פרק בספר אי/שוויון, בעריכת אורי רם וניצה ברקוביץ, הוצ. אונ. בן גוריון

04 מאי 2004 18 ספטמבר 2004

משפט ואי-שוויון בישראל

גד ברזילי

מבוא-- אבחון הבעיה:

אי השוויון החברתי בישראל יצר ציפיות אצל משפטנים אחדים ובקרב פעילים חברתיים כי בתי המשפט יסייעו לכל הפחות במציאת תרופות משפטיות אחדות למצוקותיהן של שכבות המצוקה. ואכן, בשנים האחרונות גדל מספר העתירות לבג"ץ, שעניינן בבעיות חברתיות צרופות בקרב יהודים וערבים-פלסטינים בישראל. מגמה זו שלובה בנטייה רחבה יותר, של גידול המעורבות השיפוטית בחיים הציבוריים בישראל בכלל. בישראל התרחש תהליך היסטורי של מעבר מדומיננטיות מפלגתית לדומיננטיות של האתוס המשפטי כאתוס פוליטי- ציבורי בולט. יסודו של תהליך זה, בנוסף לחשיבות משנית יותר של גורמים תרבותיים, כלכליים, משפטיים-דוקטריניריים ודמוגרפים, הוא בירידת עוצמת המפלגה הדומיננטית, קיטוביות מפלגתית, פרגמנטציה פוליטית, וירידה משמעותית מאוד בכוחן של שתי המפלגות הגדולות, עבודה וליכוד, במיוחד מאז 1981 . לכן, למשל, בעוד בשנות החמישים היה מספר העתירות לבג"ץ כ- 50 ניתן לראות עלייה תלולה ביותר של מספר העתירות לבג"ץ מאז שנות השבעים, תהליך שמואץ לאחר מלחמת 1973 , ובמיוחד מאז שנות השמונים, ומגיע לאלפי עתירות בכל אחת מן השנים האחרונות. מגמות דומות ניתנות להמחשה סטטיסטית בכל מערכות בתי המשפט בישראל, כולל בתי משפט שלום ומחוזי (Barzilai 2003,84-85).

פן אחר של המעבר מדומיננטיות מפלגתית לאתוס שיפוטי הן דרישות פוליטיות להליכים עוקפי כנסת: משאלי עם, שיטת בחירות ישירה לראשות ממשלה, לרבות דרישות

ממילא מתעוררת הדילמה האם השדה המשפטי, שיוקרתו הציבורית רבה, יכול לשמש תחליף לזירות ציבוריות ולאמצעים פוליטיים אחרים שאולי היו יכולים להביא לשינוי חברתי. הדילמה עוד מתחדדת נוכח עליה חדה בחשיבות האתוס של הפרופסיה המשפטית, כפי שבא לביטוי בהיבטים כדוגמת הקמתם של קולג'ים למשפטים, עלייה במספר עורכי הדין ובעיקר תפיסה רווחת למדי כאילו השדה המשפטי, והשיפוטי במרכז הווייתו, יכול לשמש תחליף ציבורי למנגנוני רגולציה של החיים הציבוריים בישראל, שהולכים ונחלשים, ובעיקר המפלגות.

במהלך המאמר אסביר מדוע השדה המשפטי, למרות ציפיות אפשריות, לא נוטה להביא לשינויים חברתיים. הטענות אותן אפרוס הן עקרוניות, תיאורטיות והשוואתיות, ונכונות גם לקונטקסט הישראלי.

<u>השדה המשפטי ושינוי חברתי.</u>

הבה נבהיר מדוע השדה של משפט המדינה מוגבל כמקור לשינוי חברתי ליותר שוויון. ראשית, הנגישות להליך המשפטי עצמו. ההליך של הגדרת מצוקה חברתית כבעייה משפטית ותרגומה לתביעה או עתירה, נגיש למעטים יחסית עקב עלותו הכספית. למרות העובדה כי בישראל מתרחשת "התפוצצות" של ליטיגציה, שהלכה וגברה מאז תחילת שנות התשעים, הרי ששכבת הנהנים מן ההליך המשפטי היא קטנה יחסית. אין תימה, לכן, כי מרבית המאבקים החברתיים המגיעים כיום לבתי המשפט מאורגנים על-ידי ארגונים חברתיים או קליניקות משפטיות ולא על ידי אנשים בודדים. משפט המדינה עצמו הוא מוצר שרובנו מסבסדים את קיומו אך רק חלקנו יכול להינות ממנו (מאוטנר 1999).

שנית, הקושי להמיר בעיות חברתיות לשפה של זכויות משפטיות. הקושי במעבר משפה חברתית ופוליטית לשפה משפטית הוא משמעותי. עניינה של השפה החברתית פוליטית הוא בעיצוב נרטיב של עוול, בעוד עניינה של השפה המשפטית הוא בעיצוב תביעת זכות למול חובה פורמאלית. כיוון שפעמים רבות עיצוב מערכת הזכויות והחובות במשפט המדינה נעשה בהתעלם, או בהכחשת קיומו, של עוול חברתי, הרי בין עוול חברתי לעוולה משפטית טמון פעמים רבות פער של ממש. פער זה בין הריבוד החברתי לבין שיח זכויות משפטיות, היה מקור לביקורתו של מרקס על הליגליזם הליברלי. בהתאמה, תרגום עוני או מצוקה חברתית למושגים של שפה משפטית פוזיטיבסטית, כזו שבדרך כלל מוכרת על ידי בתי משפט, הוא בעייתי ביותר, ובהיעדר חקיקה מתאימה הוא יהיה עוד קשה במיוחד (זיו 1999 ; אלבשן 2001).

שלישית, פרטיקולריזציה ואטומיזציה. אפילו ננית כי העותרים איתרו עילה משפטית, כמתואר לעיל, המחיר של התדיינות משפטית הוא פרטיקולריזציה ואטומיזציה של הבעיה החברתית במקורה, עקב המרתה לשפת ההתדיינות עצמה. עצם המעבר מאיתור הבעייה החברתית הכללית למיסגור הבעייה המשפטית הקונקרטית יוצר זירה ספציפית מאוד של דרמה משפטית, שמוצגת באולם בית המשפט, וזאת לעומת אופן קיומה הממשי של הבעייה החברתית הקולקטיבית. עורכי דיו ציבוריים שעניינם בייצוג תביעות למען מוחלשים חברתית יודעים היטב, כי כדי לזכות בדין או לפחות כדי לייצג את הבעייה בבית המשפט עליהם לזנוח בדרך כלל את הזירה החברתית הרחבה ולהתמקד בבעיות קונקרטיות שניתנות לתרגום במונחים של נזק ספציפי, שנגדו קמה זכות לתביעה משפטית. עורכי דין של המיעוט הערבי- פלסטיני בישראל, למשל, יודעים היטב כי בבית המשפט עליהם לוותר פעמים מראש על הצגת בעיות קולקטיביות כדי להשיג סעד בתיק משפטי קונקרטי (Barzilai 2003, 97-146).

רביעית, תרופה משפטית אינה סעד חברתי. ננית כי העותר "מצא יומו" בבית המשפט, ונעשה כלפיו צעד שיפוטי של תיקון עוול משפטי. כדי לתרגם סעד משפטי לכדי שינוי חברתי יש לשאוף לנכונותה של הביורוקרטיה המדינתית להביא ליישומה של ההחלטה השיפוטית. יש להבחין תיאורטית והשוואתית בין השלב השיפוטי לבין יישומו

חמישית, האם בתי המשפט עצמם רוצים שינוי? ראשית, שופטים בכל העולם הם נציגי קבוצות דומיננטיות. לכן, מידת האמפטיה שלהם לייצוג משפטי של מצוקות חברתיות נתונה בצדק לביקורת (Spann 1993, שמיר 1994). יתר על כן, יש לזכור כי בתי המשפט של המדינה מוגבלים ביכולתם לגרום לשינוי חברתי גם עקב אילוצים אידיאולוגים ומוסדיים. הם מתקשים לפעול נגד אידיאולוגיות מדינתיות בהיותם חלק מן המדינה והם נתונים לסכנה של חקיקת נגד וסנקציות של רשויות שלטון אחרות. כדי להימנע מקונפליקטים מוסדיים ישאפו בתי המשפט, דרך כלל, ולכל היותר, לשינויים תוספתיים במסגרת מוסדית נתונה, תוך תקווה שכוחות בחברה האזרחית יניעו תהליך של מוביליזציה משפטית- חברתית.

שישית -- ממדי זמן שונים. קיימים הבדלים של ממש בין שיטת "התקדים המחייב" (stare *decisis*), שהיא ביסודה שיטה הדרגתית ומוגבלת למסגרת ריב משפטי מוגדר (*lis*) והיא חייבת להיבנות במסגרת טכסט משפטי קונקרטי למדי, לבין הצורך של תנועות חברתיות בהשגת שינוי מיידי וכולל. השפה המשפטית היא ביסודה אבולוציונית, לכל היותר, במסגרת הסדרי הכוח של המשטר הפוליטי, בעוד השפה החברתית צריכה פעמים להיות רבולוציונית או רפורמטיבית. הבדלים אלה הם חריפים עוד יותר בתנאים של אי-וודאות, ביטחונית או חברתית כלכלית, שבהם עוד תגבר הנטייה של השופטים להתקדמות איטית, אם בכלל, על בסיס של שינוי הדרגתי לעומת שאיפתם של פעילי השטח החברתיים לשינויים מיידים ומואצים.

שביעית -- לגליזציה מול לגיטימציה. כאשר תנועות חברתיות עותרות לבית המשפט עליהן לקיים אכסיומטית לפחות את הלגיטימציה המדינתית ואת האידיאולוגיה המשפטית שלה (McCann 1994). מובן כי הדבר כרוך פעמים בעלות חברתית של ממש מצד העותרים שפעמים רוצים לחלוק פוליטית על תכניה של אידיאולוגיה משפטית מסויימת. עורכי דין של מיעוטים ערים פעמים רבות לעובדה כי קיימים פערים בין לגיטימציה הנובעת מאימוץ אידיאולוגיה משפטית מסויימת, למול סיפורים חברתיים אלטרנטיביים, שהם נמנעים מלהעלות עקב אותה העדר לגיטימציה. לכן, פעמים ייוצרו חילוקי דעות בין עורכי דין לבין פעילי שטח, שכן הראשונים מוכנים לשלם את עלות המאבק המשפטי בעוד האחרונים סקפטיים הרבה יותר, ובצדק, שכן בתי המשפט עושים בהכרח דין, אך לא בהכרח צדק.

עם זאת, למרות שבעת ההיבטים האמורים לעיל, אין לאפס את חשיבותו של ההליך המשפטי. משפט המדינה יכול לסייע בקידומו של תהליך מוביליזציה משפטית, כלומר-בתהליך יישומה של נורמה משפטית לטובת שינוי חברתי תוספתי ומוגבל. הפנייה לבית המשפט מקלה על ייצור של סיקור תקשורתי סביב בעיה חברתית, שאולי קודם לעתירה הייתה אלמונית יותר, והיא מאפשרת ביתר קלות גיוס תמיכתן של קבוצות סביב עניין חברתי מסוים. בנוסף, תהליך המוביליזציה מקל על קבלת תרומות לארגונים חברתיים, ופעמים נדירות יותר הוא מייצר הליך של חקיקה. אם כי הליך חקיקה זה עלול פעמים להיות דווקא ריאקציונרי לעומת הפסיקה ולא תמיד החקיקה הנובעת מן הפסיקה היא בהכרח לקידום שינוי אלא פעמים היא נועדת לסכל שינוי.

נוכח כל אלה, תנועות חברתיות חייבות תמיד לשאול עצמן האם במקום לפנות לבית המשפט לא עדיף לפעול במסגרת אלטרנטיבות פוליטיות אפקטיביות יותר של מאבקים חברתיים החל ממרי אזרחי, עבור דרך פעילות חוץ פרלמנטרית כגון מחאה, ופעילות פרלמנטרית שהיא נשמת אפה של דמוקרטיה. חשוב לציין כי בישראל התנועות לשינוי חברתי פועלות גם במרחב של כיבוש בשטחים שנתפסו במלחמת 1967, עובדה שיש לה השפעה מסכלת נוספת על כינון קואליציות פוליטיות וחברתיות החותרות לשינוי. הנה, שפע של אינטרסים ואילוצים מונעים ממערכת משפט המדינה להיות גורם לשינוי חברתי

היכן בתי משפט יכולים לתרום לשינוי חברתי?

באיזה תנאים יכולים בתי המשפט לייצר שינוי ברמת המדיניות הציבורית? הנה לדוגמא, האם בג"ץ יכול להכריז על הפסקת ההתנחלויות בשטחים או על הנהגת נישואים אזרחיים בישראל? התשובה היא כי אפילו שופטיו רוצים היו להכריז כאמור, בית המשפט לא יכול בדרך כלל לעשות כן, במצב המשפטי השורר בעת כתיבת שורות אלו (אפריל 2004), וזאת עקב אילוצים תרבותיים ובעיקר מוסדיים. מה אם-כן עשוי להתרחש כאשר בית המשפט רוצה בשינויים ברמת המדיניות הציבורית אך שופטיו חושבים כי אינם יכולים לעשות כן, אלא במחיר של אובדן מעמדו המוסדי ואולי חיסולו הדמוקרטי של המוסד בו הם מכהנים?

במקרים כאלה עומדות בפני בית המשפט שפע של טקטיקות שיפוטיות עקיפות, כגון אמרות אגב, או הבחנות בין ההחלטה השיפוטית לבין התוצאה המשפטית הסופית. במקרים כאמור יכול בית המשפט לכל היותר באמצעות טקטיקות שיפוטיות עקיפות לעודד תנועות חברתיות לתבוע ולקדם שינוי חברתי חוץ- שיפוטי, אך הוא אינו יכול לייצר את השינוי בעצמו, יש מאין, אפילו הוא רוצה בשינוי כאמור. הנה למשל, בג"ץ חייב את הממשלה לשקול מחדש את מדיניותה התקציבית הפוגעת בכבוד האדם (2004), אך בסופו של דבר נפל שדוד, כאשר הממשלה באמצעות פרקליטות המדינה הבהירה בכתב בתשובתה כי היא אינה מסוגלת לקבוע מהו סף קיום מינימלי, והשופטים נמנעו לקבוע זאת בעצמם.* בג"ץ פרץ פתח תקווה מסוים וקלוש אולי, לתנועות חברתיות שתעתורנה אליו בעתיד, אך הוא לא הביא לשינוי במדיניותה הציבורית של הממשלה.

באיזה תנאים יכולים בתי המשפט לייצר שינוי חברתי מוגבל או משני ברמת יישום המדיניות הציבורית בלבד? כאן כוחם השיפוטי גדול יותר. דוגמא לעניין זה- פסק הדין של בג"ץ המכריז על מספר שיטות עינויים כבלתי חוקיות (1999). בג"ץ לא הצהיר כי כל שיטות העינויים פסולות ולא הביא להפסקתן, אך הוא הקשה על המשך השימוש באותן ארבע שיטות עינויים אותן פסל. כוחו של בית המשפט בייצור שינוי חברתי מוגבל ברמת

בתי המשפט יכולים לקדם (להבדיל מלייצר) שינוי חברתי מוגבל באמצעים הבאים. ראשית, בית המשפט יכול לתת פרשנות מרחיבה לחקיקה ספציפית, באופן המאפשר לנשאים חברתיים להמשיך ולנהל מאבק חברתי חוץ- שיפוטי כאמצעי להבניית טכסט משפטי המתאים להם. הנה, למשל, בג"ץ העניק פרשנות לחוק חברות ממשלתיות* באופן שאכף על דירקטוריונים ציבוריים יישום "העדפה מתקנת" לנשים בחברות ממשלתיות, או שאסר על יישום לא שוויוני של דברי חקיקה המפלים מיעוטים, כגון המיעוט הערבי- פלסטיני או האתיופי יהודי. בכל המקרים מדובר היה על מתן סעד משפטי קונקרטי, על בסיס חוק קיים, והמרחק בינו לבין רפורמה חברתית מקיפה רב ביותר.

שנית, בית המשפט יכול להבנות שפת שיח משפטי של זכויות, בין השאר תוך כדי פרשנות לחקיקה רחבה מאוד כדוגמת חוקי היסוד משנת 1992 , 1994 , באופן שנותן העצמה (empowerment) לארגונים חברתיים שעניינם בתיקוני עוול. כאן יש לציין, מצד אחד, יישום של שיח שוויוני בין-קהילות על בסיס זכויות פרט, למשל בחלק מעתירות עדאלה, ארגון זכויות אדם המרכזי בקרב המיעוט הערבי- פלסטיני, או טבקה כארגון זכויות האדם המרכזי בקרב המיעוט הפלשי-אתיופי בישראל. מצד שני, יש לציין יישום שיח זכויות למטרות של השפעה שיפוטית על שינויי מגמה במדיניות ציבורית כללית, למשל פסיקת בג"ץ בתחום הגיורים הרפורמיים, שהכשירה ב- 1993 הכרה בגיורים אלה לצורכי רישום אוכלוסייה.

פסק דין אליס מילר (1994), למשל, שימש את שדולת הנשים ואת חברות הכנסת, במיוחד במהלכם של דיונים פרלמנטרים, ללחוץ על הצבא וחיל האוויר ליישם שינויי

עם זאת, יש ארגונים חברתיים שיראו בפסיקות כאמור, על שני גווניהן, אמצעי חתרני (חתרני במובן ההרמנוייטי) שעשוי ליצור תוצאות פוליטיות רחבות יותר בעתיד, אפילו מבלי שבית המשפט התכוון לכך, או כאשר התכוון אך מבלי שהוא ייראה כשותף ישיר לקריאה חתרנית, כאמור. עורכי דין של עדאלה סבורים כי מצבור פסיקות המביאות ליותר שוויון על בסיס זכויות פרט יתורגם בסופו של דבר לנכס פוליטי קהילתי של המיעוט הערבי-פלסטיני ואפילו לסוג של הכרה רשמית בזכויות קיבוציות, למשל בתחומי שפה וחינוך. עורכות הדין של שדולת הנשים סבורות כי אין אלטרנטיבה אלא לפעולה בתוך מוקדי הכוח של המדינה, כדוגמת בתי המשפט, כדי להביא ליותר שוויון לנשים. דילמות דומות סביב הכדאיות והמשמעות של פנייה לערכאות משפטיות של המדינה למול קווי פעולה פוליטיים אחרים ניתן למצוא בקרב פעילים של הקהילה ההומוסקסואלית והלסבית, עובדים זרים, אתיופים, נכים, קבוצות דתיות ומיעוטים מוחלשים אחרים בישראל (לפיתוח חלק מסוגיות אלו ראו: Barzilai 2003).

שלישית, בתי המשפט יכולים לגרום לשינויים באמצעות השפעה ישירה או עקיפה על יחסי העוצמה בין שחקנים פוליטיים. הם יכולים לגרום לחיזוק שחקן פוליטי אחד על חשבון שני. דוגמא היא פרשת וולנר (1994), שבה דן בית המשפט בשאלה האם יש לפסול טיוטת הסכם קואליציוני בין ש"ס לבין מפלגת העבודה. העבודה התחייבה לש"ס כי במקרה של פסיקת בג"ץ בניגוד ל'סטאטוס-קוו הדתי-חילוני, היא תפעל כמפלגת השלטון לשינוי פסק הדין באמצעות חקיקה. בית המשפט נמנע בדעת רוב מפסילת הטיוטה

כמובן כי היומרה השיפוטית ליצור שינוי חברתי על ידי טכסט משפטי טומנת בחובה בעיות נורמטיביות קשות. למשל, יש לשאוף לשיטת מינויים שיפוטיים כמה שיותר שקיפה ולמינויים כמה שיותר רב -תרבותיים (אם כי כוונתי אינה לייצוגיות סטטיסטית מלאה, שהיא בלתי אפשרית). בנוסף, מינוי של שופטים משכבות ורבדי אוכלוסייה שונים הוא קריטי, עקב העובדה כי השופטים אינם נבחרים בשיטתנו לתפקידם והשקיפות הציבורית שלהם היא חלקית ביותר.

<u>סיכום:</u>

כל עוד הפרלמנטריזם הישראלי מצוי, כפי מצבו דהיום, במצב של חולשה משמעותית, שהיא תולדה ישירה של מבנה רעוע של מפת המפלגות בישראל, ובהיעדר אופוזיציה פוליטית של ממש המציעה אלטרנטיבות לליברליזם, וזאת כאמצעי מכונן לרפורמה חברתית מרחיקת ראות, לא יתאפשר שינוי חברתי של ממש. בהעדר חקיקה משמעותית של זכויות חברתיות בישראל תוך התחשבות באופייה הרב- תרבותי של החברה, לא תצלח רפורמה של ממש במצבנו החברתי ותימשך הפגיעה הקשה בשכבות אוכלוסייה מוחלשות. חקיקה רפורמטורית של זכויות חברתיות ואכיפתן לא תתאפשר ללא כנסת חזקה, בעוד הציפייה כי שופטי בית המשפט העליון יביאו לשינוי חברתי היא מוגזמת ועלולה להיות תקוות אכזב.

ראוי כי פעילים חברתיים וכל שוחרי הצדק החברתי לא יראו בבתי משפט את מקור הישועה המרכזי. לניתוח זה יש השלכות פוליטיות מרחיקות לכת. אחת הרעות החולות של הליטיגציה הרווחת במקומותינו היא זניחת אלטרנטיבות פעולה פוליטיות על חשבון

ביבליוגרפיה:

אלבשן, יובל (2001). "השעון המקולקל מסרב לנוע: מערכת המשפט מתעלמת מתהליכים של פער חברתי הולך וגובר." משפט נוסף (1): 4 – 8.

זיו, נטע (2001). "העני, העשיר והגשר: חמישה סיפורים ולקח על חסרי אמצעים והשכלה מול מערכת המשפט." משפט נוסף (1): 81 – 87.

מאוטנר, מנחם (1999). "בית הדין הרבני בנתיבות." תיאוריה וביקורת (12): 467-475.

שמיר, רונן (1994). "שיקול דעת ככוח שיפוטי." תיאורה וביקורת (5): 7 – 23 .

Barzilai, Gad (2003). **Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities**. Ann Arbor: University of Michigan Press.

McCann, Michael, W (1994). **Rights at Work**. Chicago: University of Chicago Press.

Rosenberg, Gerald, N. (1991). **The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?** (Chicago: University of Chicago Press).

Spann, Girardeau, A (1993) **Race Against the Court** (New York: New York University Press).