

זיכרון, שכחה ותקדים*

נילי כהן**

- א. זיכרון, שכחה, משפט
- ב. זיכרון ושכחה ומה שביניהם על פי בורחס
- ג. זיכרון במשפט – שחזור העבר ובניית תרבות
- ד. תקדים מחייב – עלות, תועלת, מוסר
- ה. תקדים כתרבות של זיכרון ושכחה
- ו. נסטור, אודיסאוס ותלמידי רבן יוחנן – בין מסורת לתעוזה, בין זיכרון לשכחה
- ז. סוף דבר

* רשימה זו מבוססת על הרצאה שנישאה באקדמיה הלאומית למדעים וכן בכנס על "זיכרון" שנערך בשנת 2005 על ידי חרמונה שורק ודורון מנדלס במסגרת המכון ללימודים מתקדמים של האוניברסיטה העברית. היא פורסמה באיגרת האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, יולי 2005. הרשימה הנוכחית כוללת שינויים אחדים. אני מודה לתומר שוירמן, עוזר מחקר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, על סיועו המצויין. כן ברצוני להודות לחברי מערכת כתב עת "המשפט" על הערותיהם המועילות. במהלך שנת הלימודים תשס"ז התקיים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב סמינר שהוקדש לנושא של זיכרון ושכחה. אני מבקשת להודות לעמיתי שי לביא, שותפי בהנחיית הקורס, וכן לליאו קורי, ליונתן גושן-גוטשטיין, לשלמה בידרמן, לחגי כנען, לאניטה שפירא, לדן לאור, להגרי אונגר, לישראל פינקלשטיין, לגדי אלגוזי, לאבנר בן-עמוס, לידין דודאי, לוורד ויניצקי-סרוסי, לאריה אדרעי ולליאורה בילסקי על הרצאות מעשירות בנושאים של זיכרון ושכחה. תודתי נתונה לתלמידינו בסמינר על השתתפות מעשירה.

הספרות בנושא של זיכרון ושכחה היא עצומה. לספרות בסיסית בנושא של זיכרון קיבוצי (תודתי לאבנר בן-עמוס על סיועו): MAURICE HALBWACHS, ON COLLECTIVE MEMORY (Lewis A. Coser ed. & trans., 1992); PAUL CONNERTON, HOW SOCIETIES REMEMBER (1989); COMMEMORATIONS: THE POLITICS OF NATIONAL IDENTITY (John R. Gillis ed., 1996); PIERRE NORA, REALM OF MEMORY: RETHINKING THE FRENCH PAST (Lawrence Kritzman ed., Arthur Goldhamer trans., 1996); EVIATAR ZERUBAVEL, TIME MAPS: COLLECTIVE MEMORY AND THE SOCIAL SHAPE OF THE PAST (2003).

** פרופסור למשפטים; מופקדת הקתדרה לדיני הוויזים השוואתיים על שם בנו גיטר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

א. זיכרון, שכחה, משפט

הנושא של זיכרון ושכחה מעורר בעשרות השנים האחרונות עניין אקדמי רב. מחקרים רבים מוקדשים לזיכרון, והם בוחנים אותו מכיוונים שונים. חוקרי המוח עוסקים בשאלה מהו זיכרון — כיצד הוא נאגר, כיצד ניתן לשלפו, מה גורם לניוונו. חוקרי הפסיכולוגיה עוסקים בשאלה של פגמי הזיכרון ותעתועיו. הסוציולוגים, ההיסטוריונים וחוקרי התרבות עוסקים בזיכרון קולקטיבי, כלומר בתהליכים המגבשים מונה משותף תרבותי אצל קבוצות, ובמהותו של אותו מונה משותף, העובר מדור לדור. הם דנים בשאלה אם אותן קבוצות עשויות לגבש זיכרונות נוגדים, ומהו המנגנון המביא דווקא לשימורו של אחד מבין הזיכרונות הנוגדים ולהשכחתו של האחר. הם עוסקים בהבחנות בין זיכרון, היסטוריה ומיתולוגיה. לזיכרון אפוא חשיבות רבה הן ברמת הפרט, החל מהתא הבודד, והן ברמת הכלל, מהיחידה המשפחתית ועד היחידה הלאומית או הרב-לאומית.

לשאלות אלה חשיבות גם במשפט. המשפט כמנגנון חברתי מורכב ממערכת כללים המסדירה את התנהגותנו כפרטים וכקבוצה. הכללים המשפטיים נאכפים, בעיקרם, באמצעות בתי המשפט. הללו עוסקים בזיהוי העבר לצורך הכרעה בשאלות של אחריות משפטית. בדרך כלל מדובר בעברו של פרט שלציבור אין בו עניין מיוחד, וההכרעה העובדתית-משפטית לא תשפיע עליו, אלא אם כן ייקבע במסגרתה כלל אחריות חדש. אך לעתים, כשאותו פרט הוא דמות ציבורית או כאשר למעשהו השלכה ציבורית, עשויה ההכרעה לעורר שאלות של זיכרון ציבורי-משותף. בעניין זה מתעוררת השאלה מה השפעה יש למשפט על בנייתו של הזיכרון הקולקטיבי, ועד כמה זיכרון קולקטיבי קיים משפיע על ההכרעה המשפטית.

למשפט תפקיד חברתי פעיל, והוא גם תרבות נמסרת, בין-זמנית, המחייבת שינוי והתאמה של הכללים המשפטיים. כללים אלה נקבעים, בעיקרם, על ידי המחוקק ועל ידי בתי המשפט. רשימה זו מבקשת לדון במערכת הכללים הנקבעת על ידי בתי המשפט ובשאלת כוחם המחייב. מערכת זו עשויה להכיל בתוכה מנגנון שימור והנצחה בדמות התורה של התקדים המחייב, אך אז מתעורר הצורך לקבוע מנגנון נגדי, שיבטל או ישכיח את זכרם וכוחם של תקדימים לא רצויים. כוחו של התקדים המחייב והצורך לרסנו מציגים מתח ידוע: המתח בין זיכרון לשכחה; בין רוחות העבר — החיוניות להמשך רציף ועשיר של המורשת התרבותית — לבין כוחות החידוש — החיוניים לפיתוחו של המשפט ולהתאמתו לשינויים — שמביאים עמם הזמן והיצירה. מתח מובנה זה, כפי שהוא משתקף בתורת התקדים, יעמוד במרכז רשימה זו.

ב. זיכרון ושכחה ומה שביניהם על פי בורחס

בחייהם של אדם, של ציבור, של אומה — זיכרון הוא ערך מרכזי. זיכרון הוא מצבור הניסיון והידע שלנו, התוכן הבסיסי המעצב את חיינו כיחידים וכציבור. כיצד היו נראים חיינו בלא זיכרון? הניתן לחשוב על כך בכלל? ואולם האם זיכרון 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 — "האוביקוויטיין" — זכו אברהם הרשקו ויוסף צ'חנובר בפרס נובל בכימיה). היש לשאלות האלה תפקיד במשפט?

הסופר הארגנטינאי המהולל, חתן פרס ירושלים, חורחה לואיס בורחס, כתב סיפור קצר ששמו "פונס הזכרן"¹. גיבור הסיפור הוא פונס, איש אורוגוואי, אשר בעקבות נפילה מסוּסו בהיותו בן תשע-עשרה מצא ששוב אין הוא יכול לשכוח דבר. ואלה דברי בורחס:

"פונס [היה מבחינן] בכל הזמורות והאשכולות והפירות המהווים סוכת גפנים [...] הוא ידע לשחזר את כל החלומות ואת כל מה שבין החלומות [...] הוא הכיר את צורות העננים הדרומיים בשעת הזריחה של השלושים באפריל אלף שמונה מאות שמונים ושתיים, וידע להשוותן עם דוגמת השייש על עטיפת ספר ספרדי שראה פעם אחת בלבד [...] פעמיים או שלוש כבר שיחזר יום שלם [...] [הוא] היה [...] מעלה בדמיונו כל סדק וכל כרכוב בבתים המדויקים שהקיפוהו"².

צלו של פונס מרחף מעל כלונו. אנו מייחלים לזיכרון קדוש, שיאפשר לנו לאגור ידע; לדבר, כמו מיתרידטס אופטור, בעשרים ושתיים לשונות³. אנו שואפים לזיכרון שיסייע לנו לזכור וללמוד הכול ובקלות. ואולם אולי, כדי שלא נתייסר יתר על המידה, אומר לנו בורחס בסיום הסיפור שהוא חושש שפונס לא היה מוכשר ביותר לחשיבה. לחשוב משמעו לשכוח הבדלים, להכליל, להפשיט. בעולמו הגדוש יותר מדי של פונס לא היו אלא פרטים, כמעט מידיים.

סיפורו של פונס המתחיל כביכול כשיר תהילה לזיכרון, נעשה עד מהרה קינה על קללתו. עודף פרטים — היעדר היכולת לסננם, היעדר היכולת להבחין בין טפל לעיקר — מקשה עלינו להגיע לרעיונות, לכללים המאחדים. פונס הוא הדגמה לכובד הזיכרון, לסבל שקליטה חושית מלאה יכולה לגרום: "פונס הבחין בלי

1 חורחה לואיס בורחס בדיונות 95-102 (יורם ברנובסקי מתרגם, 1998).

2 שם, בעמ' 99, 101.

3 שם, בעמ' 99. כפי שמספר בורחס, זהו אחד המקרים של זיכרון מופלא המתועדים ב-"Naturalis historia". בין המקרים האחרים שהוא מונה, מוזכר גם כורש, מלך פרס, שידע לקרוא בשמו של כל חייל בצבאותיו. שם.

הפסק בהתקדמותם השלווה של הריקבון, של העששת, של העייפות. הוא קלט את תהליכי המיתה, את התפשטותה של הלחות. צופה בודד וצלול היה בעולם רב-צורות, מידי ומדויק כמעט לבלי נשוא"⁴.

סיפורו מדגים את הצורך במנגנון משיכה שיפעל במישור השכל והרגש. 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"⁵, המביא את סיפורו של חוקר סקוטי אשר במסעותיו המחקריות נתקל בשבט הנקרא "יאהו". לשבט זה כמעט אין זיכרון כלל. רופאי האליל של בני השבט הזה ניחנו בזיכרון זעום. הם יכולים לזכור בערב רק 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. הם יכולים לבשר דרך משל כי "זכוב ייגע קלות בעורפי" או כי "מיד יישמע קול הציפור". בורחס, מפי מספר הסיפור, מציין כי "מאות פעמים הייתי עד לכישרון מופלא זה ורבות הרהרתי בדבר. הרי יודעים אנו שעבר, הווה ועתיד קיימים כבר עתה, פרט לפרט, בזיכרונו הנבואי של האל [...] ומה שמביך אותי הוא, שהאנשים, היכולים להביט עד אין קץ אחורה, שוב אינם מסוגלים לשאוב מן העתיד כמלוא הנימה". ולמרות הכול, בורחס אינו מתפעל יתר על המידה מן היכולת הזאת של ראיית העתיד. הוא מציין כי "מן הבחינה הפילוסופית הזיכרון הוא מעשה פלא לא פחות מניחוש העתיד"⁶. מכל מקום, כיוון שבני שבט ה"יאהו" חסרי זיכרון, ההיסטוריה שלהם אינה מטילה עליהם כל צל. למעשה, אין היא חלק מעולמם. שיטת המשפט שלהם אינה מבוססת על הוכחה, טיעון, הנמקה. היא 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 בני שבט ה"יאהו" נראים בעיניו כשבט תרבותי שהתנוון במהלך השנים. בורחס אומר לנו מה שבעצם כולנו יודעים: עולמנו יכול להיות מורכב מעבר ומעתיד אך במידה הראויה. עולם שכולו עבר נדון לכליה: פונס מת בן עשרים ואחת. העבר המכביד הכריעו. ומנגד, עולם בלא עבר אולי אינו נדון לכליה, אך הוא דל, ריק ומנוון.

4 שם, בעמ' 101.

5 חורחה לואיס בורחס הדוח של דוקטור ברודי 117-128 (צבי וולובסקי וחיים פלג מתרגמים, 1976).

6 שם, בעמ' 124; לבעיה של משמעות הזמן ראו: אבשלום אליצור זמן ותודעה (1994), המצטט בעמ' 54 את איינשטיין האומר כי "עבורנו הפיסיקאים [...] ההבדל בין עבר, הווה ועתיד הוא אשליה, תהיה עיקשת ככל שתהיה"; לדיון ביצירותיו של בורחס: ליאו קורי עולמו הספרותי של חורחה לואיס בורחס (מהדורה שנייה, 1997). קורי מנתח את ההשלכות של הזיכרון המושלם של פונס ושל היעדר הזיכרון של בני שבט ה"יאהו" על בניית השפה: מצד אחד, היעדר יכולת ההפשטה אצל פונס ומצד שני ההפשטה הכוללנית, המטשטשת אצל ה"יאהו" (בעמ' 90-102).

במישור האישי ממותן כוח הזיכרון על ידי שכחה מועילה. "החיים אינם מה שחיית, אלא מה שאתה זוכר והאופן שאתה זוכר אותם כדי לספרם"⁷. וגם במישור הלאומי כוח החיים חזק מהציווי לזכור בנחרצות חוויות מעצבות וגורליות. כאשר הסתבר, לאחר חורבן בית שני, כי יש כאלה הנמנעים מאכילת בשר ומשתיית יין לזכר חורבן הבית, התריס כנגדם רבי יהושע, כי לפי אותו היגיון אין לאכול לחם, המהווה ביטוי להבאת מנחות, או פרות, שהם ביטוי לביכורים, ואף אין לשתות מים, שהרי בטל ניסוך המים. עצתו של רבי יהושע היא לא התאבל יתר על המידה, כלומר לא לזכור יתר על המידה, שכן זוהי גְּרָה שהציבור אינו יכול לעמוד בה. מנגד, גם אין לשכוח את החורבן. ניתן להיזכר בחורבן לא על ידי שלילת הקיום אלא על ידי גריעה ממנו: למשל, גריעה משטח קטן המסויד בבית או שיוור חלק מועט מן הסעודה⁸. המסר ברור: שליטתו של העבר על חיינו עשויה להוביל לאבדון. כדי לאזן בין העבר המכביד לבין צורך הקיום, די בסמל שיכטא את זיכרון העבר הכואב. ביותר מכך, אין צורך.

ג. זיכרון במשפט – שחזור העבר ובניית תרבות

המתח בין עבר לעתיד הוא מתח מפרה ומחויב. הוא יוצר את תודעתנו הפרטית והקולקטיבית. הוא מנוע לשאיפותינו, להתפתחותנו. כיצד בא לידי ביטוי מתח זה 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 ציווי של לאופולד פון רנקה: תפקידו לשחזר את הסיפור כפי שהיה ("wie es eigentlich gewesen") באמצעות זיכרונם הפרטי של עדים וראיות אחרות⁹. מן הסיפור עולה המסקנה המשפטית. 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 לקוי¹⁰:

7 המוטו לספרו של גבריאל גרסיה מרקס לחיות כדי לספר (טל ניצן מתרגמת, 2003).
8 בבלי, בבא בתרא ס, ע"ב. המנהג של השארת אמה על אמה בקיר ללא טיה, ומנהגים סמליים אחרים השתמרו עד ימינו אנו.
9 אלעזר וינרב חשיבה היסטורית כרך א 12 (התשמ"ז). כמוכן, יש החולקים על עמדתו זו של פון רנקה בשאלה אם ייתכן לדעת איך היו פני הדברים באמת ואם אמנם זו מטרות ההיסטוריה. לפולמוס בנושא ראו: J. H. APPLBY, (1988); PETER NOVICK, THAT NOBLE DREAM; L. HUNT & M. JACOB, TELLING THE TRUTH ABOUT HISTORY (1995); R. J. EVANS, IN DEFENSE OF HISTORY (1997).

10 על תעוועי הזיכרון: דניאל ל' שכטר שבעת החטאים של הזיכרון (נועה בן פורת מתרגמת, 2005). חטאי הזיכרון הנסקרים בספר הם, בקצרה, אלה: דעיכה, כלומר, איבוד הזיכרון או היטשטשותו; פיזור נפש, דהיינו נתק בין הקשב לבין הזיכרון; חסימת היכולת להגיע למאגר הזיכרון; ייחוס מוטעה של חוויה שנחווה בעבר והעתקה לחוויה אחרת; השאה, כלומר

הזיכרון שלנו מועט ודל. אנו שוכחים מה שהיינו שמחים לזכור, וזוכרים מה שאולי היינו שמחים לשכוח. יתר על כן: לעתים אנו זוכרים באופן מוחשי דברים שלא התרחשו מעולם¹¹. זיכרונו של אחד אינו דומה לזיכרונו של אחר, ואף כי כמה אנשים יכולים להיות עדים לאותו אירוע, רישומו של האירוע על כל אחד מהם יכול להיות שונה לחלוטין, כדוגמת סיפור "רשומון"¹². חולשות הזיכרון מאפיינות את כולנו. גם פונס מעיד על עצמו שלפני התאונה שהפכה אותו לזכרן, הוא היה ככל אדם, כלומר, הביט ולא ראה, הקשיב ולא שמע¹³.

אמת, 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 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 ה"יאהו", חסרי הזיכרון ונטולי העבר הפרטי והקולקטיבי, שבכל זאת מצליחים לקיים מערכת חברתית, ובכללה מערכת כללים, שעל הפרתם מוטלת סנקציה (אמנם בפקודת המלך, ולא באמצעות רשות שיפוטית נפרדת¹⁴).

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 והמסורות המעמידים את כללי המשפט. זיכרון זה הוא קולקטיבי, והוא בנוי בעיקרו מאוסף חקיקה ופסקי דין.

זיכרון המושגל בתודעה בעזרת שאלות מנחות ורמזים; הטיה, כלומר עריכת זיכרון העבר על פי דעות ואמונות ההווה; התמדה, והיינו הזיכרות כפיייתת באירועים מטרידים מן העבר. על תעתועי הזיכרון במישור הקולקטיבי: אניטה שפירא "היסטוריוגרפיה וזכרון: מקרה לטרון תש"ח" אלפיים 10, 9 (1994).

11 ראו פ' גיימס בילינגס ואליזבת פ' לופטוס "הוויכוח על הזיכרון המודחק: משפטים ומחקרים חדשים" פסיכולוגיה ז(1) 24–32 (1998).

12 הסרט, שבזים על ידי אקירה קורוסאווה (Akira Kurosawa) בשנת 1950, מתאר אונס ורצח מנקודת מבטם של כמה דמויות הקשורות בדרך זו או אחרת למותו של הסמוראי, וכל אחת מהן מעלה גרסה שונה (מותו בדירקרב? רצח? התאבדות?). שאינה מאפשרת להגיע לחקר האמת. ראו שולמית אלמוג "ספרות לצד משפט – הודאה, תודעה, אמת" מחקרי משפט יז 297, 316–319 (2001).

13 בורחס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 99; על הקושי להגיע לחקר האמת, הן בהיסטוריה הן במשפט ראו: חיים ה' כהן "דין אמת לאמיתו" גבורות לשמעון אגרנט 35, במיוחד בעמ' 77–79 (ר' גביון ומ' קרמניצר עורכים, 1986).

14 קורי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 100.

ד. תקדים מחייב – עלות, תועלת, מוסר

ברשימתי אתמקד בפסקי דין. פסק דין הוא החלטה של בית משפט, והוא פועל בשני מישורים: המישור האחד הוא זה של הצדדים המתדיינים – פסק הדין מכריע בסכסוך, הוא מחייב את הצדדים ואף אין לפתוח אותו מחדש; המישור האחר הוא זה של העולם כולו – פסק הדין הוא הלכה הנעשית חלק מכללי המשפט של החברה הרלוונטית.¹⁵

בשיטת המשפט שלנו אימצנו מן המשפט האנגלי¹⁶, אם כי באופן מסויג, את תורת התקדים המחייב ("stare decisis")¹⁷. מה שמחייב ונעשה חלק מכללי המשפט, הוא אותו חלק של פסק הדין שהניע את השופט להחליט מה שהחליט, כלומר טעם הפסק או ה-"ratio decidendi", השונה מאמרת האגב, ה-"obiter dictum", שאין לה תוקף מחייב¹⁸. נמצא אפוא כי בפעילותו השיפוטית בית המשפט מקשר עצמו אל העבר, פותר את הסכסוך בהווה ויוצר נורמה כללית לעתיד¹⁹. ואולם בהלכת התקדים המחייב, המוחלת באופן פורמלי, טמונים קשיים²⁰:

15 אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת החסר ופיתוח המשפט" הפרקליט לט 267 (1990). מכאן שתנאי לתחולתה של תורת התקדים המחייב הוא פרסומה של ההלכה ברבים.

16 ג' טדסקי מחקרים במשפט ארצנו 92 (מהדורה שנייה, 1959); R.H. Heiner, *Imperfect Decisions and the Law: On the Revolution of Legal Precedents and Rules*, 15 J. OF LEG. STUD. 227 (1986).

17 לתחולת העיקרון במשפט האנגלי ראו: M.D.A. FREEMAN, LLOYD'S INTRODUCTION TO JURISPRUDENCE 1261-1263 (7th ed., 1994). 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 בכתביהם של מלומדי המשפט. להבחנה בין השיטות ראו: טדסקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 99-102, 111-112; יצחק אנגלרד מבוא לתורת המשפט 127 (1991); עדנה קפלן "תחולה צופה פני עתיד לתקדימי בית המשפט העליון" משפטים ט 221, 232-230 (1979).

18 ג' טדסקי "מימרת אגב – הלכה פסוקה?" הפרקליט כ 99 (1964). לשאלה כיצד לקבוע מהו טעם הפסק ראו: Arthur L. Goodheart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, in: ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND THE COMMON LAW (1931); JOSEPH RAZ, *THE AUTHORITY OF LAW* (1979) 180-209. ואולם השאלה סבוכה, יש הסבורים כי ההבחנה אינה נוהגת למעשה: חיים ה' כהן "אוביטר ז'ל והגינות לאי"ט – בעקבות בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד הארצ, פ"ד (נב) 289 משפטים לא 415 (2001); על הקושי לזהות מהי הלכה מחייבת ועל הצעות כעניין זה, כגון הגדרתה הברורה של ההלכה והבחנתה מאמרות האגב: איתן מגן "תקדים מחייב – קשיי יישומו במישור האנכי" הפרקליט מג 324 (1997). ובאותו הקשר: דן אשכנזי "על בעיה אחת בתורת התקדים המחייב ופתרונה על דרך הפילוסופיה הקאנטיאנית" עיוני משפט ג 804 (1973).

19 אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" מבחר כתבים כרך א 821, 924 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000) (הספר להלן: כתבים).

20 לבעיית ההיצמדות להחלטות עבר של מקבלי החלטות בהקשר הכללי של תורת קבלת החלטות, ראו: מיכל טמיר "עלותו השקועה של התקדים" דין ודברים א 211, 220-227, 243-267 (2004). מאמר מקיף ומעניין זה דן בבעיית התקדים בכללותה ובזיקה מיוחדת למשפט הישראלי.

מדוע להיות ככול להלכה רק משום שנפסקה כך בעבר? מדוע להיות ככול להלכה שבית המשפט עשוי לסבור שהיא מוטעית? מנקודת המבט של עקרון הפרדת הרשויות יוצרת תורת התקדים המחייב בעיה מוסדית: תורה זו התפתחה בשיטת המשפט המקובל, שנוצר על ידי הפסיקה. בשיטה שבה נוצר החוק בעיקרו על ידי הרשות המחוקקת, תורת התקדים המחייב מעוררת קושי. היא מטילה חובת ציות להלכה קודמת מבית מדרשו של בית המשפט, אף שמלאכת החקיקה הופקדה בידי המחוקק. אולם בית המשפט הוא המפרש את החוק. בפירוש זה יש היבט חקיקתי (אם הוא מחייב לגבי העתיד). נמצא שידרו של בית המשפט כמחוקק גוברת על זו של המחוקק עצמו.

בקצרה, הלכת התקדים המחייב עשויה להיות דוגמה לשעבודו של ההווה לעבר, והיא מערערת את האיזון בין הרשויות. היא גם מנוגדת לאחד הרעיונות המרכזיים של המשפט, שהוא חתירה לאמת — לא רק האמת העובדתית אלא גם האמת המשפטית. במוכן זה הלכת התקדים המחייב אינה עולה בקנה אחד עם תורות מדעיות אחרות: האומנם עלינו לקבל את הפיזיקה של קדמונינו, את תורת ההכרה הקדומות או את המתמטיקה של העבר? התשובה, כמובן, שלילית, וכבר הובס בספרו "לוינתן" ציין כי במשפט, כמו בגאומטריה, רק חוקי התבונה ראויים לזכות לכבוד²¹. ברוח זו ציין הולמס²² כי מקומם לחשוב שאין סיבה טובה יותר להצדקת כלל משפטי 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. מכאן שעל-פי הולמס הצידוק לתחולתו המחייבת של כלל אינו העבר אלא ההווה: התאמתו לחול היום על הנסיבות הנוכחיות²³.

סקירה קצרה זו עשויה לעורר רתיעה כלפי תורת התקדים והסתייגות ממנה. זו גם עמדתו של המשפט העברי שאינו מכיר בתורת התקדים המחייב²⁴. לפסקי ההלכה ולתשובות ערך רב כמקור ללימוד ההלכה. ככל שבעל התקדים נחשב יותר, ערכו המשכנע יהיה גדול יותר, אך פסק הדין כשלעצמו אינו מחייב. הטעם לכך הוא שתורת התקדים המחייב מוליכה לקיבעון מחשבתי, והיא עלולה להנציח טעויות. היא גם עומדת בניגוד לכפיפותו של הדיין לדין²⁵. על הדיין להפעיל את שיקול

21 THOMAS HOBBS, *LEVIATHAN* 21, 27 (M. Oakeshott ed., Oxford, 1946)

22 Oliver Wendell Holmes, *The Path of Law*, COLLECTED LEGAL PAPERS 167, 187 (1920)

23 Anthony Kronman, *Precedent and Tradition*, 99 *YALE L.J.* 1029, 1034–1035 (1990)

24 חיים כהן "על התוקעים עצמם לדבר הלכה" מבחר כתבים 41 (התשנ"ב). אך מובן שקיים מתח בין השחרור מכבלי התקדים לבין כבודה של המסורת, מתח שבא לכיטי במשנה, עדויות א, ה: "שאינן בית דין יכול לבטל דברי בית דין חברו עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין".

25 על ההבחנה במשפט העברי בין חוק חקוק לבין משפט מקובל, המגובש בפסיקה: שם, בעמ' 42–44 (לפיו בעל שולחן ערוך וקודמיו — בעל הטורים, הראש, הרמב"ם והריף —

דעתו העצמאי כדי להגיע לדין אמת לאמיתו. התלמוד מכנה את הדיין הדבק בהלכה קודמת שאין הוא מסכים לה: "התוקע עצמו לדבר הלכה"²⁶. מי שמסתמך על תקדים ככה בלא להבינו או להסכים אתו, הרי "גנאי הוא"²⁷. הגמרא מספרת על אחד האמוראים שאמר לתלמידיו, שאם לאחר מותו יגיע לידיהם אחד מפסקי דינו שאינם מסכימים לו, אסור להם לפסוק על פיו. עם זאת, אסור להם להשמידו, שהרי אפשר שבכורו הכא יהיה מי שיבינו וירצה לפעול על פיו²⁸. כלומר התקדים אינו מחייב, אך הוא יהפוך לחלק מהמסורת, לחלק מהזיכרון הקולקטיבי-ההיסטורי, וייתכן שבעתיד יהא לו אף תפקיד מעשי, אם ישכנע. כוחו נובע מעצמת השכנוע שלו. כוח מחייב כשלעצמו, אין לו.

ולמרות כל זאת, תורת התקדים, שעל חולשותיה הצבענו בקצרה, זוכה בשנים האחרונות לעדנה מחודשת. מלומדי משפט מכיוונים שונים²⁹ באים להצדיקה. שני טעמים מרכזיים עומדים ביסוד תורת התקדים: האחד תועלתני והאחר מוסרי. הטעם התועלתני מבוסס על שורת טעמי משנה, ואלה הם: הכרעת העבר, היוצרת כלל לאחר שנבדקה ההצדקה לו, היא כלי יעיל וזול ליצירת כללים מחייבים. זאת ועוד, הלכת התקדים המחייב מקדמת את הערך של ודאות המשפט: היא מקלה מראש את תכנון ההתנהגות, ובדיעבד מאפשרת לחזות מראש את תוצאות הדיון המשפטי. נוסף על כך הלכת התקדים מסייעת ליצירת עקביות ברשת ההלכות של בתי המשפט, ובזאת היא מבססת את אמינותה של הרשות השופטת. בקצרה, גם אם יש הסוברים שתקדים מסרים אינו נכון, כדאי לפעול על פיו, כי מחיר הסטייה מתקדים עולה לאין ערוך על מחיר הדבקות בתקדים, אפילו אין הוא מוצלח³⁰. לצדן של הנמקות תועלתניות אלה, עומדת ההנמקה המוסרית, שעיקרה השוויון לפני החוק. משמעותו של עקרון השוויון לענייננו היא, שכל מתדיין זכאי שיחולו עליו כללים רומים לכללים החלים על מתדיין אחר במקרה דומה³¹.

היו בגדר מחוקקים, מעין מחוקקים של משפט מקובל. השפיטה הרבנית, החל מתשובת הגאונים, אינה בגדר חוק).

26 בבלי, יבמות קט, ע"ב.
27 זרח ורהפטיג "התקדים במשפט העברי" שנתון המשפט העברי ו-105, 122 (התשל"ט-התש"ס). ראו גם כהן, לעיל ה"ש 24, בעמ' 55.

28 בבלי, בבא בתרא קל, ע"ב; בבלי, בבא בתרא קלא, ע"א; ורהפטיג, לעיל ה"ש 28, בעמ' 125. אני מודה לפרופ' אריה ארזעי, שלימדני על הזיכרון במשפט העברי בהרצאתו: "זיכרון הזיכרון", שניתנה במועדון משפט וספר, בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, ב-9 בנובמבר 2006. בהרצאה זו דן, בין השאר, במצוות הזיכרון הטבועה במסורת היהודית ובמתח בין זיכרון לקדמה.

29 Frederic Shauer, *Precedent*, 39 STAN. L. REV. 571 (1987); Earl Maltz, *The Nature of Precedent*, 66 N.C.L. REV. 367 (1988).

30 Louis Kornhauser, *An Economic Perspective of* לניתוח כלכלי של תורת התקדים ראו: *Stare Decisis*, 65 CHI-KENT L. REV. 63 (1989); Thomas R. Lee, *Stare Decisis in Economic Perspective: An Economic Analysis of the Supreme Court's Doctrine of Precedent*, 78 N.C.L. REV. 643 (2000).

31 הערכים של שוויון וודאות העומדים ביסודה של תורת התקדים עשויים לבסס תורה של

עם זאת, שתי ההנמקות הללו מתעלמות מתרומת העבר ככזו, מעצם הוקרת המסורת, והן בוחנות את העבר רק מנקודת המבט של השפעתו התבונית על ההווה. ומכאן עולה השאלה: כלום עשוי העבר כשלעצמו להצדיק את תורת התקדים? יש הגורסים שהתשובה חיובית. חלקה הבא של רשימתי יעסוק בשאלה זו.

ה. תקדים כתרבות של זיכרון ושכחה

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 בתקופות שונות³². 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 הבאים³³. 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 מתמשכת³⁴.

עדיין עומדת בעינה השאלה מדוע המתמטיקאי והפיזיקאי בהנחות העבודה שלהם משותררים משעבוד לעבר, ואילו המשפטן מחויב בו³⁵? התשובה

זכויות מוקנות לחברי הקהילה המשפטית הרלוונטית. מכאן קצרה הדרך לטענה שסטייה מתקדים מחייב הנוגע לזכויות הפרט מהווה מעין הפקעה שיפוטית של זכויות מוקנות. לבחינת הטיעון ולדחייתו באספקלריה היסטורית של המשפט האמריקני: Polly J. Price, *A Constitutional Significance for Precedent: Originalism, Stare Decisis and Property Rights* (2006), available at ssrn.com/abstract=950335.

32 ברק, לעיל ה"ש 19, בעמ' 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. הכול נכתב כרצף".

33 משנה, אבות א, א, מדגים היטב את רעיון השרשרת ההלכתית הנמשכת ברצף בין הדורות ומחברת ביניהם: "משה קיבל תורה מסיני, ומסרה ליהושע, ויהושע — לזקנים, וזקנים — לבניאים, ונביאים מסרה לאנשי כנסת הגדולה", וכך עבור דרך הזוגות וכלה כרבן שמעון בן גמליאל.

34 זו הנמקתו של אנתוני קרונומן, המבקש להדגיש כי פרט לטעמים התועלתניים והמסוריים עומדים ביסוד המחויבות לתקדים כיבוד המסורת והוקרה לעבר כשלעצמם. Kronman, לעיל ה"ש 23, בעמ' 1029, 1043–1047. באשר למתח בין מסורת לשינוי שביסוד תורת התקדים, ולהדרגת ההיבט של תפקיד השופט בעיצובם של הכללים החברתיים: Samuel C. Damren, *Stare Decisis: The Maker of Customs*, 35 *New England L. Rev.* 1 (2000).

35 שם, בעמ' 1029, 1064–1057.

היא שהמתמטיקאי והפיזיקאי חיים בממלכות שונות מממלכת 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 ענקים³⁶.

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 שעברו 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 בני האדם כדי לאפשר להם חיים משותפים המבוססים על צדק והגינות. המשפט חותר לביורר האמת במסגרת העובדות המשמשות יסוד להכרעה השיפוטית. אולם הכללים המשפטיים אינם משקפים אמת מדעית. הם אמורים לבטא תפיסה של צדק, שבמסגרתה מבקש המשפט לכונן סדר ויציבות רצופים ונמשכים³⁷. 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 מחויב המשפט לאגור את כלל פסקי הדין שנכתבו מעולם ולפעול על פיהם בלי יוצא מן הכלל? כאן יש להבחין בין המשפט כתופעה תרבותית גרידא 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 בדיוק מלא. אגב, כך גם ההיסטוריון של המתמטיקה או של הפיזיקה. אולם לא כך הדבר כשמדובר בהנחות העבודה של המשפט, 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,

36 R.K. MERTON, ON THE SHOULDERS OF GIANTS (Chicago University Press, 1993)

37 לדיון בערכיו הבסיסיים של המשפט ראו מנחם אלון "הדין, האמת, השלום והפשרה – על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה" מחקר משפט יד 269 (תשנ"ח); אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11 (1996); לכללים ראייתיים החוסמים את הגשתן של ראיות שהיו עשויות לזרות אור על המקרה, כדי להגן על ערכים נעלים יותר, ראו נינה זלצמן "אמת עובדתית" ואמת משפטית – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד 263 (2000). על יעדי של המשפט ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית 264–266 (1992).

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 מצמית ומדכא ומונע התפתחות ראויה. לפונס היה חסר מנגנון מוחק או משכיח, שהיה מאפשר לו להיפטר ממעמסות העבר לצורך המשך תקין ומאוזן של חייו. שלא כמו אצל בני שבט ה"יאהו" אל למנגנון זה להשכיח 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 להשתחרר לעתים מתקדים. דבקות בהחלטה לא נכונה רק משום שכבר ניתנה, עלולה להביא לידי בזוזו 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 להבחין בין טעם הפסק (ההלכה) ובין אמרת האגב באופן שמה שנוקבע בפסיקה קודמת יתואר כאמרת אגב, שאינה מחייבת³⁸. 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 שנופסק בהיותו אמרת אגב.

סעיף 20 לחוק-יסוד: השפיטה משקף את הפתרון שבחר המשפט הישראלי לבעיה זו. החוק קובע כי הלכה של בית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, אך בית המשפט העליון עצמו אינו ככול לתקדימיו³⁹. כלומר תקדימיו של בית המשפט העליון מחייבים ערכאות נמוכות, אך בית המשפט עצמו יכול לסטות מהם מכל סיבה שהיא⁴⁰. אפשר לדמות את מנגנוני ההשכחה האלה לאותו מנגנון הפועל

38 על הקשיים בעניין זה ראו לעיל ה"ש 18; מובן מאליו שאם מדובר בערכאה גבוהה יותר, שממילא אינה מחויבת לתקדים, היא יכולה לבטלו. לטכניקות ההתחמקות ראו טמיר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 229-230.

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

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

כתא החי והמסמן את סילוק החלבונים המיועדים להריסה. יכולת הסטייה מתקדים מחייב היא ה"אוביקוויטיין" של המשפט. בית המשפט העליון סוטה מתקדימיו לא אחת. אך מהלך כזה מחייב הנמקה ושכנוע. לכן סטייה מתקדים צריכה להיעשות בזהירות, ועצם הדבר שהלכה קודמת אינה נראית לשופט אינו סיבה לשינויה. בהתנגשות בין אמת לציב, לעתים גובר ערך האמת ולעתים גובר ערך היציבות דווקא. לעניין זה טוען ברק: "רק כאשר משקלם של השיקולים התומכים בדין החדש עולה על משקלם של השיקולים התומכים בדין הישן ובנוק שייגרם בשל עצם השינוי, יש מקום לסטות מתקדים קודם"⁴¹.

ציינתי כי שיטת התקדים המחייב נוהגת בשיטת המשפט המקובל ונקלטה אצלנו, ואין היא נוהגת לא במשפט העברי ולא במשפט הקונטיננטלי. ההבדל בין השיטות בולט בנקודות המוצא, וניתן להניח שהוא יוצר רטוריקה שונה. אך בפועל הפערים מצומצמים: הרי גם בשיטה האנגלית, שאומצה אצלנו, ניתן לסטות מתקדים, בין במישרין ובין בעקיפין, וגם בשיטות הקונטיננטלית וזו של המשפט העברי, יש לתקדים כוח משכנע, ונוהגים לפיו. מכל מקום, ככל אחת מן השיטות מנגנונים המאזנים בין דבקות יתרה בעבר לבין התנערות מיותרת ממנו.

ו. נסטור, אודיסאוס ותלמידי רבן יוחנן —

בין מסורת לתעוזה, בין זיכרון לשכחה

בכוחם של תקדימי העבר לספק מענה מן המוכן לבעיות מקבילות, דומות, לאלה שהתרחשו כבר. עם ההפתעות שצופן לנו העתיד קשה להתמודד בעזרת תקדימי העבר. התקדים, השקוע בעבר המשקף אותו, הוא המסורת; הוא ניסיון העבר; הוא הזיכרון. החריגה ממנו, המשקפת את השינוי שצופן לנו העתיד, היא התעוזה; היא השכחה. את המסורת והתעוזה, התקדים והחידוש, העבר והעתיד, מסמנים שניים מגיבורי של הומרוס: נסטור ואודיסאוס, כמו גם שניים מתלמידי של יוחנן בן-זכאי: אליעזר בן הורקנוס, שאינו שוכח דבר מתלמודו, והוא "בור סוד שאינו מאבד טפה", ואלעזר בן ערך, המוסיף ומחדש על מה שלמד מרבו, והוא "כמעין המתגבר"⁴². נסטור, הלוחם החכם והמנוסה, יכול לספר ללוחמי יוון על עלילותיו

41 אהרן ברק "על משפט, שיפוט וערכי יסוד" כתבים, לעיל ה"ש 19, 733, בעמ' 737. לנטיית בית המשפט להיצמד לתקדימיו ולביקורת ראו טמיר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 249, ה"ש 177. בין השיקולים לסטייה מתקדים או לדבקות בו: מניעת עיוות דין, פגיעה בוודאות, שינוי חקיקתי, גיל ההלכה; ראו: שם, בעמ' 260–267. לא אדון בשאלה אם כוח חיותם הנמשך של תקדימים אלה ולא אחרים, יכול להיות מוסבר על ידי תאוריית הישרדות דרוויניסטית.

42 משנה, אבות ב, י. המשנה מציינת כי רבן יוחנן בן זכאי היה אומר שאליעזר בן הורקנוס היה מכריע את כל חכמי ישראל, אך אבא שאול אומר בשמו של רבן יוחנן, כי רבי אלעזר היה מכריע את כלל חכמי ישראל, בכללם רבי אלעזר בן הורקנוס. באבות דרבי נתן, פרק יד, ו (נוסח א) מסופר כי כשמת בנו של רבן יוחנן בן זכאי, בא רבי אלעזר בן הורקנוס לנחמו בהסתמכו על אבלו של האדם הראשון. דברי נחומים אלה, המסתמכים על המסורת,

הנועזות שהביאו לניצחונות העבר. אך לא עלילות אלה ולא ההתרפקות על העבר יביאו לכיבושה של טרויה. כיבוש זה מציב אתגר חדש. תקדימי העבר לא יסייעו כאן. יש להתנער מהם. כאן דרושים יצירתיות, תעוזה וראיית הנולד. אודיסאוס הנועז, המציע חידוש – הסוס הטרויאני, רעיון שאיש לא העלה בדעתו עד כה – יצליח לעשות זאת⁴³.

שאלה אם בשיטה, שבה קיימת הפרדה בין הרשות השופטת למחוקקת, הרשות השופטת היא זו שצריכה לקבוע כללים כדי להתמודד עם תופעות חדשות, או שמא מוטל התפקיד על הרשות המחוקקת. שאלה זו, שעניינה הכשירות המוסדית והתפקודית של בתי המשפט ביצירת כללים חדשים לעומת זו של הכנסת, מהווה סלע מחלוקת, ובה לא אעסוק⁴⁴.

ז. סוף דבר

זיכרון וכמוהו שכחה הם שני כוחות שניתנו לנו, והם נאבקים ביניהם על עיצוב דמותנו כיחידים וכציבור. בקיץ 1934 אמר ברל כצנלסון כדברים האלה: "אילו לא היה לעולם אלא זכרון, מה היה גורלנו? היינו כורעים תחת משא הזכרונות. היינו נעשים עבדים לזכרוננו [...] קלסטר-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, והפסידוֹ מהפכניות רואה בכל זכירת עבר את 'האויב' [...] דור מחדש ויוצר איננו זורק אל גל האשפה את ירושת הדורות. הוא בוחן ובודק, מרחיק ומקרב"⁴⁵.

תורת התקדים היא שדה מאבק משפטי בין זיכרון לשכחה, בין שמרנות

על זיכרון העבר, לא ישרו בעיני רבן יוחנן. לעומת זאת, דבריו היצירתיים של רבי אלעזר בן ערך, שהבהיר לרבן יוחנן כי קיבל פיקדון והוא מחזירו שלם, ניחמוהו כראוי. לניגוד בין בית שמאי לבית הלל על בסיס ההבחנה בין "מסורתנות" (בית שמאי) ו"אנטי-מסורתנות" (בית הלל), כשאליעזר בן-הורקנוס נתפס כממשיכו המובהק של בית שמאי: חיים שפירא ומנחם פיש "פולמוסי הבתים: המחלוקת המטא-הלכתית בין בית שמאי לבית הלל" עיוני משפט כב 461, 469–476 (1999).

43 דמותו של נסטור מתוארת אצל הומרוס איליאדה שירים עשירי ואחד-עשר (שאל טשרניחובסקי מתרגם, עם עובד, 1987); הומרוס האודיסאה שיר שלישי (שאל טשרניחובסקי מתרגם, עם עובד, 1987). אני מודה לעמיתי, ד"ר הנרי אונגר, על שהפנה את תשומת לבו לאנלוגיה זו.

44 שאלה זו נדונה בהרחבה במשפט האמריקני בעיקר במישור החוקתי, והיא כרוכה בשאלת המתח בין הכרעה על ידי גוף מייצג (המחוקק) לבין גוף בלתי מייצג (בית משפט). ראו, למשל, הדיון אצל: Barry Friedmann, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five*, 112 YALE L.J. 153 (2002). ובמשפט הישראלי: רות גביון, מרכזי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד (התש"ס).

45 ברל כצנלסון "במבחן" כתבי ברל כצנלסון 389–390 (ש' יבנאלי עורך, 1947). תודתי לעמיתי פרופסור דן לאור על ההפניה.

למהפכנות⁴⁶. רבי אליעזר בן הורקנוס, שסמך על התקדים בפרשת תנורו של עכנאי, נדחה על ידי הרוב, וסופו שנודה⁴⁷. אך גם גורלו של רבי אלעזר בן ערך, המחודש, לא שפר עליו, ושמו נתמעט בתורה⁴⁸. אין לקדש אפוא לא את זיכרון העבר, אף לא את ההתנערות ממנו והיצירתיות הרואה פני עתיד. דור מחדש ויוצר במשפט אינו זורק אל גל האשפה את מורשת הדורות. הוא מאזן בין המסורת הנמשכת לבין צורכי החיים המתחדשים. תורת התקדים — אומר השופט ברק — היא ביטוי לחוב של כבוד שההווה חייב לעבר⁴⁹. ניתן, אולי, להבין את דבריו אלה של אהרן ברק כפרפרזה על דבריו המצטנעים של ניוטון, פרפרזה שלפיה גם אם ייתכן לחולל שינויים מפליגים במשפט, אין זה אלא משום שהעושים זאת נשענים על כתפיהם של ענקים. אלא שבתחומי החברה, לעומת המדע, מדובר לא רק בחוב של כבוד אלא בצורך חברתי, המבטיח רצף תרבותי, ודאות משפטית, יציבות ולכידות⁵⁰.

46 למתח בין מסורת לחידוש במשפט העברי ראו אריה ארדעי "על סף בית המדרש — דילמות מן העבר ואתגרי ההווה" עיוני משפט כז 193, 203–207 (2003).

47 בבלי, בבא מציעא נט, ע"ב.

48 אבות דרבי נתן, פרק יד, ו (נוסח א): שם נאמר עליו כי לא הצטרף ליבנה, אלא הלך "לדמסית, למקום יפה ומים יפים ונאים"; בבבלי, שבת קמו, ע"ב נאמר כי נעקר ממנו תלמודו. כאשר חזר וניסה לקרוא בתורה, לא הצליח, כי שכח את הכתיב העברי.

49 ברק, לעיל ה"ש 41, בעמ' 737.

50 למתח שבין ערך הלכידות של בית המשפט העליון, הניתן להשגה על ידי ריסון, לבין החירות השיפוטית הכרוכה בשחזור מהלכת התקדים: יורם שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון — הפוליטיקה של התקדים" מחקרי משפט טז 161 (תשס"א).