

המשפט הסמוי מהעין \ מנחם מאוטנר

כינון פרקטיקות, הקצאת משאבים, יצירת משמעות

המשפט מכונן פרקטיקות חוזרות על-ידי הסדרת מעמדם של בני-אדם, תאגידים ורשויות המדינה באינטראקציות ביניהם והקצאת כוחות וזכויות. על-ידי כך הוא ממלא תפקיד חשוב בהקצאת משאבים חומריים וערטילאיים. על-ידי כך, המשפט ממלא תפקיד חשוב ביצירת המשמעות בחיי בני-אדם, הוא מעניק את המשמעות לביטויים כגון "קבלן בניין", "דייר", "בעל", "אישה", וכו'.

היחס בין בני האדם לבין המשפט אינו חד-כיווני אלא מעגלי: המשפט ממלא תפקיד חשוב בכינון היחסים החברתיים של בני-האדם; בני האדם ממשיכים ומייצרים משפט; בני-האדם ממשיכים לחיות את חייהם ולקיים את יחסיהם החברתיים בתוך המשפט, וכך הלאה.

לא "קיום הוראות החוק" אלא הצטרפות לפרקטיקות קיימות שמקורן במשפט

ברוב המקרים, אנו מצטרפים לפרקטיקות משום שכך נהוג, ולא משום שהן מבוארות לנו. משעה שהמשפט מצליח לכונן בחייהם של בני-אדם פרקטיקות, הן נראות להם "שקופות" ו"טבעיות", מבלי שיתנו את דעתם לכך שניתן היה לקבוע שהדברים ייעשו גם אחרת.

גופים יוצרי משפט, גופים אוכפי משפט

בחברות המערביות קיימים גופים נבדלים ליצירתה של משמעות משפטית (בתי-מחוקקים, בתי משפט ורשויות מנהליות), הקובעים את תכניו של המשפט. המשמעויות שהמשפט מכונן בחייהם של בני-האדם משתנות מהקשר להקשר, ממקום למקום ומזמן לזמן, בהתאם למידה שבה קבוצות שונות היו בעלות הכוח לקבוע את תכניו של המשפט.

המידה שבה המשמעות "המקורית" של המשפט תמומש תלויה בתרומתן של רשויות המנהל הממונות על הוצאה לפועל של המשפט:

1. דרך פירוש המשפט,
2. מידת החריצות בהפצת תכני המשפט,
3. מידת יעילות האכיפה,
4. מידת היושר במילוי התפקיד.

בשל זאת, לעתים המשפט חסר נוכחות ("סמוי מהעין"), או שנוכחותו שונה מזו שיועדה לו במקור.

המשפט ומערכות תרבותיות אחרות

המשמעות הנקבעת על-ידי המשפט מושלמת על-ידי מערכות תרבותיות. לעתים, המשפט ימצא עצמו בתחרות עם מערכות אלה. המשפט יישאר חסר נוכחות ("סמוי מהעין") אם יתקל במערכות תרבותיות נוגדות, השולטות בעצמה בחייהם של בני-האדם.

לעתים יימצאו בני-אדם שיציגו את המשפט כקובע בלעדי של המשמעות, בידיעה כי בעקבות תלות החוק במערכות תרבותיות אחרות, המשמעות המוקנית לו למעשה שונה ממשמעותו הכתובה.

עושר המשמעות בחייהם של בני-האדם מול אחדותה של המשמעות המשפטית

בני-האדם משתייכים לקבוצות שונות, ומקיימים במסגרותן שורה של פעילויות עשירות במשמעויות. הצירוף המסוים של של המשמעויות במסגרתה של כל קבוצה הוא תוצר של תהליכים היסטוריים ייחודיים בעלי מקורות השפעה שונים. קבוצות יסוד מעצבות את תודעותיהם של בני-האדם באופן עמוק יותר מאשר קבוצות אחרות, ומציידות אותם בתבניות יסוד לתפישת העולם ומעמדם בו. המצב האנושי הוא של ריבוי משמעות וחוסר הסכמה. כשחושבים על המשפט כמערכת ליצירת משמעות בולט מאוד הפער בין עושר המשמעויות הקיים בחייו של כל אדם לבין אחדות המשמעת אותה מבקש המשפט להשליט, וכן הפער בין השונות והגיוון של המשמעויות בחייהן של קבוצות שונות של בני-אדם לבין אחדות המשמעות שאותה מבקש המשפט להשליט.

העובדה שהמשפט מנסה לקבוע הסדרים אחידים וכלליים, שאמורים לחול על בני-אדם המשתייכים לקבוצות שונות, גורמת בעיה חריפה של לגיטימציה: המשפט קובע עבור בני אדם הסדרים שונים מאלו שבני-האדם האלה היו קובעים אם הם היה בכוחם לעצב את תכניו של המשפט. הבעיה שבפניה ניצבים יצרניו של המשפט היא: כיצד להצדיק את החלת ההסדרים על כל בני-האדם הכפופים לסמכותו של משפט המדינה, אף שברור כי רבים מבני-האדם האלה היו עשויים לקבוע תכנים אחרים למשפט, ואף כי ברור שחברי הקבוצות השונות, אליהם משתייכים בני-האדם האלה, היו קובעות תכנים אחרים למשפט.

פרטיקולרי וכללי: בתי-מחוקקים

המשפט הנוצר בבתי-המחוקקים הוא פרטיקולרי. טבעם של בתי-מחוקקים הוא שהם משמשים זירות להצגתן של גרסאות שונות של האינטרס הכללי. יתר על-כן, רואים כמובנת מאליה פעילותן של מפלגות לקידום של אינטרסים פרטיקולריים.

למרות זאת, החוקים מוצגים על-ידי יוזמיהם כמכוונים לפעול לטובת הכלל. המשפט הנוצר בבתי-מחוקקים הוא לא אחת סמוי מהעין במובן זה שהמניעים ביסוד יצירתו עלומים או מוסוים.

פרטיקולרי וכללי: בתי-המשפט

הפרטיקולריות של החוק הנוצר ומופעל בבתי-המשפט נובעת מאישיותם הייחודית של השופטים המסוימים העוסקים בזאת, והשתייכותם בדרך-כלל של השופטים לקבוצה מסוימת אחת.

שופטים עוסקים במתן משמעות משפטית למקרים הנדונים על-ידם על-פי תכניה של התרבות המשפטית שבגדרה הם פועלים, קרי: המסורת של פסקי-הדין של בתי-המשפט. המסורת המשפטית מתעלת את השופטים למספר מצומצם יחסית של הכרעות. למרות זאת, בדרך-כלל יוכלו שופטים לעצב יותר מפתרון אחד. יתר על כן, פתרונות אפשריים אלה עשויים להיות שונים מאוד, ולא אחת אף מנוגדים.

הסיבה ליכולת להכריע ביותר מאשר דרך אפשרית אחת נעוצה במאפייני ההליך השיפוטי. שופטים נהנים מחופש פעולה בכל אחד מהשלבים המובילים אותם להכרעה השיפוטית:

1. איתור המאפיינים העובדתיים,
2. איתור השיקולים הנורמטיביים,
3. נתינת משקל יחסי לשיקולים,
4. שקילת ההשלכות הצפויות של הכרעות שונות,
5. קביעת המשמעות הנורמטיבית הכוללת.

יוצא שבדרך-כלל המפגש בין החומרים המשפטיים העשירים העומדים לרשות השופטים לבין המאפיינים הייחודיים של כל מקרה מאפשר לשופטים לעצב יותר מפתרון אחד.

שופטים	מחוקקים
חיכוך מוחשי בין הצדדים המתדיינים לשופט.	פועלים באופן מופשט.
חודרים לחייהם של בני-אדם מסוימים.	קובעים הסדרים כלליים.
שופט מסוים אחראי להכרעה מסוימת.	חוקים הם תוצר פעולתה של קבוצה.

כדי להתגבר על בעיות של לגיטימציה בשל יחוס תכנים של הכרעות שיפוטיות לזהויות ייחודיות של השופטים האחראיים להן, מופעלים במשפט אמצעים רבים, המכוונים להציג את פסיקותיהם כמוכתבות על-ידי התכנים של המשפט ולהסתיר מהעין את התרומה האישית הייחודית של כל שופט.

הצגת השופטים כמי שפועלים כממלאי תפקידים, בלא שההויות הייחודיות שלהם ושל הצדדים המסוימים ישפיעו על הכרעותיהם:

1. ריבוי הסתמכות על תקדימים וציטוט מתוכם.
 2. כתיבה בלשון רבים.
 3. התייחסות לכשירות המוסדית.
 4. תיאור הצדדים תוך ציון התפקידים אותם הם ממלאים.
 5. לבישת מדי משפט.
 6. סגנון הנמקה "מכניסטי" (מיון מקרים עובדתיים לתוך קטגוריות קיימות של כללים ובגזירה דדוקטיבית של המסקנות המשפטיות הגלומות בכללים); הצגת השופטים כבירוקרטים במערכת המכילה פתרונות מוכנים מראש לכל בעיה; הבלטת הקשר ההדוק בין הכרעת השופט לבין השכל הישר המקובל בקהילה בה הוא חי (הצגת השופטים כדוברים בשם המסורת ולא בשם עצמם).
 7. הדימוי האמנותי של המשפט: המאזניים.
- הפרטיקולריות המאפיינת את פעולתם של שופטים מתבטאת גם בכך שבני-האדם המתמנים לתפקידי שפיטה באים בדרך-כלל ממספר מצומצם של קבוצות יסוד, משתייכים למספר קטן של קבוצות חברתיות ומקבעים ערכיהן של הקבוצות האלה במשפט הנוצר על-ידם. יצירת רושם שהמתרחש במשפט נבדל ומנותק ממה שקורה מחוצה לו:
1. הגיונו של ההליך השיפוטי הוא המרה של סכסוך המתקיים מחוץ למשפט לסכסוך המתנהל על-פי התכנים והפרוצדורות של המשפט, באמצעות נציגים.
 2. רמה גבוהה של מיסוד, היוצרת רושם של הגיון פנימי.
 3. תרבות משפטית נבדלת; שפה משפטית שונה הכוללת ביטויים ייחודיים רבים.
 4. הדגשת רכיבי העבר והעתיד בכתיבתם של שופטים, תוך "דילוג" לכאורה על ההווה.
 5. אורח חיים מיוחד המרחיק שופטים מקבוצות רבות של בני-אדם.
 6. דוקטרינת הסוב-יודיצה.
 7. איסור הקלטה, צילום ושידור של הליכים שיפוטיים; הכנסת גורמי חיץ מתווכים ומניעה של מגע ישיר בין ההליכים לעולם מחוץ להם.
 8. דימוי אמנותי של אישה קשורת עיניים. הנשיות מסמנת ריחוק מפעילות מעשית. העיניים הקשורות מביעות תפישת פנימיות תכני המשפט, וחוסר השפעתם של בעלי כוח מחוץ לו.
 9. ביטויים המציגים את השופטים כדוברי ציבור הומוגני, הפועל בקונצנזוס ערכי.

פקידי הרשות המנהלית: חלקה המצומק של המשמעות המשפטית בתוך גודש המשמעויות בחיי היומיום

המשפט מקבע חלק קטן מתוך כל עושר המשמעות הקיים בחייהם של בני-האדם ומקבע אותו כמשמעות המשפטית, האמורה "להתגבר" על העושר ולתבנת התנהגויותיהם של בני-האדם. המשמעות המשפטית מוקפת תמיד במשמעויות רבות נוספות, ושהמשפט חותר לכך שלא ימצא להן מקום במסגרת החלטותיהם של בני-האדם שאמורים לפעול על-פי המשפט.

למרות זאת, קורה לא אחת שציווי התרבות היום-יומית גוברים על הציוויים המשפטיים במסגרת שיקוליהם של בני-האדם שאמורים לקבל החלטות על-פי הקבוע במשפט. במקרים כאלה, יעטוף פקיד הרשות את החלטתו בהצדקות מן הסוג שאותן קבע המשפט כאפשריות.

המשפט המופעל כמסווה לשיקולים זרים אינו משמש רק מסך להסתרה; הוא מסך עליו מוקרנת מציאות בדיונית, שאותה מבקשים להציג בני-אדם מסוימים בפני בני-אדם אחרים הצופים בהם.

בדומה ליצירת חוקים בבתי-מחוקקים, המשפט המופעל על-ידי פקידי המנהל עשוי להיות סמוי מהעין במובן זה שהחלטות מנהליות יוצגו כמכוונות להביא למימוש של המשפט יונעו למעשה על-ידי שיקולים שאותם ביקש המשפט לדחוק אל מחוץ למערכת השיקולים של המנהל.