

אוניברסיטת תל אביב
הפקולטה למשפטים

ביקורת ספרותית של המשפט/ ד"ר איל דיסקין

שנת הלימודים תשס"ט, סמסטר ב'

מבחן – מועד א' - פתרון

שאלה 1

בשאלה הראשונה נתבקשתם לשער כיצד היו מגיבים ארבע מן הכותבים עליהם שוחחנו בהסתמך על החומר שעליו דנו בשיעור לקטע מתוך פס"ד אפרופים. מטבע הדברים ניתן לענות על שאלה זו באופנים נכונים רבים. הדגש על מרכיבים מסוימים מפסק הדין שחשוב לדון בהם ישתנה בהתאם לכותבים בה בחרתם לדון. נקודות ניתנו על סמך בקיאות בתובנות העולות מן מאמרים והספרים אותם קראנו במסגרת הקורס ויכולת יישום של תובנות אילו על עמדתו של ברק בפסק הדין.

נושאים אפשריים לדיון בפסק הדין (לא היתה ציפייה שכולם יידונו אך התייחסות לכמה שיותר מהם הגדילה את הניקוד):

- מהו מקומו של הטקסט בתהליך הפרשנות
- מהו תפקידו של המחבר בתהליך הפרשנות
- הבחנה בין פרשנות מילולית לפרשנות תכליתית
- ההבחנה בין לשון החוק לבין תיקונה, שינויה או השלמת חסר בה
- המרכזיות של הפרשנות לפעילות המשפטית
- מהו הבסיס הנורמטיבי לפרשנות המשפטית
- היחס של ברק להיסטוריה המשפטית
- מהם מערכת השיקולים שהשופט יכול/צריך לקחת בחשבון בעת הכרעתו
- מהי מידת החופש הפרשני שיש לשופט ומהם המגבלות על פרשנותו
- מהם ההשלכות הפוליטיות של גישתו של ברק בפסק הדין

בשאלה זו היה חשוב להתייחס לנושאים הללו בעת הדיון בתגובתם של פיש, ווסט ובורדייה לגישה האובייקטיבית שמציג אוון פיס בקטע מתוך מאמרו שנכלל בטופס הבחינה.

סטנלי פיש:

- ההנחה איתה מתחיל פיס שהמשמעות המופקת במהלך תהליך הפרשנות אינה מצויה בטקסט עצמו היא נכונה.
- אולם, פיש נותן לפרשן המשפטי כוח פרשני רב יותר מזה שנותן לו פיס – פיש מתנגד לרעיון האובייקטיביות הפרשנית ככל שרעיון זה פירושו קיומו של טקסט או כלל פרשני שהוא עצמו אינו ניתן לפרשנות, שהוא עצמו קודם לפעולת הפרשנות עצמה.
- פיש יטען שהניסיון של פיס לטעון שהחופש הפרשני ממנו נהנה הפרשן הוא מוגבל באמצעות כללי פרשנות שונים בנוגע לרלוונטיות, באמצעות הגדרות של מונחי יסוד או באמצעות פרוצדורות פרשניות דינו להיכשל – גם לכללים והמושגים הללו אין כוח אובייקטיבי במובן שהם קבועים מראש לפני פעולת הפרשנות עצמה ומגבילים את פעולת הפרשן. פיס מתייחס לכללים אילו כעובדה אובייקטיבית, כדבר קדם משפטי שאינו נתון בעצמו לפרשנות, אבל גם כללים ומושגים אילו (ואולי בעיקר הם) הם תוצר של תהליך הפרשנות עצמו. לכן לא ניתן לומר שהם באמת מגבילים את כוחו של הפרשן. למשל, בנוגע לפנייה להיסטוריה המשפטית אליה מתייחס פיס, כאשר פרשן קובע כי עניין מסוים הוא רלוונטי להחלטתו המשפטית משום שתקדים מסוים חל על המקרה הוא מפרש לא רק את המקרה שלפניו אלא גם את התקדים שבו הוא משתמש, הוא למעשה כותב אותו ואת ההיסטוריה המשפטית מחדש.
- פיש משתמש אף הוא ברעיון הקהילה הפרשנית. פיש יתנגד לרעיון של פיס שהקהילה הפרשנית קובעת כללים אוטוריתיים ומשמעת את חבריה ובכך קובעת את גבולות הפרשנות האובייקטיבית. בעיני פיש הקהילה איננה מקור סמכות לפרשנות – הקהילה היא רק אמצעי להסביר תופעה חברתית – אחידות הפרשנות בין קוראים שונים – קוראים שונים יפעלו באופן דומה כאשר הם קוראים את אותו טקסט, כלומר יפעלו באופן המפיק ממנו את אותה הפרשנות. תופעה זו נראה שהיא מצביעה על כך שיש דבר מה עצמאי ונפרד מפעולת הפרשנות עצמה אשר יוצר אותה. אבל למעשה היא פונקציה של אסטרטגיות פרשניות ולא של הטקסטים עצמם. תופעת אחידות הפרשנות בין קוראים שונים נעוצה בקיומן של קהילות פרשניות – אלה הן קהילות המורכבות מאנשים החולקים אסטרטגיות פרשניות לא לקריאה (במובן המסורתי של המילה), אלא לכתובה של טקסטים, ליצירת התכונות של הטקסטים, להקניית כוונות לטקסטים וכיו. כאשר פיס מתייחס לקהילה כמשהו שיש לו את הכוח להכתיב פרשנות כזו או אחרת הוא נותן לה כוח ומימד אובייקטיבי שנראה שפיש היה מתנגד לו (פיס יוכל כמובן לענות לפיש

שרעיון הקהילה הפרשנית מכניס בעל כורחו אלמנט אובייקטיבי גם לניתוח שלו למרות ניסיונו לטעון אחרת).

רובין ווסט:

- יוצאת כנגד הטענה הבסיסית של פיס: שהליך קבלת החלטות המשפטי הוא במהותו הליך פרשני, שכל פעולה (אקט) משפטי הוא אקט פרשני, שזו מהות הפעילות הפרשנית על כל היבטיה.
- לדידה של ווסט, הליך ההכרעה המשפטית הוא הליך שבמהותו פעולה של ציווי ולא של פרשנות. הדבר המאפיין את הפעולה המשפטית הוא העובדה שהיא מגובה בכוח וביכולת אכיפה ולא בהיותה מבוססת על תבונה ושיקול דעת.
- ווסט מחלקת את המחנה הפרשני ל"האובייקטיביסטים" – טוענים שהפרשנות היא פרויקט רציונאלי ואובייקטיבי ול"הסובייקטיביסטים" – רואים פרשנות היא פעולה "סובייקטיבית", בלתי-רציונלית וחופשית, ולא תחומה בתוך גבולות ואובייקטיבית. היא משייכת את פיס ל"האובייקטיביסטים".
- ווסט טוענת שהאובייקטיביזם המודרני שמייצג פיס נובע מפחד מכוח. כוח הוא רע ומשפט הוא הטוב. המשפט מרסן את הכוח, את הפוליטיקה. לא כוח כי אם האובייקטיביות של הטקסט (או של פעולת הפרשנות) הוא מהות הפעולה המשפטית.
- הבעיות בגישה האובייקטיבית לפי ווסט: ראשית, מקריות מוסרית (moral contingency) – המוסריות של הציות לטקסט תלויה לחלוטין במוסריות של הטקסט שלו אנו מצייתים; שנית, ההיתכנות, כיצד לוודא שהשופט אכן פועל על פי הגישה האובייקטיבית ולא על פי גחמותיו האישיות? כיצד ניתן לרסן את השופט?
- הפתרון של פיס: לבעיה הראשונה, הציות הוא לא לכוונה המקורית או למשמעות המילולית של הטקסט – הפרשנות משקפת גם את ערכי הקהילה (ראו הקהילה הפרשנית של פיס); לבעיה השנייה, יש כללי משמעת שקובעים לאלו דברים לתת יותר משקל מאחרים, מה התהליך לקבלת החלטות וכו'.
- אבל, טוענת ווסט, התוספת של ערכי הקהילה אינה מבטיחה שהפעולה המשפטית תהיה אכן ערכית. היא רק מבטיחה שהיא תשקף את ערכי הקהילה ואולי תזכה לפופולאריות – אין כל בטוחה שערכי הקהילה הם אכן ערכים מוסריים.
- התוצאה היא: (א) רלטיביזם מוסרי - מנקודת מבטם של אילו שצריכים יותר מכל את הגנתו של המשפט – נשים, ילדים, עניים – יחסיות מוסרית המבססת את ההכרעה המשפטית רק על ערכי הקהילה היא תמורה ומסוכנת לדעת ווסט; (ב) שמרנות – מה

שהיה הוא שיהיה - שימור הסטאטוס קוו ; (ג) סיכול ביקורת - אי יכולת להעברת ביקורת שלא משקפת כבר את ערכי הקהילה.

פייר בורדיה:

- האובייקטיביות עליה מדבר פיס היא תוצר של השדה המשפטי – השדה הוא מרחב של משחק – שדה של יחסים בין פרטים או מוסדות המתחרים על מושא מאבק משותף
- השדה המשפטי מאורגן סביב פרשנות – המאבק הוא מאבק על השפה, תחרות על הזכות לקבוע את הפרשנות הרשמית של טקסט משפטי.
- בורדיה יטען שהשאיפה להגיע לאובייקטיביות שמציג פיס והשימוש בשפה אובייקטיבית הם חלק מההביטוס שהתפתח בשדה המשפטי שפיס הוא חלק ממנו – דרכי ההתנהגות ההבנה והשיפוט אשר התפתחו בשדה המשפטי כוללות את השימוש בשפת האובייקטיביות כשפה שבה משתמש שחקן בשדה כדי להכריע בסכסוכים.
- השפה האובייקטיבית אם כן היא חלק מההביטוס בשדה המשפטי והיא עוזרת לפרטים הפעילים בשדה לזהות זה את זה ולהבחין את עצמם מחברים בשדות אחרים. היא עוזרת לשחקנים בשדה לתפוס את פעולתם בשדה כאוטונומית ומוגנת מלחצים חיצוניים (בעוד למעשה השדה המשפטי הוא רק אוטונומי באופן יחסי)
- אבל לשימוש בשפה האובייקטיבית יש גם משמעות במערכת היחסים שבין השדה המשפטי לבין "האדם הפשוט", אילו שנתונים למרות המשפט – השימוש בשפה נייטרלית ואימפרסונאלית במסגרת החלטה משפטית המקבלת סטאטוס של פסק דין יוצרת את האפקטיביות הדרושה כדי שהחלטה זו תיתפס כלגיטימית – היא עוזרת להעלים את השרירותיות המצויה בשורש ההחלטה.
- בורדיה לא יטען שפיס משקר או עוטה על עצמו מסכה אידיאולוגית של אובייקטיביות בעוד הכרעתו היא סובייקטיבית לגמרי – לשאיפה לאובייקטיביות יכולה להיות בסיס לפעולה אמיתית בשדה, ואפילו לאוטונומיה מחשבתית אמיתית בשדה (אוטונומיה שהיא כמובן תמיד רק יחסית כי השדה המשפטי אינו באמת אוטונומי מלחץ חיצוני), אבל ניתן להבין את האפקט הזה רק במסגרת ההבנה של היותה חלק ממושא המאבק בשדה וכאחד האמצעים להשיג בו הון סימלי.
- בורדיה מאמין שאובייקטיביות ככל שהיא קיימת בתהליך הפרשנות המשפטי מצויה לא בשפה המשפטית או בתהליך שיקול הדעת של השופט, אלא ברמה החברתית, ביחסי הכוחות בין המשתתפים השונים בשדה. היחסים האובייקטיביים בין המשתתפים בשדה הם שנותנים לו את המבנה שלו שמסדיר את המאבקים התחרותיים בתוך השדה ואת האפקט שלהם.