

האם המשפט מסוכן? קואופטציה משפטית ושינוי חברתי

הקדמה

מגבלותיו של המשפט כאמצעי להשפעה על שינוי חברתי מצויות במוקד הכתיבה המשפטית בעשורים האחרונים. ההשפעה המצטברת של הביקורת על מגבלות המשפט הובילה "להתפתחותה של תודעה משפטית ביקורתית – תובנה מוסכמת באשר לחוסר יעילותו היחסי של המשפט". הטענות אינן מסתכמות בהבעת אכזבה מיכולתה של מערכת המשפט להשיג את המטרות שבהן חושקת תנועה חברתית; טיעון שהופך נפוץ יותר ויותר באקדמיה המשפטית הוא כי לעתים תכופות, המשפט אף גורם יותר נזק מאשר תועלת לתנועות חברתיות שנשענות על אסטרטגיות משפטיות כדי לקדם את מטרותיהן. הטענה היא שהמשפט "מפתה" קבוצות לבחור באסטרטגיות משפטיות ככלי לקידום מטרותיהן החברתיות, אך בסופו של דבר מתבררות אסטרטגיות אלה כנתיב מזיק דווקא. ההשפעה השלילית נקראת "קואופטציה משפטית" – תהליך שבו ההתמקדות ברפורמות משפטיות בקרב תנועות לשינוי חברתי מצמצמת את מטרותיהן, מבטלת את הרדיקליות של סדר היום שלהן, מספקת לגיטימציה לעוללות מתמשכות ומסיטה את תשומת הלב מחלופות יעילות יותר ובעולות יכולת רבה יותר לעצב את המציאות. בשל כך, נטען, הפנייה למשפט מחזקת למעשה את האידאולוגיות הקיימות ואת המוסדות הקיימים; כאשר הן מתמודדות עם המשפט, הקבוצות שעוסקות ברפורמה משפטית נבלעות בתוך המערכת אף בעת שהן נאבקות נגדה.

מטרתי במאמר זה היא לנתח את הטענות בדבר קואופטציה משפטית בימינו באמצעות השוואת המצב לתקופות קודמות של אקטיביזם חברתי, בעיקר בזירה האמריקנית (תנועת העבודה בתקופת ה"ניו דיל", בשנות השלושים של המאה העשרים, והתנועה לזכויות האזרח, בשנות השישים של המאה העשרים). לשם כך אבחן מחקרים חדשים שנטען לגביהם כי הם מספקים חלופה לתהליכים משפטיים קואופטיביים, ואברר את השפעתם של שלושה זרמים חוץ-משפטיים עכשוויים על התודעה המשפטית הביקורתית. אם בוחנים מקרוב את קבוצת ההנחות הדומיננטית שמונחת ביסוד הכתיבה הביקורתית בימינו, אין מנוס מהשאלה – מדוע נתפסת הקואופטציה כייחודית לשדה המשפט? טענתי היא שהמגבלות על היכולת ליצור שינוי חברתי אינן שמורות רק לרפורמה המשפטית,

* המאמר פורסם במקור באנגלית: Orly Lobel, *The Paradox of Extralegal Activism: Critical Legal Consciousness and Transformative Politics*, 120 HARV. L. REV. 937 (2007), וכן בגרסה עברית מקוצרת בכתב העת "מעשי משפט": אורלי ליבל "הפרדוקס של אקטיביזם חוץ-משפטי: תודעה משפטית ביקורתית ופוליטיקה לשינוי החברה" מעשי משפט א 63 (ד"ר זהר כוכבי מתרגם, 2008). גרסה זו עברה שינויים והתאמות לצורך פרסומה לקהל קוראים ישראלי. הכותבת מודה ליניב רון-אל ולשאר עורכי הכרך על עזרתם בעריכת הגרסה העברית ובהתאמתה למציאות הישראלית.

ואפשר שהן חלות באותה מידה (ואולי אף במידה רבה יותר) בתחום של אקטיביזם חוץ-משפטי. יתרה מזו, טענתי היא כי עצם ההנחה שאפשר לבחור שלא לפעול במישור המשפטי יוצרת הפרדה שגויה בין תחומים חברתיים שבמציאות שלובים זה בזה. במקום להבדיל בין מספר רב של נושאים ושל אתגרים במישורים שונים, הספקנות העכשווית ביחס למשפט, שהיא בגדר אקסיומה, מובילה מלומדים להתייחס לקואופטציה כתופעה אחידה הייחודית למשפט. אולם אם נתמקד בטענות שעניינן כישלונותיה של הרפורמה המשפטית דווקא, יספקו אלה "חלון הצצה" להנחותינו בעניין האפשרויות לשינוי ובעניין קצב השינוי באופן כללי, ולא רק באמצעות המשפט. בהתאם, אטען במאמר זה כי הכתיבה הביקורתית העכשווית ממעיטה בערכן של תוכנות התאוריה הביקורתית, תאוריה שהתייחסה להשלכות השונות של פעולה חברתית (שכל אחת מהן בעלת פוטנציאל לקואופטציה כמו גם לטרנספורמציה) כשוות יותר זו לזו.

סקירתי תתחיל בתיאור שלוש תקופות של אקטיביזם למטרת רפורמה חברתית, בתיאור הקשר שלהן לרפורמות משפטיות ובתיאור הצלחותיהן וכישלונותיהן של הרפורמות כפי שתופסים אותם מלומדי משפט שונים. תחילה אתאר שתי תקופות, שהוגים בני-זמננו השתמשו בהן כפרדיגמות בניתוח הכישלונות של הרפורמה המשפטית והתוצאות השליליות שהופיעו בעקבות שקיעתו של האקטיביזם החברתי. התקופה הראשונה היא תקופת פעולתה של תנועת העבודה של ה"ניו דיל"; תנועה זו הובילה להסדרתם המחודשת של יחסי עבודה בחקיקה, אך ספגה ביקורת על כך שיצרה סביבה עוינת למשא ומתן קיבוצי ועל כך שגרמה לירידה חדה בשיעורי ההתאגדות. התקופה השנייה קשורה לפעילותה של התנועה לזכויות האזרח בארצות הברית בשנות החמישים והשישים של המאה העשרים; התנועה השיגה הכרה נרחבת בזכות ניצחונותיה בתחומי החקיקה והשיפוט, אך ספגה ביקורות רבות על הצלחתה המוגבלת לשים סוף לאי-צדק על רקע גזע. בשני המקרים יתמקד הניתוח של תופעת הקואופטציה לא רק במגבלותיהם של הניצחונות המשפטיים אלא גם בדעיכתן של התנועות החברתיות ובשקיעתו של חזון הרפורמה, ולעתים בעיקר בהם. הטענה היא כי תפיסתם (בעבר) של ניצחונות בתחומי החקיקה והשיפוט כהצלחות היא שגרמה לכישלוננו של מאבק נרחב יותר. בהצביעם על שתי "הצלחות כושלות" אלה מבטאים חוקרי משפט בני זמננו ספקנות באשר ליכולתו של המשפט ליצור שינויים חברתיים עמוקים, ספקנות שכיום היא בגדר אקסיומה. בהסתמך על הכתיבה הקיימת במחקרים על תקופות אלה, אבחן בחלקו הראשון של המאמר את הטענות בדבר קואופטציה משפטית ואראה כי הם אינם עשויים מקשה אחת, אלא מאגדים מערכות נפרדות של טענות ובהן חששות לגבי משאבים ואנרגיות, מסגור ופירוק לגורמים, עריכת דין ותופעת ה"דחיקה לשוליים", השפעות של מגבלות מוסדיות והענקת לגיטימציה לא מבוססת להסדרים חברתיים קיימים.

בשל המוסכמה ביחס למגבלות הרפורמה המשפטית, מוסכמה שמתייחסת למשפט כאל "התקווה החלולה"¹, מזהירים מבקרים בני-זמננו מפני הישענות על החוק, על בתי המשפט, על השפה המשפטית ועל עורכי הדין במאבקהן של תנועות חברתיות. בחלקו השני של המאמר אתאר את התקופה השלישית, תקופה של אקטיביזם חוץ-משפטי,

1 כותרת ספרו של רוזנברג: GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (2nd ed 1991).

כפי שהיא מוצגת בכתיבה המשפטית. בתקופה זו מתגלים שלושה סוגים שונים של אסטרטגיות: הסוג הראשון – הגדרה מחדש של מטרת מערכת המשפט כקידום של יעדים משניים במקום עיקריים; הסוג השני – מעבר מזירת המשפט לפעולה חוץ-משפטית, המתבטא לעתים קרובות בקריאה לפעילות חברתית רבה יותר שאינה מערבת את השלטון, להבדיל מפעילות פוליטית-משפטית; והסוג השלישי – הרחבת המשמעויות של משפט ושל חוקיות על יסוד תובנות קודמות של אסכולת הפלורליזם המשפטי.

לאחר בחינת ההנחות שעומדות ביסודן של כל אחת מהאסטרטגיות הללו ביחס לגבולות המשפט ולגבולות השינוי, אבחן מחדש את מושג הקואופטציה כדרך פעולה אחת מתוך מגוון רחב יותר של אפשרויות למאבק חברתי. בחלקו השלישי של המאמר לא אפיג את החששות ביחס לקואופטציה משפטית, ואטען כי אסכולת ה"גג" (או האסכולה הכוללנית) המתהווה מסיקה מסקנות שגויות מן התובנות הביקורתיות. נוסף לכך, אטען כי בקשת האפשרויות שבין משפט לשינוי חברתי מציגה אסכולה זו חלופות למראית עין, וכי בחינה מדויקת יותר של שאלת גבולות השינוי מעוררת ספק באשר לתפקיד המכובד המיוחס לאקטיביזם חוץ-משפטי, אותו אקטיביזם שהכתיבה העכשווית מדברת בשבחו. באמצעות הצגה מסולפת של סיכוני הקואופטציה הכרוכים בפעולה בזירת המשפט, מציגים תומכי האקטיביזם החוץ-משפטי את דרכי הפעולה החלופיות כפתרונות לסכנת הקואופטציה. דחיית "מיתוס החוק" גורמת להיווצרותו של מיתוס נגדי, "מיתוס המעורבות". במאמר אטען כי לא רק שהימנעות מאסטרטגיות משפטיות כאמצעי לשינוי חברתי היא רעיון שגוי, אלא שהצגת תמונה כזו מסתירה מאיתנו את האופנים שבהם ממשיך המשפט להתקיים ברקע החלופות החוץ-משפטיות. כך, תובנות ביקורתיות מוקדמות יותר ביחס לחשיבותו המתמשכת של המשפט בתחומים שלמראית עין אינם מוסדרים במשפט, אובדות במסר עכשווי בדבר חוסר הצורך במשפט ובדבר הפגיעה שלו במאבקים לשינוי חברתי. יתר על כן, התפיסה לפיה אפשר לבחור שלא לפעול במישור המשפטי אינה עומדת במבחן המציאות; הלכה למעשה, קיים טשטוש גבולות הולך וגדל בין הממד הפרטי לממד הציבורי, בין ארגונים למטרות רווח לבין מוסדות ללא כוונת רווח ובין מוסדות פורמליים למוסדות בלתי פורמליים, וחדירה הדרגתית של האחד לאחר. לאמיתו של דבר, חשוב ביותר להבין כי תאוריה של הימנעות ממשפט כאמצעי לשינוי חברתי תורמת לרטוריקה שמרנית באשר לשקיעתה של המדינה, יוצרת הכרח להסיר פיקוח ואסדרה (רגולציה), ותורמת לטיבו הבלתי נמנע של אי-השוויון החברתי, ההולך ומתעצם.

במילים אחרות, במאמר זה אחשוף את הזיקה שבין הקריאה לשימוש באסטרטגיות חוץ-משפטיות לבין התמיכה בסטטוס קוו שמרני. התנועה לאקטיביזם חוץ-משפטי חֲבָרָה, בלי משים, למושגים כגון "תחייתה של החברה האזרחית", "ירידת חשיבותן של רשויות אכיפה" ו"יצירת נורמות שלא על ידי גורמים ממשלתיים". מושגים אלה מזוהים עם צמצום מחויבויותיה של המדינה, עם הפרטה, עם הסרת פיקוח ועם העברת סמכויות השלטון לזירה החברתית. הקריאה לשימוש באסטרטגיות חוץ-משפטיות משקפת אמנם את ההתפכחות מאשליית "מערכת המשפט הכל-יכולה" כגוף היחיד המניע שינוי חברתי, אך היא גם מרמזת על כך שכל מאבק לשינוי חברתי, תהא דרכו אשר תהא, תלוי במציאות כלכלית ובמחויבויות משתנות של המדינה בעידן של גלובליזציה.

במאמר אציע לקוראים לתהות על אודות כל נתיב פעולה שנבחר במאבק לשינוי חברתי ולברוק באילו קריטריונים יש לבחון הצלחה, ואטען כי הסיכונים הטמונים בקואופטציה חוץ-משפטית דומים לסיכונים שבקואופטציה משפטית. תמיכתן העכשווית של תנועות חברתיות במודל חלופי של פוליטיקה מתקדמת והאמונה כי מודל זה יכול למנוע את סכנת הקואופטציה, מונעת מהתומכים במודל לבחון אותו באותה עין ביקורתית שבה הם בוחנים כעניין שבשגרה את האסטרטגיות המשפטיות. לכן, משמעותו של "הגל החדש" של הפוליטיקה החוץ-משפטית אינה אלא הונאה עצמית, לאחר מעשה, של המפסידים. בחלק הרביעי, המסכם את המאמר, אטען כי חלק ניכר מהתפיסות החלופיות בנות זמננו מטשטשות את הקווים שבין תיאור לבין דרכי פעולה בבחינת הפוליטיקה המתקדמת ובעיצובה.

א. מאבקים משפטיים וטענת הקואופטציה

המפתח להבנת הדרכים שבהן מעריכים הוגים בני-זמננו את ההבטחה ואת הסכנות הטמונות ברפורמה משפטית טמון בשני רגעים מכריעים במאבקהן המשפטיים של שתי תנועות חברתיות בארצות הברית, תנועת העבודה של ה"ניו דיל" והתנועה לזכויות האזרח בשנות השישים של המאה העשרים. בשתי התקופות הבינו המבקרים את הניצחונות כמוגבלים וכסמליים, כמרסנים רדיקליות וכמונעים חזון מקיף יותר. בהסתמך על הדיון בשני מקרים מייצגים אלה אגדיר בחלק זה את הטענות על אודות הקואופטציה כשני רעיונות נפרדים, העוסקים במגבלותיה של רפורמה ובסיכונים הכרוכים בה.

1. ריסון הרדיקליות של החוק הלאומי ליחסי עבודה ושל תנועת העבודה² בשנות השלושים והארבעים של המאה העשרים, בזמן "השפל הגדול" וצעדי ה"ניו דיל" לשיקומו, נאבקה תנועת העבודה בארצות הברית להסדיר מחדש את יחסי העבודה ולעגנם בחוק הפדרלי ליחסי עבודה קיבוציים. לפני חקיקת החוק הוגבלה העבודה המאורגנת ולעתים אף נחשבה לבלתי חוקית; בשלהי המאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים ביטל בית המשפט העליון חוקים שקבעו כי פיטורי עובדים בגין חברותם באיגוד עובדים הם מעשה פלילי, הוציא באופן תדיר צווים למניעת שביתות ונתן תוקף לחוזי ה-"yellow-dog", חוזים שבהם נדרשו עובדים להתחייב שלא להצטרף לאיגודים.³ חקיקתו של ה-NLRA התקבלה כניצחון גדול לאינטרסים של תנועת העבודה. עורכי הדין של תנועת העבודה צפו שה-NLRA ישמש כלי רב עצמה להגדלת שיעור ההתאגדות ולחיזוק כוח המיקוח הקיבוצי. אבל אווירת הניצחון הייתה קצרת ימים, ובמהרה החלו עורכי הדין של תנועת העבודה לטעון כי בתי המשפט, הוועדה הפדרלית ליחסי עבודה⁴

2 National Labor Relation Act, 29 U.S.C. §§151-69 (2003); להלן: "NLRA".

3 Michael H. LeRoy & John H. Johnson IV, *Death by Lethal Injunction: National Emergency Strikes Under the Taft-Hartley Act and the Moribund Right to Strike*, 43 ARIZ. L. REV. 63, 93 (2001).

4 National Labor Relation Board, להלן: "NLRB".

וגופי מנהל אחרים גרמו לריסון הרדיקליות שבחוק. במקביל, הפכו חוקרים של דיני עבודה לספקניים יותר ויותר באשר ליכולתו של ההסדר הקבוע ב-NLRA לשפר את תנאי העבודה. במיוחד גינו המבקרים את הנחתם של בתי המשפט כי ה-NLRA העניק "להנהלה ולעובדים כוח שווה במקום העבודה".⁵ בפועל, החוק אכן פורש ויושם באופן שהגביל את האפשרות לנהל משא ומתן קיבוצי – פרשנות ש"עוינת את לוחמנות תנועת העבודה באופן שיטתי".⁶ למשל, בתי המשפט הגדירו את גבולות המשא ומתן באופן שלמעשה הוציא מגדרו עובדים בתפקידי ניהול.⁷ באופן דומה, פירשו בתי המשפט באופן צר את חובת תום הלב במשא ומתן, וכך אפשרו להנהלה לעזוב את שולחן הדיונים לפני שהושג הסכם. פרט לכך, בתי המשפט הגבילו את הנושאים שביחס אליהם חלה חובת משא ומתן; צמצמו את יכולתו של הפועל להשתתף במשא ומתן, באמצעות יצירת הפרדה קשיחה בין הנציגים לבין העובדים הפשוטים ובאמצעות אי-הגנה על "פעילויות מתואמות" במקומות עבודה שעובדיהם לא היו מאוגדים; צמצמו את היקפה של פעילות עובדים מוגנת, בהוציאם מתחום זה "החרמה משנית" כגון שביתות נגד קבלני משנה; הגבילו את חופש הביטוי בענייני התאגדות, למעט "ביטוי פוליטי"; והרחיבו את היכולת לקיים תעמולה נגד האיגוד, לקבוע סעיפי איסור שביתה ולחייב עריכת בודרות.⁸

כך, אף שהוא נתפס כרחב היקף, סיפק ה-NLRA מסגרת מוסדית להגבלת האקטיביזם של תנועת העבודה ולהגבלת יתרונותיה. פרופסור קרל קלייר טוען כי למערכת המשא ומתן הקיבוצי של ה-NLRA "יש היבט 'מְמֹסָד' שמגביל את הקונפליקט במקום העבודה ומתעל אותו [...] (המערכת מציבה) מגבלות על שיתופם של עובדים בניהול מקום העבודה (והאיגוד), מסדירה פעילות מתואמת של העובדים והופכת אותה לרשמית, ומעניקה לגיטימציה למדרג ולשליטת ההנהלה בהחלטות המתקבלות – הן היום-יומיות הן ארוכות הטווח".⁹ דוגמאות קלאסיות לאופן השימוש ב-NLRA כדי להגביל את האקטיביזם של העובדים אפשר למצוא בעניין *NLRB v. Mackay Radio & Telegraph Co.*,¹⁰ שבו התיר בית המשפט למעסיק להחליף את השוכתים בעובדים שלא היו מאוגדים, ובעניין *NLRB v. Fansteel Metallurgical Corp.*, שבו הפך בית המשפט על פיה את הוראת הערכאה דלמטה להשיב את העובדים שפוטרו לעבודתם, אף שנוהלי העבודה של המעסיק היו בלתי הוגנים.¹¹ לטענת פרופסור פול וילר, הגבלות אלה על הסעדים שסיפק ה-NLRA הפכו את ההתדיינות המשפטית לבלתי יעילה עבור פעילי תנועת העבודה, ונכשלו בהרתעת

Katherine Van Wezel Stone, *The Post-War Paradigm in American Labor Law*, 90 *YALE L.J.* 1509, 1511 (1981) 5

.DUNCAN KENNEDY, *A CRITIQUE OF ADJUDICATION* 251 (1997) 6

ראו למשל: *NLRB v. Yeshiva Univ.* 444 U.S. 672, 686–90 (1980) 7

Orly Lobel, *Agency and Coercion in Labor and Employment Relations: Four Dimensions of Power in Shifting Patterns of Work*, 4 *U. PA. J. LAB. & EMP. L.* 121, 156–65 (2001) 8

Karl E. Klare, *Traditional Labor Law Scholarship and the Crisis of Collective Bargaining Law: A Reply to Professor Finkin*, 44 *MD. L. REV.* 731, 743 (1985) 9

.*NLRB v. Mackay Radio & Telegraph Co.*, 304 U.S. 333 (1938) 10

.*NLRB v. Fansteel Metallurgical Corp.*, 306 U.S. 240 (1939) 11

המעסיקים משימוש בנזהלי עבודה בלתי הוגנים. ואכן, פרופסור ויילר מסיק כי לטווח המוגבל של הסעדים יש חלק "בתופעה שהיא אולי הראויה ביותר לציון בהליך הייצוג ברבע המאה האחרונה – העלייה האדירה ביישום של נזהלי עבודה בלתי הוגנים על ידי מעסיקים".¹²

בניית התפתחויות אלה, הסיקו חוקרי ביקורת משפט העבודה כי בסופו של דבר הרפורמה המשפטית של ה"ניו דיל" "קידמה את הקואופטיציה של תנועת העובדים [...]. וגרמה להפחתת הלוחמנות של התנועה".¹³ "מה שנחשב על ידי השכבות המשכילות הן בקרב העובדים הן בקרב המנהלים כהיגיון המיטיב של 'שיטת' המשא ומתן הקיבוצי שיצר החוק, תפקד למעשה לשבירת כוחם המאורגן של העובדים ובהמשך לניהולם".¹⁴ המבקרים הקולניים ביותר טענו כי הסדרתו של המשא ומתן הקיבוצי בחוק הפכה אותו ל"מבנה מוסדי שאינו מכוון לבטא את צורכי העובדים ואת שאיפותיהם, אלא לשלוט ולהטיל משמעת על כוח העבודה ולספק הסבר למבנהו של שוק העבודה".¹⁵ מבקרים אלה הסיקו כי, באופן פרדוקסלי, ההצלחה המשפטית לכאורה של מאבקי הרפורמה החברתית של ה"ניו דיל" אפשרה לרסן ולהשקיט את האקטיביזם של תנועת העבודה.

2. התנועה לזכויות האזרח והמיתוס של זכויות משפטיות

המודל של התנועה לזכויות האזרח מייצג שלב שני במאבקים לרפורמה חברתית. אחרי שנות החמישים והשישים של המאה העשרים, פעילויות של קבוצות לזכויות האזרח, ובייחוד של הארגון הלאומי לקידום השחורים (NAACP) ושל קרן החינוך וההגנה המשפטית שלו (LDF), עודדו יותר ויותר תנועות אחרות, כגון תנועת זכויות הנשים, תנועת זכויות ההומוסקסואלים ותנועת הזכויות לאנשים עם מוגבלויות, לאמץ אסטרטגיה של רפורמה חברתית ולהתארגן על יסוד דפוסים דומים של זכויות מבוססות זהות ועל יסוד טענות של איסור אפליה. למעשה, מאז שנות החמישים המאוחרות, ההתדיינות המשפטית – בצורת מקרי מבחן ייחודיים ותביעות ייצוגיות – הפכה למכשיר עיקרי באקטיביזם של תנועות חברתיות.

אולם למרות ההתלהבות הראשונית מן הרפורמה המשפטית, תאורטיקנים של הגזע החלו בהדרגה לקרוא תיגר על ההצלחה לכאורה של הניצחונות המשפטיים, ובראש

Paul Weiler, *Promises to Keep: Securing Workers' Rights to Self-Organization Under the NLRA*, 96 HARV. L. REV. 1769, 1778 (1983) 12

Karl E. Klare, *Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of the Modern Legal Consciousness, 1937–1941*, 62 MINN. L. REV. 265, 267 (1977) 13

Mark Barenberg, *Democracy and Domination in the Law of Workplace Cooperation: From Bureaucratic to Flexible Production*, 94 COLUM. L. REV. 753, 760–61 (1994);

Mark Barenberg, *The Political Economy of the Wagner Act: Power, Symbol, and Workplace Cooperation*, 106 HARV. L. REV. 1379, 1421–30 (1993)

סעיפים שנועדו לחזק את ארגוני העובדים פורשו על ידי בית המשפט באופן שתרם דווקא להחלשתם של הארגונים).

KENNEDY, לעיל ה"ש 6. 14

Klare, לעיל ה"ש 13, בעמ' 267–269. 15

ובראשונה על המאבק פורץ הדרך של עניין *Brown v. Board of Education*.¹⁶ כמו כן, הובעה ביקורת כלפי הניצחונות בחקיקה ובייחוד כלפי אימוץ חוק הזכויות האזרחיות מ-1964.¹⁷ מלומדים החלו לבחון את ההשלכות השליליות של ההתדיינות המשפטית נגד אפליה על האנשים שעליהם הייתה כוונה להגן. הובעה ביקורת על התמקדותם של ארגוני זכויות אזרח בנושאים שהושפעו יותר מסעדים שהושגו באמצעות ההתדיינות משפטית, כגון הפרדה על רקע גזע בבתי ספר ואפליה במקום העבודה, במקום לתקוף בעיות של צדק חלוקתי, שהיו בעלות חשיבות גדולה יותר לאנשים שאותם לכאורה ייצגו הארגונים.¹⁸ המבקרים גם הביעו אכזבה מהיקפם המוגבל של הניצחונות המשפטיים ושל הניצחונות בחקיקה – ניצחונות שהזניחו את ההיבטים הכלכליים של אי-שוויון על רקע גזע והשיגו, כך נראה, שינויים סמליים בלבד. למשל, בשנת 1989 תיאר באופן נוקב טירון טיילור, ממנהיגי הכולטים של ה-NAACP, את עמדותיו באשר ליעדיה המוגבלים של הרפורמה המשפטית:

אחד מכישלונותיה המזהירים של התנועה לזכויות האזרח היה שלא סיפקה מנגנון לשוויון כלכלי [...] מבחינה היסטורית, התנועה לזכויות האזרח נכשלה תמיד בתחום זה משום שזה היה תמיד התחום הקשה ביותר. ללבנים לא אכפת היה לוותר על דיור ציבורי או על מקומות באוטובוס, אבל כשזה מגיע לכסף ומשרות, הם לא יוותרו.¹⁹

יתר על כן, כדי שניצחונות משפטיים יישמרו וישפיעו על החברה, נדרשו מחויבות ארוכת-טווח ומשאבים רבים. ככל שחלף הזמן התברר שמחויבותה של המערכת המשפטית לניטור ההחלטות שדרשו יישום הייתה מועטה ביותר: בתי המשפט הסתייגו מלקבל על עצמם תפקידים מנהליים ורשויות המנהל היו לעתים קרובות אטיות, ביורוקרטיות וחסרות נכונות לסטות מן הסטטוס קוו. המשאבים הכספיים שנדרשו לאכיפה וליישום של החלטות שיפוטיות היו בלתי זמינים, וכך למעשה לא הוזרמו כספים משמעותיים משלב ההתדיינות המשפטית לשלבים אחרים במאבק.²⁰

קשיים אלה להשיג שינויים ממשיים ובני-קיימה באמצעות רפורמה משפטית הובילו רבים למסקנה שיש לפעול בדרכים חלופיות. נוסף לכך, פרשנים טענו שההתמקדות ברפורמה חברתית דווקא החלישה את המאבק לשוויון: הפנייה למשפט גרמה לכך שיעדים חברתיים נזנחו על ידי מקדמי רפורמות שהעדיפו להתמקד בנתיב המשפטי, ויעדיה של

16 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) (להלן: עניין *Brown*).
 17 *Civil Rights Act of 1964*, 42 U.S.C.S §§ 1981- 2000(h) (LexisNexis 2010).
 18 STEPHEN L. WASBY, *RACE RELATIONS LITIGATION IN AN AGE OF COMPLEXITY* 110 (1995).
 19 Harold Norris, *A Perspective on the History of Civil Rights Law in Michigan*, 1996
 Denise Chriddendon & Linda Jones, *NAACP: 80* (מצטט את: DET. C.L. REV. 567, 599
 (Years of Challenge, DET. NEWS, July 7, 1989, at E1
 DERRICK BELL, *RACE, RACISM AND AMERICAN LAW* 482–6 (3rd ed. 1992); DERRICK BELL, 20
FACES AT THE BOTTOM OF THE WELL: THE PERMANENCE OF RACISM, at ix–xii (1992);
 DERRICK BELL, *AND WE ARE NOT SAVED, THE ELUSIVE QUEST FOR RACIAL JUSTICE*, at
 .x–xii (1989).

התנועה החברתית עברו תהליך של קואופטציה בשל פרשנותם המשפטית.²¹ בראשיתה, נתפסה ההצלחה של התנועה לזכויות האזרח במונחים של חקיקת חוקים חשובים ושל הצהרות מפתח שיפטיות. אולם בהתאם למגמה לחפש אחר דרכים חלופיות, הוגי משפט בני-זמננו המתעניינים במטרות חברתיות עוסקים יותר ויותר דווקא בהיסטוריה החוץ-משפטית של מודל הזכויות האזרחיות – כלומר בתפקידיהם של התארגנות קהילתית ושל קמפיינים של קבוצות שטח.²²

חשוב מכול, הביקורת על מודל הזכויות האזרחיות התפרשה אל מעבר לנושאי המשאבים והיעילות והדגישה את חוסר התוחלת של האקטיביזם המשפטי ואת הפסיביות שבו. הביקורת תיארה כיצד השפה המשפטית של זכויות, שאליה נקשר האקטיביזם של זכויות האזרח, אפשרה להסביר מגוון עצום של ביטויים לאי-שוויון מתמשך על רקע גזע במונחים שנראו טבעיים וניטראליים. נוסף לכך, מרגע שזכויות צוינו בספר החוקים, היינו המחוקק ובתי המשפט הצהירו באופן סמלי שהן מוענקות, אזי חלוקת המשאבים הקיימת נתפסה כתוצאה בלתי נמנעת של פעולת השוק. בשל כך, מבקרי המודל של זכויות אזרחיות הסיקו ש"המשפט חייב להיות מוכפף לאופנים אחרים של אקטיביזם ולדיסציפלינות אחרות; אכן, יש להימנע במידת האפשר משימוש באמצעים משפטיים ליישוב בעיות, שכן הם נוטים להעצים את חוויית חוסר האונים של הלקוח".²³ בהתאמה, "אורתודוקסיה חדשה שמביעה ספקנות עמוקה ביעילותן של אסטרטגיות משפטיות לקדם שינוי חברתי"²⁴ החליפה אופטימיזם מוקדם יותר ביחס לרפורמה משפטית מתקדמת. בגרסה הביקורתית ביותר הוזהרו אקטיביסטים של זכויות אזרחיות מן "הספינה הטובעת" של ההתדיינות המשפטית; החל מאמצע שנות השמונים של המאה העשרים נטען כי "התקרמות אמיתית תושג רק באמצעות טקטיקה שונה מהתדיינות משפטית".²⁵

3. להתיר את פקעת הקואופטציה

מן הניתוח שהוצג לעיל בנוגע לתקופות פעולתן של תנועת העבודה ותנועת זכויות האזרח ולבעייתיות שלהן, עולה בבירור כי הטיעונים בעניין הקואופטציה המשפטית אינם חובקי כול, אלא מורכבים ממערכות נפרדות של טענות. הבהרת הרעיון הכללי של המשפט ככוח

21 Wasby, לעיל ה"ש 18.

22 כגון קונגרס השוויון הגזעי (The Congress of Racial Equality), ועדת התיאום הלא-אלימה של הסטודנטים (The Student Nonviolent Coordination Committee), הוועידה למנהיגות נוצרית דרומית (The Southern Christian Leadership Conference), סטודנטים למען חברה דמוקרטית (Students for a Democratic Society) והפנתרים השחורים (The Black Panthers). ראו: Scott L. Cummings & Ingrid V. Eagly, *A Critical Reflection of Law and Organizing*, 48 UCLA L. REV. 443 (2001).

23 Richard L. Abel, *Lawyers and the Power to Change*, 7 LAW & POL'Y 5, 9 (1985).

24 Scott L. Cummings & Ingrid V. Eagly, *After Public Interest Law*, 100 NW. U. L. REV. 1251, 1255 (2006) (מבקרים את: JENNIFER GORDON, SUBURBAN SWEATSHOPS: THE FIGHT FOR IMMIGRANT RIGHTS (2005)).

25 Derrick Bell, *The Supreme Court, 1984 Term – Foreword: The Civil Rights Chronicles*, 99 HARV. L. REV. 4, 24 (1985).

קואופטיבי בסדר היום של התנועה החברתית חשוב כיום במיוחד, לנוכח הופעתן של מוסכמות בדבר אסטרטגיות של רפורמות חוץ-משפטיות טרנספורמטיביות. כפי שמתברר מתיאור שתי התקופות הללו, הביקורת כלפי הקואופטיזציה כללה טענות בעניין משאבים ואנרגיה, מסגור ופירוק לגורמים, עריכת דין ומקצוענות, תופעת ה"דחיקה לשוליים", השפעות של מגבלות מוסדיות והענקת לגיטימציה לא מבוססת להסדרים חברתיים קיימים. אף על פי שתיתכן חלוקה שונה מהחלוקה לשש הקבוצות שלהלן, טענות אלה מקיפות את טווח הביקורות כלפי המפעל המשפטי בשנים האחרונות ומחדדות את הקשר הקיים בין מגבלות המשפט בפרט למגבלות האקטיביזם חברתי בכלל. לכן, אם זיהינו כי ניתוח הקואופטיזציה נוגע לא רק לבעיה אחת, אלא לסבך של כמה בעיות שעשויות לצוץ בעת השימוש באסטרטגיה מסוימת כדי לקדם רפורמה, אזי ברי שחלק ניכר מבעיות אלה אינן מיוחדות לשימוש במשפט, ולמעשה ממשיכות להתקיים גם מחוץ למסגרת הרפורמה המשפטית המסורתית. ההנחה כי אסטרטגיות של רפורמה משפטית הן יעילות טומנת בחובה סיכון; סיכון זה מתגבר אם טענות שונות נגד הקואופטיזציה מקובצות לקטגוריה אחת, שכן בכך נפגעת מובהקותה של כל טענה וטענה. חשיפת מרכיביהן של טענות הביקורת כלפי הקואופטיזציה מגלה שאסטרטגיות חוץ-משפטיות חלופיות נתונות, למעשה, לאותם סוגים של מגבלות.

א. משאבים ואנרגיה

סוג ראשון של טיעונים כרוך בשאלות שעניינן העלות וההשקעה הנדרשות מתנועה במסגרת דרכי פעולה לרפורמה משפטית. התדיינות משפטית גוררת עלויות כספיות גבוהות ודורשת השקעה רבה של זמן ושל אנרגיה, וכל אלה מפחיתים באופן בלתי נמנע את יכולתה של תנועה חברתית לנקוט דרכי פעולה חלופיות. עלויות כספיות כוללות הן הוצאות ישירות (כגון שכר עורך דין, הוצאות משפט והוצאות עד מומחה) הן הוצאות עקיפות (כגון הוצאות הקשורות להכנת התיקים ולקשר עם עורכי דין ועם בתי משפט). כך יוצא שבשל המשאבים העצומים שהמערכת זקוקה להם, ההתמקדות במשפט נוטה להכביד על פרטים ועל קבוצות. נוסף לכך, ההתמקדות במשפט נוטה להסיט אנרגיה מנתיבי פעולה חלופיים. בעת קבלת החלטות טקטיות, השפעתן של תת-קבוצות בתוך התנועה, שלהן משאבים רבים יותר, רבה יותר מהשפעתן של תת-קבוצות מהשטח, שלהן משאבים מדולדלים יותר; כך מובילות האסטרטגיות המשפטיות לזניחת יעדים חשובים ומתאימים יותר לתנועה בכללותה. למשל, בהקשר של התנועה לזכויות האזרח, אפשר שהתמקדותו של חוק הזכויות האזרחיות באיסור אפליה בעבודה שיקפה את האינטרסים של האליטה של התנועה יותר מאשר את האינטרסים המידיים של חברים עניים יותר, חברים שהיו זקוקים להשקעה ישירה יותר של משאבים בקהילות שלהם.

לאור השקעת המשאבים העצומה שנדרשה לשם ההתדיינות המשפטית – השקעה שפעמים רבות לוותה בתשואה נמוכה – הזהיר פרופסור מייקל מקאן כי השימוש במשפט "בולע משאבים נדירים שניתן היה להשתמש בהם לצורך גיוס המוני".²⁶ לשם ההמחשה,

MICHAEL W. McCANN, TAKING REFORM SERIOUSLY: PERSPECTIVES ON PUBLIC INTEREST 26
LIBERALISM 200 (1986)

פרופסור דיוויד לובן תיאר את המימרה לפיה "תביעות משפטיות הן יקרות, מפחידות, מתסכלות, מכעיסות, משפילות, צורכות זמן יקר ואולי אפילו צורכות-כול"²⁷. כדי להדגיש את הקשר הברור בין התדיינות משפטית למחלה רפואית, ציטט פרופסור לובן את השופט לרנד הנד שטען כי "כמשפטן אני אמור להיות חרד מתביעה משפטית יותר מכול, למעט מחולי וממוות"²⁸.

ניתוח דומה שנעשה בזירה הישראלית מתייחס למאבקים המשפטיים בנאו-ליברליזציה ובמטטר הכיבוש:

ככל שהזרמים המבקשים לחולל שינוי פרוגרסיבי במציאות החברתית- הפוליטית בישראל פיתחו תלות במסלול הליטיגציה כמסלול עיקרי לקידום מאבקהם, עולה החשש כי מדובר בניתוב בעייתי של המשאבים הארגוניים ושל המאמצים לחידוד תודעתן הפוליטית של אותן קבוצות באוכלוסייה המזדהות עם יעדים אלה.²⁹

נוסף לכך, בדיעבד ניתן לראות כי גם כאשר מקרה משפטי מסתיים בניצחון, הניצחון הרגעי לא תמיד מוביל להגדלת המשאבים, בשל טקטיקות חמקניות של גבייה ותשלום ובשל מכשולים פרוצדורליים. למשל, לעתים תכופות גם לאחר שהוכר בקיומה של עוולה קולקטיבית נדרשים התובעים להמשיך לשלב שני של התדיינות כדי לאכוף את התשלום במקרה הפרטי. בעיית הניצחונות הכספיים שלא הובילו לקבלתם בפועל של סכומי הכסף שנפסקו התעוררה, למשל, בהקשר של תנועת העבודה: פסקי דין בעניין הפרות של זכויות עובדים הוכיחו עצמם כבלתי רלוונטיים לתובעים בגלל יכולותיהן של החברות להתנגד לתשלומי הפיצויים.

ב. מסגור ופירוק לגורמים

סוג שני של טיעונים עוסק בדרכים שבהן דורש החוק מתנועה חברתית לנסח מחדש את תביעותיה ואת עמדתה הנורמטיבית כדי שיתאימו לעולם המשפט. ההתמקדות בפרורמה משפטית מאלצת קבוצות "למסגר" את טענותיהן לכדי מחלוקת ממוקדת בין שני צדדים, וכך היא מאלצת למעשה את התנועות החברתיות להצר את מצען ואת האסטרטגיות שלהן. מלבד זאת, החוק מציע משמעות מוגבלת וכללית למה שיש להחשיב כבעיה ולמה שניתן להחשיב כפתרון. יעדים ופרויקטים שלא ניתן לנסחם במונחים משפטיים כלל לא יזכו להתייחסות. הצורך בהתאמה לעולם המשפטי מפריד ומפורר את מאבקי התנועה החברתית

David Luban, *Settlements and the Erosion of the Public Realm*, 83 GEO. L.J. 2619, 27 (1995).

28 שם (מצטט את: Learned Hand, *The Deficiencies of Trials to Reach the Heart of the Matter*, in 3 LECTURES ON LEGAL TOPICS 89, 105 (1926).

29 עילי אהרונוסון "המשפטליזציה של התרבות הפוליטית בישראל – כיצד היא השפיעה על הדיון הציבורי בסוגיות אמנציפטוריות?" עיוני משפט לא 157, 216 (2007); המחבר טוען ששינוי מהותי של המבנים המוסדיים ושל התפיסות התרבותיות דורש פעילות בזירה הפוליטית; אולם לצד זאת הוא מבקר גם את תאוריית ביקורת האידיאולוגיה, אשר פוגעת ביכולת לתרגם מסקנות של ניתוח תאורטי ביקורתי לאסטרטגיות של אקטיביזם פוליטי.

הקשורים אלה באלה לעניינים מובחנים זה מזה, כך שבכל פעם מתועלת התנועה לנתיב פעולה בודד.³⁰ החיבורים האינהרנטיים בין פרויקטים, כמו גם החיבור בין קבוצות רפורמה שונות, מְשַׁטְשֵׁים, שכן הנושאים השונים אמורים להתנסח כתביעות משפטיות נפרדות. אפילו בתוך מסגרות מְאֻסְרֹת (רגולטוריות) מופרדים תחומי המדיניות זה מזה, וחוקים שונים ומנגנונים ביורוקרטיים שונים מותחים גבולות ברורים בין התחומים החברתיים. בה בעת, הנתיב המשפטי דורש מן התנועה החברתית להציג חזית אחידה, המשטיחה את הוויכוחים הפנימיים, מפוררת ורוחקת לשוליים חלקים מן החזון הרחב יותר ומשטשטשת את מורכבותם של האינטרסים, של הצרכים ושל הסיכונים הקיימים בתוך השדה החברתי. הקבוצות החברתיות השונות עומדות בפני דילמה של הגדרת יעדים משותפים ושל הצגת עמדה בעלת אופי קוהרנטי במציאות של חוויות ושל קולות מרובים, המובילה באופן בלתי נמנע להדרה פנים-קבוצתית.

סוג זה של טיעונים ביקורתיים בולט במיוחד בהקשר של ההתדיינות המשפטית בתחום זכויות האזרח. פרשנים הביעו את חששם ביחס לדרכים שבהן ההתמקדות הצרה בזכויות לשוויון מבוססת-זהות פוגעת בכוחן הכולל של קבוצות חברתיות³¹ ומקשה לפתח שיתופי פעולה רב-נושאים בין קבוצות חברתיות. השפעתה השלילית של הפרדת החזון הכולל למקטעים צרים מקבלת משנה תוקף בכל הנוגע לטענות של אפליה על רקע זהות ולתביעות לשוויון הזדמנויות, שלעתים תכופות מדי נתפסות כ"תחרות סכום-אפס": כאשר תביעות כאלה לחלוקת משאבים מנוסחות במונחים של זכויות משפטיות, אזי חלק ניכר ממאבקן של התנועות החברתיות מופנה למעשה כלפי קבוצות המצויות במצב דומה ל שלהן, במקום שיופנה כלפי קבוצות חזקות יותר: "במיוחד כאשר מדובר במשאבים חיוניים, קל במיוחד לראות כיצד יכולים להתהוות מאבקי זכויות אזרח שבהם המנצח לוקח הכול".³² למשל, בהקשר של שוויון במקום העבודה, תביעות של קבוצות

30 ראו, למשל, בהקשר הישראלי: רונן שמיר ומיכל שטראי "שוויון הזדמנויות בבית הדין לעבודה: לקראת סוציולוגיה של ההליך השיפוטי" שנתון משפט העבודה ו 287 (תשנ"ו), בפרט בעמ' 301, 304–305; באמצעות ניתוח-מקרה יחיד מבקרים המחברים את חוק שוויון הזדמנויות בעבודה ואת אופן יישומו בידי בתי המשפט; הם טוענים כי הכוחות הפועלים בשדה המשפט והשיח המשפטי מערימים קשיים על הניסיון לקדם מטרות חברתיות רחבות העומדות ביסוד החוק באמצעות התדיינות משפטית ובאמצעות שימוש בחוק.

31 Janet E. Halley, *Gay Rights and Identity Imitation: Issues in the Ethics of Representation*, in *THE POLITICS OF LAW* 115, 131 (David Kairys ed., 3rd ed. 1998) בהקשר הישראלי ראו בנושא דומה דן יקיר ויונתן ברמן "נישואין בין בני אותו המין: האמנם הכרחי? האמנם רצוי?" מעשי משפט א 169 (2008); המאמר נכתב על ידי עורכי הדין שייצגו את העותרים בבג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (לא פורסם, 21.11.2006), בעניין רישום נישואים בין בני אותו המין. במאמר מוצגות הדילמות שליוו את עורכי הדין במהלך הייצוג; בפרט מוצג החשש שבעצם העתירה לבג"ץ הם מאמצים את המודל הרכאני והשמרני של הנישואים, מקדמים אינטרס פרטני שנוגע לחלק מחברי הקבוצה המיוצגת בלבד ומסכימים, למעשה, לדרישתה של המדינה לקבוע אילו מערכות יחסים הן לגיטימיות ומוכרות ואילו אינן.

32 Halley, לעיל ה"ש 31.

זהות שונות מחליפות לעתים קרובות סדר יום מקיף יותר בעניין צדק במקום העבודה ויחס נאות והוגן לכל העובדים. דוגמה מעניינת במיוחד היא האופנים שבהם ההתדיינות המשפטית בנושא ההטרדה המינית הסיטה את תשומת הלב מדרכים אחרות של ניצול עובדים לרעה והתעמרות מצד מקום העבודה.³³ כיום מקובלת תפיסה ביקורתית המחברת בין תנועת העבודה לבין התנועה לזכויות האזרח באמצעות "ערשת" המסגור והפירוק לגורמים; לפי תפיסה זו, התמקדות ה"ניו-דיל" בסדר חדש עבור תנועת העבודה גרמה להקרכת האינטרסים של נשים ושל מיעוטים בשם הצבת חזית מאוחדת התומכת בחקיקת ה-NLRA. באופן דומה, רווחת הטענה כי לפנייה מאז שנות השישים של המאה העשרים לטענות צרות של זכויות מבוססות זהות הייתה השפעה שלילית מכרעת על היעד הרחב של צדק במקום העבודה. בישראל, באחד מ"מקומות-העבודה" היוקרתיים ביותר – טייסות חיל האוויר, מאבקה המשפטי המפורסם של אליס מילר³⁴ למען פתיחת קורס הטיס לנשים עורר ביקורת על האופן שבו סייע לשימור תפקידיהן הנחותים של נשים בשירות הצבאי ככלל, והתעלם כליל מהיבטים חריפים יותר של אי-שוויון מגדרי בצבא, כגון תופעת ההטרדות המיניות.³⁵

ג. עריכת דין ומקצוענות

סוג שלישי של טיעונים נוגע בביטוי המקצועי של הזירה המשפטית. כותבים ביקורתיים רבים בחנו כיצד לתפקיד שממלאים עורכי דין בפעילויות של רפורמה חברתית עשויה להיות השפעה משתקת. פרשנים אחדים חוששים מעורכי דין בעלי מטרות אישיות המניעות אותם לפעול לקידום תוצאות שאינן משרתות את הלקוח. אך באופן מבני יותר, הוגים ביקורתיים מודאגים מכך שאפילו אם מניעיו של עורך הדין "נקיים", הרי המקצוע המשפטי, המורכב למעשה ממערכת מרושתת וסגורה של אליטות, יוצר תלות

Orly Lobel, *Between Solidarity and Individualism: Collective Efforts for Social Reform in the Heterogeneous Workplace*, in *DIVERSITY IN THE WORKFORCE* 131 (Nancy Ditomaso & Corinne Post eds., 2004). לניתוח בהקשר הישראלי ראו נויה רימלט "על מין, מיניות וכבוד: החוק למניעת הטרדה מינית במבחן התאוריה הפמיניסטית והמציאות המשפטית" *משפטים* לה 601, 604–611 (2005); נויה רימלט "על משפט, פמיניזם ושינוי חברתי: החוק למניעת הטרדה מינית כמקרה לדוגמה" *עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם* 985 (דפנה ברק-ארז עורכת ראשית, 2007); בשני המאמרים הללו מוצג ניתוח בדיעבד של החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. המחברת את החוק ואת פירושו בירי בתי המשפט ומצביעה על האופן שבו יישום החוק מעקר את מטרותיו הפמיניסטיות הכלליות ומתמקד בהיבטים ליברליים-אינדיבידואליים של כבוד האדם.

34 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).

35 ראו דפנה ברק-ארז "על טייסות וסרבניות מצפון: מאבק אחד או מאבקים שונים?" *עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם* 65, 75–83 (דפנה ברק-ארז עורכת ראשית, 2007) וההפניות למאמרים נוספים בעמודים אלו. ראו שם גם על הביקורת הפמיניסטית "החיצונית" כלפי פסק הדין על התמקדותו בתביעה הנוגעת לציבור אליטיסטי, וכן על קבלת האתוס הצבאי (מיליטריסטי) הלכה למעשה. השוו גם: אייל גרוס "מיניות, גבריות, צבא ואזרחות: שירות הומואים ולסביות בצה"ל במשקפיים השוואתיים" *פלילים* ט 95, 173–181 (2002).

כה משמעותית במשפט עד שעורכי הדין עלולים לשלוט בתנועה שבמסגרתה הם פועלים. עורכי דין נוטים להיות מרוחקים ממאבק השטח הקבוצתי ולתפוס את תפקיד דוברי הקבוצה, המתרגמים את מילותיהם של שולחיהם לשפה מקצועית מובחנת. בעיית המקצוע יכולה להתעורר ברמה האישית, ולגרום לאינדיבידואל לחוש חסר קול נוכח כללי המשחק המיוחדים בזירה המשפטית; אך כאשר מדובר במאבק קולקטיבי, גוברת בעיית המקצוע ומתקשרת לרעיון הכללי יותר בדבר קואופטיזציה. כך, הפרופסורים גארי בלו וג'ין קטלסון מתרים כי עורכי דין הפועלים למען האינטרס הציבורי (public interest lawyering)³⁶ עלולים "לעודד תלות ולרכך את יזמות לקוחותיהם, הן האינדיבידואליות הן המאורגנות", ובכך "לחתור באופן ממשי תחת האפשרות של פעילות פוליטית, מהסוג החיוני לכל פתרון ארוך טווח, בנוגע לחוסר השוויון המכביד על לקוחותיהם".³⁷ בכתיבתה על עניין *Brown*, שעסק בהפרדה בבתי הספר, מתארת פרופסור ריסה גולובוף כיצד אסטרטגיית ההתדיינות המשפטית בנושא אי-אפליה, שהתבססה על הגנה שווה מצד החוק, הופרדה במכוון מתביעות כלכליות ומתביעות המבוססות על מעמד: "עורכי הדין של ה-NAACP דחקו וצמצמו נושאים של מעמד ואף התנערו מהם נמרצות באמצעות התלונות שאותן קידמו והתלונות שמהן התעלמו. בשנות החמישים, כאשר הבשילה אסטרטגיית האנטי-סגרגציה שהובילה לבסוף לפסק הדין בעניין *Brown*, הם הצליחו בהוצאת נושא המעמד אל מחוץ לתמונה".³⁸ בדוגמה ישראלית נודעת, בעניין קעדאן,³⁹ הטוענים נגד אופן ייצוגם של העותרים הפנו אצבע מאשימה כלפי האסטרטגיה הליברלית של השוויון שבה נקטו העותרים, אסטרטגיה שגבתה מחיר (מודע) של השתקת מרכיבי זהותם הלאומית של העותרים וטענותיהם בעניין זה.⁴⁰

סיעון נוסף שמתייחס לדומיננטיות של עורכי הדין הוא שקבוצות שנדחקו לשוליים נוטות לחוות את הזירה המשפטית כ"סכיבה תרבותית עוינת", שלמעשה משתיקה את קולותיהם של ההדיוטות בכך שהיא מנסחת מחדש את העוולות שנעשו להם בתבנית ובזדגון משפטיים. כפי שמתארת פרופסור לוסי וייט, "סוג הדיון והטקסיות הכרוכים

36 על המונח ועל תרגומו ראו נטע זיו "עריכת דין לשינוי חברתי בישראל: מבט לעתיד לאחור שני עשורי פעילות" מעשי משפט א 19, ה"ש 2 (2008).

37 Gary Bellow & Jeanne Kettleson, *From Ethics to Politics: Confronting Scarcity and Fairness in Public Interest Practice*, 58 B.U. L. REV. 337, 384 n.182 (1978).

38 Risa L. Goluboff, "We Live's in a Free House Such as It Is": *Class and Creation of Modern Civil Rights*, 151 U. PA. L. REV. 1977, 1979 (2003).

39 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נדר (1) 258 (1998).

40 חסן ג'בארין "ישראליות הצופה פני העתיד" של הערכים לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני" משפט וממשל 6, 53 (2001); במאמר מנתח המחבר כיצד למעשה, חרף הניצחון הפורמלי בבית המשפט והצלחתו, לכאורה, של בית המשפט ליישם את עקרון השוויון בין אזרחי המדינה, התווה פסק הדין מודל אזרחי שבו הכללתם של האזרחים הפלסטינים נעשית במחיר של ויתור על מרכיבי זהותם הלאומית ובקבלת הערכים האידיאולוגיים של הציונות. ראו גם דיון רפלקסיבי בעניין מצד אחת מעורכות הדין שייצגו את העותר: נטע זיו "עריכת-דין למען מטרה ציבורית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות-מיעוט בישראל" משפט וממשל 6, 129 (2001).

בליטיגציה מייצרים שיח ותרבות שזרים לרוב האנשים העניים. מובן מאליו שאנשים עניים אינם מדברים בדיאלקט שבו מדברים עורכי דין, שופטים ואנשי עסקים מן האליטה.⁴¹ לטענת פרופסור וייט, חוויית השוליות מועצמת אף יותר בגלל הכללים באולם המשפט, שבו "הדיבור מופסק כדבר שבשגרה" ו"סיפור מהלך העניינים מופרע על ידי מרותם של נושאי תפקידים בגלימה שחורה על יסוד כללים שמוסברים רק לעתים נדירות ועל יסוד נורמות המוכרות [לאנשים עניים] רק לעתים רחוקות".⁴² מסקנתה של פרופסור וייט היא שעצם הרעיון של בית משפט ושל חוק עשוי לעורר "רגשות של אימה" בקרב קהילות מוחלשות. לנוכח הדומיננטיות של המומחים, ובשל הניכור כלפי אופנים אחרים של דיבור, הפיכת פעולה חברתית למקצועית ולמשפטית עלולה להסוות פעילים ואפילו להחלישם.⁴³

ד. השפעות של מגבלות מוסדיות

סוג רביעי של טענת קואופטציה טופל את האשם בכישלון מימוש הרפורמות הדרושות שאליהן חותרת התנועה החברתית על המגבלות המוסדיות של המערכת המשפטית.⁴⁴ אין זה פשוט לתרגם ניצחונות בודדים למאמצים ממושכים ליצירת שינוי מבני; שינויים מוסדיים נוטים להיות הדרגתיים. בראש ובראשונה, פסיקות בתי משפט וחוקים אינם יוצאים לפועל מעצמם. בתי המשפט חסרים את היכולת, את הכוח ואת המידע הנחוצים כדי לפקח על יישום החלטותיהם. פסקי הדין מועברים לגורמים הרלוונטיים, אך לעתים קרובות אינם נאכפים. במילים אחרות, עבור אלה הבוחרים את הנתיב המשפטי, התדיינות משפטית לא תוכל להפיק תוצאות חברתיות בנות קיימה. לעורכי דין יש נטייה לבצע מיתולוגיזציה של החלטות בית משפט, כמו בעניין *Brown*, ושל ניצחונות בחקיקה, כמו במקרים של ה-NLRA או של חוק הזכויות האזרחיות, אך תנועות חברתיות שפועלות באמצעות תביעות משפטיות לומדות מהר מאוד שאפילו ניצחונות כגון אלה אינם מתרגמים לשינוי ממשי ומשמעותי. בישראל, למשל, חרף הישגים משפטיים במאבק נגד מדיניות של "סינון" מועמדים ליישובים קהילתיים קטנים, המבנה המורכב של ממסד ההתיישבות והבירוקרטיה הסבוכה שלו מנעו את שינוי המדיניות בפועל, או לכל הפחות הקשו עליו מאוד.⁴⁵ פסק הדין הנזכר בעניין קעדאן הוא דוגמה טובה נוספת, שכן על אף

Lucie E. White, *Mobilization on the Margins of the Lawsuit: Making Space for Clients* 41
.to Speak, 16 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 535, 542–43 (1987–1988)

42 שם, בעמ' 543.

43 לדיון בבעיה זו בהקשר הישראלי ראו גם יובל אלכשן זרים במשפט – נגישות לצדק בישראל
 (2005).

44 ROSENBERG, לעיל ה"ש 1, בעמ' 107–157, 175–228; ARYEH NEIER, ONLY JUDGMENT: THE
 LIMITS OF LITIGATION IN SOCIAL CHANGE 19 (1982)

45 אם באמצעות פסיביות של הגורם המנהלי הממונה על היישובים, אם באמצעות שינוי ההגדרה של "יישוב קטן" כך שתחול גם על יישובים גדולים יותר ואם באמצעים נוספים. ראו נטע זיו וזן תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים – מלכוד ברשת טובענית ומחוררת" קהילות מגודרות 311 (אמנון להבי עורך, 2010); המאמר עוסק בפער שבין נורמה כתובה לנורמה מיושמת ובסיכולו של שינוי על ידי מתנגדיו.

הניצחון המשפטי, נדרשו שנים ארוכות עד ליישומו של פסק הדין בפועל.⁴⁶ נוסף על כך, אכיפה משפטית נתפסת במקרים רבים כמתמקדת בעוולות העבר וכמתקנת, אך כמי שאינה מצליחה להרתיע מפני עוולות עתידיות או לתמוך בהתארגנות ארוכת טווח. מלבד זאת, קבוצות בעלות השפעה רבה יותר מצויות בדרך כלל בעמדה טובה יותר לצורך התמודדות עם המערכת המשפטית. השחקנים החוזרים, כפי שקרא להם פרופסור מארק גֶלְנֵטֶר במאמרו הקלאסי, הם שבאים במגע עם המערכת המשפטית באופן חוזר ונשנה.⁴⁷ השחקנים החוזרים מתמצאים במערכת המשפטית ולכן מסוגלים לעצב את התפתחות החוק ולשלוט בה כדי להבטיח פרשנות משפטית המקדמת את האינטרסים שלהם. שחקנים בעלי כוח רב משפיעים על התפתחות המשפט בדרך של התפשרות בתיקים שבהם סביר כי יפסידו ושל ניהול משפט בתיקים שבהם סביר כי ינצחו. באופן דומה, עסקים רבי עצמה עוסקים בשתדלנות לפשרות שיקדמו את ענייניהם וכופים אותן על הצעות חוק מתקדמות לכאורה, כגון ה־NLRA. במיוחד בהקשר של צדק במקום העבודה, נושא שהן תנועת העבודה הן התנועה לזכויות האזרח חתרו לקדמו, היה לקהילת העסקים יתרון יחסי שוב ושוב, בשל יכולתה לחזות עימותים עתידיים ולמצוא דרכים חדשות לארגון הייצור כדי להימנע מעֶלָה של האסדרה החדשה. לכן אין זה מפתיע ש"פעילותן של קבוצות רפורמה חברתית לקידום רפורמה משפטית לא תוביל לטרנספורמציה גדולה של החברה. במקום זאת, גם אם תצליח מאוד, השינוי יהיה שולי, הדרגתי ומתון. הרפורמה לא תפריע לאופן הבסיסי שבו מאורגנות הפוליטיקה והכלכלה של החברה המודרנית".⁴⁸

ה. תופעת ה"דחיקה לשוליים"

קטגוריה חמישית של השפעות קואופטיביות הנגרמות בשל בחירה באסטרטגייה המשפטית מתבטאת בטענה שהפנייה לחוק מסתיימת לעתים קרובות בדחיקתן לשוליים של דרכי פעולה חלופיות, לא רק בגין המשאבים הנדרשים, אלא גם בגין ההשפעות הפסיכולוגיות. המשפט מציג את עצמו הן כמקור הבלעדי של סמכות בחברה הן כ"מנוע" של פוליטיקה טרנספורמטיבית. המשפט שולט בשדה האפשרויות של הרפורמה ומקטין את חזון התנועה לתחום מוגבל של סערים. בהתאמה, לעתים קרובות תנועות חברתיות מפריזות בהערכתן את יכולתו של החוק. בשל כך נכנעים רפורמטורים חברתיים ל"קסמה של ההתדיינות המשפטית", במקום לספק נתיבים לרפורמה פוליטית אמיתית. אם כן, הפנייה לחוק

46 ראו נטע זיו "עוה"ד של משפחת קעדאן: שיעור בחולשת ביהמ"ש" Ynet בארץ 9.5.2004 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2913975,00.html; תום שגב "העשור של עאדל קעדאן" הארץ Online 30.9.2005 [www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.30.9.2005 Online](http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=629930)

47 Marc Galanter, *Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1974)

48 JOEL F. HANDLER, SOCIAL MOVEMENTS AND THE LEGAL SYSTEM: A THEORY OF LAW REFORM .AND SOCIAL CHANGE 233 (1978)

מספקת תחליף ממשי ורגשי לאופנים אחרים וחזקים יותר של מעורבות חברתית.⁴⁹ למשל, לפני חקיקת ה־NLRA הייתה תנועת העבודה לוחמנית למדי. לאחר הסדרתם העקרונית מחדש של יחסי העבודה, הסדרה שנועדה להגן על המשא ומתן הקיבוצי ולאפשר שביתות חוקיות, חלה ירידה משמעותית בהשתתפותם הפעילה של הדרגים הנמוכים במאבק במקום העבודה. לפי הטענה, הצורך להיות מתואם עם מבנה החוק ועם מסגרת העבודה שיצר "חיזק את הכוחות הביורוקרטיים של האיגוד במאמציהם לדכא את הספונטניות של העובדים הפשוטים".⁵⁰

הרעיון לפיו פעולה משפטית דוחקת לשוליים דרכים אחרות להשגת רפורמה ויעדים חלופיים בא לידי ביטוי בטיעון לפיו הפנייה למשפט מבטלת את "האפשרות לשינוי רדיקלי בחברה" באמצעות הצגת "הדרך הרפורמיסטית המתונה" ו"הנשארת בגבולות הסטטוס-קוו" כחלופה היחידה. הדבר המטריד ביותר הוא שמרגע שבו מתמקדת תנועה חברתית באסטרטגיות משפטיות, אזי נתיבים אחרים ואסטרטגיות אחרות למאבק חברתי, כגון מחאה, שביתות אסורות ושבייתת שבת, הופכים לבלתי לגיטימיים ולמגונים, ולפיכך נעלמים מסדר יומה של התנועה.⁵¹

ו. הענקת לגיטימציה לא מבוססת להסדרים חברתיים קיימים

קבוצת הטיעונים האחרונה במערך הניתוח של הקואופטציה המשפטית היא אולי המשמעותית ביותר ואף המורכבת ביותר. הן במקרה של תנועת העבודה הן במקרה של התנועה לזכויות האזרח, הטיעונים בנוגע לקואופטציה משפטית מתקשרים לשינוי בתודעה ולמניעיהם ולמאוייהם של פרטים וקבוצות. החוק משפיע על הבניית הסובייקטיביות אצל שחקנים שאינם מתחום המשפט, במיוחד כאשר הם משקיעים את זמנם ואת להטם בקידום שינוי חברתי באמצעות רפורמה משפטית. למשל, בהקשר של תנועת העבודה, אימץ ה־NLRA סיווגים המבדילים את "העובדים המקצועיים" מפועלי הצווארון הכחול; הגדרות אלה, בתורן, עיצבו את זהותם העצמית של הפועלים והגבילו את יכולתם של חברים בעלי סיווגים שונים לזהות את האינטרסים ההדדיים בשיפור תנאי העבודה. בדומה, משעיצב חוק הזכויות האזרחיות את הזכות להזדמנות שווה באמצעות מסגרת

49 על הצורך בפעולה פוליטית במסגרת החברה האזרחית ראו למשל אהרונסון, לעיל ה"ש 29, בפרט בעמ' 216.

50 ראו: Jim Pope, *Worker Lawmaking, Sit-Down Strikes, and the Shaping of American Industrial Relations, 1935–1958*, 24 LAW & HIST. REV. 45, 46 (2006) (מצטט את: JEREMY KARL E. KLARE, *Lawmaking as Praxis*, 40 TELOS 123, 124 n.5 (1979); BRECHER, STRIKE! 235 (2nd ed., 1997); JAMES R. ZETKA JR., MILITANCY, MARKET DYNAMICS, AND WORKPLACE AUTHORITY: THE STRUGGLE OVER LABOR PROCESS OUTCOMES IN THE U.S. AUTOMOBILE INDUSTRY, 1946 TO 1973, 34–36 (1995) Klare; לעיל ה"ש 13, בעמ' 281–285.

51 לדיון על דרכי פעולה חלופיות בהקשר של בג"ץ קעדאן, שנזכר לעיל בה"ש 39, ראו נטע זיו ורונן שמיר "בנה ביתך: פוליטיקה גדולה ופוליטיקה קטנה במאבק נגד אפליה בקרקע" תיאוריה וביקורת 16, 45 (2000).

כללים האוסרים על אפליה נגד פרטים, לפתע ראו עצמן כקבוצות זהות כקבוצות נפרדות ומחולקות של קרבנות, הזקוקות לבתי המשפט כדי להתגבר על הקשיים.

באופן כללי, אפקט התודעה כרוך בהיווצרותה של "תחושה" מסוימת ביחס לעולם, תחושה שגורמת למערכת של הסדרים חברתיים ייחודיים להיראות "טבעית יותר, הכרחית יותר וצודקת יותר ממה שהיא 'באמת'".⁵² קואופטיציה פסיכולוגית נוצרת על ידי המשפט בדיוק משום שהמשפט מבטיח יותר ממה שהוא מסוגל לקיים וממה שיקיים בפועל. בד בבד, החוק אינו דומה למערכות אחרות של כללים או של שיטות (כגון שוק הכלכלה או מערכת המשפחה), שביחס אליהם אנו מרגישים שיש לנו, כביכול, זכות לבחור אם ליטול בהם חלק. כפי שתואר קודם לכן המשפט מציג את עצמו, ב-זמנית, כמקור הסמכות הבלעדי בחברה וכ"מנוע" היחיד לשינוי חברתי. כמו כן הוא מציג את עצמו כאובייקטיבי, כממוקם מחוץ לפוליטיקה וכעליון לה. כך, שחקנים חברתיים שפועלים בערוצים הפורמליים של המדינה מסתכנים בכך שהתודעה שלהם תעבור סוג של טרנספורמציה הגמונית.

הסתמכות על שפת החוק ועל הזכויות המשפטיות כדי ליצור שינוי מספקת לגיטימציה לשיטה אידאולוגית שמסווה אי-שוויון. אם הדרישות החברתיות שמתועלות לתוך הפעולה המשפטית אינן משיגות דבר פרט לתיקונים מתונים של ההסדרים החברתיים הקיימים, אזי למעשה התהליך מכשיר אי-צדק שיטתי. כך, במקום להתנגד לאידאולוגיות השולטות, למוסדות ולהיררכיות החברתיות הרווחות, התהליך המשפטי מחזק אותן. למשל, אם בית משפט מכריז על קצה של ההפרדה על רקע גזע אך בפועל ההפרדה נמשכת, אזי אנשים הופכים עיוורים לגורמים שביסוד האי-צדק ומתחילים לראות את אי-השוויון המתמשך כבלתי נמנע וכבלתי פתיר. באופן דומה, גם לשיח הזכויות יש השפעה ברמות הענקת לגיטימציה, כיוון שזכויות מוצגות באופן מיתי כמצויות מחוץ לפוליטיקה וכעליונות לה, והמסגרת המשפטית מאפשרת לבתי המשפט ליישם אידאולוגיית "עיוורון-צבעים" ולהעניק ניצחונות סמליים בלבד במקום לקדם את הזכויות התקדמות משמעותיות. בתור שכזה, המשפט למעשה ממלא תפקיד של הבטחת "שעבודם המתמשך של האינטרסים של מיעוטים גזעיים",⁵³ בזמן שהוא משתיק את מעוטי היכולת הנשענים עליו. תנועות חברתיות שהולכות שולל אחר "מיתוס הזכויות" מתבססות על הנחת שווא בדבר אופן השתלשלות העניינים האפשרי, כלומר על הנחה לפיה "התדיינות משפטית יכולה לחלץ מבתי המשפט הצהרה בדבר זכויות; שהיא יכולה, נוסף על כך, להבטיח את מימושן של זכויות אלה; ולבסוף, שמימוש זכויות אלה כמוהו כשינוי משמעותי".⁵⁴

אם נרחיב את הביקורת למונחים של תאוריות דמוקרטיות ושל קונסטיטוציונליזם ליברלי, הרי ניתן להגדיר את אפקט הלגיטימציה כתהליך שבאמצעותו המפסידים באופן שיטתי תופסים את עצמם כחלק מן המערכת, כאוטונומיים וככאלה שהביאו על עצמם מרצון את ההפסדים שלהם ואת שעבודם. כך, "עותרים פלסטיניים [אזרחי ישראל, בסוגיות

52 KENNEDY, לעיל ה"ש 6, בעמ' 236.

53 GIRARDEAU A. SPANN, RACE AGAINST THE COURT: THE SUPREME COURT AND MINORITIES IN CONTEMPORARY AMERICA 5 (1993).

54 ראו: STUART A. SCHEINGOLD, THE POLITICS OF RIGHTS: LAWYERS, PUBLIC POLICY, AND POLITICAL CHANGE 5 (1974).

של חינוך – א' ל' נאלצו להישען על הזכויות' שהאזרחות מביאה עמה, והביאו לידוי ביטוי את הניגוד שבין האזרחות הישראלית השווה המובטחת מזה, לבין המציאות של שעבוד אתני פורמלי וחומרי מזה.⁵⁵ תנועות חברתיות הפועלות בנתיבים משפטיים, כמו תנועת העבודה האמריקנית, מוותרות על רבות מתביעותיהן נגד מבנה הקפיטליזם, כגון התביעה לבעלות העובדים על אמצעי הייצור, משום שתביעות אלה כבר אינן חלק מתחום עיסוקו של המשפט. יעדי התנועה צומצמו לשאיפות קטנות יותר או למטרות "רדיקליות" פחות (ולכן הביטוי "דיסון הקיצוניות", כפי שתואר לעיל, הוא כה מהותי בתיאור נפילת תנועת העבודה), שכן הקבוצה החלה להחזיק בתפיסות של צדק מנקודת מבטם של אלה אשר נגדם יצאה מלכתחילה.

* * * *

שש קטגוריות אלה של סכנות הקואופטציה מופיעות לרוב כטענה כללית על ההשפעה השלילית של המשפט על פעולה חברתית. אך כשמצרפים את שש הקטגוריות יחדיו הן תורמות להיווצרותה של תודעה משפטית ביקורתית, המתייחסת לתביעות חברתיות שאומצו על ידי המשטר המשפטי כתביעות שכבר אינן "מאיימות" על הסטטוס קוו, משום שתביעות אלה לובשות כעת צורה מתונה ואף סמלית. פרופסור ריצ'רד קלוןארד ופרופסור פרנסיס פוקס פִּיֶן מציגים ביטוי קיצוני של המסקנה לפיה יש להימנע משימוש במשפט; הם מתארים את האסטרטגיות של רפורמה משפטית כקואופטיביות באופן אינהרנטי ועמוק, כיוון שהן מרחיקות את הכלי בעל העוצמה הרבה ביותר של קבוצות מקופחות – הכוח לשבש (באופן בלתי חוקי).⁵⁶ מכאן שלפי המוסכמות בנות זמננו על מגבלות השינוי המשפטי, המשפט מסיר את העוקץ מתביעות רדיקליות ולכן אינו צריך להיות הנתיב המרכזי לפוליטיקה טרנספורמטיבית.

ב. אלטרנטיבה? מחוץ לחוק בימינו

השאיפה להימנע מתהליך של קואופטציה משפטית משתקפת בספרות בדמותן של שלוש חלופות להתמקדות המסורתית במערכת המשפט, המצויות בזיקה הרדית. הראשונה היא הגדרה מחדש של השיטה המשפטית כמקדמת תוצאות משניות במקום עיקריות. חלופה זו מצביעה על חוסר משמעותן, בסופו של יום, של תוצאות משפטיות פרטניות. החלופה השנייה היא התרחקות מן הזירה המשפטית לעבר תחום הפעולה ה"חוץ-משפטי" – תחום פעולה שלעיתים קרובות מתואר כתחומה של החברה האזרחית. החלופה המרכזית השלישית

55 Yousef T. Jabareen, *Law and Education: Critical Perspectives on Arab Education in Israel*, 49 AM. BEHAV. SCI. 1052, 1069 (2006). המחבר סוקר באופן ביקורתי את מאבקם של פלסטינים אזרחי ישראל לשוויון בתחום החינוך באמצעות בתי המשפט, ומביע הרהורים פסימיים באשר ליכולת ליצור שינוי חברתי באמצעות מאבק זה; הוא מסתמך במפורש על טיעוני הקואופטציה ועל ספרו של ג'רלד רוזנברג "התקווה החלולה".

56 RICHARD CLOWARD & FRANCES FOX PIVEN, REGULATING THE POOR: THE FUNCTIONS OF PUBLIC WELFARE (1993); RICHARD CLOWARD & FRANCES FOX PIVEN, POOR PEOPLE'S MOVEMENTS: WHY THEY SUCCEED, HOW THEY FAIL (1979).

היא המשגה מחדש של "משפט" ושל "חוקיות" בתוך הסתמכות על רעיונות מוקדמים יותר של פלורליזם משפטי. כפי שנטען בהמשך המאמר, שלוש הצעות אלה משקפות לא רק את ההתפכחות מהאשליה ואת האכזבה ממערכת המשפט כבעלת פוטנציאל ליצירת רפורמה חברתית, אלא גם את חבירתה של הספרות המשפטית הפרוגרסיבית למציאות הכלכלית העכשווית ולמחויבויותיה המשתנות של המדינה בעידן של גלובליזציה.

1. החוק בשירות ההשפעות העקיפות: עריכת דין "מהשטח" (Lay Lawyering) ותנועת "המשפט וההתארגנות"

עיקר הניתוח שהוצע בכתבה המשפטית העכשווית הוא הרעיון לפיו המשפט משרת לא רק את היעד של השגת תוצאות ישירות אלא גם, ובעיקר, יעדים אחרים כגון התארגנות, הגברת מודעות ובניית קהילה. מתוך הכרה בכך שהמשפט משפיע על התודעה החברתית, מציעים חוקרי המשפט להשתמש בהשפעה זו כדי לשרת קבוצות של רפורמה חברתית. במקום לקדם החלטות פרטניות של בתי המשפט, חוקרים אלה מצטרפים בשימוש במערכת המשפטית כדי "לפתח את תודעת האנשים לגבי כוחם האישי והפוליטי".⁵⁷ ביטוי מייצג של התפתחויות אלה אפשר למצוא בכתבה בתחום עריכת הדין למטרות ציבוריות (public interest lawyering): תנועת "המשפט וההתארגנות" דוחה את תפיסת המשפט ככלי ישיר להשגת טרנספורמציה חברתית ומעודדת עורכי דין לעבוד עם חברי קהילות אחרות בחיפוש אחר פתרונות מקומיים ובלתי משפטיים לאי־צדק חברתי; גישה זו הפכה מופת מאז שנות התשעים המוקדמות של המאה העשרים. מודל פעולה זה מחבר את המשפט, ולמעשה מכפיף אותו, להשגת יעדים לא מסורתיים. יעדים אלה כוללים בניית בסיס חברות בתנועה, הגברת המעורבות בקהילה, גיוס כספים, השגת מינוף פוליטי, הבטחת יחסי ציבור וסיקור בתקשורת, דרמטיזציה של עקרונות התנועה ויצירת נרטיבים נגדיים לנרטיבים ההגמוניים.

למשל, כעורכת דין וכמנהלת מייסדת של ארגון לא ממשלתי למען זכויות עובדים זרים, מאשרת ג'ניפר גורדון כי נראה שעריכת הדין המסורתית "פוגעת באפשרות של פעולה קולקטיבית".⁵⁸ על פי גורדון:

(הארגון שלנו) מצא את עצמו במצב בלתי אפשרי, שבו אנו מנסים לשכנע פועלים שיוצגו בהצלחה על ידי הקליניקה [המשפטית של המרכז] כי יעילותם של עורכי הדין, שבה הם צפו זה עתה, אינה אמיתית, או לכל הפחות אינה

57 ראו: Peter Gabel & Paul Harris, *Building Power and Breaking Images: Critical Legal* Theory and the Practice of Law, 11 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 369 (1983); ראו ככלליות: Idit Kostiner, *Evaluating Legality: Toward a Cultural Approach to the Study of Law and Social Change*, 37 LAW & SOC'Y. REV. 323 (2003); המחברת מראינת אקטיביסטים של צדק חברתי כדי להבין את השקפותיהם על מערכת היחסים בין המשפט לבין האקטיביזם.

58 JENNIFER GORDON, SUBURBAN SWEATSHOPS 191 (2005)

אמיתית כיעילותה של הפעולה הקולקטיבית – כשכל הראיות מצביעות
אחרת.⁵⁹

בהמשך מציעה גורדון כמה אפשרויות לאופנים שבהם השימוש במשפט עשוי לתרום לאקטיביזם של רפורמות חברתיות. ראשית, הבטחה של סיוע משפטי בתיק אחד יכולה לשמש כ"אמצעי מדרבן" לצירופם של חברים חדשים לארגון, גם אם יעדי ההתארגנות והרפורמה שלו רחבים יותר. שנית, המשפט יכול לתפקד כאמת מידה לאי־צדק, כחלק מן המאמצים החינוכיים וכנרטיב בניתוח התנסויות אישיות. לבסוף, ניתן לנצל את המשפט כחלק ממסע התארגנות גדול יותר, שמטרתו הסופית אינה לנצח בתביעה משפטית פרטנית, אלא לקדם מאמצי התארגנות או ליצור לחץ על המגזר המסחרי.

במסגרת מן הסוג שמתארת גורדון, מומרצים עורכי הדין להצניע את הפרקטיקות המשפטיות השגרתיות ולהתמקד בסיוע להנעת קבוצות; למשל, עורכי דין יכולים לכתוב חומרי הדרכה, להכשיר שתדלנים ומארגנים בלתי מקצועיים ולהכין קבוצות לעימות פוליטי. במודל זה, שאחד החוקרים כינה בשם "עבודת עריכת דין 'מהשטח'", נתפס לעתים תפקיד עורך הדין כזהה לתפקידו של המארגן.⁶⁰ בה בעת, מודל זה מצמצם (ואף מעלים) את הצורך להיתלות במומחיות המשפטית של עורך הדין, ובמידה רבה מביע התנגדות לאספקתם של שירותים משפטיים מעשיים, ישירים או מותאמים אישית.

העמקת ההבנה שלנו בדבר האופן שבו המשפט והחוקיות חשובים פרט להשפעותיהם הישירות היא ללא ספק תרומה משמעותית של תנועת "המשפט וההתארגנות" לחשיבה משפטית. עם זאת, חשוב להבחין כי הפעולות החברתיות מן העת האחרונה העוסקות במשפט בתחום האינטרס הציבורי, מתאפיינות בהזנחת חשיבותו הישירה של המשפט מתוך ניסיון לתעדף את השפעותיו העקיפות. אף שהתודעה המשפטית-ביקורתית בת זמננו תופסת את המשפט כבעל יכולת מוגבלת לגרום לשינוי ממשי, היא עדיין עשויה לראותו כבעל חשיבות סמלית וכמסוגל לסייע בארגון ובהנעתן של תנועות חברתיות. אולם, בד בבד, מאז שנות התשעים של המאה העשרים, מלומדים שונים שבחנו מאבקים של אינטרסים ציבוריים מתחו ביקורת כללית על עורכי דין שבחרו להמשיך בהתדיינות משפטית במקום לבחור אסטרטגיות אחרות שישרתו טוב יותר את מטרותיהם, כגון הנעת פעולה "בשטח" ועשיית דין עצמית. נוסף לכך הם דחקו בבתי ספר למשפטים להכין את הסטודנטים לעבודה עם קהילות שאינה מכוונת דווקא להתדיינות משפטית, במקום להתמקד בסכסוכים משפטיים. כאשר כותבים ופעילים בתנועה העכשווית מתייחסים למשפט כאל אסטרטגיה בת־קיימה, אזי הרעיון הוא שתפקידו של המשפט יהיה תפקיד משני, התומך בנתיבים החלופיים. בהתאם, מחברים שונים מתעקשים על כך שעבור עורך דין אקטיביסט, הצלחה אינה צריכה להימדד על פי "ניצחונות או הפסדים טכניים", אלא על פי "ההשפעה של הפעולות המשפטיות על מורל האנשים הלוקחים חלק במאבק ועל

59 שם, בעמ' 196.

60 GERALD P. LOPEZ, REBELLIOUS LAWYERING: ONE CHICANO'S VISION OF PROGRESSIVE LAW PRACTICE 24, 60–61 (1992).

הבנתם".⁶¹ כך, המשפט משמש כדי להעצים פרטים וקבוצות בחייהם היום-יומיים ולא ככלי להשגת רווחים חומרניים. גישה חדשה זו לעריכת דין, הגישה "החוק-משפטית", קונה לה אחיזה הולכת וגדלה אצל קבוצות פעולה שונות, אצל מלומדי משפט ובקליניקות משפטיות הפועלות במסגרת בתי הספר למשפטים. גישה זו משווה לנגד עיניה "סוג מסוים של פעילות משפטית[, הצמודה לקמפיינים של התארגנות שטח ובסופו של דבר כפופה להם".⁶² במסגרת התאורטית, ההתמקדות החלופית באסטרטגיה "חוק-משפטית" מובנת כקריאה למחקר משפטי שיימנע מן השאלות הדוקטרינריות ביחס ל"מה צריך להיות החוק?" ויבחן את המשפט כמרכיב מכונן של התודעה העצמית של פרטים וקבוצות.

2. טיהור התחום החוק-משפטי מן המשפט: גלוקליזציה ותחיית החברה האזרחית

בהקשר של התפכחות מאשליית המשפט הפורמלי, הולכות ומתרבות בספרות הטענות לפיהן ניתן להימנע מקואופטיציה משפטית באמצעות הימנעות גורפת מהסתמכות על המערכת המאסדרת. חוקרים רבים תומכים בחזרה לאקטיביזם "בספרה השלישית", המתוארת לעתים כמונחים שיוריים של מה שאיננו מצוי בתחום הפוליטי או בתחום הכלכלי, היינו "תחום עצמאי של חיים חברתיים חופשיים שבו אין ריבונות לא לממשלה ולא לשווקים הפרטיים".⁶³ תחום זה מומשג כנפרד מן המדינה וכקודם לה. פרופסור אלן וולף טוען, למשל, שיש צורך לשמור ולהגן על החברה האזרחית מפני כוחותיהם השתלטניים של השוק ושל הממשלה.⁶⁴ פרופסור קת'לין סאליבן מתארת את תחום אגודות ההתנדבות הפרטיות כמצוי בתחרות עם המדינה על נאמנות – בהציעו "אלטרנטיבה לממשלה ככלי לעיצוב עצמי קולקטיבי".⁶⁵ בהתאם, ספרה שלישיית זאת, שעלינו לתת עליה את הדעת,

61 ARTHUR KINOY, RIGHTS ON TRIAL: THE ODYSSEY OF A PEOPLE'S LAWYER 57 (1983). ראו גם: Jules Lobel, *Courts as Forums for Protest*, 52 U.C.L.A. L. REV. 477, 479–86 (2004); במאמר מתואר מודל של מחאה עם "דגש מופחת על ניצחון או על הפסד".

62 Cummings & Eagly, לעיל ה"ש 22, בעמ' 447.

63 BENJAMIN R. BARBER, A PLACE FOR US: HOW TO MAKE SOCIETY CIVIL AND DEMOCRACY STRONG 4 (1998).

64 ALAN WOLFE, WHOSE KEEPER? SOCIAL SCIENCE AND MORAL OBLIGATION 241–246 (1989).

65 Kathleen M. Sullivan, *Rainbow Republicanism*, 97 YALE L.J. 1713, 1719 (1988). פרופסור סאליבן ממשיכה ומתארת את החברה האזרחית כמקום מופרד מהמדינה, שבו קבוצות חברתיות יכולות לסטות ממוסכמות ממוסדות ולהגדיר אותן בעצמן (שם, בעמ' 1721):

Contracting constitutional protection for voluntary groups would impair their most crucial functions. Intermediate organizations not only facilitate individual self-definition and expression, but also keep the state from replicating itself by nurturing deviance, diversity, and dissent. These functions depend on subgroups' private status – on their detachment and distance from the all-inclusive state [...] [T]o recast private

כוללת את הקהילה, את עולם החיים (lifeworld)⁶⁶ ואת החברה האזרחית, או באופן מוחשי יותר – את מגזר הארגונים שלא למטרות רווח, כגון ארגונים לא ממשלתיים ואגודות התנדבות. "תנועת החברה האזרחית", שבשנות התשעים זכתה לשגשוג מחודש, זכתה לתמיכת חוקרים ופעילים מכל קצוות הקשת הפוליטית. תפקידה של עריכת הדין למען אינטרסים ציבוריים הוא לתמוך בשגשוגה של ספרה שלישית זו, שנדמה כי היא מצויה "מחוץ לשוק ולמדינה"⁶⁷.

כאשר פעילים חברתיים דוחים אסטרטגיות משפטיות כנתיבים לשינוי חברתי ומציעים אקטיביזם בתחום החברה האזרחית כנתיב חלופי, הם מבטאים למעשה את התפיסה הטהורה של הפרדה בין תחומי החיים. בהקשר זה שימושי מאוד להבחין בין שתי מסורות של חברה אזרחית. המסורת הראשונה, זו של מונטסקייה, מבינה את החברה האזרחית כחברה פוליטית המתפתחת בתוך התהליך הפוליטי. לעומתה, במסורת השנייה – היא המסורת של ג'ון לוק – החברה האזרחית נתפסת כקדם-פוליטית, כחוץ-פוליטית וכבעלת יכולת התארגנות עצמית.⁶⁸ אף שלחברה האזרחית הייתה תמיד השפעה על מעורבות חברתית, המאפיין הייחודי של המודל החוץ-משפטי הוא אימוץ מחודש של המסורת הלוקיאנית – המהלל את הרעיון הפשטני של עבודת שטח מקומית קדם-פוליטית או חוץ-פוליטית. בהסתמך על תפיסה רומנטית זאת של פעולה "מהשטח", מבחינים החוקרים בין רגעים מוקדמים של מאבקי "החברה האזרחית", כגון מאבקייהן של תנועת העבודה בשנות השלושים ושל התנועה לזכויות האזרח בשנות השישים, לבין הצורות החדשות של מעורבותה החברתית של החברה האזרחית. על פי חוקרים אלה, את סוג המעורבות של קבוצות חברתיות כיום יש להבין באופן שונה מן המודלים הקודמים. החוקרים מבחינים בין "פוליטיקה של תנועה", כגון זו של תנועת העבודה והתנועה לזכויות האזרח – תנועות זמניות, ימרניות ואנרגטיות, שקמו ברגעים היסטוריים שבהם נדרשה רפורמה משפטית, לבין צורה חדשה יותר של "חברה אזרחית", שנראית אמנם צנועה יותר, אך יכולת ההישרדות שלה רבה יותר ודווקא משום שהיא עצמאית ומשום שהיא מפרידה את עצמה מתביעות נגד המדינה. אכן, "חלק נכבד מן הפוליטיקה של שנות השישים עסקה ב'לחשוב בגדול' [...]. התרכזה במה שכונה 'התנועות' [...] הפוליטיקה הופיעה רק כאשר עשרות אלפי אנשים יצאו לרחובות, לעתים בשם תביעות שלא היו נתונות למשא ומתן"⁶⁹. לעומת זאת, החברה האזרחית מתוארת כאיתנה ונמרצת וכנסמכת על "קשרי אמון, הרדיות, נשיאה באחריות

associations as participants in a common public life – however broadly "public" is defined – is to mute their potential deviance from and opposition to dominant norms. על מקור המונח בפילוסופיה ועל המונח המקורי בגרמנית (lebenswelt) מן הפילוסופיה הפנומנולוגית ראו אדמונד הוסרל, מבחר מאמרים (תשנ"ג) בחלק "אגרון ולקסיקון בסיסי", בעמ' 225.

.Scott L. Cummings, *The Politics of Pro Bono*, 52 UCLA L. REV. 1, 27 (2004) 67

.Charles Taylor, *Invoking Civil Society*, in PHILOSOPHICAL ARGUMENTS 204 (1995) 68

Jean Bethke Elshtain, *Not a Cure-All: Civic Society Creates Citizens, It Does not Solve Problems*, in COMMUNITY WORKS: THE REVIVAL OF CIVIL SOCIETY IN AMERICA 24, (COMMUNITY WORKS: להלן: הספר) 27–28 (Eugene Joseph Dionne Jr. ed., 1998) 69

ועזרה עצמית משותפת לאורך זמן".⁷⁰ כאשר האקטיביזם החברתי נתפס כתחום נפרד הוא מתואר כמונחים חדשים, והמוקד עובר לאסטרטגיות חוץ-משפטיות ולגיוון צורות הפעולה והמאבק. בשל טווח האסטרטגיות הרחב שאמור לתמוך בהתרחבותה של החברה האזרחית, פרופסור מייקל וולצר מתאר את החברה האזרחית כ"פרויקט של פרויקטים" הדורש "רגישויות חדשות ביחס למקומי, לספציפי ו[ל]תלוי ההקשר".⁷¹ אסטרטגיות מגוונות אלה דומות לאלה שתוארו לעיל כמודל "המשפט בשירות ה-" או "עריכת הדין 'מהשטח'" וכוללות הנעה של השטח, התארגנות קהילתית, יזמות פעולה קהילתית, בניית קואליציות, גרימת בושה (shaming), ניהול מאבקים ציבוריים ומחאה פעילה. למשל, מאבק למען שוויון זכויות לאישה במסגרת החברה האזרחית יכול לקרום עור וגידים על יסוד פעילות הסברה בארגוני עובדים, בסמינריונים ובמפגשים שכונתיים, בתוך ויתור על האפשרות שבמסגרת אסדרה תועמד בפני מקומות עבודה הדרישה לפעול באופן פוזיטיבי ומחייב לשיפור מעמד העובדת.

ברמה הבין-לאומית, ספרות הגלובליזציה מתארת באופן דומה את שגשוגו של האקטיביזם – שגשוג שלא ניתן להסבירו באמצעות תאוריות מסורתיות של מאבק חברתי. כמו ברמה המקומית, גישת הגלובליזציה החוץ-משפטית מהללת צורות פעולה מגוונות, בתארה את שגשוג היזמות המקומיות ובהבנתה את המאמצים המקומיים כחלק מן הפעילות הגלובלית. הדימוי של החברה האזרחית מועלה גם כאן: "חברה אזרחית גלובלית, מעצם טיבה, היא אותה פלח של חיים במסגרת התאגדותית שמתקיים מעל לפרט ומתחת למדינה, אך גם מעבר לגבולות לאומיים".⁷²

ריצ'רד בֶּרְנֶט וג'ון קֶאוֹנוֹ מתארים בספרם *Global Dreams* כיצד קבוצות שנדחקו לשוליים ("טוות [...] רשתות על-לאומיות משלהם כדי להגיע לאנשים מכל רחבי העולם ולקשר ביניהם").⁷³ קבוצות שהסדר העולמי החדש פסח עליהן הצליחו "לייצר [...] אסטרטגיות משלהן כדי לשרוד ולהתפתח", גיבשו "חברה אזרחית גלובלית [...] המתגבשת שלא באור הזרקורים ומחוץ לערוצים הרגילים של המדינה ושל כלכלת השוק".⁷⁴ ספרות

70 שם, בעמ' 28.

71 Michael Walzer, *The Idea of Civil Society: A Path to Social Reconstruction*, in COMMUNITY WORKS, לעיל ה"ש 69, בעמ' 123, 143.

72 PAUL WAPNER, ENVIRONMENTAL ACTIVISM AND WORLD CIVIC POLITICS 4 (1996). לדייוניס נוספים על אודות החברה האזרחית הגלובלית, ראו: RONNIE D. LIPSCHUTZ & JUDITH MAYER, GLOBAL CIVIL SOCIETY AND GLOBAL ENVIRONMENTAL GOVERNANCE (1996); André C. Drainville, *Left Internationalism and the Politics of Resistance in the New World Order*, in A NEW WORLD ORDER? GLOBAL TRANSFORMATIONS IN THE LATE TWENTIETH CENTURY 217 (David A. Smith & József Böröcz eds., 1995); Cecelia Lynch, *Social Movements and the Problem of Globalization*, 23 ALTERNATIVES 149 (1998); Paul Wapner, *Defending Accountability in NGOs*, 3 CHI. J. INT'L L. 197 (2002); Michael Walzer, *Between Nation and World*, ECONOMIST, Sept. 11, 1993, at 49, 51.

73 RICHARD J. BARNET & JOHN CAVANAGH, GLOBAL DREAMS: IMPERIAL CORPORATIONS AND THE NEW WORLD ORDER 429 (1994).

74 שם, בעמ' 429–430; ראו גם: LIPSCHUTZ & MAYER, לעיל ה"ש 72, בעמ' 59–60.

הגלוקליזציה של העת האחרונה מציעה שנתמקד בחזון חדש של פוליטיקה על-לאומית, המושרשת באינטרקציה היום-יומית בין קבוצות שנדחקו לשוליים (כגון מהגרים שאינם לבנים) ובתוך משפחות, כנסיות, בתי ספר ורשתות קהילתיות בלתי פורמליות. ניתוח זה הולך ומתרחק מן הרעיון של מאבק חברתי שמטרתו להשיג כוח מוסדי ורפורמה חברתית, לעבר מושגים של "נראות" ושל "נוכחות".

לאור ההבנה שאידאל שהוא בלתי הגמוני בהקשר אחד יכול להפוך להגמוני ולמעוגן בפוליטיקה דומיננטית בהקשר אחר, ממשיכה הספרות לקרוא לגיוון מנגנוני ההתנגדות. חוקרים מתארים את היווצרותן של חזיתות רחבות ללא מצע משותף ושל סביבה שיוצרת תחושה לפיה לא משנה עד כמה קטנה הקבוצה או עד כמה ייחודית הגדרתה העצמית – כל הקבוצות מסוגלות להשתתף במאבק. אכן, שלא כמו תנועת העבודה של ה"ניו-דיל" והתנועה לזכויות האזרח של אמצע המאה העשרים, מאבקים חברתיים עכשוויים אינם מציגים תנועות מאוחדות, אלא אוסף של פעולות ונושאים שפעמים רבות אף מצויים בסתירה, כמו מאבקהן של תנועות גלובליות לאנטי-גלובליזציה (באופן אוקסימורוני), שמציעהן עוסקים בתחומים הנעים מצדק כלכלי ועד לאמונה דתית.

הנרטיב המונח ביסודה של תזווה מרחבית זו הוא הירידה בחשיבותה של המדינה וביכולותיה. כיוון שהכוח הרשמי וההיררכיות הוותיקות התערערו, כבר אין מקור אחד (כגון המדינה או המערכת המשפטית) שהוא האחראי ולכן עליו להיות המושא למאבק. במקום זאת המדינה, שבעצמה הפכה לחסרת שליטה אל מול כוחות גדולים, עמומים ופזורים יותר, הפכה להיות עוד שחקן ומכשיר פעולה, אחד מני רבים. במונחיו של פרופסור בוונטורה דה-סוזה סנטוס, המדינה היא "התנועה החברתית החדשה ביותר".⁷⁵

3. להמשיג מחדש את המשפט: הפלורליזם המשפטי החדש

ההתנגדות לשימוש במערכת המשפט ככלי העיקרי ברפורמה חברתית הובילה לחידוש העניין האקדמי בזרם רעיוני מוקדם יותר, זה של הפלורליזם המשפטי. הפלורליזם המשפטי מחזיק בעמדה לפיה בתחום שיפוט אחד קיים יותר מגוף אחד של חוקים או של מערכת נורמות.⁷⁶ האסדרה הפרטית והרעיון של אסדרה עצמית, למשל, הם בבירור רכיבים מרכזיים בפלורליזם המשפטי. כך, הפלורליזם המשפטי מתפרש מעבר לרעיון של התארגנות ומתמקד בצורות רשמיות יחסית של נורמות שאינן שלטוניות, כגון קודים של התנהגות תאגידיים או הסדרים פרטיים של תלונות ושל תביעות. על פי הגרסאות החזקות

Boaventura de Sousa Santos, Lecture at the International Law and Society Conference 75
(July 6, 2001).

76 לדיון על אודות פלורליזם משפטי, ראו: Bryan Kaplan & Edward P. Stringham, *Privatizing the Adjudication of Disputes*, 9 THEORETICAL INQUIRIES L. 503 (2008); Jeff Spinner-Halev, *Liberalism and Religion: Against Congruence*, 9 THEORETICAL INQUIRIES L. 553 (2008); רות הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג'צ ובתי-הדין הרבניים – בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ 683 (1997); איסי רוזן-צבי "סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי" עיוני משפט כג 539 (2001); רות הלפרין-קדרי, "עוד על פלורליזם משפטי בישראל", עיוני משפט כג 559 (2001).

של רעיון הפלורליזם המשפטי, "למדינה כבר אין הצדקה אמפירית לתביעתה להיות מרכז היקום של התופעות המשפטיות יותר מאשר לכל גורם אחר בכל המערכת הזו".⁷⁷ לפיכך, "עבור הפלורליסטים, ההנחה המודרנית לפיה כל התאוריות המשפטיות והפוליטיות ניתנות להמשגה פשטנית כיחסים שבין ריבון לנתין או בין מדינה לפרט [...] היא כוזבת".⁷⁸ אכן, על משפט המדינה להכיר בקיומן של מערכות משנה ש"כל אחת מהן [...] מסוגלת לווסת את עצמה בהתאם לנורמות ולקודים שלה עצמה, ואינה צריכה תמיכה לתביעותיה הנורמטיביות משום עיקרון חיצוני".⁷⁹ קבוצות פרטיות צריכות להיות זכאיות "להפעיל בתוך תחום עיסוקן סמכות יעילה מספיק כדי להצדיק את תיוגה כסמכות ריבונית".⁸⁰ בהסתמכם על גרסאות אלה של רעיון הפלורליזם המשפטי, הסברים מן העת האחרונה קושרים אותן לנתיבים חלופיים להשגת רפורמה חברתית ומצביעים על הופעת צורות חדשות של "משפט" – צורות שהן פרטיות וכאוטיות אך טוענות לתקפותן כמערכות מקבילות למשפט המסורתי הפורמלי. משימת השמירה על הסדר הופכת להיות "מבוזרת ומפוזרת בין קבוצות שונות לאורכה ולרוחבה של החברה" ובין מקורות רבים של סמכות, שכולם מתחרים באותו מישור נורמטיבי עם משפט המדינה.⁸¹ למשל, בהקשר של ההגנות על העבודה ועל התעסוקה, הולך וגובר בקרב הפעילים העניין בנורמות שהמדינה אינה מקודרת. נורמות אלה כוללות תקנונים עצמאיים להתנהלות חברות, כגון מסמכים של מטה התאגיד, המתארים מגוון סטנדרטים ותנאים שבכוונת התאגיד ליישם במקום העבודה. ביטויים מאסדרים לא ממשלתיים אלה כוללים בין היתר גם מאמצים מתואמים יותר של "קואליציות של החברה האזרחית ושל קבוצות עסקיות עם התערבות ממשלתית כלשהי או

- 77 Mark Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous* 77
John Griffiths, *The Legal* (מצטט את: *Law*, 19 J. LEGAL PLURALISM 1, n.1 (1981)
Integration of Minority Groups Set in the Context of Legal Pluralism 48 (1979)
(Unpublished Manuscript).
- 78 Franklin G. Snyder, *Nomos, Narrative, and Adjudication: Toward a Jurisgenetic* 78
HAROLD J. (מאזכר את: *Theory of Law*, 40 WM. & MARY L. REV. 1623, 1636 (1999)
(LASKI, AUTHORITY IN THE MODERN STATE 26–7 (1919).
- 79 Jacques Lenoble, *Law and Undecidability: A New Vision of the Proceduralization of* 79
Law, 17 CARDOZO L. REV. 935, 997–8 (1996).
- 80 "[G]overnment must recognize that it is not the sole possessor of sovereignty, and that 80
private groups within the community are entitled to lead their own free lives", Mark
Dewolf Howe, *The Supreme Court, 1952 Term – Foreword: Political Theory and the*
Nature of Liberty, 67 HARV. L. REV. 91 (1953).
- 81 Austin Sarat & Roger Berkowitz, *Disorderly Differences: Recognition,* 81
Accommodation, and American Law, 6 YALE J.L. & HUMAN. 285, 313 (1994)
Harold I. Abramson, *A Fifth Branch of Government: the Private Regulators and Their*
Constitutionality, 16 HASTINGS CONST. L.Q. 165 (1989); Carol J. Greenhouse, *Legal*
Pluralism and Cultural Difference: What Is the Difference? A Response to Professor
Woodman, 42 J. LEGAL PLURALISM & UNOFFICIAL L. 61 (1998)

בלעדיה"⁸². דוגמה מצוינת לכך הוא קוד SA8000 – הקוד של "יזמת האחריות החברתית הבינ-לאומית" (SAI), יזמה משנות התשעים המאוחרות של המאה העשרים, שעוצבה על יסוד סטנדרטים של בקרת איכות. קוד זה כולל רשימות ארוכות של סטנדרטים של עבודה ושל תעסוקה; נוסף לאלה כולל הקוד מערכת של ניהול ובקרה, שבאמצעותה מסמיך ה-SAI חברות ומעניק להן רישיון לשמש כמבקרות חיצוניות. חברות אלה ייתנו, בתורן, רישיון למפעלים ליישם את הקוד. דוגמאות אחרות של ניסיונות לקודיפיקציה ולקביעת תקנים פרטית מן העת האחרונה ניתן למצוא בהנחיות הדיווח של "יזמת הדיווח הבינ-לאומית"⁸³ ובמסעות פרסום של תקנון לבגדים נקיים של תעשיית הלבוש – העוסקים בסטנדרטים של העסקה, בפרויקט התווית האקולוגית ובאות הסחר ההוגן. ההתמקדות בכלים חדשים כגון תיוג חברתי, קביעת סטנדרטים על ידי גורמים פרטיים, ניטור, מתן הכרה רשמית ומתן אישור על עמידה בתקנים, הן מצד מלכ"רים הן מצד ארגונים מסחריים, ממחיש את העניין הגובר באסדרה עצמית. ההיגיון המונח ביסודן של היזמות הללו הוא שאסדרה ממשלתית מרכזית היא רק דרך אחת לקידום ניהול נכון והוגן ולקידום אחריות חברתית בשוק הפרטי, ולעתים קרובות אף לא הדרך היעילה ביותר. רוחב היריעה של הנושאים שאתם ניתן להתמודד באמצעות יזמות אלה – פרקטיקות של איכות הסביבה, תנאי עבודה הוגנים, בטוחים וצודקים, תכנון כלכלי שקול, השקעה בקהילה ואינטרקציות שוק – מדגים את התגברותה של אסדרה שמקורה אינו במדינה.

מחקרים מן העת האחרונה מתמקדים בהתרחשויות אלה ומדגישים את חשיבותם של מודלים חלופיים לנשיאה באחריות (accountability), לרבות משטרים של "חוק רך" המנחים כיצד לנהוג בהיעדרו של משטר מאסדר מחייב.⁸⁴ ההתמקדות באופני אסדרה "רכים" יותר אלו מאתגרת את ההנחה המסורתית ביחס לרפורמה משפטית; היא מחייבת להגדיר מחדש מושגים מוסכמיים (קונבנציונליים) במשפט ומספקת נתיבים חלופיים לפעולה. הפלורליסט המשפטי החדש דוחה את ההשוואה בין יצירת נורמות לאסדרה פורמלית ואת הרעיון שיש להשוות בין רפורמה חברתית לרפורמה משפטית. יצירת משטרים נורמטיביים בזירות פעולה רבות נחקרת בתחומים משפטיים מגוונים המשתרעים על פני קשת רחבה של נושאים: ממדיניות חברתית בדיני עבודה ותעסוקה, בדיני איכות הסביבה, במשפט בתחום החינוך ובדיני הגנת הצרכן ועד לאסדרה כלכלית ומדינית בדיני תאגידים ובמשפט בין-לאומי. הקריאה להכרה גדולה יותר בפלורליזם משפטי מתבטאת באופן הבולט ביותר בהקשר של לימודי גלובליזציה, שבמסגרתם משטרים משפטיים בין-לאומיים ועל-לאומיים מתוארים לעתים תכופות כפירוק, כביזור וכחתיירה תחת מבנים ומרחבי פעולה קודמים וכן תחת היררכיות וצורות נורמטיביות קודמות. מלומדי משפט,

Adelle Blackett, *Global Governance, Legal Pluralism and the Decentered State: A Labor Law Critique of Codes of Corporate Conduct*, 8 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 401, 413 (2001); המחברת מתארת את עלייתם של קודי התנהגות תאגידיים ומעריכה את היעילות שלהם.

Global Reporting Initiative, G3 Introducing the New Norms, www.globalreporting.org/ReportingFramework/G3Guidelines/

Steven R. Ratner, *International Law: The Trials of Global Norms*, 110 FOREIGN POL'Y 65, 67 (1998).

בתורם, החלו בוחנים יותר ויותר מצבים שבהם חלופות משפטיות מתקיימות בנפרד בתוך משטר משפטי קיים, כגון מצבים שבהם קבוצות מהגרים מביאות עמן עקרונות משפטיים ליצירת מערכת חוקים מקבילה בקהילתם.

לכן, לחקר הפלורליזם המשפטי החדש זיקה רבה מאוד לרעיון של תחיית החברה האזרחית, שכן דרך הפעולה המוצעת שלו היא יצירתן של נורמות נוספות בספרה השלישית, מחוץ למשפט ולשוק. במיוחד בהקשר של מדיניות שוק העבודה, "קודים וולונטריים להתנהגות תאגידים הם באופנה [...] תאגידים על-לאומיים גדולים [...] מתייחסים ל'עקרונות המנחים' שלהם, ל'קודים' של התנהלות עסקים חובקי עולם, ול'קודים' של אתיקה ושל התנהלות עסקית'. הקודים קיימים כיום כמעט בכל תעשייה: לבוש, נפט, אלקטרוניקה וייצור כללי".⁸⁵ הפלורליסט המשפטי החדש מדגיש לא רק את קיומם של קודים וולונטריים כגון אלה לצד כלים מאסדרים מסורתיים, אלא גם את האפשרות ש"חוקים" חדשים אלה הם חלופות מועדפות למאבקי הרפורמה החברתית. לסיכום: שלוש החלופות – החוק בשירות ההשפעות העקיפות, ההתמקדות בפעילות בזירה החוץ-משפטית וההמשגה המחודשת של המשפט – שואפות למצוא מרחב מושגי ומציאותי שבו המאבק לשינוי חברתי נפרד מהצורך ברפורמה משפטית. בין שלוש החלופות קיימת זיקה הרדית קרובה: אם ניתן לשנות דברים בחברה האזרחית, הרי אין עוד צורך בניצחונות קונקרטיים בהתריינות משפטית או בחקיקה. פרט לכך, החשיבות ב"חוקים" אלו היא בהיותם חלופה מועדפת למאבק ולרפורמה משפטית.

ג. סיבוך מושג המאבק ה"חוץ-משפטי" – מבט נוסף על קואופטיזציה

בחלק זה אטען כי חסרונותיה של הקואופטיזציה המשפטית קיימים גם במודל החוץ-משפטי. אראה כי באופן אירוני, במסגרת הניסיון להימנע מסכנת הקואופטיזציה המשפטית, משחזרות השפעותיהן של החלופות המוצעות את הקואופטיזציה עצמה. בכתיבה העכשווית על הזירות החוץ-משפטיות קיימים שלושה סוגים עיקריים של קשיים. כפי שאדגים בהמשך, חלק ניכר מן הכתיבה העכשווית תופס את האקטיביזם החברתי באופן שמשטש את הגבולות בין התיאור לבין המצע הנורמטיבי. החלופות המוצעות מציגות את עצמן כחלופות למאבקים משפטיים פורמליים; כיוון שכך, חובה עלינו לברר אם הפוליטיקה החוץ-משפטית החדשה, ששבחה יוצא למרחוק, מסוגלת להפיק תאוריה קונסטרוקטיבית וחלופות משמעותיות לרפורמה המשפטית, במקום מדיניות פסיבית של סטטוס קוו בלבד.

1. כישלונות מעשיים: חלופות חוץ-משפטיות המובילות לסדר יום שמרני

המבנה הבסיסי של טיעוני הקואופטיזציה כפי שפותחו ביחס לתנועת העבודה ולתנועה לזכויות האזרח מלמד כיצד, בעת המעבר מתאוריה למעשה, אידאל שקידמה קבוצה חברתית מקבל תכנים החורגים מהכוונה המקורית, ובשל כך נכשלת הקבוצה במימוש

Owen E. Herrnstadt, *Voluntary Corporate Codes of Conduct: What's Missing?* 16 85
 .LAB. L. 349, 349 (2001)

חזונה הראשוני. סיכון זה גבוה במיוחד כאשר האידיאלים מנוסחים במונחים רחבים החשופים לפרשנויות רבות. אך המלכודות של הסיכונים הפוטנציאליים המוצגים כחלק ממטריית הקואופטיציה קיימות למעשה גם בחלופות המוצעות. באופן פרדוקסלי, כיוון שהתנועה החוץ-משפטית מנוסחת כמתנגדת לנתיבי הרפורמה המשפטית הפורמלית, בלי שהגדירה את יעדיה באופן מספק, הרי היא מביאה על עצמה את אותן הסכנות שביקשה למנוע בפעולה מחוץ למערכת המשפטית.

נתיבי פעולה חוץ-משפטיים מתוארים לרוב במונחים של חלופה, כפנייה לאופני פעולה חדשים שהם בגדר חלופה למודלים הקיימים. בהתאם, כיוון שהרעיונות של התארגנות חברתית, של חברה אזרחית ושל פלורליזם משפטי מנוסחים במונחי מחלוקת שאינם מוגבלים, הם אינם ניתנים לתרגום לחזון מדויק של רפורמת צדק חברתי. דוגמה טובה לנתיב פעולה חוץ-משפטי שמאומץ רק מתוך הרצון לחלופה הוא החברה האזרחית – רעיון שאומץ על ידי אנשים מקשת רחבה של מחויבויות אידאולוגיות שלעיתים מתנגשות. מבקרים טוענים ש"רעיונות מסוימים נכשלים משום שהם לעולם לא מגיעים לכדי מימוש. הרעיון של חברה אזרחית [...] נכשל משום שהוא הפך פופולרי מדי".⁸⁶ אידאל כה רחב, כגון זה של החברה האזרחית, זורע בעצמו את זרעי חורבנו.

בתקופות קודמות, מן הטענות על הקואופטיציה שגורם המשפט לחזון טרנספורמטיבי של צדק במקום העבודה ושל שוויון על רקע גזע השתמע כי האסטרטגיות המשפטיות רוקנו חזונות מעין אלה מעומקם המקורי, והם חולקו ונוסחו מחדש באופנים צרים ולעיתים קרובות סמליים בלבד. אבחנה זו נראית מדויקת ביחס לזירה הפוליטית העכשווית: הרעיון של תחיית החברה האזרחית, שהועלה על ידי אקטיביסטים פרוגרסיביים, צומצם למעשים סמליים בעלי תוכן צר ביותר. משמאל, המצדדים בפרוגרסיביות ראו בחזונם אקטיביזם מבוזר בספרה השלישית, דרך לחידוש ההשתתפות הדמוקרטית ולבנייה מחדש של המדינה – "מלמטה למעלה". מנגד, פוליטיקאים שמרנים אימצו את הרעיון של חברה אזרחית כדי להחליף תכניות במימון הממשלה וכדי להמעיט בהתערבות המדינה (כפי שאפרט מיד). ואכן, שימושים פוליטיים מן העת האחרונה ברעיון החברה האזרחית ערערו את האידיאלים של הרפורמה החברתית הפרוגרסיבית והחליפו אותם בסדר יום שמרני הדוחה את העמדות השוויוניות של חברה תומכת.

כאמור, קריאות חדשות לחיזוקה של החברה האזרחית קודמו במיוחד על ידי פוליטיקאים המעוניינים לפרק את מדינת הרווחה המודרנית.⁸⁷ הגרסה השמרנית של

Alan Wolfe, *Is Civil Society Obsolete? Revisiting Predictions of the Decline of Civil* 86

Society in 'Whose Keeper?', in COMMUNITY WORKS לעיל ה"ש 69, בעמ' 17, 18.

Mathew Diller, *Form and Substance in the Privatization of Poverty Programs*, 49 87

UCLA L. REV. 1739, 1757-8 (2002). קיימות גם דוגמאות ישראליות שנחקקו בזיכרון

הציבורי, כגון קריאתו של ראש הממשלה (דאז) אהוד ברק לאזרחי ישראל "לפתוח את

המקרים" כדי לסייע בבעיית חוסר הביטחון התזונתי (ראו נחום ברנע ושמעון שיפר "מדינת

ישראל היא לא גן ילדים ואני לא גננת" ידיעות אחרונות, המוסף לשבת 28.11.1999),

ופנייתו של משרד החינוך ביזמתה של השרה (דאז) לימור לבנת לעמותת "פתחון לב" לסייע

בהזנת ילדים רעבים בבתי הספר ("משרד החינוך: ארגון צדקה יספק אוכל לתלמידים"

הארץ, 3.10.2002; מרב דוד "אם אין אוכל, קבלו תלוישים – תוכנית חדשה: המדינה

תחיית החברה האזרחית משווה לעתים קרובות את הרעיון של עזרה עצמית באמצעים חוץ-משפטיים למבנים משפחתיים מסורתיים, ומטילה את האשם בגידול בהישענות על הממשלה ובתלות בה על שבירתם של מבנים אלה (כגון הופעתה של המשפחה החד-הורית).⁸⁸ תפיסה זו של ספרה שלישית של חיים אזרחיים פועלת נגד הרפורמה המשפטית דווקא משום שהתערבות המדינה עשויה לתמוך במבנים חברתיים חדשים ולא מסורתיים. עבור הוגים שמרנים, הרפורמה המשפטית טומנת בחובה גם את הסיכון של תלות הולכת וגוברת בשירותים חברתיים, הנוצרת אצל קבוצות שבאופן מסורתי נדחקו לשוליים, לרבות הישענות מוגברת על קרנות ציבוריות מצד מיעוטים השייכים לגזע מסוים ומצד אימהות חד-הוריות. קשת רחבה של חזונות ליברליים ושמרניים התמזגו, באופן שלא ניתן להתעלם ממנו, לאותו סדר יום; רפורמות "מרווחה לעבודה" (welfare-to-work) בשנות התשעים ובשנות האלפיים, הנתמכות בפעילויות לא ממשלתיות ובמוסדות לא ממשלתיים רבים, הן דוגמה אחת לכך.⁸⁹ אכן, סופה של מדיניות הרווחה שהכרנו והטרנספורמציה שעבר שוק העבודה קשורים באופן הדוק לחיפושם של הוגים מכל קצוות הקשת הפוליטית אחרי ספרה שלישית שתוכל להחליף את התפקידים המסורתיים של עבודה ושל רווחה.

כאשר מנתחים את הנושא מנקודת המבט של ביקורת הקואופטיזציה על אפיקה השונים, מבינים בכירור שלזרם החוץ-משפטי בן זמננו יש מגבלות רבות. ראשית, זוהו בעיות משמעותיות בנוגע למשאבים ול"אנרגיות סכום-אפס" במסעות לקידום פיתוח קהילתי ורווחה. למשל, החזון הראשוני של תכנית "מרווחה לעבודה", שנתמך על ידי רפורמטורים ליברליים, היה של מערכת רבת פנים ודינמית שתעצב מחדש את תפקידיו של מנגנון הרווחה ואת סוגי האחריות שלו.⁹⁰ יתר על כן, הצורך לעצב שאלות המתייחסות לעבודה, לרווחה ולעוני לכדי הסדרים מוסדיים ולכדי זירגון מקצועי ולעמוד בקריטריונים של מענקים מסוגים שונים הפך כמה סוגיות (כגון ההפחתה הסטטיסטית של מקבלי הקצבאות) לבלוטות יותר; סוגיות אחרות (כגון איכות העבודות המוצעות) כלל לא נלקחו בחשבון על ידי קובעי המדיניות. אמנם, על היבטים מסוימים של הרפורמה הורעפו שבחים בגין השפעתם המעצימה על הקבוצות הרלוונטיות; דוגמה טובה לכך היא השוכרים האינדיבידואליים להכשרה אישית, המעניקים לאזרח סכום כסף למטרת הכשרה שהוא עצמו יבחר. אולם בשל המחסור במשאבים ובתמיכה מוסדית הוצגו שאלות קשות ביחס למדיניות הפרטנית שעוצבה. הרפורמות דורשות בחירות אינדיבידואליות ונשענות

תחלק תלושי מזון למשפחות נזקקות וארוחות חמות לתלמידים רעבים – כמו בימי הצנעו מעריב, 9.5.2003). ראו עוד רוני קאופמן וורד סלונים-נבו "חוסר ביטחון תזונתי ורעב בקרב אוכלוסיות מצוקה בנגב: ממצאים ממחקר גישוש" ביטחון סוציאלי 35, 33, 65 (2004).

Linda C. McClain, *The Domain of Civic Virtue in a Good Society: Families, Schools, and Sex Equality*, 69 FORDHAM L. REV. 1617, 1619–21 (2001) 88

Barbara L. Bezdek, *Contractual Welfare: Non-Accountability and Diminished Democracy in Local Government Contracts for Welfare-to-Work Services*, 28 FORDHAM URB. L.J. 1559, 1559–73, 1589–608 (2001) 89

הרעיון של התכנית הוא לספק את המשאבים ואת הכלים הנחוצים כדי להחזיר אנשים ממצב של עוני ושל סעד לקיום עצמאי באמצעות שוק העבודה. אולם למעשה, בתקופות שונות הקטינה התכנית את כמות העזרה הניתנת לאלה הנזקקים לה. ראו: Bezdek, שם. 90

על היכולת של הנמען הפרטי לנתב את דרכו בתוך מגוון עצום של מידע. לכן, בכל הנוגע לנושאים של מעונות יום, שירותי בריאות ושוברים למימון השכלה והכשרה, חוששים המבקרים כי רוב העובדים מעוטי היכולת בשוק העבודה החדש לא יהיו מסוגלים לנצל את הרפורמות. בהינתן תנאים אלה, היעד של חיסול העוני עשוי להישחק ולהתחלף ביעדים אחרים, כגון הפחתת ההוצאות הציבוריות. בשל כך, כפי שנטען בביקורת הקואופטציה שנדונה קודם לכן, אם רפורמות לובשות צורת חזון, אפילו כאשר אין צורך לנסחן במונחים משפטיים, הרי במידה מסוימת הן מצומצמות לקומץ של נושאים ואילו אפשרויות אחרות נקטעות, נזנחות ובסופו של דבר מנוטרלות.

בנקודה זו נחשף הפרדוקס שבאקטיביזם חוץ-משפטי. יותר ויותר הוגים העוסקים באינטרסים הציבוריים פוסלים באופן מוחלט את המשפט כנתיב הראשי להתקדמות. אך בה בעת, דפוס האקטיביזם המועדף עליהם מציג את אותם הסיכונים שמהם ביקשו להימנע. "מיתוס המשפט" שנפסל מומר ב"מיתוס האקטיביזם" או ב"מיתוס היציאה", כלומר המיתוס בדבר אפשרות קיומה של ספרה נפרדת, הנתפסת באופן רומנטי כמסוגלת לפתור קונפליקטים חברתיים באופן טוב יותר. עם זאת מיתוסים אלה, כמו מיתוסים בכלל, כרוכים בסכנות. "מיתוס היציאה" מדגים את החששות הרבים בעניין הקואופטציה. עבור סדרי היום הפמיניסטיים, למשל, הפרדת העולם לספרות פעולה המובחנות זו מזו היא מכשול מתמשך בפני רפורמה משמעותית. המאמצים ליצירת אפשרויות טובות יותר לנשים כדי שיוכלו לאזן בין אחריותן לעבודה מצד אחד לבין אחריותן למשפחתן מן הצד האחר, צומצמו לכדי מונחים המצדדים בבחירה אישית ובקבלת החלטות פרטית. פעילות פמיניסטיות מנסות, למשל, להציע שינויים בחקיקה שיעודדו יותר נשים להתחרות בשוק העבודה באופן שווה לגברים; אולם לעתים תכופות נתקלות הצעותיהן ברעיון ההפרדה בין המשפט לזירה הפרטית וברעיון הבחירה האינדיבידואלית של כל אישה ואישה כאשר לאורח חייה ובאשר לרצונה בקריירה או בחיי משפחה מסורתיים. ואמנם, דעות קדומות ביחס להפרדה בין הספרות ובדבר הצורך לבצע בחיים בחירות מסוג "א-או" מעיבות על יזמות חקיקה פדרליות מן העת האחרונה בנושאי חינוך לגיל הרך ותמיכה בהורים הנשארים בבית עם ילדיהם. במילים אחרות, התפיסה של פעילות לשינוי חברתי בזירה חוץ-משפטית מתיישבת, אולי באופן טוב מדי, עם הרעיון לפיו באופן היסטורי בחרו נשים לפעול בזירה אחרת מגברים, זירה פרטית לבר-משפטית ולבר-כלכלית. חשוב מכול, השתרשותו של השיח המבוסס על חלוקה לספרות גרמה לזניחתן של נקודות מבט ביקורתיות שהבחינו בין ייחוס ערך חיובי למאפיינים מגדריים מסורתיים לבין גמירת ההלל על התכונות הנשיות, כנבדלות מתכונות גבריות באופן אוניברסלי ומהותני. הרעיון לפיו ניתן להפריד בין ספרות החיים מקבע את אותן חלוקות אחריות שהתנועה הפמיניסטית מנסה לשרש. באופן בלתי מפתיע, אפוא, הגיבו כמה כותבות פמיניסטיות לתחיית החברה האזרחית בספקנות רבה; הן טענו כי את המאמצים למצוא התאמה בין ערכים נשיים לתאוריה הרפובליקנית הקלאסית של אקטיביזם של החברה האזרחית יש להבין, לפחות באופן חלקי, כדרך להעניק לגיטימציה למבנה החברתי היסטורי ששעבד נשים.

הלקח הפמיניסטי מציר המטוטלת שבין משפט לגישה חוץ-משפטית חושף דפוס רחב יותר. בדוגמה קלאסית של קואופטציה צריכים הפעילים לחשוש מן ההיטמעות של אסטרטגיות לא משפטיות בסדרי יום שמרניים של הפרטה (או, לאמיתו של דבר, מן הבלבול ביניהם). ואכן, בהקשרים משמעותיים של מדיניות חברתית, הכתיבה המשפטית הנוטה כלפי שימוש בנתיבים חוץ-משפטיים מחזקת בדיוק את אותו הנרטיב שאליה התנגדה במקור – נרטיב שלפיו המדינה אינה יכולה ואינה צריכה להיות אחראית לתמיכה ולשיפור של עולם החיים (lifeworld)⁹¹ של הפרטים בכלכלת המאה העשרים ואחת, ושלפיו אנו חייבים לחפש דרכים חלופיות ליצירת רפורמה חברתית. ניתוחים עכשוויים, המשתמשים בטרמינולוגיה של תהליך תלוי-דרך (path dependent), של סליל המתפתל למטה באופן בלתי נמנע, של מעין דילמת אסיר על-לאומית או של מרוץ גלובלי לתחתית, מתארים לעתים קרובות תמונה של חוסר שליטה למול כוחות של מציאות כלכלית חדשה. במקום להתמודד עם חוסר השליטה, להצביע על תפקידה המתמשך של הממשלה ולחשוף את הסתירות בין התחומים הנשארים מוסדרים לתחומים המופרטים, הכתיבה המחקרית על חלופות חוץ-משפטיות מקבלת התפתחויות אלה כטבעיות וכבלתי נמנעות. בדומה לטיעונים שפותחו ביחס לתנועת העבודה – שבמסגרתה ההתמקדות בזכות המוגבלת למשא ומתן קיבוצי החלישה עובדים וגזלה מהם את קולם, את השתתפותם בקבלת החלטות ואת כוחם – סדרי יום חוץ-משפטיים בני-זמננו מוגבלים לתבניות צרות מאוד של רפורמות. דוגמה בולטת לכך היא ההתמקדות ברפורמה ברווחה כחזית יחידה במאבק לחלוקה כלכלית חדשה, מבלי ליצור קשר בין רפורמה זו לשירותים סוציאליים שיש למעמד הבינוני אינטרס חזק בקיומם, כגון ביטוח לאומי וביטוח רפואי מסובסד. כך, בשנות התשעים צומצמו במשפט האמריקני שירותים ותקציבים רבים למגזרים חלשים במסגרת "רפורמת מערכת הסעד". אולם בפועל, השירותים שצומצמו היו אלה שיועדו לחלשים ביותר בחברה, ואילו תכניות אחרות שנועדו להגן על מגזרים חזקים יותר, כמו פנסיות לאומיות, לא היו חלק מהשינוי. באופן דומה, בחזית הפלורליזם המשפטי, כאשר פעילים קוראים לתאגידים לקבל על עצמם אחריות חברתית רבה יותר, אזי ביטוייה הראשוניים של הקריאה הם דרישות רחבות לפיתוח בר-קיימה ולהתחייבות כוללת של התעשייה לתוצאות החברתיות והסביבתיות של פעילויותיה. עם זאת, השיח עובר מהר מאוד תהליך של קואופטציה – הקריאה הופכת להתמקדות צרה בתרומות לצדקה ובנדבנות התאגידים, או בפעילות התנדבותית בהיעדרו של מבנה מוסדי של ציות לסטנדרטים. יתר על כן, בשל קיומן של מגבלות מוסדיות ובשל זניחת נתיבי פעולה אחרים, האפשריים בכל סוג של רפורמה, עוברת ההתמקדות לתועלת שתצמח לתאגידים מגילוי אחריות חברתית בתחומים כגון שיווק, גיוס עובדים, יחסי ציבור ואסטרטגיות "כאילו ירוקות". לכן הפכו המבקרים ציניים ביותר לגבי מחויבותו האמיתית של המגזר הפרטי להתנהלות אתית.

ניתן לתאר תהליך דומה ביחס לספרות העוסקת בגלובליזציה. הכתיבה המחקרית בנושאי גלובליזציה מנסה לעתים תכופות להפיק נרטיב מאַחַד ודימוי של מאבק אחד, אף שלמעשה אחדות זו אינה קיימת. כשהוא מגולם באירופה (שהוזכרה לעיל) של תנועת "אנטי-גלובליזציה גלובלית", האקטיביזם למען רפורמה חברתית, הממוקם תחת המטרייה

91 ראו לעיל ה"ש 66.

של תנועות גלובליות, הוא בעל פנים רבות – חלקן שמרניות ביותר. תנועה של "אנטי-גלובליזציה" עשויה להיות תנועה לאומית מתגוננת החדורה בשנאת זרים ובאידאולוגיות של הגנה. במקרים מרכזיים של פעולה קולקטיבית (כגון בסיאטל, בקוויבק, בפוארטו אלגרה ובגנואה) טענות מתחרות שהיו מנוגדות זו לזו נכללו לעתים קרובות באותה פעילות מחאה. אף על פי כן, יש נטייה להלל מחאות אלה ולבצע אידאליזציה שלהן כמאוחדות וכמשנות עולם.

בדומה, ברמה המקומית, לעתים קרובות אין ל"מדיניות השטח" סדר יום ברור והיא בשלה במיוחד לקואופטציה, המובילה להישגים פחותים יותר מאלה שאולי ציפו להם הקבוצות הלוקחות חלק בפעילות. במבוא ביקורתי למודל המשפט וההתארגנות מתארים פרופסור סקוט קמינגס ואינגריד איגלי את הדרכים שבהן גישות חדשות לעריכת דין פרוגרסיבית, המבוססות על הקהילה, נותנות קדימות לאקטיביזם "מן השטח" על פני מאמצים להשגת רפורמות משפטיות, ולקידום הנעת הקהילה על פני עריכת דין קונבנציונלית. לאחר שסקרו בקפידה את הדרכים שבהן עורכי הדין של הקהילה מאמצים את מודל המשפט וההתארגנות, קמינגס ואיגלי מזהירים בצדק מפני "ההגזמה באי-היעילות של ההתערבות המשפטית המסורתית" ומפני "חסימת נתיבים פוטנציאליים לתביעת פיצוי"⁹². אולם יש לדעת כי אין ראיות לכך שהאסטרטגיות שאימצו עורכי הדין החדשים הפועלים למען האינטרס הציבורי הצליחו ליצור שינויים משמעותיים בקהילות, וכמובן שאין כל ערובה לכך שאסטרטגיות אלה יצליחו יותר מאשר רפורמה משפטית. יתר על כן, למה שאמורים להיות פרויקטים פרוגרסיביים של פעולה קהילתית ושל פיתוח כלכלי של הקהילה עשויה לעתים קרובות להיות השפעה נסתרת של הדרת הקבוצות שמצבן הוא הגרוע ביותר, כגון פועלים זרים, בשל הטווח הגאוגרפי ומגבלות החלוקה לאזורים של הפרויקט. באותו האופן שתנועות העבודה ושהאחריות החברתית של תאגידים נכשלו משום שאימצו מסגרת עבודה משפטית, תנועת הפיתוח הכלכלי של הקהילה – כה מגוונת בשיוכיה האידאולוגיים, אך עדיין כה מרכזית מאז שנות התשעים המוקדמות כגישה העיקרית לסיוע לעניים – עשויה לגרום לחורבנה שלה על ידי התפצלות והתפוררות.

בכל המקרים הללו מעשה המעורבות, ולא המשפט, הוא שטומן בחובו את סכנות הקואופטציה ואת הפוליטיקה של ההתפשרות. לא אופיים הייחודי של עורכי הדין כקבוצה מקצועית הוא שיצר את התלות בהם. הדינמיקה בין גורמים מיומנים, מרושתים ובעלי אמצעים לבין אלה שזקוקים להם היא שעשויה ליצור תלות. לא המגבלות המבניות של המערכת המשפטית הן שמאיימות להגביל את החזון הפרוגרסיבי של תנועות חברתיות. אלה הם הקשיים המהותיים שביישום הלכה למעשה. החיים מורכבים הרבה יותר מאשר אידאלים מופשטים. ניתוח קואופטיבי חושף את הסיכון הרחב והכללי הגלום בנטיית חזקה על מסגרת עבודה רטורית ומושגית של תנועת שינוי. לאחר מכן, כאשר פלגים אחרים בוויכוח הפוליטי מאמצים בפועל את השפה ומנסחים את הפרויקטים שלהם במונחים דומים, חוות הקבוצות תחושת אובדן שליטה או אובדן בעלות על החזון "שלהן".

לסיכום, בהקשר העכשווי, בהיעדר חזון פרוגרמטי וממשי יותר בעניין מודלים חלופיים ליעדים של אקטיביזם של רפורמה חברתית, המסקנות והרטוריקה של אסכולת

92 ראו: Cummings & Eagly, לעיל הערה 22, בעמ' 491.

התודעה המשפטית הביקורתית בת־זמננו "מנוכסות" על ידי תומכים המייצגים קשת רחבה של מחויבויות פוליטיות. מן הזווית הזו מתברר שקואופטיזציה אינה תוצר של שימוש באסטרטגיה של רפורמה ספציפית. הקואופטיזציה מתרחשת כאשר האידיאלים הדמיוניים אינם נבדקים, וכאשר רטוריקה פרוגרסיבית לכאורה משוחזרת באמצעות סדר יום שמרני. פרשנויות דומיננטיות כגון הפרטה ורמת התחרות בשוק תופסות קדימות, ואילו ערכים אחרים, כגון העצמה קבוצתית וצדק חלוקתי, מקבלים הכרה סמלית בלבד ומשמשים בתורם לקידום התהליך ולייצובו.

2. גבולות מושגיים: כאשר נרטיב היציאה נותר בלתי בדוק

במבט ראשון, הרעיון של אי־לקיחת חלק בספרה המשפטית ושל מעבר למרחב החוץ־משפטי בתוך שימוש באופנים חלופיים של אקטיביזם חברתי עשוי להיראות אטרקטיבי לתנועות חברתיות חדשות. אנו רגילים לחשוב בקטגוריות בינריות ולסווג ללא הרף היבטים שונים של החיים כשייכים לספרות שונות של מרחב ושל זמן. נוסף על כך, אנו נמשכים להצהרות על חידושים – פרדיגמות חדשות, ספרות פעולה חדשות ואסטרטגיות חדשות שלכאורה אינן מוכתמות בכישלונות הקודמים. עם זאת, בתהליך הניתוח הביקורתי אל לנו לזנוח את התובנות הביקורתיות ביחס לטווח יכולתו של המשפט. ממש כפי שהתומכים בשוק החופשי (laissez-faire market) שוגים בדמיונם מרחב פרטי לחלוטין וחופשי מאסדרה, וממש כפי שה"מדינה" אינה אורגניזם יחיד אלא ריבוי של אורגניזם מחוקקים, שיפוטיים ומנהליים, כך "זירות לא מדינתיות" הן מפורזות, מרובות ומוכנות. ההתמקדות בפעולה בספרה נפרדת המוגדרת באופן כללי כחברה אזרחית עלולה להביס את עצמה דווקא משום שהיא מסתירה את האופנים הרבים שבהם המשפט ממשיך לשחק תפקיד מכריע בכל ספרות החיים. כיום, קו הגבול בין התפקידים הפרטיים לציבוריים הולך ומטשטש, ביוצרו את מה שפרופסור גונטר טאובנר מכנה "משטרים רב־תאגידיים" (polycorporatist regimes) – משטרים שבהם יש סימביוזה בין המגזר הפרטי למגזר הציבורי. באופן דומה, שותפויות כלכליות חדשות ומבנים כלכליים חדשים מטשטשים את הגבול בין ישויות מסחריות לישויות שאינן למטרות רווח.⁹³ למרות זאת, חלק ניכר מן הספרות הנוכחית על גבולות הרפורמה המשפטית ועל המשבר בפעולת הממשלה, במיוחד ביחס למחויבויות חברתיות, מתבסס על בינריות של הפרטה־אסדרה בתוך התייחסות מועטה ביותר לאופן שבו תנאי הרקע של שוק מופרט יכולים לחזק או להחליש תפיסות חדשות של טובת הציבור. באותו האופן, מלומדי משפט מדגישים לעתים קרובות את המעברים החדים בין אסדרה להסרת הפיקוח, אך מתעלמים מן הנוכחות המתמשכת של נורמות משפטיות שמעצבות ומזינות את השינויים הללו. דיכוטומיות כוזבות אלה מתיישבות היטב עם הניתוח הקלאסי של קואופטיזציה, ניתוח שמראה כיצד רפורמטורים חברתיים מפריזים בהערכת האפשרויות של ערוץ אחד לרפורמה ודוחקים לשוליים נתיבים אחרים וחלופות מורכבות יותר.

93 Gunther Teubner, *The "State" of Private Networks: The Emerging Legal Regime of Polycorporatism in Germany*, 1993 B.Y.U. L. Rev. 553

בניגוד לאופן השמרני שבו מוצגת המדיניות החברתית הפרדלית כמזיקה למגזר שעיסוקו אינו למטרות רווח, באקלים החוץ-משפטי העכשווי שגשגו ארגוני התנדבות לצד אסדרה פרדלית באופן שהועיל לשני הצדדים. התפיסה הדיכוטומית של תזווה בין ספרות – בין משפט לאי-רשמיות ובין מערכות מאסדרות למערכות לא מאסדרות – מזניח, לכן, את האפשרויות שקיימות תמיד בשיטה המשפטית – אפשרויות לפתח תוצאות רצויות, לתמוך בהן ולסלק אחרות. כיום, האתגר העומד בפני קבוצות רפורמה חברתית ובפני קובעי מדיניות הוא לזהות את האופנים המגוונים שבהם חלק מן האסדרה המשפטית ומן המבנים הרשמיים תורמים לפרקטיקה חברתית אחראית ולעומתם את האחרים, המובילים ליצירת נורמות חדשות של הדרה ושל אי-שוויון. העצמה של הקהילה דורשת מחויבות מתמשכת מצד הממשלה. למעשה, הפרויקטים מבוססי-הקהילה המצליחים ביותר היו אלה שלא רק קרנות ציבוריות תמכו בהם, אלא אלה שבהם המנהל הציבורי המשיך במידת מה למלא תפקידי תיאום.⁹⁴

הן ברמה העולמית הן ברמה המקומית, בד בבד עם ההתלהבות הגדלה בעניין ההתרחבות המהירה של שחקנים היוצרים נורמות חדשות, חוזים מלומדים רבים דמוקרטיזציה של הליך חדש ובלתי פורמלי המוביל על ידי ארגונים שלא למטרות רווח וארגונים לא ממשלתיים. במאמר זה התחלנו בכתיבת הבעייתיות של חלק מהנחות היסוד באשר לפוטנציאל של שחקנים אלה. אם נזכר בסוגים השונים של ביקורת הקואופטיציה, אזי קל לזהות את העניינים שבהם יש לאקטיביזם החוץ-משפטי נטייה ברורה לבעיות של התפזרות, של מגבלות מוסדיות ושל התמקצעות. למשל, בקרב הארגונים הלא ממשלתיים יש הבדלים מבניים בעייתיים – הבדלים הנובעים מחוסר שוויון במשאבים ובמימון, למשל בין ארגונים מהצפון לארגונים מהדרום בפורומים בין-לאומיים ובין קרנות גדולות לארגונים בלתי יציבים הפועלים ברמה הלאומית. מלבד זאת, אסדרה ישירה של התאגדויות פרטיות הופכת להיות חשובה במיוחד, שכן תפקידם של המלכ"רים במדיניות הכלכלית החדשה גדל והולך. מלומדים הצביעו על כך שמלכ"רים פועלים ברבים מן התחומים שבהם פועלים תאגידיים מסחריים ורשויות ממשלתיות. תופעה זו גורמת לקשת רחבה של קשיים, משחיתות כלכלית מצויה ועד תיאור מסולף של שותפויות מסוימות כ"פרטיות" או כ"לא למטרות רווח". מקרים של שחיתות בתוך ארגונים לא ממשלתיים, כמו גם דיווחים על כך שארגונים אלה משמשים ככסות בלבד למוסדות למטרות רווח או למוסדות ממשלתיים, הופכים יותר ויותר למוקד תשומת הלב של הממשלה ושל הציבור. למשל, בשנת 2006 ביטלה רשות המסים האמריקנית (IRS) את ההיתר לפטור ממס לאין-ספור "ארגונים למתן שירותי ייעוץ אשראי", משום שחברות אלה הונעו למעשה בעיקר מתוך טעמי רווח ולא מתוך טעמים נטולי שיקולי רווח של עזרה לצרכנים להיחלץ מחובם.⁹⁵ בתי המשפט כבר הכירו מזמן בכך שהעובדה הפשוטה שישות מסוימת קיימת שלא למטרות רווח אינה מונעת בעדה מלגייס הכנסות במזומן ולמקסם רווחים או להשפיע על התחרות בשוק. ביישום

Mark Tushnet, *The Constitution of Civil Society*, 75 CHI. KENT L. REV. 379, 385 94
(2000).

Associated Press, *I.R.S. Ends Exempt Status for Some Credit Counselors*, N.Y. TIMES, 95
May 16, 2006, at C6.

חקיקת ההגבלים העסקיים, למשל, דחו כמעט כל בתי המשפט את טיעון "המוטיבציות הטוהרות" כאשר זה הוצג כטיעון הגנה על מלב"רים.⁹⁶

יתר על כן, בדומה למגזרים אחרים ולזירות אחרות, גם ארגונים לא ממשלתיים – אפילו כשהם אינם פועלים בתוך מערכת משפטית פורמלית – מדווחים לעתים קרובות על הצורך להתאים את טיעוניהם לרטוריקה הדומיננטית העכשווית ועל הלחץ החזק לשעבר את עצמם לשירותם של אינטרסים אחרים. זה קורה לעתים קרובות כאשר הם מופיעים בפני פורומים בינלאומיים, כגון הבנק העולמי וארגון הסחר העולמי, וכל אחד מן הצדדים בדיון נתון מנסה להיראות כאילו ארגון צוות עבודה מגובש באמצעות גיוס תמיכתן של אגודות התנדבות מקומיות. אחד מחברי ארגון לא ממשלתי העיר כי "כאשר כל כך הרבה שחקנים שונים נמשכים לתוך התהליך, יש סכנה שדרישותינו יוקחו [...] אנו עשויים להישאר עם 'המכנה המשותף הנמוך ביותר' שאינו טוב יותר מסוג הפשרות שבהן עסוקים פקידים בכירים ודיפלומטים".⁹⁷

לבסוף, ארגונים לא ממשלתיים מקומיים המתחילים לקבל ממשקיעים פרטיים מימון עבור הפרויקטים שלהם, מדווחים על המגבלות שנוצרות בעקבות כבילת עצמם לאינטרסים אחרים.⁹⁸ רק לעתים נדירות המימון אינו מלווה בדרישות ביחס לאופי השימושים ולסוגי השימושים שניתן לעשות בו. ויתורים אלה לבעלי המשאבים והמרות, המאפשרים להם להכיר בדרישות חברתיות מסוימות אך לא באחרות, הם דוגמה לאותם סוגי המוסדות והמגבלות המבניות שבעניינם נשמעה חלק מהביקורת המסורתית על קואופטיזציה. במצב זה, ארגונים לא ממשלתיים מקומיים הופכים תלויים בשחקנים בעלי גישה גדולה יותר ל"משחק חוזר" ונתונים ללחצים להתפשר על חזונם המקורי בתמורה לניצחונות מוגבלים.

החששות ביחס לטיבם של החברה האזרחית ושל השחקנים הלא ממשלתיים שופכים אור על הצורך לדחות את הרעיון של הימנעות מן המערכת המשפטית ובחירה בספירה הבלתי מוסדרת של אקטיביזם חברתי חלופי. כאשר מבינים שמציאויות שונות אלה ותהליכים אלה מתגבשים ונתמכים גם הם על ידי המשפט, אזי ניתן לבחון אופנים חדשים שבהם עולם המשפט קשור לרפורמה חברתית. חלק מהאופנים הללו כוללים ניסיונות לתכנן מנגנונים של אחריות שיוכלו להתמודד עם החששות מפני הכלכלה הפוליטית החדשה. ניסיונות אלה כוללים הרחבתן של דרישות ציבוריות כגון היעדר אפליה, הליך נאות ושקיפות כך שיחולו גם על שחקנים פרטיים, ופיתוח של כללים מנהליים לפעילויות כגון קביעת תקנים

"The adoption of the nonprofit form does not change human nature"; Hosp. Corp. of Am. V. FTC, 807 F.2d 1381, 1390 (7th Cir. 1986) (Posner, J.); United States v. Mercy Health Serv., 902 F.Supp. 968, 989 (N.D. Iowa 1995)

Kal Raustiala, *The "Participatory Revolution" in International Environmental Law*, Gunnar Bolstad, *Organisasjonene*: 21 HARV. ENVTL. L. REV. 537, 564 (1997) (ההשמה במקור – א' ל').

Benedict Kingsbury, *First Amendment Liberalism as Global Legal Architecture: Ascriptive Groups and the Problems of the Liberal NGO Model of International Civil Society*, 3 CHI. J. INTL. L. 183, 190–3 (2002)

ורישוי על ידי קבוצות פרטיות. הם עשויים לכלול גם שימוש בדוקטרינה של אי-האצלת סמכויות כדי למנוע תהליכי הפרטה מסוימים וכדי לתכנן מחדש את הקריטריונים של פטור ממס למלכ"רים. כל הנתיבים הללו מבוססים על ההבנה כי המשפט ממלא תפקידים משמעותיים בחיפוש אחר רפורמה ונושא באחריות בשעה שזיהוי המציאות החדשה דורש יצירתיות בתכנון מחדש של אופני הפעולה הקיימים.

במקום לבחור שלא לקחת חלק בזירה המשפטית, ניתן לקבל את הצורך להשתמש במגוון אופני אקטיביזם וקטגוריות משפטיות בתוך שימוש ברפורמה משפטית בדרכים המגיבות למציאות החדשה. התמקדות בתפקיד ובמבנה במקום בתוויות או במגזרים מובחנים זה מזה דורשת ממלומדי משפט לשקול את מידת התועלת של מודלים משפטיים חדשים של שותפויות ממשלתיות ובלתי ממשלתיות ושל אסדרה ישירה של שחקנים לא-ממשלתיים. המלומדים וקובעי המדיניות הפיקו בשנים האחרונות כתיבה ענפה, המעוגנת בעיקר במשפט מנהלי והמתארת דרכים שבהן מסוגלת הממשלה לרתום את הפוטנציאל של שחקנים פרטיים כך שיתרום לפרויקט המנהלי.⁹⁹ תובנות חדשות אלה מפתחות את הרעיון לפיו רשויות מנהליות חייבות להיות מודעות לקיומם של שחקנים הפרטיים ולערב אותם בעשייה המשפטית באופן פעיל. מחקרים אלה, בטווח רחב של תחומים – ממניעת סכנת קואופטציה דרך מדיניות סביבתית ועד אסדרה כלכלית – מסתמכים על הרעיון לפיו קבוצות ופרטים ייענו במידה טובה יותר לגורמות שקבעה המדינה אם יפנימו אותן. למשל, בהקשר של בטיחות בעבודה, קיימות ראיות לכך שהתמקדות ביישומה של תרבות של בטיחות במקום בפרסום כללים עשויה להגביר את הציות ולהוביל לניטור עצמי יעיל על ידי חברות פרטיות. לפיכך, פעילים חברתיים המעוניינים בשיפור תנאי הבטיחות והבריאות לעובדים צריכים לפעול למען מעורבות המועסקים במשטרי התאמה תאגידיים הכרוכים הן באסדרה "מלמעלה למטה" הן בטכניקות לניהול סיכונים ברמת התאגיד וברמת התעשייה כולה.¹⁰⁰ חשוב לציין כי בכל המודלים החדשים הללו של ניהול, הרשות הממשלתית ובתי המשפט חייבים לשמר את סמכותם כדי להיות מסוגלים "להעניש" את אלה שחסרים את הנכונות או את היכולת להשתתף באופן פעיל ודינמי בניהול משותף. כך, שלא כמו המסר העכשווי ביחס לאקטיביזם חוץ-משפטי, לפיו כדי לקדם יעדים חברתיים עדיפים שחקנים פרטיים וטכניקות לא משפטיות, הכתיבה המחקרית החדשה בנושא ניהול ופיקוח עסוקה בפיתוח מגוון רחב של אסטרטגיות לרפורמה משפטית. אסטרטגיות אלה מערבות את התעשייה הפרטית ושחקנים לא ממשלתיים בדרכים מגוונות – בעודן שומרות על תפקידה ההכרחי של המדינה לעזור לקבוצות חלשות יותר כדי לקדם רווחה כללית וצדק. למבנה משפטי בעל יכולת תגובה יש פוטנציאל לעורר צורות חדשות של נשיאה באחריות ושל אחריות חברתית, וכן לקשר את החוק הקשיח עם פרקטיקות ועם אופני נורמטיביות "רכים" יותר. למחוללי הרפורמות יש אפשרות להשתמש במשפט כדי

Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 MINN. L. REV. 342 (2004); Orly Lobel, *Setting the Agenda for New Governance Research*, 89 MINN. L. REV. 498 (2004)

Orly Lobel, *Interlocking Regulatory and Industrial Relations: The Governance of Worker Safety*, 57 ADMIN. L. REV. 1071 (2005)

להגדיל את כוחם ואת נגישותם של אנשים פגיעים ושל קבוצות מוחלשות, ולפתח כלים ליצירת פרקטיקות הוגנות ולבניית ידע בתוך השוק החדש.

3. קפיצות מושגיות: כאשר החזון הטרנספורמטיבי נזנח

הן הכישלונות המעשיים הן האשליה של גבולות קשיחים שיוצרת רטוריקת האקטיביזם החוץ-משפטי מאפשרים לנו להרחיב את חקירתנו אל ההנחות העומדות ביסודן של ההצעות הנוכחיות ביחס למדיניות טרנספורמטיבית – כלומר, אל ניסיונות ליצור שינויים משמעותיים בנוף הפוליטי והסוציו-אקונומי. החלופות המוצעות מייצרות בבואה חדשה של פעולה פוליטית וחברתית. חזון זה דוחה את הרעיון של תאוריה משותפת של רפורמה חברתית ושל סדרי יום פרוגרמטיים פורמליים, ומאמץ מגוון רחב של דרכים ואופני פעולה יעילים. כך, הוא מתואר במונחים "תכנית של אינ-תכנית", "פרויקט של פרויקטים"¹⁰¹, "תאוריית אנטי-תאוריה"¹⁰², "פוליטיקה במקום יעדים"¹⁰³, "נוכחות במקום כוח"¹⁰⁴, "העדפת פרקטיקה על פני תאוריה"¹⁰⁵ ו"העדפת כאוס ופתיחות על פני סדר ופורמליות". בשל כך, רק לעתים נדירות כולל המסר העכשווי חזון מקיף של תביעות חברתיות משותפות, ובמקום זאת הוא מתרכז בדרך כלל בתיאור מאמצים נפרדים ומקוטעים. כפי שטוען פרופסור ג'ואל הנדלר, השותפות במאבק ובחזון החברתי שהתקיימו בתקופת התנועה לזכויות האזרח נעלמה.¹⁰⁶ אין שיח מאחד או מערך של ערכים, אלא סלידה מכל נרטיב-על והסתלקות מתאוריה. פרופסור הנדלר מזהיר שההתרחקות מהנרטיבים הגדולים פועלת נגד החלופות החדשות דווקא משום שרק חלקים מסוימים של הקשת הפוליטית קיבלו עמדה חדשה זו: "האופוזיציה אינה משחקת משחק זה [...] כל השאר פועלים כאילו שיש נרטיבים גדולים".¹⁰⁷ הקלישאה החדשה של "לא השמאל ולא הימין",

Michael Walzer, *The Concept of Civil Society*, in *TOWARD A GLOBAL CIVIL SOCIETY* 7, 101
27 (Michael Walzer ed., 1995).

ALAN SCOTT, *IDEOLOGY AND THE NEW SOCIAL MOVEMENTS* 103 (Controversies in 102
William H. Simon, *The Dark Secret of* גם: ראו גס; Sociology Series No. 24, 1990)
Progressive Lawyering: A Comment on Poverty Law Scholarship in the Post-Modern,
Post-Reagan Era, 48 U. MIAMI L. REV. 1099, 1102 (1994)
של עורכי דין של מעוטי יכולת (Poverty Lawyers) להעצים לקוחות באמצעות סירוב לכפות עליהם את שיפוטם של עורכי הדין עצמם.

103 ראו: Walzer, לעיל הערה 101, בעמ' 9; המחבר מתאר את "הפרשנות השמאלית הסטנדרטית לטיעון של רוטו" לפיה הצורך להיות פעיל פוליטי הוא מטרה בפני עצמה.

104 ראו: Heather K. Gerken, *Dissenting by Dividing*, 57 STAN. L. REV. 1745, 1746 (2005).

105 Frances Olsen, *Feminist Theory in Grand Style*, 89 COLUM. L. REV. 1147, 1171 (1989) (ביקורת על: CATHARINE A. MacKINNON, *FEMINISM UNMODIFIED* (1987)).

106 Joel F. Handler, *Postmodernism, Protest, and the New Social Movements*, 26 LAW & SOC'Y REV. 697, 719 (1992).

107 שם בעמ' 726. ראו גס: Ann Southworth, *Taking the Lawyer out of Progressive Lawyering*, 46 STAN. L. REV. 213 (1993) (ביקורת על: GERALD P. LÓPEZ, *REBELLIOUS*).

השזורה בהסתלקות מן המשפט ומן המדיניות, הפכה מוחלטת רק עבור בודדים. התודעה המשפטית הביקורתית בת־זמננו מזינה את הכתיבה המחקרית של אלה המתעניינים באקטיביזם חברתי פרוגרסיבי, אך פחות את של אלה המתעניינים, למשל, בשוק ניירות ערך תחרותי יותר. אכן, התפתחות מעניינת מן העת האחרונה הייתה עליית "עריכת דין של אינטרסים חברתיים שמרניים".¹⁰⁸ אף על פי ש"משפט האינטרס הציבורי" קשור במקור לפרויקטים ליברליים בלבד, בשלושת העשורים האחרונים גדל מספרן של קבוצות פעולה שמרניות וגדל השימוש הנמרץ שעשו באסטרטגיות משפטיות מסורתיות כדי לקדם את מטרותיהן. גידול זה בתמיכה השמרנית בולט במיוחד בהשוואה לירידה בעריכת הדין הפרוגרסיבית המסורתית. לאחרונה הציעו הוגים אחרים את האפשרות לפיה יש "משהו אינהרנטי בתפיסה השמאלית של שינוי חברתי, הממוקדת בהשתתפות ובהעצמה, שמייצר חוסר אמון יחיד במינו כלפי מומחיות משפטית".¹⁰⁹

שוב, מסקנה זו חושפת פגמים מקבילים לאלו שנחשפו בהתפתחות המקורית מן הרפורמה המשפטית. אף שהמסגרות החוץ־משפטיות מציגות את עצמן כחלופות מתאימות למודלים של רפורמה משפטית וכמסוגלות לגרום לשינויים משמעותיים במפה החברתית, למעשה הן מובילות לשיפורים מוגבלים ביותר בהסדרים החברתיים הקיימים. באופן בולט, ניתן להסביר את השפעת הקואופטיציה במקרה זה במונחי הסכנה העמוקה ביותר בחלוקה שהוצעה לעיל – סכנת הלגיטימציה. הדפוס הנפוץ בכתיבה המחקרית החוץ־משפטית הוא לתאר את קיומה של אי־יציבות פנימית במבנים דומיננטיים למשל באמצעות הצבעה על אסטרטגיות מהשטח. ההנחה היא שמקרים ספציפיים של פעילויות של בלתי־הגמוניות מתרגמים בסופו של דבר לכדי טרנספורמציה שלמה יותר. נראה כי "חגיגה" זו של מספר רב של התנגדויות ועירות נשענת על גישה הצטברותית המקפלת בחובה תקווה שריבוי הפרקטיקות יתפתח למשהו ממשי. למעשה, מיתוס המעורבות מטשטש את העובדה שבפועל לא נוצר שינוי, ואילו הדפוס הרחב יותר המשווה בין האקטיביזם החוץ־משפטי לרפורמה חברתית גורם לאמונת שווא בפוטנציאל לשינוי. קיימות דוגמאות ספורות של סידור מחדש, בעל משמעות, של הסדרים חברתיים וכלכליים ושל חלוקה מחדש ברמה של מבט־על. מלומדים כותבים על פענוח ההתרחשויות האמיתיות באופן שמניח שלנרטיב האקדמי אכן יש יכולת הבנה רבה יותר מאשר מלמד הניסיון הקונבנציונלי. מאמצים לא קשורים זה לזה הופכים לקשורים פשוט בפעולה של מסגור מחדש. בה בעת, ה"פיל" בחדר – התגברותה של הכלכלה הלא־שוויונית – נותר לא מטופל ומתחיל להיתפס כטבעי וכבלתי נמנע. זהו בדיוק התהליך הבעייתי שתאורטיקנים ביקורתיים מכנים בזלזול "מיסטיפיקציה עצמית של מפסידנים", שבמסגרתו קבוצות שנדחקו לשוליים מתחילות לספוג תבוסות כתוצאה מפעולותיהן וכך עוברות להתמקד בהישגים מינוריים כמייצגים את גבולות המציאות הרצויה להם.

LawYERING: ONE CHICANO'S VISION OF PROGRESSIVE LAW PRACTICE (1992); המחברת

תומכת בטענה לפיה אסטרטגיות מעידן זכויות האזרח הוחלפו).

Ann Southworth, *Conservative Lawyers and the Contest over the Meaning of "Public Interest Law"*, 52 UCLA L. REV. 1223, 1224 (2005)

Cummings & Eagly, לעיל הערה 24, בעמ' 1277–1278.

הכתיבה הביקורתית העכשווית היא לעתים קרובות ביצועית (פרפורמטיבית) ביסודה, ומטשטשת את המרחק בין המתאר למנחה. ביטוייו של אקטיביזם חוץ-משפטי – מודל המשפט וההתארגנות; הגידול המהיר של שחקנים לא-רשמיים, של נורמות רכות ושל יצרני נורמות; ספרת הפעולה הלא ממשלתית הנפרדת, שגמרו עליה את ההלל – כולם מייצרים פנטזיה לפיה ניתן לגרום לשינוי באמצעות טרנספורמציות מבוזרות בקנה מידה קטן. הדגש הוא מקומי, אך המקומי מתואר כמיקרוקוסמוס של השלם והקהל הוא לאומי ועולמי. למעשה, במחשבה המשפטית בת-זמננו, נפער פער בין קנה המידה הקטן לבין קנה המידה הגדול יותר, הטרנס-מקומי. בפועל, אף שלאחרונה חל גידול באגודות ובקבוצות שטח, הופיעו בארצות הברית מאז שנות השישים והשבעים רק מעט מאוד התאגדויות מקומיות-מדינתיות-לאומיות חדשות, ורבות מאגודות ההתנדבות הקיימות ששגשו באמצע המאה העשרים מצויות בירידה. במילים אחרות, מדובר בהיעדרן של חוליות מקשרות בין המקומי ללאומי, בהיעדרה של ספרה ציבורית מתווכת, המכונה על ידי פרופסור ת'דה סקוקפול "האמצע החסר".¹¹⁰ תנועות חברתיות חדשות נכשלו על פי רוב בארגון קואליציות או ביצירת שינוי מוסדי משמעותי באמצעות אקטיביזם מהשטח. פרופסור הנדלר מסיק כי כישלון זה הוא בחלקו תוצר של רעיונות של אקראיות, של פלורליזם ושל לוקליות הטבועים כל כך באקטיביזם העכשווי. האם ההתמקדות בדינמיקות של קנה מידה קטן אינה אלא התחמקות גרדא מן הצורך לקחת חלק בדיון ממשי רחב יותר?

עבור הדור הבא של מלומדי משפט פרוגרסיביים, בעודם משמרים את התודעה המשפטית הביקורתית, חשוב מאוד לזהות שלא כל פעילות חוץ-משפטית מאוגדת היא גם טרנספורמטיבית. חובה עלינו להבדיל, למשל, בין קבוצות שמבטן מופנה פנימה – קבוצות הנוטות להיות מרוכזות בעצמן וא-פוליטיות, לבין תנועות חברתיות הלוקחות חלק בפעילויות פוליטיות, מעסיקות את הדיון הציבורי ושואפות לאתגר את המציאות החדשה ולעצבה מחדש. חובה עלינו להבדיל בין איגודים מקצועיים לצורות מוסדיות כוללניות יותר, הפועלות כנאמנות לחלקים גדולים יותר של הקהילה. כפי שתואר לעיל, אקטיביזם חוץ-משפטי נוטה לפעול באופן מפולג יותר, ולכן בקנה מידה קטן יותר מאשר התנועות החברתיות שקדמו לו, תנועות שסדר יומן היה ביצוע רפורמה לאומית. בשל כך, במסגרת השיח הביקורתי יש צורך להכיר ביכולת המוגבלת של פעולה בהיקף קטן. עלינו להטיל ספק בנרטיב המדמיין את הגברת המודעות כמובילה ישירות לפעולה, ופעולה כמובילה ישירות לשינוי. כמובן, לא כל תיאור תרבותי הוא פוליטי. ואכן, כלל לא ברור אם עלינו להבין את צורות האקטיביזם המתנגדות לשיקום פרוגרמטי של סדר היום החברתי כתנועות חברתיות. למעשה, אפשר שקבוצות הממוקמות כאופוזיציה לכל צורה של כוח ממוסד משקפות את מה שהן נלחמות נגדו ותו לא, ומייצרות רק אקטיביזם חסר תוחלת – אקטיביזם המתפזר על מה שנראה כאפשרי במסגרת המרחב הצר שנותר בגין הצטמצמותן של האידאולוגיות. בשל כך, החזון המקורי עובר תהליך של קואופטיזם ואי-שביעות הרצון העכשווית מקבלת לגיטימציה בתהליך של ערפול עצמי.

THEDA SKOCPOL, THE MISSING MIDDLE: WORKING FAMILIES AND THE FUTURE OF AMERICAN SOCIAL POLICY 8–9 (2000)

ד. שיקום האופטימיזם הביקורתי בשדה המשפט

יש האומרים: "קל לבקר, קשה לעשות" ("La critique est aisée; l'art difficile"). לעתים קרובות ביקורת הקואופטציה צועדת בנתיב לא קל. מאז ומתמיד, ביקורת אינה תרגיל אינטלקטואלי בלבד אלא גם פעולה פוליטית ומוסרית. השאלה שממנה אין להרפות היא כיצד ביקורת כלפי מודלים של רפורמה חברתית תורמת ליכולתנו לייצר ידע ואופני פעולה מועילים. ביקורת כלפי יכולתו של המשפט ליצור שינוי חברתי חייבת להוביל אותנו לשאלה – מהן החלופות? כשלעצמם, בדיקת גבולות המשפט והחיפוש אחר אפשרויות הם שדות מחקר עשירים בתובנות. עם זאת, המסר העכשווי העולה מניתוח התודעה המשפטית הביקורתית גורם לעתים קרובות לסילופם של טיעוני הביקורת עצמם ולהתכחשות לפוטנציאל הטמון בשינוי המשפטי כדי לשפוך אור על מה שטרם הושג ואף לא עלה בדמיון. חשוב להזכיר כי הניתוח הקואופטיבי אינו מיוחד לרפורמות משפטיות, אלא ניתן להרחיבו לכל תהליך של פעולה ושל מעורבות חברתית. כאשר משווים טענות של קואופטציה משפטית לאופנים חלופיים של אקטיביזם, מופיע הצורך הכוזב הטבוע בנרטיב העכשווי – נרטיב המעניק עדיפות לאופני פעולה לא רשמיים וחוז'־משפטיים כטרנספורמטיביים, והמניח כי הנתיבים המשפטיים הרשמיים מוטים לכיוון השמרני. בקושייה המשולשת של "משפט ושינוי חברתי", המשפט הוא לרוב הצלע הראשונה שבה מטילים ספק, הצלע הראשונה שעוברת ניתוח דקונסטרוקטיבי, ובעקבותיו מבקרים אותה ושוללים אותה. שתי הצלעות האחרות של המשולש – שינוי וחברה – נתפסות לרוב כבלתי משתנות ובלתי משתמעות לשתי פנים. הבנת גבולותיו של שינוי משפטי חושפת את הסיכונים הכרוכים בהישענות מוחלטת על מערכת אחת וכן את הצורך, בכל מאמץ לקידום רפורמה חברתית, למקם את השיח בתוך הקשרו, להימנע מסממאות לא מוגדרות וחמקמקות ולפתח רגישות רבה יותר להשפעות עקיפות ולדרכי פעולה רבות. חרף חולשתו, המשפט הוא דיסציפלינה אופטימית. הוא פועל הן בהווה הן בעתיד. סדר ללא חוק הוא לעתים קרובות זכות היתר של החזק; קבוצות שנדחקו לשוליים השתמשו ברפורמה משפטית דווקא משום שהכוח לא היה ברשותם. למרות המגבלות, הצליחו קבוצות אלה פעמים רבות להבטיח את האינטרסים שלהן באמצעות ניצחונות בחקיקה ובמשפט. במקום לחוות התפכחות משתקת עקב המפגש עם מערכת המשפט, אנו יכולים ללמוד הן מהצלחותיהם של מודלים קודמים הן מכישלונותיהם; המטרה הניצבת לנגד עינינו כל העת צריכה להיות הגדרה מחדש של גבולות הרפורמה המשפטית וגילוי מוטיב כנפיו הרחבה של המשפט.