

## בועות-משפט הרצאה לפתיחת שנת הלימודים

מאת

### אוריאל פרוקצ'יה

(Witches vanish)

Banquo: The earth has bubbles, as the water has, and these are of them. Whither are they vanished?

Macbeth: Into the air; and what seem'd corporal melted as breath into the wind..."

Macbeth, Act I, Scene III.

אבקש לייחד את עיקר דברי לכבודם של אזרחיה החדשים של הקהילה המשפטית, תלמידי השנה הראשונה. אם גם המגוסים שבתבורה, מורי המשפט וציבור התלמידים הוותיקים, ימצאו טעם בדברי, קל וחומר אם יסתייגו מהם ויראו לטוב בעיניהם לנמק את עיקרי התנגדותם, בכתובים או בדברים שבעל-פה, וכך יעשירו את הוויכוח החיוני בינינו על מהותו של המשפט – יהיה נא זה שכרי.

הנכם כמאה-חמישים גשים ואנשים, השאור שבעיסה, הנכנסים היום לפרדס המשפטי. כיאה למי שבורכו בודאי בסקרנות אינטלקטואלית בלתי-מבוטלת, רבים מכם תוהים עתה מהו אותו פרדס שבין ערוגותיו עתידים אתם להלך כל שארית ימיכם. למרות פשטותה של השאלה – התשובה לה היא גם מורכבת, גם שנויה במחלוקת, וגם, במידה רבה, חבוטה מרוב טיפול שניתן לה על-ידי אחרים. למרות כל אלה, ברצוני לייחד הערב את הרצאתי לבירור כמה היבטים של השאלה הזו. הטעמים לבחירת הנושא ייעשו מובנים מתוך מהלך הדברים והקשרם, ואף ייאמרו בצורה מפורשת בין משפטי-הסיום. באופן כללי העמדה שברצוני להציג בפניכם הערב היא, כי אותו פרדס שמדובר בו, מה שמכונה לפעמים "מדע המשפט", חסר-אילנות הוא, אין בו אפילו עץ אחד. מדע

המשפט הוא מדע ריק, ומה שיוצר בו רושם של ממשות איננו אלא בועתה של ממשות, ומה שמתחזה לעין הבלתי-מזוינת כפרדס, איננו, במבט מקרוב, אלא מסע גדול ומטופח של בועות – בועות-משפט. אך כמו אחיזתיהן בועות הסבון, מלאות צבע הן. מבעד לרקמתן השקופה ניבטים החיים עצמם, על מלוא גוניהם וזוהרם. ומי שיועד לקרב אותן אל עיניו, כאילו היו עדשות לשיפור התצפית, מבחין בעולם החיצון הנשקף דרכן בתודת-ראייה שאין דומה לה – בתודת-ראייה שזוכה לה רק מי שמהלך בין ערוגותיו של פרדס-הבועות.

הרמז הבולט ביותר לאי-ממשותו של המשפט כדיסציפלינה מדעית נפרדת הוא בריבויים בדור האחרון של ענפי-עיסוק חדשים, המכונים "בינתחומיים", או "אינטרדיסציפלינריים". הבולטים שביניהם עוסקים בגישה הכלכלית למשפט, בגישה הסוציולוגית למשפט, בגישה הפילוסופית למשפט, בגישה הפסיכולוגית והפסיכואנליטית למשפט ובגישה כמותית שונות, כגון מתימטית או הסתברותית למשפט. בשוליים מופיעים, חדשים לבקרים, עיסוקים בינתחומיים נוספים, כגון משפט וספרות, משפט והיסטוריה, משפט ואמנות ותיאטרון וביולוגיה וביזאתיקה, ובקיצור – כפי שכינה זאת אחד מטובי החוקרים המשפטיים בדורנו – "משפט ו"<sup>1</sup>.

לא כל הענפים המכונים בינתחומיים קורצו מעור אחד, וקיימים הבדלים מיתודיים חשובים ביניהם. עם זאת, מה שמאפיין את החוקר הבינתחומי יותר מכל דבר אחר הוא בנכונותו לברר לעצמו שאלות המכונות "משפטיות" באמצעות שימוש במושגים של הדיסציפלינה האחרת, המרכיבה ביחד עם המשפט את עיסוקו הבינתחומי. כך, למשל, מי שעוסק במשפט וכלכלה, נוטה בדרך-כלל לבחור בין פתרונות משפטיים שונים הבאים בחשבון באותם כלים מושגיים, שהכלכלן משתמש בהם כדי לגבש העדפה בין פתרונות כלכליים שונים הבאים בחשבון, קרי: איזה מהם מסב תועלת רבה יותר (כמקובל, למשל, בסוגיות צרכניות), רווח רב יותר (כמקובל, למשל, בתורת הפירמה) או רווחה מצרפית רבה יותר (כמקובל, למשל, בכלכלה ציבורית). גם הטכניקות לבירורן של סוגיות אלה שאלות בדרך-כלל מתחום עיסוקו של הכלכלן, וביניהן בולטות במיוחד השיטות המתימטית והסטטיסטית, המסייעות למי שאמון על הפעלתן לפשט שאלות על-ידי הצגתן (מלשון צורה) ועל-ידי הצגתן בצורה סימבולית. כיוצא בזה, הפילוסוף של המשפט נוטה לעיתים קרובות לחקור את התופעות שבדין מנקודת-ראותו של אתיקן או של הוגה פוליטי; ואילו הסוציולוג של המשפט שח בלשון של ריבוד חברתי ועמדות-כוח ושאר ידקות סוציולוגיים בבואו לנתח את מהותו של הכלל המשפטי הנחקר על-ידו.

המהפכה האינטרדיסציפלינרית לא התקבלה על-ידי הכול כבת לגיטימית של מדע המשפט, וקמו לה מתנגדים חריפים. עמדת המתנגדים היתה, ועודנה, כי תפקידו של המשפטן לעסוק בדין, ולא – כפי שהתבטא אחד מגדולי הפרופטורים שהרביצו תורה

1. A.A. Leff, "Law and", 87 Yale LJ (1978), 989.

בפקולטה הזו – ב"דברים אחרים"<sup>2</sup>. הדברים האחרים, כל אחד לעצמו, תורה הם, ולימודם צריכים, וממילא כל מי שעוסק בהם כבכלי-עזר בלבד, כדי להאיר באמצעותם את טרקלין המשפט, עלול להתפס לכלל שטחיות, חובבנות, ואפילו שרלטניות. לא מלימודם של אחרים אנו חייבים להתפרנס, אלא מכוחנו ומפרי-רוחנו שלנו. עלינו לעסוק במשפט – התבטא אחד מבכירי הפרופסורים של מוסדנו – ולא בפרויסולוגיה<sup>3</sup>.

אכן, עיסוקנו הוא במשפט, ורק כך יאה. אך האם קיים עיסוק משפטי "טהור", כזה שאינו סמוך על שולחנם של אחרים, המפרנס את עצמו מתוך חוקיותו הפנימית ושיש לו אחיזה במציאות סגורה, עצמאית, אשר לבדד תשכון, ושאין לה רקמה פתוחה, קולטת, מתחברת ומתעברת עם החיים? דומני שלא. בנוקטי עמדה זו, הריני מבקש למתוח קו של הבחנה בין העיסוק הבינתחומי של משפטנים לבין עיסוקים בינתחומיים אחרים, כגון התחברותם של פסיקאים עם פילוסופים, אנשי-תיאטרון עם מדעני-המדינה או לשונאים עם מתמטיקאים. אמת, גם העיסוקים הבינתחומיים הללו פורחים בעשורים האחרונים. הסיבה לכך היא, שהן הקיום האנושי (ומדעי התברה והרוח המתעדים אותו) והן עולם החומר והצורה (ומדעי הטבע והחיים המתיימרים להיות בבואתו), אינם ניתנים לקטיגורייזציה קפואה הערוכה לפי מיונם המלאכותי של המקצועות האקדמיים, ופזילה אל עבר חלקתו של השכן מצמיחה לעתים קרובות פרי-הילולים. אך כל אחד מן העיסוקים הללו יש לו תוכן עצמאי משלו, ומי שרוצה לעסוק בגרעין הקשה שלו אינו חייב לשאוב לו תכנים מבחוץ. התבדלות שכזו לא תיתכן – כך נדמה לי – אצלנו.

הנורמה המשפטית, שלא כמו חוקי הטבע, מעשה ידי אדם היא. תכליתה היחידה היא להסדיר ולמשטר את פעילותם של בני-אנוש. פעילות זו יכול שתהיה בתחומי המשק והחברה, המשפחה או הצבא, המוסר והמידות, האמונה והשקפת-העולם. תחומים אלה רבים ומגוונים הם, ותקצר היריעה מלמנות את כולם. אך יש ביניהם מכנה משותף אחד ברור, והוא כי אף אחד מהם איננו "המשפט" בעצמו. אף אחד מהם איננו "סגור" בתוככי הנורמה המסדירה; כולם "גולשים" אל העולם החיצוני המוסדר – אל החיים עצמם.

מהי אם כן משמעותה של הנורמה המשפטית? לכאורה, ניתן למצוא מענה לשאלה זו מתוך התבוננות בנורמה עצמה, קרי: בלשון שבה היא מנוסחת. אך פני הדברים אינם כאלה: לשון-האדם לעולם רב-משמעית היא, וכדי לבחור במשמעות פלונית הפרשן חייב לבצע אקט של בחירה, קרי: של העדפת פירוש אפשרי אחד מבחינת הלשון על-פני פרשנויות אחרות, שגם הן אפשריות מבחינת הלשון<sup>4</sup>. על-פירוב מנסח הנורמה עצמו, בין אם הוא המחוקק, השופט שיצר תקדים משפטי מחייב או בר-אוריין שכתביו והגותו הם אורים ותומים לאחרים, לא העלה על דעתו את כל מגוון האפשרויות לפירוש הנורמה

2. מסבע-לשון זה נטבעה על-ידי פרופסור אביגדור לבונטין, בהרצאה שנשא לפתיחת שנת-הלימודים תשל"ט, תחת הכותרת "דין ודברים אחרים". ראה משפטים ט (תשל"ט), 175.

3. הוגה רעיון הפרויסולוגיה המשפטית הוא פרופסור ש"ו פלר; הרעיון טרם זכה לניסוח כתוב, והריהו, על-כן, רק תורה שבעל-פה.

4. על אמת פרשנית זו ראה, למשל, א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 341–343.

שיצר – על רקען המשתנה של כל נסיבות העתיד. הפרשן ניצב אפוא בפני קרקע בתולה, בפני צומת-דרכים חדש, כאשר מצב הטבע, תמונת-העולם שתשרור עם אימוצו של כל פירוש אפשרי, שונה במובהק מתמונת-העולם שתתקבל מאימוצן של פרשנויות אפשריות אחרות. אין לפרשן קריטריון להעדיף פירוש אחד על-פני הפירושים האחרים, וזאת העדפתו את מצב הטבע שייגרר מבחירתו. על הפרשן לשוות לנגד עיניו את מצבי הטבע השונים, מצב מצב והפרשנות הגוררת אותו, ולהשוות ביניהם. עמדה ניטרלית בין מצבי הטבע המתחרים, או חוסר-רצון להכריע ביחס ליתרונותיהם היחסיים, אלה כלפי אלה, חייבים להשתקף באדישות פרשנית, כלומר: בחוסר-מחויבות ביחס לעדיפותה של עמדה פרשנית אחת על פני העמדות הפרשניות האחרות. פני הדברים אינם שונים בהרבה אף אם נניח (הנחה מוקשה כשלעצמה), כי יוצר הנורמה היה מודע לחלוטין לקיומו של יחס חד-חד-ערכי בין הלשון שהשתמש בה לבין מצב הטבע שחפץ להשליט. זהו מקרה שבו ניתן לטעון, כי מן הבחינה האובייקטיבית קיימת רק תשובה משפטית אחת "נכונה" לפרשנות הלשון הנורמטיבית. אך גם כאן עלולה האמת האובייקטיבית הזו לתמוק מעיני הפרשן, אם לא ישכיל להבין את הבחירה שנעשתה עבורו על-ידי יוצר הנורמה, כלומר: לא ידע את פשר יתרונותיו של מצב הטבע שהועדף על-ידי יוצר הנורמה, וכיצד ניתן לקדם את השלטתו בכלים פרשניים. הפרשן התם עלול להעדיף פרשנות הגוררת מצבי טבע אלטרנטיביים; ואם – להנחתנו – רק הבחירה במצב הטבע הרצוי ליוצר הנורמה היא "התשובה המשפטית הנכונה" – הפרשן התם הסוטה ממנה הוא גם משפטן גרוע.

ראוי להדגים דברים אלה בכמה דוגמאות מעשיות.

נפתח בדוגמא טריביאלית. טול את מקרהו של שופט החפץ לגזור את עונשו של נאשם, והוא קובע בגזר-דינו כי החליט להחמיר בענישה "למען ישמעו וייראו". באמירה קצרה זו מקופלת השקפת-עולם שלמה ביחס להשפעתו המרתיעה של העונש. השופט מחווה את דעתו באמירה כזו, כי ציבור העבריינים הפוטנציאליים מכלכל את צעדיו תוך גילוי רגישות לחומרת העונש במקרה הנדון וכי קיימת קורלציה שלילית בין התגובה העונשית באותו מקרה לבין היקף הפעילות העבריינית בעתיד. שתי הערות מתבקשות בעניין: ראשית, פעולת השופט ניוונה מהשקפתו ומתפישת-עולמו בעניינים שאינם "משפטיים", אלא התנהגותיים, סוציולוגיים, קרימינולוגיים ותרבותיים. אילו ביקש השופט לאתר את חומרת הענישה האופטימלית מתוך התבוננות בלעדית במערכת הנורמטיבית הסגורה של המשפט, היה מוצא את עצמו בעלטה כבדה. בעניינים שכאלה המשפט הוא שתקן גדול.

שנית, תפישתו של השופט עשויה להיות נכונה ועלולה גם להיות שגויה. כידוע לקרימינולוגים, הקורלציות בין חומרת העונש לבין היקף העבריינות הן לעתים חיוביות, לעתים שליליות ולעתים בלתי-קיימות. ככל שמומחיותו של השופט בהיבטים ההתנהגותיים שהכתיבו את פסיקתו היא מעמיקה יותר, כך סיכויו לבחור בחומרת העונש האופטימלית הם סיכויים מבטיחים יותר.

בעבור לדיני ממונות: נניה, כי חוק פלוני מגביל את שיעור הריבית שמותר לבושים לגבות מחייבים. למען הפישוט נניח גם, כי כוונתו הברורה של המחוקק היתה להציב תקרה על יכולת התעשרותם של נותני האשראי על חשבונם של מקבליהם, כלומר: ביקש להתערב בחלוקת ההכנסות במשק לטובתו של הסקטור הלווה. השאלה העומדת להכרעה היא, האם עסקה מסוימת, שבה הלווה משלם סכום גבוה מן התקרה החוקית, וסכום זה מתחלק בין המלווה לבין צד שלישי המתווך בעסקת-האשראי, היא עסקה חוקית? הלשון היא דו-משמעית, שכן הלווה משלם למעלה מן התקרה המותרת, אך המלווה משלשל לכיסו רק את הסכום המותר. לכאורה ראוי להעדיף את הגרסה הפוסלת את העסקה, שכן כוונת המחוקק היתה להגן על הלווים מפני סכנת התרוששות. אך אסור לפרשן לעצור בנקודה התחלתית זו: עליו לשוואת לנגד עיניו את התוצאות השוקיות שתגבענה מהעדפתה של כל אחת מן הפרשנויות המותרות מבחינה לשונית. ייתכן, ואפילו סביר, כי פסילת העסקה תגרור עודפי ביקוש גדולים בשוק האשראי – עודפים העלולים לנתב לזוים רבים לסיפוק צורכי האשראי שלהם במחתרת, קרי: במחירים גבוהים ובסביבה עבריינית. ייתכן כי אם כוונת המחוקק היתה לשקוד על רווחתם של צרכני האשראי, הפירוש הנכון לדילמה הפרשנית דלעיל היא דווקא הכשרתה של העסקה השנויה במחלוקת. שופט המכריע בסכסוך אפשרי כזה על-סמך השערות של הדייט – או, גרוע מזה: ללא שים לב לתוצאות השוקיות של פסיקתו, הוא שופט גרוע: דווקא מכיוון שהנחנו את ההנחה המפשטת כי כוונתו של המחוקק להיטיב עם צרכני האשראי היא כוונה חד-משמעית, כל פרשנות של החוק הדוחקת אותם לפינה וגורעת מרווחתם היא פרשנות שגויה באופן חד-משמעי<sup>5</sup>.

אחתום את פרק הדוגמאות בשאלה הנוגעת לתורת-המידות: עובד ותיק קיבל הודעת-פיטורין ממעבידו. מטרת הפיטורין היא לייעל את המפעל ולמנוע סכנת פיטורין למכלול עובדיו. חוקיות ההודעה שנויה במחלוקת, ולשון החוק סובלת יותר מפירוש אחד. שופט הבורר לו בין החלופות מהלך בהכרח בגלעינו הקשה של ויכוח אָתִי חריף. מצד אחד התועלתן שבו לוחש לו, כי טובת הכלל עיקר, והקרבנות אשרו הפרטי היא מחיר מותר – ואפילו מתבקש מבחינה מוסרית – כדי להגשים את הטוב החברתי הכללי. מצד אחר, עשוי הוא להיות נתון לתחושה כי זכויותיו של כל פרט אמורות להיות ערך מוגן כשלעצמן, ללא שים לב להשלכות החברתיות העלולות לנבוע מכך. ההכרעה בין החלופות איננה הכרעה משפטית, וגם כאן המשפט נאלם דום. ההכרעה גולשת אל תחום המוסר ואל הדיסציפלינות של המחשבה החברתית המטפלות בתחום זה ומציעות לו פתרונים.

5. ניתוח זה שאול מהלכה שנפסקה בבית-המשפט העליון. ראה ע"א 56/68 בנק הפועל המזרחי נ' זורגר פ"ד כב(2) 652.

בעזרת הדוגמאות הללו ניתן גם להיערך לבחינת הטיעון, כי העיסוק הבינתחומי הוא חובבני ביסודו, ועל המשפטן ה"מקצוען" להתגורר ממנו ולעסוק אך ורק בתחומי מומחיותו.

הקושי שבטיעון הוא, שהתגוררות כזו היא בלתי-אפשרית. המשפטן רשאי לטמון את ראשו בחול ולהשלות את עצמו כי הוא משמש בטרקלינו הטהור של הדין. אך מעשה-שטן: כל אימת שהשאלות בעשות מעניינות, כאלה שראוי להתעסק בפתרון, קד המשפט את קידת יציאתו מן הבימה ומפנה את מקומו לדיסציפלינות האחרות. שופט הקובע כי הוא מחמיר בעונש "למען ישמעו וייראו" יכול להיות סבור, מבחינת הבנתו הסובייקטיבית, כי ישם גורמה "טהורה" שבדין. אך למעשה תמך יתדותיו בהשערות מתחום אחר לגמרי ואין לו כל ברירה אלא לעשות כן, פעם אחר פעם, כל עוד הוא עוסק במקצועו. שופט המתעלם מתגובותיו של השוק בקובעו את חוקיותה של עסקת-האשראי, יכול להתהדר בטהור עיסוקו המשפטי, אך בתוך-תוכה של פסיקתו משולבת בהכרח – גם אם ירצה להתכחש לכך בכל מאודו – השקפה סמויה כי תגובת השוק אינה רלבנטית בבחירת הכלל המשפטי ה"נכון", או, לחלופין, כי תגובה כזו אכן קיימת ויש בה כדי להצדיק את בחירת הכלל. שופט המכריע בכשרותה של הודעת-הפיטורין (בין אם הוא מחליט לקיימה או לפוסלה) מאמץ בהכרח השקפת-עולם איתת באשר למהותו של הטוב החברתי, אף אם השופט עצמו אינו נותן את דעתו למעשיו ומדמה בלבו כי טוהר מחקרו המשפטי לא נפגם. ההבדל בין העוסק הבינתחומי, המודע למעשיו, לבין אלה המשלים את עצמם כי המשפט לבדו דובר מגרונם ללא "מסייעים" מבחוץ איננו אלא הבדל של עמקות הגישה למקצוע. הבינתחומן המודע מכיר בקוצר השגתו כמשפטן "טהור" וחוקר בתחומים המשיקים כדי לדלות מחוכמתם של אחרים. אין הוא מתיימר להמציא כל יום מחדש את הגלגל. הבינתחומן הסמוי, המשפטן ה"טהור", המתכחש לבינתחומיותו האינהרנטית של מקצועו, חוסם את עצמו מפני חוכמתם של האחרים, ומקצת הגלגלים שהוא בודה לו מלבו מגלגלים לו את עגלתו בדרך תועה. בהינתן הכורח לעסוק ב"דברים אחרים", ב"פרויטולוגיה", כורח המוכתב בשל שתירותו של המשפט, כל מי שמתעלם מכך הוא-הוא האונס את עצמו לשטחיות, לחובבנות ואפילו לשרלטניות. כבר רמזתי בתחילת דברי, כי יערה-הבועות הוא גם יער של משקפות, של כלים חדים ומשוכללים לבחינתם של החיים שמחוץ ליער. אמירה זו איננה מובנת מאליה. להיפך: לכאורה, היה ניתן לסבור כי אם החיים עצמם מוסברים בדיסציפלינות האחרות שמחוץ למשפט, המשפטן המשקיף עליהם מן הצד אינו יכול לחוש אלא בבבואתם הרחוקה, באיוושהי אפרוקטימיה מתקבלת על הדעת שלהם, כאשר התמונה המלאה, החדה והחריפה נטעמת רק על-ידי בעלי-המקצוע ה"שידיים". בכל-זאת אני סבור, כי היצר הריק שלנו הוא עמדת-התצפית הטובה ביותר, ולכך קיימים לפחות שני טעמים מצטברים.

טעם אחד הוא שהעיסוק המשפטי הוא תמיד "רלבנטי", רוצה לומר: ההכרעה בפלוגתא משפטית נועדה תמיד להשליט, ועל-פירוב אכן משליטה, מצב סביר נתון, השונה במובהק ממצבי הטבע שהיו שורדים לולא אותה הכרעה. לעשייה המשפטית מתלווה תמיד הרגשה של אחריות מעשית, הגובעת מן התחושה כי אין המדובר בוויכוח תיאורטי גרידא, אלא בכזה שההכרעה בו חורצת גורלות אקטיים, של אנשים חיים, ואולי אפילו של החברה כולה. תחושת אחריות זו מכתובה מידה מירבית של רצינות במחקר המשפטי בכלל, ובתהייה הבינתחומית בפרט. שלא כמו המתמטיקאי, המשוטט בעולמות קרים ומסוגרים המאוכלסים על-ידי מספרים, יחסים מופשטים וצורות; שלא כמו הפילוסוף שאיננו חש את תג המחיר המוצמד לבחירה בתיאוריה אונטולוגית או אפיסטמולוגית שגויה, בידעו כי יישום התיאוריה שלו איננו רובץ בפתת; אפילו לא כאיש-המעש, כגון הכלכלן (כל עוד אין התיאוריות שלו לובשות לבוש של גורמה משפטית מחייבת), המרחף לעתים קרובות בספירות העליונות של החשיבה המופשטת, המשפטן יודע תמיד כי הכרעותיו מיושמות מיד ויש שכר לצעד גבון ו"עונש" הצמוד לכל משגה. המשפטן חולש על המוסדות החברתיים שבהם מתיישמות התיאוריות של חבריו מן הדיסציפלינות האחרות, ולכן מעשיו, ולא מחשבותיהם של ההוגים האחרים, הם אבן-הבוחן לצדקתן של אותן תיאוריות. לפני שהמשפטן נוקט קרפעולה, הוא חש בהתרגשות של עשייה, בחובה לברור לו את הדרך בזהירות, וכמובן, בהכרח ללבן לעצמו את האמת לאמתה, המחייבת מידה מירבית של חדות האבחון והראייה. מדוע אם כן, המשפטן צופה לעתים במציאות טוב יותר מן האחרים? אולי בשל כך, שמחירה של כל טעות בהחלטו של המשפטן גבוהה יותר ממחיר הטעות בדיסציפלינות אחרות, המפרנסות מצדן את המשפטן, כל עוד יישומן בכלל משפטי מחייב איננו מתרפק בשער.

הטעם השני להיותו של היער הריק שלנו מקום-תצפית כל-כך משובח הוא, שהוא נשקף בעת ובעונה אחת אל כל הכיוונים. אכן, עיסוקנו הוא "משפט ו". כמו שנכתב על ספרו של אחד מעמיתי – ששם לו למטרה לתאר שיטת-משפט שלימה – המשפט הוא "ראי-עולם"<sup>6</sup>. הוא מסדיר את רוב תחומי החיים החשובים, וגם בתחומים שהוא נמנע מהסדרתם, כגון גושאים של צנעת-הפרט או חופש-המחשבה-והמצפון, עצם ההימנעות היא פרי של שקלא וטריא משפטית מעמיקה. מבחינה זו המשפט הוא צומת מרכזי, שכל הדרכים מובילות אליו וגם הוא מוביל אל כל המחוזות. מי שקובע לו בצומת שכזה את מרכז-חיו, זוכה להשקיף לא רק על פירוד של הקיום האנושי, אלא על הקיום האנושי כולו. איכותה המשובחת של התמונה באה לו משלימותה, מרב-ממדיותה ומרב-דבדיותה. גם כאן יאה לנו להסתייע בהמחשה. כדי שלא לפגום בנקיונה של התמונה נשוב ונעלה על הבימה את השופט שכיב בדוגמא קודמת שלנו המבקש לגזור את עונשו של נאשם. בדוגמא הקודמת שיער השופט השערה התנהגותית ביחס להשפעתה של

6. הכוונה היא לביקורת חרת עין בעיתונות הימית על מסתור רבת-ההיקף (והתוכן) של פרופסור מנחם אלון, המשפט העברי (תשל"ג).

ההחמרה בעונש על היקף הפעילות העבריינית. אך ברור, כי בכך לא עשה השופט אלא חלק קטן מן המלאכה. שופט כזה עשוי להעדיף מידת חומרה נתונה של העונש לא כדי להרתיע עבריינים אחרים, אלא כדי להשיג יעדים אלטרנטיביים של מוסד הענישה, כגון סיפוק יצר-הנקם של הציבור, שיקום העברייני או השגת יעדים חינוכיים כלל-חברתיים. ייתכן שיעד אפשרי אחד של מוסד הענישה מחייב החמרה בעונש, ואילו יעדים אחרים מתיישרים יפה יותר דווקא עם עמדה סלחנית כלפי הנאשם. במצב דברים זה, על השופט להשתית את גזר-הדין על מסרת הענישה הנראית לו כנכונה ביותר ולהקריב בכך את סיכויי השגתן של המטרות האחרות. בעשותו זאת, הריהו זונח את מדע-ההתנהגות הפוזיטיביים העומדים ביסוד האמרה "למען ישמעו וייראו" וגולש אל תחום הפילוספיה הנורמטיבית ותורת-המידות. אך גם בכך לא די. ייתכן, למשל, כי תורת-מידות פלונית, שהיא העדיפה ביותר בעיני השופט, איננה גוחה להפעלה מעשית בגין עלויותיה הכבדות. עלויות אלה עלולות לעלות בשיעורן על התועלות החברתיות נטו שתיגרנה מיישומה של הנורמה האתית שהיתה נחשבת בעיני השופט, בעולם שאין בו עלויות, כנורמה הרצויה ביותר. השופט חייב להיגרר, אם כן, לניתוחי עלות – תועלת שדווקא כלכלנים אמונים עליהם יותר מאחרים. ושוב אפשר, כי נורמה פלונית איננה ישימה בעיני השופט בתוך המערכת המשפטית והעיונית בשל מגבלות מוסדיות דווקא. בין אלה ניתן להזכיר מגבלות הכרוכות ביכולת פעולתם של בתי-המשפט או של בתי-הסוהר או קשיים מעשיים בפרוצדורה הנדרשת כדי להניח את התשתית לממצאים המצדיקים את החלטה של הנורמה. כאן השופט מוצא את עצמו בלב-לבה של תורת-הארגון, ובלעדיה כל החלטה שלו עלולה להחטיא את המטרה לחלוטין. ייתכן עלי-כן, כי הסוציולוג בקי יותר מן השופט בניבוי השפעתם הצפויה של שינויים בחומרת העונש על היקף הפעילות העבריינית. ייתכן שהאתיקן רהוט מן השופט בניסוח הכללים לענישה אופטימלית בעולם חסר אילוצים מוסדיים. ידו של הכלכלן קלה יותר מידו של השופט בשרטוטן של עקומות עלות ותועלת, ומומחי תורת-הארגון מבינים טוב יותר ממנו את מהותו של האילוצן המוסדי ואת הדרכים שנסללו להתמודד איתו. לשופט אין אלא בברואה רחוקה של כל אלה, אך יתרונו המכריע בכך שהריהו משקיף בעת ובעונה אחת על כל הבבואות כולן, והשילוב ביניהן, קרי: האינטגרציה שהיא הכרחית למילוי הפונקציה השיפוטית, מגיבה תוצאה נכונה יותר עבור החברה האנושית מזו שהיתה מתקבלת אילו נאצלה הסמכות להכתיב אותה לסוציולוג, לפילוסוף, לכלכלן או לאיש תורת-הארגון. בתוך יער-המשקפות הריק ניתן להבחין בכל מה שקורה אצל האחרים, בעוד שהאחרים חווים את חווייתם המלאה, הסובסטנטיבית, אך אינם מיטיבים ליישם אותה בגלל העדר משקפות המכוונות אל חווייתו המלאה של זולתם.

גותר לי לומר עתה במלים מפורשות כמה טעמים שהדריכו אותי בבחירת הנושא – טעמים שאולי צפו ועלו מאליהם בין השיטין.



ראשית לכול, שמתם לב בוזדאי לכך כי דב"י נאמרו בטון של התפלמסות. רבים וטובים סבורים אחרת ממני ודוגלים ברעיון הטוהר המשפטי כבערובה לאיכות המקצוע. הנה כי כן, לפנינו שאלת-יסוד במהות עיסוקנו המדעי, שבלי פתרון מוסכם שלה קשה להתקדם ביחד הלאה, כלומר: לעסוק באותו מקצוע, ואפילו בה אין אנחנו מסוגלים להגיע לכלל אחידות דעים. הפולמוס והמחלוקת הם אינהרנטיים למדע-המשפט, שאין בו אמיתות אובייקטיביות, וכל-כולו בבואה להשקפת-עולמו של זה ולפילוסופיה האישית של זו. הפרדס שלנו מורכב אפוא מבועות, לא רק בגלל מצבור התשובות הדל של העיסוק המשפטי ה"טהור". אין גדלים בו אילנות, כי לאלה יש קיום מוחשי ואובייקטיבי; ואילו הפרדס שלנו מצמח רק דעות.

שנית, עלה בדעתי כי מן הראוי להזהיר את הבאים החדשים בהיכלנו מפני קוצר-ההשגה של הכלי המקצועי שנקנה להם בשנים הקרובות: יש המקווים כי לימוד המשפט יספק להם תשובות מעשיות לבעיות קיומו של האדם, בחינת שולחן ערוך שיש בו הכול ושאינן דבר זולתו. יש כאלה המחפשים בו אפילו מענה לשאלות של מלחמה ושלום, של אהבה ושנאה ושל אמת ושקר. ראוי שיידעו, כי אין תחום מקצועי החולש על כל אלה. לכל היותר קיים רק הבינתחום. השולחן לעולם איננו ערוך, וגורל האדם נגזר – גם אם הוא משפטן – ללקט לו את ארוחתו מן הגורן ומן היקב, מתוכמת הדורות שנצברה בכל התחומים האחרים. בין כותלי הבניין הזה אין לנו מה למכור זולת מקומות תצפית בתוך יער-הבועות.

ולבסוף, זו הדרך שמצאתי לי לברך אתכם בברכת ברוכים הבאים. ברוכים הבאים למקצוע המעניין ביותר בתבל. למקצוע שדווקא בגין הווקום התוכני שמתוכו הוא פועל, יש בו הכול. הכוהנים העושים במלאכה הם אתם. אני מאחל לכם שתהיו ראויים לבגדי-הכהונה שבמדידתם תחלו כבר בשבועות הקרובים ושתשכילו תמיד להבין, כי העולם תלוי בנורמות שבהחלתן תעסקו, הגם שהן עצמן אינן אלא בבואתו המרוחקת.

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_