

## הרהורים על סכנות משפט ותרבות\*

מאת

אלון הראל\*\* ויאיר לורברבוים\*\*\*

מאמר זה הוא מאמר תורת משפטי אשר בוחן בחינה ביקורתית את העמדה של משפט ותרבות כפי שהיא משתקפת בכתיבתו של פרופסור מאוטנר בספרו "משפט ותרבות". ספר זה טוען סדרה של טענות בדבר מהות המשפט, כולל הטענה כי המשפט אינו חיצוני לתודעת השופטים אלא הוא פרי של התרבות המשפטנית המקצועית – התרבות הנוצרת ומתקיימת בבתי המשפט ובקהילות המשפטיות וקובעת את תודעתם של השופטים. המשפט מאופיין על-ידי מאוטנר כ"מערכת תרבותית נבדלת" או כ"תרבות המשוקעת ומופנמת בתודעותיהם של המשפטנים".

אנו טוענים כי אין להבין את המשפט מבלי להבין כי חלק ניכר מתפקידו הוא לרסן את הגחמות של הקהילה השיפוטית ובכללן את הגחמות המעוגנות בתודעת השופטים ובתרבותם המקצוענית הנבדלת או את הגחמות הנובעות מן התודעה או התרבות המשפטית.

העובדה שאכן תרבות המשפטנים משפיעה על המשפט איננה הופכת את התרבות לכשעצמה בשום פנים ואופן לחלק מן המשפט. שהרי גם בעלה של השופטת וגם מזוג האוויר באולם בית המשפט והאקוסטיקה של בית המשפט עשויים להשפיע על ההחלטה השיפוטית מבלי להיות חלק מן המשפט. יש להבחין אפוא בין הקביעה השיפוטית (הקביעה הנעשית על-ידי השופט), המושפעת מן התודעה (או התרבות) של השופט, לבין הקביעה המשפטית (זו הצריכה להנחות את השופט). לאמתו של דבר, הגם שתורתו של השופט משפיעה (כעניין סיבתי) על המשפט באופנים רבים, תרבותו של השופט או תודעתו לכשעצמה כמו גם התרבות המשותפת של המשפטנים ותודעתם איננה חלק מן המשפט כלל וכלל משום שאין היא בבחינת טעם משפטי או הצדקה משפטית לאימוץ כלל או נורמה משפטית או להחלטה משפטית כלשהי. המשפט, במילים אחרות, הוא בראש ובראשונה מערכת נורמטיבית מובחנת בעלת כללי משחק משלה אשר נועדה ליצור חיץ בין המשפטי ללא משפטי, ובכך לבלום – או למנוע

\* אנו מודים ליובל איילון, לחנוך דגן, לדרור גנון, לאוריאל פרוקצ'יה ולאסף שרון על הערותיהם המצוינות. חלקים 2, 3, 5, 6 נכתבו בעיקרם על-ידי אלון הראל; חלק 4 נכתב בעיקרו על-ידי יאיר לורברבוים; חלקים 1 ו-7 נכתבו במשותף. עם זאת, שני הכותבים סומכים את ידיהם על כל מה שנכתב במאמר זה.

\*\* פרופסור אלון הראל, הקתדרה על-שם פיליפ ואסטל מיוזק, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים והמרכז לרציונאליות האוניברסיטה העברית בירושלים.

\*\*\* יאיר לורברבוים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן.

במידת האפשר – את זליגת תרבותו של השופט או התרבות המשותפת הייחודית לקהילת השופטים (שהן עובדות חוץ-משפטיות) אל פסק הדין גופו. בחינה שיטתית של המשפט מנביעה את המסקנה כי בין המשפט לבין תרבות השופטים ותודעתם קיים קונפליקט עמוק, ודווקא קונפליקט זה הוא בעל חשיבות עצומה להבנת המשפט. אי-אפשר להבין את המשפט מבלי להבין כי הכללים המשפטיים מיועדים בראש ובראשונה למנוע מתרבותו של השופט לזלוג אל עבר ההחלטה השיפוטית. בצד טענה מרכזית זו המאמר מצביע גם על קשיים אחרים בספר, ובהם פרשנות שגויה של תורות משפט קלאסיות ושל תורות פרשנות קלאסיות (גדמר). המאמר מצביע גם על האופנים שבהם הבנה אלטרנטיבית של המושג של "משפט ותרבות" יכולה לתרום תרומה חשובה להבנת המשפט מבלי להתחייב לטענות הרדיקליות בדבר מהות המשפט המוצעות על-ידי פרופסור מאוטנר.

1. מבוא. 2. מאוטנר על משפט ותרבות. 3. מה באמת אומרת הגישה של משפט ככללים? א. על סכנת האמביוולנטיות של המושג "כלל"; ב. מקומה של התרבות בתאוריות של משפט ככללים. 4. גדמר והמשפט; א. מבוא; ב. ההרמנויטיקה של גדמר; ג. אמת מול מתודה לפי גדמר; ד. האם הנאורות היא אשליה? ה. האמת של גדמר והמתודה של מאוטנר. 5. על סכנת הגלישה מן הטריטוריאלי אל השגוי. 6. משפט ותרבות: מבט אחרון על המתודולוגיה של מאוטנר. 7. סיכום ומסקנות.

## 1. מבוא

ספרו של מאוטנר הוא ספר עשיר בתובנות תאורטיות כלליות על המשפט כמו גם בבחינת היישומים של תובנות אלה בחברה הישראלית בת-זמננו. במאמר ביקורת זה נתמקד בשאלות התורת משפטיות ובמיוחד בטענה מרכזית של הספר ולפיה: "יש להבין את תהליכי קבלת ההחלטות של שופטים על-ידי ראיית השופטים כממוקמים ופועלים בגדרה של מערכת תרבותית"<sup>1</sup>, ומכאן שיש לבחון את התנהגות השופטים במונחי התודעה המשותפת של קהילת המשפטנים.<sup>2</sup> טענה זו מושתתת על שלושה אדנים: ראשית, מאוטנר מבקר בחריפות זרמים מסורתיים בתורת המשפט ובמיוחד את הזרם הרואה במשפט אובייקט חיצוני לפרשן המשפטי – אובייקט המכונן על-ידי כללים. שנית, מאוטנר נסמך בשיטתיות על תורת הפרשנות של גדמר (Gadamer), המעמידה את הפעילות ההרמנויטית במקום מרכזי ורואה בה את המפתח להבנת הקיום האנושי. שלישית, מאוטנר מבסס את התזה המוצעת באמצעות בחינת הפרקטיקה של בתי המשפט בהיעזרו בדוגמאות רבות מפסקי דין. אנו נבחן בחינה ביקורתית כל אחד משלושה אדנים אלה. את טענתנו העיקרית נגד התזה המרכזית של מאוטנר נפתח בפרק

1 מנחם מאוטנר משפט ותרבות 12 (2008) (להלן: מאוטנר).

2 שם, בעמ' 80.

5. בפרק זה נטען כי מאוטנר גולש מבלי משים מן הטענה (הטריוויאלית והמוסכמת על הכול) שתרבות השופטים זולגת לפסקי הדין שלהם אל עבר המסקנה השגויה כי את המשפט אפשר לתפוס כמערכת תרבותית המשותפת לקהילה המשפטית ותו לא. שעה שמאוטנר סבור כי יש להבין את המשפט כמונחי התרבות של המשפטנים, אנו סבורים כי יש להבין את המשפט דווקא כמחסום הבולם את זליגתה של תרבות המשפטנים אל עבר ההחלטות השיפוטיות.

הניסיון להבין גוף ידע המתיימר לספק תיאור אובייקטיבי של מציאות כמונחים של תרבותם של יצרני הידע הוא ניסיון מוכר בתחומי ידע רבים. אפשר לכנות ז'נר אקדמי זה בשם "תרבות ו"<sup>3</sup>. מטרתו של הז'נר היא לחשוף את חוסר הרציונליות של גוף ה"ידע" הרלוונטי ו/או את התלות של תוכנו של גוף ה"ידע" הזה בפסיכולוגיה ועוד יותר בסוציולוגיה או באידאולוגיה של יצרני גוף הידע.<sup>4</sup> למשל, על-פי תאוריות תרבות ופיזיקה, מדע הפיזיקה איננו משקף את המציאות הפיזיקלית אלא את הגחמות התרבותיות והאידאולוגיות של הפיזיקאים;<sup>5</sup> על-פי תאוריית "תרבות ופסיכולוגיה" הפסיכולוגיה איננה מבע לחוקי הנפש האנושית אלא לתרבותם של הפסיכולוגים.<sup>6</sup>

3 שם זה קיבל את השראתו מן המושג "משפט ו" שהוא שם תואר כולל לתאוריות בין-תחומיות של המשפט כגון משפט וכלכלה, משפט ופילוסופיה ועוד. במשך שנים רבות ניתן קורס בשם "משפט ו" בקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

4 ראו Barry Barnes & David Bloor, *Relativism Rationalism and the Sociology of Knowledge*, in RATIONALITY AND RELATIVISM 21 (Martin Hollis & Steven Lukes eds., 1982) (במאמר זה קובעים המחברים: "Our equivalence postulate is that all beliefs are on a par with one another with respect to the causes of their credibility [...] regardless of truth and falsity the fact of their credibility is to be seen as equally problematic. The position we shall defend is that the incidence of all beliefs without exception calls for empirical investigation and must be accounted for by finding the specific, local causes of their credibility. In all cases [one] will ask, for instance, if a belief is part of the routine cognitive and technical competences handed down from generation to generation. Is it enjoined by the authorities of the society? It is transmitted by established institutions of socialization or supported by accepted agencies of social control? Is it bound up with patterns of vested interest?")

5 דיון קלסי בז'נר זה חושף את הקשר בין פיזיקת הקוונטים לתרבות של הרפובליקה של וימאר, וראו Paul Forman, *Weimar Culture, Causality, and Quantum Theory, 1918-1927: Adaptation by German Physicists and Mathematicians to a Hostile Intellectual Environment*, in 3 HIST. STUD. PHYSICAL (& BIOLOGICAL) SCI. 1 (1971).

6 Kenneth J. Gergen, *Social Psychology as Social Construction: The Emerging Vision*, in THE MESSAGE OF SOCIAL PSYCHOLOGY: PERSPECTIVES ON MIND IN SOCIETY 113, 119 (Craig McGarty & S. Alexander Haslam eds., 1997) ("As these various arguments converged, it became apparent that there is no reading of a 'psychological interior' save through the presumptions one brings to bear. People's actions do not transparently reveal

איננו חסידים של התאוריות האלו לא משום שהתרבות איננה משפיעה על יצרני הידע המדעי, הפסיכולוגי או המשפטי, אלא משום הנטייה של רבים מחסידי תאוריות אלה היא לא להסתפק בטענה הנכונה אך הטריטוריאליה כי המדע מושפע מתרבותם של המדענים, אלא לטעון גם את הטענה הלא טריטוריאליה והמוטעית כי המדע איננו אלא מבע של התרבות המקצוענית של המדענים, וכי את המדע יש לראות בראש ובראשונה דרך הפרספקטיבה של תרבות זו. מקצת ביקורתנו במאמר זה טובה גם (בשינויים המחויבים) לניסיונות אחרים לפתח תאוריות של "תרבות ו".

הפרק השני במאמר זה יציג את עיקרי העמדה של מאוטנר ואת מניעיו לאמצה. הפרק השלישי יבחן את התיאור שהציע מאוטנר לגישת המשפט ככללים. בפרק זה נטען כי מאוטנר מייחס לתאוריית המשפט ככללים טענות גורפות וחזקות אשר אינן משקפות את עמדות הנציגים המובהקים של התאוריות המשתייכות לגישה זו. הפרק הרביעי יבחן את הניתוח של מאוטנר את גדר. טענתנו המרכזית היא כי מאוטנר שוגה בהבנתו את התאוריה הזאת. התאוריה של גדר היא תאוריה על אודות פעולת הפרשנות אך היא איננה מתודה פרשנית ספציפית. תאוריה זו איננה מתיימרת אפוא להנחות שופטים (או פרשנים אחרים) כיצד לפרש אלא מתיימרת לתאר את התהליך הפרשני ככזה (תהא טכניקת הפרשנות אשר תהא). הפרק החמישי יעריך את התרומה האפשרית של גישת המשפט ותרבות – כפי שמאוטנר מאפיין – להבנת המשפט. לתרבות המקצוענית של שופטים וכן לתרבות החברה שבה הם פועלים, כך נטען, יש מקום חשוב בעיצוב התכנים של הנורמות המשפטיות. עם זאת דרך מרכזית וחשובה להבין את המשפט היא לראות בו מערכת נורמטיבית שתפקידה העיקרי הוא לנטרל את התרבות הנבדלת של השופטים (או את התרבות של הקהילה שבה הם חיים) ולמנוע את זליגתה של תרבות זו אל תוך ההחלטה השיפוטית. אספקט נורמטיבי-ביקורתי זה של המשפט, התופס את המשפט כחומה המגנה על ההחלטה השיפוטית מפני התרבות של המשפטן, נעדר לחלוטין מן ההבנה של מאוטנר את המשפט. הפרק השישי והאחרון יחשוף את הכשל המתודולוגי של מאוטנר בניתוח הקשר שבין משפט לתרבות. לטענתנו, המתודולוגיה של מאוטנר לביסוס התזה בדבר היחס בין התרבות למשפט היא אנקדוטאלית מדי ונטולת אחדות תאורטית.

אם פרקים 3-4 ופרק 6 חושפים קשיים בתאוריה של מאוטנר, הרי שלב ביקורתנו הוא פרק 5 (והקורא החפץ לדלג ישירות לפרק זה מוזמן לעשות כן). פרק 5 מראה כי הניתוח של מאוטנר את המשפט במונחי "תרבות השופטים" מבלבל בין התרבות כסיבה

the character of their subjective worlds or mental processes; however, once psychologists bring a given theory to bear, they locate 'internal events' in its terms. These theories have no basis in fact; any facts about the mind used in their support would have necessitated the use of such theories [...] Research findings don't have any meaning until they are interpreted, and these interpretations are not demanded by the findings themselves")

המסבירה את תוכנן של ההחלטות השיפוטיות לבין התרבות כטעם (או הצדקה) להחלטות השיפוטיות. מאוטנר (כמו גם רבים אחרים) מראה כי תרבות השופטים מסבירה (כעניין סיבתי) לא אחת את קביעותיהם השיפוטיות של השופטים. ואולם, המשפט איננו רק (ואולי אפילו בעיקר) סיבה; המשפט הוא בראש ובראשונה טעם להחלטה השיפוטית. כאשר השופט קובע קביעה שיפוטית הוא משתית אותה על ההבנה כי החוק או המשפט מחייבים אותו להחליט באופן מסוים ולא אחר. כאשר המשפט נתפס כטעם להחלטה השיפוטית, התרבות השיפוטית כפי שנראה להלן היא מכשול שיש להתגבר עליו ולמנוע את זליגתו אל עבר ההחלטה השיפוטית.

הבנת המשפט באמצעות הבנת תרבותה של הקהילה המשפטית (או של החברה שבה היא חיה) חשובה ועשויה לתרום רבות להבנת המשפט. היא עשויה לתרום תרומה חשובה גם לביקורת המשפט. כאשר איש משפט ותרבות חושף את העובדה כי פסק דין הוא מבע של התרבות (של השופט או של החברה שבה חי השופט), הוא מחייב את השופט לשקול שנית את החלטתו, שמא החלטה זו איננה אלא ביטוי לתרבות המשפטן ולא שיקוף של המשפט ככזה. אלא שבאופן אירוני עמדתו של מאוטנר מקהה את עוקצה של ביקורת זו. יעשה השופט אשר יעשה, פעילותו היא תמיד חלק מן התרבות המקצוענית של המשפטנים – תרבות המשוקעת ומופנמת בתודעותיהם.<sup>7</sup> עמדתו של מאוטנר פוגעת אנושות בתרומה החשובה של הגישה של תרבות ומשפט לביקורת בונה של ההחלטות השיפוטיות.

## 2. מאוטנר על משפט ותרבות

מאוטנר בוחן שלוש טענות מרכזיות בדבר היחס שבין משפט ותרבות. מן הצד האחד, התרבות הלאומית של עם היא היוצרת את משפט המדינה.<sup>8</sup> מן הצד האחר, המשפט ממלא תפקיד חשוב בכינון תרבותה של החברה.<sup>9</sup> לבסוף, חשובה מכול לצורך הבנת ספרו של מאוטנר היא הטענה כי המשפט הוא מערכת תרבותית נפרדת.<sup>10</sup> מאוטנר קובע כי "על-פי גישת המשפט כתרבות, המשפט אינו נתפס כאובייקט שכל המתבונן בו רואה בדיוק אותו דבר עצמו, דהיינו כאובייקט המסוגל ליצור אצל המשפטנים משמעות אחת [...] גישה זו רואה את המשפטן כממוקם בתוך מערכת תרבותית עשירה המורכבת משורה של אופקים שכל אחד מהם מאפשר הארה של משמעות אחרת של המקרה",<sup>11</sup>

7 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 80.

8 שם, בעמ' 41. את הביטוי הבולט ביותר לעמדה זו ניתן לראות בפרק הרביעי הבוחן את הקשר בין המשפט לשכל הישר.

9 שם, בעמ' 11, 41, 50-55.

10 טענה זו חוזרת שוב ושוב הן בתיאור של הוגי הדעות המשפטיים המרכזיים שאת תורותיהם מתאר מאוטנר בהסכמה (שם, בעמ' 55-70) והן כאשר הוא מנסה לפתח את עמדתו שלו (שם, בעמ' 79-81).

11 שם, בעמ' 79-80.

מאוטנר מוסיף ומתאר את המשפט "כתרבות המשוקעת ומופנמת בתודעותיהם של המשפטנים"<sup>12</sup>. עם זאת מאוטנר מדגיש גם כי תפיסת המשפט כמערכת תרבותית מובחנת איננה מערערת את האובייקטיביות של המשפט; אובייקטיביות זו נגזרת מן האופציות הפרשניות המוגבלות שהתרבות מאפשרת.<sup>13</sup> מאוטנר מגדיר את התרבות באופן רחב כך: "מערכת של תכנים שבני-האדם חווים משמעות באמצעותם, ומבטאים משמעות באשר למה שקורה בחייהם ובאשר לעולם הטבעי והחברתי שבו הם חיים. במילים אחרות, התרבות היא מערכת התכנים שבני-האדם תופסים ומעריכים באמצעותה את הגדרת זהותם, את מעמדם בעולם החברתי, את הקורה בחייהם, את החוויות הנפשיות העוברות עליהם, את היעדים שעליהם להשיג בחייהם עם בני-אדם אחרים, את התפקידים שעליהם למלא ביחסיהם עם בני-אדם אחרים, את העולם הטבעי ואת מקומם בעולם הטבעי."<sup>14</sup>

התזה המרכזית של הספר היא כי המשפט איננו חיצוני לתודעת השופטים אלא הוא פרי של התרבות המשפטנית המקצועית – התרבות הנוצרת ומתקיימת בבתי המשפט ובקהילות המשפטיות וקובעת את התודעה של השופטים. ההכרעה המשפטית נקבעת על-ידי סוכן אנושי, וסוכן אנושי זה מעצב את תוכנה בהשפעת התרבות שבה הוא חי. מאוטנר גורס למשל כי:

על-פי גישת המשפט כתרבות, המשפט אינו נתפס כאובייקט שכל המתבונן בו רואה בדיוק אותו דבר עצמו, דהיינו כאובייקט המסוגל ליצור אצל המשפטנים משמעות אחת הנובעת מכך שמהו שהינו חיצוני לתודעתם כופה עצמו עליה ומכתיב לה את תכניה; אלא, גישה זו רואה את המשפטן כממוקם בתוך מערכת תרבותית עשירה המורכבת משורה של אופקים שכל אחד מהם מאפשר הארה של משמעות אחרת של המקרה שהמשפטן דן בו, והמשפטן קובע, באמצעות כולם או חלקם, את המשמעות שעל-פיה הוא מכריע במקרה. במלים אחרות, גישת המשפט כתרבות רגישה לכך שכל הכרעה משפטית מבוססת על מתן משמעות אחת בלבד למקרה הנידון מתוך שורה של משמעויות אחרות שהיא אפשר ליצור באמצעות החומרים המשפטיים הקיימים.<sup>15</sup>

התרבות המשפטית מעצבת את המשפטנים וקובעת את תודעתם, ומכאן ש"הגבול בין התרבות המשפטית המשותפת לקהילייה של משפטנים [...] לבין התודעות של משפטנים

12 שם, בעמ' 80.

13 שם, בעמ' 56, 105.

14 שם, בעמ' 25-26. אפיון זה הוא חלק מדיון ארוך יותר שמופיעים בו גם אפיונים אחרים של המושג תרבות.

15 שם, בעמ' 79-80.

אלה מטושטש"16 כיוון שהתרבות המשפטית והחוק-משפטית היא דינמית, מאוטנר סבור גם כי "המשמעות המשפטית הניתנת למקרים המובאים לפני המשפט משתנה מזמן לזמן"17. יתר-על-כן, "משפטים הפועלים בזמנים שונים במסגרת התרבות המשפטית יתנו משמעות אחרת לאותם חוקים ותקדימים עצמם הקיימים במסורת של המשפט"18. אפשר לחלק מן הדיון של מאוטנר כמה טענות מרכזיות:

- (1) המשפט נקבע ומעוצב על-ידי התודעה של חברי הקהילה המשפטית.
- (2) תודעת השופט נקבעת על-ידי התרבות המשפטית שבה השופט פועל. תרבות זו מצדה כוללת את התרבות המקצועית של השופט, החינוך של השופט, אורח חייו, אמונותיו, שכלו הישר וכד'. כמו כן גם לתרבות הכללית שבתוכה פועל השופט יש השפעה על תודעת השופט ובעקבותיה גם על המשפט.
- (3) בדרך-כלל התרבות נותנת לשופט כמה אופציות ו"המשפטן קובע [...] את המשמעות שעל-פיה הוא מכריע במקרה [...] מתוך שורה של משמעויות אחרות שהיה אפשר ליצור באמצעות החומרים המשפטיים הקיימים"19.
- (4) הקטגוריות התרבותיות הן דינמיות, ומכאן שהבנת המשפט משתנה עם הזמן גם כאשר לא התרחש שינוי בטקסט של החוקים או בתקדימים.20
- (5) לדעתו של מאוטנר, עמדה זו איננה מנביעה מסקנה ספקנית קיצונית שלפיה אין כלל קריטריונים של אמת ושקר במשפט. זאת משום שגישת המשפט כתרבות דוחה את הגישה שלפיה המשפט מתעצב בתודעה הסובייקטיבית והמנותקת של כל שופט ושופט. לאמתו של דבר, המשפט מתעצב בתודעה של שופטים כחברים בקהילה מקצועית. לדידו של מאוטנר: "גישת המשפט כתרבות מניחה כי מכיוון שכל המשפטים הפועלים במקום מסוים נתונים לעיצובה של אותה תרבות משפטית, יהיה מאגר האופציות הפרשניות שיוכלו להיחשב על-ידי כל אחד מהם לאפשריות לצורך הכרעה במקרים שהוא דן בהם משותף (ואף מוגבל). מכיוון שכך, המשמעויות המשפטיות שמשפטים נותנים למקרים שהם דנים בהם ייחשבו בדרך-כלל על-ידי משפטים אחרים, בני הזמן והמקום, לקבילות באופן עקרוני, אף אם הם עצמם היו מכריעים במקרה בדרך אחרת"21. תודעתו של הפרשן המשפטי כבולה אפוא לאופני ההבנה המקובלים על הקהילה המשפטית ולתודעה של השופטים. לכן ההכרעות המשפטיות אינן אקראיות או שרירותיות; הן מיוצרות כחלק מן הפרקטיקה של העבודה המשפטית, ופרקטיקה זו מגבילה את תוכן הקביעות המשפטיות. הבנה זו של המשפט במונחי תרבות של קהילה מקצועית (או התודעה של חברי הקהילה הזו)

16 שם, בעמ' 80.

17 שם.

18 שם.

19 שם.

20 שם, בעמ' 80-81.

21 שם, בעמ' 80.

איננה בגדר תובנה תאורטית גרידא – תובנה המנותקת מן הפרקטיקה המשפטית. מאוטנר גוזר מתובנה זו כמה וכמה טענות אופרטיביות חשובות: "מכיוון שקבלת החלטות במשפט כרוכה במקרים רבים בשיקול-דעת, הרי [...] תהליכי קבלת ההחלטות במשפט תלויים בעיקר במחליט: בערכיו, בניסיון החיים שלו [...] – במילה אחת: באישיותו".<sup>22</sup> מכאן נובע כי המשפטן הטוב הוא משפטן משכיל בעל רגישות אנושית: "רגישות לקורה בחייהם של בני-אדם אחרים; היכולת להזדהות עם מה שקורה בחייהם, ברע ובטוב; סקרנות ועניין במסתורין ובמורכבות של תופעת האדם".<sup>23</sup> לעושר תרבותי של המשפטן תרומה גדולה לעיסוק המשפטי בדרך של חידוד הרגישות האנושית. רגישות תרבותית כזו מסייעת להבנת ההנחות השגויות העומדות מאחורי כמה מן הזרמים המרכזיים המשפיעים על המשפט.<sup>24</sup> זאת ועוד, הבנת הקשר בין המשפט לתרבות מאפשרת קריאה מחודשת של פסקי הדין של השופטים והבנה עמוקה יותר של משמעות פסקי דין אלה. למשל, בפרק הרביעי, העוסק בשכל הישר, בחן מאוטנר פסקי דין רבים הזוכים לעיון מדוקדק לא דרך המשקפיים הדוקטרינריים המקצועניים או המשפטניים אלא דווקא דרך חשיפת האופנים בהם משתקפת דמותו של השופט ובעיקר שכלו הישר בקביעותו המקצוענית.

גישת משפט ותרבות (בשונה אולי מגישות מתחרות של המשפט) איננה מכוונת את מסריה רק לתאורטיקנים המבוצרים במגדל השן האוניברסיטאי. חסידיה רואים בה תאוריה רלוונטית לכל אדם משכיל.<sup>25</sup> גם אם ההדיוט המשכיל איננו יכול להבין הבנה מלאה את התשתית התאורטית העומדת מאחורי הגישה, הוא יכול לדעתם של חסידי משפט ותרבות להבין טוב יותר את המשפט, את מהות ההליך השיפוטי וכן את האופן שבו הוא, האזרח, משפיע על המשפט והמשפט מצדו משפיע על חייו. אין פלא אפוא שספרו של מאוטנר פונה לכל אדם משכיל ונמכר גם מחוץ לחנויות הספרים האקדמיות. ברוח זו נכתוב גם אנחנו את השגותינו על התזה של ספר זה.

### 3. מה באמת אומרת הגישה של משפט ככללים?

כפי שצינו בהקדמה, תאוריות של "תרבות ו" קמות בדרך כלל כראקציה לתאוריות הרואות בגוף הידע הרלוונטי ידע רציונלי אובייקטיבי המתאר נכוחה את המציאות.

22 שם, בעמ' 229.

23 שם.

24 שם, בעמ' 234-239.

25 ואכן במבוא של אבי שגיא בפתח הספר נאמר כי הספר הוא ספר יסוד לא רק למשפטנים אלא "גם לכל מי שמתעניין ביחס המורכב שבין מערכות חוק לבין מערכות תרבותיות שבתוכן פועל החוק" (שם, בעמ' 6).



מאוטנר רואה בגישה של משפט ככללים את המתחזה המרכזית לגישה של משפט ותרבות. גישה זו רואה "את הכלל כרכיב המרכזי של המשפט ואת המשפט כאוסף של כללים".<sup>26</sup> כלל מוגדר אצל מאוטנר כ"נורמה (הוראה המבקשת להניע בני-אדם להתנהג בדרך מסוימת) שתוכנה נמסר בה בצורה מדויקת".<sup>27</sup> חלק זה בוחן בחינה ביקורתית את תיאורו של מאוטנר את התאוריות של משפט ככללים. בחלק הראשון אנו מראים כי תאוריות של משפט ככללים אינן מחויבות לטענה שמאוטנר מייחס להן ולפיה המשפט מאופיין בוודאות ובדיוק,<sup>28</sup> וכן ביציבות ובקביעות.<sup>29</sup> בחלק השני נראה כי תאוריות של משפט ככללים מכירות במקומה החשוב של תרבות בהליך השיפוטי. לפיכך אין קונפליקט אמתי במובן זה בין התאוריה משפט ותרבות לבין התאוריה משפט ככללים.

### א. על סכנת האמביוולנטיות של המושג "כלל"

מאוטנר מזהה שני מאפיינים מרכזיים של כללים משפטיים כפי שהם מאופיינים על-ידי הגישה של משפט ככללים. הכללים המשפטיים מאופיינים בוודאות ובדיוק וכן ביציבות ובקביעות.<sup>30</sup> אפיונים אלה של מאוטנר הם האפיונים האחראים לכך שהגישה של משפט ככללים נתפסת כגישה מתחזה לזו של משפט ותרבות. מכאן שאם נגלה שגישה משפט ככללים איננה מתאפיינת בוודאות ובדיוק או ביציבות ובקביעות, יתברר כי גישת המשפט ככללים יכולה לקבל (ואפילו מקבלת בפועל) חלק ניכר מן הטענות שמאוטנר מתאר אותן כחידושים של גישת המשפט ותרבות. גילוי זה, אם יתברר כנכון, מקעקע אפוא במידה רבה את היומרה לחדשנות של גישת המשפט כתרבות.

המאפיין הראשון שמאוטנר מייחסו לגישת המשפט ככללים הוא מידה גבוהה של ודאות ודיוק. למשל, לדידו של מאוטנר הכללים המרכיבים את המשפט במסגרת תאוריות של משפט ככללים אינם כוללים נורמות מן הסוג של סטנדרט, דהיינו "נורמות [...] שתוכנן נמסר בהן בצורה בלתי-מדויקת".<sup>31</sup> מאוטנר מדגיש כי גישת המשפט ככללים "מניחה כי תוכנו של המשפט עשוי להיתפס באופן זהה על-ידי כל אחד מהשחקנים המשתתפים בייצורו ובהפעלתו של המשפט"<sup>32</sup> וכן כי "משפט העשוי כללים יאפשר לצרכני המשפט לתכנן את מעשיהם תוך השגת רמה גבוהה של ודאות משפטית, דהיינו בלא שמיישמי המשפט יקנו לו, בדיעבד, תכנים שונים מאלה שניתנו לו

26 שם, בעמ' 70.

27 שם.

28 שם, בעמ' 71.

29 שם, בעמ' 77.

30 מאוטנר מדגיש ודאות וקביעות (שם, בעמ' 71) ועוסק ביציבות ובקביעות (שם, בעמ' 77).

31 שם, בעמ' 71.

32 שם.

מלכתחילה על-ידי צרכני הכללים שעה שהם תכננו את מעשיהם".<sup>33</sup> הוא ממשיך וקובע כי "בני-אדם ה'מתכוננים' במשפט עשויים לקלוט את תכניו (העשויים כללים) כאילו היו אובייקט שכל המתבונן בו רואה בדיוק אותו דבר עצמו, דהיינו כאילו המשפט מסוגל לכפות עצמו בדרך אחידה על תודעותיהם של כל המבקשים להתוודע לתכניו ולהניע את כולם להתנהג באופן אחיד על-פי הקבוע בו".<sup>34</sup>

אלא שקביעותיו של מאוטנר מבוססות לדעתנו על דר-המשמעות של המושג "כלל". בתאוריה המשפטית יש שני שימושים שונים במושג זה: יש המשתמשים בו במונח צר כנורמה המאופיינת בדיוק ובוודאות. לעומתם, יש המשתמשים במונח "כלל" כשם כללי לנורמה, יהא טבעה אשר יהא. מאוטנר מייחס בטעות לתאורטיקנים של תורת המשפט את השימוש הצר במושג "כלל". אלא שדווקא תאורטיקנים אלה משתמשים בו במונח הרחב.

השימוש הצר במונח "כלל" נעשה בעיקר על-ידי תאורטיקנים של תורת הנורמות. תכליתם של תאורטיקנים משפטיים המאזכרים אצל מאוטנר, כמו שאואר (Schauer) סליבן (Sullivan) או קפלו (Kaplow)<sup>35</sup> איננה לתאר את טבעו של המשפט או להבינו אלא לתאר את האופנים שבהם נורמות פועלות במשפט. הוגי דעות אלה מבחינים בין כללים – rules – (המאופיינים במידה רבה של דיוק וודאות) לבין סטנדרטים (המכונים לעתים גם עקרונות – principles) המאופיינים במידה רבה של אי-ודאות.<sup>36</sup> לאחר שרטוט ההבחנה בין שני סוגי הנורמות, התאורטיקנים של הנורמות מנסים לבחון את ההקשרים שבהם ראוי להשתמש בכללים (נורמות המתאפיינות בדיוק ובוודאות) ואת ההקשרים שבהם ראוי להשתמש בעקרונות או בסטנדרטים (נורמות עמומות ובלתי מדויקות). אף לא אחד מהוגי הדעות מתיימר להבין או לנתח את טבעו של המשפט במונחי כללים, פשוט מכיוון שאף לא אחד מהוגי דעות אלה מתיימר להבין את טבעו של המשפט. תאורטיקנים אחרים כמו הארט ורו משתמשים גם הם במושג "כלל" ומתארים את המשפט במונחים של כללים.<sup>37</sup> אלא שהמושג "כלל" הוא רב-משמעות והאופן שבו

33 שם.

34 שם, בעמ' 75.

35 שם, בעמ' 71 בה"ש 58.

36 לאפיון מדויק של ההבחנה בין כללים לסטנדרטים ראו Alon Harel & Yuval Feldman, *Social Norms, Self-Interest and Ambiguity of Legal Norms: An Experimental Analysis of the Rule vs. Standard Dilemma*, 4 REV. L. & ECON. 81, 86-87 (2008).37 מאוטנר עצמו רואה בהארט נציג של תאוריית הכללים. ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 75-77. עבודתו הקלסית של הארט על המשפט החייתה את הדין בתאוריה של המשפט לאחר תקופה ארוכה שבה לא נתקיים כל דיון רציני בתחום זה. ראו H.L.A HART, *THE CONCEPT OF LAW* (2nd ed. 1994) (להלן: הארט). למבוא קצר על המסורת של הארט ולוויכוחים התאורטיים סביב המשפט במסורת זו ראו דוד אנוך ואלון הראל "עיון פילוסופי במשפט ואודותיו" דין ודברים ד 17, 19-28 (2008).

הוגים אלה מבינים את המושג שונה שינוי רדיקלי מן האופן שבו התאורטיקנים של הנורמות (כמו גם מאוטנר) מבינים אותו. בפשטות, כאשר הוגי דעות כמו הארט או רז מתארים את המשפט כמערכת של כללים הם מדברים לא על כלל במובן הצר של rule (המחייב מידה גבוהה של ודאות ודיוק) אלא כלל במובן של נורמה הכוללת הן כללים (במובן הצר של המילה) והן עקרונות או סטנדרטים (אשר כאמור על-פי תיאורו של מאוטנר עצמו הן נורמות עמומות). כך למשל בניגוד מוחלט לתיאור של מאוטנר, הראה התאורטיקן הנודע יוסף רז בביקורתו הקלסית על ספרו של רונלד דבורקין, כי גישתו של הארט איננה מניחה, כפי שמאוטנר סבור, כי הנורמות המשפטיות ההארטיניות הן כללים (במובן הצר) ולא עקרונות (או סטנדרטים).<sup>38</sup> יתר-על-כן, אין זה נכון כי הארט או תלמידיו מניחים כי "בזכות רמת הדיוק הגבוהה של המשפט, כל צרכני המשפט יתפסו את תוכנו באופן זהה".<sup>39</sup> הכללים המשפטיים לידם של הארט ותלמידיו יכולים להיות קשים להבנה,<sup>40</sup> פרשנותם יכולה לעורר מחלוקות, ופרשנים שונים של המשפט יכולים להגיע למסקנות שונות, בין שגויות ובין נכונות, באשר לתוכן של נורמות משפטיות. לפיכך אין סיבה מיוחדת להאמין כי גישת המשפט ככללים מחייבת (כפי שמאוטנר סבור) כי צרכני המשפט יתפסו את תוכן הכללים תפיסה זהה.<sup>41</sup>

38 לזכותו של מאוטנר ייאמר כי זו איננה הטעות רק של מאוטנר אלא גם של רונלד דבורקין, המתאר תיאור שגוי את הפוזיטיביזם המשפטי. ואכן, מאוטנר נסמך על התיאור השגוי של דבורקין. ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 70 בה"ש 56. לחובתו של מאוטנר ייאמר כי סילוף זה של הפוזיטיביזם נחשף כבר ב-1972 על-ידי יוסף רז. בביקורתו הידועה על דבורקין כתב רז כי: "Professor Dworkin is primarily concerned to argue that there are legally binding principles. But this has never been denied by anyone [...] Indeed, Austin could not have denied that some principles are legally binding while remaining true to his theory of law [...] Professor Dworkin's mistake lies in assuming that when Austin was talking about commands he was referring to what Professor Dworkin calls rules. But this is not the case. Neither does Hart use 'rules' in the same sense as Professor Dworkin. By 'rules' he means what Professor Dworkin seems to mean by 'standards', namely rules, principles or any other type of norm (whether legal or social)". ראו Joseph Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, 81 YALE L.J. 823, 845 (1972). לאחר מכן קבע הארט עצמו בנספח המפורסם להוצאה השנייה של ספרו הקלסי "The acceptance of principles as part of the law is consistent with the doctrine of a rule of recognition". ראו הארט, לעיל ה"ש 37, בעמ' 266.

39 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 71.

40 בנספח להוצאה השנייה של ספרו THE CONCEPT OF LAW, קובע הארט כי: "A margin of uncertainty should be tolerated, and indeed welcomed in the case of many legal rules, so that an informed judicial decision can be made when the composition of an unforeseen case is known and the issues at stake in its decision can be identified and so rationally settled"

ראו הארט, לעיל ה"ש 37, בעמ' 251-252.

41 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 71.

נכון הוא כי כל תאוריה של המשפט הרואה במשפט מערכת נורמטיבית (ולא רק גישת משפט ככללים) מניחה מידה מסוימת של הבנה משותפת של תוכנו של המשפט. משפט ללא הבנה משותפת איננו יכול להנחות התנהגות חברתית. גם מאוטנר עצמו מסביר כיצד הסכמה חברתית משותפת על תכני המשפט מתגבשת במסגרת הגישה של משפט כתבנות.<sup>42</sup> במסגרת התאוריה של משפט ככללים מתפרשת דרישה זו כדרישה להבנה משותפת ולו מינימלית של תוכנו של נורמות משפטיות. אלא שהיקפה של הבנה משותפת זו יכול שיהיה רחב או צר.<sup>43</sup> לאמתו של דבר, כפי שטען יוסף רו, הן שיטות משפטיות המקיימות מידה רבה של ודאות והן שיטות משפטיות שאינן מקיימות מידה רבה של ודאות הן שיטות משפטיות. לכל היותר אפשר לטעון כי השיטות המשפטיות מן הסוג השני נכשלות בהגשמת עקרון שלטון החוק, אולם כישלון זה איננו מנביע בשום פנים ואופן את המסקנה כי שיטות משפטיות אלה אינן אפוא מערכות משפטיות של ממש.<sup>44</sup> מאוטנר איננו מסתפק בקביעות בדבר ודאות ודיוק שאותם הוא מייחס לגישת המשפט ככללים. הוא מוסיף ומייחס לגישה זו טענות בדבר יציבותם וקביעותם של הכללים המשפטיים. הוא טוען למשל כי "גישת המשפט ככללים מניחה שהמציאות שהמשפט מופעל עליה אינה אמורה להשתנות בין מועד יצירתו של הכלל המשפטי לבין מועד הפעלתו, וכן שהשיקולים הנורמטיביים שאומצו בכלל אינם אמורים להשתנות בין מועד יצירת הכלל לבין מועד הפעלתו. במילים אחרות, גישת המשפט ככללים מניחה שלא יתעורר צורך לעדכן את התכנים הגלומים בכלל משפטי, במועד שבו מופעל הכלל, עקב חלוף הזמן ממועד יצירת הכלל".<sup>45</sup>

גם טענות אלה אינן משקפות נכונה את עמדותיהם של הוגי הדעות המייצגים את גישת המשפט ככללים. גישה זו מתאפיינת בדרך-כלל בתפיסה פורמלית של המשפט. אצל הארט למשל, כללי המשפט הם הכללים המזוהים על-ידי "כלל הזיהוי" (rule of "recognition"). כלל הזיהוי הוא נורמה שהשופטים משתמשים בה (ובעקבותיהם הקהילה המשפטית כולה) לצורך זיהוי נורמה כנורמה משפטית. הארט מאפיין אפוא כלל משפטי

42 שם, בעמ' 80.

43 לפיכך הארט קובע כי "In fact all systems, in different ways, compromise between two social needs: the need for certain rules which can, over great areas of conduct, safely be applied by private individuals to themselves without fresh official guidance [...] and the need to leave open, for later settlements by an informed, official choice, issues which can only be properly appreciated and settled when they arise in a concrete case" "To escape this oscillation between extremes we need 37, בעמ' 130. הארט ממשיך וקובע כי "37 to remind ourselves that human inability to anticipate the future, which is at the root of this indeterminacy, varies in degree in different fields of conduct" 131-130. בעמ' 130-131.

44 Joseph Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, in THE AUTHORITY OF LAW 210-229 (Joseph Raz ed., 1979).

45 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 77.

ככלל המזוהה על-ידי כלל זיהוי שהוא מצדו נקבע על-ידי התנהגות השופטים (או ליתר דיוק "הרגל הציות של השופטים")<sup>46</sup>. בשיטת המשפט הישראלית למשל כלל הזיהוי (או לכל הפחות חלק מרכזי של כלל הזיהוי) הוא הכלל הקובע "המשפט כולל את כל חוקי הכנסת אלא-אם-כן הם סותרים את חוקי-היסוד". כבר מתוך תיאור קצר זה ברור לחלוטין כי הארט איננו מניח דבר בנוגע ליציבותם וקביעותם של הכללים המשפטיים. הכללים המשפטיים הם אלו המזוהים על-ידי כלל הזיהוי בין שתוכן הדרישות הנגזרות מן הכללים משתנה עם חלוף הזמן ובין אם לאו.

האם קיומו של כלל משפטי איננו מניח מידה של קביעות ויציבות לזמן ממושך? אחרי הכול נראה כי שינויים תמידיים חסרי חוקיות אינם מתיישבים עם מוסד הכלל. טענה זו אולי נכונה, ועם זאת גם הסתמכותה של גישת המשפט כתרבות על קהילה פרשנית הפועלת במסגרת תרבותית מוגדרת מנביעה מידה רבה של קביעות ויציבות. לא ברור אם היציבות והקביעות במסגרת תאוריית המשפט ככללים מרכזית יותר לתאוריה זו מן היציבות והקביעות הנובעת מתפיסתו של מאוטנר עצמו את המשפט.

### ב. מקומה של התרבות בתאוריות של משפט ככללים

העיוותים שתוארו בחלק א' של פרק זה אינם מתוארים כאן רק לצורכי הדיוק המדעי (אף שזו, לדעתנו, איננה תכלית פסולה כלל). ההצגה השגויה של גישת המשפט ככללים מאפשרת למאוטנר לטעון לקונטרוברסליות של טענות המוסכמות על הכול. כך למשל מאוטנר קובע כי:

גישת המשפט ככללים מניחה שבני-האדם המבקשים לפעול על-פי המשפט או הנדרשים ליישם את הוראותיו של המשפט יכולים לפעול תוך דיכוי התרומה האישית שלהם, שהינה ייחודית לאישיותם ולניסיון החיים שלהם. זאת כשם שתפיסת התבונה והמתודה של הנאורות מניחות שיכולים להתקיים הליכים להשגת דעת על העולם תוך ביטול תרומתו האישית הייחודית של המשתתף בהליכים אלה. בדומה לכך [...] כך גם גישת המשפט ככללים מניחה שניתן להגיע למצב שבו התרבות הלא-משפטית, שמי שמבקש לפעול לאורם של כללי המשפט או מי

46 כלל הזיהוי הוא מושג יסודי בפילוסופיית המשפט של הארט, ופרשנותו שנויה במחלוקת קשה בין התאורטיקנים. הכלל מנחה את הפרטים כיצד לזהות מהם הכללים המשפטיים בשיטה המשפטית הרלוונטית. כלל הזיהוי הוא כלל שניוני (secondary rule), דהיינו כלל הפועל על כללים מסדר ראשון (כללים הקובעים התנהגות). לדיון מפורט ראו הארט, לעיל ה"ש 37, בעמ' 100-110.

שעוסק בישומם פועל בה, אינה ממלאת תפקיד בעיצוב תודעתו  
כמשפטן.<sup>47</sup>

העמדה שלפיה התרבות איננה ממלאת תפקיד בעיצוב תודעת המשפטנים איננה, ולא הייתה מעולם, עמדתם של חסידי גישת המשפט ככללים מכמה וכמה טעמים. הרשו לנו לציין שלוש סיבות מדוע גישת המשפט ככללים איננה גורסת ניתוק בין התרבות לבין פסקי הדין או בין התרבות לבין המשפט.<sup>48</sup> ראשית, הקריטריונים לזיהוי נורמה כנורמה משפטית אצל הארט הם קריטריונים פורמליים. מכאן שהארט איננו מניח כל הנחה בנוגע לתוכן של הנורמות המשפטיות. ודאי וודאי שאין הארט מניח כי נורמות משפטיות אינן יכולות לשקף את תרבותם או את תודעתם של השופטים או של תרבות החברה שבה הם פועלים. יתר-על-כן, עיון קצר מעלה את ההשערה שלפיה כעניין של הכללה אמפירית (ולא כעניין לוגי או מושגי) הכללים המזוהים על-ידי כלל הזיהוי ההארטיני ישקפו במידה רבה את תרבותם של השופטים ושל הקהילות שאליהן משתייכים השופטים. אנשים הבוחרים בקריירה שיפוטית, הם באופן טיפוסי אנשים שאינם דוחים את הערכים העומדים בבסיס הכללים המשפטיים. קשה לצפות מאנרכיסט מושבע הדוחה את סמכות המדינה לבקש ולהיבחר למשרה בתחום השיפוט. גם אם אנרכיסט (כמיכאיל באקונין) או משפטן קומוניסט (כקרל ליבקנכט) יחפוץ להתמנות למשרת שופט, קשה להניח כי יזכה לתמיכה הנדרשת מצדם של שופטים, אנשי הקהילה המשפטית והפוליטיקאים אשר קובעים את הרכב בתי המשפט. שנית, גם כאשר הנורמות המשפטיות מתנגשות עם תודעתו של השופט, פסק דינו של השופט איננו תמיד מבע נאמן של הכללים המשפטיים. השופט עלול לטעות אם במזיד ואם בשוגג. במקרים של טעות משקף פסק הדין את תודעתו של השופט אף כי איננו מהווה מבע נאמן של הכללים המשפטיים.<sup>49</sup> שלישי, תאוריות של משפט ככללים מכירות בקיומו של מרחב שיקול דעת של שופטים – דהיינו מרחב החלטה שבמסגרתו השופט יכול להחליט החלטות שונות המתיישבות כולן עם אילוצי המשפט. מרחב שיקול דעת זה מאפשר לשופט לעתים קרובות לבטא את

47 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 77.

48 חשוב לציין כי במסגרת הגישה של המשפט ככללים יש הפרדה חדה בין פסקי הדין לבין המשפט. לא כל טענה המופיעה בפסק דין היא חלק מן המשפט. לאמתו של דבר, פסק דין יכול גם לטעון טענות המנוגדות למשפט. במקרה זה נאמר כי השופט טעה בהפעלת הכללים.

49 הניסוח שאנו משתמשים בו הוא ניסוח הארטיני המבוסס על העמדה שקיימות נורמות משפטיות, ופעולה המנוגדת לנורמות המשפטיות היא בגדר טעות משפטית. מאוטנר עצמו יסתייג מן הטרמינולוגיה הממהרת לייחס לשופט "טעות משפטית", שכן לדעתו: באופן טיפוסי "כל הכרעה משפטית מבוססת על מתן משמעות אחת בלבד למקרה הנידון מתוך שורה של משמעויות אחרות שהיה אפשר ליצור באמצעות החומרים המשפטיים הקיימים". ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 80; לחופש הפעולה הנרחב שמאוטנר מייחס לשופט ראו שם, בעמ' 101-102.

ערכיו ותרבותו מבלי שמבע כזה יתנגש עם הכללים המשפטיים.<sup>50</sup> זאת ועוד, לאחר שהפך מבע זה לחלק מן הקורפוס המשפטי, הופכת ההחלטה השיפוטית לחלק אינטגרלי של המשפט. מכאן שתרבותו של השופט (גם אם הובילה להחלטה שגויה מבחינה משפטית) נטמעת בדרך זו במערכת המשפטית והופכת לחלק ממנה. יהיה מפתיע אם בנסיבות כאלה החלטת השופט לא תשקף גם את ערכיו התרבותיים.

מסקנתנו היא אפוא כי גישת המשפט ככללים איננה מתנגשת עם העמדה שלפיה (כעניין של הכללה אמפירית) הנורמות המשפטיות משקפות את הערכים התרבותיים של השופטים. גם חסיד אדוק של גישת משפט ככללים במתכונתה המסורתית יכול להגיע למסקנה שלפיה במרבית השיטות המשפטיות פסקי הדין משקפים את תרבותם של השופטים או של החברה שבה הם פועלים. אוסיף ואומר כי אין זה רק גישת המשפט ככללים מתיישבת במידה רבה עם גישתו של מאוטנר. לאמתו של דבר, אין כיום שום תאורטיקן מרכזי של המשפט התומך בטענה שלפיה יש נתק מן הסוג שמאוטנר מתאר בין המשפט לתרבות. הטענות המרכזיות שמאוטנר רואה בהן חידוש של גישת המשפט ותרבות אינן בגדר חידוש בשדה התאוריה המשפטית.

#### 4. גדמר והמשפט

##### א. מבוא

אם אחד ממושאי הביקורת המרכזיים של מאוטנר הוא גישת המשפט ככללים, שנציגיה הכולטים הם פילוסופים מן האסכולה האנליטית דוגמת הל"א הארט, הרי שגיבורי ספרו הם חוקרים ואינטלקטואלים משדות מחקר שונים (היסטוריה, אנתרופולוגיה, סוציולוגיה ופילוסופיה) השייכים למסורת ההגות הקונטיננטלית או המושפעים ממנה.<sup>51</sup> בפרק השני של חיבורו ("משפט ותרבות") דן מאוטנר במגוון של נושאים הכורכים יחד תרבות ומשפט,<sup>52</sup> ואילו את הפרק השלישי ("גדמר והמשפט") הוא מייחד לדיון נרחב בחיבורו של ההוגה הגרמני הנס־גאורג גדמר *Warheit und Methode*.<sup>53</sup>

50 ראו הארט, לעיל ה"ש 37, בעמ' 272-276.

51 בפרק הראשון, שכותרתו "תרבות" דן מאוטנר בין השאר ב"המפנה התרבותי" (cultural turn) של שלהי המאה העשרים (ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 21-22) ומטעים את מרכזיות קטגוריית התרבות בדיסציפלינות מחקריות רבות (אנתרופולוגיה, מדע המדינה, יחסים בין-לאומיים, כלכלה, מנהל עסקים, חינוך, לימודי מגדר ועוד). מאוטנר גם מזכיר שם את התנועות ללימודי תרבות (שם, בעמ' 22-24).

52 בפרק זה מאוטנר מזכיר את פרידריך קרל פון סאביני, ובהקשר הישראלי, את התנועה להחייאת המשפט העברי (שם, בעמ' 41-45 (ס' א)). הוא דן בקצרה בחיבוריהם של המשפטן הגרמני יוזף קוהלר ושל האנתרופולוג האמריקני קליפורד גירץ בְּאִלּוּם האמריקני של ראשית המאה העשרים

גדמר הוא ללא ספק מקור ההשראה המרכזי של מאוטנר בכל הפרקים התאורטיים של ספרו.<sup>54</sup> מטרתו של מאוטנר בפרק זה היא להקיש מרעיונותיו של גדמר על מאפייני המשפט. "אני סבור", הוא כותב, "שבאמצעות הפגשה של כמה תובנות מרכזיות של גדמר עם כמה תופעות מרכזיות במשפט ניתן להגיע לשורה של תובנות מעניינות וחשובות על המשפט".<sup>55</sup>

בפרק זה נעלה כמה טענות ביקורתיות. אנו נראה כי מאוטנר אינו מתמודד עם החולשות שבתפיסתו ההרמנויטית של גדמר; הוא מאמץ אותה באורח לא ביקורתי. כמו כן נראה כי מעשה התרגום של מאוטנר מחמיץ את היסוד המרכזי של ההרמנויטיקה של גדמר – הזמניות – כלומר, האפקטיביות של ההיסטוריה על המעשה הפרשני. ואולם, טענתנו המרכזית היא כי מאוטנר מחמיץ את היסוד האונטולוגי של ההרמנויטיקה של גדמר. מאוטנר נוטה לתאר את גדמר כמי שמציע דרכי (נורמות) פרשנות אלטרנטיביות אולם הפרויקט של גדמר הוא תיאורי – עניינו אינו ב"מתודה" אלא ב"אמת" שבכל מעשה פרשני.

## ב. ההרמנויטיקה של גדמר

תמצית השקפתו ההרמנויטית של גדמר, לפי מאוטנר, היא כדלהלן: גדמר מפתח רעיונות של מורו, מרטין היידגר, שתיאר את המעשה הפרשני (=ההרמנויטיקה) "לא כמתודה מחקרית שבני-האדם מפעילים כשהם מצויים במשימות פרשנות יזומות של טקסטים [...] אלא היא רכיב מרכזי, תמידי, בקיומם של בני-האדם כיצורים אנושיים [...] התהליך של הפקת משמעות על-ידי בני-האדם מתקיים הן ברמה של הקיום היומיומי [...] והן כשאדם פועל ברמה הרפלקטיבית-תאורטית, דהיינו כשאדם מבקש להבין את המשמעות של יצירת ספרות, יצירה של אמנות פלסטית, אירוע היסטורי, וכיוצא בזה". נקודת

ובגישה הביקורתית למשפט (CLS) (שם, בעמ' 45-55 (ס' ב)), בגישותיהם של קרל לואלין ("המשפט כתובות וכ'אומנות"), בכתביו של ג'יימס בויד וייט ("מייסד תנועת 'המשפט כספרות'"), בחיבוריו של המומחה למשפט חוקתי אלכסנדר ביקל, ביצירתו של הסוציולוג הצרפתי פייר בורדייה ובהרמנויטיקה של חוקר הספרות האמריקני סטנלי פיש (שם, בעמ' 55-70 (ס' ג)).

53 חיבור זה ראה אור בגרמניה בשנת 1960. להלן נתייחס לתרגום האנגלי של הספר: HANS-GEORG GADAMER, TRUTH AND METHOD (Joel Weinsheimer & Donald G. Marshall trans., 2nd revised ed. 1998) (להלן: אמת ומתודה).

54 מאוטנר מאזכר לא אחת את הגותו של גדמר גם בפרקים שאינם מוקדשים לתורתו. למשל הוא מתייחס לגדמר בפרק התאורטי המרכזי (ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 79 בה"ש 87). אפילו כאשר אין הוא מאזכר במפורש את גדמר, הוא משתמש בטרמינולוגיה של גדמר ובמיוחד במושג "אופקים" – מושג המייחד את ההגות של גדמר (שם, בעמ' 80). גדמר ממלא תפקיד גם בדיון על השכל הישר (שם, בעמ' 126).

55 שם, בעמ' 85.



המוצא של גדמר היא ביקורת הנאורות, שסברה כי הפרשנות היא "חד-כיוונית": "האובייקט [מושא המחקר – א"ה, י"ל] מטביע את מסריו בתודעה 'ריקה' כביכול של סובייקט". לפי גדמר, בני אדם קונים דעת ומעניקים לטקסט משמעות בדרך של דיאלוג (דו-כיווני). משמעות נוצרת ממיזוג בין "קטגוריות החשיבה המצויות בתודעת הסובייקט לבין האובייקטים נושאי המשמעות שהסובייקט עוסק בהם".<sup>56</sup>

כינון משמעות, לפי גדמר, אינו גילוי או חשיפה של "אובייקט" (הטקסט המתפרש); הענקת משמעות היא תהליך, התרחשות, השלכת קטגוריות של חשיבה – "הנחות מוקדמות" המצויות מלכתחילה בתודעת הפרשן – על מושא הפרשנות. תודעתו הרוויה של הפרשן תמיד ממלאת תפקיד חשוב בתהליך הפקדת המשמעות. "האידיאל של הנאורות", מצטט מאוטנר, "אינו בר-השגה, אדם הסובר שהוא חופשי מדעות-קדומות; אדם הסומך על האובייקטיביות של הפרוצדורות שלו; אדם המתכחש להיותו תוצר של נסיבות היסטוריות – שבוי, הוא עצמו, בלא-מודע, בדעות-קדומות".<sup>57</sup> מעשה הפרשנות, לפי גדמר, הוא לעולם "מיזוג אופקים". "אופק" הוא "מעגל של ראייה, הכולל את כל מה שיכול להיראות מנקודת-מבט מסוימת". אופק זה "מאפשר" ו"מגביל" כאחד. "מיזוג האופקים" [...] מתקיים בתודעת הפרשן תוך כדי מפגש בין חומרי התודעה שהוא מפעיל לצורך הפרשנות [דעותיו הקדומות] לבין המסר שגלום במושא הפרשנות".<sup>58</sup>

מקור "הדעות הקדומות" שפרשנים מטילים על העולם הוא ה"מסורת". הבנה פירושה תמיד הבנה מוקדמת, שהיא עצמה תוצר של המסורת המסוימת שהפרשן חי בה, ושמצעבת את הדעות הקדומות שלו.<sup>59</sup> מאוטנר מצטט: "תודעת הפרשן ממוקמת תמיד ברשת של השפעות היסטוריות"; "השפעתה של ההיסטוריה מצויה בכל הבנה, בין אם אנו מודעים לכך בין אם לאו"; "המסורת היא תמיד חלק מאיתנו", לפיכך "ההיסטוריה אינה שייכת לנו; אנו שייכים להיסטוריה [...] הדעות-הקדומות של היחיד, הרבה יותר מאשר השיפוט שלו, הן שמכוננות את המציאות ההיסטורית של קיומו".<sup>60</sup>

לפי גדמר, בכל הפקה של משמעות כרוך יישום (אפליקציה). היישום, מבין מאוטנר (את גדמר), "מתייחס לשינוי שמתחולל בחייו של מפיק המשמעות בגמר התהליך של הפקת המשמעות. ביישום מתבטא אפוא האופי הדיאלוגי של תהליך הפקת המשמעות: אין זה תהליך שאדם קולט בו מושא של פרשנות 'כמות שהוא', באופן סביל, אלא הליך שבו מושא הפרשנות 'מדבר' כביכול אל הפרשן באופן שעשוי להשפיע על תודעתו ובעקבות כך לחולל שינויים בחייו".<sup>61</sup>

56 כל הציטוטים לקוחים ממאוטנר (שם, בעמ' 83-84).

57 שם, בעמ' 87.

58 שם, בעמ' 87-88.

59 שם, בעמ' 87.

60 ראו דברי גדמר המצוטטים אצל מאוטנר (שם, בעמ' 91-92).

61 שם, בעמ' 89. על הפירוש הזה למושג האפליקציה ההרמנויטית של גדמר ראו להלן.

בכל אלו, לפי גדמר, שונים מדעי האדם ממדעי הטבע: במדעי הטבע החוקר מכיר את העצמים ואת החוקים לכשעצמם, ואילו המדעים ההרמנויטיים שקועים ב"מכל" הגדול של ההיסטוריה מבלי יכולת להיחלץ ממנו, ובתוכו (לפי גדמר) "מתרחשת" ההבנה.

### ג. אמת מול מתודה לפי גדמר

מטרת חיבורו של גדמר איננה הצעת מתודה פרשנית אלטרנטיבית לדרכי הפרשנות הרווחות אצל פילולוגים והיסטוריונים פוזיטיביסטיים-ביקורתיים.<sup>62</sup> מטרתו העיקרית היא לחשוף את ה"אמת" שמאחורי המעשה הפרשני, כל מעשה פרשני ("נכון" או "מוטעה"). עניינו של גדמר הוא ב"אונטולוגיה" (כלשונו) של ההבנה ההיסטורית, של כל הבנה היסטורית, בעיקר של זו המתנהלת לפי המתודות המקובלות במחקר הביקורתי.<sup>63</sup> מכאן גם השם שהוא בחר לספרו, שמוכנו הוא "אמת לעומת מתודה". חשוב להדגיש, הגם שעניינו הוא ב"הבנה", כלומר בדרכי הכינון של תודעת הפרשן-הקורא, חוזר גדמר ומדגיש (בעקבות היידגר) כי טיעונו הוא "אונטולוגי". לדעתו, הזמן הממשי-ההיסטורי מעצב את תודעת הקורא (ההוויה ההיסטורית קובעת את התודעה).<sup>64</sup>

הפרויקט של גדמר הוא אפוא תאורטי-תיאורי, או בלשונו – "אונטולוגי", מטאפיזי. כשהוא מתאר את ההליך הפרשני חותר גדמר לתאר כל פרשנות וגם (ושמא בעיקר) את דרכי הפירוש של היסטוריונים-פוזיטיביסטיים, המתיימרים לחדור אל האובייקט

62 כך למשל מצהיר גדמר בהקדמה ל"אמת ומתודה" (ראו אמת ומתודה, לעיל ה"ש 53, בעמ' xxiii): "ההרמנויטיקה המפותחת להלן אינה אפוא מתודולוגיה של מדעי האדם אלא ניסיון להבין מה הם למעשה מדעי האדם. מלבד המודעות העצמית המתודולוגית שלהם [...] אם נעמיד את ההבנה כמושא להתבוננותנו, המטרה אינה טכניקה של הבנה (כדרכה של ההרמנויטיקה הספרותית והתאולוגית) [...] אין בכוונתי להציע הוראות פעולה (מעשיות) למדעים [...] אלא לנסות לתקן מחשבה מוטעית על אודות מה שהנם" (תורגם על-ידי המחברים).

63 כך למשל כותב גדמר על המעגל ההרמנויטי של היידגר: "מה שהיידגר מציע כאן איננו הוראות פעולה לפרשנות ולהבנה אלא תיאור של האופן שבו ההבנה הפרשנית מושגת. הנקודה שברפלקסיה ההרמנויטית של היידגר היא לא להוכיח את קיומו של המעגל אלא להראות שבמעגל הזה חבויה משמעות אונטולוגית חיובית" (שם, בעמ' 266), ובהמשך דבריו: "מעגל ההבנה אינו מעגל 'מתודולוגי', הוא מתאר יסוד של המבנה האונטולוגי של ההבנה" (שם, בעמ' 293) (תורגם על-ידי המחברים).

64 ראו למשל דבריו שם, בעמ' 300-302: "הבנה היא במהותה אירוע מושפע-היסטוריה" (שם, בעמ' 300); "בכל הבנה, בין אם אנו מודעים לכך בין אם לאו, ההיסטוריה בפעולה [...] מודעות לאפקטיביות של ההיסטוריה היא-היא המודעות למצב ההרמנויטי" (שם, בעמ' 301); "להיות היסטורי פירושו שהידיעה של האדם את עצמו לעולם אינה שלמה" (שם, בעמ' 302) (תורגם על-ידי המחברים).

המתפרש "לכשעצמו".<sup>65</sup> גדמר מבקש לומר להם כי ההיסטוריוציזם הביקורתי הוא אשליה, כי אין ביכולתו של הפרשן להשתחרר מ"דעותיו הקדומות" ולהתגבר על ההיסטוריות שלו.<sup>66</sup> באנלוגיה לתחום המשפט, גדמר מתאר את "האונטולוגיה של ההבנה" העומדת ביסוד כל דרכי הפרשנות המשפטית-פורמליסטית, תכליתית, דוורקיניאנית או רְאליסטית.

הפרק הבא יוקדש לכמה השגות על עמדתו של גדמר, השגות המעוגנות בחלק מן התאוריות של משפט ותרבות. מטרתנו היא להראות את האמביוולנטיות העמוקה של תאוריות אלה בנוגע למושג האמת הפרשנית. בין היתר אנו נראה כי הספקנות באשר לאידאליזם של הנאורות איננה מאפיינת את גישת המשפט ותרבות ככזו אלא רק זרמים מסוימים בתוכה.

#### ד. האם הנאורות היא אשליה?

בעיני מאוטנר גדמר הוא "גיבור תרבות" (תרתי משמע). דיונו בגדמר מבטא הסכמה (ואף הזדהות) עם עיקרי טיעונו והשקפותיו, והוא נעדר כמעט כל ממד ביקורתי.<sup>67</sup> על דברים אלה, כמו גם על השקפותיו של גדמר בדבר "פער הזמן שלא ניתן להתגבר עליו"; "נאיביות ההיסטוריוציזם" המתבטאת בכך שהוא סבור לתומו כי אפשר "להתקדם לכוון אובייקטיביות היסטורית"; טענתו (נגד ההיסטוריונים הפוזיטיביסטים) כי "פער

65 כותב גדמר: "ההרמנויטיקה [כתחום מחקר, ולא כמתודה – א"ה, י"ל] חייבת להתחיל מן העמדה שהאדם החותר להבין עניין כלשהו בהכרח קשור אליו באמצעות המסורת. עם זאת התודעה ההרמנויטית מודעת לכך שהזיקה העמוקה של הפרשן לאותו עניין אינה בבחינת אחרות דעים, כמו במקרה של 'החוט הבלתי-ניתק' של המסורת. עבודה הרמנויטית מושתתת על הניגוד שבין היכרות לזרות [...] המיקום האמתי של ההרמנויטיקה הוא בתווך [...] מכאן נובע שתפקידה של ההרמנויטיקה אינו לפתח פרוצדורה של הבנה אלא להבהיר את התנאים שבהם ההבנה מתרחשת. תנאים אלה לא מכוננים "פרוצדורה" או מתודה שאותה הפרשן צריך ליישם או להחיל על הטקסט; פרוצדורה זו כבר נתונה. הדעות הקדומות והמשמעויות המוקדמות שמאכלסות את תודעת הפרשן אינן עומדות לרשותו לבחירה" (ההדגשה שלנו – א"ה, י"ל) (שם, בעמ' 259, תורגם על-ידי המחברים).

66 מה שעשוי להבהיר את השקפתו של גדמר היא התבוננות במצב שבו שני פרשנים מתווכחים על אודות מובנו של טקסט מסוים. ההרמנויטיקה של גדמר איננה מתיימרת להכריע בוויכוח. גדמר יטען כי שני הצדדים משליכים על הטקסט את דעותיהם הקדומות. הצדק הוא עם מי שנימוקיו (= "דעותיו הקדומות") מתאימים ל"דעות הקדומות" (הרווחות) שמגדירות "אובייקטיביות" ו"רצינות" בנסיבות ההיסטוריות שבהן מתנהל הוויכוח.

67 כבר בתחילת ספרו, כשהוא סוקר גישות שונות לתרבות ומציג את גישת הנאורות, מנסח מאוטנר הצהרה גדמרית טיפוסית: "תפיסתה של הנאורות את התבונה כמסוגלת להיות משוחררת מהשפעת התרבות הייתה לא פחות משגויה. תודעתו של האדם אינה יכולה לא להיות מכוננת על-ידי התרבות שבה האדם חי ושבה הוא עובר תהליכים של חִברות". ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 19.

הזמנים" הוא "חיובי ופרודוקטיבי" ודווקא "מאפשר הבנה"; דבריו על "דעות קדומות חיוביות" ו"מיזוג אופקים" – אפשר לשאול: מדוע? מדוע? מדוע? "זמניות" מלמדת כי גישת ה"נאורות" מוטעית? מדוע בשל ה"היסטוריות" שלנו הבנת טקסט "לכשעצמו" היא מן הנמנע? מדוע אי-אפשר – במובן עקרוני וחזק – להתחקות על כוונת המחבר? האומנם נכון להבחין באופן "מטאפיזי" בין מדעי הטבע לבין מדעי האדם? כל השאלות האלה הופכות אצל גדמר (ובעקבותיו אצל מאוטנר) לקבועות, אך ללא נימוקים וטיעונים של ממש לביסוסן. האם היעדרם של טיעונים ב"אמת ומתודה" הוא משום שה"אונטולוגיה" המוצעת בו היא מובנת מאליה, כעין מושכל ראשון שאינו צריך ראייה?<sup>68</sup> אלו הן כמובן שאלות על גדמר, לא על מאוטנר, וכך גם השאלות שיועלו מיד להלן. עם זאת הן משליכות ישירות על הניתוח של מאוטנר את המשפט.

דומה כי הנימוק המרכזי של גדמר לביסוס השקפתו היא העובדה שכשבני אדם באים לפרש טקסטים מן העבר (ולפרש בכלל), הם מושפעים תדיר מתרבותם, מן האינטרסים שלהם וכו'. אי אפשר להכחיש כי הקונטקסט ההיסטורי-התרבותי שבו נתונים בני אדם משפיע על המובן שהם מייחסים לטקסטים מן העבר ועל המשפט שהם חורצים בעניינם. הוגי הנאורות יהיו הראשונים להודות בעובדה הזו. אולם מן הממצא האמפירי, הרווח מאוד – שבני אדם נוטים ברגיל "להשליך" את דעותיהם הקדומות על מושאי מחשבתם – אין נובעת המסקנה ה"אונטולוגית" כי ההשתחררות מדעות קדומות היא מן הנמנע.

68 "אמת ומתודה" רצוף קביעות נחרצות וגורפות שגדמר איננו מספק להן כל נימוק. דרכי הטיעון של גדמר רוויות קפיצות והכללות לא מבוססות. למשל, במסגרת דינון בהבדל שבין מדעי הטבע למדעי האדם כותב גדמר: "ברור כי במדעי האדם [= הרוח והחברה] אי אפשר לדבר על אובייקט מחקר באותו מובן של מדעי הטבע, שם המחקר חודר יותר ויותר עמוק אל הטבע. במדעי האדם שאלת המחקר המסוימת (על אודות המסורת) שבה אנו מתעניינים מונעת בדרך מיוחדת על-ידי ההווה והאינטרסים שלו. מושא המחקר נקבע למעשה על-ידי המוטיבציה שמאחורי המחקר. לכן מחקר היסטורי נישא תמיד על גבי התנועה ההיסטורית של החיים עצמם, והוא איננו יכול להיות מובן באורח טלאולוגי במונחי האובייקט שאותו הוא מבקש לחקור. אובייקט לכשעצמו שכזה איננו קיים בבירור. זה בדיוק מה שמבחין את מדעי האדם ממדעי הטבע" (ראו אמת ומתודה, לעיל ה"ש 53, בעמ' 284-285 (תורגם על-ידי המחברים)). נכון הוא שבמקרים רבים שאלות המחקר במדעי האדם נקבעות על-ידי נטיות לבם של החוקרים, ונטיות לב אלה מושפעות מן ה"מסורת" שאליה הם שייכים (ועל-ידי גורמים אחרים). אולם גם תחומי עניין, בעיות ושאלות במדעי הטבע נקבעים על-ידי המסורת (וגורמים אחרים "בלתי-מדעיים"). ואולם, האם נכון הוא שכל הבעיות שחוקרים מעמידים למחקר במדעי האדם הם בהכרח תוצר של ה"מסורת"? האם אין מועלות לעתים במחקר שאלות שנובעות מן הדינמיקה האינטלקטואלית של המחקר עצמו? ושאלה חשובה יותר – גם אם נניח שרוב (אפילו כל) השאלות במדעי האדם מונעות על-ידי ה"מסורת", האם מכך נובע שהחוקר איננו יכול להיות אובייקטיבי ולחקור אותן ללא פניות, באמצעות פרוצדורות ומתודות רציונליות? גם אם נניח שחלק ניכר מתוצאות המחקרים נקבע במידה כזו או אחרת על-ידי ה"מסורת", האם המסורת קובעת בהכרח את מסקנות כל המחקרים? אין בדברי גדמר טיעון של ממש לביסוס "תשובותיו" לשאלות אלה.

מהעובדה שבני אדם נכשלים לעתים קרובות ביישום "הפרוצדורות הרציונליות" (או שלמרות יישומן ההולם בני אדם מטילים לעתים על מושאי מחקרם את דעותיהם הקדומות), לא נובע שרציונליות היא אך אשליה. העובדה שבמקרים רבים "ההיסטוריות של בני האדם היא אפקטיבית" איננה הופכת את "הדעות הקדומות" שלהם ל"חיוביות" ואת "פער הזמנים" ל"פרודוקטיבי ומאפשר הבנה". כל מה שנובע מן העובדה (הטריוויאלית) הזו הוא שמחקר היסטורי רציונלי ("נאור") הוא לעתים עניין קשה ומורכב, שרבים (אפילו בעלי מקצוע) נכשלים בו.<sup>69</sup> גם בכך יהיו הוגי הנאורות וההיסטוריונים הפוזיטיביסטים הראשונים להודות. לשיטתם, דווקא בשל כך טענות ה"מתודות" וה"פרוצדורות" בחינה מתמדת, שכלול ופיתוח, והכול כדי לסלק דעות קדומות שלא הוכרו קודם לכן.

זאת ועוד, הרושם העולה מגישות שונות בחקר התרבות – ובניגוד למה שמצטייר מסקירתו של מאוטנר – הוא שמגמתן קרובה ברוחה לאתוס של הנאורות. החשיפה של היסטוריונים, אנתרופולוגים וסוציולוגים כי ה"תרבות" – ולא "הטבע" – היא הקובעת ערכים היא דווקא מהלך משחרר, מיסודם של הוגי תקופת ההשכלה. ניטול למשל את הטענה שמאוטנר מצטט דרך הילוכו בשמו של חיים חזן: "אם, למשל, אנו קובעים שהנחש הוא רוע, הרי אין זה משום שיש דבר מה עקרוני בנחש שהופך אותו לרע. לקביעה זאת יש מקור תרבותי".<sup>70</sup> את הדברים האלה (ועוד רבים דוגמתם) מביא מאוטנר כדי לבסס את קביעתו כי "בני-אדם אינם מסוגלים לתפוס את העולם באופנים החורגים אל מעבר למבנה ולתכנים של הקטגוריות הקיימות בתרבות שהם חיים בה".<sup>71</sup> אולם ההעלאה למודעות כי אין בנחש לכשעצמו שום דבר רע וכי רק ה"תרבות" מייחסת לו תכונה "טבעית" שלילית, היא לאמתו של דבר גילוי משחרר. המחקר בלימודי התרבות של סמל הנחש מסלק מאתנו את "הדעה (המקראית) הקדומה" שהנחש הוא "רע מנעוריו". אחרי שקראנו והפנמנו את מחקריו של חזן אנו חדלים לייחס לנחשים תכונות רעות כחלק מטבעם; אנו מבינים שתכונות אלה מוטלות עליהם על-ידי "מסורת" מסוימת, אפילו היא המסורת (התנ"כית) "שלנו".<sup>72</sup> מן הבחינה הזו התפיסה שמאוטנר

69 דומה כי "האונטולוגיה ההרמנויטית" של גדמר מספקת הסבר לקיומן של טעויות רווחות בהבנת ההיסטוריה (ואולי רק לחלק מהן) אבל לא לעצם ההבנה.

70 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 27.

71 שם, בעמ' 28, או לחלופין כי "תודעתו של אדם אינה יכולה שלא להיות מכווננת על-ידי התרבות שבה האדם חי ושבה הוא עובר תהליכים של חִבְרוּת" (שם, בעמ' 19).

72 דוגמה אחרת, מאוטנר (שם, בעמ' 29-30) כותב: "מאפיין חשוב של הקטגוריות התרבותיות הוא לא רק שהן מכווננות את הדרך שבה בני-אדם תופסים את העולם, אלא גם שהתרבות מצמידה לקטגוריות האלה ערך נורמטיבי (חשוב, ראוי, נכבד...) שהתרבות מייחסת אותו לקטגוריה", והוא מצטט בהסכמה את דברי אמסטרדם וברונר שכתבו: "איננו יכולים לחוות את העולם מבלי להעריכו". וגם כאן אפשר לשאול – האומנם? אם טענתם (וטענת מאוטנר) היא שלבני אדם באופן כללי יש נטייה לשלב קביעות עובדתיות עם שיפוטיות (ערכיים), הרי אפשר להסכים עמם, וזו, שוב, טענה

מתאר אצל גדמר – שהיא כאמור גם תפיסתו-שלו – שונה מן המגמה של חלק ניכר מלימודי התרבות. על כל פנים, אין בספרו של מאוטנר הבחנה בין שתי מגמות מנוגדות אלה בחקר התרבות. יתר-על-כן, נראה כי הניגוד שביניהן מובלע בספרו של מאוטנר עצמו, שכן לצד טענתו שאדם אינו יכול להשתחרר מלפיתת תרבותו ומסורתו, הרי אחת מן התכליות של ספרו של מאוטנר היא הניסיון לשחרר משפטים ושופטים מתרבותם ה"פורמליסטית" (שמקורה בגישת המשפט ככללים) ולשכנעם להיות שוחרי גישת "משפט ותרבות" (על כל המשתמע ממנה לדעתו מן הבחינה המעשית). לסיכום, אם אכן הראיות העיקריות של גדמר לקוחות מן הניסיון, הרי דומה שהוא (ומאוטנר בעקבותיו) עובר בקלות רבה מדי מן ה"אמפירי" והקונטינגנטי אל האונטולוגי והמטאפיזי.<sup>73</sup>

### ה. האמת של גדמר והמתודה של מאוטנר

נניח עתה לשאלות על מפעלו ההרמנויטי של גדמר ונחזור לבחון את האופן שבו מאוטנר "משתמש" בגדמר בדיונו ב"משפט ותרבות". מנקודה זו הדיון של מאוטנר הוא דו-שלבי: תחילה הוא "מתרגם" את ההרמנויטיקה של גדמר למושג "תרבות", ולאחר-מכן הוא ממשיך ביישומו במשפט – הוא ממזג (כלשונו) את "האופק של גדמר" עם "אופק המשפט". אם בסעיף הראשון של הפרק השלישי מאוטנר מסכם את עיקרי תפיסתו של גדמר, הרי בסעיפים הבאים של פרקו מצויה תרומתו לדיון בסוגיית תרבות ומשפט.

מאוטנר מעיר כי גדמר איננו מפתח בכתביו במפורש תפיסה של המושג "תרבות". אכן, המושג "תרבות" אינו מרכזי ב"אמת ומתודה", ואולם מאוטנר סבור כי "ניתן לאתר בכתביו גרעין של תפיסה כזו, המאפשר ניסוח שורה של עמדות באשר לתהליכים תרבותיים הקיימות בכתביו במשתמע".<sup>74</sup>

את ההרמנויטיקה של גדמר ב"אמת ומתודה" מתרגם מאוטנר למושג "תרבות" כך: "התרבות" היא מדיום דינמי; חומרים תרבותיים חדשים נוצרים כל העת – חלקם נשמרים, חלקם נכחדים. מה שמשתמר קרוי (בפי גדמר) "מסורת". בני אדם אינם מסוגלים להשתמש בכל החומרים שבמסורת שהם מקבלים – חלק מן "החומרים המשומרים" הם "חומרים תרבותיים פעילים" (= "חומרים שבני-האדם החיים בתרבות

טריוויאלית. אולם אם הטענה היא חזקה יותר: אי-אפשר, קטגורית (הכרתית), להפריד בין עובדות לערכים, אזי נשאל – מדוע? הרי מעשים שבכל יום הם שבני אדם עושים בהצלחה את ההפרדה הזו ונמנעים מלשלב שיפטים עם קביעות עובדתיות. יתר-על-כן, הקביעה הזו עצמה מסייעת לעשות את ההפרדה. מאוטנר לא הביא שום טיעון לביסוס הגרסה החזקה של הטענה הזו.

73 הגם שגדמר איננו מנסח במפורש את הנימוק ה"אמפירי", דיונו לעתים רומז אליו. אפשר כי המהלך שלו איננו מבוסס רק על ניסיון אמפירי אלא גם על אינטרוספקציה עיונית-פילוסופית אל תהליך ה"הבנה", (כלומר) על הנהרה (אנליטית) של ה"ניסיון" הפרשני.

74 שם, בעמ' 94.

בזמן מסוים עושים בהם שימוש בחייהם"), וחלק "רדומים" ("בלתי-פעילים"). "החומרים הפעילים של התרבות (בלשונו של גדמר: ההיסטוריה האפקטיבית) מורכבים", לפי מאוטנר, ממה שקרוי בפי גדמר "אופקים". "אופק", לפי תרגומו של מאוטנר, הוא מקטע מתוך "החומרים התרבותיים הפעילים", "שאדם משתמש בו כדי לקלוט את העולם ולתת לו משמעות", ומאוטנר מוסיף: "בצורה פשוטנית משהו, אך לא בלתי-מדויקת, ניתן לומר על התרבות הפעילה או על ההיסטוריה האפקטיבית, קרי: התרבות המעצבת את התודעה של בני-האדם החיים בזמן מסוים במקום מסוים, שהיא מורכבת מאוסף של אופקים".<sup>75</sup>

לפי מאוטנר, "מכתביו של גדמר משתמעות שתי דרכים להפיכתם של חומרים תרבותיים לחומרים תרבותיים פעילים היוצרים אופקים חדשים: "דרך אנכית" – הפיכת חלק בלתי-פעיל מתרבות העבר לחלק פעיל בתרבות ההווה; "דרך אופקית" – "ייבוא של חומרים תרבותיים מתרבות אחת [בהווה – א"ה, י"ל] לתרבות אחרת [בהווה – א"ה, י"ל] והפיכתם לחומרים פעילים בתרבות המייבאת".<sup>76</sup> גדמר (לפי מאוטנר) עוסק בספרו ב"מיזוג אנכי".<sup>77</sup> מאוטנר, לעומתו, מתעניין במה שהוא מכנה "מיזוג אופקי".

בהמשך משתמש מאוטנר "בתובנות מרכזיות על-אודות הפרשנות [...] של גדמר", שאותן הוא תרגם כאמור למושג "תרבות", כדי "להציע כמה תובנות [...] על מאפיינים אחדים של המשפט".<sup>78</sup> האם התרגום של ההרמנויטיקה של גדמר ל"תרבות" שמציע מאוטנר עולה יפה? האם ה"היסט" שלו מן "הדרך האנכית" ל"הדרך האופקית" הולם את הגותו של גדמר? חשוב לשים לב כי התרגום של מאוטנר את ההרמנויטיקה של גדמר ל"תרבות" ("אופקית") מסלק ממנה את יסוד ה"זמניות" ובתוך כך את ה"היסטוריה". מה שמעניין את גדמר הוא "האפקטיביות של ההיסטוריה" (wirkungsgeschichte), שבמרכזו ה"אונטולוגיה" של הזמן והמסורת, והאופן שבו הם קובעים (לדעתו) הבנה של טקסטים מן העבר. לשם הנהרת ההשפעה של ההיסטוריה על ההבנה מציע גדמר מושג חדש של אובייקטיביות במחקר ההיסטורי, מושג חיובי של "דעה קדומה" ואת רעיון "מיזוג האופקים", המסביר את אופני "חדירת העבר אל ההווה". מושגים אלה עומדים במוקד הפרויקט ההרמנויטי-ה"מטאפיזי" של גדמר, ובלעדיהם מפעלו יורד מנכסיו. לכל אלה

75 כל הציטוטים שבפסקה זו מצויים שם, בעמ' 95.

76 שם.

77 על "מיזוג אנכי" כותב מאוטנר: "בני-אדם החיים בתרבות בזמן מסוים יכולים להתוודע לחומרים התרבותיים המשומרים, אך הבלתי-פעילים, הקיימים בתרבותם ולהפוך אותם לחלק מהתרבות הפעילה שלהם, וזאת בדרך אנכית, דהיינו בדרך של פעילות במסגרת המורשת הקיימת בתרבות" (שם, בעמ' 96).

78 וכלשונו של מאוטנר: "מיזוג אופקים" בין כמה שאלות המטריות משפטנים לבין תובנות מרכזיות של גדמר" (שם, בעמ' 98).

אין כמעט זכר במושג התרבות ה"אופקי" של מאוטנר. את מאוטנר אין מעניין העבר, עניינו ב"אחרות" של "תרבויות" שונות בהווה ובאפשרויות "מיזוגן".<sup>79</sup> החריקות במעשה התרגום של מאוטנר נשמעות היטב באופן שהוא מיישם את המושג תרבות ואת הציורף "מיזוג האופקים" במשפט. כזכור, לפי מאוטנר, "מיזוג אופקים" ב"דרך אופקית" הוא "ייבוא של חומרים תרבותיים מתרבות אחת לתרבות אחרת, והפיכתם לחומרים פעילים בתרבות המייבאת". את "הדרך האופקית" מיישם מאוטנר בתחום המשפט כשהוא דן בשופטים כפרשנים. לדעתו "פסקי דין [הם מפגש – א"ה, י"ל] של שיקולים נורמטיביים עם אירועים עובדתיים".<sup>80</sup> "במונחיו של גדמר", כותב מאוטנר, "ניתן לומר שההכרעה השיפוטית כרוכה בהתמקמות של מקבל ההחלטה ב'אופקים' נורמטיביים שונים, שכל אחד מהם מגלה משמעות מסוימת של המקרה, אך חוסם ומסתיר משמעויות אחרות שניתן לראותן מאופקים אחרים, ותפקידו של השופט הוא להחליט באיזה אופק יש לבחור, או איזה שילוב של אופקים יש לעצב כדי לקבוע את משמעותו הסופית של המקרה".<sup>81</sup> את ה"אופקים" של גדמר מתרגם כאן מאוטנר לערכים שונים (מנוגדים) הרלוונטיים למקרה שעל השופט לזהות ולשקול, ואת "מיזוג האופקים" הוא מתרגם כאיזון והשילוב הראויים ביניהם (אם לתרגם את דברי מאוטנר לשפה הרווחת אצל משפטנים: על השופט היושב בדין להיות פתוח למגוון הערכים הרלוונטיים למקרה שנידון לפניו ולאזן ביניהם איזון צודק).

אולם נראה כי ב"אופק" וב"מיזוג אופקים" מתכוון גדמר לדבר אחר. "אופקים" אצל גדמר הם ה"אופק" של הקורא מצד אחד וה"אופק" של הטקסט (מן העבר), "לכשעצמו", מצד אחר. המיזוג שלהם יוצר את המשמעות בשביל הפרשן, ומכאן "האפקטיביות של ההיסטוריה" (המסורת) על הקורא בהווה. מושג "מיזוג האופקים" אצל גדמר נועד להסביר את נוכחות העבר בהווה, כנגד השקפת הנאורות שלפיה באמצעות פרוצדורות חקירה רציונליות, העבר משוחזר בהווה בשלמותו. יתר-על-כן, לפי גדמר, ה"מיזוג" אינו עניין לבחירתו או להחלטתו של הפרשן. "מיזוג אופקים" מתרחש בכל אקט של קריאת טקסט מן העבר, ובמנותק מן המתודה הפרשנית שהקורא-הפרשן בוחר להפעיל. "מיזוג אופקים" מתרחש גם אצל קורא המציע קריאה

79 מאוטנר אכן מלין על גדמר כי: "מושאי התפיסה שהוא עוסק בהם מצומצמים [...] בדרך-כלל, אלה טקסטים או לעיתים יצירות אמנות ואירועים היסטוריים, אך לא כל תוצריה האחרים, היומיומיים, הרבים מאוד שבני-האדם משוקעים בתוכם" (שם, בעמ' 96 בה"ש 51). דומה כי ביקורת זו משקפת אי-הבנה של הפרויקט של גדמר, שאין לו זיקה של ממש למטרותיו של מאוטנר בתחום המשפט ותרבות, שכן עניינו העיקרי של מאוטנר הוא המחקר ההיסטורי (הפוזיטיביסטי). אפשר לשלמותו של מאוטנר מתאימים יותר חיבוריו של קליפורד גירץ, ובמיוחד פרשנות של תרבויות (והספרות שנמשכת ממנו). ברם למיטב הבנתנו גירץ איננו מחזיק בתפיסה ביקורתית כלפי הרציונליזם של הנאורות. הוא גם איננו סבור שהאדם כלוא בתוך תרבותו.

80 שם, בעמ' 100.

81 שם, בעמ' 101.



"לא רגישה" או אף "מוטעית" של הטקסט ("מוטעית" במונחי האובייקטיביות ההיסטורית-קונטקסטואלית של גדמר). ה"מיוזג" גם אינו עניין למתודה פרשנית ואף לא ל"קריאה" או ל"הכרעה" הומניסטית. משהחליט הקורא לפרש טקסט מסוים, ה"אופקים" כבר נתונים. "מיוזג האופקים" לפי גדמר הוא אפוא מטפורה שנועדה להסביר את ה"אונטולוגיה" של המעשה הפרשני, שלפיה אין "עבר לכשעצמו" ואין גם "הווה לכשעצמו";<sup>82</sup> ההווה והעבר מתמזגים בתודעת הפרשן – בין שהוא מכיר בכך בין שלא – ומכוננים בשבילו משמעות.<sup>83</sup> ל"מיוזג אופקים", לפי גדמר, אין ולא כלום עם בחירה לשלב ולמזג בין תפיסות תרבותיות-ערכיות שונות בהווה.<sup>84</sup>

אלא שמאוטנר סוטה מן התפיסה האונטולוגית של גדמר אל עבר תפיסה המתיימרת להשתמש בגדמר לצורך פיתוח מתודה פרשנית או לכל הפחות לצורך פיתוח מנגנונים לשיפור הפרשנות. מאוטנר כותב למשל כי "שופט הניגש לפרשנותו של טקסט צריך להבין שכל טקסט כזה נוצר בהקשר של שלב ההתפתחות של התרבות המשפטית שהיה קיים בעת היווצרותו, ובמסגרתם של תנאים תרבותיים חוץ-משפטיים יחודיים שיוצרו של הטקסט פעל בהם. על השופט להבין עוד שגם אם ירצה, לא יהא ביכולתו להקנות לטקסט את משמעותו ה'המקורית', אלא רק משמעות שהיא תולדת מפגש בין הטקסט לבין התכנים התרבותיים שהוא עצמו הפנים. יש לכך משמעות לא רק במסגרתו של משפט משווה, אלא אף כאשר השופט עוסק בחומרים משפטיים שנוצרו בשיטת המשפט שלו עצמו"<sup>85</sup> [ההדגשה שלנו – א"ה, י"ל]. מאוטנר חוזר על הניסיון לגזור מתודה

82 לפי גדמר, ה"אופק" של הטקסט מן העבר אינו חלק מן "החומרים התרבותיים הפעילים מזמנו של הקורא". להפך, "אופק" זה מציין את המובן של הטקסט "לכשעצמו", בהקשרו ה"היסטורי", שלקורא אין כל גישה אליו. לפי גדמר, ה"אופק" של הטקסט הופך ל"זמין" רק לאחר שהוא נמוג באופק של הקורא, ראו ההערה הבאה.

83 ראו אמת ומתודה, לעיל ה"ש 53, בעמ' 302-307. כך למשל כותב גדמר: "למעשה האופק של ההווה הוא תמיד תהליך של התהוות, משום שאנו תמיד צריכים לבחון את כל הדעות הקדומות שלנו. חלק חשוב של הבחינה הזו מתרחש במפגש עם העבר ובהבנת המסורת שממנה אנו באים. לכן האופק של ההווה איננו יכול להתהוות ללא העבר. אין לדבר עוד על אופק מבודד של ההווה לכשעצמו, כשם שאין לדבר על אופקים היסטוריים שיש לרכוש. הבנה היא תמיד מיוזג של האופקים האלה שלכאורה קיימים כל אחד לעצמו [...] במסורת, המיוזג הזה הולך ונמשך שהרי החדש והישן נמזגים למשהו בעל ערך [...] כל מפגש עם מסורת שמתרחש במסגרת של מודעות היסטורית מגלם את ההתנסות במתח שבין הטקסט להווה" (שם, בעמ' 306, תורגם על-ידי המחברים).

84 בסוף דבריו על מיוזג האופקים כותב גדמר: "להעתיק את עצמנו אל האופק של הזולת אינה אמפתיה לזולת וגם לא הכפפת הזולת להבנתנו; מדובר בעלייה לאוניברסליות גבוהה יותר (של הבנה), שמתגברת לא רק על הפרטיקולריות שלנו אלא גם על זו של הזולת. [...] לרכוש אופק משמעו שאדם לומד להסתכל מעבר למה שהוא קרוב לו" (שם, בעמ' 304-305, תורגם על-ידי המחברים. דברים אלה אינם רחוקים מגישות של הוגי הנאורות...).

85 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 105.

פרשנית מן התאוריה של משפט ותרבות כאשר הוא קובע כי "גישת המשפט כתרבות תופסת את חייהם של בני-האדם כמתאפיינים בגיוון ובמידה חלקית בלבד של אחדות וסדירות. לפיכך, גישה זו מורה כי בהתייחסות למקרים עובדתיים המובאים להכרעה משפטית, יש להיות רגיש למאפיינים העובדתיים הייחודיים של כל מקרה, ואין לנסות לעשות להם רדוקציה למושגיהם של כללים כלליים האומרים להסדירם".<sup>86</sup>

ואולם מדוע צריך השופט – לצורך עבודתו – להבין את כל זה? הרי כאמור, לפי גדמר, אין להבנה הזו כל השלכה על כללי הפרשנות ועל דרכי השיפוט (=המתודה) שהוא נוקט. לאמתו של דבר, גדמר איננו סבור כי הפרשן (בין של טקסט משפטי ובין של טקסט לא משפטי) צריך להבין את האופן שבו הוא עצמו פועל. הפרשן המשפטי איננו צריך להיות מודע לאופן שבו הוא עצמו פועל בדיוק כמו שהספורטאי איננו צריך להיות מודע לפיזיולוגיה של גופו לצורך הפעילות הספורטיבית.

הליקוי ב"תרגום" שמציע מאוטנר לגדמר בולט גם בדיונו במושג היישום (האפליקציה). לפי גדמר, אחד מיסודות ההרמנויטיקה, המשולב ב"תהליך" "מיזוג האופקים", הוא האפליקציה. לפי הגישה הרווחת אצל היסטוריונים פוזיטיביסטיים ופילולוגים, אפליקציה במעשה הפרשני מנוגדת לפרשנות ביקורתית-אובייקטיבית. לדרשה בכנסייה (ובבית הכנסת) ולפרשנות משפטית יש "מסר רלוונטי" – הדרשן קורא את כתבי הקודש כמענה לבעיות השעה והזמן, והשופט קורא חוקים מן העבר כדי ליישב סכסוכים בהווה. פרשנות מדעית היא עניין שונה לחלוטין. לפי הגישה הביקורתית, פרשנות מדעית חותרת לשחזר את הנסיבות שבהן הטקסט נוצר ולפרשו בהקשרו המקורי. יישומו של הטקסט בהווה רק יביא להטיית מובנו ולעיוות משמעותו. גדמר, לעומתם, חוזר ומטעים כי "הבנה היסטורית" משלבת תמיד יישום של הטקסט בהקשר הנוכחי, העכשווי, של הפרשן. המחשבה על אודות ה"רלוונטיות" של הטקסט להוויית הקורא – לא כהנחיה מתודית אלא כדיספוזיציה עקרונית במעשה הקריאה – היא חלק בלתי-נפרד מן ההנהרה (ה"אובייקטיבית") שלו. ה"יישום", לפי גדמר, הוא רכיב של הדיאלוג שהפרשן מנהל עם הטקסט, שמעמיק ומעשיר את מובנו.<sup>87</sup>

ה"יישום" אצל מאוטנר מקבל מובן שונה בתכלית. לפי מאוטנר, "מרכיב היישום, המתקיים כחלק מיצירת משמעות" מתבטא במשפט בשינויים מארבעה סוגים: "שינוי בחייהם של הצדדים לדיון (המשפטי)",<sup>88</sup> "שינוי במשפט (=יצירת תקדימים משפטיים), השפעה על התרבות שבה הם חיים"; "השפעה על החברה ועל התרבות"

86 שם, בעמ' 81.

87 ראו אמת ומתודה, לעיל ה"ש 53, בעמ' 307-311.

88 מאוטנר מדגיש כי השינוי המתחולל בהליך משפטי בבתי המשפט הוא דרמטי מזה שמחולל המחוקק. הדעת נותנת שגם המחוקק משפיע על בני אדם "מסוימים", אפילו על המון בני אדם "מסוימים", בדרך כלל הרבה יותר מבתי המשפט, ראו להלן.

(החוק-משפטית); "השלכות אישיות – קידום השופט, מעמדו וכיו"ב".<sup>89</sup> האופן שבו מאוטנר מחיל ("מיישם") את מושג האפליקציה על "התהליכים של הפקת המשמעות ששופטים מעורבים בהם" (כלשונו, בעמ' 103) מעלה כמה שאלות. מאוטנר אמנם מציין כי ה"אפליקציה" היא חלק מתהליך יצירת המשמעות, אולם מדבריו משתמע כי מובנה העיקרי הוא "שינוי בעולם" או לחילופין המודעות לכל שינוי שפסק הדין יחולל במציאות – על הצדדים, על המשפט והתרבות בכלל ועל השופט עצמו בפרט – כך למשל, לפי מאוטנר, במסגרת ייחוס משמעות לחוק מסוים (בהליך משפטי) צריך השופט להביא בחשבון כיצד פסק דינו יקדם את הקריירה האישית שלו; יבליט אותו בקהילייה המשפטית וברעת הקהל; הוא צריך לשקול אם הכרעתו היא "חיסול חשבונות" עם שופט בערכאה נמוכה או החנפה לשופט בערכאה גבוהה.<sup>90</sup> לא ברור כיצד, לפי מאוטנר, אמורים השיקולים האלה להשפיע על פרשנות החוק: האם הוא (באמת) סבור כי השופט צריך לייחס להם משקל (ואולי הוא רק צריך להיות מודע להם כדי להתעלם מהם)? כך או כך, הפרשנות הזו חורגת מדברי גדמר על המושג "אפליקציה"; לא ליישומים כאלה הוא התכוון כשהטעים את חשיבות האפליקציה במעשה הפרשני.<sup>91</sup>

89 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 103-104.

90 שם, בעמ' 104.

91 פירושו של מאוטנר את "היישום ההרמנויטי" של גדמר כרוך בעוד טעות אחת: המופת של גדמר לאפליקציה בפרשנות היא הפרשנות המשפטית (והפרשנות התאולוגית של הדרשנים בכנסיות, שנגדם בין השאר יוצא המחקר ההיסטורי-הפילולוגי). בניגוד להבחנה החדה שקובעים ההיסטוריונים-הפויטיביסטים בין פרשנות ביקורתית, המתמקדת בהקשר ההיסטורי של הטקסט (או של החוק העתיק, אצל ההיסטוריון של המשפט), לבין הפרשנות המשפטית (והתאולוגית), שעניינה תמיד ביישום החוק (והטקסט המקודש) למקרה רלוונטי ("עכשווי"), קורא גדמר להיסטוריון הביקורתי ללמוד מן המשפטים ולנקוט פרשנות מיישמת לגבי כל טקסט מן העבר (ראו אמת ומתודה, לעיל ה"ש 53, בעמ' 324-340). כותב גדמר: "ההשקפה הרווחת היא שרק עם עליית המודעות ההיסטורית נוצרה המתודה המדעית בהיסטוריה, וההרמנויטיקה הפכה למדע אובייקטיבי. לפי תפיסה זו, פרשנות משפטית לא שייכת לענף (המדעי) הזה משום שמטרתה אינה להבין טקסט נתון אלא היא כלי פרקטי למילוי פערים במערכת המשפט הדוגמאטית. לכן אין לה ולא כלום עם ההרמנויטיקה במדעי האדם, שעניינה הבנת טקסטים מן העבר" (שם, בעמ' 324). לדעת גדמר, כדי להבין את החוק, ההיסטוריון של המשפט איננו יכול להסתפק ביישום המקורי שלו. כהיסטוריון הוא יהיה חייב להביא בחשבון את השינוי ההיסטורי שעבר על החוק. בתהליך ההבנה הוא יצטרך לתווך בין היישום המקורי של החוק ליישומו בהווה. "למען האמת", כותב גדמר, "הרמנויטיקה משפטית אינה מקרה מיוחד אלא, להיפך, יש בכוחה לשמר את מלוא ההיקף של הבעיה ההרמנויטית ובכך לבסס מחדש את האחדות הקודמת של ההרמנויטיקה, שבה המשפטן והתאולוג פוגשים את הפילולוג" (שם, בעמ' 328; התרגומים בהערה על-ידי המחברים). כיוון דיונו של מאוטנר הוא משום מה הפוך, הוא קורא למשפטן ללמוד מגדמר כיצד לנקוט פרשנות מיישמת. דומה כי גם בשל כך הוא חורג הרבה מכוונתו של גדמר.

ולבסוף, היעדרן של ה"זמניות" וה"היסטוריה", שמרחיקות כאמור את מושג ה"תרבות" של מאוטנר מן ההרמנויטיקה של גדמר, מעורר תהייה: האם ההרמנויטיקה של גדמר תורמת במשהו לתובנותיו של מאוטנר על אודות הקשרים שבין משפט לתרבות? למשל, כשהוא דן "במשפט כמערכת תרבותית נבדלת" קובע מאוטנר: "המשפט של המדינה יכול להיחשב לדוגמא טובה למסורת (או למערכת תרבותית) במובן דיונו של גדמר במושגים אלה"<sup>92</sup>. מאוטנר ממשיך ומציין את המאפיינים האלה של המשפט: "קיבוע טקסטים; שימור, הפעלה ודחייה של חומרים תרבותיים; שונות מהתרבות היומיומית; מורכבות"<sup>93</sup>. האם נוגעים המאפיינים האלה להרמנויטיקה של גדמר דווקא? האם הם מייחדים את התאוריה שלו? האם לצורך ה"תובנות" האלה על אודות המשפט נדרש כל המטען התאורטי של גדמר?

תהייה דומה עולה מדיונו של מאוטנר ב"התפתחות המשפט". לדעתו: "הגותו של גדמר מאפשרת לנו להבין שתודעתו של כל שופט רוויה בתערובת של חומרים הלוקחים מהתרבות המשפטית, מהתרבות הלא-משפטית, ומניסיון החיים הייחודי שלו. כמו כן הגותו של גדמר מאפשרת לנו להבין ששופטים מביאים בחשבון, קודם להחלטותיהם, שורה של שיקולים, כגון התכתיבים הנובעים ביחס למקרה מתכניה של התרבות המשפטית; השלכות של החלטת השופט על חיי המתדיינים [...] מהגותו של גדמר עולה שהבנה נכונה של התפתחות המשפט צריכה להביא בחשבון שיקולים 'פנימיים' [למשפט – א"ה, י"ל] ו'חיצוניים' [חומרים תרבותיים – א"ה, י"ל] כאחד"<sup>94</sup>. שוב, מה לכל זה ולגדמר? תובנות אלה אינן מתחייבות דווקא משימוש בגדמר. רובן ככולן הועלו ונידונו אצל תאורטיקנים של המשפט, במיוחד בכתיבי ה"אליסטיים" האמריקניים (שפעלו כמה עשורים לפני גדמר)<sup>95</sup>. ההרמנויטיקה של גדמר איננה זורה עליהן אור חדש<sup>96</sup>.

92 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 98-99.

93 התיאור של מאוטנר את המשפט כ"תרבות נבדלת" מעורר תהייה. אם עניינו הוא בתובנות גדריות, נכון יותר לתאר את המשפט כרכיב של התרבות הכללית.

94 מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 105.

95 בשולי הדיון מתבקשת הערה כללית: דיונו של מאוטנר ביחס שבין משפט לתרבות בספר כולו מתמקד בבית המשפט ובפרשנות שופטים. הוא כמעט שאינו נוגע במוסדות אחרים של המשפט כמו המחוקק ומחוקק המשנה, המנהל וכיו"ב. בספר שכתרו "משפט ותרבות" היה למשל מקום לדון ביחסים המורכבים שבין מוסדות החקיקה השונים לבין ה"תרבות" (הכללית והפוליטית) שבמסגרתה הם פועלים (חוץ מהתייחסויות ספורדיות). שאלה זו לא נדונה בספרו של מאוטנר. "משפט ותרבות" נידון אצלו בעיקר דרך משקפי ההרמנויטיקה ותאוריית של פרשנות. דומה כי בעניין זה ההשפעה המכרעת על מאוטנר מגיעה מכיוון השיח האמריקני על אודות המשפט, שמתמקד בעיקר בתפקודו ובדרכי התנהלותו של בית המשפט (העליון) ונוטה להתעלם ממוסדות מרכזיים אחרים של מערכת המשפט. כך (בדרכים שונות ומנוגדות) ה"אליזם", חסידי ה"Legal Process", דבורקין, הגישה הביקורתית למשפט (CLS), גישת המשפט וספרות ועוד. שונה ממנה דרכה של המסורת הפוזיטיביסטית-האנליטית (הן באנגליה הן באירופה), שמתייחסת למערכת המשפט על מכלול

## 5. על סכנת הגלישה מן הטריטוריאלי אל השגוי

הגישה של משפט ותרבות נתפסת על-ידי חסידיה בכלל ומאוטנר בפרט כגישה החושפת את הפנים האמתיות של המשפט. לפי גישה זו:

המשפטן נתפס לא כסובייקט המתבונן באובייקט – המשפט – שהוא חיצוני לו, כדי לדעת מה תוכנו וכדי לתכנן על-פיו את מעשיו, אלא כמי שהמשפט משוקע ומופנם בתודעתו בעקבות תהליכים מתמשכים של לימוד, פעילות וקברות במסגרת התרבות המשפטית. על-פי גישת המשפטן כתרבות, הגבול בין התרבות המשפטית המשותפת לקהילייה של משפטנים הפועלים במקום מסוים ובזמן מסוים לבין התודעות של משפטנים אלה מטושטש אפוא. יתר על-כן, מכיוון שהמשפט נתפס כתרבות המשוקעת ומופנמת בתודעותיהם של המשפטנים, חלק ניכר מפעילותם של המשפטנים נתפס כמתקיים ברמה האינטואיטיבית, דהיינו ברמה נמוכה של מודעות, שקילה ותכנון.<sup>97</sup>

על-פני הדברים תפיסה זו נראית סבירה ואף בלתי-נמנעת. השופטים עוסקים בפרשנות משפטית. פרשנות, כפי שהכול מודים, אינה אקט טכני או מכני. מכאן שהפרשנים המשפטיים בכלל והשופטים בפרט מבטאים בפרשנותם את עמדותיהם, את תפיסות העולם שלהם, את ערכיהם, את שכלם הישר ועוד. יתר-על-כן, מסקנה זו איננה מסקנה תאורטית גרידא; יש לה השלכות חשובות על תהליך ההכשרה של משפטנים. לדעת מאוטנר, "תהליכי קבלת ההחלטות במשפט תלויים בעיקר במחליט: בערכיו, בניסיון החיים שלו, בנטיות אופיו, ביצירתיות שלו – במילה אחת: באישיותו".<sup>98</sup> מכאן שנתבעת משפטנים "אותה מידה חמקמקה שניתן לכנותה 'רגישות אנושית': רגישות לקורה בחייהם של בני-אדם אחרים; היכולת להזדהות עם מה שקורה בחייהם, ברע ובטוב; סקרנות ועניין במסתורין ובמורכבות של תופעת האדם".<sup>99</sup>

מרכיביה (כך אצל אוסטין, קלזן, הארט, רו ואחרים), הם אנשי גישת 'המשפט ככללים' שכנגדם מאוטנר יוצא.

96 תהיות דומות עולות בעקבות דיוניו של מאוטנר ב"אובייקטיביות במסגרת קהילת הפרשנים של המשפט" (מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 105-106); ב"ההליך השיפוטי כרצף של פרשנויות ביניים"; ב"ההליך השיפוטי כדיאלוג" (שם, בעמ' 108-111). שוב, בכל ה"תובנות" שמציע מאוטנר בסעיפים אלה אין שום דבר גדרמטי. את רובן הציעו כאמור תאורטיקנים (ראליסטים ואחרים) שאין להם ולא כלום עם ההוגה הגרמני.

97 שם, בעמ' 80.

98 שם, בעמ' 229.

99 שם.

ואכן, כפי שראינו, רבות מן הטענות בדבר הקשרים בין משפט לתרבות, איש מן התאורטיקנים של המשפט (כולל התאורטיקנים של המשפט ככללים) אינו מכחיש אותן כלל. תרבותם של המשפטנים כמו גם התרבות שבה חיים המשפטנים מופנת אל תוך תפיסותיהם את המשפט, ותפיסות אלה מצדן משתקפות בהחלטות השיפוטיות ובעקבותיהן משתקפות גם במשפט. מכאן נובעת גם המסקנה של מאוטנר שלפיה: "הגבול בין התרבות המשפטית המשותפת לקהילייה של משפטנים הפועלים במקום מסוים ובזמן מסוים לבין התודעות של משפטנים אלה מטושטש אפוא".<sup>100</sup> עם זאת בצד הטענה הזו מאוטנר טוען גם טענה מרחיקת לכת יותר. לטענתו של מאוטנר, את המשפט יש להבין כ"מערכת תרבותית נבדלת".<sup>101</sup> זאת ועוד, "המשפט נתפס כתרבות המשוקעת ומופנת בתודעותיהם של המשפטנים".<sup>102</sup> פרק זה מוקדש לניסיון להפריך טענה זו או לכל הפחות להבהיר את מגבלותיה. לאמתו של דבר, אין להבין את המשפט מבלי להבין כי חלק ניכר מתפקידו הוא לרסן את הגחמות של הקהילה השיפוטית, כולל את הגחמות המעוגנות בתודעת השופטים ובתרבותם המקצוענית הנבדלת או את הגחמות הנובעות מן התודעה או התרבות המשפטית.

הטענה שלפיה המשפט איננו אלא מערכת תרבותית המכוננת על-ידי התודעות והתרבות המשותפת של המשפטנים היא טענה שגויה ומסוכנת. בצד טשטוש התחומים בין תרבות השופטים, ההחלטות השיפוטיות, והמשפט – על התאורטיקן המשפטי להכיר בקיומו של פער חשוב בין תרבות הקהילה המשפטית למשפט. אי-הנכונות של מאוטנר להכיר מפורשות בחיץ שבין התרבות או התודעה המשפטית לבין המשפט היא לטעמנו הכשל המרכזי בספר. זהו השלב שבו מאוטנר זולג כמעט בלי משים מן הטריטוריאלי אל השגוי. העובדה שהתרבות (בין תרבות המשפטנים ובין התרבות החיצונית למשפטנים – השכל הישר למשל) משפיעה על המשפט, איננה הופכת את התרבות לכשעצמה בשום פנים ואופן לחלק מן המשפט, שהרי גם בעלה של השופטת כמו גם מזג האוויר באולם בית המשפט והאקוסטיקה של בית המשפט עשויים להשפיע על ההחלטה השיפוטית מבלי להיות חלק מן המשפט. יש להבחין אפוא בין הקביעה השיפוטית (הקביעה הנעשית על-ידי השופט), המושפעת מן התודעה (או התרבות) של השופט, לבין הקביעה המשפטית (זו הצריכה להנחות את השופט). חשוב מכול, יש להבחין בין הקביעה המשפטית עצמה ואופן ביסוסה לבין העובדות הפסיכולוגיות והתרבותיות העלולות לעוות קביעה זו. לאמתו של דבר, אנו נטען להלן כי אף שתרבותו של השופט משפיעה (כעניין סיבתי) על המשפט באופנים רבים, תרבותו של השופט או תודעתו לכשעצמה כמו גם התרבות המשותפת של המשפטנים ותודעתם איננה אף פעם חלק מן המשפט משום שאין היא בבחינת טעם או הצדקה לקביעה השיפוטית. המשפט, במילים אחרות,

100 שם, בעמ' 80.

101 שם, בעמ' 11.

102 שם, בעמ' 80.

הוא בראש ובראשונה מערכת נורמטיבית מובחנת בעלת כללי משחק משלה אשר נועדה ליצור חיץ בין המשפטי ללא משפטי, ובכך לבלום – או למנוע במידת האפשר – את הזליגה של תרבותו של השופט או התרבות המשותפת הייחודית לקהילת השופטים (שהן עובדות חוץ-משפטיות) אל פסק הדין גופו. בחינה שיטתית של המשפט תביא אותנו בפרק זה למסקנה כי בין המשפט לבין תרבות השופטים ותודעתם יש קונפליקט עמוק, ודווקא קונפליקט זה הוא בעל חשיבות עצומה להבנת המשפט. אי-אפשר להבין את המשפט מבלי להבין כי הכללים המשפטיים מיועדים בראש ובראשונה למנוע מתרבותו של השופט לזלוג אל עבר ההחלטה השיפוטית.

הבה ונבחן טענה זו באופן מוחשי תוך עיון מפורט באחד מן האירועים שמאוטנר דן בהם. בפרק העוסק בשכל הישר עוסק מאוטנר בקביעות העובדתיות שהשופטים מבצעים במסגרת ההליך המשפטי הנשענות על ידע בלתי-פורמלי. במסגרת דיון זה עוסק מאוטנר בין היתר "בהבדלים בין תוכני השכל הישר של בני אדם הנמנים עם קבוצות משנה שונות בתוך אותה קבוצת יסוד תרבותית". הדוגמה שעליה מבסס מאוטנר את הניתוח היא תפ"ח (ת"א) 355/89 מדינת ישראל נ' מסנר.<sup>103</sup> הנאשם בפסק הדין הוא יובל מסנר, הצ'לן של להקת רוק ידועה, שהאשם באונס צעירה. מאוטנר מתאר בפרוטרוט את פסק דינה של השופטת ויקטוריה אוסטרובסקי-כהן כדלהלן:

פסק-הדין מכיל סדרה של התבטאויות קשות של השופטת ויקטוריה אוסטרובסקי-כהן [...] כלפי הצעירה שנאנסה, ותיאור שלילי שלה [...] למעשה, מקריאת פסק-הדין משתמע שהצעירה שעליה כתבה לא רק נפלה קורבן לאונס, אלא, לאחר-מכן, 'נשפטה' גם היא, על-ידי השופטת, כמו הנאשם, ותוייגה על-ידיה כמי שהתנהגותה ראויה לגינוי.<sup>104</sup>

ואכן מאוטנר מגבה טענה זו בצייטוט ארוך מפסק דינה של השופטת, הקובע כדלהלן:

כאן המקום להביע את הסתייגותנו מהתנהגותה של המתלוננת, צעירה בגיל שלפני הגיוס המסתובבת בשעות שלאחר חצות הלילה בפאבים ומחפשת מסיבות, מתלווה לבחור ונוסעת עימו, אף כי הכירה אותו זה עתה, ועולה לדירתו, מערבבת משקאות אותם היא שותה במהלך הלילה ובסופו של דבר מגיעה למצב של בלבול, טשטוש ועייפות אלכוהוליים, המביאים אותה, חסרת אונים כמעט, למיטתו של הנאשם. זהו מצב אותו הביאה המתלוננת על עצמה, באווילותה, אף כי אין בזה כמובן, כדי להכשיר את מעשיו של הנאשם.<sup>105</sup>

103 פ"מ תש"ן(2) 451 (1989). שם, בעמ' 164-165.

104 שם, בעמ' 164.

105 שם, בעמ' 166 (הערות הביניים של מאוטנר הושמטו מהציטוט המדויק של פסק הדין).

מדוע קבעה השופטת את מה שקבעה? מדוע גינתה השופטת את התנהגותה של המתלוננת באירוע זה? מאוטנר רואה בפסק דין זה ביטוי לפערי השכל הישר הקיימים בינה לבין הצעירה הנאנסת.<sup>106</sup> לדעתו:

אף שהשופטת והצעירה נמנות שתיהן עם אותה קבוצת-יסוד תרבותית ועם אותה קבוצת-משנה מגדרית, בין השופטת לבין הצעירה בולט לאורך כל פסק-הדין פער דורי ופער בין חייה הממוסדים [...] של השופטת לבין העדר המסגרות הנוקשות [...] בחייה של הצעירה.<sup>107</sup>

מאוטנר ממשיך להצביע על הפער התרבותי בין השופטת המצויה "בעיסוק הממוקם בשדה ממוסד, היררכי, המתאפיין בהפעלה של כללים, באחריות, בזהירות באמינות וכולי. לעומת זאת, הצעירה ממוקמת בעיסוק יצירתי, מסוכן, חסר כללים ברורים, וזאת במסגרתה של אמנות 'חדשה', שעד השנים האחרונות נחשבה 'שולית' ונאבקה על עצם מעמדה כאמנות".<sup>108</sup> החלטת השופטת, טוען מאוטנר, היא פונקציה של הפער בין אורח החיים של השופטת לבין אורח החיים של המתלוננת.

זו ללא ספק טענה סבירה העולה באופן טבעי מן הרטוריקה של פסק הדין. אלא ששום תאוריה משפטית איננה יכולה להסתפק בתשובה זו, שהרי העובדה שפסק הדין משקף את תרבותה של השופטת אינה הופכת את תרבותה של השופטת לחלק מן המשפט, משום שתרבותה של השופטת מסבירה אולי (כעניין סיבתי) את ההחלטה, אך איננה מצדיקה אותה. כדי להדגים טענה זו הניחו כי השופטת אוסטרובסקי-כהן קראה את ספרו של מאוטנר והבינה כי עמדתה בעניין מסנר היא פונקציה של פער דורי ותרבותי עמוק בינה לבין הצעירה המתלוננת. לאחר שהבינה זאת החליטה השופטת לכתוב מחדש את פסק הדין ולתת ביטוי לתובנות של מאוטנר. בפסק דינה החדש כתבה השופטת כדלהלן:

כאן המקום להביע את הסתייגותי האישית מהתנהגותה של המתלוננת, צעירה בגיל שלפני הגיוס המסתובבת בשעות שלאחר חצות הלילה בפאבים ומחפשת מסיבות מתלווה לבחור ונוסעת עימו, אף כי הכירה אותו זה עתה, ועולה לדירתו, מערבבת משקאות אותם היא שותה במהלך הלילה ובסופו של דבר מגיעה למצב של בלבול, טשטוש ועייפות אלכוהוליים, המביאים אותה, חסרת אונים כמעט, למיטתו של הנאשם. אורח חיים זה שבא לידי ביטוי בהתנהגותה של המתלוננת הוא נטול מסגרות נוקשות ויציבות. אורח חיים זה מבטא ערכים זרים לי שכן חיי

106 שם, בעמ' 164.

107 שם, בעמ' 164-165.

108 שם, בעמ' 165.



שלי הם ממוסדים וממוסגרים. לפיכך בהינתן הפער בין אורח חיי הממוסדים והממוסגרים לבין אורח חייה של המתלוננת אני מטילה על הנאשם עונש קל במיוחד [ההדגשות הן תוספות שלנו לפסק הדין המקורי כפי שצוטט על-ידי מאוטנר – א"ה, י"ל]

אנו מאמינים כי כל אחד מן הקוראים פסק דין היפותטי זה (שאותו נכנה להלן: מסנר) סבור כי זהו פסק דין רע, ודינו – לו היה נכתב – הוא להיפסל בערכאת הערעור. אבל מדוע? אם המשפט איננו אלא ביטוי לתרבות השופטת (או הקהילה המשפטית או השכל הישר) מדוע מתן ביטוי לעובדה שפסק הדין איננו אלא ביטוי לתרבותו של השופט הוא פסול?

תשובה לשאלה פשוטה זו תחשוף את טרונייתנו המרכזית נגד הניתוח של מאוטנר. המשפט נותן לשופט, או לכל הפחות מתיימר לתת לשופט, טעמים לפעולה. במסגרת השיח המשפטי העובדה לכשעצמה שתרבות השופטת אוסטרובסקי-כהן היא "ממוסדת וממוסגרת" איננה נותנת לשופטת טעם משפטי לפעול או להחליט כפי שהחליטה.<sup>109</sup> לכל היותר, התרבות ה"ממוסדת וממוסגרת" של השופטת היא הסיבה המסבירה מדוע השופטת החליטה את מה שהחליטה. לאמתו של דבר, איננו יכולים לחשוב על סיטואציה שבה תרבותו של שופט לכשעצמה מספקת לשופט טעם לפעולה. לכן נראה כי אם החלטת השופטת באירוע זה איננה אלא ביטוי של תודעתה או תרבותה, החלטה זו שגויה וראויה לגינוי (לפחות מבחינה משפטית וככל הנראה גם מבחינה מוסרית). מכאן גם המסקנה כי אם השופטת הייתה משתכנעת שהחלטה איננה אלא שיקוף של תודעתה היא הייתה מזדרזת לשנות אותה על-פי דרישות החוק, או לכל הפחות הייתה מחפשת טעמים חיצוניים ובלתי-תלויים בתרבותה כדי להצדיק את החלטתה.<sup>110</sup> תגובה צפויה זו של השופטת היא חלק חשוב ומרכזי של השיח המשפטי. תרבותה של השופטת וערכיה הם לעתים הסיבה המסבירה את ההחלטה, אך הם אינם טעם (או הצדקה) להחלטה השיפוטית. לאמתו של דבר, הגילוי שפסק דין משקף את תודעתה או את תרבותה של

109 אין להכחיש כי קיימים מקרים שבהם המשפט מכיר בתרבותם של פרטים (אם כי למיטב ידיעתנו אף לא פעם אחת בתרבות של השופטים) כטעם להחלטה משפטית. ראינו לעיל כי תרבות הסוחרים יכולה לשמש בסיס להחלטה משפטית בעניין תוכנו של חוזה. ההגנה התרבותית במשפט פלילי מתחשבת בתרבותו של הנאשם בקביעת גובה העונש או בייחוס של אחריות פלילית. דיני המשפחה בישראל וגם במקומות אחרים בעולם תלויים בהשתייכות הדתית של הפרטים לקהילה דתית מסוימת. אולם בכל אחד ממקרים אלה הרלוונטיות של התרבות נגזרת מכלל או מעיקרון משפטי הקובע כי תרבותם של הצדדים לחוזה או של הנאשם במשפט הפלילי או של הצדדים לחוזה הנישואין רלוונטית להכרעה השיפוטית.

110 מאוטנר יאמר לנו כמובן כי השופטת איננה יכולה להתנתק מתרבותה, וכי שינוי זה עצמו הוא חלק מתרבותה של השופטת (התרבות המשפטית-מקצוענית). השופטת שבויה אפוא בכבלים של תרבותה שלה. אנו נבחן טענה זו להלן.

השופטת מעלה ספקות כבדים בנוגע לנכונות ההחלטה השיפוטית.<sup>111</sup> הרשו לנו לבחון עתה אם וכיצד יכולות שתי הגישות המרכזיות שבהן דן מאוטנר (גישת המשפט ככללים וגישת המשפט כתרבות) לטפל באתוס המחייב את השופט להפריד בין תרבותו לבין החלטותיו השיפוטיות.

גישת המשפט ככללים יכולה להסביר בנקל את האתוס השיפוטי שלפיו יש להפריד הפרדה חדה בין תרבותו של השופט לבין פסק דינו. על-פי גישה זו, קיימות תשובות משפטיות נכונות הנקבעות על-ידי כללים משפטיים. אלא שכללים אלה מיושמים על-ידי שופטים בשר ודם. אך טבעי הוא כי לעתים השופטים יעוותו (אם בתום לב ואם במכוון) במידה חלקית או מלאה את הכללים כדי לתת מבע לנטיית הלב שלהם (בין שנטיית אלה מעוגנות בתרבותם או בפסיכולוגיה שלהם או בדעותיהם הפוליטיות והחברתיות). על כן שופט הסוטה מן התשובה המשפטית הנקבעת על-ידי הכללים כדי להתאים את ההכרעה המשפטית לנטיית לבו (או לתרבותו) מועל בתפקידו השיפוטי. מכאן נגזר חוסר הלגיטימיות (המשפטית) של פסק דין שכזה.<sup>112</sup>

האם וכיצד יכולה הגישה של משפט כתרבות כפי שמוצגת על-ידי מאוטנר להסביר את האתוס השיפוטי הזה? כפי שראינו, המשפט על-פי גישה זו נקבע על-ידי התרבות המשפטית, התודעה המשותפת של קהילת המשפטנים. מדוע אפוא השיטה המשפטית עצמה מתקשה כל-כך לקבל פסק דין בדומה לפסק הדין מסנר אשר אחרי הכול משקף לדעתו של מאוטנר את טבעו האמתי של המשפט?

נראה לנו שמאוטנר יכול להשיב שתי תשובות: תשובה אחת היא כי האתוס השיפוטי הוא עצמו פרי של תרבות מקצוענית שיפוטית. התשובה השנייה היא כי השופטים הם צבועים או שקרנים או לכל הפחות טועים טעות גדולה בהבנת פסקי הדין שלהם עצמם. על-פי התשובה הראשונה, האתוס השיפוטי (המדגיש את הנתק בין הערכים של השופטים ותודעתם לבין המשפט) הוא עצמו תוצר של התרבות המשפטית – תרבות

111 מבע צלול לאי-הלגיטימיות של השימוש בתודעת השופט, בשכלו הישר או בתרבותו כחלק מן ההצדקה השיפוטית הביע השופט ברק, אשר קבע כי "שיקול הדעת השיפוטי חייב להיות מופעל באופן אובייקטיבי. רק בדרך זו ניתן להבטיח הגינות וסבירות. מושג האובייקטיביות סבוך. כך בדרך כלל. כך גם בתחום המשפט והשיפוט [...] אובייקטיביות [...] משמעותה הכרעה שיפוטית על פי שיקולים שהם חיצוניים לעמדותיו האישיות של השופט. כאשר שופט מאתר את ערכיה של החברה, עליו לחפש ערכים המשותפים לחברה, גם אם אלה אינם ערכיו שלו. עליו לבטא את מה שנתפס כמוסרי וצודק [...] גם אם הדבר לא נתפס כמוסרי וצודק על פי השקפותיו הסובייקטיביות" (אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 41 (2004)) (להלן: ברק). לביקורת על טענה זו של השופט ברק, ראו אלון הראל "הרהורים ספקניים על אופטימיזם של שופט – אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית" קתרסיס 4, 22 (2005).

112 ייתכנו כמובן מקרים שבהם חסיד המשפט ככללים ישבח סטיה מסוג זה משיקולים חוץ-משפטיים, למשל כאשר החוק הוא בלתי-מוסרי. חסיד תאוריית המשפט ככללים איננו מחויב לטענה כי השופט מחויב או אפילו רשאי לפעול לפי דרישות המשפט.

אשר משמרת בקנאות את הדיכוטומיה בין המשפט לבין מה שאינו משפט. אתוס זה על-פי הצעה זו איננו בגדר פיקציה; הוא מתאר נכונה את ההליך המשפטי. אלא שאתוס זה הוא בעצמו חלק מן התרבות של השופטים. עמדה זו מתיישבת יפה עם הניתוח של מאוטנר בסוגיית הקיום הברזמני של תרבויות שונות המשפיעות על הכללים המשפטיים.<sup>113</sup> אין מניעה שאחת מתרבויות אלה היא התרבות המקצוענית המשפטית – תרבות המעלה על נס את האוטונומיה של המשפט ואת האובייקטיביות של ההליך השיפוטי.

אלא שניסיון זה להסביר את האתוס השיפוטי באמצעות שימוש במושג "תרבות מקצוענית משפטית" נדון לכישלון משני טעמים: ראשית, איננו יכולים לראות כיצד ומה נותר מגישת המשפט ותרבות אם גם מימוש (אותנטי) של האידאל השיפוטי של ניטרליות ואובייקטיביות הוא חלק מן התרבות של השופטים. אם כך הדבר, גישת המשפט ותרבות פשוט מזהה את פעולת השופטים עם החלטותיהם באופן שאיננו ניתן לבחינה אמפירית או אחרת. כל החלטה או פעולה של השופטים מזוהה מיד כחלק מתרבותם. לא ברור אפוא במה תורמת התווית "תרבות" להבנת התופעה המשפטית.

שנית, השופטים אינם רואים בעובדה כי תרבותם היא מקצוענית משפטנית טעם להחלטתם. האובייקטיביות, הניטרליות והיעדר משוא-פנים הם הטעמים להחלטה, ולא האמונה השיפטית בחשיבות האובייקטיביות והניטרליות. קל להדגים טענה זו באמצעות פסק דין מסנר. כבר ראינו כי השופטת אוסטרובסקי-כהן איננה רואה בתרבותה הממוסגרת וממוסדת טעם להקל עם מסנר. אם מאוטנר ישכנע את השופטת כי אין טעמים חיצוניים (בלתי-תלויים בתרבותה) המצדיקים את החלטתה להקל על הנאשם, יש להניח כי השופטת תשנה את החלטתה. הניחו לרגע כי השופטת שינתה את החלטתה משום שהיא הגיעה למסקנה כי החלטתה היא אך ורק פונקציה של אורח החיים שלה או של תודעתה, או של תודעת הקהילה השיפטית או שכלה הישר. האובייקטיביות השיפטית מחייבת אותה להתעלם מאורח חייה ומנטיות לבה. אלא שמאוטנר בשלב זה איננו מניח לשופטת וטוען כי גם השינוי הזה עצמו איננו אלא פונקציה של מרכיב אחר של תרבותה – המרכיב המקצועני משפטי המבוסס על ניטרליות ואובייקטיביות של ההליך השיפוטי. השופטת (המתקשה ככל הנראה בשלב זה לעכל את עצמת ההתקפות עליה) חייבת בשלב זה לשנות את החלטתה בשנית (או למצוא הצדקה לניטרליות ולאובייקטיביות שהיא בלתי-תלויה באמונתה זו) משום שאמונתה של השופטת בניטרליות ובאובייקטיביות של ההליך השיפוטי אינה, כפי שהראינו, חלק מן המשפט. אם ניטרליות ואובייקטיביות נדרשות על-ידי שיטת המשפט, הן מחייבות את השופטת ללא קשר לאמונתה של השופטת או של הקהילה השיפטית. אם לעומת זאת ניטרליות ואובייקטיביות אינן חלק משיטת המשפט – אמונתה של השופטת לכשעצמה לא תהפוך

113 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 80.

אותן לחלק משיטת המשפט. אין מנוס אפוא מן המסקנה כי לא האמונה המשפטנית המצדדת בניטרליות ובאובייקטיביות היא חלק מן המשפט אלא הניטרליות והאובייקטיביות לכשעצמן (ללא קשר לשאלה אם השופט מאמין בהן אם לאו).

בשלב זה מאוטנר עשוי לפנות ככל הנראה לתשובה השנייה שהוצעה לעיל, שלפיה האתוס של ניטרליות ואובייקטיביות איננו אלא אתוס שקרי. על-פי עמדה זו, ההפרדה החדה בין תרבותו או תודעתו של השופט לבין המשפט היא פיקציה. כל פסקי הדין, יהא תוכנם אשר יהא, אינם אלא ביטוי לתרבותו או לתודעתו של השופט או של הקהילה השיפוטית. אם השופטים מיישמים את מה שהמשפטן הדוקטרינרי מכנה "המשפט", אין זה אלא משום שכללים אלה עצמם הם חלק מן התרבות המשותפת לשופטים. מכאן נובע כי פסק דין מסנר משקף נכונה את הליך ההכרעה השיפוטית. לאמתו של דבר, על-פי הצעה זו כל פסקי הדין הם מסוגו של מסנר.

עמדה זו ככל הנראה איננה יכולה להתקבל על דעתו של מאוטנר עצמו, לפחות משני טעמים: ראשית, אין כמעט ספק כי קיימים פסקי דין שבהם האתוס השיפוטי שבו אנו עוסקים משפיע על ההחלטה השיפוטית. מאוטנר עצמו מכיר בחשיבותם ובמרכזיותם של הערכים המופנמים במהלך ההכרעה המשפטית המקצועית ובמהלך הפעילות הפרקטית היומית של השופטים במשפט.<sup>114</sup> ההפרדה בין תרבותו של השופט לבין פסק דינו היא מרכיב מרכזי בחינוך המשפטי המקצועי ובפרקטיקה המשפטית היום-יומית, ואין להניח שדווקא מרכיב זה של החינוך המשפטי הוא נטול השפעה אמיתית על התוצאה המשפטית. שנית, אם המשפט איננו אלא כל כולו אוסף של פסקי דין מסוגו של מסנר, הפרקטיקה המשפטית תאבד את כל כוחה הנורמטיבי. ודאי וודאי שאין כל קשר בינה לבין עשיית צדק. מכאן שעמדה זו מחייבת את מאוטנר לביקורת רדיקלית של התופעה המשפטית. אלא שביקורת זו נעדרת לחלוטין מספרו של מאוטנר.

דומה שהגענו סוף כל סוף אל לב לבה של הבעיה בגישת המשפט כתרבות כפי שהיא מוצגת על-ידי מאוטנר. משפט כתרבות מתחזה להיות תאוריה על המשפט. תוכנו של המשפט שנוי במחלוקת לעתים קרובות. הניחו לרגע כי מקצת המשתתפים בשיח המשפטי טוענים טענות מסוג: "X הוא החוק" ואילו אחרים טוענים באותה מידה של להט ושכנוע כי "Y הוא החוק". שני הצדדים מביאים נימוקים מנימוקים שונים. כיצד נשפוט מי צודק בוויכוח זה? האם ההכרעה בשאלה זו מבוססת אך ורק על השאלה מי יושב על כס המשפט? מהי תרבותו? מה אומר לו השכל הישר שלו? ומהי מערכת ערכיו?

נתבונן לרגע בוויכוח בין חסידי X לחסידי Y. חסידי X (בדומה לשופטת אוסטרובסקי-כהן) אינם טוענים כי Y מנוגד לתרבות השופטים, לערכיהם, לתודעתם או לאורח חייהם; ודאי וודאי שהם אינם טוענים כי X הוא נכון מבחינה משפטית רק משום שהשופטים מאמינים ב-X. יש להניח כי לו היו טוענים כך לא היו זוכים במשפט (אפילו

114 שם, בעמ' 80.

אם הצליחו להוכיח טענה זו) משום שהשופטים עצמם אינם סבורים שאמונותיהם (או האמונות המשותפות לקהילה המשפטית) הן חלק מן המשפט. חסידי X טוענים רק כי Y מנוגד לחוק. הוא הדין גם בחסידי Y, אשר אינם מעלים על דעתם (כך יש לקוות) לטעון בפני בית המשפט כי X צריך להידחות פשוט מכיוון ש-X מנוגד לאורח חייהם של השופטים או לערכיהם או לשכלם הישר. אלא שאם השיח המשפטי איננו אלא תרבות המשפטנים, דיון זה בין חסידי X לחסידי Y הוא עקר, שגוי, שקרי וכל כולו איננו אלא מסך עשן. המסקנה הפוליטית המסתתרת מאחורי תזה זו (אך איננה נחשפת במפורש בשום שלב) היא כי ויכוחים משפטיים הם ביסודם פוליטיים, אידאולוגיים ותרבותיים. אין הבדל מהותי בין חבר כנסת המצדד בעמדה X (למשל הטלת עונש מאסר בגין נהיגה בלתי-זהירה) לבין השופט המפרש את חוקי התעבורה פירוש המאפשר הטלת עונש מאסר כזה. התרבות של השניים עשויה להיות שונה זו מזו וכן גם עולם הריטואלים המקובלים על השניים, אך בשני המקרים ההכרעות הנורמטיביות נקבעות על-ידי התרבות של הקהילה הרלוונטית (הפוליטית במקרה הראשון והמשפטית במקרה השני). המסקנה העלולה להתבקש מניתוח זה היא כי על מאוטנר להצטרף לשורות המרקסיסטים או האנרכיסטים המאמינים ומקווים שהמשפט סופו להיעלם מן העולם. באופן אלטרנטיבי, על מאוטנר להצטרף לשורות הציניקנים, שאף שאינם חפצים לקעקע את הסמכות השיפוטית הם מטילים ספק עמוק במוסריותה. אלא שמאוטנר איננו מרקסיסט ואיננו מבטא בספרו עוינות ליומרות המתבררות כיומרות ריקניות של בית המשפט: היומרה לעשות צדק עם הצדדים, לדון אנשים ללא משוא פנים ולהתנתק בהכרעה מדעותיהם האישיות או הקבוצתיות. מאוטנר יכול אולי להגן על עמדה מורכבת המכירה בחשיבות האתוס וגם במגבלותיו. לפי עמדה מורכבת זו, יש במשפט כמובן אתוס מן הסוג שעסקנו בו לעיל. אתוס זה הוא אכן חלק מן התרבות השיפוטית והוא מגביל את היקף החשיבה המשפטית ואת אופייה. אלא שאתוס זה איננו מחסן את המשפט מהשפעות תרבותיות המבוססות על מרכיבים שאינם חלק מן האתוס. התרבות של השופט ותודעתו הן חלק מן המשפט משום שהן לעולם עלולות לזלוג אל ההחלטה השיפוטית בשל מגבלות הכוח של האתוס המשפטי הזה. עמדה מורכבת זו מניחה כי קיימים מרכיבים משפטיים שהם כבר עתה חלק אינטגרלי של המשפט ואשר האתוס הזה מחייב להשתמש בהם, אלא שהשופטים נמנעים מלהשתמש במרכיבים אלה בשל השפעת תרבותם או תודעתם. כמו כן קיימים חומרים שאינם מוכרים על-ידי האתוס כמשפטיים ואשר הם חלק מתרבותו ותודעתו של השופט. מרכיבים אלו עלולים לזלוג אל תוך השיח המשפטי אם תוך פגיעה בעקרונות האתוס המשפטי ואם באופן המתיישב עם האתוס הזה.

אלא שעיון בגישה המורכבת הזאת מגלה דמיון מפתיע לגישת המשפט ככללים כפי שהיא מאופיינת על-ידי הארט. העמדה המורכבת מושתתת על הפרדה חדה בין חומרים משפטיים ללא משפטיים. כלל הזיהוי ההארטיני הוא ניסיון לפתח קריטריון להבחין בין

המרכיבים המשפטיים לבין התרבות, האידאולוגיה או הפוליטיקה. גם אם קריטריון זה נכשל, העמדה המורכבת מניחה קיומו של קריטריון שכזה. גם הטענה הנוספת של העמדה המורכבת, ולפיה התרבות זולגת באופנים שונים (חלקם לגיטימיים וחלקם לא לגיטימיים מבחינתו של האתוס) אל תוך המשפט, מקובלת כפי שראינו על גישת המשפט ככללים. לפיכך אם מאוטנר חפץ להגן על עמדה מורכבת כזו, לא ברור כלל במה עמדתו שונה או עדיפה מן הגישה של המשפט ככללים.

מסקנתנו היא אפוא כי אם מאוטנר חפץ להימנע מן הספקנות הרדיקלית, עליו להצטרף לעמדה שלפיה המשפט הוא מערכת נורמטיבית שחלק מרכזי מתכליתה הוא להבחין בין המשפטי ללא משפטי באמצעות יצירת חיץ בין תרבותם של המשפטים למשפט. לאמתו של דבר, נסתכן ונאמר כי שמירה על חיץ זה היא אחד מן התפקידים המרכזיים של המשפט, ואנו מתקשים לראות כיצד גישת המשפט כתרבות – כפי שפותחה על-ידי מאוטנר – יכולה לתת דין-וחשבון ביחס לשאיפה נורמטיבית זו. הכרה בהבחנה חשובה זו ובמרכזיותה איננה שוללת את האפשרות של זליגת התרבות אל תוך המשפט באופנים שונים אשר נידונו לעיל. בכך יצטרף מאוטנר לשורה ארוכה של תאורטיקנים משפטיים הרגישים וקשובים לשיח הנורמטיבי משפטי ועם זאת מכירים גם במגבלות המוסדיות שבמסגרתן מתקיים שיח זה.

הרשו לנו לסכם בקצרה את טרונייתנו על עמדתו של מאוטנר. כפי שצינו, אין כל חולק בין התאורטיקנים של המשפט כי תרבות השופטים משפיעה על פסקי הדין של השופטים. לאמתו של דבר, הקונצנזוס המלא שיש בדבר טענה זו בין כל התאורטיקנים של המשפט הופך חלק ניכר מן הטענות של מאוטנר לטריטוריאליזם. גם השופט אהרן ברק, מגדולי המאמינים באובייקטיביות השיפוטית, יודה כי השופטים נכנעים לעתים לנטיות לבם או, אם תרצו, לתרבותם.<sup>115</sup> אלא שמהאמירה שהמשפט מושפע – ולעתים אף נקבע או מכוון – על-ידי התרבות השיפוטית איננה נובעת המסקנה כי המשפט איננו אלא מערכת תרבותית נבדלת. לאמתו של דבר, אחת הסיבות המרכזיות לקיומם של כללים משפטיים היא לנסות ולחסן במידת האפשר את פסקי הדין מן ההשפעה התרבותית של הקהילה השיפוטית. גישת המשפט ותרבות יכולה לתרום תרומה חשובה לאיכות השפיטה על-ידי חשיפת ההשפעה הסמויה שיש להטיות תרבותיות על הפסיקה.<sup>116</sup> שופט הקורא ניתוח של מלומד הנמנה על גישת המשפט ותרבות אשר חושף למשל פערי ענישה בין עבריינים יהודים וערבים, יהיה מודע יותר לסכנה כי נטיות לבו,

115 ראו ברק, לעיל ה"ש 111, בעמ' 45.

116 ואכן, הן בספרות הישראלית והן בספרות הזרה נעשים ניסיונות רבים מאוד לחשוף טיות תרבותיות של השופט, ראו למשל: אלון הראל "בתי-המשפט והומוסקסואליות – כבוד או סובלנות?" משפט וממשל ד 785 (1998).

חינוכו או תרבותו תבאנה אותו להטיל עונשים חמורים יותר על ערבים.<sup>117</sup> באופן דומה, ההאשמה המוטחת לעתים קרובות כלפי בית המשפט העליון כי הוא משקף את תרבותה של שכונת רחביה בירושלים מושתתת, כך אנו מקווים, על ההנחה כי אם השופטים יפנימו טענה זו הם ישקפו שיקוף נאמן יותר את ערכי המשפט. טעותו של מאוטנר היא הגלישה שלו מן הטריטוריאלי אל השגוי – מן הטענה שהתרבות של השופטים זולגת לפסקי הדין שלהם אל עבר המסקנה השגויה כי את המשפט אפשר לתפוס כמערכת תרבותית נבדלת ותו לא.

שימוש צנוע ומושכל בגישת המשפט כתרבות יכול אפוא לתרום תרומה חשובה לעיצוב משפט טוב יותר – משפט המממש את אותו האתוס השיפוטי של ניטרליות ואובייקטיביות. לעומת זאת האימפריאליזם של גישת המשפט כתרבות המשתקף בספרו של מאוטנר איננו תורם גם לשיפור המשפט. אם בהכרח המשפט כולו ללא יוצא מן הכלל איננו אלא מערכת תרבותית נבדלת המכוננת על-ידי התודעה והערכים של השופטים, אין החשיפה של עובדה זו יכולה לתרום לשיפור. בכך מקעקע מאוטנר את מה שנראה בעינינו אחת התרומות המרכזיות של גישת המשפט ותרבות.<sup>118</sup>

117 למחקר חשוב כזה ראו אורן גזל-אייל, רענן סולציאנו-קינן, גל עינב ועטאללה שובאש "ערבים ויהודים בהליכי מעצר ראשוני" משפטים לח 628 (2008) (להלן: ערבים ויהודים).

118 כדי להדגים את הקושי, הניחו לרגע כי איש הזרם של "האקדמיה המשפטית ותרבות" טוען כי עבודתם של תאורטיקנים של המשפט, ומאוטנר בכללם, איננה אלא שיקוף של תרבותם. הדרך המרכזית להבין את מאוטנר היא בדרך של הבנת הרקע התרבותי של מאוטנר, בית הספר שבו גדל, המורים שהעריך, החברים והחברות שאתם שיחק, הספרים שקרא וכו'. הניחו גם כי גם החוקר איננו מסתפק באמירה בעלמא אלא הוא מוכיח באותות ובמופתים כי התזות של מאוטנר הן אכן שיקוף של תרבותו. כיצד היה מאוטנר יכול להשיב לחוקר תרבות זה?

מאוטנר היה משיב, ובצדק, כי גם אם עבודתו האקדמית ודאי הושפעה מתרבותו, עובדה זו איננה רלוונטית להערכת עבודתו. מאוטנר גם ישיב כי גישת המשפט ותרבות היא תיאור נאמן של המשפט. בהערכת גישה זו יש לבחון בראש ובראשונה את המידה שבה עמדתו של מאוטנר משקפת נאמנה את התופעה המשפטית ולא את המידה שבה עמדתו של מאוטנר משקפת את תרבותו של מאוטנר. מאוטנר גם יוסיף כי הוא עצמו עשה מאמץ כן לתאר את המשפט תיאור מדויק ונאמן, וכי גם אם הטיות הנובעות מתרבותו הן בלתי-נמנעות, המתודולוגיה שבה השתמש מבטיחה מידה גבוהה של אמינות ודייקנות.

הוא הדין עם המשפט. המשפט מיועד לבלום ולרסן את הגלישה של תרבות השופט אל תוך פסק הדין. כשם שהעובדה שלימודי הרפואה אינם מחסנים את הרופאים מפני טעויות אבחון הנובעות אולי מנטיות לבם, או אם תרצו מתרבותם, איננה הופכת את הרפואה למדע התרבות של הרופאים, כך גם העובדה שלימודי המשפט אינם מחסנים את השופט מטעויות משפטיות שהן תוצר של תרבותו איננה הופכת את המשפט למדע התרבות של השופטים. השיח המשפטי הוא ריק, מושתת ובלתי-לגיטימי אם נטיות הלב של השופט, תרבותו או שכלו הישר הבאים לידי ביטוי בפסיקתו אינם בגדר חריג הראוי לגינוי אלא חלק אינטגרלי מן ההליך השיפוטי.

## 6. משפט ותרבות: מבט אחרון על המתודולוגיה של מאוטנר

אבל גם אם הצלחנו לשכנע את הקורא כי מאוטנר נכשל בהמשגת המשפט כמערכת תרבותית מובחנת או "כתרבות המשוקעת ומופנמת בתודעותיהם של המשפטנים"<sup>119</sup>, אפשר לחשוב כי הספר עשוי לתרום תרומה חשובה לספרות העשירה הבוחנת את האופנים שבהם תרבות השופטים זולגת אל פסקי הדין. אחרי הכול, גם אם הארט וחסידים אחרים של תורת המשפט ככללים מכירים כפי שראינו בהשפעתה של תרבות השופטים על המשפט, הם אינם בוחנים או מנתחים השפעה זו ואת האופנים שבהם היא באה לידי ביטוי בהחלטות השיפוטיות. למשל, גם אם שכלה הישר של השופטת אוסטרובסקי-כהן אינו חלק מן המשפט, חשוב לנתח את השפעתו על פסק הדין. ואכן, חוקרי משפט כתרבות תרמו, ועדיין תורמים, תרומה חשובה לבחינת האופנים שבהם תרבותם של השופטים, ערכיהם, דעותיהם הקדומות ועולם המושגים שלהם באים לידי ביטוי בהחלטותיהם המשפטיות. תרומה זו חשובה ללא קשר לשאלה הפילוסופית עד כמה התרבות המשפטית והתודעה של השופטים מכוננת את המשפט.

אין לנו ספק כי מי שקרא את ספרו של מאוטנר למד רבות על ההשפעות התרבותיות על ההחלטות השיפוטיות. עם זאת אנו סבורים כי למרות כתיבתו הרהוטה וההיכרות האינטימית של מאוטנר עם התאוריות של משפט ותרבות כמו גם עם שיטת המשפט הישראלית, ספרו איננו מצליח לחשוף את מבני העומק של ההליך השיפוטי ואת השפעתה של התרבות על מבני עומק אלו.

כדי להבין מדוע, ראוי לתאר בקצרה את הספרות הקיימת הבוחנת את השפעת התרבות על המשפט. על-פי הבנתנו, ספרות זו נחלקת לשני סוגים: מן הצד האחד קיימת ספרות אמפירית, הבוחנת באופן אמפירי – תוך שימוש במתודולוגיה סטטיסטית – שאלות כמו היחס של השופטים לערבים<sup>120</sup> ולנשים.<sup>121</sup> ממצאים חשובים של ספרות זו, כמו הענישה המחמירה במיוחד המוטלת על נאשמים ערביים בשיטת המשפט הישראלית או הענישה המקלה במיוחד עם נשים בשיטת משפט זו, הם ממצאים חשובים הפותחים צוהר להבנת השפעתה של תרבות השופטים על ההחלטה השיפוטית. מן הצד האחר קיימת ספרות עשירה, לא אמפירית, החושפת הטיות עמוקות, ולעתים קרובות סמויות, של הדוקטרינה המשפטית – הטיות המוסברות במונחים תרבותיים. הדוגמאות המובהקות (אך לא הבלעדיות) לספרות מעין זו היא הספרות הפמיניסטית מצד אחד והמרקסיסטית או גאומרקסיסטית מן הצד האחר.<sup>122</sup> במסגרת הניתוח הפמיניסטי כמו

119 מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 11.

120 ראו למשל ערבים ויהודים, לעיל ה"ש 117.

121 ראו למשל רינה בוגוש ורחל דון-יחיא מגדר ומשפט: אפליית נשים בבתי המשפט בישראל (1999).

122 לדוגמה אחרת של ז'נר של משפט ותרבות שאינו מעוגן בפמיניזם או במרקסיזם ראו URIEL .PROCACCIA, RUSSIAN CULTURE, PROPERTY RIGHTS, AND THE MARKET ECONOMY (2008).



גם המרקסיסטי יש הנחות יסוד באשר לאופן שבו המערכת המשפטית פועלת (הטיה מגדרית או הטיה מעמדית). התאורטיקן המשפטי חושף כיצד הדוקטרינה המשפטית משקפת או משכפלת הטיות אלה. הפמיניזם המשפטי למשל מבסס את הטענה כי דוקטרינה שהיא לכאורה ניטרלית (כמו למשל דרישת המיידיות בהגנה עצמית שלפיה הגנה עצמית תוכר רק כאשר ההגנה העצמית באה מיד בסמוך למעשה אלימות) משקפת למעשה הטיה שלא רק שמיטיבה עם גברים ופוגעת בנשים אלא גם מבוססת על ניסיון החיים הגברי (קרב השיכורים בפאב השכונתי). הניתוח המרקסיסטי מצדו מצביע על האופנים שבהם דוקטרינות של המשפט הפרטי משמרות ומשכפלות את אי-השוויון החברתי.<sup>123</sup>

אלא שהניתוח של מאוטנר איננו משתייך אף לאחד מן הסוגים הללו. שלא כניתוחים האמפיריים של חובכי הסטטיסטיקה, הניתוח של מאוטנר איננו מנסה לבחון באופן אמפירי וכמותני את ההטיות השיפוטיות. שלא כתאוריה הפמיניסטית או המרקסיסטית אין למאוטנר הנחות יסוד תאורטיות מקיפות באשר לתכנים של התרבות השיפוטית. המתודולוגיה שבה משתמש מאוטנר היא מתודולוגיה הנשענת כל כולה על קריאה דקדקנית של פסקי הדין. בניגוד לחוקרים האמפיריים הנשענים על מאגר מידע רחב של פסקי דין ובניגוד לתאורטיקנים המרקסיסטים או הפמיניסטים, אין אפוא למאוטנר מקור להבנת התרבות שהוא חיצוני לפסק הדין שהוא בוחן. אם כן, המקור העיקרי וככל הנראה הבלעדי לזיהוי התרבות של השופט הוא פסק הדין עצמו (!). כך למשל הניתוח של מאוטנר בפרק על השכל הישר איננו משתמש במקורות חוץ-משפטיים או בהנחות חוץ-משפטיות (טענות תאורטיות בדבר הערכים הקפיטליסטיים או המינניים של השופטים) או אפילו במקורות פנים-משפטיים לבד מפסק הדין אותו אמורה התרבות (או השכל הישר) של השופט להסביר. פסק הדין שתורתו של השופט אמורה להסביר משמש אפוא בסיס ראייתי לזיהוי השכל הישר של השופט אשר כתב את פסק הדין (!). כך נדון הקורא לנוע הלוך ושוב מפסק הדין אל שכלו הישר של השופט, ומשכלו הישר של השופט אל פסק הדין, וחוזר חלילה. אין צורך לומר שמתודולוגיה זו לוקה בהנחת המבוקש.<sup>124</sup>

בספר זה חושף פרוקצ'יה את האופן שבו משפיעה התרבות הרוסית על מערכת המשפט הרוסית ובמיוחד על דיני החוזים.

123 ראו למשל עבודתו המונומנטלית של מורטון הורוביץ MORTON J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1780-1860 (1977).

124 רועי קרייטנר ציין באוזניו, ובצדק, כי לעתים גזירה מסוג זה איננה לוקה בהנחת המבוקש. תארו לעצמכם כי משימוש אינטנסיבי בלשון מקראית בפסק דין אנו יכולים ללמוד כי לשופט ידע רחב במקורות יהודיים. מכך אנו מסיקים כי השופט נחשף לערכי היהדות. עיון מדוקדק המתבסס על הידע הביוגרפי הזה יכול לגלות כי ערכים אלה משתקפים בפסק הדין. במקרה מעין זה הידע הביוגרפי ניוון מן הסגנון ומצדו מזין ידע ביוגרפי זה הבנה מחודשת של אספקטים אחרים בפסק הדין, למשל הבנת

יתר-על-כן, מתודולוגיה הנשענת כל כולה על פסק הדין מקשה על חשיפת מבנה העומק של פסק הדין. כיוון שהמקור העיקרי להבנת התרבות השיפוטית הוא פסק הדין עצמו, הניתוח של מאוטנר הוא לעתים קרובות פרפרזה של דברי השופט עצמו. מאוטנר מספר לנו למשל כי שופט הקובע כי "בושה מפני היחשפות ציבורית, תחושת עלבון וקלון, חוסר רצון להתנסות במסה החקירתית והמשפטית [...] מעכבים תלונה ולעיתים אף גורמים להימנעות ממנה" הוא ביטוי לידע של השופט בדבר "תגובתן האופיינית של קורבנות אונס".<sup>125</sup> ניתוח פמיניסטי מעמיק של פסק דין שכזה היה מעגן את האמירה בסטראוטיפים בנוגע לחולשתן של נשים והיה מקשר אפוא בין פסק דין זה לפסקי דין אחרים כמו גם לתופעות חברתיות אחרות המאפיינות את היחס לנשים. פסק דין הקובע כי "אין כלל לחזות מראש שאיחור של יום-יומיים בעשיית התשלום יביא את מוכר הדירה החדשה לידי ביטול המכירה" מעיד כי השופט משתמש "בידע שלו בדבר מה שקוני דירות משערים בדרך-כלל באשר לדרכים שמוכרי דירות נוהגים בהן בעקבות התקשרותם בחוזים למכירת דירותיהם".<sup>126</sup> הקורא את הניתוח של מאוטנר את פסקי הדין הללו לא למד על תרבותו של השופט שום דבר שהוא לא יכול להסיק במישורין מפסק הדין לגופו.

קל לראות את ההבדל בין הניתוח של מאוטנר לבין הניתוח שמציעים הזרמים התאורטיים המרכזיים של המשפט. ניתוח מרקסיסטי של פסק דין בוחן את ההשלכות של פסק הדין הזה על היחסים החברתיים בין בעלי-ההון לפרולטריום. ניתוח פמיניסטי בוחן את ההשלכות על היחסים המגדריים. בשני המקרים פסק הדין מעוגן במאפיינים כלליים רחבים ולעתים קרובות סמויים של החברה. ואילו אצל מאוטנר ההתבוננות בפסקי הדין היא לוקלית ואנקדוטאלית. ההתבוננות בפסקי דין בודדים (במובחן מבחינה כמותנית של פסקי דין) ללא תאוריה מקיפה על המהות של התרבות השיפוטית (בדומה לתאוריות המאפיינות את הגישה המרקסיסטית או הפמיניסטית) איננה מספקת תובנות עומק על ההליך השיפוטי.

## 7. סיכום ומסקנות

טענותיו של מאוטנר בזכות ההסתכלות על המשפט כמערכת תרבותית מבוססות על ביקורת חריפה של עמדות הרואות במשפט מערכת פורמלית של טיעונים (משפט

הערכים המגולמים בפסק הדין. אלא שהדיון של מאוטנר בפרק הרביעי איננו נופל בקטגוריה זו. הדיון הביוגרפי בדבר תרבות השופט והטענות בדבר השתקפותה של התרבות בפסק הדין מבוססים אצל מאוטנר כמעט תמיד על פסק הדין גופו, ולו על הסקים מפסק הדין ביחס לביוגרפיה או התרבות של השופט.

125 מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 120.

126 שם, בעמ' 124.

ככללים) ועל הישענות על מסורות הרמנויטיות, ובמיוחד המסורת של גדמר. במאמר זה ביקרנו את האופן שבו מאוטנר מתאר את המסורת שהוא תוקף (משפט ככללים) ואת המסורת שממנה הוא יונק (גדמר). זאת ועוד, הראינו כי גישתו של מאוטנר מנתחת את המשפט במונחים של סיבה (התרבות היא הסיבה להחלטת השופט) ומתעלמת בתוך כך מן העובדה כי המשפט הוא בראש ובראשונה טעם ולא סיבה. הבנת המשפט כטעם לפעולה חושפת כי אופן אחד חשוב של הבנת המשפט הוא דווקא הבנתו כחיץ בין תרבותם של השופטים לבין ההחלטה השיפוטית. המשפט בולם אפוא את הזליגה הבלתי-סלקטיבית של התרבות השיפוטית אל תוך המשפט. השיח המשפטי הוא ריק, מושחת ובלתי-לגיטימי אם נטיות הלב של השופט, תרבותו או שכלו הישר זולגים ללא בחינה ביקורתית אל תוך החלטותיו המשפטיות. האימפריאליזם של משפט ותרבות מסוכן להבנת המשפט לפחות כמו האימפריאליזם של משפט וכלכלה.

אחת מן הדרכים היפות והמרתקות ללמוד וללמד משפט היא להיחשף לעושר ולמורכבות התרבותית המגולמת בפסקי הדין. ספרו של מאוטנר מאפשר לקורא הישראלי להיחשף לחשיבות ולמרכזיות של הזרמים של משפט ותרבות. עם זאת קיימת סכנה כי הקסם ורהיטות הכתיבה של מאוטנר יכבשו את לבו של הקורא ויעמעמו את חושיו הביקורתיים. ביקורת זו נועדה להתריע בפני הקורא על סכנה זו.