

חוקתיות של בניין אומה, ביקורת הצדק המשפטי: הארה על מחקר וכתובה משפטיים בישראל

מאת
גד ברזילי*

תקציר

מאמר זה בוחן לראשונה שתי אסכולות כתיבה משפטיות מחקריות: חוקתיות של בניין אומה וביקורת הצדק המשפטי. המאמר מנתח את ההתפתחויות שחלו בכל אסכולת מחקר, את ביטוייה המרכזיים וכן את השלכותיה על המחקר המשפטי בישראל. האסכולה הראשונה שמה דגש בהקניית הבסיס המשפטי החוקתי למדינת הלאום היהודי כמדינה יהודית ודמוקרטית, וכן מעניקה משקל רב לסדר החוקתי בישראל. האסכולה השנייה שמה לה למטרה את ביקורת ההסדרים החוקתיים המרכזיים של משפט המדינה, אגב הדגשת קבוצות מנוחשלות בחברה הישראלית וזהויות תרבותיות שונות. כתב-העת עיוני משפט היה בימה מרכזית של פרסומים שבהם באו שתי אסכולות מחקר אלה לידי ביטוי.

הקדמה

א. חוקתיות של בניין אומה

1. שנות שחרות: הדור הראשון

2. השאיפה לחוקה בכתב והמהפכה החוקתית: הדור השני והדור השלישי

ב. ביקורת הצדק המשפטי

1. בתר-שחרות

2. ביקורת החוקתיות

סיכום

* פרופסור מן המניין למשפטים, למדע המדינה וללימודים בין-לאומיים, הַקָּן היוצא של הפקולטה למשפטים, המשנה לרקטור אוניברסיטת חיפה. אני מבקש להודות לקורא/ת החיצוני/ת, לחברים ולחברות של מערכת כתב-העת עיוני משפט (איליה גולדשטיין, בר דור וניבה אוריון), לדניאל קופילוב העורך, לפרופ' דפנה הקר, לד"ר סנדי קדר ולעוזר-המחקר שלי גיא אלון על הערותיהם על המאמר. האחריות, כמובן, כולה שלי.

הקדמה

כתיבה מחקרית משפטית אינה יכולה לא להיות בין-תחומית. הנה, למשל, חשיפת מטרתו של חוק תלויה בניתוח היסטורי של התפתחות החקיקה הרלוונטית, והנהרת השלכותיו של חוק תלויה בניתוח ההקשר החברתי שבו נקבע החוק ונאכף. ניתוח פסיקה עלי דף בלבד משול לניסיון להסביר שירה בהתעלם מן המשורר ומכוונותיו. אין לך דבר משפט – יהיו הנורמות המעוגנות בו אשר יהיו – שאינו מעוצב ותלוי בהקשר החברתי שבו הנורמות המשפטיות מעוצבות ומתקיימות.

עם זאת, ניתן בהחלט לאבחן מגמות שונות של כתיבה מחקרית משפטית ולהבחין ביניהן. בהסתמך על ניתוח של מאות מחקרים משפטיים שהתפרסמו, ברצוני לאפיין ולנתח שני זרמי כתיבה משפטית בישראל, אשר באו לידי ביטוי בפרסומים של חוקרים וחוקרות ישראלים שפרסמו בכמה שפות: עברית, אנגלית וערבית. תוך הסתייעות במפתחות חיפוש משפטיים, נאספו כל המאמרים והספרים שנכתבו בתחומי משפט וחברה, משפט חוקתי וציבורי וכן משפט וממשל, ונסקרה כתיבה בין-תחומית של משפטים ומדע המדינה ושל משפטים וסוציולוגיה. באמצעות ניתוחי תוכן איכותניים ניסיתי להבין מהו נרטיב המחקר והכתיבה המרכזי של כל פרסום ופרסום. מכיוון שמאמרי זה מתפרסם בחוברת מאמרים המציינת את הכרך הארבעים של כתב-העת עיוני משפט, התייחסתי מפורשות ובמיוחד לפרסומים בכתב-עת זה, אך מבלי להפחית בהתייחסויות למחקרים שהתפרסמו בכתבי-עת או במקורות אחרים.

מגמת כתיבה משפטית אחת שנחשפת במאמר זה אכנה "חוקתיות של בניין אומה", ואת מגמת הכתיבה המשפטית האחרת שהמאמר חושף אכנה "ביקורת הצדק המשפטי". המגמה הראשונה מתאפיינת בעיקר בשאיפה המחקרית-המשפטית להביא לידי עיצוב שלטון חוק של מדינת לאום יהודית ודמוקרטית, ואילו המגמה השנייה מתאפיינת בניתוח ובביקורת של מרכיבי המפעל המשפטי הזה, תוך הדגשת זהויות ואתגרים חברתיים, כלכליים, תרבותיים ופוליטיים למשפט המדינתי. השפעות בין-תחומיות על מחקר משפטי באות לידי ביטוי בשתי מגמות הכתיבה המשפטית, אם כי במגמה השנייה, של ביקורת הצדק המשפטי, בולטות במיוחד השפעות – תיאורטיות ומתודולוגיות כאחת – של מדעי החברה והרוח. שני זרמי הכתיבה הללו, אשר אתייחס אליהם כפי שהם באו לידי ביטוי בכתיבה המשפטית, מיועדות פעמים רבות, לדעת הכותבים והכותבות, להשפיע על זירת החיים הציבוריים והמשפטיים מעבר לקהל הקוראים והקוראות המצומצם. מבחינה זו איני מאתר במחקרי, שעליו מבוסס מאמר זה, שינוי ליניארי או גרסטיבי לאורך הזמן בכתיבה המשפטית. איני טוען כי הכתיבה המשפטית בשנות החמישים, למשל, הייתה טובה פחות או ערכית פחות מזו של תחילת המאה העשרים ואחת, ובאותה מידה גם איני טוען את ההפך. שני זרמי הכתיבה המשפטית דלעיל נועדו להוליד שינויים ציבוריים מעבר לטענות שהועלו במאמר קונקרטי זה או אחר. זרם הכתיבה הראשון שציינתי הוא קונסטרוקטיביסטי – הוא מתמקד באתגר של הבניית השדה המשפטי הלאומי הציבורי, באופן שיטתי וקודיפיקטיבי עד כמה שניתן, החל בנורמת-העל המטא-חוקתית וכלה בכללי פרשנות משניים. זרם הכתיבה השני, הביקורתי והאלטרנטיבי, מתמקד בעיקרו בדה-קונסטרוקציה – בפרימה מחקרית של הבניית השדה

המשפטי, אגב בחינה ביקורתית של האופן שבו המשפט מעוצב, מתפרש, מקודם ונאכף (או לא נאכף) במסגרת יחסי הכוח החברתיים, הכלכליים, התרבותיים והפוליטיים. שתי אסכולות אלה של מחקר וכתובה משפטיים – חוקתיות של בניין אומה וביקורת הצדק המשפטי – מציעות דרכים שונות זו מזו ללמוד ולחקור משפטים. על-פי האסכולה הראשונה, שאלה משפטית צריכה להיות ממוקדת בדרכי פרשנות שונות ליישום הטקסט המשפטי הרשמי לשם פתרון בעיה קונקרטית המזדמנת בדרכם של הסטודנט, הפרופסור, עורך-הדין או השופט. מהי כוונת המחוקק? מהי תכלית החקיקה? מהו התקדים החל על פרשנות משפטית של סוגיה קונקרטית בטקסט המשפטי? האם יש בכלל תקדים מחייב לעניין הסוגיה הקונקרטית? האם קיים הסדר חקיקתי שלילי? מהם פסקי-הדין הרלוונטיים לפרשנות הטקסט המשפטי ביחס לסוגיה מסוימת? וכיצד באלה. על-פי האסכולה האלטרנטיבית, יש לחשוף את האינטרסים, את תפיסות-העולם ואת הכוחות החברתיים שהובילו לעיצובו של טקסט משפטי; את המטרות המשפטיות, החברתיות והפוליטיות שהוא משרת; ואת ההשלכות החברתיות והפוליטיות שלו.

בעוד על-פי התפיסה הראשונה שאלה משפטית מיועדת להסדיר חסרים בטקסט המשפטי הפורמלי, במשפט המדינה, ולהתאימו למציאות משתנה, על-פי הכתיבה האלטרנטיבית היא מיועדת לפורר את הטקסט הקיים ולעצבו מחדש, כדי להנגישו ולעשותו שוויוני הרבה יותר. בעוד על-פי האסכולה הראשונה השאלה המשפטית מיועדת להעניק תשובה לשאלה מה הטקסט אומר למעשה וכיצד יש ליישמו, על-פי האסכולה השנייה היא מיועדת לחשוף אילו אינטרסים מקודמים בטקסט משפטי מסוים, על-חשבון מי, ומהו ההסדר החברתי-המשפטי הרצוי.

מטרתו של מאמר זה היא לנתח לעומק כל אחת משתי האסכולות הללו של מחקר וכתובה משפטיים, אגב אפיון מרכיבים מרכזיים שלהן. בפרק א אחשוף את שנות עיצובה של אסכולת החוקתיות של בניין אומה, את שאיפתה לחוקתיות ולחוקה, את הדורות המחקריים השונים במסגרתה ואת הוויכוחים הפנימיים במסגרת אסכולת כתיבה זו, שעניינה היה לעגן את חוקתיותו של תהליך בניין האומה. בפרק ב אחשוף את שורשיה של הגישה הביקורתית ואת המרכיבים המרכזיים של אסכולת ביקורת הצדק המשפטי לעומת מרכיביה של אסכולת החוקתיות של בניין אומה.

א. חוקתיות של בניין אומה

בניין אומה (nation-building) הוא מושג מרכזי במדע המדינה, המתאר את השלבים הראשונים, הפורמטיביים, בכינונה של מדינת לאום.¹ הכוונה לכינון מוסדותיה הפוליטיים, הבטחוניים, הכלכליים והמשפטיים של מדינה, ולעיצובו של אתוס לאומי – זה המהווה את הביטוי לאידיאולוגיית-היסוד המכוננת של קיומה. מחקרים מעידים עד כמה בניין האומה של ישראל כמדינת הלאום היהודי, כמדינה ציונית, היה כרוך בעיצוב קווי-היסוד של מוסדותיה

1 ראו, למשל: HARRIS MYLONAS, THE POLITICS OF NATION-BUILDING: MAKING CO-NATIONALS, REFUGEES AND MINORITIES (2012); PAUL JAMES, NATION FORMATION: TOWARDS A THEORY OF ABSTRACT COMMUNITY (1996).

המשפטיים: מערכת השיפוט, מוסד היועץ המשפטי לממשלה, הנסיונות לכתוב חוקה ופשרת הררי שהובילה לחוקי-היסוד. אין ספק שתהליך זה היה כרוך גם בקונפליקטים לא-מעטים: המאבק על הגדרת מקורותיו של המשפט הישראלי; המאבקים על מינוי שופטים על בסיס מפתח מפלגתי לבית-המשפט העליון הראשון, בראשות השופט משה זמורה; המאבק על מינויו של יעקב שמשון שפירא ליועץ המשפטי הראשון, אשר נועד, לתפיסת בן-גוריון, לחסום את כוחו של שר המשפטים דאז, פנחס רוזן, מן המפלגה היריבה למפא"י – המפלגה הפרוגרסיבית; פרשת טוביאנסקי; הדיונים הנוקבים בכנסת על חקיקת חוקה, והביקורת על פשרת הררי ועל מעמדו של חוקי-היסוד. על כך ראוי להוסיף את הדילמות בבית-המשפט העליון ביחס לשאלות חוקתיות יסודיות, כגון חופש הביטוי, חופש התנועה, חופש העיסוק, התארגנויות פוליטיות ומעמדה של מגילת העצמאות.²

לדילמות-יסוד אלה נלווה שיח משפטי של משפטנים ואנשי מדעי החברה אשר שיקף לבטים קשים בנוגע לאפשרויות לכונן חוקתיות בעידן של בניין אומה. במאמרי אבחין בין כמה דורות של משפטנים ומשפטניות אשר כתבו במסגרת המגמה של חוקתיות של בניין אומה. הדור הראשון כלל את מעצבי התשתית הרעיונית הבסיסית להבניית חוקתיות של בניין אומה, תוך נסיונות למסד את הגיונות-היסוד של משטר דמוקרטי במדינת הלאום היהודית. בדור זה נכללו בעיקר פרופסורים למשפטים עם השכלה אקדמית רחבה גם בתורת המשטרים, שהיו פעילים פוליטית במפלגות (עובדה הנובעת מהקמת המדינה על-ידי מפלגות פוליטיות). הדור השני כולל בעיקר שופטים בבית-המשפט העליון (עם התחזקותו ההדרגתית של בית-המשפט העליון בחיים הציבוריים) וכן פרופסורים למשפטים שהעמיקו את נסיונות הקודיפיקציה אגב חיזוק התפיסה המשפטית של זכויות אזרח וזכויות אדם. הדור השלישי כולל יותר חוקרי משפט וחברה ומשפטנים בעלי ידע במדעי החברה ובהיסטוריה, וזאת עם התרחבות ההשכלה הבין-תחומית בקולטות למשפטים. אלה ביקורתיים-משהו כלפי שני הדורות האחרים. הדור השלישי, כפי שאפרט בהמשך, גם שונה בהרכבו החברתי מן הדורות הקודמים, ומתאפיין בפיצול רעיוני חריף סביב תפיסת המדינה וממילא גם סביב תפיסת המשפט שבה. דור אחד אינו מוציא את חברו. ההבדלים בין הדורות אינם כרונולוגיים בהכרח, אלא רעיוניים, כפי שהם באים לידי ביטוי בכתיבה המשפטית. להלן אפרט.

1. שנות שחרות: הדור הראשון

באשר לדור הראשון רצוני להדגיש את כתביהם של יצחק-הנס קלינגהופר ובנימין אקצין – שניהם משפטנים ואנשי מדע המדינה אשר ניסו לעצב מסגרת קונספטואלית וחוקתית להגדרת אופייה המשפטי של ישראל כמדינת הלאום היהודי. קלינגהופר ואקצין הקדישו את מפעל חייהם המשפטי לעיצוב מארג משפטי-נורמטיבי שיגדיר את פירמידת הנורמות המשפטיות, החל בערכי-היסוד של השיטה המשפטית והמשך במדרג הנורמטיבי ובכללי הפרשנות המשפטית. היה זה פרויקט קלזניאני והארטיאני אשר התבסס בעליל

2 על חלק מפרשיות אלה ראו דפנה ברק-ארז **משפטים ראשונים** (1999); נתן ברון **משפט, יצרים ופוליטיקה – שופטים ומשפטנים בסוף המנדט ובראשית המדינה** (2014); גד ברזילי ודוד נחמיאס **היועץ המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות** (1997); רון חריס **המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1977-1948** (2014).

על השפעות קונטיננטליות שעיצבו את התודעה והתפיסה המשפטיות. הן קלינגהופר והן אקצין סברו, בדומה להארט וקלזון, כי ניתן לעצב מערכת משפטית ברורה, לכידה במידה רבה ויציבה לאורך זמן, המבוססת על כללי פרשנות משפטית שקופים ועל אחידות ערכית של המדינה וריבונותה.³

עבודתם המשפטית של השניים עוגנה בשליחות פוליטית ציונית של בניין אומה. קלינגהופר היה ממקימי המפלגה הליברלית וחבר כנסת מטעמה, וכן נשיא האגודה לזכויות האזרח, ואילו אקצין היה בעברו המזכיר של יושב-ראש תנועת בית"ר זאב ז'בוטינסקי ונשיא התנועה הציונית החדשה. שניהם היו חדורי שליחות ציונית ואמונה עזה כי אדריכלות חוקתית היא אבן השתייה להקמת מדינת לאום יהודית. כתיבתם המשפטית השפיעה על דורות של פרסומים. כך, כתב-העת **עיוני משפט** נוסד בשנת 1971, כעשור לאחר שקלינגהופר ואקצין עיצבו את כתיבתם. עם זאת, הנחות-היסוד שלהם באו לידי ביטוי גם במאמרים שהתפרסמו בעיוני משפט החל בתחילת שנות השבעים ואשר התמקדו בשאלות שהודגשו היטב על-ידי אקצין וקלינגהופר – שאלות של סמכות משפטית וזכויות פרט במסגרת המפעל של מדינת הלאום היהודי.⁴

העובדה שקלינגהופר ואקצין ראו את הפרויקט ומפעל חייהם המשפטי כשזור בתהליך של בניין אומה לא הובילה אותם בהכרח לכתיבה טכנית או פרוצדורליסטית; כתיבתם הניחה כי זכויות פרט ליברליות צריכות להיות וגם יהיו תשתית למדינת לאום יהודית. בצד זאת, הדגש בכתיבתם לא היה בזכויות אדם ובזכויות פרט, אלא במבנה (structure) החוקתי כבסיס לבניין אומה. כפי שאציין בהמשך, תפיסת-היסוד זו באה לידי ביטוי מסוים אצל ממשיכיהם המשפטיים – הדור השני של כותבי החוקתיות של בניין אומה.⁵

אדריכלות משפטית לבניין אומה כללה ממילא את החתירה לכינון חוקה בכתב לישראל. כך, קלינגהופר עסק בכתיבת טיוטת חוקה לישראל, אבל משכשלו המאמצים להביא לידי

3 בנימין אקצין הצעת חוקה למדינת ישראל (1965); בנימין אקצין סוגיות במשפט וכמדינאות (1966); בנימין אקצין תורת המשטרים כרך ראשון, פרק 17 (מהדורה שנייה מתוקנת, 1967); יצחק הנס קלינגהופר מגילת זכויות היסוד של האדם: הצעת חוק (1963); מורשת קלינגהופר: מגילת זכויות היסוד של האדם (אלי קובייסי עורך, 2016). לכתיבתם של הארט וקלזון ראו, בהתאמה: H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW (1961); HANS KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE (1945).

4 ראו, למשל, אמנון רובינשטיין "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט א 261 (1971); עמוס שפירא וברוך ברכה "המעמד החוקתי של זכויות הפרט" עיוני משפט ב 20 (1972); אהרן ברק "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג 5 (1973); קלוד קליין "פרופ" א. רובינשטיין – המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל" עיוני משפט ד 226 (1975).

5 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004) (להלן: ברק שופט בחברה דמוקרטית); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ראשון (2014); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך שני (2014); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי (מהדורה שנייה, 2010); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב – ההליך המינהלי (מהדורה שנייה, 2010); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג – הביקורת השיפוטית: כללי הסף (מהדורה שנייה, 2010).

כינונה של חוקה בכתב לישראל, התמקדה תשומת-הלב באיתור חלופה משפטית חוקתית על בסיס חוקי-יסוד. מאמצים אלה (ששיאם בפרשת בנק המזרחי⁶) נהיו אבן השתייה לדורות של משפטנים ומשפטניות שכתביהם התמקדו בניסיון מודע ובלתי-מודע למשפט את מדינת הלאום היהודית כדמוקרטיה ליברלית. כתיבה זו התבססה בחלקה הגדול בעיקר על תיאור משפטי וניתוח נורמטיבי (לרוב ללא דגש במשפט השוואתי), והרכה פחות על מחקרים אמפיריים.⁷

2. השאיפה לחוקה בכתב והמהפכה החוקתית: הדור השני והדור השלישי

השופטים והפרופסורים אהרן ברק ויצחק זמיר הם עמודי-התווך של הדור השני במגמת הכתיבה של חוקתיות של בניין אומה. בכתיבתם האקדמית הם מנסים לעצב תשתית חוקתית לבניין אומה, תוך הדגשת הצורך בפיתוח של זכויות אדם וזכויות פרט. בולטים במיוחד נסיונותיהם לעצב תשתית מטא-חוקתית וחוקתית במצב של העדר חוקה בכתב (בעיקר השופט ברק), ולעצב משפט מנהלי מאורגן באופן שיטתי ובעל עקרונות והיגיון ברורים משלו (בעיקר השופט זמיר).

מושגי-יסוד וביטויים בסיסיים המופיעים לעיתים שכיחות בטקסטים משפטיים – למשל, בחקיקה ובפסיקה – לא נבחנו אמפירית, אלא רק תוארו והוצבו כהנחות-יסוד מובנות מאליהן. כאלה הם, לדוגמה, "אמון הציבור בבית-המשפט", "השופט בתוך עמו יושב", "שוויון", "האדם הסביר", "תקנת הציבור", "ידיעה שיפוטית", "שלטון החוק" ו"תום-לב". עם זאת, משפטנות של בניין אומה אינה מנותקת בהכרח ממחקרים שחורגים מתיאור של טקסטים משפטיים. מאמרים שהתפרסמו בכתב-העת עיוני משפט תרמו לכך רבות. אציין שתי דוגמאות לכך. דוגמה אחת היא מחקרו של יורם שחר עם מירון גרוס ורון חריס על שיטת התקדים המחייב ועל דפוסי שיח ומחלוקת בבית-המשפט העליון. זהו מחקר שבחן אמפירית – תוך שימוש במתודולוגיות בין-תחומיות – את מידת האפקטיביות והשימוש המשפטי של תקדימים מחייבים בישראל.⁸ הדוגמה האחרת היא התארגנותה בשנות השמונים של קבוצת פרופסורים מן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב במטרה להציע חוקה בכתב לישראל. פרויקט החוקה כלל שיתוף-פעולה עם חוקרי מדע המדינה ועריכת מחקר משפטי-פוליטי השוואתי. מאוחר יותר נמשך מאמץ זה במסגרת פרויקט "חוקה בהסכמה". כמו בשנות החמישים, גם בשנות השמונים היו משפטנים ומשפטניות של בניין אומה מעורבים במאמצים לנסות להביא לידי חקיקת חוקה בכתב לישראל, וזאת במקביל

6 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: פרשת בנק המזרחי).

7 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יסוד (מהדורה שישית, 2005); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – רשויות השלטון ואזרחות (מהדורה שישית, 2005).

8 יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" עיוני משפט כ 749 (1997).

לנסיונות להניע ביתר שאת תהליכי קודיפיקציה שיבטיחו האחדה ושיטתיות, בדומה למשפט הקונטיננטלי, למשל.⁹

משפטנות של בניין אומה הושפעה מאוד לא רק מן האידיאולוגיה הלאומית הצינונית, שהיא נהייתה לחלק מהתגבשותה, אלא גם מן המעבר ההדרגתי של בית המשפט העליון מפיקוח שיפוטי מנהלי לפיקוח שיפוטי חוקתי – מעבר שהחל לבלוט החל בפרשת ברגמן, בשנת 1969, והגיע לשיאו בפרשת בנק המזרחי.¹⁰ לפיכך שיעור המחקרים על בית המשפט העליון וההתדיינות האקדמיות על מאפייני הפיקוח השיפוטי – לרבות פרסומים בכתב העת עיוני משפט – עולה בהרבה על שיעור המחקרים על הרשות המחוקקת ועל הרגולטורים המשפטיים האחרים של החברה הישראלית, דוגמת מוסד מבקר המדינה, היועץ המשפטי לממשלה, הממונה על ההגבלים העסקיים, המפקח על הבנקים ובנק ישראל.¹¹ המכנה המשותף המרכזי לכל גוני הכתיבה המשפטית במסגרת האסכולה של חוקתיות של בניין אומה הוא הדגש בשאלה אם משפט המדינה מקדם את שלטון החוק של הלאום היהודי בישראל בעת תהליכים של בניין אומה, וכיצד עליו לקדמו.

אולם מעבר לכך, מאפייני הכתיבה המשפטית של זרם מחקרי זה אינם חד-גוניים וקבועים לאורך זמן, אלא השתנו במידת-מה עם השנים. בהדרגה גברה השפעתה של הכתיבה הריאליסטית המשפטית, בעיקר של זו האמריקנית, והיא באה לידי ביטוי במחקר ובכתיבה בישראל. כך, למשל, התרחבה הכתיבה על השפעת השיפוט על החברה הישראלית ועל השפעות של שינויים בחברה הישראלית על השיפוט, והתרבתה גם הכתיבה על תרומת השיפוט לרגולציה המדינית.¹² בהקשר זה ראוי לציין את הקמתה של מחלקת המחקר בבית-

9 Gad Barzilai & Ilan Peleg, *Engineering the Law and Justice Deconstruction: Ideologies of Knowledge in Law and Politics in Israel and Beyond*, 4 J. COMP. L. 205 (2009) מאיר שמגר חוקה בהסכמה – הצעת המכון הישראלי לרמוקרטיה (2005).

10 בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969); פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 6.
11 לכתיבה מחקרית משפטית שאינה מתמקדת בהכרח בבית המשפט העליון, אלא ברגולטורים משפטיים אחרים, ראו, למשל, גד ברזילי היועץ המשפטי לממשלה והתביעה הכללית – פיצול מוסדי? (2010); גד ברזילי ודוד נחמיאס מוסד ביקורת המדינה: סמכות ואחריות – עקרונות, מוסדות השוואתיים, ניתוח, ביקורת והמלצות לרפורמה (1998); דוד נחמיאס וגד ברזילי בנק ישראל: סמכות ואחריות – מוסדות בנקים מרכזיים, עקרונות, מוסדות השוואתיים, ניתוח, ביקורת והמלצות לרפורמות (1998).

12 Amnon Reichman, *The Dimensions of Law: Judicial Craft, Its Public Perception, and the Role of the Scholar*, 95 CAL. L. REV. 1619 (2007) אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: רשויות השלטון ואזרחות (2005); מרדכי קרמניצר "הגינת השכ"כ – האם עמד בית המשפט הגבוה לצדק במבחן?" עיוני משפט יב 595 (1987); פנינה להב "העזו והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד 479 (1989); עילי אהרנסון "המשפטיות של התרבות הפוליטית בישראל: כיצד היא השפיעה על הדיון הציבורי בשאלות אמנציפטוריות?" עיוני משפט לא 157 (2008); קרן וינשל-מרגל, ענבל גלון ויפעת טרבולוס "צירת מדד משקלות תיקים להערכת העומס השיפוטי בישראל" משפטים מד 769 (2015); ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, תיוג אתני ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" משפטים לט 47 (2009); אורן גזל-אייל, רענן סוליצאנו-קינן, גל עינב ועטאללה שובאש "ערכים ויהודים

המשפט העליון בתקופתה של הנשיאה דורית ביניש. מחלקת המחקר הוקמה במטרה להציע לשופטים ולשופטות של בית-המשפט העליון מידע מעובד על מאפייני הטיפול בתיקים משפטיים לאורך השנים, על מאפיינים חברתיים של העשייה השיפוטית ועל האינטראקציות בין מערכת השיפוט לבין החברה הישראלית. כל זאת תוך שימוש במתודולוגיות כמותיות לצד איכותניות, שבהן השיטות המשמשות לדגימה, לאיסוף הנתונים, למדידתם, לניתוחם ולהצגתם, וכן שיטות ההסקה הסטטיסטית, לקוחות מתחומי מחקר התנהגותניים במדעי החברה.¹³ כתב-העת **עיוני משפט** הביא לידי ביטוי גם הוא את המעבר המסוים וההדרגתי שחל מדגש בפורמליזם יחסי במחקרי חוקתיות של בניין אומה למספר רב יותר של מחקרים אמפיריים.¹⁴ התרחשויות אלה אירעו כאשר התעצמה המודעות המשפטית לחשיבותה הגדולה של התקשורת כמרחב שיכול להשפיע על עיצובן וקידומן של נורמות משפטיות ועל מעמד השיפוט בחברה הישראלית.

לאחר פרשת **בנק המזרחי** ובעקבותיה גברה המחלוקת בתוך אסכולת החוקתיות של בניין אומה. מצד אחד התגלעו ויכוחים בקרב הדור השני של אסכולה זו ביחס להיקף הרצוי והמצוי של אקטיביזם שיפוטי.¹⁵ המחלוקת כאן היא בעיקרה על כסיס אישי ובמסגרת אותו דור של משפטנים ומשפטניות עם דמיון חברתי רב ורקע משפטי דומה ביותר. הביטוי העמוק ביותר לכך הוא המחלוקת בין פרופ' דניאל פרידמן לבין נשיא בית-המשפט העליון פרופ' אהרן ברק. הראשון טוען כי בית-המשפט העליון חורג בהרכה מן הסמכות השיפוטית הטבועה בו במסגרת דמוקרטית, ואילו השני טוען כי תפקידו של בית-המשפט העליון בחברה דמוקרטית בכלל ובישראל בפרט דווקא מחייב התערבות שיפוטית רחבה מזו הנגזרת מפרשנות צרה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ושל חוק-יסוד: חופש העיסוק.¹⁶ מצד אחר נשמעת ביקורת של משפטנים דתיים אורתודוקסים על מאפייניו של האקטיביזם השיפוטי והמשפטי בכלל. דור שלישי זה של משפטנים מאסכולת החוקתיות של בניין אומה מכוונים את ביקורתם

-
- בהליכי הארכת מעצר ראשוני" **משפטים** לח 627 (2008); דורון טייכמן "הגאוגרפיה של הפשע: מדיניות ציבורית תחרותית וטיפול בפשיעה" **משפטים** לט 3 (2009).
- 13 לתיאור מחלקת המחקר והמתודולוגיות ראו "מחלקת המחקר – אודות" **מדינת ישראל – הרשות השופטת** elyon1.court.gov.il/heb/Research%20Division/Research%20Division.htm. לסוגי המחקרים ולתיאורם הכללי ראו "מחלקת המחקר – מחקרים" **מדינת ישראל – הרשות השופטת** elyon1.court.gov.il/heb/Research%20Division/Research.htm.
- 14 ראו, למשל, את מאמרה של דפנה הקר המסכם כמה ממאפייניו של מעבר זה: דפנה הקר "מחקר אמפירי של המשפט: הערות-אזהרה אוהדות על המגמה העכשווית" **עיוני משפט** לד 327 (2011). כן ראו את מאמרו החלוצי של מנחם מאוטנר, אשר ניתח את המעבר שהתרחש במשפט הישראלי מפורמליזם לערכים, ובכך תרם מאוד לשפע מחקרים בכיוון זה: מנחם מאוטנר "יירדת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז 503 (1993). ראו גם דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של הפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" **עיוני משפט** ל 461 (2008); תליה פישר "הפרטת המשפט" **עיוני משפט** ל 517 (2008).
- 15 ראו, למשל, רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** (2000).
- 16 דניאל פרידמן **הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה** (2013); אהרן ברק "מפעל חוקי-היסוד – לאן?" **משפט ועסקים** יד 111 (2012); ברק שופט **בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש** 5.

לא רק כלפי בית המשפט העליון, אלא גם כלפי תפקיד היועץ המשפטי לממשלה, המהווה אמצעי, לתפיסתם, לקידום עודף משפטיציה של החברה הישראלית.¹⁷ כאן הביקורת מכוונת לא רק נגד כדאיותו והיקפו של האקטיביזם השיפוטי, אלא נסבה בעיקרה סביב הסוגיה אילו ערכים ואיזה סוג של משפט מדינה על המשפטנים לשרת.

ביקורת זו של הדור השלישי לאסכולת החוקתיות של בניין אומה מגלה טפח ומכסה טפחיים. הדורות הראשון והשני היו הומוגניים יחסית: משפטנים אינטלקטואלים ילידי אירופה המזרחית או המרכזית או דור שני לעולים משם, שהשתייכו ברובם למעמד הבינוני-הגבוה האשכנזי החילוני והליברלי. הדור הנוכחי, השלישי, כולל מיעוט של משפטנים דתיים אורתודוקסים, דוגמת גרעון ספיר, אביעד בקשי והשופט נעם סולברג. אלה ילידי ישראל, בוגרי ישיבות הסדר וישיבות תיכוניות, מתגוררים ברובם בהתיישבות היהודית שמעבר לקו הירוק. הם מהווים את חוד החנית של מהפכת-הנגד לחזון "המהפכה החוקתית". להם יש חזון שונה: בניין אומה, אבל בניין אומה שונה – כזו שמכילה את התרחבותה הטריטוריאלית של ישראל אל מעבר לגבולות הקו הירוק של 1967, ואשר מעגנת לצמיחת את אופייה האורתודוקסי-הדת-הלאומי של מדינת הלאום היהודי. עיקר הביקורת הפרשנית של הדור השלישי מופנית נגד הפרשנות המשפטית הרחבה שהוענקה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולחוק-יסוד: חופש העיסוק, אשר הקנתה לבית-המשפט העליון כוח לפסול חוקי כנסת בשל תוכנם. לפיכך "המהפכה החוקתית" מוגדרת כטעות של הכנסת, שנבעה מכך שרבים מבין חברי הכנסת לא הבינו את המשמעויות של חקיקת-היסוד, ואף הוטעו על-ידי "אליטות ישנות", כלומר על-ידי משפטנים מן הדור השני, אשר לא הבהירו לחברי הכנסת את משמעויותיה הרחבות והסוחפות של החקיקה.¹⁸ ברור למדי לבני הדור השלישי שלהחזיר את הגלגל אחורה אי-אפשר, אבל אם "המהפכה חוקתית" שחברו לה משפטנים מן הדור השני נתפסת כלגיטימית, אזי מדוע לא תיתכן מהפכת-נגד חוקתית של דתיות לאומית? מבחינה דיאלקטית, החזון של משפטנות חובקת-כל בדמותה של "המהפכה חוקתית" והענקת סמכויות חוקתיות רחבות לבית-המשפט העליון, לרבות אפשרות לפסול חוקי כנסת בשל תוכנם, הובילו במסגרת אותו זרם של כתיבה מחקרית לאנטי-תזה אשר רואה באמצעים המשפטיים אמצעים יעילים לבניין אומה שונה מזו אשר לה התכוונו הדורות הפורמטיביים של האדריכלות המשפטית בישראל. במיוחד בולטת בהקשר זה ההתנגדות לפסיקות בג"ץ שהתערבו בסטטוס-קוו הדתי-חילוני.¹⁹ השיא במאבק הזה עוד לפנינו, והוא יקרין על מינוי שופטים כמו-גם על הפסיקה והחקיקה.

17 אביעד בקשי הייעוץ המשפטי והממשלה: ניתוח והמלצות (2014); דניאל סטטמן וגרעון ספיר דת ומדינה בישראל: דיון פילוסופי-משפטי (2014).

18 גרעון ספיר המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד 70-85 (2010).

19 בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15 (1996); בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595 (2004). לביקורתו של גרעון ספיר ראו ספיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 118-131.

ב. ביקורת הצדק המשפטי

1. בתר־שחרות

במיוחד למן שנות התשעים התפתחה בישראל מגמת כתיבה משפטית שונה, שהתמקדה בשאלה אחרת. הדילמה המרכזית בזרם הכתיבה האלטרנטיבי אינה אם משפט המדינה המתהווה הוא רצוי או בלתי־רצוי לבניין האומה במדינה יהודית ודמוקרטית, אלא באיזו מידה המשפט (לאו דווקא המדינתי) יכול להיות מונגש לקבוצות אוכלוסייה מוחלשות ולקדמן. בהתאמה נשאלת כאן השאלה אם המשפט יכול להכיל, לשמר ולקדם רב־תרבותיות, ואילו רפורמות יש לחולל בו לשם כך. שאלה מרחיקת־לכת אף יותר היא אם המשפט יכול להביא לידי שינוי מהותי במנגנוני הכוח הפוליטי, שהוא חלק בלתי־נפרד מעיצובם, או שמא יש לחולל תחילה, באופן ישיר, שינוי דרמטי במנגנוני הכוח הפוליטי והחברתי ואז ממילא יעוצב משפט מדינתי שונה. זרם כתיבה זה נעשה משמעותי יותר ויותר בכתיבת משפטיים באנגלית ובעברית, לרבות בכתיבת העת עיוני משפט, והחל לבלוט גם בכתיבתם של חוקרי משפט ישראלים.²⁰ המשותף לגווניה השונים של הכתיבה האקדמית בקטגוריה זו, אשר אנתחם בהמשך, הוא השתחררותם של המחקר והכתיבה מן הנטייה להיות מעוגנים בתהליך של בניין אומה, ההתמקדות האלטרנטיבית בכחינה ביקורתית של המצב המשפטי הקיים, וניתוח המגבלות והכשלים הבסיסיים המחייבים רפורמה מקיפה במשפט המדינה בהקשרים החברתי, הפוליטי, הכלכלי והתרבותי, לפעמים תוך שימוש באספקלריה השוואתית. אופיים של מחקרים מסוג זה הוביל לשימוש נרחב יותר בתיאוריות בין־תחומיות ובמתודולוגיות החורגות מן הפרשנות המשפטית המבוססת על הטקסט המשפטי הפורמלי. במיוחד יש לציין שימוש רב יותר בתיאוריות חברתיות ופוליטיות הלקוחות מתחומי מדעי החברה והרוח, כאמצעי להבין את מוסדות המשפט, את התהליכים המשפטיים ואת אופיו של הפתרון המשפטי המוצע. תיאוריות אלה נעות החל בתורת הבחירה החברתית ותורת המשחקים, עבור דרך גישות מוסדיות וניאו־מוסדיות ותורות הרמנויטיות, ועד גישות ביקורתיות מרקסיסטיות וניאו־מרקסיסטיות.²¹ בצד זאת ניכר שימוש רב יותר בכלים של ניתוח משפטי אמפירי השמים דגש באיסוף, בקידוד ובעיבוד של נתונים באמצעים סטטיסטיים ובשימושי מחשב, וזאת מתוך מטרה לזהות באופן ביקורתי את המשתנים (הבלתי־תלויים והמתערבים) המשפיעים על ההתנהגות המשפטית והשיפוטית, תוך הגדרת מודל רב־משתני, ליניארי או לא־ליניארי, המעניק לקוראים ולקוראות ממדים בין־תחומיים להבנת האופן שבו עולם המשפט מעוצב.²² הנה, למשל, חקר זהויות והשפעתן על עולם המשפט בא לידי ביטוי לא רק במחקרים שעניינם בדה־קונסטרוקציה של תשתית יחסי הכוח בחברה הישראלית,²³

Gad Barzilai, *Analysis of Israelis (Jews and Arab-Palestinians) Exploring Law in Society and Society in Law*, 11 INT'L J. L. CONTEXT 361 (2015). לסקירה חשובה של התפתחות

המחקר האמפירי ראו הקר, לעיל ה"ש 14.

גד ברזילי "המלך אינו עירום – מדוע המשפט פוליטי" דין ודברים ד 55 (2008).

הקר, לעיל ה"ש 14.

דני גוטווין 'מ'מהפכה חוקתית' ל'הפיכת נגד': ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי" מעשי משפט א 47 (2008); נדיה צימרמן ויאיר שגיא "לא זה הדרך: למקורותיו של סעיף 33

אלא גם במחקרים שעניינם בניתוח זהויות בתוך המסגרת המשפטית הקיימת, מתוך ראייה ביקורתית של האופן שבו המשפט מקדם זהויות אחדות דומיננטיות על-חשבון אחרות. כתוצאה מכך החל איסוף שיטתי יותר של מאגרי נתונים שכללו תצפיות על פסיקות של שופטים ושופטות, באופן שאפשר ניתוח דפוסים של התנהגות שיפוטית והבנת השפעותיהן של זהויות על דפוסי פסיקה.²⁴

מקורות היניקה האינטלקטואלית של המשפטנים מאסכולת ביקורת הצדק המשפטי שונים מאלה של חוקרי משפט ומעצבי משפט כאמצעי לבניין אומה. ניכרת השפעה משמעותית מאוד של ריאליזם משפטי, בעיקר כפי שנלמד בבתי-ספר למשפטים בארצות-הברית למן שנות השמונים, והשפעה רבה נזקפת גם לגוונים שונים של אסכולת ביקורת המשפט (critical legal studies), ובמיוחד לזרם הביקורת החברתית של המשפט. בתחומי המחקר האמפירי של המשפט נראית השפעה ברורה של התנהגותנות שיפוטית, שמנסה להבין את התנהגותם של השופטים והשופטות מעבר למסך העצמאות השיפוטית. ככל שקיימת ביקורת בספרות המשפטית על הכיבוש במלחמת 1967 של השטחים שמעבר לקו הירוק, היא באה לידי ביטוי בעיקר – אם כי לא באופן בלעדי – במסגרת זרם כתיבה זה.²⁵

ניתן לייחס לכותבים ולכותבות של אסכולת ביקורת הצדק המשפטי כמה מאפיינים בולטים. מדובר בעיקר בחוקרות ובחוקרים אשר רכשו את השכלתם ברמת הדוקטורט בארצות-הברית, והתמחו בעת כתיבת הדוקטורט בריאליזם משפטי ובאסכולת ביקורת המשפט.²⁶ רובם משפטנים ומשפטניות אשר רכשו השכלה אקדמית נוספת באחד התחומים של מדעי החברה או מדעי הרוח, ופיתחו תודעה מחקרית בין-תחומית. רובם חוקרים את הטקסט המשפטי ומציגים שאלות ביקורתיות על הטקסט המשפטי מנקודת-מבט חברתית, כלכלית, פוליטית, תרבותית והיסטורית, ולא מנקודת מוצא כאילו אין בטקסט המשפטי אלא מה שנראה בו ברמה הפורמליסטית.

לחוק הנפט "עיוני משפט לח 51 (2015); מרגית כהן "רגולציה וחוקיות עמומה: המעורבות הממשלתית במשק הדיק הישראלי" ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה 535 (יואב רותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); Margit Cohn, *Fuzzy Legality and National Styles of Regulation: Government Intervention in the Israel Downstream Oil Market*, 24 L. & Pol'y 51 (2002).

Oren Gazal-Ayal & Raanan Sulitzeanu-Kenan, *Let My People Go: Ethnic In-Group Bias in Judicial Decisions – Evidence from a Randomized Natural Experiment*, 7 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 403 (2010); אורן גזל-אייל ונוחי פוליטיס "התמקצעות או כלליות? השפעה של התמקצעות של שופטים על ההליכים וההחלטות" משפטים מד 891 (2015); קרן וינשל-מרגל אידאולוגיה וחוק בפסיקה בית המשפט העליון: ניתוח כמותי והשוואתי (2016); הקר, לעיל ה"ש 14.

ראו, לדוגמה: DAVID KRETZMER, *THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES* (2002).

ראו, למשל: AMERICAN LEGAL REALISM (William W. Fisher, Morton J. Horwitz & Thomas A. Reed eds., 1993); DUNCAN KENNEDY, *A CRITIQUE OF ADJUDICATION* (1997); Roberto M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, 96 HARV. L. REV. 561 (1983).

בעוד אסכולת החוקתיות של בניין אומה כתבה וכותבת בעיקר בעברית, כחלק מתחושת הצורך לכוון חוקתיות של מדינת הלאום היהודי, אסכולת ביקורת הצדק המשפטי מפרסמת יותר באנגלית מאשר בעברית, בהיותה מבוססת בעיקרה על תפיסות אמריקניות ואנגליות של ביקורת המשפט, וזאת מעבר לעובדה הכללית שהאקדמיה הישראלית מרושתת מאוד בקהילות המשפטיות הבין-לאומיות, שרובן מתבססות על תקשורת מחקרית ואקדמית בשפה האנגלית.

2. ביקורת החוקתיות

כדפים הבאים אתה גוונים אחדים של אסכולת ביקורת הצדק המשפטי בכתיבה המשפטית בישראל. מובן שאין זו מטרתו של מאמר קצר זה לסכם את כלל הגוונים הביקורתיים כלפי משפט המדינה, ואין ברעתי להתייחס לכל אחד ואחת מן הכותבים והכותבות בנפרד, אלא אתייחס באופן כללי למגמות קיימות בכתיבה המשפטית בהקשר זה.

ראשית, ביקורת הכיבוש הישראלי – אף שהיקף הכתיבה המשפטית על מציאות הכיבוש שהתהוותה בעקבות מלחמת ששת הימים הוא מועט יחסית ותופס נפח קטן בכתיבה המשפטית בישראל, יש לציין כי אסכולת ביקורת הצדק המשפטי מעניקה לעניין זה חשיבות כלשהי, עקב היקפן של הפרות זכויות האדם בשטחים והסכנות הנשקפות במציאות זו ליסודות הדמוקרטיים בישראל. מרבית הביקורת בכתיבה המשפטית מכוונת נגד פסיקותיו של בית-המשפט העליון, הממעטות להתערב בהחלטותיהן של הרשויות השלטוניות בנעשה בשטחים, וכן נגד המשטר המשפטי בשטחים, שעלול להתפרש כלגליזציה של שליטה כוחנית וצבאית בעם אחר.²⁷ יש לציין כי במגמת כתיבה זו בולטים הן חוקרים יהודים והן חוקרים ערבים-פלסטינים אזרחי ישראל.

שנית, ביקורת הריבוד המשפטי החברתי-הכלכלי – בצד ספרות משפטית ליברלית, דוגמת ספרות על זכויות פרט קנייניות, חופש החוזים, עקרון התחרות החופשית וחופש העיסוק, צמחה ספרות משפטית ביקורתית על אי-הנגשתו של משפט המדינה לשכבות אוכלוסייה חלשות מבחינה כלכלית; על שיח משפטי מוגבל ביותר של זכויות חברתיות והעדר עיגון חקיקתי ראוי שלהן; על משטר מקרקעין מפלה, במיוחד על בסיס לאומי; על העדר תשתית חוקתית שתבטיח דיור ציבורי הולם והעדר עיגון סטטוטורי של זכויות חברתיות שיבטיחו מימוש צרכים חברתיים בסיסיים; ועל ירידה במעמדם של ארגוני העובדים והעדר שיח קואופרטיבי כחלופה חברתית ומשפטית לעקרון התחרות החופשית. ביסודה של הביקורת החברתית המשפטית ניצבת הפרספקטיבה שלפיה בניין האומה ואסכולת החוקתיות של בניין אומה זנחו למעשה את הקבוצות החברתיות המוחלשות ולא הקנו להן את הכוח המשפטי

Ronen Shamir, "Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice, 24 L. & Soc'y REV. 781 (1990); Nimer Sultany, *Activism and Legitimation in Israel's Jurisprudence of Occupation*, 23 SOC. & LEGAL STUD. 315 (2014).

שיאפשר להן להתמודד בצורה שוויונית בשדה המשפטי על חלוקת הכוח החברתי, הכלכלי והפוליטי.²⁸

שלישית, ביקורת הזהויות התרבותיות כמשפט – הכתיבה בעיקר של הדור הראשון בקרב אסכולת החוקתיות של בניין אומה התייחסה אל התרבות הישראלית כאל משתנה קבוע והומוגני, חיצוני למשפט עצמו, בהיות התרבות בעיקרה מנותקת כביכול מן המשפט.²⁹ אולם עם השנים התפתחה בהדרגה כתיבה מחקרית ריאליסטית וביקורתית שהפריכה או למצער קעקעה הנחת-יסוד זו, שאפיינה את אסכולת החוקתיות של בניין אומה. התרבות הלכה ונתפסה יותר ויותר כחלק מן המשפט – ככזו שמעוצבת על-ידי, בהיות המשפט מכונן תרבויות, כשם שהוא מעוצב על-ידיה. המשפט נותן לתרבות (הדומיננטית) נוכחות בכל נורמה משפטית שהיא, והוא עלול גם לנסות לבטל תרבויות (לא-דומיננטיות, בעיקר של מיעוטים) ולדכאן. תרבות, מן הצד האחר, יכול שתסכל נורמות משפטיות ותביסן, ותהפוך אותן להלכה שאיש אינו מקיימה.³⁰

נוסף על כך התפתחה כתיבה משפטית שניסתה להנכיח במפורש זהויות תרבותיות של קבוצות חלשות כחלק מתהליך של פרשנות משפטית. כך, למשל, ניתן לציין את כתיבתם של חוקרים וחוקרות פלסטינים-ישראלים, דתיים ציונים, מזרחים וכן נשים בעלות תפיסות פמיניסטיות. אלה וגם אלה טוענים בכתיבתם כי משפט המדינה אינו מכיר בזהויותיהם, במצוקותיהם ובאינטרסים שלהם, וממילא אינו מגן עליהם ואינו מבטאם. מצב עניינים זה מחייב, לתפיסתם, רפורמות במשפט המדינה, לרבות שינויים מטא-חוקתיים, יצירת הסדרים משפטיים שיקצו תגמולים ציבוריים באופן שוויוני יותר, והנגשה מלאה יותר של משפט המדינה לקהילות ולקבוצות תרבותיות מוחלשות.³¹

רביעית, פמיניזם – אחת המגמות הבולטות ביותר בכתיבה הביקורתית, עם כמות פרסומים רבה יחסית, היא זו של פמיניזם משפטי. זה לצד זה, ובהשפעה בולטת של גוני פמיניזם שונים בארצות-הברית, באו לידי ביטוי סגנונות שונים של חשיבה וכתיבה פמיניסטיות עם אמירות שונות. ככלל, הכתיבה הפמיניסטית מתייחסת למוקדי כוח שונים בחברה הישראלית אגב פירוק הגבולות בין ה"פרטי" ל"ציבורי", ועוסקת, בין היתר, בהנגשה של מועצות דתיות,

28 יובל אלכשן פרקליטי העשוקים: על המשפט ככלי לשינוי חברתי (2014); אורן יפתחאל, סנדי קדר ואחמד אמארה "עיון מחודש בהלכת 'הנגב המת': זכויות קניין במרחב הברודי" משפט וממשל יד 7 (2012).

29 ראו את ספריהם של אקצין וקלינגהופר הנזכרים לעיל בה"ש 3.

30 גד ברזילי "אחרים בתוכנו: משפט וגבולות פוליטיים לקהילה החרדית" עיוני משפט כו 587 (2003); מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת (2008).

31 יפעת ביטון "על טיבה וטובה של הפליה: המזרחים בישראל בין הגלוי לנסתר" מעשי משפט ד 75 (2011); סטטמן וספיר, לעיל ה"ש 17; רבת-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוזן שמיר עורכים, 1998); חסן ג'בארין "לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזרחות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי" פלילים ט 53 (2000); האם המשפט חשוב? (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010); אילן סבן "בית המשפט העליון והמיעוט הערבי-פלסטיני: תמונה (ותחזית) לא בשחור-לבן" משפט וממשל ח 23 (2005).

שירותי דת, הצבא, המשטרה, האקדמיה, מקומות עבודה, המערכת הפיננסית והמערכת המשפטית (והשיפוטית) לייצוגיות נשית גדולה יותר ולשוויון מגדרי.

ביקורת הפטריארכייה, כמבנה חברתי-פוליטי-משפטי-תרבותי, היא נקודה משותפת מרכזית ואבן-היסוד לכל הכתיבה הפמיניסטית המשפטית, על גווניה השונים. בכפוף לכך, ובדומה לפמיניזם האמריקני, ניתן להבחין בין שני זרמים מרכזיים בכתיבה המשפטית הפמיניסטית: האחד הוא הפמיניזם הליברלי המשפטי, שסבור כי רפורמות במשפט המדינה, בין היתר באמצעות חקיקה ופסיקה, יכולות להוביל לשוויון מגדרי או למצער לצמצום הפערים בין נשים לבין גברים; והאחר הוא הפמיניזם הביקורתי, אשר רואה את יחסי הכוח של משפט המדינה כמכוונים וכמקדמים פטריארכייה, ולכן שם דגש חזק יותר בפרקטיקות חברתיות, ולא בשיח הזכויות, ומדגיש סוגיות מרכזיות כגון הצלת נשים מזנות, הפללת זנות ומניעת אלימות בחיי המשפחה.³² שני סוגים אלה של כתיבה משפטית מתבססים על ביקורת הצדק המשפטי, וזאת כדי להביא לידי שינוי המציאות באמצעים משפטיים ולחולל שוויון מגדרי. בניגוד לכתיבה של אסכולת החוקתיות של בניין אומה, אשר אינה מדגישה פמיניזם, כאן בולטת המחויבות המחקרית לשינוי משפטי של יחסי הכוח בין נשים לבין גברים.³³

מאבק על הזדמנות שווה לנשים ולגברים בחיים הציבוריים נהיה מרכזי ביותר בכתיבתן של רבות מבין הפמיניסטיות. כתיבה זו שלובה לעיתים במאבקים משפטיים על מעמדן של נשים בשוק העבודה ועל מעמדן בצבא. כך, למשל, לפסק-הדין ההיסטורי בעניינה של אליס מילר, שעתרה לבג"ץ בבקשה לאכוף על הצבא זימון נשים לקורס טיס, נלוו דיונים אקדמיים וכתיבה פמיניסטית, כמו-גם מאבקים ציבוריים של גופי פמיניזם ליברלי, ובמיוחד של שדולת הנשים.³⁴ חשיבות ההישג המשפטי בקבלת העתירה חרגה משאלת גיוסן של נשים לצבא וקידומן בו, ונגעה גם במאבק כללי יותר על שוויון מגדרי ועל המיצב המוקנה לנשים בחברה כולה. עם זאת, עתירתה של מילר ופסק-הדין בעניינה היו שנויים במחלוקת בקרב הפמיניזם הישראלי. חלק מן הביקורת הגיעה מצידן של פמיניסטיות ערכיות-פלסטיות-ישראליות, אשר מוחות נגד שירות בצה"ל בהיותו זרוע אתנו-לאומית וכן עקב היות הצבא

32 ראו גם: Gad Barzilai, *Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities* (2005) 147–208.

33 דפנה יורעאלי ואח' מין, מיגדר, פוליטיקה (1999); דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה" עבודה, חברה ומשפט יא 275 (2005); אורית קמיר פמיניזם, זכויות ומשפט (2002); Leora Bilsky, *Giving Voice*; *to Women: An Israeli Case Study*, 3 *Isr. Stud.* 47 (1998) "ואותן השמות עומדים לדורות" – על עברית, מגדר ומשפט" מחקרי משפט יח 373 (2002).

34 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, מט(4) 94 (1995) (להלן: פרשת מילר); יופי תירוש "אליס בארץ (ה)מראה: הרהורים על השתקפויות הגוף הנשי בשיח על שילוב נשים בתפקידי לחימה בישראל" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 885 (דפנה ברק-ארז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוג'ץ עורכות, 2007); קארין כרמית יפת ושולמית אלמוג "הדתה, הדרה וצבא: אפס ביחסי מגדר?" עיוני משפט לט 243 (2016).

ארגון גברי ביסודו וממילא אמצעי להעמקת הפטריארכליות בחברה הישראלית. קולן היה חלק מן הביקורת של פמיניסטיות ביקורתיות ("רדיקליות")³⁵. במקביל לפמיניזם הליברלי התפתחה ספרות חברתית ומשפטית ביקורתית שחתרה לא רק למתן הזדמנויות שוות לנשים ולגברים, אלא גם לרפורמה שיטתית במנגנוני הכוח וביחסי הכוח בחברה הישראלית. כך, הכתיבה הביקורתית התמקדה בניסיון להביא לידי דה־קונסטרוקציה של דיני המשפחה בכל הנוגע בהסתמכותם על ההלכה היהודית ועל השריעה המוסלמית. תוך כדי כך הוצעו רפורמות בדיני המשפחה אשר יקלו על נשים הסובלות מקיפוח – למשל, בדיני מזונות ובקבלת גט.³⁶

הכתיבה המשפטית הפמיניסטית, בהיותה מעוגנת גם בפוליטיקה של זהויות, הביאה לידי ביטוי את החתירה של זהויות להגיע להכרה ולהשפעה על יחסי הכוח ועל עיצוב התרבות המשפטית בישראל. כך, בין מובילות המאבק הפמיניסטי בלטו משפטניות מזרחיות, שעסקו בצורך להנגיש את השרדה המשפטית לקול המזרחי הנשי – למשל, בכל הקשור למינויים שיפוטיים. באופן דומה, משפטניות פמיניסטיות דתיות־ציוניות או ערביות־פלסטיניות־ישראליות יצאו נגד הפטריארכייה בקהילות הרלוונטיות להן, וממילא ביקשו לשפר את הגנת המשפט על קידום השוויון המגדרי בקהילותיהן.³⁷ סוגיה אחרת בכתיבה ובעשייה המשפטיות הפמיניסטיות היא מניעת הטרדה מינית ומניעת הטרדה מאיימת. כך, כתיבה משפטית בצוותא עם פעילות חקיקתית הובילו לחקיקה היסטורית של החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ושל חוק מניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב-2001, ולעיצוב מנגנוני אכיפה משפטית למניעה ולצמצום של הטרדות על רקע מיני במקודי כוח שונים של החברה הישראלית, לרבות מקומות עבודה, מוסדות השכלה גבוהה וכוחות הביטחון.³⁸

35 כך, למשל, בכנס פמיניסטי שערכה פרופ' דפנה יזרעאלי בשנת 2002 באוניברסיטת בר־אילן, שבו השתתפתי גם אני ונשאתי דברים, התנהלו ויכוחים עזים על פרשת מילר. הוויכוחים התנהלו בין פמיניסטיות ליברליות לבין פמיניסטיות רדיקליות, אשר הכולטות שביניהן היו מזרחיות וערביות־פלסטיניות ישראליות. הראשונות, הליברליות, ראו בפרשה הישג שיוביל לקידום נשים בצבא וכתוצאה מכך בשוק העבודה. הרדיקליות, לעומתן, ראו בפרשת מילר טקטיקה מוטעית אשר שמה דגש בקידום נשים אליטיסטיות על־חשבון שינוי יסודי של יחסי הכוח המגדריים.

36 דפנה הקר ורות הלפרין־קדרי "כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת – על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת" **משפט וממשל** טו 91 (2013).

37 ראו, למשל, יפעת ביטון "מזרחים במשפט: ה'אין' כ'יש'" **משפטים** מא 455 (2011); Nadera Shalhoub-Kevorkian, *Law, Politics, and Violence Against Women: A Case Study of Palestinians in Israel*, 21 L. & Pol'y 189 (1999); Nadera Shalhoub-Kevorkian, *The Efficacy of Israeli Law in Preventing Violence within Palestinian Families Living in Israel*, 7 INT'L REV. VICTIMOLOGY 47 (2000).

38 אורית קמיר זה מטריד אותי – לחיות עם החוק למניעת הטרדה מינית (2009); אורית קמיר כבוד אדם וחווה: פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי (2007); נווה רימלט "על משפט, פמיניזם ושינוי חברתי: החוק למניעת הטרדה מינית כמקרה לדוגמה" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** 985 (דפנה ברק־ארוז, שלומית יניסקי־רביד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007).

חמישית, ביקורת שיח המדינה "היהודית והדמוקרטית" – אסכולת החוקתיות של בניין אומה עסקה בעיקר בשאלה של איזון הערכים בין היות מדינת-ישראל "יהודית" לבין היותה "דמוקרטית". לעניין זה בלט במיוחד הוויכוח – שנלמד באופן שיטתי בכל הפקולטות למשפטים בישראל – בין שופטי בית-המשפט העליון אהרן ברק ומנחם אֶלון. הראשון סבר בכתיבתו כי משפט המדינה חייב לתת עדיפות להשפעת ערכים ליברליים, גלובליים וחילוניים על עיצובו ופרשנותו של המשפט הישראלי. כך, למשל, בהתנגשות משפטית אפשרית בין חופש העיסוק לבין ערכים דתיים העלולים להגביל את חופש העיסוק יש לתת משקל עודף לחופש העיסוק. לפיכך בניין האומה חייב להשתלב באופן מיוחד בערכים משפטיים כלליים שאינם מעוגנים בהכרח במסורת ובהלכה היהודית. השופט אֶלון, לעומת זאת, ייצג בכתיבתו אסכולה של פרשנות משפטית הלכתית, שסברה כי יש לתת משקל עודף להיותה של ישראל מדינה יהודית המעוגנת בדת היהודית, כפרשנותה הדתית האורתודוקסית. מחלוקת זו התנהלה בין כותלי בית-המשפט העליון, אך התבטאה היטב גם בכתיבה המשפטית האקדמית של השניים, כמו-גם בכתיבתם של אחרים, כפי שהשתקף היטב גם בכתיבת-העת עיוני משפט.³⁹

אסכולת ביקורת הצדק המשפטי שמה דגש רב יותר בביקורת הנוסחה המשפטית כולה, ומתמקדת בביקורת על עצם קיומו של כלל הכרה עליון לשיטה המשפטית, כאילו ישראל היא בהכרח "מדינה יהודית ודמוקרטית". בהתאמה התרחבה הכתיבה המעלה ביקורת נגד עצם ההגדרה המשפטית המחייבת מעין איזון בין היות המדינה "יהודית" לבין היותה "דמוקרטית". כך, למשל, קיימת כתיבה מחקרית הסבורה כי יש להביא מבחינה משפטית לידי תחולתם של ערכים ליברליים דמוקרטיים במסגרת דיני משפחה ביחס לקהילות לא-אורתודוקסיות, דוגמת רפורמים וקונסרוטיבים, וביחס לקהילה ההומוסקסואלית, גם אם אלה לא יתיישבו עם הגדרת המדינה כיהודית.⁴⁰ נוסף על כך, לנוכח העובדה שכ-25% מאזרחיה של מדינת-ישראל אינם יהודים, ושכ-21% מן האוכלוסייה הישראלית הם ערבים ישראלים⁴¹ (רובם הגדול בעלי זהות תרבותית ערבית-פלסטינית), אסכולת ביקורת הצדק המשפטי מדגישה כי למרות התפתחותו של שיח משפטי – לרבות פסיקה – השם דגש בזכויות פרט,

39 מנחם אֶלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (1973); מנחם אֶלון מבעיות ההלכה והמשפט במדינת ישראל (1973); אהרן ברק "מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט כד 9 (2000); מנחם אֶלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האם וחירותו" עיוני משפט יז 659 (1993); מנחם אֶלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" מחקרי משפט יב 253 (1995); AHARON BARAK, THE JUDGE IN A DEMOCRACY (2006). ראו גם סטטמן וספיר, לעיל ה"ש 17. כן ראו את כתיבתה הרחבה של רות גביון בעניין זה: רות גביון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים (1999).

40 גיא בן-פורת הלכה למעשה: חילוננו של המרחב הציבורי בישראל (2016); כרמית יפת ואלמוג, לעיל ה"ש 34; Karin Carmit Yefet, *Synagogue and State in the Israeli Military: A Story*; 34 (2016) *of "Inappropriate Integration"*, 10 L. & ETHICS HUM. RTS. 223 (2016).

41 ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "ערב יום העצמאות ה-69 למדינת ישראל – כ"ב-8.7 מיליון תושבים במדינה" (הודעה לתקשורת, 27.4.2017, www.cbs.gov.il/www/hodaot2017n/11_17_113b.pdf).

המיעוט הערבי הישראלי סובל מהפליה בתחומי חיים רבים. סוג אחד של הפליה לרעה של ערבים בישראל מתבטא באי־ישום של זכויות פרט, וסוג נוסף של הפליה הוא שיטתי יותר ונובע מאי־הכללתם של הערבים הישראלים כקולקטיב – כמיעוט מאורגן ומוכר – בשיח הרפובליקני הלאומי, הממסדי והשלטוני בישראל.⁴² במילים אחרות, אסכולת ביקורת הצדק המשפטי מדגישה את העובדה שהיות המדינה "יהודית ודמוקרטית" אינה מונעת הפליה הן על בסיס אישי והן על בסיס קולקטיבי. אדרבה, הטענה היא כי העיסוק בנוסחה המשפטית של מדינה יהודית ודמוקרטית, מצד אחד, והתפתחות הפסיקה בדבר זכויות פרט, מצד אחר, יצרו מצג כאילו אכן מתקיים שוויון משפטי בין ערבים ליהודים בישראל.⁴³

לפיכך הועלתה ביקורת מחקרית בדבר יכולתו של שיח משפטי בדבר זכויות פרט בלבד – ללא זכויות קבוצתיות (קהילתיות) למיעוטים, ובמיוחד למיעוט הלאומי והתרבותי הערבי־הפלסטיני – לקדם ולהבטיח שוויון. בתחומים מסוימים אומנם הכיר המשפט הישראלי בזכויות קבוצתיות למיעוט הערבי (בולטת במיוחד ההכרה בבתי־דין דתיים בנושאי נישואים וגירושים), אולם ברוב התחומים האחרים המשפט הישראלי מונע או מנסה למנוע הכרה בזכויות קולקטיביות. כך, למשל, בנושאים הנוגעים בשפה ובזיכרון קולקטיבי. לדוגמה, חוק יסודות התקציב מקנה סמכות לשר האוצר, בהסכמת השר הממונה, לפגוע בתקציבו של מוסד ציבורי המאזכר את הנכבה.⁴⁴ בתחום השפה הערבית הכיר בית־המשפט העליון בזכות משפטית קנויה לפרסם בערבית או לסמן שלטי חוצות בערבית, אבל זאת מכוח עקרון חופש הביטוי כזכות פרט ליברלית, אגב הימנעות מהכרה בזכות קבוצתית של ערביי ישראל לשפתם.⁴⁵ הכתיבה המשפטית מבליטה כי הבעיה טמונה דווקא בכך שמשפט המדינה עיצב את הגדרת המדינה כיהודית באופן שמפקיע ומדיר את המיעוט הערבי הישראלי מן השותפות האזרחית.⁴⁶ כיבוש השטחים במלחמת 1967 החריף כמובן את המתח בין המיעוט הערבי, אשר חלק ניכר מקרובי־משפחתו מתגוררים בשטחי הגדה המערבית ובעזה, לבין הרוב היהודי. ממילא גבר החשש שהכיבוש יחלחל אל תחומי הקו הרוק ויוביל לפגיעות קשות עוד יותר בזכויות האדם של הערבים הישראלים.⁴⁷

לעומת אסכולת החוקתיות של בניין אומה, אשר שמה דגש במערכת הכללים של ההכרה והפרשנות במשפט הישראלי, אסכולת ביקורת הצדק המשפטי סוברת כי הפרדת

42 סבן, לעיל ה"ש 31; ג'בארין, לעיל ה"ש 31; Yoav Peled, *Ethnic Democracy and the Legal Construction of Citizenship: Arab Citizens of the Jewish State*, 86 AM. POL. SCI. REV. 432 (1992); Nimer Sultany, *The Making of an Underclass: The Palestinian Citizens of Israel*, 27 ISR. STUD. REV. 190 (2012).

43 יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 28; Gad Barzilai, *Fantasies of Liberalism and Liberal Jurisprudence: State Law, Politics, and the Israeli Arab-Palestinian Community*, 34 ISR. L. REV. 425 (2000).

44 ס' 33(ב)4 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985.

45 בג"ץ 4112/99 עראלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002).

46 Shamir, לעיל ה"ש 27; Sultany, לעיל ה"ש 27; אלבשן, לעיל ה"ש 28; יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 28.

47 Shamir, לעיל ה"ש 27; Sultany, לעיל ה"ש 27.

הדת מהמדינה והפרדת הדת מן הלאום הן בגדר רפורמה מטא-חוקתית וחוקתית הכרחית אם ברצוננו להביא לידי גיבושה של מדינת לאום ישראלי, ולא רק מדינת לאום יהודי. הרגש אינו בכללי הפרשנות במסגרת פירמידת הנורמות, אלא בצורך ברפורמה יסודית של מבנה המשטר הפוליטי והמשפטי. בהקשר של טיעון זה בולטת קריאתם של משפטנים – ובעיקר של משפטנים ערבים-פלסטינים ישראליים – לביטול חוק השבות כתנאי הכרחי לפירוק הקשר הגורדי החוקתי בין יהדות, לאומיות ואזרחות.⁴⁸ בנקודה זו עובר קו פרשת-מים בין רוב המשפטנים היהודים הישראלים בכתיבתם, תהיה ביקורתית ככל שתהיה, לבין משפטנים ישראלים ערבים-פלסטינים. הראשונים נוטים לסבור כי ניתן ליישב עקרונית בין היות המדינה יהודית על בסיס קיום חוק השבות לבין עקרונות ליברליים של זכויות אדם, ואילו האחרונים חולקים על כך וסוברים כי יישוב המתח החוקתי והמשפטי בכלל בין יהדותה של המדינה לבין הדמוקרטיה שלה הוא בלתי-אפשרי ללא ביטולו של חוק השבות.⁴⁹

שישית, ביקורת הצבאיות ובלטות הביטחון הלאומי – הזכויות והחובות בישראל קשורות בחלקן גם לשירות הצבאי ולמנגנוני החובה והפטור כדיני שירות הביטחון. דוגמה אחת לעניין זה היא המאבק הציבורי והמשפטי הנמשך על הפטור הקולקטיבי הניתן לכוורי ישיבות חרדיות משירות צבאי. באופן כללי יותר, חשיבותו של הביטחון הלאומי בולטת כאחד מייסודותיו של המשטר הישראלי, וממילא של המשפט שבו, והיא משפיעה על מעמדם של האזרח והאזרחית ועל יחסי הרוב והמיעוט.⁵⁰

מצד אחד, בכל הקשור לחוקתיות של בניין אומה, בולטותו של הביטחון הלאומי בחברה, בפוליטיקה ובתרבות משפיעה על פסיקות בג"ץ. בדומה לבתי-משפט אחרים בעולם, כאשר מועלית טענה משפטית בדבר ביטחון לאומי, הסיכוי לקבלת העתירה נגד משרד הביטחון והממסד הבטחוני קטן בהרבה.⁵¹ כתיבה במסגרת האסכולה של ביקורת הצדק המשפטי חידדה את העובדה שלמרות חריגים – דוגמת בג"ץ העינויים,⁵² אף שגם הוא הביא בתורו לידי הכשרת פרקטיקות עינויים שלא היו מושא העתירה⁵³ – שופטים ושופטות נוטים, במסגרת כללי הפרשנות והראיות, לא להתערב בשיקול-דעתן של הרשויות הבטחוניות, וזאת אגב חשש שהתערבות שיפוטית כזו עלולה להביא לידי סיכולם של מאמצי מלחמה ומאבק בטור. כך, למשל, מחקר חדש מעלה כי שיעור הקבלה של עתירות נגד שר הביטחון וזרועות הביטחון בין 1995 ל-2015 היה קטן ב-300% משיעור קבלתן של עתירות בנושאים

48 ראו, למשל, Sultany, לעיל ה"ש 42; ג'בארין, לעיל ה"ש 31.

49 השוו את כתיבתם של ג'בארין, לעיל ה"ש 31, ושל Sultany, לעיל ה"ש 27 ו-42, לכתיבתו של מאוטנר, לעיל ה"ש 30.

50 מנחם הופנונג ישראל – ביטחון המדינה מול שלטון החוק: 1991–1948 (1991) Gad Barzilai, *The Argument of "National Security" in Politics and Jurisprudence, in SECURITY CONCERNS: INSIGHTS FROM THE ISRAELI EXPERIENCE* 243 (Daniel Bar-Tal, Dan Jacobson & Aharon Klieman eds., 1998).

51 שם.

52 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד (נג) 817 (1999).

53 Itamar Mann & Omer Shatz, *The Necessity Procedure: Laws of Torture in Israel and Beyond, 1987–2009*, 6 UNBOUND 59 (2010).

אחרים, במיוחד בנושאי דת ומדינה.⁵⁴ לכן אסכולת ביקורת הצדק המשפטי מדגישה את החשיבות המוגזמת של ביטחון לאומי כמסד לעיצוב המשפט הישראלי.

מצד אחר, בכל הקשור לאסכולת ביקורת הצדק המשפטי, חלק מן הדיונים המשפטיים הביקורתיים מוקדש גם לשאלת גיוס-החובה לצבא ומידת ההצדקה המשפטית לסרבנות פוליטית, כלומר לסרבנות בכירנית, לעומת סרבנות מצפונית, קרי סרבנות מוחלטת, ובאיוז מידה יש חשיבות והצדקה למרי אזרחי ישראל.⁵⁵ אסכולת החוקתיות של בניין אומה רואה בשירות הצבאי הכרח בטחוני וצבאי בליגונה, ובציות לחוק היא רואה ערך בסיסי ביותר ועליון בשיטת המשפט.⁵⁶ כנגד זאת, אסכולת ביקורת הצדק המשפטי בוחנת את הצידוקים המוסריים והמשפטיים האפשריים לסוגים שונים של אי-ציות לחוק, וזאת מעבר למבחן "הדגל השחור" – אשר מצדיק אי-ציות לחוק או להוראה הניתנת על-ידי בעל סמכות, כבמקרה של "פקודה בלתי-חוקית בעליל" – שכבר הוכר במשפט הישראלי.⁵⁷

שביעית, ביקורת ההיסטוריה של המשפט הישראלי וריבוי הקולות ההיסטוריים – אסכולת החוקתיות של בניין אומה הציגה בפרשנותה נרטיב היסטורי אחד ואחיד. היה זה הנרטיב של בניין האומה הציונית ומדינת הלאום היהודי, שלפיו משפט המדינה נועד לשרת תהליך היסטורי רציף ואחיד של התגשמות המאוויים היהודיים והציוניים באמצעות הקמת מדינת-ישראל ברוח מגילת העצמאות.⁵⁸ חלק ניכר מן ההוגים והמשפטנים הבולטים של אסכולת החוקתיות של בניין אומה נטלו חלק פעיל בשירות מפלגות פוליטיות או מילאו תפקידים ציבוריים במסגרת היועץ המשפטי לממשלה, פרקליטות המדינה ובית-המשפט העליון. לפיכך הם היו מעצביה ומוליכיה של האידיאולוגיה המשפטית הרשמית של מדינת-ישראל.⁵⁹ לא כך הדור הביקורתי של ההיסטוריונים של המשפט הישראלי. אלה מציגים במחקריהם גם סיפורים היסטוריים אלטרנטיביים ופרשנויות משפטיות אלטרנטיביות, שקראו תיגר על כמה מיסודותיו של משפט המדינה הן ברמת המשפט הציבורי והן ברמת המשפט הפרטי. ההיסטוריונים הביקורתיים של המשפט הישראלי מושפעים מן המערב ובעיקר מן החינוך האקדמי בארצות-הברית. רובם רכשו את השכלתם הגבוהה בפקולטות למשפטים בארצות-הברית עם תארים משלימים בהיסטוריה או בסוציולוגיה ומדע המדינה, והשלימו את עבודת הדוקטור בהדרכת היסטוריונים ביקורתיים של המשפט.⁶⁰ לפיכך ההיסטוריונים

54 Maoz Rosenthal, Gad Barzilai & Assaf Meydani, *Constitutional Judicial Review, Chief Justices, and Judges' Preferences: Institutional Lessons and Israel's High Court of Justice* (2016), available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2815665

55 CHAIM GANS, *PHILOSOPHICAL ANARCHISM AND POLITICAL DISOBEDIENCE* (1992); ליאון שלף קול הכבוד: סרבנות מצפונית מתוך נאמנות אזרחית (1989); חמי בן נון מרי אזרחי (2014).

56 הופנונג, לעיל ה"ש 50.

57 Shamir, לעיל ה"ש 27; Sultany, לעיל ה"ש 27. להעמקת עקרון הפקודה הבלתי-חוקית בעליל כבסיס לחובת אי-ציות לחוק על-סמך מבחן "הדגל השחור" ראו ביד"צ מר"צ 3/57 תובע צבאי נ' רס"ן מלינקי, פס"מ יז 90 (1958).

58 ראו את ספריהם של אקצין וקלינגהופר הנזכרים לעיל בה"ש 3.

59 אמנון רובינשטיין מהרצל ועד גוש אמונים ובחזרה (1980).

60 ראו, למשל: Ron, *THE HISTORY OF LAW IN A MULTICULTURAL SOCIETY: ISRAEL 1917-1967* (Ron); Harris, Alexandre (Sandy) Kedar, Pnina Lahav & Assaf Likhovski eds., (2002); יאיר

הביקורתיים מנתחים את מעמדן של קהילות מיעוטים אשר קולן המשפטי – הטקסטים המשפטיים שלהן – הודרו על-ידי משפט המדינה, כגון פלסטינים (בעיקר מוסלמים), בדווים, יהודים דתיים לא-אורתודוקסים וחרדים. באותה כתיבה משפטית ביקורתית מועלות דילמות ביחס להסדרים מפלים שמשפט המדינה עיצב ביחס לקהילות חלשות, כגון שאלות של קניין והסדרי מקרקעין מפלים ביחס למיעוטים דוגמת הבדווים.⁶¹

ההיסטוריה הביקורתית של המשפט הישראלי, כפי שהוארה במחקרים שונים, מאפשרת לנו לנתח באופן טוב יותר את מחירה של אידיאולוגיה משפטית דומיננטית אגב ראייה אלטרנטיבית וביקורתית ביחס לנרטיב היסטורי משפטי לאומי אחד, שאינו מעניק קול משפטי להסדרים אלטרנטיביים. באופן זה, ההיסטוריה הביקורתית של המשפט הישראלי אף מקדמת פלורליזם משפטי, אשר משפט המדינה אינו יכול ואינו מעוניין לקדם, כגון הקולות והאינטרסים המשפטיים של מיעוטים לא-יהודיים בקרב אזרחי ישראל, מהגרים זרים ומבקשי עבודה, וכן מיעוטים יהודיים מסורתיים שאינם אורתודוקסים. למאמץ זה חוברים מחקרים המתמקדים בהסדרים משפטיים מנקודת-מבט של קהילות לא-מושלות – קהילות מיעוטים – תוך שימת דגש בהיבט הלוקלי של המשפט, אם כהשלמה למשפט המדינה ואם כאלטרנטיבה לו. מחקרים אלה כוללים לימוד שיטתי יותר של ריבוד חברתי-כלכלי ושל השפעתו לאורך זמן על הפרקטיקות המשפטיות של משפט המדינה כלפי מיעוטים, כמו-גם על האכיפה ההפלייתית של המשפט הפלילי נגד מיעוטים.⁶²

שמינית, התרבות המשפטית ומעמד הפרופסיה המשפטית – בישראל מספרם של עורכי-הדין ביחס לגודל האוכלוסייה הוא הגדול בעולם, והוא הולך וגדל בעת כתיבת שורות אלה.⁶³ רוב עורכי-הדין ועורכות-הדין עוסקים בתחומי המשפט המסחרי והאזרחי, ורק על מעטים יחסית ניתן לומר כי עיקר עיסוקם הוא בהתדיינויות סביב זכויות אדם ובהגנה עליהן.⁶⁴ במקביל חלה עלייה משמעותית בהיקפי הליטיגציה, קרי ההתדיינויות בבתי-המשפט, ובהיקפי התביעות המשפטיות במשפט האזרחי. החברה הישראלית חווה בהחלט, במיוחד למן המחצית השנייה של שנות התשעים, תהליכי משפטיזציה מואצים, הבאים לידי ביטוי במיקומן הגובר של ההתדיינויות המשפטיות, במעורבות השיפוטית המתרחבת ובפעילותם הדינמית של רגולטורים משפטיים אחרים – דוגמת היועץ המשפטי לממשלה ומוסד ביקורת המדינה – בהתנהלות החיים הציבוריים.⁶⁵

-
- שגיא "למען הצדק? על הקמתו של בית-המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט כח 225 (2004).
 61 יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 28; Ronen Shamir, *The Colonies of Law: Colonialism, Zionism and Law in Early Mandate Palestine* (2000).
 62 ישי בלנק "מקומו של ה'מקומי': משפט השלטון המקומי, ביזור ואי-שוויון מרחבי בישראל" *משפטים* לר 197 (2004); Barzilai, לעיל ה"ש 32.
 63 Gad Barzilai, *The Ambivalent Language of Lawyers in Israel: Liberal Politics, Economic Liberalism, Silence and Dissent*, in *Fighting for Political Freedom: Comparative Studies of the Legal Complex and Political Liberalism* 247 (Terence C. Halliday, Lucien Karpik & Malcolm M. Feeley eds., 2007).
 64 לפירוט הנתונים ראו שם.
 65 שם.

מגמות אלה הובילו להתפתחותה של כתיבה משפטית הבוחנת בעין ביקורתית את מעמדה והשלכותיה של הפרופסיה המשפטית על הדמוקרטיה. האם לשכת עורכי־הדין היא גוף מקצועי הפועל לטובת הציבור הרחב ולקידום מעמדם של עורכי־הדין ועורכות־הדין כשומרי־הסף של הדמוקרטיה בישראל? האם עורכי־הדין ועורכות־הדין משמיעים את קולם למען קידום זכויות אדם וצדק חברתי, והאם מומחיתם המקצועית משמשת אותם לקידום מטרות אלה? מהו המחיר שדמוקרטיה משלמת כאשר חלק ניכר ביותר מן הקונפליקטים החברתיים והפוליטיים בה מתורגמים ומועברים לשפה פורמליסטית של התדיינות משפטיות בבתי־המשפט, והאם כתוצאה מכך לא נמנע שיח חברתי־פוליטי עמוק? האם שפת ההתדיינות המשפטיות טובה מבחינה ממשלית וחברתית למשטר פוליטי פרלמנטרי או שמא ההתדיינות המשפטיות ומעורבותם של בתי־המשפט פוגעות ברלוונטיות ובאפקטיביות של החיים הפרלמנטריים? סוגיות אלה נהיו לנושאים מרכזיים בכתיבה של אסכולת ביקורת הצדק המשפטי, בעוד אסכולת החוקתיות של בניין אומה מעניקה לשאלות אלה משקל מחקרי והגותי קטן, בעודה מתייחסת בעיקר לאופן שבו עורכי־דין יכולים לפתח את הקריירה המקצועית שלהם אגב שמירת הגבולות האתיים של מקצועם.⁶⁶

סיכום

מאמר זה אינו מתיימר להכיל ולסכם את כלל הכתיבה המשפטית בישראל על שלל זרמיה האינטלקטואליים. עם זאת, במאמר זה ניתחתי שתי אסכולות חשובות ומרכזיות של כתיבה משפטית מחקרית בישראל. מצד אחד, יש הבדלים מובהקים בין מגמת הכתיבה של "חוקתיות של בניין אומה" לבין מגמת הכתיבה של "ביקורת הצדק המשפטי". מדובר בהתבוננויות מחקריות שונות ביסודן על השדה המשפטי. ההבדלים שעליהם הצביע המאמר ומגוון המחקרים במסגרת כל זרם של כתיבה ומחקר מבהירים היטב את התמורות שחלו במהלך השנים במחקר המשפטי בישראל, כמו־גם את קווי ההמשכיות, כפי שצוינו במאמר זה. כתב־העת **עיוני משפט** שימש ומשמש בימה חשובה לפרסומים בעברית, כפי שהצבעתי במהלך המאמר.

אסכולת החוקתיות של בניין אומה שמה דגש מרכזי במאמץ המתמיד לכונן, לעצב ולקדם את המשפט המדינתי כמנגנון לגליזציה של מדינת הלאום היהודי כמדינה "יהודית ודמוקרטית". אסכולת ביקורת הצדק המשפטי הציבה לעצמה כיעד מרכזי את ביקורת התלות העמוקה של משפט המדינה בריבוד חברתי־כלכלי ובוהויות דומיננטיות כמו־גם בביקורת ההצדקה ההכרחית כביכול באידיאולוגיה המשפטית של מדינה "יהודית ודמוקרטית". מצד אחר, הגם שניתן להדגיש את הקונפליקט בין אסכולת החוקתיות של בניין אומה לבין אסכולת ביקורת הצדק המשפטי – שהרי מדובר בתפיסות משפטיות שונות, ופעמים אף באידיאולוגיות שונות, בתיאוריות שונות ובמתודולוגיות שונות – ניתן גם לראות במגמות כתיבה אלה כלים שלובים. ראיית המשפט הן כשדה מקצועי מוסדר, עם כללי פרשנות

66 שם; נטע זיו מי ישמור על שומרי המשפט? עורכי דין בישראל בין מדינה, שוק וחברה אזרחית (2015); עלי זלצברגר "קשר המשפטנים הישראלי: על לשכת עורכי הדין בישראל ובעלי בריתה" משפטים לב 43 (2001). לכתיבה בסגנון אסכולת החוקתיות של בניין אומה ראו שוקי שטאובר עו"ד ועוד – על קריירה של עורכי־דין ומשפטנים בישראל (2005).

מסותתים היטב על בסיס היות המדינה "יהודית ודמוקרטית", והן כשדה חברתי אשר ראוי גם לבקרו, בהיותו מכונן של משטר פוליטי וזכויות משפטיות, ולא לחשוש מן ההבניה הביקורתית שלו תוך חשיפת הגורמים ההיסטוריים והאינטרסים החברתיים-הכלכליים, התרבותיים והאתנולאומיים שהובילו להסדרים המשפטיים הקיימים.