

ההיבטים החמקמקים של החוק:

ליטיגציה כפעולה קולקטיבית

גד ברזילי*

הקדמה: ליטיגציה כאתר סוציו-פוליטי

ליטיגציה ושינוי חברתי עשויים להיתפס כמוציאים זה את זה. ליטיגציה היא טקטיקה שבמוקדה עומד בית המשפט, והעוסקת בעיקרה ביישוב קונפליקטים מוגבלים ומוגדרים במובנם המשפטי הצר, בעוד ששינוי חברתי הוא לעיתים קרובות תוצאה של רפורמות פוליטיות בקנה מידה גדול בחקיקה ובמדיניות הציבורית. ליטיגציה מושגת בעזרתם של עורכי-דין, בעוד שאירגונים חברתיים ופוליטיים הם המחוללים רפורמות חברתיות. עם זאת, היחס שבין הפרקסיס לתיאוריה, שנראה על פניו דיכוטומי, הוא למעשה מורכב יותר, שכן האינטראקציות שבין ליטיגציה ושינוי חברתי הן רב-מימדיות.

מחד גיסא, השדה המשפטי, כפי שהוא בנקודות זמן מסוימות, נוטה להעניק לגיטימציה לסטטוס קוו ולייצר מחדש את נחיצותו המדומינת. מאז המהפכה הרפורמיסטית הלותרנית נאלצו כל המהפכות החברתיות ששינו את אירופה ואת המערב מהמאה ה-16 ואילך להתמודד עם נטייתו של החוק לשמר את הסטטוס קוו. מאידך גיסא, החוק כשלעצמו, אפילו חוק המדינה, הוא כה רב-ממדי, מפוצל, הטרוגני ולא-לינארי עד שהעדר הוודאות שלו יכולה לתרום לשינוי חברתי. כיוון שכך, אי ההתאמה הנראית לעין שבין ליטיגציה לשינוי חברתי היא - תיאורטית ופרקטית - דילמה משמעותית בעלת כמה תוצאות פרדוכסליות ובלתי-צפויות. הדילמה המכריעה של איך וכיצד להניע שינויים חברתיים בעזרת ליגיטימציה, צריכה להידון בקונטקסט של פוליטיקה של זכויות. פוליטיקה של זכויות היא מערך של פרקטיקות, המבוססות על האמונה, השגויה או הנכונה, בקיומו של מפגש בין צרכים חברתיים וחוקיות.

מחקרים על משפט וחברה מציגים ידע עצום לגבי יכולתה הצנועה של הליטיגציה להביא לשינויים סוציו-משפטיים מוגבלים, קרי, לשינויים מספר שחרגו מעבר לסעד המשפטי המיידי שהוענק במקרה ספציפי (אסמיר 1999, ג'בארין 2000, Hajjar 1997, Feeley 1992, Epp 2001, Dotan 1999, Kagan 2000, McCann 1994, Sarat and Scheingold 1998, 2001, Scheingold 2004, Silverstein 1996, Shamir and Ziv 2001, Barzilai 2003). שבעה סוגים של קבוצות נדונו בדרך כלל בספרות המקצועית: קבוצות תרבותיות, קבוצות של מעמד חברתי, קבוצות אתניות, מיעוטים לאומיים, קבוצות של השתייכות מגדרית ושל נטייה מינית, ארגונים לא-ממשלתיים ותנועות סוציו-פוליטיות. הספרות מציעה לנו הבנה טובה של התוצאות האפשריות המוגבלות של התדיינות

* פרופסור למדע המדינה ומשפטים, מנהל במשותף של תוכנית "משפט, פוליטיקה וחברה", אוניברסיטת תל-אביב ופרופסור אורח בבית הספר ללימודים בינ"ל ע"ש ג'קסון והמרכז למשפט משווה ולימודי חברה, אוניברסיטת וושינגטון, סיאטל, ארצות-הברית. כתובת דוא"ל: gbarzil@u.washington.edu

מכוונת- מטרה ושל שחקנים חוזרים קרי, יחידים, או על פי רוב ארגונים, שפונים שוב ושוב לבית המשפט באותה עילה בבקשת סעדים.

במאמר זה אתייחס לשתי דילמות מרכזיות נוספות בהקשר של ליטיגציה ושינוי חברתי: תנאי הסף הסוציו-פוליטיים שעלולים למנוע מהתדיינות להיות מועילה עבור מיעוטים והשיקולים המשפטיים הסוציו-פוליטיים שצריכים להנחות מיעוטים בהחליטם בשאלה האם לעשות שימוש בליטיגציה, אם לאו. בהתאמה, יוקדש החלק הבא לדיון בשאלה מדוע עשויים המתחים שבין ליטיגציה לשינויים חברתיים להיות כה חמורים. לאחר מכן, אעבור לניתוח הסכנות והאפשרויות שבליטיגציה עבור מיעוטים לאומיים, דוגמת המיעוט הפלסטיני-ישראלי.

קשיים סוציו-פוליטיים וגבולות הליטיגציה

1. תנאי סף בהפעלת ליטיגציה

בקרב מבקרי הליטיגציה ותומכיה גם יחד רווח עדיין מיתוס לפיו ליטיגציה היא חלק משמעותי בתרבות הפופולארית המעשית. המבקרים יבקשו להדגיש שבדמוקרטיות נעשה שימוש יתר בלתי-מסווג בליטיגציה, בעוד שתומכיה מדגישים את התועלת הפרקטית, ואף יותר מכך את זו הפוטנציאלית, הגלומות בה. אבל אפילו כאשר מספר הארגונים הלא-ממשלתיים שמשתמשים בליטיגציה הולך וגדל, והשפעתם על החברה גדלה בהתאמה, נותרת הנגישות החברתית לליטיגציה מוגבלת. כך, רוב הארגונים הלא-ממשלתיים הערבים-פלסטינים בישראל אינם עוסקים בליטיגציה ורוב המצוקות החברתיות אינן יכולות בדרך-כלל להגיע לעורכי-הדין (Barzilai 2003). ברוב מדינות העולם, ליטיגציה ממומשת על ידי הבורגנות והתאגידים הפיננסיים, ולא על ידי אלו שאין להם – הנזקים והפרולטריון.

מאחר, שבהשוואה לאופנים אחרים של השתתפות פוליטית, ליטיגציה היא יקרה ומוֹתֶרֶת, רוב האינדיווידואלים אינם יכולים להרשות אותה לעצמם. ליטיגציה היא אמצעי אליטיסטי של מאבק סוציו-פוליטי שאינו בלתי-תלוי באינטרסים חברתיים-מעמדיים. ליטיגציה קהילתית, למשל, דורשת מנגנונים ארגוניים חזקים ומשאבים פיננסיים על מנת להוציאה אל הפועל. ברי שאין פירוש הדבר כי ליטיגציה לא יכולה להיות מועילה לפוליטיקה של זכויות, בעזרת סיוע להרחבת שיח הזכויות והמוביליות החברתית הנשענת על זכויות. עם זאת, לטעון כי ליטיגציה יכולה לשמש כלי ראשי ודומיננטי בישוב קונפליקטים חברתיים פירושו גם להניח, לעיתים קרובות באופן שגוי, שאלו הזקוקים לה נאשנות יכולים להרשות אותה לעצמם. ביקורת כזו לא מפריכה את כל היתרונות שבליטיגציה, אך היא דורשת מאתנו להגביל באופן ביקורתי את התחושה הרווחת של חגיגה וניצחון בבית המשפט, שנבנית בעזרת תקשורת ההמונים, הפוליטיקאים ועורכי-דין בעלי אינטרסים (Haltom and McCann 2004).

אפילו בזמנים ובמקומות שבהם עושות קהילות, קבוצות ותנועות חברתיות שימוש בליטיגציה קיים תנאי סף רציני של שפה מקצועית, שמהווה עמוד תווך משמעותי בארכיטקטורה המשפטית. ישנו מספר עצום של בעיות חברתיות ופוליטיות שלא ניתן להמירן לשפה משפטית, וכשהן מומרות

שונה ביטוין באופן משמעותי מזה של השפה הסוציו-פוליטית שמצינת את אותן בעיות חברתיות-פוליטיות בפרקסיס. לעיתים קרובות, רגשות מודחקים של לאומיות ועוני אינם בני-דיון משפטי, ככאלה. עורכי-דין יודעים כי עליהם לתת שם לנושאים הבסיסיים הללו בעזרת מבנים רטוריים ומשפטיים שונים, הנשענים על מקטעים של זכויות וחובות, התחייבויות וכללי ראיות. כך מורכבת בעיה מסוג שונה, כזו שניתן לפתור בבית המשפט אך שלעיתים קרובות אינה עושה צדק עם קורבנה של שום מצוקה סוציו-פוליטית נתונה. תנאי הסף של שפה ושל מקצוענות מטילים עלות גבוהה של המרה מהפרקסיס הסוציו-פוליטי למציאות המדומינת של אולם בית המשפט. מרגע שמסמנה של בעיה חברתית מנוסח באופן משפטי, מגביל הסימון שלה את ההיקף של הבעיה החברתית עצמה.

ליטיגציה עשויה לסייע לערבים-פלסטיניים בהשגת שוויון גדול יותר בהקצאת משאבים תקציביים לחינוך, הישג שאיננו מזערי כשלעצמו. עם זאת, אין ביכולתה לשפר בהרבה את החינוך שניתן על-ידי המדינה היהודית לערבים-פלסטיניים. ליטיגציה יכולה לכפות על המדינה מחויבות גדולה יותר להיענות, אך לא מחויבות ליותר הכללה אתנית (גיבארין 2004). העלויות האפיסטימולוגיות, האידיאולוגיות, הכלכליות והסוציו-פוליטיות של מתן שם לבעיות חברתיות במונחים משפטיים אינן שוליות, ועל חברי/ות מיעוטים להביא אותן בחשבון כשהם מבצעים את התחשיב המשפטי הסוציו-פוליטי העגום.

יתר על-כן, גם אם מוענק סעד משפטי באמצעות בית המשפט או באמצעות הסדרי פשרה שהושגו מחוץ לו, אין הוא בהכרח משרת את המטרה של הליטיגציה עצמה. יש ברשותנו די נתונים במחקר המשפט והחברה על-מנת לדעת שלעיתים תכופות הסעדים המשפטיים המוענקים בתום הליכים ארוכים ויקרים של ליטיגציה הם כלליים מידי או שהם בלתי-ניתנים לאכיפה על מינהל שמשותף פעולה בעל-כורחו או אף עוין (Rosenberg 1991). תנאי סף אחרון, שחשיבותו אינה פחותה מזו של כמה תנאי סף בהם דנתי במאמר זה, הוא שיש להבין ליטיגציה בהקשר של דמוקרטיה מתדיינת (deliberative democracy). מאמצייהן של קבוצות הנאבקות באמצעות התדיינות משפטית עלולים להסיט בינתיים את כל תשומת הלב הציבורית מדיונים עמוקים בנושאים ביקורתיים אל עבר קונפליקטים סביב הליטיגציה עצמה. לכן, ליטיגציה כמדיניות עלולה לפגום ביכולות שלנו לפתח דמוקרטיה מתדיינת. בחלק הבא אנתח קושי נוסף בליטיגציה, לפני שאפנה לנתח גם כמה מיתרונותיה.

2. משחקי לגיטימציה

בהחליטם לגבי ליטיגציה לא יכולים מיעוטים לוותר על התחשיב הסוציו-פוליטי והמשפטי שענינו הדרך לעקוף מלכודות של לגיטימציה. על מיעוטים לשקול את הקשיים הכרוכים בהחלטה האם וכיצד להתדיין משפטית מבלי להכיר בלגיטימציה של המדינה. זוהי באופן מובהק דילמה של מיעוטים לאומיים, כולל הערבים-הפלסטיניים בישראל. הדילמה היא כיצד ניתן להשיג צדק בעזרת האידיאולוגיה המשפטית של המדינה, מבלי להעניק לגיטימציה למדינת הלאום שמכוננת את האידיאולוגיה הזו. אין זה נושא מופשט בלבד, כי אם גם עניין מעשי.

נושא הלגיטימציה מתנגש בשאלת הליטיגציה של מיעוטים ומשפיע עליה באופן משמעותי. ראשית, לפעמים יבחרו עורכי-דין שלא לנסח תיק משפטי מוצלח כתיק משפטי מנצח על-מנת שלא לאפשר למדינת הלאום להשתמש בטיעונים שעלולים להשפיע באופן לא קונסטרוקטיבי על המיעוט. כך, אם היו הערבים-הפלסטינים זוכים בתיק משפטי בבית המשפט הגבוה לצדק בעזרת פניה לטיעונים של ביטחון לאומי, בהחלט סביר שהם היו עוברים קואופטציה על-ידי הטיעונים הבטחוניים של המדינה. שנית, מלכודת הלגיטימציה דורשת שמיעוטים יטענו בבית המשפט בעיות מסדר שני על מנת לחמוק מנושא הלגיטימציה. המיעוט יכול לטעון כנגד הסימפטומים של אפליה, אך לא כנגד המערכת עצמה, שתומכת באי הצדק שבאפליה. הדבר מגדיל בבירור את עלויות הלגיטימציה, כפי שהסברתי קודם. שלישית, ברגע שמיעוט מחליט שלגיטימציה היא שתכוון את האסטרטגיה הסוציו-פוליטית שלו, שומה עליו לזנוח אופציות אחרות של התנגדות חברתית, דוגמת אי-ציות חברתי. שימוש בו-זמני באי-ציות ובליטיגציה הוא אפשרי אך מאד לא סביר עבור מיעוטים, אפילו אם הוא נעשה בנוגע לעניינים מגוונים ושונים.

מלכודת הלגיטימציה ממסגרת לפחות שתי רמות של אינטראקציות פוליטיות בין המיעוט למדינת הלאום. האינטראקציה הראשונה מתרחשת ברמת הפוליטיקה של זכויות, שבה מיעוטים יכולים לזכות בזכויות נוספות, בהתבסס על מוביליות בעזרת ליטיגציה. לעיתים קרובות, הצטברות הזכויות – בעיקר זכויות אינדיווידואליות – לא תעלה כדי מהפכה אך היא יכולה לשפר את מצבו של המיעוט במידה מסוימת. האינטראקציה השנייה מתרחשת ברמת התשתית, שבה המיעוט נדחק ממוקדי הכוח ועם זאת עובר קואופטציה על-ידי מדינת הלאום בעזרת משא ומתן גלוי וסמוי ובעזרת הקצאת זכויות וטובין. כך, ליטיגציה על כל צורותיה ותהליכיה השונים עשויה לפתח שיח משפטי מוגבל ולייצר מעט יותר הקצאה שוויונית בחלוקת טובין (ג'בארין 2004, McCann 1994). עם זאת, הסבירות להשגת רפורמה סוציו-פוליטית משמעותית במבנה הכוח של מדינת הלאום היא נמוכה.

כוח בקונטקסט לליטיגציה

מובן מאליו שלליטיגציה אינה יכולה להחשב מנגנון מיותר לחלוטין של פעולה פוליטית קולקטיבית. המטריצה שצריכה להישקל על-ידי חברי/ות קבוצות מיעוטים היא מסובכת ומורכבת. כוח הוא ההקשר העיקרי שלאורו יש להבין ליטיגציה. ליטיגציה היא הליך הדרגתי, שנישען מאד על השגת מודעות בעזרת אמצעי התקשורת. לעיתים קרובות תוצאת התהליך היא קואליציות בלתי-צפויות דוגמת זו בה משתפות פעולה פמיניסטיות ציוניות יהודיות ופמיניסטיות פלסטיניות לאומיות. מנקודת מבט של ליטיגציה, הליך כזה, של בנית קואליציה בעזרת מוביליזציה, יכול להחשב מוצלח רק אם בוצע הליך מסוים של קואופטציה. ליטיגציה היא הליך שנתמך על-ידי המדינה, שכן אין לו שום משמעות בלי הפוליטיקה של זכויות במדינת לאום.

על מיעוטים לאומיים לשקול ברצינות את העובדה שלליטיגציה היא הליך מרכזי כוח, שתלוי במדינה, ולא הליך שמפרק את כוח המדינה. עליהם לזכור גם שכל הליך מפרק כוח עלול להגיע לידי אלימות שעלולה להסלים לכדי דיכוי אלים של המיעוט על ידי המדינה. הקשרים שונים עשויים להשפיע על שיקולים שונים של מיעוטים לגבי מתי ובאיזה היקף עדיפה התנגדות

לאלימות אידיאולוגית ופיזית מטעם המדינה על פני ליטיגציה ומתי והיכן עדיפה אסטרטגיה של דיבור זכויות. מה שנכון עבור המיעוט הקתולי בצפון אירלנד ועבור הבסקים בספרד אינו נכון בהכרח עבור הפלסטינים אזרחי ישראל, ולהיפך.

גם אם מיעוט נוטה להשתמש בטקטיקות מרכזות כוח הרי שליטיגציה אינה בהכרח האופציה הזמינה היחידה לפעולה קולקטיבית. למיעוט ישנה היכולת לבחור מבין אופציות של פעולות פוליטיות קולקטיביות תוך-משפטיות ובין-משפטיות. אי-ציות אזרחי הוא סוג של פעולה קולקטיבית בין-משפטית שמיעוטים יכולים לעשות בה שימוש, ובאופן אפקטיבי למדי. בניגוד לדעה הרווחת, האופציות התוך-משפטיות של פעולה קולקטיבית אף הן מגוונות. חקיקה, למשל, היא לעיתים קרובות אמצעי פעולה זנוח משום, שבין היתר, ליטיגציה מפחיתה מכוחה של הדמוקרטיה המתדיינת, כפי שהוסבר לעיל. עם זאת, מצבם של ישראלים ערבים-פלסטינים הוא בעייתי במיוחד. בנקודת המפגש שבין פרלמנט מדולדל, שנשלט באופן הדוק על-ידי הממשלה, וקואליציות שלטון יהודיות באופן בלעדי, ליטיגציה עשויה להצטייר כסוג מפתח של פעולה קולקטיבית, למרות חסרונותיה המשמעותיים.

בעת ששוקלים ברצינות ליטיגציה כאופציה תוך-משפטית, יש לתת את הדעת על שלושה אספקטים שלה. יש הבדל בין ליטיגציה מכוונת-זכויות, ליטיגציה מכוונת-טובין וליטיגציה מכוונת-תוצאה סופית. לליטיגציה שמכוונת להשיג הכרה בזכויות והקצאה גדולה יותר של טובין יש סיכויי הצלחה והשפעה גדולים יותר בתוך מבנה הכוח של המדינה והאידיאולוגיה המשפטית שלה. בהקשר רחב יותר של חינוך, העלאת מודעות וכיסוי תקשורתי בקרב המיעוט יכולה ליטיגציה כזו אף להוביל למוביליזציה גדולה יותר של חברי הקבוצה. בשונה, ליטיגציה מכוונת-תוצאה מתרחשת כשהמיעוט תופס את מציאות בית המשפט המדומינת כמציאות הסוציו-פוליטית העיקרית שלו, וכמרחב העיקרי לפעולה קולקטיבית עתידית. ליטיגציה של תוצאה-סופית עשויה להסתיים בנצחון מוחלט של מדינת הלאום על פני שאיפות המיעוט.

דעה סכולסטית

מקובל שמיעוטים יביעו יחס אמביוולנטי כלפי ליטיגציה, וגם המיעוט הערבי-פלסטיני קיים דיונים פנימיים לגבי כיווני הפעולה הקבוצתית העתידיים שלו. האמבילונטיות הזו מובנת, שכן במיוחד בחברות קוטביות, פרגמנטריות ואלימות כמו זו הישראלית לא רבים הם משאבי ההעצמה והשיוויון המוחשיים שהועמדו לרשות המיעוט. עם זאת, כשהמטריצה שמציע המאמר הזה תזכה לבחינה, יוכלו פעילי מיעוטים ועורכי-דין, דוגמת אלו העובדים בעדאלה, להחליט ביתר קלות לגבי צעדיהם הקולקטיביים העתידיים.

ליטיגציה היא אמצעי פוליטי בעייתי של פעולה קולקטיבית, שיש להבין אותו כחלק מהאינטראקציות עם מדינת הלאום. מדינות לאום לא נענו לליטיגציה או ערכו קואופטציה לעורכי-דין, משום שהן בהכרח אימצו מובן עמוק יותר של שיוויון. שופטים ופוליטיקאים אחרים נלהבים ללמוד שליטיגציה היא חרב פיפיות, ולא רק מגן. ליטיגציה יכולה להקל על מצוקות המיעוט אך יכולה גם להיות אויבם החברתי הגרוע ביותר של בני ובנות המיעוט. הפתרון היחידי

הוא הפעלה מוגבלת של ליטיגציה בהקשר רחב יותר של תחשיב משפטי סוציו-פוליטי, שבו המטריצה של האפשרויות לפעולה קולקטיבית מצויה תמיד תחת בחינה ביקורתית.

בבליוגרפיה:

Barzilai, Gad, 2003, *Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities*, Ann Arbor: University of Michigan Press (Second print, March 2005).

Dotan, Yoav, 1999, "Judicial Rhetoric, Government Lawyers, and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice During the Intifada," in *Law and Society Review*, 33 (2): 319-363.

Epp, Charles R., 1998, *The Rights Revolution*, Chicago: University of Chicago Press.

אסמיר סאמרה, "גבולות השיח המשפטי", *מחברות עדאלה: זהות, פוליטיקה ומשפט*, גיליון מס' 1, חורף 1999, עמ' 4-12.

Feeley, Malcolm M., 1992, "Hollow Hopes, Flyerpaper, and Metaphors, in Symposium - The Supreme Court and Social Change," in *Law and Social Inquiry*, 17 (4): 745-758.

Hajjar, Lisa, 1997, "Cause Lawyering in Transnational Perspective: National Conflict and Human Rights in Israel/Palestine," in *Law and Society Review*, 31: 473-504.

Haltom, William and McCann, Michael W., 2004, *Distorting the Law: Politics, Media, and the Litigation Crisis*, Chicago: University of Chicago Press.

חסן ג'בארין, "לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזרחות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי", *פיליפים ט* (דצמבר 2000), עמ' 53-93.

חסן ג'בארין, "הערות על אי סבירות 'מדיניות ההפליה הסבירה' של פרקליטות המדינה", גיליון עדאלה האלקטרוני, מאי 2004.

Kagan, Robert A., 2000, "Adversarial Legalism: Tamed or Still Wild?" in *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, 2: 217-245.

McCann, Michael W., 1994, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago: University of Chicago Press.

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

Sarat, Austin, and Scheingold, Stuart, 1997, *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, New York: Oxford University Press.

Sarat, Austin and Scheingold, Stuart, (eds.), 2001, *Cause Lawyering and the State in a Global Era*, New York: Oxford University Press.

Scheingold, Stuart A., 2004, *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*, Ann Arbor: University of Michigan Press.

Shamir, Ronen and Ziv, Neta, 2001, "State-Oriented and Community-Oriented Lawyering for a Cause: A Tale of Two Strategies," in Sarat, Austin, and Scheingold, Stuart, (eds.), *Cause Lawyering and the State in a Global Era*, New York: Oxford University Press, 287-304.

Silverstein, Helena, 1996, *Unleashing Rights: Law, Meaning, and the Animal Rights Movement*, Ann Arbor: University of Michigan Press.