

תשובה להראל ולורברבוים

מאת

מנחם מאוטנר*

בספרי משפט ותרבות אני מעמת את גישת "המשפט ככללים" עם גישת "המשפט כתרבות". התייחסותי לגישת המשפט ככללים נשענת על כתביהם של מחברים העוסקים ב"תורת המשפט של נורמות". אלון הראל ויאיר לורברבוים מתעלמים מכך. הם אינם שופטים את דבריי במושגי הגישה שעליה אני נסמך אלא במושגי תורת המשפט של ה"א" הארט (ויוסף רז). התוצאה המתקבלת היא בלתי-נמנעת: לטיעוניי אין סיכוי להצליח אצל הראל ולורברבוים.

הראל ולורברבוים טוענים שהתיאוריה של הנס גאורג גדמר מבקשת לתאר את טבעו של מעשה הפרשנות, ואילו אני מציג את גדמר כמציע מתודה של פרשנות. ואולם, שום דבר ממה שאני כותב אינו יוצא נגד מה שמוכר לכל קורא של גדמר, אפילו קורא מתחיל, היינו שגדמר אינו מציע מתודה אלא ניסיון להבנה של תהליך הפרשנות. הראל ולורברבוים טוענים עוד שההרמנויטיקה של גדמר עוסקת במתן משמעות לטקסטים מן העבר, ואילו אני מפעיל אותה גם לשם מתן משמעות לחומרים הקיימים בהווה. מהלכם זה כופר באופייה האוניברסלי של ההרמנויטיקה של גדמר. יתר-על-כן, ההרמנויטיקה של גדמר הוחלה על-ידי גדמר עצמו, וכן על-ידי מלומדים מרכזיים, גם על דיאלוגים המתקיימים בהווה, למשל דיאלוגים בין בני אדם ודיאלוגים בין-תרבותיים.

בביקורתם העיקרית של הראל ולורברבוים על ספרי הם טוענים שעל-פי גישתי על שופטים להכריע על-פי התרבות האישית שלהם כבני אדם, שהיא חיצונית לתרבות המשפטית ולתכנים של המשפט. אולם הראל ולורברבוים נוטלים טיעון תיאורי שלי – על שהשכל הישר של שופטים ממלא תפקיד חשוב בהפעלתם את הדוקטרינה המשפטית – והופכים אותו לטיעון נורמטיבי כביכול שלי, היינו שעל שופטים להחליט על-פי התרבות האישית שלהם. הראל ולורברבוים קוראים בדבריי את ההפך ממה שנאמר בהם.

הראל ולורברבוים כותבים כי המתודולוגיה שלי נשענת על קריאה דקדקנית של פסקי דין. הם נוטלים טיעון מקומי שלי על מקומו של השכל הישר במשפט (כפי שהדבר משתקף בפסקי דין), מתעלמים מחדשנותו ומציגים אותו כאילו הוא ממצה את האופן שבו אני מבין את דרכי ההחלטה של שופטים.

הראל ולורברבוים מוכנים לתת מקום רק לאותם רכיבים של גישת המשפט כתרבות החופפים את רכיבי הגותו של ה"א" הארט.

* פרופסור מן המניין, מופקד על הקתדרה למשפט אזרחי השוואתי ולתורת המשפט ע"ש דניאל רובינשטיין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.

אני מודה לאלון הראל וליאיר לורברבוים על שטרחו ועסקו בספרי משפט ותרבות.

א. "המשפט ככללים" מול "המשפט כתרבות". 1. על שפיטתו של גוף ידע אחד באמצעות גוף ידע אחר; 2. המשפט ככללים – הקשר הדיוני; 3. האם אין הבדל בין גישת המשפט כתרבות לבין גישתו של הארט?; 4. על מעמדה של הפילוסופיה של המשפט; ב. גדמר והמשפט. ג. התרבות המשפטית כתרבות נבדלת. ד. השימוש בפסקי דין. ה. על המקומות שבהם נמכרים ספרים. ו. על ההבדל שבין הדיאלוג האקדמי למלחמה. ז. סיום: התרבות – "שיבת המורחק".

א. "המשפט ככללים" מול "המשפט כתרבות"

אני מביא בספר שלוש גישות עיקריות העוסקות בקשר שבין המשפט לתרבות: (א) גישה הרואה במשפט המדינה משפט המשקף את רוח העם; (ב) גישה הרואה במשפט המדינה משפט המכונן את התרבות ואת היחסים החברתיים; (ג) גישה התופסת את המשפט הנוצר ומופעל בכתי המשפט כמערכת תרבותית נבדלת. אני טוען כי הנגדת גישה אחרונה זו לגישה רווחת במשפט שלפיה המשפט עשוי מערכת של כללים היא מאירת עיניים. הראל ולורברבוים אינם דנים בשתי הגישות הראשונות; הם עוסקים רק בשלישית ובעיקר בהנגדה שאני מציע בין גישת המשפט כתרבות לבין גישת המשפט ככללים.

1. על שפיטתו של גוף ידע אחד באמצעות גוף ידע אחר

הראל ולורברבוים טוענים שאני מציג את עיקריה של גישת המשפט ככללים באופן שאינו מתיישב עם כתביהם של "הנציגים המובהקים של התאוריות המשתייכות לגישה זו"¹ – הל"א הארט ותלמידיו. הראל ולורברבוים שופטים אפוא את הדרך שבה אני מציג את גישת המשפט ככללים על-פי כתבים אלה (בעיקר תורת המשפט של הארט) ומגיעים למסקנה כפולה: מצד אחד גישת המשפט ככללים אינה מחויבת למה שאני טוען כי היא מחויבת לו. מצד אחר דברים שאני מייחס לגישת המשפט כתרבות מתיישבים עם גישת המשפט ככללים של הארט, ו"לפיכך אין קונפליקט אמתי [...] בין התאוריה משפט ותרבות לבין התאוריה משפט ככללים"².

1 אלון הראל ויאיר לורברבוים "הרהורים על סכנות משפט ותרבות", בחוברת זו בעמ' 942 (להלן: הראל ולורברבוים).

2 שם, בעמ' 947.

אני מודע כמובן למרכזיות הכלל בתורת המשפט של הארט.³ אולם דיוני בגישת המשפט ככללים נסמך על גוף ידע אחר. אני מתחיל את דיוני (המשתרע על לא יותר משני עמודים) באמירה הזאת: "תפיסה מקובלת של המשפט רואה את הכלל כרכיב המרכזי של המשפט ואת המשפט כאוסף של כללים".⁴ בהערת השוליים למשפט זה אני מביא את דבריו של רונלד דבורקין, ולפיהם "נטייתם הטבעית של משפטנים [היא] לשייך את המשפט לכללים ולחשוב על 'המשפט' כעל אוסף או מערכת של כללים". "הסיבה העיקרית לקישור המשפט עם כללים טמונה בעובדה שהחינוך המשפטי היה מורכב זה זמן רב מלימוד ובחינה של כללים".⁵ בהמשך, כדי להבין את "התפיסה המקובלת" האמורה של המשפט, אני נסמך בעיקר על חיבורים המשתייכים לזרם "תורת המשפט של נורמות" (אף כי לא באופן בלעדי; אני נסמך גם על דברים של יורגן הברמס ופייר בורדייה). חיבורים אלה עוסקים באפיון של נורמות מהסוג של "כלל" ובאפיון של נורמות מהסוג של "סטנדרט"; בשאלה כיצד ייראה משטר משפטי של כללים לעומת משטר משפטי של סטנדרטים; בשאלה מה הן ההשלכות של קיומו של כל אחד משני המשטרים המשפטיים האלה.

בשפטם את טיעוני בדבר המשפט ככללים, הראל ולורברבוים אינם מחילים על הדיון שלי את גוף הידע שבתוכו אני פועל. תוך שהם מציגים אותי, באופן שאין לו כל אחיזה בטקסט שלי(!), כדן ב"תאוריות של משפט ככללים",⁶ או כדן בתאוריות של הארט ורז,⁷

3 בנוסח מוקדם של הפרק הנדון כאן, במאמרי (מנחם מאוטנר "המשפט כתורת: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 545, 547 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, 1998)) כתבתי בין השאר: "אף-על-פי שהמשפט הוא תופעה מורכבת ביותר, גם משפטנים רבים סוברים שיש להתייחס למשפט כאל מערכת של כללים. בין אלה בולטים ה' ל' א' הארט, שספרו *THE CONCEPT OF LAW* נחשב על-ידי רבים כניסיון המוצלח ביותר במחצית השנייה של המאה העשרים לנסח את עיקריו של הפוזיטיביזם המשפטי". ראו גם: KARL N. LLEWELLYN, *THE BRAMBLE BUSH* 5 (2008) ("It is much more common to approach the law as being a set of rules of conduct, and most thinkers would say rules of external conduct to distinguish them from the rules of morality"; שם, בעמ' 17, 73 (המשפט כמורכב מכללים); Roy Kreitner, *Biographing Realist Jurisprudence*, 35 L. & SOC. INQUIRY 765, 778 (2010) ("הרבה מתורת המשפט כפי שהיא מוכרת לנו רואה את הכלל, או ליתר דיוק את הנורמות, כחומר הגלם של המשפט" (תורגם על-ידי המחבר)).

4 מנחם מאוטנר משפט ותורת 70 (2008) (להלן: משפט ותורת).

5 Ronald Dworkin, *The Model of Rules I*, in *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 14, 38 (1977).
דברים דומים אפשר למצוא בין השאר גם בכחביו של ג'יימס בויד ווייט הנדונים בפרק השני של משפט ותורת (שם, בעמ' 59).

6 הראל ולורברבוים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 947.

7 שם, בעמ' 948-951.

או כנסמך על העמדות של הפוזיטיביזם המשפטי,⁸ הם שופטים את טיעוני על-פי גוף ידע אחר מזה שבו אני עוסק – תורת המשפט של הארט. מכיוון שהם מציגים אותי כאילו אני פועל כביכול בגדרה של תורת המשפט של הארט, הם מגיעים, פעם אחר פעם, למסקנה שטענותיי באשר לגישת המשפט ככללים שגויות.⁹ מסקנה זו אין בה כדי להפתיע. מכיוון שהראל ולורברבוים בוחנים את טיעוני על-פי תכניו של גוף ידע שאין אני מתייחס אליו כלל, ברור הוא שטיעוני נדונו על-ידיהם לכישלון מראש, ואין להם שום סיכוי להצליח (אין שום דבר יוצא-דופן בגישתי. גם אנשי תורת המשפט של הנורמות, שעל גישתם אני מסתמך, אינם עוסקים כלל בהגותו של הארט. הם פועלים בגדרו של גוף ידע עצמאי וספציפי שאינו קשור כלל בתורת משפט כללית זו).

כאקדמאים אנו מודעים לבעייתיות הכרוכה במהלך מעין זה של אלון ולורברבוים ומשתדלים להימנע ממנו ככל שנוכל. אנו מבינים כי בניגוד למדעי הטבע, שבהם בכל תקופת זמן קיימת פרדיגמה דומיננטית אחת המשותפת לכל החוקרים, הרי כאשר מדובר במדעי הרוח, במדעי החברה ובמשפט, קיימות בכל תקופה פרדיגמות אקדמיות אחדות, המתחרות אלו באלו. כל אחת מהפרדיגמות האלה מתעניינת בממדים אחרים של התופעה הנחקרת, חושבת עליה באמצעות כלים תאורטיים שונים, ומנביעה ביחס אליה תובנות נורמטיביות שונות. לפיכך למותר לציין כי כאשר מלומד אקדמי בתחומים של מדעי הרוח, החברה והמשפט מועמד למינוי או לקידום למשל, או כאשר נשקל פרסומו של ספר או מאמר של מלומד כזה, אנו מגלים רגישות לפרדיגמה האקדמית שבגדרה פועל המלומד ולא נבקש הערכה של עבודתו ממלומדים הפועלים בגדרה של פרדיגמה אקדמית אחרת.¹⁰ כאשר הראל ולורברבוים בוחנים את דיוני המשפט ככללים שלא באמצעות גוף הידע שבגדרו אני פועל אלא באמצעות גוף ידע אחר (תורת המשפט של הארט), הם עושים אפוא משהו שאקדמאים נמנעים ממנו באופן שגורתי כמובן מאליו. מבחינתם של הראל ולורברבוים, מה שחל בקהילה האקדמית על תהליך שיפוטו של ספר

8 "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 [...] לחובתו של מאוטנר ייאמר כי סילוף זה של הפוזיטיביזם נחשף כבר ב-1972 על-ידי יוסף רו" (שם, בעמ' 949, בה"ש 38). ואולם אינני נסמך כלל על עמדות של דבורקין באשר לפוזיטיביזם. אני נסמך על האופן שבו הוא מאפיין תפיסה רווחת של המשפט.

9 שם, בעמ' 947-948, 950.

10 כך, לא נבקש הערכה של מלומד או חיבור המשתייכים לזרם הניתוח הכלכלי של המשפט ממלומד הפועל בגדר הפרדיגמה של לימודי המשפט הביקורתיים, ולהפך. בדומה לכך לא נבקש הערכה של מלומד או חיבור המשתייכים לפרדיגמת הפמיניזם הרדיקלי ממלומד הכופר בערכה האקדמי של פרדיגמה זו.

מראש (הימנעות מהעברתו לשיפוטו של מי שפועל בגדר פרדיגמה שאינה זו של הספר) אינו אמור לחול על שיפוטו של ספר בדיעבד.¹¹

פעמיים דומה כי הראל ולורברבוים רגישים בכל זאת לכך שאני פועל בגדרו של גוף ידע שונה מזה שעל-פיו הם שופטים אותי. אבל הרגישות הזו מגיחה ונעלמת בחטף, כלא הייתה, ואינה מותירה חותם כלשהו על דיונם.

הפעם האחת היא זו שבה הראל ולורברבוים כותבים כי למושג "כלל" קיימת "דו-משמעות": "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.¹² ברור הוא כי השימוש שלי במונח "כלל" הוא במשמעותו הראשונה. למרות זאת הראל ולורברבוים שופטים את דיוני במונחיה של המשמעות השנייה.

הפעם השנייה שבה הראל ולורברבוים מגלים רגישות לכך שקיימת יותר מדרך אחת התופסת את המשפט ככללים היא כשהם כותבים כי כאשר הארט ורו "מתארים את המשפט במונחים של כללים", הרי מכיוון "שהמושג כלל הוא רב-משמעות", "האופן שבו הוגים אלה מבינים את המושג שונה שינוי רדיקלי מן האופן שבו התאורטיקנים של הנורמות (כמו גם מאוטנר) מבינים אותו".¹³ ואולם, גם לקביעה מפורשת זו אין כל השפעה על האופן שבו הראל ולורברבוים דנים בדבריי, והם שופטים אותם במונחיה של הגישה שלא בגדרה אני פועל.¹⁴

משמע: הראל ולורברבוים מבקרים אותי ביקורת "חיצונית" על שלא עסקתי בהארט, ואולם הם מסווים את ביקורתם כאילו היא ביקורת "פנימית". היינו, הם מציגים אותי כמי שאינו מציג כהלכה את גישת המשפט ככללים, אולם מדובר בגישת המשפט ככללים

11 ראו גם: אלון הראל "הרהורים ספקניים על אופטימיזם של שופט – אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית" קתרסיס 4, 22, 22 (2005) (הכרה בכך שעל חיבורים אקדמיים להישפט על-פי הנורמות של הסוגות שבגדרן הם נכתבים) (להלן: הרהורים ספקניים).

12 הראל ולורברבוים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 948.

13 שם, בעמ' 949.

14 כאשר קוראים את ניסיונם של הראל ולורברבוים לכפות עליי שימוש במונח "כלל" כמו השימוש שנעשה בו בתורת המשפט של הארט, וגם לשפוט אותי לאורו של שימוש זה, אי-אפשר שלא להיזכר בניסיונה של חברת האחים וורנר, מפיקת הסרט "קזבלנקה", למנוע מהאחים מרקס את השימוש בשם "קזבלנקה" לצורך סרטם "לילה בקזבלנקה", ובתגובתו של גרושו מרקס לניסיון זה. בין היתר כתב מרקס: "מה בדבר 'האחים וורנר'? האם גם שם זה בבעלותכם? קרוב לוודאי שיש לכם זכות להשתמש בשם 'וורנר', אך מה בדבר השם 'האחים'? מבחינה מקצועית, אנחנו היינו אחים זמן רב לפניכם". אכן, כשם שלחברת האחים וורנר לא הייתה בלעדיות על השם "קזבלנקה", כך גם לתורת המשפט של הארט אין בלעדיות על השימוש במונח "כלל" (וכאמור גם הראל ולורברבוים מודים בכך, אולם למרות זאת הם מתעקשים לשפוט אותי על-פי מערכת תכנים אחרת מזו שבגדרה אני כותב, ותוך שהם מציגים את דבריי ככתובים בגדרה של מערכת התכנים הזו).

שבה פועלים הם, לא בגישה שבה פעלתי אני. ראוי לשים לב כי אשר לפעולתי בגדרה של גישה אחרונה זו אין להראל ולורברבוים ולו מילה אחת של ביקורת.

2. המשפט ככללים – הקשר הדיון

כאמור, העיסוק שלי בגישת המשפט ככללים אינו משתרע על-פני יותר משני עמודים. הטיעון הובא בהקשר של דיון רחב שהראל ולורברבוים מתעלמים ממנו לחלוטין: חידוד מאפייניה של גישת המשפט כתרבות בדרך של הנגדתה לגישה הרואה את המשפט כמורכב מכללים; הצגת גישת המשפט ככללים כביטוי במשפט לעיקרים מרכזיים של הנאורות; והצגת גישת המשפט כתרבות כביטוי מרכזי של גישות הרווחות במדעי הרוח והחברה במאה העשרים באשר לתהליכים של השגת דעת. בהקשר זה אני טוען שגישת המשפט ככללים מניחה שכלל הוא משהו חיצוני למשפטן ולאדם, שכל המתבונן בו מאתר אותו בלא קושי, ובאופן שכל המתבוננים בכלל יאתרו בו תכנים זהים. זאת בניגוד לגישת המשפט כתרבות, הרואה במשפט משהו המופנם בתודעת השופטים, והמורכב מתכנים רבים וסותרים שבמקרים רבים אינם מכילים פתרון פשוט וחד-משמעי לבעיה. ברור כי בהקשר של דיון כזה אין רלוונטיות לטיעונו המרכזי של הארט בדבר היות המשפט מורכב מכללים ראשוניים ומכללים משניים. יש רלוונטיות בהקשר זה לראייתו של הארט את המשפט כמכיל פתרונות פשוטים וחד-משמעיים לבעיות משפטיות, ואכן אני מצביע על כך בהערת שוליים ארוכה,¹⁵ היינו אני מראה שהארט הוא נציג מובהק של גישת המשפט ככללים במובן שעניין אותי – תפיסת המשפט כאוסף של תכנים הנמצאים מחוץ לתודעת השופט והמציעים עצמם באופן ברור ופשוט כפתרונות לבעיות משפטיות.

יתר-על-כן, מכיוון שמטרת דיוני המשפט ככללים הייתה לחדד מאפיינים של גישת המשפט כתרבות בדרך של הנגדה, בחרתי בגישת המשפט ככללים של אנשי תורת המשפט של הנורמות, המנגידים בין "כללים" לבין "סטנדרטים", בהתמקדי בדרך הצגתם את הכללים. מכיוון שהמונח "כלל" אצל הארט מכיל גם "כללים" וגם "סטנדרטים", ברור שהארט לא היה יכול לשמש לטיעון שלי כ"אחר" המוחלט של גישת המשפט כתרבות, שאת מאפייניה ביקשתי לחדד.

15 ראו משפט ותרבות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 75 בה"ש 78. ההערה משתרעת על-פני עמוד וחצי, ובה לא פחות משבעה עשר (!) ציטוטים מספרו של הארט *The Concept of Law*, המעידים ש"הארט תופס את היחס הקיים בין שחקני המשפט [...] לבין המשפט כחיס הקיים בין סובייקט מתבונן לבין אובייקט שמתבוננים בו. כמו-כן, הארט תופס את פעולת ההתבוננות במשפט מתוך חתירה לאתר את תוכנו כפעולה בלתי-בעייתית". בהקשר זה אני מזכיר גם את עמדתו של הארט שלפיה בעיית שיקול הדעת במשפט מתעוררת באזור השוליים ("האפלולית") של לשון הכללים של המשפט. זאת להבדיל מעמדת הראליזם המשפטי, שלפיה המקור העיקרי לבעיית שיקול הדעת במשפט הוא ריבוי תוכני המשפט היכולים להיחשב רלוונטיים להכרעה. הראל ולורברבוים אינם חולקים על דבריי אלה.

3. האם אין הבדל בין גישת המשפט כתרבות לבין גישתו של הארט?

הראל ולורברבוים טוענים שאין הבדל בין גישת המשפט כתרבות שאני מציע לבין גישת המשפט ככללים בגרסת הארט, שבה הם מחזיקים.¹⁶ הראל ולורברבוים טועים טעות משולשת:

טעותם הראשונה של הראל ולורברבוים היא שהם מחמיצים הבדל מכריע בין הגישות, שאני דן בו בספרי: גישת המשפט כתרבות מניחה שהמשפט הוא מערכת תרבותית, שתכניה מופנמים על-ידי משפטים במהלך חינוכם והתנסותם המקצועיים באופן המתבנת את קטגוריות החשיבה שלהם, ובעקבות זאת גם את הדרך שבה הם חושבים על בעיות משפטיות ומחליטים בעניינן. במילים אחרות, גישת המשפט כתרבות מניחה שתוכני המשפט משוקעים בתודעותיהם של המשפטנים. לעומת זאת, גישת המשפט ככללים, בין בגירסתה הנדונה על-ידיי (תורת המשפט של הנורמות) ובין בגרסתו של הארט המוצעת על-ידי הראל ולורברבוים (המשפט כאוסף של כללים ראשוניים ומשניים),¹⁷ מניחה שתוכני המשפט הם משהו חיצוני לתודעותיהם של המשפטנים, משהו שהמשפטנים תרים אחריו, לומדים את תכניו ונועצים בו כשהם נדרשים להחליטה.

טעותם השנייה של הראל ולורברבוים היא שהם מתעלמים מכך שגם אם הארט מכיר בקיום שיקול דעת במסגרת הכרעותיהם של שופטים, הוא אינו מציע את התיאור העבה והעשיר של תהליך ההכרעה השיפוטית העולה מתוך גישת המשפט כתרבות – תיאור המציג את השופט כניצב מול תכנים רבים ומורכבים, הסותרים אלה את אלה לא אחת, והפתוחים לפירושים מגוונים. הרברט הארט אינו קארל לואלין. אכן, מן המפורסמות הוא, כי תורת המשפט של הארט מציעה תפיסה רזה של השפיטה ושל תהליכי קבלת ההחלטות המתקיימים במסגרת השפיטה.

תורת המשפט של הארט היא ניסיון להציע מענה מושגי אוניברסלי לשאלה "מהו משפט?", היינו להציע תיאור של התופעה המשפטית, שאמור לחול על כל תופעה משפטית באשר היא, בלי קשר לחברה כלשהי, לשיטת משפט כלשהי או לתרבות משפטית כלשהי.¹⁸ יתר-על-כן, תורת המשפט של הארט היא כללית: היא אמורה לחול על מערכת המשפט בכללותה ולא על רכיב זה או אחר שלה (כגון בתי המשפט). מן המפורסמות הוא אפוא שהאוניברסליות והכלליות של תורת המשפט של הארט הופכת

16 ראו הראל ולורברבוים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 949-950.

17 ראו למשל שם, בעמ' 951.

18 ראו גם אנדרי מרמור "אחרית-דבר למושג החוק" משפטים כז 91, 94 (1996); דוד אנוך ואלון הראל "עיון פילוסופי במשפט ואודותיו" דין ודברים ד 17, 19-20 (2008).

אותה "רזה" מבחינת התיאור שהיא מסוגלת לספק לדרכי הפעולה של מערכות משפט פרטיקולריות אלו או אחרות.¹⁹

כחלק מהמאפיינים האלה של תורת המשפט של הארט, מן המפורסמות הוא גם, כפי שכותבת ניקולה לייסי, הביוגרפית של הארט,²⁰ שאינה חשודה בחוסר אהדה כלפיו, ש"ידוע לשמצה עיסוקו התת-מפותח של הארט בשפיטה".²¹ וכפי שכותב פרד שאור, שאף הוא אינו חשוד בחוסר אהדה להארט: "תשומת הלב של הארט אינה נתונה לשפיטה [...] לא ניתן למצוא אצלו דיון רב מדי בה [...] עבורו, שלא כמו עבור דבורקין ומרבית הוגי המשפט האמריקנים של המאה העשרים, השפיטה [...] לא הייתה הרכיב המגדיר ואף לא הרכיב החשוב ביותר של מערכת משפט".²² יתר-על-כן, כפי שכותב בריאן סימפסון, כחלק מהיעדר העיסוק של הארט בשפיטה אי-אפשר למצוא בכתביו התייחסות של ממש לדרכי הפעולה של בתי המשפט של המשפט המקובל ולדרכי

19 Nicola Lacey, *Analytical Jurisprudence Versus Descriptive Sociology Revisited*, 84 TEXAS L. REV. 945, 957-958 (2006) (להלן: לייסי) ("ככל שהתיאור של המשפט הוא עבה ועשיר יותר, כך היומרה של התיאור לאוניברסליות צריכה לפחות, אולם תפיסת המשפט של הארט נמנעת מהסתמכות על תיאור עשיר של המשפט" (תורגם על-ידי המחבר)); Frederick Schauer, *Re-Taking Hart*, 119 HARV. L. REV. 852, 856 (2006) (להלן: שאור) ("הארט [...] לא גילה עניין בדינים וחשבונות היסטוריים, סוציולוגיים, אנתרופולוגיים או פסיכולוגיים על המשפט. בשביל הארט, לעשות 'תורת משפט' פירושו להתפלסף על אודות תופעות משפטיות בדרך של התמקדות בשפה ובסגנון אנליטי" (תורגם על-ידי המחבר)); שם, בעמ' 861 (הארט התנגד לכל מחקר אמפירי של המשפט); Leslie Green, *The Concept of Law Revisited*, 94 MICH. L. REV. 1687, 1715 (1996) (להלן: גרין) ("שאלה הוגנת המתעוררת, ומעוררים אותה גם סטודנטים: 'מהו השימוש בתיאוריה שכזו המנוסחת ברמה כל-כך גבוהה של כלליות?' אין זו תשובה ראויה לומר להם: 'ובכן, המשפט הוא דבר מעניין ויהא זה טוב להחזיק בתיאוריה כללית על אודותיו'. עלינו להסביר מדוע שאלות העומק המבניות האלה באשר למוסדות שלנו הן מעניינות וחשובות." (תורגם על-ידי המחבר)); Brian Bix, *H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory*, 52 SMU L. REV. 167, 182-183 (1999) (שורה של שאלות קשות מתעוררת באשר לערך שבתאוריה כללית על המשפט, מסוג התאוריה של הארט: האם מתקבל על הדעת ליצור תאוריה כזו, ואם כן האם הכלליות שלה אינה הופכת אותה לבעלת ערך נמוך וללא מעניינות?); חיים גנו "פילוסופיה של המשפט" האנציקלופדיה העברית מילואים ג 797, 801 (התשנ"ה) (ביקורת רדיקאלית שהוטחה בפילוסופיית המשפט המסורתית היא שהיא גורמת להנצחה של יחסי כוחות חברתיים מושחתים כפי שהם, ומשמשת בעצם מסך עשן שמאחוריו מסתתרים יחסי כוחות הרבה פחות מעודנים, הרבה יותר ברוטאליים").

20 NICOLA LACEY, *A LIFE OF H.L.A. HART: THE NIGHTMARE AND THE NOBLE DREAM* (2006).

21 שם, בעמ' 258, תורגם על-ידי המחבר.

22 ראו שאור, לעיל ה"ש 19, בעמ' 876, תורגם על-ידי המחבר.

ההתפתחות של המשפט המקובל. המונח "המשפט המקובל" אינו מופיע כלל בספרו של הארט *The Concept of Law*, כך כותב סימפסון, ביותר משמץ של השתאות.²³ לא רק שאין אפוא בתורת המשפט האוניברסלית, הכללית, המושגית של הארט דיון של ממש בדרכי הפעולה של בתי המשפט, אין בה אפילו התייחסות לאופנים הספציפיים שבהם פועלים בתי המשפט של המשפט המקובל. חסר זה בא על תיקונו בגישת המשפט כתרבות, המסוגלת להציע תפיסה עשירה במיוחד של הדרכים שבהן שופטי שיטת המשפט המקובל מקבלים החלטות ויוצרים משפט. טעותם השלישית של הראל ולורברבוים היא שהם מתעלמים מכך שלעומת הארט, המציג את משימת איתור הפתרון המשפטי הרלוונטי כבלתי-בעייתית (ראו לעיל), הרי גישת המשפט כתרבות, בהמשך של הטיעון התיאורי של הראל לזים המשפטי האמריקני, מציגה משימה זו כבעייתית, במובן זה שלא אחת המשפט אינו מציע פתרון אחד ברור לבעיה אלא כמה פתרונות אפשריים המצריכים הפעלה של תהליכי פרשנות מורכבים. למותר לציין כי בהגותו של הארט אי-אפשר למצוא התייחסות כלשהי לתהליכי הפרשנות האלה.

4. על מעמדה של הפילוסופיה של המשפט

דיונם של הראל ולורברבוים מניח כי כאשר אפיינתי משטר משפטי של כללים היה עליי להסתמך דווקא על הגותם של הארט ורו. מדוע? תשובה אפשרית היא שעל-פי הראל ולורברבוים, כאשר עוסקים בסוגיה משפטית כלשהי צריך להיכפף תמיד לדיונם של אנשי הפילוסופיה של המשפט – למושגים שלהם, לדרכי החשיבה שלהם, למסקנות שלהם וכולי. אכן, לא אחת נטען כי פילוסופים העוסקים בפילוסופיה של הפעילות המתקיימת בתחומים שונים – המשפט, המדע, הספרות, הדת ועוד – מתיימרים לנסח מושגים המגדירים את הקורה בתחומים אלה ולהכתיב את המושגים לאלו הפועלים בתחום הרלוונטי.²⁴ אבל אם זה המעמד שהראל ולורברבוים תובעים לפילוסופיה של המשפט,

23 A.W. Brian Simpson, *Herbert Hart Elucidated*, 104 MICH. L. REV. 1437, 1456-1457 (2006). ראו גם: שם, בעמ' 1456 ("לא ניתן למצוא בספרו של הארט *The Concept of Law* הרבה דיון מפורש בשפיטה ככזו" (תורגם על-ידי המחבר)); גרין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1452 ("הארט, בניגוד לדבורקין, ובניגוד לתורת המשפט של העשורים האחרונים, אינו עוסק בהכרעות המתקבלות על-ידי בתי משפט; הארט תפס את התאוריה שלו כתאוריה כללית על המשפט" (תורגם על-ידי המחבר)); Ken Kress, *Modern Jurisprudence, Postmodern and Truth*, 95 MICH. L. REV. 1871, 1901-1903 (1997) (היעדר דיון בבתי המשפט בכתיבתו של הארט); Robert S. Summers, *Legal Institutions in Professor H.L.A. Hart's Concept of Law*, 75 NOTRE DAME L. REV. 1807, 1809 (2000) (הארט אומר מעט מאוד על בתי משפט כמוסד משפטי).

24 על מאמצייהם של פילוסופים להציג את הידע שלהם כנהנה מעלינות על-פני סוגים אחרים של ידע ראו: RICHARD RORTY, *PHILOSOPHY AND THE MIRROR OF NATURE* 366, 367 (1980) (להלן:

הרי שאני כופר בו. בעיניי עצם העובדה שהפילוסופיה של המשפט מבקשת לעשות תאורטיזציה של המשפט אינה צריכה להקנות לפילוסופיה של המשפט לכשעצמה שום עדיפות על-פני הגות אחרת כלשהי על המשפט, אלא יש לראותה כניצבת על מישור אחד עם סוגות אחרות של הגות על המשפט (למשל: הסוציולוגיה של המשפט, הֶרְאָלְיִזְם המשפטי, לימודי המשפט הביקורתיים, משפט וספרות), במיוחד כשמדובר לא בהגות המבקשת לעסוק בתופעה המשפטית בכללותה, כפי שעושה הפילוסופיה של המשפט (ראו לעיל), אלא בהגות שעניינה תחום ספציפי של התופעה המשפטית, כגון התחום שבו אני עוסק, קרי המשפט הנוצר ומופעל בבתי המשפט.

אני מציע לאמץ בהקשר זה, בהתאמות המתבקשות, את גישתו של צ'רלס טיילור לשאלת הערך של תרבויות.²⁵ מצד אחד טיילור ממאן להיכנע לטיעון שלכל התרבויות ערך שווה. מצד אחר טיילור מציע כי נאמץ הנחה (presumption) שלפיה –

לכל התרבויות האנושיות שהפיחו רוח חיים בחברות שלמות במשך פרקי זמן משמעותיים יש משהו חשוב לומר לכלל בני האדם [...] סביר להניח שתרבויות שהקנו אופק של משמעויות לאנשים רבים בעלי תכונות אופיי שונות ומזג שונה במשך פרק זמן ארוך – כלומר ניסחו את המובן של הטוב, של הקדוש, של הראוי להערצה בעיניהן – יש בהן קרוב לוודאי משהו הראוי לרחשי כבוד (respect) והערצה מצידנו [...] אולי אפשר לנסח זאת במילים אחרות: יש צורך ביהירות אין קץ כדי לפסול אפריורי אפשרות זו.²⁶

מצד שלישי, טיילור סובר כי בעסקנו בתרבויות, יחידת הדיון שלנו אינה צריכה להיות תרבות "שלמה", ככוליות שלה, אלא פרקטיקות ספציפיות הקיימות בתרבויות והקשרים ספציפיים של יצירה תרבותית. על-פי טיילור, אנו עשויים לומר אפוא על תרבות מסוימת כי יש בה דברים הראויים ל"רחשי כבוד והערצה" מצדנו לצד דברים אחרים "שעלינו לתעב ולדחות".²⁷ מצד רביעי, טיילור מבין היטב שלא נוכל לשפוט את ערכה של תרבות שאינה תרבותנו אלא באמצעות תוכני התרבות שלנו. אין לנו מקום לעמוד עליו שהוא חיצוני לתרבות.

אכן, ברוח הדברים האלה מצאתי ערך בדבריהם של הראל ולורברבוים: אפשר לראותם כמשלימים את הדיון שלי בתפיסת המשפט כתרבות ואת הדיון שלי בתורת

וורטי; RICHARD J. BERNSTEIN, BEYOND OBJECTIVISM AND RELATIVISM 15 (1983) (להלן: ברנשטיין).

25 צ'רלס טיילור "הפוליטיקה של ההכרה" רב-תרבותיות במבחן הישראלי, 21, 44-52 (אוהד נחתומי עורך, 2003) (להלן: טיילור).

26 שם, בעמ' 47, 51-52.

27 שם, בעמ' 51-52.

המשפט של הנורמות, בהציגם את תורת המשפט של הארט כמתיישבת עם חלק מהעמדות של גישת המשפט כתרבות אך מנוגדת לתפיסת המשפט ככללים העולה מתורת המשפט של הנורמות. ואולם הראל ולורברבוים אינם מוכנים להשלים את הדיון שלי; הם מבקשים להחליף אותו. במילים אחרות, הראל ולורברבוים היו יכולים להציג את הטיעון שלהם כמתווסף לגישת המשפט כתרבות ולגישת המשפט ככללים העולה מתורת המשפט של הנורמות תוך הצעת הזיקות ההדדיות שבין שלוש הגישות. אבל הראל ולורברבוים עושים דבר אחר לגמרי: הם משליטים את גישת המשפט ככללים שלהם על גישת המשפט ככללים שלי; הם שופטים את גישת המשפט ככללים שלי כאילו נכתבה במושגי גישת המשפט ככללים שלהם, ובתוך כך הם גם שופטים את גישת המשפט כתרבות שאני מציע במושגי גישת המשפט ככללים שלהם כאילו הייתה גישתם שלהם גישתי שלי, וכאילו מובן מאליו הוא שגישתם שלהם הייתה צריכה להיות גם גישתי שלי.

ב. גדמר והמשפט

הראל ולורברבוים מקדישים מאמץ ניכר להצגת הגותו של הנס-גאורג גדמר.²⁸ אני מסכים עם עיקרי דבריהם. הם חופפים במידה לא מעטה לאופן שבו אני מציג הגות זו. הראל ולורברבוים טוענים שהתאוריה של גדמר מבקשת לתאר את טבעו של מעשה הפרשנות – כל מעשה פרשנות – ואילו אני מציג את גדמר כמציע דרכי פרשנות.²⁹ הם טוענים. שום דבר ממה שאני כותב אינו יוצא נגד מה שמוכר לכל קורא של גדמר ולכל קורא של הספרות הענפה שנכתבה על גדמר, ולו גם הקורא המתחיל ביותר, היינו שגדמר אינו מציע "מתודה" אלא "אמת" – ניסיון להבנת הקורה בכל תהליך של פרשנות מתוך נקודת מוצא שהפרשנות, ההבנה ויצירת המשמעות עומדות ביסוד כל הפעילות האנושית.³⁰ (כשהראל ולורברבוים מכריזים שספרו של גדמר "אמת ומתודה" צריך להיקרא למעשה "אמת לעומת מתודה",³¹ הם חוזרים על מה שהיא אולי הקלישאה הרווחת ביותר בספרות על גדמר). להפך, אני מציג במפורש את גדמר כיוצא נגד שלטון המתודה בתהליכי יצירת המשמעות, וזאת כבר בפסקה הראשונה של הפרק שבו אני דן בהגותו של גדמר.³² יתר-על-כן, בהמשך אני טוען כי לעומת המודרנה, המתאפיינת

28 הראל ולורברבוים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 953-957.

29 שם, בעמ' 954-955.

30 ראו גם ברנשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 144-145.

31 הראל ולורברבוים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 956.

32 להלן המילים שבהן נפתח הפרק "גדמר והמשפט" (ראו משפט ותרבות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 83):
"במאתיים השנים האחרונות עברה ההרמוניטיקה שורה של שינויים שהרחיבו באופן ניכר את תחומי

באמונה שדעת אמינה יכולה להיות מושגת רק באמצעות הפעלתה של מתודה נכונה (המתודה של מדעי הטבע), הרי גדמר הוא דובר חשוב של הגישה ההפוכה, הכופרת בהפעלת המתודה לשם השגת דעת.³³

הראל ולורברבוים טוענים שאני "סוטה מן התפיסה האונטולוגית של גדמר אל עבר תפיסה המתיימרת להשתמש בגדמר לצורך פיתוח מתודה פרשנית או לכל הפחות לצורך פיתוח מנגנונים לשיפור הפרשנות".³⁴ זאת משום שאני כותב כי היא רצוי ששופט הניגש לפרשנותו של טקסט יבין את פשר המשימה שהוא נתון בה, על-פי תוכנותיו של גדמר. אולם אני "סוטה" מהתפיסה האונטולוגית של גדמר; אני פשוט מפעיל את תוכנותיו הכלליות של גדמר בהקשר הספציפי של הפרשנות המשפטית.

הראל ולורברבוים ממשיכים ושואלים "מדוע צריך השופט – לצורך עבודתו – להבין את כל זה?", שהרי "הפרשן המשפטי איננו צריך להיות מודע לאופן שבו הוא עצמו פועל בדיוק כמו שהספורטאי איננו צריך להיות מודע לפיזיולוגיה של גופו לצורך הפעילות הספורטיבית".³⁵ אני חולק על הדברים האלה. ככלל אני סבור שיש חשיבות רבה להיותם של בני אדם הנתונים בפרקטיקה רפלקטיבית באשר למה שהם עושים ומודעים לתאורטיזציה הנעשית ביחס לפרקטיקה הזו. למשל, אני סבור ששופטים ועורכי-דין ימלאו את תפקידיהם טוב יותר ככל שהם יהיו בעלי ידע תורת-משפטי רחב יותר, לסוגיו. בהמשך לכך אני סבור כי יש חשיבות רבה להיותם של שופטים, העוסקים בדבר יום ביומו בפרשנותם של אירועים וטקסטים, ושהם בעלי כוח עצום על חייהם של

העיסוק שלה ושינו באופן רדיקלי את תפיסת מעמדה בחייהם של בני-האדם. עד המאה התשע-עשרה נחשבה ההרמנויטיקה תחום-דעת העוסק בפיתוח מתודות לפירושם של טקסטים דתיים [...] במחצית הראשונה של המאה העשרים [...] חולל [היידגר] תפנית רדיקלית בתפיסת מקומה של הפרשנות בחייהם של בני-האדם. היידגר תפס את הפרשנות, קרי: מתן המשמעות וההבנה, לא כמתודה מחקרית שבני-האדם מפעילים כשהם מצויים במשימות פרשנות יזומות של טקסטים או של נשאים אחרים של משמעות, אלא כרכיב מרכזי של הקיום האנושי. על-פי היידגר, חיי האדם מתקיימים כתהליך מתמשך של מתן משמעות והבנות [...] במחצית השנייה של המאה העשרים פיתח הנס-גיאורג גדמר, בספרו המרכזי Truth and Method את המשמעויות הנובעות מהתפנית של היידגר. גדמר מקבל את המיקום החדש שבו מיקם היידגר את הפעילות ההרמנויטית, קרי: היותה רכיב מרכזי בקיום האנושי, ולא רק דרך להשגת דעת על העולם. לחיות כיצור אנושי, אומר גדמר, משמעו להפיק משמעות בכל רגע ורגע [...] מטרה חשובה של גדמר היא להציע ניתוח של תהליך הפקת המשמעות המתקיים רגע-רגע בחייהם של בני-אדם". בהערת השוליים לטקסט הזה (שם, בעמ' 84 בה"ש 3) מובאת מובאה מדברי גדמר כדלהלן: "ההרמנויטיקה חותרת לא לפיתוח פרוצדורה להבנה, אלא להבהרת התנאים שההבנה מתקיימת בהם. תנאים אלה אינם עולים כדי 'פרוצדורה' או מתודה שעל הפרשן להחיל כביכול על הטקסט".

33 שם, בעמ' 41 (פרק 2: "משפט ותרבות").

34 הראל ולורברבוים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 963.

35 שם, בעמ' 964.

בני אדם ועל החברה בכללותה, בעלי מודעות להגות ולתאורטיזציה הקיימות באשר לפעולת הפרשנות (של אירועים וטקסטים). אגב, בהמשך לעמדת הכללית באשר לחשיבות המודעות, ובניגוד להראל ולורברבוים, אני סבור גם שמודעות של ספורטאי לפיזיולוגיה של הגוף עשויה לשפר את תפקודו כספורטאי.³⁶

הראל ולורברבוים טוענים שההרמנויטיקה של גדמר עוסקת במתן משמעות לטקסטים מן העבר, ולעומת זאת אני מפעיל אותה גם לשם מתן משמעות לחומרים הקיימים בהווה. הם שואלים: "האם ה'היסט' [של מאוטנר] מן 'הדרך האנכית' ל'הדרך האופקית' הולם את הגותו של גדמר? [...]. התרגום של מאוטנר את ההרמנויטיקה של גדמר ל'תרבות' ('אופקית') מסלק ממנה את יסוד 'הזמניות' ובתוך כך את ה'היסטוריה'".³⁷ מה שמעניין את גדמר, טוענים הראל ולורברבוים, הוא "האפקטיביות של ההיסטוריה", ולשם כך הוא מציע את "הדעה הקדומה" כ"מושג חיובי" ואת "רעיון מיזוג האופקים". "לכל אלה אין כמעט זכר במושג התרבות ה'אופקי' של מאוטנר. את מאוטנר אין מעניין העבר, עניינו ב'אחרות' של 'תרבויות' שונות בהווה ובאפשרויות 'מיזוג'".³⁸

בפרק "גדמר והמשפט" אני מסביר בהרחבה את מושגיו המרכזיים של גדמר, ובהם "ההיסטוריה האפקטיבית", "אופק" ו"מיזוג אופקים".³⁹ אולם בהמשך לכך אני מחיל את תובנותיו של גדמר גם על מצבים שבהם מתקיימים מפגשים בהווה, כגון מפגשים דיאלוגיים בין בני אדם, לרבות בני אדם הנמצאים בתרבויות שונות.⁴⁰ אני טוען כי אף שמעשה הפרשנות הפרדיגמטי המעסיק את גדמר הוא זה של קריאת טקסט מן העבר, אין לצמצם את ההרמנויטיקה שלו לסוג זה של מצבים. מהלך כזה לא רק יסתכן בהפיכת האונטולוגיה שלו למתודה, דבר שהראל ולורברבוים עצמם מתנגדים לו; הוא גם יכפור באופייה האוניברסלי של ההרמנויטיקה שלו, היינו היתה חלה על כל מעשה פרשנות שהוא, דבר שגם בו כמובן מכירים הראל ולורברבוים.

36 גם הראל ולורברבוים מכירים בחשיבות המודעות, אך זאת בהקשר מאוחר יותר של דיונים: "גישת המשפט ותרבות יכולה לתרום תרומה חשובה לאיכות השפיטה על-ידי חשיפת ההשפעה הסמויה שיש להטיות תרבותיות על הפסיקה. 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 לכו, חינוכו או תרבותו תבאנה אותו להטיל עונשים חמורים יותר על ערבים. באופן דומה, ההאשמה המוטחת לעתים קרובות כלפי בית המשפט העליון כי הוא משקף את תרבותה של שכונת רחביה בירושלים מושחתת, כך אנו מקווים, על ההנחה כי אם השופטים יפנימו טענה זו הם ישקפו שיקוף נאמן יותר את ערכי המשפט" (שם, בעמ' 976-977).

37 שם, בעמ' 961.

38 שם, בעמ' 961-962.

39 משפט ותרבות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 86-94.

40 שם, בעמ' 96-97.

אכן, בדיוק על שום האוניברסליות הזו גדמר עצמו החיל את ההרמנויטיקה שלו על מצבים אופקיים של דיאלוג בין בני-אדם;⁴¹ דיאלוג בין רופא לחולה;⁴² הפקת משמעות במפגש שבין אדם לבין יצירת אמנות;⁴³ וכן כדרך להפקת משמעות בכל תחומיהם של מדעי הרוח, לרבות הספרות.⁴⁴

יתר-על-כן, הראל ולורברבוים מבקשים לצמצם את ההרמנויטיקה של גדמר למפגשים בין ההווה לבין העבר, אך לעומת זאת בהמשך לאוניברסליות של ההרמנויטיקה הזו מחברים שונים החילו אותה גם על דיאלוגים בין-תרבותיים (לעומת דיאלוג בין ההווה לטקסט או אירוע של העבר).

יורגן הברמס למשל כותב, תוך שימוש במונחים "אנכי" ו"אופקי" שבהם גם אני משתמש: "גדמר מציג תקשורת הרמנויטית אפקטיבית באמצעות הדימוי של מיוזג האופקים. הדבר תקף במישור האנכי שבו אנו מתגברים על המרחק ההיסטורי באמצעות ההבנה, ובאותה המידה גם במישור האופקי שבו ההבנה מתווכת מרחקים גיאוגרפיים או תרבותיים-לשוניים".⁴⁵ ועוד כותב הברמס: "ההבנה ההרמנויטית [...] מסלקת את הסכנות שבקרקע תקשורתית בשני כיוונים: אנכי – בגדר מסורתו הפרטית של אדם, ואופקי – בדרך של תיווך בין מסורות של תרבויות וקבוצות נבדלות".⁴⁶

- 41 HANS-GEORG GADAMER, TRUTH AND METHOD 268, 303, 361-362, 363, 367, 383, 388 (Joel Weinsheimer & Donald Marshall trans., 2nd revised ed. 1993) (להלן: אמת ומתודה); HANS-GEORG GADAMER, REASON IN THE AGE OF SCIENCE 110 (Fredrick G. Lawrence, 1986) (ראו גם: HANS-GEORG GADAMER, PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS XI, XIX (David E. Linge, Editor's Introduction) (David E. Linge trans. ed., 1976) (להלן: הרמנויטיקה פילוסופית) (על-פי גדמר, תהליך ההבנה דומה לדיאלוג בין בני אדם יותר משהוא דומה לדגם המסורתי של חקירת אובייקט על-ידי סובייקט באופן הנשלט על-ידי מתודולוגיה); שם, בעמ' XXXIII (הדגש שגדמר שם בתקשורת בין-אישית כדרך להפקת משמעות); ראו ברנשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 162 (גדמר מודע להבדל בין דיאלוג עם טקסט לדיאלוג עם אדם); שם, בעמ' 175 (על-פי גדמר קיומנו בעולם הוא דיאלוגי); ראו ורטי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 319 (הבנה דומה להיכרות עם אדם יותר מאשר להליכה בנתיבותיו של טיעון הוכחתי).
- 42 HANS-GEORG GADAMER, THE ENIGMA OF HEALTH: THE ART OF HEALING IN A SCIENTIFIC AGE (Jason Gaiger & Nicholas Waiker trans., 1996) (ראו: בפרק העשירי של ספרו מביא גדמר תיאור אידיאלי של מה שקורה בין רופא לבין חולה).
- 43 HANS-GEORG GADAMER, THE RELEVANCE OF THE BEAUTIFUL AND OTHER ESSAYS (1977) (אמת ומתודה, לעיל ה"ש 41, בעמ' 129-142; הרמנויטיקה פילוסופית, לעיל ה"ש 41, בעמ' 26; שם, בפרק השביעי, במיוחד בעמ' 104).
- 44 אמת ומתודה, לעיל ה"ש 41, בעמ' 159-169.
- 45 Jürgen Habermas, A Review of Gadamer's Truth and Method, in UNDERSTANDING AND SOCIAL INQUIRY 335, 342 (Fred R. Dallmayr & Thomas A. McCarthy eds., 1977) (ההדגשה שלי – מ' מ') (תורגם על-ידי המחבר).
- 46 שם, בעמ' 353 (ההדגשה שלי – מ' מ') (תורגם על-ידי המחבר).

צ'רלס טיילור כותב ברוח זו במאמר שכותרתו "הבנת האחר", כי "במסגרת דגם 'השיחה' של גדמר עלינו לדעת לא רק את העבר שלנו, אלא גם את האחר ככזה, ובכלל זה במסגרתן של דיסציפלינות כגון האנתרופולוגיה, שבהן הלומד והנלמד שייכים לא אחת לציביליזציות שונות לגמרי. דעה זו היא כיום נחלת הכלל, וזוהי אחת התרומות הגדולות שתרום גדמר לפילוסופיה של המאה שלנו ולפילוסופיה של המאות הבאות".⁴⁷ ובמקום אחר כותב טיילור כי עלינו לצאת מחזקה שכל תרבות שהסדירה את חייה של חברה אנושית לאורך זמן יצרה תוצרים תרבותיים בעלי ערך, ובהמשך לחזקה זו עלינו לעסוק ב"מיוזג אופקים" גדמריאני עם תוכניהן של תרבויות שאינן תרבותנו כדי להתחקות אחר הערך (החיובי או השלילי) של תכנים אלה, ובאופן המסוגל לחולל שינוי בהבנתנו את עצמנו ובתוכני התרבות שלנו.⁴⁸

בדומה לכך, דיוויד לינג, עורך המהדורה האנגלית של ספרו של גדמר "הרמנויטיקה פילוסופית", כותב: "התופעה ההרמנויטית פועלת בהיסטוריה של תרבויות כשם שהיא פועלת בחייהם של יחידים משום שרק בזמנים של מגעים אינטנסיביים עם תרבויות אחרות (יוון עם פרס או אירופה הלטינית עם האסלאם) נעשה עם מודע בצורה החדה ביותר למגבלות של ההנחות העמוקות ביותר שלו, ולכך שאפשר להעמיד הנחות אלה בסימן שאלה. עימות עם אופקיו של האחר גורם לנו להיות מודעים להנחות המושרשות בנו באופן כה עמוק עד כי הן עלומות מעינינו".⁴⁹

ואילו ריצ'רד ברנשטיין כותב במסגרת דיונו בגדמר: "באמצעות הבנה של תרבויות זרות אנו מסוגלים להגיע להבנה רגישה וביקורתית יותר של תרבותנו שלנו ושל הדעות הקדומות שבה, שהן נסותרות מעינינו [...] תמה זו, שגדמר משייך לדיאלוג, להצבת שאלות ולשיח, ניצבת במרכז ההרמנויטיקה הפילוסופית שלו".⁵⁰

47 Charles Taylor, *Understanding the Other: A Gadamerian View on Conceptual Schemes*, in GADAMER'S CENTURY: ESSAYS IN HONOR OF HANS-GEORG GADMER 279, 280 (Jeff Malpas, Ulrich Amswald & Jens Kertscher eds., 2002) (תורגם על-ידי המחבר); ראו גם: שם, בעמ' 296.

48 ראו טיילור, לעיל ה"ש 25, בעמ' 48, 50, 52.

49 ראו הקדמת העורך לספר של גדמר, הרמנויטיקה פילוסופית, לעיל ה"ש 41, בעמ' XXI (ההדגשה שלי – מ' מ') (תורגם על-ידי המחבר).

50 ראו ברנשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 36 (ההדגשה שלי – מ' מ') (תורגם על-ידי המחבר); ראו גם: וורטי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 360 (תהליך הבנייה העצמית שלנו עשוי להיות כרוך בפעילות ההרמנויטית של בניית קשרים בינינו לבין התרבות שלנו ותרבות אקזוטית כלשהי); ראו הקדמת העורך לספר של גדמר, הרמנויטיקה פילוסופית, לעיל ה"ש 41, בעמ' XII (החוויה ההרמנויטית של מפגש עם תרבויות זרות).

יתר-על-כן, כחלק מהחלת הגישה ההרמנויטית ב"מישור האופקי", היא הוחלה גם על דיאלוגים בין דיסציפלינות אקדמיות⁵¹ וכן כדרך מחקרית חשובה במסגרתם של מדעי החברה בכלל⁵² והאנתרופולוגיה בפרט.⁵³

משמע: אין שום דבר יוצא דופן בכך שאני מחיל את תובנותיו של גדמר בהקשר של מפגשים "אופקיים" בין תרבויות. מומחים מובהקים בהגותו של גדמר עשו זאת לפניי. הראל ולורברבוים טוענים בהקשר זה כי בספרי אין הבחנה בין שתי מגמות מנוגדות בחקר התרבות – מגמה הרואה בתרבות מחשקת את גבולות ההבנה, ומגמה הרואה בלימוד האופן שבו התרבות מחשקת את ההבנה מהלך משחרר.⁵⁴ הם טוענים. הבחנה זו עולה שוב ושוב מהדיון שבפרק הראשון שבספרי וגם מקטעים שונים של הדיון בפרק השני ובפרק החמישי.⁵⁵

הראל ולורברבוים טוענים נגד האופן שבו אני מפעיל את מושג היישום של גדמר. אולם הם אינם מגלים לקורא שלהם כי לאחר שאני מציג את רכיב היישום כפי שגדמר מבינו, אני עובר להצעה של "קריאה מרחיבה של רכיב היישום, המתקיים כחלק מיצירת המשמעות",⁵⁶ היינו אני מודע לחלוטין לכך שהאופן שבו אני מפעיל את הרכיב הזה אינו האופן שגדמר מפעיל אותו, ואני מזהיר במפורש את הקורא שלי כי הקריאה שלי את הרכיב היא "מרחיבה". יתר-על-כן, בהמשך הדברים מציגים הראל ולורברבוים את הקריאה המרחיבה שלי, שהיא תיאורית לגמרי, כאילו אני מציע אותה כהמלצה נורמטיבית באשר לאופן שבו שופטים צריכים לפעול (פעמיים ברציפות הם כותבים שעל-פי גישתי "צריך" השופט לפעול באופן כזה או אחר).⁵⁷ כפי שאראה בהמשך, אין זו הפעם היחידה שבה הראל ולורברבוים מציגים את דברי באופן שגוי, בקראם תיאור שלי כאילו היה בבחינת המלצה נורמטיבית.

ולסיום, הראל ולורברבוים מבקרים – בהרחבה – את ההרמנויטיקה של גדמר.⁵⁸ כדי למנוע סרבול מיותר לא אתגייס כאן להגנתו של גדמר מפני ביקורת זו; היא תחייב מאמר נפרד, שיצריך דיון בעמדותיו המורכבות של גדמר מצד אחד ובספרות המשנה העצומה בהיקפה שנכתבה עליו מצד אחר.⁵⁹ ואולם, הראל ולורברבוים הולכים צעד נוסף – הם

51 ראו רוטני, לעיל ה"ש 24, בעמ' 360.

52 ראו הרמנויטיקה פילוסופית, לעיל ה"ש 41, בעמ' 27; ראו גם: INTERPRETIVE SOCIAL SCIENCE: A SECOND LOOK (Paul Rubinow & William Sullivan eds., 1987).

53 CLIFFORD GEERTZ, THE INTERPRETATION OF CULTURES (1973).

54 הראל ולורברבוים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 960.

55 משפט ותרבות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 22-25, 26-27, 58, 180-182.

56 שם, בעמ' 103.

57 הראל ולורברבוים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 965.

58 שם, בעמ' 958-959.

59 אולם פטור בלא כלום אי-אפשר. כך למשל אעיר כי טעות בסיסית של הראל ולורברבוים היא שהם אינם מבינים כהלכה את מושג "הדעה הקדומה" של גדמר. על-פי תפיסתם, דעה קדומה היא משהו

מבקרים אותי על שאיני מבקר את גדמר (!): "דיונו [של מאוטנר] בגדמר מבטא הסכמה (ואף הזדהות) עם עיקרי טיעוניו והשקפותיו [של גדמר], והוא נעדר כמעט כל ממד ביקורתי".⁶⁰ איני סבור שאפשר לבקר אותי על שאיני מבקר את גדמר כשאיני סבור שיש מקום לבקרו, כשם שאי אפשר לבקר את הראל ולורברבוים על שהם מפעילים את תורת המשפט של הארט בלי לבקרה (כידוע, בחמשת העשורים האחרונים נכתבה על הארט ספרות ביקורתית ענפה). הראל ולורברבוים נמנעים מלבקר את הארט מן הסתם משום שהם סבורים כי אין מקום לביקורת עליו. איני סבור שאפשר לבוא אליהם בטענות על כך. כאמור, ברוח הדברים האלה איני סבור כי אפשר לבוא בטענות אליי על שאיני מבקר את גדמר (ויש דמיון בין המהלך שנקטו הראל ולורברבוים בהקשר של גישת המשפט ככללים לבין מהלכם בהקשר הנוכחי. בהקשר של גישת המשפט ככללים הפעילו הראל ולורברבוים ביקורת חיצונית בהסוותם אותה כביקורת פנימית. בהקשר הנוכחי הם מבקרים אותי על שאיני מבקר את גדמר, בהניחם כי היה עליי לעשות כן).

ג. התרבות המשפטית כתרבות נבדלת

ביקורתם העיקרית של הראל ולורברבוים על ספרי היא שגישתי חותרת תחת ההבנה ש"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".⁶¹ הראל ולורברבוים חוזרים על ביקורת זו פעמים לא מעטות, בניסוחים שונים. למרות זאת ביקורתם אינה ברורה.⁶² אפשר להבין אותה בשתי דרכים שונות. דרך אחת היא שעל-פי הראל ולורברבוים על שופטים להכריע על-פי התרבות המשפטית-המקצועית שבה הם פועלים, ולא על-פי התרבות האישית שלהם כבני אדם, שהיא חיצונית לתרבות המשפטית.⁶³ אם זהו טיעונם של הראל ולורברבוים, הרי שאני

המשבש את היכולת להגיע אל האמת. בשביל גדמר דעה קדומה היא כל קטגוריית תודעה, ילידת תרבות, שבאמצעותה אנו יוצרים משמעות ומבינים את העולם.

60 שם, בעמ' 957.

61 שם, בעמ' 942.

62 כדוגמה אחת מני רבות ראו את הדברים האלה: "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" (שם, בעמ' 968).

63 ראו בין השאר: שם, בעמ' 939, 940, 968, 971, 973, 975. ראו גם דיונם של הראל ולורברבוים בפסק דין מסנר (שם, בעמ' 969-972) וכן דבריהם בה"ש 109, 110, 118.

סומך עליו בשתי ידיים. יתר-על-כן, ביטוי לעמדה זו אפשר למצוא בכמה מקומות בספר⁶⁴ לצד טיעון שלפיו אף-על-פי ששופטים מביאים להכרעותיהם את ניסיון החיים

64 תחת הכותרת "המשפט כמערכת תרבותית נבדלת", בפרק "גדרם והמשפט", אני כותב כדלהלן (משפט ותרבות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 98-100): "המשפט של המדינה יכול להיחשב דוגמה טובה למסורת (או למערכת תרבותית) [...] כמסורת (או כמערכת תרבותית) [...] למשפט יש שורה של מאפיינים [ובהם]: [...] שונות מהתרבות היומיומית: המשפט מבקש לתת משמעות לקורה במציאות היומיומית של בני-האדם. מציאות זו טעונה במשמעויות כבר מעצם התקיימותה ביחסיהם של בני-האדם [...] למרות זאת, המשפט אינו מבוסס על חתירה לאיתור המשמעויות היומיומיות הקיימות ביחסיהם של בני-האדם ולמתן תוקף להן; אלא, המשפט מבקש להקנות ליחסים טעוני המשמעות הקיימים בחיי היומיום של בני-האדם משמעויות משלו, הנוצרות במסגרת הליכים של ייצור המשמעות המתקיימים בו והנבנות על התכנים נושאי-המשמעות הקיימים בו. בדומה לכך, המשפט מבקש לתבנת את האינטראקציות של בני-האדם באופן שיתקיימו בהן משמעויות הלקוחות מתוך המערכת התרבותית שלו, ולא משמעויות היכולות להיבנות מתוך התרבות היומיומית שבני-האדם חיים בה". ובהמשך (שם, בעמ' 105): "תודעתו של כל שופט רוויה בתערובת של חומרים הלקוחים מהתרבות המשפטית, מהתרבות הלא-משפטית ומניסיון החיים הייחודי שלו [...] כל חשיבה של התפתחות המשפט במונחים 'פנימיים' בלבד, המביאים בחשבון רק את תוכני הדוקטרינה המשפטית, הינה חלקית ומטעה, ובדומה לכך גם כל חשיבה על התפתחות המשפט רק במונחים 'חיצוניים', 'פונקציונליסטיים', המביאים בחשבון רק כוחות ואינטרסים חברתיים, אף היא חלקית ומטעה [...] הבנה נכונה של התפתחות המשפט צריכה להביא בחשבון שיקולים 'פנימיים' ו'חיצוניים' כאחד".

על ג'יימס בויד ווייט אני כותב, שם, בעמ' 60: "לדברי ווייט, הדיונים הערכיים המתנהלים במסגרתם של הליכים שיפוטיים אמורים להיות אחרים מהשיח הציבורי המתקיים מחוץ לבתי המשפט. המשפט צריך להיחשב יוצר שיח ייחודי משלו, שמילים מקבלות משמעות במסגרתו על פי המטרות וההקשרים של המשפט, ולא על פי נהגים משתנים של שיח יומיומי". אני מוסיף, שם: "ווייט תופס אפוא את המשפט הנוצר ומופעל בבתי המשפט כמערכת תרבותית נבדלת, היינו כמערכת נבדלת למתן משמעות לאירועים המתרחשים בחיי היומיום של בני האדם. לדבריו, משפטנים הם בני אדם השולטים בתכניה של התרבות הזאת ומסוגלים לפתח במסגרתה טיעונים המציעים פתרונות נורמטיביים לבעיות המובאות להכרעתם של בתי המשפט. משפטנים עוסקים כל העת באמירה 'זה מה שקרה וזו המשמעות של מה שקרה', תוך שהם מפעילים את חומרי המשמעות של המשפט, הוא כותב. לפיכך, המשפט הוא אוסף המשאבים שהתרבות מעמידה לרשות המשפטנים לצורכי דיבור, טיעון, חשיבה ושכנוע במסגרתם של אירועים משפטיים".

על אלקס ביקל אני כותב, שם, בעמ' 64: "מה שעולה מדבריו של ביקל הוא שהמשפט הנוצר ומופעל בבתי המשפט מהווה מערכת תרבותית נבדלת, 'מסורת', המגלמת את הערכים היציבים, ארוכי הטווח, העומדים ביסוד ההתארגנות הפוליטית [...] לעומת זאת, ההחלטות המתקבלות במערכת הפוליטית מתקבלות מבלי שצריך להינתן משקל כלשהו להחלטות שהתקבלו בעבר. החלטות המתקבלות במערכת הפוליטית מתקבלות על פי שיקולים של יעדי העתיד ואילו הווה".

על פייר בורדייה אני כותב, תחת הכותרת "השדה המשפטי", שם, בעמ' 66-67: "בורדייה טוען שהשחקנים הפועלים בשדה המשפטי חולקים הביטוס ייחודי, ומה שמבדיל אותם ממי שאינם

שלהם, את עמדותיהם, את תוכני התרבות שלהם כבני אדם וכולי, עדיין מתקיימת במשפט של בתי המשפט אובייקטיביות, במובן זה שמשפטים שעברו חברות בגדרה של אותה תרבות משפטית יחשבו ויפעלו באופן דומה כשמדובר בבעיות משפטיות דומות.⁶⁵ אולם בהמשך לקביעתו המפורסמת של קרדוזו כי "אנו עשויים להשתדל לראות דברים באופן אובייקטיבי ככל שנוכל, ועדיין לעולם לא נוכל שלא לראותם אלא מבעד לעינינו שלנו",⁶⁶ אני טוען שאף כי מהבחינה הנורמטיבית השונות של המשפט מהתרבות הלא-משפטית היא תכלית קיומו, ואף כי במשפט מתקיימת מידה מתקבלת על הדעת של אובייקטיביות, הרי שכעניין תיאורי, משפטים אינם מסוגלים שלא להסתמך הסתמכות ניכרת על ניסיון החיים שלהם, על עמדותיהם, על ידע מתוך השכל הישר שלהם ועוד כאשר הם מפעילים את חומרי המשפט.

הראל ולורברבוים נוטלים טענה תיאורית שלי זו, ותוך דיון ארוך ונפתל הם מציגים אותה כאילו מדובר בטענה נורמטיבית שלי, ולפיה אכן טוב הוא ששופטים חושבים בגדר התרבות של הקבוצה שאליה הם משתייכים כבני אדם (בהבדל מהתרבות

משפטים הוא היותם מופעלים על ידי ההביטוס המשפטי [...] אכן, משפטים הם בני אדם שהפנימו את ההביטוס המשפטי [...] [ה]מורכב לא רק מהקטגוריות של המשפט, אלא גם מהביטוס עשיר באשר לדרכים שיש לפעול בהן בשדה המשפטי".

על סטנלי פיש אני כותב, שם, בעמ' 69: "הדמיון בין תפיסת המשפט של פיש לבין זו של בורדייה בולט לעין. בורדייה טוען שהשחקנים הפועלים בשדה המשפטי מופעלים על ידי הביטוס ייחודי המבדיל את המשפטים ממי שאינם משפטים. פעילות כזו מתאפיינת ברמת מודעות נמוכה על פי 'תחושת משחק', והיא אינה מתקיימת בדרך של ציות מודע לכללים, חישוב, שקילה וליבון. בדומה לכך, פיש טוען שמשפטים אינם פועלים בדרך של ציות לכללים, אלא על פי ההבנות המקצועיות הרווחות בשדה הפעילות שלהם, הבנות שהם מפנימים בדרך של התנסות במסגרת החברות המקצועי שלהם".

65 בקטע אופייני אני כותב, שם, בעמ' 105: "כאשר משפטן ניצב מול שאלה משפטית, אין הוא יכול להיחשב כמי שפועל בתנאים של חופש בלתי-מוגבל באשר לפתרונות שיוכל להציע לה; אלא, מספר המשמעויות שיוכל המשפטן להציע כפתרונות אפשריים לשאלה הינו מוגבל [...] בני-אדם החיים בקהילה תרבותית מסוימת אינם יכולים לחרוג אל מעבר לאופציות הפרשניות שהתרבות שלהם יכולה להציע כאופציות פרשניות מתקבלות על הדעת. לפיכך, כאשר מדובר במתן משמעות לאירועים או למסרים, אין חשש מסובייקטיביות בלתי-מוגבל, כאוטי, במובן של 'הכל הולך'. להיפך, גם אם יהיה אפשר להביא בחשבון יותר מפתרון פרשני אחד, דהיינו גם אם יתקיים ריבוי של משמעויות אפשריות, עדיין יהיה מספרם של הפתרונות האפשריים מוגבל, ואפשר שגם תתקיים אחידות דעים נרחבת, גם אם לא מוחלטת, באשר למידת קבילותם של הפתרונות האפשריים. ראיית המשפט כמערכת תרבותית [...] עשויה אפוא להוביל לסברה כי מידה לא-מעטה של אובייקטיביות עשויה להתקיים במשפט". לדברים דומים ראו גם: שם, בעמ' 80, 56-58, 69, 181. ראו גם: הרהורים ספקניים, לעיל ה"ש 11, בעמ' 41 (הכרה בקיומה של אובייקטיביות במשפט).

66 BENJAMIN N. CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS 13 (2009) (התרגום על-ידי המחבר).

המקצועית שלהם כשופטים, שבמרכזה התכנים של המשפט). במילים אחרות, בעוד אני מציג גורמים המונעים מימושו של אידאל, הראל ולורברבוים מציגים אותי כ"חוגג" את הפער הזה שבין האידאל ומימושו וכמצדד בכך שהגורמים המונעים את מימוש האידאל הם שצריכים להיחשב לאידאל.

יתר-על-כן, לא רק שהראל ולורברבוים מציגים את דבריי באופן שגוי, הם גם מציגים אותם באופן מוקצן – שוב ושוב הם משתמשים בביטוי "אלא" בהציגם את דבריי,⁶⁷ באופן שבעיניי כביכול המשפט אינו "אלא" ביטוי לתרבות האישית, החוץ-משפטית של השופט. בכך הם נוטלים טיעון מקומי שלי האומר ששכלו הישר של השופט אינו יכול שלא למלא תפקיד חשוב במילוי השופט את הדוקטרינה המשפטית בתוכן, והופכים אותו לביטוי השלם כביכול של הבנתי את האופן שבו שופטים מחליטים (וכאמור, הפוך מעמדותי, גם צריכים להחליט).

את הפרקים "משפט ותרבות", "גדמר והמשפט" ו"על מקומו של השכל הישר במשפט" הצגתי עוד קודם לפרסומם, וגם לאחריו בכמה פורומים אקדמיים שבהם קראו אותם משתתפי הפורומים. לאחר פרסומם הם צוטטו מספר רב של פעמים על-ידי מחברים אקדמיים אחרים; הם נקראו על-ידי מספר רב של קוראים; הם חלק מרשימות הקריאה של קורסים אוניברסיטאיים לא מעטים. עד כה לא היה ולו קורא אחד של הפרקים האלה שייחס עמדה נורמטיבית לטיעונים התיאוריים שלי, היינו שכביכול טוב הוא שהתרבות הלא-משפטית של הקבוצה החברתית שאליה משתייכים משפטנים תקבע את האופן שבו משפטנים פועלים. הנס גאורג גדמר יכול להיחשב אחד ממבשריו של מושג "הקהילה הפרשנית". איני יודע אם כחלק מביקורתם על גדמר הראל ולורברבוים דוחים גם את המושג הזה. אני חושב שיש בו תרומה חשובה להבנת אפשרות קיומה של אובייקטיביות בתחומיהם של מדעי הרוח, מדעי החברה והמשפט תוך הבנת ההבדלים המהותיים שבין התחומים האלה לבין מדעי הטבע. אני סבור כי אם מחילים את מבחן הקהילה הפרשנית על האופן שבו הראל ולורברבוים קוראים אותי, אין מנוס מהמסקנה שקריאתם – החדשנית – היא בלתי-סבירה.

ואולם, יש עוד דרך שבה אפשר להבין את ביקורתם של הראל ולורברבוים. על-פי דרך זו, תכלית המשפט אינה לחצוץ בין התרבות הלא-משפטית של המשפטן לבין ההכרעה המשפטית, אלא בין התרבות המשפטית לבין ההכרעה המשפטית.⁶⁸ על-פי דרך זו, תוכני המשפט קיימים בטקסטים בדמות כללים (כמשמעם במסורת של הארט), ועל המשפטן לאתר את התכנים האלה ולהפעיל אותם ולא את התרבות המשפטית שבה חי המשפטן. אם זוהי עמדתם של הראל ולורברבוים, הרי שלא אכחיש כמובן כי תוכני המשפט עוברים כל העת תהליכים של החפצה באופן שאפשר לאתר אותם בטקסטים

67 הראל ולורברבוים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 972-977.

68 שם, בעמ' 964, 968, 969.

הקיימים מעבר לתרבות המשפטית. אכן, אני טוען זאת בספרי.⁶⁹ אולם הטיעון שלי הוא שמשפטים אינם מסוגלים להבין את משמעותם של התכנים האלה, לבחור מתוכם ולפרשם אלא באמצעות תכניה של התרבות המשפטית המתבנתת את דרכי החשיבה של המשפטים. במילים אחרות, אם זוהי הדרך שבה יש להבין את ביקורתם של הראל ולורברבוים, כי אז שבנו למחלוקת מרכזית הקיימת בינינו, ושעליה הצבעתי קודם לכן: אני סבור שהמשפט הוא מערכת תרבותית שמשפטים מפנימים את תכניה במהלך חינוכם והתנסותם המקצועיים באופן המתבנת את קטגוריות החשיבה שלהם, ובעקבות זאת את הדרך שבה הם מפרשים תכנים משפטיים, חושבים על בעיות משפטיות ומחליטים בעניינן, ואילו הראל ולורברבוים מניחים שתוכני המשפט הם משהו חיצוני לתודעתיהם של המשפטים, משהו שהמשפטים תרים אחריו, לומדים את תכניו ונועצים בו כשהם נדרשים להחליטה.

ד. השימוש בפסקי דין

הראל ולורברבוים כותבים כי "המתודולוגיה שבה משתמש מאוטנר היא מתודולוגיה הנשענת כל כולה על קריאה דקדקנית של פסקי הדין".⁷⁰ הראל ולורברבוים משווים את גישתי לשתי גישות אחרות: זו המבקשת לחשוף מבני עומק סמויים המתגלמים בפסקי דין (הגישה המרקסיסטית והגישה הפמיניסטית), וזו המכפיפה פסקי דין לניתוחים אמפיריים וסטטיסטיים, המבקשים להצביע על הטיות שיפוטיות בדרך של כימותן. לדבריהם, גישתי נופלת מכל אחת משתי הגישות האלה.

הראל ולורברבוים מציגים קביעות אלה כאילו יש בהן אפיון של הספר כולו ושל הטיעון המובא בו באשר לראיית המשפט כתרבות בפרט. אולם לאמתו של דבר הם כותבים את הדברים בהתייחס לפרק אחד, שכותרתו "על מקומו של השכל הישר במשפט". בתוך כך הם אינם מבינים נכונה מה תכליתו של הפרק. אכן, אין כוונתו לחשוף מבני עומק או לכמת הטיות, אבל אין כוונתו גם "חשיפת האופנים בהם משתקפת דמותו של השופט ובעיקר שכלו הישר בקביעותיו המקצועיות",⁷¹ כפי שהם מייחסים לי. אלא

69 משפט ותרבות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 99: "התכנים נושאי המשמעות של המשפט מקובעים בעיקר בטקסטים, קרי: פסקי-הדין של בתי-המשפט וחקיקה ראשית ומשנית. המשמעות המשפטית עוברת אפוא תהליך של החפצה (ראיפיקציה). החפצה זו מאפשרת למשמעות ליהנות מקביעות והופכת אותה לנגישה ולניתנת לאיתור וללימוד, ולפיכך למשותפת לבני-אדם רבים".

70 הראל ולורברבוים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 979 (ההדגשה שלי – מ' מ').

71 שם, בעמ' 946. ראו גם דבריהם של הראל ולורברבוים (שם, בעמ' 979-980 בה"ש 124) שבהם אני מוצג כמתעניין באופן שבו הביוגרפיה של השופט משתקפת בפסק דינו. הצגה זו מסולפת, כמובן. העניין שלי הוא בתפקיד החשוב שהמערכת המשפטית של השכל הישר ממלאת בהפעלת המשפט.

המסר של הפרק הוא רדיקלי (וכפי שעולה מתגובותיהם של קוראים רבים: גם חדשני) הרבה יותר, היינו להראות שהפעלת המשפט על-ידי שופטים כרוכה בהפעלתן של שתי מערכות תרבותיות, ולא רק אחת: שופטים מפעילים הן את המערכת התרבותית של המשפט והן את המערכת התרבותית של השכל הישר, המציידת בני אדם בידע באשר לדרכים שבהן העולם פועל ובאשר לערך הנורמטיבי של דברים הקיימים בעולם.⁷² זאת משום שאי-אפשר להפעיל שום נורמה משפטית בלא להסתמך בתוך כך על תוכני ידע השאובים מהמערכת התרבותית של השכל הישר ובלא למלא את הנורמה המשפטית בתכנים השאובים ממערכת זו. לדוגמה: המבחן המשפטי לאונס הוא מבחן ההסכמה, אולם את עיקר ה"עבודה" לצורך הכרעתו של שופט במקרה אונס עושה דווקא הידע התרבותי של השכל הישר שלו, השאוב מניסיון החיים שלו, באשר לשאלה מתי אפשר לומר כי שני בני אדם הגיעו להסכמה, וכן באשר לשאלה הספציפית מתי אפשר לומר כי שני בני אדם הגיעו להסכמה לקיים יחסי מין (אגב, לגישתם של הראל ולורברבוים באשר לשאלות מסוג זה "קיימות תשובות משפטיות נכונות הנקבעות על-ידי כללים משפטיים".⁷³ אני חולק כמובן על הדברים האלה לגמרי). בניסוח אחר, טיעונו של הפרק אינו על השופטים כלל, כפי שמציגים זאת באופן שגוי הראל ולורברבוים, אלא על המשפט. יתר-על-כן, הפרק גם טוען שלהכרה בתפקיד המרכזי שממלאת המערכת התרבותית של השכל הישר במשפט יש כמה וכמה השלכות חשובות, כגון שחוסר הדטרמינינות של המשפט מקורו לא רק בחוסר הדטרמינינות של תוכני המשפט אלא גם בחוסר הדטרמינינות של המערכת התרבותית של השכל הישר, המזינה את הפעלת המשפט, וכן שהפעלת תכנים של שכל ישר בפסיקה ממלאה תפקיד לגיטימיוני חשוב של הפסיקה, היינו הפיכת תכניה למתקבלים על הדעת בעיני קוראיה (לפחות אלו החולקים את המערכת התרבותית של השכל הישר של השופטים).

הביוגרפיה של השופט לא עניינה אותי כלל במסגרת דיוני במקומו של השכל הישר במשפט. הביוגרפיה של השופט לא עניינה אותי גם בהקשר אחר. בספרי, מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 525 בה"ש 6 (2008), במסגרת דיוני בשינויים מרחיקי הלכת שחלו בפסיקתו של בית המשפט העליון מאז סוף שנות השבעים של המאה העשרים, כתבתי כדלהלן: "מובן כי איני ממעיט בערך התרומה של בני אדם פרטיקולריים לאופן שבו מתעצבים תהליכים היסטוריים ומתחוללים שינויים היסטוריים. בהקשר של השינויים שחלו במשפט הישראלי בעשורים האחרונים של המאה העשרים ברור כי תרומה מכרעת היתה לאהרן ברק [...] ואולם אני משאיר לאחרים את מלאכת כתיבת הביוגרפיות האישיות והאינטלקטואליות של ברק. ענייני הוא בתנאים התרבותיים, החברתיים והפוליטיים הייחודיים שבהם פעלו ברק ושופטיו האחרים של בית המשפט העליון – תנאים אשר מצד אחד חישקו את יכולת הפעולה של השופטים ומצד אחר פתחו בפניהם אופציות פעולה".

72 על השכל הישר כמערכת תרבותית ראו: Clifford Geertz, *Common Sense as a Cultural System*, in LOCAL KNOWLEDGE 73 (1983).

73 ראו הראל ולורברבוים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 972.

אמת, אין בנמצא בפרק זה הסברים מרקסיסטיים או פמיניסטיים של המשפט הנוצר ומופעל על-ידי בתי המשפט, וגם לא ניתוחים כמותיים. הפרק מבקש ללכת אל מעבר לשני סוגים מוכרים אלה של ספרות, וכוונה זו היא מניע חשוב העומד ביסוד הפרק. אבל דומה כי כל מי שיקרא בספר משפט ותרבות ימצא בו דיון תאורטי עשיר בהרבה מאוד תחומים (אכן, הראל ולורברבוים עצמם מכירים בכך בכמה מקומות במאמרם).⁷⁴ הראל ולורברבוים מטעים אפוא את הקוראים שלהם כאשר הם מודיעים להם כי "המתודולוגיה שבה משתמש מאוטנר היא מתודולוגיה הנשענת כל כולה על קריאה דקדקנית של פסקי הדין" מבלי לסייג זאת לכך שכוונת הדברים לפרק אחד בלבד, הפרק המבקש להתחקות אחר מקומה של המערכת התרבותית של השכל הישר בהכרעותיהם של שופטים.

ה. על המקומות שבהם נמכרים ספרים

הראל ולורברבוים כותבים: "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 [...]. אין פלא אפוא שספרו של מאוטנר פונה לכל אדם משכיל ונמכר גם מחוץ לחנויות הספרים האקדמיות".⁷⁵

סוציולוג התרבות הגדול פייר בורדייה הבחין בין יצרני תרבות "אוטונומיים" לבין יצרנים "בלתי-אוטונומיים". יצרנים אוטונומיים של מוצרים תרבותיים (ספרות, שירה, אמנות פלסטית ועוד) משוחררים בפעילותם מאמות מידה של הערכה שמקורן בשדות פעילות אחרים, בראש ובראשונה אמות המידה של צרכנים הרוכשים מוצרים תרבותיים בכסף. יצרנים אוטונומיים פועלים על-פי אמות המידה של שדה הפעילות שלהם, שבו פועלים יצרני תרבות אחרים כמותם. לעומתם, היצרנים הבלתי-אוטונומיים של מוצרים תרבותיים פועלים מתוך כוונה שמוצריהם ייצרכו מחוץ לשדה הייצור שבו הם פועלים, היינו על-ידי ה"המונים", המוכנים לרכוש את המוצרים בעד כסף והמפעילים אמות מידה של ערך, שהן חיצוניות לשדה הייצור שבו נוצר המוצר.⁷⁶ לדברי בורדייה, היוקרה של יצרן בשדה שבו הוא פועל היא ביחס ישר לאוטונומיות של פעולתו וביחס הפוך למידה שבה מוצריו זוכים להצלחה מחוץ לשדה שבו הוא פועל: ככל שמוצרו התרבותיים של יצרן ייצרכו על-ידי עמיתיו כן תגדל יוקרתו, וככל שהמוצרים ייצרכו

74 כך למשל הראל ולורברבוים פותחים את רשימתם (שם, בעמ' 940) באמרם כי "ספרו של מאוטנר הוא ספר עשיר בתובנות תאורטיות כלליות על המשפט כמו גם בבחינת היישומים של תובנות אלה בחברה הישראלית בת-זמננו".

75 שם, בעמ' 946.

76 להבחנה קרובה ראו: אלסדייר מקינטאירר מְעַבֵּר למידה הטובה 206-216 (2006) (הבחנה בין טובין פנימיים וטובין חיצוניים של פרקטיקה).

מעבר לשדה הפעילות של הצרכן, כן תפחת יוקרתו. כאשר הראל ולורברבוים כותבים על קבוצת הקוראים שאליה מכוונים המסרים של "גישת משפט ותרבות" ועל המקומות שבהם הספר משפט ותרבות נמכר, כוונתם ברורה – דיסקרדיטיזציה, היינו הנמכה, במשתמע, של ערכם האקדמי של המחברים הנמנים על הגישה ושל הספר.⁷⁷ דא עקא, בדקתי בחנות הספרים השכונתית שבקרבת ביתי. אין בנמצא ספרים של הראל. אבל את ספרו של יאיר לורברבוים צלם אלהים: הלכה ואגדה (2004) מצאתי בחנות. מצאתי גם ספרי מופת רבים, ובהם של אדמונד ברק, אליסדייר מקינטייר, מרי דאגלס, יעקב טלמון ושואל פרידלנדר, לצד ספרים של אריסטו, אפלטון, הובס, רוסו, קאנט והיגל. מצאתי גם את ספרי משפט ותרבות. מצאתי מתחכך כתף אל כתף עם ספרו של ה.ל.א. הארט חוק, חירות ומוסר (ספרי עליית הגג, 2006).

1. על ההבדל שבין הדיאלוג האקדמי למלחמה

במקומות אחדים בכתביו, כחלק מההפעלה ה"אופקית" של ההרמנויטיקה שלו (ראו לעיל), מתאר גדמר את "הדיאלוג האמתי" – "האמנות של הצגת שאלות וחיפוש

77 PIERRE BOURDIEU, THE FIELD OF CULTURAL PRODUCTION 37-43 (Randal Johnson ed., 1993). גם חנה ארנדט כותבת שעמנואל קאנט, בשונה כמעט מכל יתר הפילוסופים, מעולם לא זנח את התקווה שהגותו תהפוך נחלת הרבים, ותהיה כפופה לבחינתם של קוראים רבים ככל האפשר, שכן האמין כי ניתן להפוך כל חיבור פילוסופי לפופולארי, ואם הדבר אינו אפשרי, הרי שכלשונו "הוא בוודאי מסתיר דברי הבל מתחת לערפל של תחכום לכאורה". ראו חנה ארנדט הרצאות על הפילוסופיה הפוליטית של קאנט 63-64 (תרגום גיא אלגת, 2010). ראו גם: JEN WEB, TONY SCHIRATO & GEOFF DANAHER, UNDERSTANDING BURDIEU (2002). הראל ולורברבוים נוקטים עוד טכניקות הנמכה. למשל: במסגרת דיון בשאלה מה משפיע על החלטותיהם של שופטים הם מזכירים את בעלה של השופטת כמקור להשפעה על השופטת, כביכול מתחייב הדבר על-פי גישתי (ראו הראל ולורברבוים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 939). בדומה לכך, הם כותבים מחדש את פסק הדין בעניין יובל מסנר, כביכול על-פי הצעתי, באופן מגחך (שם, בעמ' 970-971). הראל ולורברבוים מציגים את הטיעון שלי כשייך לסוגת כתיבה שהם מכנים "תרבות ו" (שם, בעמ' 941). בפתח דבריהם הם מכריזים (בלי לתמוך את דבריהם ולו באסמכתא אחת!): "איננו חסידים של התאוריות האלה [...] משום הנטייה של רבים מחסידי תאוריות אלה היא לא להסתפק בטענה הנכונה אך הטריוויאלית כי המדע מושפע מתרבותם של המדענים, אלא לטעון גם את הטענה הלא טריוויאלית והמוטעית כי המדע איננו אלא מבע של התרבות המקצוענית של המדענים, וכי את המדע יש לראות בראש ובראשונה דרך הפרספקטיבה של תרבות זו" (שם, בעמ' 942). מלומדים לא מעטים (שאני דן במקצתם בספר, ובהם קרל לואלין, ג'יימס בויד ווייט, פייר בורדייה וסטנלי פיש) סברו כי תפיסת המשפט של בתי המשפט כמערכת תרבותית עשויה להניב תובנות חשובות באשר לתהליכים שבהם המשפט הזה נוצר ומופעל. כאשר הראל ולורברבוים מכריזים שאינם חסידים של תאוריות "תרבות ו" הם מבקשים להנמיך לא רק את ערכם של הטיעונים שלי; הם מבקשים להנמיך גם את ערך התרומה של כל המחברים האלה.

האמת⁷⁸. מטרתו של דיאלוג כזה אינה לאפשר לכל משתתף "להוכיח את צדקתו", כותב גדמר, ולהראות שביכולתו "לנצח" את האחר ולגבור על טיעונו⁷⁹. מטרת הדיאלוג היא להשיג תובנות בדרך של "בחינת משקלה של הדעה של האדם האחר"⁸⁰. בדומה לכך, מטרת הדיאלוג אינה להביא לידי הסכמה בין המשתתפים⁸¹. הערך הטמון בקיומו של דיאלוג הוא ההעשרה ההדדית של המשתתפים⁸². מסיבות אלה גדמר מדגיש מאוד את חשיבותה של הפתיחות כלפי עמדותיהם של בני אדם אחרים: "התודעה ההרמנויטית אינה מתגלמת בבטחה מתודולוגית בעצמך", הוא כותב, אלא במאמץ "להכיר את מלוא הערך של מה שהינו זר ומנוגד לנו"⁸³.

"כל מחלוקת שהיא לשם שמים – סופה להתקיים. ושאינה לשם שמים – אין סופה להתקיים. איוו היא מחלוקת שהיא לשם שמים? זו מחלוקת הלל ושמאי"⁸⁴. אביגדור שנאן כותב: "ויכוח שהוא לשם הויכוח, התנצחות למען ההתנצחות בלא הקשבה אמיתית לדברי הצד השני, בלא נכונות להשתכנע מעמדות אחרות, אין בו תועלת וממילא אין לו תוחלת. ואכן, את המחלוקות בין הלל ושמאי [...] ניתן להביא כדוגמא לדו שיח פורה, ואפילו ויכוח נוקב וחרוף, שאף פעם לא הגיע לידי שלילת האחר, וכל מטרתו הייתה להגיע לחקר האמת תוך כבוד הדדי"⁸⁵.

המלחמה היא היפוכו של הדיאלוג. מטרתו של צד המעורב במלחמה עשויה להיות מחיקת האחר או השתלטות עליו באופן המאפשר להכתיב לו עמדות באופן חד-צדדי⁸⁶. מי שיקרא את ביקורתם של הראל ולורברבוים יודה כי המהלך שלהם קרוב למלחמה יותר מאשר לדיאלוג. אכן, לא מעט ממטבעות הלשון שהם משתמשים בהן לקוחות מעולם המושגים של המלחמה⁸⁷. הראל ולורברבוים אינם מוכנים לנהל דיאלוג עם גישת

78 ראו אמת ומתודה, לעיל ה"ש 41, בעמ' 367.

79 שם, בעמ' 363, 367.

80 שם.

81 שם, בעמ' 303.

82 שם, בעמ' 383.

83 שם, בעמ' 361-362, 367. ראו גם שם, בעמ' 17. ברנשטיין כותב כי דיאלוג, על-פי גדמר, מבוסס על "הדדיות, כבוד, נכונות אמיתית להקשיב למה שאומר האחר ולהבינו ופתיחות לסכנה ולבחינה של הדעות שלנו באמצעות מפגש עם האחר" (ראו ברנשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 162) (התרגום על-ידי המחבר).

84 משנה, אבות ה, יז.

85 אביגדור שנאן פרקי אבות: פירוש ישראלי חדש 206 (אביגדור שנאן עורך, 2009).

86 יורם דינשטיין כותב: "היעדים של מלחמה טוטאלית הם השמדת כל או רוב צבא האוייב, כיבוש כל או רוב הטריטוריה שלו, ובסופו של דבר כניעה מוחלטת ואולי התמוטטות של מדינת האוייב. אבל ברוב המלחמות היעדים צנועים יותר ומכוונים להשמדת חלק מצבא האוייב, כיבוש חלק מן הטריטוריה שלו או אילוף ממשלת האוייב לשנות את מדיניותה." יורם דינשטיין דיני מלחמה 15 (1983).

87 הכותרת של מאמרם של הראל ולורברבוים מדברת על "סכנות". הם מסיימים את מאמרם באזהרה מפני "סכנה". הם מכריזים על עצמם כמבקשים "לקעקע" את "היוםרה לחדשנות של גישת המשפט

המשפט ותרבות. מבחינתם מוטב שגישה זו לא תתקיים. הם מוכנים לתת חיות רק לאותם רכיבים של גישת המשפט ותרבות החופפים את רכיבי הגותו של הארט. ציטטתי לעיל⁸⁸ את קטעיו הבלתי נשכחים של צ'רלס טיילור שבהם הוא מציע לנו להניח כי כל תרבות אנושית שפעלה זמן רב והסדירה את חייהם של בני אדם רבים היא תרבות שיש לה "משהו חשוב לומר לכלל בני האדם", ושאפשר למצוא בה "משהו הראוי לרחשי כבוד והערצה מצידנו". "יש צורך ביהירות אין קץ כדי לפסול אפריורי אפשרות זו", מוסיף טיילור. הצעתי להחיל את הדברים האלה גם על האופן שבו מלומדים אקדמיים קוראים חיבורים הנכתבים במסגרתן של פרדיגמות אקדמיות זרות. הראל ולורברבוים קראו את ספרי משפט ותרבות שלא על-פי ציוויו של טיילור, ובמיוחד לא על-פי הציווי המזהיר מפני היהירות. הם כותבים כדלהלן: "עבודתו הקלסית של הארט על המשפט החייתה את הדיון בתאוריה של המשפט לאחר תקופה ארוכה שבה לא נתקיים כל דיון רציני בתחום זה"⁸⁹. כך! כך, מבלי משים, בולעת הפילוסופיה של המשפט את תורת המשפט כולה. וכך בהינף קולמוס אחד נמחקים זרמים שלמים של הגות על המשפט שנוצרו במחצית הראשונה של המאה העשרים, כגון הסוציולוגיה של המשפט והראליזם המשפטי. וכך מועלם גם הנס קלזן, שתורת המשפט של הארט נטועה עמוקות בתורת המשפט שלו.⁹⁰ וכך גם מתברר מה אמור להיות דינו של מי שעוסק בתורת המשפט לאחר פרסום ספרו של הארט בלי לתת מקום, או בלי לתת מקום של ממש, לתורת המשפט של הארט.

ה.ל.א הארט נודע בחוסר-הכבוד שלו לסוציולוגיה, לסוציולוגיה של המשפט ולראליזם המשפטי.⁹¹ מלומדי משפט המבקשים להבין את המשפט בהקשריו החברתיים

כתרבות". ראו: הראל ולורברבוים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 947. הם מציגים את אחד המהלכים שאותם הם מייחסים לי כמי ש"מקעקע" את מה שנראה בעיניהם "אחת התרומות המרכזיות של גישת המשפט ותרבות" (שם, בעמ' 977) והם מדברים על "עצמת ההתקפות" (שם, בעמ' 974).

88 ראו לעיל, הטקסט הנלווה לה"ש 26.

89 הראל ולורברבוים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 948 בה"ש 37.

90 מרפי וקולמן כותבים על הקשר שבין קלזן להארט כי "אף שמבחינת רבות עבודתו של הארט נובעת מעבודתו של הפוזיטיביסט האוסטרי הנס קלזן, התיאוריה של הארט מצליחה לשמר את מרבית התובנות המקוריות של קלזן בלא להעטות אותן בפרוזה המורכבת של קלזן, ותוך השתחררות מהמוזרות והעמימות שאותן ניתן למצוא לא אחת בדרך פיתוח הפוזיטיביזם של קלזן". ראו JEFFRIE G. MURPHY & JULES L. COLEMAN, PHILOSOPHY OF LAW: AN INTRODUCTION TO JURISPRUDENCE 27 (1990) (התרגום על-ידי המחבר). בריאן ביקס, הכותב כי קיימת חפיפה מסוימת בין הפוזיטיביזם של קלזן לבין זה של הארט, מציג את הקשר שבין שני ההוגים באופן מורכב יותר. ראו BRIAN BIX, JURISPRUDENCE: THEORY AND CONTEXT 61-63 (1996).

91 ניקולה לייסי כותבת שבשנה שבילה בבית הספר למשפטים של הרוורד בשנת 1956-1957, פיתח הארט הערכה נמוכה הן לסוציולוגיה והן לסוציולוגיה של המשפט (ראו לייסי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 948). הארט סבר שמכיוון שהסוציולוגיה אינה מסוגלת לספק ראיות ברמת הוודאות של מדעי הטבע, הרי שהיא מקצוע נחות שאין טעם לעסוק בו, ויש להישאר אפוא רק בגרירה של הפילוסופיה

גמלו להארט ביחס מתמשך של ביטול. "בקרב חסידים רבים של לימודי המשפט הביקורתיים (CLS) והתאוריה הפמיניסטית של המשפט, ובקרב חלק מהמלומדים של 'משפט וחברה', הארט נתפס כמגלם את צרות המוחין האינטלקטואלית ואת היהירות של הפילוסופיה של המשפט", כותבת ניקולה לייסי, הביוגרפית של הארט. "הפוזיטיביזם המשפטי שויך לפורמליזם, וההנחה הכללית הייתה שאנשי 'משפט וחברה' ולימודי המשפט הביקורתיים אינם נזקקים לתורת משפט במסורת האנליטית".⁹² דרך אחת להבין מחלוקת זו היא לראותה כסבה סביב השאלה אם יש לפעול במשפט ברוחם של מדעי הטבע או מתוך זיקה למדעי הרוח והחברה. אבל לייסי מוסיפה כי לאחר עשרות שנים של היעדר עניין הדדי בין שתי קבוצות אלה של מלומדי משפט, בשנים האחרונות הן מתחילות לגלות עניין זה בזה ובכל זאת להכיר זו בערכה של חברתה.⁹³ ביקורתם של הראל ולורברבוים היא אפוא עוד מופע אחד של מחלוקת בין שתי קבוצות של מלומדי משפט, הנמשכת זה מחצית המאה. אבל למקרא דבריה האחרונים של לייסי דומה שהראל ולורברבוים אינם מעודכנים.

ז. סיום: התרבות – "שיבת המורחק"

ההתייחסות של הראל ולורברבוים לגישת המשפט כתרבות אינה חדשה. היא משקפת עימות הקיים בתרבות המערבית זה מאות בשנים.

הנאורות ביקשה "לגרש" את התרבות. רכיב מרכזי של הנאורות היה חוסר-אמון בתרבות כמקור להשגת דעת. ההיסטוריה של התודעה המערבית במאות האחרונות היא ההיסטוריה של המתח בין הדומיננטיות של הפיסת העולם של הנאורות מצד אחד לבין ההתעקשות המתמשכת על מקומה של התרבות במסגרת התהליכים של השגת הדעת ובמסגרת המאמצים להבין את האדם מצד אחר, עד להכרה הסופית במרכזיותה של התרבות במחצית השנייה של המאה העשרים.

כבר בשלבים מוקדמים של צמיחת הנאורות נשמעו באירופה קולות שקראו תיגר על תפיסותיה. קולות אלה הבלטו את התפקיד שממלאת התרבות בחייהם של בני האדם. קולות אלה התגברו מאוד במאה התשע-עשרה ובמאה העשרים, במיוחד במחציתה השנייה, עת שתפיסת התבונה של הנאורות הותקפה התקפה קשה בתחומים נרחבים של הדעת. כשם שהדבר הבולט ביותר באשר לתפיסת התבונה של הנאורות הוא המאמץ

H.L.A. Hart, *Analytical* (שם, בעמ' 953). לניסוח זה של עמדתו של הארט ראו גם: *Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer*, 105 U. PA.

.L. REV. 953, 974 (1957)

92 ראו לייסי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 958-959 (תורגם על-ידי המחבר).

93 שם, בעמ' 947, 959-960.

להשתחרר מתפקידה של התרבות כמעצבת את תודעותיהם של בני האדם וכמתווכת בינם לבין המציאות, כך הדבר הבולט ביותר בתפיסה הנגדית של התבונה הוא המקום המרכזי שהיא מקנה לתרבות בעיצובם של בני האדם ובקביעת התכנים של התבונה והדעת שלהם.

שיאו של תהליך "שיבת התרבות" הוא ב"מפנה התרבותי" (ה־cultural turn) של שלהי המאה העשרים, כאשר חוקרים בתחומים רבים של מדעי הרוח, החברה והמשפט החלו מפעילים את מושג התרבות כמכשיר חשוב להפקת תובנות בתחומי המחקר שלהם. התפתחות חשובה אחרת באשר לעיסוק האקדמי במושג התרבות החלה בסוף שנות החמישים עם צמיחתה של תנועת לימודי התרבות, ה־Cultural Studies – תנועה אינטלקטואלית שהעמידה את מושג התרבות במרכז הדיון שלה. כפי שאמרה אנט וינר, נשיאת האגודה האנתרופולוגית האמריקנית, בהרצאה שנשאה בשנת 1995: האנתרופולוגיה, שבמרכז עניינה עומד מושג התרבות, "איבדה את שליטתה הבלעדית במושג"; הוא הפך "מוצר אינטלקטואלי יוקרתי, שדיסציפלינות אקדמיות אחרות מנכסות באגרסיביות לעצמן".⁹⁴

כפי שהראיתי בספר משפט ותרבות, התהליך של שיבת התרבות לא פסח על המשפט. עם זאת התנועה הכורכת את המשפט עם התרבות לא הייתה התנועה האינטלקטואלית הדומיננטית במשפט האנגלי-אמריקני של המחצית השנייה של המאה העשרים. התנועה הדומיננטית הייתה "הניתוח הכלכלי של המשפט", תנועה שמכל בחינה אפשרית אפשר לראות במפעלה את ההיפוך הגמור של מפעלה של התנועה הקושרת את המשפט עם התרבות. והנה, בעשור האחרון אפילו אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט החלו מכירים בחשיבות התרבות במסגרת ניסיונם להבין את פועלו של המשפט על בני האדם, והם החלו מפנימים את מושג התרבות אל תוך שיקוליהם ודיוניהם. אנשי הניתוח הכלכלי החלו מבינים שבני אדם אינם רק ממקסמים המרוכזים בקידום האינטרס העצמי שלהם, אלא גם יצורים מתובנתי תרבות, המונעים, ככאלו, על-ידי שיקולים ערכיים וזולתניים. לאחרונה העלה אוריאל פרוקצ'יה, האב המייסד של תנועה זו בישראל, את הסברה שהניתוח התרבותי של המשפט יתפוס בשנים הבאות את מקומו של הניתוח הכלכלי של המשפט כדרך הדומיננטית להבנת התופעה המשפטית בקרב מלומדי המשפט.⁹⁵ נבואה זו היא בוודאי מרחיקת לכת, אבל יש בה עדות נוספת המלמדת שהניסיון לגרש את התרבות מהמשפט לא יצלח.

94 A.B. Weiner, *Culture and Our Discontent*, 97 AMERICAN ANTHROPOLOGIST 15 (1995)

95 אוריאל פרוקצ'יה "על הרוחני שבמשפט" דין ודברים ג 127 (2007).