

ביקורת ספרים

תרבות המשפט: משפט, חברה ותרבות בישראל בעקבות ספריו של מנחם מאוטנר

מאת
צבי טריגר*

- א. מבוא
1. "משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת"
2. "משפט ותרבות"
- ב. המשפט כנוזל
- ג. מתי הותך המשפט לנוזל?
- ד. משפט ותרבות, יהדות והשכלה/נאורות
- ה. על הקשר שבין מות הבושה, מות האשם והכרסום בסולידריות החברתית
- ו. סיכום

א. מבוא

הספרים משפט ותרבות¹ ומשפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת² מאת פרופ' מנחם מאוטנר, מתייחסים אל המשפט הן כאל תחום של ידע ופעולה אשר משפיע על התרבות ומעצב אותה והן כאל סימפטום של התרבות: "ספר זה", כותב מאוטנר בפתח הדבר למשפט ותרבות בישראל, "תופס את המשפט הישראלי כזירה חשובה ללימוד התהליכים התרבותיים המרכזיים שעברו על ישראל בשנות קיומה"³. אכן, אחת התובנות המרכזיות העולות משני הספרים היא שכדי ללמוד את התרבות הישראלית, חייבים להתבונן גם על המשפט. המשפט והתרבות הותכו זה אל זה באופן

* מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. תודה לקרן המחקר המסלולית של המכללה למינהל, המסלול האקדמי, על התמיכה הכספית שאפשרה את כתיבת רשימה זו. תודה לאייל גרוס, לעופר גרוסקופף וליובל לבנת על הערותיהם המועילות על טיוטה מוקדמת של מאמר זה.

- 1 מנחם מאוטנר משפט ותרבות (2008) (להלן: משפט ותרבות).
- 2 מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת (2008) (להלן: משפט ותרבות בישראל).
- 3 שם, בעמ' 13.

שאינו מאפשר הפרדה בין השניים ולמידה של האחד בלי למידה של האחר. כל הפרדה כזו תהא מלאכותית, והתמונה שהיא תיתן תהיה בהכרח חלקית ואולי אף מעוותת. מכאן נובע שהדרך להתחקות אחר גורמיהן של בעיות רבות בתרבות הישראלית עוברת בתוך המשפט, ומאידך גיסא, בעיות בהתפתחותה של מערכת המשפט משקפות צרכים חברתיים ומצוקות תרבותיות. המשפט מגיב על התרבות ממש כשם שזו מגיבה על המשפט, והתוצאות במקרים רבים הן בלתי-צפויות ובלתי-מתוכננות.

1. "משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת"

משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת, שהוא מסכת רחבת-ידיעה על המשפט בישראל, עוסק, בין היתר, בשינויים שעברו על בית-המשפט העליון במהלך שנות השמונים והתשעים של המאה שעברה. לטענת מאוטנר, שינויים אלה, המתאפיינים בחלוקת עבודה (ובחלוקת כוחות) מחודשת בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת, הם תולדה של אובדן ההגמוניה השלטונית של תנועת העבודה בסוף שנות השבעים⁴ ושל ההתפכחות מאשליית כוחו המאחד של המשפט.⁵

משפט ותרבות בישראל הוא במובנים רבים המשכו העדכני והמרחיב של ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי⁶ – טקסט שקשה להפריז במידת חשיבותו ומרכזיותו בשיח המשפטי הישראלי, בין שמקבלים את התזה העומדת בבסיסו ובין שחולקים עליה.

לפי מאוטנר, אי-אפשר להבין את האקטיביזם השיפוטי שנקט בית-המשפט העליון (ואשר בא לידי ביטוי בעליית הערכים בהנמקה השיפוטית) ואת מעורבותו הפוליטית מבלי לבחון את התגייסותו לצידם של ההגמונים לשעבר – אנשי תנועת העבודה, שאיבדו את כוחם הפוליטי לאחר בחירות 1977 – לנוכח האיום (האמיתי או המדומיין) על ערכיה הליברליים של מדינת-ישראל:

"בפותחו באופן נרחב את שערי אִפְשָׁר בית המשפט לעותרים אליו להפעיל פיקוח משפטי על פעולותיהם של הממשלה, המינהל הציבורי והכנסת. בפתחו ובהחילו את מבחן הסבירות כאמצעי המרכזי לפיקוח על ההחלטות של הממשלה והמינהל הציבורי, אפשר בית המשפט פיקוח במישרין על התכנים של החלטות הממשלה והמינהל. ואילו בציידו עצמו בסמכות לפסול חוקים, הכפיף בית המשפט את תוכני החקיקה של הכנסת למבחניה של מערכת הערכים הליברלית של בית המשפט. בגלל הזהות בין הערכים של בית המשפט ובין הערכים של קבוצת ההגמונים לשעבר, ציידו מהלכים אלה של בית המשפט את אנשי הקבוצה באמצעים להתערבות במעשי הממשלה, המינהל הציבורי

4 שם, בעמ' 14–16.

5 שם, בעמ' 419.

6 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993).

והכנסת – מוסדות מדינה שבהם איבדה הקבוצה הרבה מכוחה מאז שנות השבעים, תוך שיריביה מגבירים בהם את כוחם במידה ניכרת.⁷

מאוטנר טוען כי תופעה זו שאנו חווים בה כעת – כלומר, המאבק בין ליברליזם אוניוורסלי לבין לגליזם יהודי – היא למעשה "גלגול נוסף של מאבק תרבותי המתקיים בעם היהודי זה מאתיים וחמישים שנה".⁸ בצד אבחון זה, מאוטנר מציע גם דרכי פעולה אפשריות לציאה מן המחזוריות הזאת, ובראשן "דיון אקדמי וציבורי איכותי"⁹ וקריאה לדיאלוג פתוח ומושכל, תוך שימוש במושג-העל "רב-תרבותיות" כמסגרת לחשיבה על תסבוכת זו.¹⁰ בהמשך ארחיב עוד על כמה מהתובנות המרתקות העולות מספר זה.

2. "משפט ותרבות"

הספר משפט ותרבות – המאגד בתוכו כמה מן המאמרים שפרסם מאוטנר בעשור האחרון, בצד פרקים חדשים – מציע דרכים אחדות להתבוננות על היחסים שבין המשפט והתרבות. נוסף על עיסוק תיאורטי כללי במושג "תרבות" (בפרק הראשון) ועיסוק תיאורטי כללי בגישות השונות באשר לקשר שבין המשפט והתרבות (בפרק השני), מאוטנר דן בספר גם בכמה סוגיות מוגדרות: השכל הישר במשפט, המזל בשפיטה, משפט וספרות, ועוד. באמצעות יישום ההרמנויטיקה של הנס גאורג גדמר, מאוטנר מנתח את מקומה של התרבות בשיח המשפטי, כמו-גם את מקומו של המשפט בשיח התרבותי. הוא מראה כיצד המשפט מופעל וכיצד הוא יוצר משמעות, פעמים רבות מבלי שאנו מודעים לכך כלל ("המשפט הסמוי מן העין"¹¹).

מקום נכבד בספר מוקדש למשפט כמכשיר לעיצוב התרבות, לשינויה ולשיפור (בעיני המשתמשים בו), ולהשלכותיו של פרויקט כזה על החברה, על התרבות ועל הפרטים המרכיבים אותה.¹² כפי שמשמע מניתוחו של מאוטנר הן בספר זה והן במשפט ותרבות

7 משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 17.

8 שם, בעמ' 18.

9 שם, בעמ' 22.

10 שם, בעמ' 22–30, פרק 8. בגלל קוצר היריעה בחרתי לא להרחיב ברשימה זו בסוגיית הרב-תרבותיות. סוגיה זו טעונה בירור מקיף ומעמיק העומד בפני עצמו. אציין רק שהדיון במשפט ותרבות בישראל משרטט מתווה עשיר ופורה לחשיבה על ישראל כעל מדינה רב-תרבותית, תוך בחינה השוואתית וביקורתית של פתרונות שונים שננקטו במדינות רב-תרבותיות אחרות. שם. בין היתר מאוטנר מציע, לנוכח העובדה שכחמישית מאזרחי ישראל הם ערבים, להרחיב את הגדרת המדינה בהתאם, ולקבוע כי ישראל היא "מדינה יהודית ודמוקרטית, רב-תרבותית". שם, בעמ' 31.

11 משפט ותרבות, לעיל ה"ש 1, פרק 6.

12 שם, פרק 4.

בישראל, המשמעות של שיפור החברה הישראלית הייתה בעיני קברניטיה האחדתה, קרי, צריפת המגוון התרבותי העשיר בכור-ההיתוך לכלל תרבות אחת, אחידה ונקייה מיסודות לא-רצויים – תרבות "ישראלית" (כלומר, יהודית, אירופית ופטריארכלית). למשפט יוחד תפקיד משמעותי בפרויקט זה.¹³

אלא שפרויקט ההאחדה התרבותית באמצעות המשפט מציב אתגרים משמעותיים בשדה הכפייה התרבותית. אתגר מרכזי אחד נוגע בכל אותם מנהגים אשר מקובלים בתרבויות-המוצא של מהגרים אך מהווים עברות פליליות לפי המשפט הישראלי (הכאת ילדים, רצח על רקע "כבוד המשפחה", פוליגיניה (ריבוי נשים) וכדומה). אתגר נוסף כרוך באמונות שונות המהוות בסיס לפעולה, דוגמת האמונה בכישוף ובשדים.¹⁴ הדיון בסוגיית הכפייה התרבותית חושף את מימד השרירותיות המובהק של המשפט,

13 כפי שכותב מאוטנר במשפט ותרבות בישראל, תחילה "המשפט שימש מכשיר בידי המדינה לאכיפת הסדרים אחידים על חברה הטרוגנית, כדי ליצור בה האחדה תרבותית. אבל למרות שנים רבות שבהן הופעלו תהליכים של האחדה תרבותית, מרבית מדינות העולם הן רב-תרבותיות... קיים פער בלתי נמנע בין האחידות של משפט המדינה ובין מורכבות החברה שעליה הוא חל". משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 419. ראו גם להלן ה"ש 14 והטקסט הצמוד לה.

14 משפט ותרבות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 152–167. לסקירה מקיפה של שאלת ההגנה התרבותית בפלילים ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין פרק 17.2 (2008). אתגר זה מתקיים גם מחוץ להקשר הפלילי: שאלת הפער התרבותי בין השופטים לבין המתדיינים עלתה לא אחת גם בבקשות לפסילת שופטים שבוססו על הטענה כי השופטים היושבים בדין משתייכים לקבוצה תרבותית שונה מזו של בעלי-הדין, ולכן במקרים שבהם שאלות של אמונה ותרבות הן מהותיות לצורך ההכרעה, השופטים עלולים ללקות במשוא-פנים. כך, למשל, בת"א (שלום ת"א) 15473/08 קומע נ' כהן (לא פורסם, 27.1.2009), אישה שעסקה בהסרת כישופים ונתבעה על-ידי לקוחה שלה ביקשה משופט יהודי דתי לפסול את עצמו, בטענה שהוא ייטה לפסוק נגדה בשל האיסור המוטל ביהדות על עיסוק בכשפים. בדחותו את הבקשה כתב השופט מנחם (מריו) קליין כי "במדינה רב תרבותית והטרוגנית המקבצת בתוכה קיבוץ גלויות ומגזרים רבים בעלי השקפות עולם שונות ומגוונות אין מקום לקבלת טענות המבקשת בכל הקשור לאמונותיו ואורח חייו של שופט זה או אחר. תפקידו של השופט הינו לשפוט על פי הדין ובהתאם לנתונים העובדתיים המונחים בפניו ולא בהתאם לרחשי ליבו ואמונותיו כפי שסבורה המבקשת".

תחום נוסף של המשפט האזרחי שבו מתקיימת כפייה תרבותית משמעותית, ובאופן יומיומי, הוא דיני המשפחה. הדיינים בבית-הדין הרבני, שהם גברים חרדים, דנים בתיקים שבהם רוב המתדיינים, גברים ונשים, הם חילונים. כידוע, רבים בקהילה החרדית אינם מכירים בערכאות המדינה, שאותן הם מכנים "ערכאות של גויים", כך שבאופן פרדוקסלי קהל-היעד של בתי-הדין הרבניים מורכב ברובו מחילונים. כאן הפער כפול: הן לעניין האמונה הדתית ומערכת הנורמות, והן לעניין זהותם המגדרית של הדיינים, שכן נשים אסורות בכניסה למקצוע הדיינות על-פי היהדות הרבנית הישראלית.

שהרי בנסיבות שונות ובזמן שונה היה הצד הכופה יכול להיות דווקא הצד הנכפה. בהקשר זה עולה במלוא חריפותה גם שאלת המזל במשפט, שמוקדש לה פרק שלם במשפט ותרבות.¹⁵ אם מקבלים את תובנותיו של הריאליזם המשפטי, טוען מאוטנר, אי-אפשר להתעלם מהפוטנציאל לקבלת תוצאות סותרות במקרים דומים כאשר דנים בהם שופטים בעלי השקפות ואמונות שונות.¹⁶

ברשימה זו אני מבקש להתמקד רק בכמה היבטים של הדיון שמאוטנר מציע בשני ספריו. מטבע הדברים, אין באפשרותי להציע סקירה ממצה של מכלול הטיעונים, על מורכבותם, או דיון ממצה ומעמיק בהם. לכן רשימה זו מהווה הצעה לחשיבה נוספת רק על כמה מן הנקודות המרתקות העולות מן הספרים.

הצעה ראשונה לחשיבה על הספרים עלתה בדעתי לאחר התבוננות על דימוי הנחשול שעל כריכת הספר משפט ותרבות בישראל. חלקים ב-ו'ג של רשימה זו עוסקים לפיכך במטפורת המשפט כנוזל, אשר לא רק נובעת מעיצוב כריכתו של אחד הספרים, אלא גם מדריכה – כך לפחות אני קורא זאת – את הטיעונים עצמם, גם אם לא במודע. לאחר הדיון במשפט כנוזל, בתובנות שאפשר להפיק מהצעה זו ובשאלות שאנו נותרים עימן בסופו של הדיון, אני עובר לאחד הטיעונים החשובים המוצגים ונידונים בשני הספרים: הפער שבין עליית הערכים במשפט בשלושת העשורים האחרונים לבין ירידתם במסגרת התרבות הכללית (חלקים ד ו-ה).

ב. המשפט כנוזל

דימוי הנחשול שעל כריכת משפט ותרבות בישראל¹⁷ מרמז על אחת הטענות המרכזיות של הספר: המשפט בישראל בפתח המאה העשרים ואחת שוטף את הכל. כמו הנחשול שעל הכריכה, גם המשפט מציף כל פינה, סוּחָף ומאיים להטביע. הצפה משפטית זו, טוען מאוטנר, היא סימפטום של התרבות הכללית, וביתר פירוט, של הקשיים והאתגרים שהחברה הרב-תרבותית הישראלית ניצבת בפניהם על רקע פתיחתה מחדש של מלחמת-התרבות בעקבות ירידת ההגמוניה של תנועת העבודה ועליית החלופה הדתית.

ההיזקקות לאיתן-טבע כמטפורה מרמזת על אובדן השליטה בתהליכים חברתיים. כשם שגחמות האקלים ההולכות ומתרבות נגרמו, בחלקן, בעקבות הזיהום הסביבתי מעשה ידי אדם, כך גם התהליכים החברתיים שמאוטנר מזהה בספרו ראשיתם במשפטיזציה של התרבות הישראלית, ב"הכל שפיט" (שהוא מעשה ידי אדם, מעין גז-חממה משפטי),

15 משפט ותרבות, לעיל ה"ש 1, פרק 5.

16 שם, בעמ' 180–183.

17 עיצוב: דורית שרפשטיין.

ואחריתם באובדן שליטה, בקליטה מעוותת של עקרון החוקיות על-ידי החברה הישראלית, ביישומו הבעייתי ובהפיכת הכוונות הטובות על ראשן.

זו כמובן הצגה פשטנית מעט של אחד מטיעוניו של הספר המורכב והמרתק הזה (המהדהדים גם בפרק האחרון של משפט ותרבות¹⁸), אבל חריפות הדימוי שעל הכריכה מתכתבת היטב עם חריפות הטיעון, והשימוש במטפורה של נוזל על כריכת הספר מתאים במיוחד, כפי שאטען מיד. אם כן, בעקבות ספריו של מאוטנר אבקש להציע שהמשגת המשפט כנוזל הממלא מכל עשויה להאיר באור חדש הן את התהליכים שהובילו ליצירתה של תפיסת ה"הכל שפיט" והן את נקודות התורפה שלה.¹⁹

בשפה המדוברת אנחנו משתמשים במטפורות של נוזלים כדי לתאר רגשות ("הצפה רגשית", "אהבה עמוקה", "אני רותח/ת מזעם", "סערת רגשות")²⁰ או כדי לאפיין רעיונות ("מחשבה רדודה", "ספר מעמיק"). כפי שהראו לייקוף וג'ונסון,²¹ מטפורות מאפשרות לנו לקלוט את העולם הפיזי, ובו-בזמן גם מעצבות את האופן שבו אנו קולטים אותו.²² דבר זה נעשה באמצעות מטפורות-על סמויות ("מטפורות מושגיות", בלשונם של לייקוף וג'ונסון)²³ המאגדות את התפיסה שלנו באשכולות של משמעות.²⁴ דוגמה למטפורת-על כזו היא המטפורה "רגשות הם נוזל", שממנה צומח אשכול המטפורות הקונקרטיות שמניתי לעיל.

מטפורת-על נוספת היא "ויכוח/טיעון/דיון הוא מלחמה". מטפורת-על זו היא שמאפשרת לנו לומר ש"הביקורת קולעת למטרה", ש"ניצחתי בוויכוח" או ש"היא זיהתה את כל נקודות התורפה בטיעון שלי ותקפה אותן".²⁵ זאת, משום שמטפורת-העל של ויכוח כמלחמה מבנה את תפיסת הוויכוח ואת הרצאת הטיעון כפעולות תוקפניות המורכבות מהתקפה, הדיפה ומגננה. בוויכוח, כמו במלחמה, יש מנצחים ומפסידים. העובדה שמטפורת-העל סמויה מן העין הופכת את השימוש שלנו בכל נגזרותיה לשימוש לא-מודע אבל רב-עוצמה.²⁶

18 משפט ותרבות, לעיל ה"ש 1, פרק 11.

19 מטפורת הנוזל והמכל משלימה את הניתוח שמאוטנר מציע תוך יישום מושג ההביטוס של בורדייה. ראו משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 203–204.

20 עמליה רוזנבלום וצבי טריגר ללא מילים: התרבות הישראלית בראי השפה 27–29 (2007).

21 GEORGE LAKOFF & MARK JOHNSON, METAPHORS WE LIVE BY 3–6 (2003).

22 תובנות אלה בנוגע לשפה ולתפקידן של מטפורות אנלוגיות כמובן למקומו של המשפט בלימודי התרבות. כפי שמאוטנר מציין, הגישה המכוונת למשפט רואה את המשפט "כמכונן את התרבות, ובעקבות זאת כיוצר משמעות בתודעותיהם של בני האדם וכמכונן את יחסיהם החברתיים. על פי תפיסה זו... באמצעות השתתפותו בכינון התרבות, המשפט משתתף בכינון קטגוריות התודעה שבאמצעותן תופסים בני האדם את היחסים החברתיים שהם מצויים בהם". משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 49. ראו גם משפט ותרבות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 11, 52–53.

23 LAKOFF & JOHNSON, לעיל ה"ש 21, בעמ' 3–6.

24 שם, וכן רוזנבלום וטריגר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 27–29.

25 LAKOFF & JOHNSON, לעיל ה"ש 21, בעמ' 4.

26 מטפורת-על נוספת של לייקוף וג'ונסון מזכירים היא "זמן הוא כסף". ממנה נגזרות המטפורות

מטפורת ההכלה (container metaphor) היא מטפורת-על אחרת.²⁷ תפיסה של העולם כמורכב ממכלים מטפוריים מכוננת אותנו ואת מעשינו, וכמובן גם את הזולת, כנמצאים "בפנים" או "בחוץ". כך, יש "ארץ" ויש "חוץ-לארץ"; "בתוך הקו הירוק" ו"מחוץ לקו הירוק"; "בתוך החומה" ו"מחוץ לחומה" (למשל, "השכונה הראשונה מחוץ לחומות").²⁸ מכאן שמטפורת-על זו, על-ידי המשגת העולם כנחלק ל"פנים" ול"חוץ", גוזרת עלינו חשיבה דיכוטומית של או-או: או שאת/ה בפנים או שאת/ה בחוץ; או שאת/ה בעדי או שאת/ה נגדי.²⁹

במקום אחר טענתי כי אמירתו המפורסמת של אהרן ברק בפתח החוברת השלישית של כרך יז של כתב-עת זה – "מלוא כל הארץ משפט"³⁰ – היא נגזרת של מטפורת ההכלה.³¹ קדמה לה, כידוע, קביעתו של ברק, בפסק-דינו בעניין רסלר, כי "כל דבר הוא 'עניין משפטי', במובן זה שהמשפט קובע לגביו עמדה, אם מותר הוא או אסור".³² פסק-דין זה ביטא את הגישה ההפוכה לדוקטרינת השפיטות המסורתית, שלפיה על בג"ץ להימנע מדיון בסוגיות פוליטיות.³³ אולם אמירתו זו של ברק לא כוונה רק לעניינים בעלי אופי פוליטי, אלא לכל העניינים באשר הם: "כל דבר הוא 'עניין משפטי'". כאן אנו מגיעים לליבת הטעון העולה מן הניתוח שמאוטנר מציע: בסופו של דבר,

היומיומיות הבאות: "בזבוז זמן", "חסכתי זמן", "אין לי זמן בשבילך", "השקעתי בו המון זמן", "הזמן אוזל/נגמר", "כמה זמן נשאר?", "חיים על זמן שאול", "להרוויח/לקנות / להפסיד זמן" וכדומה. שם, בעמ' 7–8.

27 שם, בעמ' 25–32.

28 הסיפור "מאחורי הגדר" של ביאליק הוא דוגמה לסיפור שבנוי כל-כולו על מטפורות הנגזרות ממטפורת-העל של המכל. חיים נחמן ביאליק "מאחורי הגדר" הסיפורים 59 (אבנר הולצמן עורך, 2008).

29 חשוב לציין שלייקוף וג'ונסון סבורים כי שורשיה של מטפורת ההכלה מצויים בביווגיה: אנתנו תופסים את גופנו כמכל, ואת העולם – כחיצוני לו. זו החוויה הבסיסית של התפיסה האנושית, לטענתם, והיא גם זו שמסבירה את העובדה שאינסטינקט הטריטוריאליזם הוא אחד האינסטינקטים האנושיים הבסיסיים ביותר. Lakoff & Johnson, לעיל ה"ש 21, בעמ' 29–30. אחת הביקורות הנוקבות שאפשר להעלות נגד טענה זו של לייקוף וג'ונסון (ונסו לחשוב לאיזו מטפורת-על משתייכות המילים "ביקורות נוקבות") היא שהם מתעלמים מן התרבות ומקשים על התפיסה האנושית מן הביווגיה, במה שנדמה כדטרמיניזם ביולוגי קיצוני.

30 אהרן ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז(3) 475, 477 (1993).

31 צבי טריגר "המשפט והתיאטרון כגשרים בין מדעי הרוח ומדעי החברה – מאמר בארבע מערכות" דין ודברים ג(1) 63, 74–75 (2007).

32 בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 477 (להלן: עניין רסלר).

33 את הגישה המסורתית לדוקטרינת השפיטות ניתן למצוא, בין היתר, בבג"ץ 65/51 ד'בוטינסקי נ' ויצמן, פ"ד ה 801 (1951).

השתרשות התפיסה שלפיה "כל דבר הוא 'עניין משפטי'" הביאה לידי כך שהחברה הישראלית ויתרה על האתיקה ועל המוסר כטעמים לפעולה. אם הדבר "יעבור את מבחן בג"ץ" – כפי שנהוג לומר בתקשורת ובשפת היומיום (גם כאשר מדובר בערעור אזרחי או פלילי בבית-המשפט העליון) – אזי הפעולה לגיטימית. הסטנדרט לשיפוט פעולה הונמך אם כן בעקבות "מבחן בג"ץ": מעתה, כדי שפעולה תהיה לגיטימית, היא צריכה ציון "עובר" במבחן זה ותו לא.

זו התוצאה הבלתי-מכוונת של מדיניות שיפוטית שהתכוונה, כנראה, לטוב: אין מביאים עוד בחשבון את השאלה אם הפעולה ראויה מבחינה אתית או מוסרית. במונחיהם של לייקוף וג'ונסון, המשפט נהיה למטפורת-העל שבאמצעותה אנו תופסים, מפרשים ומבינים יחסים חברתיים ופוליטיים. ויתרנו על מטפורות-על אחרות להבנת היחסים החברתיים והפוליטיים, ובכך צמצמנו את טווח אפשרויות הפעולה ודרכי החשיבה שלנו על יחסים אלה רק לפעולות ולדרכי חשיבה שאפשריות במסגרת השיח המשפטי.

ג. מתי הותך המשפט לנוזל?

מה הניע את השינוי הדרמטי הזה בתרבות הפוליטית הישראלית? כאמור, מן הניתוח של מאוטר עולה כי זניחת האתיקה והמוסר הם תולדה – לא מכוונת, כנראה – של הרחבת השפיות ושל האקטיביזם השיפוטי. אלה, בתורם, הם תולדה של אובדן ההגמוניה של מפלגת העבודה והשמאל הציוני-הסוציאליסטי בסוף שנות השבעים של המאה שעברה.

מאוטר טוען כי התגייסותו של בית-המשפט העליון לשמש כלי בידי ההגמונים לשעבר – אנשי תנועת העבודה והשמאל הציוני-הסוציאליסטי – היא שגרמה להרחבתן של עילות השפיות וזכות העמידה. כך, בעניין רסלר נעשה ניסיון "לביטול המוחלט של אי-השפיות"³⁴. אומנם, כפי שטענו אחרים, ייתכן שהמוטיווציה לביטול אי-השפיות נבעה מבעיות קשות בתפקודן של הכנסת והממשלה, אשר חייבו, לדעת בית-המשפט, את התערבותו. יש לזכור גם שאי-התערבות היא למעשה מתן גושפנקה חוקית למצב הקיים – מצב שבו מי שקובע עובדות בשטח הוא שמנצח. לכן "אי-התערבות" בפעולה השלטונית היא בעצם התערבות לטובת השלטון. אולם בסופו של דבר, למרות הכוונות הטובות, התערבותו של בית-המשפט העליון חזרה כבומרנג והפתה בנורמות השלטון הראויות, שהן נורמות לא-משפטיות מטבען, ובתרבות הפוליטית בישראל.

אם כן, שינוי מצב-הצבירה של המשפט ממוצק לנוזל, וזליגתו אל תוך מכל התרבות הפוליטית הישראלית, החלו להתהוות באופן משמעותי עם אובדן ההגמוניה של מפלגת

34 משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 128. כפי שדפנה ברק-ארז מציינת, "התמורות בדוקטרינת השפיות שימשו בסיס לכל השינויים המשמעותיים האחרים שחלו במשפט הציבורי בישראל מאז שנות השמונים של המאה העשרים, ובכללן המהפכה החוקתית". דפנה ברק-ארז "מהפכת השפיות: הערכת מצב" הפרקליט נ(1) 3, 4 (2008).

העבודה בסוף שנות השבעים של המאה שעברה.³⁵ או החלו חברי-כנסת מן השמאל להרחיב את פעילותם הפרלמנטרית ולהזרימה אל תוך בית-המשפט, באמצעות עתירות לבג"ץ בנושאים שבהם היה מן הראוי, לדעת מאוטנר (ורבים אחרים), להותיר את המילה האחרונה בפי הכנסת או בפי הרשות הרלוונטית.³⁶ כפי שהוא מציין, "חברי הכנסת המזוהים ביותר עם קבוצת ההגמונים לשעבר הליברלים הגישו את המספר הגדול ביותר של עתירות לבג"ץ בתקופה שבין 1977 ועד 2005".³⁷ זאת ועוד, רוב עתירותיהם של "ההגמונים לשעבר" לא עסקו בעילות שנגעו באופן אישי בחברי-הכנסת העותרים (כמו בעתירה בנוגע להסרת חסינות, למשל), אלא "הוגשו כהמשך לפעילותם הפוליטית של העותרים בכנסת".³⁸ אם כן, דומה שמטרתם של ההגמונים לשעבר – אותה קבוצה ששופטי בית-המשפט העליון כינו "הציבור הנאור"³⁹ – הייתה להרוות מחדש את החברה הישראלית (לפחות כפי שזו הוגדרה על-ידיהם), לאחר שהתפשטה מערכי הליברליזם ודחתה אותם (לפחות חלקית), באותם ערכים ממש. ובית-המשפט נרתם למלאכה, בין היתר באמצעות שינוי דרכי ההנמקה שלו: הוא זנח את הפורמליזם ואת ההתמקדות בלשון, אשר אפיינו את הפסיקה בשנות החמישים, ופיתח דרכי הנמקה ערכיות ו"פרשנות תכליתית".⁴⁰ אלא שנראה כי ישראלים רבים, החברים בקבוצות היריבות להגמונים (בראש ובראשונה הציונות הדתית והחרדים), לא היו צמאים, לפחות לא לערכים שההגמונים לשעבר הוקירו וביקשו להמשיך לקדם.

בית-המשפט שימש בידי ההגמונים לשעבר כמשפך – אותו מכשיר המיועד להעברת נוזלים בין כלים מבלי לאבד טיפה. אלא שבית-המשפט לא היה המשפך המתאים, כפי שטוען מאוטנר, אם משום שזווארה של התרבות היה צר מדי, ואם משום שהיא כבר מילאה את עצמה בערכים אחרים.⁴¹

כך, החיבור בין עקרון "מלוא כל הארץ משפט" לבין המצב הפוסט-הגמוני הוליד את "גישת המשפוט ביחסים שבין קבוצות חברתיות ותרבותיות במדינה",⁴² וזאת במקום

35 משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 169–208.

36 שם, בעמ' 135.

37 שם, בעמ' 208. כ-50% מהעתירות שהוגשו לבג"ץ בשנים 1977–2005 הוגשו על-ידי חברי-כנסת מקבוצת ה"הגמונים לשעבר": מר"צ-יחד, שינוי ומפלגת העבודה. שם.

38 שם, וכן בעמ' 138.

39 שם, בעמ' 115–117.

40 ראו, למשל, שם, בעמ' 152, 163–164, וכן מאוטנר, לעיל ה"ש 6.

41 בהקשר זה ראוי לציין את העדרו של רצח רבין מדיונו של מאוטנר (ראו בעיקר בתת-פרק שכותרתו "על סף מלחמת אזרחים (א)", משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 278–279). ניתן לראות ברצח ראש ממשלת ישראל ב-4 בנובמבר 1995, על-ידי סטודנט למשפטים מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן, את אחת התחנות הדרמטיות ביותר במאבק בין ההגמונים לשעבר לבין אחת הקבוצות בחברה המנסה ליהפך להגמונית באמצעים לא-ליברליים בעליל.

42 שם, בעמ' 142.

"גישה המושתתת על התעניינות של ממש בעמדות ובצרכים של הקבוצות האחרות וקיום דיאלוג אמיתי עמן".⁴³ כפי שהצביעה דפנה ברק-ארוז, הבעיה עם משפוט היחסים היא שהוא "משתיק טענות ערכיות, חברתיות ותרבותיות, שאין להן מעמד משפטי פורמלי, ומכל מקום, מדרבן 'לעומתיות' והדגשת 'זכויות', להבדיל מהתחשבות ודיאלוג שיש בו הדדיות".⁴⁴ זהו פרדוקס מרתק (ואירוני מאוד), משום שפרויקט משפוט היחסים מבית-מדרשו של נשיא בית-המשפט העליון בדימוס אהרן ברק היה פרויקט ערכי מובהק, ואף זוהה על-ידי מאוטנר כ"עליית הערכים".

בהקשר זה מרתק במיוחד הפער בין הרטוריקה של בית-המשפט העליון לבין יחסו בפועל לסוגיית השפיטות. כפי שמציין מאוטנר, בעקבות רות גביוון, הלכה למעשה בית-המשפט העליון אינו מתייחס לאי-השפיטות כאילו בוטלה; למרות תדמיתו האקטיביסטית, הוא ממעט להתערב בפעולותיה של הרשות המבצעת, בוודאי יחסית לשנות השמונים.⁴⁵ עובדה זו מעלה את התהייה הבאה בנוגע לביקורתו של הימין השמרני על בית-המשפט

43 שם.

44 ברק-ארוז, לעיל ה"ש 34, בעמ' 23.

45 משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 131. ראו גם ברק-ארוז, לעיל ה"ש 34, בעמ' 10-11. בהקשר זה אציין כי גם תדמיתו של בית-המשפט העליון כפוסל סדרתי של חוקי הכנסת רחוקה מהמציאות. כפי שמאוטנר מציין, רק ארבע הוראות חוק נפסלו מאז ניתנה הלכת בנק המזרחי בנובמבר 1995 (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221). ראו משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 141. מאוטנר טוען עוד כי הייתה הצדקה מועטה לפסילת חוקי הכנסת, "לנוכח מיעוט הפגיעות בזכויות האדם בחקיקת הכנסת". שם, בעמ' 143. בין שהייתה הצדקה רבה או מועטה לפסילת חוקי הכנסת, נדמה לי שיש כמה הוראות חוק שפגיעתן בזכויות האדם היא משמעותית ביותר (אם כי חלקן נחקקו הרבה לפני חוקי-היסוד, ולכן הן אינן כפופות לביקורת שיפוטית גם לפי הגישה המתירנית ביותר לביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת). לדוגמה, ס' 5 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, יוצר מובלעת משמעותית של הפליה נגד נשים – מחצית מהאוכלוסייה – בענייני נישואים וגירושים (זאת, בצירוף עם חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, בהתייחס לנשים יהודיות, הסמכת בתי-דין שרעיים לנשים מוסלמיות, וכן הלאה). חוקים אלה הופכים את הנשים הישראליות הנישואות בנישואים דתיים לרכושם של הגברים (שכן זה מעמדן ביהדות ובאסלאם), וגלומים בהם סוגים נוספים של הפליה (סמלית, כלכלית) וכן פגיעה קשה בחירותן (למשל, במקרה של סרבנות גט מצד הבעל). גם לאחר חקיקת חוקי-היסוד נחקק חוק הפוגע באופן משמעותי בזכויות האדם: התיקון לחוק האזרחות, אשר נידון במשפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 142-143. בזמן כתיבת רשימה זו עומד על הפרק חוק שיתנה את אזרחותם של הפלסטינים אזרחי ישראל בהצהרת נאמנות למדינה (הצעת החוק תנוסח כנראה בלשון כללית, אולם מהתבטאויותיהם של הפוליטיקאים שיזמו אותה, ובראשם אביגדור ליברמן, ברור כי היא מכוננת בראש ובראשונה אל הפלסטינים).

העליון:⁴⁶ האירוניה היא שבית-המשפט העליון, כפי שמאוטנר מראה, הולך קו ימני-שמרני מבחינה כלכלית, ולא הרבה להתערב בעתירות בטחונות או בקידומן של זכויות חברתיות.⁴⁷ כלומר, בית-המשפט העליון שילם מחיר על הרטוריקה שלו (ועל תדמיתו), ולא בהכרח על פסיקותיו ועל הקו האידיאולוגי שבא לידי ביטוי בפסיקות אלה. "אם כן," כותבת דפנה ברק-ארוז, "המיתוס בנוגע לכוחו של בית-המשפט גדול 'בכמה מידות' על המציאות."⁴⁸ איך נוצרה התדמית הזאת של בית-המשפט העליון כשמאלני רדיקלי, ומי הרוויח משימורה?⁴⁹ האם המרוויח העיקרי היה בית-המשפט העליון או שמא היו אלה מתנגדיו? והאם באמת נרתם בית-המשפט העליון להגן על ההגמונים לשעבר או שמא הייתה זו רק מראית-עין?

אלה הן רק כמה מן השאלות המרתקות העולות בעקבות הקריאה בשני ספריו של מאוטנר, ויש לקוות שמחקרים עתידיים – שלו ושל אחרים בעקבותיו – ינסו לענות עליהן.

ד. משפט ותרבות, יהדות והשכלה/נאורות

משפטים ורטוריקה הם שני המקצועות שנלמדו באוניברסיטות הראשונות באירופה, החל במאה האחת-עשרה.⁵⁰ למעשה, אוניברסיטת בולוניה, שנחשבת לאחת האוניברסיטות הראשונות באירופה, החלה את דרכה כפקולטה למשפטים. מתוך הפקולטה למשפטים צמחו

46 שם, בעמ' 223.

47 כפי שמאוטנר מציין, בית-המשפט העליון הגן על-פי-רוב על הקניין הפרטי והחירויות השליליות, וסירב להגן על זכויות חברתיות. שם, בעמ' 210. חוקרים נוספים עמדו על כך שהלכה למעשה קידם בית-המשפט העליון יותר מכל את סדר-היום של הימין הכלכלי – זה שביקר אותו כאקטיביסט וכמי שנוקט עמדה שמאלנית מובהקת. ראו, למשל, אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא(3) 405 (1998); אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי" צדק חלוקתי בישראל 79 (מנחם מאוטנר עורך, 2000); יובל אלבשן זרים במשפט – נגישות לצדק בישראל 128 (2005).

48 ברק-ארוז, לעיל ה"ש 34, בעמ' 17.

49 במובן זה, הפער בין המציאות לבין התדמית של בית-המשפט העליון מזכיר מאוד את היחס לתנועה הפמיניסטית כאל חבורת נשים מיליטנטיות ששורפות חזיות. גם כאן עולה השאלה מדוע מיתוס שרפת החזיות כה חזק, ואת מי משרתת הצגת הפמיניזם כתנועה של נשים מיליטנטיות ושונאות גברים. ראו טלי רוזין מה זה בכלל פמיניזם? ואיך קרה שאנחנו לא יודעות על זה כלום 226–228 (2000).

50 PETER STEIN, ROMAN LAW IN EUROPEAN HISTORY (1999); OLAF PEDERSEN, THE FIRST UNIVERSITIES 126 (Richard North trans., 1997): "In accordance with old Roman usage, law was viewed as a part of rhetoric, and could be formally incorporated into artes liberales, contrary to medicine"

מחלקותיה האחרות של האוניברסיטה. המשפט שנלמד ונחקר באוניברסיטות הראשונות היה המשפט הרומי. בעקבות הלימוד, המחקר והעדכון האקדמיים שבהם זכה משפט זה באוניברסיטות ברחבי אירופה, הוא גם זה שנהפך לבסיס המשפט הנוהג ברחבי אירופה של ימי הביניים. לימים הוא צמח ונהיה לשיטת המשפט הקונטיננטלית, וגם השפיע לא מעט על המשפט המקובל.⁵¹ האקדמיה האירופית הייתה, אם כן, הסוכנת הראשונה במעלה של יצירת המשפט הקונטיננטלי וקליטתו בתרבות הכללית.

לעומת זאת, בתרבות היהודית הייתה זו הדת ששימשה סוכנת של המשפט, דרך בתי-המדרש ופסיקת הרבנים – "האקדמיה היהודית". מראשית ימיה של תנועת הנאורות באירופה, במאה השמונה-עשרה, היו אף שטענו כי הדת היהודית היא מערכת משפטית ותו לא. עמנואל קנט כתב כך:

"האמונה היהודית היא על-פי היערכותה הראשית מכלול של חוקים תקנוניים בלבד שעליו נתיסד משטר מדינה... זו אינה בעצם דת כלל, אלא התאחדות של המון בני-אדם, שכיוון שהיו בני שבט מיוחד, נתגבשו לכדי קהילה על-פי חוקים מדיניים גרידא, ובכך לא לידי כנסיה."⁵²

לפי תיאורו של קנט, השקפת-העולם שבבסיס היהדות הייתה מנוגדת לפרויקט הנאורות. כפי שכותב מאוטר:

"אחד הגילויים של תנועת הנאורות באירופה במאות השבע-עשרה והשמונה-עשרה היה התפתחותה של תפיסת המשפט הטבעי. ברוח הנאורות, סברו אנשי המשפט הטבעי כי אין לפתח את המשפט בצמידות למנהגים מקומיים, אלא באופן אוניברסאלי, על פי ציווי התבונה, מתוך חתירה למימוש העקרונות האוניברסאליים של חירות ושוויון, שבאו לביטוי בעקרונות המהפכה הצרפתית."⁵³

קנט סבר, בעקבות קריאת כתביו של ידידו מנדלסון,⁵⁴ כי אין משפט טבעי יהודי, ולכן

51 למשל, דוקטרינת הקנטור (provocation), שמכוחה גבר שהרג את אשתו כאשר תפס אותה בשעת קיום יחסי מין עם גבר אחר הואשם בעברה מופחתת של הריגה. על שורשיה הרומיים של דוקטרינה זו ראו: JANE F. GARDNER, WOMEN IN ROMAN LAW AND SOCIETY 127–131 (1991). על ההיסטוריה של הקנטור במשפט המקובל ראו אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האשה – חוס דמם של 'האדם הסביר' ו'הישראלית המצויה' בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזולוס" פלילים 137, 139–142 (1997).

52 עמנואל קאנט הדת בגבולות התבונה בלבד 114 (נתן רוטנשטריך מתרגם, 1985).

53 משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 48.

54 ירמיהו יובל חידה אפלה: הגל, ניטשה והיהודים 32 (1996). כן ראו שמואל הוגו ברגמן הפילוסופיה של עמנואל קאנט 157–158 (מהדורה שנייה ערוכה ומתוקנת, התש"ס). כפי שברגמן מציין, תפיסת היהדות כמערכת חוקים ותו לא מופיעה כבר אצל שפינוזה ב"מסכת התיאולוגית-מדינית". שם, בעמ' 159.

היהדות אינה דת. לדעתו, היהדות היא דת לגליסטית, כלומר, מערכת חוקים בלבד.⁵⁵ לפי קו חשיבה זה, הפרויקט של החייאת המשפט הרומי באוניברסיטות האירופיות הראשונות התאפשר משום שהמשפט הרומי לא היה מערכת של חוקים שרירותיים בלבד, אלא מערכת של חוקים שהתיישבו עם ציוויים מוסריים אוניוורסליים, כלומר, עם המשפט הטבעי. לעומת זאת היהודים, לפי קנט, מצייתים לחוק מיוחד עונש או לשם שכר, ולא משום שיש משהו טוב, מוסרי או ראוי בציות לחוק או משום שהחוקים הם קודיפיקציה של עקרונות מוסריים אוניוורסליים. בהתאם לתפיסה זו מיקם קנט את היהדות בתחתיתו של סולם התפתחות הדתות שבנה, קרי, כדת הכי פחות מפותחת, ובעצם כ"לא דת".⁵⁶

ברוח זו ביקרה תנועת ההשכלה, אשר מנדלסון היה מראשיה (כמו גם "מראשי המדברים של תנועת הנאורות"⁵⁷), את "צמצום התרבות היהודית לדלת אמות ההלכה".⁵⁸ ביקורת זו יצרה קרע בין המשכילים לבין הממסד הרבני. קרע זה, טוען מאוטנר, מלווה אותנו עד ימינו־אנו, והוא המפתח להבנת שורשיו ההיסטוריים של העימות הנוכחי בין תומכיו של בית־המשפט העליון לבין מתנגדיו: עמדותיהם של החילונים בישראל של היום פותחו לראשונה על־ידי מנהיגי תנועת ההשכלה.⁵⁹

האם ניתן ליישם את ביקורתם של קנט ומנדלסון גם על המשפט הישראלי (ולא רק על המשפט העברי)? כפי שכבר רמזתי, ההבחנה של קנט בין חוקיות לבין מוסריות עולה גם מניתוחו של מאוטנר בנוגע לתרבות הישראלית. מאוטנר מוחה בספריו על צמצום התרבות הישראלית לד' אמות המשפט. לצמצום זה, לדעתו, תרם לא מעט המפגש בין האקטיביזם השיפוטי לבין התרבות הישראלית – הפוליטית והכללית. אבל כאן הנקודה המעניינת: כפי שעולה מטיעונו של מאוטנר, הלגליזם של התרבות הישראלית העכשווית הוא תוצר לא־מכוון של הרחבת השפיטות וההשקפה שלפיה "מלוא כל הארץ משפט", וזו, בתורה, נוצרה כתוצאה מהשימוש שעשו ההגמונים לשעבר בבית־המשפט העליון לאחר שאיבדו את הבכורה בכנסת.

מבלי להיכנס לביקורת על התפיסה הקנטיאנית ביחס ליהדות,⁶⁰ דומה שנסגר כאן מעגל: בישראל של היום, החילוניות והדמוקרטיה, הציות לחוק נעשה מטעמים של ציפייה לשכר או פחד מעונש, כלומר, תפיסת הפוליטיקה היא לגליסטית. הציות לחוק מתקיים לא בזכות תפיסה מוסרית של ציות לחוק כדבר טוב וראוי, כחלק ממערכת פנימית של ערכים "המפיחה חיים ומחדירה טעם גם במערכת 'הליגאלית'".⁶¹ מה ש"עובר את מבחן

55 ראו גם ירמיהו יובל שפינוזה וכופרים אחרים 259–261 (1988).

56 יובל, לעיל ה"ש 54, בעמ' 34; קאנט, לעיל ה"ש 52, בעמ' 114–115. ביקורת על "מסורת הלמדנות, התופסת את היהדות כדת משפטנית" קיימת גם בספרות המוסר היהודית. ראו

מנחם מאוטנר "תרבות של מידות טובות" מקור ראשון – שבת 17.10.2008, 19.

57 יובל, לעיל ה"ש 54, בעמ' 28.

58 משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 57.

59 שם, בעמ' 57–58.

60 יובל עומד על הנימה האנטישמית בביקורתו של קנט. יובל, לעיל ה"ש 54, בעמ' 34–37.

61 יובל, לעיל ה"ש 55, בעמ' 260.

בג"ץ" מותר לביצוע, גם אם לפי כל אמת-מידה אחרת הוא פסול. במילים אחרות, העיקר שהמעשה חוקי (עומד ב"מבחן בג"ץ"), ואין זה משנה אם הוא מוסרי או לא (לפי כל אמת-מידה שאינה משפטית).⁶²

בהקשר זה חשוב להתעכב על ההבחנה בין תכניו של המשפט לבין האופן שבו הוא נתפס על-ידי קבוצות שונות בציבור. מובן שמבחינת תכניו המשפט רווי בנורמות מוסריות, ולא רק חוקיות. למעשה, במקרים רבים אי-אפשר כלל לשרטט את קו הגבול בין החוקי לבין המוסרי או הראוי. כך, במשפט האזרחי, למשל, נורמות כגון תום-לב והגינות הן חלק מהוראות החוק ממש.⁶³ גם פסיקתם של בתי-המשפט רחוקה מלהיות לגליסטית, בין היתר כביטוי לאותו תהליך של עליית ערכים שמאוטנר מתאר בספריו.⁶⁴

במובן זה ניתן לטעון כי הניסיון של בית-המשפט העליון להציף את הארץ במשפט כמוהו כניסיון להציפו גם בנורמות מוסריות, ולא רק חוקיות. אולם – וזה אחד הטיעונים של מאוטנר – ניסיון הצפה זה נתפס על-ידי קבוצות שונות בחברה הישראלית כמסוכן, משום שהן תפסו אותו כפוליטי. במילים אחרות, הלגליזם הוא לא של מערכת המשפט, כי אם של התרבות; הוא תוצר של האופן שבו נקלטה בתרבות הכללית עליית הערכים שהתרחשה בתוך המשפט. זו בדיוק משמעותה של היות התרבות הישראלית תרבות אשם. ייתכן מאוד שזה המחיר ששילמה התרבות הישראלית בעבור נסיונו של בית-המשפט העליון לחשק את השינויים בתרבות הכללית בתקופה שלאחר אובדן ההגמוניה של תנועת העבודה. עליית הערכים וירידת הפורמליזם שמאוטנר מזהה בפסיקת בית-המשפט העליון הולידו תגובת-נגד תרבותית שביטוייה הוא היצמדות של התרבות הפוליטית לפורמליזם משפטי (כלומר, דחייה רבתי של הערכים):

"בכל הנוגע בכישלון ההתנהגותי, פוזיטיביזם משפטי שולט בתרבות הפוליטית של ישראל. אנשי-ציבור נוהגים כאילו המקור היחיד שצריך לקבוע את אמות-המידה להתנהגותם הוא המשפט, כביכול אין מקום לכך שהתנהגותם תעמוד גם באמות-המידה של מערכת נורמטיבית נוספת, זו של התרבות הפוליטית."⁶⁵

62 ניתן גם לטעון שבג"ץ נהפך לסמכות מוסרית, ולא רק חוקית, וזאת כפועל יוצא מהתהליך של ירידת הפורמליזם ועליית הערכים. אולם אם הדבר נכון, אזי בג"ץ נהפך לסמכות מוסרית רק בעיני חלק מהאוכלוסייה, ואולי אפילו לא בעיני כל ההגמונים לשעבר, כפי שעולה מניתוחו של מאוטנר. ראו משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 160-168.

63 ראו, למשל, ס' 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

64 על אכיפת נורמות מוסריות – כגון תום-לב, הגינות, סולידריות ואחריות חברתית – במשפט הפרטי עמדו כותבים נוספים. ראו, למשל, עלי בוקשפן המהפכה החברתית במשפט העסקי (2007).

65 משפט ותרבות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 318. כפי שמאוטנר מציין, המשפט הישראלי הוא תוצר של שאילה תרבותית מאנגליה (בעקבות הכיבוש הצבאי של ארץ-ישראל/פלשתינה והמנדט הבריטי), אולם לא התקיימה שאילה תרבותית מקבילה בתחום התרבות הפוליטית, לפחות לא בכל הנוגע בנורמות ההתנהגות של אנשי-ציבור. שם.

הבחנה זו, כפי שעולה מדבריו של מאוטנר, מזכירה את ההבחנה האנתרופולוגית בין תרבויות בושה לבין תרבויות אשם. תרבויות בושה הן תרבויות שבהן מצייתים לנורמות מפחד הבושה, והן מתאפיינות בדרך-כלל במיעוט חוקים. בתרבויות אלה אי-ציות לנורמות או לחוקים נחשב להתנהגות אנטי-חברתית. תרבויות אשם, לעומת זאת, הן תרבויות שבהן יש מספר רב של חוקים, ומצייתים להם מפחד הענישה.⁶⁶

במושגיה של רות בנדיקט, האנתרופולוגית האמריקאית שהציעה את ההבחנה הזאת, ישראל היא תרבות אשם מובהקת: יש בה מערכת משפטית ענפה, רבת חוקים ותקדימים מחייבים. החוקים מתעדכנים תדירות, וכך גם התקדימים. נוסף על כך, הציות לחוק בישראל נעשה לא מתוך השקפה שהציות הוא ראוי וטוב כשלעצמו, או מחשש לביוש בפני הזולת אם החוק או הנורמה יופרו, אלא מפחד הענישה. כאשר מדברים בישראל על "מות הבושה" של פוליטיקאים שסרחו, מכוונים בעצם להיותנו תרבות אשם.

גם התרבות היהודית הקדומה, לפי ביקורתם של מנדלסון וקנט, הייתה תרבות אשם, וזאת אף שלפי סיווגה של בנדיקט תרבויות קדומות הן בדרך-כלל תרבויות בושה, בעוד האשם הוא מאפיין מובהק של תרבויות מודרניות.⁶⁷ במובן זה, התרבות הישראלית המודרנית, שבה "אין בושה", היא המשכה הישיר של התרבות היהודית הקדומה.

השיבה לתרבות האשם היהודית היא ביטוי לאחת התופעות הנוספות שמאוטנר מזהה בעידן הרב-תרבותי של ישראל: ירידת העבריות והשיבה ליהדות.⁶⁸ העבריות, טוען מאוטנר, הייתה רכיב חשוב באידיאולוגיה ההגמונית של תנועת העבודה, בצד הקולקטיביזם: "האדם היהודי החדש", שהוא אנטי-זה לאדם היהודי של הגולה.⁶⁹ העבריות התבססה על עקרון הבושה, מעצם שאיפתה להחזרת הכבוד האבוד, ואילו היהדות מבוססת על עקרון האשם.

אבל תרבות האשם הישראלית מורכבת מעט יותר, כידוע, משום שקיימת בה בעיה קשה של אי-ציות לחוק גם בקרב רשויות השלטון. למעשה, הרחבתן של עילות השפיטות וזכות העמידה על-ידי בית-המשפט העליון נעשתה במקרים רבים בדיוק משום כך: משום אוזלת-ידן של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת.⁷⁰ לפי ניתוח זה, לא רק הבושה הלכה לעולמה, אלא גם תחושת האשם.

66 ראו, למשל: RUTH BENEDICT, THE CHRYSANTHEMUM AND THE SWORD: PATTERNS OF JAPANESE CULTURE 222–225 (1989).

67 בנדיקט טוענת כי בחברות קדומות מנגנון הבושה הוא רב-עוצמה משום שמדובר בחברות קטנות שבהן כולם מכירים את כולם, ולכן לבושה יש כוח מנרמל וממשטר אפקטיבי ביותר. לעומת זאת, בחברות מודרניות, שהן חברות-המונים אנונימיות, הבושה מאבדת מכוחה הממשטר, ולכן נזקקים לחוקים ולעקרון האשם. שם.

68 משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 179–180. ראו גם אורית קמיר שאלה של כבוד – ישראליות וכבוד האדם פרק 2 (2004).

69 משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 179.

70 שם, בעמ' 138.

ה. על הקשר שבין מות הבושה, מות האשם והכרסום בסולידריות החברתית

"מות האשם", כפי שכיניתי אותו לעיל (או במילים אחרות – הפגיעה בסמכותה של מערכת המשפט) הוא באופן פרדוקסלי תוצר של התגייסות המשפט למחנה של ההגמונים לשעבר, אבל גם של הגיון השוק הניאו-ליברלי. התגייסות זו יצרה וחידדה תחרות ויריבות בין "אנחנו" ו"הם", ופירקה את חבילת האינטרסים המשותפים (שלטון החוק, ממשל אפקטיבי ויציב, וכולי) לצרורות קטנים של אינטרסים אישיים ומגזריים.⁷¹ אני סבור שזהו ביטוי נוסף של עליית האינדיוידואליזם בחברה הישראלית. מאוטנר טוען כי בצד הקולקטיביזם, שהיה הרכיב התרבותי השליט בתקופת ההגמוניה של תנועת העבודה, החל לפעול "כבר משנות החמישים, ובעיקר משנות השישים... הרכיב התרבותי העולה האופוזיציוני. רכיב תרבותי זה הושתת על ערכים של אינדיוידואליזם, הגשמה עצמית, נהנתנות, המנוגדים לערכים המרכזיים של התרבות ההגמונית בנוסחה המקורית".⁷² כך, בחברה רבת-תרבותית שהחלה בתהליך של ויתור על חזון כור-ההיתוך שיאחיד את התרבות, חברו עליית האינדיוידואליזם והגיון השוק לעלייתה של פוליטיקת הזהויות, וייתכן שכך נוצרה גרסה מקומית וייחודית מאוד של אתיקת זכויות מגזריות, אשר מסרבת לכל דיאלוג עם הזולת. אפשר לכנות את התהליך הזה "הפרטה של אינטרסים".⁷³ מנקודת-מבט זו של "הפרטת האינטרסים", פוליטיקת הזהויות בגרסתה הישראלית הנוכחית רק מחזקת את מגמת ההתעלמות מהזולת וההתכנסות פנימה אל ד' האמות של האינטרסים הפרטיים או המגזריים.⁷⁴ בבחירות 2009 היה אפשר לראות זאת גם בתופעה ההולכת ומתרחבת של הקמת מפלגות שמטרתן היא קידום אינטרסים של פלח אוכלוסייה מצומצם (מפלגת הגמלאים / הצעירים / צרכני סמים קלים / זכויות הגבר / הנכים וכדומה) או קידום סדר-יום מצומצם וממוקד (הירוקים).⁷⁵ מדובר לא רק בהתכנסות פנימה

71 על הקשר בין הפוליטיקה המגזרית לבין הגיון השוק ראו, למשל, מאוטנר, לעיל ה"ש 56. ראו גם מנחם מאוטנר "יהדות במקום ערכי השוק" מקור ראשון – שבת 19.12.2008, 3.

72 משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 179. ראו גם אורית רוזין חובת האהבה הקשה – יחיד וקולקטיב בישראל בשנות החמישים 12–13 (2008).

73 אני משתמש כאן במילה "הפרטה" בהוראתה הרחבה, כלומר, הטלת העלויות החברתיות והכלכליות על הפרט (ולא במשמעות המקובלת כיום של מכירת מפעלים ושירותים ממשלתיים לבעלים פרטיים). עוד על "הפרטה" ומשמעויותיה, כמו-גם על התפקיד הפוליטי של הצרת משמעותה למכירה לידיים פרטיות בלבד, ראו רוזנבלום וטריגר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 113–117. לפיכך איני מניח כאן תהליך שתחילתו אינטרסים קולקטיביים ואחריתו אינדיוידואליזם, אלא שיטה פוליטית שהתלבטה בין קולקטיביזציה של אינטרסים לבין הפרטתם, ואשר בסופו של דבר הכריעה בעד ההפרטה.

74 בעקבות משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 45, "התפיסה החדשה את התרבות".

75 תופעה זו החלה, כידוע, כבר במערכות בחירות קודמות, והשינויים השונים שנעשו בשיטת הבחירות, כמו-גם ביטולם, נועדו, בין היתר, להתמודד איתה, בגלל תרומתה למה שמכונה בעיית המשילות במשטר הישראלי.

אל ד' האמות של הצרכים הפרטיקולריים, אלא בסופו של דבר גם בַּא־פוליטיות. זאת, משום שגם החברה בכללותה וגם הקבוצות המרכיבות אותה מוותרות מראש על דיאלוג על מקומם של נכים/גמלאים/חרדים/נשים וכדומה בחברה, ומתמקדות במשאומתן על הזכויות הקבוצתיות הצרות (ובעיקר על הזכויות הכלכליות כגון קצבאות ותמיכות למוסדות הקהילתיים).⁷⁶

יתרה מזו, המסר לעולם החיצוני הוא שזכויות הנכים צריכות להטריד רק את הנכים, זכויות ה"צעירים" – רק את הצעירים, זכויות הגמלאים – רק את הגמלאים, וכן הלאה, כאילו אין מדובר באינטרס של החברה בכללותה שיישמרו זכויותיהן של כל הקבוצות השונות המרכיבות אותה, או במילה אחת – סולידריות.

גם הקריאות לשינוי שיטת הממשל במוצאי הבחירות לכנסת התשע"עשרה מראות עד כמה קנתה תרבות המשפט חזקה בתרבות הישראלית: שוב מחפשים את הפתרון במשפט, באמצעות שינוי חקיקה (שהינו סממן מובהק של תרבות אשם), מבלי לראות שהבעיה היא תרבותית.⁷⁷ כשם שהפסיקה שעסקה בהתנהגותם הבעייתית של נבחרי-הציבור (למשל, מינויים פוליטיים) לא הובילה לשינוי תרבותי, כך ספק אם שינוי שיטת הממשל יפתור את הבעיות שהמערכת הפוליטית הישראלית לוקה בהן.⁷⁸

76 גרסה קיצונית במיוחד של תופעה זו התקיימה בבחירות לכנסת התשע"עשרה, כאשר נשים שהגדירו את עצמן כמצביעות שמאל מובהקות הצביעו למפלגת "קדימה" המרכזית-הימנית רק משום שבראשה עמדה אישה – ציפי לבני. תוצאה נוספת של הפרגמנטציה החברתית היא הגרסה הישראלית המיוחדת מאוד של רב-תרבותיות, המאפשרת לקבוצות שכופרות בעצם היותה של מדינת-ישראל מדינה דמוקרטית לקבל מימון מהמדינה לפעילותן. מאוטנר מכנה את ישראל בשל כך "מדינה לא-נורמלית", בהשאלה מהמושג "שיח לא-נורמלי" שטבע ריצ'רד רורטי. משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 291. אלא שבשראל מימד משמעותי של א-נורמליות, במונחים של מאוטנר ורורטי, מצוי במערכת המשפט עצמה, אשר מורכבת, בין היתר, מבתי-דין דתיים. בתי-דין אלה מפעילים דינים שנוגדים את המשפט החוקתי של המדינה, בהפלותם בין גברים לנשים, בין דתיים לחילוניים, ובין אלה שמשתייכים לדת לבין אלה שמשתייכים לדת אחרת. נוסף על כך, הם מפלים נגד נשים בקבלה למקצוע השפיטה, ובכך מקיימים מובלעת של דעות קדומות והפליה פסולה בתוך מערכת המשפט גופה. קיומה של מערכת בתי-הדין הדתיים הופך את ישראל ללא-נורמלית משום שהמערכת הוקמה מכוח חוק, מתקצבת על-ידי המדינה, ועובדיה הם עובדי מדינה המקבלים את משכורתיהם מהמדינה.

77 ומבלי להיזכר בגורלם של שינויים קודמים בשיטת הבחירות שהתיימרו לפתור בעיות אלה.

78 כפי שכותבת ברק-ארוז: "מתברר כי כדי לשנות נורמות חברתיות ופוליטיות אין די בפעילות משפטית בהיכלי המשפט. נדרשת היערכות מנהלית מתאימה... וכן נדרשת פעילות ציבורית שתביא להפגמת פסלותן של הנורמות הנוכחיות." ברק-ארוז, לעיל ה"ש 34, בעמ' 17-18.

1. סיכום

ברשימה זו עמדתי בקצרה על אחד הטיעונים המרכזיים העולים מספריו של מאוטנר: ההשפעה הבלתי-צפויה של "מלוא כל הארץ משפט". טענתי כי התבוננות על המשפט כעל נוזל שהזורם – כנראה בכפייה – אל תוך מכל התרבות עשויה לעזור לנו להבין את התהליכים המורכבים העוברים על החברה הישראלית מאז איבדה תנועת העבודה את ההגמוניה שלה בסוף שנות השבעים של המאה שעברה. באופן פרדוקסלי, משפוט היחסים החברתיים שנבע מהתפיסה כי "הכל שפיט", ואשר כינתיו "תרבות המשפט", הוביל לזילות של המשפט ושל נורמות אתיות ומוסריות גם-יחד.

ספריו של מאוטנר מהווים תרומה חשובה לספרות הנכתבת בעברית – שאינה רבה, למרבה הצער – על הקשר שבין משפט, חברה, תרבות ופוליטיקה. הם קוראים לדיאלוג מושכל בין פלגיה של החברה הישראלית, ובכך תורמים לא רק להבנה מעמיקה יותר ולהמשגה תיאורטית של התהליכים שיצרו את היריבות בין פלגים אלה, אלא גם מציעים תוכנית פעולה ובסיס להידברות עתידית. במובן זה הם מקיימים התאמה בין צורה לבין תוכן: הם כתובים כהתלבטות, כחיפוש דרך, כהצעה. אף שכותבם מחזיק בהשקפת-עולם ליברלית, הוא אינו נמנע מדיון בשיקולים הנוגדים את עמדותיו, ולכן גם התוצאה כה משכנעת – צלולה, אבל לעולם לא פולמוסית.

כתלמיד לשעבר של פרופ' מאוטנר, נחשפתי לראשונה לרבים מהרעיונות שבספריו במסגרת הקורסים שהעביר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. אני שמח על כך שהספרים עושים סוף-סוף "התפצה" של רעיונותיו⁷⁹ – הודות לספריו זכו הרעיונות שנידונו בשיעוריו בממשות פיוזית, והם נגישים כעת לא רק לנוכחות ולנוכחים בשיעוריו ובהרצאותיו.

איני בטוח שאני מסכים עם הטענה שקריאת ספרות יש בה כדי להפוך את הקוראים למשפטנים (או בני אדם) טובים יותר.⁸⁰ כמה מן הקוראים המסורים ביותר היו אנשים איומים, שהביאו אסונות גדולים על האנושות;⁸¹ כמה מגדולי האינטלקטואלים וההוגים

79 בפרפרזה על הדברים במשפט ותרבות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 202.

80 שם, פרק 7. ראו גם מרתה ק' נוסבאום צדק פואטי – הדמיון הספרותי והחיים הציבוריים 15–20 (מיכאל שקודניקוב מתרגם, 2003). טענה זו נשמעה לא רק כלפי משפטנים, אלא גם כלפי אנשים באשר הם. מילן קונדרה, למשל, טען כי "בעולם המודרני שהפילוסופיה נטשה אותו, והוא נחלק לרסיסים של מאות התמחויות מדעיות, נשאר לנו הרומן כמו מגדל תצפית אחרון שממנו ניתן לחבוק במבט את החיים האנושיים כמכלול שלם". מילן קונדרה המסך 82 (חגית בת-עדה מתרגמת, 2006).

81 היטלר, כך מסתבר, היה אחד מהם. ראו: Timothy W. Ryback, Hitler's Private Library: The Books that Shaped His Life (2009). ארנה בן-נפתלי ודבורה זילברשטיין כותבות כך: "לא רק שדי במבט חטוף אך שבע-אכזבות בדברי ימינו על מנת להנביע את המסקנה שבקורות בטקסטים הקנוניים ביותר של התרבות עלתה וממשיכה לעלות בקנה אחד עם הפעלת כוח שרירותי ונטול עכבות, אלא שיש להוסיף ולהטיל ספק בקישור המהיר, מהיר

בתולדות האנושות נהיו לתומכי רודנים ומשטרים פשיסטיים⁸² – השכלתם ולהיטותם הפנה אחר האידיאלים ה"נכונים" לא מנעה את עוורונם כלפי בני־האדם, כלפי הזולת. ייתכן שיש בקריאת ספרות כדי להועיל, וייתכן שלא. מכל מקום, בין אם קריאת ספרות עשויה להכשיר משפטנים רגישים יותר ובין אם לאו, אין לי ספק שכדי להיות משפטנים טובים יותר, וכדי להבין את תהליכי־העומק העוברים על החברה הישראלית ואת קשרי־הגומלין בין התרבות והמשפט, צריך לקרוא את ספריו של מאוטנר.

מדי, בין אתיקה לקוגניציה, כמו גם בתמימותו של החינוך הספרותי־הומניסטי שהרי אף הוא, ככלות הכול, הנו חלק ממערך אידיאולוגי המבקש להכפיף את הטקסט ואת הקוראת להשקפת עולמו. "ארנה בן־נפתלי ודבורה זילברשטיין "אתה האיש!" עורך הדין 1, 112, 114 (2008).
 82 מרק לילה הנפש הנמהרת – אינטלקטואלים בפוליטיקה (עתליה זילבר מתרגמת, 2004).

