

המשפטיזציה של התרבות הפוליטית בישראל: כיצד היא השפיעה על הדיון הציבורי בסוגיות אמנציפטוריות?

מאת
עילי אהרנסון*

תקציר

המאמר מפתח שלושה טיעונים מרכזיים. ראשית, מוצג מתווה היסטורי להבנת מקורותיה, מאפייניה ומגבלותיה של מגמת המשפטיזציה המאפיינת את התרבות הפוליטית בישראל. מתווה זה מאפשר לפתח הסבר חלופי לגישה המקובלת הרואה במשפטיזציה "תוצר" של גישת האקטיביזם השיפוטי שנהוג לייחסה לפסיקת בג"ץ. ההסבר החלופי שיוצג מייחס את התגבשותה הראשונית ואת התמשכותה לאורך זמן של דרישה ציבורית למעורבות שיפוטית נרחבת בהתמודדות עם בעיות חברתיות ופוליטיות להטמעתן התרבותית העמוקה של תפיסות חדשות (שהופיעו בשנות השמונים של המאה העשרים) ביחס ליכולותיו המוסדיות ולתפקידו החברתי-הפוליטי של בג"ץ. אטען כי תפיסות אלה הוטמעו בעקבות התבססותן של פרקטיקות שיחניות וארגוניות חדשות המשמשות שהקנים שונים המשתתפים בדיון הציבורי (למשל, ארגונים לא-ממשלתיים, פוליטיקאים ובית-המשפט עצמו) לקידום יעדים חברתיים, פוליטיים ומוסדיים, בעזרת היוון (capitalization) של התפיסה המייחסת לבג"ץ עוצמה מוסדית וגישה אקטיביסטית. אטען כי הפער בין הדימוי המקובל של בג"ץ, כפי שהוא מכונן באמצעות מיסוד השימוש בפרקטיקות שיחניות וארגוניות אלה, לבין המאפיינים המוסדיים והרעיוניים של פעילותו בפועל טומנים את זרעי המכשלות המקשות על בית-המשפט לסייע בקידומו של שינוי חברתי פרוגרסיבי. שנית, על בסיס מתווה זה, המאמר בוחן כיצד השפיעה המשפטיזציה על הדיון הציבורי המתנהל בישראל בסוגיות אמנציפטוריות. כדי להתמודד עם שאלה זו, המאמר בוחן אם

* דוקטורנט, London School of Economics & Political Science. המאמר מבוסס על חלקים מעבודת גמר לשם קבלת תואר מוסמך שהוגשה בחוג לפילוסופיה באוניברסיטת תל-אביב (2006). אני מבקש להודות לד"ר אייל גרוס ולפרופ' יולי תמיר, שהנחו במשותף את כתיבת העבודה, על תרומתם לגיבושם הראשוני של הטיעונים המוצגים במאמר. אני אסיר-תודה לד"ר אייל גרוס גם על הערותיו המדויקות ומאירות-העיניים בעקבות קריאת טיוטה קודמת של המאמר, לחברי מערכת עיוני משפט (לעורכת נעמה ארליך ולחברי המערכת עמרי דוידוב, אבשלום כשר ודורית לוי) על קריאתם המדוקדקת ותרומתם המשמעותית לשיפורו של המאמר, ובמיוחד לאדייר ונונו על הערותיו המצוינות ועזרתו. כל אתרי האינטרנט הנזכרים במאמר בוקרו לאחרונה בתאריך 3.1.2008. האחריות לעמדות המוצגות היא כמובן שלי בלבד.

התרחבות היקף הליטיגציה והעמקת המעורבות השיפוטית בפיקוח על שני תחומים בולטים של מדיניות שלטונית סייעה בהתמודדות עם ההיבטים האמנציפטוריים של המדיניות הנבקשת. שני התחומים שייבחנו הם: (א) ארגונה מחדש של המדיניות בתחומי הכלכלה והרווחה על רקע עליית המודל הניאו-ליברלי; (ב) הצעדים המופעלים כלפי האוכלוסייה הפלסטית הכפופה לממשל הצבאי בשטחים. אבקש להצביע על כמה מהתוצאות הלא-רצויות הצומחות בעקבות ניתוב חלק ניכר מהדיון הציבורי בסוגיות אלה לעבר מסלול של התדיינות אדוורסרית והכרעה שיפוטית - למשל, התמסדותה והכשרתה של המדיניות השלטונית המבוקרת, שהיקת כושר הפעולה וההשפעה של מנגנונים חלופיים שהשיטה הדמוקרטית מעמידה לרשות החברה האזרחית, ופגיעה בכושר הפעולה וההשפעה של בית המשפט עצמו.

שלישית, על בסיס הדיון במקרה-המבחן של המשפטיזציה בישראל, המאמר מדגים את מגבלותיהן התיאורטיות של שתי פרדיגמות בולטות בתחום התיאוריה הפוליטית - הפרדיגמה הליברלית, מחד גיסא, וביקורת האידיאולוגיה, מאידך גיסא - בבואן להסביר ולבקר את האופן שבו המימד השלטוני והמימד האנטי-שלטוני של בתי-משפט חוקתיים בדמוקרטיה הליברלית משתלבים זה בזה. בהקשר זה אבקר ניסוחים בולטים של התפיסה הליברלית (במיוחד את גישתם של רוגלד דבורקין וג'ון רולס) הגורסים כי מעורבות שיפוטית אינטנסיבית בליבון ובהכרעה של מחלוקות ציבוריות משפרת את איכות הדיון הציבורי. אטען כי גישה זו נכשלת בזהו האופן שבו הפיקוח השיפוטי מסייע בכינון ההסכמה הציבורית להפעלתן של פרקטיקות שלטוניות בעייתיות מן הבחינה המוסרית, וכי אימוץ בלתי-מבוקר של גישה זו עלול להגביל את אופקי ההתנגדות והמתאה של החברה האזרחית בגרדי הסדר העיוני והמוסדי המוגבל שערוץ הליטיגציה מאפשר. מן הצד האחר, אבקר ניסוחים סטרוקטורליסטיים בולטים של ביקורת האידיאולוגיה (למשל, גישתם של לואי אלטוסר והרברט מרקוזה) המייחסים לפיקוח השיפוטי תפקיד מכשירני גרידא בהכשרת המדיניות השלטונית. אטען כי גישה זו מייחסת למבנים המוסדיים והשיחתיים שמגמת המשפטיזציה מושתתת עליהם מידה רבה מדי של היקבעות, ולפיכך מחמיצה את פוטנציאל המחאה וההתנגדות שעשוי לצמוח מתוך ערוץ הליטיגציה ככלי לניוד מודעות ציבורית לכשלים הערכיים של המדיניות השלטונית. לסיום, אבקש לבחון את השלכותיה של הביקורת התיאורטית שהוצגה לעיל ביחס לאתגרים שהחברה האזרחית בישראל ניצבת מולם בהינתן מאפייניה הקיימים של מגמת המשפטיזציה.

א. מבוא

- ב. מתווה להבנת מקורותיה, מאפייניה ומגבלותיה של מגמת המשפטיזציה
1. התמורות שהתחוללו בייצוגים הרווחים של תפקידו החברתי-הפוליטי של בג"ץ בשיח השיפוטי
- (א) התמורות שהתחוללו בדרישות-הסף להתערבות בית המשפט: השפיטות כמקרה-הדגם

(ב) התמורות שהתחוללו בטכניקות הפיקוח המהותי על שיקול-הדעת

השלטוני: דוקטרינת הסבירות כמקרה-הדגם

2. התמורות שהתחוללו בייצוגים הרווחים של תפקידו החברתי-הפוליטי

של בג"ץ בשיח הציבורי

(א) הערה על מקורותיהם ומגבלותיהם של דפוסי השימוש בליטיגציה ככלי

להתמודדות עם בעיות פוליטיות בעידן המשפטיזציה

(ב) הערה על מקורותיהם, מגבלותיהם והפוטנציאל הבלתי-ממומש של דפוסי

הדיון הפוליטי סביב פעילותו של בג"ץ בעידן המשפטיזציה

ג. ביקורת האידיאולוגיה כפרספקטיבה תיאורטית לניתוח תפקודם החברתי-הפוליטי

של בתי-משפט בדמוקרטיה הליברלית

ד. משפט סוגיות של צדק חברתי בעידן המשפטיזציה

1. עליית המודל הניאו-ליברלי כמקור האתגרים האמנציפטוריים בתחום הצדק

החברתי למן שנות השמונים

2. שיח הזכויות החוקתי בישראל כמסגרת פרשנית ההולמת את צורכי

הלגיטימציה של המדיניות הניאו-ליברלית

3. המשפטיזציה ושחיקת התנאים המאפשרים להביא לידי מיצוי את המחאה

האזרחית נגד המדיניות הניאו-ליברלית

ה. משפט ההיבטים ההומניטריים של הכיבוש

1. תפקודו של בית-המשפט העליון בהכשרת הלגיטימיות של הכיבוש - הצגת

הטענה

2. המשפטיזציה והדיון הציבורי בגבולות הלגיטימיים של האלימות

השלטונית - פרספקטיבה השוואתית

3. האם המשפטיזציה הובילה לשכלול מנגנוני ההתמודדות של החברה האזרחית

עם היבטיו ההומניטריים של הכיבוש?

ו. עיון מחדש במחלוקת התיאורטית ביחס לתפקידם של בתי-משפט בתרבות

הפוליטית ובנגזרותיה ביחס לאתגרים העכשוויים שהחברה האזרחית בישראל

ניצבת מולם

ז. סיכום

It would not be excessive to say that the law creates the world, but only if we remember that it is this world which first creates the law.

Pierre Bourdieu¹

א. מבוא

התרבות הפוליטית שהתגבשה בישראל החל בשנות השמונים של המאה העשרים מתאפיינת במגמת משפטיוציה.² את המונח "משפטיוציה" אבקש להגדיר כדרישה ציבורית אינטנסיבית למעורבות שיפוטית נרחבת בהתמודדות עם בעיות חברתיות ופוליטיות. דרישה זו משתמרת, כך אטען, בעקבות התמסדות דפוסי הפעילות שאומצו על ידי מגוון שחקנים המשתתפים בדיון הציבורי (למשל, ארגונים לא-ממשלתיים (NGOs), פוליטיקאים ובג"ץ). רמת האינטנסיביות של דרישה זו משתקפת הן במדדים כמותיים (למשל, בגידול הניכר והעקבי שחל לאורך תקופה זו בהיקף העתירות המוגשות לבג"ץ³ ובשיעור ההתדיינות ביחס לגודל האוכלוסייה⁴) והן במדדים איכותיים (כלומר, בכך שהסוגיות הציבוריות המונחות

1 Pierre Bourdieu, *The Force of Law: Towards Sociology of the Juridical Field*, 38 *Has. L.J.* 805, 839 (1986).

2 לדיונים קודמים העוסקים במשפטיוציה בישראל ראו, למשל, רות בן-ישראל "משפוט יחסי העבודה – תמונת מצב בישראל – הרהורים ראשוניים" שנתון משפט העבודה א 7 (1990); אריאל רוזן-צבי "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, איכפת חוק והטמעת ערכים)" עיוני משפט יז 689 (1993); עלי זלצברגר "על המקצועי, על המוסרי ועל מה שמעבר למשפט – דברים לכבוד פתיחת שנת הלימודים תשנ"ט" משפט וממשל ה 409 (2000); יצחק גלינור "על המשפוט של החיים הציבוריים בישראל" משפט וממשל (ז) 1 (2004). לפרספקטיבה השוואתית על התרחבות מעורבותם של בתי-משפט בחיים הציבוריים ראו: *The Global Expansion of Judicial Power* (Chester Tate & Torbjorn Vallinder eds., 1995); *On Law, Politics, and Judicialization* (Martin Shapiro & Alec Stone Sweet eds., 2002); *Alec Stone Sweet, Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* (2000); *Ran Hirschl, Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (2004). ספרות ענפה עוסקת גם בדפוס אחר של משפטיוציה (שבו לא אעסוק במאמר זה) – הנטייה הגוברת להסדיר תחומי פעילות באמצעות חקיקה פורמלית. ראו: Gunther Teubner, *Juridification of Social Spheres* (1987).

3 בשנת 1985 עמד מספר העתירות שהוגשו לבג"ץ על 743. בשנת 1990 חצה מספר העתירות האלף (1,073). בשנת 1995 הוגשו לבג"ץ 1,361 עתירות, ובשנת 2000 עמד מספר העתירות על כ-1,700. ראו יואב דותן "קדם בג"ץ" ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" משפט וממשל ז 159, 165 (2004).

4 מחקר שבחן באופן השוואתי את רמת העומס המוטל על מערכת המשפט בקרב שבע-עשרה

לפתחו של בית-המשפט נוגעות בלב-ליבן של המחלוקות הציבוריות והפוליטיות). מטרתה הראשונה של מאמר זה היא לבחון כיצד השפיעה מגמת המשפטיוציה על יכולתה של החברה האזרחית בישראל להתמודד עם שאלות הנוגעות בקידומם של יעדים אמנציפטוריים. במונח "אמנציפטור" אשתמש כדי לתאר מהלכים המכוונים לצמצום – או למצער למניעת הרחבתם – של דפוסי אי-שוויון ושל פגיעות שלטוניות בחירות הפרט.

האמונה בכך שמעורבות שיפוטית נרחבת בהתמודדות עם בעיות חברתיות ופוליטיות עשויה לסייע בקידומם של יעדים אמנציפטוריים היוותה אחד ה"מנועים" העיקריים שהובילו להתגבשות מגמת המשפטיוציה. אמונה זו משתקפת בפרקטיקה וברטוריקה של סוכנים המתפקדים במסגרת שלוש הזירות המרכזיות שבהן מתנהל הדיון הציבורי, דהיינו: החברה האזרחית, הפוליטיקה הממוסדת (ערוצי הדיון הפרלמנטרי והמפלגתי) ומערכת המשפט. בהקשר של הכוחות הפועלים במסגרת החברה האזרחית, ניתן לציין את הגידול הניכר שחל לאורך תקופה זו בנפח הפעילות ובשיעור העתירות המוגשות על ידי ארגונים המתמחים בליטיגציה למען מטרות ציבוריות.⁵ בזירת הפוליטיקה הממוסדת ניתן לזהות מתאם גבוה בין הזרמים במפה הפוליטית המזהים את עצמם כמחויבים לקידום סדר-יום פרוגרסיבי (למשל, בהקשר של המדיניות הכלכלית והבטחונית) לכין הזרמים התומכים במעורבות נרחבת של בג"ץ בחיים הציבוריים. בשיח השיפוטי, חלק ניכר מההצדקות שהציגו שופטי בג"ץ (ובמיוחד השופט ברק) להרחבת היקף מעורבותו של בית-המשפט בחיים הציבוריים הדגיש את ההשפעה האמנציפטורית העמוקה שהרחבה זו עשויה להצמיח. כך, למשל, את הנמקתו בעניין חוק גל חתם השופט ברק בהכרזה כי "נוצר סיכוי כי השינוי החוקתי יופנם, כי זכויות האדם יתפכו ללחם חוקם של כל נערה ונער וכי המודעות לזכויות – לזכויות הילד, הנכה, הקשיש, החולה, העובד, המיעוט, והאשה – תגבר, וכן כי נהיה רגישים יותר לזכויות האדם באשר הוא אדם... הסיכוי הוא... בקירוב הלכבות בין בני אדם".

דמוקרטיה מפותחות מצא כי שיעור התיקים המוגשים בישראל (ביחס לגודל האוכלוסייה) היה הגבוה ביותר מקרב המדינות שנדגמו. בעוד שיעור התיקים הממוצע בקרב המדינות שנדגמו עמד על 89.56 לכל 1,000 תושבים, בישראל הוא עמד על 184.15. ראו רענן סוליציאנו-קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות – דו"ח מסכם (פרסומי המרכז לניהול ומדיניות ציבורית, 2007) elyon1.court.gov.il/heb/haba/Courts_burden_Final_report_5.07.pdf

5 בעוד שבשנת 1980 פחות מ-2% מהעתירות הוגשו לבג"ץ על ידי ארגונים המתמחים בליטיגציה למען מטרות ציבוריות, בשנת 1991 צמח שיעור העתירות לבג"ץ שהוגשו על ידי ארגונים מסוג זה ל-13%. ראו: Yoav Dotan & Menachem Hofnung, *Interest Groups in the High Court of Justice: Measuring Success in Litigation and Out-of-Court Settlements*, 23(1) *L. & Pol.* 1 (2001). על התרחבותה והתמסדותה של הפרקטיקה של עריכת דין למען מטרות ציבוריות בישראל, ראו גם נטע זיו "עריכת דין לשינוי חברתי בישראל: מבט לעתיד לאחר שני עשורי פעילות" מעשי משפט א 19 (2008).

6 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 353, 448 (1995) (להלן: עניין חוק גל).

הערה מקדמית שנייה נוגעת בהבחנה בין המונח "משפטיוציאה" למונח "אקטיביזם שיפוטי". ההגדרה שתשמש אותי לדיון בסוגיית האקטיביזם השיפוטי היא ההגדרה המוצעת על-ידי מנחם מאוטנר. לשיטתו, המונח "אקטיביזם" מתייחס לנכונותו של בית-המשפט ליטול לעצמו "תפקיד גדול יותר, בהשוואה לזה של מוסדות שלטון אחרים, בקביעת הערכים שישררו במדינה ובקביעת הדרך שבה יוקצו המשאבים העומדים לחלוקה במדינה". מבחינה מושגית, ההבחנה המרכזית בין שני המונחים היא שהמונח "משפטיוציאה" מתייחס למאפייניה של התרבות הפוליטית בכללותה (אשר בעיצובה משתתפים לא רק השופטים, יודגש שוב, אלא גם סוכנים הפועלים במסגרת החברה האזרחית והממסד הפוליטי), בעוד המונח "אקטיביזם" מתייחס לדפוס מסוים של מדיניות שיפוטית שבית-המשפט עשוי לאמץ (בין אם הוא פועל במסגרת תרבות פוליטית המתאפיינת במשפטיוציאה ובין אם לאו).⁷ בהינתן הבחנה מושגית זו, אבקש לטעון כי אף שהתרבות הפוליטית שהתגבשה בישראל החל בשנות השמונים אכן מתאפיינת במשפטיוציאה חריפה (במשמעותה המוצעת), הטענה המייחסת לבית-המשפט אימוץ גישה אקטיביסטית מובהקת לאורך תקופת זו היא טענה גורפת. בבואנו להעריך את מידת האקטיביזם המאפיינת את בג"ץ, חשוב לתת את הדעת להבחנה בין עצם נכונותו של בית-המשפט ליטול לעצמו את סמכות ההתערבות בפעולותיהן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת באופן עקרוני לבין האופן שבו הוא מפעיל ומיישם סמכויות אלה (למשל, מבחינת תדירות נכונותו להתערב בפעולותיה של הרשות ומבחינת תחומי המדיניות וסוגי הצעדים השלטוניים שבהם הוא בוחר להתערב). בהקשר של הדיון שיוצג ביחס לשני מקרי-המבחן הקונקרטיים, תבחנה זו נוגעת ביחס בין נכונותו העקרונית של בג"ץ להעמיד את המדיניות השלטונית בסוגיות חלוקתיות ובטוונות תחת שבט הביקורת השיפוטית לבין מידת נכונותו ליהפך לשחקן פעיל ומרכזי בהתוויית המדיניות הציבורית בתחומים אלה. מובן שהערכת מידת האקטיביזם המשתקפת מבחירותיו של בית-המשפט עשויה להיות נתונה במחלוקת בין פרשנים שונים, כנגזרת של ציפיותיהם והשקפותיהם ביחס למדיניות השיפוטית הרצויה ושל הערכתם ביחס למשקלם של האילוצים הפוליטיים והמוסדיים שבית-המשפט ניצב מולם.⁸ להערכת, שאותה אבקש לבסס ביחס לשני מקרי-המבחן שבהם נעסוק, גכונותו העקרונית של בג"ץ להגביר את

כשני עשורים לאחר התגבשותה הראשונית של מגמת המשפטיוציאה אנו מתחילים להיות מצוידים בפרספקטיבה היסטורית המאפשרת להעמיד למבחן את שאלת יכולתה להגשים ציפיות אלה. שאלה זו מתעוררת כמובן במסגרת מגוון רחב של קונפליקטים חברתיים ופעילויות שלטוניות (הנבדלים זה מזה, בין היתר, בכל הנוגע ליכולתם של מוסדות שיפוטיים לסייע בקידום השינוי האמניציפטורי המיוחל). אבקש, לכן, למקד את הדיון בשני מקרי-מבחן קונקרטיים. מקרה-המבחן הראשון מתייחס לדיון הציבורי המתנהל ביחס להחרפת הקיטוב המעמדי בישראל לאורך שני העשורים האחרונים. מקרה-המבחן השני מתייחס לדיון הציבורי המתנהל ביחס להיבטים ההומניטריים של הצעדים המופעלים כלפי האוכלוסייה הפלסטינית הכפופה לשלטון הצבאי בשטחים. מכיוון שהדיון בכללותו מבקש להצביע על כמה ממגבלותיה המבניות של התרבות הפוליטית שהתפתחה בישראל בעידן המשפטיוציאה, האבחנות שיוצגו משליכות בעקיפין גם על האתגרים המתעוררים במסגרת הקשרים נוספים של התמודדות עם דפוסי אי-שוויון חברתי במציאות הישראלית. עם זאת, דיון ממצה בשאלת השפעתה של המשפטיוציאה על המאבקים המתנהלים במסגרת הקשרים קונקרטיים (למשל, בנושא של אי-שוויון על רקע מגדרי, על רקע אתני או על רקע העדפה מינית) יחייב התמודדות עם מאפייניהם הפרטניים, ולכן אינו מוגדר כאחד מיעדיו של המאמר הנוכחי.

בראשית הדברים יש מקום להציג שתי הערות מקדמיות ביחס להגדרה המוצעת של מגמת המשפטיוציאה. ההגדרה המוצעת מתייחסת לרמת המקרו של האופן שבו מתארנן הדיון הציבורי בישראל. כאשר אבקש לעסוק ברמת המיקרו, אשתמש במונח "משפוט", המתייחס להפיכתה של סוגיה ציבורית מסוימת לנושא הנתון לבירור ולהכרעה שיפוטית. מבחינה תיאורטית, היחס בין המונח "משפטיוציאה" למונח "משפוט" משקף את היחס בין ההיבטים המבניים של המרחב הפוליטי בחברה נתונה לבין היבטים הנטועים בבחירותיהם ובהעדפותיהם של הסוכנים הפועלים במסגרת המבנים המוסדיים והשיחניים (דיסקורסיביים) הקיימים (כלומר, במינוחים הסוציולוגיים המקובלים, את היחס בין structure לבין agency). התרבות הפוליטית מתעצבת כתוצר של יחסי-הגומלין בין שתי רמות אלה להבנת הפעילות האנושית. כלומר, בחירותיהם הטקטיות והאסטרטגיות של הסוכנים המבקשים לקדם יעדים חברתיים ופוליטיים מסוימים מושפעות מהערוצים המוסדיים העומדים לרשותם במסגרת המרחב הפוליטי כפי שהוא מעוצב ברגע נתון, ובמקביל, האפקט המצטבר של בחירות אלה תורם להתבצרותה או לערעור יציבותה של התצורה הקיימת של המרחב הפוליטי. השילוב בין שתי רמות אלה חיוני לבחינת המשמעויות וההשלכות של בחירתם של הסוכנים המבקשים לקדם יעדים אמניציפטוריים בישראל (למשל, תנועות חברתיות, ארגונים-לא-משלתיים ופוליטיקאים המחויבים למטרות אלה) לנתב את מאמציהם ומשאביהם לערוץ הליטיגציה על-חשבון ערוצים אחרים העומדים לרשותם. ברמה התיאורטית, שילובן של שתי רמות ניתוח אלה מאפשר הבנה של יחסי-הגומלין בין האופן שבו אפשרויות הפעולה של סוכנים אלה מחושקות (כך אטען) על-ידי מאפייניו של המרחב הפוליטי שהתגבש בישראל בעידן המשפטיוציאה לבין האופן שבו האפקט המצטבר כתוצאה מבחירותיהם להתמקד בערוץ הליטיגציה מוביל, בסופו של דבר, להתבצרותם של אותם דפוסי מבניים המקשים עליהם לקדם את השינוי החברתי הרצוי.

7 מנחם מאוטנר "אקטיביזם שיפוטי - הערכה" עלי משפט 7 (2004).

8 ראוי להדגיש כי תבחנה זו תקפה לא רק ביחס להגדרה המוצעת על-ידי מאוטנר. מגוון ההגדרות המקובלות של המונח "אקטיביזם שיפוטי" מתמקדות באפיון דפוס מסוים של התנהלות שיפוטית. כך, למשל, תבחנה זו תהיה תקפה גם ביחס להגדרות המוצעות על-ידי הפרופסורים ברק וזמיר. ראו אהרן ברק "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט 10 475 (התשנ"ג); יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט" עיוני משפט 10 647 (התשנ"ג).

9 להערכות המייחסות לבג"ץ גישה אקטיביסטית מובהקת ראו, למשל, מאוטנר, שם; רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד 69 (רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים, התש"ס); מרדכי קרמניצר "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד 165 (רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים, התש"ס).

כך, למשל, ניתוח כמותי כולל של תוצאות ההתדיינות בג"ץ בשנים 1990–1999 מעיד כי שיעור העתירות שבתן גיתן צו מוחלט לטובת העותר עמד על 3.1%, ואילו שיעור העתירות שנדחו על ידי בית המשפט עמד על 39.1%.¹¹ נתון זה מציג כמובן רק פן מסוים של מידת מעורבותו והשפעתו של בג"ץ (ולאו דווקא הפן החשוב ביותר). עם זאת, נדמה לי כי נתון זה עשוי לדמו כי את רמת האינטנסיביות של הכמיהה הציבורית להתערבותו של בג"ץ אי אפשר לייחס במלואה לכך שבית המשפט אכן "מספק את הסחורה". במישור התיאורי, עלינו לבחון גם גורמים נוספים (פוליטיים, חברתיים, תרבותיים ומוסדיים) התורמים להשתמרות הציפייה הציבורית להתערבותו המתקנת של בג"ץ גם אל מול אכזבות חוזרות ונשנות. במישור החשיבה על המצב הרצוי, עלינו לבחון את מחיריה של הציפייה המופרזת למתן פתרונות שיפוטיים מבחינת השפעתה של התרבות הפוליטית המתהווה בישראל בכללותה.

מטרתו השנייה של המאמר היא להשתמש במקרה הדגם של המשפטיוציה בישראל כדי לבחון את כוחן של שתי פרדיגמות מתחרות בתחום התיאוריה הפוליטית (הפרדיגמה הליברלית, מחד גיסא, וביקורת האידיאולוגיה, מאידך גיסא) להסביר את התפקיד שהמשפט ממלא בהצעה ו/או בבלימה של שינוי חברתי פרוגרסיבי.¹² האמונה בכוחה של

11 דותן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 166.

12 השימוש במושג "פרדיגמה" שואב השראה מעבודתו של קון. ראו תומאס ס' קון המבנה של מהפכות מדעיות (יחודה מלצר מתרגם, 1977). בהקשר רחב ניתן להשתמש במושג זה כדי להתייחס לאופן שבו אוסף ההנחות ודרכי ביסוסן של הטענות המשמשות קהילת חוקרים מסוימת כדי לנתח את המציאות (הפיוזיקלית או החברתית) מתלכדות לכלל משטר מובנה של מתן משמעות למושג הפרשנות. ראוי להדגיש כי הניתוח שאציג מתייחס לגרסאות רווחות (ואף דומיננטיות) של שתי הפרדיגמות (למשל, תפיסותיהם של רולס ודבורקין, כמנסחים בולטים של התפיסה הליברלית בדבר תרומתם של בתי המשפט להעשרת הדיון הציבורי בסוגיות אמניציפטוריות, ומן העבר האחר, עמדותיהם של הוגים כגון לואי אלטוסר והרברט מרקוזה, כמנסחים הבולטים של העמדה החלופית שמציגה ביקורת האידיאולוגיה בסוגיה זו). אכן, הפרדיגמה הליברלית מהווה אוסף הטרזוגני במיוחד של עמדות פילוסופיות, אשר בהקשרים מסוימים מצויות בפולמוס חריף זו עם זו. עם זאת, מכיוון שהמאמר אינו מתמקד בביקורת עמדות ליברליות לגבי מהותם של ההסדרים הפוליטיים והחלוקתיים הראויים, אלא בביקורת עמדות ליברליות מקובלות לגבי תפקידו המצוי והראוי של בית המשפט במסגרת המרחב הפוליטי של הדמוקרטיה הליברלית, מדובר בנושא המצוי בקונסנזוס נרחב יחסית בין זרמים ליברליים שונים (כך, למשל, נראה שהן רולס והן נוזיק אינם חלוקים בשאלה זו, אף שכל אחד מהם יצפה שבית המשפט יפעל להגשמתן של תפיסות מנוגדות של מוסר פוליטי). כדוגמה לעמדות ליברליות בולטות החולקות על התיאור המקובל של בתי המשפט כמוסדות הכשירים להניע שינוי חברתי פרוגרסיבי, ראו: Joseph Raz, *Law and Value in Adjudication*, in *The Authority of Law* 180–209 (1983); Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (1999). כדוגמה לביקורת אימננטית כלפי העמדה המרקסיסטית המסורתית ביחס להיבטיו האידיאולוגיים של המשפט, ראו: E.P. Thompson, *Whigs and Hunters* (1975).

הפיקוח השיפוטי על המדיניות השלטונית בסוגיות שיש להן השלכות תקציביות ובטחוניות ניכרות (נכונות שאכן משקפת גישה אקטיביסטית) דרה בכפיפה אחת, לאורך שני העשורים האחרונים, עם מדיניות שיפוטית הנמנעת מלהציב חלופה ערכית לעקרונות המנחים את המדיניות השלטונית.¹⁰ אם אפיון זה של הדיאלקטיקה המתקיימת בין אקטיביזם לבין ריסון עצמי בפסיקת בית המשפט הינו נכון בעיקרו, אזי יש לבחון את השלכותיו ביחס לשינויי המשקל המתקיים בין שני "אפקטים" מנוגדים שבתי המשפט מייצרים אגב העמדת הפעילות השלטונית לפיקוח שיפוטי, דהיינו, הטלת הגבלות מרסנות על דרכי הפעלתה של הסמכות השלטונית, מחד גיסא, והכשרת הלגיטימיות הציבורית של המדיניות השלטונית, מאידך גיסא. בהקשר זה אבקש לטעון כי גודש הליטיגציה והרחבת הרגולציה השיפוטית של המדיניות השלטונית בסוגיות תקציביות ובטחוניות במסגרת מגמת המשפטיוציה הניעו את בג"ץ למלא תפקיד משמעותי יותר לא רק בהגבלת כושר הפגיעה של השלטון בחירות הפרט, אלא גם בהכשרה ובמיסוד של השימוש בפרקטיקות שלטוניות המשליכות באופן בעייתי ביותר על הקיטוב המעמדי ועל התנאים ההומניטריים בשטחים המוחזקים.

אם אכן, כפי שהצעת לעיל, יש מקום לחלוק על הנטייה הרווחת לאבחן את "פסיקותיו האקטיביסטיות" של בית המשפט ככוח העיקרי המניע את המשפטיוציה, כיצד ניתן להסביר באופן חלופי את התגבשותה הראשונית ואת השתמרותה לאורך זמן של דרישה ציבורית אינטנסיבית למתן "פתרונות" שיפוטיים לבעיות חברתיות ופוליטיות? אבקש לטעון כי הדינמיקה המצמיחה דרישה זו התגבשה והשתמרה בעקבות הופעתן והטמעתן, החל בשנות השמונים, של תפיסות חדשות המייחסות לבג"ץ עוצמה מוסדית וגישה אקטיביסטית. תפיסות אלה מופצות ומוטמעות בתודעה הציבורית כתוצאה מהתמסדות השימוש בדפוסים שיחניים חדשים המשמשים לייצוג תפקידו החברתי הפוליטי של בג"ץ. דפוסים אלה השתרשו, כפי שאבקש להראות, הן בשיח השיפוטי שבאמצעותו בג"ץ מתקשר (communicates) את תפיסת התפקיד השיפוטית שאותה אימץ ואת יכולותיו המוסדיות, והן בשיח הציבורי העוסק בפועלו. יש להדגיש כי איני מבקש לטעון שתפיסות אלה מייצגות באופן כוזב לחלוטין את פועלו הממשי של בית המשפט (כזכור, טענתי מקודם לקיומם הכוזב של ממדים נוגדים בפסיקה, ואני מכיר בכך שהדימוי של עוצמה ואקטיביזם מוצא ביטוי לא רק ברטוריקה השיפוטית, אלא גם מתממש לעיתים בהלכות שבג"ץ קובע). עם זאת, קיים לדעתי פער של ממש בין הדימוי הציבורי הרווח לבין דפוסי התערבותו של בג"ץ בפועל.

10 מנקודת מבט מתודולוגית רחבה יותר, אציין כי לנטייה לאפיון את המדיניות השיפוטית של בג"ץ תוך היצמדות לאחת האופציות הבינריות שמעמידה לרשותנו הדיכוטומיה המושגת בין "אקטיביזם" לבין "ריסון שיפוטי" יש לדעתי כושר הסברי מוגבל. כיוון חקירה פורה יותר, שאותו אנסה ליישם ביחס לשני מקרי המבחן הנידונים במאמר, מבוסס על הכרה עקרונית בקיום בוזמני של ממדים אקטיביסטיים וממדים של ריסון שיפוטי בפסיקתו של בית המשפט העליון (ובמתח אינהרנטי מתמיד בין ממדים אלה), ועל ניסיון לעקוב אחר האופן שבו בית המשפט מתמרח בין האופציה האקטיביסטית לבין אופציית הריסון העצמי בתחומים מסוימים של מדיניות ציבורית, תוך ניסיון לברר את השיקולים המונחים בבסיס בחירותיו (כגון שיקולים מוסדיים, פוליטיים ואחרים).

העומדים בבסיס הפרשנויות ששתי הפרדיגמות מציגות ביחס להשפעת המשפטיוציאה על הדיון הציבורי בסוגיות אמנציפטוריות, אבקש להראות כי שתיהן אינן מצליחות להתמודד באופן ממצה עם השניות (הדואליות) הטבועה בתופעת המשפט: מחד גיסא, תפקודו כמכשיר שלטוני-דכאני, ומאידך גיסא, הפוטנציאל האנטי-שלטוני הגלום בו.

מבנה הדיון הוא כדלהלן. בפרק ב אבקש להציג מתווה היסטורי להבנת מקורותיה, מאפייניה ומגבלותיה העיקריות של מגמת המשפטיוציאה. מתווה זה מתמקד בתמורות שהתחוללו בדרכי הייצוג של יכולותיו המוסדיות ושל תפיסת התפקיד של בג"ץ בשיח השיפוטי ובשיח הציבורי העוסק בפועלו. בפרק ג אציג באופן תמציתי את הכלים התיאורטיים שבהם אשתמש לאורך הדיון ההיסטורי שיוצג בשני הפרקים הבאים: המושגים "הגמוניה" ו"אידיאולוגיה". מושגים אלה משמשים את ביקורת האידיאולוגיה כדי לנתח את תופעת המשפט בכלל וכדי לבקר את תפיסת המשפט של הליברלים בפרט. בפרק ד אנתח את השפעת המשפטיוציאה על הדיון הציבורי המתנהל ביחס לסוגיות של צדק חברתי. בפרק ה אנתח את השפעת המשפטיוציאה על הדיון הציבורי המתנהל ביחס להיבטים התומניטריים של הצעדים שהשלטון הישראלי נוקט מעבר לקו הירוק. בשני המקרים ניתוח זה מתייחס הן לאופן שבו בית המשפט מתפקד כאחת הזירות שבמסגרתה מתנהל הדיון הציבורי והן לאופן שבו מגמת המשפטיוציאה משליכה על כשירותם של ערוצים חלופיים של התדיינות והכרעה בסוגיות ציבוריות לסייע ביקודם היעדים האמנציפטוריים העומדים על הפרק. בפרק ו אציג את הלקחים התיאורטיים המרכזיים שהופקו לאורך הדיון במקרה-המבחן לגבי יכולתן של שתי הפרדיגמות להסביר ולבקר את תפקודו הפוליטי של בית המשפט, ואצביע על הנפקות המעשית של לקחים אלה ביחס לאתגרים העכשוויים שסוכני השינוי הפרוגרסיבי בישראל ניצבים מולם.

ב. מתווה להבנת מקורותיה, מאפייניה ומגבלותיה של מגמת המשפטיוציאה

בפרק מבוא זה אבקש להשיג שתי מטרות עיקריות. ראשית, אבקש להציע מתווה להבנת האופן שבו התגבשה, החל בשנות השמונים, דרישה ציבורית אינטנסיבית למתן פתרונות שיפוטיים לבעיות העומדות על סדר-היום הפוליטי. מתווה זה – אשר נבדל כאמור מן הניתוחים המקובלים בכך שהוא אינו נשען על ההנחה כי בית המשפט אכן דגל בגישה אקטיביסטית לאורך תקופה זו – מבקש לתרום להבנת כמה ממאפייניה ומגבלותיה המרכזיות של התרבות הפוליטית שהתפתחה בישראל בעידן המשפטיוציאה. אטען כי התגברות הדרישה הציבורית התגבשה בעקבות עלייתם המשולבת, החל באמצע שנות השמונים, של דרכים חדשות לאפיון מעורבותו החברתית-פוליטית של בג"ץ הן בשיח השיפוטי והן בשיח הציבורי.¹⁴ השיח השיפוטי החדש מציג את בית המשפט כשותף מרכזי בעיצוב דמותה הערכית

המשפטיוציאה לסייע בקידומו של שינוי חברתי פרוגרסיבי מבוססת על התפיסה הליברלית המאבחת את בית המשפט כמוסד שמגונן על קבוצות מיעוט מפני עריצות הרוב, ואשר מסוגל להציב בלמים מוסריים כנגד השיקולים התועלתניים (אלקטורליים, קואליציוניים, תקציביים ואחרים) המשמשים רכיב מרכזי בהחלטותיהם של מחוקקים ופקידי המנהל.¹⁵ שניים מההוגים הליברליים החשובים בזמננו – ג'ון רולס (John Rawls) ורוג'ר דבורקין (Ronald Dworkin) – מדגישים בעבודתם את עדיפותו המוסדית של בית המשפט (על זירות אחרות בפוליטיקה ובחברה האזרחית) כפורום לדיון ולהכרעה בסוגיות ציבוריות, וטוענים כי מעורבותו הנרחבת של בית המשפט בהכרעה בסוגיות אלה מקרינה באופן חיובי על איכות הדיון הציבורי בכללותו.¹⁶

מכיוון שהנימוקים המשמשים להצדקת המעורבות השיפוטית האינטנסיבית בהכרעת סוגיות העומדות על סדר-היום הציבורי נשענים באופן מובהק על הנחות וטענות השאובות מהפרדיגמה הליברלית, יש מקום לנסות להיעזר בפרדיגמה תיאורטית המאפשרת ניתוח ביקורתי שיטתי של התפיסה הליברלית בנושא, כדי לזהות את הסכנות והמגבלות המתעוררות אגב הנסיונות לעצב את המרחב הפוליטי בישראל לאורה של תפיסה זו. כפי שאבקש להראות, הפרדיגמה של ביקורת האידיאולוגיה, שמקורה בעבודתו של קרל מרקס, ופיתוחיה המאוחרים משפיעים במידה ניכרת על גישות ביקורתיות בתיאוריה המשפטית בת-זמננו (למשל, זרם ה-CLS והפמיניזם הרדיקלי),¹⁷ מעמידה לרשותנו כלים פרשניים וביקורתיים פוריים כדי להתמודד עם אתגר זה. באמצעות הצגת הנחות הפוכות לחלוטין מאלה המנחות את הפרשן הליברלי, תוך אבחון בית המשפט כמוסד הפועל לכינון ולתיקוף של הלגיטימיות של המדיניות השלטונית באופן המבצר את יחסי הכוחות החברתיים והפוליטיים הקיימים מפני שינוי מהותי, ביקורת האידיאולוגיה עשויה לסייע לנו להבין ולבקר את המגבלות המתלוות לגיבוי מופרז של מאמצי ההתמודדות עם יעדים אמנציפטוריים לעבר מוסדות שיפוטיים. אולם, כך אטען, אותם כלים תיאורטיים המסייעים לפרשנים הפועלים במסגרת פרדיגמה זו להאיר היבטים בעייתיים של מגמת המשפטיוציאה מקשים עליהם לזהות את האפשרויות הפוטנציאליות הגלומות בתצורה זו של המרחב הפוליטי כדי לקדם יעדים אמנציפטוריים. באמצעות זיהוי הכשלים התיאורטיים

13 לניסוח פרדיגמטי ראו: RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 84–86 (1986).

להיסטוריה אינטלקטואלית של השפעת הליברלים המשפטי על התיאוריה המשפטית האמריקאית לאורך המחצית השנייה של המאה העשרים, ראו: LAURA KALMAN, THE STRANGE CAREER OF LEGAL LIBERALISM (1996).

14 ראו: RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW — THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION 345 (1996); John Rawls, *The Supreme Court as Exemplar of Public Reason*, POLITICAL LIBERALISM 231 (1996).

15 על ביקורת האידיאולוגיה כבסיס תיאורטי לספרות ה-CLS ולפמיניזם הרדיקלי, ראו, בהתאמה: MARK KELMAN, A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES 9–10 (1987); Catharine MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory*, 7(3) SIGNS 515 (1982).

16 לאורך המאמר אני משתמש במונח "שיח" במובן העולה בקנה אחד עם הפירוש הפוקיאני של המונח. פירוש זה מבקש להדגיש את יחסי-הגומלין בין פרקטיקות הייצוג הטקסטואלי לבין הפרקטיקות המוסדיות המתלוות אליהן. כך, למשל, הפרקטיקות הטקסטואליות המרכיבות את השיח השיפוטי החדש בנושא השפיטות ובנושא זכות העמידה לא יכלו להשפיע על היקף העתדות

מתמזה בהופעתן של פרקטיקות חדשות של ייצוג טקסטואלי, אלא בכך שהשיח החדש סיע לארגונים ולסוכנים הפועלים בחברה האזרחית ובמסד הפוליטי (למשל, ארגונים המתמחים בליטיגציה למען מטרות ציבוריות¹⁹ ופוליטיקאים²⁰) להשתמש באופן נרחב יותר בערוץ הליטיגציה כמסלול מקובל (ובעיני רבים, כמסלול מועדף) להתמודדות עם בעיות חברתיות ופוליטיות. עם זאת, יש להבחין בין (א) האבחנה התיאורית המתייחסת להצלחתו של השיח השיפוטי החדש לתמרץ כוחות הפועלים במסגרת החברה האזרחית והממסד הפוליטי למשפט סוגיות ציבוריות – כלומר, להפוך אותן למושא לביקורת שיפוטית ובאמצעות כך להפוך את בג"ץ לשחקן מוסדי המעורב בפתרון – לבין (ב) הערכת הצלחתו של השיח השיפוטי החדש ביצירת תנאים המקילים על בג"ץ להשפיע על המדיניות השלטונית בכלל ובסוגיות אמנציפטוריות בפרט. בפרק זה אבקש להראות כי בעוד האבחנה התיאורית שהוצגה לעיל תקפה, התשובה לשאלה השנייה מורכבת יותר ומצדיקה אימוץ של גישה דו-ערכית (אמביוולנטית). כדי לבסס טענה זו, אתמקד בניתוח האופן שבו תפקידו הפוליטי-החברתי של בג"ץ מיוצג בשני רכיבים מרכזיים של השיח השיפוטי החדש שהתגבש בעידן המשפטיזציה – תורת השפיטות החדשה ודרכי השימוש החדשות בעילת הסבירות.

(א) התמורות שהתחוללו בדרישות הסף להתערבות בית המשפט: השפיטות כמקרה-דגם

באמצע שנות השמונים נטש בית המשפט את דוקטרינת השפיטות המסורתית, שקבעה כי בית המשפט יימנע מלדון בעתירה המתייחסת לסוגיה אשר מצויה בליבה של מחלוקת ציבורית, שהיא מעצם טיבה עניין לטיפולן של הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת, או שאין בידי בית המשפט כלים משפטיים להכריע בה. אחת ההתפתחויות המרכזיות שהשפיעה על קווי-המתאר של מגמת המשפטיזציה היא התבססותה של העמדה הברקית, ולא של העמדה השמגרית, כתפיסה השלטת (לפחות באופן מוצהר) בשיח השיפוטי החדש בסוגיית השפיטות.²¹ על קצה המזלג, לוו המחלוקת בין שני השופטים נסב על שאלת היקף השימוש הראוי בעילת אי-השפיטות המוסדית (הבוחנת אם בית המשפט הינו הפורום המתאים להכרעה בסוגיה המונחת לפתחו). בעוד ברק סבר כי הזדקקות מוצהרת של בית המשפט לדוקטרינת אי-השפיטות המוסדית צריכה להיות שמורה למקרים חריגים ביותר,²² שמגר ביקש להותיר מרחב תמרון ניכר לשימוש בדוקטרינה זו. כאחד השיקולים המצדיקים העדפה של מדיניות שיפוטית זו, הדגיש שמגר את האפקט המכשיר המתלווה להכרעותיו של בג"ץ לאחר שהסכים לדון בעתירות לגופן. "משנפלה ההכרעה השיפוטית,"

של החברה הישראלית. השיח הציבורי-הפוליטי החדש העוסק בפועלו של בית המשפט נוהג לייחס לבג"ץ גישה אקטיביסטית בלתי-מסויגת. מטרתו השנייה של הפרק היא לבסס את הטענה כי הפער בין האופן שבו תפקידו של בית המשפט משתקף הן בשיח השיפוטי והן בשיח הציבורי-הפוליטי, מתד גיסא, לבין יכולותיו המוסדיות ומדיניותו בפועל של בג"ץ, מאידך גיסא, טומן את זרעי המכשלות המקשות על בית המשפט לפעול למימוש היעדים האמנציפטוריים המונחים לפתחו. טענה כללית זו תודגם בהמשך באופן פרטני ביחס לשני מקרי-המבחן שבהם נעטק.

1. התמורות שהתחוללו בייצוגים הרווחים של תפקידו החברתי-הפוליטי של בג"ץ בשיח השיפוטי

החל בראשית שנות השמונים, ובאופן אינטנסיבי יותר במהלך העשור 1985–1995, הוביל בית המשפט העליון שורה רחבה של שינויים הנוגעים בתנאים המקדמיים המאפשרים את התערבותו בסוגיות ציבוריות, ופיתח ארסנל חדש של כלים פרשניים ורטוריים שבעזרתם הוא בוחן אם וכיצד להתערב בהחלטות המנהל וכיצד להצדיק את החלטתו להתערב או להימנע מכך.²³ שינויים אלה הובילו להתפתחותו של שיח שיפוטי חדש על-אודות תפקידו החברתי והפוליטי של בית המשפט העליון. בעוד שהשיח השליט לפני עידן המשפטיזציה הציג את בג"ץ כמוסד המפקח על חוקיותן של פעולות המנהל אגב הכרעה בסכסוכים בין הרשות לבין האזרח, תוך שהוא נמנע במכוון מלעסוק בסוגיות הנתונות במחלוקת ציבורית, השיח השיפוטי החדש מייחס לבג"ץ תפקיד מרכזי ופעיל בעיצוב דמותה וערכיה של החברה הישראלית.²⁴

כאמור, חדשנותו של השיח השיפוטי שצמח בפסיקה החל בשנות השמונים אינה

כפי שהשפיעו אילולא גולמו בפרקטיקות מוסדיות תואמות שהפכו את בג"ץ לנגיש יחסית לציבור העותרים (למשל, העובדה שבית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, מהווה ערכאה ראשונה לגבי חלק ניכר מהתובענות המנהליות המוגשות למערכת המשפט בישראל, בניגוד לסדרי הדין הנוהגים בשיטה האמריקאית, למשל; היותם של סדרי-הדין בבג"ץ פשוטים וגמישים יחסית למקובל בערכאות אחרות, בהיותם מבוססים על תצהירי הצדדים בלא העדת עדים וללא חקירות ננדיות; והסיכון הנמוך יחסית המוטל על העותר בנשיאת הוצאות ההתדיינות במקרה של דחיית העתירה). לניתוח מאפייניו המוסדיים של בג"ץ בהקשר זה ראו דותן, לעיל ה"ש 3. במקביל, ברור כי התפיסות החדשות שהופיעו בשיח הציבורי על-אודות תפקידו של בג"ץ בעיצוב דמותה הערכית של המדינה לא יכלו להשפיע על היקף העתירות ללא שינויים תואמים בפרקטיקות הארגוניות של ארגונים המתמחים בליטיגציה למען מטרות ציבוריות.

ראו Dotan & Hofnung, לעיל ה"ש 5.

17 לסקירה ראו יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד 7-16 (רות גביון, מרדכי קרמיניצר ויואב דותן עורכים, תש"ס).

18 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993); גביון, לעיל ה"ש 9.

19 ראו Dotan & Hofnung, לעיל ה"ש 5.

20 Yoav Dotan & Menachem Hofnung, *Legal Defeats, Political Wins: Why Do Elected Representatives Go to Court?* 38 Comp. Pol. S. 75 (2005).

21 על התבססות עמדתו של ברק כגישה השלטת (באופן מוצהר) ראו דפנה ברק-ארוז "מהפכת השפיטות: הערכת מצב" הפרקליט (צפוי להתפרסם בכרך נ, 2008).

22 ראו בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, 496 (1988).

כתב שמגר, "וכאשר עולה ממנה כי ההחלטה שהועברה בשבט הביקורת השיפוטית התקבלה על ידי מי שמוסמך לכך, בתום לב וללא אפליה והיא נמצאת במתחם הסבירות, עלולה להתגבש המסקנה כי הכול שפיר למרות שההחלטה לגופה רחוקה מכך".²³

באמצעות אימוץ מוצהר של הגישה המרהיבה בסוגיית השיפוטיות, הקנה לעצמו בית המשפט מנדט רחב לעיסוק במגוון סוגיות ציבוריות שלא יכלו להגיע לביורור ולהכרעה שיפוטית לפני עידן המשפטיוציה. אולם משוויתר על טכניקות ההימנעות ששימשו אותו באופן מסורתי כדי להרחיק את עצמו מסוגיות הנתונות במחלוקת ציבורית ומחיכוכים עם הממסד הפוליטי, נאלץ בג"ץ להתמודד עם ביקורת פוליטית חסרת תקדים אשר שחקה באופן הדרגתי את יכולתו לפעול באופן המאתגר את הקונסנזוס, צמצמה את יכולתו להתעמת עם הממסד הפוליטי, וממילא הקשתה עליו לממש את הפוטנציאל האמנציפטורי הטמון במאפייניו הקאונטר-רובניים (counter-majoritarian) של המוסד השיפוטי.²⁴ כפי שהראתה דפנה ברק-ארוז, בנתחה את תזוּתם של גבולות ההתערבות השיפוטית בעידן שלאחר השינויים המוצהרים שהתחוללו בדוקטרינת השיפוטיות, בג"ץ המשיך להימנע מליטול את רסן ההובלה בעיצוב תוכני המדיניות השלטונית בסוגיות רגישות מבחינה פוליטית, וגזר על עצמו ריסון בהפעלתה של הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית.²⁵ אלא שבעוד שהשיח השיפוטי שנהג לפני עידן המשפטיוציה אפשר לבית המשפט להימנע מלומר דבר על מטענה הערכי של המדיניות שבה נמנע מלהתערב (בהתבסס על מגבלות סמכות פורמליות), הצורך להותיר את שיקולי השיפוטיות "מאחורי הקלעים" מוביל לכך שמדיניות אי-ההתערבות מתוקפת כיום בעזרת שיטות הנמקה המקשות על בית המשפט להרחיק את עצמו באופן משכנע מהכשרת הלגיטימיות של הצעדים השלטוניים (גם כאשר ההימנעות מלהתערב נובעת מאילוצים מוסדיים ופוליטיים).

דפוסי השימוש בדוקטרינת השיפוטיות החדשה משקפים, אם כך, את המתח האינהרנטי בין הדימוי של עוצמה מוסדית וגישה אקטיביסטית שבית המשפט משדר באמצעות הצהרה על היקף נרחב מאוד של שפיטות מוסדית ועל היקף בלתי-מוגבל של שפיטות נורמטיבית, מחד גיסא, לבין שיעור ניכר של הכרעות שיפוטיות אשר עומדות, מבחינת תוכניהן ותוצאותיהן, בסיומן של אי-התערבות במדיניות השלטונית, מאידך גיסא. ניתן לטעון כי מכיוון שהמשמעות הציבורית המיוחסת להימנעות השיפוטית מלפסול את המדיניות השלטונית מעוצבת על רקע הדימויים המקובלים של עוצמה מוסדית ונכונות עקרונית להתערבות נמרצת בפעולות השלטון, תעודת ההכשר שבג"ץ מטביע על המדיניות השלטונית נתפסת כבעלת משקל משמעותי יותר גם מן הבחינה הערכית.²⁶ ככל שמגמת המשפטיוציה כרוכה בהפיכתו של המישור החוקי למישור הנורמטיבי העיקרי שבאמצעותו התברה הישראלית מעריכה את הלגיטימיות הציבורית של המדיניות השלטונית,²⁷ ובהשרשת

23 שם, בעמ' 521.

24 גד ברזילי "הגמוניה שיפוטית, קיטוביות מפלגתית ושינוי חברתי" פוליטיקה 2, 31 (1998).

25 ברק-ארוז, לעיל ה"ש 21.

26 גביוון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 115-117.

27 ולצברגר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 414-415.

הנטייה לראות בבית המשפט "מצפן" ערכי,²⁸ שיווי-המשקל בין האפקט המרסן לבין האפקט המכשיר של הפיקוח השיפוטי עלול לגטות לכיוונים לא-רצויים. בהמשך המאמר נבחן את האופן שבו השלכות בעייתיות אלה של השיח השיפוטי החדש משתקפות בדיון הציבורי המתקיים בסוגיות של צדק חברתי ובנוגע להיבטים ההומניטריים של הכיבוש.

(ב) התמורות שהתחוללו בטכניקות הפיקוח המהותי על שיקול-הרעת השלטוני:
דוקטרינת הסבירות כמקרה-דגם

התפתחות מרכזית נוספת המבחינה את השיח השיפוטי של עידן המשפטיוציה מהעידן שקדם לו נוגעת בפיתוחם של כלים פרשניים חדשים המיועדים להגביר ולהעמיק את הפיקוח השיפוטי על פעולות המנהל. עלייתו של מבחן הסבירות כנורמת-על משפטית החולשת על כלל ההיבטים של הפעילות השלטונית (לרבות אותם היבטים שאינם מוסדרים על-ידי נורמה ספציפית) היא אחד הביטויים המרכזיים של התפתחות זו. כפי שהראה מנחם מאוטנר, מבחן הסבירות, ששימש במשפט המנהלי עד לראשית שנות השמונים כדי לפקח על החקיקה המנהלית (תוך התמקדות בשאלה אם היא עומדת בגדר ההסמכה שבחקיקה הראשית), החל לשמש בתקופה זו כעילת פיקוח שיפוטי על כלל פעולות המנהל,²⁹ תוך שבג"ץ עובר להתמקד בשאלות המחייבות אותו לדון בתכניה של המדיניות השלטונית לגופם.³⁰

הן בספרות האקדמית והן בשיח הציבורי גיכרת נטייה להתייחס להתפתחות זו כאל סממן מייצג של גישה אקטיביסטית בלתי-מסויגת.³¹ אכן, מבחינת תפקודיה ככלי פרשני, אפשרת דוקטרינת הסבירות החדשה לבית המשפט להתגבר על מגבלותיהן של עילות הביקורת המסורתיות ששימשו בפסיקה (כגון חריגה מסמכות או קיומם של שיקולים זרים ומטרות זרות).³² אולם אם נתמקד בשימושו השיחניים של המושג "סבירות", כאחד הכלים הרטוריים שבעזרתם בית המשפט מתקף את הלגיטימיות של הכרעותיו (הן במקרים של התערבות והן במקרים של אי-התערבות),³³ ניתן לראות בהזדקקות השיפוטית הנרחבת למבחן הסבירות -

28 גביוון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 75.

29 מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5, 25 (1994).

30 שתי השאלות החדשות שעומן החל בג"ץ להתמודד הן: (א) האם הרשות המנהלית נתנה משקל ראוי לשיקולים המקצועיים הרלוונטיים במסגרת פעולתה? (ב) האם הרשות איתרה את העקרונות המשפטיים החלים על פעולותיה ואיזנה ביניהם באופן סביר?

31 למשל, בניסוחו של השופט לנדוי, עלייתן של דוקטרינות השיפוטיות והסבירות החדשות משקפות גישה שיפוטית המתאפיינת ב"אקטיביזם בוטח בעצמו והתרה כמעט מוחלטת של רסן הריסון העצמי הקודם", תוך ניסיון "להבוק עולם ומלואו בזרועות הביקורת השיפוטית". משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדן המנהלי" עיוני משפט יד 6, 5 (1989).

32 דותן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 22.

33 במקום אחר, דנתי בהרחבה באופן שבו מערך הכלים הפרשניים שהציג השופט ברק (במיוחד המושגים "סבירות" ו"איוון") שימשו כלים רטוריים לתיקוף הלגיטימיות של המהפכה החוקתית. ראו עילי אהרנסון "שפיטה כפולמוס" משפט וממשל ס 497, 529-540 (2006).

במיוחד במובנו הערטילאי כנודמת על משפטית - דווקא סממן של המצוקה שבית-המשפט מצוי בה בנוסחתו לגשר בין הדימוי של עוצמה מוסדית ומעורבות אקטיביסטית, מחד גיסא, לבין שחיקת יכולת ההתערבות הממשית שלו על רקע אילוצים פוליטיים מתרחבים, מאידך גיסא (אילוצים הקשורים להתעצמות החשש מתגובת-נגד פוליטית ומכרסום האמון הציבורי בניטרליות השיפוטית - שני תוצרים של הגבחה הפרופיל הציבורי של בג"ץ). כפי שראינו בסעיף הקודם, בג"ץ בחר לזגוח את ההסתמכות הנרחבת על טכניקות הימנעות המתייחסות למגבלות סמכות פורמליות כעילה לאי-התערבות במדיניות השלטונית. בעקבות זאת עבר חלק ניכר מנטל המאמץ השיפוטי להצדיק את הבחירה להימנע מלהתערב במדיניות השלטונית לעבר הגמשת השימוש בעילות הפיקוח המהותי. בהקשר זה ניתן לראות כי שני האדנים שעליהם נשענת דוקטרינת הסבירות החדשה שפותחה החל בשנות השמונים (ראשית, היכולת להבנות במגוון דרכים פרשניות את "מתחם הסבירות", שבגדרו הרשות רשאית לקבל שורה של החלטות שכל אחת מהן עשויה לקיים איוון סביר בין השיקולים הרלוונטיים השונים; ושנית, הקביעה כי רק חריגה "קיצונית" מגדרו של מתחם הסבירות תצדיק את פסילתו של האקט המנהלי)³⁴ מקנים לבית-המשפט כלים רטוריים גמישים כדי להתמודד עם צורכי הלגיטימציה המורכבים יותר שערים החל להתמודד בעידן המשפטיוציה. בהינתן השינויים שהתחוללו בסביבה הפוליטית שבמסגרתה בג"ץ פועל בעידן המשפטיוציה, מדיניות אי-ההתערבות של בג"ץ מסתמכת כיום באופן נרחב על ניצול אי-המוגדרות (indeterminacy) של המושג "סבירות", כלומר, על מגוון הדרכים שבהן ניתן להבנות את "מתחם הסבירות" הגוגע במדיניות הרלוונטית ולהעריך את מידת ה"קיצוניות" של החריגה ממתחם מדומיין זה באופן שיצדיק את הותרתה של המדיניות השלטונית על כנה. בהקשר זה ניתן גם לפרש את הגמשתם של מבחני המידתיות בשנים האחרונות, באמצעות ההכרה השיפוטית בקיומו של "מתחם מידתיות" אשר כל אמצעי שהרשות בוחרת בגדריו הוא חוקי.³⁵

ניתן לטעון, אם כך, כי גם מבחינת עיצובן מחדש של עילות הפיקוח על תוכני שיקול-הדעת המנהלי, השיה השיפוטי החדש של עידן המשפטיוציה טומן בחובו השלכות דו-ערכיות בנוגע ליכולתו של בג"ץ להתערב בסוגיות אמנציפטוריות. מהלך גיסא, דוקטרינת הסבירות החדשה מאפשרת לבית-המשפט להעמיד תחת שבט פיקוחו היבטים רבים של החיים הציבוריים בישראל אשר קודם לכן לא יכלו להיות מושא להתדיינות ולהכרעה שיפוטית. לשינוי זה נודעת השפעה היקפית רחבה, שכן הוא מחייב את המחוקק ואת הרשות השלטונית לשקול את תגובתו האפשרית של בג"ץ בשלבי התווייתה, גיבושה ויישומה של המדיניות. בהקשר זה, עמימותו של מבחן הסבירות עשויה (כפי שרמזו ברק בהודמנויות שונות) להיתפס כעמימות קונסטרוקטיבית.³⁶

מאידך גיסא, יש להבחין בשתי בעיות ראשית, נהוג להציג את הטענה כי מבחן הסבירות מטשטש את ההבחנה בין בלתי-חוקי לבין בלתי-ראוי כדוגמה למעורבות-יתר

34 בג"ץ 389/80 דפי זהב בעמ' נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 441-444 (1980).

35 בג"ץ 2056/04 כועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 807, 840 (2004) (להלן: עניין בית טוריק).

36 ראו, למשל, אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 276 (2004).

של בג"ץ בחיים הציבוריים.³⁷ אולם אם אכן ניתן, כפי שהצעת, לראות במבחן זה כלי רטורי גמיש המשמש באופן נרחב להצדקת אי-התערבות שיפוטית, אזי יש מקום לבחון את מחיריו גם בהקשר של המשמעות הציבורית המיוחסת לפסיקת בג"ץ באותם תחומים שבהם מדיניותו מתאפיינת במעורבות-חסר.³⁸ לנוכח המקרים הרבים שבהם גאלץ בג"ץ - על רקע צמצום השימוש בטכניקות הימנעות המבוססות על מגבלות סמכות פורמליות והכרה שיפוטית מפוכחת בכושר הפעולה וההשפעה המוסדי הממשי העומד לרשותו בתחומים מסוימים - להיכנס לדיון בגופן של הטענות המבקרות את המדיניות השלטונית ולהשתמש בעמימותה של "רטוריקת המתחמים" כמפלט להצדקת הימנעותו מלהתערב, גוברת הסכנה כי המשמעות הציבורית המיוחסת להחלטה להותיר את המדיניות השלטונית על כנה תיכשל בהבחנה בין משמעות המונח "סבירות" כפרמטר חוקי לבין משמעותו כפרמטר של לגיטימיות ערכית.³⁹

שנית, חשוב להבחין כי הופעתם של הפוסטים חדשים של שימוש שיפוטי במושג "סבירות" מהווה חלק משינוי מקיף יותר בשיח השיפוטי. במסגרת שינוי זה פיתח בג"ץ שיטות הנמקה ופרשנות הגותנות אומנם ביטוי לפן הערכי של הכרעותיו⁴⁰ אך במקביל מאפשרות לו לטשטש את הפן הסלקטיבי והסובייקטיבי החבוי בשיפוטי הערכיים בעזרת הצגת שיקול-הדעת השיפוטי כמתחם על-ידי פרוצדורות שכיחה מעין-מדעיות. בהקשר זה מבחן הסבירות⁴¹ מתפקד לצד טכניקות האיוון,⁴² הפרשנות התכליתית⁴³ וכן כלים פרשניים ורטוריים נוספים המרכיבים את השיח השיפוטי החדש שאומץ בעידן המשפטיוציה. כלומר, באופן דיאלקטי, הכלים הפרשניים החדשים שפיתח בג"ץ כדי להרחיב את מעורבותו בעיצוב

37 ראו, למשל, גביוון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 88; לנדוי, לעיל ה"ש 31.

38 רוזן צבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 698.

39 יש להדגיש כי טענה זו מתייחסת למשמעות הציבורית המיוחסת לעמדת בג"ץ. אין משתמע מכך שאני סבור כי ההבחנה המוצגת בפסיקה ובכתביו האקדמיים של פרופ' ברק בין סבירות כפרמטר חוקי לבין סבירות כפרמטר ערכי הינה תקפה ומשכנעת מן הבחינה האנליטית.

40 מאוסנר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 40-64.

41 רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות" תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994). שמיר הראה כיצד הפרקטיקות השיחיות המרכיבות את דוקטרינת הסבירות החדשה משמשות לתיקוף מעמדם האוניוורסלי של הערכים המהותיים שבית-המשפט משליט, ולביסוס עליונותו המוסדית של בית-המשפט.

42 מיכאל בירנהק הראה כיצד טכניקות האיוון שפיתח בג"ץ מאפשרות לטשטש ולהסוות את הפן הסלקטיבי של בחירותיו הערכיות. ראו מיכאל בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591 (2003).

43 ניר קידר הראה כי פיתוחה המואץ של שיטת הפרשנות התכליתית במהלך תקופה זו אפשר להרחיב את היקף שיקול-הדעת השיפוטי בקביעת מובנה של הנורמה שקבע המחוקק. תוך ייחוס ההכרעה השיפוטית לתכתיבים דיסציפלינריים המנותקים כביכול מהשקפת-עולם פוליטית. ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו 737 (2002).

דפוסי הייצוג החדשים של תפקידו החברתי-הפוליטי של בית-המשפט בשיח הציבורי ושל דפוסי השימוש בליטיגציה לקידום יעדים פוליטיים וחברתיים. במסגרת הטענה המרכזית המוצגת בפרק זה, אבקש להדגיש כיצד מגמות אלה טומנות בחובן השלכות דו-ערכיות לגבי יכולתה של החברה הישראלית להתמודד עם סוגיות אמנציפטוריות. טיעון זה חשוב כדי לכונן נקודת-תצפית אשר אינה מתמקדת בבית-המשפט כסוכן המוסדי הבלעדי (או העיקרי) הפועל לעיצוב דרישה ציבורית למעורבות שיפוטית נרחבת בהתמודדות עם בעיות פוליטיות (כפי שמשמע מהתזה המקובלת הרואה במשפטיות תוצר של אקטיביזם שיפוטי), אלא משקיפה על המשפטיות כתוצר של יחסי-הגומלין בין בית-המשפט לבין סוכנים ארגוניים ופוליטיים אחרים המשתתפים בדיון הציבורי.

(א) הערה על מקורותיהם ומגבלותיהם של דפוסי השימוש בליטיגציה ככלי להתמודדות עם בעיות פוליטיות בעידן המשפטיות

תהליך היסטורי מרכזי שבמסגרתו יש להבין את התגברות הדרישה הציבורית למעורבות שיפוטית נרחבת בהתמודדות עם בעיות העומדות על סדר-היום הציבורי קשור לפיחות שהתחולל באמון הציבורי באפקטיביות של תהליך הפרלמנטרי ובמעמדה של ההנהגה הפוליטית.⁴⁷ במהלך שני העשורים האחרונים הלכה התרבות הפוליטית בישראל והתרחקה מהמודל של פרלמנטריזם, המבוסס על שליטתן האפקטיבית של המפלגות בהכוננת סדר-היום הציבורי ועל הדומיננטיות של בית-המחוקקים בקביעת ההסדרים הפוליטיים,⁴⁸ ובמקביל אימצה היבטים רבים של המודל האמריקאי של "הכרה מתדיינת".⁴⁹ במסגרת המודל האמריקאי, בניסוחו הקלסי של De-Tocqueville, כל בעיה פוליטית נהפכת, במקרה או במאוחר, לסוגיה משפטית המונחת לפתחו של בית-המשפט העליון.⁵⁰ מגמה זו טומנת בחובה השלכות דו-ערכיות מבחינת יכולתה של החברה האזרחית בישראל להניע תהליכים פוליטיים. מחד גיסא, החלל שנפער בציבוריות הישראלית בעקבות היחלשות מעמדן של המפלגות הקל על ארגונים חברתיים פרוגרסיביים להשתתף בעיצוב סדר-היום הפוליטי ולעקוף את המגבלות המקשות את קידומן של סוגיות אמנציפטוריות מסוימות בערוצים הפרלמנטריים והמפלגתיים. יכולתם של ארגונים אלה לשמש כמתווכים בין החברה האזרחית לבין השלטון התחוקה בצורה משמעותית באמצעות הרחבת השימוש בערוץ הליטיגציה.

עם זאת, חשוב להבחין כי התרחבות הדרישה הציבורית לפתרונות שיפוטיים צומחת במקביל לכשלונה המתמשך של החברה האזרחית לנצל ערוצי השפעה נוספים העומדים

דמותה וערכיה של החברה הישראלית לא רק אילצו אותו לחשוף טפח (ובכך ליהפך לפגיע יותר לביקורת המושמעת נגד המשמעויות הפוליטיות של הכרעותיו), אלא גם אפשרו לו לכסות טפחיים (באמצעות ייחוס הכרעותיו לכותה ה"מכווין" של "השיטה הפרשנית").⁵¹ הניסיון של בג"ץ לשמר את האמון הציבורי בניטרליות ובאובייקטיביות השיפוטיות, באמצעות ניכוסם של דימויים עממיים המבוססים על הדיכוטומיה הלכאורית בין מקצוענות לבין פוליטיקה, הינו מובן מבחינת האינטרס המוסדי של בית-המשפט בתיקוף הלגיטימיות של מעורבותו הציבורית, ואולי (במידה מסוימת) אף רצוי מבחינת האינטרס הציבורי הכולל (שכן ניפוץ מוחלט של דימויים אלה עלול לגבות מחיר מבחינת יכולתה של מערכת המשפט להטיל הגבלות אפקטיביות על יתר הרשויות השלטוניות ולמלא פונקציות חברתיות חיוניות נוספות).⁵² הטיעון הביקורתי שיוצג בהמשך אינו מתמקד בחשיפת המניפולטיביות הדיסקורסיבית של השיח השיפוטי כמטרה כשלעצמה (אכן, "החדשות של אתמול" מבחינת התיאוריה המשפטית),⁵³ אלא בניתוח המחירים החברתיים שעוללים להתלות בניתוב בלתי-מבוקר של הכרעות ציבוריות לעבר מוסד המבסס את הכרעותיו על מומחיות לכאורית בשקילה "אובייקטיבית" של ערכים ואינטרסים פוליטיים מתחרים, ככל שניתוב זה מחליש את חיוניותם של מנגנונים חלופיים המציגים את ההכרעות המתקבלות בהם כתוצר של פשרות פרגמטיות או של יחסי כוח נתונים בין המשתתפים בפרוצדורות ההכרעה.

2. התמורות שהתחוללו בייצוגים הרווחים של תפקידו החברתי-הפוליטי של בג"ץ בשיח הציבורי

במהצית השנייה של שנות השמונים החלו להתפתח דפוסי חדשים של שיח ציבורי העוסק באופן מפורש ואינטנסיבי בשאלות הנוגעות בתפקידו הראוי ובתפקודו המצוי של בג"ץ. תהליך זה שימש ביטוי וודו של התרחבות השימוש בליטיגציה ככלי טקטי ואסטרטגי בידי ארגונים לא-ממשלתיים ופוליטיקאים. את ההתפתחויות האלה אין לפרש רק כתגובות פרגמטיות על חלונות-הזדמנויות שנפתחו בעקבות התמורות שהתרחשו בשיטת המשפט הישראלית (כפי שנסקרו בסעיף הקודם), אלא גם כתוצר של תהליכים רחבים יותר שהתרחשו בתרבות הפוליטית בישראל. במסגרת הדיון הנוכחי לא אוכל להציג דיון מקיף וממצה בתהליכים רחבים אלה. אסתפק בהצגת שני כיווני חשיבה מרכזיים (שיפותחו בהמשך באופן פרטני לאורך הדיון בשני מקרי-המבחן) על-אודות מקורותיהם ומאפייניהם של

44 כך, למשל, טוען ברק: "הליכה על פי כללי הפרשנות מבטיחה את האובייקטיביות הנדרשת להליך הפרשני, ומבטיחה כי השופט לא יראה כמי שמטיל את דעותיו הסובייקטיביות על הציבור. היא גם שומרת על העצמאות והאוטונומיה של ההליך השיפוטי." אהרן ברק פרשנות במשפט כרך א - תורת הפרשנות הכללית 96 (1992).

45 ראו בירנהק, לעיל ה"ש 42, בעמ' 621.

46 לשני ניתוחים מרכזיים של המשמעויות והפונקציות הפוליטיות של השיח השיפוטי ראו: בהקשר האמריקאי - (1997) DUNCAN KENNEDY, A CRITIQUE OF ADJUDICATION; ובהקשר הבריטי - (1997) J.A.G. GRIFFITH, THE POLITICS OF THE JUDICIARY.

47 ברזילי, לעיל ה"ש 24; מאוסר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 134-136.

48 גד ברזילי "פרלמנטריזם ויריבויו: הפוליטיקה של המשפט הליברלי" חברה במראה: לזכרו של יונתן שפירא 359-377 (תנה הרצוג עורכת, 2000). ראו גם קץ המפלגות: הדמוקרטיה הישראלית במצוקה (דני קורן עורך, 1998).

49 על מודל "החברה המתדיינת" ראו: ROBERT A. KAGAN, ADVERSARIAL LEGALISM: THE AMERICAN WAY OF LAW (2001).

50 1 ALEXIS DE-TOCQUEVILLE, DEMOCRACY IN AMERICA 290-291 (1945).

הישירה לראשות הממשלה ושיטת הפריימריס), מחד גיסא, ובהיקף הסיקור התקשורתי של פעילותו של בג"ץ, מאידך גיסא. באופן דומה, ניתן להניח כי משנהפך הפולמוס בעד ונגד "האקטיביזם השיפוטי" לסוגיה המונחת במרכז סדר-היום הפוליטי, עוצמת ההתנגדות הפוליטית למעורבות-היתר המיוחסת לבג"ץ (אשר באה לידי ביטוי הן בהחרפת סגנון של ההתקפות הפומביות על החלטותיו והן בריבוי הצעות הרפורמה, החקיקתיות והאדמיניסטרטיביות, המבקשות להגביל באופן פורמלי את היקף הפיקוח השיפוטי) מונחת בחלקה גם היא על-ידי תמריצים אלקטורליים הנובעים מן העניין שיש לציבורי בוחרים מסוימים בצמצום מעורבותו של בג"ץ.

דוגמות אלה ממחישות כי חלק מהתהליכים המעצבים הן את הדרישה הציבורית והן את ההתנגדות הציבורית למעורבותו הפוליטית של בג"ץ מעוצבים בהתאם להיגיון הפנימי של ההתמודדות האלקטורלית במציאות של קיטוביות מפלגתית, ואינם מוכתבים לחלוטין על-ידי העמדות השיפוטיות המעוגנות בפסיקה. לכן הדרך הנכונה לאפיון מגמת המשפטיזציה היא כההליך דו-סטרי הכרוך לא רק במשפוטן של סוגיות פוליטיות, אלא גם בהתמסדותו של שיח פוליטי העוסק באופן גלוי ואינטנסיבי בפועלו של בג"ץ. אין ספק שלהתפתחות זו מתלוות כמה השלכות שליליות ניכרות על איכות הדיון הציבורי בתחום זה, תוך השלכת סטנדרטים של כוונות וחוסר ענייניות כחלק בלתי-נפרד מהדיון הציבורי העכשווי בנושא. עם זאת, חשוב להדגיש כי ברמה העקרונית, התעצמותו של הפולמוס הפוליטי העוסק באופן גלוי במדיניות השיפוטית המצויה והראויה אינה מהווה בהכרח התפתחות שלילית. שיה זה מוביל אומנם לשחיקת הדימוי האובייקטיבי והניטרלי של בית-המשפט, אך שחיקה זו עשויה גם להפרות את הדיון הציבורי בנושא, ולא רק לרדדו. בין היתר, התפתחות זו עשויה דווקא לסייע לכוחות פרוגרסיביים לנייד מודעות ציבורית לפוטנציאל הלא-ממומש של חוקי-היסוד כפלטפורמה לקידום יעדים של צדק חברתי ורגישות הומניטרית. בפרקים הבאים (ובמיוחד בפרק השישי) אבקש לבסס את טענתי בדבר הצורך בפיתוחה של חלופה זו, ולהצביע על התנאים החיוניים לפיתוחה בהינתן מאפייניו של הדיון הציבורי העכשווי בנושא.

ג. ביקורת האידיאולוגיה כפרספקטיבה תיאורטית לניתוח תפקודם החברתי-הפוליטי של בתי-משפט בדמוקרטיה הליברלית

בפרק זה אציג את ההקשר התיאורטי המרכזי שבמסגרתו אבקש לפרש, בשני הפרקים הבאים, את שאלת השפעתה של המשפטיזציה על שדה ההתמודדות עם שאלות של צדק חברתי ועם שאלות הנוגעות בהיבטים ההומניטריים של הכיבוש. הקשר התיאורטי זה מבוסס על הפרספקטיבה שביקורת האידיאולוגיה מציגה לניתוח התפקוד שבתי-משפט ממלאים במציאות החברתית-הפוליטית של הדמוקרטיה החוקתית. כאמור במבוא למאמר, הבחירה בהקשר תיאורטי זה נובעת מכך שביקורת האידיאולוגיה מציעה חלופה שיטתית להנחות היסודיות העומדות בבסיס ההצדקות המקובלות למגמת המשפטיזציה – הצדקות אשר נגזרות מהתפיסה הליברלית המתמקדת בתפקוד המרסן והמתנך שבית-המשפט ממלא

לרשותה (וולת ערוץ הליטיגציה) כדי להגדיר קווים אדומים להתנהלותם הפוליטית והאתית של נבחרי הציבור ולקבוע תמריצים שליליים בתגובה על חצייתם (למשל, באמצעות מחאה אלקטורלית או עממית). במישור האלקטורלי, הגידול שהתחולל בהיקף העתירות המוגשות לבג"ץ לאורך שני העשורים האחרונים התחולל במקביל לירידה המשמעותית בשיעור ההצבעה לכנסת.⁵¹ איני טוען כי יש קשר סיבתי בין שתי המגמות, אלא כי שתיהן ניוונות מהטמעה תרבותית של תפיסות המשקפות נסיגה (retreat) מהמאמץ למצות את הפוטנציאל הטמון בזירה הפרלמנטרית ככלי להנעת שינוי חברתי. אחד החששות העיקריים שאבקש להצביע עליהם במסגרת הדיון במקרי-המבחן הוא כי הסתמכות-היתר על "תרופות" שיפוטיות לחולי הפרלמנטריום הישראלי עלולה להוביל להחלשת מנגנוני החיסון החוק-משפטיים, כלומר, לשחיקת מידת כשירותם של מנגנוני הבקרה וההתנגדות החוק-שיפוטיים שהשיטה הדמוקרטית מעמידה לרשות החברה האזרחית. הבעייתיות הטמונה במגמה זו מחריפה, כך אטען, לנוכח הניסיון שהצטבר במהלך הרחבת השימוש בליטיגציה כמסלול מקובל של מתאה אורחית נגד המדיניות השלטונית שאומצה בתחומים הכלכלי והבטחוני. ניסיון זה מצדיק הטלת ספק עמוק במידת כשירותו ומחויבותו של בית-המשפט להגשים את הציפיות הנתלות בו.

(ב) הערה על מקורותיהם, מגבלותיהם והפוטנציאל הבלתי-ממומש של דפוסי הדיון הפוליטי סביב פעילותו של בג"ץ בעידן המשפטיזציה

תמורות מהותיות התחוללו גם בדפוסי הדיון הפוליטי על-אודות פועלו המצוי והרצוי של בג"ץ. בהקשר זה חשוב לציין, על רקע הנטייה הרווחת לייחס תופעה זו לפלישתו "האימפריאליסטית" (כביכול) של בג"ץ לתחומי הדיון הפוליטי, כי נבחרי הציבור מילאו תפקיד פעיל ומרכזי בהשרשת הדרישה הציבורית למתן פתרונות שיפוטיים לסוגיות פוליטיות מובהקות. כך, למשל, החל בשנות התשעים חל גידול תלול בהיקף העתירות שנבחרי הציבור מגישים לבג"ץ,⁵² תוך שהם מניחים לפתחו שאלות העומדות בלב-ליבה של העשייה הפרלמנטרית. כפי שהראו יואב דותן ומנחם הופגונג, את מקורותיה של מגמה זו ניתן לייחס להופעתם של מגוון תמריצים חדשים המעודדים פוליטיקאים להעדיף את מסלול הליטיגציה על ערוצים פרלמנטריים ממוסדים כאמצעי להשפעה על המדיניות הציבורית ולהגברת חשיפתם התקשורתית, בעקבות שינויים שהתחוללו בראשית שנות התשעים בפרוצדורות הבחירה של פוליטיקאים ברמה הארצית וברמה המפלגתית (מיסוד הבחירה

51 שיעור ההצבעה בבחירות לכנסת העשירית (שהתקיימו בשנת 1981) עמד על 78.5% מבעלי זכות ההצבעה. בבחירות שהתקיימו לכנסת השבע-עשרה (שהתקיימו בשנת 2006) עמד שיעור ההצבעה על 63.5%. ראו "שיעור ההצבעה הנמוך בתולדות המדינה: 63.2% Ynet 28.3.2006; דליה שחורי "דור שלם אדיש, או לפחות מיואש" הארץ 13.3.2006.

52 שיעור העתירות המוגשות על-ידי חברי-הכנסת לבג"ץ כמעט הוכפל במחצית הראשונה של שנות התשעים (28.4 בממוצע לשנה בין השנים 1991 ו-1995, לעומת 15.75 בממוצע לשנה בין השנים 1986 ו-1989) (Dotan & Hofnung), לעיל ה"ש 20, בעמ' 89. חשוב לציין כי תופעה זו חוצה מחנות פוליטיים.

הדעת השיפוטית על הנחות "השכל הישר" של השופט.⁵³ כפי שנראה בפרק ד, טענה זו תקפה גם לגבי האופן שבו עיצב בית המשפט את המסגרת הפרשנית המשמשת לקביעת המשמעויות החוקתיות של המונחים "כבוד האדם" ו"חופש העיסוק". נבקש לבחון, אם כך, אם קיים מתאם בין הנחות החשיבה המותקנות לתוך המסגרת הפרשנית המשמשת את בית המשפט כדי לפרש את הלגיטימיות של המדיניות השלטונית (בהקשרים הדוקטרינריים של המשפט המנהלי והחוקתי) לבין האינטרסים של קבוצות חברתיות דומיננטיות (בהקשר המעמדי ובהקשר האתנוקרטי). הרכיב השני של הפעילות השיפוטית שנתמקד בו נוגע באופן שבו השופט מבקש לתקף את האובייקטיביות והניטרליות של פרשנותו. נבקש לבחון בהקשר זה אם וכיצד, אגב תיקופה של הבחירה השיפוטית בפרשנות מסוימת של המונחים "כבוד האדם" ו"חופש העיסוק", בית המשפט פועל להדרתן של דרכים חלופיות לחשיבה על האופן שבו ראוי וניתן לארגן את היחסים החברתיים והפוליטיים, וכך פועל בעקיפין להכשרת הלגיטימיות של המדיניות השלטונית הקיימת. בהקשר של מגבלות התרבות הפוליטית בעידן המשפטיוציה, ניתוח התפקיד שמילא בגי"ץ בשני הקשרים אלה ישמש הזמנה לחשיבה מחודשת על מחיריה ומגבלותיה של הנטייה לנתב את המאבק נגד המדיניות השלטונית בתחומים אלה לכיוונו של בית המשפט, במקום לערוצים מוסדיים ואורחיים חלופיים.

בית המשפט כמנגנון מדינה אידיאולוגי – הכלי התיאורטי המרכזי השני שאשתמש בו נשען על עבודתו של הסוציולוג הצרפתי לואי אלתוסר (Louis Althusser). המפרש את תפקודו של בית המשפט כמנגנון מדינה אידיאולוגי.⁵⁴ עבודתו של אלתוסר מתמקדת באופן שבו רעיונות המשרתים את האינטרסים של קבוצות חברתיות דומיננטיות מגולמים בפרקטיקות חברתיות ומוסדיות רווחות, ובאופן שבו השתתפותם של סובייקטים חברתיים בפרקטיקות אלה מעצבת את תודעתם האזרחית והפוליטית. לטענתו, יחסי אי-שוויון חברתי משתמרים לאורך זמן באמצעות פעולתם המשולבת של שני סוגי מנגנונים – מנגנוני המדינה הדכאניים ומנגנוני המדינה האידיאולוגיים. מנגנוני המדינה הדכאניים (למשל, המשטרה, מערכת הענישה והתוצאה לפועל) פועלים לאכיפת האינטרסים של המעמד השליט באמצעות הפעלה פיזית של כוח או באמצעות איום (בר-מימוש) בהפעלת כוח. הפעלתם של מנגנונים אלה מתאפשרת באמצעות החוקתה של המדינה כמונופול על הפעלת אמצעי הכפייה הלגיטימיים בתחומה הטריטוריאלי. לעומתם, המנגנונים האידיאולוגיים אינם מזוהים באופן פורמלי עם המדינה. חלקם פועלים תוך עצמאות מבנית ואף מתוך אתוס

ביחס ליתר הרשויות השלטוניות.⁵⁵ פרק זה יתמקד אם כך בהצגת שני הכלים הפרשניים המרכזיים שבהם אשתמש – המושגים "הגמוניה" ו"אידיאולוגיה" – תוך ניסיון להבהיר את התפקיד התיאורטי שהם ממלאים במסגרת הביקורת הרדיקלית נגד האמונה בכוחם של בתי-משפט לשמש מנוף לקידום שינוי חברתי פרוגרסיבי. לא למותר לציין כי מטרתו של הפרק אינה להציג דיון ממצה בשימושיהם התיאורטיים של מושגים אלה, אלא רק לספק לקוראים הוקקים לכך היכרות ראשונית עם הכלים הפרשניים שבהם ייעשה שימוש בהמשך המאמר.⁵⁶

המושג "הגמוניה" – בכתביו של הפילוסוף האיטלקי אנטוניו גרמשי (Gramsci) המושג "הגמוניה" מתייחס לתהליך תרבותי שבמהלכו מערכת תפיסות המייצגת את האינטרסים של קבוצות חברתיות דומיננטיות (למשל, קבוצה מגדרית, מעמדית או אתנית שלטת) מצליחה להתבסס כדגם המכונן את דפוסי החשיבה של החברה בכללותה. מערכת זו של אופני חשיבה מעצבת את הנחות "השכל הישר" שבזרעו הסובייקטים מפרשים ומעריכים את האופן שבו ניתן וראוי לעצב את ההסדרים הפוליטיים בחברתם. התבססותן של תפיסות אלה כבעלות מעמד "אובייקטיבי" ו"ניטרלי" מסייעת לדחוק לשוליים או אל מחוץ לגבולות הדיון (השיפוטי, הפוליטי, המוסרי) דרכי חשיבה חלופיות על האופן שבו יש לעצב את המציאות החברתית-הפוליטית, תוך הצגת חלופות אלה כבלתי-שימושיות או כפרטיקולריסטיות.

השאלה המעסיקה אותנו בהקשר של הדיון הנוכחי נוגעת בזיהוי תפקידם הייחודי של בתי-המשפט – כמוסדות המכריעים באופן אוטוריטיבי בשאלות של צדק על-סמך טענה למומחיות בהפעלתן של פרוצדורות אובייקטיביות וניטרליות – בתהליך ייצוב מעמדן ההגמוני של דרכי חשיבה מסוימות על הסדר החברתי-הפוליטי הקיים.⁵⁷ נתמקד במיוחד בשני רכיבים של הפעילות השיפוטית. הרכיב הראשון הוא ההנחות המובלעות בבחירותיו הפרשניות של השופט בבואו לקבוע את משמעותם החוקתית של מונחים כוללניים (כגון "כבוד האדם" או "חופש העיסוק") וליישם את הכלים הפרשניים העומדים לרשותו לצורך פיקוח על המדיניות השלטונית. כפי שמדגיש מנחם מאוטנר, הן האופן שבו עוצבה עילת הסבירות כנורמת על משפטית, והן מבחני-המשנה שנקבעו במסגרת עילת המידחיות בפסיקת בית-המשפט לאורך עידן המשפטיוציה, משתיתים חלק ניכר מהפעלת שיקול-

53 ראו הדוגמות המובאות לעיל בה"ש 13-14 ובטקסט הצמוד.

54 לקריאה נוספת בעניין המושגים "הגמוניה" ו"אידיאולוגיה" ראו ארנסטו לקלאו ושנטל מוף הגמוניה ואסטרטגיה סוציאליסטית (עידית שורר מתרגמת, 2004); טרי איגלטון אידיאולוגיה: מבוא (אודן מוקד מתרגם, 2006). ליישומי התיאורטיים של המושג "אידיאולוגיה" בתיאוריה המשפטית ראו, למשל: Alan Hunt, *The Ideology of Law*, in *EXPLORATIONS IN LAW AND SOCIETY* Ch. 6 (1993); Hugh Collins, *Marxism and Law* Ch. 3 (1982).

55 אנטוניו גרמשי על ההגמוניה (אלון אלטרס מתרגם, 2004).

56 על האופן שבו פרשנויות משפטיות משתתפות בביסוס מעמדן האובייקטיבי של הבניות מצב פטריארכליות ראו, למשל: Catharine A. MacKinnon, *Method and Politics*, in *TOWARDS A FEMINIST THEORY OF THE STATE* 106 (1989).

57 מאוטנר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 14.

58 לואי אלתוסר על האידיאולוגיה (אריאלה אזולאי מתרגמת, 2003). ראוי להדגיש כי איני מאמץ את הפרשנות האלתוסריאנית במלואה. במיוחד אבקש להסתייג מתפיסתו הרואה בסובייקט תוצר סביל של המנגנונים האידיאולוגיים ומטענתו כי ההבחנה בין החברה האזרחית למדינה הינה מלאכותית. הגישה המנחה אותי, כפי שהבהרתי במבוא וכפי שתוצג בהרחבה בפרק השישי, מבוססת על ההכרה בקיומו של מרחב אוטונומי הן בתודעה הסובייקטיבית והן בתודעה הקולקטיבית (כפי שהיא משתקפת בפרקטיקות של מנגנוני החברה האזרחית). גישה זו עולה בקנה אחד עם תפיסתו של מרקס עצמו ביחס למושג "אידיאולוגיה".

של יחסי כוח אלה (עם זאת, מובן שגם מודל תיאורי זה מתאפיין במגבלות תיאורטיות מסוימות, ואלה יידונו בהרחבה בפרק השישי).

הגלישה שיוחסה להצדקותיה של מגמת המשפטיוציה נובעת מהשילוב בין הערנות הליברלית הגבוהה לכוח הפגיעה הפוטנציאלי של השלטון בחירות הפרט לבין הנטייה למקם את בית המשפט כתרופה האולטימטיבית נגד סכנה זו (ולא כמנגנון המשתתף בכינון התנאים המאפשרים לשלטון למסד ולחקף את הלגיטימיות של פגיעות מסוג זה). נטייה זו מוצאת ביטוי פרגמטי בכתיבתו של דבורקין, המהלל את סמכותו של בית המשפט להכריז על אי-חוקתיותה של מדיניות שלטונית מסוימת בגין פגיעתה בזכויות הפרט (מהלך שאותו הוא ממשיך לשליפה דרמטית של "קלף ניצחון") כמכשיר המשוכלל ביותר העומד לרשות החברה האזרחית בדמוקרטיה הליברלית כדי להתדיין ולהכריע בשאלת המטרות הלגיטימיות של הפעילות השלטונית.⁶¹ מבחינה תיאורית, אפיון זה של התפקיד שבית המשפט ממלא בהתנהלותה השוטפת של השיטה הדמוקרטית אינו רק מוגזם (למשל, מבחינת תדירות נכונותו של בית המשפט להתערב ולהטיל וטו מסוג זה,⁶² או מבחינת יכולתו להשפיע על תחומי מדיניות נרחבים באמצעות הכרזות מסוג זה),⁶³ אלא גם עלול,

61 Ronald Dworkin, *Rights as Trumps*, in THEORIES OF RIGHTS 153 (Jeremy Waldron ed., 1984).

62 ראו את הנתונים הכמותיים שהוצגו לעיל (בטקסט הסמוך לה"ש 11) בנוגע לשיעור המקרים שבהם בג"ץ מעניק צו מוחלט לטובת העותר.

63 GERALD ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (1991). מחקרו של רוזנברג בחן את ההשפעה (אימפקט) של כמה מציוני-הדרך ההלכתיים המרכזיים שנקבעו על-ידי בית המשפט העליון האמריקאי בשנות החמישים והשישים, והראה כי יכולתן של פסיקות אלה להביע שינוי חברתי נשענה באופן מכריע על מנגנונים המצויים מחוץ לטווח ההשפעה הישיר של בית המשפט. כך, למשל, הראה רוזנברג כי ציון-הדרך ההלכתי שנקבע בעניין *Brown vs. Board of Education* בשנת 1954 (פסילת חוקתיותה של ההפרדה הבין-גזעית במוסדות חינוך ציבוריים) לא חולל שינוי חיובי בהיקף הסגרגציה במדינות הדרום כל עוד פסיקת בית המשפט לא נתמכה על-ידי המנגנונים הארמיניסטרטיביים והביורוקרטיים שנדרשו לאוכפה. השינוי המיוהל התרחש, הוא מראה, רק באמצע שנות השישים, בעקבות חקיקת זכויות האזרח הנרחבת על-ידי הקונגרס ומיסוד מפורש ומקיף יותר של סמכויות האכיפה בנושא. מכיוון שהספרות הבוחנת את השפעת מאפייניו המוסדיים של בית המשפט על כושר השפעתו מתבססת על שיטות חקירה והנחות נפרדות מאלה של ביקורת האידיאולוגיה, חשוב להדגיש את ההקשר הקונקרטי שבו ייעשה שימוש בתובנות השאובות מספרות זו. שימוש זה יבקש לתמוך בטענה כי התפיסה המייחסת לבג"ץ את היכולת המוסדית להוביל שינוי חברתי בסוגיות הנוגעות במדיניות הרווחה או בהיבטים הומוניטריים של משטר הכיבוש (תפיסה העומדת בבסיס הבחירה לנחב חלק ניכר ממאמצי המחאה נגד המדיניות השלטונית בתחומים אלה לעבר ערוץ הליטיגציה) נשענת על הנחות בעייתיות בדבר כושר הפעולה וההשפעה הממשי של בג"ץ. ביסוס הטענה כי ניתוח זה עשוי למלא פונקציות אידיאולוגיות בתיקוף הלגיטימיות של המדיניות השלטונית יחייב להביא בחשבון טענות

של פיקוח ובקרה על השלטון (למשל, אמצעי התקשורת, התרבות הפופולרית והאקדמיה).⁶⁴ תרומתם של המנגנונים האידיאולוגיים לייצוב הסטטוס-קוו הפוליטי טמונה בתפקיד שהם ממלאים בתהליכי החברות (סוציאליזציה) של הסובייקט הפוליטי, ובמיוחד בכך שהם מעצבים צורות חשיבה המובילות להטמעה תרבותית רחבה של פרשנויות הגמוניות של המציאות החברתית. כדוגמה ניתן לציין את "אתוס החלום האמריקאי", שעיקר הפצתו מתאפשרת באמצעות צריכת התרבות הפופולרית, ולא כחלק מפרוגרמה פוליטית. אתוס זה מאפשר לקבוצה מעמדית מצומצמת להשליט את תמונת העולם המתארת את חוויותיה שלה כדגם המעצב את ציפיותיהם ותפיסותיהם של כלל המעמדות החברתיים. מבחינה עובדתית, החברה האמריקאית מתאפיינת בפערי חלוקת העושר החריפים ביותר בעולם המערבי ובניעות חברתית נמוכה מן המקובל ברוב הדמוקרטיות המפותחות.⁶⁵ אולם ההטמעה הקוגניטיבית-התרבותית של אתוס זה מתמצת את המעמד הנמוך ומעמדה הביניים לנסות להשתלב במידון הקפיטליסטי, ומחלישה את התנאים המאפשרים לנייד מחאה פוליטית נרחבת נגד ההסדרים המסכלים חלוקה צודקת יותר של העושר.

במודל האלתוסריאני, המשפט ממוקם כיצור-כלאיים המשלב בו-זמנית מנגנונים דכאניים ואידיאולוגיים. המשפט נתפס כשילוב בין מערכת של מוסדות המסדירים התנהגויות באמצעי כפייה לבין מערכת של רעיונות המשפיעים על האופן שבו חברי הקהילה הפוליטית מפרשים ומעריכים את הלגיטימיות של הסדר החברתי-הפוליטי הקיים. בהקשר של הפולמוס בין שתי הפרדיגמות, ניתן להתייחס אל המודל האלתוסריאני כאל חלופה תיאורית לקושי של הליברליזם להתמודד עם המתח בין המימד השלטוני לבין המימד האנטי-שלטוני של המשפט. מתח זה מתגלה בכך שמחד גיסא, בית המשפט נתפס (בתיאוריה הליברלית) כמוסד אשר מאזן וכולם את השלטון, ומאידך גיסא, בית המשפט מהווה חלק בלתי-נפרד מהמערך השלטוני, ולפיכך משתתף באכיפת ההסדרים הפוליטיים אשר מגלמים ומייצבים את יחסי הכוחות הפוליטיים הקיימים. ההצדקות התיאורטיות של מגמת המשפטיוציה מבוססות על גלישה מהטענה כי בית המשפט פועל, במקרים מסוימים, לפסילת סימפטום נקודתי של האופן המערכתי שבו מנגנוני המדינה פועלים לאכיפת האינטרסים של קבוצות דימיננטיות, אל הטענה כי מעורבות שיפוטית נרחבת בהתמודדות עם בעיות חברתיות ופוליטיות עשויה לסייע בערעור יציבותן של ההיררכיות החברתיות והפוליטיות הקיימות. אולם אם אנו מכירים בכך שהמשפט משמש לא רק להגבלת השלטון, אלא גם ממלא פונקציות מסוימות במסגרת המערך השלטוני, אזי כיצד ניתן להבטיח כי הרחבה בלתי-מבוקרת של תחומי ההתערבות של בית המשפט תחזק דווקא את "דוקטור ג'קיל", ולא את "מיסטר הייד"? המודל האלתוסריאני מספק פתרון תיאורי, לפחות מבחינת הניסיון להכליל את שני ממדיו של המשפט בתוך מודל עקיב (קוהרנטי) המסביר כיצד בית המשפט מסייע בייצוב יחסי הכוח הקיימים גם כאשר הוא פוסל סימפטומים נקודתיים

59 על הקולנוע ההוליוודי כמנגנון אידיאולוגי ראו ניצן בן-שואל מבוא לתיאוריות קולנועיות 104-112 (2006). על החינוך המשפטי המסורתי כפרקטיקה אידיאולוגית ראו: DUNCAN (2004) KENNEDY, LEGAL EDUCATION AND THE REPRODUCTION OF HIERARCHY.

60 "Inequality in America", *Economist*, 15.6.2006.

1. עליית המודל הניאו-ליברלי כמקור האתגרים האמניפיטוריים בתחום הצדק החברתי למן שנות השמונים

למן הקמת המדינה ועד לשנות השמונים של המאה העשרים עוצבה המדיניות השלטונית בתחומי הכלכלה והרווחה בישראל בהתאם למודל של מדינת-הרווחה. מודל זה התבסס על התפיסה העקרונית שלפיה המדינה מחויבת ומסוגלת להבטיח לאזרחיה רמה סבירה של שוויון כלכלי וביטחון תעסוקתי. המאמץ להגשמת אידיאל זה התבסס על שלושה ערוצים עיקריים של מעורבות ממשלתית: (א) הסדרה נרחבת של יחסי העבודה במשק באמצעות הסכמים משולשים בין הממשלה, המעסיקים והסתדרות; (ב) תקצוב ממשלתי נרחב של שירותי רווחה, ומיסוד התפיסה העקרונית כי מחויבותיה של המדינה בתחום הרווחה אינן מתמצות בהספקת "רשת-מגן" אחרונה לאוכלוסיות הנוקדות (באמצעות קצבאות וביטוחים), אלא מתייחסות גם להספקה שוויונית של שירותים ציבוריים ברמה סבירה לכלל האוכלוסייה (למשל, בתחומי הבריאות והחינוך); (ג) מדיניות מקרו-כלכלית המבוססת על התפיסה הקיינסיאנית (Keynesian) הדוגלת בהתערבות משמעותית של המדינה בפעילות הכלכלית (במטרה להשפיע על צד הביקוש).⁶⁴ אף ששיח הזכויות שגובש בפסיקת בית-המשפט העליון באותן שנים לא פיתח בהרחבה את מעמדן של הזכויות החברתיות, סוגיות אלה טופלו באופן מקיף יחסית באמצעות חקיקה ומדיניות אדמיניסטרטיבית,⁶⁵ תוך שהאתוס הסוציאליסטי והממלכתי שייצג את הדומיננטיות הפוליטית של תנועת העבודה, ההטמעה התרבותית העמוקה של ערכים קולקטיביסטיים והמבנה הריכוזי של המשק הישראלי אפשרו את פיתוחו של מערך מקיף של ביטחון סוציאלי.⁶⁶

עלייתו של המודל הניאו-ליברלי, החל בשנות השמונים, כדגם חלופי לארגון מוסדות המדינה ולהתווית המדיניות הציבורית מתבססת על ערעור התפיסה העקרונית שלפיה המדינה מסוגלת ומחויבת להבטיח רמה גבוהה של שוויון כלכלי וביטחון תעסוקתי, בין היתר לנוכח השינויים שהתחוללו באופני הייצור הקפיטליסטי בעשורים האחרונים על רקע מגמת הגלובליזציה.⁶⁷ תפיסה עקרונית זו מיושמת באמצעות נסיגה מכוונת משלושת

כך אטען, להוביל להקניית מודעותו ורגישותו של הפרשן הליברלי להשלכות הלא-רצויות הנוצרות דווקא בעקבות הרחבת מעורבותו של בית-המשפט בחיים הציבוריים (במיוחד, על האופן שבו מתנהל הדיון הציבורי בסוגיות שונות). ביקורת האידיאולוגיה מסייעת בהבנה שיטתית של השלכות אלה מפני שהיא מפנה זרקור אל המהלכים הפרשניים שבאמצעותם אינטרסים חברתיים ופוליטיים מתורגמים למושגי השיח המשפטי, ובוהנת באופן ביקורתי את התפקיד שהשיח המשפטי ממלא בהבנייתם ובהטמעתם של הפוסי השיבה סובייקטיביים וקולקטיביים. מאידך גיסא, כפי שאטען בפרק השישי, מיקוד יתר זה הוא בעוכריה, בסופו של דבר, מבחינת יכולתה להציג הסבר ממצה ביחס לפוטנציאל האמניפיטורי הצומח מתוך המורכבות הפנימית של המשפט. אעבור כעת להצגת שני מקרי-המבחן המדגימים את הטענות שהוצגו עד כה.

ד. משפט סוגיות של צדק חברתי בעידן המשפטיות

בפרק זה אבקש לבחון כיצד השפיעה המשפטיות על יכולת ההתמודדות של החברה הישראלית עם שחיקת המימד הסוציאלי של תפיסת האזרחות לאורך שני העשורים האחרונים ועם השפעתה של שחיקה זו על הקיטוב המעמדי בישראל. את הסוגיה הזו יש לבחון בשני הקשרים: ראשית, האם התגברות נכונותו של בג"ץ לדון בעתירות שיש להן השלכה תקציבית וחלוקתית נרחבת, כחלק מהרחבת תחומי השפיעות, הפכה את הפורום השיפוטי לזירה אפקטיבית להתמודדות עם דילמות של צדק חברתי? שנית, כיצד השפיעו השינויים שהתחוללו בתרבות הפוליטית בישראל בכללותה, בעקבות התגבשותה של מגמת המשפטיות, על חוסנם של מנגנוני הבקרה וההתנגדות הנוספים שהשיטה הדמוקרטית מעמידה לרשות החברה האזרחית כדי להתנגד למדיניות שלטונית המובילה להנצחתם ולהרחבתם של פערים חברתיים? בשאלות אלה נדון בסעיפים 2 ו-3, בהתאמה. לפני כן, בסעיף 1, אציג בקצרה את ההקשר ההיסטורי שבמסגרתו יש להבין את האתגרים העומדים על סדר-היום הציבורי בתחום זה, ואת ההקשר התיאורטי שבמסגרתו אבחן את השאלות המרכזיות שהוצגו לעיל. ההקשר ההיסטורי נובע מכרסום יסודותיה של מדינת-הרווחה הישראלית ומהתרחבות השפעתו של המודל הניאו-ליברלי כבסיס רעיוני לארגון מוסדות המדינה ולהתווית המדיניות הציבורית בתחומי הכלכלה והרווחה. ההקשר התיאורטי עוסק בביקורת היבטיו האידיאולוגיים של שיח הזכויות, אשר גהפך בעידן המשפטיות לשיח מרכזי לא רק בהנמקותיו של בית-המשפט, אלא גם בעיצוב האופן שבו הפרטים מפרשים ומעריכים את הלגיטימיות של ההתנהלות השלטונית ואת התנהגותו של הוולת.

והנחות נוספות (אשר, כשלעצמן, אינן מוצגות באופן מקיף על-ידי הספרות הבודדת את היבטיו המוסדיים של המוסד השיפוטי). על חשיבות השילוב בין שתי אספקלריות תיאורטיות אלה לניתוח כושר השפעתם של בתי-משפט, ראו: Jonathan Simon, *The Long Walk Home*, *to Politics*, 26 L. & Soc. Rev. 923, 940 (1992).

64 לדיון ביסודותיו של מודל מדינת-הרווחה ראו אברהם דורון מדינת הרווחה בעידן של תמורה 1-41 (1985).

65 ראו דפנה ברק-ארז "מדינת-הרווחה בישראל - בין החקיקה לבירוקרטיה" עבודה, חברה ומשפט 175, 175-178 (2002).

66 יש להימנע כמובן מאידיאליזציה של האופן שבו מומשו האידיאלים האגליטריאניים המוצהרים של מדינת-הרווחה בישראל בשנים אלה. זאת, בין היתר, בשל פעולתם של מנגנונים ביורוקרטיים ותרבותיים שלא אפשרו לקבוצות מסוימות לממש את זכאותם (בין היתר על רקע שיוך מפלגתי, חברות בהסתדרות וזהות עדתית, אתנית ומגדרית), ועל רקע מגבלותיו המבניות של מודל מדינת-הרווחה בהגשמת מטרותיו המוצהרות.

67 לדיונים מקיפים ביסודותיו ההיסטוריים והרעיוניים של המודל הניאו-ליברלי, וכן בהשלכותיו החברתיות, ראו: Andrew Glyn, *Capitalism Unleashed: Finance, Globalization and Welfare* (2007); David Harvey, *A Brief History of Neoliberalism* (2005).

דפוסי ההתערבות הממשלתית שצוינו לעיל. בהתאמה, המודל הניאו-ליברלי מבוסס על: (א) ארגון מחדש של שוק התעסוקה, תוך חתירה ל"הגמשת" יחסי העבודה ולהכפפת כוח העבודה ל"משמעת השוק" - מגמה המתבטאת בצמצום שיעור ההתאגדות וכושר המיקוח הקולקטיבי של ארגוני העובדים⁶⁶ ובגידול בשיעור המועסקים אשר אינם זכאים למלוא היקפן של הזכויות הסוציאליות (למשל, באמצעות העסקתם דרך קבלני-משנה ובחוזים אישיים);⁶⁷ (ב) מסחור של שירותי רווחה (למשל, בתחומי הבריאות⁶⁸ והסיעוד⁶⁹), וכתוצאה מכך התניה הולכת וגוברת של אפשרות הגישה לשירותים אלה ביכולת לשלם בעבורם; (ג) מדיניות מקרו-כלכלית מוניטריסטית, ריסון פיסקלי וחתירה לצמצום מעורבותה של המדינה בפעילות הכלכלית (למשל, באמצעות דה-רגולציה, הפרטת שירותים ונכסים ציבוריים, או יצירת מרחב להספקת שירותים "משלימים" על-ידי ספקים פרטיים).⁷² שינויים מכניים עמוקים ומקיפים אלה עודדו את הצמיחה במשק בתקופות שונות לאורך שני העשורים האחרונים, ואפשרו לכלכלה הישראלית להשתלב במסגרת חוקי המשחק המשתנים של הכלכלה העולמית. אולם, כמו במדינות אחרות שאימצו את המודל הניאו-ליברלי,⁷³ התלוו לתהליכים אלה הרחבת של הפערים המעמדיים וחלוקה לא-שוויונית של פירות הצמיחה הכלכלית.⁷⁴ החרפה זאת משתקפת, בין היתר, בגידול ניכר בשיעורי אי-השוויון בחלוקת ההכנסות במשק (ישראל ממוקמת כיום במקום השני (המפוקפק) בדירוג העולמי של מדד ג'יני, המודד את אי-השוויון בחלוקת ההכנסות בקרב המדינות המתועשות),⁷⁵ בגידול משמעותי בשיעור

68 ראו ינון כהן, יצחק הברפלד, גיא מונדלק ויצחק ספורטא "שיעור העובדים המאורגנים בארגוני עובדים ושיעור הכיסוי של הסכמים קיבוציים: עבר, הווה ועתיד" עבודה, חברה ומשפט 15 (2004); פרנסס רדאי ונועם גיל-עד "ארגוני עובדים ומשא ומתן קיבוצי בישראל - מבט אל המאה ה-21" משפטים לד 39 (2004).
 69 דני פילק פופולזים והגמוניה בישראל 142 (2006).
 70 ראו אייל גרוס "בריאות בישראל - בין זכות למצרך" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 393 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); דני פילק "בריאות עוברת לטווח: הרפואה הציבורית בישראל בין המדינה, החברה האזרחית והשוק" חברה אזרחית בישראל 262 (יואב פלד ועדי אופיר עורכים, 2001); דני פילק "הפרויקט הניאו-ליברלי ותהליכי ההפרטה במערכת הבריאות" צדק חלוקתי בישראל 375 (מנחם מאוטנר עורך, 2000).
 71 ג'וני גל "הפרטת שירותי מדינת הרווחה: המקרה הישראלי" חברה ורווחה טו 7 (1994). כך, למשל, בעוד שבשנת 1980 שהו 61% מהחוסים במעונות הנמצאים בבעלות ממשלתית, ו-25% במוסדות פרטיים, בשנת 1990 שהו רק 43% מהחוסים במוסדות ממשלתיים, לעומת 32% במוסדות פרטיים. פילק, לעיל ה"ש 69, בעמ' 157.
 72 פילק, שם, בעמ' 152-160.
 73 אורי רם הגלובליזציה של ישראל 77-81 (2005).
 74 ראו שלמה סבירסקי ואתי קונור-אטיאס המונת מצב חברתית 2007 (פרסומי מרכז אדוה, 2007) [www.adva.org/UserFiles/File/tmunatmazav07draft\[1\].pdf](http://www.adva.org/UserFiles/File/tmunatmazav07draft[1].pdf).
 75 ראו: Israel - Social-Economic Review 2007 (פרסומי מרכז טאוב לחקר המדיניות החברתית בישראל, 2007) www.taubcenter.org.il/files/Socio-Economic%20Review-2007.pdf.

המשפחות שהכנסתן הכלכלית מצויה מתחת לקו-העוני (ובמיוחד בשיעור הילדים המצויים מתחת לקו-העוני),⁷⁶ ובעלייה תלולה בשיעור העוני בקרב שכירים.⁷⁷ נסיגתה של המדינה מהמחויבויות הסוציאליות שנשלה על עצמה במסגרת המודל של מדינת-הרווחה מעוררת שורה של שאלות עקרוניות הנוגעות בדמותה המתהווה של החברה הישראלית. שאלות הנוגעות, למשל, בקיומה ובהיקפה של המחויבות השלטונית לפעול לצמצום של פערים חברתיים, או למצער למניעת הרחבתם, וכן שאלות הנוגעות בטיבם ובהיקפם של האמצעים שהמדינה נדרשת לנקוט כדי לממש מחויבות עקרונית זו, מתעוררות ביתר שאת על רקע התמורות העמוקות המתחוללות במדיניות הציבורית בתחומי הכלכלה והרווחה. בעידן המשפטיזציה, בשל הטמעתה של התפיסה הרואה בבית-המשפט שותף מרכזי בעיצוב דמותה הערכית של המדינה, חלק ניכר מאמצי המחאה וההתנגדות לנוכח ההשלכות המקטבות של המדיניות הניאו-ליברלית מנותבות באופן הולך וגובר לכיוונו של בית-המשפט.⁷⁸ בפרק זה אציג את הפרשנות שביקורת האידיאולוגיה מציעה להבנת התפקיד שמילא בית-המשפט בהכשרת הלגיטימיות הציבורית ובמיסוד מעמדו ההגמוני של המודל הניאו-ליברלי בישראל, וכנגזרת - את גישתה הספקנית של פרדיגמה זו ביחס לכשירותה המבנית של מגמת המשפטיזציה לשכלל את ערוצי המחאה וההתנגדות האזרחית לנוכח התהליכים הפוליטיים המובילים להחרפת הפערים המעמדיים בישראל.

הבסיס התיאורטי לניתוח שאציג נשען על הביקורת הכללית שביקורת האידיאולוגיה מציעה ביחס לשיח הזכויות. ביקורת זו, שמקורה בהגותו של מרקס, נשענת על שתי טענות מרכזיות. הטענה הראשונה היא כי האופן שבו בית-המשפט מפרש את הזכויות תשונות ומכריע בדבר משקלן היחסי מבוסס על החלט סדרי העדיפויות של המעמד השליט (וקבוצות דומיננטיות אחרות), כאמת-מידה מחייבת להכרעת שאלות של צדק, תוך הסוואת המימד

76 אחוז הילדים המשתייכים למשפחות שהכנסתן הכוללת מצויה מתחת לקו-העוני גדל מ-23.1% בשנת 1979 ל-36.7% בשנת 1999. רם, לעיל ה"ש 73, בעמ' 83.
 77 בשנת 1989, 21% מן העניים היו שכירים, ואילו בשנת 2006 עלה שיעורם לכדי 36.7%; בשנת 1989, כ-10% מקרב השכירים היו מתחת לקו-העוני, ואילו בשנת 2006 עלה שיעורם לכדי 18.8%. סבירסקי וקונור-אטיאס, לעיל ה"ש 74, בעמ' 17.
 78 ראו יואב דותן "בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 69, 89 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). כך, למשל, בשנים האחרונות, בעקבות התגברות המחאה הציבורית נגד המדיניות הכלכלית שהוביל משרד האוצר בהנהגת בנימין נתניהו, הונחו לפתחו של בג"ץ שורה של סוגיות עקרוניות התוקפות את הלגיטימיות של המדיניות הניאו-ליברלית בתחומים שונים. ראו, למשל, בג"ץ 3578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004) (שבו נדחתה עתירה נגד הפחתת קצבאות ה'קנה); בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004) (שבו נדחתה עתירה נגד הליכי החקיקה של חוק ההסדרים); בג"ץ 9333/03 קניאל נ' ממשלת ישראל, תק-על (2105) 1621 (2005) (שבו נדחתה עתירה נגד שיעור המס על הון, אשר נמוך משיעור המס על עבודה); בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם, 12.12.2005) (שבו נדחתה עתירה נגד קיצוץ בקצבאות השלמת הכנסה).

הפרטיקולריסטי והמכשירני (אינסטרומנטלי) של פרשנויות אלה.⁷⁹ מבעד לפרספקטיבה זו יש לבחון כיצד פורשו המונחים הכוללניים "כבוד האדם וחירותו" ו"חופש העיסוק", שהוצבו במרכז שיח הזכויות החוקתי בישראל למן שנות התשעים. אילו משמעויות נוצקו לתוך מונחים אלה? אילו משמעויות אפשריות (שהיו עשויות לאפשר התמודדות שיפוטית אפקטיבית יותר עם ההיבטים האמנציפטוריים של המדיניות השלטונית הניאו-ליברלית) נזנחו, ומדוע?

הטענה השנייה היא ששיח הזכויות מכיל הטיה מובנית לטובת השקפה איגודיודואליסטית (ואף אטומיסטית) של הקיום החברתי.⁸⁰ אם אנו מקבלים טענה זו, ניתן לטעון כי בעצם הבחירה לנתב את בירורן והכרעתן של דילמות של צדק חברתי לעבר המסגרת הפרשנית של שיח הזכויות (ולא להקשרים שיחניים אחרים שהיו מסייעים בהדגשת מוטיבים של דאגה לזולת וסולידריות חברתית בעת חשיבה על סוגיות אלה), אנו מגבילים את יכולתנו לשקלל את חשיבותם היחסית של הצרכים האנושיים והאינטרסים החברתיים שיכולת מימושם מושפעת מהמדיניות השלטונית העומדת למבחן.⁸¹ כך, לדוגמה, על-פי הפרשנות הדבורקיניאנית של זכויות כ"קלפיי-ניצחון" (rights as trumps),⁸² עצם ההכרה באינטרס

79 מרקס הצביע על כך שהשוויון הפורמלי המעוגן במגילת זכויות האדם מאפשר לתקף את הלגיטימיות של אי-השוויון החומרי המתקיים בין הקבוצות השונות. אבחנה מרקסיסטית זו נהפכה לתמה מרכזית במסגרת זרמים ביקורתיים נוספים. במחשבה הפמיניסטית, הראתה קתרין מקינן כיצד השוויון הפורמלי, כפי שהוא מפורש במסגרת המאבקים שהובילו הן הפמיניזם הליברלי והן הפמיניזם התרבותי, משמש להנצחת פערי הכוח בין נשים וגברים (גם באותם מקרים שבהם המשפט אכן פועל לתיקון נקודתי של הפליית נשים). ראו קתרין מקינן "שוני ושלטון: על אפליה מינית" פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה 23 (דפנה ברק-ארו עורכת, עידית שורר מתרגמת, 2005). חוקרי ה-Critical Race Theory הראו כיצד הגישה הליברלית הדוגלת ב"עוורון-צבעים" (color blindness) בעיקרון מנחה של מדיניות שלטונית עשויה להוביל ללגיטימציה של דפוסיס היסטוריים של אי-שוויון בין-גזעי. ראו, למשל: Neil Gotanda, *A Critique of "Our Constitution is Colorblind": Racial Categories and White Supremacy*, 44 STAN. L. REV. 1 (1991).

80 בניסוחו של מרקס, "החירות כאחת מזכויות האדם איננה מתבססת על זיקתו של האדם אל רעהו, כי אם להיפך, על ניתוקו של האדם מרעהו... כשהוא מוגבל לתחום האינטרסים הפרטיים שלו ולתחום רצונו השרירותי הפרטי ומנותק על ידי כך מהכללי". קרל מרקס "לשאלת היהודים" מבחר כתבים פוליטיים 96, 110 (אברהם יסעור וצבי רענן עורכים, 1983).

81 ביקורת רלוונטית (אם כי שונה במעט) על הרכיב הכוחני של שיח הזכויות, ועל אטימותו היחסית לשיקולים של חמלה וסולידריות, מופיעה במסגרת הביקורת של הפמיניזם התרבותי (למשל, בהבחנה של Gilligan מצביעה עליה בין "אתיקה של זכויות" לבין "אתיקה של דאגה"). ראו דיון ביקורתי אצל: Nicola Lacey, *Feminist Legal Theories and the Rights of Women*, in GENDER AND HUMAN RIGHTS 13 (Karen Knop ed., 2004).

82 Dworkin, לעיל ה"ש 61.

מסוים כזכות-יסוד מבססת את עליונותו הנורמטיבית ביחס לשיקולי מדיניות רלוונטיים, גם כאשר פגיעתה של המדיניות הנתקפת הכרתית כדי לאפשר חלוקה שוויונית יותר של משאבים והזדמנויות. לביקורת כללית זו יש נפקות מיוחדת כאשר היא מתייחסת לטרנספורמציה העוברת על הדיון הציבורי בחברה המתאפיינת במשפטיוציה, כאשר שיח הזכויות נהפך למישור העיקרי שלאורו מתקיימת הערכה נורמטיבית של שאלות הנוגעות בלגיטימיות של המדיניות השלטונית. בהקשר זה אבקש להצביע על המגבלות שבפניהן ניצבו סוכני השינוי החברתי הפרוגרסיבי בישראל בנסותם להשתמש בשיח הזכויות כדי להצביע על הכשל הערכי של המדיניות הניאו-ליברלית (נסיונות שהתגברו כאמור לאורך העשור האחרון), ולחדד את ערנותנו לסכנות הטמונות בהסתמכות יתר על שיח הזכויות (כפי שעוצב בישראל) כמישור נורמטיבי לתקיפת המדיניות השלטונית בתחום זה.

2. שיח הזכויות החוקתי בישראל כמסגרת פרשנית ההולמת את צורכי הלגיטימציה של המדיניות הניאו-ליברלית

האם התגברות נכונותו של בג"ץ לדון בסוגיות שיש להן השלכות תקציביות ניכרות בעידן המשפטיוציה הפכה את בית המשפט לזירה אפקטיבית לקידום מאבקים של צדק חברתי? נקודת המוצא להתמודדות עם שאלה זו מהייבט התחקות אחר המסגרת הפרשנית המשמשת את בית המשפט בכאן לדון ולהכריע בשאלות אלה. מסגרת פרשנית זו מתווה את אופני ההבניה שבעזרתם הארגונים החברתיים המשתמשים בליטימציה ככלי התמודדות עם המדיניות הניאו-ליברלית מסוגלים להגדיר ולבקש את הבעייתיות הערכית הטמונה במדיניות זו ולהצדיק את הצורך בהתערבות שיפוטית. בסעיף זה אבקש לאפיין את קוויה המתאר של מסגרת פרשנית זו.⁸³

אחד המקורות החשובים להבנת קווי-מתאר אלה מצוי בכתבים האקדמיים שפרסם אהרן ברק מייד לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. בכתבים אלה ביקש ברק "להציע מספר רעיונות באשר לאופן בו יש לגשת להבנתם של

83 יש להבהיר (בין היתר כדי להבחין את הדיון שיוצג כאן מהספרות הקיימת) כי הניתוח שאציג אינו מתמקד בהערכה פילוסופית של תפיסת המוסר הפוליטי המופיעה בפסיקת בית המשפט או של הביקורת הנורמטיביות נגדה, ואף לא בניתוח תורת-משפטי של המדיניות השיפוטית הראויה. הניתוח שיוצג הוא סוציולוגי במהותו, והוא מתמקד בניסיון להראות כיצד השיח השיפוטי בסוגיות של צדק חברתי משתלב במסגרת מנגנונים אידיאולוגיים רחבים הפועלים לעצב את האמון הציבורי בלגיטימיות של הסדר החברתי והפוליטי המתהווה בישראל לאורך שני העשורים האחרונים. לדיונים חשובים בשאלות נורמטיביות ותורת-משפטיות אלה, ראו, למשל, גיא מונדלק "זכויות כלכליות-חברתיות בשיח החוקתי החדש" שנתון משפט העבודה 1 65 (1998); אנדריו מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133 (1997); עלי ולצברגר ואלכסנדר קדר "המהפכה השקטה - עוד על הביקורת השיפוטית בישראל לפי חוק היסוד החדשים" משפט וממשל ד 489 (1998).

חוקי היסוד"⁸⁴ בקונסטלציה היסטורית, הנתפסת בעיניו כלא-פחות מאשר "יצירת בראשית חוקתית".⁸⁵ קונסטלציה זו מטילה "אחריות כבדה ביותר על שופטי הדור הזה... סטייה קטנה מהפירוש הראוי עתה, עשויה ליצור בכייה לדורות בעתיד".⁸⁶ לכתיבתו האקדמית של ברק בשלב מכונן זה נודעה השפעה מכרעת על התפתחותה העתידית של הפסיקה, במיוחד לגובה גישתו (שנהפכה לגישה מקובלת בפסיקת בית-המשפט)⁸⁷ שלפיה גם זכויות שלא אוזכרו במפורש בחוקי היסוד עשויות לזכות במעמד חוקתי על-חוקי על-דרך גזירתן הפרשנית מהזכויות המנויות.⁸⁸

בכתיבתו האקדמית באמצע שנות התשעים פיתח השופט ברק את מה שהוא מכנה "מודל-הביניים" לקביעת מערך הזכויות שניתן להכיר במעמדן החוקתי העל-חוקי באמצעות הכללתן כחלק ממשמעותה החוקתית של הזכות לכבוד. עמדתו של ברק הייתה כי במסגרת מערך זה יש לכלול שורה רחבה של זכויות אזרחיות ופוליטיות (כגון חופש הביטוי, חופש הדת והמצפון, הגנה על שמו הטוב של אדם, הזכות להליך נאות והזכות לשוויון לפני החוק), זכויות כלכליות אחדות (כגון חופש החוזים) וכן את הזכות ל"סיפוק צרכים בסיסיים לקיום האנושי".⁸⁹ חשיבותו של "מודל-הביניים" כמסגרת המתווה את

84 אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9 (1992).

85 אהרן ברק "החוקה האמריקנית והמשפט הישראלי" הדמוקרטיה האמריקנית: הממשי, המדומה והכוזב 81, 94 (ארגון גוטפלד עורך, 2002).

86 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי - פרשנות חוקתית 29 (1994).

87 ראו, למשל, ע"א 105/92 ר.א.מ. מהנדסים קבלנים נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד (5) 189, 200 (1993) (הכרה במעמדה החוקתי של הזכות לחופש הביטוי); בג"ץ 5394/92 הורפרט נ' יד ושם, רשות זיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353, 362 (1994) (הזכות לשוויון); בג"ץ 4330/93 גאנץ נ' ועד מחוז תל-אביב, פ"ד ג(4) 221, 233 (1996) (חופש החוזים).

88 לדיון ביקורתי ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997).

89 אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 279-287 (1994) (להלן: ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית"). יש להדגיש כי בשנים שחלפו עד לסיום כהונתו, לא סטה ברק מהעמדה המתוותת המוצגת בכתיבו המוקדמים נגד ההכרה במעמדן החוקתי של הזכויות החברתיות באמצעות קריאתן לתוך הזכות לכבוד האדם (מלבד הזכות למינימום של קיום בכבוד). עם זאת, בכתיבו המאוחרים יותר קרא ברק לרשות המכוננת לעגן את מעמדן החוקתי של זכויות אלה (ראו, למשל, אהרן ברק "הקדמה" ספר ברנזון כרך שני - זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 5 (אהרן ברק ותיים ברנזון עורכים, 2000); ברק, לעיל ה"ש 36, בעמ' 147). אי-העקיבות של עמדה זו עם נכונותו הכללית של ברק (ושל בג"ץ בתקופת כהונתו) לפעול ללא ייפוי-כוח מפורש מהרשות המכוננת בכל הנוגע לקריאתן של זכויות כלכליות וזכויות אזרחיות-פוליטיות מסוימות לתוך מגילת הזכויות מדגישה את היסוד הסלקטיבי המובלע בטיעון זה, ומצדיקה לכן העלאת שאלות בנוגע להטיות האידיאולוגיות החבויות בהבחנה בין שני סוגי הזכויות בהקשר זה. יש להדגיש כי אף שהבחנה בין שני סוגי הזכויות נשענת על הצדקות מקובלות המופיעות בספרות התורת-משפטית, הצדקות אלה

דרכי ההבניה האפשריות של בעיות חברתיות ופוליטיות באמצעות משפט טמונה לא רק בהכרה במעמדן של זכויות מסוימות, אלא גם באופן שבו מודל זה מתקף את הצורך בהדרתן של זכויות אחרות, אשר לדעתו של ברק אינן משתמעות מהזכות לכבוד. במהלך רטורי אופייני,⁹⁰ הציג ברק את בחירותיו הפרשניות כפשרה בין שתי עמדות שאותן הוא מסווג כ"קיצוניות": מחד גיסא, הגישה המצמצמת, "המייחדת את כבוד האדם לשלילה של פגיעה פיסית באדם, ולמניעת עינויים גופניים ורוחניים"; ומאידך גיסא, "[ה]גישה המעניקה לכבוד האדם תוכן מקסימאלי". "יש להיזהר מהרחבת יתר, הוא מדגיש, "כבוד האדם" אינו כל הטוב והיפה שבחיים... לא כל זכות אדם, המוכרת בחוקת על דבר זכויות האדם, כלולה בכבוד האדם. כך למשל, מספר זכויות אדם חברתיות, כגון הזכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית, הן בוודאי זכויות חשובות ביותר, אך אינן חלק מכבוד האדם... יש להימנע מהרחבתו של כבוד האדם באופן שהוא ישקף אוטופיה."⁹¹

כפי שנראה מייד, קווי-המתאר של משטר הזכויות הישראלי שגובש בפסיקת בית-המשפט העליון עוצבו במידה ניכרת בהתאם ל"מודל-הביניים" שהתווה השופט ברק. אך בטרם נפנה לדיון בפסיקה, חשוב להבחין כיצד המסגרת הפרשנית של "מודל-הביניים" מגלמת את שתי המגבלות המבניות שביקורת האידיאולוגיה מייחסת לשיח הזכויות. ראשית, ניתן כמובן לחלוק לגופן על קביעותיו של ברק כי אותם מאוויים אנושיים ואינטרסים חברתיים המוגנים על-ידי הזכות לבריאות ולדיון אינם מהווים מרכיבים קרדינליים בהגנה על "גופו וכבודו של אדם", או על בחירתו לגזור מהמונח "חופש העיסוק" את הצורך בהגנה חוקתית על חופש התחרות, ולא על הזכאות לביטחון תעסוקתי.⁹² אולם הבעיה טמונה לא רק במתאם הברור בין בחירותיו הפרשניות של ברק לבין סדרי העדיפויות של קבוצות מעמדיות מבוססות, אלא גם באופן שבו "מודל-הביניים" דוחק פרשנויות חלופיות של המונחים "כבוד האדם" ו"חופש העיסוק" אל מחוץ לתחום ההיגיון הפנימי של השיח השיפוטי. נדמה כי הצגת העדפתם של אינטרסים כלכליים על אינטרסים חברתיים כנגזרת מהמונחות השיפוטיות בפרשנות של המושגים "עיסוק" ו"כבוד", ודחיקתה של פרשנות

עצמן נתונות במחלוקת, והיה אפשר בהחלט לבסס עמדה שיפוטית הפוכה בעזרת טעמים נורמטיביים ותורת-משפטיים משכנעים. לטיעון מקיף נגד הדיכויסומיה בין שני סוגי הזכויות בהקשר זה ראו מונדלק, לעיל ה"ש 83, בעמ' 91-105. מובן שהבחנה זו גם פגיעה לביקורת המנתחות את היבטיה האידיאולוגיים, כלומר, את תפקודה המכשירני הסמוי בהכשרת אינטרסים מעמדיים.

90 ראו רועי עמית "העמדות של (ה)קאנון - הטקסט הברקי כקאנון בהתווה" עיוני משפט כא 81, 99-100 (1997).

91 ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית", לעיל ה"ש 89, בעמ' 283.

92 שם, בעמ' 285.

93 ברק קובע, בניסוח ליברטריאני מובהק, כי הזכות לחופש העיסוק "נועדה להבטיח לפרט תחום מחייה ללא התערבות הוולת. במהותה היא אינה מהווה דרישה כלפי המדינה, אלא אך הימנעות מפגיעה. חופש העיסוק אינו הזכות להיות מועסק ואף לא הזכות לעבוד". ברק, לעיל ה"ש 86, בעמ' 597.

של מעמדה של הזכות לחינוך כזכות-יסוד⁹⁷ (אם כי לא באמצעות עיגונה כחלק מהזכות לכבוד האדם).⁹⁸ כמו-כן, התבטאויות שיפוטיות אחדות, כגון תמיכתה של השופטת דורנר בהכרה בזכות לביטחון סוציאלי כחלק מהזכות לכבוד האדם⁹⁹ ועמדתו של השופט זמיר המדגישה את חובתה של המדינה לדאוג לרווחת אזרחיה,¹⁰⁰ מעידות על קיומו של פוטנציאל לפיתוח מעמדן החוקתי של הזכויות החברתיות בפסיקתו העתידית של בית המשפט (אף כי שתי עמדות אלה נותרו כבעלות משמעות הצהרתית בלבד). עם זאת, מבט כולל על האופן שבו התפתח משטר הזכויות החוקתי בישראל עשוי להוביל למסקנה כי השיח השיפוטי הקיים לא רק מוביל להחיקתן לשוליים של השאלות העקרוניות הנוגעות בסוגיה של המדינה מהמחויבויות הסוציאליות שנטלה על עצמה במסגרת מודל מדינת-הרווחה, אלא גם מעוצב באופן שמותאם בדיוק לצורכי הלגיטימציה של האידיאולוגיה הניאו-ליברלית.

כפי שהראו דפנה ברק-ארו ואייל גרוס, דחיקה לשוליים זו לובשת שלוש צורות המשלימות זו את זו.¹⁰¹ ראשית, מכיוון שהפסיקה פיתחה בהרחבה את ההגנה החוקתית על הזכויות הכלכליות, אולם נקטה גישה מובהקת של ריסון שיפוטי בכל הנוגע לפיתוח מעמדן החוקתי של הזכויות החברתיות, משטר הזכויות החוקתי בישראל מבוסס על מדרג נורמטיבי הממסד את נחיתותם המבנית של האינטרסים המוגנים על-ידי הזכויות החברתיות אל מול האינטרסים המתחרים המוגנים על-ידי הזכויות הכלכליות והפוליטיות.¹⁰²

שנית, הקו השליש בפסיקה נמנע מלפתח באופן מקיף את הפן החלוקתי של הזכויות המוגדרות כזכויות פוליטיות-אזרחיות או של הזכויות הכלכליות, ובכך צמצם את היכולת לתרגם תביעות הנוגעות בהקצאה לא-שוויונית של משאבים מסוימים (למשל, משאבי ביטוי)¹⁰³ למושגי השיח המשפטי, וממילא צמצם את היכולת להשתמש במשפט כבאסטרטגיה אפקטיבית לצורך התמודדות עם סוגיות אמנציפטוריות אלה.

שלישית, וכנגזרת מפיתוח-החסר של שני ערוצים אלה לביסוס ההגנה השיפוטית על אינטרסים המעוגנים בזכויות חברתיות, המחאה נגד ההשלכות המקטבות של המדיניות הניאו-ליברלית מתועלת כיום לעבר התמקדות בזכות החברתית היחידה שמעמדה החוקתי

חלופית תוך הצגתה כ"קיצונית" ואף כ"אוטופית", מאששת את ההיפותזה שביקורת האידיאולוגיה מציגה ביחס לתפקידו של השיח השיפוטי בייצוב מעמדן ההגמוני של תפיסות רעיוניות המצדיקות את ההסדרים הפוליטיים המסכלים חלוקה שוויונית וצודקת יותר של משאבים והודמנויות.¹⁰⁴ גם המגבלה השנייה שביקורת האידיאולוגיה מייחסת לשיח הזכויות – דהיינו, הטייתו המבנית לטובת תפיסה אינדיווידואליסטית של הקיום החברתי – ניכרת היטב בהצדקות שהציג ברק לבחירה באותם ערכים מסוימים שאת עליונותם ביקש למסד על-דרך קריאתם לתוך חוקי-היסוד.¹⁰⁵ כפי שאטען מייד, כאשר אבחן את פיתוחה בפסיקה, ספק אם הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד – הזכות החברתית היחידה שהוכללה על-ידי ברק ב"מודל-הביניים" – מאפשרת לחרוג אל מעבר לאופקים הפרשניים המוגבלים שתפיסה אינדיווידואליסטית זו מאפשרת.

מטבע הדברים, הקו הרעיוני המופיע בהלכות וברטוריקה של בית המשפט העליון בתקופה זו הוא תר-משמעי פחות מהקו שניתן לאתר בכתיבתו הפרוגרמטית של ברק. כך, למשל, ניתן לזהות עמדה שיפוטית המוכנה, בהקשרים מסוימים, להכליל היבטים של צדק חלוקתי ואחריות חברתית לתוך היקפה של הזכות הקניינית,¹⁰⁶ וניתן לזהות גם פיתוח מסוים

94 נוסף על כך, בכתיבו של ברק שראו אור בשלבים מכוונים אלה מופיעה לא רק הימנעות מלפתח את כשירותם של חוקי-היסוד כפלטפורמה לבחינת הלגיטימיות הערכית של תהליכי השחיקה של המחויבות השלטונית במישור הסוציאלי, אלא דווקא התמקדות בפיתוח כשירותם של חוקי-היסוד לשמש בסיס להגבלת יכולת ההתערבות של המדינה בהסדרת יחסים כלכליים. כך, למשל, מייד לאחר שהוא מציג להכיר במעמדה החוקתי של הזכות לתחרות חופשית על-דרך גזירתה הפרשנית מהמונח "חופש העיסוק", ברק מוצא לנכון להשתמש דווקא בדוגמות קלסיות להתערבות פרוגרסיבית שנועדה לאזן פערים חברתיים כדוגמות לצעדים שלטוניים שעלולים לעורר בעייתיות חוקתית, כאשר הוא מרמז כי "הגבלות או פיקוח על מחירים... או על משכורות... הגבלות על שעות עבודה ותנאי העסקה", ובאופן כללי "אמצעים כלכליים הננקטים על ידי המדינה המשפיעים על התחרות במשק... למשל מתן סובסידיה... חוקתיותם צריכה לעבור את המסננת של פסקת ההגבלה". אהרן ברק "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב 195, 203 (1994). לדיון בסכנת ה"לובנריוציה" של המשפט הישראלי בעקבות עמדה זו, ראו אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי" צדק חלוקתי בישראל 79, 87 (מנחם מאוטנר עורך, 2000).

95 ראו, למשל, ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית", לעיל הש"ש 89, בעמ' 279. שם הוא מבסס את מעמדם החוקתי של חופש ההתקשרות החוזית והחופש לעצב את תוכן החוזה, וכן של שורה של זכויות המגשימות את "החופש לפתח את האישיות" (למשל, חופש דת ומצפון, חופש יצירה, חופש מידע), כנגזרות מקביעתו שלפיה "ביסוד כבוד האדם מוגנת האוטונומיה של הרצון הפרטי". גם בסוגיה זו ניתן בהחלט להציג טיעון נגדי, הגורס כי תנאי מקדמי להגשמתן של כל אותן זכויות טמון בהגשמה סבירה של האינטרסים החומריים של הפרט.

96 ראו דג"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה רעננה נ' הורביץ, פ"ד נח(6) 289 (2004). לפיתוח תיאורטי של האפשרויות להפגמת ערכים של צדק חלוקתי ואחריות חברתית לתוך היקפה של זכות הקניין, ראו חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (2005).

97 בג"ץ 2599/00 יתד נ' שר החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002).

98 ראו את הנמקתו של השופט אור נגד הכללתה של הזכות לחינוך במסגרת הזכות לכבוד, המסתמכת במפורש על "מודל-הביניים", בבג"ץ 1534/95 עמותת שוהרי גילה נ' שר החינוך, פ"ד ג(3) 2 (1996).

99 בג"ץ 890/99 הלמיש נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נד(4) 243 (2000).

100 בג"ץ 164/97 קונטרס נ' משרד הארצות, פ"ד נב(1) 289 (1998).

101 דפנה ברק-ארו ואייל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" ספר דורנר (שולמית אלמוג ויועד רותם עורכים, צפוי להתפרסם ב-2008).

102 ראו גם יורם רבין ויובל שני "הזכויות החברתיות – רעיון שהגיע זמנו" זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל 11, 12–13 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

103 ראו גיא פסח "משאבי ביטוי – קווים לדמותם ומתווה להקצאתם" שקט מדברים? – התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 229 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

הוכר ב"מודל-הביניים", הדינו, הזכות למינימום של קיום בכבוד.¹⁰⁴ אולם יכולתה של הזכות למינימום של קיום בכבוד "לשאת על גבה" את משקלם של האינטרסים החברתיים הנפגעים כתוצאה מהשלטתה של המדיניות הניאו-ליברלית הינה מוגבלת ביותר. זאת, משתי סיבות. ראשית, זכות זו אינה מספקת מסגרת הולמת להבניית שאלות הקשורות לצמצום היקפם ולהגמכת רמתם של שירותי הרווחה המסופקים לכלל האוכלוסייה כתוצאה ממסחרים הנרחב של שירותים ציבוריים בתחומי הבריאות, החינוך והרווחה. בסוגיות אלה הדרתן של יתר הזכויות החברתיות מתחום פרישתה של הזכות לכבוד הייתה ונתרה מכשלה מרכזית. למעשה, ניתן לטעון כי תפיסת המוסר הפוליטי המובלעת בבחירה להסתפק בעיגונה של הזכות למינימום של קיום בכבוד במסגרת משמעותו החוקתית של כבוד האדם, ולהימנע מלפתח את מעמדן החוקתי של הזכות לבריאות ולרווחה (המאפשרות להציג תביעות הנגזרות באופן אוניוורסלי מסטטוס האזרחות, ולא מכוח של נזקקות), מותאמת היטב לצורכי הלגיטימציה של המודל הניאו-ליברלי, המבוסס על התפיסה כי מחויבותיה הסוציאליות של המדינה מתמצות בהספקת "רשת-מגן" אחרונה לאוכלוסיות שבמצוקה, נעוד המענה לצרכיה של כלל האוכלוסייה צריך להימצא – ככל האפשר – במסגרת מנגנוני השוק.¹⁰⁵ שנית, גם בהקשר של המאבק נגד פרימת רשת-המגן החברתית המגינה על האוכלוסיות שבמצוקה, הכוונה להבנות את האינטרסים החברתיים הנפגעים בעזרת הזכות למינימום של קיום בכבוד מקשה על סוכני השינוי החברתי להפוך את בית-המשפט לפורום המאפשר התמודדות שיטתית וסדורה עם השאלות הרחבות הקשורות לחלוקה צודקת של משאבים והזדמנויות ולסדר העדיפויות של המדיניות הציבורית בישראל (שאלות המתחדדות לנוכח הפער הצורם בין הצמיחה הכלכלית שעבר המשק הישראלי בכללותו לבין התרעה במצבם של פלחים גרמבים מהאוכלוסייה).¹⁰⁶ פסק-הדין שניתן בעניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, שבו נידונה חוקתיותם של שורת קיצוצים בשיעור ממוצע של כ-30% בקצבאות הבטחת הכנסה, משקף את האופן שבו המשמעויות שנוצקו עד כה לגדר המונח החוקתי "כבוד האדם" הובילו לכך שמרכזי-הכובד של הדיון השיפוטי העכשווי על-אודות השלכותיה הערכיות של המדיניות הניאו-ליברלית מנותב למאמץ לאמוד את רמת ההשפלה האנושית המצויה מתחת לרף המינימלי שבית-המשפט מוכן להכיר בו כנסבל (במשמעויותיו של פסק-דין זה נדון עוד בהמשך).¹⁰⁷

104 לעיגונה החוקתי של זכות זו בפסיקה ראו רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד (נה) 360 (2001); עניין מנור, לעיל ה"ש 78; עניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 78.

105 ראו, למשל, בהקשר הבריטי: Andrew Glyn & Stewart Wood, *New Labour's Economic Policy, in SOCIAL DEMOCRACY IN NEOLIBERAL TIMES* 200 (Andrew Glyn ed., 2001).

106 סבירסקי וקונור-אטיאס, לעיל ה"ש 74.

107 עניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 78. את הפן האידיאולוגי של העמדה השלטת בפסיקתו העכשווית של בית-המשפט חידדה דעת המיעוט של השופט אדמונד לוי, אשר הציג לפרש את הזכות לכבוד האדם כמעגנת זכאות לסטנדרטים נאותים (ולא רק לסטנדרטים מינימליים) של קיום אנושי, תוך שהוא מעביר לקדמת הבמה את הכשל הערכי

לסיכום, בסעיף זה ביקשתי לבסס את הטענה כי חרף השינויים שהתחוללו באופני הייצוג של בית-המשפט בשית השיפוטי ובשיח הציבורי, לא נהפך בג"ץ לשחקן פעיל ומרכזי הפועל לריסון ההשלכות המקטבות (מבחינה מעמדית) של השינויים העמוקים שהתחוללו במדיניות השלטונית בתחומי הכלכלה והרווחה בעקבות עליית המודל הניאו-ליברלי. נוסף על כך ביקשתי להראות כי הגורמים המסכלים את התממשותה של הציפייה הציבורית למתן "פתרונות" שיפוטיים בתחום זה הם עמוקים, שכן טכניקות ההדרה של האינטרסים והצרכים האנושיים המוגנים על-ידי זכויות חברתיות, וטכניקות הרציונליזציה הדיסקורסיבית המשמשות להצדקת הדרה שיטתית זו, מושרשות היטב בתוך המסגרת הדוקטרינרית המשמשת את בית-המשפט לפירוש מובנן של הזכויות החוקתיות ולהכרעה בדבר משקלן היחסי. כמו-כן ביקשתי להראות כי בכל הנוגע לתחומים אלה של מדיניות שלטונית יש מקום להכיר בכושרה ההסברי של ביקורת האידיאולוגיה, המצביעה על תפקודו של בית-המשפט כמנגנון הפועל כחלק בלתי-נפרד מהמערך השלטוני, תוך שהוא מכונן את המסגרת הנורמטיבית המשמשת להצדקת האופן שבו השלטון מארגן את היחסים החברתיים והפוליטיים. (חשוב להדגיש כי גם נסיגה ממעורבות בתחומים שבהם נדרשת התערבות שלטונית כדי לווסת ולתקן את השלכותיהם הלא-רצויות של מנגנוני השוק על מצבו של הפרט מהווה צורת ארגון שיטתית של יחסים חברתיים ופוליטיים, גם אם ייצוגיה האידיאולוגיים מתבססים על מטפורות כגון "יד נעלמה" ו"תחרות חופשית").¹⁰⁸

3. המשפטיוציאה ושחיקת התנאים המאפשרים להביא לידי מיצוי את המחאה האזרחית נגד המדיניות הניאו-ליברלית

המסקנה שהוצגה בסעיף הקודם בדבר בכונותו של בית-המשפט לפרש את מובנה החוקתי של הזכות לכבוד באופן המותאם לצורכי הלגיטימציה של המודל הניאו-ליברלי היא מצערת. עם זאת, מידת הנוק שעמדה שיפוטית זו גורמת למאבק האזרחי במדיניות השלטונית בכללותו תלויה בשאלת קיומם – ובמידת הכשירות והאפקטיביות – של ערוצים חלופיים של התנגדות, מחאה והתפלמסות העומדים לרשות החברה האזרחית כדי להתמודד עם היבטיה הערכיים של המדיניות השלטונית. אחת הסכנות המרכזיות שיש לתת להן את הדעת, בהינתן דפוסי ההתמודדות הנוכחיים של בג"ץ עם סוגיות של צדק חברתי, נוגעת בחשש מניחב מופרז של המשאבים והמאמצים של הארגונים הפועלים לקידום יעדים אלה לעבר ערוץ מוסדי אשר כושר ההשפעה הממשי שלו על המדיניות השלטונית הינו מוגבל, בעוד הסכנות הכרוכות בתרומתו למיסודה ולהכשרתה של הלגיטימיות הערכית של מדיניות זו הינן ניכרות.

הטמון בהיגיון הניאו-ליברלי, המבקש להתמודד עם בעיית העוני באמצעות קיצוץ נרחב בקצבאות המוענקות לאוכלוסיות העניות, ולא באמצעות ניסיון פרוגרסיבי להרחיב את אפשרויות הגישה של אוכלוסיות אלה למשאבים ולהזדמנויות. שם, פס' 27 לפסק-דינו של השופט לוי.

108 לניסוח קלטי של טיעון זה ראו: Robert L. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, 38 Pol. Sc. Q. 470 (1923).

ניהול אסטרטגי מושכל של מאמצי ההתנגדות האזרחית למדיניות הניאו-ליברלית מחייב את סוכני השינוי הפרוגרסיבי לשקול בהירות הן שאלות הנוגעות בהקצאה הנכונה של המשאבים החומריים המוגבלים (למשל, המקורות התקציביים ומאגר כוח-האדם) העומדים לרשות הארגונים הפועלים בשדה זה,¹⁰⁹ והן שאלות הנוגעות בהשפעת הבחירה בטקטיקות מסוימות של התנגדות ומחאה על נכונותם של תומכים פוטנציאליים להביא לידי מיצוי את יכולת השפעתם במסגרת השיטה הדמוקרטית (כלומר, באמצעות מחאה אלקטורלית או עממית). כפי שצייתי במבוא, הסוכנים הפועלים במסגרת החברה האזרחית מתפקדים בתוך הקשר תרבותי נתון המעצב את בחירותיהם, אך גם משתתפים בעיצוב התרבות הפוליטית באמצעות בחירת ערוצי פעולה מסוימים וויתור על אפשרויות חלופיות. הארגונים החברתיים המבקשים לאתגר את המדיניות הניאו-ליברלית באמצעות משפוט היבטים מסוימים של מדיניות זו פועלים במסגרת הקשר תרבותי המתאיין, כפי שראינו בפרק השני, בשחיקת האמון הציבורי באפקטיביות של הערוצים הפרלמנטריים והמפלגתיים ובהופעת מערך חדש של ציפיות המייחסות לבג"ץ את היכולת ואת הנכונות לרפא את פגמיה של ההתנהלות השלטונית (שילוב המשתקף בבירור בממצאים האמפיריים המעידים על הגידול התלול שהתרחש בשנים אלה בהיקף הליטיגציה אל מול הצמצום הניכר בשיעורי ההצבעה).¹¹⁰ אולם, ככל שסוכני השינוי הפרוגרסיבי מרכזים את מאמצייהם בערוץ הליטיגציה כמסלול מרכזי לקידום המאבק במדיניות השלטונית,¹¹¹ יש לתת את הדעת לסכנה שמא גודש הליטיגציה תורם - בדרך של תוצאות לא-מכוונות - לפגיעה בכשירותם של ערוצים חלופיים, שהיו עשויים לאפשר התמודדות אפקטיבית יותר עם יעדים אלה, ואף להתמסדותה של המדיניות השלטונית הקונקרטית. בהקשר זה חשוב לזכור כי המנגנונים הפרלמנטריים והבירוקרטיים היו ונתרו - מבחינת כשירותם המוסדית - כלי ההיגוי העיקריים המסוגלים לנייד שינויים רחבי-היקף בסדרי העדיפויות התקציביים והבירוקרטיים ולעצב מדיניות המבוססת על חשיבה מערכתית לטווחי זמן בינוניים וארוכים. אכן, הניסיון להעמיד את התנהלותה של הרשות השלטונית בהקשר נתון לביקורת שיפוטית אינו מסתמך בהכרח על אבחנה נאיבית בדבר יכולותיו של בית-המשפט להבטיח כי פסיקותיו יישמו,¹¹² אלא עשוי בהחלט להתבסס על הציפייה כי יהיה אפשר להפיק תועלת טקטית מהשימוש בערוץ הליטיגציה כאמצעי לחץ

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

110 ראו לעיל ה"ש 51.

111 הניסוח המותנה של טענה זו נובע מכך שאין ברשותי נתונים אמפיריים בנוגע לאופן שבו הארגונים המרכזיים הפועלים לקידום שינוי חברתי בישראל מקצים את המשאבים העומדים לרשותם. חשוב לציין כי ארגונים אלה אכן עושים שימוש במגוון רחב של טקטיקות (למשל, השפעה על תהליכי חקיקה, פעילויות חינוכיות ומתן מידע לציבור), ולא רק בליטיגציה. כמו-כן יש לציין כי ההרחבים המוצגים כאן לגבי ההשפעות הלא-מכוונות של מאמצייהם של ארגונים אלה מונעים עליידי הודעות עקרונית עם יעדיהם, ומתוך ניסיון להציע כיווני מחשבה שיאפשרו להגשים יעדים אלה ביתר אפקטיביות.

112 לניתוח מגבלות אלה ראו דותן, לעיל ה"ש 78.

שיוביל את הרשות עצמה לשקול מחדש ולשנות את מדיניותה ב"צל" התערבותו הצפויה של בית-המשפט. אך נדמה לי כי הניתוח שהוצג בסעיף הקודם מצדיק הטלת ספק בנכונותו של בית-המשפט להירתם למשימה זו, וכנגד זה מחייב נקיטת משנה זהירות אל מול החשש כי הבחירה בערוץ הליטיגציה תוביל דווקא להתמסדותן של הקונסטרוקציות המשפטיות שבעזרתן המדינה מצדיקה את המדיניות הקיימת ולהחלתן במסגרת תחומים נרחבים יותר של מדיניות שלטונית.

להמחשת הסכנות שצוינו לעיל ניתן להיעזר בדוגמה של הניסיון להשתמש במשפוט כבטקטיקה של התנגדות ומחאה על הקיצוץ בשיעור זכאותן הסוציאלית של האוכלוסיות העניות (קיצוץ המהווה מרכיב פרדיגמטי של תהליך ארגונה מחדש של מדיניות הרווחה בישראל בראשית שנות האלפיים).¹¹³ בעוד אקטיביזם פוליטי המבוסס על מחאה במישור העממי והאלקטורלי הותר לנצל את התמריצים הפוליטיים של קובעי המדיניות כדי להמריצם לפעול לקידום האינטרסים של קהל בוחרים פוטנציאלי, אקטיביזם פוליטי המבוסס על משפוט מוביל להתמודדות אדוורסרית בין האזרח לבין השלטון. במסגרת הלוגיקה של ההתמודדות האדוורסרית, הן האזרח והן הרשות מבקשים לבסס את טענותיהם (אשר תוקפות או מצדיקות את הלגיטימיות של המדיניות השלטונית) באמצעות תרגומן לקטגוריות המשפטיות המעוגנות במקורות המשפטיים הרלוונטיים, ובמיוחד בפסיקתו הקיימת של בית-המשפט. לנוכח האופן שבו עוצב משטר הזכויות החוקתי בישראל (כפי שנסקר בסעיף הקודם), ההתדיינות סביב הלגיטימיות העקרונית של הקיצוץ בקצבאות נותבה לעבר השאלה אם תנאי הקיום של האוכלוסיות הנזקקות בישראל התייצבו (בעקבות הקיצוץ) מתחת לרף מינימלי של קיום אנושי בכבוד. עצם ניתוחו של הדיון להתמקדות בשאלה זו מדגים את האופן שבו הבחירה בערוץ הליטיגציה מחייבת את התנועה החברתית לחלק למקטעים (fragmentize) את ההיבטים השונים של הבעיה העומדת על הפרק, ולהנמיך את רף תביעותיה ויעדיה בהתאם לאופקים הרעיוניים המוגבלים שהשיח הדוקטרינרי הקיים מעמיד לרשותה. במקרה דנן, מדובר בהתמקדות בביטוייה הקיצוניים של בעיית העוני, תוך ניתוקה מההקשר הרחב הנוגע בהשפעתם המצטברת של מכלול השינויים שהתחוללו ברבדים השונים של המדיניות השלטונית בעקבות התמסדות המודל הניאו-ליברלי על מצבן החברתי-הכלכלי של שכבות נרחבות באוכלוסייה (בהתאם למתווה שנסקר בסעיף 11, החל במסחרם הנרחב של שירותים ציבוריים, המשך בשחיקת הביטחון התעסוקתי וכלה בצמצום ההקצאה התקציבית לערוצים הכשירים לקדם ניצוח חברתית פרוגרסיבית). במקביל, ניתובה של המחאה לעבר מודל ההתדיינות האדוורסרית חייב את המדינה לפתח קונסטרוקציות משפטיות שבעזרתן תוכל להראות כי היא יוצאת ידי חובתה. לצורך התמודדות עם האתגר האדוורסרי, פיתחה פרקליטות המדינה (בהשראת הפרמטרים שנקבעו ב"מודל הביניים", המנקזים את הדיון החוקתי לעבר הזכות למינימום של קיום בכבוד) את "מודל המחסור הקיומי", המנמיך את רף המחויבות הסוציאלית של המדינה בהקשר הרלוונטי לכלל מניעת מצב שבו יהיה אדם בתנאים חומריים משפילים. ניתן להניח כי לאחר שאומץ מודל זה בפסיקתו העקרונית של בג"ץ כסטנדרט הנורמטיבי שלאורו יש להעריך את פעולותיה של

113 ראו עניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 78.

המדינה, הוא מיושם (הן בחוות-הרעת של היועצים המשפטיים של משרדי הממשלה השונים והן בהתדיינות משפטיות התוקפות את חוקיות הצעדים השלטוניים) כבסיס להתוויית המדיניות הציבורית במסגרת מכלול רחב של יחסים בין האזרח לבין הרשות.¹¹⁴ במובן זה ניתן לטעון כי ניתוב המחאה לדפוס ההתמודדות האדוורסרית הובילה, בדרך של תוצאות לא-מכוונות, דווקא להתמסדותה של האידיאולוגיה הניאו-ליברלית, ולא להחלשתה.

בשלב זה חשוב להתמודד עם ביקורת אפשרית נגד הטיעון שהצגתי. ביקורת זו תגרוס כי טיעון זה מתעלם מפגמיה של המציאות הפרלמנטרית השוררת במקומותינו, ובמיוחד מכך שהמהלכים העיקריים שעיצבו את המדיניות הכלכלית והחברתית לאורך שני העשורים האחרונים הובלו על-ידי הממסד הפוליטי (גם אם אכן הוכשרו לבסוף על-ידי בית-המשפט). אכן, המהלכים שהובילו לנסיגה ממתויבותיה הסוציאליות של המדינה במגוון תחומים קודמו, לאורך שני העשורים האחרונים, לא רק על-ידי חסידי המוצהרים של הימין הכלכלי, אלא גם על-ידי מפלגת העבודה, המסומנת כ"שמאל" במינוח הפוליטי המקובל. לפיכך ניתן לטעון כי הטענה שהצגתי, שלפיה המשפטיוציאה פוגעת בפוטנציאל הגלום במנגנונים הפרלמנטריים לקידום פרויקטים פרוגרסיביים של צדק חברתי, מבוססת על תקווה שאינה "חלולה" פחות (בפרפרזה על כותרת ספרו של רוזנברג)¹¹⁵ מאשר הציפיות המופרות להתערבותו המתקנת של בית-המשפט, שאותן ביקרתי לאורך המאמר.

כדי להתמודד עם ביקורת זו, ראוי להבהיר שלוש נקודות. ראשית, מנימוקים שאדון בהם בהרחבה בפרק השישי, הטיעון המוצג במאמר זה בשלמותו אינו קורא לביטול מוסד הביקורת השיפוטית בישראל, ואף אינו מציע לארגונים חברתיים לזנוח לחלוטין את השימוש בערוץ הליטיגציה. הטיעון בשלמותו מבקש להצביע על הצורך ביצירת שיווי-משקל מאוזן יותר בין השימוש בליטיגציה לבין השימוש בכלי התמודדות אחרים שעומדים לרשות החברה האזרחית, וכן להצביע על נזקיה (מנקודת-המבט של החוגים הפרוגרסיביים) של הציפייה המופרות שהשתרשה בנוגע לנכונותו ויכולותיו של בג"ץ להוביל שינוי חברתי. שנית, גם במישור הבוהן את המאזן החקיקתי שהצטבר לאורך שני העשורים האחרונים בקידום פרויקטים של צדק חברתי אל מול המאזן השיפוטי שנסקר לעיל ("מבחן התוצאה"), ניתן להצביע על היקף לא-מבוטל של הישגים שנרשמו בזירה הפרלמנטרית.¹¹⁶ שלישית,

114 בהקשר זה חשוב לציין כי המדינה מתפקדת כ"מתדיינת חוזרת" בהליכים התוקפים את חוקיותה של המדיניות השלטונית, בעוד האזרחים התוקפים את ההחלטות המנהליות משתייכים בדרך-כלל לאוכלוסיות מוחלשות. על האופן שבו הליך האדוורסרי מעצב אסימטריה מובנית בין האזרח לבין הרשות ראו - מהפרספקטיבה של הניתוח המוסדי - Marc Galanter, *Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 L. & Soc. Rev. 95 (1974); ומהפרספקטיבה של הניתוח התרבותי - יובל אלבטן זרים במשפט (2005).

115 ראו Rosenberg, לעיל ה"ש 63.

116 למשל, חוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-1988; חוק אזרחים ותיקים, התשנ"ט-1989; חוק בריאות ממלכתית, התשנ"ד-1994; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח-1998; חוק הדיוור הציבורי (זכויות רכישה), התשנ"ט-1998. על "הגל השני של חקיקת רווחה" ולדיון

וחשוב מכל, ניתוב מופרז של מאמצי ההתנגדות לעבר המסלול האסטרטגי של ליטיגציה, במטרה להשיג גושפנקה שיפוטית לביקורת המופנית נגד פגמיה של המדיניות השלטונית הקיימת, אינו מתמודד עם שורש הבעיה, הטמון בנכונותו של הציבור להעניק את ההרשאה האלקטורלית למהלכים שלטוניים אלה. ככל שניתוב זה מבוסס על הציפייה המופרות בדבר כושרו ונכונותו של בג"ץ לרפא את פגמיה המערכתיים של המדיניות השלטונית בתחומים אלה, וככל שהוא מעמיק את הציפייה הזאת, גם הרחבה מסוימת בעתיד של נכונותו של בית-המשפט לפעול בתחום הצדק החברתי אינה צפויה לספק יותר מאשר פתרון מדומה, תוך הותרת מקורותיה התרבותיים של הבעיה (דילול רמת ההשתתפות האזרחית בהליכי ההכרעה וההתדיינות הדמוקרטיות) וביטוייה הפוליטיים (מחויבות מוגבלת של מעצבי המדיניות לקידום מטרות פרוגרסיביות) על כנם.

טענה זו מובילה אותנו לשאלת השלכותיה של הנטייה להעתיק את ההתמודדות האזרחית עם היבטיה הערכיים של המדיניות השלטונית מהזירה הפוליטית לזירה השיפוטית על איכותו של הדיון הציבורי בישראל. התגברות הדרישה הציבורית למתן פתרונות משפטיים לבעיות העומדות על סדר-היום הפוליטי צומחת מתוך ביקורת על כשלונה של המערכת הפרלמנטרית לממש את ייעודה כזירת התדיינות והכרעה המשמשת לעיצוב משותף של ההסדרים החברתיים והנורמות הציבוריות. עם זאת, חשוב להבחין בסכנותיה של החלופה המוצעת, המבקשת לפתור את מימושו המוגבל של האתוס הגלום בפעילות הפרלמנטרית - אתוס הייצוגיות הדמוקרטית - על-ידי השרשת כמיהה מופרות למימושו של האתוס החלופי שמציעה הפעילות השיפוטית: אתוס המומחיות הפרופסיונלית. כפי שראינו, התרחבות היקף הליטיגציה בתחום הצדק חברתי לא הובילה להצבת חלופה ערכית על-ידי בית-המשפט לעקרונות המנחים את המדיניות השלטונית בתחומי הכלכלה והרווחה. עם זאת, בעוד הפגיעה בערכים של סולידריות חברתית וחלוקה צודקת על-ידי המוסדות הפרלמנטריים והביצועיים מוצגת בגלוי כתוצאה של יחסי הכוחות הפוליטיים ברגע נתון, הפגיעה בערכים אלה על-ידי המוסדות השיפוטיים מוצגת כתוצר של המומחיות השיפוטית בהפעלת פרוצדורות פרשניות המאפשרות למוער את משקלן של הטיות פוליטיות (למשל, יצירת הבטחות בין "סוגים שונים של זכויות", גזירה פרשנית של משמעותם "החוקקית" של המונחים "כבוד" ו"עיסוק", ותחימת "היקפה הראוי" של הזכות לכבוד האדם אל מול מודלים פרשניים "צרים" ו"רחבים").¹¹⁷ איני טוען כי נמעניה של ההנמקה השיפוטית (הן

ביקורתי בשאלת המגבלות הביורוקרטיות והאכיפתיות המקשות את יישומה, ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 65. כפי שמציינת נטע זוי, לעיל ה"ש 5, ארגונים חברתיים מילאו תפקיד מרכזי בהשפעה על מהלכים חקיקתיים בתחומים אלה ואחרים לאורך שני העשורים האחרונים.

117 כך, למשל, בעניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי ביסס הנשיא ברק את עמדתו המכשירה את הלגיטימיות של הקיצוץ בקצבאות השלמת הכנסה כנגזרת מהמחויבות השיפוטית "להתרחק מהניסיון לאמץ השקפות מוסריות של פלוני או תפיסות פילוסופיות של אלמוני", כדי להימנע "מלקרוא אל תוך הזכות לכבוד יותר ממה שבכוחה לשאת", והצהיר כי בכוחו של השופט המכריע בשאלות אלה בעזרת פרוצדורות המסדירות את אופני ההפעלה של שיקול-הדעת השיפוטי "להביא לחשיפת הערכי והבסיסי, תוך דחיית הארעי והחולף". עניין

בקרב הציבור בכללותו והן באקדמיה המשפטית) אכן נוטים לקבל רטוריקה זו כמשכנעת. אולם אף אם רטוריקה זו אכן אינה מייצרת, כפי שטען מרקס, אפקט של הורה (alienation) בקרב האזרחים כלפי אופן קבלתן של ההכרעות הפוליטיות והחלוקתיות במדינה,¹¹⁸ הניסיון להפקיד את ההתמודדות האולטימטיבית עם שאלות ערכיות הנוגעות בהסדרים החלוקתיים הרצויים בידי קֶבֶר של מלכים-פילוסופים בוודאי אינו תורם להתייאת המחויבות האזרחית הרחבה להשתתפות פעילה בעיצובן של הכרעות אלה.¹¹⁹

הדין שהוצג בפרק זה ביקש לחדד את האבחנה הבסיסית כי בדמוקרטיה אין קיצורי-דרך המאפשרים לעקוף את המסלול העיקרי לשינוי מהותי של סדר העדיפויות הפוליטי, והיינו, גיוס תודעתם האזרחית של חלקים נרחבים מהציבור ושכנועם לא להעניק את החרשאה האלקטורלית להתמסדותו של מודל שלטוני בלתי-ראוי (מודל אשר, בפרפרזה על מרקס, מרדד את מהותה של הקהילה הפוליטית לכלל סך האינטראקציות בין ספקים וצרכנים). ייתכן כי פיתוח דוקטרינרי משמעותי יותר של הזכויות החברתיות בעתיד יאפשר

עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 78, פס' 13-15 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

118 על האפקט המוכר של שיח הזכויות ראו: Peter Gabel, *The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of Withdrawn Selves*, 62 Tex. L. Rev. 1563 (1984).

119 ראו בהקשר זה את ביקורתו של ג'רמי וולדרון על העמדה הדבורקיניאנית - Waldron, *על העלאת הפנימית של הטיעון שהצגתי. יטען הטוען כי לשיטתה של ביקורת האידיאולוגיה, גם תרבות פוליטית המבוססת על התפיסה הפרלמנטרסטית נשענת על תפיסה אידיאולוגית, המשמשת את האליטות החברתיות כדי להכשיר את הלגיטימיות של ההסדרים הפוליטיים הקיימים כתוצר של רצון קולקטיבי המיוצג דרך בית-המחוקקים. טענה זו נכונה, אולם ניתן להפנותה נגד כל ניסיון להצדיק מודל חלופי של התאגדות פוליטית כדי למזער את הליקויים שביקורת האידיאולוגיה מיישבה לזהות במודל הקיים. לכן, אם אנו מבקשים לפתח מסקנות קונסטרוקטיביות על בסיס הביקורת המוצגת, עלינו לבחון איזה מבין המודלים מספק תנאים המאפשרים השתתפות פוליטית משמעותית יותר בהתנגדות לסדר החברתי-הפוליטי הקיים (או במושגים גרמשיאניים - לבחון את הפוסי היחס בין הגמוניה להתנגדות המתאפשרים בכל אחת מהתצורות). נדמה לי כי טענתי זו רלוונטית להגנה על התזה המוצגת כאן גם ביחס לביקורת החשובה שמציגה אורלי ליבל, המצביעה על כך שאסטרטגיות חלופיות לערוץ הליטיגציה עשויות גם הן להוביל לקואופטציה של תנועות המחאה. ראו: Only Lobel, *The Paradox of Extralegal Activism*, 120 Harv. L. Rev. 937 (2007). ראו לציין, כדי למקם את הטיעון הנוכחי אל מול ניתוחה של ליבל, כי המאמר הנוכחי אינו קורא "לצאת אל מחוץ לגבולות המשפט" (קריאה שאכן מתעלמת מבחינה תיאורית, כפי שליבל מציינת בצדק, מן האופן שבו גם "הספרה הפרטית" ו"החברה האזרחית" כפופות להסדרה משפטית, ואשר נטמעת, מבחינה רעיונית, בחוץ הניאו-ליברלי החותר להעברת תחומי אחריות מהמדינה לחברה האזרחית), אלא מציע לחתור לשינוי-משקל נכון יותר בין שני סוגים של מוביליזציה משפטית - חקיקה וליטיגציה.*

להצהיר על אי-חוקקיותם של כמה סימפטומים נקודתיים של המודל הניאו-ליברלי. עם זאת, ככל שהתפתחות זו תפורש כמאששת את הציפיות המופרזות בדבר יכולתו המוסדית ונכונותו העקרונית של בג"ץ ליטול תפקיד מרכזי בעיצוב מדיניות פרוגרסיבית בתחומי הכלכלה והרווחה, יש לתת את הדעת לסכנה כי פסיקה זו (והרצויה כשלעצמה) רק תהרף את נטייתן של תנועות פרוגרסיביות להתמקד בליטיגציה ולזנוח ערוצים אפקטיביים יותר למיסודם של הסדרים חלוקתיים צודקים ושוויוניים יותר.

ה. משפט ההיבטים ההומניטריים של הכיבוש

בפרק זה אבקש לבחון, מנקודת-מבטה של ביקורת האידיאולוגיה, את האופן שבו מתנהל הדין הציבורי בסוגיית ההשלכות ההומניטריות של פעילות השלטון הישראלי בשטחים המוחזקים בצילה של מגמת המשפטיוציה. נקודת המוצא התיאורטית לניתוח שיוצג להלן מתבססת על האפיון הוובריאני של המדינה המודרנית כמי שמחזיקה במונופול על הפעלת אמצעי הכפייה הנתפסים כלגיטימיים בתחומה הטריטוריאלי (או במקרה דנן - בשטח הנתון בשליטתה האפקטיבית). מיסוד השימוש באמצעי כפייה נעשה באמצעות ריכוזם בידי מנגנוני הצבא והמשטרה (אשר מסווגים כזכור, בסיפולוגיה האלתוסריאנית, כמנגנוני המדינה הדכאניים) ובאמצעות עיגונה בסדר החוקי של ההבחנה בין הלגיטימיות הנורמטיבית של הכפייה הממוסדת שהמדינה מפעילה לבין אי-הלגיטימיות של אלימות המופעלת מחוץ למסגרת המדינתית (המסווגת בהתאם כטרור או כפשע).

בדמוקרטיה הליברלית, המפקידה בידי בית-המשפט את הסמכות לפקח על הפעילות השלטונית, בית-המשפט ממלא תפקיד מרכזי בכינון ובתיקוף של ההבחנות בין פרקטיקות התורגות מגדר החרשאה של הסמכות השלטונית להפעלת אמצעי כפייה (למשל, עינויים)¹²⁰ לבין פרקטיקות המצויות בגדריה של סמכות זו (למשל, "קיצוב" אספקת החשמל והדלק לאוכלוסייה האזרחית).¹²¹ מנקודת-מבטה של ביקורת האידיאולוגיה, המדגישה את תפקודו של בית-המשפט כאחד המנגנונים המרכזיים המכוונים את תודעתנו האזרחית והפוליטית, האופן שבו השופטים מותחים את קו-הגבול הנורמטיבי בין פרקטיקות כפייה מותרות לבין פרקטיקות אלימות אסורות מסייע בעיצוב האמון הציבורי בכך שאותם אמצעים

120 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999). סוגיית העינויים מעידה על מעורפותן של הבחנות אלה בין שימוש לגיטימי באמצעי כפייה לבין אלימות סתם. אומנם, בפסק-דין זה פסל בית-המשפט את חוקיותן של טכניקות חקירה מסוימות מניה וביה, וקבע כי התרת השימוש בהן נעשתה תוך חריגה מסמכות. אולם חשוב לציין כי העתירה הקונקרטית בפרשה נותרה תלויה ועומדת לפני בג"ץ במשך שש השנים שקדמו לכך, ולאורך תקופה זו המשיכו חוקרי השב"כ לפעול על-פי אותן הנחיות שנפסלו לבסוף על-ידי בג"ץ. ראו יואב דותן "בג"ץ באינתיפאדה" ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחרבה 399, 411 (יואב דותן ואריאל בנדר עורכים, 2005).

121 בג"ץ 9132/07 אהמד נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 30.1.2008).

ביקורת קפדנית נגד פגיעות שלטוניות בזכויות האדם, הימנעות זו של בג"ץ מסייעת בהצגת שלל אמצעי הפיקוח והשליטה המופעלים נגד האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים כלגיטימיים מן הבחינה המוסרית. בכך המדיניות השיפוטית מסייעת בהחלשת הביקורת הציבורית שהייתה עשויה להתעורר נגד אמצעים אלה במסגרת ערוצים חלופיים של מחאה פוליטית ואזרחית.

אחד הניתוחים החשובים של האופן שבו קיומו של פיקוח שיפוטי מסייע בהכשרת הלגיטימיות של משטר הכיבוש הוצג על-ידי רוג'ן שמיר, שטען כי הצלחתו של בג"ץ בשימור דימויו הציבורי כמעוז ההגנה על זכויות הפרט מתבססת על החלטותיו במספר מצומצם של מקרים הנתפסים כציוני-דרך הלכתיים (landmark cases).¹²⁵ שמיר בחן את השלכותיהן של אותן חמש החלטות שבהן הפך בית-המשפט את החלטותיו של המפקד הצבאי בין השנים 1967 ו-1986, והצביע על המגמה הבאה: מחד גיסא, פסיקות אלה לא הובילו להפסקת השימוש באמצעים שנפסלו (בין היתר מפני שבית-המשפט עצמו סטה מאותן הלכות בפסיקותיו המאוחרות ו/או מפני שהשלטון התאים את "מלבושן המשפטי" של אותן פרקטיקות לעקרונות שהתווה בית-המשפט); מאידך גיסא, פסיקות אלה זכו בתהודה ציבורית עצומה, אשר עיצבה את דימויו הציבורי של בג"ץ כמוסד אשר נוקט גישה אקטיביסטית ומגביל באופן קפדני את פעילות השלטון מעבר לקו הירוק. אפיון זה יעמוד בבסיס הביקורת שאציג בהמשך ביחס למגבלות יכולתה של המשפטיזציה לשכלל את הדין הציבורי בסוגיית ההיבטים ההומניטריים של הכיבוש. אין ספק שבג"ץ קבע לאורך השנים כמה ציוני-דרך הלכתיים משמעותיים בתחום זה.¹²⁶ ניתן להניח כי השינויים שהתחוללו

אשר צולחים את הביקורת השיפוטית עומדים באמות-המידה של צדק ומוסר. עם זאת, ברי כי במסגרת הדין הציבורי של החברה האזרחית בתרבות דמוקרטית בריאה צריכים להתקיים מנגנונים נוספים שיאפשרו להעריך ולבקר את הלגיטימיות של אופן ההפעלה של אמצעי הכפייה המדינתיים אל מול אמות-מידה גורמטיביות נוספות, זולת אמת-המידה של חוקיות. השאלה העומדת לפנינו, לפיכך, נוגעת בהשפעתה של מגמת המשפטיזציה על דרכי ההתמודדות של החברה האזרחית בישראל עם אתגר זה.

1. תפקודו של בית-המשפט העליון בהכשרת הלגיטימיות של הכיבוש – הצגת הטענה

החלטתו התקדימית של בג"ץ בראשית שנות השבעים כי נתונה לו הסמכות להכריע בעתירות בנוגע לשטחים המוחזקים הניחה בסיס להקמת משטר ייחודי (בפרספקטיבה השוואתית) של רגולציה שיפוטית.¹²² במסגרת משטר הרגולציה השיפוטית של הכיבוש, בית-המשפט מפקח על רפרטואר של פרקטיקות אלימות אשר שאלת הלגיטימיות המוסרית שלהן צפויה להיות נתונה במחלוקת ציבורית כאשר הן מופעלות על-ידי אורגנים שלטוניים של מדינה דמוקרטית נגד אוכלוסייה אזרחית הכפופה לממשל צבאי (גם אם בשטח אשר הממשל בו נתון – לפי המינוח המשפטי – ב"תפיסה לוחמתית"). בין היתר מדובר בפרקטיקות כגון הריסה ואטימה של בתים (לרבות של אנשים שלא היו מעורבים באופן אישי בפעילות טרור); הגבלה מסיבית של חופש התנועה; הטלת הגבלות נרחבות על הפעילות המסחרית, החינוכית והתרבותית; מעצר של אלפי אנשים ללא הגשת כתב-אישום; והפקעת אלפי דונמים של קרקע לצרכים בטחוניים ואזרחיים. חשוב להדגיש כי השאלה שהדין הנוכחי מתמקד בה אינה עוסקת בהערכת תקפותן הפילוסופית של ההצדקות הנורמטיביות להפעלתן של פרקטיקות אלה בהקשרים מסוימים (ובוודאי לא בשאלת יעילותן או תבונתן המדינית של פרקטיקות אלה), אלא בהערכה סוציולוגית של התפקיד שמילא בית-המשפט בעיצוב האמון הציבורי בדבר הלגיטימיות הערכית של השימוש בהן. מובן שבג"ץ אינו המנגנון האידיאולוגי היחיד שפעל לעיצוב סף הרגישות המוסרי של החברה הישראלית להיבטים ההומניטריים של תגאי הקיום של האוכלוסייה הפלסטינית הכפופה לשלטון הצבאי.¹²³ אולם הדימוי הציבורי של בג"ץ כמעוז ההגנה על זכויות הפרט מעניק משנה תוקף למסרים שבג"ץ משרר בנוגע ללגיטימיות של משטר הכיבוש בכללותו ושל פרקטיקות פרטניות המופעלות במסגרתו.

הטעון הגורס כי הפיקוח השיפוטי על פעילותו של השלטון הישראלי בשטחים משרת את צורכי הלגיטימציה של השלטון מתבסס על שילובן של שתי טענות. הטענה הראשונה היא כי בית-המשפט נמנע, ברובם המכריע של המקרים, מלהתערב ולפסול את המדיניות השלטונית.¹²⁴ הטענה השנייה היא כי בשל הדימוי הציבורי הרווח של בג"ץ כמוסד המפעיל

העתירות שהוגשו על-ידי האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים בין השנים 1967 ו-1986, הראה כי בית-המשפט התערב ומנע את ההחלטה המנהלית בפחות מ-1% מהמקרים (כ-5 מתוך 557 עתירות). Ronen Shamir, *Landmark Cases and the Reproduction of Legitimacy*, 24 L. & Soc'y Rev. 781, 802 (1990). מחקר שנערך על-ידי דוד קרצ'מר, שבתן מאה וחמישים עתירות נגד צווים להריסה ולהחרמה של בתים בשטחים, הראה כי שיעור ההתערבות של בג"ץ עמד על 2% (3 מתוך 150 עתירות). ראו דוד קרצ'מר "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 305, 344, 355 (יצחק זמיר עורך, 1993). עם זאת, כפי שהראה יואב דותן, אימוץ פרספקטיבה רחבה יותר על פעילותו של בג"ץ (המביאה בחשבון לא רק את פסקי-הדין שהוכרעו לטובת העותר, אלא גם פשרות והסדרים שאליהם הגיעו הצדדים מחוץ לבית-המשפט) עשויה להוביל להערכה חיובית יותר של השפעתו על דרכי הפעולה של השלטון. ראו דותן, לעיל ה"ש 120, בעמ' 399.

125. Shamir, שם.

126. למשל, פסקי-הדין בעניין חוק הנויקים האזרחיים, שבו נקט בג"ץ גישה אקטיביסטית מובהקת בגלותו נכונות לפסול חקיקה ראשית. ראו בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 13.12.2006); כדוגמה חשובה נוספת, ניתן לציין את בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז, תק"ע על 2005(4), 49 (2005) (פסיקה הפוסלת את השימוש בנוהל אזהרה מוקדמת).

122. בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כו(2) 169 (1972).

123. ראו: STANLEY COHEN, STATES OF DENIAL (2001).

124. את הטענה הזו ניתן לאשש באופן אמפירי. למשל, מחקרו של רוג'ן שמיר, שבתן את כל

בשיח השיפוטי (צמצומה של דוקטרינת אי-השפיות והרחבת תחולתם של מבחני המידתיות והסבירות) סייעו לכנין לבסס הלכות אלה. עם זאת, אטען, ככל שמגמת המשפטיות הובילה לכך שפסיקות אלה מפורשות על רקע ההנחה המייחסת לבג"ץ מחויבות עקרונית ויכולות מוסדיות למזער את העוולות ההומניטריות שהכיבוש מאפשר או גורם במישרין, היא החריפה את הבעייתיות הטמונה באפקט המכשיר של הפיקוח השיפוטי. בטרם אפנה לניסיון לבסס טיעון זה, אבקש להעמיק את הבנתנו ביחס לאפקט המכשיר של הפיקוח השיפוטי באמצעות התבוננות השוואתית על האופן שבו מידת המשפטיות של התרבות הפוליטית מאפשרת ומגבילה את דפוסי ההתמודדות של הברה נתונה עם שאלות הנוגעות בלגיטימיות של פרקטיקות הכפייה שהמדינה מפעילה.

2. המשפטיות והדיון הציבורי בגבולות הלגיטימיים של האלימות השלטונית – פרספקטיבה השוואתית

הדוגמה שבה אעסוק מתייחסת לאופן שבו שאלת הלגיטימיות העקרונית של עונש המוות נידונה והוכרעה בבריטניה ובארצות-הברית, בעקבות התגברות פעולתן (החל בשנות החמישים והשישים) של תנועות המחאה שקראו לביטול השימוש באמצעי ענישתי זה. במחקרה החשוואתי בנושא הצביעה Marie Gottschalk על האופן שבו השפיעו ההבדלים בין שתי התרבויות הפוליטיות על בחירותיהן האסטרטגיות של תנועות המחאה בנושא ועל תוצאות מאבקיהן.¹²⁷ תנועות המחאה בבריטניה פעלו במסגרת תרבות פוליטית שהתאפיינה, באותו שלב היסטורי, בהיקף פעילות מצומצם יחסית של ארגונים המתמחים בליטיגציה, ובהקשר מוסדי שבמסגרתו בית המשפט אינו מוסמך לפסול חקיקה.¹²⁸ הדיון הציבורי בסוגיה זו בבריטניה התנהל לחלוטין מחוץ לבית המשפט. תנועות המחאה ריכזו את מאמציהן בקריאה להקמת ועדת מומחים שתבחן את תקפותן של ההצדקות לשימוש באמצעי ענישתי זה, ולאחר-מכן בניוד מודעות ציבורית לביקורת שהוצגה עליידי ועדת המומחים בנושא. עונש המוות בוטל בבריטניה בשנת 1969. לעומת זאת, התנועה האפוליציניסטית בארצות-הברית, שפעלה במסגרת תרבות פוליטית והקשר מוסדי המובילים לביתובן של שאלות ערכיות הנוגעות במגבלות הכוח השלטוני לבירור ולהכרעה בבית המשפט העליון, התמקדה במסלול הליטיגציה, תוך ניסיון להוביל לפסילת חוקתיות של עונש המוות מכוח התיקון השמיני לחוקה, האוסר הטלת עונשים אכזריים. מאבק זה אכן הקנה

127 MARIE GOTTSCHALK, THE PRISON AND THE GALLOW: THE POLITICS OF MASS INCARCERATION IN AMERICA 227–235 (2006).

128 קונסטלציה זו השתנתה במידה מסוימת במהלך העשורים האחרונים הן בהקשר המוסדי, בעקבות התפתחות המואצת של משפט זכויות האדם בקהילייה האירופית ושל המשפט המנהלי הבריטי, והן בהקשר של דפוסי הפעולה של ארגונים בחברה האזרחית, בעקבות ההתרחבות וההתמסדות של פעילותם של ארגונים המתמחים בליטיגציה. ראו: CHARLES EPP, THE RIGHTS REVOLUTION: LAWYERS, ACTIVISTS, AND SUPREME COURTS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE Ch. 3 (1998).

לתנועה האפוליציניסטית הישג חשוב, כאשר בשנת 1972 ניאות בית המשפט העליון לפסול את חוקתיותו של עונש המוות,¹²⁹ תוך שהשופטים מתווים את הסטנדרטים שלאורם תיבחן חוקתיותה של חקיקה עתידית בנושא. אולם משהונהגה השאלה מחדש לפתחו כעבור ארבע שנים, הפך בית המשפט העליון את גישתו הקודמת, הקובעת כי עצם השימוש בהמתה כבאמצעי ענישה הינה פסולה כשלעצמה (per se), וקבע כי שאלת ההלימה של אמצעי המתה קונקרטיים לדרישות החוקה תיבחן בכל מקרה ומקרה באופן פרטני.¹³⁰ בכך הניח בית המשפט בסיס להקמת משטר רגולציה שיפוטית של עונש המוות, אשר היקפו, מורכבותו וסדירותיו הפנימיות הלכו והתרחבו עם השנים.¹³¹

הספרות העוסקת בשינויים שהתחוללו בהיקף השימוש ובדפוסי השימוש בעונש המוות בארצות-הברית, בעקבות הגידול החד שחל בתקופה זו בהיקפה ובתהודתה הציבורית של הליטיגציה בנושא, מצביעה על שני מאפיינים מרכזיים של הדיון הציבורי שהתפתח בנושא למן אמצע שנות השבעים. ראשית, דווקא בעקבות ההתרחבות הדרמתית בהיקף הליטיגציה בנושא ושכלולו של המשטר הרגולטיבי הבוחן את חוקתיותו של עונש המוות, נרשמה עלייה תלולה ביותר בשיעור הנדונים למוות וחלה ירידה משמעותית בשיעור התנינות שהוענקו על-ידי הרשויות הפוליטיות.¹³² אחד ההסברים שהוצעו למצב זה מתייחס ל"ריכוך" תחושת האחריות המוסרית של מקבלי ההחלטות (תובעים, מושבעים וכן מושלי המדינות המחליטים בהחלטות הנינה) בעקבות העברת גל האחריות המוסרית העליונה לבית המשפט העליון.¹³³ הסבר אחר הוא כי מעורבותו הנרחבת של בית המשפט הפכה את סוגיית עונש המוות לנושא פוליטי טעון יותר מכפי שהיה לפני שנות השבעים, ולפיכך מתמרצת פוליטיקאים (הפונים לציבורי בוחרים התומכים באקט זה) להקצין את עמדתם בנושא.¹³⁴ שנית, הספרות הבוחנת את המסגרת הפרשנית הרוקטורית שהתפתחה בפסיקה

129 *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

130 *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

131 לסקירות היסטוריות של "עידן הליטיגציה" בהיסטוריה של עונש המוות בארצות-הברית ראו: STUART BANNER, THE DEATH PENALTY: AN AMERICAN HISTORY Chs. 8, 9 (2002); Carol S. Steiker & Jordan M. Steiker, *Sober Second Thoughts: Reflections on Two Decades of Constitutional Regulation of Capital Punishment*, 109 HARV. L. REV. 355, 361–402 (1995).

132 הנתונים בנוגע לגידול בשיעור הנדונים למוות לאורך התפתחותו של משטר הרגולציה החוקתית שנוסד לאחר פסק-הדין בעניין *Gregg*, לעיל ה"ש 130, מצביעים על גידול מ-420 נדונים (בשנת 1976) ל-1,066 נדונים (בשנת 1982), 2,117 נדונים (בשנת 1988), 2,905 נדונים (בשנת 1994), 3,601 נדונים (בשנת 2000) ו-3,228 נדונים (בשנת 2006). ראו: www.ojp.usdoj.gov/bjs/glance/tables/drtab.htm. לדיון ולנתונים בנוגע לצמצום שיעור החנינות ראו: Hugo A. Bedau, *The Decline of Executive Clemency in Capital Cases*, 18 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 255, 263 (1990–1991).

133 *Steiker & Steiker*, לעיל ה"ש 131, בעמ' 433–434.

134 BANNER, לעיל ה"ש 131, בעמ' 268.

בנושא טוענת כי מתוך ניסיון לשמור על הלגיטימיות המוסדית שלו, נמנע בית-המשפט מלהעמיד במוקד ההכרעה את הדילמה המוסרית הנוגעת בעצם הלגיטימיות העקרונית של ההחלטה כי אדם שהורשע בדין הוא בר-מוות, ובכך פסח על שני הסעיפים בפולמוס הערכי שהתנהל בנושא. במקום זאת התמקדה הפסיקה בניסיון לקבוע ולאכוף דרישות של הליך הוגן המתייחסות לטכניקות התמתה המותרות.

האופן שבו עיצב בית-המשפט את המסגרת הפרשנית להבניית משמעויותיו החוקתיות של עונש המוות הוביל לדחיקת ההיבטים המוסריים וההומניטריים של הסוגיה אל מחוץ למסגרת הדיון, ולהתמקדות יתר בהיבטים הטכניים והפרוצדורליים הכרוכים בהפעלתו.¹³⁵ באופן פרדוקסלי, לטענת כמה מפרשני החשובים של משטר הרגולציה החוקתית של עונש המוות, המהלך שהותנע בשנות השבעים על-ידי תנועות חברתיות פרוגרסיביות ושופטים אקטיביסטים נהפך בסופו של דבר למכשלה מבחינת השפעתו על תוכני הדיון הציבורי וכן על התנאים המאפשרים את רתימת המחנה הליברלי (המתנגד באופן מסורתי לעונש המוות) לפעילות מהאה אפקטיבית דרך הערוצים הפוליטיים.¹³⁶ מבחינת תוכני הדיון הציבורי, נטען כי הפסיקה שירתה את האינטרס השלטוני בכך שהובילה לרציונליזציה של המניעים הרגשיים והסמליים העומדים בבסיס ההודקקות לאמצעי ענישה זה, והגבילה את מתכונת הדיון לכלל עימות אדוורסרי בלתי-מוכרע, שבמסגרתו כל אחד מן הניצים מרפז את המאמץ בניסיון לצוות במלוא הגרון כי תפיסת-עולמו היא המתאימה למשמעותו העמומה של הביטוי "עונש חריג ואכזרי" המופיע בתיקון השמיני לחוקה. מבחינת השפעתו על הוידה הפוליטית, נטען כי משטר הרגולציה החוקתית שחק את היכולת לגייס תמיכה ציבורית בביטולו של עונש המוות, על רקע האמון הציבורי הנרחב ביכולתו של בית-המשפט להבטיח כי פרקטיקות ההמתה המופעלות עולות בקנה אחד עם שיקולים הומניטריים.

סיכומו של דבר, המשפטיזציה החריפה של הדיון הציבורי בתרבות הפוליטית האמריקאית מהווה כמובן רק גורם אחד שהוביל להתבצרותו של מוסד עונש המוות, עשרות שנים אחרי שבוטל ביתר הדמוקרטיה המערבית.¹³⁷ עם זאת, הדוגמה שהצגנו מעידה כי קיומן של ביקורת שיפוטית וליטיגציה נרחבת ביחס לפרקטיקה שלטונית מסוימת אינו "מרסן" בהכרח את הפעלתה, אלא עלול דווקא להוביל להתמסדותה ולהנצחתה. בסעיף הבא אבקש להראות כי חלק מהבעיות המאפיינות את הניסיון האמריקאי הבעייתי במשפט שאלת הלגיטימיות של עונש המוות ניכרות גם באופן שבו התעצבו הדיון השיפוטי והדיון הציבורי בארץ בנוגע ללגיטימיות של פרקטיקות שלטוניות שונות המופעלות במסגרת משטר הכיבוש.

135 Robert Weisberg, *Deregulating Death*, 1983 Sup. Ct. Rev. 305.

136 Steiker & Steiker, לעיל ה"ש 131, בעמ' 436.

137 ההוצאה להורג האחרונה בצרפת (ובמערב אירופה בכלל) נרשמה בשנת 1977, ועונש המוות בוטל רשמית באמצעות חקיקה בשנת 1981. בגרמניה עוגן ביטול עונש המוות בחוקה בשנת 1949.

3. האם המשפטיזציה הובילה לשכלול מנגנוני ההתמודדות של החברה האזרחית עם היבטיו ההומניטריים של הכיבוש?

כפי שהצעתי בפרק הקודם בסוגיית ניתוח השתלבותו של בג"ץ במסגרת המנגנונים האידיאולוגיים הפועלים לעיצוב האמון הציבורי בלגיטימיות של הסדר החברתי-הכלכלי החדש שהתהווה בישראל לאורך שני העשורים האחרונים, גם בסוגיה של ניתוח היבטיו האידיאולוגיים של משטר הרגולציה השיפוטית של הכיבוש יש לנתח את החקירה בשני מישורים. המישור הראשון מתבסס על מיפוי טכניקות ההכלה וההדרה המובנות לתוך המסגרת הפרשנית שעיצב בג"ץ כדי לפקח על הפעילות השלטונית בנושא. כלומר, עלינו לבחון אילו היבטים של מציאות החיים תחת משטר הכיבוש מובלטים במסגרת השיח השיפוטי שעוצב בפסיקה, אילו היבטים נדחקים לשולי הדיון או אל מחוץ לטווח הפיקוח של בית-המשפט, וכן כיצד מתוקפות בחירותיו הפרשניות של בית-המשפט להכיל סוגיות מסוימות ולהדיר אחרות, תוך ניסיון לזהות את הרציונל החבוי בבסיס בחירותיו. על בסיס ניתוח זה יש לבחון כיצד ניתוב חלקים ניכרים מהמתאה נגד ההיבטים ההומניטריים של משטר הכיבוש לעבר ההקשר השיחתי והמוסדי של העמדתם לפיקוח שיפוטי מאפשר ומחשק את ההתמודדות האזרחית עם סוגיות אלה.

כפי שהראה דוד קרצמר, בניתוח מקיף של המדיניות השיפוטית שהתגבשה לאורך שלושים השנים הראשונות של הפיקוח השיפוטי על הכיבוש, המסגרת הפרשנית שעוצבה בפסיקה בית-המשפט בתחום זה מבוססת על הימנעות עקבית ושיטתית מלבחון את הלגיטימיות העקרונית של הצעדים השלטוניים והתמקדות בפיקוח על דרך הפעלתם.¹³⁸ למשל, בבואו לעצב את טכניקות השימוש במבחן הסבירות כעילת פיקוח על החלטותיו של המפקד הצבאי, בזהר בג"ץ מלשרטט את מתחם הסבירות באופן שהיה עלול להוביל לשלילה מדעיקרא (per se) של חוקיותם של אותם אמצעים. במקום זאת התמקד בג"ץ בעיקר בפיקוח על התקימותן של דרישות פרוצדורליות, תוך הפעלת גישה פרשנית פורמליסטית המתמקדת בשאלה אם לשון הדין המסמך (בדרך-כלל החקיקה המנדטורית) מתירה לרשות לבצע את המעשה שביצעה מהטעמים שעליהם הצהירה.¹³⁹ כך למשל, כאשר נדרש בג"ץ לפקח על ההלטות המפקד הצבאי בנושא הריסת בתי משפחות מחבלים, הוא נמנע מלדון באופן מעמיק בטענה כי צעד זה פסול מיסודו מפני שהוא מוביל לענישה קולקטיבית. במקום זאת צמצם בג"ץ את היקף הביקורת לשאלת קיומה הפורמלי של הסמכה בתקנות

138 DAVID KRETZMER, *THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES* (2002). לניתוח חשוב נוסף, אם כי עדכני פחות, ראו ליאון שלף "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים" עיוני משפט יז 757 (1993).

139 ראו דוגמות אצל KRETZMER, שם, בעמ' 132-133, 135, 188-189. חשוב לציין כי מהטענה שבג"ץ נטה להגביל את היקף הפיקוח להתקימותם של סטנדרטים דינמיים אין להסיק כי בית-המשפט אכן הקפיד על אכיפה קפדנית ושוויונית של סטנדרטים אלה.

ישירה עם שאלות הקשורות לחוקיות של מפעל ההתנחלויות כשיקולים רלוונטיים להערכת מידתיותם וסבירותם של הצעדים השלטוניים, קשה לדעתי להגן על הטענה כי בית-המשפט משמש פורום המאפשר לחברה האזרחית בישראל להתמודד עם השאלות הערכיות האמיתיות הנוגעות בטיבן של המטרות שלשמן המדינה מפעילה את אמצעי הכפייה העומדים לרשותה. השלכותיה של מסקנה זו הינן בעייתיות במיוחד לנוכח החלל המאפיין את התרבות הפוליטית בישראל בעידן המשפטיזציה והפיכתו של המישור החוקי למישור הנורמטיבי העיקרי שלאורו החברה הישראלית נוהגת לבקר את הלגיטימיות של הפעילות השלטונית.

כדוגמה הממחישה את מגבלות השימוש במסלול הליטיגציה כערוץ של התנגדות ומחאה על המדיניות השלטונית בתחום זה, ניתן להתבונן על התפקיד שמילאה מעורבותו הנרחבת של בג"ץ בפיקוח על הקמת גדר-ההפרדה במסגרת הדיון הציבורי בנושא. כציוני-הדרך ההלכתיים שנקבעו בעניין בית סוריק ובעניין מרעאבה,¹⁴⁴ העניק בג"ץ הישג חשוב למבקריה של המדיניות הממשלתית, כאשר הורה על בחינה מחודשת של התוואי המקורי בעקבות פגיעתו בשורה של חירויות בסיסיות של תושבי הכפרים באזור קו-התפר. כמו-כן, הפנייה למסלול הליטיגציה אפשרה לחלק מהתושבים להתדיין עם הרשות ב"צל המשפט", ובכך פתחה לפנייהם ערוצי התדיינות שהיו חסומים בפניהם בהעדרו של פיקוח שיפוטי.¹⁴⁵ עם זאת, מבט על מכלול הפסיקה בנושא עשוי להוביל למסקנה כי היא ממשיכה לשקף את הדינמיקה הטיפוסית, שעליה הצביע רונן שמיר, בין מספר קטן של ציוני-דרך הלכתיים המכוננים את הדימוי הציבורי המייחס לבג"ץ את הנכונות והיכולת לפקח על המדיניות השלטונית, מחד גיסא, לבין גודש של פסקי-דין המכשירים באופן פרטני מגוון נרחב של פגיעות במרקם החיים של התושבים המקומיים תוך ניצול מרחב הגמישות הפרשני והרטורי של מבחן המידתיות, מאידך גיסא¹⁴⁶ (למשל, באמצעות הבניה רחבה של המונח "צורכי הביטחון" כדי להתחמק מעימות ישיר עם שאלות הנוגעות בהצדקת הפגיעה בחופש התנועה של התושבים הפלסטינים לצורך הגנה על חופש התנועה של המתנחלים).¹⁴⁷ כמו-כן, כאשר

ההגנה (שעת חירום), 1945,¹⁴⁸ ולשאלת התקיימותן של דרישות פרוצדורליות, כגון מתן זכות השימוע,¹⁴⁹ אולם, בדומה להקפדתו של בית-המשפט העליון בארצות-הברית על פיתוח דוקטרינות של הליך הוגן המסדירות את דרכי המתתם של מורשעים בדין, נראה כי הנורמות המשפטיות שנבחרו כדי לבחון פעולה שלטונית זו הותירו ללא מענה דווקא את השאלות הערכיות היסודיות המתעוררות כתוצאה מהותרתם ללא קורת-גג של אנשים החפים מאחריות אישית למעשי הטרור שבוצעו.

בשנים האחרונות ניכרת מגמה של שימוש שיפוטי נרחב יותר בדוקטרינות הפיקוח המקובלות במשפט המנהלי הישראלי (ובמיוחד מבחן המידתיות)¹⁵⁰ במסגרת הביקורת השיפוטית על הפרקטיקות המופעלות על-ידי השלטון הצבאי בשטחים. מגמה זו מאפשרת להרחיב את היקף הביקורת השיפוטית אל מעבר לשאלות המסורתיות הנוגעות בקיומה של סמכות פורמלית ובהיבטיה הפרוצדורליים של אופן הפעלת הסמכות, אל עבר שאלות מהותיות יותר הנוגעות בהשפעתו של האמצעי השלטוני המופעל על תנאי הקיום של האוכלוסייה המקומית. עם זאת, ניתן לטעון כי גם דפוסי השימוש בעילות פיקוח אלה כחלק מהרגולציה השיפוטית של הכיבוש מבוססים על הדרתן השיטתית של שאלות הנוגעות בלגיטימיות המוסרית והפוליטית של הצעדים השלטוניים. המכשלה העיקרית היא שגם כאשר בג"ץ נאות לבחון את תוכני שיקול-הדעת של המפקד הצבאי, הוא נוטה להגביל את עצמו לבחינת הטעמים המוצגים של המדיניות השלטונית, וגמנע מלבחון את טיב הקשרים בין הצעדים שנבחרו לבין יעדים כמוסידים - פוליטיים ודמוגרפיים. דפוסים אלה משתלבים באסטרטגיה הרחבה יותר של הימנעות עקבית של בג"ץ מלנקוט עמדה חוקית או ערכית בשאלת הלגיטימיות העקרונית של מפעל ההתנחלויות,¹⁵¹ חרף קיומו של בסיס משפטי מוצק לאמירה (אם לא לקביעה) שיפוטית מפורשת בנושא, בהסתמך על האיסור המפורש הקבוע בסעיף 49(6) לאמנת ו'נבה הרביעית על העברת אוכלוסייה משטח המדינה הכובשת לשטח הכבוש. לכן, ככל שהרחבת השימוש בעילות הפיקוח הגוהגות במשפט המנהלי הישראלי אינה כרוכה בהתמודדות

144 עניין בית סוריק, לעיל ה"ש 35; בג"ץ 7957/04 מרעאבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 15.9.2005).

145 ראו: Ronen Shamir, *Litigation as Consummatory Action: The Instrumental Paradigm Reconsidered*, 11 Stud. L. Pol. & Soc. 41 (1991). לניסוח קלסי של השפעת "צילו" של המשפט על דינמיקת ההתמקחות בין הצדדים ראו: Robert N. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979).

146 ראו, למשל, בג"ץ 5683/04, 9055/05 מועצת הכפר בית סירא נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 9.1.2006); בג"ץ 6336/04 מוסא נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 10.1.2006); בג"ץ 4938, 4825/04 עליאן נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 16.3.2006); בג"ץ 396/05 אלרויקאת נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 6.7.2006).

147 Aeyal Gross, *The Construction of a Wall Between The Hague and Jerusalem: The Enforcement and Limits of Humanitarian Law and the Structure of the Occupation*, 19 LEIDEN J. INT'L L. 393, 407 (2006).

140 ע"ר תוס' 2, 858.

141 קרצ'מר, לעיל ה"ש 124, בעמ' 331-334.

142 בית-המשפט פרט את מבחן המידתיות לשלושה מבחני-משנה: המבחן הראשון עוסק בשאלת קיומו של קשר רציונלי בין האמצעי הננקט לבין המטרה שהרשות מבקשת להגשים; המבחן השני בוחן אם מבין מגוון האמצעים האפשריים להגשמת מטרה זו בחרה הרשות באמצעי שפגיעתו בזכות המוגנת הינה מינימלית; והמבחן השלישי בוחן אם מידת התועלת הצומחת לציבור כתוצאה מהפעלת האמצעי עולה על הנוק שצפוי להיגרם לפרט כתוצאה מכך. עם זאת, בית-המשפט הגמיש את מבחן המידתיות באמצעות נכונות להכיר בקיומו של "מתחם" מידתיות, שבמסגרתו הרשות רשאית לאמץ שורה של אמצעים חלופיים. ראו עניין בית סוריק, לעיל ה"ש 35, בעמ' 840.

143 בג"ץ 4481/91 ברביל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993); בג"ץ 3125/98 עיאד נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נה(1) 913 (1999). לדיון ראו: Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, 23 BERKELEY J. INT'L L. 551 (2005).

פרקטיקות אלה מופעלות (הקשר אשר מתערפל מכיוון שהלוגיקה של התליך האדורטרי מתמרצת את הרשות לייחס את מכלול הצעדים שהיא נוקטת ל"שיקולי ביטחון", כדי להתאימם למסגרת החוקית המסמיכה את פעילותה). כפי שביקשתי להראות, גם אותן סוגיות אמניטוריות שאכן מגיעות לדין שיפוטי מעמיק יותר מפורשות ומוכרעות באופן שיפוטי בגדריה של מסגרת פרשנית המסיטה באופן שיטתי את ההתמודדות עם שאלות מוסריות יסודיות העומדות על הפרק, ומשמשת לעיתים תכופות לרציונליזציה של האופן שבו השלטון הצבאי מפעיל את אמצעי הכפייה העומדים לרשותו.

לכן, את הצהרתו של השופט ברק כי "גם כאשר תותחים רועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים וקובע מותר ואסור... ומשקיים משפט, קיים גם בית משפט הקובע מה מותר ומה אסור"¹⁴⁸ יש לתבל בקורטוב של מלח. הסכנה היא שדווקא הרחבתה והעמקתה של המעורבות השיפוטית ברגולציה של אופן ההפעלה של סמכויות השלטון הצבאי עלולה להרחיב את נכונותו של הציבור הישראלי (או ליתר דיוק – של אותם חלקים בציבור הישראלי המייחסים חשיבות לשאלות ערכיות אלה) להשלים עם התמשכותו של מצב הכיבוש, מתוך הנחה שהפעלתן של פרקטיקות שלטוניות אלה במסגרת "שלטון החוק" מבטיחה כי הם עומדים בסטנדרטים מהותיים של צדק ומוסר. בהקשר של הטיעון הכללי המוצג במאמר זה בנוגע להשפעתה הבעייתית של המשפטיוצייה על רפואי ההשתתפות האזרחית בתהליכים דמוקרטיים, ניתן לטעון כי שימוש יתיר במשפט כספקטיקה של התנגדות ומחאה על פרקטיקות המופעלות בשטחים עלול להקל על חלקים מסוימים בציבור לרחוץ בנקיון-כפיהם ולהימנע מלהתעמת עם נטל האחריות הרובץ לפתחנו כמי שמעניקים, לאורך ארבעים השנים האחרונות, הרשאה אלקטורלית להתמשכותו של מצב זה.

1. עיון מחדש במחלוקת התיאורטית ביחס לתפקידם של בתי-משפט

בתרבות הפוליטית ובנזירותיה ביחס לאתגרים העכשוויים שהחברה האזרחית בישראל ניצבת מולם

הניתוח שהוצג בשני הפרקים הקודמים התבסס על קבלה עקרונית של הנחותיה וטענותיה המרכזיות של ביקורת האידיאולוגיה וניסיון לעשות בהן שימוש מיטבי כדי לזהות את מגבלותיה של התרבות הפוליטית שהתפתחה בישראל בעידן המשפטיוצייה באמצעות ניתוח שני מקרי-מבחן קונקרטיים. מכיוון שההצדקות המקובלות להדישה למעורבות שיפוטית נרחבת בחיים הציבוריים מבוססת על הנחות וטענות השאובות מהפרדיגמה הליברלית, הדין במקרי-המבחן אפשר לעמוד על כמה ממגבלותיה של פרדיגמה זו באפיון התפקיד שבית-המשפט ממלא בתרבות הפוליטית של הדמוקרטיה החוקתית. בעיקר, ביקשתי להדגים את המגבלות התיאורטיות הנובעות מהקושי של פרדיגמה זו להסביר את יחסי-הגומלין בין המימד השלטוני לבין המימד האנטי-שלטוני של בית-המשפט (כפי שהוצג בפרק ג). ביקשתי להראות כי כאשר התפיסה הממקמת את בית-המשפט בתפקיד "מגיב ומתקן" או "מאזן

המעורבות השיפוטית הנרחבת בפיקוח שיפוטי על תוואי הגדר מוצבת בהקשר רחב יותר, הכולל את העובדה כי שאלת החוקיות והלגיטימיות המוסרית של הגדר נבחנת במקביל על-ידי טריבונלים על-לאומיים ועל-ידי ארגונים למען זכויות אדם הפועלים במרחב החברה האזרחית של הקהילה הבין-לאומית, ניתן להבחין בתפקיד שמילא בג"ץ בתיקוף הנרטיב השלטוני, המכחיש את קיומם של שיקולים המוגרפיים ופוליטיים בקביעת תוואי הגדר או בהחלטה העקרונית להקימה.¹⁴⁹ מבחינה זו ניתן לטעון כי הביקורת השיפוטית כרסמה ביכולתן של הקביעות שהוצגו בחוות-הדעת של בית-הדין הבין-לאומי בהאג ובדוחות שהציגו ארגונים לזכויות אדם להשפיע על דעת-הקהל בישראל בנוגע להשלכות של הגדר על תנאי הקיום של האוכלוסייה המקומית – תוצאה שעשויה להיתפס כלא-רצויה מבחינת הארגונים שביקשו להתנגד למדיניות השלטונית באמצעות משפט.

לנוכח הסקירה שהוצגה ביחס לדפוסי הפיקוח השיפוטי על הצעדים המופעלים על-ידי השלטון הישראלי כלפי האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים, ניתן לטעון כי ככל שהטמעת השיח החדש המייחס לבג"ץ עוצמה מוסרית וגישה אקטיביסטית הובילה להתגבשותה של הציפייה, כי בית-המשפט ישמש כקו מזינו בקרב הבלימה נגד השפעתו של הכיבוש על דיוקנה המוסרי של המדינה (למצער בקרב הזרמים הליברליים בציבור הישראלי), ציפייה זו נשענת על הנחות מפורזות באשר ליכולותיו ולכוונותיו של בית-המשפט. ברמת המקור, הרגולציה השיפוטית בתחום זה עשויה להוביל להכרזה שיפוטית על אי-חוקיותו של אמצעי מסוים, ובכך לתרום לתיקון נקודתי של עוול ואי-צדק. כפי שאטען בפרק הבא, כחלק מהביקורת המתודולוגית שאציג ביחס להתמקדות-היתר של ביקורת האידיאולוגיה בניתוח רמת המקור של היחסים הפוליטיים, יש להימנע מטריטוריאליזציה של היבט זה של המציאות הפוליטית בישראל. עם זאת, ברמת המקור, ניתוח רציני של כשירותו המוסרית של בג"ץ להוביל לשינוי מקיף של מצב זכויות האדם בשטחים חייב להוביל למסקנה כי גם לאחר הרחבת השפיות וזכות העמידה, ההיבטים המכוננים של מציאות החיים היומיומית של האוכלוסייה הנחונה בכיבוש אינם עוברים את סף מפתנו של בית-המשפט, וספק אם ניתן להבנותם באופן אפקטיבי במסגרת הכלים השיחיים והמוסדיים המאפשרים למשפט פגיעות שלטוניות בחירות הפרט. הלוגיקה של ההתדיינות האדורטרי מחייבת את התושבים לחלק למקטעים (fragmentize) היבטים שונים של החיים תחת הכיבוש. כתוצאה מכך, בירור ההשלכות ההומניטריות של הצעדים השלטוניים באמצעות ליטיגציה מנתק את הפגיעות הנקודתיות שצעדים אלה גורמים מההקשר הרחב שבו הם משתלבים. זאת, הן מבחינת האפקט המצטבר של מכלול פרקטיקות הפיקוח והשליטה המרכיבות את משטר הכיבוש על מרקם החיים של התושבים (למשל, השפעת האופי המרושת של התגבלות המוסלות על חופש התנועה ועל הפעילות המסחרית, על אפשרות הגישה של התושבים המקומיים לשירותים חיוניים ועל יכולתם להתפרנס), והן מבחינת ההקשר הפוליטי הרחב יותר שבמסגרתו

148 על יחסי-הגומלין בין הביקורת השיפוטית המופעלת ברמה המדינית לבין זו המופעלת ברמה הבין-לאומית ראו שם; Daphne Barak-Erez, *The Security Barrier – Between International Law, Constitutional Law and Domestic Judicial Review*, 4 *ICON – Int. J. Con. L.* 540 (2006).

149 דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד (4) 485, 491 (1996).

המשפט מציגה של התרבות הפוליטית בישראל: כיצד היא השפיעה על הדיון הציבורי בסוגיות אמנציפטוריות?

עיוני משפט לא | תשס"ח

פרוגרסיבי בחברה הישראלית מתמקדים יתר על המידה בניתוב מאמצי המחאה לעבר בית המשפט, וככל שהתמקדות זו מסייעת בהטמעתה הציבורית של התפיסה המייחסת לבית המשפט את היכולת המוסדית ואת הנכונות לפתור את הבעיות האמנציפטוריות העומדות על הפרק, סוכנים אלה משתתפים למעשה בעיצוב תצורה מגבילה של תרבות פוליטית, שבמסגרתה נשקפת האפקטיביות של חלק ניכר ממנגנוני הבקרה וההתנגדות העומדים לרשותה של החברה האזרחית בתרבות דמוקרטית בריאה. לפחות ברמה התיאורטית, ניתן לטעון כי המסקנה הגובעת מהדיון שהוצג היא כי מוטב יהיה לארגונים פרוגרסיביים להימנע מהניסיון להשתמש במשפט כבאמצעי אסטרטגי לשינוי המציאות החברתית, וכי התרבות הדמוקרטית בישראל עשויה לצאת נשכרת מביטול מוסד הביקורת השיפוטית.¹⁵³ כך, למשל, קרא הסוציולוג ברוך קימרלינג לבג"ץ "לסגת מן השטחים הכבושים", בטענה כי נזקי האפקט המכשיר של הפיקוח השיפוטי עולים על התועלת הטמונה באפקט המרסן הנוצר בצל התערבותו האפשרית של בית המשפט.¹⁵⁴

בסעיף זה אבקש להבהיר מדוע, לדעתי, מסקנות אלה אינן מתבקשות בהכרח מתמונת המצב שהוצגה. בפרספקטיבה תיאורטית רחבה יותר, אבקש לטעון כי מסקנות אלה מדגימות את אחת מנקודות התורפה המרכזיות של שימושים רווחים בביקורת האידיאולוגיה כמתודה לפרשנות המציאות החברתית. נקודת תורפה זו טמונה בהדגשת יתר של היציבות הפנימית ושל האפקט המגביל של הסטרוקטורות הדיסקורסיביות והמוסדיות הקיימות. נטייה זו מובילה חוקרים הדבקים באופן דוגמטי בהנחותיה ובטענותיה הבסיסיות של פרדיגמה זו להתמצת הדרכים שבהן ניתן לפעול לקידום יעדים אמנציפטוריים גם בתוך סטרוקטורות מגבילות אלה.¹⁵⁵

כנקודת מוצא לביסוס טענה זו ולהצגת הרלוונטיות שלה למציאות הפוליטית בישראל, אבקש לפתח את הטיעון תוך התפלמטות עם אחד הניסוחים הקלאסיים של הביקורת שפרדיגמה זו מציגה ביחס למגבלותיה של התרבות הפוליטית בדמוקרטיה הליברלית – התזה שהציג הרברט מרקוזה (Herbert Marcuse) בספרו האדם החד-ממדי.¹⁵⁶ מרקוזה טבע את המונח "סובלנות דכאנית" (אוקסימורן המשלב את הרמה הגלויה והרמה הסמויה של הסדר החברתי-הפוליטי) כדי לתאר את אופן ההתמודדות של הדמוקרטיה הליברלית עם הכוחות

ובולם" משמשת הנחת יסוד פרשנית, היא מקשה עלינו לזהות את האופן שבו בית המשפט משתתף באופן פעיל בעיצוב ההסכמה הציבורית המאפשרת לשלטון למסד את השימוש באמצעים בעייתיים מן הבחינה המוסרית, וכי לפחות בהקשרים תיאוריים מסוימים (אך לא במישור של הערכת הראוי, כמובן) ניתן להפיק תועלת הסברית וביקורתית בעזרת שימוש בהנחה ההפוכה, המדגישה את מקומו של בג"ץ כחלק בלתי נפרד מהמערך השלטוני.

ברור כי הפרשן הליברלי (וניתן לשער כי גם חלק מהשופטים עצמם)¹⁵⁰ צפוי לחלוק את תחושת אי-הנחת שהוצגה כאן כלפי חלק מהפרקטיקות השלטוניות המופעלות מעבר לקו הירוק, ורמים ליברליים מסוימים צפויים לבקר גם את תקפותם המוסרית של חלק מהצעדים הננקטים במסגרת המדיניות הניאו-ליברלית בתחום הרווחה.¹⁵¹ אלא שהכלים התיאוריים העומדים לרשותם לזיהוי התפקיד שבית המשפט ממלא במיסוד צעדים שלטוניים אלה הם מוגבלים. הליברל המבקש לפרש את המדיניות השיפוטית בתחומים אלה נסוג לעיתים קרובות אל אחת משתי דרכי תגובה: הראשונה היא הצדקת הימנעותו של בית המשפט מלהתערב ולפסול פרקטיקות שלטוניות בעייתיות בנימוקים אפולוגטיים, כגון "דמוקרטיה מתגוננת" ו"העדר תמיכה ציבורית"; והשנייה היא פירושה של הימנעות זו כתקלה נקודתית במערכת האיוונים והבלמים של המשטר (תקלה שניתן לתקנה, כביכול, אם בית המשפט יייקח זכויות ברצינות" ויחייב את השלטון לממשן).¹⁵² שתי דרכי התגובה אינן מאפשרות התמודדות מעמיקה עם ההיגיון המבני המוביל בתי-משפט למלא את הפונקציות שהם ממלאים בעיצוב ההסכמה האזרחית לשימוש בצעדים שלטוניים אשר נתפסים כשלעצמם כבעייתיים מנקודת מבט ליברלית.

להבדיל משני הפרקים הקודמים, הפרק הנוכחי מבקש לבחון את גבולות התועלת ההסברית שניתן להפיק מההישענות על ביקורת האידיאולוגיה כפרספקטיבה תיאורטית להבנת פועלם של בתי-משפט בדמוקרטיה הליברלית בכלל, ולהבנת האפשרויות האמנציפטוריות הטמונות בכמה ממאפייניה הקיימים של המשפט מיוציה בפרט (חרף המגבלות שתוארו עד כה). נקודת המוצא לדיון מתבססת על הטיעונים המרכזיים שהוצגו לאורך שני הפרקים הקודמים. כזכור, טענתי כי ככל שהסוכנים המבקשים לחולל שינוי

150 בעבודתי על התפקיד שמילאה הרשות השופטת בהגנה על מוסד העבדות לפני מלחמת האזרחים, הראה Robert Cover כיצד התפיסות שרווחו בזמנו בקרב משפטנים בנוגע לטבעו של ההליך המשפטי ומקומו במסגרת המערכת השלטונית הובילו גם שופטים שהתנגדו למוסד העבדות לתקפו כצורך וכלגיטימי במעין "דיסוננס קוגניטיבי" בין תפיסותיהם המוסריות לבין תפיסותיהם הפרופסיונליות. ראו: ROBERT COVER, JUSTICE ACCUSED: ANTISLAVERY AND THE JUDICIAL PROCESS (1975).

151 אני מתייחס כאן כמובן למחלוקת בין ליברלים פרוגרסיביים לבין ליברטריאנים. לניסוחים קלאסיים של שתי הגישות ראו, בתאמה: JOHN RAWLS, THEORY OF JUSTICE (1971); ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA (1974).

152 ראו, לדוגמה, את האופן שבו דבורקין מצניע את תרומתם של בתי-המשפט להתמודדותם של האמצעים המשמשים במסגרת "המלחמה בטרור" לאחר אסון התאומים. RONALD DWORIN, IS DEMOCRACY POSSIBLE HERE? Ch. 2 (2006).

153 חשוב לציין כי טיעונים הקוראים לביטול מוסד הביקורת השיפוטית הוצגו בשנים האחרונות לא רק על ידי חוגים שמרניים, אלא גם על ידי תיאורטיקאים פרוגרסיביים, בטענה כי מהלך זה עשוי להעשיר את הדיון הציבורי בסוגיות אמנציפטוריות. לשתי דוגמות בולטות ראו: MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS (1999); Jeremy Waldron, *The Core Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346 (2006).

154 ראו, למשל, ברוך קימרלינג "על בג"ץ לסגת מהשטחים הכבושים" הארץ 29.1.1993.
155 Duncan Kennedy משתמש בביטוי "סטרוקטורליזם פרנואידי" לביקורת היבט זה של ביקורת האידיאולוגיה. ראו: Duncan Kennedy, *A Semiotics of Critique*, 22 CARD. L. REV. 1147, 1169 (2001).

156 הרברט מרקוזה האדם החד-ממדי (1967). על השפעתו של מרקוזה על ספרות ה-CLS, ראו KENNEDY, לעיל ה"ש 46, בעמ' 304.

ביקורתיים שונים נגד הגיחות שפותח בספרות ה-CLS המוקדמת ובעבודתה של מקינן בנוגע להיבטיו האידיאולוגיים של שיח הזכויות.¹⁵⁹ כך, למשל, חוקרי ה-Critical Race Theory, בכתביהם הביקורתית על תרומתו של המשפט לעיצובה ולייצובה של האידיאולוגיה הגזענית בארצות הברית, הסכימו עם רוב הטענות התיאוריות של ביקורת האידיאולוגיה לגבי הקושי של שופטים ומחוקקים לפרוץ גבולות תרבותיים-קוגניטיביים שעוצבו באופן היסטורי כדי לשרת את עליונותם של הלבנים, אך הדגישו כי רק מתוך עמדה המנוכרת לסבל הקיומי של קורבנות ההפליה הגזענית ניתן לפטור כבעלי משמעות אידיאולוגית גרידא את השינויים שהתחוללו במציאות חייהם היומיומית של אפרו-אמריקאים בעקבות ביטול ההפרדה הבין-גזעית במערכת החינוך, בתחבורה הציבורית ובספרה הציבורית בכללותה הודות להתמקדות האסטרטגית של התנועה לזכויות האזרח בליטיגציה.¹⁶⁰

ביקורת האידיאולוגיה נכשלת לא רק במועור חשיבותה של ההבחנה בין רמת המקור לרמת המיקרו של היחסים הפוליטיים, אלא גם בזיהוי אפשרויות הפעולה הקיימות במסגרת רמת המקור. ניתן להציג ביקורת אימננטית נגד פרדיגמה זו, הגורסת כי דווקא כאשר אנו מייחסים את מלוא המשקל לטענה התיאורית העומדת בבסיס המושג "הגמוניה" – דהיינו, כי הטענת הציבורית העמוקה של צורות חשיבה ופעולה מגוננת על הסטטוס-קוו הפוליטי מפני שינוי רדיקלי – מתחדד חוסר ישימותו של החזון שהתיאוריה המרקסיסטית מציעה באשר לאפשרות שינוי של הסדר החברתי-הפוליטי באמצעות ניוד מהפכה תודעתית רחבה. דווקא מתוך הכרה בהשתרשותן של הנחות החשיבה הקפיטליסטיות והאתנוקרטיות כתפיסות מקובלות של "השכל הישר" ו"הסדר הטבעי" בקרב הסובייקטים שתודעתם התברתית והפוליטית מעוצבת על ידי המנגנונים התרבותיים הפועלים כמציאות הישראלית, אי-אפשר לבטל את החשיבות הסמלית והמעשית של אותם כלים (אף אם מוגבלים מבחינת אופקיהם הרעיוניים ויכולת היישום המוסרית) שציוני-הדרך ההלכתיים מעמידים לרשות הקבוצות המודרות. כפי שכותבת Kimberlé Crenshaw:

"People can only demand change in ways that reflect the logic of the institutions that they are challenging. Demands for change that do not... engage and subsequently reinforce the dominant ideology — will probably be ineffective... Powerless people can sometimes trigger a legitimacy crisis by challenging an institution internally, that is, by using its own logic against it. Such crisis occurs when powerless people force open and politicize a contradiction between the dominant ideology and their reality. The political consequences of maintaining the contradictions may sometimes force an adjustment — an attempt to close the gap to make things appear fair. Yet, because the adjustment is triggered by

האופוזיציוניים המבקשים לחולל בה שינוי מבני. לטענתו, הדמוקרטיה הליברלית, בניגוד לשיטות משטר אחרות, אינה מדכאת באופן גלוי את מחאתם של הכוחות האופוזיציוניים. במקום זאת, היא גיאותה להעניק למחאה זו ביטוי מוגבל, ועל-ידי כך מתעלת אותה לערוצים שאינם מאיימים על יציבותם של האינטרסים המעוגנים בסדר הפוליטי והחוקי הקיים. כלומר, באמצעות הכלה מבוקרת של האינטרסים של קבוצות מודרות בסדר החוקי, האליטות בדמוקרטיה הליברלית מתמרצות קבוצות אלה להתרכז באסטרטגיות מחאה המבוססות על נסיונות פרגמטיים להשתלב בהסדרים הקיימים (המנציחים, על-פי תפיסה זו, את האינטרסים של אותן אליטות), ולזנוח אסטרטגיות פעולה רדיקליות יותר, ההותרות לחולל שינוי יסודי ביחסי הכוח הקיימים.¹⁵⁷

ניתן לבקר גישה זו להבנת התפקיד שבית-המשפט ממלא בדמוקרטיה הליברלית הן במישור המתודולוגי והן במישור של השלכותיה המעשיות. במישור המתודולוגי, הפרשנות המייחסת לציוני-דרך הלכתיים משמעות אידיאולוגית ותו לא משטשת את חשיבותה של ההבחנה בין פסיקות המסייעות (ולו באופן גקודתי) בקידום מצבן של הקבוצות המודרות לבין פסיקות הנמנעות מלעשות כן. בכל דרך שיפעל בית-המשפט, בין שיקבל את העתירה ובין שידחה אותה, הוא ייצא מאשש את ההיפותזה של פרדיגמה זו, המייחסת לו תפקיד מכשירני בהנצחת יחסי הכוח הקיימים. בהשראת ביקורתו הכללית של קרל פופר נגד המתודולוגיה המרקסיסטית, ניתן לטעון כי יכולתה של ביקורת האידיאולוגיה לאשש את ההיפותזה על-אודות תפקודם המכשירני של מוסדות שיפוטיים הן בעקבות התקיימותו של תרחיש מסוים והן בעקבות אי-התקיימותו מעידה על כשל בערכה ההסברי, שכן תיאוריה זו אינה מסוגלת לספק פרמטר ביקורתי שלאורו ניתן להעריך אם החוקר הצליח לבסס את הטענה שהציג.¹⁵⁸

כשל מתודולוגי זה משליך על גבולות ישימותה של פרדיגמה זו כבסיס רעיוני לתכנון אסטרטגי של אקטיביזם פוליטי. כך, למשל, בסוגיית המאבק נגד גדר-ההפרדה, ביקורת האידיאולוגיה מתקשה להכיר בחשיבות ההבחנה בין האפקט המכשירי של ציון-הדרך ההלכתי שקבע בג"ץ בעניין בית סוריק לבין השינוי שהוללה פסיקה זו במציאות חייהם של תושבי הכפרים שהושפעו ישירות מהשינוי בתואי הגדר. הקושי של ביקורת האידיאולוגיה להכיר בחשיבות האפקט הרו-ערכי של ציוני-דרך הלכתיים עמד בבסיס הביקורת שהציגו זרמים

157 התזה המרקוויאנית משמשת מקור השראה תיאורטי לחלק ניכר מהספרות המבקרת את האפקט המעקר של התמקדותה (החל בשנות החמישים) של "התנועה לזכויות האזרח" האמריקאית (ושל תנועות פרוגרסיביות נוספות שהלכו בעקבותיה) באסטרטגיות לגליסטיות. לדוגמה קלסית של ספרות זו ראו: FRANCES FOX PIVEN & RICHARD A. CLOWARD, POOR PEOPLE'S MOVEMENT: WHY THEY SUCCEEDED, HOW THEY FAIL (1979).

158 KARL POPPER, CONJECTURES AND REFUTATIONS (1969). פופר הצביע על כך שההיפותוזות המרקסיסטיות חסיונות למעשה מפני אפשרות הפרכה, שכן כל ניסיון לסותרן מאובחן על-ידי מרקסיסטים כביטוי של תודעה כוזבת או אידיאולוגיה (ממש כשם שההיפותוזות הבסיסטיות במתודולוגיה הפרוידיאנית מחוסנות מפני אפשרות הפרכה באמצעות אבחון של הנסיבות להפריכן כהכחשה, כהדחקה או כרציונליזציה).

159 לסקירה של ביקורת זו נגד ה-CLS, ולתגובה עליה, ראו KENNEDY, לעיל ה"ש 46, בעמ' 303-338.

160 Richard Delgado. *The Ethereal Scholar: Does Critical Legal Studies Have What Minorities Want?* 22 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 301 (1987); PATRICIA J. WILLIAMS, *ALCHEMY OF RACE AND RIGHTS* (1991).

the political consequences of the contradiction, circumstances will be adjusted only to the extent necessary to close the apparent contradiction.¹⁶¹

בהשראת עמדה זו ניתן לטעון כי גם אם נקבל את תזת "הסובלנות הדכאנית" המרקוויאנית, הגורסת כי נכונותו של בית-המשפט לקבוע ציוני-דרך אמנציפטוריים במקרים ספורים פועלת למעשה לשימור הדימוי העצמי של הדמוקרטיה הליברלית בכלל ושל בית-המשפט בפרט, ואף אם נסכים עם התזה המרקסיסטית הרחבה יותר שלפיה פסיקות אלה בועדו רק להסוות את הפער בין האידיאלים הפוליטיים של שוויון פורמלי לבין האופן הלא-שוויוני שבו קבוצות שונות חוות את המציאות החברתית, אין בכך כדי לשלול כליל את הפוטנציאל הטמון במשפוט כצורת התמודדות עם סוגיות אמנציפטוריות. בפרספקטיבה היסטורית רחבה, ניתן להתבונן על דינמיקת ההתפתחות של הדמוקרטיה הליברלית כמְשַׁקֶּפֶת התרחבות הדרגתית של הקבוצות שהצליחו לעשות שימוש באידיאל השוויון הפורמלי כמנוף להרחבת מעמדן בספרה הפוליטית. שימוש זה התבסס על תביעה להנאה מאותן זכויות שהוענקו קודם לכן לקבוצות אחרות, כלומר, על חשיפת המתח בין האידיאלים המוצהרים בשית הפוליטי לבין המציאות הקיימת. דינמיקה זו הופיעה לראשונה בתביעות שהציג המעמד הבורגני כדי להתנגד לסדר הפיאודלי, והתרחבה עם השנים להגנה על נשים, על מינויים גזעיים ואתניים, ועל הומואים ולסביות.¹⁶² לכן ניתן להסתכל על האינטרס המוסדי והפוליטי לשמר מראית-עין של שוויון (אינטרס העומד במוקד של תזת "הסובלנות הדכאנית") דווקא כעל משאב שניתן לתעל אותו כדי לממש באופן הדרגתי עוד ועוד היבטים של שוויון במציאות החברתית, תוך הבנה שאין בכוחם של הישגים אלה לבטל את הפער בין האידיאלים המוצהרים של הדמוקרטיה הליברלית לבין המציאות החברתית-הפוליטית השוררת בה.¹⁶³ המשפטיוציא מוגבדה באופן משמעותי את זמינותו של משאב זה מכיוון שהיא חושפת יותר ויותר היבטים של היחסים החברתיים והפוליטיים לפיקוח משפטי פוטנציאלי. באופן זה המשפטיוציא מרחיבה במידה ניכרת את ההודמוניות והאפשרויות להצבעה על הפער בין האידיאל למציאות בדמוקרטיה הליברלית, ומספקת

Kimberlé W. Crenshaw, *Race, Reform and Retrenchment: Transformations and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 HARV. L. REV. 1331, 1367–1368 (1988).

162 עם זאת, חשוב להבחין כי הדינמיקה של התרחבות הדרגתית מאפיינת את הספרה הפוליטית, אך לא את הספרה הכלכלית (שם ניתן, כאמור, לחוות בשחיקת המימד הסוציאלי של שית הזכויות בעשורים האחרונים).

163 בפרספקטיבה זו, אחת הדרכים להגן על השיח הליברלי מפני הביקורת הרואה בו שית אידיאולוגי מעצם מהותו היא באמצעות פרשנותו כשית המספק למבקרו את הכלים המושגיים המכוונים נגד ישימותו החלקית במציאות הפוליטית באמצעות הצבעה על הפער בין הנורמות שהוא מצהיר עליהן לבין האופן שבו הוא מתרגם לכלל פרקטיקות משפטיות ופוליטיות קונקרטיות (פער זה ניתן לצמצום, אך לא לביטול, ובמובן זה האידיאלים הליברליים כשירים תמיד לשמש לביקורת אימננטית של יישומיהם הפוליטיים).

תמריצים העשויים להניע את בית-המשפט להכריז על קיומם של פערים אלה. ודוק: הזירה העיקרית לתרגומן של הכרזות אלה לזכויות פוליטיות ממשיות הייתה ונותרה הזירה הפוליטית.

מפרספקטיבה זו ניתן להצביע על הכשל הטמון במסקנה הגורסת כי המגבלות המבניות של שדות השיח המשמשים לביקורת שיפוטית על המדיניות הניאו-ליברלית ועל ההיבטים ההומניטריים של הכיבוש מסכלות לחלוטין את היכולת להשתמש במשפוט כמנוף להנעת שינוי חברתי, וכי לפיכך יש לזנוח לחלוטין את השימוש באמצעי זה. נדמה לי כי טענה זו מייחסת הן לשיח השיפוטי והן לשיח הציבורי מידה גבוהה מדי של יציבות והיקבעות. השאלה שלפנינו היא אם גם בהינתן התמסדותם של מבנים דיסקורסיביים אלה, המובילים להדרה שיטתית של אינטרסים חברתיים ושל ההקשרים הפוליטיים והמוסריים הרחבים של הכיבוש מתחומי השיח החוקתי, ניתן עדיין לפעול לניוד תשומת-לב ציבורית לפער בין המשמעויות שבית-המשפט מעניק למונח "כבוד האדם" לבין המשמעויות האפשריות שהוא מותיר מחוץ למסגרת הפרשנית. כפי שטענתי לאורך המאמר, התשובה לשאלה זו טמונה, בראש ובראשונה, ביכולתה של החברה האזרחית לפתח אסטרטגיות של התנגדות ומחאה שאינן כלואות בסד הרעיוני והמוסדי שמוכתב על-ידי חוקי המשחק של ההתדיינות האדוורסרית וההכרעה השיפוטית. הנקודה המרכזית היא כי העדר האפקטיביות של הליטיגציה הנרחבת בנושא מהווה מכשלה קריטית רק ככל שבית-המשפט ממשיך להיות הפורום העיקרי שבו החברה הישראלית מתדיינת על בעיותיה ועל עתידה, וככל שמרכז-הכובד של השיח הציבורי והאקדמי ממשיך להתנהל במתכונת הבינרית של תמיכה באקטיביזם השיפוטי שנהוג לייחס לבג"ץ או התנגדות לו. אם יתחולל שינוי בשני היבטים אלה של התרבות הפוליטית בישראל, אזי גם הצלחתם המוגבלת של סוכני השינוי הפרוגרסיבי במסלול הליטיגציה עשויה לשמש וזו לדיון ציבורי משמעותי יותר, שאינו מבוסס על כמיהה לניסוח "אובייקטיבי" ואוטוריטטיבי של משמעויותיו של המונח "כבוד האדם", אלא על מאמץ לבירור שימושו האפשריים של אידיאל זה כעיקרון מנחה להשתתפות אזרחית משמעותית יותר בעיצוב ההסדרים הפוליטיים.

ז. סיכום

בפתח חיבורו הקלטי על החירות, שבו ביקש ג'ון סטיוארט מיל להסיט את המיקוד של התיאוריה הליברלית משאלת ההגבלה של כושר הפגיעה של השלטון בחירות הפרט לשאלת ההגבלה של כושר הפגיעה של החברה עצמה בפרט או במיעוט, הוא טען כי "בעיית החירות מתייצבת לפנינו בתנאים חדשים ודורשת חקירה בצורה אחרת".¹⁶⁴ אבחנתו של מיל התייחסה לכך שדווקא התמסדות הפתרונות שהציע הליברליזם הקלטי לאיומים הצומחים מהחוקת הכוח השלטוני באופן אבסולוטיסטי בידי המונרך (כלומר, המעבר למודל הריבונות העממית) עלולה להוביל להתגבשותם של איומים חדשים על חירות הפרט. מיל

164 ג'ון סטיוארט מיל על החירות 4 (אריה סימון מתרגם, התשנ"ד).

ולבקר את האופן שבו המימד השלטוני והמימד האנטי-שלטוני של בית המשפט משתלבים זה בזה. הדגש הליברלי בתפקודו של בית המשפט כמוסד המגביל את כושר הפגיעה של השלטון בחירות הפרט מאיר אומנם צד מסוים של מטבע המעורבות השיפוטית בחיים הציבוריים. אך דגש זה פוגם ביכולתו של הפרשן הליברלי להתמודד עם צידו האחר של מטבע המעורבות השיפוטית, הנובע מכך שבית המשפט מהווה חלק בלתי-נפרד מהמערך המוסדי השלטוני, ובכובעו זה הוא משמש מנגנון המייצב את יחסי הכוחות החברתיים והפוליטיים הקיימים באמצעות כינון המסגרת הנורמטיבית המשמשת להצדקת האופן שבו הם מעוצבים. מתוך כשל זה צומחת הבעייתיות של עמדתם של דבורקין ורולס, המדגישים את תרומתה של המעורבות השיפוטית הנרחבת בפתרון קונפליקטים חברתיים ופוליטיים להעשרת הדיון הציבורי. מכיוון שהשיח השיפוטי מבוסס לשיטתם על טכניקות של שכלילה (reasoning) והנמקה, המאפשרות להכריע באופן מיטבי בין מודלים חלופיים להצדקת השימוש בכוח הכפייה של המדינה או להצדקת מודלים מסוימים לחלוקת המשאבים וההזדמנויות בין חברי הקהילה הפוליטית, גישה אינטנסיבית של הכרעות ציבוריות לעבר הפורום השיפוטי, והתבססותן של טכניקות הנמקה אלה כדרכי שכנוע מקובלות גם ביתר המסגרות של הדיון הציבורי, משפרים בהכרח את איכות הדיון הציבורי, ומובילים להתמקדות בהיבטים המוסריים של המדיניות הציבורית העומדת על הפרק. לאורך הדיון במקרי-המבחן ביקשתי להראות כי כאשר אנו מסתכלים על פעילותו של בית המשפט מבעד לפרספקטיבה תיאורטית נגדית – תוך הדגשת תרומתו של בית המשפט לרציונליזציה של האופן שבו השלטון מפעיל את אמצעי הכפייה העומדים לרשותו ולהכשרת הלגיטימיות של האופן שבו המדיניות השלטונית ממסדת חלוקה לא-שוויונית של משאבים והזדמנויות בין חברי הקהילה (בין היתר תוך הצגת ההעדפה של הצדקותיה של המדיניות השלטונית כתוצר של פרוצדורות שכלילה אובייקטיביות וניטרליות) – יכולת ההתמודדות של החברה האזרחית עם סוגיות אמנציפטוריות תלויה באופן מכריע דווקא ביכולתה לפתח מישורים חלופיים (תוך-שיפוטיים) להערכת ההתנהלות השלטונית.

לסיכום הדיון התיאורטי, ניתן לומר כי התבוננות על תופעת המשפט מבעד לפרזימות התיאורטיות של הליברליזם, מחד גיסא, ושל ביקורת האידיאולוגיה, מאידך גיסא, מפגישה אותנו עם מושאי פרשנות שונים בתכלית: במפת-הדרכים של הפרשן הליברלי, המשפט נתפס כמנוף לשינוי חברתי פרוגרסיבי וככלי לבלימת כוח הפגיעה השלטוני בחירות הפרט; ואילו במפת-הדרכים של הפרשן הרדיקלי, המשפט נתפס כמנגנון לייצוב יחסי אי-שוויון חברתי וככלי להכשרת הלגיטימיות של המדיניות השלטונית. הנרטיב שיבנה כל אחד מן החוקרים על-אודות האפקט האמנציפטורי של מגמת המשפטיוציה מוכתב במידה רבה על-ידי מפת-הדרכים שבה הוא משתמש (המורה לו היכן לבקר, מה להפש, וכיצד לזהות ממצאים המאפשרים לאשש או להפריך את ההיפותזות שהפרדיגמה מעוניינת לאשש או להפריך). אלא שניסוחים מקובלים של כל אחת משתי הפרדיגמות מבקשים לגנון על הלכידות הפנימית של המבנה התיאורטי המשמש אותה באמצעות הבניה מהותנית המתמקדת במימד אחד של תופעת המשפט תוך נטייה לייחס משקל-חסר לקיומו של המימד הנגדי. כתוצאה מכך, חשיבה על המשפט מבעד לפרזימה הליברלית מחמיצה את הסכנות הנובעות ממעורבות עודפת של המשפט בהכוונת החיים הציבוריים, בעוד שימוש לא-רפלקטיבי

צדק כאשר ביקש להצביע על כך שכל פתרון מוסדי לבעיית החירות הפוליטית עשוי להתגלות, עם חלוף הזמן, כבעיה בפני עצמה. בפרספקטיבה היסטורית רחבה יש להבין את צמיחתה של המשפטיוציה – כתוצאה המאפיינת את התרבות הפוליטית השלטת בישראל ובדמוקרטיה ליברליות אחרות – כניסיון לשפר את מגרעות המודל הפרלמנטריסטי, שהתבסס על ציפיות מופרזות ביחס ליכולתם של מנגנוני הייצוג הפרלמנטריים להבטיח את ההגנה על חירות הפרט.¹⁶ במאמר זה ביקשתי להראות כי גם תצורה זו של התרבות הפוליטית אינה נקויה מפגמים, וכי היא יוצרת תנאים המקשים על המוסדות הפוליטיים והאזרחיים (ואף על בית המשפט עצמו) לקדם יעדים אמנציפטוריים.

במישור הניתוח הסוציו-היסטורי של התהליכים המתרחשים בתרבות הפוליטית בישראל, טענתי כי 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. ביקשתי להראות כי הזירה הפוליטית הייתה ונתרה הזירה המרכזית שבמסגרתה ניתן להוביל שינוי מהותי של המבנים המוסדיים והתפיסות התרבותיות המזינים את התמסדותה של המדיניות הניאו-ליברלית ואת התבצרותו של משטר הכיבוש. רמת האינטנסיביות הגבוהה של הדרישה הציבורית למתן "פתרונות" שיפוטיים לבעיות אלה אינה מגבירה בהכרח את כושר הפעולה וההשפעה הממשי של בית המשפט, ולעומת זאת היא עלולה לשחוק את חובותם של מנגנונים חלופיים העומדים לרשות החברה האזרחית כדי להשפיע על המדיניות השלטונית. כאמור במבוא, שאלת תקפותן של אבחנות אלה ביחס לדפוסי הדיון הציבורי המתנהל בנוגע לדפוסים נוספים של אי-שוויון ופגיעות שלטוניות בחירות הפרט מחייבת מתקד נפרד, שיבחן בצורה פרטנית את אופן עיצובו של השיח השיפוטי בכל אחת מהסוגיות, מחד גיסא, ואת מנעד הטקטיקות המשמשות את הסוכנים המובילים מאבקים אמנציפטוריים אלה לצד השימוש בפרקטיקות של משפט, מאידך גיסא. ניתן לראות בטיעון הביקורתי שהוצג לאורך המאמר בבחינת הזמנה לדיון אקדמי וציבורי ענייני יותר, שאינו מתנהל על-סמך דימוי מופרז של יכולותיו המוסדיות של בית המשפט או תוך הצנעת ההלימה בין תפיסת המוסד הפוליטי המשתקפת בשיח השיפוטי לבין זו המנחה את המדיניות השלטונית בתחומי המדיניות הכלכלית והבטחונית. כפי שהדגשתי, איני סבור כי המסקנה המתבקשת מדיון זה היא כי יש לזנוח את השימוש במשפט כטקטיקת התמודדות של החברה האזרחית עם בעיות חברתיות ופוליטיות, אלא כי יש להתור להתגבשותו של שיווי-משקל מאוזן יותר בין השימוש בערוץ זה לבין השימוש בערוצים אחרים, ולהאצת התפתחותו של שיח ציבורי ביקורתי שינייד תשומת-לב לעומקם של הפערים בין המשמעויות האפשריות של המונח "כבוד האדם וחירותו" לבין המשמעויות הנוצקות למונח זה בפסיקתו העכשווית של בית המשפט.

במישור התיאורטי ביקשתי להשתמש במקרה-המבחן של המשפטיוציה בישראל כמצע להדגמת מגבלותיהן של שתי פרדיגמות בולטות בתחום התיאוריה הפוליטית בבואן להסביר

בכלים התיאורטיים של ביקורת האידיאולוגיה גובה שני מחירים עיקריים: ראשית, טשטוש ההבחנה בין מדיניות שיפוטית המסייעת בקידום האינטרסים של קבוצות מודרות (ולו באופן נקודתי) לבין מדיניות שיפוטית הפוגעת באינטרסים אלה; שנית, שחיקת היכולת לתרגם את מסקנות הביתוח התיאורטי לכלל אסטרטגיות של אקטיביזם פוליטי שיאפשרו הפקת תועלת מהפוטנציאל שאכן טמון במשפט ככלי לשינוי המציאות החברתית. באופן פרדוקסלי, דווקא ככל שפרדיגמה אחרונה זו משכללת את המודלים התיאורטיים שבהם היא משתמשת כדי להגן על ההיפותזה בדבר התפקיד המכשירני שהמשפט ממלא בייצוב יחסי הכוח החברתיים והפוליטיים (למשל, טיעון "הסובלנות הדכאנית" של מרקוזה), היא מאבדת את היכולת להתגבר על קובלנותו של מרקס כי "הפילוסופים עד כה רק פירשו את העולם בצורות שונות; אולם העיקר הוא לשנותו"¹⁶ לכן הדרך היחידה לשמר את הפוטנציאל הנורמטיבי והביקורתי הטמון בשתי הפרדיגמות שנבחנו היא להימנע מניסיון להשתמש בהנחות ובטענות שמציעה פרדיגמה אחת כדי ליתר לחלוטין את ערך השימוש (העיוני או המעשי) של חלופתה, שכן כל אחת מהפרדיגמות מובילה - בדרכים הפוכות - להבנה חלקית של תפקודו של בית המשפט במציאות החברתית הפוליטית. במקום זאת, יש לנסות לזהות כיצד המתח המתמיד בין המימד השלטוני למימד האמנציפטורי של בית המשפט מצדיק הימנעות מהפסימיזם הנובע מעמדתה של ביקורת האידיאולוגיה ופיתוח ספקנות בריאה ביחס לאופטימיזם הנובע מעמדתו של הליברליזם.

¹⁶ KARL MARX, SELECTED WRITINGS 173 (David McLellan ed., 2nd ed., 2000) 166.