

אמצעים, מטרות ומסרים*

מאת

פנחס שיפמן

ידידי הדיקן כבר עמד ברכרי ברכתו על השינוי הדרמטי שחל השנה בפקולטה. כלומר: הכפלת מספר התלמידים שיצטרפו מדי שנה בשנה למחזור הלימודים. שינוי מרחיק-לכת זה מעורר באורח אסוציאטיבי את סיפור התלמוד על שינוי מקביל בבית-המדרש. רבן גמליאל, ראש-הישיבה, נקט גישה אליטיסטית וברורנית, בהכרזו כי כל תלמיד שאין תוכו כברו לא ייכנס לבית-המדרש. בחינות-בגרות ובחינות פסיכומטריות לא היו נהוגות באותם הימים, אך הקפידו מאוד על מידותיו של המועמד. לימים החליטו חכמים להעביר את רבן גמליאל מכהונתו, כיוון שפגע בכבודם של חבריו. הוא הוחלף בחכם אחר, צעיר מאוד, רבי אלעזר בן עזריה. באותו היום שבו בוצעו חילופי-גברי אלה סילקו את שומר הפתח בבית-המדרש, וניתנה לתלמידים רשות להיכנס. כתוצאה מפתיחת השער נוספו באותו יום מאות ספסלים בבית-המדרש ובשל חוסר מקום צבאו מאחורי הגדר רבים אחרים. חלשה דעתו של רבן גמליאל. הטריד אותו החשש שמא הגבלותיו מנעו תורה מישראל. אמנם, משמים ניסו להרגיעו ולהפיס את דעתו שהתלמידים אשר את כניסתם מנע לא היו ראויים להיכנס לבית-המדרש. לאמיתו של דבר — ממשיך התלמוד ומספר — התוצאה היתה, שריבוי התלמידים הביא לבירור כל ההלכות שנדונו, כי מתוך שרבו התלמידים, רב החידו ורבתה החריפות¹.

אכן, הדימוי של שומר הפתח הניצב בשער המשפט והמונע כניסה מאותו אדם שבעצם המשפט לא נועד אלא לו ידוע לנו גם מסיפורו המפורסם של פרנץ קפקא². אבל עלינו להודות, כי אנו, בפקולטה למשפטים, לא סילקנו את שומר-הסף. הוא עדיין ניצב ועומד. הגדלנו את מספר הנכנסים, אבל עדיין לא כל הרוצה להיכנס — נכנס. הדאגה שמא אנו מונעים תורה מתלמידים תוסיף ותטריד אותנו גם בעתיד. בכל-זאת אפשר לקוות, שהגידול הנוכחי במספר התלמידים יוסיף חידוד וירבה חריפות.

* דברים שנאמרו בטקס פתיחת שנת הלימודים תשנ"ב, ביום כ"א חשון תשנ"ב (29.10.91).

1 ברכות כח, א. והשווה ירושלמי, ברכות ד, סוף הלכה א; וכן יומא עב, ב.
2 קפקא, המשפט, פרק השיעי. מן הראוי להשוות דימוי זה עם התיאור הקבלי על מניעת כניסתו של אדם לגן-עדן לאחר שגורש ממנו: "כיון דחב אדם אמשך עליה כמה זיינין בישין וכמה גרדיני גמוסין ודחיל מכלהו ולא יכיל לקיימא עליהו" (כיוון שחטא אדם, משך עליו כמה מיני [מוקים] רעים וכמה שומרי חוק וזיה ירא מכולם ולא יכול להתגבר עליהם), זוהר בראשית, פרשת בראשית, ד"ה "ויגרש את האדם".

אבל אל-לנו להעמיד פנים: אין אנו מתיימרים לעצב את אישיותם של הלומדים אצלנו ואין אנו בודקים מידותיהם, כפי שביקש רבן גמליאל לברוק. אנו רואים את עיקר תפקידנו בהקניית השכלה משפטית גבוהה³. השכלה זו איננה מתמצית רק בהכשרתו הטכנית של התלמיד, בחידוד שכלו או בהרחבת ידיעותיו. אנו מקווים להנחיל לתלמידינו גישה ביקורתית שאיננה חולקת כבוד לשום דעה מבלי שהיא נפתחת לדיון ולעיון לגופה. אנו מבקשים להמריצם לנתח בעיות משפטיות בכל מורכבותן, על שלל השיקולים השונים הנאבקים על הבכורה והנאלצים, בסופו של ניתוח, להתפשר ביניהם. לשם כך על הסטודנטים לקנות את היכולת לראות את הצד השני של המטבע; ואינני מתכוון בכך למטבע או למטבעות שהם יבקשו להשיג בעבודתם כעורכי-דין, אלא ליכולת לסגל לעצמם אורח חשיבה רחב-אופק, חסר-נוקשות ומתרחק מחדר-צדדיות. עליכם להיות מסוגלים לגייס את כל כשרונותיכם כדי להסתער אף על מה שנראה כמובן מאליו. כלומר: להיות מוכשרים לטעון להיפוכו של מה שמסתבר לפי מושכל ראשון ולהיות מוכנים לקרוא תיגר אף על מקובלות ומוסכמות. לעומת זאת, אין לכחד שהכשרה זו סכנתה בצדה. היא עלולה להביא לתפישה צינית המתכחשת לכל ערך ומכשירה את המחזיק בה לטעון באותו להט לדבר והיפוכו גם יחד, כאותה חריפות של אותו תלמיד שידע לטהר את השרץ בק"ץ טעמים⁴. שרץ נשאר לעולם שרץ – תהיה גדולה חריפותו של מי שמבקש לטהר אותו כביכול ככל שתהיה. חריפות מחשבתית היא תכונה חשובה, אפילו חיונית. אבל המאמין שההכרעה המשפטית יכולה להיות מנוחקת מערכים מוסריים – טעות בידו. השאלה הגדולה היא, איזה ערכים מזינים את ההכרעה המשפטית; כי המשפט יכול לשמש שפחה חרופה גם לשלטון-רשע, שבו כל מעשי-עוולה נעשים בחסותו של החוק ובכיסוי משפטי מלא כביכול. מאחורי הפרגוד של הנמקה משפטית מדוקדקת עלולים להציץ לעתים פניה של זוועה מוסרית או של שחיתות אישית. נימוקים טכניים, פורמאליים וכנוניים לתפארת עלולים להיות מפלטו הראשון של שופט מושחת המגלה כביכול טפח, אך לאמיתו של דבר מכסה טפחיים. בשינוי קל בדברי חז"ל ניתן לומר, כי מי שבידו ידיעות משפט, אך ערכי המוסר שלו פגומים, דומה לגזבר שמסרו לו מפתחות פנימיות אך לא מפתחות חיצוניות⁵. אותו גזבר דרכו חסומה מראש לפתיחתה של הקופה, כלומר: לגישה הנכונה לבעיה המשפטית. בימינו אלה אין צורך להדגיש כי ידיעת משפט, כשהיא לעצמה, איננה ערוכה כנגד קהות חושים, אטימות-הלב ואף חוסר-אנושיות.

כזכור, בבית-המדרש ביקשו למנוע את כניסתם של תלמידים שאין תוכם כברים. אבל אפשר לשאול: האם תוכו של המשפט עצמו הוא באמת תמיד כבור? האם ההנמקה הטכנית הניתנת להכרעה המשפטית משקפת תמיד את הטעם האמיתי שהדריך את השופט או שמא חוטא, לעתים, השופט – ואינני דן כאן

³ אנגלרד, "הרהורים על הפקולטה למשפטים" משפטים יב 217.

⁴ עירובין יג, ב; ותוספות שם, ד"ה "שידע לטהר את השרץ". והשווה ירושלמי, טנהדרין ד, א.

⁵ שבת לא, א-ב: "אמר רבה בר הונא: כל אדם שיש בו תורה ואין בו יראת שמים דומה לגזבר שמסרו לו מפתחות הפנימיות ומפתחות החיצונות לא מסרו לו".

בשופט מושחת – בהעמדת-פנים המבקשת לחפות וליפות את התוכן האמיתי של שיקוליו? ביצירה ספרותית אנו מבחינים בין הטופס הגלוי של היצירה לבין הטופס הסמוי המובלע בין השיטיין. האם גם במשפט החזות החיצונית שונה מן הרובד הפנימי, העמוק יותר? הבעיה רחבת-היקף וקשה ואין בידי כאן להקיפה או למצותה. בכל-זאת אבקש להאיר פינות אחדות שבה. נקודת-מוצא תשמש התופעה שאנו נתקלים בה לעתים קרובות ולפיה הכרעות משפטיות מוצגות כנחתכות על-פי שיקולים פורמליים, שלכאורה אין מנוס מהם; ואילו השיקולים הערכיים המונחים ביסוד ההכרעה מוצנעים ולא זוכים לביטוי גלוי. אבקש להראות שבחלק מן המקרים תופעה זו היא פרי מתחים בלתי-נמנעים בין האמצעים, המטרות והמסרים של התהליך המשפטי. כך, למשל, שורר מתח בין רצונו של השופט להגיע לתוצאה צודקת בעיניו לבין האמצעים המשפטיים שהוא משתמש בהם לשם השגחה. אמצעים אלה אפשר שהם בעייתיים ומוקשים כאשר הם עומדים בבדידותם, ושאלה גדולה היא האם המטרה שלשמה נקטו מקדשת אותם. הקושי נערץ בכך שמנימוקי הפסק, ואף מהכרעת הדין עצמה, עלול להשתמע מסר שמוטב היה אולי שלא נשמע, אף אם עצם התוצאה טובה ונכונה. ללא ספק, תפקידו הראשוני של שופט לעשות צדק בסכסוך הקונקרטי העומד לפניו, אך עם זאת עליו לתת את דעתו למשמעותו של הפסק כתקדים שישיפע על התנהגותם של אנשים במקרים עתידיים. בכך ממלא השופט גם תפקיד חינוכי, מדרין ומכוון, שאין לזלול בחשיבותו: פסיקתו היא גם ביטוי פורמלי לנורמות-התנהגות הראויות לחול בחברה. בהחלט ייתכן אפוא, שכרצות השופט להגיע לתוצאה יפה במקרה הקונקרטי עליו להיזקק לשיקולים העלולים להיות לרועץ בעתיד. הפתגם הידוע אומר כי מקרים קשים מולידים חוק רע ולכן אין תימה שיעשה מאמץ לטשטש את המסר המזיק ולהחביאו, למשל, מתחת תלי-תלים של הנמקות טכניות. אמנם, ייתכן גם ההיפך: מתוך הרצון לחדד מסר עקרוני המתבטא בהנמקת הפסק תלקה מידת הצדק בסופו. מתחים אלה ודומיהם עלולים להביא, לעתים שלא במודע, לפער בין נימוקיו של השופט לבין טעמיו, או במקרים אחרים – לערפולה של ההכרעה המשפטית בנוסחאות הנראות אולי כברורות וכמוצקות ושהן לאמיתו של דבר רב-משמעיות ומותירות את המתח הערכי בעינו. וכדי שלא יישארו הדברים כחלל ההפשטה אנסה לקשור להם דוגמאות קונקרטיות, וכיוון שאדם קרוב אצל עצמו ואצל תחמו, אפתח מדוגמא הלקוחה מדיני-המשפחה.

טול, למשל, את פסיקתו של בית-דין רבני מן הזמן האחרון, המשחררת אשה מעגינותה על יסוד השיקול שלא היה תוקף לנישואיה, בשל העובדה שהרב הרפורמי שערך את הנישואין מחוץ לישראל לא נהג לפי דקדוקי ההלכה⁶. כידוע, עגונה היא אשה שבעלה נעלם ולא הוכח שנפטר. אשה כזאת, שנבצר ממנה לקבל גט מחמת היעדרו של בעלה, אסורה להינשא מחדש אלא-אם-כן יקבע בית-הדין, כמו במקרה שלפנינו, שנישואיה מעולם לא תפשו ולכן אין לראותה כאשתו בכלל. פסק-דין זה עורר רגשות מעורבים. יש המגלים רגישות מיוחדת למסר, שלדעתם משתמע מן הפסק, לאמור: שרבנים רפורמיים אינם מוחזקים בעלי כשירות לערוך נישואין

6 למיטב ידיעתי, פסיקה זו שדווח עליה בעיתונות לא פורסמה.

לפי ההלכה. יש הרואים את עיקר הבעיה בפסק-הדין כנעוצה בכך שגשגל תוקפם של נישואין שהיו מוכרים לפי דיני המדינה שבה נערכו; שהרי אותו רב הוסמך לערוך נישואין לפי החוק הזר, ולטקס שנוהל על-ידו יש אפוא תוקף אזרחי. אף מבלי להיכנס לשאלה אם יש לו תוקף לפי הדין הדתי, ניתן היה לבקר את הפסק אף מבחינה הלכתית, לו ביקשו להשתמש בנימוקיו בכל הקשר. ניתן, למשל, לומר שגם אם נפל פגם בטקס הנישואין, בכל-זאת צריכה האשה גט מספק ואין להכריז על הנישואין כבטלים מעיקרם. אף-על-פי-כן, מבחינה הלכתית השיקול המכריע הוא, שכדי להציל אשה מכבלי העיגון מן הדין להקל. ואמנם, מן המפורסמות הוא, שלשם התרת עגונה גילו חכמי ההלכה רצון גלוי ומפורש להקל והעדיפו את צדדי ההיתר. בהעדר מעמד מחייב לתקדים אין המחשבה ההלכתית צריכה להיות מוטורדת שמא שיקולי ההיתר יוצאו מהקשרם. מכל-מקום, פסיקה מעין זו מעמידה את המבקר החילוני בדילמה: התוצאה — התרת עגונה — רצויה גם בעיניו, והנימוקים — פסילת נישואין שנערכו מחוץ לישראל — אולי מקוממים אותו, והשאלה הקשה היא, האם התוצאה הרצויה מקדשת את האמצעים הנקטים להשגתה. כדי להיחלץ מדילמה זו, אין זה מן הנמנע שיעשה מאמץ לעקוף את הבעיה. כך, למשל, בפועל הועדפה התוצאה על-פני האמצעים בפסקים אחדים של בית-המשפט הגבוה לצדק. בית-המשפט, בדונו בהחלטות רבניות מעין אלו, הפוסלות נישואין שנערכו מחוץ לישראל, נזקק לא פעם לנימוקים פורמליים, לאו דוקא משכנעים, כדי להכשיר את פסיקת הרבנים. אולם מתקבל הרושם, שהדברים הם רק מן השפה ולחוץ: בית-המשפט הציג את עצמו כמי שנאלץ להשלים עם הפסיקה הדתית. למעשה הוא התחמק התחמקות מיתממת, בסיועם של נימוקים פורמליים, מהכרעה לגבי עצם סמכותה וגבולותיה של הפסיקה הרבנית שבפניו. ואמנם, בניחוח מדוקדק יותר, מתברר שלא היה זה אלא אימוץ-מרצון מצד בית-המשפט של גישה ליברלית להתרת קשר הנישואין. ובכך, בעוד שלבם של השופטים היה שלם עם התוצאה, הם נרתעו מלענות אמן אחר האמצעי, קרי: פסילת הנישואין האזרחיים, העלול להתקבל כמסר מפסק-הדין, ובמקרים אחרים אף עלול להיות בעוכרי הצדדים דווקא. לפיכך נבחר שיקול פורמלי המכשיר את התוצאה, אך משתק ומשתיק את משמעותם של הנימוקים בתור תקדים⁷. אכן, היו מקרים שבהם פסילת נישואין אזרחיים מצדו של בית-הדין הרבני נתקלה בביקורת חריפה מאוד של בית-המשפט הגבוה לצדק. גם כאן בדיקה מדוקדקת של הביקורת מגלה, שמעבר לשכבה החיצונית של נימוקי בית-המשפט מסתתרים שיקולים אחרים, למשל: השקפה שמרנית המתכחשת לזכותו של בן-זוג לדרוש גירושין אם אין בידו להצביע על אשמה מצד בן-הזוג האחר⁸.

7 ראה בג"צ 38/75 טליסמן נ' בית הדין הרבני האזורי ואח', פ"ד ל(1) 433; בג"צ 148/84 שמואל נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב ואח', פ"ד לט(4) 399; ע"א 566/81 שמואל נ' שמואל, פ"ד לט(4) 399; ומאמרי "על הזכות להתגייר, על הזכות להתגרש ועל חובת ההכרעה" משפטים טז 212.

8 ראה, למשל, דברי השופט חיים כהן בפרשת שטרייט (בג"צ 301/63, פ"ד יח(1) 598, 611), המציג את התפישה, כי "בעיני המחוקק המודרני הנישואין הם מעין שותפות לכל ימי החיים בין שני שותפים" וכי החשוב הוא "שלא תפורק השותפות ביניהם אלא בהסכמת שניהם או על פי פסק-דין של בית-משפט מוסמך — פסק-דין המושתת על עובדת הנישואין והקובע ... את הפרתם בידי בן-הזוג הנתבע". גישה זו, שאיננה עולה בקנה אחד עם המגמות המודרניות לטובת "גירושין ללא אשמה", היחה חלק מהנמקתו

ראינו, שלעתים הנמקה מלאכותית במשפט היא ביטוי לקצר בין אמצעים לתוצאה. על קצר או פער בין אמצעים למטרות יש שהמשפט מבקש לגשר כמה שמכונה בשפת המשפטים פיקציה משפטית. המשפטן משחק בכאילו – הוא רואה א כאילו היה ב. פיקציה משפטית משקפת את רצונם של שופטים ומחוקקים ליצור חזות תיצונית של המשכיות – חזות שלאמיתו של דבר מחפה על שינוי. לפי אמרה מפורסמת, הצביעות היא הכבוד שהרשע חולק למידות הטובות. על משקל זה ניתן לומר, שפיקציה משפטית היא הכבוד שהנורמה החדשה חולקת לנורמה הישנה שהיא משנה.

כדוגמא מן החקיקה הישראלית אפשר להביא את סעיף 55 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, שלפיו איש ואשה החיים חיי משפחה במשק בית משותף ואינם נשואים זה לזה, ואחד מהם נפטר – רואים את המוריש כאילו ציווה בצוואה לגותר בחיים אותו חלק בירושה שהלה היה מקבל, לפי הדין, כבן זוג, אילו היו נשואים זה לזה. במקום לומר כפה מלא שדינו של הידוע בציבור כדין בן-זוג נשוי, נבחר הניסוח המפותל והחמקני המעמיד פנים כאילו לפנינו מעין צוואה – ניסוח שיש בו כביכול כדי לרכך את מה שנראה היה בעיני המחוקק כפגיעה סמלית במוסד הנישואין.

מובן שפער זה בין האמצעים לבין המטרות, שהפיקציה המשפטית באה לגשר עליו, איננו נובע מקוצר-ידו של המחוקק אלא מרגישותו לבעיה הסמלית העלולה להיווצר – לדעתו – כתוצאה מן הגישה הישירה לעניין. לכן הוא מעדיף הליכה סחור-סחור, שיש בה משום טשטוש המשמעות הסמלית. הוא הדין לגבי בית-המשפט: בהכרעות אחדות, שמיוחסת להן משמעות אידיאולוגית בהיותן נקשרות לנושאים ציבוריים שנויים במחלוקת, העדיפו השופטים שלא לתקוף את הבעיה בגלוי ובמישרין, אלא להעמיד את החלטתם על יסוד שיקולים טכניים. כך, למשל, בפרשת "מיהו יהודי", שהתעוררה בשעתו ואשר העלתה את השאלה האם המבחן ההלכתי הוא הקובע בעניין זה גם לצורך החוק החילוני, נימק בית-המשפט את דחיית המבחן ההלכתי בהעדר סמכותו של פקיד-הרישום לפסול את הצהרת האזרח שילדיו אכן יהודים. בית-המשפט אמר, שהוא לא מכריע בשאלה האידאולוגית אם אדם יכול להיחשב כיהודי כשאיננו נחשב ככזה על-פי המבחן ההלכתי, והציג את הכרעתו הרושמת ילדים אלה כיהודים כאילו נבנתה אך ורק על היסוד הפורמלי שפקיד-הרישום מנוע מלהכניס את ראשו בוויכוח הציבורי בנושא זה? חששו של בית-המשפט פן תודבק לו תווית אידיאולוגית המשייכת אותו לסקטור מסוים באוכלוסייה, והתקווה שנכזבה שלפיה ניתן להרגיע בדרך זו את הרוחות הנסערות, הם שהביאו, ככל הנראה, לנסיונו של בית-המשפט לטשטש את המשמעות האידאולוגית של הפסק. כנרמז וכידוע, הניסיון לא עלה יפה: ההנמקה הפורמלית היתה חלשה בשכנועה, והמרצע האידאולוגי יצא מן הפסק.

של השופט לפסילת פסיקתו של בית-הדין הרבני, שלפיה הותר לגבר שנשא את אשתו בנישואין אזרחיים לשאת אשה שניה. בית-המשפט לא ייחס שום ערך לכך שבית-הדין הרבני נימק את החלטתו בין היתר בעובדה שכני-הזוג אינם חיים יחד תשע שנים, ואילו האשה סירבה לקבל גט.

9 בג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג (2) 477.

ברוגמאות שהובאו עד כה מסתמן מתח בין המטרה שהשופט או המחוקק חותר אליה לבין האמצעים הגלויים שהוא רוצה או יכול לנקוט לשם השגת מטרה זו. מתח זה עלול להביא את המשפט לפער בין מה שגשקל כלפי פנים לבין מה שמוצג כלפי חוץ, ובין מה שהמשפט אומר לבין מה שהמשפט עושה. המשקע המצטבר בתודעתו של הציבור בעטיו של המסר הכפול המשודר לו – כלומר: רטוריקה לחדר ומעשים לחוד – עלול לגבש אצלו דימוי של המשפט כמערכת רב-משמעית ואף מעורפלת. כמ־כך ההכרעה השיפוטית או הקביעה התחיקתית עלולה ללקות בערפול שהוא תוצאה של מתח מסוג שונה במקצת בין תפקידו של המשפט כמכריע בסכסוכים לבין תפקידו החינוכי של המשפט. כך ניתן להבחין, ששאפתו של השופט להגיע לתוצאה צודקת בסכסוך שלפניו עלולה להתנגש עם רצונו לטפח מסר חינוכי שיש בו כדי להשפיע על התנהגותם של בני-אדם במקרים עתידיים. עקב התנגשות זו אין זה מן הנמנע שייעשה מאמץ לערפל את דבר המשפט ולהימנע מקביעות חד-משמעיות. ייתכן שכתוצאה מן המתח האמור ינסה השופט במסגרת הכרעות שיפוטיות להעלים את משמעותו הרת-התוצאות של הפסק, או במקרים אחרים – להקריב את התוצאה הקונקרטית למען חידוד מסר עקרוני. בחלק הראשון של דברי ביקשתי להצביע על כך, שהשופט או המחוקק חש לעתים, כי כנותו עלולה לעלות כיוקר, כלומר: חשיפה מלאה של שיקוליו עלולה להשמיע מסר שהוא חפץ להימנע ממנו ולפיכך הוא מחפה על קביעתו בנימוקים טכניים או באמצעים פיקטיביים. עתה נתעכב על כך, שהשופט חושש ממסר מזיק העלול להשתמע מן התוצאה עצמה שהיא, אולי, נכונה בדיעבד, אך בעייתית כמורה-דרך לעתיד. דילמה זו מודקרת במיוחד כאשר על המשפט להחליט מה תהיה תגובתו כלפי פעולות שנעשו באמצעים בלתי-חוקיים או אלימים. אפשר לומר כי על המשפט לייצג מסר חינוכי חד-משמעי שהאלימות אינה משתלמת, משום שלא מצינו חוטא נשכר; ושהמשפט לא ישלים בשום פנים עם התופעה שאדם יוכל לקצור את פירות העבירה שעבר. אבל למטבע זו צד שני: יקוב הדין את ההר היא אמרה נאה, אבל לעתים השופט מבקש לנקוב פתח, ולו כחודו של מחט, בדין דווקא, כדי לעודד שיקומו של עבריין או כדי להגן על אנשים אחרים תמי-לב שלא היו שותפים למעשה הבלתי-חוקי; או שלעתים סירוב להכיר בדיעבד במה שהתחולל בפועל, ולו גם כתוצאה מעבירה על החוק, יביא לעולל גדול יותר ממה שביקש המשפט למנוע מלכתחילה. דילמה זו בין הרצון לחנך לכיבוד החוק, מצד אחד, לבין הרצון שלא להגיע לתוצאה קשוחה מדי, מצד אחר, היא דילמה עתיקת-יומין.

אפתח אפוא ברוגמא מן המשפט העברי, ולאחר-מכן אעבור לדומות לה מן המשפט המודרני: אדם גול קורת-עץ והשתמש בה לכניית בית. בדרך-כלל על הגזלן להרוס את הבניין ולהחזיר את הקורה לבעליה. ואכן, כך פוסקים בית-שמאי: על הגזלן לקעקע את כל הבירה ולהחזיר את הקורה לבעליה. אך בית-הלל גרסו, שיש להסתפק בהחזרת דמי-הקורה, זאת מפני "תקנת השבים"¹⁰. לכאורה, מול הגישה הקפדנית להחזיר, החמורה והזועפת של בית-שמאי – תחזור הקורה לבעליה

10 גיטין ה, ה; גיטין, נה, א.

ויהי־מה! — עומדת גישתם של בית־הלל, המוכנים לגלות עמדה פשרנית יותר, סתגלנית יותר ופחות אכזרית בתוצאותיה, אפילו כאשר ההקלה היא מנת־חלקו של גזלן־לשעבר, שאולי עתה חוכך בדעתו לחזור בתשובה. לכאורה, אפשר להוסיף ולומר, כי לנגזל אין אינטרס מיוחד לקבל דווקא את הקורה שלו ויוכל להסתפק בדמיה, ואין אנו צריכים להיות מונחים על־ידי יצר הריסה לשמו, קעקוע הכירה לחינם. כלומר: באיזון האינטרסים בין הגזלן לנגזל, ההשבה בעין, החזרת הדבר עצמו, לא תהיה צודקת. זו גם גישתו של המשפט הרומאי, שגרס כי זכות הבעלות של בעל־הקורה נדחית, מכיוון שהמחוכר לקרקע או לכניין דינו כגוף הקרקע או הבניין. לכאורה, גישה זו מוצדקת גם על יסוד שיקולים כלכליים. כלומר: מניעת פגיעה בערכם של נכסים. אמנם, אם מתעמקים מעט ונכנסים יותר לעובי הקורה, אפשר לנסות ולהגן על חובת הריסה, גם לדעת בית־שמאי. מחקרים מודרניים לגבי התוצאות הכלכליות והחברתיות של נורמות משפטיות מראים, שהוראות החוק אינן תמיד סוף ההתדיינות בין הצדדים אלא נועדו להגביר את כוח המיקוח של הצדדים במשא־ומתן ביניהם. להוראות אלו יש לעתים ערך בקביעת נקודת־המוצא בהתמקחות, אך אין לראות בהן משום פתרון סופי למעשה¹¹. לענייננו נדמה, שגם לו נפסקה ההלכה כבית־שמאי, לא היה הסכסוך מסתיים בהריסת הבניין. סביר להניח, שהיה מתנהל משא־ומתן בין הגזלן לנגזל שבמסגרתו יגיעו למתן פיצוי לנגזל, מעבר לשווי הקורה עצמה, ואילו הנגזל היה מוותר על הריס הבניין. אפשר רק לומר להצדקת גישתם של בית־הלל, שאין לחשוף את הגזלן לסחטנותו של הנגזל. לעומת זאת — זהו העיקר הראוי להדגשה — האם לא משתקפת בדעתם של בית־הלל סלחנות כלפי העבריינים והבעת מסר כי פשיעה לעתים משתלמת? האם אין אנו צריכים לעמוד על דעתנו, שלעולם ובשום פנים אין לעודד פעילות בלתי־חוקית?

אלו הן בעצם שאלות מודרניות מאוד, העולות, למשל, במסגרת דיני התכנון והבנייה והיום: האם יש לדרוש בתוקף הריסתו של בניין שנכנה ללא רשיון או שמא ניתן להשלים בדיעבד עם פעולה בלתי־חוקית, משום שהחזרת המצב לקדמותו תגרום להפסד קשה מדי לעברייין? דוגמא אחרת היא ההתלבטות אם להרשות "הלכנת כספים", כלומר: תשלום מס מופחת על הכנסות בלתי־מדווחות, כדי לעודד פתיחת דף חדש מצד המשתמטים. אלו הן שאלות כלל לא קלות, כי אין להתעלם גם מן השיקול שסלחנות כלפי עבריינים עלולה להתפרש כסלחנות כלפי העבירה עצמה. אם נחזור שוב לתקנת השבים התלמודית, נראה שהדילמה מזדקרת לעין, גם בנדבך נוסף, מאוחר יותר, של אותה תקנה. הכוונה לדין שכעצם איננו דין ממש כי אם המלצה בלבד, שלפיו כשגזלן בא מיוזמתו להחזיר דמים עבור כל מה שגזל, מוטב לנגזל שלא לקבלם ממנו, וזאת כדי לקרב אנשים לדרך התשובה¹².

11 R.H. Coase, "The Problem of Social Cost" 3 *Journal of Law and Economics* (1960) 1

12 כבא קמא צד, ב: "תנו רבנן: הגולנין ומלוי רבית שהחזירו אין מקבלין מהן ומקבל מהן אין רוח חכמים נוחה הימנו. אמר רבי יוחנן: בימי רבי נשנית משנה זו. דתניא: מעשה באדם אחר שבקש לעשות תשובה. אמרה לו אשתו: ריקה, אם אתה עושה תשובה, אפילו אבנט אינו שלך. ונמנע ולא עשה תשובה. באותה שעה אמרו: הגולנין ומלוי רביות שהחזירו אין מקבלין מהם, והמקבל מהם אין רוח חכמים נוחה הימנו".

גישה זו מעוררת רגשות מעורבים: אפשר לראות זאת כהתנהגות מופתית שהיחיד מתבקש לגלות למען שיקומם של עבריינים, אבל אפשר לראות זאת גם ככניעה לעולם התחתון. על רקע התלבטות זו אפשר להבין את הטעם לכך שאותה הלכה או המלצה של המשפט העברי לא נוסחה בדרך פורמלית והיא רחוקה מגיבוש חד-משמעי: שהרי ככל שהכלל סטנדרטי יותר ונתפש כמקובל וכמחייב, מסתכן פחות הגולן המבקש להחזיר: כל אדם יכול להעמיד פנים שברצונו לחזור למוטב וישמור לעצמו את הרכוש שנגזל¹³. לעומת זאת, בל נשכח, שאנו רוצים לעודד עבריינים לנטוש את דרך הפשיעה ולכן אנו ממליצים בכלי-זאת על כך שהנגזל לא יעמוד על זכויותיו. הטשטוש בקביעת הגורמה, היותה מעורפלת משהו, הוא עניין מכוון, כי אין אנו רוצים לייצג מסר חד-משמעי הקובע שתמיד עדיף השיקול של מניעת פרס לעבריינים או שתמיד עדיף השיקול של שיקום העבריין¹⁴.

בערפול משפטי כדרך להתמודד עם דילמה מעין זו אנו נתקלים במשפט המודרני כסוגיית קבילותן של ראיות שהושגו באמצעים פסולים. השאלה היא, האם ניתן להוכיח את אשמתו של הנאשם בהוכחות שהושגו בדרך בלתי-כשורה; והקושי הוא מה עדיף: בירור האמת ועשיית צדק ללא סייג או הגנה על זכויותיו של אדם ומניעת פגיעה בהן במהלך חקירה משטרתית. התפישה שלפיה עצם השימוש באמצעים בלתי-חוקיים או בלתי-הוגנים מסוימים היא עניין כה חמור שמצדיק פסילת הראיות שהושגו בדרך זו, הולידה את הגישה האמריקנית הידועה כ"פירות העץ המורעל", לאמור: מה שהושג בדרך בלתי-חוקית פסול כראיה, אפילו אם הראיה עצמה לא היתה נגועה באותה אי-חוקיות. למשל: בחיפוש בלתי-חוקי בבית התגלה מסמך מפליל: לו התגלה המסמך בחיפוש חוקי, היה בו כדי להרשיע את העבריין. האם נאמר שכדי לחדד מסר עקרוני, מרתיע, שעל המשטרה לנהוג לפי החוק, נקריב את המטרה של עשיית צדק, הרשעת העבריין והגנה על החברה? בשני תחומים המחוקק הישראלי אכן הסתייג מראיות שהושגו באמצעים בלתי-חוקיים: הוא הורה על פסילה מוחלטת של דברים שנקלטו בהאזנת-סתור בלתי-חוקית ועל פסילה אפשרית לפי שיקול-דעת של בית-המשפט, של דברים שהושגו תוך פגיעה בפרטיות. בעניינים אחרים ההלכה בארץ היא, שהראיה לא נפסלת מניה-זוכיה בעטייה של העובדה שהושגה שלא כדין. המבחן הקובע, למשל, לגבי הודאות שניתנו לאחר שימוש בלחץ או באיומים הוא, האם יש לראות את ההודאה כביטוי לרצון חופשי של הנאשם. יש שופטים שהדגישו בעבר, שהשיקול המכריע לעניין זה הוא האם, בסופו של דבר, ההודאה נכונה; ויש שביקשו לייחס לחוק גם מטרה חינוכית – להרתיע את המשטרה מלנקוט אמצעים בלתי-כשרים. העמדה שהתקבלה היתה, שיש לברוק בכל מקרה אם נשלל בפועל רצונו החופשי של

13 ראה תוספות שם, ד"ה "בימי רבי נשנית משנה זו".

14 לניתוח בעיות מקבילות במסגרת המשפט הפלילי, ראה Meir Dan-Cohen, "Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law" 97 *Harvard Law Review* (1984) 625. מאמר זה דן בבעיה הנובעת מכך שכלל הכרעה המופנה לבית-המשפט עלול לעמוד בסתירה לכלל התנהגות המופנה אל הציבור, בהיותו משמיע מסר נורמטיבי העלול לגרום מעוצמתו של כלל התנהגות. בהעדר "הפרדה אקוסטית", שבה משמעותם של כללי ההכרעה נעלמת מאחורי הציבור, אחת הדרכים להתגבר על הסתירה האמורה היא ערפול מכוון בגיבושם של כללי ההכרעה.

הנאשם¹⁵. דומה שזוהי נוסחה מעורפלת המשאירה את הספק הערכי בעינו. מתקבל הרושם, שלפחות אצל חלק מן השופטים חשוב להימנע בסוגיה זו מעמדה קיצונית וחד-משמעית, כי בצד הרצון שלא לזכות את מי שברור שעבר עבירה חמורה, חשוב גם לשדר מסר למשטרה שלא כל האמצעים כשרים ולשם כך הערפול ממלא תפקיד מועיל. מטעם זה ייתכן שאין מקום לקבל את ההצעה שבעבירות חמורות מוגדרות יגבר השיקול של הרשעת העבריין אם בפועל הודאתו היתה אמיתית; ואילו בעבירות קלות יהיה מקום לזכותו אם ננקטו אמצעים בלתי-חוקיים, שהרי הגדרה כרורה מראש תשמש אור ירוק המבטיח למשטרה מעבר חופשי לאמצעים לא-הוגנים. מוטב להתעטף בנוסחה מעורפלת המבטיחה מרחב תמרון לבית-המשפט ומונעת הסתמכות מראש על כך שלא יאונה כל רע אם יחרגו מן החוק וההגיונות.

תופעת ערפול מעין זו מסתמנת גם בסוגיה אחרת – חטיפת ילדים. הכוונה לכך, שהורה אחד מעביר את הילד לארץ אחרת כדי לשלול את זכויותיו של ההורה האחר להחזיק בילד, לעתים אף תוך הפרה של פסק-דין שניתן על-ידי בית-משפט מוסמך בחו"ל. בהרבה מקרים נקלע בית-המשפט בישראל לדילמה: האם יש להעדיף את טובתם של ילדים בדרך-כלל, כלומר: לגרום שאין לעודד חטיפות ואין להרשות לאדם לעשות דין לעצמו, ויש לעמוד על כך שהילד יוחזר בכל ההקדם לארץ ממנה נלקח, או שמא יש להיכנע לעתים למה שמתחייב מטובת הילד הקונקרטי העומד לפנינו, שאולי כבר התרגל לסביבתו החדשה, וכל טלטול נוסף עלול לגרום לו נזק. לא אחת נאלץ בית-המשפט, עם כל מורת-הרוח שבדבר, להשלים עם מעשיהם של אנשים שיצרו עובדות מוגמרות ושהצליחו לכופף את ההכרעה המשפטית לטובתם. מוכן שהדרך היעילה ביותר להמריץ אנשים לנהוג בדרך חוקית היא לסרב להכיר בתוצאותיו של מעשה שנעשה שלא כדין, תוך החזרת המצב לקדמותו. לעומת זאת, אין אנו רוצים שהילד המסוים שבפנינו ישלם את מחיר ההגנה על הסדר הציבורי ומניעת חטיפות. המחלוקת איזה שיקול יש להעדיף מתלקחת כל פעם מחדש: בית-המשפט איננו יוצק דפוסים חד-משמעיים לפתרון הבעיה, כי איננו רוצה להעניק עדיפות מוחלטת לשום שיקול, ובפועל מותיר את המבחנים מעורפלים – הן ולאור רפוי בידיו. ואם להשתמש באותו ביטוי החביב על שופטים כאשר אינם רוצים או אינם יכולים לנסח עיקרון ברור: כל מקרה על-פי נסיבותיו. ואפילו כאשר מתנסח על-ידי השופטים מבחן מוגדר לכאורה, כגון "המצב יוחזר לקדמותו זולת אם עלולה להיגרם פגיעה לילד", הפעלתו המעשית של מבחן זה נשארת מעורפלת ומתקבל הרושם כי כתוצאה מאי-בהירות של העיקרון נוהגים השופטים, לעתים לא-נדירות, כדרכו של אותו קלע, העושה את העיגול מסביב למקום הפגיעה אחרי היריה; רצוני לומר: כי החשש לפגיעה בילד, שמניעתה עדיפה על-פני כיבוד פסק זר, נקבע על-ידי בית-המשפט לאחר שמתעמים של צדק או מטעמים אחרים גמלה בלבם ההכרה כי אין להחזיר את הילד לארץ ממנה נלקח. אבל כיוון שהכול לא צפוי, הרשות נתונה להתדיין. ומחיר הערפול הוא ריבוי ההתדיינות. לאחרונה חל

שינוי בעניין זה עם הצטרפותה של ישראל לאמנת האג, שהעיקרון המנחה בה הוא החזרת המצב לקדמותו, אבל לא אוכל להיכנס כאן לפרטים בסוגיה זו¹⁶.

השימוש המכוון בנוסחה מעורפלת לשם השגת פשרה בשאלה ציבורית שנויה במחלוקת, איננו בלעדי לרשות השופטת. זו טכניקה שאף המחוקק הישראלי סיגל לעצמו. דוגמא מובהקת לכך היא חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980. בחוק זה נקבע, כי עקרונות מסוימים של "מורשת ישראל" ישמשו מאגר למילוי חסרים בחוק, וזאת בהעדר מקור אחר לפתרון השאלה המשפטית. מונח סתום זה – "מורשת ישראל" – נבחר כמונח של פשרה בעקבות מאבק פוליטי בין המצדדים באימוץ מירבי של המשפט העברי לבין המתיראים מפניו. בעיני האחרונים, "מורשת ישראל" היא לא דוקא המשפט העברי, אלא כלל הערכים שניתן לדלותם מן המורשת של עם ישראל, לרבות מקורות הציונות, הספרות העברית החדשה וכיוצא בזה. אך המאבק הפוליטי על תוכנו של החוק איננו מסתיים בבית המחוקקים. מאבק זה בין כוחות מנוגדים בחברה נמשך, ולפעמים עוד ביתר שאת, בבתי המשפט. ניסוח מעורפל של חוק סופו שמעמיס את ההכרעה בשאלה הערכית על שכם הרשות השופטת, ואף כאן מסתמנים חילוקי-דעות קשים ואף חריפים, בין שופטים שונים, לפי נטיותיהם השונות. התבוננות בחילוקי-הדעות מגלה, שלעתים אין התוצאה הסופית של הפסק מושפעת כלל מן הוויכוח העקרוני. לעתים הוויכוח והעמדות השונות הננקטות בו נשאר כולו בתחום המסר הסמלי, לאמור: מה מקומו הראוי של המשפט העברי במשפט המדינה¹⁷. אבל הקדשת זמן שיפוטי רב לשם חידודם של מטרים עקרוניים וסמליים שאינם נדרשים בהכרח לצורך העניין הקונקרטי העומד בפני בית-המשפט באה על חשבון יכולתו של בית-המשפט לפסוק בעילות ובזריזות בסכסוכים. שוב, התוצאה הצודקת – ומניעת עינוי-דין היא מרכיב חשוב בצדק – מוקרבת למען המסר שבית-המשפט מבקש להשיג. מכלל-מקום, יש לשים לב לתופעה האפשרית, שלפיה הכרעה שיפוטית ברורה בנושא שעורפל במתכוון על-ידי המחוקק עלולה להביא לכך כי הוויכוח הפוליטי, אשר המחוקק ביקש להרדימו לפי שעה, יתלקח מחדש ויחזור למוסדות הפוליטיים והתחיקתיים. ומכאן לדוגמא אחרונה, קצרה, בעניין המתח בין המסר לבין התוצאה – מתח העלול להוליד נוסחה מעורפלת. במשפטים פלייליים מקובל, שכל אדם הוא בחזקת חף מעבירה, ועל התביעה מוטל להוכיח שהנאשם אשם מעבר לכל ספק סביר. במבט ראשון, לפנינו מבחן מוצק, ברור, שנועד להגן על זכויותיו של הנאשם שלא יוכתם ללא ודאות לגבי אשמתו. אבל אם מתעמקים יותר, נוכחים לדעת שלא כל ספק שהוא פועל לטובת הנאשם, אלא רק ספק סביר. אבל מהו ספק סביר? אין מדובר כאן בוודאות מוחלטת אלא רק בשכנוע סובייקטיבי של השופט, והדבר עלול להשתנות משופט לשופט. אפילו ניתן לכמת סטטיסטית את דרגת ההסתברות שנעברה העבירה המיוחסת לנאשם, בכל-זאת אין נכונות לתרגם את המבחן הסובייקטיבי המעורפל למדד אובייקטיבי מדויק יותר, זאת משום שאם השופט קובע כי יש דרגת הסתברות של 99% שהנאשם אשם, פירוש הדבר שהוא מצהיר כי

16 חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א-1991. על הסוגיה כולה ראה פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל (ירושלים, 1989) 234-235, 281-285.

17 ראה, למשל, בג"צ 1635/90 זרביבסקי נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מה (1) 749.

יש 1% של סיכוי שהוא חף מפשע. דימויו של בית בית-המשפט כעושה צדק עלול להיפגם. המשפט מעדיף אפוא לשמור על הנוסחה המעורפלת המתייחסת לדרגה שהיא מעבר לספק סביר – נוסחה המעמידה פנים שההרשעה בנויה על ודאות אובייקטיבית, בעוד שלאמיתו של דבר היא נשענת על ודאות מוסרית, כלומר: על בטחונו של השופט שהנאשם אכן אשם. מבעד לציפוי הדק של הנוסחה – מעבר לספק סביר – שנועדה להקרין ודאות כלפי חוץ, מסתתרים פקפוקים שהמשפט החליט להעלים עיניו מהם, אך גרעת מלהגדירם במדויק. השאיפה לעשות צדק נמהלה ברצון שהצדק יראה כאילו נעשה. מכל-מקום, דוגמא זו מלמדת – כמו הדוגמא הקודמת – כי קל להשיג הסכמה חברתית לנוסחה מעורפלת, שאותה בני-אדם שונים מפרשים פירוש שונה וכל אחד רואה בה מהרהורי-לבו.

יש רבים וטובים התובעים בתוקף הסרת צעיף המסתורין וענן-הערפל מן המשפט. לגישתם, על השופט להציג את הכרעתו ללא כחל ושרק, חתוכה ובהירה, תוך חשיפת כל מהלך שיקוליו לביקורת הציבור. טענה זו מעוררת כמה קשיים: ראשית, יש דברים הנעלמים מן השופט בעצמו ואין הוא מודע להם, בחזקת ליבא לפומא לא גלי. שנית, המערכת המשפטית היא במהותה רב-משמעית, בגלל המגבלות המהותיות של השפה שאיננה יכולה להימנע משימוש במושגים כלליים שבהם רבה העמימות. הפרדוקס הוא, שככל שהשופט מנסה להאריך בדברי הסבר והנמקה להארת הכרעותיו, מאבדים דבריו את כוח המשיכה שלהם. הציבור מתרשם מן התוצאה ומוותר על הנימוקים המפורטים הנותרים להיות שיח ושיג בין השופטים בינם לבין עצמם. ושלישית, והוא העיקר שביקשתי להדגיש כאן: הנוסחאות הכלליות שבת-המשפט משתמשים בהן נועדו לא פעם להשיג ערפול מכוון, בשל המתחים הקשים בין אינטרסים מנוגדים – אינטרסים המייצגים לעתים כוחות מנוגדים בחברה. הערפול נועד למנוע הקרבה מוחלטת של אינטרס מסוים, גם אם בסיבוב הנוכחי של ההכרעה השיפוטית זכה יריבו להערפה, ולעתים, כאמור, אין השופט רוצה לחשוף את עצמו כמזדהה עם סקטור מסוים באוכלוסייה. אין לכחד, שיש הבדל פסיכולוגי עמוק בין הזדהות בוטה וחסרת-בושה של בית-המשפט עם סקטור כזה לבין הצגת שיקולים טכניים שאפשר רק לשער כי מסתרות מאחוריהם העדפות ערכיות שנויות במחלוקת. הצנעת אותן העדפות ערכיות מיועדת לשמור על המיתוס שההכרעה השיפוטית מייצגת גישה נייטרלית המצויה מעל חילוקי-הדעות בחברה. בזה מוצב אתגר מרתק ללומדי משפט ולחוקרי משפט. לענין זה המורים והתלמידים מצויים באותה סירה: המשפט מצטייר לעיננו כאותו קרחון שרק קצהו העליון מזדקר מעל המים וגלוי לעין. רובו שקוע במים וסמוי מן העין. תפקידנו-תפקידכם לצלול במים אדירים ולראות את התופעה המשפטית בשלמותה, חרף הערפל. עלו והצליחו!

