

האוניברסיטה העברית
הפקולטה למשפטים
מרכז מינרבה לזכויות אדם

**בשני קווים מקבילים או בתנועה מעגלית מתמדת?
פינוי משפחות שייח ג'ראח בראי משפט וחברה**

עבודת סיכום

קורס מספר 62340 "זכויות אדם בחברה הישראלית"
בהנחיית ד"ר דפנה גולן-עגנון

מגישה: שלומית שטיין
ספטמבר 2009, ירושלים

מבוא

אמביוולנטיות. אילו נדרשתי לסכם במילה אחת בודדה את התחושה שליוותה אותי תדיר השנה במהלך עשייתי באגודה לזכויות האזרח, אין ספק כי זו המדויקת ביותר. האמביוולנטיות ליוותה כל סוגיה משפטית שנדרשתי אליה, בין אם דובר בהגנה על הזכות לחופש התנועה של תושבי ה"מובלעות", שיצר מכשול ההפרדה, ובין אם דובר בתביעה להתקנת חיבור למים זורמים בשכונות ירושלים המזרחית. לכאורה, כשמדובר בתביעה להכרה בזכויות כה בסיסיות, ההתחבטות הנפשית בין הרצון להאמין כי מדינתך שוללת זכויות רק מטעמים בטחוניים הכרחיים לבין ההבנה כי יש זכויות שלא שוללים בשום מקרה, אמורה להיות פשוטה. אולם, כל הזמן ניקרה בי תחושת חוסר נוחות מסויימת, חוסר יכולת לעמוד מאחורי עשייתי באופן מלא. ברטרופסקטיבה על פעילותי במהלך השנה שחלפה ובנסיוני להבין את המקור לאמביוולנטיות זו, הגעתי לתובנה שהניעה אותי לגבש, בסופו של דבר, את הרעיון לעבודה זו.

כסטודנטית למשפטים וכירושלמית ממערב העיר, השתוקקתי להתנסות בעבודה משפטית "אמיתית" בתחום זכויות האדם של הפלסטינים החיים במזרח העיר. אולם, עם תחילת עבודתי, חשתי אכזבה מסויימת. זו עבודה משפטית! תהיתי ביני ובין עצמי. כל הטיעונים ה"הומניים" שהאגודה משמיעה לטובת העותרים שמיוצגים על ידה בכלל לא שייכים לזירה המשפטית! היכן הפלפול המשפטי? איפה הסוגיות המשפטיות "הטהורות" שלמדתי לזקק? חשתי שהטיעונים אודות אכיפה סלקטיבית של צווי הריסה, אפליה בהקצאת משאבים, דרישה לחיבורי מים למבנים, על אף שנבנו שלא כחוק, הם בבחינת בקשת חסד ולא תביעת זכות. מה לחסד ולבית המשפט? טענות כנגד מדיניות מעוללת יש להפנות למחוקק ולממשלה. תפקידו של בית-המשפט הוא לוודא כי החוק נאכף ותו לא, להפעיל את מידת הדין ולא את מידת החסד.

שינוי בעמדותי זו החל לאחר שמיעת הכרעת בית-המשפט בנושא סכסוך הבעלות בשכונת שייח ג'ראח. על אף שלכאורה "נעשה צדק" ובית-המשפט הכריע בסכסוך, לא יכולתי להמנע מתחושה שיתכן והצדק המשפטי במקרה זה אינו מתיישב עם הצדק שאני מזדהה עימו. החלה להתגבש בי המחשבה שמא הבעיה אינה בטיעונים המשפטיים ההומניים ה"רופפים" אלא בתפיסה של טיעונים מוסריים וחברתיים כטיעונים חוץ-משפטיים. אולי הבעיה לא נעוצה בטיעון אלא בעיצוב גבולות המשפט? האם יש גבולות גיזרה אובייקטיבים התוחמים בין המשפט לכל מה שאיננו?

החלטתי לבחון שאלה זו דרך אחד מהמשפטים שהתנהלו סביב סכסוכי הבעלות בשכונת שייח ג'ראח, מאחר ובמקרה זה בולטת המשמעות הכבירה שיש להכרעה אודות אופיו של המשפט על השיח הציבורי. במה דברים אמורים? להכרעה משפטית יש השפעה מרחיקת לכת על השיח הציבורי. בשל תדמיתה האיתנה של מערכת המשפט בקרב מרבית הציבור הישראלי כאמת המידה לאמת, יש בכוחה של הכרעה שהיא מייצרת לסתום את הגולל על דיון ציבורי מקביל, קל וחומר כשמדובר בסוגיה טעונה פוליטית בה הצדדים הניצים משוועים לתשובה "מוחצת" שתמוטט את טיעוני היריב. כפי שהונכח במקרה של שייח ג'ראח, ההכרעה המשפטית נתנה לגיטימציה לתומכים בה מסיבות פוליטיות ודה-לגיטימציה להשמעת עמדה שונה. מכאן, שהכרעה משפטית טומנת בחובה סכנה של השטחת דיון חברתי בסוגיות בוערות. מסיבות אלו, לדיון אודות אופיו של המשפט חשיבות החורגת מעבר למשפט, כן והשלכות על אופייה של החברה כולה.

הפרדה בין משפט ופוליטיקה היא הפרדה מלאכותית במישור המעשי ולא ראוייה במישור הנורמטיבי. טענה זו אינה אמורה לזעזע את האזרח הישראלי שהורגל לכנות את בתי-משפטו "אקטיביסטיים". מעורבות של בתי-המשפט בנעשה בזירה הפוליטית אינו דבר זר בחברה הישראלית. עם זאת, אבקש להראות, כי מעורבות זו היא חלקית מדי, משרתת אוכלוסיות מסויימות בלבד ומפקירה אוכלוסיות רבות, בייחוד האוכלוסייה הפלסטינית.

במישור המצוי, השאלה אילו שיקולים פוליטיים יש להכיל בהליך השיפוטי היא מעט תמימה, שהרי לא ניתן לבחור איזו פוליטיקה "נכניס" למשפט ואיזו נותר בחוץ. הפוליטיקה בכל וברוח הנשיא בדימוס של בית-המשפט העליון, השופט אהרון ברק, גם "המשפט בכל". אם כן, גם השופט הוא תוצר של מציאות פוליטית מסויימת.

במישור הראוי, לעומת זאת, בהחלט יש מקום להבחין הבחנות תבוניות באשר לאופי הפוליטי שאנו רוצים שהמשפט ילבש. הסכנה הגדולה של הכנסת שיקולים "זרים" למשפט אורבת דווקא לכשנעשית הדחקה של השפעות הפוליטיקה על המשפט, או אז מתעורר החשש כי המשפט ישרת רק את האינטרסים של הקבוצות שיודעות לעשות בו שימוש. מנגד, הכרה ומתן לגיטימציה להשפעה פוליטית עשויות לתת תמונת מציאות רחבה ומדויקת יותר שתשרת קבוצות רבות באוכלוסייה. אין להדחיק את הסכנה האורבת בפינה הנגדית: החשש ש"פוליטיזציה" מוגזמת של המשפט תוביל להתעלמות כמעט מוחלטת מנסיבות המקרה המשפטי הקונקרטי ותוביל לעיצוב פסיקה המשתלבת בסדר אידיאולוגי מסוים וכך מקריבה את הפרט.¹ אמנם צריך לראות מקרים בהקשרם הרחב, אך עדיין להיצמד לעובדות ולמאפיינים הפרטיקולריים המייחדים כל מקרה.

בעבודה זו אבקש לטעון, כי על המשפט לשאוף להכיל במסגרת הליך הכרעתו שיקולים חברתיים ולקבל טיעון חברתי כטיעון משפטי לגיטימי במשפטים בהם המרכיב הפוליטי הוא דומיננטי, כדוגמת פרשת שיח ג'ראח. בטענתי להכרה בשיקולים פוליטיים כשיקולים לגיטימיים בהליך השיפוט, כוונתי לפוליטיקה במובן הרחב-ראיית המציאות החברתית המורכבת על כל גווניה- בניגוד לראייה חלקית של אינטרסים צרים של ההגמוניה הכלכלית-תרבותית-חברתית.

ביקורתי שואבת השראה מהמסגרת הרעיונית שהתוותה "הגישה הביקורתית למשפט"- Critical Legal Studies (להלן: CLS), אסכולת חשיבה אמריקאית שהחלה מתפתחת בשנות השבעים של המאה הקודמת. תחילה אציג את מקורות ההשראה של הגישה וכן את הנחותיה הבסיסיות אודות המשפט והקשר בין המשפט והחברה. לאחר הצגת התשתית המתודית של עבודתי, אעבור לבחינת תביעתו של סולימאן דרוויש חג'אזי, אחד מסדרת משפטי פרשת שיח ג'ראח (להלן: פרשת חג'אזי), תוך התייחסות להקשר הפוליטי הרחב בו היא משתלבת. לבסוף, אציג את טענתי כי פסיקה שמדירה את ההיבט הפוליטי ממתחם שיקוליה, אינה הופכת בכך לא-פוליטית, אלא לכזו המשרתת אינטרסים פוליטיים "צרים" של הקבוצות החברתיות היודעות לעשות שימוש במשפט לתועלתן. מסקנתי, לאור זאת, היא כי במצב בו בית-המשפט לא יכול להימנע מ"היגררות", עליו להכיר בכך, ולהכניס במסגרת הליך הכרעתו, שיקולים פוליטיים.

¹ חשש מהסוג הזה מכונה בביקורת על הריאליזם המשפטי האמריקאי כסכנת "ההנדסה החברתית" שמשמעה: שימוש של שופטים בתבונות מתחום מדעי החברה כחלק מהליך השיפוט, כדי לעצב מחדש את החברה.

תוכן העניינים

מספר עמוד	שם הפרק
5	הגישה הביקורתית למשפט : מקורות השראה
7	הגישה הביקורתית למשפט : רעיונות מרכזיים
12	הסכסוך בשייח ג'ראח-רקע
14	פרשת חג'אזי
17	חוק נכסי נפקדים-אפליה בחסות החוק
19	המשפט כבמה לקידום יעדים פוליטיים צרים
22	סיכום
24	ביבליוגרפיה

הגישה הביקורתית למשפט: מקורות השראה

הגישה הביקורתית למשפט (Critical Legal Studies) החלה לפעול בארצות-הברית בשנות השבעים המאוחרות של המאה העשרים. את מקימה ניתן לאפיין כמשפטנים שהיו ממובילי המהפכה התרבותית בשנות ה-60, פעילי זכויות אדם, פציפיסטים והוגי משפט מהצד השמאלי ה"רדיקלי" של המפה הפוליטית. הגישה זכתה להשפעה אקדמית ניכרת בשנות השמונים, כשבשנות ה-90 נהוג לתאר דעיכה מסויימת בהשפעתה. אולם, תהליך זה ניתן להתפרש לאו דווקא כדעיכה אלא כהתפתחות של כיווני מחשבה חדשים בתוך האסכולה, ביניהם ניתן לזהות את הזרם הפוסט-מודרניסטי כהמשך ותגובה לגישה הביקורתית המודרנית, הזרם הפמניסטי הרדיקלי, והגישה הביקורתית-גזעית למשפט (Critical Race Theory)- המאמצים את דפוסי החשיבה הביקורתיים תוך הוספת מאפיין פרטיקולרי.

במישור המשפטי, מקור ההשראה העיקרי של ה-CLS הוא "הריאליזם המשפטי האמריקאי". במישור הפוליטי, ניתן לזהות השפעות מרקסיסטיות, אך הוגי הזרם המרכזי של הגישה ראו עצמם כליברלים המציעים "תיקון" של התיאוריה המשפטית הליברלית המקובלת, "תיאוריית הקונצנזוס". כפי שאדגיש בהמשך, חלוקה קטגוריאליזם זו בין משפט ופוליטיקה מהווה מפתח להבנת המוטיבציה העיקרית שהניעה את הגישה הביקורתית.

הריאליזם המשפטי, כשמו כן הוא, טען שבכדי לאפיין את המשפט, יש להרחיב את ההסתכלות מעבר לעולם המשפט הפנימי ולמקומו בתוך המציאות שבתוכה הוא נטוע. הכרעות משפטיות נעשות במציאות מסויימת ואף יותר מכך, יוצרות מציאות מסוימת. לכן, עיקר המחקר של הריאליזם הופנה למקום בו נעשות ההכרעות המשפטיות "ממש" ולאנשים שבכוחם להוציא לפועל את הוראות החוק הכתוב, קרי: אולמות בתי-המשפט והשופטים שניצבים בראשם. מחקרם ביקש לחשוף את הפער בין הנורמות שהמשפט מתיימר לייצג לבין פועלו במציאות. עמדה זו נחשבה מהפכנית באותה העת בה הפורמאליזם המשפטי הנוקשה שלט ביד רמה במשפט האמריקאי. פורמאליזם שמאפייניו הם: תפיסה אוטונומית של המשפט כמערכת שלמה וסגורה המסוגלת לפתור כל בעיה בעזרת ההגיון הפנימי שלה בלבד, העמדה על נס את יציבות המערכת המשפטית על פני הצורך ברפורמה על רקע שינויים חברתיים, אמונה כי לכל בעיה משפטית פתרון אחד נכון וכי קטגוריזציה מוחלטת של המשפט תוביל אליה, ומעל לכל יצירת הבחנה חדה בין המשפט והחברה. הריאליזם האמריקאי ביקש להצביע על החיץ המלאכותי בין הפוליטי והמשפטי. הכרעות משפטיות ניתנות בהקשר חברתי מסוים, נובעות ממנו ומשליכות עליו. על השופט להכיר בכך ולראות את ההשפעה החברתית של שיפוטו כשיקול לגטימי ולא כשיקול לבר-משפטי שיש להסוות ברטוריקה פורמאליסטית. אפשרויות ההכרעה של השופט הם כחומר בידי היוצר שניתן לעצבו בדרכים רבות ע"פ השקפת עולמו של השופט והמטען הערכי האישי הנישא על גבו בכל הכרעה².

"הגישה הביקורתית למשפט" (CLS) המשיכה קן מחשבה זה תוך חתירה מוגברת לחשיפת

C. Douzinas & A. Gearey, *Critical Jurisprudence: The Political Philosophy of Justice*(Oxford-² Portland, Hart Publishing, 2005) p.231

(להלן: Critical Jurisprudence)

אלמנטים פיקטיביים במשפט על ידי זיהוי הקונפליקטים החברתיים שהביאו לכינונם של מוסדות מסויימים, ולדיכויים של קולות אחרים בטרם אפשרות מיסודם. החוקים עצמם, מבנה מוסדות המשפט, אופי השופטים, הדוקטרינות המשפטיות, כללי ההכרעה הפרוצדוראליים- כל אלה משקפים ומשמרים יחסי כוחות ולכן מהווים יעדים לדה-מיסטיפיקציה.³

יתר על כן, הקצינו הוגי ה-CLS את הטענה בדבר אי-ההפרדה בין המשפטי והפוליטי באומרם כי לא רק שהחומרים המשפטיים אינם אלה הקובעים את ההחלטה השיפוטית, אלא שזו ביסודה החלטה פוליטית. אותם השיקולים שמנחים את הפוליטיקאים, את מוסדות השלטון, את המחוקק-שיקולי תועלת, רווחה חברתית וכדומה- מנחים גם את השופטים בהכרעותיהם השיפוטיות.

באופן סכמטי, ניתן לזהות שתי פרספקטיבות מרכזיות דרכן אפשר לנתח את החברה וכפועל יוצא את המשפט: הגישה האחת רואה את הסדר החברתי כמבוסס על קונצנוס ומכנה משותף ערכי רחב. ע"פ גישה זו, תפקיד המשפט לשקף ולחזק את הנורמות החברתיות המשותפות לכלל החברה ואת הערכים החברתיים הדומיננטיים. ההליכים המשפטיים נתפסים כמבטאים את הקונצנוס הערכי או כיישום טכני בלבד שאינו "מחווה דעה" ערכית כלשהיא. פרספקטיבה זו מאפיינת גישות מסורתיות ובלתי-ביקורתיות של המשפט.

הגישה האחרת ממירה את תמונת הקונצנוס החברתי בתמונה של קונפליקט וניגודי אינטרסים בין קבוצות חברתיות שונות.⁴ פרספקטיבה זו שמאפיינת תנועות ביקורתיות, לרבות ה-CLS, יונקת מצורת החשיבה המרקסיסטית לפיה ביסוד החברה מאבקי כוחות בין מעמדות וערכים כשהמעמד החזק, השולט באמצעי הייצור, כופה את ערכיו באמצעות המנגונים המדינתיים, החברתיים והתרבותיים. מכאן שהמשפט הוא כלי בידי הקבוצות החזקות בחברה לדכא את הקבוצות הנשלטות ולקבע את מעמדם.⁵ החוק אינו מייצג את המוחלשים, שכן הערכים שמתבלטים ומקבלים בכורה בדמות חקיקה הם ערכי הקבוצות החזקות.

כוחו החברתי של המשפט נעוץ בהצלחתו להסוות את היותו משרתו של אדון אחד בלבד -בעל המאה והדעה -ולקנות את אמון הציבור כמשרת באופן שיויוני ונטול פניות כל פרט בחברה.⁶ בכך, בעצם, משמש המשפט כאמצעי לפירור מדעות מעמדית פרולטרית.⁷

משפרסתי את הרקע הרעיוני הכללי, אעבור לדון בכמה עקרונות מרכזיים בחשיבת הגישה הביקורתית שדרכם אבחן את הדיון המשפטי בפרשת חג'אזי. דיון זה בעקרונות הגישה אינו מתיימר להיות דיון ממצה. בחרתי להתמקד ברעיונות המרכזיים המהווים את אבני הדרך של המתודה הביקורתית הרלוונטים לבחינת פרשה זו.

³ שם, עמ' 230

⁴ אי קמיר, **פמניזם, זכויות ומשפט**, תשנ"ד-2002, עמ' 49 (להלן: פמניזם, זכויות ומשפט)

⁵ שם, עמ' 50

⁶ שם, שם

⁷ ג' ברזילי, "משפט ופוליטיקה-הקדמה", **פיליפס**, כרך ח' (תש"ס), 5, עמודים 5-6

הגישה הביקורתית למשפט: רעיונות מרכזיים

המשפט כקונפליקט

ביסוד הגישה הביקורתית ניצבות שתי תזות מרכזיות. הראשונה היא תזת העמימות/אי-בהירות (Indeterminacy thesis), הגורסת כי המשפט סובל מחוסר עקביות. השנייה, תזת האידיאולוגיה (Ideology thesis), המסיקה כי המשפט עצמו מהווה אידיאולוגיה המשרתת קבוצת אינטרסים מסוימת, זאת בניגוד לדימוי הרווח על נייטרליות המשפט ואי-תלותו. תזות אלו בנויות על התובנה של הריאליזם המשפטי לפיה, בכדי להבין את המשפט יש לנתח את השיקולים הלא פורמאליים, ה"חוץ-משפטיים" שהם הדומיננטים בהליך קבלת ההחלטות השיפוטי⁸.

חוסר עקביות משמעו שהלך החשיבה המשפטי אינו ניתן לרדוקציה לכדי נוסחה מדוייקת המניבה הכרעה אחת בלתי ניתנת לערעור. במקום זאת, ניתן לדמות את המשפט למערכת מסועפת של טכניקות שנועדו להסוות את העובדה הפשוטה, החותכת, שהשופט, ביושבו על כס השיפוט, בוחר בחירה ערכית-סובייקטיבית שניתן להעמיד בסימן שאלה.⁹ עובדה זו מתגלמת, למשל, בדרך בה בוחר שופט לנסח את השאלה המשפטית שביסוד הסכסוך המשפטי. ניתן לבחור מסגרות נורמטיביות שונות להתוויית הדיון המשפטי,¹⁰ זוהי שאלה פרשנית התלויה בשיקול דעת משפטי. אמחיש טענה זו באמצעות מקרה היפוטי: בעלים של מפעל פונה לבג"צ בבקשה שיוציא צו מניעה כנגד שביתה של עובדיו הטוענים לתנאי העסקה ירודים. ניתן להגדיר את המסגרת הנורמטיבית כזכות להגנה על זכויות סוציאליות אל מול השאלה מתי הכשלה של ייצור תיחשב לגיטימית ומשם לעבור לבחינת היקף ההגנה על זכויות עובדים וכו'. כמו כן, ניתן להעמיד את הזכות לחופש הביטוי (של העובדים) אל מול חופש הקניין (של הבעלים שאמצעי הייצור בבעלותו) ואז לבחון מחד, את גבולות חופש הביטוי וחופש המחאה ומאידך, את ההגבלות שניתן להטיל על חופש הקניין וכן הלאה. ניתן לראות כי בחירת המסגרת הנורמטיבית מעלה שאלות שונות ופותחת אפשרויות להכרעות שונות לגמרי.¹¹

גורם נוסף לחוסר העקביות מצוי בנוסח המושגים המשפטיים הנתפסים כנייטרליים, אך יסודם רווי בסתירות ערכיות שאינן ניתנות ליישוב¹². סתירות אלו מצויות בכל המושגים הבסיסיים והמושרשים ביותר, ביניהם, ההבחנות הדיכוטומיות בין סובייקטיבי/אובייקטיבי, גבר/אשה, פרטי/ציבורי. האתוס המשפטי הוא מטבעו שמרני שכן הוא נשען על מה שמוצג כערכים שהתגבשו כמוסכמים (לכאורה) על החברה כולה. בכדי לקבע ערכים אלו כמוחלטים, מפשיט אותם העולם

J.E.Whitehead, **From Criticism to Critique: Preserving the Radical Potential of Critical Legal Studies through a Reexamination of Frankfurt School Critical Theory**
From Criticism to : עמ' 5 (להלן: http://www.allacademic.com/meta/p87318_index.html), (29/09/09), עמ' 5 (להלן:)

(Critique

שם, 8-8⁹

Critical Jurisprudence, לעיל ה"ש 2, עמ' 235¹⁰

שם, 236¹¹

שם, 9¹²

המשפטי מכל עקבה של מאבק פוליטי, ומלבישם בבגדי הנייטרליות.¹³ דוגמה אחת מיני רבות לכך היא ההבחנה המקובלת בין התחום הפרטי והתחום הציבורי, הבחנה עליה קרא תיגר הפמניזם בסיסמתו המפורסמת "הפרטי הוא הציבורי". הניתוח הפמניסטי של הבחנה זו עובר דרך הפרדיגמה הביקורתית המציבה את הקונפליקט וניגוד האינטרסים ביסוד האינטרקציה החברתית ושואל: את מי ההבחנה הזו משרתת? מה היא משמרת? ועל כך משיב: המשפט, וכן החברה, בשימור הבחנה זו למעשה מאמצים תפיסה פטריארכלית לפיה נשים שייכות ל"תחום הפרטי" וגברים ל"תחום הציבורי", כך שקשייהן של נשים נתפסים כ"פרטיים" ולא ככאלה שצריכים להטריד את מוסדות החברה והמשפט. בכך ההבחנה בין שני התחומים משמשת כסות להמשך דיכויין של נשים והותרת אלימות גברית בתוך המשפחה כתחום שהמשפט לא חל עליו.¹⁴ אופן ניתוח זה מייצג נאמנה את המתודה של הגישה הביקורתית- איתור מיתוס משפטי וניפוצו. במיתוס הכוונה לעובדה קונטנגנטית שהתפתחותה ההיסטורית מוצגת כהכרחית. ההצגה המיתית משתיקה קולות שהציעו אפשרויות אחרות ובכך מייצרת אשליית קונצנזוס. דוגמה נוספת ל"מיתוס" מהסוג, המהווה את הנימוק הראשון לדחיית תביעת חג'אזי, הוא מוסד ההתיישנות, אותו אבקר במסגרת פריסת נימוקי דחיית התביעה להלן. חשיפת העדר ההכרח כרוכה בסקירת העבר ובחקירת הדרך בו נוסדו מוסדות המשפט והתפתחו הדוקטרינות המקובלות. ויותר מכך, בהעלאת אותם הקולות שהודרו מהשיח החברתי והמשפטי.¹⁵

הסתירה הבסיסית

המקור לריבוי הסתירות הערכיות נעוץ בסתירה הבסיסית ביותר (the fundamental contradiction) אותה מזהה הגישה הביקורתית ביסוד כל דילמה משפטית מבית היוצר הליברלי, ויש המוספים ביסוד כל אינטרקציה חברתית.¹⁶ הסתירה הבסיסית בה כלואה המחשבה המשפטית הליברלית היא זו: יחסים עם אחרים בחברה הם בו בעת הכרחיים למימוש חירותנו ומגבילים את חירותנו.¹⁷ השאיפה לחירות היא בו בעת תלויה ודוחה התערבות של המדינה, או מנגנון קיבוצי אחר, בנעשה בחברה. המבוכה אל מול שתי הנחות אלו, הבלתי ניתנות להרמוניזציה, מעוררת את השד האפל ביותר מבחינת מערכת המשפט, והוא חוסר השיטתיות שבהכרעות שיפוטיות.¹⁸ החשש מהיחשפות חוסר השיטתיות מגלם בתוכו חשש נוסף מפני שינוי העלול לערער על יציבות המערכת המשפטית. חששות אלו, בנוסף לחוסר האונים של המשפט אל מול הסתירה הבסיסית האינהרנטית לו, מעודדים יצירה של מערכת חוקים ופרוצדורה סבוכה שקשה להבנה של אנשים מחוץ למשפט¹⁹ וכך מבטיחה חסינות מפני ביקורת חיצונית ואפשרות לרפורמה במשפט. כך מייצרת החשיבה הליברלית מערכת משפטית פורמליסטית נוקשה.

J.N. Shklar, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials* (Cambridge, Harvard University Press, 13 (Legalism : להלן: 1986) p. 10

¹⁴ פמניזם, זכויות ומשפט, לעיל ה"ש 4, עמ' 46
¹⁵ Critical Jurisprudence, לעיל ה"ש 2, עמ' 245

¹⁶ שם, עמ' 7, ה"ש 24

¹⁷ שם, עמ' 233

¹⁸ Legalism, לעיל ה"ש 13, עמ' 15

¹⁹ שם, שם

פורמליזם, משמעו, הדרה של הנסיבות החברתיות המביאות לאי-יכולת לממש זכויות מחוץ לדיון המשפטי²⁰. הוא מתבטא באופן מובהק בקטגוריזציה בין תחומי משפט ובין המשפטי ללא משפטי, אינדוקטרינציה שיטתית השואפת לייצר עולם מושגים משפטי שלם ולהטמיעו כך שהמושגים יתפסו כמוחלטים ואובייקטיביים, ובאבסטרקטיזציה של האדם המשפטי המגולמת בדמות "האדם הסביר". האבסטרקטיזציה מצמצמת את אישיותו האינדיבידואלית של האדם ובכך מאפשרת להתעלם ממרכיבי אישיות "לא רלוונטים" כמין, מוצא אתני וצרכים אינדיבידואליים.²¹ בהנגדה ל"אדם הסביר", ניצב "השופט". בעוד הראשון סובל מצמצום אישיותו, זוכה השני במעמד כמעט "על-אנושי". השופט כ"מורם מעם", היודע לבצע הכרעות קשות תוך ניתוק מוחלט מעולם ערכיו האישי, גם הוא תוצר של אבסטרקטיזציה מלאכותית. "הסתירה הבסיסית" מופנית כביקורת לא רק כנגד הקטגוריזציה הפנימית של המשפט, אלא כנגד עצם היצירה של קטגוריות חשיבה נפרדות לתחום הפוליטי והמשפטי. הביקורת כנגד טענת ההפרדה היא כי זו משמשת כסות אידאולוגית הבאה להצדיק ולהגן על מבני כוח חברתיים באמצעות הצגתם כלא-פוליטיים.²² בהיבט זה, גילוי הסתירה, משמעו, חשיפה של היסודות הפוליטיים המונחים ביסוד הכרעה שיפוטית המציגה עצמה כמבוססת על טהרת השיקול המשפטי בלבד.

המשפט כאידאולוגיה

טענת התיזה השנייה, תיזת האידאולוגיה, אינה, כפי שניתן לחשוב בהמשך למחשבה המרקסיסטית, כי המשפט מאמץ את האידאולוגיה של ההגמוניה החברתית המנהיגה את המדינה, אלא שלמשפט עצמו יש מאפיינים אידאולוגיים פנימיים. אמנם, אמת היא כי המאפיינים האידאולוגיים של המשפט משקפים ומשרתים על-פי רב את התרבות השלטת²³, אך חשוב לשים לב לכך שהדגש של תיזת האידאולוגיה הוא כי למשפט עצמו יש מניע לייצר אידאולוגיה. כפי שאראה להלן, מלבד טענת השימוש במשפט כדי לשמר את יחסי הכוחות החברתיים הקיימים, יש למשפט מניע פנימי לשמר יציבות. על רקע זה יש להבין את ההדרה של שיקולים חברתיים, שהם מטבעם דינאמיים וסוערים, כאינטרס של כל מערכת משפט השואפת להוות מוסד חברתי יציב העומד איתן בשינויי העיתים.

הבנייה של המשפט כאידאולוגיה, כתפיסת עולם פוליטית מועדפת²⁴, מקורה בדחף, שהצגתי לעיל, להקים חיץ מובחן בין המשפט לכל היבט חברתי אחר. חיץ זה שיצרו הגישות הפוזיטיביסטיות והפורמאליסטיות למשפט הציב את המשפט כבתוך בועה, מבודד מכל התרחשות במישור הפוליטי האקטואלי. למשפט היסטוריה משלו, שיח והגיון פנימי המובן רק לאנשי סודו, עורכי הדין והשופטים, וכן ערכיו הם ערכים סטריליים ו"על-זמניים" שרוח החברה והזמן אינה מטביעה את חותמתה בהם. חשוב לציין, שעל אף ההכרה בחשיבות הצורך לקבוע שיקולים מסויימים כבלתי רלוונטים לתהליך השיפוט, האטימה ההרמטית של המשפט הוציאה אותו

²⁰ Critical Jurisprudence, לעיל ה"ש 2, עמ' 188

²¹ שם, 189-186

²² לי בילסקי, "משפטו של יגאל עמיר", פלילים, כרך ח' (תש"ס) עמ' 15 (להלן: משפטו של יגאל עמיר)

²³ From Criticism to Critique, לעיל ה"ש 8, עמ' 11

²⁴ Legalism, לעיל ה"ש 13, עמ' 4

מהמהלך הכולל של ההתפתחות האנושית ההיסטורית והסוציולוגית,²⁵ דבר המקשה על העברת ביקורת על הנעשה בו.

המשפט, בפרדיגמה זו, הוא למעשה לא יותר מאידאולוגיה המתחרה באידאולוגיות אחרות.²⁶ אולם, בפועל, בבחינת העמדה הרווחת בקרב הציבור, ניתן להיווכח כי המשפט הצליח ליצור עליונות על פני שאר האידאולוגיות. ראשית, בכך שאינו נתפס כמוסד המייצג העדפה פוליטית מסויימת, אלא ככזה שאינו מושפע מאינטרסים פוליטיים, ושנית, בכך שהצליח לא רק לבדל את עצמו מהמשחק הפוליטי של אידאולוגיות מתחרות אלא להציב עצמו כנעלה ממנו.²⁷

תהליך ההעלאה של המשפט מתרחש בהמרה שמערכת המשפט מבצעת לסכסוכים בכדי להפוך אותם לשפיטים על-פי כלליה. תרגום שכביכול מזקק את העיקר, השאלה המשפטית, ואת התפל, קרי, הנסיבות החברתיות האופפות את הסכסוך, זהות הצדדים לסכסוך במובן הרחב וכו' משאיר מחוץ למתחם השיקולים הרלוונטים. בכך נוצר הרושם שהמתרחש במשפט הוא נבדל ומנותק ממה שקורה מחוץ למשפט. כך גם בדרך הנמקת פסקי-הדין מודגש רכיב העבר ורכיב העתיד: הסתמכות על תקדימים, תוך פיתוח של אמות-מידה ראויות להתנהגות בעתיד. בכך נעשה "דילוג" על ההווה, היינו על העולם הממשי המצוי מחוץ לזירה המשפטית.²⁸ "טיהור" הזירה המשפטית מההקשר הפוליטי וההיסטורי והתמקדות רק בהווה המצומצם, כפי שמתגלם בתוך בית-המשפט, מטשטש את הקונפליקטים החברתיים שבבסיס הסכסוך. דבר זה בונה את האתוס של ההכרעה המשפטית כאבן בוחן לאמת וצדק מאחר ונשענת על כללי הכרעה הנתפסים כאובייקטיביים ונייטרלים. זאת בניגוד גמור להכרעה בתחום הפוליטי, הנחשבת כשרירותית מאחר שמייצגת אינטרסים של הקבוצה החזקה בתקופת זמן מסוימת.²⁹

הזכות המשפטית

הגישה הביקורתית הציגה קריאה מחודשת של מושג "הזכות" המבוססת על הניתוח הניטשיאני למושג זה. תוך התחקות אחר ההיסטוריה של מושג הזכות, טוען ניטשה, שקיימת קורולציה ברורה בין חובות לזכויות, כשהחובות מהוות את המקור לזכויות. ניטשה מתאר את המציאות החברתית ככזו שבה צד א' מעניק לצד ב' מתנה. המוטיבציה להעניק מתנה היא כדי לנסות ולהשתלט על צד ב', הנתינה היא סימן לעליונות. החובה להשיב את המתנה נוצרת מכך שצד ב' מרגיש כי עליונותו נמצאת תחת מתקפה. המקור להרגשת החובה, אם כן, הוא הניסיון של המקבל לשמר את הריבונות שלו. דרך ניתוח זו מציגה את מושגי הזכות והחובה כתולדה של מאבקי כוחות. החובה היא פונקציה של יחסי כוחות. ככל שהחייב נהיה חזק יותר, כך החובה שלו נעלמת, דהיינו: עם התבססות מעמדו של המקבל, נעלמת החובה.

החלק השני של עבודתי יוקדש להציג את טענתי כי היה על השופטים בערכאות השונות לתת את הדעת על השימוש שנעשה במשפט לצורך השגת מטרות פוליטיות. זאת לאור ההקשר הפוליטי

²⁵ שם, עמ' 3

²⁶ שם, עמ' 7

²⁷ שם, עמ' 8

²⁸ מ' מאוטנר, **משפט ותרבות**, (תשס"ח-2008), עמודים 210-211 (להלן: משפט ותרבות)

²⁹ שם, עמ' 211

בתוכו מתנהל המשפט, לא כסכסוך בעלות בודד אלא כחלק מסדרה של משפטים המתנהלים סביב בעלות פלסטינית על בתים בשכונת שייח ג'ראח.

כמו כן, אבקש לטעון כי היה עליהם לתת את הדעת על חוסר השיוויון המהותי, הקודם לתביעת הבעלות הספציפית. כוונתי להכרה שמעניק החוק, בגיבוי בית-המשפט, לתביעת בעלות יהודיות על קרקעות מלפני 1948 במזרח ירושלים, לעומת דחיית אפשרות הגשת תביעות בעלות פלסטיניות על קרקעות מלפני 1948 במערב ירושלים. חוסר שוויון זה מגולם בחוק נכסי נפקדים, תשי"ו-1950 המגביל את זכות הגישה לערכאות בעניינין של תביעות בעלות על בתים שהוגדרו כ"נכסי נפקדים".

מיותר לומר שניתן לאתר היבטים נוספים רבים של חוסר שיוויון בין הצדדים למשפט, למשל, היות צד אחד משויך לקבוצה אתנית הסובלת מאפליה ומתת הכרה מתמשכת בזכויותיה בעוד הצד השני משתייך לקבוצה הנהנת מהכרה מובנת מאליה באשר למימוש זכויותיה. לכך ניתן להוסיף את העובדה כי השופטים, רובם ככולם, משתייכים לקבוצה הדומיננטית השנייה, דבר שבוודאי משפיע על בחינת המקרה, אם כי יכול להניב הכרעות מנוגדות.

עם זאת, בהתאם להבחנה שהצגתי במבוא בדבר החשיבות לבחון היטב אילו היבטים פוליטיים ראוי לתת עליהם את הדעת במשפט, על השופט למתוח גבול בין נסיבות פוליטיות הרלוונטיות למשפט לנסיבות פוליטיות אחרות, שהגם שהן רלוונטיות ליצירת המציאות שהביאה את הצדדים להתדיינות, עלולות לגלגל את השופט במדרון החלקלק של ההנדסה חברתית.³⁰ הכרעה זו, ככל הכרעה שיפוטית, היא הכרעה ערכית ולכן סביר שכמספר השופטים כך מספר הדעות בשאלה אילו מהנסיבות רלוונטיות יותר ואילו פחות. אולם, לא לעלות שאלה זו כלל לדיון היא הכרעה ערכית מסוכנת הרבה יותר שכן מקשה על הפעלת ביקורת ומדכאת התפתחותו של דיון חברתי סביב רעות חברתיות הטעונות מזור. כידוע, "חומר החיטוי היעיל ביותר הוא אור השמש".

³⁰ ראו הי"ש 1

הסכסוך בשייח ג'ראח-רקע

שייח ג'ראח' היא שכונה פלסטינית מצפון לעיר העתיקה של ירושלים. בחלקה המערבי של השכונה, סמוך לקו שביתת הנשק משנת 1949, הוא "הקו הירוק", מצוי שטח המוכר כ"מתחם שמעון הצדיק" שהפך מוקד לתוכניות פיתוח התנחלויות בעיר. בלב המחלוקת נמצאים כ-28 מבני מגורים, בהם מתגוררים כעת צאצאיהם של 27 משפחות פלסטיניות שהגיעו למקום ב-1956 וכ-5 קבוצות מתנחלים הנתמכות על ידי ועד העדה הספרדית, ועדת כנסת ישראל ונחלת שמעון אינטרנשיונל. מאז 1972, מתנחלים ישראלים פועלים לבסס נוכחות יהודית באמצעות הגשת תביעות בעלות המערערות על בעלות התושבים הפלסטינים וזכויותהם כדיירים באזור.³¹

בחודשים האחרונים, פינויים של מספר משפחות פלסטיניות משכונת שיח' ג'ראח שבמזרח ירושלים הציתו מחלוקת בינלאומית.³² ב-17 במאי, שתי משפחות פלסטיניות מהשכונה קיבלו צו בית-משפט המורה להם לפנות את ביתם עד לתאריך 19 ביולי, 2009. בתאריך זה הועבר הבית לידי בעליו, ארגון המתנחלים נחלת שמעון אינטרנשיונל, המבקש להרוס את השכונה הפלסטינית הקיימת ולבנות במקומה התנחלות בת 200 יחידות דיור.³³ הרשויות הישראליות טוענות כי התושבים הפלסטינים איבדו את מעמדם כדיירים מוגנים כיוון שלא עמדו בתשלום שכר הדירה, בעוד הפלסטינים מערערים על תביעות הבעלות הישראליות.

המאבק על אזור זה מחדד סוגיה פוליטית בוערת: ניסיונותיהם המתמשכים של מתנחלים, המגובים על ידי מנהל מקרקעי ישראל (ממ"י), "לתבוע מחדש" בעלות על קרקעות במזרח ירושלים אשר היו בבעלות יהודית תחת השלטון העות'מאני והבריטי וזאת על אף שידיהן של הפלסטינים כבולות בראש ובראשונה, משום ההגבלה החוקית כשלכך מצטרפים קושי להוכחת טענות בעלות בשל חוסר שיתוף מצד ארכיביים ירדניים וכן הסתייגות מעצם הגשת תביעה שמשמעותה הכרה בלגיטימיות הריבונות הישראלית באזור.

מעט היסטוריה³⁴:

בשלהי המאה ה-19 התיישבה קהילה יהודית קטנה סביב הקבר שבו על-פי הסברה, קבור שמעון הצדיק, הכהן הגדול מימי בית שני. בעקבות פרעות בשנות ה-20 וה-30 של המאה הקודמת ועד למלחמת העצמאות ב-1948, התפזרה בהדרגה הקהילה.

בתקופת השלטון הירדני מ-1948 עד 1967, חלקות אדמה אלה עברו לידי הממשלה הירדנית תחת חוק נכסי אויב. ב-1956, 28 משפחות פלסטיניות, שקיבלו סעד כפליטים מאונר"א, נבחרו לקבל סיוע במסגרת תוכנית שהבטיחה כי בתום שלוש שנות שכירות, תועבר בעלות הבתים על שמם. הבתים, על פי הסכם הסיוע, ייבנו על אדמה שהיתה בבעלות יהודית, שהוחכרה למשרד הפיתוח

³¹ פינויי דיירים מבתיהם ותוכניות התנחלות בשיח' ג'ראח: מקרה שמעון הצדיק- דו"ח עיר עמים מאי 2009 מתוך אתר "עיר עמים" (להלן: מסמך עיר עמים)

[<http://www.ir-amim.org.il/?CategoryID=437>] (29/09/09)

³² ראו למשל: [<http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1104615.html>] (29/09/09)

³³ ת.א. 4744/02, תביעה 12705

³⁴ רקע היסטורי זה מתבסס על מסמך עיר עמים, לעיל ה"ש 33, ועל ת"א (י-ם) 1465/97, חג'אזי נ' ועד עדת הספרדים בירושלים, (21/07/02) אתר נב"ו (להלן: פס"ד המחוזי)

על ידי האפוטרופוס הירדני לנכסי אויב לטובת תוכנית זו. עם זאת, בתום שלוש שנים, הבעלות לא הועברה רשמית לידי המשפחות.

בתום מלחמת ששת הימים, במהלכה נכבש אזור מזרח ירושלים על-ידי צה"ל, הוקנה המתחם לאפוטרופוס הכללי הישראלי³⁵. לפי דברי בית-המשפט, נעשתה ההקניה "לשם שחרורו של המתחם לבעליו המקוריים", היינו הוועדים, ב-1972³⁶. מ שנעשה רישום האדמות, בהסתמך על מסמכים עותומאניים מהמאה ה-19, שוגרה הודעה למשפחות המתגוררות בבתים כי מעתה ישולמו דמי השכירות לוועדים, בעלים שכלל לא הכירו. חשוב לציין כי שחרור המתחם נעשה בכפוף לזכויות צד שלישי, ומבלי שהדבר יהווה הוכחה לבעלות על המקרקעין הנדונים.

כעבור עשור, ב-1982, תבעו הוועדים 23 משפחות על אי-תשלום שכר דירה. עורך הדין שייצג את המשפחות הפלסטיניות, לא ערער על הלגיטימיות של תביעת הבעלות מצד הוועדים, ותחת זאת הגיע להסכם שהכיר במשפחות כ"דיירים מוגנים". אולם, רב המשפחות שחשו כי ההסכם נעשה מאחורי גבם, לא הכירו בבעלות הוועדים על האדמות וסירבו לשלם את שכר הדירה, כך שמאבקים משפטיים רבים מלווים את חיי תושבי המתחם באופן תדיר עוד היום.

³⁵ מכוח סעיף 5 לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל-1970

³⁶ פס"ד מחוזי, לעיל ה"ש 36, פסקה 2

פרשת חגי'אזי

תביעתו של סולימאן דרוויש חגי'אזי נגד ועד העדה הספרדית וועד כנסת ישראל, בו ביקש, לאחר שנים של תביעות משפטיות לתשלום שכר דירה ופינוי הדיירים, להוכיח את בעלותו על הקרקע שבמחלוקת, נדחתה. התביעה נדחתה בבית-המשפט המחוזי ובבית-המשפט העליון, מכמה טעמים כשהראשון שבהם הוא התיישנות התביעה.³⁷ הטעמים הנוספים נשענים על חוסר יכולתו של חגי'אזי להוכיח כי שטר הבעלות שמחזיק אכן מתייחס למתחם נשוא התביעה ויותר מכך הטיל בית-המשפט ספק במהימנות שטר הבעלות והסכם המכר-שני אדני תביעת הבעלות.³⁸ יש לציין כי הדיון שהתנהל בשתי הערכאות היה דיון משפטי ממוקד ו"טהור" סביב שאלת הוכחת בעלות והיבטיה הראייתיים. כל צד הציג את טיעונו והגיש את ראיותיו. הכרעתו של בית-המשפט נסמכה על הטענות, העדויות והראיות שגובו בחוות דעת מקצועיות שהובאו לפניו. ככלל, איני מתיימרת לחלוק על הכרעת השופט, ובפרט בכל הנוגע לממצאים עובדתיים ולקביעה כי גרסת חגי'אזי אינה מהימנה, אלא רק להפנות את הזרקור להנחות ולמסקנות הנגזרות מהן הנראות כמתעלמות מקונפליקטים מהותיים המשתקפים בתביעה זו.

אבקש להתעכב על הנימוק הראשון של בית-המשפט לפיו התביעה התיישנה (נימוק שזכה לביקורת של ערכאת הערעור אודות אופן ניתוחו במחוזי)³⁹. במחוזי, קובע השופט עדיאל כי על התביעה חלה הלכת התיישנות בהסתמך על טענת חגי'אזי לפיה רכש את הבעלות על המתחם בשנת 1961, מאז ועד הגשת התביעה ב-1997, עברו יותר משלושים שנה.⁴⁰ על אף שדי בעובדה זו כדי להכשיל את התביעה, מוצא השופט לנכון לכלול בפסק הדין תמליל מתוך שאלה שהפנה לחגי'אזי במהלך עדותו:

י"ש. אתה הרי סוחר קרקעות, אז איך יכול להיות שבין 1966 [מועד פרסום ההודעה בילקוט הפרסומים הירדני אודות הוצאת המתחם נשוא הדיון מתחומי הסדר המקרקעין באזור – י.ע.] ועד יוני 1967 לא עשית כלום?

ת. מה אתה מצפה ממני לעשות?! הם באו והשתלטו על כל האדמות והפקיעו חלק מהן.

ש. משנת '67 ועד 1993 – אתה לא עשית שום דבר, לא כתבת למישהו וגם לא פנית לבית המשפט בקשר לקרקע נשוא המשפט הזה.

...

ת. לא הגשתי שום תביעה בקשר לקרקע הזו, כמו כן לא הגשתי תביעות לגבי מספר רב של דונמים ששייכים לי. ומדוע? כי אין לי תקווה.

ש. אתה לא פנית לדיירים שמחזיקים בקרקע הזו וביקשת שכר דירה?

³⁷ שם, פסקה 4

³⁸ שם, פסקאות 7-9

³⁹ ע"יא 4126/05 חגי'אזי נ' ועד עדת הספרדים בירושלים, אתר נב"ו (10/08/06), פסקה כ

⁴⁰ פס"ד מחוזי, לעיל ה"ש 36, פסקה 3

ת. לא פניתי ולא אפנה".⁴¹

את תקציר העדות מסכם השופט כך: "חוסר עניין מתמשך כזה בקרקע שרכש, לבד מכך שהוא מכשיל את התביעה בשל התיישנות, מחזק את הספק במהימנות גרסת התובע, לפיה הוא בעל זכויות במתחם."⁴²

הגם אם ניתן להטיל דופי בכנות עדותו של חג'אזי, נראה כי התגובה שבחר להציג מהווה צוהר להבנת היחס שלו, ושל פלסטיינים-אזרחי ישראל רבים הנמצאים במצב דומה, כלפי רשויות השלטון הישראליות, לרבות בתי המשפט.

ההתיישנות מצטרפת לאחד מיני רבים של "מחסומים ישירים" המצרים את רגליו של האזרח הקטן מפני מימוש זכות הגישה לערכאות.⁴³ סוגיית ההתיישנות סבוכה היא, ומבלי להיכנס להצדקותיה וחולשותיה, ניתן לראות את השפעתה המכרעת על אפשרות הגישה של אוכלוסיות מוחלשות, שאינן מודעות לזכויותיהן, לזירה המשפטית.⁴⁴ אחת מההנחות הגלומות מאחורי החסימה הדיונית של אפשרות תביעה היא שמשחלפה תקופת זמן מסוימת, החברה אינה צריכה לשאת בעול של אדם ש"לן על זכויותיו" ובכך ויתר, לכאורה, על זכותו. אולם, הנחה זו מתעלמת מקיומן של קבוצות אוכלוסיה הסובלות מנחיתות, הן מבחינת היכולת לצבור ידע אודות זכויותיהן, והן מבחינת זמן ההבשלה הארוך יותר הנחוץ להן בטרם גיבוש עילת תביעה.⁴⁵

בנוסף למחסום שמציב מוסד ההתיישנות, קיים מחסום מהותי יותר, המשתקף מדברי חג'אזי, והוא חוסר האמון של קבוצות אוכלוסיה שלמות ביכולת של מערכת המשפט לפעול להשגת צדק למענם.⁴⁶ חוסר אמון זה, מקורו בתחושת ניכור חריפה שחווים פרטים הנמנים על אוכלוסיות מוחלשות החשים לא רק שהאינטרסים שלהם אינם מיוצגים בחלונות הגבוהים, אלא יותר מכך, שהם כלל אינם נוטלים חלק שווה במאבק על קידום אינטרסים. דבר זה נכון לגבי אוכלוסיות בקרב הציבור היהודי בישראל, וקל וחומר לגבי האוכלוסיה הפלסטינית בישראל שנמצאת בעמדת נחיתות במאבק על זכויות מכל הסוגים בשל מוצאה האתני.⁴⁷ הסיכום הלקוני של השופט מדחיק לחלוטין את הקונפליקט שמעוררים דברי חג'אזי, ששורשו במתח שקיים במדינת ישראל בין יהדותה למחויבותה לשלטון דמוקרטי במובן הרחב, הכולל הכרה בערכים הומניסטיים אוניברסליים שבראשם ערך שיוויון הזכויות לכל אדם ואשה באשר נבראו בצלם.

בכדי להבין את מקומו של הקונפליקט בתביעת חג'אזי ובכל משפטי פרשת שיח ג'ראח, יש להרחיב את היריעה שעל הרקע שלה נבחן את הדיון המשפטי ולכלול היבטים חברתיים שהם בעלי השפעה מכרעת בהקשר הנדון: השימוש במערכת המשפט לצורך קידום אינטרסים פוליטיים מחד, וחוסר השיוויון, מבחינת היכולת לתבוע זכויות, איתו מגיעים הצדדים לבית-המשפט מאידך. אתחיל דווקא בהיבט השני אותו אבקש להמחיש באמצעות דוגמא לחוסר שיוויון בין

⁴¹ שם, פסקה 11

⁴² שם, שם

⁴³ י' אלבשן, **זרים במשפט: נגישות לצדק בישראל**, (תשס"ה-2005), עמ' 37

⁴⁴ שם, 43

⁴⁵ להרחבה אודות מודל הבשלת התביעה המשפטית (Naming, Blaming & Shaming), שם, עמודים 43-47

⁴⁶ שם, עמודים 64-65

⁴⁷ מ' מאוטנר (עורך), **צדק חלוקתי בישראל**, (תשס"א-2000), עמ' 31 (להלן: צדק חלוקתי)

פלסטינים ליהודים המעוגן בחוק נכסי נפקדים.⁴⁸ לכאורה, חוק זה אינו רלבנטי כלל לסכסוך הנדון, אך אבקש לטעון כי הוא מהווה מרכיב הכרחי בהבנת תמונת המציאות שעל הרקע שלה התנהל המשפט ושאותה נושא חגי'אזי בבואו לבית-המשפט.

⁴⁸ חוק נכסי נפקדים, תשי"ו-1950 (להלן: חוק נכסי נפקדים)

חוק נכסי נפקדים-אפליה בחסות החוק

חוק נכסי נפקדים מקנה למדינת ישראל את נכסיהם של מי שהיה בעל חוקי של נכס בתחומי מדינת ישראל (או נהנה או מחזיק בעצמו או בידי אחר), ובתקופה שבין כ"ט בנובמבר 1947 לבין ביטול מצב החירום שהוכרז בידי מועצת המדינה הזמנית היה אזרח, תושב של מדינה עוינת או אזרח ארצישראלי ויצא עד 1 בספטמבר 1948 אל מקום מחוץ לארץ ישראל או למקום בארץ ישראל שהיה מוחזק בידי כוחות שביקשו למנוע את הקמת מדינת ישראל, או שנלחמו בה.⁴⁹ לפי החוק, רכוש הנפקדים מוקנה לאפוטרופוס, וכל זכות שהיתה לנפקד בנכס עוברת לאפוטרופוס "ויד האפוטרופוס כיד בעל הנכס".⁵⁰ האפוטרופוס רשאי למכור נכסי מקרקעין רק לרשויות פיתוח סטטוטוריות.⁵¹

עם תום קרבות העצמאות של מדינת ישראל, תוקן החוק ונעשה בו שימוש נרחב לצורך הלאמת רכוש של פלסטינים שהותר מאחור לאחר שעזבו את שטח המדינה או הואלצו לעזוב על ידי כוחות ישראליים. חלק מהנכסים שימשו לשיכון עולים חדשים וחלק הוסבו למבני ציבור. לעובדה שמצב החירום שהכריזה מועצת המדינה הזמנית לא בוטל מעולם יש השלכות על תחולת ההגדרה "נפקד", ולמעשה ניתן לעשות בחוק שימוש גם כלפי מי שעזב את ישראל לאחד מהאזורים המפורטים בהגדרה גם זמן רב לאחר מלחמת העצמאות. בפועל, השימוש בו בתקופות מאוחרות יותר הוגבל, אם כי שאלת החלתו בירושלים המזרחית נתונה במחלוקת מאז סיפוח מזרח העיר לישראל במלחמת ששת הימים. מאיר שמגר, היועץ המשפטי דאז, קבע שנה אחרי המלחמה שאין הצדקה לכך שסיפוח מזרח ירושלים יביא לנטילת רכוש, והמליץ לא לעשות שימוש בחוק. אולם, במהלך השנים היו שינויים בעמדה זו, ובסוף 2004 החליטה הממשלה לחזור ולעשות שימוש בחוק זה, אם כי גם אז המשיך היועץ המשפטי, מני מזוז, את הקו שהתווה שמגר שלא לעשות שימוש בחוק בירושלים המזרחית. גם בית-המשפט גיבה עמדה זו בפסיקת המחוזי ב-2006 לפיה אין לראות בתושבי יהודה והשומרון שסופחו לישראל כ"נפקדים", ולפיכך, אין להחיל את החוק על נכסים שבבעלותם בירושלים המזרחית.⁵²

החוק נושא עמו מטען פוליטי רב, בין היתר, משום שעל אף ניסוחו הכללי המאפשר, עקרונית, להחילו גם על תושבי היהודים של המדינה, הוא הוחל בפועל רק על פלסטינים. כמו כן, נעשה בו שימוש להפקעת אדמות בבעלות פלסטינית לצורך הקמת מכשול ההפרדה.⁵³ המשמעות של החוק, הרלוונטית לעניינו, היא כי עצם אפשרות הגשת תביעה על-סמך הוכחת בעלות בזמן תקופת הכיבוש העות'מני והמנדט הבריטי, היא פריבילגיה המוקנית בחוק הישראלי רק ליהודים שהפקירו את נכסיהם. פלסטינים, לעומת זאת, שהפקירו את נכסיהם מסיבות אלו

⁴⁹ לפירוט מלא ראו שם, סעיף 1

⁵⁰ שם, סעיף 4

⁵¹ שם, סעיף 19

⁵² ה"פ (י-0) 3080/04 דקאק נוהה ואח' נ' יורשי המנוחה נעמה עטיה עדווי נג'אר ואח', אתר נב"ו (23/01/06)

⁵³ דוגמא עדכנית לכך היא עתירה שעודנה תלויה העוסקת במספר משפחות מבית לחם שהגישה לקרקעותיהם שבתוך גבול השיפוט של ירושלים נותקה בשל הפקעת הקרקעות לצורך בניית הגדר ואף נמנעו מהן אישורי גישה לאדמותיהם שבירושלים בטענה כי הקרקע הוקנתה לאפוטרופוס לנכסי נפקדים, מכוח חוק נכסי נפקדים תשי"י-1950. ראו וילאם ג'וני נ' אלוף פיקוד מרכז (10/05/05) [http://www.ir-amim.org.il/?CategoryID=196]

(29/09/09)

ואחרות, אינם זכאים לכך. תביעותיהם כלל לא ידונו בבתי המשפט הישראליים.⁵⁴ כל שנותר ביד הנפקדים היא "הציפייה לשחרור הנכס על-ידי האפוטרופוס וקבלת הזכויות שהיו לו בנכס ערב הקנייתו לאפוטרופוס בחזרה."⁵⁵ ציפייה התלויה בשיקול דעתו הבלעדי של האפוטרופוס.⁵⁶ מצב זה, בו הפלסטיני-הישראלי נתון לחסדי רשויות השלטון הישראליות בעוד היהודי יכול לתבוע את זכותו בבית-המשפט באופן חופשי, שופך אור מעט שונה על המקרה של חגי'אזי. אמנם חגי'אזי ניצב בעמדת התובע, עמדה שמתאפשרת לו בזכות ההכרה של מערכת המשפט בזכאותו להגן על עמדתו, אך בפרספקטיבה רחבה יותר, המייחסת משקל למכלול הנסיבות הפוליטיות איתן הוא מגיע לבית-המשפט, ניתן לראות כי הוא מצוי בעמדת נחיתות משועת לעומת העומד מולו. היהודי יכול לנסות ולהגן על זכות הקניין שלו דרך הזירה המשפטית באופן בלתי תלוי ואילו הפלסטיני מוגבל. רק באזורים מסוימים ורק בנסיבות מסוימות תעמוד לו זכות הגישה לערכאות בעניין קניינו.

העדר ההגנה השווה המובנית בחוק הישראלי מבטאת אי-ההכרה בסיסית של המחוקק בפלסטיני כבעל אישיות משפטית מלאה. החוק, בהעניקו זכויות והכרה באישיות משפטית, נותן תוקף ליסוד האוניברסאלי המצוי באדם.⁵⁷ מה שמכונה "human dignity" הוא, במישור המשפטי, הכרה בכשירות של אדם לתבוע זכות. להיות בעל זכויות הוא ביטוי סמלי לכך שאדם הוא שווה בחירותו לכל השאר.⁵⁸ אי-הכרה בזכות הגישה לערכאות, שהיא למעשה זכות מפתח למימוש שאר הזכויות, מבטאת שלילה של זהות. כולם שווים, חוץ ממי שמודר מהזירה המשפטית. אמנם זכות הקניין עומדת לנפקד באופן אבסטרקטי, אך כל עוד נשארת ברמה האבסטרקטית ואינה מגיעה לכדי מימוש קונקרטי, אינה מציעה הכרה מספקת.⁵⁹ עבור חגי'אזי, האישיות המשפטית הפגומה, מאבקו לא החל היום וגם לא אתמול. מאבק נקודתי זה הוא חלק מרצף מתמשך של מאבקים יומיומיים להכרה מצד מערכת המשפטית והחברה הישראלית בעצם הזכות להיות בעל זכויות. חוק נכסי נפקדים, על אף שאינו משמש כחסם בתביעתו של חגי'אזי, משקף ניסיון הדרה של הזהות הפלסטינית מהחברה הישראלית על ידי מחיקת עקבותיה הפיזיים בהיסטוריה המקומית. עם הנסיון הזה, המקבל גיבוי מלא בבתי המשפט הישראליים, נאלץ חגי'אזי להאבק יום ויום ואיתו הוא נכנס לכתלי היכל הצדק. היכולת של פרט בן הלאום הפלסטיני לתבוע את זכותו ולהשיב בעלות על כבודו מותנית בהכרה חברתית בזכות זו ובהכרה חוקית שתגן עליה.⁶⁰ הכרות אלו לא ניתנות לו בישראל, ויותר מכך, גם לא זכות להגנה מצד בית-המשפט. דווקא מקום בו אין הכרה חברתית, על בית-המשפט לבטא את למלא אחר ייעודו בחברה דמוקרטית, ולשמש שופר לאלו שזכויותיהן הבסיסיות ביותר נרמסות.

⁵⁴ בהקשר זה, חשוב לציין כי ניתן להגיש תביעה על עצם הקביעה כי אדם הוא "נפקד" (כשנטל ההוכחה להוכיח כי הרשות טעתה מוטל על הטוען לכך) אך משהוכרע כי הוא כזה, הדרך בפני תביעת בעלות חסומה, ראו: ע"א 54/82 **אדמונד לוי נ' עיזבון המנוח עפאנה מחמוד מחמוד אבו-שריף**, פ"ד מ (1), 374, 385.

⁵⁵ שם, 386.

⁵⁶ סעיפים 27-28 לחוק נכסי נפקדים, לעיל ה"ש 50.

⁵⁷ Critical Jurisprudence, לעיל ה"ש 2, עמ' 184.

⁵⁸ שם, 184-185.

⁵⁹ שם, 187.

⁶⁰ שם, 191.

המשפט כבמה לקידום יעדים פוליטיים צרים

המאבק המשפטי שמנהל ארגון המתנחלים נחלת שמעון כנגד הדיירים הפלסטינים בשיח ג'ראח, מלווה במהלך משלים, והוא תוכנית להרוס את מבני המגורים הנוכחיים ולפנות מאות תושבים פלסטיניים בכדי לפנות את הדרך עבור התנחלות ישראלית חדשה שתיקרא "שמעון הצדיק". התנחלות זו הינה אחת משורת תוכניות החותרות לחדור אל שכונת שיח' ג'ראח ולהקיפה בהתנחלויות ישראליות, ישיבות ומוסדות יהודיים אחרים כגון, גן לאומי.⁶¹ ניתן לייחס לשופטי בית-המשפט, כאנשים היושבים בעמם, ידיעה קונסטרוקטיבית של המטען הפוליטי שמלווה את משפטי פרשת שיח' ג'ראח, לרבות משפטו של ח'ג'אזי. מטען פוליטי המעלה, במידה רבה של סבירות, את החשש כי נעשה ניצול של האפיק המשפטי בידי גורמים המבקשים לממש חזון אידיאולוגי.

אמנם, לא ניתן להתכחש לכך שיש לסכסוך הפוליטי היבט משפטי הניתן לשיפוט בכלים משפטיים. אולם, מאידך, לא ניתן להתכחש לכך שההיבט המשפטי וההיבט הפוליטי שזורים זה בזה עד כי הפרדה מלאכותית ביניהם משולה לעצימת עיניים אל מול המציאות הנכוחה.

במצב בו מתעורר חשש לניצול המשפט לתכלית פוליטית, אין השופט יכול להטמין את ראשו בחול הרך של חשיבה משפטית אבסטרקטית ופורמאליסטית. הטענה כי בית-המשפט מבודד את השאלה המשפטית ומכריע רק לגביה אינה מוציאה את בית-המשפט מחוץ לזירה הפוליטית, אלא מספקת כסות למבקשים לנצל את המשפט ניצול לקידום עמדתם. השמירה על הנייטרליות לא מטהרת את הזירה המשפטית, אלא משרתת אינטרס של מי שיש לו זכות ואפשרות לעשות שימוש בלתי מגבל במערכת המשפט. בית-המשפט, בבוחרו להדחיק את הקונפליקט הפוליטי, הופך למשרת של העמדה הפוליטית החזקה.

שופט לא יכול לייצר במקרה מן הסוג של פרשת שיח' ג'ראח תנאי מעבדה סטריליים בה הוא מעמיד שתי אישיות משפטיות אבסטרקטיות זו כנגד זו ומקצה להן באופן הוגן ושוויוני את יומן בבית-המשפט. צמצום הדיון המשפטי לכדי סכסוך זכויות צר אינו אפשרי בשל המצע החברתי שהצגתי של חוסר שוויון מהותי והשימוש במשפט לקידום יעדים פוליטיים.

מצב בו בית-המשפט לא יכול להמנע מלהפוך פוליטי (שכן "נגרר" לדיון בעל היבטים פוליטיים דומיננטים), עליו להכיר בכך, ולהכניס את המציאות הפוליטית בדלת הראשית. זו הדרך היחידה בה יוכל לעבור ממצב בו הוא מאמץ אופי פוליטי "צר", המשרת את האינטרסים של אלו היכולים לעשות בו שימוש מניפולטיבי, למצב בו הוא מאמץ אופי פוליטי "רחב", השואף לייצוג נאמן של המציאות החברתית על שלל גווניה.

ייתכן ולמשמע קריאתי להגברת המודעות של המשפט למציאות הפוליטיות, לא מעט גבות יורמו ושערות יסמרו. הלא יטענו הללו: לא די בפוליטיזציה של המשפט? הרי במשפט הישראלי הבעיה היא הפוכה לגמרי מזו שאת מתארת! בוודאי התבלבלת, יש אינפלציה של התערבות שיפוטית במציאות הפוליטית ולא דפלציה.

על כך ברצוני להשיב בשאלה פשוטה: לטובת אלו ערכים ובאלו נסיבות מתערב בית-המשפט הישראלי ומפגין את מעורבותו הפוליטית? בחינת שאלה זו מעלה תמונת מצב שממקמת טענה בדבר פוליטיזציה גורפת של המשפט באור מעט עמום יותר.

⁶¹ ראו "Parks Fortify Israel's Claim to Jerusalem", ניו-יורק טיימז, 10 במאי 2009

משבוחנים את הישגי האקטיביזם השיפוטי של בית-המשפט הישראלי, שהחל לפרוח בשנות השמונים של המאה הקודמת, ניתן לראות בבירור את התאמתם לצרכים של הקבוצה היהודית-האשכנזית-החילונית המזהה עצמה עם ערכים ליברליים מערביים. קבוצה זו עסקה באופן אינטנסיבי בקידום זכויות אזרחיות כחופש הביטוי וחופש הקניין באמצעות אמצעי התקשורת ומערכת המשפט, שני אפיקים שיש לקבוצה זו יותר מדרגות רגל בהם.⁶² מנגד, ניכר חוסר העיסוק של בתי המשפט במעמדן של הזכויות החברתיות, זכויות שבאופן טבעי נצרכות יותר עבור קבוצות אוכלוסיה שידן אינה משגת שירותים פרטיים ברמה גבוהה ושיש לה פחות השפעה על עיצוב סדר היום המשפטי והחברתי. מגמה זו קיבלה חיזוק עם חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, שלא כללו הגנה על זכויות חברתיות. ההירתמות של בתי המשפט להבטחת זכויות הנמצאות בראש סדר העדיפויות של האליטה התרבותית והכלכלית משקפת ומחזקת את העניין המועט שמצאו הקבוצה הפלסטינית-ישראלית, וכן יהודים רבים יוצאי ארצות ערב וחרדים, בשיח הציבורי, וכן את חוסר הצלחתם בהכתבת דיון ציבורי הסובב את צרכיהם וזכויותיהם.⁶³ נראה כי בעידן של אקטיביזם משפטי גובר, ישנם תחומים שהדיון המשפטי טרם הגיע אליהם.

המשפט, כאמצעי להכרה והגנה על זכויות, הוא "מדיום" בו אינטרסים אינם זוכים לביטוי שוויוני, זאת משום שהביטוי המשפטי דורש רכישה של שפה וכלים. ככל השכלה, כך גם ההשכלה המשפטית נמצאת בעיקר בהישג ידן של הקבוצות המבוססות. מצב עניינים זה מייצר תמונת מציאות א-סימטרית, בה הקבוצות המשכילות בחברה מצליחות לבטא את ענייניהם ולקדםם, בעוד שעניינים של קבוצות אחרות נשארים הרחק מעינו המפקחת של בית-המשפט.⁶⁴

תהליך נוסף שמעניין להצביע עליו הוא שדווקא עם ירידת הפורמליזם במשפט הישראלי, מגמה שלכאורה אמורה לשחרר את בתי המשפט מעיסוק טכני גרידא ולאפשר שיפוט גמיש יותר, הצטמצם הדיון בקרב הקהילה המשפטית במקומו של המשפט בחברה. כך גם הדיון בסוגיות ציבוריות רחבות צומצם לכדי עיסוק צר ב"ציבורי" רק במסגרת הדיכטומיה ציבורי-פרטי.⁶⁵ מכאן שטענתי להכנסת פוליטיקה כשיקול לגיטימי במסגרת הדיון המשפטי, אינה באה על רקע ביקורת שהמשפט הישראלי הוא בעל אופי פורמליסטי נוקשה. נהפוך הוא, קיימת הכרה של מערכת המשפט בישראל בכך שיש מקום להתערב בנעשה במישור הפוליטי. כמו כן, ניתן אף לומר, על דרך ההכללה, כי קיימת לגיטימציה חברתית לתהליך זה, כשהוויכוחים שנשמעים סביב האקטיביזם נוגעים יותר להיקף המעורבות, ופחות בעצם הלגיטימציה למעורבות כלשהיא. דווקא מתוך הכרה זו, אני קוראת לבחינה ביקורתית של הקשר בין המשפט והפוליטיקה. העובדה שבית-המשפט החל למלא תפקיד פעיל בעיצוב הפוליטיקה בישראל מדגישה את החשיבות החברתית הגדולה של המשפט ומייצרת פוטנציאל להרחבה של הדיון על המשפט אל עבר תחומים קונפליקטואלים שהודחקו מהזירה המשפטית.⁶⁶

⁶² צדק חלוקתי, לעיל ה"ש 49, עמ' 33

⁶³ שם, שם

⁶⁴ שם, עמ' 34

⁶⁵ מאוטר קושר זאת לניתוק הקהילה המשפטית הישראלית מהזיקה למשפט הבריטי לטובת המשפט האמריקאי,

שם, עמ' 35,

⁶⁶ משפט ותרבות, לעיל ה"ש 29, עמ' 223

ביקורת אפשרית נוספת שאבקש להתמודד היא זו שתעלה את החשש מפוליטיזציה יתר של המשפט, מצב בו במקום האדם האבסטרקטי אותו אני מבקשת "לקרקע" למציאות, יעמיד בית המשפט מושגים חברתיים אבסטרקטים, למשל "הפלסטיני" מול "המתנחל", וכך יחטא שוב בהכרעה שמדחיקה את המציאות הקונקרטיה.

בהתמודדותי עם טענה זו, אבקש לגייס תובנה פמניסטית, פרי הגותה של פרופ' קתרין מקינון. במסגרת ערעורה על הנייטרליות של מושג "השיוויון", טוענת מקינון שהסיבה לכך שגברים זוכים בהעדפה בבתי-המשפט נובעת משני גורמים הפועלים כתנועת מלקחיים: מחד, מלכתחילה מגיעים הגברים לבית-המשפט כשבאמתחתם זכויות יתר שהחברה מעניקה להם, ומאידך, המשפט מנוע מלהביא העדפה זו בחשבון שכן דבר זה יחשב להכרה במרכיב מגדרי, הכרה שהיא אסורה. המציאות הקבוצתית שהנשים הן חלק ממנה אינה רשאית להשפיע מפני שרק גורמים אישיים שנבחנים באופן נייטרלי, ובמנותק ממגדר, רשאים להשפיע.⁶⁷ "בחברה שבשום פנים אינה עיוורת למין ולצבע עור", פוסקת מקינון, "מתעקשים בתי-המשפט שעיוורון לצבע עור ולמין יהיו הכלל שיבחין באי-שיוויון ויאכוף שיוויון"⁶⁸.

בהשאלה מההבחנה המגדרית, הבחנה של כל קבוצה על ידי בית-המשפט נחשבת כהבחנה מפלה,⁶⁹ דבר המונוע מבתי-המשפט, בהקשר לטענתי כאן, להביא בחשבון את המציאות שבה הפלסטינים מוגדרים על-ידי החברה כקבוצה שונה, וששוני זה מצדיק צמצום מרחב הזכויות העומד לרשותם. חוסר ההתייחסות המפורשת של בתי-המשפט לעובדת היות הפלסטיני-הישראלי אישיות משפטית "חסרה", מקבעת את האפלייה של קבוצה שלמה על בסיס אתני גם בתוך בית-המשפט, המקום שאמור לשמש סמל לשיוויון והגינות. כדי ליצור שיוויון אמיתי בתוך בית-המשפט, יש הכרח להביא בחשבון מאפיינים קבוצתיים-חברתיים, לא במקום, אלא בשילוב עם העובדות הפרטיקולריות של המקרה הנדון.

⁶⁷ ק' מקינון, **פמניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה**, (2005) (תורגם ע"י עידית שורר, פורסם במקור בשנת 1987), עמ' 26

⁶⁸ שם, עמ' 36

⁶⁹ שם, עמ' 32

סיכום

בשובי למניע העיקרי לעבודתי, יותר משביקשתי להצביע על הבעייתיות שבהדרת שיקולים פוליטיים מהמשפט, בייחוד כשהן "כופות עצמן" על המשפט, כמו במקרה של פרשת שייח ג'ראח, ביקשתי להצביע על ההשלכות החמורות שיש בהפרדה זו על החברה. למשפט השפעה אדירה על עיצוב השיח הציבורי שמעצב את המציאות החברתית. דבר זה בולט במיוחד בשיח החברתי אודות זכויות שכן הוא מהלך בדיוק על קו התפר בין משפט וחברה.

כפי שטענתי לעיל, זכויות מעצבות זהות.⁷⁰ נהוג לראות בבית-המשפט כזירה החברתית ההולמת לניהול סחר חליפין של זכויות, ביטוי מעודן של של המצב החברתי, אותו השכיל לתאר ניטשה, בו ההכרה בזכויות מהווה חלק ממאבק מתמיד להשגת עליונות חברתית. מכאן, שלמשפט כיוצר הזכויות, ולשיח הזכויות המשפטי, מרכזיות בכינון זהותו של האדם הן ביחס לעצמו פנימה-כיצד מגדיר את ערכו בעיני עצמו- והן ביחס לחברה- כיצד ממקם את עצמו בסולם החברתי, מול מי הוא ניצב כבעל זכות או כבעל חבות הכפוף לזכות. יש לראות את היחס בין המשפט והחברה כתנועה מעגלית מתמדת: החברה מכוננת את המשפט, שמשקף את החברה, שפועלת לפי אמות המידה של המשפט, שמכונן את החברה, וחוזר חלילה.

דומיננטיות השיח המשפטי בדיון הציבורי, הבא לידי ביטוי בהסתפקות בתשובות שביהמ"ש מספק, פוגעות ביכולת לפתח שיח ביקורתי חברתי משמעותי.⁷¹ ההכרעה המשפטית בנושא תביעת הבעלות על הבתים בשיח ג'ראח, פוטרת את החברה מדיון אודות פינוי דיירי הבתים והשלכותיו, הן על החיים האישיים של המשפחות המפונות ובעלי הבתים, והן על הסכסוך הפלסטיני-יהודי בהקשר רחב יותר.

"מה יש לדבר?", ישאלו בתמימות אלו המבקשים להשתיק את הדיון הציבורי, "הרי יש הכרעה של בית-משפט, נעשה צדק!" אולם, השאלה האמיתית והנוקבת שיש לשאול היא: איזה סוג של צדק אנו דורשים מבית-המשפט?

הגדרת הצדק לפי סטנדרטים משפטיים מובילה בהכרח לאפריה סוקרטית: צודק הוא מה צודק על- פי כללי המשפט הצודקים. השאלה המהותית שיש לשאול ולדרוש בה היא: על אילו אדנים של צדק נתמד העולם המשפטי? המשפט אינו יציר יש מאין, הוא נוסד ופועל על בסיס הצורך ליישב קונפליקטיים חברתיים, אך הוא אינו מעל הקונפליקטים. כשם שהתפתחות התרבות, הכלכלה, וההיסטוריה נעשית לקצב צלילי מאבק מתמיד, כך גם המשפט מתהווה בתנועה קונפליקטואלית. דווקא הנסיון הנגדי לשמר ולקבע אותו הוא הביטוי המובהק ביותר לכך. הצדק החברתי והצדק המשפטי חד הם. על-כן, השימוש במשפט כדי להכשיר שרץ חברתי הוא דבר שיש להתריע עליו ולקיים אודותיו דיון חברתי משמעותי.

באשר לפרשת חג'אזי, ברי כי לא היה על השופטים בערכאות השונות לכלול את חוק נכסי נפקדים כמרכיב מרכזי בהכרעתם מאחר והוא אינו חלק מהמסגרת הנורמטיבית של הסכסוך שהובא לפניו. עם זאת, ייתכן והיה מקום לפסיקה פחות בינארית, שתשאיר את ההכרעה בנושא הבעלות בעינה, תוך הטלת אחריות על הוועדים למצוא דיור חלופי למשפחות (אם כי גם הכרעה כזו אינה חפה מביקורת). לחלופין, ניתן היה להוסיף בפסק-הדין פנייה למחוקק לבחינה מחודשת

⁷⁰ Critical Jurisprudence, לעיל ה"ש 2, עמ' 195
⁷¹ משפטו של יגאל עמיר, לעיל ה"ש 23, עמ' 14

של חוק נכסי נפקדים. זאת לאור המהפכה החוקתית ועליית מעמדה של זכות הגישה לערכאות. תכליתן של הצעות בוסריות אלו, אינה אלה להמחיש שבכדי להימנע מהמשגת המקרה האנושי הקונקרטי בתבניות משפטיות וחברתיות אבסטרקטיות כאחד, יש לשאוף למצוא איזון בין בחינת המקרה לגופו לבין בחינתו לאור המציאות החברתית הרחבה. אמנם זוהי מלאכת איזון מורכבת, אך מציאת איזונים ובלמים הוא חלק מרכזי מהתפקיד שמייעדת החברה למשפט ולשופטיה.

ביבליוגרפיה

חקיקה

- חוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל-1970
- חוק נכסי נפקדים, תש"י-1950

פסיקה ישראלית

- ה"פ (י-ם) 3080/04 דקאק נוהה ואח' נ' יורשי המנוחה נעמה עטיה עדווי נג'אר ואח' אתר נב"ו (23/01/06)
- ת"א (י-ם) 1465/97, חג'אזי נ' ועד עדת הספרדים בירושלים, אתר נב"ו (21/07/02)
- ע"א 54/82 אדמונד לוי נ' עיזבון המנוח עפאנה מחמוד מחמוד אבו-שריף, פ"ד מ (1), 374
- ע"א 4126/05 חג'אזי נ' ועד עדת הספרדים בירושלים, אתר נב"ו (10/08/06)

ספרות ישראלית

- א' קמיר, *פמניזם, זכויות ומשפט*, (תשנ"ד-2002)
- י' אלבשן, *זרים במשפט: נגישות לצדק בישראל*, (תשס"ה-2005)
- מ' מאוטנר, *משפט ותרבות*, (תשס"ח-2008)
- מ' מאוטנר (עורך), *צדק חלוקתי בישראל*, (תשס"א-2000)

ספרות מתורגמת

- ק' מקינון, *פמניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה*, (2005) (תורגם ע"י עידית שורר)

ספרות לועזית

- C. Douzinas & A. Gearey, *Critical Jurisprudence: The Political Philosophy of Justice* (Oxford-Portland, Hart Publishing, 2005)
- J.N. Shklar, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials* (Cambridge, Harvard University Press)

מאמרים ישראלים

- ג' ברזילי, "משפט ופוליטיקה-הקדמה", *פלילים*, כרך ח' (תש"ס)
- ל' בילסקי, "משפטו של יגאל עמיר", *פלילים*, כרך ח' (תש"ס)
- "עיר עמים", "פינוי דיירים מבתיים ותוכניות התנחלות בשיח' ג'ראח: מקרה שמעון הצדיק- דו"ח עיר עמים" (מאי 2009)

מאמרים לועזיים

- J.E.Whitehead, *From Criticism to Critique: Preserving the Radical Potential of Critical Legal Studies through a Reexamination of Frankfurt School Critical Theory* 29/09/09 [http://www.allacademic.com/meta/p87318_index.html]