

המלך אינו עירום - מדוע המשפט פוליטי

גד ברזילי*

מאמר זה מנתח מגוון של מחקרים כדי להפריך את המיתוס כאילו המשפט הוא ניטרלי מבחינה פוליטית. לצורך כך המאמר מנתח בדרך ביקורתית את הדרכים שבהן ניתן להראות מבחינה תיאורטית ואמפירית כיצד המשפט מתעצב ומקודם מתוך קשרי הגומלין עם כוח פוליטי. ראשית, המאמר מלמד באופן ביקורתי על חולשותיהן של גישות תיאורטיות, שטענו כאילו המשפט הוא אוטונומי מבחינה פוליטית, כאילו המשפט עצמאי ומשחרר מהשפעת כוחות פוליטיים. שנית, המאמר מראה כיצד גישות דיאליסטיות, לפעמים רב תחומיות, האירו כמה מן הצדדים הפוליטיים של המשפט וניסו להבין כיצד, אם בכלל, המשפט מביא לידי שינוי חברתי. שלישית, כיוון שהמלך/המשפט אינו עירום, המאמר בוחן דילמה מרכזית - האם המשפט הוא מהפכני או התפתחותי - ומבהיר את חשיבותה ואת חסרונותיה של מובליות משפטית. רביעית, המשפט נחשף ביתר שאת באמצעות ניתוח מחקרים המלמדים כיצד המשפט מושפע ממעמד חברתי, זהויות ותודעה חברתית וכיצד מעוצבות פרקטיקות משפטיות ברמות מקומיות, לאומיות וגלובליות. המישית, המשפט מובן יותר כאשר מנתחים את משמעויותיו בהקשר של מגדר וזהויות מיניות. מגוון הגישות המנותחות במאמר זה מחייב שינויים בפרספקטיבות על האופן שבו משפט נלמד בישראל. כיוון שהמשפט הוא פוליטי, אני ממליץ על שאלות מחקר, שיחשפו לא רק את כללי המשחק הפוליטיים אלא דווקא ילמדו על המשפט כמרכיב בפוליטיקה, שמקדם ומכונן אינטרסים באמצעות התוויית קטגוריות נורמטיביות של אסור/רע ומותר/טוב המוטבעות בהדרגה בתודעה האנושית.

* פרופסור מן המניין, אוניברסיטת וושינגטון.

אני מבקש להודות מאוד לעורך הראשי של הכרך, דר' רונן פרי, לסגנית העורך עו"ד מנאל תותריי-גיזבראן, לעוזרי העריכה גבי מורן כהן ומר טל כהנא, ולשופטים החיצוניים על הערותיהם המועילות ביותר. האחריות כולה מוטלת כמובן עלי, גד ברזילי.

א. הנחות מוצא. ב. הפרדיגמות המחקריות: 1. האשליה כאילו משפט אינו פוליטי; המסורות של אוטונומיות משפט; 2. אסכולות הריאליזם המשפטי וסוגיית השינוי החברתי; 3. המשפט (הקיים) אינו מהפכני, אולי הוא התפתחותי; מוביליות משפטית; 4. המשפט בצלמנו הפוליטי – תודעה, זהויות ומעמד חברתי; 5. המיניות של המשפט – לימודי מגדר, העדפות מיניות ומשפט; 6. אתניות ומרחב במשפט. ג. סיכום – דרהוריס על אתגרי המחקר של פוליטיקה ומשפט בישראל.

א. הנחות מוצא

אחת החוויות המוזרות שבהן אני נתקל בעת הוראת משפט ופוליטיקה באוניברסיטאות היא תגובתם המיידית של הסטודנטים כאשר כותרת הקורס מוצגת בפניהם. הם תמהים מדוע אני מכנה את תחום התמחותי "משפט ופוליטיקה" בעוד כוונתי היא ללמד אותם, כך הם סבורים, על מפלגות פוליטיות ומשפט. לכן אני נאלץ תמיד להגדיר תחילה מהו ההבדל בין לימודי משפט ופוליטיקה, מחד גיסא, לבין לימוד מפלגות פוליטיות ומערכת המשפט, מאידך גיסא. סטודנטים אחרים שלי לא תמיד מבינים את ההבדל בין נושאי המחקר שבהם אני מתעניין לבין משפט חוקתי ומשפט מנהלי. לכן, בתחילת המאמר אבקש להגדיר את מחקרי הפוליטיקה של המשפט או את מחקרי פוליטיקה ומשפט. אחר כך אבקש להאיר בקצרה מחקרים אלו, תוך ניתוח מושכלות היסוד המנחות אותם. אטען מדוע עיון ביקורתי בהם מלמד עד כמה המשפט אינו עצמאי ומנותק מן המאבקים הציבוריים על שליטה וחלוקת משאבים. בחלקו השלישי של המאמר אבקש להמליץ על הכיוון הראוי של מחקרי פוליטיקה ומשפט ועל הרלוונטיות שלהם להבנת החברה והפוליטיקה בישראל.

לימודי פוליטיקה ומשפט הם תחום העיון והמחקר של קשרי הגומלין שבין כוח המדינה ותצורות פוליטיות אחרות של כוח לבין העולם הנורמטיבי, האידיאולוגי והפרקטי של ציות, אי ציות, התחייבויות והמשגות של השדה המשפטי. כל זאת תוך שימוש בתיאוריות של כוח פוליטי, קונפליקטים וחלוקת משאבים. דוגמאות קלאסיות לסוג זה של עיון אקדמי תכלולנה מחקרים על השפעת השלטון על עיצוב המשפט; השפעת המשפט, כגון בתי משפט, על עיצוב השלטון והתודעה הציבורית; מאבקים בין רשויות שלטון על השפעה פוליטית ומשאבים; סמכויות הרשות המבצעת וכוחה לנהל משברים; מאבקים בין הרשות השופטת לגורמים חברתיים שונים ומוסדות פוליטיים שונים; השפעות אידיאולוגיות ופרקטיקות פוליטיות על חירויות; גיוס פוליטי לצורכי שינוי שיטת המשפט (legal mobilization); התפתחות תרבות משפטית ובה נורמות של שוויון והפליה; מאבקים ציבוריים על ציות ואי ציות לחוק; מעמדות חברתיים ומאבקים חברתיים על נגישות ושוויון בפני החוק; רב תרבותיות ומקומו של המשפט בה; קשרי הגומלין בין המקומי, המדינתי, האזורי, הבין לאומי והטרנס-מדינתי, והשפעתם על משפט ופוליטיקה; קונפליקטים בין מיעוטים לאליטות ביחסיהן עם המשפט והתפתחות אתרים משפטיים מחוץ למשפט המדינה. הרשימה היא כמובן חלקית בלבד וכוונתי בשלב זה רק להסביר באמצעות המחשה את התחום של

לימודי פוליטיקה ומשפט. עיון בנושאים אלה מחייב שני צעדים. האחד הוא ערטול המשפט מן הפורמליות שלו, מן הרשמיות ומן האשליה כאילו עולם המשפט הוא מערכת של כללים פרוצדורליים, אובייקטיביים וא-פוליטיים. הצעד השני הוא ערטול הפוליטיקה מן האשליה כאילו הכול בה אפשרי וכאילו אין בה כלל היגיון מלבד כוח צרוף.

אמנם נכון שלכאורה יש הבדל משמעותי בין השדה הפוליטי לשדה המשפטי. השדה הפוליטי משקף תחרות מתמדת על הכוח להקצות משאבים וליהנות מתגמולים, בעוד השדה המשפטי מתאפיין, לכאורה, בעיקר בעיצוב נורמות מחייבות. הנחת היסוד שאותה אני מבקש לקרוא אל תוך עולם המחקר וההגות של פוליטיקה ומשפט היא כי שתי התופעות האלו חבוקות זו בזו וכי המשפט מגלם אינטרסים פוליטיים, בעוד הפוליטיקה מגלמת וגם נתונה לאילוצים משפטיים. לאור זאת, המאמר יראה כיצד התחום המחקרי של פוליטיקה ומשפט יכול לסייע לניתוח היסודות הפוליטיים במשפט והיסודות המשפטיים בפוליטיקה. ניטול לדוגמה את הוויכוח באכסדרה האקדמית על היקף השפיות של נושאים פוליטיים, שנידון הן בפסיקות בית המשפט העליון והן בכתיבה אקדמית.¹ דיון כמושג השפיות הפוליטית יחייב משפטנים מובהקים להגות בשאלה – מה יכולות להיות השלכות הדוקטרינה של הרחבת השפיות הפוליטית על פסיקות בתי המשפט בישראל בסוגיות הכורכות התערבות אפשרית של בתי המשפט בסמכויות של רשויות שלטון אחרות? קרוב לוודאי כי סוגיה כזו תידון בבתי ספר למשפטים בקורסים כמשפט חוקתי ומשפט מנהלי. לעומת זאת, חוקרים בתחום של משפט ופוליטיקה יעלו את השאלה – **כיצד נוצרה אידיאולוגיה משפטית של שפיות פוליטית רחבה?** איזה כוחות חברתיים, כלכליים, תרבותיים ופוליטיים הביאו לידי היווצרותה של אידיאולוגיה משפטית כזו? שאלה כזו תידון בעיקר בקורסים שהתמחותם היא במדע המדינה או סוציולוגיה פוליטית. איני סבור כי שאלה אחת חשובה יותר מחברתה, אף איני סבור כי לא ניתן לשלב בין השאלות. עם זה, ברור כי בירור ענייני של כל אחת מהשאלות האלו מחייב סוג שונה של גישה מחקרית. השאלה הראשונה, שאותה ציינתי לעיל, דורשת ניתוח משפטי קוואיסטי של מגמות פסיקה. כך, למשל, היה ניתן לעסוק בקשר בין התרחבות השפיות הפוליטית לבין זכות העמידה בבג"ץ ובין אלו למעורבות של בית המשפט בסמכויות הכנסת והרשות המבצעת תוך הצורך לפתח עילות התערבות שיפוטית. לעומת זאת, ובלא סתירה, השאלה השנייה מחייבת כלי ניתוח הלקוחים מתחום מדעי החברה. כך, לדוגמה, ניתן לחקור את הקשר בין הפיצול והקיטוב הפוליטי לבין רצונו של בית המשפט העליון ומערכת השיפוט בכללה, להגדיל את השפעתם וכוחם.² השאלה הראשונה, שאותה ציינתי, אינה רק "שאלה משפטית" בדיוק באותה מידה שהשאלה השנייה אינה רק "שאלה פוליטית". כל קטגוריזציה

1. ראו: רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן, אקטיביזם שיפוטי – בער ונגר: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (תש"ס); Ariel L. Bendor, "Are There Any Limits to Justiciability? The Jurisprudential and Constitutional Controversy in Light of the Israeli and American Experience", 7 *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* (1997) 311.
2. ראו: גד ברזילי, "הגמוניה שיפוטית, קיטוביות מפלגתית ושינוי חברתי", פוליטיקה 2 (תשנ"ט) 31.

חדה של סוגי השאלות והדרתן רק למקומות לימוד אחדים ולא אחרים, פקולטות למשפטים או חוגים למדע המדינה וסוציולוגיה בהתאמה, הן מזיקות. ההבדל בין השאלות הוא בזווית הראייה שהן מדגישות ובגישות האינטלקטואליות שהן מצריכות. שאלות שונות על עולם המשפט תצרכנה סוגי ידע שונים בנוגע למנשק שבין חברה פוליטיקה-משפט. לפיכך, בהמשך המאמר אתמקד בסוגי הידע הקיימים בתחום של מחקרי פוליטיקה ומשפט ואבהיר כיצד הם מציעים להבין את היחס בין כוח לגורמות. כיוון שהיריעה מחייבת דפים רבים, אתמקד רק בורמי חשיבה עיקריים, אך לא בכולם.

בחלקו הבא של המאמר אנתח זרמי חשיבה, שהניחו כי המשפט המודרני אינו פוליטי וכי ראוי שהמשפט יהיה אוטונומי, עצמאי, מנותק מפוליטיקה. כנגדם אבהיר ואסביר גישות מנוגדות, שלפיהן המשפט הוא תוצר של כוחות חברתיים ופוליטיים וכי ראוי לערטל את עולם הגורמות מן החזות הניטרליסטית שלו. זאת כדי לאפשר מדיניות ציבורית דמוקרטית יותר ושוויונית יותר באמצעות משפט המשקף אינטרסים חברתיים. בחלקו השלישי של המאמר אפרט את השלכות טענותי על המשך פיתוח תחום המחקר של הפוליטיקה במשפט והמשפט בפוליטיקה. ראייה חקרנית כזו, כפי שאני מציע, מחייבת לימודים משולבים של משפטים עם מדעי החברה והרוח. התחום של פוליטיקה ומשפט, כפי שאציגו במהלך המאמר, אינו שייך בלעדית לחוג לימוד כזה או אחר – למשל, מדע המדינה לעומת משפטים – אלא יש ללמוד אותו בכל חוג שעניינו טיפוח של הבנת קטגוריות פוליטיות במשפט (כגון אינטרסים כלכליים) וקטגוריות משפטיות בפוליטיקה (כגון זכויות אדם כמרכיב בקבלת החלטות). מובן כי בכל חוג לימוד תיבחרנה שאלות שונות, עם דגש אינטלקטואלי שונה, כפי שהסברתי לעיל, וכפי שיובהר בהמשך המאמר. רק כך נוכל להגיע להבנה עמוקה יותר של הדין הקיים והדין הרצוי.

ב. הפרדיגמות המחקריות

1. האשליה כאילו משפט אינו פוליטי: המסורות של אוטונומיזם משפטי משפטים לא מעטים סבורים כי משפט המדינה מגלם אוטונומיה וניתוק מן החיים הפוליטיים, מצד אחד, וכי יש לו עם זה השפעה של ממש על החיים הפוליטיים, מן הצד האחר. הטענה בדבר האוטונומיות של המשפט מהווה נדבך מרכזי בורם הפוזיטיביסטי, שעוצב בעולם המערבי בעיקר בכתביהם של הנס קלזן (Hans Kelsen) והארט (H.L.A. Hart)³. קלזן והארט, שצפו בנאציזם ובסכנות אחרות לדמוקרטיה, ראו באופי הדמוקרטי

3. ראו: H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961); Hans Kelsen, *General Theory of Law* and State (Anders Wedberg – trans., 1949). ראו גם: Jules L. Coleman and Brian Leiter, "Legal Positivism", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Dennis Patterson – ed., 1996) 241; P. M. S. Hacker, "Hart's Philosophy of Law", *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart* (P. M. S. Hacker and Joseph Raz – eds., 1977) 1 (להלן: *Law, Morality, and Society*).

של המשפט תכונה עליונה. לפיכך, שניהם הדגישו את האוטונומיה המשפטית, את חוסר התלות של הנורמות המשפטיות בדינמיות הפוליטית היוזימית ואת העובדה שהתקפות (validity) של עולם המשפט חייבת להתבסס על כללים פנימיים של פרשנות. לסברתם עצמאות משפטית זו המנותקת מפוליטיקה היא ערובה למניעת קריסה של דמוקרטיאות. ידועה במיוחד הבחנתו של הארט בין סוגים שונים של כללים פרשניים: כללי הכרה, כללים ראשוניים וכללים משניים. לתפיסתו, חייבת להיות זיקה בסיסית בין המשפט לבין נורמות חברתיות בסיסיות של החברה, אך מלבד זיקה ראשונית כזו, המשפט אוטונומי ואינו נתון להשפעת הכוח הפוליטי. למצער, שני הוגים חשובים אלו שגו בטעות קשה בהתעלמותם מן ההיסטוריוזציה של המשפט, מן העובדה שהמשפט חייב להיות מושפע, אינו יכול שלא להיות מושפע, מאינטרסים פוליטיים וחברתיים. אינטרסים אלו נותרו יתומים, אצל קלון והארט, מהתייחסויות תיאורטיות.⁴ קלון והארט היו כמובן מודעים לחשיבות ההיסטוריה והפוליטיקה לחיים ציבוריים, אך סברו כי נורמות משפטיות יכולות להיות (ולא רק ראוי שתהיינה) מנותקות מן הפרקטיקה הפוליטית ומן הציפיות הנורמטיביות בהקשרים תרבותיים שונים.⁵ הישגיה ומחדליה של תורת המשפט הפוויטיביסטית-אנליטית מאירים עבורנו את תרומתם הפוטנציאלית של מחקרי פוליטיקה ומשפט.

מצד אחד, קלון הגרמני והארט האנגלי האמינו כי עולם המשפט יהיה חסר ערך בלא עיגונו בנורמות דמוקרטיות בסיסיות שמהן שואב המשפט את הלגיטימציה הבסיסית שלו. קלון התייחס לנורמות יסוד (grund norms) בעוד הארט התייחס לכלל ההכרה (rule of recognition) כאמות המידה הדמוקרטיות הנורמטיביות, שעליהן יש לבסס את משפט המדינה. הארט היה במובנים מסוימים ממשיך דרכו של ג'ון אוסטיין (John Austin), אחד מגדולי הפילוסופים של המערב במאה התשע עשרה, אך הוא גם חלק נמרצות על תפיסתו של אוסטיין כאילו המשפט מבוסס אך ורק על נורמות שהציבור נאלץ לציית לתן עקב איומים של הריבון, המדינה, באכיפת סנקציות וענישה.⁶ מצד אחר, הארט וקלון נזחו לחלוטין את הצורך להבין כיצד כוח פוליטי במשטרים דמוקרטיים מניע את המשפט ומעצב אותו לטוב ולרע. לכן, בעוד תורת המשפט הפוויטיביסטית מציידת אותנו בכללי פרשנות משפטית, היא גם מעוורת אותנו מהבנה של המנגנונים הפוליטיים והכוחות החברתיים המעצבים את המשפט. הפוויטיביזם המשפטי שגה בשתי רמות עקרוניות. ראשית, המשפט אינו יכול להיות מנותק מן הכוחות הפוליטיים. כפי שעוד נראה בהמשך, המשפט הוא מרכיב ביחסי חברה-מדינה, מסגרת של היווצרות הגמוניה והתמודדויות נגדה. שנית, ראוי כי המשפט יקדם מטרות פוליטיות צודקות וממילא ברור כי ראוי שהמשפט לא ינותק מן הפוליטיקה. כיוון שמונחי צדק ושוויון הם יחסיים, חייבים מחקרי פוליטיקה ומשפט להראות כיצד הקשרים פוליטיים שונים מתנים ומצדיקים היווצרות הסדרים משפטיים מגוונים. קלון והארט עצמם עיצבו את תורתם בהקשרים היסטוריים מסוימים.

4. ראו: Morton J. Horwitz, "Why is Anglo-American Jurisprudence Unhistorical?", 17 *Oxford J. Legal Stud.* (1997) 551.

5. ראו: Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values* (2001).

6. Hart (לעיל, הערה 3) בעמ' 59-60, 111, 230.

כתיבתו של קלזן כוונה במידה רבה כדרך להיאבק בביקורת שיטת המשפט הליברלי, ביקורת שהושמעה בגרמניה בעיקר על ידי יריבו הגדול, קרל שמידט (Carl Schmitt). שמידט הטיף לערטול הכוח הפוליטי מן הלגליזם הליברלי, שהיה בעיניו כסות מזיקה לחברה בלתי צודקת.⁷ קלזן ראה בתפיסה השמידטיאנית סכנה גדולה לדמוקרטיה ורצה דווקא בכינון שיטת משפט המעגנת היטב את כל סדרי השלטון.⁸ כתיבתו של הארט כוונה בעיקרה נגד תורת הריאליזם המשפטי וכנגד הטענה של הריאליזם כאילו לבעיה משפטית יש יותר מפתרון משפטי אחד. הארט חשש מפני מגמה פרשנית, שלפיה המשפט תלוי באי ודאויות יומיומיות. הוא, ובמיוחד תלמידו המובהק, יוסף רו הישראלי, חתרו לצמצם ככל האפשר את אי הוודאות הטמונה במשפט.⁹ בכך הטה הפוזיטיביזם האנליטי את הכף מן הצורך החשוב לנתח את הפוליטיקה במשפט לניסיון לכוון ערכים משפטיים אוניברסליים וכללי פתרון משפטי, המתעלמים מהתנאים תרבותיים וחברתיים של זמן ומקום פוליטי. הנה, הפוזיטיביזם המשפטי חתר לייצר מדע של תורת המשפט, לפיו המשפט הוא מסגרת אוטונומית לכוח פוליטי, שתקפותה אינה תלויה בכוחות היסטוריים, במוסר ובפרקטיקות בוגות.

לא כך טען הריאליזם המשפטי (legal realism). הריאליזם המשפטי נחשב למהפכני ביותר בסוף המאה התשע עשרה ובתחילת המאה העשרים כאשר ראשוני הריאליסטים טענו והראו כי העשייה השיפוטית אינה ניתנת להכנה מתוך הטקסט המשפטי הרשמי בלבד וכי המשפט מונע על ידי גורמים פסיכולוגיים, תרבותיים, חברתיים ופוליטיים.¹⁰ לכן אני סבור כי חשיבות הריאליזם הייתה כה רבה בתקופתו – בעוד הפוזיטיביזם שאף "לנקות" את המשפט מפוליטיקה, רצו הריאליסטים למצוא את הפוליטיקה במשפט. בעוד הארט ותלמידיו שאפו להגדיר את כללי הפרשנות הפנימית של עולם המשפט שמחייבים פתרון אחד לכל בעיה משפטית, שאפו הריאליסטים להסביר מדוע הבנת שיקול הדעת השיפוטי ויצירת נורמות משפטיות תלויה ביכולתנו לנתח את השפעת הגורמים הסביבתיים, החוץ-טקסטואליים, על שיקול הדעת השיפוטי. כדי להמחיש את ההבדל בין שתי הגישות האלה ניתן לקבוע כי הפוזיטיביסטים היו מעוניינים לחקור ביצד מתיישבת דוקטרינת ה"מהפכה החוקתית" בישראל עם כללי הפרשנות הפנימיים של שיטת המשפט הישראלי. הריאליסטים, לעומתם, ישאפו לנתח מהם הגורמים החברתיים והתרבותיים שהביאו לידי צמיחתה של דוקטרינה שיפוטית שכזו. עם זה, חשוב לציין כי לריאליזם, מצד אחד, ולפוזיטיזם, מצד אחר, יש גם מכנה משותף רחב על בסיס ההנחה כי המשפט מנותק במידה משמעותית

7. ראו: Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (George Schwab – trans., 1985).

8. Kelsen (ולעיל, הערה 3).

9. ראו: Joseph Raz, "Promises and Obligations", *Law, Morality and Society*, pp. 210-228 (לעיל, הערה 3).

10. ראו: Michael Martin, *Legal Realism: American and Scandinavian* (1997); *American Legal Realism* (William W. Fisher III, Morton J. Horwitz and Thoms A. Reed – eds., 1993).

מגורמי הכוח הפוליטי של המדינה וכי אין במשפט הדמוקרטי גורמי כוח מזוהים היכולים לעשות שימוש במשפט למטרות של קידום אינטרסים של שליטה. הנחת מוצא משותפת זו לריאליזם ולפוליטיביזם הביאה לידי הבשלתו של זרם מחקרי חדש, שצמח בעיקר במדע המדינה האמריקני, אסכולת ההתנהגות השיפוטית (judicial behavioralism). חוקרי ההתנהגות השיפוטית סברו כי למשפט יש אוטונומיה משמעותית ושחרור מהשפעת גורמי כוח פוליטי (כגון קבוצות כוח כלכלי או קבוצות הגמוניות תרבותיות) וכי לכן ניתן לנבא התנהגות שיפוטית באמצעות ניתוח המאפיינים הפסיכולוגיים והעמדותיים של השופט או השופטת, שניתנים להגדרה ומדידה עצמאית בלא צורך בהבנה מחקרית של מרכיבי הכוח הפוליטי. לדעתי גם אסכולה זו לוקה בחסרים משמעותיים, אך יש להבין אותה, שכן השפעתה על הספרות המקצועית הייתה עצומה. אחד מן האבות המייסדים של הגישה היה חוקר אמריקני בשם גלנדון שוברט (Glendon Schubert). שוברט ותלמידיו – שהושפעו במיוחד משיטות המדידה הכמותיות של הסטטיסטיקאי היהודי-אמריקני-ישראלי, לוואיס גוטמן, טענו כי ניתוח מפורט של פסיקות השופטת או השופט באמצעות כלים סטטיסטיים, כגון ניתוח גורמים (factor analysis), יכול להביא לידי ניבוי כמותי של פסיקותיהם. גוטמן, שהקים לימים באוניברסיטה העברית בירושלים את המכון למחקר חברתי שימושי, העניק את הבסיס לשיטות מדידה פסיכולוגיות-כמותיות, בעוד שוברט נחשב למורה הדרך הקונספטואלי במחקר השיפוטי האמפירי.¹¹ בעקבות זאת, משנות השמונים של המאה העשרים ואילך נוצרו במדע המדינה האמריקני שתי גרסאות כיצד לנתח התנהגות שיפוטית. האחת, גרסת המודל העמדותי (attitudinal model), והאחרת – גרסת ההתנהגות האסטרטגית (strategic judicial behavior). הראשונה טענה כי הכרעות שיפוטיות מבוססות בעיקר על מיקומו העמדותי של השופט ביחס לעמדות השופטים האחרים.¹² כך, למשל, אם רוב שופטי ההרכב הם בעלי עמדות שמרניות בתחום הכלכלי, ייטה השופט הליברלי לגבש עמדה הקרובה להציון עמדות הרוב אם כי הוא יהיה שמאלה מהן. אך מה על השפעות מוסדיות וכיצד אלו תשפיענה על פסיקות השופטים? לכן, הגרסה השנייה טענה כי לא ניתן לבדוד את עמדות השופטים מן ההקשר של יחסי רשויות השלטון ומן העובדה שהרשות המבצעת תהיה לרוב חזקה יותר מבחינה פוליטית מבית המשפט. לכן, לדוגמה, אם הרשות המבצעת היא שמרנית יותר מבית המשפט, ייטה כל ההרכב השיפוטי לעמדות שמרניות מן החציון המצופה. לשון אחר – חסידי האסכולה האסטרטגית סברו כי הרצף העמדותי של השופט או השופטת אינו מספיק כדי לנבא את התנהגותם ואת התנהגות בית המשפט כולו. בעוד חסידי הגרסה העמדותית נוטים לייצר מסדי נתונים כמותיים על החלטות שופטים ולהציע מודלים רבי משתנים סטטיסטיים לאמוד ולנבא התנהגויות שיפוטיות, נוטים חסידי הגרסה האסטרטגית ליישם שיטות של מחקרים איכותניים (כגון

11. ראו: Glendon Schubert, *The Judicial Mind Revisited: Psychometric Analysis of Supreme Court Ideology* (1974).

12. ראו: Jeffrey A. Segal, "Separation-of-Power Games in the Positive Theory of Congress and Courts", 91 *Am. Pol. Sci. Rev.* (1997) 28.

מחקרים היסטוריים על החלטות שיפוטיות ולהבנות מודלים, חלקם מודלים כלכליים, להבנת התנהגויות מוסדיות של בתי משפט.¹³ אמנם גרסת ההתנהגות האסטרטגית הביאה לידי שכלול את התפיסה הנאיבית והמוטעית כאילו התנהגויות שיפוטיות מיוצרות בחלל אוטונומי מסוים, שבו יש לבתי משפט עצמאות מוחלטת והיעדר השפעה מגורמים פוליטיים, רשמיים ובלתי רשמיים. עם זה, אסכולת ההתנהגות השיפוטית, והזרמים המחקריים שבתוכה, הביאה לידי היסרון גדול. החוקרים הגיחו כי שיטות המדידה והמודלים שלהם יביאו לידי ניסוח משוואות, שתאפשרנה בסופו של הפרויקט לנבא התנהגויות שיפוטיות, שהינן כביכול עצמאיות ומשוחררות מקונקסט חברתי-כלכלי, תרבותי ומהשפעות היסטוריות. לצד זה, תרומתה של אסכולת ההתנהגות השיפוטית הייתה בהבניה של תפיסה, שלפיה הטקסט המשפטי בפני עצמו, במנותק מגורמים עמדתיים או מוסדיים, אינו יכול להסביר נכוחה את עולם המשפט והתנהגות שיפוטית במיוחד. בכך עודדה אסכולה זו לימוד של עולם המשפט תוך שימוש בפריזמות הלקוחות מתחומים של מדעי החברה. הנה, למשל, בהקשר הישראלי בוצעו כמה מחקרים, שעניינם לאמוד כיצד קשרי גומלין פורמליים בין רשויות השלטון ישפיעו על החלטות שיפוטיות של בג"ץ.¹⁴ עקב הנחות היסוד של אסכולת ההתנהגות השיפוטית, יש בידינו יותר מידע על שיקולים אסטרטגיים שישפיעו על שופטים בהחלטותיהם. מצד אחר, עקב אותן הנחות יסוד, כפי שתיארתי לעיל, אין בידי אסכולה זו אפשרות להבין את עומק ההשפעות של אינטרסים פוליטיים וגורמים חברתיים-כלכליים על בתי משפט והתנהגות שיפוטית.

2. אסכולות הריאליזם המשפטי וסוגיית השינוי החברתי

בד בבד, בשנות השישים של המאה העשרים התפתחה בארצות הברית אסכולת ההליך המשפטי (legal process), שיסודותיה התבונניים מעוגנים בריאליזם המשפטי, ולפיה המשפט מעוצב מתוך קשרי גומלין בין המערכת השיפוטית, זרועות שלטון אחרות וסוכנים חברתיים-פוליטיים, כגון קבוצות לחץ שונות. ההנחה הייתה כי למרות חזונית החלשה יחסית של המערכת השיפוטית, כפרשנית חקיקה, יש בה העוצמה להשפיע על עיצוב מדיניות ציבורית וזאת כחלק מקשרי גומלין והשפעה הדדית של הקואליציות הפוליטיות והקואליציות השיפוטיות.¹⁵ במאמר קלאסי של אחד מהוגי הדעות הבולטים של מדע המדינה, רוברט דאל (Robert Dahl) הראה דאל כי בית המשפט העליון הפדרלי של ארצות הברית הוא חלק מאליטה פוליטית מושלת המנווטת את החיים הפוליטיים בארצות הברית. פסיקותיו, הראה דאל, ניתנות להסבר באמצעות ניתוח הרכבי הקואליציות המושלות והקואליציות השיפוטיות וההתאמה האידיאולוגית והפוליטית-מפלגתית ביניהן.¹⁶ שנים

13. ראו: Lee Epstein and Jack Knight, *The Choices Justices Make* (1998).

14. ראו: שלמה מזרחי ואסף מידני, *מדיניות ציבורית בין חברה למשפט – בית המשפט העליון, השתתפות פוליטית ועיצוב מדיניות* (תשס"ו).

15. ראו: Samuel Krislov, *The Supreme Court in the Political Process* (1965).

16. ראו: Robert A. Dahl, "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker", *6 J. Pub. L.* (1957) 279.

מאוחר יותר טען איש מדע המדינה, מיכאל מק'קן (Michael McCann), כי המערכת השיפוטית הינה שחקן פוליטי משמעותי, שכן היא יכולה להיות גורם המעלה את כוחו הפוליטי של שחקן ציבורי אחד או המפחית את כוחו הפוליטי של שחקן ציבורי אחר, וכך יכולה המערכת השיפוטית להשפיע על עיצוב החיים הציבוריים.¹⁷ טענתו של מק'קן חשובה ביישומיה להבנה טובה יותר של הפוליטיקה והמשפט בישראל. בתי משפט יכולים להשפיע על פוליטיקה לא רק – ולא בעיקר – באמצעות התערבות ישירה בנושאים פוליטיים-ציבוריים אלא באמצעים עקיפים כגון הצהרות שופטים בפסקי דין, שבאמצעותן יכול בית המשפט לעודד שחקנים פוליטיים וחברתיים מסוימים על חשבון גורמים אחרים. הנה, בהשפעת הריאליזם המשפטי לגונויו החל הכות הפוליטי, בתוך המשפט ומחוצה לו, להיות מושא למחקר.¹⁸

אסכולת ההליך הבהירה כי שיפוט חייב להיות מובן בהקשרו המוסדי והחברתי הרחב וכי פוליטיקה ומשפט נתונים בקשרי גומלין מתמידים זה עם זה בהליך הדמוקרטי. הנורמות והפרקטיקות המיוצרות על ידי שחקנים בשדה המשפטי (כגון בתי משפט) משקפות ומכוננות פרקטיקות בחיים הציבוריים והפרטיים, שבתורן יכולות להביא באופן הדרגתי לידי שינויים בשדה המשפטי עצמו. לפיכך, מחקרים הראו כי בתי משפט יכולים להשפיע על עיצוב מדיניות ציבורית באמצעות העלאת סוגיות לדיון ציבורי, קבלת עתירות, למשל, נגד הרשות המבצעת והמחוקקת באופן המחייב רפורמות מוגבלות או באמצעות מתן פסקי דין שיכולים לשמש תנועות חברתיות במאבקים פוליטיים על הקצאות משאבים ציבוריים.¹⁹ במילים אחרות, בתי משפט אינם חסרי כוח פוליטי והם בהחלט משמעותיים לאופן שבו יתנהלו מאבקים פוליטיים.

ממילא, הנחת היסוד של אסכולת ההליך המשפטי כאילו מתקיימים יחסים פונקציונליים בין הרשות השופטת לסוכנים חברתיים-פוליטיים אחרים, מביאה לידי דילמה, האם בתי משפט יכולים להביא מיד ובאופן סיבתי לידי שינוי חברתי? לכאורה ניתן לסבור כי הבנת המשפט בהקשרים חברתיים מביאה לידי מסקנה כי המשפט יכול גם להיות מאיץ מידי וסיבתי לשינויים כאמור, אך מחקרים בשנות השמונים והתשעים של המאה העשרים הראו כי הפרקטיקה מורכבת הרבה יותר. מחקרו הקלאסי של ג'ראלד רוזנברג (Gerald Rosenberg) בחן חלק מהפסיקות המרכזיות ביותר של בית המשפט העליון הפדרלי

17. ראו: William Haltom and Michael McCann, *Distorting the Law: Politics, Media, and the Litigation Crisis* (2004).

18. ראו, למשל: דוד זכריה, *לוחמה נגד טרור ואמצעי השפעה שיפוטיים עקיפים* (עבודת דוקטור בהכנה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב).

19. ראו: Michael W. McCann, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization* (1994); Charles R. Epp, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective* (1998); Helena Silverstein, *Unleashing Rights: Law, Meaning and the Animal Rights Movement* (1996); Yoav Dotan, "Judicial Rhetoric, Government Lawyers, and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice During the Intifada", *33 Law & Soc'y Rev.* (1999) 319

בארצות הברית. ממצאיו העלו כי גם פסיקות ליברליות בולטות ביותר לא הביאו באופן ישיר וסיבתי לידי שינוי חברתי.²⁰ הנה שתי דוגמאות מן הספר. פסק הדין *Brown v. Board of Education of Topeka* מ-1954²¹ קבע כי הסעה ציבורית נפרדת לבתי ספר לילדים שחורים ולילדים לבנים היא מפלה ובלתי הוקתית. עם זה, פסק הדין לא הביא לידי שינוי חברתי משמעותי במדינות הדרום, אפילו כעשור לאחר הינתנו. להפך, רוזנברג מראה בנתונים ברורים ואמינים כי פסק הדין דווקא המריץ חקיקה גזענית במדינות הדרום, כנגד פסיקת בית המשפט, במטרה להעמיק עוד יותר את ההפרדה הגזעית ומתוך סיכול מפורש של פסק הדין. על פי הממצאים וניתוחו האמפירי המדויק, השינוי במדינות הדרום חל רק לאחר חקיקת החוק לזכויות האזרח ב-1964 (Civil Rights Act),²² כיוון שהחוק איפשר להטיל סנקציות תקציביות על מדינות, שהמשיכו את מדיניות ההפרדה וההפליה הגזענית. דוגמה אחרת, פסק דין שאיפשר מבחינה חוקתית ביצוע הפלות מלאכותיות, *Roe v. Wade* מ-1973, לא הביא גם הוא לכלל פתרון את הוויכוח הקשה בארצות הברית על סוגיה זו, והוא אפילו העצים את הקונפליקט האלים בחברה האמריקנית בדבר זכותה של אישה לבצע הפלה.²³ רוזנברג מראה כי בתגובה על פסק הדין התחזקה מגמה לחוקק במדינות השונות בארצות הברית חוקים, שהגבילו מאוד את זכותה של האישה על גופה וזכותה לבצע הפלות.²⁴ הנה, אסכולת ההליך המשפטי התעלמה מן המוגבלויות של בתי משפט, המונעות מהם לשנות עקרונות יסוד של כוח פוליטי. מלבד ספרו של רוזנברג, שסיפק הוכחות אמפיריות לכך שבתי משפט מתקשים לאתגר ממש כוח פוליטי, קיימות בספרות המקצועית עדויות למכביר כי קשה לצפות מבתי משפט להביא מיד ובאופן סיבתי לידי שינוי חברתי. אמנם נכון שלבתי משפט עדיין יש עוצמה משמעותית והם יכולים להשפיע על חקיקה, למשל, אך בתי משפט אינם מביאים במישרין ובאופן סיבתי לידי שינוי יסודי של יסודות המשטר הפוליטי. יש לכך סיבות מגוונות. ראשית, פסקי דין הגתפטים כ"הפכניים" לא יתקבלו פעמים רבות מתוך הסכמה ושיתוף פעולה ואפילו יזכו להתנגדות קשה מצדה של הביורוקרטיה ואליטות מתחרות בבתי המשפט. שנית, השופטים עצמם מודעים למגבלותיהם המוסדיות ופעמים רבות פסקי דינם נושאים אופי הצהרתי בלי אפשרות ממשית ליישם. בתי המשפט הם מוסדות מדינה והם מוגבלים מאוד מבחינה מוסדית. למשל, פסיקות ליברליות עלולות להביא מיד לידי תגובה שמרנית של הממסד הפוליטי. שלישית, בתי המשפט עצמם אינם ממהרים להביא לידי שינוי חברתי, שכן פעמים רבות יקרה כי השופטים השייכים למעמדות חברתיים מועדפים, לא יגלו אמפתיה חברתית או תודעה חברתית הדרושה לשינוי כאמור. רביעית, יש להביא בחשבון כי הטקסט המשפטי עצמו הוא פעמים רבות עוין לאפשרות של שינוי חברתי מידי ומשמעותי. ולבסוף, בתי

20. ראוי: Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?* (1991).

21. ראוי: *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 US 483 (1954).

22. Civil Rights Act, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964).

23. ראוי: *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973).

24. Rosenberg (לעיל, הערה 20).

המשפט מקדמים במודע או שלא במודע את האידיאולוגיה המדינתית ואת האידיאולוגיה המשפטית של מנגנוני המדינה והם לא ייטו לצאת נגדה.²⁵ אמנם ההבחנה בין שינוי משפטי לשינוי חברתי היא בסיסית בהתפתחות מחקרי משפט ופוליטיקה. הראשון עניינו המפנה המתרחש בנורמות בעוד השני עניינו השינוי המתרחש בקווי היסוד של הפרקטיקות החברתיות. עם זה, המחקרים שאותם ציינתי ורבים אחרים מלמדים על הסיבות המרכזיות, מדוע אפילו בתי משפט אקטיביים במיוחד לא יביאו פעמים רבות לידי שינוי חברתי מיידי. בקונטקסט הישראלי ניתן להמחיש זאת באמצעות ניתוח פרשת קעדאן,²⁶ פסק הדין שלפיו נפסק כי אסור לסוכנות היהודית להפלות בין ערבים ליהודים אזרחי ישראל בהקצאת קרקעות מדינה למטרות מגורים. במשך שנים סירבה הסוכנות ליישם את פסק הדין ומשפחת קעדאן נדחתה פעם אחרי פעם ממגורים ביישוב היהודי "קציר" בנימוקים של "חוסר התאמה חברתית". רק לאחר שנים של מאבקים חברתיים ולאחר עתירות חוזרות ונשנות לבג"ץ הורשעה המשפחה להתגורר ביישוב. ברור כי פסק הדין עצמו לא הביא בטווח הזמן המיידי לידי שינוי חברתי אם כי הוא הביא לידי שינוי משפטי מסוים. מהד גיסא, לא חל שינוי חברתי, שכן פסק הדין לא שינה באופן עקרוני את המדיניות הפרקטית של הקצאת הקרקעות בישראל בכל הנוגע ליחסים שבין יהודים לערבים. הדבר בא לידי ביטוי בהמשך העתירות לבג"ץ כנגד הפליה בהקצאת קרקעות מדינה לערבים-פלסטינים אזרחי המדינה.²⁷ מאידך גיסא, פסק הדין הביא לידי שינוי משפטי שכן מאז פסיקתו יכולים עותרים ערבים-פלסטינים ישראלים לטעון ביתר קלות לקיפוח על בסיס אינדיבידואלי.²⁸ עם זה, אפילו כאשר התדיינות משפטית ספציפית צולחת במשהו, אין פירוש הדבר שמוצו דרכי פעולה חברתיות, שיכולות להיות משמעותיות הרבה יותר מהתדיינות בתי משפט.²⁹

25. גד ברזילי, "משפט", אי/שוויזן (אורי רם וניצה ברקוביץ – עורכים, תשס"ז) 274.

26. בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, בעמ' 796.

27. כך, למשל, עתירות שעניינן למחות על הפליית ערבים אזרחי המדינה ברכישת קרקעות הקק"ל.

28. ראו, לדוגמה: בג"ץ 7574/06 הסוללים קבוצת מכבי צעיר להתיישבות הקלאית שיתופית בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם).

29. ראו: Alexander (Sandy) Kedar, "A First Step in a Difficult and Sensitive Road: Preliminary Observations on Qaadan v. Katzir", 16 *Israel Studies Bulletin* (2000) 3; Ilan Saban, "Minority Rights in Deeply Divided Societies: A Framework for Analysis and the Case of the Arab-Palestinian Minority in Israel", 36 *N.Y.U. J Int'l. L. & Pol.* (2003-2004) 885; Yoav Dotan and Menachem Hofnung, "Legal Defeats – Political Wins: Why Do Elected Representatives Go to Court?", 38 *Comparative Political Studies* (2005) 75
 נטע זיו ורונן שמיר, "בנה ביתך – פוליטיקה גדולה ופוליטיקה קטנה במאבק נגד אפליה בקרקע", תיאוריה וביקורת 16 (2000) 45; מנחם הופנונג, מהאח והמאה: השפעת הפגנות הפנתרים השחורים על הקצאות לצורכי חברה ורווחה (תשס"ו).

דוגמה אחרת לעניין זה היא פסיקת בית המשפט העליון, שלפיה נשים רפורמיות יכולות לכהן במועצות דתיות (אורתודוקסיות ואולטרא-אורתודוקסיות). השינוי המשפטי בפסיקה זו נחשב למשמעותי מאוד, שכן בג"ץ החיל עקרונות של שוויון מגדרי ליברלי על מוסדות דת אורתודוקסיים וחרדיים; אולם בגלל זאת, משרד הפנים ומשרד הדתות נהגו במשך שנים למנוע במכוון כינוס מועצות דתיות, וזאת כדי לחסום נשים מלכהן בהן.³⁰ עם זה, העובדה כי בתי משפט אינם נוטים להביא לידי שינוי חברתי מידי אין פירושה שבתי משפט אינם חשובים להנעת תהליכים חברתיים או כמעודדי מרחבים לדיון ציבורי בסוגיות פוליטיות או כרגולטורים היכולים להוסיף או להפחית מעוצמתו הפוליטית של שחקן זה או אחר. הנה למשל, במדינות האיחוד האירופי, כמו גם בטייוואן ובמלזיה היו בתי משפט פורומים שבאמצעותם הועלו לדיון סוגיות ציבוריות, שספק אם היו מועלות למודעות הציבור אלמלא אליטות שיפוטיות, שקידמו ערכים דמוקרטיים יותר מאלה שהחזיק בהם חלק ניכר מן האוכלוסייה.³¹

3. המשפט (הקיים) אינו מהפכני, אולי הוא התפתחותי – מוביליות משפטית בעוד גישת ההליך המשפטי וביתר שאת גישת ההתנהגות השיפוטית היו ממוקדות בבתי המשפט (court-centered), הרי התחיבה גישה המתמקדת לאו דווקא בבתי משפט ואליטות שיפוטיות של המדינה אלא בהקשר החברתי-פוליטי שסביבם (de-centered courts). מאז שנות השמונים של המאה העשרים התפתחה ספרות ענפה, שעניינה ניעות חברתית-משפטית (legal mobilization). המחקרים ניתחו כיצד תנועות חברתיות וקבוצות לחץ שונות יכולות להשתמש בפסיקות של בתי משפט, או באפשרות לפנות אליהם, כדי לקדם מטרות של שינוי סדרי הקצאות תגמולים חברתיים. הנה, למשל, מחקר שבחן כיצד נשים אפריקניות-אמריקניות נאבקות מבחינה חברתית כדי להביא באמצעות הפגנות ולחצים ציבוריים מאורגנים לידי שינוי בחוק כדי שזו יבטיח תגמול, שכר שווה תמורת עבודה שווה,³² או מחקר הבוחן את היכולת של תנועות חברתיות במדינות מערביות לעומת מדינות לא מערביות להביא לידי הקצאת זכויות אורת.³³ הטענה המרכזית של ספרות המוביליות קבעה כי משפט המדינה יכול לשמש בסיס לגיוס של משאבים ציבוריים למטרות פוליטיות. הנה, למשל, תנועה חברתית הרוצה להביא לידי פיתוח שיח זכויות לצורך הגנה על חיות בר, תפנה לבית המשפט בעתירה, כדי להביא לידי תשומת לב ציבורית ולידי התדיינות

30. גאד ברזילאי, *Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities* (2003) pp. 233-250.

31. ראו: Rachel A. Cichowski, *The European Court, Civil Society, and European Integration* (2006); Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* (2000); Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (2003) pp. 106-157; Michael G. Peletz, *Islamic Modern: Religious Courts and Cultural Politics in Malaysia* (2002).

32. McCann (לעיל, הערה 19).

33. Epp (לעיל, הערה 19).

ציבורית בצורך להביא לידי הקצאת משאבים רבה יותר להקמת שמורות טבע שבהן תובטח הגנת לחיות בר.³⁴ ההבדל בין התדיינות רגילה בבתי משפט לבין מוביליות חברתית-משפטית היא שהתדיינות רגילה ממוקדת בהשגת ניצחון משפטי בתיק משפטי נתון, בעוד מוביליות ממוקדת בהשגת מטרות פוליטיות מחוץ לכותלי בית המשפט.

במקרה הראשון התדיינות משפטית היא אמצעי להשיג סעד משפטי מייד, בעוד במקרה השני ההתדיינות או האיום להשתמש בה מטרתה להביא לידי השגת מטרות חברתיות ארוכות טווח. לכן, במאבקים של מוביליות משפטית, השיקול אם להתדיין אם לאו בבתי משפט אינו כרוך רק בטעמי ניצחון משפטי. פנייה לבית המשפט יכולה להיעשות כדי להביא לידי בולטות ציבורית ולידי התבססות של תנועה חברתית בדעת הקהל ובמודעות הציבורית אפילו במחיר של הפסד בהתדיינות עצמה.³⁵ ספרות העוסקת במוביליות משפטית, כמו גם ספרות שעניינה פעילות של עורכי דין למען מטרות ציבוריות ובלא כוונת רווח כספי (cause lawyering), מלמדת כי המשפט הינו מרחב, שבו נעשה שימוש למטרות פוליטיות רחבות בהרבה משאלות צרות של ניצחון או הפסד בדיון המשפטי הקונקרטי.³⁶ יש לציין כי מוביליות או התדיינות למטרות ציבוריות אינן חתרניות, בדרך כלל, אלא דווקא מביאות לידי שימור הכוח הפוליטי הקיים. במילים אחרות, עורכי דין של קבוצות חברתיות או עורכי דין למטרות ציבוריות מקבלים עליהם את האידיאולוגיה השלטת ואת כללי המשחק הפוליטי הקיימים. קבלה כזו של הסטטוס־קו הכרחית ליכולתם של עורכי הדין לפנות לבתי משפט ולמצות בהם את "יומם". לדוגמה, מחקרי הראה כי עורכי הדין של עדאלה, למשל, היו מודעים היטב לכך שפניותיהם הרבות לבתי משפט מחייבות אותם לקבל עליהם אידיאולוגיה של מדינה "יהודית ודמוקרטית", אידיאולוגיה שהם מתנגדים לה, אך הנחתם היא כי בהדרגה יביא שיח של זכויות פרט משפטיות לידי מצע של זכויות קבוצתיות לערביי ישראל.³⁷ מחקר אחר מלמד כי עורכי דין למטרות ציבוריות בישראל נטו בדרך כלל לציית לחלוטין לכללי המשחק של הממסד הפוליטי ורק מעטים מאוד מהם קראו תיגר על מוסכמות אלו.³⁸

חראיתי לעיל כי משפט המדינה אינו נוטה להביא באופן סיבתי ומייד לידי שינוי חברתי מקיף, שינוי בקווי היסוד של חברה נתונה, מלבד שינוי משפטי והשלכותיו החברתיות

34. Silverstein (לעיל, הערה 19).

35. Barzilai (לעיל, הערה 30) בעמ' 287-298.

36. ראו: Austin Sarat and Stuart A. Scheingold, *Cause Lawyers and Social Movements* (2006); Austin Sarat and Stuart A. Scheingold, *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities* (1998); Stuart A. Scheingold and Austin Sarat, *Something to Believe In: Politics, Professionalism, and Cause Lawyering* (2004); Ronen Shamir and Neta Ziv, "State-Oriented and Community-Oriented Lawyering for A Cause: A Tale of Two Strategies", *Cause Lawyering and the State in the Global Era* (Austin Sarat and Stuart A. Scheingold – eds., 2001) 287.

37. Barzilai (לעיל, הערה 30) בעמ' 134-146.

38. קרן מיכאל, אמנון זכרוני: פרקליט אחר (תשנ"ט).

המצומצמות. אך האם מוביליות משפטית מאתגרת בטווחי זמן ארוכים יותר, בטווחי זמן היסטוריים, את מוקדי הכוח הפוליטי ומביאה לידי שינויים משמעותיים לאורך זמן ניכר במוסדות פוליטיים ובתרבויות פוליטיות? האם המשפט הוא מהפכני או שהוא התפתחותי? שאלה זו חשובה במיוחד לנוכח התרחבות תופעת ההתדיינות המשפטית ברחבי העולם, כתופעה הכרוכה בהתרחבות המודל של פיקוח שיפוטי חוקתי. עיסוק במשפט ופוליטיקה אינו יכול להתעלם מגידול משמעותי ביותר בהתדיינות המשפטיות ברחבי העולם. זאת, הן במשפט הפנימי, המקומי, והן במשפט הבין לאומי, שהתפתח מאוד בעשרים השנים האחרונות.

מבט השוואתי מגלה כי מודל שיפוטי של פיקוח חוקתי, שמבוסס מבחינה פורמלית על בקרה שיפוטית על תוכנם של חוקים, התפשט מאז 1945 בכל רחבי העולם. אמנם במדינות שונות – כגון יפן, טייוואן, קוריאה, צרפת, ישראל, גרמניה וארצות הברית – מתקיים מודל זה באופן שונה, אך ככלל ניתן לקבוע כי המודל השיפוטי החוקתי הוא כיום, בתחילת המאה העשרים ואחת, המודל השיפוטי הדומיננטי. הספרות המחקרית מראה כי למרות התפתחות המודל השיפוטי החוקתי, אין להצביע בוודאות מחקרית על כך שהשיפוט מביא לידי שינוי חברתי מיידני. אם פיקוח שיפוטי חוקתי מביא לידי שינוי חברתי, הרי זה בעקיפין ובשני אופנים: האחד, פסקי דין המייצרים חקיקה, שתביא בתורה לידי שינויים חברתיים באמצעות אכיפת מדיניות ציבורית מסוימת. השני, תהליכי מוביליות, שבהם מנוצלים פסקי דין על ידי תנועות חברתיות כדי להפעיל לחצים ציבוריים על מקבלי החלטות באופן שיעודד ויתמרץ רפורמות פוליטיות.

ספק גדול עד כמה תהליכי התפשטות השיפוט החוקתי הביאו לידי שינוי בכוח הפוליטי, אם כי בהחלט ניתן להצביע על מקרים היסטוריים שבהם הביאה התערבות שיפוטית לידי שינויים בהקצאת תגמולים לצרכים ציבוריים. מעורבות של בתי משפט הביאה לידי תגמול שווה יותר במקומות עבודה לנשים שחורות (בארצות הברית), לצמצום בהפליה בהקצאות קרקע ציבורית למיעוטים (בישראל), לשינוי באופן שבו בתי משפט קהילתיים דגים במעמד אישי של נשים (בהודו), לשינוי בסטטוס של שפות (בקנדה וספרד), להקצאת זכויות לדיג ושיט (בקנדה), לפרשנות ליברלית יותר של טקסטים דתיים (במצרים), להתפתחות זכויות קניין (בהונגריה) ועוד ועוד... אך שינויים אלו היו בעניין האופן שבו משאבים ציבוריים חולקו. עם זה, כפי שציינתי, בתי משפט פועלים לפי הנרטיבים הלאומיים, כלומר לפי האידיאולוגיה המדינתית שמעצבת את גבולות הפוליטיקה הממוסדת. בנוסף, הם חייבים להביא בחשבון אילוצים מוסדיים, שנובעים מאופני תגובות אפשריות של גופים כגון הממשלה, הרשות המחוקקת וזרועות הביטחון. העובדה שמכהנים בהם נציגי המעמדות הבינוניות והגבוה תורמת לחוסר הרצון לבצע שינויים חברתיים ופוליטיים יסודיים. לכן, יכולתם ורצונם להביא לידי שינויים משמעותיים במבנה הכוח הפוליטי הם מצומצמים מאוד. החלטות שיפוטיות ומעין שיפוטיות הן באופיין התפתחותיות ולא מהפכניות. בהיבט זה קל יותר להבין מדוע האידיאולוגיה המשפטית של "המהפכה החוקתית" בישראל הייתה משמעותית פחות ממה שנדמה היה לרבים. במהלך כשתיים עשרה שנים מאז ההצהרה עליה ב-1995, הביאה המדיניות השיפוטית של פיקוח תוכני על חקיקת הפרלמנט רק לידי ביטול של חוקים מועטים. מצד אחר, גברה מאוד מאז 1995 פרשנות חקיקתית לאור עקרונות

"כבוד האדם וחירותו" ו"חופש העיסוק". פרשנות זו – שאינה כרוכה בביטול חוקים בשל תוכנם – יכולה להביא לידי שינויים התפתחותיים והדרגתיים בתרבות הפוליטית ובמבנה מוסדות הממשל. אך גם ייתכן, לפחות כאותה מידה, כי ההצהרות על "מהפכה חוקתית", יביאו לידי הדרה הדרגתית של מעורבות שיפוטית של בג"ץ ולידי צמצום הדרגתי של מעורבותו בחיים הציבוריים, וזאת באמצעות חקיקה ולחצים ציבוריים קשים. ימים יגידו. אם אכן, כפי שהראיתי וטענתי, המשפט מתקשה להביא מיד ובאופן סיבתי לידי שינוי חברתי, עולה ממילא השאלה אילו זהויות ואיזו תודעה חברתית בולמות את המשפט, ומצד אחר, אילו זהויות מעוצבות במסגרתו ומקודמות על ידיו. בכך יעסוק תת הפרק הבא.

4. המשפט בצלמנו הפוליטי – תודעה, זהויות ומעמד חברתי

מחקרי משפט ופוליטיקה הם כשלעצמם מותני קונטקסט והם משתנים לפי הנסיבות שבהן הם מעוצבים. האמונה במדעיות של תחומי המחקר במשפטים ובמדעי החברה הביאה לידי השפעה גדולה של תפיסות פסיכולוגיסטיות וסטטיסטיות על התפתחות הביהוויוריום המשפטי בשנות החמישים והשישים של המאה העשרים. באותה מידה, סיום המלחמה הקרה בסוף שנות השמונים השפיע מאוד על התפתחות פוליטיקה של זהויות וממילא על התפתחות מגמות מחקריות שעניינן להבין טוב יותר את המשפט בקונטקסט של זהויות מקומיות וגלובליות. בהקשר זה יש להדגיש את הספרות המחקרית בתחום התודעה המשפטית (legal consciousness). ספרות זו קידמה באופן משמעותי את הבנתנו כי המשפט הוא פוליטיקה, לא ברמה המוסדית והתרבותית בלבד, ולא כחלק מתהליך פוליטי, כי אם כתולדה של מהות המשפט כיצירה של זהויות ותודעה מותנית במעמד חברתי.

מחקרי התודעה המשפטית נטו להתמקד בפרקטיקות ובתפיסות היומיומיות של עולם המשפט בלא קשר הכרחי או בלא קשר הדוק לבתי משפט ולפסיקותיהם. ההנחה הייתה כי זהויות משפטיות ופרקטיקות יומיומיות אינן תמיד ואינן בעיקר תגובה על פסקי דין או תולדה של ידיעה על בתי משפט. זאת ועוד, סיפוריהם של אנשים על עולם המשפט יכולים להיות תולדה של פרקטיקות יומיומיות, שבאמצעותן אנשים נתקלים בסוכני המשפט, שאינם דווקא שופטים ובתי משפט – שוטרים, פקידים, גובי מס, נציגים קהילתיים וכו' – ומגיבים על פעולותיהם. הנה, החוקרות סוזן סילבי ופטרישה הייוויק (Ewick and Silbey) חקרו מהם הסיפורים שאנשים מספרים על עולם המשפט כתולדה של אותן פרקטיקות, המרוחקות פעמים מבתי המשפט והמעוגנות בחוויות יומיומיות.³⁹ מחקרים כאלו הושפעו, מצד אחד, מן האסכולה הביקורתית של מישל פוקו (Michel Foucault) ודרידה (Derrida). פוקו ודרידה הנחילו את התובנה כי המשפט הוא מוצר אלים של המעמד הבינוני והגבוה; מוצר חברתי שעניינו למזער אלטרנטיבות שלטוניות לקפיטליזם. לכן, שליטה ומשמוע של אוכלוסייה נוקפו לא רק לבתי משפט אלא גם למוסדות רבים אחרים, תוצרי הבורגנות, היכולים להבנות מודעות ותודעה ציבוריים, כגון מוסדות דת. זרם התודעה המשפטית מצא עניין לא רק במדינות מערביות אלא גם

39. ראו: Patricia Ewick and Susan S. Silbey, *The Common Place of Law: Stories From Everyday Life* (1998).

במדינות לא מערביות ופוסט־קולוניאליות ובניסיון להבין כיצד הקולוניאליזם יצר תודעה משפטית הגמונית ותודעות משפטיות המאתגרות אותה.⁴⁰ מצד אחר, השפעה רבה הייתה גם לזרם של הפלורליזם המשפטי (Legal Pluralism), שהדגיש את המגוון העצום של פרקטיקות ותפיסות, שהן אלטרנטיביות למשפט המדינה ופעמים רבות אינן צפויות על ידיו. בעוד הגישות הביקורתיות של פוקו ודרידה מבקשות לגרש את המשפט האלים מן הפוליטיקה, הרי הפלורליזם המשפטי רוצה לבחון כיצד זהויות שונות נושאות מסורות משפטיות שונות, שאינן נובעות מן הריבון, אבל יכולות לאתגר אותו. בעוד דרידה הדגיש את המרכז האלים של המשפט, באמצעות המדינה, ובעוד פוקו האמין כי המשפט הוא ביסודו ביטוי של הריבון, וכי האידיאולוגיה של הריבנות היא למעשה הביטוי המלא ביותר של המשפט, סברו הפלורליסטים של המשפט כי המשפט הוא אתר רב ממדי שאינו מתמצה כלל ועיקר בריבנות או בצנטרליזם פוליטי. הנה, לדוגמה, סאלי אן מרי (Sally Engle Merry) בוחנת כיצד נשים בהוואי מגיבות על אלימות משפחתית תוך השוואה בין שלוש פרדיגמות פרקטיות, שכל אחת מהן היא משפט – חלק מן הנשים התמודדו עם אלימות משפחתית באמצעות פנייה למוסדות דת; חלק אחר פנה לבורריות קהילתיות שמטרתן להביא לידי שלום בית, וחלק אחר אימץ נורמות משפטיות בין לאומיות כדי לנצלן למטרות התדיינות משפטית.⁴¹ הפלורליזם המשפטי לא רק מתבונן בהיבטים נוספים על אלו של פסיקה וחקיקה, כגון גישורים ובורריות, אלא הוא גם מדגיש את קיומם של עולמות משפטיים אלטרנטיביים או משלימים את אלו של משפט המדינה. מסורות משפטיות אלו יכולות להיות תולדה של משפט קהילתי, מנהגים, דת ופרקטיקות שאינן מעוגנות רשמית במשפט המדינה אלא הן מאתגרות אותו, מכיסות אותו, מובסות על ידיו או משלימות אותו.⁴² ההבנה כי המשפט הוא פוליטי, לא למרות הזהויות שבו אלא דווקא בעטיין, היא חשובה. הנה, נמצאנו למדים כי המשפט אינו אוטונומי כלפי מוסדות ותרבויות, ולא זו בלבד אלא שהוא גם אינו אוטונומי בתוכו עקב היותו נתון תמיד בתוכו לקונפליקטים חריפים של מסורות ופרקטיקות השואפות לקדם ולייצר משפט בצלמן. יתר על כן, המשפט אינו גוף אחיד ומונוליטי אלא מערכת מבוזרת למדי ובה גוונים רבים.

40. Jacques Derrida, "Force of Law: The 'Mystical Foundation of Authority'", *Acts of Religion* (Gil Anidjar – ed., 2002) 228; Michel Foucault, "Disciplinary Power and Subjection" (להלן: *Power*), *Power* (Steven Lukes – ed., 1986) 229.

41. Sally Engle Merry, "Rights, Religion and Community: Approaches to Violence against Women in the Context of Globalization", 35 *Law & Soc'y Rev.* (2001) 39; Sally Engle Merry, *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice* (2006).

42. Legal Pluralism, Privatization, and Multiculturalism (Talia Fisher and Menachem Mautner – eds., proceedings of a conference, Tel Aviv University Law School, May 2007) 30-31 (להלן: *Legal Pluralism, Privatization, and Multiculturalism*); רב־תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטית – ספר הזכרון לאריאל רוזן־צבי ז"ל (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר – עורכים, תשנ"ח).

למצער, חוקרים הסבורים כי המשפט אחיד ומאוחד ידגישו את הפן הרשמי והפורמלי של המשפט, ובכך ימנעו מעצמם הבנה עמוקה שלו.

הדגשת פרקטיקות, אמונות ונורמות המבנות משפט אלטרנטיבי למשפט המדינה אינה פוטרת אלא דווקא מחייבת ניתוח של המדינה ומוקדי הכוח הפוליטי המדינתיים במשפט. העובדה שהמשפט אינו אחיד ואינו מאוחד אין פרושה שאין במשפט מרכיבים ברורים של כוח פוליטי, ובכלל זה כוח פוליטי מדינתי. מדע המדינה הראשוני, עד לשנות השישים של המאה הקודמת, עסק בעיקרו במיפוי של משטרים פוליטיים, לפי המסורת האריסטוטלית, שהניחה כי סיווג משטרים פוליטיים ילמד על התפתחותו העתידית של כל סוג משטר. בנוסף, מדע המדינה הקלאסי הושפע מאוד מן התפיסות הובריאניות, שלפיהן המדינה היא ארגון השולט באמצעות אלימות לגיטימית. לפיכך, דגש רב ניתן לשאלה במדע המדינה, מהם מקורות הלגיטימציה והלגליזציה של משטרים פוליטיים. הנחת המוצא הייתה כי אין קיום למדינה לאורך זמן, וודאי לא לדמוקרטיה, בלא שורשים חברתיים ופוליטיים, שמעניקים לה לגיטימציה כמנגנון של שליטה באמצעות אלימות וציות. הגישה הובריאנית הייתה הגישה הדומיננטית לעניין זה מסוף המאה ה-19 ואילך והיא הביאה לידי ביטוי מסורות רפובליקניות, אנטי-מונרכיסטיות, ממחצית המאה ה-17 ואילך. ההנחה הובריאנית הייתה כי כדי להתקיים, מדינה חייבת להיות מאופיינת במקורות לגיטימציה דתיים, כריזמטיים או חוקתיים.⁴³ עם זה, מקס וובר (Max Weber) נכשל בהבנה שכוח פוליטי מדינתי לא בהכרח יונק את קיומו ממקורות של לגיטימציה המקנה אשראי ציבורי לשלטון. פעמים רבות ייתכן שהכוח הפוליטי עצמו מצמיח לעצמו את הלגיטימציה ומעצב את משמעויותיה של הלגליות. לשון אחר - לא מקורות החוקתיות מעצבים את הכוח הפוליטי אלא הכוח הפוליטי מעצב את החוק והחוקתיות באופן שיהלום את האינטרסים שלו.⁴⁴ הגישה הובריאנית וגישות דומות לה מניחות כי יסוד המדינה החוקתית ויסוד הדמוקרטיה הוא בתפיסות חוק שעיצבו את האופן שבו הכוח הפוליטי ישלוט. לפיכך ההנחה היא כי הכוח הפוליטי אינו אוטונומי ומשוחזר מן החוק אלא כפוף לו וכי שיח של חוקתיות יאפשר לאזרח יכולת לנהל מעין משא ומתן פרקטי עם המדינה על גבולות התערבות המדינה בחברה האזרחית.⁴⁵

43. ראו: Power, 28; Max Weber, "Domination by Economic Power and by Authority", *Power*, 28 (לעיל, הערה 40).

44. Robert W. Gordon, "New Developments in Legal Theory", *The Politics of Law*: 413 (להלן: *The Politics of Law: A Progressive Critique* (David Kairys - ed., 1990) 413; Boaventura Santos De Sousa, *Towards a New Common Sense: Law, Science and Politics* Gad Barzilai, "Beyond Relativism: כן ראו: *in the Paradigmatic Transition* (1995) Where is Political Power in Legal Pluralism?", *Legal Pluralism, Privatization, and Multiculturalism* (לעיל, הערה 42).

45. ראו: Power, 243; Gerhard Lenski, "Power and Privilege", *Power*, 243 (לעיל, הערה 40); Jermey Waldron, "Rights and Needs: The Myth of Disjunction", *Legal Rights: Historical and Philosophical Perspectives* (Austin Sarat and Thomas R. Kearns - eds., 1997) 87

מצד אחר, לפי הגישה הביקורתית חברתית כלפי המדינה, כך על פי קרל מרקס (Karl Marx), דווקא החוק אינו אוטונומי ומשחרר מן הכוח הפוליטי אלא הוא כפוף לכוח פוליטי, המייצג אינטרסים כלכליים-חברתיים של הבורגנות. במילים אחרות, החוק הוא מרכיב בכוח פוליטי, שאינו נושא עצמאית את עצמו אלא הוא מיוצר על ידי מעמד חברתי של בורגנות.⁴⁶ לפיכך, מול הגישות הווריאנטיות לחוק ולמדינה, בלטו בהקשר זה גישות מרקסיסטיות, ניאו/פוסט-מרקסיסטיות וגישות קולוניאליסטיות. הגישות המרקסיסטיות, כגון של קרל מרקס והוגים כגון לואיס אלטוסר (Louis Althusser), הדגישו את העובדה שהמשפט הוא ביטוי מובהק ואפילו מוחלט לכוח פוליטי בלא עצמאות משמעותית משל עצמו והוא פועל כשיקוף ולעיתוננו של הריבוד החברתי-כלכלי.⁴⁷ בהתאמה, המשפט המודרני, המשפט של המדינה, הוא ביטוי שלטוני מובהק לאידיאולוגיה של המעמד הבינוני והגבוה ולאינטרסים החברתיים שלהם לנטרל את המעמד הפרולטרני מכווח החברתי הפוטנציאלי. לפי הביקורת החברתית, משפט המדינה הוא ביטוי הצהרתי וכן אמצעי מכונן בידי הבורגנות לעצב תודעה ציבורית הרואה בחובת הציות למדינה הבורגנית את החובה האזרחית העליונה. מרקס עצמו ראה בלגלים ליברלי סכנה חמורה, שכן שיח של זכויות ליברליות, כגון זכויות קניין, מרחיק את הציבור מן הצורך לכונן תודעה קהילתית פרולטרית, שתאפשר מאבקים בזכות צדק חברתי.

הנה, ניתן לטעון כי המשפט הישראלי ניתן להבנה לא רק באמצעות ניתוח אידיאולוגיה משפטית של "מהפכה חוקתית" אלא ניתן להבינו כביטוי מובהק לאינטרסים חברתיים של המעמד הבינוני והגבוה, אינטרסים שיכולים להתבטא באמצעות שיח של אינטרסים מקצועיים⁴⁸ וקידום של זכויות קניין פרטיות.⁴⁹ אלטוסר שיכלל את הגישה המרקסיסטית היסודית בהתייחסותו לשני סוגים של מנגנונים המייצרים שליטה: מנגנונים של דיכוי פיזי, כגון צבא ומשטרה, ומנגנונים של דיכוי אידיאולוגי, כגון מוסדות משפט, חינוך ותקשורת.⁵⁰ הבנת מערכת החוק המודרני מחייבת התייחסות לא רק למה שהמשפט אומר אלא גם לאופן שבו המשפט אוכף עצמו כאמצעי של פוליטיקה מעמדית חברתית ומחלחל אל מחוזות חברתיים שונים של החברה האזרחית ומשכנע כי ציות למשפט המדינה הוא הכרחי בכל תנאי ובכל מצב. למשל, פוקו טען כי המשפט הוא אמצעי בידיה של הבורגנות

46. ראו: Karl Marx, "On the Jewish Question", *Marx's Early Writings* [1843] (Rodney Livingstone and Gregor Benton – trans., 1975) 211; Karl Marx, "The Eighteenth Brumaire of Louis Bonaparte", *Karl Marx and Friedrich Engels: Collected Works* [1852] (1975) p. 99.

47. ראו: Louis Althusser, *Lenin and Philosophy and Other Essays* (Ben Brewster – trans., 1971).

48. רונן שמיר, "הפוליטיקה של הסבירות – שיקול דעת ככוח שיפוטי", תיאוריה וביקורת 5 (1994) 7.

49. איל גרוס, "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד – כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 405.

50. Althusser (לעיל, הערה 47).

לשכנע את הציבור הרחב כי האידיאולוגיה הבורגנית מבטאת את האמת המוחלטת. המשפט הוא אמצעי לשכתב את ההיסטוריה ולהציג בפני הציבור הרחב "אמת" מסוימת כמשטר של "אמת מוחלטת" שסביבה ראוי כי תשרור משמעת מוחלטת, דיסציפלינריות.⁵¹ בתובנות אלו יש תרומה ממשית למחקרי פוליטיקה ומשפט, שכן הן מבהירות כי המשפט אינו רק ביטוי לתודעה אלא הוא מכונן תודעה. הנחת מחקר כזו תעודד מחקרים, שעניינם להבין לא רק כיצד המשפט אוכף ונאכף אלא כיצד הוא משמש לעיצוב הצרכים האנושיים.

בנקודה זו בולט מאוד ההבדל בין מחקרי תרבות, כפי שהצגתי אותם לעיל, לבין גישתו של פוקו לתרבות, שמוסיפה היבט חשוב של הבנת הפוליטיקה במשפט. הראשונים הדגישו את היווצרות התרבות כתהליך אוטונומי של תרגום זהויות לפרקטיקות, בעוד פוקו הדגיש כי המשפט והתרבות הסובבת אותו הם אמצעי שכנוע, שמקורם באינטרסים פוליטיים המזוהים על בסיס מעמד חברתי ומנגנוני שליטה של המדינה. תרבות, לרבות תרבות משפטית, היא סוכן (agent) ומבנה (structure) בעת ובעונה אחת. היא סוכן של אינטרסים חברתיים-כלכליים-פוליטיים, אך היא גם מכוננת אידיאולוגיה המציבה פרשנות אחת כ"משטר של אמת", בלשונו של פוקו, שלא ניתן ולא ראוי לאתגר אותו. בכך מצליח פוקו לגאול את המשפט והתרבות מן האצטלה "האובייקטיבית" שלהם. דרידה, יותר מפוקו, הקדיש את מרצו להסביר את האלמנטים האלימים של המשפט, את העובדה כי באשר נסתכל המשפט הוא אלים, מבחינה פיזית ותרבותית כאחת.⁵² ביישום הנחות אלו למחקרי משפט ופוליטיקה בישראל ניתן לקבוע כי העניין המחקרי יהיה הבנת המנגנונים והתהליכים המדינתיים והקהילתיים, שמעצבים את המשפט לגווניו השונים כאמצעי לייצר ולשעתק ציות חברתי לאמת מוחלטת, שאותה מציג, כביכול, המשפט. ביתר פירוט, בהקשר זה תוצג האידיאולוגיה הצינונית לא רק כאידיאולוגיה משפטית אלא גם כאידיאולוגיה של "אמת מוחלטת" המיוצרת על ידי המשפט כאמת שציות לה הוא הכרחי והיעדר ציות לה מלמד על "סטייה" חמורה שראוי להיענש עליה.⁵³

בהמשך לפוקו ודרידה, תפיסות קולוניאליסטיות תרמו לא רק לשכלול תיאוריות של מדינה ומשפט אלא גם לגיבוש פרספקטיבות היסטוריות בנוגע להן. הטענה המרכזית של ביקורת הקולוניאליזם, ובהקשר המזרח תיכוני – אוריינטליזם, הייתה כי מדינות לאום הכחידו פרקטיקות וגורמות שקדמו להן, ואחר כך התייחסו למיעוטים אנדוגניים כאל זרים או מהגרים ובכך קיפחו אותם והצדיקו מבחינה משפטית הפליה קשה כלפיהם. בהקשר המשפט הישראלי הטענה המרכזית היא כי היישוב היהודי תחת השלטון המנדטורי היה ממולכד, מתוך בחירה, בין היותו קולוניאליסטי ביחס לפלסטינים לבין מאבקו בקולוניאליזם הבריטי.⁵⁴ בהקשר רחב יותר, הביקורת הקולוניאליסטית קוראת להבנת

51. Foucault (לעיל, הערה 40).

52. Derrida (לעיל, הערה 40).

53. ראוי: 25 (2003) 21(2) *Social Text* "1948: Law, History, Memory", Samera Esmeir.

54. ראוי: Ronen Shamir, *The Colonies of Law: Colonialism, Zionism and the Law in Early Mandate Palestine* (2000); Geremy Forman and Alexander (Sandy) Kedar, "Colonialism, Colonization and Land Law in Mandate Palestine: The Zor al-Zarqa and

מדינת הלאום לא רק בתחומי ממשל אלא כמבנה המייצר תרבויות הגמוניות, המקדמות משפט משלהן, על חשבון תרבויות שקדמו להן תוך הדברת משפט קהילתי, ככל שזה מסכן את משפט מדינת הלאום.⁵⁶ עוצמתו ההיסטורית של הקולוניאליזם טמונה באופי האליטות הפוליטיות המגיעות אותו ובעוצמת האינטרסים הכלכליים-חברתיים המניעים אותו. בעוד גישות אחרות לניתוח המדינה והמשפט התייחסו למדינה כאל יצרנית של תרבויות הגמוניות ואידיאולוגיה משפטית וכסוכנת שליטה בחברות אורחיות, הרי הביקורת הקולוניאליסטית הראתה כי המדינה מנסה גם לשנות תהליכים היסטוריים באמצעות שינוי הזיכרון ההיסטורי ומחיקת תרבויות קודמות לה. כך, למשל, בהקשר המשפט הישראלי, טענו מחקרים כי בתי המשפט ואליטות מקצועיות מנסים למנוע את גיבושו של זיכרון היסטורי פלסטיני – כמיעוט אנדוגני – בין באמצעות פיתוח של שיח זכויות פרט, המדיר שיח של זכויות קיבוציות, ובין באמצעות הטלת סנקציות חברתיות על ניסיון פלסטיני לספר מבחינה פוליטית את הנרטיב ההיסטורי הפלסטיני, המאתגר טענות יסוד של הממסד הציוני.⁵⁶ גישות ביקורתיות חברתיות אלו מקדמות אותנו לקראת הבנה עמוקה יותר של המנגנונים הפוליטיים במשפט. כמובן, המשפט עצמו אינו אחיד ובתוכו יש מאבקים פוליטיים קשים. פייר בורדייה (Pierre Bourdieu) קבע כי החיים האנושיים מתנהלים בשדות חברתיים, שבהם יש אידיאולוגיות דומיננטיות המכתיבות והמשקפות יחסי כוח. המשפט הוא מוצר כוחני גם אם תלותו במעמד חברתי מסוים אחד בלבד, הבורגנות, אינה מוחלטת ונהנית מאוטונומיה מסוימת.⁵⁷ בורדייה מוביל אותנו למחקרים השואלים שאלות על המשפט כשדה קונפליקטואלי, עם שלל מרכיביו האנושיים והמוסדיים, כגון שופטים, עורכי דין, מחוקקים, רגולטורים, אקדמיה משפטית ועוד... על פי טענתו של בורדייה השחקנים האלו יחלקו אידיאולוגיה משפטית דומה (דוכסה) אך גם ינהלו קונפליקטים חזקים ביניהם על עוצמה בשדה המשפטי. יישום טענותיו של בורדייה במחקרי פוליטיקה ומשפט בישראל ייתכן שיניב מחקרים מרתקים. הנה, למשל, אם ניטול את הדוגמה של "מהפכה חוקתית", תישאל השאלה כיצד מאבקי כוח בתוך השדה המשפטי הביאו לידי

Barrat Qisarya Land Disputes in Historical Perspective", 4 *Theoretical Inq. L.* (2003) 491; Assaf Likhovski, *Law and Identity in Mandate Palestine* (2006); Assaf Likhovski, "Colonialism, Nationalism and Legal Education: The Case of Mandatory Palestine", *The History of Law in a Multi-cultural Society: Israel, 1917-1967* (Ron Harris, Alexander (Sandy) Kedar, Pnina Lahav and Assaf Likhovski – eds., 2002) 75

55. ראו: Bryant Garth and Joyce Sterling, "From Legal Realism to Law and Society: Reshaping Law for the Last Stages of the Social Activist State", 32 *Law & Soc'y Rev.* (1998) 409.

56. ראו: חסן ג'בארין, "לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני – אורחות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי", פלילים ט (תשס"א) 53; כן ראו: Barzilai (לעיל, הערה 30); Esmeir (לעיל, הערה 53).

57. ראו: Pierre Bourdieu and Democratic Politics (Loic Wacquant – ed., 2005).

כינונה של אותה אידיאולוגיה, לא עקב סיבות של אינטרסים מעמדיים בלבד אלא עקב סיבות של מאבקי כוח בתוך השדה המשפטי גופו.

5. המינויות של המשפט - לימודי מגדר, העדפות מיניות ומשפט אמביוולנטיות ביקורתית כלפי הפטריארכיה הפוליטית במשפט הוצגה גם על ידי גישות פמיניסטיות. גישות פמיניסטיות ביקורתיות כלפי משפט המדינה שאפו להבין כיצד המדינה מבנה את המשפט כביטוי של פטריארכיה ולקידום הגמוניה פטריארכלית בחיים הציבוריים והפרטיים. בדומה לכך, גישות פמיניסטיות קהילתניות סברו כי הדגשה רבה מדי של שינוי משפט המדינה זונחת אפשרויות לעבודה קהילתית עם נשים כדי להביא לידי עיצוב תודעה חברתית נשית. שני סוגים אלו של תפיסות מגדריות חתרו לא רק לשינוי סטריאוטיפיזציה נגד נשים ולא הסתפקו ברפורמות חקיקה בלבד אלא שאפו להביא לידי פירוק מנגנוני הכוח הפוליטי, שמנציחים הפליה קשה כלפי נשים. לעומת זאת, גישות פמיניסטיות ליברליות שאפו דווקא לעשות שימוש בשיח ליברלי של משפט המדינה כדי לדרוש שוויון לנשים על בסיס אינדיבידואלי, במסגרת הממסד הפוליטי הקיים, תוך שימוש ברגולציה מדינתית לצורכי קידום נשים והסרת מכשולים בפניהן, באמצעות הבניית מנגנוני קידום (למשל, "העדפה מתקנת") וקרימינליזציה של התנהגות מינית בלתי הולמת.⁵⁸ היריבות בין גישות פמיניסטיות, החותרות לביקורת הפוליטיקה המדינתית, לבין גישות המעוניינות לנצל את המדינה לצורכי שוויון אינה רק תיאורטית אלא היא גם אפיסטמולוגית ולה השלכות מעשיות. פמיניזם ביקורתי מעוניין בשינוי של עצם היסודות של המשטר הפוליטי והאידיאולוגיה המשפטית שלו ופמיניזם קהילתני מדגיש כי שאלות לגליסטיות אינן לב העניין אם המטרה היא כינון תודעה נשית אלטרנטיבית לפטריארכיה.⁵⁹ לעומת זאת, פמיניזם ליברלי מתמקד בניצול של המבנה המשפטי הפוליטי הקיים לצורכי השגת שוויון מגדרי, במסגרת האידיאולוגיה של משפט המדינה, וזאת לרבות באמצעות חקיקה והתדיינות בבתי משפט תוך קבלת כללי המשחק של הממסד הפוליטי.⁶⁰ מגוון כזה של גישות פמיניסטיות יכול להביא לידי מחקרים מרתקים על מגדר והמשפט הישראלי, וזאת בכל הנוגע לפחות לשלוש דילמות חשובות. ראשית, כיצד המשפט הישראלי מכונן פטריארכליות וכיצד ניתן לשנותה. שנית, כיצד המשפט הישראלי מכונן סטריאוטיפיזציה מינית ומקדם אותה, וכיצד ניתן בכלים משפטיים להתמודד עם סטריאוטיפיזציה מינית, המעגנת הפליה כלפי נשים. שלישית, האם שיה זכויות, ואיזה שיה

58. Barzilai (לעיל, הערה 30) בעמ' 147-208.

59. שם.

60. ראו: Frances Olsen, "The Sex of Law", *The Politics of Law*, 453 (לעיל, הערה 44); Kimberle Williams Crenshaw, "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color", *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement* (Kimberle Crenshaw, Neil Gotanda, Gary Peller and Kendall Thomas - eds., 1995) 357 (להלן: *Critical Race Theory*).

זכויות, חשוב לכינונו של משטר שוויוני יותר על בסיס מגדרי.⁶¹ חשוב לציין כי דילמות דומות וגישות דומות בנוגע למשפט המדינה ומיניות קיימות גם בשיח הקווירי, כלומר במחקרים על הקשר בין משפט לבין אידיאולוגיה מינית הטרוסקסואלית וההפליה כלפי הומוסקסואלים, ביי-סקסואלים וטרנס-סקסואלים.⁶²

6. אתניות ומרחב במשפט

הכוח הפוליטי במשפט לא זוהה בספרות המחקרית רק על בסיס תרבות הגמונית, מעמד חברתי, מגדר והערפה מינית. לנוכח הקשר הברור בין אתניות למוקדי הכוח הפוליטי של מדינות חלה פריחה של ספרות ביקורתית על המשפט, שהדגישה את ההערפה האתנית שמקודמת על ידי אידיאולוגיות משפטיות. הטענה המרכזית היא כי מבני הכוח הפוליטי של מדינות עיצבו וניצלו את מגגנוני המשפט באופן שהקנה העדפה לקבוצה הדומיננטית מבחינה אתנית בחברה נתונה. לפיכך, הכוח הפוליטי במשפט בא לידי ביטוי גם בניצול מגגנוני המשפט כדי לקדם קבוצה אתנית דומיננטית ולהדיר קבוצות מיעוט אתניות בין שמדובר במהגרים או במיעוטים אנדוגניים.⁶³ למרות המרכיב האתני של מוקדי הכוח הפוליטי בישראל, שעוצבו במיוחד על ידי אליטות יהודיות מזרח אירופיות, בוודאי עד סוף שנות השבעים, לא התפתח זרם מחקרי מקביל לגבי המשפט הישראלי, להוציא מחקרים בודדים.⁶⁴ המרכיב האתני-דיבורי של המשפט הישראלי כמעט לא עבר ביקורת מקצועית עד כה. בהקשר של המשפט הישראלי ניתן לשער כי מחקרים על האתניות במשפט חייבים להתיחס גם למשפט כמקדם וכמשקף בידול גיאוגרפי, כלומר כיצד מזרחיים בודלו במדיניות ציבורית מכוונת לאזורים גיאוגרפיים שנתפסו כפריפריאליים.

הפוליטיקה מעצבת את המשפט גם לפי שיקולים של שליטה במרחב והצורך לקדם אינטרסים של קבוצות דומיננטיות במרחב נתון. כך, למשל, מחקרים לימדו על האופן שבו נעשה שימוש במשפט פלילי כדי לעצב את המרחב הגיאוגרפי של ערים כך שמיעוטים אתניים ינושלו ממקומות מרכזיים. מחקרים אחרים לימדו על העובדה שעיצוב מפות הוא אמצעי סמלי במאבק בין מיעוטים אנדוגניים לבין רוב דומיננטי.⁶⁵ הגלובליזציה הניאור-

61. ראו: Prina Lahav, "A Jewish State... to Be Known as the State of Israel": Notes on Israeli Legal Historiography", 19 *Law & Hist. Rev.* (2001) 387; Leora Bilsky, "Giving Voice to Women: An Israeli Case Study", 3 *Israel Affairs* (1998) 47; אורית קמיר, *שאלה של כבוד – ישראליות וכבוד האדם (תשס"ה)*; פנינה להב, "כשהפאליאטיב רק מקלקל" – הדיון בכנסת על חוק שיווי זכויות האשה", *זמנים* (1993) 149.

62. ראו: יובל יונאי ודורי ספיבק, "בין שתיקה לגינוי – הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל 1948-1988", *סוציולוגיה ישראלית* א (תשנ"ט) 257.

63. ראו: *Critical Race Theory* (לעיל, הערה 60).

64. מנחם מאוסנר, "בית דין רבני בנתיבות", *תיאוריה וביקורת* (1998), 467, 12-13.

65. ראו: Issachar Rosen-Zvi, *Taking Space Seriously: Law, Space and Society in Contemporary Israel* (2004); *The Geography of Law: Landscape, Identity, and Regulation* (William Taylor – ed., 2006); Steve Herbet, "The Unbearable Lightness

ליברלית, בתורה, עוד מגדילה את הקונפליקטים על המרחב עקב אינטנסיביות ביחסים בין המקומי, המדינתי, האזורי, הטרנס-מדינתי והעולמי תוך שינויים לא רק בהקשר הכלכלי-חברתי אלא שינויים בשדה המשפטי הבין לאומי, שמהווה חלק מיחסי הכוחות החברתיים-פוליטיים.⁶⁶ לשון אחר – הגלובליזציה מאפשרת למיעוטים להאיץ את מאבקם כנגד הדרתם, אך הגלובליזציה גם מאפשרת למדינות לדכא מיעוטים באמצעות פיתוח שיח זכויות אינדיבידואלי על חשבון שיח זכויות קהילתי. בהקשר הישראלי לימדו מחקרים על האופן שבו הפניית אוכלוסיות לאזורים שונים בישראל הייתה ביטוי לשאיפות שלטוניות של קבוצות הרוב על חשבון המיעוטים, וכיצד הצרת יכולת התנועה של המיעוט במרחב נועדה לצמצם את חירויות המיעוט.⁶⁷

הנה, מגוון הגישות שאותן ניתחתי לעיל מלמד על מורכבות המאמצים לנתח משפט ופוליטיקה. האתגר לנתח כיצד המשפט מעצב פוליטיקה ופוליטיקה מעצבת משפט הוא רק בתחילתו, אך שלל הגישות מלמד על עומק המשימה והיקפה. לדעתי חשוב להיענות למשימה זו גם בהקשר הישראלי. לכך אקדיש את פרק הסיכום של מאמרי.

ג. סיכום – הרהורים על אתגרי המחקר של פוליטיקה ומשפט בישראל

לנוכח כל האמור לעיל ניתן לטעון כי משפט הוא מרכיב בפוליטיקה, המקדם ומכונן אינטרסים באמצעות התוויית קטגוריות נורמטיביות של אסור/ רע ומותר/ טוב המוטבעות בהדרגה בתודעה האנושית. אני סבור כי הגדרה כזו, שאותה אני מציע, חייבת להנחות את עתידם של מחקרי פוליטיקה ומשפט בישראל. אבהיר כי בהרהורים על הגישות הרצויות לניתוח משפט ופוליטיקה בישראל ובכלל, איני נוטה לייחס חשיבות רבה לאופייה המכשירי של מתודולוגיה. השאלה אם לנקוט בניתוח נתונים כמותי או איכותני היא מבחינתי משנית, שכן אמצעי המתודולוגיה חייבים להיענות לצרכים תיאורטיים ולא להפך. התלבטותי היא במקום אחר: האם להמליץ לחוקרים לעבוד בעיקר על עיצוב האמצעים החוקתיים לשפר בקרה אורחית דמוקרטית, או דילמא להקדיש את מרצם לביקורת חברתית ופוליטית של עולם המשפט. ניתן, לכאורה, להמליץ על התכת שני כיווני מחקר אלו, אך השאלה היא איפה לשים את הדגש האינטלקטואלי המרכזי שלנו? כפי שניתחתי בפרקים

of Community", *Citizens, Cops, and Power: Recognizing the Limits of Community* (2006) 134.

66. ראוי: Yishai Blank, "Localism in the New Global Legal Order", 47 *Harv. Int'l L.J.* (2006) 263; Yishai Blank, "The City and the World", 44 *Colum. J. Transnat'l L.* (2006) 875.

67. ראוי: Ronen Shamir, "Suspended in Space: Bedouins under the Law of Israel", 30 *Law & Soc'y Rev.* (1996) 231; Yossi Yonah and Ishak Saporta, "Israel's Politics of Lands and Dwelling: The Republican Discourse and its Pray", 8 *Social Identities* (2002) 91 אלכסנדר (סנדי) קדר, "זמן של רוב, זמן של מיעוט – קרקע, לאום, ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 665.

הקודמים של מאמרי, קיימים הבדלים משמעותיים, בעיקרם תיאורטיים ואפיסטמולוגיים, בין גישות שונות.

יובהר כי התחום של מחקרי מדע המדינה ומשפטים, כתחום משולב, הוא בעל היסטוריה משמעותית בקנה מידה ישראלי והוא חוזר לתחילת שנות החמישים לפחות, למשל בכתביו של בנימין אקצין, פרופסור למשפט חוקתי ומדע המדינה מן האוניברסיטה העברית, ירושלים. אקצין, שהיה גם דמות מעורבת מבחינה פוליטית, ובין השאר מזכירו של זאב ו'בוטינסקי, היה תלמידו של הפילוסוף הגרמני של המשפט, הנס קלזן. הוא גיבש כיוון דיסציפלינרי של הבניית מערכת חוקתית לישראל באופן שיבטיח את שימור הדמוקרטיה בה. לכן, אקצין בהקשר הישראלי, בדומה לקלזן לפניו, בעת מלחמת העולם השנייה ולאחריה, ביקש לאתר את הנורמות המשפטיות הבסיסיות שעליהן יש לבסס את מפעל שלטון החוק בישראל. למפעלו המרשים של אקצין היו שותפים רבים וממשיכים בולטים, וביניהם יש להזכיר את הנס קלינגהופר, בנימין פלר, גד טרסקי, אהרן ברק ויצחק זמיר. בעוד אקצין ניסה להגדיר את היסודות הבסיסיים של משטר חוק לישראל ואת הקשרים הבסיסיים בינו לבין מדיניות ציבורית, הרי ממשיכיו ביקשו בעיקר לעצב קודיפיקציה חקיקתית. אהרן ברק בולט במיוחד בניסונו להאיץ תהליך של מעורבות שיפוטית אינטנסיבית כאמצעי לשרש ולהעצים אידיאולוגיה משפטית של מדינה "יהודית ודמוקרטית".

אין ספק כי בישראל יש פיתוי רב ומובן להמשיך במסורת מחקרית זו של משפט ופוליטיקה. יש בישראל פיתוי רב בקרב מלומדי משפט להמליץ על רפורמות שבאמצעותן, אולי, ישתפר כושר הממשל של המדינה; אך בכל הכבוד הראוי לאסכולה האקצינית, הפוסט-קלזונית, אני מבקש להמליץ כאן על דרך שונה. ניתחתי לעיל והראיתי כי פוליטיקה מוטבעת במשפט, המשפט הוא שלוחה של הכוח הפוליטי, אם כי למשפט יש גם הגיונות משלו. המלך אינו עירום אלא הוא לובש כל העת מחלפות פוליטיות. לכן, לדעתי, ראוי להדגיש את הצורך במסורת מחקרית המדגישה את הבנת האופנים שבהם המשפט עצמו הוא מכשיר בידי הכוח הפוליטי לעומת מצבים שבהם המשפט מסוגל ומעוניין לאתגר כוח פוליטי. הנה, למשל, כדוגמה, לצד מחקרים העוסקים בניתוח מגמות של פסיקות בית המשפט העליון במשפט חוקתי ומנהלי בדבר עילות התערבות בשיקול דעת פקידי ציבור, ולצד מחקר שעניינו הגדרת עילות התערבות שיפוטית, רצוני הוא להמליץ על כיווני מחקר נוספים השלובים בספרות התיאורטית והמחקרית שתיארתי לעיל. בין השאלות שהייתי מציב: מהם השינויים הפוליטיים והחברתיים בישראל שהביאו לידי גידול בציפיות הציבור למעורבות שיפוטית? מיהן קבוצות הכוח בתוך הממסד ומחוצה לו, המעוניינות או המתנגדות לפיקוח שיפוטי כאמור? האם פיקוח שיפוטי הוא הדרך המתאימה להתמודד עם שחיתות של פקידי ציבור ומהן דרכי המאבק המשפטי-ציבורי האלטרנטיביות כדי להיאבק בשחיתות ציבורית?

במילים אחרות, רצוני הוא לעודד לא רק מחקרים שעניינם הבנת כללי המשחק הפנימיים של עולם המשפט, אלא לעודד מחקרים, המניחים כי המשפט אינו אוטונומי וכי לכן תנאי יסוד להבנתו הוא חשיפת המנגנונים הפוליטיים במשפט. כוונתי אינה רק להמליץ על שאלות המוסיפות למחקר הקיים ממדים של הבנת הקשר בין כוח פוליטי לבין משפט מדינתי. הרבה יותר מכך: יש לנצל את שפע התיאוריות

הקיימות בתחומי המחקר של כוח פוליטי ומשפט כדי להפנות את זרקורי המחקר לסדרת דילמות קריטיות שעניינן כוח פוליטי ואתרי משפט מגוונים ברמת הפרקטיקות האישיות, הקבוצתיות, הקהילתיות והגלובליות. הנה לדוגמה, מיהן קבוצות הכוח החברתיות המניעות כיום את עיצוב המשפט הישראלי - ברמת הלאום וברמה מקומית - והאם יש דרכים להכליל קבוצות רבות יותר בעת עיצוב "שלטון החוק"? כיצד מושפע "שלטון החוק" בישראל מתהליכי גלובליזציה ניאוליברלית וכיצד משפיעים תהליכי הגלובליזציה הללו על זהותן של קבוצות הכוח בישראל המניעות את עולם המשפט המדינתי והקהילתי? כיצד המשפט הישראלי מסייע לצמצום הפערים האזרחיים, שבין המדיניות הציבורית וקבוצות הכוח של המדינה היהודית לבין המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל או מגדיל אותם? מהם אמצעי הבקרה המשפטיים הפנימיים והבין לאומיים - מוסדיים ותרבותיים - העומדים לרשותם של אזרחי המדינה בניסיונותיהם לפקח על עיצוב וביצוע מדיניות ציבורית? האם המשפט הישראלי נגיש לקבוצות מקופחות, שנדחקו לפריפריה בחברה הישראלית, כגון עובדים זרים, מהגרים חדשים, מובטלים ועניים? האם שיה זכויות הפרט וזכויות האדם בישראל הוא הדרך הטובה ביותר לשרת מטרות של שינוי ושוויון חברתי או האם רצוי לנקוט שיטות מאבק קולקטיבי אחרות? באופן פרטני יותר, האם השיח הניאו-ליברלי משרת מטרות של שוויון חברתי והאם קיימות לו אלטרנטיבות, כגון שיה זכויות קבוצתיות? דילמות אלו ואחרות תסייענה במידה משמעותית להבנה חדה יותר ושיטתית יותר של תהליכים פוליטיים-מקומיים, לאומיים וגלובליים, המעצבים את המשפט הישראלי. אם הנחת היסוד היא כי המשפט הוא מרכיב בפוליטיקה, כפי שניתחתי כאן במאמרי, אזי עלינו להפשיל שרוולים ולהבין לעומק ובאופן שיטתי את האישיות הפוליטית של המשפט. אם לא נדע מהו המשפט, כיצד נדע מהו המשפט הראוי? אם לא נדע מהו המשפט, כיצד נביא לידי משפט הנאכף לא רק על נשלטים אלא גם על שולטים?

