

**בין קפקא לקנט:
קריאה ראשונית בפסקי-הדין הפליליים
של דפנה ברק-ארז
תגובה לפתח דבר מאת דפנה ברק-ארז:
"לשים את האדם במרכז – על מקומו של האדם במשפט"**

מאת
ז'זה ברונר*

ממאמרה של דפנה ברק-ארז "לשים את האדם במרכז" נושבת רוח קנטיאנית חזקה, שבאה לידי ביטוי בהדגשים שונים לכל אורכו. הטקסט של ברק-ארז מקיף ענפי משפט שונים ונוקט עמדה בנושאים רבים, אך בכולם הוא מבליט את חשיבות ההגנה המשפטית על כבוד האדם, דורש התייחסות לדמותו המלאה של הסובייקט המשפטי ולזכותו לממש עצמו, ודוחה באופן מוחלט יחס אינסטרומנטלי-פונקציונלי אל האדם.¹ לדוגמה, ברק-ארז מדגישה בהקשר ספציפי זה שדיני העבודה מופקדים על הגנת העובדים מפני התייחסות אליהם כאל אמצעי ייצור בלבד. ברוח קנטיאנית ניתן לחוש לא רק כאשר ברק-ארז דנה בזכויות, אלא גם כאשר היא עוסקת בחובות: היא מדגישה שהאוטונומיה של הרצון היא לא רק ראויה להגנה, אלא גם מהווה בסיס להטלת אחריות משפטית במצבים שבהם אנשים בוחרים בחירות רעות, כאלה שפגעו בטוב החברתי.

ברק-ארז מסיימת את מאמרה עם התייחסות למשל הידוע "לפני החוק" של פרנץ קפקא. כפי שהיא מסבירה, "זהו סיפורו של אדם שאינו יכול להיכנס דרך שער החוק, אף שהשער פתוח לכאורה, מאחר שבפתח ניצב שומר החוסם את דרכו. לבסוף, לאחר שנות חיים של המתנה, ממש לפני מותו של האיש, השומר נפנה לסגור את השער ומסביר לזקן את מעשיו: 'הכניסה הזאת נועדה רק לך, עכשיו אני הולך לסגור אותה'".² ברק-ארז מסיימת את מאמרה בקביעה ש"מערכת משפטית תקינה אמורה להבטיח כי האדם שהמשפט נועד למענו לא יישאר מחוץ לשערי".

אין תמה שגם משפטנים וגם פילוסופים בולטים נדרשו למשל של קפקא, אשר מעמיד "בן כפר" פשוט מול שומר-סף בלתי-מתפשר של החוק.³ תמונתו הספרותית העזה של קפקא

* פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן ומכון כהן להיסטוריה ופילוסופיה של המדעים והרעיונות, אוניברסיטת תל-אביב.

1 לדיון נרחב ומעמיק בגישתו של קנט למשפט ראו: ARTHUR RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009).

2 ראו פרנץ קפקא המשפט 205-206 (אברהם כרמל מתרגם, 1992).

3 ראו, למשל, ולטר בנימין וז'אק דרידה לביקורת הכוח / תוקף החוק (רסלינג, 2006); Robin West, Authority, Autonomy, and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political

מעוררת את דמיוננו, וגם את הרגש שלנו, על-ידי הצבתו של אדם מול שער החוק מבלי שיקבל את מבוקשו עד ליום מותו. היא מעמידה לא רק את האדם מול החוק, אלא גם את הקוראים מול דמותו של אדם אשר שואף כל חייו למשהו ואינו משיגו. מדוע האיש אינו מנסה את מזלו למרות הלאו של השומר? לחלופין, מדוע הוא אינו עוזב את שער החוק כדי לחזור על עקבותיו אל כפרו? מדוע הוא נשאר כל חייו ישוב מלא תקווה אך ללא מעש? האם קפקא בא ללמד אותנו על הצורך להיות פעילים ולהיכנס דרך שער פתוח למרות אזהרות או שמא הוא בא ללמדנו על חוסר היכולת שלנו להשיג את תכלית חיינו? האם הוא מערער על ההשלכות המשתקות של הצבת תכליות נשגבות או שמא הוא מגן על הכרחיותן? האם הוא מבקש לחשוף את החוק כאשליה או להעמידו כמוחלט? כדרכם של משלים, גם זה של קפקא אינו עונה על שאלות אלה, אלא משאיר מרחב לפרשנויות מגוונות.

המשל של קפקא הינו הקטע היחיד מספרו הבלתי-גמור **המשפט** (Der Prozess) שקפקא פרסם בנפרד בכתב-עת, ולכן הפרשנים מרבים להתייחס אליו כאל טקסט שעומד בזכות עצמו. אך עלינו לזכור שהמשל מופיע בהקשר של הסיפור המורכב והמפותח בהרבה של יוסף ק', אשר בוקר אחד מתעורר כנאשם ובסוף מוצא להורג. הוא ניצב בפני מערכת משפטית לא-שקופה שמנהלת משפט ללא רחמים וללא כללים ברורים, כאשר רק דבר אחד ברור: יוסף ק' אשם. כך נוצר מתח מפתיע ובלתי-פתור בין שתי תפיסות חוק. בניגוד למשל, העוסק בחוק כמשהו נשגב, בלתי-מושג ומוחלט, שהאדם שואף אליו כל חייו, המשפט שמופיע בספר אינו זוהר ומרוחק, אלא פעיל ותוקף, ובשום פנים ואופן אינו יכול להיחשב תכלית שראוי לשאוף אליה. בסופו של דבר שני הגיבורים מתים, גם האיש מהכפר וגם יוסף ק', אבל האיש מהכפר מת מבלי שהגיע לחוק, ואילו יוסף ק' מוצא להורג על-ידי שליחי בית-המשפט. מה רצה קפקא להביע על-ידי המתח שהטקסט שלו יוצר בין החוק (Gesetz) לבין המשפט (Prozess) במובן המעשי של המילה? גם לתשובה אפשרית לשאלה זו לא נמצא רמז בטקסט של קפקא, והיא פתוחה לכל הפרשנויות האפשריות. עם זאת, אין ספק שמתח זה נמצא בלב-ליבו של חיבורו של קפקא, ובתגובתי על מאמרה של ברק-ארז ברצוני ללכת בעקבותיו.

בניגוד לקפקא, ברק-ארז לא כתבה משל סתום, אלא מאמר בהיר על החוק ויחסו לאדם. אומנם, גם מאמרה מתמקד בצד הנשגב של המלאכה המשפטית, הבא לידי ביטוי ביחסו של המשפט (במובן הכולל של המושג) אל האדם כתכלית, ובמעין תשובה לקפקא היא תובעת כי כל מי שמבקש לבוא בשעריו של החוק יוכל להיכנס אליו ולזכות בהגנה על ייחודיותו. אך יש לשים לב שמאמרה של ברק-ארז לא נכתב כחיבור של חוקרת משפט המתבוננת על העשייה מהאקדמיה, אלא כשופטת העוסקת במשפט הלכה למעשה. אף-על-פי-כן החלטתי ללכת בעקבות קפקא בהתמודדותי עם מאמרה של ברק-ארז, ולהעמידו באותו הקשר שבו העמיד קפקא את המשל שלו בספרו: בהקשר של המשפט הפלילי, שאליו אין בני-האדם באים מרצון בדרך-כלל כדי לקבל הגנה, אלא מובאים באזיקים. פניתי לקרוא את פסקי-הדין בערעורים פליליים שכתבה ברק-ארז מאז התמנתה לשופטת בבית-המשפט העליון,

Visions of Franz Kafka and Richard Posner, 99 HARV. L. REV. 384 (1985–1986);
RICHARD POSNER, *LAW AND LITERATURE: A MISUNDERSTOOD RELATION* (3rd ed., Harvard
University Press 1988)

במאי 2012. רציתי לברוק כיצד כתיבתה העקרונית-האקדמית לכתב-עת מחקרי משקפת את מלאכת השפטיטה שלה. כלומר, רציתי להשוות את ברק-ארז החוקרת – שהייתה עמיתתי בפקולטה למשפטים במשך שנים רבות – לברק-ארז השופטת, ובעקבות קפקא החלטתי להתמקד בהקשר הפיליילי דווקא. בתגובה קצרה זו ברצוני לשתף את הקוראים בתובנות שאליהן הגעתי דרך קריאה ראשונית של פסקי-הדין הפילייליים שכתבה. כאשר מחפשים פסקי-דין שניתנו בהליכים שבהם ישבה ברק-ארז למן שנת 2012, מגיעים ליותר מ-500 תוצאות. אם מתמקדים רק בערעורים פילייליים, וביניהם רק באלה שברק-ארז עצמה כתבה את פסקי-הדין בעבור ההרכב, המספר מצטמצם בצורה משמעותית, אך עדיין מרשים ביותר. כיצד מתיישבת אם כן העמדה העקרונית הקנטיאנית של ברק-ארז עם מלאכתה של השופטת ברק-ארז? ראשית, בהגיעי אל שערי פסקי-הדין שלה – אל פתחי דבריה, שדרכם הקוראים נכנסים לפסקי-הדין שלה – ציפתה לי הפתעה. לא רק שלא נתקלתי בשפה שמטרתה לשמור על החוק מפני מי שמבקש להיכנס, אלא מצאתי מעין הזמנה. במקום הפניות מורכבות וקשות לפיצוח לפסקי-דין קודמים, לערכאות ולהליכים שמהם הגיע התיק לבית-המשפט העליון, בשערי פסקי-הדין הפילייליים של ברק-ארז מוצבת בדרך-כלל שאלה שמבהירה לקורא בשפה פשוטה ובהירה, שאותה יבין גם "בן כפר", את הסוגיה שפסקי-הדין עוסק בה. לדוגמה: "מה צריך להיות דינו של אדם שדקר את אשתו, על רקע רצונה להיפרד ממנו, וגרם לה לפציעות קשות? זו הייתה השאלה שעמדה במרכז הערעור שבפנינו." ⁴ דוגמה נוספת: "מה צריך להיות עונשו של המערער, שהיה מעורב מרכזי בניהול התשתית האזרחית של ארגון החמאס במזרח ירושלים? שאלה זו נדונה בפנינו בערעור זה הן בהתייחס למעשים שבהם הורשע המערער והן בהשוואה לעונשיהם של מעורבים אחרים בפרשה זו, שערעורם נשמע בנפרד." ⁵ דוגמה אחרונה: "האם יש מקום להקל בעונשו של המערער, אשר סייע לאירוע של ירי בחפים מפשע, בכך שהסיע למקום האירוע קטין מבני משפחתו המורחבת אשר החזיק באקדח ואף ירה בו? כל זאת, בנסיבות שבהן אירוע הירי הסתיים, למרבה המזל, ללא פגיעות בנפש. זו השאלה שבה התבקשנו להכריע." ⁶

בניגוד למשפט שקפקא מתאר בספרו, ברק-ארז מבהירה היטב כיצד היא רואה את השאלה העומדת לפני בית-המשפט העליון. מכיוון שהתבהר לי במהלך הקריאה כי יש שיטתיות בכך ששערי פסקי-הדין של ברק-ארז נפתחים בשאלה פשוטה, השתאיתי כאשר הגעתי לפסקי-דין שלא נפתח בדרך זו, אלא בלשון תיאורית. תהיתי: מדוע אין כאן שאלה? בסופו של דבר תשובתי היא כי לנוכח המציאות המזעזעת שמולה ניצב בית-המשפט במקרה זה, נגמרו לברק-ארז השאלות:

"בילוי לילי של שתי נערות בטבורה של עיר, מסתיים בחוף ים חשוך כשאחת מהן קרובה לעלפון, עירומה בפלג גופה התחתון וחבולה בגוף ונפש והאחרת

4 ע"פ 6842/14 פלקה נ' מדינת ישראל, פס' 1 לפסקי-הדין (פורסם בנבו, 24.9.2015) (להלן: עניין פלקה).

5 ע"פ 2550/14 חמדייה נ' מדינת ישראל, פס' 1 לפסקי-הדין (פורסם בנבו, 13.10.2015).

6 ע"פ 6520/14 בוקאעי נ' מדינת ישראל, פס' 1 לפסקי-הדין (פורסם בנבו, 30.4.2015).

מוטלת על הקרקע במצב של אובדן חושים. מצב דברים זה, שנראה כלקוח מחלום בלהות, הוא המציאות של הערעורים שלפנינו.⁷

ככל שהתעמקתי בפסק-דין זה, הבנתי שכאן החליטה ברק-ארז לא רק לוותר על ניסוח שאלת הפתיחה הקבועה, אלא גם על תיאור ממשי ומפורט של המקרה שהובא לבחינתו של בית-המשפט. נדמה שפסק-הדין מבקש להעביר את הזוועה דרך שתיקה. אף שהדבר לא נאמר בצורה מפורשת, ברור לכל שבפתח פסק-הדין מתוארות קורבנות של אונס ברוטלי. נדמה גם שדרך שתיקתה ברק-ארז חסה על כבודן של הקורבנות, שהיא אינה רוצה להוסיף על האונס האכזרי שבוצע בהן גם "אונס עלי נייר". עם זאת, גם בפסק-דין זה מופיעה שאלה במקום בולט, אם כי הפעם השאלה אינה פונה אל הקוראים, אלא אל אלה שהיו נוכחים בראשית ביצוע הפשע ולא נטלו אחריות, כלומר, אל מי שהיו יכולים למנוע את שאירע אך לא עשו זאת:

"המערערים ביצעו מעשי פשע חמורים, ועליהם ייענשו. לצד אחריותם המלאה למעשיהם, הטרירו אותי – מאז נחשפתי לראשונה להתגלגלותה של הפרשה – האירועים שקדמו לליל הבלהה של המתלוננת וחברתה בחוף הים, ליד הקיוסק בכיכר העיר. מפסק דינו של בית המשפט קמא, למדנו את העובדות הבאות: קודם ללקיחתן של שתי הנערות לחוף הים, בעל כורחן, הן ישבו ושתו אלכוהול בכיכר העיר, לצידי של קיוסק פתוח. ניכר היה כי הן שתויות וחברתה של המתלוננת אף הקיאה. בשלב מסוים הן החלו להיות מוקפות בכמה בחורים מבוגרים מהן. בסופו של דבר נהדפו אל תוך מכונית כשהן הלומות חושים. עיון ברו"ח הפעולה של השוטר שגבה עדות מעובדי הקיוסק... מלמד כי אלו הבחינו בשכרותן של הנערות ובחוסר יכולתן להתנגד. כל האירועים הללו קרו בכיכר, כאשר במקום נוכחים, כך ניתן היה ללמוד, אנשים נוספים. היכן היו אנשים אלה? כיצד זה מראה של נערות קטינות השרויות במצב של עלפון חושים ומצוקה גופנית לא הביאו אף אדם להושיט להן עזרה, ולו על דרך הזעקת המשטרה למקום? כיצד נהדפו אל תוך מכוניות בבלי דעת מבלי שאף אחד ראה או מצא לנכון להתעניין בנעשה? שאלות מטרידות אלה נותרו ללא מענה. איננו יכולים לקבוע קביעות עובדתיות לגבי אירועים אלה שלא עמדו במרכז הדיון וממילא לא התבררו. לכאורה, ואולי יש לקוות שכך הוא (מבחינת המשמעות של הדברים), חלק מן המראות לא נקלטו אצל הנוכחים בקרבת מקום. אין לדעת כמובן. עם זאת, תוצאת הדברים היא ששתי נערות הותקפו כאילו היו על אי בודד, למרות שלאמיתו של דבר הגיעו למצב זה לאחר ששהו במצב של מצוקה בטבורה של עיר ואם, ונלקחו משם בעל-כורחן, מבלי שאף אחד מן הסובבים מודה בפני עצמו מה מתרחש בסביבתו הקרובה. ברקעם של הדברים מהדהד הציווי המוסרי והמשפטי: 'לא תעמוד על דם רעך'.⁸

יש לציין שפסק-הדין שותק בפתחו לא רק לגבי פרטי הפשע שהוא נאלץ לדון בו, אלא גם לגבי מקום הפשע. הוא אינו מזכיר את שמה של ה"עיר ואם" שבה התרחש, והוא

7 ע"פ 1484/10 אבו חאמד נ' מדינת ישראל, פס' 1 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 22.10.2012) (להלן: עניין אבו חאמד).

8 שם, פס' 35 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

גם אינו מתייחס לזהות הלאומית או האתנית של האנשים, שאותה מסגירים שמותיהם של הנאשמים. מדוע ברק-ארז שותקת לגבי מרכיבים רבים כל-כך ששופטים אחרים אולי לא היו נמנעים מלהתייחס אליהם? מה ניתן ללמוד משתיקותיה לגבי הקהל שברק-ארז פונה אליו בפסקי-הדין שלה? ואל מי היא פונה בשאלות המופיעות בראשית פסקי-הדין שלה או בלב-ליבה של ההכרעה? האם שאלות אלה פונות אל עמיתיה, אל הנאשמים, אל הקורבנות של המעשים הפליליים שבהם היא עוסקת כשופטת? נדמה ששאלותיה ושתיקותיה של ברק-ארז חושפות שפסקי-הדין שלה פונים לא רק אל מלומדי המשפט והעוסקים במלאכת המשפט; שהם מנהלים דיאלוג לא רק עם הערכאות הנמוכות יותר, עם תקדימים ועם עמדותיהם של שופטים אחרים; ושהם אומרים את דברם לא רק אל מי שענייניהם התבררו לפניה. פסקי-הדין של ברק-ארז מופנים אל החברה כולה – אל "בן הכפר", כלשונו של קפקא, השואף אל המשפט כאל משהו נשגב. אך ב-בזמן שברק-ארז כותבת אל כלל הקוראים, מתברר גם שאין לה עניין רב לתקשר עם הנאשמים. אלה מופיעים בדרך-כלל בפסקי-הדין שלה כבני-אדם שהשתמשו לרעה באוטונומיה שלהם, בחופש הבחירה שניתן להם, ועל-כן עליהם לשאת בעונש. הם פגעו בגוף, בנפש ובחופש הבחירה של אחרים ואחרות, הם זלזלו בכבודם של בני-אדם אחרים, ועל כך יש לגמול להם כעת במלוא חומרת הדין:

"לאחרונה ציינתי, בהקשר של עברייני מין הפוגעים במספר קורבנות כי: 'כל המציל נפש אחת כאילו הציל עולם ומלואו, והפוגע במספר נפשות במתכוון ייתן על כך את הדין בהתאם'... הדברים יפים גם לענייננו. אכן, אין זו דרכה של ערכאת הערעור למצות את הדין כאשר היא מקבלת ערעור שהוגש על קולת העונש. גם שיקול זה צריך לעמוד נגד ענייננו. בעשותי כן, אני מציעה להשית על המערער עונש מאסר בפועל של חמש עשרה שנים – ויודגש כי אני סבורה כי מלכתחילה היה מקום להטיל על המערער עונש חמור בהרבה."⁹

מובן שהדוגמות המעטות המובאות כאן מפסקי-הדין הרבים שברק-ארז כבר הספיקה לכתוב אינן יכולות לייצג את פסיקתה בכללותה. מדובר בקריאה ראשונית בלבד. עם זאת, יש לציין כי לא מצאתי בפסיקתה הפלילית התייחסות לנאשמים כאל מי שנגררו למעשיהם על-ידי הנסיבות, כאל מי שהיו בעצמם קורבנות של אחרים או כאל מי שתיקיהם הגיעו לבית-המשפט העליון בעקבות תהליך קפקאי שבו נגרם להם עוול על-ידי מערכת כזו או אחרת. כאשר מוצאים בפסקי-הדין של ברק-ארז דיאלוג עם דמויות שהן חלק מסיפור המעשה, הוא מתנהל בדרך-כלל עם הקורבנות. אין ספק שהאמפתיה שלה נתונה להם. ברק-ארז מכירה בפגיעותם, בגורלם האכזרי, בהחלשתם על-ידי החברה הרחבה האדישה ועל-ידי הסביבה הקרובה הכוחנית:

"המערער לא רק נהג במתלוננת באלימות קשה, אלא דרס את כבודה ואת רצונה כאדם, וכידוע: רצונו של אדם – כבודו. למעשה, לעבירות אלימות הנעברות על רקע החלטתה של אשה להיפרד מבן זוגה נודעת חומרה יתרה. הן מבוססות על הנחה של 'אין מוצא' – תוך קליעתה של הקורבן לכרירה אכזרית בין חיים

9 ע"פ 5834/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 39 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בבנו, 20.11.2014) (להלן: עניין פלוני).

באומללות ואלימות לבין פרידה החושפת לסכנה של משנה אלימות. המדיניות העונשית בתחום זה חייבת להיות מחמירה וברורה.¹⁰

הדגשת רצונו החופשי וכבודו של אדם מאפשרת לנו להבחין שוב ברוח הקנטיאנית הנושבת מדבריה של ברק-ארז. אכן, בפסק-דין אחר ניתן להיווכח כי היא רואה את תפקידה כמתבטא לא רק בהענשת הפושע, אלא גם בהענקת תמיכה לקורבנות, כדי לעזור לשקם את האוטונומיה שלהם שנפגעה. למרבה הפלא, ברק-ארז פוסקת פיצויים לאם ולבתה, אשר נפגעו על-ידי הבעל והאב הברוטלי, אף שהן עצמן נמנעו במכוון מלדרוש אותם. היא עושה זאת מכיוון שהיא מניחה כי מקור הימנעותן בפחד מפני הסובבים אותן, ומפני שהיא משוכנעת כי הן זקוקות לתמיכה כספית כדי להתמודד עם המצב הקשה שאליו הגיעו באשמת הנאשם:

"בסופו של דבר, הגעתי לכלל דעה שיש מקום להשית על המערער גם חיוב בפיצויים – בסך של 100,000 שקל למתלוננת ו-100,000 שקל ל-ח'. אין ספק שנפגעות העבירה זקוקות במקרה זה לפיצויים במידה רבה. יש לזכור כי ככל שמדובר בהליך הפלילי, חרף האופי האזרחי של הפיצויים, לא נשלל מהם לחלוטין הפן הקשור בהליך הפלילי, המתאפיין בכך שניהולו נעשה על-ידי הפרקליטות. אמנם, בטרם ניתן גזר הדין קורבנות העבירה לא דרשו פיצויים, ואף ביקשו שלא לקבלם, ככל הנראה בשל לחץ (גלוי או סמוי) המופעל עליהן. על כל פנים, ניתן להבהיר אפוא שפסיקת פיצויים זו אינה מבטאת את רצונן המפורש, כפי שהובע על ידן, ככל שהבהרה זו דרושה להן במישור החברתי (עניין שיש כמובן להצטער עליו). במבט הצופה פני עתיד, אני סבורה שראוי להבטיח כי עמדת הקורבנות בשאלת הפיצוי תזכה לכירור עובר לדיון בערעור, ככל שהסוגיה צפויה לעלות בו."¹¹

לסיכום, פניתי לפסקי-הדין הפליליים של ברק-ארז כדי לבדוק מהן ההשלכות המעשיות של תפיסתה המשפטית העקרונית, שאותה היא מפרטת במאמרה תחת הכותרת "לשים את האדם במרכז". מצאתי חלוקה ברורה בין קורבן לעבריין, בין חזק לחלש, בין מי שמשתמש בכוחו לרעה לבין מי שנפגע על-ידי כוח זה בגופו ובנפשו, בין היתר על-ידי אובדן האוטונומיה. נדמה שברוך-כלל ברק-ארז מטילה את מלוא האחריות הפלילית על כתפיו של הנאשם – אם הוא אכן נמצא אשם – ונראה שלדידה הסיבה המרכזית שבגינה על מערכת המשפט להענישו היא שהוא השתמש לרעה באוטונומיה שלו כדי לפגוע באוטונומיה של אחרים. במרכז תפיסתה הפלילית לא מצאתי שיקולי הרתעה, ואף לא שיקולי שיקום, אלא את הצורך והחובה להראות כי מערכת המשפט תגן על כבוד האדם מפני הפוגעים בו. ברק-ארז השופטת כותבת את פסקי-הדין שלה בשם העיקרון שחברה תקינה אינה יכולה לשאת שבני-אדם הרומסים את כבודם של אחרים יישארו ללא עונש הולם. מדובר בתפיסת גמול שמטרתה להשיב צדק לעולם.¹²

10 עניין פלקה, לעיל ה"ש 4, פס' 13 לפסק-הדין.

11 עניין פלוני, לעיל ה"ש 9, פס' 42 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

12 תפיסה זו מכונה "גמול אקספרסיבי". ראו, למשל: Joel Feinberg, *The Expressive Function of Punishment, in DOING AND DESERVING: ESSAYS IN THE THEORY OF RESPONSIBILITY* 95 (Princeton: Princeton University Press 1970); Jean Hampton, *An Expressive Theory*

ניתן לומר שגם במאמרה וגם בפסקי־הדין הפיליליים שלה ברק־ארז מקדמת תפיסה משפטית הבנויה על עיקרון נשגב. עם זאת, פסקי־הדין שלה לא רק פותחים את שעריהם ל"בן הכפר" המבקש לקרוא בהם, הם גם פונים אליו ומדברים איתו בלשון פשוטה, בניגוד גמור לשומר־הסף במשל של קפקא, שנהג לדבר עם בן הכפר "כדרכם של אדונים רמי מעלה". ובניגוד לספר של קפקא, במלאכה המשפטית המעשית של ברק־ארז אי־אפשר למצוא פרקטיקה הסותרת את הכתיבה העקרונית שלה. להפך, בשניהם ניתן לחוש באותה רוח קנטיאנית אשר מעמידה את האדם במרכז כתכלית אך גם מטילה עליו עונש כבד אם הוא בוגד בתכליתו ופוגע באחרים.

