

פתיחה

ספר זה מסכם עשור של כתיבה המנסה להבין את המשפט באמצעות שימוש במושג "תרבות".

שני מושגי התשתית של הספר הם "תרבות" ו"משפט ותרבות", ושניהם מוצגים בשני הפרקים הראשונים. הספר דן בהרחבה בשתי תפיסות עיקריות בדבר הקשר שבין המשפט והתרבות: גישה הרואה את המשפט המדינה כמכונן את התרבות, וגישה הרואה את המשפט הנוצר ומופעל בבתי-המשפט כמערכת תרבותית נבדלת. ממדים שונים של כל אחת משתי הגישות מוצגים בפרקים שונים של הספר. בעיקר נעשה ניסיון להתחקות אחר מאפייני התהליכים של קבלת החלטות במשפט במסגרת תפיסה הרואה שופטים כפועלים בגדרה של מערכת תרבותית, היא המערכת התרבותית של המשפט הנוצר ומופעל בבתי-המשפט. נושא נוסף שנידון בספר הוא יחסי-הגומלין הקיימים בין התרבות המשפטית והתרבות הלא-משפטית.

הפרק הראשון מציג את המושג "תרבות". אין בנמצא הגדרה או תפיסה מקובלת אחת של המושג. עם זאת, למן שנות השישים של המאה העשרים התרבות נתפסת כמערכת של משמעות: אוסף הקטגוריות שבני-האדם מפנימים ושכאמצעותן הם תופסים את הקורה בחייהם ובעולם. כמערכת של משמעות, התרבות גם מניעה את בני-האדם לבחור ביעדים מסוימים, ומתבנת את פרקטיקות ההתנהגות שלהם ואת פעולותיהם. הפרק עוסק גם במעמדה של התרבות בתחומי-הדעת במאות האחרונות. הנאורות הונעה על-ידי חוסר אמון בתרבות כמקור להשגת דעת. הנאורות גם לא מצאה עניין בתרבות כמושא של מחקר. עם זאת, כבר בשלבים מוקדמים של צמיחת הנאורות נשמעו באירופה קולות שהבליטו את התפקיד שהתרבות ממלאת בחייהם של בני-האדם בכלל ובמסגרת תהליכים של השגת דעת בפרט. קולות אלה גברו מאוד במחצית השנייה של המאה העשרים. הוגה מרכזי בהקשר זה הוא הנס-גאורג גדמר, שהגותו נידונה בפרק השלישי. בעשורים האחרונים של המאה העשרים, כמה שידוע כ"מפנה התרבותי", החל המושג "תרבות" להיות מופעל באופן נרחב בתחומים רבים של מדעי הרוח, החברה והמשפט כאמצעי חשוב להפקת תובנות בתחומים אלה. כמו-כן, למן שנות השישים התפתחה בבריטניה ובארצות רבות אחרות תנועה אינטלקטואלית שהעמידה את המושג "תרבות" במרכז דיוניה — "לימודי התרבות".

במרכז פעילותה של התנועה עומד המאמץ להבנת התפקיד השליטה בתרבות ממלאת כאמצעי לשליטה חברתית.

הפרק השני מביא שלוש גישות עיקריות בשאלת הקשר שבין המשפט והתרבות. הגישה הראשונה רואה את התרבות הלאומית של העם כיוצרת את המשפט המדינה: המשפט מתחיל בתרבות ומסתיים במשפט המדינה. תפיסה זו של הקשר שבין התרבות והמשפט עומדת ביסוד פעולתה של האסכולה ההיסטורית של המשפט, והיא מזוהה בעיקר עם כתביו של מייסד האסכולה במשפט הגרמני, פרידריך קרל פון סאביני. הגישה השנייה תופסת את המשפט כממלא תפקיד חשוב בכינון התרבות החלה במדינה, ובעקבות זאת בכינון תודעותיהם של בני-האדם ובכינון היחסים החברתיים שהם נתונים בהם בחיי היומיום שלהם. גישה זו עלתה במשפט האמריקאי, החל בשנות השמונים של המאה העשרים, בכתביהם של מלומדי משפט הנמנים עם התנועות של משפט וחברה, לימודי המשפט הביקורתיים, פמיניזם ומשפט וספרות. הגישה השלישית בשאלת הקשר שבין המשפט והתרבות תופסת את המשפט הנוצר ומופעל בתי-המשפט כמערכת תרבותית נבדלת. על-פי גישה זו, במסגרתה של תפיסה פוסט-פורמליסטית של המשפט, יש להבין את תהליכי קבלת ההחלטות של שופטים על-ידי ראיית השופטים כממוקמים ופועלים בגדרה של מערכת תרבותית — מערכת הקטגוריות של המשפט הנוצר ומופעל בתי-המשפט ואוסף הקונוונציות המקצועיות המתבנות את האופן שבו משפטנים פועלים בגדרה של מערכת קטגוריות זו. המלומדים הבולטים בהקשר זה הם קרל לואלין, גיימס בויד ווייט, אלכס ביקל, פייר בורדייה וסטנלי פיש. הגישה הרואה את המשפט של בתי-המשפט כמערכת תרבותית מנוגדת לגישה הרואה את המשפט כאוסף של כללים.

הפרק השלישי דן במושג "משמעות" העומד במרכזו של המושג "תרבות" (ראו פרק ראשון). הפרק עוסק בהרמנויטיקה הפילוסופית של הנס-גאורג גדמר. גדמר רואה ביצירת המשמעות רכיב מכונן של האנושיות, ומציע ניתוח עשיר ומורכב של התהליך שבו בני-אדם יוצרים משמעות. אף כי נקודת-המוצא של גדמר היא שבני-האדם יוצרים משמעות בכל רגע ורגע במהלך חייהם, עיקר דיונו בספרו הגדול "אמת ומתודה", משנת 1960, מוקדש למצבים שבהם בני-אדם עוסקים, באופן יזום ומודע, ביצירת משמעות באמצעות טקסטים. מכיוון שמשפטנים הם בני-אדם העוסקים במתן משמעות לאירועים באמצעות תכנים המצויים בטקסטים המשפטיים, עיסוקו של גדמר בתהליכים של יצירת המשמעות הינו רלוונטי למשפט, וניתן למצוא בכתביו תובנות העשויות לסייע בהבנת טיב התהליכים של מתן משמעות המתקיימים במשפט.

הפרק הרביעי טוען שכאשר משפטנים חושבים וכותבים על המשפט, הם עוסקים כמעט באופן בלעדי בתוכני הדוקטרינה המשפטית, אולם פעולה במשפט כרוכה לא רק בהפעלת הדוקטרינה המשפטית, אלא לא פחות מכך גם בהפעלה של ידע הלקוח מהמערכת התרבותית של השכל-הישר, זו המציידת אותנו במידע על-אודות הדרך שהעולם פועל בה. הפרק טוען שלא ניתן להפעיל את הדוקטרינה המשפטית בלא

לטעון אותה כל העת במידע של שכל-ישר: תוכני הדוקטרינה המשפטית ותוכני השכל-הישר מופעלים במשפט כל העת במשולב, כשהם שזורים זה בזה בלא יכולת הפרדה. הפרק טוען שהפעלת השכל-הישר במשולב עם הדוקטרינה המשפטית תורמת לכך שההנמקות וההכרעות של שופטים נשמעות משכנעות ומתקבלות על הדעת. הפרק החמישי עוסק במסקנה אחת הנובעת מהטיעון שלפיו המשפט הנוצר ומופעל בבתי-המשפט הוא מערכת תרבותית: החלטותיהם של שופטים הן במידה לא-מעטה עניין של מזל. מצב שבו המזל קובע את אשר קורה בחיינו מתאפיין בכך שקיים ריבוי של תוצאות אפשריות, בלא שעומדת לרשותנו דרך של ממש להביא לידי כך שתוצאה אחת מסוימת היא שתתרחש. שני הרכיבים האלה מתקיימים כאשר מדובר בקבלת החלטות במשפט: המשפט, כמערכת תרבותית המורכבת מתכנים של דוקטרינה משפטית ושכל-ישר, מאפשר לשופט להגיע במקרים רבים ליותר מאשר תוצאה קבילה אחת, ומתדיינים אינם אמורים להיות בעלי יכולת לשלוט בתוצאה שאליה יגיע השופט הדין בעניינם. הפרק טוען כי הדרך להקטנתו של רכיב המזל בשפיטה היא הגדלת מספרם של השופטים המכריעים במקרה מסוים. טיעון זה נסמך על התובנה שתוצאה משפטית שרכיב המזל מעוקר ממנה לחלוטין היא זו המתקבלת על-ידי רוב השופטים הפועלים במערכת המשפט, כאשר כל השופטים הפועלים במערכת הם היושבים לדין. הגדלת מספרם של השופטים המכריעים במקרה מסוים היא דרך להקטנתו של רכיב המזל בשפיטה משום שהיא מבוססת על יצירת תנאים המתקרים לאלה המתקיימים כאשר כל השופטים הפועלים במערכת הם הנדרשים למקרה.

הפרק השישי מתמקד בגישה המכוננת למשפט (פרק שני), שעל-פיה המשפט ממלא תפקיד חשוב בכינון התרבות, ובעקבות זאת בכינון התודעות של בני-האדם ובכינון פרקטיקות ההתנהגות שלהם. הפרק מציג את חיי היומיום שלנו כרוויים בתכנים משפטיים ה"עוטפים" אותנו מכל עבר, אולם כל זאת בלא שאנו מסוגלים להבחין בתפקיד החשוב שהמשפט ממלא בחיי היומיום שלנו. הפרק מראה כי משעה שהמשפט מצליח לכוון את התרבות, הוא נעשה סמוי מעינינו, והפרקטיקות החברתיות ילידות המשפט נתפסות על-ידינו כמשהו שלא ייתכן אחרת, כלומר שאין אנו מסוגלים להעלות על דעתנו שניתן לקיים את היחסים החברתיים בדרכים אחרות. הפרק השביעי מתמקד במאפיין חשוב של התרבות המשפטית: תפיסה "רזה" של הקיום האנושי. מקובל לחשוב שמשפטנים נדרשים להפעיל במסגרת פעילותם המקצועית יכולות של שיפוט ורגישות אנושית, ושמשפטנים יכולים לטפח את היכולות האלה שלהם בדרך של קריאת ספרות והיסטוריה ובדרך של צפייה במחזות ובסרטים. הפרק טוען כי הסיבה העיקרית שמשפטנים צריכים לעסוק בגינה בקריאת ספרות והיסטוריה ובצפייה במחזות ובסרטים היא אחרת: התפיסה הרזה של הקיום האנושי, שמי שפועל בגדר התרבות המשפטית מפנים אותה. קריאה של ספרות והיסטוריה וצפייה במחזות ובסרטים חשובות כדי להזכיר למשפטנים שהמצבים

האנושיים שהם עוסקים בהם מורכבים הרבה יותר משניתן להעלות על הדעת במסגרת התרבות של המשפט. ההמלצה למשפטנים לעסוק בקריאת ספרות והיסטוריה ובצפייה במחזות ובסרטים היא אפוא חתרנית: היא קוראת למשפטנים לחתור תחת ההיגיון העמוק של המשפט כדי להפוך את המשפט ל"אנושי" יותר ול"משפטי" פחות, ולגרום, ככל שניתן, לסגירת הפער שבין המשפט לבין חיי האדם.

הפרק השמיני עוסק בתפקיד שהמשפט, מצד אחד, והתרבות הלא-משפטית, מצד אחר, ממלאים בכינון ההתנהגויות של בני-אדם. הפרק טוען שצעירים וצעירות בישראל מתגייסים לצה"ל ומוכנים לסכן ואף להקריב את חייהם במהלך שירותם בו לא רק בגין הוראותיו של חוק שירות ביטחון, אלא גם, ואולי בעיקר, משום שבמשך שנים ארוכות, למן ילדותם, פועלים עליהם מנגנונים תרבותיים רבי-עוצמה ההופכים את שירותם בצבא למוכן מאליו ואף למשהו הטעון בערך חיובי מבחינתם. הפרק מבקש לפענח את דרכי פעולתו של אחד המנגנונים התרבותיים האלה – השידורים של תחנת גלי צה"ל. הפרק טוען ששידורים אלה מבוססים על שילוב של תכנים הלקוחים מעולמם של בני-הנעורים יחד עם תכנים לאומיים באופן היוצר רצף בין חוויות הנעורים, מצד אחד, לבין ערכי הנתינה וההקרבה במסגרת השירות הצבאי, מצד אחר.

הפרק התשיעי בוחן שינוי מרחיק-לכת שהתחולל בדיני החוזים בסוף המאה התשע-עשרה: המעבר מגישה סובייקטיבית, שעל-פיה השאלה אם נכרת חוזה והשאלה כיצד יש לפרש חוזה נקבעות על-פי הכוונה הפנימית של כל צד לחוזה, לגישה אובייקטיבית, שעל-פיה שאלות אלה נקבעות על-פי ההתנהגות החיצונית של כל צד לחוזה. הפרק טוען שיש להבין שינוי זה כגילום במשפט של רכיב מרכזי של החיים בתנאי המודרנה: הצורך של בני-האדם לפעול פעמים רבות מדי יום בדרך של מתן אמון בבני-אדם ובמוסדות, דהיינו בדרך של הסתמכות על המצגים המשתמעים של בני-אדם ומוסדות שהם יפעלו כפי שמצופה מהם בסבירות. הפרק גם טוען שקיימים הבדלים משמעותיים בין האופן שבו הדיוטות, הפועלים בגדר התרבות הלא-משפטית, תופסים את התהליך של כריתת החוזה לבין האופן שבו התהליך נתפס על-ידי התרבות המשפטית. הפרק טוען שהבדלים אלה בעייתיים במיוחד משום שהם עשויים לגרום להכפפה של בני-אדם לחבויים חוזיות שהם לא בחרו בהן, בעוד שמושכלת-יסוד של דיני החוזים היא שהחוזה אמור לשקף בחירות של בני-אדם באשר למה שיקרה בחייהם.

הפרק העשירי עוסק בשאלת הקשר שבין דיני השטרות והתרבות. השטר הוא גילום של זכות חוזית בחפץ (פיסת הנייר שהשטר כתוב עליה). על-פי דיני השטרות, כדי שאדם יוכל להיחשב נושה על-פי שטר, עליו להחזיק בשטר. מרכזיות ההחזקה על-פי דיני השטרות היא ביטוי לכך שדינים אלה נולדו והתפתחו בעולם שבו הרבה ממה שקרה בחייו של אדם נקבע על-ידי הסביבה המיידית, הסמוכה, שבה חי האדם ושבה שלט. זה היה עולם שבו הייתה החזקה "תשע עשירות של המשפט". כיום אנו

חיים בעולם שבו הרבה ממה שקורה בחיינו הוא תוצר של תהליכים המתקיימים במרחק גאוגרפי ניכר מאתנו, מעבר לשליטה הפיזית שלנו, בלא שיש לנו יכולת להשפיע עליהם. קיים אפוא פער בין ההיגיון העמוק העומד ביסודו של מוסד השטר לבין מאפיינים מרכזיים של התרבות הפוסט-מודרנית שאנו חיים בה כעת. אכן, טכנולוגיות עכשוויות מאפשרות עסקות של תשלום כספים, בהיקפים גדולים, בלא צורך בשליטה פיזית באמצעי התשלום או בכסף עצמו. טכנולוגיות אלה מצמצמות את הפער שבין השימוש בשטר כאמצעי תשלום לבין התרבות העכשווית.

הפרק האחד-עשר עוסק בשאלת יחסי-הגומלין שבין התרבות המשפטית והתרבות הלא-משפטית בנוגע למצבים של כישלון התנהגותי ולמצבים של כישלון תפקודי של אנשי-ציבור. הפרק טוען שהתרבות הפוליטית של ישראל לוקה בכל הנוגע בטיפול באחד משני סוגי הכישלון. מכיוון שהתרבות הפוליטית אינה מצליחה ליצור אמות-מידה אפקטיביות לטיפול בכישלונות התנהגותיים, טיפול זה נעשה במידה רבה על-ידי המשפט. אולם מכיוון שאמות-המידה של המשפט גבוהות ומחמירות, אין הן מתאימות לטיפול באות בחלק ממקרי הכישלון. אין מתקיימת אפוא בישראל "חלוקת עבודה" נכונה בין המשפט לבין התרבות הפוליטית בכל הנוגע בטיפול בכישלונות של אנשי ציבור.



הפרק השלישי ראה אור בעיוני משפט כג (2000) 367. הפרק הרביעי הוא נוסח מעובד ומורחב של מאמר שראה אור בפלילים ז (1998) 11; הפרק החמישי נסמך על מאמר שראה אור במשפט וממשל ט (2005) 223, ועל מאמר שראה אור ב-217 *Theoretical Inquiries in Law* (2008) 9. הפרק השישי הוא נוסח מעובד של מאמר שראה אור באלפיים 16 (1998) 45; הפרק השביעי ראה אור בדין ודברים ג (2007) 107; הפרק השמיני ראה אור בפלילים ט (2000) 11; הפרק התשיעי הוא נוסח מעובד של מאמר שראה אור ב-545 *Theoretical Inquiries in Law* 3 (2002); הפרק העשירי ראה אור בקרית המשפט א (2001) 33. אני מודה לכתבי-העת על הסכמתם לכלול את המאמרים בספר זה.

במשך השנים נהניתי מקריאתם של קוראים רבים: הדר אבירם, דוד אנוך, ליאורה בילסקי, מיכאל בירנהק, ישי בלנק, ז'וז'ה ברונר, דפנה ברק-ארוז, אייל גרוס, חנוך דגן, ניצה דרורי-פרמן, אבנר הולצמן, דפנה הקר, אורי וייס, שרון חנס, עמרי ידלין, שי לביא, אסף לחובסקי, יוסי עבאדי, אריאל פורת, טליה פישר, אילנה פרידריך-סילבר, אורית קמיר, שמואל קנדל ז"ל, רועי קרייטנר, אבי שגיא, עידו שחר, ליאון שלף ז"ל, מירב שמואלי, רונן שמיר, רון שפירא, נבות תל-צור. אני מודה להם על הערותיהם. עמרי סנדר סייע בשלבים הסופיים של הכנת כתב-היד לדפוס. תודתי נתונה לו.

הספר רואה אור בסיוע מרכז-על ע"ש צגלה בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב ובסיוע קרנות הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב. תודתי נתונה להם. אני מודה למר שלומי פרנקו על טיפולו המסור.
תודה לנטע רייף ולעו"ד שאול פלס על עזרתם בהשגת התמונה לעטיפת הספר. אני מודה לאבי שגיא על התגייסותו להוצאת הספר, על תמיכתו ועל עידודו. אני מודה לגב' ענת גל ולגב' מרגלית אבישר מהוצאת הספרים של אוניברסיטת בר-אילן על טיפולן המסור בכתב-היד.