

שיפוט כאהבה וכהשתתפות בעיצוב הגורל הקולקטיבי

יונתן יוגל*

רשימה זו עוסקת בשני עניינים מחוברים. הראשון הוא ראיית השיפוט כפעולה של אהבה וראיית האהבה כליכודו הנורמטיבי של השיפוט. פרספקטיבה זו מבקרת את הדלות הנורמטיבית של המשפט המחולק (בניגוד לשכלולו האינטלקטואלי), ומפקקת ביכולתו של המושג המרכזי של המשפט הליברלי – הכבוד – למלא חלל זה, היות שהכבוד נתפס כאימפוזיציה חיצונית על הרצון, כלומר פעולה מתוך חובה, ולא כמוטיבציה שלו.

העניין השני הוא ראיית השיפוט כפעולה של השתתפות בעיצוב הגורל הקולקטיבי, ולא כפעולה שלטונית-ריבונית המבוססת על תיאולוגיה פוליטית המבחינה בחדות בין הריבון לבין הקולקטיב, כפי שעושות, בין היתר, תורות האמנה החברתית של הנאורות. השופטת המשתתפת שופטת את עצמה ואת אנושיותה. עמדה זו מהווה ערוץ חדש, מוסדי, זהיר ומודרני לנטילת חלק בעיצוב הגורל הקולקטיבי – ערוץ הנבדל הן מהמודל הרומנטי של גדולת היחיד והן ממסורות היסטוריוציסטיות המבטלות את יכולת ההשפעה של היחיד על ההיסטוריה (והמרקסיות בראשן).

שיפוט מתוך אהבה והשתתפות דוחה את הקצאת האהבה לתחום הפרטי והבין-אישי בלבד. לכך יש משמעויות ישירות לביקורת המינימליזם השיפוטי, שאת שורשיו המאמר מאתר בתיאולוגיית "שתי הערים" של אוגוסטינוס, שאותה הוא מעמת עם גישות אריסטוטליות, מודרניות ומחולנות. המאמר מתייחס בהקשר זה ואחרים לביטוי עומק בפסיקתה של

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; עמית מחקר ב־Straus Institute for the Advanced Study of Law and Justice, NYU Law School and Jewish Civilization, NYU. רשימה זו מבוססת על הרצאה שניתנה במושב חגיגי במרכז הבינתחומי לרגל פרישתה של השופטת אילה פרוקצ'יה מבית המשפט העליון. על הארות ודיאלוגים נמשכים תודותיי לפרופ' נילי כהן ולד"ר רות זפרן, כמו־גם למשתתפי סדנת המחקר "אהבה, כבוד והמרחב הפוליטי" במרכז מינרבה למדעי הרוח באוניברסיטת תל אביב בראשותו של ד"ר ראיף זריק. תודותיי ללטם זגגי על קריאה קפדנית והערות מועילות. המאמר נערך לשונית על ידי המחבר.

השופטת אילה פרוקצ'יה בבית המשפט העליון: שיפוט אשר דוחה את מושג הגאולה ואינו מוכן לראות את האדם כשרוי במצב כרוני של חטא, פתולוגיה או שעבוד ממנו יש לגאול אותו; שיפוט מתוך אהבת הקיים ואחריות כלפיו, לא מתוך דחייתו וניסיון להתגבר עליו בשם חזון אידיאולוגי או אוטופיסטי.

פתיחה

- פרק א: שיפוט כהשתתפות בעיצוב הקיום הקולקטיבי
 פרק ב: שיפוט ואהבה
 פרק ג: הערה על מינימליזם שיפוטי והתיאולוגיה של הפרדת רשויות
 פרק ד: פרוקצ'יוניזם
1. הרטוריקה המפוכחת של השתתפות
 2. ארציות
 3. אתיקה קולקטיבית v. אידיאולוגיה

סיום

פתיחה

יש לי חיסרון שהוא גם יתרון, שלעומת מחברים אחרים שהתבקשו לתרום דברים לקובץ הזה, עד לאחרונה לא הכרתי את אילה פרוקצ'יה אישית. חוויתי מפגשים לא מעטים עם פסקי דין של השופטת פרוקצ'יה, כאלה שסטודנטים היו מביאים לי וכאלה ש"דגתי" בעצמי באוקיינוס הטקסטואליות המשפטית. הם העירו בי מנעד של תגובות – מהנהון נמרץ, התפעלות ו"הלוואי שאני הייתי כותב את זה" ועד לאי-הסכמה עזה ואפילו צער. דווקא בשל כך אני מבקש לפתוח בזיכרון אישי. אי-שם בשלהי 1987 באתי הביתה, לירושלים, לחופשה קצרה מהצבא. העיר הייתה כמרקחה: נפל דבר שהיה קשה להאמין בו. בעיר פוליטית, מתחרדת, שמתקיימת בהיסטוריה יותר מאשר בהווה, ואשר כל אחת מאורחות חייה נתונה במאבקים בין קבוצות שונות – בעיקר, מבחינתנו, בין חילונים לחרדים – קבעה שופטת שלום מקומית שחוק עזר עירוני האוסר פתיחת מוסדות תרבות ובידור בשבת הותקן בחוסר סמכות ועל כן הוא בטל.¹ לאנשים מבחוץ קשה להבין את האימפקט שהיה לפסיקה הזו – לא רק לתוכן הספציפי שלה, אלא לעצם העובדה שהיא ניתנה. אני זוכר ששאלנו בתדהמה: זה אפשרי? המשפט יכול לעשות דברים כאלה?

1 ת"פ (מקומיים י"ם) 3471/87 מדינת ישראל נ' קפלן, פ"מ התשמ"ח(2) 265 (1987).

מבחינתנו, צעירים חילונים ובעיקר תיכוניסטים וחיילים בסדיר, העיר הייתה תקועה. הכל היה מאובן. היא התנהלה בדרך של הפגנה מול הפגנה, מאבק מול מאבק, פסיפס כאוטי של טינות ומתחים. עצם הרעיון שאפשר לשנות את המציאות באמצעות המשפט לא עלה כלל בדעתנו. מבחינתנו, כמייצגים פלח אחד לפחות של תודעה ציבורית, זו הייתה התנופה שעליה רכבה אילה פרוקצ'יה אל בית המשפט העליון.

ברשימה זו חשבתי להקדיש כמה מילים לא ליחס שלנו למשפט או לשופטים, אלא ליחס שלהם אלינו, ולעגנו במידה מסוימת באישיותה השיפוטית של השופטת פרוקצ'יה. כוונתי לעיצוב החוויה הנורמטיבית של השופטת-שופט בהתייחסותם אל הקולקטיב שהם חלק ממנו. אין זו טענה סוציולוגית, ואיני פורש כאן תזה עיונית שיטתית. זו הפעלה של הדמיון דרך שני היבטים של מצב הקיום השיפוטי: הראשון הוא היחס בין השופטת האינדיבידואלית, החיה בספרות של פרטיות ופרהסיה שיש ביניהן חפיפה חלקית, לבין נטילת חלק בעיצוב הגורל הקולקטיבי; והשני, אשר עשוי להישמע מוזר בתחילה אך יש לו קשר הדוק לראשון, הוא אהבה – לא אהבה כ"אי" רומנטי, מעין נקודה סינגולרית של פרטיות בין-אישית במרחב החברתי, אלא אהבה כדיספוזיציה השוחרת את טובתו של הנאהב, וזאת לא כעניין של חובה, אלא כסוג של ליבידו נורמטיבי.

זהו דיבור נחוץ. משחולץ המשפט המודרני, שהקטגוריות הנורמטיביות העיקריות שלו הן איסור והיתר, סנקציה ובטלות, נדחקו הקטגוריות של חסד, נאצלות, נדיבות ואהבה אל התחום הפרטי. כלי העבודה של המשפט השתכללו מאוד מבחינה אינטלקטואלית, אך הידלדלו מבחינה נורמטיבית. גם מושג היסוד של המשפט הליברלי המודרני – הכבוד – אינו מציל את המשפט הליברלי מדלות יחסית זו, היות שהוא אינו יוצר דיספוזיציה, אלא רק אימפוזיציה. הכבוד מהווה את אמת-המידה הראויה (ויש שיאמרו: המינימלית) להתייחסות. מעמדו הנורמטיבי, הן במשפט הציבורי והן במשפט הפרטי, מבטא תביעה חיצונית להכרה באנושיותו השווה של הזולת. כמו אצל קאנט (וליתר דיוק אצל ממשיכיו, אשר השטיחו את עומקי תורתו), הנורמטיביות של הכבוד נתפסת בעיקר כמגבלה המוטלת על הרצון, על התשוקה, על האנרגיה.

כבר היינריך היינה העיר בזמנו, במינונים שווים של מרירות ואירוניה, כי אצל קאנט רק מנוול יכול להיות אדם מוסרי, דהיינו, מי שהדיספוזיציה הספונטנית שלו אינה לפעולה מוסרית, והוא מתגבר עליה באמצעות "הכרת כבוד לחוק" – הכרה בחובתו ושימוש ביכולתו המעשית כדי להוציא את החובה התבונית אל הפועל. האהבה פועלת אחרת לגמרי: היא אינה אילוץ הנכפה על הפעולה אלא האנרגיה, הליבידו שלה. בהמשך הדברים אגייס לצורך כך את אפלטון, אשר כתיבתו הן על האהבה והן על הפוליטיקה לא התיישנה מעולם.

פרק א: שיפוט כהשתתפות בעיצוב הקיום הקולקטיבי

המשפט המודרני מכון לטובת האדם, אבל לא לגאולתו; הוא אינו מחליף את הדת, ואין לו כוהנים. השופט פועלת כאן; אופקי פעולתה הם ההווה הארצית שלה, על המחויבויות הנורמטיביות, ההיסטוריה, הדמיון והכרת העתיד הכלולים בה. הפעילות בהווה הזו הנה מלוא אופק ההבנה, השפה והפעולה.² מדובר אפוא בשיפוט כהשתתפות ונטילת חלק בעיצוב הגורל הקולקטיבי (דהיינו, ההיסטוריה) – השתתפות שעל פי ההלניים הנה תנאי למימוש טבעו של האדם ולהיותו חופשי.³ השתתפות הנה צורה של הפעלת כוח, אך לא של שליטה או דומינציה. היא שוללת הבחנה קטגורית, ex officio, בין השופט לנשפט. את הגורל המשותף היא רואה כמיזם משותף; לא כמסגרת פוליטית או היסטורית נתונה, אלא כזירת פעולה של הרצון הדיאלוגי. השליטה – גם השליטה שוחרת הטוב – מצווה; המשתתפת, לעומת זאת, מחילה את שיפוטתה גם על עצמה, לא רק על הנשפטים האחרים, ומכך היא שואבת את הלגיטימציה של הפעלת הכוח השיפוטי. בהמשך אציע כי זו גם דרכה לאהוב אותם. השליטה ניזונה מתיאולוגיה פוליטית; המשתתפת חותרת תחת האפשרות של תיאולוגיה פוליטית.

לכאורה, בדמוקרטיה ובמשטרים רפובליקאיים השתתפות הנה הפונקציה המרכזית לא של השיפוט אלא של הפוליטיקה ושל מה שיוורגן הברמס כינה The public sphere, "הספירה הציבורית".⁴ אך גישתי קשורה לתחושה הכללית – שדומני שהיא מתפרשת אט אט בעולם – שיכולתם של המוסדות הפוליטיים הקיימים לאפשר פוליטיקה אותנטית של השתתפות הולכת ומידלדלת.⁵ אנו ממשיכים לדבר מתוך הרגל על דמוקרטיה

2 לפיתוח ולמקורות האינטלקטואליים של ראייה אימננטית זו של ההווה ראו ירמיהו יובל שפינוחה וכופרים אחרים (1988).

3 האדם, כותב כידוע אריסטו, הנו "חיה פוליטית". אריסטו פוליטיקה כרך א, פרק 2 (נורית קרשון מתרגמת, 2009). ארגון היחידה המדינית – שרק בה האדם מסוגל לממש את טבעו – מהווה את פסגת הישגיו. תומס אקווינס מרחיב את ההגדרה האריסטוטלית והופך אותה למודרנית, בהבחינו בין המימד הפוליטי לבין המימד החברתי, אשר שניהם לשיטתו אינטרינזיים לטבע האנושי. ראו להלן ליד ה"ש 37.

4 JÜRGEN HABERMAS, THE STRUCTURAL TRANSFORMATION OF THE PUBLIC SPHERE (1989).

5 הבסיס האנליטי של ביקורת זו פותח גם הוא על ידי הברמס. ראו: JÜRGEN HABERMAS, LEGITIMATION CRISIS (1975). לניתוח משבר הדמוקרטיה המודרנית בהקשרים עדכניים ראו: JÜRGEN NEYER, THE JUSTIFICATION OF EUROPE: A POLITICAL THEORY OF SUPRANATIONAL INTEGRATION (2012), בעיקר בפרק המבוא. אציין מיד שעם התזה הנורמטיבית של ניייר – המבקש להעצים את התפקיד הפוליטי של צדק ולהחליש את התביעה לדמוקרטיזציה במסגרות פדרטיביות ועל-לאומיות – איני מסכים, מטעמים שלא כאן המקום לפרט.

השתתפותית על בסיס מיתוסים, פיקציות, טכנולוגיה וריטואלים שנקבעו בעיקר במאה השמונה-עשרה עם קצת השראה מאתונה העתיקה, ואשר מתקשים לייצג ולתפקד במציאות שלנו. בעולם של פוליטיקת המונים וממון, לא רק ההשתתפות הישירה – כלומר, הפוליטיקה האזרחית – של מי שאינו פוליטיקאי מקצועי (או מיליונר) נעשתה בלתי אפשרית כמעט, אלא גם המנגנונים המתמיימים לארגן השתתפות על פי עקרונות של אוטונומיה ושל ייצוג אותנטי התקלקלו. בסדר: הפוליטיקה המוסדית מצויה במשבר של לגיטימציה; אבל כאן אני רוצה לדבר על המשפט, שהוא עמדה אשר מכוננת על ידי המדינה אך עצמאית ביחס לשלטון, לכאורה נטולת כוח לבד ממה ששיתוף הפעולה של השלטון מאפשר לה; האורגן היחיד הפועל אך ורק באמצעות השפה.

בהיסטוריה העמוקה, תופעת הריבונות הפוליטית דחקה את השופט מעמדת ההנהגה (הזמנית) שלו. משכפו בני ישראל על שמואל למשוח עליהם מלך, הם קטעו באחת את המסורת האנטי-מוסדית (שהנביא הקשוח והערמומי ערער בעצמו) שלפיה שופט העם הנו הדבר הקרוב ביותר למנהיגות פוליטית מעבר למנהיגות השבטית.⁶ אהוד בן גרא, דבורה, גדעון שהטיח בעם "לא אֶמְשַׁל אֲנִי בְכֶם וְלֹא יִמְשַׁל בְּנֵי בְכֶם, ה' יִמְשַׁל בְּכֶם",⁷ סיפקו ל"עם" את פונקציית השלטון הרודימנטרית ביותר: פתרון סכסוכים בדרכי שלום מוסכמות. כך אפילו בסיפורו של שמשון איש המלחמה, אשר בין פעולת גרילה אחת למשנה "שִׁפֵּט אֶת יִשְׂרָאֵל עֶשְׂרִים שָׁנָה", ואשר האידיאליזציות שלו הפכה אותו לאנכרוניזם כבר בימיו (ולאחרון השופטים).⁸ הפונקציה של צורת המנהיגות הזו הייתה לשפוט: לא לדאוג לרווחה או לחינוך, אלא לצדק; להילחם כשצריך, אך לא לגאול.⁹

6 ראו משה גרסיאל **ראשית המלוכה בישראל: עיונים בספר שמואל** כרך א (מהדורה שנייה, 2008).

7 שופטים ח 23.

8 שופטים טז 31. ז'בוטינסקי, ביצירת המופת (שכתב ברוסית) Samson Nazorei, ייחס לשמשון יכולות "בוסר" אינטואיטיביות של חריצת משפט, כאשר הוא מתאר כיצד ניצים שנאשו מיישוב הסכסוכים השבטי שלהם פונים אל הפרא-למחצה ומקבלים את משפטו ללא עוררין. זאב ז'בוטינסקי **שמשון** (ברוך קרופניק מתרגם, תל-אביב, 1982). אגב, אף שכתבו עליו מעט ובטקסט המקראי כמעט לא נאמר עליו דבר, התייחסו חז"ל ברצינות לבית הדין של שמשון. ראו ירושלמי, ראש השנה ב, ח: "בית דינו של גדעון ושל יפתח ושל שמשון שקולין כנגד משה ואהרן ושמואל".

9 היוצא-דופן לכאורה הוא שוב שמשון, אשר על פי בשורת לידתו הפלאית לאמו האלמונית, המטרימה באלף שנה את בשורת לידתו של ישוע בן יוסף ומרים (חז"ל קראו לה "צִלְפֻּנִית" – בבלי, בבא בתרא צא, ע"א; במדבר רבה י, ה), "יָחַל לְהוֹשִׁיעַ אֶת יִשְׂרָאֵל מִיַּד פְּלִשְׁתִּים" (שופטים יג 5). אך גם כאן ה"תשועה" הנה ארצית ומדינית (אף שהיא חרגה ממצויאות חייו של שבת דן בלבד), ולא טרנסצנדנטית. אלא שלא כך התפתחו הדברים. בסוף חייו, מובס פוליטית ומובס באהבה, זועק שמשון (במילים ששם בפיו ג'ון מילטון ביצירתו האחרונה והאישית ביותר):

"מדוע צוה ונקבע גידולי כאיש פְּרוֹשׁ לאלוהים/ אשר למעללים גדולים נועד – אם עלי למות נבגד, שבו, שתי עיניי מנוקרות, / משיסה לאויביי ומחזה ללעגם, / כבול באזיקי נחושת, וזה כוחי מתת שמים / רתום לפרך? / הה עוצמה נאדרה, / משועבדת לעמל בהמה,

האדם לא נתפס כשרוי בחטא או כלוא באיזה מצב פתולוגי ממנו הפוליטיקה אמורה לגאול אותו, כפי שאנו מכירים מן הנרטיב הבסיסי של הנצרות – מבנה שאותו ירשו כל האידיאולוגיות המודרניות (והמרקסיזם בראשן).

מבחינות רבות השיפוט הארכאי הנו כמובן היפוכו של השיפוט המודרני, ולא המשך שלו. בעוד שמכותה של השופטת המודרנית והלגיטימציה שלה נובעות מהשתייכותה המוסדית, השיפוט הארכאי מבוסס על תכונות אישיות, על נרטיבים של בחירה אלוהית ובעיקר על מה שמקס ובר כינה "כריזמה"¹⁰. אבל כאשר התשוקות של היחידה הקולקטיבית נהפכות למה שניתן לכנות "היסטוריות", כאשר פתאום קם אדם בבוקר ומרגיש שהוא עם, כל זה נהפך על פניו והשופטים נושרים מן התנופה ההיסטורית. גיבורי התרבות וההיסטוריה של העת העתיקה המאוחרת, של ימי הביניים ושל ראשית העת החדשה הם מנהיגים, מגלי ארצות, סוחרים, ממציאים, אנשי דת, מדענים, אומנים ופילוסופים, אבל לא שופטים. זאת, עד המודרנה – עד שהמשפט, כאטד, גובר על השיחים הנורמטיביים האחרים, ונעשה לשפה הנורמלית של היחסים החברתיים, לאופן המשותף היחיד כמעט שבו מדברים על חיים ומוות, צדק וחירות, כבוד, הדרה ושיתוף.

בספר קלאסי שנלמד עדיין בכל בתי הספר בארצות הברית, כתב אלקסיס דה-טוקוויל כי כל שאלה ציבורית חשובה באותה ארץ סופה להתגלגל בבוא היום לשאלה משפטית ולבוא אל סיפו של בית המשפט.¹¹ כיום היינו אומרים שהשיח המשפטי שולט בחלקים נרחבים מן השיח הציבורי, כי המשפט מספק שפה נורמטיבית שאפשר לתרגם אליה עמדות ערכיות ובר-בזמן למזער או להסתיר את אופיין האידיאולוגי באמצעות שפה כללית הנחזית כניטרלית. אבל מה שדה-טוקוויל זיהה אינו מבנה אמריקאי ייחודי, אלא מבנה שטיפוסי לרפובליקות חוקתיות (כמורגם למסגרות על-לאומיות, כאיחוד

מושפלת, נחותה מן העבד! / היה הייתה נבואה כי אושיע את ישראל מעול פלשתים: / שאלו למושיע הגדול כעת, ומצאוהו/ עיוור בעזה אצל הטחנה, עם עבדים, / עצמו כבול בעול פלשתים!"

JOHN MILTON, SAMSON AGONISTES (London, Spottiswoode & Co. 1671) (תרגום שלי).

10 ובר מגדיר כריזמה באופן הבא: "[A] certain quality of an individual personality by virtue of which he is set apart from ordinary men and treated as endowed with supernatural, superhuman, or at least specifically exceptional powers or qualities. These are such as are not accessible to the ordinary person, but are regarded as of divine origin or as exemplary, and on the basis of them the individual concerned is treated as a leader." MAX WEBER, THE THEORY OF SOCIAL AND ECONOMIC ORGANIZATION 358–359 (A.M. Henderson & Talcott Parsons trans., 1947). וראו אברהם מלמט "השופט-המושיע כמנהיג בתקופת השופטים" טיפוסי מנהיגות בתקופת המקרא 11 (1973). מובן שגם השופטת המודרנית מפעילה כריזמה ומשתמשת בה, אלא שזו אינה יסוד הלגיטימציה שלה.

11 אלקסיס דה-טוקוויל הדמוקרטיה באמריקה (אהרן אמיר מתרגם, 2008).

האירופי), אשר מבחינה היסטורית פשוט התרחש לראשונה בארצות הברית. במודרנה, השופט הוא הבורר של עניינים מרכזיים בשיח הציבורי, ומן המעצבים המרכזיים של הכיוונים שבהם הקולקטיב צועד, כושל, מתמודד או מידרדר. אך זאת לא בכל הדברים, כמובן: עליונותו המיומרת של המשפט על צורות הפרקסיס הפוליטי האחרות הנה, ובכן, יומרה. המשפט הנו שחקן אחד מני רבים ברשתות השיח והכוח; אבל הוא שחקן מרכזי, פומבי ונוכח, אשר עצם פומביותו מחייבת אותו להתמודדות מתמדת עם תחרות ואיומים על הלגיטימציה שלו. הפומביות של המשפט המודרני היא אחד ממקורות כוחו, אך היא גם אחד ממקורות פגיעותו.

ושם, בצומת שבין הנראות והפומביות המוסדיות לבין העבודה השיפוטית הנעשית הרחק מעין הציבור, פועל השופט המודרני. לכאורה אין עליו מורא מלבד מורא החוק; מי שמאמין בזה, יש לי גשר למכור לו. אילולא היה עליו מורא לא היה נדרש לו אומץ. זה סוג מיוחד של אומץ, כי השופט חושב לא רק על עצמו כמי שנמצא בתחרות ובאיום, אלא גם על המוסד שבמסגרתו הוא פועל, ואשר עימו הוא מזדהה באופנים לא פשוטים ולעיתים סותרים – מוסד הנמצא בדיאלוג, בתחרות ולעיתים במאבק עם מוקדי כוח אחרים (באותם אחוזים ספורים של פעילותו שמעניינים את מוקדי הכוח האחרים).

הצגת השיפוט כהשתתפות אינה מבנית, אלא אתית ופנומנולוגית: היא מאפיינת את הגישה של הסוכנת הרלוונטית – השופטת – לפעילות המיוחדת הזו ולתווך שבו היא מתבצעת. כדי להבין את הצורה המודרנית הזו של השתתפות בעיצוב הגורל הקולקטיבי, אני מבקש לעמת אותה להרף-עין עם שתי תפיסות מנוגדות, אנכרוניסטיות, של יחסי יחיד והיסטוריה: הרומנטיקה של הגדולה האישית, מחד גיסא, וביטול מעמדו של היחיד כשחקן היסטורי, מאידך גיסא.

התפיסה הרומנטית שביטא תומס קרלייל באחד משיאיה של המאה התשע-עשרה,¹² של היחיד המעצב בכוח אישיותו, הודות לגדולה כלשהי שבו, את הגורל הקולקטיבי של היחידה הרלוונטית – שבט, עם, ציוויליזציה או אולי אפילו האנושות במובנה המכליל ביותר – נותצה בחצי השני של אותה מאה על ידי כל הגישות התיאורטיות של המודרנה ועל ידי ה"מדעניזציה" של ההיסטוריה, דהיינו, הפיכת ההיסטוריה מאוסף של סיפורים ונרטיבים לתופעה בעלת משמעות, לרובד מכונן של המצב האנושי. ניתן לומר כי המאות השמונה-עשרה ובעיקר התשע-עשרה הכניסו את ההיסטוריה אל תוך ההיסטוריה, קרי, שלפו אותה ממעמדה כצורה אחת מני רבות של תיעוד וזיכרון והפכו אותה לנושאת עיקרית של משמעות (ולאובססיה של התרבות). המושג של הסבר היסטורי נוצר, אף שאיש לא ידע עדיין (ולעיתים נדמה שעניין זה לא השתנה בהרבה) לספק הסברים היסטוריים תקפים לשום דבר. מחיר המדעניזציה של ההיסטוריה היה היעלמותו של השרירותי, דהיינו היחיד, והכחשת מקומו בהסברים היסטוריים.

THOMAS CARLYLE, ON HEROES, HERO-WORSHIP, AND THE HEROIC IN HISTORY (London, 12
Chapman & Hall 1840).

הביטוי הספרותי המרכזי לעמדה זו הוא **מלחמה ושלום** של טולסטוי:¹³ ההיסטוריה, קבע טולסטוי, חלה רק על יחידות דמוגרפיות גדולות, על פי חוקים מדעיים שעלינו לגלות. במשך פרקים שלמים של הרומן המונומנטלי הזה – המהווה כשלעצמו צורה טקסטואלית שטולסטוי ממציא תוך כדי כתיבה – הוא מתאמץ לנתץ את המודל הרומנטי, ומשתדל להוכיח, למשל, כי נפוליאון בונפרטה נסחף אחר אירועים שהוא לא הבין, שהתרחשו על פי חוקים שלא היה לו המדע להביןם, וכי לא הייתה לו – ולא הייתה יכולה להיות לו – שליטה או השפעה כלשהי על גיסותיו בשדה-הקרב. גיבורו הראשי של הרומן, הרוזן פיאר בזאוחוב, משוטט בטרקלינים של מוסקבה וסנט-פטרסבורג אפוף תסכול אינטלקטואלי ואישי, אבוד בין אסכולה אחת לאחרת בניסיון לעצב לעצמו חיים משמעותיים, עד שהוא בוחר בחיים בלי "חי" גדולה, ומצטרף לאנושות תוך ויתור על השתתפות בהיסטוריה (הוא מתחנן).

שיאה ההיסטורי של התנועה הזו הוא כמובן במטריאליזם הדיאלקטי של מרקס ואנגלס. שם נמצאה למדעני ההיסטוריה תשתית מקיפה לכל הסבר היסטורי: הגורמים הקובעים את ההתרחשויות הם שינויים ביחסי הייצור, דהיינו גורמים תשתיתיים ומקרו-כלכליים, שעליהם אין ליחיד – ולא יכולה להיות לו – השפעה.¹⁴

בפוליטיקה הפוסט-מרקסיסטית יש חזרה מסוימת לתפיסה הפרסונלית, למודל הרומנטי של מנהיג אורגני המעצב את ההיסטוריה של עמו, אשר מונע על ידי חזון אישי ורצון-ברזל (ולדימיר פוטין, כמובן). אך באירופה, בארצות הברית, בישראל ובדמוקרטיות ליברליות אחרות – כמו-גם במערכת המוסדות הגלובליים שהתפתחה על פי מתווה ברטון-וודס לאחר מלחמת העולם השנייה – מתבססים מוסדות מקומיים וגלובליים כמוקדי כוח.¹⁵ מוסדות אלה מקיימים פעילות גומלין הן עם המערכות הפוליטיות הרגילות והן עם גורמי כלכלת השוק של הקפיטליזם המשוכלל, אך הם נפרדים מהם מבחינה מבנית. בכלל זה, ובאופן בולט, נוכחים מוסדות משפטיים.

השפעה על הגורל הקולקטיבי דרך פעולה מוסדית, כמשפט, נהפכה לאמצעי שבאמצעותו המודרנה מסוגלת לקיים את השפעת היחיד על הגורל הקולקטיבי. אלה צירים מקבילים של ויתור ושימור: הויתור הוא על המיתוס הרומנטי התובע גדולה

13 ל"נ טולסטוי **מלחמה ושלום** (לאה גולדברג מתרגמת, 1958).

14 KARL MARX & FRIEDRICH ENGELS, THE GERMAN IDEOLOGY (1963). במאמר מוסגר, האירוניה כאן היא שלמרקס עצמו, על פי האורתודוקסיה המרקסיסטית, לא הייתה יכולה להיות השפעה על ההיסטוריה. כשלעצמי קשה לי לחשוב על מועמד חזק יותר מאשר מרקס לחמישייה הפותחת של אנשים שהייתה להם השפעה מכרעת על מהלך ההיסטוריה האנושית; אולי פאולוס.

15 איני רוצה להתמקד במוסדות מסוימים, אך פטור בלא כלום אי-אפשר. דוגמאות פרדיגמטיות הן הבנק העולמי, ה-WTO וקרן המטבע הבינלאומית; מועצת הביטחון של האו"ם, כמו-גם יחידותיו האחרות, הבולטות פחות; בנקים מרכזיים, וה-Federal Reserve בראשם; הזרועות מתוות המדיניות והביצועיות של האיחוד האירופי ובתי המשפט שלו; בתי משפט בינלאומיים, מן ה-ICC ועד ה-ICJ, וכדומה.

אישית אורגנית ובלתי מוסכרת לצורך השפעה על ההיסטוריה הקולקטיבית. הווייתור הוא על הכתבה לטובת דיאלוג, על מנהיגות לטובת השתתפות, לעיתים אף באנונימיות מסוימת. השימור הנו חזון מפוכח של נטילת חלק בפרויקט הקולקטיבי של קדמה, שיפור והשתכללות, המתמקד לא ביישום של אידיאולוגיה על גורל קולקטיבי, אלא באנשים עצמם ובטובתם. כלומר, מדובר לא במדע, אלא בגישה, בדיספוזיציה המכוננת של המשפט. השיפוט אינו קיים לשם עצמו, אבל הוא עושה הרבה יותר מאשר יישוב סכסוכים גרידא.

פעולה במסגרת מוסדית מן הסוג הזה בוודאי אינה דבר פשוט. למוסד יש ערכים, מסורות ואילוצים משלו, העלולים להתנגש בחזון ובערכים אישיים. למעשה, עיצוב המציאות הקולקטיבית מתוך המוסד המשפטי הנו פעילות אשר מכוננת על ידי מתחים בלתי פתירים, אנטיגוניים, והניסיון לארגנם במסגרת-על קוהרנטית נידון, לדעתי, לכישלון. הדין החיצוני והמצפון הפנימי מקיימים משא ומתן שוטף של התעקשות וויתורים, כנות וצביעות; אי-השלמות טבועה בפעולתו של כל מי שבוחר לתפקד במסגרת מוסדית. הטרגדיה של אנטיגונה, סרבנית המצפון הראשונה בהיסטוריה, נובעת לא מהתנגשות מצפונה הפנימי בכוח חיצוני דכאני וסמכותני, אלא מהעדר הפתרון להתנגשות זו ברובד המצפון עצמו. מצבה טראגי בדיוק משום היותה אזרחית המכירה בתביעה של הכוח החיצוני שאינו חיצוני גרידא, דהיינו משפט המלך, המתנגש חזיתית בתביעת מצפונה. חוויית ההכרה בהתנגשות הזו – *Kollision* בשפתו של הֶגֶל – החריגה את אנטיגונה מכל מערכות הייחוס של זמנה, חייבה אותה לעצב סובייקטיביות, והפכה אותה אולי לאדם המודרני הראשון.¹⁶

לעיתים המתח הזה עולה מתוך הטקסט השיפוטי; לעיתים הוא מוסווה. הם מתייסרים, שופטים וכותבים; אני בסך הכל קורא.

פרק ב: שיפוט ואהבה

לעיצוב הגורל הקולקטיבי באמצעים מוסדיים יש לא רק מבנה, יש לו גם מוטיבציות ואנרגיות. אני מבקש להתמקד במוטיבציה ספציפית וקריטית להשפעה שיפוטית על העולם, אהבה. זה נראה אולי מוזר, כי הדיון עד כה התנהל במונחים של השפעה וכוח.

16 הדיון באנטיגונה – המחזה והדמות – מתרחש בכמה מקומות ב"פנומנולוגיה" של הֶגֶל, אך עיקרו מצוי בפרק 6. ראו: GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, THE PHENOMENOLOGY OF SPIRIT (A.V. Miller Trans., 1979) 263–89. לדיון תמציתי ראו גאורג וילהלם פרידריך הגל **הקדמה לפנומנולוגיה של הרוח** (ירמיהו יובל מתרגם, 2001).

מלבד זאת, המשפט כולו פרהסיה, כולו ציבוריות, כולו שפה ודיבור, ואילו האהבה מתרחשת במרחב פרטי ואינטימי, ולעיתים קרובות בשתיקה, לכאורה. בהיסטוריה של החשיבה עומתה האהבה לעיתים קרובות עם המשפט. באגרת אל הגלטים¹⁷ כותב השליח פאולוס כי קיימים שני מודלים של נורמטיביות: האחד הוא דרך החוק, דרכה של היהדות – דת לגליסטית המבוססת על מושג הציור (קאנט קרא לכך "דת סטטוטורית", שבה מקור כל הנורמטיביות הנו חיצוני לאוטונומיה של היחיד, מבלי שהעריך כראוי את ההכרעה של היחיד לקבל על עצמו עול מצוות, אשר כשלעצמה אינה מבוססת על שום חיוב); והמודל האחר הוא דרך האהבה, דרכו של ישוע המחליף את החוק באהבה ואת מושג האל המחוקק באל אוהב. הביקורת הפאולינית מתבטאת כאמור גם כלפי קאנט: גם ממלכה של שדים, כתב הלה, יכולה לשמור על לגליות. פעולה מוסרית כשלעצמה הנה אפשרית גם ללא השתכללות מוסרית-פנימית, ואינה מבטיחה אותה.¹⁸ בלשונו המושחזת של גרנט גילמור (Gilmore) האחד והיחיד:

"The better the society, the less law there will be. In heaven there will be no law... The worse the society, the more law there will be. In hell there will be nothing but law and due process will be meticulously observed."¹⁹

אך יש גם גישות אחרות, אינטגרטיביות, המתייחסות לאהבה כדיספוזיציה המרכזית של החיים הקולקטיביים ושל המשפט. לצורך אפיון אני מציע להבחין – באופן גס במקצת אך נחוץ – בין אהבה קלאסית לבין אהבה רומנטית.²⁰ הבחנה זו שונה מן ההבחנות ההלניות בין *storge*, *philia*, *agape*, *eros*, המצוטטות בחרדת קודש בכל מקום.²¹

17 האגרת הראשונה אל הגלטים, א (דליץ) מתרגם, לייפציג, (1877). (כל הציטוטים מן הברית החדשה להלן הנם ממהדורה זו).

18 Immanuel Kant, *Perpetual Peace, in* POLITICAL WRITINGS 93, 112–113 (H.S. Reiss ed., 2nd ed. 1991).

19 GRANT GILMORE, *THE AGES OF AMERICAN LAW* 110–111 (1977).

20 יש לציין כי בעריכת הבחנה זו דרכי שונה מזו של ההוגה מרתה נוסבאום, בכתיבתה המונומנטלית על פסיכולוגיה אתית, פוליטיקה ומשפט, אשר בעניינים אחרים וקרובים השפיעה על מחשבתי עמוקות. בעבודתה, במיוחד בוו המאוחרת, נוסבאום אינה עורכת הבחנה כמו זו שאני עורך כאן, וטעמיה עימה; אך כתוצאה מכך יש לה קושי, לדעתי, להסביר את הפונקציה שוחרת הטוב הכללי של האהבה הפרטיקולרית. ראו במקומות שונים בספרה האחרון, MARTHA C. NUSSBAUM, *POLITICAL EMOTIONS: WHY LOVE MATTERS FOR JUSTICE* (2011), בעיקר בחלק 2, ונוסף על כך בפרק 11, המסכם את התזה (למשל, עמ' 380–382). התמודדות מקיפה עם טיעוניה לא תוכל כמובן להיעשות במסגרת רשימה זו.

21 למשל: Lynn D. Wardle, *All You Need is Love?*, 14 S. CAL. REV. L. & WOMEN'S STUD. 51,

האהבה במובנה הקלאסי מעולם לא תוארה טוב יותר מאשר **במשתה** של אפלטון²² – היצירה הפילוסופית המכוננת של כל שיח אהבה, שבה סוקרטס מדווח למרעיו השתיים למחצה על שיעוריה של דיוטימה בטבעה של האהבה. בניגוד לגברים, המתייחסים לארוס כאל אל או ריבוי של אלים, או כאל תשוקה (ליבידו) או רגש, דיוטימה מבארת לסוקרטס את מעמדה האתי – ואף האקזיסטנציאלי – של האהבה. דרך האהבה ליחיד, שתחילתה במשיכה גופנית, האהוב מכיר ונמשך ליופי נפשו של האהוב, ודרכו לאהבת היופי והחוכמה כעקרונות עצמאיים בעולם, מנותקים מאהוב ספציפי. האהבה הקלאסית הנה טרנספורמטיבית, לא קניינית. דרכה האהוב נהפך לטוב ולנאצל יותר, עובר תהליך של סובלימציה. האהוב אינו "של" האהוב; האהבה היא דרכו של האהוב להשתכללות אתית, היות שהאהוב רוצה בטובתו של האהוב כשלעצמה. דיוטימה מתארת תהליך הדרגתי של התעלות, שבה האהבה משמשת אנרגיה להתפתחות אתית, להכרת העולם, היופי והחוכמה. סוקרטס שח מנקודה עליונה זו. האהבה הקלאסית הנה דינמית במובן זה שהיא מהווה את הכוח המרכזי המשכלל את היחיד ביחסו לקולקטיב. האהוב רוצה בטובתו של הנאהב לא כי הוא חייב בכבודו – או חייב משהו בכלל – אלא כי הוא אוהב אותו. ההשתתפות הזו ממטאפורות של חובה ושל קניין ("אהבה שלי", "אהוב שלי") מאפיינת גם את ראיית האהבה אצל תומס אקווינס, התיאורטיקאי הגדול של המשפט הטבעי: אהבה כדיספוזיציה ותשוקה שתכליתן אינה השגה, מימוש עצמי או השתלטות, אלא שחירת טובתו של האחר.²³

כעת קל יותר להסביר מדוע אני חושב שהשפעה על הגורל הקולקטיבי דרך פעולה מוסדית כמשפט היא יציאה מצמד הכשלים או המניעויות שהצבעתי עליהם מוקדם יותר. ראשית, הפעולה המוסדית, המשפטית, מוציאה את העוקץ מן הביקורות השכלתניות על המודל הרומנטי של האדם הגדול. ההשפעה, היצירתיות, הפעלת הכוח והשפה נעשות לא במנותק ממסגרת מוסדית ומשיח, אלא תוך גיוס המאפיינים הללו לפעולה. התיאוריה הביקורתית פיתחה את מושג השיח כמושג חליפי לכוח; אבל במשפט הכוח מופעל על ידי שיח. בהשפעתו ההרסנית של פוקו טעו הוגים מסוימים מתנועת ה-CLS ובעלי עמדות ריאליסטיות קיצוניות לחשוב שכאשר כוח ושיח פועלים יחדיו, ייהפך השיח אך ורק לצורה של הפעלת כוח.²⁴ ההומניזם המשפטי שם לו למטרה את ההפך:

(2004) 60–61. עם זאת, יצוין כי מה שאני מכנה "אהבה קלאסית" מקיימת הרבה מן המשותף עם

מה שחנה ארנדט אפיינה כ-*caritas* בכתיבתה על אוגוסטינוס: HANNAH ARENDT, LOVE AND

SAINT AUGUSTINE (1996).

22 אפלטון **המשתה** (מרגלית פינקלברג מתרגמת, דן דאור עורך, 2001).

23 תומס אקווינס **מכלול התיאולוגיה**, I-II, 26.4.

24 לביטוי תמציתי של פרדיגמה זו ראו מישל פוקו **סדר השיח** (נעם ברוך מתרגם, 2005). לדיון

בביקורות מסוג זה ואחרות ראו: MARK KELMAN, A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES (1987).

למסד את פעולת הכוח כך שיהיה ככל האפשר תוצר של שיח.²⁵ שנית, לנוכח האימפוטנטיות של מוסדות פוליטיים רובניים או מנהליים לא מעטים בקידום תכליות אתיות ופרוגרסיביות, ובניגוד לתפיסות מסורתיות הרואות במשפט בבואה או תרגום של התפיסות הנורמטיביות הרווחות בחברה, גילו בתי המשפט במאה העשרים כי הם יכולים לפעול אחרת. המאה העשרים, בעיקר מחציתה השנייה, ראתה את המשפט נוטל (לפחות בצמתים מסוימים) עמדת הנהגה בעיצוב הגורל הקולקטיבי. *amor mundi* – אהבת העולם, במובן האפלטוני הטרנספורמטיבי – נהפך לאלטרנטיבה לפרדיגמה המסורתית של שמירה על סדר קיים וסטטוס קוו. מפרדיגמה של סדר ("הוי מתפלל בשלומה של מלכות, שאלמלא מוראה, איש את רעהו חיים בלעו", כמאמר מסכת אבות)²⁶ גילה המשפט פרדיגמה פרוגרסיבית של שחירת טוב: המשפט כאוהבנו וכשוחר טובתנו. שוב: איני מתייחס להסברים סוציולוגיים או סיבתיים; ענייני הוא בפרשנות, בייחוס משמעות. חשבו על פסקי הדין המונומנטליים של המאה העשרים: *Brown v. Board of Education*, למשל.²⁷ שום פרדיגמה של סדר או של שיקוף מוסריות ציבורית קיימת אינה יכולה להסביר אותו. הוא חל בניגוד מוחלט לעמדתם של ציבורים נרחבים בארצות הברית – הן לבנים והן שחורים. אפשר לחשוב עליו כעל פעילות פולשנית של אליטה נקית שנועדה להשלים את תהליך ההשתלטות של הצפון על הדרום, הפעם באמצעים משפטיים. אולם אפשר לחשוב עליו כאקט של אהבה, אהבה קלאסית שחייבת להתממש בתוך עיצוב ההיסטוריה, לא במנותק ממנה. אהבה שהן האוהבת והן הנאהבת עוברות דרכה טרנספורמציה אתית, כפי שלימדה דיוטימה את סוקרטס. אני חושב על מגוון המושגים הנורמטיביים הבסיסיים של המשפט הליברלי: צדק, הכרה, כבוד. איך לגשת אליהם? המשפט מתייחס אליהם לעיתים כאל מושכלות יסוד, כאל דוגמות של התרבות המשפטית והפוליטית שלנו. אך שאלתי אינה כיצד לבסס או להצדיק אותם מבחינה עיונית, אלא כיצד לגשת אליהם ולחיות עימם ודרכם. ראייתם כביטויים לתכליתה של האהבה לעצב את העולם היא בעיניי מה שמעניק להם את העומק האנושי שהמשפט מבטא.

25 הדובר המובהק ביותר של הומניזם מפוכח זה הוא יורגן הברמס, בסדרה ארוכה של ספרים ומאמרים העוסקים באתיקת שיח (בשנות השמונים בעיקר) ובמבנה של הרציונליות של דליברציה דמוקרטית (בשנות התשעים ואילך). ראו: JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS (1996).

26 משנה, אבות ג, ב.

27 347 U.S. 483 (1954).

פרק ג: הערה על מינימליזם שיפוטי והתיאולוגיה של הפרדת רשויות

קיימת טענה שהראייה המשורטטת לעיל בדבר השתתפות פעילה של השופטת בעיצוב הגורל הקולקטיבי הנה לא לגיטימית, באשר היא נוגדת איזו דוגמה רפובליקאית חמורה של הפרדת רשויות. אכן, תפיסת השיפוט כנטילת חלק בעיצוב הגורל הקולקטיבי דוחה מעליה את הצמצום המסורתי של השיפוט לפונקציות הסטנדרטיות של יישוב סכסוכים, שמירה על סדר פוליטי-חברתי קיים או השאת רווחה חברתית. היא רואה במינימליזם השיפוטי הדרה של שיח נורמטיבי מהותי מהשיפוט, הנתפס אז רק כיישום של שיח נורמטיבי שמוצה ברובד החקיקתי וברובד של התוויית המדיניות.

בהערה זו אני רוצה להשוות את המינימליזם השיפוטי להדרה של האהבה אל התחום הפרטי בלבד, דהיינו, לזניחת משמעויותיה הפוליטיות (המינוח כאן הוא אריסטוטלי – "פוליטי" כוונתי לארגון וניהול החיים הקולקטיביים ולשיח המלווה אותם, לא לפוליטיקה במובן הצר של התנצחות בין אידיאולוגיות או ניהול פעילות מפלגתית).²⁸

הניסיון של מינימליסטים משפטיים לעשות עם המשפט כמה שפחות, ולהתמקד בעיקר ב"יישוב סכסוכים" (אמירה מוזרה שכוונתה בעיקר לחסן את המשפט הפרטי ממושגי השסתום של המוסריות הפוליטית, לבטל את עניינו של הציבור, כאילו איננו נמצאים בחברה מגוונת שבה כמעט כל דבר שנחשב נמצא ממילא בסכסוך), הנו בעצם ביטוי לעמדה תיאולוגית מסוימת. אלה התולים אותה בעקרון הפרדת הרשויות הרפובליקאי של מונטסקייה מתעלמים מן התכנים האחרים של מחשבתו, שהרי מונטסקייה, ככלות הכול, כתב לא רק על המבנה של המשפט אלא על רוח החוקים.²⁹

הפרדת רשויות אינה מצווה דתית; היא אמצעי לחלוקת הכוח ולמניעת עריצות. הרעיון בבסיסה פשוט, מכניסטי: במקום להניח לרשויות השלטון לשתף פעולה זו עם זו (כנגד העם), ניצור מבנה אשר במסגרתו הן יתחרו זו בזו, באופן שאף לא אחת מהן תוכל להתגבר על האחרות באופן קבוע. אך היות ששלטון אפקטיבי תובע כי מבחינה מבנית תתקיים סמכות של "מילה אחרונה", ולו טנטטיבית, יש להעניק סמכות זו לרשות החלשה, הפחות מסוכנת מכולן, שתתקשה ליהפך לעריצה – זו שאין לה כוחות משלה,

28 אצל אריסטו המושג הפוליטי המרכזי הוא הצדק, והמשפט הנו כמובן תופעה פוליטית מובהקת. סעיף זה קשור באופן אמיץ אל הבא אחריו, היות שהוא מניח את הפרמטרים העולים מן ההתכתבות הידועה בין גרשם שלום לבין חנה ארנדט, אשר תידון להלן בפרק ד.

29 MELVIN RICHTER, THE POLITICAL THEORY OF MONTESQUIEU 57 (1977)

טבעו אך ורק באותה מסגרת שאוגוסטינוס מבזה, דהיינו בעיר הארצית. אקווינס רואה את הפוליטיקה לא כתוצאה של נפילת האדם ושל החטא הקדמון, לא כאמצעי למימוש תשוקותיו החוטאות, לא כרע הכרחי לצרכים רצויים כשלום וסדר ציבורי – אלא כאמצעי למימוש טבע האדם שנקבע על ידי הבורא. את הארגומנט של מסתו "על שלטונם של שליטים" [De Regimine Principum] הוא פותח בקביעה כי "האדם לפי טבעו הנו חיה חברתית ופוליטית, החיה בקיבוצים"³⁷ "טבע" הוא מושג יסודי אצל אקווינס, ופירושו אותו חלק של הבריאה האלוהית שבו ניתן ליצורים בעלי תבונה ליטול חלק. בכך אקווינס מעלה את התופעה הפוליטית – שאחד משיאיה הוא המשפט – ממעמדה הנחות אצל אוגוסטינוס למדרגת שיח אתי ותיאולוגי.

מושג היסוד של הקיום הקולקטיבי הוא הצדק. הרעיון שאפשר להדיר את השיפוט מעיסוק רציני בצדק, שאפשר לבטל או לנטרל את תפקודו כשיח נורמטיבי שהנו עצמאי במידה לא מבוטלת ביחס למוסר ולפוליטיקה, הוא שיאו של "חילון" המשפט במונחים האוגוסטיניים. אקווינס, לעומתו, מערבל את הקודש בחול. המשפט חייב להיות עמוק מבחינה נורמטיבית. הוא אינו נער השליחויות של הפוליטיקה ולא המוציא לפועל שלה והאחראי על הסטטוס קוו, אלא השומר שלה, מצפונה ולעיתים המורה שלה.

דוגמא למי ש"פספס" בעיניי את הנקודה הזו הוא שופט ידוע שאת הקריירה שלו אעמט בקצרה עם זו של השופטת פרוקצ'יה: פליקס פרנקפורטר (Frankfurter), שופט בית המשפט העליון של ארצות הברית בשנים 1938–1962. לפרנקפורטר הייתה לכאורה קריירה מדהימה, אך בעיניי הוא דמות טראגית, שופט "אוגוסטיני" שהצלחת הקריירה האישית שלו מגלמת כישלון תיאולוגי. מוכשר כשד, מנהיג כריזמטי ופוליטיקאי בנשמה, היה פרנקפורטר, בשנים לפני שמונה לשיפוט, כוח טבע של ממש: לוחם ללא חת לזכויות האדם, לצדק חברתי ולהגנת חפים מפשע; ממייסדי האיגוד האמריקאי לזכויות האזרח (ACLU) ומן האדריכלים של זכויות האזרח בארצות הברית (דרך ההכרה בסירוב מצפוני לשירות צבאי, שעיצב מתוך תפקידו במחלקת ההגנה בתקופת מלחמת העולם הראשונה); פרופסור רב השפעה בהרווארד ומן המובילים הרעיוניים של הניו דיל; יועצו הקרוב ואיש אמונו של הנשיא רוזוולט, אשר מינה אותו לבית המשפט העליון עם פטירתו של השופט המהולל קרדוזו. אבל פרנקפורטר היה מאמין גדול במינימליזם שיפוטי, וכתוצאה מכך, בעשרים ושלוש שנות שיפוטו, הדבר העיקרי שהוא עשה היה לא לעשות. שוב ושוב הוא הציב את עצמו כיריבם של שופטי הפרוגרסיביות

37 "Natura autem est homini ut sit animal sociale et politicum, in multitudine vivens". מרבית התרגומים משתמשים בביטוי "קהילות", אשר בימינו נושא מובנים שאקווינס לא ביקש לבטא; "multitudine" מציינ את עצם הצורה של חיים קולקטיביים, בלי לייחס להם כל מאפיין נוסף, קהילתי או אחר (כגון סדר פוליטי, חוק, זהות, וכדומה). ראו גם תומס אקווינס **מכלול התיאולוגיה**, II-II, 72.4.

של ה־Warren Court, עם כמה יוצאים־מן־הכלל מרכזיים (עניין *Brown*, כמובן).³⁸ עקרונותיו לא השתנו: הוא היה השופט הראשון בתולדות בית המשפט העליון של ארצות הברית שמינה עוזר משפטי (clerk) אפריקאי־אמריקאי, ובכמה פסקי דין מרכזיים הוא מביע הזדהות מסוימת עם הצד שהוא פוסק נגדו.³⁹ אך נדמה שכשופט מינימליסט הוא הועסק לעיתים יותר במעמדו ובתפקידו של בית המשפט מאשר בתהליכים המעצבים שהתרחשו סביבו, ואשר שינו את חוקתה המטריאלית של ארצות הברית באופן רדיקלי באותן שנים.⁴⁰

כשלעצמי, אני מופתע לעיתים מנפוצותה של השפה המוסדית בפסקי דין, כאילו עניינו העיקרי של בית המשפט הוא לעסוק בעצמו – מתי ייתן סעד, ומתי לא; מהם גבולות סמכויותיו, כוחו והלגיטימציה שלו; מהם יחסיו הראויים עם זרועות השלטון האחרות, וכולי. שיקולים אלה נחוצים כמובן, אך בעיניי הם צריכים לבוא במקום שני (ומרוחק) ביחס לשאלה העיקרית, אשר נדחקה לעיתים לשוליים: האם הופרה זכות משפטית באופן המזכה בסעד? איני טוען שהשאלה הנורמטיבית עצמאית ביחס לשאלה המוסדית, וברור שלא ייתכן דיון נורמטיבי ללא תיאוריה מוסדית (שהרי השאלה אם צד זכאי לסעד תלויה, בין היתר, בשאלה אם המוסד זכאי ו/או חייב להעניקו), אך עולה תהייה לגבי משקלה ומרכזיותה בפרקטיקה של השיפוט הגבוה (בשיח העיוני, לעומת זאת, אכן יש לצפות לדומיננטיות מסוימת של השאלה המוסדית).

כאשר יפגוש מאן דהוא את פרנקפורטר מטייל בשבילי העולם הבא וישאלו: "מה פעלת לטובה, בעוצמה העצומה ובהזדמנות שהופקדו בידך?" תשובתו הכנה תצטרך אולי להיות שכשופט הוא בזבז אותן לא מעט, ושהיה אולי מוטב לו המשיך לפעול מחוץ למוסד השיפוטי ולהביא לידי ביטוי את הכריזמה, את האינטלקט המזהיר, את הסמכות המוסרית שצבר ואת כשרונותיו העצומים. אם הדבר המרכזי שאתה מבקש לעשות מכס השיפוט הוא לצמצם ככל האפשר את פעילותך ואת פעילות המוסד, אזי מה הטעם ללכת לשם? מה הטעם להעביר קריירה שלמה בלחיצה על המעצורים? כיצד בלימה תדירה יכולה להיות ביטוי לאהבה? במקרה של פרנקפורטר, הפילוסופיה המוסדית שלו גרמה להיחנקותו כאשר עבר מהספירה של הרשות המבצעת והאקדמיה אל כס השיפוט.

המקרה של פרוקציה שונה מאוד. כמו כמה מעמיתותיה הדומיננטיות, בית המשפט והקריירה "שלה" קיבלו את המאפיינים של אישיותה השיפוטית, ולא להפך. השופטת

38 מבוסס על: Michael E. Hirsch, *The Enigma of Felix Frankfurter* (1981); Parrish, *Felix Frankfurter, the Progressive Tradition and the Warren Court*, in *The Warren Court in Historical and Political Perspective* 51 (Mark Tushnet ed., 1993).

39 ראו למשל: *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940).

40 ראו: Bruce Ackerman, *We the People: The Civil Rights Revolution* (2014).

פרוקציה לא הציבה את בית המשפט במרכז השיח והפרקטיקה, ולא חששה להעניק סעד כאשר חרצה משפטה שהוא מוצדק, מטעמים של שיקולים מוסדיים, גלויים או מוסוים.

אם איני טועה (זו במידה מסוימת ספקולציה), השופטת פרוקציה אינה אקטיביסטית ואינה מינימליסטית. למעשה, היא רואה את עצם ההבחנה הזו – ככל שהיא הבחנה עקרונית נטולת הקשרים – כמטרידה ובלתי מושכלת. במרכז עולמה השיפוטי מצוי לא בית המשפט אלא העניין המשפטי, הצדדים וטענותיהם, והחברה שבית המשפט משרת, משתתף בה ולעיתים מנהיג.

יש בעמדתה של השופטת פרוקציה גם מרכיב של ענווה שיפוטית, שאינה נובעת ממינימליזם שיפוטי, אלא מהכרה מפוכחת בתלות הבלתי נמנעת של מודל "השיפוט כהשתתפות" במזל: "ההלכה הפסוקה... מתפתחת מצדה באטיות ובזהירות, והיא תלויה ביד המקרה – אם הוגשה עתירה ואם נתונה מצריכים הכרה בזכות...".⁴¹ אין זה טיעון נורמטיבי, אלא הכרה במגבלות המוסדיות של עשיית הטוב השיפוטית. אבל ניתן לעשות יותר, בעיקר כאשר המחוקק מפגר אחר עשיית הטוב, ולעיתים נדמה שהוא פועל נגדה. בעניין פיתוח הזכויות החברתיות השופטת פרוקציה מקוננת על כך ש"הריסון המאפיין את הביקורת השיפוטית בנושאי מדיניות הנוגעים להקצאת משאבים לאומיים תורם גם הוא לעיכוב פיתוחן של הזכויות החברתיות בישראל".⁴² כאשר הורתה, באותה תקופה רחוקה, על פתיחת בתי קולנוע בירושלים בשבתות, היא לא הקדישה את מרצה וכוחותיה לחששות בדבר מגבלות כוחו של בית המשפט או בדבר הפופולריות שלו, אלא התמקדה – שומו שמים – בצדדים שהופיעו לפניה ובקולקטיביזם (שיצגו על ידיהם בעקיפין. מי שנדרש לו סעד לא יצא בידיים ריקות מטעמים של מתינות שיפוטית או מינימליזם מוסדי, אשר לעותר, בסופו של יום, אין בהם חלק ונחלה.

אקטיביזם צריך להיות הקשרי ואולי אף אופורטוניסטי, לא עניין של מחויבות עקרונית. כולם מעוניינים בביקורת שיפוטית כאשר הם מאוימים, ודוחים אותה כשהם "על הגל". שמרנים פחדים לא פחות מליברלים: הראשונים חוששים מפני פגיעה של רפורמטורים רדיקלים במסורות קיימות, בסטטוס קוו ובסמכויות המדינה; האחרונים – מפני פגיעת כוחה הגובר של מדינה מדירה בזכויות האדם והאזרח, ומפני השתלטות המבנים של כלכלת השוק על מכלול היחסים החברתיים והשלטוניים; וליברטריאנים דוחים כדיכוי כל מה שהמדינה עושה שאינו חיוני לפרמטרים הבסיסיים ביותר של קיום משותף (כגון דין פלילי מינימליסטי, אכיפת חוזים, ביטחון לאומי ויחסי חוץ). המשפט מתבקש להיות מינימליסטי או מקסימליסטי כעניין מעשי, בהתמודדותו עם הבטחות ואיומים קונקרטיים בהקשרים ספציפיים. אין כאן טעם בעמדה עקרונית. אקווינס מזהיר כי לא כל פעולה חוקית היא גם רצויה (פאולוס מספק לו אסמכתא: "הפּל רְשׁוּת לִי אֲבָל

41 אילה פרוקציה "שנת תשע"א במשפט" דין ודברים ז 13, 15 (2012).

42 שם.

לא כל־דָּבָר מוֹעִיל; הַכֹּל רְשׁוּת לִי אֲבָל לֹא יִשְׁעֶפְדֵנִי דְבָר׃⁴³ מקסימליזם ומינימליזם שיפוטי אינם עניינים לעיר האלוהים, אשר לה ניתן, ב"חלוקת הסמכויות" הקוסמית, מגדט על כל מה שחשוב. הם עניינה של העיר הארצית, עניין להתפלשות בשיח. המשפט אינו רק לקוח של השיח הנורמטיבי או טכנולוגיה יישומית של מיצוי השאלות המהותיות על ידי שיחים נורמטיביים אחרים (פוליטיקה, מוסר, דת וכולי). הוא אחד המוקדים המעצבים, בעל יכולות – לעיתים נסותרות – לזהות לא רק אי־צדק, אלא גם רוע. ההדרה באמצעים פורמליסטיים – ולעיתים הברחה – של אחד מן המוסדות החשובים ביותר שלנו מן השיח הערכי המהותי נוטלת מן החברה המודרנית יכולות נורמטיביות חיוניות, שאין להן תחליף במוסדות אחרים.

פרק ד': פְּרוֹקְצִיוֹנִיזְם

בסעיף זה ברצוני לעמוד בקצרה, כמעין תרגיל הרמנויטי, על כמה מאפייני עומק בשיפוטה של השופטת פרוקציונה, הממשיכים את הדברים שלעיל. כמסגרת לכך חשבתי על חליפת המכתבים הידועה בין גרשם שלום לבין חנה ארנדט לאחר פרסום אייכמן בירושלים,⁴⁴ שבה שולם – בין עניינים אחרים – מאשים את ידידתו הוותיקה בכך שאין בה "אהבת ישראל" (אזכיר שאת הדוקטורט שלה כתבה ארנדט על מושג האהבה אצל אוגוסטינוס; זה אינו מושג תם או חדש מבחינתה או מבחינתו של שולם).⁴⁵ תגובתה של ארנדט ארסית: נכון, היא כותבת, אין בה; היא אוהבת אנשים, לא קולקטיבים. האהבות שלה קפריזיות, פרטיות, היא לא חייבת כלום לאף אחד. מבחינתה של ארנדט, שולם מצפה ממנה לעשות הנחות לחברים: לרכך את ביקורתה ההיסטורית על היודנראטים ואת ביקורתה הפוליטית על ניצולו (כלפי פנים וכלפי חוץ) של משפט אייכמן על ידי השלטון הבן־גוריוני ומשת"פיו המשפטיים. מבחינתה, אמירתו זו של שולם נגועה בחוסר יושר אינטלקטואלי. יתר על כן, למושג "אהבת ישראל" יש תוכן טרנסצנדנטי, א־היסטורי; זהו מושג מיסטי למחצה שמחליף, במודרנה המחולגת, את אהבת אלוהים

43 האגרת הראשונה אל הקורנתיים ו 12.

44 HANNAH ARENDT & GERSHOM SCHOLEM, DER BRIEFWECHSEL (Marie Luise Knott & STEVEN E. David Heredia eds., 2010). למסה יפה על יחסיהם־שכתב של ארנדט ושולם ראו: ASCHHEIM, SCHOLEM, ARENDT, KLEMPERER: INTIMATE CHRONICLES IN TURBULENT TIMES (2001).

45 ARENDT, LOVE AND SAINT AUGUSTINE, לעיל ה"ש 21. לאהבה יש מקום מרכזי בכתיבתו של אוגוסטינוס, ואהבות ותשוקות מופיעות הן בכתיבו העיוניים והן באלה האוטוביוגרפיים (הוא מציין את אהבת האל, אהבת עצמו, אהבת גופנו ואהבת הזולת). דיונו העיוני־התיאולוגי מתרכז במה שהלטינים כינו *caritas* – ידידות או אהבת השכן – שהנה הבסיס לכל תפיסה קהילתית.

(ובכך הוא גרוע ממנו, היות שבהעדר אלוהים העם שם את עצמו יחידי במרכז). ובכלל, הרי היא עצמה יהודייה; מה שולם תובע ממנה – שתאהב את עצמה? שולם אולי התכוון למה שארנדט חשדה בו, אבל בהחלט לא רק לכך: מה שהוא קרא בארנדט היה הפוזיציה קפוצת-השפתיים של נביאת הזעם אשר רואה במקרה הפרטי רק דוגמא לרוע האנושי הכללי (ארנדט, כזכור, קראה לשואה "פשע נגד האנושות שבוצע על גופו של העם היהודי").⁴⁶ מה ששולם זיהה כחסר (מגונה, אולי פתולוגי) בגישתה של ארנדט הוא העדרם של ליבידו אוהב, שחירת טובתו של הנאהב, חמלה, השתתפות, אינטימיות. ארנדט אכן חששה וחשדה באהבה במוכן הזה, היות שהיא ראתה את האהבה כא-פוליטית באופן מובהק. רק בכתיבתה המאוחרת היא מפתחת, בהיסוס-מה, את המושג *amor mundi*⁴⁷ – אהבת העולם הלא-פרטיקולרית. תשובתה לשולם מקפלת אפוא עמדה כפולה: חשדנות כלפי האהבה כמושג נורמטיבי והתעקשות על הארצי, ההיסטורי, הפוליטי, הכאן-ועכשיו של המצב האנושי.

השופטת פרוקצ'יה, נדמה לי, זרה לעמדה הראשונה של ארנדט, אך פועלת מתוך השנייה. היא מעצבת תווך בין שולם לארנדט: אהבת הארצי, הקיים הקולקטיבי, הניתן להשתכללות (perfectibility), אשר אין פירושו סלחנות או הימנעות מהתבוננות עצמית מפוכחת, והנטול כל מימד של גאולה. היא אינה עושה הנחות לחברים; להפך – שחירת טובתם תובענית: היא מצפה מהם להיות טובים יותר, והיא שם כדי לעזור.

מתוך המתח הזה בין עמדותיהם הקוטביות של שולם ושל ארנדט אדון בקצרה בשלושה מאפיינים (ולמעשה בשניים וחצי) בכתיבתה/שיפוטה של השופטת פרוקצ'יה, החלים על החיבור בין אהבה לבין עיצובם הנורמטיבי של החיים הקולקטיביים. כפרדיגמות אתייחס בעיקר למה שעולה מכמה פסקי דין שאותי באופן אישי מרשימים במיוחד, ואשר הולכים במידה רבה בניגוד לתלם ההיסטורי, ל-*Zeitgeist* של זמננו.⁴⁸

46 HANNAH ARENDT, EICHMANN IN JERUSALEM: A REPORT ON THE BANALITY OF EVIL 268 (1963). לניתוח ולדין ראו: Jonathan Yovel, *How Can a Crime Be Against Humanity? Philosophical Doubts Concerning a Useful Concept*, 11 U.C.L.A. J. INT'L L. & FOREIGN AFF. 39 (2006).

47 HANNAH ARENDT, FOR LOVE OF THE WORLD (2004).

48 הרשימה שאני מתבסס עליה כאן כוללת את בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: בג"ץ **איחוד משפחות**), שבו פסלה השופטת פרוקצ'יה, בדעת מיעוט, את התיקון לחוק האזרחות המבטל את האפשרות של פלשתינים שנישאו לישראלים לחיות ולהתאזרח בישראל; בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן: בג"ץ **הפרטת בתי הסוהר**), שבו פסקה על בטלותו של המהלך הכולל להקמת בתי סוהר פרטיים; בג"ץ 11339/05 **מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע**, פ"ד סא(3) 93 (2006), שבו ניסתה – בדעת מיעוט – לשמר את הלכת **קינני** הידועה בהליך הפלילי. יכולתי באותה מידה לבחור פסקי דין אחרים, העוסקים באחריותו של בעל זכות מעין-קניינית כלפי כולי עלמא לא להכשילם (ע"א 2643/97 **גנו נ' בריטיש**

ההכרעה המשפטית בפסקי דין אלה חשובה, כמוכן, אבל לא בה אתמקד; אתרכז בשפה, בחזון ובעמדות הרקע המיידעות את התהליך הפסיקטי על חשבון עמדות דוקטרינריות.

1. הרטוריקה המפוכחת של השתתפות

יש רטוריקה המאפיינת את המוכיח בשער, את מחנך האומה, לעיתים את נביא הזעם. אלתרמן מאפיין זאת באירוניה ב"שירי מכות מצרים":

"אז חוזיה שונסים מתנבאים
והובטים בה בבל מקל
להוסיף על מכות מצרים
את ענשו של מוסר-השכל."⁴⁹

הפתוס והאתוס של השופטת פרוקצ'יה שונים: לשונה היא של מי שכותבת לא מנקודה ארכימדית הנמצאת מחוץ לקהילה, ולא מפוזיציה של שליטה, אלא ממקום של השתתפות, של מי שהדברים חלים גם עליה. היא כותבת, כך נדמה לפעמים, על עצמה. לכן היא מזכירה בבג"ץ **איחוד משפחות** את פרשת *Korematsu* הידועה לשמצה (ומעלה עליה את חמתו של המשנה לנשיא חשין):⁵⁰ לא כחלק מן הטיעון המשפטי הפורמלי, אלא כדוגמא להידרדרות המאיימת על קהילה דמוקרטית בעיתות מצוקה בטחונת, כמעשייה מוסרית על מה שקורה כאשר האהבה אובדת והשפה היחידה שהמשפט יודע אז לדבר היא שפת האיומים.

התחושה היא שלשיטתה של השופטת פרוקצ'יה, הסתגרותה הפרנואידיית של "החברה הפתוחה" (מונח שטבע קרל פופר)⁵¹ כתגובה על איומים בטחוניים, זמניים או קבועים, הנה תבוסה חמורה יותר, במסגרת המאבק במאיימים על המדינה, מאשר יתרון מסוים, תיאורטי או אפילו מעשי, שטרוריסטים עלולים לנצל באמצעות חדירה למרקם של החברה הזו. בנג'מין פרנקלין כתב בזמנו כי "[t]hose who would give up essential

וקולוניאלי חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (2003) או בחובות נאמנות מורחבות של דירקטורים כלפי בעלי מניות (דהיינו, אנשים "אמיתיים", ולא רק התאגיד המופשט) (ע"א 741/01 קוט נ' עזבון איתן, פ"ד נז(4) 171 (2003) או בחשיבות הזכות לחופש הביטוי על מופעיו השונים דווקא במקרים שמעצבנים את הממסד במיוחד (בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2003) וכולי.

49 נתן אלתרמן **שירי מכות מצרים** "בדרך נא-אמון" ב (1944).

50 בג"ץ **איחוד משפחות**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 172-173 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

51 קרל פופר **החברה הפתוחה ואויביה** (2003).

"Liberty, to purchase a little temporary Safety, deserve neither Liberty nor Safety"⁵², השופטת פרוקצ'יה אינה מדברת על חברה מופשטת, אלא על הדמוקרטיה הישראלית, הקונקרטי, זו שאת מתחיה וסתירותיה אנו חיים יום-יום – המקום שבו אושרם והגשמתם של אנשים תלויים בדברים אמיתיים (בעניין זה מדובר ביכולת לממש אהבה על ידי הקמת משפחה).⁵³ יש בדבריה כנות אמיתית בעניין המחיר שהדמוקרטיה הספציפית הזו משלמת על פתיחותה:

"נימנע מפגיעה גורפת בציבור שלם החי בתוכנו הראוי להגנה חוקתית על זכויותיו; נגן על בטחון חיינו באמצעות אמצעי פיקוח אינדיבידואליים גם אם יש בכך כדי להעמיס עלינו מעמסה נוספת, ואפילו אם משמעות הדבר הותרת שוליים מסוימים של הסתברות לסיכון. נגן בכך לא רק על חיינו אלא גם על ערכי חיינו..."⁵⁴

השופטת פרוקצ'יה שותפה לעמדה האתית-המשפטית המפוכחת של הנשיא ברק, שלפיה דמוקרטיה הנה צורת חיים שיש לה מחירים, אשר אחד מהם הוא ויתור על השאיפה לביטחון אזרחי ומדיני מוחלט מקום שאינטרסים אלה מתנגשים בזכויות

VOTES & PROCEEDINGS OF THE H.R. 1755–1756, 19–21 (Comm. Print 1756), available at 52
franklinpapers.org/franklin/framedVolumes.jsp?vol=6&page=238a

קשה לא להתרשם מדבריה של השופטת פרוקצ'יה בהקשר זה בבג"ץ **איחוד משפחות**, לעיל ה"ש 53
48, בעמ' 217:

"הזכות למשפחה היא טעם החיים שבלעדיו נפגעת יכולתו של אדם להגיע לידי הגשמה עצמית ומימוש עצמי. בלא הגנה על הזכות למשפחה, נפגע כבודו של האדם, נגרעת זכותו לאוטונומיה אישית, ונמנעת ממנו היכולת לקשור את גורלו עם בן זוגו ועם ילדיו ולקיים חיים מתוך שותפות גורל עימם. בין זכויות האדם, ניצבת זכותו של אדם למשפחה במידרג העליון. היא קודמת בחשיבותה לזכות הקנין, לחופש העיסוק, ואף לפרטיות ולצינעת הפרט. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם ואת התגלמות הגשמת עצמיותו."

שם, בעמ' 230. ראו גם דבריו הנכוחים והכנים של הנשיא ברק באותו עניין (שם, פס' 111 לפסק דינו):

"עלינו לומר בפה מלא: אין לקיים דמוקרטיה וזכויות אדם בלא ליטול סיכונים... כל חברה דמוקרטית נדרשת לאזן בין הצורך לשמור ולהגן על חייהם ושלומם של האזרחים לבין הצורך לשמור ולהגן על זכויות האדם. 'איזון' זה אין פירושו אלא שעל מנת להגן על זכויות האדם נדרשים אנו ליטול סיכונים אשר במסגרתם עשויים להיפגע אנשים חפים מפשע. חברה החפצה לשמור על ערכיה הדמוקרטיים והמבקשת לקיים משטר דמוקרטי גם בתקופת טרור ולחימה, אינה רשאית להעדיף את הזכות לחיים בכל מקרה בו היא מתנגשת עם השמירה על זכויות האדם. חברה דמוקרטית נדרשת למלאכה המורכבת של האיזון בין הערכים המתנגשים. איזון זה, מעצם טבעו, כולל בתוכו מרכיבים של סיכון ומרכיבים של הסתברות..."

האדם, בהגינות בסיסית ובטובתה האתית של החברה.⁵⁵ בניגוד מסוים לאיפוקו הרטורי של הנשיא באותו פסק דין, השופטת פרוקצ'יה אינה מהססת להטיל ספק ביושרת העמדה שהמדינה מציגה (באותו עניין דובר במניע דמוגרפי שהוסתר על ידי טיעון בטחוני).

בתארו בלשונו הציורית את המקום שאליו מתייחסים לכאורה הנשיא ברק, השופטת פרוקצ'יה וחבריהם לדעת המיעוט באותו עניין, כינה אותו המשנה לנשיא חשין "אוטופיה".⁵⁶ והוא מפרש: "שום מקום". הניסיון להשיג את מה שהשופטת פרוקצ'יה מכנה כאן "גרעין הפשרה"⁵⁷ נראה לו לא רק מוטעה, אלא כמעט עניין של הבל, משטר של זכויות שמצוי ב"שום מקום" (כפי שאודיטאוס לימד את הקיקלופ לומר שעינו נוקרה על ידי "אף אחד"). השופטת פרוקצ'יה אינה משחקת על המגרש הזה. היא חושבת שהמקום שאותו היא כותבת הנו מקום קונקרטי, ו"מדינת ישראל" שמו. מדינה זו נמצאת אומנם במסגרת מקיפה של איומים, אבל חרדתיות אינה התמודדות עם איומים, אלא כניעה להם. המדינה הרוויחה ביושר, בהתמודדות ובמחירים קשים, מידה של ביטחון עצמי ותחושה של התקדמות מחשבתית וערכית ביחס לשיח האיומים. כותבת השופטת פרוקצ'יה:

"טענת 'צורך בטחוני' הנשמעת מפי המדינה אינה בבחינת נוסחת קסם, אשר העלאתה מצדיקה את קבלתה ללא חקירה ודרישה. היו ימים בעבר, שבהם טענת המדינה בדבר צורך בטחוני התקבלה על פניה, בלא בחינת משמעותה ומשקלה. ימים אלה חלפו, ומזה שנים רבות, טענות הרשות בדבר צורך בטחוני נבחנות לגופן בערכאות השיפוט בהקשרים שונים. אמנם, ככלל, בית המשפט נוקט ריסון בבחינת שיקולי הבטחון של הרשות, ולא בנקל יתערב בהם. עם זאת, מקום שהפעלת מדיניות בטחון כרוכה בפגיעה בזכויות אדם, על בית המשפט לבחון את סבירות שיקוליה של הרשות ואת מידתיות האמצעים שהיא מבקשת להפעיל..."⁵⁸

השופטת פרוקצ'יה אינה רואה בישראל דמוקרטיה מופשטת, אלא מדינה קונקרטית,

55 אלה החלטות שקלברוי ובוביט מכנים "טראגיות", במובן זה שהן מישירות מבט אל המחירים שכל חברה הייתה רוצה להימנע מהם. ראו: GUIDO CALABRESI & PHILIP BOBBITT, TRAGIC CHOICES: THE CONFLICTS SOCIETY CONFRONTS IN THE ALLOCATION OF TRAGICALLY SCARCE RESOURCES (1978). אחד משיאיה של מחויבות זו בפסיקתו של הנשיא ברק מצוי בפסק הדין הידוע בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים – בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).

56 בג"ץ איחוד משפחות, לעיל ה"ש 48, בעמ' 98.

57 שם, בעמ' 216.

58 שם, בעמ' 219.

של אנשים שאושרם וטובתם תלויים במידה לא מבוטלת במה שיעשו היא ועמיתיה השופטים. זהו מקום אפשרי, אשר לא נידון – מכוח היסטוריה טראגית ודבקות בטראומה – לדטרמיניזם של פרנויה והסתגרות. היא כמו אומרת: "זו הקהילה שלי, ואני רוצה לתקן אותה, לשפר אותה ולדאוג לה מבפנים." זהו האתוס המורה לה, בהקשר אחר, כי אסור להפריט את פונקציית הענישה הריבונית לחברות מסחריות,⁵⁹ ואשר מיידע באופן חוצה הקשרים את האכפתיות שלה לרווחתם של הישראלים, את דאגתה למצוקתם (כולל מצוקתם החומרית) ואת המימד הנורמטיבי הכרוך בהעדר קיצוני של רווחה.⁶⁰

2. ארציות

יש בכתיבתה של השופטת פרוקצ'יה אהבת הארצי, אהבת הקיים. היא אינה מנסה לכוון את הקולקטיב לאידיאל טרנסצנדנטי כלשהו או לחזון היסטורי מגייס. היא רואה את שליחותה במונחים של שיפור הסביבה האתית וחיהם הקיימים, האקטואליים, של האנשים. במידה רבה פירושו של דבר הגברת הסולידריות והאחריות הבין-אישית, גם על חשבון אינטרסים מסורתיים דוגמת זכויות קניין מוקנות או הוודאות היחסית של פורמליזם משפטי.⁶¹ עיקר העיקרים הוא להצליח לקיים יחד חברה הגונה המסוגלת להכיל את כולם. פתיחות ואיפוק הם מאפיינים הכרחיים לישראל אתית. איזון מפוכח זה –

"צומח ממציאיות שבה אין אמיתות מוחלטות ואין ערכים מוחלטים. הוא בנוי על ראיית היחסיות הן של זכויות אדם והן של אינטרסים חברתיים. הוא מבוסס על ההנחה כי השגת ההרמוניה בין זכויות היחיד לבין צרכי החברה מחייבת פשרה, וכי גרעין הפשרה הוא העומד ביסוד הסדר ההרמוני בין מכלול זכויות הפרט לבין ערכי החברה. הוא התנאי לחיי חברה תקינים ולמשטר חוקתי ראוי."⁶²

המושג "מציאיות" הנו מושג מפתח כאן. תפיסת עולמה של השופטת פרוקצ'יה דוחה את ההפרדה הנומינליסטית בין המשפט לבין "העולם האמיתי", כאילו המשפט אינו

59 בג"ץ הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה"ש 48.

60 כעניין זה – המתבטא בתמיכתה החד-משמעית בזכויות חברתיות – אפשר לשאוב עדות מדבריה המפורשים, המבוססים על ראיית עולם מוצקה הדוחה הסתפקות אך ורק בטובין מופשטים על חשבון גשמיים: "אין טעם עיוני של ממש המצדיק את ההבחנה בין שתי קבוצות זכויות האדם [האזרחיות והחברתיות – י' י'], הראויות שתיהן להכרה כזכויות על חוקתיות במדינת רווחה דמוקרטית. קיים ביניהן גם קשר שאינו ניתן לניתוק..." פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 41, בעמ' 14.

61 פרשת גנו, לעיל ה"ש 48.

62 בג"ץ איחוד משפחות, לעיל ה"ש 48, בעמ' 216.

אמיתי, כאילו הוא מופשט או מושגי (ולפיכך "טהור"), כאילו מקומו במקביל או מעל למישורי הקיום הרגילים, שבהם הוא נוגע מדי פעם באמצעות הפעולה המסתורית של "יישום" או "החלה" של נורמה (אשר אינה חלק מהעולם, כאמור) על "עובדה" (שהיא חלק ממנו).⁶³ דיבור מבדיל כזה על המשפט הנו שריד לשיח תיאולוגי דומיננטי שראה את המשפט כנובע מממדים טרנסצנדנטיים – כחלק מהקודש, ולא מן החול. זה השיח שתומס אקווינס איגש באופן מונומנטלי כאשר קבע כי את המשפט ניתן להבין רק במונחים של תבונה מעשית, תבונת האדם, וכי הוא מכונן ל"טובת הכלל", המתרחשת כאן ובתוך ההיסטוריה, ולא בספרות עליונות או בחזון אוטופי או אסקטולוגי מדומיין.⁶⁴ לחלום יש קיום ומשמעות רק כחלק מן המציאות, ולצדק אין זמן להמתין עד שהמציאות תואיל בטובה להשתפר מעצמה, ללא עזרת המשפט.

3. אתיקה קולקטיבית v. אידיאולוגיה

בארציות הזו ניתן לזהות מאפיין קריטי נוסף, אשר אינו בהכרח מופשט יותר אך קשה יותר (ואולי אין צורך) לעגנו טקסטואלית. הוא קשור הדוקות לתמות שנידונו לעיל – אהבה קלאסית וארציות – ומהווה מעין "אופק אתי" שלהן. השאלה בניסוחה הכללי היא: מהו ערכם של החיים הקולקטיביים? מה יש בקולקטיב שבמסגרתו האדם יכול להשתכלל באופנים שאינם נגישים לו כישות אטומיסטית?

המשפט התועלתני הקלאסי שואל שאלה זו באופן מכשירי בלבד, שכן לדידו, לא רק שלקולקטיב אין תכליות משל עצמו, גם אין לו אוצר מילים ערכי נפרד. עניינו היחיד של

63 המחלוקת בין אסכולות המשפט הטבעי לבין הפוזיטיביזם המשפטי אינה – או אינה רק – בשאלה אם נורמות הן עובדות או לא. המחלוקת המעניינת יותר היא בשאלה איזו מין טענה זו שנורמה היא עובדה. עבור פוזיטיביסט הארטיאני, למשל, התשובה פשוטה יחסית: נורמה (לצרכינו – משפטית) הנה עובדה חברתית, כמו עובדות חברתיות אחרות. היא קונטינגנטית, תוצר מעשי של סוציולוגיה והיסטוריה ספציפיות. אין בה או בתכניה שום דבר הכרחי מבחינה נורמטיבית. המשפט הטבעי מעדיף להבחין בין נורמות לבין עובדות, אך אינו מחויב לכך. מבחינה פרדיגמטית, נורמות עשויות להיות תקפות גם אם אין להן שום מעמד עובדתי במובן של קיום במרחב החברתי-הפוליטי. אך המשפט הטבעי מוכן לשחק את משחק הלשון של עובדות: אם נורמה היא עובדה, אזי היא שונה מעובדות אחרות בתקפותה הנורמטיבית ובהכרחיותה, בחוסר הקונטינגנטיות שלה. "לא תרצח" הנה נורמה משפטית הכרחית גם אם מקורה בטיעון עובדתי כאשר למבנה הקוסמוס, לטבע האדם או לתבונה. זהו המקור לביקורת הפוזיטיביסטית נגד "הכשל הנטורליסטי" (שהנטורליזם אינו רואה ככשל כלל) ולביקורתו הפרגמטיסטית של רורטי שלפיה כל ניסיון לעגן נורמטיביות בעובדות הוא משמעותו העמוקה (והמגונה) של הפונדמנטליזם. RICHARD RORTY, AN ETHICS FOR TODAY: FINDING COMMON GROUND BETWEEN PHILOSOPHY AND RELIGION (2010).

64 החוק, לפי אקווינס, הנו "ציווי של התבונה המכוון לטובת הכלל" שחוקק בפועל. תומס אקווינס מכלול התיאולוגיה, I-II, 90.4.

הקולקטיב הוא אושרם של האנשים. במקרה הטוב הוא יכול לסייע בדיהם, ולמצער – לא להפריע. הנחותיו של המשפט הליברלי בדבר חירות ורציונליות מורות לו כי ראוי לסייע לאנשים לקדם את תכליותיהם באופן האופטימלי ולא להכתיב להם מה יעשה את חייהם לטובים או לבעלי משמעות. הקיום הקולקטיבי רצוי כי מסתבר שבדרך-כלל טוב לאדם יותר כאשר הוא חי בקהילות מאשר לבדו. תועלתנים אריסטוטלים מוסיפים על כך שיש משהו **בטבע** האדם שיכול להתבטא רק במסגרת חיים פוליטיים, ודווקא דבר בעל ערך רב.

הליברליזם האינדיבידואליסטי מנוגד לתפיסות אחרות – חלקן קהילתניות וחלקן לא – הסבורות כי היחיד, באמצעות נטילת חלק בעיצוב גורל קולקטיבי, יכול להשתתף בפעולה אתית שאינה ניתנת לרדוקציה לאוטונומיה שלו. במילים אחרות, הקולקטיב מסוגל להיות טוב יותר מהיחיד. יש תכליות אתיות שהיחיד לא יגיע אליהן, או לא יגיע להזדמנות להגיע אליהן, אבל הקולקטיב אולי יאפשר לו זאת באמצעות השתתפות. כוונתי לקטגוריות של נדיבות, סולידריות, אלטרואיזם ואף הקרבה שהקולקטיב מסוגל להן גם אם מרבית יחידיו לא.⁶⁵ במובן זה, היחידה הפוליטית אינה "הרחבה" של יחידות קטנות יותר, כמשפחה או אינקורפורציות אחרות, אלא "חיה" אחרת.

עלינו להיות זהירים בזה: קל להידרדר למקום שבו הקולקטיב (ולפיכך היחידים) מגויס לתכליות שרורטי (Rorty) מכנה "פונדמנטליזם", ואחרים – "אידיאולוגיה"; למקום שבו הקולקטיב עצמו נהפך למכשיר בשירות מטרה טרנסצנדנטית, "נעלה" לכאורה.⁶⁶ אין זו, כמובן, כוונתי כלל: התופעה שאני מתאר היא בדיוק זו שבה הקולקטיב אינו מגויס; המחירים והקורבנות הנתבעים ממנו הם לשם השתכללותו האתית, ולמענה הוא נתבע לעיתים לשלם במטבע אידיאולוגי. המודל כאן זהיר, מצומצם, ועניינו אבולוציה של הקולקטיב, שהיא ההפך מגיוסו לטובת אידיאולוגיה.

בהקשר הישראלי השאלה האידיאולוגית מתבקשת. היות שמדינת ישראל הוקמה על פי החזון הציוני, והיות שרבים רואים את תכלית (והצדקת) קיומה במונחים אלה באופן מהותי (לעיתים אף א-היסטורי), קל לקבל באופן לא ביקורתי השלכה ישירה ובולענית של ראייה זו על המשפט והשיפוט. כשם שבמשפט הקומוניסטי החזון המרקסיסטי צובע את כל ההקשרים, כך הציונות עלולה ליהפך מחזון לאומי של שחרור ומימוש עצמי-קולקטיבי במסגרת דמוקרטית לאידיאולוגיה בולענית ומדירה. הראייה הליברלית של הציונות (או של כל תנועת שחרור לאומי אחרת) רואה אותה כאמצעי בידי היחידים למימוש אותו היבט קריטי של קיומם האנושי שאינו ניתן לביטוי אטומיסטי. בראייה זו

65 נקודות הייחוס שמתבקש להתמודד עימן בהקשר זה הן עבודותיהם המונומנטליות של רוסו ושל הגל, אבל בכונה איני רוצה להכפיף את הדיון לעמדות תיאורטיות מקובלות. ענייני, ככלות הכול, אינו בדיון עיוני בתיאוריה פוליטית, אלא בזווית צרה בהרבה שניתן לכנותה פנומנולוגיה של השיפוט.

66 RORTY, לעיל ה"ש 63.

הלאומיות מהווה כלי למימוש תכליותיהם של יחידים בחווייתם הקולקטיבית, ולא כלי להכפפת היחיד או הקולקטיב למולך טרנסצנדנטי. "שיבת היהודים להיסטוריה", כפי שהציגות רואה את עצמה לעיתים,⁶⁷ הנה "שיבת" היהודים, ולא שעבודם לפרויקט אידיאולוגי.⁶⁸ עיון בחלק מפסקי הדין של השופטת פרוקצ'יה – שחקנית מובילה, אם כי עצמאית, במה שניתן לתאר כ-Barak Court – מנכיח את המתח הזה ואת ראיית העולם ההדוקה שלה ביחס אליו.⁶⁹ בבג"ץ **איחוד משפחות**, ההפרדה שהיא עורכת בין הכרתה באינטרס האתי ארוך הטווח של הקולקטיב ("ערכי חיינו") לבין חשדנותה בקיום מניע נסתר לחקיקת התיקון לחוק האזרחות (דהיינו, תכלית דמוגרפית שלא פורשה) מדגישה את הראייה המפוכחת, המבחינה בחדות בין התקווה והאמון בקולקטיב, מצד אחד, לבין הדחייה המוחלטת של גיוסו לתכלית אידיאולוגית בדלנית (ואפילו אם זו בדלנותו של הרוב), מצד אחר.

67 ראו שמואל נח אייזנשטדט "תנועות לאומיות יהודיות מודרניות והתנועה הציונית: התנועה הציונית וחזרת היהודים להיסטוריה" **הציונות והיהדות: הניסיון ההיסטורי היהודי בפרספקטיבה השוואתית וגילויי בחברה הישראלית** 172 (2002); **הציונות והחזרה להיסטוריה – הערכה מחדש** (ש"נ אייזנשטדט ומ' ליסק עורכים, 1999).

68 דרך אגב, כמטאפורה, חלק מהמשמעויות המקובלות של "שיבה" זו שגויות, היות שהיהודים מעולם לא עזבו את ההיסטוריה **כולה**; זו אמירה של העידן הלאומי, הווסטפלי, אשר מגביל את ראיית ההיסטוריה למספר מצומצם של נרטיבים ומופעים. המימד הלא-מטאפורי של "שיבה" זו, שניתן לייחסו לגרשם שלום, הנו אמפירי, אינטלקטואלי-חוויתי ונורמטיבי: היהודים "חזרו" **לחיות, לחשוב ולפעול** באופן היסטורי ורציונלי, דהיינו, לא באופן מיסטי וטרנסצנדנטי. מבחינה זו שולם רואה את הציונות כדחייה של תיאולוגיה פוליטית, כתהליך של רציונליזציה של הקיום היהודי המודרני, מעבר לתכליתה לפתור סדרה של בעיות הקיום בגלות. זהו המקור לאנטי-משיחיות שלו ולסלידתו מלאומנות. לשיטתו, "הכניסה של עם ישראל למישור ההיסטורי פירושה לקבל אחריות על עצמו, על מעשיו ומחדליו; פעולה במישור הפוליטי של ההיסטוריה החילונית, היא דבר אחר מאשר פעולה במישור הרוחני דתי... [הציונות] איננה תנועה משיחית, וזהו סודה מפני שכתנועה משיחית נידונה היא למפרע לכישלון." גרשם שלום **דברים בגו: פרקי מורשת ותחייה** 11–54 (1976) (הציטוט מעמ' 49–50).

69 ביטוי הראשי של מאפיין זה של Barak Court הוא דווקא במשפט הפרטי: ברור כי מבחינת הנשיא ברק, השופט זמיר ושותפיהם לדרך, מרכיב קריטי בפיתוחה האתי של החברה הישראלית מצוי לאו דווקא בהיבטים הדרמטיים של המשפט הציבורי, אלא בהתקדמות האינקרימנטלית של המשפט הפרטי, החל על מגוון עצום של אינטראקציות, על מושגי היסוד שבו – תום לב, אחריות רשלנית, עשיית עושר ולא במשפט, ועוד – בין שהם מבטאים מושגי שסתום היונקים מהפילוסופיה הפוליטית של כבוד האדם ובין שהם מבטאים ערכים חברתיים ובין-אישיים נפרדים, כצדק תגמולי או מאחה. זו הייתה גם עמדתו של דה-טוקוויל (לעיל ה"ש 11), שגרס כי התחום המשפטי בעל ההשפעה הרבה ביותר על החברה הוא דין הירושה. רשימה קצרה זו אינה המקום, כמובן, לדיון ביקורתי בטענה זו.

באותה מידה היא חושדת – בבג"ץ הפרטת בתי הסוהר – במבנה האידיאולוגי של העיקרון של כלכלת השוק, כאשר היא מגינה על מה שהיא רואה כיסודותיה של האמנה החברתית שבבסיס הלגיטימציה של השלטון. במציאות של הפרטה משתוללת, שבה המדינה ומשאביה נתונים למשיסתם של מוקדי כוח כלכליים, דווקא שופטת המזוהה לא מעט עם פסיקה כלכלית ועם פיתוח דיני ניירות-ערך מבטאת אי של התנגדות – לא רק לרטוריקה הכוללנית של כלכלת השוק, אלא גם ללגיטימציה של התפשטותה, אשר חייבת להיות תחומה במושכלות היסוד הנורמטיביות של האמנה החברתית:

“הפעלת כח-מרות שלטוני בידי זכייין פרטי כלפי אסירים אינה זוכה לאמון ולהסכמה חברתית רחבה כפי שמהותה מחייבת. היא אינה מבטיחה כי מטריית זכויות האדם, הפרושה על כל אדם באשר הוא, לרבות העבריין בכלא, תישמר ותוגן, וכי פגיעה בה תותנה לעולם בתנאים ובסייגים שהשיטה החוקתית מחייבת...”⁷⁰

זהו החיבור להיבטים שכיניתי “ארציות” ו”השתתפות”: המציאות אינה נבחנת כיישום של רעיון, של תוכנית-אב אידיאולוגית. יש לה עוצמה משלה. היא שדה של השתתפות ושל שיח ופעולה ערכיים. לאהוב את הקולקטיב פירושו לרצות בטובתו, לרצות להתגאות בו, להגן עליו ולקומם אותו – לא לגייסו לטובת רעיון או אידיאולוגיה, כדרכו של יצר הרע של הפוליטיקה. האתגר האתי תובע לעיתים לוותר על צמידות והיקבעות לנרטיב מכונן; להשתדל לרפא, להתרפא ולהתגבר על טראומה, ולא להעצימה ולטבוע בתוכה. אהבה זו מבפנים, מתוך השתתפות, היא שמרווה את עיצוב הגורל הקולקטיבי – ואת השיפוט בכלל זה – בערך ובמשמעות. יש המכחישים אותה או בורחים ממנה; יש החיים דרכה.

סיום

נטילת חלק בעיצוב הגורל הקולקטיבי אינה מחייבת מודל של maverick – של הגניוס הרומנטי, הנפוליאוני, הסוחר, החורג מכל מערכת ייחוס אנושית קודמת. במערכות דמוקרטיות מודרניות הפירוש הטוב ביותר שניתן לתת לה הוא השתתפות בעיצוב של

70 בג"ץ הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה"ש 48, פס' 27 לפסק הדין. דחייה זו של כוחה השכנועי של לוגיקה אינסטרומנטלית בשם זכויות האדם מבוטאת גם בדעת המיעוט שלה בפרשת **מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע**, לעיל ה"ש 48 (פסק הדין שבו בוטלה הלכת קינוי, שקבעה כי אין להתיר עדות של שותף לפשע במשפט נגד שותפו בטרם הוכרע משפטו שלו).

מוסדות ופעולה במסגרתם. ניסיתי לדמיין את המשפט כפועל מתוך מוטיבציה של אהבה – כשחר את טובתו של האהוב בכל הפרמטרים האפשריים. זהו מודל הפוך מן המפוכחות ה"ריאליסטית" של מינימליסט כאוליבר ונדל הולמס, המציע לדמיין את המשפט כפועל מנקודת המוצא של "האיש הרע".⁷¹ רעיונו אומנם שנון מאוד, ומבחינה אמפירית ייתכן שהוא מדויק למדי, אך הוא אינו מבטא את ההיבט הטרונספורמטיבי של המשפט – הן כאוהב והן כמדמיין את סוגי הטוב שבני-האדם מסוגלים להם. בתפיסה הצרה של "האיש הרע" – אשר לאושרנו אינה מאפיינת את הריאליזם המשפטי המורכב יותר – אין למשפט תפקיד משמעותי בהיסטוריה. הוא רגולטור בתוך המציאות, ולא אחד ממעצביה. השפה היחידה שהוא מבין היא כוח, והאמצעי היחיד העומד לרשותו הוא האלימות, גם כאשר זו מוסווית בתבניות של שיח משוכלל. השאלה אם הוא מסוגל לאהוב, ומה קורה לו כאשר הוא אוהב, היא עקרה במסגרת כזו.

ניסיתי לספק קווים בסיסיים לעמדה ההפוכה, של האהבה ושחירת הטוב כדיספוזיציה מובילה של המשפט. אצל השופטת פרוקצ'יה, דאוגה ואופטימית, הרושם המרכזי שעולה הוא זה של דאגה (care): אכפתיות אותנטית שיודעת כי אסור לה להירדם בשמירה אפילו לרגע.

פתחתי בכמה פרמטרים לשאלת השפעתו של היחיד על ההיסטוריה ועל הגורל הקולקטיבי, וסיימתי ביחסים אפשריים, מדומיינים אבל קונקרטיים, בין משפט ואהבה. הניסיון לערוך סינתזה עיונית ביניהם יידרש כמובן לבירור רחב הרבה יותר. על רקע זה יש להעיר דבר נוסף. יש הגורסים שהמשפט אינו מסוגל ואינו צריך להוביל תהליכים; שהוא יודע לתפקד רק במצבים נורמליים, ולא במצבים טרונספורמטיביים או מעוררים; שהנחת היסוד שלו היא נורמליות בפרמטרים הבסיסיים של הקיום; שהוא בורגני במהותו. לכן, למשל, הייתה לשיח המשפטי תרומה דלה יחסית למחאה החברתית בישראל. השופטת פרוקצ'יה, בבירור, מצפה מן המשפט להרבה יותר, אלא שגם היא סבורה כי הפתרונות העיקריים צריכים להיות מערכתיים, מעבר לאד-הוקיות הטבועה בשיפוט. אבל אם המשפט אוהב אותנו; אם היחידים והמוסדות המפעילים אותו לא רק מחויבים לאושרנו כעניין מוסדי, אלא משתוקקים אליו; אם המשפט יש ליכידו של צדק כי צדק הוא מה שמאחלים למי שאוהבים, ולא רק תפיסה מופשטת של צדק – אזי הוא לא יוכל להמשיך להיעדר מן הזירה הזו.

* * *

לעיתים נדמה שכותבת או כותב שאתה קורא אותם זמן רב נעשים מוכרים לך. באופן ישיר או עקיף, מרצון או בכורח, הם משתפים אותך במחשבותיהם ובלבטיהם, וצהרים לעולמותיהם הפנימיים נפתחים ונסגרים. אינטימיות ורטואלית נוצרת בינך לבין ישות

⁷¹ Oliver Wendell Holmes, *The Path of Law*, 110 HARV. L. REV. 991 (1997)

דמיונית: לא אדם אמיתי, שלם – כי אותו אינך מכיר – אלא אדם כותב. הפיקציה שאתה מכיר מתגברת, וכך גם הפיקטיביות שלה, כי הכותבת שלך אינה ישות סטטית; היא משתנה לא פחות ממך, ואתה עד לטביעות השינויים הללו דרך המפגשים עם כתיבתה. זמן עובר: אתה מתפעל, נהנה, סובל, משתכנע, מתאכזב, מתווכח. לא תמיד ברור לך למה אתה חושב מה שאתה חושב, והדיאלוג המתמשך עם כתיבתה מאתגר את המובנות-מאליה של מחשבתך. היא תובעת ממך הצדקות אשר לא תמיד נגישות לך ללא המפגש והדיאלוג הטקסטואליים. המחשבה פועלת בדרכים בלתי צפויות, ערמומיות. זה היחס שהתפתח במשך כמה שנים ביני לבין השופטת פרוקצ'יה⁷² וכמה מעמיתיה. בורחס אמר פעם שכיום לא נותרו קוראים, אלא כותבים בלבד; בהקשר הזה הוא טעה לגמרי.

בדמיוני אני מפליג בחזרה אל אותה שופטת השלום בירושלים של שנות השמונים (אני זוכר את תמונתה בשחור-לבן בעיתון, לא פחות מאשר את אלה של גיבורי ילדותי אורי מלמיליאן ואלי אוחנה), אל העיר שרק במבט שטחי היא עיר של אבנים, כי לא פחות מכך היא עיר של מילים. היה זה לפני שהיו אינטרנט וגוגל ופייסבוק, ולפני שטבענו באובססיה של נבירה בחייהם הפרטיים של שופטים, קטלוגם מבחינה רכיילאית ופוליטית ותמצות פסיקות מורכבות ל-meme יחיד. ואני אומר לעצמי דבר שאולי אמרה לעצמה גם שופטת השלום ההיא, בירושלים של אז: שיש דבר גרוע יותר מאשר ללחום בטחנות רוח, והוא להיות טחנת רוח. דבר שהשופטת פרוקצ'יה, אלגנטית וקשוחה לא פחות מכפי שהיא מתוחכמת, ישרת דרך ואוהבת, מעולם לא הייתה.

72 ליתר דיוק, ביני לבין טקסטים שהעידו על עצמם כי נכתבו על ידי "השופטת פרוקצ'יה". דרידה (Derrida) מציע לחשוד בייחוס כתיבתי כזה. לא צריך להאמין, הוא אומר, לכל מה שכתוב: שמות יכולים לתעתע בדיוק כמו מילים אחרות. יצירת טקסט הנה פעולה קולקטיבית ודיאכרונית: יש בו ציטוטים, השפעות, תגובות, קולות; אנשים שונים תרמו לו. המודל של היוצר האינדיבידואל – הריבון הפרטי המסתגר בד' אמות היצירה ומבטא דרכה אמת פנימית ייחודית – אינו מתאר נכונה את מנגנוני הייצור הטקסטואלי המודרניים (או בכלל). (JACQUES DERRIDA, LIMITED INC. (1988). אך אני אניח שעקרון החסד גובר כאן: שהטקסטים הללו אינם כוונים, שיש רַפְּנָס אמיתי לתיבה "השופטת פרוקצ'יה", שנכון וראוי וכדאי לייחס לה את הטקסטים הללו.