

הפרדוקס של אקטיביזם חוץ-משפטי: תודעה משפטית ביקורתית ופוליטיקה לשינוי החברה

אורלי ליבלי¹

תרגום: זוהר כוכבי

שאלת גבולותיו של המשפט בקידומו של שינוי חברתי מעסיקה את מלומדי המשפט זה שנים רבות. עם זאת לאחרונה אנו עדים להופעתן של אסכולות חדשות אשר, בהתבססן על ניתוח ביקורתי של גבולות אלו, יצרו ספרות ענפה המקדמת אקטיביזם חוץ-משפטי במגוון דרכים. ספרות זו מציגה עצמה כחלופה לנתיב הרפורמה המשפטית, והיא נמנעת לכאורה מסכנות הקואופטציה והדה-רדיקליזציה שהיו מנת חלקו של האקטיביזם המשפטי המוקדם, ושאותן מציג המאמר בפירוט. לספרות זו יש שלושה כיוונים בולטים: (1) מעבר מפרופסיונליזם ל"עריכת דין עממית"; (2) מעבר מהספרה המשפטית ל"ספרה אוטונומית" של פעולה; (3) מעבר מנורמות משפטיות פורמליות לנורמות "לא-פורמליות" רכות יותר. המאמר מראה כיצד ההתפתחויות העכשוויות צועדות בנתיב מוטעה בגזרן מסקנות שגויות מן הניתוח הביקורתי באשר לסכנות הקואופטציה של האסטרטגיות המשפטיות. אסטרטגיות הרפורמה החוץ-משפטית המוצעות כיום מתעלמות בעיקר מכך שהחלופות המוצעות לוקות לא אחת באותם כשלים, שמהם הן עצמן מנסות להימנע באמצעות הבחירה שלא לפעול בזירה המשפטית. מאמר זה מראה כי הביטוי העכשווי של התודעה המשפטית הביקורתית מאפיל על מקורותיה ההיסטוריים של התאוריה הביקורתית שנהגה להתייחס התייחסות שווה יותר לצורות השונות של פעולה חברתית. האמיתה המוסכמת החוץ-משפטית החדשה, הדוחה את השימוש ברפורמה המשפטית כאמצעי לשינוי פני החברה, עלולה לחזק בכך דווקא את התיאור שנגדו היא מבקשת לצאת, זה שלפיו בכלכלת המאה ה-21 המדינה אינה מסוגלת עוד להבטיח פרקטיקות של אחריות חברתית.

1 המאמר המקורי התפרסם ב-" 120 HARVARD LAW REVIEW 937-987 (2007). תרגום מעובד זה מודפס באישור ה-" HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION AND WILLIAM S. HEIN COMPANY.

1. הקדמה

גבולותיו של המשפט כאמצעי שינוי חברתי מצויים במוקד הכתיבה המשפטית בעשורים האחרונים. הזרמים הרעיוניים המתגרים את מידת יכולתן של רפורמות משפטיות ליצור שינוי חברתי הובילו, בעשורים האחרונים, להתפתחות תודעה משפטית ביקורתית באשר לחוסר היעילות היחסית של המשפט בהשפעה על שינוי חברתי. הטענות הביקורתיות אינן מתמצות בהבעת אכזבה מיכולתה של המערכת המשפטית לממש את מטרותיהן של תנועות חברתיות. טיעון שהולך והופך נפוץ בכתיבה המשפטית הוא שלעתים תכופות הנזק שגורם המשפט לתנועות חברתיות המתפתות להישען על אסטרטגיות משפטיות כדי לקדם את מטרותיהן, אף גדול מתועלתו להן. ההשפעה השלילית מובנת לרוב כ"קואופטציה (סתגלנות) משפטית" – תהליך שבו ההתמקדות ברפורמות משפטיות מצמצמת את המטרות, מבטלת את הרדיקליות של סדר היום, מספקת לגיטימציה לעולות מתמשכות ומסיטה את תשומת הלב מאפשרויות יעילות יותר לשינוי החברה. הפנייה למשפט, כך נטען עוד, מחזקת את האידאולוגיות ואת המוסדות הקיימים, שכן הבחירה של קבוצות הנאבקות לשינוי חברתי בנתיב המשפטי גורמת להן להיטמע בתוך המערכת גם כאשר הן נאבקות נגדה.

כשבוחנים מקרוב את קבוצת ההנחות הדומיננטית שבבסיס הכתיבה הביקורתית בימינו, אין מנוס מהשאלה: האם קואופטציה היא ייחודית לשרה המשפטית? במאמר זה אדון בטענות בדבר קואופטציה משפטית כפי שהתעוררו במחקרים עכשוויים בארצות הברית ביחס לתקופות קודמות של אקטיביזם חברתי. המחקרים עוסקים בעיקר בתנועת העבודה של ה"ניו דיל" ובתנועה לזכויות האזרח בשנות השישים של המאה העשרים, והם טוענים לאלטרנטיבות לתהליכים משפטיים קואופטיביים. המאמר מתאר השפעה של שלושה זרמים עכשוויים, "חוץ-משפטיים", על התודעה המשפטית הביקורתית. טענתי היא שמגבלות השינוי החברתי אינן מתגלות רק ברפורמות משפטיות, אלא יש לצפות להופעתן באותה מידה ואולי אף יותר באקטיביזם חוץ-משפטי. נוסף על כך, עצם הרעיון שניתן לבחור שלא לשחק במגרש המשפטי יוצר הפרדה שגויה בין תחומים חברתיים שלמעשה אינם נפרדים זה מזה. במקום להבחין בין מספר רב של נושאים ואתגרים, הספקנות העכשווית הגורפת בנוגע למשפט מובילה מלומדים ביקורתיים להתייחס לקואופטציה כאל תופעה אחת ואחידה. כאשר מבחינים בין הטענות בקשר לכישלונות של רפורמות משפטיות, מגלים שהן מאפשרות הצצה להנחותינו בדבר האפשרויות והרפוסים המחזוריים של שינוי באופן כללי, ולא רק של שינוי באמצעות המשפט. במאמר זה אטען שכיום התודעה המשפטית הביקורתית מאפילה על התאוריה הביקורתית המקורית, שבבסיסה עומדת התייחסות מאוזנת יותר אל הצורות השונות של פעולה חברתית והכרה בכך שלכולן פוטנציאל קואופטיבי וטרנספורמטיבי (לשינוי החברה) כאחד.

ביקורת הקואופטציה המשפטית גורסת כאמור שרפורמה משפטית לעולם אינה טרנספורמטיבית באופן רדיקלי, גם כאשר היא נתפסת כמוצלחת. חיוני אפוא לשאול מה הם קני המידה שעל פיהם ניתן לבחון את הצלחתה של החלופה המוצעת. מאמר זה מבקש לטעון כי הסיכונים של קואופטציה חוץ-משפטית דומים לסיכונים של קואופטציה משפטית. עם זאת, מודל חלופי זה של פוליטיקה פרוגרסיבית אשר לכאורה מצליח להימנע מהסיכונים הקריטיים של קואופטציה, מהלך קסם על תומכיו ואינו מאפשר להם לבחון אותו בעין ביקורתית כפי שנבחנות באופן שגרתי האסטרטגיות המשפטיות. לפיכך עלול הגל החדש של הפוליטיקה החוץ-משפטית להוביל ללא יותר מאשר מיסטיפיקציה עצמית של המפסידים. הסכנה הטמונה במתן משקל-יתר לפער או

לניגודיות בין אקטיביזם משפטי לבין אקטיביזם חוץ-משפטי היא, שכיום חלק ניכר מן הכתיבה האלטרנטיבית בהגות המשפטית מטשטש את הקווים בין מצוי לבין רצוי בתיאור של הפוליטיקה לשינוי החברה ובניסוחה.

2. "בתוך" המשפט וביקורת הקואופטציה המשפטית: שני שלבים היסטוריים ומיפוי שימושי של קטגוריות ביקורתיות

שני רגעים מכריעים במאבקים המשפטיים של תנועות חברתיות – תנועת העבודה של ה"ניו דיל" והתנועה לזכויות האזרח של שנות השישים – הם נקודות מפתח להבנת האופנים שבהם חוקרים בני זמננו מעריכים את הסיכויים ואת הסיכונים הטמונים ברפורמה משפטית. לדעתם, הניצחונות שהושגו בשתי התקופות היו ניצחונות מוגבלים וסמליים, שניטרלו רדיקליות ומנעו את הגשמתו של חזון כולל יותר.

א. מאבקי תנועת העבודה

מאבקי תנועת העבודה בזמן השפל הגדול והשיקום של ה"ניו דיל" דחפו להסדרה מחודשת של יחסי העבודה באמצעות החוק הפדרלי ליחסי עבודה קיבוציים. החקיקה התקבלה כניצחון גדול של תנועת העבודה. אבל שמחת הניצחון הייתה קצרת ימים, ועד מהרה הצהירו אנשי תנועת העבודה כי בתי המשפט עיקרו את החוק. ניתוח ההתפתחויות המשפטיות שלאחר חקיקת החוק הביא חוקרים ביקורתיים של משפט העבודה למסקנה כי, בסופו של דבר, הרפורמה המשפטית של ה"ניו דיל" קידמה את הקואופטציה של תנועת העבודה וריסנה את הלוחמנות שלה. מבקרים טענו כי הקורדיפיקציה של המשא ומתן הקיבוצי הפכה למכשיר מוסדי שנועד לשלוט בכוח העבודה ולגרום לרציונליזציה למבנה הקיים של שוק העבודה, במקום לבטא את צורכי העובדים ואת שאיפותיהם. מבקרים אלה הסיקו כי, באופן פרדוקסלי, אפשרה ההצלחה המשפטית לכאורה של מאבקי הרפורמה החברתית של ה"ניו דיל" לרסן ולהשקיט את האקטיביזם של תנועת העבודה.

ב. מאבקי התנועה לזכויות האזרח

השלב השני של המאבקים למען רפורמה חברתית עוצב על פי המודל של התנועה לזכויות האזרח. במהלך שנות החמישים והשישים של המאה העשרים היו הפעילויות של התנועה לזכויות האזרח מודל לחיקוי לתנועות אחרות, כגון התנועה למען זכויות הנשים, תנועת הזכויות של ההומוסקסואלים ותנועת הזכויות לאנשים עם מוגבלויות. הן עודדו אותן לאמץ אסטרטגיה של רפורמה משפטית ולהתארגן סביב דפוסים דומים של שיח זכויות וסביב טענות נגד אפליה. למעשה, מאז שנות החמישים המאוחרות הפכה הליטיגציה – שהתבטאה במקרי מבחן אינדיווידואליים ובתביעות ייצוגיות – למכשיר עיקרי באקטיביזם של תנועות חברתיות. אך למרות ההתלהבות סביב הרפורמה המשפטית החלו חוקרים להטיל ספק במידת ההצלחה של הניצחונות המשפטיים, ובראש ובראשונה בזו של המאבק פורץ הדרך בפרשת בראון נ' מועצת החינוך של טופיקה לאינטגרציה של מוסדות החינוך (1954), וכן של ההישגים החקיקתיים שבאו בעקבותיו, ובייחוד אימוץ חוק זכויות האזרח של 1964. המחקר המשפטי החל לבחון את התוצאות השליליות שגרמה הליטיגציה בנושא האפליה לאוכלוסייה שעליה היא ניסתה להגן.

ג. פירוק מושג הקואופטציה

חשוב לראות שהטיעונים בדבר קואופטציה משפטית מורכבים ממערכות נפרדות של טענות. פירוק התפיסה החובקת כול, הרואה במשפט כוח קואופטיבי בסדר היום של התנועה החברתית, חשוב במיוחד בעת הזו, שכן אנו עדים להופעתן של אמיתות מוסכמות (טרואיזם) ביחס לאסטרטגיות של רפורמות חוץ-משפטיות לשינוי החברה. כאשר מבינים כי טענת הקואופטציה נוגעת לסדרה של בעיות העשויות לצוץ בעת שאנו בוחרים באסטרטגיה מסוימת כדי לקדם רפורמה, אזי ברי שחלק ניכר מבעיות אלה אינן מייחדות את השימוש במשפט. אותן בעיות ממשיכות להתקיים גם מחוץ לרפורמה המשפטית המסורתית. הסכנה בשימוש בטענה בלתי בדוקה בדבר חוסר יעילותן של אסטרטגיות של רפורמות משפטיות גדלה, אם כורכים יחד את כל הטענות השונות בנוגע לקואופטציה בלי להבחין ביניהן. למעשה, כוללת ביקורת הקואופטציה שישה סוגי טיעונים: משאבים ואנרגיות סכום אפס, מסגור והפרדה, התמקצעות, מגבלות מוסדיות, דחיקה לשוליים ולגיטימציה.

1. משאבים ואנרגיות סכום אפס

סוג ראשון של טיעונים עוסק בשאלות הנוגעות להשקעה ולעלויות הכרוכות בניסיון להשגת רפורמה בדרכי פעולה משפטיות. התדיינות משפטית גוררת עלויות כספיות גבוהות ודורשת השקעה של זמן ואנרגיה רבים, המפחיתה באופן בלתי נמנע את היכולת של התנועה החברתית לנקוט דרכי פעולה אלטרנטיביות. העלויות הכספיות כוללות הוצאות ישירות, כגון שכר עורך דין, הוצאות משפט, הוצאות עד מומחה, והוצאות עקיפות הקשורות להכנת התיקים ולאיינזטראקציה עם עורכי דין ועם בתי משפט. נוסף על כך גם כאשר מסתיים תיק משפטי בזכייה, הניצחון הרגעי אינו מתורגם בהכרח להגדלת משאבי המאבק, בשל קשיי גבייה ומכשולים ביורוקרטיים.

2. מסגור והפרדה

סוג שני של טיעונים עוסק בדרכים שבהן דורש המשפט מתנועה חברתית לנסח מחדש את תביעותיה ואת עמדתה הנורמטיבית כך שיהלמו את העולם המשפטי. ההתמקדות ברפורמה משפטית מאלצת קבוצות למסגר את טענותיהן כמחלוקת ממוקדת בין שני צדדים, ובכך מכריחה אותן להצר את מצען ואת האסטרטגיות שלהן. מלבד זאת מציע המשפט הגדרה מוגבלת וכוללנית של ה'בעיה', ובהתאם לכך מנמיך את הציפיות לפתרונה. יעדים ותכניות שלא ניתן לנסחם במונחים משפטיים לא יזכו להתייחסות. ההתאמה לדרישות העולם המשפטי מפרקת ומפוררת את מאבקי התנועה החברתית – הכרוכים בחזון משותף – והופכת אותם לנושאים מובחנים זה מזה, ובכך מתועלת התנועה בכל פעם לנתיב פעולה בודד. הקשרים האינהרנטיים הקיימים בין תכניות, כמו גם בין קבוצות שונות הפועלות למען רפורמה חברתית, סובלים מטשטוש מושגי כאשר הנושאים מנוסחים כטענות משפטיות מובחנות. בה בעת דורש הנתיב המשפטי מן התנועה החברתית להציג חזית אחידה, המשטיחה את הוויכוחים הפנימיים, מפוררת חלקים מן החזון הרחב יותר ודוחקת אותם לשוליים, ומטשטשת את מורכבותם של האינטרסים, הצרכים והסיכונים הקיימים בתוך השרדה החברתית.

3. התמקצעות

סוג שלישי של טיעונים נוגע לאופי המקצועי של הזירה המשפטית. גוף נרחב של כתיבה ביקורתית בוחן כיצד התפקיד שממלאת הפרופסיה המשפטית בפעילויות למען רפורמה חברתית עשוי להיות בעל השפעה קואופטיבית בעצמו. חלק מהכותבים מביעים חשש מפני עורכי דין בעלי אינטרסים אישיים המניעים אותם לפעול לקידום תוצאות הזרות למטרותיו של הלקוח. באופן מבני יותר, מוטרדים הוגים ביקורתיים מכך שאפילו כאשר מניעיו של עורך הדין 'נקיים', יוצר המקצוע המשפטי, המורכב למעשה ממערכת מרושתת וסגורה של אליטות, תלות כה רבה במשפט, עד שעורכי הדין עלולים להפוך לגורם השולט בתנועה שבמסגרתה הם פועלים. טענה נוספת היא שקבוצות שנדחקו לשוליים נוטות לחוות את הזירה המשפטית כ'סביבה תרבותית עוינת', המשתיקה את קולותיהם בכך שהיא אורזת מחדש את העוולות שנעשו להם בסגנון ובעגה מקצועיים. עצם הרעיון של בית משפט ושל חוק עשוי לעורר תחושות אימה בקרב הקהילות מוחלשות. הדומיננטיות של המומחים, הניכור כלפי אופני דיבור אחרים וה'משפטיזציה' של הפעולה החברתית – עלולים להסות את הפעילים ולהחלישם.

4. מגבלות מוסדיות

סוג רביעי של טיעונים תולה במגבלות המוסדיות של המערכת המשפטית את כישלונה במימוש הרפורמות שאליהן חותרת התנועה החברתית. לא פשוט לתרגם ניצחונות ספורים לתהליך מאומץ היוצר שינוי מבני; שינויים מוסדיים נוטים להיות הדרגתיים ולעתים תכופות חמקמים. בתי המשפט חסרים את היכולת, את הכוח ואת המידע הנחוצים כדי לפקח על יישום החלטותיהם. פסקי הדין מועברים לגורמים הרלוונטיים, אך לעתים קרובות אינם נאכפים. במילים אחרות, ליטיגציה חסרה את היכולת להוביל להישגים חברתיים ארוכי טווח. לעורכי דין אמנם יש נטייה למיתולוגיזציה של פסקי דין ושל הישגי חקיקה, אך תנועות חברתיות הפועלות באמצעות השדה המשפטי לומדות במהרה שניצחונות משפטיים אינם מיתרגמים לשינוי מטריאלי משמעותי. אכיפה משפטית נתפסת אפוא במקרים רבים כצופה פני עבר או כתיקון לעוולות העבר, אך, מנגד, היא אינה מצליחה להרתיע מפני עוולות עתידיות או לתמוך בהתארגנות ארוכת טווח.

נוסף על כך קבוצות בעלות השפעה מצויות בדרך כלל בעמדה טובה יותר להתמודדות עם המערכת המשפטית. "השחקנים החוזרים", כביטוי של מארק גאלאנטר (Marc Galanter), מתמצאים במערכת המשפטית ומסוגלים לעצב את התפתחות המשפט כדי להבטיח פרשנות משפטית המקדמת את האינטרסים שלהם; זאת, הן על ידי נקיטת הליכי פשרה בתיקים שבהם סביר מאוד כי יפסידו, והן על ידי פנייה לבית המשפט בתיקים שבהם סביר מאוד כי ינצחו.

5. דחיקה לשוליים

קטגוריה נוספת של טיעונים עוסקת בדינמיקה שבה הפנייה למשפט מסתיימת לעתים קרובות בדחיקתן לשוליים של דרכי פעולה אלטרנטיביות לא רק בגין המשאבים הנדרשים, אלא גם בשל השפעות פסיכולוגיות מחלישות. המשפט מתיימר להיות המקור הבלעדי של סמכות בחברה, וגם מנוע של פוליטיקה לשינוי החברה. המשפט שולט בשדה האפשרויות של הרפורמה ומצמצם את חזונו של התנועות החברתיות לתחום מוגבל של סעדים. תנועות חברתיות מפריזות לעתים קרובות בהערכתן את כוחו של המשפט, ורפורמטורים חברתיים

נכנעים לקסמה של הליטיגציה במקום לספק ערוצים לרפורמה פוליטית אמיתית. הפנייה למשפט מספקת אפוא תחליף ממשי ורגשי לצורות חזקות יותר של מעורבות חברתית. הדבר המטריד ביותר הוא שמהרגע שבו תנועה חברתית בוחרת להתמקד באסטרטגיות משפטיות, מאבדים אסטרטגיות ונתיבים אחרים של מאבק חברתי את הלגיטימיות שלהם, ומחאה, שביטות אסורות ומשמרות שובתים מוסרות מעל סדר יומה של התנועה.

6. לגיטימציה

קבוצת הטיעונים האחרונה במערך הניתוח של הקואופטציה המשפטית היא אולי החשובה ביותר וגם המורכבת ביותר. בנוסף לרווחים ולהפסדים מטריאליים, המשטר המשפטי מעצב גם את תודעתם, את מניעיהם ואת תשוקותיהם של פרטים ושל קבוצות. המשפט משפיע על הבניית הסובייקטיביות אצל מי שאינם משפטנים, בייחוד כאשר הם משקיעים את זמנם ואת מאווייהם בקידום שינוי חברתי באמצעות רפורמה משפטית. באופן כללי, אפקט התודעה כרוך בהיווצרותה של תחושה סובייקטיבית כלפי העולם, הגורמת למערכת של הסדרים חברתיים פרטיקולריים להיראות טבעית יותר, הכרחית יותר וצודקת יותר ממה שהיא 'באמת'. המשפט מייצר קואופטציה פסיכולוגית בדיוק משום שהוא מבטיח יותר ממה שהוא מסוגל לקיים באמת. כאמור, המשפט מציג את עצמו, ברוזמנית, כמקור הסמכות הבלעדי בחברה וכמנוע לשינוי חברתי. המשפט גם מתיימר לאובייקטיביות, כממוקם מחוץ לפוליטיקה ומעליה. השחקנים החברתיים הנכנסים לתוך הערוצים הפורמליים של המדינה מסתכנים אפוא בכך שהתודעה שלהם תעבור טרנספורמציה הגמונית.

הסתמכות על שפת המשפט ועל הזכויות המשפטיות כמכשיר לשינוי מספקת לגיטימציה לשיטה אידאולוגית המסווה אי-שוויון. כאשר הדרישות החברתיות מתועלות לתוך הפעולה המשפטית, והתוצאות אינן אלא תיקונים מתונים של ההסדרים החברתיים הקיימים, אזי התהליך מכשיר למעשה אי-צדק מערכתי. במקום להתנגד לאידאולוגיות השולטות, למוסדות ולהיררכיות החברתיות הרווחות, התהליך המשפטי מחזק אותן.

במונחים של תאוריה דמוקרטית ושל קונסטיטוציונליזם ליברלי, ניתן להגדיר את אפקט הלגיטימציה כתהליך שבאמצעותו אלה המפסידים שוב ושוב תופסים את עצמם כחלק מן המערכת, כאוטונומיים, כמי שהביאו על עצמם מתוך בחירה את ההפסדים שלהם ואת מעמדם המוכפף. תנועות חברתיות כתנועת העבודה, הפועלות באפיקים המשפטיים, מוותרות על רבות מתביעותיהן נגד המבנה של הקפיטליזם, כגון התביעה לבעלות העובדים על אמצעי הייצור, משום שתביעות אלה אינן בתחום עיסוקו של המשפט. יעדיהן הופכים שאפתניים פחות או רדיקליים פחות, שכן הקבוצה מתחילה להפנים את מושגי הצדק של אלה אשר נגדם יצאה מלכתחילה.



ההתייחסות לשש קטגוריות אלה של סכנות הקואופטציה – שלרוב מופיעות כטענה אחת גורפת – כאל מכלול אחד, תרמה להיווצרותה של תודעה משפטית ביקורתית, המתייחסת אל תביעות חברתיות שזכו ללבוש משפטי כאל תביעות שאינן מאיימות עוד על הסטטוס קוו. המשפט, טוענים הוגים רדיקליים, נוטל מהקבוצות המוחלשות את האמצעי רב העוצמה ביותר שלהם – הכוח להפר (באופן לא חוקי) את הסדר. האמת המוסכמת כיום בדבר מגבלות השינוי המשפטי היא אפוא

שהמשפט מקהה את עוקצן של תביעות רדיקליות, ואין לראות בו את הנתיב היעיל לפוליטיקה לשינוי החברה.

3. אלטרנטיבה? "מחוץ" למשפט בימנו

השאיפה להימנע מתהליך של קואופטציה משפטית משתקפת בספרות בדמותן של שלוש חלופות להתמקדות המסורתית במערכת המשפט, שיש ביניהן זיקה הדדית. החלופה הראשונה היא הגדרה מחדש של מטרות המערכת המשפטית כמקדמת תוצאות עקיפות במקום ישירות. חלופה זו מצביעה על היעדר ההשפעה ארוכת הטווח של תוצאות משפטיות פרטניות. החלופה השנייה היא התרחקות מן הזירה המשפטית לעבר תחום הפעולה ה"חוץ-משפטי", המתואר לעתים קרובות כתחומה של החברה האזרחית. החלופה השלישית היא המשגה מחודשת של המונחים "משפט" ו"חוקיות" בהתבסס על תפיסות מוקדמות יותר של פלורליזם משפטי. שלוש הצעות אלה משקפות לא רק את ההתפכחות ואת האכזבה ממערכת המשפט כבעלת פוטנציאל להניע רפורמה חברתית, אלא גם את העובדה שהספרות המשפטית הפרוגרסיבית הפנימה את המציאות הכלכלית העכשווית ואת מחויבויותיה המשתנות של המדינה בעידן של גלובליזציה.

א. המשפט בשירות ההשפעות העקיפות: "עריכת דין עממית" ותנועת ה"משפט והתארגנות"

כיוון אחד שמציעה הכתיבה המשפטית העכשווית הוא שהמשפט לא נועד להשיג תוצאות ישירות בלבד, אלא גם, ובעיקר, יעדים אחרים, כגון התארגנות, העלאת מודעות ובניית קהילה. ההכרה בכך שהמשפט משפיע על התודעה החברתית מובילה את חוקרי המשפט להציע לעשות שימוש בהשפעה זו כדי לשרת קבוצות הפועלות למען רפורמה חברתית. ביטוי פרדיגמטי של התפתחויות אלה ניכר בכתיבה בתחום עריכת הדין הציבורית (public interest lawyering). מאז שנות התשעים המוקדמות גישת "משפט והתארגנות" (Law and Organizing) היא הדגם המרכזי. גישה זו רוחה את תפיסת המשפט כמכשיר ישיר להשגת שינוי חברתי, ומעודדת עורכי דין לפעול בצוותא עם חברי קהילה אחרים בחיפוש אחר פתרונות מקומיים ולא-משפטיים לעוללות חברתיות. מודל פעולה זה מחבר, ולמעשה אף מכפיף, את המשפט להשגתם של יעדים לא מסורתיים, הכוללים בנייה של בסיס חברות; הגדלת המעורבות הקהילתית; גיוס כספים; מינוף פוליטי; יצירה של יחסי ציבור וכיסוי תקשורתי; הצגה דרמטית של היעדים; ויצירת חלופה לנרטיב ההגמוני. עורכי דין חברתיים טוענים כי עריכת הדין המסורתית חותרת כנגד האפשרות של פעולה קולקטיבית, והם מציעים כמה אופנים שבהם עשוי השימוש במשפט לתרום לפעולה למען רפורמות חברתיות: ראשית, ההבטחה לקבלת סיוע משפטי בתיק ספציפי יכולה להיות זרז לגיוס חברים חדשים לארגון, גם אם יעדי ההתארגנות והרפורמה שלו רחבים יותר. שנית, המשפט יכול לתפקד בארגון באופנים שונים: כאמת מידה לא-צדק; כחלק ממאמץ חינוכי כולל; כנרטיב של התנסויות אישיות. כמו כן ניתן לנצל את המשפט כחלק מקמפיין התארגנות גדול יותר שמטרתו הסופית אינה לזכות בתיק משפטי נקודתי, אלא לקדם את מאמצי ההתארגנות או ליצור לחץ על התעשייה שמולה פועל הארגון. למעשה, גישת "משפט והתארגנות" מתארת לעתים קרובות את תפקיד עורך הדין כזהה לזה של המארגן הקהילתי (community organizer). גישה זו מצמצמת את חשיבותה של המומחיות המשפטית של עורך הדין, ומתנגדת במידה רבה לאספקה של שירותים משפטיים מעשיים, ישירים או פרטניים.

ב. טיהורו של תחום חוץ-משפטי: "גלוקליזציה" ותחיית החברה האזרחית

ביחד עם ההתפכחות מאשליית המשפט הפורמלי, הולכת ומתרחבת הכתיבה הגורסת כי הדרך להימנע מקאופטציה משפטית היא באמצעות "יציאה החוצה" (opting out) מן המערכת הרגולטורית הממוסדת. חוקרים רבים תומכים בחזרה לאקטיביזם במסגרת "המגזר השלישי", שמתואר לעתים באופן שיורי כתחום עצמאי של חיים חברתיים חופשיים, חף מריבונות של הממשלה ושל השווקים הפרטיים. בהקשר זה, ראוי להיעזר בהבחנה שימושית בין שתי מסורות של חברה אזרחית. המסורת הראשונה, זו של מונטסקייה, מתייחסת אל החברה האזרחית כאל חברה פוליטית המתפתחת בתוך התהליך הפוליטי. לעומתה, במסורת השנייה, זו של ג'ון לוק, החברה האזרחית נתפסת כקדם-פוליטית, חוץ-פוליטית, וכבעלת יכולת התארגנות עצמית. המודל החוץ-משפטי אשר רואה באקטיביזם בתחום החברה האזרחית נתיב חלופי לשימוש באסטרטגיות משפטיות לשינוי החברה, מאמץ למעשה את המסורת הלוקיאנית המאדירה, באופן רומנטי ולא ביקורתי, את הרעיון הפשטני המתייחס ל'פעילות שטח' (grassroots) מקומית קדם או חוץ-פוליטית כאל תחום נפרד של פעולה.

ברמה הבינלאומית, ספרות הגלובליזציה מתארת באופן דומה את השגשוג המהיר של האקטיביזם, שלא ניתן להסבירו באמצעות תיאוריות מסורתיות של מאבק חברתי. בדומה לתפיסה החוץ-משפטית הלוקלית, גם ספרות זו מהללת צורות פעולה מגוונות, ומפרשת את היוזמות המקומיות הנקודתיות כחלק מן הפעילות הגלובלית. יחד עם זאת, הדימוי של החברה האזרחית מופיע שוב בתיאור "החברה האזרחית הגלובלית", המוגדרת ככוללת את נתח החיים המשותפים המצויים מעל לפרט ומתחת למדינה, אך גם את זה המצוי מעבר לגבולות לאומיים.

הכתיבה העכשווית אודות ה"גלוקליזציה" (עולמקומיות) מציעה להתמקד בחזון חדש של פוליטיקה על-לאומית, המושרשת באינטראקציה היומיומית בין קבוצות שוליים, בתוך משפחות, כנסיות, בתי ספר ורשתות קהילתיות בלתי-פורמליות. צורת ניתוח זו משנה את המוקד ממאבק חברתי שמטרתו השגת כוח מוסדי ורפורמה משפטית, למושגים של "ניראות" ו"נוכחות". ביסוד המעבר הזה עומדת הירידה בחשיבותה של המדינה וביכולותיה בעידן הגלובליזציה. התערעורתם של הכוח הפורמלי ושל ההיררכיות הישנות יצרו מצב שבו לא קיים יותר שליט אחד – המדינה או המערכת המשפטית – שכנגדו יש להיאבק. במקום זאת, המדינה – שבעצמה מאבדת שליטה אל מול כוחות גדולים, עמומים ופזורים יותר – הפכה להיות שחקן אחד מני רבים בשדה הפעולה החברתי.

ג. להמשיג מחדש את "המשפט": הפלורליזם המשפטי החדש

ההתנגדות למערכת המשפט ככלי העיקרי לקידום רפורמה חברתית הביאה להתעניינות מחודשת בזרם רעיוני מוקדם יותר – הפלורליזם המשפטי. בניגוד לגישת הצנטרליזם המשפטי, הגישה הפלורליסטית גורסת כי משפט המדינה איננו מערכת הנורמות הבלעדית. חקר הפלורליזם המשפטי מתמקד בצורות פורמאליות יחסית של נורמות לא-ממשלתיות, כגון 'קודי התנהגות' של תאגידים או הליכים פרטיים לכירור תלונות ותביעות. על פי הגרסאות החזקות של הפלורליזם המשפטי, המדינה איבדה, מבחינה אמפירית, את הציודק לתביעה להיות המקור הבלעדי למכלול התופעות המשפטיות המתרחשות בשטחה. על משפט המדינה להכיר בקיומן של מערכות-משנה המסוגלות להסדיר באופן עצמאי את פעילותן בהתאם לנורמות ולקודים שלהן, ואשר אינן צריכות לתמוך את תביעותיהן הנורמטיביות בשום עיקרון חיצוני. משימת אכיפת הסדר, שהיתה מזוהה

בעבר באופן בלעדי עם המדינה, הפכה להיות מבוזרת ומפוזרת לאורכה ולרוחבה של החברה בין קבוצות שונות ובין מקורות רבים של סמכות, המתחרים כולם באותו מישור נורמטיבי עם משפט המדינה.

הדגש הגובר על רגולציה שמקורה אינו במדינה מתיישב עם המושג האירופאי של "משפט רך" (soft law), המתייחס לנורמות המדריכות התנהגות פרטית בהיעדרו של משטר רגולטורי "נוקשה" ומחייב. ההתמקדות ברגולציה "רכה" זו מאתגרת את ההנחה המסורתית ביחס לרפורמה משפטית, בכך שהיא מחייבת הגדרה מחדשת של מושגים קונבנציונליים במשפט, ומספקת נתיבים חלופיים לפעולה. הפלורליזם המשפטי החדש דוחה הן את הזיהוי בין יצירת נורמות לבין רגולציה פורמלית, והן את הזיהוי בין רפורמה חברתית לבין רפורמה משפטית. בכך מתבטאת הזיקה ההדוקה של הפלורליזם המשפטי לרעיון של תחיית החברה האזרחית, שכן דרך הפעולה שאותה הוא מציע היא יצירתן של נורמות נוספות ב"מגזר השלישי", מחוץ למשפט ולשוק. ודוק: הדגש אינו מושם רק על דבר קיומם של קודים וולונטריים לצד כלים רגולטוריים מסורתיים, אלא גם על האפשרות ש"חוקים" חדשים אלה מהווים חלופות מועדפות למאבקי הרפורמה החברתית.

4. הבעייתיות שבמודל החוץ-משפטי – מבט נוסף על קואופטציה

ניתוח מעמיק של המודל החוץ-משפטי מגלה כי למרות ניסיונו להימנע מסכנת הקואופטציה המשפטית, יש לגלג הנוכחי של החלופות המוצעות השפעות שבאופן אירוני משחזרות אותה. ניתן להצביע על שלושה סוגי קשיים בכתיבה העכשווית על הזירות החוץ-משפטיות: ראשית, טיעונים הנוגעים לקואופטציה משפטית התפתחו לא פעם בתגובה למה שנתפס כפער בין האידאל המושגי שלמענו נאבקה הקבוצה הפועלת למען שינוי חברתי לבין הגשמתו בפועל. אך, באופן אירוני, המסר העכשווי הקורא להימנע מלצעוד בנתיביה של הרפורמה המשפטית המסורתית עלול רק להחמיר את הבעיה. מחד, המושגים של היעדר פורמליזם (המעבר לאסטרטגיות לא-משפטיות), החברה האזרחית (המעבר לספרות פעולה חוץ-משפטיות) והפלורליזם (הגידול המהיר במספר היצרנים של נורמות משפטיות) הושפעו על ידי קשת רחבה של עמדות פוליטיות, שאף אימצו אותם לחיקוק; מאידך, תהליכים אלו גרמו להשלכות בלתי צפויות שעמדו בסתירה לאידאליים של הרפורמות החברתיות שעיצבו אותם.

שנית, הרעיון של "יציאה" מהזירה המשפטית מביס את עצמו בבטלו את החשיבות המתמשכת של המשפט ואת האפשרויות של רפורמה משפטית בתחומים שאינם מוסדרים. נוסף על כך, מודל הכולל "יציאה" וכן הפרדה ברורה בין התחומים השונים נכשל בזיהוי המציאות, שבה מתקיימים השפעה הדדית הולכת וגדלה וטשטוש גבולות בין המרחב הפרטי לבין המרחב הציבורי; בין המגזר העסקי לבין מגזר המלכ"רים; ובין מוסדות פורמליים לבין מוסדות בלתי פורמליים. מודל זה מחמיץ אפוא את התובנה הביקורתית שהמשפט פועל ברקע של יחסים שלמראית עין אינם מוסדרים. ושוב, באופן פרדוקסלי, העמדה החוץ-משפטית הטוענת לאקטיביזם מבוזר ולחלוקת החברה לספרות שונות פעלה באופן שערער את סדר היום הפרוגרסיבי במקום לחזק אותו.

לבסוף, משום האידאליזם הרומנטי שבאמצעותו תופסים השחקנים החוץ-משפטיים את פעולותיהם, הם נכשלים בפיתוח כלים להערכת הצלחתם. הואיל וביקורת הקואופטציה המשפטית מכילה את הטיעון שרפורמה משפטית לעולם אינה משנה את פני החברה באופן רדיקלי, אפילו כשהיא נתפסת כניצחון, מחובתנו לשאול: מה הם הקריטריונים להערכת ההישגים של החלופות המוצעות? לטענתי, האופן שבו חלק ניכר מן הכתיבה העכשווית תופס את האקטיביזם החברתי

מטשטש את הגבולות בין המצוי לבין הרצוי. מכיוון שההצעות הנוכחיות מציגות את עצמן כחלופות למאבקים משפטיים פורמליים, הרי שעלינו לברר אם הפוליטיקה החוץ-משפטית החדשה לסוגיה, ששבחה יוצא למרחוק, מסוגלת להפיק תאוריה פורה וערוצים משמעותיים לרפורמה במקום מדיניות של סטטוס-קוו.

א. כישלונות מעשיים: כשחלופות חוץ-משפטיות מקדמות סדר יום שמרני

המבנה הבסיסי של טיעוני הקואופטיזם מראה כיצד, בעת המעבר מתאוריה למעשה, האידאל שקידמה הקבוצה החברתית מטמיע תכנים לא צפויים, ובעקבות זאת נכשלת הקבוצה במימוש חזונה הראשוני. סיכון זה גבוה במיוחד כאשר האידאלים מנוסחים במונחים כלליים הנתונים לפרשנויות רבות. יתר על כן, המלכודות של הסיכונים הפוטנציאליים הכרוכים בקואופטיזם משפטית קיימות ואף מתחזקות במסגרת החלופות החוץ-משפטיות הנוכחיות. הואיל והתנועה החוץ-משפטית מובנית כניגודה של הרפורמה המשפטית הפורמלית בלא שהגדירה את יעדיה שלה באופן מספק, הרי שבאופן פרדוקסלי, היא ניצבת בפני אותם סיכונים שמהם ביקשה להימנע באמצעות פעולה מחוץ למערכת המשפטית.

נתיבי פעולה חוץ-משפטיים מתוארים לרוב במונחים שליליים כמאמצים צורות פעולה חדשות, שהן חלופה למודלים הקיימים. בהתאם לכך, כיוון שהרעיונות של התארגנות חברתית, חברה אזרחית ופלורליזם משפטי מנוסחים במונחים בעלי 'רקמה פתוחה', הרי שלא ניתן לתרגם לחזונות מדויקים של רפורמה חברתית צודקת. דוגמה טובה היא רעיון החברה האזרחית, שאותו אימצו אנשים מקשת רחבה של מחויבויות אידאולוגיות, שלעתים מתנגשות ביניהן. אידאל כה רחב זורע את זרעי חורבנו העצמי, כפי שמתגלה בזירת הפוליטיקה העכשווית. אכן, רעיון התחייה של החברה האזרחית, שאותו העלו פעילים פרוגרסיביים, צומצם לכדי מעשים סמליים מעוטי תוכן. אנשי שמאל ראו בחזונם אקטיביזם מבוזר במסגרת "המגזר השלישי" כדרך להחייאת ההשתתפות הדמוקרטית ולבנייה מחדש, מלמטה למעלה, של המדינה. מנגד אימצו גם פוליטיקאים שמרניים את רעיון החברה האזרחית כתחליף לתכניות במימון ממשלתי (התומכות למשל במשפחות חד-הוריות), כדי להתרחק מהתערבות המדינה. כתוצאה מכך, שימושים פוליטיים עכשוויים ברעיון החברה האזרחית חתרו תחת האידאלים של שינוי חברתי פרוגרסיבי, והחליפו אותם בסדר יום שמרני הדוחה תפיסות שוויוניות של רווחה חברתית.

כאן טמון הפרדוקס של אקטיביזם חוץ-משפטי. יותר ויותר הוגים העוסקים במדיניות ציבורית פוסלים באופן אקסיומטי את המשפט כנתיב הראשי להתקדמות. אך בה בעת חשוף דפוס האקטיביזם המועדף עליהם לאותם סיכונים שמהם ביקשו להימנע. הם ממירים את "מיתוס המשפט" שנפסל ב"מיתוס האקטיביזם" או ב"מיתוס היציאה": רומנטיזציה של "המגזר השלישי" כמסוגל לפתור קונפליקטים חברתיים בצורה טובה יותר. למעשה, "מיתוס היציאה" משחזר את החששות הרבים מפני קואופטיזם. עבור סדר היום הפמיניסטי, למשל, הפרדת העולם לספרות פעולה המובחנות זו מזו מהווה מכשול מתמשך בדרך לרפורמה משמעותית. המאמצים העכשוויים ליצור תנאים שיסייעו לנשים לאזן בין אחריותן לעבודה לבין האחריות למשפחתן – למשל באמצעות הגמשת הכללים לעבודה מהבית או באמצעות חקיקה פדרלית התומכת בהורים הנשורים בבית עם ילדיהם – נוסחו במונחים המצדדים בבחירה אישית ובקבלת החלטות פרטית. המונחים הללו משקפים דעות קדומות הדורשות מנשים לבחור, באופן דיכוטומי, בין משפחה לבין קריירה. באופן לא

מפתיע הגיבו כמה הוגות פמיניסטיות לתחיית החברה האזרחית בספקנות רבה וטענו כי, לפחות במידת מה, יש להבינה כניסיון לתת לגיטימציה למבנה החברתי ההיסטורי ששיעבר נשים. הלקח הפמיניסטי מציר המוטטלת שבין משפט לאסטרטגיה חוץ-משפטית חושף דפוס רחב יותר. בדוגמה קלאסית של קואופטציה, הפעילים צריכים לחשוש מן ההיטמעות של אסטרטגיות לא משפטיות בתוך סדרי יום שמרניים של הפרטה או מן הכלבול ביניהם. ואכן, בהקשרים משמעותיים של מדיניות חברתית, הכתיבה המשפטית המצדדת בשימוש בנתיבים חוץ-משפטיים מחזקת בדיוק את הנרטיב שלו התנגדה במקור – זה שלפיו המדינה אינה יכולה ואינה צריכה להיות אחראית לתמיכה בפרטים בכלכלת המאה העשרים ואחת ולשיפור חייהם, ושיש לחפש דרכים חלופיות ליצירת רפורמה חברתית. ניתוחים עכשוויים מתארים לעתים קרובות מצב עניינים של חוסר שליטה למול כוחות של מציאויות כלכליות חדשות. במקום להצביע על כך שגם בעידן הגלובליזציה יש לממשלה תפקיד חשוב, או לחשוף את הסתירות בין התחומים הנשארים מוסדרים לבין אלו שמופרטים – מקבלת הכתיבה המחקרית על חלופות חוץ-משפטיות התפתחויות אלה כטבעיות וכבלתי נמנעות.

לאמיתו של דבר, עצם מעשה המעורבות הוא שטומן בחובו את סכנות הקואופטציה ואת הפוליטיקה של ההתפשרות, ולא הנתיב המשפטי. לא אופיים הייחודי של עורכי הדין כקבוצה מקצועית הוא שיצר את התלות בהם, אלא הדינמיקה שנוצרת בין גורמים מיומנים, מרושתים ובעלי אמצעים לבין מי שנוזק להם היא שעשויה לטשטש יעדים וליצור תלות. המגבלות המבניות של המערכת המשפטית אינן אלה שמאיימות לצמצם את החזון הפרוגרסיבי של תנועות חברתיות, אלא הקשיים המהותיים של יישום תאוריה בפרקטיקה. החיים פשוט הרבה יותר מורכבים מאשר אידאלים מופשטים.

לסיכום, בהקשר העכשווי, ובהיעדר חזון פרוגרמטי וקונקרטי יותר בקשר למודלים חלופיים לקידום יעדים של רפורמה חברתית, המסקנות והרטוריקה של אסכולת התודעה המשפטית הביקורתית בת זמננו מנוכסות על ידי תומכים מכל קצוות הקשת הפוליטית. במובן זה, קואופטציה איננה תוצר של שימוש באסטרטגיה של רפורמה מסוימת, אלא היא מתרחשת כאשר האידאלים המדומיינים נותרים לא בדוקים, וכאשר סדר יום שמרני מאמץ רטוריקה פרוגרסיבית לכאורה. במצב כזה, תפיסות דומיננטיות כגון הפרטה ותחרותיות השוק מקבלות קדימות, ולעומתן ערכים אחרים, כגון העצמה קבוצתית וצדק חלוקתי, מקבלים הכרה סמלית בלבד, ובתורם משמשים לקידום התהליך ולייצובו.

ב. גבולות מושגיים: כאשר דיכוטומיות היציאה נותרות לא בדוקות

ממבט ראשון, הרעיון של הפניית עורף לספֵרה המשפטית והמעבר למרחב החוץ-משפטי תוך שימוש בחלופות האקטיביזם החברתי, עשוי להיראות אטרקטיבי לתנועות חברתיות חדשות. אנו רגילים לחשוב בקטגוריות בינאריות, מסווגים ללא הרף היבטים שונים של החיים כשייכים לספֵרות שונות של מרחב וזמן. נוסף על כך, אנו נמשכים ל'חדשנות': לפרדיגמות חדשות, לספֵרות פעולה חדשות ולאסטרטגיות חדשות שאינן מוכתמות בכישלונות קודמים. עם זאת, בתהליך הניתוח הביקורתי אל לנו לזנוח את התובנות הביקורתיות בדבר טווח יכולתו של המשפט. בדיוק כפי שחסידי השוק החופשי שוגים בדמיינם מרחב פרטי לחלוטין של רגולציה חופשית, ובדיוק כפי

שה'מדינה' אינה אורגניזם יחיד אלא ריבוי של אורגניזם מחוקקים, מינהליים ושיפוטיים, כך גם 'זירות לא-מדינתיות' הן מפוזרות, מרובות ומוֹבְנוֹת.

חלק ניכר מן הספרות הנוכחית על גבולות הרפורמה המשפטית ועל המשבר בפעילות הממשלה מתבסס על בינאריות של הפרטה/רגולציה בכל הנוגע למחויבויות חברתיות, תוך התייחסות מועטה ביותר לאופן שבו תנאי הרקע של שוק מופרט יכולים לחזק, או להחליש, תפיסות חדשות של טובת הציבור. באותו האופן, חכמי משפט מדגישים לעתים קרובות את המעברים החדים מרגולציה להסרת הפיקוח, בהתעלם מן הנוכחות המתמשכת של נורמות משפטיות המעצבות ומזינות את השינויים הללו. דיכוטומיות כוזבות אלה עולות בקנה אחד עם הניתוח הקלאסי של קואופטציה, המראה כיצד רפורמטורים חברתיים מפריזים בהערכת יתרונותיו של ערוץ פעולה אחד לקידום רפורמה, בעוד הם דוחקים לשוליים נתיבי פעולה אחרים וחלופות מורכבות יותר.

למעשה, ארגונים התנדבותיים שגשגו לאורך ההיסטוריה המודרנית לצד הרגולציות הפרדליות באופן שהועיל לשני הצדדים. תפיסה דיכוטומית של מעבר בין סְפֵרוֹת – ממשפט לחוסר פורמליזם ומרגולציה להיעדר רגולציה – מתעלם אפוא מאפשרויות פעולה שרירות וקיימות בשיטה המשפטית: האפשרויות לפתח תוצאות רצויות ולתמוך בהן, ולסלק אחרות. האתגר העומד כיום בפני קבוצות רפורמה חברתית ובפני מעצבי מדיניות הוא לזהות אילו מהרגולציות המשפטיות ומהמבנים הפורמליים תורמים לפרקטיקות חברתיות אחרות, ואילו יוצרים צורות חדשות של הדרה ושל אי-שוויון. העצמה קהילתית דורשת מחויבות ממשלתית מתמשכת. למעשה, הפרויקטים הקהילתיים המצליחים ביותר היו אלה שלא רק שזכו למימון ציבורי, אלא שהמינהל הציבורי המשיך למלא במסגרתם תפקידי תיאום מסוימים.

ההתלהבות הגדלה מהריבוי המהיר במספרם של שחקנים היוצרים נורמות חדשות ברמה הגלובלית והמקומית, מלווה גם בתחזיות לדמוקרטיזציה של תהליכים בלתי פורמליים חדשים שיובילו מלכ"רים וארגונים לא-ממשלתיים. אבל כפי שכבר ראינו, חלק מהנחות היסוד באשר לפוטנציאל של שחקנים אלה הן בעייתיות. אם ניזכר בסוגים השונים של ביקורת הקואופטציה, אזי קל לזהות את הדרכים שבהן גם לאקטיביזם החוץ-משפטי יש נטייה ברורה לפירוק ולפירוד, למגבלות מוסדיות ולהתמקצעות. גופים פרטיים, גם כאשר הם מאוגדים כמלכ"רים, הם במקרים רבים מוסדות לא דמוקרטיים שהלגיטימציה שלהם לעתים קרובות מפוקפקת. קיימים הבדלים מבניים בעייתיים בין ארגונים לא ממשלתיים הנובעים מא-סימטריה במשאבים ובמימון. מלבד זאת, רגולציה ישירה של גופים פרטיים הופכת להיות חשובה במיוחד ככל שתפקידם של מלכ"רים בכלכלה הפוליטית החדשה הולך וגדל, שכן מלכ"רים פועלים ברבים מן התחומים שבהם פועלים גם תאגידים למטרות רווח ורשויות ממשלתיות. תופעה זו העלתה לתשומת הלב הציבורית קשת רחבה של בעיות, משחיתות פיננסית מצויה ועד מצג כוזב של שותפויות עסקיות מסוימות כ'פרטיות' או כ'לא למטרות רווח'.

יתר על כן, בדומה למגזרים אחרים ולזירות אחרות, גם בארגונים לא ממשלתיים – אפילו כשאינם פועלים במסגרת המערכת המשפטית הפורמלית – מדווח לעתים קרובות הצורך להתאים את הטיעונים – למשל בהופעה בפני פורומים בין-לאומיים כדוגמת הבנק העולמי או ארגון הסחר העולמי – לרטוריקה הדומיננטית העכשווית. ישנם דיווחים על לחץ חזק לשעבד את הארגון לשירותם של אינטרסים אחרים. לבסוף, ארגונים לא ממשלתיים מקומיים המתחילים לקבל מימון עבור הפרויקטים שלהם ממשקיעים פרטיים, מדווחים על המגבלות שהכבילה לאינטרסים אחרים מטילה על פעולתם, שכן רק לעתים נדירות המימון אינו מכתוב את סוגי השימושים שניתן לעשות

בו ואת אופיים. ויתורים אלה לבעלי המרות והממון, המכירים בדרישות חברתיות מסוימות אך לא באחרות, מצביעים על מגבלות מוסדיות ומבניות דומות לאלה המופיעות בביקורת המסורתית על קואופטציה משפטית. במצב זה, ארגונים לא ממשלתיים מקומיים מפתחים תלות בשחקנים בעלי נגישות רבה יותר ל"משחק חוזר", ונדרשים להתפשר על חזונם המקורי בתמורה להישגים נקודתיים מוגבלים.

החששות בקשר לחברה האזרחית ולאופיים של השחקנים הלא ממשלתיים שבה, מבהירים את הצורך לדחות את רעיון היציאה מהמערכת המשפטית ואת הבחירה במרחב הלא מוסדר של אקטיביזם חברתי אלטרנטיבי. כאשר מבינים שגם מרחב זה נוצר על ידי המערכת המשפטית ונתמך על ידיה, אזי ניתן לבחון אופנים חדשים שבהם יכול המשפט לסייע בעיצוב מנגנונים של אחריות שיוכלו להתמודד עם החששות מפני הכלכלה הפוליטית החדשה. למשל, באמצעות שימוש בדוקטרינה של פעולה מדינתית גם כשמדובר בישויות פרטיות הממלאות תפקידים ציבוריים; הטלת דרישות ציבוריות כגון אי-אפליה, נקיטת הליך הוגן ושקיפות גם כלפי שחקנים פרטיים; פיתוח כללים דיוניים לפעילויות כדוגמת קביעת תקנים ורישוי על ידי ארגונים פרטיים; שימוש בדוקטרינה של אי-האצלת סמכויות כדי למנוע תהליכי הפרטה מסוימים; וחשיבה מחדש על הקריטריונים להענקת פטור ממס למלכ"רים. כל כיווני הפעולה הללו מבטאים את ההכרה בתפקידו המשמעותי של המשפט בחיפוש אחר רפורמה ואחריותיות, ובכך שהמציאות החדשה מצריכה חשיבה מחדשת ויצירתית של אופני הפעולה הקיימים, זאת כדי לשמור על התפקיד ההכרחי של המדינה בעזרה לקבוצות מוחלשות כדי לקדם רווחה כללית וצדק.

ג. קפיצות מושגיות: כאשר חזון תיקון החברה נזנח

הן הכישלונות המעשיים והן היעדרם של גבולות קשיחים בין תחומי פעולה שונים הנוצרים על ידי רטוריקת האקטיביזם החוץ-משפטי, מאפשרים לנו להרחיב את חקירתנו אל ההנחות העומדות ביסודן של ההצעות הנוכחיות בקשר למדיניות של שינוי החברה, כלומר ניסיונות ליצור שינויים ניכרים בנוף הפוליטי והסוציו-אקונומי. החלופות המוצעות מייצרות חזון חדש של פעולה פוליטית וחברתית אשר דוחה את רעיון התאוריה המשותפת של רפורמה חברתית, דוחה סדרי יום פרוגרמטיים פורמליים ומאמץ מגוון רחב של אופני פעולה ופרקטיקות. כתוצאה מכך, המסר העכשווי כמעט שאינו כולל חזון מקיף של תביעות חברתיות משותפות, אלא מתרכז בתיאור של מאמצים נפרדים ומקוטעים. ייאושם של הפעילים החברתיים הפרוגרסיביים מ"תאוריות-על" מביס את עצמו, שכן הוא מתקיים רק בצד אחד של המתרס הפוליטי. בהקשר זה התפתחות עכשווית מעניינת היא הופעתם של עורכי דין ציבוריים שמרניים. אף על פי שבמקורה עריכת דין ציבורית ייצגה באופן בלעדי סדר יום ליברלי, בשלושת העשורים האחרונים גדל מספרם של ארגוני סינגור שמרניים, וכן גדל השימוש הנמרץ שעשו באסטרטגיות משפטיות מסורתיות כדי לקדם את מטרותיהן. גידול זה בולט במיוחד בהשוואה לשקיעתה של עריכת הדין הפרוגרסיבית המסורתית.

גם במקרה זה נחשפים כשלים מקבילים לאלו שהתגלו בהתפכחות הראשונית מפעולה למען רפורמה משפטית. המסגרות החוץ-משפטיות החדשות מציגות עצמן כחלופות מתאימות למודלים של רפורמה משפטית, המסוגלות להביא לשינויים ניכרים במפה החברתית, אך למעשה הן מביאות לשיפורים מוגבלים ביותר בהסדרים החברתיים הקיימים. יתרה מזו, ניתן להסביר את

אפקט הקואופטציה במקרה זה במונחי הסכנה העמוקה ביותר בטיפולוגיה שהוצעה לעיל – סכנת הלגיטימציה.

הדפוס הנפוץ בכתיבה החוץ-משפטית מתאפיין בתיאור קיומו של חוסר יציבות מובנה במבנים חברתיים השולטים, המאותגרים על ידי אסטרטגיות של 'פעולת שטח', ובהנחה שמקרים נקודתיים של פעילויות של הגמוניית נגד מיתרגמים, בסופו של דבר, לכדי שינוי חברתי מובהק. נראה כי ההאדרה של ריבוי ההתנגדויות הזעירות נשענת על גישה מצרפית המאמינה שריבוי הפרקטיקות יתפתח לדבר-מה ממשי. למעשה, "מיתוס המעורבות" מטשטש את העובדה שבפועל לא נוצר שינוי, ואילו הזיהוי בין אקטיביזם חוץ-משפטי לבין רפורמה חברתית יוצר אמונת שווא כפוטנציאל לשינוי. הכתיבה האקדמית בתחום זה מתעלמת מן הגידול באי-שוויון הכלכלי, שהוא הבעיה האמיתית, ומתחילה להתייחס אליו כאל נתון טבעי ובלתי נמנע. זהו בדיוק התהליך הבעייתי שתאורטיקנים ביקורתיים מכנים מיסטיפיקציה עצמית של מפסידנים, ואשר גורם לקבוצות שוליים לייחס את כישלונותיהן החוזרים ונשנים אך ורק למעשיהן שלהן, ולא למשל לתוצאותיה של מדיניות כלכלית נאו-ליברלית, ועקב כך גורם להן להתמקד בהישגים מינוריים כמייצגים את גבולות המציאות הרצויה להם.

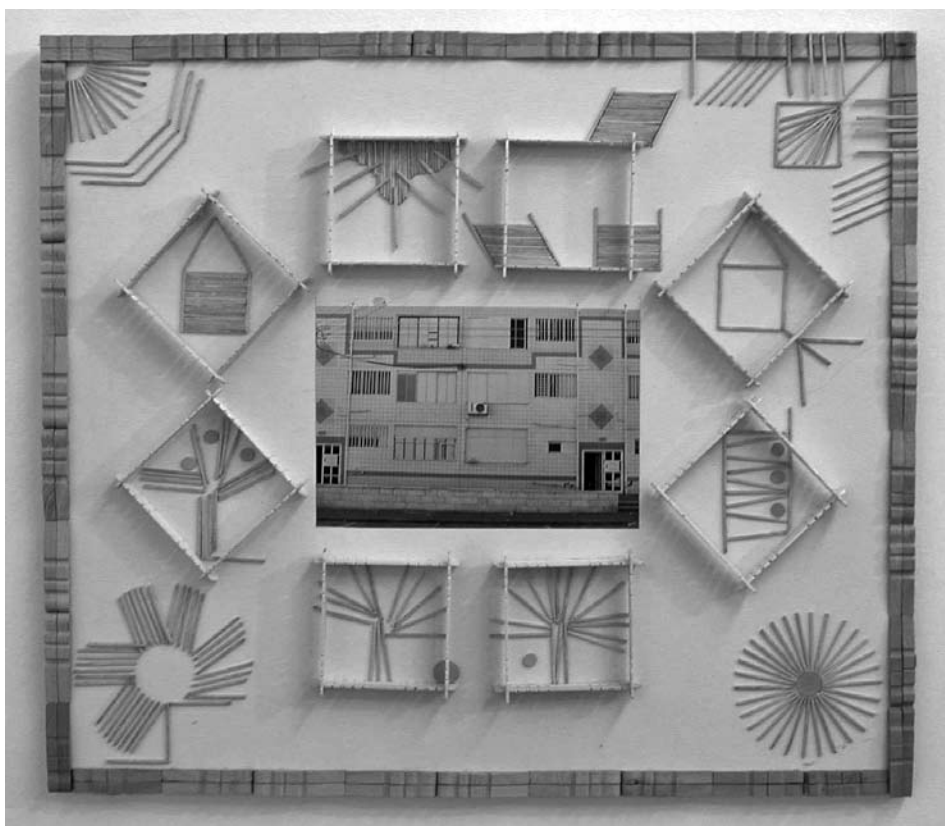
ספק אם עלינו להתייחס אל צורות אקטיביזם המתנגדות לבנייה פרוגרמטית מחדשת של סדר יום חברתי כאל תנועות חברתיות. למעשה, ייתכן שקבוצות המתנגדות לכל צורה של כוח ממוסד מייצרות רק אקטיביזם חסר תוחלת, המתפטר על מה שנראה אפשרי במסגרת המרחב הצר שנותר בעידן שבו מצטמצם המרחב בין האידאולוגיות של הימין והשמאל. כתוצאה מכך, החזון המקורי עובר תהליך של קואופטציה, וחוסר שביעות הרצון העכשווי מקבל לגיטימציה דרך תהליך של מיסטיפיקציה עצמית.

חשוב מאוד שהדור הבא של כותבים פרוגרסיביים ישמר את התודעה המשפטית הביקורתית, אך חשוב שגם יכיר בכך שלא כל פעילות חוץ-משפטית מאוגדת אכן מביאה לשינוי החברה. עלינו להבדיל, למשל, בין קבוצות אפוליטיות הנוטות להיות מרוכזות בעצמן לבין תנועות חברתיות הנוטות חלק בפעילויות פוליטיות, מעורבות בדיון הציבורי ושואפות לאתגר את המציאות הקיימת ולעצבה מחדש. עלינו להבדיל בין התאגדויות מקצועיות סגורות לבין התארגנויות מוסדיות פתוחות יותר הפועלות כנאמנות של אוכלוסיות רחבות יותר. כפי שתואר לעיל, אקטיביזם חוץ-משפטי נוטה לפעול באופן מפורד יותר, ולכן בקנה מידה מצומצם יותר מאשר התנועות החברתיות שקדמו לו ושפעלו למען קידום רפורמה ברמה הלאומית. כתוצאה מכך, על השיח הביקורתי להכיר במגבלותיה של פעולה בהיקף קטן. עלינו להטיל ספק בנרטיב הטוען שהגברת מודעות מובילה ישירות לפעולה, ושפעולה מובילה ישירות לשינוי. לא כל תיאור תרבותי הוא גם פוליטי.

5. שיקום האופטימיות הביקורתית בשדה המשפטי

ביקורת הקואופטציה צועדת בנתיב לא קל. ביקורת איננה תרגיל אינטלקטואלי גרדא אלא גם מעשה פוליטי ומוסרי. השאלה שממנה אין להרפות היא, כיצד תיאור ביקורתי של מודלים של רפורמה חברתית יכול לתרום ליכולתנו לייצר ידע ואופני פעולה שיהיו פורים ומועילים. הבעת ביקורת על מידת כוחו של המשפט ליצור שינוי חברתי מובילה בהכרח לשאלת החלופות. בדיקת גבולות המשפט והחיפוש אחר אפשרויות חדשות הם כשלעצמם שדות מחקרניים עשירים בתובנות. עם זאת, המסר העכשווי העולה מניתוח התודעה המשפטית הביקורתית הביא לעתים

קרובות לעיוות של הטיעונים הביקורתיים עצמם. עיוות זה מתכחש לפוטנציאל הטמון בשינוי המשפטי כדי להצביע על מה שעדיין לא הושג, ואף לא דומיין. חשוב מכול, ניתוח הקואופטציה אינו ייחודי לרפורמה משפטית, אלא ניתן להחילו על כל תהליך של פעולה ומעורבות חברתית. כאשר משווים טענות של קואופטציה משפטית לחלופות אפשריות אחרות של אקטיביזם, מתבהר הכשל שבנרטיב העכשווי, שלפיו אופני פעולה חוץ-משפטיים שאינם פורמליים בהכרח מובילים לשינוי החברה, ולעומתם הנתיבים המשפטיים הפורמליים סובלים תמיד מהטיה שמרנית. בשילוש 'משפט ושינוי חברתי' צלע ה'משפט' היא בדרך כלל הראשונה שמטילים בה ספק ושעוברת ניתוח דה-קונסטרוקטיבי שבעקבותיו היא נדחית בביקורתיות. שתי הצלעות האחרות של המשולש – 'שינוי ו'חברה' – נתפסות לעתים קרובות כקשיחות וכבלתי משתמעות לשני פנים. הבנת גבולותיו של שינוי משפטי חושפת את הסכנות הכרוכות בהישענות מוחלטת על מערכת אחת וחושפת את הצורך, בכל מאמץ לקידום רפורמה חברתית, למקם את השיח בתוך הקשרו; להימנע מסיסמאות לא מוגדרות וחמקמקות; לפתח רגישות רבה יותר להשפעות עקיפות ולדרכי פעולה מרובות. עם זאת, חרף חולשותיו המשפט הוא דיסציפלינה אופטימית. הוא פועל הן בהווה והן בעתיד. סדר ללא חוק הוא לעתים קרובות זכות-היתר של החזק. קבוצות שנדחקו לשוליים השתמשו ברפורמה משפטית דווקא משום שהכוח לא היה ברשותן. למרות מגבלות המשפט, קבוצות אלה הצליחו לעתים קרובות להבטיח את האינטרסים שלהן באמצעות ניצחונות חקיקתיים ושיפוטיים. במקום לחוות התפכחות משתקת כתוצאה מהמפגש עם מערכת המשפט, אנו יכולים ללמוד הן מההצלחות של מודלים קודמים והן מכישלונותיהם. המטרה הניצבת לנגד עינינו כל העת צריכה להיות הגדרה מחדש של גבולות הרפורמה המשפטית וגילוי מוטת כנפיו הרחבה של המשפט.



דניאל אלגרבליי-ללונג, ללא כותרת, 2003