

מבוא

עופר סיטבון

הכרך הרביעי של "מעשי משפט" רואה אור בסיומה של שנה היסטורית מלאת תהפוכות. שנה זו אתה בנפילתם של משטרים רודניים, והייתה עדה להתעוררות גלובלית של חוסר-נחת ומחאה למול ההשלכות החלוקתיות הקשות של השיטה הכלכלית-חברתית המושלת בכיפה בעשורים האחרונים. התפתחויות אלו לא פסחו גם על ישראל שחווה קיץ יוצא-דופן של מאבק אזרחי ודמוקרטי שבו הדרישה לתיקון חברתי זכתה לתהודה עצומה. שעת הרצון הזו, שבה האזוניים כרויות והנפש חפצה, היא הזדמנות גדולה גם עבור קהילת המשפטנים והמשפטניות החברתיים בישראל להמשיך ולפעול בזירות השונות - בבתי המשפט, בכנסת, בחברה האזרחית ובבתי-הספר למשפטים - למען צדק חברתי, למען סולידריות, למען זכויות אדם. בימים שבהם ערכים אלו מצויים בליבו של מאבק תרבותי ופוליטי נוקב, "מעשי משפט" ממשיך להיות ביתה של קהילה זו, ושואף להוות במה לדיון פתוח ומפרה בסוגיות אלה.

רבים מהמאמרים המתפרסמים בכרך זה משיקים לתימה מארגנת שאותה בחרנו לכנות "השיח המשפטי: גבולות, מגבלות ומעבר להם". כידוע, השיח המשפטי תחום במסגרות נוקשות ופורמליות. אופיו המובנה של שיח זה מגביל את סוג הטיעונים שניתן להשמיע בגדרו, את הסעדים שניתן לבקש במסגרתו ואת הציפיות לשינוי חברתי שניתן לתלות בכוחו. כל פרח משפט מגלה עד מהרה שמשפט וצדק אינם שקולים זה לזה; שהאמת המשפטית אינה תמיד זהה לאמת העובדתית; ושאמונות פוליטיות ומוסריות אינן כה רלוונטיות באולם בית המשפט. מצד שני, כפי שגם כתבנו במבוא לכרך הקודם של "מעשי משפט", עורכי-דין ועורכות-דין חברתיים-ציבוריים הם אולי הקבוצה המרכזית המנסה להרחיב את גבולותיו של השיח המשפטי: הם חושפים את בית-המשפט ל"קול" של האוכלוסיות המוחלשות בחברה. הן מציעות פרשנויות משפטיות חדשות הנותנות מקום לנרטיבים של צדק חברתי שנדחקו הצידה. הם מציבים בפני בתי המשפט מראה המופנית לפניה - ואף לקרביה - של החברה, ומחייבים אותם להביט בה (ואולי גם בעצמם). אתגר זה שמציבה פעילותם היומיומית של המשפטנים והמשפטניות החברתיים משנה מבפנים את אופיו של השיח המשפטי, ובסופו של דבר, גם של המשפט "עלי ספר". כרך זה של "מעשי משפט" מבקש אפוא להאיר זוויות שונות של המתח הפורה הגלום בניסיון לקדם עשייה משפטית לתיקון חברתי בתוך מסגרת שהיא, ביסודו של דבר, שמרנית למדי.

בפתח הכרך מופיע תרגום למאמר הקלאסי של מארק גאלאנטר "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change". אכן, הבחירה לתרגם מאמר בן 37 שנים אינה מובנת מאליה. כאחד המאמרים המצוטטים ביותר בכתיבה המשפטית האקדמית, זכתה התיזה שמציג גאלאנטר לאישוש, לביקורת ולעדכון במהלך העשורים האחרונים מצדם של כותבים רבים. יחד עם זאת, התיזה המצביעה על כך שלמבנה של מערכת המשפט ישנן השלכות חלוקתיות הפועלות לטובת "אלה שיש להם" (haves) ולרעתם של "אלה שאין להם" (have-nots), היא כה מרכזית להבנת התפתחותה של הדיסציפלינה של "משפט וחברה" שעומדת בבסיס

פעילותה של עריכת-הדין החברתית-ציבורית, עד שחשבנו כי ראוי ונכון הוא שמאמר זה, שתורגם לשפות רבות, יזכה סוף-סוף גם לתרגום עברי.

במאמרו מציע גאלאנטר להתבונן במערכת המשפט "מצדו השני של הטלסקופ": במקום לבחון, כמקובל, את תוכנם של הכללים המשפטיים ואת השפעתם על המשתמשים בשרותי המערכת, הוא מציע לבחון את המערכת המשפטית דרך שאלת השפעתם של משתמשים אלו עליה, וזאת, באמצעות הבחנה, שהפכה מאז לקאנונית, בין "שחקנים מזדמנים" (one-shot players) לבין "שחקנים חוזרים" (repeat players). חלוקה זו, החופפת במידה רבה לחלוקה המעמדית והחברתית, מאפשרת להסיר את הלוט מעל למעטה הנייטרליות שבו נוהג המשפט לעטוף את עצמו, ולחשוף את ההשפעה העצומה שיש לנתונייהם - האישיים והמבניים - של ה"שחקנים" השונים על עיצוב גבולותיו של השיח המשפטי. ל"שחקנים חוזרים" - בעלי ההון והתאגידיים גדולים, אך גם רשויות המדינה - יש יותר כסף ויותר אורך נשימה, והללו מאפשרים להם לכוון את התפתחותו של המשפט, בייחוד כאשר בתי-המשפט כורעים תחת העומס השיפוטי. אם אמנם, כפי שגרס בזמנו נשיא בית-המשפט העליון בדימוס אהרן ברק, בתי המשפט הם "שעון מקולקל" שצריך לדפוק עליו כדי להניעם לפעול, כי אז תובנותיו של גאלאנטר יכולות לסייע לנו מאוד בהבנת התפתחותו של המשפט הישראלי: די בכך שנבדוק מי פונה לבתי-המשפט (ומי לא); באילו סוגיות חוקתיות דן בית-המשפט (ובאילו לא); או אילו טיעונים מושמעים בפני בית-המשפט (ואילו לא), כדי להבין טוב יותר את מערכת היחסים המורכבת בין בתי-המשפט לבין האוכלוסיות המוחלשות. בהקשר הזה, ברור שלעורכי-הדין החברתיים-ציבוריים, כ"שחקנים חוזרים" לא שגרתיים, יש אחריות חברתית ומקצועית חשובה בקידום האינטרסים של "אלה שאין להם" בזירה המשפטית.

ברומה לכרכים הקודמים, גם בכרך זה אנו מבקשים להעלות על נס את עריכת-הדין במסגרת השירות הציבורי כפן חשוב של עריכת-הדין החברתית-ציבורית "נוסח ישראל". לשם כך קיימנו ראיון עם ד"ר יואב ספיר, הסניגור הציבורי הנכנס, שבו הוא שוטח את ה"אני מאמין" המקצועי והאידיאולוגי שלו בנוגע לשאלות המרכזיות הניצבות על סדר יומה של הסניגוריה הציבורית. מאמרו (הארון מהמקובל) של הסוציולוג ד"ר ניסים מזרחי עשוי להיות מעט קשה לעיכול לחלק מהקוראים. המאמר מעורר שאלה נוקבת: כיצד מתיישבת האוניברסליות של שיח זכויות האדם, השוויון והצדק החברתי שאותו מקדמים ארגונים ומשפטנים העוסקים בזכויות אדם בישראל ובעולם, עם הפרטיקולריות החברתית של נושאי המסר (המשתייכים לקבוצות ההגמוניות בחברה), כמו גם של מתנגדיו (הנמנים לרוב על הקבוצות המוחלשות). טענתו המרכזית של המאמר היא כי הפוליטיקה האוניברסלית, הנתפסת מנקודת מבט ליברלית כמפתח לתיקון חברתי, נחווית על ידי קבוצות שונות בחברה היהודית בישראל, כגון מזרחים ממעמד סוציו-אקונומי נמוך, כאיום חמור על עולמות המשמעות הקהילתניים המעצבים את זהותן. מצב דברים זה - ולא הסברים שכוחים כגון "תודעה כוזבת" של הקבוצות המוחלשות או דיכוי מעמדי - הוא המקור להתנגדות הנמשכת מצד קבוצות אלה לשיח זכויות האדם, למרות הפוטנציאל "המשחרר" הלכאורי שלו. הכרה במצב דברים זה חיונית, לטענת הכותב, לשם יצירתו של מרחב דיאלוגי חדש ולעיצובו של מרחב ציבורי משותף, סולידרי ומכבד.

ד"ר יפעת ביטון עוסקת אף היא במקומם של המזרחים בשיח המשפטי הישראלי, אך מנקודת מוצא שונה: בחינת הפער הקיים בין חוויית ההפליה הקיומית בה חשים מזרחים רבים לבין היעדר ההכרה המשפטית בה. לטענתה, הסיבה לקיומה של הפליה "מושקת", כזו שאינה זוכה להכרה משפטית, היא כפולה: התקיימותה כהפליה "דה-פקטו" ללא עיגון "דה יורה" שלה בחקיקה;

ותפיסתה של הקבוצה המופלית כדומה לקבוצה ההגמונית בחברה (כמו המזרחים בישראל והמקסיקנים בארצות-הברית) ולא כשונה ממנה (כמו הערבים בישראל והשחורים בארצות-הברית). באופן שאינו אינטואיטיבי, מאפייניה השונים של ההפליה "דה יורה" - ובהן נראותה הציבורית ותחושת האשמה המוסדית ביחס אליה - הופכים אותה דווקא לבעלת השפעה חיובית במאבק לשוויון, וזאת, לעומת העדר ההכרה המתמשך בהפליה "דה פקטו", שפוגע בקבוצות מוחלשות. לאור זאת, קורא המאמר להרחבת השיח המשפטי העוסק בהפליה גם באמצעות שימוש בכלי מחקר חוץ-משפטיים.

בניגוד לעשורים האחרונים שבהם נוהלו מרבית המאבקים החברתיים באמצעות בתי-המשפט, מקומם של המשפטנים כמעט ונפקד מן המחאה החברתית של קיץ 2011, כמו גם מן השיח הציבורי שנוצר סביב הצעות המדיניות שהועלו, ובראשן דו"ח ועדת טרכטנברג. מאמרו של ד"ר אמיר פז-פוקס מבקש להציע הסברים שונים למצב דברים זה. טענתו המרכזית היא שהשיח הכלכלי הנאו-ליברלי השתלט על שיח המדיניות הציבורית בישראל, ובכלל זה גם על השיח המשפטי, ולכן טבעי הוא שהשאלות הכלכליות והחברתיות, ולא המשפטיות, היו המושא העיקרי למחאה. בחלקו השני, מנתח המאמר את המלצותיה של ועדת טרכטנברג, שכמעט ולא כללה משפטנים, ובוחן אותן מול הצעותיהן של וועדות המומחים האלטרנטיביות, כמקרה מבחן מעניין וחשוב לתפקיד שעשוי היה להיות למשפט במחאה החברתית.

המחאה החברתית העלתה מחדש לפני השטח גם את הדיון בשאלת חקיקתו של חוק-יסוד: זכויות חברתיות. מאמרה של לירון דוד מציג פן חשוב שכמעט ולא נדון עדיין בהקשר זה - הסעדים החוקתיים העומדים בפני מי שנפגעו זכויותיהם החברתיות. המאמר מבקש להרחיב את הדיון המתפתח בתורת הסעדים החוקתיים באמצעות מיפוי "הסעדים החברתיים" השונים העומדים לרשותו של בית-המשפט, וזאת, בעיקר לנוכח בעיית הלגיטימיות ממנה סובלות (עדיין) הזכויות החברתיות. המאמר גם מפנה מבט אל המשפט המשווה כאמצעי היכול לסייע לגיבוש מעמדה של הזכויות - והסעדים - החברתיים בשיח החוקתי המתהווה.

מאמרו של עו"ד יובל רויטמן ושל איילת עוז מצביע על פן חשוב אחר של יחסי הגומלין שבין משפט לחברה - האופן שבו התפתחויות טכנולוגיות משנות ומעצבות את השיח המשפטי. מאמרו, הראשון מסוגו, עוסק בהתהוותה וכמיפוייה של "הבלוגוספירה המשפטית" בישראל. לטענת הכותבים, התפתחות "הבלוגוספירה" מייצרת סוג חדש של כתיבה משפטית שהיא בעלת פוטנציאל חשוב, בייחוד לאלו המבקשים לקדם שינוי חברתי: היא מרחיבה את הנגישות למשפט; מגבירה את העניין של הציבור הרחב בשאלות משפטיות; ומגדילה את יכולתם של משפטנים לתרום לשיח הציבורי ולהשפיע עליו.

מאמרו של עו"ד יובל אלבן מציג את גישת "עריכת-הדין המניעתית" שמעלה על נס את נקיטתן של פעולות משפטיות מראש לשם מזעור נזקים עתידיים פוטנציאליים, כדומה לרפואה מונעת. זוהי דוגמה מעניינת לאופן שבו עורכי-דין חברתיים-ציבוריים יכולים לעשות שימוש בתובנותיו של גאלאנטר: גישה זו, שהורתה דווקא בעבודתם המתמשכת של עורכי-דין עסקיים עם "שחקנים חוזרים" חזקים, יכולה לסייע גם ל"אלה שאין להם" - חסרי הידע, האמצעים והקשרים - ללמוד על זכויותיהם ולממש אותן, בתיווכם המועיל והחיוני של עורכי-דין הקהילתיים. ברור כי לאימוץ נרחב של גישה זו עשויות להיות גם השלכות מערכתיות על העומס המוטל על בתי-המשפט, כמו גם על דימויים הציבורי של עורכי-הדין.

מאמרו של חגי קלעי עושה שימוש בתיאוריה הקווירית כדי להציע חלופה לשיח המשפטי העוסק בזהויות כפי שבא לידי ביטוי בפסיקת בתי-המשפט, ושלפיה ייחוס מוטעה של נטייה

מינית הומוסקסואלית מהווה לשון הרע. לדעת הכותב, התפיסה המזהה את קבוצת הלהט"ב כקבוצה מובחנת לצורכי הסדרה משפטית משקפת עמדה מהותנית שאינה מערערת על עצם החלוקה לקבוצות חברתיות לפי זהות מגדרית ונטייה מינית. כנגדה הוא מציע את הגישה הקווירית המעצבת את זכויות האדם כזכויות פרפורמטיביות, היינו - כזכויות הפועלות ביחס לפרקטיקות של הפרט, מבלי להניח מראש מאפיינים קבועים ו"טבעיים" של זהות. באופן כזה יכול הפרט לנוע בתוך תחומי השיח החברתי, ובמקביל, לערער על סדר השיח עצמו.

מאמרה של עו"ד גליה פיט, סגנית מנהלת הקליניקות המשפטיות בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, מנסה לחרוש תלמים בקרקע בתולה למדי, ומציג לראשונה בפני המשפטנים והמשפטניות הישראלים את עולם העסקים החברתיים. לאחר בירור תיאורטי של המושג - שמקורו בתורתו של פרופ' מוחמד יונס, חתן פרס נובל לשלום לשנת 2006 - מציע המאמר כיווני פעולה פרקטיים לעמותות המבקשות להקים עסק חברתי כחלק מפעילותן. אגב כך, מציג המאמר את האופנים שבהם העסקים החברתיים מאתגרים את השיח המשפטי העסקי הקונבנציונלי, ומאיר את הצורך בעיון משפטי מחודש, בעיקר בתחום דיני המס, לשם עידוד ותימרון הקמתם של עסקים חברתיים.

חותם את הכרך מאמרם של אמנון פורטוגלי ושל ד"ר מורן סבוראי, הבנוי משני נדבכים: הראשון מתאר את המהלכים הנמשכים, לעיתים בהיחבא, להפרטת היבטים שונים בפעילותה של רכבת ישראל, וממקם אותם בתוך ההקשר הכללי של מדיניות ההפרטה בישראל ובעולם. הנדבך השני עוסק במאבקם של עובדי הרכבת כנגד תהליך ההפרטה, ומנתח את פסק-דינו התקדימי של בית-הדין הארצי לעבודה מספטמבר 2011, שבו נקבע כי החלטת הנהלת הרכבת להעביר למיקור-חוץ חלק מעבודות התחזוקה של רכבת ישראל היא החלטה כלכלית, ולא פוליטית, וכי העובדים רשאים אפוא לשבות נגדה. לטענת הכותבים, פסק-הדין מהווה דוגמא נוספת, המצטרפת להחלטת בג"ץ בפרשת הפרטת בתי הסוהר, שעשויה לסייע במאבק החברתי לשינוי השיח המשפטי הנוגע למדיניות ההפרטה.

כבכרכים קודמים, גם הפעם משולבות עבודות אמנות לצד מאמרי "מעשי משפט". הפעם נאצרו העבודות על-ידי יונתן אמיר ורונון אידלמן, עורכי "ערב רב" - כתב העת המקוון לאמנות, תרבות וחברה.

דבר האוצרים

יצירות האמנות המלוות את הכרך הרביעי של "מעשי משפט" - כתב עת למשפט ולתיקון חברתי נבחרו בניסיון להציג עיסוק אמנותי המהדהד את עניינו של הגיליון: גבולותיו ומגבלותיו של עולם החוק והמשפט. עולם זה מתואר במאמרים השונים כמערכת כוללנית, ברורה אך בלתי נגישה, פתוחה ושיוויונית לפי הצהרתה אך אוטונומית ומוגבלת בהווייתה. בהתאם לכך, אף שהעבודות המוצגות בגיליון פתוחות לפרשנויות שונות ועמדות היוצרים נשארות לא פעם עלומות, היצירות רומזות על קיומה של מערכת שכמו מופעלת על-ידי היגיון פנימי ואוטונומי - מערכת כוללנית ולעיתים אף פתיינית, אשר מצד אחד מאוד מדויקת ומקצועית, שלא לומר: שוויונית, ומצד שני סגורה על גבול הניתוק ובלתי חדירה למה, ולמי, שאינו מהווה חלק אינטגרלי ממנה.

מי בשותפים?

כרגיל, גם הכרך הרביעי של "מעשי משפט" הוא תוצר של עבודת צוות. אנו חבים לרבים וטובים, שהירתמותם למאמץ המשותף מגלמת במידה רבה את הערכים עליהם מושתתת עריכת הדין החברתית. תודה גדולה שלוחה לעו"ד טל קורמן, שסיימה בימים אלו את תפקידה כמנהלת "המשפט בשירות הקהילה" וכמנהלת המקצועית של כתב העת. טל הייתה – שוב – המנוע מאחורי הפקת הכרך, והצליחה לפתור כל בעיה, קטנה כגדולה.

תודה לפרופ' דפנה ברק-ארז, לפרופ' נטע זיו ולד"ר גילה שטופלר, חברות הוועדה האקדמית של כתב העת, על הליווי המקצועי המתמשך שהן מעניקות לכתב-העת. ברכת דרך חמה שלוחה לדפנה עם מינוייה לשופטת בבית המשפט העליון.

עורכי ועורכות המשנה של כתב העת, מאיה מארק, יוסי חיות, רוני קציר, שחר אייזנר, אלמוג גיל-אור, מיקי זר וחגי קלעי ליוו מקרוב את העבודה על הכרך, על כל שלביה, ועשו זאת בחוכמה, בחריפות ובנדיבות אין קץ. תודה רבה!

תודה לד"ר יואב ספיר, הסניגור הציבורי הנכנס, על שנאות לארח אותנו בביתו, בסופו של יום עבודה מתיש, לראיון מרתק. תודה גם לכל כותבי המאמרים על תרומתם החשובה לכרך, ולישי מישורי שתרגם במהירות את מאמרו של גאלאנטר.

תודה לעורכי "ערב רב", יונתן אמיר ורוגן אידלמן, על עבודת האוצרות המרתקת, שהעשירה מאוד את כתב העת. תודה גדולה לכל האמנים שהרשו לנו להשתמש בעבודותיהם.

תודה למיכל סמו-קובץ וליעל ביבר מהמשרד לעיצוב גרפי באוניברסיטת תל-אביב על עבודת העיצוב היפה. תודה לאיתמר שחר על העריכה הלשונית היסודית ולנריה הרואה על העריכה הטכנית המדוייקת. תודה גם לרוביק דניאלי על עבודת העריכה והתרגום לאנגלית. תודה לפרופ' מני מאוטנר, לפרופ' אייל גרוס, לעו"ד אלה אלון ולעו"ד איתי הרמלין על עזרתם בשלבים שונים של העבודה על הכרך. תודה לפועה עדן-הולצמן מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב על העזרה בהעלאת הגרסה הווירטואלית של כתב העת.

תודה לקרן פורד ולד"ר אהרון בק, מנהל קרן פורד-ישראל, על תמיכתם הנמשכת בתכנית "המשפט בשירות הקהילה".

זהו הכרך הרביעי של "מעשי משפט" שאותו אני עורך. זה יהיה גם הכרך האחרון. הייתה לי זכות גדולה ללוות מקרוב את לידתו והתהוותו של כתב עת ייחודי זה. אני מודה מקרב לב לפרופ' נטע זיו ולעו"ד טל קורמן על שנתנו לי את הזדמנות הזו. אני מאחל הצלחה רבה למחליפתי, ד"ר שירי רגב-מסלם, שסייעה בידי גם בשלבים האחרונים של הפקת הכרך.



יורם קופרמינץ, המסדר לעולם לא ישוחרר מהדום. שישים ושבע שנים זז, 2012.