

משפט אינו רק טקסט כתוב

גד ברזילי

מנחם מאוטנר, משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת, עם עובד והוצאת אוניברסיטת תל-אביב, תל-אביב, 2008, 591 עמודים.

המשפטיזציה של החברה הישראלית ומעורבותו הפוליטית של בית המשפט העליון בחיים הציבוריים היו זה מכבר לתופעות ניכרות לעין. הנה, למשל, מחקר השוואתי גילה כי מספר עורכי הדין בישראל הוא מן הגבוהים בעולם, והגבוה ביותר בעולם הדמוקרטי ביחס לגודל האוכלוסייה.¹ אין ספק כי תרבות ההתדיינות המשפטית בישראל רווחת מאוד גם היא. כמעט אחד מכל חמישה ישראלים מקיימים בישראל התדיינות משפטית באחד מערכאות בתי המשפט.² כיצד ומדוע מגלות מגמות אלה טפח או טפחיים מן התרבות הישראלית ומה השלכותיה של התרבות המשפטית הזאת על החברה בישראל? ספרו המקיף ומאיר העיניים של מנחם (מני) מאוטנר עוסק בסוגיות מרכזיות אלה ועונה עליהן בהצלחה רבה. הספר רב הדפים מתאפיין בשילוב נדיר למדי של ניתוח היסטורי המעיד על התפתחותו של המשפט הישראלי עוד מתחילת המאה העשרים, ונוסף על כך יש בו ניתוח תרבותי ו חברתי-משפטי המתמקד בהשפעת המשפט על החיים הציבוריים בישראל. מעבר לייחודו המחקרי, הספר מתמקד באופן מעניין בהתנגשות הערכים סביב עתידה של ישראל כ'מדינה יהודית ודמוקרטית'.

1 Gad Barzilai, 'The Ambivalent Language of Lawyers in Israel: Liberal Politics, Economic Liberalism, Silence and Dissent', in: Terence C. Halliday, Lucien Karpik and Malcolm Feeley (eds.), *Fighting for Political Freedom*, Oxford 2007, pp. 247-277

2 שם.

חלקו הראשון של הספר מעניק לקורא תמונה עשירה למדי של זיקות אפשריות בין תרבות למשפט (עמ' 13-55). תוך התייחסות לכמה זרמים מרכזיים בחקר התרבות והמשפט, מאוטנר מנסה לעצב מסגרת טיעון שלפיה המשפט אינו רק משקף תרבות, ואינו רק שדה תרבותי, אלא גם מכונן יחסי גומלין מוסדיים ופרקטיקות. המשפט עצמו מונע ונשלט על ידי אליטות של כוח פוליטי, שמאוטנר מזהה אותן בדרך כלל כמורכבות מן האליטה המעמדית, החילונית, הבורגנית והאשכנזית בישראל. אליטה זאת הבנתה את מוקדי הכוח הפוליטיים ואת הנרטיבים התרבותיים המרכזיים בישראל. מנקודת מבט זאת הוא מנסה להבין את התפתחות המשפט הישראלי ואת השלכותיו על החיים הציבוריים בישראל. משפט אינו רק מערכת פורמלית של חוקים, תקנות ופסיקות, אלא מארג של פרקטיקות, של מוקדי כוח ושל הבניות תרבותיות. התרבות חשובה מאוד במחקריו של מאוטנר, אך בספר זה, יותר מכל כתביו הקודמים, הוא מנתח את התרבות עצמה כשדה תלוי כוח פוליטי המשקף רבדים חברתיים עמוקים, ובצד זה התרבות עצמה יכולה לכונן גם תופעות התנהגותיות. משפט הוא סוכן של מוקדי כוח פוליטיים וככזה הוא גם סוכן תרבותי שיכול לסייע בכינון פרקטיקות יומיומיות.

בחלקו השני של הספר מראה מאוטנר בצורה יפה כיצד המשפט העברי והישראלי המודרני יותר מתלבטים בשאלה מה תהיה זהותו של המשפט בישראל. מעבר לוויכוח הידוע בין השופט אהרן ברק (בזכות הדגשת ערכים חילוניים ליברליים) לשופט מנחם אלון (בזכות הדגשת ערכים הלכתיים), מאוטנר מנתח כיצד למרות ציפיות ואינטרסים מסוימים להבניית המשפט העברי כחלק משמעותי במשפט הישראלי, למעשה המשפט הישראלי שיקף וכוון גישה אנגלו-אמריקנית לחוקתיות, ובחלקה גם גישה גרמנית, ואילו פיתוח של משפט ישראלי-עברי הפך לשולי (עמ' 56-123). בכך שיקף המשפט את הנטייה האליטיסטית לעצב את החברה הישראלית כחלק מתחיית תרבות מערבית בורגנית וחילונית. מרכיב אחר של משפט ותרבות בישראל הוא המעבר שמאוטנר מגדיר כמעבר מריסון שיפוטי לאקטיביזם שיפוטי במקביל לירידת הפורמליזם ולעליית הערכים במשפט הישראלי (עמ' 124-168). תהליך זה בא לביטוי בהרחבה קיצונית של זכות העמידה בבג"ץ, בצמצום משמעותי של עילות אי השפיטות, ובפיתוח נוסחאות כגון 'האדם הסביר' ו'מידתיות' שאפשרו לבית המשפט להעמיק את מעורבותו בחברה הישראלית תוך שימוש במנסרה המשפטית הלגליסטית.

בנקודה זאת מאוטנר מנתח תהליך חשוב מאין כמוהו של העמקת המעורבות השיפוטית של בית המשפט העליון במוקדי הפוליטיקה תוך התערבות גדלה והולכת בשיקול דעתה של הרשות המחוקקת, ובמיוחד בזו של הרשות המבצעת. מעורבות שיפוטית זו שיקפה במידה רבה מעבר בפוליטיקה הישראלית מהגמוניה מפלגתית וערכית לחברה רב תרבותית יותר, שבמרכזה כולטות גבוהה יותר מאי פעם לבית המשפט העליון, בעיקר בשבתו כבג"ץ. נוסף על כך מאוטנר מנתח היטב את התפתחותן של שתי קבוצות שאתגרו את ההגמוניה הציונית לכשעצמה – הפלשתינים הישראלים והחרדים

(עמ' 169–296). שתי קבוצות אלה מאתגרות מסיבות שונות מאוד את אופיה של המדינה כיהודית וציונית. הראשונים רואים את הרב תרבותיות כאמצעי לכינון מדינה אזרחית ולא ציונית והאחרונים מחשיבים את הרב תרבותיות כאמצעי לכינון מדינת הלכה יהודית. מאוטר מראה יפה כי מדינות רבות בעולם חוו תהליך דומה של מעבר מהגמוניות של אליטות פוליטיות ישנות לרב תרבותיות של קהילות זהות שונות. מחד גיסא, התגברות מעורבותו השיפוטית של בית המשפט העליון הביאה לעלייה ניכרת בכולטותו הציבורית. מאידך גיסא, גברה הביקורת החברתית על בית המשפט העליון מצד קבוצות חברתיות שונות שלא ראו עצמן שותפות למטען הערכים של האליטה השיפוטית. דוגמאות אקטואליות לקונפליקט כזה אפשר למצוא בביקורתו הקשה של פרופ' דניאל פרידמן, שר המשפטים לשעבר, על בית המשפט העליון, כמו גם בביקורת החרדית והדתית ציונית על בית המשפט העליון, וכן בביקורתו של המיעוט הפלשתיני בישראל על היותה של המדינה, ובית המשפט כנציגה, מדינה יהודית ולא מדינה אוניברסלית, מדינה אתנו־קרטית אך לא מדינת כל אזרחיה.

מכאן עובר מאוטר לניתוח עיקר תפיסתו כיצד על המדינה להיראות בעידן של רב תרבותיות ונוכח ההגמוניות המסוימת של משפט המדינה. מאוטר מעוניין במודל של מדינה ליברלית, ביזורית ומכלילה שבה המאחד את התושבים היא 'פטריוטיות חוקתית' בלשונו של יורגן הברמס, שבה משתמש מאוטר. כלומר, נוכח העדר אומה ישראלית, להבדיל ממדינה ישראלית, מאוטר תולה את תקוותו בהישרדותה של רב תרבותיות ובקיומה של נאמנות בסיסית לחוקה ולערכים בסיסיים של המשטר. עם זאת, לא ברור מדוע קיומה של 'פטריוטיות' כזאת אפשרי ומדוע אפשרי כינונה של חוקה במקום שבו אין לאומיות ישראלית מגובשת שיכולה לכלול בתוכה את כלל האזרחים, לרבות המיעוט הישראלי-פלשתיני (עמ' 297–423). תפקידו של המשפט בתפיסתו של מאוטר הוא מכריע. המשפט משמר את מבנה המשטר. בעוד המשפט לכשעצמו הוא סוכן הזדהות משמעותי שלו נאמנים תושבי ואזרחי המדינה באופן המבטיח את ההזדהות עם המדינה, מאוטר סבור כי מסגרתו הקונצפטואלית של ג'ון רולס מספקת את התשובה. רולס הניח כי במצב של העדר ידיעה של אדם אחד לגבי שאיפותיו של אחר ייווצרו מנגנוני צדק פרוצדורלי, כלומר צדק מינימלי שיאפשר לכל אדם חירות לבטא את זהויותיו. מאוטר אינו מדגיש אלמנט זה אלא את יכולתן של קבוצות זהות להגיע לקונסנזוס חופף, בלשונו של רולס. מאוטר סבור כי ניתן להגיע בישראל לקונסנזוס כזה בעיקר בין האוכלוסייה היהודית-חילונית לזו הדתית-ציונית על בסיס הסכמתן למדינה יהודית שהיא גם דמוקרטית וליברלית. עם זאת, ספק רב הוא אם אפשר להגיע למשטר פוליטי של רב תרבותיות ללא איתור הערכים המהותיים שיכולים לכוון תודעה חברתית לאומית של אומה ישראלית, אשר אינה מזדהה ואינה נשלטת רק על ידי קבוצת הרוב האתנית-יהודית.

בניגוד לתפיסות ליברליות ונאו-ליברליות, קשה גם לראות כיצד מדינה כלשהי יכולה ורוצה להגיע למצב של ניטרליות פרוצדורלית לגבי נתיניה. מאוטר צודק לחלוטין

בקריאתו החשובה לכונן אומה ישראלית. הוא קורא לעיצוב תרבות ישראלית שיש בה הכללות של מרכיבים תרבותיים שונים. לשון אחרת, מאוטנר סבור כי ניתן וצריך להגיע להגדרה של אומה ישראלית, אבל לא בעת ההיא ורק לאחר תיקון ושינוי מצב האפליה הקשה של המיעוט הפלשתיני בישראל. הבעיה הקשה היא שהמשפט הישראלי אינו בהכרח מאפשר במסגרת המשטרית הקיימת שוויון אמיתי בין קהילות שונות ובין יהודים לערבים בפרט.

ספרו של מאוטנר תורם תרומה חשובה במיוחד לשיח הציבורי והאקדמי בישראל על עתיד המשפט, התרבות והמשטר הפוליטי. הספר נוח מאוד לעיון, הקריאה בו מעשירה ומרתקת והוא מתאים לא רק לאנשי מקצוע בתחומי מדעי הרוח, חברה ומשפטים אלא גם לכל אדם שוחר מחשבה ורפורמות בחיינו הציבוריים.