

באולם משפט אחד אב מבקש משמורת חלקית על בנו. הוא מספר לשופט שהוא מסיע את בנו לחוג מוזיקה, קונה לו משחקים, עוזר לו להכין שיעורי בית וקורא אתו ספרים. "הבנתי מה אתה עושה אתו", אומר לו השופט, "אבל האם אתה אוהב אותו?" באולם משפט אחר תובע דורש להרשיע אדם בגרימת חבלה חמורה לאדם אחר. הוא מצהיר שיש לו הוכחות לכך שהנאשם דקר את אותו אדם חמש פעמים בבטנו. "אני בטוחה שתוכל להוכיח מה הוא עשה לך", מפסיקה אותו השופטת, "אבל האם תוכל להוכיח שהוא נהנה מזה?" באולם שלישי מנהלת חברה מבקשת לשלם פחות מס. היא אומרת לשופט שנכס כלשהו שבבעלות החברה איננו מלאי עסקי כמשמעותו בסעיף 85 לפקודת מס ההכנסה. "מלאי, שמאיי", אומר לה השופט, "מה שמעניין אותי הוא למה את שונאת כל כך לשלם מסים".

משותף לשלושה סיפורים אלה שהם בדיה גרועה ולא רק משום שהם כתובים רע, אלא משום שהם אינם יכולים להתרחש במציאות המשפטית הנוכחית. "מה קשור?", היה כל אחד מגיבורי הסיפורים צועק ובורח ממנו לסיפור טוב יותר. "משפט אינו ספרות ושופטים אינם פסיכולוגים", הייתה נציבת קבילות השופטים כותבת בטיוטת נימוקה. אחר כך היא הייתה מוחקת משפט זה וכותבת במקומו מילים משפטיות יותר כגון "ידע כל שופט כי אין לו אלא את הדין לדרון על פיו". משפט במקומו מונה ורגשות מונחים במקום אחר.

מצבי הנפש, אהבה, שנאה, עונג ודחייה מניעים את העולם, אלא שהאנושות המשיגה לעצמה מערכת כללים המתעלמת ממצבים אלה ומתמקדת כמעט כולה במציאות הגשמית שמחוץ לנפש. תחומים אחדים של המשפט (כגון דיני החוזים והמשפט הפלילי) נפתחים לגזרות צרות בנפש האדם, הממוקמות שלא באקראי בצד השכלתני של אותה נפש כגון תודעת המציאות ("ידע או לא ידע שהאקדח טעון") והרצון התוצאתי ("רצתה או לא רצתה לרכוש את המכונית"), אך גם הן אינן מתעניינות בכל גווני הרגש שמאחורי גזרות אלה. המשפט מוקף רגשות והוא עצמו מעורר רגשות עזים, אך לרוב הוא בוחר לנתק עצמו מרגשות אלה. תגובה אופיינית לטענה ביקורתית על נתק זה היא גרסה של אחת משתי הטענות הבאות או חיבור של שתיהן: הראשונה היא שקשה להגדיר רגשות והשנייה היא שקשה להוכיח אותן (רק "ה' יראה ללבב"). שתי הטענות נכונות אך הן אינן מצדיקות את הנתק. אמנם רגשות קשים להגדרה, אך קשה לא פחות להגדיר את הרכיבים של רוב הנורמות המשפטיות הקיימות. יש גרעין קשה לאהבה וישנם קצוות פרומים אפילו למונחים משפטיים בסיסיים כמו "חווה" או "רצון הצדדים". קשה להוכיח תיעוב, אך קשה לא פחות להוכיח מה בדיוק אמר מוכר לקונה בדרך למגרש החנייה. השפה האנושית מוגבלת גם כאשר למצבי הגוף וגם כאשר למצבי הנפש, ו"המציאות" אינה מוחשית ואינה ניתנת לצפייה ישירה רגע לאחר

\* פרופסור אורית רוזין מהחוג להיסטוריה של עם ישראל באוניברסיטת תל אביב. מחקריה עוסקים בהיסטוריה המשפטית, החברתית והתרבותית של ישראל.

\*\* יורם שחר, פרופסור אמריטוס במרכז הבינתחומי ובאוניברסיטה העברית. מחקריו עוסקים בהיסטוריה של המשפט, במשפט השוואתי ובמשפט פלילי.

התרחשותה, וכל שכן שנים לאחריה באולמות המשפט. כל עולמנו קשה להגדרה וקשה להוכחה ואין למשפט מנוס אלא לתחום אותו בקירובים ובחזקות, אך אפשר היה לעשות זאת באותה מידה של הצלחה באשר לנבכי הנפש ובזירות שמחוצה לה. אם בחר המשפט שלא לעשות כן, היו לו טעמים אחרים.

דבררי מבוא אלה אנו בוחרים שלא לעסוק בנימוקים השכלתניים המצדיקים נתק מסורתי זה בין משפט לרגשות. אנו מעדיפים לדווח שנתק זה נתון ללחצים כבדים, הן מתוך המשפט והן מחוצה לו, ומתרכים הסימנים לאפשרות שייסדק. אולי האנושות עומדת בפתחו של עידן שבו ישולבו רגשות אנושיים במכלול הנורמות המשפטיות, לפחות ביחסים הבין־אישיים ובזירה הציבורית.

\*

בשלושים השנים האחרונות ראו אור חיבורים לא מעטים שעניינם משפט ורגשות.<sup>2</sup> המפנה הרגשי בתחומי מחקר כמו היסטוריה, יחסים בין־לאומיים וסוציולוגיה עשה את דרכו גם אל שדה המשפט. נזכיר כאן את ספריו היצירתיים ומאירי העיניים של ויליאם (ביל) מילר, שהמסה שלו "סתאמיות" פותחת כרך זה.<sup>3</sup> מאז שנות התשעים מילר בוחן, בין היתר, את רגשי הנקם, האומץ, ההשפלה והגועל.<sup>4</sup> מאז שנות האלפיים, הכתיבה בתחום התרחבה ומחקרים מגוונים בשדה המשפט – בתחומים כמו פסיכולוגיה, סוציולוגיה, פילוסופיה, אנתרופולוגיה, ספרות והיסטוריה – ראו אור.<sup>5</sup>

בדיוק לפני עשור קבעו קת'רין אברהמס והילה קרן כי שדה המחקר שעניינו משפט ורגשות הגיע לרגע מכריע של הבשלה בשל העושר והמגוון של המחקר האינטרדיסציפלינרי

2 כדי להבהיר את כוונתנו נעיר כי בכרך זה, כאשר נעשה שימוש במונח "רגשות", הכוונה היא גם לאפקט (affect), להרגשות (feelings) ולתשוקות (passions); זאת, אף על פי שבמחקר נהוגות הגדרות שונות המבחינות בין תגובות רגשיות לא־מודעות ומודעות, רגשות מובחנים וקצרי מועד, מצבי רוח והרגשות הניתנות להגדרה וכאלה שאינן. המחברות והמחברים שמאמריהן נדפסו בכרך זה עוסקים הן ברגשות ספציפיים כגון בושה, פחד ותאוות נקם אך גם בהקשרים רגשיים כוללניים יותר – בהרגשות שקשה לשיים אותן.

3 ויליאם (ביל) מילר "סתאמיות" משפט, חברה ותרבות ג 21 (2020).

4 ראו למשל WILLIAM IAN MILLER, ;WILLIAM IAN MILLER, THE MYSTERY OF COURAGE (2000) HUMILIATION: AND OTHER ESSAYS ON HONOR, SOCIAL DISCOMFORT, AND VIOLENCE (1995); WILLIAM IAN MILLER, THE ANATOMY OF DISGUST (1997); WILLIAM IAN MILLER, EYE FOR AN EYE (2006).

5 ראו למשל Daphne Rozenblatt, ;THE PASSIONS OF LAW (Susan A. Bandes ed., 1999) Introduction: Criminal Law and Emotions in Modern Europe: With an Introductory Note on Images of Legal Feeling, 25 RG 242 (2017); 36 THOMAS KAZEN, EMOTIONS IN BIBLICAL LAW: A COGNITIVE SCIENCE APPROACH (Hebrew Bible Monographs Series) (2011); EIMEAR SPAIN, THE ROLE OF EMOTIONS IN CRIMINAL LAW DEFENCES: DURESS, NECESSITY Between בנושא 6(2) INTERDISCIPLINES (2015) ;עוד ראו AND LESSER EVILS (2011) Dagmar Ellerbrock בעריכת Passion and Senses: Perspectives on Emotions and Law (& Sylvia Kesper-Biermann).

בתחומיו.<sup>6</sup> עם זאת, הן העריכו כי עושר זה לא מצא את דרכו אל רוב החוקרים בתחום המשפט, שנתרו ספקניים למדי. הסיבה לכך היא שרוב המחקר בתחום המשפט והרגשות איננו נורמטיבי וגם לא נכתב במטרה לשפר למשל את האיות הרציונלית של תהליכי קבלת ההחלטות בתחום המשפט. במקום זאת, המחקר מכוון בעיקר להרחבת היריעה של המשפט כך שיכיר בתגובות רגשיות ויכיל אותן, וכדי שחקר המשפט ייתן דעתו גם על הצורך לתעל או למתן רגשות מסוימים או לפתח רגשות אחרים. מבלי לערער על טענתן זו נעיר כי בתוך המנעד הרחב של חקר המשפט והרגשות אפשר למצוא גם מחקר נורמטיבי וכן מחקר המבקש להציע דרכים לשיפור תהליכים של קבלת ההחלטות במשפט.<sup>7</sup>

בכרך זה כללנו הן מאמרים המבקשים לחולל מפנה בעיצוב הדין. כאלה הם, למשל, מאמרו של אוהד סומך, שעניינו רגש החרטה בדיני חוזים – המציע לערוך רפורמה בכללים חוזיים;<sup>8</sup> מאמרו של דורון דורפמן, המצביע על החשדנות המופנית כלפי אנשים עם מוגבלות המבקשים למצות את זכויותיהם ומבקש להתריע על הצורך למנוע את תופעת ה-Backlash ולפתח מדיניות ליישום אפקטיבי של החקיקה הקיימת;<sup>9</sup> ומאמרו של הדר דנציג-רוזנברג וענת פלג, המצביע באופן כללי יותר על הרגשות השליליים שנפגעות עברות מין חוות במסגרת ההליך הפלילי – אך אפשר להסיק ממנו גם שנדרש שינוי מהותי באופן הטיפול בקרבנות.<sup>10</sup>

כפי שטוענות אברהמס וקרן, גם רוב המאמרים בקובץ זה אינם מבקשים לחולל תמורה בשדה המשפט כי אם להרחיב את יריעת הדיון ברגשות בתוך תחומי המשפט ובמגע עמו. כך, למשל, מאמרה של ליאורה בילסקי דן בסוגיית השיתוף של קורבנות במשפט הפלילי ובוחר את היחס אל רגשותיהם של הקורבנות במשפט אייכמן ובוועדות האמת והפיוס.<sup>11</sup> עוד מופיעים בכרך זה לא מעט מאמרים אחרים שעניינם היסטורי ונועדו להצביע על האופנים שבהם התמודד בעבר המשפט עם רגשות מגוונים: מאמרה של אסתר כהן דן ברגשות המתעוררים בקהילה ימי-ביניימית אחת בראשית המאה השתים-עשרה בצפון צרפת לנוכח גִּבְת אוצרה של הקדושה הפטרונית מהעיר לאן (Laon);<sup>12</sup> ומאמרו של פאבל וסילייב, הן בהיסטוריה

- 
- Kathryn Abrams & Hila Keren, *Who's Afraid of Law and the Emotions?*, 94 MINN. L. 6  
 .REV. 1997 (2009)
- Brian H. Bornstein & Richard L. Wiener, *Emotions and the Law: A Field* 7  
*Whose Time Has Come*, in 56 NEBRASKA SYMPOSIUM ON MOTIVATION — EMOTIONS AND  
 THE LAW: PSYCHOLOGICAL PERSPECTIVES I (Brian H. Bornstein & Richard L. Wiener eds.,  
 2010).
- אוהד סומך "רגשות, מוטיבציה וגבולות האחריות החוזית: המקרה של רגש החרטה" **משפט, חברה ותרבות** ג 387 (2020).
- דורון דורפמן "בין חשדנות לרחמים: תפיסות לגבי זכויות אנשים עם מוגבלויות כזכויות יתר ולגבי שימוש לרעה בחוק" **משפט, חברה ותרבות** ג 421 (2020).
- הדר דנציג-רוזנברג וענת פלג "Post ופוסט-טראומה: עיבוד רגשות של נפגעות תקיפה מינית בהליך הפלילי ובפייסבוק" **משפט, חברה ותרבות** ג 343 (2020).
- ליאורה בילסקי "על רגשות, שפה וצדק: בין משפט אייכמן לוועדת האמת והפיוס בדרום-אפריקה" **משפט, חברה ותרבות** ג 35 (2020).
- אסתר כהן "בעקבות האוצר האבוד: משפט ורגש בעידן ללא חוק" **משפט, חברה ותרבות** ג 83 (2020).

האינטלקטואלית של תחושת הצדק המהפכני בראשית העידן הסובייטי.<sup>13</sup> מאמרים אחרים דנים בשלל מבעים רגשיים במשפט בזירה המקומית: אורנה אליגון דר דנה ברגשי בושה, פחד וזעם בהקשרים של מקרי אונס של נשים יהודיות ביישוב היהודי בתקופת המנדט;<sup>14</sup> אייל כתבן ובוועז שנוור עוסקים באופן שבו התמודד משפט החברים המנדטורי עם גילויים של כעס ורגזנות בקרב חברי ההסתדרות;<sup>15</sup> ורבקה ברוט דנה בזירה הרגשית הייחודית שכוננו ניצולים-עדים במשפטיהם של משתפי פעולה בישראל.<sup>16</sup>

לכאורה, הכרה ברגשות מסוימים מוטמעת ממילא בשדות המשפט. במשפט הפלילי מוטמעים רגשות של אשמה, פחד, תאוות נקם, צער וחרטה, וכן מובאים בחשבון רגשי כעס וקנאה שעה שתובעים פליליים שוקלים אם להעמיד לדין שופכי-דם בגין עברה של רצח או הריגה; דיני המשפחה מבקשים לאפשר ולטפח אהבה והתקשרות רגשית; דיני הנזיקין מכירים בסבל רגשי. הצדדים הנצים במשפט מבקשים אחר תחושות כמו סיפוק וניצחון. הדבר מובן מאליו, כתבה טרי א' מרוני, כמעט בנאלי;<sup>17</sup> אבל כפי ששיר אשכול מבקשת להראות במאמרה, ההכרה של המשפט ברגשות מוגבלת.<sup>18</sup> מה שחדש בחקר הרגשות, קבעה רובין ווסט,<sup>19</sup> הוא שרוב המחקרים בתחום חולקים את התוכנה שלפיה טעו רוב חוקרי המשפט שעה שהעדיפו לעסוק בתוכנה, בחישובים הקרים של האינטרס העצמי ובנימוקים רציונליים על פני עיסוק ברגשות. הזרם המרכזי בחקר המשפט, כך העירה, המעיט בחשיבותו של הרגש כמי שיוצר, מכונן, מדמיין, מפרש ומטמיע את החוק, ולפיכך הכתיבה על אודות משפט ורגשות מבקשת לתקן הטיה זו.

המחקר הסוציוביולוגי הצביע על מעורבות של עוררות רגשית מודעת וגם לא מודעת בעת קבלת החלטות.<sup>20</sup> נראה שבני אדם מכוננים את ידיעותיהם על העולם באמצעות הקלט החושי, הרגשות, המחשבות והרשמים שלהם באופן שאינו ניתן להפרדה. רגשות כרוכים

- 
- 13 פאבל וסילייב "תחושה מהפכנית של צדק? רגש ופסיקה ברוסיה בשלהי שלטון הצאר ובראשית העידן הסובייטי" **משפט, חברה ותרבות** ג 235 (2020).
- 14 אורנה אליגון דר "זירות של בושה, פחד וזעם: היסטוריה, משפט ואונס בתקופת המנדט" **משפט, חברה ותרבות** ג 151 (2020).
- 15 אייל כתבן ובוועז שנוור "שרוי עובד ברוגז": כבוד, כעס ומנעד רגשות העובדים במשפט הלא פורמלי בתקופת המנדט" **משפט, חברה ותרבות** ג 191 (2020).
- 16 רבקה ברוט "בגידה יהודית: בית המשפט בזירה רגשית במשפטים נגד יהודים משתפי פעולה" **משפט, חברה ותרבות** ג 107 (2020).
- 17 Terry A. Maroney, *Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field*, 30 *LAW & HUM. BEHAV.* 119, 120 (2006).
- 18 שיר אשכול "על מה אנחנו מדברים כשאנו מדברים על 'רגשות'? על הגנה על רגשות במשפט הישראלי ומה שעומד מאחוריה" **משפט, חברה ותרבות** ג 289 (2020).
- 19 Robin West, *Law's Emotions*, in *LAW, REASON, AND EMOTION* 32, 33 (Mortimer N. Sellers ed., 2017).
- 20 Piotr Winkielman & John T. Cacioppo, *A Social Neuroscience Perspective on Affective Influences on Social Cognition and Behavior*, in *AFFECT IN SOCIAL THINKING AND BEHAVIOR* 41 (Frontiers of Social Psychology Series) (Joseph P. Forgas ed., 2012).

בקבלת החלטות, וכלל לא תיתכן מחשבה תבונית בלא רגשות.<sup>21</sup> בתחום הפילוסופיה של המשפט הצביעה מרתה נוסבאום על הקשר שבין ערכים מוסריים לרגשות וטענה כי לא תיתכן הנמקה אתית בלעדיהם. היא הראתה כי ביסודם של רגשות נטועה גם תפיסה קוגניטיבית של נכון ושגוי, טוב ורע. רגשות הם תגובות מושכלות לתפיסות של ערכים.<sup>22</sup> מאמרו של חיים שפירא בכרך זה מדגים גישה זו:<sup>23</sup> שפירא מראה שחמלה אינה רגש בלתי-רציונלי. על אף ההכרה הגדלה בחקר רגשות, החרדה מפני האיום שהרגש מטיל על התבונה והנטייה לראות ברגש ובתבונה רשויות שונות לחלוטין זו מזו מאפיינת את המחשבה המודרנית בכלל ואת התאוריה המשפטית הרווחת בפרט.<sup>24</sup> החרדה מובנת מעצם העובדה שמחקרים בתחום הפסיכולוגיה הראו שמצב הרוח מעצב את רמת הענישה ואפילו את תפיסת המוסר עצמה.<sup>25</sup> עוד נמצא, למשל, כי שעה ששופטים מאפשרים להציג במסגרת משפט ראיות מהפכות קרביים, מושבעים היושבים בתביעות אזרחיות חשים צורך לפצות את התובעים על הסבל הנפשי שנגרם להם – ואילו במשפטים פליליים המושבעים מביאים בחשבון את גילויי החרטה של הנאשמים מזה ואת הרגשות שהפשע או עדותו של הקרובן מעוררים בהם מזה.<sup>26</sup> רובין ווסט העריכה ששחקנים שונים המעורבים בשדה המשפטי – מחוקקים, שופטים, מושבעים, תובעים וסנגורים, מחבריהן של חוקות ושל הצהרות אוניברסליות של זכויות וכמובן עורכי-דין – כולם מונעים על ידי רגשות שעה שהם מנסחים טענות ולא רק גוזרים אותן מן המשפט הטבעי או נסמכים על פסיקות קודמות.<sup>27</sup> דוגמה לכך תוכלו למצוא בקובץ זה במאמרו של סטיבן ווילף, המצביע על הפחד הדיסטופי המשוקע בחוקה האמריקנית.<sup>28</sup> אחד הנושאים העיקריים במוקד חקר המשפט והרגשות הוא הקשר בין רגשות לבין תפיסות של צדק. מאמרו של פאבל וסילייב בכרך זה דן בתחושת הצדק. הוא מזהה את הזיקות שבין גישת המשפט החופשי הקונטיננטלית לריאליזם המשפטי ברוסיה בשלהי התקופה האימפריאלית.<sup>29</sup> בהקשר זה בולט חלקו של לב פטרוז'צקי, שהתעקש לראות במשפט מעין אינסטינקט שיפוטי טבעי ונסמך לשם כך על גישה פסיכולוגיסטית. כמה מרעיונותיו אומצו על ידי קבוצה של משפטנים בשמאל הרוסי ואלה באו לידי ביטוי בראשית התקופה

- 21 JULIA J.A. SHAW, LAW AND THE PASSIONS: WHY EMOTION MATTERS FOR JUSTICE 10 ראו (2019).
- 22 MARTHA C. NUSSBAUM, UPHEAVALS OF THOUGHT: THE INTELLIGENCE OF EMOTIONS 1-2 ראו (2001).
- 23 חיים שפירא "חמלה במשפט" משפט, חברה ותרבות ג 253 (2020).
- 24 ראו Shaw, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1.
- 25 Jeremy A. Blumenthal, *A Moody View of the Law: Looking Back and Looking Ahead at Law and the Emotions*, in 56 NEBRASKA SYMPOSIUM ON MOTIVATION – EMOTIONS AND THE LAW: PSYCHOLOGICAL PERSPECTIVES 185 (Brian H. Bornstein & Richard L. Wiener eds., 2010).
- 26 ראו Bornstein & Wiener, לעיל ה"ש 7, בעמ' 2.
- 27 West, לעיל ה"ש 19, בעמ' 33; עוד ראו Susan Bandes, *Introduction*, in THE PASSIONS OF LAW 1, 2 (Susan A. Bandes ed., 1999).
- 28 סטיבן ווילף "חוקת הפחד" משפט, חברה ותרבות ג 227 (2020).
- 29 פאבל וסילייב, לעיל ה"ש 13.

הסובייטית.<sup>30</sup> נושא אחר במוקד הכתיבה בתחום עוסק בשאלה כיצד באים לידי ביטוי רגשות מסוימים בתוך תחומי המשפט למיניהם. המאמרים של ליאורה בילסקי,<sup>31</sup> אסתר כהן,<sup>32</sup> רבקה ברוט,<sup>33</sup> אורנה אליגון דר,<sup>34</sup> אייל כתבן ובוועז שנור,<sup>35</sup> אוהד סומך,<sup>36</sup> ודורון דורפמן<sup>37</sup> בכרך זה דנים כל אחד בדרכו ברגש אחד או בכמה רגשות קשורים, הבאים לידי ביטוי בענפי המשפט. שאלה מרכזית אחרת שבאה לידי ביטוי רב-גוני בחקר המשפט והרגשות היא כיצד המשפט מטפל או מזניח את הטיפול ברגשות. שאלה זו נדונה בכרך בעיקר במאמרים של חיים שפירא,<sup>38</sup> הדר דנציג-רוזנברג וענת פלג,<sup>39</sup> וכן במאמרים של אייל כתבן ובוועז שנור,<sup>40</sup> ליאורה בילסקי<sup>41</sup> ורבקה ברוט.<sup>42</sup> לעומתם שיר אשכול טוענת שכאשר בית המשפט העליון קובע שהוא מטפל ברגשות, למעשה הוא מטפל בעניין אחר.<sup>43</sup>

\*

בחלק הראשון של הכרך קיבצנו את הדיון ברגשות הכרוכים בעצם היווצרותו של המשפט – במיוחד בתאוות הנקם ובכעס – רגשות שבעולם העתיק מבטאים כוח פעולה טהור, לפי פטר סלוטרדייק.<sup>44</sup> במוקד המחזה של אייסכלוס **נוטות החסד** (*Eumenides*), האחרון בטרילוגיה האורסטאיה (*Oresteia*), שהועלה לראשונה על במת התאטרון למרגלות האקרופוליס האתונאי בשנת 458 לפנה"ס, עומד בית המשפט הראשון והמעבר מצדק של נקם לצדק של משפט. לאחר שאורסטס, גיבור המחזה, רוצח את אמו קליטמנסטרה ואת בעלה איגיסטוס, הוא נס אל מקדש האלה אתנה, שעה שהאריניות – אלות הנקם – דולקות אחריו. אחרי שאתנה מאזינה לדברי האריניות התובעות את דמו של אורסטס ואת דברי אורסטס הטוען שהוא חף מאשמה, היא מקימה באראופגוס (גבעה ליד האקרופוליס האתונאי) בית משפט שיכריע במחלוקת בין האריניות לאורסטס, וימשיך גם לאחר מכן לדון דרך קבע בכל

- 
- 30 ראו למשל KATHRYN D. TEMPLE, *LOVING JUSTICE: LEGAL EMOTIONS IN WILLIAM BLACKSTONE'S* 125 LAW AND PHILOSOPHY LIBRARY – RUSSIAN ;21 לעיל ה"ש SHAW ;ENGLAND (2019)
- .LEGAL REALISM (Bartosz Brożek, Julia Stanek & Jerzy Stelmach eds., 1st ed. 2018)
- 31 ליאורה בילסקי, לעיל ה"ש 11.
- 32 אסתר כהן, לעיל ה"ש 12.
- 33 רבקה ברוט, לעיל ה"ש 16.
- 34 אורנה אליגון דר, לעיל ה"ש 14.
- 35 אייל כתבן ובוועז שנור, לעיל ה"ש 15.
- 36 אוהד סומך, לעיל ה"ש 8.
- 37 דורון דורפמן, לעיל ה"ש 9.
- 38 חיים שפירא, לעיל ה"ש 23.
- 39 הדר דנציג-רוזנברג וענת פלג, לעיל ה"ש 10.
- 40 אייל כתבן ובוועז שנור, לעיל ה"ש 15.
- 41 ליאורה בילסקי, לעיל ה"ש 11.
- 42 רבקה ברוט, לעיל ה"ש 16.
- 43 שיר אשכול, לעיל ה"ש 18.
- 44 PETER SLOTERDIJK, *RAGE AND TIME: A PSYCHOPOLITICAL INVESTIGATION* 6 (Mario Wenning .trans., 2010)

סכסוך הנובע משפיכות דמים.<sup>45</sup> בניגוד לסברה המקובלת שייסוד בית המשפט דחה כליל את השיטה הקודמת, הארכאית והאלימה של נקמת דם והחליף אותה בשיטה שכלתנית, במחזה של אייסקילוס אלות הנקם לא רק שאינן מסולקות מעל פני האדמה – הן מקבלות מקום של כבוד בעיר וסמכות קבועה לפקח על ההליך המשפטי. האורסטיאה יוצרת ניגוד חד בין משפט שכלתני לנקמת דם יצרית. עם זאת, בניגוד למסורת הרואה את הניגוד בין הרציונלי לרגשי כניגוד הדרוש בחירה באחד וסילוק האחר, המחזה של אייסקילוס מציג פתרון הרמוני לקונפליקט ביניהם. כך, בניגוד לניסיון המודרני להציג את המשפט כמטוהר מיסודות רגשיים כגון זעם, כאב, שנאה ורגשי נקם, ליאורה בילסקי מראה (במאמר קודם) שאייסקילוס רואה דווקא ברכיבים אלה יסודות חשובים ומכוננים של המשפט.<sup>46</sup>

פיליפ פישר,<sup>47</sup> שבחן תפיסות של רגשות בהגות המערבית, הראה שכעס הוא רגש הנתון תחת פיקוח תמיד משום שהוא מוביל או עלול להוביל לאלימות מידית. אם כן, כעס מסוכן לחברה שכן הוא רגש מידי המניע פעולה. עם זאת, הומרוס, אפלטון ואריסטו סברו שהכעס הוא העומד בשורשי התפיסה האינטואיטיבית של הצדק. לדברי אריסטו, כעס שחשים בו בסיטואציה הנכונה ובמידה הראויה אינו מבטא תכונה שלילית, כפי שהיינו נוטים להעריך כיום, אלא דווקא סגולה טובה. הכעס הראוי שאדם חש (לא בגלל עלבון שעלבו דווקא בו, כי אז היינו חושדים בו שהוא אגואיסט) מתעורר בשל דבר מה שפגע בסביבתו החברתית. לפי אריסטו כעס הוא אפוא ביטוי של רגש אכפתי וחברתי ולא רגש המתעורר רק בתגובה למה שאירע ליחיד. לדעת פישר, בחלוף השנים, ולאחר קאנט ורוסו, החלה מתרחשת חלוקה אחרת של העולם, והתרבות המערבית שמה דגש חדש על סימפטיה ורחמים (או חמלה) – ולא על כעס – כרגשות היחידים הקושרים אדם לסביבתו החברתית.

המאמר של ליאורה בילסקי, הדין בסוגיית מעמדו של הקורבן במשפט הפלילי הבין-לאומי, בוחן את מעמדה של תאוות הנקם.<sup>48</sup> לפי בילסקי, האדריכלים של משפט נירנברג סירבו להעיד קורבנות במהלך המשפט בשל הזיהוי של קורבנות עם רגשות נקמה ובשל החשש ששיתופם יפגע בלגיטימיות של המשפט ויציג אותו כמשפט ראויה. לעומת זאת, מאז תחיית המשפט הבין-לאומי הפלילי בשנות התשעים של המאה הקודמת, במשפטי יוגוסלביה ורואנדה – ויותר מכך, עם הקמת בית הדין הפלילי הבין-לאומי הקבוע בהאג – שיתוף קורבנות נתפס הכרחי לעשיית צדק. בילסקי שואלת מה יכול להסביר מהפך דרמטי זה? הנרטיב המקובל להסברת השינוי הוא נרטיב של קדמה, כלומר הבנה גוברת בחשיבות של עדויות הקורבנות לעשיית צדק בעקבות פשעים המוניים. אולם, בילסקי מראה שהתבוננות מקרוב בשאלת הרגש במשפט, ובמיוחד רגש הנקמה, מגלה כי קשה לשרטט נרטיב התקדמות ליניארי. יחס המשפט לרגש הנקמה הוא אמביוולנטי: מצד אחד הוא אחד הצידוקים לקיום

45 עדי פרוש "נקמה, צדק ותפקידו של בית המשפט במחזה נוטות החסד של אייסקילוס" מחקרי משפט יח 147, 149-147, 163-159 (2002).

46 ליאורה בילסקי "העלמה והמוות: בית המשפט ותהליכי פיוס" סוציולוגיה ישראלית ג 343, 348-347 (2001); אהרן שבתאי "מבוא" אייסקילוס נוטות החסד 7, 8-11 (אהרן שבתאי מתרגם, 1990).

47 PHILIPP FISHER, THE VEHEMENT PASSIONS 13-20, 173-174 (2002).

48 ליאורה בילסקי, לעיל ה"ש 11.

ההליך המשפטי, ומהצד האחר – ההכרה בלגיטימיות של רגשי נקם מאיימת על הסדר החברתי והמשפטי.

מאמרה של אסתר כהן מבקש להראות כיצד מסגרת משפטית נמצאת בעולם שבו אין חוק ברור.<sup>49</sup> המאמר דן ברגשות של כעס, פחד ותאוות נקם ומטרתו להפריך את הטענה שלפיה רגשותיהם של אנשי ימי הביניים שונים כמוכהק מרגשותיהם של בני האדם המודרניים. היא מראה כי הרגשות המתוארים בו, הן האישיים והן הקהילתיים, אינם שונים מן הרגשות המיוחסים לאנשים "מודרניים". אמנם ההקשר התרבותי של התקופה מעצב את אותם רגשות בשונה מהמקובל בעת החדשה, אולם הרגשות הבסיסיים הם אותם רגשות. עם זאת, ההבחנה בין רגשות אינה כה מובהקת וכהן מצביעה למעשה על "חבילות" של רגשות הכרוכים זה בזה ומתעוררים בתגובה לאירוע מטלטל.

מאמרה של רבקה ברוט דן בתגובות הרגשיות של ניצולים כלפי משפטי פעולה עם הנאצים ובזירה רגשית שכווננו במנותק מעולם המשפט הפלילי.<sup>50</sup> היא מתארת תחושה של נכגדות ורגשות עזים של כאב, זעם ותאוות נקם שפיעמו בניצולים, אלה ששימשו עדים במשפט או אלה שישבו בקהל. חברת הניצולים, היא קובעת, כוננה קהילה רגשית בעלת זיכרון וכללים משלה. המאמר, המבקש לערער על ההנחה שההליך המשפטי והפרוצדורה המשפטית מאפשרים לתעל רגשות לשפה משפטית העולה בקנה אחד עם החוק והפסיקה, תורם לדיון העכשווי בשאלת מקומם של רגשות בהליכים פליליים. ברוט מראה כי במקרה של החוק לעשיית דין בנאצים ובעווריהם וההליכים המשפטיים שננקטו לפיו נגד יהודים, לא הצליחה השפה המשפטית לגעת בניצולים ובמציאות חייהם בגטאות ובמחנות.

מאמרה של אורנה אליגון דר עוסק גם הוא במשפט הפלילי ודן ברגשות הגלויים לעברות מין בהקשר של בניית הזהות הלאומית-היהודית בפלשתינה המנדטורית.<sup>51</sup> המאמר מתמקד בשלושה רגשות שליליים בולטים: בושה, פחד וזעם. המאמר בוחן את ההבניה החברתית של הרגש בהקשר הקולקטיבי, את האופן שבו הוא מתווך על ידי הקהילה ואת הדרך שבה הוא מובע בהתאם לדפוס מקובל בתוך קבוצה אתנו-לאומית. המאמר מדגים דפוסים רגשיים קולקטיביים בקרב הקהילה היהודית המנדטורית. דפוסי הבושה כוללים את הבושה שחשו הקורבנות של עברות מין מפני חברי קהילתם והבושה של חברי קהילה מפני חשיפה של עברות מין שהתרחשו בתוך הקהילה בפני זרים. דפוס נוסף עניינו הבניית פחד של בני קהילה מעברייני מין ערבים, תוך שימור של הבחנות אתניות ומגדריות. ממד חברתי נוסף נוגע לזעם, שהניב תשוקה לנקמה והתבטא במעשי נקם שבוצעו בשם הקולקטיב העברי נגד אנסים ערבים או בריטים. המאמר מדגים כי רגש אינו רק תחושה אינדיבידואלית אלא חלק ממערכת של משמעות חברתית מורכבת הנטועה בהקשר לאומי, אתני ומגדרי.

במוקד המאמר של אייל כתבן ובוועז שנור עומדים רגשי כעס.<sup>52</sup> הכותבים מראים כיצד בתי המשפט האלטרנטיביים בארץ ישראל המנדטורית, ובמיוחד בית דין החברים של ההסתדרות, ביקשו לחנך את התושבים לאיפוק ולשליטה ברגשות חרף פגיעה בכבוד;

49 אסתר כהן, לעיל ה"ש 12.

50 רבקה ברוט, לעיל ה"ש 16.

51 אורנה אליגון דר, לעיל ה"ש 14.

52 אייל כתבן ובוועז שנור, לעיל ה"ש 15.



כלומר כיצד ביקשו לחנך להתנהגות נטולת אלימות פיזית ומילולית כדי למנוע הדרדרות והסלמה בעקבות קנטור. המאמר מראה כיצד חלק דומיננטי ממשפטי הכבוד בבית הדין (תביעות בגין פגיעה בשם הטוב או בגין עלבון) עסק באסדרה של רגשות כעס ורוגז ותיעולם. החינוך לתיעול רגשות אמור היה לפעול לטובת בניין הארץ והאומה, אך גם כחלק מהליך של תרבות (Civility).

לאחר הדיון ברגשות המכוננים את המשפט, המאמרים של סטיבן ווילף<sup>53</sup> ופאבל וסילייב<sup>54</sup> שואלים שאלה אחרת – על אילו אדנים רגשיים בנוי המשפט בהקשר היסטורי ספציפי? ווילף מתמודד עם המסה הנודעת של הנדריק הרטוג, שבה ייחס עמדה רגשית לחוקה האמריקנית וביקש להבין כיצד מתפתחת תודעת זכויות בחסותו של בית משפט אוהד. הרטוג כינה את החוקה האמריקנית "חוקת התקווה"; ווילף מצביע על רכיב אחר בחוקה האמריקנית וטוען שאת "חוקת התקווה" יש לאזן אל מול "חוקת הפחד". הוא רואה בחוקה גם ביטוי של חרדה וחשש לא פחות מאשר מימוש של החלום. לדירו, דיסטופיה היא חלק מההיסטוריה של תודעת הזכויות לא פחות מאוטופיה.

פאבל וסילייב מתחקה כאמור אחר הופעתן של דרכי חשיבה חדשות על הרגש השיפוטי ברוסיה. בחלק הארי של המאמר הוא בוחן כיצד התפתחו התאוריות הללו לאחר המהפכה הרוסית של 1917, ומתעד הן את המשכיות והן את השסעים שכונן קו פרשת המים המהפכני הזה. המאמר חוקר את הניסיונות להוציא מן הכוח אל הפועל רעיונות רדיקליים אלה תוך התמקדות במודל משפטי ניסיוני של "צדק מהפכני", מודל שאימצה רוסיה הסובייטית בשנים 1917–1922. המאמר מדגיש את הפערים שבין הפרויקט האוטופי הנועז למציאות החומרית הקשה של ימי המהפכה.

בחלק הבא של הכרך נדון ברגש ספציפי המוטמע במשפט מזה ובהקף לצמצם את ההכרה ברגשות מזה. חיים שפירא דן במעמד המוסרי של החמלה ובמקומם של רגשות חמלה במשפט.<sup>55</sup> הוא בוחן את המסורת הפילוסופית שבה בולטת עמדה עקרונית נגד חמלה ובעיקר נגד חמלה כמוטיבציה להתנהגות מוסרית. לעומת זאת, במסורת היהודית בולטת עמדה מנוגדת הרואה בחמלה ערך ומידה טובה. שפירא טוען שעל אף הסייגים והדחף לשפוט באופן שוויוני, החמלה משוקעת בדין הישראלי.

לעומת הגישה המכילה שעליה הצביע חיים שפירא, שיר אשכול מראה עד כמה שהכרה ברגשות כאינטרסים בני הגנה משפטית היא חריגה יחסית, משום שהמשפט שואף לאובייקטיביות ולרציונליות ורגשות נחשדים לעתים קרובות כסובייקטיביים.<sup>56</sup> לכן, ההגנה הניתנת לרגשות במשפט הישראלי מצומצמת יחסית. אמנם יש הקשרים שבהם זכו רגשות להכרה כאינטרסים משפטיים – אך גם במקרים אלה השימוש בהמשגה "פגיעה ברגשות" מסתירה יותר משהיא מגלה.

בחלק השלישי והאחרון של הכרך נדונים רגשות ספציפיים הנחווים ומטופלים במסגרתם של ענפי המשפט לסוגיהם. המאמר של הדר דנציג־רוזנברג וענת פלג מבקש לחשוף את

53 סטיבן ווילף, לעיל ה"ש 28.

54 פאבל וסילייב, לעיל ה"ש 13.

55 חיים שפירא, לעיל ה"ש 23.

56 שיר אשכול, לעיל ה"ש 18.

החוויות הרגשיות של נפגעות עברות מין שבחרו לחשוף את סיפור הפגיעה המינית שלהן במסגרת השיח המתנהל ברשתות החברתיות על פגיעות מיניות.<sup>57</sup> המאמר משווה בין החוויות של הנפגעות בתהליך החשיפה במרחב המקוון לבין חוויותיהן במפגש עם מערכת אכיפת החוק. ממצאי המחקר חושפים "תמונת ראי" בין החוויות הרגשיות השליליות של נפגעות שפנו למערכת אכיפת החוק לבין החוויות הרגשיות החיוביות שהן תיארו כחלק מתהליך העיבוד של הטראומה בעקבות החשיפה של סיפור הפגיעה שלהן בפייסבוק. מרבית הנפגעות חוו רגשות שנעו בין כאב אישי, תסכול, אכזבה וזעם על מערכת המשפט הפלילי לבין ציפייה, הקלה, סיפוק ותקווה בתהליך העיבוד של הטראומה בפייסבוק.

מאמרו של אוהד סומך דן במעמדם של רגשות בדיני החוזים.<sup>58</sup> הוא שואל אם רגשותיהם של הצדדים לחוזה משפיעים על עיצוב גבולות האחריות החוזית שבדין, ואם כן – כיצד? המאמר מדגים את הקשר שבין רגשות לבין גבולות האחריות החוזית שבדין באמצעות רגש החרטה – המוטיבציה שהוא מעורר ודרכי ההתנהגות הנובעות ממנו. המאמר מראה כיצד המוטיבציה הרגשית הנובעת מרגש החרטה והשפעת הדין על מוטיבציה זו מסבירות דוקטרינות דוגמת "טעות משותפת" ו"הבטחה טרום-חוזית", וכן כיצד המוטיבציה הרגשית והשפעת הדין עליה עשויות להצדיק רפורמה בכללים חוזיים אחרים הקובעים את גבולות האחריות החוזית.

מאמרו של דורון דורפמן בוחן כיצד זכויות של אנשים עם מוגבלויות ממומשות בחיי היום-יום בצל חשש ציבורי מפני שימוש לרעה בהן, וכן את האופן שבו התפיסות, העמדות והרגשות כלפי זכויות אלה וכלפי נשאייהן מוצאים ביטוי בתהליך של תרגום החקיקה למציאות.<sup>59</sup> המאמר מראה כי תופעת החשד לשימוש לרעה בזכויות אנשים עם מוגבלויות בישראל מבטאת תגובת נגד (Backlash) לשיח הזכויות החדש יחסית של אנשים עם מוגבלויות. חשד זה ממלא מקום משמעותי בחייהם של ישראלים עם מוגבלויות, המרגישים צורך להוכיח את זכותם לאחרים ולהשתמש בזכויותיהם כזהירות.

\*

בשעה שדברי מבוא אלה נכתבים, ב-18 במרץ 2020, שערי בתי המשפט סגורים ומשטר חירום של סגר הוטל על אזרחי ישראל. רגשי כעס ופחד מצפים את הזירה הציבורית הפתוחה היחידה – הרשתות החברתיות. פחד המגפה ואי-הוודאות הכלכלית והפחד מאובדן החירות נתערבבו בזעם ובמחאה על צעדי הממשלה ויושב-ראש הכנסת היוצאת בחסות המגפה. פיליפ פישר כתב שהכעס מתעורר כשמוצבות מגבלות על הרצון, ורגשי הזעם הם אלה המפטרלים על גבולותיו. הכעס מגיע אפוא את הפעולה האלימה מזה וגם עומד בבסיס התביעה לצדק מזה. אריסטו טען שהאדם הכועס מדי הוא העריץ ואילו האדם שאינו מסוגל לכעוס הוא העבד.<sup>60</sup> אזרחים במדינה דמוקרטית (עדיין?) נדרשים אפוא לרתום את כעסם לפעולה כדי לתבוע ובצדק את קולם ומשפטם. ומה יעלה בגורל המשפט הישראלי? הקוראים יודעים טוב משיודעים החתומים מטה.

57 הדר דנציגר-רונברג וענת פלג, לעיל ה"ש 10.

58 אוהד סומך, לעיל ה"ש 8.

59 דורון דורפמן, לעיל ה"ש 9.

60 ראו FISHER, לעיל ה"ש 47, בעמ' 171-174.

\*

בעיצומם של ימים טרופים, שבהם המילים כולן נהנות ממשקל חדש של משמעות שנוסף להן, רצינו לומר תודה לכל מי שעברו איתנו שכם אחד על הכרך. ראשית נודה לגב' נירית פוטרמן, העורכת המנהלת של כתבי העת של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, שבחן ובנחישות גרמה לכולנו לעמוד בלוחות הזמנים ולעבור את מסלול המכשולים הנפתל שעמד בין הרעיון שהגינו לעריכת הכרך ובין בית הדפוס. שנית נודה מקרב הלב לעורכי הכרך החכמים וחד־העין ספיר חי, יונתן חסדאי וסתיו צרפתי, שקראו, בדקו, תיקנו והגיהו והקדישו שעות אין־ספור לעבודה על הכרך בנועם ובסבלנות. נודה לחברי המערכת שסייעו בעדם: לי אור אביב, דניאל אסולין, איתמר בכר, יותם בראל, עדי אן ברקוביץ, עמית גנז, ארז גניש, דניאל דויד, זהר דיין, עמר הלפרין, עולא טאהא, יובל מילס, שי נועם, חמד סואעד, עמוס עצמון, לישי קטשוילי, דניאל רויטמן.

אנו מודים לכל הכותבים שבטחו בנו ומסרו לידינו את מאמריהם וכן לקוראים החיצוניים שהשקיעו זמן, מחשבה והשיאו לכותבים עצות חכמות. אנו מודים למתרגמת אינגה מיכאלי וגם לדינה מויאל, ספיר פז ומיכאל קגזנוב שסייעו במלאכת התרגום, ולעורכות הלשון מיכאלה קלי ודניאלה רפאלי. לסיום, תודה גדולה לעורך הראשי של כתב־העת, פרופסור אסף לחובסקי ידידנו, שהפקיד בידינו את המשימה וליווה את הכרך ואתנו לאורך הדרך, גם בימים קשים.

