

המשפט הסמוי מן העיץ*

מאת

פרופ' מנחם מאוטנר**

שעה בחיי

רעש צורמני מעיר אותי משנת. אני מגנש אל השעון. שש ועשרים כבוקר. אני קים ופותח את התרים. בנייץ שממול מרחיבים את הזריות, וזה עתה החל הבנאים במלאכת יומם. אני מחלכט לשנייה אם לשוב למיטה ולנסות להיאבק על כמה דקות נוספות של שינה. לא, זה לא יצלת. אני חוצה אל עבר דלת הכניסה ונוטל את העיתונים המונחים מעברה השני, מרחיח מים לקפה, פותח רדיו המכוון ל"יומן הבוקר", ומחיישב עם העיתונים. אט-אט מתכנסים במטבח כל בני המשפחה: אוכלים בחופזה, מחליפים משפטים קטועים ומתפזרים כמרוצה איש-איש ליעדו. אני מפנה את הכלים והאוכל. עוד יום מתחיל.

חיינו רוויים כמשפט. בשעה הראשונה של היום, עוד כטרם עזבתי את ביתי, עוטרף אותי המשפט מכל עבר. המשפט קובע את המינון שבו ימצאו בסביבת הבניין שבו אני גר בנייני מגורים, מרכז מסחרי, כבישים הומים, פארקים, נגי ילדים, בתי-ספר ובתי-כנסת. הוא קובע את עוצמות הרעש שיוכל לחדור לביתי בשעות שונות של היממה ולהפריע את מנוחתו. הוא קובע שאני ואשתי חוכרים של הדירה שבה אנן גרים, בעוד שהעבלות בה היא של מנהל מקרקעי ישראלי. הוא קובע תחום נרחב של פעילויות, שאשתי ואני, כחוכרים, נוכל לקיים בדירה, ותחום נרחב של פעילויות שלא נוכל לקיים בה. הוא אוסר עלי להכות את אשתי, מחירי לי להכות את ילדי, אך קובע גבולות לכך. הוא מטיל חובה על שני להודיע לדשיות המדינה, במידה שיתעורר חשדם שאני נוהג אילמות כלפי בני משפחתי, מעבר למידה המותרת. הוא מאפשר לי לרכוש חלב ודגנים לארוחת הבוקר. הוא מחייב את יצרן החלב לקיים

* המאמר דאח אור לדאשונה ב"אליפים" כרך 16 (תשנ"ח) 45 (בעריכת ניצה דרורי-פרמן, ובהוצאת עם עובד).

** פרופסור חבר, סגן דיקאן, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

על-ידי כך שהוא מכונן פרקטיקות ומקצה במסגרתן לכני-האדם כוחות וזכויות שבאמצעותם הם מחלקים בנייהם משאבים, המשפט מאלא תפקיד חשוב ביצירת המשמעות בחייהם של בני-האדם. המשפט קובע מה היא המשמעות של היות אדם "קפולן בניין", "דייר בבניין שליד בנינים", "חוכר של דירה", "בעל", "אשה", "הורה", "אדם המכה את בני משפחתו", "שכן", "ילד", "ילד שהוריו מכים אותו", "מזכיר", "קונה", "מאזין לרדי", "עיתונאי", "קורא עיתון", "הורה המבקש להקנות לילדו חינוך והשכלה", "ילד הרוכש חינוך והשכלה", "משתמש במעלה", "אורח במדינה המגדירה עצמה נתונה באיום צבאי", "חושב העיר תל אביב", "נהג", "הולך-דגל", "נהג ששטר תנועה עוצר אותי", "עובר", "מעביד" וכן הלאה.

תפישה רווחת של המשפט רואה את חיי היומיום של בני-האדם, מצד אחד, ואת המשפט, מצד שני, כשני תחומים נבדלים, שגבול ברור מבחין ביניהם. על-פי הגרסה הלברלית של תפישה זו, בני-אדם עוסקים בקביעה יערים, שאותם הם מבקשים להשיג. במקרים מסוימים, הדרכים להשגת היעדים מוסדרות על-ידי המשפט. במקרים כאלה, בני-האדם נועצים במשפטנים, המדריכים אותם באשר לתכניהם של כללי המשפט, ומורים להם כיצד עליהם לפעול על-פי הכללים, כדי להשיג את יעדיהם. על-פי הגרסה המרקסיסטית של התפישה האמורה, קיימת הכתנה חדה בין החברה האזרחית לבין משפט המדינה: היחסים החברתיים הכלתי-חיוניים של המרקסיזם בין בני-האדם מאפשרים לחלק מבני-האדם לקבוע את תוכניו של משפט המדינה באופן המשרת את ענייניהם, היינו היחסים החברתיים מתקיימים מחוץ למשפט, כפיכול, ורק אחר-כך נוצר מתוכם המשפט של המדינה.¹

התחושה שחיהם של בני-האדם נבדלים מתוכניו של המשפט מחזקה לנוכח תהליכי ההתפצה (ראיפקציה) הקיימים במשפט, קרי: קיבועם של תכני המשפט בלוחות של אבן, בכרכים של ספרי חוקים ופסקי-דין, ולאחרונה אף בתקליטורים. המשפט הוא אפוא משהו בעל ממשות פיסית, הנמצא כפיכול מחוץ לחיי היומיום של בני-האדם. התחושה האמורה מחזקה גם לנוכח קיומה של קבוצה מקצועית מוגדרת — עורכי-הדין והשופטים — השולטת בתוכניו של המשפט, תוך הדרכתם של בני-האדם שאינם משפטנים.

יש כמובן מידה גדולה של צדק בהתייחסות למשפט כמשהו שבני-אדם מסוגלים ללמוד את תוכניו כדי לתכנן על-פיו פעולות ובראיה של משפט המדינה כחוצר של היחסים החברתיים המתקיימים בין בני-האדם. אבל תפישות כאלה של המשפט הן שגויות ומטעות, במידה שהן אינן מקצות מקום לתפקיד החשוב שהמשפט ממלא ביצירת המשמעות בחייהם של בני-האדם, היינו בעיצוב היעדים שאותם הם מבקשים להשיג בחייהם, בקביעת האופנים שבהם הם מגדירים את הזהויות שלהם בהקשרים שונים של היחסים החברתיים, ובקביעת הדרכים שבהן הם תופשים את

רמה מסוימת של היציבה בייצור החלב וכיוצא בזה. הוא מחייב את יצרן הדגנים למסור לי מדיע מסוים אודות הרכבה החזונה ומחירם. הוא מסדיר את האספקה של המים והחשמל, שאותם אני צורך בכתי. הוא מסדיר את פעילותם של גופי השידור, שלתכתיניהם אני מאזין. הוא קובע גבולות של הגנה על הפרטיות, הגנה על שמו הטוב של אדם ומניעת פגיעה בביטחון המדינה ביחס לתכנים של המידע שאליו אני יכול להתוודע באמצעות האזנה לרדיו וקריאה בעיתון. הוא מחייב אותי לשלוח את ילדי מדי בקר לכיתה ספר המנוהלת על-ידי המדינה. הוא קובע את דרכי הארגון של מערכת החינוך שבה ילמדו ילדי, מכתיב את תכניה וקובע את המדידה שבה אשתי ואני נכלל להיות מעורבים בקביעת התכנים האלה.

חיינו רוויים במשפט. המשפט עושה את כל הדברים האלה, ועוד דברים רבים אחרים, והכל כשעה הראשונה של היום, עוד כטרם שעזובתי את ביתי, ירדתי במעלית, אספתי את צו המילואים וחשבון הארנונה הממחיינים לי בחתיבת הדואר, נסעתי כמכונית או באוטובוס, והגעתי למקום העבודה שלי. המשפט העושה את הדברים האלה הוא משפט הסמור מן העין.

בשורות הכאות אטען שהרבה ממה שקורה במשפט והרבה ממה שהמשפט מחולל בחיינו אינו ידוע לנו או שאינו מובן לנו לאשורו. אטען אפוא שיש הרבה יותר מאשר דרך אחת שבה המשפט הוא סמור מעניינו. אטען גם שבמשפט ובחברה של ישראל מתקיימים תהליכים המובילים לכך שיותר ממה שקורה במשפט, ומההשפעתו של המשפט על חייהם של בני-האדם, ייתשפו לעין. עם זאת, אטען שתהליכים אלה ממקדים את תשומת-הלב בעיקר באותם תחומים במשפט שיש בהם עניין לקבוצה מסוימת אחת בחברה הישראלית. אטען אפוא, שהתהליכים המתקיימים במשפט ובחברה של ישראל חושפים לעין תחומים מסוימים של המשפט, וקבוצה מסוימת אחת בחברה, תוך שהם משאירים תחומים אחרים של המשפט, וקבוצות אחרות של בני-אדם, כשהם עלומים מן העין.

כינון פרקטיקות, הקצאת משאבים, יצירת משמעות

ימנו מורכב מסדרה ארוכה של אינטראקציות עם בני-אדם אחרים, עם תאגידים ועם רשויות המדינה. רובן של האינטראקציות האלה מתקיים במסגרתן של פרקטיקות חוזרות. המשפט ממלא תפקיד חשוב בכינון של הפרקטיקות האלה. המשפט מכונן פרקטיקות על-ידי שהוא מגדיר את מעמדם של בני-האדם, החאגידים והמדינה בכל אחת מהן, ומקצה להם כוחות וזכויות שאותם יוכלו להפעיל אלה על אלה. מכיוון שהמשפט מקצה כוחות וזכויות, הוא ממלא תפקיד חשוב בחלוקת המשאבים החומריים (הון, מקרקעין, השכלה, מידע, וכיו"ב) והערטיליים (חירות, רוחות אישית, כבוד אנושי), שאותם מבקשים בני-האדם להשיג.

R. Gordon "Critical Legal Histories" 36 *Stan. L. Rev.* (1984) 57 1

גופים יוצרי משפט, גופים אופטי משפט

אכן, שום דבר ממה שהמשפט קובע אינו הכרחי ואינו מובן מאליה. אחד הדברים שמייחדים את החכרות המערבית הוא שיקיימים בהן גופים נבדלים, מדינתיים, ליצירתה של משמעות משפטית בחייהם של בני-האדם, שהיא נבדלת מהמשמעות הקיימת, או שהיתה עשויה להתקיים, בתרבות היוזמונית שלהם: בתי-מחוקקים, בתי-משפט ורשויות מנהליות שאמורות להוציא לפועל את החוקים ואת פסקי-הדין. גופים אלה יוצרים משמעות בחייהם של בני-האדם משום שהם קובעים את תוכניו של המשפט בהקשרים הרבים שבהם מתקיימים חיים של בני-האדם. התכנים של המשפט, בכל אחד מההקשרים הרבים שאותם הוא מסדיר, הם תמיד תוצר של תהליכים תחורתיים, שבהם הצליחו קבוצות מסוימות של בני-אדם לגרום לגופים יוצרי המשפט לקבוע את תוכניו של המשפט. המשמעויות שהמשפט מכונן בחייהם של בני-האדם משתנות, אפוא, מהקשר להקשר, ממקום למקום ומזמן לזמן, הכל בהתאם למידה שבה קבוצות שונות של בני-אדם היו כעלות הכוח לקבוע את תוכניו של המשפט.

תפקיד ייחודי בקביעת המשמעות המשפטית שמור לרשויות המנהל. גם אם קבוצות מסוימות של בני-אדם מצליחות לקבוע את תוכניו של המשפט הנוחק כבתי-המחוקקים ובכתי-המשפט, עדיין אין הדבר מבטיח שהמשמעות המשפטית שתתקיים בפועל בחייהם של בני-האדם תהיה זו שאלה התכוונו הגופים יוצרי המשפט. בחוץ, בין "יצרני המשפט" לבין אלו שעל חייהם אמור המשפט לחול, מתקיימת פעולתן של רשויות המנהל הממונות על ההוצאה לפועל של המשפט. כבר בעשורים הראשונים של המאה⁴, הראו מלומדי הריאליזם המשפטי בארצות-הברית שהמידה בה המשמעות "המקורית", "הכתובה" של המשפט היא שתלוש למעשה, תלויה בתרומתן של הרשויות האלה: בראש ובראשונה כדרך שבה הן מפרשות את המשפט, וכן כמידת החריצות שהן מפגינות בהפצת תוכניו של המשפט, כמידת היעילות שהן נוקטות באכיפת המשפט, וכמידת היזר שהן נוהגות במילוי תפקידיהן. הפעולות שיינקטו להפסקת האלימות של אדם כלפי בני משפחתו יהיו תלויות במשמעות שתנתן למעשים האלה על-ידי העובדים הטריאליים והשוטרים, שלידיעתם יובא המקרה. חוקים למינת רעש "ישארו אות מתה אם לא ימצא מי שיאכזר אותם בשעה שש ועשורים בבוקר. חוקים מתקדמים להבטחת היגיינה "ישארו אות מתה במטערה שבצעליה הצליח לשחד את הפקחים שאמורים לבקר במטבחן. יוצא, שאף כי המשפט יוצר משמעות בחייהם של בני-האדם כאורח נרחב ורב-עוצמה, לעתים הוא נשאר חסר כל נוכחות בחייהם של בני-האדם, או

R. Pound "Law in Books and Law in Action" 44 *Am. L. Rev.* (1910) 15 4

הכוחות העומדים לרשותם כלפי בני-אדם אחרים ואת הכוחות העומדים לבני-אדם אחרים כלפיהם? היחס בין בני-האדם לבין המשפט אינו חד-כיווני, אפוא, אלא מעגלי: המשפט ממלא תפקיד חשוב בכינון היחסים החברתיים של בני-האדם: בני-האדם החיים בתוך המשפט ממישיבים ומייצרים משפט; בני-האדם ממישיבים לחיות את חייהם ולקיים את יחסיהם החברתיים בתוך המשפט, וכן הלאה.

לא "קיים הוראות החוק" אלא הצטרפות לפרקטיקות קיימות שמקורן במשפט

המשפט מכונן חלק גדול מהפרקטיקות, שבהן משתתפים בני-האדם, עוד זמן רב כטרם שבני-האדם האלה נולדים או מטוגלים להצטרף אליהן. הסדרי התכנון והכנייה בעיר תל אביב, וזריות החכירה של המשפחה הישראלית בזירתה, וישראל, הורדת, שיודורי רדין, כתיבה בעיתונות, שירות מילואים, חינוך במערכת החינוך של המדינה, יחסי עבודה, כל אלה החלו לפני שנוולדתי. לחלק מהפרקטיקות האלה מצטרפים בהדרגה ילדי, אחר שקודם לכן נטלו בהן חלק הורי. ברוב המקרים, אנן מצטרפים לפרקטיקות האלה ודומותיהן לא משום שטעמיהן בוארו לנו ושקלנו ברענונו אם ליטול בהן חלק, אלא פשוט משום ש"כך עושים כולם". יוצא, שמשעה שהמשפט מצליח לכוון בחייהם של בני-אדם פרקטיקות מסוימות של התנהגות, הן נראות לבני-האדם האלה ולבני-אדם אחרים העדים להתקיימותן, "שקופות" ו"טבעיות", מבלי שהם יתנו דעתם לכך שניתן היה לקבוע שהדברים ייעשו גם אחרת.² המשפט הסמור מן העין, אי משעו שכאשר חכרי ואני התחלנו ללמוד כניל שש בבית-ספר המנוהל על-ידי המדינה, רק מעטים מביין הורינו שאלו עצמם אם אכן זוהי הדרך האפשרית היחידה להקנות השכלה וחינוך לילדיהם. אני משער שרק מעטים מביין אלה הנפרדים מדי שנה ממשפחותיהם ומעבודתם ויוצאים לשורות "מילואים", שואלים עצמם אם זוהי הדרך האפשרית היחידה שבה יכולה המדינה לספק צרכים ביטחוניים שלהם. אני משער שכמדינה שבה עובדים אינם נהנים מחופש השכיחה, אלא מחויבים לנהל את מסוכלי העבודה שלהם כמסגרות של כוררות, רוב העובדים אינם שואלים עצמם אם ייתנו גם דרכים אחרות לניהולם של מאבקיהם במסגרתם של יחסי עבודה.

A. Sarat & T. Kearns *Beyond the Great Divide: Forms of Legal Scholarship and Everyday Life, in Law and Everyday Life* (A. Sarat & T. Kearns eds., 1993) 21
 R. Gordon "Critical Legal Histories" 36 *Stan. L. Rev.* (1984) 57; P. Bourdieu "The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field" 38 *Hastings L. J.* (1987) 805; P. Berger & T. Luckmann *The Social Construction of Reality* (1966)

2

3

שלהן על-ידי שינקטון כלפיהן מחוות של חיזור, יתבטאו לגבי מראיהן ואף ייגעו בגופן. המשפט ישאר חתום בספרי החוקים ובפסקי-הדין של בתי-המשפט, ולכן סמרי מן העין ותסר נוכחות בחייהם של בני-האדם, אם ייתקל במערכות תרבותיות נוגדות, השולטות בעוצמה בחייהם של בני-האדם.

המשמעות הקיימת בחייהם של בני-האדם תלויה אפוא לא רק בתכנים של המשפט אלא גם בתכניהן של מערכות תרבותיות אחרות הפועלות בשיתוף עם המשפט, לעתים אף בניגוד לו. לעתים יימצאו בני-אדם שיבקשו להצניע עובדה זו ולהציג את המשפט כקובע הבלעדי של המשמעות. בני-אדם אלה יאמרו: "הרי חוקנו חוק הקובע ש...", תוך שהם יודעים כי עקב תלותו של החוק בפעולותיהן של מערכות תרבותיות אחרות, המשמעות המוקנית לו למעשה בחייהם של בני-האדם שונה ממשמעותו הכתובה, כפשוטה⁷. לדוגמה: חוק הקובע כי אין להפלות עובדים מחמת מינים עשיר להיתקל ברעה קדומה שעל-פיה נשים הן עובדות נהנות מגנבים על שום כישוריהן הבסיסיים, נטל גידול הילדים המוטל עליהן, הריגותיהן, וכד'. כתוצאה מכך, למרות החוק, נשים ימשיכו להיות מופלות לרעה במקומות העבודה. אולם חוק זה יאפשר לגברים מסוימים לטעון: "פעלנו לשרש את הפלייתן של נשים במקומות העבודה". בדומה לכך, חוק הקובע כי אין להפלות עובדים מחמת מינים לא יצליח לגרום לשוויון בין נשים לגברים במקומות העבודה אם, מצד אחד, שעות העבודה המקובלות בהם יתארכו אל תוך הערב או הלילה, ומצד שני, התרבות החלה במשפחות תקצה את עיקר הטיפול בילדים לאמהות, ולא לאבות. ושוב, גם חוק כזה יאפשר לגברים להציג עצמם כמי שיצרו שוויון בין גברים לנשים.

עושר המשמעות בחייהם של בני-האדם מול אחידותה של המשמעות המשפטית

המשפט קובע הסדרים שונים ככל אחד מההקשרים הרבים שאותם הוא מסדיר או אף מכונן. משיעה שנקבע על-ידי המשפט הסדר מסוים בהקשר כלשהו, הסדר זה אמור לחול באופן שווה על כל בני-האדם במדינה, שיבקשו לפעול במסגרתו של אותו הקשר. אך, בנקודה זו ניצב המשפט בפני בעיה תמורה: הפער הקיים בין עושר המשמעות הקיים בחייהם של בני-האדם לבין אחידותה של המשמעות המשפטית. תינו מתנהלים בקבוצות. חלק מהקבוצות מורכב ממספר גדול של בני-אדם (אורח מדינת ישראל, בני-האדם המשרתים בצה"ל, עובדי התעשייה האווירית) בקבוצות אחרות חברים בני-אדם מעטים בלבד (תושבינו של קיבוץ, חייליה של מחלקת חירי, חבריה של משפחה גרעינית). משתפתיהן של חלק מהקבוצות הם

שנוכחותו שונה מזו שיוצרה לו במקור. המשפט הכתוב בספרי החוקים ובפסקי-הדין של בתי-המשפט יישאר סמרי מן העין אם לא יימצא מי שידאג לנמאש אותו בחייהם של בני-האדם, ככתוב.

המשפט ומערכות תרבותיות אחרות

עם כל חשיבותם של הגופים יוצרי המשפט של המדינה — בתי-המחוקקים, בתי-המשפט, רשויות המנהל — גופים אלה אינם נהנים מבלעדיות ביצירת המשמעות בחייהם של בני-האדם. הוראות המשפט מושלמות תמיד על-ידי מערכות תרבותיות רבות השותפות לו בקביעת המשמעות בחייהם של בני-האדם. העובדה שהמשפט מכונן ומסדיר את הקטיגוריות של "חוכר דירה", "נשוי", "דייר בבת משותף", "עובד" ו"מעביד" אין משמעה שהמשפט קובע באופן ייחודי מה יהיה התוכן של מגוון הפעילויות שכל החוכרים יקיימו בדירותיהם, אילו תכנים יתקיימו בתחיי של כל זוג נשוי, אילו יחסי שכנות יתקיימו בין דיירי של בת משותף, כמה יעבוד כל עובד ואילו תרבות ארגונית תחייב בכל אחד ממקומות העבודה השונים. המשמעות הנקבעת על-ידי המשפט מושלמת אפוא תמיד על-ידי מערכות תרבותיות רבות ושונות. לעתים, עשוי המשפט למצוא עצמו בתחרות עם המערכות להתרבות האלה. משפט הקובע ש"רצח להגנת כבוד המשפחה" הוא רצח, עשוי להיתקל במסורת מושרשת אצל גברים, הנוגנת משמעות הפוכה, חיובית, לדצח כוח⁵. משפט הקובע שהכאת אשה על-ידי בעלה היא עבירה פלילית המורה לא ישנה את מצבן של נשים מוכות, והן ימשיכו לטבול פגיעות פיסיות ומילוליות קשות, לעתים לאורך שנים ארוכות, ויימנעו מלהתלונן על בעליהן במשטרה או לחפש הצלה במקלטים לנשים מוכות, אם על-פי התרבות שבה הן חיות אשה אמורה להיכפף למרות של בעלה ככל מצב; אשה אינה אמורה לקבל החלטות ביחס לחייה; "אין לכבש את הכביסה המלכלכלת מחוץ למשפחה"; הכאה נחשבת חלק מהפריוורגיטיבה החינוכית של אף אהבה של בעל כלפי אשתו; הכאה נחשבת פוגעת בילדים, מעוררת ראש המשפחה ביחס לבני ביתו; ותלונה נגד בעל נחשבת פוגעת בילדים, המשטרה עונית מצד בני המשפחה המורחבת או אף נתקלת ביחס בלתי-אוהד מצד המשטרה או רשויות הביטחון⁶. משפט היוצר קטיגוריה של "הטרדה מינית במקום העבודה" או להיתקל במסורת מושרשת הקובעת שנשים מצפות מגברים כי תמלאו לנשיות עשיר להיתקל במסורת מושרשת הקובעת שנשים מצפות מגברים כי תמלאו לנשיות

5 ר' רובינביך "המסע המפתל להצלת נשים תומות" תיאוריה וביקורת 7 (1995): 5; 20 סומנס

6 "הקואליציה הפמיניסטית באורי הגבול" תיאוריה וביקורת 7 (1995): 20.

7 ל' בילסקי "נשים מוכות: מהגנת עצמיהן להגנת העצמות" פליליים 1 (תשנ"ח): 5; S. Merry

"Resistance and the Cultural Power of Law" 29 Law & Soc. Rev. (1995) 11.

7 M. Galanter "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Change" 9 Law & Soc. Rev. (1975) 95; W. M. Reisman *Folded Lies* (1979).

העובדה שהמשפט מבקש לקבוע הסדרים אחידים וכלליים, שאמורים לחול על בני-אדם המשייכיםם לקבוצות היסוד השונות הקיימות במדינה, וכן לקבוצות המשנה הרבות הקיימות במסגרתן של קבוצות היסוד האלה, גורמת למשפט בעיה חריפה של לגיטימציה: המשפט קובע עבור בני-אדם רבים, המשייכיםם לקבוצות תרבותיות רבות ושונות, הסדרים שהם שונים, לעתים באופן חריף, מאלי שבני-האדם האלה היו קובעים אילו היו הם ממוקמים במקומות שבהם נוצר המשפט והיה זה בכוחם שלהם לעצב את חוכניו של המשפט⁹. הבעיה שבפניה ניצבים יצרניו של המשפט היא אפוא: כיצד להצדיק את העובדה שההסדרים שאותם הם מייצרים מוחלים על כל בני-האדם הכפופים לסמכותו של משפט המדינה, אף שברור כי רבים מבני-האדם האלה היו עשויים לקבוע חכמים אחרים למשפט, ואף כי ברור שבני-האדם האלה משייכיםם לקבוצות שונות, שחבריהן היו קובעים חכמים אחרים למשפט¹⁰.

פריטיקולרי וכללי: כתי-מחוקקים

אנו מקבלים כמובן מאלינו שהמשפט הנוצר ככתי-המחוקקים הוא פריטיקולרי. גם כאשר מפלגות מציינות עצמן כפועלות לקידום האינטרס הכללי, מובן לכל שהדרך שבה הן מגדירות את האינטרס הזה נגזרת מהפישת העולם הפרטיקולרי, המיוחדת להן. אכן, טבעם של כתי-מחוקקים הוא שהם משמשים זרות להצגתן של גרסאות רבות ושונות של האינטרס הכללי. מכיוון שכך, ברור לכל שכל אחת מהגרסאות האלה היא פריטיקולרית, כמובן זה שאין היא מקובלת על הכל, אלא רק על קבוצה אחת או קבוצות אחדות באוכלוסייה.

יתר על כן, רבים רואים כמובן מאליה פעולה של מפלגות, לא רק לשם קידומו של האינטרס הכללי, כפי שכל אחת מהן מגדירה אותו, אלא גם לקידום של אינטרסים פריטיקולריים, שכל אחת מהן אמורה לייצג. כך, בעיני בני-אדם אלה, ברור שמפלגה חרדית תדאג לקידום ענייניהם של החרדים, שמפלגה ערבית תדאג לקידום ענייניהם של הערבים, שמפלגת עולים תדאג לקידום ענייניהם של העולים, וכו'.

9 תוכניו של המשפט המסדיר הקשר מטוסים בחייהם של בני-האדם הם תוצאה של החליטים תחרותיים, שבהם קבוצה מסוימת של בני-אדם, או קואליציה של קבוצות של בני-אדם, היא שמצליחה לגרום לגופים יוצרי המשפט לקבוע את חוכניו של המשפט. קבוצות שונות של בני-אדם עשויים להצליח להשתתף בקביעת חוכניו של המשפט, בהשראת שונים. עם זאת, קבוצות מסוימות של בני-אדם מצליחות להשתתף בקביעת חוכניו של משפט המדינה יותר מקבוצות אחרות. קבוצות אלה הן הקבוצות הנותלות חלק בהגמוניה הפוליטית והתרבותית המהיגה את המדינה.

10 על פריטיקולריזם כמסורת המדינה, המציג עצמו ככללי, ראו: K. Marx & F. Engels *The German Ideology* (C. Arthur ed., 1970).

קבוצים (קביעת הרופאים כמתלקה כביחית חוליים, קביעת החברים המשתתפים בכינויהל מדי יום ישישי אחי-הצהריים). זהותם של בני-האדם המשתתפים בקבוצות אחרות משתנית כל העת או מעת לעת, בקצבים שונים (קבוצת הסוערים במסערת דרכים, קבוצת הצופים בהצגת תיאטרון, קבוצת סטודנטים הלומדים באוניברסיטה). בני-האדם מיימנים במסגרתה של כל קבוצה כזו שווה של פעיליות, שכל אחת מהן עשירה במשמעויות. הצירוף המסוים של המשמעויות המתקיים במסגרתה של כל קבוצה הוא תוצר של תהליכים היסטוריים ייחודיים, שמקורותיהם השפעה שלהם שונים.

עם זאת, אין לחאר את קיומם של בני-האדם כמורכב אך ורק ממעברים בלתי-פוסקים, קצרי שהות, בלתי-ייציבים ובלתי-מחייבים בין קבוצות תרבותיות שונות, שיהיה עליהן הוא אינסטרומנטלי. קבוצות מסוימות שבני-האדם משתייכים אליהן ("קבוצות-יסוד") מעצבות את תודעתיהם באופן עמוק יותר מאשר קבוצות אחרות (לדוגמה: המשפחה, הקבוצה האתנית, הקבוצה הלאומית, הקבוצה הדתית, הקבוצה המעמדית, הקבוצה המגדרית). קבוצות אלה מייצרות את בני-האדם בתבניות יסוד לתפיסת העולם ומעצמות בו.

העובדה שכל אדם משתייך למספר רב של קבוצות תרבותיות; העובדה שככל קבוצה כזו מתקיימות פעילויות בפסיפ עשיר של הקשרים; העובדה שבני-האדם אינם משתייכים לחלק גדול מהקבוצות שאליהן משתייכים בני-האדם האחרים (מכיוון שמספרן של הקבוצות גדול וברובן משתתף מספר קטן של בני-אדם); העובדה שתודעתיהם של בני-האדם מתעצבת במסגרתן של קבוצות יסוד שונות — כל אלה גורמים, מצד אחד, לכך שבחיינו של כל אדם מתקיים עושר עצום של משמעויות, ומהצד האחר לכך שבחיינו של בני-אדם שונים מתקיימים צירופים שונים של משמעויות, שרק חלק מהם משותף למספר גדול של בני-אדם אחרים. מכאן, שבני-אדם שונים מביאים עמם חומרים תודעתיים שונים עת שהם נדרשים לחת משמעויות לאירועים שבהם הם משתתפים ולכעירות שבפניהן הם ניצבים. המצב האנושי הוא זה של ריבוי משמעויות וחוסר הסכמה.

כשחושבים על המשפט כעל מערכת ליצירת משמעויות בחייהם של בני-האדם בולט מאד הפער בין עושר המשמעויות ("התפוצצות המשמעויות"), הקיים בחייו של כל אדם, לבין אחדות המשמעויות שאותה מבקש המשפט להשליט, וכן הפער בין השונות והגיוון של המשמעויות המתקיימות בחייהן של קבוצות שונות של בני-אדם, לבין אחדות המשמעויות שאותה מבקש המשפט להשליט⁸.

8 R. Cover "Foreward: Nomos and Narrative" 97 *Harv. L. Rev.* (1983) 4. S. Merry "Legal Pluralism" 22 *Law & Soc. Rev.* (1988) 869; B. De Sousa Santos "Law: A Map of Misreading Toward a Postmodern Conception of Law" 14 *J. Law & Soc.* (1987) 279.

בתי-המשפט, המושמרת בכחובין. תהא זו טעות לחשוב ששופטים יכולים להכריע במקרים הנידונים על-ידם ככל שיעלה על דעתם. נהפוך הוא. המטרת המשפטי שבבגדרה פועלים השופטים מתעלה אותם למספר מצומצם יחסית של הכרעות, שיוכלו להישעב קבילות על דעתם של משפטיים אחרים, בני זמנם, ולמרות זאת, ריק לעיתים רחוקות ימצא בגדרה של החכמה המשפטית פתרון אחד ברור, שיוכל להיחשב הפתרון המשפטי "הנכון", שראוי לחול על המקרה הנידון על-ידי בתי-המשפט. בדרך-כלל יוכלו שופטים לעצב יותר מאשר פתרון אפשרי אחד לצורך הכרעה במקרים הנידונים על-ידם. יתר על כן, פתרונות אפשריים אלה, למרות מספרם המצומצם, עשויים להיות שונים מאוד אלה מאלה, ולא אחת אף מנוגדים. נאשם בפלילים יוכל להיות מורשע או מזוכה; נתבע בנוזקין יוכל להישעב כמי שיעלה בראשונה או פטור מאחריות; משא ומתן בין שני בני-אדם יוכל להישעב כמי שיעלה כרי יצירת חוזה מחייב או כמי שטרם הגיע לשלב של יצירת חוזה. בכל אחת משלוש הדוגמאות האלה המדובר בזוג הכרעות, שאף כי הן מנוגדות, כל אחת מהן תוכל להיחשב קבילה על-פי החמרים המשפטיים הרלוונטיים.

הסיבה לכך שבדרך-כלל שופטים יכולים להכריע ביותר מאשר דרך אפשרית אחת, נעוצה במאפייניו של ההליך השיפוטי. שופטים נהנים מחופש פעולה בכל אחד מהשלבים המובילים אותם להכרעה השיפוטיה. שופטים נהנים מחופש פעולה בעת שהם מאחרים את המאפיינים העובדתיים של המקרים הנידונים על-ידם, שיש להם משקל נורמטיבי לצורך ההכרעה; בעת שהם מאחרים את השקולים להחלטתם המשלימים הרלוונטיים האלה, בנסיבות המקרה; בעת שהם מנתנים הגורמטיביים, היכולים להיחשב רלוונטיים לצורך ההכרעה; בעת שהם נותנים משקל יחסי לכל אחד מהשקולים הרלוונטיים האלה, בנסיבות המקרה; בעת שהם קובעים את שקולים את ההשלכות הצפויות של הכרעות אפשריות שונות; בעת שהם קובעים את המשמעות הנורמטיבית הכוללת של המקרה. יוצא שבדרך-כלל, המפגש בין החומרים המשפטיים העשירים העומדים לרשות השופטים, מחד גיסא, לבין המאפיינים הייחודיים של כל מקרה ומקרה, מאידך גיסא, מאפשר לשופטים לעצב יותר מפתרון משפטי אחד שיוכל להיחשב קביל במסגרתה של החכמה המשפטית שבגדרה הם פועלים¹¹.

קיים הכרח מרעי כבין דרך הפעולה של מחוקקים לבין זו של שופטים. מחוקקים פועלים באופן מופשט. הם קובעים הסדרים כלליים, שאינם אמורים לחול על חיי של אדם אחד מסוים, אלא על חיייהם של כל בני-האדם שפעולותיהם יימצאו בתחום המוסדר על-ידי החוק. לעומת זאת, שופטים תמיד חודרים לחייהם של אדם אחד מסוים, או בני-אדם אחדים מסוימים, וזאת, לא אחת, בדרך שיש לה השלכות

ולמרות זאת, עם כל היוחה של הפרטיקולריות הקיימת בבתי-המחוקקים מוכנה מאלה בעניני עריין, אף שפעמים רבות השיקולים האמריים העומדים ביסוד תקימתם של חוקים הם פרטיקולריים, הפרטיקולריות הזו מוטוית ומצנעת על-ידי יומי החוקים, והחוקים מוצגים על-ידם כמכוונים לפעול לטובת הכלל, ולא למען קידום ענייניה של קבוצה אחת מסוימת של בני-אדם. המשפט הנוצר בבתי-המחוקקים הוא לא אחת משפט הסמור מן העין כמוכן זה שההנמיעים העומדים ביסוד יצירתם הם עלומים או מוטוים.

לדוגמה: בני-אדם שהורשעו בדין או שהם נתונים בהליכים פליליים עשויים להיות מעוניינים לזכות בחנינה. בני-אדם אלה יזמו חוק חנינה כללי, וינמקו אותו בנימוקים מנימוקים שונים, כגון: הצפיפות בבתי-הסוהו, העומס הקיים בבתי-המשפט, מידת הרחמים, ערכים יהודיים, הקלת סבלם של חלכאים שהיזדרו לפשע, תקיין פגמיה של קליטת העלייה של שנות החמישים, וכי"ב. בדומה לכך, בעלי ממון שיבקשו ליצור תלות בינם לבין מי שהינם ראשי עירייה, חברי כנסת ואף ראש הממשלה, עשויים לזיזם מחקרים שיראו את פגיעיה של שיטת הבחירות שעל-פיה תלויים נבחרי הציבור במרכזי המפלגות שלהם, ובוחרים מצביעים עבור מפלגה, ולא עבור מועמד מסוים. מנגד, חברים במרכז מפלגה, שירצו להחזיר את הכח הפוליטי לידיהם, יצביעו על פגיעיה של שיטת הבחירות החדשה שהפקיעה את הכח מידיהם. דוגמה נוספת היא זו של קבוצה של בעלי הון הנהנים מקיומו של פטור ממס על רווחים המופקים כבורסה. קבוצה כזו תציג כל יוזמה תקינה לביטול הפטור של חבריה כמי שתמנע גיוס הון לצורך השקעות, חוביל לאבטלה ולמינוח, וכי"ב. ולסיים, קבוצה שתבקש לאפשר לחבריה להתחמק משירות צבאי תדאג לכך שבחוק תמצא עילה מתאמה לפטור משירות כזה, ותטען כי מתן הפטור לחבריה מכון לשמר ערכים לאומיים חשובים.

פרטיקולרי וכללי: בתי-המשפט

כמו המשפט הנוצר בבתי-המחוקקים, גם המשפט שנוצר ומופעל בבתי-המשפט מתאפיין בפרטיקולריות, אף שהוא אמור לקבוע הסדר אחיד, בעל תחולה כללית. הפרטיקולריות של המשפט הנוצר ומופעל בבתי-המשפט נובעת משני מקורות. האחד, התלות החזקה הקיימת בין המכנים של משפט זה לבין אישיותם הייחודית של השופטים המסוימים העוסקים בייצור ובהפעלתו. האחר הוא העובדה שהשופטים משתייכים בדרך-כלל לקבוצה מסוימת אחת, מביין כל הקבוצות הקיימות במדינה.

שופטים עוסקים במתן משמעות משפטית למקרים הנידונים על-ידם על-פי תכניה של החכמה המשפטית שבגדרה הם פועלים, קרי: המטרת של פסקי-הדין של

11 מ' מאטור "המשפט כתוכה: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה" רב-התכונות במדינה דמוקרטית ויהודית ספר הזכרון לאריאל רוזן-צ'בי"ל (מ' מאטור, א. שגורא"ר, ספרי עורכים, 1998) 545.

שופטים אינם רשאים לכתור את הכגרים שילכשו במקום עבודתם והם לוכשים מרי משפט. הכגרים שאנו לוכשים מאפשרים לנו למסור לכני-אדם אחרים שעמם אנו באים במגע מערכת עשייה של סימנים ביחס לאישיותנו. לפיכך, ארגונים המבקשים להצניע את ממד האישיות של עובדיהם והמבקשים, חתח זאת, להדגיש כי אלו פועלים כממלאי תפקידים (צבאות, משטרת, תיאטראות), גורמים להם לענות מורים. ישנו מדיניות שבהן השופטים אמורים לענות על ראשיהם פיאות, נוסף למרי המשפט שהם לוכשים. מדי המשפט והפיאות אמורים ליצור רושם שהשופטים אינם פועלים על-פי האישיות שלהם, אלא כממלאי תפקידים, היינו שנמשכהם נשלטים על-ידי מערכת של נורמות המסוגלת לגרום לכני-אדם שונים לפעול בדרגים זהות.

במקומות שונים וכסמנים שונים שופטים נוקטים סגנון הנמקה "מכניסטי", המצג אותם כמי שעוסקים בכינום של מקרים עובדתיים אל חוץ קטגוריות קיימות של כללים ובגוריה דדוקטיבית של המסקנות המשפטיות הגולמות בכללים. שופטים אלה מצגיגים את הכרעותיהם ככאלה שהיו מחקבלות על-ידי כל משפטן שהיה מפעיל כואוי את כללי החשיבה המקובלים במשפט, בלא קשר לזוהתו. גרסה קודבת, הנקטת במקומות אחרים ובזמנים אחרים, מציגה את השופטים כביורוקרטים, היינו כמי שממלאים אחר פרוצדורות כמסגרותה של מערכת המכילה פתרונות מוכנים מראש לכל בעיה. במקומות אחרים ובזמנים אחרים מבליטים שופטים דווקא את הקשר ההדוק בין הכרעותיהם לכין השכל הישר המקובל בקהילה שבה הם חיים. בכך מצגיגים עצמם השופטים כדבורים בשם המטרת של קהילתם, וככך שונים ממי שדורכים בשם עצמם.

הדימוי האמנותי הנפוץ ביותר של המשפט הוא המאזניים, מתוך רצון לסמן שההכרעה השיפוטית אינה חלורה בנטיותיו של אדם זה או אחר, אלא היא נקבעת על-ידי אמות-מידה אובייקטיביות, מדידות, מדויקות.

הפרטיקולריזם המאפיינת את פעולתם של שופטים מתבטאת לא רק בחרומה האישיה הייחודית של כל שופט. היא מתבטאת גם בכך שכני-האדם המתמנים לתפקידי שפיטה באים בדרך-כלל ממספר מצומצם של קבוצות יסוד, משתייכים למספר קטן של קבוצות חברתיות ומקבעים את ערכיהן של הקבוצות האלה במשפט הנוצר על-ידם. כפי שהראו מלומדים רבים¹³, אמצעים רבים הקיימים במשפט אמורים להצניע את הפרטיקולריות הזו של השופטים.

היגונו של ההלך השיפוטי הוא המדה של סכסוך המתקיים מחוץ למשפט, ושל בסיסי הכח ואסטרטגיות הפעולה העומדים לרשות הצדדים מחוץ למשפט, לסכסוך המתנהל על-פי התכנים והפרוצדורות של המשפט, כאמצעות עורכי-דין המשמשים

מרחיקות-לכת על חייהם של כני-האדם האלה. שופט יכול להכריע אם אדם יחיה או ימות, אם ילדי יישארו עמו או יילקחו ממנו, אם יקבל פיצוי על נזקו, אם דירתו תישאר בחזקתו, וכיו"ב. כשהמדובר בשפיטה, קיים אפוא חיכוך מוחשי, כמעט פיסטי, בין הצדדים המתדיינים לבין השופט המתערב בחייהם. יתר על כן, החוקים המוצגים על-ידי בתי-מחוקקים הם תמיד תוצר פעולתה של קבוצה של כני-אדם, ואין הם מוזהים בדרך-כלל עם "מחבר" אחד מסוים. לעומת זאת, הקשר בין ההכרעה השיפוטית לבין אדם אחד מסוים, האחראי לה, הוא תמיד גלוי לעין.

ברור אפוא שאם התכנים של הכרעות שיפוטיות יוכלו להיות מוזהמים להיחזיותהם הייחודיות של השופטים המסוימים האחראיים להן, תתעורר בעיה חריפה של לגיטימציה בנוגע לפעולותיהם של בתי-המשפט והמשפט הנוצר ומופעל בבתי- המשפט יתפש כתוצר של מזל, אקראיות או אף שרירות. כל צד "מפסיד" בהליכים השיפוטיים, קרי: מישהו ששופט חדר לחיייו באופן שגורם לו פגיעה מחדשית, יאמר לעצמו: "איילו שפר עלי מזלי, היה דך בענייני שופט אחר, ואז הייתה הכרעה אחרת, ואליל אף הפוכה, והיחה נוסכת ממני הפגיעה שממנה אני סובל כעת". כדי להגמבר על בעיות מסוג זה, מופעלים במשפט אמצעים רבים, המכוונים להצג את פטרותיהם של השופטים כמובהבות על-ידי התכנים של המשפט ולהסחיר את החרומה האישיה הייחודית של כל שופט ושופט. המשפט הנוצר ומופעל בבתי-המשפט הוא אפוא משפט הסמור מן העין במוכח זה שהחרומה האישיה הייחודית של כל שופט ביצירתו ובהפעלתו — מעומעמת ומצונעת¹².

שופטים מרכיבם להסתמך על חקדימים הקיימים כחרוכה המשפטית, ואף לצטט מתוך המקדימים האלה. בכך, כאילו היו אומרים: "זה לא אני. מישהו אחר הוא שקבע את מה שאני מחלי כעת, ומאז אומצו דבריו על-ידי שורה ארוכה של שופטים אחרים שפעלו בינתיים". שופט יחיד כותב לא אחר בלשונו רכים: "אנו סבורים כי...", באופן המצניע את חרומתו שלו כמחבר של פסק-הדין. בעולם המשפט מקובל להתייחס לשופטים כשירות המוסרית שלהם: "בית-המשפט פסק", ולא "השופטת תמר כהן פסקה". בזומה לכך, בדרד-כלל הצדדים להליך השיפוטי מתוארים כפסקי-הדין לא בשמותיהם — ראובר לוי, רות ישראליל — אלא תוך ציון התפקידים שאותם הם ממלאים בהליך: "התובע", "הנתבע", "המעורר", "המשיב", "המוכר", "הנאשם", וכו'. דרכים אלה של התיחסות לשופטים ולצדדים אמורות להציג את השופטים כמי שפועלים כממלאי תפקידים, ככיכול היה מדובר במעין "מחזה", בלא שהזהריות הייחודית שלהם ושל הצדדים המסוימים שבענייניהם הם דנים ישפיעו על הכרעותיהם.

13 ראו למשל: P. Bourdieu "The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical" 805 *Hastings L. J.* (1987) 38. Field

12 "יחזק, ולא אני, דן את אחיך", אומר אנגילי, השופט. לארובלה, אחרי שדן את אחיה למוות. ר' שקספי מידה כנגד מידה (תרגום ט' כרמי, 1979) 57.

פקידי הרשות המנהלית: חלקה המצומק של המשמעות המשפטית בתוך גודל המשמעותיות בחיי היומיום

המשפט נוטל חלק קטן מתוך כל עושר המשמעות הקיים בחייהם של בני-האדם במסגרת החרכות היום-יומית שלהם ומקבע אותה כמשמעות המשפטית. משמעות זו אמורה "להתגבר" על עושר המשמעות היום-יומית ולהכתב את התנהגותיהם של בני-האדם באופן המוכתב על-ידי המשפט. מסיבה זו, נעשה במשפט לא אחת שימוש בביטויים כגון: "בלתי-דלונטי" או "שיקולים זרים", כשהמדובר באופן שבו צריכים לפעול מי שאמורים לקבל החלטות על-פי הקבוע במשפט. בדרך-כלל, לא נעשה שימוש נרחב בביטויים אלה במסגרת החרכות היום-יומית. הסיבה לכך היא שבמסגרותה של החרכות הזו לא קיימים מתחמים סגורים, מוגדרים, של שיקולים, שרק אליהם רשאים מקבליהן של החלטות להזקק. לעומת זאת, המשמעות המשפטית מוקפת תמיד במשמעויות רבות נוספות, שאינן מקובעות במשפט, ושהמשפט חותר לכך שלא ימצא להן מקום במסגרת החלטותיהם של בני-האדם שאמורים לפעול על-פי המשפט.

למרות זאת, בתחרות שבין המשפט לבין התרבות היום-יומית קורה לא אחת שהציוויים הנובעים מהחרכות היום-יומית גוברים על הציוויים המשפטיים, במסגרת שיקוליהם של בני-האדם שאמורים לקבל החלטות על-פי הקבוע במשפט. כדור כי לבני-האדם האלה יהיה תמריץ להציג את מעשהיהם כאילו הם מקיימים את הציוויים המשפטיים, בכל זאת. כדוגמה קיצונית לסוג זה של מצבים יכול לשמש המקרה שבו פקיד הרשות המנהלית נותן רישיון או פטור כעקבות קבלת שוחד (עסקה בטוחה יחסית, וככל הנראה נפוצה הרבה יותר ממה שאנו משיערים או מוכנים להודות). דוגמה נוספת היא זו של חברי ועדת מכרזים המונעים על-ידי הרצון לקדם אדם שהוא חבר במפלגה שעמה הם נמנים או שעמה נמנה מי שמניח אותם. דוגמה אחרת היא זו של פקיד הרשות המנהלית המזכה אורח כפטור רק משום שאותו אורח נמנה עם הקבוצה האתנית, הרתית או הלאומית שלו. בכל המקרים האלה, כדור שהמניע העיקרי לפעולתו של פקיד הרשות הוא מניע שנרדה על-ידי המשפט. במקרים כאלה, יעטרף איפוא פקיד הרשות את החלטתו, בהצדקת מן הסוג שאותן קבע המשפט כאפשריות, אך שכאמור מניעיו האמיתיים הם אחרים לגמרי, קרי: כאלו שאותם ביקש המשפט לדחות.

לא אחת, אנו מדברים על המשפט כמונחים של "מסך" המסחיר את המציאות האמיתית המתקיימת מעבר לו. דימוי זה אינו מדויק. המשפט המופעל כמטרה לשיקולים זרים אינו משמש רק מסך להסתרה של מציאות המתקיימת מעבר לו; הוא מסך שעליו מוקרנת מציאות בדיונית, שאותה מבקשים להציג בני-אדם מסוימים בפני בני-אדם אחרים הצופים בהם, כשמעברו האחר של המסך מתקיימת מציאות

נציגים של הצדדים. בכך נוצר הרושם שהמתרחש במשפט הוא נבדל ומנותק ממה שקורה מחוץ למשפט. השרה המשפטית פועל במה גברה של מיסוד, וכך נוצר הרושם שהקורה בו הוא תוצר של פעולות ותהליכים המתנהלים על-פי ההגיון הפנימי של השרה, ולא תוצר של השפעות שמקורן מחוצה לו. התרבות המשפטית נבדלת מהתרבות היום-יומית, הלא-משפטית. השפה המשפטית שונה מהשפה היום-יומית והיא כוללת ביטויים ייחודיים רבים, כגון: "עושיק המיעוטי", "גניבת עין", "עסקאות נוגדות", "חובת הזהירות המושגית" הנובלות של התרבות והשפה של המשפט יוצרים את הרושם שהמקור לדברים הקורים במשפט הוא בחומריה של התרבות המשפטית וכתהליכים המתקיימים בשדה המשפטי, ולא בהשפעות שמקורן מחוץ לשדה המשפט. בכתיבתם של שופטים קיים באופן מודגש רכיב העבר ורכיב העתיד: שופטים מסתמכים על תקדימים, תוך פיתוחן של אמות-מידה ראויות להתנהגות בעתיד. בכך הם כאילו "מדלגים" על ההווה, היינו על העולם הממשי המצוי בעת פעולתם מחוץ לשדה המשפטי.

שופטים אמורים לנהל אורח-חיים מיוחד, המרחיק אותם מקבוצות רבות של בני-אדם. דוקטרינת הטוב-דידיצה אמורה לשריין את השופטים מפני השפעות חיצוניות שמקורן בדעת הקהל וכעיתונות. במדינות רבות קיים איסור על הקלטה ושידור של הליכים שיפוטיים, וכן על צילום של הליכים שיפוטיים בחמונות וכסולווייה. בכך מוכנסים גורמי חץ מחווכים, כגון: עיתונאים ומאיירים, בין ההליכים השיפוטיים לבין העולם המצוי מחוץ להם, ונמנע קיומו של מגע ישיר ביניהם.

דימוי אמנותי רווח מתאר את המשפט כדמות אשה שענייה קשורות. הנשיות אמורה לסמן רחוק מפעילות מעשית בעולם. העיניים הקשורות מביעות את התפישת שתכני המשפט באים "מכפנים", בלא שהם נתונים להשפעתם של אלו שהם בעלי כח מחוץ למשפט¹. ולסיים, פסקי-הדין רוויים בביטויים כמו: "האניגמטס הצניבור", "שוכת הצניבור", "הסדר הצניבורי", "אמון הצניבור", "מדיניות משפטית", "האדם הסכרי", וכו'. ביטויים אלה אמורים להציג את השופטים כדוכרי של ציבור חמוגני, הפועל כנאמנים של הסכמה נרחבת ביחס לערכיו.

14 D. Curtis & J. Resnik "Images of Justice" 96 *Yale L. J.* (1987) 1727

בישראל, בדומה לארצות המערב, ואז עצמן הפקולטות למשפטים, באופן מסורתי, בעיקר כמי שתפקידן הוא להכשיר עורכי דין ושופטים. רק בשנים האחרונות החל להתפתח בפקולטות למשפטים בארץ מחקר במסגרתן של פרדיגמות אקדמיות, מתוך כוונה לפתח תוכנות אודות המשמעויות החברתיות, הערכיות והפוליטיות של המשפט. לראשונה בתולדותיהן, מבקשות אפוא הפקולטות למשפטים כאן למלא שני תפקידים חברתיים עיקריים, ולא אחד: הכשרתם של משפטנים מעשיים ופיתוחן של תוכנות, מהן ביקורתיות, ביחס לשרה המשפטית. יתר על כן, שני תפקידים אלה, שכל אחד מהם הוא חשוב כשלעצמו, לא בהכרח מתיישבים זה עם זה. האחד דורש קרבה לעולם המעשה וקבלה בלתי-ביקורתית של הפרקטיקות החברתיות הנהוגות בו, מתוך כוונה לשעתקן ולהפיצן. האחר מחייב צמדה של ריחוק מעולם המעשה ופיתוחן של קטיגוריות חשיבה נבדלות מאלה הקיימות בו, כדי לאפשר הערכה של הקורה בו ושל משמעויותיו. בהמשך אטען שמאז סוף שנות השבעים מתחוללים במשפט הישראלי, בחברה הישראלית ובפוליטיקה הישראלית תהליכים רחבי היקף ורבי-עוצמה המכליטים מאוד את הצורך בתפקיד השני.

לעזמי נטען, בישראל ואף בארצות המערב, שההצעה להוסיף לפקולטות למשפטים הנצטרקות בהכשרתם של עורכי-דין ושופטים וכיכב נוסף של פעילות, קרי: פיתוחן של תוכנות אקדמיות על המשפט, הוא נסיון ל"פוליטיזציה" של העיסוק האקדמי במשפט או מעבר מההיחוסות מקצועיות להיחוסות פוליטיות למשפט. זהו טיעון כוב. ההכרעה שהתפקיד החברתי העיקרי של הפקולטות למשפטים הוא להכשיר עורכי-דין היא עצמה הכרעה פוליטית מובהקת. פירושה שיש לקבל את החוצאות החברתיות והפוליטיות של התהליכים המתקיימים במשפט באופן בלתי-ביקורתי, ושיש לעסוק בהכשרתם של עורכי-דין שיוכלו להצטרף לסדר המשפטי הקיים כמות שהוא, בלא לנסות להבין ולהעריך את המשמעויות וההשלכות של הסדר הזה, ובלא לנסות לשנותו. הכרעה זו פירושה שאלו "המורווחים" מהסדר המשפטי הקיים ימשיכו להרוויח גם להבא, ואלו "המפסידים" ימשיכו להפסיד; שיש להתייחס למשפט על-פי החלוקה לענפים היקיימת בו, בלא לנסות להבין את המגמות רחבות ההיקף הקיימות בו; שכשרה פעילות שהוא בעל חשיבות גדולה בחייהם של בני-האדם לא ימצא גורם חברתי שתפקידו לחשוב במנותק מהקטיגוריות התובחניות השולטות בשדה; שתוכנות החכמה המעשית והשכל הישר השוקעות ומתבקעות במשפט לא יועמדו לכחינה ביקורתית על-פי פרדיגמות אקדמיות תיאורטיות, תוך הפעלתן של פרוצדורות מחקר אקדמיות; שהרבה ממה שקורה במשפט יישאר סמיון מן העין.

אחרת, המציאות האמיתית, העלומה מעין הצופים. זאת, כאילו יושביו של אולם קולנוע היו משתכנעים בדרך כלשהי שהם נמצאים מחוץ לאולם דווקא, והנצפה על המסך אינו ברית, אלא העולם האמיתי ממש.

כדומה למה שקורה אפוא, כאשר חוקים נוצרים כבתי-מחוקקים, המשפט המופעל על-ידי פקירי המנהל עשוי להיות סמיון מן העין אף הוא, במובן זה שהחלטות מנהליות שיוצגו כמכוננות להביא למימושן של המשפט יונעו למעשה על-ידי שיקולים שאותם ביקש המשפט לדחוק אל מחוץ למערכת השיקולים של המנהל. דומה כי כל מי שמודע לדרכים שבהן פועלות רשויות מנהליות יודה שהמדובר בתופעה שתפוצתה נרחבת ביותר.

המשפט הסמיון מן העין: "הגירעון" החברתי בדיון על המשפט — הכשרה מקצועית מול פיתוחן של תוכנות אקדמיות

המשפט הוא תופעה רבת-חשיבות ומורכבת. הוא נמצא בכל תחומי החיים שלנו. הוא מתבנת את התודעות ואת הפרקטיקות שלנו. הוא ממלא תפקיד חשוב ביצירת המשמעות הקיימת בחיינו. הוא פועל כמשולב עם מערכות תרבותיות אחרות. עשוי להתקיים פער בין תכניו המקוריים לבין תכניו למעשה, כפי שהם נקבעים על-ידי הרשויות העוסקות בהוצאה לפועל שלו. הוא תוצר של תהליכים כוחניים. למרות שהוא משקף תפישות פרטיקולריות, תחולתו כללית והוא מוצג כמכונן לקדם אינטרסים כלליים. הוא משמש מטווח לשיקולים שהם עלומים מן העין.

כאוצרות המערב וכישראל קיים "גירעון" חרתי ככל הנוגע להבנה של התהליכים הקובעים את תכניו של המשפט, המשמעויות הערכיות של המשפט וההשלכות החברתיות של המשפט. סיבה חשובה לכך היא שלמרות החשיבות הגדולה של המשפט בחייהם של בני-האדם, מעט מדי מה שקורה בו מובהר על-ידי האקדמיה המשפטית.

הרוכ המכריע של הפקולטות למשפטים בארצות המערב תופשות עצמן כראש ובראשונה כבתי-ספר מקצועיים להכשרתם של עורכי-דין. פקולטות אלה פועלות מתוך הנחה שהתפקיד החברתי העיקרי שלהן הוא להכשיר עורכי-דין שיוכלו לתפקד באופן מקצועי במערכת המשפט הקיימת במדינה. פקולטות מסוימות — מיעוטן — תופשות עצמן כמי שצריכות למלא תפקיד כפול: הכשרה של עורכי-דין, לצד פיתוחן של תוכנות אקדמיות על המשפט. ככל הודיע לי, קיימות בארצות המערב פקולטות למשפטים ספורות בלבד התופשות עצמן כמי שתפקידן לספק בתופעה המשפט באופן אקדמי, היינו לחקור אותה במסגרתן של פרדיגמות אקדמיות על-פי שיטות מחקר והנמקה אקדמיות, ולייצר לגביה תוכנות שלא היו יכולות להיווצר בשום שדה אחר של הפעילות החברתית.

אינם מהווים חלק מ"הגדרת העין" של הקורסים הנלמדים בפקולטות למשפטים בישראל ופקולטות רבות במערב. כננס נידון התחום של דיני מסים, אבל לא נדון התחום של דיני רוחה. זאת, במסגרת הגישה המקובלת בפקולטות למשפטים של ישראל להכשיר עורכי-דין שיוכלו לפעול בתחום המסים בעיקר מנקודת הראות של הלקוח בעל האמצעים, המחמוד עם רשויות המס, בלא להצמיד לכתיבה ביקורתית את החלוקה מחדש של המשאבים בין תושבי המדינה, שהממשלה מחוללת כל העת, בהיקף ענקי, באמצעות דיני המסים השונים, הדינים הקובעים פטור מתשלום מסים, הדינים השונים לעירוד השקעות, תקציב המדינה, דיני הביטוח הלאומי ודיני הרווחה. סביר להניח שאילו הכנס היה מתקיים בכל אחד מהפקולטות האחרות שפעלו אותה עת בישראל, מתכונתו הייתה דומה. סביר להניח גם שאילו היה מתקיים השנה בפקולטה למשפטים בישראל כנס לציון מלאת המישים שנה למדינה, הרי למרות השינויים שהתחוללו בשנים האחרונות באקדמיה המשפטית של ישראל, עדיין מתכונתו הייתה דומה.

ראשית התגלותו של המשפט לעין

מאז ראשית שנות השמונים מתקיימים בפסיקתו של בית-המשפט העליון שינויים רחבי היקף. מצד אחד, שינויים אלה ממקדים את תשומת-הלב יותר מאשר אי פעם בעבר בתכניו של המשפט הנוצר ומופעל על-ידי בית-המשפט העליון. התמקדות זו מצמצמת את הדיון בתופעת המשפט למגזר אחד בלבד של התופעה המשפטית — חשוד כשליעצמו — והופכת אפוא ממדים חשובים רבים אחרים של המשפט לסמורים מן העין. אולם, מצד שני, מאז שנות השמונים, מתחוללים במשפט הנוצר ומופעל על-ידי בית-המשפט העליון שינויים המדגישים את המשמעויות החברתיות, הערכיות והפוליטיות של המשפט. בשינויים אלה קיים דווקא הפוטנציאל להארת מומדים חשובים נוספים של המשפט, ולהפיכתם גלויים לעין הרבה יותר מאשר בעבר.

מאז סוף שנות השבעים מתקיימים בישראל תהליכים חברתיים ופוליטיים רחבי היקף, שבמרכזם מאבק על העיצוב מחדש של דמות המדינה. תהליכים אלה מעוררים שאלות ביחס לתפקיד שהמשפט צריך למלא בקביעת דמותה של המדינה וביחס לחכמים הערכיים של המשפט הישראלי. בכך מובילים התהליכים האלה להבנת עשירה יותר מזו שהתקיימה בעבר כאשר לתפקיד שהמשפט ממלא בחייהם של בני-האדם.

בשורות הבאות אדון בתהליכים המתקיימים במשפט, בחברה ובפוליטיקה של ישראל בעשרים השנים האחרונות, ואבחן את המידה שבה הם יוצרים פוטנציאל

המשפט הסמיוי מן העין: "הגדרתו בדין על המשפט — מהו 'המשפט' שעליו אנחנו מדברים?"

טענתו, שמרכיב הפקולטות למשפטים במערב וכישראל רואות את עיקר תפקידן בהכשרתם של עורכי-דין, כדי שאילו יוכלו לתפקד בהצלחה במסגרתה של החברות המשפטיות הקיימת, ולא בכתיבה ביקורתית של המרכיב המשפטית הזו במסגרתן של פרידמונות אקדמיות. אך מה הוא המשפט שבו עוסקות הפקולטות האלה? החשובה היא שרוב הפקולטות למשפטים בארצות האנגלו-סקסיות וכישראל מגדירות את המשפט שבו הן עוסקות כצורה צרה. מחוץ כל מורכבותה של התופעה המשפטית המשפט, עבוד פקולטות אלה, הוא בעיקר הטקסטים של פסקי-הדין של בתי-המשפט הגבוהים של המדינה — בעיקר בית-המשפט העליון.

פקולטות אלה כמעט ואינן עוסקות במשפט הנוצר ומופעל בערכאות הנמוכות ובבתי-הדין השונים, הופעלים במדינה. פקולטות אלה מקדישות משאבים בלתי-פרופורציוניים לעיסוק בפסקי-דין, לעומת העיסוק בחוקים. עיקר הטיפול בחוקים מושאר על-ידן למחלקות למדע המדינה, בעוד שהן עצמן עוסקות בחוקים בעיקר במידה שבה הם נידונים כפסקי-הדין של בתי-המשפט העליון. בדומה לכך, הפקולטות האלה כמעט ואינן עוסקות בהפקידיים שאומנם ממלאות רשויות המנהל בהוצאה לפועל של המשפט, לרבות בקביעתן של תקנות, וכמידה שהן עושות זאת, הרי שבדומה לדרך העיסוק בחוקים, הדבר נעשה בעיקר במידה שבה פעילות המנהל נידונות בפסקי-הדין של בתי-המשפט העליון. פקולטות אלה גם כמעט ואינן עוסקות במשפט מחוץ ניסיון להתחקות אחר הדינמיקות המתקיימות במפגש שבינו לבין המערכת החברתית האחרת המשלילמות אותו או המתחרות בו. לנכח האופן הצר שבו הן מגדירות את המשפט, במסגרת טיפולן של הפקולטות האלה במשפט נותרים רכיבים חשובים של התופעה המשפטית סמויים מן העין.

כמלאת ארבעים שנה למדינת ישראל קיימה הפקולטה למשפטים בירושלים כנס לסיכום ההתפתחויות שהתחוללו במשפט הישראלי בארבעים השנה¹⁵. העורכים של החוברת שבה פורסמו הרצאות הכנס כתבו שיש בהרצאות "כדי לפרוש יריעה מקיפה ומאלפת של מנמות וקווי התפתחות במשפט הישראלי". האמנם? ההרצאות שנישאו בכנס היו במתכונת הקורסים למשפטים בישראל. הן עסקו בעיקר בפסיקתו של בית-להלמל — בפקולטות הקורסים למשפטים בישראל. דיני החוקים, דיני הנוקדן, דיני המשפט העליון בתחומים כמו: המשפט החוקתי, דיני חניון דיני החכנות והבטיחה, שעל העיושין, וכי. לא נידונו כנס נישאים כמו: דיני חניון דיני החכנות והבטיחה, שעל אף חשיבותם הגדולה בעיצוב התודעות ופרקטיקות ההתנהגות של בני-האדם הם

15 משפטים יט (תש"ז).

העליון של ארצות-הברית. בית-המשפט נחשב אקטיביסטי ככל שהוא נוטל לעצמו תפקיד גדול יותר, בהשוואה לזה של מוסדות שלטון אחרים (לרבות הרכיבים קורמים של בית-המשפט עצמו), בקביעת הערכים שישדרו במדינה ובקביעת הדרך שבה יחולקו המשאבים במדינה. על-פי תפישה זו, ניתן לומר שבמהלך שנות השמונים היה בית-המשפט העליון של ישראל אקטיביסטי ביותר.

בית-המשפט צמצם מאוד את הדרישה לקיומו של "מעמד" כתנאי מוקדם להגשת עתירות לכ"צ, היינו הדרישה לקיומו של אינטרס אישי של העותר בעניין נשוא העתירה. בית-המשפט הרחיב את תחום הנושאים שנחשבו על-ידו שפטיים. בית-המשפט הכפיף לפיקוחו את פעולותיה על-פי דיין של הכנסת (אך לא את ההכנים של חוקי הכנסת). בית-המשפט צייר עצמו בעילת הסכירות כאמת-מידה לפקח על התוכן של ההחלטות המתקבלות על-ידי רשויות המנהל. בכך, הפך עצמו בית-המשפט מגוף המפקח על המידה שבה בעלי תפקידים במנהל פועלים כגבולות סמכויותיהם לגוף המפעיל פיקוח מהותי על האופן שבו בעלי התפקידים האלה ממלאים את תפקידיהם. בית-המשפט הרחיב את היקף הביקורת שלו על פעולותיהם של הגופים המפקדים על ביטחון המדינה ועל החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה. בית-המשפט הכפיף לסמכות הפיקוח שלו הסכמים פוליטיים. בית-המשפט התערב באופן נרחב בקביעת תוכנם של החוזים הנכרחים במדינה. בית-המשפט חולל שורה של שינויים מהותיים בתחומים כגון: דיני החוזים, דיני הנזיקין ודיני הראיות.

השינוי השני שהתחולל בפיקוחו של בית-המשפט העליון בשנות השמונים מתייחס לדרך שבה הגדיר בית-המשפט את תפקידיו. בעשורים הראשונים, ראה עצמו בית-המשפט כמי שתפקידו העיקרי הוא להכריע כסכסוכים המתעוררים בין אורחי המדינה, וכן בין אזרחי המדינה לבין רשויות המדינה. כמו כן, בית-המשפט ראה עצמו כמי שאמור להבטיח באמצעות פסקי-הדין שלו רמה גבוהה של ודאות אצל צרכני המשפט באשר לתכני המשפט, כדי שיוכלו לתכנן את מעשיהם במידה גבוהה של ודאות כאשר לתצאות המשפטיות של מעשיהם. בשנות השמונים ירד מעמדה של תפישה זו של בית-המשפט את תפקידיו, והתבלטה מאוד תפישה חדשה, שעל-פיה אמור בית-המשפט למלא תפקיד חשוב בקביעתם של הערכים השולטים במדינה.

שנוי זה בא לכיטוי בהכרזות של בית-המשפט שהוא רואה עצמו שותף לכנסת בקביעת תכנו של המשפט החל במדינה. כמו כן, בפסקי-הדין של בית-המשפט עלתה דרך הנמקה חדשה. שלא כבעבר, כשבית-המשפט פעל בעיקר ברמה הלשונית והקונספטואלית של המשפט, בשנות השמונים החל בית-המשפט פועל כאופן נרחב ברמה של השקולים הערכיים העשויים לשמש טעם לקיומם של כללי המשפט. בית-המשפט החל משתמש ב"ערכי היסוד" או ב"מטרייה הנורמטיבית" של השיטה כאמת-מידה לפרשנותן של נורמות המשפט הקיימות וכחומר גלם ליצירתן של

להבנה עשירה יותר של התפקיד שהמשפט ממלא בחייהם של בני-האדם. עם זאת, אטען שהדיליכים אלה חושפים לעין תחומים מסוימים של המשפט, וקבוצה מסוימת אחת בתוכה, תוך שהם מותירים תחומים אחרים של המשפט, וקבוצות אחרות של בני-אדם, כשהם עלומים מן העין.

פסיקתו של בית-המשפט העליון בשנות השמונים

למן קום המדינה ועד ראשית שנות השמונים נשלטה פעילותה של קהילת המשפטנים של ישראל על-ידי תפישת עולם משפטי, שהשפיעה צמקנות על הדרך שבה פעלו השופטים, עורכי-הדין ומלומדי המשפט.

תפישת עולם זו הושחתה על קדמה של הבחנה חדה בין פוליטיקה לבין משפט. מאבקים סביב הערכים שישדרו במדינה, וסביב הקצאת המשאבים העומדים לחלקה במדינה, נחשבו מאבקים פוליטיים, ומקומם בכנסת. פעילותם של שופטים ועורכי-דין נתפשה כבעלת אופי מקצועי, ולא כבעלת אופי פוליטי. שופטים נתפשו כמי שצריך תפקידם הוא להכריע כסכסוכים המשפטיים המתעוררים במדינה. זאת, על-ידי מיון המקרים המוכאים לפניהם אל תוך קטגוריות משפטיות קיימות, המכילות את המתורונות שאמורים לחול על המקרים האלה. בעשורים הראשונים לקיום המדינה פעלה אפוא קהילת המשפט בארץ על-פי תפישה עולם משפטית שהצניעה את השפעותיו של המשפט על חייהם של בני-האדם, על חייהן של קבוצות של בני-אדם ועל אופיה של המדינה.

למרות הגישה המקצוענית והבלתי-פוליטית שעל-פיה פעלה קהילת המשפט, בית-המשפט העליון פיתח את המשפט הישראלי, למן קום המדינה, מתוך זיקה ברורה למערכת הערכים של הליברליזם. ערכים אלה עמדו בסתירה לערכים הקולקטיביסטיים ששלטו בתרבות הישראלית בעשורים הראשונים לקיום המדינה. תפישת העולם המשפטית שבמסגרתה פעל בית-המשפט אפשרה לו אפוא להצניע את הפער שהתקיים בין ערכי היסוד של המשפט הישראלי המתהווה לבין הסכימה התרבותית שבגדרה הוא פעל.

בשנות השמונים חולל בית-המשפט העליון בפסקי-הדין שלו שורה של שינויים מפליגים בכל תחומי המשפט. בית-המשפט גם פיתח תפישה חדשה של התפקיד שאותו הוא אמור למלא. אני סבור כי לא תהא זו גוזמה לומר שמעטים הם בית-המשפט המוכרים לנו, שבהיסטוריה שלהם ניתן לאתר עשור כל-כך מהפכני כמו זה של בית-המשפט העליון שלנו בשנות השמונים. השינוי הראשון שהתחולל בפסיקתו של בית-המשפט היה עלייתו של אקטיביזם גורף. מקורו של מושג האקטיביזם בספרות העוסקת בפסיקותיו של בית-המשפט

מקובלות כאשר לאופיה של המדינה. הקבוצה האחת היא קבוצה בציבור החילוני המבקשת לעצב את דמותה של ישראל על-פי החיאווייה הפוליטית הליברלית ומתוך זיקה לתרבות המערבית. קבוצה זו החלה מתגבשת בשנות השבעים והשמונים, בעקבות השפעתה המואצת של התרבות האמריקנית על התרבות הישראלית, ובעקבות עלייתה של שורה של אליטות (בעולם העסקים, בתקשורת, בעיתונות, באקדמיה), שפעלו בזיקה הדוקה לאליטות המקבילות להן בארצות-הברית.

הקבוצה האחרת מורכבת מחוגים בציבור הדתי, המבקשים לעצב את דמותה של ישראל על-פי ההלכה היהודית והתרבות היהודית הדתית. במהלך שנות השמונים, ועוד יותר מכך בשנות התשעים, החלו חוגים נרחבים בציבור הדתי תובענים לעצמם, לראשונה בתולדות המדינה, מעמד של ככורה בהנהגה הפוליטית והתוכנית של המדינה. חלק מחוגים אלה היו שותפים בתקופת המנדט וכעשורים הראשונים של המדינה בהסדר ההגמוני שבראשות תנועת העבודה. עתה הם הכניסו שינוי במשקל החסי שבין ציוניותם ודתיותם, באופן שמשקלה של החזית גבר באופן ניכר על זה של הציוניות. חוגים דתיים אחרים, קיצוניים יותר מהכחינה הדתית, שלא נטלו חלק כלשהו בסדר ההגמוני הקודם, החלו פועלים, לראשונה, כמרכז הזירה הפוליטית והתרבותית. אלו גם אלו, החלו פועלים בצורה נמרצת להרחבת אחיזתם במוסדות המדינה ולהרחבת של מעגל התמיכה בהם כאוכלוסיית המדינה. זאת, מתוך ענינות לליברליזם, מתוך כפייה בעליונות הערך של היהודים מדינה דמוקרטית ליברלית, ומתוך כוונה לחולל בישראל שינויים פוליטיים ותוכניים עם עמוקים, כדי לעצב את דמותה על-פי עיקריה של הציוניזציה של היהדות¹⁸.

הן באמצעות האקטיביזם הגורף שלהן והן באמצעות נסיונו להשתתף בקביעת דמותה הערכית של המדינה נטל בית-המשפט העליון חלק פעיל במאבק הפוסט-הגמוני על עיצוב דמותה של ישראל, שהחל מחולל כסוף שנות השבעים. בירת-המשפט "תפס צד". הוא פעל באופן המזוהה בכידור עם הקבוצה הליברלית המערבית נגד הקבוצה המבקשת לעצב את דמותה של ישראל על-פי ערכיה של היהדות¹⁹.

18 על המאבק המתנהל בשנים האחרונות בין דתיים וחילוניים על עיצוב דמותה של המדינה ראו: א' שבדי "ישראל כמדינה יהודית-דמוקרטית — היבטים היסטוריים ועיוניים" אלפיים 11 (תשנ"ד) 78; א' רביצקי "דתיים וחילוניים בישראל — מלחמת תרבות פוסט-ציונית?" אלפיים 14 (תשנ"ז) 80; י' ליכמן "הדת חילונית וסביחה" אלפיים 14 (תשנ"ז) 97; י' שלנגר "ליקראת מלחמת תרבות" אלפיים 15 (תשנ"ח) 209; י' דן "החזית המשתחררת: תוצר של ישראל החילונית" אלפיים (תשנ"ח) 234.

19 על רקע זה ניתן להבין את ההתקפות הקשות על בית-המשפט בשנים האחרונות, מצדם של חוגים דתיים. באפריל 1996 כתב חבר הכנסת דאז וכולן המר ז"ל למועמד הליכוד לראשות הממשלה בנימין נתניהו, כדברים האלה: "במשך 50 שנים רצופות הודם הדיומינוטי בתי-המשפט הלליון נקט באופן שיטתי בעבודת השמאל הקיצוני". הארץ, 6.8.96. במקורה זו אין הברל בין מנהיגי המפ"ל, שי החינוך שנים רבות, לכך נשיא מועצת גדולי התורה של אגודת

נורמות חרישות. בית-המשפט החל חושף בהתמקדותו בגלוי ובאופן נרחב את מערכת הערכים הליברלית, שעמדה ביסוד המסורת שלו מאז קום המדינה¹⁶. כיצד אפשר להסביר את השינויים שהתחוללו בפסיקתו של בית-המשפט העליון בשנות השמונים? מה היו ההשלכות של השינויים האלה? בית-המשפט לא פעל בחלל הריק. כדי להבין את הדרך שבה הוא פעל ואת ההשלכות של פעולתו יש להתחקות אחר השינויים החברתיים והפוליטיים שהחלו מתחוללים בישראל, בעוצמה רבה, מאז סוף שנות השבעים.

פסיקתו של בית-המשפט העליון מאז שנות השמונים על רקע המאבק על עיצוב דמותה של ישראל

"אראורה", עיר שנעה כל כולה כלפי מעלה..."

"עולים אל עיר זו כעזרת סולמות.

החושבים מראים את פניהם על פני

הארמה רק לעיתים נדירות..."

כמוסקמים, הם מתכוננים בהיעדרדומת-הם

מעל פני הארמה"

איטאלו קאלורינו, העריים הסמויות מעין (מחוגם גאיו

שילוני, 1984) עמ' 76, 23.

משך עשרות שנים, נשלטו היישוב היהודי בארץ-ישראל, ולאחר מכן המדינה, על-ידי ההגמוניה הפוליטית והתרבותית של תנועת העבודה¹⁷. הגמוניה זו הונחתה על-ידי צופן תרבותי ברור: תפישת עולם קולקטיביסטית, שעל-פיה צווה הפרט הישראלי לפעול לקידום הארדיאל של הקמת מדינה עצמאית וחברה צודקת במסגרתה. אולם, עוד כשנות החמישים איכר צופן זה חלק ניכר מכוחו המנחה. המהפך של 1977 סילן את התפוררות ההגמוניה של תנועת העבודה. ישראל הגיעה לסוף דרך פוליטית ותוכניתית. המאבק על עיצוב דמותה של המדינה נפתח מחדש. במאבק זה החלו משתתפות שתי קבוצות עיקריות המציעות שתי תפישות

16 לדין בפסיקת בית-המשפט העליון בשנות החמישים ובהתפתחויות שחלו בפסיקת בית המשפט בשנות השמונים ראו: מ' מאוטנר "רידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תש"ז) 3; ר' שמיר "שיקול דעת כמות שיפוטי: פוליטיקה של הסבירות" תיאוריה וביקורת 5 (1994) 7; מי מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 25 (1994) 5.

17 על מושג ההגמוניה ראו: Hoare, *Gramsci Selections from the Prison Notebooks* (Q. Hoare, ed., 1971); C. Mouffe, *Hegemony and Ideology in Gramsci, in Gramsci and Marxist Theory* (C. Mouffe ed., 1979); M. Cain, *Gramsci, The State and the Place of Law, in Legitimacy, Ideology and The State* (D. Sugarman ed., 1983).

מנתקם משליטה בתקציבי המדינה וכמנהל של המדינה. כמכת של סוף שנות התשעים על שנות השמונים, החוגים הליברליים נראים כמי שפעלו בעיקר כפסגות מוארות הזרקורים של המשפט, בזירת המאבקים הסימבוליים, המושפטים, ולא ב"שטח", בפריפריה, במקומות שבהם מתנהלים חיי היומיום של בני-האדם, מעוררות בעיות הפונטה והדיו, שאלות חינוכ, גידולם ועמידם של הילדים, עולות השאלות אודות המשמעות והזהות — בין השאר לנוכח החלל הריק שנוצר בעקבות התפוררותה של ההגמוניה החברתית הקודמת — צומחים המצוקות והתסכולים, אך גם נוצקות הנאמנויות העמוקות וארוכות הטווח. "כמוסקמים, הם מתבוננים בהיעדרותם מעל פני-הארמה".

אבל אקטיביסטי ככל שיהיה, בית-משפט הוא המיד גוף הפועל באופן נקודתי ולא באופן מעורב ורחב היקף; גוף הפועל בדרך-כלל על-ידי פסילת פעולותיהן של רשויות אחרות ולא בדרך של הכתבה של מה שצריך להיעשות; גוף מופעל ומגוב, שסדר היום שלו נקבע במידה רבה על-ידי אחרים, לא גוף יוזם ופעיל. הגשת עתירות לבית-משפט ותחבטתם של פסקי-דין לעולם אינם יכולים להיות תחליף לעשייה פוליטית של ממש.

יתר על כן, למרות שהמשפט מסדיר תחומים רחבי היקף בחייהם של בני-אדם, הליכים שיפוטניים הם "מדיום" ומאפשרים לעניינים מסוימים לבוא לביטוי יותר מאשר אחרים. כך, השימוש במשפט מחייב ידע על אודות התכנים של המשפט, קורה נפשית לערכים התרבותיים של המשפט ויכולת לשאת בעלויות של הפעולה במשפט²¹. מכיוון שכך, רק קבוצות מסוימות בחברה יכולות לכבש את ענייניהן בבית-המשפט העליון ובבית-המשפט האחרים של המדינה, בעוד שעניינים כוערים ורחופים של קבוצות אחרות נוהרים סמויים מן העין, לפחות בזיונה של כתי-המשפט. מי שמאז שנות השמונים הרגיל עצמו להתבונן בחברה הישראלית דרך העניינים שנידונו בבית-המשפט העליון היה יכול לקבל תמונה חלקית ומטוה של הבעיות שכפניהן ניצבים בני-אדם החיים במדינה. שורה שלמה של בעיות של בני-אדם רבים — בעיות של קיום-יום-יומי, דיור, חינוך, זחזח, שייכות — לא יכלה לבוא לביטוי בדיונים המשפטיים, ולפחות מבחינה זו גם לא יכלה להיחשב "קיימת".

כשם שראייה של החברה כפרספקטיבה של עתידות ודיונים משפטיים חסמה ראייה של אלו החיים בפריפריה, בעוני, בתחושה של ניכור חרוכה, כך היא הודחקה גם את העובדה שכעשורים האחרונים צמח בישראל שוק רב-עוצמה, שהנחיל כירי

21 W. Felstiner, R. Abel & A. Sarat "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming..." 15 *Law & Soc. Rev.* (1980-81) 631; M. Galanter "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change" 9 *Law & Soc. Rev.* (1975) 95

כשינים שלאחר המהפך של 1977 הודחבו החוגים הדתיים יותר ויותר את האחיזה שלהם במוסדות השלטון וכמנהל היצבורי של המדינה. זאת, תוך יצירתה של ברית הולכה ומתחזקה עם החוגים הלאומיים שעלו לשלטון. לעומת זאת, החוגים המזוהים עם הליברליזם מצאו עצמם פעם אחר פעם נכשלים במשימתם לשוב לשלטון ולהשתלט על המנהל. האקטיביזם של בית-המשפט העליון — כמיוחד: צמצום דרישת המעמד, הרחבת היקף השיפוטת ופיתוחה של עילת הסכרחה — פתח בפני החוגים האלה ערוץ להתערבות כמהלכיו של השלטון, במטרה לשכשם. ואלו הטקטיקות של פסקי-הדין של בית-המשפט, שבהם נחשפה הזחזח הליברלית של הפסיקה באופן נרחב וגלוי, הפסיתו להם עולם ערכים שבו יריגשו "כבחה".

אכן, מבין חברי הכנסת היו אלה בעיקר חברי הכנסת ממפלגות "השמאל" שהגישו במהלך שנות השמונים בג"צים — לעשרות — נגד מוסדות השלטון ורשויות המנהל. (אני נוקט בביטוי שמאל רק משום שהוא מקובל בשיח המתנהל בישראל לצורך האפיין של קבוצה מסוימת. אם שמאל פירושו חתירה למימוש משנה חברתית החותרת לצדק חברתי והמכוונת לשפר את מצבן של השכבות החלשות באוכלוסייה, הרי שבישראל לא קיים שמאל מזה לפחות שלוש שנים, ואף יותר.) חברי כנסת אלה, שמצאו עצמם במיעוט ככנסת, מנותקים מתקציב המדינה וחסרי אחיזה ברשויות המנהל של המדינה, הפכו את בית-המשפט העליון זירה חשובה לניהול המאבקים הפוליטיים שלהם. הצטרפו אליהם עמותות לקידום של נושאים שונים, וכן עורכרי-דין ופרופסורים למשפטים. כפי שכתב לפני שלוש שנים השופט מישאל חשין, "על דרך ההפלה נאמר, שניסו נוטל אדם לידו את עיתון הברקר או עיתון הצהריים, ומכסו מקרין בין הידיעות השונות עד שעינו צדה ידיעה פלונית, ומשמצא מה שמצא קורא הוא אל חכרי: קומו ונעלה ציון — אל בית המשפט העליון"²⁰. הדין כבג"צים אלה לוח לא אחת בכיסוי תקשורתי נרחב ומתמשך. לאורך כל שנות השמונים הילך בית-המשפט העליון קסם על החוגים הליברליים בישראל — העיתונות, התקשורת, חברי הכנסת ממפלגות השמאל והאקדמיה המשפטית.

"תכן שההמתקנות בבית-המשפט העליון כוזבה מוכיחה לפעילות היתה אסטרטגיה של חוסר ברירה עבור אלו שמצאו עצמם פעם אחר פעם באופוזיציה,

ישראל, האדמו"ר מוויזניץ, שהכריז בסוף 1996, כי הוא יוצא למאבק אישי "כדי לחזור את בג"צ". הארץ, 24.11.96. באוקטובר 1997 אמר הרב עובדיה יוסף כי שופטי בית-המשפט העליון, ושופטי הערכאות של המדינה ככלל, אינם ראוים לפסוק בדינם של יהודים. משום שהם פוסקים על-פי דיניהן של הגזרות שבאומות העולם. הרב יוסף גם קרא לעורכי-הדין הדתיים להימנע מלהתורין בבתי-המשפט של המדינה. ידיעות אחרונות, 28.10.97.

20 בג"צ 2148/94 לברט נ' יושב ראש ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון, פ"ד מח' (3) 573, 600.

את החיוביות הפוליטית והתוכנית הגדולה של המשפט, שהוצגה, כזכור, בעשורים הראשונים לקיום המדינה. חשיפה זו יצרה פוטנציאל להרחבה של הדיון על המשפט לממדים רבים נוספים של החופעה המשפטית, כדוגמת אלה שהוזכרו בדרך-כלל על-ידי האקדמיה המשפטית. זאת, תוך ניסיון להכנת התפקיד שהמשפט ממלא בתבונת הפרקטיקות של בני-האדם, בהקצאה של כוחות וזכויות בנייהם וביצירת המשמעות בחייהם.

1992: "המהפכה החוקתית" והחופת המאבק הפוסט-הגמוני

במרס 1992 חוקקה הכנסת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואת חוק יסוד: חופש העיסוק. כל אחד משני חוקי היסוד כולל פסקה הקובעת כי מטרתו "לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". פסקה זו עוררה בקהילת המשפט של ישראל דיון ער בשאלת המינון שבו צריך המשפט הישראלי לקדם ערכים ליברליים וערכים יהודיים, בהמשך התפתחו²³. היא נתפשה גם כמשקפת את המהח הקיים בין שתי הקבוצות העיקריות הנאבקות על עיצוב דמותה של ישראל בשלב הפוסט-הגמוני הנוכחי. הפסקה האמורה הכליטה אפוא את התפקיד שהמשפט ממלא באכיפתם של ערכים ואת הזיקה שבין המשפט לבין קבוצות פוליטיות וחברתיות הקיימות במדינה. בכך יצרה הפסקה האמורה פוטנציאל לפיתוחן של תוכנות אודות התפקידים הפוליטיים והתוכוניים החשובים שהמשפט ממלא.

כמאמר שפורסם בסוף שנת 1992, טען נשיא בית-המשפט העליון אהרן ברק כי בעקבות חקיקתם של שני חוקי היסוד האמורים התחוללה במשפט הישראלי "מהפכה חוקתית". חוקי היסוד יצרו רובד משפטי חוקתי שהוא בעל מעמד גבוה מזה של החוקים הרגילים של הכנסת. כמו כן, לבית-המשפט העליון ניתנה הסמכות להעביר ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת ולכטלם, כמידה שיימצא כי תכנת סותר את חוקי היסוד²⁴. עמדתו זו של הנשיא ברק אומצה על-ידי שופטים אחרים של בית-המשפט העליון, בכמה פסקי-דין. הבולט שבהם הוא ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי²⁵, שניתן בסוף שנת 1995, ושבו תמכו בעמדתו של הנשיא ברק שמונה מתוך תשעה שופטים של בית-המשפט.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע שורה של אינטרסים שאין לפגוע בהם, אלא בהתקיים תנאים מיוחדים: החיים, הגוף, הכבוד, הקניין, החירות, חופש היצירה

23 ראו למשל הטעמיון על "מדינה יהודית ודמוקרטית", שהתפרסם בעיוני משפט יט (תשנ"ד).

24 א' ברק "המהפכה החוקתית: זכריות יסוד מונגות" משפט וממשל א' (תשנ"ב) 9.

25 פ"ד מט (4) 221.

קבוצה קטנה יחסית של בני-אדם כמויות עצומות של עושר, ובעקבות זאת גם עצמה פוליטית. רק מעט ממה שקורה בשוק משתקף בדיונים המתקיימים בבתי-המשפט. אנשי עסקים נוטים ליישב את הדוב המכריע של הסכומים המתלעים ביניהם מחוץ לבתי-המשפט²². רשויות המדינה שעמן באים אנשי עסקים כמגע לצורך קידום ענייניהם אינם בתי-המשפט. אלו הם שרי ממשלה, חברי כנסת המקבלים החלטות ברועדות של הכנסת וקובעים את תכניהם של החוקים, פקידים מנהל הקובעים את תוכנתם של תקנות וצווים ואחרים על הקצאת הוצייה במכרזים, וכן פוליטיקאים ופקידים מנהל ברשויות המקומיות. בניגוד למה שמקובל לחשוב, כאלו השוק פועל באוטונומיה מהמדינה וכאלו הגיונו של השוק הוא להשתחרר מכלליה של המדינה, כל רשויות המדינה האלה ממלאות תפקיד מפתח ביצירת עישרם של אנשי העסקים. אבל המשאים והמתנים המתקיימים בין רשויות המדינה לבין אנשי העסקים הם כרוכים סמויים מן העין, ורק שכוריר מהם משתקף בפסקי-הדין של בתי-המשפט.

בעשורים האחרונים נוצרו בישראל פערים בין עשירים ועניים, שהם חטרי תקדים כאן ומהגורמים בעולם המערבי. ראייה של החברה פרספקטיבה של הנושאים העומדים על סדר יומם של בתי-המשפט חוסמת לא רק ראייה של אלו החיים בעוני ושל אלו החיים בעושר. היא חוסמת גם ראייה של הבטיחות המתפתחת כאשר לחלוקה היחסית של העושר בין קבוצות כחברה לכך עצמן (ובעקבות זאת גם ראייה של הכיעיחות המתפתחת כאשר לחלוקה היחסית של הכוח הפוליטי במדינה). עם זאת, לעובדה שמא שנות השמונים פעל בית-המשפט העליון באופן אקטיביסטי, חשף את הממד הערכי של החלטותיו ועשה מאמצים גלויים להשלים במדינה את ערכיו, היו שתי תוצאות סותרות, מבחינת החשיפה לעין של התפקידים שאותם ממלא המשפט בחייהם של בני-האדם.

מצד אחד, גברה ההתמקדות של קהילת המשפט הישראלי, וכך של דעת הקהל, בהיבט אחד של המשפט, מתוך כל התופעה המשפטית המורכבת, היינו כמעשיו של בית-המשפט העומד בראש מערכת בתי-המשפט של המדינה. התמקדות זו הגבירה עוד יותר את נטייתה של קהילת המשפט של ישראל — בעיקר האקדמיה המשפטית — להימנע מלעסוק בכל יתר הממדים של תופעת המשפט, כגון: תכניהם של החוקים, השפעותיהם של החוקים על חיי-היום של אזרחי המדינה, השפעותיהם של החוקים על חלוקת העושר במדינה, ומפגשיהם של בני-האדם עם הערכאות הממוכות, בתי-הדין ורשויות המנהל של המדינה.

מצד שני, העובדה שבתי-המשפט החל למלא תפקיד פעיל וכולט לעין במאבק הפוסט-הגמוני על העיצוב מחדש של הפוליטיקה והחברות של ישראל חשפה לעין

22 חירב קלאסי בהקשר זה הוא S. Macaulay "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study" 28 Am. Soc. Rev. (1963) 55.

דומה כי חלק חשוב, אולי אפילו עיקרי, בפעילותו של בית-המשפט בהקשר של חוק יסוד זה וחוק יסוד: חופש העיסוק הקודש להגנה על אינטרסים כלכליים. בית-המשפט בהרכב של תשעה שופטים דן בשאלה אם חוק של הכנסת שהסדיר שמיטת חובות במגזר המושבי ובחלק מהמגזר הקיבוצי צריך להיכשל בהיותו פוגע בחופש הקניין.³¹ בית-המשפט בהרכב של שלשה-עשר שופטים דן בשאלה אם חוק של הכנסת שאשרר גבייה של אגרות רדיו בסך שבעים ושישה ש"ח ממי שאין במכוניתו רדיו, תקניין.³² בית-המשפט בהרכב של שבעה שופטים דן בשאלה אם חוק של הכנסת, שהורה על גביית אגרת רדיו בסך שבעים ושישה ש"ח ממי שאין במכוניתו רדיו, צריך להיכשל בהיותו פוגע בחופש הקניין.³³ בית-המשפט דן בעתירה שהגישו על-ידי שתי חברות ביטוח גדולות, שטענו כי חוק של הכנסת, שהקפיא את האפשרות להקים קרנות פנסיה להקופה של פחות משנה, צריך להיכשל בהיותו פוגע בחופש העיסוק.³⁴ בתוך כך קבע אחד השופטים, כי חוק יסוד: חופש העיסוק מכון להגן הן על חופש העיסוק של אדם והן על חופש העיסוק של חאגיד. בית-המשפט דן בשאלה אם הרשיון המסדיר את פעילותה של חכרת "בזק" פגע בחופש העיסוק של החברה.³⁵ בית-המשפט בהרכב של אחד-עשר שופטים דן בשאלה אם חוק של הכנסת, שהסדיר את העיסוק בייצוג השקעות וניהול חיקי השקעות, צריך להיכשל בהיותו פוגע בחופש העיסוק.³⁶ לעומת זאת, בפסק-דין אחר קבע אחד משופטי בית-המשפט כי הזכות לחינוך אינה מוגנת על-ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כזכות יסוד חוקתית.³⁷

בתנאים הקיימים כעת בישראל, אין לפקפק בחשיבות של פסיקה המפתחת דוקטרינה שעל-פיה מקנה כוח וטו חוקתי לבית-משפט עליון ליכולתו על חוקים של הכנסת. ייתכן גם שהדרך הפחות מעוררת מחלוקות — ולכן הקלה והכטוחה ביותר — לפיתוחה של דוקטרינה כזו היא פעולה של בית-המשפט להגנת הזכות החוקתית לקניין. אולם, אין להתעלם ממצבו של המשפט הישראלי כעת, שש שנים לאחר חקיקתם של חוקי היסוד. חוקי היסוד משנת 1992, ופסקי-הדין של בית-המשפט העליון בנוגע לחוקי היסוד, עשויים לקבוע במשפט הישראלי הפישה שעל-פיה ההגנה על כבוד האדם מחייבת הגנה מפני פגיעה של רשויות המדינה בקניין הקיים ובחופש העיסוק של בני-האדם ושל תאגידים, אך אין היא מחייבת פעולה של רשויות המדינה

- 31 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מנדל כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221.
- 32 בג"צ 4562/92 זורכר נ' רשות השדיר, פ"ד נ (2) 793.
- 33 בג"צ 5503/94 ראש הכנסת (טום פורסם).
- 34 בג"צ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח (5) 441.
- 35 בג"צ 1255/94 "כידק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת החקשורת, פ"ד מט (3) 661.
- 36 בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר (טום פורסם).
- 37 בג"צ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ח" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ (3) 2.

מהארגון, הפרטיות, צנעת החיים, וכיו"ב. חוק יסוד: חופש העיסוק מגן על זכותו של אדם לעסוק בכל עיסוק. מקצוע או משלה-ידי. שני חוקי היסוד הם אפוא חוקים מובהקים בנוסח הליברליזם של המאה השמונה-עשרה, היינו חוקים המקנים הגנה לזכויות האזרחיות, בהבדל מהזכויות הפוליטיות והזכויות החברתיות של האדם. מה שכולט בחסותו בשני חוקי היסוד הוא ההגנה על הזכויות החברתיות של בני-האדם, כגון: הזכות לקבלת שירותי בריאות, הזכות לשיכון, הזכות לפנסיה, הזכות לקבלת תמיכה במצב של נכות, הזכות לחינוך, הזכות לעבודה, הזכות להתאגר בארגוני עובדים, הזכות לשיבתה.³⁸ חיסרון זה כולט במיוחד לנוכח ההגנה הנרחבת וחטרת הפרופורציה שלה זכתה הזכות לחופש העיסוק — זכות הנחשבת בדרך-כלל בעלת מעמד שולי בקבוצת זכויות היסוד של האדם, ושחוקותיהן של מדינות רבות כלל אינן מזכירות אותה.³⁷

בעקבות חקיקתם של חוקי היסוד האמורים החל מתנהל בקהילת המשפט של ישראל דיון על בהשלכותיהם. יתר על כן, דור שלם של שופטים ועורכי-דין החל מלמל עצמו להפעיל את חוקי היסוד כבתי-המשפט. בכך נמשכות, ואף מחזקות, כמה מההנחות שהחלו להתפתח במשפט הישראלי בשנות השמונים. מנגמה אחת היא העלאה נוספת של המפלס שבו מתנהל הדיון במשפט בישראל, קרי: העלאה של הדיון למפלס החוקתי. פירוט הדבר הוא החמקדות בממד צד עור יתר של התופעה המשפטית, במסגרת העיסוק במשפט, והמשך השארתם של התומים נרחבים של המשפט כשהם סמויים מן העין.

מגמה שנייה הנכבעת מהעיסוק בשני חוקי היסוד על-ידי קהילת המשפט של ישראל ועל-ידי אלו הקרובים אליה היא המשך העידר העיסוק במצוקות החברתיות שבהן נתונות שכבות נרחבות באוכלוסייה. מנגד, חוקי היסוד נותנים הגנה חוקתית לאינטרסים של אלו שהם בעלי העושר והעוצמה בשוק. אמנם, במסגרת הפסיקה של בית-המשפט העליון ביחס לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כשש השנים האחרונות נקבעו הלכות חשובות בנוגע לזכויותיהם של עצירים,³⁸ אסירים,²⁹ ונאשמים.³⁰ אולם,

- 26 ראו: ר' כר ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד' (תשנ"ד) 29; ר' כר ישראל "דיני עבודה" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ב-תשנ"ג) (א) חוק צבי שורן, (תשנ"ז) 551.
- 27 רותם "העצמת החקיקה של זכות הקניין" משפטים כח (תשנ"ז) 535, בע' 551.
- 28 בש"פ 2169/92 סוריסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (3) 338; בש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עזאזמי, פ"ד מו (5) 722; בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גרואטה, פ"ד מו (5) 704; בש"פ 153/95 רחאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (2) 221; בש"פ 537/95 גנימאה נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355; ד"פ 2316/95 מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589; בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 133.
- 29 ע"פ 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד (4) 136.
- 30 בש"פ 6654/93 בניקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (1) 290; בש"פ 1986/94 מדינת ישראל נ' עמר, פ"ד מח (3) 133; בג"צ 7357/95 בקרי פטה המפרים (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 769.

סיום

יש קשר בין המשפט הסמור מן העיץ לבין בני-האדם הסמויים מן העיץ. אותם חוגגים בחברה הישראלית שמתמקדים במשפט הנוצר ומופעל בכיח-המשפט העליון — שהוא עצמו הולך ומצמצם עצמו למפלס העליון, החוקתי, של המשפט — הם גם אלו המזווגים את הכעיות היום-יומיות הקשות — כעיות הקיום, הדיור, הבריאות, החינוך, הזהות, השייכות — שעמן מתמודדות קבוצות נרחבות בחברה. עם כל החשיבות של פיתוח דוקטרינה משפטית המאפשרת לכיח-המשפט העליון הפעלה של ביקורת חוקתית על חוקיה של הכנסת, מה צריך לומר על אלו שאינם רואים חוסר פרופורציה בעתירה לכנג"צ בטענה שגבייה אגרת רדיו בסך שבעים ושישה ש"ח ממי שאין במכוניתו רדיו פוגעת בקניין? ומה צריך לומר על כך שהדיון בעתירה כוזמת מתייחס בהרכב של שבעה שופטים? אחת הערים שעליון מספר הנגסע מרקו פולו לקובלאי חאן היא ליאוויה. בעיר זו, "בכל בקר מתעוררים האנשים בין סדינים רעננים, ורוצים בחפיסות סבון שזה עתה הוטרדה מהן העטיפה, לובשים חלוקים חדשים, שולפים מן המקור המשוכלל ביותר קופסות שימורים בתוליות, מודים שהם מאזינים לפסונים האחרונים הבוקעים מן הדגם החדש ביותר של המקלט". אבל טופה של ליאוויה ש"מבול אדיר... ימחק את כל עקבות המטרופולין העוטה תמיד מחלצות חדשות"⁴⁰.

40 איטאל קאלורנו הערים הסמויות מעיץ (תרגום גארי שילוני, 1984) 109-110.

להבטיח לכני-הארם תנאים מינימליים של קניין ורווחה, כדי לאפשר להם קיום בכבוד אנושי מינימלי³⁸. כמו כן, שני חוקי היסוד מכתיבים לקהילת המשפט של ישראל — עורכי דין, שופטים, מלומדים משפט, סטודנטים למשפטים — עיסוק ודיון בעיקר בשאלות של הגנה על זכויות אזרחיות ועל אינטרסים כלכליים, תוך דחיקתם של נושאים הקשורים בזכויות החברתיות של בני-הארם.

יתר על כן, מן הראוי לשים לב לדרך שבה בעיות חברתיות מרכזיות עולות לדיונה של קהילת המשפט. הכישלון של המגזר החקלאי היה צריך לעורר שאלות עקרוניות וסטודיות אודות הדרך שבה ראוי לטפל בכישלונות כלכליים במגזרים שונים, כגון: המגזר התעשייתי (בין בערים הגדולות ובין בעיירות הפיתוח, שבהן סגירתו של מפעל אחד עשויה להשפיע באופן נרחב על חייה של עיירה שלמה), המגזר הכורסי, המגזר הבקאי, המגזר של נוטלי המשכנתאות; שאלות אודות שבה או מוכנים לאפשר חלוקה מחדש של משאבים בין קבוצות; שאלות אודות כוחן הפוליטי של קבוצות מאורגנות לעומת קבוצות בלתי-מאורגנות. גם השאלה כיצד להבטיח פנסיה לחושבי המדינה היא שאלה חברתית חשובה ביותר. אולם, למרות שהן כישלונות של המגזר החקלאי והן בעיותיהן של קרנות הפנסיה סופלו בחוקים של הכנסת, שאלות אלו כמעט ולא נידונו על-ידי קהילת המשפט של ישראל קודם להבאתן לדיונו של בית-המשפט העליון בהקשר החוקתי. יתר על כן, הן בפסק-הדין בעניין הכישלון של המגזר החקלאי והן בפסק-הדין בעניין קרנות הפנסיה, הדיון המשפטי בכנג"צ התייחס רק לחלק קטן מהשאלות האלה, וגם זאת בקצרה וכשחזויה, וכצפוי חוקר עיזק דיונו של בית-המשפט לשאלת החוקתיות של החוקים הרלוונטיים.

מגמה שלישית הנובעת מחיקתם של שני חוקי היסוד היא מיקומו של בית-המשפט העליון בעמדה שעל-פיה בכוחו להכריע הכרעות יסודיות ביחס לדמותה הערכית של המדינה³⁹. כוחו זה של בית-המשפט כולט במיוחד לנוכח הכלליות, העמומות וקיצור הלשון של חוקי היסוד. בהמשך למגמות שהתפתחו בפסיקת בית-המשפט בשנות השמונים, עיסוקו של בית-המשפט בשאלות חוקתיות מכליל את החשיבות הפוליטית והחברתית הגדולה של המשפט. זאת, במיוחד לנוכח העובדה שעולמו הערכי של בית-המשפט אינו מקובל על חוגים משמעותיים בחברה, המתקפים אותו ללא הרף המציעים להחליפו בעולם ערכי אחר. עיסוקו של בית-המשפט בשאלות חוקתיות יוצר אפוא פוטנציאל להרחבה של הדיון במשמעויות הפוליטיות והחברתיות של המשפט גם לממדים רבים נוספים של התופעה המשפטית.

38 א' גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסודי: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא (תשי"ח) 405.

39 א' חביב-סל "דיני חברות והמטריה החוקתית שנפטיה בחוקי היסוד" ספר השנה של המשפט בישראל (תשי"ז) (א' רוזן-צבי שורד, 1997) 105.