

תיאוריה חוקתית, אסטרטגיה ועריכת-דין ציבורית בפרשת ביטול הפרטת בתי-הסוהר

גלעד ברנע ויעל ברדה

כותבי המאמר, עורכי-הדין אשר הגישו את העתירה נגד החוק להקמת בית-סוהר פרטי, עוסקים בלקחים מפסק-הדין שביטל את החוק, להמשך המאבק המשפטי והציבורי בהפרטת שירותים מדינתיים. זאת, משלושה היבטים שונים: תורת המדינה, תיאוריה חוקתית ואסטרטגיה של עריכת-דין לשינוי חברתי. הטענה המרכזית בעתירה, שהיוותה חידוש מנקודת המבט של התיאוריה החוקתית, הייתה כי הפרטה של שירותים מדינתיים המהווים חלק מתפקידה הריבוני של המדינה מהווה למעשה פגיעה במבנה המשטרי והמוסדי של המדינה. זוהי תפיסה רחבה של זכויות-האדם, הכוללת גם הגנה על עקרון שלטון החוק ועקרון הפרדת הרשויות. לפי תפיסה זו, בעקבות הפגיעה במשטר שנגרמת עקב התפרקות המדינה מסמכויות הליבה, עלולה להיגרם פגיעה בזכויות המוגנות על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בנוסף, המאמר ממקם את העבודה המשפטית כנגד הפרטת בתי-הסוהר במסגרת הסוגים השונים של עריכת-דין ציבורית. הוא מתייחס גם לאסטרטגיה המשפטית המורכבת, אידיאולוגית ומוסרית, שאותה אימצו הכותבים, אשר מחויבים לנושא החברתי ורואים את פעילותם כחלק מן המאבק הציבורי כנגד הפרטת שירותים מדינתיים בכלל ובתי-הסוהר בפרט. לבסוף, הכותבים גם מבקשים להתייחס למהלכים המשפטיים אשר מאפשרת הגישה המוסדית-מבנית לזכויות-האדם, לשם תקיפת הפרטות נוספות.

פסק-הדין שבו ביטל בית-המשפט העליון בישראל את התיקון לחוק המאפשר הקמה של בית-סוהר פרטי¹ מהווה נקודת ציון ופרשת דרכים בפיתוח המשפט החוקתי בישראל. מנקודת המבט של עורכי-הדין לשינוי חברתי,² פרשה זו מעניינת משתי סיבות עיקריות: ראשית, בגלל האסטרטגיה של העתירה והאופנים שבהם ניתן ליישם אסטרטגיה כזו על מנת לבלום העברת סמכויות (אותה נכנה מכאן ואילך "הפרטה") נוספת, הן של סמכויות ופעילויות מדינתיות והן של שירותים חברתיים מדינתיים. שנית, כי היא מסייעת להבחין בבלמים שמבנה הטיועון בפסק-הדין עלול להציב בפני טענות עתידיות בהקשר של הפרטות. מנקודת מבט של תיאורטיקנים של המשפט, החזיר פסק-הדין את תורת המדינה ואת מערכת ההצדקות הראשונית שמספקת תורת המשפט להחלטות חוקתיות, מן הספרייה האוניברסיטאית הדוממת אל תוך אולם ההתגוששות המשפטי. עבור המשפטנים והסוציולוגים אשר רואים במשפט מנגנון כוח ומערכת קטגוריות סימבולית המושפעת ומשפיעה על הזירה הפוליטית והתרבותית, הפרשה מספקת קרקע פורייה לדיון, הן על

אודות הטקסט של פסק-הדין והן על אודות המסגרת הפוליטית, החברתית והכלכלית המורכבת שאותה הוא מנסה לצלוח.

כמייצגי העותרים,³ נתמקד במאמר זה באסטרטגיה של העתירה ובהשלכותיה על המשך המאבק בהפרטה⁴ בהקשר של עריכת-דין ציבורית. אנו רואים במאבק זה הן מאבק עממי-פוליטי המתקיים ברמה הקהילתית והמדינתית, והן מאבק משפטי שמטרתו לנסות להגן על המדינה (ככלי המבטיח חירויות וזכויות) ולמנוע ממנה להתפרק מסמכויותיה, מאחריותה החברתית ומהחובה והצורך כאחד להבטיח זכויות אזרחיות וחברתיות. אנו מבקשים לטעון שתי טענות לגבי פסק-הדין: טענה המתייחסת לתורת המשפט שבבסיס פסק-הדין, וטענה העוסקת בפרקטיקה (ובפוליטיקה) של עריכת-הדין הציבורית-קהילתית ובאופן שבו אנחנו ממקמים את האסטרטגיה המשפטית שבה נקטנו במסגרת האפשרויות הקיימות בפרקטיקה הזו. בהקשר זה, נעסוק בהחלטות הקשות שצריך היה לקבל על מנת לזכות בתיק, בתפיסת תפקידה של מערכת המשפט בכלל, ובתפקידנו שלנו כעורכי-הדין הציבוריים-קהילתיים בפרט.

א. תורת המשפט ומבנה המדינה שהוצגו בעתירה

את הטענות בעתירה לגבי מבנה המדינה פתחנו בהצגת הספר "לוויתן" מאת תומס הובס,⁵ המכריז כי תפקידו העיקרי של הריבון הוא השמירה על הביטחון האישי של הנתינים. בהמשך הצגנו את גישתו של ג'ון לוק,⁶ אשר פיתח מודל של אמנה חברתית,⁷ שמהותה היא ביסוס התפיסה שהכוח ניתן למדינה על-ידי יחידים על מנת שהמדינה תשליט סדר, כאשר תפקידה הבלעדי הוא השמירה על החיים, על החירות ועל הקניין. בניסיון להגדיר את מודל המדינה ה"רזה" ביותר מבחינת תוכן חברתי ופוליטי, הבאנו בטיעוננו את גישתו של רוברט נוזיק,⁸ המשתמש במטאפורת "שומר הלילה" לתיאור פעולתה הרצויה של המדינה. המשכנו משם להגדרת המדינה המודרנית על-פי תפיסתו של מקס ובר, שבה למדינה יש מונופול על הפעלת האלימות הלגיטימית כלפי אזרחיה, באמצעות החוק. במודל של ובר יש משמעות למינהל הציבורי, לבעלי התפקידים האמונים על פעולת הרשות המבצעת, וכן לזיהויים ככאלה, הן מבחינה מהותית והן מבחינה סימבולית. יצוין כי על-פי תיאוריית הלגיטימציה של ובר תפיסת המונופול על האלימות אינה מאפיינת דווקא את המדינה הליברלית או הדמוקרטית, אלא מהווה את הליבה של הגדרת המדינה המודרנית באשר היא, שיכולה גם להיות מדינה אוטוריטרית.⁹ במסגרת טיעוננו התבססנו על המודל ה"רזה" של המדינה, מעין מכנה משותף נמוך שניתן יהיה להסכים עליו מכל עברי הקשת הפוליטית. בהקשר זה ציטטנו גם את ה. ל. א. הארט,¹⁰ שלפיו סמכות הענישה הפלילית היא סמכות בלעדית של מדינה ריבונית. על-פי עקרון הפרדת הרשויות, הרשות המחוקקת קובעת בחוק את הנורמה הפלילית ותוכנה, הרשות המבצעת ממונה על אכיפת החוק וההעמדה לדין במקרה של הפרתו, הרשות השופטת בוחנת את אשמתו של אדם שעבר על הוראות הרשות המחוקקת, והרשות המבצעת אמונה על ביצוע הענישה. הכוח המוענק למדינה לכפות ציות בכוח באמצעות החוק מתואר כאלימות פיזית וישירה, המתבטאת בשני ערוצים מוגבלים: כוח כולא וכוח ממיית. תפיסה זו מבטאת את תפיסתו של ג'ון לוק האמונה רק על שמירה על החיים, הביטחון והקניין. החירות תופסת את הבמה כמלכת הזכויות האזרחיות, וההיררכיה הקלאסית בין זכויות אזרחיות, חברתיות ופוליטיות זוכה לאישור מחדש על-ידינו – חרף היותנו ממבקרי היררכיה זו, בהיאבקנו על ההכרה בזכויות חברתיות.

ב. הפגיעה בשלטון-החוק ובהפרדת הרשויות כפגיעה בזכויות-אדם: המעבר מהטיעון הפרטני לטיעון המוסרי

הטענה החוקתית המרכזית בעתירה הייתה כי העברת סמכויות ליבה שלטוניות לידי גורם פרטי מהווה כשלעצמה פגיעה חוקתית אסורה, ולכן יש לבטלה. בטיעוננו, צמצמנו את החזית עליה נסוב הדיון לזכויות יסודיות-ראשוניות, כחירות האישית וכבוד-האדם; אפיינו את הפרטת בתי-הסוהר כהעברת סמכויות בעלות אופי שלטוני, הכרוכות בשימוש בכוח ומהוות חלק מליבת מערכת אכיפת החוק (Administration of Justice), ההליך הפלילי ושלטון החוק (Rule of Law); ולבסוף, התנגדנו להעברתן לידי גורם פרטי הפועל למטרת רווח.¹¹ בהמשך המאמר נרחיב מעט על הטיעון המתמקד בהגדרה המודרנית של המדינה, הרואה בה את הסוכן הבלעדי שבכוחו להפעיל אלימות לגיטימית, על בסיס שלטון-החוק.

העתירה הציגה תפיסה מרחיבה ביחס למושג זכויות-האדם, תפיסה מבנית-מוסדית. לפי גישה זו, לא רק פגיעה ישירה באינדיבידואלים, כי אם גם פגיעה בעקרונות שלטון החוק, במבנה המערכת ובכללם עקרון הפרדת הרשויות, עשויה לעלות לכדי פגיעה בזכויות-האדם (להלן נכנה תפיסה זו: "התפיסה המבנית-מוסדית", או: "התפיסה המרחיבה"). שימוש בתפיסה כזו הינו יעיל כאשר דנים בהעברה של סמכויות שלטוניות ושידותי ליבה מדינתיים לידיים פרטיות, שכן הוא מאפשר מבט על הפגיעה במבנה המוסדי של המדינה, ולא רק על תוצאותיה של פגיעה בזכויות וחירויות יסוד של אינדיבידואלים. לטעמנו, התפיסה המרחיבה אכן שימשה כרובד הסמוי להנמקת והצדקת פסק-הדין, ואפשרה לביית-המשפט לבטל את התיקון לחוק שביקש להתיר הקמת והפעלת בית-סוהר פרטי. עם זאת, הניתוח של בית-המשפט צמצם את המקרים שבהם ניתן יהיה להשתמש בעתיד בתפיסה המרחיבה. במילים אחרות, בית-המשפט אימץ את התפיסה המבנית-מוסדית ועשה בה שימוש להצדקת ביטול התיקון לחוק, אך, בה העת, צמצם באופן משמעותי את החזית שבה ניתן יהיה לטעון בעתיד על בסיס פגיעה בשלטון-החוק ובמבנה המשטר המדינתי. חרף זאת, נבקש להציע בחלק האחרון של המאמר אפשרויות לשימוש בהישגים שהושגו בפסק-הדין ובקביעות העקרונות שנקבעו בו, על מנת למנוע מהלכי הפרטה שונים המתרחשים בעצם ימים אלו, הרחק מעיני הציבור, הכנסת והביקורת המשפטית.

נקודה נוספת שאליה נתייחס היא האסטרטגיה של תקיפת הפגיעה החוקתית שהפרטת בתי-הסוהר גורמת, מנקודת המבט של המערכת המוסדית-מבנית. בדומה למודלים אחרים של משטרים דמוקרטיים, שלטון החוק במודל הישראלי הוא שמאפשר למעשה את פעילותם של מוסדות המדינה, שהנם הארגונים היחידים בעלי הסמכות והיכולת לבצע פעילויות פיקוח, אכיפה והנגשה של זכויות-האדם. מסיבה זו בחרנו במודע שלא להפריד בין פגיעה חוקתית במבנה המוסדי ובשלטון החוק, לבין פגיעה בזכויות-אדם במובנה הקלאסי, דהיינו – פגיעה עקרונית בזכויות יסוד מוגנות (שיש שיאמרו שהיא תיאורטית בלבד), או פגיעה מוכחת וספציפית בזכויות וחירויות היסוד של אינדיבידואלים. לאור תפיסה זו, התייחסנו בעתירה להפרטת בתי-הסוהר כפגיעה במבנה המשטר של ישראל, בריבונות המדינה, בהסדר שלטוני ובעקרון הפרדת הרשויות. ההחלטה האסטרטגית שלנו הייתה להימנע מההפרדה המלאכותית בין פגיעה בשלטון החוק המובילה לפגיעה במוסדות המדינה – האמונים על יצירת ושימור התנאים לשמירה על זכויות וחירויות מוגנות ולטיפוחן – לבין פגיעה ישירה בזכויות-אדם. לטעמנו, הפרדה שכזאת בין התוצאה האינדיבידואלית או הקולקטיבית של מעשה המדינה לבין הפגיעה במבנה הממשלי שאמון על ביצוע אותו מעשה מדינה, אינה נכונה ואינה יעילה. היא אף מסוכנת לזכויות-האדם שכן היא מתייחסת אליהן בו

תיאוריה חוקתית, אסטרטגיה ועריכת-דין ציבורית בפרשת ביטול הפרטת בתי-הסוהר | גלעד ברנע ויעל ברדה

זמנית באופן ספציפי מדי ובאופן מופשט מדי: הספציפיות מתבטאת בדרישה להרים את נטל ההוכחה ברבר פגיעה קונקרטיה בזכות ספציפית – נטל שעותרים עלולים להתקשות לעמוד בו.¹² המופשטות מתבטאת בהותרת מתחם צר לחירויות ולזכויות המוגנות, באופן שמונע מלראות את הפגיעה בהן כפגיעה במבנה ובמוסדות המדינה ובעקרונות מרכזיים בדמוקרטיה כגון הפרדת רשויות, החויגות לקיומה של יכולת אכיפה, בקרה ופיקוח הן על מוסדות ממשליים והן על מוסדות פרטיים.

אופן תקיפה זה שונה במהותו מרוב-רובן של העתירות בישראל בנושא פגיעה בזכויות. עתירות אלה נשענות על-פי רוב על תפיסת זכויות-האדם כפי שזו התפתחה בבית-המשפט העליון בישראל, ובפרט על בחינת הפגיעה דרך פסקת ההגבלה והניתוח התלת-שלבי,¹³ שפותח והתמסד מאז פסק-הדין בפרשת בנק המזרחי.¹⁴ בתיקים אלה מתמקדים עורכי-הדין דרך קבע בפגיעה הממשית בעותרים, וטוענים לפגיעה בזכות יסוד יחידה ומוגנת תוך בחינתה לאור המבחן התלת-שלבי, במסגרתו עובדות המקרה נדחסות אל תוך גבולותיה הצרים של פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מרבית העתירות המוגשות, בעיקר כאשר מדובר בביטול מעשה חקיקה או החלטות מינהליות, מתייחסות לזכויות-האדם של הנפגע על-פי תוצאות הפגיעה ברמה האינדיבידואלית, בדרך כלל תוך שימוש בדרך המלך של הוכחת הפליה. העתירות שמהוות יוצא מן הכלל בהקשר זה, היו בדרך כלל כאלו שהתייחסו לזכויות קולקטיביות.¹⁵

לגישתנו, בחינה של המימד המוסדי-שלטוני איננה יכולה להיעשות בכלים המקובלים של ניתוח פסקת ההגבלה ומבחני המידתיות, אלא דורשת מבט רחב יותר על ההקשר השלטוני, המינהלי והחברתי של הפגיעה בזכויות. על מנת להכריע אם מדובר בפגיעה בחירויות ובזכויות יסוד מהפן המוסדי-מבני, יש לבחון את הממד המוסדי-שלטוני של המסגרת למימוש הזכויות, את חוקתיות המבנה השלטוני המוצע ואת הפגיעה בו. ההחלטה האסטרטגית להתייחס לפגיעה החוקתית בהיבט המוסדי-מבני אפשרה לנו אפוא להתווכח על הפן הפוליטי-משפטי של הפרטת בית-הסוהר ולהסב את הדיון למישור תורת המשפט ותורת המדינה, מבלי שנידרש להתמקד בבדיקה מעין מתמטית-”סטריילית” של פגיעה ספציפית בזכות אינדיבידואלית. בדיקה כזו מצריכה קיומם של נתונים אמפיריים ויישומם על זכויות מופשטות, המופרדות היטב מהאלמנטים הפוליטיים והחברתיים הסובבים אותן. בהקשר זה נציין כי המידע האמפירי שקיים לגבי היקף ועוצמת הפגיעה בזכויות אסירים בבתי-סוהר מופרטים לעומת ציבוריים, מתבסס על מחקרים רבים שבוצעו בעיקר בארצות-הברית. מחקרים אלו אינם מגיעים למסקנה מרעית לכאן או לכאן, והמידע המתקבל מהם הינו אמביוולנטי ומוטה בחלקו.

ההימנעות מכליאת הדיון על הפרטת בתי-הסוהר בדל”ת האמות של פסקת ההגבלה, והיעדרה של מערכת הטיעונים המעין מתמטיים סביב המבחן התלת-שלבי, אפשרו לנו לדון במהות מעשה ההפרטה ובהשלכותיו על המבנה הריבוני והמוסדי של המדינה. באופן ניתוח זה, הפגיעה הספציפית בזכויותיהם של אסירים אינדיבידואליים היא שלב שני שכלל אין צורך להגיע אליו, כיוון שהפגיעה בכבודם של האסירים נובעת מעצם שינוי אופיו של מוסד הכליאה. העמדה המתמקדת במבנה המוסדי-מינהלי שנועד לשמור על זכויות ולמנוע פגיעה בהן מרחיבה אפוא משמעותית לא רק את התוכן אלא גם את זירת הטיפול בזכויות-אדם במובנן העמוק והמהותי, ומאפשרת דיון רחב יותר במשמעויות הפוליטיות והמינהליות של הפרטת שירותים. עמדה ”מוסדית-אינטגרטיבית” זו מקבילה לעמדתו של מונדלק שמציע להימנע מהחלוקה בין זכויות אזרחיות לזכויות חברתיות;

על-פי גישתו האינטגרטיבית, המימד החברתי נשזר בכל בחינה משפטית של זכות, בין אם היא אזרחית או חברתית.¹⁶

עמדתנו היא כי המבחן המתאים לפגיעה חוקתית מההיבט המוסדי-מבני היא מבחן מחמיר וקשיח, per se – קרי, משאובחנה פגיעה חוקתית כזו, שאיננה בגדר de-minimis, התוצאה המתחייבת תהא בטלות מעשה החקיקה הפוגע. לטעמנו, אין מקום לסובלנות כלפי פגיעות חוקתיות מבניות-מוסדיות, שכן הן מפוררות את אבני הבניין היסודיות של השיטה הדמוקרטית. בפגיעות מעין אלו קיימת באופן מיוחד סכנת "המדדון החלקלק": במבט ראשוני ושטחי לא תמיד רואים את הנזק החוקתי הגלום בהן – בהיעדר פגיעה לכאורה בזכות או בחירות יסוד מוגנת – אך בהמשך, נזקן המצטבר מאיים לערער את השיטה והמסד הדמוקרטיים כולם באופן בלתי ניתן לתיקון. הטענה המוסדית-מבנית, גם אם היא פורמלית, נותנת אפוא כוח נוסף לשוחרי זכויות-האדם: היא יוצרת בסיס טיעון חוקתי רחב יותר, שדרכו ניתן לבחון את יכולתה של המדינה לקיים את חירויות וזכויות היסוד באמצעות מוסדותיה, וכן למנוע הרס של המערכת הדמוקרטית עצמה.

ג. ניתוח פסק-הדין

במבט ראשון, פסק-הדין נחזה כפסיקה מתקדמת מבחינת ההכרה שלה בזכויות-אדם. בית-המשפט הגביל את השימוש שהרשות המחוקקת יכולה לעשות בטיעונים של יעילות כלכלית גרידא כשמדובר בפגיעה חוקתית בחירויות וזכויות אזרחיות, ולכאורה מאותה בכך לרשויות השלטון, המחוקקת והמבצעת, כי טיעונים של יעילות כלכלית ותחרות לא יועילו כאשר מדובר בפגיעה משמעותית בזכויות-אדם. אולם, למעשה, פרשנות כזו של פסק-הדין היא פשטנית, שכן תורת המדינה שעל בסיסה טענו בפני בית-המשפט, ואשר אומצה על-ידו בפועל בפסק-הדין, מטילה אחריות מוגבלת וצרה, שלא לומר מינימלית, על המדינה. היקפן של הסמכויות השלטוניות מתפרש בפסק-הדין בהתאם לתפיסות ליברטריאניות של תורת המדינה, שרואות בהן סמכויות צרות ותחומות. כפי שנראה בהמשך, לאימוץ התפיסה הצרה של תפקיד המדינה עלולות להיות השלכות מרחיקות לכת על האפשרויות המשפטיות העומדות בפני הנאבקים כנגד הפרטה של שירותים מדינתיים.

בפסק-דינו קיבל בית-המשפט את שתי הטענות המרכזיות שלנו: את מודל סמכויות המדינה הליברלי-ליברטריאני, ואת ביטול ההבחנה החוקתית בין פגיעה בשלטון-החוק לבין פגיעה בזכויות-אדם, שתואר לעיל. בית-המשפט לא הכריע על בסיס הטיעון המוסדי-מבני כתחליף לבחינה על בסיס פסקת ההגבלה, אולם פסק-הדין המרכזי של הנשיאה ביניש מתייחס לטיעון זה ומשלב אותו לתוך טיעון מבוסס זכויות. לדעתנו, מקריאה מעמיקה של פסק-דין זה עולה כי הטיעון היסודי בדבר קיומן של פעילויות מסוימות שהן בלעדיות למדינה נתקבל, וכי הכרעה זו יונקת מתוך מושגי הריבונות והפרדת הרשויות שאותם הצגנו בעתירה. הנשיאה ביניש אימצה, לטעמנו, בפסק-דינה את הטענה שעצם העברת סמכויות הליכה השלטוניות לידיים פרטיות היא פגיעה חוקתית חמורה, ועתה עליו טיעון קלאסי בדבר פגיעה בחירויות ובזכויות יסוד מוגנות. בהתאם לכך היא קבעה באופן נחרץ כי בית-המשפט אינו נדרש לבחון את פוטנציאל הפגיעה בזכויות האסירים שתגרום ההפרטה, או להשוות ולהכריע האם זכויות אסירים תיפגענה יותר או פחות תחת ניהול פרטי מאשר תחת ניהול של שירות בית-הסוהר. כדברי הנשיאה:

"תיקון 28, המאפשר את הקמתו של בית-סוהר שיופעל וינהל על ידי תאגיד פרטי, מביא לפגיעה בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד-האדם של האסירים שאמורים

לרצות את עונשם באותו בית-הסוהר; וזאת בשל עצם העברת סמכויות הניהול וההפעלה של בית-הסוהר בידי המדינה לידי זכייין פרטי הפועל למטרות רווח".¹⁷

וכן -

"עצם הקיום של המוסד של כלא הפועל למטרות רווח מבטא חוסר כבוד למעמדם של האסירים כבני אדם ופגיעה זו בכבוד-האדם של האסירים אינה תלויה במידת הפגיעה בזכויות-האדם המתרחשת בפועל בין כתלי הכלא".¹⁸

אילו, לעומת זאת, הייתה העתירה תוקפת את ההפרטה מנקודת המבט של פגיעה בזכויות של אסירים יחידים ובחינתה במבחן המידתיות התלת-שלבי, ולא מכוח הטענה המוסדית-מבנית, יתכן כי תשובתה של הנשיאה ביניש הייתה כי מדובר בפוטנציאל של פגיעה עתידית שאיננה ודאית או אינה עומדת בנטל ההוכחה הנדרש.

להלן נציג מספר אמירות נוספות מתוך פסק-דינה של הנשיאה ביניש המבססות את טענתנו. ראשית, כבר בשלב הצגתה, השאלה הטעונה הכרעה שלובה עם הטיעון ה"זכותני" שלפיו העברת סמכויות שלטוניות לידיים פרטיות כרוכה בפגיעה מהותית ויסודית בזכויות-אדם.¹⁹ לאחר מכן פתחה הנשיאה בבחינת חוקתיות ההפרטה לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והדגישה כי עצם העברת זכויות לניהול בית-סוהר מידי המדינה, הפועלת בשם הציבור, לידיו של זכייין פרטי הפועל למטרת רווח – גורמת לפגיעה קשה וחמורה בזכויות-האדם הבסיסיות של האסירים, בחירות האישית ובכבוד-האדם.²⁰ בהמשך מאשרת הנשיאה כי "העיקרון המשטרי הבסיסי" הוא כי המדינה היא האחראית לביטחון הציבור ולאכיפת החוק הפלילי, וכי עיקרון זה הוא חלק מן האמנה החברתית המקיימת גם את המדינה המודרנית.²¹ אמירה זו משקפת הכרה בטיעון המוסדי שלפיו הסמכות להפעלת אלימות (לגיטימית) יוחדה למדינה ואין להתיר העברתה של סמכות זו לידיים אחרות. כך, למשל, התייחסה הנשיאה לכפיפות זרועות הביטחון השונות למרות הממשלה הנבחרת כאל מאפיין של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית מודרנית, וקבעה שזהו "אחד מעקרונות היסוד החוקתיים העומדים בבסיס שיטת המשטר בישראל".²² בהמשך שבה הנשיאה והדגישה את הדברים באמצעות אמירה בדבר עקרון יסוד רחב של שיטת המשטר בישראל:

"למדינה באמצעות הממשלה והגופים הביטחוניים השונים הכפופים לה – נתונה רשות בלעדית לעשות שימוש בכח מאורגן בכלל, ולשם אכיפת המשפט הפלילי בפרט".²³

בהמשך מדברת הנשיאה על העיקרון המשטרי בדבר המונופול המוקנה למדינה על השימוש בכוח. כל אלו אמירות המבטאות באופן ברור את קבלת הטיעון המוסדי. יצויין, אגב, כי במסגרת כנס שנערך במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת-גן לאחר מתן פסק-הדין, הביע גם הנשיא (בדימוס) אהרן ברק תמיכה בגישה המוסדית-מבנית.²⁴ הוא אמר שהיה מקבל את העתירה על בסיס הטיעון המוסדי, וכי אין מקום להחיל את פסקת ההגבלה על פגיעות מוסדיות. אנו סבורים, כאמור, שהטיעון המוסדי-מבני הינו טיעון תקף ועצמאי שיש בו כדי לטפל גם במצבים שבהם לא ניתן יהיה לבסס פגיעה בזכויות או חירויות יסוד מוגנות, ובכך טמונה עיקר חשיבותו וחיוניותו.²⁵ השופטת נאור הסכימה בפסק-דינה עם קביעתה של הנשיאה ביניש, שלפיה החוק פוגע פגיעה בלתי-חוקתית בשתי זכויות חוקתיות: בחירות האישית ובזכות לכבוד-האדם²⁶ של האסירים האמורים לרצות בכלא הפרטי את עונשם. היא הסכימה גם כי הפגיעה קמה "בשל עצם העברת סמכויות הניהול וההפעלה של בית-הסוהר מידי המדינה לידי זכייין פרטי הפועל למטרות רווח". היא הוסיפה כי "הסמכות שהועברה בדבר ניהול הכליאה – הפעלת המרות, הכוח והמשמעת

– צבועה בצבע עז של ריבונות המדינה ושיקול דעת בהפעלת הסמכות ועל כן החוק "משנה את חלוקת הסמכויות השלטוניות של המדינה".²⁷ השופטת נאור קיבלה את טענתנו והדגישה כי ההבחנה בין עצם הטלת המאסר לבין ביצועו בפועל היא מלאכותית; המדובר בהליך פלילי אחד שיש בו דרגות שונות של שיקול דעת. עם זאת, לגישתה, "אין בפרשנות שניתנה [לעיל] ל'חירות' כדי להשליך על אופייה של 'החוקה הכלכלית' בישראל או לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כ'מדינת רווחה'".²⁸ השופטת נאור מציינת היבט נוסף של פגיעה בכבוד-האדם הנגרמת מההפרטה: לדעתה, החוק פוגע בעקרון השוויון בין האסירים, ביוצרו הבחנה בין שתי קבוצות של אסירים – קבוצה ראשונה תיאסר בבית-סוהר פרטי בהנהלת זכיין מוטה רווח, וקבוצה שנייה תיאסר בבית-סוהר מדינתי.²⁹ היא הוסיפה וקבעה כי הזכייין הפרטי שינהל ויפעיל את בית-הסוהר המופרט יהיה נגוע בניגוד עניינים מובנה בהפעלת הסמכות השלטונית, מעצם היותו גורם המונע משיקולי רווח. שיקולים כאלה הם שיקולים זרים ככל שמדובר בהפעלת סמכות שלטונית בדבר עצם הטלת המאסר (סמכות שאינה מואצלת לזכייין) ואופן ביצועו. קביעה עקרונית נוספת העולה מפסק-דינה היא הקביעה לפיה עבודות האסיר אצל הזכייין הפרטי הופכות את האסיר ל"אמצעי להפקת רווחים"³⁰ באופן המקים פגיעה בכבוד-האדם. יצוין כי בהקשר זה עמדתנו מרחיבה עוד יותר, ובשמה טענו כי עצם הפיכת אסירים "לחומר גלם" במערכת הפועלת למטרת רווח מהווה פגיעה בכבוד-האדם שלהם.

גישת השופטת חיות מצומצמת באופן משמעותי מגישת הנשיאה ביניש. היא אמנם הסכימה עם הנשיאה כי יש להורות על בטלות החוק בשל פגיעתו הבלתי מידתית בזכויות-האדם של אסירים לחירות אישית ולכבוד, והטעימה כי לגישתה ההסדר הסטוטורי שבחוק אמנם מהווה משום פגיעה בעקרונות יסוד של שיטת המשטר בישראל. עם זאת, לדעתה אין לומר כי הוא בגדר פגיעה המאיימת למוטט את עקרונות היסוד שעליהם מושתת המבנה החוקתי כולו.³¹ להצדקת עמדתה זו, ציינה השופטת חיות כי המדינה התפרקה והתנערה כליל מאחריותה לביצוען של פעולות אלה, לפחות כגורם מפקח, שכן מודל ההפרטה כלל פיקוח הדוק של המדינה אחר פעילותו של הזכייין הפרטי. למרות ההסכמה העקרונית של השופטות נאור וחיות, הנשיאה ביניש הדגישה כי הכרעתה בדבר פסילת החוק נגזרת מתפיסת העברת הסמכויות עצמה כפגיעה בזכויות. היא עושה זאת על-ידי יצירת מתווה היררכי של זכויות וחירויות יסוד, שהחירות האישית עומדת בראשה כתנאי מקדים למימושן של הזכויות האחרות. לאור זאת, העברת הסמכות המדינתית הפוגענית ביותר – שלילת החירות על בסיס עבירה פלילית – והפקדתה בידי גורם פרטי, פוגעת בלגיטימיות של שלילת החירות עצמה ומשנה את מהותה.³² על-פי פסק-דינה של הנשיאה ביניש, אם כן, קבלת הטיעון המוסדי-מבני מוגבלת לנסיבות מקרה זה: פגיעה בלגיטימיות של שלילת החירות. הטיעון אינו מאפשר פנייה עתידית מכוח הטיעון המוסדי-מבני, לגבי פגיעות פחות קיצוניות – למשל במערכות שלטוניות שנועדו ליצור רגולציה על נושאים כמו שוויון הזדמנויות או צדק חלוקתי. כאמור, אנו סבורים כי הנשיאה ביניש קיבלה במהותו את הטיעון על מבנה המדינה כבסיס להכרעה, אם כי נמנעה במודע מלפסוק על-פיו פורמלית. נקודת המוצא שלה לניתוח המצב המשפטי בפסק-הדין היא מודל של מדינה השואפת להגן על הביטחון האישי ועל הסדר הציבורי. היא מתמקדת בדמותם של ה"פיקדים הציבוריים של הריבון", כפי שכותב עליהם תומס הובס,³³ ובתפקידה של מערכת המשפט בהגנה על הקניין על-פי ג'ון לוק.³⁴ מודל המדינה שעולה מפסק-דינה של הנשיאה ביניש הוא המודל הליברלי האירופאי, הקודם למדינת הרווחה, שבו הסמכות

תיאוריה חוקתית, אסטרטגיה ועריכת-דין ציבורית בפרשת ביטול הפרטת בתי-הסוהר | גלעד ברנע ויעל ברדה

המדינתית המרכזית היא ניהול הסדר הציבורי והמשפט, הכולל את שלילת החירות על-פי חוק. היא מדגישה שאחד המאפיינים החשובים של המשטר בישראל הוא כפיפותם של זרועות הביטחון השונות, ובהן המשטרה, הפרקליטות ושירות בתי-הסוהר, למרות הממשלה. אמירה זו תהווה את הבסיס לתקיפה עתידית של הפרטת סמכויות שלטוניות, כמפורט בחלק האחרון של מאמר זה. כפי שהזכרנו, מודל אחריות המדינה המינימליסטי שטענו אליו בעתירה נוגד את תפיסתנו שלנו ביחס למודל המדינה הרצוי, אולם עשינו בו שימוש כאסטרטגיה משפטית על מנת להביא לביטול הפרטת בתי-הסוהר. בניגוד הזה, שהינו חלק בלתי נפרד מהעולם המורכב של עריכת-דין ציבורית-קהילתית, נעסוק בחלק הבא של המאמר.

ד. פרשת ביטול הפרטת בתי-הסוהר כדילמה בעריכת-דין ציבורית-קהילתית

1. טיפולוגיה של עריכת-דין ציבורית-קהילתית

על מנת למקם את הדיון בעתירה לביטול הפרטת בתי-הסוהר בהיסטוריה התיאורטית והפרקטית של עריכת-הדין הציבורית, נציג היסטוריה קצרה של תפיסת עריכת-הדין הציבורית בעולם ובישראל ונגדיר את עמדתנו שלנו ביחס למנעד הפרקטיקות העשויות לנבוע מתפיסה זו. מטרתן של עורכות-דין לשינוי חברתי (cause lawyers) היא להשתמש ביכולותיהן המשפטיות על מנת לאתגר את חלוקת המשאבים הפוליטיים, החברתיים והכלכליים, ולעתים גם את עצם הערכים המשפטיים הקיימים. במקרים רבים עורכות-דין ציבוריות בוחרות את הלקוחות והתיקים שבהם הן עוסקות, ולעתים אף יוזמות תיקים אלה, על מנת לקדם את הפרויקטים האידיאולוגיים ואת חלוקת המשאבים המחודשת שבהם הן מאמינות.³⁵ בשנות השישים, כחלק מתנועות המחאה והשחרור הגדולות שנרמה היה כי ישנו את פניה של ארצות-הברית,³⁶ קמה שם תנועה של עורכי-דין וארגונים לשינוי חברתי שראו במשפט כלי חזק ויעיל לשינוי חברתי, לתיקון אי שוויון בחברה ולהפסקת הדיכוי של קבוצות מוחלשות. תחת הכותרת של עריכת-דין ציבורית-קהילתית התקבצו שלושה סוגים של פעילות משפטית: הקבוצה הראשונה עסקה בייצוג משפטי רדיקלי, ועסקה בייצוג של גופים ואישים פוליטיים כגון "הפנתרים השחורים" ואחרים; השנייה בייצוג משפטי של עניים, באמצעות סיוע משפטי וסנגור קהילתי;³⁷ והקבוצה השלישית, והגדולה ביותר, עסקה בייצוג של קבוצות אזרחים שהתאגדו סביב נושאים ציבוריים: ארגוני צרכנים, ארגונים סביבתיים, ארגוני שקיפות ציבורית ועוד. במידה רבה, הנושאים השונים הכתיבו גם את הצורה והסגנון של עריכת-הדין בקרב הקבוצות השונות.

על-פי סאראט (Sarat) ושיינגולד (Scheingold), שיצרו מסגרת אינטלקטואלית לדיון הביקורתי בעריכת-דין ציבורית, תפיסת המדינה, המערכת והחזון הדמוקרטי של עורכות-הדין קובעת במידה רבה את האסטרטגיות והטקטיקות שבהן הן נוקטות. ה"טיפוסים האידיאליים" של עורכות-הדין לשינוי חברתי, קובעות את התפקידים שהן לוקחות על עצמן ביחס לחוק ולמערכת המשפט ואת מודל המדינה שהן מנסות לקדם. בעוד במאבקים סביב זכויות האזרח היוותה הפעילות המשפטית רק חלק מתוך פעילות פוליטית וקהילתית ענפה, מאבקי הצרכנים עשו שימוש בכלי המשפטי ככלי בלעדי. מנגד, עורכי-הדין שעסקו בסיוע לאוכלוסיות עניות ניסו לנחול הישגים באמצעות השגת תקדימים בתיקים פרטניים, על מנת לבנות מערך של שינויים מינוריים מצטברים ולהרחיב את זכויותיהם של מקבלי תשלומי העברה.

תוך שנים ספורות התפתחה עריכת-הדין הציבורית-קהילתית בארצות-הברית לתעשייה ענפה.³⁸ שני המודלים הראשונים דעכו עם השנים, ואילו המודל השלישי, שבו ארגונים מאגדים

נושאים שונים ומנסים לקדם בהם שינויים במדיניות ציבורית דרך פעילות משפטית, הפך להיות התצורה העיקרית של פעילות משפטית ציבורית. למרות, ואולי לנוכח הצלחתו של מודל זה, לקראת שנות התשעים החלה גוברת הביקורת עליו. נטען שמחיר ההצלחה היה פעולה בתוך המסגרות המשפטיות הקיימות והיעדר יכולת להביא לשינוי חברתי ממשי באמצעים משפטיים.³⁹ מושאיה של הביקורת היו בעיקר הקואופטיזציה שעשתה המערכת הקיימת לפעילות החברתית, וכן מרכזו העמדות של התנועות החברתיות, שנוצר בעקבות המגבלות שהשימוש בכלי המשפטי ככלי עיקרי הטיל על התוכנית והפעילות הפוליטית של הארגונים. הביקורת כללה חשדנות כלפי כללי הפרוצדורה המשפטית והיעדר הנגישות למשפט, ויצאה כנגד ההגמוניה של המשפט (עקב ההכשרה הזוהה והאינטרסים המקצועיים של עורכי-הדין המומחים בשני הצדדים הנאבקים). נושאים אלה מנעו, כך נטען, יצירת שינוי של ממש במבנה החברתי ובזכויות הפוליטיות.

ההגדרה, האסטרטגיה והתוצאות של עריכת-דין קהילתית ממשיכות להוות ציר של דיון סוער בקרב הקהילה האקדמית והמשפטית העוסקת במשפט וחברה. במאמר רחב היקף על הנושא, מציע הילבינק (Hilbink) טיפולוגיה של עורכי-דין ציבוריים על-פי קטגוריות.⁴⁰ הקטגוריות מתבססות על הניסיון האמריקאי בעריכת-דין ציבורית, אך, לטעמנו, הן מתאימות לניתוח שלנו בהקשר הישראלי; זאת, בין היתר בשל ההשפעה הרבה של המודל האמריקאי על עורכי-דין לשינוי חברתי בישראל, הנובעת מתיווך של קרנות ותכניות הכשרה, וכן מבתי הספר למשפטים, המאמצים מודלים אמריקאים של חינוך משפטי.⁴¹ החלוקה שמציע הילבינק מעניינת ביותר בהקשר של ניתוח מהלך הטיעונים בפרשת ביטול הפרטת בתי-הסוהר, דווקא בגלל ההיברידיות של האסטרטגיה שבה נקטנו והחריגה שלה ממודל הליטיגציה המקובל בישראל בענייני זכויות-אדם וזכויות חברתיות.

הילבינק מציע חלוקה של עריכת-הדין החברתית לשלוש קטגוריות: עריכת-דין פרוצדורליסטית, עריכת-דין חלוצית-אליטיסטית, ועריכת-דין "מהשטח" (grassroots). עריכת-דין פרוצדורליסטית רואה את מערכת המשפט כמנגנון של צדק, מפרידה בין עולם המשפט לפוליטיקה ופועלת להנגשת שירותים משפטיים לאוכלוסיות מוחלשות, במיוחד לעניים.⁴² עורכות-דין הנוקטות גישה זו רואות את עצמן כבעלות ערכים נפרדים מלקוחותיהן, והנן נייטרליות כלפי התוצאה המשפטית מבחינה ערכית. עריכת-דין חלוצית-אליטיסטית מהווה מודל מוכר יותר בעריכת-דין ציבורית. במסגרת קטגוריה זו, בעיקר כשמדובר בליטיגציה של נושאים חוקתיים, המשפט נתפס כדגם נעלה יותר של פוליטיקה, או כזירה פוליטית מעודנת ואינטלקטואלית יותר, שבה מתרחש הדיון האמתי במהותה של הפוליטיקה. עורכי-דין מן השורה העוסקים בזכויות-אדם רואים במשפט כלי יעיל ונעלה יותר מאשר פוליטיקה עממית, רועשת ושטחית. הפעולה המשפטית מתבצעת בבית-המשפט העליון או בבית-המשפט לערעורים כאשר עורכי-הדין הם מומחים בתחומם המנסים ליצור שינויים במסגרת כללי המשחק הקיימים, מבלי לאתגרם. עורכות-הדין הנוקטות גישה חלוצית-אליטיסטית מבקשות לשנות את המשפט באמצעים משפטיים בלבד ולהוביל שינוי חברתי באופן זה.⁴³

הקטגוריה השלישית של עריכת-הדין הציבורית היא עריכת-הדין "מהשטח" שמטרתה היא להביא לשינוי חברתי כולל. היא רואה בכלים המשפטיים אך חלק קטן ממנעד הכלים הפוליטיים, ושינויים במערכת המשפט נתפסים בעיניה רק כאמצעים להשגת מטרה פוליטית רחבה יותר. עריכת-הדין "מהשטח" ביקורתית וחשדנית כלפי מערכת המשפט, שנתפסת על-ידיה כמנגנון שמרני המשמר אינטרסים של אליטות בחברה. על פי שמיר וחינסקי, במקרים מסוימים עורכי-דין "מהשטח" מבחינים ומייצרים הפרדה בין הטיעון המשפטי של התיק הספציפי שבו הם עוסקים לבין הטיעונים הפוליטיים של המאבק. בכך הם מבקשים להבדיל את עצמם מעריכת-הדין החלוצית.⁴⁴

תיאוריה חוקתית, אסטרטגיה ועריכת-דין ציבורית בפרשת ביטול הפרטת-בתי-הסוהר | גלעד ברנע ויעל ברדה

ראוי לציין, עם זאת, כי ההבדל המהותי בין עריכת-הדין החלוצית לבין זו "מהשטח" איננו בסדרי הגודל של השינוי החברתי שאלינו עורכות-הדין שואפות, אלא במוסד החברתי-פוליטי שהן מאמינות כי דרכו השינוי יכול להתחולל. בתפיסה "מהשטח" השינוי איננו מגיע דרך פעולתן של האליטות, ובכללן מערכת המשפט, כי אם דרך מאבק פוליטי על הכרה באוכלוסיות המוחלשות ושיתופן בחלוקת משאבים מטריאליים וסימבוליים. המטרה איננה שינוי פניה של מערכת המשפט, אלא שימוש במשפט כאמצעי אחד מני רבים לשינוי פני החברה. עריכת-הדין "מהשטח" היא ללא ספק התפיסה הביקורתית ביותר מבין שלוש הקטגוריות המוצגות, ובעיניה מערכת המשפט נתפסת כמערכת דכאנית והגמונית, גם אם לעתים הכרעותיה הן לטובת המאבק החברתי.

2. אסטרטגיות ודילמות בעריכת-דין ציבורית-קהילתית בעתירה לביטול הפרטת בתי-הסוהר

קו הטיעונים המרכזי שהצגנו בפני בית-המשפט, ושהתבסס על תורת המדינה הליברלית, ביטא אסטרטגיה שהיא שילוב שתי תפיסות בעריכת-הדין הציבורית: חלוצית-אליטיסטית ו"מהשטח". מחד גיסא, האסטרטגיה עולה בקנה אחד עם הגישה החלוצית, שרואה בשינוי החוק את המטרה ומזהה ערכים חוקתיים עם שינוי חברתי. על-פי גישה זו, קביעה של גבולות חוקתיים להפרטה של סמכויות שלטוניות או שירותים חברתיים הניתנים על-ידי המדינה מהווה שינוי חברתי. בנוסף, דווקא על בסיס התפיסה החלוצית, שכאמור רואה במשפט את המקום הנעלה שבו ניתן לנהל את הדיון הפוליטי, יכולנו להציג קו טיעונים שהתמקד במבנה המוסדי של המדינה ובהסדרים הראשוניים שלה ברמה התיאורטית; זאת, במקום להתמקד בתוצאות הפרטניות ובפגיעה הממשית באסירים עצמם. האסטרטגיה החלוצית שבה נקטנו העבירה את הדיון כולו לזירה של תורת המשפט, ובכך גם איששה את התפיסה שבית-המשפט הוא הזירה היחידה שבה מתנהל דיון פוליטי משמעותי. במידה רבה, הטיעון נועד להזכיר לבית-המשפט את תורת המשפט שלו עצמו, שנשתכחה עקב המהפכה החוקתית והתמקדות היתר בזכויות פרטניות. בהציגנו את תפיסת המדינה ה"רזה", השבנו לחיים את שפתה של המדינה המודרנית הנשכחת, על המבנה השמרני והליברטריאני שלה, שפה אשר יש הטוענים כנגדה, הן מהימין הכלכלי והן משמאל הסוציאלי-דמוקרטי, כי בעידן של הפרטה, גלובליזציה ותפיסות כלכליות נאו-ליברליות, אבד עליה הכלח. מאידך גיסא, אנו רואים את עצמנו שייכים לזרם של עריכת-דין "מהשטח", זרם אשר מתייחס לעקרונותיה של מערכת המשפט הקיימת בחשד, מתבונן במבט ביקורתי על ניסיונות לערוך שינויים בממסד "מבפנים", ומבקש לאתגר את כללי המשחק המוסדיים. כעורכי-דין ציבוריים-קהילתיים, תורת המדינה הרצויה בעינינו איננה זו המוצגת בספר "לווייתן"; היא איננה מדינת "שומר הלילה" בנוסח נוזיק; היא איננה מסגרת משפטית וארגונית שנועדה אך לשמר את החיים, החירות והקניין על-פי מסת הממשל השנייה של לוק. אנו תופסים את תפקיד המדינה ככולל את המחויבות לשמור ולקדם את הממד החברתי של זכויות-האדם ולאפשר קידומן של זכויות תרבותיות. שאיפתנו היא שהמדינה תהיה מוסד לחלוקת משאבים צודקת. מתוך כך, לדידנו, הפגיעות החוקתיות שגורמת ההפרטה רחבות לאין שיעור מאלו שטענו להן בפועל בפני בית-המשפט – ובכל זאת טענו אותן, על מנת שהעתירה תתקבל. וטיעונים אלו, שבית-המשפט קיבל והפכם לפסק-דין, משפיעים מעתה והלאה על השיח המשפטי-פוליטי ומייצרים לגיטימציה למודל הצר של המדינה, המדינה הליברלית-ליברטריאנית, שאינה יכולה להתמודד עם כלכלה נאו-ליברלית שסביבה התפתחו מודלים חדשים של משילות וריבונות, שבה ההפרדה בין פרטי לציבורי איננה יכולה לעמוד על

בסיס פורמלי בלבד.⁴⁵ זאת ועוד: המשפט הוא, כידוע, כלי קונסטיטוטיובי,⁴⁶ ומהווה חלק אקטיבי במערכה פוליטית-תרבותית רחבה יותר. מסיבה זו, הטענות הנטענות על-ידי עורכי-הדין תוך כדי הוויכוח המשפטי, ובמיוחד אלו המתקבלים על-ידי בית-המשפט, מקבלים לגיטימציה ומתבססים בשיח הפוליטי והמשפטי. בהקשר לעתירה שלנו, למשל, עלול להתקבע בשיח הרווח לא רק כי תפיסה מינימליסטית זו של מבנה המדינה היא העמדה הנכונה מבחינת הניתוח המשפטי, אלא גם כי זוהי הטענה היחידה האפשרית שניתן לנצח בעזרתה מהלכי הפרטה עתידיים.

למעשה, ובדומה לפרקטיקה שאותה מתארים שמיר וחינסקי, במהלך העתירה הפרדנו בין הטענות המשפטיות שהצגנו בבית-המשפט העליון, טיעון שהציג תפיסה צרה ותחומה של אחריות המדינה, לבין הטענות שהציגו פעילות ופעילים בזירות הציבוריות והפוליטיות של המאבק נגד ההפרטה. בטיעונים אחרונים אלה נפרסה תמונה רחבה הרבה יותר של אחריות המדינה, הקרובה למודל של מדינת רווחה קלאסית, ובכללם הוזכרו שיקולים של צדק חלוקתי וטיעונים כנגד המערכת הכלכלית הניאו-ליברלית. אכן, פיתוחן, קידומן ועיגונן המשפטי והחוקתי⁴⁷ של הזכויות החברתיות והפוליטיות יקר גם לליבנו באופן אישי, כעורכי-דין חברתיים וכמי שמשתייכים לקבוצות אלה, הנאבקות באופן אקטיבי למען הכרה בממד החברתי של זכויות-האדם (על-פי גישת מונדלק).⁴⁸ אכן, קו הטענות הפרגמטי הזה השיג את מטרתו.

בעשותנו כך, פעלנו על-פי דרך אשר מבקרי המשפט ככלי לשינוי חברתי מכנים "מסגור והפרדה".⁴⁹ תנועות חברתיות הבוחרות בדרך פעולה זו מצמצמות ותוחמות את התכנית הפוליטית שלהן בעת הציגן אותה בפני בית-המשפט, על מנת שזו תתאים לשפה ולסדר היום הרעיוני ולכלים המשפטיים הרווחים באולמותיו. ביקורת אפשרית נוספת כנגדנו, כעורכי-דין לשינוי חברתי, הינה שצמצום הטענה המשפטית לכדי טענה של פגיעה בריבונות עלולה להביא למצב שבו כל פגיעה פחותה מזו, שאיננה מגיעה כדי פגיעה בריבונות, לא תעבור את סף אי החוקתיות בעתיד. כלומר, הטענות שהגשנו לבית-המשפט על מנת להביא לביטול הפרטת בתי-הסוהר, שאופיינו בגישה מצמצמת ביותר כלפי הלגיטימיות החוקתית של הפרטת סמכויות שלטוניות ושירותים מדינתיים,⁵⁰ פוגעים לכאורה בתפיסתנו הרחבה יותר ביחס ללגיטימיות זו, ועלולים אפוא להזיק למאבק בהפרטה בטווח הארוך.

כנגד הגישה המבקרת שימוש באסטרטגיה של טענות פרגמטיים לשם השגת תוצאות משפטיות מיידיות, מציעה ליבל להימנע מהפרדה בין הספירה המשפטית לבין האקטיביזם החוץ-משפטי.⁵¹ במקרה שלנו, למשל, ניתן לומר שמבחינה ציבורית פסיקת בית-המשפט העליון נגד הפרטת בתי-הסוהר כשלעצמה, במנותק מנימוקי בית-המשפט, מתפקדת כציבור הרחב כזריקת מרץ עבור המאבק נגד ההפרטה, מעורדת התארגנות לפעולה ומשמשת כקרקע לגיוס מחדש של פעילים, ולכן מסייעת לו להתפס כלגיטימי יותר ואפקטיבי יותר. אם ניקח את הדברים צעד אחד הלאה: למעשה, בהצגת המודל ה"רוזה" של תפקיד המדינה אותנתנו לבית-המשפט שבמקרה זה כלל איננו מעוניינים לאתגר את מבנה המדינה, אלא מבקשים לשמר את המבנה המוסדי שלה. טענתנו הייתה שבמקרה הזה, ההגנה הטובה ביותר על החירות היא ההגנה על המבנה המוסדי של המדינה, אשר אמון על הענקת הזכויות וההגנה עליהן. כמובן מסיים, טענתנו הייתה כי התיקון לחוק שמאפשר את הפרטת בתי-הסוהר הוא זה אשר מייצר שינוי רדיקלי במדינה, ואילו העתירה מבקשת להשיב על כנו את המבנה הבסיסי של המדינה המודרנית. וכך, עורכי-דין לשינוי חברתי מוצאים את עצמם מגנים על המבנה הפורמלי של המדינה, על תפיסה של ריבונות מונוליתית

תיאוריה חוקתית, אסטרטגיה ועריכת-דין ציבורית בפרשת ביטול הפרטת בתי-הסוהר | גלעד ברנע ויעל ברדה

ו"לווייתנית", על מנת למנוע את השינויים הרדיקליים שמביא עימו אתוס הכלכלה הניאו-הליברלית והפתרון המורכב של הפרטה.

בכך מודגמת המורכבות של הניצחון שהושג בעתירה לביטול הפרטת בתי-הסוהר. דווקא קבלת הטיעון המוסדי, המונח, לטענתנו, בבסיס פסק-הדין של הנשיאה ביניש, לפיו עצם העברת הסמכויות השלטוניות לגורם פרטי היא התפרקות המדינה מאחריותה כריבון – מחזקת את מעמד המדינה בעידן של גלובליזציה ושל גופים על-מדינתיים חזקים השוחקים מעמד זה. הטענה כי העברת הסמכויות מהווה פגיעה מהותית בלגיטימציה של הפעלת הכוח על-ידי המדינה, מחזקת את הריבון המדינתי ומעניקה לגיטימציה לאלימות המדינה. והרי אלימות זו כוללת גם את אותה האלימות שבה אנו נלחמים יום יום כעורכי-דין העוסקים בזכויות-אדם, ושאותה אנו מבקרים גם כעורכי-דין "מהשטח" המבקשים ליצור מרחב ציבורי עבור קולן של קבוצות בחברה המושתקות באופן זה או אחר. אולם למרות המורכבות הזו, אנו מאמינים שבחשבון אחרון, עורכי-הדין הציבוריים-קהילתיים יוכלו לקצור את פירות פסיקה זו. בחלק האחרון של המאמר נרונ באפשרויות לעשות שימוש ביקורתי בהישגי פסק-הדין על מנת למנוע את המשך ההפרטה של סמכויות שלטוניות ושירותי ליבה מדינתיים.

ה. המאבק בהפרטה אחרי פסק-הדין בפרשת ביטול הפרטת בתי-הסוהר

כפי שהזכרנו לעיל, מודל המדינה שהצגנו בפני בית-המשפט בעתירתנו הוא צר ומינימליסטי. קבלתו של מודל זה על-ידי בית-המשפט, כפי שמשמע מפסיקתו בעתירה, מעלה את השאלה כיצד ניתן להיבנות מהחלטה היסטורית זו על מנת לנסות למנוע הפרטה של שירותים חברתיים נוספים. לטעמנו, ההכרעה בדבר הגבולות החוקתיים של ההפרטה יצרה קרקע פורייה לתקיפה של הפרטה עתידית של סמכויות שלטוניות ושירותי ליבה מדינתיים. תקיפה כזו מתאפשרת בעיקר אם מאמצים את הקו המוסדי שלפיו הפגיעה בשלטון החוק ובמבנה המשטרי של המדינה נתפסת כפגיעה בזכויות-האדם, מתוך תפיסה שבה זכויות-האדם מובטחות על-ידי המדינה. אנו מבקשים להביא כאן מספר דוגמאות של שירותים מדינתיים אשר לגביהם מוצעת או מבוצעת כבר הפרטה, ברמה זו או אחרת, ולסמן דרך שבה ניתן לתקוף יוזמות הפרטה אלו תוך שימוש בהכרעה בפסק-הדין בעניין ביטול הפרטת בתי-הסוהר.

1. מרכז ההדרכה של משטרת ישראל

בעצם ימים אלו נמצא בשלבי התקדמות מכרז להקמה, ניהול והפעלה של מרכז ההדרכה של משטרת ישראל. מדובר בהקמת מרכז הדרכה ענק שירכז כמעט את כל פעילות ההדרכה של משטרת ישראל על כל דרגיה. לפי המתוכנן, הזכיין שייבחר יקים ויפעיל את מרכז ההדרכה, וכמו כן יהיה אחראי על חלק מהותי (כארבעים אחוזים) מתכני ההדרכה שיינתנו לשוטרים-החניכים. מהלך מכרזי זה, שאין לו כל תמיכה או גיבוי בחקיקה ראשית, מעורר את השאלה האם הכשרתו והדרכתו של שוטר – שאינן נוגעות לסמכויות הריבוניות של השוטר – הן בגדר פעילות שחייבת להיעשות על-ידי המשטרה ורק על ידה? ואם כן, איזה איסור חוקתי חל על הפרטת מערך ההדרכה? עמדתנו החד-משמעית היא כי גם פעילות של הכשרה והדרכה של שוטרים (וכן חיילים, סוהרים ושאר אנשי כוחות הביטחון), ולא רק פעילותם במסגרת מילוי תפקידם, חייבת להיעשות אך ורק במסגרת הארגונים המדינתיים שאליהם הם משתייכים. הכשרה והדרכה הן יסוד מכונן וחיוני בהכוונת ההתנהגות של השוטר, שכן מדובר בפעילות הכוללת, מעבר להעברת ידע ומיומנות, גם היבטים חיוניים ומרכזיים של ערכי פיקוד, אתוס ארגוני, דוגמה אישית ואתיקה. המשטרה,

האמונה על שמירת הסדר הציבורי בתוך גבולות המדינה, מורכבת בעיקר מסוכניה המרכזיים, השוטרים. שוטרים אלה מהווים פקירי מדינה, ומתפקידו של הגוף המדינתי להכשירם לתפקידם. לפי תפיסתו של מקס ובר לגבי ביורוקרטיה מדינתית, תפיסה אשר השתרשה ברוב הדמוקרטיה הליברליות, הכשרת הפקידות היא אחד מששת העקרונות של ביורוקרטיה רציונלית, ובמסגרתה מעבירה המדינה לפקידיה ידע וקוד התנהגות החיוני לתפקודה.⁵² הדברים הנם קל וחומר כאשר מדובר בשוטרים, פקירי מדינה אשר להם מנופול על האלימות הלגיטימית של המדינה ושכוחם לשלול חירות ולפגוע פיזית בחשודים על-פי שיקול-דעתם. לאור זאת אנו סבורים כי גם במקרה זה קיימת אותה מסה קריטית של פגיעה מוסדית-מבנית שאין להתיר, ועל כן היא אסורה חוקתית.

2. הפרטה (מיקור חוץ) של הפרקליטות האזרחית

בניגוד לדרך ההסדרה של הקמת הכלא הפרטי, שהתבצעה על-ידי תיקון פקודת בית-הסוהר, המהלך המדובר נעשה ללא חקיקה ראשית המסדירה או מכשירה אותו. במסגרת המהלך מעבירה הפרקליטות לטיפולם של משרדי עורכי-דין פרטיים תיקים אזרחיים שבהם המדינה מהווה תובעת או נתבעת. במסגרת פסק-הדין בפרשת בתי-הסוהר התייחס בית-המשפט לפרקליטות כאל חלק ממעגל גרעיני של פונקציות שלטוניות שמהן המדינה איננה יכולה להתפרק מבלי שתיווצר פגיעה מוסדית שתוביל לפגיעה בחירויות של יחידים. במקרה המתואר הופרטה אמנם רק הפונקציה האזרחית של הפרקליטות, אך דומה שכבר בכך קיימת פגיעה חוקתית מבנית. כל עורכת-דין שמופיעה בבתי-משפט מכירה היטב את ההבדלים, לטוב ולרע, בין עורכת-דין פרטית לבין פרקליטה המייצגת גוף ממלכתי המחויבת לנורמות התנהגות והגינות החלות על המדינה. בנוסף, ברור לחלוטין שלא ניתן באופן מעשי ואפקטיבי ללוות, לפקח או להבנות את פעילותם ושיקול דעתם של אותם עורכי-דין פרטיים במאות ואלפי הליכים. יוצא אפוא כי, בפועל, המדינה העבירה מקטע מהותי מתוך מכלול הייצוג האזרחי שלה לידיים פרטיות. צעד זה מהווה פגיעה מוסדית-מבנית, שלאור הכרעת בית-המשפט בעניין בתי-הסוהר ניתן לטעון כי אין לעשותה.

במסגרת טיעוניה בתיק הפרטת בתי-הסוהר, ניסתה הפרקליטות להקיש מן האפשרות למינוי עורך-דין פרטי לתובע בהליך פלילי בהתאם להסמכה מטעם היועץ המשפטי לממשלה,⁵³ לעניין הפרטת בתי-הסוהר, ולטעון כי מדובר בהאצלת סמכות מסוג דומה. אולם בית-המשפט לא קיבל את טיעוניה של הפרקליטות. על כן, קיימת אפשרות לתקיפת מיקור החוץ של הפרקליטות האזרחית באמצעות הנמקות פסק-הדין.

3. הפרטת מעברי הגבול

מדינת ישראל הפריטה חלקים ניכרים מרכיבי ההפעלה של המחסומים המצויים במעברי הגבול היבשתיים. השליטה על מעברי הגבול היא פעילות מדינתית-ריבונית מובהקת, ולכן מדובר במקרה קל של הפרטת סמכויות שלטוניות, שתוצאתו, לאור הכרעת פסק-הדין בעניין בתי-הסוהר, צריכה להיות בטלות לאלתר. במקרה זה אין צורך בהוכחת התקיימותן של סמכויות ריבוניות בהפעלת מחסומים אלה, וזאת, בשונה מהניתוח שנדרש בפרשת הפרטת בתי-הסוהר, שבו היה צורך למפות את הקשר שקיים בין הריבונות המדינתית לבין הפעלת מערכת המשפט, סמכות הכליאה וזהותם של הסוהרים המפעילים את הכליאה. שליטה על כניסת בני אדם למדינה היא סמכות ריבונית מובהקת, הקשורה בקשר אינהרנטי לשליטה על טריטוריה. זוהי סמכות שבמסגרתה יש למדינה שיקול דעת רחב מאוד, אם לא מוחלט, לקבוע את זהותם של הנכנסים לשטחה. המקרה ברור עוד יותר כאשר מדובר במחסומים בין שטחי הגדה המערבית לישראל: השליטה של ישראל על השטח היא זמנית על-פי דיני המלחמה הבינלאומיים, ולא ניתן להעביר את הזכויות והחובות של הריבון

תיאוריה חוקתית, אסטרטגיה ועריכת-דין ציבורית בפרשת ביטול הפרטת בתי-הסוהר | גלעד ברנע ויעל ברדה

הכובש על-פי אמנת ז'נבה, לרבות את השמירה על הסדר והביטחון בשטח הכבוש, לגורם פרטי שפועל מתוך כוונות רווח.

1. סיכום

פסק-הדין שבו ביטל בית-המשפט העליון את התיקון לחוק שאִפשר את הפרטת בתי-הסוהר הוא ציון דרך במשפט החוקתי בישראל, וכפי שביקשנו לטעון במאמר, גם במשפט המינהלי ובדיני זכויות-האדם. במאמר עסקנו באסטרטגיות שנקטנו בטיעון המשפטי של העתירה. הראשונה, הצגת מודל מוגבל מאוד, כמעט ליברטריאני, של תפקיד המדינה; השנייה, המעבר מטיעון בדבר פגיעה עקרונית או ספציפית בזכויות יסוד של אינדיבידואלים, לעבר טיעון של פגיעה מוסדית-מבנית, אשר רואה פגיעה בשלטון החוק ובעקרון הפרדת הרשויות פגיעה בזכויות-אדם ובחירויות יסוד. אסטרטגיות אלו הציבו בפנינו, כעורכי-דין ציבוריים-קהילתיים, דילמות מורכבות, לנוכח הפער שבין הטיעונים שסברנו כי יסייעו להתקבלות העתירה לבין השקפתנו האישית: מחד גיסא, הטיעונים שבחרנו לטעון, אשר לאור התקבלות העתירה יש להם גם השפעה על השיח הפוליטי והמשפטי, נוגדים את תפיסתנו ואת המטרה הרחבה שאותה אנו רוצים לקדם. מאידך גיסא, טיעונים אלה נדרשו על מנת לזכות בעתירה ולמנוע את מה שנראה בעינינו ובעיני הציבור שנאבק כנגד הפרטת בתי-הסוהר כאסון חברתי, שלטוני, מוסרי ומשפטי. הצלחת העתירה כלמה את היוזמה הזו בישראל, והיא אף מאותתת לקבוצות העוסקות בנושא, בעיקר בארצות-הברית, על האפשרות לתקוף משפטית על בסיס חוקתי את הקמתם וקיומם של בתי-סוהר פרטיים במערכת המשפט האמריקאית.

בסוף המאמר הצגנו תכניות להפרטה של סמכויות שלטוניות נוספות בישראל, הנמצאות בשלבי הכנה או ביצוע: מרכז ההדרכה של המשטרה, הפרקליטות האזרחית, מעברי הגבול והמחסומים. לדעתנו, ניתן יהיה להשתמש בפסק-הדין, ששרטט את הגבולות החוקתיים של הפרטת הסמכויות השלטוניות, על מנת להמשיך ולבלום מגמה זו; אולם יש לעשות זאת תוך ביקורת עצמית, ותוך מודעות לכך שלשימוש בטיעונים אלו בבית-המשפט העליון יש השלכות פוליטיות על גבולות השיח הפוליטי ועל האפשרות לדמיין פתרונות פוליטיים אחרים.

הערות

- 1 בג"ץ 2605/05 החטיבה לזכויות-אדם, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (טרם פורסם, ניתן ביום 19.11.09) (להלן: בג"ץ החטיבה לזכויות-אדם).
- 2 המונח "עריכת-דין לשינוי חברתי" הוא מונח כללי המורכב מכמה הגדרות הכוללות את עריכת-הדין הציבורית (Public Interest Lawyering) ועריכת-הדין הקהילתית. לסקירה מקיפה על הנושא ראו: נטע זיו "עריכת-דין לשינוי חברתי בישראל – מבט לעתיד לאחר שני עשורים של פעילות" מעשי משפט א 26 (2008).
- 3 יחד עם עורכי-הדין אביב וסרמן ואפי מיכאלי.
- 4 במסגרת מאמר זה נשתמש במושג "הפרטה" במובן רחב ביותר – מצב שבו פעילות מדינתית מסוימת הופכת לפעילות המבוצעת באמצעות גורם פרטי.
- 5 תומס הובס לווינתן (תרגום אהרון אמיר, 2009).
- 6 ג'ון לוק על הממשל המדיני – המסכת השנייה (תרגום יוסף אור, 2002).

- 7 המשנה לנשיאה, השופט ריבלין, התייחס בפסק-דינו הקצר והתכליתי לכך שהאמנה החברתית עומדת ביסוד קיומה של המדינה והינה בבחינת חלק מעקרונות יסוד ראשוניים שהמבנה החברתי והחוקתי כולו נשען עליהם.
- 8 .ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA (1974)
- 9 .MAX WEBER, ECONOMY AND SOCIETY: AN OUTLINE OF INTERPRETIVE SOCIOLOGY 212-216 (1978)
- 10 .H. L. A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY: ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF LAW (1968)
- 11 הזכרת ההיבט של פעולה למטרת רווח עלול ליצור רושם מוטעה כאילו העברת סמכויות שלטוניות מובהקות לגוף שאינו פועל לתכלית זו, לא תהווה פגיעה רומה בשלטון החוק ובמבנה המשטר – ולא היא. אך נושא זה חורג מגדר מאמר זה, ויזכה לניתוח נפרד ומקיף במאמר שנפרסם בעתיד.
- 12 ראו, למשל, בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005).
- 13 לסיכום בהיר של המבחן התלת-שלבי, ראו: Aharon Barak, *Proportional Effect: the Israeli Experience*, 57 U. OF TORONTO L. J. 369, 370-374 (2007).
- 14 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221 (1995).
- 15 למשל: בג"ץ 4438/97 עדאלה נ' משרד התחבורה (לא פורסם, ניתן ביום 25.2.1998), בעניין כיתוב בערבית על שלטי תנועה. העתירה נמחקה לאחר שהמשיבים קיבלו על עצמם לבצע שילוט תלת-לשוני.
- 16 גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות למימד החברתי של זכויות-האדם" שנתון משפט העבודה ז 65, 105 (1999).
- 17 ראו בג"ץ החטיבה לזכויות-אדם, לעיל ה"ש 1, בפסקה 18 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.
- 18 שם, בפסקה 35.
- 19 שם, בפסקה 15.
- 20 שם, בפסקה 19.
- 21 שם, בפסקה 23. ראו גם שם, בפסקה 24, לגבי זרועות הביטחון השונות במדינה.
- 22 שם, בפסקה 24.
- 23 שם, בפסקה 25.
- 24 הכנס נערך בתאריך 6.12.09. לצפייה בדברים שנאמרו בכנס: <http://goo.gl/IBQuq>.
- 25 דוגמה למצב כזה עשויה להיות במצב שבו הכנסת, כרשות מחוקקת, תפקיע את סמכויות הממשלה ו"תבלע" אותן. לכאורה מצב כזה אינו צופן בחובו פגיעה בחירויות וזכויות יסוד מוגנות – אך ברור לגמרי שהוא מביא לערעור עקרון הפרדת הרשויות ולפגיעה אנושה במבנה המשטר הדמוקרטי. אנו סבורים כי פגיעה מעין זו ניתנת למניעה באמצעות הטיעון המבני-מוסדי.
- 26 סעיפים 2 ו-5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 27 ראו בג"ץ החטיבה לזכויות-אדם, לעיל ה"ש 1, בפסקה 3 לפסק-דינה של השופטת נאור.
- 28 שם, בפסקה 12.
- 29 שם, בפסקה 15.
- 30 שם, בפסקה 18.
- 31 שם, בפסקה 4 לפסק-דינה של השופטת חיות.
- 32 הלגיטימיות שבשליטת החירות והפעלת הכוח על-ידי המדינה אובדת מעת ששליטת החירות והפעלת הכוח ניתנים בידי הגורם הפרטי, שכן בכך משתנה מהות שליטת החירות כחלק מן ההליך הפלילי. ראו: Michael Walzer, *At McPrison and Burglar King, it's... Hold the justice*, 192 NEW REPUBLIC 10.8.1985.
- 33 ראו לעיל ה"ש 5, בפרק טז.
- 34 ראו לעיל ה"ש 6.

- Austin Sarat & Stuart Scheingold, *State Transformation, Globalization, and the Possibilities of Cause Lawyering: An Introduction*, in CAUSELAWYERING AND THE STATE IN A GLOBAL ERA 3, 13 (Austin Sarat & Stuart Scheingold eds., 2001).
- JOHN HOWARD, *THE CUTTING EDGE: SOCIAL MOVEMENTS AND SOCIAL CHANGE IN AMERICA* (1974) 36
- JAMES MARLISE, *THE PEOPLE'S LAWYERS* (1973) 37
- BURTON A. WEISBROD, JOEL F. HANDLER, NEIL K. KOMESAR, *PUBLIC INTEREST LAW: AN ECONOMIC AND INSTITUTIONAL ANALYSIS* (1978) 38
- Karen O'Connor & Lee Epstein, *Rebalancing the Scales of Justice: An Assessment of Public Interest law*, 7 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 483 (1984) 39
- Thomas M. Hilbink, *You Know the Type: Categories of Cause Lawyering*, 29 LAW & SOC. INQUIRY 657 (2004) 40
- ראו זיו, לעיל ה"ש 2. 41
- Michael Grossberg, *The Politics of Professionalism: The Creation of Legal Aid and the Strains of Political Liberalism in America, 1900-1930*, in LAWYERS AND THE RISE OF WESTERN POLITICAL LIBERALISM 305 (Terence C. Halliday and Lucien Karpik eds., 1998) 42
- שיינגולד מבקר את עריכת-הדין החלוצית-אליטיסטית, באומרו שהיא איננה מבדילה בין שמירה על עקרונות חוקתיים לבין שינוי חברתי, תהליך הזדהות שהוא מכנה "מיתוס הזכויות". לדבריו, עורכות-הדין החלוציות רואות בקידום של עקרונות חוקתיים או בשמירה עליהם יצירה של שינוי חברתי, למרות שבמקרים רבים קידום עקרונות אלו משמר את המערכות אשר בנויות על אי צדק חלוקתי, ולעתים אף מחזק אותן, עקב הלגיטימציה שהן מקבלות מקידום של עקרונות חוקתיים. ראו, STUART SCHEINGOLD, *THE POLITICS OF RIGHTS: LAWYERS, PUBLIC POLICY AND POLITICAL CHANGE* (2004) כתשובה לביקורת זו, טוענים זיו ושמיר כי האמונה ביכולתו של המשפט להוביל לשינוי חברתי, באמצעות פעולתם של שופטים ובאמצעות מוסדות המדינה המעניקים זכויות, מובילה לעיסוק בעניין העקרוני ולא בתיק הפרטני, והשינוי המשפטי באמצעות ליטיגציה הופך להיות למטרה בפני עצמה. עורכות-הדין הנוקטות גישה זו מנסות לשנות את המדינה באמצעות המדינה ופועלות בתוך המערכת ומתוכה, כאשר שפתן היא שפת המשפט המינהלי והחוקתי, שפתה של המדינה, ומעשיהן הם מעשי המדינה. פעולות אלה מחזקות את הלגיטימיות של המערכת כדמוקרטית ופלורליסטית, גם כאשר בפועל היא עסוקה בעיקר בפעולות של דיכוי. כתוצאה מכך הן מסיטות את הדיון מן המרחב הפוליטי, החברתי והתרבותי למרחב המשפטי, שבו הדיון עוסק בפגיעה בזכויות או בהפליה. ראו Ronen Shamir and Neta Ziv, *State-Oriented and Community-Oriented Lawyering for a Cause: A Tale of Two Strategies*, in CAUSELAWYERING AND THE STATE IN A GLOBAL ERA 287 (Austin Sarat & Stuart Scheingold eds., 2001) 44
- Ronen Shamir and Sara Chinski, *Destruction of Houses and Construction of Cause: Lawyers and Bedouins in the Israeli Courts*, in CAUSE LAWYERING: POLITICAL COMMITMENTS AND PROFESSIONAL RESPONSIBILITIES 227, 239 (Austin Sarat & Stuart Scheingold eds., 1998) 45
- דפנה ברק-ארו "זכויות-אדם בעידן של הפרטה" עבודה, חברה ומשפט ח 209 (2001).
- Michael McCann, *How Does Law Matter for Social Movements*, in HOW DOES LAW MATTER 76, 86 (Bryant G. Garth and Austin Sarat eds., 1998) 46
- אנו סבורים כי גם במצב החוקתי הקיים היום ניתן לגזור, להגן ולקיים זכויות חברתיות מתוך חוקי היסוד הקיימים. כוונתנו, בין היתר, גם לגזירת זכויות כאלו מתוך כבוד-האדם, חירותו וחופש העיסוק שלו, וכן מתוך הגנות מבניות-מוסדיות כדוגמת אלו הקבועות בחוק-יסוד: משק המדינה.
- ראו מוגדלק, לעיל ה"ש 16, בעמ' 68. 48

- 49 ראו אורלי ליבל "הפרדוקס של אקטיביזם חוץ משפטי: תודעה משפטית ביקורתית ופוליטיקה לשינוי החברה" **מעשי משפט** א 63, 66 (2008) (תרגום: זהר כוכבי).
- 50 במסגרת הטיעון בעתירה התווינו מעגלים שונים של סמכויות ופעילויות, וניתחנו באלו מהם מתחייבת, במובן החוקתי, פעילות מדינתית. זהו המעגל הפנימי של סמכויות ופעילויות הליבה: קיום והפעלת כוחות מזוינים; משטרה (הן בהיבט של שמירת הסדר הציבורי והן בהיבט של חקירת עבירות פליליות); תביעה כללית ושפיטה (על כל היבטיה); גביית מסים.
- 51 ראו ליבל, לעיל ה"ש 49.
- 52 Max Weber, *Characteristics of Bureaucracy*, in FROM MAX WEBER: ESSAYS IN SOCIOLOGY 196 (translated and edited by H.H. Gerth and C. Wright Mills, 1946).
- 53 לפי סעיף 12(א)(1)(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 1043. ראו: בג"ץ 8340/99 גורלי כוחן ושות' – משרד עורכי-דין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(3) 79 (2001); בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(3) 652 (2003).



יונתן טואיטו, ללא שם, תמונה מתוך מיצג. הוצג במסגרת האירוע "הערה 4 - הערה גדולה", מוזיאון אסירי
המחתרות, ירושלים, דצמבר 2003.
תמונה: לירז פאנק