

משפט, ממשל ושינוי חברתי: תיאוריה ומעשה

קורס התמחות

קורס שנתי, סה"כ 4 ש"ס תשפ"ג

ד"ר ועו"ד רעות פינגר דסברג

reutfingher@gmail.com

מבוא

איך מובילים שינוי חברתי? מחאה ציבורית? דרך שינוי מדיניות? באמצעות קבוצת אינטרס או שמא הדרך לשם עוברת דווקא בעתירות לבית המשפט?

בשנים האחרונות נתפס בית המשפט העליון הישראלי (ובמיוחד בג"ץ) כמוסד בעל מעורבות גבוהה בנושאים פוליטיים מגוונים, בעיצוב מדיניות ציבורית, וזירה חשובה לניהול מאבקים בעלי אופי ציבורי-חברתי-פוליטי. די להציף במעורבות של בית המשפט בסוגיות הבערות העולות לסדר היום בתקשורת הישראלית על מנת להבין שלא ניתן כמעט למצוא היום סוגיה ציבורית שבית המשפט העליון לא מעורב בה בצורה כזו או אחרת¹.

¹ ראה למשל: כתבה בגלובס על החלטת בג"ץ בעניין התאגיד הציבורי (8.01.2017): <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001170941>.
כתבה בהארץ על החלטת בג"ץ לפינוי מאחז עמונה (<http://www.haaretz.co.il/news/politics>) (14.11.2016): <http://www.haaretz.co.il/news/politics/Article-559838>.
כתבה במעריב על פנייה של בג"ץ ליועמ"ש להסבר מדוע לא נפתחה חקירה פלילית נגד ראש הממשלה (9.10.2016): <http://www.maariv.co.il/news/politics/Article-559838>.
כתבה בהארץ על החלטת בג"ץ בענייני הכשרת גיורים פרטיים (31.03.2016): <http://www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.2901149>.
כתבה בהארץ על החלטת בג"ץ בעניין מתווה הגז (27.03.2016): <http://www.themarker.com/dynamo/1.2895512>.
כתבה ב-ynet על הוראת בג"ץ על עיכוב מינויו של הרב הצבאי בשל התבטאויותיו (21.11.2016): <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4882086,00.html>.
כתבה במעריב על דחייה חלקית של בג"ץ את חוק המסתננים בפעם השלישית (11.08.2015): <http://www.maariv.co.il/news/politics/Article-493148>.

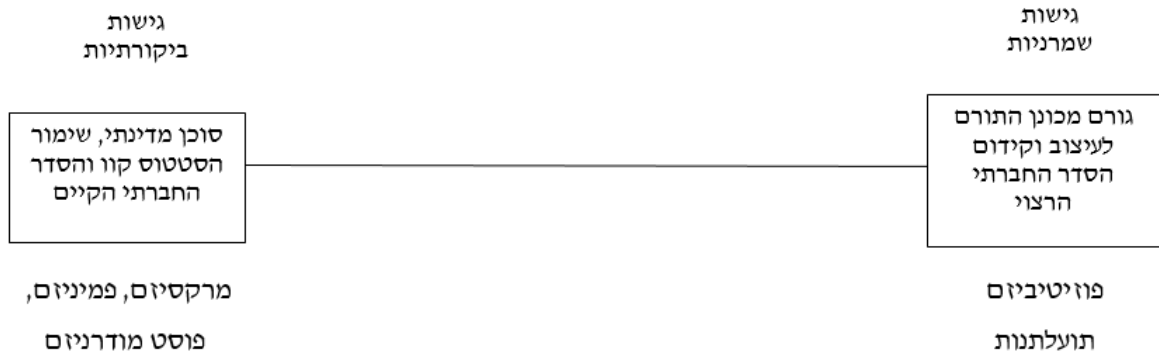
כתוצאה מנכונותו של בית המשפט העליון להרחיב את תחומי העיסוק שלו ותהליכי האקטיביזם שהוא עובר, צפה ועולה השאלה, האם בית המשפט אכן ממלא את "תפקידו החדש" והכלי המשפטי מהווה כתובת להובלת שינויים חברתיים ופוליטיים באופן ממשי, או שהוא אך נהנה ממיתוס שכזה!?

שאלה זו תלווה אותנו לאורך כל הקורס, בו נברר את הקשר בין משפט לחברה; בין משפט לתרבות; מהם התנאים שבהם הכלי המשפטי יכול להוביל שינויים חברתיים במדינות שונות ומה זה אומר על תפקידו של המשפט במדינות דמוקרטיות. לאורך הקורס ננוע בין תיאוריות למעשה, בין משפט לממשל והדרך שבה ניתן לייצר שינויים חברתיים באמצעותו.

נושאי הקורס

1. גישות המתארות את הקשר בין משפט לחברה - מבט תיאורטי.

החלק הראשון של הקורס יוקדש להיכרות עם גישות שונות המנתחות את הקשר בין משפט לחברה, ולקשר התיאורטי בין המשפט לסביבה בה הוא פועל. הגישות המרכזיות שיוצגו: תורות משפט פוזיטיביסטיות, אנליטיות ותועלתניות (Hacker 1977; גנו Kelsen 1949; Hart 1961; 1995); גישות ראליסטיות, פרגמטיסטיות וליברליות (McCann 1974; Schubert 1974; Martin 1997; מידני ומזרחי 2006); תיאוריות ביקורתיות של המשפט, כמו גישות מרקסיסטיות, דה-קונסטרוקטיביסטיות, פוסט-מודרניסטיות ופמיניסטיות (חננאל 1999; מידני ומזרחי Segal 2006; 1999). גישות אלה יוצגו על בסיס השאלה מה עמדתן לגבי הקשר בין המשפט לבין שינויים חברתיים והן ימוקמו על פני סקאלה כמו זו המוצגת מטה. כמו כן, תינתן התייחסות גם לגישות המבקשות להתייחס למכלול הגורמים, כמו הגישה הניאו מוסדית, העוסקת לא רק במוסדות פורמאליים, אלא המתמקדת גם בכללי המשחק החברתי והפוליטי והדרך שבה הם נוצרים, נשמרים ומשתנים, ושאיננה יכולה להיות ממוקמת על רצף זה.



2. תיאור היסטורי התפתחותי של בית המשפט בישראל.

החלק השני של הקורס יוקדש ללימוד בסיסי של מקרה הבוחן המרכזי שלנו - בית המשפט העליון הישראלי ויסודות בסיסיים של המשפט הישראלי. בתוך התיאור ההיסטורי של התפתחות המשפט בישראל נבקש לגעת במגוון שאלות, כגון: מה הקשר של בית המשפט העליון הישראלי לסביבה בה הוא פועל? מהו מקומו של בית המשפט העליון הישראלי בחברה הישראלית? כיצד מתנהלת שיטת המשפט הישראלית? (החוקרים המרכזיים שיוצגו בחלק זה: מאוטנר, סגל, חריס, פרידמן, ברזילי, ספיר, נויברגר, Hirschel).

3. האם בתי משפט הם סוכנים לשינויים חברתיים?

החלק השלישי של הקורס יוקדש להתמודדות עם הטענות והתיאוריות העוסקות בשאלה האם בית משפט הוא סוכן לשינויים חברתיים בארץ ומעט בעולם. הדיון בשאלה זו יתקיים על רקע התיאוריות שהוצגו בחלק הראשון של הקורס, וכן על רקע המחקרים התיאורטיים והאמפיריים בתחום (כמו למשל: 2008 Rozenberg; 2004 McCann; ברזילי Lobel; 1970 Grossman; Rosenberg et al 2019; 2010; 2007; הקר וזיו 2010). כל אלה יחד יהוו מצע לדיון בשאלות האם המשפט הוא קונסטרוטיבי - מכונן תופעות, או שהוא בעיקרו רפלקטיבי - משקף תופעות? בשלב זה של הקורס, נבחן האם בתי המשפט יכולים לסייע ולקדם שינויים חברתיים ושוויון כלפי מיעוטים למשל וכיצד זה מגדיר את תפקידם; נדון בגורמים המסייעים לבית המשפט ונבחן מהן הפרקטיקות בהן בית המשפט מסתייע על מנת לשמר סטטוס קוו או לבצע שינויים חברתיים (Spann 1993; 2016 Schonthal; 2013 Moustafa; Schonthal et al 2020; פינגר דסברג 2020).

4. איך ניתן לייצר שינויים חברתיים באמצעות כלים משפטיים?

החלק האחרון של הקורס הוא חלק מעשי שבו נלמד על הכלים שבהם ניתן לייצר שינוי חברתי באמצעות המשפט ומהו חלקם של המחקר המשפטי, הגשת בג"צים, עתירות וכתובת ניירות עמדה על מנת להוביל שינויים אלו. חלק זה של הקורס יורכב ממפגש עם מרצים אורחים שיגיעו על מנת להעניק מהניסיון שלהם באפיק המדינתי והמקומי, לימוד מעשי באמצעות מקרי בוחן והצגתם בקורס וכן מתן כלים שונים על מנת המאפשרים לייצר שינויים חברתיים בנתיב המשפטי-ממשלי. בחלק זה הסטודנטים יידרשו לבצע התנסות בפרקטיקות שונות כמו כתיבת ניירות עמדה, תכניות עבודה וייחשפו לשימוש מגוון בכלים משפטיים.

ניתן לדמות את מבנה הקורס לפירמידה, בה כל שלב נבנה על בסיס השלב הקודם ומתמקד בסוגיה ספציפית יותר:

חשיבותו של הקורס נגזרת מהעובדה כי בית המשפט העליון להיות שחקן מרכזי במוסדות הפוליטיים התמקדות בבית בישראל, והמשפט נחשב ככלי השפעה מרכזי בחברה הישראלית. אלא, שהמשפט מתקשה לא פעם למלא את תפקידו, ולכך יש השפעה על קידומו של עיקרון השוויון וזכויות האדם והאזרח במדינות. קורס זה יפנה על ציף ולהתמודד עם סוגיות חשובות אלה, לדון ביתרונות ובחסרונות של נתיבים אלו ולהעניק כלים פרקטיים לביצוע.

הסילבוס המוצע מכיל את המרכיבים השונים, והוא משלב בין תיאוריות על הקשר בין משפט לחברה לבין פרקטיקות לשינוי חברתי באמצעות המשפט. כן, במסגרת הקורס הסטודנטים יידרשו לבצע פרקטיקות שונות כמו כתיבת ניירות עמדה, ניירות מדיניות, חוות דעת וניתוח הגשת בג"צים לביצוע שינויים חברתיים.

חובות הקורס:

בקורס זה יידרשו הסטודנטים והסטודנטיות להשתתפות פעילה בכיתה, כתיבת עבודת בית, סיום חובת ההתמחות + פרזנטציה סופית.

השתתפות פעילה בכיתה: נדרשת נוכחות והשתתפות פעילה בשיעורים.

התמחות בארגון חברתי ודיווח של הארגונים על השתלבות טובה בארגון.

עבודת בית (סוף סמסטר א): עבודה של 3-4 עמודים המחברת תיאוריה או מושג שלמדנו בכיתה עם ניתוח מקרה בוחן עכשווי (הנחיות מדויקות יותר יינתנו בהמשך).
הרצאה קצרה (סוף סמסטר ב') פרזנטציה של 10 דקות על חווית ההתמחות, מבוססת על מצגת.

ציון:

ציון הקורס יהיה מורכב משלושת המרכיבים הבאים:

1. השתתפות בהתמחות והערכת החונך (40%)
2. עבודת בית (30%)
3. השתתפות פעילה ופרזנטציה בכיתה (30%)

תוצאות הקורס

בסיום הקורס, הסטודנטים והסטודנטיות ישפרו את הידע והכישורים הבאים:

1. הבנה טובה יותר של הקשר בין משפט לממשל, השפעת החברה על המשפט והשפעת המשפט על החברה.
2. פיתוח מבט ביקורתי, מעמיק ומפוכח על תהליכים משפטיים שונים והיתרונות לשימוש בכלים אלו.
3. שיפור השימוש בכלים מתודולוגיים לניתוח מקרי בוחן משפטיים שונים וקבלת כלים מתודולוגיים לשימוש בפרקטיקות משפטיות לביצוע שינויים חברתיים.
4. יכולת ליישם את המפורט להלן במהלך ההתמחות, ולחבר למידה תיאורטית (מהקריאה והשיעורים) לפרקטיקות הנצפות בשטח, בעין ביקורתית ויצירתית.

חומרי קריאה ראשוניים

- אלבשן יי (תשס"ה). "ריח הגלימה כריח השדה" – על ידי החינוך המשפטי הקליני, מתוך **משפטים לד** (3).
בקרמן ב'. (2012). "הנעת שינוי חברתי בתחומי האוטונומיה של המגזר החרדי על ידי בית המשפט העליון – תקווה חלולה בגרסה ישראלית", **משפטים מב**(2), עמ' 663-772.
ברק-ארוז, ד'. (1999). "השפיטות של הפוליטיקה" **פלילים ח'**: 369-387.
ברזילי, ג'. (1998). "הגמוניה שיפוטית, קיטוביות ושינוי חברתי", **פוליטיקה 2**: 31-51.
ברזילי, ג'. (2009). "המלך אינו עירום - מדוע המשפט פוליטי", **דין ודברים די'**: 55-79.

- ברזילי, ג'. (2010). "המשפט כשדה במסגרת של כוח פוליטי : האם בתי משפט הם נשאי שינוי חברתי-פוליטי, ואם כן - כיצד?" *האם המשפט חשוב?* (עורכות: דפנה הקר ונטע זיו): 107-125.
- גביון ר'. (2009). "התקווה החלולה: האם בתי משפט יכולים להביא לשינוי חברתי? ביקורת על המהדורה השנייה (2008) של ספרו של ג'רלד רוזנברג", *מעשי משפט* 2, עמ' 15-32.
- ג'מאל, א'. (2004). "'ציונות ליברלית': נאורות שיפוטית ואתגר הרב-תרבותיות בישראל", *מדינה וחברה* 4: 789-823.
- גילד-חיו ד' ושהב ס' (2009). עריכת-דין חקיקתית ככלי לשינוי חברתי, מעשי משפט ב'.
- הקר, ד', וזיו, נ'. (2010). *האם המשפט חשוב* (עורכות: דפנה הקר, נטע זיו ואח'), תל אביב: אוניברסיטת ת"א.
- זיו נ', (2008). "עריכת דין לשינוי חברתי בישראל - מבט לעתיד לאחר שני עשורי פעילות" *מעשי משפט* א' 19 וויט ל' א', (2009). "הכפפה כישורי הישרדות רטוריים ונעלי יום ראשון: הערות על השימוע בעניינה של גברת ג"י, *מעשי משפט* ב, 119.
- מאוטנר, מ'. (1993). *ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי*, תל-אביב: מעגלי דעת.
- מזרחי, ש', ומידני, א'. (2006). *מדיניות ציבורית בין חברה למשפט בית המשפט העליון, השתתפות פוליטית ועיצוב מדיניות*, ירושלים: כרמל.
- סגל, ז'. (1999). "בג"צ במרקם החברה הישראלית - לאחר חמישים שנה", *משפט וממשל* ה': 235-296.
- סגל, ז'. (2000). "בית המשפט הגבוה לצדק - בית המשפט כמעצב חברתי", בתוך *חברה במראה* (עורכת: חנה הרצוג): 297-357.
- קריצמן-אמיר ט. (2013). "תפקידו של בית המשפט בעיצוב מדיניות המקלט של מדינת ישראל", *מעשי משפט* ה', עמ' 175-192.
- קריצמן-אמיר ט'. (2014). "נרטיבים ושינוי חברתי בפסיקת בית-המשפט העליון בעניין משטר האשרות החל על מהגרי עבודה בישראל: מבג"ץ הכבילה לבג"ץ מהגרת-העבודה ההרחה", *משפט ועסקים* י"ח, עמ' 509-544.

Grossman J.B., 1970. "The Supreme Court and Social Change A Preliminary Inquiry", *The American Behavioral Scientist*, Vol 13(4).

Rosenberg, G.N. (2008). *The Hollow Hope: can courts bring about social change*, American politics and political economy (second Edition).

Spann, G. A. (1993). *Race against the Court, The Supreme Court and Minorities in Contemporary America*, New York University Press.

Scheingold, Stuart, and Austin Sarat. *Something to believe in: Politics, professionalism and cause lawyering*. Stanford University Press, 2004. 23-51

Tushnet M.V.,)2006("The role of courts in social change: looking forward? (Constitutional Law Symposium: The Role of Courts in Social Change)", *Drake Law Review*, Vol. 54(4): 909-928.