

דבר העורך

אני גאה ושמח להוציא לאור את החוברת השנייה של כתב העת דין ודברים. חוברת זו מורכבת משני חלקים: חלק נושאי וחלק כללי.

ככתב עת משפטי בין תחומי, בחרנו להקדיש את חלקה הראשון של החוברת לנושא חדש הן בדיון האקדמי הבינלאומי והן בשיח המשפטי והאקדמי הישראלי – זיקות הגומלין שבין המשפט למרחב. באופן אישי, כמי שעוסק במשפט וגאוגרפיה, אני גאה להיות עורכו של כתב העת הישראלי הראשון המיוחד חוברת לתחום זה.

רבים מחוקרי המשפט, בין שהם משפטנים בין שהם אנשי דיסציפלינות אקדמיות אחרות, מתעניינים, חוקרים וכותבים כיום במסגרת בין תחומית שנהוג לכנותה "משפט ו" (Law And). השורשים וחלק ניכר מהענפים של מחקר בין תחומי זה מקורם במאה שעברה. הריאליזם המשפטי, שהתנגד לתפיסה האוטונומית וההרמטית של המשפט כתחום מגודר ומוגדר, המובחן מתחומי ידע אחרים, הוליד מחקר בין תחומי פורה בתחומים כגון ההיסטוריה והסוציולוגיה של המשפט ובנושאים קרובים אחרים. הן הגישות הביקורתיות למשפט (Critical Legal Studies) והן אסכולות הניתוח הכלכלי (Law and Economics) שהתפתחו בעקבות הריאליזם המשפטי, תורו ביתר שאת על התפיסה שהמשפט איננו מדע ותחום פעילות אנושית הנבדלים באופן קטגורי מתחומי ידע ופעילות אחרים. גישות חדישות נוספות, כגון משפט וספרות, גישות ביקורתיות של הגזע (Critical Race Theory), משפט ופמיניזם ועוד, מתאפיינות אף הן בהתבוננות במשפט המשלבת תחומי ידע נוספים.

לעומת פריחה בין תחומית זו, בלט עד העת האחרונה בהיעדרו חקר המשפט והגאוגרפיה. למעשה, עד השנים האחרונות הדיסציפלינות "משפט" ו"גאוגרפיה" כמעט לא שוחחו זו עם זו. למרות קיומם של מחקרים נקודתיים, לא התקיים תחום אקדמי מבוסס העוסק בשילוב שבין מרחב למשפט.

בשנות השמונים יצאו לאור מאמרים אחדים בנושא "משפט וגאוגרפיה" אך רק לקראת אמצע שנות התשעים החל התחום להתגבש. כך, כאשר ניקולס בלומלי (Nicholas Blomley) הוציא לאור בשנת 1994 את ספרו *Law, Space and the Geographies of Power*, הוא ציין בצדק כי "זהו ספר על אודות הגאוגרפיות של המשפט, נושא שבאופן היסטורי כמעט לא תועד ושהתיאורטיזציה שלו חסרה" (עמ' vii). בעשור האחרון החל המצב להשתנות: פורסמו

כמה ספרים וקבצי מאמרים המוקדשים למשפט וגאוגרפיה.¹ אוניברסיטאות החלו להציע קורסים בנושא והמונח Law and Geography אף קיבל הכרה רשמית כנושא באינדקס של קטלוג ספריית הקונגרס של ארצות הברית.

תחום מתגבש זה עניינו חקר האופנים שבהם המשפט, כמערכת של מוסדות, תהליכים, טקסטים ופרקטיקות, מעוצב על ידי הממדים הגאוגרפיים של החיים החברתיים והפוליטיים, ובה בעת, האופנים שבהם הגאוגרפיה של החיים החברתיים מעוצבת על ידי המשפט.² המחקר בתחום עוסק בנושאים מגוונים כגון מרחב פרטי וציבורי, עיור, גבולות, סגרגציה, גלובליזציה, קניין ומקרקעין, משאבי טבע ואיכות הסביבה, הגירה, המרחב הווירטואלי ונושאים רבים נוספים.³

במסגרת המתהווה של "גאוגרפיה ומשפט" אפשר לזהות כמה נקודות מבט שונות.⁴ גישה אחת, שניתן לכנותה "גאוגרפיה במשפט", ולה סממנים שצצו כבר אצל מונטסקיה בספרו על רוח החוקים,⁵ עוסקת באופנים שבהם משפיע המרחב על המשפט. מחקרים העוסקים בהבדלים הגאוגרפיים שבין מערכות משפט נכנסים לקטגוריה זו. כך ניתן לבחון עד כמה משפיעים התנאים הגאוגרפיים על עיצוב דיני המים באזורים צחיחים או עתירי

1. בין השאר ראוי לציין את ספרו של: David Delaney, *Race, Place and Law, 1836-1948* (1998), הבוחר את זיקות הגומלין שבין מרחב, משפט וגזע בהיסטוריה האמריקנית. Delaney ו-Blomley ערכו עם גיאוגרף משפטי נוסף, Richard Ford, ספר המקבץ מאמרים בתחום הגאוגרפיה של המשפט: David Delaney, Nicholas Blomley, eds., *The Legal Geographies Reader* (Stanford Law, 2001). בשנת 1996 הקדיש כתב העת: *Stanford Law Review* גיליון מיוחד לנושא "סקר מטפט וגבולות" (Surveying Law and Borders) שחלק ניכר מן המאמרים שפורסמו בו עסקו בזיקות הגומלין שבין משפט למרחב. בשנת 2000 ייחד כתב העת: *Historical Geography* גיליון ל-"Geography, Law and Legal Geographies". בשנת 2003 ייחד כתב העת: *Current Legal Issues*, היוצא בהוצאת אוקספורד, תוברת שלמה של קרוב ל-600 עמודים ל-"Law and Geography". שנה לאחר מכן פרסם כתב העת: *Society and Space* גיליון מיוחד העוסק ברובו בגאוגרפיה ומשפט. בד בבד החלו להתפרסם באופן סדיר בכתבי עת אקדמיים מאמרים העוסקים בתחום.
2. Nicholas Blomley, "Law and Geography", *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences* (Neil J. Smelser and Paul B. Baltes — eds., 2001) 8461.
3. ראו, למשל, את רשימת הנושאים והמאמרים המופיעים בתוך: David Delaney and Richard Ford — eds., *The Legal Geographies Reader* (Nicholas Blomley, David Delaney and Richard Ford — eds., 2001) 5. *Current Legal Issues (Law and Geography)* (2003).
4. להרחבה ראו: Sandy Kedar, "On the Legal Geography of Ethnocratic Settler States: Notes Towards a Research Agenda", *5 Current Legal Issues (Law and Geography)* (2003) 401.
5. מונטסקיה, על רוח החוקים (עידו בסוק - מתרגם, קלוד קליין - עורך, הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשנ"ח).

מים או לחקור את השפעת בידוד גאוגרפי על התפתחות דיני התחרות.⁶ גישה אחרת, שניתן לכנותה "משפט בגאוגרפיה", בוחנת את האופן שבו המשפט משפיע על המרחב, דוגמאות לכך הן מחקרים העוסקים בהשפעת דיני התכנון והבנייה או דיני הסדר ורישום מקרקעין על עיצוב המרחב.⁷ גישה שלישית מתנגדת לתפיסה לפיה "משפט" ו"מרחב" מהווים קטגוריות נבדלות וגורסת שמשפט, מרחב וחברה שלובים זה בזה באופן שלא ניתן להבין את האחד בלא האחר. האוחזים בגישה זו סבורים כי אין משמעות לשאלה אם "מדינת ישראל" היא ישות משפטית או מרחבית; אם "סילוק יד" הוא פעולה פיזית או משפטית; אם "קיבוץ" הוא מקום גאוגרפי, קבוצה חברתית או קטגוריה משפטית, והוא הדין גם בנוגע ל"מחסום", "מאחז בלתי הוקי", "יישוב בלתי מוכר" ומושגים רבים נוספים.

זאת ועוד, משפט, חברה ומרחב משפיעים זה על זה בתהליך של היוון חוזר מתמיד: כך, למשל, בשנת 1995 קיבלה מועצת מקרקעי ישראל את החלטה 737. החלטה זו, שהוצדקה לכאורה בצורך לאפשר לבני חקלאים להתגורר בסמוך להוריהם, התירה לכל משפחה החברה במושב או בקיבוץ לבנות בית צמוד קרקע על שטח של חצי דונם במחיר שהיה נמוך במידה ניכרת מערכו הריאלי. בפועל נוצלה החלטה זו לעתים קרובות לבניית שכונות וילות וקוטג'ים חדשות בצמוד למושבים וקיבוצים. "הרחבות" אלו שינו באופן דרמטי את המבנה המרחבי והחברתי של מושבים וקיבוצים, והחישו את תהליכי הפיכתם מיישובים חקלאיים, ליישובים פרבריים. החלטה 737 עוררה התנגדות חברתית עזה ששיאה עתירות שהגישו הקשת הדמוקרטית המזרחית והחברה להגנת הטבע. החלטה 737 נפסלה בפסק הדין בעניין **בג"ץ הקרקעות**⁸ והחלפה בהחלטה 959 שצמצמה הן את שטח המגרשים בהרחבות מחצי דונם ל-350 מ"ר והן את ההטבות הכלכליות שהיו גלומות בהחלטה 737. שינוי זה ודאי ישפיע בתורו על תצורת יישובים אלה והרכבם החברתי.

דוגמה נוספת אפשר להביא מפסק דינו של בית המשפט הגבוה לצדק בעניין "חומת/ גדר ההפרדה" (בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**)⁹ הממחיש עד כמה משפט ומרחב שלובים ומזינים זה את זה: בית המשפט מתאר את הפיזיות של הגדר/חומה במילים אלה:

אורכה של הגדר כולה, בכל ארבעת שלביה, הוא כ-763 ק"מ... כ-242 ק"מ של הגדר כבר הוקמו ופועלים באופן מבצעי. מתוכם כ-28 ק"מ בנויים כחומה (11%)...

6. ראו, למשל: Peter Kunzlik, "From Local to Global — The role of Geographical Isolation in Shaping Competition Law", 5 *Current Legal Issues (Law and Geography)* (2003) 483.
7. ראו, למשל: Sandy Kedar, "The Legal Transformation of Ethnic Geography: Israeli Law and the Palestinian Landholder 1948-1967", 33 *NYU J. Of International Law and Politics* (2001) 923.
8. בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25.
9. טרם פורסם. הציטוטים נלקחו מפסקאות 3-7 של פסק דינו של השופט ברק.

גדר ההפרדה היא מכשול הבנוי מכמה מרכיבים. "במרכזו עומדת גדר 'חכמה'. תפקידה להתריע בפני הכוחות הפרוסים לאורכה על כל ניסיון לעבור אותה. מצידה החיצוני של הגדר עובר מכשול נגד רכב, המורכב מתעלה או מאמצעי אחר, שיעודו למנוע פריצת הגדר באמצעות ניגוח של כלי רכב. כן מצויה גדר מעכבת נוספת. בסמוך לגדר נסלל כביש שירות... רוחבו הממוצע של המכשול, בצורתו האופטימלית, הוא 50-70 מטרים... במקרים מסויימים יכול המכשול להגיע לרוחב של עד 100 מטר בשל התנאים הטופוגרפיים."

אך החומה/גדר איננה רק פרויקט מרחבי עצום, אלא גם בעלת ממדים משפטיים אדירים:

גדר ההפרדה מוקמת בחלקה על קרקע פרטית. במצב דברים זה מתקיים הליך מינהלי של הוצאת צו תפיסה ותשלום פיצויים בגין השימוש במקרקעין. על צו התפיסה ניתן להשיג בפני המפקד הצבאי. אם ההשגה נדחית, ניתנת לבעל הקרקע שהות של שבעה ימים להגשת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק. מאז הוצאת הצווים הוגשו לנו למעלה משמונים עתירות. כמחציתן נמחקו לאור הסדר אליו הגיעו הצדדים. מחציתן האחרת נידונות בפנינו....

בעיצוב הגאוגרפיה המשפטית החדשה משמש בית המשפט העליון, עם גורמים נוספים, שחקן מרכזי:

לאחר פסק-הדין בפרשת בית סוריק... שונו קטעים בתוואי הקיים. השתנה התכנון של השלבים שטרם הוקמו... ביום 20.2.2005 נתקבלה החלטת ממשלה על תיקון תוואי הגדר. נאמר בהחלטה שהיא באה "לאחר בחינת המשמעויות הנובעות מפסיקת בג"ץ לעניין המשך ביצוע העבודות להקמת הגדר".... בעקבות החלטת הממשלה הוקמו צוותים מיוחדים אשר דנו במדיניות המעברים ובמשטר ההיתרים.

ברטוריקה שלו אף מאמץ בית המשפט, אמנם במרכאות, את חדירת המרחב הישראלי לשטחים ושכירת הריבונות הטריטוריאלית. באזור גאוגרפי משותף מתגבשת מציאות משפטית-מרחבית שונה לחלוטין לפלסטינים וישראלים:

חלק הגדר שבתוך אזור יהודה והשומרון מותר בצד ה"ישראלי" (המערבי) של הגדר כ-432 קמ"ר שהם כ-7.8% משטח אזור יהודה והשומרון. במרחב זה מתגוררים כ-8,900 תושבים פלסטיניים שיתו תחת משטר של היתרים... כל השטחים שהוכנסו לצד ה"ישראלי".... של הגדר... (להלן - מרחב התפר) - הוכרו כשטח צבאי סגור...

ההכרזה אסרה על כניסה ושהייה במרחב התפר, תוך קביעה כי האיסור אינו חל על ישראלים ועל מי שניתן לו היתר מהמפקד הצבאי... לאחר כחצי שנה... תוקנה ההכרזה. על-פי ההכרזה המתוקנת, האיסור להיכנס ולשהות במרחב התפר אינו חל על תושבים קבועים במרחב התפר... היתר כללי לכניסה למרחב ושהייה בו לכל צורך ניתן לתושבי מדינת ישראל... פלסטינים שאינם תושבים קבועים במרחב התפר חייבים להצטייד בהיתרי כניסה (ההדגשות שלי - ס"ק).

בעוד בית המשפט מאפשר את הבידול המשפטי-מרחבי שבין פלסטינים לשאינם כאלו, הוא מתערב בגאוגרפיה המתהווה ומורה לשלטונות לשקול מחדש את תוואי הגדר באופן שיצמצם את הפגיעה בתושבי חמישה כפרים המצויים במובלעת אלפי מנשה.¹⁰ כפי שהדוגמאות והמושגים לעיל מראים, פירוק הקטגוריזציה הדיכוטומית ל"משפט" ו"מרחב" הוא בעל פוטנציאל ביקורתי. פעמים רבות הוא גורם לערעור "המוכן מאליו" ו"הטבעי". מחקרים במשפט וגאוגרפיה מפנים את תשומת הלב לכך שלא ניתן להפריד בין ה"משפטי" ובין ה"גאוגרפי" בנוגע למקומות מעין אלו ומחדדים את העובדה שהמרחב הפיזי מסתיר מאחוריו ממדים חברתיים שאינם שוכנים סתם כך באופן טבעי באזור מסוים, אלא מעוצבים, מוגדרים ומתוחמים במידה רבה על ידי הכרעות פוליטיות ומשפטיות בעלות השלכות מרחביות וחברתיות מרחיקות לכת.

כפי שעולה בבירור מחלקה הראשון של החוברת זו, גם חוקרים ישראלים החלו לעסוק במשפט וגאוגרפיה בכלל, ומזווית ביקורתית בפרט. שלושה משפטנים, ישי בלנק, אמנון להבי ויששכר רוזן צבי, ושני גאוגרפים, אורן יפתחאל וארו צפדיה, המצויים בחזית מחקר הגאוגרפיה המשפטית בישראל משתתפים בכתיבת החוברת.

חלק זה נפתח במסה ביקורתית מקיפה שכתב ד"ר ישי בלנק, חלקה הראשון של המסה מפגיש את הקורא עם מושגי היסוד של הגאוגרפיה המשפטית. המחבר פורס מושגים אלו תוך התמודדות אוהדת וביקורתית עם ספרו של ד"ר יששכר (איסי) רוזן-צבי, *Taking Space Seriously: Space, Law and Society in Contemporary Israel*. המסה מאירה במיוחד את התרומה של משפט השלטון המקומי להבניית המרחב הישראלי ולאופן שבו תופעות מרחביות שונות - היפרדות (סגרגציה) במגורים ובהינוך, פרבור, הקמת יישובים חדשים - קשורות זו בזו ונתמכות על ידי כללים משפטיים שונים.

מאמרו של ד"ר אמנון להבי מצביע על דפוס מרחבי-משפטי חדש המתפתח בישראל, שהוא מזהה בקיבוץ המתחדש, ביישוב הקהילתי ובמגורים עירוניים סגורים. לטענת להבי, למרות ההבדלים הגיכרים ביניהם, ניתן לאתר קווי דמיון בהעדפה השוקית הבסיסית שמבטאות צורות מגורים אלו: כינונו של מתחם מגורים המקיים, לצד הפרדה במגורים, מערכת שיתופית המבקשת לנצל יתרונות הגלומים בהתארגנות הקבוצתית, תוך הבחנתה מדעת של הקבוצה מן הסביבה החיצונית. בתגובתו הביקורתית על מאמרו של להבי, טוען ד"ר ארו צפדיה כי דפוסי המגורים הללו אינם פרי בחירה שוקית רצונית, אלא יש להבינם על רקע

10. שם, בפסקה 116 לפסק דינו של השופט ברק.

של מדיניות ציבורית, הסדרים משפטיים ואידאולוגיות מרחביות. אלו מוצאים ביטוי משפטי-מרחבי בדפוסי מגורים המתאפיינים בבידול, הפרדה ואי-שוויון לאומי, אתני ומעמדי. מאמרו של ד"ר איסי רוזן-צבי מציע רפורמה מבנית מקיפה במשפט השלטון המקומי בישראל. לטענת רוזן-צבי, משפט השלטון המקומי הנוכחי משתתף בשעתוק ובלגיטימציה של חוסר השוויון המרחבי בישראל. בהתבסס על ניתוח של ארבעה מודלים תיאורטיים של שלטון מקומי מציע רוזן-צבי רפורמה המבקשת ליטול מן הרשויות המקומיות חלק מן הסמכויות הנתונות בידיהן היום, ולמסור אותן לא למדינה כי אם לגוף ביניים – ממשל אזורי – אשר ישווה לנגד עיניו את טובת תושבי אזור המטרופולין כולו. את החלק הראשון חותמת רשימתו של פרופסור אורן יפתחאל, המציע מבט אחר, מבטו של "גאוגרף במרחב המשפטי", המתאר את התנסותו בהוראת קורס בגאוגרפיה משפטית כחלק מעיצובו של תחום הגאוגרפיה המשפטית בישראל. יפתחאל סוקר במאמרו את גופי הידע שבהם השתמש לבניית מסגרות מושגיות, שפה וקריטריונים עבור הקורס. מסגרות אלה שימשו את הסטודנטים לניתוח ביקורתי של פסקי דין ותכניות מרחביות, וכך להבנת הקשר המכונן בין המשפט למרחב.

את חלקה הכללי של החוברת פותח מאמרה של ד"ר רות זפרן הבוחן את השפעת השימוש הגובר בטכניקות ההולדה המלאכותיות על הגדרת ההורות במקרים בהם יותר משניים משתתפים בהולדת התינוק ובטיפול בו. המאמר מתמקד בשני מקרי מבחן – הגדרת אבהות בנסיבות של תרומת זרע, והגדרת הורות בנסיבות של הסכמים לנשיאת עוברים. בהשפעת "שיח היחסים" המשלבת עקרונות ליברליים באתיקת הדאגה לזולת מציעה זפרן הסדרים הממתנים לטעמה את השפעות העידן הגנטי על עיצוב קשרי המשפחה.

במסה ביקורתית סוקר פרופסור אילן פלג את ספרו של גד ברזילי *Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities*. פלג רואה את הספר כחשוב, אמיץ, משמעותי מבחינה תיאורטית ומבוסס מבחינה אמפירית. עם זאת פלג נוקט עמדה חיובית יותר מברזילי כלפי הליברליזם המערבי וגישה ביקורתית יותר כלפי התפיסות הקהילתניות. ככלל פלג אופטימי יותר מברזילי בנוגע ליכולתם של פתרונות ליברליים לשפר את מעמדם של הערבים והנשים בישראל. פלג סבור כי בעייתה המרכזית של ישראל איננה חולשותיו של הליברליזם אלא לאומנות בלתי מרוסנת במצב של סכסוך אתני מתמשך.

מאמרו של אמיר ישראלי סוקר את התפתחות הדין מאז נקבע בדיון נוסף טבעול נ' שף הים כי צד לחוזה רשאי לטעון לבטלותו מן הטעם שהחוזה הוא הסדר כובל אסור. למרות ההכרעה הברורה בפסק הדין, הלכו פסיקות מאוחרות וצמצמו את ההלכה. ישראלי סבור כי יש לשקול מחדש עשיית שימוש – אמנם סלקטיבי – בדוקטרינת המניעות, וזאת כדי לאפשר לבתי המשפט לאזן כראוי בין עקרון התחרות החופשית ובין עקרונות מתחרים, ובהם עקרון תום הלב.

חותם את החוברת סיפורו של ד"ר יונתן יובל על אודות יומם של מתדיינים בבית המשפט לתביעות קטנות.

ברצוני להפנות את תשומת לב הקוראים לחוברת הבאה. גם חוברת זו תחיל שני חלקים. חלק אחד יכלול מאמרים העוסקים בקניין רוחני ובהגבלים עסקיים. החלק השני יכלול ריאיון מקיף עם כבוד השופט בדימוס תיאודור אור.

לסיום ברצוני להודות לצוות הסטודנטים חברי המערכת שהפגינו ביקורתיות, יזמה וחריצות, לרכות המערכת גבי דורית ארבל על עבודתה היעילה והמסורה, לגבי דפנה שופי על העריכה הלשונית, לגבי תלמה אשר על עבודת הסדר ולדפוס איילון ולחברי סגל הפקולטה למשפטים על תמיכתם בדין ודברים.

תודה מיוחדת שלוחה לקוראים החיצוניים האנונימיים שעבודתם האיכותית תרמה תרומה מרכזית לכתב העת.

תודה גם לעידן לרון, שמילא את מקום סגנית העורך בעת חופשתה, על חריצותו והאיכות המעולה של עבודתו. לבסוף, שלוחה ממני תודה מיוחדת לסגנית העורך גבי מנאל תותרייג'ובראן על העבודה המעולה, ההשקעה, המקצועיות והמסירות בכל תקופת גיבוש החוברת והבאתה לידי פרסום.

קריאה מעניינת.

ד"ר אלכסנדר (סנדי) קדר

