

על הגלוי, הסמוי ומה שביניהם מחשבות בעקבות רשימתו של אריאל בנדור על "משפט כספרות"

ליאורה בילסקי

א. הפרדיגמה השיפוטית ♦ ב. הפרדיגמה המדעית ♦ ג. אפיון זרם "המשפט
כספרות" כחקר הסמוי ♦ ד. הכתיבה המשפטית על פרשת-דרכים

בספרו החדש *The Cultural Study of Law*, פול קאהן (Kahn) מציג קריאה חדשה של הזרמים השונים של חקר המשפט, החל בריאליסטים האמריקאיים, המשך באנשי פילוסופיית המשפט (דבורקין, רולס ואיליי), וכלה בכתיבה הביקורתית של ה־Critical Legal Studies והתאוריה הפמיניסטית של המשפט.¹ לדבריו, למרות הברלים ניכרים בדרכי הכתיבה ומטרותיה, ניתן לזהות מכנה משותף לכתיבה המסורתית והביקורתית, דהיינו, מחויבותם לפרויקט של רפורמת המשפט. במילים אחרות, הכותבים והכותבות, השונים כל-כך בדעותיהם, רואים כולם במטרה הנורמטיבית של תיקון המשפט הקיים מטרה מרכזית של כתיבתם. קאהן רואה במחויבות זו את אחת הסיבות המרכזיות לחולשת הכתיבה המשפטית. כדבריו:

This collapse of the distinction between the subject studying the law and the legal practice that is the object of study is the central weakness of contemporary legal scholarship. (p. 7)

ספרו של קאהן מיועד להציג חלופה רדיקלית לכתיבה זו, רדיקלית במובן של השתחררות מהמטרה הנורמטיבית של רפורמת המשפט, בקוראו ללימוד תרבותי של המשפט לשם עצם הלימוד. לטענתו, ניסוחו של פרויקט המחקר המשפטי במונחים תרבותיים יאפשר לאקדמיה המשפטית לעשות את הצעד החשוב של השתחררות המחקר המשפטי מכפיפותו לפרקטיקה המשפטית (שיפוט, חקיקה, עריכת-דין וכיוצא בזה), דבר שיאפשר לה להיעשות חלק אינטגרלי של האוניברסיטה. הקריאה החדשה של קאהן מזכירה את צעדו של מלומד המשפט כריסטופר קולומבוס לנגדל (Langdell), דיקאן בית-הספר למשפטים בהרוורד,

* המחברת הינה מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

P.W. Kahn *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship* (Chicago, 1999)

שנטל על עצמו, לקראת סוף המאה התשע-עשרה (1870), לעשות את לימוד המשפט מקצוע אקדמי הראוי ללימוד באוניברסיטה על-ידי הצגתו כמדע משפט. למטנתו של קאהן, רק ניתוק חבל-הטבור המקשר בין הפרקטיקה המשפטית לאקדמיה המשפטית יאפשר להשלים את המהלך של הכנסת חקר המשפט לתוך האקדמיה.

רשימתו של אריאל בנדר, "הטיית משפט, הכרת פנים – מחשבות ביקורתיות על 'משפט כספרות'",² מעבירה את הוויכוח רב-השנים בנושא מתודולוגיית הכתיבה המשפטית אל שדה הכתיבה הישראלי. בנדר מצמצם אומנם את הדיון לביקורת הדיסציפלינה החדשה שהוא מכנה "משפט כספרות", אולם למעשה, הוויכוח שהוא מנהל מתפרש על דיסציפלינות הכתיבה התיאורטיות (כתיבה ביקורתית במשפט, תיאוריה פמיניסטית, כלכלה ומשפט), שהוא מעמת אותן עם הכתיבה המסורתית של המשפט (שבנדר מונה עצמו עם שורותיה). בנדר בוחר לנהל את הוויכוח באמצעות דיון ביקורתי במאמר שפרסמתי לפני שנים מספר בכתב-העת פליילס: "משפט ופוליטיקה: משפטו של יגאל עמיר".³ למרות הפיתוי לכתוב תגובה המתמקדת בפרשנות שבנדר נותן למאמרי ובטענות הספציפיות שהוא מעלה, החלטתי להקדיש את רשימת התגובה שלי לשאלות העקרוניות שהמחלוקת מעלה לגבי צמיחת דיסציפלינה חדשה של חקר המשפט בישראל, שאכנה אותה "משפט כתובות".⁴ את הדיון העקרוני אנהל באמצעות שימוש בדוגמות ממאמרו של בנדר ומאמרי הקודם, נושא רשימת הביקורת שלו. בהקשר זה אבקש להראות כי בנדר שבוי בשתי פרדיגמות המאפיינות את הכתיבה המשפטית המסורתית, "הפרדיגמה השיפוטית" ו"הפרדיגמה המדעית", ולכן הוא מחמיץ את הפוטנציאל הייחודי הטמון בדיסציפלינה חדשה זו.

א. הפרדיגמה השיפוטית

כפי שעולה מספרו של קאהן, אחת מהנחות-העבודה של הכתיבה המשפטית היא הנורמטיביות שלה; דהיינו, מטרת הביקורת על פסקי-הדין והחקיקה היא להביא לידי רפורמה משפטית באותו תחום שהתגלה כלקוי. הנחה זו מביאה לידי כך שרבים מן הכותבים רואים את מאמריהם כמיועדים להציג מעין גרסה מתוקנת לפסק-דין לקוי, או הצעת חקיקה חלופית לזו שהתקבלה על-ידי המחוקק. היעדר ההבחנה בין הפרויקט המשפטי לפרויקט המחקרי מביא לידי כך שמעלותיו של השופט נמדדות לפי קנה-המידה של החוקר, ואילו

2 ראו בגיליון זה, עמ' 85.

3 ל' בילסקי "משפט ופוליטיקה: משפטו של יגאל עמיר" פליילס ח (תש"ס) 13.

4 בישראל, מנחם מאוטנר נטל על עצמו את הפרויקט של קריאה לעצמאות האקדמיה המשפטית מן הפרקטיקה המשפטית, תוך הצגת המקורות ההיסטוריים והתיאורטיים של תת-דיסציפלינה חדשה בחקר המשפט, משפט כתובות. ראו מ' מאוטנר "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג (אריאל רוזן-צבי עורך, תל-אביב תשנ"ד) 1; מ' מאוטנר "המשפט כתובות: לקראת פרדיגמה חדשה" רכ-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוזן שמיר עורכים, תל-אביב תשנ"ח) 545; מ' מאוטנר "גדמר והמשפט" עיוני משפט כג (תש"ס) 367. מ' מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פליילס ז (תשנ"ט) 11.

החוקר אמור להפגין אותן תכונות המאפיינות את השופט הטוב.⁵ עירוב זה חל אפילו על תחומי הכתיבה התיאורטיים ביותר, כגון משנתו של הפילוסוף ג'ון רולס על הצדק, המבוססת על שימוש בדימוי של "מסך הבערות", דימוי המזכיר את אידיאל הצדק המשפטי – כיסוי העיניים של אלת הצדק.⁶ כך גם רבים מהכותבים הבינתחומיים במשפט המצדיקים את פנייתם אל דיסציפלינות שמחוץ למשפט בצורה אינסטרומנטלית, כמי שאמורה לקדם את הפרויקט של רפורמת המשפט.⁷

גישה דומה מאפיינת את מאמרו של בנדור. המוטו של המאמר נלקח מתוך דברי אזהרה שיועדו במקורם אל שופטי ישראל: "לא תטה משפט לא תכיר פנים ולא תקח שחד כי השחד יענך עיני חכמים ויסלף דברי צדיקים." (דברים טז, יט). לקראת סיום המאמר, בנדור חוזר אל אותו מוטו ומיישם אותו לגבי הכתיבה של דיסציפלינות משפט כספרות ככלל, ומאמרי בפרט, באומרו: "אך הכרת פנים שקולה לעיתים להטיית משפט, שכמה כשוחד – ולפחות דעה משוחזרת." מעבר לתהיות שהאנלוגיה הספציפית שבה בחר בנדור מעלה, ניכרת ההנחה הלא-מוסכרת כי ניתן (ורצוי) להחיל אותן אמות-מידה על השופט ועל חוקר המשפט. המאמר אינו מתמודד כלל עם תוצאותיו של עירוב-תחומין זה. ללקיחת שוחד על-ידי השופט או למשוא-פנים מצידו יש משמעויות מיידיות של פגיעה ברכוש או בחירות של צד למשפט. לא כך כתיבה תיאורטית, תהא מוטה ככל שתהא.⁸ חשוב מכך, אף-על-פי שהפסיקה והכתיבה התיאורטית עוסקות שתיהן בפעולות פרשניות, חובתה של הראשונה לבחור בסופר-של-יום בפרשנות אחת מחייבת ולהחילה על המקרה שלפניה. החלת אותה אמת-מידה על הכתיבה התיאורטית היתה שמה אותה בסד הפרקטיקה ולא מאפשרת לה למצות את הפוטנציאל הטמון בה. הכתיבה התיאורטית מסוגלת להכיל מגוון של פרשנויות, שגם אם הן עומדות במתח זו עם זו, היא מחויבת להציגן. כתיבה זו עשויה לחשוף את הפנים השונים, ולעיתים המנוגדים, של אותה פעולה משפטית. מטרת הכתיבה אינה בהכרח לספק

5 Kahn, *supra* note 1, at p. 19. קאהן מפנה לכתיבתם של רונלד דבורקין ואלכסנדר ביקל, המתארים את מעלות השופט על-פי קנה-המידה של חוקר המשפט. מאיר דן-כהן רואה בחוקרי משפט המתאימים עצמם לאידיאל זה moot judges, ומתאר את כתיבתם כך: "[They] view themselves as participating in essentially the same enterprise as judges, and use very similar methods to theirs ... This variety of legal scholarship aims for and often attains immediate relevance. The measure of its success is the adoption of its proffered solutions to doctrinal problems by the other participants in the enterprise... [The] academic lawyer... often acts as a kind of deputy-judge, presiding over moot courts, or a shadow lawyer writing mock briefs for hypothetical or past disputes." (M. Dan-Cohen *Rights, Persons and Organizations: A Legal Theory for Bureaucratic Society* (Berkeley 1986) 1-2). המובאה מצוטטת גם במאמרו של מאוטנר "הפקולטה למשפטים", לעיל הערה 4, בהערות-שוליים 18.

Kahn, *ibid*, 1, at p. 20 6

Ibid, at pp. 19, 24 7

8 על נקודה חשובה זו עמד רוברט קובר במאמרו הקנוני על אלימות ומשפט. קובר מדגיש שכתבה על פרשנות במשפט נוטה להעלים את האלימות המתלווה למעשה הפרשני השיפוטי. ראו: R. Cover "Violence and the Word" *Narrative, Violence and the Law* (Martha Minow, Michael Ryan and Austin Sarat eds., Ann Arbor 1992) 203, note 2.

פתרון לדילמה, אלא דווקא לחדד את משמעויותיה השונות. אי-הנכונות להכיר בנקודות-מוצא שונות אלה מונעת את בנדור מלהבין את מטרות הכתיבה החדשה. למשל, כבר בתחילת המאמר "משפט ופוליטיקה", אני מציגה את מטרותי במילים אלה:

באמצעות קריאה זהירה של פסק-הדין ארצה לחשוף את המגבלות של הדיון המשפטי ולהצביע על הדרכים החלקיות שלו בבואו לעסוק בשאלות שהרצח הפוליטי מעלה. אטען כי הסתפקות בתשובות המתקבלות בבית-המשפט, או השתלטות השיח המשפטי על הדיון הציבורי, עלולות לפגוע בהתפתחות שיח ביקורתי הדרוש לחברה המתמודדת עם רצח פוליטי של ראש ממשלה נבחר. בתוך כך ארצה לגעת בשאלות הקשות שגותרו פתוחות בעקבות רצח יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, לגבי אפשרות השילוב של מדינה "דמוקרטית ויהודית".⁹

מדברים אלה עולה כי מטרתי במאמר זה אינה פנים-משפטית, במובן של תיקון טעויות משפטיות בפסק-הדין או של רפורמה משפטית כוללת, אלא דווקא לבר-משפטית, כלומר, ניסיון לבחון את מגבלותיו של השיח המשפטי בבואו לעסוק במגוון פניה של שאלת הרצח הפוליטי, ובעקבות כך, בשאלות העולות מן הניסיון לכוון מחדש זהות קולקטיבית ישראלית בבית-המשפט. למעשה, זה ניתוח תרבותי של הטקסט המשפטי. בהתאם לכך, אני מוסיפה מגבלה עצמית: "אסיים בקריאה לדיון ציבורי בנקודה בה נפסק הדיון המשפטי. הרשימה לא תנסה להחליף דיון ציבורי זה, אלא להצביע על חשיבות קיומו".¹⁰

רק לאור מטרות אלה מובנת השאלה הראשונה שאני מציגה במאמר, דהיינו, חיפוש "הסבר תיאורטי לניסיון של בית-המשפט לדחוק לשוליים את השאלות הפוליטיות, ולהתרכז בדיון משפטי פורמלי ברצח". לדידו של בנדור, הגדרת שאלה זו במאמרי "מפתיעה במיוחד", שכן, לדבריו, "בתי-המשפט אינם מכירים בכך שהם מהווים רשויות פוליטיות ושמפתקים להכריע בשאלות פוליטיות..." (ההדגשה אינה במקור – ל' ב.). בדבריו אלה מתגלה גלישה מנקודת-המבט החיצונית (של חוקר המשפט) אל נקודת-המבט הפנימית (של השופט). אכן, לגבי שופט, אין דבר לגיטימי יותר מאשר התמקדות בשאלות המשפטיות של דוקטרינת הרצח במשפטו הפלילי של המואשם ברצח. אילו היה מאמרי מיועד לאתר טעויות משפטיות שנעשו בפסק-הדין, או לספק פסק-דין חלופי, אכן היתה עצם הגדרת השאלה באופן הזר לחלוטין לנקודת-המבט הפנימית של בית-המשפט מפתיעה. אולם נקודת-מבט זו אינה מחייבת את חוקרי המשפט כתרבות, שאינם רואים עצמם פועלים בכפיפות לבתי-המשפט. מנקודת-מבט תרבותית, השאלה באילו דרכים השיח והפרוצדורה המשפטית דוחקים את השאלות הפוליטיות אל השוליים נעשית שאלה לגיטימית וחשובה. מעבר לכך, בעוד שלגבי בנדור, האוטוריטה העליונה להכריע בשאלה אם פסק-הדין הינו פוליטי נתונה לשופטים,¹¹ לגבי חוקר התרבות הנחת-העבודה היא שהשופטים מוגבלים במגבלות מוסדיות המונעות אותם מלהכיר בפן הפוליטי של פסיקתם. לכן, העמדה המובעת בפסק-הדין היא

9 בילסקי, לעיל הערה 3, בעמ' 14.

10 שם, בעמ' 15.

11 א' בנדור, לעיל הערה 2, פסקה 7.

נקודת-מוצא לדיון, ולא סוף-פסוק. מפרספקטיבה פרשנית זו יש להבין גם את טיעוני לגבי יוזמת בית-המשפט במינוי פסיכולוג ועורך-דין לעמיר. מנקודת-מבט פנימית של מערכת המשפט, צעד זה מהווה מימוש מחויבות של המערכת להבטיח לנאשם דיון הוגן (due process). אולם מנקודת-מבט חיצונית, שאותה אימצתי במאמרי, אותו צעד יכול להתפרש כמבטיח דיון משפטי לפי כללי הפרוצדורה, אך בו-בזמן גם מכונן "סובייקט משפטי" המדבר בשפתו של בית-המשפט (שפת המומחה הפסיכולוגי והמשפטן), ואשר אמירתו הפוליטית מסוננת אל מחוץ לדיון כלא-רלוונטית. אני מדגישה במאמרי כי שתי הפרשנויות אינן מייתרות זו את זו: "בית-המשפט מסביר כי שני ההליכים ננקטו כדי למנוע כל ספק, ולו ספק קל, באשר להגינויות המשפט. אולם אם נבחן את השאלה מתוך הדילמה שמעלה שיפוטו של אדם המערער על הלגיטימיות של המערכת הנורמטיבית השופטת אותו, נגלה בה פנים נוספים."¹² (ההדגשה אינה במקור – ל' ב').

מן הדברים שלעיל עולה כי הנחת-מוצא פרשנית של רשימתו של בנדור היא קבלה לא-ביקורתית של הפרדיגמה השיפוטית (נקודת-המבט הפנימית) והחלתה על כלל הכתיבה המשפטית, מסורתית וחדשה כאחת. הנחה זו זרה לרבים מן הכותבים והכותבות השייכים לזרם המשפט כתרכות (אשר משפט כספרות הוא כאמור רק תת-דיסציפלינה בו).¹³ היא מונעת את בנדור מלפרש את הכתיבה החדשה בהתאם להנחת-המוצא שלה, המקבלת על עצמה הפרדה בין האקדמיה לפרקטיקה, ורואה עצמה מחויבת לפיתוח תובנות חיצוניות על המשפט שאינן מיועדות כלל לספק פסק-דין חלופי או להביא לידי רפורמה משפטית. מאמרו של בנדור, אשר אמור לפרש לקוראים הישראלים את הסוגה (ז'נר) החדשה של הכתיבה, מתעלם איפוא מאחת מאבני-היסוד שלה. שיח המשפט כתרכות אינו מתיימר לייצר פסק-דין חלופי, אלא לפרש את פסק-הדין כטקסט תרבותי המייצג את השיח המשפטי. מתוך דברים אלה אין להסיק שכתיבה זו אינה ביקורתית, אלא שביקורתיות זו אינה כפופה עוד להנחות הדיון הפנימיות לשיח המשפטי.

ב. הפרדיגמה המדעית

פרדיגמה פרשנית נוספת שבנדור מבקש לפרש לאורה את הכתיבה החדשה היא הפרדיגמה המדעית. בניגוד לפרדיגמה השיפוטית שהנחותיה מעצבות את המאמר, אך אינן מוצגות לפני הקורא ישירות, הכותב מאמץ את הפרדיגמה המדעית בכל פה. אולם בניגוד לכריסטופר לנגדל, שניסה בסוף המאה התשע-עשרה להתאים את הכתיבה המשפטית למודל-מדע הנשאב ממדעי הטבע (דימוי הספרייה המשפטית כמעבדה), בנדור מסתפק במודל-מדע הקרוב ברוחו יותר למדעי החברה.¹⁴ מתוך מודל מדעי זה הכותב שואב כמה אמות-מידה

12 בילסקי, לעיל הערה 3, בעמ' 28.

13 ראו, למשל, ספרו החדש של לורנס דאגלט על משפטי השואה, שבו נמנע הכותב במכוון מלעסוק בשאלה הנורמטיבית של הבטחת זכויותיו של הנאשם, ושואל את השאלה התרבותית: עד כמה ובאיזה אופן אפשר בית-המשפט ייצוג הולם של השואה. L. Douglas *The Memory of Judgment* (New Haven 2001) 2.

14 בנדור, לעיל הערה 2, פסקה 20.

להערכת הכתיבה, שהמרכזית ביניהן היא אמת-המידה של ההכללה. בניסוחו של בנדור: "בדרך-כלל, החשיבות המדעית של פסקי-דין... אינה בעובדות, בהכרעה או בהנמקה במקרה הספציפי, אלא בלקחים הכלליים – הכללות – שניתן להפיק מהם. בכך ששיטת המחקר ודגשיו שונים על-פי זרם המשפט כספרות מאשר על-פי המחקר המשפטי המסורתי אין בהכרח כדי לשנות את התכלית המסורתית המובהקת של המחקר המשפטי – הפקת תובנות כלליות."¹⁵ מאחר שמדובר באמת-מידה "מדעית", בנדור אינו מוצא כל צורך להצדיק את החלתו על כתיבה המחויבת דווקא למודל שונה בתכלית (המודל ההרמוניטי), לא כל שכן להתמודד עם הטיותיו. הצורך להתמקד בהכללה כמטרה העיקרית של הכתיבה המשפטית מחייב שורה של בחירות: על הכתיבה להתרכז בצד המשפטי, ולא העובדתי, של פסקי-הדין; בהכרעת-הדין, ולא בגזר הדין; בהלכה המשפטית, ולא ברטוריקה השיפוטית; בפסקי-דין תקדימיים של בית-המשפט העליון, ולא בפסקי-דין של בתי-משפט נמוכים, וכיוצא בזה. והנה, דווקא עניינים אלה נעשו תחומי עניין מרכזיים בקרב חוקרי המשפט כתרבות, שהצליחו לחדש את הדיון הביקורתי בכל אותן פרקטיקות שנחשבו ל"שכל-הישר" בשיח המשפטי.¹⁶

אמת-המידה של ההכללה שבנדור מפעיל אינה מסוגלת להסביר אף אחת מן הבחירות המתודולוגיות שלי במאמר "משפט ופוליטיקה" (התמקדות בפסקי-דין של בית-משפט מחוזי, בגזר-הדין, ברטוריקה של בית-המשפט). יתר על-כן, אמת-המידה של ההכללה, כפי שבנדור מפרש אותה, יוצרת היררכיה בין החשוב והמרכזי לכתיבה מחקרית משפטית (ההלכה השיפוטית של פסקי-דין של בית-המשפט העליון) לבין השוליים הסנסציוניים (הרטוריקה של גזר-דין של רוצח ראש הממשלה). מתוך אימוץ נקודת-מבט אובייקטיבית לכאורה, נעלמת משמעותו של שדה המחקר המכוון אל חקר המקרה הבודד (פסקי-דין, דבר חקיקה וכיוצא בזה), ומתכוון לומר באמצעותו משהו כללי על המשפט ועל החברה שהוא מתפתח בה.¹⁷ לפיכך, נסיונו של בנדור לפרש דיסציפלינה חדשה זו של מחקר מכשיל את עצמו, שכן הוא מאמץ עיקרון המניח מראש את מושאי הכתיבה של דיסציפלינה זו כשוליים האזוטריים של המשפט. בהקשר הספציפי של מאמרי, דווקא ההבנה שמשפט פוליטי מתאפיין מעצם מהותו בייחודיותו, ולא בדמיונו לכל משפט רגיל (במקרה שלנו, היות קורבן הרצח ראש ממשלת ישראל), מחייבת פיתוחן של גישות פרשניות אחרות, המעמידות במרכז הדיון לא את ההכללה הסטטיסטית, אלא דווקא את פרשנות העומק של המקרה הייחודי.¹⁸ ניתן להשיג את ההכללה, אם ניתן לקרוא לה כך, לא באמצעים כמותיים, אלא על-ידי

15 שם, פסקה 17.

16 וראו, למשל, סדרת הספרים בעריכת Austin Sarat and Thomas R. Kearns *The Fate of Law* (Ann Arbor 1991); *Law in Everyday Life* (Ann Arbor 1993); *The Rhetoric of Law* (Ann Arbor 1994); *Law in the Domains of Culture* (Ann Arbor 1998).

17 למותר לציין כי "כל הפוסל במומו פוסל", שכן את תובנותיו על בעייתיה של דיסציפלינה שלמה של מחקר, המשפט כספרות, הכותב בוחר לעשות בעיקר על-סמך התמודדות עומק עם מאמר ישראלי אחד.

18 בנדור מציע שהדרך הראויה להגיע להכללות היא באמצעות בדיקתם של "כל פסקי-הדין הרלוונטיים, או לגבי מדגם מייצג של פסקי-דין שייבחרו בהתאם לשיטות מחקר המקובלות במדעי החברה, ושגם שיטות מיוגם וניתוחם יעמדו במידת האפשר באמות-מידה מוגדרות ואחידות". בנדור, הערה 2 לעיל, פסקה 20.

דיון-עומק בכמה פסקי-דין פוליטיים בעלי מאפיינים דומים, כגון משבר זהות קולקטיבית, כפי שנטלתי על עצמי בסדרה של מאמרים שיצטרפו בקרוב לספר על דילמות ליברליות במשפטים פוליטיים ישראלים.¹⁹

עד לנקודה זו לא התווכחתי כלל עם תפיסת המדע שבנדור מאמץ, שכן ראיתי בגיוס המדע לצידו צעד רטורי בעיקרו. צעד זה ביקש לבנות היררכיה בין המדעי לבין הלא-מדעי, ועל-ידי שיוכה של הכתיבה החדשה למשבצת ה"לא-מדעית", להציגה כלא-לגיטימית, מסוכנת או לא-רצינית סתם. אולם בנקודה זו ברצוני להתעכב לרגע על עצם תפיסת המדע שבנדור מקדם. העשייה המדעית, אם נפשיטה ממחלצותיה השונות, מגלמת שאיפה עוד מקדמת דנא להתבונן על תופעות שונות בעולם המעוררות קושי, ולהציע היפותזה שעשויה ליישב בין התופעות השונות שנראו מלכתחילה חסרות פשר. ניסיון כזה – בין אם נקרא לו "מדע" ובין אם נקרא לו באופן מדויק יותר, כאשר אנו עוסקים בפרשנות תרבותית של טקסט ספציפי, הרמנויטיקה – עמד לנגד עיני בכתיבת המאמר על פסק-דין עמ"ל. על פניו גיליתי מתח בין פסק-דין המתיימר לסלק מתוכו כל אמירה פוליטית לבין גזר-דין ששם במרכזו את הפוליטיקה ומשתמש ברטוריקה מליצית במיוחד. במקום לנסות להכחיש את הפוליטיות של פסק-הדין, או לפתור את החריגות שהתגלו ברטוריקה המשפטית כמליצה לשם מליצה, כפי שבנדור מציע במאמר הביקורת, ביקשתי להכיר בקושי האמיתי של השופטים. הצעתי לראות את שורשיה של הבעיה בתיאוריית המשפט הליברלית, המתקשה לספק כלים להבנת התופעה ההיברידית של משפט פוליטי.²⁰ עימותם של פסק-הדין וגזר-הדין עזר לי לחשוף את שני התפקידים שבית-המשפט מנסה למלא בר-זמנית. האחד, מסורתי: לשפוט את מעשהו של עמיר לפי קני-מידה משפטיים רגילים ובהתאם לכללי הדיון המבטיחים את זכויות הנאשם; האחר, ידיקטי: לקדם באמצעות הרטוריקה של בית-המשפט זהות קולקטיבית חדשה המגשרת על ההבדלים בין יהודים דתיים לחילוניים במדינת-ישראל. זהות קולקטיבית זו, טענתי, מחזקת את הפן היהודי של המדינה על-חשבון מאפייניה האזרחיים, וככזו אין היא מצליחה להוות חלופה אמיתית לתמונת-העולם של עמיר. כדי להבין את משמעות הבחירות הרטוריות של בית-המשפט, עימתתי את הזיכרון הקולקטיבי "היהודי", ששניים משופטי ההרכב מקדמים, עם זיכרון קולקטיבי "אזרחי", שהיה נמנע מלעסוק בהיות "העם היהודי" עם נבחר, אלא מרגיש את קווי הדמיון בין ההיסטוריה הישראלית להיסטוריה הכללית של חברות אחרות הנמצאות בקונפליקט אתני לאומי, ואת הסכנות האורכות לפתחן של חברות המחליפות קוד-שיח דמוקרטי בקוד-שיח אתנוקרטי. את ניצניה של גישה מעין זו ראיתי

- 19 ראו, בין היתר: L. Bilsky "Between Justice and Politics: The Competition of Stories in Eichmann's Trial" *Hannah Arendt in Jerusalem* (Steven E. Ascheim ed., Berkeley 2001) 232 (The Eichmann trial); L. Bilsky "Justice or Reconciliation: The Politization of the Holocaust in the Kastner Trial" *Lethe's Law: Justice, Law and Ethics in Reconciliation* (Emilios Christodoulidis and Scott Veitch eds., 2001) 153 (The Kastner trial); L. Bilsky "Judging Evil in the Kastner Trial" 19(1) *Law & Hist. Rev.* (2001) 118 (The Kastner trial); ל' בילסקי "אני מאשים": משפט דרעי, משפט פוליטי וזכרון קולקטיבי "ש"ס – אחגר הישראליות (יואב פלד עורך, תל-אביב 2001) 279 (משפט דרעי).
- 20 לניסיון תיאורי לחשוף חולשה זו של התיאוריה הליברלית ולהציע דרכים לתקנה, ראו: J.N. Shklar *Legalism: Law, Morals, and Political Trials* (Cambridge 1986).

בגזר-הדין של השופט רוטלוי, אשר בחרה לענות לעמיר על-ידי מובאה משל הסופר והאינטלקטואל הצרפתי אלבר קאמי, שלא כחבריה השופטים, שהתמקדו במובאות ישראליות יהודיות.²¹ למותר לציין שחלופה זו אינה דורשת, כפי שבנדור מניח, שבית-המשפט "פסול את מכלול ההשקפות הפוליטיות שבהן תמך הרוצח, ושלחן שותפות קבוצות נכבדות מאזרחי המדינה". בכל אופן, התייחסות מדעית אמיתית לחקר המשפט היתה דורשת שבנדור יתייחס לתופעה החריגה שזיהיתי בפסק-הדין, יציע לה הסבר חלופי, ויראה איזו עבודה נוספת עושה ההסבר שלו לקידום ההבנה התרבותית של הטקסט המשפטי שבו עסקין.

ג. אפיון זרם "המשפט כספרות" כחקר הסמוי

למרות הבעיות המתודולוגיות הקשות העולות מנסיונו של בנדור להכפיף את כתיבת המשפט כספרות לפרדיגמת מחקר "שיפוטית" ולפרדיגמת מחקר "מדעית", כהגדרתו, אפנה כעת להתמודדות קצרה עם האפיון המהותי של זרם זה. לטענת בנדור, ניתן לזהות שני מאפיינים של המשפט כספרות: הראשון, התמקדות בטקסט עצמו. השני, שהוא מקדיש לו את מירב תשומת-הלב, עניינו "חשיפה" של רבדים סמויים של פסק-הדין הנידון, שקריאה מסורתית המתמקדת בתכנים ובמסרים המוצהרים של פסק-הדין אינה ערה להם". המושג "סמוי" נותר עמום במאמר. בשלב הראשון הכותב נמנע מהתייחסות ערכית למושג "סמוי", והוא נדמה כמזוהה עם כל פעולה פרשנית המיועדת להעלות אל פני השטח את המשמעויות של הטקסט שאינן נתפסות בקריאה ראשונה או שנייה. אולם במהלך המאמר נוספים ל"סמוי" מאפיינים שליליים המייחדים אותו מפעילות פרשנית רגילה. הסמוי נהפך למוסתר, והמוסתר הוא זה שיש סיבה טובה להסתירו, ומכאן שכתובה המיועדת לחשוף אותו עוסקת בעצם, על-פי בנדור, בגילוי קונספירציות או "מעין-קונספירציות". המעבר המהיר מן ה"סמוי" ל"קונספירציה" מתרחש מבלי שהקוראת מקבלת כל הסבר לכך.²²

21 בעצם ציטוט זה ראיתי אותה "מחאה שקטה" של השופטת, מחאה שבנדור מסרב לראותה, אולי מאחר שהוא שוכח להביא במאמרו את החלק השני של גזר-דינה, שבו מובא הציטוט מהדאם המודד לאלבר קאמי. בשולי הדברים אעיר כי את הייחוד בפסק-הדין לא ראיתי בעצם קיומם של שלושה קולות (המצטרפים או מתנגדים זה לזה), אלא בכך שהשופטים טרחו לכתוב דווקא את גזר-הדין בשלושה קולות, למרות הסכמתם לגבי הענישה הראויה. לפיכך, השורה הארוכה והמרשימה של פסקי-הדין שבנדור מביא בהערה 76 אינה מהווה תשובה לתופעה הייחודית שהתגלתה בגזר-דין עמיד.

22 המאמר משופע אמירות המעידות על גלישה זו, כגון: "...עיון בכלים ספרותיים מבקש בדרך-כלל לחשוף רבדים סמויים של פסק-הדין, ובתוכם כאלה שאפילו השופטים, יוצרי פסק-הדין, לא היו ערים להם בהכרח או לא התכוונו להם, ולהשתמש בחשיפה זאת לביקורת פסק-הדין. אגב כך המבקרים עשויים להתעלם מנימוקיהם וממסקנותיהם המוצהרות של השופטים, ולהפנות את עיקר ביקורתם 'מעל לראש' של הדברים המפורשים הכתובים בפסק-הדין, ישירות כלפי המסרים והמשמעויות המודחקים או המשתמעים שחשפו, או על כל פנים, להותיר את הדברים המפורשים בשוליים. זאת, אולי, מתוך אי-אמון וחדש טבוע כלפי נימוקים מוצהרים של בתי-המשפט כרשויות שלטון, ואף ייחוס להם מניעים בעלי אופי מניפולטיבי, ואפילו קונספירטיבי." (בנדור, לעיל הערה 2, פסקה 21, ההדגשה אינה במקור – ל' ב'); "בעוד בעיית ההכללה, שדנתי בה לעיל, מבטאת שיעתוק של פרקטיקה מתחום חקר המשפט להקשר שבו ההיזקקות לה אינה הולמת, הבעיה שאני דן בה

עד כמה שדבריו של בנדור מכוונים לייצג את המחויבות של כתיבת המשפט כספרות למתודולוגיה הרמנויטית, אין לי אלא להסכים. כל מלאכת פרשנות נועדה להעלות את המודעות ל"סמוי", כלומר, לכל מה שאין רואים בקריאה ראשונה, לעיתים קרובות מאחר שהוא גלוי מדי, יומיומי וטריטוריאלי. אולם נדמה שלא לכך כיוון בנדור כאשר הוא מקשר בין הסמוי לקונספירטיבי. אין בכתיבתי, ועד כמה שידיעתי מגעת, בכתיבה של זרם הספרות ומשפט, כמו גם בכתיבת הזרם הביקורתי למשפט, הנחה שקיימת "קונספירציה" במובן של יד מכוונת מסתירה, וכי פעולתה נועדה להסתיר הטיות חמורות של המערכת. תפיסה זו אינה מתיישבת עם הבנת פעולתה של אידיאולוגיה, כפי שכתביו של המלומד האיטלקי גרמשי (Gramsci) מלמדים. כאן מגיע בנדור למצבים מביכים של סתירה עצמית. מאחר שהגדיר את מטרתו כ"חשיפת הסמוי", הרי שכאשר הוא מגלה כי אני עוסקת למעשה בחלקים הגלויים דווקא של הטקסט המשפטי, הוא מוכיחני על טעותי. בנדור מצטט מתוך מאמרי "משפט ופוליטיקה":

הקולקטיב שבשמו ואליו הופנו דבריהם של שופטים אלה לא היו אזרחי ישראל בכללותם, אלא העם היהודי בלבד, תוך אפיון של "אירוע הרצח במונחים של ריב אחים".

על דברים אלה הוא מעיר:

הדבר אינו סמוי ואינו דורש "חשיפה" מיוחדת, אלא כתוב בפסק-הדין בלשון מפורשת, למשל בדברים אלה של השופט לוי: "החיים קודשו עוד בערש לידתנו כעם, כשצווינו במעמד חורב "לא תרצח"..." (ההדגשה אינה במקור – ל' ב').

אולם אני מעולם לא ראיתי עצמי כמי שעוסקת בסמוי. נהפוך הוא. מטרתו במאמר "משפט ופוליטיקה" היתה להתבונן בגלוי דווקא, במבט שני ושלישי, על-מנת לגרום להזרתו, כלומר, לאפשר לנו לקרוא את פסק-הדין מתוך מרחק ביקורתי ופרספקטיבה חדשה. לפיכך, הניסיון לטעון כי אין זה מתאים להפעיל מתודות קריאה ספרותיות על הטקסט המשפטי, באשר אין מדובר ב"ספרות גבוהה", חוטאת להבנת מטרותיה של כתיבה זו. דווקא מאחר שמדובר בטקסט משפטי, ולא ספרותי, שכותבים אותו שופטים מתוך התמקדות במטרה המשפטית המיידית (הכרעת-הדין), הוא מהווה כר נרחב לבחינה של המובן מאליו, "השכל-הישר" המאפיין חברה מסוימת לגבי זהותה הקולקטיבית וזכרונה הקולקטיבי.²³

כאן, של עקיפת נימוקים מוצהרים של השופטים, לעיתים תוך ייחוס מניעים בעלי אופי קונספירטיבי לאותם שופטים, מבטאת שיעתוק כזה של פרקטיקה מתחום חקר הספרות. "שם, פסקה 22, ההדגשה אינה במקור – ל' ב'); "ובמישור כללי יותר, קשה למצוא צידוק לייחוס סיבה בעלת אופי מעין-קונספירטיבי... לפעילות שגרתית של בית-המשפט שלא היתה בה חריגה ממשית ממנהגו הרגיל או מן החוק." (שם, פסקה 7).

23 לניתוח של "השכל-הישר" לגבי תפיסת ההיסטוריה הישראלית המתגלה בפסיקת בית-המשפט העליון ראו מאמרה של דפנה ברק-ארז: D. Barak-Erez "Collective Memory and Judicial Legitimacy: The Historical Narrative of the Israeli Supreme Court" 16(1) *Can. J. L. & Soc'y* (2001) 93. וראו גם מאוטנר, לעיל הערה 4.

ואם-כן, לא האסתטי והגבוה, כי אם היומיומי ואפילו הקלישאי הם שמספקים את חומרי העבודה החשובים ביותר לחוקר המשפט כתרבות. אידיאל הזהרה, כלומר הניסיון לרכוש מרחק ביקורתי מן הטקסט, אינו קל להשגה. את חלקו השני של ספרו *The Cultural Study of Law*, קאהן מקדיש לפיתוח כללים מתודולוגיים שעל החוקר לאמצם על-מנת להתקרב לאידיאל זה, לאחר שהצליח להשתחרר מנקודת-המבט הפנימית הכופפת את כתיבתו למטרה של רפורמת המשפט.²⁴ הניסיון ליצור מרחק בין האקדמיה לפרקטיקה המשפטית קשה במיוחד, מאחר שקהילות אלה מקושרות זו לזו בנימים רבים. בלשונו המחודדת של קאהן, כל עוד יראו מלומדי המשפט את פסגת חלומותיהם במינוי לבית-המשפט – תמשיך כתיבתם על בית-המשפט להתאפיין במעין "ניגוד אינטרסים".²⁵ הדבר נכון קל וחומר בקהילייה משפטית קטנה כזו שבישראל. המשימה של רכישת מרחק ביקורתי מן הטקסט המשפטי קשה במיוחד כאשר מדובר בפסק-דינו של רוצח ראש הממשלה. במקרה כזה, נטייתו הטבעית של הכותב, כמו גם של השופט, היא לאמץ את נקודת-המבט של ה"אנחנו", לא רק המשפטי, אלא גם הלאומי, נגד מי שקרא תיגר עלינו. אולם דווקא בשל הנטייה הטבעית להזדהות ולהצטרף לקולו של בית-המשפט כמייצג הן את שלטון-החוק והן את קולו של הקולקטיב, יש חשיבות מיוחדת לכל אותן מתודולוגיות כתיבה המיועדות לעזור לנו לפרש את הטקסט מנקודת-מבט חיצונית – של אלה שאינם בגדר הקהל המדומיין של השופטים.

ד. הכתיבה המשפטית על פרשת-זרכים

נדמה שלמרות נקודות המחלוקת הרבות בינינו, בנקודה אחת מצאתי את עצמי מסכימה עם בנדר. אכן, שפע הכתיבה של השנים האחרונות מעיד על הפוטנציאל האדיר הטמון בזרם הכתיבה החדש – יהא שמו משפט כספרות או משפט כתרבות. האם כתיבה זו תרחיב את שדה הכתיבה המשפטית ותעשיר אותו, או אולי תתנתק ממנו ותצטרף לדיסציפלינות אחרות? ימים יגידו. ההיסטוריה הארוכה של מחלוקות בפילוסופיה ובמדע מגלה כי יש בכוחן להאיר מחדש הנחות-פעולה של דיסציפלינה, לחדשן, לשנותן או לייצר דיסציפלינה חדשה. בהקשר זה, תגובתי הקצרה על רשימתו של בנדר אינה מיועדת לסתום את הגולל על המחלוקת, אלא להוות קריאה למשתתפים נוספים להצטרף לדיון ולתרום את תרומתם לפיתוח דיאלוג "תוך-תחומי" במשפט.

24 בין שאר הכללים שהוא מפתח: 1. אידיאולוגיית שלטון-החוק אינה תוצר של תכנון רציונלי. 2. שלטון-החוק הוא מערך של משמעויות שאנו חיים על-פיו. 3. על הכתיבה המשפטית לזנוח את המיתוס של הפרוגרסיב. 4. הכתיבה של משפט כתרבות דורשת לימודו של ה"אחר" למשפט. 25 Kahn, *supra* note 1, at pp. 26-27. ראו גם מאוטר "הפקולטה למשפטים", לעיל הערה 4, סעיף 44.1 ואילך.