

ליאון שלף: משפט, חברה, ממשל, תרבות

רון שמיר*

חלק ניכר מהמאמרים בגיליון הנוכחי של משפט וממשל, כמו בגליונות רבים לפניו, נושאים חותמת מובהקת של עיסוק בסוגיות משפטיות תוך מיקומן בהקשר חברתי ותרבותי. כיום, בשלהי העשור הראשון של המאה העשרים ואחת, אין בעובדה זו משום חידוש מרעיש. חוקרים רבים עוסקים כיום בכתיבה סוציו-משפטית או משלבים "משפט" ו"חברה", פועלים במסגרת אגודה ישראלית לחקר המשפט והחברה, ומתייחסים כמובן מאליו לשילוב של מדע המשפטים עם תובנות, שיטות ומסגרות תיאורטיות מתחום מדעי הרוח והחברה. אך במשך שנים רבות לא הייתה הסביבה המחקרית בישראל כה פתוחה ללימודי משפט וחברה. במשך שנים רבות היה ליאון שלף – אשר החזיק במינוי משותף בפקולטה למשפטים ובחוג לסוציולוגיה ולאתרופולוגיה באוניברסיטת תל-אביב – החוקר שקידם לבדו את סדר-היום המושגי והמחקרי הכרוך בשילוב של משפטים עם מדעי הרוח והחברה. ענק אקדמי נוסף, הקרוב ברוחו ובמשנתו לליאון שלף, לימד באוניברסיטה העברית בירושלים. היה זה סטנלי כהן, אשר מתגורר כבר שנים לא-מעטות בלונדון. במקביל לסטנלי כהן, שהעמיק בחקירה סוציו-משפטית שפונה בעיקרה לקרימינולוגיה, התמיד גם שלף בחקירה של דפוסי ענישה ושאלות של אי-ציות מטעמי מצפון. אבל דומני שעיקר פועלו של שלף היה בקידום החלוצי של הסוציולוגיה של המשפט: הוא היה היחיד שחשף דורות של תלמידים לתיאוריה של המשפט אצל קרל מרקס, מקס ובר ואמיל דורקהיים. הוא היה היחיד שלימד סוציולוגיה ואתרופולוגיה בקורסים שהעביר בפקולטה למשפטים, והיחיד שלימד תורת משפט בקורסים שהעביר בחוג לסוציולוגיה. כיום, כשאנחנו יכולים כבר לדבר על קהילה תוססת של חוקרים וחוקרות המחויבת ללימודי "משפט וחברה" ו"משפט ותרבות", ראוי שבעתים לציין ולזכור ולהעריך את פועלו של חלוץ אינטלקטואלי זה.

מעבר לעניין הרב שגילה שלף בתיאוריה הסוציולוגית של המשפט, הלך ליבו שבי אחר האנתרופולוגיה של המשפט. במיוחד התעניין שלף בשיטות משפט ילידיות ובמערכות משפט לא-מדינתיות בהקשר קולוניאלי ופוסט-קולוניאלי. דומני ששלף העמיק לחקור את הקשר שבין משפט המדינה לבין צורות משפטיות ושיפוטיות אחרות, עוד לפני שהפרידיגמה המחקרית והתיאורטית הזו קיבלה את הכותרת "פלורליזם משפטי". אך אין כל ספק ששלף היה פלורליסט משפטי בחשיבתו, בדרך שבה ניגש לחקור את ה"אחר", ומעל לכל –

* החוג לסוציולוגיה ואתרופולוגיה, אוניברסיטת תל-אביב.

בגישתו הנורמטיבית שסירבה לקבל כמובן מאליו את עליונותו של משפט המדינה כצורה משפטית מתקדמת, נאורה או רציונלית יותר משיטות אחרות. למעשה, אחד מחידושיו של שלף בתחום זה היה טענתו כי אין הבדל סוציולוגי בין האופן שבו התפתח המשפט המקובל האנגלי לבין ההיגיון המאפיין תכופות את מה שהיה נהוג לכנות "משפט מנהגי" (customary law). גישתו זו קיבלה ביטוי בספר עתידה של מסורת: משפט מנהגי, משפט מקובל ופלורליזם משפטי.¹ שאלת מעמדו של המשפט המסורתי, הקהילתי והילידי עניינה את שלף לא מבחינה היסטורית, אלא בהקשר הפוליטי והתרבותי בין-זמננו של היחס בין מדינה "מודרנית" לבין קבוצות ילידיות (indigenous). שלף כתב מנקודת מוצא משמרת, המבקשת לבחון את הדרכים האפשריות שבהן קבוצות ילידיות יכולות לשמר את תרבותן (כולל משפט), מחד גיסא, ואת הדרכים שבהן המדינה ומשפטן יכולים להכיל צורות משפטיות חלופיות, מאידך גיסא. נקודת מוצא מחקרית זו, טען שלף, נובעת מהעובדה שבניגוד להשקפה שלפיה מסגרות שבטיות וילידיות נידונו לכליה, ישתמרו צורות אלה גם בעתיד ויהוו בסיס לתביעות ולדרישות בשמן של זכויות קבוצתיות.

בהקשר זה התעניין שלף במיוחד בשאלת זכויות ילידיות על קרקע. בשנת 1992 פסק בית-המשפט העליון באוסטרליה כי הדוקטרינה הקולוניאלית של "אדמה ללא בעלים" (terra nullius) – שהיוותה בסיס להשתלטות הבריטית על קרקעות משנת 1788 ואילך – אינה תקפה עוד, וכי גם על-פי המשפט המקובל יש להכיר בזכויות ילידיות על קרקע מכוח שימוש וחזקה. שלף קיבל בהתלהבות רבה את החלטתו של בית-המשפט העליון האוסטרלי בפרשה זו (Mabo v. Queensland).² הוא ראה בהחלטה אישור לתחזיתו התיאורטית ובסיס איתן לפיתוח "תורת משפט של חרטה", שעשויה לשמש בעתיד בתי-משפט גם במקומות אחרים שבהם קיימת הכחשה של זכויות מיעוטים ילידיים. שלף הסתמך על פסק-דין Mabo כדי לפתח רעיונות מרחיקי-לכת בנוגע ליכולות ההכרה של משפט המדינה בזכויות ילידים. כך, למשל, באחד ממאמריו, שהתפרסם בכתב-עת אנתרופולוגי, הציע שלף תוכנית לשימור בתי-משפט ונורמות ילידיות, ובמאמר נוסף אף הניח תשתית מושגית ליכולת התביעה המיוחדת של קבוצות ילידיות נגד חברות למשקאות חריפים.³ יתר על כן, נראה שהתקיים קשר מושגי הדוק בין גישתו הפלורליסטית של שלף בנוגע לזכויות ילידים לבין סדר-היום המחקרי שפיתח בנוגע למעמדן של המשפט העברי ומורשת ישראל במשפט המדינה הישראלי. בעוד שרבים מעמיתיו באקדמיה המשפטית ובבית-

1 LEON SHELEFF, THE FUTURE OF TRADITION: CUSTOMARY LAW, COMMON LAW AND LEGAL PLURALISM (1999).

2 Mabo v. Queensland (No. 2), (1992) 175 CSR 1, HCA 23 (להלן: פסק-דין Mabo).

3 Leon Sheleff, *Tribalism: Vague but Valid*, 6(2) AFRICAN ANTHROPOLOGY 220 (1999);

Leon Sheleff, *Drowning One's Sorrow: The Legal Implications of Alcoholism among Indigenous Peoples*, 5(15) INDIGENOUS L. BULL. 12 (2002) (להלן: *Drowning One's Sorrow*).

המשפט העליון התייחסו למורשת ישראל, ובמיוחד למשפט העברי, כאל סוג של "רעש במערכת", נקודת-המבט האנליטית של פלורליזם משפטי והעמדה הנורמטיבית המחויבת להגנה תרבותית על מיעוטים הוליכו את שלף לעמדה מקורית ביחס למשפט העברי. מבחינתו של שלף, ההגדרה החוקתית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית הוליכה באופן בלתי-נמנע להתעלמות מהמידה שבה ערכי היהדות בכלל ונורמות המשפט העברי בפרט מושגות על יסודות דמוקרטיים. נאמן לשיטתו, התמיד שלף בבחינתה של חברה דמוקרטית לאור שאלת התייחסותה לזכויות המיעוטים החיים בקרבה. "תורה אחת ומשפט אחד יהיה לכם ולגר הגר אתכם",⁴ ציטט שלף בדרכו לטעון כי קיים קשר הדוק בין ערכי היהדות לבין ערכי הדמוקרטיה.⁵ לכן, במיוחד במהלך שנות התשעים, הקפיד שלף לכתוב מאמרים אקדמיים שמטרתם הייתה לקדם את מעמדה הנורמטיבי של מורשת ישראל בחשיבה המשפטית.⁶

מבחינות רבות היה שלף עצמו בעמדת מיעוט ובבחינת זר באקדמיה המשפטית בישראל. שלף עסק בתחומים שנחשבו לשוליים לעומת הניתוח הדוקטרינרי של המשפט, ועמדתו ביחס למורשת ישראל הייתה גם היא בבחינת יוצאת-דופן בהשוואה לרוב עמיתיו. עמדת-היחיד של שלף באה לידי ביטוי גם בתרומתו לניתוח הסוציו-משפטי של הכיבוש הישראלי בגדה המערבית וברצועת עזה. בנושא זה בא לידי ביטוי גם האומץ האינטלקטואלי של שלף. במשך שנים רבות התעלם החינוך המשפטי בישראל מהנעשה מעבר לקו הירוק. לא אטעה הרבה אם אומר כי במשך כל שנות לימודי כסטודנט למשפטים באוניברסיטת תל-אביב לא נחשפתי ולו פעם אחת לפסק-דין שעסק בשאלות הנגזרות מהכיבוש ובעניינים הנוגעים בזכויות האדם של האוכלוסייה הפלסטינית. אם הוצג לפנינו במקרה פסק-דין בנוגע לשטחים הכבושים, היה זה אך ורק כדי להכיר את מעמדם של שיקולי הביטחון במשפט הישראלי, ובשום אופן לא על-מנת לנתח מצב משפטי מנקודת-הראות של זכויות אדם. במשך שנים רבות, עצם הסיווג של פסקי-דין והלכות על-פי מפתח סוציולוגי, ולא על-פי מפתח פורמלי של דינים, נחשב למהלך לא-ראוי. בשנת 1993 (ואולי לא במקרה – בסמוך לשנה שבה פורסם פסק-דין *Mabo* שנוכר לעיל) פרסם שלף את מאמרו

4 במדבר טו 16.

5 ליאון שלף מרות המשפט ומהות המשטר: על שלטון החוק, שיטת הממשל ומורשת ישראל (1996).

6 ליאון שלף "בין משפט פלילי לבין משפט עברי: לקראת יסודות משפטיים למורשת ישראל" פלילים ג 102 (1990); ליאון שלף "הפורמליזם של המשפט העברי וערכיה של מורשת ישראל" עיוני משפט כה 489 (2001); Sheleff, *Drowning One's Sorrow*, ה"ש 3; Leon Sheleff, *The Stranger in Our Midst: The Other in Jewish Tradition – From Biblical Times to Modern Israel*, 14 ISR. STUD. BULL. 6 (1999); Leon Sheleff, *When a Minority Becomes a Majority: Jewish Law and Tradition in the State of Israel*, 13 TAU STUD. L. 115 (1997).

"גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק".⁷ על רקע תקופתו, היה זה מאמר חלוצי ואמיץ בצורה יוצאת-דופן. במאמר זה הצביע שלף על "פיצול האישיות" של בית-המשפט העליון: אקטיביזם נמרץ ככל שמדובר בפיקוח על השלטון ובשמירה על זכויות האזרח (במיוחד חופש הביטוי והחופש מדת) בגבולות הקו הירוק, לעומת פסיביזם והעדר יצירתיות ככל שמדובר באוכלוסייה הפלסטינית. על כל אלה ייזכר שלף כמתווה דרך, כמי שהלך לפני המחנה גם כאשר לא היה ברור כלל וכלל שיש מחנה מאחור.

7 ליאון שלף "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים" עיוני משפט יז 757 (1993).