

אימפריליזם שיפוטי למעשה: פרצופו של שופט

גלעד ברעלי

בספר שופטים, הלכות סנהדרין, מונה הרמב"ם את שבע המידות שצריכות בכל דין:

"צריך שיהא בכל אחד מהם שבעה דברים, ואלו הם: חכמה, וענוה, ויראה, ושנאת ממון, ואהבת האמת, ואהבת הבריות להם, ובעלי שם טוב." (פ"ב) ומדגיש בהמשך דבריו את עניין הענוה: "ומה משה רבינו עניו – אף כל דין צריך להיות עניו". ו"צריכים הדיינים לישב באימה ויראה ועטיפה וכבד ראש" (פ"ג, ז). ו"לעולם יראה עצמו דין כאילו חרב מונחת על צווארו וגיהנם פתוחה לו מתחתיו. וידע את מי הוא דן ולפני מי הוא דן ומי עתיד להפרע ממנו אם נטה מקו האמת" (פ"ג, ח). ולא רק שאין לרדוף אחר הכבוד והשררה שבשיפוט, אלא יש לברוח ממנו: "כך היה דרך חכמים הראשונים בורחין מלהתמנות ודוחקים עצמן הרבה שלא ישבו בדין, עד שידעו שאין שם ראוי כמותם" (פ"ג, י). וראו גם סנהדרין יד, א, וכן הוריות, י, א.

אינני משפטן, תודה לאל. אך בכורח הנסיבות, וקצת מתוך עניין, נודמן לי לאחרונה להיתקל לא אחת במערכת המשפטית. וכמו כל אזרח קורא, אני נותן דעתי מידי פעם על מערכת זו שהיא באושיות חיינו ובאושיות אופייה הדמוקרטי של חברתנו כחברה המבוססת על שלטון החוק. הדברים שלהלן הם הרהורי-בוסר שעלו בי בעקבות זאת. המסקנות, אני מודה, הן עגומות ורק מקצתן אני מביא כאן. הגיעה, אני חושב, גם שעתה של פרה קדושה זו להיבדק ולהיבחן על ידי אנשים שמחוצה לה.

אימפריליזם שיפוטי הוא שם כללי לעמדה על פיה חל תחום המשפט – הנורמות המשפטיות ותחום ההכרעות השיפוטיות – על מלוא תחומי החיים: "כל הארץ משפט". עמדה זו קשורה, בדיונים שונים הנערכים בארץ לאחרונה, בשמו של השופט א. ברק, והיא מתבטאת בין היתר בהרחבה ניכרת של תחום הנושאים שבהן דן בג"ץ – נושאים שבחלקם נחשבו, ועדיין נחשבים על ידי משפטנים אחרים, ללא-שפטים. ענייני ביטחון, מדיניות חוץ ופנים של הממשלה, היבטים שונים של עבודת הכנסת, שיקול דעתם המקצועי של פקידי רשויות ציבוריות, הנורמות האקדמיות שקובעות האוניברסיטאות, כללי הקבלה של מועדון פרטי וטעמם האסתטי של חוגי ציירים, הם דוגמאות מסוגים שונים לכך. אימפריליזם שיפוטי יחשוב שכל הנושאים האלה וכיוצא באלה הם באופן עקרוני נושאים שהנורמות המשפטיות והחוקיות חלות עליהם: אין "חורים" במשפט, ואם יש נושא שאין עליו דין מפורש, הרי שחל עליו דין מבובלע או במשתמע, ותפקיד הרשות השופטת לחשוף את הדין המובלע הזה ולהחילו במידת הצורך והעניין שבא לפניו.

יש היבט תיאורטי והיבט מעשי לעמדה זו. למרות שמטבע העניין הציבור בכללו מתעניין בדרך כלל בהיבטים ה"בגזיים" של העמדה – התערבות ביהמ"ש בהחלטות רשויות השלטון והכנסת – הרי שהעמדה ביסודה אינה מצומצמת דווקא לתחומים אלה. הויכוח נסב לרוב על ההיבט התיאורטי, וההנחה המובלעת היא לעתים קרובות שההיבט המעשי נגזר ממנו ותלוי בו. ההיבט התיאורטי מעלה שאלות עיוניות כבדות משקל על מהות החוק ומעמדו בהסדרת כלל פעילויותיהם של בני החברה, על חלותו של עיקרון הדואליות לגבי הפרדיקאט "חוקי" – האם כל פעולה היא חוקית או שאינה חוקית – ועוד. אינני רוצה לעסוק בו כאן. אני רוצה להצביע על היבטים הקשורים באימפריליזם השיפוטי למעשה – כפי שהוא מתבטא בפועל בעבודה השיפוטית. מבחינה זו, נדמה לי, קשה לחלוק על הקביעה שטענת האימפריליזם השיפוטי – כפי שהוא מתבטא בפועל בעבודת השופט – היא אמיתית כמעט באופן בנאלי. קשה לחשוב על נושא, שבסיטואציה מתאימה לא תידרש הכרעה שיפוטית לגביו, החל משאלות מקצועיות מובהקות בפיסיקה, בביוולוגיה או בכלכלה, וכלה בענייני הטעם האסתטי של אוצר מוזיאון, או

מקוריותו של ביצוע מוסיקלי. בכל אלה אפשר לתאר שבסיטואציה מתאימה - כמו קביעת זכויות יוצרים, או המעמד האקדמי של חוקר, או המהימנות של עדים מומחים וכיו"ב, יידרש בית המשפט להכריע בשאלות אלו. מקצועיותו של עד מומחה בפיסיקה, או של מהנדס אקוסטי יכולה להיפסל משום ששופט יחליט שעדותו בענייני מקצועו אינה סבירה ו"מקצועית" בעיניו. הוא הדין בענייני סבירות הנורמות האקדמיות שקובע מוסד מסוים, או בשאלת המקוריות של יצירה אומנותית, או פטנט מדעי וכו'. תן למשפטן נושא כל שהוא - יהא נסתר ומקצועי ככל שיהא - והוא יתאר לך סיטואציה שבית המשפט יידרש להכריע לגביה. וודאי שכך לגבי עובדות פשוטות, כמו מה בדיוק קרה בינו לבינה במיטה, או בינו לבינו בסמטת רחוב חשוכה. בכל אלה, עניינים של עובדות פשוטות, כמו עניינים תיאורטיים ומקצועיים נכבדים, נדרשים השופטים להכריע מידי יום ביומו - ואכן הם מכריעים. השופט אנוס, בכוח תפקידו לקבל בעניינים אלה וכיו"ב החלטות קשות - החלטות שמשיפעות וקובעות גורלותיהם של אנשים - ביחסיהם ההדדיים, בענייני רכוש וממון, בענייני משפחה וילדים, ולפעמים בענייני חיים ומוות. מבחינה זו נראית טענת האימפריאליזם השיפוטי כמעט בנאלית - הרי כך מתנהלים הדברים בפועל, וכך נראה חייבים הם להתנהל.

אמרתי שלא אדון כאן בהיבט התיאורטי של האימפריאליזם השיפוטי, אך אעיר רק שייתכן שסדר הדברים וטיב הקשר בין ההיבט התיאורטי והמעשי של טענת האימפריאליזם השיפוטי הוא הפוך ממה שנזכר לעיל: האימפריאליזם השיפוטי בהיבטו המעשי הוא בבחינת נתון ראשוני, וכאמור, כמעט נתון בנאלי; ההיבט התיאורטי בא להצדיק ולתת הכשר שבדיעבד לפרקטיקה הזו ולומר - לא רק שכך הם פני הדברים למעשה ושכורח המציאות כך אנוסים הם להיות, אלא שטיבה של המערכת הנורמטיבית של החוק והמשפט הוא כזה שכך גם נאה וראוי - מערכת החוק והמשפט היא מעצם טיבה ותפקידה החברתי חובקת-כל והפרקטיקה האימפריאליסטית היא לא רק בבחינת כורח (שאוילי יש להימנע ממנו ולצמצם אותו ככל האפשר), אלא היא רצויה ומוצדקת. אינני בא לומר שזו עמדה משכנעת ומוצדקת. אך זו עמדה שיכולה להסביר את המוטיבציה של שופט - שאנוס בכוח תפקידו לנקוט אימפריאליזם שיפוטי למעשה.

אך שאלה קשה עולה כאן - שאלה שיוקרת המקצוע ומעמדו החברתי מונעים, בדרך כלל, מלהעלות: מהו פרצופו האנושי והאינטלקטואלי של אדם שנדרש להכריע הכרעות קשות וגורליות בכל עניין? הרי ברור שהשופט, מכוח תפקידו והכשרתו המקצועית איננו יודע הכל - הוא למעשה לא יודע כלום, חוץ אולי ממשפטים - המקצוע אותו למד. הוא אינו יודע, מכוח תפקידו, לא פיסיקה, לא ביולוגיה ולא כלכלה; לא אומנות ולא נורמות קביעה של רמה אקדמית; גם לא מה קרה בינו ובינה במיטה ומה קרה בינו לבינו בסמטה החשוכה. אך בכל אלה עליו להכריע ולומר את דברו - מה נכון ומה היא ה"אמת"; מה סביר ומה מופרך. אין לו, למעשה, אלא לקבוע קביעות ולהחליט החלטות בעניינים שאין לו מושג בהם, ושבמקרה הטוב יש לו מושג קלוש על סמך חומר הראיות (ולא אחת, קרי: הרמאויות), ההטעיות והעלמות שהביאו הצדדים ועורכי דינם לפניו, לרבות חוות דעת מומחים שהוא עצמו ממנה. אך גם לבור מבין אלה ולדעת מה להעדיף, מה מסתבר יותר, ודעתו המקצועית של איזה מומחה עדיפה, צריך להבין ולדעת. ברם, השופט שלנו נדרש להכריע מבלי להבין ומבלי לדעת. לא זו בלבד, אלא שבפועל נדרש הוא להכריע בעניינים אלה, שאין לו מושג בהם, בתנאים גרועים במיוחד: לא רק שנתון הוא מבחינות רבות בידיהם של המקצוענים שלפניו, שמעייניהם ונאמנותם אינם, לעתים קרובות, לאמת ולצדק אלא לאינטרסים שלהם, כשכל אחד מושך לכיוון אחר, וכשלשופט עצמו אין לא אמצעי חקירה ולא הכשרה מתאימה כדי לגלות, ללמוד ולדעת את האמת בעניינים שלפניו. הוא גם אנוס לעבוד, השופט המסכן שלנו, בתנאים של לחץ זמן, שלפי עדות השופטים עצמם, ולפי עדותם של עורכי דין לרב, לא מאפשר לו אף קריאה רצינית של החומר המוגש לו. אך הוא נדרש,

כאמור, להכריע ולהחליט. הרי זה תפקידו - אכן תפקיד פתטי, שספק אם להערכה מיוחדת הוא ראוי או בעיקר לרחמים.

איך יכול אדם ישר ובעל מצפון לעמוד במטלה בלתי אפשרית כזו? איך יכול הוא להעביר יום עבודה אחד מבלי לאחוז את ראשו בשתי ידיו ולומר - לא! איני יכול יותר! איני יכול כך לעשות צחוק מעצמי ולקבל הכרעות גורליות בעניינים, שביני לביני אני יודע שאין לי מושג בהם. עם כל הכבוד והיוקרה (האמיתית או המזויפת) שרוחשים לי ולמעמדי, איני יכול להמשיך בהעמדת הפנים הזו בעת שגורלותיהם של אנשים חיים מוכרעים על ידי.

בשיטות משפט שונות שרובן הגדול של הכרעות אלה מתקבלות על ידי חבר מושבעים - בני החברה שאינם שופטים. לשיטת המושבעים יש יתרונות וחסרונות משל עצמה, כמוכן. לעיתים קרובות דנים בה מבחינת יעילותה ומידת הצדק שהיא משיגה. אך יש לה גם היבט מוסרי, שבו לא דנים בדרך כלל, שנוגע לא להחלטה עצמה אלא למחליטים: את המטלה הקשה והמטרידה הזו לא הוגן להטיל על אדם אחד, אלא יש לחלק (עד כמה שאפשר בשווה) בין בני החברה, וזאת לא דווקא על מנת להשיג החלטה נכונה וצודקת, אלא על מנת להיות הוגנים כלפי המחליט. זהו נטל כבד ומציק (כמו שירות צבאי למשל). כמעט מביש, שמישהו צריך הרי לעשות אותו, ולכן הוגן ל"חלק" אותו על בני החברה כולם. אצלנו לא מקובלת שיטת המושבעים ומלוא הנטל הקשה והבלתי אפשרי הזה מוטל על השופטים.

ישנם אולי שופטים שמתגברים על הקושי הזה בכך שפשוט מתעלמים ממנו. ישנם אולי כאלה (הרוב כמוכן) שחשים בו במלוא עוזו, אך מתגברים כאריות וממשיכים בעבודתם מתוך התנדבות ראויה להערצה: הרי מישהו צריך לעשות את העבודה הזו; בלעדיה לא תתקיים החברה ונהפוך לחברת ג'ונגל. אך מעבר לאלו עומדים לו לשופט שלושה אמצעים נוספים בהתמודדות עם שאלות קשות אלו, ועליהם רוצה אני לדבר: ההתנשאות, הדעה הקדומה ו"כללי המשחק".

ההתנשאות - בתופסו עמדה, בהכרעות אלו, של מי שיודע, למרות שהוא יודע, כפי שיודעים הסובבים אותו, שאינו יודע, נתפס השופט לעתים, וכמעט בעל כורחו לעמדה מתנשאת. הרי לעתים קרובות, בנושאים שונים עמדה צנועה ועניינית כמעט בלתי אפשרית כאן. לא אחת מתמרמרים עורכי דין וסתם עמך הנוקמים לשיירותי בית המשפט על יחס מתנשא וגס מצד השופטים. הם מפסיקים אותם בקוצר רוח ברגע שמתחילים לטעון טענה מעניינת שהבנתה והערכתה מצריכים קצת ריכוז וחשיבה לעומק, או, רחמנא לצלן, קצת ידע מקצועי. וכי יש ברירה לשופט? וכי יש לו זמן ויכולת ללמוד את הסוגיה הנדונה ולהתעמק בה? הוא הרי צריך לדון בעוד כמה תיקים היום ולקבל בכל אחד מהם החלטות והכרעות קשות. יש לה להתנשאות הזו גם ביטויים סמליים אופייניים - החל מגזרות פרוצדורליות אבסורדיות (כששופט נותן לצד להשמיע ולנמק טענותיו במספר דקות, או לסכם טענותיו ולנמקן ב-7 עמודים, ואילו הוא עצמו לא מסוגל לדון כדבעי אפילו באחת מהן בפחות מבעשרים) וכלה בריטואל הכבוד המגוחך שבבית המשפט, או בהיכל השיש המטיל מורא של בניין בית המשפט העליון. שריון הכבוד וההתנשאות הוא הכרחי לקיומה של מערכת המשפט. בלעדיו היא תקרוס מיד. אם יוכל עד מומחה, או מי שיודע על מה הוא סח, לפרוץ אותה ולומר או להסביר לשופט שהוא אינו מבין דבר בעניין שבו הוא מכריע, תתמוטט מיד כל המערכת. אך הרי זו לעתים קרובות האמת הפשוטה, וכפי שאמרנו, אין זה באשמתו של השופט חס וחלילה - זהו פשוט כורח העניין, זה מקצועו.

הדעה הקדומה - אין כמעט שטח שטיב העבודה בו והיחס הציבורי כלפיו רווי בדעות קדומות, הנחות מפוקפקות שלא נבדקו מעולם ושהמערכת אפילו לא רואה לעצמה צורך לפתח כלים לבדיקתם, כמו מערכת

המשפט. קצרה כאן היריעה מלפרט עניין חשוב זה. עבודת השופט היא אולי העבודה היחידה שאינה עומדת בשום ביקורת רצינית. ערכאת ערעור היא אמצעי חלקי ביותר לתיקון המעוות הזה, שכן כפי שידוע לכל בר בי רב, אין היא יכולה לעסוק בהיבטים מהותיים של עבודת השופט וניהול המשפט - היבטים החורצים לעתים קרובות את הדין - והיא מסתפקת בדרך כלל בדיון עקרוני בבעיות משפטיות תיאורטיות המועלות בפסק הדין. וערכאת הערעור העליונה, אינה עומדת כמעט אף פעם לביקורת, אף על טעויות גסות שהיא עושה. שופטים הם אולי הסקטור המקצועי היחיד שאינו עומד בשום אחריות רצינית לטיב עבודתו ואינו נותן דין לטעויותיו ולכשלונותיו. שופטים הם סקטור מקצועי, שלמרות שהאיכויות המקצועיות והאינטלקטואליות הנדרשות בו הן גבוהות ביותר, העוסקים בו אינם עומדים למבחנים חוזרים בנוגע ליכולתם ולטיב עבודתם, אף לאחר שנים רבות ומייגעות של עבודה ואף בהגיעם לגיל מופלג. כל שהם עושים בעניין זה הם עושים ביוזמתם ומכוח מצוות מצפונם האישי. ההנחה שהשופט הוא מי שידוע את שעליו לדעת ושהוא בעל הכשרים הנדרשים ללימוד והבנה מהירים, כנדרש מתנאי עבודתו, אינה אלא בבחינת דעה קדומה - היא לא נבדקה ברצינות ואין בידי מערכת המשפט אף כלים ראויים לבדיקתה.

כולנו מצוויים, כמובן, בכבוד ביהמ"ש, וטעמה של מצווה זו פורש לעיל. אך בציבור, ואולי אף בקרב לא מעט שופטים, דבקה מידת הכבוד הזו בשופט עצמו, אף מחוץ לביהמ"ש. מראיני רדיו וטלוויזיה מקפידים, בפנותם אל שופטים בראיון או בדיון באולפן לפנות אליהם ב"כבוד השופט" (וכך אף לגבי שופטים בדימוס), ועוד לא שמעתי שופט שמעיר על כך, שאין הוא ראוי לכבוד מעבר לכבוד שיש לרחוש לכל אדם. לא מעט נאמר אצלנו על רמתה הגבוהה של מערכת המשפט שלנו - אך תמיד שמעתי זאת מפי שופטים דווקא. וכל אימת שנזמן לי לשאול שופט על יסוד מה הוא אומר זאת, אילו כלים השוואתיים ומחקריים יש לו לקבוע קביעה כזו, לא קיבלתי שום תשובה שאף מתקרבת להניח את הדעת, ולפעמים אף ניתנה תשובה פתטית בלשון "מניסיוני אני יודע...". מערכת שכך חושבת על עצמה גבוהה, ללא שום בסיס מחקרי והשוואתי, היא בדרך להשחתה.

ההתרשמות - אחת הדעות הקדומות הרווחות, גם בין שופטים ומשפטים, היא כושרם של השופטים ל"התרשמות" מהימנה ומהירה - הן בנוגע לאמינותם של עדים והן בנוגע לטיב העניין הנדון בפניהם. שופטים נוטים להתגאות ולשבח את ה"אינטואיציה" שלהם, את יכולתם לחזור מיד לשורשו של דבר - בין אם הוא העניין עצמו הנדון לפניהם, ובין אם הוא אמינותו של עד. שופטים והסובבים אותם מתגאים לעתים ומעידים על עצמם שלעתים קרובות ביכולתם לתפוס את שורשו של העניין שבפניהם מיד, ושלמעשה הדין נחרץ בדקות הראשונות של המשפט, כשכל מהלכו אחר כך אינו אלא ריטואל שעליהם לעבור אותו - כשאת דעתם האמיתית (שללא ספק תשפיע מאוד על האופן שבו יאנסו את הצדדים לעבור את הריטואל הזה) הם גיבשו כבר מראש. ייתכן שזה כך ושלשופטים יש באמת הכושר המיוחד הזה - אולי מלידה, אולי מכוח ניסיונם. אך ייתכן גם שלא. שוב לפנינו דעה קדומה שלא נבדקה וספק אם קיימים במערכת השיפוטית כלים נאותים לבדיקתה. מי אמר ששופטים ניחנו בכושר ההתרשמות המיוחד הזה? מחקרים רבים מצביעים על כך שכושר ההתרשמות - שכולנו, לא רק השופטים, כה בטוחים בו גם בנוגע לעצמנו - הוא יכולת מפוקפקת מאוד, שעשויה להטעות לעתים קרובות מדי. האם לשופטים יכולת מיוחדת בעניין זה? ומעבר ליכולתם של בני אדם רגילים? ייתכן. אך דבר זה מעולם לא נבדק ולא הוכח, ועל פניו הוא נראה מפוקפק ביותר. ואם תאמר - הרי השופטים מנוסים מאוד בעניינים אלה, הם שומעים עדים ומתרגמים מהעניינים המוצגים לפניהם מידי יום ביומו והרבה פעמים ביום; אולי כושר ההתרשמות והאינטואיציה המהירה הם כשרים נרכשים שהניסיון המצטבר מאמן ומשפר אותם? אני אומר שוב - אולי; אך דבר זה מעולם לא נבדק ולא הוכח. ייתכן מאוד שניסיונם העשיר של השופטים בעניין זה אינו אלא אימון מתמיד ויום יומי לטעות.

הרי לשופט עצמו אין, בדרך כלל, שום מבחן אובייקטיבי, חיצוני, להתרשמותו, שעל פיו הוא יכול לבדוק ולתקן אותה. הוא התרשם שפלוני שקרן ואלמוני דובר אמת ובזה הוא חרץ את העניין ואז הוא משכנע את עצמו שנוסף עוד שלב באימון המתמיד שלו להתרשם. אך הרי אין לו שום מבחן חיצוני, אובייקטיבי שעל פיו יידע אם הוא התרשם נכון במקרה זה. אולי אימן את עצמו פעם נוספת לטעות, ויחד עם הטעות הוסיף עוד טפח לביטחונו העצמי ביכולת התרשמותו?

נגע ההתרשמות הוא נגע ממאיר. הוא פושט מעניינים שבהם לגיטימיות ההתרשמות היא בבחינת נורמה משפטית (בעיקר התרשמות ממהימנותם של עדים) לעניינים של קביעת עובדות בכלל: "התרשמתי שכך וכך" או "מתקבל הרושם שכך וכך", או "נראה לי שכך וכך", או "נחה דעתי שכך וכך" (כשמדובר בעובדות) הם ביטויים חוזרים ונשנים בפסיקה בכל הערכאות, כששום נימוק או ראיה להתרשמות אינה מלווה אותם. ההתרשמות יכולה להפוך (ואולי לפעמים אף משמשת) מפלטו של השופט שאין לו נימוקים וראיות של ממש להחלטתו. וכמו שעיתונאי יכול לומר: "מתקבל בציבור הרושם שכך וכך", כשלמעשה זהו רושם פרטי שהוא (אולי בלווית שני עמיתים) המציא לצורך אותו רגע ושאינו לו שום ביסוס עובדתי, פושט הביטוי הקלוקל הזה גם במערכת המשפט, כששם הוא לעתים קרובות מכריע את הכף, מבלי שיש דרך כלשהי לבדוק אותו ולבקר אותו באופן ענייני. כשלעצמי אני מפקפק מאוד במהימנותם של שופטים "כמכונות התרשמות" אמינות. לא הייתי מתפלא אילו בבדיקה ביקורתית היה נמצא שיכולתם בעניין זה אינה עולה, ואולי אף נופלת מזו האקראית. הרי שופט, בסופו של דבר הוא לא רק אדם ככולנו, אלא שהוא ספון בדרך כלל בלשכתו וחשוף לניסיון החיים - רמאויות, התחזויות וכו' - אולי אף פחות מאדם רגיל. הייתי יותר סומך על התרשמות בדבר מהימנות עדות בענייני פריצה על פורץ מנוסה מאשר על זו של שופט. (פעם אמר קוסם אמריקאי ידוע, שהאשים את אורי גלר ברמאות והתחזות, שכדי לחשוף את ה"טריקים" והרמאויות של אורי גלר בהופעותיו, צריך לשאול קוסם מקצועי ולא שופט או פרופסור באוניברסיטה). המסקנה אינה כמובן להושיב פורצים וגנבים על כס המשפט, אלא להיזהר זהירות-יתר בעניין ההתרשמות. הייתי ממליץ - לו היה למי - לא רק לשופטים עצמם שייזהרו ויחשדו בכושר התרשמותם, אלא שלא לאפשר בדין לשופט לקבל החלטה על יסוד התרשמות בעלמא. ההתרשמות היא רצינית כשהיא מבוססת על נימוקים וראיות של ממש; כשיש נימוקים וראיות כאלה, אפשר לשכוח מההתרשמות ולהסתמך עליהם ישירות; אם אין - התרשמות בעלמא של השופט היא עניין אישי שלו, ואין להרשות שהיא תחרוץ את הדין. יש קשר, כמובן, בין עניין ההתרשמות ועניין ההתנשאות שהוזכר קודם - אותה מידת ביטחון לא ענייני ולא מבוסס מפרנסת את שניהם. וזו כמו זו היא אולי בבחינת כורח של העבודה השיפוטית, לפחות בתנאים שהיא נעשית בהם.

העדר פנייה - גם ההנחה שהשופטים ניהנו ביכולת עילאית להתעלם מהעדפותיהם האישיות, מהיכרויותיהם ומהשפעת המוניטין ומהמעמד של הצדדים ושל עורכי הדין שלפניהם היא הנחה מוזרה ומפוקפקת. שוב מוצגים השופטים כבני אדם מזן מיוחד. ושוב - כמה אופייני - ניוונה הנחה זו בעיקר מעדותם של שופטים על עצמם, עדות שלא רק שלא ברור איך יכולים הם לדעת אותה, אלא שהקביעה עצמה נראית כל כך לא סבירה, שנראה לי שהיא מתפרנסת מאותה התנשאות בלתי נמנעת הכרוכה בעבודה הבלתי אפשרית הזו. כולנו מוטים וכולנו מושפעים מסימפטיות ואנטיפטיות, מהעדפות אידיאולוגיות והיכרויות חברתיות, ממעמדו החברתי, ומפרסומו של העומד בפנינו, ואולי אף מזה שהוא בן של... או אח של... או חבר של... . הטיות והעדפות, פניות ונשיאת פנים קיימות, ומן הסתם גם אצל שופטים. יש דרכים שונות לצמצם את תוצאות ההשפעות וההטיות הללו, ולא כאן המקום

לפרטם. אך הדרך הגרועה והמסוכנת ביותר היא להתעלם מהם מתוך הנחה דוגמטית, שאינה נעדרת התנשאות מגוחכת, שאנחנו מעל ומעבר לכל זה.

אלה הן מקצת מהדעות הקדומות המהוות חלק מהשריון הפסיכולוגי בה עטופה מערכת השיפוט כדי להפוך את המקצוע הקשה הזה לנסבל. חלק ניכר מההנחות המפוקפקות הללו בא מתוך המערכת הזו עצמה ומוקרן אליה בחזרה, תוך היענות מוזרה ובלתי ביקורתית, מהציבור, מה שמחזק את אמונתם של השופטים בפיקציה הזו ומבטל כמעט את הסיכוי לבחון אותה כראוי ולנקוט באמצעים הנאותים לטיפול בה ולצמצום השפעתה.

כללי המשחק - זהו אולי הנושא העמוק והמורכב ביותר במערכת ההגנות המאפשרות את העבודה הבלתי אפשרית של השופט ואת יכולתו להסתכל בפרצופו בראי בסיומו של יום עבודה. מערכת המשפט נתפסת כמערכת מונחת כללים, שיש להם מעין אוטונומיה משלהם ושכל הנעשה במסגרתם מופקע ומשוחרר מהתנאים והאילווצים החלים על המציאות ה"אמיתית". לא מפריע לי שאיני יודע (ואיני יכול לדעת) מה באמת קרה בינו לבינה, ומה היא האמת בסוגיה הפיסיקלית שבה הכרעתי לפני רגע, אומר השופט לעצמו, כי אני משחק במסגרת כללי המשחק המשפטי - אותם אני יודע היטב - וזה כל מה שאני אמור ומצופה לעשות. השימוש במטפורה הזו ובתפיסה שהיא מבטאת עומד ביסוד עמדתם הפשטנית של עורכי דין שרואים את כל תפקידם כמאמץ לנצח במשחק המשפטי, כשלמען זה מותר להם להתעלם ממה שהם יודעים, מותר להם להעלים ולהטעות ולמשוך לכיוון הרצוי להם בכל דרך אפשרית, ובלבד כמובן, שלא ייתפסו כעוברים על החוק ולא יסכנו את עצמם בעונש.

מטאפורת המשחק היא מטאפורה מסוכנת ומטעה מאוד בהקשר זה. מערכת המשפט היא אכן מערכת הנשלטת על ידי כללים - החוק, הדין ונורמות אחרות - אבל "משחק"? אם יש משהו ברור לגבי המשפט ולגבי הכרעותיו של השופט, הרי הוא שזה אינו משחק. אלה החיים עצמם וגורלותיהם של אנשים שנוזקים למערכת הזו. כששופט קובע עובדה הרי שהוא קובע עובדה, ולא עובדה-במשחק; וכשהוא מקבל החלטה זו החלטה החלה על אנשים חיים וגורלם, ולא החלטת-משחק. במיוחד קשה לראות איך יכול האימפריאליסט השיפוטי לאחוז בעמדה הזו. הרי לגביו אין מה שאינו בתחום המשפט וכל דבר יכול להיות נושא להכרעה שיפוטית. המערכת, לגביו היא פתוחה עקרונית - היא חובקת כל, ומה שלא נמצא בה במפורש ובמוצהר, נמצא בה במשתמע ובבחינת נגזר. אימפריאליסט כזה בוודאי שאינו יכול להיאחז בתפיסה שהתחום המשפטי מתוחם ומוגדר במסגרת "כללי המשחק". והרי ראינו שלמעשה, האימפריאליסט השיפוטי צודק כמעט באופן טריוויאלי כשהוא טוען את טענתו לגבי הפרקטיקה השיפוטית, אף אם נדחה את עמדתו התיאורטית לגבי אופייה החובק כל של מערכת הנורמות המשפטיות. מהי תפיסת הכלל שמאפשרת לראות פעילות מסוימת כפעילות מונחת כללים, וביחד עם זה לראות בה פעילות של ממש ולא משחק המוגדר על ידי הכלליים הללו? מהי תפיסת הכלל שעל פיה פעילות כזו מפולשת לחיים ולמציאות ומאולצת על ידם? אלה הן שאלות פילוסופיות נכבדות שאיני מתכוון לדון בהן כאן. אני רק מזמין את הקורא להשתחרר ממטאפורת המשחק בהקשר זה. אני מזכיר לו שגם הלוגיקה והמדע, האומנות ותפיסת המציאות שלנו בכלל הן מונחות כללים; האם זה עושה אותם למשחק? האם זה משחרר מי מהעוסק בהם מהתחייבות כלפי המציאות וה"אמת"? מטפורת המשחק יכולה לשמש כאן, אם בכלל, מודל מפרה על דרך הניגוד: אנחנו יודעים מהו משחק ומהם כללי משחק, ואנו רוצים להבין באיזה מובן יכולה מערכת, כמו המערכת השיפוטית, להיות מונחת כללים, מבלי להיות משחק.

וודאי ישאל כאן הקורא - אותו קורא שהיתה לו סבלנות לקרוא עד כאן - ובכן מה אתה מציע? אפילו נניח שאתה צודק בכל דברייך - היש בידך אלטרנטיבה טובה יותר? תשובתי היא כפולה: ראשית אני מודה שעיקר ענייני

אינו בהצעת חלופה מעשית טובה יותר, אלא שהמצב עצמו והשאלות שהוא מעלה במישורים ובתחומים רבים מעניינים אותי. שנית, למרות שבאופן כולל אין בידי הצעה לאלטרנטיבה טובה יותר, הרי שאני בטוח שיש אינספור היבטים של מערכת המשפט שניתנים לשיפור ולתיקון: החל מהיבטים טכניים של עבודת המזכירות וכלה בביקורת עניינית על דרכי השפיטה למעשה ועל עבודת בית המשפט העליון. המפתח הראשי לשיפור הוא מודעות כנה וחסרת פניות למצב הדברים לאשורו ולבעיות שהוא מעורר. הדברים שלעיל נועדו בעיקר לשכור מחסום (פסיכולוגי בחלקו) של מסורת מקובלת וארכאית. הם נועדו לטרום לפתיחות ונכונות של ביקורת ושיפור - לא כמס שפתיים בבחינת "אנחנו תמיד פתוחים לביקורת ומבקרים את עצמנו כל הזמן", אלא פתיחות אמיתית לביקורת ולמעקב ביקורתי, חיצוני למערכת ובלתי תלוי בה, אובייקטיבי ושיטתי. טעות לראות באוטונומיה ובאי התלות של המערכת השיפוטית (שלצורך ולערך של הגנה עליהם אני שותף מלא) נימוק לאטימותה כלפי ביקורת ובחינה פנימיים וחיצוניים. אך אטימות כזו קיימת, גם אם לא יודו בה. הדברים היסודיים פשוט לא נבדקים, ואף אין במערכת כלים ראויים לבדיקתם. זה, אני חושב מצריך תיקון דחוף, ואני חושב כך דווקא משום ששמירה על טיבה ואיכות עבודתה של מערכת זו נראים לי חשובים כל כך. כפי שאמרתי בתחילת דברי - שלטון החוק הוא באושיות אופייה החברתית של החברה שבה הייתי רוצה לחיות. אך אין חוק (כזה שתחתיו הייתי רוצה לחיות) בלי אמת, ושלטון החוק אינו שלטון השופטים - יהיו עובדים חרוצים ונבונים ככל שיהיו.