבין פולמוס מסוג מחלוקת. שני הֶקשרים פולמוסיים אלה מציבים, כפי שראינו, דרישות שונות בפני המתמודדים בבואם לבסס את עמדותיהם. חשין סבור (בניסוחה של רות גביזון) כי המהפכה החוקתית היא "נבואה שמגשימה את עצמה" יותר מאשר "תיאור מציאות".[100] לדידו, התגבשותה של המהפכה החוקתית מתאפשרת מכוח האפקטיביות של *השיח המעניק לגיטימציה לאותה "מהפכה"* – אותו שיח שברק פועל להטמיעו. ייתכן שבהקשר זה יש להסביר את סירובו של חשין לנסות לגבור על יריבו תוך שימוש באותם כלים פרשניים עצמם (המשפט המשווה), שכן משמעותה של היענות זו היא הכרה מובלעת במעמדם של אותם כלים פרשניים אשר את עצם הפצתם ומיסודם ככלי חשיבה דיסציפלינריים הוא מבקש למנוע. אילו נגרר חשין להבאת דוגמות נגדיות מהדין הקנדי, או מכל דין זר אחר, הוא היה עלול למצוא את עצמו משתתף מאונס בתהליכי כינונו של אותו שיח חדש שהוא מתנגד לו.

חשין גם מיטיב לזהות את המלכוד שברק נתון בו כאשר הוא מבקש לאפיין את עיתוי הפולמוס כמהפכני. ככלל, מהפכה עשויה להיות מוצדקת רק על רקע אי־יכולתם של ההסדרים הקיימים להמשיך לספק את הצרכים החברתיים, שאם לא כן אין צורך לערוך את השינוי באמצעות הפעולה הדרמתית (והבזבזנית מבחינת הלגיטימציה הציבורית) של "הפיכת" הסדר הקיים על פיו. במקום זאת ניתן לערוך את השינוי, כפי שמציע למעשה חשין, באמצעות תיקונים נקודתיים ורציפים של הדין, כפי שהחוקיות הדיסציפלינרית המסורתית מאפשרת. על־כן ברק שואף לאפיין את ההבדלים בין העידן שלפני חקיקתם של חוקי־היסוד לעידן שאחרי חקיקתם כהבדלים עמוקים, כלומר, להציג את הפתרון המעוגן בתיקון התשיעי כאנכרוניסטי.

בהקשר זה יש להבין את מגמתו הטקטית של המהלך העוקב של ברק – הצגת התיקון התשיעי בהקשר של התפתחותן ההיסטורית של עילות המעצר בישראל. ברק מציג נרטיב היסטורי ליניארי הכולל שלושה שלבים מוגדרים: בשלב הראשון נמנע המחוקק מלקבוע באופן מפורש את עילות המעצר; בשלב השני נחקק התיקון התשיעי; והשלב השלישי

98. ההתייחסות היחידה של חשין לדין הזר מופיעה במסגרת הערה באורך ארבע שורות בנוגע לפסק־דין קנדי שאליו הפנה ברק עצמו. חשין טוען שם כי הציטוט שהביא ברק מחזק דווקא את עמדתו שלו, אך נמנע מלהרחיב בסוגיה. בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 16, בעמ' 404 מול האות ה (סעיף 29 לפסק־דינו של השופט חשין).

99. שם, בסעיפים 6-7 לפסק־דינו של השופט חשין.

100. גביזון, לעיל ה"ש 97.

nevo.co.il

והאחרון נפתח "עם חקיקתם של חוקי היסוד".[101] על ציר הזמן, ברטיב ההתקדמות הליניארית מַבנה את הציפייה לתיקונם של ההסדרים החקיקתיים השייכים לרגע היסטורי קודם, כך שיהיה אפשר להתאימם להסדרים (הנהוגים באותן שיטות משפט "בנות־תרבות") אשר הוצגו קודם לכן כנקודת היעד במרחב שאליה יש לתתור.[102] מאידך גיסא, מידת הביקורתיות שברק רשאי לגלות כלפי העידן הטרום־מהפכני היא מוגבלת, כמובן, באשר מימד הרציפות השיפוטית משרת את צורכי הלגיטימציה שלו. בדיוק אל המרווח הזה מנסה חשין להשתחל, כאשר הוא מבקש לגייס לטובת עמדתו את הרציפות הדיסציפלינרית. "שלא כדעת חברי", כותב חשין, "דעתי היא כי אבותינו־בשפיטה דיברו וחשבו במהויות ולא אך בסמכויות... דומני שראוי לנו כי ננהג בענווה ובצניעות בטפלנו בדין קודם שטבל כל כולו באותן זכויות".[103] אילו התנהל הפולמוס על־פי הדפוס של *דיון*, אזי ציפייתו של חשין כי תריגתו של ברק מהמחויבויות הדיסציפלינריות הממוסדות תיזקף לחובתו הייתה במקומה. אלא שבפולמוס מסוג *מחלוקת*, אשר מאפשר למתמודדים להבנות בצורה דינמית (אם כי לא חסרת גבולות) את התפרשותו התמטית והמתודולוגית של הפולמוס, משקלה של ההצבעה על סטיית היריב מדרכי ההסקה הפרוצדורליות המקובלות עשוי להתקזז עם המשקל שנצבר לטובת עמדת היריב באמצעות סטייה זו עצמה.

4. עיון בטכניקות הטקסטואליזציה של שני השופטים

לשיטתו של ברק, "עם חקיקתם של חוקי היסוד חל שינוי קונספטואלי... אכן, חל שינוי בנקודת המבט... שוב איננו יכולים להסתכל על הדין הישן מנקודת המבט הישנה".[104] לאחר חקיקת חוקי־היסוד אין להמשיך לפרש את המציאות המשפטית על־פי עולם המושגים

101. בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 16, בעמ' 409 מול האות ז (סעיף 7 לפסק־דינו של השופט ברק). קביעתו של ברק כי "עם חקיקתו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו נפתח השלב השלישי בהיסטוריה של דיני המעצר לאחר אישום בישראל" מהווה דוגמה נוספת לשימוש מעגלי בטענות שברק נדרש לבססן כדי לזכות בהתמודדות. נדמה כי המסקנה של ברק שלפיה חקיקת חוקי־היסוד מהווה שלב (שלישי) בהיסטוריה של דיני המעצר עומדת במתח עם העובדה שהתיקון התשיעי מהווה דין ישן, ולפיכך, מכוח סעיף 10 לחוק־היסוד, תוקפיותו אינה עומדת למבחן. למעשה, המחוקק קבע איסור מפורש לפעול לשינוי המצב המשפטי אשר ברק מגדירו כשלב השני בהתפתחות דיני המעצר. לא ברור, אם כך, על מה מבוססת הטענה כי "נפתח שלב שלישי". שוב, על־פי הקונווציות הדיסציפלינריות יש להותיר בידי המחוקק את הסמכות לקבוע אם וכיצד יש לשנות את דיני המעצר כדי להתאימם לקונסטלציה ההיסטורית החדשה שנוצרה (לדידו של ברק).

102. על היבטיהם האידיאולוגיים של נרטיבים היסטוריים ליניאריים ראו רון חריס, אסף להובסקי ואלכסנדר (סנדי) קידר "בין משפט להיסטוריה: על ההיסטוריוגרפיה של המשפט הישראלי" עיוני משפט כו 351, 382 (2002); אסף להובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" משפטים כט 689 (1998).

103. בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 16, בעמ' 400 מול האות ה (סעיף 24 לפסק־דינו של השופט חשין).

104. שם, בעמ' 414 מול האות ז, 415 מול האות ב (סעיף 12 לפסק־דינו של השופט ברק).

nevo.co.il

הטרום־מהפכני. לכן יש לפתח, להטמיע ולמסד עולם מושגים חדש שיאפשר לשופט להמשיג את המציאות המשפטית בעידן הבתר־מהפכני. את המשימה הזו נטל ברק על עצמו הן בכתביו התיאורטיים והן בהנמקותיו השיפוטיות. בחשבון היסטורי הצלית ברק להחדיר מושגים רבים לשיח הדיסציפלינרי ולבסס מערך מושגי חדש לצורך חשיבה על שאלות משפטיות.[105] משימה זו אילצה את ברק להתפלמס עם מבקריו בתוך בית־המשפט העליון, בקהילה המשפטית ובשיח הציבורי בכלל. את הקרבות שניהל ברק עם השופטים אלון וחשין באשר לעולם המושגי שבו יש להשתמש כדי להעריך את המציאות המשפטית ניתן לראות כהתמודדות על שליטה במשאבים. השפה היא משאב יקר־ערך מפני שבאמצעותה אנו מעניקים פשר למציאות. ניתן להניח כי אילו הצליח השופט אלון לגבור על ברק בפולמוסים שאותם ניהלו השניים ולהטמיע את מרכזיותו של עולם המושגים המבוסס על המשפט העברי בפרשנות המציאות המשפטית, היו המשפטנים תופסים כיום את המציאות בצורה שונה מכפי שאנו נוהגים לתפוס אותה.[106] כפי שמנסח זאת תומס קון:

> בשעה שמשתנות פרדיגמות משתנה איתן גם העולם עצמו. בהדרכתה של פרדיגמה חדשה מסגלים לעצמם המדענים מכשירים חדשים ומחפשים במקומות חדשים... מחוץ למעבדה נמשכים בדרך כלל עסקי יום יום כמקודם. ועם זאת, שינויי פרדיגמה אכן גורמים לכך שמדענים יראו את העולם של עיסוק המחקר שלהם אחרת.[107]

המהפכה החוקתית לא התממשה על־גבי בריקדות. הרעיון כי חוקי־היסוד חוללו מהפכה הופץ והוטמע בטקסטים שהוציא השופט ברק מתחת ידו, שבהם השכיל לשכנע את עמיתיו (בניסוחו של קון) "לסגל לעצמם מכשירים חדשים",[108] וכתוצאה מכך "לראות את העולם... אחרת". כיצד, אם כן, הוטמעה הגישה הגורסת כי משמעותם של חוקי־היסוד הינה מהפכנית?

---

105. לדיון בטכניקות הטקסטואליות המשמשות את ברק לביסוס מעמדן הקנוני של עמדותיו העקרוניות והמתודולוגיות ראו עמית, לעיל ה"ש 43. לדיון בטכניקות הטקסטואליות המשמשות אותו להצנעת המימד הברירני (הכלקטיבי) של הכרעותיו הערכיות ראו בירנהק, לעיל ה"ש 43.

106. חשוב לזכור, עם זאת, כי אי־אפשר לבחון את השלכותיו המשוערות של תרחיש כזה במנותק מהשפעתן של מגמות תרבותיות, חברתיות ופוליטיות שהתגבשו מחוץ לבית־המשפט, אשר תרמו להתבססות הדומיננטיות של התפיסה הברקית. מבחינה מתודולוגית יש לזכור את מגבלות הכוח ההסברי של המסגרת התיאורטית של "משפט כרטוריקה" שבה אני משתמש. השינויים שהתחוללו בשפה המשפטית מאירים רק פן אחד מתוך מכלול הגורמים שהובילו לשינוי ההיסטורי בתפקודו של בג"ץ.

107. ראו קון, לעיל ה"ש 46, בעמ' 93.

108. בין ה"מכשירים" הפרשניים שפיתח ברק בתקופת כהונתו ניתן למנות את המושגים: "מטרייה נורמטיבית" (ע"א 195/82 קיבוץ חצור נ' פקיד השומה רחובות, פ"ד לט(2) 70 (1985)); "שפיטות מוסדית" ו"שפיטות נורמטיבית" (עניין רסלר, לעיל ה"ש 35); "חובת זהירות מושגית" ו"חובת זהירות קונקרטית" (ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985)).

nevo.co.il

כיצד רכשו חברי הדיסציפלינה (שופטים, מלומדים, סטודנטים ופרקליטים) את ההרגל לחשוב על המציאות שסביבם בעזרת כלי החשיבה שפיתח ברק? כיצד נדחק מעמדם של כלי השיבה שבעזרתם נהגו שופטים לפתור שאלות משפטיות בעידן הטרום־ברקי ושל הכלים הפרשניים שהציעו השופטים אלון וחשין? אבקש להראות כי האופן שבו פעל ברק להטמעת מושגים אלה תואם את תפיסתו של ריצ'רד רורטי (Rorty) בדבר האופן שבו מתחוללות מהפכות רעיוניות:

> The "method" of... a revolutionary science... is to redescribe lots and lots of things in new ways, until you have created a pattern of linguistic behavior which will tempt the rising generation to adopt it... [It] works holistically and pragmatically. It says something like "try thinking of it this way" — or more specifically, "try to ignore the apparently futile traditional questions by substituting the following new and possibly interesting questions"... but it does not argue for this suggestion on the basis of antecedent criteria common to the old and the new language games. For just insofar as the new language really is new, there will be no such criteria.[109]

דוגמה מובהקת למהלך מן הסוג שרורטי מתאר ניתן למצוא בנסיונו (המוצלח) של ברק לשכנע את עמיתיו בפסק־הדין בעניין ז'רז'בסקי[110] כי יש להמיר את השימוש הדיסציפלינרי הרווח במושג "ראוי" להערכת פעולות שלטוניות בשימוש במושג "סביר". ברק סוקר שם את האופן שבו התמודד בית־המשפט בעידן קודם עם שאלת הלגיטימיות של כינון היחסים הדיפלומטיים עם גרמניה המערבית.[111] בעניין זה, כזכור, קבע בית־המשפט כי מדובר בשאלה פוליטית אשר לשיח המשפטי אין הכלים לדון בה. את הקושי הזה בית־המשפט יכול לפתור, מציע ברק, על־ידי תרגום הטענה כי "אין זה ראוי לקשור קשרים עם גרמניה המערבית" לטענה השקולה שלפיה "אין זה סביר לקשור קשרים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית".[112] ברק הצליח לשכנע את עמיתיו כי החלפת משחק הלשון כך שיבחן "מה סביר" במקום "מה ראוי" מספקת לשופט לא רק כלים טובים יותר לפירוש המציאות, אלא גם כלים יעילים יותר לשינויה של מציאות זו – למשל, כדי להולל שינוי במערך הכוחות בין הרשות השופטת לרשויות המחוקקת והמבצעת.[113] באותו אופן הצליח השופט ברק לשכנע את עמיתיו להתחיל לשאול שורה של שאלות חדשות ביחס למציאות, וממילא לתפוס את המציאות בצורה הדשה. במקרים אחרים לא הצליח ברק לשכנע את עמיתיו כי יתרונותיהן

109. RICHARD RORTY, CONTINGENCY, IRONY, AND SOLIDARITY 9 (1989).
110. בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991).
111. בג"ץ 186/65 ריינר נ' ראש הממשלה, פ"ד יט(2) 485 (1965).
112. ראו עניין ז'רז'בסקי, לעיל ה"ש 110, בעמ' 855.
113. ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 39; שמיר, לעיל ה"ש 40.

nevo.co.il

של השאלות שהוא מציע לשאול כדי לנתח את המציאות המשפטית – למשל, אם השקפה ערכית מסוימת מקובלת על "הציבור הנאור" – אכן עולות על נזקיהן.[114]

את בחירותיו הטקסטואליות של ברק יש לבחון אם כן בשני רבדים. ברמה הגלויה, ברק משתמש בשפה כדי לפתור את השאלה הקונקרטית העומדת על הפרק (במקרה דנן, אם סיווג העבֵרה מושא האישום כמכת־מדינה מצדיק, כשלעצמו, מעצר לאחר אישום). בהקשר רחב יותר, וביתר שאת בעיתוי ההיסטורי שבו התרחש הפולמוס מושא דיוננו, ברק מבקש לחולל מהפכה חשיבתית. ברק פועל בדרך דומה לזו שמציג רורטי בנתחו את תהליך היווצרותה של מהפכה חשיבתית, קרי, על־ידי שכנועם של חברי הקהילה הדיסציפלינרית לזנוח את ההרגל לתאר את המציאות באמצעות עולם מושגים מסוים, ולרכוש תחתיו הֶרגל לתארו באמצעות עולם מושגים חלופי. בשל האופי הדיאלוגי של ההתמודדות, המאמץ האסטרטגי הדו־רובדי של ברק מחייב גם את חשין לפעול בשני מישורים. חשין פועל לשכנע כי המושגים שברק משתמש בהם כדי לפתור את השאלה הקונקרטית לא רק שאינם תורמים לפתרונה, אלא גם אינם כשירים כלל לשמש כלים לניתוח שאלות משפטיות. חשין מנסה להראות כי מושגים כגון "סבירות", "איזון" או "הציבור הנאור" הינם מושגים גמישים שאין בידי הדיסציפלינה כלים לבקר ולהעריך את האופן שבו השופט משתמש בהם להצדקת הכרעתו. הניגוד בין בחירותיהם הטקסטואליות של שני השופטים הינו חריף ממש כמו הניגוד בין בחירותיהם המתודולוגיות והקונטקסטואליות. בעוד ברק (כפי שנראה מייד) משתמש באופן מסיבי בקבוצת מושגים שאותה הוא מבקש להפיץ ולהטמיע, חשין מסרב לעשות כל שימוש במונחים אלה לשם ניתוח הבעיות העומדות על הפרק. חשין אף יוצא במתקפה חריפה וגלויה נגד קבילותם של אותם מושגים אשר עמיתו מבקש לבסס את מעמדם.

בהקשר זה אני מבקש לקרוא את אחד המהלכים הטיעוניים שברק נוקט ואת ביקורתו של חשין על מהלך זה. לאורך סעיף 11 להנמקתו, סוקר ברק את התפתחותה ההיסטורית של ההגנה השיפוטית על זכויות האדם בישראל. המהלך שברק נוקט – סקירת מגמות בפסיקה כדי ללמוד מהן כיצד לפתור את השאלה המשפטית הנתונה במחלוקת – נתפס במבט ראשון כמהלך אורתודוקסי. מהלך זה מאפשר כביכול לפקח על האופן שבו השופט מכפיף את עצמו לדרכי החשיבה המסורתיות הנהוגות בקרב שופטי בית־המשפט העליון, כך שיובטחו המשכיותן ורציפותן של דרכי החשיבה המקובלות וכן יכולת ההסתמכות עליהן. אלא שהאופן שבו ברק מנסח את הסקירה ההיסטורית, תוך הישענות מסיבית על המושג "איזון", מאפשר לו לקדם באמצעות מהלך זה מטרות שכנועיות אחרות אשר אינן מאוזכרות באופן מפורש.

כבר בפתיחתו של הסעיף מצהיר ברק כי "ההיסטוריה של הפסיקה היא ההיסטוריה של מציאת האיזון הראוי בין הפרט לבין הכלל".[115] המשך הסעיף מובנה כולו סביב וריאציות

114. אכן, השופט ברק עצמו הסתייג לאחרונה מהשימוש בביטוי "הציבור הנאור" משיקולים טקטיים. ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 297 (2004).

115. בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 16, בעמ' 413 מול האות ג (סעיף 11 לפסק־דינו של השופט ברק). מעניינת הזהות הצורנית המוחלטת בין טענת פתיחה זו לבין טענת הפתיחה של המניפסט הקומוניסטי של מרקס ואנגלס: "דברי ימיה של כל חברה עד כה הם דברי־הימים של מלחמת

nevo.co.il

שונות על המושג "איזון", אשר מוזכר בעשרים ושלושה מבין שלושים ושישה המשפטים המופיעים בסעיף, תוך שהוא מוצג כציר הפרשני המרכזי שעליו נשענה מאז ומעולם ההגנה השיפוטית על זכויות האדם בישראל. למשל, ברק קובע כי "תרומתו המרכזית של בית המשפט העליון למשפט הישראלי מאז קום המדינה הייתה... בקביעת האיזון הראוי..." או כי "פסקי הדין החשובים של בית משפט זה בכל תחומי המשפט (הפרטי והציבורי) עמדו על הצורך לאזן בין פרט לכלל...".[116] מבחינה היסטורית ניתן לחלוק על הטענה שלפיה המושג "איזון", באופן שבו ברק מפרש אותו, אכן מילא את התפקיד המיוחס לו בפסיקה הטרום־ברקית.[117] מעניין שכל חמשת האזכורים שברק מתבסס עליהם כדי לאפיין את "ההיסטוריה של הפסיקה" נשאלו לא רק מתקופת כהונתו של השופט ברק עצמו (משנת 1986 ואילך), אלא אף מתוך פסקי־הדין שכתב הוא עצמו. נדמה לי כי יהיה נכון יותר לאפיין את אופי הפעילות שברק עוסק בה כתיאור־מחדש (re-description) של הפסיקה הישראלית שקדמה לו, הנעשה על־פי המודל הרורטיאני שהצגנו לעיל. באמצעות אותו תיאור־מחדש, ברק מבקש להדגים את עדיפותו של המושג "איזון" על המושגים המסורתיים (למשל, את כוחו של המושג "איזון" להצדיק פיקוח שיפוטי הדוק ואפקטיבי יותר על שיקול־הדעת של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת).

במה טמונות איכויותיו של המושג "איזון" כאמצעי שכנועי? אציע הסבר אפשרי: את האפקטיביות של המושג "איזון" ניתן לייחס לשילוב שבין ההון הסימבולי הרב שבו הוא מזכה את הדובר המשתמש בו לבין עמימותו של מושג זה, אשר מאפשרת לדובר לנצלו ככלי לשוני גמיש ורב־שימושי. המושג "איזון" נתפס כמושג־מפתח הן במסגרת אתוס הפעילות השיפוטית (נדמה כי הדימוי של מאזני הצדק יכול להתחרות בכבוד עם הדימוי של אלת הצדק העיוורת, כביטוי אידיאלי של הפעילות השיפוטית)[118] והן במסגרת האתוס של הפעילות המדעית בעידן הנאורות.[119] אלא שכאשר אנו מבקשים להבין את משמעותה של מטפורת השקילה על כפות־המאזניים ככל שמדובר בשקילתם של ערכים ואינטרסים חברתיים,

המעמדות". זהות זו מיטיבה לשקף את האוריינטציה החשיבתית החובקת־כל, המבקשת לתפוס את ריבוי פניה של המציאות (המציאות המשפטית אצל ברק או המציאות החברתית אצל מרקס) תוך הישענות על מושג־מפתח מרכזי בעל כוח הסברי עשיר.

116. שם, בעמ' 413 מול האות ג-ד (סעיף 11 לפסק־דינו של השופט ברק).

117. ודוק: טענתי אינה כי השופטים לא נהגו לאזן בין ערכים מנוגדים לפני כהונתו של ברק, אלא שהם לא עשו שימוש מפורש ומסיבי במושג "איזון" כדי להצדיק את הכרעותיהם, ובוודאי לא גזרו ממושג זה סמכויות פרשניות רחבות כפי שהשופט ברק גוזר ממנו (בנקודה זו אני מאמץ את ביקורתו של השופט חשין, שאותה אציג מייד).

118. Dennis E. Curtis & Judith Resnik, *Images of Justice*, 96 Yale. L. J. 1727 (1987).

119. כפי שכותב דסקל:

> Western conceptions of rationality have been dominated by one image: that of the balance. According to this image, human rationality rests essentially on our capacity of weighing... Ideally, in a rational human being the Balance of Reason is the engine that activates and control all beliefs, preferences, decisions and actions.

nevo.co.il

נדמה כי אנו נאלצים להיגרר לטאוטולוגיה. מקורה של הטאוטולוגיה נעוץ בכך שבניגוד לפעולת השקילה של אובייקטים חומריים, אי־אפשר לכייל את המאזניים המטפוריות המשמשות לשקילת הערכים החברתיים מהטיות הקשורות לאופן שבו הונחו אותם ערכים על כפות־המאזניים. הטיות אלה נובעות מהשפעת ההקשר הסוציולוגי (מגדרי, מעמדי, אתני, דורי וכדומה) על האופן שבו האדם המבצע את פעולת השקילה תופס את המציאות החברתית.[120]

המושג "איזון" אינו מטיל כמעט כל הגבלה אפקטיבית על מגוון שימושיו האפשריים, ואינו כולל אמות־מידה ברורות שבאמצעותן ניתן להעריך את האופן שבו הניח השופט את הערכים על כפות־המאזניים ו/או את המשקל היחסי שיש להעניק להם.[121] ניתן לטעון כי מושג זה כשיר יותר לשמש חיזוק לעמדות ערכיות שהשופט מחזיק בהן ממילא מאשר כלי

Marcelo Dascal, *The Balance of Reason*, *in* LOGIC, THOUGHT, AND ACTION 27 (Daniel Vandervcken ed., 2005).

וראו גם המובאה מלייבניץ, שם:

> If we had a balance of reasoners, where the arguments presented in favor and against the case were weighed precisely and the verdict could be pronounced in favor of the most inclined scale... [we would have] a more valuable art than the miraculous science of producing gold.

120. דוגמה זו ממחישה את יתרונותיו של הדיבור המטפורי כאמצעי שכנועי. הכתיבה הברקית רוויה מטפורות (כמה מן הבולטות שביניהן: "מטרייה נורמטיבית", "מתחם הסבירות", "הציבור הנאור"). נדמה לי כי יש מקום לחקור (משימה שאותה לא אטול על עצמי במאמר זה) כיצד ניצל השופט ברק את האיכויות הלשוניות הטמונות בכלי הלשוני של המטפורה כדי לבסס את עמדותיו. סוגיית שימושיה של המטפורה במסגרת המחקר המדעי נידונה בהרחבה במסגרת ניתוחים פרגמטיסטיים של הפעילות המדעית. ראו, למשל: Mary Hesse, *The Explanatory Function of Metaphor*, *in* REVOLUTIONS AND RECONSTRUCTIONS IN THE PHILOSOPHY OF SCIENCE 111–124 (1980). רורטי סבור כי המטפורה שואבת את איכותה השכנועית דווקא מכך שהיא אינה ניתנת לאימות או להפרכה (במושגים מתחום הפילוסופיה של השפה – אי־אפשר לקבוע את ערך האמת שלה). באמצעות השימוש במטפורה, הדובר נמנע מלחשוף את עמדתו לביקורות המבוססות על אמות־מידה מוגדרות, ובכך הוא מנטרל את יכולתו של היריב להפריך את עמדתו. ראו על כך RORTY, לעיל ה"ש 109, בעמ' 18. חשבו בהקשר זה על אחד הטיעונים שבאמצעותם מבסס ברק את משמעויותיה של מטפורת "תום־הלב", שממנה הוא גוזר חיובים משפטיים על צדדים הפועלים בהקשר הטרום־חוזי: "השלב הטרום חוזי... אין הוא שלב שבו שולט משפט הטבע, לא במתכונת של אדם לאדם – זאב, ולא במתכונת של אדם לאדם – מלאך... ביחסים שבין בני האדם המשתתפים במכרז ישרור העיקרון, כי אדם לאדם – אדם." ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533, 543 (1982).

121. וראו בכתביו של ברק עצמו: "אין השופט יכול לבצע פעולת איזון בלי לקבוע את משקלם של הגורמים המתחרים... לעתים קרובות קו הגבול בין העקרונות המתחרים על הבכורה, אינו ברור כלל ועיקר... ולא נותר לשופט אלא להפעיל את הכוח הריבוני של הבחירה" [ההדגשה שלי – ע' א']. ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 102-103.

nevo.co.il

בקרה המאפשר לבחון כיצד נעשו תהליכי השִׁכּוּלה השיפוטיים.[122] לא בכדי נגרר ברק לשתי טאוטולוגיות כאשר הוא מבקש להגדיר את המושג "איזון" באמצעות שני מרכיבים אחרים של המערך המושגי הבתר־מהפכני. ברק קובע כי "איזון ראוי זה מצא ביטוי במושג הסבירות, שאינו אלא האיזון הנורמאטיבי הראוי בין הערכים המתנגשים".[123] המושג "סבירות", אם כן, אינו אלא האיזון הראוי, ואילו אותו איזון מוכר כראוי באשר הוא סביר. באותו אופן קובע ברק כי "איזון ראוי זה נעזר במושג של 'הציבור הנאור', המהווה 'אמת מידה כללית לאיזון בין ערכים מתחרים בכל ענפי המשפט'".[124] שוב, הגבולות בין המושג המפורש לבין כלי־העזר המשמש לפרשנותו אינם ברורים, שכן נדמה כי מה שהופך את החלק הבלתי־מוגדר ("הנאור") מתוך אותו מכלול בלתי־מוגדר ("הציבור") לאמת־מידה הוא שאותו ציבור מחזיק בעמדות שהינן סבירות ומאוזנות.[125]

חשין מרכז לכן את מאמץ ההתנגדות שלו לפרשנות הברקית בניסיון לחשוף את גמישותו הלשונית של המושג "איזון". בדרך זו הוא מבקש לערער הן על כשירותו של מושג זה לשמש כלי חשיבה דיסציפליגרי בכלל והן על המסקנה הפרשנית שעמיתו מבקש לבסס באמצעות מושג זה בפרט. חשין, אשר מבקש לאורך הנמקתו, כפי שראינו, דווקא לשמר את התחלופה הפולמוסית כך שתתנהל בכפיפות לפרוצדורות החשיבה הדיסציפלינריות המקובלות, מבקש להדגים את מובנו העמום של המושג "איזון" על־ידי כך שהוא פונה בכוונה לתחומי ידע שבהם הוא הדיוט, כגון אסטרונומיה ("כדור הארץ חג־סב את השמש כ'איזון' בין הכוח המושך אותו אל עבר השמש לבין הכוח המושך אותו אל עבר החלל החיצון") או פסיכולוגיה ("כל אחד מאיתנו הינו מעין 'איזון' בין אביו ואימו ומשפחותיהם").[126] בדרך זו מבקש חשין לשים ללעג את ריקנותו של המושג "איזון", שבעזרתו הדובר יכול להצדיק כל עמדה שהיא באמצעות תיוגה "כאיזון הנכון בין שתי אפשרויות אחרות" שאותן הוא עצמו מנסח. באופן פרדוקסלי, דווקא כל־יכולתו (omnipotence) ההסברית של המושג "איזון" הופכת אותו למושג עקר (impotence) מבחינת יכולתו להוסיף לידע שלנו על־אודות המציאות.[127] כאשר

122. באופן טיפוסי, ברק נוהג לעשות זאת באמצעות ניסוח פתרונות המצויים משני קטביו של הפתרון הרצוי בעיניו, תוך הגדרתם כ"קיצוניים", והצגת הפתרון הנבחר כ"איזון" בין שני קטבים אלה. על דפוס רטורי שכיח זה בכתיבה הבריקית ראו עמית, לעיל ה"ש 43, בעמ' 99-100.

123. בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 16, בעמ' 413 מול האות ד (סעיף 11 לפסק־דינו של השופט ברק). כאסמכתה, ברק מאזכר שני פסקי־דין שאותם נתן הוא עצמו בסוגיות אחרות.

124. שם. ושוב, האסמכתה שאובה מפסק־דין אחר שנתן השופט ברק.

125. כניסוחו של רונן שמיר: "בית המשפט יוצר את הציבור הנאור... כמקור השראה לפסיקותיו וכבעל בריתו של השופט. תכונתו הבולטת ביותר של הציבור הנאור הינה תכונת ראי." שמיר, לעיל ה"ש 40, בעמ' 13. ראו גם עמית, לעיל ה"ש 43, בעמ' 127-128.

126. בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 16, בעמ' 397 מול האות ה (סעיף 22 לפסק־דינו של השופט חשין).

127. מובלעת כאן קרבה מעניינת בין טיעונו של השופט חשין בעניין זה לבין ביקורתו של קרל פופר על כושרם ההסברי חסר הגבולות של עולמות המושגים של המרקסיזם ושל הפסיכואנליזה הפרוידיאנית, מה שלדידו של פופר אינו מאפשר להקנות לאבחנותיהם תוקף מדעי. ראו: KARL R. POPPER, CONJECTURES AND REFUTATIONS: THE GROWTH OF SCIENTIFIC KNOWLEDGE (1965).

nevo.co.il

הוא חוזר לעסוק בתחום המשפט, קובע חשין כי "כל נורמה במשפט הינה 'איזון' בין אינטרסים וכוחות המושכים לצדדים",[128] ולכן "המושג 'איזון' – בהקשר עניינו כאן – אינו אלא מלת קוד וצפנת־פענח למושג חוק; שהרי 'חוק' איננו אלא ביטוי ל'איזון' של אינטרסים על דרך נורמה במשפט".[129] לפיכך, הוא טוען, המושג "איזון" אינו מסייע לנו ללמוד דבר נוסף על מה שהיה אפשר ללמוד ממילא מניתוח לשונו של החוק, מבלי להיעזר במושג "איזון".[130]

לדידו של השופט חשין, הניסיון של ברק למסד מושג גמיש ומעורפל זה ככלי חשיבה מרכזי לפתרון שאלות משפטיות מוביל לערעור יכולתו של השיח המשפטי להבטיח רמת ודאות גבוהה של תהליכי השִׁכּוּלה הנעשים במסגרתו. "בתוככי גן המשפט", כותב חשין, "לא יהיו אלא חוקי היסוד לבדם, וכל שאר [ה]חוקים... מקומם אל מחוץ לגן. בשער הגן ניצב להט האיזון המתהפך... הכול כמו מתחיל מבראשית, ואנו בשער נבדוק את 'תעודת האיזון' של כל [ה]חוקים שהיו".[131] התוצאה הפרשנית שאליה הגיע ברק ביחס לשאלה הקונקרטית אשר הולידה את הפולמוס ממחישה, לדעת חשין, את הנפסדות של השימוש במושג "איזון" ככלי חשיבה. מכיוון שמתקיימת רמת הכִּוונה נמוכה ביחס להיקף שימושיו הלגיטימיים של מושג זה, ניתן להשתמש בו כדי לבסס באמצעותו טענות שאי־אפשר לבססן בעזרת מושגים שהמחוקק הגדירם באופן מפורש. במקרה דנן, סעיף 10 לחוק־היסוד אינו קובע כל עמדה ביחס לאופן שבו על השופט "לאזן" בין הדין הישן לבין חוקי־היסוד. לכן ברק משתמש במושג "איזון" כדי לרכך את נפקותה של הקביעה המפורשת המופיעה בסעיף זה, שלפיה השופט מנוע מלפגוע בתוקפו של הדין הישן. אכן, זה המהלך שחשין מייחס לברק כאשר הוא טוען:

> חברי אינו אומר, כמובן, כי חוק היסוד יש בכוחו לשנות דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד ־כיצד נוכל לומר כך והרי סעיף 10 מורה אותנו אחרת – אך תחת עימות ישיר בין חוק היסוד לבין הדין הקודם, מדבר חברי בלשון של "איזונים". כך מביא הוא לעימות בין דרכי "איזון" שונות [במקום לעימות בין הוראות הדין הישן להוראות חוק־היסוד ־עימות שאת הכרעתו הִסדיר המחוקק בסעיף שמירת הדינים – ע' א'].[132]

128. בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 16, בעמ' 397 מול האות ו (סעיף 22 לפסק־דינו של השופט חשין).
129. שם, בעמ' 397 מול האות ה (סעיף 22 לפסק־דינו של השופט חשין).
130. מעניין להשוות את ביקורתו של ג'רמי בנת'האם (Bentham) ביחס למושג "איזון":

> Preeminently indeterminate, indistinct, and confused, on every occasion, is the language in which, to the purpose in question, application is made to the image of the balance; and on every occasion, when thus steadily looked into, it will be found to be neither better or worse than so much nonsense. Nothing can it serve for the justification of: nothing can it serve for the explanation of.

Jeremy Bentham, The Book of Fallacies 251 (1824).

131. בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 16, בעמ' 397 מול האות ב-ג (סעיף 22 לפסק־דינו של השופט חשין).
132. שם, בעמ' 393 מול האות ה (סעיף 20 לפסק־דינו של השופט חשין).

nevo.co.il

חשין מתריס כנגד מהלך זה, וכמו אומר לברק: אם ברצונך לתרגם את הוראות המחוקק למשחק לשון המבוסס על המושג "איזון" -עשה זאת. אולם שבץ את המושג "איזון" בשני צידי המשוואה, ותגלה כי הגעת לאותה תוצאה עצמה: סעיף 10 לחוק־היסוד מורה לך לאכוף את ה"איזון" הישן, ולא את ה"איזון" החדש.

> קרא אשר תקרא: חוק, איזון, מובן, פרשנות... האבחנה כי "האיזון" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שונה הוא מן ה"איזון" בדין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד, פירושה אינו אלא זה, שיש אי־התאמה בין שני ה"איזונים". לעניין אי התאמה זו -לענייננה ודווקא לענייננה - נולדה הוראת שמירת הדינים. ודבר ההוראה הוא כלשונה, לאמור, שאין ב"איזון" החדש כדי "לפגוע בתוקפו" של ה"איזון" הישן.[133]

גם בסוגיה זו נדמה כי חשין מקפיד (יותר מברק) לעגן את פרשנותו בחוק ובפסיקה הרלוונטיים. כיצד יש לפרש אם כן את אי־הצלחתו של חשין לשכנע את עמיתיו להסכים עם פרשנותו? לדעתי, את נצחונו של ברק בפולמוס ניתן לייחס לכך שהוא מיטיב לנצל את מרחב התמרון שהשיח המשפטי מתיר לו. ברק משכיל להוביל את הפולמוס כך שיתנהל במסגרת הֶקשרים ומינוחים המאפשרים לו לבסס את טיעוניו באופן אפקטיבי. מבחינת האסטרטגיה הפולמוסית, חשין שוגה כאשר הוא מבקש להמשיך לנהל את הפולמוס בצורה שקרובה לדפוס הפולמוסי של *דיון*. חשין מאפשר לברק לנצל את הגמישות היחסית שהמודל של *מחלוקת* מתיר למתפלמס בבואו לבַנות באופן יצירתי את הבעיה ואת דרכי פתרונה, בעודו כובל את עצמו למסגרת מצומצמת יחסית של הֶקשרים ומינוחים בנסיונו לבסס את פרשנותו.

אכן, חלק גדול מדרכי החקירה וההמשגה של ברק אינן עולות בקנה אחד עם החוקיות הדיסציפלינרית כפי שהיא מוכרת ברגע הטיעון (למשל, הפנייה הראשונית לדין הזר כדי לנתח את השאלה שבמחלוקת). אלא שהטענה המאתגרת של ברק (שאכן מצליחה להצדיק חריגה זו בעיני עמיתיו) היא בדיוק כי יש לשנות את הדרכים שבהן נהגו השופטים לפתור שאלות משפטיות עד כה (לפני המהפכה החוקתית). ניתן לטעון כי ברק מאשרר באופן מעגלי את מה שהתבקש להוכיח (כאשר הוא משתמש לצורך ביסוס טיעוניו בהנחה העומדת בבסיס המחלוקת בין השניים, דהיינו, כי התחוללה מהפכה חוקתית המהווה "פרשת דרכים המעניקה הזדמנות למחשבה מחודשת").[134] השאלה נותרת בעינה: האם מדובר בחריגה של ברק אל מחוץ למגרש שבמסגרתו השופטים מחויבים לנהל את התמודדות בנוגע לשאלה שבגינה ניתנה רשות הערעור (כפי שחשין חוזר ומרמז) או שמא מדובר בהרחבה לגיטימית של תחומי המגרש? לשיטתם של קון ורורטי, דרכי פעילותו של ברק לגיטימיות, שכן לדידם אין לנו דרך אחרת לשנות סדרי חשיבה, אלא באמצעות חריגה מדרכי הפעולה שנקטנו באופן מסורתי והחלפתן בדרכי חקירה חדשות.[135] בניסוחו של קון:

133. שם, בעמ' 397 מול האות ג (סעיף 22 לפסק־דינו של השופט חשין).
134. שם, בעמ' 415 מול האות ג (סעיף 12 לפסק־דינו של השופט ברק).
135. קון, כאמור, לא כתב באופן ישיר על תופעת המשפט, כך שטענה זו היא בבחינת פירוש שלי

nevo.co.il

> המעגליות שנוצרת אינה עושה את הטיעון למוטעה... אדם שלצורך הגנה על פרדיגמה משתמש בה עצמה כהנחה בטיעון, יכול בכל זאת להביא לידי הצגה ברורה מה תהיה הדמות העתידית של העיסוק המדעי לגבי אלה המקבלים את ההשקפה החדשה על הטבע. הצגה זו יכולה להיות משכנעת ביותר, ולעתים קרובות בעלת עוצמה כופה. עם זאת, יהא אשר יהא כוחו של טיעון מעגלי זה, הוא שכנועי בלבד. אי אפשר לעשותו מחייב מבחינה לוגית או אפילו הסתברותית לגבי אלה המסרבים להיכנס אל תוך המעגל. ההנחות והערכים המשותפים לשני הצדדים במחלוקת על פרדיגמה אינם מספיק רחבים לשם כך. כמו במהפכות פוליטיות, כך בבחירת פרדיגמה -אין סטנדרט גבוה יותר מן ההסכמה של הקהילייה שבה מדובר. כדי לגלות כיצד מתחוללות מהפכות מדעיות נצטרך אפוא לבחון לא רק את השפעת הטבע והלוגיקה, אלא גם את הטכניקות של טיעון שכנועי הפועלות במסגרת הקבוצות המיוחדות למדי של קהיליות המדענים.[136]

אם נקבל את עמדתם של קון ורורטי, נוכל לטעון כך: כמו כל מהפכה מוצלחת, רכשה המהפכה החוקתית את הלגיטימיות שלה בדיעבד, בעקבות הצלחתה לשנות "סדרי עולם" (לפחות בעיניהם של חברי הדיסציפלינה), ולא מכיוון שברגע התרחשותה היא התנהלה תוך ציות לחוקיות הקיימת (במובן זה, הדיבור על "מהפכה לגיטימית" מהווה אוקסימורון). את התחלפות הפרדיגמה השלטת במשפט הישראלי יש להבין, כך ביקשתי להראות בעקבות הצעתו של קון, תוך ניתוח קפדני של טכניקות הטיעון השכנועי שבעזרתן הצליח ברק לשכנע את עמיתיו לקבל את שיטות הפרשנות שאותן הציע. כפי שכבר ציינתי,[137] יש מקום להבחין בין שימוש תיאורי (descriptive) בתיאוריה הפרגמטיסטית במטרה להבין את טכניקות השכנוע ששופטים משתמשים בהן לבין הסתמכות על התיאוריה הפרגמטיסטית כבסיס נורמטיבי לניתוח האופן שבו רצוי ששופטים יפעלו. ניתן בהחלט לטעון, בתגובה על הצעתי להחיל את עמדתם של קון ורורטי כדי לנתח מגמות היסטוריות בהתפתחותו של המשפט, כי המחויבויות המוסדיות והאתיות של השופט מבדילות את הפעילות השיפוטית מן הפעילות המתקיימת במסגרת דיסציפלינות אחרות אשר הידע ה"מיוצר" בהן על־אודות העולם אינו בעל מימד מחייב וכופה. נדמה לי כי טענה זו אינה מייתרת את התועלת המחקרית הטמונה

לאופן שבו יש להחיל את עמדתו. כתיבתו של רורטי בנושאים של משפט ושינוי חברתי, לעומת זאת, מבטאת רעיון זה באופן מפורש. ראו, למשל: Richard Rorty, *Feminism, Ideology, and Deconstruction: A Pragmatist View*, *in* MAPPING IDEOLOGY 227 (Slavoj Zizek ed., 1994).

136. קון, לעיל ה"ש 46, בעמ' 80-81. אגב, קון אינו הראשון שעמד על אופיין המעגלי של מערכות ידע. לשני ניסוחים חשובים של רעיון זה במסורת הקונטיננטלית ראו: PIERRE DUHEM, THE AIM AND STRUCTURE OF PHYSICAL THEORY (Philip P. Wiener trans., 1954); MICHEL FOUCAULT, THE ORDER OF THINGS: AN ARCHEOLOGY OF THE HUMAN SCIENCES (1970).

137. ראו לעיל ה"ש 33.

nevo.co.il

בהיעזרות בתיאוריות פרגמטיסטיות כדי להבין כיצד פרשנויות מתבססות כהלכות מחייבות בבית־המשפט העליון. עם זאת, בהתבסס על ההבחנה בין השימוש התיאורי בתיאוריה הפרגמטיסטית לבין השימוש הנורמטיבי בה, טענה זו מצדיקה בחינה מעמיקה של מחויביותיהם האתיות של שופטים כאשר הם עוסקים בהתמודדות פולמוסית. שימת הדגש בהיבטים הרטוריים של ההנמקה השיפוטית אינה שוללת את המימד האתי של הפעילות השיפוטית, אלא מספקת מישור נוסף לדיון במחויביות המתלוות לתפקיד.[138] אולם מכיוון שדיון כזה חייב להתבסס על מגוון של הנחות וטענות נוספות באשר למהות התפקיד השיפוטי, יהיה צורך במאמר נפרד כדי לדון בסוגיה זו באופן מקיף.

ה. סיכום

במאמר זה טענתי כי באמצעות ניתוח שיטתי של פסקי־דין המכילים פולמוס בין שופטים ביחס לפתרונה של שאלה משפטית ניתן לבחון מזווית חדשה את האופן שבו נקבעות הלכות שיפוטיות. טענתי כי תופעת הפולמוס השיפוטי עשויה להאיר היבטים מעניינים של הפעילות השיפוטית, מפני שהיא מבליטה את השונות בין בחירותיהם של שופטים כאשר הם פועלים לבסס פרשנויות מנוגדות של המצב המשפטי. שונות זו מתחדדת כאשר השופטים עוסקים בהתמודדות אנטגוניסטית במהותה, מפני שבסיומה יוענק רק לאחד מהם הכוח לפרש את החוק באופן מחייב. מתוך ביקורת על נטייה רווחת בחקר המשפט לתפוס בצורה דיכוטומית את הקשר בין שני מרכיביה של הפעילות השיפוטית – המרכיב האישי, מחד גיסא, ומערך המחויבויות המוסדיות והדיסציפלינריות, מאידך גיסא – ביקשתי למצוא בתופעת הפולמוס צוהר להבנת אחת הצורות שבהן מרכיבים אלה משתלבים זה בזה במסגרת תהליכי השׂכִּילה, ההכרעה וההנמקה שהשופטים מקיימים. תופעת הפולמוס מבליטה, מחד גיסא, את המימד האישי והאנטגוניסטי, אשר מהווה מרכיב אופייני (גלוי או סמוי) של חילוקי־דעות בין אנשים, ומאידך גיסא, את ההקשר הספציפי הקובע כיצד תנוהל ההתמודדות בין אותם אנשים וכיצד היא תוכרע. כללים אלה מתווים אפיקים לגיטימיים שאליהם ניתן לתעל את המימד האישי של מעשה הפרשנות ואת המימד האנטגוניסטי של ההתמודדות על הכוח לפרש את הדין באופן מחייב. את המימד האישי ניסיתי לזהות באמצעות ניתוח בחירותיו של השופט להשתמש בכלים שכנועיים מסוימים מתוך מאגר הכלים השכנועיים שהדיסציפלינה מכירה בהם כקבילים; ואילו את המימד האנטגוניסטי ניסיתי לזהות באמצעות ניתוח תגובותיו של השופט על מהלכיו של יריבו. כל אחד מן השופטים מוביל את הנמקתו לאורך אפיקים אלה, תוך שהוא שואף לנצל באופן מיטבי את כלי השכנוע שהשיח המשפטי מעמיד לרשותו כדי לזכות בהתמודדות. באמצעות מעקב שיטתי אחר מהלכים אלה, ביקשתי לעמוד על מאפייניו של אותו הֶקשר (מערך המחויבויות המוסדיות והדיסציפלינריות) שבמסגרתו מכונָנות פרשנויות מחייבות של המצב המשפטי.

138. ראו Habermas, לעיל ה"ש 11; Perelman, לעיל ה"ש 22; Boyd White, לעיל ה"ש 22; יובל, לעיל ה"ש 42.

nevo.co.il

באמצעות ניתוח האופן שבו כל אחד מן השופטים מרכיב את המערך הטיעוני שבו הוא משתמש, ובאמצעות הבלטת בחירותיהם המנוגדות בתכלית של השופטים ברק וחשין במהלך התפלמסותם (בחירת ההקשרים שבמסגרתם יש לבחון את הסוגיה ובחירת המושגים שיש להשתמש בהם כדי לעשות זאת), ביקשתי לעמוד על המימד הדינמי והבֵרירני (סלקטיבי) של הבניית המצב המשפטי על־ידי השופטים. ההכרה בממדים אלה מציגה באור ביקורתי את כוחן התיאורי של גישות "פנימיות" המייחסות רמת הכָוונה גבוהה לקורפוס המעגן את העקרונות, הכללים והדוקטרינות שהשופטים נעזרים בהם כדי להכריע וכדי להצדיק את הכרעותיהם. ניסיתי להראות עד כמה הליכי הבירור, כמו־גם תוצאתו, מושפעים מהבנייתן הדינמית של השאלות המשפטיות הרלוונטיות ושל דרכי פתרונן על־ידי השופטים. בבואנו לחשוב כיצד אותן הכרעות מכוננות את ה"אמת" על־אודות המצב המשפטי הנוהג, עלינו להכיר בממדיה הקונטינגנטיים של אותה "אמת" (ממדים אשר מוחמצים על־ידי "הקריאות הפנימיות" המייחסות למשפט היגיון אימננטי),[139] אך מבלי להיגרר לתפיסת קונטינגנטיות זו כהזות הידע המשפטי (רדוקציה שאותה ביקשתי לייחס לחלק מהקריאות "החיצוניות").

מכיוון ששופטים נבדלים זה מזה באופן שבו הם מַבנים את השאלות העומדות על הפרק ואת התשובות להן, וכן בכושרם לשכנע לטובת עמדה מסוימת, פרשנויות משפטיות נהפכות להלכות מחייבות לא רק בשל הגיונן הפנימי, אלא גם בזכות האופן שבו ייצג אותן השופט וטכניקות השכנוע שבהן השתמש כדי לעשות זאת. כפי שביקשתי להדגים, הלכת גנימאת נקבעה כפי שנקבעה, בין היתר, בעקבות בחירותיו הקונטקסטואליות והטקסטואליות המתוחכמות של ברק, ובזכות השימוש המושכל שעשה במגוון של אמצעי שכנוע אשר השופט חשין נמנע מלהשתמש בהם. לא מן הנמנע, לכן, ששופט אחר לא היה מצליח לבסס את אותה פרשנות עצמה. מסקנה זו נכונה לא רק ברמת המיקרו (ההכרעה במקרה המסוים), אלא גם ברמת המקרו, והיא מעידה על תרומתו האישית המכרעת של ברק להתגבשותה של המהפכה החוקתית (ברק עצמו מבקש, כפי שראינו, להצניע את חשיבות תרומתו האישית, באומרו, למשל, "לא נוכל אחרת, גם אם נרצה").[140] תרומה ייחודית זו התאפשרה מפני שכללי המשחק המסדירים את אופן ניהולן ואופן הכרעתן של התמודדויות פרשניות בין שופטים (כללי משחק אשר הטיפוס האידיאלי של "מחלוקת" מסייע באפיונם) מתירים לשופט לתמרן בין הֶקשרים, מקורות ומינוחים אשר אינם מעוגנים במלואם בקורפוס הדיסציפלינרי כדי לבסס את עמדותיו בצורה אפקטיבית. צורת הקריאה של "שפיטה כפולמוס" מסייעת לנו באפיון מערכת התנאים שבמסגרתם השופטים מנהלים התמודדות זו.

139. על החשיבות של חשיפת היבטיו הקונטינגנטיים של הידע האנושי באופן כללי, כותב רורטי:

> A willingness to face up the contingency of the language we use... leads to a picture of intellectual and moral progress as a history of increasingly useful metaphors rather than of increasing understanding of how things really are.

ראו: Rorty, לעיל ה"ש 109, בע' 9.

140. בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 16, בעמ' 415 מול האות ב (סעיף 12 לפסק־דינו של השופט ברק).

nevo.co.il