תורת המשפט של משפט ותרבות

בעקבות מנחם מאוטנר **משפט ותרבות** (2008)

רועי קרייטנר*

רשימה קצרה זו מציעה פרשנות לספרו של מנחם מאוטנר **משפט ותרבות**. לפי הפרשנות המוצעת, יש להבין את ספרו של מאוטנר כצועד בשני מסלולים: האחד הוא סוציולוגי, ומצביע על מרכזיותה של התרבות בקבלת החלטות במשפט; ואילו האחר הוא תורת־משפטי, ומציב את הכלים להפוך את הפרספקטיבה של לימודי תרבות לתורת משפט עצמאית. אם בעבודותיו המוקדמות הצביע מאוטנר על "ערכים" כניגוד ל"פורמליזם", ספר זה מתחיל בפירוק הקטגוריה של ערכים, ומראה שגם את הפורמליזם וגם את עולמות הערכים השונים כדאי להבין דרך התרבות. במישור הסוציולוגי הספר מציע ניתוח של ההכרעה המשפטית שלפיו המימד המושגי והמימד של מדיניות שיפוטית הם חלקיים בלבד, והתרבות (המשפטית והכללית) משלימה את הבנתנו לגבי אופן קבלת ההחלטות. במישור התורת־משפטי הספר מציע להבין את המשפט כאתר של מאבק בין קבוצות על הבנות־הרקע המעצבות את החיים המשותפים. במובן זה, **משפט ותרבות** מציע להבין את המשפט כהמשך של הפוליטיקה, אך המשך עם ייחוד: הכרעה משפטית מובחנת מהפוליטיקה היומיומית והפתוחה בפרוצדורות ובתרבות הדיון השולטות במשפט. השפה המשפטית והבנות־העומק של משפטנים מושפעות מהתרבות הכללית ומשפיעות עליה, ובשל מרכזיות המשפט לחיים המשותפים, לעיצובה של התרבות המשפטית יש חשיבות מכרעת לחיי החברה.

---

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב. הרשימה מבוססת על דברים שנאמרו בערב־עיון שנערך ביום 24.11.2008 לכבוד פרסום הספר מושא הרשימה. למעט הבהרות נקודתיות והפניות, הטקסט משקף את הדברים שנאמרו באותו ערב. תודות לישי בלנק, לשי לביא ולטליה פישר על הערותיהם.

משפט ותרבות הוא ספר רחב־אופקים המבקש להרחיב את אופקיו של המשפטן. הספר מציב את לימודי התרבות כהקשר מחקרי הכרחי להבנת המשפט, ולא פחות מכך להבנת החברה הישראלית בת־זמננו. קוראי הספר יֵצאו ממנו בוודאי עם תחושה שהתרבות, כמסגרת חשיבה כוללנית, הינה מרכזית להבנת המשפט, אך בו־בזמן הם יֵצאו עם שאלות נוקבות בדבר האופנים שבהם המשפט מכונן את התרבות ובדבר הקשרים המורכבים בין תחומי תרבות שונים לבין התרבות המשפטית. אפילו הסתפק הספר בכך, הוא היה עדיין הישג מרשים מבחינת הביסוס שהוא נותן לפרדיגמה מחקרית באקדמיה המשפטית. אולם ברשימה זו אטען כי הספר פוסע צעד נוסף: הוא אינו מסתפק במבט סוציולוגי ובאמירה כללית על־אודות המשפט כמערכת תרבותית נוספת, אלא מתערב גם בדיון תורת־משפטי על מהות המשפט, ומציב את הכלים להפוך את הפרספקטיבה של לימודי תרבות לתורת משפט עצמאית. אם בעבודותיו המוקדמות הצביע מאוטנר על ״ערכים״ כניגוד ל״פורמליזם״,[1] ספר זה מתחיל בפירוק הקטגוריה של ערכים, ומראה שגם את הפורמליזם וגם את עולמות הערכים השונים כדאי להבין דרך התרבות.

בשנת 1973 פרסם הפרופסור לספרות הרולד בלום (Harold Bloom) ספר בשם **חרדת ההשפעה** (THE ANXIETY OF INFLUENCE).[2] ספרו לא היה יריית־הפתיחה במרד נגד הפורמליזם בביקורת הספרות, שכן מרד זה החל כבר בשנות השישים בארצות־הברית,[3] אבל בלום הציע משהו ייחודי. אם מבקרי ספרות שהושפעו מהפורמליזם רצו להסתכל רק על הצורה הפנימית של השירה, והמורדים נגד הפורמליזם רצו להסתכל על כל דבר אחר, החל בתנאי הייצור סביב היצירה ועד להיסטוריה הפסיכואנליטית האישית של המחבר, בלום רצה משהו ממוקד יותר: משמעותו של שיר, כך טען, היא תמיד עוד שיר; והבנת המשמעות של שיר כרוכה בהבנת התמודדותו של המשורר עם המשוררים שהשפיעו עליו — התמודדות אשר יוצרת בהכרח קריאה מְעַוותת (misreading). כל שיר הוא התמודדות עם השירה שקדמה לו, ומשורר חזק הוא קורא מְעַוות עם עוצמה, בעוד משוררים חלשים, בסופו של דבר, מתעוותים על־ידי קריאת קודמיהם יותר משהם מצליחים לעוותם. ואם היה חשש שהדבר אינו רלוונטי מעבר למסורת צרה של שירה, ניתוחו של בלום מתרכז בחלק ניכר מהספר ב״משוררים״ כגון ניטשה, שופנהאואר ופרויד.

---

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

2 HAROLD BLOOM, THE ANXIETY OF INFLUENCE: A THEORY OF POETRY (1973).

3 דיון ביקורתי אך אמביוולנטי ניתן למצוא כבר אצל: Geoffrey Hartman, *Beyond Formalism*, 81 MODERN LANGUAGE NOTES 542 (1966). הפורמליזם היה אסכולה דומיננטית בביקורת הספרות האקדמית האמריקאית בשנות החמישים של המאה העשרים, וספרו של בלום היה חלק מהמאבק נגד הפורמליזם. לדין־וחשבון תמציתי המעריך את השלכות המאבק ראו: Susan J. Wolfson, *Reading for Form*, 61 MODERN LANGUAGE QUARTERLY 1 (2000).

מדוע לפתוח בבלום? שלוש סיבות. **ראשית**, יש אנלוגיה בין הפרויקט של מאוטנר לבין הפרויקט של בלום. כמו בלום, גם מאוטנר מחפש תיאוריה כוללנית יותר מזו של קודמיו, במובן זה שהוא מנסה להסביר את המשפט מעבר לתנאים הייחודיים השוררים ברגע נתון, כלומר בפסים היסטוריים רחבים מאוד ובהסבר שיכול לחבוק תקופות ואסכולות שונות, אך בו־בזמן הוא מבקש לספק תיאוריה ממוקדת בתוצר של התחום: מבחינת בלום ההסבר נעוץ בהיסטוריה של השירה, ומבחינת מאוטנר – בתרבות המשפטית. **שנית**, יש משהו דומה מאוד באופן הטיפול במקורות אצל בלום ואצל מאוטנר, שניהם אומנים של המכחול העבה. מאוטנר ובלום חולקים את הניסיון להבין כל מהלך – בין של פילוסוף כגדמר, של משפטן כלואלין או של סוציולוג כבורדייה – בקווים הכוללניים והחזקים ביותר, כלומר, כאילו בכל אחד מאלה היה לפחות הפוטנציאל להיות משורר חזק. **שלישית**, לא יכולתי להתקרב למעמד הדיבור כאן מבלי לחשוב על חרדת ההשפעה האישית שלי (ולחוות אותה). מאוטנר הוא קולגה שלי וחבר, אבל היה ונשאר המורה שלי, ותלמיד נושא איתו תמיד חוב שהוא לא יוכל לפרוע. בלום כותב כמה מילים חותכות לגבי החרדה, שעימן אסיים את המבוא הזה:

> How do we understand anxiety? By ourselves being anxious. Every deep reader is an Idiot Questioner.[4]

ממעמד זה, ובתקווה שקריאתי אינה מְעַוותת יתר על המידה, אפשר להתקדם.

האתגר הבסיסי שספרו של מאוטנר מציב בפני הקורא הוא לגשר בין תובנות מדיונים שונים לכאורה. הדיון הראשון קושר בין תרבות למשפט, ומציב לגבי קשר זה סדרה של שאלות: האם התרבות משפיעה על המשפט, וכיצד? האם המשפט בתורו משפיע על התרבות? מהי תרבות משפטית, ומה טיב הקשר בינה לבין תרבות פוליטית או תרבות פופולרית? הדיון השני הוא תורת־משפטי במובן הצר, כלומר, דיון אשר נסב סביב שאלות כגון מהי מהות המשפט, מהם המאפיינים של נורמה משפטית, מהו מקור תוקפה של נורמה ועוד. הדיון הראשון ממקם גישה של משפט ותרבות כפרדיגמת מחקר, ובכך מציב אותה כתיאוריה (בין תיאוריות רבות) על המשפט (legal theory). הדיון השני ממוקם כפן ספציפי של תיאוריה משפטית – תורת המשפט האנליטית (jurisprudence).

כדי לנסות לגשר על־פני פער זה, אתחיל בפרישת התובנה הישירה שלפיה יש להבין את המשפט דרך הקטגוריה של תרבות, ואנסה למקם אותה כתובנה השייכת בעיקרה לסוציולוגיה של המשפט. משם אנסה לחזור ולטעון בכל־זאת כי מדובר בסופו של דבר בדיון שהמשמעויות העיקריות שלו מצויות בתחום של תורת המשפט. סיבוב זה (אני חושש) כבר יהיה ישיר פחות.

---

4 Bloom, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 96.

הקשר הישיר בין משפט ותרבות

המהלך הראשוני המתאר את גישת המשפט כתרבות הוא הטיעון כי השגת דעת על־אודות המשפט כרוכה בהבנה של התרבות, כלומר, בהבנת משהו שאינו נתפס במבט ראשון כחומר משפטי. הרקע לתובנה זו היא מסורת השואפת, בגרסתה הקיצונית, לאוטונומיה של המשפט. לפי אותה מסורת, אפשר להבין את מערכת המשפט כמבנה של כללים ועקרונות אשר סגור מפני השפעה חיצונית על תכניו. ניסוחים כלליים של ראייה כזו של המשפט אפשר למצוא בתיאורים של מערכת משפטית פורמליסטית כ־ideal type, דוגמת התיאור של מערכת שמגיעה לפורמליות לוגית רציונלית אצל ובר,[5] אשר תיאר למעשה את העמדה הרווחת של המדע המשפטי הגרמני,[6] או בתיאורים של הפורמליזם האמריקאי של סוף המאה התשע־עשרה.[7] המשותף לתיאורים אלה הוא הבנת המערכת המשפטית כמערכת סגורה, שלמה (כלומר, ללא לקונות) ובעלת המשאבים הפנימיים הדרושים על־מנת להניב תשובה לכל שאלה משפטית מתוך עצמה.[8] ההנחה היא שהמערכת המשפטית כבר כוללת, בסדרה של כללים משניים ופרוצדורות של חשיבה משפטית (בעיקר אנלוגיה), את הכלים להגיע לתשובה גם במקרים חדשים שלא התעוררו קודם ואשר לא יהיה לגביהם תקדים ישיר. היא תצטרך כמובן לשקול נתונים חיצוניים (עובדות, ראיות מסוגים שונים), אך היא לעולם לא תצטרך לשקול טעם להכרעה שמקורו אינו מתוך המערכת המשפטית.

בנקודה זו יש לציין פיצול דרכים בין שתי אסכולות, אשר שתיהן מחזיקות בעמדה כי המערכת שלמה ואין לצאת ממנה כדי לחפש טעמים להכרעה. מן **הצד האחד** יתייצבו פוזיטיביסטים אדוקים, שיטענו כי זיהויו של מקור משפטי כ״משפטי (פנימי) באמת״ חייב להסתמך על עובדה חברתית קלה לזיהוי לפי כלל ההכרה (זוהי תזת המקורות (ה־sources thesis) של הפוזיטיביזם). כלומר, כדי להיחשב מקור משפטי, טעם הכרעה או עקרון הכרעה חייבים לעבור תהליך של קבלה לתוך המשפט דרך עובדה חברתית ניתנת לזיהוי – למשל, על־ידי אימוץ בחקיקה ראשית או משנית או על־ידי הכרעה שיפוטית המסתמכת על ratio dicidendi של פסק־דין קודם. מן **העבר האחר** יתייצבו נון־פוזיטיביסטים (או פוזיטיביסטים אדוקים פחות לגבי תזת המקורות), שיטענו כי יש עקרונות כלליים של השיטה, שאפשר להבינם דרך פרשנות של ההיסטוריה המשפטית באופן כללי. הם יראו בעקרונות אלה

---

5 2 MAX WEBER, ECONOMY AND SOCIETY 809–815, 880–889 (Guenther Roth & Claus Wittich eds., 1978).

6 Mathias Reimann, *Nineteenth Century German Legal Science*, 31 B.C. L. REV. 837 (1990); Duncan Kennedy, *The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought*, 55 HASTINGS L.J. 1031 (2004).

7 Thomas C. Grey, *Langdell's Orthodoxy*, 45 U. PITT. L. REV. 1, 6–12 (1983); WILLIAM M. WIECEK, THE LOST WORLD OF CLASSICAL LEGAL THOUGHT (1998).

8 מאוטנר עצמו עסק בהרחבה באפיון מערכת כזו בחיבור קודם. ראו מאוטנר, לעיל ה״ש 1.

חומרים משפטיים לכל דבר אף שלא אומצו באופן מפורש או מנוסח על־ידי המחוקק או בית־המשפט, ולכן קשת המקורות שאליה יזדקקו כחומרים פנים־משפטיים עשויה להיות רחבה מזו של הפוזיטיביסט האדוק. החשוב לענייננו הוא ששני צידי הוויכוח הפנימי הזה רואים במערכת המשפטית מערכת מובחנת ושלמה, שאינה נזקקת לחומרים חוץ־משפטיים לשם קבלת הכרעה משפטית כלשהי.[9]

אולם בד בבד עם התיאורטיזציה של מערכת המשפט לפי פסים אלה, החלה להישמע ביקורת על המשגה זו של מערכת המשפט. לפי הביקורת, המשגה זו רחוקה מדי מן המציאות, כפי שזו מתרחשת בבתי־המשפט (שלא לדבר על משרדי עורכי־הדין, מסדרונותיהם של הגופים המנהליים או בתי־המחוקקים). הביקורת – שהיו לה גרסות שונות בסקנדינביה, בגרמניה, בצרפת ובארצות־הברית – זכתה לימים, בתודעה של רובנו, בשם ״ריאליזם משפטי״. אחד הניסוחים הקולעים המוקדמים שלה ניתן על־ידי אוליבר ונדל הולמס (Oliver Wendell Holmes) בשנת 1894. הולמס דן בשני מקרים עם עובדות דומות מבחינה אנליטית אשר הניבו תוצאות הפוכות. בניסיון להבין את הסתירה, הוא כתב:

> The ground of decision really comes down to a proposition of policy of rather a delicate nature... and suggests a doubt whether judges with different economic sympathies might not decide such a case differently when brought face to face with the issue...[10]

אחזור אחר כך להמשך הציטוט, שאני מודה כי הוא אחד האהובים עליי מכתיבתו של הולמס, אך כעת אני רוצה לעמוד על שני מונחים מרכזיים בניסוח. אחת התובנות המרכזיות של הריאליסטים הייתה שמתוך החומרים המשפטיים האמורים לספק תשובה לבעיה משפטית יימצאו לעיתים קרובות (ובעצם כמעט בכל מקרה חשוב) כמה פתרונות אפשריים מבחינת החומרים הפנימיים של המערכת. הבעיה היא שאין במערכת כללים ברורים שינחו

---

9 כדי לשמור על פרופורציות בדיון זה, לא נכנסתי לוויכוח לגבי שיקול־הדעת השיפוטי, ולשאלה אם שופט המכריע על־פי שיקול־דעתו עושה כן ללא קנה־מידה משפטי ולכן מייצר למעשה משפט חדש, ולא מיישם משפט קיים. ויכוח זה שולי לצרכים שלי כאן. לניסוחים קנוניים של העמדה הפוזיטיביסטית ראו: H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW (2d. ed. 1994); JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW 37–52 (1979). לוויכוח בין עמדות פוזיטיביסטיות שונות, וכן בינן לבין עמדות נון־פוזיטיביסטיות, ראו: Jules L. Coleman, *Negative and Positive Positivism*, 11 J. LEGAL STUD. 139 (1982). לדיון מועיל בפוזיטיביזם אינקלוסיבי ואקסקלוסיבי ראו: Kenneth Einar Himma, *Inclusive Legal Positivism*, *in* THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW 125 (Jules Coleman & Scott Shapiro eds., 2004). לעמדה נון־פוזיטיביסטית מובילה ראו: RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE (1986).

10 Oliver Wendell Holmes, Jr., *Privilege, Malice and Intent*, 8 HARV. L. REV. 1, 8–9 (1894).

את הבחירה באחד הפתרונות המוצעים. לשון אחר, אם נרצה להסביר מדוע פתרון אחד נקבע כפתרון הנכון, נזדקק לידע אחר, מעבר לידע על־אודות הכללים השונים המרכיבים את המערכת. את התשובה הריאליסטית לבעיה זו מבינים לרוב דרך מילת־המפתח של הולמס – policy: מה שמכריע אינו ידע משפטי טהור, אלא a proposition of policy of rather a delicate nature. לפי הבנה רווחת (אחת), זו הייתה תרומתו המרכזית של הריאליזם המשפטי: הצבעה על כך שאין במשחק הפנימי־הגיאומטרי־הטכני־הפורמליסטי בין כללי משפט כדי להכריע, ושמקום שמתעורר חופש הכרעה, יש להזדקק לעיקרי מדיניות.

הרים של כתיבה נערמו בעקבות תובנה זו, ואסכולות שלמות של תיאוריה משפטית (legal theory) קמו כדי לספק ניתוחי מדיניות שיבססו הכרעות משפטיות. ניתוחי מדיניות באים משלל מקורות, הפרושׂים ממדעי המדינה והכלכלה, דרך הסוציולוגיה ועד לבלשנות. אבל האסכולות אשר סיפקו ומספקות ניתוחי מדיניות כאלה נתקלות בשתי בעיות מרכזיות: **ראשית**, בלי קשר למידת השכנוע של ניתוח זה או אחר באשר למדיניות שראוי שתכוון את ההכרעה השיפוטית, קשה (עד בלתי־אפשרי) להראות כי המדיניות המוצעת, תהא אשר תהא, אכן מילאה או ממלאת תפקיד כלשהו בהליך קבלת ההחלטות בפועל אצל שופטים או יצרני משפט אחרים. קל הרבה יותר לייצר ניתוחים המצביעים על שיקולי מדיניות ראויים כחלק מתיאוריה נורמטיבית מאשר להצביע על שיקולי מדיניות כחלק מתיאור פוזיטיבי של מערכת המשפט.[11] **שנית**, ככל שהתרבו ניתוחי המדיניות, וככל שהמתודה המוצעת (בין שמקורה היה בתחום הכלכלה, בתחום הניתוח האמפירי, בתחום הפסיכולוגיה הניסויית או בתחום הפילוסופיה) השתכללה, התברר כי ״מדיניות״ לוקה באותו סוג של פתיחות או קביעות־חסר (indeterminacy) שאפיינו את הכללים המשפטיים במבנה הגיאומטרי כביכול שביסס את המדע המשפטי. אם חלק מהריאליסטים המוקדמים החזיקו באמונה כי מדע מדיניות יוכל לספק כלֵי הכרעה ניטרליים מבחינה ערכית, נראה כי אמונה זו התבדתה.

תשובה לקביעות־החסר של עיקרי מדיניות ולקשר הרופף שהם מקיימים עם הליך ההכרעה בפועל טמונה, לפחות בפרשנות מסוימת, בסיפא של הציטוט שכבר הזכרתי: suggests a doubt whether judges with different economic sympathies might not decide such a case differently. הרמז הוא שכדי להבין את הכרעותיהם של השופטים, יש להבין את תפיסות־העומק שלהם, אשר לרוב אינן מנוסחות. המונח העמום "economic sympathies" הוא בדיוק מסוג הדברים שהמדיניות – כתוצאה של מתודה מדעית וסדורה – אינה תופסת. שימוש במונח זה מכוון אותנו להבנה של אותו ״מובן מאליו״ שמרכיב את ראיית־העולם

---

11 הדבר בולט במיוחד בהקשר של הניתוח הכלכלי של המשפט, שבמסגרתו נוצר דיון אם המשפט יכול לקדם יעילות, בזמן שמקבלי ההחלטות עצמם (בהקשר זה – בעיקר שופטים) אינם מבינים כלל ביעילות ואף אינם מתכוונים לקדם יעילות. מאמרים מובילים בוויכוח זה קובצו ב־THE EVOLUTION OF EFFICIENT COMMON LAW (Paul H. Rubin ed., 2007). יש לציין כי הניתוח הכלכלי הוא רק דוגמה פרטית לקושי הכללי של רעיון המדיניות בהסברת המערכת המשפטית.

של השופטת. הולמס אינו מרחיב בעניין, אבל כפי שמאוטנר מראה בספרו, דורות של תיאורטיקנים של המשפט (מלואלין ועד ג׳יי בי וייט) הרחיבו בעניין עד־מאוד, וסינתזה מושכלת של העבודה שלהם יכולה להכליל אותן תפיסות־עומק ולהעניק להן שם – ״תרבות״.

צריך לשים לב למהלך זה, לְמה שהוא עושה ולְמה שהוא אינו עושה: תרבות מספקת הסבר לפן הדסקריפטיבי של השאלה כיצד משפטנים (אולי שופטים בעיקר) מקבלים החלטות. המדע המשפטי ענה על שאלה זו בהצביעו על פרוצדורה מדעית, ואילו הביקורת הריאליסטית ענתה בהצבעה על עיקרי מדיניות. כאשר אלה התגלו כנגועים באותן בעיות כמו המדע המשפטי, קמה התשובה התרבותית כמעין קומה שלישית של דיון. אם הדגש של מדיניות היה נורמטיבי, הדגש של תרבות הוא דסקריפטיבי. אבל בהעדר אמירה נורמטיבית, מהי תכליתה של הראייה התרבותית? הרי ברור שאי־אפשר לספק הצדקה להכרעה שיפוטית או משפטית אחרת רק באמצעות הטענה שהיא נובעת למעשה מהתרבות, אפילו תרבות זו משפטית, ולא ״סתם״ תרבותה של שופטת פלונית.[12]

קיימות שתי תשובות לשאלה זו – חלשה וחזקה.

התשובה החלשה היא שתכליתו של הניתוח התרבותי היא לחשוף את זליגתה של התרבות למקום לא לה, ובעצם להחזיר לשפיטה את יכולתה לפעול בצורה נקייה מדעה קדומה. הולמס, בהמשך הציטוט שהזכרתי, מתקדם בדיוק בכיוון זה:

> I make these suggestions, not as criticisms of the decisions, but to call attention to the very serious legislative considerations which have to be weighed. The danger is that such considerations should have their weight *in an inarticulate form* as *unconscious prejudice* or *half conscious inclination*. To measure them justly needs not only the highest powers of a judge and a training which the practice of the law does not insure, but also a *freedom from prepossessions* which is very hard to attain. It seems to me desirable that the work should be done with express recognition of its nature.[13]

כלומר, ביודענו כי השופט עלול להיות מושפע מתרבותו, מה שעלינו לעשות הוא לחשוף את ההשפעה ולגרום לו להתנתק ממנה. אכן, זוהי פרקטיקה מקובלת לחשוף לפני שופטים

---

12 המתח בין הנורמטיבי לדסקריפטיבי אינו חדש, ואפיין גם את הוויכוח על־אודות הריאליזם. לואלין טבע את המונח "the temporary divorce of the *Is* from the *Ought*", אך היו כאלה שחששו כי זמניותה של ההפרדה תישכח, ושהריאליזם מוותר על הדיון בראוי. לדיון בוויכוח, ולעמדה כי הריאליזם אינו מזניח את הנורמטיבי לטובת הדסקריפטיבי, ראו: Hanoch Dagan, *The Realist Conception of Law*, 57 UNIV. TORONTO L.J. 607, 640–643 (2007).

13 Holmes, לעיל ה״ש 10, בעמ׳ 9 (ההדגשות הוספו).

נטייה מסוימת שיש להם (למשל, העדפה לאנשים עם עניבות, נטייה לא להאמין לעדות ולעדים ממוצא מסוים ועוד אלפי דוגמות כיוצא באלה). כך אפשר לעזור לשופטים להתגבר על דעה קדומה. חשיפת ההטיה התרבותית נועדה לחסום את השפעתה ולהשאיר את המגרש המשפטי במצבו התבוני והנקי ממשוא־פנים, אפילו משוא־פנים לא־מודע. במילים אחרות, מטרתה לנקות את השטח כדי שהפרוצדורה הנקייה והטהורה תוכל להזרים את התבונה ישירות אל הדף שעליו נכתב פסק־הדין. תפיסה תרבותית, לפי ראייה זו, היא חברת הניקיון של הנאורות, וייעודה להבטיח את פועלם התקין של עקרונות הנאורות עצמה.[14] זהו פרויקט חשוב ומעניין, אשר לעיתים קרובות מאוד אכן משפיע על המשפט, כפי שניתן ללמוד במיוחד מתופעת הפמיניזם המשפטי.[15] רבים וטובים באקדמיה המשפטית עסוקים בפרויקט כזה, וברגעים מסוימים בספר גם מאוטנר עסוק בו.[16]

אבל בעיניי הפרויקט האמיתי של מאוטנר הוא אחר, שאפתני יותר: מתן תשובה חזקה להעדרו הלכאורי של הנורמטיבי מהתרבות כתורת משפט. בפרויקט זה ההכרה שהשופט פועל מתוך תרבות אינה אבחנה של מחלה, אלא תיאור של מצב קיומי. לכן המודעות לתרבות אינה באה ״לחסל״ את המימד התרבותי. יודגש כי גם כאשר יחשוף הניתוח התרבותי ״הטיה״ תרבותית שיש להילחם בה, וגם אם נצליח לנטרל הטיה מסוימת, תמשיך השופטת לפעול מתוך התרבות, ולא ממקום מטוהר שכולו תבונה פָּרֶ־תרבותית. אין פירוש הדבר, כמובן, שאין מקום או משמעות לתבונה; התבונה ממלאת תפקיד מרכזי בדיון המשפטי, כפי שאנו מכירים אותו בתרבות המשפטית שלנו. אבל גם היא נשענת על תרבות, וכמו בכל מערך מורכב, אין דרך להפריד באופן מושלם בין מרכיביו השונים. הפעלת התבונה מחייבת, כתנאי מוקדם, קיומה של מערכת תרבותית שתספק לנו, אפילו באופן לא־מודע, את כלי הניתוח וכן הבנות־רקע על העולם. דרך אחת להתמודד עם תובנה זו היא לנסות לפצח את תוכנו של השכל הישר של שחקנים משפטיים. דרך אחרת לבטא תובנה בסיסית זו היא שאין תבונה ללא שפה. לכן אין פלא שהחשיבה המוקדמת על משפט ותרבות, כפי שמאוטנר מזכיר בדיון שלו ב־Savigny, ערכה השוואה ישירה בין התפתחות

---

14 בהסבר זה חסרה חוליה אחת, והיא הלגיטימציה לפעולה מבוססת־מדיניות לאחר שניקינו את השטח מהטיות תרבותיות. ברור, מצד אחד, שראוי יותר לשופט להסתמך על מדיניות מנוסחת וחשופה לביקורת מאשר על נטיות שרירותיות, אבל הבעיה של כוח החקיקה שנמסר כך לידי השופט נותרת בעינה.

15 עבודותיה של קתרין מקינון, שדנו בהטיות הטבועות בשפה המשפטית ובחשיבה המשפטית, היו פורצות־דרך בעניין זה. למבחר ראו קתרין מקינון **פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה** (עידית שורר מתרגמת, דפנה ברק־ארז עורכת, 2005).

16 יש להיזהר מפני הגזמה בחשיבותה של ההבחנה בין הפרויקטים המתוארים כאן. כשם שפמיניזם משפטי (או נכון יותר – פמיניזמים משפטיים) עסוק בו־בזמן הן בחשיפת הטיות ו״תיקון״ המשפט כך שלא יושפע מהן והן בניסיון ליצור תרבות שונה, כך עושה גם מאוטנר בספרו, וכך עושים גם רבים מהכותבים המתרכזים בחשיפת הטיות במשפט.

השפה לבין התפתחות המשפט – או בפשטות: יש דברים שאפשר לומר ובעצם לחשוב רק ביידיש.[17]

עד כה תיארתי את העמדה התומכת בהסתכלות על המשפט כמערכת תרבותית בפסים של סיפור על המצב הקיומי, כלומר, כטענה סוציולוגית (ואולי אף מטפיזית). אבל כזכור, שאיפתי כאן היא לחזור עם התובנה הזו אל הדיון בתורת המשפט, ולשם כך צריך לפזול לכיוון של פילוסופיה פוליטית. העמדה הליברלית הרווחת בפילוסופיה פוליטית קשורה באופן הדוק לתפיסת תורת המשפט שמאוטנר מכנה אותה ״משפט ככללים״ (או מה שמוכר כפוזיטיביזם משפטי). הסיבה היא שתפקיד המשפט מבחינת הליברל הוא לחצוץ בין הפרט לבין כוח שרירותי, בין שכוח זה מופעל על־ידי פרטים אחרים ובין שהוא מופעל על־ידי המדינה, כפי שהליברלים חוששים. הכללים והפרוצדורות הידועים מראש אמורים לספק את הביטחון והוודאות שיאפשרו לפרט לפתח את תוכניות החיים שלו ולהגשימן.[18] כל עוד המשפט מופעל באמצעות הלוגיקה והתבונה בלבד, החשש מפני חדירה של הכוח השרירותי לתחומו של הפרט מוגבל. כל ליברל מציאותי רואה כי יש מקרים שבהם הכוח חודר לכללים, אבל הוא מאפיין חדירה כזו כפתולוגיה, ועד כמה שהיא בלתי־נמנעת – כטרגדיה.

הלקח הראשון שיש לדלות מהפרויקט של משפט כתרבות הוא שיש להפסיק להתייחס לעובדה שאין דרך לברוח מהתרבות כאל טרגדיה. מצב זה אינו טרגי. תפיסת העולם כמורכב מאוסף מקרי של פרטים אשר קודמים מבחינה אונטולוגית לסביבה, למשפחה, לקבוצה או לקהילה היא תפיסה מעוותת של העולם, ולכן גם סביר שתהיה בסיס לא־מוצלח לתיאוריה חברתית או לתורת משפט. מובן שהתפיסה הנגדית, המניחה אחידות או אפילו אחדות אינטרסים בתוך חברה, קבוצה או משפחה – שלא לדבר על מדינה – מוטעית אף היא. כפי שמאוטנר כותב, ״החברה היא יורה רותחת של קבוצות״. הייתי מוסיף רק שרוב הקבוצות רותחות גם בתוכן. בכל מקרה, מה שחשוב כאן הוא שאין אדם בורא את עולמו לבדו, ובמובן זה הפרט אינו יחידת הניתוח הבסיסית בניתוח חברה (או במקרה של המשפט – בניתוח המדינה). וכשם שהחלטות הפרט לגבי תוכניות חייו מביאות עימן תמיד משהו מן

---

17 אפוריזם זה מביע את הרעיון שלפיו אנו כלואים במידה לא־מבוטלת בשפה, שמציבה גבולות לחשיבה. השפה עצמה (או התרבות) משתנה, אך יכולתו של פרט לשנות את השפה באופן מודע ובצורה שתאפשר חשיבה חדשה הינה מוגבלת ביותר, וגם מי שמצליח לשנות את השפה לא יוכל לשלוט בתוצאות השינוי, שכן את אלה איש אינו יכול לצפות מראש, ובוודאי לא לכוונן לבדו. הביטוי עצמו מושאל מדברים שאמר פרופ׳ ז׳וזה ברונר בתגובה על הרצאה של פרופ׳ פיליפ נונה בכנס על פוליטיקה ומשפט – ״מעבר לאופק הליברלי״ – שנערך בתל־אביב בשנת 2005. לעמדתו של נונה ראו: Philippe Nonnet, *Time and Law*, 8 THEORETICAL INQ. L. 311, 312 (2007).

18 לפיתוח התֵמה הליברלית ראו: FRIEDRICH A. HAYEK, LAW, LEGISLATION AND LIBERTY: A NEW STATEMENT OF THE LIBERAL PRINCIPLES OF JUSTICE AND POLITICAL ECONOMY (1982).

התרבות שבה הוא חי, כך גם כל הכרעה שיפוטית או משפטית אחרת מביאה עימה את עולמו התרבותי של מקבל ההחלטה, בין שמדובר בקטגוריות של שכל ישר או בערכים המתבטאים בשפה. כמו־כן, הכרעה משפטית מחוללת תוצאות בעולם, ובמידה מסוימת מכוננת את השחקנים שעליהם היא פועלת. כאן יש להדגיש: אם אנו מעוניינים בתורת משפט שאינה מתכחשת באופן גורף למציאות, צריך להתמודד עם המרכיב התרבותי בהכרעה השיפוטית ובהכרעות משפטיות אחרות. אין זה עניין של טוב ורע, אלא התעקשות שתורת המשפט לא תתבסס על תמונה חלקית עד כדי כך שהיא תהיה תמיד שקרית.

ההכרעה המשפטית, אם כן, היא ביטוי להתגוששות המתמדת בין קבוצות ובין תפיסות־עולם במובן העמוק של הביטוי. ראוי לעמוד על שני היבטים של היות ההכרעה המשפטית ביטוי להתגוששות בין־קבוצתית. במובן הצר, הכרעה משפטית קונקרטית קובעת תוצאה משפטית הנפרשת לעבר קבוצות חברתיות שאינן צד פורמלי להליך, ובכך מחלקת משאבים בין קבוצות. כאשר בית־משפט מחליט, לדוגמה, כי רוכש בעסקת מקרקעין שלא מסר מידע שהיה בידיו על עתיד נכסו של המוכר(!)למעשה הטעה את המוכר,[19] ושבמצב זה האחרון רשאי לבטל את החוזה, ההחלטה אינה מוגבלת לצדדים בלבד. למעשה, ההחלטה משנה את נקודת המוצא הקניינית, ונוטלת מקבוצת הקונים בעלי המידע את זכות הקניין הלכאורית שהייתה לה עד לאותה החלטה.[20] בדרך־כלל איננו חושבים שרוכשים ומוכרים של מקרקעין משתייכים לקבוצות חברתיות שונות בצורה רלוונטית אחרת, ולכן אין כאן מאבק חברתי חשוב. אך מובן שהכרעות מסוג זה מחלקות לעיתים קרובות זכאויות בין קבוצות חברתיות מובחנות המצויות במאבק, בין שמדובר בצרכנים ועסקים, בעובדים ומעסיקים, בנשים וגברים, בערבים ויהודים, בדתיים וחילונים ועוד.

ההיבט השני של המשפט כזירה למאבק בין־קבוצתי נוגע באופן עמוק יותר בתפיסת המשפט עצמו. במובן הרחב, מתן המסגרת המשפטית מהווה חלק מרכזי מההתגוששות הבין־קבוצתית המאפיינת חברה. המשפט הוא אחד האתרים המעניקים מסגרת להבנה של סיטואציות חברתיות. רוברט קוור (Robert Cover) העניק ביטוי ציורי לתובנה בסיסית זו:

> Legal precepts and principles are not only demands made upon us by society, the people, the sovereign, or God. They are also signs by which each of us communicates with others. There is a difference between sleeping late on Sunday and refusing the sacraments, between having a snack and desecrating the fast of Yom Kippur, between banking a check and refusing to pay your income tax. In each case an act signifies

---

19 ע״א 9019/99 **קינסטלינגר נ׳ אליה**, פ״ד נה(3) 542 (2001).

20 לניתוח הסוגיה בהיבט התיאורטי הכללי ראו: Anthony T. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 YALE L.J. 472 (1980).

> something new and powerful when we understand that the act is in reference to a norm.[21]

המשפט אינו הגורם היחיד כמובן שמספק מסגרות להבנה, אבל כפי שמאוטנר מדגיש, הוא מרכזי בכל חברה מודרנית, ואולי מרכזי במיוחד בחברה הישראלית בת־זמננו.[22] כאן חשוב להדגיש: תוצאה של סכסוך משפטי יכולה להיות חשובה במישור זה, אבל היא לא העיקר. הדבר החשוב בהרבה הוא מסגרת ההבנה שהמשפט מספק בדרך שבה הוא ממשיג בעיות באופן כללי. המשגה זו – עיבויה של המסגרת הנורמטיבית, אשר נהפכת כך לרקע לאופן שבו אנשים מעריכים את מעשיהם של בני־אדם ושל מוסדות בחברה – היא אחד התפקידים הקריטיים ביותר של המשפט. למשפט יש תפקיד מרכזי בקביעת הקטגוריות שבאמצעותן בני־אדם מבינים את עולמם ואת אפשרויות הפעולה בו, ובזה המשפט תורם לתיחום הדמיון הפוליטי בחברה. קטגוריות אלה משתנות, בין היתר, כתוצאה ממאבקים בין־קבוצתיים, אשר חלקם מנוהלים באמצעות המשפט.

בשני מובנים אלה המשפט הוא המשך מתבקש של הפוליטיקה, ובתרבויות שאנו שופטים לטובה, ההכרעה המשפטית מובחנת מהפוליטיקה המפלגתית או היומיומית, ה־open ended, רק בפרוצדורות ובתרבות הדיון בה. זוהי הבחנה חלקית, עניין של דרגה, ועל אופייה יש תמיד מקום למאבק לכאן או לכאן. מה שאין לו מקום הוא הטענה כי יש הפרדה מוחלטת, כי טיעון זה הוא בבחינת עצימת־עיניים בפני מה שכולם חייבים לדעת. ניסיון לטעון להפרדה מוחלטת הוא עמדה תרבותית כשלעצמה, אבל עמדה המסתירה את אופייה, או במילים אחרות – אידיאולוגיה.[23]

אם משאירים מאחור את התמונה האידיאולוגית, נשארת ההתמודדות עם המצב שבו תפיסות תרבותיות נאבקות. מאבק זה יכול להתנהל כמעט בכל מקום, אבל מה שרלוונטי במיוחד למשפטן הוא המאבק על ה״מובן מאליו״ המשפטי, ״מובן מאליו״ שנבנה במשך שנים של חינוך. חִשבו, לצורך העניין, על שני אנשים. האחד אומר שפרטים ממקסמים את תועלתם האישית, או כפי שריצ׳רד אפשטיין (Richard Epstein) טוען – איננו יודעים מה

---

21 Robert M. Cover, *Foreword: Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4, 8 (1983).

22 זוהי תֶמה מרכזית בספר אחר של מאוטנר שראה אור לאחרונה. ראו מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** (2008).

23 כוונתי כאן אינה לאידיאולוגיה במובן של תוכנית פוליטית המבוססת על תפיסת־עולם, אלא למונח במסורת החשיבה המרקסיסטית, כפי שזו מופיעה אצל הוגים כגון גרמשי, אלתוסר ופשוקניס. ראו, למשל: EVGENY B. PASHUKANIS, THE GENERAL THEORY OF LAW AND MARXISM 73–84 (Barbara Einhorn trans., 2003); **לואי אלתוסר על האידיאולוגיה** (אריאלה אזולאי מתרגמת, 2003); **אנטוניו גרמשי על ההגמוניה – מבחר מתוך ׳מחברות הכלא׳** (אלון אלטרס מתרגם ועורך, 2004).

פרטים רוצים, אבל אנחנו יודעים שהם רוצים עוד.[24] אפשר להציג לפניו דוגמות נגדיות, ולהראות שאנשים אינם רציונליים תמיד, אך הוא עשוי להשיב: ״נכון, בוודאי, אך אלה מקרים שוליים או פתולוגיות שיש לתקן, ובכל מקרה הבסיס לעיצוב כללים משפטיים כלליים חייב להיות הנחה של רציונליות.״ אדם אחר אומר שפרטים בונים את חייהם דרך קשרים, ומוכנים להשקיע באופן עקבי – בלי מחשבה על תמורה – למען ילדיהם וחבריהם, למען מדינתם או למען קבוצת־הכדורגל שלהם, ושמהות החיים מצויה בנכונות העקבית להקריב למען הזולת או לעיתים להקריב כדי לפגוע בזולת. אדם אחר זה אומר שהֶסדרים במשפט צריכים להיות רגישים לרצף המילים ״קִרבה״, ״הקרבה״ ו״קרב״. בעולם של תום־לב ותרבות שכנוע, כל אחד משני האנשים הללו מוכן לקבל בסיס אחר להכרעות משפטיות או לעיצוב כללים, אם רק ייתנו לו סיבות טובות לכך. העניין הוא שכל אחד חושב שהוא כבר נתן את הסיבות הטובות.

ניתן להדגים זאת ברמה קונקרטית יותר באמצעות סיפור שחוויתי לא פעם: תיאורטיקן של חוזים טוען כי בתנאים א, ב ו־ג יהיה יעיל יותר לצדדים אם לא תהיה חובת פיצוי במקרה של הפרת חוזה;[25] מישהו בקהל אומר תמיד: ״אבל למה שמישהו יסכים לדבר כזה, להיות נתון בחסדיו המוחלטים של הצד האחר?״ התיאורטיקן חוזר ומסביר כי הֶסדר זה ישיא את הרווח המשותף של הצדדים מהחוזה, ולכן שני הצדדים יעדיפו אותו; המאזין חוזר ואומר משהו כמו ״אנשים אינם רובוטים״,[26] וכן הלאה. אחרי דיון ייתכן שתושג הסכמה לגבי האפשרות לדמיין שחקן משפטי כזה או אחר שלגביו התנאים המתוארים אכן מתקיימים ומשכנעים. אבל אי־ההסכמה הבסיסית היא לא על תוצאה אפשרית, אלא על איך אנשים ככלל יתפסו את הבעיה. ומה שחשוב יותר – אי־אפשר סתם לבחור להיות כמו התיאורטיקן או כמו המאזין, שכן מדובר במחויבות לראיית־עולם שנרכשת על־פני שנים של חינוך או חִברוּת.[27] אי־אפשר סתם להשתכנע בתמונת־עולם א או ב – זה ההבדל בין

---

24 RICHARD A. EPSTEIN, SIMPLE RULES FOR A COMPLEX WORLD 75 (1995): "It is true that all individuals differ in natural endowments, in personal ambitions, in social roles, and in institutional expectations. But there is one thing that each of them wants and wants just because each is an A or B: *more*".

25 לדוגמות עם תנאים א, ב ו־ג שונים, ראו, למשל: Robert E. Scott & George G. Triantis, *Embedded Options and the Case Against Compensation in Contract Law*, 104 COLUM. L. REV. 1428 (2004); Robert Cooter & Ariel Porat, *Anti-Insurance*, 31 J. LEGAL STUD. 203 (2002); Robert Cooter & Ariel Porat, *Decreasing Liability Contracts*, 33 J. LEGAL STUD. 157 (2004).

26 ד״נ 20/82 **אדרס נ׳ הרלו אנד ג׳ונס**, פ״ד מב(1) 221 (1988).

27 אין הכוונה שמחויבות לראיית־עולם היא מוחלטת. כפי שנסיונם של רבים מהמורים למשפטים מוכיח, אפשר לפתח מיומנות בשיח כלכלי או פילוסופי או ביקורתי או אחר, ולפתח יכולות להתדיין בתוך השיח מבלי ״להאמין״ בהנחות־היסוד שלו. אבל זוהי מיומנות נרכשת לגבי תחומים ספציפיים יחסית. אפשר אולי לשאוף לאידיאל שלפיו מיומנות כזו תאפשר לנו להסתכל על בעיות רבות מזוויות רבות כעניין שבשגרה. אולם ברור שלרוב היא

הצגת אנשים כבני תרבות מסוימת לבין הצגתם כבעלי עמדות. אם כך, החינוך בכלל, והחינוך המשפטי בפרט, הם זירות המאבק הקריטיות. זהו הבדל נוסף בין המשפט לבין הפוליטיקה, שכן הדיבור המשפטי מותנה בתהליך חִברוּת ספציפי, בעוד הפוליטיקה הכללית מתיימרת לאפשר גישה חופשית ללא הפליה נגד חִברוּת זה או אחר.[28]

הראייה התרבותית תכוון את המשפט לכאן או לכאן – לא כי היא מחייבת תוצאה כזו או אחרת, אלא מכיוון שהיא קובעת את גבולות הדמיון של המשפטן. המשפט הוא זירה של מאבק תרבותי, אפיק (מאופק או מרוסן) של הפוליטיקה שבתוכו חותרים לשכנוע תבוני, כאשר גם התבונה היא קבוצתית־תרבותית. אם תשובתו של הליברל לשאלה מהו המשפט היא שמדובר במערכת של כללים ראשוניים ומשניים המבטיחים את ההפרדה בין בני־אדם (בהתאם לזכויות הפָּרְ־פוליטיות שלהם), תשובתו של מאוטנר שונה: המשפט הוא זירת מאבק תרבותי שבו קבוצות־תרבות מתחרות על משאבים חומריים וסמליים. התפיסה הליברלית, אם כן, היא רק תפיסה תרבותית אחת שמבטאת ערכים חשובים אך חלקיים מאוד. במובן זה, ההסתכלות על המשפט כעל תרבות היא מהלך של הכללה. היא ממקמת את תורת המשפט הקלסית לא כתיאור כללי של כל מערכת משפט באשר היא, אלא כעמדה אחת, כקונספציה ספציפית.

לסיכום, אפשר לנסות להכליל: בתפיסה שכיניתיה לעיל ״ליברלית״, קרי תפיסת המשפט ככללים, המשפט מובחן באופן חד מהפוליטיקה, אשר נכנסת במובן חלקי מאוד ורק דרך החקיקה;[29] במשפט כתרבות, לעומת זאת, ההבחנה בין הפוליטיקה למשפט היא חלקית מאוד, והיא בעצם ביטוי לתרבות פוליטית ומשפטית מקומית נתונה. היחס משתנה עם הזמן והנסיבות, והוא עצמו חלק ממאבק. מיותר אולי להוסיף שזו תמונה משכנעת הרבה יותר של המציאות. אחת ההשלכות שלה היא חשיבותו של החינוך, ובמובן מסוים גם האדרת האקדמיה כיצרנית של משפט במישור־עומק.

כדאי אולי להזכיר כאן תובנה אחת נורמטיבית על־אודות התרבות המשפטית: התרבות המשפטית המוכרת לנו מחייבת את השופט לצמצם למינימום האפשרי את הפער הבלתי־

אינה מנטרלת לחלוטין את הפרספקטיבה החלקית שמאפיינת את הקליטה הראשונית שלנו ביחס לבעיות או לסיטואציות.

28 דיבור בשפה משפטית מניח מומחיוּת, והדבר מתבטא, בין היתר, בכך שלימודי המשפטים בונים מומחיוּת, והכניסה למקצוע עריכת־הדין מותנית בבחינה של אותה מומחיוּת. במישור הפוליטי, לפחות לפי האידיאל הליברלי, אין מבחני כניסה; נהפוך הוא – על כל קול להישמע.

29 במאמר מוסגר אפשר להוסיף כי הדבר מסביר מדוע תורת משפט מסורתית נמצאת במבוכה בהתמודדותה עם חקיקה. לדיון כללי במבוכה זו ראו: JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT (1999). לדוגמה למבוכה זו ראו HAYEK, לעיל ה״ש 18, בעמ׳ 72: "Unlike law itself, which has never been 'invented' in the same sense, the invention of legislation came relatively late in the history of mankind. It gave into the hands of men an instrument of great power which they needed to achieve some good, but which they have not yet learned so to control that it may not produce great evil".

ניתן למיגור שבין קבלת ההחלטה עצמה – שהיא תהליך מסתורי משהו שמעורבים בו רגשות ושלל מרכיבים חיצוניים – לבין מתן ההצדקה או הסברת הטעמים להחלטה. גם פוליטיקאים יכולים להציג טעמים להחלטותיהם, אך אנו רגילים להבין את ההסברים האלה כחלקיים במקרה הטוב. בתרבות השיפוטית אנו מצפים לקשר הדוק יותר בין הטעמים הניתנים לאחר מעשה לבין ההחלטה עצמה. אבל פער כלשהו יהיה תמיד מנת־חלקנו: הוא המגדיר את ההבדל, במונחים קנטיאניים, בין כוח השיפוט לבין יישומו של כלל. תורת משפט שמתעלמת מהפער הזה אינה יכולה לתת דין־וחשבון על המציאות, ומכאן היתרון הבולט של תורת משפט תרבותית.

המשוררים החזקים במשפט – אותם מלומדים ספורים אשר אפשר לא להסכים איתם אך אי־אפשר להתעלם מהם – הם מעטים. עד כמה שקריאתי מצליחה לעוות רק מעט, אין ספק שמאוטנר הוא משורר חזק, וזו ברכה לתרבות המשפטית שלנו.