

## מבוא: מעבר ל"תרבות"

### שירה נגר\*

כרך יא של כתב העת "מעשי משפט" מוקדש, בחלקו, לליבון ולביקורת היחסים שבין משפט לתרבות. שאלת מקומה של התרבות במשפט אינה שאלה חדשה. היא העסיקה משפטנים וחוקרים מתחום מדעי הרוח והחברה כמעט מאז הפיכתו של המשפט לתחום דעת נפרד. עם זאת, בשנים האחרונות אנו עדים לתצורות חדשות של אינטראקציה בין משפט לתרבות. שחקנים שונים, מימין ומשמאל, עושים שימוש בטענות תרבותיות על מנת לקדם עמדות בעולם המשפט. דוגמאות לכך הן שאלת ההפרדה בין נשים לגברים בזירות שונות, הלגיטימיות של חוק הלאום, והפוליגמיה בקרב הברואים אזרחי ישראל. שאלת הליבה שעומדת בבסיס הדיון בדבר מערכת היחסים בין משפט לתרבות היא האם למיעוטים יש זכות לקיים את תרבותם. גישה דמוקרטית פלורליסטית תענה על שאלה זו, הפשוטה לכאורה, בחיוב. אך האם זכות זו עומדת להם בשעה שתרבותם אינה עולה בקנה אחד עם זכויות אדם אחרות, כגון הזכות לשוויון, לחירות ולביטחון? האם האוטונומיה התרבותית מצדיקה עצימת עין נוכח פערים מגדריים קיצוניים, פרקטיקות אלימות ואפליה בתוככי אותה האוכלוסייה? ומה לגבי פגיעה באוכלוסיות אחרות? האם על המדינה להגן על פעילות תרבותית באשר היא? והאם יש להגן על פרקטיקה תרבותית גם כאשר אותה ההגנה משמשת לשם אפליה, הנצחת סטריאוטיפים וגזענות? עם שאלות אלה ואחרות מבקש כרך זה של "מעשי משפט" להתמודד.

את הכרך יפתח תרגום מאמרו רב-ההשפעה של פרופ' ריצ'רד ת' פורד מאוניברסיטת סטנפורד, "מעבר ל'הבדל': ביקורת מסויגת על פוליטיקת הזהויות במשפט".<sup>1</sup> תרגום זה ממשיך את מסורת כתב העת להנגיש לקוראי העברית את כתיבתם של חוקרים מאסכולת המשפט והחברה, ובשלושת הגיליונות האחרונים את הגישה הביקורתית למשפט (critical legal stud), ומצטרף למאמרים המתורגמים של פרופ' דנקן קנדי בכרך (1)<sup>2</sup> ושל פרופ' ג'נט האלי בכרך (2).<sup>3</sup> הגישה הביקורתית, המיוצגת בכרך זה על ידי פורד, מציעה ביקורת משמאל על הרב-תרבותיות ופוליטיקת הזהויות במשפט. במאמרו מבקש פורד לבקר את התפיסה המהותנית, שהלכה ותפסה מקום נרחב יותר ויותר בשיח הזכויות. לטענתו של פורד, שיח ההבדל החליף את מדיניות "עיוורון הצבעים" המתמקדת בצורך למחוק את מורשת הדיכוי הגזעי ולתקן את גילוייה העכשוויים, במדיניות העוסקה באופן

\* בוגרת הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, עורכת כתב העת "מעשי משפט".

אובססיבי בדרישה להכרה בהבדל התרבותי, תוך ייחוס תכנים תרבותיים קבועים ובלתי משתנים לקבוצות גזעיות שונות, המוצגים כטבעיים וכבלתי נמנעים ולכן מחייבים את בני הקבוצה כולה. עקב כך התגובה לדרישה להיטמעות ולאינטגרציה הפכה בעצמה למגבילה ולפוגענית כלפי חברי קבוצות המיעוט. שיח ההבדל מבקש לשחרר את המיעוט מהדרישה להיטמע ולוותר על ייחודו, אך הוא עושה זאת באמצעות הטענה השגויה שלפיה כאשר מסירים את השפעות התרבות ההגמונית, לחברי הקבוצה יש מאפיינים ופרקטיקות תרבותיות "אותנטיות" שיש לתת להן קול, ובכך מדרבן את חברי הקבוצה להתאים את עצמם לאפיון הסטריאוטיפי והמהותני של תרבותם. עיגון משפטי של מאפיינים ופרקטיקות תרבותיות אלה, שחלקן שמרניות ודכאניות, כזכויות תרבותיות גורם נזק כל יסוער לתרבות "המוגנת" ומונע ממנה להתפתח ולהשתנות. הזהות והתרבות המשויכות לגזע מסוים, מסיים פורד, לא צריכות להיות מובנות כמונולטיטות או כמחייבות בהכרח דחייה של הנורמות של המיינסטרים. תחת זאת, תרבות צריכה להיות מובנת כתופעה נזילה, אשר יכולה לעלות בקנה אחד עם מגוון של זהויות ושל מערכות יחסים עם המיינסטרים, לרבות אימוצה של תרבות הרוב והיטמעות במוסדות הקיימים.

טענותיו של פורד לגבי תרבות גזעית בארצות הברית מהדהדות את המציאות הישראלית המורכבת. מדינת ישראל מכילה בתוכה קהילות לאומיות, אתניות ודתיות רבות. לא כל קהילה זוכה להכרה משפטית בתרבותה הייחודית וכאשר המשפט מכיר בתרבות קהילתית, ההכרה אינה עשויה מעור אחד אלא נעה בין הכרה מינימלית לאוטונומיה מוחלטת בתחומי חיים מסוימים. ד"ר ראוי אבורביעה, במאמרה "הפוליגמיה במשפט הישראלי – לקראת גישה היברידית: מסע רפלקסיבי בעקבות ריצ'רד ת' פורד", מנתחת ומפתחת את רעיונותיו של פורד בהקשר הישראלי, באמצעות דיון ברב-תרבותיות דרך מקרה הבוחן של פוליגמיה בחברה הברואית. מאמרה מעמיק בניתוח אחת מההשלכות השליליות של מתן אוטונומיה תרבותית שהזכיר פורד – הדרת חלק מחברי הקבוצה מתוכה. הוא מאיר את הדילמה של האישה הברואית אשר היחס המפלה של הממסד כלפי החברה הברואית ותרבותה פוגע בה כאזרחית המדינה בת החברה הברואית מחד גיסא, ואילו ההכרה בפוליגמיה כפרקטיקה תרבותית הנפוצה בחברה הברואית פוגעת בה כאישה מאידך גיסא. במצב זה, נאלצת האישה הברואית לבחור בין השלמה עם מצבה הנחות בחברה הפטריארכלית הברואית, לבין יציאה כנגד גורמי הכוח השולטים בקהילה ושיתוף פעולה עם הממסד הנתפס כעוין. מאמרה של אבורביעה מחזק את הטענה של פורד, שלפיה הגנה תרבותית לא תמיד מגנה על קהילות מיעוטים מפני התערבות של הממסד והיטמעות בתרבות הרוב, אלא היא עשויה לשמש את הממסד כמכשיר שליטה בקהילת המיעוט. בישראל, מבהירה אבורביעה, ההגנה הרב-תרבותית המופעלת ביחס למיעוט הפלסטיני, אינה מדיניות אשר מטרתה להגן על תרבות המיעוט וזכויותיו – אלא כלי שהמדינה משתמשת בו לפי צרכיה, כאמצעי לשליטה ודיכוי.

השאלה הרב-תרבותית בוערת גם בתוך האוכלוסייה היהודית פנימה. מדיניות ההיטמעות שאליה מתייחס פורד, הייתה מדיניות מובהקת של מדינת ישראל בראשית

ימיה ביחס לקליטת עלייה יהודית ממדינות ערביות ומוסלמיות ("כור ההיתוך").<sup>4</sup> בישראל נשמעו, ועדיין נשמעים, קולות המבכים את המחיקה התרבותית של יהדות המזרח שיצרה מדיניות "כור ההיתוך".<sup>5</sup> כתנועת נגד למדיניות זו התפתחה תנועה חברתית המבקשת הכרה מחודשת בתרבות המזרחית, ולצורך זאת משתמשת בהצדקות רב-תרבותיות ליברליות. אחד המאמרים הבולטים בנושא התפרסם בכרך ד של "מעשי משפט", ובו טען פרופ' ניסים מזרחי כי קיים "עולם משמעות" מזרחי נבדל, אשר רואה ערך בהעדפה של הקולקטיב הלאומי על פני זכויות אדם אוניברסליות.<sup>6</sup> מזרחי קרא במאמרו להכיר בתפיסת עולם זו כמערכת ערכים אלטרנטיבית ושוות ערך לתפיסת זכויות האדם האוניברסליות. בכרך זה מגיבה ליהי יונה לטיעונו של מזרחי. במאמרה "מעבר ל'מעבר לגן ולג'ונגל': על עלייתו של שיח ההבדל בתיאוריה המזרחית", משתמשת יונה בטענותיו של פורד ומפתחת אותן בהקשר של יחסי אשכנזים-מזרחים במדינת ישראל. המאמר מבקר את התיאוריה של מזרחי בדבר קיומה של מערכת ערכים "מזרחית" נפרדת, ומצביע על כשלים מבניים ונורמטיביים בטיעונו. יונה טוענת כי לא זו בלבד שקיים כשל אמפירי בטענה שישנו "עולם משמעות" מזרחי, אלא גם שהמזרחים אינם בני תרבות אחת – אלא יוצאי מדינות ותרבויות רבות – ותפיסתם כקבוצה אחידה נועדה להבדיל אותם מחברי ההגמוניה האשכנזית בישראל. משכך, הכרה בתרבות מזרחית היא למעשה הגנה על תוצאותיו של הדיכוי הערתי והנצחת הפערים החברתיים, והיא אף מדירה את בני עדות המזרח אשר אינם חולקים השקפת עולם זו. יתרה מכך, מתן לגיטימציה למערכת ערכים המבכרת את טובת הקולקטיב על פני זכויות אדם אוניברסליות מכשירה הלכה למעשה התנהגות גזענית כלפי מי שאינו חלק מהקולקטיב.

**פרופ' עמליה סער** במאמרה "תרבותיזם: דילמות של רגישות תרבותית ביחסי רוב-מיעוט" ממשיכה את העיסוק בשאלת משמעותה של התרבות ויחסי הכוח המבססים אותה. סער מתייחסת באופן רחב יותר לבעיה שעליה הצביעו יונה ואבורביעה, קרי תפיסה רב-תרבותית אשר אינה מתחשבת בכוחות הפוליטיים והחברתיים שתרמו לכינון של התרבויות השונות. סער מכנה תפיסה זו "תרבותיזם" וטוענת ששימוש מסוג זה בשיח הרב-תרבותי מהווה כיסוי ליחסי רוב-מיעוט דכאניים. היא מדגימה את התופעה באמצעות שני מקרי מבחן: השיח על הפוליגמיה בחברה הברואית והשיח על הפרדה מגדרית באקדמיה כצורך של המיעוט החרדי. בשני המקרים, התופעות נתפסות כצורך תרבותי תוך התעלמות מהמנגנונים החברתיים בתוך הקבוצה ומחוצה לה שכונו את התופעה מלכתחילה. סער קוראת להבחין בין מופעים של תרבותיזם אשר מנתקים את התרבות מיחסי הכוח הפוליטיים, לבין רגישות תרבותית חיובית הרואה בתרבות תולדה של מבנים חברתיים רחבים, ויודעת להגדיר את היקף ההגנה התרבותית בהתאם. כמו כן מצביעה סער על ההגדרה הרחבה של המונח "תרבות" בשיח הישראלי, הכולל בתוכו, לצד פרקטיקות אתניות, גם פרקטיקות דתיות, אשר יש המבקשים להגן עליהן במסגרת ההגנות התרבותיות.

בתחום זה של הגנה תרבותית על פרקטיקות דתיות עוסק מאמרה של ד"ר שפרה מישלוב "מה בקופסה? רב-תרבותיות בבתי הדין הפרטיים הפוסקים על פי ההלכה". מישלוב מאירה תחום שנותר עד כה סמוי מן העין – הפלורליזם בבתי הדין הפרטיים הפוסקים על פי ההלכה. בשנת 2006 ניתן פסק הדין בעניין סימה אמיר שקבע כי בתי הדין הרבניים הפועלים מכוח חוק אינם מוסמכים לדון בענייני ממונות.<sup>7</sup> עקב כך, צמחו בתי דין פרטיים רבים שמטרתם לתת מענה לצדדים המבקשים להתדיין בענייני ממונות על פי ההלכה ולכן אינם יכולים לפנות לבתי המשפט האזרחיים. בתי דין אלה אינם בעלי מעמד סטטוטורי עצמאי, אלא הם פועלים כבוררים – וסמכותם נשאבת מן המנדט שמעניקים להם הצדדים למחלוקת. ריבוי הזרמים הדתיים הביא לכך שכל אחד מבתי הדין מיישם פרקטיקה משפטית והלכתית שונה. מישלוב, אשר במסגרת תפקידה כמנהלת הקליניקה לסיוע אזרחי על פי המשפט העברי באוניברסיטת בר-אילן הופיעה רבות בפני בתי דין אלה, מתארת ומדגימה במאמרה את האתגרים הניצבים בפני מתדיינים בני קהילות דתיות שונות כתוצאה מהפלורליזם המשפטי החדש שנוצר. היא מצביעה על כך שבמקרים שבהם המתדיינים אינם משתייכים לאותו זרם דתי, נוצרות לעיתים קרובות התנגשויות דתיות ותרבותיות במהלך ההליך המשפטי, הפוגעות ביכולתם לעמוד על זכויותיהם. נוסף על המאמרים שיוחדו לנושא המשפט והתרבות, מובאים בכרך ארבעה מאמרים העוסקים ביחסים המורכבים שבין משפט לחברה.

מאמרו של אלון חספר, "שופטי מערכת: עלייתה של הבריוקרטיה השיפוטית ומשמעויותיה" בוחן את תופעת "שופטי המערכת": לרוב אלה הן עורכות דין אשר עובדות במסגרות השפיטה משלב מוקדם בקריירה שלהן, עוד טרם מינוין לשופטות מן המניין, כעוזרות משפטיות וכרשמות. המאמר בוחן את היקפו ההולך ומתרחב של מסלול קריירה זה, מאפייניו, הגורמים המרכזיים בעיצובו, ומשמעויותיו. בהתבסס על מחקר אמפירי ראשון מסוגו, המאמר מצביע על שני גורמים שהביאו להתרחבות מינוין של שופטות בעלות הכשרה מקצועית מסוג זה: מעבר של מערכת השפיטה לתפיסה שעל פיה תכלית מערכת השפיטה היא ניהול סכסוכים, חלף תכליות אחרות, והפרויקט של "שיפוט כמקצוע". המאמר מתייחס גם לשתיים מן ההשלכות של תהליך זה – קיבוע מוסדי של תפיסת "ניהול סכסוכים", וכן פתח כניסה למערכת עבור קבוצות אשר היו מודרות ממנה בעבר.

במאמרן "חוק טובות לנפגעי עבירה" – על חוקתיות החסינות לפגיעה שלטונית בנפגעי עבירה,<sup>8</sup> פרופ' מיכל טמיר וד"ר דנה פוגץ' עומדות על כך שאף על פי שחוק זכויות נפגעי עבירה<sup>8</sup> נועד לשפר את מעמד נפגעי העבירה, ס' 21 לחוק, הקובע כי אי-קיומן של הוראות החוק לא יהווה עילה לתביעה נגד רשות או עובד רשות, מרוקן מתוכן את הזכויות המנויות בחוק. סעיף זה מביא לכך שההגנות החשובות המוענקות בחוק הופכות לאות מתה, ונפגעי העבירה נותרים ללא מענה אל מול הפרת זכויותיהם. המאמר מוסיף וטוען כי סעיף 21 לחוק אינו חוקתי שכן הוא פוגע בזכויות חוקתיות שונות ובהן הזכות לכבוד, הזכות לשוויון, זכות הקניין וזכות הגישה לערכאות באופן בלתי מידתי.

עו"ד קרן צפרייר מהקליניקה לזכויות זקנים וניצולי שואה באוניברסיטת בראון, מעלה אף היא סוגיה הקשורה לנפגעי עבירה, ומתמקדת ביחס המוענק לנפגעי עבירה בני הגיל השלישי. מאמרה "זקנים נפגעי עבירה בהליך הפלילי" מבקש להכיר בזקנים נפגעי עבירה כקטגוריה נפרדת בעולם נפגעי העבירה. המאמר מנתח את המאפיינים הייחודיים לזקנים נפגעי עבירה, הן מבחינת סוג העבירות והן מבחינת תגובותיהם לאותן העבירות. נוסף על כך, המאמר מבקר את היחס של גורמים ממסדיים, משפטיים וחברתיים שונים כלפי זקנים נפגעי עבירה, החוטא בגילנות ובחוסר הבנה של צורכיהם הייחודיים. מאמרה של עו"ד יעל הבסיאהרונני "עורכי דין המייצגים שורדי שואה ושכר טרחתם – מפגש של מאבקים בין שורדי שואה, עורכי דין והמדינה" צולל אל עולמם של עורכי הדין המייצגים את ניצולי השואה מול הרשות לזכויות ניצולי השואה, במסגרת ההליכים להכרה בזכאותם לתגמולים בגין מאורעות השואה. עורכי דין אלה הביאו להישגים משפטיים משמעותיים עבור ניצולי השואה, אך בה בעת נמתחה עליהם ביקורת בשל התנהלותם וגובה שכר הטרחה שגבו. ואכן, בשורה של מקרים, שכרם של עורכי דין אלה הוגבל על ידי הרשות לזכויות ניצולי השואה, באופן, שלטענת המאמר, עשוי לפגוע בתמריציהם לייצג ניצולי שואה. המאמר מציג את הדילמה ובוחר לעומק את המקרה של יוצאי עיראק שניהלו הליך משפטי להכרה בהם כזכאים לתגמולים, אך ההליך נקטע בעקבות החלטה מינהלית המכירה בזכאותם באופן רוחבי. קבוצת התובעים קיבלה את שייחלה לו, אך באי כוחם – אשר שכרם היה כרוך בתוצאות ההליך המשפטי – לא זכו לתמורה כלשהי עבור הייצוג. המאמר קורא להכרה בשכר המגיע לעורכי הדין בשל תרומתם לקידום זכאותם של קבוצת התובעים, תרומה אשר הביאה לקבלת החלטה המינהלית, וזאת במטרה להבטיח שעורכי דין ימשיכו לייצג ניצולי שואה ולקדם את זכויותיהם. את הכרך חותם מאמרו של **עצמון ליפשיץ** "האם הגיעה העת לשנות את כללי ההתארגנות הראשונית? מחשבות נוספות בראי הזמן". המאמר דן בהליך הנדרש לשם ההכרה בהתאגדות עובדים ראשונית כארגון יציג. הפרוצדורה הקיימת מצריכה הסכמה של שליש מהעובדים בלבד לצורך התארגנות, והיא נותרה בעינה מאז חקיקת חוק הסכמים קיבוציים בשנות החמישים.<sup>9</sup> הליך זה, המצריך הסכמה של מיעוט העובדים בלבד, מעורר שאלות משמעותיות בשל אי-הלימתו עם ערכים דמוקרטיים. המאמר מנתח באופן השוואתי את דרישת השליש וטוען כי יש להתאימה לשינויים בחקיקה, בפסיקה ובטכנולוגיה שחלו בשישים השנים שחלפו מאז שנקבע ההליך. לבסוף, המאמר מבקש להציע מתכונת חלופית לאופן ההתארגנות הראשוני של העובדים אשר יאזן באופן מיטבי בין ערכים דמוקרטיים לבין זכות ההתאגדות.

אני מאחלת לכם ולכן קריאה מהנה ומעשירה.

**הערות**

1 Richard T. Ford, *Beyond "Difference": A Reluctant Critique of Legal Identity Politics*, in LEFT LEGALISM/LEFT CRITIQUE 38 (2002).

2 דנקן קנדי "חינוך משפטי כהכשרה להיררכיה" מעשי משפט ט (1) 17 (2017).

3 ג'נט האלי "מבוא: נא להכיר: פמיניזם משילוחי" מעשי משפט ט (2) 11 (2018).

4 ראו צויג מיכל "כור ההיתוך – בין הלכה למעשה" ישראלים: כתב עת רב-תחומי לחקר ישראל 55-19 (2007).

5 אריה קיזל "האתגרים הפילוסופיים והחינוכיים של הנרטיב המזרחי החדש בישראל: היבטים ביקורתיים" INTERNATIONAL JOURNAL OF JEWISH EDUCATION RESEARCH 5-6 א-כב (2013).

6 ניסים מזרחי "מעבר לגן ולג'ונגל' על גבולותיו החברתיים של שיח זכויות-האדם בישראל" מעשי משפט ד 51 (2011).

7 בג"ץ 8638/03 סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא (1) 259 (2006).

8 חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ס"ח 1782.

9 חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, ס"ח 221.