

מדד הפורמליזם בפסקי דין "טראומטיים": אבחון סגנוני*

מיכל אלברשטיין**

א. מבוא. ב. טראומה קולקטיבית. ג. מדד הפורמליזם המשפטי;
1. אופן הצגת הסוגיה המשפטית; 2. הסתמכות על טיעונים חוץ-משפטיים; 3. הסתמכות על עיקרי מדיניות ועל עקרונות משפטיים; 4. מידת ההדגשה של שיקול הדעת; 5. הצגת היחס בין עובדות לדין; 6. שמירה על הבחנות מסורתיות של המשפט; 7. יצירתיות ומקצוענות; 8. יציבות משפטית ופער בין "משפט נכתב" ל"משפט בפועל". ד. מדד הפורמליזם בפסקי דין טראומטיים העוסקים בהתנחלות בשטחים כבושים ב-1967; 1. פסקי הדין שנבחרו; 2. אופן הצגת הסוגיה המשפטית; 3. הסתמכות על טיעונים חוץ-משפטיים; 4. הסתמכות על עיקרי מדיניות ועל עקרונות משפטיים; 5. מידת ההדגשה של שיקול הדעת; 6. הצגת היחס בין העובדות לבין הדין; 7. שמירה על הבחנות מסורתיות של המשפט; 8. יצירתיות ומקצוענות; 9. יציבות משפטית ופער בין "משפט נכתב" לבין "משפט בפועל". ה. דיון בהפעלת המדד. ו. סיכום.

א. מבוא

במאמר זה בכוונתי להציג מדד פורמליזם משפטי אשר פיתחתי בהקשר אחר¹, וליישמו על פסיקת בית המשפט העליון שעניינה "סכסוכים טראומטיים" בחברה הישראלית. אנסה להעריך את המאפיינים הטקסטואליים המיוחדים של פסיקה זו.

* מאמר זה הוצג בכנס השנתי של האגודה הישראלית למשפט וחברה, שנערך בדצמבר 2008 באוניברסיטה העברית בירושלים.

** מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.
1 גרסה ראשונית של המדד מופיעה במאמרי: מיכל אלברשטיין "מדד הפורמליזם: כתיבתה של השופטת דורנר כמקרה מבחן" ספר דורנר 57 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009) (להלן: אלברשטיין "כתיבתה של השופטת דורנר"). פיתוח והרחבה שלו נמצא

“הסכסוכים הטראומטיים” המוצגים במאמר זה יורדים לשורש הזהות הישראלית; מערבים נושאים של כיבוש וכינון המדינה ונושאים של זהות יהודית ודמוקרטית; ונוגעים לשסעים השונים בחברה הישראלית.²

הבחירה בטראומה ובאופן שבו פסקי דין מעבדים אותה קשורה בניסיון להעריך את תפקידו של המשפט כסוכן חברתי טיפולי, ובאופן שבו דרך התבניות המוכרות הפורמליות והחריגה מהן מגדיר בית המשפט את תפקידו החברתי במקרים אלה. ההנחה היא שהאבחון המשפטי של הסכסוך הטראומטי יבטא את ייחודו ואת הדרך שבה תופס בית המשפט את תפקידו ביחס אליו: האם תפקידו לנהל את הסכסוך מטעם צד אחד תוך כדי שיבוצו בתבניות משפטיות המצדיקות את פעילותו? האם תפקידו לשמש מנגנון פיקוח ועידון של התנהלות הסכסוך? האם הוא נוטל חלק פעיל בניסיון לאחות את הסכסוך? החיפוש הוא אחר החיבור המיוחד בין מאפיינים פורמליסטיים ואנטי-פורמליסטיים הקיים בסכסוכים אלה. טענתי הרחבה יותר הנה כי המנעד הצורני של “מקרה קשה” טיפוסי בקבלת החלטות שיפוטיות הוא מפוצל באופן טבוע, וכי שופטים משלבים מאפיינים פורמליים ובלתי פורמליים על מנת לייצר לגיטימיות ותקשורתיות. בניגוד לחלוקה בין פורמליזם לערכים, אשר מאפיינת פעמים רבות את הדיון בנושא הפורמליזם המשפטי³, ובניגוד להתבוננות המציגה את הוויכוח ככזה בין ימין לשמאל או בין שמרנים לפרוגרסיבים – הטענה כאן הנה שרק דיווח מדויק על המדדים השונים של פורמליזם ועל המשחק ביניהם בהקשר נתון הוא גישה מתאימה לתיאור תופעת הפורמליזם. שופטים דבקים בעקרונות פורמליסטיים וסוטים מהם באופן שיטתי ומייצרים בכך מבע אישי.

“סכסוכים טראומטיים” ישמשו במאמר כמקרה מבחן ליישומו של מדד הפורמליזם וגם כשדה מיוחד שבו ניתן להעריכו ולנסחו מחדש. ההתמקדות בהם היא אחת מהדרכים האפשריות ליישום המדד, העשויות להתייחס גם לאישיותם של שופטים⁴, להכרעות בתחום מוגדר של משפט, להשוואה בין ערכאות או להערכה כללית של פורמליזם בפסק דין מסוים.⁵

אצל מיכל אלברשטין “מדד הפורמליזם המשפטי: תרבויות ותבניות של פסיקה משפטית ישראלית” (טיוטה) (להלן: אלברשטין “מדד הפורמליזם”).

2 בשלב זה מתבסס הניתוח על פסקי דין העוסקים בכיבוש שטחים ב-1967, ועל כן אין צורך בהגדרה רחבה יותר של “מחוזות הטראומה הישראלית” לצורך הגדרת המינוח “סכסוכים טראומטיים”.

3 ראו מנחם מאוטנר “ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי” עיוני משפט יז 503 (1993). כמו כן ראו מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים אחת 145–168 (2008).

4 אלברשטין “כתיבתה של השופטת דורנר”, לעיל ה”ש 1.

5 ראו אלברשטין “מדד הפורמליזם”, לעיל ה”ש 1.

מדד הפורמליזם בפסקי דין "טראומטיים": אבחון סגנוני

שיטת המחקר במאמר היא איכותנית, והיא כוללת ניתוח טקסטואלי, שבמסגרתו מוערכות ומנוסחות מחדש הנחות המחקר בהתאם להקשר הרלוונטי⁶. מטרתו הראשונית של המאמר היא להציג את הפרמטרים של מדד הפורמליזם ולשער מה יהיה ביטויים המיוחד במקרים של "סכסוכים טראומטיים". הניתוח עצמו הוא ראשוני – ובינתיים אינו מבוצע על כמות מספקת של פסקי דין שתאפשר לגבש הכללות תקפות. למרות זאת, ההנחה הנה שגם באמצעות ניתוח טקסטואלי יסודי של כמה טקסטים ניתן לגבש השערות ראשוניות על ייחודם ועל מיקומם של "סכסוכים טראומטיים" על הציר "פורמליזם-אנטי-פורמליזם". הציפייה הנה שב"סכסוכים טראומטיים" יתפתח סגנון מיוחד של שופטים, המשקף את ההכרה בכך שכתבתם נוגעת ברגעים מכוננים בהתפתחות הזהות הישראלית.

ב. טראומה קולקטיבית

הסכסוכים העומדים במרכזו של מאמר זה קשורים בטרומות קולקטיביות שהחברה הישראלית מתמודדת עמן. המונח "טראומה", השאוב מתחום הרפואה והבוהן התנסויות של יחידים באופן רגיל, חדר בעשורים האחרונים לספרה החברתית-ציבורית⁷. המונח "טראומה קולקטיבית" מניח כי גם קבוצות חוות טראומה וסובלות מתסמונות פוסט-טראומטיות, אשר לא ניתן להבינן ללא שימוש בתובנות של מחקר התרבות ובנרטיבים ההיסטוריים שהקבוצה ניזונה מהם. התבוננות על טראומה כקשורה בזהות, בתרבות, בהבניה חברתית ובתת-מודע קולקטיבי משנה את איכותה ומאפשרת פרסקטיבות חדשות גם על הממד של תופעה זו שנחשב בעבר פרטי ואישי⁸.

6 על המחקר האיכותני ומאפייניו ראו אשר שקדי מילים המנסות לגעת: מחקר איכותני תיאוריה ויישום (2003); נעמה צבר בן-יהושע המחקר האיכותני בהוראה ובלמידה (1990); שמחה שלסקי וברכה אלפרט דרכים בכתיבת מחקר איכותני: מפירוק המציאות להבנייתה כטקסט (2007); NORMAN K. DENZIN & YVONNA S. LINCOLN, HANDBOOK OF QUALITATIVE RESEARCH (2nd ed. 2000).

7 ראו: ALLAN YOUNG, THE HARMONY OF ILLUSIONS: INVENTING POST-TRAUMATIC STRESS DISORDER (1997); JUDITH HERMAN, TRAUMA AND RECOVERY: THE AFTERMATH OF VIOLENCE FROM DOMESTIC ABUSE TO POLITICAL TERROR (1992).

8 לחידוד טענה זו ראו: Michal Alberstein, *The Secrets of Mediation and Trauma in Contemporary Film: A Search from the Perspective of Restorative Justice*, in TRAUMA AND MEMORY: READING, HEALING, AND MAKING LAW (Austin Sarat, Nadav Davidovitch & Michael Alberstein eds., 2008) (המאמר להלן); Michael Alberstein & Michael Alberstein eds., *The Secrets of Mediation* (הספר להלן); (TRAUMA AND MEMORY).

הבנייתו החברתית של מושג הטראומה התפתחה מאז המאה התשע-עשרה, ועברה מהפכים: מפצע של הגוף, לפגיעה פסיכולוגית, להבחנה פסיכיאטרית ואף לתופעה תרבותית רחבה יותר⁹. העיון בטראומה כמשפיעה על קבוצות התפתח במהלך העשורים האחרונים של המאה העשרים, תוך התמקדות בדרכים שבהן פועלת ומופצת טראומה כאשר מדובר בקבוצות ולא ביחידים. מושגים כגון תודעה קולקטיבית, תת-מודע קולקטיבי, סבל חברתי (Social Suffering)¹⁰ וזהות תרבותית הפכו משמעותיים להבנתה של טראומה קולקטיבית, ואף האירו באור חדש את הבנת מושג הטראומה של יחידים¹¹. הבנתן של טראומות קולקטיביות קיבלה חשיבות גם בהקשר של הבנת תהליכים חברתיים ומהלכים היסטוריים, וכן לצורך קידום תהליכי ריפוי ופיתוח משטרים של צדק של מעבר (Transitional Justice)¹².

יתרונו של מושג הטראומה ככלי לניתוח תופעות חברתיות – ובכלל זה כתיבה משפטית כפי שנעשה במאמר זה – הוא בחיבור שהוא יוצר בין מציאות חברתית, פוליטית, פסיכולוגית ותודעתית. זאת, תוך הדגשת תפקידם של מוסדות חברתיים – כמו המשפט – בגרימה, בעיבוד ובריפוי של טראומות חברתיות.

ההתייחסות למשפט כאל מערכת תרבותית, המביעה את עצמה דרך פרמטרים שונים של פורמליזם, והמגיבה לסכסוכים בחברה, תוך ארגון מיוחד של פרמטרים אלה, היא מקרה בוחן מובהק ליחסי משפט וחברה בישראל ופותרת פתח למחקרים נוספים בדגש זה.

הטראומה הקולקטיבית הישראלית המצויה במוקד מאמר זה, ראשיתה עם קום המדינה, ואף קודם לכן, אך עיקרה קשור בכיבוש שטחי יהודה, שומרון וחבל עזה בשנת 1967 ותוצאותיו. טראומות קולקטיביות אחרות כמו רדיפת יהודים ושואה וכן דילמות של זהות ישראלית משתקפות בפסק הדין, אך באופן שולי יחסית. המאמר בוחן בפירוט יחסי שני

9 JEFFERY C. ALEXANDER, RON EYERMAN, BERNHARD GIESEN, NEIL J. SMELSER & PIOTR STZOMPKA, CULTURAL TRAUMA AND COLLECTIVE IDENTITY 4 (2004). ההכרה שיש כיום בטראומה קולקטיבית, הנחווית באמצעות התנסות וירטואלית דרך אמצעי המדיה והאינטרנט, הופכת את הטראומה לתופעה תרבותית רחבה יותר מהפרעה פסיכיאטרית, והשימוש בה הופך סמן לתהליכי מעבר חברתיים.

10 Sarah Willen, 'Illegality', *Mass Deportation and the Threat of Violent Arrest: Structural Violence and Social Suffering in the Lives of Undocumented Migrant Workers in Israel*, in TRAUMA AND MEMORY, לעיל ה"ש 8, בעמ' 168.

11 לפיתוח נושא זה ראו מאמרי: Alberstein *The Secrets of Mediation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 263.

12 RUTI G. TEITEL, TRANSITIONAL JUSTICE (2002). מושג זה מציין מגוון של כלים ותהליכים המוסדרים באמצעות המשפט, שתפקידם לקדם דמוקרטיה בתהליכי מעבר משטרי לאחר הפרה קשה של זכויות אדם, בעקבות טראומה קולקטיבית, לנוכח מהפכים אידאולוגיים או במצבי שינוי קיצוניים. התהליכים כוללים שפיטה, פיצוי, דיאלוג והידברות, בניית מוסדות ומנגנוני הנצחה וזיכרון וכלים מגוונים נוספים.

מדד הפורמליזם בפסקי דין "טראומטיים": אבחון סגנוני

פסקי דין טראומטיים העוסקים בהתיישבות היהודית ביהודה, בשומרון ובחבל עזה. הראשון, בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל¹³, אשר ינותח באופן מפורט, עוסק בהקמת ההתנחלות אלון מורה אשר הוקמה בשלב ראשון על אדמה פלסטינית פרטית. השני, בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל¹⁴, עוסק בשאלת חוקיות ההתנתקות ופינוי יישובים יהודיים מחבל עזה, תוך פיצוי תושביהם – ויידון במאמר באופן מפורט פחות. שני פסקי הדין עוסקים בהתנחלויות – הראשון, בהקמתה של אחת ההתנחלויות הראשונות בגדה המערבית; השני, בפינוי החד-צדדי של ההתנחלויות בחבל עזה. נקודות הדמיון והשוני של שני פסקי דין אלה ויישומן הפרטני של מדד הפורמליזם עליהם, יחד עם סקירה מסכמת של פסקי דין נוספים העוסקים בהתנחלויות, יאפשרו לבחון את מאפייני השיח המיוחדים של כתיבה משפטית ישראלית בסכסוכים טראומטיים.

ג. מדד הפורמליזם המשפטי

מדד הפורמליזם שבו נעשה שימוש במאמר זה כולל דרכי הערכה שונות, המופעלות במקביל על מנת להעריך את מידת הפורמליזם בטקסט משפטי נתון. ההנחה העומדת ביסוד גיבוש מדד זה היא כי בתרבות המשפטית הישראלית הנוכחית לא ניתן לאפיין באופן חד-ממדי שופט, נושא או טקסט מסוים על הציר פורמליזם-אנטי-פורמליזם, מבלי להתחשב במורכבות התופעה של סטייה מפורמליזם ובריבוי התרבויות המאפיין אותה¹⁵. השאיפה לפורמליזם באה לידי ביטוי במשפט באימוץ הנחות מסוגים שונים באשר ל"צורה" המקנה להחלטות השופטים את האובייקטיביות הראויה. מאחר שכל ההנחות הללו זכו לביקורת בתקופה המודרנית, סטיות מהן מהוות חלק אינהרנטי מפעילותם של שופטים ומדרכם לרכוש לגיטימציה.

13 פ"ד לד' (1) 1 (1979).

14 פ"ד נט' (2) 481 (2005).

15 לפירוט מקורות ההשראה התרבותיים לפיתוח המדד בפרט והקשר למושג הפורמליזם בכלל ראו אלברשטין "מדד הפורמליזם", לעיל ה"ש 1. לפרויקט דומה של מיפוי באמצעות הפעלת מדד רב-משתנים הבוחן אקטיביזם שיפוטי ראו: Margit Cohen & Mordechai Kremnitzer, *Judicial Activism: A Multidimensional Model*, 18 CAN. J. L. & JURISPRUDENCE 333 (2005). מחקר זה התבסס על הפרמטרים שקבע קאנון, במאמרו: Bradley C. Canon, *Defining the Dimensions of Judicial Activism*, 66 JUDICATURE 237 (1983).

המבחן המוצע מבוסס על ניתוח מדדים שונים של פורמליזם בתרבות המשפטית האמריקנית והישראלית, ובכלל זה פורמליזם של כללים, של תכליות ועקרונות ושל עובדות¹⁶.

מדד הפורמליזם שאני מציעה כולל שורה של פרמטרים המציגים שאלות פשוטות, הניתנות למענה באופן דומה על ידי קוראים שונים. את המדד אציג תוך התייחסות למשמעות המיוחדת שעשויה להיות לרכיביו בהקשר של "סכסוכים טראומטיים":

1. אופן הצגת הסוגיה המשפטית

האם השאלה המשפטית פותחת את פסק הדין? האם הייתה הסתמכות על הרובד הלשוני של המונח המשפטי המדובר? באיזו מידה הוצבה השאלה שבמרכז פסק הדין כקשורה בהגדרה או בפרשנות מילונית של מושג? האם השאלה הוצגה כקשורה בהשקפות חברתיות ואידאולוגיות? האם הוצגו שאלות מקדמיות של סמכות?

פתיחה של פסק דין בהצגת השאלה המשפטית, הגדרה של ההחלטה כפרשנות סמנטית והתייחסות לשאלות מקדמיות של סמכות יבטאו כולן פורמליזם בהקשר זה.

בהקשר של פסקי דין העוסקים בהתיישבות בשטחים הכבושים, השאלות המקדמיות שבית המשפט צריך להתמודד עמן, עניינן תיחום הסכסוכים המובאים בפניו והגדרתם כסכסוכים משפטיים שלו הסמכות לדון בהם. הבחירה העקרונית לדון בגופם של הטיעונים ולא לטעון להיעדר סמכות הכרעה בנושאי השטחים הכבושים (אשר תידון להלן), מצביעה על בחירתו העקרונית של בית המשפט לשמש כסוכן פעיל בעיבוד הסכסוך הטראומטי, ולא לתחם אותו כמצוי מחוץ לתחום סמכותו בשל נושאי הזהות הנדונים בו. ההחלטה אם לפתוח בשאלה המשפטית הפורמלית או להציג פתיחה רפלקסיבית המציינת את ייחודו של המקרה והקושי בסיווגו המשפטי – גם היא מצביעה על התפקיד שבית המשפט מייחס לעצמו ביחס לסכסוך הטראומטי.

2. הסתמכות על טיעונים חוץ-משפטיים

עד כמה פנו השופטים לשיקולים ולטיעונים חוץ-משפטיים – סוציולוגיים, כלכליים, מוסריים ואחרים – על מנת לבסס את החלטתם? עד כמה מוצגת פנייה זו כבסיס להחלטה או כתוספת לשיקולים הפורמליים? הסתמכות על טיעונים חיצוניים והישענות בלעדית עליהם תסמן אנטי-פורמליזם בהקשר זה.

16 לדיון מפורט בכל אחד מפרמטרים אלו ראו אלברשטין "מדד הפורמליזם", לעיל ה"ש 1.

מדד הפורמליזם בפסקי דין "טראומטיים": אבחון סגנוני

מאחר שרבים מהסכסוכים הטראומטיים מערבים ויכוחים ערכיים ודתיים אשר מנותקים משיקולים משפטיים, או לפחות מתנהלים במקביל להכרעות המשפטיות, האופן שבו בית המשפט מתייחס לשיקולים אלה והמידה שבה הוא מביאם בחשבון לצורך החלטתו, משקפים את יכולתו להציג את המשפט כגורם ניטרלי ומנותק בעיבוד הטראומה.

3. הסתמכות על עיקרי מדיניות ועל עקרונות משפטיים

עד כמה פנו השופטים לעיקרי מדיניות, לפרשנות תכליתית לאור מטרתה החברתית של הנורמה או לאיזון אינטרסים על מנת לבסס את החלטתם? שימוש בשפת התכליות, באיזוני אינטרסים ובשיקולי מדיניות, סבירות ומידתיות ייחשב אנטי-פורמליסטי בהקשר של פרמטר זה.

פרמטר זה הוא ביטוי למרד האמריקני בפורמליזם, והוא מדגיש את העובדה שבעקבות הביקורת הריאליסטית השתנתה שפת המשפט: היא כוללת עיקרי מדיניות ועקרונות משפטיים, ואין עוד מדובר במערכת של כללים בלבד¹⁷. עם זאת, השימוש בשפת התכליות והאיזונים המשפטיים מבטא מרד מוגבל בפורמליזם, מאחר שהשופטים ממשיכים להשתמש בשפה משפטית, אך אינם מסתפקים בכללים משפטיים בלבד¹⁸.

חריגה מפורמליזם בהתאם לפרמטר זה אינה מיוחדת למצבים של טראומה, והיא מאפיינת כתיבה משפטית עכשווית. זו משתמשת בתכליות, באיזונים, בסבירות ובמידתיות ככלים משפטיים לכל דבר, אשר מאפשרים הכרעה משפטית מושכלת ומבוססת יותר. במקרים של סכסוכים טראומטיים, ובמיוחד לנוכח חוקי-היסוד החדשים המחדירים לשיח המשפטי את שיח העקרונות המשפטיים והאיזונים באופן "פורמלי", שיח התכליות תורם להתמודדות אינסטרומנטלית ורגישה יותר עם הטראומה. זו מאפשרת לבית המשפט איזון

17 לסקירה של הביקורת הריאליסטית ראו: WILLIAM W. FISHER, MORTON J. HORWITZ & THOMAS REED, AMERICAN LEGAL REALISM (1993). להצגת המשפט כאוסף של היגדים תכליתיים ראו: HENRY M. HART, JR. & ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW (William N. Eskridge, Jr. & Philip Frickey eds., 1994). להצגת המשפט כרווי בעקרונות ובעיקרי מדיניות ראו: DWORIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1978). הפנייה לעקרונות חרוץ-משפטיים. זאת, משום הישן בניסוחיו השונים, אך אינה יכולה להיחשב כפנייה לעקרונות חרוץ-משפטיים. זאת, משום שעקרונות מדיניות אלה, אף אם מדובר בערכי היסוד של השיטה, חזקות תכלית או איזונים שונים, הפכו כבר לחלק מהשפה המשפטית. מזווית של תאוריות מאוחרות יותר, העוסקות בפורמליזם עכשווי, גם היצמדות לשפת תכליות ואיזונים משפטית עשויה להיחשב פורמליסטית.

18 ראו: DUNCAN KENNEDY, A CRITIQUE OF ADJUDICATION (*fin de siècle*) 105 (1997).

מחודש בכל מקרה ומקרה, תוך בחינה מהותית של שיקול דעת הרשות, על אף ההצהרה כי בית המשפט לא נוהג לעשות כן בדרך כלל.

4. מידת ההדגשה של שיקול הדעת

עד כמה מנכיחים השופטים בפסק דינם את קיומו של שיקול הדעת? עד כמה מודגשת הבחירה בין נורמות? עד כמה מודגשת הבחירה בין כמה פרשנויות של הנורמה? בהנחה שהוצבו כמה אופציות, עד כמה מוצגת הבחירה ביניהן כנשענת על מקורות פורמליים או כקשורה באינטואיציה אישית או במקורות חיצוניים? עד כמה מודגש רגע הבחירה כסיטואציה קשה או אישית? מצבים שבהם נדרש מן השופטים שיקול דעת נחשבים כחריגים בתפיסה פורמלית טהורה. לעומת זאת, ככל שהשיטה מתרחקת מהפורמליזם הקלאסי, ניתנת תשומת לב רבה יותר למצבים הדורשים שיקול דעת של השופט. עד כמה זוכים רגעי שיקול הדעת להתבוננות עצמית ולהשתהות בטקסט המשפטי מושא המחקר? האם השופטים מציינים כי הפעילו שיקול דעת? האם הם מציעים כלל חדש על מנת להכריע בנקודה זו או שהם מציגים את ההכרעה כקשורה בבחירה אישית או באינטואיציה? אכן, מבחינה פילוסופית ניתן להציג את רגעי הבחירה כנקודות צומת המלוות בקשיים לוגיים, בסתירות, ברגעים אפורטיים ובפרדוקסים¹⁹. אף על פי כן, רוב השופטים בוחרים שלא להנכיח קשיים אלו. כל התייחסות רפלקסיבית מפורשת לפעולת השופט, אשר איננה נדרשת עניינית לצורך ההכרעה, היא בגדר חריגה מפורמליזם בהקשר זה.

בסכסוכים טראומטיים יש ציפייה להבלטת הבחירה וההיבט האישי בפעולתו של השופט, תוך מתן ביטוי לייחודיות הסכסוך אשר נוגע בנושאי זהות וטראומה. עם זאת, מאחר שמדובר בנושאים המעוררים, לא אחת, את השאלה אם הם כלל ראויים להכרעה משפטית (ובשפה משפטית – האם הם "שפיטים"?), קיימת אפשרות ששופטים יקפידו להכחיש את המעורבות האישית ואת ההתלבטויות הכרוכות במקרים אלו.

5. הצגת היחס בין עובדות לדין

באיזו מידה מוצגות העובדות המצויות ברקע פסק הדין כחיצוניות להכרעה המשפטית וכמחייבות סיווג משפטי אחד? האם השופטים בוחרים להציג מחדש את עובדות המקרה, גם אם אלו הוצגו כבר לפני כן על ידי דעת הרוב? עד כמה מעורבת עמדה שיפוטית באופן הצגת העובדות?

19 ראו דיון בעניין זה מיכל אלברשטין "מרינגר ועד ברדה והמצב האפורטי: עיון בסגנונות פרשנות משתנים בפסיקתו של בית המשפט העליון" **מחקרי משפט** יט 633, 656–662 (2003).

מדד הפורמליזם בפסקי דין "טראומטיים": אבחון סגנוני

פרמטר זה שאוב מהביקורת הריאליסטית על האופן המקובל בשיטה פורמליסטית להציג את היחס בין עובדות לדין. הבעייתיות הטמונה בפרשנות העובדות, בדרך כלל, מוצנעת, והוויכוח בין הפורמליסטים לאנטי-פורמליסטים מתמקד בשאלות של שיקול דעת בהחלט הנורמות. נראה שהסיבה המרכזית לכך היא העובדה, שברוב המקרים הניתוח מתמקד בפסיקה תקדימית של בית המשפט העליון או של ערעור, שאינם עוסקים בשאלות עובדתיות. עם זאת, ברור שהכחשת היסוד השרירותי, האישי והמוטה בתהליך קביעת העובדות בערכאה הנמוכה בזמן הערעור, אינה מעלימה את הבעייתיות הכרוכה בה, ויש פעמים שבהן נחשף קושי זה.

לפי פרמטר זה, פסק דין ייחשב פורמליסטי פחות, אם בית המשפט בחר לתאר את העובדות מחדש בצד תיאור מה שנקבע בערכאה הקודמת, או אל מול תיאור העובדות שכבר נעשה על ידי שופט אחר. פסק הדין ייחשב אף אנטי-פורמליסטי יותר בהקשר זה, אם באמצעות התבוננות עצמית ינכיח את הבעייתיות בהסקה עובדתית ויסביר מדוע בחר לתאר את העובדות באופן זה ולא אחר²⁰. ככל שהשופטים מדגישים יותר את היבט שיקול הדעת בניסוח העובדות ובחילוצן, הם ייחשבו פורמליסטים פחות.

כאשר מדובר בסכסוכים טראומטיים – פעמים רבות שאלות עובדתיות קשורות בהצהרות ובהחלטות של גורמי ביטחון, רשויות המנהל או גופים ציבוריים אחרים. בית משפט שיבחר להציג תמונה עובדתית שונה, תוך הבעת ביקורת על ההסקה העובדתית של הרשות, ייחשב כאנטי-פורמליסט לעניין מדד זה.

6. שמירה על הבחנות מסורתיות של המשפט

עד כמה נשמרו גבולות המשפט המוכרים במסגרת המהלך המשפטי שהחלטה נדרשה לו? במסגרת שאלה זו ניתן להתייחס למושגים כגון פרוצדורה/מהות, פרטי/ציבורי, פלילי/אזרחי, חוזים/נזיקין ועוד. תפיסה פורמליסטית של המשפט שומרת על הבחנות המבטאות את המערכתיות האופקית שלו²¹. כך, למשל, הנטייה שלא להתערב בחוזה לאור עקרון חופש הרצון וקידוש ההסכמה בין הצדדים, משקפת שמירה על ההבחנה בין פרטי לציבורי; הנטייה שלא להתערב בשיקול דעת המנהל מטעמי מקצוענות, משמרת הקפדה על בדיקת חוקיות פרוצדורלית תוך הימנעות מהתערבות במהות הפעילות; הנטייה שלא ליישם

20 ראו למשל פסק הדין העוסק בעניין האונס בקיבוץ שומרת. בג"ץ 650/82 בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 216 (1983). בפסק דין זה בוחר הנשיא שמגר לפתוח את הדיון בתיאור מחודש מלא של עובדות המקרה, באופן שאינו מאפיין ערכאת ערעור. בדרך זו הוא מציג את נרטיב האונס ומסקנת היעדר ההסכמה כהכרחיים ועולים מתוך עובדות המקרה.

21 ראו מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", לעיל ה"ש 3, בפרק א'. במאמרו, מתאר מאוטנר את מאפייניו של הפורמליזם.

מונחים ועקרונות מתחום החוזים בשאלות של אחריות פלילית, משקפת שמירה על ההבחנה בין משפט פלילי לאזרחי. מגמות של פריצת גבולות המשפט ייחשבו כאנטי-פורמליסטיות בהקשר של פרמטר זה. בתחום של סכסוכים טראומטיים – הגבולות בין הפוליטי, המוסרי, הדתי והמשפטי עלולים להיפרץ, ובית המשפט יכול לבחור בדרגות שונות של הדגשת ההיבטים הלא-משפטיים של הסכסוך. לעומת זאת, הכחשתם המלאה תיחשב בגדר פורמליזם מלא.

7. יצירתיות ומקצוענות

מהי מידת היצירתיות המופעלת על ידי השופטים? מהו ייחודו של סגנונם? עד כמה הם משתמשים בסגנון ספרותי או במקורות לא שגרתיים? עד כמה הדרך שבה הגיעו אל התוצאה היא מוכרת, קבועה מראש ומייצגת תבנית משפטית? באיזו מידה אמור הפתרון שנבחר להיתפס באופן שווה על ידי כל "שחקני" המשפט? באיזו מידה יש שימוש בשפה אמנותית, עיתונאית, אקדמית או פילוסופית, הניתנת להבנה ולביקורת על ידי קוראים שאינם משפטנים? באיזו מידה מתייחס פסק הדין לנסיבות הפוליטיות, החברתיות והערכיות, שבמסגרתן מתקיים הסכסוך המדובר?

סגנון הכרעה שהוא פורמלי אמור באופן מובהק להיות לא אישי וחסר יצירתיות. יישומו של חוק דורש פעולה פשוטה של מיון או של הסקה, ואין נדרשת בו רגישות אמנותית או ספרותית. עם זאת, ההכרעה המשפטית הכתובה היא פעולה בשפה אשר כוחה הוא בהתאמת כלל למקרה ספציפי, ואשר איננה בהכרח טכנית במובן הפשוט של איתור הכלל המתאים.²² ככל ששופטים חורגים מהמסגרת הסטנדרטית של ניסוח ההכרעה המשפטית כיישום של כלל או כעיבוד של נתונים משפטיים אחרים (כגון עקרונות או תכליות) – כך תיחשב הכרעתם כפורמליסטית פחות.²³

מאפיין מרכזי של המקצוענות המשפטית המהווה מניע מרכזי להתגבשות הפורמליזם בתפיסתו האמריקנית, הוא ההתגדרות בשפה פורמלית אשר מובנת רק למשתייכים למקצוע.²⁴ ככל ששיטה היא פורמליסטית פחות, כך יגבר בה השימוש בשפה שאינה

22 Thomas C. Grey, *Langdell's Orthodoxy*, 45 U. Pitt L. Rev. 1 (1983)

23 כדוגמה לסגנון משפטי המשלב ביטויים ספרותיים, ציטוטים נרחבים ואמירה אישית, ראו את כתיבתו של השופט חשין. לניתוח כתיבתו של חשין ראו ישראל צבי גילת "מישאל חשין: בין חכם המשפט ושופט צדק" **מאזני משפט** 1 (2007) 439; דניאל שפרלינג "כחבצלות במים טהורים: על המשפט ותורת המשפט של השופט חשין" **מאזני משפט** 1 (2007) 445.

24 על תהליך התהוותן של פרופסיות ועל ההתגדרות בשפה מקצועית ראו: ANDREW ABBOTT, *THE SYSTEM OF PROFESSIONS: AN ESSAY ON THE DIVISION OF EXPERT LABOR* (1988).

מדד הפורמליזם בפסקי דין "טראומטיים": אבחון סגנוני

מקצוענית²⁵ ופנימית, אלא שקופה מבחינת תהליכי ההסקה שהיא מתארת. ככל ששופט משתמש בשפה שאיננה כוללת מינוחים משפטיים מובהקים, הוא ייחשב פורמליסט פחות. התייחסות לנסיבות פוליטיות חברתיות והצגת דיון היסטורי כללי יהוו אנטי-פורמליזם מובהק בהקשר זה²⁶.

בהקשר של סכסוכים טראומטיים נטייה פורמליסטית תתבטא בשיח מקצועני משפטי המנותק מהרבדים הרגשיים והתרבותיים של הטראומה.

8. יציבות משפטית ופער בין "משפט נכתב" ל"משפט בפועל"

באיזו מידה משנה פסק הדין את המצב הנוהג? באיזו מידה קיימת בכתיבה המשפטית מודעות לפער שבין ההכרעה הנורמטיבית העקרונית לבין אפשרות ביצועה בפועל? האם השופטים מתייחסים בפסיקתם לקשיים ביישום ההכרעה, והאם הם מעניקים לקשיים אלה משקל בקביעת הדין? ככל ששופטים מתערבים יותר במציאות המשפטית ומשנים אותה; ככל ששופטים מזכירים יותר את היחס שבין פסיקתם לבין המציאות החברתית ומביעים הסתייגות ממידת יכולתם ליצור שינוי במציאות (חברתית או פרטית); וככל ששופטים מותירים בפסיקתם מרווח פעולה לצדדים, שמשליך על האפשרות ליישמה או שהופך אותה לעמומה יותר – כך ייחשבו פורמליסטים פחות.

בניגוד להנחה הפורמליסטית שלפיה תפקיד המשפט הוא להשפיע על התנהגויות וליישב סכסוכים באופן ברור ומעשי כך שהמציאות החברתית תהלום במבט כולל את קביעות המשפט, ריאליסטים הצביעו על פער שבין "המשפט שנכתב" לבין "המשפט בפועל". יסודה של טענה זו עוד ב"תורת המשפט הסוציולוגית" שהתפתחה בימיו של רוסקו פאונד²⁷, ולפיה יש לבחון את המשפט כפי שהוא מיושם בפועל, ולא רק את ההכרעות הפורמליות כפי שהן נכללות בחוק או כפי שבית המשפט הצהיר עליהן. טענה זו התפתחה והשתכללה בשנות השבעים, על ידי דור חדש של כותבים ביקורתיים במשפט. כותבים אלה הפנימו את "המפנה הפרשני" שהתרחש במשפט. מחד גיסא, הם הדגישו את אלימות

25 מבחן המקצוענות של השפה הוא כדיקת מידת יכולתו של הדיוט שאינו בעל השכלה משפטית, להבין את דרך הכרעתו של בית המשפט.

26 ראו מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", לעיל ה"ש 3. במאמרו, מתייחס מאוטנר לניתוק המשפט מהממד הערכי שלו.

27 Edward G. White, *From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America*, 58(6) VA. L. REV. 999 (1972).

המשפט, כאשר הוא מחבר היגד מילולי למציאות מעשית²⁸, והצביעו על הקושי להביא שינוי חברתי באמצעות המשפט²⁹. מאידך גיסא, הם הצביעו על ההיבט הביצועי (הפרפורמטיבי) של היגדי המשפט עצמו, אשר כפעולות דיבור מייצרים משמעות סימבולית ומשנים תודעה חברתית גם מבלי שתתקיימנה השלכות מעשיות לקביעות המשפט³⁰. חוות דעת משפטיות המשנות את הנורמות הקיימות או המתייחסות לקשיים ביישום הנורמות החדשות ייחשבו כאנטי-פורמליסטיות בהקשר זה. חוות דעת ארוכות וחדשניות המלוות בפסיקה שמרנית ייחשבו גם הן אנטי-פורמליסטיות בהקשר זה, ויבטאו מודעות לכוחו המוגבל של המשפט³¹ ולצורך בשינוי אטי.

פסקי דין העוסקים בטראומה קולקטיבית עשויים לשנות את המציאות המשפטית באמצעות ניסוח מחודש ופעיל של נוסחת זהות קולקטיבית, ובכך להיות פורמליסטיים פחות. באשר למודעות לפער שבין המשפט לבין המציאות, ניתן לכאורה לצפות שזו תהיה גבוהה יותר בפסיקה טראומטית. בשלבים מסוימים בהתפתחות הסכסוך הטראומטי צפוי כי לבית המשפט יהיה רק תפקיד מנהל או ממתן ומפקח אך לא משנה ומרפא. בשלב שבו מאמצים לאיחוי הסכסוך נעשים במישור הפוליטי צפוי כי יתחזק תפקידו כמשפיע על תודעה חברתית ומודע לקושי בהשפעה על המציאות החברתית ויפחת הפורמליזם על פי מדד זה.

ד. מדד הפורמליזם בפסקי דין טראומטיים העוסקים בהתנחלות בשטחים כבושים ב-1967

1. פסקי הדין שנבחרו

עניין **דויקאט**, שהנו פסק הדין העיקרי המנותח כאן, עוסק בשאלת חוקיות הקמת היישוב האזרחי אלון מורה באזור שכס. מדובר באחד מפסקי הדין הראשונים הדנים בשאלת

28 ראו: Robert Cover, *Nomos and Narrative: Narrative, Violence and the Word*, in NARRATIVE, VIOLENCE AND THE LAW: THE ESSAYS OF ROBERT COVER 95 (Martha Minow, Michael Ryan & Austin Sarat eds., 1992).

29 ראו: GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (1991).

30 לדיון נרחב בקשר בין טקסים, ריטואלים דומים למשפט ופרפורמטיביות חברתית ראו: SOCIAL PERFORMANCE: SYMBOLIC ACTION, CULTURAL PRAGMATICS, AND RITUAL (Jeffery C. Alexander, Bernhard Giesen & Jason L. Mast eds., 2006). ניתן להתייחס אל המשפט כ"פרקטיקה סימבולית" שמטרתה לקחת ברצינות את הקודים התרבותיים במסגרתם היא פועלת.

31 שם, בעמ' 4.

מדד הפורמליזם בפסקי דין "טראומטיים": אבחון סגנוני

חוקיות ההתנחלות בשטחים הכבושים, ובעקבותיו שונתה פרקטיקת ההתיישבות לבחירה באדמות מדינה ולא באדמות פרטיות. בפסק הדין, שניתן זמן קצר לאחר חתימת הסכם השלום עם מצרים, נקבע כי צו תפיסת האדמות הפרטיות של העותרים בטל, וכי יש לפנות את המבנים והאנשים המצויים על קרקע פרטית זו. עניין **המועצה האזורית חוף עזה** ניתן לאחר החלטת הממשלה המאשרת את התכנית להתנתקותה של מדינת ישראל מאזורי חבל עזה ומאזור צפון השומרון, ובעקבות חוק יישום תכנית ההתנתקות³² שנחקק מאוחר יותר. העתירה עוסקת בשאלת חוקיות ההחלטה על ההתנתקות ובחוקיות החוק המסדיר את הפינוי ואת הפיצויים בגינו.

שני פסקי הדין נבחרו מאחר שהם מהווים דוגמה בולטת להתמודדות עם תהליכי מעבר בעיבוד הטראומה הקולקטיבית הישראלית.

2. אופן הצגת הסוגיה המשפטית

עניין דויקאת: השופט לנדוי, אשר כתב את דעת הרוב בפסק הדין, מציג את הסוגיה המשפטית באופן הבא:

"בעתירה זו עלינו לדון בשאלת חוקיותה של הקמת יישוב אזרחי (התנחלות) באלון מורה, במבואות העיר שכם, על אדמה שבבעלות פרטית של תושבים ערביים"³³.

מדובר בהצגה מרוכזת ועניינית של עיקרי הדיון המשפטי בנדון: חוקיות, יישוב אזרחי ולבסוף קניין הנמצא בבעלות ערבית פרטית. בשלב ראשוני זה אין אזכור להיות האדמה חלק משטחים שנכבשו במלחמת ששת הימים – עובדה מרכזית לצורך ההכרעה, אך המגמה הכללית היא פורמלית. נושא סמכות ההכרעה נדחק לשלב מאוחר יותר, על אף הקשיים הפורמליים בהכרה בקיומה של סמכות במקרה זה, ועל אף העובדה שבית המשפט אמור להעלות שאלה זו מיזמתו. למעשה, נושא הסמכות מוצג כאילו כבר הוכרע, לנוכח הסכמת המדינה לדון בעניין כאילו לבית המשפט הסמכות להכריע בסוגיה³⁴. השופט אף

32 חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005.

33 עניין **דויקאת**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 4.

34 לדיון בנושא זה ראו: DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES 19 (2002). קרצ'מר מציין כי למרות האפשרות העקרונית לחלוק על סמכות שיפוטו של בג"ץ בשטחים המוחזקים, בחר מאיר שמגר, היועץ המשפטי דאז, שלא להעלות את נושא הסמכות ולבקש דיון לגופו של עניין. מדיניות זו המשיכה להדריך את נציגי הרשויות בהמשך ההתדיינות בנושא השטחים.

אינו דן בנושא השפיטות וזכות העמידה, אף שנושאים אלה רלוונטיים למקרה זה³⁵. מבחינת מיקומו הרגיש של פסק הדין כנוגע בשאלות של זהות ובמחוזות הטרואמה הישראלית, עמדתו של בית המשפט מבטאת החלטה עקרונית להתמודד עם נושאים הנוגעים לתחומים אלה באמצעות כתיבה והכרעה משפטית, ולא להשאיר את הטיפול בהם לרשות המבצעת תוך התגדרות בהכרעות פורמליות. הביטוי המילולי-המשפטי המאוזן משקף סיטואציות משפטיות מורכבות ורגישות, יוצר מעורבות של בית המשפט כשחקן בסכסוך הטרואומטי, ופותח פתח להיותו סוכן טיפולי העוזר לניהולו, לעיבודו ולפתרונו. **השופט ויתקון** מצטרף לדעת הרוב ללא חזרה מחודשת על העובדות. הוא מגדיר את השאלה המרכזית כנוגעת ליחס בין המשפט ה"פנימי" לבין המשפט הבין-לאומי, וגישתו היא פורמלית בהתאם לפרמטר זה.

השופט בכור אינו מציג את השאלה המשפטית באופן עצמאי. הוא פותח את פסק דינו בהסכמה עם דעתו של השופט לנדוי, ומצהיר שבדבריו "יש תשובה שקולה ומשכנעת לכמה היסוסים"³⁶ שהיו לו בעניין. יש כאן חריגה מסוימת מפורמליזם.

עניין המועצה האזורית חוף עזה: דעת הרוב כתובה בקול אחד, ללא ציון שם השופט שכתב אותה. בדין ישבו עשרה שופטים, אשר לא ידוע איזה חלק מפסק הדין כתב כל אחד מהם. היעדר אחריות אישית והיעדרו של ביטוי מיוחד לכל שופט בכתיבת פסק הדין, סותרים את אחד המאפיינים המיוחדים להכרעות קשות הקשורים בנתינתם על ידי אישיות משפטית הנתינת לזיהוי ולביקורת. פסק הדין פותח בהצגה מפורטת של תוכן העניינים, תוך ציון מספרי עמודים עבור כל תת-פרק³⁷. חלק זה מכונה "מבנה פסק הדין", והוא מקנה לשלוש מאות עמודיו של פסק הדין מראה של ספר. מאפייני צורני זה מהווה כשלעצמו חריגה משמעותית מפורמליזם, ומבטא את ייחודיותו של נושא זה כקשור בעמקי הטרואמה הישראלית³⁸. פסק הדין פותח באופן הבא:

"ימים קשים הם ימים אלה. העם מפולג. חשש של אלימות מרחף. ניתוק קשה ומכאיב של אלפי מתיישבים ישראלים מחבלי ארץ שבהם חיו שנים רבות עומד להתרחש. הכנסת והממשלה קיבלו הכרעות מדיניות קשות שהינן בעלות אופי היסטורי ממש. על-פיהן מתנתקת ישראל מאזור חבל עזה ומאזור צפון השומרון (להלן: 'השטח המפונה'). עתה עומדת בפנינו

35 שם, בעמ' 19–25.

36 עניין דויקאת, לעיל ה"ש 13, בעמ' 30.

37 עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 508–511.

38 לכתובה דומה, שבה אין בית המשפט מציין את שמות המכריעים וכותב בקול אחד, ראו פסק הדין העוסק בגירוש: בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267 (1993).

מדד הפורמליזם בפסקי דין "טראומטיים": אבחון סגנוני

ההכרעה המשפטית אם החקיקה של הכנסת ליישום תכנית ההתנתקות היא חוקתית, ואם פעולות על-פיה הן חוקיות. אף הכרעה זו קשה היא. אמת, איננו מכריעים בתבונה של החלטת הניתוק. דנים אנו אך בחוקתיותה ובחוקיותה. אך גם בחינה משפטית-נורמטיבית עוסקת בבני-אדם. כאבם הוא גדול ומר. לא נוכל ולא נרצה להתעלם ממנו. אך את תפקידנו עלינו לבצע"³⁹.

פתיחת פסק הדין בהצגת המצב החברתי, תוך התייחסות למציאות הפוליטית ולהיבטים הרגשיים המעורבים בעתירה היא בגדר חריג מבחינת אופן הצגת הסוגיה המשפטית. העובדה שחריג זה נכתב פה אחד ללא אישיות מסוימת מאחוריו משווה סוג של פורמליות חדשה לחריגה זו.

השופט אדמונד לוי, שייצג את דעת המיעוט בפסק הדין, פותח את החלטתו בהצגת העובדות לשיטתו. מיד לאחר מכן מציג אף הוא את השאלה העומדת במרכזו של פסק הדין כשאלה הקשורה בנסיבות פוליטיות והיסטוריות שיש להכירן לצורך ההכרעה. הוא מתאר את ההתיישבות בחבל קטיף על ידי "אנשי חזון וחלוצים", ואז מצהיר כי:

"פסיקתנו אינה עוד פסיקה בשאלות שאנו מורגלים בהן כמעשה של יום יום, שנועדו ליישב מחלוקות אשר נתגלעו בין בעלי-דין או בין פרט זה או אחר עם הרשויות. הפעם אנו נדרשים לפסוק בשאלות הרות גורל, שאלות שעתידיה להיות להן השלכה מרחיקת לכת לא רק על העותרים, אלא גם על מדינת ישראל, על החברה הישראלית ועל עתידה של ההתיישבות היהודית בארץ-ישראל"⁴⁰.

באופן זה מגדיר השופט אדמונד לוי את הסכסוך ככזה שאיננו רגיל ואיננו פרטי, ומוסיף כי "בלשון המשפטית שאנו מורגלים בה שלובים בחוק העומד לדיון ובהחלטת הממשלה שעליה הוא נסמך שילוב נדיר שכמעט אין לו אח ורע של פגיעה אנושה בזכויות הקניין, בחופש העיסוק, ומעל כולם ניצבת הפגיעה בכבוד האדם וחירותו"⁴¹. הצגת השאלה המשפטית כשולית ביחס לשאלה המדינית והצגתה ב"לשון המשפטית" – היא חריגה מבחינת הפרמטר הראשון של מדד הפורמליזם. כתיבה פורמליסטית תציג את השאלה המשפטית באופן ישיר ולא תתייחס כלל למחלוקות הפוליטיות המצויות ברקע הסכסוך שהובא בפני השופטים.

39 עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 512.

40 שם, בעמ' 754.

41 שם, בעמ' 755.

3. הסתמכות על טיעונים חוץ-משפטיים

עניין דויקאט: השופט לנדוי דחה את הפנייה למקורות תנ"כיים כביסוס לטענות העותרים ואמר:

"גם מי שאינו מחזיק בדעותיהם של המצהיר וחבריו יכבד את אמונתם הדתית העמוקה ואת מסירות הנפש הממריצה אותם. אבל אנחנו בשבתנו לדין במידת חוק שבה ההלכה מופעלת רק במידה שהחוק החילוני מרשה זאת, אנו חייבים להפעיל את חוק המדינה. אשר להשקפת המצהיר על הקניין באדמת ארץ ישראל, אני מניח שאין בדעתנו לומר שלפי ההלכה מותר לשלול קניין פרטי מיניה וביה ממי שאינו מבני ברית. הרי מקרא מפורש הוא: 'כאזרח מכם יהיה לכם הגר הגר אתכם ואהבת לו כמוך כי גרים הייתם בארץ מצרים'⁴²."

בצד אזכור המקורות המקראיים שעליהם הסתמכו המתנחלים העותרים, מציג השופט את המקורות המקראיים הנגדיים התומכים במתן כבוד לגר ובהימנעות מנישולו מאדמותיו. באופן זה הוא נותן ביטוי למעמדו המיוחד של המשפט העברי כמקור שאינו נחשב ל"חיצוני" באופן חד-משמעי, בשל הקשר שלו לזהות המדינה היהודית ולמורשת המזינה את המשפט המודרני הישראלי. עם זאת, הוא מדגיש כי השאלה העומדת לפני בית המשפט בעתירה זו קשורה בפירושו הנכון של סעיף 52 לכללי האג ובהכרעה אם אכן מדובר בצורך צבאי לאומי כטענת המשיבים⁴³.

השופטים ויתקון ובכור לא פונים בפסיקתם למקורות חיצוניים. לנדוי, ויתקון ובכור דבקים אפוא בשפה משפטית ופורמלית, ומציגים את השפיטה כאמצעי הנותן ביטוי פורמלי ומוסדי להשפעת הרציונליות בעניינים אנושיים⁴⁴. **עניין המועצה האזורית חוף עזה:** דעת הרוב אינה משתמשת כלל במקורות חוץ-משפטיים. אין אזכורים מהמקרא, מהפילוסופיה ומהיסטוריה, והדיון הוא ענייני משפטי בלבד.

42 עניין דויקאט, לעיל ה"ש 13, בעמ' 11–12.

43 שם, בעמ' 17.

44 לניתוח תפיסה זו של מוסד השפיטה כפי שהיא מוצגת בכתיבתו של פולר, במאמרו Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353 (1978), ראו אלברשטין תורת הגישור (2007).

מדד הפורמליזם בפסקי דין "טראומטיים": אבחון סגנוני

השופט אדמונד לוי משתמש במקורות חוץ-משפטיים כגון הצהרת בלפור⁴⁵ ומגילת העצמאות. כמו כן הוא משתמש בריאיון מהעיתונות⁴⁶. בכך יש חריגה מפורמליזם.

4. הסתמכות על עיקרי מדיניות ועל עקרונות משפטיים

עניין דויקאט: חלק מרכזי מפסק דינו של **השופט לנדוי** מוקדש להגדרת המשטר המשפטי החל על השטחים המוחזקים. בהמשך לכך, מגדיר השופט את "הנורמה הבסיסית" החלה בשטחים המוחזקים כמבוססת על ממשל צבאי⁴⁷. חלק זה של פסק הדין הוא פורמלי ומניח כי המשפט הוא מערכת של כללים. חלק אחר של פסק דינו העוסק בבחינת שיקול הדעת בהכרעה המנהלית שהתקבלה, תר אחר "המטרה הדומיננטית" של הממשלה בקבלת ההחלטה, וקובע כי זו הייתה מימוש האינטרסים הלאומיים והדתיים של המתנחלים ולא מתן מענה לצרכים ביטחוניים⁴⁸. חלק זה מערב חשיבה פונקציונלית וחורג במעט משפת הכללים לכיוון שפת התכליות. אלא שחריגה זו מתונה לנוכח השימוש במבחן "המטרה הדומיננטית" שיש בו היבט של חוקיות ופחות דגש על איזון אינטרסים. **השופטים ויתקון ובכור** מסתמכים בפסק דינם על הכללים הנוהגים במקרה זה, והם פורמליסטים על פי פרמטר זה⁴⁹.

עניין המועצה האזורית חוף עזה: דעת הרוב פורסת את המצב המשפטי מאז כיבוש השטחים ועד לחקיקת חוק יישום ההתנתקות⁵⁰. עיקר ההכרעה המשפטית נשענת על המסגרת הנורמטיבית הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל בחינת ההתנתקות לאור האיזונים שמחייב החוק⁵¹. מכאן ששיח התכליות והאיזונים הבלתי פורמלי היה בסיס להכרעת בית המשפט. אלא שמקורו של שיח זה, בתקופה שבה ניתן פסק הדין, הוא החוק.

45 עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 769.

46 שם, בעמ' 805.

47 "הנורמה הבסיסית שעליה הוקם מבנה השלטון הישראלי ביהודה והשומרון בפועל הוא, כאמור, עד היום נורמה של ממשל צבאי, ולא החלת המשפט הישראלי שיש עמו ריבונות ישראלית". לביקורת על הבניה זו, המניחה חלל משפטי שממלא הכיבוש, ראו: Orna Ben-Naftali, Ayal M. Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, 23 BERKELEY J. INT'L L. 551, 559-571 (2005).

48 עניין דויקאט, לעיל ה"ש 13, בעמ' 20-21.

49 שם, בעמ' 29-30.

50 עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 512-531.

51 שם, בעמ' 543-553.

השופט אדמונד לוי מבסס את פסק דינו על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בכך קיים דמיון בינו לבין דעת הרוב (מגמה אנטי-פורמליסטית). הוא מוסיף למגמה זו כאשר הוא משתמש במלומדים כמו Radin על מנת להצביע על הקשר שבין זכות הקניין לבין אישיותו של אדם.⁵²

5. מידת הדגשה של שיקול הדעת

עניין דויקאט: פסקת מפתח בפסק דינו של השופט לנדוי, החוזרת גם בפסקי דין מאוחרים יותר העוסקים בהתנחלויות או המערבים יסודות טראומטיים⁵³, מבטאת התבוננות עצמית של בית המשפט על מעמדו בעיני הציבור בעקבות ההכרעה:

52 עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 797.

53 ראו בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 585, 505 (1986) (דעת מיעוט בדבר פסלות החנינה שניתנה לאנשי שב"כ בפרשת קו 300); בג"ץ 620/85 מיצארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169, 190 (1987) (קבלת עתירה נגד פגיעה בחסינות של חבר-הכנסת שנטען כי פעולתו מסכנת את בטחון המדינה); בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 498, 441 (1988) (דחיית עתירה נגד מתן דחיית שירות בצה"ל לתלמידי ישיבות); בג"ץ 1635/90 זרד'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 775, 790 (1991) (קבלת עתירה נגד הוראות בהסכם קואליציוני שפגעו בתקנת הציבור); בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210, 219 (1993) (דחייה מטעמים של חוסר שפיטות וכלליות של עתירה נגד חוקיות ההתנחלויות); בג"ץ 4162/93 פדרמן נ' היועץ המשפטי ללמשלה, פ"ד מז(5) 309, 329 (1993) (דחיית עתירה נגד ההחלטה שלא להעמיד את איוואן ג'והן) דמיאניוק על עברות שונות מאלה שמהן הוא זוכה); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 474, 441 (1993) (חיוב להעביר מתפקידו סגן שר שהוגש נגדו כתב אישום בעברות שחיתות); בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 815 (1995) (דעת מיעוט בדבר פסילת הוראה בהסכם קואליציוני בשל פגיעתה במעמד הרשות השופטת ובהפרדת הרשויות); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 15–16 (1997) (איסור סגירה מוחלטת של רחוב בר-אילן בירושלים לתנועת כלי רכב בימי שבת והתרת סגירה חלקית); בג"ץ 5100/96 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 846 (1999) (איסור הפעלת כוח בחקירות השב"כ); בג"ץ 794/98 עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(5) 769, 775 (2001) (חיוב לאפשר ביקורים של נציגי "הצלב האדום" אצל העצירים המנהליים עבדאל כארים ומוסטפה דיראני). לציטוט קטע זה בהקשר אחר ראו בג"ץ 506/89 בארי נ' ראש מדור תביעות אגוף החקירות, המטה הארצי של משטרת ישראל, פ"ד מד(1) 604, 610 (1990); תפ"ח (ת"א) 498/95 מדינת ישראל נ' עמיר, פ"מ התשנ"ו(2) 3 (1996). ע"פ 172/88 וענונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 265 (1990).

מדד הפורמליזם בפסקי דין "טראומטיים": אבחון סגנוני

"רב החשש שבית-המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על-ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל-ידי חלקו האחר בדחייה גמורה ונרגשת. במובן זה אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על-פי הדין בכל ענין המובא לפני בית-משפט כדין, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, ביודעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד ובית-המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים"⁵⁴.

בית המשפט מחליט "אף על פי כן" – בצד המודעות לחוסר האפשרות של הציבור לראות את פסיקתו כפורמליזם טהור, ויחד עם ההכרה בפוליטיות הנחזית של החלטתו. הדגשה זו של המובן מאליו – הכרעה על פי דין – תוך פנייה לדעת קהל מדומיינת, נועדה ככל הנראה לחזק את הלגיטימציה של בית המשפט בעיני הציבור במקרים שבהם ברור כי הפסיקה תיחשב לפוליטית. במובנים של התמודדות עם טראומה – קידם בית המשפט את הדימוי של מטפל חסר פניות, אשר עניינו ביישום כלל הכרעה אשר אינו משאיר מקום לשיקול דעת. באופן פרדוקסלי מהווה רגע זה מבע בלתי פורמלי במהלך ההכרעה. פרט לפתיחה זו, נמנע לנדוי מהתבטאות אישית במהלך פסק דינו.

השופט ויתקון אינו מציין רגעי שיקול דעת ואינו מציג ביטוי אישי.

השופט בכור פותח את דבריו, כפי שהוזכר לעיל, באמירה כי פסק דינו של השופט לנדוי פתר כמה מהיסוסיו⁵⁵. אמירה זו מהווה חריגה מפורמליזם במסגרת פרמטר זה.

עניין המועצה האזורית חוף עזה: דעת הרוב נכתבת ברובה בלשון אחידה ונטולת קול אישי, ומכאן שלא קיימים בה רגעי התבוננות עצמית או היסוס. נראה שהקול האחיד והבטוח – גם הוא חלק מהמסר שפסק הדין ביקש להעביר. הביטוי היחיד לטיבו המיוחד של הסכסוך מצוי באותה פסקה המופיעה בפתיח לפסק הדין, ובה מצוטטת פסקת הסתייגות מפסק דין הוועד הציבורי נגד עינויים⁵⁶, ומובעת הזדהות רגשית עם המתנחלים. בית

54 עניין דויקאת, לעיל ה"ש 13, בעמ' 4.

55 שם, בעמ' 30.

56 ראו דברי הנשיא ברק בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, לעיל ה"ש 52, בעמ' 845–846, בפס' 40: "ההחלטה בעתירות אלה קשתה עלינו. אמת, מנקודת המבט המשפטית דרכנו סלולה. אך אנו חלק מהחברה הישראלית. יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו מצויים במגדל שן. חיים אנו את חייה של המדינה [...] אך אנו שופטים. דורשים אנו מזולתנו לפעול על פי הדין. זו גם הדרישה שאנו מעמידים לעצמנו. כשאנו יושבים לדין גם אנו עומדים לדין. עלינו לפעול על פי מיטב מצפוננו והכרתנו באשר לדין".

המשפט מזכיר "ימים קשים", "ניתוק קשה ומכאיב", "הכרעות מדיניות קשות" ובני אדם ש"כאבם גדול ומר"⁵⁷. גם בסיום פסק הדין של הרוב מובאת פסקת הזדהות רגשית, אשר אף מזכירה במפורש את המושג "טראומה":

"מודעים אנו לכך כי חוק הכנסת, החלטות הממשלה וצווי הפינוי של ראש-הממשלה ושר הביטחון פוגעים קשות בישראלים המפונים. בין שמסכימים לדרכם של הישראלים המפונים ובין שמתנגדים לה, מבינים אנו את כאבם. מאחורי החוק עומד האדם. בו צריכה לטפל החברה הישראלית כולה. הדגשנו את אופייה ההיסטורי של ההחלטה על ההתנתקות. מן הראוי להדגיש גם את אופייה הטראומטי. הציבור הישראלי, על כל גווניו והשקפותיו, צריך לעסוק בכך. כך מתבקש מערכינו היהודיים; כך מתבקש מערכינו הדמוקרטיים"⁵⁸.

בהתאם לרעיונות חדשים אשר התפתחו בחברה ובמשפט בשלושים השנים שעברו מאז עניין דויקאט, המדגישים את חשיבותה של אמפתיה ורגישות במפגשים אנושיים ובמשפט בפרט, ניתן לתאר את בית המשפט כמי ששילב היבטים של מעין "תורת משפט טיפולית" (Therapeutic Jurisprudence)⁵⁹, זאת במגמה לרכז את פגיעתו הרגשית של המשפט תוך הבעת אמפתיה למתנחלים. עם זאת, הזדהות זו נעשית תוך הפרדה חדה בין התמיכה הרגשית המלווה ברכות ובאהדה לבין ההכרעה המשפטית שהיא רציונלית, חד-משמעית ומנותקת מרגש. בסיום פסק הדין מופיעה אותה פסקת הסתייגות שטבע לנדוי בעניין דויקאט⁶⁰.

57 עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 512.

58 שם, בעמ' 750.

59 להגדרת המונח ראו: "Therapeutic Jurisprudence concentrates on the law's impact on emotional life and psychological well-being. It is a perspective that regards the law (rules of law, legal procedures, and roles of legal actors) itself as a social force that often produces therapeutic or anti-therapeutic consequences. It does not suggest that therapeutic concerns are more important than other consequences or factors, but it does suggest that the law's role as a potential therapeutic agent should be recognized and systematically studied" תנועה זו ראו: Michal Alberstein, *Therapeutic Keys of Law: Reflections on Paradigmatic Shifts and the Limits and Potential of Reform Movements*, 39 *ISR L. REV.* 140 (2006)(reviewing *JUDGING IN A THERAPEUTIC KEY: THERAPEUTIC JURISPRUDENCE AND THE COURTS* (Bruce J. Winick & David B. Wexler eds.).

60 עניין דויקאט, לעיל ה"ש 13, בעמ' 4.

מדד הפורמליזם בפסקי דין "טראומטיים": אבחון סגנוני

השופט אדמונד לוי אינו מפגין היסוס או התלבטות בהפעלת שיקול הדעת בפסיקתו, אך כתיבתו רצופה בביטויים אישיים, כמו "לטעמי", "לדעתי", בהבעת רגשות ובמעורבות מוסרית⁶¹. הוא מקדיש כמה פסקאות לאופי הפוליטי של ההכרעה ומצטט כמה פסקי דין שעסקו בסוגיות דומות – אך חזר למבחן המשפטי כמנותק מפוליטיקה.

6. הצגת היחס בין העובדות לבין הדין

עניין דויקאט: חלק מרכזי מפסק דינו של **השופט לנדוי** עוסק בהערכה עובדתית של מידת "הצורך הביטחוני" בהקמת ההתנחלות – צורך אשר עשוי להצדיק את ההחלטה על פי סעיף 52 לאמנת האג כדרושה "לצרכיו של צבא הכיבוש"⁶². השופט מצביע על הסתירה שבין הערכתו של הרמטכ"ל, הטוען שיש צורך ביטחוני, לבין זו של שר הביטחון, הטוען כי אין צורך כזה – ואומר כי היא מקשה על קבלת החזקה העובדתית הרגילה המייחסת להצהרות המשיבים מטעם המדינה אמינות. הוא ממשיך ומעריך את הממצאים העובדתיים בהתאם לנתונים נוספים כגון הצהרות עותרים שהצטרפו לעתירה וחוות דעת נוספות⁶³. ניתן לומר כי הוא מציג את הרקע העובדתי המבסס את הצורך הביטחוני כנתון להכרעה חותכת של בית המשפט. המניפולטיביות והסתירות לכאורה שקיימות בהצהרות הממשלה נפתרות באמצעות האובייקטיביות של בית המשפט כמסוגל למצוא אמת עובדתית קונקרטי. באמצעות האינדיבידואליזציה של כל עתירות ההתנחלויות ככרוכות בהכרעה קונקרטית בדבר הצורך הביטחוני⁶⁴, ובקביעה כי בכל מקרה מחדש יקבע בית המשפט אם אכן קיים

61 עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 777.

62 עניין דויקאט, לעיל ה"ש 13, בעמ' 15.

63 שם, בעמ' 18–20.

64 ראו למשל בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169 (1973). בפסק דין זה נקבע כי אין להתערב בשיקול דעתם של מפקדי הצבא הסבורים, שהעברה של שבטים בדווים לצורך הקמת יישוב יהודי בפתחת רפיח הייתה דרושה כדי להבטיח את השקט בתוך רצועת עזה ומעבר לה. זאת, באמצעות יצירת אזור חיץ המהווה אמצעי חשוב למניעת חדירתם של מחבלים. בבג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979) קיבל בית המשפט את עמדת הצבא כי התיישבות יהודית בשטחים שנתפסו תורמת תרומה נכבדה למצב הביטחוני שבאותו שטח ומקלה על הצבא את מילוי תפקידו, גם אם מדובר במניעה ולא הוכחה פעילות עוינת. בבג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90 (1979) נדחתה הטענה כי לא מתקיים צורך צבאי, ומדובר בהחלטת ממשלה. נקבע כי יש להניח כי המשיב (שר הביטחון) דובר אמת בקבעו כי הקמת היישוב האזרחי בשטחי אזור רמאללה נועדה להדק את האבטחה על נמל התעופה בן-גוריון. בבג"ץ 4481/91 מנכ"ל תנועת "שלום עכשיו" נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993), נעשה ניסיון להביא לדיון את שאלת החוקיות הכללית של

צורך ביטחוני, מחזק בית המשפט בהכרעתו את הקוטב הפורמליסטי ונמנע מלנקוט עמדה ביקורתית פוליטית כלפי אופן ניהול הסכסוך ותרומתו של ניהול זה לטראומה שבבסיסו. **השופט ויתקון** קובע כי במקרה כזה, שבו המשיבים חלוקים ביניהם בנושאים הביטחוניים, נטל ההוכחה עובר אליהם⁶⁵. גישה זו היא פורמליסטית ומניחה כי בית המשפט יודע להכריע באופן אובייקטיבי בעובדות, תוך שימוש בחזקות משפטיות בדבר נטלי ההוכחה ולא תוך הפעלת שיקול דעת ובחירה.

השופט בכור נמנע מלייחס קושי לסתירה בין עמדת שר הביטחון לעמדת הרמטכ"ל בנוגע לנושאים הביטחוניים, ואומר כי שיקול הדעת להערכה העובדתית נמסר על פי חוק למפקד הצבאי⁶⁶. בכך הוא פורמליסט יותר מדעת הרוב.

עניין המועצה האזורית חוף עזה: דעת הרוב איננה עוסקת בבעייתיות שבהסקה עובדתית, ומציגה את החוק כמסוגל לתחום גבולות של פיצויים תוך כניסה לחישובים פרטניים⁶⁷.

השופט אדמונד לוי מקדיש חלק נכבד מפסק דינו לניתוח היסטורי-פוליטי של הרקע להתנתקות. הוא בוחר להציג רקע עובדתי משלו להכרעה, אשר אינו פותח במלחמת ששת הימים כמו בדעת הרוב, אלא מתאר את הרקע להתנתקות⁶⁸. בחירתו להציג את העובדות באופן אחר היא אנטי-פורמליסטית.

נראה שלמאפיין זה, העוסק בתקפות ההפרדה בין עובדות לדין, תהיה משמעות מיוחדת כשמדובר בפסיקה העוסקת בטראומה הקשורה לכיבוש והמערכת שיקולים ביטחוניים. נטייתו של בית המשפט לקבל את ההכרעות העובדתיות של הגורמים הצבאיים, אל מול קריאה ביקורתית של הכרעות אלה – תקבע פעמים רבות את גורל העתירה ואת היקף ההתערבות.

7. שמירה על הבחנות מסורתיות של המשפט

ההתנחלויות ברחבי השטחים הכבושים לפי הדין הבין-לאומי, תוך הצבעה על כך ש"צורך ביטחוני" הוא זמני ויש לפנות מתיישבים כאשר הוא אינו מתקיים. בית המשפט דחה את העתירה כמופשטת וקבע שהיא בגדר השגה כללית על מדיניות הממשלה, ואין יסודה באירוע או במקרה ספציפי שיש מקום להלין עליו. פסק דין זה מוכיח שוב כי אינדיבידואליזציה של המקרים תוך התמקדות במקרים קונקרטיים היא הדרך הפורמלית של המשפט לעבד סכסוכים טראומטיים.

65 שם, בעמ' 25.

66 שם, בעמ' 30.

67 עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 592–593.

68 שם, בעמ' 751–755.

מדד הפורמליזם בפסקי דין "טראומטיים": אבחון סגנוני

עניין דויקאט: השופט לנדוי דוחה את טענת היעדר השפיטות, אשר נדונה כבר בפירוט במקום אחר. למעשה הוא נמנע מלדון בשאלת סמכותו של בית המשפט העליון לדון במקרה זה, מהטעם שהמדינה איננה טוענת להיעדר סמכות⁶⁹. זוהי שבירה של גבולות מקובלים של משפט בין-לאומי הנעשית למעשה בהסכמה.

השופטים ויתקון ובכור משמרים הבחנות מסורתיות של המשפט בדבר דין ועובדה, משפט פרטי (דיני קניין) מול ציבורי, משפט בין-לאומי מול מקומי ועוד.

עניין המועצה האזורית חוף עזה: בניגוד למקובל בפסקי דין של בית המשפט העליון, אשר מצהיר בדרך כלל כי לא ייכנס לחישובים ולהערכות עובדתיות לצורך פיצוי – מקדישה דעת הרוב עמודים רבים להערכת חישוב הפיצויים, ומתערבת באופן משמעותי בהכרעות שניתנו על ידי הרשות. בכך היא אנטי-פורמליסטית, מאחר שהיא "פורצת" את הגבולות המקובלים באשר להתערבות בקביעת העובדות ובדרכי החישוב. ייתכן כי פיצוי גבוה והולם יותר נחשב מרצה, מרפא או מרפד את הטראומה של המפונים, ועל כן מצריך חריגה מהבחנות ישנות.

השופט אדמונד לוי: חלק מפסיקתו מוקדש לתיחום מחדש של הגבולות בין משפט לפוליטיקה ולהצבעה על האופי הלא-פוליטי של החלטתו, זאת על אף הכניסה לעובי הקורה של שיקולי ההחלטה על ההתנתקות. "פריצת" גבולות זו הופכת אותו פורמליסטי פחות על פי היבט זה.

8. יצירתיות ומקצוענות

עניין דויקאט: השופט לנדוי משתמש בשפה מקצוענית-משפטית ללא ביטויים חריגים, פרט לאותה פסקה אפולוגטית בפתחה, אשר מהגישה את העמידה על המקצוענות, ובפרט לציון בשלב מאוחר יותר כי גם מי שיזדהה באופן אישי עם המשיבים המתנחלים לא יוכל לנקוט עמדה חוקית אחרת.

השופטים ויתקון ובכור משתמשים שניהם בשפה מקצוענית ללא סייגים.

עניין המועצה האזורית חוף עזה: דעת הרוב כתובה בשפה מקצועית ואחידה, פרט לאותם ביטויי רגש חריגים, שאף הם, בחלקם, נשענים על אזכורים של ביטויים כאלה במקרים דומים, בפתח ובסיום.

69 עניין דויקאט, לעיל ה"ש 13, בעמ' 4.

השופט אדמונד לוי משלב שפה אישית, משתמש בביטויים כמו "לטעמי", "לדעתי", ומדבר על "מסע" לבחינת חוקיות ההחלטה⁷⁰. הוא יוצר האנשה של הפסיקה, תוך הפעלת מעין דמיון מודרך, ואומר כי על השופטים לראות את עצמם כאילו הם עצמם מגורשים⁷¹. הוא אף אינו נרתע משימוש בחוות דעת מקצועיות, בדעות פוליטיות, בקטעי עיתונות ובמקורות שאינם מקובלים ביותר במסגרת פסקי דין. שימוש בתאוריות ביקורתיות של דיני הקניין על מנת לפרש מושגים משפטיים – אף הוא משווה לפסיקתו מקצוענות אחרת מזו של דעת הרוב. הוא מבטא את נטייתם של שופטים בני זמננו לראות בכתיבה המשפטית ביטוי אישי שבו החריגה מפורמליזם מבליטה את אישיותם וסגנונם המיוחד⁷². נראה כי ההקשר הטראומטי משפיע עליו לבחור בסגנון יצירתי יותר, שאינו מקצועני משפטי, והוא פחות פורמליסטי בהתאם לפרמטר זה.

9. יציבות משפטית ופער בין "משפט נכתב" לבין "משפט בפועל"

עניין דויקאט: השופט לנדוי דן, כאמור, בסוגיית השפיות ומחזק את הקביעה כי בית המשפט העליון מוסמך לדון במקרים אלה העוסקים בשטחים המוחזקים. קביעה זו, הניתנת באחד מפסקי הדין הראשונים העוסקים בהתנחלויות, היא חדשנית, ואינה מתבקשת בהכרח מתוך פרשנות המצב המשפטי הקיים. במובן של הפער בין המשפט הנכתב למשפט בפועל, בית המשפט אינו מכיר באופן מפורש בבעייתיות שפסיקתו יוצרת מבחינת התרת התנחלויות על קרקע שאינה פרטית, ובכך לא "פותר" את הבעיה שהאיסור על התיישבות על קרקע כבושה בא לפתור. למעשה בית המשפט מחריף את הבעיה ותורם להכשרת

70 עניין **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 765, פס' 9: "את מסעי לבחינת חוקיותם של החלטת הממשלה ושל חוק ההתנתקות אתחיל בסעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו".

71 עניין **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 755, פס' 3: "לפיכך בבואנו להכריע בעתירות שבפנינו מצווה כל אחד מאתנו לראות את עצמו כאילו על צווארו של הונפה חרב הפינוי; כאילו הוא עצמו נדרש לנטוש בית שבנה בעמל, ביזע ובממון רב; כאילו הוא עצמו נדרש לעזוב עסק משגשג שסיפק לו פרנסה בשפע ולהיות מובטל בשוק שבו שיעור הלא מועסקים גבוה ממילא; כאילו הוא עצמו נאלץ לנטוש בתי כנסיות; כאילו ילדיו שלו נאלצים להפסיק לפקוד בתי ספר שבהם התחנכו, ולבסוף, כאילו הוא עצמו נדרש לנטוש מקום שבו קבורים יקיריו או לבחור לטלטלם עמו למקום לא ידוע, שאותו הוא נדרש לאתר בפרק זמן של חמישה חודשים או מה שיותר מהם, משל היה השלום הנכסף מתדפק בקוצר רוח על הדלת. קשה ומייסרת שבעתיים היא המחשבה שרבים מאלה שנטמנו באדמתם של אותם יישובים הם נשים, גברים וטף שנפלו מכדוריהם של מרצחים, ובהם כאלה אשר עלולים לקבוע את מגוריהם בבתים שיפנו משפחות קורבנותיהם".

72 להצגת נטייה זו לאינדיבידואליזם ולביקורת שלה ראו יובל אלכשן "מבית-משפט לבית שופטים? ההאנשה השיפוטית כחלק מהפרטת השפיטה בישראל" **עלי משפט** ז' 147 (2009).

מדד הפורמליזם בפסקי דין "טראומטיים": אבחון סגנוני

ההתנחלויות⁷³ – ובכך מתעלם מהפער בין המשפט הנכתב למשפט בפועל, שבמסגרתו תימצא דרך לעקוף את האיסור. זוהי עמדה פורמליסטית.

עניין המועצה האזורית חוף עזה: דעת הרוב מכירה בבעייתיות של הפער הקיים במקרה זה בין הגישה המשפטית לבין הפרשנות הפוליטית שתינתן לה על ידי הציבור. השופטים מנסים לגשר על פער זה, ומניחים כי דבריהם האמפתיים בקול אחד – כפי שהם נאמרים בפתח ובסיום של פסק הדין⁷⁴ – בלוויית התוצאות הכספיות המשמעותיות לטובת המתנחלים בשל ההתערבות בפיצוי, תורמים לתחושת האחדות בקבוצה ומחזקים את אמון הציבור והמתנחלים בבית המשפט כגורם מלכד על רקע הסכסוך הטראומטי. הנחה זו מבטאת עיוורון מסוים למצב הדברים במציאות. על כן, אף שפסק הדין מתאפיין באנטי-פורמליזם על פי פרמטר זה, הרי זהו אנטי-פורמליזם מתון.

השופט אדמונד לוי: מבחינת יציבות משפטית ואקטיביזם, הוא קורא להתערבות בפעולת הרשות המבצעת, ובכך הוא אנטי-פורמליסט, אך הוא אינו מתייחס לפער שבין המשפט הנכתב למשפט בפועל. בכך נטייתו היא פורמליסטית.

ה. דיון בהפעלת המדד

שני פסקי הדין אשר נדונו כאן באופן מפורט מייצגים נקודות זמן שונות. במידה רבה מייצג האחד מהם את התמודדות המשפט עם תחילת תהליך ההתנחלויות, והשני את התמודדותו עם סיומו (או לפחות ראשית סיומו באזור מסוים). בשני פסקי הדין ניכרת מגמה ברורה של שימור פורמליזם נוקשה בגרעין פסק הדין, תוך מאמץ לתחם בבירור את המשטר המשפטי שחל על השטחים הכבושים, לעתים אל מול ערפול משפטי שהצבא מעוניין לקדם⁷⁵, או כנגד תפיסות דתיות או משיחיות המקובלות על המתנחלים.

פרט לפריצת הגבולות שבהכרה בשפיטות המקרים (פרמטר שמיני), אשר מאפשרת מתן לגיטימציה משפטית לפעולת בשטחים הכבושים, השופטים נמנעים באופן יחסי מלייצר מבע אישי (פרמטר רביעי) ומלהשתמש בשפה החורגת מהמקצוענות ומהתבניתיות

73 ראו Kretzmer, לעיל ה"ש 34. טענתו המרכזית של קרצ'מר היא כי בית המשפט העליון סיפק לגיטימציה כמעט לכל פרקטיקה הקשורה בכיבוש, אך מבחינת "צלו של בית המשפט" – בפועל, הוא גרם לריסון של פעולות הצבא והמתנחלים מתוך החשש מהתערבות בג"ץ.

74 עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 512, 750–751.

75 לתיאור תפקיד בית המשפט במשחק בין המוסדות השונים בחברה הישראלית בעניין החלת הדין הבין-לאומי ובחירתו הסלקטיבית ראו: Amichai Cohen, *Administering the Territories: An Inquiry into the Application of International Humanitarian Law by the IDF in the Occupied Territories*, 38(3) ISR. L. REV. 24 (2005).

המשפטית (פרמטר שביעי). בעניין דויקא את בית המשפט מגדיר את "הנורמה הבסיסית" שחלה על השטחים⁷⁶, ובכך קובע את המבנה הפורמלי שבמסגרתו יידונו פעולות הממשלה. בעניין המועצה האזורית חוף עזה ישנה סקירה רחבה יותר של מצב הכיבוש המלחמתי בכלל. רק בשולי פסקי הדין, בפתיה ולעתים בסיום, ניכרת חריגה מפורמליזם על פי הפרמטר הרביעי (התבוננות על שיקול הדעת). חריגה זו באה לידי ביטוי במסגרת פסקאות אפולוגטיות העוסקות, בעניין דויקא את, באופן הפוליטי שבו תתפרש הכרעת בית המשפט, ובמקרה של עניין המועצה האזורית חוף עזה, בשילוב היבטים של אמפתיה והכרה בסבלם של המתנחלים יחד עם ציטוט מהפסקאות החריגות בעניין דויקא את⁷⁷.

בית המשפט מכיר בייחודיות של פסקי הדין כמתמודדים עם סכסוך טראומטי, ונראה כי הוא מנסה לחזק את דימויו כסוכן טיפולי חסר פניות באמצעות הדגשת יכולתו להכריע באופן פורמלי ללא עירוב שיקולים אישיים או פוליטיים. הדגשה זו של החלטה הנעשית על פי כללים, המובלעת ומובנת מאליה במסגרת הנחות הפורמליזם במצב הדברים הרגיל, מהווה בעצמה חריגה מפורמליזם ומאפיינת באופן מובהק פסקי דין טראומטיים אלה. בית המשפט כסוכן טיפולי נע בין התפקידים של ניהול הסכסוך מטעם צד אחד, פיקוח עליו ועיבוד שלו, וניסיונות לפתרו. נראה כי הוא תופס את תפקידו כהשלטת חוק על מנת להסדיר את הסכסוך ולהכיל באופן רציונלי את הרגשות העזים המעורבים בו (בדרך כלל רגשות של צד אחד בלבד לסכסוך הרחב יותר). בית המשפט מוצא את עצמו בעמדה אפולוגטית ואמפתית המכוונת להקהות את ההיבט הכוחני והאידיאולוגי של פסקיתו. עמדה זו מתקיימת בין בהנחה שהפסיקה מעצימה את הסכסוך ויסודותיו הטראומטיים, כמו במקרה של פסקי הדין הראשונים בנושאי השטחים, בין בהנחה שתפקידו הוא עיבוד הסכסוך ופיקוח עליו ובין בהנחה שהניסיון הוא להתחיל לפתור אותו באופן כואב.

בפסקי דין בהקשרים אחרים, שאינם נוגעים בטראומה קולקטיבית, השימוש במגמות פורמליסטיות והחריגה מהן אינם נחשבים פוליטיים באופן מובהק, והם תלויים גם בהבדלים סגנוניים או אישיותיים בין השופטים. לעומת זאת, בפסקי הדין בענייני ההקפדה על פורמליזם על פי רוב הפרמטרים – כולל החריגות על פי הפרמטר השלישי המסמנות מעבר לשיח עיקרי מדיניות – מהווה ביטוי לתפקידו של בית המשפט העליון כמשמר הקונצנזוס, תוך סימון מחדש של גבולותיו וכיווני התקדמותו⁷⁸.

76 עניין דויקא את, לעיל ה"ש 13, בעמ' 13.

77 עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 526, 557, 574, 750–751, 764.

78 הטענה שבית המשפט העליון אינו מקדם ערכים, אלא משמר את הקונצנזוס הקיים, חוזרת במקומות שונים. ראו Kretzmer, לעיל ה"ש 34, בעמ' 3; כמו כן ראו פרופ' שחר בסימפוזיון מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה "יש שופטים בירושלים" www.idi.org.il/events/NonfictionDays/Pages/events_conferences_40b.aspx (נבדק לאחרונה ב-17.11.2009).

מדד הפורמליזם בפסקי דין "טראומטיים": אבחון סגנוני

כתיבת פסק הדין העוסק בהתנתקות בקול אחד משקפת מגמה זו של הפוליטיזציה תוך הקפדה על אחדות. הקפדות פורמליסטיות אלו הופכות גם פסקי דין מאוחרים יחסית לשונים מפסקי דין אחרים הנכתבים בתקופתם. בפסק דין זה בולט במיוחד העניין של בית המשפט בסגנון אחיד, ללא נופך אישי, ובכך הרצון לשדר מסר ברור של הפוליטיזציה ומשפטיזציה של נושאים אלה. עיון בפסקי דין נוספים העוסקים בהתנחלויות מגלה מגמה דומה שלפיה ההקפדה על פורמליזם בגרעין פסק הדין היא רבה, ואילו בשוליים מצוטטת אותה פסקת הסתייגות מעניין דוֹיקָאָת או פסקה דומה, בתוספת הסתייגויות נוספות בעת הצורך.⁷⁹

מבחינת הפרמטר השלישי, בדבר שימוש בעיקרי מדיניות ובשפת האיזונים, נראה שככל שהפסיקה מתקדמת, ישנה חריגה גדולה יותר מפורמליזם מבחינת הפנייה לעיקרי מדיניות. במקום לעסוק בחוקיות או במטרה דומיננטית כמו בעניין דוֹיקָאָת, עוברים שופטים לבחינה של פגיעה בכבוד האדם וחירותו ולאזונים בין תכליות – ופחות משתמשים בשיח של "הכול או לא כלום". עם זאת, חריגה זו מפורמליזם מתבצעת תוך שמירה על שפה משפטית מובהקת (פרמטר שביעי), ובמקרה של עניין המועצה האזורית חוף עזה ופסקי דין נוספים⁸⁰, היא מתבצעת מכוח חוק היסוד, אשר דורש הפעלת שיקולים אלה. אם כך, אין לפנינו "ירידה" של פורמליזם ועלייה של ערכים, אלא ירידת פורמליזם מסוג מסוים – זה העוסק בכללים – תוך שמירה על רמה אחידה של פורמליזם מבחינת הפרמטר השני של פנייה לערכים חיצוניים⁸¹ ומבחינת הפרמטר השביעי של מקצוענות ויצירתיות. השופט

79 קבוצה מייצגת של פסקי דין העוסקים בהתנחלויות נסקרה בהתאם למדד הפורמליזם לצורך מאמר זה: עניין אויב, לעיל ה"ש 64; עניין חילו, לעיל ה"ש 64; בג"ץ 220/51 אסלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, נצרת, פ"ד ה(1) 1480 (1951); בג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פ"ד לו(1) 701 (1982); בג"ץ 393/82 גמעית אסכאן אלמעלמון אלחעאוניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(4) 785 (1983); בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 622 (1981); בג"ץ 72/86 זלום נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מא(1) 528 (1987); בג"ץ 290/89 ג'וחה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מה(4) 18 (1991); בג"ץ 97/79 אבו עוואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לג(3) 309 (1979); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט(5) 368 (2005); בג"ץ 1748/06 ראש עיריית דאהריה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 24.7.2007); בג"ץ 7657/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 15.9.2005).

80 ש.ם.

81 לפיתוח טענה זו מבחינת היחס לטענת "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים", כפי שהיא מובאת אצל מאוטנר לעיל ה"ש 3, ראו אלברשטין "מדד הפורמליזם", לעיל ה"ש 1.

אדמונד לוי, בדעת המיעוט, מהווה חריג בהתייחס לשני פסקי הדין – שכן פסיקתו מורדת בפורמליזם כמעט בכל הפרמטרים. באופן זה היא ממחישה תולדה אפשרית של "המרד בפורמליזם" בחברה הישראלית, בניסוח קיצוני שלו⁸², ויש בה אף את הביטוי האישי החזק ביותר.

באופן כללי ניתן לטעון כי חריגה מפורמליזם במובן של מעבר לאינסטרומנטליזם ולשיח תכליות, כפי שנעשה בעניין **המועצה האזורית חוף עזה**, עשויה להתיישב עם פורמליזם נוקשה מבחינת שאר המדדים. בפסיקתו של הנשיא ברק הפכה חריגה זו, יחד עם ההקפדה על פורמליזם בשאר המדדים, לסגנון אישי מובהק⁸³. אמנם המעבר לשיח תכליות בכתיבה הישראלית הוצג בהקשרים אחרים כירידה בפורמליזם⁸⁴, אולם בדיקה מדוקדקת שלו בהקשר הרחב של מדרד הפורמליזם המוצג במאמר זה מצביעה על השתלבות אפשרית שלו עם מגמות של פורמליות גבוהה בשאר הפרמטרים, תוך קידום סוג של פורמליזם, שניתן לכנותו "מהותי" או "מובנה מחדש". לפי מובן זה, הפורמליסט אינו רק האמריקני בן המאה התשע-עשרה המאמין בהיות החוק מערכת כללים המסוגלים כשלעצמם להנביע

82 אבחון דומה מבחינת מדרד הפורמליזם ניתן למצוא בפסיקתו של השופט אדמונד לוי בבג"ץ 5699/07 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 26.2.2008) (דיון בתוקפו המשפטי של הסדר הטיעון בעניין הנשיא לשעבר קצב).
 83 לניתוח מפורט של טענה זו לגבי כתיבתו של ברק ראו אלברשטין "מדרד הפורמליזם", לעיל ה"ש 1. על סגנונו האישי של השופט ברק כמייצר קאנון ספרותי ראו רועי עמית "העמדות של (ה)קאנון: הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" **עיוני משפט** כא 81 (1997).
 84 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 3, פרק ב'. להערכה ולביקורת על טענתו של מאוטנר ראו יצחק זמיר "המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות?" **משפטים** יט 563 (1990); יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט" **עיוני משפט** יז 647 (1993); פנינה להב "העוז והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" **עיוני משפט** יד 479 (1989); רון חריס "המשפט הישראלי" **העשור הראשון: תש"ח-תשי"ח** 243 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 1997); ניר קידר "על הפורמליזם המחנך של בית המשפט העליון המוקדם: עיון מחודש בפסקי הדין בפרשות בז'רנו ושייב" **מחקרי משפט** כב 385 (2006); ניר קידר "מבט חדש על הקמת מערכת המשפט הישראלית" **ישראל** 1–11 (2007); יהושע (שוקי) שגב "הדילמה הנורמטיבית של הביקורת השיפוטית בישראל – בחינה מחודשת" **מאזני משפט** ג 303 (2004); מנחם מאוטנר "כיצד להבין את התפתחות המשפט החוקתי של ישראל? הערות בעקבות מאמרו של ד"ר שגב" **מאזני משפט** ה 11 (2006); דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" **המשפט** יא 9 (2007); אריאל בנדור "חיי המשפט הם היגיון ולכן הכול שפיט – על פורמליזם משפטי ראוי" **משפט וממשל** ו 591 (2003); אריאל בנדור "הגבולות של השופט ברק (או האם באמת קיים שיקול דעת שיפוטי): בעקבות ספרו של אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית" **משפט וממשל** ט 261 (2006).

מדד הפורמליזם בפסקי דין "טראומטיים": אבחון סגנוני

תוצאה מבלי להזדקק לשיקולים חיצוניים⁸⁵. הפורמליסט הוא כל מי שמפריז ביכולתן של נורמות בכלל, ולא רק כללים משפטיים, להנביע תוצאה נכונה⁸⁶. הפורמליסט "המהותי" יכול להיות אפוא גם מי שמאמין ביכולת לגזור תוצאה אובייקטיבית תוך שימוש בעיקרי מדיניות. לפי גישה זו, הפורמליזם כולל תכונות כמו רציונליות, אימננטיות ונורמטיביות⁸⁷, אך אין הוא בהכרח מחייב להיצמדות לכללים⁸⁸. פסקי הדין המאוחרים יותר בנושא הכיבוש מבטאים פורמליזם מסוג זה. מבחינת עיבוד הטראומה והמשגה משפטית של הסכסוך, הכלים החדשים של סבירות ומידתיות מאפשרים מעורבות משפטית במקומות שקודם לכן נחשבו כריק משפטי הנתון להסדרה פוליטית כוחנית בלבד.

ו. סיכום

העיסוק בפורמליזם כתופעה רבת-תרבותית מרובת משתנים מאפשר בחינה סגנונית חדשה של כתיבה משפטית, המכריעה מקרים קשים הנוגעים באזורי הטראומה הקולקטיבית הישראלית. הפסיקה של בית המשפט העליון הנה דרך ביטוי עשירה אשר הבנה מלאה שלה דורשת הכרה בחשיבות המקומות שבהם נכשלת השאיפה לפורמליות ו"מתפרץ" ההיבט האנושי או היצירתי של השופטים. בהקשר שבו הופעל המדד במאמר זה, פועל בית

85 "In one usage, formalism is a 'theory of law,' though one invented by its adversaries rather than by any known American proponents. Formalism in this sense is the theory that all questions of law can be resolved by deduction, that is, without resort to policy, Kenedy. except for questions arising under rules that explicitly require policy argument" לעיל ה"ש 18 בעמ' 105.

86 ROBERTO MANGABEIRA UNGER, THE CRITICAL LEGAL STUDIES : ראו: 106. MOVEMENT 1 (1986): "Formalism in this context is a commitment to, therefore also a belief in the possibility of, a method of legal justification that contrasts with open-ended disputes about the basic terms of social life, disputes that people call ideological, philosophical, or visionary. Such conflicts fall far short of the closely guarded canon of inference and argument that the formalist claims for legal analysis. This formalism holds impersonal purposes, policies and principles to be indispensable components of legal reasoning. Formalism in the conventional sense – the search for a method of deduction from a gapless system of rules – is merely the anomalous, limiting case of this jurisprudence"

87 ראו: Ernest J. Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, 97 YALE L.J. 949 (1988). וינריב מתייחס להגדרתו הביקורתית של אנגר את הפורמליזם כקולעת מבחינת הבנת מהותו, ומציע לראות מאפיינים אלה באור חיובי.

88 לעיון מורחב בטענה זו ראו אלברשטיין "מדד הפורמליזם", לעיל ה"ש 1.

המשפט העליון הישראלי כסוכן טיפולי, המנסה דרך הפורמליזם לייצר ביטוי המאזן בין צורכי השעה והנטיות הפוליטיות מצד אחד, לבין החוק הבין-לאומי ונקודת התבוננות ביקורתית היסטורית מצד שני. באופן כללי בית המשפט שומר על רמה גבוהה של פורמליזם ברוב המדדים כשמדובר בקונפליקטים טראומטיים, ומבטא חריגה רק בהיבט אחד או שניים. בית המשפט מפתח עם השנים גישות של ניתוח משפטי פורמליסטיות פחות באשר להיצמדות לכללים, אך במקומם מאומץ שיח תכליות ואיזונים אשר שומר על מגמה פורמליסטית במובן אחר, של צמידות לשפה משפטית תוך הימנעות מפניה למקורות חיצוניים או לסגנונות חריגים. בהקשר הרחב יותר של "הסכסוך הטראומטי", שבצלו נכתבים פסקי הדין, בית המשפט העליון אינו מצטייר מפסקי הדין כסוכן טיפולי נטול פניות המתבונן מלמעלה על הצדדים לסכסוך ומנסה לקדם פתרון מאזן. תפקידו הוא קרוב יותר לצד היהודי-ישראלי של הסכסוך מתוך מגמה להפיס את דעתן של קבוצת המתנחלים אשר נחשבת כחלק חשוב, גם אם קיצוני, במסגרת הזהות הקולקטיבית הישראלית. ההתמודדות ה"טיפולית" של בית המשפט עם הסכסוך כרוכה בחיזוק לכידות הקבוצה היהודית ישראלית ובשאיפה לאזן את תתי-הזהויות שבתוכה תוך פנייה לחוק. בית המשפט משתמש בכלים הפורמליסטיים שברשותו על מנת להצדיק את הסלמת הסכסוך או ניהולו החד-צדדי, תוך כדי השארת סמכות ההכרעה והפיקוח במקרים קונקרטיים בידי ככלי פיקוח. מאוחר יותר, כאשר יש הכרעה פוליטית חדשה באשר לניהול הסכסוך, משולבת גישתו באמפתיה המבחינה בין ההסדרה העניינית הפורמלית והאידיאולוגית לבין ההכרה בסבל המתנחלים⁸⁹. מכאן שכסוכן טיפולי הוא נע בין ניהול הסכסוך מטעם אחד הצדדים בצד פיקוח עליו ועיבוד שלו בכלים פורמליים אל איחוייו כאשר משתנות הנסיבות הפוליטיות. באופן כללי, מהווה הניתוח הקרוב של פסקי הדין באמצעות המדד כלי מעניין לניתוח התופעה המשפטית מלמטה, תוך הבחנה בין מגמות סותרות הבאות לידי ביטוי באותו טקסט. מאמר זה ניסה להציג ניסיון ראשוני לבצע ניתוח שכזה בנוגע לנושא מצומצם במסגרת הסכסוכים הטראומטיים הרבים המתקיימים במדינת ישראל. יש מקום להמשיך את המחקר בהתייחס לסכסוכים טראומטיים אחרים ובהשוואה עמם. כמו כן, תיתכן השוואה בין שופטים המתייחסת לסגנונותיהם השונים בהתמודדם עם נושאים אלה.

89 לניתוח תופעה מקבילה בהקשר הטיפולי המובהק בעניין יחס הממסד הפסיכיאטרי לתופעת ההתנתקות ראו גליה פלוטקין "התנתקות כ'טראומה אידיאולוגית': הבניית נרטיב ההתנתקות במפגש בין האתוס הציוני-דתי לבין האתוס הפרופסיונאלי-טיפולי" (צפוי להתפרסם בבסימן טראומה: עיונים ישראליים בזהות, זכרון וייצוג, עורכים: רקפת זלשיק, נדב דוידוביץ' ומיכל אלברשטין).