

## בעקבות ספרו של מנחם מאוטנר – משפט ותרבות סקירה ועיון

דורית למברגר

ספרו של מנחם מאוטנר *משפט ותרבות* (הוצאת אוניברסיטת בר־אילן, התשס"ח) בוחן את יחסי הגומלין שבין משפט לתרבות בחקר המשפט ובמציאות של המאה העשרים, ומראה כיצד מערכת המשפט היא מערכת תרבותית נבדלת, אך גם כזו שפועלת במסגרת מערכת תרבותית כוללת. המונח "מערכת המשפט" שבספר כולל גורמים שונים: השופטים, עורכי הדין ומערכת הכללים המשפטית (הפלילית והאזרחית), אך גם גורמים תרבותיים שאינם חלק פורמלי ממערכת המשפט ובכל זאת משפיעים עליה, גורמים כגון אמצעי התקשורת, נורמות וערכים של קבוצות בחברה והמערכת הפוליטית כמובן. בסקירה זו אציג את התזה המרכזית של הספר תוך התייחסות להיבטים מהותיים שעליהם היא מושתתת, אדון בהקשר הפילוסופי שבמסגרתו נכתב הספר ואעלה כמה שאלות העולות מהקישור ההדוק שבין משפט לתרבות.

### המשפט לאורה של התרבות

התזה המרכזית בספר היא שהמשפט בחברות המערביות מתכונן ומתנהל במסגרת מערכת תרבותית דינמית, וזו קובעת את אופני התנהלותו. תוכני המשפט בהקשרים השונים הם תוצר של תהליכים תחרותיים ולא של עקרונות וכללים קבועים מראש. תהליכים אלו נקבעים ומושפעים מן הקבוצות השונות שישנן בחברה, כך שהשיח המשפטי אינו תוצר של קבוצת עילית "מורמת מעם", אלא זהו שיח שבו אפשר לזהות מתחים ומאבקים חברתיים פעילים, ופסקי הדין הם למעשה הכרעתם (הזמנית) של מאבקים אלו. נקודת המבט היא בין־תחומית, מאחר שמערכת המשפט בכלל והשופטים בפרט מבטאים בעבודתם צדדים רבים ושונים נוסף על הכשרתם המשפטית. צדדים אלו כוללים השכלה ספרותית, מגוון עמדות בנוגע למסורת הדתית והתרבותית וכן "תבונה מעשית" הנובעת מניסיון החיים של השופט בקבלת החלטות ומיכולת השיפוט שגיבש תוך כדי התנסותו בכך. אופן החקירה של הספר גם הוא בין־תחומי, ומשלב חקר תרבות, פילוסופיה, הגות משפטית ואף תובנות מתחום מחקר השפה והספרות. המהלך התוכני של הספר מנסה לאשר את התזה בדבר מרכזיותם של שיקולים תרבותיים

\* מרצה בתוכנית ללימודי פרשנות ותרבות, אוניברסיטת בר־אילן.

בהכרעות משפטיות, לצד מקומה החשוב של מערכת המשפט בקידומה של התרבות לניהול שיח ציבורי משופר, ברוח ערכים אוניברסליים כגון כבוד האדם וניקיון כפיים. בתשתית הפילוסופית של תפיסת המשפט כתורות מתואר מושג התרבות בספר כמושג דינמי ומשתנה, מושג שאין לו הגדרה מוסכמת.<sup>1</sup> עם זאת מאוטנר מציע הגדרה שלפיה תרבות היא המערכת שבאמצעותה אנו קולטים תכנים ומארגנים אותם, וכך הם מעצבים את חיינו בכל הרמות. מאחר ש"תרבות" הוא מושג מופשט, מאוטנר מבהיר מהם האופנים שבהם התרבות באה לידי ביטוי בחייו של כל אדם: התרבות היא מערכת של תכנים שבאמצעותה בני האדם חווים משמעות ומבטאים משמעות באשר לדברים הקורים בחייהם; התרבות היא מערכת המתווכת בין תודעותיהם של בני האדם לבין העולם (אנו לא חווים את העולם בצורה ישירה ובלתי-אמצעית, ולכן אנו נעזרים בייצוגים כמו מטבעות לשון, שפה בכלל וכו'); לתרבות השפעה מכרעת על זהותם של בני האדם, והתרבות כוללת קטגוריות שבאמצעותן מסווגים בני האדם את המתרחש בעולם (למשל: קודש וחול, גברים ונשים). לקטגוריות אלו מוצמד ערך נורמטיבי, יחסי, שמאפיין גם הוא את החשיבה על הקטגוריות (כך, למשל: נאה או מגונה, ראוי או לא-ראוי).<sup>2</sup>

כך, למרות שישנו קושי להגדיר את מושג התרבות בצורה ממצה, תיאור האופנים שבהם התרבות משפיעה על חשיבתם של בני האדם מאפשר לקוראים להבין את פעולתה של התרבות כמערכת ולהבחין בהשפעותיה על מערכות שונות ובכלל זה על מערכת המשפט. לשם כך שואב מאוטנר השראה מהגותו של הפילוסוף הגרמני הנס גאורג גדמר.<sup>3</sup> מאוטנר מציע לראות את הקשר שבין תרבות למשפט בהשראת גדמר כמתבסס על שלוש טענות עיקריות:

1. ההבנה האנושית כפופה לתהליכים היסטוריים: ההבנה האנושית ובכלל זה הבנתם של שופטים יכולה להישען על החומרים שנוצרו עד זמנה, והבנה זו משתנה בהתאם להתפתחויות התרבותיות שבמסגרתן היא מתכוננת. בני האדם שונים אלו מאלו מכיוון שהם חיים במציאויות תרבותיות שונות, ולכן אי-אפשר להגדיר "תרבות" בצורה חד-משמעית. מכאן נובעת ראייה של התרבות כ"מדיום דינמי" שבו חומרים תרבותיים נוצרים, משתמרים, נכחדים ומיובאים מתרבות אחת לאחרת. השופטים אמנם מיישמים בפעילותם המשפטית את חומרי התרבות, אולם מאוטנר מדגיש כי השיפוט אינו תהליך של בררה תרבותית שמבצעים אנשים מורמים מעם. להפך, מאוטנר מונה את כל רכיבי היישום שישנם בפעולתו של שופט, כולל ההשפעות על חייו האישיים: קידומו, עמדות עמיתיו, דעת הקהל לגביו וכו'.<sup>4</sup>

1 מנחם מאוטנר *משפט ותרבות* 25 (2008).

2 שם, בעמ' 25-28.

3 HANS GEORG GADAMER, *TRUTH AND METHOD* (J. Weinsheimer & D. Marshall trans. 1975). ספרו של גדמר יצא לאור בגרמנית בשנת 1960 ובאנגלית בשנת 1975, ונחשב לאחת היצירות הפילוסופיות החשובות במאה העשרים, בייחוד בחקר תרבות ובהשפעתה על עיצוב תודעותיהם של בני האדם.

4 מאוטנר, לעיל הערה 1, בעמ' 206-215.

2. טבעו של המשפט מאפשר אובייקטיביות יחסית בשיפוט במסגרת תרבות נתונה. גדמר ניסח מושג של אובייקטיביות בהקשר של תרבות מסוימת, שממנו נובע שישנה אפשרות לתת משמעות דומה או זהה למקרה מכויים במסגרתה. מאוטנר מסיק מכך כי ייתכן מספר מוגבל של פרשנויות אפשריות בתוך תרבות נתונה, גם אם אפשר להצביע על יותר מאשר פרשנות אחת. עמדה זו מוצגת כסוג של פתרון למבוכת הגישה הפורמליסטית למשפט, כאשר מתברר שבמקרה מסוים יכול לחול יותר מכלל אחד. העמדה גם מבססת את עמדת הריאליזם המשפטי, אשר למרות הפלורליזם שביסודו חותר להבנת תהליך ההכרעה המשפטית בהתאם ל"ריאליה" שבמסגרתה מתבצע השיפוט.<sup>5</sup> לטענה זו שתי השלכות: מצד אחד מאוטנר טוען שראוי שמערכת המשפט תבטא ככל האפשר פתיחות ורב-תרבותיות לעמדות השונות שמהן באים הנאשמים. מצד אחר הוא מציע לעודד ולקדם באמצעות דעת הקהל ערכים מסוימים כמו כבוד האדם ואתיקה של נבחרי ציבור. סתירה זו בין רב-תרבותיות לבין קידום של ערכים מסוימים נובעת ממושג האובייקטיביות של גדמר, השולל את קיומו של מושג האובייקטיביות במובן המילוני, וגורס מובן שלפיו ישנה פרשנות מועדפת לצד פרשנויות אפשריות אחרות.

3. תהליך השיפוט צריך להיתפס כדיאלוג גדמריאני. מאוטנר מבקש לקרב בין הדיאלוג המשפטי לבין הדיאלוג הגדמריאני באמצעות צמצומו ככל האפשר של אי-השוויון, הן בהיררכיה והן בשפה המשפטית שלעתים מתעלמת מדברים שהם חשובים למתדיין.<sup>6</sup> אמנם אי-השוויון הבסיסי בעינו עומד משום שצד אחד מתויב לקבל את הכרעת הצד השני, אך מאוטנר מציע להכשיר את השופטים להתקרב במידת האפשר לעולם התרבותי שבו נוצר סיפורו של הנאשם על מנת להבינו ככל האפשר. מאוטנר מנסה "לפרק" את הדעה הקדומה שלפיה נאשם הוא "אויב החברה", ומבקש לסייע בהרחבת מערך הנסיבות המקלות ככל האפשר.<sup>7</sup> זוהי התשתית הפילוסופית לתיאור תהליך המשפטי כתוצר של תהליכים תרבותיים רחבים ממנו וכביטוי להם (כמו שימוש בחומרי תרבות מן העבר), וכך נרקם הבסיס לתיעול השיפוט לטובת שיפור פני החברה – הנתיב שמאוטנר מבנה בעיקר לקראת סוף הספר. עם זאת יש יותר מקורטוב של בעייתיות בצפייה לדיאלוג בין השופט לנאשם, הן ברמה העקרונית, שכן שיפוט מחייב מרחק שסותר את מהותו של הדיאלוג, והן ברמה המעשית, שכן הבנת מצבו של הנאשם והנסיכון לשקמו הם רק חלק ממטרתו של הליך השיפוט הפלילי, שעיקרו ענישה על הפרת החוק.

שלוש הטענות הללו מתוות קו של "דטרמיניזם תרבותי". אי-אפשר להמעיט בחשיבותה של התרבות לפי תיאור זה: האדם מקנה משמעות וטעם לחייו באמצעות התרבות, ואילו

5 שם, בעמ' 105-106.

6 שם, בעמ' 110.

7 עמדה זו תואמת מגמה חשובה בקרימינולוגיה בת-זמננו. ראו למשל: THE VIOLENCE WITHIN: CULTURAL AND POLITICAL OPPOSITION IN DIVIDED NATIONS (Kay Warren ed., 1993); GERALD CROMER, NARRATIVES OF VIOLENCE (2001).

גבולות הבנתו וידיעותיו מוכתבים בהתאם לאופקיו התרבותיים. תפיסה כזו של התרבות מבוססת על ההנחה שכל מה שמתרחש במערכת המשפט כמו גם האופן שבו השופטים תופסים את תפקיד השיפוט ושיקול הדעת המנחה אותם בפסיקה, הם ביטוי למורכבות התרבותית שבמסגרתה מתנהלת מערכת המשפט ושכמסגרתה מגובשות תפיסות העולם של השופטים, של עורכי הדין ושל המתדיינים כאחד.

הצד החיובי של טענה זו מומחש בפרק השביעי בספר, "העצה של פרנקפורטר או מדוע חשוב שמשפטים יקראו ספרות".<sup>8</sup> פרנקפורטר היה שופט בית המשפט העליון בארצות הברית, ובשנת 1954 בתשובה למכתבו של ילד שביקש הנחיה להכנה ללימודי משפטים, הוא ענה כי עליו לעסוק בקריאה נרחבת ככל שביכולתו. מאוטרנר מרחיב ומנמק את עצתו של פרנקפורטר על בסיס תיאורו של תהליך היסטורי שעבר המשפט האנגלו-אמריקאי. התהליך הוא המעבר ממשפט פורמליסטי, שבו נתפס המשפט כדיסציפלינה אוטונומית ולכן כמקצוע הפועל בהתאם לכללים מקצועיים משלו, למשפט המתבסס על עמדה ריאליסטית. לפי עמדה זו המשפט עוסק בבני האדם ובחברה, יש לו השלכות מרחיקות לכת על חיי האדם והחברה ולכן עליו להיות מבוסס על הכשרה המקנה ידיעות בשלל תחומי מדעי החברה והרוח. לפי גישת הריאליזם המשפטי יש להתאים אפוא בין יכולות השיפוט והדרכים לשכלולן לבין דרישות השיפוט והשלכותיו. מאוטרנר מרחיב עמדה זו ומוסיף עליה את הצורך בשכלול ההתנסות בשיפוט ובהעמקת הרגישות האנושית של השופטים, מכיוון שחומרי המשפט כשלעצמם הם "רזים" ו"דלים" ואינם משקפים את המגוון ואת העושר של ההתנסויות האנושיות. המערכת המשפטית היא רק מערכת אחת ממערכות התרבות, ועל השופטים להכיר את שלל היצירה התרבותית בתחומים כמו ספרות, היסטוריה וקולנוע, כדי להבין באורח מהימן יותר את התרבות שבמסגרתה מתבצע השיפוט ושעליה הוא משפיע.

### ההקשר הפילוסופי – "המפנה התרבותי" כחלק מ"המפנה הלשוני"

הספר מנסה לאשר את העמדה שלפיה המשפט מושפע משילוב של מאפיינים תרבותיים וגורמי כוח פוליטיים והם אלה אשר קובעים את מהותו, ולפיכך כל הכרעה משפטית היא אפשרית אך לא הכרחית (קונטינגנטית). תפיסה זו מעוגנת במפנה התרבותי, המבטא את שיאו של תהליך שבו נדחתה תפיסת "הנאורות" ששלטה במערב אירופה מהמאה השבע עשרה ועד למאה התשע עשרה.

אולם בנקודה זו ראוי להציג את ההקשר הפילוסופי שבמסגרתו טיעון זה הוא "ממין האפשר", הקשר המוצג בספר בצורה חלקית. "המפנה התרבותי" שהציג מאוטרנר כמסגרת היסטורית-פילוסופית לשינויים שחלו במשפט הוא חלק ממפנה פילוסופי כולל, והוא מקביל

8 מאוטרנר, לעיל הערה 1, בעמ' 41-82.

למפנה הלשוני,<sup>9</sup> האקספרסיבי<sup>10</sup> והתמוני.<sup>11</sup> המאפיין המשותף לכל ה"מפנים" הוא התנערות מה"נאורות" המתיימרת לראות בשפה מערכת ניטרלית שבה אפשר להכיר את העולם באמצעות קטגוריות אוניברסליות של חשיבה, ובעיקר התנערות מהיומרה לחשוף את ה"אמת": "האמת אינה יכולה להימצא אי שם – אינה יכולה להתקיים במנותק מן השכל האנושי – שכן פסוקים אינם יכולים להתקיים כך, או להימצא אי שם. העולם נמצא אי שם, אך לא תיאורים של העולם."<sup>12</sup>

שני הגורמים שעליהם מבוססות התפיסה וההבנה הם השכל האנושי והשפה, כך שאפשר להצביע על ההתמקדות בשפה כבסיס לכל ה"מפנים". מאחר שהשפה תמיד הייתה נוכחת כאמצעי בשיח המדעי והפילוסופי, מדובר למעשה בשינוי תודעתי ולא בגילוי אמפירי של עובדה שלא הייתה ידועה עד כה. התמקדות בשפה כפי שמתאר זאת ריצ'רד רורטי פירושה ששאלות בכל תחומי מדעי החברה והרוח הן למעשה שאלות של שימוש נכון בשפה, מכיוון שהשפה מלווה את כל פעולות חיינו ומבטאת את תכניהם באמצעים מוסכמים.<sup>13</sup> מאחר שהחיים הם דינמיים ואי-אפשר לתחום אותם בצורה חד-משמעית, הרי שהשפה, המבטאת כאמור את תכניהם, גם היא דינמית ומשתנה. השפה היא אפוא קונטינגנטית, כפי שהיטיב לתאר זאת רורטי בספרו "קונטינגנטיות, אירוניה וסולידריות", בייחוד בפרק "הקונטינגנטיות של השפה".<sup>14</sup> זו נקודת המפגש בין המהלך המרכזי של הספר "משפט ותרבות" לבין המפנה הלשוני: הטענה שהמשפט הוא קונטינגנטי מבוססת למעשה על העובדה שהמשפט מגולם בשפה. מאחר שהשפה היא קונטינגנטית, תלויה בחיים, משקפת אותם ומשתנה חדשות לבקרים, גם המשפט פועל בצורה זו. ראיית המשפט כשפה שהיא חלק מפעילות ומצורת חיים מאפשרת להיפרד מאשליית המדעיות של מדעי החברה והרוח ולהשתמש בשפה המשפטית לקידום נורמות וערכים רצויים.

9 THE LINGUISTIC TURN (Richard Rorty ed., 1967) (להלן: רורטי *המפנה הלשוני*).

10 CHARLES TAYLOR, SOURCES OF THE SELF (1989) (להלן: טיילור).

11 W. J. THOMAS MITCHELL, PICTURE THEORY (1994); "דבר מה בסיסי משתנה בסוף המאה השמונה עשרה: הסובייקט המודרני מוגדר גם באמצעות כוח של ביטוי עצמי אקספרסיבי (הבעתי), שיוחס, מאז הרומנטיקה, לכוח הדמיון היוצר" (טיילור, לעיל הערה 10, בעמ' 390 [התרגום שלי, ד' ל']). יכולת הביטוי של היחיד מגלמת את אישיותו האינדיבידואלית וכוללת מרכיב אינדיבידואלי ולא-צפוי. מכיוון שכך, כל אופקי הביטוי של האדם – בשפה, באומנות ובשאר התחומים – ניתנים לתיאור אך לא להסבר סיבתי.

12 ריצ'רד רורטי *קונטינגנטיות, אירוניה וסולידריות* 53 (אהד זהבי מתרגם, 2006) (להלן: רורטי *קונטינגנטיות*).

13 רורטי, ממנסחי "המפנה הלשוני" תיאר את הצורך להתמקד בחקר השפה כמלים הבאות: "כל מהפכה פילוסופית ניסתה להיות 'חסרת הנחות יסוד', אולם אף אחת לא הצליחה בכך [...] בכלל המהפכות הייתה המטרה להחליף דעה בידע ולהציע כמשמעות נאותה של הפילוסופיה – השגה של יעד מוחלט על-ידי ישום מערך מסוים של הנחיות מתודולוגיות [...] הפילוסופיה של הלשון אוזנת בעמדה שבעיות פילוסופיות הן בעיות שעשויות להיפתר או באמצעות שיפור השפה או באמצעות הבנה טובה יותר של השפה שבה אנו משתמשים" (רורטי *המפנה הלשוני*, לעיל הערה 9, בעמ' 1, 3 [התרגום שלי, ד' ל']).

14 רורטי *קונטינגנטיות*, לעיל הערה 12, בעמ' 51-70.

לדיון במקומה של השפה במסגרת בדיקת התהליכים שעבר המשפט יש חשיבות מבחינה נוספת: המשפט מתגלם למעשה בשפה כתובה שנתונה מראש (חוקים ופסקי דין) ובשפה דבורה שמתועדת "בזמן אמת" והופכת גם היא לחלק מהמאגר הכתוב שיהווה השראה לפסיקה עתידית. לפיכך ובהמשך לעמדה הפילוסופית שבוטאה בספר, לימוד התהליכים שעוברים על חקר השפה ועל שלוחותיה (הבנה, פרשנות, ייצוג וכו') חיוני להבנת השינויים שחלו במשפט. כך גם טען גדמר, אשר כפי שצינתי לעיל, הגותו מהווה נדבך פילוסופי חשוב בספר. למעשה אפשר לומר שבמתודה ההרמנויטית של גדמר השפה מכוננת את עולמו ואת תודעתו של האדם:

שפה אינה רק אחת מאחוזותיו של אדם בעולם; בכך תלויה העובדה שלאדם יש בכלל עולם. העולם כעולם קיים עבור אדם כפי שאינו קיים עבור אף יצור אחר בעולם. אולם עולם זה הוא לשוני בטבעו[...]. ואמירה חשובה יותר היא כי לשפה אין חיים עצמאיים בנפרד מהעולם שמגולם בתוכה.<sup>15</sup>

טענתו של גדמר היא שכל מרכיב ביחסו ובתפיסתו של האדם את העולם מבוטא בצורה לשונית, ואין דבר ה"חומק" מה"לשוניות". מכאן צומחת מסקנתו של גדמר שאין משמעות למילה בנפרד מניסיון החיים שבמסגרתו משתמשים בה. בתהליך ההרמנויטי משוחחים אפוא שני "אופקים", אופק הפרשן ואופק הטקסט. הפרשן אמור לגרום לטקסט "לדבר", וכך נוצרת "שיחה".<sup>16</sup> כך, כל תהליך של הבנה הוא למעשה פרשנות שבמסגרתה מצליח הפרשן להתעלות מעל ניסיונו האישי (Erlebnis) ומעל ניסיונו האישי של היוצר ולנסח משמעות במישור הטרנסצנדנטלי.<sup>17</sup> כל האמור לעיל מתחולל במדיום הלשוני, ולא מדובר כאן רק

15 גדמר, לעיל הערה 3, בעמ' 443 (התרגום שלי, ד' ל').

16 "נכון שהטקסט אינו מדבר אלינו באותו אופן שה'אחר' עושה זאת. אנו שמתיימרים להבין חייבים בעצמנו לגרום לו לדבר. אולם מצאנו שסוג זה של הבנה, 'לגרום לטקסט לדבר', אינה פרוצדורה שרירותית שאותה אנו מפעילים ביזמתנו, אלא שהיא, כשאלה, מתייחסת לתשובה שצפויה בטקסט. צפיית התשובה כשלעצמה מניחה מראש כי השואל הוא חלק ממסורת ורואה את עצמו כנמננה. זו האמת של התודעה המושפעת היסטורית. זו התודעה בעלת ההתנסות ההיסטורית[...]. אנו מתארים את הריאליזציה שלה כמיוזג אופקים של הבנה, שהוא המתווך בין הטקסט למפרשו" (שם, בעמ' 377-378 [התרגום שלי, ד' ל']).

17 וילהלם דילתי נקט לראשונה במונח "Erlebnis" כאלטרנטיבה למונח ה"ניסיון" של קאנט (Erfahrung) במאמרו *Poetik* שפורסם בשנת 1887, ראו Wilhelm Dilthey, *Poetik, in POETRY AND EXPERIENCE* 29 (F. Rodi ed., R. Makkreel [ed. & trans.] & Louis Agosta trans., Princeton University Press, 1985), כדי לייצג את הרעיון של ניסיון חי. מאמר זה נחשב לעבודתו החשובה ביותר בתאוריה של האסתטיקה, והוא מנתח את עבודתו של המשורר ואת השירה כבסיס לחקר מדעי האדם. במאמר זה ובכתבים נוספים תרגום המונח "ניסיון" לאנגלית בידי רודולף מקריל (החוקר המרכזי של דילתי ועורך כתביו) הוא "lived experience", והוא משמר את כל גווני המשמעות של המקור הגרמני – ניסיון, חוויה וחיים. דילתי הציב את החיים כאובייקט המחקר ואת מושג הניסיון כקריטריון הערכה. בתרגום לעברית נמוגים עניינים חשובים אלו.

במישור הדקדוקי והרטורי (כפי שהודגש במסורת ההרמנויטית בזמן העתיק) אלא גם במישור הקיומי, והמטרה היא ליצור ניסיון של משמעות בעלת יישום אוניברסלי (Erfahrung):

הבנה מה אדם אומר אין משמעה כניסה לעולמו וחיים מחדש של התנסויותיו (Erlebnisse). הדגשנו שניסיון של משמעות (Erfahrung) בתהליך ההבנה תמיד כולל יישום. כעת עלינו להדגיש כי תהליך זה הוא כולו לשוני[...]. שפה היא המדיום שבו נוצרות הבנה והסכמה בין שני אנשים.<sup>18</sup>

עמדתו של גדמר מחדדת את חשיבותה של השפה באשר לגורמים תרבותיים שונים בעיצוב התודעה האנושית ובייחוד באשר לאפשרות להגיע להסכמה בין אנשים. חקר השפה עבר תהליך דומה לזה שעבר על המשפט: הבלשנות במאה התשע עשרה עסקה בעיקר בחקר השוואתי של שפות, ואילו מסוף המאה התשע עשרה ואילך החל להתפתח עניין בחקר השפה מנקודת מוצא סמיוולוגית-תרבותית, בפילוסופיה ובכלשנות.<sup>19</sup> עד אז נתפסה השפה כמדיום, כלומר כאמצעי להעברת מידע מסוגים שונים ותו לא. אולם עם ירידת קרנה של תפיסת התבונה כמקור ידע מוחלט הוסבה תשומת הלב לשפה כמשקפת את כל סוגי הידע הניתן לתפיסה אנושית, הן במדעים המדויקים והן במדעי החברה והרוח, ובכלל זה את האופן שבו נוצרות הסכמות בין בני האדם.<sup>20</sup> מערכת המשפט מיטיבה לשקף את השילוב שעליו הצביע גדמר, שילוב של הבנה ויישום, מאחר שהמשפט מגולם בטקסטים (פסקי דין, חקיקה ראשית ומשנית) שיש להבינם ולפרשם מצד אחד ושיש ליישם בפסיקה מצד אחר. לשפה המשפטית יש פן דינמי ופן קבוע. הפן הדינמי מתבטא בהתמודדות עם מקרים חדשים שצריך לפרשם לפי "רוח החוק" הקיים, אולם גם בפרשנות מחודשת של חוקים קיימים המועלים לדיון מחודש.

הטענה המרכזית בעקבות גדמר באשר למשפט היא זו: העולם מובן ומכוון באמצעות השפה, שהיא אמצעי הביטוי לתרבות הכללית ולזהות האישית כאחד. כאשר חלים שינויים בתרבות הם משתקפים בשפה, כך למשל כאשר טרמינולוגיה מסוימת שוב אינה אפקטיבית או שנוצר צורך בפרשנות חדשה לטרמינולוגיה כלשהי. מכאן נובע גם הצורך בפרשנות מחודשת של חוקים. דוגמה מובהקת לצורך זה אפשר לראות בפסק הדין של השופטת תמר בר-אשר-צבן בדיון בחוק החמץ (באפריל 2008).<sup>21</sup> בר-אשר-צבן דנה במקרה שבו הוגשו

18 גדמר, לעיל הערה 3, בעמ' 383-384 (התרגום וההדגשה שלי, ד' ל').

19 חלוץ הגישה נחשב פרדינן דה סוסיר. דבריו מרוכזים בספר שנערך לאחר מותו, ראו אצל פרדינן דה סוסיר *קודס בכלשנות כללית* (אבנר להב מתרגם, 2005).

20 ניטשה תרם תרומה חשובה לתבונה זו. כך למשל בספרו פרידריך ניטשה *לגנאלוגיה של המוסר* (ישראל אלדד מתרגם, 1967) הוא תרם תרומה גדולה לבחינה מחדש של האופן שבו נוצרים מושגים ושל האופן שבו בני האדם מייחסים משמעויות מפליגות להגדרות לשוניות שהן לא יותר מאשר מוסכמות חברתיות שאפשר לשנותן. בדרך זו הוא בוחן למשל את היווצרות המילים המשמשות להבחנה בין מעמדות (שם, בעמ' 233).

21 ת"פ (שלום י"ם) 4726/07 מדינת ישראל נ' טרמינל טווינטי וואן בע"מ, תק-של 2008 (2) 450 (2008).

כתבי אישום נגד ארבעה בעלים של בתי עסק אשר מכרו חמץ בפסח, ופסקה על בסיס הבחנה לשונית בין מקום פומבי לבין מקום ציבורי, על בסיס סעיף 34כד בחוק העונשין, המבחין בין מקום ציבורי לבין מקום פומבי. בפסק הדין ציטטה השופטת מהסעיף האמור בחוק העונשין וקשרה בינו לבין חוק חג המצות.<sup>22</sup> חוק חג המצות אוסר על הצגה לצורך מכירה וצריכה של חמץ בפסח במקום פומבי, ולטענת השופטת יש להבחין לצורך העניין בין מקום ציבורי לבין מקום פומבי, בהתאם לפירוש המילה "פומבי" בחוק העונשין ובמקומות נוספים. השופטת בחנה שורה של הגדרות למילה "פומבי", מהפילוסופיה היוונית, דרך מילון אבן-שושן, רש"י ולשון הגמרא במסכת שבת, והגיעה למסקנה שלפיה "כדי שמקום יחשב למקום פומבי, בדומה לרשות הרבים, אין די בכך שזהו מקום העונה להגדרה של 'מקום ציבורי', אלא עליו להיות מקום ציבורי הנראה מכל מקום. כך לפי ההגדרה הקבועה בחוק העונשין, וכך לפי המשמעות המקובלת למונח זה, גם בשפה המדוברת, גם בהגדרה המילונית ואף בהגדרה ההילכתית לרשות הרבים".<sup>23</sup> בעקבות פרשנות זו ביטלה השופטת את כתבי האישום בנימוק שבתי העסק במקרה הנידון (מכולת, מסעדות ופיצריה) לא באו בגדרו של "מקום פומבי", ולכן העובדות שתוארו בכתב האישום לא היוו עבירה.

פסק דין זה משקף את מקומן החשוב של השפה ושל הפרשנות הלשונית בתהליך הפסיקה, אולם לא זו הסיבה שהוא נחשב לפסק דין תקדימי. כפי שנטען לעיל בתחילת הפרק, המפנה הלשוני הוא הבסיס למפנים האחרים והוא מאפשר אותם ומשקף אותם. כך, גם במקרה של התרת מכירה של חמץ במקום ציבורי זכה פסק דין זה לביקורת חריפה מצד חוגים דתיים כגון יו"ר אמונה ואנשי ש"ס, מאחר שהוא יוצא מגדר מהלך פרשני-לשוני במסגרת ההליך השיפוטי ומציב סימן שאלה באשר לסטטוס קוו של יחסי דתיים-חילוניים במדינת ישראל. לענייננו חשוב לציין כי השפה או הדיון הלשוני הם הבסיס המשותף לדיון ולפסיקה, ולכן בניגוד ל"דטרמיניזם של התרבות", התבססות על דיון לשוני מייצגת דמוקרטיזציה של מערכת המשפט. עם זאת ברצוני לטעון כי למרות ניסיונה המוצלח של השופטת לבודד לכאורה את המישור הלשוני משיקולים תרבותיים (דמוקרטיים במקרה זה), הרי שהמהלך הלשוני משקף גם עמדה תרבותית המעדיפה עקרונות דמוקרטיים כמו חופש העיסוק וחופש הפרט על פני דמותה היהודית של מדינת ישראל בפרהסיה.

עניין זה מעלה מתח מרכזי במדינת ישראל שאותו מאוטנר מציג בספרו – המתח בין ערכים יהודיים לבין ערכים דמוקרטיים. השאלה היא האם שיקול הדעת בהתנגשויות כאלה אמור להיות רב-תרבותי או שמא יש לקדם ערכים מסוימים על חשבון ערכים אחרים? מתי צריך לנקוט בפרשנות ברוח "יהודית" ומתי צריך לנקוט בפרשנות ברוח "דמוקרטית"?

בהמשך לתפיסה הרב-תרבותית של המשפט, הרי שדיון שכזה מזמין ביקורת. בחלקה האחרון של הסקירה אעלה כמה תהיות ביקורתיות שלכולן מכנה משותף: העמדה

22 שם, בסעיף 13 לפסק הדין.

23 שם, בסעיף 17 לפסק הדין (ההדגשות במקור, ד' ל').



הרב-תרבותית סותרת את טיבו של התהליך המשפטי, המחייב הכרעה חד-משמעית הן בשלב החקיקה והן בשלב השיפוט.

### השפעות התרבות על המשפט: שאלות עכשוויות ועתידיות

ספרו של מאוטנר חשוב מאוד על מנת לחדד את המודעות להשפעה המכרעת של התרבות על המשפט, כמו גם לכך שמערכת המשפט אינה נבדלת מהתרבות אלא היא חלק ממנה. ערך מוסף מיוחד מצוי גם בחקירה בין-תחומית ורב-תרבותית של מערכת המשפט על כל רבדיה, שכן מעבר למהימנות הדין (שנותן דעתו על עמדות שונות ואף מנוגדות), טמון בו גם מרכיב חינוכי-תרבותי המקדם שיח ציבורי סובלני וקשוב יותר מהמצוי.

עם זאת, העמדה הרב-תרבותית שעליה מבוסס הספר מעלה כמה שאלות שמאוטנר היה מודע להן ואף הציע את תשובותיו עליהן, אולם הן נותרו בעינן. הספר מהפך בכל מושגי היסוד שעליהם אמון כל מי שעוסק במשפט, מושגים כגון "צדק", "שכל ישר", "משמעות של פסק דין" ו"מעמדו של החוק". הצגת כל המושגים הללו באמצעות מונחים הלקוחים מחקר הספרות והקולנוע ("תסריט", "נרטיב" וכו') מציבה בסימן שאלה את יכולתה של מערכת המשפט לתפקד כמצופה ממנה. השאלות שלהלן אינן ניתנות למענה חד-משמעי, ובכל זאת, לסיום הסקירה, יש מקום להציבן בבהירות.

1. שאלה ראשונה נוגעת להתבססותו של מאוטנר על טענתו של גרמר שההכנה האנושית כפופה לתהליכים היסטוריים, כפי שפורט לעיל. נראה שגם בעידן הפוסט-מודרני, המתבסס על היסטוריות ההבנה, מערכת המשפט מצופה לפעול על פי עקרון הצדק, בדרך כלל כפי שהוא מתורגם בחוק, וצדק זה צריך גם להיראות ולהיות מדויח ומנומק לציבור הרחב. בעידן שבו לאמצעי התקשורת כוח כה גדול, הציבור מצפה ממערכת המשפט לא רק לשפוט על פי חוק אלא גם לפעול בשקיפות, שהיא בסיס האמון של האזרח ברשויות המדינה. אולם על סמך הגישה של היסטוריות ההבנה יש לשאול אם אפשר לנמק את פעולת המערכת המשפטית על בסיס עקרון הצדק או שמא יש לראות כל הכרעה משפטית כתוצר זמני של "הבנה היסטורית". האם עמדה רב-תרבותית מותרת על תפיסה חד-משמעית של צדק? האם פגיעה בכבוד האדם (גופנית או נפשית), למשל, צריכה להיתפס כערך תלוי תרבות? כיצד מצופים האזרחים להתייחס ברצינות למערכת כזו?

2. הפרק החמישי והשישי מבססים את תפיסת המשפט כתרבות משני כיוונים: כיוון אחד הוא תפקידם של מרכיבים תרבותיים בהתנהלות השופטים היוצרים מרחב גדול (מדי) לתפקידו של "מזל" בתהליך השיפוט. כיוון שני הוא השפעתו המקיפה של המשפט על כל אורחות חיינו, כך שהמשפט טבוע באספקטים רבים בהתנהלותנו היומיומית ומשפיע עליהם בצורה לא-מודעת. בפרק החמישי שבו מתואר תפקידו של המזל בשפיטה, מתואר גם המאמץ שהשקיעה התשיבה המודרנית כדי לשלוט במזל ככל האפשר.<sup>24</sup> ועם כל זאת מזל בבחינת

24 "מצב שבו המזל קובע את אשר קורה בחיינו מתאפיין בשני רכיבים: ראשית, ריבוי של תוצאות

"ריבוי תוצאות אפשריות" או גרימה מכוונת לתוצאה כלשהי להתרחש (בשל הנסיבות ולא בעקבות הכרעה מושכלת) הוא מאוד דומיננטי. הביטוי "מזל" מטיל לדעתי את האחריות על הנסיבות ולא על השופט עצמו, ולכן נשאלת השאלה אם ראוי לפתוח את השער למידה מסוימת של הסרת אחריות ואפילו של הטלת ספק ביכולת החשיבה המושכלת של השופטים. הסיכון הברור שנגזר מכך הוא האפשרות של השופטים להתנער מהשלכות שיפוטם, הן לגבי המתדיין והן בנוגע לחברה כולה.

יש להדגיש כי מאוטנר שותף למגמת המורדנה לצמצם את מרכזיותו של המזל בתהליך השיפטה, והוא מבקר את העובדה שההליך השיפוטי שישנו במדינת ישראל מאפשר את השפעת המזל במידה רבה מדי.<sup>25</sup> כאן מאוטנר נוקט עמדה ברורה: יש לצמצם ככל האפשר את השפעתו של רכיב המזל בשיפטה, והדבר ייעשה בדרך של הגדלת מספר חוות הדעת השיפוטיות הניתנות בכל מקרה (למשל בכך שיאסרו על שופטים להתייעץ ביניהם במהלך ההליך השיפוטי או בכך שיחייבו כל שופט לכתוב בעצמו את פסק הדין, מבלי שידע מה עתידים לכתוב עמיתיו).<sup>26</sup> אל מול הצעות אלו הניתנות ליישום בקלות יחסית, מאוטנר מציע גם הצעות הדורשות שינוי רדיקלי במערכת המשפט, כמו דרישה לרוב מיוחס בהכרעה ואפילו מתן אפשרות למתדיינים לבחור את השופט שיכריע בעניינם.<sup>27</sup> אולם סוגיית המזל אינה באה לכלל פתרון מספק. נוסף על הצעות מעשיות לצמצום מקומו של המזל בשיפטה, מובן שהבעייתיות הגדולה נעוצה (לפי מאוטנר ובכלל) בחיבור שבין עשיית צדק לבין המזל. כאן ראוי להעלות את התהייה, כיצד מתיישבת הערכה זו עם ההכרה בהיעדרה של אמת הניתנת להוכחה ובהצדקת רב-תרבותיות במשפט. שהרי "מזל" הוא לכאורה אופק תרבותי מסוים, בדיוק כשם ש"רציונליות" או "צדק" שייכים לאופק תרבותי מסוים (זה של המורדנה). תהייה זו מעמיקה את השאלה שהועלתה קודם לכן בעניין הצדק, מכיוון שיש קושי לתת אמון במערכת משפט המושפעת מ"מזל", מאינטרסים אישיים ומערב רב של גישות תרבותיות שונות ואף מנוגדות. מכאן מתבקשת השאלה אם אפשר להציב קריטריון של "צדק" שאינו תלוי בנסיבות אישיות או היסטוריות שבהן מצוי שופט זה או אחר, או שיש לוותר על יומרה זו.

3. מושג הצדק שנידון בסעיף הקודם מתקשר גם לדיון בסוגיה הבאה השנויה במחלוקת – האקטיביזם השיפוטי. מאוטנר מתאר את בית המשפט העליון במדינת ישראל החל משנות השמונים כאקטיביסטי מאוד. אקטיביזם לפי מאוטנר משמעו שבית המשפט לוקח חלק בקביעת הערכים במדינה וכן משפיע על אופן חלוקת המשאבים הכלכליים, אל מול מוסדות

אפשרויות[...שנית, העדר שליטה בתוצאות, דהיינו שאין עומדת לרשותנו דרך של ממש לגרום שתוצאה אחת מסוימת היא שתתרחש" (מאוטנר, לעיל הערה 1, בעמ' 179).

25 שם, בעמ' 180. מאוטנר מציג שם עמדה זו, ובהמשך הפרק הוא מפרט את הדרכים שבהן אפשר לצמצם את השפעת המזל.

26 שם, בעמ' 190.

27 שם, בעמ' 192, 195.

שלטון אחרים.<sup>28</sup> אקטיביזם זה התבטא בין השאר באופן שבו נימק בית המשפט העליון את הכרעותיו, תוך הדגשת משמעויות ערכיות. הנוהג עד אז היה להתמקד "ברובד הלשוני והקונסטואלי של המשפט",<sup>29</sup> ופחות בנימוקים ערכיים. בשלב זה ראוי להבחין בין הדיון במישור התיאורי לבין הדיון הערכי. במישור התיאורי, מאוטנר מתאר תהליך שהוא טבעי לשיטתו: חוקרי משפט וכמובן אלה העוסקים בפרקטיקה המשפטית, נדרשים מדי יום להתמודד עם דילמות עכשוויות ולהכריע בהן. שני מישורי השיפוט, המישור התאורטי והמישור היומיומי משיקים זה לזה, והשקה זו מערכנת את השפה המשפטית חדשות לבקרים. אולם מאוטנר מבקר את האופן שבו יושם האקטיביזם השיפוטי במישור הערכי, וטוען כי היה ראוי לנתבו לקידום שורה שלמה של בעיות חברתיות שבית המשפט מיעט לעסוק בהן, בעיות המעצימות את הניכור התרבותי בין קבוצות בחברה.<sup>30</sup> מאוטנר מצביע בצורה נוקבת על כך שלמעשה אין שוויון אפשרויות בין האזרחים במדינת ישראל בכל הנוגע לפנייה לערכאות משפטיות, בשל הפערים החברתיים והכלכליים. לפיכך נוצר מצב פרדוקסי שבו דווקא המערכת שאמורה להיות מופקדת על אכיפת החוק וקידומו בחברה ברוח חוקי היסוד, מנציחה ואף מעמיקה את הפערים בחברה.<sup>31</sup> מאוטנר מציע לכן התנהלות אלטרנטיבית של האקטיביזם השיפוטי. לדבריו, האפשרות ליצור תקדימים שיעצבו מחדש את המישור התאורטי היא בסיס לציפייה המובעת בספר בהקשרים שונים, שבית המשפט (בישראל) ינצל את כוחו הפוליטי והתרבותי לפיתוח המשפט החוקתי. הוא יעשה זאת באמצעות אקטיביזם שיפוטי שיפרש מעשית את חלותם של חוקים מרכזיים כמו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק ואף ירחיבה.<sup>32</sup> מאוטנר מציע בחינה מחדש של התנהלות הקהילה המשפטית בישראל והעשרתה של ההכשרה המשפטית, כך שתעסוק גם בסוגיות רעיוניות ובשאלות של משמעות וזהות.<sup>33</sup>

ביקורת זו של מאוטנר על טיבו הרצוי של האקטיביזם השיפוטי חושפת שוב את הבעייתיות המובנית בעמדה הרב-תרבותית שעליה מתבסס הספר: מאוטנר מבקש לקדם ערכים מסוימים ולא אחרים, כדיוק באותה דרך של אקטיביזם שיפוטי שבה מצא טעם לפגם כאשר היא יוצגה ויושמה בידי שופטי בית המשפט העליון בשנות השמונים.<sup>34</sup> מדוע נכון ומוצדק יותר לקדם את השוויון ואת הדיון בשאלות של זהות מאשר את הערכים שקידם בית המשפט העליון בשנות השמונים? אולי דווקא דיון "לשוני-קונסטואלי" מאפשר מקום רחב יותר לרב-תרבותיות מאשר הנמקה ערכית, קרי, קידום ערכים מסוימים ולא אחרים?

28 שם, בעמ' 217.

29 שם.

30 שם, בעמ' 221-222.

31 שם, בעמ' 219.

32 שם, בעמ' 222.

33 שם. ראו ביחוד בפרק "מדוע חשוב שמשפטנים יקראו ספרות", שם, בעמ' 234-244.

34 שם, בעמ' 219.

4. בהמשך הספר מרחיב מאוטנר את הציפייה לקידום ערכי של התרבות בידי מערכת המשפט על בסיס זיהויה של תחושת אחריות הקיימת בה מניה וביה, בנוגע לתרבות הפוליטית בפרט ובנוגע לתרבות בכלל.<sup>35</sup> גישה זו אינה ברורה מאליה: במדינה דמוקרטית, שבה מערכת המשפט היא מערכת אחת מני שלוש ושבה אופן בחירת השופטים שנוי במחלוקת בפני עצמו, נשאלת השאלה אם ועד כמה צריכה מערכת המשפט לקבוע נורמות תרבותיות ופוליטיות. מאוטנר טוען בפרק זה כי אי-אפשר לצמצם את מערך הנורמות הנדרש מאנשי הציבור לדרישות החוק בלבד, וכי יש לפתח נורמות בתרבות הפוליטית שיציבו אמות מידה נוספות על אמות המידה המשפטיות.<sup>36</sup> כך למשל, מן הראוי שאיש ציבור יבחן על פי תפקודו הן במישור המקצועי והן במישור המוסרי גם אם לא עבר עבירה פלילית בהתנהלותו. עד כה התנהלו אנשי ציבור כאילו המדר היחיד לשיפוטה של התנהלותם הוא המדר המשפטי, ואין ספק שהפרשיות השונות שהונחו לפתחו של בית המשפט קידמו והעצימו מגמה זו. כך אפשר לפי מגמה זו לחשוב כי התנהלותו של חיים רמון הייתה בעייתית רק משום שבית המשפט פסק שהוא אשם ולא משום שהתנהגותו לא תאמה, בלשון המעטה, את הנסיבות של פרוץ מלחמת לבנון השנייה.<sup>37</sup> אילו לדעת הקהל במדינת ישראל היה כוח פוליטי נבדל ממערכת המשפט, הפוליטיקאים לא היו נאחזים באצטלות משפטיות (כמו הגשת כתב אישום או הרשעה שיש עמה קלון) כדי לדחות את מועד התפטרותם, אלא היו פורשים מתפקידם לאחר שדבק בהם קלון, בהתאם לסולם הערכים התרבותי. מאוטנר מביא כדוגמה את פרשת פרופיומו באנגליה (משנת 1963), שבה התפטר שר ההגנה לאחר שנחשף כי קיים יחסים עם יצאנית צמרת.<sup>38</sup>

מאוטנר מרחיב את הדרישה האתית מאנשי ציבור ומחיל אותה, כאמור, גם על כשל תפקודי ולא רק על כשל התנהגותי. דוגמה ליישום של הצעה זו בישראל אפשר לראות בהתפטרותו של מנכ"ל משרד החינוך שמשון שושני בשנת 1989, בעקבות דחייתה של תכנית השיקום שהציע למערכת החינוך.<sup>39</sup> על מנת לקדם את המערכת הפוליטית להרחבת האחריות על התנהלותה ותפקודה המקצועי, מאוטנר מציע להעמיק את הדיון הציבורי בנושא האחריות הציבורית ולהמשיך בכך מהלך שכבר החל בתאגידים עסקיים מסוימים.<sup>40</sup> הרעיון הוא לעורר את תחושת המחויבות הציבורית מעבר לאינטרסים הכלכליים והפרטיקולריים, כדי לקדם את החברה הישראלית לרמה אתית גבוהה יותר. סיום הספר ברוח זו משקף מתח פנימי מרכזי לאורך כל המהלך שהוצג לעיל: כיצד אפשר מצד אחד להציע לקדם את המשפט לכיוון דיאלוגי ורב-תרבותי המתייחס בסובלנות לעמדות שונות, ומצד אחר לנקוט עמדה נוקבת

35 שם, בעמ' 320.

36 שם, בעמ' 319.

37 מאוטנר מעלה טענה זו שם, בעמ' 318, אולם הדוגמה של משפט רמון היא שלי, ד' ל'. מאוטנר דווקא טוען בספר שאפשר היה לזכות את רמון אם הגנתו הייתה מתנהלת אחרת (שם, בעמ' 174-177).

38 שם, בעמ' 323-324.

39 שם, בעמ' 324-325.

40 שם, בעמ' 325-326.

באשר לצורך לקדם את החברה הישראלית לכיוונים "נאורים" דווקא, כגון שוויון זכויות וחובות ואחריות ציבורית?<sup>41</sup>

5. למרות שהתזה המרכזית בספר היא שהמשפט הוא חלק מהתרבות, מאוטנר מתייחס למערכת המשפט גם כאל מערכת נפרדת המשפיעה ואף קובעת ערכים והתנהגויות (ראו בייחוד בפרק "המשפט הסמוי מן העין"). בהמשך לכך מאוטנר טוען כי מערכת המשפט מוסיפה ליתסים שבין בני האדם משמעויות משלה, הנוצרות בתהליכים המשפטיים.<sup>42</sup> מכאן עולות השאלות הבאות: האם ראוי שמערכת המשפט תקדם ערכים מסוימים מעבר לערכים המוסכמים במסגרת החקיקה? האם קידום שכזה ראוי גם כאשר מדובר בעקרונות מנוגדים לעקרונות רווחים בתרבות הכללית? כך למשל, האם ראוי לאמץ "אפליה מתקנת" במקרים מסוימים גם אם זו אינה מקובלת על כלל הציבור?<sup>43</sup>

מאוטנר מודע לבעייתיות הנעוצה בתיאור כוחה של מערכת המשפט לייצר (בתוך עצמה) משמעויות ולקדם ערכים מסוימים בחברה, וה"פתרון" שהוא מציע בהשראת גדמר הוא שמערכת המשפט תנהל דיאלוג עם הציבור ולא תסתפק ביצירה עצמאית של משמעויות וערכים.<sup>44</sup> לפי גדמר כל תהליך של הפקת משמעות הוא דיאלוגי, דו-כיווני, ורק בסופו נוצרת הפרשנות.<sup>45</sup> אולם אפשר להקשות על כך ולשאל אם אכן אפשר לערוך את ההקבלה בין תהליך הדיאלוג שמתרחש בין טקסט לבין פרשן למציאות שבה כוחם של בתי המשפט רב לאין ערוך מזה של האזרחים. אפשר אף להקשות על עצם האפשרות לנהל דיאלוג בין מערכת מורכבת ומסועפת כמו מערכת המשפט לבין המגוון העצום של האזרחים במדינה. האם אפשר בכלל לדמיין סוג של דיאלוג ממשי בין גורמים כה רבים ומגוונים? בנקודה זו נחשפת לשיטתו של מאוטנר בעייתיות עקרונית במערכת המשפט. אם מערכת המשפט פועלת גם כמערכת נבדלת המייצרת משמעויות משלה ומקדמת אותן, כיצד היא יכולה לקדם רב-תרבותיות, בין אם מלכתחילה ובין אם בדיעבד?

41 אפשר כמובן לראות זאת כסתירה ממשית ולא רק כמתח, כפי שהציעה אוולין גורדון בסקירתה המפורטת, אוולין גורדון "חוכניות חדשות להגמוניה ישנה" תכלת 35 127 (2009). תשובה של מאוטנר לגורדון אפשר למצוא בתכלת 10 36 (2009).

42 מאוטנר, לעיל הערה 1, בעמ' 99.

43 מאוטנר מודע לכך שניסיון המשפט ליצור אחדות של משמעות בחברה המתאפיינת בעושר משמעויות יוצר למשפט "בעיה חריפה של לגיטימציה" והוא מודע לצורך של מערכת המשפט להצדיק את מהלכה (שם, בעמ' 205-207). אולם מודעות זו אינה מבטלת את עצם השאלה אם ראוי לקדם משמעות אחת על חשבון אחרות בהמשך לתפיסה הנעדרת "אמת" ומשמעות קבועה.

44 מאוטנר מציע לראות את "ההליך השיפוטי כדיאלוג" (כך לשוננו). באמצעות "חתימה" של השופטים, ד' ל' להבין ככל האפשר את המתדיינים במונחי התרבות שבה פעלו" (שם, בעמ' 108-110). דיאלוג מכיל מניה וביה התייחסות לעולם הערכים של כל הצדדים והתחשבות בו.

45 שם, בעמ' 88.

**סיכום**

הספר "משפט ותרבות" הוא ספר חשוב, שונה ומעורר מחשבה בדיונו האינטגרטיבי, הן בתחומי ידע שונים והן בשילובם של המישור התאורטי-מחקרי ושל התבוננות מפוכחת ומושכלת במציאות הכללית והישראלית. עם זאת הספר אינו נעדר קשיים. הבעייתיות שמעוררת העמדה הרב-תרבותית במישור המשפטי, המתייחס לפסיקת בית המשפט, היא בעייתיות מובנית שאינה נובעת מהטייה תרבותית או קונספטואלית כזו או אחרת. בעייתיות זו היא פריו של "המפנה" לסוגיו, והיא נובעת מהמכנה המשותף למפנים שלפיו "האמת אינה מתגלה אלא נוצרת".<sup>46</sup> ההליך המשפטי המתבטא בין היתר בפסיקת בית המשפט כרוך בהכרעה בין צד זה או אחר, וכולל את חוסר האפשרות לייצג את כל העמדות המובאות לדיון. עובדה משמעותית זו חותרת תחת העמדה הרב-תרבותית. מחשבה זו מגביעה שאלה כללית באשר לספרו של מאוטנר: האם העובדה שהמציאות (המשפטית ובכלל) היא תלויה נסיבות תרבותיות ומושפעת מהן, כפי שתואר בצורה כה מפורטת ומשכנעת בספר זה, מחייבת אותנו כאזרחים במדינה דמוקרטית לוותר על הניסיון לנסח קריטריונים קשיחים ומדויקים למשפט צדק? גם הוגים ומבקרים פוסט-מודרניים כפוקו ודרידה מצאו את עצמם בשלב כלשהו מנסחים קריטריונים להתנהלות אתית של חברה;<sup>47</sup> האם לא ראוי לנהוג כך ולא להסתפק בהכרעות "צודקות" במקרים קונקרטיים? אין ספק שהספר מחייב את קוראיו לשקול בכובד ראש מהו טיבה הרצוי של מערכת המשפט.

46 דורית קונטינגנטיות, לעיל הערה 12, בעמ' 55.

47 ראו למשל אצל ז'אק דרידה *תוקף החוק* 73-85 (הילה קרס מתרגמת, 2006); Michel Foucault, *The Ethics of the Concern for Self as a Practice of Freedom*, in I ESSENTIAL WORKS OF FOUCAULT: ETHICS, SUBJECTIVITY, TRUTH 299 (P. Rabinow ed., R. Hurley and others trans., 1997).