

מדוע "אלה שיש להם" נוטים להצליח: הרהורים על גבולות השינוי המשפטי*

מארק גאלאנטר

תרגום: ישי מישורי

מאמר זה ינסה לבחון כמה ממאפייניה של מערכת משפטית כדוגמת זו האמריקאית, וזאת באמצעות איסוף כמה מרכיבים החוזרים באופן בלתי-שיטתי בספרות המחקרית, וסידורם-מחדש. באופן ספציפי, המאמר ישאל תחת אילו תנאים הופכת לייטיגציה לבעלת מאפייני חלוקה-מחדש? הכוונה כאן היא לליטיגציה במובנה הרחב – הצגת תביעות בפני בתי-המשפט או בפני מגוון גופים מעין-שיפוטיים אחרים, כמו גם "אזור הדמדומים" של איומים, פעולות הסחה ומנגנונים אחרים הקשורים במהלך מסוג זה.

לצורכי דיוננו, הבה ונחשוב על מערכת המשפט ככוללת את המרכיבים הבאים:

- גוף ידע נורמטיבי סמכותי – הכללים
- מערכת שירותים ממסדיים במסגרתם מיושם הידע הנורמטיבי על מקרים ספציפיים –
בתי-המשפט

- גוף אנשים בעלי כישורים ומומחיות בכל המוזכר לעיל – עורכי-הדין
- אנשים או קבוצות בעלי תביעות שברצונם להציג לבתי-המשפט בהתייחס לכללים אלו –

הצדדים

- הבה ונניח גם את ההנחות הבאות לגבי החברה ומערכת המשפט הנתונות:
- מדובר בחברה שבה שחקנים שונים, בעלי רמות עושר וכוח שונות, מצויים כל העת במערכות-יחסים תחרותיות או שיתופיות-בחלקן שבמסגרתן יש להם אינטרסים מנוגדים.
 - בחברה זו יש מערכת משפט שבמסגרתה מנעד רחב של סכסוכים מוסדר באמצעות גופים מעין-שיפוטיים המתיימרים ליישם, ללא משוא פנים (כלומר, מבלי להיות מושפעים מזהות הצדדים השונים), נורמות קיימות בעלות תוקף כללי.
 - הכללים והנהלים המושלים במוסדות אלה הם מורכבים; ככל שהדבר אפשרי, הצדדים המסוכסכים מפעילים מיופי-כוח בעלי כישורים ומומחיות לטיפול בהם.
 - הכללים הנאכפים על-ידי מערכת המשפט מעובדים בחלקם בתהליך השפיטה (בתי-המשפט מנחילים כללי ביניים, משלבים בין כללים קיימים ומיישמים כללים ישנים על מקרים חדשים). קיימת מסורת חיה של עיבוד מסוג זה, וכן מערכת תקשורת שבמסגרתה תוצאותיהן של חלק מהפסקות משפיעות על שורה של תיקים משפטיים עתידיים.

* המאמר המקורי Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, LAW & SOCIETY READER 297 (1995) (abridged from: 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1975)). תרגום זה מודפס באישור NEW YORK UNIVERSITY PRESS, בעל זכויות היוצרים המקורי.

- המשאבים המוסדיים הקיימים אינם מספיקים לצורך פסיקה סופית ומוחלטת בכל תביעה, ולכן הצדדים רשאים (ואף מעודדים) להימנע מלהגיש תביעות או "להתפשר" בתביעות – כלומר להתמקח עד להשגת תוצאה המקובלת על שני הצדדים.
- קיימות רמות שונות של רשויות, כאשר ה"גבוהות" יותר מצהירות על כללים (יוצרות, מפרשות), וה"נמוכות" יותר מופקדות על אכיפתם (יישומם, הפעלתם). (אף שקיימת חפיפה מסוימת בתפקידיהן, הן בתיאוריה והן בפרקטיקה, אתייחס אליהן עדיין כמובחנות זו מזו ואכנה אותן רשויות "פסגה" ורשויות "שטח").
- לא כל הכללים המוצעים על-ידי רשויות ה"פסגה" אפקטיביים ברמת ה"שטח", וזאת בשל תקשורת לא מושלמת, מחסור במשאבים, בכישורים, בהבנת התקשורת ועוד. אל מידת האפקטיביות ברמת ה"שטח" אתייחס באמצעות המונח "חדירה".

טיפולוגיה של הצדדים

בבואם לברר איזו השפעה נודעת לכללים על הצדדים השונים, מרבית הניתוחים של המערכת המשפטית מתחילים ברמת הכללים ולאחר מכן יורדים לרמת השירותים המוסדיים. אני מעוניין להעמיד תהליך זה על ראשו ולהתבונן במצב מצדו השני של הטלסקופ. הבה נחשוב על סוגי הצדדים השונים ועל ההשפעה שעשויה להיות להבדלים ביניהם על האופן בו המערכת פועלת.

בשל ההבדלים בגודלם ובמשאביהם, כמו גם בשל המצב המשפטי הקיים, חלק מהשחקנים החברתיים נהנים מהזדמנויות רבות לעשות שימוש בשירותי בתי-המשפט, להגיש תביעות או להתגונן מפניהן; שחקנים אחרים, מנגד, עושים זאת רק לעתים רחוקות. נוכל להבחין בין שחקנים התובעים רק סעד משפטי מזדמן (שחקנים מזדמנים, או ש"מ) לבין שחקנים חוזרים (ש"ח) – אלה המעורבים בתביעות דומות רבות לאורך זמן. בן-הזוג במשפט גירושין, התובע שנפצע בתאונת דרכים, הנאשם הפלילי – כל אלו הם שחקנים מזדמנים; חברת הביטוח, התביעה הכללית וחברת הפיננסים הן שחקניות חוזרות. זהו, כמובן פישוט-יתר; ישנם גם מקרי ביניים, כדוגמת הפושע המקצועי. כך שעלינו לחשוב על היחס בין הש"מ לש"ח כמצוי על גבי רצף יותר מאשר כעל דיכוטומיה פשוטה. באופן טיפוסי, ש"ח מהווים יחידה גדולה יותר, והסיכונים הכרוכים מבחינתם בתביעה נתונה הם קטנים יותר (באופן יחסי לסך הכולל). לעומתם, ש"מ הם בדרך-כלל יחידות קטנות יותר, והסיכונים הנוגעים לתוצאה המוחשית של המשפט עשויים להיות גבוהים יחסית עבורם, כמו במקרה של קורבן פגיעה או של נאשם פלילי. אך הש"מ עשוי לסבול גם מבעיה הפוכה: תביעה עשויה להיות כה קטנה ומסובכת (למשל, במקרה של צרכן שהמוצר שרכש מכיל כמות קטנה מהרשום, או במקרה של ניסיון לאכוף זכויות ביצוע), עד שעלות אכיפתה הופכת אותה ללא משתלמת.

הבה ננסה לזקק את רעיון הש"ח לכדי "טיפוס אידיאלי" – מדובר ביחידה שכבר הייתה מעורבת בליטיגציה וצופה תביעות נוספות, אין לה הרבה מה להפסיד בכל אחת מהתביעות, והיא בעלת המשאבים הדרושים לשם קידום האינטרסים ארוכי-הטווח שלה. הש"מ, מנגד, מהווה יחידה שתביעותיה גדולות מדי (יחסית לגודלה) או קטנות מדי (יחסית לעלות הסעד) מכדי שאפשר יהיה לנהל אותן באופן סדיר ורציונלי.

ניתן לצפות שהש"ח ינהל את משחק התביעה באופן שונה מאשר הש"מ. הבה נציג כמה מהיתרונות העומדים לרשותו:

1. ש"ח, שכבר השתתפו בתביעות בעבר, נהנים מראיית הנולד; הם מסוגלים להבנות את מערכת היחסים הבאה ולהעמיד תיעוד. הש"ח הם אלה המחברים את החוזה האחיד, הדורשים עירבון וכדומה.
 2. ש"ח מפתחים מיומנות ונהנים מגישה סדירה למומחים. הם נהנים מיתרון הגודל ומעלויות נמוכות בפתיחת תביעה נתונה.
 3. ש"ח נהנים מהזדמנויות רבות יותר לפיתוח יחסי-סיוע בלתי-פורמליים עם השחקנים המוסדיים.
 4. הש"ח חייב לטפח ולשמר את אמינות המוניטין הלוחמני שלו. האינטרס שלו בטיפוח "מוניטין מיקוח" מתפקד כמשאב לכיסוס "מחויבותו" לעמדות המיקוח שלו. הש"מ, שאיננו נדרש לטפח מוניטין מיקוח, מתקשה יותר לדבוק במיקוח באופן משכנע.
 5. ש"ח יכולים להרשות לעצמם להסתכן. ככל שלתביעה מסוימת נודעת השפעה גדולה יותר על ש"מ, כך גדלה הסבירות שיבחר באסטרטגיית "מינימקס" (מזעור סבירותו של הפסד מירבי). בהנחה שהסיכונים הניצבים בפני ש"ח קטנים יותר, הם יכולים לאמץ אסטרטגייה המכוונת למיקסום הרווחים על-פני סדרת תביעות ארוכה, אפילו אם משמעותה היא הסתכנות בהפסד מרבי בכמה מהן.
 6. ש"ח יכולים לנסות לפעול לשינוי הכללים, כמו גם למען רווחים מידיים. ראשית, משתלם לש"ח להשתמש במשאביו לשם הכנת כללים רלוונטיים באמצעים כדוגמת שתדלנות, וניסיונו המצטבר אף מאפשר לו לעשות כן באופן משכנע.
 7. הש"ח, בניגוד לש"מ, אף יכול לנסות להגיע לשינוי הכלל במסגרת התביעה הנתונה עצמה. במילים אחרות, קיים הבדל בין מה שהשניים רואים כתוצאה חיובית. הואיל והאינטרסים של הש"מ כבולים לתוצאה המיידית, והואיל והוא אינו טרוד, בהגדרה, מתוצאותיה של תביעה דומה בעתיד, יהיה לש"מ עניין מועט ברכיב התוצאה שעשוי להשפיע בסיבוב הבא על נטיותיו של מקבל ההחלטות. עבור הש"ח, לעומת זאת, כל תוצאה שתשפיע לחיוב על פסיקות עתידיות היא כדאית. ככל שגדלים הסיכונים עבור כל אחד מהשחקנים, וככל שיוורד הסיכוי ל"סיבוב נוסף", כך פוחתים הסיכויים שהש"ח יוטרד מן הכללים שיסדירו פסיקות עתידיות מאותו הסוג. טלו, למשל, זוג הורים הנאבקים על המשמורת של ילדם היחיד; מתאגרף שאיחר בתשלום מסו המצוי בהליכים מול מס הכנסה; מורשע הנדון למוות. מצד שני, השחקן שסיכונים במקרה זה נמוכים ואשר ניצב בפני סדרת תביעות דומות (מס הכנסה, סוכנות האימוץ, התביעה הכללית), עשוי להתעניין יותר במצב המשפטי.
- אם ננתח אפוא את תוצאותיה של תביעה נתונה לפי רכיבה המוחשי [ברמת הסעד] ולפי רכיבה המהותי [ברמת הכלל], נוכל לצפות שבמקרה נתון א' הש"מ ינסה למקסם את הרווח המוחשי. אך אם הש"ח מעוניין במיקסום הרווח המוחשי שלו במסגרת סדרת מקרי א' עתידיים דומים, ייתכן שיסכים "להקריב" את הרווח המוחשי באחת מהתביעות תמורת רווח מהותי (או מיזעורו של הפסד מהותי). הנחנו ששירותי התביעה המוסדיים כורעים תחת הנטל, וכי הנטייה היא להגיע להסדרים. ניתן לצפות אפוא שבתביעות שבהן ש"ח צופים תוצאות מהותיות גרועות, הש"ח יגיעו לפשרה. היות שש"ח צופים להיות מעורבים בליטיגציה בעתיד, בתביעות שבהן קיים לדעתם הסיכוי הטוב ביותר לפסיקה עקרונית אוהדת הם יכולים לחתור לפסק-דין (או לערער). לעומת זאת, ש"מ צפויים להיות מוכנים "להקריב" את האפשרות ליצור "עיקרון משפטי טוב" תמורת השגת רווח מוחשי. מסיבה זו, נוכל לצפות שגוף התביעות ה"תקדימיות" – כלומר, התביעות המסוגלות להשפיע על תוצאות תביעות עתידיות – ייטה לטובת ש"ח.

הטענה אינה, כמובן, שהתצורה האסטרטגית של הצדדים היא הגורם הקובע היחיד, או המרכזי, בפיתוח הכללים. פיתוח זה מעוצב על-ידי מסורת אקדמית אוטונומית באופן יחסי, על-ידי השפעתן של התפתחויות אינטלקטואליות מבחוץ, וכן על-ידי העדפותיהם וזהירותם של מקבלי-ההחלטות. אבל בתי-המשפט הם פסיביים, וגורמים אלו נכנסים לפעולה רק כאשר הצדדים מניעים את ההליך. ברצוני רק להצביע על האפשרויות העדיפות הפתוחות בפני ש"ח להניע קדימה תביעות מבטיחות ולמנוע את קידומן של תביעות שאינן כאלה. הדבר אינו עומד בסתירה עם מהלך של פיתוח כללים הפועלים לטובת ש"מ (או, כמצוין להלן, עם מקרים בהם ש"מ אינם מצליחים להרוויח מן הכללים החדשים הללו).

ההנחה שש"ח פועלים לשינוי כללים לא כיוונה לרמוז שהם מעוניינים אך ורק ברווח מהותי. אם נזכור שלא כל הכללים מצליחים "לחדור" (כלומר, לזכות ליישום אפקטיבי ברמת ה"שטח"), נגלה עוד כמה יתרונות המגולמים בעמדת הש"ח.

8. בשל ניסיונם ומומחיותם, ש"ח מוכשרים יותר להבין אילו כללים עשויים "לחדור" ואילו עשויים להישאר בגדר התחייבות סמלית גרידא. ש"ח אף מסוגלים למקד את משאביהם בשינויי כללים שעשויים להביא לשינוי מוחשי. הם יכולים, בקיצור, "להקריב" הפסדים סמליים תמורת רווחים מוחשיים.

9. מאחר שמידת החדירה תלויה, בחלקה, במשאבי הצדדים (ידע, קשב, שירותי מומחים, כסף), סביר שש"ח יוכלו להשקיע את המשאבים הנדרשים בכדי להבטיח חדירה של כללים שיפעלו לטובתם.

הכוונה בנייתוח שאנו מציגים איננה לזהות בין ש"ח לבין "אלה שיש להם" (במונחי כוח, עושר וסטטוס), או בין ש"מ לבין "אלה שאין להם". בזירה האמריקאית, רוב הש"ח גדולים, עשירים ובעלי עוצמה רבה יותר מרוב הש"מ, כך שמדובר בהחלט בקטגוריות חופפות – אבל ישנם גם חריגים ברורים. ש"ח עשויים להיות "אלה שאין להם" (אלכוהוליסטים), או עשויים לתפקד כמגיניהם של "אלה שאין להם" (כפי שעושה הממשלה מפעם לפעם); ש"מ, כגון נאשמים מסוימים, עשויים להיות עשירים. מה שניתוח זה עושה הוא לאפיין עמדת יתרון בתצורה של הצדדים התובעים, ולהצביע על הדרך שבה אלו שהם בעלי יתרונות אחרים נוטים למצב את עצמם בתצורה מוערפת זו באופן אשר מחזק ומאשר את יתרונותיהם הנוספים. עמדת יתרון זו היא אחד האופנים שבהם מערכת משפטית, שהיא באופן פורמלי ניטרלית בעמדתה כלפי "אלה שיש להם" ו"אלה שאין להם", עשויה להנציח ולהעצים את יתרונותיהם של הראשונים.

הנחנו לעיל שש"מ ייטו להיות אדישים יחסית להשלכות שתהינה לתביעות ספציפיות על כללים. אולם ניתן גם לצפות שמידת העניין בשאלת ההשלכות על הכללים תשתנה בהתאם לסוג הציבור: יהיו מי שעשויים לפעול באינטנסיביות כדי לקבל גושפנקא בהתאם לכללים הרשמיים, באופן שיאפיל על מידת העניין שלהם בפתרון המוחשי של הסכסוך; אחרים עשויים להתייחס בשוויון-נפש יחסי להשלכות העתידיות על הכללים, וזאת בהשוואה לתוצאות מוחשיות. רמת "התכוונות לכללים" מסוג זה ומידת השכיחות שלה עשויות להשפיע על העמדה האסטרטגית היחסית של ש"ח ושל ש"מ. כך, למשל, ככל שאוכלוסייה מסוימת היא יותר "מוכוונת-כללים", כך ניטה פחות לצפות שלש"ח יהיה יתרון בה במסגרת ניהול של מדיניות הנוטה לפשרות.

עם זאת, ראוי להבחין בין "התכוונות לכללים" או צמא לגושפנקא רשמית, לבין מוכנות לכתחילית להסתייע במערכת הרשמית לשם קבלת סעד, כמו גם בינם לבין מידה גבוהה של הערכה לכללים רשמיים כאובייקטים סמליים. בשונה מדאגה יחסית מן ההשלכות על הכללים, ניטה לצפות לשוני בין ציבורים שונים בכל הנוגע למידת ההערכה הלכתחילית שיש להם כלפי הליך

הליטיגציה עצמו. גישות אלו עשויות להשפיע על העמדה האסטרטגית של הצדדים. כך, למשל, ככל שרמת הסלידה מליטיגציה בקרב ציבור כלשהו גדולה יותר, כן גדלים החסמים העומדים בפני ש"מ כבואם להגיש תביעה או להתגונן מפניה, ובאופן דומה גדלים גם יתרונות הש"ח – זאת אם נניח שרגשות מעין אלה משפיעים יותר על ש"מ, שהם בדרך-כלל פרטים, מאשר על ש"ח, שהם בדרך-כלל גופים מאורגנים.

לא ניתן להניח שההבדלים הקיימים במידת הנכונות להסתייע בטריבונלים רשמיים משקפים באופן ישיר "מודעות לזכויות" או צמא לגושפנקא במונחים של נורמות סמכותיות. טלו, למשל, את הטענה לפיה שיעור הליטיגציה הנמוך ביפן נובע מ"תפיסת זכויות שפיטות" בלתי-מפותחת, ואת ההיקש הנובע ממנה, לפיו שיעור הליטיגציה הגבוה בארצות-הברית נובע מתודעת זכויות שכזו. ואולם, שיעור הפשרות הגבוה ושיעור הערעורים הנמוך בארצות-הברית מעידים שאין זה ראוי להתייחס לאוכלוסייתה כבעלת עניין גדול בהשגת ניצחונות מוסריים באמצעות קבלת גושפנקא רשמית. מייהיו (Mayhew, 1975) מדווח על סקר במסגרתו נשאל מדגם של תושבי אזור דטרויט באיזה אופן היו מעוניינים להסדיר את "בעייתם הקשה ביותר". רק מיעוט מבוטל מביניהם (0% מהבעיות בין בעלי בתים לשוכרים; 2% מהבעיות בשכונה; 4% מהבעיות שעלו מרכישות יקרות; 9% מהבעיות הקשורות להתארגנויות ציבוריות; 31% מהבעיות הקשורות להפליה) דיווח שהוא חפץ ב"צדק" או בקבלת גושפנקא לזכויותיו המשפטיות; "מרביתם ענו שהם ביקשו לפתור את בעיותיהם בדרך המהירה והיעילה ביותר האפשרית".

באופן פרדוקסלי, הערכה נמוכה ביחס לחשיבות ההשלכות של מקרים ספציפיים על כללים, עשויה להתקיים לצד הערכת החוקים כאובייקטים סמליים. אדלמן (Edelman, 1967) מבריל בין ציבורים מרוחקים, מבוזרים ובלתי-מאורגנים, שכללים מהווים עבורם מקור לסיפוק סמלי, לבין ציבורים מאורגנים וערניים, שעניינם המידי הוא בתוצאות המוחשיות של יישום הכללים. צמא ציבורי לסיפוק סמלי באמצעות פרסום של הכללים, אינו מחייב צמא פרטי תואם לקבלת גושפנקא רשמית בנוגע לכללים במקרים ספציפיים. מנגד, ש"ח ערניים עשויים לנטות יותר להתייחס לכללים באופן אינסטרומנטלי, כאל נכסים, יותר מאשר כאל מקור לסיפוק סמלי.

טבלה מס' 1

מיון תביעות לפי התצורה האסטרטגית של הצדדים

<p>2. ש"ח נגד ש"מ פרקליטות נגד נאשם חברת פיננסים נגד חייב בעל בית נגד דייר מס הכנסה נגד נישום קבלן-הריסה נגד בעל נכס</p>	<p>1. ש"מ נגד ש"מ הורה נגד הורה (משמורת) בעל נגד אישה (גירושין) בן משפחה נגד בן משפחה (אשפוז כפוי) משפחה נגד משפחה (ירושה) שכן נגד שכן שותף נגד שותף</p>
<p>4. ש"ח נגד ש"ח ועד עובדים נגד חברה מפיץ סרטים נגד הצנזורה יזם נגד עירייה פרברית רשות רגולטורית נגד חברות מתעשיה מפוקחת</p>	<p>3. ש"מ נגד ש"ח מקבל קצבאות נגד הביטוח הלאומי בעל סוכנות רכב נגד יצרנית מכוניות נפגע תאונה נגד חברת ביטוח דייר נגד בעל בית קונה נגד ספק צרכן פושט רגל נגד נושים קורבן דיבה נגד מוציא-לאור</p>

ניתן לחשוב על ליטיגציה כמערכת באופן טיפוסי שילובים מגוונים של ש"מ ושל ש"ח. נוכל, אם-כן, לבנות מטריצה כדוגמת זו שבטבלה מס' 1 ולמלא את התיבות השונות בכמה דוגמאות ידועות (אם גם לא מדויקות) ממקרים אמריקאים (אנו בוחרים להתעלם כרגע מהעובדה שהמושגים ש"ח וש"מ מהווים קצוות על פני רצף ולא צמד דיכוטומי). על בסיס הדוגמאות החלקיות והבלתי-שיטתיות הללו, נציע להלן כמה השערות בנוגע לתכני התיבות הללו:

תיבה מס' 1: ש"מ נגד ש"מ

המקרים השכיחים בתיבה זו הם גירושין ושימועים בנושא אשפוז כפוי. רובם (למעלה מ-90% ממקרי הגירושין, למשל) נטולי יסוד של חילוקי דעות, וחלק מכריע מתהליכים אלה מהווה למעשה תביעת-דמה – פשרה שהושגה בין הצדדים ואושרה במסווה של שפיטה. כאשר כבר מגיעים לתביעה ממשית בתיבה מס' 1, מדובר לרוב בתביעה בין צדדים שקיים ביניהם קשר אינטימי כלשהו, המסוכסכים – פעמים רבות לצלילי-רקע של "תרעומת" ו"אי-רציונליות" – בנוגע לטובין כלשהם שאינם ניתנים לשיתוף. בית-המשפט נקרא לפסוק כאשר יחסים קיימים מגיעים לקרע; הוא כמעט ואינו עוסק בקביעת דפוסית ההתנהגות. הצדדים נדרשים לחוק אד-הוק ובאופן אינסטרומנטלי. עשוי להיות להם, אומנם, עניין רב בקבלת גושפנקא, אבל אף צד אינו צפוי להפגין עניין במצב המשפטי ארוך-הטווח (למשל, ביחס לסוגיית המשמורת או לעוללת המטרד). הערעורים מועטים, מקרי-המבחן כמעט ולא קיימים, והשימוש במשאבים לצורך פיתוח פסיקות עתידיות – קטן. הדוקטרינה המשפטית צפויה להיוותר מרוחקת מהפרקטיקות היומיומיות ומהעמדות הרווחות.

תיבה מס' 2: ש"ח נגד ש"מ

חלק הארי של התביעות מתרחש בתוך תיבה זו – למעשה, כמעט כל תביעה שכיחה, למעט תביעות בגין תאונה אישית, שימועים בנושא אשפוז כפוי וגירושין. המשפט משמש כאן לצורך עיבודן השגרתי של תביעות מטעם צדדים שעבורם הגשת תביעות מסוג זה מהווה פעילות עסקית רגילה. לרוב, מקרים אלו עוטים על עצמם צורה של עיבוד המוני וסטריאוטיפי, הכוללת מעט תשומת-לב אישית של שפיטה "לפי הספר". מספר גדול אף יותר של תביעות מגיע לפשרה באופן "בלתי-פורמלי", כשהפשרה מכוונת לתוצאות-תביעה אפשריות (בכפוף להפחתת עלויות מחמת סיכון, עלות, דחייה).

המצב המשפטי מעניין את הש"ח, אף כי לא את הנאשמים הש"מ. ככל שהמשפט נוטה לטובת הש"ח, הוא זוכה לציות ארוך בשטח (בכפוף להפחתת העלויות הכרוכות במערכות היחסים של הש"ח). הנושים, המטטרה, לשכת הגיוס ושאר הש"ח בונים מערכות יחסים כדי להתאימן לכללים. מנגד, כללים הפועלים לטובת ש"מ עשויים להיות מיושמים באופן פחות נחרץ, שכן ש"מ אינם נוהגים לתכנן את מערכות היחסים שמונחות בבסיס הכללים; או שהם עשויים שלא להיאכף בקפידה בפועל, שכן בשונה מש"ח, ש"מ בדרך כלל אינם נכונים או מסוגלים להשקיע בהבטחת חדירתם לשטח.

תיבה מס' 3: ש"מ נגד ש"ח

אלו הם מקרים לא מאוד שכיחים – למעט מקרי התאונה האישית, המהווים דוגמה ייחודית מאחר שהכניסה החופשית לזירה מותנית בתשלום. בתביעות בגין תאונות דרכים, הליטיגציה עוברת רוטיניזציה והפשרות מאוד מוכוונות לעבר תוצאת התביעה האפשרית. מחוץ לתחום התאונה

האישית, התביעות בתיבה מס' 3 אינן שגרתיות. מדובר בדרך-כלל בנסיונו של הש"מ להסתייע בעזרה חיצונית כמנוף כנגד ארגון שעמו היה לו קשר בעבר, אך כעת הוא עומד "להתגרש" ממנו (למשל, המועסק שפוטר או בעל-הזיכיון שבוטל זיכיונו). במקרים אלו לתובע הש"מ יש בדרך-כלל עניין מוגבל ביותר במצב המשפטי; מנגד, הנתבע הש"ח מתעניין בו מאוד.

תיבה מס' 4: ש"ח נגד ש"ח

נבחן תחילה מקרה כללי, ולאחר מכן נרד לרמת המקרים הפרטיים. ניתן היה לצפות שתהיינה מעט מאוד תביעות בתיבה מס' 4, וזאת לאור ההנחה שכלל ששני ש"ח "משחקים" זה עם זה באופן חוזר ונשנה, הציפייה לאינטרקציה מתמשכת המיטיבה עם שני הצדדים תצמיח שליטה הרדית בלתי-פורמלית. נדמה שמסקנה זו עולה ממחקרים על אודות יחסים בין אנשי עסקים וכן על אודות יחסי עבודה. איגודי העובדים, המנסים לבסס את עצמם, פונים לרשויות הרשמיות, וכמוהם גם נציגי ההנהלה, המנסים למנוע מהם להתבסס – למרות ששני הצדדים עושים זאת בתדירות נמוכה משהיו עושים זאת שותפים רגילים למשא-ומתן. יחידות בעלות יחסים מיטיבים-הרדית אינן נוטות לחדד את ההבדלים ביניהן בבית-המשפט. כאשר אלה כבר פונות לעזרת צד שלישי בפתרון סכסוכים, הן נוטות לבקש סעד המשוחרר מסנקציות רשמיות, כזה המיישם כללים פנימיים ולא רשמיים (למשל גישור או בית-דין פנימי).

עם זאת, ישנם גם מספר מקרים מיוחדים. ראשית, ישנם ש"ח שאינם חפצים בקידום אינטרסים מוחשיים אלא דווקא בקבלת גושפנקא למחויבויות תרבותיות בסיסיות. דוגמה טובה לכך מהווים הארגונים הפורסים את חסותם על רוב התביעות בתחום הדת והמדינה. במקום שבו ש"ח נאבקים על שוני ערכי (מי צודק), ולא על סכסוך אינטרסנטי כלשהו (מי מקבל מה), הנטייה להתפשר פוחתת, והבסיס לפיתוח מערכת פרטית לפתרון סכסוכים מצטמצם.

שנית, הממשלה עצמה היא סוג מיוחד של ש"ח. ככלל, שליטה בלתי-פורמלית בהתפתחות העניינים גלומה בהפעלת הסנקציה העליונה: נסיגה מיחסים מיטיבים-הרדית, וסירוב להמשיך בהם. בה במידה שנסוגה מהתקשרות עתידית אינה אפשרית בהתמודדות עם הממשלה, היקף השליטה הבלתי-פורמלית הוא, בהתאם, מוגבל. מן המפורסמות היא שבין הגופים הרגולטוריים לבין החברות שעליהן הם מפקחים מתפתחים יחסים בלתי-פורמליים. ובפני החברות המפוקחות עומדות סנקציות אחרות מלבד נסיגה, למשל – העמדת אפוזיציה פוליטית. ואולם, ככל שיחידת הממשלה אינקלוסיבית יותר, כך פוחתת האפקטיביות של סנקציית הנסיגה, וגדלה הסבירות שאחד הצדדים ינסה להסתייע בבעלי ברית חיצוניים באמצעות ליטיגציה – גם תוך-כדי שימור היחסים עצמם. הדבר נכון גם לגבי מונופולים, יחידות הדומות לשלטון מבחינת חסיונותן היחסית לסנקציית הנסיגה. ש"ח המצויים במערכת יחסים מונופוליסטית יסתייעו מדי-פעם באמצעי שליטה פורמליים כדי להוכיח את כוחם, כדי להוסיף אמינות לאיומיהם וכדי להשביע את רצונם של קהלים אחרים. מכאן, נוכל לצפות שליטיגציה נגד הממשלה ומטעמה תהיה שכיחה יותר מאשר במצבים אחרים של ש"ח נגד ש"ח. וישנה סיבה נוספת לצפות ליותר תביעות כאשר הממשלה מהווה את אחד הצדדים. מושג ה"רווח" (הן במובן הכספי והן במובן המדיניות) נוטה להיות בעייתי ותלוי-הקשר יותר עבור יחידות ממשלתיות מאשר עבור צדדים אחרים, כגון עסקים וקבוצות-אינטרס מאורגנות. במקרים מסוימים, עשויים בתי-המשפט לספק פרשנות מוסמכת למדיניות ציבורית היכולה למעשה להגדיר-מחדש את מושג הרווח של הרשות. לפיכך, הגופים הממשלתיים עשויים להיות מוכנים יותר "למקר-החוצה" החלטות מסוימות לבתי-המשפט, בעוד שליריביהם עשוי להיות תמריץ לתבוע את הממשלה, בתקווה להביא לשינוי במטרותיה.

מקרה מיוחד נוסף ומעט שונה מופיע כאשר גם התובע וגם הנתבע הם ש"ח, אך אינם מצויים במערכת יחסים חוזרת ונשנית (למשל, שתי חברות ביטוח). במקרה של המדינה או המנופול, היו הצדדים קשורים זה בזה באופן כה הדוק שכוח השליטה הבלתי-פורמלית היה מוגבל. במקרה דנן הם אינם קשורים זה בזה באופן שאכן ייתן לכלי השליטה הבלתי-פורמלית שיניים ממשיות; הרי אין ממה לסגת! העסקה החד-פעמית והגדולה שמתבטלת, התאגיד השולי – אלה הם המקורות המסורתיים לתביעות.

במקום שבו יש תביעה בין שני ש"ח נוכל לצפות למצוא גם הוצאות כבדות על פיתוח כללים, ערעורים רבים ופיתוח מהיר של הדוקטרינה. היות שהצדדים יכולים להרשות לעצמם להשקיע בהבטחת יישום הכללים הנוטים לטובתם, נוכל לצפות גם שהפרקטיקה תתפתח בצמוד לכללים אלה.

על בסיס הנחות ראשוניות אלה, ניתן לשרטט פרופיל כללי של מוסד הליטיגציה ושל מגוון הגורמים המזוהים עמו. רובן המוחלט של התביעות ממוקמות בתיבה מס' 2, ותביעות רבות הרבה פחות – בתיבה מס' 3. רוב התביעות הללו מהוות עיבוד המוני ושגרתית של סכסוכים בין צדדים זרים (כלומר, שאינם נמצאים ביחסים נמשכים ומיטיבים-הדדית) או "גרושים" זה מזה – ואשר קיימים ביניהם הבדלי גודל. אחד הצדדים הוא "מקצוען" מאורגן מבחינה ביורוקרטית (במובן זה שהוא עוסק בליטיגציה למחייתו), שנהנה מיתרונות אסטרטגיים; השליטה הבלתי-פורמלית בין הצדדים קלושה או בלתי-אפקטיבית; סביר להניח שיחסייהם יתבססו על כללים רשמיים ואף יוגדרו על-ידם; במסגרת הליטיגציה, כללים אלה מכורסמים על-ידי העלויות המשפטיות ועוברים מניפולציה סלקטיבית לרווחת הצדדים. לעומת זאת, בתיבות מס' 1 ומס' 4 הליטיגציה פחות תכופה אך יש לה מאפיינים יותר אינדיבידואליים, והיא מעמתת בין צדדים בעלי סדר-גודל דומה שיש – או שהיו – ביניהם יחסים רבי-פנים ונמשכים, שנלוו להם אמצעי שליטה בלתי-פורמליים. הליטיגציה מופיעה כאשר היחסים מאבדים את ערכם העתידי; כאשר אופיים ה"מונופוליסטי" של היחסים מצמצם את יכולת המינוף של אמצעי השליטה הבלתי-פורמליים; כאשר הצדדים פונים להסתייע בגורמי-חוץ בניסיון לשנות יחסים אלה; וכאשר הצדדים מבקשים לקבל גושפנקא עבור ערכיהם המתנגשים.

עורכי-דין

מה יקרה כאשר נכניס את עורכי-הדין למשוואה? צדדים בעלי עורכי-דין מצליחים יותר. עורכי-דין הם בעצמם ש"ח. האם נוכחותם משווה בין הצדדים ומבטלת את יתרון הלקוח הש"ח? או שאולי נוכחות עורך-הדין דווקא מגבירה את יתרונותיו של הש"ח? ניתן להניח שש"ח (הנוטים להיות יחידות גדולות יותר), המסוגלים לרכוש שירותים משפטיים באופן סדיר יותר ובכמויות גדולות יותר, בנפח גבוה (כלומר בעבודה לפי שכר-טרחה קבוע) ובתעריפים גבוהים יותר – יקבלו שירות באיכות טובה יותר. הם יזכו גם למידע טוב יותר (במיוחד במצבים בהם קיימות מגבלות על מידע בנוגע לשירותים המשפטיים). במצב כזה, הש"ח יהנה לא רק מכמות גבוהה יותר של כישרון, אלא גם מהמשכיות רבה יותר, משמירת רשומות טובה יותר, מעבודה מקדימה ומניעתית רבה יותר, מניסיון רב יותר, מכישורים ממוקדים גבוהים יותר בתחומים הרלוונטיים ומשליטה רבה יותר על צוות העובדים המשפטיים.

טבלה מס' 2 טיפולוגיה של מומחים משפטיים

התמחות על-פי שדה	התמחות על-פי שדה וצד	התמחות על-פי צד	עורך-הדין הלקוח
- פטנטים	- פרקליטות - נתבע בתביעת תאונה אישית - פרקליט צוות בארגון חברתי - מיסוי - איגודי עובדים/ הנהלה - גביית חובות	- "פרקליט הבית" או פרקליט כללי בבנק, חברת ביטוח וכו' - פרקליט תאגידי ליחידה ממשלתית	ש"ח
- פשיטת רגל - גירושין	- סנגוריה - התובע בתביעת תאונה אישית	- עורכי-דין המתמחים בעוני - הסיוע המשפטי	ש"מ

ניתן לצפות שמידת ההשפעה המדויקת של רכיב השירותים המשפטיים על יתרון הש"ח תהיה תלויה באופן שבו מאורגן המקצוע עצמו. ככל שגדל מספר חברי המקצוע המזדהים עם לקוחותיהם (כלומר, ככל שהם פחות מרוחקים מלקוחותיהם בגלל נאמנותם לבתי-המשפט או לגילדה אוטונומית), כך גובר חוסר-האיזון הזה. ככל שיחסי עורך-דין-לקוח קרובים ומושוכים יותר, כך גוברת נאמנותו הראשונית של עורך-הדין ללקוח במקום לבתי-המשפט או לגילדה, באופן שמעצים את יתרונות המומחיות וההדרכה הנצברים במסגרת האסטרטגיה הכוללת.

ומה לגבי ההתמחות ההולכת וגוברת של לשכת עורכי-הדין עצמה? האם לא נוכל לצפות שקיומה של התמחות יקזז את היתרונות העומדים לש"ח, כאשר הש"מ ייוצג על-ידי עורך-דין מומחה בעל אינטרס בהגעה להסדר בעל יתרונות לקבוצה שלמה של ש"מ, ולו לשם קידום הקריירה הפרטית שלו? האם המומחה הופך במקרה זה להיות המקבילה הפונקציונלית לש"ח? בקרב המומחים נוכל להבחין בין אלו המתמחים בשדה משפטי מסוים (פטנטים, גירושין וכו'), אלו המתמחים בקבוצה מיוצגת כלשהי (למשל, "פרקליט הבית"), ואלו המתמחים בשני התחומים (תובע בתיקי תאונות אישיות, סנגוריה, סכסוכי עבודה). עורכי-דין המתמחים בגירושין אינם "מתמחים" בבעלים ונשים, בדיוק כשם שעורכי-דין המתמחים בנדל"ן אינם מתמחים ברוכשים או במוכרים. אבל עורכי-דין המתמחים בדיני עבודה, בדיני מסים ובתביעות נגזרות של בעלי מניות, מתמחים לא רק לפי שדה משפטי כי אם גם לפי הצד שעבורו הם עובדים. מומחים אלו עשויים לייצג ש"ח או ש"מ. טבלה מס' 2 מציגה כמה דוגמאות ידועות.

רוב ההתמחויות משרתות את צורכיהם של ש"ח מסוגים מסוימים. כמה היבטים מובהקים מאפיינים את המומחים המשרתים ש"מ.

ראשית, הם נוטים לאכלס את "המעמדות הנמוכים" של המקצוע המשפטי. בהשוואה לאלו המספקים שירותים לש"ח, עורכי-הדין המתמחים כאן נוטים להגיע מרקע חברתי-כלכלי נמוך יותר, להיות בוגרי מכללות, לעבוד לבד ולא במשרדים גדולים ולהנות מיוקרה נמוכה בגרדי המקצוע.

שנית, המומחים המשרתים ש"מ נוטים להיתקל בבעיות בכואם להניע את מרשיהם לפעולה (וזאת בשל רמת המידע הנמוכה בקרב ש"מ), ואף להיתקל בחסמים "אתיים" מטעם המקצוע עצמו המונעים מהם שידול, פרסום עצמי, גביית דמי הפניה, מקדמות וכו'.
שלישית, אופיים הארעי והמבודד של יחסיהם עם ש"מ מסוימים מוליד שירותים משפטיים שניתן לאפיינם כסטריאוטיפיים וכבלתי-יצירתיים. קרלין והווארד (Carlin and Howard, 1965) טוענים כי

איכות השירות המוענק ללקוחות העניים יותר... מושפעת מאופיים החד-פעמי של העניינים אותם הם נוטים להביא בפני עורך-הדין (למשל גירושין, פלילים, תאונה אישית): דבר זה, נוסף על התשלום הנמוך, מעודד עיבוד המוני של המקרים. כתוצאה מכך, כמות מוגבלת של זמן ועניין בלבד מוענקת בדרך-כלל לכל מקרה – קיים תמריץ נמוך, אם בכלל, להתייחס אל המקרה כאל דבר-מה שהוא מעבר לעסקה משפטית מבודדת. יתרה מזו, באופן רגיל אין [לעורך-הדין] חשק לחרוג מעבר למסגרת שבה מציג הלקוח את המקרה, ומקרים אלו מתקבלים אך ורק כאשר קיימת עילת תביעה ברורה, כלומר כאשר הם מתאימים לקטגוריות משפטיות מקובלות ומבטיחים תשואה וראית למדי.

רביעית, בעוד מומחים אלו מהווים בעצמם ש"ח, הם מתקשים לפתח אסטרטגיות יעול. אימוץ אסטרטגיה ההולמת עורך-דין המייצג חברת ביטוח או תובע – "ויתור" על כמה תביעות תמורת רווחים באחרות – נתפסת כבלתי-אתית כאשר משתמש בה סנגור פלילי או עורך-דין המייצג תובע בתיק תאונה אישית. אין לו רשות להתייחס אל סדרת הש"מ שלו כאילו היוו ש"ח יחיד. מנגד, דווקא הדרישות העולות מהצורך לנהל סדרת ש"מ באופן שגרתי ומוסדר עשויות למנוע מעורך-דין למקסם את יתרונותיו של כל ש"מ אינדיבידואלי. רוזנטל (Rosenthal, 1974) הראה ש"למעט במסגרת תביעות [התאונה האישית] הגדולות ביותר, עורכי-הדין למעשה מפסידים כסף אם הם מתכוננים ביסודיות לתביעה ואינם מגיעים מהר לפשרה".
עבור עורך-הדין המשרת את חוג הלקוחות בר-החלוף של הש"מ, ה"לקוח" הקבוע הוא בית-המשפט, הצד השני או המתווך המספק את הלקוחות. טלו, למשל, את תלותם של סנגורים פליליים בשימור מערכת-יחסים של שיתוף פעולה עם חברי "קהילת בית-המשפט הפלילי" השונים. באופן דומה, קרלין (Carlin, 1962) מציין שבקרב עורכי-דין בודדים העובדים בערים הגדולות, ואשר רוב לקוחותיהם הם ש"מ, חל עיוות בעמדת הנאמנות – כלפי המתווך.

במקרה של אותם עורכי-דין המתמחים בתאונות אישיות, בדיני מס מקומיים... בפלילים ובמידה מסוימת אף בגירושין, היחסים עם הלקוח... עוברים בדרך כלל תיווך של מתווך כלשהו או של ספק עסקי – עורך-דין אחר או אדם מן היישוב. בתחומי עיסוק אלו, עורך-הדין עסוק בראש ובראשונה בריצוי המתווך או בזכייה באישורו, הרבה יותר משהוא עסוק בהשבעת רצונו של הלקוח האינדיבידואלי. ככלל, מקור העסקים נתפס כחשוב יותר מאשר הלקוח האינדיבידואלי, בייחוד כאשר אין זה סביר שהלקוח יחזור או שישלח לעורך-הדין לקוחות אחרים. במקרה כזה הלקוח בלתי-חיוני; ניתן לנצל אותו באופן מרבי. בתנאים אלו, כאשר עורך-דין מקבל לקוח... הרי שהוא הרוויח עסקה יותר משהוא הרוויח לקוח, והגישה שלו תהיה בדרך-כלל כאילו ניהל סחורה מסוג מסוים, או שהיה עסוק בהגדלת נפחן של סחורות מסוג זה או אחר.

קיומה של לשכת עורכי-דין מקצועית בצד הש"מ אמורה לגשר על הפער במומחיות, לאפשר כלכלות-גודל מסוימות, לספק מחויבות למיקוח והיכרות אישית עם המקרים. אבל כל אלו אינם מגשרים על יתרונותיהם האסטרטגיים המהותיים של הש"ח – היכולת להבנות את היחסים עם הצד האחר, להמר ביתר קלות ולהשפיע על פיתוח הכללים ועל מדיניות האכיפה. בשל הזדהותם עם אחד הצדדים, עשויים עורכי-דין מומחים להפוך לשתדלנים, ליוזמים מוסריים ולמקדמי רפורמות בשם הצדדים שהם מייצגים. אבל לעורכי-דין יש גם אינטרס צולב בשימור המורכבות והילת המסתורין, באופן שהופך את מגעו של הלוקח עם תחום זה של המשפט לבעייתי. אין לצפות מעורכי-דין שיקדמו רפורמות שנראות אופטימליות רק מנקודת-מבטו של הלוקח הבודד; במקום זאת, ניתן לצפות מהם להיטיב את מצב לקוחותיהם מבלי לערער את זה של עורכי-הדין עצמם. לפיכך, לעורכי-דין מומחים יש אינטרס בקיומה של מערכת שבה קבלת סעד היא בעייתית, בעוד שבה בעת הם תומכים בשינויים במסגרתה שישפרו את מצבם של לקוחותיהם (חשבו על מאמצי השתדלנות של תובעים בתיקי תאונות אישיות ושל סנגורים). שיקולי אינטרסים נוטים להתמזג עם מחויבויות אידאולוגיות, כגון ההעדפה שחשים עורכי-הדין ביחס לגופי כללים מכווננים ומורכבים, להליך אדברסרי ולתהליך קבלת החלטות הבוחן כל מקרה לגופו. כשם שתרבות אוכלוסיית הלוקחות משפיעה על העמדה האסטרטגית, כך גם תרבותם המקצועית של עורכי-הדין.

שירותים מוסדיים

אנו רואים אפוא שהיתרונות האסטרטגיים של ש"ח מועצמים לאור יתרונותיהם בחלוקת השירותים המשפטיים. שני היתרונות קשורים ליתרון בסיסי שמקנים המאפיינים הבסיסיים של השירותים המוסדיים בטיפול בתביעות: פסיביות ועומס-יתר.

המוסדות הללו פסיביים במובן של "תגובתיות" שהגדיר בלאק (Black, 1973): הם חייבים להיות מופעלים על-ידי תובע כלשהו – דבר שמקנה יתרון לתובע בעל המידע, בעל היכולת להתגבר על מחסומי העלות ובעל הכישרון לנווט במסגרת דרישות פרוצדורליות מגבילות. אך הם פסיביים במובן נוסף: מרגע שנכנסו בשערי בית-המשפט, מונח הנטל על כל אחד מהצדדים להמשיך בתביעה. בעל הסמכות המכהן מתפקד כסוג של בורר, בעוד פיתוח התיק, איסוף הראיות והצגת ההוכחות תלויים ביוזמת הצדדים ובכמות משאביהם. היחס לצדדים מניח שלרשותם עומדים אותה כמות של משאבים הכלכליים, של כלי מחקר ושל כישורים משפטיים. כאשר, כפי שקורה בדרך כלל, אלו אינם פני הדברים, אזי ככל שמוקנות לצדדים יותר סמכויות, כן גדל היתרון המוענק לצד האמיד, המנוסה והמאורגן יותר.

היתרונות שמקנה הפסיביות הממסדית מתעצמים נוכח עומס-היתר הכרוני המאפיין את המוסדות הללו. באופן טיפוסי, ישנן הרבה יותר תביעות מכפי שישנם משאבים מוסדיים לניהול הליך שיפוטי מלא בכל מקרה ומקרה. עומס היתר מפעיל על התובעים לחץ להתפשר במקום להתדיין, וזאת בכמה אופנים:

- א. הוא גורם לדחייה (ובכך מחרסם בערך הסעדים האפשריים);
- ב. הוא מייקר עלויות (הדרושות לשם "השאת התביעה בחיים");
- ג. הוא גורם למכהנים בתפקידים המוסדיים השונים לייחס ערך גבוה לפעולת "ניקוי השולחן" – זו מרפה את ידי הצדדים מניהול הליך שיפוטי "לפי הספר" לטובת התמקחות, סטריאוטיפיזציה ועיבוד רוטיני;

ד. הוא משפיע על בית-המשפט לאמץ כללים מגבילים שלא יעודדו ליטיגציה. העומס מגביר אפוא את עלות השפיטה ואת הסיכונים הנלווים לה ומגן על הכללים הקיימים מפני ערעורים עליהם, ובכך מצמצם את האפשרויות לשינויים. הדבר נוטה לפעול לטובת מי שכבר נהנים מהכללים הקיימים.

שנית, בכך שהוא מגביר את הקושי הכרוך בערעור על הפרקטיקות הקיימות, מעניק עומס-היתר יתרון נוסף למי שנהנה מהזנחתם (או מהפרתם השיטתית) של כללים המיטיבים עם יריביו. שלישית, עומס-היתר נוטה להגן על בעל-האמצעים – הצד הנהנה מכסף או טובין – מפני התובע. ברוב המקרים זהו הדבר להערפת ש"ח על ש"מ, משום שש"ח מסוגלים באופן טיפוסי להבנות את היחסים עם הצד האחר כך שימצאו את עצמם בעמדת בעל-האמצעים.

ולבסוף, משמעותו של מצב עומס-היתר היא שמספר המחויבויות הקיימות במערכת הפורמלית גדול מכמות המשאבים הנחוצה לשם כיבודן – ישנם יותר זכויות וכללים "עלי-ספר" מכפי שניתן להצדיק או לאכוף. קיימות אפוא שאלות של סדרי עדיפות בנוגע להקצאת המשאבים. ניתן לצפות שהשופטים, המשטרה ושאר מנהלי המשאבים המוסדיים המוגבלים יגיבו ביתר חיוב לקהליהם המאורגנים, הקשובים ובעלי ההשפעה הרבה יותר. אלה נוטים, שוב, להיות הש"ח.

כך, עומס-היתר והפסיביות המאפיינת את השירותים המוסדיים מספקים את התפאורה שבה יתרונות הש"ח, מבחינת עמדתם האסטרטגית ושירותיהם המשפטיים, ממוצים במלואם.

הכללים

אנו מניחים במאמר זה שהכללים נוטים לטובת אינטרסים ותיקים יותר ובעלי דומיננטיות תרבותית. אין כוונת הדבר להצביע על כך שהכללים מעוצבים באופן שנועד לקדם אינטרסים אלו באופן גלוי, אלא דווקא על כך שהקבוצות שכבר הפכו לדומיננטיות התאימו בהצלחה את פעולותיהן לכללים הקיימים. ככל שישנם כללים מאוזנים או כאלו הנוטים לטובת "אלו שאין להם", המשאבים המוגבלים המוקצים לשם יישומם מחולקים באופן שדווקא מייחס משקל רב יותר לאותם כללים שמגנים ומקדמים את האינטרסים המוחשיים של הקבוצות המאורגנות ובעלות-ההשפעה. יתרה מזאת, דרישות ההליך ההוגן, המעמיד סייגים בפני פעולה חפוזה, נוטות מטבען להגן על בעל-האמצעים כנגד התובע. ולבסוף, הכללים מורכבים ובעייתיים דיים (או שהם עשויים להפוך לבעייתיים אם מספיק משאבים מופנים לשם הפיכתם לכאלה), כך שההבדלים בכמות השירותים המשפטיים ובאיכותם משפיעים על היכולת להפיק מהם יתרונות.

כך הגענו לטבלה מס' 3, המסכמת מדוע "אלה שיש להם" נוטים להצליח. הטבלה מצביעה על הרבדים השונים של היתרונות מהם נהנות קבוצות שונות (אך במקרים רבים חופפות) של "אלה שיש להם" – יתרונות המתחברים זה לזה, מאשררים זה את זה ואף מגנים זה על זה.

טבלה מס' 3 מדוע "אלו שיש להם" נוטים להצליח

מרכיב	יתרונות	מי הצדדים הנהנים ממנו
הצדדים	* היכולת להבנות את ההתקשרות * מומחיות מיוחדת, כלכלת-גודל * אסטרטגיה ארוכת-טווח * היכולת "לשחק" בהתאם לכללים * אמינות במשא-ומתן * היכולת להשקיע בחדירה	* שחקנים חוזרים, גדולים, מקצוענים*
שירותים משפטיים	* כישורים, מומחיות מיוחדת, המשכיות	* מאורגנים, מקצוענים, * אמידים
שירותים מוסדיים	* פסיביות * חסמי עלות ודחייה * סדרי-עדיפויות אוהדים	* אמידים, מנוסים, מאורגנים * מחזיקים, בעלי-אמצעים * אלה הנהנים מהכללים הקיימים * מאורגנים, קשובים
הכללים	* כללים אוהדים * חסמים להליך ההוגן	* ותיקים, בעלי דומיננטיות תרבותית * מחזיקים, בעלי אמצעים

* במובן הפשוט של "עושים זאת למחיתם"

חלופות למערכת הרשמית

עד כה עסקנו בפניות למערכת הרשמית לשם הגשת תביעות או התגוננות מפניהן. למעשה, הפנייה למערכת זאת על-ידי התובעים (או יוזמי התביעות) היא רק חלופה אחת מני רבות. על ניתוחנו לקחת בחשבון את הקשר שבין מאפייני מערכת הליטיגציה הרשמית בכללותה לבין השימוש בה לעומת החלופות. אלה כוללות לפחות את האפשרויות הבאות:

1. חוסר-פעולה – אי-הגשת תביעה או תלונה. זהו צעד ש"תובעים" רבים נוקטים כל הזמן – תובעים שחסרים להם מידע או גישה, או כאלו שמחליטים באופן מודע שהרווח במקרה תביעה יהיה נמוך מדי או שעלויותיה תהיינה גבוהות מדי (לרבות עלותה הנפשית של הליטיגציה במקרים בהם פעילות זו מעוררת סלידה). העלויות מתייקרות נוכח היעדר מידע או כישורים, וכוללות גם סיכון. חוסר-פעולה מאפיין גם מתלוננות מוסדיות (המשטרה, הרשויות, התביעה הכללית), כאשר יש בידן מידע חלקי בלבד בנוגע להפרות, משאבים מוגבלים, מדיניות לגבי "זוטי דברים", אג'נדה של סדרי-עדיפויות וכדומה.
2. "יציאה" – משיכת-ידיים ממצב-דברים או יחסים מסוימים על-ידי החלפת מיקום, התפטרות, ניתוק היחסים, מציאת שותפים חדשים וכדומה. זהו, כמובן, אמצעי מקובל מאוד במקרים רבים. בדומה לחוסר-הפעולה, מדובר בחלופה לפנייה למערכת סעד מכל סוג – למרות שקיומה כסנקציה עשוי להיות חשוב לשם פיתוחם של סעדים אחרים. השימוש בחלופות ה"יציאה" מתנה בזמינותם של הזדמנויות או שותפים אחרים (כמו גם במידע לגבי קיומם), בעלויות הנסיגה, ההעברה, המיקום-מחדש ופיתוח היחסים החדשים, בכוח-המשיכה של הנאמנות להסדרים הקודמים – ובזמינותם ועלותם של סעדים אחרים.
3. פנייה למערכת שליטה בלתי-רשמית כלשהי – אנו מכירים מקרים רבים בהם סכסוכים מטופלים מחוץ למערכת התביעה הרשמית. כאן עלינו להבחין בין אותן מערכות ליישוב

סכסוכים המסופחות באופן נורמטיבי ומוסדי למערכת הרשמית (למשל פשרות במקרים של פציעות בגין תאונת דרכים, טיפול בצ'קים שחזרו) לבין אלו שהן עצמאיות באופן יחסי מבחינת הנורמות והסנקציות (למשל, אנשי עסקים המסדירים סכסוכים פנימיים בינם לבין עצמם, קבוצות דתיות, כנופיות).

המערכות שאותן נוכל לכנות "המסופחות" מתחברות באופן בלתי-מורגש כמעט למערכת התביעה הרשמית. נוכל למיין אותן בהתאם למידה שבה ההתערבות הרשמית מתקרבת לאופן הפעולה השיפוטי. קיים רצף שנע ממצבים בהם הצדדים מגיעים לפשרה בינם לבין עצמם כשמבטם פוזל לעבר הכללים והסנקציות הרשמיים; דרך מצבים בהם קיימת פנייה להתערבות רשמית, ומצבים בהם הגורמים הרשמיים מפקחים על הפשרה ו/או כופים אותה; וכלה בהליך שיפוטי "לפי הספר". לכל אורך הרצף, הסנקציות מגיעות מהמערכת הרשמית (אף שלא תמיד באופנים שנקבעו ב"חוק העליון"), והנורמות או הכללים המופעלים מהווים גרסה של הכללים הרשמיים, אף שהיא כפופה ליחסים בין הצדדים, ומעוותת על-ידי השימוש הסלקטיבי שהצדדים עושים בהם לטובת מטרותיהם.

לצד מערכות "מסופחות" אלה, המהוות סוג של צדק מכורסם ומופרט, עלינו לציין גם את אותן מערכות "צדק פרטי" בלתי-רשמיות, העושות שימוש בנורמות ובסנקציות אחרות. מערכות ליישוב סכסוכים מעין אלו טיפוסיות בקרב אנשים הנמצאים במגע מתמשך, למשל חברים בקבוצה מאורגנת, בארגון מקצועי או באוניברסיטה. כבואנו למיין את סוגיהן השונים, נוכל להבחין בשני ממדים. הראשון הוא אופיין המאורגן יותר ויותר של הנורמות – המידה בה הנורמות החלות מנוסחות, מפותחות ומוצגות באופן רשמי. השני מייצג את אופיין המאורגן יותר ויותר של הסנקציות – המידה בה מוענקות לצד שלישי יוזמה וסמכות כופה.

אין להתייחס להבחנה שייצרנו בין מערכות סעדים "מסופחות" ו"פרטיות" כאל דיכוטומיה חדה, אלא כאל הצבעה על רצף שלאורכו מתמקמות מערכות סעדים שונות. קיימת כמובן הבחנה ברורה בין מערכות מסופחות, כגון זו המטפלת בפציעות בגין תאונות דרכים או בפשרות בענייני צ'קים חוזרים, לבין מערכות פרטיות, כגון הפיקוח הפנימי במאפיה או בקהילה הסינית-אמריקאית. היבטי הפיקוח הפנימי באוניברסיטאות, בכנסיות ובקרב קבוצות אנשי עסקים ממקמים ארגונים אלה אי-שם בתווך. ניתן לדמיין מנעד הנמתח בין מערכת הסעדים הרשמית, דרך מערכות סעדים עצמאיות-יחסית והמבוססות על ערכים דומים המכוונות אליה, וכלה במערכות עצמאיות המבוססות למעשה על ערכים שונים לחלוטין.

ניתן להניח שאין זה מקרי שחלק מהמפגשים בין בני-אדם מפוקחים באופן תכוף והדוק על-ידי המערכת הרשמית והמערכות המסופחות אליה, בעוד שאחרים נוטים לייצר אמצעי פיקוח ההופכים את הפנייה למערכת הרשמית ולמערכות המסופחות אליה לנדירה. אלו מהמפגשים ניטה למצוא מוסדרים בקצה ה"רשמי" של המנעד, ואלו בקצה ה"פרטי"? נתון שמיקומו על-גבי המנעד נקבע לפי סדרת גורמים שניתן לסכם כמבטאים את ה"דחיסות" של מערכת-היחסים. במילים אחרות, ככל שמערכת יחסים בין צדדים היא אינקלוסיבית יותר מבחינת התמשכותה ומבחינת הנפח שהיא תופסת בחייהם, כך פוחתת הסבירות שצדדים אלו יפנו למערכת הרשמית, וגוברת הסבירות שמערכת-היחסים תזכה לפיקוח מצד מערכת "פרטית" ועצמאית כלשהי. הדבר נראה הגיוני שכן ניתן לצפות שמערכות-יחסים אינקלוסיביות ויציבות תיצורנה אפשרות לסנקציות אפקטיביות; ועוד ניתן לצפות שהמשתתפים במערכות-היחסים הללו חולקים ביניהם הסכמה ערכית המספקת להם סטנדרטים להתנהגות ומעניקה לגיטימציה לסנקציות מסוג זה במקרה של סטייה.

שכיחותן של מערכות פרטיות אינה מצביעה בהכרח על כך שהן מאמצות ערכים או נורמות המתחרים עם אלה של המערכת הרשמית, או אף מנוגדים אליהם. ניתוחנו אינו משייך את המגוון הקיים של מערכות סעדים להבדלים תרבותיים גרידא. עולה ממנו למעשה שהמערכת הרשמית משמשת במקרים בהם קיים שוני בין המבנה החברתי לנורמה התרבותית, כלומר במקרים בהם האינטראקציה והפגיעות של הצדדים יוצרות מפגשים ומערכות-יחסים שאינם מייצרים נורמות משותפות (קרי, הנורמות אינן מספיק משותפות או שאינן ספציפיות דיין) ו/או שאינם מאפשרים את הופעתם של מבנים קבוצתיים המתירים להצמיד סנקציות לנורמות הללו.

ביכולתנו להניח עוד שהמערכת הרשמית והמערכות המסופחות משגשגות בהקשר לסכסוכים בין צדדים בעלי גודל שונה, אלה המייצרים את התביעות מהסוג הכלול בתביעות השנייה והשלישית בטבלה מס' 1 ("ש"ח נגד ש"מ וש"מ נגד ש"ח). מנגד, מערכות הסעד הפרטיות נוטות יותר לנהל סכסוכים בין צדדים בעלי גודל דומה. נדמה אפוא שהתביעות המופיעות בתביעה הראשונה והרביעית בטבלה מס' 1 ("ש"מ נגד ש"מ וש"ח נגד ש"ח) מייצגות במידה רבה את קריסתה (או שמא את התפתחותה המעוכבת) של מערכת הסעדים הפרטית. אכן, היקף פריסתה של הליטיגציה מהווה בדרך-כלל תמונת מראה לנוכחותן של מערכות סעד פרטיות. עם זאת, ובשל הסיבות השונות שנדונו לעיל, זוהי מראה מעוותת.

מנקודת-מבטו של "החוק העליון", ניתן לראות במה שכינינו "המערכת הרשמית" את השכבות "העיליות" של קרחון "משפטי" עצום-ממדים, שנראה בערך כך:

שפיטה

ליטיגציה

מערכות יישוב סכסוכים מסופחות

מערכות יישוב סכסוכים פרטיות

סעדי "יציאה"/עזרה עצמית

חוסר-פעולה

השכבות הלא-אחידות והלא-סדירות הנן מובחנות, על אף שהן מתמזגות זו בזו באופן בלתי-מורגש.

בבואנו לדון ברפורמות אפשריות במערכת הרשמית, נרצה לבחון את אופי ההשפעה שתיודע להן על הקרחון כולו. נתבונן בכמה מהקשרים והזרמים בין השכבות, בעיקר מנקודת-מבטו של הרכב הקרחון עצמו; אך נזכור שהקשרים והזרמים מושפעים גם מגורמים אטמוספריים (תרבותיים) כגון הצמא לקבלת גושפנקא, המחיר הנפשי של התביעה, תרבות עורכי-הדין וכדומה.

אסטרטגיות לרפורמה

מהקטגוריזציה של ארבעת רובדי היתרון שהצענו לעיל (טבלה מס' 3) עולה טיפולוגיה של אסטרטגיות ל"רפורמה" (שמשמעותה בהקשר הנוכחי הוא השוואה – הענקת יתרון יחסי למי שלא נהנו ממנו מלכתחילה). הגענו, אם-כן, לארבעה טיפוסים של רפורמת השוואה:

1. שינוי הכללים;
2. שיפור השירותים המוסדיים;
3. שיפור בכמות השירותים המשפטיים ובאיכותם;
4. שיפור עמדתם האסטרטגית של הצדדים ש"אין להם".

אנסה לשרטט כאן כמה השלכות אפשריות שיהיו לשינוי בכל אחת מהרמות על היבטים אחרים במערכת הליטיגציה, ואז אדון ביחסים שבין השינויים במערכת הליטיגציה לבין שארית הקרחון המשפטי. רפורמות אלה אינן חייבות להופיע בנפרד, כמובן, אלא יכולות להתרחש במגוון צירופים שונים. עם זאת, לצרכינו נדון תחילה בכל אחת מהן בנפרד, ורק אחרי-כן בכולן יחדיו.

שינוי כללים

השגתו של שינוי כללים חיובי היא תהליך יקר. לקבוצות השונות של "אלה שאין להם" (טבלה מס' 3) יש משאבים פחותים להשגת שינוי באמצעות חקיקה או קבלת החלטות מנהליות. יתרונותיהם של הצדדים המאורגנים, המקצוענים, האמידים והקשובים בפורומים הללו ידועים היטב. לליטיגציה, לעומת זאת, יש טעם של שוויון. הצדדים "שווים בפני החוק" וחוקי המשחק אינם מאפשרים להם להפעיל את כל משאביהם במסגרת הסכסוך, אלא דורשים מהם לפעול במסגרת הצורות המגבילות של ההליך השיפוטי. לליטיגציה היא אפוא זירה מפתה במיוחד עבור "אלה שאין להם", כולל אלה מהם המבקשים שינוי כללים. אלה המבקשים לקדם שינוי באמצעות בתי-המשפט נוטים לייצג אינטרסים מבודדים באופן יחסי, כאלה שאינם מתאימים לפורומים פוליטיים יותר. עם זאת, ייתכן שליטיגציה אינה מקור זמין לשינוי כללים עבור "אלה שאין להם". המורכבות, הצורך בתשומות גבוהות של שירותים משפטיים וחסמי העלות (המועצמים בשל עומס-היתר בשירותים המוסדיים) – כל אלה הופכים את קריאת התיגר על הכללים הקיימים ליקרה. אין זה סביר שתובעים שהם ש"מ, המושקעים מאוד בתוצאות המוחשיות, ינסו להביא לשינוי כללים. בהגדרה, מקרה-המבחן (test case) – ליטיגציה שנועדה במוצהר להשיג שינוי כללים – הוא מעשה שלא יעלה על דעתו של ש"מ. ישנן כמה חריגות מהטיפוס האידיאלי שלנו: ש"מ המייחסים ערך גבוה לקבלת גושפנקא על-ידי הכללים הרשמיים, או כאלה שהאינטרס בהשגת שינוי כללים נובע ממצבם האסטרטגי הספציפי; אך, באופן כללי, מקרה-מבחן מצריך התארגנות בסדר-גודל דומה לזה של ש"ח.

האופן בו בנויים בתי-המשפט מגביל קשות את גודלם ואת היקפם של שינויי הכללים שהם יכולים לקדם. המסורת והאידיאולוגיה מגבילות את הנושאים המובאים בפניהם: במקום דפוסים של פרקטיקה, מופיעים מקרים אינדיבידואליים; ובמקום "בעיות" מופיעים מקרים שממוסגרים על-ידי הצדדים ומוגבלים באמצעות דרישות של זכות עמידה, אופי המחלוקת, סמכות שיפוט וכו'. המסורת והאידיאולוגיה מגבילות גם את סוגי ההחלטות שבית-המשפט מסוגל לקבל. כך, בשיטת המשפט המקובל, בתי-המשפט נותנים החלטה בנוסח הכל-או-כלום ופעם-אחת-ולתמיד, שחייבת להיות מוצדקת על בסיס גוף מוגבל (אם גם גמיש) של כללים וטכניקות. באופן מסורתי, בתי-המשפט אינם מסוגלים להתמודד עם בעיות על-ידי הצעת מנגנונים רגולטוריים או מנהליים חדשים (והם חסרי סמכויות מיסוייות ותקציביות שיתמכו בהצעה כזו); בתי-המשפט מוגבלים לפתרונות התואמים למסגרת המוסדית הקיימת. כך, אפילו בית-המשפט האוהד ביותר עשוי שלא להיות מסוגל לקדם את אותם שינויי כללים שיועילו ביותר למעמד של "אלה שאין להם".

שינוי כללים עשוי להפוך את השימוש בבית-המשפט למושך יותר עבור "אלה שאין להם". מלבד הגדלת הסיכוי להגיע לתוצאות מוצלחות יותר, הדבר עשוי לעורר התארגנות והתגבשות ולעודד תובעים. הדבר עשוי להביא, באופן ישיר, לחלוקה-מחדש של רווחים סמליים ל"אלה שאין להם" (או למגניהם). אך רווחים מוחשיים אינם באים תמיד בעקבותיהם של רווחים סמליים. אכן, הענקת רווחים סמליים ל"אלה שאין להם" (או לקבוצות חיוניות מבין תומכיהם) עשויה לפגוע

ביכולת ובמניע להבטיח חלוקה-מחדש של יתרונות מוחשיים. כפי שמצביעה הספרות ההולכת וגדלה בנושא ההשפעה (impact), שינויי כללים המושגים באמצעות בית-המשפט או רשויות "פסגה" אחרות אינם חודרים באופן אוטומטי ונטול-עלות לרמות האחרות במערכת. הדבר עשוי להיות נכון במיוחד במקרה של שינויי כללים המושג באמצעות שפיטה, וזאת בשל מספר סיבות:

1. בתי-המשפט אינם מצוידים בכלים להעריך באופן שיטתי את בעיית ההשפעה או החדירה. באופן טיפוסי, אין לבתי-משפט כלים להשגיח ולפקח על פסקי-הדין שלהם או להבטיח את אכיפתם השיטתית. משימת הפיקוח מושארת בידי הצדדים.
2. המגבלות המובנות על היישום, הנובעות מאופיו המקוטע והבלתי-שיטתי של הליך השפיטה. כך תיאר זאת עורך-דין מטעם ארגון משפטי לשינוי חברתי (Rothwax, 1969):

מהו הערך המהותי הגלום בזכייה במקרה-מבחן? במובנים רבים, אין התוצאה יכולה להיות חדה וחלקה... אם יבוטלו חוקי הדיור הציבורי הנוכחיים, אפשרי בהחלט שחוק דיור ציבורי אחר יצוץ במקומם. אין זה מאוד מסובך להציג מדיניות השונה במקצת, המנוסחת במלים אחרות, אך המכוונת להשגת אותה מטרה בסיסית. תוצאות מקרי-המבחן אינן נוטות להוציא את עצמן לפועל... לא די להביא לביטולו של חוק קיים, או להכריז על מדיניות מסוימת כבטלה, אם הרשות הנתונה יכולה פשוט להציג גרסה מעט אחרת של אותה המדיניות, שאינה מאוד שונה במהות, אך שונה דייה כדי להרחיקה מהשפעותיו של פסק-הדין.

3. משמעות ההשוואה המלאכותית בין הצדדים להליך השפיטה באמצעות בידודם ממשחק הלחצים הפוליטיים – ה"שוויון" בין הצדדים, פסילת חומרים "בלתי-רלוונטיים", "עצמאות" השופטים – היא שבפסיקה הניתנת על-ידי בית-משפט סביר יותר שהתוצאות תעמודנה בניגוד למערך הכוחות הפוליטיים הקיימים, מאשר בהחלטות המתקבלות בפורומים שאינם נהנים מבידוד שכזה. אך משאבים שלא ניתן לעשות בהם שימוש בתהליך המשפטי עשויים להופיע מחדש בשלב היישום, בייחוד במצבים בהם עומס-היתר המוסדי מחייב סבב נוסף של קבלת החלטות (אלו משאבים ישמשו ליישום אילו כללים) ו/או הוצאה כספית פרטית כדי להבטיח את יישומם. אפילו במקרים בהם "אלה שאין להם" משיגים שינויים אוהדים ברמת הכללים, ייתכן שלא יהיו בידם המשאבים הנחוצים להבטחת החדירה של כללים אלו. האימפוטנציה של שינוי הכללים, היא אשר היא מקורה, מגיעה לשיאה כאשר יש הסתמכות על ש"מ בלתי-מתוחכמים לשם עשיית שימוש בכללים חדשים ואוהדים. כאשר לשינוי כללים המתבצע בפסגת המערכת נודעת השפעה על רמותיה האחרות, איננו צריכים לצפות לאיזומורפיזם [=שוויון בצורה או במבנה] כלשהו. ההשפעה על השירותים המוסדיים והעמדה האסטרטגית של הצדדים עשויות להיות שונות מאוד ממה שהיינו צופים נוכח שינוי הכללים. ממחקרו של רנדל (Randal, 1968) בנושא צנזורה בעולם הסרטים, למשל, עולה שהליברליזציה של הכללים לא הפכה את מועצות הצנזורה לזהירות יותר; במקום זאת, רבות מהן נסגרו, ואת המשחק הישן בין מועצות הצנזורה לבין המפיצים החליף משחק חדש וקשוח יותר בין מפיצי הסרטים עצמם לבין קואליציות שונות של הממשל המקומי ושל ארגונים פרטיים.

עלייה בזמינות השירותים המוסדיים

דמיינו עלייה בשיעור זמינות השירותים המוסדיים המוקדשים לעיבוד התביעות, באופן כזה שכל תביעה המוגשת זוכה להליך שיפוטי מלא ומהיר – ללא תור, ללא דחיות, ללא סטריאוטיפיזאציה של המקרים. הפחתת הדחיות מוזילה עלויות עבור התובעים, ובכך מבטלת את יתרונו של הנתבע-בעל-הנכסים. אלו ששוחררו מן הצורך להתפשר על סעד בשל הדחייה האופיינית להליך, יוכלו כעת להוציא יותר על מימון השירותים המשפטיים. ככל שפשרות אכן מאומצות בשל הדחייה האופיינית להליך (ולא בשל היותן בטוחה נגד הסיכון של הפסד לא רצוי), התובעים ייטו לתבוע יותר ולהתפשר פחות. משמעותה של יותר ליטיגציה המתנהלת ללא סטריאוטיפיזאציה תהיה יותר ערעורים, ובכלל זה יותר ערעורים על כללים ויותר שינויי כללים. וככל שהצורך להתפשר יורד, אף אחד מן הצדדים לא יוכל להשתמש במדיניות של פשרות לשם מניעת הפסד במישור הכלליים. רפורמות מסוג זה יועילו במרבית המקרים לתובעים הש"מ, אך הן גם תשפרנה את עמדת התובעים הש"ח שאינם עומדים זה מכבר בעמדת בעל הנכסים, כדוגמת התביעה הכללית במקרה בו הנאשם שוחרר בערבות.

הדבר איננו מניח שינוי משמעותי כלשהו בסוג השירותים המוסדיים. כל שעשינו הוא להניח שקיים מספר רב יותר של בתי-משפט זמינים מהסוג הפסיבי יחסית, האופייני, לכל הפחות, למערכות המשפט המקובל. ניתן להעלות על הדעת מוסדות בעלי סמכות מוגברת לעודד ליטיגציה ולפקח עליה, לנהל חקירות ולאסוף הוכחות, להרכיבן ולהציגן; ובעלי גמישות רבה יותר בניהול התוצאות המשפטיות (למשל פשרה או גישור) וצוות מקצועי המפקח על מידת הציות לצוויהם. ניתן לצפות ש"אקטיביזם" מוסדי רב יותר יפחית את היתרונות הנובעים ממזמירות הצדדים השונים ומההבדלים בכמות השירותים המשפטיים ובאיכותם. ניתן לצפות גם שיכולת גבוהה יותר להבטיח ציות תפחית את היתרונות הנובעים מיכולת הצדדים השונים להשקיע באכיפה. למותר לציין שרפורמות מסוג זה צפויות לזכות לא רק להתנגדות נמרצת מצד אלה הנהנים מהסגנון המוסדי הפסיבי בהווה, אלא גם להתנגדות אידאולוגית ניכרת מצד בעלי-המקצוע המשפטיים שיראו במהלך כזה חתירה תחת תחושת הבעלות הבסיסית שלהם על המקצוע המשפטי.

עלייה בזמינות השירותים המשפטיים

הרפורמה המוצעת כאן כוללת עלייה בכמותם ובאיכותם של השירותים המשפטיים הניתנים ל"אלה שאין להם" (לרבות עליה בזמינות המידע בנוגע לשירותים הללו). יש להניח כי הדבר יזייל את העלויות, יבטל את יתרון המזמירות, ייצר יותר ליטיגציה בעלת תוצאות חיוביות יותר עבור "אלה שאין להם", אולי בשילוב יותר ערעורים ויותר אתגור של כללים, יותר כללים חדשים לרווחתם (הסניגוריה הציבורית, הסיוע המשפטי, תוכניות סיוע משפטי לאנשים החיים בעוני ותוכניות שונות לתשלום-מראש, מגיעות כולן לתוצאות אלה בדרכים שונות). ככל שש"מ יצטרכו עדיין להתפשר בשל דחיות וסיכונים, הרי שרווחיהם יהיו מוגבלים (וגידול בליטיגציה עשוי לגרור עימו דחיות נוספות). בתנאים מסוימים, "אלה שאין להם" עשויים למנף לטובתם את העומס המוסדי שיווצר כתוצאה מהגידול בשירותים המשפטיים. מוסיף ואומר עורך-הדין החברתי שציטטנו לעיל:

אם משרד הרווחה "קונה" תביעה אינדיבידואלית, נמנע מאיתנו להגיע לשינוי העיקרון המשפטי. אבל אם הם יצטרכו "לקנות" אלף תביעות, הרי שהעיקרון דנן השתנה – בין אם השתנה החוק הכתוב עצמו או לא. הפרקטיקה השתנתה; המנהל השתנה; היחס ללקוח השתנה. הערך שיש לעומס התביעות נעוץ בכך שהוא מאפשר לנו לאכלס את

ההליך המשפטי. הדבר מאפשר לנו להפעיל לחץ (בלתי) פוסק על הרשות שמולה אנו פועלים. זה מייצר כוח שיש להתמודד עמו, שיש להביאו בחשבון מבחינת ההחלטות שתתקבלנה בעתיד. משמעות הדבר היא שאינך מישהו שייעלם מחר; אינך מקרה מבודד, אלא כוח בקהילה שעומד להישאר על כנו גם לאחר שתינתן פסיקה במקרה הפרטני הזה. כתוצאה מכך... אנו מצליחים זו הפעם הראשונה להשתתף, ביחד עם מקבלי קצבאות הרווחה... בהליך שינוי הכללים עצמו.

העלייה בכמות השירותים המשפטיים לוותה במקרה זה ביותר תיאום וארגון בצדם של "אלה שאין להם", מה שמביא אותנו לרמת הרפורמה הרביעית.

ארגונים-מחדש של הצדדים

הרפורמה המוצעת כאן היא ארגונים של "אלה שאין להם" (שעמדתם חופפת בקירוב לזו של הש"מ) לכדי קבוצות מלוכדות בעלות יכולת לפעול באופן מתואם, להפעיל אסטרטגיות ארוכות-טווח, ליהנות משירותים משפטיים מעולים וכדומה.

ניתן להעלות על הדעת מספר דרכים שבהן יאוגדו ש"מ לכדי ש"ח. אלה כוללות (1) התאגדויות קבוצתיות הפועלות לצרכי מיקוח (איגודי עובדים, ועדי בתים); (2) מנהל-ממונה לקידום זכויות חלקיות ומקוטעות (התאגדויות לזכויות מבצעים [בנוסף אקו"ם]); (3) גוף שלוקח קבוצת אינטרס תחת חסותו (ארגון לקידום זכויות אפריקאים-אמריקאים, האגודה לזכויות האזרח, קבוצות לקידום איכות הסביבה). כל הצורות הללו כרוכות בשדרוג היכולת לנהל התביעות, וזאת באמצעות איסוף מידע ושימוש בו, המשכיות והתמדה, הפעלת מומחיות, שימוש בכישורי ניהול משא-ומתן וכדומה. ליתרונות הללו מצטרפת העצמת עמדתו האסטרטגית של צד הש"מ, בין אם באמצעות קיבוץ של תביעות שהן קטנות-מדי יחסית לעלות הסעדים (צרכנות, זיהום אוויר, בעלי זכויות מבצעים); ובין אם באמצעות הקטנת התביעות לממדים בני-ניהול בזכות עבודה קולקטיבית לסילוק סיכונים בלתי-קבילים או לחלוקתם (דיירים, מהגרי עבודה). צורת ארגון חלשה יותר יכולה להיות מרכז מידע שייצור רשת תקשורת בין ש"מ שונים. דבר זה יזויל את עלויות המידע ויגרום לש"ח לנהל דיון על השפעת הש"מ על המוניטין שלהם. דוגמה מזערית לכך מגולמת על-ידי טור העיתונות מסוג "נציב קבילות התקשורת". לבסוף, ישנה אפשרות ה"ממשול" (governmentalization): שימוש בחוק הפלילי או בהליך המנהלי באופן שיטיל על פקיד ציבורי את האחריות להגיש תביעות כאשר נפגעים פרטיים אינם יכולים לנהלן בעצמם.

לא רק שקבוצה מאורגנת מסוגלת יותר להשיג שינויי כללים אוהדים, בבתי-המשפט ובזירות אחרות, אלא שהיא אף מסוגלת יותר לוודא שכללים טובים אכן מיושמים. היא יכולה להוציא משאבים על ניטור, פיקוח, איומים או ליטיגציה שהש"מ לא היה יכול להרשות לעצמו. יחידות חדשות אלה יהיו למעשה ש"ח. עימותיהן מול ש"ח אחרים יעברו לתיבה מס' 4 בטבלה מס' 1 (ש"ח נגד ש"ח). אף אחד מהצדדים לא היה נהנה מיתרונותיו האסטרטגיים של הש"ח על-פני הש"מ. תוצאה אפשרית אחת, אותה ציינו בדיוננו בנוגע למצב הש"מ נגד הש"מ, היא דה-לגליזציה, כלומר התרחקות מהמערכת הרשמית ומעבר למערכת פרטית ליישוב סכסוכים. תוצאה אפשרית אחרת עשויה להיות שימוש נרחב עוד יותר במערכת הרשמית.

ניתן לראות היבטים רבים ב"משפט החברתי-ציבורי" (public interest law) כמתקרבים זה כבר לרפורמה מסוג זה. התובענה הייצוגית, למשל, היא מכשיר להגדלת הסיכונים העומדים בפני הש"ח: היא הופכת את עמדתו האסטרטגית לזו של ש"מ, שכן הסיכונים הגלומים בתביעה הופכים

לגבוהים מדי עבורו; והיא מעבירה את התובעים לעמדה בה הם נהנים מיתרונות הש"ח ללא ההכרח להוציא כספים על התארגנות. באופן דומה, ניתן לראות בהיבט "ההתארגנות הקהילתית" המגולם במשפט החברתי-ציבורי מאמץ ליצור יחידה (דיירים, צרכנים) המסוגלת לשחק במשחק של הש"ח. שינוי בסדר-גודל כזה בעמדה האסטרטגית יוצר אפשרות לאמץ אסטרטגיית מקרה-מבחן לשם השגת שינוי כללים. כך, ניתן לחשוב על "משפט חברתי-ציבורי" כצירוף של התארגנות קהילתית, תובענה ייצוגית ואסטרטגיית מקרה-מבחן, ביחד עם עלייה בשירותים המשפטיים.

הרפורמה ושארית הקרחון

לו הובאו בחשבון כאחת, היו הרפורמות המדומיינות במערכת הליטיגציה הרשמית שהועלו כאן מציעות כללים הנוטים יותר לטובת "אלה שאין להם". פיצוי לפי הכללים הרשמיים – שאינו נפגע בשל דיחוי, חולשות אסטרטגיות, הבדלים ברמת השירותים המשפטיים וכדומה – היה ניתן להשגה בכל פעם שאחד הצדדים היה מוצא שהדבר פועל לטובתו. אבל איזו השפעה נצפה שתהיה לשרוג אוטופי שכזה במנגנון הרשמי על יתר הקרחון המשפטי?

ניתן לצפות שימוש מוגבר יותר במערכת הרשמית. אלו שבחרו בעבר בחוסר-פעולה בגלל חסמי מידע או עלות, כמו גם אלו שנאלצו להתפשר באחת מהמערכות ה"מסופחות", יגלו שבמקרים רבים השימוש במערכת הרשמית פועל לטובתם. המערכות המסופחות, ככל שהן מבוססות על עלויות הפנייה למערכת הרשמית, תיונחנה; או שתוצאותיהן תתחלנה לחקות באופן מדויק-כמעט את תוצאותיו של הליך השפיטה.

מצד שני, בכך שהיא מארגנת את הש"מ, יוצרת הרפורמה שלנו מצבים רבים בהם שני הצדדים מאורגנים לשם קידום האינטרסים ארוכי-הטווח שלהם בזירה המשפטית. למעשה, רבים מהמצבים שהוזכרו בתיבות מס' 2 ומס' 3 בטבלה מס' 1 (ש"ח נגד ש"מ, ש"מ נגד ש"ח) – מקור התביעות הרבות ביותר – יעברו כעת לתיבה מס' 4 (ש"ח נגד ש"ח). הערנו קודם שש"ח הצופים יחסים ארוכי-טווח זה עם זה נוטים להסתמך על אמצעי-שליטה הדרדיים ובלתי-פורמליים. ניתן לצפות אפוא שהמערכת הרשמית תיונח לטובת מערכת פרטית ליישוב סכסוכים.

כך, ניתן לצפות שהרפורמות שלנו ייצרו תנועה כפולה: המערכת הרשמית ואלה המסופחות אליה תעבורנה תהליך "לגליזציה", בעוד שהתרכותן של המערכות הפרטיות תגרום ל"דה-לגליזציה" של מערכות יחסים רבות. אלו מערכות-יחסים היינו צופים שתעבורנה, אם-כן, לאיזה צד? כהנחה ראשונית, ניתן לצפות שמערכות-היחסים האינקלוסיביות-פחות, אלו המתנהלות כעת בליטיגציה או באחת המערכות המסופחות, תעבורנה תהליך לגליזציה; ואילו מערכות-היחסים המתנהלות על הצד היותר-אינקלוסיבי של המנעד תעבורנה תהליך של הפרטה. יחסים בין זרים (אגביים, נקודתיים, חד-פעמיים) יעברו תהליך לגליזציה; יחסים דחוסים יותר בין צדדים (חוזרים-על-עצמם, אינקלוסיביים) יהיו מועמדים לפיתוחן של מערכות פרטיות.

מניתוחנו המוקדם יותר עולה שהתבנית עשויה להיות מורכבת יותר. ראשית, ובשל מגוון סיבות, קשה באופן יחסי לארגן קבוצת ש"מ. גודלה, יחסית לשיעור הרווחים הפוטנציאליים וחלוקתם, עשוי להצריך מידה גדולה באופן בלתי-פרופורציונלי של תיאום ושל ארגון. האינטרס המשותף לכל חברי הקבוצה עשוי שלא להיות מוכבד דיו כדי שניתן יהיה להצהיר עליו בציבור (למשל, גנבים מחנויות או, עד לאחרונה, הומוסקסואלים). או שאת תפקיד הש"מ עשויים למלא ציבורים משתנים, שיכולים בקלות להחליף צד בהליך (למשל, רוכשי דירות ומוכריהן, נהגים רשלנים וקורבנות התאונות). אפילו במקרים בהם ניתן לארגן את הש"מ, עלינו לזכור שלא כל

העימותים בין ש"ח וש"ח יובילו לפיתוח מערכות סעדים פרטיות. ש"ח מסוימים עסוקים בסכסוכים על ערכים; אמצעי השליטה הבלתי-פורמליים במערכות-יחסים עם הממשלה או עם מונופול אחר עשויים שלא לפעול כראוי; ולבסוף, ישנם גם ש"ח שהמפגשים ביניהם הם חד-פעמיים. בכל המקרים הללו, ניתן לצפות לגליזציה יותר מאשר להפרטה.

יהיה כיוון התנועה בכל אחת מהדוגמאות אשר יהיה, הרפורמות המוצעות תהיינה כרוכות בשינוי בחלוקת הכוח. הש"ח כבר לא יהיו מסוגלים לנפנף ביתרונם האסטרטגי כדי להביא לאכיפתם הסלקטיבית של כללים אוהדים, בעודם מביאים לכרסום גדול בסעדים (או אף להגנה מלאה מפניהם בשל עלויות ועומס-יתר) כאשר הכללים אוהדים את יריביהם הש"מ.

באמצעות התרבותן של מערכות סעד ומיקוח פרטיות, מאפשר תהליך הדה-לגליזציה מצב בו מערכות-יחסים רבות מוסדרות על-ידי נורמות והבנות החורגות מהכללים הרשמיים. מערכות סעד קהילתיות שכאלה חסניות מפני פגיעת הכללים הרשמיים, בשל מחויבות הצדדים למערכות-יחסים מתמשכות. לפיכך, תהליך הדה-לגליזציה יחייב סוג מסוים של פלורליזם וכיזור. מצד שני, משמעות ה"לגליזציה" של המערכות הרשמיות והמסופחות היא התמוטטות סוג הפלורליזם והכיזור האופייניים למערכות המשפטיות (אלה שלא עברו רפורמה) שאת קיומם הנחנו. שכיחותן של מערכות הסעד הפרטיות והמסופחות כיום משקפת את חוסר-היעילות, את אי-הנוחות ובעיקר את העלות הגבוהה הגלומות בשימוש במערכת הרשמית. צביון זה מהווה מקור לכיזור ולפלורליזם מסוג כלשהו, אך גם מגן מפניו. הוא מאפשר יישום סלקטיבי של "חוק עליון", וזאת באופן שנותן תוקף ברמת השטח לנורמות ולדאגות קהילתיות שאינן מוכרות במלואן על-ידי "החוק העליון" (למשל הזכות להדיר שכנים ממעמד נמוך או הדומיננטיות המשטרית במפגשיה עם אזרחים). אילו היה נשחק הבידור [של המערכות הקהילתיות] שמתאפשר נוכח העלויות הכרוכות בהשלטת "החוק העליון", מערכות-יחסים רבות היו נחשפות לפתע ל"חוק העליון" במקום למקבילותיו הקהילתיות. ניתן לצפות שמצב כזה יניע לחצים חדשים למען הכרה מפורשת בערכים "תת-קרקעיים" אלו או למען ביזור מפורש.

מהשערות אלה בנוגע לצורתה של מערכת משפט "מתוקנת" עולה שמוטב כי נעזף מבט נוסף בשיטתנו הבלתי-מתוקנת, על הפערים המתפשטים בה בין נורמות סמכותיות לבין פעולות יומיומיות. מערכת משפט מודרנית מהסוג שאת קיומה הנחנו מאופיינת באחדות מוסדית, מן הפן המבני, ובאוניברסליזם נורמטיבי, מן הפן התרבותי. הכוח לייצר משפט, ליישמו ולשנותו נתון בידי אורגנים מן הציבור, המאורגנים ביחסים היררכיים מואחדים, והמחויבים ליישום אחיד של נורמות אוניברסליות.

הדרגים הגבוהים של המשפט האמריקאי, המנסחים את המסורת המלומדת, מבטאים באופן עקבי עמידה נחושה על סגולות האחדות והאוניברסליות, ומיאוס מפרטיקולריזם, מפשרנות ומשיקול דעת. אך ההיצמדות התרבותית לאוניברסליזם קשורה ללא התר לגיוון ולפרטיקולריזם ברמת השטח, ולפעמים אף מחריפה אותם.

מאפייניה הבלתי-מתוקנים של המערכת המשפטית נראים אפוא כאמצעי לשמירת ההפרדה החלקית בין הפרקטיקה היומיומית לבין המחויבויות המוסדיות והנורמטיביות הסמכותיות הללו. מבחינה מבנית (עלויות ועומס-יתר מבני) ומבחינה תרבותית (אי-בהירות ועומס-יתר נורמטיבי), המערכת הבלתי-מתוקנת מבצעת בחשאי האצלת סמכויות מסיבית מידה של יוצרי-החוקים הסמכותיים ביותר לידיהם של פקידים ברמת "השטח" (והקהלים שלהם), הנענים לנורמות ולסדרי-עדיפות שונים מאלה הכלולים ב"חוק העליון". בכך שהן מיישמות כללים באופן סלקטיבי בתוך

הקשר של הבנות וסדר-עדיפויות קהילתיים, מייצרות הקהילות המשפטיות שברמת ה"שטח" תוצאות רגולטוריות שלא ניתן היה לחזותן אך ורק על-ידי בחינת "החוק העליון" הסמכותי. אופייה הבלתי-מתוקן של המערכת המשפטית מבטא אפוא את שסעי התרבות והמבנה החברתי: הוא מאפשר לה להכיל את ההטרונגניות התרבותית ואת הגיוון החברתי בעודה מקדמת את ערכי האוניברסליזם והאחידות; להתיר ריכוזי כוח פרטי עצומי-ממדים בעודה מקיימת את רעיון עליונות הסמכות הציבורית; לקבל חוסר-שוויון הלכה-למעשה בעודה מבססת את רעיון השוויון לפני החוק; ולסייע לפעולתם של איגודים קולקטיביים גדולי-ממדים בעודה מהללת את האינדיבידואליזם. כך, "חוסר-התיקון" – כלומר אי-בהירות הכללים וריבויים הניכר, שירותים מוסדיים בלתי-יעילים הסובלים מעומס-יתר, פערים באספקת השירותים המשפטיים ובעמדות האסטרטגיות של הצדדים – הוא הבסיס ל"דואליזם" הגלום במערכת המשפטית. הוא מאפשר את ההאחדה בין האוניברסליזם שברמה הסמלית לבין הגיוון והפרטיקולריזם שברמת השטח.

השתמעויות הרפורמה: תפקידם של עורכי-הדין

ניתחנו את הדרך שבה מבנה המערכת המשפטית נוטה להעניק סדרה של יתרונות שלובים לכמה קבוצות חופפות, שאותן כינינו "אלה שיש להם". באיזו מידה היו רפורמות במערכת המשפטית מבטלות את היתרונות הללו? רפורמות תהיינה תמיד פחות טוטאליות מאשר האוטופיה שדמיינו לעיל. מבצעי הרפורמה יהנו ממשאבים מוגבלים, ויעמדו בפני הכורח לבחור אילו מבין השימושים במשאבים אלו יהיה הפרודוקטיבי ביותר לשם השגת שוויון במערכת. אילו מסקנות נוכל להפיק מניתוחנו לגבי אסטרטגיות וסדר-עדיפויות?

שינוי של כללים מהותיים, כשלעצמו, אינו צפוי להוביל לחלוקה-מחדש שוויונית יותר, שכן המערכת בנויה באופן שמאפשר לסנן החוצה שינויים כאלה, אלא אם הם מלווים בשינויים ברמות אחרות. שירותים מוסדיים עמוסים לעיפה, שירותים משפטיים יקרים ובלתי-מתאימים וצדדים בלתי-מאורגנים – נוכח כל אלו, לנהנים מהרפורמה עשויים להיות חסרים המשאבים הדרושים לשם הבטחת יישומה; לחלופין, הש"ח עשויים להבנות-מחדש את יחסיהם עם צדדים אחרים בניסיון להימנע מהשפעת הכלל החדש. חוקים אוהדים אינם בהכרח (וייתכן שאף לא באופן טיפוסי) נדירים במקרה של "אלה שאין להם"; ובכל אופן הם אינם נדירים יותר מכל משאב אחר הנדרש לשם ההשתתפות במשחק הליטיגציה. תוכניות לרפורמה שוויונית הממוקדת בשינויי כללים ניתנות ל"ספיגה" במערכת ללא שינוי כלשהו ביחסי הכוח. המערכת מסוגלת להשתנות במידה רבה ברמת הכללים, ללא שינוי תואם בתבניות הפרקטיקה היומיומית או ללא חלוקה-מחדש של יתרונות מוחשיים. למעשה, שינוי הכללים עשוי להפוך לתחליף סמלי לחלוקתם-המחודשת של יתרונות ממשיים.

שינוי כללים משמעותי ניתן להכלה בדרך הקלה ביותר אם הוא נוצר על-ידי בתי-המשפט. העובדה שניתן להשפיע על בתי-המשפט כך שיקדמו שינוי כללים שהרשות המחוקקת אינה מוכנה לו מצביעה על המגבלות, כמו גם על האפשרויות, הגלומות בשינוי כללים על-ידי בתי-המשפט. בידודם היחסי של בתי-המשפט מפני פעולות תגמול של גורמים בעלי-עניין מאפשר להם לקדם בקלות רבה יותר כללים חדשים, החורגים מיחסי הכוחות הקיימים. אך כללים כאלו מצריכים תשומות גדולות אף יותר של משאבים אחרים, לשם השגת יישום אפקטיבי. זאת ועוד, יכולתם של בתי-המשפט ליצור שירותים מוסדיים ולהקצות מחדש את המשאבים הנחוצים להבטחת יישומם של הכללים החדשים נמוכה מזו של יוצרי-כללים אחרים. ליטיגציה אינה צפויה אפוא לעצב באופן

עמוק את חלוקת הכוח בחברה. היא עשויה לשמש להבטחת מחויבויות סמליות או לביצורן. היא חיונית מבחינה טקטית להשגת יתרון או הגנה זמניים, למינוף לשם התארגנות, לניסוח אינטרסים ואף להענקת (או לשלילת) חזות של לגיטימיות. ככל שבעלי הכוח האחרים מפוצלים ביניהם, כך גדל פוטנציאל החלוקה-מחדש של התפקיד הסמלי/טקטי הזה.

מניתוחנו עולה ששבירת היתרונות החופפים של "אלה שיש להם" מחייבת תשומת-לב לא רק לכללים, אלא גם לשירותים המוסדיים והמשפטיים, ולאופן הארגון של הצדדים השונים. עולה ממנו שאת מעשי הליטיגציה והשתדלנות יש להשלים באמצעות ארגון אינטרסים, אספקת שירותים והמצאת סוגים חדשים של שירותים מוסדיים.

במרכז ניתוחנו עומדת ההכרה שהשינויים ברמת הצדדים הם בעלי הסיכוי הרב ביותר לעורר שינויים ביתר הרמות. בעוד כללים הם המשאב הזמין ביותר לרפורמיסטים, צדדים המסוגלים לייצר אסטרטגיות ארוכות-טווח ולפעול על-פיהן הם הנדירים ביותר. נוכחותם של צדדים מסוג זה יכולה ליצור דרישה ממשית לשירותים משפטיים ברמה גבוהה – שירותי מומחיות מתמשכים המכוונים לטווח-הארוך – ולהפעיל לחץ למען רפורמה מוסדית וכללים מיטיבים. מכאן עולה שניתן רק לשער את הקדימות האסטרטגית היחסית של שינויי כללים שונים. שינויי כללים המתייחסים ישירות לעמדתם האסטרטגית של הצדדים, בכך שהם עוזרים להתארגנותם, מגדילים את היצע השירותים המשפטיים (שבתורם מנסחים אינטרסים משותפים ומארגנים אותם). ומייקרים את העלויות עבור היריב. כאלה הם, למשל, אישור תובענות ייצוגיות, חיוב בהוצאות ובתשלום שכר טרחה, הענקת סעדים זמניים – אלו הן נקודות המשען החזקות ביותר לשינוי. עוצמת ההתנגדות לחקיקה בנושא התובענות הייצוגיות או לשירותים משפטיים אוטונומיים מוכוונת-רפורמה (כפי שמקדמת עמותה קליפורנית הפועלת למען זכויות מהגרי עבודה) מצביעה על העובדה ש"אלה שיש להם" מעריכים בהחלט את ההשפעה האסטרטגית היחסית של הרמות השונות.

תרומתו של עורך-הדין ביחס לשינוי חברתי המאופיין בחלוקה-מחדש, תלויה אפוא בארגונו ובתרבותו של המקצוע המשפטי. העלינו את ההשערה שלפיה שינוי כללים מהותי באמצעות בית-המשפט אינו צפוי להוות, כשלעצמו, גורם מכריע בקידומה של חלוקה-מחדש מוחשית של יתרונות. המינוף שמעניקה הליטיגציה תלוי בשילובה האסטרטגי עם תשומות ברמות אחרות. השאלה היא אפוא האם אופן ארגון המקצוע מאפשר לעורכי-הדין לפתח מיומנויות ברמות אלו, ולהפעילן. ככל שעורכי-הדין רואים עצמם יותר כפרקליטי בית-משפט באופן בלעדי, כך יורדת מידת מוכנותם לקבל על עצמם משימות חדשות, ליצור בריתות מתמשכות עם לקוחותיהם ולפעול בפורומים שמחוץ לבתי-המשפט, וכן פוחת הסיכוי שימשו בתור סוכניו של השינוי החלוקתי. באופן פרדוקסלי, דווקא המקצועות המשפטיים שהם בעלי הנטייה הרבה ביותר להדגשת יתרונותיהם של "אלה שיש להם" (בכך שהם מאפשרים לעצמם "להילכד" על-ידי לקוחות חוזרים), הם אלו המסוגלים ביותר להפוך לסוכני שינוי (או, למצער, לתת להם מקום) – דווקא משום שמקצועות אלו מאפשרים הזדהות גבוהה עם לקוחות ועם "עילותיהם", ומשום שיש להם הגדרה נוקשה-פחות ביחס לשאלה מהי פעילות מקצועית הולמת.



גיא בן נר, העורב והשועל, 2009.