



זיכרון ושכחה במשפט

מאת נילי כהן

הסיפור על פונס הזכרון הוא חלק מניסיונותיו של בורחס לבדוק את אופן קיומו של העולם ואת רשמי החושים והתודעה

שבאמצעותם אנו חווים אותו. בתוך אותם הניסיונות בורחס מספר סיפור אחר, "הדוח של דוקטור ברודי"⁴, המביא את סיפורו של חוקר סקוטי אשר במסעותיו המחקריים נתקל בשבט הנקרא יאהו. לשבט זה כמעט אין זיכרון כלל. רופאי האילל של בני השבט הזה ניחנו בזיכרון זעום. הם יכולים לזכור בערב מה אירע באותו הבוקר או אף בערב הקודם. לעומת זאת הם יכולים לצפות בדיוק מרבי את העתיד, המתייחס אצלם לעשר או לחמש-עשרה הדקות הבאות. בורחס אינו מתפעל מן היכולת הזאת יתר על המידה. הוא מצייץ כי "מן הבחינה הפילוסופית הזיכרון הוא מעשה פלא לא פחות מניחוש העתיד"⁵. מכל מקום, כיוון שבני שבט היאהו חסרי זיכרון, ההיסטוריה שלהם אינה מטילה עליהם כל צל. למעשה, אין היא חלק מעולמם. שיטת המשפט שלהם אינה מבוססת על הוכחה, טיעון, הנמקה. היש טעם להוכיח אירועים שאיש ממילא אינו זוכר?

מה אפשר להסיק מדברי בורחס? האומנם עולם בלא זיכרון עדיף מעולם שבו זוכרים כל פרט בלא הבחנה? בורחס דוחה את שתי האפשרויות: את פונס הזכרון הוא מאבחן כמי שאינו מוכשר לחשוב, ואילו אל בני שבט היאהו הוא מתייחס כאל שבט תרבותי אלא שהתנוון במהלך השנים. בורחס אומר לנו מה שבעצם, כלנו יודעים: עולמנו יכול להיות מורכב מעבר ומעתיד אך במידה הראויה. עולם שכולו עבר נדון לכליה: פונס מת בן עשרים ואחת. העבר

בחיים של אדם, של ציבור, של אומה זיכרון הוא ערך מרכזי. כלום אפשר לחשוב על האקדמיה למדעים בלא זיכרון? כיצד היו חיינו נראים בלא זיכרון? ואולם הייתכן שזיכרון עלול לעתים להזיק? הייתכן שאנו זקוקים לעתים לשכחה? שאלות אלה ממלאות תפקיד מרכזי בדיונים על תודעה ועל הכרה אישית וקולקטיבית. הן גם ממלאות תפקיד בחיי כל אורגניזם. על פענוחו של המנגנון המשכיח חלקים מן התא – האוביקוויטין – זכו אברהם הרשקו ואהרן צ'חנובר בפרס נובל בכימיה. היש לשאלות האלה תפקיד במשפט?

הסופר הארגנטינאי המהולל, חתן פרס ירושלים, חורחה לואיס בורחס, כתב סיפור קצר בשם "פונס הזכרון"¹. גיבור הסיפור הוא פונס איש אורוגוואי, אשר בעקבות נפילה מסוסו בהיותו בן תשע-עשרה מצא ששוב אין הוא יכול לשכוח דבר. ואלה דברי בורחס: פונס היה מבחין "בכל הזמורות והאשכולות והפירות המהווים סוכת גפנים... הוא ידע לשחזר את כל החלומות ואת כל מה שבין החלומות..."².

צלו של פונס מרחף מעל כולנו. אנו, הפרטים ואנשי אקדמיה, מייחלים לזיכרון קדוש, שיאפשר לנו לאגור פרטים, ידע; שיסייע לנו לזכור וללמוד הכול ובקלות. ואולם אולי כדי שלא נתייסר יתר על המידה בא בורחס, ובסיום הסיפור אומר לנו שהוא חושש שפונס לא היה מוכשר ביותר לחשיבה. בעולמו הגדוש יותר מדי של פונס, אומר בורחס, לא היו אלא פרטים, כמעט מיידיים.³

סיפורו של פונס המתחיל כביכול כשיר תהילה לזיכרון, נעשה עד מהרה קינה על קללתו. עודף פרטים – העדר היכולת לסננם, העדר היכולת להבחין בין טפל לעיקר – מקשה עלינו להגיע לרעיונות, לכללים המאחדים. פונס הוא הדגמה לכובד הזיכרון, לסבל שקליטה חושית מלאה יכולה לגרום, לצורך במנגנון משכיח שיפעל במישור השכל והרגש.

¹ חורחה לואיס בורחס, בדיונות, תרגום מספרדית יורם ברונבסקי, תל-אביב: הוצאת הקיבוץ המאוחד 1998, עמ' 95-102.

² שם, עמ' 99.

³ שם, עמ' 102.

⁴ חורחה לואיס בורחס, הדוח של דוקטור ברודי, תרגום מספרדית צבי וולובסקי וחיים פלג, תל-אביב: ספרית פועלים 1976, עמ' 117-128.

⁵ שם, עמ' 124.



נאמר ברגעים שקדמו למתן ההלוואה. פונס היה יכול לתרום תרומה מכרעת להיסטוריה האישית של כל אחד ולהיסטוריה הקולקטיבית של כולנו. עם זאת ההליכים בבתי המשפט, שבלאו הכי מתמשכים, היו נמשכים ימים רבים ונעשים מתישים עוד יותר, שהרי פונס אינו מסוגל להבחין בין טפל לעיקר, וזיכרונו חובק כל פרט בלא הבחנה. יתר על כן, הדיוק המתיש והשקיעה בפרטים היו מטשטשים את התמונה הכללית ואולי גם את הבנת העובדות שהביאו לידי מותו של אלמוני או להבדיל, לכריתתו של חוזה או לאי-כריתתו.

פונס ניצב בניגוד גמור לבני שבט היאהו, חסרי הזיכרון ונטולי העבר הפרטי והקולקטיבי, שבכל זאת מצליחים לקיים מערכת חברתית, ובכללה מערכת המשפט. ואולם מה הוא משפט בלי זיכרון? זיכרון חיוני למשפט לא רק לצורכי שחזור העבר לשם הרתעה ואולי גם נקמה אלא גם לצורך בניית תרבות הכוללת את הכללים, המנהגים, המסורות המעמידים את כללי המשפט. הזיכרון הזה הוא קולקטיבי, והוא בנוי בעיקרו מאוסף חקיקה ופסקי דין.

בדבריי אתמקד ב**פסקי דין**. פסק דין הוא החלטה של בית משפט, והוא פועל בשני מישורים: המישור האחד הוא **הצדדים המתדיינים** – פסק הדין מכריע בסכסוך, הוא מחייב את הצדדים ואין לפתוח אותו מחדש; המישור האחר הוא **העולם כולו** – פסק הדין הוא הלכה הנעשית חלק מכללי המשפט של החברה הרלוונטית.¹⁰

בשיטת המשפט שלנו אומצה תורת התקדים המחייב (*stare decisis*)¹¹ שקלטנו אותה מן המשפט האנגלי.¹² מה שמחייב ונעשה חלק מכללי המשפט הוא אותו חלק של פסק הדין שהניע את השופט להחליט מה שהחליט, כלומר טעם הפסק

המכביד הכריעו. עולם בלא עבר אולי אינו בעייתי אך הוא דל, ריק ומנוון.

המתח בין עבר לעתיד הוא מתח מפרה ומחויב. הוא יוצר את תודעתנו הפרטית והקולקטיבית. הוא מנוע לשאיפותינו, להתפתחותנו. כיצד המתח הזה בא לידי ביטוי בעולם המשפט?

אחד התפקידים המרכזיים של בתי המשפט הוא לקבוע מה **היה**, והקביעה הזאת היא חלק חיוני של ההחלטה. בעניין זה השופט פועל כהיסטוריון (מן הזן הישן) על פי ציוויו של לאופולד פון רנקה: תפקידו לשחזר את הסיפור כמו שהיה (wie es eigentlich gewesen)⁶ באמצעות זיכרון הפרטי של עדים וראיות אחרות. במשפט הפלילי יש להוכיח כי הנאשם רצח, גנב, מעל. במשפט האזרחי יש להוכיח כי נחתם הסכם בין רחל ללאה ולפיו רחל נותנת הלוואה ללאה. כל אלה הן מסקנות משפטיות המבוססות על עובדות. בניית העובדות מבוססת על שחזור העבר. כפרטים זיכרונו לקוי:⁷ הזיכרון שלנו דל ומועט. אנו שוכחים מה שהיינו שמחים לזכור, וזוכרים מה שאולי היינו שמחים לשכוח. זיכרונו של אחד אינו דומה לזיכרונו של אחר, ואף שכמה אנשים יכולים להיות עדים לאותו האירוע, רישומו של האירוע על כל אחד מהם יכול להיות שונה לחלוטין, וראו סיפורו של ראשומון.⁸ אכן, פונס מעיד על עצמו שלפני התאונה שעשתה אותו לזכרון הוא היה **ככל האדם**, כלומר הביט ולא ראה, הקשיב ולא שמע.⁹

אילו היינו ניחנים בזיכרונו האגדי של פונס, לא הייתה מתעוררת כל בעיה בנוגע לדיוק שבשחזור העבר: היינו יודעים בדיוק מה קרה לפני שפלוני ירה באלמוני או מה

⁶ אלעזר וינר, חשיבה היסטורית, א, תל-אביב: האוניברסיטה הפתוחה תשמ"ז, עמ' 12. כמובן, יש החולקים על עמדתו זו של פון רנקה בשאלה אם ייתכן לדעת איך היו פני הדברים באמת ואם אמנם זו מטרת ההיסטוריה. לפולמוס הזה ראו: P. Novick, *That Noble Dream*, Cambridge 1988; J.H. Applby, L. Hunt & M. Jacob, *Telling the Truth about History*, New York 1995; R.J. Evans, *In Defense of History*, London 1997

⁷ על תעתועי הזיכרון ראו: דניאל ל' שכטר, שבעת החטאים של הזיכרון, תרגמה מאנגלית נועה בן-פורת, תל-אביב: אריה ניר הוצאה לאור בע"מ 2005. חטאי הזיכרון הנסקרים בספר הם: דעיכה, כלומר, איבוד הזיכרון או היטשטשותו; פיזור נפש, היינו נתק בין הקשב ובין הזיכרון; חסימת היכולת להגיע לאמרי הזיכרון; ייחוס מוטעה של חוויה שנחווה בעבר והעתקתה לחוויה אחרת; השאה, כלומר זיכרון המושתל בתודעה בעזרת שאלות מנחות ורמזים; הטיה, כלומר עריכת זיכרון העבר על פי דעות ואמונות ההווה; התמדה, היינו הזיכרות כפייתית באירועים מטרדיים מן העבר.

⁸ שולמית אלמוג, "ספרות לצד משפט – הודאה, תודעה, אמת", מחקרי משפט, יז (2001), עמ' 297, 316-319.

⁹ בורחס, בדיונות (לעיל, הערה 1), עמ' 99. על הקושי להגיע לחקר האמת הן בהיסטוריה הן במשפט ראו: חיים כהן, "דין אמת לאמיתו", גבורות לשמעון אגרנט, בעריכת רות גביון ומרדכי קרמיניצר, ירושלים 1986, עמ' 35 ובייחוד עמ' 77-79.

¹⁰ אהרן ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה – פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט", הפרקליט, לט (1990), עמ' 267.

¹¹ ג' טדסקי, "על הילכת התקדים המחייב", מחקרים במשפט ארצנו, ירושלים 1959, עמ' 92; Ronald H. Heiner, "Imperfect Decisions and the Law: On the Revolution of Legal Precedents and Rules", *Journal of Legal Studies*, 15 (1986), p. 227

¹² לתחולת העיקרון במשפט האנגלי ראו: M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London 1994, pp. 1261-1263. בשיטה הקונטיננטלית, לפחות באופן היסטורי, אין מעמד מחייב להלכות של בתי משפט אלא רק כוח מנחה, ושם דווקא ניתן כוח רב לדוקטרינה, כלומר לפרשנויות החקיקה הבאות לידי ביטוי בכתיבה של מלומדי המשפט. להבחנה בין השיטות ראו: טדסקי, "על הילכת התקדים המחייב" (לעיל, הערה 11), עמ' 99-102, 111-112; יצחק אנגלרד, מבוא לתורת המשפט, ירושלים: יהלום 1991, עמ' 127.

כלפי תורת התקדים. האומנם עמדה זו משותפת לכול? היש טעם תבוני המצדיק את תורת התקדים? תורת התקדים זוכה בשנים האחרונות לעדנה מחודשת. מלומדי משפט מכיוונים שונים¹⁹ באים להצדיקה. שני טעמים מרכזיים עומדים ביסוד תורת התקדים: האחד תועלתני והאחר מוסרי. הכלל התועלתני מבוסס על שורת טעמי משנה, ואלה הם: הכרעת העבר, היוצרת כלל לאחר שנבדקה ההצדקה לו, היא כלי יעיל וזול ליצירת כללים מחייבים. ועוד זאת: הלכת התקדים המחייב מקדמת את הערך של ודאות המשפט: היא מקלה מראש את תכנון ההתנהגות, ובדיעבד היא מאפשרת לחזות מראש את תוצאות הדיון המשפטי. נוסף על כך הלכת התקדים מסייעת ליצירת עקיבות ברשת ההלכות של בתי המשפט ובזאת היא מבססת את אמינותה של הרשות השופטת. בקצרה, גם אם יש הסוברים שתקדים מסוים אינו נכון כדאי לפעול על פיו, כי מחיר הסטייה מתקדים עולה לאין ערוך על מחיר הדבקות בתקדים אפילו אין הוא מוצלח.²⁰ עד כאן ההנמקות התועלתניות. לצדן עומדת ההנמקה המוסרית, שעיקרה השוויון לפני החוק. משמעותו של עקרון השוויון לענייננו היא שכל מתדיין זכאי שיחולו עליו כללים דומים לכללים החלים על מתדיין אחר במקרה דומה. עם זאת שתי ההנמקות הללו מתעלמות מתרומת העבר שכוחה בעצם הוקרת המסורת, והן בוחנות את העבר רק מנקודת המבט של השפעתו התבונית על ההווה. אולם כלום העבר כשהוא לעצמו עשוי להצדיק את תורת התקדים? יש הגורסים שהתשובה חיובית.²¹

או ה-*ratio decidendi* השונה מאמרת האגב, ה-*obiter dictum*, שאין לה תוקף מחייב.¹³ נמצא אפוא כי בפעילותו השיפוטית בית המשפט מקשר עצמו אל העבר, פותר את הסכסוך בהווה ויוצר נורמה כללית לעתיד.¹⁴ ואולם בהלכת התקדים המחייב, המוחלת באופן פורמלי, טמונים קשיים: מדוע להיות כבול להלכה רק משום שנפסקה כך בעבר? מדוע להיות כבול להלכה שבית המשפט עשוי לסבור שהיא מוטעית?¹⁵ בקצרה, הלכת התקדים המחייב עשויה להיות דוגמה לשעבודו של ההווה לעבר. היא גם מנוגדת לאחד הרעיונות המרכזיים של המשפט, שהוא חתירה לאמת ולא רק האמת העובדתית אלא גם האמת המשפטית. במובן זה הלכת התקדים המחייב אינה עולה בקנה אחד עם תורות מדעיות אחרות: האומנם עלינו לקבל את הפיזיקה של קדמונינו, את תורות ההכרה הקדומות או את המתמטיקה של העבר? התשובה, כמובן, שלילית, וכבר הובס בספרו "לויתן" ציין כי במשפט, כמו בגאומטריה, רק חוקי התבונה ראויים לזכות לכבוד.¹⁶ ברוח זו ציין הולמס בחיבורו¹⁷ כי מקומם לחשוב שאין סיבה טובה להצדקת כלל משפטי יותר מן העובדה שנקבע בימיו של הנרי הרביעי. במילים אחרות, לפי עמדתו של הולמס, כדי שכלל משפטי יהיה בעל תוקף מחייב לא די שנפסק בעבר. כל אימת שמבקשים להחילו יש לבחון אותו מחדש, ורק אז, אם הוא מתאים לנסיבות החדשות, יינתן לו כוח מחייב. לפי הולמס, הצידוק לתחולתו המחייבת של כלל אינו העבר אלא ההווה: התאמתו לחול היום על הנסיבות הנוכחיות.¹⁸ מן הסקירה הקצרה הזאת אנו חשים רתיעה ושמא אף בזו

¹³ ג' טוסקי, "מימרת אגב – הלכה פסוקה?", הפרקליט, כ (1964), עמ' 99. לשאלה כיצד לקבוע מה הוא טעם הפסק ראו: Arthur L. Goodheart, "Determining the Ratio Decidendi of a Case", *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Oxford 1931; Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford 1979, pp. 180–209. ואולם השאלה סבוכה, ויש הסבורים כי ההבחנה אינה נהגת למעשה וראו: חיים כהן, "אוביטר ד'ל והגינות לא"י – בעקבות בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר", משפטים, לא (2001), עמ' 415.

¹⁴ אהרן ברק, "חקיקה שיפוטית", מבחר כתבים, א, בעריכת חיים כהן ויצחק זמיר, ירושלים: נבו הוצאה לאור 2000, עמ' 821, 924.

¹⁵ לבעיית ההיצמדות להחלטות עבר של מקבלת החלטות בהקשר הכללי של תורת קבלת החלטות ראו: מיכל טמיר, "עלותו השקועה של התקדים", דין ודברים, א, אוניברסיטת חיפה 2004, עמ' 211, 226. מאמר מקיף ומעניין זה דן בבעיית התקדים בכללותה ובזיקה מיוחדת למשפט הישראלי.

¹⁶ Thomas Hobbes, *Leviathan*, ed. M. Oakeshott, Oxford 1946, pp. 21, 27 (1st edition 1651)

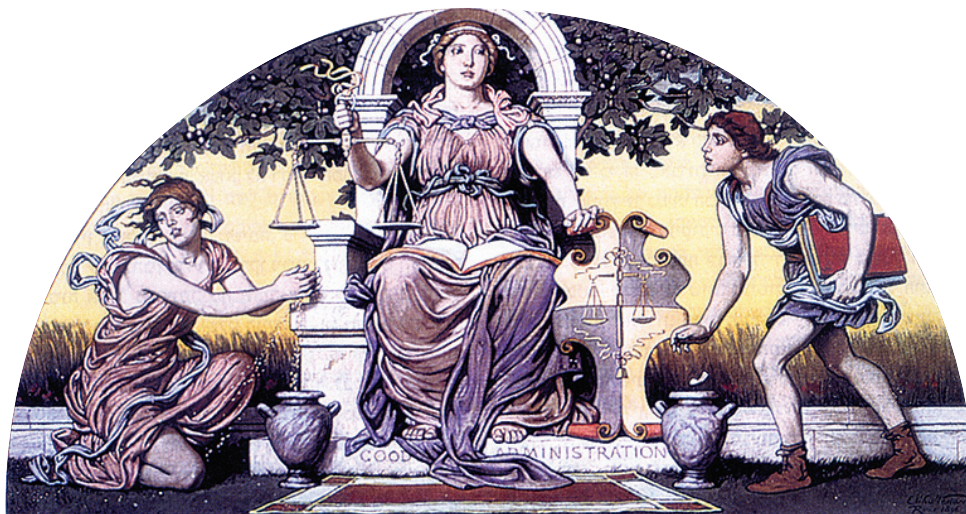
¹⁷ Oliver Wendell Holmes, "The Path of Law", *Collected Legal Papers*, 1920, pp. 167, 187

¹⁸ Anthony Kronman, "Precedent and Tradition", *Yale Law Journal*, 99 (1990), pp. 1029, 1034–1035

¹⁹ Frederic Shauer, "Precedent", *Stanford Law Review*, 39 (1987), p. 571; Earl Maltz, "The Nature of Precedent", *North Carolina Law Review*, 66 (1988), p. 367

²⁰ Louis Kornhauser, "An Economic Perspective of Stare Decisis", *Chic-Kent Law Review*, 65 (1988), p. 63; לניתוח כלכלי של תורת התקדים ראו: Thomas R. Lee, "Stare Decisis in Economic Perspective: An Economic Analysis of the Supreme Court's Doctrine of Precedent", *North Carolina Law Review*, 78 (2000), p. 643

²¹ קרונומן (לעיל, הערה 18), עמ' 1029, 1043–1047.



ציור: אליהו פדר (1896)

ואילו המשפטן מחויב בו?²⁵ התשובה היא שהמתמטיקאי והפיזיקאי חיים בממלכות שונות ממלכות עולם המשפט. המתמטיקאי חי בממלכת התבונה הטהורה, ואילו הפיזיקאי חי בממלכת הטבע. הטבע והתבונה הטהורה אינם כבולים לתובנות העבר. אמנם תובנות העבר יכולות לסייע למתמטיקאי ולפיזיקאי בפענוח סודות היקום והתבונה שעדיין לא התגלו, וידועה אמרתו של ניוטון לרוברט הוק, ולפיה אם היה יכול להרחיק ראות, היה זה משום שעמד על כתפיהם של ענקים.

אולם תובנות העבר כשהן לעצמן אינן יכולות לשעבד לא את הטבע ולא את המתמטיקה, שהרי כללי הטבע וההיגיון עצמאיים ומנותקים מעינו של מי שבוחן אותם. אכן, תובנות העבר לא שעבדו את ניוטון. הכללים החדשים שאותם חשף נעשו הכללים המחייבים במדע עד שבאה פרדיגמה חדשה ושינתה גם אותם. בקצרה, הציווי העליון של המדע הוא חקר האמת, ותובנות העבר כשהן לעצמן אינן הנחות עבודה מחייבות.

לעומת זאת המשפט אינו רק תורה מדעית לשמה. המשפט הוא כלי המיועד להגשים מטרה חברתית. המשפט נוצר בידי

המשפט הוא תרבות – כלומר התרבות נצברת של ידע, מחשבה, רעיון. הוא בבחינת בניין שנבנה בהדרגה, נדבך על גבי נדבך, אבן על גבי אבן, בידי בנאים שונים, שופטים שונים בתקופות שונות.²² ההלכות או פסקי הדין הם רכיב חיוני באבני היסוד שמהן המשפט מורכב. הם זיכרון העבר הקולקטיבי.

זיכרון העבר זקוק למנגנונים משמרים. השימור הוא השרשרת המחברת בין בני הדורות הקודמים לבני הדורות הבאים.²³ כל דור פועל כנאמן של קודמיו ושל הבאים אחריו. כך בשימור סביבתי וכך בשימור תרבותי. תרבות העבר – בענייננו: פסקי הדין של העבר – היא מתנה מן הדורות הקודמים לנו, ושימור העבר הוא לא רק הכרת טובה כלפי קודמינו אלא גם מסר לדורות הבאים: נוכל להאמין כי הדורות הבאים ישקדו על שימורה של המורשת השיפוטית רק אם נשכיל לשמור על מורשתם של קודמינו. עקרון התקדים הוא חלק מאותו מנגנון משמר, המאפשר למשפט לפעול כיצירה תרבותית וחברתית מתמשכת.²⁴

עדיין עומדת בעינה השאלה מדוע המתמטיקאי והפיזיקאי בהנחות העבודה שלהם משוחררים משעבוד לעבר,

²² ברק, "חקיקה שיפוטית" (לעיל, הערה 14) עמ' 924: "היצירה השיפוטית, כמו כתיבת ספר בהמשכים, היא פעולה מתמשכת. השופטים שכבר אינם מכהנים... כתבו את הפרקים הקודמים. השופטים בהווה כותבים את המשכה... תוך התבססות על העבר. הכל נכתב ברצף...".

²³ פרק א בפרקי אבות מדגים היטב את רעיון השרשרת ההלכתית הנמשכת ברצף בין הדורות ומחברת ביניהם: "משה קיבל תורה מסיני, ומסרה ליהושע, ויהושע לזקנים, וזקנים לנביאים, ונביאים מסרו לאנשי כנסת הגדולה", וכך עבור דרך הזוגות וכלה ברבי שמעון בן גמליאל.

²⁴ זו הנמקתו של אנתוני קרונמן (לעיל, הערה 18), עמ' 1029, המבקש להדגיש כי מעבר לטעמים התועלתניים והמוסריים עומדים ביסוד המחויבות לתקדים כיבוד המסורת והוקרה לעבר כשהם לעצמם.

²⁵ קרונמן (לעיל, הערה 18), עמ' 1029, 1064-1057.



להשתחרר לעתים מתקדים. דבקות בהחלטה לא נכונה רק משום שכבר ניתנה עלולה להביא לידי בזבוז משאבים לריק ולפגיעה במתדיינים הקונקרטיים. הקושי להוסיף ולאמץ הלכה לא נכונה ולא יעילה עשוי להביא לידי התעלמות ממנה, כדי להימנע מן הצורך לבטלה בגלוי. טשטוש האמת באופן קבלת ההחלטות בבתי המשפט ודאי אינו מוסיף אמינות לרשות השופטת.

אם כן, כיצד אפשר לגרום שהעבר המשפטי, הנטוע לעתים בערכים אחרים, לא ישעבד את בני הדורות הבאים?

אחד האמצעים להימלט מכבליו של תקדים מחייב אך בעייתי הוא שיטת האבחון: מה שמחייב הוא אותו חלק של פסק הדין שהניע את השופט להחליט מה שהחליט. כאשר מבקשים לאבחן מציינים, למשל, עובדה מטריאלית חדשה שאינה קיימת בתקדים המחייב, המקורי. נתון זה מוביל למסקנה שאין מדובר במקרה דומה, ומכאן שאין הכרח שההלכה שתחול עליו תהיה זהה. עקרון השוויון, המונח ביסוד הכפיפות לתקדים, אינו חל כאשר המקרה שעליו מבקשים להחיל את התקדים הוא מקרה שונה. אפשרות אחרת היא למתוח את ההבחנה בין טעם הפסק ובין אמרת האגב באופן שמה שיחול על המקרה הנדון הוא דווקא אמרת האגב, שממילא אינה מחייבת.²⁷ ואולם תורת האבחון וכמוה גם מתיחת-יתר של אמרות האגב אינן מתמודדות במישרין עם הבעיה, שהרי הן מניחות מראש שהתקדים אינו תקדים לענייננו, כי אפשר לאבחנו או כי אין הוא כפוף למה שנפסק כאמרת אגב.

בסעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה מצוי פתרון ישיר לבעיה.²⁸ החוק קובע כי הלכה של בית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, אך בית המשפט העליון עצמו אינו כבול לתקדימיו.²⁹ כלומר, תקדימיו של בית המשפט העליון מחייבים ערכאות נמוכות, אך בית המשפט עצמו יכול לסטות מהם מכל סיבה שהיא.³⁰ אפשר לדמות את מנגנוני ההשכחה האלה לאותו מנגנון הפועל בתא החי והמסמן את סילוק החלבונים

בני האדם כדי לאפשר להם חיים משותפים המבוססים על צדק והגינות. אמת היא אחת ממטרותיו של המשפט, אך אין זו המטרה היחידה. בצדה המשפט מבקש לכוון סדר ויציבות רצופים ונמשכים.²⁶ שיטת התקדים, המחייבת לכנס את פסיקת העבר ולפעול על פיה ברצף נמשך, יוצרת תשתית להגשמת סדר ויציבות חברתיים.

כלום בכך אמרנו כי המשפט כמוהו כפונס הזכרן? כלום המשפט מחויב לאגור את כלל פסקי הדין שנכתבו מעולם ולפעול על פיהם בלי יוצא מן הכלל?

כאן יש להבחין בין המשפט כתופעה תרבותית גרדא ובין המשפט כמערכת חברתית פעילה. ההיסטוריון המשפטי שיבוא לתעד את המשפט במאות הקודמות אולי ישמח אם יהיה מצויד בזיכרונו של פונס, שיאפשר לו לשחזר את כללי העבר בדיק מלא. אגב, כך גם ההיסטוריון של המתמטיקה או של הפיזיקה. אולם לא כך הדבר כשהמדובר בהנחות העבודה, בכללים המחייבים. מערכת חברתית, בדומה לכל מערכת אורגנית, אינה יכולה להיות סטטית. שימור התרבות המשפטית באמצעות תורת התקדים אין פירושו הקפאה. בכל גוף יש דינמיקה אינטנסיבית של הרס ובנייה, שבמהלכה יש לסלק את הרכיבים הפגומים שבו, לייצר חדשים תחתיהם, ובה בעת להשאיר את הלא-פגומים על כנם. תחזוקה ושיפוץ כרוכים לעתים בהריסה, לפחות חלקית של הקיים, כדי להוסיף ולשמור על הבניין כולו. אכן, גורלו של פונס הזכרן מלמד ששעבוד מלא לעבר מצמיח ומדכא ומונע התפתחות ראויה. לפונס היה חסר מנגנון מוחק או משיכה, שהיה מאפשר לו להיפטר ממעמסות העבר לצורך המשך תקין ומאוזן של חיי. שלא כמו אצל בני שבט היאהו אל למנגנון זה להשיכה הכול או כמעט הכול. בלי זיכרון לא תוכל לצמוח תרבות של ממש, אבל דרוש מנגנון מוחק או מבטל, שיסייע לנו להשתחרר משעבוד מיותר לעבר, כדי לאפשר צמיחה לעתיד. כמו שציינו, דבקות בתקדים מושתתת על נימוקים תועלתניים ועל נימוקים מוסריים, וכמוה גם הצורך

²⁶ לדיון בערכיו הבסיסיים של המשפט ראו: מנחם אלון, "הדין, האמת, השלום והפשרה – על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה", מחקרי משפט, יד (תשנ"ח), עמ' 269; אהרן ברק, "על משפט, שיפוט ואמת", משפטים, כז (1996), עמ' 11. לכללים ראיתיים החוסמים את הגשתן של ראיות שהיו עשויות לזרות אור על המקרה, כדי להגן על ערכים נעלים יותר ראו: נינה זלצמן, "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית" – מניעת מידע מבית המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים", עיוני משפט, כד (2001), עמ' 263. על יעדי של המשפט ראו: אהרן ברק, פרשנות במשפט, א: תורת הפרשנות הכללית, ירושלים: נבו הוצאה לאור 1992, עמ' 264-266.

²⁷ מובן מאליו שאם מדובר בערכאה גבוהה יותר, שממילא אינה מחויבת לתקדים, היא יכולה לבטלו. לטכניקות ההתחמקות ראו: טמיר (לעיל, הערה 15), עמ' 229-230.

²⁸ סח תשמ"ד 78.

²⁹ לפי אותו החוק, הלכה של בית משפט מחוזי רק מנחה את בית משפט השלום.

³⁰ לא נאמר בחוק כי בית המשפט מונחה על ידי הלכות שלו.



"Justitia Fragmented"
מאת: קורט פרנקנשטיין
מתוך: The West Collection (1986)

פנינו לא היה אלא העתק של דורות עברו. ואילו היתה השכחה משתלטת בנו כליל – כלום היה עוד מקום לתרבות, למדע, להכרה עצמית, לחיי נפש? השמרנות האפלה רוצה ליטול מאתנו את כוח השכחה, והפסבדו-מהפכניות רואה בכל זכירת עבר את 'האויב' ... דור מחדש ויוצר איננו זורק אל גל האשפה את ירושת הדורות. הוא בוחן ובודק, מרחיק ומקרב.³²

תורת התקדים היא שדה מאבק משפטי בין זיכרון לשכחה, בין שמרנות למהפכנות.³³ תורת התקדים – אומר השופט ברק – היא ביטוי לחוב של כבוד שההווה חייב לעבר.³⁴ במקום זה, בהיכל המדע, שבו כולנו חייבים חוב לעבר, אסיים ואומר: נדמה לי שאפשר להבין את דבריו אלו של השופט אהרן ברק כפרפרזה על דבריו המצטנעים של ניוטון, פרפרזה האומרת שגם אם ייתכן לחולל שינויים מפליגים במשפט אין זה אלא משום שהעושים זאת נשענים על כתפיהם של ענקים.

המיועדים להריסה. יכולת הסטייה מתקדים מחייב היא האוביקויטין של המשפט.

בית המשפט העליון סוטה מתקדימיו לא אחת. אך מהלך כזה מחייב הנמקה ושכנוע. לכן סטייה מתקדים נעשית בזהירות, ועצם הדבר שהלכה קודמת אינה נראית לשופט אינו סיבה לשינויה. בהתנגשות בין אמת ליציב, לעתים גובר ערך האמת ולעתים גובר ערך היציבות דווקא. "רק כאשר משקלם של השיקולים התומכים בדיון החדש עולה על משקלם של השיקולים התומכים בדיון הישן ובנזק שייגרם בשל עצם השינוי, יש מקום לסטות מתקדים קודם".³¹

זיכרון וכמוהו שכחה הם שני כוחות שניתנו לנו, והם נאבקים ביניהם על עיצוב דמותנו כיחידים וכציבור. המאבק ביניהם אוניברסלי, והוא מתרחש, כמובן, לא רק בדמיונו של בורחס. בקיץ 34 אמר ברל כצנלסון כדברים האלה: "אילו לא היה לעולם אלא זיכרון, מה היה גורלנו? היינו כורעים תחת משא הזכרונות. היינו נעשים עבדים לזכרוננו ... קלסתר

³¹ אהרן ברק, "על משפט, שיפוט וערכי יסוד", מבחר כתבים, א, בעריכת חיים כהן ויצחק זמיר, ירושלים: נבו הוצאה לאור 2000, עמ' 733, המובאה מעמ' 737. לנטיית בית המשפט להיצמד לתקדימיו ולביקורת ראו: טמיר (לעיל, הערה 15), עמ' 249, הערה 177. בין השיקולים לסטייה מתקדים או לדבקות בו: מניעת עיוות דין, פגיעה בוודאות, שינוי חקיקתי, גיל ההלכה; ראו: טמיר, שם, עמ' 260-267.

³² כתבי ברל כצנלסון, במבחן, שיחות עם מדריכים, ו, הוצאת מפלגת פועלי ארץ-ישראל 1947, עמ' 389-390. תודתי לעמיתי פרופסור דן לאור על ההפניה.

³³ למתח בין מסורת לחידוש במשפט העברי ראו: אריה אדרעי, "על סף בית המדרש – דילמות מן העבר ואתגרי ההווה", עיוני משפט, כז (2003), 193, עמ' 203-207.

³⁴ ברק, "על משפט, שיפוט וערכי יסוד" (לעיל, הערה 31), עמ' 737.