

עליו משפט



כתב העת של המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

אלול תשע"ח, ספטמבר 2018

כרך יד

משפט ומדעי הרוח

5	דבר העורך אבישלום וסטרייך.....
9	איך לעשות דברים עם משפט וספרות (בישראל) ענת רוזנברג.....
33	דת אזרחית ותאולוגיה פוליטית: על מעמד המקודש של שלטון החוק ושל בית המשפט העליון בישראל אלעד ליסון.....
101	"על כן אנו מבקשים להיות לו לפה": הנרטיב המשפטי והאתוס הלאומי: עיון מחודש בפסק דין יגאל עמיר ליאת פרידגוט נצר.....
143	"מעשה לילית" כפאניקה מגדרית ומשפטית: על ציד מכשפות בישראל 2014, בין מיתולוגיה, חברה ומשפט אורית קמיר.....
175	"הסוף הטוב": דילמות של צדק משפטי מול צדק פואטי בסיפורי מארי דה פראנס דניאלה גורביץ'.....
203	הכול בעיני המתבונן: חברת הדבורים כמשל לחברה האנושית ברומא העתיקה רחל (ראקלה) חסן.....
225	עונשי מוות חדשים באימפריה הקרולינגית ויקי מליכסון.....
249	"שהלב עיקר האדם ועיקר כל המצות וכל העבירות" (רבינו בחיי): על ניסיון בלתי צליח במשפט העברי שלמה גליקסברג ואילן סלע.....

עליו משפט



כתב העת של המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

אלול תשע"ח, ספטמבר 2018

כרך יד

עורך

אבישלום וסטרייך

רכזי המערכת – תשע"ז

ערן אגם, יערה כליף

חברי המערכת תשע"ז

רחל בירון, אנואל בלושטיין, מאי גורן, שלי גרינברג, עומר דגן, יעל דוד, אלונה דרורי, דנה הלפרט, אילנה טל, רחל פאלק, ברוריה פריד, קטי רוזין, עדן רוש, שיר שטרית, עמית שרון

רכזות המערכת – תשע"ח

רחל פאלק, שיר שטרית

חברי המערכת תשע"ח

שרון אלטבך, מירי בוחניק, צחי הוק, משה זילברמן, אסף יהודה חרלופסקי, עדה יעקבי, דניאל כהן, לידר לוגסי, עומר לוי, אליהו קראוזה

מזכירת המערכת

גלי כהן

עריכה לשונית

יהודית ידלין

הפקה

ענת זקון

הוצאה לאור



המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

נשיא המרכז האקדמי – פרופ' משה כהן אליה

דיקן בית הספר למשפטים – פרופ' יעד רותם

דיקן בית הספר למנהל עסקים – פרופ' גל רו

ראש החוג לחשבונאות – ד"ר רימונה פלס

דיקן הפקולטה למדעי המחשב (בהקמה) – ד"ר אבי יוסיפוף

סגל ההוראה בבית הספר למשפטים:

ד"ר שלי קרייצר-לוי	פרופ' משה כהן אליה	עו"ד מיכל אהרוני
עו"ד רותם רוזנברג רובניס	עו"ד סאני כלב	ד"ר טלי אמיר
פרופ' יעל רונן	גב' הלן כצנלסון	ד"ר דניאלה בייניש
פרופ' יעד רותם	ד"ר אייל כתבן	ד"ר אורי בן אוליאל
עו"ד אורטל רייסמן	עו"ד שרה לואיס	גב' גלית בנצור
עו"ד הישאם שבאיטה	מר רן לוסטיגמן	פרופ' ליסה ברנשטיין
ד"ר גיא שגיא	עו"ד ליאת לייזר	ד"ר דניאל גולדשטיין
ד"ר קרני שגל-פפרקורן	ד"ר איתי ליפשיץ	ד"ר גרשון גונטובניק
ד"ר סיגל שהב	פרופ' פבלו לרנר	ד"ר חאלד גנאים
מר יואב שוטן	עו"ד אסף מנשה	פרופ' יוסי דהאן
פרופ' גילה שטופלר	ד"ר דורון מנשה	ד"ר רועית דהן
ד"ר עודדה שטיינברג	ד"ר דב סולומון	ד"ר ליאור דוידאי
ד"ר אילנה שילה	ד"ר עופר סיטבון	ד"ר רונית דוניץ-קידר
פרופ' פנחס שיפמן	עו"ד יעל סנאי	פרופ' אביחי דורפמן
עו"ד קרן שמש פרלמוטר	פרופ' בועז סנג'רו	פרופ' שחר דילברי
ד"ר בועז שנור	גב' דנה פאר	ד"ר אסף הראל
	פרופ' עידו פורת	ד"ר יניב ואקי
	ד"ר מרים פיינברג	עו"ד שירה וייסברג
	ד"ר רחל פריד דה וריס	עו"ד ליאב וינבאום
	עו"ד עמיר פרידמן	ד"ר אבישלום וסטרייך
	ד"ר נורית צימרמן	ד"ר הדר ז'בוטינסקי
	פרופ' רינת קיטאי-סנג'רו	ד"ר קים טרייגר-ברעם
	ד"ר אבישי קליין	ד"ר מרגלית יחזקאל

רשימת המשתתפים בכרך

ד"ר דניאלה גורביץ', ראש הרב תחומי במדעי הרוח, אוניברסיטת בר-אילן
הרב ד"ר שלמה גליקסברג, דיין וחבר בית הדין ביוהנסבורג
ד"ר אבישלום וסטרייך, בית הספר למשפטים, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים
ד"ר רחל (ראקלה) חסן, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב
ד"ר אלעד ליסון, החוג לאזרחות, המכללה האקדמית הרצוג
ד"ר ויקי מליכסון, ספריית פומנטו, המכללה האקדמית תל אביב-יפו
השופט ד"ר אילן סלע, שופט בית משפט השלום בירושלים
ד"ר ליאת פרידגוט נצר, האוניברסיטה הפתוחה; אוניברסיטת בר אילן
ד"ר אורית קמיר, המרכז הישראלי לכבוד האדם; המסלול האקדמי – המכללה למנהל,
ראשון לציון
ד"ר ענת רוזנברג, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה; חוקרת אורחת
(2017–2019), הפקולטה להסטוריה, אוניברסיטת קיימברידג' והמכון ללימודי משפט
מתקדמים, אוניברסיטת לונדון

מאמרי כתב העת עוברים בחינה של מערכת כתב העת ושיפוט-עמיתים אנונימי.
להגשת מאמרים ופניות בנושא כתב העת: avishalomw@clb.ac.il

דבר העורך

במסתו המפורסמת: "הלכה ואגדה" כותב חיים נחמן ביאליק:

להלכה – פנים זועפות, לאגדה – פנים שוחקות. זו קפדנית, מחמרת, קשה כברזל – מדת הדין; וזו ותרנית, מקילה, רכה משמן – מדת הרחמים. זו גוזרת גזרה ואינה נותנתה לשעורים: הן שלה הן ולא שלה לאו; וזו יועצת עצה ומשערת כחו ודעתו של אדם: הן ולא ורפה בידה. זו – קלפה, גוף, מעשה; וזו – תוך, נשמה, כוונה.

המשפט והרוח נדמים לעיתים כשני עולמות נפרדים – הלכה ואגדה: עולם של זכות וחובה, נוקשות דוקטרינאית ורציונליות מובנית, אל מול העושר שברוח, "לשון מנומרת בצבעים – שלטון הרגש". אלא שביאליק יצא כנגד הפרדה בין השתיים:

על חלופי כינויים אלה שבין הלכה לאגדה אפשר להוסיף עוד, עד אין שעור, ובכולם היא מצד ידוע אבק אמת, אבל כלום יש לשמוע מזה – כסברת רבים – שההלכה והאגדה הן שתי צרות זו לזו, דבר והיפוכו?

האומרים כך מחליפים מקרה בעצם וצורה בחומר, ולמה הם דומים? למי שמחליט על הקרח והמים בנהר, שהם שני חמרים שונים. ההלכה והאגדה אינן באמת אף הן אלא שתיים שהן אחת, שני פנים של בריה אחת... קול המונה של תביעת הלב בשטף מרוצתה לנקודת שאיפתה – זוהי האגדה; מקום החנייה, ספוק התביעה לפי שעה והשתקתה – זוהי ההלכה. החלום הרץ ונמשך אל הפתרון, הרצון אל המעשה, המחשבה אל המלה, הפרח אל הפרי – והאגדה אל ההלכה.

השיח המשפטי כשהוא לעצמו הרי הוא כ"הלכה" לבדה. אך בלא רוח האדם על מורכבותה, הרי הוא כחומר בלי צורה. ההתבוננות על המשפט איננה צריכה להסתפק אם כן בעיון בד' אמותיו של המשפט, אלא יש לפרוץ את גדריו. יש לראותו יחד עם רוח האדם וכחלק מיצירה חובקת כל של רוח זו. הכרך הארבעה עשר של כתב העת "עלי משפט" מוקדש אפוא לנקודות המפגש שבין משפט ורוח.

היכן נפגש המשפט עם (מדעי) הרוח? המשפט הוא יצירה ספרותית. כלים ספרותיים מסייעים לחשיפת רבדיו השונים. המשפט הוא אירוע היסטורי. ניתוח היסטורי מסייע להבנת הכוחות המניעים אותו וחושף את השפעותיו בעבר ובהווה. המשפט הוא כמובן גם תופעה חברתית, אנושית, פוליטית, מדינית, פילוסופית, דתית ועוד ועוד. בראש ובראשונה, המשפט הוא יצירתה של הרוח – וככזה, נכון לא רק לומר משפט ומדעי הרוח, אלא גם: המשפט הוא הוא מדעי הרוח.

כרך זה עוסק כאמור במפגש ובשילוב בין חקר המשפט לבין מדעי הרוח. רבים מהכרכים הקודמים של כתב העת בחנו את המשפט מנקודת מבט דיסציפלינארית, לעיתים תוך מתן דגש תיאורטי ולעיתים תוך מתן דגש פוזיטיבי. הכרך הנוכחי מבקש נקודת מבט שונה: מטרתו

להעלות אל מעל לפני השטח היבטים הנוגעים למשפט כתופעה השייכת לעולם מדעי הרוח (ואולי נכון היה יותר לומר: מדעי האדם), מושפעת ממנו ומזינה אותו.

שמונת המאמרים בכרך הנוכחי תורמים את חלקם להארת קשר זה, ובעיקר לשני היבטיו הנזכרים למעלה: משפט והיסטוריה ומשפט וספרות. המאמר הפותח את הכרך הוא מאמרה של ענת רוזנברג "איך לעשות דברים עם משפט וספרות (בישראל)". המאמר ממפה וממשיג את תחום משפט וספרות בישראל, מצעדיו הראשונים, דרך ההווה ועד לאתגריו בעתיד. בכך מניח המאמר את התשתית המבואית לענף משפט וספרות בישראל.

המאמר השני בכרך, מאמרו של אלעד ליסון "דת אזרחית ותאולוגיה פוליטית: על מעמדו המקודש של שלטון החוק ושל בית המשפט העליון בישראל", בוחן את מושג שלטון החוק ואת מעמדו של בית המשפט העליון בישראל תוך שימוש מושאל במושג ה"קדושה", ובכלים מושגיים של דת אזרחית ותאולוגיה פוליטית. במובן מסוים מאמר זה מניח אף הוא תשתית מבואית חשובה להיכרות עם המשפט הישראלי – באמצעות הפרספקטיבות המושגיות הייחודיות שאותן מציע המאמר ודרכן הוא צועד.

שלושת המאמרים הבאים שבים ומתרכזים בהיבטים של משפט וספרות (לצד היבטים של היסטוריה ומשפט). ליאת פרידגוט נצר במאמרה "על כן אנו מבקשים להיות לו לפה": הנרטיב המשפטי והאתוס הלאומי: עיון מחודש בפסק דין יגאל עמיר", מנתחת את הנרטיב שמבנה פסק דין יגאל עמיר, נרטיב של חורבן ושואה, שבאמצעותו הוא מבנה אתוס לאומי. המאמר טוען כי אתוס השואה מצוי במפתיע בעניין עמיר, כי בית המשפט משנה את האתוס המוכר ומוסיף לו מטענים לפי מטרותיו הלב-משפטיות של פסק הדין וכי אתוס השואה בהקשר של רצח רבין מובנה גם בעזרת ההסדרים החקיקתיים שהתלוו לעיצוב הזיכרון של אירוע זה. אורית קמיר "מעשה לילית" כפאניקה מגדרית ומשפטית: על ציד מכשפות בישראל 2014, בין מיתולוגיה, חברה ומשפט", מנתחת את השיח התקשורת-משפטי סביב מקרה האישה מקריית גת, שקיימה מגעים מיניים עם מאות נערים, ומגדירה אותו כ"התפרצות של פאניקה מגדרית המושתתת על סיפור מעשה לילית". שני מאמרים אלו מתמקדים אפוא במה שניתן להגדיר כניתוח ספרותי של המשפט. היבט אחר של משפט וספרות – המשפט בספרות – עולה במאמרה של דניאלה גורביץ' "הסוף הטוב": דילמות של צדק משפטי מול צדק פואטי בסיפורי מארי דה פראנס", הבוחן ייצוגים ספרותיים של משפט וצדק כפי שהם באים לידי ביטוי בשני סיפורים קצרים מסוף המאה השתים-עשרה ותחילת המאה השלוש-עשרה. מתוך כך בוחן המאמר את המתח הסמוי שבין צדק משפטי (המלך) לסמכות דתית (הכנסייה), ובין אלה לבין צדק פואטי.

שלושת המאמרים האחרונים בכרך נוגעים בהיבטים נוספים של משפט ורוח: היסטוריה, פילוסופיה פוליטית ומשפט עברי. מאמרה של רחל חסן "הכול בעיני המתבונן: חברת הדבורים כמשל לחברה האנושית ברומא העתיקה", מתחקה אחר הקשר שבין התמורות המדיניות שחלו ברומא בין סוף המאה הראשונה לפני הספירה לאמצע המאה הראשונה לספירה לבין השינוי בפרשנות שניתנה על ידי כותבים בני התקופה למתרחש בתוך כוורת הדבורים, ומצביע על היותה של האחרונה, הכוורת, משל להשקפותיו המדיניות של המתבונן. ויקי מליכסון במאמרה "עונשי מוות חדשים באימפריה הקרולינגית" בוחנת את ההשפעה של עונשי המוות התנ"כיים על החוק ועל הענישה באימפריה הקרולינגית בשנים 800–877, ובכלל זה שימוש בעקרונות

המקראי של "עין תחת עין", עונש מוות בגין כישוף ועוד. מליכסון מראה כיצד קרל הגדול, שביקש לבנות אימפריה נוצרית ודאג לצמצם את עונשי המוות, סלל בדבקותו הדתית – שלא במתכוון – את הדרך לגזירת עונשי מוות חדשים. מסיים את הכרך מאמרם של שלמה גליקסברג ואילן סלע "שהלב עיקר האדם ועיקר כל המצות וכל העבירות" (רבינו בחיי): על ניסיון בלתי צליח במשפט העברי". המאמר מנתח מקורות מתורת התנאים ומספרות הראשונים העוסקים בניסיון עבירה בלתי צליח במגוון סוגיות הלכתיות, כמו גם בפרשנותם לסיפור המקראי של מכירת יוסף. מתוך ניתוח המקורות מבחין המאמר בין גישה הרואה את הציווי כעיקר (ולפיכך מכריזה על עבירה ומוכנה להטיל עונש על ניסיון בלתי צליח) לבין גישה הרואה את המעשה כעיקר (ולפיכך שוללת ענישה שכזו). משפט ורוח פונים במאמר זה, החותם את הכרך, לכיוון הפילי, לשאלת המתח שבין כוונה ומעשה במשפט העברי. לכל אחד מהמאמרים הנזכרים ייחודיות ותרומה חשובה בתחומו, לצד זאת, מגוון המאמרים בכרך, כמכלול אחד, מצטרף לתמונה שלמה, שיש בה לטעמי אמירה רבת חשיבות על הקשר ההכרחי, ההשפעה ההדדית ואולי גם חוסר היכולת להפריד בין שני החלקים של השלם האחד, בין המשפט לבין מדעי הרוח.

בברכת שנה טובה

וקריאה נעימה ומועילה,

ד"ר אבישלום וסטרייך

המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

מרחשוון תשע"ט – אוקטובר 2018

איך לעשות דברים עם משפט וספרות (בישראל)

מאת

ענת רוזנברג*

מאמר זה ממפה את הבינתחום של משפט וספרות בישראל. המיפוי מדגיש אפיונים מקומיים הן ביחס לנקודת ההתחלה של הבינתחום, הן בדגשים התוכניים, והן בגישות המתודולוגיות והתאורטיות. הוא מציע מסגור מושגי והיסטורי, ובוחר את סוגי התובנות המרכזיות שפיתח הבינתחום, את הישגיו ואת אתגריו.

א. מיפוי מקומי. ב. משפט וספרות בישראל – מה זה? ג. התחלות. ד. ניתוח טקסטואלי: מגדר ולאום. ה. סוגיות משפטיות: דוקטרינה, תאוריה, תורת המשפט. ו. תאוריה משפט-ספרותית. ז. ביקורת תרבות. ח. היסטוריה?

א. מיפוי מקומי

נהוג לייחס את הרגע הראשון של משפט וספרות להתפתחות שמקורה בארצות הברית, ובפרט לספרו של ג'יימס בויד וייט, *THE LEGAL IMAGINATION* משנת 1973.¹ עוד קודם לכן הייתה כתיבה במשפט וספרות וניסיונות להגדיר סדר יום לעיסוק בתחום – לכלל היסטוריה יש פרה-היסטוריה, וגם היסטוריה אלטרנטיבית.² עם זאת שנות ה-70 ראו לראשונה מיסוד בצורת

* מאמר זה עובד מגרסתו המקורית אשר פורסמה כתמונת סיום במשפט תרבות וספר: ספר נילי כהן (עופר גרוסקופף ושי לביא עורכים, 2017). אני מודה לעורכי הספר על הסכמתם לשימוש בו, ולעורכי עלי משפט על ההזמנה לפרסמו כאן. המחקר הנדון מתייחס למועד הפרסום המקורי. תודות לאילת בן-ישי, לאבישלום וסטרייך, לשי לביא, לרננה קידר, ליורם שחר ולאדם שנער על שיחות מאירות עיניים והערות מצוינות, ולתמר וייסבך על סיוע מעולה במחקר.

1 JAMES BOYD WHITE, *THE LEGAL IMAGINATION: STUDIES IN THE NATURE OF LEGAL THOUGHT AND EXPRESSION* (1st ed. 1973)

2 כך, ג'ון וויגמור, המוכר יותר לחוקרות משפט מכתבתו על דיני ראיות, פרסם בתחילת המאה ה-20 רשימה של מאה רומנים משפטיים. ריצ'רד וייסברג עדיין את הרשימה כעבור 50 שנה: John Henry Wigmore, *A List of Legal Novels*, 2 U. ILL. L. REV. 574 (1908); repr'd and exp'd as *A List of 100 Legal Novels*, 17 U. ILL. L. REV. 26 (1922); Richard Weisberg, *Wigmore's Legal Novels: New Resources for the Expansive Lawyer*, 71 Nw. U. L. REV. 17 (1976); Richard H. Weisberg, *Wigmore and the Law and Literature Movement*, 21 LAW AND LITERATURE 129 (2009). פרויקט מקביל חלקית בישראל היה אנתולוגיה שפרסמו אלי לדרמן ומנחם מאוטנר, המקום שבו אנו צודקים – השתקפות המשפט בשירה, בספרות ובמחזאות של ישראל (אלי

כנסים, ביבליוגרפיות, קורסים ומכונים, קרי, כבינתחום (interdiscipline) פורמלי. שורשיו בתוך החוגים למשפטים הוגדרו במונחים הומניסטיים, במידה רבה מול עליית התחום של משפט וכלכלה, וכפי שנראה, כחלק מהמפנה הבינתחומי. לאורך השנים חלחל תחום משפט וספרות ופותח במקומות נוספים בעולם, וכיום מהווה בינתחום מוכר באקדמיה המשפטית במונחים גלובליים.

ומה בישראל? בדברים הבאים ברצוני להציע מיפוי קצר של הבינתחום המקומי במלאת לו רבע מאה. התמונה שאציע חורגת מתיאור ההתפתחות מחוץ לישראל.³ היא מדגישה אפיונים מקומיים, הן באשר לנקודת ההתחלה של הבינתחום המאוחרת יותר מזו האמריקאית, הן בדגשים התוכניים של חלק משמעותי מהמחקר שבהם ניתן לראות ייחודיות הנובעת מן המציאות בישראל, והן בדרכי התפתחות הגישות המתודולוגיות והתאורטיות, אשר מלכתחילה, כפי שאטען, ביטאו מגוון השפעות שלא כולן שייכות לתאוריה משפט-ספרותית במובנה הקלאסי, כפי שפותחה בארצות הברית. המיפוי שאציע אף לא נסמך על הקטגוריות התיאוריות שמקורן במחקר האמריקאי – "משפט בספרות", "משפט כספרות" ועוד.⁴ כפי

לדרמן ומנחם מאוטנר עורכים, 2001). מטרתם של לדרמן ומאוטנר הייתה מחקרית יותר מפדגוגית (ייצוג המשפט בדימויים המופצים בחברה, טענו העורכים בעקבות אוסטין סאראט, משפיע בסופו של דבר על המתרחש בו). הם לא הגבילו את עצמם לפרוזה וודאי שלא לרומן, אולם חלקו עם ויגמור ועם זרם מרכזי במשפט וספרות, את העניין בייצוגי המשפט. לתיקוף של היסטוריה "ארוכה" בארצות הברית שמביא בחשבון גם התפתחויות ביניים ראו John Hursh, A *Historical Reassessment of the Law & Literature Movement in the United States* (June 14, 2013), available at <http://www.graat.fr/1hursh.pdf>

3 ההתפתחות מתועדת היטב, שכן חוקרות נוטות לסכם את ההיסטוריה של משפט וספרות, לתהות מהם כיווני ההתפתחות, להספיד או להקים או להגדיר שוב ושוב. חלק ניכר מהאנרגיה האמריקאית (בעיקרה) המושקעת בהגדרה העצמית של הבינתחום מכוון לשאלות של פדגוגיה משפטית; הוא נובע לא רק מעניין אקדמי, אלא מהתקפות על ההשכלה המשפטית האקדמית אשר בצוק העיתים הוסטו לא פעם אל עבר משפט ומדעי הרוח כתחום שאינו יכול לתרום להכשרה מקצועית או להבנת הפרקטיקה המשפטית. על הצורך העצוב בהצדקה למדעי הרוח כבר נאמר רבות בשנים האחרונות בישראל ובעולם ולא ארחיב בכך. אסתפק במספר אזכורים מהשנים האחרונות – אחד מהם ספר מאמרים וכולם כוללים הפניות לסקירות נוספות. TEACHING LAW AND LITERATURE (Austin Sarat, Cathrine O. Frank & Matthew Anderson eds., 2011); Bernadette Meyler, *Law, Literature, and History: The Love Triangle*, 5 U.C. IRVINE L. REV. 365 (2015); Greta Olson, *Futures of Law and Literature: A Preliminary Overview from a Culturalist Perspective*, in RECHT UND LITERATUR IM ZWISCHENRAUM/LAW AND LITERATURE IN-BETWEEN: AKTUELLE INTER UND TRANSDISZIPLINÄRE ZUGÄNGE/CONTEMPORARY INTER AND TRANSDISCIPLINARY APPROACHES 37 (Christian Hiebaum, Susanne Knaller & Doris Pichler eds., 2015).

4 לתיאורים מקובלים ראו לעיל ה"ש 3. לתיאורים בעברית ראו למשל שולמית אלמוג "משפט וספרות, הלכה ואגדה" מחקרי משפט יג 413 (1996); עדי פרוש "משפט וספרות: אשמה, כוונות ותוצאות בטרגדיה 'אדיפוס המלך'" עיוני משפט כד 15 (2000); אסף טבקה "משפט וספרות: למהותה של סינרגיה" המשפט יד 581 (2010); חנן מלצר "על משפט, ספרות ושיפוט" משפט תרבות וספר: ספר נילי כהן 129 (עופר גרוסקופף ושי לביא עורכים, 2017) (הספר להלן: משפט, תרבות וספר).

שאסביר בהמשך הדברים, ממגוון סיבות החלוקה המוכרת לא מסייעת בהבנת התמונה הכוללת שאני מבקשת לברר; משכך, אציע לראות בדיון התאורטי בקטגוריות הללו את אחד מתחומי התרומה המחקרית של משפט וספרות, במקום מערכת מושגית המארגנת את התחום כולו. לתמונה שאצייר כמה מטרות. ראשית, היא מציעה מסגור מושגי והיסטורי למכלול מחקרי ישראלי מבוזר, במונחי משפט וספרות. המסגור מבקש לקדם את הבנת הבינתחום בישראל. בנוסף הוא מיועד להצביע על החשיבות העקרונית שבבחינת היבטים מקומיים במסגרת הדיון בתחום מחקרי בעל נוכחות גלובלית, ולשם פיתוחו. שנית, התמונה המוצעת מיועדת להצביע על ההישגים והעושר המחקרי, ואף על האתגרים והאפשרויות העומדים בפני משפט וספרות בישראל. לבסוף, היא מציעה הקשר מחקרי רחב העשוי להאיר ולהעמיק את ממדי התרומה המחקרית בכרך הנוכחי.

ב. משפט וספרות בישראל – מה זה?

הדברים הבאים מבוססים על פרסומי מחקרים ששייכים לתחום של משפט וספרות באופן רחב – במונחים שאסביר מיד – ואשר עוסקים במשפט הישראלי או שהתפרסמו בעברית. דבריי מסתמכים על סקירה של מעל 250 מאמרים וספרים. הנחת העבודה שלי היא שהסקירה אינה ממצה וודאי חמקו מעיניי עבודות רבות, בפרט מאחר שהגדרת התחום שאציע גולשת לשוליים רחבים, אולם היא סקירה משמעותית של כותבות ופרויקטים בולטים המאפשרת בחינת מגמות.

כבינתחום, משפט וספרות מכיל באופן מסורתי שני ממדים. ממד אחד מסתמך על ניתוח של חומרי ספרות כפרקטיקה (להבדיל מדיסציפלינה) לשם חקר המשפט. כפי שנראה בהמשך, אין מדובר במתודולוגיה אחת אלא במגוון רחב של אפשרויות. לדוגמה, ניתן לקרוא חומרי ספרות (למשל, רומן בלשי) ביחד עם חומרי משפט (למשל, פסק דין) על מנת לבקר היבטים מסוימים של ההכרעה המשפטית, או על מנת לבחון תפיסות משפטיות, לדוגמה הנחות אפיסטמולוגיות או אידיאולוגיות, או כחלק מסקירת אירוע או התפתחות חברתית, למשל מאבק פוליטי; אפשר לקרוא חומרי ספרות כחלק מפיתוח של תורת המשפט או ההיסטוריה של המשפט, ועוד. הממד השני במשפט וספרות מסתמך על תאוריות ומתודולוגיות של ספרות כדיסציפלינה לחקר המשפט. כפי שאסביר, גם כאן אין מדובר במתודולוגיה אחת, שכן חקר הספרות עצמו כולל מגוון מתודולוגי. ההגדרה הרחבה שהנחתה אותי כוללת את שני הממדים הללו, אך לא חפה מדילמות.

בכל הנוגע להסתמכות על חומרי ספרות, ב"ספרות" כללתי גם סוגות אחרות של אמנות ובידור, ולכל מטרה של חקר המשפט (למעט למטרה קישוטית גרידא). בהתאם, נכללים בסקירה מחקרים העוסקים במשפט תוך הסתמכות על סוגות שאינן ספרותיות, בפרט קולנוע שלגביו יש, באופן יחסי, כתיבה מרובה בישראל. איני מתכחשת להבדלים חשובים בין סוגות,

הן במשמעויות היסטוריות והן באופן הניתוח.⁵ עם זאת הפנייה האקדמית לאמנות ולבידור במסגרת חקר המשפט חולקת מוטיבציות, קווים מתודולוגיים והצדקות משותפות עם הדיון המרכזי בספרות ומכאן הטעם לראות בהם חלק מאותה התפתחות. בכל הנוגע להסתמכות על כלי ניתוח של ספרות כדיסציפלינה, כללתי מחקרים העוסקים בניתוח טקסטואלי, קרי, ניתוח פרשני המייחס לבחירות הקשורות בשימוש בשפה ובמבנה הטקסט ואופן הגשתו חלק מרכזי ביצירת המשמעות המשפטית. הניתוחים הטקסטואליים המוכרים ביותר לחוקרות המשפט הם אלו העושים שימוש בניתוח נרטיבי. ניתוח זה בוחן את הסיפוריות של הטקסט המשפטי ורגיש לאמצעים רטוריים וממדים צורניים פנימיים על בסיס הנחה תאורטית הרואה בנרטיב פעולה פוליטית במובן הרחב של מאבק על עמדה שנויה במחלוקת. ניתוחים נרטיביים מתחקים אחר הכלים הפורמליים באמצעותם נוצרים סיפורים משפטיים, בפרט בפסקי דין, ומנהירים את תפקיד הסיפור בביסוס הסמכות המשפטית, את התחרות בין סיפורים אלטרנטיביים ואת האופן שבו כלים טקסטואליים משליכים על היכולת להשמיע ולשמוע סיפור – או קול – במשפט, את היסודות הסיפוריים של מושגים משפטיים, ואת נוכחות המשפט ביצירת מיתולוגיות קולקטיביות. הקושי המשמעותי יותר ביחס לשימוש בכלי ניתוח מתחום הספרות הוא בכלים החורגים מניתוח טקסטואלי, בפרט ניתוחי שיח (discourse analysis/studies).⁶ ניתוחים אלו עוסקים בהנהרת ההיגיון המארגן של מערך שיח, קרי, פעילות מובנית של ייצוג שניתן לאפיינה כמערכת, כמו למשל שורה של טקסטים ופרקטיקות דיון במסגרת מקצועית כלשהי, כדוגמת

5 בדוגמת הקולנוע למשל, הוא רלוונטי רק במאה ה-20 בעוד לספרות היסטוריה ארוכה. עוד, לקולנוע יש ממדים חזותיים וקוליים שאינם מרכזיים לספרות – אם כי בניתוחים עכשוויים יש לשקול את צורת הצריכה החדשה של ספרות בעידן ה-audible, ומנגד, בניתוחים היסטוריים יש לתת את הדעת לחשיבות הדימויים הוויזואליים שהיו מקובלים בספרים בתקופות היסטוריות שונות ובסוגות שונות. צורת הייצור של קולנוע היא קולקטיבית ושונה מכתבת ספרות שהיא לרוב אינדיבידואלית, וגם אופני הצריכה שלו אחרים – אם כי גם כאן ההבדלים תלויי היסטוריה. כך למשל, במאה ה-19 נהוג היה להקריא רומנים בקול במסגרות ציבוריות, ומאידך הצפייה בקולנוע בעידן האינטרנט חזרה להיות פרטית. הממדים הטקסטואליים והנרטיביים של קולנוע שונים גם הם מהטקסט הספרותי הכתוב, וגם כאן משתנים לאורך זמן, כך למשל הקריאה המפורקת של ספרים המתאפשרת בעידן הדיגיטלי. אבחנות מעין אלו רלוונטיות גם לסוגי אמנות ובידור אחרים, כמו סדרות טלוויזיה או ציור, ואף לסוגות ספרותיות שונות.

6 גם ביחס לניתוח טקסטואלי קשה לתחום גבולות גזרה, האבחנות מאולצות. למשל, כתיבה היסטורית רבה נשענת על ניתוח טקסטואלי. דוגמה לכך היא כתיבתה של פנינה להב, שהייתה פורצת דרך בהיסטוריה של המשפט בישראל וגילתה רגישות רבה לשפה ולשימוש בנרטיב. במידה מסוימת, יש ממד כמותי באבחנה: כמה תשומת לב לשימוש בשפה ולממדים צורניים של הטקסט יש בניתוח. במידה מסוימת, זו שאלה של סוגה דיסציפלינרית שניתן לזהותה, בין על פי ההגדרה העצמית של המחברת ובין משום שניתן להצביע על הבדלים טיפוסיים בסגנון הכתיבה, למשל של היסטוריוניות לעומת חוקרות ספרות; בין היתר, הראשונות נוטות לשפה המתיישבת עם שאיפות פוזיטיביסטיות, האחרונות מאמצות באופן חשוף יותר ממדים ביקורתיים המתבטאים גם בבחירות סגנוניות (לעניין זה ראו Meyler, לעיל ה"ש 3). עם זאת הדברים משתנים בין כתובות לאורך זמן והקווים המבחינים בהכרח מטושטשים.

הדיון המשפטי באונס או בהומואים בישראל,⁷ או באופן רחב יותר סוגה ספרותית או משפטית. ניתוח שיח בוחן לעיתים נרטיב מארגן (למשל נרטיבים של קידמה, כדוגמת הנרטיב של מעבר מסטטוס לחוזה המאפיין דיון במשפט הפרטי,⁸ או הנרטיב של שחרור המאפיין את הדיון בזכויות נשים⁹), אך המוקד האנליטי הדומיננטי של ניתוח שיח הוא הנהרת ההבניה החברתית של זהויות במובן הרחב – הן זהויות של בני אדם (אישה, הומו, שופט וכו') והן אחרות, של אובייקטים ממשיים או מושגיים (גוף, חוזה), אירוע או התרחשות (אונס, סכסוך), פעולה או תודעה (הסכמה, ניסיון) וכן הלאה. על אף קווי הדמיון יש מקום לאבחנה, נזילה ככל שתהיה, בין ניתוח שיח לבין ניתוח טקסטואלי, בפרט נרטיבי. כך, ההתמקדות הטיפוסית של ניתוח שיח היא במערך כולל של ייצוגים ולא בטקסט או טקסטים בודדים. בדומה לניתוח נרטיבי, ניתוח שיח מתבסס על מרכזיות השפה בתהליכי יצירת משמעות וסמכות תרבותית, ולפיכך רגיש לשימושים בה במשפט ומחוץ לו. עם זאת בנייתו שיח תפיסת ה"שפה" היא רחבה, ובוחנת גם מערכות סמיוטיות שאינן לשוניות ושחורגות מגבולות טקסטים ספציפיים. כך למשל במשפט חשובה במיוחד הסמיוטיקה של הארגון המבני בקטגוריות משפטיות (ציבורי – פלילי, חוקתי וכו', פרטי – נזיקין, חוזים וכו' – על המשמעותיות הכרוכות בארגון זה) ושל הייררכיות נורמטיביות (למשל הייררכיות של מקורות משפטיים, כגון חוקה, חוק, תקנה, או באופן מורכב יותר הייררכיות בין שחקנים משפטיים, כגון שופטת, תובעת, בעלת דין, עדה מומחית). התפתחות סוגי ניתוח אלו איננה חיצונית לחקר הספרות, הנתון בעצמו לשינויים היסטוריים. הגדרתה של ספרות והגדרת תחום המחקר העוסק בה אינן יציבות. בעשורים האחרונים של המאה ה-20 הספרות כדיסציפלינה הוגדרה מחדש כלימודי ספרות ותרבות במוסדות אקדמיים רבים, ועברה לחקר תהליכי יצירת משמעות חברתיים מתוך תפיסה רחבה תאורטית ומתודולוגית של "טקסט". תחת תפיסה זו, אין עוד עניין בפורמליזם, קרי בגישה תאורטית ומתודולוגית המתמקדת בצורה הספרותית ומניחה כי ניתן לדון בה במנותק מתהליכים חברתיים רחבים, אלא במשמעותיות החברתיות, ההיסטוריות והאידיאולוגיות של הצורה. לצד ירידת הפורמליזם, ספרות ואמנות אף הומשגו כחלק ממערך תרבותי רחב יותר של כינון משמעות ומאבקי כוח. התאוריה הביקורתית הפוסט-סטרוקטורליסטית הרחיבה את גבולות ההגדרה של "טקסט" בצורה דרמטית לעבר מערכי יצירת משמעות כוללים. ניתוחי שיח שהשראתם בתאוריה זו, ונמצאים בתווך בין היסטוריה, פילוסופיה וחקר ספרות, הפכו דומיננטיים במחקר.

התפתחות אלו קיבלו ביטוי גם במסגרת התחום של משפט וספרות עצמו, אשר הורחב והומשג מחדש כחלק מ"משפט ותרבות" או "משפט ומדעי הרוח", כפי שמעיד גם הכרך הנוכחי. בישראל מלכתחילה התאפיין המחקר בנטייה למבט רחב הנסמך על כלים מחקר הספרות והתרבות, בין היתר משום שהוא התחיל למעשה בשנות ה-90 וביתר שאת בשנות ה-

7 ראו למשל אילת שחר "מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האונס" עיוני משפט יח 159 (1993); יובל יונאי ודורי ספיבק "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל 1948–1988" סוציולוגיה ישראלית א 257 (1999).

8 ענת רוזנברג "הפרט החוזי בין אינדיוודואליזם לקולקטיביזם" משפט ועסקים יג 379 (2010).

9 מחקריו של צבי טריגר, כמכלול, מאתגרים נרטיב זה בהקשר ישראלי.

2000, כאשר התרחבות מקבילה ארעה ממילא בארצות הברית במונחי הגדרת הבינתחום.¹⁰ כך, ניתוח שיח הוא אחד הממדים הדומיננטיים במחקר הישראלי משלב מוקדם. לאור ההתפתחויות שתיארתי, דומה שיש טעם לכלול אותו בתוך התחום של משפט וספרות, אך לא ניתוחים שמבוססים על מדעי החברה המסורתיים, שאינם נשענים באופן מיוחד מבחינה מתודולוגית ותאורטית על מרכזיות השפה ועל יצירת משמעות באמצעים סמיוטיים.¹¹ עמדה זו איננה פשוטה ותאורטית וודאי אינה הכרחית, אולם היא מועילה למטרות הבנת השדה המחקרי, שכן אחד מן המאפיינים של משפט וספרות בישראל הוא הנוכחות של מגוון השפעות תאורטיות עם מיעוט יחסי של ז'רגון דיסציפלינרי מבחין. השפעות אמריקאיות של בינתחומיות משפט-ספרותית השתלבו מלכתחילה עם נוכחות תאורטית קונטיננטלית בעיקרה (שאמנם, אפשר לשער, זכתה לתהודה בזכות התהודה האמריקאית שלה) ועם מצוקות מקומיות.¹² מעניין לחשוב על התפתחויות נוספות בחקר הספרות והתרבות שלהן השלכה פוטנציאלית על גישות מחקר של משפט וספרות. התפתחות חשובה היא הדיון במתודולוגיות קריאה, אשר עבר לקדמת הבמה בשנים האחרונות. במשך זמן רב לאחר ירידת הפורמליזם, פרקטיקת הקריאה הצמודה, שמקורה בזרם הפורמליסטי של ה-New Criticism, לא אותגרה כמתודולוגיית קריאה – להבדיל מתאוריה פורמליסטית של ספרות. בהיותה שיטה המעניקה מקום ניכר להרמנויטיקה, היא נותרה מרכזית גם למחקר שנענה לתאוריות מאוחרות יותר ובפרט למה שפול ריקר כינה הרמנויטיקה של חשד. בשנים האחרונות נולדו אתגרים חדשים

10 מנקודת מבט של סוציולוגיה אקדמית, ההגדרה מחדש של משפט וספרות במסגרת "משפט, תרבות ו/או מדעי הרוח" בעולם האנגלו-אמריקאי הייתה ביטוי לא רק לשינויים בהגדרת "ספרות" אלא גם מהלך הישרדותי פנימי לחוגים למשפטים, אשר הכיר בכך שקווי המחלוקת המרכזיים בחקר המשפט נעו סביב האבחנה בין פרדיגמות פרשניות שהשאתן במדעי הרוח ומרכזן העיסוק במשמעות, לפרדיגמות כמותניות ופורמליות שהגיעו ממדעי החברה ושהשאתן במדעים המדויקים. דומה שהדברים משתנים גם בהיבט הזה, והמחלוקות שהגדירו גבולות של תחומים חודרות ממילא לתוכם. כך למשל, כפי שאזכיר בהמשך, במחלוקת על מתודולוגיות קריאת ספרות. כאינדיקציה אנקדוטלית אחרת מעניין לראות את מאמרו של אריאל פורת, ממוכילי הניתוח הכלכלי של המשפט בישראל ובעולם המאורגן סביב אחת הטענות המרכזיות המזוהות עם משפט ותרבות, שלפיה המשפט מכונן תודעה. אריאל פורת "שינוי מכוון של העדפות פנימיות על ידי המדינה: מצע לדיון" משפט, תרבות וספר, לעיל ה"ש 4, 551.

11 בכתובה בעברית יש לא מעט התייחסות ל"שיח" במובן של עמדות המובעות בדיון סביב סוגיה כלשהי. כוונתי אינה לכך.

12 כך למשל מאמריו של אביגדור פלדמן, שהיה מראשוני הכותבים במשפט וספרות, לא הפנו להתפתחויות במשפט וספרות ולא השתמשו בשפה התאורטית של הבינתחום; הוא פנה ישירות להגות פוסט-סטרוקטורליסטית שהעניקה לו כלי ניתוח, באופן שהמשיך לאפיין חלק ניכר מהכתיבה בישראל. ראו למשל אביגדור פלדמן "ראיתי את ארבע רגליו של הסוס ניתקות מהקרקע: עדויות סרטי שחזור בהליכים פליליים" זמנים 45, 96 (1993); אביגדור פלדמן "המדינה הדמוקרטית מול המדינה היהודית: חלל ללא מקומו, זמן ללא המשכיות" עיוני משפט יט 717 (1995). דוגמה נוספת היא מאמר שפנינה להב פרסמה על הדיון בכנסת בחוק שיווי זכויות האישה. קשה להגדירו כמשפט וספרות, אולם שנים לאחר מכן הוא יכול היה מנוכס בקלות לניתוח תרבותי-נרטיבי המחליף את מערך הדימויים שביסוד השיח של המחוקקים. פנינה להב "כשהפליאטיב רק מקלקל": הדיון בכנסת על חוק שיווי זכויות האישה" זמנים 46-47, 149 (1993).

שמייצרים את המתח בין הרמנויטיקה לתיאור בתוך חקר הספרות והתרבות,¹³ למשל קריאת שטח (surface reading)¹⁴ וקריאה מרוחקת (distant reading)¹⁵ בד בבד עם התרחבות כלי מדעי הרוח הדיגיטליים. על אף חשיבות ההתפתחות הזו והדיון ההולך ומתרחב בה במדעי הרוח, כמעט לא מצאתי רישום של הדיונים הללו במשפט וספרות בישראל, ונותר לתהות האם וכיצד הם יקבלו ביטוי.¹⁶

לא כללתי בסקירה את התחום המכונה לעיתים "משפט של ספרות", קרי ההסדרה המשפטית הפורמלית של יצירה, בפרט באמצעות דיני הקניין הרוחני וחופש הביטוי, למעט במקרים שבהם הניתוח מתכתב עם מתודולוגיות או תאוריות של משפט וספרות, כפי שאזכיר בהמשך. גם לא כללתי סקירה של חקר המשפט העברי למעט כרקע לדיון במשפט המדינה.¹⁷

ג. התחלות

פרה-היסטוריה יהודית, לרגע. למחקר בישראל יש ממד של משוקעות (embeddedness) בפרדיגמות משפט וספרות שאיננו ניזון מהמחקר המערבי, ומקורו בחקר המשפט העברי. כך הכתיבה במשפט וספרות בישראל דנה בחיבור בין הלכה ואגדה, שביאליק עמד עליו לפני כמעט 100 שנה.¹⁸ ציפורה כגן מצביעה על השבר התרבותי הכרוך בניתוק בין הלכה לאגדה בכתבי הגות יהודית, ובניסיונות החיבור החוזרים על עצמם לאורך ההיסטוריה. דו השיח, היא טוענת, הוא "הכלי החשוב להתפתחות המערכות המשפטית והספרותית, ולהתפתחות התרבות כולה".¹⁹ מעניין להזכיר שהתלות בין משפט לסיפור במקרא הייתה מרכזית במסתו של רוברט קאבר, נומוס ונראטיב, שהפכה לחלק מהקנון האמריקאי של משפט וספרות.²⁰

- 13 ראו למשל הדיון אצל Heather Love, *Close But Not Deep: Literary Ethics and the Descriptive Turn*, 41 NEW LITERARY HISTORY 371 (2010).
- 14 אם כי קריאת שטח איננה בהכרח שלילה של קריאה צמודה אלא התנגדות להשלכות הפרשניות של השימוש בה. לסקירה ראו Stephen Best & Sharon Marcus, *Surface Reading: An Introduction*, 108 REPRESENTATIONS I (2009).
- 15 פרנקו מורטי טבע את המונח ופתח את הדיון במאמרו Franco Moretti, *Conjectures on World Literature*, 1 NEW LEFT REV. 1 (2000). הוא ניסח את "הקריאה הרחוקה" במפורש כהתנגדות לקריאה צמודה (close). האתגרים שהוא הציב, בפרט לשאלות של קאנון ושל הקשריו הלאומיים, מרתק לדיון גם במשפט.
- 16 רננה קידר החלה דיון בכך במאמרה Renana Keydar, *Rethinking Plurality: On Ethics and Storytelling in the Search for Justice*, 1 DIBUR 19 (2015).
- 17 "משפט המדינה" במובן שמאוטנר עושה בו שימוש. ראו מנחם מאוטנר *משפט ותרבות* (2008).
- 18 חיים נחמן ביאליק "הלכה ואגדה" (1917), <http://benyehuda.org/bialik/article06.html>, ראו גם אלמוג "משפט וספרות, הלכה ואגדה" לעיל ה"ש 4.
- 19 צפורה כגן "הלכה ואגדה – הקשר הפרדוקסלי" מחקרי משפט יח 213 (2002). לסקירה ראו אבינועם רוזנק "אגדה והלכה: הרהורים על מגמות בהגות ובמחקר הפילוסופיה של ההלכה" מסע אל ההלכה: עיונים בין-תחומיים בעולם החוק היהודי 285 (עמיחי ברהולץ עורך, 2003).
- 20 רוברט קאבר נומוס ונראטיב (יוסף א' דוד עורך, אביעד שטיר מתרגם, 1983).

מעבר לדין המקביל רעיונית בין משפט וספרות להלכה ואגדה, מתקיימים חיבורים נוספים שעליהם עמדו חוקרות משפט וספרות בישראל, ביניהם המסורת ההרמנויטית היהודית ומעמדו של הקנון המשפטי ביחס למפרשיו,²¹ וכן יסודותיה הספרותיים של השפה המשפטית בישראל במקורות הלכתיים.²² חיבור דיסציפלינרי נעוץ בכך שחומרי המשפט העברי מעולם לא היו נחלתן הבלעדית של חוקרות משפט, ונחקרו במגוון חוגים בפקולטות למדעי הרוח, ביניהם היסטוריה, פילוסופיה, בלשנות, ספרות עם ישראל וכמובן מחשבת ישראל וספרות חז"ל, באופן שמלכתחילה הכיל מגוון גישות מחקריות. לדוגמה, ניתוחים ספרותיים-היסטוריים וא-היסטוריים של המשפט המקראי קדמו להתפתחויות הבינתחומיות שאתאר כאן.²³ עם זאת המחקר האקדמי במשפט עברי נתון לתמורות האקדמיות הכלליות. כך, בחקר היהדות ניתוח היחסים בין הפן הספרותי לפן ההלכתי-משפטי של טקסטים מגוונים ומרכזיות הקשר בין אגדה להלכה הודגשו והתפתחו באופן ניכר מאמצע שנות ה-90 של המאה ה-20.²⁴ בתוך החוגים למשפטים, הפוזיטיביזם של אסכולת מנחם אלון היה דומיננטי. השפעותיהן של מגמות אקדמיות בינתחומיות ניכרות גם כאן החל משנות ה-90, כפי שקרה גם בחקר משפט המדינה.²⁵

עיסוק במשפט המדינה מחוץ לחוגים למשפטים באמצעות פרדיגמות מחקר של מדעי הרוח וספרות בפרט, התקיים במידה מסוימת גם קודם לשנות ה-90, למשל סביב משפטים היסטוריים, אולם בהיעדר פרדיגמות בינתחומיות בקרב חוקרות משפט קשה למצוא הדהוד משמעותי לגישות הללו ככלי ניתוח רלוונטיים להבנת המשפט. בשנת 1990 נשא אוריאל פרוקצ'יה הרצאה שהפכה לקלאסיקה מקומית, "בועות משפט", שבה זיהה את ה"מהפכה" הבינתחומית כביטוי ל"אי ממשותו של המשפט כדיסציפלינה מדעית נפרדת"²⁶ והכריז כי הוא יער בועות ריק אך בשל כך גם התחום המעניין ביותר בתבל. משפט וספרות, כמו גם משפט ואמנות ומשפט והיסטוריה, נמנו בהרצאה בנשימה אחת כתחומים המופיעים "בשוליים", בניגוד לגישות הכלכלית, הפילוסופית, הסוציולוגית, הפסיכולוגית, הפסיכואנליטית וגישות

- 21 ראו לעניין זה את החיבורים בשער "משפט, ספרות ויהדות" במחקרי משפט יח (2002).
- 22 אביעד הכהן "לשונות של דין" מחניים 12, 76 (התשנ"ו); ליאון שלף "ה'פורמליזם' של המשפט העברי וערכיה של מורשת ישראל" עיוני משפט כה 489 (2001).
- 23 ראו למשל פירוט הספרות בתוך B.S. Jackson, B. Lifshitz, A. Gray & D.B. Sinclair, *Halacha and Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF JEWISH STUDIES 643 (Martin Goodman ed., 2002).
- 24 ראו לדוגמה את מחקריהם של ג'פרי רובינשטיין ושמא פרידמן. למגמה זו מצטרפים בדרכים שונות חוקרים צעירים יותר, ביניהם יונתן פיינטוך, לוי קופר ומשה שושן.
- 25 כך למשל מתודולוגיות היסטוריות בחקר המשפט העברי, לדוגמה אלו של אלימלך וסטרייך או עמיחי רדזינר, ובחינת הזיקה בין המשפט העברי לספרות חז"ל. התפתחויות אלו מעוררות מחלוקות מתודולוגיות. ראו למשל אבישלום וסטרייך "דיני נזיקין – בין דת לדין: תהליכים פרשניים ומשפטיים בדיני הנזיקין בתלמוד" שנתון המשפט העברי כו 203 (התשס"ט–התשע"א); בני פורת "הסבר מדעי במשפט העברי מהו? הרהורים בעקבות מאמרו של אבישלום וסטרייך, 'דיני נזיקין בין דת לדין' שנתון המשפט העברי כו 237 (התשס"ט–התשע"א); אבישלום וסטרייך "כמה מילים על מחקר המשפט העברי" שנתון המשפט העברי כו 245 (התשס"ט–התשע"א).
- 26 אוריאל פרוקצ'יה "בועות משפט" משפטים כ 9, 10 (1991).

כמותיות שפרוקצ'יה זיהה כמרכזיות. דומה שפרוקצ'יה המעיט בכוחם של חלק מהתחומים, כמו משפט והיסטוריה, אולם צדק בזיהוי כוחן של פרדיגמות מעין מדעיות וכמותניות; בתוך התפנית הבינתחומית, הקסם של ריגורוזיות מדעית שהשראתה במדעים המדויקים, להבדיל מניתוחי המשמעות שהשראתם במדעי הרוח, לא פג. מדעי הרוח חושפים את הבסיס הפרשני של תהליכי ייצור הידע, ובמובן זה תביעתם לסמכות מקצועית תמיד מעורערת ומערערת הן עבור החוקרות והן עבור קוראותיהן.

מכל מקום, הרצאתו של פרוקצ'יה סימנה תודעה משתנה באקדמיה המקומית. פנינה להב זיהתה את היסודות לתודעה זו בהשפעה אמריקאית כבר משנות ה-70, אולם בתחילת שנות ה-90, היא טוענת, בשלו התנאים לשינוי.²⁷ במאמר שפרסם מנחם מאוטנר בשנת 1997 הוא התייחס לשנות ה-90 כשנות שינוי פרדיגמה מחקרית: "ממצב של דומיננטיות מוחלטת של פרדיגמה אקדמית אחת [הפורמליסטית] החלה האקדמיה המשפטית של ישראל לפעול בעשור האחרון, לראשונה בתולדותיה, כשלצד הפרדיגמה המסורתית מופעלת גם פרדיגמה חדשה"²⁸ – הפרדיגמה הלא-פורמליסטית, אשר הדגישה ממדים חברתיים וערכיים של המשפט, והתבטאה במתודולוגיות בינתחומיות. מאוטנר הצביע על השפעות האקדמיה האמריקאית על זו הישראלית, ועל השתלבותם של חברי סגל שרכשו את השכלתם המשפטית בארצות הברית בפקולטות למשפטים בישראל כגורמים שחוללו את השינוי באותה העת.

מאמר קלאסי פורסם באותה עת בכתב עת לא משפטי. ב-1991 "שירת הסירנות" של אביגדור פלדמן התפרסם בתאוריה וביקורת. ספרות כרוכה במאמר ללא היתר. הוא נכתב בשפה ספרותית, מוסגר באמצעותה – שהלא פלדמן המשיג עצמו כאודיסאוס המאזין לשירת הסירנות "מבלי להיכנע לפיתוי המוחלט הבולע את המלים ואת המוסיקה"²⁹, ציטט ספרות, נשען על ניתוח צורות ספרותיות בטקסט המשפטי (למשל המעבר הנטען בין ממטונימיה למטפורה במשפט), בחן סוגות ספרותיות של המשפט (סדרת הפ"ד והלקסיקון המשפטי), הציע בדיון כדרך להבנת המציאות (כך תאור הפנטזיה של האורחים המגיעים לכדור הארץ לאחר שחרבו החיים בו ומבקשים לשחזרם באמצעו הלקסיקון), וקשר בין שיח ומרחב במשפט כמנגנונים לביסוס הכוח המשפטי. מאמרה של נילי כהן שפורסם בכתב העת עיוני משפט אזכר את ההתפתחויות הבינתחומיות מעבר לים.³⁰

קישורים מפורשים בין משפט, ספרות ותאוריה ביקורתית התעבו לקראת אמצע שנות ה-90. מאז ועד תחילת שנות ה-2000 השתלב באקדמיה הישראלית, כפי שהסביר מאוטנר, דור חדש

Pnina Lahav, *American Moment[s]: When, How, and Why Did Israeli Law Faculties Come to Resemble Elite U.S. Law Schools?* 10 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 653 (2009)

27 מנחם מאוטנר על החינוך המשפטי 27 (2002). לטיעון כי למעשה היסודות למשפט פתוח יותר ולא פורמליסטי התקיימו טרם הקמת המדינה וכי הפורמליזם, מחקרי ומעשי, היה תוצר של מאבק בין תפיסות שונות על הפרויקט הציוני ראו רונן שמיר "לקס מוריאנדי: על מותו של משפט ישראלי" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר זיכרון לאריאל רוזן-צבי 589 (מנחם מאוטנר, אברהם שגיא ורוזן שמיר עורכים, 1998).

28 אביגדור פלדמן "שירת הסירנות: שיח וחלל בבית המשפט" תאוריה וביקורת 1, 143, 144 (1991) (להלן: פלדמן "שירת הסירנות").

30 נילי כהן "משפט וספר" עיוני משפט טז 435 (1991).

שהוכשר במסגרת פרדיגמות מחקר של משפט ומדעי הרוח ותאוריה ביקורתית. עד שנת 2000 פורסמו מאמרים ספורים בלבד, אולם הם נגעו כבר בעיקרי המגמות שיאפיינו גם את ההמשך. עיקר הכתיבה בישראל התרחש במאה ה-21. במסגרת זו, פרויקטים של משוגעות לדבר בולטים במכלול. מתוך מההיקף הכללי של המחקר במשפט וספרות בישראל להערכתו בין רבע לשליש מבוסס פרויקטים שהחלו מכנסים וכרכים ייעודיים – כך גם הכרך הנוכחי שהוגדר ככרך ייעודי למשפט ומדעי הרוח. החלק מבוסס הפרויקטים אף גדל במהירות עם ייסוד סדרות וכתבי עת שיוזכרו בהמשך.

בסקירת המחקר שהתפרסם מאז תחילת שנות ה-90, בחלקים הבאים, השאלה המעסיקה אותי היא היסטורית-תאורית: מהם סוגי התובנות המרכזיות שיצר התחום? בכך אני חורגת מן הגישה המקובלת בסקירות משפט וספרות, הנוטה לחלק את המחקר על פי קשרים שונים בין "משפט" ל"ספרות": משפט הוא כמו ספרות (משפט כספרות), ספרות מייצגת את המשפט (משפט כספרות), ספרות היא כמו משפט (ספרות כמשפט). במהלך השנים הוצעו קטגוריות נוספות, למשל גישה הרמנויטית (שימוש בתאוריות פרשנות ספרותיות), או גישה הומניסטית (תאור המתייחס לאחת ההצדקות לכך שמשפטניות תקראנה ספרות). בסקירת התחום אתייחס למקומו של הטקסט האמנותי או התאוריה הספרותית בניתוח, אולם התיאור אינו מאורגן באופן עקבי בהתאם לחלוקה המקובלת, שכן לטקסט האמנותי ולתאוריה הספרותית אין מקום אחד עקבי או אפילו מקומות טיפוסיים במכלול שאתאר; לפיכך, שימוש בחלוקה המקובלת עשוי לטשטש במקום להבהיר את התמונה. הקושי למקם את המחקר הקיים במסגרת החלוקה המקובלת נובע מקשיים בסיסיים בה. הקטגוריות המוכרות ביותר מלכתחילה לא מתייחסות למישורים מקבילים מושגית. כך למשל "משפט כספרות" היא קטגוריה המתייחסת לאפיון תאורטי של המשפט, "משפט כספרות" היא קטגוריה המצביעה על תכנים מסוימים בספרות ואינה כרוכה בתאוריה ספציפית של המשפט כלל, אפילו לא בכל הנוגע למעמדו של המשפט ביחס לספרות (למשל האם יש לראות בספרות חלק מהמשפט תחת תפיסה רחבה של "משפט", או ביקורת חיצונית?), "גישה הרמנויטית" מדגישה ממדים מתודולוגיים של המחקר, גישה הומניסטית מדגישה את ההשפעות המצופות של המחקר על משפטניות, וכן הלאה. מאחר שאין מדובר במישורים מקבילים מושגית מלכתחילה, ניתן גם להצביע על חפיפות רבות בין הקטגוריות השונות. הדברים הללו לא עומדים בעוכריו של משפט וספרות כבינתחום אלא להיפך, מלמדים על עושר שמחייב דיון תאורטי מורכב יותר בכל מחקר, ולא מתמצה עוד בחלוקות שהועילו בתחילת הדרך, במידה מסוימת משום הצורך בפיתוח שפה בסיסית שתאפשר את הנגשתו של הבינתחום. צריך לשים לב שחלק מן הקטגוריות הוצעו במקור כאפיון קונטינגנטי של מגמות מחקריות, אולם במהלך השנים התגבשו כשפה תאורטית והפכו לתיאור עקרוני וא-היסטורי של הקשר בין משפט לספרות, בעוד שהקשר בפועל הוא תלוי זמן ומקום, ובהכרח מורכב יותר מן ההנחות המשתמעות מהקטגוריות. כך למשל חשיבותו ומאפייניו של נרטיב במשפט הם דינמיים ומהווים לא פעם חלק משאלת המחקר ולא תוצאה ידועה מראש. סמכות משפטית בתקופות היסטוריות מסוימות נסמכה לדוגמה על ייצוגים

חזותיים,³¹ ולאורך ההיסטוריה ניתן לראות בטקסטים משפטיים גם התנגדות לנרטיב, ואף ניתן לטעון שמאפייניו של הנרטיב השיפוטי המודרני שונים מאד מזה הספרותי.³² דברים דומים ניתן לומר על המשגות עקרוניות נוספות של היחס בין משפט לספרות, כמו פנייה לספרות על מנת להשלים נקודות עיוון משפטיות, כפי שאסביר במסגרת הדיון בשאלת המחקר ההיסטורי במשפט וספרות.

ניתן אפוא לצאת מנקודת המוצא הכללית המאפיינת משפט וספרות כתחום הכולל מחקרים הפונים הן לחומרי המחקר והן לכלי המחקר של ספרות לצורך חקר המשפט, אולם אז יש טעם להניח לחלוקות המוכרות ולעבור לשאלה: מה אנחנו יודעות עכשיו שלא ידענו קודם? בהשיבי לשאלה, אתאר תחומי המחקר שאינם בלעדיים אלא דומיננטיים, ואף אינם מוציאים זה את זה, כפי שיובהר בדיון. חשוב להדגיש: בהערות שוליים מופיעות דוגמאות בלבד, והן ספורות, ללא יומרה להזכיר את כל המחברות או החיבורים שאליהם אני מתייחסת. עשיתי מאמץ להשתמש בדוגמאות שונות בכל פעם ולמעט בהפניות חוזרות על אף שחיבורים רבים מתאימים לכמה קטגוריות. העובדה שחיבור מסוים מופיע כדוגמה לתחום אחד אין משמעה שלא ניתן היה להשתמש בו כדוגמה גם לתחום נוסף. דוגמאות באנגלית הן כאלו המתייחסות לחומרי משפט ישראלי.

ד. ניתוח טקסטואלי: מגדר ולאום

מגמה מחקרית בולטת מאמצע שנות ה-90 היא ניתוח טקסטואלי של חומרים משפטיים (לא בהכרח משפטיים בלבד, אך מוקדי מחקר נוספים, ובפרט אמנות, אינם בולטים כאן), בשני מוקדים עיקריים: מגדר ולאום.

ניתוחי מגדר מתמקדים במעמדן של נשים בישראל. מחקרים אלו מסתמכים על ניתוח טקסטואלי על מנת לבחון את תפקידו של המשפט בכינון נחיתותן החברתית של נשים. הם מצביעים על שימור ופיתוח דימויים פוגעניים של נשיות במשפט, ועל השתקת קולות, זוויות מבט וסיפורים של נשים. צורות ניתוח אלו הפכו מרכזיות, אפשר לומר אפילו מובנות מאליהן, בניתוח פמיניסטי של המשפט.³³

31 והשינויים נמשכים. כך, שולמית אלמוג עסקה בשנים האחרונות בשאלת הייצוגים החזותיים של המשפט והשלכות המעבר התרבותי לעבר ייצוגים לא נרטיביים לבסיס הלגיטימציה של המשפט. ראו למשל שולמית אלמוג *משפט וספרות בעידן הדיגיטלי* (2007).

32 לדוגמה, בהתאמה, Simon Stern, *Common Precedents* (2013); Ayelet Ben-Yishai, *Narrative in the Legal Text: Judicial Opinions and Their Narratives*, in *Narrative and Metaphor in Law* 121 (Michael Hanne & Robert Weisberg eds., 2018).

33 עירית נגבי סיפורי אונס בבית המשפט: ניתוח נרטיבי של פסקי דין (2009); יעל ארידור "עובדות שנויות במחלוקת" עיוני משפט כד 131 (2000); מיכל שקד "איך הפסיד תא"ל ניר גלילי את קידומו" פלילים ט 443 (2000); יפעת ביטון "חוויות חיים נשית" וצפיות של נזק" משפטים לג 585 (2003); אירה כהן "תראה את הגוף – תבין את הכאב" המשפט ח 239 (2002); ענת פירסט ומיכל אגמון-גונן "המכוננית שווה יותר? ! הענישה בעבירות אלימות נגד בנות זוג" עיונים

המוקד השני הוא זהות לאומית; עניינו המרכזי בשאלות הזהות היהודית בישראל ובפרט במיתולוגיות הקולקטיביות ביסוד הציונות המותרות אחריהן קורבנות – הן אלו של הזמן והמקום, בפרט פלסטינים, והן היסטוריים, בפרט יהדות הגולה, או למצער משתיקות התמודדות מורכבת עם עבר והווה שמסרבים להיכלא בסיפורים ברורים. בדומה לניתוח הפמיניסטי, גם בדיון בזהות הלאומית ההנחה היסודית היא כי המשפט משתתף בהבניה חברתית ומשתתף בתהליכי היצירה של זהויות. בחקר הזהות הלאומית הדגש הוא על כינון זיכרונות משותפים ותמונות מושגיות מוסכמות של מאפייני יד/אויב, ותאור האיומים על קיומו של הלאום היהודי בישראל. משפטי השואה המפורסמים – קסטנר, אייכמן ודמיאניוק – ומשפטים שעסקו בקונפליקט היהודי-ערבי בארץ, והדיון הציבורי והאקדמי סביבם וסביב שאלת הזהות הלאומית בכלל, ממשיכים לספק חומרים לניתוח.³⁴

הנחה תאורטית משותפת לשני המוקדים הללו היא שהבניית זהויות, בפרט על ידי סיפורים, היא אוניברסלית ובלתי נמנעת. עם זאת התכנים שנוצרים הם לב הקיום החברתי-פוליטי ובמובן זה נתונים למחלוקת; קוהרנטיות מושגית של זהויות וסופיות סיפורית נתפסות כמאפיינים עם מחיר בצדם. משכך, ניתוחים טקסטואליים מבטאים באופן טיפוסי (ואולי אירוני בהינתן המוקד התאורטי שלהם) חשדנות כלפי מה שפיטר ברוקס מכנה "התשוקה לנרטיב".³⁵ אחת מנקודות הפיצול בתוך כל אחד משני המוקדים – מגדר ולאום – היא סביב מידת הייחודיות האידיאולוגית של המשפט: עד כמה הוא חלק מתרבות רחבה יותר המתבטאת גם

במשפט, מגדר ופמיניזם 545 (דפנה ברק-ארו ואח' עורכות, 2007); צבי טריגר "המשפט הישראלי הוא אחד: דיני המשפחה וסחר בנשים בישראל כשני הקצוות של רצף אחד" ספר דליה דורנר 363 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009). ראו גם מאמרה של אורית קמיר בכרך זה.

34 חסן ג'בארין "ישראליות" הצופה פני העתיד של הערבים לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני" משפט וממשל ו 53 (2000); אורית קמיר "תרגיל במשפט וספרות: המשפט כמתרגם ומכונן זיכרון, או: ג'יימס בויט וויט פוגש במשפט יהודי ודמוקרטי, במחמוד דרוויש ובפסקי הדין מדינת ישראל נגד יגאל עמיר" מחקרי משפט יח 323 (2002); דפנה ברק-ארו "והגדת לבנך: היסטוריה וזיכרון בבית המשפט" עיוני משפט כו 773 (2002); גלית ברושטיין "כולם היו בנינו? שיח שכולים ושיקולי השכול" המשפט ח 183 (2003); LEORA BILSKY & RICHARD J. (2004) BERNSTEIN, TRANSFORMATIVE JUSTICE: ISRAELI IDENTITY ON TRIAL; רתם רוזנברג "הבניית זכרון הפעולה הצבאית בפסיקת בג"ץ" עיוני משפט לב 203 (2010); ליאורה בילסקי "אמת משפטית ואמת הסטורית – משפטו של אמיל חביבי" משפט, תרבות וספר, לעיל ה"ש 4, 180. ראו גם מאמרה של ליאת פרידגוט נצר בכרך זה.

לחיבורים מעניינים בין מגדר לזהות לאומית ראו צבי טריגר "יש מדינה לאהבה: נישואין וגירושין בין יהודים במדינת ישראל" משפטים על אהבה 173 (משפט, חברה ותרבות, ארנה בן-נפתלי ואח' עורכים, 2005) (הספר להלן: משפטים על אהבה); אורית קמיר "זיכרון קולקטיבי, משפט, ואין נשים: איך אפשר לזכור נשים במשפט בין עמלק ויפי הבלורית והתואר?" ישראל 183 (2011). לדיון במורכבות המתבטאת בשבירת סוגות במשפט ובספרות, המאפיינת התמודדות עם אתגרים אתיים בהקשר המאבק היהודי-פלסטיני, ראו Renana Keydar, "I Was in a War, and in a War Things Like that Happen": On Judgments and Ethical Investigations in Israeli Law and Literature, 18 JEWISH SOCIAL STUDIES: HISTORY, CULTURE 212 (2012).

35 פיטר ברוקס "משטור סיפורים" מחקרי משפט יח 249 (2002). ראו גם את הסתייגותה של יופי תירוש "על שתיקה במשפט בסרט לאהוב אותך מאז" מעשי משפט ג 257 (2010).

בתחומים נוספים, כמו למשל ספרות או דיון פוליטי, או מהווה כוח ייחודי של ייצור משמעות ביחס לתחומים אחרים של התרבות בישראל – בין גרסיבי ובין פרוגרסיבי. על אף הרוח הביקורתית של ניתוחי מגדר ולאום הקושרים לא פעם בין המשפט לבין הגמוניה כוחנית, גברית או יהודית, או שתיהן, בגרסאותיהם העמוקות הם מלמדים על מורכבות בתהליכי ייצור המשמעות. מורכבות זו היא לעיתים פנימית, למשל כאשר חוקרות מצביעות על סיפורים מתחרים של שופטות,³⁶ או בהינתן קולות לא נשלטים הנשמעים במשפט³⁷ ולעיתים חיצונית, למשל בין מה שהמשפט עושה לבין הדרך בה הוא נזכר³⁸ או יכול להיזכר.³⁹

לצד מגדר ולאום ניתן למצוא מחקר טקסטואלי בתחומים נוספים בהיקפים פחותים, בפרט זהות מינית, אולם באופן כללי הדיון בהבניה חברתית של זהויות נוספות מתאפיין בכך שמרכז הכובד שלו הוא ניתוחי שיח, וכלי הניתוח הטקסטואלי ובפרט הניתוח הנרטיבי אמנם נוכחים בו אך אינם מרכזיים באותה מידה. כאמור, האבחנה בין ניתוח טקסטואלי לניתוח שיח אינה חדה, אולם לאור השינוי במרכז הכובד המתודולוגי אדון בניתוחי שיח בהמשך במסגרת הדיון בביקורת תרבות.

ה. סוגיות משפטיות: דוקטרינה, תאוריה, תורת המשפט

מגמה מחקרית שנייה במשפט וספרות היא ניתוח ביקורתי המבקש להעמיק דיונים משפטיים בתחומים מסורתיים של חקר המשפט. במסגרת זו ניתן למצוא חלק ניכר מהמחקר המסתמך על קריאה בספרות או אמנות אחרת, אך גם קריאות ביקורתיות של טקסטים ופרקטיקה משפטיים באמצעות כלים של חקר הספרות.

מחקר המכוון לניתוח של סוגיות משפטיות־דוקטרינריות או משפטיות־תאורטיות תחומיות, למשל במשפט הפלילי,⁴⁰ האזרחי⁴¹, או ביניהם,⁴² נוכח באופן מינורי בלבד במכלול הכתיבה. במבט השוואתי, עיקר הפיתוח של סוגיות כאלו במשפט וספרות מחוץ לעיסוק

36 ליאורה בילסקי "נשים מוכות: מהגנה עצמית להגנת העצמיות" פלילים 5 ו (1997).

37 ז'וזה ברונר "משפט אייכמן בין היסטוריה לגנאלוגיה" זמנים 98, 70 (2007).

38 מיכל שקד "ההסטוריה בבית המשפט ובית המשפט בהסטוריה: פסק הדין במשפט קסטנר והנרטיבים של הזכרון" אלפיים 20, 36 (2000).

39 רונן שמיר "אבל מי יהיו הדיינים?" משפט, ספרות וזיכרון" עיוני משפט כו 511 (2002).

40 עדי פרוש "משפט וספרות: אשמה, כוונות ותוצאות בטרגדיה 'אדיפוס המלך'" עיוני משפט כד 15 (2000); עדנה קפלן-הגלר "מקצת דיני עונשין על-פי כמה טרגדיות יווניות" משפט וספר: לקט מאמרים ועיונים לרגל פרישתו של סגן הנשיא יהושע גרוש מכס השיפוט בית המשפט המחוזי תל-אביב יפו 309 (2007) (הספר להלן: משפט וספר); נעמי חנס ושרון חנס "נרטיבים משפטיים של רצח בספרות: פיקציות המאירות תהליכים משפטיים" דין ודברים ה 47 (2010); דן לאור "דוד פוגל ו'חיי נישואים': תרגיל בחמש אצבעות" משפט, תרבות וספר, לעיל ה"ש 4, 310.

41 גבריאלה שלו "הסוחר מוונציה" בראי המשפט הישראלי" משפט וספר, לעיל ה"ש 40, 61.

42 נילי כהן "חוק, מוסר ו'אין חוטא יוצא נשכר'" ספר אור: קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 259 (אהרן ברק, רון סוקול ועוד שחם עורכים, 2013); יששכר רוזן צבי "זיכרון ושכחה בהליך המשפטי" משפט, תרבות וספר, לעיל ה"ש 4, 164.

במשפט הישראלי נעשה בכלים היסטוריים. כפי שאטען בהמשך, המבט ההיסטורי במחקר הישראלי נוכח רק באופן מוגבל. ייתכן שזו הסיבה למיעוט היחסי של דיון מסוג זה. לעומת זאת מחקר המתכתב עם סוגיות תורת משפטיות נכתב בהיקפים לא מבוטלים, במספר מוקדים בולטים ראויים לציון.

מוקד אחד של דיון תורת משפטי הוא במושגי יסוד כמו צדק,⁴³ ציות לחוק,⁴⁴ שלטון החוק,⁴⁵ או מקומה של נקמה.⁴⁶ המהלך הטיפוסי הוא ניתוח מבוסס-ספרות לשם ביקורת מושגית על המשפט או למצער לשם פיתוח תובנות תורת-משפטיות באמצעות הרחבת גבולות הדיון והדמיון המשפטי, בגרסאות השאפתניות ביותר תוך הסתמכות נרחבת על פילוסופיה. מוקד נוסף בוחן אפיוני פרקטיקות והליכים משפטיים, עם דגש על נראות במובנה הרחב כהיבט יסודי של הפעולה המשפטית. כאן עולות למשל שאלות בדבר היבטים תיאטריים של הליכים משפטיים,⁴⁷ ייצוג חזותי של המשפט,⁴⁸ תפקידן של שחקניות משפטיות, בעיקר שופטות ועורכות דין⁴⁹ מאפייניו של שיפוט,⁵⁰ או קנוניזציה של טקסטים משפטיים.⁵¹ זוהי

43 למשל שולמית אלמוג עיר, משפט, סיפור: מקום המשפט בעיר ומלואה של ש"י עגנון (2002); ניצה בן-דב "אישה שופטת ופחד-מוות: הפרדיגמה העשתורית ביצירתו של א"ב יהושע" מחקרי משפט יח 417 (2002); נילי כהן "על הראייה, על העיוורון, על החסרון, על היתרון" ספר שמגר כרך ג 611 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2003); שי לביא "צדק בלוע האדמה: על חוק טבעי, חוק פוזיטיבי וענישה אלוהית" דניאל פרידמן ספר דניאל: עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 1079 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008); דפנה ברק-ארז "צדק ישראלי, צדק קווקזי – משפט צדק, שופטים, הורים וילדים בעקבות מעגל הגיר הקווקזי" משפט, תרבות וספר, לעיל ה"ש 4, 520. ראו גם מאמרה של דניאלה גורביץ' בכרך זה.

44 Itamar Mann, *What is a "Manifestly Illegal" Order? Law and Politics after Yoram Kaniuk's Nevelot*, in *THE POLITICS OF NIHILISM* (Nitzan Lebovic & Roy Ben-Shai eds., 2014); אדמיאל קוסמן "בין ציות לחוק לבין מעשה הבא מן הלב" מחקרי משפט יח 219 (2002).

45 ליאור ברשק "האסתטיקה של שלטון החוק: בעקבות הספר 'Russian Culture, Property Rights and the Market Economy' משפט ועסקים יג 359 (2010). ראו גם מאמריהם של אלעד ליסון ורחל חסן בכרך זה.

46 עדי פרוש "נקמה, צדק ותפקידו של בית-המשפט במחזה 'נוטות החסד' של אייסקילוס" מחקרי משפט יח 147 (2002); שרון חנס "מיכאל קולהאס: על משיכתם של המשפטנים ליצירה המגנה את עולם המשפט" משפט, תרבות וספר, לעיל ה"ש 4, 534.

47 ראו לעניין זה ההשוואה לתיאטרון אצל צבי טריגר "המשפט והתיאטרון כגשרים בין מדעי הרוח למדעי החברה: מאמר בארבע מערכות" דין ודברים ג 63 (2007) (להלן: טריגר "המשפט והתיאטרון כגשרים"); נילי כהן "משפט ומשחק – הסוחר מונציה" והתקלה" הפרקליט נא 407 (2012); Michal Shaked, *The Unknown Eichmann Trial: The Story of the Judge*, 29 (2015) HOLOCAUST AND GENOCIDE STUDIES 1.

48 עילי אהרונסון ושולמית אלמוג "משפט כקולנוע: מראית פני הצדק בעידן הדימוי הנע" מחקרי משפט כב 9 (2005).

49 רם פרומן "סופרי הצללים של המהפכה: סמיוטיקה של עורכי-דין בעולם ההי-טק" טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה 321 (משפט, חברה ותרבות, שי לביא עורך, 2003); אסף פורת "השתקפות המשפט בראי הקולנוע – תמונתו של עורך דין" משפט וספר, לעיל ה"ש 40, 365.

50 Leora Y. Bilsky, *When Actor and Spectator Meet in the Courtroom: Reflections on Hannah Arendt's Concept of Judgment*, 8 HISTORY AND MEMORY 137 (1996); עופר דרוי "משפט

מעט שונה עוסקת בהיעדר, למשל היעדר של רגשות בניתוח המשפטי,⁵² או, באופן רחב יותר, משמעותה של הפשטה משפטית כאי-ייצוג של חוויות קונקרטיים.⁵³ הפרויקטים התורת-משפטיים השאפתניים ביותר הם אלו שנמשכים על פני שנים ומבקשים בשורת מחקרים לנסח תובנות יסוד לגבי המשפט, כך למשל פעולת המשפט כתרבות אצל מאוטנר, תיאור תפקודי השפה במשפט במונחי תאוריה בלשנית אצל יונתן יובל או המובחנות של המשפט מהפוליטיקה אצל ליאורה בילסקי.⁵⁴ ניתוחים פמיניסטיים שהזכרתי למעלה כחלק מניתוח טקסטואלי מפתחים כמכלול, ולא פעם במפורש, תובנות תורת-משפטיות במסגרת התחום הרחב יותר של תורת משפט פמיניסטית⁵⁵ (שאלה מעניינת שלא אוכל לפתח כאן היא אם ניתן לראות את הדיון הנרחב בלאום כפיתוח של תורת משפט שניתן לקרוא לה דמוקרטית, או אולי אוניברסליסטית).

מוקד נוסף של פיתוח תורת משפטי הוא ממדי האלימות של המשפט באמצעות כפיית מערכי משמעות אחידים על מגוון תרבותי ופוליטי. אחד מביטויי המוקדמים והמפותחים היה הדיון בשיח הסבירות השיפוטי בישראל אשר לא היה תורת משפטי בלבד אלא בדרך כלל (וכפי שאטען בהמשך, באופן לא טיפוסי) בעל נופך היסטורי. הדיון מיקד קריאות שונות החל משנות ה-90. יורם שחר הטרים אותו עם מאמרו הקלאסי מ-1990,⁵⁶ ובמהרה הורחבה התאורטיזציה של משמעותה הפוליטית של שפת הסבירות המשפטית, ראשית במונחי תאוריה פוסט-

בלא נחת: על אהבה, שיפוט ושדים אחרים ב'הניסוי של השופט פוט' מאת פיטיגריילי" משפטים על אהבה, לעיל ה"ש 34, 71; ליאת פרידגוט נצר "פורמליזם שיפוטי בראי הספרות" משפט וספר, לעיל ה"ש 40, 377.

51 עמית רועי "העמדות של (ה)קאנון – הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" עיוני משפט כא 81 (1997); ישי בלנק "מהומת הארכיב: התקדים, הקאנון, והזיכרון המשפטי" משפט, תרבות וספר, לעיל ה"ש 4, 204.

52 יערה אלון ונעם וינר "העין והאין: משפט ואהבה בממלכת הצללים של המליך ליר" משפטים על אהבה, לעיל ה"ש 34, 351; וראו מאמרים נוספים באותו הכרך.

53 יופי תירוש "בעקבות 'האהבה והפרט' למרתה נוסבאום: על עניין נוף נ' משרד הביטחון ומאפייניהם החד פעמיים של נמעני המשפט" משפטים על אהבה, לעיל ה"ש 34, בעמ' 433; רועי עמית "נתפס בשעת מעשה – צמתים בין משפט וקולנוע בסרטו של ריימונד דפרדון Déliits Flagrants ובשולי The Crisis of the Action-Image של ז'יל דלז" מחקרי משפט כב 117 (2005).

54 בפרויקטים ארוכי טווח מעין אלו, על מנת להבינם כתורת משפט רחבה מוצע לקרוא אותם כמכלול.

55 למשל ליאורה בילסקי "אלימות האלם" ההליך המשפטי בין חלוקה לקול" עיוני משפט כג 421 (2000); יופי תירוש "סיפור של אונס, לא יותר" – על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי בע"פ 3031/98 מדינת ישראל נ' דן שבתאי" משפטים לא 579 (2001); אורית קמיר "מודל של ניתוח פמיניסטי רב ממדי: הצגתו, פיתוחו והחלתו על משפט ועל קולנוע" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 941 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכות, 2007). הפיתוח כמובן לא מוגבל לניתוח טקסטואלי. ראו למשל צבי טריגר "להעז להביט באל האהבה: שיחה עם קרול גיליגן" משפטים על אהבה, לעיל ה"ש 34, 557.

56 יורם שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט 78 (1990).

סטרוקטורליסטית, למשל כאשר רונן שמיר דן בסבירות במונחיו של פוקן,⁵⁷ ובהמשך במונחים תאורטיים שנשאבו מתאוריה פמיניסטית ומשפט וספרות מפורשות.⁵⁸

1. תאוריה משפט-ספרותית

מתוך שני התחומים הקודמים – ניתוחים טקסטואליים ופרויקטים תורת משפטיים – ניתן להצביע גם על פיתוח גוף ידע תאורטי משפט-ספרותי. גם כאן ניתן להצביע על מספר מוקדים דומיננטיים.

מוקד אחד מנסה לפתח שפה תאורטית המתכתבת עם תיאור התחום של משפט וספרות בארצות הברית, בעיקר סביב השאלה: למה שמשפטניות יקראו ספרות (או יעסקו באמנות אחרת)? כך, מחקריה של שולמית אלמוג מהווים מכלול המכוון לפיתוח תוכנה כללית בדבר תרומת אמנות להתגברות על מגבלות הדמיון המשפטי שהיא מאפיינת כ"ספרות לצד משפט". תרגומו לעברית של ספרה של מרתה נוסבאום צדק פואטי, שבו נטען בזכות פיתוח יכולות אמפטיות בקרב משפטניות באמצעות ספרות, ואשר מהווה חלק מן הקנון האמריקאי של משפט וספרות, היווה אירוע מקומי ולווה בכתיבה מקומית ביחס לטיעון.⁵⁹ מחקרים נוספים מצביעים על אפשרויות נוספות להמשגת התרומה העקרונית של עצם החיבור בין משפט ואמנות כפרקטיקות תרבותיות, תוך התכתבות עם הדיון התאורטי הנרחב מחוץ לישראל בשאלה זו.⁶⁰

כתיבה בדבר חשיבותם התאורטית העקרונית של נרטיב ושל הרמנויטיקה במשפט ניתנת גם היא למיקום כאן – כחלק מפיתוח תאוריה משפט-ספרותית, אם נרחיב את השאלה מעבר למשפט וספרות כפרקטיקות, אל עבר החיבור ביניהם כדיסציפלינות, ונשאל: מדוע שחוקרות

- 57 רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" תאוריה וביקורת 7, 5 (1994); מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תאוריה וביקורת 5, 25 (1994).
- 58 לביקורת המבוססת על ניתוח השיח המשפטי ראו למשל דפנה ברק-ארו "האשה הסבירה" פלילים ו 115 (1997); אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האשה – חוס דמם של 'האדם הסביר' וה'ישראלית המצויה' בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזואלוס" פלילים ו 137 (1997). לביקורת המבוססת על אתגרים בתרבות הפופולרית ראו למשל שי בידרמן "הסביר, השונה ומה שביניהם: משפט ותרבות פופולרית בסדרה 'סיינפלד'" המשפט ח 265 (2003).
- 59 מרתה ק' נוסבאום צדק פואטי (מיכאל שקודניקוב מתרגם, 2003) (1995); וראו את תרומותיהם של צחי זמיר, אמנון רייכמן ואלמוג בתוך הספר. להתכתבות נוספת עם התזה של נוסבאום ראו דני סטטמן "ספרות, משפט ורחמים" מחקרי משפט יח 53 (2002); צחי זמיר וג'ניפר שקבטור "סוג של ליווי: על האונס של לוקרציה וסחר בנשים" משפטים על אהבה, לעיל ה"ש 34, 709.
- 60 אורית קמיר "מבט משפט-קולנועי על (פוסט-) טראומה וזיכרון, החלמה וצדק, נשים וגברים בחרה שסועה – קריאה בסרטו המשפטי של רומאן פולנסקי 'העלמה והמוות'" מחקרי משפט כב 159 (2005); אמנון רייכמן "זה כל-כך פשוט כשזה בסרט? הערות על שיח 'המשפט והקולנוע'" מחקרי משפט כב 45 (2005); אלעד אורג "הומניזם במאה ה-24: 'מסע-בין-כוכבים ומשפט'" משפט וספר, לעיל ה"ש 40, 223; מנחם מאוטנר "העצה של פרנקפורטר" דין ודברים ג 107 (2007). לדיון בהיזקקות לספרות בפרקטיקה משפטית ראו יבין ורכלי "ספרות בשימוש המשפט" המשפט ד 415 (1998).

משפט יקראו חוקרות ספרות? חוקרות משפט וספרות בעולם פיתחו תורת משפט נרטיבית (narrative jurisprudence), והמחקר בישראל מהווה תרומה תאורטית מקומית המתכתבת עם תחום המחקר הזה בהציעה הסברים למרכזיותו של נרטיב במשפט המודרני. תרגומו של נומוס ונארטיב הקנוני ב-2012 היה אירוע חשוב בהעשרת חומרי הליבה בעברית.⁶¹ בנוסף ניתן להצביע על דיון תאורטי המעלה שאלות נוספות, כגון חשיבותה של רטוריקה במשפט ובספרות.⁶²

מוקד נוסף של תאוריה משפט-ספרותית ניתן לכנות בעקבות מאוטר משפט כתרכות: תאוריה של דרכי יצירת המשמעות במשפט. כדאי להבחין בין שתי מתודולוגיות דומיננטיות, זו המתבוננת במשפט עצמו (טקסטים ומוסדות פרדיגמטיים), וזו הבוחנת אמנות (לבדה או כחלק ממבט רחב על תרבות לא משפטית).

כאשר המשפט נמצא במרכז הכירור, השאלה היא האופן שבו טקסטים משפטיים מייצרים משמעות. ההיבט המפותח ביותר במחקר בישראל עניינו בנרטיב המשפטי – ובכך כוונתי לממד מסוים של תורת המשפט הנרטיבית, שעניינה אופני ההתממשות ותנאי האפשרות של נרטיבים במשפט – להבדיל מתכניו (למשל תפיסת המגדר שהוא מכונן) ולהבדיל מתאוריה של מהותו המופשטת או עצם חשיבותו העקרונית. שאלת דרכי היווצרותו של נרטיב ומיקומו בתוך טקסטים משפטיים נדונה מפורשות מדי פעם,⁶³ ועולה ממילא במשתמע מאופן הניתוח הנרטיבי. היבטים נוספים של ייצור משמעות מדגישים את תנאי האפשרות הכרוכים במאפייני ההליך המשפטי,⁶⁴ במורכבות טקסטואלית,⁶⁵ במאפייני האירוע שיש לספרו,⁶⁶ או בשאלת הנכונות של שחקנים משפטיים להכיר בנרטיב כקטגוריה פורמלית.⁶⁷

ממד שני של משפט כתרכות, קרי התחקות אחר יצירת המשמעות המשפטית, מתמקד באמנות ותרבות לא משפטית. מחקרים אלו לא פעם מסבירים את המהלך המתודולוגי ככזה

- 61 קאבר, לעיל ה"ש 20. ראו גם המבוא של יוסי דוד שם, בעמ' ז.
- 62 צבי טריגר ייחד את החיבור לדרמה. ראו טריגר "המשפט והתיאטרון כגשרים", לעיל ה"ש 47.
- 63 מנחם מאוטר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז 11 (1998); יונתן יובל "צדק נרטיבי" מחקרי משפט יח 283 (2002). בדיאלוג בין ליאורה בילסקי לאריאל בנדור בעקבות ניתוחה את פסק הדין אשר הרשיע את יגאל עמיר (דיאלוג שחושף משהו מההתנגדות ההיסטורית למשפט וספרות) נדונו ממדים תאורטיים מעניינים: אריאל בנדור "הטיית משפט, הכרת פנים: מחשבות ביקורתיות על משפט כספרות" מחקרי משפט יח 85 (2002); ליאורה בילסקי "על הגלוי, הסמוי ומה שביניהם – מחשבות בעקבות רשימתו של אריאל בנדור על 'משפט כספרות'" מחקרי משפט יח 119 (2002).
- 64 מיכל אלברשטיין "גישור בין קורבן לתוקף בסרט החגיגה אנטומיה של קהילה מייצרת משפט: כוח ומגבלות" מחקרי משפט כב 81 (2005); ליאורה בילסקי "משפט והיסטוריה בתביעות שואה על-לאומיות" בשביל הזיכרון 17, 36 (2014).
- 65 או חתרנות טקסטואלית: יונתן יובל "על אתיקת שיח ומניפולציות פרשניות מתוך 'תנורו של עכנאי'" דין ודברים ז 309 (2014).
- 66 שולמית אלמוג "טראומה, נרטיב ומשפט" ספר דליה דורנר 143 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009).
- 67 ברוקס העלה את השאלה החשובה של הכרה בנרטיב כקטגוריה מחשבתית רלוונטית במסגרת הפרקטיקה המשפטית במאמר שתורגם לעברית: ברוקס, לעיל ה"ש 35.

המתמקד בתנאי ההתקבלות (reception) של מערכת המשמעות הנוצרת במשפט, מתוך הנחה תאורטית שהתקבלות היא בלתי נפרדת מהדיון בכינון משמעות. דיון בהתקבלות המשמעות המשפטית חורג משאלת הנרטיב לעבר הדיון הרחב יותר בלגיטימציה והשפעה בכלל, ומהווה שאלה מרכזית עבור ניתוחי פער (gap studies) הבוחנים פערים בין הדין הפורמלי לאופן פעולתו והשפעותיו על יחסים חברתיים. במסגרת רחבה זו, השייכת בדרך כלל ללימודי משפט וחברה, התרומה הייחודית של משפט וספרות היא בניית פרשני של מערכות משמעות מחוץ למוסדות משפטיים. בפרט, בחינת אמנות כייצוג של תרבות חוץ-משפטית מאפשרת לברר את הדמיון והשוני בין תפיסות מושגיות וערכיות במשפט ומחוץ לו, המהווים את תנאי ההצלחה או הכישלון של פרויקטים משפטיים ספציפיים⁶⁸ או של מוסדות משפטיים.⁶⁹

דרך נוספת לתאר את המחקרים העוסקים במשמעות חוץ משפטית היא ככאלו המפתחים תורת משפט שמאפיינת מערכות נורמטיביות באופן רחב. תחת תפיסה זו, המערכת התרבותית בכלל ואמנות בפרט הן יצרניות של נורמות, ויש לחקורן במקביל לחקר מוסדות משפטיים פורמליים. בתיאור זה, השאלה איננה התקבלות של מערכת המשמעות המשפטית מחוץ למשפט, אלא מורכבותן של מערכות נורמטיביות ופולורליזם נורמטיבי. תורת משפט זו פותחה מפורשות במשפט וספרות מחוץ לישראל (גם כאן עם דגשים היסטוריים), אולם ניתן לקרוא חלק מהמחקר המקומי במונחים אלו וניתן לפתח על בסיסו תאוריה מקומית. לסוגיית הקשר הקונקרטי בין משפט לספרות בישראל אחזור שוב בהמשך.

ז. ביקורת תרבות

בפתח הדברים הזכרתי התפתחויות בתורת הספרות והתרבות שהגדירו את התרבות כולה במונחי "טקסט" וטשטשו אבחנות בין ספרות לתוצרי תרבות אחרים. מנקודת מבטן של חוקרות משפט, המהלך המקביל היה זה שטשטש את ההבדלים בין משפט לתרבות.⁷⁰ מתודולוגית, ההשלכה של הטשטוש כפולה: מרכז התרומה המושגית עובר לקטגוריה תרבותית, ומנקודת מבטן של חוקרות משפט – המשפט איננו מוקד בלעדי.

68 אורית קמיר "משפט, חברה ותרבות בפרשת רמון: 'בא לי שטויות ולא בא לי עליך' נ' 'סימן שאתה צעיר'" המשפט 24, 66 (2007); אורית קמיר "אהבה עזה כמוות או הטרדה מאיימת? הטרדה מאיימת (stalking), שירת אלתרמן וקולנוע ישראלי בין הדרת-כבוד (honor) וכבוד סגולי (dignity): ניתוח של תרבות ומשפט, רומנטיקה ואלמות" משפטים על אהבה, לעיל ה"ש 34, 475. ראו גם מנחם מאוטנר "גלי צה"ל או ההאחדה של הרוק והמוות" פלילים ט 11 (2000); דפנה ברק-ארז "על שקרים קולנועיים ואמיתות היסטוריות: בין 'קול העם' לקול העם" שקט מדברים 141 (משפט, חברה ותרבות, מיכאל בירנהק, רונן וודלינגר ומיכל פרי עורכים, 2006).

69 Or Bassok, *Television Coverage of the Israeli Supreme Court 1968–1992: The Persistence of the Mythical Image*, 42 *ISR. L. REV.* 306 (2009); יורם שחר "כשפאוסט לוקח עורך דין – על דפוסי זוגיות של תרבות ומשפט" דין ודברים ג 148 (2007).

70 לדין בתפיסות הללו ראו מאוטנר משפט ותרבות, לעיל ה"ש 17, בפרק 2.

באשר לתרומה המושגית, ביקורת תרבות מתמקדת בקטגוריה תרבותית להבדיל ממשפטית או תורת-משפטית. באופן כללי, כלל העיסוק בהבניה חברתית באמצעות המשפט ניתן למיקום כאן. ניתן למקם כאן ניתוחים הבוחנים בכלים טקסטואליים, למשל קטגוריות זהות כגון מגדר ולאום. ניתוחים שעוסקים בזהויות נוספות, למשל זהות מינית,⁷¹ זהות מזרחית,⁷² זהות דתית,⁷³ מוגבלות⁷⁴ ואף מחקר המתמודד עם החיתוכים בין זהויות שונות,⁷⁵ כולם נכתבים, בהיקפים שונים. מרכז הכובד של הדיון בהבניה החברתית של זהויות הוא התאוריות הביקורתיות של ניתוח שיח כפי שהתפתחו בתוך כל אחד מן התחומים הללו במסגרת סוציולוגיה ביקורתית ולימודי תרבות (תאוריה קווירית, תאוריה ביקורתית של מוגבלות וכן הלאה), תוך פיתוח משפטי. קטגוריות תרבותיות נוספות נבחנו לעיתים בפרויקטים ארוכי טווח, המבקשים לתאר תופעות עומק נוספות בתרבות. כך למשל מחקרה של אורית קמיר הבוחנים תפיסות חברתיות שונות של כבוד, ומחקרה של יופי תירוש העוסקים בנוכחותה של ההווה החיצונית של בני אדם (גוף, מראה, שם וכן הלאה) במשפט, אצל שתיהן עם ממד תורת-משפטי בולט.⁷⁶ קו מחקרי נוסף שראוי להזכיר הוא הדיון במסגרת "משפט של ספרות" בהבניה של המחבר ושל הספרות/האמנות כקטגוריות תרבותיות.⁷⁷ בכל המקרים הללו, השאלה המארגנת עבור חוקרות משפט היא באופן טיפוסי אופני הייצוג וההבניה של הקטגוריה התרבותית הרלוונטית במשפט.

ההשלכה השנייה של המתודולוגיה של ביקורת תרבות היא כאמור מעבר מהתמקדות במשפט למחקר בין ורב תחומי. ביקורת תרבות מזמינה עיון במגוון חומרי תרבות הרלוונטיים לקטגוריה נשוא המחקר, במטרה לעמוד על מורכבותה ואופני היווצרותה והשתנותה. היבט זה

71 אייל גרוס "התחזות כאדם אחר": חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי "משפטים על אהבה, לעיל ה"ש 34, 365; הדי ויטרבו "משבר ההטרסקסואליות: הבניית זהויות מיניות ביני לביני לשון-הרע" עיוני משפט לג 5 (2010); חגי קלעי "אלעד רוט לא הומו: התיאוריה הקווירית בפרקטיקה המשפטית" מעשי משפט ד 167 (2011); נורה גרינברג "משפטו של אדם בלתי-נראה: אי-הכרה בזהותו של עבריין טרנסג'נדר כמחיקת קיומו" מבוקי הארות פסיקה 26, 5 (2014).

72 יפעת ביטון "מזרחים במשפט: ה'אין' כיש" משפטים מא 455 (2011).

73 יעקב ידגר "טקס מפלג – הקראת פסק הדין במשפט דרעי כאירוע מדיה של נידוי והשפלה" דין ודברים א 299 (2004) (זהות דתית ומזרחית).

74 נילי קרקן אייל "מי ילד מושלם של אמא? הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין סיד" המשפט יג 469 (2008); שגית מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית: חסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות" נגישות לצדק חברתי בישראל 79 (ג'וני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009); שגית מור ואסנת עין-דור "עדות מוגבלת: מוגבלות וקול בהליך הפלילי" משפט וממשל טז 187 (2014).

75 שגית מור, מעין סודאי ואור שי "מהכחשה להנכחה: ביקורת נוהל ניתוחים אינטרסקס" משפטים מד 89 (2013); אייל גרוס "הכול ק(א)שור: פרפורמטיביות וחציית גבולות המגדר והלאום בפסיקה על אונס במרמה" תיאוריה וביקורת 42, 99 (2014).

76 בדומה לדוגמאות קודמות שהזכרתי, מדובר בכתיבה לאורך שנים שאני מציעה לקרוא כמכלול.

77 למשל שרה חניסקי "גוטר" שקט מדברים 363 (משפט, חברה ותרבות, מיכאל בירנהק, רונן וודלינגר ומיכל פרי עורכים, 2006); מיכאל בירנהק "קריאה תרבותית: החוק ושדה היצירה" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 83 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009); נילי כהן "אהבה, ספרות, משפט – בין תיעוד לבדיון, בין פרטיות לחופש ביטוי" משפט, תרבות וספר, לעיל ה"ש 4, 237.

מייצג את ההתפתחות הדרמטית ביותר במשפט וספרות אנגלו-אמריקאי,⁷⁸ ומקבל את ביטוי העשיר ביותר במחקר היסטורי, אך גם אתרופולוגי, סוציולוגי ופילוסופי. כך למשל שאלות כמו משמעותה של חרות למול דטרמיניזם, מהותו של ערך כלכלי בקפיטליזם, מהותן של זכויות אדם, תפיסת הזמן, או תפקידן של נשים במשפחה, הן שאלות עומק שבהן תרבויות מערביות מודרניות מעסיקות עצמן במסגרות מגוונות. כתיבה ענפה המאורגנת סביב שאלות אלו בהסתמך על מגוון מקורות, ביניהם גם (אך לא רק) משפט וספרות, נכתבת בהיקפים משמעותיים בעיקר בשני העשורים האחרונים, ולרוב מחוץ לחוגים למשפטים, עם נוכחות בולטת של חוקרות ספרות (ותרבות, כפי שהוגדרו מחדש).

מתודולוגיות רב תחומיות מהוות אתגר לפרויקטים של כותבות יחידות. קשה להצביע על מגמה דומה במחקר המתמקד בישראל הכוללת משפט וספרות, אם כי היא לא נעדרת לגמרי.⁷⁹ ההתפתחות המשמעותית יותר בביקורת תרבות רב תחומית מסוג זה היא בפרויקטים מרובי משתתפות ממגוון דיסציפלינות. כרכים תמטיים, כמו אלו בסדרה "משפט חברה ותרבות" של אוניברסיטת תל אביב, העוסקים בקטגוריות תרבותיות, כמו למשל קהילות מגוונות או זהות יהודית, גישתה היצירתית של אורנה בן נפתלי בכתב העת המשפט ברשת של המכללה למנהל, לפיתוח שיחות סביב תמות, כדוגמת מוות, באמצעות טקסטים מארגנים, וגם כרכים בודדים כגון, לאחרונה, הספר סקס אחר⁸⁰ והמקראה בלימודי מוגבלות⁸¹ – יש לראות כמכלול – או לפחות לבחון עד כמה ניתן לראותם – כהצטברות מחקרית העולה על סך מרכיביה. מנקודת מבט זו הכרך עצמו מפתח – או עשוי לפתח – מחקר שלא נעשה במאמרים הבודדים בו ומהווה ביקורת תרבות הן במובן המושגי והן ברב תחומיות של חומרי המחקר.

בטווח הארוך פרויקטים מרובי משתתפות מארגנים תחומי מחקר סביב קטגוריות תרבות ולוונטיות במקום סביב דיסציפלינות; במובן זה תחילתם בחוגים למשפטים או בחוגים אחרים מאבדת מחשיבותה. פרויקטים בינתחומיים שהופכים לשיחה פנימית של משפטניות הם

78 ראו התייחסותה של Meyler, לעיל ה"ש 3, לכך שהתפתחות זו נותרת משום מה מחוץ לתיאורים הטיפוסיים של משפט וספרות.

79 ראו מספר דוגמאות למחקרים בינתחומיים המערבים משפט וספרות, בהיקפים וגישות מתודולוגיות שונים: הדיון בעדות כקטגוריה תרבותית של שושנה פלמן ודורי לאוב עדות: משבר העדים בספרות, בפסיכואנליזה ובהיסטוריה (דפנה רוז מתרגמת, 2008) (1992). מידול "משבר העדות" כפי שהם הגדירו את אי-האפשרות של עדות, התרחב לטענתם מהמשפט לתרבות בכלל עקב השואה; ניתוח "תרבות הסמוך" – אורית קמיר "ארץ מאלתרת אסונותיה: על סיפור ה'סמוך' בתרבות ובמשפט הישראליים" תרבות דמוקרטית 1, 137 (1999). ראו גם את הדיון בכבוד החוצה תחומים בכתבתה של קמיר בכלל; בחינת דמות הזונה – שולמית אלמוג נשים מופקרות (משרד הביטחון, 2008); תרבות מתנות החתונה בישראל – צבי טריגר "בהחלט הייתם צריכים: מבט חוזי על תרבות מתנות החתונה בישראל" עיוני משפט לה 51 (2012); ניתוח דמות היהודי החדש – הדס ירון מסגנה "אדמה, טריטוריה, בעלות: היבטים אידיאולוגיים ומשפטיים ביצירת היהודי החדש והמרחב הציוני בעבר ובהווה" זהות יהודית 173 (משפט, חברה ותרבות, אשר מעוז ואביעד הכהן עורכים, 2014); ייצוגיהם של זרים – גיא מונדלק "אליק וישראלים אחרים" משפט, תרבות וספר, לעיל ה"ש 4, 381.

80 סקס אחר: מבחר מאמרים בלימודים להט"ביים וקוויריים בישראל (אייל גרוס ואח' עורכים, 2016).

81 לימודי מוגבלות: מקראה (שגית מור ואח' עורכים, 2016).

אינדיקציה להצלחה של הבינתחום לקבל מעמד בתוך חוגי משפטים, אבל נמצאים בסכנה של דעיכה במונחי הדיאלוג שלהם עם ידע חוץ משפטי. התפתחויות בביקורת תרבות מבטאות מגמה הפוכה. לתחומים מבוססים יותר כמו לימודי מגדר שכבר זוכים לקיום מוסדי בינתחומי ורב תחומי ממשיכים להצטרף חדשים: לימודי סביבה, מיניות או מוגבלות, וחדשים יותר, כמו לימודי קפיטליזם, צרכנות, אימפריאליזם או גוף.

ח. היסטוריה?

ממד אחד שחסרוננו בולט ראוי לדיון: היסטוריה, בפרט במחקר הבוחן חומרי משפט וחומרי ספרות (או אמנות) יחד כתוצרים היסטוריים מקומיים. באופן כללי, מחקר בעל מכוונות (אוריינטציה) היסטורית נוכח בדיון בזיכרון הקולקטיבי והלאומי שמטיבו עוסק בהיסטוריה, וכן בחלק ממחקרי ההבניה החברתית במשפט.⁸² מעבר לכך, מחקר משפט וספרות שהוא בעל מכוונות היסטורית קיים כמובן – אך מצומצם;⁸³ מרבית המחקר מעבר לתחומים האמורים איננו מכוון לכתיבה היסטורית, ולא פעם בוחן ספרות במנותק מהקשריה ההיסטוריים לצורך דיון משפטי עכשווי.⁸⁴ היסטוריה תרבותית רב תחומית או לפחות בינתחומית הבוחנת התפתחויות היסטוריות מקבילות במשפט ובספרות בישראל נעדרת כמעט לחלוטין.⁸⁵ על התרומה ההיסטורית של מחקר כזה אין צורך להכביר במילים, הוא יכול לתרום לכל אחד מאזורי המחקר הדומיננטיים שנדונו עד כה, ולאחרים. עם זאת ראוי להדגיש את תרומתו לדיון

82 לדוגמה, במחקרים הבאים הדיון בהבניה המשפטית רגיש לממד ההיסטורי או להתפתחויות על ציר הזמן: ליאורה בילסקי ואנאלו ורביץ "העסק של רוטשטיין: נחום גוטמן, מיתולוגיה מקומית ונסיון האונס הראשון בתל-אביב" עיוני משפט כו 391 (2002); יששכר רוזן-צבי "האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" משפט וממשל ח 49 (2005); יופי תירוש "אליס בארץ ה(ה)מראה: הרהורים על השתקפויות הגוף הנשי בשיח על שילוב נשים בתפקידי לחימה" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 885 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכות, 2007); צבי טריגר, "כסף, מגדר וחוזים" משפט ועסקים יח 135 (2014).

83 לדוגמאות שמתמקדות באירועים היסטוריים בהתכתבות עם הדיון התאורטי בזיכרון ראו למשל חיה שחם "בין דין לחשבון-נפש – נתן אלתרמן על פרשת הטבח בכפר קאסם" מחקרי משפט יח 399 (2002); מנחם פינקלשטיין "על צה"ל, על טוהר הנשק ועל המשפט הצבאי – ב'טור השביעי' של נתן אלתרמן" משפט וספר, לעיל ה"ש 40, 201. למגוון גישות נוספות ראו נילי כהן "ירידתה ועלייתה של הבטחת נישואין" משפט וספר, לעיל ה"ש 40, 173; רותם קובנר "אמת אוניברסלית או תרבות שיפוטית ייחודית? חוק וצדק ביפן על-פי רשומון" מחקרי משפט כב 139 (2005); דניאלה גורביץ', טובי ביברינג וקוריס רגיס "ממגבלות הצדק המשפטי אל אופקי הצדק הרגשי בחצר המלך ארתור" צדק שלי, צדק שלך: צדק בין תרבויות 391 (ידידיה צ' שטרן עורך, 2010). ראו גם חלק ניכר מהמאמרים בכרך הנוכחי, העוסקים בנקודות ציון היסטוריות, מהאימפריה הרומית ועד ימינו, תוך ניתוח היבטים של משפט וספרות.

84 וראו התייחסותו של שי לביא לשאלת הקריאה של ספרות היסטורית, שי לביא "החוק של אנטיגונה: צדק פילוסופי וצדק פואטי" משפט, תרבות וספר, לעיל ה"ש 4, 505.

85 ובכל זאת, כמעט. ראו לאחרונה טליה דיסקין "משפט משלנו: חוק ומוסר בעיתונות הילדים והנוער במדינת ישראל, 1948–1958" (תקציר עבודה לקבלת תואר דוקטור, 2016).

התאורטי במשפט וספרות ולחשיבותו הייחודית של הבינתחום – דווקא בהגדרתו המקורית ולא בהגדרתו הרחבה כ"משפט ותרבות/מדעי הרוח" – לחקר המשפט.

נקודת הסיום של המפנה הבינתחומי במשפט, ובפרט עליית ביקורת התרבות, היא טשטוש מושגי בין משפט לבין תחומים אחרים בתרבות, אשר פייר שלאג הגדיר כ"בעיית אי-המובחנות".⁸⁶ מעניין להיזכר שנקודת ההתחלה לא הייתה ערעור על מובחנותו של המשפט כפרקטיקה אלא על מובחנות הכלים הדיסציפלינריים למחקר אקדמי שלו; כזכור פרוקציה הצביע בפרובוקטיביות על אי-ממשותה של משפטים כדיסציפלינה. התהליך שבו מובחנותו של המשפט כפרקטיקה תרבותית מוטלת בספק אינו מפתיע, שכן מובחנות המשפט עצמו ומובחנות הדיסציפלינה המשפטית כרוכות זו בזו. האקדמיזציה של משפטים כדיסציפלינה באה יחד עם אקדמיזציה של המשפט אשר איננו נתפס עוד רק כתחום מקצועי. ההתפתחות הזו מהווה אתגר המחייב הגדרה של האובייקט המחקרי: מה מייחד את המשפט?

טיעונים תאורטיים בדבר ייחודיות המשפט מניחים את חשיבותן של הקטגוריות שהם בוחנים. למשל, תאוריות הרואות במשפט מערכת תרבותית מובחנת מצביעות על ממדי סגירות מערכתית כמו שפה משפטית, דרכי ארגון מושגי בקטגוריות או מבנה מוסדי ייחודי. אך נותרת השאלה: מה הופך דווקא ממדים אלה לחשובים מנקודת המבט של מעמד התחום בתרבות? זוהי שאלה מארגנת עבור תורת המשפט (כמו עבור תורת הספרות) שנדונה רבות במשפט וספרות. אינספור מילים נשפכו סביב הדיון אם הם יותר שונים או יותר דומים, ובאילו ממדים. כדי להסביר מדוע היבט מסוים – כמו למשל הארגון המוסדי של המשפט, כוחו הכופה, או מבני הנרטיב בו כאמצעי שכנוע – ראוי לתשומת לב, נדרש ניתוח של האופן שבו נרכשת סמכות תרבותית: הסמכות לדבר וליצור משמעות במרחב האנושי. לצד ריבוי המענים התאורטיים, עדיין אין מענה היסטורי מפותח, וודאי לא בישראל. מענה היסטורי מחייב בחינה של יחסים בין המשפט לבין תחומי תרבות אחרים.

בהיעדר היסטוריה קונקרטית, מחקר רב מצטרף במשתמע לסיפור המקובל במחקר מחוץ לישראל של היפרדות הפרקטיקות והדיסציפלינות. בסיפור זה הספרות הומצאה מחדש במודרניות תחת אידיאולוגיה של אסתטיקה; היא הפכה לתחום מופרד לקראת סוף המאה ה-18, ולדיסציפלינה במאה ה-19. הרקע הוא ההיסטוריה של הקפיטליזם, והתהוותה של הספרות למול עליית התועלתנות והמדעיות האקדמית אשר בקשו להדיר מקרבן את הלא רציונלי והאסתטי (שאיננו חלק מהפוליטי) ולמקמם כתחום נפרד. ממדים אלו שויכו לספרות. המשפט בסיפור זה מייצג היפוך, בין במונחים פורמליסטים-מדעיים, ובין ריאליסטיים-פוליטיים. כפי שטוענת ג'ולי סטון פיטרס, סיפור מעין זה היה הכרחי עבור משפט וספרות על מנת להצדיק את עצמה כחיבור מחדש לאור היסטוריה של הפרדה.⁸⁷ המחקר הבינתחומי במשפט וספרות מונע לא פעם על ידי תודעת חסר, שלפיה כל תחום משלים את האחר.

⁸⁶ Pierre Schlag, *The Dedifferentiation Problem*, 42 CONT. PHILOS. REV. (2009)

⁸⁷ Julie Stone Peters, *Law, Literature and the Vanishing Real: On the Future of an Interdisciplinary Illusion*, in TEACHING LAW AND LITERATURE 71, 80 (Austin Sarat, Cathrine O. Frank & Matthew Anderson eds., 2011). פיטרס מפקקת בסיפור הזה.

מחקר היסטורי של משפט וספרות בישראל עשוי להציע מענה לשאלה כיצד ועד כמה התהוותה תודעה כזו ומהם מאפייניה החשובים בהקשר הישראלי. למשל עד כמה חשובות ונכונות האבחנות הבאות שנדונות בהשוואות בין משפט לספרות מחוץ לישראל, בתוך הקשרים קונקרטיים כאן, וכיצד התגבשו: פונקציית המחבר – המודגשת בספרות בעת המודרנית כפי שפוקו טען,⁸⁸ אך מטושטשת במשפט,⁸⁹ תוך שבמקום המחבר האינדיווידואלי מודגשת המסגרת המוסדית של המשפט כמקור סמכות; הבדלים בשפה – אשר הביאו למשל לתתי-זרמים של משפט וספרות כמו "משפט ורגשות" המבטאים אי-נוחות מהמיעוט היחסי של שפה רגשית במשפט המודרני בהשוואה לטקסטים ספרותיים; מקומה של אי-ודאות – הגלויה על פני הטקסט הספרותי המודרני המחזין את בדיונותו, אולם מעוררת בדיוק בשל כך אי-נחת במשפט? אבחנות אלו ואחרות – כמו למשל הקשר בין מאפייני סוגה לצורות צריכה – ולא פחות חשוב אי-צריכה – של חומרי משפט וספרות (מתי, היכן ובאילו אמצעים אנשים נחשפים למשפט ולספרות?), מהווים חלק מניתוח השוואתי של סוגות. ניתוח זה מלמד על התהליכים ההיסטוריים שבהם משפט וספרות (או סוגות אחרות של אמנות ובידור) רוכשים ומאבדים, באופן דיאלקטי ביחס לאחר ולא (רק) מתוך הגדרותיהם הפנימיות, סמכות תרבותית; זוהי הסמכות המשליכה על מקומם של משפט וספרות בדיון החברתי בסוגיות מרכזיות, כגון אפיונו של ערך כלכלי, הבניית זהות לאומית או משמעותה של משפחה.

ניתוח השוואתי היסטורי מחדד את ההבדלים החשובים בין סוגות, פרקטיקות ותחומים כפי שהתהוו בזמן ובמקום קונקרטיים, מבלי לטשטש את כל מה שאיננו משפט לגדר קטגוריה כללית של "תרבות" או "חברה" שמשמעותה האונטולוגית ביחס למשפט לא ברורה. האפיון "משפט וספרות" (או משפט ותחומי תרבות קונקרטיים אחרים, אף אם גבולותיהם שנויים במחלוקת ומהווים בעצמם את שאלת המחקר) חוזר להיות חיוני מנקודת מבט זו על מנת לאפשר דיון באובייקטים מחקרניים שיכולים להציע מענה לשאלה מה מבחין את המשפט מסביבתו באופן שמקנה לו סמכות תרבותית.

בה בעת, ניתוח השוואתי היסטורי מונע את הנטייה לראיפיקציה מהירה מדי, בפרט של משפט ושל ספרות. עמדות רווחות בכתביה לא פעם מציעות למשל שספרות מחויבת למורכבות הקשרית בעוד המשפט נוטה להפשטה מהקשרים, או שהמשפט משטיח תופעות וחוויית אנושיות ואילו ספרות מראה את מרובדותן, וכן הלאה טענות שבהן המשפט מצטייר כנכשל בהבנה שספרות יכולה להעניק. כתיאור מושגי מדובר בתיאור בעייתי אף אם נניח בצד את שאלת הייצוג. מידת ואופן ההפשטה המשפטיים משתנים מזמן לזמן כפי שהיסטוריוניות של המשפט חוזרות ומראות; הם אף משתנים בין סוגות משפטיות שונות. בנוסף, כל סוגה ספרותית וכל טקסט ספרותי ספציפי בהכרח מבצעים גם הם בחירות המותירות חלק מן ההקשרים והמורכבות של חוויות אנושיות מחוץ לדיון. לטקסט הספרותי, כמו למשפטי, יש

88 מישל פוקו, מהו מחבר? (יחד עם: רולאן בארת, מות המחבר) (דרור משעני מתרגם, 2005) (1969).

89 כפי שהגדיר זאת פלדמן, "מעין חטיפת גופות מאורגנת". ראו פלדמן "שירת הסירנות", לעיל ה"ש 29, בעמ' 147.

גבולות. חוויה של הפשטה, הקשריות או מורכבות היא חוויה יחסית הן במובן של השוואה בין סוגות וטקסטים המתקיימים באותו זמן ומקום היסטוריים, והן במובן של השוואה על פני ציר הזמן בתוך אותה סוגה. בספרות כמו במשפט אין מנוס מלשאול מה בדיוק נכנס ומה נשאר בחוץ, מתי, איפה ולמה; מהו ההיגיון המארגן, לאיזו תפיסה רחבה יותר של ההווה האנושית הוא משתייך, איזה סדר חברתי הוא מקים ומקיים – או מערער – וכיצד מתארגנת חלוקת עבודה חברתית, אם נרצה, בין תחומים שונים בתרבות, המאפשרת להצביע על מאפיינים מסוימים של כל תחום כחשובים במיוחד ביצירת סמכותו התרבותית המובחנת במסגרות היסטוריות קונקרטיות וביחס לשאלות קונקרטיות בתרבות. כמו תמיד במשפט וספרות, יש למה לצפות.