

על אי־הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה

מנחם מאוטנר*

הפורמליזם המשפטי ביקש להשיג רמה גבוהה של ודאות בהכרעות שיפוטיות באמצעות הפיכת ההכרעה השיפוטית לפרוצדורה, ואולם הריאליזם המשפטי חשף בצורה משכנעת את פרכות הפורמליזם. הריאליזם הראה שהכרעות שיפוטיות מחייבות את השופט במקרים רבים להפעיל שיקול דעת ובחירה. במילים אחרות, הריאליזם הראה שהשקפות העולם של השופט, ניסיון החיים של השופט ונטיות האופי שלו – כולם באים לידי ביטוי בתהליך ההכרעה השיפוטית. כבר בשלבים מוקדמים של פעילות התנועה הריאליסטית החל קרל לואלין (Karl Llewellyn), מראשי התנועה, במפעל שנועד להראות שגם במשפט פוסט־פורמליסטי יכולה להתקיים מידה סבירה של ודאות. לואלין טען שהמשפט פועל כמערכת תרבותית, ובכך הוא מחשק את תהליכי קבלת ההחלטות המתקיימים בו. פרופ' אהרן ברק עוסק בכתביו בהרחבה בשאלת הוודאות של המשפט. חשיבתו של ברק בשאלת הוודאות קרובה לזו של לואלין, ואולם גם לואלין וגם ברק מצליחים להראות שקיימת במשפט מידה ניכרת של אובייקטיביות; הם אינם מצליחים לסלק מתהליך ההכרעה השיפוטית את התרומה הייחודית של השופט האקראי. מכיוון שכך, מנקודת המבט של הצדדים המתדיינים, הליכים שיפוטיים מתאפיינים בחוסר ודאות. המאמר מציע הצעות לדרכים שבהן ניתן להקטין את אי־הוודאות הכרוכה בהכרעות שיפוטיות.

* פרופסור מן המניין, מופקד על הקתדרה לחקר המשפט והתרבות, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב. הרצאה בכנס שהתקיים בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה ב-1 בדצמבר 2004 לרגל צאת ספרו של אהרן ברק, **שופט בחברה דמוקרטית** (אוניברסיטת חיפה – כתר – נבו, תשס"ד). אני מודה לשרון חנס ולטליה פישר על הערותיהם.

א. מבוא. ב. הפורמליזם המשפטי: ודאות באמצעות הפרוצדורה.
 ג. הריאליזם המשפטי: הרס הוודאות הפורמליסטית. ד. קרל לואלין:
 ודאות באמצעות התרבות. ה. אהרן ברק: ודאות באמצעות התרבות.
 ו. אובייקטיביות או ודאות? ז. לקראת דיון בהשלכות הנובעות מחוסר
 הוודאות של המשפט הנוצר ומופעל בבתי המשפט: צמצום האקראיות
 הנובעת מאי-הוודאות: 1. האקראיות הנובעת מאי-הוודאות; 2. דרכים
 לצמצום האקראיות בהכרעות שיפוטיות. ח. סיכום.

א. מבוא

באיזו מידה מצויה ההכרעה השיפוטית מראש בתוכני המשפט? באיזו מידה תלויה ההכרעה השיפוטית בבחירות שעושה השופט מתוך החומרים של המשפט? שאלה זו היא אחת השאלות המרכזיות בתורת המשפט של המאה העשרים. ההתמודדות עם שאלה זו תופסת מקום מרכזי גם בכתיבתו האקדמית של פרופסור אהרן ברק מראשית שנות השמונים של המאה העשרים. גם בספרו האחרון, "שופט בחברה דמוקרטית", מתמודד ברק עם השאלה, ואף מציע לה פתרונות שלא הוצעו על ידיו קודם לכן.

השאלה נוסחה בדרכים שונות: מה מידת יכולת הניבוי במשפט? מה מידת הקביעות (determinacy) של המשפט? מה מידת האחידות במשפט? בשורות שלהלן אתייחס לשאלה כשאלה בדבר מידת הוודאות של המשפט.

אני סבור כי לצורך דיון בשאלת הוודאות של המשפט, מאיר עיניים ליצור שלוש הבחנות:

ראשית, הבחנה בין שאלת הוודאות באשר לאופן שבו יכריע שופט מסוים במקרה מסוים ובין שאלת הוודאות באשר לאופן שבו ניתן להכריע במקרה מסוים על פי המשפט כמערכת נורמטיבית. אני סבור כי יש מקום לטיעון, לפיו מידת הוודאות שאליה ניתן להגיע כאשר מבקשים להעריך כיצד שופט מסוים יכריע במקרה מסוים היא גבוהה באופן ניכר ממידת הוודאות שאליה ניתן להגיע כאשר עוסקים בשאלה כיצד ניתן להכריע בשאלה מסוימת על פי המשפט כמערכת נורמטיבית.

שנית, הבחנה בין שאלת הוודאות באשר לתוצאה שתושג בהליך שיפוטי מסוים לבין שאלת הוודאות באשר להנמקה שניתן להביא לשם תמיכה בתוצאה שתושג בהליך זה. אני סבור כי יש מקום לטיעון, לפיו מידת הוודאות שאליה ניתן להגיע כאשר מבקשים להעריך איזו תוצאה תושג בהליך שיפוטי מסוים היא גבוהה ממידת הוודאות שאליה ניתן להגיע כאשר עוסקים בשאלה אילו הנמקות ניתן להביא לשם תמיכה באותה תוצאה עצמה.¹

1. לנקודה זו ראו גם ג'ולס ל' קולמן ובריאן לייטר, "קביעות, אובייקטיביות וסמכות", עיוני משפט יח (תשנ"ד) 309. עם זאת, לעתים מתקיים מצב שהוא קרוב למצב ההפוך המתואר כאן: אנו מסוגלים לשער מראש במידה גבוהה של ודאות מה יהיו השיקולים שאותם יביא בית

שלישית, הבחנה בין שאלת הוודאות בעבודתו היום-יומית של עורך הדין ובין שאלת הוודאות באשר לתוצאה ולהנמקה שיימצאו בפסק דינו של בית משפט, במיוחד בית משפט לערעורים. עבודתם היום-יומית של עורכי הדין כרוכה לא במעט ביישום והחלה של כללים ובמילוי הוראותיהן של פרוצדורות. לפיכך אני סבור כי יש מקום לטיעון, לפיו מידת הוודאות הקיימת בעבודתם היום-יומית של עורכי הדין היא גבוהה באופן ניכר ממידת הוודאות שאליה ניתן להגיע כאשר עוסקים בשאלה לאיזו תוצאה יגיע בית משפט ובשאלה כיצד ינמק בית המשפט את התוצאה שאליה הגיע.²

בשורות הבאות אעסוק בשאלת הוודאות של המשפט (בהבדל משאלת הוודאות בנוגע לפסיקתו של שופט מסוים); בשאלת הוודאות של התוצאה שאליה ניתן להגיע בהליך השיפוטי (בהבדל משאלת ההנמקה שניתן להציע כדי לתמוך בתוצאה, ובהבדל משאלת הוודאות המתעוררת בעבודת היום-יום של עורכי הדין). במילים אחרות, לא אעסוק בשאלת הוודאות באשר להכרעותיו של שופט זה או אחר; בשאלת הוודאות באשר להנמקות השיפוטיות; בשאלת הוודאות המתעוררת בעבודת היום-יום של עורכי הדין.

בראשית המאמר אציג את ניסיונו של הפורמליזם המשפטי להשיג מידה גבוהה של ודאות במשפט הנוצר ומוחל על ידי בתי המשפט. לאחר מכן אדון בביקורת הריאליסטית על הפורמליזם: הריאליסטים טענו כי הפורמליזם נכשל בניסיונו להשיג במשפט מידה גבוהה של ודאות. טיעון זה של הריאליסטים הציב לפנייהם אפוא בכל חומרתה את שאלת הוודאות במשפט. אראה כי דווקא קרל לואלין, שמילא תפקיד מרכזי במפעל של ביקורת הריאליזם על הפורמליזם, הוא זה שכבר בשלבים מוקדמים של הגותו הציע פתרון מקורי ומרשים לבעיית חוסר הוודאות במשפט: התייחסות למשפט הנוצר ומוחל בבתי המשפט כאל מערכת תרבותית, באופן שהתרבות המשפטית שבגדרה פועלים השופטים מחשקת באופן חמור את שיקול הדעת שהם מפעילים.

לאחר מכן אראה כי שאלת הוודאות במשפט היא גם שאלה מרכזית בכתיבתו האקדמית של אהרן ברק בשני העשורים האחרונים. יתר על כן, אטען כי ברק היה הראשון בכתיבה האקדמית של ישראל שעורר את השאלה. אטען עוד כי בספרו האחרון, "שופט בחברה דמוקרטית", ברק מציע פתרון לבעיית הוודאות במשפט שהוא קרוב לפתרון שאותו הציע לואלין.

ואולם אטען, כי לואלין וברק אינם מצליחים להתגבר על בעיית חוסר הוודאות של המשפט. אטען כי לואלין וברק מצליחים להראות כי במשפט מתקיימת מידה גבוהה של אובייקטיביות, היינו שניהם מצליחים להראות כי התרבות המשפטית מחשקת במידה ניכרת את דרכי הפעולה של השופטים ויוצרת מידה גבוהה של אחידות בפעולותיהם, ואולם

המשפט בחשבון לצורך הכרעתו, ואולם אנו מתקשים להעריך במידה גבוהה של ודאות כיצד ישקלל בית המשפט את השיקולים האלה.

2. אכן, משיחות עם עורכי דין בעלי ותק מסוים ניתן להתרשם לא אחת, כי הבעיה האופיינית הגורמת להם לחוש חוסר סיפוק בעבודתם היא זו של חזרתיות, היעדר גיוון והיעדר יכולת להפעיל יצירתיות במסגרת עבודתם. תחושות אלה מעידות על כך שלא אחת חיי היום-יום של עורך הדין מתאפיינים דווקא ב"עודף ודאות", המוביל מצדו לחוסר אתגר אינטלקטואלי.

למרות כל זאת, כשם שהתרבות בכללותה מאפשרת לאדם הפועל בגדרה הפעלת מידה משמעותית של בחירה ויצירתיות, כך גם התרבות המשפטית מאפשרת לשופטים הפועלים בגדרה הפעלת מידה משמעותית של בחירה ויצירתיות, באופן שבסופו של דבר התוכן של ההכרעה השיפוטית נקבע במידה רבה על פי הבחירות שעושה השופט הפרטיקולרי מתוך עושר החומרים של התרבות המשפטית שבגדרה הוא פועל.

אסיים את המאמר בטיעון שלפיו עלינו לקבל כנתון את חוסר הוודאות של המשפט הנוצר ומוחל בבתי המשפט, ולפתח מכאן ולהבא השיבה על אודות המסקנות הנובעות מכך. אטען שחוסר הוודאות של המשפט מניב אקראיות באשר לתוצאותיהן של הכרעות משפטיות. בהמשך לכך אציע שורה של תובנות באשר לדרכים שבהן שופטים צריכים לפעול כשהם מכריעים בדין, לאור הציווי הנורמטיבי של הקטנת האקראיות הנובעת מחוסר הוודאות של המשפט.

ב. הפורמליזם המשפטי: ודאות באמצעות הפרוצדורה

הפורמליזם המשפטי חותר לכך שכל מצב עובדתי, העומד ביסודו של סכסוך משפטי, יוכל להתמיין אל תוך הקטגוריה המשפטית שבחיקה מצוי הפתרון שאמור להסדירו. לפיכך חותר הפורמליזם לכך ששורת המשפט ימצאו מאורגנות במערכת הבנויה על פי היגיון פנימי, אופקי ואנכי גם יחד, בלא שתתקיים ביניהן חפיפה. זאת, כאילו היה מדובר במערכת גאומטרית (הדימוי הנפוץ ביותר של הפורמליזם המשפטי הוא זה של ניסיון ליצור גאומטריה משפטית)³ או במערכת מדעית (כריסטופר קולומבוס לנגדל, שהיה מראשי הזרם הפורמליסטי במשפט האמריקני במחצית השנייה של המאה התשע עשרה, תפס את המשפט במושגים של מדע טבע).⁴

3. Felix Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", 35 *Colum. L. Rev.* (1935) 809, pp. 844-845 (הפורמליזם תופס את המשפט כגאומטריה; על פי הפורמליזם, תורת המשפט היא חלק מהמתמטיקה בדיוק כשם שהאלגברה היא חלק מהמתמטיקה). לדיון כללי ראו: Anthony Kronman, *The Lost Lawyer – Failing Ideals of the Legal Profession* (Harvard University Press, 1993), 170-174, 188.

4. לנגדל טען, כי הסיבה לכך שלא ניתן ללמוד משפטים במשרדו של עורך הדין או באולם בית המשפט נעוצה בכך שהמשפט הנו מדע. כמדע, טען לנגדל, חייב המשפט להילמד בפקולטה למשפטים, שספרייתה עמוסה פסקי דין וספרי חוקים. "בשבילנו", הוא כותב, "הספרייה היא מה שמעבדות האוניברסיטה הן בשביל הכימאים והפיסיקאים, מה שמוזיאון הטבע הוא בשביל הזואולוגים ומה שהגן הבוטני הוא בשביל הבוטניקאים". Christopher Columbus Langdell, "Harvard Celebration Speeches", 3 *L. Q. Rev.* (1887) 123, pp. 123-125. נרחב בפורמליזם המשפטי ראו מנחם מאוטנר, *ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* (מעגלי דעת, תשנ"ג), 13-31; מנחם מאוטנר, *על החינוך המשפטי (רמות, תשס"ב)*, 15-25.

על פי הפורמליזם, נורמות המשפט אמורות להיות ערוכות, מן הבחינה האופקית, על פי קטגוריות משפטיות מוגדרות (חוזים בנבדל מנזיקין; משפט פרטי בנבדל ממשפט ציבורי; משפט מהותי בנבדל ממשפט פרוצדורלי, וכולי). הבחנה זו נועדה לאפשר למשפטן לאתר בכל סיפור עובדתי המובא לפניו את מאפייניו המשפטיים הרלוונטיים, ולאחר מכן למיין את המקרה אל תוך הקטגוריה המשפטית האחת האמורה להסדירו ולהחיל עליו את הפתרון המצוי בקטגוריה. מן הבחינה האנכית, נורמות המשפט אמורות להיות ערוכות, על פי הפורמליזם, בדרך של "מן הרחב אל הצר", היינו במבנה שעל פיו בקדקודו של כל תחום משפטי נמצאים כמה עקרונות יסוד ומתחתם, באופן הנובע מהם, מצויה מערכת של כללים הולכים וצרים, שכל אחד מהם נובע מהכלל בעל התחולה הרחבה יותר שמעליו. מבנה זה נועד לאפשר למשפטן, הניצב לפני בעיה משפטית שאין לה פתרון ברור במשפט, להנביע את הפתרון מתוך נורמות המשפט הקיימות.

על פי גישת הפורמליזם, בעקבות ארגון המשפט בדרך האמורה, תהליך ההכרעה המשפטית אמור להיות טכני-מכניסטי. בחלק מהמקרים המשפטן אמור להיות מסוגל למיין את המקרה העובדתי הנדון על ידיו אל תוך פתרון מוכן מראש שכבר קיים במערכת הנורמות. במקרים אחרים, אלו שבהם מתעוררת שאלה משפטית שאין לה פתרון ברור ומוכן מראש, המשפטן אמור לעצב את הפתרון המשפטי בעצמו, בדרך של הפעלת הנורמות הקיימות במערכת: המשפטן אמור לפעול בדרך דוקטיבית, היינו בדרך של גזירת הפתרון מנורמה רחבה היכולה להיחשב לחולשת על המקרה (כמבואר לעיל), או בדרך אינדוקטיבית-אנלוגית, היינו בדרך של הסקת הפתרון מנורמה "שכנה" היכולה להיחשב לרלוונטית למקרה. ואולם בעשותו כן, המשפטן אינו אמור לשאול עצמו מהן המשמעויות הנורמטיביות ומהן ההשלכות חברתיות של פתרון משפטי זה או אחר שאימוצו נשקל, אלא המשפטן אמור לפעול ברובד של נוסחות הלשון והקונספציות שמהן מורכבת המערכת הקיימת של כללי המשפט.

מכיוון שעל פי גישת הפורמליזם תהליך ההכרעה המשפטית אמור להיות טכני-מכניסטי, בהבדל מתהליך המצריך בחירה בערכים ומתן משקל לערכים, וכן בהבדל מתהליך המצריך שקילה של השלכות חברתיות של פתרונות משפטיים אפשריים, הרי לטענת המצדדים בגישה הפורמליסטית, משפטנים הפועלים בשיטה המונחית על ידי גישת הפורמליזם אמורים לפעול בתנאים של ודאות ברמה גבוהה, היינו במצב שבו משפטנים שונים העוסקים באותה בעיה משפטית יגיעו בנוגע אליה לאותו פתרון משפטי עצמו.

הפורמליזם המשפטי מבקש אפוא להפוך את תהליך ההגעה לתוצאה המשפטית לתהליך של פעולה על פי פרוצדורה, כביכול הייתה ההכרעה השיפוטית דומה להטסת מטוס או להחלפת צמיג של מכונית שאירע בו נקר, או כביכול הייתה ההכרעה השיפוטית דומה לתהליך הפתרון של בעיה גאומטרית. כאשר בני אדם פועלים על פי פרוצדורה, מאפייני הרקע התרבותי והאישיותי הייחודיים להם הם חסרי כל השפעה על דרך הפעולה ועל תוצאתה; מאפיינים אלה מסולקים אל מחוץ לתהליך שעל פיו מתקיימת הפעולה ואינם יכולים לבוא לידי ביטוי כלשהו במסגרת התהליך. לפיכך בני אדם המשתייכים לקבוצות חברתיות שונות מבחינה לאומית, דתית, מגדרית, גילאית וכולי, וכן בני אדם בעלי ניסיון חיים שונה ונטיות אישיות ואופי שונים, כולם אמורים לפעול באופן זהה ולהגיע

לאותן תוצאות עצמן, אם יכפיפו עצמם להגיונה של אותה פרוצדורה עצמה. פעולה על פי פרוצדורה אמורה להשיג אפוא רמה גבוהה של ודאות באשר לתוצאתה: מכיוון שהתוצאה גלומה, בעצם, בפרוצדורה, ומכיוון שהתוצאה אינה יכולה להיות מושפעת באופן כלשהו מהאדם המפעיל את הפרוצדורה, כל בני האדם שיפעלו על פי אותה פרוצדורה יגיעו לאותה תוצאה עצמה.

מכיוון שהפורמליזם המשפטי מבקש להפוך את תהליך ההגעה לתוצאה המשפטית לתהליך של פעולה על פי פרוצדורה, אכנה את הוודאות שאמורה להיות מושגת באמצעות ארגון גורמות המשפט על פי עקרונות הפורמליזם המשפטי "ודאות באמצעות הפרוצדורה".

לצד היותו אמור להבטיח רמה גבוהה של ודאות במשפט, הפורמליזם המשפטי אמור להבטיח את התקיימותם של כמה ערכים נוספים שהם חשובים במסגרת תפיסת המשפט שלנו: אחדות בהפעלת המשפט, היינו התקיימות שלטון החוק במובן של מתן יחס משפטי שווה למקרים שווים; עיקור תרומת האישיות הייחודית של השופט הפרטיקולרי, היינו התקיימות שלטון החוק במובן של "שלטון של חוקים, ולא שלטון של בני אדם"; בכל הנוגע להפעלתם של חוקים, הפורמליזם אמור להבטיח שיתקיים העיקרון הדמוקרטי שלפיו בית הנבחרים הוא הקובע את תוכן החוקים החלים במדינה.

ג. הריאליזם המשפטי: הרס הוודאות הפורמליסטית

כידוע, הפורמליזם המשפטי נופץ על ידי אנשי הריאליזם המשפטי באופן שאינו מותר לו תקומה. אנשי הריאליזם המשפטי הציעו טיעון נורמטיבי וטיעון תיאורי.⁵ הטיעון הנורמטיבי של הריאליזם היה, שהדרך הנכונה לעסוק בשאלות משפטיות איננה זו של חיפוש הפתרון במילים של המשפט – דוקטרינות, קונספטס, כללים, תקדימים – אלא, טענו הריאליסטים, כאשר עוסקים בשאלות משפטיות – שהן שאלות העוסקות בבני אדם, ביחסים המתקיימים בין בני אדם וביחסים המתקיימים בין קבוצות של בני אדם – יש לעשות זאת בדרך של דיון גלוי וישיר במשמעויות הנורמטיביות של החלטות אפשריות, ובדרך של דיון גלוי וישיר בהשלכות חברתיות של החלטות אפשריות.⁶ הטיעון הנורמטיבי של הריאליזם סבר אפוא שהפורמליזם המשפטי מחמיץ את עיקר מהותו של המשפט: היותו מכשיר אנושי להנחלה של ערכים מסוימים בחברה ולקידום יעדים מסוימים בחברה. הטיעון הנורמטיבי של הריאליזם הוא אפוא טיעון רדיקלי לעילא ולעילא, אבל מעל לכל דבר אחר הוא טיעון הומניסטי לעילא ולעילא: זהו טיעון שעל פיו כאשר עוסקים בבני

5. Kronman (לעיל, הערה 3), בעמ' 185-225; מנחם מאוטנר, "קודקס של המשפט המקובל", (עתיד להתפרסם במשפטים).

6. Hanoch Dagan, *The Law and Ethics of Restitution* (Cambridge University Press, 2004).

6: "Legal realists call for an ongoing (albeit properly cautious) process of identifying the human values underlying existing legal doctrines and trying to promote them in the best way possible"

אדם ובשאלות אנושיות הדרך הראויה לעשות זאת, ברמת החשיבה וברמת ההנמקה כאחת, היא זו של בירור ההשלכות של החלטות אפשריות על חייהם של בני האדם, היינו בירור השאלה אילו ערכים ישררו בחייהם של בני האדם, ובירור השאלה כיצד יחולקו בין בני האדם משאבים, בעקבות קבלתה של החלטה זו או אחרת. לפיכך, כאשר הטיעון הריאליסטי מוצג כמגלם תפיסה אינסטרומנטלית של המשפט (מה שקורה לא אחת)⁷ ההצגה נכונה, אך היא מחמיצה את העיקר משום שהיא מתמקדת במכשיר, אך מצניעה את העובדה שההוגים הריאליסטים חשבו בראש ובראשונה על יעד, הטוב האנושי, ועל הדרכים שבאמצעותן ניתן לקדם את הטוב הזה באמצעות המכשיר, המשפט. פליקס כהן ביטא נקודה זו היטב בכתבו: "the instrumental value of law is simply its value in promoting the good life of those⁸ whom it affects"

הטיעון התיאורי של הריאליזם היה, שהפורמליזם המשפטי אינו מתאר נכונה את מה שקורה במצבים של הכרעה משפטית, אפילו במסגרתה של שיטת משפט המנחה עצמה על פי עיקריה של הגישה הפורמליסטית למשפט. הריאליסטים לא כפרו בכך שבמשפט יש לא מעט "מקרים קלים", שבהם המשפט מספק תשובה ברורה לשאלה המשפטית המתעוררת. (אכן, ברוח זו טענתי כי עבודת היום-יום של עורך הדין מתאפיינת ברמה גבוהה יחסית של ודאות). ואולם הריאליסטים הצביעו על כך שבמשפט מתעוררים גם לא מעט "מקרים קשים", היינו מקרים שהמשפט אינו מספק בנוגע אליהם תשובה ברורה מראש, ולפיכך ההכרעה בהם אינה פשוטה ומובנת מאליה.

בהתייחסם למקרים מהסוג האחרון פיתחו הריאליסטים שורה של טיעונים באשר לאופן שבו שופטים פועלים: ששופטים פועלים בתנאים שבהם חומרים משפטיים שונים מציעים עצמם כל העת לצורך הפעלה במסגרת הכרעתו של השופט, היינו ששופטים נדרשים להפעיל שיקול דעת ובחירה באשר למקורות שאותם יפעילו לצורך עיצוב ההכרעה המשפטית; שתקדימים אינם מציעים עצמם בדמות כללים ברורים, היינו שניתן לפרש תקדימים בדרכים מצרות ומרחיבות, וכן לאבחן תקדימים, באופן שהתקדימים יחולו או לא יחולו על המקרה הנדון; שקונספציות משפטיות הן מופשטות, היינו שהתוכן הסופי

7. Karl Llewellyn, "Some Realism About Realism — Responding to Dean Pound", 44 *Harv. L. Rev.* (1930-1931) 1222, p. 1223: "[Realists] view rules, they view law, as means to ends; as only means to ends; as having meaning only insofar as they are means to ends."; p. 1236: "[Realists share] [t]he conception of law as a means to social ends and not as an end in itself; so that any part needs constantly to be examined for its purpose, and for its effect."; p. 1249: "'Law' without effect approaches zero in its meaning. To be ignorant of Robert Summers, *Instrumentalism*, its effect is to be ignorant of its meaning."

and American Legal Theory (Cornell University Press, 1982)

8. Felix Cohen, *Ethical systems and legal ideals: An essay on the foundations of legal criticism* (Falcon Press, 1933), 42

הניתן להן תלוי בבחירות שבוחר השופט המפעיל אותן;⁹ שאפילו במצבים שבהם שופט בחר במקור משפטי מסוים לצורך הכרעתו, לא אחת מקור זה עצמו יהיה בעל תוכן עמום (למשל, המקור יהיה נורמה מהסוג של סטנדרט), היינו שהפעלת המקור המשפטי תחייב הפעלה של שיקול דעת ובהירה לצורך מילוי בתוכן.¹⁰ הריאליסטים טענו אפוא כי במצבים רבים מאוד יכולים שופטים (ומשפטנים בכלל) לעצב יותר מפתרון אחד שייחשב קביל בשיטת המשפט.¹¹

הריאליסטים לא כפרו כמובן בכך שבמשפט יש רכיב מקצועני ברור, אבל בהצביעם על פרכתיו של הפורמליזם הם הראו ששפיטה אינה פעולה של מילוי פרוצדורה, אלא פעילות שבמרכזה הפעלה של שיקול דעת על ידי שופט, במסגרתם של תכנים עשירים,

9. לדוגמא: האם מושג "האישיות המשפטית" חל על עבד, באופן שעבד שנגרם לגופו נזק יוכל לתבוע בנויקין ובאופן שעבד שעבר עבירה פלילית יואשם בפלילים? האם המושג חל על עובר, באופן שאדם שקטל עובר יואשם ברצח? האם המושג חל על ביצית מופרית, באופן שאדם שקטל ביצית כזו יואשם ברצח? האם המושג חל על אדם הנמצא במצב של "צמח", באופן שניתוקו ממכשירי החיאה או הרעבתו עולים כדי רצח? האם המושג חל על תאגיד, רשות מקומית, מדינה? האם תאגיד, רשות מקומית ומדינה צריכים להיחשב מצוידיים בזכויות החוקתיות הנתונות בדרך כלל לבני אדם? לבעייתיות המתעוררת בהקשר זה ראו: Note, "What We Talk About When We Talk About Persons", 114 *Harv. L. Rev.* (2000-2001) 1745; Kelly Hollowell, "Defining a Person Under the Fourteenth Amendment: A Constitutionally and Scientifically Based Analysis", 14 *Regent U. L. Rev.* (2001-2002) 67; Jens David Ohlin, "Is the Concept of the Person Necessary for Human Rights?", 105 *Colum. L. Rev.* (2005) 209.

10. Karl Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (Little, Brown and Company, 1960) (להלן: Llewellyn, *The Common Law Tradition*); Paul Gerwitz — ed., *The Case Law System in America* (University of Chicago Press, 1989) (להלן: Llewellyn, *The Case Law System in America*) (לעיל, הערה 7), בעמ' 1243-1241, 1253-1252, "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to be Construed", 3 *Vand. L. Rev.* (1949-1950) 395, p. 396 (להלן: Llewellyn, *פרשנות החקיקה*); Herman Oliphant, "A Return to Stare Decisis", 14 *A. B. A. J.* (1928) 159; Joseph William Singer, "Legal Realism Now", 76 *Cal. L. Rev.* (1988) 465, pp. 470, 472, 499-503.

11. להדגמת הטיעון שלו, כי המשפט מאפשר בדרך כלל כמה פתרונות שכל אחד מהם יוכל להיחשב קביל, טען לואלין כי בדרך כלל כאשר שופט כותב פסק דין של מיעוט, וכל אימת שמוגש ערעור על פסק דינו של שופט, אין אנו תופסים את שופט המיעוט או את השופט שעל פסק דינו הוגש ערעור כמי שפעלו שלא כשורה במסגרת המשפט. Llewellyn, *The Common Law Tradition* (לעיל, הערה 10), בעמ' 52; Llewellyn, *The Case Law System in America* (לעיל, הערה 10), בעמ' 8, 81. ראו גם: William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (Weidenfeld and Nicolson, 1973), 205-206.

הפתוחים לפירושים מגוונים, ושלא אחת הם נמצאים במתח או אף בסתירה אלו עם אלו והם מחייבים אפוא כל העת מתן משקלות יחסיים ואיזונים.¹² הריאליסטים טענו אפוא שהאישיות הייחודית של השופט באה לידי ביטוי בתהליך קבלת ההחלטה השיפוטית והיא בעלת תרומה משמעותית לקביעת התוכן של ההחלטה.¹³

הטיעון התיאורי של הריאליזם מוטט אפוא את הטענה שגישה פורמליסטית למשפט מסוגלת להשיג רמה גבוהה של ודאות בהפעלת המשפט. טיעון זה של הריאליזם, שאין בנמצא כיום מישוהו בעולם המשפט שאינו מקבל אותו כמובן מאלין,¹⁴ הפך את שאלת הוודאות של המשפט לשאלה מרכזית בתורת המשפט של המאה העשרים.¹⁵

12. John Dewey, "Logical Method and Law", *American Legal Realism* (William Fisher, Morton Horwitz and Thomas Reed — eds., Oxford University Press, 1993) 185; דאגן: Melvin Aron Eisenberg, "The Emergence of Dynamic Contract ;(6 הערה) (לעיל, הערה 6); Dagan "Law", *2 Theoretical Inq. L.* (2001) 1, p. 4.

13. Llewellyn, *The Common Law Tradition* (לעיל, הערה 10), בעמ' 39, 104, 117; Llewellyn, *The Case Law System in America* (לעיל, הערה 10), בעמ' 3-4, 8, 51-50; Benjamin Cardozo, *The Nature of* ;(10 הערה) (לעיל, הערה 10); 74, 73; Cohen ;*the Judicial Decision* (Yale University Press, 1921), 166-167; Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action", *American Legal Realism* (William Fisher, Morton Horwitz and Thomas Reed — eds., Oxford University Press, 1993) 39, p. 41; Max Radin, "The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think", *American Legal Realism* (William Fisher, Morton Horwitz and Thomas Reed — eds., Oxford University Press, 1993) 195, p. 196; Fred Rodell, *Woe Unto You Lawyers* (Rothman & Company, 1987), 154, 160; Jerome Frank, "Are Judges Human?", 80 *U. Pa. L. Rev.* 17 (1931-1932); Dewey ;(12 הערה) (לעיל, הערה 12), בעמ' 192-193.

14. הטיעון התיאורי של הריאליזם אומץ ופותח מאוחר יותר על ידי מלומדי המשפט הביקורתיים David Kairys, Introduction, *The Politics of Law — A* ;ראו: (Critical Legal Studies) *Progressive Critique* (David Kairys — ed., Pantheon Books, 1982) 1, p. 5; David Kairys, "Legal Reasoning", *The Politics of Law — A Progressive Critique* (David Kairys — ed., Pantheon Books, 1982) 11, p. 14; Daniel Farber and Suzanna Sherry, "Legal Storytelling and Constitutional Law: The Medium and the Message", *Law's Stories — Narrative and Rhetoric in the Law* (Peter Brooks and Paul Gewirtz — eds., Yale University Press, 1996) 37; Robert Gordon, "Critical Legal Histories", 36 *Stan. L. Rev.* (1984) 57, pp. 115, 119, 125; Charles Clark and David Trubek, "The Creative Role of the Judge: Restraint and Freedom in the Common Law Tradition", 71 *Yale L. J.* (1961-1962) 255; David Trubek, "Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism", 36 *Stan. L. Rev.* (1984) 575.

הטיעון התיאורי של הריאליזם אומץ גם על ידי מלומדים רבים אחרים. ראו: Paul Gewirtz, "Narrative and Rhetoric in the Law", *Law's Stories — Narrative and Rhetoric in the*

אכן, בהמשך לטיעון התיאורי של הריאליזם, פירוק של תהליך ההכרעה השיפוטית במצבים של היעדר פתרון ברור מגלה כי מדובר בתהליך מורכב, שעשוי להיות כרוך בסדרה של מהלכים, וביניהם:

א. איתור המאפיינים העובדתיים של המקרה העומד להכרעה, שצריכים להיחשב רלוונטיים לצורך ההכרעה, ומתן משקלות לרכיבים אלה לצורך עיצוב ההכרעה.¹⁶

Law (Peter Brooks and Paul Gewirtz — eds., Yale University Press, 1996) 2, pp. 11-12 (פסקי דין שיש בהם דעת רוב ודעת מיעוט הם תזכורת לכך שהמשפט מכיל מקורות רבים יותר משאפשר להכיל בפסק דין אחד; שכל פסק דין משקף את תודעת הכותב; וששופטים שונים מבינים באופנים שונים את המשפט); Austin Sarat and William Felstiner, "Lawyers; and Legal Consciousness: Law Talk in the Divorce Lawyer's Office", 98 *Yale L. J.* 1663 (1988-1989) (עורכי דין מציגים את השפיטה כתלויה במידה מכרעת בתרומת האישיות של השופט, וממעיטים במידה שבה תוכני המשפט מסוגלים להכתיב את ההכרעה השיפוטית); Paul Kahn, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship* (University of Chicago Press, 1999), 28 (תרומת האישיות של השופט להכרעה השיפוטית); שם, בעמ' 67 (שופטים מאשימים זה את זה, כל העת, שהם משליטים את עצמם ולא את החוק); John Hasnas, "The Myth of the Rule of Law", 1995 *Wis. L. Rev.* (1995) 199 (הסיסמה "שלטון של חוקים, ולא שלטון של בני אדם" היא סיסמה ריקה, משום שהחומרים של המשפט מאפשרים לשופטים בחירה נרחבת); Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Belknap Press, 1986), 10 (ההכרעה השיפוטית תלויה במידה ניכרת באישיות השופט); Stephen Guest, *Ronald Dworkin* (Edinburgh University Press, 1992), 214 (במשפט האגלו-אמריקני יש תחושה רווחת שההכרעה השיפוטית תלויה במידה ניכרת באישיות השופט); Richard Revesz, "Environmental Regulation, Ideology, and the D.C. Circuit", 83 *Va. L. Rev.* (1997) 1717 (ההטיות האידאולוגיות של שופטים משפיעות השפעה של ממש על ההכרעות שלהם); Paul Schiff Berman, "Telling a Less Suspicious Story: Notes Toward a Non-Skeptical Approach to Legal/Cultural Analysis", 13 *Yale J. L. & Human.* (2001) 95, p. 138 (הציבורי בארצות הברית בפסק הדין בעניין *Bush v. Gore* 531 U.S. 98 (2000), בעקבות הבחירות לנשיאות בשנת 2000, חיזק מאוד את התפיסה שהכרעותיהם של שופטים מושפעות באורח ניכר מהנטיית הפוליטיות שלהם).

15. Paul Gewirtz, Editor's Introduction, *The Case Law System in America* (Paul Gerwitz ed., University of Chicago Press, 1989) ix, p. xvii (הריאליסטים יצרו, במסגרת החשיבה על המשפט, משבר בשאלת הוודאות, הנמשך עד היום). ראו גם: Twining (לעיל, הערה 11), בעמ' 207 (נושא מרכזי בדיונם של הריאליסטים היה שאלת הוודאות במשפט).

16. לדוגמה, האם במצב של "עסקאות נוגדות" למכירת מקרקעין יש להתמקד בעובדה שצד אחד לתחרות הוא "ראשון בזמן", או שמא בעובדה שהצד "השני בזמן" שילם למוכר סכום גדול בהרבה מזה ששילם הצד הראשון בזמן? האם במצב של "עסקאות נוגדות" למכירת מקרקעין יש להתמקד בעובדה שצד אחד לתחרות הוא "ראשון בזמן", או שמא בעובדה שצד זה היה

- ב. איתור קטגוריה או קטגוריות משפטיות היכולות להיחשב למכילות פתרונות נורמטיביים רלוונטיים. איתור זה נעשה על פי אמות מידה של מיון, הננקטות בדרך כלל ברמה נמוכה של מודעות.¹⁷
- ג. איתור המקורות המשפטיים הכלולים בקטגוריה, שיכולים להיחשב לרלוונטיים לצורך ההכרעה (תקדימים, כללים, סטנדרטים, עקרונות, קונספציות משפטיות וכולי).
- ד. פרשנות של המקורות שנמצאו רלוונטיים, כגון הצרה או הרחבה שלהם לקראת החלתם על האירוע העובדתי הנדון על ידי המשפטן, לרבות מילוי בתוכן של נורמות מסוג סטנדרט (תום לב, צדק, סבירות וכולי).¹⁸
- ה. דירוג חשיבותם של המקורות האמורים לצורך עיצוב ההכרעה, היינו מתן משקל מכריע לחלק מהמקורות ומתן משקל נמוך למקורות אחרים, או אף דחייתם של המקורות האחרים.
- ו. איתור של שיקולים נורמטיביים היכולים להיחשב לרלוונטיים לצורך ההכרעה ומתן משקלות לשיקולים אלה לצורך עיצוב ההכרעה.¹⁹

מסוגל לרשום הערת אזהרה לשיקוף זכות החווית, אך לא עשה כן ובכך תרם להיווצרות התחרות?

17. Radin (לעיל, הערה 13), בעמ' 196: "The category into which to place the situation presented to [the judges] for judgment does not leap into their minds as once. On the contrary, several categories struggle in their minds for the privilege of framing the situation before them"

לדוגמה, האם כאשר צד משתמש בזכות חווית יש להתמקד בעובדה שפעל על פי זכות שהייתה מוקנית לו, או שמא יש מקום להחיל על השימוש בזכות את הקטגוריה של תום לב בשימוש בזכויות? האם כאשר מוכר מקרקעין לא גילה לקונה כי חלק מן המקרקעין אמור להיות מופקע לצורכי ציבור, יש להחיל על המקרה את הקטגוריה החווית של הטעיה באי-גילוי או שמא את הקטגוריה של דיני המכר העוסקת במצבים של אי-התאמת הממכר? האם כאשר חברת ביטוח סיפקה למבוטח כיסוי ביטוחי שונה מזה שאותו ביקש במהלך המשא ומתן שבין הצדדים, יש להחיל על המקרה את הקטגוריה החווית של תום לב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה או את דיני החוזים, המורים כי מצב הזכויות והחויבים של צדדים לחוזה ייקבע על פי האמור בחוזה? האם כאשר קבלן הבטיח לקונה של דירה כי לדירה יוצמד מחסן, ואולם החוזה שנכרת בין הצדדים לא התייחס כלל למחסן, יש להחיל על המקרה את הקטגוריה הנזיקית של תרמית או את דיני החוזים, המורים כי מצב הזכויות והחויבים של צדדים לחוזה ייקבע על פי הכתוב בחוזה?

18. לדוגמה, האם כאשר מפרשים את המושג "התנהגות מחפירה" שבסעיף 5(ג) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968, ס"ח 102 - יש לקבל השראה מהוראות המשפט הגרמני, או שמא מהוראות המשפט העברי, ומכל מקום איזה תוכן יש להקנות למושג זה?

19. לדוגמה, האם כאשר מדובר בפורנוגרפיה, יש לתת משקל מכריע לערך של חופש הביטוי או לערך של כבוד האישה? האם כאשר מדובר בערבי המבקש לרכוש קרקעות מדינה ביישוב

ז. שקילה של ההשלכות הצפויות של הכרעות אפשריות שונות.²⁰
 כל התהליך המורכב הזה מושפע עמוקות ממושגי השכל הישר שאותם הפנים השופט במהלך חייו,²¹ וכן מעמדות נורמטיביות של השופט, שהן תוצר ניסיון החיים שלו ושהן חלק מנטיות האופי שלו – עמדות שבעיקרו של דבר מידת המודעות של השופט להן היא נמוכה, הן בדרך כלל והן בתהליכי קבלת ההחלטות שבהם נתון השופט.
 לנוכח עושרם של המקורות המשפטיים העומדים לרשותו של שופט לצורך הכרעות; לנוכח הסתירות הקיימות בין מקורות אלה, לא אחת; לאור האפיון של תהליך ההכרעה השיפוטית כתהליך מורכב ורב-שלבים; לנוכח החשיבות הרבה של העמדות הלא-מודעות של השופט בשורה ארוכה של שאלות עובדתיות ונורמטיביות, עמדות שהן תוצר ניסיון החיים הייחודי של השופט ושל נטיות האופי הייחודיות של השופט²² – מידת הוודאות במשפט אינה יכולה להיות גבוהה: לרשות השופטים עומד עושר של מקורות, חלקם סותרים, שבהם יוכלו למצוא הנחיה להכרעתם; השופטים נהנים מחופש בחירה בכל אחד משלביה של ההכרעה השיפוטית, היינו אין בנמצא נוסחה כלשהי שתחשק את האופן שבו יפעילו את שיקול דעתם בכל אחד משלבי ההכרעה; הבחירות שעושים השופטים במהלך הפעלת שיקול הדעת שלהם תלויות באישיות הייחודית של כל שופט.
 בהקשר זה מאיר עיניים הוא הטעון של אן סוידלר על אודות היחס שבין בני האדם לתרבות.²³ סוידלר אינה כופרת בכך שהתרבות מכוננת את התודעות ואת ההתנהגויות

יהודי, יש לתת משקל מכריע לערך השוויון בין אזרחי המדינה או לערך של היות ישראל מדינה יהודית? האם כאשר אדם דתי מבקש שדבריו לא ישודרו בטלוויזיה בשבת, יש מקום לתת משקל מכריע לערך של חופש הביטוי או לערך של חופש הדת?
 20. לדוגמה, כיצד יגיבו רופאים, בנקים או עורכי דין אם תוטל עליהם אחריות נזיקית נוספת כלפי לקוחותיהם? אילו השלכות תהיינה על המשק הישראלי בעקבות קביעה של בית המשפט העליון שחובבים חזיים צריכים להיחשב מסוכלים בעקבות פרוץ מלחמה? מה תהיינה ההשלכות של קביעה של בית המשפט שקטעים מסוימים בתוואי "גדר הפרדה" אינם חוקיים?

21. מנחם מאוטנר, "שכל ישר, לגיטימציה, כפיה: על שופטים כמספרי סיפורים", פלילים ז (תשנ"ח) 11.

22. ג'ון רולס מנסה להתחקות אחר הסיבות לאי-הסכמה בין בני אדם בשאלות ערכיות. (רולס קורא לסיבות האלה "The burdens of judgment"). אחת הסיבות שמונה רולס היא זו: "The way we assess evidence and weigh moral and political values is shaped by our total experience, our whole course of life up to now; and our total experiences must always differ. Thus, in a modern society... citizens' total experiences are disparate enough for their judgments to diverge, at least to some degree, on many if not most cases of any significant complexity". John Rawls, *Political Liberalism* (Columbia University Press, 1993), 56-57. גם: Joseph Raz, "Liberalism, Skepticism, and Democracy", 74 *Iowa L. Rev.* (1988-1989) 761, pp. 767-768.

23. Ann Swidler, *Talk of Love – How Culture Matters* (University of Chicago Press, 2001);

של בני האדם, ואולם היא מציגה את הקשר שבין בני האדם לתרבות כמתקיים גם באופן הפוך: בני האדם משתמשים בחומרי התרבות לפי צורכיהם, בהתאם למצבים השונים שבהם הם נמצאים, היינו בני האדם משתמשים בחומרי התרבות כאילו היו "ארגז כלים" (tool kit), שהם בוחרים מתוכו אופני טיעון ודרכי התנהגות, כפי שנראה להם מתאים למצבים המשתנים שבהם הם נתונים במרוצת חייהם. סווידלר מציגה אפוא את בני האדם כפועלים מתוך בחירה ויצירתיות בשימוש שלהם בחומרים תרבותיים, ומכיוון שסווידלר מניחה כי התרבות עשירה בחומרים, וכי חלק מהחומרים האלה סותרים אלו את אלו, היא קובעת גם כי בני האדם יכולים לבחור מתוך התרבות חומרים כדי לייצר באמצעותם דרכי פעולה והצדקות לפעולה, שהן שונות אלו מאלו ואף סותרות אלו את אלו. סווידלר אמנם לא כתבה על התרבות המשפטית, ואולם תפיסתה את הקשר שבין בני האדם לתרבות היא מאירת עיניים להבנת הדרך שבה פועלים שופטים (ומשפטנים בכלל). חומרי התרבות המשפטית עומדים לרשות השופטים כ"ארגז כלים", היינו כרפרטואר שמתוכו הם יכולים לפתח טיעונים, נימוקים, הצדקות וכיוצא באלה. יתר על כן, חומרים אלו הם עשירים, ואף סותרים, היינו הם יכולים לשמש בסיס לפיתוחם של טיעונים, נימוקים, הצדקות וכיוצא באלה, שהם שונים ואף סותרים. (נקודה מעניינת היא שגם לואלין, כמו סווידלר, מציג את החומרים המשפטיים העומדים לרשות השופט תוך שימוש במטבע הלשון tool kit).²⁴

ד. קרל לואלין: ודאות באמצעות התרבות

הדרך העיקרית שבאמצעותה ביקשו משפטנים להתגבר על בעיית הוודאות בעקבות התמוטטות הפורמליזם המשפטי היא זו שאכנה "ודאות באמצעות התרבות". ההוגה שהציע את הטיעון המפותח ביותר באשר לדרך זו היה קרל לואלין. לואלין, שהיה המנהיג האינטלקטואלי של הריאליסטים, מילא תפקיד חשוב במפעל הרס הפורמליזם על ידי הריאליזם, אבל לואלין היה מעריץ גדול של דרך קבלת ההחלטות של המשפט המקובל. כבר בשלבים מוקדמים של הגותו החל אפוא לואלין במפעל לשיקום אמינותו של המשפט המקובל – המפעל שיראה כי גם תהליכי קבלת ההחלטות של המשפט המקובל מתאפיינים ברמה סבירה של ודאות.

לואלין עשה זאת באמצעות הצגת המשפט המקובל כמערכת תרבותית. אמנם לואלין לא השתמש במילה "תרבות" כשדיבר על המשפט; הוא השתמש במושג "מסורת", אבל לנוכח האופן שבו תפס לואלין את המשפט ואת הקשר שבין המשפט ובין המשפטן, אין

Ann Swidler, "Cultural Expression and Action", *5 International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (2001) 3063; Ann Swidler, "Culture in Action: Symbols and Strategies", *51 Am. Soc. Rev.* (1986) 273

²⁴ Llewellyn, *The Common Law Tradition* (לעיל, הערה 10), בעמ' 105. על הגורמים לאי-הוודאות במשפט ראו גם: Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (MIT Press, 1996), chapter 5

ספק שאילו היה כותב בשני העשורים האחרונים של המאה העשרים – שנות "המפנה התרבותי", שבהן נעשה מושג התרבות מרכזי בכל התחומים של מדעי החברה והרוח²⁵ – הוא היה משתמש במושג הזה.²⁶

הטיעון של לואלין הושתת על שני אדנים (שניתן לראותם כחופפים במידה חלקית). האדן הראשון התייחס לתכנים של המשפט ולדרכי החשיבה המקובלות במשפט המקובל. לואלין טען כי תוכני המשפט מאורגנים בקטגוריות משפטיות; כי יש במשפט דרכים מקובלות למיונם של מקרים עובדתיים אל תוך הקטגוריות המשפטיות; כי יש במשפט דרכים לקבוע אילו שיקולים נורמטיביים הם רלוונטיות לצורך ההחלטה; כי יש במשפט דרכים לקבוע יחסיים מקובלים; וכי יש במשפט דרכי הנמקה מקובלות. משפטנים הם בני אדם המפנימים במהלך חייהם המקצועיים את תוכני המשפט ואת דרכי החשיבה המקובלות במשפט, טען לואלין, ועל כן תכנים ודרכי חשיבה אלה מתבנתים באורח נרחב ועמוק את האופן שבו מתפקדים המשפטנים, לרבות השופטים, במלאם תפקידים במשפט, ומחשקים במידה ניכרת את אופציות הפעולה שלהם. מכיוון שכך, משפטנים, לרבות שופטים, הפועלים במסגרת אותה שיטת משפט יפעלו באופן דומה, ולא יתקיימו הבדלים גדולים מדיי בין הדרכים שבהן משפטנים שונים יטפלו באותן בעיות משפטיות או בבעיות משפטיות דומות.²⁷

25. Victoria Bonnell and Lynn Hunt, Introduction, *Beyond the Cultural Turn – New Directions in the Study of Society and Culture* (Victoria Bonnell and Lynn Hunt – eds., University of California Press, 1999) 1, pp. 2, 8, 10; William Sewell Jr., "The Concept(s) of Culture", *Beyond the Cultural Turn – New Directions in the Study of Society and Culture* (Victoria Bonnell and Lynn Hunt – eds., University of California Press, 1999) 35, pp. 36-37; Richard Shweder, "Culture: Contemporary Views", *5 International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (2001) 3151; *Culture and Economy after the Cultural Turn* (Larry Ray and Andrew Sayer – eds., Sage, 1999)
26. במקומות אחדים בכתביו מדבר לואלין על המשפט הנוצר ומוחל בתי המשפט במושגים של "תרבות". ראו: Llewellyn, *The Case Law System in America* (לעיל, הערה 10), בעמ' 113: "The main goal of this book... is to present the actual facts about the culture studied"; Llewellyn, *The Common Law Tradition*; [in the way an anthropologist would] (לעיל, הערה 10), בעמ' 49-50; Llewellyn (לעיל, הערה 7), בעמ' 1250. על המשפט כ"מערכת תרבותית" ועל המשפט כ"מסורת" ראו מנחם מאוטנר, "המשפט כתרבות: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה", *רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי* (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוגן שמיר – עורכים, רמות, תשנ"ח) 545 (להלן: מאוטנר, "המשפט כתרבות"); מנחם מאוטנר, "גדמר והמשפט", *עיוני משפט* כג (תש"ס) 367 (להלן: מאוטנר, "גדמר והמשפט"); מנחם מאוטנר, "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רב-תרבותית", *מחקרי משפט* יט (תשס"ב-תשס"ג) 423 (להלן: מאוטנר, "מינוי שופטים").
27. Llewellyn, *The Common Law Tradition* (לעיל, הערה 10), בעמ' 53, 61-19, 119, 154-

בניסוח עכשווי ניתן אפוא להציג את לואלין כמי שתפס את הקשר המתקיים בין המשפט ובין המשפטן כקשר המתקיים בין מערכת תרבותית ובין אדם שעבר סוציאליזציה במערכת והוא מתפקד במסגרתה: התרבות המשפטית מחשקת את חופש הפעולה של המשפטן בדומה לאופן שבו התרבות בכללותה מחשקת את חופש הפעולה של האדם. בקטע מאיר עיניים, שמונחי המפתח הננקטים בו הם מונחים מרכזיים בדיון האקדמי של העשורים האחרונים במושג התרבות, כותב לואלין:

[M]an's so-called free will is really subject to constraints. By virtue of environment and upbringing, the ethical values affecting him, the thought patterns and mental images absorbed from his surroundings, a man is conditioned, limited, and unconsciously constrained to such a degree that his so-called freedom of action seems little more than mechanical. Since the prevailing illusion is that man does possess free will, the sociologist rightly corrects that view by emphasizing the almost unbelievable regularity and determinacy of human behavior. But in seeing man as a product of his times and his rather narrow social circumstances, in seeing him indeed almost as a fungible commodity swept along by outside forces, the sociologist's eye scans whole regions, mass-scale phenomena lasting years and decades – the economic, religious, and other forces that affect human behavior. I do not deny that the judge, as man, can be seen in this light.²⁸

Llewellyn, *The Case Law System in America* ;203, 201, 157 (לעיל, הערה 10), בעמ' 77-76, 80.

28. Llewellyn, *The Case Law System in America* (לעיל, הערה 10), בעמ' 11. מעניין לציין שגישה דומה נוקט פייר בורדיה בניסיונו להבין את האופן שבו פועלים בני האדם בחיי היום-יום שלהם. בורדיה, הנחשב על ידי רבים לסוציולוג התרבות הגדול ביותר בדור האחרון, ניצב מול הבעיה הבאה: מצד אחד, הוא טוען כי בני אדם אינם פועלים בחיי היום-יום שלהם בדרך של ציות לכללים ("to follow a rule"). מצד אחר, הוא טוען כי קיימת סדירות באשר לאופן שבו פועלים בני אדם רבים בחיי היום-יום שלהם – סדירות המאפשרת מידה של יכולת לנבא כיצד יפעלו בני אדם במצבים שבהם ימצאו עצמם בחיי היום-יום שלהם. כיצד אם כן ניתן להסביר את הסדירות ואת יכולת הניבוי באשר להתנהגותם של מי שאינם פועלים בדרך של ציות לכללים? תשובתו של בורדיה: בני אדם המפגימים תכנים תרבותיים דומים (בורדיה מכנה זאת "הביטוס") ינהגו באופן דומה במצבים חברתיים דומים. בורדיה, בדומה ללואלין, קובע אפוא כי הסיבה לכך שקיימת מידה של ודאות באשר לאופן שבו יפעלו בני אדם

האדן השני שעליו הושתת הטיעון של לואלין התייחס לתרבות המקצועית שבמסגרתה פועלים משפטנים בכלל, ושופטים בפרט. לואלין מדבר על השפיטה במונחים של "אומנות" או "מקצוע של מלאכת כפיים" (craft), היינו מקצוע שיש לו רפרטואר של "כללי עשה ואל תעשה", שבעלי המקצוע מפנימים אותם במהלך התנסותם המקצועית, אף שמידת המודעות שלהם לקיומם של הכללים ולהשפעת הכללים עליהם הנה נמוכה. נוהגי העבודה המקובלים בבתי המשפט, ודרכי ההנמקה המקובלות בפסקי הדין, פועלים, על פי לואלין, כ"כללי מקצוע" כאלה, וגורמים לתיעולם של השופטים לדרכי פעולה שאינן סובייקטיביות. יתר על כן, לואלין טען כי שופטים פועלים באופן שמעשיהם נבחנים ומבוקרים כל העת על ידי בני אדם אחרים, הפועלים בתרבות המקצועית שלהם: את פסקי הדין של השופטים קוראים שופטים אחרים, עורכי דין, מלומדי משפט וסטודנטים למשפטים. קוראיהם של פסקי הדין מגיבים באופן חיובי על פסקי דין המצייתים לנורמות המקובלות בקרב קבוצת המשפטנים, ובאופן שלילי על פסקי דין הסוטים ממה שמקובל בקרב קבוצת המשפטנים. תהליכים אלה של קריאה וביקורת מבטיחים שהחלטותיהם של שופטים יצייתו, מבחינת התוכן ומבחינת דרכי ההנמקה, לאמות המידה המקובלות בתרבות המקצועית של המשפט.²⁹

ה. אהרן ברק: ודאות באמצעות התרבות

שאלת הודאות היא גם שאלה מרכזית בכתיבתו האקדמית של אהרן ברק. יתר על כן, ברק היה הראשון שעורר את השאלה במשפט הישראלי. עד שנות השמונים, מרבית – אם לא כל – המלומדים במשפט הישראלי שעסקו בתורת המשפט קיבלו את הכשרתם באנגליה. בעוד העיסוק במה שעושים שופטים היה הנושא המרכזי בתורת המשפט האמריקנית של המאה העשרים, שאלה זו הייתה שולית יחסית בדיון

במצבים חברתיים שבהם ימצאו עצמם היא שהתרבות מתבנת את התודעות של בני האדם באופן דומה, ובכך גורמת להם לפעול באופן דומה. לדיון נרחב ראו: Charles Taylor, "To Follow a Rule", *Bourdieu – A Critical Reader* (Richard Shusterman – ed., Blackwell Publishers, 1999) 29; Jacques Bouveresse, "Rules, Dispositions, and the Habitus", *Bourdieu – A Critical Reader* (Richard Shusterman – ed., Blackwell Publishers, 1999) 45.

²⁹ Llewellyn, *The Common Law Tradition* (לעיל, הערה 10), בעמ' 26, 53, 154-157, 205; Llewellyn, *The Case Law System in America* (לעיל, הערה 10), בעמ' 76-77; Twining (לעיל, הערה 11), בעמ' 219. תפיסתו של לואלין, שהשופטים פועלים במסגרת התרבות המשפטית ומחושקים על ידי התרבות הזו, מקרבת אותו לתפיסתו של הנס־גיאורג גדמר, שבני האדם פועלים במסגרתה של מסורת תרבותית ומחושקים על ידה. כמו כן, בעקבות תפיסתו האמורה יכול לואלין להיחשב למבשר של מושג "הקהילייה הפרשנית" של סטנלי פיש. לדיון בנקודות אלה ראו מאוטנר, "גדמר והמשפט" (לעיל, הערה 26), בעמ' 407-405.

התורת-משפטי שהתקיים באנגליה במאה זו. H. L. A. Hart כתב פעם, בבטאו נקודת מבט אנגלית מובהקת, כי תורת המשפט האמריקנית "מתאפיינת בהתמקדות כמעט אובססיבית בהליך השיפוטי"³⁰. אכן, בספרו *The Concept of Law*,³¹ הנחשב על ידי רבים כחיבור המרכזי בתורת המשפט של אנגליה במחצית השנייה של המאה העשרים, הארט לא רק עוסק כבדרך אגב במה שעושים שופטים, אלא הבנתו את תהליכי קבלת ההחלטות שבהם נתונים שופטים – פשטנית: והי תפיסה שלפיה עיקר עבודתם של שופטים הוא מיון של מקרים עובדתיים אל תוך כללים מוכנים מראש.³² לא ייפלא אפוא שכאשר שאלת הוודאות במשפט נדונה על ידי הארט, היא נדונה בהקשר הצר של חוסר ודאות עקב עמימותה של הלשון באזורי הפריפריה שלה, ולא בהקשר של הריבוי והמורכבות של חומרי התוכן של המשפט, הוא ההקשר העיקרי שבו נדונה שאלת הוודאות במשפט האמריקני הריאליסטי והפוסט-ריאליסטי של המאה העשרים. משמע, ככל ששאלת הוודאות במשפט נדונה עד שנות השמונים על ידי משפטנים ישראלים, היא נדונה במונחים של חוסר ודאות לשונית; לא במונחים של חוסר ודאות הנובעת מכך שהמשפט הנו אוסף עשיר של משאבי השיבה והנמקה, העומד לבחירתם של שופטים, ומשפטנים בכלל.

לחסר זה בדיון התורת-משפטי של ישראל פרץ אהרן ברק.

בשנת 1983 פרסם ברק בכתב העת "משפטים" מאמר שכותרתו "חקיקה שיפוטית"³³. ברק טען במאמר זה – בפעם הראשונה בישראל – כי שופטים עוסקים לא רק במיון של מקרים עובדתיים אל תוך פתרונות משפטיים קיימים, אלא גם בהפעלה של שיקול דעת ובחירה. יתר על כן, ברק הציג את הטיעון שלו בצורה הקיצונית ביותר שאפשר: הוא השווה שופטים למחוקקים, והציג אפוא את השופטים לא רק כמי שמפעילים שיקול דעת, אלא כמי שעוסקים ביצירת משפט, כאילו היו מחוקקים.

כך טען ברק כי קיימים מצבים שבהם "השופט עומד בפני הצורך להכריע בין מספר חלופות משפטיות אפשריות"³⁴. במקרים כאלה, טען ברק, אין השופט מצוי ב"תהליך מכני או טכני", אלא ב"תהליך אינטלקטואלי יוצר"³⁵. ברק דחה אפוא בתקיפות את התפיסה לפיה קיים במשפט "פתרון נכון אחד" לבעיות משפטיות. "כל מי שעסק מימיו בשפיטה חש לא פעם שהוא עומד בפני ברירה ובחירה, תוך שהוא בוחר באפשרות שנראתה לו ראויה", כתב ברק,³⁶ והוא סיכם את מאמרו באמרו: "החקיקה השיפוטית היא חלק ממצואות חיינו

30. H. L. A. Hart, "American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", 11 *Ga. L. Rev.* (1976-1977) 969.

31. H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Clarendon Press, 1961).

32. לביקורת על גישתו של הארט ראו מאוטנר, "המשפט כתרבות" (לעיל, הערה 26), בעמ' 560-556.

33. אהרן ברק, "חקיקה שיפוטית", *משפטים* יג (תשמ"ג-תשמ"ד) 25.

34. שם, בעמ' 31.

35. שם, שם.

36. שם, בעמ' 36.

המשפטיים. השופט יוצר משפט. אין הוא רק ראי המשקף את תמונת הדין. הוא היוצר את התמונה במו ידיו".³⁷

ברק שב לעסוק בשאלת שיקול הדעת ארבע שנים מאוחר יותר, בשנת 1987, בספרו "שיקול דעת שיפוטי".³⁸ נקודה מעניינת היא שלא פחות מארבעה(!) מפרקי ספר זה מכילים בכותרתם את המילים "חוסר ודאות". "שיקול הדעת השיפוטי מופעל בתחום שכל כולו הוא תחום של ערכים, אידיאולוגיה ופוליטיקה", כתב ברק.³⁹ במצבים שבהם נדרשת הפעלה של שיקול דעת, "הגיון בלבד אינו עוזר".⁴⁰ "שופטים שונים יגיעו, איפוא, לתוצאות שונות", כתב ברק, "שכן נסיונם האישי והשקפת עולמם שונה". יתר על כן, ברק מיהר להוסיף כי "אפילו] אותו שופט עצמו, עשוי להגיע בזמנים שונים לתוצאות שונות, שכן עם עבור השנים, משתנה הנסיון האישי ומשתנה השקפת העולם השיפוטי".⁴¹ ברק ממשיך לעסוק בשאלה זו גם בספרו האחרון "שופט בחברה דמוקרטית".⁴² מצד אחד, ברק מצביע בצורה חדה וברורה על כך שבמקרים רבים המשפט אינו מספק תשובה ברורה, והפעלת המשפט מחייבת אפוא הפעלה ניכרת של שיקול דעת, היינו היא כרוכה בבחירה, ואף ביצירה.⁴³

מצד אחר, ברק מבקש להראות כי הפעלת שיקול הדעת במשפט מחושקת בצורה ניכרת. טיעונו של ברק בנקודה זו דומה לטיעון שאותו מציע לואלין בניסיונו להראות כי במשפט קיימת ודאות.

בדומה ללואלין, ברק מציג את השופט כמי ששיקול הדעת שלו מחושק באמצעות התכנים של המשפט. "אופן הבחירה בין החלופות והשיקולים המובאים בחשבון לבחירה אינם נתונים להכרעה הסובייקטיבית המוחלטת של השופט", כתב ברק. "אין הוא רשאי להחליט כרצונו... הכרעה שיפוטית... אין משמעותה כי בבחירה רשאי השופט לשקול כל שיקול הנראה לו ראוי".⁴⁴ על השופט להכריע "על פי שיקולים שהם חיצוניים לעמדותיו האישיות של השופט".⁴⁵ כך, למשל, "שופט אינו רשאי לומר: 'אני דוחה פתרון משפטי בענייני איכות חיים, שכן הוא נוגד את השקפתי הטבעונית'",⁴⁶ אלא, שופט הניצב לפני היעדר פתרון ברור יכול להביא בחשבון רק שיקולים המתאפשרים על פי התכנים של המשפט שבגדרו פועל השופט:

37. שם, בעמ' 80.

38. אהרן ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז).

39. שם, בעמ' 177.

40. שם.

41. שם, בעמ' 185.

42. אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית (הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה - כתר - נבו, תשס"ד).

43. שם, בעמ' 21-39.

44. שם, בעמ' 36.

45. שם, בעמ' 41.

46. שם, בעמ' 39.

שיטת המשפט אומרת לשופט: "הבאתי אותך לצומת דרכים, ואין בידי לכוון עוד את דרכך. לך על פי שיקול דעתך. עם זאת, אין בידך להחליט ככל שתחפוץ, שכן אני, שיטת המשפט, מגבילה את מהותם של השיקולים שהינך רשאי להביא בחשבון".⁴⁷

בדומה לכך, ברק כותב כי כאשר "שופט עומד בפני מספר אפשרויות... שיטת המשפט מגבילה את היקף שיקוליו. גם כששופט נמצא עם עצמו, הוא מצוי במסגרתה של חברה, של שיטת משפט ושל מסורת משפטית".⁴⁸

ברק מפתח אפוא טיעון דומה לאדן הראשון בטיעונו של לואלין בזכות הוודאות במשפט, אבל ברק מפתח גם טיעון הקרוב לאדן השני בטיעונו של לואלין. כך, בקטע שהיה יכול לצאת גם מעטו של לואלין, ברק מתאר את השופט כמושפע מהתרבות של הקבוצה שבגדרה הוא פועל:

השופטים מושפעים זה מזה. נוצרת אחווה המבטיחה אובייקטיביות. השופטים מושפעים מהמסורת הקיימת בבית המשפט. זו אותה גחלת העוברת מדור אחד של שופטים לדור אחר של שופטים. אין היא כתובה עלי ספר, אך היא חודרת אט אט להכרתו של השופט, ומביאה לאובייקטיביזציה של שיקול דעתו.⁴⁹

ובקטע נוסף כותב ברק: "אני מציע להיזקק לאמת מידה זו של 'משפטנים בני-דעת' או 'הקהילייה המשפטית' כאמת מידה לבחינת חוקיותה של אפשרות מסוימת".⁵⁰

ו. אובייקטיביות או ודאות?

ואולם מהי בדיוק הבעיה שאותה מצליחים לואלין וברק לפתור? לואלין וברק מצליחים לפתור בהצלחה בעיה מרכזית אחת במשפט: בעיית הסובייקטיביות השיפוטית. הם טוענים באופן משכנע שקיימת אובייקטיביות במשפט, היינו ששופט אינו יכול להחליט ככל העולה על רוחו, אלא הוא מחושק בצורה חמורה על ידי התרבות המשפטית שבתוכה הוא פועל.⁵¹ אבל לואלין וברק אינם מצליחים לפתור בעיה מרכזית אחרת במשפט: בעיית הוודאות המשפטית. המהלך של לואלין וברק אינו מסוגל להתגבר על התפקיד המכריע שממלא השופט הפרטיקולרי, האקראי, הייחודי,

47. שם, בעמ' 38.

48. שם, בעמ' 44.

49. שם, בעמ' 43.

50. שם, בעמ' 30.

51. על מושג האובייקטיביות ראו אנדרי מרמור, "שלושה מושגים של אובייקטיביות", עיוני

משפט יט (תשנ"ד-תשנ"ה) 161.

בתהליך קבלת ההחלטה השיפוטית, הן בכל הנוגע לחומרים שבהם ישתמש השופט לצורך החלטתו והן בכל הנוגע לתוצאה שאליה יגיע השופט.⁵² חוסר היכולת של לואלין וברק להתגבר על בעיית הוודאות במשפט הוא בלתי נמנע. הוא בלתי נמנע משום שהיצירתיות והבחירה הם תמצית האנושיות. כך בחיינו בכלל, וכך בחיינו במשפט.

כבר לפני אלפיים ושלוש מאות שנים כתב אריסטו, בספר "הפוליטיקה" שלו, כי בעלי החיים חיים על פי מה שנוכל לכנות בשפה עכשווית התבנות הביולוגי-גנטי שלהם, ואולם כשמדובר באדם מצטרפים לביולוגיה ולגנטיקה גם יכולת החשיבה והבחירה. יצורים חיים שאינם בני אדם חיים בעיקר על פי הדחף הטבעי, כתב אריסטו, אף כי אחדים מהם יכולים להיות מונחים, גם אם במידה מעטה, גם על פי הנוהג. האדם חי, לצד הדחף הטבעי והנוהג, גם על פי העיקרון הרציונלי, והוא ייחודי בסגולתו זו.⁵³

אלף ושמונה מאות שנים מאוחר יותר, במחצית השנייה של המאה החמש עשרה, חזר פיקו דלה מירנדולה על הנגדה זו עצמה שבין בעלי החיים לאדם, החופפת להנגדה שבין הטבע לתרבות. באחד הטקסטים הגדולים של ההומניזם המערבי – ושימו לב לשם הכל כך עכשווי ורלוונטי: "הנאום על כבוד האדם"⁵⁴ – כותב פיקו, כי בעוד טבעם של בעלי החיים מוגדר ותחום מראש על פי החוקיות הביולוגית של קיומם, ייחודו של האדם הוא שקיימת בחייו פתיחות, המאפשרת לו לקבוע בעצמו את אופן קיומו. פיקו מגדיר את האדם כ"מלאכה לא-מוגדרת", ושם בפיה האלהים את המילים האלה על אודות האדם:

טבעם, המוגדר מראש, של היצורים האחרים, תחום בתוך גבולותיהם של חוקים שאנו קבענו. ואילו אתה, שלא תיאלץ להיות נתון בתוך שום סייג... אתה... יוצר-עצמך וצר-צורתך-שלך – אתה תיצור את עצמך בצורה בה תבחר. תוכל להידרדר לצורות התחתונות, צורות-הפרא; גם תוכל, עלי-פי החלטתך, להיוולד מחדש בצורות העליונות שהן אלוהיות.⁵⁵

לא אריסטו ולא פיקו משתמשים במושג "תרבות"; הם כתבו את דבריהם מאות רבות לפני שהמושג הזה נולד, ושניהם מתמקדים בכישורים התבוניים של האדם, אבל כיום אנהנו יודעים שהבחירה האנושית התבונית שעליה מדברים אריסטו ופיקו אינה מתקיימת "בחלל ריק", אלא במסגרת התרבות הפרטיקולרית שבה חי האדם. יתר על כן, וזה עיקר, התרבות אינה רק רפרטואר שמתוכו, כמשהו "חיצוני" כביכול לאדם, בוחרים בני האדם; התרבות היא אותה מערכת גדולה הקובעת את חייו של האדם לצד המערכת הביולוגית: היא מכוננת

52. לביקורת על עמדתו של לואלין בנקודה זו ראו: Clark and Trubek (לעיל, הערה 14).

53. Aristotle, *The Politics of Aristotle* (Clarendon Press, 1946), 314.

54. ג'ובני פיקו דלה מירנדולה, **נאום על כבוד האדם** (כרמל, תשנ"א).

55. שם, בעמ' 24-25. ראו גם: Anthony Kronman, "Amor Fati (The Love of Fate)", 45 *U.*

Toronto L. J. (1995) 163

את תודעת האדם (ולפיכך אנו אומרים כי היא קובעת את "זהות" האדם), והיא מכוננת את ההתנהגות של האדם.⁵⁶

אבל, וזו הנקודה המכרעת, התרבות אינה מכוננת את החשיבה ואת ההתנהגות של האדם בדרכה של אותה חוקיות נוקשה וחמורה שבה מכוננת הגנטיקה את הקיום הביולוגי של האדם (או כל יצור חי אחר). התרבות **מכוננת** את הסובייקט; היא אינה מוחקת אותו. לאדם יש אוטונומיה; הוא יצור בוחר: הוא בוחר את תוכני חייו, את מעשיו, את האופי המוסרי שלו. מבחינה זו, הטיעון של סארטר בהרצאה המפורסמת שלו "האקזיסטנציאליזם הוא הומניזם",⁵⁷ לפיו תמצית הקיום האנושי היא בחירת האדם בתוכני חייו, טיעון זה – נכון; אבל הטיעון של סארטר שגוי, כפי שהראו רבים, למשל פייר בורדיה,⁵⁸ מבחינה זו שהטיעון מתעלם מכך שהאדם הבוחר מפעיל את הבחירות שלו במסגרת התרבות שבה הוא חי, היינו במגבלות של הערכים הקיימים בתרבות הזו ובמגבלות של המשקלות הניתנים לערכים האלה על ידי התרבות. במאמר מוסגר אוסיף כי מיכולת הבחירה של האדם, במסגרת התרבות, נובעת האחריות: לאדם יש אחריות למעשיו, ואם בחר ברע – הבחירה הזו תיחס לו, והוא לא יוכל להתגונן בטענה שמהו או מישהו חיצוני לו כביכול כפה עצמו עליו והשתלט עליו.

בחירה במסגרת התרבות – כך בתרבות האנושית וכך בתרבות המשפטית. קיומו של המשפטן במערכת התרבותית של המשפט כקיומו של האדם במערכת התרבותית הגדולה, הכללית, שבה מתנהלים חייו. התרבות המשפטית מכוננת את הסובייקט המשפטי, המשפטן. לפיכך משפטנים שעברו סוציאליזציה במסגרתה של אותה תרבות משפטית עצמה יפעלו על פי התכנים של התרבות המשפטית הזו, ופעולותיהם יימצאו אפוא מתובנות באופן דומה, ויתקיים ביניהן דמיון, אבל התרבות המשפטית אינה מוחקת את הסובייקט המשפטי. שופט ניצב מול התרבות המשפטית בעמדה של אוטונומיה: יש לו יכולת לחשוב, לבחור וליצור. ושוב, גם בהקשר הזה, מהאוטונומיה נובעת האחריות: הבחירות של השופט הן שלו – כאדם וכמשפטן; אלו אינן הבחירות של המערכת שבה הוא פועל.

המהלך של לואלין ושל ברק – לחשוב על שיקול הדעת השיפוטי כעל תהליך המופעל בגדרה של התרבות המשפטית – המהלך הזה הוא מהלך נכון. המשפט הנוצר ומוחל בבתי המשפט הוא אכן מערכת תרבותית – מערכת תרבותית נבדלת מהתרבות היום-יומית. תכלית חשובה לקיומה של התרבות המשפטית הזו היא הפעלה של בקרה על התרבות היום-יומית בשם מערכת ערכים יציבה, הנדונה ומטופחת בהתמדה – מערכת ערכים הפועלת כ"מסורת".⁵⁹ תכלית חשובה אחרת לקיומה של התרבות המשפטית הזו היא הפעלה של

56. לדיון נרחב ראו מנחם מאוטנר, **משפט ותרבות בישראל** (עתיד להתפרסם).

57. ז'אן-פול סארטר, **האקזיסטנציאליזם הוא הומניזם** (כרמל, תשמ"ט).

58. Pierre Bourdieu, *Outline of A Theory of Practice* (Cambridge University Press, 1977)

73-76.

59. מאוטנר, "המשפט כתרבות" (לעיל, הערה 26); מאוטנר, "גדמור והמשפט" (לעיל, הערה 26);

מאוטנר, "מינוי שופטים" (לעיל, הערה 26).

בקרה על הפוליטיקה הנבחרת, זו הפועלת על פי מערכי כוח ואינטרסים, כפי שהם נוצרים כל רגע מחדש.⁶⁰

אבל המהלך של לואלין וברק – לחשוב על שיקול הדעת השיפוטי כעל תהליך המופעל בגדרה של התרבות המשפטית – אינו יכול להתגבר על המגבלות האינהרנטיות הטבועות בו. הוא מסוגל להסביר מדוע שופטים יפעלו באובייקטיביות: ניפוץ הפורמליזם אין משמעו סובייקטיביזם בלתי מרוסן, כזה שעל פיו יכול כל שופט לעשות במשפט ככל העולה על רוחו; שופטים פועלים על פי התכנים של המשפט, בהבדל מתכנים שהם חיצוניים למשפט. אבל מכיוון שהמהלך הזה מבוסס על ראייה של אדם – השופט – כמי שממוקם ופועל בגדרה של תרבות – התרבות המשפטית – המהלך הזה אינו מסוגל להראות כי במשפט מתקיימת ודאות במובן של עיקור התרומה האישית הייחודית של השופט הפרטיקולרי, העוסק בהכרעה המשפטית, בכל הנוגע לתוצאת ההליך. במילים אחרות, הטיעון אינו מסוגל להראות כי המשפט יכול להבטיח תוצאה אחת, ברורה מראש, למרבית הבעיות המתעוררות בגדרו, באופן המסלק את התרומה האישית, הייחודית, האקראית, של השופט שבכוחו להכריע בבעיה.

אכן, לואלין עצמו היה מודע לכך. מי שיקרא את כתביו ימצא בהם מאמץ הירואי להראות כי במשפט מתקיימת ודאות, ואולם, לצד זאת, במקומות רבים בכתביו ניתן למצוא הכרה בתרומה הייחודית של השופט הפרטיקולרי לקביעת תוכן ההחלטה השיפוטי, באופן החותר תחת הודאות במשפט.⁶¹

ברק נחרץ בנקודה זו אפילו יותר מלואלין. ברק אינו מנסה לטייח ולהסתיר את חוסר הודאות שבמשפט; הוא מודה בקיומו בגלוי. כך בספרו "שיקול דעת שיפוטי"⁶², וכך גם בספרו החדש "שופט בחברה דמוקרטית": ברק כותב, כי שיקול הדעת השיפוטי מתקיים בגדרו של "מתחם של סבירות שיפוטי", המכיל כמה פתרונות שכולם סבירים.⁶³ במצב כזה,

כל אחד משני שופטים יכול לפעול בסבירות בלא שיש ביניהם הסכמה על דרך הפעולה. שופט שלישי עשוי להימצא בדילמה אמיתית בלא שאמת המידה של סבירות תכריע... שופטים שונים עשויים לתת לגורמים שונים משקל שונה ועל ידי כך להגיע לתוצאות סבירות שונות.⁶⁴

60. Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Bobbs-Merrill, 1962), 16-33.

61. ראו, למשל: Llewellyn, *The Common Law Tradition* (לעיל, הערה 10), בעמ' 24, 49. ראו גם: Twining (לעיל, הערה 11), בעמ' 219.

62. ראו לעיל, הערות 38-41 והטקסט שלידן.

63. ברק (לעיל, הערה 42), בעמ' 39.

64. שם, שם.

ועוד כותב ברק:

תשתיתו [של שיקול הדעת השיפוטי] הינה אובייקטיבית. מערכת הערכים שביניהם יש לאזן בנקודת ההכרעה הם ערכיה האובייקטיביים של שיטת המשפט... עם זאת בהיעדר הכרעה סופית על פי ערכים אלה בלבד, נדרשת בסופו של התהליך הכרעה שהיא אישית ומשקפת את עולמו הסובייקטיבי של השופט.⁶⁵

בדומה לכך, ברק כותב כי ייתכן במשפט מצב שבו "השיקולים האובייקטיביים שאותם הביא [השופט] בחשבון אינם מובילים אותו לפתרון אחד ויחיד. עליו לבחור"; ואולם "בחירה זו בין השיקולים האובייקטיביים הנה, בסופו של יום, פרי הסובייקטיביות השיפוטית", כותב ברק, "היא משקפת את מבנה אישיותו של השופט ואת תגובתו לסובב אותו. השוני בין שופטים שונים בא לביטוי בשלב זה".⁶⁶

ז. לקראת דיון בהשלכות הנובעות מחוסר הוודאות של המשפט הנוצר מופעל בבתי המשפט: צמצום האקראיות הנובעת מאי-הוודאות

"מי שמרכיב בית דין הוא שמושל בפסק-הדין"

(אברהם ב' יהושע, *מסע אל תום האלף*)

[הוצאת הקיבוץ המאוחד/ספרי סימן קריאה, 1997], 193.

1. האקראיות הנובעת מאי-הוודאות

המסקנה המתבקשת מהדיון דלעיל היא, שעלינו להשלים עם כך שלמתדיינים בהליכים שיפוטיים עשויה להיות מובטחת חתירה להתקיימותם של הרכיבים המכוננים את תהליך ההכרעה השיפוטית: **אי-משוא פנים**, היינו היעדר עניין אישי או רכושי של השופט בהכרעה; **אובייקטיביות**, היינו חתירה של השופט להכרעה במסגרת התרבות של המשפט, ולא על פי העדפותיו האישיות; **פתיחות**, היינו הנכונות של השופט להפנים טיעונים טובים המועלים לפניו ולהשתכנע מהם.⁶⁷

65. שם, שם.

66. שם, בעמ' 44-45.

67. קל יחסית להבטיח כי הליך שיפוטי יקיים את המידה של אי-משוא פנים. בנקודה זו התפתחה שורה של כללים ברורים, שאמורים להבטיח כי מידה זו אכן תתקיים במשפט. על פרטי הדוקטרינה של אי-משוא פנים ראו מאוטנר, "מינוי שופטים" (לעיל, הערה 26), בעמ' 455-460. לעומת זאת, קשה מאוד להבטיח התקיימות של מידת האובייקטיביות ומידת הפתיחות. אשר לאובייקטיביות, הרי כבר ב-1921 כתב קרדווי בהרצאות המפורסמות שלו על טבעו של ההליך השיפוטי: "We may try to see things as objectively as we please. None the less, Cardozo; we can never see them with any eyes except our own." (לעיל, הערה 13), בעמ' 245.

אבל בה במידה עלינו להשלים עם כך, שבמקרים רבים לא נוכל להבטיח למתדיינים בהליכים שיפוטיים שתתקבל בהליך שלהם תוצאה מסוימת אחת שתוכל להיחשב לתוצאה המשפטית "הנכונה" של ההליך. עלינו להשלים עם כך שבמקרים רבים תוצאת ההליך השיפוטי שבו נתון אדם תהא עניין של אקראיות ומזל: מכיוון שבין החומרים של המשפט ובין ההכרעה השיפוטית נמצאות הבחירות של השופט, אין מנוס מלסבור ששופט אחר היה עשוי להגיע, באותו עניין עצמו, להכרעה שונה מהותית, ואף הפוכה.⁶⁸ נדמה אפוא כי טוב היה אם במקום לעסוק בשאלה באיזו מידה מתקיימת ודאות במשפט ובשאלת הדרכים להשיג ודאות במשפט יקבלו המשפטנים, במאה העשרים ואחת, כנתונה את העובדה שהמשפט הנוצר ומוחל בבתי המשפט מתאפיין במידה ניכרת של חוסר ודאות:

13. ואילו המידה של פתיחות מתקיימת במינונים שונים אצל שופטים שונים, הכול על פי אופיים, וקשה מאוד להנך שופט לסגל לעצמו מידה זו כאשר אינה מהווה חלק מאופיו. 68. במשפט ננקטים אמצעים רבים המכוונים להציג את פסיקותיהם של השופטים כמכתבות על ידי התכנים של המשפט ולהסתיר את התרומה האישית הייחודית של כל שופט ושופט. ראו מנחם מאוטנר, "המשפט הסמוי מן העין", אלפיים 16 (תשנ"ח) 45, בעמ' 55-56. בין האמצעים האלה:

א. שופטים מרבים להסתמך על תקדימים הקיימים בתרבות המשפטית, ואף לצטט מתוך התקדימים האלה. בכך, כאילו היו אומרים: "זה לא אני. מישוהו אחר הוא שקבע את מה שאני מחיל כעת, ומאז אומצו דבריו על ידי שורה ארוכה של שופטים אחרים שפעלו בינתיים".
ב. שופט יחיד כותב לא אחת בלשון רבים: "אנו סבורים כי...", באופן המצניע את תרומתו שלו כמחבר של פסק הדין.

ג. בעולם המשפט מקובל להתייחס לשופטים בכשירות המוסדית שלהם: "בית המשפט פסק", ולא "השופטת תמר כהן פסקה". בדומה לכך, בדרך כלל הצדדים להליך השיפוטי מתוארים בפסקי הדין לא בשמותיהם – ראובן לוי, רות ישראלי – אלא תוך ציון התפקידים שאותם הם ממלאים בהליך: "התובע", "הנתבע", "המערער", "המשיב", "המוכר", "הנאשם", וכו'. דרכים אלה של התייחסות לשופטים ולצדדים אמורות להציג את השופטים כמי שפועלים כממלאי תפקידים, כביכול היה מדובר במעין "מחזה", בלא שהזהויות הייחודיות שלהם ושל הצדדים המסוימים שבענייניהם הם דנים ישפיעו על הכרעותיהם.

ד. שופטים אינם רשאים לבחור את הבגדים שילבשו במקום עבודתם והם לובשים מדי משפט. הבגדים שאנו לובשים מאפשרים לנו למסור לבני אדם אחרים שעמם אנו באים במגע מערכת עשירה של סימנים בנוגע לאישיותנו. לפיכך ארגונים המבקשים להצניע את ממד האישיות של עובדיהם והמבקשים, תחת זאת, להדגיש כי אלו פועלים כממלאי תפקידים (צבאות, משטרות, תאטראות), גורמים להם לעטות מדים. ישנן מדינות שבהן השופטים אמורים לעטות על ראשיהם פאות, נוסף על מדי המשפט שהם לובשים. מדי המשפט והפאות אמורים ליצור רושם שהשופטים אינם פועלים על פי האישיות שלהם, אלא כממלאי תפקידים, היינו שמעשיהם נשלטים על ידי מערכת של נורמות המסוגלת לגרום לבני אדם שונים לפעול בדרכים זהות. ראו גם הקטע שלהלן משל מחבר צרפתי: "הגלימה... נעשתה... כדי להוכיח לעורך-הדין שהוא השאיר בגדרובה אדם עני או עשיר, אב משפחה מודאג, מאהב קנאי

חוסר הוודאות הוא אינהרנטי למשפט ולא ניתן לפעול לצמצום משמעותי שלו,⁶⁹ אלא על המשפטנים לעסוק בהשלכות הנובעות מעובדת חוסר הוודאות של המשפט. בשורות הבאות ברצוני להציע מחשבות ראשוניות על השלכה מרכזית אחת של חוסר הוודאות של המשפט: האקראיות בהתערבותם של שופטים בחייהם של בני האדם שבענייניהם השופטים דנים.

או מאושר, בעל חלומות שירתיים או ספורטאי נלהב, כפי שהוא היה לפני כן, במילה אחת את 'האדם', על מנת להיות מעכשיו אך ורק עורך־דין ללקוחו, המסור כולו לענייני האחרון במסגרת המוסר וכללי המקצוע" – מובא אצל אברהם ויינשל, "מעמד עורך הדין במדינה ובציבור", הפרקליט טז (תש"ך) 20, בעמ' 29.

ה. במקומות שונים ובזמנים שונים שופטים נוקטים סגנון הנמקה "מכניסטי", המציג אותם כמי שעוסקים במיונם של מקרים עובדתיים אל תוך קטגוריות קיימות של כללים ובגזירה דדוקטיבית של המסקנות המשפטיות הגלומות בכללים. שופטים אלה מציגים את הכרעותיהם ככאלה שהיו מתקבלות על ידי כל משפטן שהיה מפעיל כראוי את כללי החשיבה המקובלים במשפט, בלא קשר לזהותו.

ו. הדימוי האמנותי הנפוץ ביותר של המשפט הוא המאזניים, מתוך רצון לסמן שההכרעה השיפוטית אינה תלויה בנטייתו של אדם זה או אחר, אלא היא נקבעת על פי אמות מידה אובייקטיביות, מדידות, מדויקות.

69. עם זאת, דרך ידועה להקטנת מידת אי-הוודאות של המשפט היא לקבוע תכנים רבים ככל האפשר של המשפט באמצעות כללים, היינו באמצעות נורמות שאם מצא השופט כי הן אלו שצריכות לחול על העניין שלפניו, הרי הן מותירות לו מרווח צר יחסית להפעלת שיקול דעת באשר לקביעת תוכן. לדוגמה, בתחום המשפט הפלילי, החוק מצמיד לכל עברה "תקרה" של עונש מרבי, שהשופט אינו רשאי לחרוג ממנה. קביעתה של תקרה כזו מבטיחה שאדם שהורשע בפלילים לא ייענש במידה חמורה מדי, רק משום שבדרך זו בחר להתערב בחייו השופט שדן בעניינו. דוגמה זו היא קיצונית, משום שתוכן הכלל שבו מדובר כאן נקבע בדרך של קביעת מספר. לנוכח הפגיעה הקשה של המשפט הפלילי בבני אדם, המסקנה הנגזרת מהדיון המובא בשורות אלה היא שאם אנו חותרים להקטנתה של מידת אי-הוודאות בהפעלתו של ענף משפטי זה, הרי יש לחתור לכך שתכנים רבים ככל האפשר של המשפט הפלילי ייקבעו באמצעות כללים. בדומה לכך, אם נבקש לצמצם את מידת אי-הוודאות בתחום המשפט האזרחי, נצטרך לפעול לכך שגם תכניו של ענף משפטי זה ייקבעו כמידת האפשר באמצעות כללים, ובאופן שייקבע כי תוכני הכללים לא יוכלו להיעקף על ידי השופטים באמצעות הפעלת סטנדרטים כגון נורמת תום הלב. לדוגמה, דרישת הכתב בנוגע לחזוי מקרקעין לא תוכל להיעקף באמצעות נורמת תום הלב הקבועה בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118. עם זאת, למותר לציין שגם הפעלה של כללים מצריכה פרשנות, ומאפשרת אפוא הפעלה של שיקול דעת על ידי שופטים. כמו כן, גם משטר של כללים עשוי לאפשר לשופט הפעלה של בחירה באשר לכלל שיוחל על ידיו. להבחנה בין נורמות מהסוג של "כלל" ובין נורמות מהסוג של "סטנדרט" ראו מנחם מאוטר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה",

חיינו רוויים אקראיות. הקדמונים הבינו זאת היטב וקיבלו זאת כגזרת גורל, כחלק מטבע הדברים. המודרנה מבקשת לסלק את האקראיות מחייהם של בני האדם.⁷⁰ היא עושה זאת בכמה דרכים, וביניהן: יצירת כללים משפטיים אחידים, שכל האזרחים החיים במדינה נתונים למרותם בשוויון;⁷¹ דרישה משפטית מבני האדם הפועלים במדינה, בספירות השונות של חייהם, להתנהג "התנהגות סבירה", היינו התנהגות המצייתת לנורמות התרבותיות המקובלות באופן נרחב;⁷² הקניית "גרעין קשה" של זכויות חברתיות לכל אזרחי המדינה, כדי להתגבר על האקראיות הכרוכה באופן הקצאת הכישורים המולדים לבני האדם ועל האקראיות של טיב התנאים החברתיים שבהם גדלים בני האדם;⁷³ השתלטות על הטבע כדי לבטל ככל שניתן את פגיעתו הרעה בבני אדם.⁷⁴

אבל כל נטעה: למרות מאמצי של המודרנה לצמצם את מקומה של האקראיות בחייהם של בני האדם, גם בעידן המודרני, כמו בעידנים קודמים, האקראיות ממשיכה להיות שלטת בחייהם של בני האדם במידה רבה. ועם זאת, אם פירשתי נכון את המודרנה בקבעי כי היא

-
- משפטים יז (תשמ"ח) 321; Louis Kaplow, "Rules vs Standards — An Economic Analysis", 321 *Duke L. J.* (1992-1993) 557; Kathleen Sullivan, "Forward: The Justices of Rules and Standards", 106 *Harv. L. Rev.* (1992-1993) 22. דרך נוספת להקטנת אי-הוודאות של המשפט היא זו של מתן כוח לצדדים לקבוע מראש את תוכן ההסדר המשפטי שיחול עליהם. דוגמאות בולטות לכך הן האפשרות של צדדים לחוזה לסווג הפרות מסוימות כ"יסודיות" [סעיף 6 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 16] והאפשרות לקבוע בחוזה הוראה בדבר פיצויים מוסכמים [סעיף 15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)]. באמצעות הוראות כאלו משתחררים הצדדים מאי-הוודאות הכרוכה בכך ששופט, שלא הם בחרו בו, הוא שיקבע אם הפרה מסוימת הייתה יסודית או מהו שיעור הפיצוי המגיע לנפגע.
70. ראו לעניין זה Kronman (לעיל, הערה 55), בעמ' 163: "The civilization which has grown up in Europe in the last four hundred years... rests upon a moral ideal that denies all legitimacy to our human love of fate and that demands its suppression in every area of life." בעמ' 174: "Our civilization has for some time now been driven by a desire to push fate farther back, to extend our powers of self-control by diminishing the role that fate plays in human life"
71. לטיעון בדבר נטייתה של המודרנה לארגן את הציוויים הנורמטיביים שלה בקודקסים בעלי תחולה אוניברסלית ראו: Zygmunt Bauman, *Postmodern Ethics* (Blackwell Publishers, 1993), 6, 8, 12, 14-15, 33, 39, 40.
72. Menachem Mautner, "Contract, Culture, Compulsion or: What is So Problematic in the Application of Objective Standards in Contract Law?", 3 *Theoretical Inq. L.* (2002) 545.
73. מי שהצביע על השרירותיות המוסרית הכרוכה בקביעת מצב הרווחה של בני אדם על פי האקראיות של התכונות המולדות שלהם והתנאים החברתיים שבהם הם גדלים היה כמונן רולס. ראו: John Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, 1971).
74. Gregory Bruce Smith, *Nietzsche Heidegger and the Transition to Postmodernity* (University of Chicago Press, 1996), 33-41.

חותרת לצמצום מקומה של האקראיות בחייהם של בני האדם, כי אז מאמץ המכוון לצמצום האקראיות שבהשפעתם של שופטים על חייהם של בני האדם שבענייניהם השופטים דנים (אקראיות שהיא כאמור תוצאה של חוסר הוודאות האינהרנטי של המשפט) – מאמץ כזה עולה בקנה אחד עם עיקרון מרכזי של תרבות העידן הנוכחי.

יתר על כן, ראוי לזכור כי שופטים הם בני אדם שאנו מתירים להם להתערב באופן עמוק בחייהם של בני אדם אחרים. מבחינה זו קיימת רק קבוצה חברתית אחת נוספת שמעמדה בנוגע לחייהם של בני אדם אחרים דומה: הרופאים. שופטים מסוגלים ליטול מאדם את חייו, את חירותו, את ילדיו, את רכושו. קיים הבדל מכריע בין האופן שבו מחוקקים פועלים ובין האופן שבו שופטים פועלים: מחוקקים פועלים כקבוצה של בני אדם, המשפיעה על חייהם של קבוצה אחרת של בני אדם – בדרך כלל קבוצה גדולה ובלתי מוגדרת של בני אדם; שופט הוא אדם אחד **מסוים**, המתערב באופן עמוק בחייו של אדם **מסוים** אחר. אם מביאים בחשבון את כוח ההתערבות העצום של שופטים בחייהם של בני אדם אחרים, המסקנה המתבקשת היא שיש להתור לצמצום של מידת האקראיות הכרוכה בהתערבות זו, היינו לצמצום התרומה הייחודית של רכיבי האופי, האישיות, ניסיון החיים, ההשקפות וכיוצא באלה של השופט האקראי המתערב בחייו של אדם אחר. (שיקול זה הוא השיקול שיניע את המשך הדיון שלי. עם זאת, ראוי לשים לב כי בספרות קיים טיעון נפוץ נוסף בזכות הוודאות המשפטית: יצירת תנאים שבהם צדדים יוכלו לכלכל את מעשיהם לאור תוכני המשפט, בלא שהתכנון הזה ישובש לאחר מכן).⁷⁵

2. דרכים לצמצום האקראיות בהכרעות שיפוטיות

כיצד עושים זאת? כיצד מצמצמים את האקראיות שבתרומה הייחודית של השופט לקביעת התוכן של ההכרעה השיפוטית?

בפתח הדברים מן הראוי להצביע על שני מאפיינים של מערכת המשפט במתכונתה הנוכחית, התורמים לצמצום האקראיות הכרוכה בפעולתם של שופטים: ראשית, הליך הערעור: שופט של ערכאה נמוכה, שיבקש להתקדם במערכת, יחתור לכתיבת פסקי דין שיאפשרו על ידי ערכאת הערעור. שופט יוכל לעשות כן, ובכך יגדיל את רמת הוודאות במערכת, ככל שערכאת הערעור תהא מורכבת ממספר קטן יותר של שופטים, הפועלים כולם כמותב אחד. לעומת זאת, היכולת של שופט של ערכאה נמוכה לכתוב פסק דין, מתוך כוונה שפסק הדין יאושר על ידי ערכאת הערעור, נחלשת במקרים שבהם ערכאת הערעור מורכבת ממותבים שונים. במקרים כאלו, שופט של ערכאה נמוכה אינו מסוגל לחזות מראש איזה מותב מבין כלל שופטי ערכאת הערעור הוא שידון בערעור על פסק דינו.

כמו כן החשיבות של הליך הערעור כאמצעי לקידום הוודאות במשפט פוחתת כשמדובר בשופטים המעריכים, כי סיכויי הקידום שלהם במערכת נמוכים. ראוי לזכור כי הרוב המכריע של שופטי הערכאות הנמוכות מגיעים לשלב הערכה כזה במועד כלשהו במהלך

75. ראו, למשל: Frederick Schauer, *Playing by the Rules* (Clarendon Press, 1991), 135-166.

כהונתם. שופטים כאלו ייטו לכתוב פסקי דין הנותנים ביטוי לעמדות האישיה שלם, ולא דווקא פסקי דין שאמורים להיות מאושרים על ידי ערכאת הערעור. שנית, מעורבותם של שופטים עליונים בהליכי הקידום של שופטי הערכאות הנמוכות: אם נשיא בית המשפט העליון ממלא תפקיד מרכזי בהליכי הקידום של שופטים, כי אז שופט של ערכאה נמוכה, שיבקש להתקדם במערכת, יחתור לכתיבת פסקי דין שישאו חן בעיני נשיא בית המשפט העליון, ויצמצם את תרומת האישיה שלו. בדומה לכך, אם שופטי בית המשפט העליון ממלאים תפקיד מרכזי בהליכי הקידום של שופטים, שופט של ערכאה נמוכה, שיבקש להתקדם במערכת, יחתור לכתיבת פסקי דין שישאו חן בעיני שופטי בית המשפט העליון, שוב תוך צמצום תרומת האישיה שלו עצמו. בדרך זו קיים תמריץ אצל שופטי הערכאות הנמוכות לבטל, ככל שניתן, את תרומת האישיה שלהם להכרעה השיפוטית ו"לחקות", ככל הניתן, החלטות משוערות של נשיא בית המשפט העליון ושל שאר שופטי בית המשפט העליון. ואולם, בדומה למה שנאמר לעיל על אודות תרומתו של הליך הערעור לצמצום האקראיות, גם חשיבותו של שיקול זה פוחתת כשמדובר בשופטים המעריכים כי סיכויי הקידום שלהם במערכת נמוכים. (וכאמור לעיל, הרוב המכריע של שופטי הערכאות הנמוכות מגיעים לשלב הערכה כזה במועד כלשהו במהלך כהונתם.)

בשורות הבאות אמנה כמה דרכים נוספות לצמצום האקראיות שבתרומה הייחודית של השופט לקביעת התוכן של ההכרעה השיפוטית. עם זאת, ברצוני להדגיש כי אף שהדרכים שאדון בהן נתמכות כולן על ידי השיקול של צמצום האקראיות בהכרעות שיפוטיות, אין להבין מהדברים כי שיקול זה הוא שצריך לקבל עדיפות בכל מקרה לעומת שיקולים רלוונטיים אחרים: ייתכנו שיקולים רלוונטיים אחרים בכל הנוגע לעיצוב דרכי ההכרעה השיפוטית, וייתכן ששיקולים אלה הם שיצטרכו לקבל עדיפות לעומת השיקול של צמצום האקראיות, באופן שיביא לידי כך שהדרכים שבהן אדון בשורות הבאות יצטרכו להידחות.

(א) מותבים גדולים

דרך אחת לצמצום האקראיות הכרוכה בפעולתם של שופטים היא זו של קביעת מותבים גדולים של שופטים, כשמדובר בהליכים שיפוטיים שהכרעותיהם עשויות להיות בעלות השלכות ניכרות על חיי המתדיינים המעורבים בהם: הליכים פליליים שהנאשמים בהם צפויים לעונש חמור; הליכי קביעת משמורת של ילדים; הליכים אזרחיים המכריעים בזכויות בנכסים בעלי ערך כספי גדול וכיוצא באלה. אכן, ברוח זו מצאנו כתוב בספרו של הרמב"ם:⁷⁶ "אין דנין דיני נפשות בפחות מעשרים ושלשה שהן סנהדרין קטנה". במונח "דיני נפשות" מתכוון הרמב"ם לעבירות שעונשן מיתה, ואולם בהמשך אומר הרמב"ם: "אחד דיני נפשות ואחד דיני מלקיות ואחד דיני גלות הדינים האלה שוים בהן", היינו הרמב"ם מורה כי אותו הליך שיפוטי צריך לחול לא רק כשמדובר בעבירות שעונשן מיתה, אלא בעצם כאשר דנים במרבית העבירות של המשפט הפלילי.⁷⁷ במילים אחרות, מכיוון

76. רמב"ם, הלכות סנהדרין, ה, ב. אני מודה לידידי הרב יעקב כהן ולתלמידי הרב הראל גורדין ואיתמר ברנר על עזרתם באשר למקורות ההלכה.

77. רמב"ם, הלכות סנהדרין, יא, ד.

שההלכות של ההכרעה השיפוטית בתחום המשפט הפלילי הן משמעותיות, ההכרעה אינה נתונה לשופט אקראי זה או אחר אלא היא נמסרת למותב גדול בן עשרים ושלושה שופטים ("סנהדרין קטנה").

(ב) עצמאיות תהליך ההכרעה של כל שופט

דרך שנייה לצמצום האקראיות הכרוכה בפעולתם של שופטים מתייחסת לדרכי קבלת ההחלטה בקרב מותבים שיפוטיים. אם אכן אנו סבורים, כי כדי לצמצם את האקראיות שבתרומה הייחודית של השופט לתוכן ההכרעה השיפוטית יש לקבוע מותב גדול של שופטים, כי אז עלינו גם להבטיח שבתהליך קבלת ההכרעה השיפוטית כל שופט החבר במותב יגיע להכרעה בעצמו, בלא שיושפע מהכרעותיהם של השופטים האחרים. הרי אם נתיר לשופטים חברי המותב להיות מושפעים מחבריהם, חתרנו תחת הטעם שגרם לנו מלכתחילה לרצות שההכרעה השיפוטית תתקבל על ידי מותב גדול. קו חשיבה זה יוביל אפוא למסקנה, כי יש לשנות באופן רדיקלי כמה פרקטיקות הנחשבות כרגע כמובנות מאליהן בפעולתם של מותבים שיפוטיים: יש לאסור על שופטים להיוועץ אלו באלו במהלך קיומם של הליכים שיפוטיים; יש לחייב כל שופט לכתוב פסק דין משלו; יש לחייב כל שופט לכתוב את פסק דינו בעצמו, בלא שיוכל לדעת מראש מה עומד להיות התוכן של פסקי הדין של חברי המותב האחרים.

גם בהקשר זה נוכל למצוא לקח טוב אצל הרמב"ם, הכותב דברים ברוח זו:⁷⁸

אחד מן הדיינים בדיני נפשות שהיה מן המזכין או מן המחייבין לא מפני שאמר דבר הנראה לו בדעתו אלא נטה אחר דברי חבריו הרי זה עובר בלא תעשה, ועל זה נאמר ולא תענה על ריב לנטות, מפי השמועה למדו שלא תאמר בשעת מנין די שאהיה כאיש פלוני אלא אמור מה שלפניך.

ועוד כותב הרמב"ם:⁷⁹

ומפי השמועה למדו שאין מתחילין בדיני נפשות מן הגדול שמא יסמכו השאר על דעתו ולא יראו עצמן כדאין לחלוק עליו, אלא יאמר כל אחד דבר הנראה לו בדעתו.

ושוב, ראוי לזכור כי הרמב"ם מחיל את קביעותיו אלו לא רק על הליכים פליליים שהעונש האפשרי בהם הוא מיתה ("דיני נפשות"), אלא על הרוב המכריע של ההליכים הפליליים.⁸⁰

78. רמב"ם, הלכות סנהדרין, י, א.

79. רמב"ם, הלכות סנהדרין, י, ו.

80. ראו לעיל, הערה 77 והטקסט שלידה.

משמע, הרמב"ם מבין היטב שכאשר מדובר בהכרעות שיפוטיות בעלות השלכות משמעותיות יש להבטיח לא רק שההכרעות יתקבלו על ידי מותב גדול של שופטים, אלא גם שכל אחד מחברי המותב יגיע להכרעה בעצמו, בלא שיימצא מושפע מחברי המותב האחרים.

בנקודה זו ניתן להקיש גם מההסדר המשפטי החל על יחסי נאמנים ונהנים. כאשר נאמן מנהל את רכושו של נהנה, הנאמן עשוי להיקלע למצב של ניגוד עניינים: מצד אחד, על הנאמן לפעול לקידום האינטרסים של הנהנה; מצד אחר, הנאמן עשוי להיות נתון ללחצים שיגרמו לו לפעול לקידום ענייניהם של צדדים שלישיים, בפעולותיו לקידום ענייניו של הנהנה. לדוגמה, קרן נאמנות המנהלת את כספיו של משקיע עשויה להיות נתונה ללחצים לרכוש עבור המשקיע מניות של הבנק שהוא הבעלים של קרן הנאמנות. במצבים כאלה, הדרך המקובלת להתגבר על בעיית ניגוד העניינים היא זו של יצירת "חומות סיניות" בין הנאמן ובין אלה שעשויים ללחוץ עליו, היינו הדרך המקובלת היא זו של יצירת מנגנונים שיבטיחו כי הנאמן יוכל לפעול באופן עצמאי, כשהוא רואה לנגד עיניו רק את קידום ענייניו של הנהנה.⁸¹

קו חשיבה זה הוא רלוונטי גם בכל הנוגע ליחסים הקיימים בין שופטים ובין הצדדים המתדיינים לפניהם. אם במרכז התפיסה המשפטית של מוסד הנאמנות עומדת ההגדרה שנאמן הוא מי שמנהל את ענייניו של אדם אחר,⁸² הרי שופט הוא נאמן פר אקסלנס; כפי שהראיתי לעיל, אין כמו השופט אדם שגורלו של אדם אחר נתון להכרעתו.⁸³ אכן, ניתן

81. נקודה זו נדונה בהרחבה בדו"ח "ועדת בכר" [דו"ח הצוות הבין-משרדי לעניין רפורמה בשוק ההון (ספטמבר 2004)]. חוסר האמון של הוועדה בפתרון של "חומות סיניות" בתנאיה של מערכת הבנקאות הישראלית היה אחת הסיבות המרכזיות לכך שדו"ח הוועדה המליץ לשלול מהבנקים בישראל את האפשרות להיות הבעלים של קרנות נאמנות וקופות גמל.

82. מהבחינה המשפטית הצרה, עניינו של האדם האחר שאותו מנהל הנאמן הוא רכוש מוגדר של אותו אדם.

83. במאמר מוסגר אציין, כי עקרון יסוד של המשפט המנהלי הישראלי הוא שהמנהל הציבורי של המדינה הוא "נאמן הציבור", הכפוף אפוא לעקרונות ולכללים הלקוחים מדיני הנאמנות. בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, בעמ' 749-745; בג"ץ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73, בעמ' 78; בג"ץ 1635/90 זרז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, בעמ' 841-840; בג"ץ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853, בעמ' 859-860; בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, בעמ' 346; ע"א 3541/98 די וורולי סיאני הנדסה (1990) בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(4) 145, בעמ' 153-155; בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, בעמ' 145-146; בג"ץ 4445/02 מור נ' ראש עיריית הרצליה, פ"ד נו(6) 900, בעמ' 910-911; בג"ץ 5194/03 גרוכמן נ' שר הביטחון, פ"ד נו(4) 426, בעמ' 431-432. נדמה כי הגיעה השעה שנחיל תפיסות ומושגים הלקוחים מדיני הנאמנות גם על השופטים עצמם, ביחסיהם עם המתדיינים לפניהם, גם אם יחסים אלה אינם יחסי נאמנות במובן המשפטי הצר.

לראות בחובה המוטלת על שופט להימנע מלדון במקרה, שבו הוא עשוי להימצא במצב של משוא פנים,⁸⁴ ביטוי לתפיסה הרואה בשופט מעין גאמן של הצדדים המתדיינים לפניו. אם יש מקום אפוא להחיל על שופטים תפיסות הלקוחות מדיני הנאמנות, כי אז יש להבטיח ששופטים, כנאמנים, יפעלו בתנאים של "חומה סינית", היינו יש להבטיח שכאשר שופט שוקל את האופן שבו יפעל בעניינם של מתדיינים השופט יפעל רק, ואך ורק, כשהוא רואה לנגד עיניו את עניינם של המתדיינים, ולא יימצא מושפע משיקולים אחרים, כגון עמדותיהם של שופטים אחרים באשר לאופן שבו יש להכריע במקרה;⁸⁵ מסכת היחסים האישיים שיש לשופט עם שופטים אחרים החברים במושב; תלותו של השופט בשופט אחר החבר במושב⁸⁶ (לדוגמה, תלותו של שופט בשופט אחר שהוא חבר במושב והוא משמש נשיא בית המשפט של ערכאת המושב; תלותו של שופט הנמצא במינוי זמני בבית המשפט בהחלטותיהם של השופטים הקבועים של בית המשפט בשאלה אם יש לקדם את השופט למינוי קבוע בבית המשפט).⁸⁷

ואולם, כנגד הניתוח האמור ניתן לטעון כי מידת הוודאות בפעולתם של שופטים עשויה לגדול דווקא אם יתאפשר לשופטים להיוועץ אלו באלו קודם להכרעה השיפוטית. בידוד של השופטים אלו מאלו לפני ההכרעה השיפוטית עשוי לגרום ליצירת מידה בלתי רצויה של מקוריות, יצירתיות וייחודיות בפסקי הדין של השופטים. לעומת זאת, התייעצות עשויה להביא לידי התלכדות של כל השופטים סביב החלטה המשקפת את "עמדת האמצע" של המשפט. כנגד טיעון זה ניתן לטעון, בהמשך למה שטענתי בפתחו של מאמר זה, כי יש להפריד בין שאלת ההכרעה השיפוטית ובין שאלת ההנמקה התומכת בהכרעה. בכל הנוגע

84. ראו לעיל, הערה 67.

85. השו"י: Austin Wakeman Scott and William Franklin Fratcher, *The Law of Trusts* (Vol. 1, Little-Brown, 1987), sec. 2.4 ("A fiduciary is ordinarily under a duty not to delegate to a third person the performance of his duties as fiduciary.")

86. השו"י: שלמה כרם, **חוק הנאמנות, התשל"ט-1979** (פרלשטיין-גינזור, תשס"ד), 454 ("על מעשיו, שיקוליו ומניעיו של הנאמן להיות חופשיים מכל עניין הזר למילוי תפקידו. כך למשל, עליו לפעול ללא תלות בשום אדם או גורם אחר").

87. השו"י: Scott and Fratcher (לעיל, הערה 85) ("A fiduciary... is under a duty not to profit at the expense of the beneficiary."); סעיף 13 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, ס"ח 128: "נאמן... לא יפיק לעצמו או לקרובו טובת הנאה... מנכסי הנאמנות או מפעולותיה, ולא יעשה דבר שיש בו סתירה בין טובת הנאמנות לבין טובתו שלו או של קרובו"; כרם (לעיל, הערה 86), בעמ' 75: "נאסר על הנאמן לבצע פעולות העשויות להניב לו תועלת חומרית, בין במישרין ובין בעקיפין"; בעמ' 545: "סעיף 13 [לחוק הנאמנות] אוסר על נאמן להפיק תועלת כלשהי מתפקידו, בן במישרין ובין בעקיפין. לפיכך, מצא המחוקק לנכון להכביד על הנאמן, העשוי לנסות להפיק תועלת מנאמנותו למטרות אישיות מזיקתו לנכסי הנאמנות"; בעמ' 551: "עצם העובדה שלנאמן צומחת טובת-הנאה מפעולה מסוימת היא נימוק מספיק כדי לאסור עליו לבצעה"; בעמ' 552: "האיסור להפיק טובת-הנאה חל על הפקת הנאה כלשהי - יהיה מקורה אשר יהיה".

להכרעה השיפוטית, הרי מטבעו של המשפט הוא שהכרעה זו היא בינארית, ולפיכך הסכנה של יצירת אוסף מגוון של הכרעות בהליך אינה קיימת. סכנה זו עשויה להיות קיימת רק בכל הנוגע להנמקות שיפתחו השופטים כדי לתמוך בהכרעותיהם, אך לא בכל הנוגע לשאלת ההכרעה השיפוטית עצמה. עם זאת, סכנה זו רלוונטית לשאלת ההכרעה בכל זאת, אך בעקיפין: כתיבה של הנמקות מגוונות וייחודיות עשויה להקשות על שופטים להכריע בסכסוכים עתידיים באופן שיציית לדרישת הוודאות.

(ג) מתן אפשרות למתדיינים לבחור את השופט שיכריע בעניינם

דרך שלישית לצמצום האקראיות הכרוכה בפעולתם של שופטים היא זו של מתן אפשרות למתדיינים לבחור את השופטים שידונו בעניינם.

המשפט הישראלי מכיר באפשרות שמתדיינים יבחרו את "השופטים" שידונו בעניינם בתחום הליכי בוררות.⁸⁸ גם ההלכה מכירה באפשרות זו.⁸⁹ בדומה לכך, בשיטות משפט שבהן משתתפים מושבעים בהכרעה השיפוטית מקובל בדרך כלל לתת לצדדים כוח לבחור את המושבעים שיכריעו בעניינם.

ואולם מתעוררת השאלה אם אין מקום לקבוע, נוסף על כך, שמתדיינים יוכלו לבחור את השופטים שידונו בעניינם גם כשמדובר בהליכים שיפוטיים המתקיימים בבתי המשפט של המדינה (הליכים אזרחיים והליכים פליליים כאחת).

במצב הנוכחי, מכיוון שהאפשרות של הצדדים לבחור את השופטים שידונו בעניינם מתקיימת רק במסגרתם של הליכי בוררות, פירוש הדבר הוא ששתי קבוצות של מתדיינים מסוגלות לבחור את השופטים שידונו בענייניהן, ובכך לצמצם את האקראיות הכרוכה בפעולתם של שופטים אלה.

הקבוצה האחת היא זו של בעלי הממון. הליכים שיפוטיים המתקיימים בבתי המשפט של המדינה הם הליכים מסובסדים: המתדיינים אינם נושאים אלא בחלק קטן בלבד מהעלויות הכרוכות בקיום ההליכים. לעומת זאת, הליכי בוררות מתקיימים בדרך של הטלת מלוא העלויות הכרוכות בהם על הצדדים המתדיינים במסגרת ההליכים. פירוש הדבר הוא שהקבוצה היכולה להיוזק להליכים של בוררות היא זו של בעלי הממון.⁹⁰ נמצא שבמדינה

88. חוק הבוררות, התשכ"ח-1968, ס"ח 184.

89. משנה סנהדרין, ג, א (בבלי כג ע"א): "דיני ממונות - בשלושה. זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד, ושניהן בוררין להן עוד אחד; דברי רבי מאיר. וחכמים אומרים: שני הדינין בוררין להן עוד אחד"; רמב"ם, הלכות סנהדרין, ז, א: "אחד מבעלי דינין שאמר: איש פלוני ידון לי, ואמר בעל דינו: פלוני ידון לי - הרי אלו שני הדינים שברר זה אחד וזה אחד הם בוררים להם דין שלישי ושלשתם דנין לשניהם, שמתוך כך יצא הדין לאמתו".

90. ראו גם שרה ליבוביץ דר, "שיפוט מהיר, יקר ואלגנטי", מוסף הארץ (12.9.03) 24. הצבעת לעיל על הדמיון שבין רופאים לבין שופטים, מבחינה זו שבשני המקרים אנו מתירים לאדם מסוים להתערב עמוקות בחייו של אדם אחר, ואולם ראוי לזכור כי כשמדובר ברופאים, היכולת של אדם לבחור ברופא שיטפל בו נתונה, בתנאיה של מדינת ישראל, לא רק לבעלי

מתקיימים שני סוגים של הליכים שיפוטיים: הליכים שיפוטיים שבהם נוטלים חלק בעלי הממון, המצליחים לצמצם את מידת האקראיות הכרוכה בפעולתם של השופטים הדנים בענייניהם הודות לשליטתם בקביעת זהות השופטים; והליכים שיפוטיים שבהם נוטלים חלק אלו שאינם בעלי ממון, שאינם מצליחים לצמצם את מידת האקראיות הכרוכה בפעולתם של השופטים הדנים בענייניהם. פירוש הדבר הוא, שאם אנו מבקשים להקנות לחסרי הממון במדינה את זכות היתר שרוכשים לעצמם (בכספם) בעלי הממון, עלינו להתור לכך שגם כאשר מדובר בהליכים המתקיימים בבתי המשפט של המדינה תינתן לצדדים האפשרות לבחור את השופטים שידונו בענייניהם.

הקבוצה השנייה שמסוגלת לבחור את השופטים שידונו בענייניה היא זו של צדדים "חזקים", המכתיבים לצדדים ה"חלשים" שעמם הם מתקשרים כי סכסוכים ביניהם יבוררו בטריבונל בורות הנתון במידה רבה לשליטתו של הצד החזק.⁹¹ קבוצה זו אינה רלוונטית לצורך הדיון הנוכחי.

מהאמור לעיל עולה, כי קיימים שני סוגים של טעמים שבגינם יש להתור לכך שצדדים המתדיינים בבתי המשפט של המדינה יוכלו לבחור את השופטים שידונו בעניינם: הטעם של הפחתת האקראיות הכרוכה בהתערבותם של שופטים בחייהם של צדדים המתדיינים לפניהם; והטעם של יצירת שוויון בין חסרי הממון ובין בעלי הממון.⁹²

מהבחינה הטכנית, ניתן להקנות בקלות לצדדים המתדיינים בבתי המשפט של המדינה את הכוח לבחור את השופטים שידונו בעניינם: ניתן לספק לכל עורכי הדין במדינה מידע ממוחשב על אודות המועדים שבהם יוכל כל אחד משופטי המדינה להתפנות לדון בתיקים חדשים; ניתן להקציב לעורכי הדין של הצדדים פרק זמן (נניח: שבועיים) החל במועד

הממון; גם חסרי הממון יכולים לבחור במידת מה (אף כי פחותה בהרבה) את הרופא שיטפל בהם, וזאת במסגרת הרפואה הציבורית. בחירה כזו אינה קיימת כשמדובר בקשר שבין מתדיינים ובין השופטים המכריעים בעניינם.

91. ראו: Charles Knapp, "Taking Contracts Private: The Quiet Revolution in Contract Law" 71 *Fordham L. Rev.* (2002-2003) 761, p. 785; Stewart Macaulay, "Almost Everything that I did Want to Know About Contract Litigation: A Comment on Galanter", 2001 *Wis. L. Rev.* (2001) 629; מנחם מאוטנר, "התערבות בתי המשפט בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" (עתיד להתפרסם בעיוני משפט כט).

92. הליכי בורות נהנים מעדיפות ברורה לעומת הליכים המתקיימים בבתי המשפט, מכמה בחינות נוספות. מכיוון שהבוררים מתפרנסים מעיסוקם יש להם תמריץ חזק לטפח את איכויות "המוצר" שאותו הם מבקשים למכור, כלומר שמם הטוב. דבר זה יוצר תמריץ לבוררים לנהוג כלפי המתדיינים לפניהם בהגינות, במקצועיות ובנעימות. מצבם של שופטים – הפוך. שופטים הם מונופוליסטים. הקשר בין האופן שבו ימלאו את תפקידיהם ובין האופן שבו יתגמלו – רופף למדי. אין להתפלא אפוא על כך שרבים מתחלואי המצב המונופוליסטי מתגלים באופן שבו שופטים מסוימים ממלאים את תפקידם. לעניין זה ראו: William Landes and Richard Posner, "Adjudication as a Private Good", 8 *J. Legal Stud.* (1979) 235, pp. 237, 238, 254-255.

הפתיחה בהליך, שבמהלכו הם ינסו להגיע לידי הסכמה על אודות השופט שידון בעניינם של הלקוחות שאותם הם מייצגים. (רק במקרה של היעדר הסכמה בין עורכי הדין, תקבע מערכת בתי המשפט איזה שופט ידון במקרה.)

עם זאת, ייתכן שמתן כוח בחירה כזה לצדדים (באמצעות עורכי הדין שלהם) עשוי להביא לידי כמה תוצאות בלתי רצויות: מכיוון ששופטים עשויים להיות מעוניינים בכך שצדדים רבים ככל האפשר יבחרו בהם, השופטים יבחרו שלא לכתוב פסקי דין חדשניים ופורצי דרך, אלא פסקי דין שגרתיים "ההולכים בתלם", וכן שלא לכתוב פסקי דין הנוקטים עמדה ברורה לטובת סוג אחד של מתדיינים (למשל, פסקי דין לטובת נשים בסכסוכי משפחה; פסקי דין לטובת נישומים בסכסוכים עם רשויות המס; פסקי דין לטובת נאשמים בהליכים פליליים; וכיוצא באלה).⁹³ ואולם מנגד, ייתכן שניתן לטעון כי תוצאות אלה הן רצויות דווקא, היינו שזו הדרך הראויה שבה צריכים שופטים לפעול, לפחות שופטי הערכאות הנמוכות. כמו כן ייתכן שניתן להתגבר על הבעייתיות המועלית כאן באמצעות קביעת כללים חמורים שימנעו פרסום מידע כלשהו על זהות השופטים המבוקשים יותר ועל זהות השופטים שאינם מבוקשים. סוגיה זו דורשת ליבון נוסף, החורג ממסגרתו של הדיון הנוכחי.

(ד) דרישה לרוב מיוחס בהכרעה

דרך רביעית לצמצום האקראיות הכרוכה בפעולתם של שופטים היא זו של דרישה לרוב מיוחס בהכרעות שיפוטיות שהשפעתן על המתדיינים ניכרת. (קל להגשים דרך זו אם מקבלים דרישה קודמת שעמדתי עליה: קיומם של מותבים גדולים, כשמדובר בהכרעות שיפוטיות בעלות השלכות ניכרות על הצדדים.) כך הרמב"ם:⁹⁴

בית דין שנחלקו מקצתם אומרים זכאי ומקצתם אומרים חייב הולכין אחר הרוב, וזו מצות עשה של תורה שנאמר אחרי רבים להטות, במה דברים אמורים בדיני ממונות ובשאר דיני אסור ומותר וטמא וטהור וכיוצא בהן, אבל בדיני נפשות אם נחלקו בזה החוטא אם יהרג או לא יהרג, אם היו הרוב מזכים זכאי ואם היו הרוב מחייבין אינו נהרג עד שיהיו המחייבין יתר על המזכים שנים, מפי השמועה למדו שעל זה הזהירה תורה ואמרה לא תהיה אחרי רבים לרעות, כלומר אם הרוב נוטים להרעה להרוג לא תהיה אחריהם עד שיטו הטייה גדולה ויוסיפו המחייבין שנים.

משמע, הרמב"ם קובע כי כאשר ההכרעה השיפוטית היא בעלת השלכות ניכרות על המתדיין, יש להגיע להכרעה ברוב מיוחס.

93. לנקודה זו ראו: Landes and Posner (לעיל, הערה 92), בעמ' 239-240.

94. רמב"ם, הלכות סנהדרין, ת, א (ההדגשות שלי - מ"מ).

(ה) עידוד פשרות

דרך חמישית לצמצום האקראיות הכרוכה בפעולתם של שופטים היא זו של עידוד פשרות בין מתדיינים לפני פתיחתם בהליכים משפטיים, וכן לפני ההכרעה השיפוטית (כתיבת פסק הדין). ברור כי משעה שהצדדים מיישבים את הסכסוך שלהם בעצמם, הרי הם מצליחים לבטל את האקראיות הכרוכה בכך ששופט אקראי הוא שיכריע בסכסוך שלהם.

אכן, בספרות העוסקת בהתנהגותם של אנשי עסקים המתקשרים בחוזים נטען, כי מכיוון שהתכנים של המשפט והתוצאות האפשריות על פי המשפט נתפסים על ידי אנשי עסקים כבלתי ודאיים, אנשי עסקים מעדיפים ליישב את הסכסוכים שלהם בהסכמי פשרה שהם שולטים בתוכניהם, במקום להעביר את הסכסוכים שלהם להכרעותיהם של שופטים, דבר שמבחינתם פירושו חשיפה לסיכון של אי-וודאות. טיעון דומה הושמע גם בנוגע לצדדים המצויים בהליכי גירושין.⁹⁵

ברוח זו, בספרות העוסקת בהתנהגותם של צדדים המתקשרים בחוזים קיימת הסכמה נרחבת, לפיה גם באותם מקרים שבהם המתקשרים מגישים תביעות משפטיות בגין הפרת חוזה, ברוב המקרים של המקרים הם אינם נותנים להליך להגיע לשלב של מתן פסק דין על ידי שופט, אלא הצדדים מגיעים קודם לכן לפשרה, המסיימת את ההליך. כך, מרק גלנטר מציג את הליך התביעה כהליך שמלכתחילה אינו מכוון להביא לידי הכרעת הסכסוך שבין הצדדים על ידי שופט, אלא כהליך שמכוון לגרום לצד האחר לנהל משא ומתן שיוביל לפשרה, תוך שהצדדים מודדים במסגרת ההליך את הכוח המשפטי היחסי שלהם ומפגינים נחישות זה כלפי זה, והכול כדי להשפיע על האופן שבו יעוצב הסכם הפשרה שביניהם. גלנטר טבע מונח לתיאורו של הליך זה: "litigotiation", היינו ניהול משא ומתן משולב בניהול הליך משפטי.⁹⁶

בדומה לכך, ליסה ברנשטיין מצביעה על כך שאפילו בתעשיית היהלומים, המפעילה מנגנונים מקצועיים ובלתי פומביים משלה ליישוב הסכסוכים שבין חבריה, רובם של ההליכים המשפטיים המתחילים בין הצדדים מסתיימים בדרך של פשרה.⁹⁷ משמע, מתדיינים רבים, ובמיוחד אנשי עסקים, מודעים היטב לחוסר הוודאות הטבוע במשפט ובעקבות זאת לאקראיות הכרוכה בהכרעות השיפוטיות, והם נמנעים אפוא מלהגיע

95. לדיון נרחב ראו מאוטנר (לעיל, הערה 91).

96. Marc Galanter, "Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (and Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society", 31 *UCLA L. Rev.* (1983-1984) 4; Marc Galanter, "Worlds of Deals: Using Negotiation to Teach About Legal Process", 34 *J. Legal Ed.* (1984) 268 (לעיל, הערה 91). לטיעון דומה בנוגע לצדדים המצויים בהליכי גירושין ראו: Robert Mnookin and Lewis Kornhauser, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", 88 *Yale L. J.* (1978-1979) 950.

97. Lisa Bernstein, "Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry", 21 *J. Legal Stud.* (1992) 115, p. 124 (לעיל, הערה 91).

לשלב שבו יכריע שופט בסכסוכים שבהם הם מעורבים. מי שסבור, כי צמצום האקראיות הכרוכה בהכרעות שיפוטיות הוא יעד רצוי, יעודד פרקטיקות כאלה של המתדיינים.

(ו) עידוד הליכי גישור

דרך שיטת לצמצום האקראיות הכרוכה בפעולתם של שופטים היא לעודד הליכי גישור שהצדדים שולטים בהם. ברור כי בדומה למצבים של פשרה (שנדונו לעיל), משעה שהצדדים מיישבים את הסכסוך שלהם בעצמם, הרי הם מצליחים לבטל את האקראיות הכרוכה בכך ששופט אקראי הוא שיכריע בסכסוך שלהם.

(ז) "משחק חוזר"

דרך שביעית לצמצום האקראיות הכרוכה בפעולתם של שופטים היא זו של השתתפות במספר גדול של הליכים משפטיים.

במאמר קלאסי הבחין מרק גלנטר בין שני סוגים של מתדיינים בבתי המשפט: "שחקנים של פעם אחת" (one-shotters) ו"שחקנים חוזרים" (repeat players).⁹⁸ שחקן של פעם אחת הוא מי שמתדיין בבתי המשפט פעם אחת או פעמים בודדות בלבד במהלך חייו ותוצאות ההתדיינות הן בעלות משמעות גדולה עבורו, כגון צד להליך גירושין או התובע בהליך נזיקי. שחקן חוזר הוא מי שמתדיין באופן שגרתי בבתי המשפט ואף אחת מהתדיינות האלה אינה בעלת משמעות יוצאת דופן עבורו, כגון חברות ביטוח, בנקים, המדינה, רשויות מקומיות.

לשחקנים חוזרים יש יתרון מובהק לעומת שחקנים של פעם אחת בכל הנוגע לצמצום האקראיות השיפוטית: האקראיות הכרוכה בפעולתו של כל שופט המכריע בעניינו של שחקן חוזר מתאזנת עם האקראיות הכרוכה בפעולתם של כל שאר השופטים המכריעים בענייניו של השחקן החוזר. איזון כזה אינו עומד לרשותו של מי שהנו שחקן של פעם אחת. נקודה זו, בדומה לדיון לעיל באפשרות של הקטנת האקראיות השיפוטית בדרך של בורות,⁹⁹ מצביעה על כך שחסרי האמצעים בחברה סובלים מפגעי האקראיות השיפוטית יותר מבעלי האמצעים.

ח. סיכום

בעקבות הפרכת הפורמליזם המשפטי על ידי הריאליזם המשפטי נהפכה שאלת הוודאות לשאלה מרכזית בחשיבה על המשפט במאה העשרים. קרל לואלין, שמילא תפקיד חשוב במפעל הרס הפורמליזם על ידי הריאליזם, התמודד עם שאלת הוודאות כבר בשלבים

⁹⁸ Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits for Legal Change", 9 *Law & Soc. Rev.* (1974) 95. לסדרת מאמרים הדנים במאמרו זה של גלנטר

ראו: *33 Law & Soc. Rev.* (1999).

⁹⁹ ראו לעיל, הערות 88-93 והטקסט שלידן.

מוקדמים של הגותו. לואלין טען כי במשפט מתקיימת ודאות במידה מתקבלת על הדעת, משום שהמשפט מחשק את דרכי החשיבה והפעולה של המשפטנים. שאלת הוודאות במשפט היא גם שאלה מרכזית בכתיבתו האקדמית של אהרן ברק. יתר על כן, ברק היה הראשון שעורר את השאלה במשפט הישראלי. פתרונו של ברק לשאלת הוודאות קרוב לזה של לואלין: בדומה ללואלין, גם ברק מציג את השופט כמי ששיקול הדעת שלו מחושק באמצעות התכנים של המשפט. אולם לואלין וברק מצליחים לפתור בהצלחה את בעיית הסובייקטיביות השיפוטית: הם טוענים באופן משכנע שקיימת אובייקטיביות במשפט, היינו ששופט אינו יכול להחליט ככל העולה על רוחו, אלא הוא מחושק בצורה חמורה באמצעות התרבות המשפטית שבתוכה הוא פועל. הם אינם מצליחים לפתור את בעיית הוודאות המשפטית. המהלך של לואלין וברק אינו מסוגל להתגבר על התפקיד המכריע שממלא השופט הפרטיקולרי, האקראי, הייחודי, בתהליך קבלת ההחלטה השיפוטית. עלינו לקבל אפוא את אי-הוודאות כאינהרנטית למשפט. עלינו להשקיע מחשבה באשר לדרכים שבאמצעותן נוכל לגרום לצמצום האקראיות שבתרומה הייחודית של השופט לקביעת התוכן של ההכרעה השיפוטית. "We are all realists now", אומרת המימרה הנפוצה ביותר במשפט האמריקני של המחצית השנייה של המאה העשרים.¹⁰⁰ זה נכון, אבל מפעלם של הריאליסטים טרם הושלם.

100. Laura Kalman, *Legal Realism at Yale 1927-1960* (University of North Carolina Press, 1986), 229; John Henry Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Sciences* (University of North Carolina Press, 1995), 2 (לעיל, הערה 10), בעמ' 503.