

א. מבוא: איך לחשוב על ההליך המשפטי?

”There’s a relational reality“, מצוטטת קרול גיליגן כאומרת בפתיחה לאחת מהרצאותיה, It’s like the sky. It’s like the water. It’s like the sun. You know, you can stop seeing”¹ “it or you can see it”¹. כפי שהציעה גיליגן – פן אחד מני רבים של ההליך המשפטי – כסוג של אינטראקציה בין-אישית. כל הליך מורכב מסדרה של אינטראקציות וקשרים בין משתתפיו; כל הליך יוצר משמעויות חברתיות וקשרים שלא התקיימו לפני שהתרחש, ובה בעת הוא משפיע על קשרים שהתקיימו זמן רב לפני שהחל. אני מבקשת להציע פרספקטיבה להתבוננות בהליך המשפטי הממוקדת בקשרים אלה. לכאורה, העובדה שההליך המשפטי מורכב ממערכות יחסים היא עניין כמעט מובן מאליו, הכרחי. ובכל זאת אני מבקשת לטעון כי פן זה של ההליך – הפן הבין-איש או הפן ההקשרי (מלשון relational) – אינו רק בעל ערך נורמטיבי כשלעצמו, אלא הוא גם מרכזי להבנה של ההליך המשפטי ופעולתו.

מבחינה תאורטית, חיבור זה מצטרף לכתיבה הענפה והמגוונת המבקשת ליישם תובנות מתחום הפסיכולוגיה בחקר המשפט ובחקר אלה הפועלים במסגרתו. ההתבוננות באינטראקציות בין-אישיות ובמערכות יחסים מושפעת במידה רבה מתאוריות הקשריות והתייחסותיות מתחום הפסיכולוגיה והפסיכואנליזה.² כפי שאבאר בהמשך, תאוריות אלה שמות את הדגש על הימצאותו כבני אדם בקשרים עם הסובבים אותנו ועל האופן שבו אנו מתפתחים תוך הימצאות בקשר עם הסביבה (להבדיל מתאוריות פסיכולוגיות השמות דגש על התפתחות מתוך היפרדות ועצמאות). מהמחקר בתחום הפסיכולוגיה אפשר ללמוד על המקום המרכזי והקריטי שקשרים עם אחרים ממלאים בחיינו ועל חשיבותם של קשרים מיטיבים ושל מערכות יחסים בריאות לאיכות החיים ולהכרה בערך העצמי של כל אדם. לא פחות חשוב מכך, הכתיבה ההקשרית בתחום הפסיכולוגיה מלמדת כיצד לחשוב על מערכות יחסים ובאמצעות אלו קריטריונים לבחון אותן. הכתיבה הפסיכולוגית היא זו המעניקה את 'אוצר המילים ההקשרי' שדרכו אבקש להתבונן בהליך המשפטי.

מצד התאוריה המשפטית, ההתבוננות בפן ההקשרי של ההליך המשפטי נשענת על מחויבות עמוקה לפרוצדורה כמהות, דהיינו: מחויבות עמוקה לפרוצדורה כבעלת חשיבות ומשמעות כשלעצמה. נראה כי בתחום התאוריה של ההליך נזנחה זה מכבר הראייה של

1 CHRISTINA ROBB, THIS CHANGES EVERYTHING: THE RELATIONAL REVOLUTION IN PSYCHOLOGY 176. (2007)

2 המילה האנגלית relational מתורגמת לעברית בכמה דרכים: הקשרי, קישורי, של מערכות יחסים ועוד. בחרתי להשתמש לסירוגין בביטוי 'הקשרי' ובביטוי 'התייחסותי' השאול מהאופן שבו מתורגם הערך בתחום הפסיכולוגיה והפסיכואנליזה.

ההליך המשפטי כמוסד טכני או ניטרלי, ורווחת ההכרה בכוחו ובחשיבותו של ההליך.³ עם זאת, ההבחנות בין הליך למהות ובין הליך לתוצאה עדיין רווחות באופן שיש בו כדי לאשר את התפיסה שלפיה סדרי הדין חשובים פחות מהמשפט המהותי, וההליך הוא בעל משמעות פחותה מהתוצאות שאליהן הוא מוביל. לעומת זאת, המחשבה על הפרוצדורה כמהות מבוססת על תפיסה שלפיה הליכים משפטיים הם כמובן משמעותיים וחשובים בשל התוצאות שאליהן הם מובילים, אבל – לא פחות חשוב מכך – להליך יש ערך אינהרנטי בשל מה שקורה במהלכו. ההליך עצמו יוצר, מאגד ומאשר משמעויות וערכים בהיותו במה ציבורית שבה אפשר להשמיע דעות ולדון ברעיונות, באינטרסים ובערכים. בו בזמן, ההליך עצמו הוא משמעותי עבור הפרטים המשתתפים בו. לאנשים חשובים הקשבה ויחס מכבד, ולאופן שבו ההליך עצמו מתנהל (להבדיל מהתוצאה שאליה הוא מוביל) יש השפעה ניכרת על תחושותיהם ועל שביעות רצונם של המשתתפים – ואף על הלגיטימיות של ההליך במובן הרחב ביותר. לפיכך, ולהבדיל מתאוריות של ההליך המתמקדות במטרותיו, בתוצאות שאליהן הוא מוביל או בזכויות של המשתתפים בו, המוקד של הפרספקטיבה ההקשרית המוצעת הוא בהתבוננות בהליך עצמו כאירוע, כמציאות בפני עצמה. במילים אחרות: לא התבוננות אינסטרומנטלית בהליך ככלי להגשמת המטרה של עשיית משפט או למציאת פתרונות משפטיים, אלא התבוננות בהליך עצמו כיוצר משמעות. נקודת המבט ההקשרית נסמכת על חשיבותו של מבנה ההליך ביצירת תוכן ומתמקדת בחשיפה ובהבנה של המשמעויות של בחינה של ההליך עצמו כמערכת של קשרים בין-אישיים.

מאמר זה עוסק אם כן במערכות יחסים ובמציאות ההקשרית שבה מתנהל ההליך המשפטי. מה המשמעות של הבחירה לראות מערכות יחסים בכלל ואת אלה שבהליך המשפטי בפרט? בראש ובראשונה נראה כי המחשבה על מערכות יחסים משמעה מתן דגש לאנושי: בחינה של מערכות יחסים מחייבת התבוננות בפרטים ובקשרים ביניהם, בפעולותיהם, ברגשותיהם ובמוטיבציות שלהם. זו נקודת מבט הקשרית ששמה במרכז את האופן שבו אנשים משפיעים זה על זה. בבחינה של ההליך המשפטי מדובר במעבר מהתמקדות בכללים, בנורמות או בזכויות להתמקדות בצרכים, ברגשות ובפעולות. זהו מעבר מבחינה של המשתתפים בהליך כ'שחקנים' או 'ממלאי תפקיד' – שופט, עורך-דין, מתדיין – על כל המשתמע מהגדרת התפקידים ככאלה (מקצועי, ניטרלי), להתבוננות בהם כמשתתפים בסיטואציה חברתית, בין-אישית, על כל הנובע מכך (מרגישים, מגיבים ועוד).

האם מערכות היחסים בתוך ההליך המשפטי דומות למערכות יחסים אחרות שאנו מכירים? הליך משפטי כולל אינטראקציות מכמה סוגים: לעתים הוא מפגיש בין אנשים שקודם לכן היו זרים זה לזה ולעתים הוא מתנהל בין אנשים המקיימים מערכות יחסים קרובות ואינטימיות. ההליך עשוי לכלול אינטראקציות מורכבות, אך לעתים המשתתפים בו כלל לא ידברו זה עם זה. מצד אחד, ההליך המשפטי מייצג צורה מובנית ומוסדרת במיוחד של אינטראקציה חברתית: סדרי הדין ודיני הראיות, כמו גם כללי האתיקה, קובעים חלוקת תפקידים ברורה ומגדירים מתי המשתתפים בהליך יכולים לדבר, עם מי הם יכולים

3 Thomas O. Main, *The Procedural Foundation of Substantive Law*, 87 WASH. U. L. Rev. 801, 804-05 (2010); Jay Tidmarsh, *Procedures, Substance, and Erie*, 64 VAND. L. Rev. 877 (2011).

לדבר, מה הם יכולים ולא יכולים לומר ואף כיצד עליהם לומר זאת. כללים אלה לא תמיד תואמים את האינטואיציות החברתיות שלנו, המבוססות על האופן שבו אנשים מתנהגים מחוץ לספרה המשפטית. מה שאנו חושבים ויודעים על תקשורת, על אמת או על יחסים לא תמיד חל בתוך הזירה המשפטית. כללי הפרוצדורה משתמשים בפורמליות ובמבנים נוקשים כדי לתרגם את עושר המשמעויות והאירועים הלא-משפטיים לקטגוריות סגורות כדי לאפשר מציאת פתרונות משפטיים. תרגום זה מצריך הפשטה, ריחוק וניתוק. עם זאת, אין בכללי הפרוצדורה כדי לשלוט לחלוטין באינטראקציות החברתיות או להעלימן, וברור כי רגשות, צרכים, העדפות אישיות, אמפתיה ועוד הם חלק בלתי-נפרד מהמתרחש במסגרת ההליך. המציאות באולם בית המשפט מושפעת מגורמים רבים: חלקם נוגעים לאופן שבו ההליך מוסדר באמצעות כללי הפרוצדורה ודיני הראיות, חלקם נוגעים לאופן שבו מוגדרים התפקידים של המשתתפים בהליך וכללי ההתנהגות החלים עליהם, חלקם נובעים ממסורות שונות או מהאופן שבו אנשים חושבים שראוי להתנהג בבית המשפט, וחלקם נוגעים כמוכן למשתתפים המסוימים בכל הליך נתון – לאישיותם, למעמדם, למגדרם ועוד. מכאן, שאפשר לחשוב על המתרחש בהליך המשפטי כמתנהל בשתי רמות מקבילות: הרמה המוסדרת על ידי הכללים המשפטיים והרמה הספונטנית, זו שאינה מוסדרת על ידי כללים משפטיים אך עדיין מושפעת כמוכן מהנורמות ומהכללים החברתיים החלים גם מחוץ להליך. במילים אחרות, המשפט וכללי הפרוצדורה מכירים רק בחלק ממגוון ההתנהגויות האנושיות שמהן מורכב ההליך.

בעמודים הבאים אתמקד בכחינה של מערכות היחסים המתקיימות בהליך המשפטי – בין שופטים, עורכי-דין ומתדיינים – הן ברמה המוסדרת על ידי הכללים המשפטיים והן ברמה הבלתי-מוסדרת, שאינה מוכרת על ידי הפרוצדורה כחלק מן ההליך. בכחינה של מערכות היחסים והאינטראקציות אשאל שאלות הן לגבי הדרך שבה כללים מבנים אינטראקציות חברתיות ולגבי האופי של היחסים שהם יוצרים, והן לגבי האופן שבו המתרחש ברמה הבלתי-מוסדרת משפיע על ההליך ועל המשתתפים בו. בטרם אפנה לכחינה זו אוסיף כמה מילים על האופן שבו אנו חושבים על ההליך המשפטי ועל הפונקציות שהוא ממלא, ועל מקומה של עבודה זו בתאוריה העכשווית של ההליך.

בשנים האחרונות אנו עדים לשינויים ניכרים ומשמעותיים הן בעיצוב של הליכים משפטיים והן בתאוריה של ההליך. בכל הנוגע לעיצוב ההליך, העומס הכבד על בתי המשפט הוביל לפיתוח של הליכים יעילים יותר ולגישה של 'ניהול תיקים' בבתי המשפט, במטרה להתמודד עם מספר הולך וגובר של תיקים, תוך מתן דגש ליעילותם, לעלותם ולהתאמתם של הליכים שונים לסוגים שונים של תיקים וסכסוכים.⁴ הצורך של כל שופט להתמודד עם מסכה גדלה של תיקים מוביל שופטים להפעיל על הצדדים לחץ להגיע לפשרה, כך

4 רודי שוורץ סדר דין אזרחי: חידושים, תהליכים ומגמות 42-43 (2007); Judith Resnik, (1982) 374 HARV L. REV. 96. *Managerial Judges*. המחשבה על בתי המשפט כמרכזים לפתרון סכסוכים, שיציגו מגוון של הליכים שאליהם ינווטו התיקים על פי סוגם, הוצגה על ידי פרנק סנדר. ראו Frank E. A. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, in THE POUND CONFERENCE: PERSPECTIVE ON JUSTICE IN THE FUTURE 65 (1979).

שבפחות ופחות תיקים נשמעות הוכחות לפני השופט או נכתבת הכרעת דין מנומקת.⁵ לא רק העומס הוא שמכתיב שינויים אלה אלא גם הופעתם של תיקים סבוכים ושל וסכסוכים שאינם עונים עוד על המודל הקלאסי של פתרון סכסוכים בין שני בעלי דין אינדיבידואלים. תובענות ייצוגיות, בעלי דין שהם גופים מוסדיים גדולים, סוגיות המצריכות מעקב מתמשך של בית המשפט, עלייה חדה במספר המתדיינים הלא מיוצגים – כולם מחייבים פתרונות הליכיים; הליכים שבעבר נחשבו אלטרנטיביים, כגון גישור או בוררות, משולבים כיום בבתי המשפט.⁶ כל השינויים הללו מערערים על תפיסות מסורתיות לגבי תפקידיהם של שופטים, עורכי־דין ומתדיינים.

כד בכד החלה התרחקות ברמה התאורטית מרעיונות של הליך הוגן (במובן הקלאסי של מונח זה) והתקרבות לתאוריות של פתרון סכסוכים או ניהול סכסוכים, המאופיינות בין היתר בראייה רחבה יותר של תכליות ההליך ושל מהות הסכסוכים שבמרכזו. בעבר התמקדה התאוריה של ההליך בשאלות כגון אלו הליכים יגשימו בצורה טובה יותר את התכלית של גילוי האמת המשפטית (בוויכוח ארוך היומין בין הגישה האדברסרית לגישה האינקוויזיטורית), או את התכלית של הגנה על זכויות המשתתפים בהליך. כיום יש שורה של שאלות חדשות כמו, למשל, איך ההליך יכול לתרום לשביעות רצונם של המשתתפים או איך הוא משפיע על רווחתם הנפשית; אלו הליכים יכולים למנוע פגיעה חוזרת, לענות על הצרכים המגוונים של מתדיינים או לתרום ליחסים המתמשכים ביניהם. התנועה לפתרון סכסוכים אלטרנטיבי, תורת המשפט הטיפולי,⁷ בתי משפט פותריי־בעיות⁸ – כולם דוגמאות

5 השימוש בהליכים אלטרנטיביים ובפשרה בארצות־הברית הוא כה גדול, ושמיעת הראיות בבית המשפט במובנה הקלאסי כה הצטמצמה, עד שנטבע שם מונח מיוחד לתיאור המצב: 'the vanishing trial'. ראו Marc Galanter, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, 1 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 459 (2004)

6 לדוגמה, פרק 11 בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי) קובע כי בתובענה אזרחית ששווייה עולה על 50 אלף ש"ח תיערך ישיבת מהו"ת (מידע, היכרות ותיאום) לפני שידון בית המשפט בתיק בדרך של קדם משפט. המטרה של פגישת מהו"ת היא לבחון את האפשרות ליישוב התובענה באמצעות גישור. הפגישת תיערך בפני מגשר ובעלי הדין מחויבים להשתתף בה בעצמם (אך רשאים להגיע עם עורך־דין). לביקורת על הבעייתיות הטמונה בשילוב של הליכים אלטרנטיביים בבתי המשפט ראו Judith Resnik, *Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication*, 10 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 211, 263 (1995).

7 לעקרונות תורת המשפט הטיפולי, השואבת מתחומים טיפוליים ונשענת על ההכרה בהשפעתו הטיפולית של המשפט, לטוב ולרע, ראו להלן את הטקסט הנלווה לה"ש 79.

8 המוסד של בתי משפט פותריי־בעיות מבוסס על גישה לפיה תפקידו של המשפט להתמודד עם הבעיות העומדות בבסיסו של הסכסוך המשפטי, או התופעה המשפטית, המובאת בפני בית המשפט. הדוגמא הבולטת ביותר הנם בתי המשפט לסמים שהוקמו בארצות הברית בשנים האחרונות (כיום קיימים למעלה מ־1700 בתי משפט כאלה). בתי המשפט לסמים שואפים להתמודד ולפתור את בעית ההתמכרות לסמים העומדת בבסיסן של עבירות פליליות רבות, באמצעות ליווי של הנאשם בהליך גמילה וטיפול, שמחליף במקרים רבים את הסנקציה של ענישה פלילית. כדי להגשים את המטרה של שילוב של טיפול בתוך ההליך המשפטי בתי משפט אלה מאמצים גישה לא אדברסרית לניהול התיקים ושילוב של צוות מקצועי טיפולי

מרכזיות לתופעות הליכיות מודרניות⁹ הנשענות על ניסיון לראות את נשוא ההליך המשפטי בהקשר רחב יותר ולהתחקות אחר המוטיבציות, האינטרסים והצרכים האמיתיים שמאחוריו. גישות אלה לא רואות במשפט רק כלי להכרה בזכויות משפטיות או להגעה לתוצאות בינאריות של מנצחים ומפסידים, אלא מכירות במגוון של תוצאות אפשריות, בהשפעה הרחבה שיש למשפט על מושאיו וביכולת שלו להשפיע לחיוב או לשלילה על חייהם גם ברמה הבין-אישית והרגשית. רביזיה של ההליך והחיפוש אחר הליכים בעלי אופי שונה ומגוון עומדים במרכז של תאוריות אלה. זאת, מתוך הכרה בכך שדווקא בהליך עצמו – להבדיל מהתוצאות הנובעות מהמשפט המהותי – טמונות רבות מהשפעותיו של המשפט, ומתוך הכרה במגבלותיו של המודל ההליכי הקלאסי-פורמלי (ולעניין זה, של כל הליך אחיד שהוא) להתמודד עם מגוון רחב של בעיות וצרכים. תוכנות אלו מושפעות במידה רבה מגישה מחקרית רב-תחומית למשפט השואבת מענפים טיפוליים וממחקר אמפירי של ההליך המשפטי, המעניק תמונה רחבה יותר על המתרחש בבתי המשפט.¹⁰ במיוחד חשוב בהקשר זה המחקר בתחום הפסיכולוגיה של ההליך, שממנו אנו למדים על הציפיות של המשתתפים מההליך עצמו, על הדברים שחשובים להם בו ועל קריטריונים הליכיים המזוהים בעיניהם עם הוגנות וצדק. תרומתם של מחקרים אמפיריים אלה היא חשובה משום שהם פורטים את ההגדרה המשפטית של 'הליך הוגן' לשורה של קריטריונים כגון צורך להשתתף בהליך, רצון בהקשבה וביחס מכבד ועוד.¹¹ מאמר זה, הגם שאינו מתיימר להציע רפורמות בניהול ההליך המשפטי, שואב ממקורות תאורטיים דומים ומצטרף לגישות עכשוויות אלו. זאת, הן באמצעות התמקדות בהליך ובערכים של ההליך כבעלי משמעות וערך נורמטיבי כשלעצמם והן באמצעות הכרה במנעד הרחב של ההשפעות האפשריות של ההליך (מעבר לתוצאות ולהשלכות המשפטיות) – ובמיוחד במשמעויות ובהשפעות האישיות והבין-אישיות הטמונות בהליכים משפטיים.

ב. איך לחשוב על מערכות יחסים

בספרו "התייחסויות" כתב מיטשל כי אף על פי שהנפש האנושית היא בבסיסה תופעה חברתית, במשך שנים ובאופן מסורתי התמקדה הפסיכולוגיה באינדיבידואל – ב'עצמי'

עם אינטראקציה ישירה של שופטים ונאשמים. ראו: Eric L. Jensen and Clayton Mosher, *Adult Drug Courts: Emergence, Growth, Outcome Evaluations, and the Need for a Continuum of Care*, 42 IDAHO L. REV. 443 (2006).

9 מדובר כמוכח בתיאוריות ותנועות שונות, אולם כאלה בעלי שורשים משותפים, מבחינה תיאורטית ומעשית. יש הכוללים תנועות אלה, ורבות אחרות, תחת הכותרת "המשפט המקיף" (comprehensive law). ראו: Susan Daicoff, *Law as a Healing Profession: The "Comprehensive Law Movement"*, 6 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 1 (2006).

10 לסקירה מקיפה של מחקר אמפירי של ההליך האזרחי ושל סוג השאלות שהמחקר האמפירי של ההליך מתמודד עימן ראו: Carrie Menkel-Meadow and Bryant Garth, *Process, People, Power and Policy: Empirical Studies of Civil Procedure and Courts, in THE OXFORD HANDBOOK OF EMPIRICAL LEGAL RESEARCH* (2010).

11 ראו להלן, בחלק ג', דיון במחקר בתחום הפסיכולוגיה של ההליך.

(self) – והדגישה ערכים של היפרדות, עצמאות ואוטונומיה. "הפסיכואנליזה הפכה באופן מוחלט לתוך־נפשית, וחיי הנפש נתפסו כצומחים בתוך רוח אינדיבידואלית [...] הנוטה לקיים יחסים עם אחרים רק באופן משני".¹² בכל זאת, מאז אמצע המאה שעברה¹³ אנו עדים למה שאפשר לכנות 'מפנה התייחסותי' בתחום הפסיכולוגיה:¹⁴ עלייתן של תאוריות ותפיסות התפתחותיות המייחסות את מרכז הכובד להימצאות של האדם (או התינוק) בקשרים עם אחרים, להתפתחות מתוך היקשרות ולחשיבות קיומם של קשרים מיטיבים להתפתחות תקינה ולרווחה נפשית (well-being). במילים אחרות, אפשר לתאר את המפנה ההתייחסותי כמתבסס על ההבנה שלפיה "ייתכן שנפשות אינן מתפתחות באופן עצמאי, ומחפשות זו את זו רק באופן משני. ייתכן [...] שנפשות קשורות זו לזו במהותן."¹⁵

קיימים הסברים מגוונים להתמקדות המסורתית בעצמי כמו גם למעבר להתבוננות בחשיבות של קשרים בין־אישיים. הסבר מרכזי כזה, הרלוונטי לענייננו, עולה בעבודתן של חוקרות פמיניסטיות. טענתן, בפשטות, היא שהתמקדות המחקר בעצמי היא תולדה תרבותית־חברתית ונובעת מכך שתאוריות פסיכולוגיות נוצרו תוך התבוננות והתמקדות במבנה הנפשי של גברים תוך תת־ייצוג של העולם הפנימי של נשים. אם נתבונן בהתפתחות של נשים, כתבה ג'ין בייקר מילר בספרה הקלאסי "לקראת פסיכולוגיה חדשה של האשה", הרי –

תו אופייני מרכזי אחד בה, הוא העובדה שהנשים נשארות בתוך מסגרת של קשר והתקשרות עם אחרים, מפתחות אותה ומתפתחות בה. ואמנם, הכרתן העצמית של הנשים מושתתת במידה רבה על היכולת ליצור ולשמור על התקשרויות ויחסים [...] נקודת המוצא הנפשית הזאת מכילה את האפשרות לאמץ גישה שונה לחלוטין (ומתקדמת יותר) לחיים ולתפקוד, מזו שטופחה על־ידי התרבות השלטת. בגישה זו רב ערכה של התקשרות לפחות כמו זה של קידום עצמי. יתירה מזאת, הודות לה מסתברת האמת והיא: ההתפתחות האישית הן של הגברים והן של הנשים מתאפשרת רק באמצעות התקשרות.¹⁶

אכן, העבודה של מילר ושל רבות שבאו בעקבותיה¹⁷ התמקדה במחקר על אורות נשים, אולם הובילה ליצירה של שפה פסיכולוגית חדשה ולהבנה שונה של העולם הנפשי של גברים ונשים כאחד. בתמצית, חוקרות אלה מציגות מודל אנושי שמציב במרכזו את ההתקשרות: "connection, not self or even self-in relation [...] is at the core of human growth

12 סטיבן א' מיטשל התייחסותיות: מהיקשרות לאינטרסובייקטיביות 26 (עמית פכלר מתרגם, 2009).

13 את ראשיתו של השינוי אפשר לראות ככל הנראה בתאוריית יחסי האובייקט של ויניקוט וקליין. ראו סטיבן א' מיטשל ומרגרט ג' בלאק פרויד ומעבר לו: תולדות החשיבה הפסיכואנליטית המודרנית 176–206 (עמית פכלר מתרגם, 2006).

14 המושג שאול ממיטשל, לעיל ה"ש 12, בעמ' 30–31.

15 מיטשל, לעיל ה"ש 12, בעמ' 27.

16 ג'יין בייקר־מילר לקראת פסיכולוגיה חדשה של האשה 85 (ניצה אלן־ברש מתרגמת, 1978).

17 בין החוקרות הפמיניסטיות בתחום הפסיכולוגיה והפסיכואנליזה אפשר למנות את Jessica Benjamin, Carol Gilligan, Nancy Chodorow וכן את קבוצת החוקרות המשתייכות ל־Stone Center ועוסקות בפסיכולוגיה הקשרית או תרבותית, ובהן מילר עצמה.

and development [...] human beings grow through and toward connections”¹⁸ על פי מודל זה, אנשים – נשים וגברים – מונעים על ידי הצורך והרצון להיות בקשר עם אחרים ומושפעים במידה מכרעת, לטוב ולרע, על ידי קשרים או היעדר קשר עם הסובבים אותם. אכנה מודל זה, הבא לידי ביטוי הן בתחום הפסיכולוגיה והן בתחום הפסיכואנליזה, בשם ‘המודל ההקשרי’.¹⁹

לעניינינו אין חשיבות דווקא להקשר המגדרי שבו התפתחו תובנות אלו²⁰ אלא לאופן שבו ההתבוננות בנשים תרמה להכרה בחשיבותן של ההתקשרות ושל מערכות יחסים, ולהבנה טובה יותר שלהן כתופעות פסיכולוגיות וחברתיות. כפי שכתבה קרול גיליגן בספרה “בקול שונה”:

הקול השונה שאני מתארת אינו מתאפיין בשוני המיני אלא ברעיון מרכזי [...] את התפתחותו גיליתי, בראש וראשונה, דרך קולן של הנשים. אולם, אין זה קשר חד משמעי, והצגת הניגוד בין הקול הגברי והקול הנשי, נועדה קודם כל להאיר את ההבדלים שבין שתי צורות חשיבה, ולמקד ולהדגיש את בעיית הפרשנות ולא דווקא להציג הכללות בנוגע לאחד משני המינים.²¹

18 THE COMPLEXITY OF CONNECTION: WRITINGS FROM THE STONE CENTER’S JEAN BAKER MILLER TRAINING INSTITUTE (Judith V. Jordan, Maureen Walker & Linda M. Harting eds., 2004)

(להלן: THE COMPLEXITY OF CONNECTION).

19 לצורך הדיון, וכדי שלא להכביד על הקורא, אני מערבת בין כמה אסכולות ותחומי מחקר – פסיכולוגיה, פסיכואנליזה ופסיכולוגיה חברתית – באופן שעשוי להיראות מעט פשטני לקורא הבקי בתחומים אלה. עם זאת, ואף על פי שמדובר באסכולות שונות זו מזו שלא תמיד מתקשרות זו עם זו, יש קשר ברור בין הממצאים של חוקרות כמו גיליגן וחוקרות Stone Center, המייצגות את הפסיכולוגיה ההקשרית-תרבותית, לבין התאוריה של יחסי אובייקט או התאוריה הפמיניסטית של יחסי אובייקט: כולן מעניקות דגש להשפעה של קשרים בין-אישיים על התפתחותם וטובתם של בני האדם. על הקשר בין האסכולות ראו NANCY J. CHODOROW, FEMINISM AND PSYCHOANALYTIC THEORY 178 (1989).

20 עם זאת, חשוב להזכיר את הביקורת הרבה שהעירה התאוריה של גיליגן על אודות השוני בין נשים לגברים בשיפוט המוסרי, דווקא בהיבטיה המגדריים. כך, למשל, כתבה מקינון כי מחקרה של גיליגן משיג “למען השיפוט המוסרי את מה שכלל ההגנה המיוחדת משיג במשפט: הערכה חיובית במקום שלילית של דבר המבדיל בדרייקנות נשים מגברים, על ידי יצירת הרושם שתכונות אלה, על תוצאותיהן, הן בדרך כלשהי באמת שלנו, ולא תכונות שעליונות המין הגברי יחסה לנו לצרכיה שלה. אם נשים מתייחסות בחיוב לשוני, כאשר השוני משמעו שליטה, כמו בהקשר המגדרי, הן בעצם מתייחסות בחיוב לתכונות ולאפיונים של היעדר כוח. אינני סבורה שהשיפוט המוסרי של נשים הוא מוסריות ‘בקול שונה’. לדעתי, זוהי מוסריות במשלב גבוה יותר, בקול הנשי. נשים מעריכות טיפול (care), מפני שגברים מעריכים אותנו על פי הטיפול שאנחנו מעניקות להם, ומשום שאנחנו עצמנו זקוקות להערכה הזאת. נשים חושבות במונחים יחסיים מפני שקיומנו מוגדר יחסית לגברים. יתר על כן, כשאתן נעדרות כוח, אינכן רק מדברות באופן שונה; במקרים רבים אינכן מדברות כלל”. קתרין מקינון פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה 29 (עידית שורר מתרגמת, 2005).

21 קרול גיליגן בקול שונה: התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה 9-10 (נעמי בן-חיים מתרגמת, 1995).

מהן שתי צורות החשיבה האלו? כדי להיטיב להבין נשוב בקצרה לאמי וג'ק בני האחת-עשרה שעליהם כתבה גיליגן בספרה. שני הילדים, תלמידי כיתה ו', השתתפו במחקר שבדק תפיסה והתפתחות מוסרית ונדרשו לדילמה הבאה: האם כדי להציל את אשתו על אדם בשם היינץ לגנוב תרופה שאין הוא יכול לרכוש?²² ג'ק, בתשובותיו הנחרצות, ראה את הדילמה כהתנגשות בין ערך הקניין לערך החיים וקובע כי על היינץ לגנוב את התרופה שכן החיים קודמים לכסף: "חיי אדם שווים יותר מכסף ואם הרוקח מרוויח רק אלף דולר הוא עדיין יכול לחיות, אבל אם היינץ לא יגנוב את התרופה אשתו תמות". לעומתו נמנעה אמי מתשובה ישירה לשאלה האם על היינץ לגנוב את התרופה או לא. היא אמרה כי "הוא באמת לא צריך לגנוב את התרופה – אבל גם אשתו לא צריכה למות", והציעה כי "יכולות להיות דרכים אחרות חוץ מגנבה" כמו, למשל, ללוות את הכסף, וכי היינץ ואשתו "צריכים רק לשוחח על זה ולחפש איזו דרך אחרת להשיג את הכסף". בניתוח של תשובות הילדים כתבה גיליגן כי תשובתו של ג'ק מתבססת על ההנחה שיש הסכמה כללית לגבי ערכים מוסריים ולגבי מה נכון ולא נכון לעשות; אמי ראתה את הדילמה כסיפור של מערכת יחסים נמשכת:

היא רואה את העולם כמעשה מרכבה של מערכות יחסים יותר מאשר כעולם של פרטים שבו כל אחד עומד בפני עצמו; עולם שמתלכד באמצעות הקשר האנושי יותר מאשר באמצעות מערכת חוקים [...] בדיוק כפי שג'ק סמוך ובטוח שהשופט יסכים עמו כי הגנבה היא הדרך הנכונה עבור היינץ, כך גם אמי סמוכה ובטוחה ש"אם היינץ והרוקח היו מלבנים את העניין בסבלנות, היו יכולים למצוא מוצא אחר מלבד הגנבה". כפי שג'ק רואה בחוק דבר "שתיתכנה בו טעויות" כך גם אמי רואה את הדרמה הזו כטעות, מתוך אמונה ש"בעולם צריך לחלוק יותר בדברים ואז אנשים לא יצטרכו לגנוב". שני הילדים מכירים אפוא בהכרח להגיע לכלל הסכמה, אלא שהם רואים דרכים שונות כדי להגיע אליה: הוא – בדרך אובייקטיבית ובלתי אישית, באמצעות מערכות של היגיון וחוקים; היא – בדרך סובייקטיבית ואישית, באמצעות תקשורת בינאישית.²³

דוגמה זו מראה כי תאוריות התייחסותיות אינן מסתכמות בהגדרת המקום השונה של יחסים אצל נשים וגברים. מדובר בתאוריות השואפות לחשוף תפיסות עולם שונות זו מזו, ליתן את המקום הראוי לגישות מוסריות הצומחות מתוך כבוד להיקשרות ולקשר הבין-אישי ו"להסב את השיח המוסרי מן השאלה: איך להגיע לאובייקטיביות ולניתוק, לשאלה: איך למזג אחריות עם אכפתיות".²⁴

על כן, אפשר לומר שההבדלים בשיפוט המוסרי של שני הילדים מייצגים את ההבדלים בין אתיקה של צדק, המתאפיינת בשאיפה לרציונליות, בעקיבות ובהסתמכות על עקרונות

22 הדילמה המוסרית הנדונה היא חלק מסדרה של דילמות מוסריות שפיתח קולברג. מטרת הקונפליקטים המוסריים הללו היא לאמוד את רמת ההתפתחות המוסרית של הנבחנים באמצעות בחינה של ההיגיון המסתתר מאחורי הפתרונות שהם מציעים.

23 גיליגן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 53-54. חשוב לציין כי בשונה מהניתוח של גיליגן על פי הסולם ההתפתחותי שפיתח קולברג, התשובות של ג'ק ממקמות אותו במדרג גבוה יותר של התפתחות מאלה של אמי.

24 גיליגן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 22.

אוניברסליים (ג'ק), לבין אתיקה של אכפתיות, המתאפיינת בהידרשות לפרטיקולרי, להקשר, לקרבה ולקשר (אמי). האנלוגיה לעולם המשפט ברורה: ג'ק מייצג תפיסת עולם מוסרית משפטית קלאסית (אתיקה של צדק) בכך שהוא פותר את הדילמה המוסרית תוך החלה של ערכים מוסריים מוחלטים שונים זה מזה ואיזון ביניהם, ואילו אמי – המבקשת להתמודד עם הדילמה דווקא מתוך היצמדות לפרטים המסוימים של המעורבים בה ומתוך הדגשה של היחסים האנושיים ביניהם – מייצגת תפיסה מוסרית שרק לאחרונה החלו ניסיונות לשלבה בהליכים משפטיים לפתרון סכסוכים (אתיקה של אכפתיות).²⁵

בדומה לביקורת הפמיניסטית בתחום הפסיכולוגיה, גם הביקורת הפמיניסטית של המשפט טוענת כי תפיסת המוסר המשפטית הנשענת על אדברסריות, לעומתיות, שאיפה לניתוק וניטרליות היא תולדה תרבותית-היסטורית של הדומיננטיות של גברים בעיצוב המשפט. על פי לסלי בנדר: “[A]n ethic of care derived from women’s cultures is a unique way to solve problems, work with people, locate truths, and foster justice that has been absent from our law.”²⁶ על כן, הניסיון לשלב בעבודת המשפטן ובהליך המשפטי ערכים בין-אישיים והתייחסותיים, הוא ניסיון מאתגר:

Engagement with the relational domains of lawyering is resisted because it requires serious engagement with stereotypically feminine issues and serious attention to developing stereotypically feminine abilities [...] where cultural forces contribute to the suppression of relational thinking among men, a historically male profession is likely to privilege non-relational aspects of its work.²⁷

מדוע, על פי הפסיכולוגיה ההקשרית, יחסים הם מרכיב כה מרכזי בחיינו? וחשוב מכך, לענייננו: מהם היסודות שמהם בנויה מערכת יחסים מיטיבה או “מעודדת צמיחה?”²⁸ (שהרי ברור כי מערכות יחסים יכולות לא רק להיטיב אלא גם לפגוע ולהרע). במובן מסוים, השאלה בדבר חשיבותם של יחסים בחיינו היא שאלה שקשה להשיב עליה דווקא משום שיחסים הם כה מרכזיים. כאמור, בני אדם הם במהותם יצורים חברותיים. לכן, כתב מיטשל, השאלה מדוע בני אדם נמשכים לקשר זה עם זה דומה לשאלה של עלה על ענף של עץ “מדוע אני שוהה במחיצתם של עלים אחרים אלה?” על פי מיטשל, “אנו משוקעים כה עמוק ביחסינו עם אחרים עד כי קשה להבחין ביחסים אלו בבהירות. אנו מצויים במעבה ההתייחסותיות

- 25 ראו, למשל, ROBIN WEST, CARING FOR JUSTICE (1997).
- 26 Leslie Bender, *From Gender Difference to Feminist Solidarity: Using Carol Gilligan and an Ethic of Care in Law*, 15 VT. L. REV. 1, 45 (1990).
- 27 Peggy Cooper Davis & Aderson Belgarde Francois, *Thinking Like a Lawyer*, 81 N.D L. REV. 795, 797, 803 (2005). לביקורת פמיניסטית על ההליך המשפטי ועל סדרי הדין ראו גם, Harold Hongju Koh, *Two Cheers for Feminist Procedure*, 61 U. CIN. L. REV. 1201, 1205 (1993); Judith Resnik, *Revising the Canon: Feminist Help in Teaching Procedure*, 61 U. CIN. L. REV. 1181, 1193 (1993).
- 28 JEAN BAKER MILLER & IRENE PIERCE, ראו Stone Center חוקרות של *THE HEALING CONNECTION: HOW WOMEN FORM RELATIONSHIPS IN THERAPY AND IN LIFE* 16 (1997).

במידה כה רבה, עד שכמעט בלתי אפשרי לתפוס את קווי המתאר שלה ואת פעולותיה.²⁹ קשרים בין-אישיים הם במידה רבה הכוח המארגן של חיינו והצורך להשתתף בקשרים כאלה הוא אחת המוטיבציות המרכזיות המניעות אותנו. אלה יכולים להיות הקשרים המשמעותיים והאינטימיים ביותר – עם הורים, אחים, בני זוג או חברים, יחסים עם חברים למקצוע ואפילו אינטראקציות עם דמויות מזדמנות. סוגים שונים זה מזה של קשרים חשובים ומשפיעים ברמות שונות זו מזו. כאשר אנו נמצאים במערכת יחסים או באינטראקציה מיטיבה אנו לומדים שיכולה להיות לנו השפעה על אנשים אחרים סביבנו; שאנו בעלי ערך, חשובים, מעניינים ומשמעותיים לאחרים. מערכות יחסים בריאות מראות לנו שלאחרים אכפת מאתנו, שאנחנו לא לבד. אינטראקציות חיוביות עם הסובבים אותנו משרדות מסר לגבי שייכות והכרה במקום ובמעמד בקבוצת ההתייחסות שלנו.³⁰ מי שחווה קשרים מיטיבים בעברו ילמד לפתח יחסים כאלה גם בהמשך, ולהמשיך ולהיטיב עם עצמו ועם הסובבים אותו; מי שחווה מערכות יחסים מיטיבות ירגיש מחובר וקשור לסביבתו וישיג מה שמכונה בספרות

relational competence.³¹

מערכות יחסים מיטיבות, אם כן, הן כאלה שיש ביכולתן ליצור את כל ההשפעות החיוביות הללו. אפשר לפרוט את המאפיינים שלהן לכמה ערכים בסיסיים (השבים ומופיעים בספרות): הדדיות, אמפתיה ותקשורת. ישנם כמובן ערכים נוספים ורגשות נוספים המרכיבים מערכות יחסים, כמו אהבה ושנאה או דאגה. אולם המשותף להדדיות, לאמפתיה ולתקשורת הוא שמדובר בערכים המייצגים ומגדירים צורה מסוימת של הימצאות והשתתפות בקשר. קשר המתאפיין בהדדיות ובאמפתיה הוא קשר שכל הצדדים לו נוכחים בו – משתתפים פעילים, פתוחים להשפעה הדדית ולשינוי. הדדיות אין משמעה בהכרח סימטריה; הדדיות היא דרך להתייחס לאחר, דרך להימצאות בקשר המושתתת על אכפתיות, עניין ורגישות.³² על פי המודל ההקשרי-תרבותי, אמפתיה – היכולת לדמיין כיצד אדם אחר מרגיש בסיטואציה מסוימת³³ – והנכונות לעשות זאת היא אחד הנדבכים המרכזיים של היכולת ליצור קשר מהותי. תקשורת היא הכלי שדרכו קשר בא לידי ביטוי. תקשורת מחייבת קול ושפה משותפת – שפה מילולית או לא-מילולית, כל סימן שבאמצעותו אפשר לתקשר ולאשר לאדם האחר כי יש מי ששומע אותו, מבין אותו – נמצא בקשר אתו.

אפשר להבין טוב יותר את משמעותם של ערכים אלו באמצעות בחינה של האופן שבו תאוריות פסיכולוגיות הקשריות מבנות את הקשר הטיפולי. הענקת דגש לקשר ולמערכות יחסים משמעה גם הגדרה מחודשת של הקשר בין המטפל למטופל: לא עוד תפיסה של

29 מיטשל, לעיל ה"ש 12, בעמ' 28, 29.

30 ראו group-value model, ALLAN LIND & TOM TYLER, THE SOCIAL PSYCHOLOGY OF PROCEDURAL JUSTICE 241-42 (1988).

31 ג'ורדן הגדירה relational competence כיכולת להשתתף במערכות יחסים מעודדות צמיחה. "This is the ability to "move" someone or a relationship in the emotional, cognitive, and behavioral realm", ראו THE COMPLEXITY OF CONNECTION, לעיל ה"ש 18, בעמ' 15.

32 להדדיות יש כמה מובנים בספרות. לעתים אפשר למצוא התייחסות להדדיות במובן של reciprocity בלבד, ללא קשר לטיב הקשר. במובן זה הדדיות יכולה גם ליצור מעגלים של התנהגות שלילית, כשיחס שלילי גורר תגובה שלילית וכן הלאה.

33 HEINZ KOHUT, HOW DOES ANALYSIS CURE? 172 (1984).

המומחה המרוחק, המתבונן מן הצד ומספק תוכנות בנוגע למצבו של המטופל (פרויד התייחס למטפל כ'מסך חלק' שעליו משתקף התת-מודע של המטופל), אלא הבנה שהיחסים הטיפוליים אינם שונים מיחסים אחרים – ואף מעבר לכך: הבנה שביחסים הטיפוליים עצמם טמונה אפשרות לחולל שינוי באמצעות טיפול. בפסיכואנליזה ההתייחסותית הדבר מכונה אינטר-סובייקטיביות, כלומר: תפיסה של הטיפול כמפגש אישי, "אותנטי" ואנושי בין המטפל למטופל, המאפשר למטופל לראות במטפל סובייקט בפני עצמו:

בניגוד למשאלת ליבו של פרויד, היחסים האנליטיים אינם שונים מיחסים אנושיים אחרים. למעשה, המעורבות האינטרסובייקטיבית בין המטופל לאנליטיקאי נתפסת יותר ויותר כאמצעי לחולל את שינוי האופי העמוק, שאותו מאפשרת הפסיכואנליזה [...] המתמחה באנליזה בזמנים הקלאסיים למד כי הגישה הטובה ביותר היא איפוק חובק כל [...] אחד מהמאפיינים הדרמטיים ביותר של הספרות הפוסט-קלאסית בעשורים האחרונים הוא תחושה של שחרור [...] חשיפה עצמית [...] ומגע רגשי עמוק עם המטופל [...] [שינויים אלה] אפשרו למטפלים להיות ישרים יותר עם אחרים ועם עצמם לגבי מה שמתרחש באמת [...] רגשות האנליטיקאי, בהם רגשות מלאי תשוקה, הם באופן בלתי נמנע חלק מההליך [...] ³⁴

גם הגישה ההקשרית-תרבותית מדגישה את החשיבות הרבה של האותנטיות של המטפל. הכוונה ב'אותנטיות' לכך שהמטפל יהיה נוכח לגמרי ביחסיו עם המטופל, שיאפשר לעצמו להיות מושפע מהמטופל ומדבריו ואף להביע אמפתיה כלפיו:

Authenticity, then, means that the therapist tries to be with the thoughts and feelings occurring in the relationship. It also means that the therapist tries to be with the movement toward connection, the fears of that movement, and the strategies of disconnection. She should be "in" this moment-to-moment interplay. She should try to convey that she has felt with the patient and raise questions when she hasn't, questions that will help them both move toward the mutuality we have described. This moment-to-moment responsiveness is the most important part of authenticity. ³⁵

כאמור, הגישה הפסיכולוגית ההקשרית רואה את מערכת היחסים הטיפולית כבעלת משמעות כשלעצמה – ובכך היא אינה שונה מיתר מערכות היחסים בחיינו. עם זאת ברור שהקשר הטיפולי הוא בעל מאפיינים ייחודיים משלו. מדובר ביחסים בעלי הגדרת תפקידים ברורה, יחסים א-סימטריים, "אינטימיות בהקשר של רשמיות" ³⁶. גם במסגרת יחסים אלה לא יוכל להיווצר קשר משמעותי או מיטיב ללא נוכחות והשתתפות אותנטית של כל המשתתפים. רק נוכחות אותנטית של המטפל תאפשר יצירה של הדדיות, שהיא הכרחית לקשר המאפשר צמיחה. אכן, זו תפיסה שונה לחלוטין מהתפיסה הקלאסית של היחסים הטיפוליים: שונה

34 מיטשל, לעיל ה"ש 12, בעמ' 167-168. ראו גם: KENNETH J. GERGEN, RELATIONAL BEING: BEYOND SELF AND COMMUNITY 270 (2009).

35 The COMPLEXITY OF CONNECTION, לעיל ה"ש 18, בעמ' 65.

36 מיטשל, לעיל ה"ש 12, בעמ' 173.

בבחינת היעדרם של צורך בניטרליות מוחלטת וריחוק, והגדרה שונה של הגבולות בין מטפל למטופל. הפער שבין התפיסה הקלאסית של היחסים הטיפוליים לבין התפיסה ההקשרית ישמש אותי לבחינה של מערכות היחסים בהליך המשפטי, שאליה אפנה כעת.

ג. הסיפור הקלאסי: מערכות היחסים הסמויות מן העין

בפרק המבוא הזכרתי שינויים החלים בעת האחרונה בתחום התאוריה של ההליך ובעיצוב של הליכים משפטיים ומוסדות לפתרון סכסוכים. נראה כי אחת השאלות המרכזיות שיש להתמודד עמה במחשבה על ההליך – אם בפן המעשי של עיצוב ההליכים ואם בפן התאורטי – היא שאלת הלגיטימיות של ההליך המשפטי. בין היתר, התאוריות הקלאסיות של הליך הוגן נבדלות מתאוריות עכשוויות יותר לפתרון סכסוכים בתשובה שהן נותנות לשאלת הלגיטימיות. ההליך צריך להתנהל באופן שיבנה ויאשר את הלגיטימיות של המעשה המשפטי. הדבר חשוב, ראשית, כדי להצדיק את תוצאות ההליך ולהפוך לקבילות פעולות כמו הפעלת כוח על ידי המדינה כלפי אזרחיה. שנית, הדבר חשוב משום שבית המשפט נדרש לשמר את אמונו בעיני הציבור כדי שזה ימשיך להביא לפניו את בעיותיו ובמיוחד כדי שימשיך לכבד את החלטותיו. לכן, ההליך צריך להתנהל באופן כזה שיגרום לכל המעורבים – ובאופן מיוחד לצד המפסיד – לקבל את ההחלטה ולכבדה. יפה תיאר שפירו אתגר זה כשכתב על ההליך המשפטי כבנוי סביב עיקרון של משולש. על פי שפירו, אינסטינקט בסיסי של בני אדם הנתונים בריב הוא לפנות לאדם שלישי למציאת הכרעה. תופעה זו חוצה תרבויות (ואפשר לראותה כבר אצל ילדים בגיל צעיר מאוד), והיא המקנה לבתי המשפט את הלגיטימיות שלהם. הבסיס של המשולש, שהוא הבסיס הלוגי-חברתי של בתי המשפט, מסביר מדוע נהפכו בתי משפט לתופעה חברתית רווחת לפתרון סכסוכים. עם זאת, כדברי שפירו, דווקא המבנה של משולש טומן בחובו פרוקס:

At the moment the two disputants find their third, the social logic of the court device is preeminent. A moment later, when the third decides in favor of one of the two disputants, a shift occurs from the triad to a structure that is perceived by the loser as two against one. To the loser there is no social logic in two against one. There is only the brute fact of being outnumbered. A substantial portion of the total behavior of courts in all societies can be analyzed in terms of attempts to prevent the triad from breaking down into two against one.³⁷

איך אפשר למנוע את התחושה של 'שניים נגד אחד'? איך המערכת המשפטית משמרת את המבנה הלגיטימי של המשולש? התשובה המקובלת נעוצה בעקרון ההליך ההוגן. אם ננהל את ההליך על פי כללים עקיבים מסוימים – למשל, כאלה שיבטיחו הימנעות ממשוא פנים ושמירה על מראית פני הצדק – אזי גם הצד המפסיד יוכל לקבל את ההחלטה ולכבדה משום שהוא יכבד את הדרך שבה התקבלה. ההליך המשפטי המודרני מושתת על עקרונות של אובייקטיביות, ניטרליות, הסתמכות על ראיות והחלה של עקרונות אוניברסליים ונורמות

.MARTIN SHAPIRO, COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS (1981) 37

קבועות על העובדות של כל מקרה ומקרה. עקרונות אלה נועדו להבטיח לצדדים המתדיינים כי ההחלטה שהתקבלה בעניינם היא ההחלטה המשפטית ה'נכונה' ואף יותר מכך – היא התוצאה היחידה שיכולה הייתה להתקבל. אמונה כזו אמורה להתפתח בקרב המשתתפים בהליך באמצעות תהליך עמוק יותר המתרחש בהליך, תהליך של דה־פרסונליזציה של השופט – של הצגתו כאיש מקצוע, מומחה, ניטרלי ומנותק, באופן שייווצר רושם כאילו אין קשר בין ההחלטה שהתקבלה לבין השופט המסוים היושב בדין; כאילו ההחלטה נובעת ממקור משפטי מוחלט וגבוה יותר; כאילו דבר אינו אישי. רושם כזה אמור להיות מושג באמצעים מאמצעים שונים ובהם קבלת החלטות באמצעות הסתמכות והישענות על תקדימים או כתיבת החלטות בלשון רבים, באופן שיצניע את חלקו של השופט המסוים. אמצעים אחרים נוגעים לניהול ההליך, להסתמכות על ריטואלים ועל טקסיות מסוימת,³⁸ על פנייה לשופט כבובעו המוסדי ('בית המשפט') או על שימוש במדי משפט. מאוטנר כינה זאת "המשפט הסמוי מן העין" במובן זה שהתרומה הייחודית של כל שופט להפעלת המשפט מוצנעת ומעומעמת.³⁹ רוזן־צבי כינה זאת "סוד השופט הנעלם":

שיטת המשפט הישראלית עושה מאמץ ניכר להסתיר את השופט "מאחורי הלשון והקונספציות של המשפט". כדי להקנות למשפט חזות של אובייקטיביות להציגו כמעוקר מתרומתו האישית והייחודית של השופט, מנסה השיח המשפטי למחוק את השופט מן הטקסט. התפיסה שמפיץ בית המשפט היא כי השופט הוא משרתו ושופרו של החוק, נשא גוף הידע המשפטי, וככזה אין כל רלוונטיות למיהותו. על פי כללי הדקדוק הפנימי של השדה, טענות האמת שיוצר ומפיץ השיח המשפטי מובנות בלא כל קשר למחבר (author). במילים אחרות, השיח המשפטי מבקש לשכנענו כי השופטים יוצרים דבר מה חיצוני להם, בעל קיום עצמאי ומובחן.⁴⁰

ככל שניתן דגש לדה־פרסונליזציה של השופט ולניסיון לעמעם את תפיסתו ואת הצגתו כסובייקט בעל תכונות ומאפיינים אישיים מסוימים, אין מקום להדגיש – או אף להתייחס – להימצאותו באינטראקציות בין־אישיות עם המשתתפים בהליך. אין זה אומר כי השופט אינו נמצא באינטראקציה עם הסוכבים אותו; גם הניטרליות השיפוטית שעליה ארחיב בהמשך היא סוג של אינטראקציה. ברור גם ששופטים אוהבים ושונאים את עורכי־הדין המופיעים מולם, או חשים אמפתיה כלפי מתדיינים מסוימים וסלידה מאחרים; אולם המסגרת ההליכית כמעט מתעלמת מקיומן של תחושות אלה, כמו מבקשת לנטרל אותן, ואין בכללים העוסקים בסדרי הדין כל התייחסות הנוגעת ליחסים של השופט עם המשתתפים בדיון (או ליחסים כלשהם של המשתתפים זה עם זה).

38 על מקומו של הריטואל במשפט ראו OSCAR CHASE, LAW, CULTURE, AND RITUAL: DISPUTING SYSTEMS IN CROSS-CULTURAL CONTEXT 114 (2005).

39 מנחם מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" אלפיים, 45 (1998).

40 יששכר רוזן־צבי "האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" משפט וממשל ח 49, 54–55 (2005).

על המשמעות הגדולה של שימור דמות השופט המקצוען אפשר ללמוד מהדוגמה של כללי פסלות שופט.⁴¹ כללי הפסלות במהותם עוסקים דווקא במקרים שבהם חלה בפועל סטייה כלשהי מהחזות הניטרלית והאובייקטיבית שההליך מבקש ליצור. אלה מקרים שבהם התנהגותו של השופט מעלה אצל צד להליך (או אצל השופט עצמו, שכן הכללים מאפשרים לשופט לפסול את עצמו גם מיזמתו) את החשש שלא יוכל לקבל החלטה ללא משוא פנים וללא דעה קדומה – כלומר: את החשש שהשופט אינו ניטרלי ולא יוכל לקבל החלטה מקצועית. ככאלה, כללי הפסלות הם "אתר בעל פוטנציאל חתרני ומסוכן",⁴² שכן הם מחייבים את בית המשפט "להעמיד את השופט במרכז הדיון ולהתייחס במפורש לכל מה שהשיח המשפטי משתיק, מטשטש ומסתיר בדרך כלל".⁴³ בפועל, כפי שהראה רוזן-צבי בנתחו את האופן שבו הכללים מיושמים, גם המקרים הללו משמשים את בית המשפט לפעול לחיזוק דמותו הניטרלית והמקצועית של השופט. ראשית, השופט שנגדרו מופנית טענת הפסלות הוא זה שמקבל את ההחלטה בבקשה – פרצדורה שבה עצמה יש כדי להעיד על ראייה של השופט כמקצוען עד כדי כך שהוא מסוגל לדון בבקשה הנוגעת להתנהלותו שלו עצמו; שנית, ערכאת הערעור בבקשות מסוג אלה (בבית המשפט העליון) כמעט אינה מתערבת בהחלטתו של השופט היושב בדיון. בפועל, טענות פסלות כמעט אינן מתקבלות, גם במקרים שייראו קיצוניים בעיניו של המתבונן מן הצד וגם כששופטים מתבטאים בצורה חריפה נגד צד להליך או נגד בא-כוחו.⁴⁴ כך, בית המשפט מחזק את התחושה כאילו לא יכול להתקיים כמעט מצב שבו ייפגע שיקול הדעת המקצועי של השופט. בכך גם מתחזקת ההבחנה בין מה שאנו יודעים על טבע האדם ועל טבען של אינטראקציות בין-אישיות מחוץ להליך המשפטי לבין האופן שבו אלה פועלים בתוך ההליך. נראה כי בכל תחום אחר של חיינו היינו יכולים לומר כי אדם שמתבטא בחריפות נגד אדם אחר פיתח ככל הנראה תחושות שליליות או דעה קדומה כלפיו, אולם ההחלטות בעניין פסלות שופט באות לשכנענו כי הנחות כאלה לא חלות על שופטים או על אינטראקציות בתוך ההליך.

חשוב להזכיר, עם זאת, כי בשנים האחרונות חל שינוי מסוים באופן שבו המערכת המשפטית מתייחסת לדמותו ולמעמדו של השופט. לענייננו הדבר בא לידי ביטוי בפרסום של כללי אתיקה לשופטים.⁴⁵ על פי המבוא לכללים, מטרתם "להדריך את שופטי ישראל בדרכם ובאורחותיהם" למען הבטחת מעמדה של הרשות השופטת, מתוך הבנה שאמון הציבור

41 סעיף 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט).

42 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 52.

43 שם.

44 לדוגמה, רוזן-צבי תיאר במאמרו מקרה שבו בעקבות חילופי דברים קשים בין שופט לסנגור הוצא הסנגור מן האולם למעצר וחקירה בגין ביזיון בית המשפט. הנאשם עצמו סירב להמשיך ולהשתתף בדיון לאחר שסנגורו הוצא, אולם השופט אילץ אותו להישאר ואף הורה לשוטרים להחזיקו באולם ככוח ולסתום את פיו במטפחת. גם לאחר אירועים אלה סירב השופט לבקשה לפסול את עצמו. בית המשפט העליון, שם נדון הערעור על החלטה זו, מצא שאין עילה לפסילת השופט, אך עם זאת המליץ לשופט כי יעביר את התיק לשופט אחר. ראו ע"פ 1988/94 בראון נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(3) 608 (1994).

45 כללי האתיקה לשופטים, התשס"ז-2007. השינוי בעיצוב ובתפיסה של דמות השופט בא לידי ביטוי מיוחד בהקמה של נציבות תלונות הציבור על שופטים (מכוח חוק נציב תלונות הציבור

הוא תנאי הכרחי לעבודה של בתי המשפט. בפרק העוסק בשפיטה ובניהול הדיון אפשר למצוא – בצד הוראות הנוגעות לצורך בשמירה על חזות ניטרלית ומקצועית – הנחיות הנוגעות ליחס של השופט אל הנוכחים באולמו. כך, למשל, הכללים קובעים כי שופט ינהג בנוכחים בדיון "באורח מכובד, באורך־רוח, במתינות, בסובלנות ובאדיבות, וישרה באולם בית־המשפט אווירה נינוחה".⁴⁶ נראה כי בעצם הכינון של כללי אתיקה בכלל וכאלה הנוגעים למתרחש באולם הדיונים בפרט יש הכרה בחשיבות של ערכים הליכיים ובין־אישיים עבור המשתתפים בדיון המשפטי. מעבר לכך: יש בכך הכרה בקשר שבין ההתנהלות של השופט באולם בית המשפט לבין יצירה ושימור של אמון הציבור במערכת המשפטית. זהו ביטוי להרחבה מסוימת באופן שבו המערכת רואה ומפרשת את הערך של הליך הוגן ואת הקשר האפשרי בין ערכים בין־אישיים ללגיטימיות של ההליך, כפי שאראה בהמשך הדיון. עם זאת, העובדה שכללי האתיקה של השופטים חוברו על ידי שופטים ונאכפים על ידי שופטים (כפי שכללי האתיקה של עורכי־הדין נאכפים בעיקר על ידי עורכי־דין) יש בה גם כדי לחזק את התפיסה של השופט כמקצוען – בדומה לכללי הפסלות.

עד כה עסקתי בדמותו של השופט, אך הוא אינו היחיד הנמצא באינטראקציה במסגרת ההליך המשפטי. במובן זה תיאור ההליך כמשולש אינו מדויק, שכן מבחינה התייחסותית ההליך מורכב ממעגלים־מעגלים של יחסים בין משתתפיו: בין עורכי־הדין לבין עצמם, בין עורכי־הדין ללקוחותיהם ובין הצדדים המתדיינים. בניגוד ליחסים עם השופט, שעל פי רוב הם קצרי טווח ומוגבלים להליך בלבד,⁴⁷ מערכות היחסים בין המשתתפים האחרים יכולות להיות משמעותיות יותר מבחינת טווח קיומן או מהותן, אך גם הן כמעט אינן מוסדרות בחקיקה. כך, למשל, אף על פי שההליך האדברסרי מתבסס באופן מוחלט על עקרון הייצוג, מערכת היחסים בין עורך־הדין ללקוחו לא קיבלה הסדרה מפורטת בכללי סדר הדין.⁴⁸ אין בכללים התייחסות לאופן שבו הייצוג אמור להתנהל או לחלוקת האחריות בין עורך־הדין ללקוח בכל הנוגע להשתתפות או לקבלת החלטות במהלך הדיון. במובן הרחב ביותר, הכללים כמעט מתעלמים מהמורכבות הבין־אישית הנובעת מעצם הרעיון של ייצוג⁴⁹ – מכך

על שופטים, התשס"ב-2002). הקמת הנציבות חושפת את ציבור השופטים לביקורת מצד ציבור המתדיינים ובאי בית המשפט באופן חסר תקדים במערכת המשפט בישראל.

46 כלל 11(א) לכללי האתיקה לשופטים, התשס"ז-2007.

47 היחסים עם השופט הם לרוב חד־פעמיים, אולם יש מקרים שבהם תהיה היכרות קודמת, בעיקר עם עורכי־דין המרבים להופיע לפני אותו שופט. הסיטואציה הזו, בעיקר כשעורך־דין מסוים מופיע דרך קבע באולם של שופט מסוים יום אחר יום (סיטואציה תדירה, למשל, בבית הדין לעבודה בתיקים של המוסד לביטוח הלאומי, או בבית משפט השלום בתיקים של התביעה המשטרית) – כשלעצמה מעלה שאלות רבות מבחינה התייחסותית.

48 ככלל, ראוי לציין כי עיקר ההסדרה של היחסים בין עורכי־דין ללקוחותיהם, ככל שיש הסדרה כזו, טמון בכללי האתיקה הכוללים הן חקיקה ראשית והן חקיקה משנית על ידי לשכת עורכי־הדין עצמה. עיקר הפיקוח על היישום של כללים אלה נעשה על ידי בתי הדין של לשכת עורכי־הדין, שבהם יושבים עורכי־דין בלבד.

49 לדוגמה, למחקר אמפירי הבוחן מקרוב את היחסים בין עורכי־דין ללקוחותיהם בהקשר של ייצוג בגירושין ראו: Austin Sarat & William L.F. Felstiner, *Law and Social Relations: Vocabularies of Motive in Lawyer / Client Interaction*, 22 *LAW & Soc'y REV.* 737 (1988).

שהקשר בין הלקוח לעורך־הדין מתקיים פעמים רבות בעתות מצוקה עבור הלקוח, או מכך שההליך מתנהל במקרים רבים מעל לראשם של המתדיינים, כשהשופט ועורכי־הדין דנים בענייננו של אדם, בנוכחותו, אך בלי שהוא עצמו שותף פעיל בדיון.⁵⁰ מבחינות מסוימות היעדר ההסדרה יכול להיות מוצדק, שכן מובן כי הסדרה של היסודות ההקשריים של יחסי הייצוג באמצעות כללים מוחלטים היא מורכבת ובעייתית. במידה רבה, אנו הרי נוטים לחשוב על יחסים ואינטראקציות בין־אישיים כתופעות שמחוץ למשפט ושאוּלי אף לא ראוי להחיל עליהן כללים משפטיים. עם זאת, לדעתי, יש בשתיקה של כללי סדר הדין (ושל כללי האתיקה) בהקשר זה כדי להעיד על תפיסה המעדיפה את הפן ה'מקצועי' שביחסים אלה ומתעלמת מהחשיבות של אלמנטים בין־אישיים.

ככלל, בית המשפט אינו מתערב ביחסים המקצועיים בין עורך־הדין ללקוח,⁵¹ וגם במקרים המעטים שבהם נדרש בית המשפט לדרון בסוגיות הנוגעות ליחסים אלה הוא נמנע מלהתייחס ליסודות הבין־אישיים שלהם. דוגמה אחת היא הסוגיה של סיום יחסי הייצוג בפני בית המשפט: מרגע שהחלה שמיעה של תיק בבית המשפט, עורך־הדין אינו רשאי להפסיק את הייצוג אלא בהסכמת בית המשפט.⁵² בדונו בבקשות של עורכי־דין לסיום הייצוג בית המשפט נותן משקל לשיקולים רבים, ובכללם אינטרס הציבור ובזכו הזמן השיפוטי שייגרם מסיום הייצוג, זכותו של הנאשם לבחור את עורך־דינו וזכותו של עורך־הדין לא לייצג כשאין הוא מקבל את שכר טרחתו. בתי המשפט אף מתייחסים לבעייתיות הנובעת מחיוב של עורך־דין להמשיך לספק שירות אישי כשאין ברצונו לעשות זאת. עם זאת, הן

50 עקרון הייצוג בהליך המשפטי מעלה שורה ארוכה מאוד של סוגיות וקצרה היריעה מלדון בכולן במסגרת זו. בין היתר, עקרון הייצוג מעלה שאלות בנוגע לאוטונומיה של המתדיין ולהיקפה של הזכות להשתתפות בהליך המשפטי.

51 יש כמה תחנות מוגדרות בהליך, בייחוד בהליך הפלילי, שלגביהן נקבע בכללים כי בית המשפט יכול לפנות לנאשם באופן ישיר ולהסביר לו את זכויותיו (סעיף 145 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי) או את תוכנו של כתב האישום (סעיף 143 לחוק זה). אולם, ככלל, בית המשפט סומך את ידיו על עבודתו של עורך־הדין וההליך מתנהל על בסיס ההנחה שהייצוג המשפטי הניתן הוא ראוי והולם. לאחרונה חל שינוי מסוים בגישתו של בית המשפט ויש נטייה גוברת להתערב ביחסי הייצוג במסגרת תביעות רשלנות של לקוחות כנגד עורכי־דין. בעבר שלטה גישה של התערבות מועטה והימנעות מבחינת שיקול הדעת המקצועי של עורך־הדין; לאחרונה אפשר למצוא פסקי דין שבהם בית המשפט בוחן את טיב הייצוג ואת המידה שבה עורך־הדין משתף את הלקוח. לדוגמה, בע"א 3966/05 גולדברליט נ' שבת, דינים עליון 2007(1) 441 (2007) קבע בית המשפט כי הבחירה של עורך־הדין באסטרטגיה מסוימת לניהול התיק מחייבת יידוע של הלקוח. בת"א (מחוזי חי') 907/05 מרקו נ' איילון חברה לביטוח בע"מ, דינים מחוזי 2010(139) 118 (2010) נפסק כי עורכי־דין שהסכימו להעביר את הדיון בתביעה שהגישו בשם הלקוח לפסים של דיון לפי סעיף 79א לחוק בתי המשפט חבים כלפיו ברשלנות, משום שלא הסבירו לו את משמעות ההליך ובכך יש משום פגיעה באוטונומיה, מפני שהלקוח זכאי לכך שעורך־הדין יפרוש בפניו את מלוא השיקולים הכרוכים בהסכמה לדיון לפי סעיף 79א.

52 בהקשר זה חלים כללים שונים בנוגע לייצוג בהליך אזרחי ובהליך פלילי. ככלל, הכללים בנוגע לשחרור מייצוג בהליך פלילי מחמירים יותר. ראו תקנה 473 לתקנות סדר הדין האזרחי; סעיף 17 לחוק סדר הדין הפלילי.

במקרים שבהם לא התיר בית המשפט שחרור מייצוג והן במקרים שבהם הוא התיר זאת אין התייחסות ליסודות הבין-אישיים הנובעים מהסיטואציה של המשך יחסי הייצוג גם כשאחד הצדדים ואפילו שניהם אינם מעוניינים בהם עוד (לדוגמה, היכולת של עורך-הדין והלקוח להמשיך לתקשר בצורה עניינית ומועילה).⁵³

גם בכללי האתיקה החלים על עורכי-דין אי-אפשר למצוא התייחסות מהותית למאפיינים הבין-אישיים וההתייחסותיים של הקשר עורך-דין-לקוח. כללי האתיקה מורים כי עורך-דין ייצג את לקוחו בנאמנות ובמסירות; הם מסדירים עניינים כמו שכר טרחה, חובת סודיות או ניגוד אינטרסים; אולם אין בכללים עיסוק בשאלות ספציפיות הנוגעות למהות הקשר של עורך-הדין עם הלקוח. מצד אחד עורך-הדין הוא שלוחו של הלקוח ופועל עבורו בנאמנות; מן הצד האחר עורך-הדין הוא בעל המקצוע, בעל הידע ובעל האפשרות לפעול בשדה המשפטי. הקורא בכללים יתקשה למצוא בהם סימן לאופן שבו יש להתמודד עם השאלות המורכבות שמעלה הסיטואציה הזו ברמה הבין-אישית – שאלות לגבי יחסי כוח ומעמד, לגבי שליטה או מעורבות רגשית.⁵⁴ מעניין לראות כי דווקא ביחס לקשרים אחרים – במיוחד הקשרים

53 במקרים רבים בקשות לשחרור מייצוג מוגשות על ידי עורכי-דין כדרך לגרום לערכאה הדיונית לשנות החלטות הנוגעות ליומן הדיונים, במיוחד בתיקים שבהם בית המשפט מורה על שמיעת ראיות מיום ליום. לפיכך, במקרים אלה נראה כי הכרעת בית המשפט והסירוב לשחרר עורכי-דין מייצוג נובעים מכך שבית המשפט אינו מאמין לכנות הבקשה. ראו, לדוגמה, בג"ץ 4689/94 יצחק נ' צמח, פ"ד מח(5) 70 (1994); ע"פ 4865/09 פלדמן נ' בית המשפט המחוזי תל-אביב, דינים עליון 2009 (66) 132 (2009). יש גם מקרים שבהם אין ספק בכנות הבקשה, למשל בע"פ 7335/05 הסנגוריה הציבורית, מחוז נצרת והצפון נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 346 (2005). במקרה זה דן בית המשפט העליון בערעור של הסנגוריה הציבורית על סירוב של הערכאה הדיונית לשחררה מייצוג של נאשם שסירב לשתף פעולה עם עורכי-הדין שמונו לו משום שרצה להיות מיוצג על ידי עורך דין פרטי "מן השורה הראשונה". בית המשפט העליון שחרר את הסנגוריה הציבורית מהייצוג מן הטעם שלפיו משהוסברה לנאשם זכותו להיות מיוצג, וכל עוד הוא מסרב לשתף פעולה עם עורכי-דין, אין טעם בכפיית הייצוג. מעניין לראות כי גם בית המשפט העליון, ששחרר את הסנגוריה מן הייצוג, וגם הערכאה הדיונית שסירבה לשחררה כאמור, התמקדו בהחלטותיהם בזכות הנאשם להיות מיוצג או בזכות של עורך-הדין לא לייצג נאשם בניגוד לרצונו, אך התעלמו מהשאלות הנוגעות לקיומם של יחסי ייצוג כשהנאשם אינו רוצה בהם, או לקושי של עורך-הדין לייצג את מי שאינו מעוניין בייצוג. טרם קבלת הערעור בבית המשפט העליון פנה עורך-הדין מטעם הסנגוריה הציבורית בשאלתה לוועדת האתיקה של לשכת עורכי-הדין: כיצד על עורך-דין לפעול במהלך הדיון כשהוא מייצג נאשם המסרב לשתף עמו פעולה? האם מותר לו, מבחינה אתית, לשבת בדיון ולא לעשות דבר? גם חוות הדעת של ועדת האתיקה התעלמה מהיסודות הבין-אישיים של הסיטואציה שנוצרה וקבעה כי על עורך-הדין להפעיל את שיקול דעתו המקצועי, מתוך בחינה של טובת הלקוח בנסיבות העניין וללא התייחסות לרצונותיו ולהוראותיו.

54 דוגמה מעניינת בהקשר זה היא מצב של יחסים רומנטיים בין עורך-הדין ללקוח. כללי האתיקה אינם מתייחסים לשאלה זו ובשנת 2006 פרסמה וועדת האתיקה הארצית של לשכת עורכי-הדין חוות דעת שלפיה אין מקום לאיסור אתי על קיום יחסים אינטימיים ובלבד שלא מתקיים ניצול. הוועדה הבחינה בהקשר זה בין היחסים בין פסיכולוג למטופל (שם יש איסור כאמור) לבין יחסים בין עורך-דין ללקוח, שבמסגרתם יכול להתקיים קשר רומנטי ומיני בהסכמה, בלי

של עורך-הדין עם חברו למקצוע – כללי האתיקה מפורטים מעט יותר. כך, הכללים מורים כי עורך-הדין ישמור על יחס של כבוד לבית המשפט ולצד שכנגד,⁵⁵ כי ינהל את החקירה הנגדית בהגינות (בלי לשאול שאלות שמטרתן להטיל דופי באופיו של העד)⁵⁶ וכי יגלה יחס חברי כלפי חברו למקצוע.⁵⁷

אם כן, ראינו כי במידה רבה, הכללים המסדירים את ההליך מתעלמים בשתיקתם מיסודות בין-אישיים מסוימים, אף על פי שהם חלק בלתי-נפרד מהסיטואציה של ההליך המשפטי שהיא סיטואציה אנושית-חברתית. עם זאת, אי-אפשר לומר שהמערכת המשפטית אדישה לטיבן ולמהותן של מערכות היחסים המתנהלות במסגרת ההליך או שהאינטראקציות הבין-אישיות שבהליך נותרות לא מוסדרות. ההפך הוא הנכון. ההליך המשפטי יוצר ומכונן מערכות יחסים בעלות מאפיינים התייחסותיים מסוימים ומדכא את האפשרות לקיומם של מאפיינים אחרים. כך, למשל, הצורך לשמר ולהפגין ניטרליות מצד השופט מעודד התנהלות עניינית ובלתי-מעורבת מצדו ומותיר מקום מועט להבעת רגשות של הזדהות כלפי המשתתפים בהליך. עיצוב האינטראקציות שבהליך מושפע הן באופן עקיף משתיקתם של הכללים (כלומר: מהתעלמותם מיסודות בין-אישיים מסוימים) והן באופן ישיר מכללים (של סדרי הדין או של דיני הראיות) המגדירים, בין היתר, צורות התנהגות ודיבור. במובן רחב יותר, ההליך האדברסרי – המתבסס על גילוי אמת בדרך של ויכוח ושואף להכרעות ברורות – מעודד מעצם טיבו אווירה אנושית מסוימת של לעומתיות, וכחנות וחוסר שיתוף פעולה בין הצדדים. אמנם, בפועל, תפיסה זו של ההליך התעמעמה עם השנים: בבתי המשפט בישראל אנו מוצאים היום הליכים המערבים גם יסודות אחרים, הליכים המעודדים פשרנות או שיתוף פעולה בין הצדדים (למשל בכל הנוגע לגילוי מסמכים ועיון בחומר ראיות); אולם במהותו – ולמרות כניסתם של רעיונות מתחום פתרון הסכסוכים האלטרנטיבי – ההליך נותר כשהיה ומתבסס על אותם עקרונות אדברסריים.

יסוד נוסף בעל השפעה מכרעת על אופייה של הסיטואציה ההליכית הוא הפורמליות הרבה המאפיינת את ההליך בבית המשפט. בית המשפט, במיוחד בהשוואה למסגרות אחרות בישראל, יוצא-דופן במידת הרשמיות והטקסיות המאפיינת את המתרחש בו. הצורך במדי משפט, בקימה לכבוד השופט או בפנייה אליו כ'בית המשפט' – כולם משדרים מסר ברור שלפיו הסיטואציה באולם בית המשפט היא סיטואציה מיוחדת, מכובדת ורשמית. כל הנכנס לבית המשפט יודע כי הדברים מתנהלים שם על פי כללים וקודים מסוימים, שונים מהכללים החלים מחוץ לבית המשפט. ההיררכיה היא ברורה: יש מי שמחזיק בכוח ובסמכות לקבל

שהדבר יפגע בקשר ובשירות המקצועי שמעניק עורך-הדין. ועדת האתיקה קבעה כי החשש האפשרי לניגוד עניינים או לפגיעה בכבוד המקצוע אינו מצדיק איסור גורף על קיום יחסים מסוג זה – איסור שיש בו משום פגיעה ניכרת באוטונומיה ובחירות של עורך-הדין ושל הלקוח. ראו דרור ארד-אילון "יחסים אינטימיים עם לקוח" אתיקה מקצועית 17, בעמ' 1 (2006).
55 כללים 23, 32 ו-33 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 (להלן: כללי האתיקה).

56 כלל 38 לכללי האתיקה.

57 כלל 26 לכללי האתיקה. יש בכללים פרק שלם המיוחד ליחסים בין עורך-דין לחברו למקצוע, ובכלל זה הנחיות בדבר קבלת עניין שבטיפולו של עורך-דין אחר ופיתרון מחלוקות בין עורכי-דין.

הכרעות, יש מי שמחזיק ביכולת להיות משתתף פעיל בשיח המשפטי ויש מי שאין לו קול.⁵⁸ ההליך המשפטי מעמיד במרכז את בעלי המקצוע – המשפטנים. הדבר בא לידי ביטוי, למשל, בצורת הישיבה באולם, במדי המשפט (המבחנים בין עורכי-הדין ליתר המשתתפים) ובאופן ברור ביותר בשפה ובשיח המשפטיים. לשפה המשפטית כללים ומאפיינים משלה, למשל: שימוש בלטינית ובמילים ארכאיות, שימוש בסגנון מליצי וכדימויים ומתן משמעות שונה למילים רגילות.⁵⁹ מאפיינים אלה משפיעים על יכולתם של לא-משפטנים להבין את השיח המשפטי או להשתתף בו בצורה בעלת משמעות.⁶⁰

גם לדיני הראיות השפעה על טיבה של התקשורת באולם בית המשפט. על פי רוב, המידע יימסר בבית המשפט באמצעות עדות, כלומר: על דרך של מענה לשאלות של עורכי-הדין או של בית המשפט.⁶¹ בכך, מלכתחילה, הנרטיבים הנמסרים מעוצבים במידה רבה ומוכתבים על ידי הצד השואל. נוסף על כך, דיני הראיות עצמם מכתבים מגבלות על תוכן העדויות ואלה מונעות שיח חופשי. המגבלה הבולטת ביותר היא הדרישה למסור רק מידע שהוא רלוונטי מבחינה משפטית, אך אפשר למנות גם את האיסור לחזור על דברי אנשים אחרים או המניעה להעיד על התרשמות של העד מתגובות של אחרים לאירועים המתוארים. במיוחד נראה שהאופי הלא-כרונולוגי והמפוזר של מסירת העדות – פעמים רבות לא ניתן לעד לספר על השתלשלות העניינים כפי שהוא עצמו רואה אותה, וכללי הרלוונטיות מציבים התחלה וסיום שהם צרים יותר מהחוויה של המעיד – הוא שמבריל אותה מהשיח היום-יומי. כתוצאה מכך, כפי שכתב דמסקה, "there is relatively little an"

58 על האופן שבו ההליך הפילי פועל להעלמת קולם של נאשמים ראו Alexandra Natapoff, *Speechless: the Silencing of Criminal Defendants*, 80 N.Y.U.L. Rev. 1449 (2005); לגבי קרבנות עברה ראו ליאורה בילסקי "אלימות האלם: ההליך המשפטי בין חלוקה לקול" עיוני משפט כג 421 (2000).

59 לדיון כללי במאפייני השפה המשפטית ראו Susan Berk-Seligson, *The Bilingual Courtroom: Court Interpreters in the Judicial Process* 12-25 (2d ed, 2002); David Mellinkoff, *The Language of the Law* (1963).

60 לדוגמה, מחקר על אודות מושבעים מצא כי הם מתקשים להבין במלואן את ההוראות שבית המשפט נותן להם, בין היתר בשל מאפיינים של השפה המשפטית כגון משפטים ארוכים או מורכבות קונספטואלית. ראו Robert P. Charrow & Veda R. Charrow, *Making Legal Language Understandable: A Psycholinguistic Study of Jury Instructions*, 79 Colum. L. Rev. 1306 (1979); Joel D. Lieberman & Bruce D. Sales, *What Social Science Teaches Us About the Jury Instruction Process*, 3 Psychol. Pub. Pol'y & L. 589 (1997). במקום אחר נכתב על שלוש בעיות אפשריות הנובעות מהשימוש בשפה משפטית: בעיה של תקשורת, בעיה של כפייה (משום שניתן להשפיע על אנשים לומר דברים שהם אינם מתכוונים להם) ובעיה של טראומה (גרימה של סבל מיותר בהליך). ראו John Gibbons, *Forensic Linguistics: An Introduction to Language in the Justice System* 228 (2003).

61 עם זאת, חשוב לציין כי במקרים רבים, בעיקר מתוך מגמה של ייעול הדיון, עדויות נמסרות בדרך של תצהיר. על פניו התצהיר מאפשר מסירה חופשית יותר של הנרטיב של העד, אולם גם השימוש בכלי זה מעלה בעיות בכל הנוגע לשיתוף העד שכן תצהירים נערכים על ידי עורכי-הדין.

untutored person can extrapolate from his or her ordinary life experience that can⁶² be used in forensic proof-taking without much lawyerly intermediation. קיימים יסודות נוספים רבים העשויים להשפיע על אופייה של הסיטואציה בבית המשפט. כך, למשל, העומס על בתי המשפט והצורך בייעול הדיון יכולים להיות בעלי השפעה שהיא לא פחותה מהשפעתם של עקרונות מושרשים של השיטה האדברסרית. מובן שגם לאופי של כל שופט ושל כל בעל דין ועורך־דין יש כדי להשפיע על טיב האינטראקציות הבין־אישיות. התמונה שתוארה עד כה אינה מלאה; עם זאת, וככל שהדבר נוגע למבנה ההליך ולמערכות היחסים שהוא שואף ליצור, אפשר לציין כמה מסקנות. ראשית, היחסים בהליך מתאפיינים ברשמיות ובא־סימטריה, בעיקר בציר היחסים שבין השופט לבין יתר המשתתפים (אולם במקרים רבים גם ביחסים בין עורכי־דין ללקוחות). יחסי הכוח בציר זה הם ברורים ומכתיבים במידה רבה את התנהגות הצדדים. נוסף על כך, יש בפורמליות ובהקפדה על חזות ניטרלית כדי ליצור מעין חוסר־כנות ביחסים במצב שבו מנעד שלם של רגשות ושל יסודות התייחסותיים אינו מוכר על ידי ההליך (הדוגמה של דיני פסלות שופט מראה כיצד גם ניסיונות להציף יסודות אלה ולהביא להכרה בקיומם נתקלים פעמים רבות בסירוב של בית המשפט). עוד מתאפיינת הסיטואציה ההליכית בנוקשות, שכן מעצם טיבה היא מנוהלת על פי פרוטוקולים קבועים מראש, המכתיבים את מהלך הדיון ואת סדר שמיעת הראיות. ההליך מתנהל בצורה הטובה ביותר כשאין סטיות מסדר הדברים המקובל והנהוג, ובמקרים רבים ההליך מתקשה להתמודד עם סטיות כאלה (כגון התפרצויות רגשיות או, מהצד האחר, שתיקה או היעדר שיתוף פעולה עם ההליך⁶³). מבחינה בין־אישית, הדבר מצמצם את מגוון ההתנהגויות שהן מקובלות ורגילות ומביא לקטלוג של חריגות ממנעד זה כהתנהגויות לא רצויות ואף אסורות.

אם נשוב לאלמנטים ההתייחסותיים שנזכרו בחלק הקודם (תקשורת, אמפתיה, הדדיות), אחד המאפיינים הבולטים בסיטואציה ההליכית הוא היעדר הדדיות בין המשתתפים. זאת, גם משום שמטרתו של ההליך היא עיסוק בצדדים עצמם (ולא בשופט או בעורכי־הדין) וגם משום שמבנה ההליך נותן לשחקנים מסוימים (משפטנים) עדיפות על פני אחרים (לא משפטנים). ככל הנוגע לשופט, הרי הוא נדרש לשמר אי־מעורבות וריחוק, במיוחד בהליך האדברסרי. ככל שהשופט אכן מושפע מהתכנים העולים בהליך או מהאינטראקציות שלו עם המשתתפים, הוא אינו אמור לתת לכך ביטוי חיצוני. במאמרו "על השופט" כתב ברק כי ניטרליות אין משמעה אדישות למצוקותיהם של המתדיינים או לערכים העומדים בבסיס המחלוקת ביניהם,⁶⁴ אולם נראה כי מדובר בחבל דק מאוד שעליו השופט אמור להלך – בין הצורך האנושי בהבעת אמפתיה והזדהות (או כל תגובה רגשית אחרת) לבין הצורך לשמר

62 Mirjan R. Damaska, Evidence Law Adrift 11 (1997), וראו גם עמ' 91-92. לסקירה של תשע מגבלות שדיני הראיות האמריקניים מטילים על שיחם של עדים ראו William M. O'Barr & John M. Conley, *Litigant Satisfaction Versus Legal Adequacy in Small Claims Court Narratives*, 19 Law & Soc'y Rev. 661, 666 (1985).

63 ראו, לדוגמה, יופי תירוש "על שתיקה במשפט בסרט 'לאהוב אותך מאז' " מעשי משפט ג 257 (2010).

64 אהרן ברק "על השופט" המשפט ו-265 (2001).

חזות לא מעורבת ומקצועית.⁶⁵ היעדר ההדריות בהליך בא לידי ביטוי גם באופני התקשורת במהלכו (המשפיעים על האינטראקציה גם בין עורכי־דין ללקוחות). ככלל, השיח מנוהל על ידי בית המשפט ונותן עדיפות לבעלי המקצוע. השיח המשפטי, הן מבחינת המבנה והן מבחינת הלוגיקה הפנימית שלו, מחייב את המשתתפים לשנות מדרכי הביטוי המקובלות מחוץ לסיטואציה המשפטית ולהתאים את עצמם לכללים החלים בתוכו. השינוי הזה משפיע הן על אופייה של השיחה והן על תכניה. כמו כן, למשפטנים קל יותר להסתגל לשינויים אלה מאשר למשתתפים שאינם משפטנים. כך, חלק מהמשתתפים בהליך יתקשו בפעולה הבסיסית ביותר ביצירת היקשרות בין־אישית – הפעולה של תקשורת ושיחה.

עד כה הצגתי שני היבטים של האופן שבו כללי הפרוצדורה מתמודדים עם מערכות היחסים המתקיימות בהליך המשפטי: היבט אחד מתבטא בשתיקה ובהתעלמות של הכללים מיסודות בין־אישיים מסוימים מתוך ניסיון לעמעם את קיומם; ההיבט האחר מתבטא בהסדרה ישירה או עקיפה של מערכות היחסים, באופן שיוצר ומעודד אינטראקציות בעלות אופי מסוים (פורמלי, א־סימטרי וכו'). סקירה זו מעלה שאלה מרכזיות: מה המשמעות, אם בכלל, של כינון יחסים בעלי מאפיינים מסוימים מחד גיסא ושל ההתעלמות מיסודות התייחסותיים אחרים מאידך גיסא? האם הדבר משרת מטרת מסוימת? האם יש מחיר או תועלת להעלמתם של מאפיינים התייחסותיים מסוימים ולהדגשתם של מאפיינים אחרים? לשאלות אלו אפנה בפרק הבא.

ד. על חשיבותו של הקשר הבין־איש במשפט

בהמשך לשאלות שהוצגו אפשר לשאול מדוע חשוב לחשוב על טיבן של מערכות היחסים בהליך המשפטי? ניתן לחשוב על תשובות בשלושה רבדים: הראשון מתייחס למשתתפים בהליך, השני מתייחס להליך עצמו, ולאכיזותיו ומטרותיו, והרובד השלישי מתייחס להשפעה של המשפט ברמה רחבה יותר, במובן התרבותי־חברתי (מובן כי חלוקה זו אינה הרמטית; כפי שיודגם לעיל יש חפיפה מסוימת בין הרבדים).

נתחיל מהרובד הנוגע למשתתפים בהליך, שנראה ברור מאליו וגם המובן ביותר. בפשטות, אפשר לומר כי טיבן של מערכות היחסים בהליך הוא משמעותי משום המקום המרכזי שיחסים ואינטראקציות בין־אישיות ממלאים בחייו של כל אדם. כפי שתוארתי לעיל, היחסים עם הסובבים אותנו הם בעלי השפעה מכרעת על הרווחה האישית ועל הדימוי העצמי שלנו. באופן ספציפי, טיבם של היחסים בתוך ההליך המשפטי יכול להיות בעל משמעות מיוחדת משתי סיבות עיקריות: ראשית, משום שההליך המשפטי הוא במקרים רבים אירוע משמעותי עבור המשתתפים בו ולתוצאותיו השפעה מכרעת על חייהם; שנית, משום שבית המשפט הוא מוסד ציבורי ולכן היחס המוענק בו משרד למשתתפים מסר חשוב על אודות מעמדם כאינדיבידואלים בעלי ערך וחוכיות בחברה. אכן, המחקר בתחום הפסיכולוגיה של ההליך מראה, פעם אחר פעם, שאנשים מייחסים חשיבות רבה לאופן שבו מתנהלים הליכי הקבלה של החלטות הנוגעות להם. נוסף על כך, המחקר מראה כי לא רק שהערכים המבססים את

65 לאחרונה, עם הגידול הניכר במספר המשתתפים הלא־מיוצגים בהליכים משפטיים, מתחדד המתח בין הדרישה לניטרליות לבין הצורך של שופטים לסטות מן הנהוג כדי ליתן את ההסברים והסיוע הדרושים למתדיינים אלה.

ההליכים המשפטיים הם בעלי חשיבות מכרעת לאופן שבו אנשים מרגישים כלפי ההליכים שבהם השתתפו – ערכים אלה עשויים להיות לא פחות חשובים מהתוצאה שאליה הוביל ההליך. בניגוד לאמונה הרווחת, שלפיה אנשים באים לבית המשפט רק כדי לנצח, המחקר האמפירי מראה כי לאנשים יש שיפוט מורכב לגבי הליכים משפטיים שבהם השתתפו. אנשים פונים לבית המשפט בשביל יותר מכסף, ולכן ההערכה שלהם את ההליך המשפטי תלויה באופן שבו ההליך עונה על צרכים מגוונים שלהם – למשל, צורך בהכרה, בנקמה, במידע או בנחמה. מחקרים על אודות תובעים בנזיקין מראים, לדוגמה, כי תובעים רבים פונים לבית המשפט כדי לאלץ את הצד השני להתנצל או לספק מידע על האופן שבו התרחש העוול (תאונה, טעות רפואית).⁶⁶ לכן, התשובה לשאלה 'מה מתדיינים רוצים' היא מורכבת.⁶⁷ לענייננו חשוב כי מרבית הערכים שאנשים מזהים כמאפיינים הליך הוגן, וגורמים לאנשים לחוש שההליך שבו השתתפו היה צודק וראוי, הם ערכים בין-אישיים, הנוגעים לאופן שבו התנהלה הסיטואציה ההליכית וליחס שקיבלו ממקבל ההחלטה.

במשך השנים עסק המחקר בתחום הפסיכולוגיה של הצדק ההליכי בקריטריונים של ההליך, באופן שבו הם משפיעים על שביעות רצונם של המשתתפים ובתפיסתם של המשתתפים את ההליך כהוגן.⁶⁸ כיום אפשר לדבר על ארבעה קריטריונים שנמצאו כמשפיעים ביותר על החוויה של המשתתף: קול (או השתתפות), ניטרליות, אמון ויחס מכבד (במובן של respect).⁶⁹ בהקשר זה, 'קול' מתייחס להזדמנות של המתדיין להציג את הטענות שלו לפני שמתקבלת החלטה בעניינו. זה אחד הקריטריונים בעלי ההשפעה המכרעת ביותר על חוויית המתדיינים. אנשים רוצים לספר את הסיפור שלהם – אולם בכך אין די, בעיקר משום שאנשים רוצים

66 ראו, לדוגמה, Deborah R. Hensler, *The Real World of Tort Litigation*, in EVERDAY, PRACTICES AND TROUBLE CASES 155 (Austin Sarat et al eds., 1998).

67 ראו, לדוגמה, Tamara Relis, "It's not about the Money!": A Theory of Misconceptions of Plaintiffs' Litigation Aims, 68 U. PITTSBURGH L. REV. 701 (2007); Sally Engle Merry & Susan S. Silbey, *What Do Plaintiffs Want? Reexamining the Concept of Dispute*, 9 JUST. SYS. J. 151 (1984); Judith Resnik, Dennis E. Curtis & Deborah R. Hensler, *Individuals Within the Aggregate: Relationships, Representation, and Fees*, 71 N.Y.U.L. REV. 296, 358-59 (1996).

68 בראשיתו, ובהשפעת עבודתם של חלוצי התחום Walker ו-Thibaut, התמקד המחקר בערך של שליטה באופן הניהול של ההליך ובאופן ההצגה של הראיות. הערך של שליטה ביטא תפיסה אינסטרומנטלית של החשיבות של ערכים הליכיים וביטא את ההנחה שאנשים אכפת מדרך ניהול ההליך משום שזו דרכם להשפיע על התוצאה. מאוחר יותר השתנתה נקודת המוצא, כשהערכים הליכיים נתפסו כבעלי משמעות אבסולוטית בפני עצמם וללא קשר להשפעתם ההליך על התוצאה. ראו John Thibaut & Laurens Walker, *A Theory of Procedure*, 66 CALIF. L. REV. 541 (1978); Tom R. Tyler, *Conditions Leading to Value-Expressive Effects in Judgments of Procedural Justice: A Test of Four Models*, 52(2) J. PERS. & SOC. PSYCHOL. 333 (1987).

69 לדיון מפורט יותר בארבעת האלמנטים ראו Nourit Zimmerman & Tom R. Tyler, *Between Access to Counsel and Access to Justice: A Psychological Perspective*, FORDHAM URB. L.J. 473, 487-89 (2010).

שיקשיבו לסיפורם. למשתתף חשוב לראות כי מקבל ההחלטה מיחס חשיבות לדבריו ושוקל אותם (ואכן נמצא כי מתן הזדמנות להשמיע טענות באופן שאין בו כדי להשפיע על מקבל ההחלטה עשוי אף ליצור אפקט שלילי אצל משתתפים בהליך⁷⁰). ניטרליות ואמון – שניהם קריטריונים הנוגעים לאופן שבו המשתתף בהליך מעריך את מקבל ההחלטה, את השופט. למתדיינים חשוב שמקבל ההחלטה יהיה נטול פניות ושיקבל את ההחלטה בהסתמך על החלה עקיבה של כללים ברורים וללא קשר לעמדות אישיות. בכך, הממצאים מאששים את התפיסה הקלאסית של ניטרליות שיפוטית. עם זאת, נמצא כי בהערכתם את מקבל ההחלטה, חשובות לאנשים גם שקיפות וכנות באופן קבלת ההחלטה וכן הבעה של אכפתיות ועניין כלפי כל המעורבים בהליך. מבחינה זו, הממצאים מדגישים שוב את המורכבות הנדרשת משופט בהתנהלותו מול מתדיינים. לבסוף, למשתתפים חשוב לקבל יחס מכבד: חשוב להם להרגיש כי הרשות שעמה הם באים במגע מתייחסת בכבוד ראש לבעיותיהם ורואה אותם עצמם כבעלי ערך ומשמעות. לכן אפשר לומר, על סמך ארבעת הקריטריונים הללו, כי לערכים התייחסותיים – ובמיוחד לתקשורת וליחס מכבד – יש השפעה מכרעת על החוויה של המשתתפים בהליך. באופן עקיף, כפי שהמחקר הפסיכולוגי מראה, לערכים אלה יש השפעה גם על הנכונות של מתדיינים לכבד את ההחלטה שאליה הגיע בית המשפט ואף על האמון שהם רוחשים למוסד זה.⁷¹ מעניין לציין, כי המחקר הפסיכולוגי בתחום מתמקד בעיקר בחוויות של מתדיינים – אך לא באלו של שופטים ועורכי־דין – בניסיון להבין אלו הליכים נתפסים בעיניהם כהוגנים; אולם, מנקודת מבט התייחסותית מובן שליסודות בין־אישיים בהליך יש השפעה גם על המשתתפים האחרים בו. לכן, יהיה זה מעניין לבחון איך יסודות מסוימים משפיעים על החוויות ואף על שביעות הרצון והרווחה של עורכי־דין ושל שופטים. נראה כי עצם העובדה ששאלות אלו אינן זוכות לתשומת לב רבה במחקר יש בה כדי להעיד על מידת ההצלחה שבה הוטמעה התפיסה הקלאסית של בעלי המקצוע במשפט. ברור, אם כן, כי הפן ההקשרי של ההליך משפיע על הפרטים המשתתפים בו, אולם אני מבקשת לטעון טענה רחבה יותר, שלפיה יש לפן ההקשרי משמעות מבחינת ההליך עצמו (הרובד השני). היחסים שההליך מכונן משפיעים על אופיו של ההליך, על האופן שבו הוא משקף את המציאות האנושית שמאחורי השאלות המשפטיות ועל האופן שבו הוא מתמודד עם מציאות זו. בהמשך לכך, הפן ההקשרי הוא משמעותי אף מבחינת ההשפעות של המשפט במעגלים שהם רחבים יותר מאלה של הצדדים הישירים להליך – מעגלים הנוגעים להשפעות החברתיות־תרבותיות של המשפט (הרובד השלישי).

מבחינה תאורטית, ההתבוננות בפן הבין־אישי של ההליך יכולה לסייע לנו, כחוקרים של ההליך, להבין טוב יותר את ההליך, את האופן שבו הוא פועל ואת הדינמיקות המתקיימות במהלכו, ויש בה כדי לחשוף רבדים ומעגלי השפעה שהמשפט שואף לעתים לטשטש. הדבר

Tom R. Tyler, Kenneth A. Rasinski & Nancy Spodick, *Influence of Voice on Satisfaction With Leaders: Exploring the Meaning of Process Control*, 48(1) J. PERS & SOC PSYCHOL. 72 (1982)

Tom R. Tyler & Kenneth Rasinski, *Procedural Justice, Institutional Legitimacy, and the Acceptance of Unpopular U.S Supreme Court Decisions: A Reply to Gibson*, 25 LAW & SOC'Y REV. 621 (1991)

מצריך כמובן מחקר נוסף, אולם נראה כי בפרספקטיבה ההקשרית יש כדי לשפוך אור על תופעות ושאלות מגוונות הנוגעות להליך. כך, למשל, נראה כי ההכרה במנעד הרחב של רגשות אצל שופטים ביחס למושאי שפיתם יכולה לשפוך אור על סוגיות הנוגעות לאופן שבו שופטים מפעילים את שיקול הדעת שלהם, על הגורמים המשפיעים עליהם בתהליך השיפוט ועל הטיות אפשריות בתהליך זה. דוגמה אחרת לאופן שבו התבוננות בפן ההקשרי יכולה לקדם את המחשבה על ההליך נוגעת לשאלה של השתתפות מתדיינים בהליך המשפטי. נהוג לחשוב כי השתתפות באמצעות עורך־דין היא טובה יותר הן למתדיין (שכן עורך־הדין ישיג עבורו תוצאות טובות יותר ממה שישגי בעצמו) והן למערכת המשפט ולניהול ההליך.⁷² אולם, אם נחשוב על השתתפות בהליך מנקודת מבט בין־אישית נראה הבדל משמעותי בין השתתפות ישירה לבין השתתפות באמצעות עורך־דין: הבדל זה בא לידי ביטוי כמובן בחוויה של המשתתפים בהליך (הרוברד הראשון) אך גם בסוג האינפורמציה המובאת לפני בית המשפט, באופן שבו ההליך מייצג ומתמודד עם הסכסוך המשפטי והמציאות שמאחוריו (הרוברד השני) ואף באופן שבו ההליך מבנה ערכים של השתתפות דמוקרטית או פתרון סכסוכים (הרוברד השלישי). אם כן, נקודת המבט ההקשרית מוסיפה שכבה נוספת להבנה שלנו את הערך של השתתפות בכך שהיא חושפת מעגל של אינטרסים שהוא רחב יותר מהאינטרס המשפטי וכולל אינטרסים הנוגעים לחוויה של המשתתפים בהליך, לאופן שבו הם רואים את ההליך ואת המשתתפים האחרים או לאופן שבו ההליך מתאר את הסכסוך העומד במרכזו. כל זאת, כאמור, ברמה התאורטית של חקר ההליך.

ברמה המעשית, טענתי היא כי לאופי של הסיטואציה ההליכית מבחינה בין־אישית יש השפעה משמעותית על טיבו של ההליך ועל אופיו, ולכן השאלה אלו מערכות יחסים יוצרים יסודות פרוצדורליים מסוימים היא שאלה שיש לתת עליה את הדעת בעיצובם של הליכים משפטיים. מבנה, ובהקשר זה ההסדרה של מערכות היחסים, משפיע בהכרח על התוכן והמשמעות שההליך מייצר. לאופייה של הסיטואציה הפרוצדורלית השפעה מכרעת על התכנים העולים בהליך, ולפיכך גם על האופן בו ההליך מגדיר את הסכסוך ואת השאלות המשפטיות שבמרכזו, ואף על התוצאות אליהן הוא מוביל. כפי שהראיתי, הדגש על פורמליות ומבנים נוקשים יש בו כדי לצמצם את מנעד האינטראקציות הבינאישיות וכדי למנוע קיומה של תקשורת חופשית, או זרימה חופשית של מידע (מידע אודות עובדות, אודות רצונותיהם וצרכיהם של המשתתפים ועוד). יש לכך כמה משמעויות ערכיות. ראשית, באופן שבו מוגדרות האינטראקציות בהליך יש כדי לשמר את יחסי הכוח בהליך ואף להדיר חלק מן המשתתפים, משום שההליך מגדיר מראש משתתפים מסוימים כבעלי כוח רב יותר ויכולת גדולה יותר להשתתף ולהשפיע.⁷³ שנית, השאלה אלו צורות של השתתפות – של

72 Russell Engler, *Connecting Self Representation to Civil Gideon: What Existing Data Reveal About When Counsel is Most Needed*, *FORDHAM URB. L.J.* 37 (2010)

73 איריס יאנג כתבה על שתי צורות אפשריות של הדרה בתהליכים של קבלת החלטות. הדרה חיצונית: "that keeps some individuals or groups out of the fora of debate or processes of decision-making, or which allow some individuals or groups dominative control over what happens in them" "the terms of discourse make כאשר: assumptions some do not share, the interaction privileges specific styles of expression,

ביטוי, של קשר – יכולות להתקיים בהליך משפיעה על האופן שבו יצירת המשפט בהליך משקפת ערכים ואינטרסים של החברה:

The more general the language and the greater the degree of audience participation, the greater the possibility that the law can be shaped by and will be responsive to, a more broadly defined community interest.⁷⁴

לכסוף, יש בבחירה להדגיש ערכים התייחסותיים מסוימים בהליך כדי להשפיע ברמה התרבותית הרחבה ביותר:

The process through which law is administered models many of our micro-interactions: "Let's hear both sides of the story," we tell our squabbling children. "I am owed an explanation," we tell an offending supervisor, or colleague, or even a lover [...] No moment is more prominent or important than the ceremony of social transformation that marks our dispute-ways. As in other cultures, modern disputing process and institutions reflect the deeply held normative values, authority relations, and metaphysics of the society that produced them.⁷⁵

דברים דומים, שיש בהם משום הפנמה של תוכנות התייחסותיות, באים לידי ביטוי בכיקורת שמתחה התנועה לפתרון סכסוכים אלטרנטיבי על הליכי שיפוט מסורתיים. על פי הביקורת, הישענות על טיעונים רצינאליים מכתובה ראה צרה של הסכסוך ועשויה למנוע הגעה לפיתרון מהותי שישרת את הצדדים, והתנהלות אדברסרית מגבילה את יכולתו של השופט להבין את המורכבות של הסכסוך (בין היתר משום שמעודדת הסתרה של מידע והיעדר שיתוף פעולה בין הצדדים). במידה רבה, הליכים אלטרנטיביים אכן נשענים על הצורך ליתן מקום נכבד יותר לערכים התייחסותיים, והדבר בא לידי ביטוי מיוחד בתורת המשפט הטיפולית. תנועת הרפורמה הטיפולית, השואבת ממדעי ההתנהגות ומתחומים טיפוליים, מקדמת הליכי שיפוט שמטרתם להשיג תוצאות טיפוליות חיוביות עבור המשתתפים בהם. כך, לדוגמה, בבתי המשפט לסמים הרווחים היום בארצות-הברית, מיישמים גישה זו בכך שהם שואפים להציע חלופה טיפולית שנותנת מענה לבעיה של התמכרות לסם העומדת בשורש עברות פליליות רבות (הן עברות של שימוש בסמים והן עברות נלוות). הליכים כאלה, המציעים למעשה תכנית טיפולית שמחליפה את הסנקציה הפלילית, מאופיינים ברמת פורמליות נמוכה, בשילוב של אנשי מקצוע מטפלים בהליך, במעורבות גבוהה של

Iris Marion Young, ראו "the participation of some people is dismissed as out of order"
INCLUSION AND DEMOCRACY 52-53 (2002)

Lynn Mather & Barbara Yngvesson, *Language, Audience, and the Transformation of Disputes*, 15 LAW & SOC'Y REV. 775, 797 (1981)

CHASE, לעיל ה"ש 38, בעמ' 46.

השופט ובהתמקדות בצרכים ובאינטרסים (ופחות בנורמות משפטיות).⁷⁶ תנועה המשפט הטיפולי מציבה במרכזה את השופט התרפויטי, אשר –

פועל מתוך "אתיקה של דאגה" ולא כמקור סמכות לענישה בלבד [...] השופט התרפויטי פועל יותר כעובד סוציאלי או "מאמן" מאשר כבורר במשמעות של צד שלישי המנהל הליך שפיטה קלאסי. הפסיכיות והשמירה על איפוק שיפוטי שנדרשו לניהול הליך שפיטה קלאסי הומרו בתפקיד השיפוטי התרפויטי באקטיביות ובנקיטת עניין ויוזמה שיפוטיים. נוסף על האינטליגנציה האנליטית שהפעיל השופט בשעת מילוי תפקידו הקלאסי נדרשה ממנו גם אינטליגנציה רגשית. מעלתו של השופט אינה נגזרת עוד אך מיכולתו לתת מענה משפטי לכל סוגיה שהיא באופן רציונלי ושיטתי, אלא גם מיכולתו להתייחס להיבטים פסיכולוגיים וחברתיים הכרוכים בסוגיה שהובאה לפניו ובאדם הקשור בה.⁷⁷

במידה רבה, השינוי שהתורה הטיפולית מציעה באשר לדמותו של השופט מתכתב עם השינויים בדמותו ובתפקידו של האנליטיקאי שנזכרו לעיל. במשפט כמו בפסיכואנליזה, שינויים כאלה מעלים שאלות אתיות ומצריכים זהירות.⁷⁸ אין ספק שההליך הטיפולי מתרחק במידה רבה מהתפיסה הקלאסית של ההליך המשפטי מבחינת מטרותיו ומבנהו; עם זאת, לערכים התייחסותיים יש מנעד רחב, וייתכן ששינויים פעוטים בהרבה מאלה שמציעים אנשי המשפט הטיפולי – כמו, למשל, עיצוב ההליך באופן שיחייב את השופט לאינטראקציה כלשהי עם המתדיינים שלפניו – עשויים לחולל שינוי משמעותי מן ההיבט ההקשרי. במאמר מעניין ויוצא דופן, תחת הכותרת "Faces in the Courtroom", תיאר השופט האמריקני דלזל סיפור ששמע משופט אחר – כיצד באחד התיקים שהיו בטיפוולו, תיק שעסק בספורטאי מצטיין, ישב השופט במהלך שמיעת הטיעונים ותהה מי מהאנשים היושבים באולם בית המשפט הוא התובע בתיק: "I suddenly felt saddened for this fine judge," כתב דלזל במאמר, "I thought, you could not recognize – or even picture in your mind – this disappointed star who brought these stimulating issues before you? He had no face for you? There, I thought, is a pity."⁷⁹ מינויו לשופט, השפיע עליו רבות:

I offer here one judge's view about judging, and, in particular, about a consequence of realizing that in every case there is at least one

76 לעקרונות של תורת המשפט הטיפולי ראו David B. Wexler, *New Directions in Therapeutic Jurisprudence: Breaking the Bounds of Conventional Mental Health Law Scholarship*, 10 N.Y.L. Sch. J. Hum. Rts. 759, 761-62 (1993). על בתי המשפט לסמים ראו ה"ש 8 לעיל.

77 קרני פרלמן "תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי" מחקרי משפט כו 415, 440-439 (2010).

78 לדוגמה, לדיון בדילמות העולות מיישום של תורת המשפט הטיפולי בהליך הפלילי ראו אורנה אליגון דר "המשפט הפלילי כתפיה – אפשרויות ליישום של תורת המשפט הטיפולי" מחקרי משפט כו 491 (2010).

79 Stewart Dalzell, *Faces in the Courtroom*, 146 U. Pa. L. Rev. 961, 962 (1998).

face, and usually more, who not only looks at what we judges do, but is profoundly and personally affected by our actions.⁸⁰

הדוגמה שהביא דלזל מעידה על העלויות הטמונות בניתוק הבין-אישי שאליו עשוי להוביל ההליך המשפטי, על הסכנה שבראיית אבסטרקטים במקום אנשים ועל הצורך לראות את בני האדם שניצבים מאחורי הסוגיות המשפטיות. במידה רבה, זו תמצית החשיבות של הקשר הבין-אישי במשפט.

ה. סיכום: מחשבות על ההליך כמערכת יחסים

הליכים משפטיים ממלאים פונקציות רבות. כפי שביקשתי להראות, הליכים משפטיים – אולי לפני הכול – יוצרים אינטראקציות בין-אישיות. הנכנס לאולמות בתי המשפט ימצא בהם סיטואציות אנושיות כמעט מכל סוג – רגעים דרמטיים וקומיים, רגשות עזים, הרמת קול, בכי, כעס או הומור. המשפט מתמודד עם מגוון כה רחב של מקרים, נוגע בחייהם של בני אדם ברגעים קשים וטובים, ועושר מגוון זה בא בהכרח לידי ביטוי בהליך. לכן, יהיה זה יומרני לנסות ולצייר תמונה מלאה של מה שכינתי 'מערכות היחסים בהליך המשפטי'. באותה מידה יהיה זה קשה לנסות ליתן תשובה ברורה לשאלה 'אלו מערכות יחסים על ההליך המשפטי ליצור? האם ההליך הוא אתר מתאים לכינון של יחסים מעוררי צמיחה? ליצירת סיטואציות בעלות אופי טיפולי? שמא חשוב דווקא לשמר את הפורמליות, הלעומתיות או הנוקשות שמאפיינות את ההליך הקלאסי (שהן עצמן מייצגות סוג מסוים של יחסים), משום שבאמצעותן נשמר את מעמדה של הרשות השופטת, נגן על זכויות של מתדיינים או נוכל להגיע לגילוי האמת? האם ניתן וראוי להסדיר אלמנטים הקשורים, שהם מטיבם מורכבים ונזילים, באמצעות כללים נוקשים ככללי סדר הדין? גם שאלות אלה תישארנה פתוחות לעת עתה.

השאיפה בחיבור זה צנועה יותר. ביקשתי להאיר את 'ים היחסים' שבתוכו מתנהל ההליך, את המארג הסבוך של יחסים ואינטראקציות שמהם הוא מורכב. מבחינה זו, הפרספקטיבה ההקשרית חושפת ושמה במרכז הדיון גם רגשות וגילויים בין-אישיים שלרוב אינם מקבלים התייחסות במסגרת התאוריה הקלאסית של ההליך. הפרספקטיבה ההקשרית מראה עוד כי אף על פי שהספרה המשפטית מתקיימת במידה רבה סביב סיטואציות של סכסוך (או סיום של מערכות יחסים), יש חשיבות ותועלת במחשבה עליה דרך נקודת מבט הקשרית.⁸¹ אולם השינוי המרכזי שנקודת המבט הבין-אישית מביאה אינו דווקא בהצפה של גילויים בין-אישיים שנתפסים לרוב כזרים למשפט. השינוי המרכזי שמצריך אימוץ של פרספקטיבה

80 ש.ם.

81 ליישום מעניין של גישה הקשרית במשפט הפרטי ראו את מאמרו של חנוך דגן, הבוחן את האופן שבו דיני ההשבה מגנים ומקדמים ערכים מסוימים של קשר בין-אישי ומערכות יחסים מסוימות. Hanoch Dagan, *Restitution and Relationships*, 92 B. U. L. REV. 1035 (2012). Jennifer Nedelsky, *Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy and Law* (2011). לדוגמה מתחום הדיון הפיליפי ראו הדר דנציג רוזנברג ודנה פוגין, "כשהאהבה כואבת: על דילמת ההתחשבות בבקשתן של נשים החיות בצל אלימות להקל בענישת הפוגע" מחקרי משפט כו 589, 605 (2010).

הקשרית טמון במעבר ממחשבה על ההליך, או על המשפט, כמונחים של אינדיבידואלים למחשבה על ההליך כמונחים של קשר. אין הכוונה כמובן שאין עוד מקום למחשבה על כל פרט ופרט בפני עצמו, או אפילו על זכויותיהם של פרטים; אלא שיש ליתן תשומת לב רבה יותר לאופן שבו הפרטים משפיעים זה על זה, לאופן שבו הם יוצרים התקשרויות או למשמעות של המקומות שבהם לא נוצרות התקשרויות כלל. מובן שיש 'עלויות' להדגשה של ערכים בין-אישיים במשפט – למשל, עלויות הנוגעות להגנה על זכויות הפרט (כפי שמדגימה הסוגיה של השתתפות ישירה בהליך אל מול השתתפות באמצעות עורך-דין); אולם הגישה ההקשרית מבקשת להראות שיש מנעד רחב יותר של ערכים וזכויות הראויים להתייחסות ולדיון במסגרת ההליכית. באופן מעניין, דווקא ההתמקדות בקשרים – במה שמחבר בין אנשים – בסופו של דבר מביאה, לתפיסתי, לראייה מלאה יותר של כל אחד מהמשתתפים בקשר כאדם. כתבתי קודם על המפנה ההתייחסותי בתאוריה הפסיכולוגית, ואפשר לחשוב על מעבר דומה גם בהקשר המשפטי – מעבר מהתמקדות באוטונומיה של הפרט (המתקשרת עם הרעיון של היפרדות) להתמקדות בפרט כחבר במשפחה, בקהילה, כמנהל קשרים עם אחרים, מעבר להכרה בחשיבות המשפטית של קשרים אלה.⁸² כפי שכתבה רובין ווסט, על פי הליברליזם המשפטי בני האדם נפרדים זה מזה מבחינה פיזית, ולכן מעריכים את האוטונומיה שלהם וחוששים מפני היטמעות וקרבה רבה מדי עם האחר. על פי ווסט, אלה הערכים הרשמיים של החברה הליברלית. לעומת זאת, התאוריה הביקורתית של המשפט מספרת סיפור שונה, שעל פיו בני האדם אמנם מופרדים זה מזה מבחינה פיזית אך הדבר שנובע מכך הוא חשש מפני בדידות וניכור, וכמיהה לקשר.

While liberal culture officially and publicly claims that we love our autonomy and fear the other, subjective life belies this claim. Subjectively, and in spite of the dominant culture's insistence to the contrary, we long to establish some sort of human connection with the other in order to overcome the pain of isolation and alienation which our separateness engenders.⁸³

האדם הוא יצור חברותי מעצם טיבו ובלתי-אפשרי לנטרל את השאיפה של אנשים לקשר ולהיקשרות או ליחס מיטיב מצד הסובבים אותם. אם ניקח עובדה בסיסית זו באופן רציני בחשבוננו על ההליך המשפטי, יהיה בכך כדי ליצור תובנות חדשות – אך גם שאלות חדשות – לגבי האופן שבו הליכים פועלים, לגבי השפעתם על המשתתפים בהם ולגבי הסיפור שהם מספרים עלינו כחברה.

82 ראו, לדוגמה, MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW (1990).

83 .Robin West, *Jurisprudence and Gender*, 55 U. CHI. L. REV. 1, 12 (1988)