

## משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת<sup>1</sup>

הערות על ספרו של מנחם מאוטנר\*

### אסף לחובסקי\*\*

א. כללי. ב. ביקורות אפשריות על תזת מאוטנר; 1. האם היה תהליך של ירידת הפורמליזם?; 2. האם החברה הישראלית של שנות החמישים הייתה קולקטיביסטית?; 3. האם בית המשפט היה ליברלי?; 4. קשר סיבתי בין שינויים חוץ-משפטיים לשינויים בפסיקה; 5. מדוע הסיר בית המשפט את המסכה הפורמליסטית בשנות השמונים? ג. סיכום.

### א. כללי

מה הופך רעיון או תאוריה במדעי הרוח והחברה לחשובים ומשפיעים? פעמים רבות תאוריה או רעיון מסוים חשובים לא רק בגלל ההסבר שהם נותנים למציאות, אלא בעיקר משום שהשאלה שהם שואלים היא שאלה מקורית ופורייה, כזו שמגיעה דורות של חוקרים לנסות ולהפריכם – לשאול אותה שאלה, אבל להציע הסברים אחרים, במקום ההסבר הראשוני. דוגמה טובה לתאוריה מהסוג הזה היא למשל תזת ובר המפורסמת: הטענה של הסוציולוג הגרמני מקס ובר בדבר הקשר בין האתיקה הפרוטסטנטית ובין רוח הקפיטליזם<sup>2</sup>. מאז נוסחה תזת ובר לראשונה, ב־1905, עסקו דורות של חוקרים – סוציולוגים, היסטוריונים ואנשי מדע הדתות – בניסיון להפריכה<sup>3</sup>. הספרות הענפה שצמחה סביב תזת

- 1 הוצאת עם עובד, המכללה האקדמית ספיר, וההוצאה לאור של אוניברסיטת תל אביב, 2008.
- \* מאמר זה הוצג בכנס השנתי של האגודה הישראלית למשפט וחברה, שנערך בדצמבר 2008 באוניברסיטה העברית בירושלים.
- \*\* פרופסור למשפטים, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת תל-אביב.
- 2 מכס ובר **האתיקה הפרוטסטנטית ורוח הקפיטליזם** (ברוך מורן מתרגם, 1984).
- 3 ראו למשל: Weber's Protestant Ethic: Origins, Evidence, Contexts (Hartmut Lehmann & Guenther Roth eds., 1995).

ובר, ועדיין צומחת, גם אם היא יוצאת כנגד התזה המקורית, היא הוכחה לפוריות ולחשיבות של התזה.

מנחם מאוטנר הוא במידה רבה ה"מקס ובר" של ההיסטוריוגרפיה של המשפט הישראלי. הוא "ובר" מכמה סיבות: בגלל החשיבות שהוא מייחס לתפקיד המניע של רעיונות ותרבות בהיסטוריה של המשפט (לעומת החשיבות של כוחות מטריאליים למשל). הוא "ובר" בגלל העניין שלו בפורמליזם במשפט, אבל בעיקר הוא ה"ובר" של ההיסטוריוגרפיה של המשפט הישראלי בגלל ההשפעה הרבה שהייתה לתזות שלו ובייחוד לטענה, שניסח לראשונה באופן מקיף בספרו **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** משנת 1993, על אופייה של הפסיקה הישראלית ועל תהליכי השינוי שחלו בה בין שנות החמישים לשנות השמונים של המאה העשרים.<sup>4</sup>

בשש-עשרה השנים שעברו מאז פרסום "תזת מאוטנר", היא הספיקה להוליד שורה של ביקורות ודיונים. הנה רק שתי דוגמאות מהשנה האחרונה: השנה התפרסם מאמר חשוב של פרופ' רון חריס על מאפייני המשפט הישראלי בעשור השלישי לקיומה של מדינת ישראל. במאמר זה, שכותרתו היא "משפוט הספרה הציבורית בעשור השלישי"<sup>5</sup>, נטען כי תופעות מרכזיות שעליהן מדבר מאוטנר בהבחנה שלו בין שנות החמישים לשנות השמונים (ואשר מקושרות אצל מאוטנר למהפך של שנת 1977 ולשקיעת ההגמוניה של תנועת העבודה), כמו למשל עלייה במידת ההתערבות של בתי המשפט בספרה הפוליטית, החלו למעשה כבר בסוף שנות השישים ובראשית שנות השבעים, עוד קודם למהפך של 1977. כתימוכין לעמדתו מצביע חריס למשל על גידול משמעותי במספר העתירות שהוגשו לבג"ץ בראשית ובאמצע שנות השבעים כאשר תנועת העבודה עדיין הייתה בשלטון.

דוגמה שנייה מהשנה האחרונה להשפעה של תזת מאוטנר היא פסק דין שניתן על ידי בית המשפט העליון בדצמבר 2007. פסק דין זה – ע"א 10251/05 **ברשף אילת בע"מ נ' פקיד שומה אילת**<sup>6</sup> – עוסק בפרשנות סעיף 11 לחוק איזור סחר חופשי אילת (פטורים והנחות ממיסים). השופטת שכתבה את פסק הדין המוביל, עדנה ארבל, הזכירה בפסק דינה את תזת מאוטנר על ירידת הפורמליזם. דבר זה גרם לאחד משופטי ההרכב האחרים – אליקים רובינשטיין – לכתוב מעין "דעת מיעוט" בת עמודים אחדים שמוקדשת לא לביקורת על השופטת ארבל, אלא לביקורת על תזת מאוטנר.<sup>7</sup>

4 מנחם מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (1993).  
 5 **העשור השלישי תשכ"ח-תשל"ח** 252 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 2008).  
 6 פורסם בנבו, 19.12.2007.  
 7 שם, בעמ' 17 לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

**הספר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת**, ממשיך את הפרויקט ההיסטורי שהחל מאוטנר עוד בראשית שנות התשעים. זהו ספר אמביציוזי, עשיר ורחב אופקים, המבוסס על יכולת מעוררת השתאות לתאר תיאור עשיר את המתחים הבסיסיים השולטים בהיסטוריה של המשפט והחברה בישראל מאז ראשית המאה העשרים. הספר מקשר באופן מעניין ומאתגר את ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתהליכי עומק פוליטיים ותרבותיים כלליים. כך למשל יש בו דיון מרתק בהיסטוריה של הספרות הישראלית בין שנות החמישים לראשית שנות השמונים וקישור של ההיסטוריה הספרותית הישראלית להיסטוריה של המשפט. אך פרט לתיאור הדסקריפטיבי, הספר מציע גם מתווה נורמטיבי לעתיד ובו שורה של רעיונות מעניינים לפתרון חלק מהבעיות המרכזיות ביותר של החברה הישראלית כיום. יש מעט ספרים שעוסקים במשפט הישראלי או בהיסטוריה של משפט זה אשר נקראים בנשימה עצורה כמו הספר הנוכחי, בין השאר בגלל החומרים הלא-משפטיים הרבים והמעניינים שיש בו וגם בגלל המתווה הנורמטיבי המקיף שהוא מציע לעתידה של החברה בישראל.

לספר שני חלקים. בחלק ראשון תיאור היסטורי של מגמות במשפט הישראלי מאז תקופת המנדט בצד תיאור של מגמות בתרבות (או בתרבויות) היהודית מאז המאה השמונה-עשרה. חלקו השני של הספר כולל ניתוח נורמטיבי, שבמסגרתו מציע מאוטנר לחשוב מחדש על ישראל כמדינה רב-תרבותית. בחלק זה פורש הספר מרשם לשינויים שנדרשים כדי להתאים את המשפט הישראלי לאופי הרב-תרבותי של החברה הישראלית כיום.

ברשימה זו לא אתמקד בחלק הנורמטיבי, המרשים מאוד, של הספר, וזאת משום שהכשרתי אינה בתחום התאוריה הפוליטית<sup>8</sup>. במקום זאת, אתמקד בדיוני בחלקו הראשון של הספר, פרקים 3–7. בחלק זה טוען מאוטנר שתי טענות עיקריות, שהן עידון והרחבה של הטענות שהופיעו בספר **ירידת הפורמליזם** משנת 1993 שנזכר קודם. ראשית, טוען מאוטנר, הפסיקה של בית המשפט העליון הישראלי עברה שינוי מסיבי בין שנות החמישים לשנות השמונים והתשעים: בית המשפט של שנות השמונים והתשעים הוא אקטיביסט ולא פסיבי; סגנון ההנמקה שלו הוא אנטי-פורמליסטי ולא פורמליסטי; ובית המשפט מייצב את עצמו כפורום מרכזי לקבלת הכרעות פוליטיות<sup>9</sup>.

8 כמובן, גם בחלק זה ניתן למצוא נקודות מסוימות הראויות לביקורת. כך למשל לא ברור אם אכן שילוב אינטנסיבי יותר של המשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון, כפי שמציע מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 121–123, אכן יפחית את המתח בין חילונים לדתיים בישראל, מתח ששורשיו הם בין השאר בגורמים פוליטיים ואפילו בגורמים מטריאליים.

9 שם, בעמ' 124.

שנית, לדברי מאוטנר, לשינוי באופי הפסיקה הישראלית בין שנות החמישים לשנות השמונים והתשעים שלושה גורמים: תהליכים פנימיים במשפט, תהליכים חברתיים-פוליטיים חיצוניים למשפט וגורמים ביוגרפיים – כלומר האישיות של שופטים ספציפיים<sup>10</sup>. הספר ממוקד בגורם השני: ההשפעה של תהליכים חברתיים ופוליטיים חיצוניים למשפט על שינוי אופי הפסיקה. בית המשפט העליון, אומר מאוטנר, אימץ סגנון הנמקה פורמליסטי בשנות החמישים, כי אז הוא היה זר תרבותי בחברה הישראלית. בעוד שחברה זו הייתה קולקטיביסטית, בית המשפט החזיק באידאולוגיה ליברלית. בית המשפט הפך לאנטי-פורמליסט בשנות השמונים והתשעים במקביל לירידת כוחה של האליטה הוותיקה בחברה הישראלית<sup>11</sup>. קבוצה זו הפכה את בית המשפט למוקד הכוח העיקרי שלה כאשר תש כוחה בזירה הפוליטית לאחר המהפך של 1977.

## ב. ביקורות אפשריות על תזת מאוטנר

אפשר להציע כמה ביקורות אפשריות על התזה ההיסטורית-דסקריפטיבית של מאוטנר. אמנה עתה חמש ביקורות אפשריות (אם כי לא בהכרח ממצות) על התזה.

### 1. האם היה תהליך של ירידת הפורמליזם?

האם אכן חווה המשפט הישראלי תהליך של "ירידת הפורמליזם" בין שנות החמישים לשנות השמונים? מאוטנר מודה שסגנונות הנמקה שונים שימשו בערכוביה לאורך כל ההיסטוריה של המשפט הישראלי. אולם הוא טוען שבעבר הסגנון הדומיננטי בפסיקה היה הסגנון הפורמליסטי<sup>12</sup>. טענה זו אינה מגובה בבדיקה כמותית. ברור שיש בעיות קשות במחקר כמותי, אבל ברור גם כי בבדיקה כמותית ולו גם מדגמית, למרות מגבלותיה, הייתה יכולה לתרום רבות לאישוש או להפרכה של התזה של מאוטנר. ואכן, מחקר כמותי (כמו זה שעשה חריס במאמר שנזכר קודם) מראה כי ייתכן שהתיאור של ההיסטוריה של הפסיקה הישראלית המוצג בספר ראוי לבחינה מחדש.

### 2. האם החברה הישראלית של שנות החמישים הייתה קולקטיביסטית?

- 10 שם, בעמ' 171.
- 11 אליטה שלה קורא מאוטנר בספר במקומות שונים – "ותיקים"; בורגנים אשכנזים אמידים; תנועת העבודה; הגמונים לשעבר; או הגמונים לשעבר ליברלים. שם, בעמ' 198, 207.
- 12 לדוגמאות של פסיקה פורמליסטית, כגון בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949) ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 157–159.

משפט ותרכות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת

בשנים האחרונות, שבהם המחקר של ההיסטוריה של שנות החמישים ידע פריחה מחקרית משמעותית, הוטל ספק בתיאור של החברה הישראלית (או לפחות חלקים חשובים ממנה) כחברה מגויסת וקולקטיביסטית. כך, למשל, ההיסטוריונית החברתית אורית רוזין הראתה במחקרים חשובים שהתפרסמו בשנים האחרונות (ושאותם מאזכר מאוטר בספרו) וגם בספרה **חובת האהבה הקשה** שיצא לאור לאחרונה, כי כבר בשנות החמישים אופיינו חלקים חשובים מהחברה הישראלית בסממנים אינדיבידואליסטיים מובהקים<sup>13</sup>. בספרה של רוזין מונגדת החברה המגויסת של היישוב בתקופת המנדט לחברה בעלת הסממנים האינדיבידואליסטיים של שנות החמישים. מובן כי ניתן לערער גם על הבחנה זו ולטעון כי כבר בתקופת המנדט היו בחברה היישובית קבוצות משמעותיות שלא הטמיעו את האתוס הקולקטיביסטי שאפיין קבוצות אחרות באותה חברה. מכל מקום, בין שנבחין בין תקופת המנדט לשנות החמישים ובין שלא, ההנחה שעליה מבוסס ספרו של מאוטר – פער בין האתוס הליברלי של בית המשפט לאתוס של החברה שמסביבו, ניתנת לביקורת.

### 3. האם בית המשפט היה ליברלי?

מאוטר טוען שבית המשפט העליון של שנות החמישים דגל באידאולוגיה ליברלית. הסיבה העיקרית לכך, הוא אומר, נמצאת בחומרים המשפטיים האנגלו-אמריקניים שעבד אתם. חומרים אלו, טוען מאוטר, היו ספוגים באידאולוגיה הליברלית, ובית המשפט הטמיע את האידאולוגיה הזו בפסיקתו. בכך הפך בית המשפט לסוכן להחדרת הליברליזם לחברה הישראלית. מאוטר מזכיר משפטנים ישראלים הבקיאים בטקסטים של גדולי הפילוסופים המערביים (אפלטון, אריסטו, אקווינס, קנט, לוק, הובס, בנתהם ומיל)<sup>14</sup>. השאלה המתבקשת כאן היא אם השופטים הישראלים אכן נחשפו לטקסטים אלה. ככל שמדובר בשופטים שלמדו בארץ, למשל בשיעורים למשפט בירושלים, ספק לדעתי אם הם אכן קראו את הספרות הפילוסופית הזו, לפחות באופן פורמלי. הספרות התורת-משפטית שקראו מוכרת לנו. מדובר בעיקר בספר חשוב ומעניין של פרדריק גודבי, המנהל של השיעורים למשפט בירושלים. ספר זה הוא ללא ספק ספר מלומד, אך קשה לומר שהוא ספוג בערכי הליברליזם המערבי<sup>15</sup>.

13 אורית רוזין "המאבק על ה'צנע': עקרות הבית והממשלה" **ישראל** 1, 81 (2002); אורית רוזין "קול העם – דיוקנו של מאבק" **שקט, מדברים!** – התרבות המשפטית של חופש הביטוי **בישראל** 71 (מיכאל בירנהק עורך, 2006); אורית רוזין **חובת האהבה הקשה** 9–12 (2008).

14 ראו מאוטר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 92–93.

15 FREDERIC M. GOADBY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF LAW: A HANDBOOK FOR THE USE .OF LAW STUDENTS IN EGYPT AND PALESTINE (1921)

פרט לטקסטים פילוסופיים, ההנחה של מאוטנר היא כי שיטת המשפט האנגלית שלטה בארץ בתקופת המנדט, ודרכה זלגו תפיסות ליברליות לשופטים הישראלים. אבל התיאור המדויק יותר של המשפט המנדטורי, לדעתי, הוא שהיה זה משפט אנגלי-קולוניאלי – שיטת משפט שהייתה הרבה פחות ליברלית מזו של אנגליה גופא.

יש דוגמאות רבות לחוסר ליברליות זה: חקיקת שעת החירום של שנות השלושים והארבעים היא כמובן דוגמה בולטת, אך אפשר להזכיר גם חקיקה מוקדמת יותר כמו למשל פקודת העיתונות המנדטורית שפנינה להב כבר הראתה שהייתה הרבה פחות ליברלית מהפקודה העות'מנית שהחליפה<sup>16</sup>. אין זה המקום לדון בהרחבה במידת הליברליות של המשפט המנדטורי, אך ברצוני לציין בקצרה רק שתי דוגמאות נוספות לחוסר הליברליות האמור: דוגמה אחת ניתן למצוא בפסק דין Attorney General v. Rubashoff<sup>17</sup> משנות השלושים, שבו הסביר זקן השופטים מקדונל כי הלכות ביזיון בית משפט וחופש ביטוי אנגליות אינן ישימות ל"מושבות קטנות בהן רוב האוכלוסיה היא צבוענית"<sup>18</sup>. דוגמה אפשרית אחרת לקוחה מפקודת המיסים (גביה), שסעיף 10 שלה, המתיר מאסר אזרחי של חייבי מס, קובע כי:

"אם לא נמצאו די מטלטלים משל המפגר [סרבן התשלום] אבל העידו עליו המוכתר או שני נכבדים מן הכפר או מן השכונה כי ידו משגת לשלם את המס המגיע ממנו, הרי עפ"י בקשת גובה המס [...] יכול שופט השלום, מבלי כל פעולה, למסור את המפגר לבית הסוהר לחודש ימים"<sup>19</sup>.

נכון שהיו גם מגמות אחרות בפסיקה המנדטורית. כך, לדוגמה, פסקי דין של זקן השופטים האחרון פיצ'גרלד, העניקו הגנה לזכויות ליברליות מובהקות כמו זכות הקניין או חופש החוזים<sup>20</sup>. אפילו בשנות השלושים, תקופה שהייתה שמרנית יחסית, הופיעו פסקי דין ליברליים בפסיקה בית המשפט העליון המנדטורי<sup>21</sup>. אבל בכל מקרה, לדעתי אי-אפשר

Pnina Lahav, *Governmental Regulation of the Press: A Study of Israel's Press Ordinance*, 13 *ISR. L. REV.* 230 (1978).  
 16 P.L.R. 876 (1930).  
 17 שם, בעמ' 882 (תרגום שלי א.ל.).  
 18 פקודת המסים (גביה), חא"י ב 1374.  
 19 ראו אסף לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" *משפטים* כט 689, 708–712 (1998).  
 20 לדיון כללי באופי הפסיקה המנדטורית ראו אסף לחובסקי "תרמיות קולוניאליות ומשפט אנגלי בבית המשפט העליון של ארץ ישראל המנדטורית" *זמנים* 56, 86–93 (1996). דוגמה לפסיקה ליברלית בשנות השלושים הוא פסק הדין HC 44/36 El Qasir v. Attorney General, 3 P.L.R. 121 (1936).

משפט ותרכות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת

לומר שמערכת המשפט המנדטורית, שדרכה זרם חלק משמעותי מן המשפט האנגלי למשפט הישראלי בראשיתו, הייתה ליברלית. ואכן, חוקרים בולטים שעסקו בפסיקה של בית המשפט העליון בשנות החמישים אינם סבורים כי בית משפט זה הונחה על ידי אידאולוגיה ליברלית (שמקורה אנגלי או אמריקני). לפי להב, במאמרה החשוב "העוז והמשרה", לא היה בית המשפט העליון ליברלי, אלא קולקטיביסטי<sup>22</sup>. בני הזוג זלצברגר, במאמר חשוב אחר, טענו אמנם כי בית המשפט העליון היה ליברלי, אך הוסיפו כי ליברליזם זה היה גרמני ולא אנגלי – כזה ששילב בין ערכים אינדיבידואליסטיים לערכים קולקטיביסטיים באופן שלא היה מקובל באותו זמן באנגליה ובארצות-הברית<sup>23</sup>. מכל מקום, בין שנראה בבית המשפט העליון של שנות החמישים בית משפט קולקטיביסטי ובין שנכנה אותו בית משפט ליברלי-גרמני, ניתן להביא פסיקה רבה משנות החמישים המדגימה את חוסר הליברליזם של בית המשפט העליון הישראלי בראשיתו<sup>24</sup>.

#### 4. קשר סיבתי בין שינויים חוץ-משפטיים לשינויים בפסיקה

הטענה הדסקריפטיבית המרכזית הנוספת של תזת מאוטנר היא טענה של קשר סיבתי: אחד הגורמים המרכזיים לשינוי בהנמקה השיפוטית בין שנות החמישים לשנות השמונים, אומר מאוטנר, הוא תהליך שינוי חוץ-משפטי – ירידת ההגמוניה של תנועת העבודה. מאוטנר מכיר בכך שיתכן כי היו גם גורמים אחרים, פנים-משפטיים ואישיים, לשינוי, אך הוא בוחר להתמקד בגורם החוץ-משפטי. אני רוצה להציע שני גורמים נוספים שמאוטנר אינו מזכיר בדיון שלו בנושא.

ראשית, ניתן לתת הסבר המבוסס על האופי המחזורי של פסיקת בתי המשפט. בשיטות משפט רבות בעולם האנגלו-אמריקני ניתן להראות מחזוריות באופי ההנמקה השיפוטית ובתחומים קשורים לה (למשל מחזוריות בכללי פרשנות). כך אנו מוצאים כי פורמליזם מתחלף על ציר הזמן בעמדה מהותית וחוזר חלילה. המעבר בין פורמליזם לגישה מהותית אינו תוצר של נסיבות חברתיות, אלא, לפחות לטענת חלק מהחוקרים, תוצר של שינויים בזרם המקרים המגיעים לבית המשפט עקב שינוי אופי הנמקתו. כלומר – המנגנון לשינוי

22 פנינה להב "העוז והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד 479 (1989).

23 עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר "המסורת הגרמנית של בית המשפט העליון בישראל" עיוני משפט כא 259 (1997).

24 ראו למשל בג"ץ 16/48 ברון נ' ראש הממשלה, פ"ד א 109 (1948).

אופי הפסיקה אינו נמצא בגורמים חוץ-משפטיים, אלא הוא תוצר פנים-משפטי מובהק. לכן גם ללא קריסת ההגמוניה של תנועת העבודה בשנות השבעים היה השינוי מתרחש<sup>25</sup>. שנית, ניתן לדון על ההשפעות הבין-לאומיות על אופי הפסיקה. בראשית הספר אומר מאוטנר כי "לא מעט מהשינויים שקרו במשפט הישראלי אינם מוכרים באף שיטת משפט הידועה לנו"<sup>26</sup>. אבל אנטי-פורמליזם, אקטיביזם שיפוטי וירידה של בית המשפט לזירה הפוליטית (אם אלו התופעות שלהן מתכוון מאוטנר) הן בהחלט תופעות כלל עולמיות ולא ישראליות בלבד<sup>27</sup>. ואכן, אף על פי שנראה כי נקודת המוצא של הדיון של מאוטנר מצויה בספרות לא ישראלית – בכתיבה האמריקנית ארוכת השנים שעוסקת בהיסטוריה של ההנמקה השיפוטית בארצות-הברית, הרי לאחר שנוסחה שאלת המחקר, הסיפור שמאוטנר מספר הוא סיפור ישראלי פנימי לחלוטין. מאוטנר בהחלט מדבר על גידול בהשפעה האמריקנית על התרבות הכללית של האליטה הישראלית – זניחת הקולקטיביזם לטובת אינדיבידואליזם, אבל המוקד של ההסבר שלו לשינוי בעולם המשפט הוא תופעה ישראלית פנימית – נפילת תנועת העבודה ב-1977<sup>28</sup>.

ברגע שנרחיב את מסגרת הדיון ונבחן את מה שקרה לבית המשפט הישראלי בהיבט השוואתי, נגלה שאותה תופעה שהתרחשה במשפט הישראלי של שנות השמונים התרחשה במקביל גם במדינות רבות אחרות בעולם. לכן ייתכן שהדיון שיש בספר בשינויים תרבותיים פנים-ישראליים, למשל החרדה שנוצרה אצל האליטה בעקבות המהפך של שנת 1977, אינו באמת רלוונטי להסביר את השינוי בעולם המשפט<sup>29</sup>.

#### 5. מדוע הסיר בית המשפט את המסכה הפורמליסטית בשנות השמונים ?

שאלה אחרונה שמעוררת תזת מאוטנר היא מדוע הסיר בית המשפט את מסכת הפורמליזם בשנות השמונים והתשעים אם במובן מסוים הוא עדיין זר תרבותי בחברה הישראלית. מאוטנר טוען כי הפורמליזם של שנות החמישים נבע מכך שבית המשפט היה זר תרבותי ליברלי בתרבות כללית קולקטיביסטית. הפורמליזם היה כלי ללגיטימציה של הפסיקה של בית המשפט כאשר לא הייתה חפיפה בין ערכיו ובין ערכי התרבות שבה הוא פעל. אבל

25 להסבר מפורט ראו: Adrian Vermeule, *The Cycles of Statutory Interpretation*, 68 U. CHI. L. REV. 149 (2001).

26 מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 13.

27 ואכן מאוטנר מציין בקצרה בספרו את התופעה הכלל עולמית של עליית האקטיביזם השיפוטי. שם, בעמ' 125–126.

28 שם, בעמ' 179.

29 ראו למשל: RAN HIRSCHL, *TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM* (2004).

משפט ותרכות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת

מאוטנר מתאר בספר הנוכחי (אולי בניגוד לספר הראשון בנושא **ירידת הפורמליזם מ-** 1993) גם את החברה הישראלית של שנות השמונים והתשעים ככזו שבה בית המשפט הוא זר תרבותי – מוסד שמייצג קבוצה חלשה – האליטה האשכנזית החילונית הוותיקה שאיבדה את כוחה עקב המהפך<sup>30</sup>. אם כך, לא ברור מדוע נזנח הפורמליזם בשנות השמונים והתשעים, שהרי אם בית המשפט היה שומר על חזות פורמליסטית (תוך הגעה לתוצאות ליברליות בשנות השמונים), הוא היה משיג את מטרותיו, וזאת מבלי לעורר התנגדות מהסוג שבסופו של דבר אכן התעוררה כנגדו בשנות התשעים. אמנם יש למאוטנר הסבר לתופעה זו. הוא אומר כי במסגרת מלחמת התרבות שפרצה בשנות השמונים, אימץ בית המשפט סגנון ערכי ובכך צייד את הקבוצה שעמה הוא מזדהה במערכת של טקסטים ליברליים עכשוויים שסיפקו לקבוצה זו תשתית אינטלקטואלית לצורך מאבקה<sup>31</sup>. אבל אם זהו ההסבר, לא ברור מדוע לא היה צורך באספקת טקסטים ליברליים שכאלה על ידי בית המשפט כבר בשנות החמישים.

### ג. סיכום

אין ספק כי הספר שלפנינו הוא אבן דרך במחקר המשפט והחברה בישראל. כמו כל ספר חשוב, חשיבותו טמונה לא רק בתשובות שהוא מספק, אלא גם בשאלות שהוא שואל. אני קורא למאוטנר ולחוקרים אחרים להמשיך המחקר הפורה של תזת מאוטנר, וזאת בשני מובנים:

ראשית, הגיע הזמן למחקרים כמותיים של פסיקה (שכמעט לא נעשים בישראל, אבל נעשים בהיקף גדול בחו"ל). ברור שמחקרים כאלו בעייתיים מאוד מבחינות מסוימות, אבל אין ספק שהם יכולים לסייע בחידוד ההבנה של התהליכים היסטוריים שבהם דן מאוטנר. שנית, חלק חשוב של הספר הנוכחי מוקדש להרחבת היריעה מעבר לעיסוק הקונבנציונלי במשפט באנגליה וארצות הברית (למשל יש בספר דיון מאלף ברב-תרבותיות בהקשר הקנדי). אני שמח על כך, אך אני חושב שהגיע הזמן גם להשוואה של ההיסטוריה של המשפט שלנו למשפט הנוצר בבתי משפט במדינות אחרות בעלות מורשת אנגלו-אמריקנית שמתמודדות עם מתח בין תרבות מערבית מיובאת לבין תרבויות דתיות מקומית כמו, למשל, הודו ופקיסטן. הוספת נדבך דרום אסייתי לפרויקט ארוך הטווח של מחקר

30 מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 205.

31 שם, בעמ' 205.

ההיסטוריה של המשפט הישראלי תעשיר לדעתי מאוד את המחקר הזה, שספרו של מאוטנר מהווה אבן דרך חשובה בו<sup>32</sup>.

32 ראו לחובסקי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 720–721. כמו כן ראו: Alexandre (Sandy) Kedar, *The British, Indian and Pakistani Sources of the Israeli Absentee Property Act of 1950* (לא פורסם) (עותק שמור בידי המחבר).