# 11.שלוש גישות ליחס שבין משפט ותרבות

## **11.1 הקדמה**

"הלא זו אקסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו".

השופט אגרנט, פסק דין קול העם

בעשורים האחרונים, ניתן למצוא כתיבה המבקשת להבין את המשפט תוך הפעלה של מושג התרבות. כך למשל, הציע פרופ' פול קאהן, משפטן אמריקאי, לחשוב על המושג "שלטון החוק" ועל המשפט כתופעה תרבותית שצריכה להיחקר "מבחוץ", קרי, באופן טרנסצנדנטאלי לשדה המשפטי. נקודת מבט כזו, לפי קהאן, מסייעת למשפטן לנהוג כאנתרופולוג שאינו מניח ששלטון החוק הוא "חוק טבעי", אלא תופעה תרבותית המארגנת את החברה בתהליכים היסטוריים וממשיכה לעשות זאת כל העת.[[1]](#footnote-1)

משפטנים נוספים הציעו סיווג הממפה את הגישות שעוסקות בתחום המשפט והתרבות לשלוש גישות עיקריות: ראשית, התרבות הלאומית של העם יוצרת את משפט המדינה; שנית, משפט המדינה מכונן את התרבות; ושלישית, המשפט הנוצר והמופעל בבתי המשפט הינו מערכת תרבותית נבדלת.[[2]](#footnote-2) בהקשר הישראלי, מאוטנר טוען כי לא ניתן להבין את התפתחות המשפט הישראלי בלי להבין את התנאים החברתיים, התרבותיים והפוליטיים שבהם המשפט נוצר.[[3]](#footnote-3) אם כך, מאוטנר רואה את המשפט הישראלי כזירה שבה מתנהלים המאבקים התרבותיים המרכזיים המתחוללים בעם היהודי מאז ראשית המודרנה.

להלן אמפה בקצרה את שלושת הגישות:

## **11.2 הגישה הראשונה: הגישה ההיסטורית - התרבות הלאומית של העם כיוצרת את משפט המדינה**

גישה ראשונה שעוסקת בתחום המשפט והתרבות היא הגישה שרואה את התרבות הלאומית של העם כיוצרת את משפט המדינה. לפי גישה זו, המשפט מתחיל בתרבות ומסתיים במשפט המדינה. הטענה המרכזית של גישה זו היא שהמשפט נוצר בחיי היום־יום של העם, והוא ממוקם בתרבותו.

תפיסה זו של הקשר שבין התרבות והמשפט עומדת ביסוד פעולתה של האסכולה ההיסטורית של המשפט, והיא מזוהה עם כתביו של מייסדה במשפט הגרמני, פרידריך קרל פון סאביני (Savigny). לפי סאביני, המשפט אינו דבר מה שנוצר בתכנון יזום, מודע ותבוני או בחקיקה של בתי הנבחרים. אלא המשפט הוא תוצר של חיי העם, והוא מתהווה באופן בלתי מתוכנן ובלתי מודע במהלך ההיסטוריה וחיי היום־יום. לפי סאביני, לא רק שלכל עם יש משפט ייחודי משלו שמתאים לו, אלא גם משפטו של עם אחד לא יכול לשמש משפטו של עם אחר.

## **11.3 הגישה השנייה: הגישה המכוננת - משפט המדינה כמעצב את תרבות המדינה**

החל משנות השמונים של המאה העשרים התפתחה בארצות הברית כתיבה ענפה התופסת את המשפט כממלא תפקיד חשוב בכינון המשמעות בחייהם של בני האדם. נקודת המוצא של גישה זו היא בדבריו של גירץ משנות השמונים, שדחה תפיסות הרואות את המשפט כמנגנון ליישוב סכסוכים. גירץ גם דחה את התפיסה הפונקציונלית של דורקהיים, שלפיה המשפט נבדל מהחברה, וככזה הוא פועל על החברה "מבחוץ" כדי לתת מענה לצרכיה. במקום זאת, גירץ הציע לראות את המשפט כ"מבנים של משמעות", היוצרים דרך ייחודית לדמיין את המציאות, כלומר ראייה של המשפט כמשתתף ביצירת עולם המשמעויות התרבותי.[[4]](#footnote-4) גם בורדייה נתן ביטוי לתפיסה זו בטענתו, שבאמצעות קטגוריות התודעה שהמשפט מנחיל לבני האדם, הוא מצליח ליצור יחסים חברתיים וזהויות, שהם בעלי קביעות ויציבות לא פחות מקביעותם של עצמים פיזיים. בורדייה אף הוסיף שלא יהא מוגזם לומר שהמשפט יוצר את העולם החברתי, אם רק נזכור שהעולם החברתי הוא זה שיוצר את המשפט מלכתחילה.[[5]](#footnote-5) גישתו של בורדייה, אם כך, ממחישה את הזיקה שבין הגישה ההיסטורית במשפט, שאותה הצגתי מקודם, לבין הגישה המכוננת במשפט. שתי הגישות תופסות את המשפט כמשוקע בחיי היום־יום של בני האדם.

לבסוף, הגישה הביקורתית למשפט Critical Legal Studies שצמחה ושגשגה בארצות הברית בשנות השבעים והשמונים של המאה העשרים, לקחה את יחסי הזיקה בין חברתי-תרבותי למשפטי כמה צעדים נוספים, כשהתנגדה להנחה שהחברה והמשפט הן ישויות נפרדות ומובחנות, המקיימות ביניהן יחסי גומלים סיבתיים. הם ביקרו את התיאוריה המשפטית המקובלת באותה עת, את אופן עשייתה של עבודה אקדמית במשפטים ואת המופעים התרבותיים ההגמונים של החוגים החברתיים שבתוכם פעלה. לטענתם, אין לחברה קדימות על המשפט, היא לא פרה-משפטית, והתנגדו בתוקף לתזה שלפיה יש להבין את המשפט בתוך הקשרו החברתי, אולם את החברה ניתן להבין ללא הכרת המשפט. לשיטתם, לא ניתן להבחין בין משפט לחברה, משום שאין אפשרות לשרטט גבולות דיסציפלינריים או מתודולוגיים ברורים בין המשפט, התרבות והחברה, ולכן אין אלה יחסים סיבתיים, ואין השפעה הדדית במובן הפשטני.[[6]](#footnote-6) לטענתם, אלה הם יחסי כינון – החברה והמשפט מכוננים ומגדירים אחד את השני, בה בעת. כך למשל, מושגים משפטיים הם הבסיס למרבית הקטגוריות שהן לכאורה "חברתיות", ולהיפך: את המשפט לא ניתן לתאר או להבין, מבלי להבין את הקטגוריות החברתיות הבסיסיות.

## **11.4 הגישה השלישית: המשפט הנוצר ומופעל בבתי המשפט כמערכת תרבותית נבדלת**

הגישה השלישית בתיאוריה המשפטית העוסקת בקשר שבין המשפט ומושג התרבות, רואה בבתי המשפט מערכת תרבותית נבדלת, ולכן היא מתמקדת במשפט הנוצר ומופעל בה. לפי גישה זו, תכני המשפט מאורגנים בקטגוריות משפטיות, ובמשפט יש קונבנציות חשיבה ופעולה ייחודיות (למשל כללים לא־מודעים של רלוונטיות, קידה לשופטים, וכו'), והמשפטנים הם בני האדם המפנימים במהלך חייהם המקצועיים את תוכני המשפט, את דרכי החשיבה המקובלות בו, ואת אופני ההתנהגות המקובלים בתרבות המשפטית.

המשפטן האמריקאי, קרל לואלין (Llewellyn), טען שמערכת המשפט היא מרחב שמורכב ממאגר של כללים וקונוונציות, שאותם מפנימים המשפטנים. ההתנסות המקצועית של המשפטנים מאפשרת להם להפנים את המאגר הזה, ובאמצעותו הם יכולים לפעול ברמה גבוהה של אובייקטיביות, ובאמות המידה המקובלות באופן נרחב, במסגרת התרבות המקצועית של המשפט. כיום אנחנו מגדירים זאת כהביטוס (במונחיו של בורדייה). אך גם פרקטיקות והתנהגויות מקובלות בשדה המשפטי, שלא עברו קודיפיקציה, מפעילות אותם, אך אלה, לטענת בורדייה, סמויות יותר, כך שהמשפטנים פחות מודעים לקיומן ולאופנים בהם הן משפיעות עליהם.

בעקבות כתיבתו של מאוטנר בספרו "משפט ותרבות", התפרסמו מספר מאמרי ביקורת שחלקם העלו טענות בדבר הסכנות הכרוכות בגישות שטוענות לקשר שבין משפט ותרבות. מוקד הביקורת המרכזי היה סביב הטענה כי המשפט איננו חיצוני לתודעת השופטים, אלא הוא פרי של התרבות המשפטנית המקצועית וכי התרבות הנוצרת ומתקיימת בבתי המשפט ובקהילות המשפטיות, קובעת את תודעתם של השופטים. לדוגמה, ביקורתם של הראל ולורברבוים על ספרו של מאוטנר, היא שגישתו חותרת תחת ההבנה ש"דרך מרכזית וחשובה להבין את המשפט היא לראות בו מערכת נורמטיבית שתפקידה העיקרי הוא לנטרל את התרבות הנבדלת של השופטים (או את התרבות של הקהילה שבה הם חיים) ולמנוע את זליגתה של תרבות זו אל תוך ההחלטה השיפוטית".[[7]](#footnote-7) מאוטנר השיב להם במאמר תגובה בו הוא טען שבספרו הוא עמד על טענה תיאורית ולא נורמטיבית. מהבחינה הנורמטיבית מאוטנר טוען ש"השונות של המשפט מהתרבות הלא־משפטית היא תכלית קיומו",[[8]](#footnote-8) ושתמיד תהיה מידה מסוימת של אובייקטיביות. ומהבחינה התיאורית כאשר משפטנים עוסקים בחומרי משפט, הם מסתמכים, בין אם ירצו ובין אם לאו, על ניסיון חייהם, עמדותיהם, הידע שלהם, ההיגיון ועוד. לטענת מאוטנר, המחלוקת העקרונית היא שבעוד הוא טוען שהמשפט הוא מערכת תרבותית, שבה המשפטנים פועלים בהתאם לקטגוריות החשיבה שלהם שהתעצבו לאורך חייהם, הראל ולורברבוים טוענים שתוכני המשפט הם עניין חיצוני לתודעתו של המשפטן, הנעזר בהם בעת הצורך.

למשפט קיימת היכולת לכונן קטגוריות תודעה, פרקטיקות התנהגות וזהויות, ובמקביל, המשפט יכול להקנות לגיטימציה להסדרים חברתיים.[[9]](#footnote-9) או להשאירם בחוץ. על כך ארחיב בחלק הבא בו אראה כיצד אסטרטגיות הפעולה (זמן, מרחב והדמות הנעדרת) בהן עסקתי בפרק הקודם, באות לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון בעניין חמש־עשרה העתירות שהוגשו נגד חוק הלאום. אך, ראשית, אני מציגה את הרקע להגשת העתירות וממפה בקצרה את הטיעונים המרכזיים של הצדדים.

# אסטרטגיות פעולה בבית המשפט העליון

## **12.1 פסיקת בית המשפט העליון בעניין חוק הלאום**

### **12.1.1 רקע**

בפתחו של בית המשפט העליון בישראל ניצבו 15 עתירות שעסקו בחוק הלאום. בית המשפט איחד את העתירות ודן בהן ביום 22.12.2020.[[10]](#footnote-10) עתירות אלה הוגשו על ידי ארגוני זכויות אדם שונים ואנשים פרטיים מהחברה הישראלית. הטענה המרכזית של כל העותרים, לפי סעיף 7 בפסק הדין, היא:

כי מדובר באחד מאותם מקרים חריגים ונדירים המצדיקים קיום ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד. לגישת העותרים, חוק יסוד: הלאום שולל את זהותה הדמוקרטית של המדינה משום שהוא פוגע בעקרון השוויון וכן באיזון שטבעה הכרזת העצמאות בין הערכים של מדינת ישראל כמדינה יהודית לערכיה כמדינה דמוקרטית. עוד נטען כי חוק יסוד: הלאום פוגע פגיעה קשה בזכות החוקתית לשוויון הנגזרת מהזכות לכבוד שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובה מחוייבות כל רשויות השלטון. כל אלה, כך העותרים, מצדיקים ביקורת שיפוטית מהותית על חוק היסוד תוך אימוץ דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי.

בהתאם לעותרים, יש לקבוע כי חוק היסוד הלאום אינו חוקתי. לגישתם, חוק היסוד מבכר את זהותה היהודית של מדינת ישראל על פני זהותה הדמוקרטית; הוא אינו הצהרתי בלבד; ואף יושם על ידי שופטים בערכאות דיוניות.

לכן, מתוך 15 עתירות, 13 ביקשו לבטל את חוק היסוד הלאום, ו- 6 ביקשו לתקן את החוק ולהוסיף לו את עקרון השוויון; 5 ביקשו לבטל חלק מהוראותיו של החוק, ובפרט הסעיפים הבאים: סעיף 1 לחוק שמעגן בתוכו את עקרונות היסוד של מדינת ישראל, ובמיוחד 1(ג) שעוסק בעקרון ההגדרה העצמית; סעיף 4 שעוסק בשפה ומסדיר את מעמדן של השפה העברית והשפה הערבית במדינה; וסעיף 7 שעוסק בהתיישבות, מעגן את הערך בדבר ההתיישבות היהודית וקובע שהמדינה תפעל לקידומו. לפי העותרים, סעיפים אלה פוגעים קשות בעקרון השוויון ובזכויותיהם של אלה שלא משתייכים ללאום היהודי.

עמדת הכנסת, אחת המשיבות, היתה שיש לדחות את העתירות על הסף בשל היעדר סמכות להפעלת ביקורת שיפוטית חוקתית על חוקי יסוד בכלל, ועל חוק הלאום בפרט. בנוסף, ולגופו של עניין, אין בחוק הלאום כדי לשנות את אופייה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הכנסת גם טענה כי ככל שבית המשפט ייענה לבקשות העותרים "להיכנס לנעלי הכנסת" בכובעה כרשות מכוננת, ויפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, עקרון הפרדת הרשויות ושלטון החוק יפגע קשות.[[11]](#footnote-11)

עמדת הממשלה, משיבה אחרת בתיק, על הדיון להידחות משום "שלא עלה בידי מי מבין העותרים לבסס עילה למתן הסעד 'מרחיק הלכת וחסר התקדים' שהתבקש בהן, קרי 'הסרתו של פרק שלם מחוקתה המתהווה של מדינת ישראל'".[[12]](#footnote-12) משיבי הממשלה אף טענו כי "טרם נקבעה הלכה בשאלה אם ניתן לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקי יסוד, ולגישתם אין מקום להכריע בשאלה זו במקרה דנן מכיוון שחוק הלאום מהווה על פי צורתו, תוכנו, מהותו והליך חקיקתו פרק נוסף במפעל לגיבוש חוקתה המתהווה של מדינת ישראל והוא אינו קרוב לקו פרשת המים אשר מעבר לו מתרחש 'זעזוע אמות הסיפים של המבנה החוקתי'". לפי המשיבים, חוק הלאום מעגן את זהותה של ישראל כמדינה יהודית ונושא "מסר הצהרתי חוקתי" מבלי להסיג לאחור את היותה מדינה דמוקרטית. בנוסף הם מדגישים כי "פרשנות מקיימת – לפיה אין סתירה בין חוקי היסוד ובין עצמם, או בינם ובין עקרונות היסוד של השיטה – עדיפה על ביטולו של חוק יסוד נוכח הזהירות המתחייבת מעקרון הפרדת הרשויות".[[13]](#footnote-13)

באשר להכרעת בית המשפט, אציין כי בית המשפט לא ראה מקום להורות על בטלותו של חוק הלאום או להתערב בהוראה מהוראותיו. זאת, "משום שניתן לפרש את חוק היסוד פרשנות מקיימת העולה בקנה אחד עם חוקי היסוד האחרים, ועם העקרונות והערכים שעוגנו בהם זה מכבר".[[14]](#footnote-14) במסגרת דיונו, בית המשפט בחן תחילה את השאלה האם מוטלות על הכנסת בכובעה כרשות מכוננת מגבלות מהותיות כלשהן. שנית, אף אם קיימות מגבלות כאלה, האם הוא מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על מנת לברר אם המכונן חרג מאותן מגבלות? לאחר שבית המשפט בחן שאלות אלה, הוא נדרש לטענות העותרים נגד החוק בכללותו ונגד סעיפים ספציפיים בחוק. לכן, בחרתי להתעמק ולנתח את נימוקי בית המשפט ביחס לטענות העותרים נגד החוק בכללותו, ובפרט נגד סעיפים 1, 4 ו-7.

### **12.1.2 זמן, מרחב והדמות הנעדרת בפסיקת בית המשפט העליון בעניין חוק הלאום**

כאמור, למשפט קיימת היכולת לכונן קטגוריות תודעה, פרקטיקות התנהגות וזהויות, ובמקביל, להקנות לגיטימציה להסדרים חברתיים, או להשאירם בחוץ. לכן, בבואנו לבחון את האופן שבו בית המשפט מתמודד עם חמש־עשרה העתירות שהוגשו נגד החוק הלאום, עלינו לזכור שהמערכת התרבותית המכוננת אותו היא בראש ובראשונה – יהודית. אמנם, מערכת בתי המשפט, מגדירה עצמה כמערכת חוק, הנשענת על עקרונות ליברליים, ולכן היא מכירה בזכויות מיעוטים וערך השוויון הוא מהותי בה. כך גם בא לידי ביטוי בפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין חוק הלאום, בכלל "רכיבי המדינה היהודית, כאמור, שוויון זכויות לכל אזרחי הארץ, יהודים ושאינם. שוויון זכויות למיעוטים זכה לביטוי מפורש ומפורט בהכרזת העצמאות: פיתוח הארץ לכל יושביה, חופש דת, לשון ותרבות, ועוד".[[15]](#footnote-15) בנוסף, בפסק הדין עולה כי יש הכרה בזיקה שבין חוק להקשרים בתוכם הוא מתקיים "לשון חוקתית יש לפרש מתוך 'מבט רחב', שכן המערך החוקתי אינו מורכב רק מהטקסט החוקתי עצמו".[[16]](#footnote-16) כלומר, אנו רואים כאן ביטוי מפורש של מודעות מערכת המשפט למקומה ותפקידיה במערכת התרבותית הרחבה, וממצבת את ערכי השוויון כעקרוניים.

עם זאת, כשהנשיאה חיות מתייחסת לשוויון, היא מטעינה אותו בערכים הלקוחים מתוך היהדות, ולא מתוך ערכים ליברלים. בנוסף, הציטוט השני המובא לעיל, נמצא בתוך הקשר דבריו של הנשיא אגרנט שצוטטו בראשית הפרק, בו אגרנט מתייחס למערכת המשפט בישראל וקושר את מושג ה"עם" למושג ה"לאום" ומטעין אותם בערכים יהודיים – "הלא זו אקסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו". כלומר, יהיה זה סביר להניח כי ברור לאגרנט שמערכת המשפט בישראל לא נסמכת על מערכת ערכים אחרת מלבד זו היהודית, כמו למשל זו האיסלמית, למרות שחלק מאזרחי המדינה הם מוסלמים. לכן, אפשר לומר שאגרנט, בהתייחסו לעם ולאום, למעשה מכונן שתי קטגוריות יהודיות, ומדיר, גם אם בלי משים, מהעם ומהלאום של מדינת ישראל, את מי שאינו יהודי. פרשנות אפשרית כזו, מלמדת אותנו על הזיקה שבין התרבות היהודית לבין תרבות המשפט בישראל.

כפי שהראיתי בפרק הקודם, התרבות היהודית מספקת בעבור חבריה את אסטרטגיות הפעולה – כרונוטופ הזמן, המכונן את תודעת השואה; כרונוטופ המרחב, המכונן את תפיסת המרחב הבינארית; הדמות הנעדרת, המכוננת את העיוורון. כך, אם נמשיך לבחון את הגדרות השוויון של השופט סולברג, לפי התפיסה היהודית, אנו נראה כיצד כל אלה פועלים:

שוויון זכויות לכל **יושבי הארץ** הוא ערך יהודי בשני מובנים: **בלקח היסטורי של עמנו אשר סבל בשנות הגלות הממושכת מפגיעות, השפלות, מסעות צלב, והאימה מכל – שואת יהודי אירופה; לנוראותיה ניתן ביטוי רחב בהכרזת העצמאות.** קבלה גמורה קיבלנו על עצמנו, במגילת העצמאות, לנהוג עם המיעוטים החיים בקרבנו באופן שונה מן הדרך שבה נהגו עמנו: להעניק להם שוויון זכויות, לאפשר להם לדבר בלשון עמם, ללבוש את מלבושיהם, ולהחזיק בדתיהם. ברם, לא רק לקחי ההיסטוריה היהודית, העמידונו על הצורך להתייחס אל המיעוטים החיים עמנו בכבוד; המורשת היהודית תובעת זאת מעמנו, והרי זה ערך מובנה, בסיסי, ראשוני, עוד מימי בראשית.[[17]](#footnote-17)

תודעת הרדיפה ובשיאה השואה, היא כמו שעון המתקתק אלפי שנות גלות ורדיפה שהדיו נשמעים בבירור בין כתלי בית המשפט. להבדיל מכרונוטופ הזמן של המרואיינים שהתמקד בעיקר בתודעת השואה, חיות מרחיבה אותו אל כל תקופה בה היו בגלות. כרונוטופ הזמן של חיות מארגן בעבורה את המציאות, לפיו, להיות יהודי משמעו בראש ובראשונה, להיות נרדף בכל זמן ובכל מקום, קרי – כרונוטופ הנרדף. השופטת ד' ברק-ארז מדגישה זאת בהמשך "האמת צריכה להיאמר: ההיסטוריה של ישראל ושל העם היהודי אינה היסטוריה רגילה".[[18]](#footnote-18) מכאן, שנקודת הייחוס, לפיה נקבעים מקורותיו היהודים של עקרון השוויון היא כרונוטופ הנרדף, ורק לאחר מכן המורשת היהודית הנשענת על המקרא.

בראשית הציטוט לעיל, השופט סולברג מציין כי עקרון השוויון נוגע לכל "יושבי הארץ",[[19]](#footnote-19) ובכך יש כאן לקיחת עמדה, בדבר תפיסת המרחב. הייתה זו עתירת עדאלה שהצביעה על השימוש הכפול ב"ארץ ישראל" ו"מדינת ישראל" וביקשה כי בית המשפט ייתן על כך דעתו:

טענה נוספת שעלתה בפי חלק מן העותרים היא שחוק יסוד: הלאום מבקש להחיל את עצמו מחוץ לגבולותיה של מדינת ישראל, וזאת בניגוד לעקרון הריבונות הטריטוריאלית המוכר במשפט הבינלאומי. העותרים מסיקים זאת מן השימוש במונח "ארץ ישראל" חלף "מדינת ישראל" (סעיף 1(א) לחוק יסוד: הלאום), וכן מסעיפים שונים בחוק היסוד שמהם עולה, לטענתם, כי על מדינת ישראל מוטלת חובה לפעול בתפוצות.[[20]](#footnote-20)

הנשיאה חיות השיבה באופן הבא:

חזקה היא שחקיקה ישראלית היא בעלת תחולה טריטוריאלית. הטעם לכך נעוץ בשיקולים הנוגעים לשלטון החוק וכן בשיקולים הנוגעים לקיום יחסים תקינים עם מדינות העולם. חזקה זו ניתנת לסתירה ואולם, כאשר חוק מבקש להחיל עצמו על אנשים או על פעולות מחוץ לישראל או באזורים שבהם לא חלים המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל – צריך להיאמר בחוק במפורש או במשתמע. לפי בית המשפט, אי אפשר לומר כי לחוק יסוד הלאום יש – במפורש או במשתמע – תחולה מחוץ לשטחה של מדינת ישראל.[[21]](#footnote-21)

מצד אחד, בית המשפט (השופט סולברג) משתמש בקטגוריה "יושבי הארץ" (ראו הדגשה שלי לעיל),ומצד שני מבקש להתנער מהצורך להכריע בדבר הקטגוריות שעתירת עדאלה סימנה. גם אם אנחנו יכולים להבין את הסיבות בגינן הוא מתנער מהכרעה בדבר מיקום גבולות טריטוריאליים קונקרטיים, אנחנו יכולים בהחלט לתהות בדבר שימושה ב"יושבי הארץ", מחד, והיעדר הבהרת המשמעויות וההבדלים שבין הקטגוריות השונות מאידך. אחת האפשרויות הן שתפיסת המרחב של בית המשפט איננה קונקרטית כיוון שהיא נובעת מכרונוטופ המרחב הבינארי, לפיו המרחב החיצוני הוא מאיים והגבולות הספציפיים אינם רלוונטיים. לא בכדי הנשיאה חיות מצטטת את ח"כ אוחנה שטען כי שאלת גבולות 67' היא לא העניין המרכזי בחוק הלאום, אלא הנוכחות העקרונית של היהודים באזור זה.[[22]](#footnote-22) כך, התפיסה המרחבית של השמאל הציוני ובית המשפט, להבדיל מזו של הציונות הלאומית־דתית, איננה נעוצה במרחב קונקרטי, אלא בשאלה כיצד אפשר להתרחק מהמרחב שנמצא "בחוץ" כיוון שהוא מאיים על המשך הקיום של הקולקטיב היהודי.

כפועל יוצא מכך, ניתן לומר גם שאדם הנמצא ב"חוץ" הוא בהכרח מאיים, אלא אם הוא יהודי, וזו האסטרטגיה המארגנת המאפשרת לקבוצת השמאל הציוני לקבל את חוק השבות כלגיטימי. כשחיות נדרשת לסוגיית האפליה והפגיעה בעקרון השוויון, היא מצטטת מתוך בג"ץ קעדאן.[[23]](#footnote-23) חיות מקבלת למעשה את עולם הדימויים המתייחס למדינת ישראל כ"בית" ולחוק השבות כ"מפתח" לבית:

פרשנות סעיף 1 לחוק יסוד: הלאום כהוראה השוללת זכויות אישיות ממי שמשתייך לקבוצת מיעוט, או כהוראה המקנה זכויות אישיות עודפות למי שמשתייך ללאום היהודי, משמעותה אפליה שאין להסכין עימה בין אזרחי המדינה. אפליה מסוג זה אין לה מקום במארג החוקתי של מדינת ישראל, ובהקשר זה כבר נקבע לא אחת כי צביונה של המדינה כמדינת לאום יהודית אינו עומד בסתירה לכך שכל אזרחיה של המדינה הם שווי-זכויות: "מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות), אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים".[[24]](#footnote-24)

כלומר, מדינת ישראל היא הבית של היהודים, היחידים היכולים לקבל מפתח לבית הזה הם היהודים, באמצעות חוק השבות, אך כל מי שאינו יהודי, הוא בהכרח גורם מאיים שיש לשמור עליו בחוץ, במרחב המאוים. אמנם, בית המשפט מצהיר כי מי שכבר נמצא בתוך הבית – הוא חלק ממנו. אך אם נחזור לתפיסה הא־קונקרטית של גבולות המדינה לפי בית המשפט, הרי שאנחנו בבעיה – אם אנחנו לא יודעים מה הם הגבולות הטריטוריאליים הקונקרטיים, איך נדע מי בתוך הבית, ומי בחוץ? כלומר, כל מי שאינו יהודי, נמצא במצב תמידי של חוסר ודאות – האם הוא בתוך הבית? או שהוא נמצא במרחב המאוים של היהודי?

כיצד אם כן ניתן להסביר את האופן בו בית המשפט מתעלם מסוגייה כזו בפני קבוצת המיעוט עליה הוא אמור להגן? פתרון אפשרי הוא שאסטרטגיית הדמות הנעדרת היא שמכוננת את דרכי הפעולה של בית המשפט. כפי שהשיח של השמאל הציוני לא מדבר על קבוצות המיעוט בישראל בשמן הקונקרטי, כך גם בית המשפט, לדוגמה:

החובה לנהוג בשוויון זכויות כלפי **המיעוטים** המתגוררים **בקרבנו**, אינה נגזרת אפוא אך מהיותה של מדינת ישראל – מדינה דמוקרטית; היא יונקת גם מערכיה היהודיים של המדינה, מפסוקי המקרא, ממשנתם של חכמי הדורות. היהדות מצווה אותנו לנהוג בכבוד עם כל אדם, וממילא מורה לנו לא **להפלותו**, לא לפגוע **בכבודו**.[[25]](#footnote-25)

הסמנטיקה של בית המשפט מייצרת הרחקה והדרה, כשהוא מדבר על "ההוא", האחר שהוא לא "אנחנו", ש"מתגורר בקרבנו". למרות שישנן דרכים ראויות לשמור על סמנטיקה מכובדת, הפונה באופן המנכיח את הקבוצות התרבותיות השונות, ובכך להעניק משמעות קונקרטית לערכי השוויון, בית המשפט משכפל ומקעקע בתוך הפסיקה עצמה את קיצורי הדרך הלשוניים, המחזקים את ההפרדה הבינארית של "אנחנו" היהודי, להבדיל מ"הם" האמורפי.

נפרדות זו נוכחת גם בפער המשמעותי הנוצר בין פסיקה המאשררת את השמירה על הקשר בין המדינה לבין יהודי התפוצות, אך לא נכנסת לדיון ביקורתי כיצד חוק יסוד, העוסק בזהות המדינה ובאופנים בהם היא תפעל לממש זאת, אמור להתייחס לכל קבוצה תרבותית במדינה. כלומר, בית המשפט לא מטיל על המדינה את המשימה להשלים את החקיקה, כך שכמו שחוק הלאום מתייחס, כעיקרון, ליחסי המדינה עם יהודי התפוצות, כך הוא צריך, כעיקרון, להתייחס גם ליחסי המדינה עם כלל הקבוצות התרבותיות שבאחריותה.

דבר נוסף שלא ניתן להתעלם ממנו, הוא אי הדיבור של הנשיאה חיות בשפה של "אזרחות", או "האזרחים הערבים", וזאת למרות שהיה מתבקש לדבר במושגים הללו, ובשפה אזרחית זו, כאשר מתייחסים לאוכלוסיות המרכיבות את המדינה.

מאפיינים אלה הם חלק מאסטרטגיית דמות הנעדר, שכן הן נמנעות מלנסות, או שאין ביכולתן, לראות את המציאות מנקודות מבט אחרות. כלומר, גם אם השמאל הציוני, או בית המשפט הישראלי יודעים שישויות נוספות נוכחות ומתקיימות בסביבתם, הרי שאסטרטגיית דמות הנעדר – המנכיחה בתוכה את כרונוטופ תודעת השואה וכרונוטופ המרחב הבינארי, הנובעות שתיהן ממציאות מאוימת – מסמנת בעבורם, שהאחר הוא גורם מאיים, שעדיף להתעלם ממנו.

### **12.2 סיכום**

בפרק זה ניתחתי את פסק דינו של בית המשפט העליון, בעניין העתירות הרבות שהוגשו נגד חוק הלאום. מטרתי היתה להצביע על כך שגם בבית המשפט אנו יכולים לראות כיצד אסטרטגיות הפעולה, שאפיינו את קבוצת השמאל הישראלי, באות לידי ביטוי בפסק הדין, בבואו לדון ברלוונטיות של חוק הלאום. כמסגרת תיאורטית נשענתי על גישות העוסקות ביחסים שבין משפט ותרבות. גישות אלה תוארו ומופו על ידי מנחם מאוטנר בכתיבתו בשני העשורים האחרונים. כפי שהראיתי, כאשר אנו עוסקים בפרשנות הטקסטואלית, אנו יכולים לחלץ אסטרטגיות פעולה הנובעות מתוך הרפרטואר התרבותי, ובכך לעמוד על האופן שבו התרבות, המשפט והחוק, מכוננים זה את זה באופן הדדי, משפיעים ומשלימים.

1. Paul W. Kahn, The cultural study of law: Reconstructing legal scholarship (2000). [↑](#footnote-ref-1)
2. מנחם מאוטנר **משפט ותרבות** (2008). [↑](#footnote-ref-2)
3. מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל המאה העשרים ואחת** ((2008. [↑](#footnote-ref-3)
4. Clifford Geertz, *Local Knowledge: Fact and Law in comparative Perspective,* *in* Local Knowledge 167 (1983). [↑](#footnote-ref-4)
5. Pierre Bourdieu, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, 38 Hastings Law J. 805 (1987). [↑](#footnote-ref-5)
6. Kennedy, Duncan. *Legal education and the reproduction of hierarchy: a polemic against the system*. Vol. 56. NYU Press, 2007.‏ [↑](#footnote-ref-6)
7. אלון הראל ויאיר לורברבוים "הרהורים על סכנות משפט ותרבות" **משפטים** מ 942 (2011). [↑](#footnote-ref-7)
8. מנחם מאוטנר "תשובה להראל ולורברבוים" **משפטים** מ 983 1001 (2011). [↑](#footnote-ref-8)
9. כוחו הליגיטיניציוני של המשפט הודגש במיוחד על ידי הוגים של לימודי המשפט הביקורתיים, ראו למשלMark Tushnet, *Critical Legal Studies: A Political History*, 100 Yale L.J. (1991); Duncan Kennedy, A Critique of adjudication: Fin de Siécle (1997). [↑](#footnote-ref-9)
10. בג"ץ 18/5555 חסון נ' כנסת ישראל ו- 14 עתירות אח' (אר"ש 8.7.2021). (להלן: בג"ץ **חוק הלאום**). [↑](#footnote-ref-10)
11. הכנסת גם העלתה טיעוני נגד הפעלת דוקטרינת התיקון חוקתי שאינו חוקתי, שלצורך עבודה זו, לא ראיתי טעם להיכנס לעומקם. [↑](#footnote-ref-11)
12. בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 89, פסקה 9 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות. [↑](#footnote-ref-12)
13. שם. [↑](#footnote-ref-13)
14. שם, פסקה 10 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות. [↑](#footnote-ref-14)
15. שם, פסקה 29 לפסק הדין של השופט נ' סולברג. [↑](#footnote-ref-15)
16. שם, פסקה 20 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות. [↑](#footnote-ref-16)
17. שם, פסקה 29 לפסק הדין של השופט נ' סולברג. [↑](#footnote-ref-17)
18. שם, פסקה 28 לפסק הדין של השופטת ד' ברק-ארז. [↑](#footnote-ref-18)
19. שם, לעיל ה"ש 96. [↑](#footnote-ref-19)
20. שם, פסקה 53 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות. [↑](#footnote-ref-20)
21. שם. [↑](#footnote-ref-21)
22. שם, פסקה 54 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות. [↑](#footnote-ref-22)
23. פרשת קעדאן, לעיל בה"ש 57. [↑](#footnote-ref-23)
24. בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 89, פסקה 63 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות. [↑](#footnote-ref-24)
25. שם, פסקה 34 לפסק הדין של השופט נ' סולברג [הדגשות שלי]. [↑](#footnote-ref-25)