

## מ"מהפכה חוקתית" ל"הפיכת נגד": ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי

דני גוטוויין

בניגוד לגישה הרווחת הרואה במאבקו של שר המשפטים דניאל פרידמן בסמכויות בית המשפט העליון ונשיאתו "הפיכת נגד", הבאה לסכל את הישגי "המהפכה החוקתית" שהנהיג הנשיא לשעבר ברק, מציע המאמר לראות בכך מהלכים משלימים של התאמת מערכת המשפט לשלבים שונים של משטר ההפרטה הישראלי. הטענה העיקרית של המאמר היא כי "המהפכה החוקתית" התאימה את מערכת המשפט להנחותיו של "השלב המגזרי" של משטר ההפרטה בשנות השמונים והתשעים, ואילו "הפיכת הנגד" מתאימה אותו ל"שלב האוליגרכי", זה של "שלטון ההון" המתחולל מאז ראשית המאה ה-21.

### א

בשנת 1992 הכריז שופט בית המשפט העליון דאז, אהרון ברק, כי בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק התחוללה בישראל "מהפכה חוקתית".<sup>1</sup> מהפכה זו הכפיפה את הכנסת לביקורתו של בית המשפט במסגרת האקטיביזם השיפוטי, שהרחיב במהלך שנות השמונים את הביקורת השיפוטית על פעולות הממשלה. בשנת 2007 החל שר המשפטים דניאל פרידמן מהלך להגבלת כוחה של הרשות השופטת ולהגדלת תלותה במערכת הפוליטית – מהלך ששיאו הוא ההצעה לאסור על בג"ץ לדון בנושאים מדיניים, ביטחוניים ותקציביים.<sup>2</sup> בתגובה למהלך זה קבעה שופטת בית המשפט העליון בדימוס דליה דורנר כי "מתרחשת אצלנו הפיכה חוקתית שבמסגרתה הממשלה משתלטת על הרשות השופטת".<sup>3</sup>

ההסברים הרווחים – המשלבים מחלוקות עקרוניות, מאבקי כוח מוסדיים ויריבויות אישיות – תולים את העימות בין חסידי "המהפכה החוקתית" לבין חסידי "הפיכת הנגד" בניגודי השקפות בשאלת יחסי הכוחות הרצויים בין בית המשפט לבין הכנסת והממשלה, ובאופן רחב יותר – בשאלת מבנה המשטר הראוי בישראל. ואולם, יותר משהסברים אלו מבארים את טענות הצדדים הם חוזרים עליהן, חזרה הבאה במקום דיון ביקורתי בהקשרים הפוליטיים, החברתיים והכלכליים המחוללים את העימות והמקנה להם מראית עין של פרשנות. הסיבה להתקבלות בלתי ביקורתית זו נעוצה, בין השאר, בכך שהסברים אלו מותאמים להגיון התחרות הנתפס בעיני הישראלים נתיני כלכלת השוק כמצב טבעי ומובן מאליה, המייתר את הצורך לבחון את פרטי המאבקים

מ"מהפכה חוקתית" ל"הפיכת נגד": ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי | דני גוטווין

המתנהלים בין בעלי העניין השונים. ואולם, כפי שמלמד מאמר זה, בחינת פרטי המאבק המתנהל בין "המהפכה החוקתית" לבין "הפיכת הנגד" מראה שהיגיון זה הוא היגיון כוזב ומערער את יסודות ההסברים הנגזרים ממנו.

מי שהחל ב"הפיכת הנגד" כנגד בית המשפט היה שר המשפטים לשעבר חיים רמון.<sup>4</sup> לאחר שנאלץ רמון לפרוש מתפקידו בעקבות הרשעתו בפלילים, כל המועמדים להחליפו ששקל ראש הממשלה אהוד אולמרט היו מבין המחזיקים בתפיסות המזינות את "הפיכת הנגד", והבולטים שבהם היו אמנון רובינשטיין, אוריאל רייכמן ופרידמן, שמונה לבסוף לתפקיד.<sup>5</sup> עולה שבפועל "הפיכת הנגד" המשפטית היא אחד מקווי היסוד, הבלתי מוצהרים, של ממשלת אולמרט, והיא מתבארת מתוך מכלול מדיניותה הנאו-ליברלית של הממשלה, יותר מאשר מתוך הדיון במחלוקות המשפטיות העקרוניות או במאבקי הכוח האישיים שבאמצעותם היא נחשפת לעיני הציבור.

כשלעצמה "הפיכת הנגד" היא מהלך מעורר תמיהה. כעשור לאחר שאהרן ברק הכריז על "המהפכה החוקתית" כבר נראו סימנים ברורים לכך שהיא והאקטיביזם השיפוטי, מצויים שניהם בנסיגה.<sup>6</sup> דומה שבית המשפט העליון הכיר בכך, שהעיונות המתמשך עם הכנסת והממשלה מערער את מעמדו הציבורי,<sup>7</sup> והמיר את האקטיביזם בריסון כבר הרבה לפני "הפיכת הנגד": שופטיו אמנם הוסיפו לבצר את סמכותו העקרונית של בג"ץ כלפי הכנסת והממשלה להלכה, אך נמנעו מלהפעיל אותה למעשה, וכפל לשון זה ערער את עמדתו המוסרית של בג"ץ כשם שחשף את חוסר האונים הגובר שלו. "הפיכת הנגד" הסתערה אפוא על צלליה של "המהפכה החוקתית", וזו דוללה בידי מחולליה לכדי עיקרון מופשט; היא כוונה כנגד מהפכה בדעיכה שקעקועה אינו מצריך את העוצמות הפוליטיות המופעלות נגדה ואינו מסביר את השימוש בהן. מכאן שהדיון באיזון הראוי בין רשויות השלטון, המזין את ההסברים המוצעים למאבק בין חסידי "המהפכה החוקתית" למחוללי "הפיכת הנגד", אינו מעיד בהכרח על סיבות המאבק שעליהן, כך נראה, ניתן ללמוד יותר מתוך ההקשר הפוליטי-חברתי – החוץ-משפטי – העומד ביסודו.

את "הפיכת הנגד" מובילה אותה קבוצה פוליטית ששני עשורים קודם לכן העניקה את העורף הציבורי ל"מהפכה החוקתית". הרצף בין "המהפכה החוקתית" ל"הפיכת הנגד" מתגלה ברמותו של אחד האישים הבולטים המזוהה עם שתיהן, אמנון רובינשטיין. בריאיון שנערך עמו בשנת 2007 הוא מתואר כמי ש"מילא תפקיד מרכזי בהובלתה של "המהפכה החוקתית" של אהרון ברק; הוא "היה מזוהה עם בית המשפט העליון ועם תפיסותיו הרעיוניות" במשך שנים רבות, אך בשנים האחרונות "תהליך ההתרחקות" שלו "ממפלגת בית המשפט העליון הלך והתעצם".<sup>8</sup> ואכן, כפרופסור למשפטים היה רובינשטיין ממניחי היסודות התאורטיים ל"מהפכה החוקתית", וכחבר כנסת הוא עמד מאחורי הליכי החקיקה שאפשרו אותה,<sup>9</sup> אך הוא גם ניצב בחזית "הפיכת הנגד", היה מדובריה הבולטים ומראשי תומכיו של פרידמן.<sup>10</sup>

ברומה לרובינשטיין, גם רבים ממובילי "הפיכת הנגד" עברו מתמיכה ב"מהפכה החוקתית" וקידומה למאבק בה. פרידמן ורייכמן היו שותפיו לדרך של רובינשטיין, תחילה במפלגת "שינוי", שהייתה בין מחוללי מהפך 1977 שהעלה את הימין לשלטון, ובהמשך הם היו מראשי "חוקה לישראל", תנועה שהעניקה ל"מהפכה החוקתית" עורף ציבורי.<sup>11</sup> האות הראשון להתגלגלותה של "המהפכה החוקתית" ל"הפיכת הנגד" התגלה בעמדות שביטא אחד ממחוללי "המהפכה החוקתית", אוריאל ליין. בשנת 1992, בתפקידו כיו"ר ועדת חוק, חוקה ומשפט, היה ליין שותף לחקיקת חוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק,<sup>12</sup> אך בשנת 2003, בתפקידו כיו"ר איגוד לשכות המסחר וכבעליה של חברת כוח אדם, הוא תבע לבטל את בית הדין לעבודה משום

שפסקיותיו נטו לדעתו לטובת העובדים.<sup>13</sup> בכך חשף לין לראשונה בבירור את ההיגיון שעמד להנחות את "הפיכת הנגד": שימוש בפוליטיקה כדי לשחוק את העוצמה שהקנתה "המהפכה החוקתית" לבתי המשפט. את המסלול המוביל מן "המהפכה החוקתית" ל"הפיכת הנגד" ניתן אפוא לתאר כשינוי היחס אל הפוליטיקה: מן הקריאה להטלת פיקוח של המשפט על הפוליטיקה לשימוש בפוליטיקה להגבלת המשפט.

הזיקה שבין שיקוליו העסקיים של לין לבין עמדותיו החוקתיות מדגישה קו משותף נוסף המאפיין את מחוללי "המהפכה החוקתית" שהפכו למובילי "הפיכת הנגד": תמיכתם במדיניות נאו-ליברלית שבמרכזה ההפרטה. אוריאל רייכמן, למשל, הושפע בעת לימודיו באוניברסיטת שיקגו מתורתו הכלכלית של מילטון פרידמן, וממנה הוא הסיק כי "שווייוניות הנאכפת בעזרת מוסדות מרכזיים היא אנטייתזה של הרעיונות המקובלים בארצות המערב". מסקנה זו לבשה ביטוי מעשי "במאבקים שניהל רייכמן לשבירת מונופולים, לדוגמה המונופול של המועצה להשכלה גבוהה, ובעצם גם המאבק הגדול מכולם על חוקה לישראל".<sup>14</sup> ואמנם, על הצעת החוקה שניסחו רייכמן ושותפיו ל"חוקה לישראל" שורה "תפיסת עולם ליברלית אינדיבידואליסטית שיונתק את שורשיה מן המודל האמריקני".<sup>15</sup> תפיסה זו הנחתה גם את פעילותו של אמנון רובינשטיין: כחבר כנסת הוא היה הגורם המרכזי בהפקעת הזכויות החברתיות מחוקי היסוד;<sup>16</sup> כשר התקשורת פעל להפרטת שירותי התקשורת;<sup>17</sup> וכשר חינוך הוביל את מדיניות הפרטת החינוך הגבוה באמצעות הקמת המכללות.<sup>18</sup> ובדומה, גם פרידמן רואה את אחד מהישגיו בתפקיד שנטל בהפרטת החינוך הגבוה כדיקן של מכללה למשפטים.<sup>19</sup>

התמיכה הנמשכת במדיניות ההפרטה בקרב הקבוצה הפוליטית שהובילה את "המהפכה החוקתית" ומובילה את "הפיכת הנגד" עשויה להעיד שבניגוד למראית העין הרווחת, יותר מש"הפיכת הנגד" היא ניגודה של "המהפכה החוקתית", היא המשכה והתאמתה לנסיבות הכלכליות והחברתיות המשתנות. להלן יטען כי "המהפכה החוקתית" ו"הפיכת הנגד" אינן אלא שני שלבים מובחנים בהתפתחות משטר ההפרטה הישראלי: "המהפכה החוקתית" סיגלה את מערכת המשפט לדרישותיו של "השלב המגזרי" ושימשה אמצעי לפירוק מדינת הרווחה, ואילו "הפיכת הנגד" מסגלת את מערכת המשפט להנחותו של "השלב האוליגרכי" ומשמשת אמצעי לביסוס "שלטון ההון". מכאן שלמרות העוצמות הרטוריות הנלוות אליו, המאבק בין "המהפכה החוקתית" לבין "הפיכת הנגד" הוא, במובנים רבים, מאבק בין חלופות כוזבות החותרות אל אותה מטרה: ייצובו של משטר ההפרטה. בה בעת המאבק ביניהן מטשטש את החלופה לשתייהן, זו של מערכת משפט המחויבת לצדק חלוקתי כחלק ממדינת רווחה.

## ב

מאז מהפך 1977 שהעלה את הימין לשלטון משנה משטר ההפרטה את דמות הכלכלה, החברה, המשפט והתרבות בישראל ומעצב אותם מחדש בהתאם לחזון הנאו-ליברלי.<sup>20</sup> משטר ההפרטה פירק את מדינת הרווחה והפך את שירותיה מזכויות אזרחיות לסחורות נרכשות; הגדיל בהתמדה את אי-השוויון הכלכלי ושחק את הביטחון החברתי; וריכז את השליטה במשק בידי קבוצה צרה והולכת של בעלי הון. ההפרטה הייתה אחד מן היעדים הראשיים של מדיניות הימין, אשר מתוך היגיון פוליטי דומה לזה של התאצ'ריזם, השתמש בה כאמצעי לשינוי יחסי הכוחות בחברה הישראלית ולערעור ההגמוניה של תנועת העבודה, שהייתה מבוססת על שליטה ממלכתית וציבורית במשק ובשירותים החברתיים.

מ"מהפכה חוקתית" ל"הפיכת נגד": ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי | דני גוטווין

משטר ההפרטה הישראלי התגבש מתוך התמודדות עם שני קשיים מבניים: היעדר הון פרטי בנפח הדרוש לרכישת המשק הציבורי והשירותים החברתיים; והפגיעה הצפויה של פירוק מדינת הרווחה במעמדות הנמוכים, שהיו בסיס התמיכה של הימין. כדי לאפשר את ההפרטה למרות חולשת ההון הפרטי וכדי למתן את פגיעתה בשכבות החלשות יצר הימין מנגנון ייחודי, שהיה הדפוס המארגן של משטר ההפרטה הישראלי: המגזור (הסקטוריאליזציה). מדיניות ההפרטה לדלה את מדינת הרווחה והאיצה את הפיכת השירותים החברתיים מזכויות לסחורות שהשכבות החלשות, ובהמשך גם מעמדות הביניים, התקשו לרכוש אותן. כדי להתמודד עם קושי זה התארגנו קבוצות מתוכם למגורים ועשו שימוש בכוחם הפוליטי כדי להשיג את השירותים שלא עלה בידם לרכוש בשוק. מגזרים אלו – השכונות, ש"ס, החרדים, המתנחלים, הרוסים, הערבים, ובהמשך גם "שינוי" – החליפו את מדינת הרווחה כמנגנון לאספקת שירותים חברתיים, וכך לא רק שאפשרו את פירוקה ההדרגתי ואת הפרטתה, אלא גם הבטיחו את בסיס הכוח הפוליטי לכך.<sup>21</sup>

המגזור היה הגילוי המובהק של כפל הפנים המתעתע שבו היה טבוע מהלך ההפרטה הישראלי: הוא סייע לפורר את הוויסות הממלכתי של הכלכלה ושל החברה שעמד בבסיס מדיניותה של תנועת העבודה, אך טשטש את מטרתו – העברתו לשליטת ההון – וניכס את ערכיה ואת רוחה של מדינת הרווחה כדי לשלול את הסדריה ומנגנוניה. ערפול זה איפשר למגזור לשמש בעת ובעונה אחת גם כאמצעי לפירוק מדינת הרווחה וגם כאמצעי התגוננות, כוזב, של ציבורים שנפגעו מהפרטת שירותיה. הבידול הקבוצתי שהבנה המגזור היה, למראית עין, המשך של הסולידריות החברתית שעמדה ביסוד מדינת הרווחה, אך בפועל הוא היה ניגודה ופעל לערעור עקרונות הצדק החלוקתי והכלליות האזרחית שעמדו בבסיסה.

בד בבד סייע המגזור גם לערעור יסודותיה הרעיוניים של מדינת הרווחה. הקהילתיות המגזרית הוצגה כשחרור מן הדיכוי של מדינת הרווחה ומנגנוניה, וכך העניק המגזור בסיס מוסרי למתקפה של ההון על הוויסות הממלכתי. הפוסט-ציונות, כאידאולוגיית-העל של מהפכת ההפרטה הישראלית, התקדמה למרכז השיח הציבורי תוך מתן ביטוי לביקורתם של מגזרים שונים על עוולותיה – הממשיות אך גם המדומיינות – של ההגמוניה השוקעת של תנועת העבודה.<sup>22</sup> פוליטיקת הזהויות, שהציגה את הרבת-תרבותיות כחלופה לממלכתיות שהייתה המסגרת הרעיונית של מדינת הרווחה, קיבלה אף היא את צידוקה מתהליך המגזור.<sup>23</sup> את מקום מדינת הרווחה כמגדירתה של הכלליות הישראלית ירשה היריבות הבין-מגזרית, על גילוייה המפלגתיים וייצוגיה התרבותיים, וככל שיריבות זו חזרפה כך היא האיצה את המגזור. תהליך פירוקה של מדינת הרווחה היה אפוא גם תהליך היווצרותה של קואליציה של מגזרים יריבים שמיסדה את שלטון הימין.

לביסוס שלטונו של הימין תרמה גם העובדה שהשמאל – כמייצג מעמדות הביניים החילוניים שהיו הציר של מדינת הרווחה – אימץ אף הוא את הנחותיו של משטר ההפרטה. ככל שהסתבר למעמדות הביניים כי אבדן השלטון לימין ב-1977 לא היה 'תאונה', אלא ביטוי לתמורות עומק חברתיות שהעבירו את ההגמוניה לקואליציית המגזרים של הימין, כן הם אימצו את ההפרטה כאסטרטגיית התגוננות מפני שחיקת מעמדם. ההפרטה נועדה להקטין את כוחה של הפוליטיקה – משמע, של הימין ושל המגזרים – על ידי העברת ויסות הכלכלה והחברה מידי הממשלה לידי כוחות השוק, החברה האזרחית והממסדים המקצועיים, שבהם הוסיפו, בינתיים, מעמדות הביניים לשמור על כוחם.<sup>24</sup> ככל שמעמדות הביניים והשמאל אימצו את ההפרטה כאסטרטגיית התגוננות, כן הם הפכו שותפים לימין בביקורת על מדינת הרווחה, אך כדי לבדל עצמם מן הימין הם תקפו את המגזור. כחלופה למדינת הרווחה ולמגזור באמצעות הפוליטיקה הציע השמאל את הסחרת

השירותים החברתיים, אם דרך השוק ואם באמצעות ארגוני החברה האזרחית, הממומנים ברובם בידי ההון ונשלטים על ידיו במישרין או בעקיפין.<sup>25</sup> אף שמבחינה רעיונית המגזור והמסחור משרתים סדרי יום מנוגדים, הניגוד ביניהם הוא כוזב, שכן שניהם אינם אלא פנים שונות של מדיניות ההפרטה ופירוק מדינת הרווחה. יתר על כן, כחלק ממשטר ההפרטה, מטרתו של המסחור היא להעצים את יתרונותיהם היחסיים של מעמדות הביניים, משמע למגזרם, ולפיכך המסחור אינו ניגודו של המגזור אלא רק אחד מגילוייו. מראית העין של הניגוד בין המגזור למסחור היא תולדה של הבלטת הפן התרבותי-עדתי של משטר ההפרטה והצנעת היסוד הכלכלי-מעמדי שחישל אותו. בפועל, הניגוד בין המגזור למסחור הוא השתקפותו של השוני הכלכלי, החברתי והתרבותי בין היסודות החברתיים שתמכו בהם: במגזור תמכו בעיקר המעמדות הנמוכים, הציבור הדתי והימין, ואילו במסחור תמכו בעיקר מעמדות הביניים, הציבור החילוני והשמאל.

משטר ההפרטה הפך להגמוני ככל שהוא זכה בתמיכתן של השכבות החברתיות המהוות את גרעיני התמיכה של הימין והשמאל. ואכן, פירוק מדינת הרווחה נעשה מתוך שיתוף פעולה בין הימין לשמאל כאשר ההפרטה היא המכנה המשותף הכלכלי-חברתי העומד ביסוד משטר ממשלות האחדות הלאומית, והמגדיר את קווי המתאר של הפוליטיקה הישראלית מאז שנות השמונים. המכנה המשותף הזה גבר על המחלוקות המדיניות ועל היריבויות הפוליטיות.

אולם בהדרגה גילו חלקים ממעמדות הביניים כי הם הופכים לקרבנותיה של ההפרטה: רמת חייהם, שהייתה מותנית בשירותים האוניברסליים שהעניקה מדינת הרווחה, הלכה ונשחקה ככל שהללו הפכו מזכויות לסחורות. מעמדות הביניים התמודדו עם קושי זה באותו אופן שבו התמודדו עמו המעמדות הנמוכים לפנייהם: הם התמגזרו כדי להשיג באופן פוליטי את מה שלא יכלו להשיג באמצעות השוק. הבסיס הרעיוני להתמגזרותו של המעמד הבינוני – שאחד מביטוייו המובהקים היה הגלגול המאוחר של מפלגת "שינוי" – היה פרדוקסלי: שלילת המגזור והמאבק בגילוייו מתוך אימוץ הנחותיו. המלל האנטי-מגזרי שהלך והקצין תוך כדי מאבק במגזרים האחרים שימש לכינונו של המעמד הבינוני עצמו כמגזר נוסף. יתר על כן, במהלך התמגזרותם הפכו מעמדות הביניים את הערכים המאפיינים את הכלליות הישראלית, שהם היו מנושאה המובהקים – שירות צבאי בסדיר ובמילואים, עבודה ותשלום מסים ועליונות מערכת המשפט – לדגלי מאבקם במגזרים האחרים. ערכים אלו הפכו אפוא מכלליים למגזריים, דבר שתרם לאבדן ההדרגתי של הסמכות שלהם וסייע לקידום מהפכת ההפרטה. "המהפכה החוקתית" הייתה אחת מן הדרכים שבהן מיגזר עצמו המעמד הבינוני – או "הציבור הנאור", בלשונו של אהרן ברק – והפך את בית המשפט מאחד מגילויי הכלליות של הממלכתיות הישראלית למבטא האינטרסים החלקיים שלו במסגרת כינונו ועיצובו של משטר ההפרטה.

## ג

"המהפכה החוקתית" והאקטיביזם השיפוטי שהוביל אהרון ברק היו אופן סיגולה של מערכת המשפט להנחותיו של "השלב המגזרי" של מהפכת ההפרטה. במאמר שהוקדש לפרישתו של ברק מנשיאות בית המשפט העליון כתב שלמה כהן, ראש לשכת עורכי הדין דאז, כי בשנות כהונתו של ברק בעליון הפך "המשפט הישראלי לחישוק איתן המאפשר קיום משותף בין הפלגים השונים של החברה הישראלית הרב-גונית והמשוועת". ואולם, בסתירה לקביעה זו ציין כהן גם כי בית המשפט בראשות ברק הואשם ב"אימפריאליזם שיפוטי", ב"פוטש" ובהיותו "פוסט-ציוני", היינו

מ"מהפכה חוקתית" ל"הפיכת נגד": ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי | דני גוטווין

בכך שהוא חתר תחת קיום משותף זה וערער אותו.<sup>26</sup> דבריו של כהן חושפים את פרדוקס "החישוק והפירוק" המאפיין את "מהפכת האקטיביזם": הצגת בית המשפט כאתר המשמר את כלליותה של החברה הישראלית המפולגת מכאן, אך גם כאחד מסוכני השיסוע שהאיצו את פירוקה מכאן; כגורם שנחלץ למלא את הריק השלטוני שיצרו מחדלי הכנסת והממשלה מכאן, אך גם כמי ששיבש את האיזון בין רשויות השלטון מכאן. הדיון הציבורי והאקדמי בפרדוקס "החישוק והפירוק" מזין את המחלוקת השלטת בהערכת תפקודו של בית המשפט, אלא שמקורותיו של פרדוקס זה מצויים פחות בפרשנויות המשפטיות המוצעות לו ויותר בהקשרים החברתיים המחוללים אותו.

פרדוקס "החישוק והפירוק" אינו ייחודי לבית המשפט; הוא אחת מהנחותיו של משטר ההפרטה בכלל, וככזה הוא מתגלה גם בפעולתם של גורמי שלטון אחרים. הוויכוח בעניין תפקודו של בג"ץ נשמע כהדר של המחלוקת על דרכי פעולתו של משרד האוצר, למשל: כשם שבית המשפט מבקש לכפוף את הכנסת לפרשנותו, כך מבקש האוצר לכפוף את הכנסת לתכתיביו: חוק ההסדרים, כמו האקטיביזם השיפוטי, מפקיע את כוחה של הפוליטיקה ומעביר אותו לידי גורמים לא נבחרים – פקידים ושופטים; פקידי האוצר, כמו שופטי העליון, מוצגים על ידי תומכיהם כמומחים המגנים אלו על היעילות הכלכלית ואלו על זכויות האדם מפני הפוליטיקאים. מבקריהם טוענים מנגד כי האוצר עוקף את הפוליטיקה מתוך אידאולוגיה נאו-ליברלית וכזרוע של "שלטון ההון", בעוד שבית המשפט עושה זאת בשם ערכיו הליברליים של "הציבור הנאור".

ואולם, בניגוד לרושם שיוצר הוויכוח הציבורי, בית המשפט לא הפקיע את כוחה של הפוליטיקה. להפך, ב"מהפכת האקטיביזם" סיגל עצמו בית המשפט לפוליטיקה של המגזור כשלב ראשון בכינון משטר ההפרטה הישראלי, והסתגלות זו מספקת הסבר לפרדוקס "החישוק והפירוק" המאפיין את מהפכת האקטיביזם. בית המשפט אכן החליש את מעמד הפוליטיקה, אלא שלא היה בכך "אימפריאליזם שיפוטי" או "פוטש", כטענת מבקריו, שכן החלשת הפוליטיקה ביחס להון היא, על פי הגישה הנאו-ליברלית, אחד מיעדיו של משטר ההפרטה,<sup>27</sup> ובית המשפט רק הפך עצמו לאחד מכליו. בית המשפט גם לא היה נחוץ כחישוק לבלימת שיסועה של החברה הישראלית, שכן שיסוע זה היה כאמור מנגנון הבנייתה של החברה המופרטת, והמשטר הנאו-ליברלי של "האחדות הלאומית" סיפק את החישוק למגזורים היריבים, שהעימות ביניהם הגדיר את גבולות החברה הישראלית החדשה.

ככל שבית המשפט מיגזר עצמו והפך למייצגו של "הציבור הנאור", הוא הפך מטרה להתקפות קשות מצד מגזורים אחרים, ובייחוד החרדים והמתנחלים. אולם כביטוי של ההיגיון המגזרי היו מאבקים אלו במידה רבה מאבקים רק למראית עין, שכן הגידול בכוחו של בג"ץ והמאבק בו התגלה כאינטרס הדדי של שני הצדדים, שבנו באופן זה את כוחם הציבורי כחלק מכינון משטר המגזור. הגיונה של "מהפכת האקטיביזם" כחלק מן ההסתגלות למשטר המגזור מסביר את מקור העוצמה שרכש בית המשפט, ומדוע לא זו בלבד שהכנסת והממשלה לא ריסנו אותו, אלא הן אף שיתפו עמו פעולה וחזקו אותו באמצעות חוקי היסוד של 1992. יתר על כן, במסגרת מגזורה של החברה הישראלית מילא בית המשפט תפקיד כפול: הוא פעל כמייצג האינטרסים של "הציבור הנאור" במאבקו במגזורים אחרים, ובה בעת הוא פעל כבורר בין המגזורים. ככל תפקידים זה, כך נראה, היה המקור לחלק מעוצמתו של בית המשפט. עולה אפוא שהעימות בין המשפט לפוליטיקה היה עימות כוזב; בית המשפט לא פעל נגד הממשלה ונגד הכנסת, אלא להפך: הוא סייע להן לקדם את מדיניות ההפרטה.

פסיקתו הכלכלית והחברתית של בית המשפט מצביעה בבירור על זיקתה של "המהפכה החוקתית" למשטר ההפרטה. לצד המחלוקת בשאלה איך יש להגדיר פסיקה זו – "ליברטריאנית", "נאו-ליברלית" או "ליברלית"<sup>28</sup> – מצביעים חוקרים על "הנטייה האנטי-חלוקתית" המאפיינת את "המהפכה החוקתית"<sup>29</sup>. זו באה לידי ביטוי באקטיביזם שנקט בית המשפט בהבטחת האינטרסים של בעלי ההון ופעולת השוק החופשי, לעומת הפאסיביזם שהוא גילה בהבטחת הזכויות החברתיות והצדק החלוקתי ובהגנה על היסודות החלשים שבחברה.<sup>30</sup> לברק היה תפקיד מרכזי בעשיית "המהפכה החוקתית" לזרוע של מהפכת ההפרטה ולמגן האינטרסים המגזריים של "הציבור הנאור", ופסיקתו וכתובתו האקדמית שיקפה את הניגוד בין האקטיביזם הליברלי לפאסיביזם החברתי. רות בן-ישראל מציינת כי ברק התגלה כ"אביר זכויות האדם בתחום האזרחי והפוליטי", אך הוא "לא כלל במסגרת תפיסות היסוד של הציבור הנאור בישראל ... אף לא אחת מזכויות האדם החברתיות", וכך "הציב אותן במקום נחות ביחס לזכויות האדם האחרות".<sup>31</sup> על עולם הערכים המנחה את ברק עשויה ללמד העובדה שבד בבד עם הדרת הזכויות החברתיות הוא השתמש בזכויות החוקתיות שנועדו להבטחת כבוד האדם כדי להגן דווקא על זכויות הקניין של תאגידים עסקיים.<sup>32</sup> במבט כולל ניתן לומר שבכתובתו ובפסיקתו הרחיב ברק את זכויות ההון, צמצם את אלו של העבודה והגביל את יכולתה של המדינה להתערב בפעולות השוק,<sup>33</sup> באופן שאינו יכול להתפרש אלא כמדיניות המכוונת לעיקור הנחותיה של מדינת הרווחה.

ההטיה המגזרית של שיקולי בית המשפט נחשפת בבירור דווקא באותם מקרים מעטים שבהם הוא הכיר בזכויות חברתיות. יובל אלבשן קובע כי "שני פסקי הדין המרכזיים שנתנו בתחום הזכויות החברתיות, פרשת גמזו ופרשת חלמיש, היו מקרים שבהם נדון עניינם של מי שמקובל לכנות 'מלח הארץ', אנשים המשתייכים תרבותית לקבוצתם של השופטים". לדבריו, "האפליה בפועל" שנקט בית המשפט באה לידי ביטוי בכך שאת "מה שבית-המשפט העליון מוכן לעשות במקרים של גמזו וחלמיש" הוא נמנע מלעשות כאשר מדובר במי שמשתייכים לקבוצות החלשות שבחברה.<sup>34</sup> הדאגה לזכויות החברתיות שבאה לידי ביטוי ב"אפליה בפועל" של "המשתייכים לקבוצתם של השופטים" עומדת בניגוד לגישתו הנאו-ליברלית של בית המשפט, ולפיכך היא מרגישה את השיקול המעמדי-מגזרי המנחה אותו.

בתי משפט הפועלים בחברות מפולגות, מסביר מנחם מאוטנר, יכולים לבחור בין "פורמליזם נוקשה", ולהופיע כניטרלים כלפי המאבקים הערכיים המפלגים את החברה, לבין תמיכה באחד הערכים ולהתייבב לצד "החוגים המזדהים עמו" כמאבקם בערכים יריבים.<sup>35</sup> בישראל, מדגיש מאוטנר, בחר בית המשפט בדרך השנייה: הוא נטל חלק במאבק הבין-מגזרי באמצעות "מהפכת האקטיביזם", שעיקרה הוא "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים".<sup>36</sup> בחירתו של בית המשפט ב"ערכים", בחירה שחשפה אותו ל"סכנה של אובדן הלגיטימיות",<sup>37</sup> הייתה אופן הסתגלותו להגיון המגזור, בחזקתו כשלב הראשון של משטר ההפרטה. בית המשפט התנער מן ה"פורמליזם" לא בשל תוכנו – שכן כאמור הוא יכול לשרת הן את משטר הרווחה והן את משטר ההפרטה – אלא בשל עברו. הפורמליזם המשפטי נזנח משום שהיה אחד מגילוייו של משטר מדינת הרווחה, שפירוק יסודותיו הכלכליים והחברתיים ומבניו הפוליטיים והתרבותיים היה אחד ממטרותיו של משטר ההפרטה. יתר על כן, בעוד שה"פורמליזם" מתנגש עם הנחותיו של המגזור, המאבק בין "ערכים" יריבים הוא אחת מתכונותיו העיקריות, שכן כאמור המגזורים נתכוננו ורכשו כוח מתוך העצמת הניגוד הערכי ביניהם. בחירתו של בית המשפט ב"ערכים", כאחד מגילוייה של "מהפכת

מ"מהפכה חוקתית" ל"הפיכת נגד": ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי | דני גוטווין

האקטיביזם", הייתה אפוא ביטוי לבחירתו להתמגזר ולהשתלב במשטר ההפרטה, מהלך שהקנה לו מעמד והשפעה אך גם חשף אותו לביקורת ולאיבה, וכך היה למקור כוחו וחולשתו כאחד.

## ד

הביטוי הברור ביותר לאופי המגזרי של "מהפכת האקטיביזם" היה הזיהוי שיצר ברק בין ערכיו של בית המשפט לבין אלו של "הציבור הנאור". הביוגרפית שלו מציינת כי "כאשר הותקף על השימוש בצמד המילים 'הציבור הנאור', הודיע שלא ידרש עוד למונח, למרות ששופטים ותיקים כמו אלפרד ויתקון ומשה לנדוי עשו זאת לפניו ואיש לא הליץ עליהם".<sup>38</sup> ואולם, בניגוד לכוונתו של ברק, היאחזותו בכנף פסקיהם של ויתקון ולנדוי מדגישה דווקא את היפוך המשמעויות שהוא חולל במושג: התוכן המגזרי שהקנה ברק למושג "הציבור הנאור" הוא ניגודה של התפיסה שעמדה בבסיס עמדתם של ויתקון ולנדוי.

במאמר הנושא את השם "הציבור הנאור"<sup>39</sup> קובע ברק כי מושג זה אינו מכוון לציבור מסוים – חילוני, דתי, יהודי או לא-יהודי – אלא הוא משקף "את המורכבות והפלורליזם של החברה הישראלית המודרנית". "הציבור הנאור", לשיטתו של ברק, הוא האנשה של "תפישות וערכי יסוד" העומדים בבסיס "הקונצנזוס החברתי" ו"שיטת המשפט" בישראל.<sup>40</sup> כ"פרסוניפיקציה של שיקולים נורמטיביים", מדגיש ברק, "הציבור הנאור" הוא מטאפורה הדומה למטאפורה בדבר "האדם הסביר", ו"הציבור הנאור" הוא רק "מקרה ספציפי" של "הציבור הסביר".<sup>41</sup> ברק דן ארוכות במנגנון הברירה החברתי והשיפוטי המקנה "הכרה והסכמה חברתית" לערכים המוגדרים על ידי "הציבור הנאור".<sup>42</sup> לדבריו, "חברה עשויה לשנות את ערכיה" ועל השופט לתת ביטוי לשינויים, אך זאת רק בעקבות "בחינה קפדנית" ולאחר ש"ישתכנע כי הערכים החדשים ... ניצחו במאבק הרעיוני", וכי אין הם רק ביטוי ל"רוחות השעה".<sup>43</sup> הערכים ש"צריכים להצטרף לערכי היסוד של השיטה בדרך שיפוטית" הם "רק אותם ערכים שעברו את כור ההיתוך של ההכרה החברתית", וככאלו הם הופכים להיות לערכיו של "הציבור הנאור".<sup>44</sup>

ברק מציע אפוא גרסה גולמית כלשהי של מושג ההגמוניה שהציע אנטוניו גראמשי<sup>45</sup> תוך שכפול כשלו התאורטיים,<sup>46</sup> ובאמצעותה הוא מקנה למושג "הציבור הנאור" מראית עין של התגלמות הסכמה חברתית חוצת מגזרים. ואולם, בד בבד הוא מוהל את המטאפורה של "הציבור הנאור" במשמעות מנוגדת, ההופכת לחלוטין את תוכנו של המושג ומקנה לו תוכן של מגזר מובחן בעל אינטרסים ייחודיים. כך הופך "הציבור הנאור" ממטאפורה ל"קונצנזוס חברתי" להגדרה של ציבור ממשי, שהוא "חלק מכלל הציבור" ו"שונה ... מכלל הציבור".<sup>47</sup> ברק משתמש אפוא במושג "הציבור הנאור" ככפל משמעויות: כביטוי מטאפורי לערכים מוסכמים על החברה, מצד אחד, וכהגדרה של מגזר קונקרטי בעל אינטרסים חלקיים, מצד אחר.

בפסקי הדין שלהם משנת 1962<sup>48</sup> אפיינו ויתקון ולנדוי את "הציבור הנאור" בדרך אחרת: לשיטתם מדובר ב"חלק המשכיל והמתקדם" שבציבור, כהגדרתו של ויתקון,<sup>49</sup> אותו "ציבור שערכיו הם אוניברסליים ושהוא חלק ממשפחת העמים הנאורים" בלשונו של לנדוי.<sup>50</sup> המשמעות שהקנו ויתקון ולנדוי למושג "הציבור הנאור" היא זו של ציבור המחזיק בערכי המודרניזם המשתקפים משפטית כפורמליזם ומגולמים בממלכתיות ובמדינת הרווחה, שבהתאם ל"פרדוקס הנאורות" תובעים הכרה כמגדירי "ההסכמה החברתית".

ברק נדרש לפסקי דין אלו כדי לאפיין את "הציבור הנאור" במשמעות השנייה, כמגזר. משמע, ברק נזקק לסמכותם של ויתקון ושל לנדוי כדי לטשטש את כפל המשמעות שבו הוא טוען את



מושג "הציבור הנאור" וכדי לכסות על הסתירה בין המטאפורי לקונקרטי המונחת ביסוד ניתוחו. אלא שלמרות מראית העין האנליטית, מתגלה השימוש המטאפורי לכאורה שעושה ברק במושג "הציבור הנאור" כלא יותר ממסווה תקין פוליטית המאפשר לבית המשפט לכוון את פסיקתו על פי ערכיו של "ציבור נאור" קונקרטי, או, במילים אחרות, של מגזר החותר להשליט את ערכיו על החברה מתוך מאבק במגזרים אחרים ובלי לחשוף את ערכיו לתהליך הברירה של "כור ההיתוך של ההכרה החברתית".

היאחזותו של ברק בהגדרות "הציבור הנאור" של ויתקון ושל לנדוי עומדת בסתירה לתהליך הברירה, "כור ההיתוך של ההכרה החברתית", המחולל לדבריו את הערכים המוגדרים על ידי המטפורה של "הציבור הנאור". הוא מתעלם מן השינוי שהתחולל בערכיה של החברה הישראלית בשלושת העשורים שחלפו מאז, בעיקר בעקבות ירידת ההגמוניה של מדינת הרווחה והממלכתיות ועליית ההגמוניה של משטר ההפרטה והמגזר, שהפכו את "הציבור הנאור" מנושא ערכיה של הממלכתיות הישראלית למגזר הנאבק כנגדה. היצמדותו של ברק להגדרות של ויתקון ושל לנדוי מדגישה כי, בניגוד לדבריו, השימוש שהוא עושה במושג "הציבור הנאור" הוא בעל תוכן ממשי – זה של מושג המתאר את המעמד הבינוני החילוני המקצועי ואת ערכיו, וזאת מתוך עקיפתו ומחיקתו של השינוי שחל בו בעקבות הפיכתו מציר ההגמוניה למגזר המסמן את פירוקה. סתירה דומה מאפיינת כזכור את דפוס התמגזרותו של המעמד הבינוני בכלל – כפי שבאה לידי ביטוי בולט בערכיה של "שינוי" – המציב את הכלליות הישראלית כבסיס למגזרו. עולה שהסתירה החוזרת בניתוח שמציע ברק למושג "הציבור הנאור" אינה אלא השתקפות של הסתירה המגדירה את תהליך התמגזרותו של מעמד הביניים. ואכן, "מהפכת האקטיביזם" שירתה את האסטרטגיה המגזרית של מעמדות הביניים כחלק מהשתלבותם במשטר ההפרטה.<sup>51</sup> בית המשפט החיל על "הציבור הנאור" את כל אותם יסודות – מכנה משותף תרבותי משולב בכוח פוליטי – שניכרו גם במגזרים האחרים ובכך סיפק לו סביבה בעלת ערכים דומים, ששימרה בידה כוח שלטוני.

## ה

השימוש המגזרי שעושה ברק במושג "הציבור הנאור" הוא צדו השני ופיתוחו של מושג אחר, שאותו טבע כיועץ משפטי לממשלה ב-1976 במהלך חקירתו של אשר ידלין, אחד מבכירי שלטון תנועת העבודה דאז – "מבחן בוזגלו". מושג זה חדר לשיח הציבורי כמטאפורה לשוויון בפני החוק בשיאו של מאבק שניהלו חלקים מן "הציבור הנאור" כנגד המדיניות של הרחבת מדינת הרווחה שקידמה ממשלת רבין הראשונה, בין השאר במענה לתביעות "הפנתרים השחורים".<sup>52</sup> מדינת הרווחה הייתה הסולם לעליית החברתית של "הציבור הנאור", וחלקים ממנו חששו כי הרחבת שירותיה לבני "עדות המזרח" תפגע ביתרון המעמדי היחסי שלהם. הם החלו אפוא לראות במדינת הרווחה איום, חתרו לדילדולה ושינו בהתאם את העדפותיהם הפוליטיות – באמצעות הקמת מפלגות "שינוי" ו"ר"ש" – שינוי שהיה בין הגורמים למהפך 1977. העוינות המעמדית למדינת הרווחה הייתה עתידה להתגבש למדיניות ההפרטה והמגזר רק לאחר המהפך, אולם כדי להפיץ את בשורתה בקרב הציבור שטרם הכיר את עולם המושגים הנאו-ליברלי המתהווה, נוסח חזון העתיד המופרט באמצעות ערכיה של ההגמוניה שמתוכה יצא "הציבור הנאור". כך הססמה "מאבק בשחיתות" כוונה למעשה כנגד האופי הציבורי של מנגנוני מדינת הרווחה, ואילו המגזר תואר באמצעות השיח העדתי, שכוון כנגד האוניברסליות של שירותיה. התביעה לשוויון בפני החוק כאמצעי להפרת השוויון החברתי הייתה עתידה להפוך לאתוס שניווט את העברת

מ"מהפכה חוקתית" ל"הפיכת נגד": ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי | דני גוטווין

התמיכה של חלקים של "הציבור הנאור" ממדינת הרווחה למשטר ההפרטה, והסתירה הגלומה בה – המתגלה גם בפרדוקס "החישוק והפירוק" – היא הגיונו של "מבחן בוזגלו".  
 רבע מאה לאחר מכן יצטער ברק על השימוש שעשה בשם "בוזגלו". עתה, מסבירה הביוגרפית שלו, הוא "מודע להשלכות העדתיות של השם". לדבריה, הוא "חושש שמא אישמו אותו בגזענות, מאחר שבחר בשם שמאפיין את בני עדות המזרח כדי לתאר את האדם הפשוט. כאשר הוא מסביר את הפרשה ההיא, הוא מקפיד לומר, מבחן בוזגלו או מבחן רבינוביץ, איך שרוצים".<sup>53</sup> ואולם, נראה שבסיסו של תירוץ זה הוא רעוע. "מבחן בוזגלו" לא היה הפעם הראשונה שברק עשה שימוש מטאפורי בשם "בוזגלו" בזיקה לפרשת ידלין. באחד הדיונים הפנימיים במהלך החקירה הוא אמר כי כדי לשמור על חשאיותה, "אני מציע שלא נשתמש בשמו של ידלין בדיון, אלא נקרא לו בשם בוזגלו, כדי שלא נרגיש אי נוחיות כאשר אנו עוסקים בחשדות בפלילים".<sup>54</sup> מכאן שבניגוד לגרסתו המאוחרת שלפיה "בוזגלו" שימש כשם קיבוצי ל"אדם הפשוט", הרי שבהתבטאותו המוקדמת השתמש ברק ב"בוזגלו" כשם קיבוצי לחשודים בפלילים באופן המעלה את האפשרות שהוא ייחס תוכן זה למונח "מבחן בוזגלו" מלכתחילה.

ההסבר התקין פוליטית שהציע ברק בדיעבד ל"מבחן בוזגלו" משכפל את הסתירה שהתגלתה בהגדרתו את "הציבור הנאור": "בוזגלו" אינו תיאור של "האדם הפשוט", כשם ש"הציבור הנאור" אינו "הציבור הסביר". אם, כטענת ברק, "הציבור הנאור" הוא "פרסוניפיקציה" של הערכים המנחים את בית המשפט, אזי "בוזגלו" הוא "מטאפורה" לציבור המובאים לפניו לדין. ברם כהגדרה של "האדם הפשוט", "בוזגלו" הוא ניגוד של "גב" כהן ו"מר ישראלי": הם מגדירים את כלל החברה, הוא מכוון לציבור מובחן. לפיכך "בוזגלו" אינו מתאר את "האדם הפשוט", אלא את "הציבור החשוד". המשוואה "דין ידלין כדין בוזגלו" שיצר ברק – שבה "בוזגלו" מתפקד כשם נרדף לחשוד – רוכשת את תקפותה רק מתוך חוסר השוויון המתקיים בין אבריה: "ידלין" הוא שם של יחיד הנחשד בפועל בפלילים; "בוזגלו" כפי ברק הוא שם המחשיד בעיקרון כל יחיד המשתייך לקבוצה המוגדרת על ידי שם קיבוצי זה.

פסיקותיו של בית המשפט שהעדיפו את זכויות הקניין על פני הזכויות החברתיות, הפכו את ההצהרה בזכות השוויון המשפטי הגלומה לכאורה ב"מבחן בוזגלו" ללא יותר מאשר היתממות חסודה. הבטחת השוויון המשפטי בין ידלין לבין "בוזגלו" מותנית בהגדלת השוויון הכלכלי והחברתי בין "הציבור הפשוט" ל"ציבור הנאור" באמצעות ביטול המגזרים אל תוך מדינת הרווחה. בתרומתו להשלטת משטר ההפרטה, בשם ערכיו של "הציבור הנאור", פעל למעשה בית המשפט להגדלת אי-השוויון החברתי וכך הוא הגדיל את אי-השוויון המשפטי שאליו מופקר "הציבור הפשוט".<sup>55</sup> ומכאן שהגיון המגזור שביטא ברק באמצעות "מבחן בוזגלו" חותר נגד השוויון המשפטי שאותו הוא התיימר להבטיח. הרצף המושגי – לצד הניגוד שבתוכן – המתקיים בין "מבחן בוזגלו" לבין "הציבור הנאור" חושף אפוא לא רק את התפיסה המגזרית של ברק את החברה הישראלית, אלא גם את התפקיד המגזרי שהוא מייעד למערכת המשפט כזרוע ביצוע של "הציבור הנאור" במאבקו במגזרים יריבים.

## ן

הביקורת הרווחת טוענת כי "האימפריאליזם השיפוטי"<sup>56</sup> שכונן ברק באמצעות "מהפכת האקטיביזם" הפקיע את סמכויות הכנסת והממשלה והחליש את הפוליטיקה. אלא שבהמשך לעימות הכוזב שבין המשפט לפוליטיקה, ביקורת זו מתייחסת לאידאולוגיה המשפטית שדרכה

מנמקת "מהפכת האקטיביזם" את מהלכיה ולא למדיניות הנאו-ליברלית – החותרת במוצהר להחלשת הפוליטיקה – המניעה אותה. ואמנם, באמצעות "מהפכת האקטיביזם" סייע ברק לפוליטיקה למגזר את המשפט כחלק מכינון משטר ההפרטה.

ברק עצמו החל את כוונתו בבית המשפט העליון דווקא בטשטוש הגבולות שבין משפט לפוליטיקה: בשנת 1978, זמן קצר לאחר שמונה לשופט עליון, נענה ברק לפנייתם של משה דיין ומנחם בגין – שיחסיו עם, בניגוד ליחסיו עם יצחק רבין, היו חמים במיוחד<sup>57</sup> – ולאחר שקיבל את אישור נשיא בית המשפט העליון, השתתף במשלחת ישראל לשיחות השלום עם מצרים. זאת, הגם שבכך לא רק שפרץ בכירור את חיץ הפרדת הרשויות, המהותי לדמוקרטיה הליברלית, אלא אף הכשיר את הכפפת המשפט לפוליטיקה.

"מהפכת האקטיביזם" שהוביל ברק ושבאמצעותה החליש בית המשפט את הפוליטיקה, פעלה למעשה בשירותה של אותה פוליטיקה ומתוך היענות להנחותיה של מדיניות ההפרטה שבה תמכו כל ממשלות ישראל מאז שנת 1977. בחירתו של בית המשפט להתעמת עם הכנסת ועם הממשלה, שנעשתה בהתאם לכללי המשחק המגזריים, השתלבה אפוא היטב בהיגיון המארגן של משטר ההפרטה הישראלי כקואליציה של מגזרים יריבים. עולה שבניגוד למראית העין האידאולוגית, בהחלישו את הפוליטיקה בית המשפט נענה דווקא להנחותיה. לאור זאת דומה כי יש להעביר את מוקד הדיון ב"מהפכת האקטיביזם" מן העימות הכוזב בין המשפט לפוליטיקה אל האופן שבו הם שיתפו פעולה בהחלשת הפוליטיקה כחלק מכינון משטר ההפרטה והמגזור.

הרחבת הביקורת השיפוטית בחסות הקביעה כי "הכול שפיט" מבטאת את ההיגיון הנאו-ליברלי – החדשני כלפי הפוליטיקה – של "מהפכת האקטיביזם". קסמה של סממת "הכול שפיט" נבע מכך שהיא הולמת את ההיגיון הקפיטליסטי של "הכול סחיר" והופכת את המשפט לבן דמותו של הממון כמווה האוניברסלי: כשם שהשוק נותן לכאורה סיכוי שווה לכל יחיד, כך המשפט יוצר אשליה של מתן סיכוי שווה לכל אזרח לא רק להגן על זכויותיו מפני השלטון, אלא גם לבקר את מעשיו. זאת כמובן מתוך התעלמות מכך שסיכוי זה, שבא לידי ביטוי בהרחבת זכות העמידה, הוא תלוי מעמד כלכלי.<sup>58</sup> הססמה "הכול שפיט" מרחיבה את המסחור המעשי והסימבולי של כל תחומי החיים, וככזו היא ניגודו של הוויסות החברתי העומד ביסוד מדינת הרווחה.

ואולם, בעודה מכוננת את האובייקטיביות הכוזבת דמות הממון של "הכול שפיט", חתרה "מהפכת האקטיביזם" תחת אשליה זו באמצעות "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים", שלא היה אלא השתקפות הפוסט-מודרניזם במערכת המשפט: ככל שביט המשפט נטש את ה"פורמליזם" ואימץ את ה"ערכים", כך הוא הפך לצפוי פחות ולשרירותי יותר; המשפט הפך מאמצעי לקביעת כללים לאמצעי להפרתם. מהלך זה אמנם עורר עניין תאורטי ואקדמי, אך הוא כרסם במעמדו של בית המשפט, שהפך מזירה לפתרון סכסוכים למקור לא-יודאות משפטית.<sup>59</sup> אי-יודאות זו דחקה את המתדיינים, בעיקר את בעלי האמצעים שבהם, לבוררות שאינן אלא צורה של הפרטת ההליך המשפטי הפוגעת בשוויון בין בעלי הדין ומעצימה את אי-הוודאות.

מן ההיגיון ש"הכול שפיט" נבע גם ש"כולם עותרים". באמצעות הרחבת זכות העמידה – שהיא אחד מיסודותיה של "מהפכת האקטיביזם" – איפשר בית המשפט יצירת זירה חלופית לפוליטיקה, ואפשרות זו נוצלה בעיקר בידי ארגוני "המגזר השלישי" שקיבלו במה כ"עותרים ציבוריים". ארגוני "המגזר השלישי" – שרבים מהם ממומנים בידי קרנות המצויות בשליטת ההון – הם אחד הגילויים הבולטים של מהפכת ההפרטה. בעוד שאלו מהם שסיפקו שירותים, דוגמת בתי התמחוי, סייעו לתהליך שחיקת אחריותה של המדינה לשירותים החברתיים, הארגונים לסנגור

מ"מהפכה חוקתית" ל"הפיכת נגד": ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי | דני גוטווין

ולשינוי חברתי – "הארגונים החברתיים" במינוח הרווח – העבירו את המאבק החברתי, שרודד לכדי מחאה חברתית, מן הפוליטיקה אל בית המשפט.<sup>60</sup> הארגונים החברתיים ניצלו את הרחבת זכות העמידה ועתרו כנגד שורה של עוולות חברתיות ושלטוניות. עד מהרה החליפה העתירה לבג"ץ את המאבק הפוליטי. ההתדיינות המשפטית אמנם הפכה למוקד של עניין תקשורתי ודיון ציבורי ויצרה הד למחאה החברתית, אך כאמצעי לתיקון היא התגלתה על פי רוב כאשליה. כהשתקפות של הטייתו הנאו-ליברלית נמנע כאמור בדרך כלל בית המשפט מלקדם את הזכויות החברתיות, וכך למעשה פעלו פסיקותיו לאשרור העוול שכנגדו הוגשה העתירה.

"מהפכת האקטיביזם" אמנם העצימה את הארגונים החברתיים, אך גם חשפה את חדלונם; זירת המאבק הכוזבת שייצר בג"ץ ניתקה את המאבק החברתי מן הפוליטיקה – שהיא השדה הממשי שבו ניתן לנהל מאבק לשינוי המדיניות – וכך החלישה גם אותה. מראית העין הלעומתית שייצרה "מהפכת האקטיביזם" כלפי השלטון הסיטה את המאבק החברתי מן הפוליטיקה וניתבה אותו לבית המשפט, שהתגלה כאמצעי לסיכול המאבק החברתי יותר מאשר ככלי לניהולו. כזרוע של משטר ההפרטה תרמה אפוא "מהפכת האקטיביזם" לאכזבה המצטברת מן הפוליטיקה, אכזבה שפילסה את הדרך להחלפתם בידי הפילנתרופיה הישירה של ההון כחלק מהשתלטותו על החברה והשלטון.

"מהפכת האקטיביזם" מתנהלת אפוא מתוך פרדוקס החוזר ומשחזר את עצמו: היא מכוננת את סמכות בית המשפט ומערערת אותה כשם שהיא משרתת את הפוליטיקה וחותרת תחתיה. פרדוקס זה מתפרש מתוך ההיגיון הנאו-ליברלי המנחה את "מהפכת האקטיביזם" כאחד מהיבטיו של משטר ההפרטה: הוא מעצים את מעמדו של השוק ככלליות חלופית למשפט ולפוליטיקה ומשמש כמנגנון תמסורת להעברת כוח מן הממשל להון. עולה ש"מהפכת האקטיביזם" היא ההיגיון המשפטי של "שלב המגזור" של משטר ההפרטה, ואילו "הפיכת הנגד", היינו המאבק לביטולה, הוא ההיגיון המשפטי של "השלב האוליגרכי" שלו.

## ז

ככל שמשטר ההפרטה בישראל עבר מ"שלב המגזור" ל"שלב האוליגרכי", כן נשחק הבסיס הכלכלי והחברתי של "מהפכת האקטיביזם". המגזור היה כאמור רק פיגום שנועד להתגבר על היעדרו של הון פרטי שהיה ניתן להפריט לידי את המשק הציבורי ואת השירותים החברתיים. ואכן, ב"שלב המגזור" כונן משטר ההפרטה בישראל עלית הון שנבנתה מ"מכירת החיסול" של המשק הציבורי, ובעיקר הממלכתי וההסדרותי. ככל שההון הרחיב את שליטתו במשק ובחברה, כן גדל העניין שלו בפיקוח על פעולות הממשלה, והוא העמיק את מעורבותו בפוליטיקה. תהליך זה, המוכר במונח התקשורת "הון ושלטון", מסמן את המעבר של משטר ההפרטה מן "השלב המגזורי" ל"שלב האוליגרכי", שהתרחש בתקופת ממשלותיו של אריאל שרון.<sup>61</sup> האופי האוליגרכי שלבש משטר ההפרטה הציב את הפוליטיקה המגזורית במסלול התנגשות עם "שלטון ההון", וכוחה נשחק ככל שהיא התאימה את עצמה להנחותיו: ש"ס ה"מזרחית" איבדה מעוצמתה, "ישראל בעלייה" כמפלגה "רוסית" התבטלה לתוך הליכוד, "שינוי" כנציגת המעמד הבינוני התפרקה, ועוקר כוחו של מרכז הליכוד, שהיה לכה של קואליציית המגזרים של הימין. המעבר מן "השלב המגזורי" ל"שלב האוליגרכי" השתקף בכירור בתמורות שחלו במדיניותו של הנציג הבולט של "שלטון ההון", בנימין נתניהו: כראש ממשלה בשנים 1996-1999 הוא ביסס את שלטונו על השיסוי המגזורי; כשר אוצר בשנים

2003-2005 הוא שחק את כוחם של המגזרים והגדיל את עוצמתו של ההון; כיו"ר הליכוד הוא פעל בשנת 2005 לצמצום כוחו של מרכז הליכוד.

המעבר מן "השלב המגזרי" ל"שלב האוליגרכי" של משטר ההפרטה ערער את מעמדם של הממסדים המגזריים השונים, ובתוכם גם את זה של בית המשפט. כשלמשטר ההפרטה שוב לא היה צורך במתכונת המגזרית של "מרכז הליכוד", הפכו גם בג"ץ ו"מהפכת האקטיביזם" כממסדים מגזריים למיותרים מבחינת "שלטון ההון". בית המשפט האקטיביסטי היה נחוץ כאמצעי לשחיקת כוחה של מדינת הרווחה, אך ככל שההון הידק את שליטתו במדינה, שוב לא היה לו עניין בשחיקתה. להפך, הוא היה מעוניין להשתמש בכוחה כדי להמשיך ולהפריט את שיירי המשק הציבורי ואת השירותים החברתיים ולהיאבק בממסדים המגזריים, לבטלם או לבייתם. כמו ממסדים מגזריים אחרים שהפריעו להתאמת משטר ההפרטה ל"שלב האוליגרכי", גם בית המשפט נתפס בעיני נציגי ההון אם לא כאיום אזי כמטרד. כך למשל הביע אמנון רובינשטיין את החשש מפני הפעלת הסמכות העצומה שרכש לעצמו בית המשפט "בידי שופטים שאין להם בקרה עצמית",<sup>62</sup> משמע כאלו שיוסיפו לפעול מתוך ההיגיון המגזרי. ואכן, "הפיכת הנגד" שמוביל השר פרידמן מכוונת לקצץ בכוחו של בית המשפט ולביית אותו לחוקי המשחק של "השלב האוליגרכי" של משטר ההפרטה, כאמצעי להכפפת השלטון להון.

"הפיכת הנגד" חשפה את הסתירה הטבועה ב"מהפכה החוקתית" – כמו במגזור בכלל – ששוכפלה לניגוד עניינים בין יסודות שונים בתוך "הציבור הנאור": אלו מבני מעמד הביניים שהרוויחו מן ההזרמוניות שפתח בפניהם משטר ההפרטה פעלו לקידומה של "המהפכה החוקתית", ואילו מי מביניהם שנושלו על ידיו ראו בה אמצעי, כוזב, להתגוננות מפניו. ה"מרוויחים" חוללו את "המהפכה החוקתית" כדי להתאים את המשפט להנחותיו של "השלב המגזרי" של משטר ההפרטה. הם התנערו ממנה משהפכה למכשול בפני "השלב האוליגרכי", ופתחו ב"הפיכת הנגד" כדי לחזור ולסגל את המשפט לדרישותיו של "שלטון ההון". ה"מנושלים" הוסיפו לרבוך ב"מהפכה החוקתית" מתוך אשליה שהיא תסייע להם להתמודד עם "שלטון ההון" – שאליו הם התייחסו, בטעות, כעוד מגזר – כשם שהיא שירתה אותם במאבקם במגזרים האחרים. חששם של ה"מרוויחים" שמא העוצמה שהעניקה "המהפכה החוקתית" לבית המשפט תשמש את ה"מנושלים" כדי להתגונן מפני התאמת משטר ההפרטה לדרישות "השלב האוליגרכי" – באמצעות מאבק בשחיתות, למשל – עשה את "הפיכת הנגד" מצורך תפקודי של "שלטון ההון" להכרח פוליטי.

כשם שהתמיכה ב"מהפכה החוקתית" כיסתה על ניגוד עניינים בקרב יסודות שונים בתוך "הציבור הנאור", כך המאבק בין תומכי "הפיכת הנגד" לבין מתנגדיה מכסה על העניין המשותף שיש לשניהם בשימור משטר ההפרטה, כשהחלוקת ביניהם היא רק על דמותו ומנגנוניו. "המהפכה החוקתית" ו"הפיכת הנגד" הן אפוא חלופות כוזבות, שמראית העין של הניגוד שיוצר המאבק ביניהן מסייע לדחוק מן השיח הציבורי את הדיון בחלופה הממשית לשתיהן: מהלך חוקתי להרחבת הזכויות החברתיות כחלק מצמצומו וביטולו של משטר ההפרטה.

ואמנם, התייצבותו המאוחרת של אהרון ברק – כמייצג "מניית הזהב של הליברליזם הישראלי"<sup>63</sup> – בראש המאבק נגד "הפיכת הנגד"<sup>64</sup> מבטיחה כי הוא יתנהל על פי חוקי המשחק שקבע פרידמן,<sup>65</sup> וכי תוצאותיו לא יחרגו מקווי המתאר שתוחם הנאו-ליברליזם. יתר על כן, ההסכמה האסטרטגית שהתגלתה בעבר בין ברק לבין פרידמן – למשל בעניין מינויה של נילי כהן לבית המשפט העליון<sup>66</sup> – עשויה ללמד כי העימות שמנהלים השניים הוא למעשה משא

מ"מהפכה חוקתית" ל"הפיכת נגד": ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי | דני גוטוויין

ומתן על פשרה שתבטיח את האינטרסים של "הציבור הנאור" ב"שלטון ההון", שימשיך לסגל את מערכת המשפט לתמורות שעובר משטר ההפרטה הישראלי.

עולה שלא ניתן להיאבק ב"הפיכת הנגד" של פרידמן מתוך הנחותיה של "המהפכה החוקתית" של ברק. את המאבק להגנת עצמאותה של מערכת המשפט מול ההגמוניה הנאו-ליברלית ו"שלטון ההון" יש לנהל מתוך חתירה למשטר שהנחותיו מנוגדות למורשתו של ברק ולמדיניותו של פרידמן כאחד: משטר שבו החוק והמשפט מכוונים להבטיח שוויון אנושי וצדק חלוקתי באמצעות מיסודם במדינת רווחה, השומרת על חירותו של הפרט מפני שרירות השלטון כמו מפני עושק ההון.

## הערות

- 1 יואש מייזלר ויהי בימי שלוט השופטים: לביקורת התיאולוגיה החוקתית של הבונאפארטיזם השיפוטי (2007). 5
- 2 יובל יועז "פרידמן יוזם: בג"ץ לא יוכל לדון בנושאי ביטחון ותקציב" הארץ 16.11.2007.
- 3 יובל יועז "דורנר מזהירה: הרשות השופטת תאבד את עצמאותה" הארץ 23.8.2007.
- 4 יובל יועז "גומר הולך" הארץ 6.7.2006; יובל יועז "רמון סירב לבקשת ביניש להדיח מנהל בתי המשפט" הארץ 14.7.2006.
- 5 יובל יועז "פרידמן ימנה את בעז אוקון למנכ"ל משרד המשפטים" הארץ 9.2.2007.
- 6 מייזלר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 101-120; יובל יועז "טחנות בג"ץ טוחנות לאט" הארץ 12.10.2005.
- 7 למשל: אריה רטנר "רק 33% בוטחים במערכת המשפט" הארץ-The Marker 3.7.2007.
- 8 ארי שביט "מה קרה ליי? מה קרה לכם!" מוסף הארץ 16.2.2007.
- 9 מייזלר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 44, 46, 48-52, 58-59.
- 10 יובל יועז "עצומת הפרופסורים נגד פרידמן פורסמה; משפטים אחרים פירסמו עצומת תמיכה בו" הארץ 14.8.2007.
- 11 גיא בכור, חוקה לישראל: סיפורו של מאבק 11 (1996).
- 12 מייזלר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 37, 42.
- 13 חיים ביאור "למעסיקים נמאס מהעניין הזה שנקרא חוק" הארץ 7.7.2003.
- 14 בכור, לעיל ה"ש 11, בעמ' 19, 26, 90.
- 15 יובל אלבשן "הדרה והשתקה – על הזכויות החברתיות בחוקה הישראלית הנרקמת" חברה וכלכלה בישראל: מבט היסטורי ועכשווי כרך א' 380 (אבי בראלי, דניאל גוטוויין דניאל וטוביה פרילינג עורכים, 2005).
- 16 שם, עמ' 377-382.
- 17 שרי מקובר "אחריהם המבול: מדיניות שרי התקשורת" העין השביעית 33 6 (2001).
- 18 תמרה טראובמן "גם הסטודנטים במכללות הפרטיות דורשים מבג"ץ שהמדינה תסבסד את שכר הלימוד שלהם" הארץ, 25.1.2005.
- 19 אורית שוחט וזאב סגל "להציל את בג"ץ מעצמו" הארץ 17.8.2007.
- 20 דני גוטוויין "מהפכת ההפרטה והבניית הניגוד בין יהדות לדמוקרטיה בישראל" דברים ושברי דברים: על יהדותה של מדינה דמוקרטית 497 (אביעזר רביצקי וידידיה שטרן עורכים, 2007).
- 21 דני גוטוויין "הערות על היסודות המעמדיים של הכיבוש" תיאוריה וביקורת 24 203 (2004); דני גוטוויין "על כלכלה ודעה קדומה" תיאוריה וביקורת 26 286 (2005).
- 22 דני גוטוויין "פוסט-ציונות, מהפכת ההפרטה והשמאל החברתי" תשובה לעמית פוסט-ציוני 243 (טוביה פרילינג עורך, 2003).

- 23 דני גוטוויין "זהות נגד מעמד: רב תרבותיות כאידיאולוגיה ניאורליברלית" תיאוריה וביקורת 19 241 (2001).
- 24 דני גוטוויין "הדיאלקטיקה של כשל השוויון: השמאל הישראלי בין סוציאליזם-דמוקרטיה לניאורליברליזם" מקרוב 3 30 (2000).
- 25 גוטוויין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 534-536.
- 26 שלמה כהן "אהרון ברק" עורך הדין 63 9 (2006).
- 27 DAVID HARVEY, A BRIEF HISTORY OF NEOLIBERALISM 152-153, 202-204 (2005).
- 28 מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת (עתיד להתפרסם, 2008).
- 29 אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי" צדק חלוקתי בישראל 83 (מנחם מאוטנר עורך, 2001).
- 30 מאוטנר, לעיל ה"ש 28; והשוו יואב דותן "בית המשפט העליון כמגן זכויות חברתיות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, 69 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).
- 31 רות בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על חקיקת העבודה" שנתון משפט העבודה ד 31 (תשנ"ד).
- 32 עופר סיטבון "כבוד האדם של התאגיד" הארץ 25.10.2006.
- 33 גרוס, לעיל ה"ש 29, בעמ' 84-86; מאוטנר, לעיל ה"ש 28; עמרי ידלין "תום-הלב במשפט העבודה בישראל: מן הכלל אל הפרט" צדק חלוקתי בישראל 341 (מנחם מאוטנר עורך, 2001).
- 34 יובל אלבשן זרים במשפט – נגישות לצדק בישראל 56, 62-64 (2005); השוו דותן, לעיל ה"ש 30, בעמ' 108-109.
- 35 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 129-130 (1993).
- 36 שם, בעמ' 9-10; והשוו: רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 7 5 (1994).
- 37 מאוטנר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 130.
- 38 נעמי לויצקי כבודו: אהרון ברק – ביוגרפיה 39 (2001).
- 39 אהרון ברק "הציובור הנאור" ספר לנדוי 667 (אהרון ברק ואלנינער מזוז עורכים, 1995); וראו גם מאוטנר, לעיל ה"ש 28; שמיר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 13-20.
- 40 ברק, לעיל, בעמ' 686-687, 689.
- 41 שם, בעמ' 685.
- 42 שם, בעמ' 687.
- 43 שם, בעמ' 688.
- 44 שם, בעמ' עמ' 686-689.
- 45 על מושג ההגמוניה ראו: דני פילק פופוליוזם והגמוניה בישראל 23 (2006).
- 46 דני גוטוויין "מילכוד ההגמוניה" הארץ ספרים 26.7.2006.
- 47 ברק, לעיל ה"ש 39, בעמ' 688.
- 48 ויתקון: ע"א 337/62 ריונפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1009, 1026 (1963); לנדוי: ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, פ"ד יז 1319, 1335 (1963).
- 49 ברק, לעיל ה"ש 39, בעמ' 688.
- 50 שם, בעמ' 689.
- 51 מאוטנר, לעיל ה"ש 28.
- 52 דודי נתן המדיניות הכלכלית חברתית של ממשלת רבין, 1974-1977 (עבודת לקבלת תואר מ"א, החוג להיסטוריה של עם ישראל, אוניברסיטת חיפה, 2006).
- 53 לויצקי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 144.
- 54 ברוך לשם זיגל: הסיפור המלא של חקירות השחיתות 86 (1988).

- 55 אלבשן, לעיל ה"ש 34, בעמ' 128-164 (הפרק "מחסום הפאסיביזם המשפטי").
- 56 מייזלר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 15.
- 57 לויצקי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 199-212.
- 58 אלבשן, לעיל ה"ש 34, בעמ' 77-85 (הפרק "מכשולים כלכליים").
- 59 רון דרור "בית המשפט לא רשאי לכתוב חוזה במקום הצדדים" עורך הדין 55 49 (2005).
- 60 יובל אלבשן "אהרון ברק – בין משפט למחאה" ספר ברק (עתיד להתפרסם, 2008).
- 61 דני גוטוויין "תמורות במדיניות הכלכלית של הימין הישראלי 1977-2003: מהפרטה מלאימה להפרטה אוליגרכית" עבודה, חברה ומשפט 10 221 (2004).
- 62 אמנון רובינשטיין "מהפכן נעים לשון, אבל מהפכן" עורך הדין 63 50 (2006).
- 63 אילנה דיין "ליבה הפועם של האומה" הארץ 23.11.2007.
- 64 טובה צימוקי "נשיאה במבחן" ידיעות אחרונות 21.9.2007.
- 65 יובל יועז "ברק שב לזירה" הארץ 15.11.2007.
- 66 יובל יועז "למרות התנגדות ביניש: ברק שוקל לתמוך במינוי הפרופ' נילי כהן לעליון" הארץ 20.7.2006; יובל יועז "המפרק" הארץ 25.5.2007.