

**Leon Sheff The Future of Tradition: Customary Law,
Common Law and Legal Pluralism**

London, Portland, OR: Frank Cass. 2000. 512 pages

טענה נדושה היא שספר מעיד על בעליו, אבל המקרה של שלף יש בו מן הייחודיות. והאנתרופולוגית בת־זמננו. הספר פורץ קודם־כל את מסגרת האורך המקובל – חמש מאות עמודים ממוקדים שאינם מסתייעים בקלילות סגנונית או בדיווחים רפלקסיביים. אך אין הם גם עמוסים בשיח ז'רגוניסטי "פוסטמודרניסטי". בעיניי, לפחות, נוסח הספר מזכיר שני מקורות: מחד גיסא, הכתיבה הסוציולוגית הקלסית הוובריאנית, ומאידך גיסא, מורשת תלמודית (הגם שליאון שלף לא בילה במסגרת ישיבה). באנציקלופדיה העברית מצאתי "שדרך הצגת החומר במשנה היא קאזואיסטית (דהיינו, הדגמת עקרונות ע"י פירוטם למקרים מסוימים)... במטרה לחשוף כללים רחבים מצד אחד, ולצמצם את כוח הדוגמאות, מצד שני". הספר כתוב כמסכת ("תלמודית") הכוללת עשרים וארבעה פרקים, העוסקים בהיבטים משפטיים שונים של הנושא המרכזי והסוציולוגי ביסודו: גורלן של מסורות שבטיות בעולם הפוסט־קולוניאלי.

היקף המקורות והדיון בהם מדהים, ואין כאן שמץ של גנדור באזכורים ביבליוגרפיים. המחבר שולט בחומרים סוציולוגיים, אנתרופולוגיים, היסטוריים, משפטיים ופילוסופיים. ובשיטה תלמודית הוא מגלגל חומרים אלה ואינו מאבד את החוט המקשר. חלק ניכר מעשרים וארבעה הפרקים יכלו להיות מאמרים עצמאיים.

נקודת המוצא של הספר היא השאלה המציקה לשלף כסוציולוג, אך לא פחות כליברל, וכמי שגדל בדרום־אפריקה כבן למיעוט הלבן שכפה את המערכת החוקית המערבית על רוב של בני חברות שבטיות. המשטר השליט בדרום־אפריקה דחה את שיטת ה־Customary Law, דהיינו, את שיטת השיפוט על־סמך המנהג והמסורת האורלית, ויישם תחתיה שיטה של חוק כתוב. שלף בקי בספרות האנתרופולוגית, שכבר בכותרות שלה מצוי המושג "מנהג", למשל:

Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*;

Gluckman, *Ideas and Procedures in African Customary Law*;

Gluckman, *African Traditional Law in Historical Perspective*.

המחבר בוחן לכל אורך הספר את השאלה אם בעידן המדינה המודרנית הפוסט־קולוניאלית אפשר וצודק להמשיך לדחות את המסורות השבטיות. ומאידך גיסא, אם המדינה יכולה לוותר על חלק מהריבונות שלה ולאפשר פלורליזם חברתי ומשפטי.

די מפתיע לגבי הסוציולוג בן־זמננו לגלות שליאון שלף, סוציולוג ומשפטן, בוחר למקד את שאלת המסורת התרבותית, החברתית והמשפטית תחת הגדרה חברתית־פוליטית של השבט. שלף מעדיף מושג מסמן זה על המושג המקובל הרבה יותר והנשמע "מודרני", הלא־הוא המושג "אתניות". המושג "אתניות" נראה בעיניו מוצר מערבי וכפוי יותר לעומת המושג "שבטיות", המסמן לא רק ערך ביולוגי, אלא גם זהות סוציולוגית ותרבותית, אמונות דתיות וקשר לאקולוגיה גיאוגרפית. הערך השלילי שהתלווה למושג

"שבט" בשם הקדמה מקורו בשימוש לרעה במהות זו שסייע באסטרטגיה של "הפרד ומשול" שנקטו הכוחות הקולוניאליים.

בדיעבד, שלף מציג גישה סוציולוגית מנוגדת בתכלית לתפיסותיהם של הסוציולוגים בשנות החמישים והשישים ובראשית שנות השבעים, שראו במודרניזציה את חזות הקדמה, ואשר ציפו בתהליך זה להיעלמות מסגרות השבטים. באותה תקופה היה הדיון ב־detribalization שכית. השבטים נראו בעיניהם גורם המרתק את היחיד למחויבויות על בסיס שיוכי ולמסורות תרבותיות המעכבות את הקדמה. אבל שלף אינו מנהל ויכוח חריף עם הסוציולוגים בסגנון הרווח בשם "הביקורתיות", אלא בוחן את המציאות השלטונית הקיימת בפועל. ה־Customary Law קרוב ל־Common Law המערבי, ושלף מחפש דרכים כיצד "להחזיר עטרה ליושנה" במסגרת החברות הקולוניאליות לשעבר, כולל בארצות־הברית (בכל הנוגע למסורות ולזכויות של צאצאי השבטים האינדיאניים).

החזרה למסורת אינה פשוטה ונוחה בכל מקרה, ואין גם עקביות מלאה בגישת המדינות. למשל, בדרום־אפריקה השתרר ה־repugnancy rule, המאפשר קבלת מנהגים שבטיים כל עוד הם אינם מעוררים סלידה. זו כמוכן "ליברליות" מסופקת מאוד. כך, למשל, מובא מקרה של אפריקאי משכיל, עורך־דין תושב ניירובי, שקבורתו נדחתה בחצי שנה. אף־על־פי שבילה את מיטב שנותיו בניירובי ואשתו הייתה בת שבט אחר, ואף־על־פי שלא השאיר כל בקשה בנושא קבורתו, דרשו בני שבטו להטמינו לצד אבותיו. בית־המשפט המקומי ובית־הדין לערעורים דחו את התנגדות אשתו, שביקשה לקבור אותו ליד מקום מגוריהם. שלף מודע לפרובלמטיקה של חיי המציאות, כאשר שאלת הזהות והמחויבות לשמירת מנהגים אינן עוד חד־משמעיות לגבי כל הנוגעים בדבר, אף־על־פי שמוצאם מתרבות שבטית.

לעומת זה מוצג המקרה המפורסם של Crow Dog, בן שבט הסייקס שרצח בשנת 1883 ציף של שבטו על רקע של ויכוח והגנה עצמית. בשעה שקרובי שני הצדדים ניהלו משא־ומתן והגיעו לפשרת פיצויים בהתאם למנהג השבטי, בית־הדין הפדרלי העמידו למשפט וגזר עליו דין מוות. תוצאת הערעור עגומה בעיני שלף, אף־על־פי שהיא אישרה לכאורה את ריבונותה של מערכת השיפוט השבטית. שכן החקיקה משנת 1885 פגעה למעשה בסמכויותיה של המערכת השבטית כאשר הוציאה מידיה את זכויות השיפוט בשבע עבירות מרכזיות אף אם התרחשו בטריטוריה שבטית. כך גם הופעל גור־דין מוות במקרים שבהם לא היה בית־הדין השבטי גוזר זאת.

שלף מביא מקרה מאוחר בהרבה של שני מטפלים ממוצא אינדיאני, עובדי הרשות למלחמה בסמים במדינת אורגון, שפוטרו כאשר התברר שהם צורכים פיוטה בטקסים של בני שבטם. תביעתם נגד המדינה, טענו המפוטרים שהייתה בכך פגיעה בחופש הדת שלהם (ראו, למשל, את מחקרה של ברברה מירוהן *Peyote Hunt*). המקרה הגיע לבית־המשפט העליון, ושם נדחתה תביעתם בטענה שצורכי המדינה קודמים. שלף מביא זאת כדוגמה לאדישותה ולא־הבנתה של מערכת השיפוט האמריקאית בכל הנוגע לתרבותם ולצורכיהם של בני חברות אלה מקרב אזרחי ארצות־הברית. הדבר מעיד לדעתו על ליקוי בחשיבה השיפוטית יותר מאשר על הנוק המתועד של השימוש בפיוטה.

שאלה אחרת נוגעת ביחס כלפי מסורת תרבותית שהינה מהעמוקות ביותר בחברות שבטיות רבות, הלא־היא מערכת הכישוף. בחברה שבה אמונה זו מהווה חלק מתפיסת־עולם בסיסית, שואל שלף, האם צודק לא להתחשב בכך בעת השיפוט? בהקשר זה שלף

מביא מקרה שבו רצח אפריקאי אדם שאיים עליו באסון כבד שיתחולל באותו יום, תגובתו הייתה סבירה בהתחשב בעובדה שהאדם היחיד שהיה מסוגל לבטל את רוע הכיבוש גר במרחק של שלושה ימי הליכה. הרצח היה מבחינת הנתבע תגובה הגנתית שהצילה את חייו.

שלף מוסייע במחקרה המפורסם של רות בנדיקט, שהבחין בין מוסר של בושה למוסר של אחריות, ועומד על מימד הבושה התופס מקום בתהליך השיפוט המסורתי, שאין מתייחסים אליו במודל המערבי. באותה מידה בולט העדר רגישות של השיפוט המערבי ביחס למרכיב הבושה הנגרם לאוכלוסיות מסוימות. דוגמה לאטימות זו ניתן לראות בהתאבדויות הרבות של ילידים אוסטרליים בשלבי המעצר המוקדמים, לעיתים תכופות על עבירות פעוטות. השיפוט המערבי מתעלם גם משיטת השימוע ופתרון הקונפליקט המצויים במודל של החלטות המשפחה המורחבת אצל המאורים בניו־זילנד, דהיינו, שיתוף הקהילה בתהליך השיפוט.

שלף עוסק גם ביחס של המשטר הקולוניאלי ושל הסיסטמה השיפוטית שלו בכל הנוגע למנהגי המשפחה, ובמיוחד לדפוס של ריבוי נשים. לדעתו, קיימת הנחה בלתי־בדוקה, גם אצל פמיניסטיות, לגבי מצבן בפועל של נשים במשפחות מרובות־נשים. המחקרים האנתרופולוגיים על משפחות אלה נערכו בדרך־כלל על־ידי גברים, וגם הפמיניסטיות מתייחסות יותר, לדעתו, למימד הפורמלי־החוקי. בדיעבד, אין לנו מידע מספק על מצבן של נשים אלה במציאות הקיומית. שאלה קשה נידונה גם ביחס למילת נשים. האם יש להתנגד למנהג זה בכל מקרה? האם יש להתייחס מאותה עמדה מערבית אל קיום המנהג בארץ־המוצא כמו גם אל קיומו בקרב אוכלוסיית מהגרים אפריקאיים באירופה?

שלף מקדיש דיון נרחב לנושא זכויות הקרקע, לחוזים שנחתמו בהקשר זה, ולהפרתם באפריקה, באוסטרליה, בניו־זילנד ובארצות־הברית. זו אחת הפעמים היחידות ששלף נוגע בהקשר שקרוב יותר לתרבות היהודית, כשהוא מזהה קרבה במונחים של "אדם־אדמה־דם". שלף מתכוון להדגיש את הקשר המיוחד של בני המקום לאדמת אבותיהם. המשטרים המערביים אינם רגישים לקשר אינטימי זה ולכן יכולים בקלות להתכחש למחויבויות תחומות. יתר על כן, הם מגלים חוסר התחשבות בערך המקודש של הקרקע. פיתוח כלכלי קודם אצלם לכל ערך אחר.

שלף אינו פוטר את האקדמאים מאחריות ביחסם לזכויות הנחקרים בני השבטים. הוא מעלה את שאלת זכויות האחזקה באוספים של עצמות אדם ופריטים אחרים שנחפרו או נלקחו על־ידי ארכיאולוגים ואנתרופולוגים, ואשר מוצגים או חבויים במוזיאונים. אך לעומת זה, מקשה שלף, האם צודק שהאנתרופולוגים עומדים בדרך־כלל לצידם של הילידים? הוא מביא דוגמה של אנתרופולוגית שהעידה לטובת זכויות הקרקע של המאורים על־סמך הקשר הרוחני שלהם לקרקע ולסביבה שמעליה, בתביעתם נגד המתישבים הלבנים היושבים שם זמן רב ומעבדים את הקרקע בפועל. שלף מבקש לברר אם הקונפליקט נסב על קרקע, על תרבות, על חקלאות או על ערכים אסתטיים ודתיים.

שלף אינו תמים כפי שניתן לחשוב מעצם העובדה שהוא דן בעולם השבטי, שנראה במידה רבה חסר תקומה, אף שהסבל שבא בעקבות החלשתו בולט מאוד. הוא מודע לכך שלא כל מה שהיה בתרבות ובמסגרות השיפוט המסורתיות עדיף. גם ב"מסורת" תומכים תכופות החוקים (המקפחים נשים, צעירים וכדומה), ממש כמו בחברה "המודרנית", שבה המשפט מכונן תכופות לצרכים ולא־ינטרסים של המעמדות הדומיננטיים. שלף שואל אם יש

מקום לחשיבה על "פלורליזם חוקתי". יותר משהוא מתכוון להגשים זאת בפועל, שלף שואף להכרה חברתית ללא זיוף בתפקיד העבר, ולא רק העבר של קבוצה אחת, אלא של כל הקבוצות. כמו־כן הוא קורא לאמץ את המיתוסים של כלל הקבוצות המרכיבות את המדינה. הוא מעוניין בציוויליזציה משותפת בתנאי הקיום ומתוך תפיסה של שוויון. בפרק האחרון, "Community in Society", חוזר שלף אל מקורות הסוציולוגיה מסוף המאה התשע־עשרה ואילך. הוא מתמקד בספרו של Nisbet, *The Quest of Community* (1966), שהעלה מחדש את חיפוש הקהילה, זו שאבדה או שתמצא, בנושא קיומי מרכזי בעולם החברה המערבית. לחברה המודרנית יש צורך חיוני בהתארגנות־ביניים בין היחיד ל"חברה"/למדינה, ואי־אפשר לענות על צורך זה באמצעות תחליף של אגודות וולונטריות, יחסי שכנות וכיוצא באלה. אך Nisbet, כמו Tonnies ושאר הסוציולוגים הקלטיים, לא כללו את השבט בקטגוריות הגמיינשפט שלהם. את השבט הם השאירו לאנתרופולוגים. המשפט האחרון בספר מסכם את המסר העיקרי של הפרויקט של שלף:

Within society, there is room for community, and within the nation-state, there is room for tribe; alongside the law there is room for custom, and alongside the transformations of progress, there is room for the continuity of tradition.

עם גמר קריאת הספר רחב־היריעה, מתעוררת שאלה המתמיהה במיוחד במקרה של שלף. לאורך הספר אין בו כלל התייחסות לשבט ולמסורות השבטיות במסגרת הטריטוריה הישראלית. לפחות לגבי הבדווים במדינת־ישראל, המושג תקף ללא ספק. מדוע נמנע שלף מלגעת במפגש זה שבין חברת המדינה לבין אוכלוסיית אזרחים זו? ליאון שלף הינו אחד הסוציולוגים הישראליים הבולטים, אם לא הבולט ביותר, המקדישים את עצמם לשאלת זכויותיהם של מיעוטים ולשאלות של צדק משפטי לגבי כל יחיד באשר הוא. האם דווקא כאן רצה שלף לשמור על ניטרליות ולהימנע מכל רבב של רפלקסיביות ושל פוליטיזציה של עבודתו שהיו פוגמים בה כמסמך סוציולוגי?

מעבר לשאלה זו, ראוי לחזור ולהדגיש את מקומו המיוחד של ספר זה במדף ספרי הסוציולוגיה של חוקרים ישראליים. ליאון שלף מתחבר למסורת הסוציולוגית הקלסית של כתיבה החובקת חברות ותרבויות מתוך פרספקטיבה תיאורטית עשירה של הפרויקט הסוציולוגי מראשיתו.

משה שוקד

אוניברסיטת תל־אביב