

המשפט כשדה במסגרת של כוח פוליטי: האם בתי משפט הם נשאי שינוי חברתי-פוליטי, ואם כן – כיצד?

מבוא

מטרתו המרכזית של מאמר זה היא לעסוק במשפט המדינה ולהתמקד בבתי המשפט של המדינה ובשינוי חברתי. במבוא אבהיר את היקף הדילמה שתידון במאמר – האם משפט המדינה ובפרט האם בתי המשפט של המדינה גורמים לשינוי חברתי? בחלקו הראשון של המאמר אסביר את הטיעון התאורטי בדבר "המרה תוספתית". בחלקו השני של המאמר אנתח את ההקשר הישראלי של דעיכת מוסתי קונפליקטים פוליטיים ואת משמעות התופעה בהקשר של משפט ושל ריבוד חברתי בישראל. חלקו השלישי של המאמר יוקדש להנהרת המגבלות הקשות של משפט המדינה כסוכן לשינוי חברתי, בין השאר בישראל. בחלקו הרביעי של המאמר אבהיר מדוע אף שמשפט המדינה מוגבל הוא אינו חסר ערך חברתי כסוכן לשינויים חברתיים תוספתיים (הדרגתיים) ומוגבלים. בחלקו החמישי של המאמר ובחלקו השישי אמקד את הדיון בשיפוט כאמצעי מוגבל לשינוי חברתי ואעמוד על הקשר שבין שיפוט לבין תנועות חברתיות. חלקו השביעי של המאמר יוקדש לטקסט המשפטי כמרכיב בדילמה הנדונה. בחלקו האחרון של המאמר אסביר מדוע יש למשפט ערך מכונן מוגבל אף על פי שהוא איננו מכונן בדרך כלל, ומדוע המשפט איננו אוטונומי אך כמרכיב בכוח פוליטי יש לו משמעות (אם כי חלקית מאוד) כסוכן לשינוי חברתי מוגבל ותוספתי.

הדילמה "האם המשפט חשוב להשגת שינוי חברתי?" היא עתיקת יומין ומקור לא אכזב לפילוסופיות ולתאוריות פוליטיות מגוונות. קיים מגוון רב של גישות העוסקות באפשרות של שינוי חברתי באמצעות המשפט: תורות משפט פוזיטיביסטיות, אנליטיות ותועלתניות, שמניחות כי הגדרה מדוקדקת של כללי פרשנות משפטית תקרב אותנו לוודאות משפטית וממילא לקדמה חברתית;¹ גישות ראליסטיות, פרגמטיסטיות וליברליות, שלפיהן זכויות פרט הן הכרחיות ומספיקות ליצירת שינוי חברתי באמצעות שיח חוקתי והתדייניות בבתי

* פרופסור מן המניין למדע המדינה, למשפטים וללימודים בין-לאומיים באוניברסיטת ושינגטון. אבקש להודות לפרופסור מנחם מאוטנר, לד"ר דפנה הקר, לד"ר נטע זיו ולקוראים החיצוניים של טיוטת המאמר על הערותיהם המועילות. עוד אבקש להודות לגברת דורית לזין, שריכזה את עבודת המערכת, ולחברי המערכת – במיוחד לנוי דור, לדפנה כהן ולמיכל לוקר-אשד. האחראיות על כל הכתוב מוטלת כולה עליי.

1 HERBERT L. A. HART, THE CONCEPT OF LAW 121–50 (11th ed. 1981); HANS KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE 391–446 (Anders Wedberg trans., 1945). ראו גם: Jules L. Coleman & Brian Leiter, *Legal Positivism*, in A COMPANION TO PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 241, 241–60 (Dennis Patterson ed., 1996).

משפט²; וגישות מרקסיסטיות, דה־קונסטרוקטיביסטיות ופוסט־מודרניסטיות של ביקורת חברתית, שלפיהן תועלתו של המשפט כתוצר בורגני קטנה בהרבה מן הנזק שהוא יכול לגרום עקב היותו משקף תפיסה שמרנית ומקדם של אינטרסים כלכליים פרטיקולריים.³ המחלוקת המרכזית הבאה לידי ביטוי בהשוואה בין גישות אלו כוללת שתי סוגיות חשובות.

ראשית, האם המשפט הוא קונסטיטוטיובי – מכונן תופעות, או שהוא בעיקרו רפלקטיבי – משקף תופעות? ככל שגישה מסוימת היא ביקורתית יותר כך היא מניחה שהמשפט משקף את הסטטוס קוו וכי הוא אינו אלא סוכן המסייע לשמור על סדר חברתי, סדר שמקורו ביחסי כוח שעוצבו על ידי דפוסי כוח חברתיים וכלכליים. לעומת זאת, ככל שגישה היא שמרנית יותר כך היא מניחה כי המשפט הוא גורם מכונן היכול לעצב ולאכוף סדר חברתי רצוי.

שנית, האם המשפט משרת במטרותיו (וממילא בתכניו ובדרכי אכיפתו) רק אינטרסים חברתיים־כלכליים ופוליטיים של קבוצות כוח בורגניות, ולכן הוא אינו מקדם שינוי חברתי – שסותר את מטרותיו? או שמא יכול המשפט ליהנות מעצמאות (חלקית לפחות) מגורמי כוח חברתיים־כלכליים ופוליטיים ולקדם שינוי חברתי שאפשר שהוא מנוגד לאינטרסים של קבוצות דומיננטיות בחברה? ככל שגישה תאורטית היא ביקורתית יותר כך היא מניחה כי המשפט תלוי מאוד בגורמי כוח חברתיים־כלכליים ופוליטיים של המעמד הבינוני והמעמד הגבוה; גישה ביקורתית מניחה עוד כי המשפט נהנה מעצמאות מוגבלת בלבד, כיוון שהוא גורם שמרני המשקף אינטרסים קיימים ואינו כוח המקדם שינויים חברתיים בניגוד לסטטוס קוו ובניגוד לאינטרסים של קבוצות שולטות.

א. דילמת השינוי החברתי

בשים לב למחלוקת שבין הגישות בקשר למשפט כפי שהוצגה לעיל בקליפת אגוז, אעסוק במאמר זה הן בשאלת רצונם של בתי המשפט ושל שופטי המדינה לגרום לשינויים חברתיים הן ביכולתם לעשות זאת. שינוי חברתי משמעותו רפורמה במרכיבי היסוד של הסטטוס קוו החברתי־פוליטי. כאמור, שינוי כזה מנוגד לקונסנזוס החברתי ולאינטרסים של קבוצות תרבותיות, חברתיות, כלכליות ופוליטיות השולטות בחברה נתונה.

נקודת המוצא במאמרי היא מחקרו של ג'רלד רוזנברג, שבו נבחנו חלק מפסקי הדין הבולטים ביותר של בית המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית.⁴ ממצאיו של רוזנברג העלו כי גם פסקי דין ליברליים בולטים ביותר לא גרמו באופן ישיר לשינויים חברתיים. למשל, בעניין בראון קבע בית המשפט בשנת 1954 כי מדיניות של הפרדה בין ילדים

2 Jeremy Waldron, *Rights and Needs: The Myth of Disjunction*, in LEGAL RIGHTS 87, 87–109 (Austin Sarat & Thomas R. Kearns eds., 1996)

3 MARRY ANN GLENDON, RIGHTS TALK 76–108 (1991); DUNCAN KENNEDY, A CRITIQUE OF ADJUDICATION (1997); PATRICIA J. WILLIAMS, THE ALCHEMY OF RACE AND RIGHTS (1991) לניתוח נרחב של גישות שונות ראו גד ברזילי "המלך אינו עירום – מדוע המשפט פוליטי" דין ודברים ד(1) 55, 79–55 (2008).

4 GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE 39–169 (2nd ed. 2008)

שחורים לילדים לבנים בהסעות ציבוריות לבתי ספר היא מדיניות מפלה ובלתי חוקתית.⁵ עם זאת, ואף שפסק הדין נחשב למהפכני מבחינה חוקתית, הוא לא גרם לשינוי חברתי משמעותי במדינות הדרום אפילו בחלוף עשור שנים מהינתנו. יתר על כן, רוזנברג הציג נתונים ברורים ואמינים לפיהם פסק הדין הוביל דווקא לחקיקתם של חוקים גזעניים במדינות הדרום, שמטרתם הייתה לסכל במפורש את פסק הדין ולהעמיק עוד יותר את ההפרדה על רקע גזע. על פי הממצאים ועל פי ניתוחו האמפירי המדוקדק של רוזנברג, שינוי בהפרדה על רקע גזע במדינות הדרום החל רק לאחר חקיקת החוק לזכויות האזרח.⁶ חוק זה אפשר להטיל סנקציות פדרליות על תקציביהן של מדינות שהמשיכו את מדיניות האפליה וההפרדה על רקע גזע. דוגמה נוספת היא עניין רו משנת 1973. בפסק דין זה נקבע כי הזכות לעבור הפלה מלאכותית היא זכות חוקתית. גם פסק דין זה לא הכריע בוויכוח הקשה שנסב בארצות הברית סביב סוגיה זו.⁷ יתר על כן, הוא אף העצים את המחלוקת בחברה האמריקנית בנוגע לזכותה של אישה לבצע הפלה. רוזנברג הראה בספרו כי בתגובה לפסק הדין התחזקה בארצות הברית המגמה לחוקק במדינות השונות חוקים להגבלת זכותה של האישה על גופה וזכותה לבצע הפלות.⁸ לפיכך, מסקנתו של רוזנברג בספרו הייתה כי בתי המשפט של המדינה אינם נוטים לגרום באופן מידי וישיר לשינויים חברתיים המנוגדים לסטטוס קוו הדומיננטי.

על אף חשיבותו, מחקרו של רוזנברג לוקה בשניים. ראשית, למרות מסקנותיו הביקורתיות זהו מחקר מנקודת מבט ליברלית, שאינה בוחנת את השפעתם של הקשרים חברתיים-כלכליים ופוליטיים של כוח על המשפט. שנית, רוזנברג אינו מייחס חשיבות לקשרי הגומלין בין פסיקה לבין חקיקה. הנה, למשל, אלמלא פסק הדין הבולט של בראון ספק רב אם היה נחקק חוק זכויות האזרח.

כיוונוני להציע כאן נקודת מבט שונה מזו של רוזנברג – הסתכלות תאורטית אחרת על השאלה אם המשפט חשוב להשגתו של שינוי חברתי. אני מכנה את גישתי "המרה תוספתית". במילים אחרות, במסגרת התפיסה הביקורתית אני משער כי המשפט "ממסגר" בעיות חברתיות ומגדיר אותן כבעיות חוקתיות, כביכול ממיר אותן. בכך המשפט משרת בעיקר אינטרסים של אליטות פוליטיות שמייצגות קבוצות כוח המעוניינות בעמעום משברים חברתיים. אליטות אלו מיוצגות בממשלה, בכנסת, במערכת המשפט, במנהל הציבורי ובקהילות דומיננטיות בחברה הישראלית, וניתן לזהותן באמצעות איתור שליטתן במוקדי כוח פוליטיים ובדרך כלל גם במוקדי כוח כלכליים. המרה תוספתית עשויה, בדרך כלל, לגרום לשיפורים במצב הקיים אך לא לשינויים חברתיים מקיפים. כאמצעי בידי אליטות פוליטיות כהגדרתן לעיל, מאפשר המשפט לפתור פלוגתאות וסכסוכים ממוקדים בפתרון נקודתי באמצעות מתן סעדים, אך הוא אינו עוקר בעיות חברתיות מן השורש. באומרי "המרה" כוונתי אינה רק לכך שהמשפט הופך בעיה חברתית יסודית וכללית לסוגיה משפטית ספציפית וצרה המנותקת פעמים רבות משורשיה החברתיים. כוונתי

5. Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)

6. Civil Rights Act 42 U.S.C. § 1971 (1964)

7. Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

8. ROSENBERG, לעיל ה"4

היא גם לכך שתהליך זה מבוצע במסגרת של כוח פוליטי; אליטות פוליטיות, כדוגמת ביורוקרטיה ממשלתית וממסד צבאי, ואליטות בשדה המשפט, כדוגמת שופטים, מנהלות אינטרקציות פוליטיות בדמות שיח מוסדי ואישי, שבמסגרתן יש למשפט עצמאות מסוימת אך מוגבלת מאוד; אותה עצמאות מוגבלת גורמת לכך שהמשפט מוגבל מאוד בשאיפותיו וביכולותיו להוביל שינוי חברתי בנושאי יסוד. בישראל יש לדילמה אם המשפט גורם לשינוי חברתי ולגישה בעניין ההמרה התוספתית משמעות מיוחדת, ששאלה עקרונית כרוכה בה: האם יש בכוחם של שיח הזכויות בכלל, ושל בתי המשפט של המדינה בפרט, לפתור בעיות חברתיות יסודיות? שאלה זו אינה תאורטית בלבד, אלא נוגעת בתהליכים מרתקים שהתחוללו בישראל.

ב. דעיכתם של מוסתי קונפליקטים ממוסדים וחץ-שיפוטיים

אי־השוויון החברתי בישראל, שהעמיק והלך בתחילת המאה העשרים ואחת,⁹ הגביר את ציפיותיהם של כמה משפטנים ופעילי ציבור כי בתי המשפט יסייעו, לכל הפחות, במציאתן של תרופות משפטיות אחדות לבעיותיהן החברתיות של שכבות מצוקה. החל משנות התשעים המוקדמות של המאה העשרים ועד לשנת 2008 גדל מספר העתירות לבג"ץ שעניינן בעיות חברתיות, הן בקרב יהודים הן בקרב ערבים-פלסטינים בישראל. בד בבד גברה מעורבות בתי המשפט בחיים הציבוריים בישראל.

במהלך השנים התחוללה עלייה משמעותית ביותר בפניות הציבור לבג"ץ ולבתי המשפט של המדינה בכלל. אם מתחילת שנות החמישים ועד תחילת שנות השבעים של המאה העשרים היה מספר העתירות לבג"ץ כ־200–380 עתירות בשנה, הרי בשנים שלאחר מכן היה מספר העתירות לבג"ץ כ־700 עתירות בשנה, ומאז תחילת שנות התשעים עלה מספר העתירות לבג"ץ לכ־2000 עתירות בשנה. כפי שהראיתי במחקר מפורט, לא ניתן להסביר גידול זה במספר העתירות לבג"ץ רק על רקע של גידול דמוגרפי או של שליטתה של ישראל בשטחים שנכבשו במלחמת 1967.¹⁰ הגידול בהתדיינות המשפטית בישראל בולט בכל הערכאות, לרבות בבתי משפט השלום והמחוזי. כפי שהראיתי במחקרי, כיום כמעט כל אזרח שישי במדינת ישראל מנהל התדיינות משפטית באחד מבתי המשפט של המדינה.¹¹ כפי שאראה בהמשך, מעורבות שיפוטית אינה מעידה בהכרח על שינוי חברתי;

9 על פי מדד ג'יני, מדד של שוויוניות בהתפלגות הכנסות, גדל אי־השוויון החברתי בישראל מ־0.32 בשנות השבעים של המאה העשרים ל־0.39 בתחילת המאה העשרים ואחת (2007). זהו גידול של כ־22 אחוזים באי־השוויון החברתי בישראל מאז שנות השבעים של המאה העשרים. לטבלת השוואה בין ישראל לבין מדינות אחרות, ראו: www.idi.org.il/ComparativeDemocratic/Pages/Comparative_Democratic_Data_Gini_index_table.aspx.

10 Gad Barzilai, *The Ambivalent Language of Lawyers in Israel: Liberal Politics, Economic Liberalism, Silence and Dissent*, in *FIGHTING FOR POLITICAL FREEDOM* 247, 247–80 (Malcolm Feeley, Terence C. Halliday & Lucien Karpik eds., 2007); Gad Barzilai, *COMMUNITIES AND LAW* 78–90 (2003).

11 Barzilai, לעיל ה"ש 10.

הגידול במספר העתירות לבג"ץ ובהתדיינות המשפטית אינו מעיד כלל על כך שדווקא ההתדיינות ופסקי הדין הם שגרמו לשינוי חברתי.

קביעתי זו מחייבת להבהיר את ההקשר הפוליטי של הדברים. בישראל התרחש תהליך היסטורי של מעבר מדומיננטיות של מפלגות, בשנים 1948–1974, לדומיננטיות של האתוס המשפטי כאתוס פוליטי-ציבורי בולט, במיוחד החל מתחילת שנות התשעים של המאה העשרים.¹² יסודו של תהליך זה (נוסף לגורמים תרבותיים, כלכליים, משפטיים-דוקטרינריים ודמוגרפיים שחשיבותם משנית) בהיחלשות המפלגה הדומיננטית ("מפא"י", ובשלב מאוחר יותר מפלגת "העבודה"), בקיטוב שנוצר בין המפלגות, בפיצולן ובירידה משמעותית מאוד בכוחן של שתי המפלגות הגדולות – "העבודה" ו"הליכוד", במיוחד מאז 1981. בהתאם, ניתן לראות כי הגידול במספר העתירות לבג"ץ הואץ מאוד לאחר מלחמת 1973 ומאז שנות השמונים, ובתחילת המאה העשרים ואחת הגיע מספרן לאלפי עתירות בשנה.¹³

שקיעתן של המפלגות כמנגנונים ממוסדים להסדרת קונפליקטים חברתיים באה לידי ביטוי לא רק במעבר מדומיננטיות של מפלגות לאתוס משפטי, אלא גם בהתגברותן של דרישות ציבוריות להליכים פוליטיים עוקפי כנסת: משאלי עם, בחירות ישירות לראשות הממשלה ותביעות לשינוי שיטת הממשל לשיטה נשיאותית.¹⁴ הפרשנות הרחבה מאוד שהעניק בג"ץ לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ולחוק יסוד חופש העיסוק,¹⁵ כאילו בתנאים מסוימים הם מאפשרים לפסול חוקים בשל תוכנם, היא ביטוי מובהק נוסף לשקיעתם של מנגנונים מסורתיים להסדרת קונפליקטים בחברה הישראלית ולעליית כוחה של האליטה השיפוטית.

תוצאות הבחירות לכנסת השמונה-עשרה (שנערכו בשנת 2009) מעידות על המשך תהליך שקיעתן של המפלגות כמנגנונים להסדרת קונפליקטים. בבחירות לכנסת שנערכו בשנת 1981 זכו שתי המפלגות הגדולות בישראל ("העבודה" ו"הליכוד") יחדיו ב-95 מנדטים, ואילו בבחירות לכנסת שנערכו בשנת 2009 זכו שתי המפלגות הגדולות ("הליכוד" ו"קדימה") יחדיו ב-55 מנדטים בלבד. במילים אחרות, מרכז הכובד של החיים הפוליטיים-פרלמנטריים בישראל איבר ארבעים ושניים אחוזים מכוחו. בבחירות שנערכו בשנת 1974 זכתה מפלגת "העבודה", שמבחינה היסטורית הייתה מרכז הכוח הפוליטי של התפיסה הסוציאלי-דמוקרטית בישראל, ב-51 מנדטים, ואילו בבחירות שנערכו בשנת 2009 היא זכתה ב-13 מנדטים בלבד; נתונים אלה מצביעים על ירידה של שבעים וחמישה אחוזים בכוחה הפרלמנטרי של המפלגה. מאז הבחירות לכנסת השבע-עשרה לא זכתה אף מפלגת שלטון בישראל ביותר מ-30 מנדטים.

12 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי פרק ד (1993); מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 169–226 (2008) (להלן: מאוטנר משפט ותרבות בישראל).

13 לניתוח מפורט של מגמה זו ראו גד ברזילי "הגמוניה שיפוטית, קיטוביות מפלגתית ושינוי חברתי" פוליטיקה 2, 32–51 (1998), וכן מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 12.

14 גד ברזילי "פרלמנטריזם ויריבויו: הפוליטיקה של המשפט הליברלי" חברה במראה – לזכרו של יונתן שפירא 359 (חנה הרצוג עורכת, 2000).

15 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992; חוק יסוד: חופש העיסוק, התשנ"ד-1994.

לכל האמור לעיל יש משמעות רבה בכל הנוגע לאי־פתרון של בעיות עוני וריבוד חברתי. דווקא התקופות שבהן נקטו ממשלות ישראל מדיניות כלכלית גאו־ליברלית התאפיינו בעוני רב יותר מאי־פעם ובהתגבשותן של שכבות חברתיות חלשות; בתקופות אלה לא הייתה בישראל מפלגה פוליטית מרכזית שתפקדה כגורם מגייס של כוחות להנעת שינוי חברתי שיובייל לשוויון. על רקע האמור גברו ציפיות הציבור כי המשפט, שיוקרתו הציבורית הייתה רבה, ישמש תחליף לאמצעים פוליטיים אחרים שיכולים היו אולי לגרום לשינוי חברתי.

זאת ועוד: מחקרים כבר לימדו על התגברות יוקרתו ותהילתו של מקצוע עריכת הדין בישראל, במיוחד בשנות התשעים ועם תחילת המאה העשרים ואחת.¹⁶ בין הסימנים ניתן למנות את התחזקות מעמד הציבורי של מוסדות ביקורת המדינה ושל היועץ המשפטי לממשלה,¹⁷ את הקמתם של קולג'ים פרטיים למשפטים ואת הגידול במספר עורכי הדין. במחקרי, שהתבסס על נתונים ראשוניים והביא בחשבון הגדרות תרבותיות ומוסדיות שונות למונח "עורכי דין", הראיתי כי מספר עורכי הדין בישראל בשנים האחרונות הוא הגבוה ביותר בעולם הרמוקרטי ביחס לגודל האוכלוסייה.¹⁸ במילים אחרות, בצד שקיעתן של המפלגות בישראל כמנגנונים להסדרת קונפליקטים, גברה והלכה חשיבותו של האתוס המשפטי כתחליף ציבורי למנגנוני אסדרה (רגולציה) ממוסדים אחרים של החיים הציבוריים בישראל (ובעיקר למפלגות), ואלה הלכו ונחלשו.

תהליך ה"משפטיזציה" של החברה הישראלית נבע ממקורות שונים, שניתוחם המדוקדק חורג ממטרות מאמר זה. התחזקות המעמד הבינוני ועמו מתן דגש רב יותר לצבירת קניין פרטי גרמו להרגשת יתר של זכויות הפרט ושל האוטונומיה האישית בשיח הציבורי בכלל ובשיח המשפטי בפרט. השינויים בריבוד החברתי באו לידי ביטוי ברור כבר בסוף שנות השישים של המאה העשרים. בעקבותיהם התגברה השפעתו של האתוס הליברלי־בורגני על החברה הישראלית ונולדו רטוריקות ופרקטיקות של לגליזם ליברלי; אלה נועדו להגדיר את יחסי הגומלין בין המדינה לבין החברה באמצעות עיצוב של זכויות פרט ובאמצעות פנייה לבתי משפט. השינויים האמורים, בצד חלוקתו הפוליטית של המזרח התיכון בין הגוש המזרחי־סובייטי לגוש המערבי־אמריקני והיותה של ישראל קלייניטית פוליטית של

16 ראו למשל רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול־דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5, 23–7 (1994); גד ברזילי, אפרים יערי־יוכטמן וזאב סגל בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית 71–73 (1994); מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש Gad Barzilai, *Courts as Hegemonic Institutions: The Israeli Supreme Court in a Comparative Perspective*, 5 (2 & 3) ISRAEL AFFAIRS 15, 15–33 (1999).

17 גד ברזילי ורוד נחמיאס מוסד היועץ המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות (המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 6, 1997); גד ברזילי ורוד נחמיאס מוסד ביקורת המדינה: סמכות ואחריות (המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 10, 1998).

18 Barzilai, לעיל ה"ש 10, בעמ' 250–251. בישראל היה בשנת 2005 עורך דין אחד לכל 211 תושבים, לעומת ספרד – 272 תושבים, יוון – 305 תושבים, ארצות הברית – 434 תושבים, איטליה – 454 תושבים, אנגליה – 489 תושבים, קנדה – 490 תושבים, גרמניה – 619 תושבים, אוסטרליה – 672 תושבים, שווייץ – 1124 תושבים, צרפת – 1281 תושבים, תורכיה – 1575 תושבים, שוודיה – 2083 תושבים ויפן – 6008 תושבים.

ארצות הברית התלויה בה מבנית ונתונה להשפעותיה התרבותיות, גרמו ל"אמריקניזציה" של התרבות הישראלית, ועמה לשימוש גובר של קבוצות כוח במשפט המדינה כאמצעי להמיר, כביכול, בעיות חברתיות-פוליטיות לבעיות משפטיות.¹⁹ במושגיו של הסוציולוג הצרפתי פייר בורדייה, ניתן לקבוע כי משפט המדינה הפך בישראל לאידאולוגיה מנרמלת, שכן הוא הלך ונתפס בקרב אליטות פוליטיות ובקרב המעמד החברתי הבינוני והמעמד החברתי הגבוה כאמצעי דומיננטי ליצירת סדר חברתי.²⁰

תהליך זה – "משפטיזציה" של החיים הפוליטיים באמצעות משפט המדינה – הוא בעייתי. במסגרת הכוח הפוליטי שמכתיב המרה תוספתית, יכולותיהם ורצונותיהם של המרכיבים הדומיננטיים במשפט המדינה (כגון בתי משפט ויועץ משפטי לממשלה) לכוון שינוי חברתי הם, לכל היותר, חלקיים ומוגבלים. טענתי זו, שאותה אנתח בהמשך, היא עקרונית, מבוססת על תיאוריות של משפט ועל משפט משווה, ואיננה נכונה רק בהקשר של המשפט ושל הפוליטיקה בישראל. בחלק ג אסביר מדוע בדרך כלל משפט המדינה איננו שדה מתאים לכוון באמצעותו שינויים חברתיים.

ג. המשפט ושינוי חברתי

משפט המדינה עצמו הוא מוצר ציבורי שרובנו מסבסדים את קיומו אך רק חלקנו הקטן יכול ליהנות ממנו בתחום ההתדיינות בבתי המשפט. הריבוד החברתי של ההתדיינות המשפטית מצמצם מראש את היכולת לגרום לשינוי חברתי ואת העניין לעשות זאת. הבה נבהיר מדוע כמקור לשינוי חברתי המערער את הסטטוס קוו כדי לגרום לשוויון רב יותר, משפט המדינה מוגבל אך איננו חסר ערך. המשפט מייצר אשליה כאילו הוא נגיש לכל החברה,²¹ אך למעשה נגישותו של המשפט לכל רובד חברתי בציבור היא שונה. ההליך של הגדרת מצוקה חברתית כבעיה משפטית ותרגומה לתביעה או לעתירה נגיש למעטים יחסית עקב עלותו הגבוהה (כדוגמת שכר טרחת עורכי דין והוצאות משפט); נוסף לכך, הליך כזה כרוך גם בהשקעת זמן רב. אף שבישראל הלכה וגברה ההתדיינות בבתי המשפט של המדינה מאז תחילת שנות התשעים,²² הרי שכבת האוכלוסייה אשר יכולה להשתמש בהליך המשפטי היא קטנה יחסית. ואכן, חלק ניכר מן העתירות לבג"ץ בתחומים ציבוריים מוגש על ידי ארגונים ציבוריים ועל ידי פעילים פוליטיים.

אין תִּמְהָה, לכן, כי את מרבית המאבקים החברתיים המתנהלים כיום בבתי המשפט מארגנים ארגונים חברתיים וקליניקות משפטיות באוניברסיטאות ובמכללות, ולא אנשים פרטיים. הקושי להמיר בעיות חברתיות מורכבות (כגון ריבוד חברתי ואפליה) לשפה מקיפה של זכויות משפטיות בלי לפגוע ביכולת להגדיר בעיות עקרוניות ולפתור אותן,

19 מאוטר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 12; אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא 405, 447–405 (1998).

20 Gad Barzilai & Karine Barzilai-Nahon, *Gated Justice, Information Control and Citizenship Law: Learning from the Israeli-Palestinian Nexus* (Forthcoming) (draft .with authors); PIERRE BOURDIEU, LANGUAGE AND SYMBOLIC POWER (1991)

21 .PETER FITZPATRICK, THE MYTHOLOGY OF MODERN LAW (1992)

22 Barzilai, לעיל ה"ש 10.

הוא חסם נוסף בפני אלו המעוניינים לעשות שימוש במשפט לצורכי שינוי. הקושי במעבר משפה חברתית-פוליטית לשפה משפטית הוא משמעותי. עניינה של השפה החברתית-פוליטית הוא בעיצוב נרטיב של עוול ובשינוי ההכרחי הדרוש לתיקונו, ואילו עניינה של השפה המשפטית הוא בעיצוב תביעת "זכות" ובהגדרת "חובה" פורמלית להיענות לאותה זכות. כיוון שפעמים רבות עיצוב מערכת הזכויות והחובות במשפט המדינה נעשה בהתעלמות מקיומו של עוול חברתי מקיף ויסודי ומתוך הכחשתו, הרי בין נרטיב של עוול חברתי לבין נרטיב של עוולה משפטית קיים פעמים רבות פער של ממש. פער נורמטיבי ואפיסטמולוגי כזה בין ריבוד חברתי ופרקטיקות חברתיות-פוליטיות מצד אחד לבין שיה של זכויות משפטיות מן הצד האחר, היה המקור לביקורתו של קרל מרקס על הלגליזם הליברלי. ביקורת דומה הובעה אחר כך, בין השאר, על ידי מלומדים מן האסכולות הפוסט-מרקסיסטיות והגאומרקסיסטיות וכן על ידי מלומדים ליברלים שהטילו ספק בתבונה של שימוש יתר בהליכי ההתדיינות הציבורית בבתי משפט.²³ למשל, קשה ביותר לתרגם בעיות של עוני ושל מצוקה חברתית קשה למושגים של שפה משפטית פוזיטיביסטית המוכרת לבתי משפט, וקשה במיוחד לעשות כן בהיעדר חקיקה מתאימה של זכויות חברתיות.²⁴ ממילא ברור מדוע הסכסוכים המובאים לדיון משפטי מייצגים רק חלק קטן מהיקפן של בעיות חברתיות יסודיות.

אך אפילו אם נניח כי עותרים מסוימים איתרו עילה למשפט, כמתואר לעיל, אזי העלות החברתית של התדיינות משפטית היא בפירוק לרכיבים של הבעיה החברתית המקורית עקב המרתה לשפת ההתדיינות המשפטית. עצם המעבר מבעיה חברתית כללית לבעיה משפטית נקודתית מכתוב פורום "ממוסגר" מאוד של "דרמה" משפטית, שמוצגת באולם בית המשפט וכפופה לכללי ראיות ולכללי דיון נוקשים יחסית, לעומת בעיה חברתית כללית שיש לה קיום ממשי. עורכי דין שעיסוקם המרכזי הוא ייצוג שכבות החברה החלשות בתביעות, יודעים היטב כי כדי לזכות בדיון, או לפחות כדי לייצג נאמנה את הבעיה בבית המשפט, עליהם לזנוח בדרך כלל את הזירה החברתית הרחבה; בבית המשפט יש להתמקד בבעיות נקודתיות שניתן לתרגמן למונחים של נזק ספציפי, נזק שבעטיו קמה זכות לתביעה משפטית ומוטלת חובה על המדינה להיענות לדרישת תיקון העוול. עורכי דין המייצגים את המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל, למשל, יודעים היטב כי כדי להשיג סעד בתיק מסוים עליהם לוותר פעמים רבות על הצגת בעיות כלליות של מיעוט ערבי-פלסטיני במדינה יהודית. בלשון אחרת, עורכי הדין יזנחו במודע ביקורת נגד אופייה של המדינה היהודית ונגד האידאולוגיה המשפטית שלה ויתמקדו בטענות ספציפיות על אפליה במקרה המסוים שמוצג בפני בית המשפט.²⁵

23 Bourdieu, לעיל ה"ש 20; Kennedy, לעיל ה"ש 3; Glendon, לעיל ה"ש 3; Williams, לעיל ה"ש 3; Michel Foucault, *The Politics of Truth* (Sylvere Lotringer ed., 1997); Roberto Mangabeira Unger, *Law in Modern Society* (1976); Stuart A. Scheingold, *The Politics of Rights 170–99* (2nd ed. 2004); Jacques Derrida, *Force of Law*, in *Acts of Religion 228, 228–98* (Gil Anidjar ed., 2002).

24 יובל אלבשן "השעון המקולקל מסרב לנוע" משפט נוסף 1, 9–15 (2001); נטע זיו "העני, העשיר והגשר" משפט נוסף 1, 81–87 (2001).

25 Barzilai, לעיל ה"ש 10, בעמ' 97–146.

תרופה משפטית היא סעד ספציפי ואיננה בהכרח סעד חברתי. נניח כי העותר "קיבל את יומו" בבית המשפט והסכסוך המשפטי המסוים נפתר. עדיין, כדי לתרגם את הסעד המשפטי לשינוי חברתי על המדינה ליישם את החלטת בית המשפט. יש להבחין הבחנה תיאורטית ומשווה בין הסעד המשפטי לבין יישומו הביורוקרטי. מחקרים משווים מלמדים כי פעמים רבות פסקי דין חדשניים גורמים בפועל דווקא לתגובות רַאקציונריות, להתנגדות הביורוקרטיה ליישומם של פסקי הדין ולבסוף אף לסיכולם.²⁶ דוגמה אחת לתופעה זו בישראל היא סירובם של תושבי היישוב היהודי קציר במשך כמה שנים להיענות לסעד המשפטי שהעניק בג"ץ לבני הזוג קאעדאן,²⁷ באופן שבו נמנע מן הזוג הערבי-פלסטיני להתיישב ביישוב בטענה של "אי-התאמה חברתית", למרות פסק הדין. דוגמה נוספת היא סירוב מתמשך של משרד הדתות ושל משרד הפנים לכנס מועצות דתיות שבהן יכהנו נשים;²⁸ כך, אף שבג"ץ שקדיאל חייב בית המשפט העליון את המועצות דתיות לאפשר את כהונתן של נשים אורתודוקסיות ולא אורתודוקסיות, נמנע בפועל כינוסן של אותן מועצות שבהן חברות נשים ובכך סוכלה למעשה פסיקת בג"ץ.²⁹

אמנם עניין קאעדאן עורר דיונים ציבוריים ערים בעניין שוויון ובעניין אפליה כלפי ערביי ישראל ועניין שקדיאל הוביל למינוין של כמה נשים למועצות דתיות. עם זאת, יכולתן של אליטות פוליטיות ובמיוחד יכולתה של ביורוקרטיה לסכל פסקי דין הן גורם מתערב משמעותי שמסביר מדוע אפילו כשהם מערערים את הסטטוס קוו, בתי המשפט של המדינה לא גורמים בהכרח לשינוי חברתי כולל ומקיף. אין כוונתי לטעון כי מדובר בקשיי אכיפה גרדא, אלא יותר מכך – במצבים רבים, אליטות נגד לבתי המשפט (כגון המנהל הציבורי וקבוצות הנהנות ממונופול שלטוני) יסכלו את שינויו של הסטטוס קוו ובמיוחד יסכלו שינוי באידאולוגיה של המדינה ובהסדרים מוסדיים.

ד. היתכנותם של שינויים חברתיים

האם בתי המשפט עצמם רוצים בשינוי חברתי החורג מפתרון ספציפי של סכסוך המובא בפניהם? וגם כאשר הם רוצים לגרום לשינוי כאמור, האם ביכולתם לעשות כן? בכך יש להטיל ספק רב. ראשית, בכל העולם שופטים הם בדרך כלל נציגים של קבוצות דומיננטיות מבחינה חברתית-כלכלית. לכן, מידת האמפטיה שלהם לצורך בייצוג משפטי של מצוקות חברתיות נתונה לביקורת.³⁰ יתר על כן, בתי המשפט של המדינה ושופטיהם מוגבלים ביכולתם לגרום לשינוי חברתי גם עקב אילוצים אידאולוגיים ומוסדיים. לרוב השופטים עוברים תהליכים מוסדיים של התאמה ושל סינון המבטיחים כי כתנאי למינום לתפקיד,

26 ROSENBERG, לעיל ה"ש 4.

27 בג"ץ 6698/95 קאעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

28 BARZILAI, לעיל ה"ש 10, בעמ' 224–250.

29 בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' משרד הדתות, פ"ד מב(2) 221 (1987).

30 שמיר, לעיל ה"ש 16; GIRARDEAU A. SPANN, RACE AGAINST THE COURT 19–26 (1993).

הם יהיו נאמנים לעקרונות היסוד ולאידיאולוגיה המשפטית המרכזית של מדינתם. הם מתקשים לפעול נגד אידיאולוגיות של המדינה בהיותם עצמם חלק מן המדינה.³¹ המלומד דנקן קנדי טען כי שופטים מפתחים טקטיקות של הכחשה כדי לא להכיר בקיומו של הכרח לגרום לשינוי חברתי מקיף או בקיומה של אפשרות לעשות כן.³² השופטים מדמים לעצמם שהטקסט המשפטי מגביל אותם; למעשה, הטקסט המשפטי ניתן למניפולציות שונות לפי מידת רצונו של השופט, שברוך כלל מעוניין בשימור הסטטוס קוו. נוסף לכך, בתי משפט נתונים בסכנה של חקיקת נגד ושל סנקציות מצד רשויות שלטון אחרות, כדוגמת הרשות המבצעת; בג"ץ, למשל, נתון בסכנה של חקיקה "עוקפת בג"ץ" העלולה לסכל לחלוטין את יכולתם של השופטים לפקח על חקיקה הפוגעת באופן חמור בזכויות אדם. לכן, כדי להימנע מקונפליקטים מוסדיים עם רשויות שלטון אחרות ישאפו השופטים, בדרך כלל ולכל היותר, ליצור שינויים תוספתיים במסגרת מוסדית נתונה, מתוך תקווה שכוחות בחברה האזרחית יעוררו תהליך של מוביליזציה משפטית-חברתית על סמך פסיקתם.³³ הכוונה היא לתהליך הדרגתי שבו נבנית תנועה חברתית או נבנה שיח ציבורי באמצעות מאבקים משפטיים, באופן שיכול להוביל ליישומה של נורמה משפטית לטובת שינוי חברתי תוספתי ומוגבל.

אך היכולות לנצל שיח משפטי למטרות של מוביליזציה משפטית-חברתית הן מוגבלות, עקב ממדי זמן שונים בטקסט המשפטי לעומת הצרכים החברתיים. קיימים הבדלים משמעותיים בין הצורך של תנועות חברתיות להשיג שינוי מידי וכולל לבין שיטת "התקדים המחייב" (stare decisis) שהיא הדרגתית, צורכת זמן רב, מוגבלת להכרעות במסגרת של סכסוך משפטי מוגדר (lis) וחייבת להיבנות במסגרת טקסט משפטי מסוים. במסגרת הסדרי הכוח של המשטר הפוליטי השפה המשפטית היא אבולוציונית לכל היותר, ואילו השפה החברתית צריכה לפעמים להיות מהפכנית ומתקנת. הבדלים אלה ניכרים עוד יותר בתנאים של אי-וודאות ביטחונית או חברתית-כלכלית. בתנאים כאלה, לעומת שאיפתם של פעילי השטח החברתיים לשינויים מיידיים ומואצים, תגבר נטייתם של שופטים להתקדמות איטית (אם בכלל) המבוססת על שינוי הדרגתי כדי להימנע מקונפליקטים מוסדיים.

זאת ועוד: המוגבלות בחתירה לשינוי חברתי איננה מעוגנת רק בטקסט המשפטי; לעתים היא נגזרת מן הדילמה של תנועות חברתיות המצויות במלכוד של לגליזציה ולגיטימציה. כאשר תנועות חברתיות עותרות לבתי משפט עליהן לקבל כאקסיומה את הלגיטימציה של המדינה ואת האידיאולוגיה המשפטית שלה. מובן כי הדבר כרוך ב"מחיר" חברתי של ממש מצד העותרים, שפעמים רוצים לחלוק פוליטית על תכניה של אידיאולוגיה

31 ראו למשל את ביקורתו של רוברט קאוור: ROBERT COVER, *Nomos and Narrative*, in NARRATIVE, VIOLENCE, AND THE LAW 95, 95–172 (Martha Minow, Michael Ryan & Austin Sarat eds., 1992).

32 KENNEDY, לעיל ה"ש 3, בעמ' 2, 25, 26–30.

33 על מוביליזציה משפטית-חברתית ראו: MICHAEL W. McCANN, RIGHTS AT WORK 48–91 (1994); CHARLES R. EPP, THE RIGHTS REVOLUTION 44–70 (1998); Gad Barzilai, *The Evasive Facets of Law: Litigation as Collective Action*, in ADALAH NEWSLETTER 10, Feb. 2005, www.adalah.org/newsletter/eng/feb05/ar2.pdf.

משפטית מסוימת. פעמים רבות, עורכי דין המייצגים מיעוטים ערים לפערים המשמעותיים בין לגיטימציה של מדינת הלאום, שנובעת מאימוץ האידאולוגיה המשפטית שלה, לבין סיפורים חברתיים אלטרנטיביים, חתרניים, שהם נמנעים במכוון מלהציג בבתי המשפט של המדינה. לכן פעמים ייווצרו חילוקי דעות בין עורכי דין המוכנים לשלם את "מחירו" של המאבק המשפטי, לבין פעילים בקהילתם, שהם ספקניים הרבה יותר ובצדק – הרי בתי המשפט עושים בהכרח דין, אך לא בהכרח צדק. עורכי הדין מעוניינים כי בית המשפט יכיר בהם, ולכן הם יימנעו משיח המערער את אבני היסוד של המשטר הפוליטי; לעומתם, פעילים חברתיים מעוניינים להשיג שינויים חברתיים של ממש, ולכן לעתים הם יעדיפו לפעול מחוץ לבית המשפט וללא האילוצים הכרוכים בהתדיינות המשפטית.

ויכוח דומה באשר לכראיות של מאבק באמצעות הטקסט המשפטי מוצאים בספרות הפמיניסטית: קיימות משפטניות פמיניסטיות וליברליות שסבורות כי מאבק בפטריארכיה אינו יכול להיות ראליסטי אלא במסגרות של שיח זכויות פרט, ולכן פמיניזם מחייב פעילות ציבורית הממוקדת במידה רבה במסגרות ממוסדות, כדוגמת בתי משפט. לעומתן סבורות פמיניסטיות ביקורתיות כי שיח זכויות הפרט המעוגן בכללי המשחק של הממסד הפוליטי והמשפטי אינו יכול להביא לשינוי קווי היסוד של הפטריארכיה.³⁴

ראינו לעיל כי גישת ההמרה התוספתית מציעה לתפוס את המשפט כמרכיב בכוח פוליטי, ומנקודת מבט זו להתבונן בשאלות של משפט ושל שינוי חברתי. ראינו עוד מדוע קיימים בשדה המשפטי כמרכיב בכוח הפוליטי מכשולים שמונעים מן המשפט של המדינה להיות גורם משמעותי וישיר לשינוי חברתי. עם זאת, אין לבטל את חשיבותו של ההליך המשפטי. משפט המדינה יכול, למשל, לסייע בקידומו של תהליך מוביליזציה משפטית-חברתית. ככלל, הפנייה לבית המשפט במסגרת של מוביליזציה משפטית-חברתית מאפשרת לגייס ביתר קלות את תמיכתן של קבוצות בציבור בעניין חברתי מסוים; היא מקלה את האפשרות ליצור סיקור בתקשורת של בעיה חברתית מסוימת, שאולי קודם לעתירה הייתה "אלמונית" יותר. נוסף לכך, תהליך המוביליזציה המשפטית-חברתית מקל על ארגונים חברתיים את קבלתן של תרומות כספיות; לעתים נדירות יותר הוא מייצר הליך של חקיקה, בין אם באופן ישיר ובין אם כתולדה של פסיקה קודמת של בית המשפט. דווקא הליך חקיקה זה עלול לעתים להיות ראקציונרי; חקיקה הנובעת מן הפסיקה לא נועדה בהכרח לקדם שינוי בסטטוס קוו, ולעתים אף נועדה לסכלו. הנה, למשל, בג"ץ הורה לשחרר עצורים לבנונים שנחטפו בכוח והובאו למעצר בישראל; אלו הוחזקו בישראל כ"קלפי מיקוח" כדי לגרום לשחרורו של הנווט רון ארד או כדי להשיג מידע ממשי על מקום הימצאו. פסיקת בג"ץ בעניינם ניתנה לאחר מסע ארוך של מחאה ציבורית נגד החזקתם הממושכת של העצורים הלבנונים ללא משפט. עם זאת, בעקבות

34 ראו: Kimberle Williams Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, in *CRITICAL RACE THEORY* 357, 357–83 (Kimberle Williams Crenshaw, Neil Gotanda, Gary Peller & Kendall Thomas eds., 1995); Olson Frances, *The Sex of Law*, in *THE POLITICS OF LAW* 453, 453–67 (David Kairys ed., 1990).

פסק הדין חוקקה הכנסת חוק שנועד למנוע פיקוח שיפוטי של בג"ץ על החזקתם הבלתי חוקית של לוחמי אויב בכלא ישראלי.³⁵

נוכח כל אלה, תנועות חברתיות חייבות תמיד לשאול את עצמן אם במקום לפנות לבית המשפט לא כדאי לפעול במסגרות פוליטיות חלופיות, אפקטיביות יותר, של מאבקים חברתיים: החל ממרי אזרחי, עבור דרך פעילות חוץ-פרלמנטרית במסגרת החוק (כגון מחאה) וכלה בפעילות פרלמנטרית, שהיא נשמת אפה של דמוקרטיה. מובן כי אין כל ודאות שפעולות חלופיות אלו תוכלנה להועיל יותר לארגונים החברתיים מן הפעילות המשפטית. חשוב לציין כי בישראל, התנועות לשינוי חברתי פועלות גם בהקשר של כיבוש בשטחים שנתפסו במלחמת 1967, ולעובדה זו יש השפעה מסכלת נוספת על כינון קואליציות פוליטיות וחברתיות החותרות לשינוי כנגד הסטטוס קוו; למשל, תמיכה בשינוי חברתי מקיף, כדוגמת קריאה לקיצוץ משמעותי בתקציב הביטחון כדי להקל את העוני החברתי, עלולה להתפרש כחתימה נגד בטחון ישראל. בדומה לכך, קריאה לביטול הצנזורה הצבאית על העיתונות הכתובה והאלקטרונית יכולה לעורר האשמות כאילו מדובר בניסיון למרי נגד רשויות הביטחון.

עם זאת, משפט המדינה איננו חסר כל משמעות ויכול, למרות הכול, לגרום לשינוי חברתי מוגבל. בחלק הציגי הסבר לשאלה כיצד יכולים בתי המשפט לעשות זאת, במסגרת גישת ההמרה התוספתית.

ה. כיצד יכולים בתי המשפט לתרום לשינוי חברתי?

מהו הקשר הדברים שבו יכולים בתי משפט לעודד שינוי מסוים במדיניות הציבורית בנושאים עקרוניים? למשל, האם יכול בג"ץ לשנות את הגדרת הלאום הישראלי, לאכוף על הצבא לשנות כליל את תפיסת הלוחמה שלו בגדה המערבית ולהכריז לאלתר על הפסקת ההתנחלויות שם, או להכריז על הנהגת נישואים אזרחיים בישראל? אם מתייחסים לכוח פוליטי, כפי שאני ממליץ לעשות, הרי התשובה היא כי אפילו אם רצו שופטי בג"ץ להכריז הכרזה כזו – לא יכולים היו לעשות כן בדרך כלל; במצב המשפטי והחברתי-פוליטי השורר בישראל בעת כתיבת שורות אלו, תנאים חברתיים-כלכליים, תרבותיים-אידאולוגיים ובעיקר מוסדיים, אשר מעוגנים בהתנגדותן של אליטות פוליטיות למעורבות שיפוטית בבעיות יסוד, מונעים זאת מהם. אך לפי גישת ההמרה התוספתית, הטקסט המשפטי וההקשר ההיסטורי הם בעלי חשיבות מסוימת במסגרת האפשרויות שמכתיב מבנה הכוח הפוליטי.

אם כן, מה עשוי להתרחש כאשר בית המשפט רוצה בשינויים מסוימים במדיניות הציבורית אך שופטיו חשים כי אינם יכולים לגרום לשינוי אלא במחיר של אבדן מעמדם המוסדי, ואולי אפילו במחיר חיסולו הרמוקרטי של המוסד השיפוטי שבו הם מכהנים? האם המשפט חסר חשיבות בתנאים כאלה? לרשות בית המשפט עומדות שפע של טקטיקות שיפוטיות עקיפות, כגון אמרות אגב או הבחנות בין ההחלטה העקרונית לבין התוצאה

35 ראו דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000); חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, ס"ח 1834.

המשפטית המסוימת.³⁶ במקרים המתוארים יכול בית המשפט, לכל היותר, להשתמש בטקטיקות שיפוטיות עקיפות כדי לעודד תנועות חברתיות לתבוע ולקדם שינוי חברתי מחוץ למשפט. אמנם גם במצבים אלה בית המשפט פועל במסגרת הכוח הפוליטי והאידיאולוגיה השלטת המגבילים אותו, אך הוא יכול לעודד שינוי. למשל, פסיקת בית המשפט שהרחיבה את זכויות הידועים בציבור וההומוסקסואלים מאפשרת לתנועות חברתיות לפעול למען שינוי חברתי;³⁷ הפסיקה שבה החיל בית המשפט את עקרונות המשפט הליברלי החילוני גם על מתן שירותי דת גרמה להגברת הלחצים הציבוריים להחיל פיקוח ציבורי מוגבר ועקרונות שוויון על מועצות דתיות בישראל.³⁸

עם זאת, היקף השינויים האפשריים במסגרת של מוביליזציה משפטית-חברתית הוא מוגבל, בין השאר לאור התגובות האפשריות של הרשות המבצעת ושל גורמי כוח פוליטי אחרים. הנה, למשל, בשנת 2004 חייב בג"ץ את הממשלה לשקול מחדש את מדיניות התקציב הפוגעת בכבוד האדם, אך בסופו של דבר יצא וידו על התחלונה כאשר הממשלה (באמצעות פרקליטות המדינה) הבהירה בכתב תשובתה כי היא אינה מסוגלת לקבוע מהו "סף קיום מינימלי", והשופטים נמנעו מלקבוע זאת בעצמם.³⁹ בכך פתח בג"ץ פתח מסוים וקלוש לתנועות חברתיות שתעתורנה אליו בעתיד, אך לא גרם באופן ישיר לשינוי במדיניות הציבורית של הממשלה.

1. התנאים לשינוי חברתי מוגבל

עד כה עסקתי במצבים שבהם יכולים בתי משפט לקדם באמצעות פסיקתם שינויים בהיקפו של שיח זכויות הפרט – במסגרת תפיסותיהם המשפטיות, במסגרת האינטרסים השיפוטיים הציבוריים וממילא במסגרת מנגנוני הכוח של המדינה ושל האידיאולוגיה הלאומית השלטת. נוסף לכך, בתי משפט יכולים לגרום לשינויים חברתיים מוגבלים ומשניים ביישומה של מדיניות ציבורית נתונה. בהיבט יישום המדיניות, להבדיל מהיבט קבלת החלטות ועיצוב המדיניות, כוחם השיפוטי גדול יותר. דוגמה לעניין זה אפשר למצוא בפסק הדין של בג"ץ שבו הוכרוזו כמה שיטות עינויים כבלתי חוקיות.⁴⁰ אמנם,

36 לניתוח טקטיקות עקיפות שאותן נקטו בתי המשפט בהקשר של לוחמה בטרור ראו זכריה דוד משפט כשיחה: בית המשפט העליון והמאבק בטרור (עבודת גמר לתואר "דוקטור במשפטים", אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למשפטים, 2009).

37 בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אייר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994); עב' (אזורי ת"א) נד/3-1712 אבן – אוניברסיטת תל-אביב (לא פורסם, 5.3.1995); בג"ץ 5398/96 שטיינר נ' שר הבטחון, תק-על (1997) 244 (1997); בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000).

38 ראו למשל עניין שקדיאל, לעיל ה"ש 29; בג"ץ 4247/97 סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני הדתות, פ"ד נב(5) 241 (1998); בג"ץ 3551/97 ברנר נ' ועדת השרים שלפי חוק שירותי הדת היהודיים, פ"ד נא(5) 754 (1997).

39 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' רובינובה (לא פורסם, 12.12.2005).

40 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999). להרחבה בסוגיית השינוי החברתי המוגבל ראו גד ברזילי "משפט" אי/שוויון 271,

בג"ץ לא קבע בפסק דינו כי כל שיטות העינויים פסולות ולא גרם להפסקתן, שכן אפילו רצו השופטים לפסול את מדיניות העינויים עצמה בהתאם לתנאי המשפט הבינ-לאומי הפומבי, הצהרה כזו הייתה יוצרת עימות בין בית המשפט לבין הממשלה, הכנסת, רשויות הביטחון וגופים ציבוריים שונים. אך במסגרת מגבלות הכוח הפוליטי הקשה בג"ץ בפסק דינו על המשך השימוש בארבע שיטות העינויים שאותן פסל.

כוחו של בית המשפט לקדם שינוי חברתי המוגבל לרמת היישום של מדיניות ציבורית הוא גדול יותר מאשר כוחו לעצב מדיניות ציבורית חלופית וחדשה. שינויים כאמור, שהם מוגבלים מאוד, אינם מאיימים על המדיניות הציבורית עצמה ואינם נאבקים באופן ישיר באינטרסים של אליטות פוליטיות, ולא יעוררו בהכרח התנגדות מצד הממסד הפוליטי. הממסד הפוליטי יעדיף להתערב בפסיקת בית משפט המתיימרת ליצור מדיניות ציבורית חלופית. כל עוד מתמקדת הפסיקה רק באופן שבו תיושם מדיניות נתונה הלכה למעשה, הממסד הפוליטי יהיה להוט פחות לעימות מוסדי עם הרשות השופטת. יתר על כן, תגובה שלילית של הממסד הפוליטי לפסק דין שעניינו יישום שונה של מדיניות ציבורית תהיה "לעומתית" וחזיתית פחות ועקיפה יותר באמצעות סרבנות ביורוקרטית לפסק הדין, או באמצעות מתן פרשנות מנהלית מחודשת לפסק הדין, שפירושה המעשי יהיה עקיפתה של החלטת בית המשפט.

בדרך כלל, תוצאת הדברים היא שינוי מוגבל ביותר בהיבטים מסוימים של יישום המדיניות הציבורית. קיימות כמה דוגמאות לשינוי כאמור ביישומה של המדיניות: הפסיקה שקבעה כי על צה"ל להפסיק את השימוש ב"נוהל שכן" בעת ביצוע פעולות צבאיות בשטחי הגדה המערבית; הפסיקה שחייבה לערוך שינויים מוגבלים ביותר בתוואי "גדר ההפרדה"; הפסיקה שהגבילה לתנאים מסוימים בלבד את חוקיותן של הריסות בתים ושל אטימות בתים בשטחים; הפסיקה שחייבה את הממשלה למגן בתים ובתי ספר בשרדות; הפסיקה שחייבה "העדפה מתקנת" לנשים בחברות ממשלתיות; הפסיקה שאכפה יישום שיווני יותר של חלוקת תקציבים בין יהודים לערבים-פלסטינים אזרחי ישראל; הפסיקה בעניין היקף "סל הבריאות" ובעניין קריטריונים להכללתן של תרופות בסל זה או להוצאתן ממנו; הפסיקה שגרמה להרחבת האפשרויות לשירות צבאי-קרבי של נשים; הפסיקה שהגבילה את היקף פעילותה של הרבנות הראשית; והפסיקה שהגבירה את אכיפתן של נורמות חילונית-ליברליות על יישום סמכויותיהם של גופים דתיים כדוגמת המועצות הדתיות.⁴¹ בכל המקרים הללו, ובמקרים נוספים אחרים, נמנע בית המשפט העליון עד כמה שניתן מעימות ישיר עם אליטות פוליטיות בשלטון, ופעל במסגרת האידאולוגיה המשפטית של מדינת הלאום כמדינה "יהודית ודמוקרטית"; במסגרת הזאת קידם בית המשפט שינויים חברתיים מוגבלים ונקודתיים, באמצעות פסיקה שעסקה ביישום המדיניות הציבורית בלבד. במקרים אלו ואחרים היה ברור לשופטים כשחקנים פוליטיים כי תגובה שלילית של הממסד הפוליטי לפסק הדין לא תכוון כנגד עצם כוחו השיפוטי של בית המשפט, אלא תתמקד יותר בסיכול עקיף של תוצאות פסק הדין באמצעות ניסיון להתחמק מביצועו.

274–281 (אורי רם וניצה ברקוביץ עורכים, 2006).

41 ראו עניין שקדיאל, לעיל ה"ש 29, וכן בג"ץ 3799/02 עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד (ס3) 67 (2005).

עם זאת, פסקי דין כאלה לא נועדו לגרום באופן ישיר ומידי למשבר מוסדי גלוי בין בית המשפט לבין אליטות המתנגדות לו.

במילים אחרות, במסגרת של לאום, מדינה, דמוקרטיה וטקסט משפטי של זכויות פרט ושל זכויות אדם קיימת לבתי המשפט של המדינה המרה מוגבלת מאוד של כוח פוליטי. המרה זו מאפשרת לבתי המשפט לייצר באופן תוספתי והדרגתי מאוד שינויים חברתיים מוגבלים. ככל שהטקסט המשפטי דל יותר בעיגון זכויות וככל שפסיקת בתי המשפט נתפסת כמי שעלולה לסכן הגמוניה פוליטית של אליטות ושל אידאולוגיה שלטת, כך יקטן בהתאמה כוחו של בית המשפט לגרום לשינוי ביישומה של מדיניות ציבורית.

ז. הטקסט המשפטי

הטקסט המשפטי כשלעצמו אינו מכונן מציאות מחוץ לכותלי בית המשפט, אלא דווקא נוטה לשקף את יחסי הכוחות הפוליטיים החברתיים-כלכליים. עם זאת, הוא אינו חסר כל חשיבות; ביכולתם של בתי משפט לקדם שינויים מוגבלים באמצעות אופי הפרשנות שהם מעניקים לטקסט נתון, וכל זאת במסגרת המגבלות של כוח פוליטי שמוטלות על העשייה השיפוטית. להלן מספר אפשרויות להשפעות תוספתיות שלפי גישתי, גישת ההמרה התוספתית, גורמות לשינוי חברתי מוגבל באמצעות הרמנויטיקה שיפוטית.

ראשית, בית המשפט יכול לפרש חקיקה ספציפית (ראשית או משנית) בפרשנות מרחיבה, באופן שמאפשר לנשאים חברתיים, כדוגמת קבוצות לחץ ושרדולות, להמשיך ולנהל מאבק חברתי חוץ-שיפוטי כאמצעי להבניית הטקסט המשפטי והפוליטי המתאים להם. פרשיות שדולת הנשים וההעדפה המתקנת בחברות ממשלתיות, פרשת אליס מילר וחלק מן העתירות של גופים כגון "עדאלה" (ערבים-פלסטינים) ו"טבקה" (יהודים-אתיופים) הן דוגמאות לכך.⁴² פסק הדין בעניין אליס מילר, למשל, שימש את שדולת הנשים ואת חברות הכנסת כדי להפעיל לחץ על הצבא, ובמיוחד על חיל האוויר, במהלכם של דיונים פרלמנטריים שעסקו ביישום שינויים במדיניות הצבא; בדיונים נדונה האפשרות לבטל הוראות פנימיות שהיו נהוגות בצבא ובחיל האוויר מאז שנות החמישים של המאה העשרים, ושאסרו על אימון נשים כטייסות וכחיילות בתפקידי שדה ובתפקידים קרביים. אגב, בצבא נערכו כמה שינויים שעודדו קידום נשים לתפקידי שדה עוד לפני עניין מילר, אך הפסיקה בעניין זה האיצה את המגמה באופן משמעותי וחזקה אותה, גם אם לא יצרה יש מאין.⁴³

42 ראו למשל בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994).

43 Barzilai, לעיל ה"ש 10, בעמ' 97-146. בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995). לדעתי, הלכת מילר היא בעייתית ככל הנוגע למעמדן של נשים בחברה הישראלית. האם אנו רוצים כי קידום נשים ייעשה דווקא באמצעות הצבא? ומה באשר לנשים ערביות-ישראליות שאינן משרתות בצבא ולכן אינן יכולות להשתמש בשירות הצבאי כאמצעי להשגת שוויון? אך אלה הם שיקולים שעל התנועות החברתיות עצמן לשקול כחלק מן התחשיב החברתי-פוליטי שעליהן לעשות עוד לפני הגשת העתירה לבית המשפט. ראו ביתר הרחבה: Barzilai, שם, בעמ' 147-208.

שנית, בית המשפט יכול להבנות שיח משפטי של זכויות שכלל אינן מעוגנות בחקיקה ספציפית (ראשית או משנית), בין השאר באמצעות פרשנות יוצרת שגוזרת זכויות ממושגי יסוד שאינם מעוגנים בחוק, כדוגמת שוויון. נוסף לכך, בית המשפט יכול לגזור זכויות כאמור באמצעות מתן פרשנות רחבה מאוד למושגים רחבים המעוגנים בחוק, כדוגמת כבוד האדם, חירות האדם וחופש העיסוק.⁴⁴ באופנים אלה של יזמה שיפוטית מעצב בית המשפט שיח של זכויות משפטיות ומעניק, במודע או שלא במודע, במפורש או במשתמע, העצמה לארגונים חברתיים שעוסקים בתיקון עוול.

בהתייחסות קונקרטית לבג"ץ יש להבחין בין עיצוב שיח שוויוני בין קהילות על יסוד זכויות פרט וערך השוויון (למשל בתגובות בג"צ לחלק מן העתירות שמגיש ארגון "עדאלה"), לבין הבניית שיח כאמור למען השפעה שיפוטית על שינויי מגמה במדיניות ציבורית (למשל בפסיקת בג"ץ בתחום הגירורים הרפורמיים).⁴⁵ במקרה הראשון בית המשפט פוסק בזכות שוויון בין קהילות על יסוד זכויות פרט, ובמיוחד בזכות הקצאה שוויונית יותר של משאבים ציבוריים בסוגיה ספציפית נתונה (למשל, תמיכה שוויונית יותר במוסדות דת ובמוסדות חינוך מוסלמים לעומת יהודים). במקרה השני בית המשפט פוסק מתוך הנחה, או אף מתוך שאיפה, כי פסיקתו תשנה הנחות יסוד במדיניות ציבורית נתונה. הכרה בגירורים רפורמיים שנעשו מחוץ לישראל, למשל, עשויה לגרום לשינוי כללי יסוד בעניין המדיניות הציבורית בשאלה "מיהו יהודי?". בשני המקרים גרם בג"ץ להעצמתם של קבוצות חברתיות ושל ארגונים שדרשו שוויון בין-קהילתי ואינדיבידואלי על יסוד זכויות פרט. ואכן, קיימים ארגונים חברתיים שיראו בפסיקה כזו, על שני גווניה, אמצעי חתרני (במובן ההרמנויטי) העלול לגרום לתוצאות פוליטיות רחבות יותר בעתיד מבלי שבית המשפט התכוון לכך, או כאשר בית המשפט אכן התכוון לכך אך מבלי שהתכוון להיחשב בחברה הישראלית כשותף ישיר לקריאה חתרנית של הטקסט המשפטי, כאמור. שלישית, בתי משפט יכולים לגרום לשינויים באמצעות השפעה ישירה ועקיפה על יחסי העוצמה שבין שחקנים פוליטיים. בית משפט יכול לגרום לחיזוקו של שחקן פוליטי אחד (למשל בית המשפט עצמו) "על חשבוננו" של שחקן פוליטי אחר (למשל מפלגות פוליטיות), מתוך הנחה כי בחלוף זמן תהיה לפסיקתו השפעה חברתית. דוגמה לכך היא עניין ולנר משנת 1994, שבו הגדיר בית המשפט העליון טיוטה של הסכם קואליציוני בין מפלגת "העבודה" למפלגת "ש"ס" כבלתי מוסרית וכבעייתית מאוד מבחינה חוקתית, שכן היא כללה התחייבות של מפלגת "העבודה" ל"ש"ס" לבטל בחקיקה כל פסיקת בג"ץ המשנה את הסטטוס קוו הדתי-חילוני. בג"ץ ראה בהתחייבות זו התחייבות בלתי מוסרית בעליל ובכך הפחית מתוחלתה הפוליטית, אף שבדעת רוב הוא נמנע מפסילתה ולמעשה אישר את חוקיותה.⁴⁶

44 לעיל ה"ש 15.

45 לפסיקות בג"ץ בעתירות "עדאלה" ראו www.adalah.org/heb/legaladvocacy.php. לפסקי דין בעניין גירורים רפורמיים ראו בג"ץ 264/87 תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד (מ) 723 (1989); בג"ץ 230/86 מילר נ' שר הפנים, פ"ד (מ) 436 (1987); בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661 (1995).

46 בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758 (1995).

בית המשפט הפך למעין שומר סף של הגינות החיים הפרלמנטריים בישראל; עצם נכונותו של בג"ץ לדון בהסכם פוליטי בין-מפלגתי העצימה תהליך זה. עם זאת, פסיקת בתי משפט שיש בה ניסיון לשנות את יחסי העוצמה בין השחקנים הפוליטיים יכולה לגרום לתגובות חקיקה קשות הפוגעות בזכויות אדם, ושעניינן בהשבת הסטטוס קוו על כנו. כך, למשל, החלטת בית המשפט העליון המורה לשחרר את רוב החטופים מלבנון, שנחטפו והוחזקו בישראל במעצרים מנהליים מתמשכים כדי לגרום לשחרורו של הנווט רון ארד, הובילה לחקיקה שמקשה מאוד לקיים פיקוח שיפוטי אפקטיבי במקרים שבהן חטיפות תוגדרנה "לצורכי מיקוח".⁴⁷ זאת ועוד: פסיקת בג"ץ בתחומי דת, למשל, שנתפסה כתוצאה של רצון שיפוטי לשנות את יחסי הכוחות בין שחקנים פוליטיים, תרמה להצעות לכונן בישראל בית משפט עליון לחוקה; משמעותן המידית של הצעות אלה היא אבדן סמכויותיו החוקתיות של בית המשפט העליון והקמת מוסד חוקתי מחוץ לבית המשפט העליון שהמכהנים בו ימונו במינויים פוליטיים (כשונה ממינוי על ידי ועדת מינוי השופטים).⁴⁸ פוליטיקאים עשו שימוש ברעיון של בית משפט עליון לחוקה שבו חלק מן המינויים הם מינויים שיפוטיים-מפלגתיים, מתוך ידיעה כי בכך ייטלו מבג"ץ את סמכויותיו החוקתיות לפסול חוקים בשל תוכנם.

בימרה השיפוטית להתערב ביחסי העוצמה הפוליטיים באמצעות טקסט משפטי מפורש או משתמע טמונות בעיות נורמטיביות קשות, שדיון בהן הוא מחוץ לגדרו של מאמר זה. למשל, האם השופטים מייצגים את כל שכבות הציבור, ואם לאו – מי שָׁמָם לשנות אורחות חיים דמוקרטיים? שאלה זו קשה במיוחד כאשר שופטים אינם נבחרים לתפקידם באופן דמוקרטי, כי אם ממונים לתפקיד בהליך שרובו הגדול חסוי לחלוטין מכל בקרה ציבורית. לכן, במדינות דמוקרטיות יש לשאוף לשיטה של מינויים שיפוטיים שתהיה פלורליסטית ככל הניתן, ולמינויים רב-תרבותיים (אך לא לייצוג סטטיסטי מלא, שהוא בלתי אפשרי). מינוי ראוי של שופטים הוא קריטי פי כמה וכמה כיוון שהשקיפות הציבורית של שופטים היא חלקית ביותר וכיוון שהתיעוד של דיונים שיפוטיים הוא חלקי ומצומצם לדיונים הרשמיים באולם בית המשפט.

בעיה נורמטיבית מרכזית אחרת היא הניגוד הבסיסי בין התערבות שיפוטית מסיבית בחיים הפוליטיים, מצד אחד, לבין עקרון הפרדת הרשויות ועקרון הריבונות הפרלמנטרית כפי שאלו מקובלים ביסוד המשטר הפוליטי בישראל, מן הצד האחר. עקב המגבלות המוטלות על בתי משפט במסגרת הכוח הפוליטי, יכולתם לגרום לשינויים חברתיים היא בעיקר במסגרת של יישום מדיניות ציבורית, ואף זאת בתהליך תוספתי. ממילא, ובהתאם לעקרונות הנורמטיביים של המשטר הפוליטי בישראל הנסמך על ריבונות פרלמנטרית, יש

47 ראו חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, לעיל ה"ש 35. לדיון נרחב ברקע המשפטי לפרשה ראו איתן ברק "בחסות החשיכה: עשר שנות משחק בבני-אדם כב'קלפי-מיקוח' ובית-המשפט העליון" פלילים ח 77–156 (1999).

48 ראו הצעות חוק פרטיות להקמת בית משפט עליון לחוקה: הצעת חוק-יסוד: בית משפט לחוקה, ה"ח 2662; הצעת חוק בית משפט לחוקה, התשס"ו-2006, ה"ח 468; הצעת חוק-יסוד: בית משפט לחוקה, ה"ח 994; הצעת חוק-יסוד: בית משפט לחוקה ה"ח 678; הצעת חוק בית משפט לחוקה, התשס"ב-2002 ה"ח 3380.

לראות בפרלמנטריזם הישראלי את הזירה המרכזית שבה יש להיאבק על מיסודם בחקיקה של שינויים חברתיים הניתנים להנעה באמצעות תנועות חברתיות. ריכוז מאמצים לגרום לשינוי חברתי באמצעות פרלמנטים ולא באמצעות אליטות שיפוטיות מתאים יותר לעקרונות של תאוריה דמוקרטית, שמחייבת כי שינויים חברתיים יעברו תהליכים של התדיינות ציבורית. הדיונים בבתי משפט מצומצמים לעוולה המשפטית הנטענת וכפופים למסגרת של דיני ראיות ושל כללי סדר דין, ואילו הפרלמנטים מייצגים פסיפס רחב יותר של אוכלוסייה וזירה פוליטית מרכזית לליבון בעיות ציבוריות מרכזיות. התנאי לכך הוא קיומה של חברה אזרחית מפותחת, שבה יש מקום מרכזי לתנועות חברתיות חוץ-פרלמנטריות ולזירות דיונים חוץ-מוסדות שמשמשות להתדיינות אזרחיות, כדוגמת ארגונים לא ממשלתיים, אקדמיה ומרכזי חשיבה, מחקר ותקשורת. אלו בתורם יכולים להאיץ שינויים חברתיים ואפילו לכוננם. בתי משפט, בשל הסיבות שציינו, יכולים להיות (וראו כי אכן יהיו) חלק מתהליך חברתי אזרחי של התדיינות, אך אין סיבה להניח כי בתי המשפט של המדינה רוצים להיות חוד החנית של שינוי חברתי או יכולים לעשות זאת.

למשפט אתרים רבים, כדוגמת משפט מקומי, משפט הקהילה, משפט המדינה, משפט בין-לאומי, משפט טרנס-לאומי, משפט כתוב, משפט נוהגי ומשפט דתי. המשפט כספירה רבת ממדים ורבת שכבות חשוב למדי, כמרכיב בכוח פוליטי, לקידום פרקטיקות של שינויים חברתיים במסגרת יחסי ההמרה עם אליטות פוליטיות אחרות. הנה, למשל, פסיקת בית המשפט העליון שהובילה להפרטה מסוימת של דת יהודית-אורתודוקסית בישראל השפיעה על יחסים בין קהילות דתיות שונות (כדוגמת יהודים רפורמים ויהודים אורתודוקסים), ובכך השפיעה על יחסי הכוחות בין זרמים פוליטיים דתיים לזרמים פוליטיים חילוניים בישראל. אולם בתי המשפט של המדינה הנם רק פורום מצומצם אחד להבנתו של המשפט, ויכולתם לתרום לשינוי חברתי היא לכן מוגבלת.

בהתייחסות קונקרטית למסד הפוליטי בישראל ניתן לקבוע כי תנאי הכרחי לשינוי חברתי הוא חיזוקו של הפרלמנטריזם הישראלי. שיטת משטר דמוקרטית חייבת להיות בנויה על בית משפט עליון חזק, אך זה חייב להיות "קבלן משנה" של הכנסת. האמצעי המרכזי לחיזוק הכנסת אינו טמון בהחלשת בית המשפט העליון, שכן פעמים פסיקתו הכרחית לקידום פעילויות של ארגונים חברתיים התורמים דווקא לעבודת הכנסת.⁴⁹ במיוחד חייב בית המשפט העליון לעסוק בפרשנות החוק. במשטר הפוליטי הקיים כיום בישראל יש להעניק לו סמכות לפסול חוקים בשל תוכנם אך ורק בתנאים חמורים במיוחד ומצומצמים מאוד של פגיעה בדמוקרטיה, כגון פגיעה במיעוטים. עם זאת, יש לשקול

49 לקובץ מחקרים מעניין על השיטה המעורבת ועל העלאת אחוז החסימה ראו המערכת הפוליטית בישראל: הצעות לשנוי (ברוך זיסר עורך, 1987). בין ההצעות העשויות לגרום לחיזוק מעמדה של הרשות המחוקקת ראוי לציין את ההצעה לשילוב השיטה של בחירות אזוריות מעורבות עם שיטת בחירות ארצית; באופן זה יוחלשו התלות של חברי הכנסת במרכזי המפלגות והתלות של חברי הקואליציה בממשלה, ותגדל תלותם בקהילות המקומיות ובצורכיהן הקהילתיים. כמו כן, יש להעלות משמעותית את שיעור החסימה בבחירות פרלמנטריות – עד כדי חמישה אחוזים, כדי לאפשר כנסת יציבה יותר אך עדיין פלורליסטית. יש לחזק את הכנסת אגב חיזוק כוחה של הקהילה המקומית בפוליטיקה הישראלית.

חלופות למבנה הקיים של המשטר הפוליטי ולאפשר בקרה על תכני חקיקה באמצעות גופים מעין חקיקתיים, שיפעילו בקרה דמוקרטית קודם לשלבי החקיקה עצמם, כפי שמקובל למשל בצרפת.

כל עוד הפרלמנטריזם הישראלי מצוי במצבו היום – מצב של חולשה משמעותית שהיא תולדה ישירה של מבנה רעוע של מפת המפלגות בישראל – לא יתאפשר שינוי חברתי של ממש. בהיעדר חקיקה משמעותית של זכויות חברתיות מתוך התחשבות באופייה הרב-תרבותי של ישראל, לא תצלח רפורמה של ממש במצב החברתי. חקיקה רפורמטורית של זכויות חברתיות ואכיפתן לא תתאפשר ללא כנסת חזקה. ראוי כי בית המשפט העליון ייהנה מלגיטימציה ציבורית רחבה, אך כדי ליהנות ממנה הוא חייב להיות עוזר לכנסת.

סיכום

במאמר זה פיתחתי טענה תאורטית בדבר קיומה של המרה תוספתית בין המשפט כמרכיב בכוח פוליטי לבין אליטות פוליטיות. לפיכך, לא ניתן להבין את המשפט מבלי להבין את ההקשר הפוליטי של כוח המשפט מהווה חלק ממנו. משפט המדינה – באמצעות בתי המשפט – משמש כדי להמיר בעיות פוליטיות מתשתיתן החברתית-כלכלית-תרבותית ללשון חוקית וחוקתית. בכך נמנע פתרון מן השורש של בעיות חברתיות חשובות, כגון עוני וריבוד חברתי. עם זאת, משפט המדינה אינו חסר ערך חברתי ולמרות היותו משקף יחסי כוח עמוקים יותר הוא בעל יכולות מהותיות. המשפט יכול להיות חשוב כמקור להשגת שינויים חברתיים תוספתיים, מוגבלים, בטווחי זמן ארוכים, בהקשר היסטורי וחקיקתי. האם המשפט בתצורתו הטקסטואלית הרשמית הוא חשוב? התשובה לשאלה זו תלויה בהגדרתה של חשיבות. ברור כי למשפט יש יכולות של המרה, אשר פוגעות באופן משמעותי בנכונותם של שחקנים פוליטיים לפתור בעיות חברתיות עקרוניות. לכל היותר, המרה תוספתית תביא לשינויים מוגבלים מאוד ברמות של יישום מדיניות ציבורית. לפעמים, כחריג, יכול המשפט גם לקדם שינויים חברתיים יסודיים בטווחי זמן ארוכים ובהקשר היסטורי.⁵⁰

עם זאת, בדרך כלל, משפט המדינה חשוב באי-חשיבותו כטקסט משמר וזאת אם מצפים ממנו להיות נשא מרכזי לשינוי של אמות יסוד חברתיות בטווחי זמן קצרים, שכן הוא ממיר בעיות לשפה חוקית ובכך הוא תורם לטשטוש ולהחלשה של תודעה חברתית רפורמטורית. בצד זאת, חשוב להבין את יכולות המשפט להיות משמעותי או בלתי משמעותי בטווחי זמן היסטוריים ניכרים, למשל בטווח של מאות שנים; זהו פרויקט חשוב במיוחד, שלשמו צריכים לחבור יחד משפטנים ואנשי מדעי הרוח והחברה. אמנם נכון כי למשפט יש מטרות שונות פרט להיותו גורם לרפורמות, כגון הסדרת קונפליקטים, הכרעה בהם ואף פתרון שלהם. עם זאת, רצוי כי בכל דיון בעולם המשפט ובכל ניתוח שלו ייכלל גם דיון ברצונו וביכולותיו של המשפט לגרום לשינויים חברתיים המנוגדים לקונסנזוס ולאינטרסים כוחניים של שליטה.

50 ראו למשל: HAROLD J. BERMAN, LAW AND REVOLUTION (1983); BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: TRANSFORMATIONS (1998); MELISSA SCHWARTZBERG, DEMOCRACY AND LEGAL CHANGE (2007).

