

# היסטוריה של הצדקה

מאת  
דפנה ברק-ארוז\*

## תקציר

המאמר בוחן את האופנים השונים שבהם פסקי־דין עושים שימוש בהיסטוריה או מספרים אותה. לצורך כך הוא מבחין בין צורות שונות של התייחסות שיפוטית להיסטוריה: בין החלטות המתייחסות להיסטוריה באופן כללי לבין החלטות המתייחסות להיסטוריה של מסמכים משפטיים; בין החלטות שעניינן מחלוקות עובדתיות שיש להן חשיבות היסטורית לבין החלטות שעושות שימוש בידיעה שיפוטית לגבי עובדות היסטוריות. לצד זאת המאמר מכיר בכך שההבחנה בין הקטגוריות האמורות אינה חד־משמעית. המאמר מתמקד בייחודה של ההתייחסות השיפוטית להיסטוריה – בעובדה שזו נעשית גם לצורך הצדקה של בחירות נורמטיביות של בית־המשפט. בהמשך לך המאמר מציע הבחנה בין החלטות שפונות להיסטוריה לצורך הצדקת המשכיות עם העבר לבין החלטות שמתייחסות להיסטוריה כאל "אזהרה" המחייבת שינוי כיוון. בין שני קצוות אלה קיימת גם דרך־אמצע – כזו שמתבססת על החלטות היסטוריות אבל מציעה פרשנויות חדשות באשר להשלכות שלהן וללקחים שיש להפיק מהן.

מבוא

- א. היסטוריה משפטית והיסטוריה כללית
  - ב. היסטוריה שיפוטית באמצעות קביעת עובדות מול ידיעה שיפוטית של עובדות היסטוריות
  - ג. היסטוריה של הצדקה: המשכיות עם העבר או דחיית העבר והתגברות עליו
    1. המשכיות עם העבר
    2. התנתקות מן העבר
    3. שינוי תוך המשכיות
  - ד. מחלוקות על פרשנות ההיסטוריה
- סיכום

---

\* שופטת בית־המשפט העליון. תודות לאיילת הוכמן, לאסף וינר, לנטע זיו, לדינה זילבר, לשחר טל, לאיל כתבן, לאסף לחובסקי, לעומר נצר, לגיא פריבר, לרועי קרייטנר ולירוס שחר על הערותיהם.

## מבוא

מיהם מספרי ההיסטוריה? לכאורה אלה חוקרי ההיסטוריה – ההיסטוריונים. אולם מן ההיבט של גיבוש התודעה והשיח לגבי אירועים היסטוריים יש חשיבות מעשית רבה להצגה של סיפור היסטורי דווקא על־ידי מי שאינם "מומחים" אך נהנים ממעמד ומהשפעה במישור הציבורי. הדוגמה הבולטת לכך היא תרומתם של הספרות והקולנוע לעיצוב התודעה ההיסטורית והידע הפופולרי לגבי אירועי העבר. בדומה לכך, אם כי באופן בולט פחות, אף בתי־משפט משתתפים לעיתים בסיפור ההיסטוריה, כאשר הם מתייחסים אליה בפסקי־דינם. המאמר הנוכחי יעסוק בהיסטוריה זו, שאף לה יש חלק מסוים בעיצוב התודעה ההיסטורית, תוך הדגשת מאפיין מרכזי וייחודי שלה: תרומתה להצדקתה של ההחלטה השיפוטית. זו אינה היסטוריה "לשמה", אלא היסטוריה הקשורה לפן הנורמטיבי של ההכרעה השיפוטית. יחסי־הגומלין בין היסטוריה<sup>1</sup> לשפיטה הם מורכבים.<sup>2</sup> חשוב אפוא להקדים ולהבחין בין מצבים שונים שבהם היסטוריה "נוכחת" בהליכים שיפוטיים או בפסקי־הדין שניתנים בסופם. לעיתים החלטות שיפוטיות ומסמכים שהוגשו לבית־המשפט הם חומרי־הגלם למחקרים שהיסטוריונים עורכים. במקרים אחרים ההחלטות השיפוטיות הן האירועים ההיסטוריים המשמשים נושא למחקרים אלה, כך שהשופטים עצמם עושים היסטוריה. בצד זאת השופטים פועלים גם כהיסטוריונים כאשר הם עושים שימוש בהיסטוריה או אף כותבים אותה בהחלטותיהם.<sup>3</sup> היסטוריה זו מעוררת עניין מכמה בחינות.<sup>4</sup> אכן, שופטים אינם היסטוריונים מקצועיים. רבות נכתב על כך שהם חסרים את הניסיון והמומחיות הנדרשים

- 1 בהקשר הנוכחי הדיון מתמקד בהיסטוריה במובנה הרחב, דהיינו, לימוד העבר המכוון לחייהן של חברות ומדינות, להבדיל מקביעת ממצאים לגבי אירוע קונקרטי כלשהו שהתקיים בעבר – מלאכה שבתי־המשפט עוסקים בה כעניין של יום ביומו.
- 2 ראו עוד דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר "משפט והיסטוריה: מחקר, פוליטיקה ותרבות" משפט והיסטוריה 7 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999); Larry D. Kramer, *When Lawyers Do History*, 72 GEO. WASH. L. REV. 387 (2003).
- 3 על־דרך ההשוואה ניתן לציין כי גם הדיון ביחסי־הגומלין שבין משפט לספרות כולל התייחסות לפסקי־דין כאל טקסטים ספרותיים לצד שימוש במשפט כנושא ליצירות ספרותיות. ראו, למשל, שולמית אלמוג *משפט וספרות* (2000).
- 4 בעבר דנתי בתופעה זו בכמה הזדמנויות, בעיקר תוך התייחסות למקרי־מבחן (case studies) המדגימים אותה. ראו דפנה ברק־ארז "והגדת לבנך: היסטוריה וזיכרון בבית־המשפט" עיוני משפט כו 773 (2002) (להלן: ברק־ארז "והגדת לבנך"); דפנה ברק־ארז "על שקרים קולנועיים ואמיתות היסטוריות: בין 'קול העם' לקול העם" שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 141 (מיכאל בירנהק עורך, 2006) (להלן: ברק־ארז "שקרים קולנועיים"). ראו גם Daphne Barak-Erez, *Collective Memory and Judicial Legitimacy: The Historical Narrative of the Israeli Supreme Court*, 16 CAN. J.L. & Soc'y 93 (2001) (להלן: Barak-Erez, *Historical Narrative*); Daphne Barak-Erez, *The Law of Historical Films: In the Aftermath of Jenin, Jenin*, 16 S. CAL. INTERDISC. L.J. 495 (2007) (להלן: Barak-Erez, *Historical Films*). קעת אני מבקשת להתבסס על דברים אלה ולבחון את השימוש בהיסטוריה במבט כללי יותר, תוך הרחבה של הדיון שערכתי בכך במאמר נוסף: Daphne Barak-Erez, *History and Memory in Constitutional Adjudication*, 45 FED. L. REV. 1 (2017).

לצורך כתיבת היסטוריה שעומדת באמות המידה האקדמיות המחקריות.<sup>5</sup> הם חסרים גם את משאבי הזמן העומדים לרשותם של חוקרים, וכפופים למגבלות הנוגעות לדרך בירורן של עובדות בהליך משפטי ולכללי הפרוצדורה (ובכלל זה להגבלות החלות על יוזמה שיפוטית בשיטה האדוורסרית).<sup>6</sup> יתר על כן, חוקרי ההיסטוריה חולקים על החתירה להצגת גרסה רשמית בנוגע לאירועי העבר, בעוד פסקי-הדין חותרים להכרעה סופית ומחייבת באשר לגרסותיהם של הצדדים ולבסיס העובדתי שלהן.<sup>7</sup> אולם קשיים אלה אינם צריכים לגרוע מן ההכרה בחשיבותה של ההיסטוריה הנכתבת בפסקי-דין. ראשית, הכרה זו קשורה למודעות הגוברת לתפקידו המרכזי של מספר ההיסטוריה. גם הצגה "ניטרלית" לכאורה של עובדות עשויה לכלול בתוכה בחירות שיש בהן הטיות סמויות ואף בלתי-מודעות.<sup>8</sup> שנית, להחלטות שיפוטיות, מעצם טיבן, יש תוצאות נורמטיביות, ולעיתים הן משפיעות גם על תהליך עיצובו של הזיכרון הקולקטיבי.<sup>9</sup> על-כן, גם אם כתיבת היסטוריה על-ידי שופטים היא מושא לביקורת מקצועית של היסטוריונים, זוהי תופעה חשובה הראויה לבחינה ולדיון בהקשר המשפטי.

- 5 ראו Paul Finkelman, *The Constitution, the Supreme Court, and History*, 88 TEX. L. REV. 353 (2009); Helen Irving, *Constitutional Interpretation, the High Court, and the Discipline of History*, 41 FED. L. REV. 95 (2013). אכן, אפשר לטעון ששופטים נדרשים להכריע גם במחלוקות הקשורות לתחומי ידע נוספים, דוגמת רפואה ומדע. במובן זה, הבעיה של העדר מומחיות אינה ייחודית לתחום הידע של היסטוריה. אולם בכל הנוגע להיסטוריה הקושי מתחדד, בשל התחום הרחב יחסית של ידיעה שיפוטית ביחס להתרחשויות היסטוריות, כמפורט להלן בפרק ב.
- 6 ראו עוד דפנה ברק-ארז "כתיבה שיפוטית" משפטים 269 (2017). "הצד השני של המטבע", שמקנה יתרון מסוים לבתי-המשפט בבירור עובדות היסטוריות, נוגע לכוחם הכופה ולסמכותם לצוות על עדים רלוונטיים להתייצב ולהגיש מסמכים – כוח שאינו עומד לימינם של חוקרים "מן השורה".
- 7 ראו Joshua Stein, *Historians Before the Bench: Friends of the Court, Foes of Originalism*, 25 YALE J.L. & HUMAN. 359, 388 (2013) ("Historians appreciate a past that is untidy and complicated; jurists hope to identify a single, correct result") ראו עוד Jack Rakove, *Tone Deaf to the Past: More Qualms About Public Meaning Originalism*, 84 FORDHAM L. REV. 969 (2015).
- 8 ראו א' ה' קאר היסטוריה מהי (אורי רם מתרגם, 1986). קאר מסביר: "ישנה מימרה האומרת כי העובדות מדברות בעד עצמן. זוהי טעות. העובדות מדברות רק כאשר ההיסטוריון מזמין אותן לעשות זאת: ההיסטוריון הוא המחליט אלו מן העובדות יעלו על הבמה, באיזה סדר או הקשר." שם, בעמ' 25. ראו גם Hayden White, *The Historical Text as a Literary Artifact*, 81, 84 (1978) *IN TROPICS OF DISCOURSE – ESSAYS IN CULTURAL CRITICISM*; וכן ישעיהו ברלין האנושות – בול עץ עיקש 71 (עדי אופיר מתרגם, 1995) ("היסטוריונים גדולים מכונים אלה, שלא רק שהם שולטים שליטה מלאה בחומר הראיות העובדתי שנאסף באמצעות שימוש במתודות הביקורתיות הטובות ביותר המצויות בהישג-יד, אלא שיש בהם גם את העומק המאפשר תובנות עתירות-דמיון המאפיינות סופרים גדולים").
- 9 ראו גם את התייחסותם של סָרְט וקירנס לכך שהמשפט הוא משתתף פעיל בתהליך שבמסגרתו ההיסטוריה נכתבת והזיכרון מעוצב (an active participant in the process through which "history is written and memory constructed"). ראו Austin Sarat & Thomas R. Kearns,

עוד חשוב לזכור כי ההיסטוריה הנכתבת על־ידי בתי־המשפט היא היסטוריה ממסדית, וזאת בשני מובנים: ראשית, ההיסטוריה שנכתבת בהחלטות שיפוטיות היא לא רק ההיסטוריה של המדינה, אלא גם ההיסטוריה של בית־המשפט עצמו, כאחד ממוסדותיה; שנית, היסטוריה זו חשובה לחיזוק הלגיטימציה המוסדית של בית־המשפט עצמו. כפי שהסביר רוברט קֶוֶר (Robert Cover), כל מוסד ממוקם בנרטיב המעניק לו משמעות.<sup>10</sup>

תפקידו של בית־המשפט כמספר של ההיסטוריה הוא הפן הפחות־גלוי, באופן יחסי, של ההיסטוריה ה"רשמית" של המדינה, אשר נכתבת על־ידי הרשויות כולן. הרשות המבצעת עוסקת באופן ברור בהיסטוריה רשמית, ומעצבת את הזיכרון הקולקטיבי באמצעות נאומים והצהרות של אנשי ציבור, תמיכות כספיות במחקר היסטורי, עיצוב תוכניות לימודים ועוד.<sup>11</sup> הרשות המחוקקת שותפה לעיצוב ההיסטוריה הרשמית באמצעות חקיקה שיוצרת את המסגרות הנורמטיביות לפעילותם של המוסדות הציבוריים האחראים להנצחה ולזיכרון.<sup>12</sup> היא גם מגדירה את הכללים החלים על שימור מסמכים היסטוריים,<sup>13</sup> ובהמשך לכך את

- 
- Writing History and Registering Memory in Legal Decisions and Legal Practices: An Introduction, in HISTORY, MEMORY, AND THE LAW 1, 2* (Austin Sarat & Thomas R. Kearns CHARLES A. MILLER, THE SUPREME COURT AND THE USES OF HISTORY eds., 1999) 25 (1969) ("By writing history into its opinions the Court contributes to the public's view of the American past as much as, and sometimes even more than, professional historians and other historical writers do") רישומה של הפסיקה על הזיכרון הקולקטיבי נובע גם מצורת הניסוח שמקובלת לא אחת בכתיבת פסקי־דין – לשון רבים.
- 10 "No set of legal institutions or prescriptions exist apart from the narratives that locate it and give it meaning." Robert M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4, 4 (1983)
- 11 ראו, למשל, Elizabeth Mertz, *The Uses of History: Language, Ideology, and Law in the United States and South Africa*, 22 LAW & SOC'Y REV. 661 (1988)
- 12 ראו, למשל, חוק זכרון השואה והגבורה – יד ושם, התשי"ג-1953; חוק הספרייה הלאומית, התשס"ח-2007. לדיון במעמדה של הספרייה הלאומית בהקשר של ההכרעה בנוגע לזכויות ביצירותיו של קפקא, ראו בע"מ 6251/15 הופה נ' קסוטו (פורסם בבנו, 7.8.2016). דוגמה מיוחדת לחקיקה שמתמקדת בזיכרון נסבה על פעילותן "ועדות אמת ופיוס", המבוססת על העיקרון של הענקת פטור מאחריות פלילית לפשעי העבר כנגד השתתפות בתהליך של חשיפת האמת ההיסטורית וקבלת אחריות. לחקיקה בדרום־אפריקה בתחום זה כחלק מהסדרת "הצדק המעברי" בעקבות נפילתו של משטר האפרטהייד, ראו Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995. מעניינת בהקשר זה קריאתו של הסכם השלום של וסטפליה ל"שכחה" הרדית של פעולות המלחמה משני הצדדים (כחריג למקרים שבהם המשפט מתמקד דווקא בזיכרון). אולם קריאה מדוקדקת של הדברים מלמדת כי הכוונה היא לשכחה השקולה לסליחה ולחנינה, להבדיל משכחה ממשית. ראו Treaty of Westphalia, sec. II ("That there shall be on the one side and the other a perpetual Oblivion, Amnesia, or Pardon of all that has been committed since the beginning of these Troubles... in such a manner, that no body, under any pretext whatsoever, shall practice any Acts of Hostility...")
- 13 בחקיקה שמסדירה את עבודתם של ארכיונים רשמיים. בישראל החוק העיקרי שחל בתחום זה הוא חוק הארכיונים, התשט"ו-1955.

היקף החומר הרשמי הפתוח למחקר.<sup>14</sup> היא מסדירה את שימורם ופיתוחם של אתרי עתיקות, כמו גם את המסחר המותר בממצאים ארכיאולוגיים.<sup>15</sup> במקרי־קיצון, דוגמת זה של איסור הכחשת השואה, החקיקה אף מגדירה את גבולות הביטוי המותר ביחס לאירועי עבר.<sup>16</sup> חלק מן ההחלטות בתחומים אלה עשויות להיות שנויות במחלוקת, אך הן מותרות את רישומן על המציאות.<sup>17</sup> בהשוואה לרשויות האחרות, חלקה של הרשות השופטת בכתבת ההיסטוריה הרשמית הוא לכאורה עקיף ובלט פחות. בית־המשפט אינו עוסק בהנצחה וביזכרון לשמם, אלא רק כאשר הדבר נובע מהכרעה בעניין שלפניו. יתר על כן, באופן עקרוני בית־המשפט אמור להיות מוגבל לדיון באירועים המסוימים שביחס אליהם הוא נדרש להכרעה. אולם, דווקא בשל אופייה הנסתר יחסית,<sup>18</sup> היסטוריה הנכתבת על־ידי בתי־משפט, שפסיקתם נחשבת אובייקטיבית וא־פוליטית, היא מעניינת ובעלת פוטנציאל השפעה.

- 14 Inga Markovits, *Selective Memory: How the Law Affects What We Remember and Forget About the Past – The Case of East Germany*, 35 LAW & SOC'Y REV. 513 (2001).
- 15 ראו חוק העתיקות, התשל"ח-1978. אכיפתם של ההסדרים נעשית כמוכח בפסיקתם של בתי־המשפט, בין היתר על־סמך חוות־דעתם של מומחים. ראו, למשל, ע"פ 5502/12 גולן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.9.2013). בפסק־דין זה ציינתי כי "המקרה שבפנינו מפנה זרקור לתחום שבו הפעילות נעשית פעמים רבות רחוק מן העין הציבורית – עולמן של החפירות הארכיאולוגיות ועולמם של האספנים שמחליפים שכיות חמדה בידיים רועדות ולב שוקק – לעתים בחסות החוק ולעתים בלעדיו. פעילות זו אינה מוכרת לרבים, אך למעשה היא בעלת השלכות חשובות ביותר. ממצאים ארכיאולוגיים הם קניין הכלל וחשוב שיישאר כאלה – להנאת הציבור כולו, לקידום הידע, ולשם שמירתם לטובת הדורות הבאים. זאת ועוד, חפירות בלתי מבוקרות והמסחר שבהן בעקבותיהן גורמים לא רק לגזל של משאבים מתכלים ולהעלמתם מן הציבור, אלא גם לפגיעה בחקר ההיסטוריה והתרבות...". שם, פס' 64 לפסק־דין.
- 16 חקיקה מסוג זה רווחת באירופה, אך נחשבת מנוגדת לעקרונות חופש הביטוי על־פי התפיסה האמריקנית. ראו Eric Stein, *History Against Free Speech: The New German Law Against the 'Auschwitz' – and Other – 'Lies'*, 85 MICH. L. REV. 277 (1986); Lawrence Douglas, *The Memory of Judgment: The Law, the Holocaust, and Denial*, 7 HIST. & MEMORY 100 (1995). דוגמה חדשה לכך, ושונה בעיקרה מבחינת תכניה, היא החקיקה הפולנית האוסרת ייחוס פשעי־מלחמה של הגרמנים במלחמת־העולם השנייה לפולין או לאומה הפולנית. חקיקה זו – הגם שהיא משקפת הבחנה היסטורית רלוונטית – מעוררת חששות באשר לאפקט המצנן שעלול להיות לה על המחקר והדיון הציבורי בנושאים הקשורים לאירועים שהתרחשו בפולין בזמן מלחמת־העולם השנייה.
- 17 ראו, למשל, חוק ההנצחת זכרו של רחבעם זאבי, התשס"ה-2005.
- 18 בהקשר זה יש לציין כי מעבר של מידע מפסקי־הדין לזירה הציבורית אינו ישיר תמיד. למחקר שהתמקד בהשפעתן של החלטות שיפוטיות על דעת־הקהל ראו PUBLIC OPINION AND CONSTITUTIONAL CONTROVERSY (Nathaniel Persily, Jack Citrin & Patrick J. Egan eds., Bryna Bogoch, *Mutual Bonds: Media Frames and the Israeli High Court of Justice*, 33 LAW & SOC. INQUIRY 53 (2008). בכיוון ההפוך, להשפעתן של תפיסות הציבור על הדיון השיפוטי ראו BARRY FRIEDMAN, *THE WILL OF THE PEOPLE: HOW PUBLIC OPINION*

המאמר מציג את המתכונות השונות של כתיבת היסטוריה בהחלטות שיפוטיות, על התפקידים השונים שהן ממלאות ועל השפעותיהן – במשפט ומחוזן לו.<sup>19</sup> כתיבה מסוג זה ניתן למצוא בפסקי־דין העוסקים בכל תחומי המשפט. אולם אין ספק שהיא רלוונטית וחשובה במיוחד בתחום המשפט החוקתי, אשר מעצב את המרחב הציבורי ומעוצב על־ידי. כידוע, זהו תחום המשפט שקובע את עקרונות־היסוד של שיטת המשפט כולה, וזיקוקם של ערכים אלה בו נעשה לא אחת באמצעות פנייה להיסטוריה – המשפטית או הכללית – ומתוך דיאלוג עימה. מעבר לכך, פסקי־דין חוקתיים נוגעים במקרים רבים בסוגיות שמתקיים לגביהן במקביל דיון ציבורי ער, והם אף זוכים לתהודה רחבה בציבור. ברוח זו טען ג'ק בלקין (Jack Balkin) כי ביסודה של כל פרשנות חוקתית מונח נרטיב – נרטיב שלעיתים הוא גלוי ולעיתים הוא סמוי, אך נוכח תמיד.<sup>20</sup>

לצורך דיון בהיסטוריה הנכתבת על־ידי שופטים יש לשים לב להבחנות בין סוגים שונים של התייחסות שיפוטית להיסטוריה. אפתח בהבחנה בין היסטוריה משפטית להיסטוריה כללית, ובהמשך לכך אעסוק בהבחנה נוספת – בין הכרעה עובדתית באשר להיסטוריה לבין שימוש בידיעה שיפוטית באשר לאירוע או מהלך היסטוריים.<sup>21</sup> הידיעה השיפוטית קרובה יותר לזיכרון הקולקטיבי מאשר להיסטוריה כמובן הצר, דהיינו, להיסטוריה כדיסציפלינה מחקרית.<sup>22</sup> דוגמה טיפוסית לכך היא ההתייחסות האופיינית למשטרים קודמים שמוגרו או לכובש זר כאל שליטים עריצים, מרושעים ומפרי זכויות.<sup>23</sup> במקרים אחרים, הזיכרון המוצג

- .HAS INFLUENCED THE SUPREME COURT AND SHAPED THE MEANING OF THE CONSTITUTION (2009) 19  
המאמר מציג היבטים שונים של שימוש בהיסטוריה על־ידי בתי־המשפט, אך אינו דן בשאלה הנוספת, המעניינת כשלעצמה, מהם השינויים שחלו במהלך הזמן באופן שבו בתי־משפט עושים שימוש בהיסטוריה, דהיינו, בהיסטוריה של נושא זה עצמו.
- 20 ובלשונו: “[B]ehind every constitutional interpretation there lies a narrative, sometimes hidden and sometimes overt, a story about how things came to be, injustices fought or still to be rectified, things ‘we’ (the People) did before, things we still have to do, things that we learned from past experience, things that we will never let happen again.” JACK M. BALKIN, CONSTITUTIONAL REDEMPTION 3 (2011)
- 21 לפי הדוקטרינה של ידיעה שיפוטית, בית־המשפט רשאי להזיקק לעובדות היסטוריות הנחשבות אובייקטיביות מבלי שאלה יוכחו בהליך. ראו, למשל, ע”א 759/76 פז נ’ נוימן, פ”ד לא(2) 169, 175 (1977) (להדברי השופט אשר: “ידוע הוא שניתן לפטור צד למשפט מהחובה להוכיח עובדה שנטענה על־ידו אם עובדה זאת היא בידיעתו השיפוטית (להבדיל מידיעתו הפרטית) של השופט... מדובר בעובדות שהן נחלת הכלל, כגון: עובדות היסטוריות, עובדות שבפיוקה כסיסית, גיאוגרפיה, תוצאות מחקרים ידועים או של סטטיסטיקה ממשלתית וכיוצא באלה”).
- 22 למושג הזיכרון הקולקטיבי ראו Amos (1989); PAUL CONNERTON, HOW SOCIETIES REMEMBER (1989); Funkenstein, *Collective Memory and Historical Consciousness*, 1 HIST. & MEMORY (1989) 5; עמוס פונקנשטיין “זכרון קיבוצי ותודעה היסטורית” תדמית ותודעה היסטורית ביהדות ובסביבתה התרבותית 13 (1991). לזיכרון הקולקטיבי בהקשר היהודי ראו יוסף חיים ירושלמי זכור: היסטוריה יהודית וזיכרון יהודי (שמואל שביב מתרגם, 1988).
- 23 ראו, למשל, Assaf Likhovski, “Tyranny” in *Nineteenth-Century American Legal Discourse: A Rhetorical Analysis*, 28 J. INTERDISC. HIST. 205 (1997) (תיאור המשטר הקולוניאלי הבריטי בארצות־הברית); Ruti G. Teitel, TRANSITIONAL JUSTICE 106 (2002);

בפסקי־הדין כעניין מוסכם ומקובל עשוי להרחיק מחלוקת אשר מפעפעת מתחת לפני השטח מחוץ לכתליו של בית־המשפט.<sup>24</sup>

על בסיסן של הבחנות אלה המאמר מתמקד בטיעון הגורס כי להתייחסותם של שופטים להיסטוריה יש חשיבות לא בשל דיוקה המדעי – עניין הראוי כשלעצמו לתשומת־לב – אלא בשל תפקידם של השופטים בהצדקת החלטות בעלות משמעות ציבורית או חוקתית,<sup>25</sup> כמור גם על רקע ההתמודדות עם אתגר הלגיטימיות המוסדית של בתי־המשפט ואף של השיטה המשפטית כולה. המאמר מציג את הדרכים השונות שבהן בתי־המשפט פונים להיסטוריה לצורך הצדקת החלטות, ומראה כי לצד המקרים שבהם מדובר באמצעי רטורי בלבד, המציע ביסוס נוסף להחלטה המבוססת על הנמקה משפטית נפרדת, קיימים מקרים שבהם הפנייה

(תיאור השלטון הנאצי). בפסיקה הישראלית ניתן להדגים את הדברים באמצעות ההתייחסות לצעדים שנקטו הבריטים בתקופת המנדט – למשל, מכוח תקנות ההגנה (שעת־חירום), 1945. ראו, למשל, בג"ץ 5/48 ליון נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל־אביב (גוברניק), פ"ד א 58, 66 (1948) ("יש, בלי שום ספק, חוקים אשר נעשו שנואים על הציבור היהודי על־ידי אופן השימוש בהם בימי ממשלת המנדט, ונכון הדבר שלא פעם לחמו בתוך כתלי בתי־המשפט ומחוצה להם בשימוש לרעה בחוקים אלה"); בג"ץ 7/48 אל־כרבוטלי נ' שר־הבטחון, פ"ד ב 5, 12 (1949) ("עם פרסום הספר הלבן הידוע אשר התכחש למנדט באופן גלוי, נוצר מצב חירום מסוג אחר, אשר נתן לשלטונות את הזדמנות להשתמש בתקנה הנ"ל כמכשיר לדיכוי כל מחאה והתקוממות נגד הפרת התחייבויותיו של השלטון המנדטורי; לכן הפגיעה במנדט לא היתה בעצם התקנת התקנה הנ"ל כי אם בשימוש הזדוני אשר נעשה בה לצורך השגת מטרה בלתי־חוקית").

24 ראו, למשל, בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה (3) 365 (1981). במקרה זה נדחתה עתירה ציבורית נגד הקרנת הסדרה "עמוד האש" בשל כך שלא כללה התייחסות מתאימה לתרומתה של יהדות המזרח. העתירה נדחתה, בעיקרו של דבר, על בסיס עקרונות של חופש ביטוי. עם זאת, פסק־הדין לא קיבל גם את ה"נרטיב" המדגיש את הזהויות המובחנות של יהודים מקהילות שונות. זכורים בהקשר זה בעיקר דבריה של השופטת בן־פורת שלפיהם "יכולים יהודים לחיות במזרח או במערב, אך היהדות היא מושג כולל אחד ויחיד, החובק זרועות עולם." יהדות המזרח' כמו 'יהדות אשכנז' אינן אלא אברים של אותו גוף, שעליו יש לשמור מפני פיצול מזיק, שריח של פירוד לבבות נודף ממנו" (שם, בעמ' 388 (ההדגשה במקור)). ראו גם בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח (2) 265 (1994). במקרה זה, שנסב על העתירה הראשונה של "נשות הכותל" בנוגע לדרכי התפילה ברחבת הכותל, נדרש המשנה לנשיא אֶלון גם לטענת העותרות כי ההפרדה באמצעות "מחיצה" לא הייתה חלק מ"מנהג המקום" בעבר. סוגיה זו לא זכתה לדיון ראייתי מלא, שאף אינו מתאים להליך בג"ץ. בעיקרו של דבר דחה המשנה לנשיא אֶלון את הטענה, תוך הפניה לתיאור תולדות המקום ב"אנציקלופדיה העברית", ובמיוחד לכך שהדרשה להסרת מחיצה הגיעה מהצד המוסלמי ונחשבה דרישה עוינת לתפילת יהודים במקום (שם, בעמ' 348–349). כרוגמה נוספת עשוי לשמש הנרטיב השיפוטי בהקשרם של היהודים המשיחיים. ראו יעקב בן שמש "המשפט ועיצוב הזיכרון הלאומי: המקרה של היהודים המשיחיים" עלי משפט י 177 (2012).

25 ההכרה בתפקידו המוסדי של בית־המשפט בהצדקת החלטות היא נפרדת מן השאלה אם פנייתו של בית־המשפט להיסטוריה היא חלק מרכזי מן הנמקה המצדיקה את התוצאה של פסק־הדין או תוספת רטורית בלבד.

ההיסטוריה בגדרה של ההחלטה מעלה תרומה להצדקתה. הכרה בכך שהפנייה להיסטוריה ממלאת תפקיד בהצדקת ההחלטה השיפוטית מחייבת חקירה של המתודות השיפוטיות שבאמצעותן היא נעשית, ומזמינה דיון בהן. באופן ספציפי יותר, המאמר מתמקד באופנים השונים שבהם בית־המשפט "מפיק לקחים" מן ההיסטוריה, ובהמשך גוזר מהם ומצדיק באמצעותם את ההחלטה השיפוטית. תהליך זה מעניין במיוחד שכן ביכולתו לפעול כ"כיוונים שונים": הוא יכול להוביל להמשכיות עם העבר או להתנתקות ממנו, ולעיתים אף להיפוש נתיב־ביניים של שינוי תוך המשכיות (או המשכיות תוך שינוי).

בהמשך למבוא זה, מהלך הדיון במאמר יהיה כדלקמן: אפתח בהבחנה שבין היסטוריה משפטית להיסטוריה כללית, תוך דיון במגבלותיה (בחלק א), ואמשיך בהבחנה בין מקרים שבהם בית־המשפט נדרש להכריע באשר לעובדות ההיסטוריות לבין מקרים שבהם ההיסטוריה מובאת על בסיס "ידיעה שיפוטית" (בחלק ב). לאחר־מכן ייבחנו האופנים השונים שבהם ההיסטוריה משמשת להצדקת החלטות שיפוטיות (בחלק ג), וכן המחלוקות המתגלעות בהקשר זה בין שופטים בעניינים הנוגעים לכתיבת ההיסטוריה – לעיתים ביחס לעובדות הרלוונטיות אך בעיקר ביחס למשמעות שיש ליתן לנרטיב ההיסטורי (בחלק ד). הסיכום יחזור ויצביע על החשיבות הנודעת לפיתוח מודעות לתפקידים השונים שהיסטוריה וזיכרון ממלאים בפסק־דין.

## א. היסטוריה משפטית והיסטוריה כללית

ההבחנה החשובה הראשונה שראוי להתייחס אליה נוגעת לשוני בין דיון שיפוטי במה שאפשר לכנות "היסטוריה משפטית", דהיינו היסטוריה של מסמכים או אירועים משפטיים (חוקה, חוק־סוד, חוק או אפילו תקדים משפטי), לבין דיון שיפוטי ב"היסטוריה כללית", כלומר בהיסטוריה של אירועים שהם לכאורה מחוץ לזירה המשפטית (אף שעשויות להיות להם משמעויות משפטיות), כגון מלחמות ומהפכות.

במבט ראשון, כאשר מדובר בהיסטוריה משפטית, דהיינו בהיסטוריה של המשפט עצמו במובן הצר, בתי־המשפט עשויים להיחשב מומחים, לפחות במידה מסוימת. יתר על כן, בשיטות אשר משתייכות למסורת המשפט המקובל ונוהגות על־פי עקרון התקדים המחייב, השופטים עוסקים באופן יומיומי בניתוח וביישום של היסטוריה משפטית במובן זה.<sup>26</sup> בניגוד לכך, כאשר מדובר בהיסטוריה כללית, שאינה ממוקדת באירועים היסטוריים משפטיים, אין לשופטים יתרון בידע או בכשירות בהשוואה לאנשים משכילים אחרים שאין להם מומחיות היסטורית.

זוהי לכאורה הבחנה ברורה, אולם במציאות שתי הקטגוריות שצוינו אינן שונות ומובחנות זו מזו במידה שהוצגה. הטעם לכך הוא שלהיסטוריה של מסמכים משפטיים (חוקה או חוקים) יש שורשים עמוקים באירועים היסטוריים או אף בתהליכים היסטוריים רחבים יותר.<sup>27</sup> כאשר

26 לפרקטיקה זו מתלווה, כמובן, דיון מתמשך באשר להצדקות התומכות בתקדימים ולגבולות ההסתמכות עליהם. ראו, למשל, Frederick Schauer, *Precedent*, 39 STAN. L. REV. 571 (1987); Anthony T. Kronman, *Precedent and Tradition*, 99 YALE L.J. 1029 (1990).

27 מעניינת בהקשר זה המחלוקת בבית־המשפט העליון האמריקני על משמעות התקדים שנקבע בעניין *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) (להלן: עניין *Brown*),



נדרש בית-המשפט לסוגיה של פתיחת בתי-עסק בשבתות ובחגים בעיר תל-אביב, הובאו בחוות-הדעת של השופטים עמדות של אנשי רוח דוגמת ביאליק ואחד העם, כדי לבטא את ההקשר התרבותי של הדיון, והיה ביניהן שוני בניואנסים שונים בהצגת הפן ההיסטורי הרחב של הדברים.<sup>28</sup> אם כן, שופטים עשויים לחוש "בנוח" כאשר הם קוראים פרוטוקולים של דיונים ברשות המחוקקת או ברשות המכוננת, אך ברור שדיונים אלה אינם אלא חלק מהקשר, מרצף של אירועים שעיצבו למעשה את נוסחם של מסמכים נורמטיביים אלה. ההכרה בכך מעוררת קושי כפול. מחד גיסא, היא מחייבת להציב סימן שאלה ביחס למקרים שבהם בתי-משפט לומדים על היסטוריה של אירועים משפטיים רק ממקורות משפטיים פורמליים וזמינים יחסית. מאידך גיסא, החלופה של פנייה לבחינה היסטורית מקיפה יותר של התקופה הרלוונטית מעוררת שאלות של ממש באשר לאיכות המחקר ההיסטורי שיכול להיעשות על-ידי שופטים שאין להם מומחיות בתחום זה ואשר לא עומדים לרשותם משאבי מחקר מתאימים.

הביקורת הראשונה שנזכרה רלוונטית, למשל, לפרקטיקה של דיון פרשני בחוקים תוך היעזרות בהיסטוריה של תהליך החקיקה כפי שזו מתועדת בדברי הכנסת. למעשה, הכוחות שהניעו את התהליכים החקיקתיים אינם משתקפים בהכרח רק בתיעוד של ישיבות המליאה. הם נחשפים במלואם רק באמצעות עיון מקיף יותר בארכיונים, ובכלל זה במסמכים שאינם פומביים, דוגמת פרוטוקולים של ישיבות ממשלה.<sup>29</sup> נוסף על כך, כמובן, הדוברים המשתתפים בדיונים אינם משקפים בהכרח את עמדותיהם של כלל החברים בגוף המחליט.<sup>30</sup>

שהוא גם תקדים משפטי חשוב אך גם נקודת מפנה בהיסטוריה הלאומית של ארצות-הברית. ראו *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007) (להלן: עניין *Parents Involved*) (שבו נרונה השאלה של שימוש בתבחין של גזע כשיקול בשיבוץ תלמידים לבתי-ספר לשם קידום אינטגרציה בחינוך). ראו גם Joel K. Goldstein, *Not Hearing History: A Critique of Chief Justice Roberts's Reinterpretation of Brown*, 69 OHIO ST. L.J. 791 (2008); Scarlet Kim, *Judicial Opinion as Historical Account: Parents Involved and the Modern Legacy of Brown v. Board of Education*, 23 YALE J.L. & HUMAN. 159 (2011).

28 ראו דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 26.10.2017) (להלן: עניין המרכולים). ראו בעיקר שם, פס' 42-46 לפסק-דיני. בין היתר התייחסתי לכך ש"אין מדובר אפוא ב'מצב טבע' שהופך, אלא בדיאלוג ציבורי נמשך, שהאיוונים הקיימים בו משתנים מעת לעת בהתאם לשינויי העתים". שם, פס' 45.

29 לדיון בהיסטוריה של איסורי החזיר במשפט הישראלי כפי שהיא משתקפת בפרוטוקולים של ישיבות הממשלה בשנים הראשונות של המדינה, תוך התמקדות במדיניות הקיצוב במזון (נושא שאינו עולה באותו אופן מדברי הכנסת), ראו דפנה ברק-ארוז חוקים וחיות אחרות – דת, מדינה ותרבות כראי חוקי החזיר 57-58 (2015) (להלן: ברק-ארוז חוקים וחיות אחרות).

30 ראו עניין המרכולים, לעיל ה"ש 28, שם כתבתי: "אין צריך לומר כי הליכי החקיקה כוללים תמיד דוברים ומשתתפים רבים, וממילא דבריהם של חלק מן המשתתפים בדיון מבטאים את עמדותיהם שלהם, ולא דווקא מלמדים על 'כוונת המחוקק'... הדברים נכונים בפרט כאשר עסקינן בנושא המצוי במחלוקת חברתית-ציבורית כגון נושא השבת, כך שדיוני הכנסת לגבי משקפים קשת רחבה של עמדות". שם, פס' 11 לפסק-דיני.

הביקורת השנייה, אשר ממחישה את ה"מלכוד" שבו מצויה ההיסטוריה הנכתבת על־ידי משפטנים, חשובה למחלוקת הנמשכת בארצות־הברית ביחס לתורה הפרשנית שמבקשת להתבסס על ההיסטוריה של המסמכים החוקתיים – האוריג'נליזם. תורה פרשנית זו אינה מגבילה את עצמה ללימוד מסמכים משפטיים, אלא פונה באופן נרחב יותר לבחינת ההיסטוריה של התקופה שבה הם נוצרו, על־מנת להתחקות אחר כוונתם המקורית של מנסחי המסמכים.<sup>31</sup> כפי שצוין, לכאורה יש בכך היגיון, אך כאן טמון גם הקושי. מבקריה של תורה פרשנית זו נוהגים להדגיש, לצד טיעונים אחרים, כי בתי־המשפט אינם מצוידים בכישורים המתאימים למחקר ההיסטורי שהיא תומכת בו.<sup>32</sup> ברוח זו ציין אחד ממבקריו של פסק־הדין שנתן בית־המשפט העליון של ארצות־הברית בעניין הזכות לשאת נשק כי "האמת' ההיסטורית הוכרעה ברוב של 5 נגד 4 משפטנים".<sup>33</sup>

דוגמה מעניינת לקשר ההדוק בין היסטוריה משפטית להיסטוריה כללית אפשר להביא ממעמדה המיוחד של המגנה כרטה, שהיא אחד המסמכים החשובים ביותר של המשפט המודרני.<sup>34</sup> במשך שנים רבות לא שיקפו הפרשנויות המשפטיות של המגנה כרטה את ההיסטוריה הממשית של המסמך, אלא את הוויכוחים ששררו בתקופה שבה נכתבו אותן פרשנויות. עם זאת, הפרשנויות הללו חשובות מאחר שהן אלה שעיצבו את ההבנה המודרנית של מושג שלטון החוק.<sup>35</sup>

בהקשר הישראלי ראוי להזכיר את הדיון המשפטי בהיסטוריה החוקתית בפסק־הדין בעניין **בנק המזרחי**,<sup>36</sup> שהניח את הבסיס ל"מהפכה החוקתית", דהיינו, להכרה במעמדם החוקתי של כלל חוקי־היסוד. פסק־הדין נדרש באריכות ובפירוט לתהליך שהוביל להפיכתה של

31 ראו, למשל, District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008). במקרה זה, שנסב על הזכות החוקתית לשאת נשק לפי התיקון שני לחוקת ארצות־הברית, הציג השופט סקליה (Scalia), בדעת הרוב, היסטוריה מפורטת של נושא הבעלות בנשק והחקיקה ביחס אליו כבסיס לפרשנות. למעשה, גישתו הפרשנית של סקליה מצודת בפנייה ישייה להיסטוריה של התקופה שבה נוצרה החוקה, ובהקשר זה להבנה המקובלת של המונחים הרלוונטיים באותה עת, ולא בהתבססות על מסמכים משפטיים גרידא. ראו עוד: JACK N. RAKOVE, ORIGINAL MEANINGS: POLITICS AND IDEAS IN THE MAKING OF THE CONSTITUTION (1996).

32 ראו Morgan Cloud, *A Conclusion in Search of a History to Support*, 43 TEX. TECH. L. REV. 29 (2010); Ethan Bercot, *Forgetting to Weight: The Use of History in the Supreme Court's Establishment Clause*, 102 GEO. L.J. 845 (2014); Rebecca Piller, *History in the Making: Why Courts Are Ill-Equipped to Employ Originalism*, 34 REV. LITIG. 187 (2015).

33 ראו Cloud, לעיל ה"ש 32, בעמ' 30 (historical 'truth' was decided by a 5–4 vote of lawyers).

34 הכוונה היא למגילת הזכויות שהעניק מלך אנגליה בשנת 1215, אשר נחשבת מאז כבסיס לעקרון שלטון החוק כמובן של הגבלת כוחו של השלטון והכרה בזכויות.

35 ראו Alexander Lock & Jonathan Sims, *Invoking Magna Carta: Locating Information Objects and Meaning in the 13th to 19th Centuries*, 15 LEGAL INFO. MGMT. 74 (2015); Lord Sumption, *Magna Carta Then and Now* (address to the Friends of the British Library, 9 March 2015).

36 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).

"האספה המכוננת" – אשר נבחרה לאחר הקמת המדינה על-מנת שתקבל חוקה – לרשות מחוקקת הנושאת במשימה הנמשכת של חקיקת חוקי-יסוד, אשר יאוגרו לכלל חוקה רק ברבות השנים. הדיון בפסק-הדין לא הגביל עצמו רק להיסטוריה של המסמכים המשפטיים, אלא נדרש גם להיסטוריה כללית חוץ-משפטית, דוגמת הקביעה כי "מן המפורסמות" הוא שראש הממשלה הראשון דוד בן-גוריון התנגד לחוקה.<sup>37</sup> המסקנה היא אפוא שההבחנה בין היסטוריה משפטית להיסטוריה כללית היא ברורה פחות מכפי שהיה אפשר לסבור. ההיסטוריה המשפטית וההיסטוריה הכללית קשורות זו לזו, ובמידה רבה גם מעצבות זו את זו. על-כן בחינה מעמיקה של מסמכים משפטיים עשויה לחייב שופטים להידרש לשאלות רחבות יותר של היסטוריה וכתיבתה, גם אם תוך הכרה במגבלות של יכולתם לעשות כן.

### ב. היסטוריה שיפוטית באמצעות קביעת עובדות מול ידיעה שיפוטית של עובדות היסטוריות

הבחנה חשובה נוספת מתבססת על השוני בין מקרים שבהם בתי-משפט נדרשים להכרעות עובדתיות<sup>38</sup> שעשויות להיות בעלות חשיבות היסטורית<sup>39</sup> לבין מקרים שבהם בתי-משפט רק עושים שימוש במה שמכונה ידיעה שיפוטית ביחס לעובדות היסטוריות, שאינן שנויות לכאורה במחלוקת, בעיקר על-מנת לספק לדיון הקשר או להציע השוואה למקרים אחרים.<sup>40</sup> בקטגוריה הראשונה של המקרים, להכרעות העובדתיות שבית-המשפט מקבל כדי להכריע במחלוקות בין הצדדים יש חשיבות או הקשר היסטוריים. במילים אחרות, ההכרעה העובדתית בעלת החשיבות ההיסטורית חיונית לצורך מתן פסק-הדין. אלה פני הדברים, באופן המובהק ביותר, במקרים של העמדה לדין של אנשים בגין פעיי-מלחמה. דוגמה

37 שם, בעמ' 364. למחקר היסטורי שהתמקד בעמדתו של בן-גוריון בנושא ראו ניר קידר בן-גוריון והחוקה (2015).

38 לקביעת עובדות כמשימה משותפת לשופטים ולהיסטוריונים ראו Carlo Ginzburg, *Checking the Evidence: The Judge and the Historian*, 18 CRITICAL INQUIRY 79 (1991) גופים נוספים שמופקדים לעיתים על קביעת עובדות היסטוריות, ואשר מכהנים בהם לא אחת גם שופטים, הם ועדות חקירה. לוועדת החקירה בעניין רצח ארלוזורוב ראו בג"ץ 152/82 אלון נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 449 (1982).

39 במובן מסוים בית-המשפט עוסק תמיד בהיסטוריה, שהרי במקרה הרגיל הוא מכריע בסכסוכים הנוגעים לאירועים שהתרחשו בעבר, ולצורך כך צריך לקבוע ממצאי עובדה. ראו ANN CURTHOYS, ANN GENOVESE & ALEXANDER REILLY, RIGHTS AND REDEMPTION: HISTORY, LAW AND INDIGENOUS PEOPLE 16 (2008) ("Both law and history are interested in what happened in the past; both collect and assess evidence; and both are required to evaluate competing and contradictory accounts of the same events"). עם זאת, במקרה הרגיל אין להכרעתו השיפוטית של בית-המשפט לגבי האירועים שנדרשו לפניו משמעות ציבורית-היסטורית כללית יותר.

40 ראו לעיל ה"ש 21.

בולטת לכך בהקשר הישראלי היא משפטו של אדולף אייכמן.<sup>41</sup> מקרים טיפוסיים נוספים עשויים להיות כאלה שבהם בית־המשפט נדרש להכריע בתביעת לשון הרע שנסבה על אירוע היסטורי. גם כאן הדוגמה ברורה מן המשפט הישראלי קשורה לאותה תקופה במלחמת־העולם השנייה – "משפט קסטנר", כפי שכונה בציבור ההליך שנכס על הוצאת לשון הרע על קסטנר בכל הנוגע למשא־ומתן שניהל עם השלטונות הנאציים בהונגריה הכבושה.<sup>42</sup> דוגמאות אחרות להיבטים עובדתיים של מלחמת־העולם השנייה שהגיעו לבתי־המשפט כללו תביעות שעניינן הכרה באנשים כמי שסבלו מרדיפות נאציות (על בסיס מידע היסטורי בנוגע לאזור ולתקופה שבה שהו),<sup>43</sup> תביעות שנגעו לרכושם של מי שנספו בשואה,<sup>44</sup> ומחוץ לישראל – הליכים נגד מפעלים שהיו מעורבים בהעסקה של עובדי־כפייה.<sup>45</sup> מן התקופה שלאחר הקמת המדינה אפשר להזכיר את התביעות שהתבררו בעניינם של מי שעברו טיפולי הקרנה נגד גזות עם עלייתם לארץ. תביעות אלה עסקו בעניינם של פרטים, אך האירו את תלאותיהם של העולים באותן שנים ואת התנהלותן של הרשויות כלפיהם.<sup>46</sup> תביעות לפינוי ממקדעי ציבור מעוררות אף הן שאלות הנוגעות לאופן הטיפול ביישובם של אנשים – יהודים וערבים כאחד – בשנים שלאחר הקמת המדינה.<sup>47</sup>

לכאורה, דיני ההתיישנות מהווים הודאה בכך שלאחר חלוף זמן מסוים קיים קושי לצפות להכרעה משפטית מחייבת לגבי עובדות מן העבר. אולם בפועל הם אינם מהווים חסם מלא מפני הגעתן של פרשות ישנות ואף עתיקות אל בתי־המשפט בהקשרים שונים – למשל,

- 41 ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2033 (1962). ראו גם חנה יבלונקה מדינת ישראל נגד אדולף אייכמן (2001).
- 42 ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"ד יב 2017 (1958). ראו גם מיכל שקד "ההיסטוריה בבית־המשפט ובית־המשפט בהיסטוריה – פסקי הדין במשפט קסטנר והנרטיבים של הזיכרון" אלפיים 20, 36 (2000).
- 43 ראו, למשל, דנ"א 11196/03 גרנות נ' הרשות המוסמכת לפי חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957, פ"ד ס (3) 88 (2005) (דיון במצבם של יהודי בולגריה במלחמת־העולם השנייה לצורך קבלת תגמולים כניצולי שואה).
- 44 ראו, למשל, ע"א 5580/13 מאייר נ' החברה לאיתור ולהשבת נכסי השואה (פורסם בנבו, 24.11.2014).
- 45 ראו, למשל, Stephen Whinston, *Can Lawyers and Judges Be Good Historians?: A Critical Examination of the Siemens Slave-Labor Cases*, 20 BERKELEY J. INT'L L. 160 (2002); Leora Bilsky, *Transnational Holocaust Litigation*, 23 EUR. J. INT'L L. 349 (2012).
- 46 ראו, למשל, ע"א 1535/13 מדינת ישראל נ' איבי (פורסם בנבו, 3.9.2015). כן ראו מוריה צ'רקה "מאבקם של נפגעי הטיפול בגזות: האומנם מאבק שנכשל?" מעשי משפט 135 ו (2014).
- 47 להליכים הנוגעים לפינוי מגבעת־עמל ראו, למשל, ע"א 219/68 רשות הפיתוח על-ידי מינהל מקרקעי ישראל נ' סרבי, פ"ד כב (2) 851 (1968). להליכים שעניינם תביעת פינוי נגד בני שכט בדווי שקיבלו היתר לשבת באזור מסוים בנגב בשנות החמישים, ראו, למשל, רע"א 3094/11 אלקיעאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.5.2015). מקרה מפורסם אף יותר, שעוסק בטיפול במקרקעין בימיה הראשונים של המדינה אגב דיון בדרישה לשוב אליהם, הוא בג"ץ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז (4) 803 (2003). בפסק־דין זה נדחתה עתירה של תושבי הכפרים איקרית ובירעם לשוב אל האדמות שאותן עזבו לזמן קצר, כפי שנמסר להם, לפי דרישתם של גורמי הביטחון באותה עת.

כאשר תביעת לשון הרע מתייחסת לפרסום חדש באשר לאירוע מן העבר.<sup>48</sup> דוגמה נוספת בהקשר זה היא ביטול הרשעתו של גורדון הירבאישי (Gordon Hirabayashi) בגין הפרת צו ההגבלה שהוא הוכפף לו – כמו אזרחים אמריקנים אחרים ממוצא יפני – במהלך מלחמת-העולם השנייה.<sup>49</sup> פסק-הדין הסתמך על מסמכים היסטוריים שהוצגו לבית-המשפט ואשר הניחו בסיס לטענה כי ההחלטות שהתקבלו הושפעו מעמדות גזעניות.<sup>50</sup>

במצבים שבהם בית-המשפט נדרש לקביעת עובדות מצטמצם המרחק בין העבודה השיפוטית לעבודת המחקר ההיסטורית גם כמובן זה שהיסטוריונים עשויים להיות מוזמנים לבית-המשפט כעדים מומחים.<sup>51</sup> זאת ועוד, לעיתים המחקר ההיסטורי עצמו יכול להיות נושא להליכים משפטיים, כפי שהיה במשפט הדיבה הידוע שניהל מכחיש השואה דייוויד אירווינג (David Irving) נגד ההיסטוריונית דבורה ליפסטדט (Deborah Lipstadt), שביקרה את הבסיס המקצועי לטענותיו.<sup>52</sup>

בניגוד לכך, במסגרת הקטגוריה השנייה של המקרים, שבהם בתי-המשפט עושים שימוש במה שמכונה ידיעה שיפוטית, בית-המשפט אינו נדרש להכריע במחלוקות עובדתיות שעניינן אירועים היסטוריים, אך בוחזר להציג נרטיב היסטורי לצורך הדיון בתיק שלפניו, תוך אימוץ ההנחה (המשתמעת) שהנרטיב המוצג על-ידי אינו שנוי במחלוקת.<sup>53</sup> פרקטיקה כזו רווחת במיוחד בפסיקה החוקתית, אך עשויה להיות נוכחת גם בהקשרים אחרים. בחלק

48 הפרדוקס הכרוך בכך שתביעת לשון הרע יכולה לעסוק באירועים רחוקים, אשר אי-אפשר עוד להגיש תביעה בגינם, זכה להתייחסות בחוות-דעתי בע"א 7426/14 פלונית נ' דניאל (פורסם בנבו, 14.3.2016): "מקרה זה אף מעורר שאלה כללית יותר לגבי תביעות לשון הרע שעניינן פרסומים באשר למעשים שהתרחשו לפני שנים רבות – אירועים שאלמלא כן לא היו נדונים בין כתלי בית המשפט בשל חלוף תקופת ההתיישנות... עלינו לשוות קושי זה נגד עינינו, הגם שאין בו כדי לפטור אותנו מהכרעה... מה באשר לפרסומים שאינם כוזבים לגבי אירועים שאכן התרחשו לפני שנים רבות, אלא שחלוף הזמן מקשה על הוכחתם? במצב דברים זה וזכים אלו שנפגעו מלשון הרע (ומי שעשויים גם להיות 'פוגעים' באופן פוטנציאלי) להגנה נרחבת שלמעשה איננה נתונה כבר למי שנפגעו מהם בעבר." שם, פס' 6 לחוות-דעתי.

49 לאישורם של צווי הגבלה אלה במהלך המלחמה ראו Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 214 (1943); Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

50 ראו Hirabayashi v. United States, 828 F.2d 591 (9th Cir. 1987).

51 ראו, למשל, Jonathan D. Martin, *Historians at the Gate: Accommodating Expert Historical*, 78 N.Y.U. L. Rev. 1518 (2003) CURTHOYS, GENOVESE כן ראו *Testimony in Federal Courts*, 10-9. REILLY, לעיל ה"ש 39, בעמ' 9-10.

52 התביעה נסכה על פרסומו של הספר DEBORAH LIPSTADT, DENYING THE HOLOCAUST: THE GROWING ASSAULT ON TRUTH AND MEMORY (1993). בסופו של דבר נדחתה התביעה. ראו Dennise Mulvihill, Irving v. Penguin Books Limited [2000] EWHC QB 115 *Irving v. Penguin: Historians on Trial and the Determination of Truth Under English Libel Law*, 11 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 217 (2000); Wendie Ellen Schneider, *Past Imperfect*, 110 YALE L.J. 1531 (2001). הליכים אלה עומדים במרכזו של הסרט DENIAL (BBC Films, Krasnoff/Foster Entertainment, Participant Media, Shoebox Films, 2016).

53 לעיתים הוא אף עשוי להתבסס על הליכים קודמים שבהם נדונה אותה פרשה היסטורית.

מאותם מקרים, ההחלטה לעשות שימוש ב"דיעה שיפוטית" לגבי נרטיב היסטורי מבקשת "ללמוד מן ההיסטוריה" או להציע הצדקה נוספת להחלטה השיפוטית (הגם שזו עומדת על רגליה גם כך). ניתן להוסיף כי במקרים אלה דווקא העובדה שנרטיב היסטורי מסוים מוצג כאובייקטיבי וכידוע לכל נושאת משמעויות מיוחדות – הן מבחינת הכוח השכנועי שהיא מוסיפה להחלטה והן מבחינת העובדה שאותו נרטיב מקבל את החותמת הממסדית של בית־המשפט, וכך נהנה ממשנה חיזוק בתודעה הציבורית כהיסטוריה לאומית קונסנזואלית. כך, בית־המשפט העליון של ישראל חזר ותיאר את ההיסטוריה של הקמת המדינה באופן שמשקף את הזיכרון הקולקטיבי של מלחמת־מגן של מדינה קטנה.<sup>54</sup> בהקשר אחר חזר בית־המשפט ושיקף את העמדה הישראלית הרוחה מכל וכל טענות לביצוע טבח על־ידי חיילי צה"ל בקרבות בג'נין במהלכו של מבצע "חומת מגן" (הגם שהוא הסתייג מההחלטה לצנזר סרט שהציג את הדברים באופן שונה).<sup>55</sup> בית־המשפט התייחס אף להיסטוריה של הר הבית, על־מנת להמחיש את חשיבותו בתרבות היהודית,<sup>56</sup> ואף לזו של אתר "עיר דוד" בירושלים.<sup>57</sup> כמו־כן דחה בית־המשפט העליון באופן נחרץ את האפשרות שהצנחנית חנה סנש ז"ל נשברה בחקירתה על־ידי הנאצים והסגירה את חבריה.<sup>58</sup> ההליך המשפטי בעניין זה נסב על שידורו של קטע מסדרת הדוקו־דרמה "משפט קסטנר" שלפיו קסטנר האשים כביכול את חנה סנש בהסגרת חבריה לגסטפו. בית־המשפט הקפיד לשלול מכל וכל את האפשרות ההיסטורית, אשר ניצבה ברקע לדברים, שלפיה סנש נשברה בחקירתה.<sup>59</sup> בכל המקרים הללו נדרש בית־המשפט ל"אמת ההיסטורית", שהוצגה כנחלת הכלל ולכן לא נדרשה להוכחה.

- 54 ראו, למשל, ע"פ 44/52 דיאב נ' היועץ המשפטי לממשלת־ישראל, פ"ד ו 922 (1952). לדברי השופט זילברג, "מלחמת ערב-ישראל לא היתה 'מלחמת אזרחים', אלא מלחמה בין מדינות סוכרניות מזה ומוזה, בה ביקשו התוקפים – שבע מדינות ערב – לקעקע את הבירה כולה, ולהכרית את זכרה של מדינת־ישראל" (שם, בעמ' 932). באופן כללי ראו ברק־ארז "והגדת לבנון", לעיל ה"ש 4; Barak-Erez, *Historical Narrative*, לעיל ה"ש 4.
- 55 ראו בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2003). ראו עוד ברק־ארז "שקרים קולנועיים", לעיל ה"ש 4; Barak-Erez, *Historical Films*, לעיל ה"ש 4. לטיעון בדבר "חלוקת עבודה" שלפיה פסק־הדין אימץ את עמדת המשיבים בעניין הזיכרון ואת עמדת העותרים בשאלה המשפטית של הצנזורה, ראו רתם רוזנברג "הבניית זכרון הפעולה הצבאית בג'נין בפסיקת בג"ץ" עיוני משפט לב 203 (2010).
- 56 בג"ץ 4185/90 נאמני הר הבית – עמותה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 221 (1993).
- 57 בג"ץ 9253/08 קראעין נ' רשות העתיקות, פס' 22 לפסק־דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 15.9.2009). (תל עיר דוד מספר את דברי ימיה של ירושלים זה אלפים בשנים, כפי שניתן ללמוד עליהם עוד מן התנ"ך... וממקורות נוספים. חשיבות חשיפת צפונותיה של עיר דוד היא לאומית ובינלאומית, היא אינה מתייחדת לבני העם היהודי אלא יש לה חשיבות לכל מי אשר מבקש להתחקות אחר תולדותיו של איזור זה שהוא ערש הדתות המונותאיסטיות").
- 58 בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999).
- 59 ראו את דבריו של הנשיא ברק באותו עניין: "הקטע השני במחלוקת אינו משקף אמת היסטורית. אין לו כל ביסוס היסטורי. הוא אינו אמת." שם, בעמ' 839. הדברים הודגשו אף ביתר שאת בדעת המיעוט של השופט חשין. שם, בעמ' 856.

בארצות־הברית, ההיסטוריה ארוכת־השנים של קביעת מחוזות בחירה באופן שהגביל את השפעתם של המצביעים האפריקנים־האמריקנים (racial gerrymandering) הייתה יסוד חשוב בפסק־דינו של בית־המשפט העליון שהורה לפסול מפה מוצעת אשר בודדה מצביעים אלה בתוך אזור בעל צורה מפותלת ומזוזה.<sup>60</sup> באופן דומה, בעניין *Obergefell*,<sup>61</sup> שנסב על שאלת ההכרה בנישואים של בני־זוג מאותו מין, נדרש השופט קנדי (Kennedy) להיסטוריה של הנישואים כמוסד שחלה בו התפתחות מתמדת, כדי לחזק את דעת הרוב שהורתה על הכרה בזכותם של בני־זוג מאותו מין להינשא.<sup>62</sup>

גם כאן שתי הקטגוריות עשויות להתמזג זו בזו. למשל, ההצדקה להעדפה מתקנת נקשרת בדרך־כלל להיסטוריה של הפליה (של אותה קבוצה שתוכנית ההעדפה המתקנת מקנה לה הטבה). היסטוריה זו של הפליה מבוססת במידה רבה על ידיעה שיפוטית, המבטאת את ההכרה הציבורית של ההווה בעוולות העבר (ללא הוכחה ספציפית). עם זאת, לעיתים עשויה להתעורר השאלה אם די בידיעה שיפוטית באשר להיסטוריה של הפליה של אותה קבוצת מיעוט על־מנת להצדיק תוכנית העדפה מתקנת שמתייחסת אליה או שמא נדרשת הוכחה של עובדות לגבי הפלייה של אותה קבוצה בתחום הספציפי שהתוכנית חלה עליו. כך, למשל, סבר בית־המשפט העליון של ארצות־הברית בעניין *Croson*,<sup>63</sup> שבו נקבע (בדעת הרוב) כי על־מנת להצדיק מדיניות עדכנית של עיריית ריצ'מונד המקצה מכסות להתקשרות עם קבלנים שהם אפריקנים־אמריקנים, היה עליה להוכיח קיומה של הפליה היסטורית בהתקשרויות בתחום הבנייה.<sup>64</sup> לעומת זאת, בדיונים שנסבו על הסדרי ההעדפה המתקנת בישראל לא נדרשה הוכחה כה ספציפית באשר למתכונת ההפליה, ובית־המשפט הסתפק

60 ראו *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630, 638–41 (1993).

61 *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S., 11 (2015) (להלן: עניין *Obergefell*).

62 לדבריו (שם, בעמ' 18): "The ancient origins of marriage confirm its centrality, but it has not stood in isolation from developments in law and society. The history of marriage is one of both continuity and change. That institution – even as confined to opposite-sex relations – has evolved over time"

63 ראו *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989).

64 לדברי השופטת אוקונור (O'Connor): "There was no direct evidence of race discrimination on the part of the city in letting contracts or any evidence that the city's prime contractors had discriminated against minority-owned subcontractors" (שם, בעמ' 480). לעומת זאת, השופט מרשל (Marshall) התייחס בדעת המיעוט שלו להיסטוריה הכללית יותר של הפליה מצד רשויות המדינה בכלל והעירייה בפרט בנסיונותיהן לסכל "to circumvent, defeat, and nullify" את הפסיקה בעניין *Brown* (שם, בעמ' 544–545). התמקדות במצב האינטגרציה בחינוך הועמדה גם במרכז פסק־דינו של הנשיא רוברטס (Roberts) בעניין *Parents Involved*, לעיל ה"ש 27.

בהצבעה על מציאות של תתי־יצוג של בני הקבוצה שסבלה מנחיתות היסטורית, במיוחד בכל הנוגע להעדפה מתקנת במניינים של נשים<sup>65</sup> וערכים.<sup>66</sup>

### ג. היסטוריה של הצדקה: המשכיות עם העבר

#### או דחיית העבר והתגברות עליו

עד כה הוצגה ההבחנה בין סוגי ההיסטוריה השונים שיכולים לשמש את בית־המשפט במסגרת הדיון המשפטי, דהיינו, בין התחקות אחר ההיסטוריה המשפטית לבין התחקות אחר היסטוריה רחבה יותר. כמו־כן נדונה ההבחנה בין מצבים שבהם בית־המשפט מכריע באשר לאמת ההיסטורית על יסוד ראיות ועדויות בתהליך מודע וגלוי לבין מקרים שבהם בית־המשפט נדרש לידיעה שיפוטית ומצהיר על אמיתות היסטוריות כמו היו ידועות לכל (גם כאשר לאמיתו של דבר ההסכמה עליהן אינה נעלה מכל ביקורת או שהן אינן מגובות במחקר היסטורי העומד באמות־מידה אקדמיות). בהמשך לכך יופנה כעת הזרקור לאופנים השונים שבהם בית־המשפט משתמש בנרטיב ההיסטורי שהוא מציג במסגרת הכרעתו.

הדיון בהחלטות שיפוטיות שכוללות נרטיב היסטורי (לכר־משפטי) שופך אור על אופייה של ההיסטוריה הנכתבת על־ידי בתי־המשפט כהיסטוריה של הצדקה – הצדקה של הבחירות הנורמטיביות של המשטר החוקתי הקיים כמו־גם הצדקה של ההחלטה הפרטיקולרית שאותו נרטיב משולב בה.<sup>67</sup> השימוש בנרטיב היסטורי כהצדקה לפסיקה משתלב בכך שאף המסמכים החוקתיים העומדים ביסוד הפסיקה כוללים בדרך־כלל "סיפור־על" של היסטוריה לאומית

65 כך, בבג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994), שנסב על יישום ההסדר של ייצוג הולם בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות, הצביע השופט מצא על "הייצוג האפסי" של נשים בדירקטוריונים אלה (שם, בעמ' 523).

66 ראו בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15 (2001).

67 גם בעניין זה אפשר להביא מדבריו של בלקין: "We respect religious conscience because our Pilgrim forefathers left persecution in Europe. We guarantee racial equality because of Lincoln, the Civil War, Martin Luther King, the March on Washington, and the police riot at the Edmund Pettus Bridge. We guarantee rights of criminal defendants because of the actions of King George and his imperial government. Unpack a constitutional doctrine and you will usually find a story about the past, about a people, about its commitments, about its promises to itself, about what it has taken proudly from its past and what it has scornfully rejected, about its hopes, about its goals, about its fears. Unpack a disagreement about the Constitution and you will find a disagreement about stories, about what was done to whom by whom, what it means, and whether and why

"it is worth remembering", ראו BALKIN, לעיל ה"ש 20, בעמ' 3. היסטוריה כזו של הצדקה

נוטה להיות ליניארית באופן יחסי והחלטית במסקנותיה. היסטוריונים מקצועיים, לעומת זאת,

נוטים להימנע מכך. ראו עוד, John Waugh, *Lawyers, Historians and Federation History*,

in REFLECTIONS ON THE AUSTRALIAN CONSTITUTION 25, 28 (Robert French, Geoffrey Lindell & Cheryl Saunders eds., 2003) ("Historians find multiple intentions and diverse

experiences in federation while lawyers usually strive to establish single meanings in

order to support definitive judgments")



(דוגמת זה המופיע בהכרזת העצמאות של מדינת ישראל או אלה המצויים בפסקות מבוא של חוקות במדינות אחרות).<sup>68</sup>

הצדקות המבוססות על העבר עשויות לנקוט עמדות שונות ביחס אליו. באופן בסיסי ניתן להבחין בין הצדקה המבוססת על המשכיות או הרמוניה עם העבר, דהיינו על שימור המחויבויות ההיסטוריות שהתגבשו לאורך השנים, לבין הצדקה המבוססת על הצורך לתקן את העבר ולהימנע מלחזור על עוולותיו.<sup>69</sup>

ההבחנה בין שתי עמדות אלה הוצגה על ידי ג'רלד פוסטמה (Gerald Postema) בהקשר של התייחסות לתקדימים משפטיים שנקבעו בעבר.<sup>70</sup> אולם הבחנה זו רלוונטית גם לאופן שבו בית המשפט מתייחס להיסטוריה הלאומית – אם הוא תומך בהמשכיות עם העבר או בצורך להתנתק ממנו ולבחור בכיוון שונה.<sup>71</sup> במילים אחרות, לעיתים ההיסטוריה משמשת הצדקה לשימור נאמנות לערכים שיש להם שורשים עמוקים בהיסטוריה הלאומית, ואילו במקרים אחרים היא משמשת סיפור שבצידו אזהרה, תמרור אזהרה: "סכנה! היזהרו מסכנה ידועה מראש!", ברוח המימרה הידועה: "אלה שאינם לומדים מההיסטוריה נידונים לחיות אותה שוב". כך, אף שתקדימים משפטיים הם מחייבים באופן כללי, ומעודדים המשכיות של נורמות שנקבעו בעבר, לעיתים שופטים צריכים לסטות מהם ולהכיר בכך שהעבר הוא "ארץ זרה" שאין מקום לייבא ממנה את הנורמות שנהגו בה.<sup>72</sup> הדברים יפים, בשינויים המחויבים, לא רק ביחס לתקדימים במובן הצר. גם ההיסטוריה יכולה לשמש את בית המשפט לצורך הנגדה למצב הרצוי שאותו הוא מבקש להצדיק.

לצד שתי עמדות קצה אלה ביחס לעבר – הזדהות עימו או דחייתו – קיימת גם גישה שלישית שאבקש להציג ולבחון בהמשך: זו שמאמצת את העבר אך עושה כן באופן שפתוח לשינוי ולהתפתחות של הנורמות שנקבעו בו באמצעות פרשנות חדשה שלהן.

68 לדיון בהקדמות לחוקות ראו אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל" המשפט יא 79 (2007); Liav Orgad, *The Preamble in Constitutional Interpretation*, 8 INT'L J. CONST. L. 714, 717 (2010). כך, למשל, המבוא לחוקה של דרום-אפריקה מצהיר כי בני העם "מכירים בעוולות העבר" ("recognize the injustices of the past") ו"מכבדים את אלה שסבלו למען הצדק והחירות במולדת" ("honour those who suffered for justice and freedom in our land"). המבוא לחוקה הסינית מציין, בין היתר, כי סין היא אחת המדינות בעלות ההיסטוריה הארוכה בעולם ("China is one of the countries with the longest histories in the world"). ראו גם Adeno Addis, *Constitutional Preambles as Narratives of Peoplehood* (Tul. Pub. L. Research Paper 16-2, 2016).

69 בלשונו של בלקין: "We do this now because we did that then; we do not do this now because we promised ourselves we would never do that again". ראו BALKIN, לעיל ה"ש 20, בעמ' 3.

70 ראו Gerald J. Postema, *On the Moral Presence of Our Past*, 36 MCGILL L.J. 1153 (1991).

71 ליישום גישתו של פוסטמה ביחס להיסטוריה ראו Jeremy Webber, *The Jurisprudence of Regret: The Search for Standards of Justice in Mabo*, 17 SYDNEY L. REV. 5 (1995).

72 "The past is a foreign country". ראו L.P. HARTLEY, *THE GO-BETWEEN* (1953) (משפט הפתיחה).

## 1. המשכיות עם העבר

שימוש רווח מאוד של בתי־המשפט בהיסטוריה מתבטא בנימוקים שמנסים לקדם המשכיות עם העבר (של האומה או של האנושות בכללותה), באופן שמכבד את חוכמת הדורות המצטברת.<sup>73</sup> ככלל, המשכיות עם העבר מאפיינת עמדות שמרניות או תוצאות שמרניות. אחרי הכל, עמדות שמרניות מבוססות בדרך־כלל על היסטוריה ומסורת.<sup>74</sup> כך, למשל, כאשר בית־המשפט העליון של ארצות־הברית פסק פה אחד בעניין *Glucksberg* כי סיוע להתאבדות אינו זוכה להגנה במסגרת העיקרון החוקתי של הליך הוגן (due process), הוא הדגיש כי עיקרון זה משתרע רק על אותן זכויות אשר "מושרשות עמוק בהיסטוריה של אומתנו".<sup>76</sup> באופן דומה, בדעת המיעוט שלו בעניין *Lawrence*,<sup>77</sup> שבו נדונה חוקתיותם של חוקים האוסרים מעשי סדום בהסכמה, קבע השופט סקליה (Scalia) כי "מדינות<sup>78</sup> ממשכות לתבוע בגין כל מיני עבירות של בגירים 'בעניינים הקשורים למין': זנות, גילוי־עריות בין בגירים, ניאוף, תועבה ופורנוגרפיית ילדים". הוא הוסיף כי "חקיקה האוסרת מעשי סדום נאכפה אף היא 'בחצי המאה האחרונה', שבה נרשמו 134 מקרים מתועדים שעסקו באישומים שעניינם מעשי סדום הומוסקסואליים בהסכמה בין בגירים".<sup>79</sup> במילים אחרות, מבחינתו של השופט סקליה, קיומה של היסטוריה של הגשת כתבי אישום בגין יחסי מין (בהסכמה) בין שני גברים מחזקת הלכה למעשה את ההצדקה לתוקפם החוקתי בהווה של החוקים בנושא. מאוחר יותר, בעניין *Obergefell*, שכבר נזכר לעיל, ואשר בו הכיר בית־המשפט העליון של ארצות־הברית בזכות לנישואים של בני־זוג מאותו מין כזכות חוקתית,<sup>80</sup> נדרש הנשיא רוברטס (Roberts) להיסטוריה בדעת המיעוט שלו,<sup>81</sup> והצביע על המשכיות בהגדרת המונח "נישואים" כמוסד המיוחד לאיחוד בין גבר לאישה.<sup>82</sup> הנמקה זו מזכירה במידה רבה את דעת

73 צ'סטרטון הביע סנטימנט זה באומריו: "Tradition means giving votes to the most obscure of all classes, our ancestors... Tradition refuses to submit to the small and arrogant oligarchy of those who merely happen to be walking about. All democrats object to men being disqualified by the accident of birth; tradition objects to their being disqualified by the accident of death". GILBERT KEITH CHESTERTON, *ORTHODOXY* 85 (1908). ראו

74 ראו, למשל, *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983) (התייחסות להיסטוריה של מאתיים שנה שבמהלכן נפתחו הישיבות של בית־המחוקקים של נברסקה בתפילה כהצדקה לפרקטיקה זו).

75 ראו *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

76 שם, בעמ' 721 ("deeply rooted in this nation's history").

77 ראו *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) (להלן: עניין *Lawrence*).

78 הכוונה היא למדינות ארצות־הברית, כמוכן.

79 עניין *Lawrence*, לעיל ה"ש 77, בעמ' 598.

80 עניין *Obergefell*, לעיל ה"ש 61.

81 דעת מיעוט זו של הנשיא רוברטס ניתנה בהסכמתם של השופטים סקליה ותומס (Thomas).

82 הנשיא רוברטס קבע כי "United States throughout our history, וכי משמעות 'גרעינית' (core) זו שרדה לאורך הדורות (עניין *Obergefell*, לעיל ה"ש 61). טיעון היסטורי זה מתאפיין בבחינת ההקשר החברתי

המיעוט של השופט קדמי בעניין דנילוביץ, שבו נדרש בית-המשפט העליון של ישראל להכרה בזכויות כלכליות של בני-זוג מאותו מין.<sup>84</sup> בהמשך לכך גרס הנשיא רוברטס כי זכות-היסוד לנישואים אינה כוללת את הזכות לדרוש מן המדינה לשנות מן המשמעות העקבית של המושג "נישואים" בכלל התרבויות לאורך ההיסטוריה האנושית.<sup>85</sup> דעת הרוב בעניין זה הייתה כאמור שונה,<sup>86</sup> כשם שגם בהקשר הישראלי התקבלה טענת ההפליה שנסבה על קיפוח זכויותיהם של בני-זוג מאותו מין בקבלת הטבות במקום העבודה.

לצד זאת חשוב להוסיף כי לא תמיד הפנייה להיסטוריה מזוהה דווקא עם שמרנות. כך, פסק-הדין הידוע שבו הוכרה בארצות-הברית ההגנה החוקתית על הזכות להפיל – עניין *Roe v. Wade*<sup>87</sup> – כלל ניתוח של ההיסטוריה של אי-הפללת הפלות, החל בתקופה של יוון העתיקה.<sup>88</sup>

בהקשר הישראלי מעניין לבחון את השימוש בהיסטוריה בפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין בעניין התנאים במתקן "חולות".<sup>89</sup> פסק-הדין הפנה למחויבותו ההיסטורית של עס-ישראל, "שהיה זר ומשועבד מאות בשנים", לאתוס של הגנה על זכויות האדם המוחלש.<sup>90</sup> בכך הוא משמש דוגמה נוספת לאופן שבו טענה היסטורית בדבר המשכיות עם העבר יכולה לשמש את בית-המשפט דווקא כדי לחזק הגנה על זכויות, הנחשבת מבחינות אחרות ליברלית וחדשנית.

שמחון לבית-המשפט, להבדיל מן הטיעון הממוקד בפעילות בזירה המשפטית שהוצג על-ידי

סקליה בעניין *Lawrence*. ראו לעיל ה"ש 77.

83 בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).

84 ההנמקה של השופט קדמי התייחסה אומנם לפן הלשוני של המונח "זוג", אך הדגישה לא פחות כי הפרשנות המוצעת היא זו הנוהגת למן "שחר האנושות". שם, בעמ' 770.

85 לדברי הנשיא רוברטס: "The fundamental right to marry does not include a right to make a State change its definition of marriage... [from] the meaning of marriage that has persisted in every culture throughout human history..." (עניין *Obergefell*, לעיל ה"ש 61).

"In short, our Constitution does not enact any one theory of marriage. The people of a State are free to expand marriage to include

same-sex couples, or to retain the historic definition"

הסתמך על ההיסטוריה במונח נוסף – בהתייחס לכך שנושאים חשובים בזירה הציבורית נפתרו

באופן מסורתי על-ידי הקונגרס, ולא בבית-המשפט. לדבריו: "Those who founded our

country would not recognize the majority's conception of the judicial role". ראו שם.

86 הנשיא רוברטס ציין כי דעת הרוב תומכת ב"טרנספורמציה" של מוסד חברתי ששימש בסיס

לחברה האנושית במשך אלפי שנים: "the Court... orders the transformation of a social

institution that has formed the basis of human society for millennia, for the Kalahari

Bushmen and the Han Chinese, the Carthaginians and the Aztecs"

ראו גם להלן ה"ש 107-109 והטקסט שלידן.

87 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

88 שם, בעמ' 140-130.

89 בג"ץ 4386/16 מדיו נ' נציבות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.6.2017).

90 שם, פס' עד-עה לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

## 2. התנתקות מן העבר

כפי שכבר צוין, לעיתים הדרך העוצמתית ביותר לרתום את ההיסטוריה להנמקה השיפוטית היא להפנות לעוולות העבר, ובדרך זו להרתיע מפני חזרה עליהן או על עוולות דומות.<sup>91</sup> דוגמאות לכך ניתן למצוא בדרך־כלל בפסקי־דין של בתי־משפט הפועלים במסגרת שיטות משפט בעלות היסטוריה ארוכה. מודעות היסטורית חדשה של שופטי ההווה מוליכה אותם להימנעות מחזרה על העוולות השיטתיות של העבר.

פסק־הדין בעניין *Mabo*,<sup>92</sup> שניתן על־ידי בית־המשפט העליון של אוסטרליה בשנת 1992, הוא דוגמה מובהקת לכך. פסק־הדין הכיר בקיומה של זכות ילידית בקרקע, ודחה את הדוקטרינה של "ארץ ריקה" (*terra nullius*), ובכך הפך תקדימים קודמים והתנתק גם מן העבר של בית־המשפט עצמו. פסיקה משמעותית זו, שהייתה בבחינת היפוך כיוון, אף זכתה להתייחסות אליה כאל "תורת משפט של חרטה" (*jurisprudence of regret*).<sup>93</sup> בפסק־הדין ניתן למצוא התייחסויות קשות לעבר, ובכלל זה ל"דיכוי" העמים הילידים של אוסטרליה ול"עימות" עימם,<sup>94</sup> שלגביהם נקבע כי הם מעטים כלימה על ההיסטוריה הלאומית.<sup>95</sup> בית־המשפט הבהיר כי אלה עוולות שאוסטרליה חייבת להימנע מחזרה עליהן.<sup>96</sup>

בדומה לכך, בית־המשפט החוקתי של דרום־אפריקה חוזר ונדרש לעבר בהקשר של המעבר ממשטר האפרטהייד למשטר החוקתי החדש. בפסק־דינו בעניין ועדות האמת הוא תיאר את העימות בין עשרות השנים בין מיעוט ששמר לעצמו את עמדת השליטה לבין הרוב שנאבק בו.<sup>97</sup> עבר זה חוזר והדהד בפסקי־דין שעסקו בתביעות פינוי נגד מחוסרי דיור אשר בלית בררה מצאו לעצמם מחסה בקרקע פרטית. פסק־דין זה הדגיש כי לצד ההגנה על הקניין הפרטי יש להביא בחשבון את המורשת של הפליה גזעית שהולידה הקצאה לא־שוויונית של קרקעות בדרום־אפריקה.<sup>98</sup> העבר נזכר באופן מוחשי גם בפסק־דין שנדרש לעריכת חיפוש

91 GEORGE SANTAYANA, *THE LIFE OF REASON: INTRODUCTION AND REASON IN COMMON SENSE* 172 (Marianne S. Wokeck & Martin A. Coleman eds., 2011) ("Those who cannot remember the past are condemned to repeat it")

92 ראו *Mabo v Queensland (No 2)* (1992) 175 CLR 1 (להלן עניין *Mabo*).

93 ראו Webber, לעיל ה"ש 71.

94 עניין *Mabo*, לעיל ה"ש 92, בעמ' 79 ("conflagration of oppression and conflict").

95 שם, בעמ' 82 ("dispossess, degrade and devastate the Aboriginal peoples and leave a national legacy of unutterable shame").

96 מודעות זו פתחה את הדלת לנכונות של בתי־המשפט לבחון טיעונים שעניינם זכויות ילידים בקרקעות. ראו CURTHOYS, GENOVESE & REILLY, לעיל ה"ש 39, בעמ' 88.

97 ראו *Azanian Peoples Organization (AZAPO) v. President of the Republic of South Africa* 1996 (4) SA 672, para. 1 ("For decades South African history has been dominated by a deep conflict between a minority which reserved for itself all control over the political instruments of the state and a majority who sought to resist that domination")

98 ראו, למשל, *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers* 2005 (1) SA 217, para. 16 ("one of the most enduring legacies of racial discrimination in the past, namely the grossly unequal distribution of land in South Africa")

בביתו של אדם ללא צו שיפוטי, תוך הפניה לקריאה "קובומבו" שנשמעה בעבר, בתקופת האפרטהייד, כאות אזהרה מפני הגעתה של המשטרה לעריכת חיפושים בבתיים.<sup>99</sup> אלה הן כמה דוגמאות מרשימות להתנתקות מן העבר. עם זאת, לצד הדמיון ביניהן ראוי להצביע גם על השוני הבולט בין ההקשרים המשפטיים שבגדרם הן נוצרו. פסק-הדין בעניין *Mabo* ביטא תהליך של התפתחות בתפיסה הציבורית-החברתית באוסטרליה במסגרת השיטה הקיימת. פסק-הדין אף היה ציון-דרך מבחינת השינוי שהוא התווה בכיוון התפתחותו של המשפט. לעומת זאת, פסיקתו החדשה של בית-המשפט החוקתי של דרום-אפריקה התאפשרה רק בעקבות שינוי משטרי ופוליטי יסודי. במילים אחרות, היא חלק מתהליך רחב יותר של צדק מעברי, ולמעשה משקפת אותו.<sup>100</sup>

פנייה לעבר תוך יצירת היבדלות ממנו יכולה למלא תפקיד גם בשיטות עם מורשת קולוניאלית או היסטוריה של כיבוש זר. כפי שצוין לעיל, לעיתים יוצג העבר כאפל – על בסיס ידיעה שיפוטית – על-מנת ליצור ניגוד לערכים ולהסדרים המתבקשים במדינה ליברלית-דמוקרטית מודרנית.<sup>101</sup> כך, למשל, בפסק-הדין שנסב על ההפגנות מול ביתו של היועץ המשפטי לממשלה<sup>102</sup> ביססה השופטת חיות את פרשנותה המצמצמת ביחס לסמכות המשטרה להתנות את קיום ההפגנה ברישיון, בין היתר, על הצורך להתנתק משורשיה המנדטוריים הדכאניים, אשר אינם יאים למדינה דמוקרטית (תוך שימוש בכלי של ידיעה שיפוטית באשר למאפייניה של תקופת המנדט).<sup>103</sup>

99 ראו *Gaertner v. Minister of Finance* 2013 ZACC 38. פסק-הדין נפתח בדברים הבאים: "Kubomvu! is the warning that a lookout would sound on the arrival of police at one or the other of the homes that had the misfortune of being subjected to frequent, warrantless police searches. To the apartheid state the oppressed majority had no privacy to be protected; and no dignity to be respected. Of course, the warning could only be sounded on some of those occasions when the police descended for the searches during the day. Most certainly for effect and possibly heightened indignity, many of the egregious searches were conducted at the dead of night: a time of relaxation; sleep; intimacy; reckless abandon even; and when some, if not most, would be flimsily dressed. The sense of violation and degradation that the victims must have experienced is manifest. Even members of the then dominant race who were viewed as enemies of the state suffered this indignity. It is with this painful history in mind that we consider the constitutional validity of statutory provisions that authorise searches without warrants. In this case, we do it in the context of the customs and excise industry" (ibid., at para. 1).

100 ראו Teitel, לעיל ה"ש 23.

101 ראו לעיל ה"ש 23.

102 בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 8.10.2017).

103 לדברי השופטת חיות: "אך מובן הוא כי התכלית הסובייקטיבית אשר עמדה לנגד עיני המחוקק הקולוניאלי במטרה לבצר את שליטתו על היישוב הארץ ישראלי בתקופת המנדט, אינה יכולה להוות עוד בסיס לפירוש הפקודה לאחר הכרזתה של מדינת ישראל כמדינה עצמאית, אשר

## 3. שינוי תוך המשכיות

בתוך שבין שתי צורות ההתייחסות ההופכיות לעבר, כפי שהוצגו עד כאן, אבקש להציג כעת כמה דוגמאות למצבים שבהם בתי־המשפט בוחרים בדרך־אמצע שאינה מתבססת על היצמדות שמרנית לעבר אך גם אינה מתאפיינת בגישה של דחיית העבר מתוך שאיפה להתגבר עליו. הכוונה היא למקרים שבהם בתי־המשפט חותרים לשינויים נורמטיביים באמצעות פיתוח הדרגתי של החלטות העבר או של תפיסות שגובשו בו. שופטים יכולים להתבסס על ההיסטוריה על־מנת לפסוע בנתיב אבולוציוני, באופן שחותר, למשל, להרחבת ההגנה על זכויות שכבר הוכרו אומנם כראויות להגנה אך לא במידה מספקת. במקרים מסוג זה אין לומר שקיימת המשכיות עם העבר במובן הצר, אך גם לא התנתקות חדה ממנו. מדובר בהמשכיות תוך שינוי או לחלופין בשינוי תוך המשכיות.

הקשר מעניין להערכת הפוטנציאל הטמון בגישה זו הוא השימוש שנעשה במאבקי שוויון שצלחו לצורך החלת ההישגים שהם הניבו גם על קבוצות מקופחות אחרות. כאן אפשר להביא שתי דוגמאות מפיסקתו של בית־המשפט העליון של ארצות־הברית – דוגמה אחת, מן העבר הרחוק יותר, ממחשה קריאה "צרה" של ההתפתחות ככיוון של שוויון, ודוגמה אחרת, עדכנית יותר, מדגימה קריאה "רחבה" של התפתחות זו.

הדוגמה הראשונה לקוחה מפרשנותו המסורתית של התיקון הארבעה־עשר לחוקת ארצות־הברית, אשר נחקק לאחר מלחמת־האזרחים ועיגן את הזכות ל"הגנה שווה על־ידי החוק" (equal protection of the laws). זה פורש במשך קרוב למאה שנה כאוסר רק הפליה על בסיס גזע – אותה הפליה שהייתה הרקע ההיסטורי המיידית שהוליד את התיקון. בהתאם לכך, בפסק־דין שניתנו סמוך לאחר קבלתו של התיקון דחה בית־המשפט העליון של ארצות־הברית טענות שכוונו לפסילת הפליה מטעמי מין.<sup>104</sup> רק לאחר תקופה ארוכה מאוד נמצאה הדרך להכיר בפרשנות חוקתית האוסרת גם הפליה מגדרית.<sup>105</sup>

הדוגמה השנייה נסבה על פסק־דין שעסקו במוסד הנישואים. בשנת 1967 פסק בית־המשפט העליון של ארצות־הברית, פה אחד, כי חוקים האוסרים נישואים בין־גזעיים אינם חוקתיים.<sup>106</sup> כאשר בשנת 2015 נדרש בית־המשפט לדון בסוג אחר של הפליה בזכות לנישואים – הפליה על רקע נטייה מינית, ולא על בסיס גזע<sup>107</sup> – הוא מצא לנכון להתבסס על ההיסטוריה השיפוטית של הרחבת הזכות להינשא. דעת הרוב אומנם הכירה בכך שפסק־

חרטה על דגלה עם הקמתה ערכים דמוקרטיים ובהם חופש הביטוי והדיבור. "ראו שם, פס' 33 לפסק־דינה.

104 ראו *Bradwell v. Illinois*, 83 U.S. 130 (1873); *Minor v. Happersett*, 88 U.S. 162 (1875) עצמו נדרש השופט ברדלי (*Bradley*) להיסטוריה מן ההיבט נוסף על כך, בעניין *Bradwell* עצמו נדרש השופט ברדלי (*Bradley*) להיסטוריה מן ההיבט של המבנה המסורתי של המשפחה. לדבריו: "The constitution of the family organization, which is founded in the divine ordinance, as well as in the nature of things, indicates the domestic sphere as that which properly belongs to the domain and functions of womanhood". שם, בעמ' 141.

105 החל בפסק־הדין בעניין *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971).

106 ראו *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

107 ראו עניין *Obergefell*, לעיל ה"ש 61.

הדין שדנו בעבר בזכות לנישואים הניחו כי מדובר באיחוד של בני-זוג ממינים שונים,<sup>108</sup> אך סברה בכל-זאת כי ניתן לשאוב השראה מהיסטוריה זו. במקום לראות בהיסטוריה מכשול או תמרור אזהרה, בחר בית-המשפט להדגיש את ההיסטוריה של הרחבת הזכות להינשא, ולא את המגבלות שחלו על הזכות. בהתאם לכך סבר בית-המשפט כי מן הפסיקה הקודמת ניתן להפיק את העיקרון של הכרה בנישואים כאחת מן הזכויות האישיות החיוניות לאושרו של כל אדם.<sup>109</sup> אם כן, חרף השוני בין העבר להווה, מצא בית-המשפט לנכון לזהות עיקרון המחבר אותם – השאיפה למנוע הפליה בזכויות נישואים. בית-המשפט לא התנתק אפוא מעברו אך גם לא חזר עליו. תחת זאת הוא בחר במסלול חדש שנתמך גם בהיסטוריה קודמת של הגנה על זכויות. סוג כזה של הסתמכות על ההיסטוריה מדגים באופן מובהק את שיקול-הדעת הרחב של בית-המשפט באופן הפנייה להיסטוריה, שיש בו מרכיב פרשני ברור. האם היה אפשר לוותר כליל על פנייה זו? מבחינה פורמלית – בוודאי. אולם דומה שיש לה ערך רב מבחינת תרומתה להבנת ההתפתחות האבולוציונית של החשיבה המשפטית, ולכן גם ללגיטימציה המוסדית של בתי-המשפט בפיתוח המשפט.

דוגמה דומה להבנה תהליכית של החלטות שהתקבלו בעבר וצמיחה מהן אפשר להביא מפסיקתו של בית-המשפט העליון בעניין בן-ארי,<sup>110</sup> שנסב על רישום בישראל של נישואים בין בני-זוג מאותו מין שנערכו בחוץ-לארץ. הנשיא (בדימ') ברק, בדעת הרוב, תמך את פסיקתו, בין היתר, בהנמקה שייחסה משקל להתפתחות שחלה במהלך השנים והתבטאה בהחלטות שהכירו בהקשרים שונים בזכויותיהם של בני-זוג מאותו מין (לצרכים כלכליים, לצורכי הנצחה ועוד). החלטות אלה שימשו מקור הצדקה נוסף להכרה החדשה גם באפשרות הרישום של נישואים בין בני-זוג מאותו מין.<sup>111</sup>

## ד. מחלוקות על פרשנות ההיסטוריה

בשלב זה חשוב להזכיר כי גם מחוץ לבית-המשפט העובדות ההיסטוריות אינן מוסכמות תמיד על הכל. בהתאם לכך, לעיתים מחלוקות בין שופטים הן למעשה מחלוקות על ההיסטוריה. גם כאן יש מקום להבחנה בין שני סוגי מחלוקות: ראשית, שופטים עשויים להיות חלוקים בשאלה מהן העובדות ההיסטוריות הרלוונטיות להחלטה; שנית, שופטים עשויים לחלוק באשר לשאלה מהו הלקח שיש להפיק מן העובדות, גם כאשר העובדות עצמן, או אף ההשקפה כי הן רלוונטיות, אינן שנויות במחלוקת.

דוגמה למחלוקת בשאלה מה באמת התרחש בעבר ואילו מן העובדות הקשורות להתרחשות זו רלוונטיות לעניין הנדון (מחלוקת מהסוג הראשון) אפשר להביא מפסקי-הדין האמריקניים

108 בעניין זה נאמר במפורש כי "cases describing the right to marry presumed a relationship involving opposite-sex partners". ראו שם.

109 במילים אלה: "one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men". ראו שם.

110 בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד (3) 537 (2006).

111 לעומת זאת, השופט רובינשטיין, בדעת המיעוט, סבר – כפי שטענה המדינה – כי אין מדובר בנושאים שניתן ללמוד מהם בנוגע להיבטים של רישום פורמלי.

שנסבו על הפלתם של מעשי סדום בהסכמה – סוגיה שכבר נזכרה לעיל.<sup>112</sup> בשנת 1986, בעניין *Bowers*,<sup>113</sup> רחה בית־המשפט העליון של ארצות־הברית את הטענות נגד חוקתיותו של חוק זה, בהפנתו להיסטוריה הארוכה של חוקים שכוונו נגד יחסי מין הומוסקסואליים. לעומת זאת, בשנת 2003, כאשר חזר בית־המשפט העליון לבחון את הנושא וקיבל את הטענות החוקתיות נגד חוק דומה בעניין *Lawrence*,<sup>114</sup> נתנה דעת הרוב לצמצם את הביסוס ההיסטורי של התקדים שהיה באותו שלב מועמד לביטול. השופט קנדי, בדעת הרוב, ציין, בין היתר, כי אין היסטוריה ארוכה של חוקים המכוונים נגד מעשים הומוסקסואליים כעניין מובחן.<sup>115</sup> אפשר להיווכח שכל אחד מפסקי־דין אלה ביקש לטעון כי הוא זה שמשקף באופן הנכון יותר את העובדות ההיסטוריות. בעניין *Bowers* פנה בית־המשפט לעבר כדי להכשיר את החקיקה נגד מעשי סדום בהסכמה, ואילו בעניין *Lawrence* גייס בית־המשפט לימינו את ההיסטוריה על־מנת לשלול הנמקה זו.

דוגמאות רבות של מחלוקות באשר ל"לקח ההיסטורי" (מחלוקות מהסוג השני) מתמקדות בתקופה של מלחמת־העולם השנייה. זו נחשבת תקופה שכל־כולה אזהרה – השאלה היא רק אזהרה מפני מה. מחד גיסא, היא משמשת מקור הצדקה לחשיבות ההגנה על זכויות אדם. מאידך גיסא, היא נחשבת בסיס לחקיקה המבטאת רציונל של "דמוקרטיה מתגוננת", כלומר, לחקיקה המגבילה את הזכויות הפוליטיות של קבוצות קיצוניות המאיימות על אופיו של המשטר הנוהג – מסקנה שנמצאת לעיתים במתח עם קודמתה.<sup>116</sup> בגרמניה אחד הלקחים שנשאבו מן ההיסטוריה של עליית הנאציזם היה ההכרה בצורך למנוע ממפלגות קיצוניות את האפשרות להרוס את המשטר הדמוקרטי מבפנים. לקח זה אומץ בחוק־היסוד הגרמני, אשר מאפשר פסילת מפלגות מסוג זה.<sup>117</sup> בית־המשפט החוקתי הגרמני אימץ את הלקח ההיסטורי ואזכר אותו בפסקי־הדין שבו פסל את מפלגת הרייך הסוציאליסטית, שהייתה

112 ראו גם לעיל ה"ש 77–79 והטקסט שלידן.

113 ראו *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

114 ראו עניין *Lawrence*, לעיל ה"ש 77.

115 "At the outset it should be noted that there is no longstanding history in this country of laws directed at homosexual conduct as a distinct matter". בהמשך ל כך עורר השופט קנדי ספקות נוספים באשר להיסטוריה של החוקים האוסרים מעשי סדום ולאכיפתם, וסיכם את התייחסותו לכך במילים אלה: "In summary, the historical grounds relied upon in *Bowers* are more complex than the majority opinion and the concurring opinion by Chief Justice Burger indicate. Their historical premises are not without doubt and, at the very least, are overstated". בעמ' 571.

116 לא אחת טיעונים מנוגדים שעניינם לימוד מן ההיסטוריה מוצגים במתכונת של טיעוני "מדרון חלקלק", במובן זה שהימנעות מנקיטת אמצעי מסוים תוביל להידרדרות דומה לזו שהתרחשה בעבר. לדינמיקה של הצגת טיעונים מנוגדים מסוג זה ראו עוד Frederick Schauer, *Slippery Slopes*, 99 HARV. L. REV. 361 (1985).

117 ס' 21(2) לחוק־היסוד הגרמני מאפשר לפסול מפלגות אשר "seek to undermine or abolish the free democratic basic order or to endanger the existence of the Federal Republic of Germany".



למעשה נצר של המפלגה הנאצית.<sup>118</sup> גישה זו, המצדדת בפסילת מפלגות המאיימות על השיטה מבפנים, אומצה למעשה גם על-ידי בית-המשפט העליון של ישראל בפסק-הדין בעניין ירדור, שבו אושרה – בדעת רוב – פסילתה של רשימה שמצעה הובן כשולל את זכות קיומה של מדינת-ישראל, עוד לפני שסמכות פסילה זו זכתה להכרה מפורשת בחוקי-

118 ראו *Socialist Reich Party Case*, 2 BVerfGE 1 (1952). פסק-הדין מתייחס לכך שמחברי חוק-היסוד הגרמני הושפעו מן ההיסטוריה הסמוכה לחקיקתו ("enlightened by recent experiences"). רק מקץ עשרות שנים ניתן פסק-דין שונה בעניינה של המפלגה הניארו-נאצית. בית-המשפט קבע כי למפלגה זו יש אומנם מאפיינים נאציים, אך אין אינדיקציות לכך שהיא יכולה להשיג את מטרותיה הלא-חוקתיות. ראו *National Democratic Party Case*, 2 BvB 1/13 (2017). להשלמת התמונה ראוי לציין כי סמוך לאחר פסילתה של מפלגת הרייך הסוציאליסטית בשנות החמישים, החליט בית-המשפט החוקתי של גרמניה, באופן דומה, גם על פסילתה של המפלגה הקומוניסטית. ראו *Communist Party Case*, 5 BVerfGE 85 (1956). כן ראו, באופן כללי, JUSTIN COLLINGS, *DEMOCRACY'S GUARDIANS – A HISTORY OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT, 1951–2001* (2015). לעומת זאת, על רקע ניסיון היסטורי ופוליטי שונה בתכלית הגיע בית-המשפט העליון של אוסטרליה להחלטה הפוכה בעניינה של המפלגה הקומוניסטית במדינה זו. ראו *Australian Communist Party v The Commonwealth* (1951) 83 CLR 1, שדן ב"Communist Party Dissolution Act 1950". הנשיא לתם (Latham) הדגיש את החשיבות של הגנה על המדינה בשלב שלפני פרוץ המלחמה. לדבריו: "It is not necessary for the Government and Parliament to wait until war is actually raging and a crisis is upon us before preparing for war contingencies and legislating against hostile acts, whether internal or external, and whether actually performed or only apprehended". ראו שם, בעמ' 150. לעומת זאת, השופט דיקסון (Dixon), בדעת הרוב, הדגיש לקח היסטורי אחר – העובדה שהפגיעה בדמוקרטיה עלולה להגיע דווקא מכיוונו של השלטון. לדבריו: "History and not only ancient history, shows that in countries where democratic institutions have been unconstitutionally superseded, it has been done not seldom by those holding the executive power. Forms of government may need protection from dangers likely to arise from within the institutions to be protected". ראו גם George Winterton, *The Communist Party Case*, in *AUSTRALIAN CONSTITUTIONAL LANDMARKS* 108 (Hoong Phun Lee & George Winterton eds., 2003); Roger Douglas, *Cold War Justice? Judicial Responses to Communists and Communism, 1945–1955*, 29 SYDNEY L. REV. (2007) 43. מאוחר יותר נהפך הלקח ההיסטורי של פסק-הדין לנושא למחלוקת בדיון שנסיב על החקיקה בנושא המאבק בטרור. ראו *Thomas v Mowbray* (2007) 233 CLR 307, בדעת המיעוט של השופט קירבי (Kirby), אשר נדרש לפסק-הדין באומרו: "In many respects, the contemporary concerns about 'terrorism' are analogous to the fears earlier expressed about communism leading to the enactment of the *Communist Party Dissolution Act 1950* (Cth)". ראו שם, בעמ' 384.

היסוד.<sup>119</sup> הנשיא אגרנט ציטט בעניין זה מדבריו של השופט ויתקון בעניין ג'ריס<sup>120</sup> על כך שמי שהיו עדים להרס הדמוקרטיה על־ידי גורמים פשיסטיים בימי הרפובליקה של ויימאר לא ישכחו לקח זה לעולם.<sup>121</sup> בהקשר שונה לחלוטין, בארצות־הברית, יש דוגמאות לפסקי־דין המביעים חרטה על החלטות העבר שהגבילו זכויות של מיעוטים וקבוצות אופוזיציה במהלך מלחמת־העולם השנייה וסמוך לאחריה.<sup>122</sup>

מחלוקת אחרת לגבי לקחי ההיסטוריה אפשר להביא מפסקי־הדין הידועים שדנו בשאלה "מיהו יהודי?" לצורך חוק השבות, התש"י־1950. כידוע, לפני שהמונח "יהודי" הוגדר בחקיקה, נדרש בית־המשפט העליון לפנות לרקע ההיסטורי הרלוונטי על־מנת לתת לו משמעות. פסקי־הדין התקדימי הראשון בהקשר זה ניתן בעניין רופאיין,<sup>123</sup> הידוע יותר כפרשת "האח דניאל". פסקי־הדין נסב על אדם שביקש לעלות לישראל כיהודי חרף העובדה שהוא המיר את דתו לנצרות במהלכה של מלחמת־העולם השנייה. לצורך ההכרעה בעניין ביקש בית־המשפט להסתייע בפנייה למודעות היהודית ההיסטורית. השופט זילברג, שכתב את דעת הרוב, סבר כי "מטענו הלאומי של יהודי בישראל... קשור הוא בטבורו אל היהדות ההיסטורית", ולכן אינו מתיישב עם התפיסה שמומר לנצרות ייחשב יהודי.<sup>124</sup> לעומת זאת, השופט חיים כהן סבר כי "מאורע מהפכני" זה של הקמת המדינה מחייב "רביזיה" בערכים שהתפתחו בשנות הגלות הארוכות.<sup>125</sup> אותם חילוקי־דעות התגלעו בעניין שליט<sup>126</sup> המפורסם, שדן ברישומם כיהודים של ילדים לאב יהודי ולאם לא־יהודייה. כמה מן השופטים התבססו על התפיסה המסורתית שלפיה מעמדו של אדם כ"יהודי" נקבע על־פי מוצא האם, ולא לפי מוצא האב. לעומת זאת, שופטים אחרים ייחסו משקל רב יותר לאירועים מן ההיסטוריה

119 ראו ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד (יט) 365, 388 (1965). כידוע, לימים עוגנה סמכות זו בס' 7א לחוק־יסוד: הכנסת. השאלה המתעוררת למקרא הדברים היא מהי הדוגמה ההיסטורית שבית־המשפט שואב ממנה השראה. לדין ביקורתי בפסקי־הדין ראו, למשל, פנינה להב ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הציניית (1999).

120 בג"ץ 253/64 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673 (1964).

121 שם, בעמ' 679.

122 ראו, למשל, את דעת המיעוט של השופט מרשל בעניין Skinner v. Railway Labor Executives Association, 489 U.S. 602 (1989), שבו נדונה הסוגיה של עריכת בדיקות שתן לעובדי הרכבת על־מנת לאתר שימוש בסמים או באלכוהול (מן ההיבט של זכויותיהם החוקתיות להגנה מפני חיפוש ותפיסה ללא סיבה סבירה לפי התיקון הרביעי לחוקה). לדבריו: "Precisely because the need for action against the drug scourge is manifest, the need for vigilance against unconstitutional excess is great. History teaches that grave threats to liberty often come in times of urgency, when constitutional rights seem too extravagant to endure... The World War II relocation-camp cases... and the Red scare and McCarthy-era internal subversion cases... are only the most extreme reminders that when we allow fundamental freedoms to be sacrificed in the name of real or perceived exigency, we invariably come to regret it". ראו שם, בעמ' 635. כן ראו שם, בעמ' 654-655.

123 ראו בג"ץ 72/62 רופאיין נ' שר־הפנים, פ"ד טז 2428 (1962).

124 שם, בעמ' 2438.

125 שם, בעמ' 2441.

126 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970).

הקרובה ולהזדהות עם השאיפות הלאומיות של העם היהודי שהתבטאו בהקמת המדינה.<sup>127</sup> אם כן, גם כאשר העובדות ההיסטוריות עצמן אינן שנויות במחלוקת, משמעותן אינה מוסכמת בהכרח.

## סיכום

"מסע היסטורי" קצר זה בין בתי-משפט שונים מחדד את ההכרה בכך שבת-המשפט נדרשים לעיתים קרובות למודעות היסטורית בבואם להכריע במחלוקות עקרוניות. למעשה, במקרים רבים התבוננות על העבר היא טבעית לבתי-המשפט, אשר מורגלים להתחשב בו כאשר הם מחליטים, בין היתר, על בסיסם של תקדימים מחייבים. הלכה למעשה, אם כי במידה משתנה, בתי-המשפט לא רק מתבוננים בעבר, אלא גם כותבים אותו ומציגים נרטיבים היסטוריים כחלק מן ההצדקה הנורמטיבית להחלטותיהם.

מטעם זה חשוב לפתח מודעות לתפקידים השונים שהיסטוריה וזיכרון ממלאים בפסקי-דין. כשם ששופטים מפנים לתקדימי העבר ונוקטים עמדות שונות ביחס אליהם (מאשרים, הופכים או מאבחנים אותם), כך הם מתייחסים גם להיסטוריה בדרכים שונות. במקרה זה המורכבות באה לידי ביטוי ביתר שאת, לנוכח העובדה שמחלוקות מתגלעות לא רק באשר לשאלה מהו הלך או האופן שבו יש ליישם אירוע היסטורי מסוים בהווה, אלא עוד בשלב מוקדם יותר – זה של כתיבת הנרטיב ההיסטורי ובחירת היסודות המעצבים שלו. בהתאם לכך הציג המאמר כמה הבחנות-מפתח וקטגוריות המאפיינות את ההתייחסות השיפוטית להיסטוריה, כמו-גם כלים לניתוח ולביקורתה של היסטוריה זו.

הדין בפרקטיקה שיפוטית זו מסייע גם להבין טוב יותר את האופן שבו הנרטיב ההיסטורי שבת-המשפט כותבים משתתף בעיצוב הזיכרון הקולקטיבי אך בעת ובעונה אחת גם מושפע ממנו.<sup>128</sup> את ההיסטוריה הנכתבת על-ידי שופטים ראוי לתאר בדרך-כלל כביטוי של הזיכרון הקולקטיבי וכצורת הצדקה, ולא כמחקר היסטורי. אין לראות בה "היסטוריה ככזו", שהיא נחלתם של ההיסטוריונים.<sup>129</sup> שופטים אינם היסטוריונים מקצועיים. הם אמורים להחליט

127 ראו עוד Daphne Barak-Erez, *Who Is a Jew and the Law – Between London and Jerusalem*, in *MAPPING THE LEGAL BOUNDARIES OF BELONGING: RELIGION AND MULTICULTURALISM FROM ISRAEL TO CANADA* 143 (René Provost ed., 2014). דוגמה נוספת לנרטיבים שונים לגבי היסטוריה היהודית ניתן להביא ממקרה-המבחן של איסורי החזיר, שבעניינם מוכרת המחלוקת בין אלה הרואים בהם ביטוי לשמירה על ערכים של תרבות וזהות לבין אחרים הרואים בהם איסורים דתיים גרידא. ראו DAPHNE BARAK-EREZ, *OUTLAWED PIGS: LAW, RELIGION, AND CULTURE IN ISRAEL* (2007); ברק-ארז חוקים וחיות אחרות, לעיל ה"ש 29.

128 כפי שצוין לעיל בה"ש 18, ההשפעה של החלטות שיפוטיות על התודעה הציבורית תלויה בגורמים שונים, ובכלל זה בסוג הנושא הנדון. אחת הדוגמאות המובהקות לכך בהקשר הישראלי הייתה השפעתו הנמשכת של משפט אייכמן על תודעת השואה ועל ההתמודדות עימה. ראו לעיל ה"ש 41.

129 למעשה, התמקדותם של פסקי-הדין במשמעויות הנורמטיביות של הנרטיב ההיסטורי מנוגדת לתפיסה הקלאסית של המחקר ההיסטורי. ראו PETER NOVICK, *THAT NOBLE DREAM: THE "OBJECTIVITY QUESTION" AND THE AMERICAN HISTORICAL PROFESSION* (1988). עם זאת, כפי

בעניינים משפטיים. עם זאת, אי־אפשר לצפות שבת־המשפט יימנעו מלראות או מלזכור את ההיסטוריה במובנה הרחב. כאשר נדרשת החלטה שיפוטית, ובעיקר הכרעה בשאלות חוקתיות שעניינן עקרונות־היסוד של החברה, התייחסות להיסטוריה במתכונת הלא־מקצועית שלה נראית בדרך־כלל חלופה מסוכנת פחות מאשר דיון המתיימר להיות נטול כל הקשר היסטורי ועל־כן מנוכר להקשר החברתי והאנושי של הדיון המשפטי.<sup>130</sup>

---

שצוין לעיל בה"ש 8, כיום מקובלת גם בקרב היסטוריונים תפיסה מורכבת יותר של תחום המחקר שלהם.

130 גם לכך יש כמובן חריגים. דוגמה מעניינת לכך אפשר להביא מבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל **מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (2000). במקרה זה, שבו תקפה העתירה את "סגירתו" של יישוב שהוקם על־ידי הסוכנות היהודית כך שיתקבלו אליו יהודים בלבד, הדגישו העותרים כי "עתירה זו צופה בעיקרה פני עתיד. אין בכוונת העותרים להעביר תחת שטח הביקורת את המדיניות ארוכת השנים, לפיה הוקמו ברחבי הארץ (בסיוע מוסדות ההתיישבות) יישובים – קיבוצים, מושבים ומצפים – שבהם התגוררו בעבר ומתגוררים היום, כמעט תמיד, אך ורק יהודים" (שם, בעמ' 284). הצגה זו של הדברים פטרה את בית־המשפט מעיסוק בהיסטוריה של ההתיישבות, וכך אפשרה להפוך את הדיון לטעון פחות באופן יחסי.