

ליאורה בילסקי | מחשבה ביקורתית בצל המשפט

בדבריי היום ברצוני להעלות את השאלות האלה: האם ייתכנו חשיבה ביקורתית או קידום של תיאוריה ביקורתית מתוך הישענות על המשפט? האם הפנייה לבית המשפט, ההסתמכות על פרוצדורות ודוקטרינות משפטיות ואפילו חקיקת חוקים חותרות בהכרח תחת החשיבה הביקורתית ומגבילות אותה? ומנגד – מהו תוקפה של תיאוריה ביקורתית שאינה עוסקת במנגנוני המשפט? שאלות אלו העסיקו אותי רבות לאורך השנים במסגרת עבודתי במחקר ובהוראה. במובן מסוים, הן שהובילו אותי לבסוף לקבל על עצמי את עריכת כתב העת **תיאוריה וביקורת**. ברצוני לשתף אתכם היום בתובנות, בשאלות ובספקות שעלו אצלי בהקשר זה ביחס לשלושה תחומי עניין מרכזיים: תיאוריה פמיניסטית, חקר השואה והמשפט, ומשטר האזרחות בישראל.

אקדים את המאוחר ואציין את הדילמה המשותפת לדעתי לשלושת התחומים: בכל אחד מהם המשפט קידם את התפתחותה של התיאוריה הביקורתית ונתן לה מרחב ושפה חדשים, ואולם בשלושתם המשפט גם עצר את התיאוריה והגביל את המהלכים הביקורתיים שלה. לטענתי, הבנת תהליך דיאלקטי זה שופכת אור על השימוש הביקורתי שאפשר לעשות במשפט ועל הדרך שבה הליכים, קטגוריות חשיבה ופרוצדורות משפטיות יכולים להיתרגם לתובנות ביקורתיות – אך בד בבד היא חושפת את התנאים המגבילים שיוצר המשפט לחשיבה הביקורתית. תחילה אציג את הדיאלקטיקה הזאת בכל אחד מן התחומים האלה, ואחר אפנה לבחון את המשותף להם ואת ההבדלים ביניהם. על סמך מבט השוואתי זה אבקש להציג תובנות כלליות על האפשרויות לחשיבה ביקורתית במסגרת מדינת הלאום ועל התרומה שיש לתהליכי גלובליזציה ומשפט טרנס-לאומיים לאפשרויות אלו.

תיאוריה פמיניסטית

החשיבה התיאורטית הפמיניסטית הצומחת בארצות הברית בשלושים השנים האחרונות מתפתחת בעיקרה מתוך דיאלוג קרוב עם המשפט, ואגב שימוש נרחב במוסדותיו - בתי המשפט ובתי החוקקים. מאבקן של הפמיניסטיות בשני העשורים הראשונים של המאה הקודמת (במסגרת מה שלימים זכה לכינוי "הגל הראשון של הפמיניזם") התמקד, בין היתר, בהשגת זכות בחירה לנשים. ההנחה שעמדה בבסיסו של מאבק זה הייתה ששיתוף נשים בפוליטיקה תבטיח את מימוש זכויותיהן.¹ במילים אחרות, הסברה הראשונית הייתה שהמגע עם המשפט צריך להיות מצומצם - עליו להתמצות בהשגת זכות בחירה פוליטית לנשים - ושהרפורמות החברתיות תבואנה בהכרח בעקבות הכנסת הקול הנשי למרחב הציבורי. ואולם, דווקא ההצלחה במאבק זה סימנה את תחילת ההתפכחות מתפיסה נאיבית של היחס בין שינוי פוליטי-משפטי לשינוי חברתי, שכן זכות הבחירה הפוליטית לנשים לא הצמיחה רפורמות נרחבות בתחומי המשפחה, העבודה או הפוליטיקה. הגל השני של הפמיניזם בארצות הברית התחיל בשנות השישים של המאה העשרים והתמקד במשפט - בשינוי עומק של דוקטרינות, של פרוצדורות ושל כללים משפטיים - מתוך הבנה כי המשפט הוא שותף פעיל בשימור מבנה של הכפפה פטריארכלית של נשים. הפמיניזם האמריקני כתנועה חברתית הושפע מאוד ממודל המאבק לזכויות אזרח של האפרו-אמריקנים, והוא עשה שימוש נרחב בבתי המשפט במסגרת המאבק לשוויון זכויות לנשים.² המגבלות שבהן נתקלו מובילות המאבק, על אף ההצלחות המשפטיות, עוררו את החשיבה הפמיניסטית להתמודד עם הבעיה שמעלה השימוש בשפה משפטית אשר משמרת את מבני הכוח הקיימים.

1 לדיון נרחב בהתפתחויות ההיסטוריות של המאבק הזה ראו קמיר Bartlett; 2002 and Kennedy 1991; Le Gate 2001.

2 עם המהלכים המשפטיים באותן שנים נמנות הפסיקות האלה: פסיקה העוסקת באיסור הפליה במסגרת תוכניות רווחה ממשלתיות - Weinberger v. Wiesenfeld, 429 U.S. 636 (1975); חובת הכפפה של חקיקה המבחינה בין גגדרים לסטנדרט קבוע - Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976); הזכות להיכרה בנשים כמפרנסות - Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973); וזכויות שוות בנייהול נכסים - Reed v. Reed, 404 U.S. 71 (1971). השימוש בכלי המשפטי של תביעה קבוצתית לזכויות אזרח התפתח בעקבות מאבקהם של אפרו-אמריקנים לשוויון זכויות בארצות הברית (ראו פיס תשנ"ד). על המגבלות של מודל שוויון הזכויות האפרו-אמריקני בכל הנוגע לתביעות קבוצתיות של נשים מזווית הראייה של נשים אפרו-אמריקניות ראו Crenshaw 1998.

המשפט האמריקני, רבות מן הרפורמות המשפטיות יובאו לישראל למן שנות השמונים בתהליך שבמקום אחר כיניתי "יבוא תרבותי" (בילסקי 2001א).⁴ למרבה ההפתעה, התובנות של הפמיניזם הרדיקלי האמריקני בתחומים כמו אלימות נגד נשים והטרדה מינית נקלטו בארץ בקלות יחסית. ואולם מבחינת החשיבה הביקורתית היה לתהליך היבוא התרבותי אפקט מעוור, שכן הניסיון להכניס את המציאות הישראלית בסדר התיאוריה המשפטית האמריקנית מנע במשך תקופה ארוכה הבנה של תהליכים פנימיים אשר חתרו תחת ההישג הפמיניסטי הרדיקלי והכפיפו אותו למערכת ערכים שונה, שבמרכזה תפיסת האישה כ"אם ורעה".⁵ לעומת המקרה הישראלי, תהליך יבוא התיאוריות הפמיניסטיות ברמה הבינלאומית הביא דווקא למהפכה של ממש בתחום המשפט הבינלאומי הפילי. כך, למשל, מאבקן של פמיניסטיות אמריקניות ואחרות להביא להכרה באונס כפשע נגד האנושות וכפשע שנכלל בהגדרת הג'נוסייד נשא פרי בבית המשפט הבינלאומי בהאג שהוקם לשיפוט הפשעים שהתרחשו ביוגוסלביה לשעבר, וכן בטריבונל הבינלאומי לשיפוט פשעי רואנדה. אם כן, בעוד בתי משפט לאומיים מהססים לאמץ את הביקורת המשפטית הרדיקלית, בתי משפט בינלאומיים מוכנים להישיר מבט אל הקשר בין תנועות לאומיות לבין פגיעה שיטתית בנשים כקבוצה.

כאמור, הקשר ההדוק של הפמיניזם עם מערכת המשפט מנע מן התיאוריה הפמיניסטית להישאר במגדל השן וחייב יצירה של כלים מתוחכמים לשינוי ולרפורמה חברתית. ואולם למרות ההישגים הרבים נאלצו פמיניסטיות בישראל ובעולם להתמודד שוב ושוב עם מגבלות השיח המשפטי. ככל שהתפתח השיח

4 יש לציין כי לעומת ארצות הברית, שבה המאבק לשוויון קבוצתי ולהעדפה מת-
ננת התחיל כאמור בקבוצת האפרו-אמריקנים ואומץ כעבור זמן על ידי ארגון
ני הנשים, בישראל בית המחוקקים, ובעקבותיו בית המשפט, הכירו לראשונה
בהעדפה מתקנת כחלק מתפיסת שוויון ביחס לנשים. בארצות הברית ההעדפה
ממתקנת נקבעה תחילה ביחס לקבוצה סוציו-אקונומית נמוכה - האפרו-אמרי-
קנים - ואילו בישראל ההעדפה נקבעה תחילה דווקא ביחס למיעוט בעל זכויות
היתר הרבות ביותר - הנשים האשכנזיות. ראו התיקון משנת 1993 לחוק החברות
הממשלתיות, התשל"ה-1975, המחייב העדפת נשים במינוי לדיקטטוריונים של
חברות ממשלתיות עד לקבלת "ייצוג הולם" לשני המינים. כן ראו בג"ץ 454/94,
שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501. רק בשלב מאוחר
יותר הרחיב בית המשפט את ההעדפה המתקנת גם לערבים, בעתירה שעסקה
בדרישה למתן ייצוג הולם לאזרחים ערבים במועצת מינהל מקרקעי ישראל (ראו
יזרעאלי 2006).

5 לדיון מפורט ראו בילסקי 2001א. לדיון ביקורתי על הבניית האישה הישראלית
כ"אם ורעה" ראו להב 1993. להרחבה ופיתוח ראו ברקוביץ 1999; טריגר 2005.

הביקורתי הפמיניסטי ועשה שימוש הולך וגדל בתובנות פוסטמודרניות, כן נדרש הפמיניזם להתמודד התמודדות ישירה יותר עם מגבלות מובנות של השיח המשפטי. כך, למשל, בעוד החשיבה המשפטית הובילה לחשיבה קבוצתית-ייצוגית על מגדר כקטגוריה יציבה של זהות, תובנות ביקורתיות פוסטקולוניאליות ופוסטמודרניות דרשו להעמיד בספק את הזהות האחדותית של הסובייקט הנשי המונח בבסיס כל תביעה קבוצתית בשם נשים ולמענן.

היטיבה לבטא את הדילמה ג'נט היילי בספר *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism* (Halley 2006). היילי טוענת כי הפמיניזם הגדיר עצמו באמצעות ההבחנה הבינרית בין גבר לאישה, וכי מטרת התיאוריה הפמיניסטית לגווניה הייתה לנתח את יחסי הכוח בין גברים לנשים כדי לשים קץ לדיכוי ולהכפפה של הנשים. ואולם נוסחה זו, אשר מאמצת לחיקה את ההיגיון המשפטי הייצוגי, הפכה עם השנים למגבלה על המחקר הפמיניסטי, מאחר שהיא מניחה את קיומה של "אישה" ולכן אינה מסוגלת להפנות מבט ביקורתי אל הדרך שבה האישה מובנית ומדומיינת. במילים אחרות, כדי לחולל שינויים משמעותיים בתפיסת השוויון המשפטי, רכיב האישה בתיאוריה הפמיניסטית – כרכיב המגדיר את הקבוצה שבשמה מדברים – היה צריך להישאר יציב וקבוע, כלומר חסין לביקורת.

האתגר שמציבה התיאוריה הפוסטמודרנית לפמיניזם מתבטא אפוא בשאלות האלה: האם אפשר לשלב בין הפרויקט הנורמטיבי-פוליטי – המאבק לשוויון נשים במסגרת המשפט – לבין הפרויקט התיאורטי הביקורתי? האם הפמיניזם יכול להרשות לעצמו להפנות את המבט הביקורתי פנימה כדי לבחון את אותו "סובייקט" שמניחה התיאוריה הפמיניסטית, מבלי להסתכן בשיתוק או באובדן הדרך? וכיצד משלבים בין מאבק משפטי לשוויון לבין הכרה ביקורתית במגבלות שיח השוויון המשפטי?

השואה במשפט

בתום מלחמת העולם השנייה המשפט הוא שפרץ את הדרך להתמודדות עם הפשעים ההמוניים חסרי התקדים שבוצעו במהלכה. בשעה שדיסציפלינות חשיבה תיאורטיות כמו ההיסטוריה, הפילוסופיה, הסוציולוגיה והספרות עמדו לפני שוקת שבורה, משפטנים עסקו במרץ בהגדרה של הפשעים החדשים,

"פשע נגד האנושות" ו"ג'נוסייד",⁶ ובהקמת הטריבונל הבינלאומי בנירנברג כבר בשנת 1946.

התפתחויות אלו התקבלו תחילה בספקנות ובחשד מצד אנשי התיאוריה הביקורתית. הפילוסופית חנה ארנדט נמנתה עם הראשונים אשר הביעו ספק ביכולתו של המשפט להתמודד עם הפשע החדש. בספרה משנת 1951 *יסודות הטוטליטריות* היא כתבה כי השואה איימה לפוצץ את קטגוריות המחשבה ונורמות המשפט המוכרות (ארנדט 2010 [1951]). ואולם מאוחר יותר שינתה ארנדט את דעתה. במכתב לידידה ומורה הפילוסוף קרל יספרס, שנשלח לפני פתיחת משפט אייכמן בירושלים (ארנדט התנדבה לסקר את המשפט בעבור "ניו יורקר"), היא כתבה כי היא באה לכלל אמונה שדווקא המשפט הוא שיכול לספק את הכלים להתמודד עם השואה ולעזור לנו בהכנתה (Arendt and Jaspers 1992). הדבר לא מנע ממנה להישאר ביקורתית כלפי משפט אייכמן, אבל בספרה *אייכמן בירושלים* היא זנחה את הביקורת הכללית על המשפט ובמקום זאת הצביעה על הדרכים החדשות שעל המשפט לסלול לעצמו כדי להתחיל להתמודד עם פשעים המבוצעים על ידי משטר פושע, ועם הטיפוס החדש של "רוצח השולחן" הביורוקרט (ארנדט 2000 [1965]). ספרה של ארנדט פרץ דרך למחקרים היסטוריים, סוציולוגיים ומשפטיים אשר ניסו להבין את מגבלות החשיבה המשפטית הליברלית, המתמקדת בהוכחת אשמתו של היחיד ביחס למציאות של פשע המוני, ביורוקרטי ותעשייתי. כך התפתח זרם של היסטוריה פונקציונלית אשר בניגוד למשפט הפלילי, שעסק באשמתם של יחידים, פנה לעסוק בצד הביורוקרטי-מבני של השואה.⁷

חוסר הנחת מן המשפט הפלילי ככלי לשפיטת פשעים "חדשים" אלו הביא היסטוריונים ופילוסופים לבחון את הדרך הספציפית שבה קטגוריות ופרוצדורות משפטיות, ובמיוחד דרך החשיבה התקדימית, צמצמו והגבילו את הבנת ההיסטוריה של השואה. כך למשל, הפילוסופית האמריקנית ג'ודית שקלאר, בספרה (Shklar 1964) *Legalism*, העלתה ביקורת חריפה על תיאוריית הקונספירציה (הקשר הפלילי) אשר קודמה על ידי התביעה בנירנברג ואומצה על ידי בית המשפט. היא טענה שתיאוריה זו יצרה תמונה מעוותת

6 את המונח "ג'נוסייד" בשיח המשפטי טבע רפאל למקין, עורך דין יהודי פולני. אוו 1944 Lemkin. המונח "פשע נגד האנושות" שימש לראשונה בהודעה משותפת של צרפת, בריטניה ורוסיה לגינוי טבח הארמנים ב-29 במאי 1915. ההגדרה המלאה של הביטוי נעשתה במסגרת משפטי נירנברג והיא מפורטת בסעיף 6c לצ'רטר של בית הדין הצבאי הבינלאומי בנירנברג.

7 מייצגו של זרם זה הוא זיגמונט באומן. ראו Bauman 1989.

את אושוויץ. על אף היותם הכרחיים, ולמרות חלקיותם הגלויה לעין (בסך הכל הועמדו לדין רק כמה מאות בני אדם), משפטים אלה תרמו להפצת התפיסה הגורסת שכבר עלה בידנו להתגבר על הבעיה [...] נדרשה כמעט חצי מאה להבין שהמשפט, לא זאת בלבד שלא מיצה את הבעיה אלא שממדיה עצומים כל כך עד אשר ביכולתה להעמיד בספק את המשפט עצמו ולהביאו לידי הרס עצמי (אגמבן 2007, 38).

ממרחק השנים אפשר לומר גם כי משפטי השואה לא הצליחו להוביל מהלך של חשיבה ביקורתית אמיתית על המשפט עצמו. המשפטים לא תפסו את משפטי השואה כמרכזיים לפיתוח תורת משפט חדשה, או כמחייבים שינוי יסודי של המשפט הפלילי ביחס לפשעים קולקטיביים מאורגנים. הם נטו לראות בהם חריג, ולכן לא בחנו ברצינות את הדרך שבה משפטים אלו מאתגרים הנחות יסוד של המשפט הפלילי הלאומי והבינלאומי. נדמה אפוא שבין הפילוסופים הביקורתיים ובין המשפטים שוררת הסכמה כי משפטי השואה לא תרמו לחשיבה הביקורתית, ואולי אף הגבילו אותה.

ברצוני להעלות הרהור כפירה: האם המחשבה המשפטית על פשעי השואה חותרת בהכרח תחת התיאוריה הביקורתית? מבט מעמיק בכתובה הביקורתית מגלה דינמיקה מורכבת יותר. אביא לדוגמה את כתיבתו של הפילוסוף ז'ק דרידה על פיוס וסליחה,⁹ ואקדים לכך כמה מילים.

השואה הציבה את המשפט בפני אתגר: להתמודד עם פשע שאינו מציית לגבולות מדיניים, ועם קהילת קורבנות המפוזרת בעולם. כיצד אפשר ליישב זאת עם התפיסה הטריטוריאלית של המשפט הפלילי? וברובד העמוק יותר – כיצד מציאות זו משנה את מושג הריבונות שעומד בבסיס המשפט הבינלאומי המודרני? המשפט הפלילי מיוסד על ההנחה כי המדינה היא מקור החוקיות, וכי העברייני הוא פרט הסוטה מנורמות המשפט. והנה, השואה חייבה את המשפט להתמודד עם תופעת המדינה הפושעת.

אחד החידושים במשפט אייכמן היה ההכרה בסמכות שיפוט אוניברסלית של בית משפט לאומי בעניין פשעים נגד האנושות. חידוש משפטי זה נשאר רדום במשך שנים רבות, ולמעשה רק לאחר סיום המלחמה הקרה הייתה לו עדנה. בעשור האחרון עומד עקרון הסמכות האוניברסלית במרכזן של פרקטיקות חדשות וזוכה לדיון ער. כמו כן, לצד השינוי בקואורדינטות המרחביות של המשפט, חל שינוי גם בקואורדינטות הזמניות. בשנות השמונים והתשעים

9 ראו למשל Derrida 1994; 2001a; 2001b. הדיון שלהלן מתבסס על ספרו "על קוסמופוליטיות וסליחה" (Derrida 2001b), ובעיקר על חלקו השני של הספר.

של המאה הקודמת שיטות משפט רבות יותר ויותר בחרו לבטל את מגבלת ההתיישנות ביחס לפשעים נגד האנושות, כדי לאפשר את השיפוט של פשעים אלו לאחר שנים רבות. חידוש אחר במשפט אייכמן - ואולי אחת ההשפעות החשובות ביותר שהיו לו - נגע לשינוי מעמד הקורבן. לנוכח הביקורת שנשמעה בדבר הפרת האיזון במשפט הפלילי, ולנוכח החשש לפגיעה בזכויות הנאשם, צמחה חלופה בדמות ועדות אמת ופיוס. פריחתן של ועדות אלו בשנות התשעים - ובמיוחד המודל שעוצב בדרום אפריקה, שבו הועדפו "האמת" ההיסטורית והפיוס הלאומי על פני "הצדק" המשפטי (פושעי האפרטהייד קיבלו הזדמנות להודות בחלקם בפשע בתמורה לחנינה אישית, וכך בכך פעלו ועדות קורבנות שפרצו את מגבלות העדות המשפטית). שינויים אלו זלגו אל מחוץ לשדה המשפטי והביאו להתפתחות מה שלמים נקרא "עידן העדות".

קריאה בכתביו של דרידה מגלה כיצד שינוי המפה המשפטית מחלחל אל החשיבה הביקורתית ומעצב אותה. דרידה ביקש לבחון את הקשר בין ההכרה בפשע נגד האנושות ויצירת התנאים לשיפוטו במשפטי שואה (על ידי ביטול ההתיישנות והכרה בסמכות שיפוט אוניברסלית) לבין משפוט הסליחה והפיוס ברמה הגלובלית. הוא חשף את הסתירות הפנימיות שהמשפט נקלע אליהן בנסותו להפעיל את הקטגוריה החדשה - פשע נגד האנושות, המטשטשת את הגבול בין שדות המשפט, הפוליטיקה והדת. ואולם טעות היא לראות בביקורת זו הזמנה לחזור לאחור ולאמץ שיטה משפטית המבוססת על האוטונומיה של המשפט המדינתי. נהפוך הוא, דרידה פיתח תיאוריה ביקורתית אשר יונקת מאותן התפתחויות משפטיות הנוגעות לביטול ההתיישנות, לפריצת הגבולות הטריטוריאליים של המשפט הפלילי ולצמיחת ועדות האמת והפיוס, וקוראת לעדכן בעזרתן את המחשבה הפילוסופית-פוליטית על הריבונות.

גם את הביקורת של הפילוסוף ג'ורג' אגמבן על המשפט יש לקרוא בזהירות רבה. דוגמה לכוח המפרה של המשפט ביחס לחשיבה הביקורתית עולה מכתבתו על העדות (אגמבן 2007). אגמבן מודע היטב למקורות המשפטיים של המושג, אך קורא שלא להסתפק בהגדרה המשפטית הצרה של עדות, שכן העדות המשפטית מכסה על אפשרות אחרת - העדות האתית, העדות על חוסר האפשרות להעיד, עדותו של המוזלמן. את הביקורת של אגמבן על המשפט יש לדעת להבין בהקשר הרחב יותר של "עידן העדות" - לנוכח מרכזיותה של עדות הניצולים בכתובת ההיסטוריה, בספרות ובחשיבה הביקורתית. כאמור, משפט אייכמן נתן בפעם הראשונה במה ציבורית לעדויות של ניצולים. למעשה, עדויות אלו עיצבו את תודעת השואה בעולם, והביאו בסופו של דבר לשינוי יסודי של מושג העדות במשפט ובתחומים אחרים. נדמה כי דווקא

ההתמודדות של המשפט עם הקושי להציב את הניצולים במסגרת המסורתית של משפט פלילי וחקירה נגדית הביאה מחד גיסא לשינוי מעמדו של הקורבן במשפט הבינלאומי, ומאידך גיסא להתפתחות חלופה למשפט הפלילי בדמות ועדות אמת ופיוס במקומות רבים בעולם.¹⁰ התפתחויות משפטיות אלו השפיעו בתורן על התפתחות החשיבה הביקורתית ביחס למגבלות העדות המשפטית במצבים פוסט-טראומטיים, ועל חקירת הקשר בין עדות, זיכרון קולקטיבי וכתיבת היסטוריה.

אם כן, מתברר שהמגע של המשפט עם השואה הביא למהלך מורכב ודיאלקטי של השפעת גומלין בין המשפט לחשיבה הביקורתית. מצד אחד יש בכוח המשפט ליצור מצג שווא של התמודדות אגב קידום קטגוריות חשיבה כוללניות ופשטניות והימנעות מחשיבה ביקורתית. ואולם מצד אחר החשיבה הביקורתית של שלהי המאה העשרים ניזונה מההתמודדות רבת השנים של המשפט עם הצורך לפתח כלים טובים יותר לשפוט את השואה, והיא מפתחת את ביקורתה מתוך דיאלוג מתמיד עם רפורמות אלו.

משטר האזרחות בישראל

לבסוף, ברצוני לחזור בקצרה אל הפוליטיקה הישראלית ולחשוב בעזרת התובנות שהצגתי כאן על מעמד האזרחי של הפלסטינים אזרחי ישראל. שאלתי היא זו: מהן המגבלות ומהן האפשרויות של ביקורת משטר האזרחות הישראלי באמצעות פנייה למערכת המשפט, ובראש ובראשונה לבג"ץ? מהי האפשרות, לדוגמה, לספר את סיפור הנכבה הפלסטינית של 1948 בבית משפט ישראלי – לנוכח התפתחויות מדאיגות מן הזמן האחרון כגון חוק איסור הזכרת הנכבה והניסיון להפוך את ציון הנכבה לעברה פלילית?¹¹ האם דווקא כאן ניכר בבידור האפקט המקפא של המשפט על החשיבה הביקורתית? האם כאן מתגלה במלוא חומרתו הפער בין התיאוריה הביקורתית – המבקשת

10 לדיון רחב על ועדות אמת ופיוס ועל השינוי שהן מייצגות למול הפרדיגמה של המשפט הפלילי ראו בילסקי 2001ב.

11 הצעת חוק יום העצמאות (תיקון – איסור ציון יום העצמאות או הקמת מדינת ישראל כיום אבל), התשס"ט-2009, הוגשה מטעם חברי כנסת ממפלגת "ישראל ביתנו". על פי ההצעה אין לציין את יום העצמאות או את עצם ההקמה של מדינת ישראל כימי אבל או צער, ועל העובר על הוראה זו יוטל עונש מאסר של עד שלוש שנים. התיקון אושר בקריאה טרומית בכנסת ביולי 2009, אך לא נכלל בו עונש המאסר.

לחשוף את זיכרון הנכבה ולהתמודד עם ההשלכות המוסריות, המשפטיות והפוליטיות של היעדר ההכרה בה – לבין המשפט, אשר משתתף באופן פעיל בניסיון להשכיח, להדיר ולהשתיק זיכרון זה?

הביטוי "נכבה" – המייצג את הזיכרון הפלסטיני של מלחמת 1948, שבמהלכה מאות אלפי פלסטינים עזבו את בתיהם או גורשו מהם והפכו לפליטים – לא חלחל אל השיח הישראלי-יהודי עד שנות התשעים. בעקבות הערעור של היסטוריונים חדשים על הקונצנזוס ביחס לסיבות עזיבתם של הפלסטינים תושבי ישראל ב-1948, החל דיון ביקורתי בנושא, חלק חשוב ממנו מעל דפי תיאוריה וביקורת.¹² בשנת 2008 ייחד כנס לימודי ישראל באוניברסיטת ניו יורק מושב מיוחד לשאלה מדוע הנרטיב הפלסטיני והנרטיב היהודי של מלחמת 1948 אינם נפגשים. ההיסטוריון בני מוריס העלה שם את התזה כי הדבר נובע מאימוץ מתודולוגיות מחקר היסטורי שונות: היסטוריונים ישראלים מאמצים את כלי המחקר האובייקטיבי הנסמך על תעודות ומסמכים ארכיוניים, ולעומתם היסטוריונים פלסטינים נשאים שבויים בכבלי "הזיכרון הקולקטיבי" ומאמצים היסטוריה אוראלית ועדויות בעל פה. תזה זו מנוגדת לטענתם של חוקרים אחרים, בהם אילן פפה, יואב פלד ואביגדור פלדמן, שלפיה הבעיה היא מבנית ומבטאת את הקשר בין היסטוריה למדינת הלאום. הבעיה לדבריהם נעוצה בשיטה פוליטית-משפטית אתנוקרטית, הבנויה על משטר אזרחות מרובד.¹³ בהקשר זה המשפט הלאומי מזוהה כבעל תפקיד משתיק ומשכיח. כפי שטען פלדמן, בית המשפט הישראלי מצליח להכיר בזכויות האזרח של העותר הפלסטיני-ישראלי רק במחיר מחיקת ההיסטוריה והקשר שלו למקום ולהיסטוריה.

אפילו בעתירה חשובה כמו עתירת בני הזוג קעדאן, שבה קיבל בית המשפט הישראלי את טענת העותרים בדבר הפליה והכיר בזכותם לרכוש בית ביישוב קהילתי בגליל,¹⁴ אפשר לזהות מעין הסכם סמוי בין העותרים לבין בית המשפט: ההכרה בזכויות העותרים לרכישת בית תלויה בנכונותם לוותר על זיכרון הנכבה והנרטיב ההיסטורי הפלסטיני. הדבר בא לידי ביטוי מובהק בפסק דינו של השופט אהרון ברק:

עתירה זו צופה בעיקרה פני עתיד. אין בכוונת העותרים להעביר תחת שבת הביקורת את המדיניות ארוכת השנים לפיה הוקמו ברחבי הארץ יישובים קיבוצים

12 למשל, גיליון 8 של כתב העת, שראה אור בקיץ 1996, יוחד בין השאר להצגת כתיבתם של ההיסטוריונים החדשים ולדיון רפלקטיבי בתופעה.

13 פלדמן 1991; פלד 1993; פפה 2002.

14 בג"ץ 6698/95, עאדל קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258.

מושבים ומצפים - שבהם התגוררו בעבר ומתגוררים היום, כמעט תמיד, אך ורק יהודים. העותרים אינם ממקדים את טיעוניהם בלגיטימיות של המדיניות ששררה בעניין זה בתקופה שקדמה לקום המדינה ובשנים שחלפו מאז הקמתה. הם אף אינם מערערים על התפקיד המכריע שמילאה הסוכנות היהודית ביישוב יהודים ברחבי הארץ במהלך מאה זו.¹⁵

ושוב מתחדדת השאלה: האם הצלחה משפטית, ולו גם חלקית, במאבק לשוויון, כרוכה בהכרח בוותור על החשיבה הביקורתית? במילים אחרות, האם אפשר להפעיל כלים של חשיבה ביקורתית במסגרת המשפט הלאומי באופן שיקדם את המאבק החברתי-אזרחי? ובמקרה הקונקרטי שלנו - האם אפשר לפעול במסגרת המשפט לקידום הכרה בנרטיב המתנגד לנרטיב הלאומי?

לאחרונה פניתי לבחון שאלה זו במסגרת מחקר היסטורי על משפט דיבה אזרחי שהגיש הסופר ואיש הציבור אמיל חביבי בבית המשפט המחוזי בנצרת בשנת 1988. התביעה עסקה בהאשמתו של חביבי מעל דפי העיתונות הערבית הישראלית בסיוע לעסקת הנשק הצ'כי בשנת 1948, עסקה שהבטיחה את הניצחון היהודי בשלב הראשון של המלחמה. על עסקה זו כתב לוטפי משעור, עורך "אל-סינארה": "בשנת 1948 נסע אמיל חביבי, בחברת מיקוניס לצ'כוסלובקיה במשימה פטריוטית מרגשת להבאת נשק למדינת ישראל הצעירה... וגדולי המדינה זוכרים לו זאת... הדבר ארע לאחר שמנהיגי ה'הגנה' החזירו אותו מלבנון לישראל... והאם דבר שכזה מתבצע ללא תשלום מחיר מתמשך...?"¹⁶

תביעת הדיבה של חביבי מחזירה אותנו לנקודה המכוננת של מלחמת 1948, אבל הפעם מנקודת המבט של הערבים אזרחי ישראל. אותי עניינה השאלה אם אפשר למצוא, דווקא בתביעת דיבה אזרחית, מרחב שבו בית המשפט הישראלי נקרא להכיר בנכבה מנקודת מבטם של אזרחים ישראלים פלסטינים. המקרה מעניין שכן במשפט דיבה תפקיד בית המשפט הוא לבחון את שאלת הפגיעה מנקודת מבטה של הקהילה הרלוונטית לעותר, וכאן מדובר בנקודת מבטם של אזרחים ישראלים פלסטינים אשר חוו מלחמה זו כנכבה לאומית ואישית. במרכז משפט הדיבה של חביבי עומדת שאלת שיתוף הפעולה: מיהו משתף פעולה? מהו הסטנדרט הנורמטיבי שלאורו יש לשפוט את מעשיו? מיהו

15 שם, עמ' 284. לדיון מורחב בבג"ץ קעדאן ראו יפתחאל וקדר 2000; זיו 2001.
16 ת.א. [נצרת] 388/88, אמיל חביבי נ' לוטפי משעור ואח', תיק מוצגים מטעם המ' ערערים 1/ת. ציטוט חלקי של הדברים מופיע גם בסיכומי הנתבעים בכתב מיום 16.8.1989, עמ' 18.

הקהילה הרלוונטית להכרעה בעניינו? בית המשפט הישראלי נדרש כאמור לחזור לרגע המכונן של המדינה, לשנת 1948, ולהבינו מנקודת המבט של הפלסטינים אזרחי ישראל. זהו מהלך קשה ומורכב דווקא בשל תנאי הדיפרנד שמאפיינים את השיח הישראלי על 1948.¹⁷ השפה עצמה אינה מצליחה לספק ביטוי מוסכם על שני הצדדים. אפילו השם שנבחר למלחמה כדי לספר את הסיפור ההיסטורי מחייב לנקוט צד – מלחמת העצמאות או הנכבה. הקושי של בית המשפט הישראלי מועצם בעניין זה, שכן מצד אחד הוא שואב את הלגיטימיות שלו מיכולתו להימנע מנקיטת צד, מיכולתו לשפוט ללא פניות או משוא פנים. ואולם מצד אחר מדובר בבית משפט לאומי אשר שואב את הלגיטימיות הציבורית שלו בין השאר ממחויבותו לנרטיב הלאומי, הציוני. משפט דיבה אזרחי הוא אפוא אתר מרתק לבחינת שאלת היחס בין החשיבה הביקורתית למשפט. כדי להכריע בסוגיה המשפטית – האם האשמה ב"שיתוף פעולה" היא בבחינת לשון הרע – היה על בית המשפט לקבל החלטה מקדמית בעניין זהות הקהילה הרלוונטית אשר לאור הנורמות שלה תתקבל ההכרעה. כאשר תביעת הדיבה עוסקת בשיתוף פעולה של אזרח ישראלי-פלסטיני עם כוחות הביטחון היהודיים, הטענה המהותית של התובע ("ההאשמה בשיתוף פעולה היא בבחינת לשון הרע") מנוגדת לפרוצדורה המשפטית שבחר בה כדי להגן על שמו (שיתוף פעולה עם רשויות המשפט). וכך, עוד קודם שנכנסים לעובי הקורה בעניין טיב ההאשמה בשיתוף פעולה, ובטרם מנסים להבין את משמעותה, המשפט מציג בפנינו תמיהה: מדוע להגיש תביעת דיבה לבית המשפט? שהרי אפילו יקבל בית המשפט הישראלי את טענות התובע ויקבע כי ההאשמה בשיתוף פעולה עם כוחות הביטחון היהודיים היא הוצאת דיבה, מה יכול להיות התוקף המוסרי של החלטה כזאת בקרב הקהילה הערבית בישראל? האם עצם הניצחון המשפטי בבית משפט ישראלי אינו "הוכחה חותכת" כי ההאשמות בדבר שיתוף הפעולה של התובע, אמיל חביבי, היו מוצדקות?

הפער בין הפרוצדורה המשפטית לטענה המהותית עוזר לחשוף את תנאי חוסר האפשרות לדון בסוגיית שיתוף הפעולה של ערבים לגווניה, ובתנאי אזרחותם במדינת ישראל בכלל, נושאים אשר נעדרים לרוב מן הדיון הציבורי. משפט דיבה זה מחדד אפוא את הבנת הסתירות הפנימיות שאפיינו את עמדת התובע, ערבי אזרחי ישראל, בבית משפט ישראלי. ומנגד – המשפט משקף גם

17 את המונח "דיפרנד" טבע ז'ן-פרנסואה ליוטאר לציון פער בלתי ניתן לגישור בין סוגי שיח שונים. ראו ליוטאר 1996; Lyotard 1983.

את הקושי של הנתבעים להציג עמדה קוהרנטית של גינוי מוסרי על שיתוף פעולה עם כוחות הביטחון הישראלי, עמדה המתבססת על אימוץ נרטיב המתחרה עם הנרטיב הלאומי-ישראלי. אביא שתי דוגמאות קצרות ממשפט חביבי להמחשת דבריי.

אמיל חביבי ידוע בעמדותיו הביקורתיות על המשטר הפוליטי הישראלי; הוא הביע אותן לא פעם מעל במות פוליטיות ובכתיבתו הספרותית. במיוחד ידועה דמותו של סעיד אבו-אלנחס מספרו **האופסימיסט**, דמות ספרותית מסורטטת ביד אמונה המגלמת משת"פ ערבי-ישראלי. אבו-אלנחס בוחר להלשין על בני עמו כדי שלא להיות מגורש מארצו, ובתוך כך מותח ביקורת נוקבת על מוסדות השלטון והמשפט בישראל.¹⁸ מה קורה לעמדותיו הביקורתיות של חביבי – כפי שהן באו לידי ביטוי בכתיבתו הספרותית והפוליטית – כאשר הוא צריך לתרגמן לשפת המשפט? האם עצם הגשת התביעה מצד אזור ערבי כרוכה במחיקת הביקורת על מערכת החוק בישראל? חביבי נחקר על החלטתו לפנות לבית משפט ישראלי בחקירה נגדית מטעם הנתבעים, ואלו דבריו:

ביטאתי עמדתי באשר לבתי המשפט בישראל בצורות שונות. אחד ההישגים של הדמוקרטיה כאן הם בתי המשפט. היו לי ויכוחים בנושא זה עם ידידים ויריבים. גם בקשר למידת החינויות והתועלת של הופעה בבתי הדין בשטחים. אני תמכתי בהופעה גם שם. לא העלמתי עין מכך שיש חוקים בישראל שאינני מסכים להם. ובתי המשפט גם מוגבלים על ידי חוקים אלה. אם שואלים אותי האם עמדתי הייתה שבעניינים פוליטיים דוגמת המשפט הנוכחי לא צריך לפנות לבתי המשפט של ישראל תשובתי היא: במשך חיי הפוליטיים לא נתקלתי בסיוט יום יומי כמו הסיוט של הכתבות ב"אל סינארה" בלי שאני אבין מה הסיבה לכך... אני לא רציתי להגיש משפט אין לי צורך בכל הדברים. כתבתי מאמרים, עניתי, שלחתי אנשים, ביקשתי וכל פעם שאני מנסה למצוא דרך הוא [העיתון הנתבע] חושב שאני חלש עד שלא היתה לי ברירה אלא להגיש המשפט. זה לא קשור לבית המשפט בישראל שאני מעריך בהערכה גבוהה.¹⁹

חביבי מעיד כי הגשת התביעה לבית משפט ישראלי הייתה מבחינתו מוצא אחרון, הדרך היחידה לשים קץ לסיוט שהוא נקלע אליו. בדבריו הוא רומז על הקושי שלו לפנות לבית משפט בסוגיה זו – ואולם למרות זאת הוא בוחר,

18 להרחבה ראו חבר 2007, עמ' 309-327.

19 אמיל חביבי נ' לוטפי משעור ואח' (לעיל הערה 16), חקירה נגדית של אמיל חביבי, פרוטוקול בית המשפט, 19.11.1990.

למעלה מן הצורך, לפתוח ולסיים את תשובתו בדברי שבח והערכה למערכת המשפט הישראלית כהישג של הדמוקרטיה בישראל. עמדה זו עומדת בסתירה לביקורת שהטיח חביבי בעבר, שלפיה בתי המשפט הישראליים משמשים עלה תאנה לחוקים לא דמוקרטיים הפוגעים בזכויות היסוד של האזרחים הערבים. גם הנתבע, עורך "אל-סינארה" לוטפי משעור, עמד בפני דילמה קשה – הצורך להציג את עמדותיו בבית משפט ישראלי. אף על פי שמעל דפי העיתון הוא הציג עמדה לאומנית-פלסטינית, בבית המשפט הוא בחר ללבוש את "מסכת הציוני". משעור ביקש לדחות את התביעה על הסף בטענה שהאשמה של אזרח ערבי בשיתוף פעולה עם כוחות הביטחון היהודיים במלחמת העצמאות אינה יכולה להיחשב הוצאת דיבה בבית משפט ישראלי. וכך הוא טוען:

והרי בחברה הישראלית המדובר ועל פי הערכים המקובלים עליה, הן בזמן פרסום הכתבה ת/1 ב-8.4.88 והן דהיום. [...] פרסום העובדה שהתובע דאג בצורה זו או אחרת להבאת נשק למדינת ישראל בשנת 1948 יחד עם מיקוניס, כאשר המדובר בעצם הדאגה של התובע לבטחון המדינה הצבאי, דאגה שמצאה לה ביטוי מעשי בהבאת נשק למדינת ישראל בשנת 1948, לא ייראה ולא ייחשב הדבר כפרסום המוציא את דיבתו של התובע רעה והממיט עליו שנאה, השפלה וביזוי. נהפוך הוא, אדם, דוגמת התובע, שנהג כך ייחשב בעיני האדם הישראלי הסביר ובעיני הישראלי בר הדעת כמי שראוי לשבח ולכבוד מיוחדים.²⁰

כך דוחה משעור מפורשות את הצורך להכיר בסטנדרט נפרד לקהילה הערבית בישראל לצורך משפט הדיבה, וקורא לאמץ סטנדרט אחיד של "הישראלי הסביר":

כי הרי בית משפט בישראל אינו אמור לבטא את התייחסותם של הערבים בישראל (בתור קבוצת אוכלוסין שאינה מהווה רוב במדינה) ובגדה המערבית לאנשי אגודת הכפרים מאחר והוא אמור לבטא, בהקשר זה, את התייחסותה של החברה הישראלית בכללותה לאנשים אלה. ובהקשר זה יש להניח במידה גבוהה של וודאות כי בית משפט ישראלי לא יראה באור שלילי אנשים הנמנים על קבוצות שכל מטרת התארגנותם ו/או ארגונם הינה לשם קידום המטרות המוצהרות והאחרות של שלטון הכיבוש הישראלי של הגדה המערבית, דוגמת אנשי אגודות הכפרים.²¹

20 שם, סיכומי נתבעים בכתב מיום 16.8.1989, עמ' 18.

21 שם, עמ' 13.

יש לשים לב כי עמדות אלו אינן מתיישבות עם העמדות הלאומניות שהביע משעור מעל דפי העיתון אל-סינארה, עמדות שעמדו בבסיס הביקורת החריפה על מעשיו של חביבי והביאו להגשת תביעת הדיבה של חביבי.

מבחינה משפטית יבשה אפשר להצדיק את עמדתו של משעור במשפט ולראות בה צעד אסטרטגי המיועד להשיג ניצחון משפטי בצורה הקלה ביותר, ברמה העקרונית, מבלי להיזקק לעדים ולראיות. ואולם הסבר כזה מתעלם מן המשמעות הסמלית של ההתדיינות. למעשה, כדי לשכנע את בית המשפט הישראלי לדחות את התביעה, הנתבע בחר מרצונו לעטות את "מסכת הציוני" ולהשתתף במחיקת סיפור הנכבה הפלסטינית.

הפער שנפער בין העמדות המהותיות לבין אופן הצגתן בבית המשפט הישראלי מורה על בעיה המוכחשת על פי רוב בציבוריות הישראלית. תביעת הדיבה של חביבי מציבה מראה ביקורתית על מערכת המשפט הישראלית: מערכת המשפט ממשיכה לאמץ נרטיב חד-צדדי בעניין מלחמת 1948, ולמעשה מתנה את ההכרה בזכויות הערבים בהכחשת הסיפור ההיסטורי הקולקטיבי של קבוצתם, כפי שמתקף מפסק דין קעדאן למשל; ואולם תביעת הדיבה של חביבי מחייבת את בית המשפט לסטות מדרך זו, שכן עצם ההכרה בזכותו של חביבי לשם טוב מחייבת את בית המשפט לנסות ולהאזין לסיפור 1948 מנקודת המבט של הקורבנות. כדי לבסס את הלגיטימיות של בית המשפט הישראלי בעיני קהילת האזרחים הערבים, על בית המשפט להוכיח כי יש בכוחו לתת סעד גם כאשר הנרטיבים הקבוצתיים (היהודי והפלסטיני) מתנגשים. אך מאחר שאין מדובר בסתם נרטיב, אלא בנרטיב המכונן זהות לאומית, בית המשפט הישראלי אינו יכול להכיר הכרה מלאה בנרטיב הפלסטיני של הנכבה בלי שתעורר סמכותו כבית משפט לאומי.

משפט חביבי הוא אפוא כר פורה לבחינת שאלת הפער בין המחשבה הביקורתית להליך המשפטי ביחס להכרה בנרטיב המודר והמוכחש של הנכבה הפלסטינית. לאמתו של דבר, הצלחת המשפט לשמש אתר לזיכרון נגד לאומי הייתה חלקית מאוד.²² אמנם בית המשפט הצליח להגן על זכותו האינדיבידואלית של חביבי לשם טוב, אבל הוא לא הצליח, אף לא לצורכי התביעה האזרחית, להכיר בנרטיב הפלסטיני של הנכבה. עם זאת, העתירה חייבה את בית המשפט לכלול את האזרחים הפלסטינים בישראל בגבולות הקהילה הנורמטיבית המדומינת שלו, ולהתחיל להתמודד עם האתגר שמציב למשפט הצורך בהגנה על זכויותיהם האזרחיות של ערבים אזרחי

22 על זיכרון-נגד ראו Young 1992; Spaulding 2003.

מדינת ישראל. וכך, ההליך המשפטי חושף שוב את שתי פניו – מצד אחד נחשפת יכולתו לתרגם ביקורת חברתית-פוליטית לכלי משפטי קונקרטי, ומצד אחר נחשפים המגבלות והעיוותים שנגרמים לביקורת החברתית כאשר היא מתורגמת לשפה משפטית.

בריאיון מאוחר שערכה דליה קרפל עם חביבי, במסגרת הפקת סרט תיעודי על חייו, חזר חביבי ובחר להסביר את דילמת האזרחות של הערכים אזרחי ישראל מבעד לפרויזמה של "אזרחות ונאמנות" אשר משתלטת על השיח הציבורי בימינו: "אחד מן המנהיגים [הקומוניסטים] שאל אותי אם היינו קולבורטורס. אמרתי לא, לא היינו קולבורטורים. אבל בעיניו של מישהו מבחוץ, בייחוד אם הוא ערבי, זה לגיטימי לחשוב שהיינו קולבורטורס. גם יהודים, מן השמאל הקיצוני, היו מאשימים אותנו לפעמים בשיתוף פעולה. אבל שיתוף פעולה הייתה הדרך היחידה לשרוד באדמתנו".²³

דברי סיכום

מה אפשר ללמוד על היחס בין משפט למחשבה ביקורתית לאור שלושת מקרי המבחן שתוארו – פמיניזם, שואה ואזרחות? בכל אחד מן התחומים התגלה מתח מובנה בין כוחו של המשפט להגביל את החשיבה הביקורתית לבין כוחו לקדם ואף לעודד אותה. ואולם גילינו גם שוני ניכר בין שלושת התחומים באשר לפעולתו של המשפט: ביחס לחשיבה הפמיניסטית הביקורתית התגלה המשפט ככר פורה במיוחד, ואילו ביחס לזיכרון הנכבה הפלסטינית היה המשפט בעיקר גורם עוצר ומעכב. בעניין השואה, לעומת זאת, גילינו יחס דיאלקטי בין החשיבה המשפטית לחשיבה הביקורתית. מה יכול להסביר הבדלים אלו?

במסגרת המצומצמת שניתנה לי כאן אין ביכולתי לפתח ניתוח מורכב של כל אחד מהשדות שהוצגו בקצרה, ואולם ברצוני להציע כי את השוני שהתגלה יש לתלות ביחס בין המשפט, קהילת הלאום והמחשבה הביקורתית. כפי שראינו, עיקר החשיבה הפמיניסטית הביקורתית בשלושת העשורים האחרונים אין מקורה בישראל אלא היא מיובאת מן המשפט האמריקני. אך במשפט האמריקני התיאוריה הפמיניסטית מושפעת מקטגוריות של חשיבה גזעית, המגבילות את אפשרויות הפעולה של הפמיניסטיות האמריקניות, ואילו בישראל זוכה

23 אמיל חביבי – נשארתי בחיפה, סרטה של דליה קרפל, 1997.

המאבק הפמיניסטי להצלחה יחסית בבית המשפט, ומגיע להישגים מוקדמים הרבה יותר מהישגי מאבק הפלסטינים אזרחי ישראל לשוויון אזרחי. סיבה מרכזית לכך היא שהתביעה לקידום שוויון הנשים בישראל עולה בקנה אחד עם נרטיב היסוד הלאומי-ציוני,²⁴ ואילו סיפור הנכבה, שעומד בבסיס התביעה להכרה בעוול ההיסטורי הקבוצתי שנעשה לפלסטינים, כרוך בהתנגשות עם הנרטיב הלאומי הציוני על מלחמת 1948.²⁵ היכולת של בית משפט לאומי לסטות מן הנרטיב הלאומי מוגבלת מאוד ומתבטאת בעיקר בהכרה בזכויות אינדיבידואליות של אזרחים השייכים לקבוצת המיעוט הלאומי. וכך, לצורך לנסח את התביעה לשוויון ולהכרה קבוצתיים בשפה משפטית ולפני בית משפט לאומי הייתה השפעה הפוכה ביחס לשתי הקבוצות: באשר לנשים בית המשפט הישראלי מאמץ את תובנות הפמיניזם הרדיקלי (לפחות בנושאים כמו אלימות נגד נשים והטרדה מינית), והוא משמש כר חשוב לקידום הביקורת הפמיניסטית; ולעומת זאת, ביחס לפלסטינים אזרחי ישראל הדיון המשפטי עוצר את הביקורת ומספק לגיטימציה להמשך הפרקטיקות של הפליה והדרה קבוצתית. לעתים קרובות דווקא ההצלחה של תביעת האזרח הפלסטיני בבית המשפט תורמת להשתקה ולהשכחה של זיכרון הנגד הפלסטיני של הנכבה; ההצלחה המשפטית משמשת כלי לגיטימציה חשוב בידי השלטון ומעלימה את הצורך בחשיבה ביקורתית מקיפה על משטר האזרחות בישראל.

נראה שלהבנת היחס המורכב בין החשיבה המשפטית לחשיבה הביקורתית השואה הוא המקרה המעניין ביותר. כאן אפשר לזהות את הקשר בין החשיבה המשפטית לחשיבה ההיסטורית והביקורתית במעבר מבית משפט בינלאומי לבתי משפט לאומיים, ומהם לתביעות טרנס-לאומיות. השלב הראשון בהתמודדות עם פשעי הנאצים במלחמת העולם השנייה היה הטריבוטל הבינלאומי בנירנברג ב-1946. המשפט ביקש למצוא שם כלים לחשיבה שמעבר לגבולות מדינת הלאום, אך הוא מצא עצמו מחזק את תפיסת הריבונות המדינית המסורתית. בשלב השני הוחזר הדיון לבתי המשפט הלאומיים הפליליים, והדבר תרם להכפפת המשפט לצורכי הזיכרון והזהות הלאומיים.²⁶

24 לביקורת על מיתוס שוויון הנשים הציוני ראו דבריה של פנינה להב על מאמרה של פליאה אלבק (Albeck 1972; Lahav 1974).

25 אך ראו דיון במסה של חנן חָבֵר בספר זה על נקודות שונות בזמן של הנרטיב הציוני.

26 לדיון בהשתחררות ההדרגתית של הצרפתים מן המיתוס הלאומי של הרזיסטנס ומשטר וישי, במהלך סדרה של משפטים פליליים בבתי משפט צרפתיים בשנות התשעים, ראו למשל Wood 1999; Rousso 2002.

בשלב השלישי, שהחל להתפתח בשנות התשעים, נתבעו תאגידים אירופיים בבתי משפט אמריקניים בגין מעורבות בביזה ובהעסקת עבדים ועובדי כפייה. בשלב זה נחשפה יכולתו של המשפט לעודד כתיבת היסטוריה חלופית ובתוך כך לעזור ביצירת זיכרון קוסמופוליטי ביקורתי של השואה.²⁷ נדמה אפוא שכדי להבין את אפשרויות החשיבה הביקורתית בצל המשפט יש לפרק את מושג המשפט עצמו ולהבינו בהקשר ההיסטורי של היחס המשתנה בין המשפט למדינת הלאום.

ראינו כי המחשבה הפוליטית הביקורתית עוברת דרך המשפט ואינה יכולה להתנתק ממנו; עלינו להימנע מלחשוב שהתיאוריה הביקורתית מחייבת ניתוק מוחלט או התעלמות מן המשפט. אך צריך גם להכיר את מגבלות השימוש בכלי המשפטי, ואת הדרכים שבהן המשפט משפיע על החשיבה הביקורתית. שימוש גובר של ארגונים חברתיים בבית המשפט, ההסתמכות הגוברת של קבוצות מיעוט על בתי משפט בינלאומיים ועל סמכות השיפוט האוניברסלית, וכן צמיחתם של זרמי חשיבה פוסטמודרניים המדגישים את אפשרות הביקורת מלמטה והפעולה החתרנית – כל אלה דווקא מחזירים את המשפט למרכז החשיבה הביקורתית. הם מחייבים אותנו לפתח כלים מורכבים יותר ועדינים די הצורך לחשוב על אפשרויות התיאוריה הביקורתית בצל המשפט בפתח המאה העשרים ואחת.

רשימת מקורות

- אגמבן, ג'ורג'יו, 2007. מה שנותר מאושוויץ: הארכיון והעד (הומו סאקר III), בתרגום מאיה קציר, תל אביב: רסלינג.
- ארנדט, חנה, 2000 [1965]. אייכמן בירושלים: דין וחשבון על הבנאליות של הרוע, בתרגום אריה אוריאל, תל אביב: [בבל](#).
- , 2010 [1951]. יסודות הטוטליטריות, בתרגום עדית זרטל, תל אביב: [הקיבוץ המאוחד](#).
- בילסקי, ליאורה, 2001א. "יבוא תרבותי: המקרה של הפמיניזם הישראלי", עיוני משפט כה(2), עמ' 523–575.
- , 2001ב. "העלמה והמוות: בית המשפט ותהליכי פיוס", סוציולוגיה ישראלית ג(2), עמ' 343–370.
- ברקוביץ, ניצה, 1999. "אשת חיל מי ימצא: נשים ואזרחות בישראל", סוציולוגיה ישראלית ב(1), עמ' 317–277.
- זיו, נטע, 2001. "עריכת דין למען מטרה ציבורית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות מיעוט בישראל", משפט וממשל ו, עמ' 129.
- חבר, חנן, 2007. הסיפור והלאום: קריאות ביקורתיות בקאנון הסיפור העברית, תל אביב:

27 לפיתוח מושג הזיכרון הקוסמופוליטי ראו Levy and Sznajder 2006.

רסלינג.

טריגר, צבי, 2005. "יש מדינה לאהבה: נישואין וגירושין בין יהודים בישראל", חנה נוח ואורנה בן-נפתלי (עורכות), **משפטים על אהבה**, תל אביב: רמות, אוניברסיטת תל אביב, עמ' 173-225.

יזרעאלי, דפנה, 2006. "פוליטיקה מגדרית בישראל", **תרבות דמוקרטית** 10, עמ' 215-250.

יפתחאל, אורן, וסנדי קדר, 2000. **"על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי"**, **תיאוריה וביקורת** 16 (אביב), עמ' 67-85.

להב, פנינה, 1993. "כשהפליאטיב רק מקלקל": הדיון בכנסת על חוק שיווי זכויות האישה", **זמנים** 46-47, עמ' 149-159.

ליוטאר, ז'אן-פרנסואה, 1996. "הדיפרנד", בתרגום אריאלה אזולאי, **תיאוריה וביקורת** 8 (קיץ), עמ' 139-150.

פיס, אורן, תשנ"ד. "מהו פמיניזם", **עיוני משפט** יח, עמ' 5-17.

פלד, יואב, 1993. "זרים באוטופיה: מעמד האזרחי של הפלסטינים בישראל", **תיאוריה וביקורת** 3 (חורף), עמ' 21-35.

פלדמן, אביגדור, 1991. "שירת הסירנות: שיח וחלל בבית-המשפט", **תיאוריה וביקורת** 1 (קיץ), עמ' 143-165.

פפה, אילן, 2002. "פרשת כ"ץ וטנטורה: היסטוריה, היסטוריוגרפיה, משפט ואקדמיה", **תיאוריה וביקורת** 20 (אביב), עמ' 191-217.

קמיר, אורית, 2002. **פמיניזם, זכויות ומשפט**, תל אביב: משרד הביטחון - ההוצאה לאור, האוניברסיטה המשודרת.

- Albeck, Plea, 1972. "The Status of Women in Israel," *American Journal of Comparative Law* 20, p. 693-715.
- Arendt, Hannah, and Karl Jaspers, 1992. *Correspondence, 1926-1969*, New York: Harcourt Brace Jovanovich.
- Bartlett, Katharine T., and Rosanne Kennedy (eds.), 1991. *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender*, Boulder, Colo.: Westview.
- Bauman, Zygmunt, 1989. *Modernity and the Holocaust*, Ithaca, N.Y.: Cornell University Press.
- Crenshaw, Kimberlé, 1998. "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine," in Anne Phillips (ed.), *Feminism and Politics*, Oxford and New York: Oxford University Press.
- Derrida, Jacques, 1994. *Specters of Marx: The State of the Debt, the Work of Mourning, and the New International*, trans. from the French Peggy Kamuf, New York and London: Routledge.
- , 2001a. *The Work of Mourning*, trans. from the French Pascale-Anne Brault, ed. Pascale-Anne Brault and Michael Naas, Chicago: The University of Chicago Press.
- , 2001b. *On Cosmopolitanism and Forgiveness*, trans. from the French Mark Dooley and Richard Kearney, New York: Routledge.
- Halley, Janet, 2006. *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton: Princeton University Press.
- Lahav, Pnina, 1974. "The Status of Women in Israel - Myth and Reality," *American Journal of Comparative Law* 22(1), pp. 107-129.

- Le Gate, Marlene, 2001. *In Their Time: A History of Feminism in Western Society*, New York and London: Routledge.
- Lemkin, Raphael, 1944. *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation - Analysis of Government - Proposals for Redress*, Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace.
- Levy, Daniel, and Natan Sznajder, 2006. *The Holocaust and Memory in the Global Age*, Philadelphia: Temple University Press.
- Liotard, Jean-François, 1983. *Le Différend*, Paris: Les Editions De Minuit.
- MacKinnon, Catharine A., 1989. *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Mass., and London: Harvard University Press.
- Marrus, Michael R., 2009. *Some Measure of Justice: The Holocaust Era Restitution Campaign of the 1990s*, Madison: University of Wisconsin Press.
- Rouso, Henry, 2002. *The Haunting Past: History, Memory, and Justice in Contemporary France*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Shklar, Judith N., 1964. *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Spaulding, Norman W., 2003. "Constitution as Counter-Monument: Federalism, Reconstruction and the Problem of Collective Memory," *103 Columbia Law Review* 1992.
- Wood, Nancy, 1999. "Memory on Trial in Contemporary France: The Case of Maurice Papon," *History & Memory* 11, 1 (Spring/Summer), pp. 41-76.
- Young, James E., 1992. "The Counter-Monument: Memory against Itself in Germany Today," *Critical Inquiry* 18, 2 (winter), pp. 267-296.