

## הפליה ניאוליברלית: בחזרה אל המסה "מחשבה ביקורתית בצל המשפט" (2012)

ליאורה בילסקי, העורכת השלישית של תיאוריה וביקורת

הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב

עפרה בלוך

בית הספר למשפטים, אוניברסיטת ייל

### מבוא

את המסה "מחשבה ביקורתית בצל המשפט" כתבתי בשנת 2010 עם כניסתי לתפקיד עורכת תיאוריה וביקורת. הצגתי אותה בערב שנערך במכון ון ליר בירושלים לרגל חילופי העורכים ולציון עשרים שנה לכתב העת, ואחר כך פרסמתי אותה בקובץ ההרצאות שנישאו באותו ערב, ארבע הרצאות על תיאוריה ביקורתית, בעריכת גיל אייל (בילסקי 2012). זו הייתה הפעם הראשונה שלכתב העת הייתה עורכת מתחום המשפט – תחום אשר מזוהה במידה רבה עם חשיבה על בסיס תקדימים ועם מחויבות לשימור הסטטוס קוו – ולכן היה לי חשוב לחשוף את קהילת כתב העת לחשיבה הביקורתית שהתפתחה באקדמיה המשפטית האמריקנית והשפיעה עמוקות על חקר המשפט בישראל. ברמה התיאורטית ביקשתי לבחון כיצד חשיבה ביקורתית ופרקטיקה משפטית יכולות להשתלב זו בזו. המסה יוחדה לשאלה אם ייתכן פיתוח של תיאוריה ביקורתית מתוך הישענות על המשפט, או שמא פנייה להליך המשפטי מגבילה בהכרח את החשיבה הביקורתית. דרך בחינה של שלושה שדות – תיאוריה פמיניסטית, חקר השואה והמשפט, ומשטר האזרחות בישראל – ביקשתי לצייר תמונה מורכבת: מצד אחד, בכל אחד מהתחומים הללו ההסתמכות על הבחנות משפטיות עזרה להסתיר ולשעתק פרקטיקות הפליה והדרה ארוכות שנים; מצד שני, השימוש במשפט לצורכי רפורמה חברתית קידם את התפתחותה של התיאוריה הביקורתית ונתן לה מרחב חדש, כלים חדשים ושפה חדשה.

התיאוריה הביקורתית חשפה כי ההפליה מתאפשרת, בין היתר, על ידי ביסוס ההפרדה בין התחום הפרטי – שבו לא רק שבני אדם מפלים, אלא שהפליה והפעלת כוח אחרת מותרות ומוגנות כחלק מקטלוג החירויות הליברליות, ובין התחום הציבורי – שבו המדינה לכדה כפופה למשטר הזכויות ולאיסור ההפליה. ואמנם, המסה הראתה כיצד התיאוריה הביקורתית עזרה למשפט להטיל אחריות גם על מי שמסתתרים תחת חסות ה"פרטי" – בני זוג אלימים (פמיניזם), תאגידים עסקיים (שואה ומשפט) והסוכנות היהודית (משטר האזרחות). המסה, אם כן, סיפרה סיפור אופטימי בדרך כלל: היא הדגימה כיצד אפשר לרתום את המשפט לקידומה של חשיבה ביקורתית וכיצד אפשר לתרגם את הביקורת לרפורמות משפטיות.

כשנכתבה המסה היה הפמיניזם הרדיקלי מבית מדרשה של קתרין מקינון (2005) אחד התחומים המבטיחים לתרגום חשיבה ביקורתית לרפורמות באמצעות המשפט. ואולם ניצני התפכחות וביקורת התחילו לצוץ כבר אז – למשל בספרה של ג'נט היילי, **החלטות חצויות: למה ומתי לקחת הפסקה מפמיניזם** (Halley 2006), שסקרתי בתיאוריה וביקורת (בילסקי 2009) – אבל חלפו כמה שנים בטרם החלו תיאורטיקניות מתחום המשפט לבקר את מה שמכונה "המפנה הפלילי" של התיאוריה הפמיניסטית, כלומר את ההסתמכות הגוברת של פמיניסטיות על מנגנוני הכפייה של המדינה והמשפט הבינלאומי. אלו מצידם השתמשו במשפט הפלילי באופן מפלה כנגד קבוצות ומיעוטים בכסות הפמיניזם.

המסה שלפנינו מצטרפת לגוף ספרות ביקורתית זה ומבקשת להפנות מבט אל תהליכים של "רסיגניפיקציה" – שימוש בתיאוריה ביקורתית בדרך המעקרת אותה מתוכן ובו בזמן מקנה לפרקטיקות חדשות של הפליה חזות פרוגרסיבית וליברלית. העמדה הרפלקסיבית שאני מבקשת לפתח בהווה לגבי מה שכתבתי בעבר צומחת מתוך דיאלוג עם עפרה בלוך, חוקרת צעירה אשר כתיבתה מוקדשת לחקר מנגנוני הפליה בישראל ובארצות הברית. בהקשר הזה, המסה המשותפת שלנו מבקשת להביע עמדה לגבי עצם הליך הרפלקסיה על כתיבה קודמת – הליך שהוא דיאלוגי במהותו, לא רק בין הכותבת ובין עצמה, אלא גם בינה ובין חוקרים שמציעים קריאות חדשות.

בחרנו להתמקד כאן במשטר האזרחות בישראל. הדיון בנושא הזה במסה הקודמת בחן את השאלה אם המשפט מאפשר להציג היסטוריה משפטית ביקורתית: למשל, האם אפשר להעלות את סיפור הנכבה הפלסטינית בבית משפט ישראלי? הניתוח הראה כי דווקא הצלחה של תביעתו של אזרח פלסטיני בבג"ץ תרמה להשתקה ולהשכחה של הזיכרון הפלסטיני הקולקטיבי. כך עלולה ההצלחה המשפטית הנקודתית לשמש בידי השלטון כלי חשוב לשימור הלגיטימיות שלו ולהעלמת הצורך בחשיבה ביקורתית מקיפה על משטר האזרחות בישראל.

במסה הזאת אנחנו חוזרות לעסוק בקשר שבין חשיבה ביקורתית למשפט מתוך ניתוח משפט האזרחות בישראל 2018 וקישורו לתהליכים גלובליים. ראשית נבחן כיצד משטר האזרחות בישראל משתנה בעידן הניאו-ליברלי ולאחר מכן נשאל מה השינויים האלה

מלמדים אותנו על היחס שבין משפט לביקורת. בחלק הראשון של המסה נאפיין אפוא את מנגנוני ההפליה החדשים בישראל, ובחלק השני נשתמש בניתוח זה כדי לבחון את השיח הנלווה לאותם מנגנונים והמבקש להקנות להם לגיטימציה על ידי הישענות על ערכים ליברליים.

השינוי המרכזי במשטר האזרחות הישראלי שעליו נצביע הוא שינוי במנגנון ההפליה וההכפפה. אנחנו טוענות שבעת האחרונה המדינה פונה לטכניקות חדשות של הפליה. ההפליה החדשה, שנכנה אותה "הפליה ניאורליברלית", מסתמכת ביתר שאת על ההבחנה בין הפרטי לציבורי ועל מנגנוני שוק כדי להסתיר את ההפליה ולייצר לה לגיטימציה.<sup>1</sup> אנחנו מזהות שני מנגנונים מרכזיים של הפליה ניאורליברלית שצמחו בשנים האחרונות בתגובה לביקורת ולהגבלות המשפטיות על הפליה מדינתית מסורתית. הראשון הוא מנגנון הפרטת ההפליה, שבמסגרתו מופרטות סמכויות שהיו בעבר ממשלתיות או מואצלות לגופים לא ממשלתיים.<sup>2</sup> אותם גופים שפועלים במקומה של הממשלה מפלים גם הם, אלא שכגופים פרטיים פעולתם נתפסת כביטוי של העדפות פרטיות לגיטימיות וכמימוש החירות האישית. נדבך נוסף של הפליה נחשף כשאותו "שוק" מופרט זוכה להתערבות המדינה: המדינה מתקצבת באופן לא שוויוני גופים פרטיים ממגזרים מסוימים, ובכך מעניקה להם יתרון בתחרות עם גופים אחרים. המנגנון השני אינו כולל העברת כוח לידיים פרטיות, אלא שימוש גובר בהגיון השוק ובאידיאולוגיית השוק. זהו מנגנון של תקצוב ממשלתי מותנה, שמשמש בתמריצים או בקנסות כספיים כדי להבחין בין ארגונים שונים על סמך קריטריונים לגיטימיים לכאורה של חלוקה, אשר עוזרים להסתיר את ההפליה שננקטת בפועל.

המעבר אל הספרה הפרטית והפעלת הגיון השוק בחלוקתם של משאבים ציבוריים מטשטשים את קיומה של הפליה שיטתית. נוסף על כך, כפי שנראה, אחד המאפיינים המובהקים של ההפליה הניאורליברלית הוא שנלווה אליה שינוי ברמת השיח – שימוש בעולם המושגים הליברלי כדי להצדיק את ההפליה. בספרות הביקורתית תופעה זו מכונה כאמור "רסיגניפיקציה": "הצד המבוקר" (לרוב המדינה) מנכס לעצמו מושגים מהותיים של תיאוריה ביקורתית כדי להציג חזות של הפנמת הביקורת. בדרך הזאת הביקורת מעוקרת מכל אפשרות של שינוי מבני או הפסקת ההפליה. הישענות על שיח ביקורתי מהופך/מעוקר מציגה את ההפליה החדשה כבלתי נמנעת ואף כרצויה.

1 אנחנו משתמשות במונח הפליה בצורה רחבה וכוללות בו גם מנגנונים של הכפפה ושימור היררכיות אזרחיות. להסבר על הבחנה זו ראו Fiss 1994.

2 ניאורליברליזם ככלל מחליף דפוס שלטוני שבמרכזו הממשלה (government) בדפוס של משילות (governance), "תצורה רחבה, הכוללת גם את המדינה וגם גורמי מפתח בחברה האזרחית". הניאורליברליזם מעדיף משילות, שבאמצעות ההפרטה מעבירה את הכוח מן הממשלה לידי ההון, ובד בבד מפריטה שירותים חברתיים ומעבירה אותם משליטת המדינה לשליטת מגזרים ועמותות. ראו גוטוויין 2016.

הרסיגניפיקציה אינה ייחודית לישראל. הכתיבה הביקורתית עמדה עליה בקשר לתהליכי גלובליזציה ולעליית הניאורליברליזם. ואולם עד כה הנחת העבודה הייתה שהתופעה נובעת בעיקר מזניחת שאלות של חלוקה לטובת שאלות של הכרה (Fraser 2012; 2017). במסה הנוכחית נבקש לבחון את ההנחה הזאת על ידי החזרת המבט אל המשפט: מה הקשר בין רסיגניפיקציה למשפט? ומה תפקיד המשפט ביחס לתיאוריה הביקורתית בעידן הניאורליברלי? האם הוא רק מעכב ומסתיר את ההפליה? האם ביכולתו גם לעזור ולקדם שיח חברתי-ביקורתי?

### בחזרה לקעדאן

לפני שנפנה לבחון מקרוב את מנגנוני ההפליה החדשים, אנו מבקשות לעמוד על ההבדלים בין ההפליה הניאורליברלית ובין ההפליה המסורתית באמצעות סיפור ההפליה בקרקעות ועניין קעדאן.<sup>3</sup> העותרים בעניין קעדאן העלו טענות של הפליה פסולה לאחר שנדחתה בקשתם לבנות את ביתם ביישוב קציר והובהר להם כי אדמות היישוב מיועדות ליהודים בלבד. בג"ץ קיבל את טענתם ואסר על ועדות קבלה ביישובים קהילתיים להפלות ערבים. עם זאת, יש לזכור כי ההפליה שבעקבותיה הגישו בני הזוג קעדאן את העתירה ב-1995 אינה תחילתו של סיפור ההפליה בקרקעות אלא נקודת האמצע שלו, שכן המדינה לא הפלתה במישורין בין ערבים ליהודים. את הקרקע להקמת היישוב הקהילתי קציר, שבו ביקשו בני הזוג קעדאן לבנות להם בית, הקצתה המדינה לסוכנות היהודית, ובכך העבירה סמכויות לגוף לא ממשלתי<sup>4</sup> ועקפה את האיסור על הפליית קבוצות אזרחים ועל הקמת יישובים ליהודים בלבד במימון המדינה. ואולם אף שהמדינה נעזרה בגוף לא ממשלתי, אסר בית המשפט את ההפליה וקבע כי "המדינה אינה יכולה להשתחרר מחובתה החוקית לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין, על-ידי שימוש בגוף שלישי הנוקט מדיניות מפלה".<sup>5</sup> במילים אחרות, בית המשפט זיהה את המנגנון של ההפליה רבת-השנים שהסתמכה על ההבחנה הליברלית בין הפרטי לציבורי, וקבע שדין הסוכנות היהודית כדין המדינה. פסיקת בג"ץ אמנם הייתה הצלחה משפטית, אבל בית המשפט לא עסק כלל בשאלת אי-השוויון המקדים בהקצאת הקרקעות בישראל (זיו 2014) או בזיכרון הנכבה שהולידה אותו. ואמנם, המסה "מחשבה ביקורתית בצל המשפט" (בילסקי 2012) הראתה כי בית

3 בג"ץ 6698/95, קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, נז(1) 258 (2000) (להלן בג"ץ קעדאן).

4 הסוכנות הוקמה בשנת 1929 ומאז הייתה הגוף השלטוני של יהודי ארץ ישראל ונציגתם מול שלטונות המנדט ומדינות העולם, ולמעשה נחשבה ממשלתה של "המדינה שברדך". עם הקמת המדינה העבירה הסוכנות היהודית רבים מתפקידיה לממשלה החדשה, אך השאירה בידיה את האחריות לעלייה, להתיישבות ולקשר עם יהדות התפוצות. ראו אתר הסוכנות היהודית [www.jewishagency.org/he/zionism/content/22245](http://www.jewishagency.org/he/zionism/content/22245). להרחבה ראו עילם 1990.

5 בג"ץ קעדאן, עמ' 285.

המשפט כרך את ההכרה בזכויות העותרים בנוכחותם לוותר על זיכרון העוול ההיסטורי הקבוצתי ועל כל טענה ביחס לאי־השוויון המקדים בחלוקת הקרקעות ולתפקיד הסוכנות היהודית ביישוב יהודים בעשורים הראשונים אחרי הקמת המדינה.

הן ההצלחה התקדימית של בג"ץ קעדאן במאבק בהפליה והן השתקת זיכרון הנכבה לא היו סוף פסוק, אלא אבן דרך בהתפתחות משטר האזרחות הישראלי. ראשית, האיסור החד־משמעי לכאורה של בית המשפט על הפליית אזרחים ערבים והדרתם מיישובים קהילתיים יהודיים עורער באמצעות גלגול צורה נוסף של ההפליה – זו שאנחנו מכנות הפליה ניאול־ליברלית. בעקבות פסק הדין בעניין קעדאן הייתה המדינה מנועה מלקדם מדיניות התיישבות אתנו־לאומית על ידי העברת סמכויות לסוכנות היהודית, ולפיכך בחרה "להפריט" את ההפליה לרמת היישוב הקהילתי הבודד: חוק ועדות קבלה החדש שחוקק בשנת 2011 מעניק לוועדות הקבלה היישוביות שיקול דעת מלא לדחות מועמד המבקש לגור ביישוב אם "אינו מתאים לחיי חברה בקהילה", או אם יש "חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי־תרבותי של היישוב הקהילתי".<sup>6</sup>

באופן כזה ההפליה המופרטת מומשגת מחדש ומבקשת לקבל לגיטימציה כביטוי של הגנה על פלורליזם ורב־תרבותיות וכ"זכותו" של היישוב הקהילתי לקיים אורח חיים ייחודי. מצד אחד, החוק אוסר במפורש להפלות על בסיס גזע, דת, מין, לאום, נטייה מינית וכיוצא בזה. מצד שני, החוק מכיר בזכותו של יישוב לשמור על תרבותו ואורח חייו ולא לקבל אליו את מי שאינם מתאימים לו. החוק החדש יוצר אפוא משוכה כפולה מפני ביקורת שיפוטית: מקים מחדש את ההבחנה בין הפרטי לציבורי (על ידי העברת ההחלטה לרמה של היישוב הבודד) אגב שימוש בשפה ליברלית אשר אוסרת במפורש על הפליה, אך בו בזמן מחסן החלטות מפלות של יישובים מפני ביקורת, בשם ההגנה על הפלורליזם ועל הזכות לתרבות. כך ההפליה מצטיירת כהעדפה פרטית לגיטימית של תושביו של יישוב וכמימוש זכותם לבחור עם מי להתגורר ולהשפיע על אופיו של יישובם. מושגים ששימשו בעבר לביקורת על הדרה ועל אי־השוויון בחברה הישראלית עברו רסינגניפיקציה ומשמשים עתה להצדקת ההפליה עצמה.

בתוך כך עיקר חוק ועדות קבלה החדש את ההלכה המגינה על "מיעוט בעל אורחות חיים ייחודיים", שנקבעה ב־1989 בעניין אביטן (שעסק בהקמת יישובים ייחודיים לבדווים) והוזכרה בפסק הדין בעניין קעדאן.<sup>7</sup> הדוקטרינה המקורית מאפשרת במקרים מסוימים למיעוט להדיר את חברי קבוצת הרוב כדי לשמור על אורחות חייו הייחודיים; אבל על פי חוק ועדות קבלה החדש נראה שהאפשרות להפלות ולהדיר כדי להגן על הזכות לתרבות

6 חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011.  
7 בג"ץ 528/88, אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989). לבחינה ביקורתית של הדוקטרינה בדבר זכותה של קהילת מיעוט בעלת אורחות חיים ייחודיים לאזור מגורים נפרד ראו בלנק 2011.

אינה שמורה עוד רק לקבוצות מיעוט.<sup>8</sup> עתירה נגד חוקיות החוק החדש שנטען בה כי מנגנוני הסינון והקריטריונים העמומים ישמשו הלכה למעשה לדחיית ערבים וליצירת קהילות הומוגניות המדירות קבוצות מיעוט, נדחתה על הסף בשל "חוסר בשלות".<sup>9</sup> כך היה למשפט תפקיד כפול בהפליה. ההבחנה המשפטית בין הפרטי לציבורי היא שאפשרה מלכתחילה הפליה באמצעות הסוכנות היהודית, גוף שלמראית עין הוא נפרד מן הממשלה. ואולם, בפרשת קעדאן הציע בית המשפט דרך להתגבר על ההבחנה על ידי הצבעה על התפקיד המעין-מדינתי שהסוכנות היהודית ממלאת בתחום ההתיישבות. אלא שכבר באותו פסק דין הגביל בית המשפט את תחולת העתירה וקבע:

עתירה זו צופה בעיקרה פני עתיד. אין בכוננת העותרים להעביר תחת שבט הביקורת את המדיניות ארוכת השנים לפיה הוקמו ברחבי הארץ יישובים – קיבוצים מושבים ומצפים – שבהם התגוררו בעבר ומתגוררים היום, כמעט תמיד, אך ורק יהודים. העותרים אינם ממקדים את טיעוניהם בלגיטימיות של המדיניות ששררה בעניין זה בתקופה שקדמה לקום המדינה ובשנים שחלפו מאז הקמתה. הם אף אינם מערערים על התפקיד המכריע שמלאה הסוכנות היהודית ביישוב יהודים ברחבי המדינה במהלך מאה זו.<sup>10</sup>

אנו רואים כי בבג"ץ קעדאן הנכונות של בית המשפט לקבל את העתירה הייתה כרוכה בהתעלמות מהנרטיב ההיסטורי של הנכבה וממדיניות הפקעת הקרקעות וההפליה השיטתית של הערבים. משנות התשעים אנו עדים לניסיונות בקרב הציבור הפלסטיני בישראל להעביר את סיפור הנכבה מן הרמה הפרטית-משפחתית לרמה הציבורית כחלק מהתעוררות לאומית (Rouhana and Sabagh-Houri 2017). המדינה מצידה חוקקה את "חוק הנכבה", המבקש לדכא שוב את זיכרון הנכבה על ידי ענישה של הבוחרים לציינה ביום העצמאות של מדינת ישראל. כפי שנראה בהמשך, גם חוק הנכבה הפך בעידן הניאו-ליברלי ממנגנון ישיר של משפט פלילי כופה למנגנון של תמרוץ כלכלי, מלווה בשיח ליברלי שנועד להצדיק את ההפליה.

המסה משנת 2012 הראתה כי כוחו של המאבק המשפטי מוגבל: ההכרה בהפליה הייתה תלויה בכך שהנרטיב ההיסטורי הקבוצתי של הנכבה ואי-השוויון המקדים לא יוכרו במשפט. הסיבה לכך הייתה שהלגיטימיות של המשפט הליברלי תלויה ביכולתו להצביע על הפרדה בין הפוליטי (הסיפור ההיסטורי השנוי במחלוקת) ובין המשפטי, אבל היא גם מחלישה את כוחו של בית המשפט לשנות מבני עומק של הפליה.<sup>11</sup> בעידן הניאו-ליברלי

8 להסתמכות על תיאוריה ליברלית להצדקת זכותו של הרוב להגן על תרבותו ראו Orgad 2015.

9 בג"ץ 2311/11, סבא נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014).

10 בג"ץ קעדאן, עמ' 284.

11 להרחבה ראו ג'בארין ובן-שמש 2010.

נוסף על אותו מבנה כפול של הכרה והסתרה מנגנון חדש של הפליה, שמשמש בשפה הליברלית עצמה כדי להסתיר את ההפליה ולחסנה מפני ביקורת.

### הפליה ניאורליברלית

בחלק זה נבחן את מאפייני ההפליה הניאורליברלית, המתבטאים בתהליכי הפרטה מואצים של סמכויות ממשלה לצד מעבר מהסתמכות על ארגז הכלים של המשפט הציבורי הכופה (סנקציה פלילית, צנזורה) אל המשפט הפרטי והתמרוץ הכלכלי (תביעות אזרחיות, חוזים, תמריצים כלכליים). נשאל כיצד אפשרויות הביקורת משתנות נוכח השימוש במנגנונים אלו.

#### א. הפרטת ההפליה

בעידן הניאורליברלי יותר ויותר סמכויות שהיו מרוכזות בעבר בידי המדינה מופרטות ומופקדות בידי גופים לא ממשלתיים, פרטיים או פרטיים למחצה. גופים אלו כפופים לאמות מידה חוקתיות, חוקיות וציבוריות מחמירות פחות מאמות המידה שמחייבות רשויות ציבוריות מסורתיות. בכך אין חדש; אך בשנים האחרונות אנחנו מזהות שימוש במנגנון זה באופן שמאפשר פרקטיקות מפלות שבצורתן הישירה אסר בית המשפט לנקוט אותן: פרקטיקה שנתפסת כהפליה אסורה כשהיא מתבצעת בידי המדינה, בשדה המופרט היא נחשבת העדפה פרטית לגיטימית המוגנת בשוק הפרטי. ההבחנה המסורתית בין הפרטי לציבורי מאפשרת לאותם גופים לפעול תחת משטר ביקורתי שונה, שחשיבות השוויון בו פחותה, ואילו העדפות פרטיות זוכות בו להגנה והן מוצדקות מכוח ערכי החירות האישית, הפלורליזם והרב-תרבותיות.<sup>12</sup>

אבל זהו רק חלקו הראשון של הסיפור, שכן על המנגנון הזה נוסף עוד רובד: לאחר שתחום מסוים מופרט או מבוזר, המדינה מעדיפה באופן שיטתי גופים פרטיים המשתייכים למגזרים מסוימים, ובעלת הבירוקרטיה ובמסווה של קריטריונים אובייקטיביים היא מתקצבת אותם באופן שמקנה להם יתרון בתחרות מול גופים אחרים באותו שוק מופרט. כך, במסווה של תחרות, שוק פרטי וקידום הפלורליזם, תקצוב לא שוויוני מוביל לכך שגופים מסוימים – המשתייכים על פי רוב למחנה הדתי-לאומי – זוכים בנתח שוק גדול, ואילו גופים אחרים מופלים לרעה ויכולתם להתחרות בגופים המתקצבים בשוק הפרטי נפגעת בשל כך. גם אם העדפות פרטיות לא ייצרו מראש הפליה שיטתית, התקצוב המדינתי הלא שוויוני מייצר אותה.

12 להרחבה על מנגנון ההפרטה כאמצעי לעקיפת מגבלות חוקיות ופוליטיות החלות על גופים ציבוריים ראו הראל ושרון 2017.

המנגנון הזה פועל בשיא עוצמתו בתחום החינוך. בעת האחרונה מרכיבים לדבר על ה"הדתה" של מערכת החינוך הממלכתי (קשתי 2016א). תכנים פוליטיים מסוימים אכן משתלטים על מערכת החינוך, אך לרוב לא אינדוקטרינציה כופה "מלמעלה" היא שמאפשרת את ההדתה, אלא מנגנוני הפרטה שמאפשרים העדפה שיטתית של עמותות וגופים פרטיים המשתייכים למחנה הציוני-דתי ולזרם האורתודוקסי. במקום להתערב ישירות בתוכנית הלימודים הרחיב משרד החינוך את מסגרות החינוך הלא פורמלי באמצעות פעילות של עמותות בתוך בתי הספר. כך הפסיק משרד החינוך לפעול בתחומים כגון "חינוך לערכים", ועמותות וגופים פרטיים ופרטיים למחצה הופקדו במקומו על חלקים גדולים של עיצוב תוכנית הלימודים ולימודה. במקביל עמותות הימין הדתי זוכות לסבסוד גבוה של המדינה, ואילו ארגונים בעלי גישה פלורליסטית יותר ליהדות ולישראליות זוכים למימון מועט או שאינם זוכים למימון כלל.<sup>13</sup> וכך, כאשר מנהל בית ספר מתבקש לבחור בין תכנים ועמותות, הבחירה קלה: עמותות הימין הדתי מציעות תכנים זולים הרבה יותר ואף בחינם, ואילו כדי לקנות תוכנית מעמותות פלורליסטיות נדרש תקציב גדול. במילים אחרות, תנאי התחרות על היכולת להציע תכנים אינם שוויוניים: הפרטת התחום והעברתו לבחירת מנהלי בתי הספר מייצרת מראית עין של פלורליזם, אך לאמיתו של דבר היא מובילה להתחזקות הגופים הדתיים המסובסדים על חשבון גופים המציגים יהדות או זהות ישראלית אחרת.

#### ב. מנגנון התקצוב: מחופש הביטוי לחופש המימון

ראינו כי למרות מראית עין של פלורליזם, ההפליה נעשית באמצעות תקצוב סלקטיבי. ואולם כיצד מצדיקים מנגנון כזה כאשר המדינה מחויבת לכאורה לעקרונות אוניברסליים של חלוקת התקציב? בשנים האחרונות קידמה הממשלה יוזמות שונות המתנות חלוקת תקציבים ממשלתיים בעמידה בקריטריונים פוליטיים, ובראשם דרישת הנאמנות למדינה ולאופייה כמדינה יהודית ודמוקרטית. הקריטריונים מאפשרים לממשלה להבחין בין גופים ולהפלות ביניהם במסווה של תנאים שנתפסים לגיטימיים. תקציבים שחולקו בעבר לפי אמות מידה פורמליות, המתיימרות להיות ניטרליות מבחינה פוליטית, מותנים עתה בתוכן ובמהות פוליטיים. במקום מנגנונים של משפט פלילי כופה וצנזורה, שהשימוש בהם אינו מקובל עוד, משתמשים כעת בתמריצים כלכליים ובהגיון השוק כדי לקדם סדר יום פוליטי מסוים.<sup>14</sup> יתרה מזו, ההבחנה בין חופש הביטוי של הפרט, שלכאורה לא נפגע, ובין חופש

<sup>13</sup> קשתי 2016ב; 2017; דטל 2017; מולד 2017.

<sup>14</sup> דני גוטוויין טוען כי המעבר מאכיפה פלילית לתמרוץ כלכלי משקף את יצירתו של "מנגנון פיצוי" חדש, מנגנון שהוא מכנה "מנגנון הפיצוי של שלטון הנאמנות". המנגנון החדש מחליף את מנגנון הפיצוי דרך מפעל ההתנחלויות ומטרתו לפצות את "המעמד הפגיע" על פירוקה של מדינת הרווחה (גוטוויין 2016). אף על פי שאנו מסכימות עם ההבחנה, אנו מעוניינות להציג לצד ההגיון הכלכלי המפלה את ההגיון המשפטי שמוביל להתפתחות מנגנון ההפליה החדש.



המימון של המדינה, שנתון לשיקול דעתה, וכן ההתייחסות אל המדינה כנשאית עצמאית של זכויות, מסתירות את הפרקטיקות המפלגות ואת משטור הביטוי והתרבות. "חוק הנכבה" בישר את השימוש במנגנון התקצוב המותנה. למעשה, בחינת ההתפתחות ההיסטורית של החוק מלמדת כיצד תמריצים כספיים תופסים בהדרגה את מקומו של המשפט הפלילי הכופה בעידן הניאו-ליברלי. לפי הגרסה הראשונה של החוק משנת 2009, כל המציין את יום העצמאות של מדינת ישראל כיום אָבֵל יעמוד לדין פלילי. הצעה זו זכתה לתמיכת הממשלה, אך בעקבות לחץ ציבורי הוסכם על נוסח חלופי. בנוסח החוק שהתקבל בסופו של דבר בשנת 2011 הוסר האיסור הפלילי ובמקומו נקבעה סנקציה כלכלית: שר האוצר יהיה רשאי להפחית את המימון הציבורי של מוסד שציין את יום העצמאות כיום אבל. החוק הרחיב וקבע כי שר האוצר יוכל להפחית מתקציבו של מוסד גם במקרים של שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, הסתה לגזענות, לאלימות או לטרור, או ביזוי פיזי של דגל המדינה או סמל המדינה.<sup>15</sup> שוב, ההפניה אל איסור פלילי מקובל והרחבתו מקנות לאיסור החדש מראית עין של לגיטימיות.

עד העת האחרונה היה נדמה כי חוק זה הוא בגדר הכרזה שלא תיאכף בפועל. אך בספטמבר 2017 הכריז שר האוצר משה כחלון כי יחל בהליך הפחתה מתקציבו של תיאטרון יפו בשל אירועים שערך, דוגמת ערב לכבוד המשוררת דארין טאטור.<sup>16</sup> בין שהחוק ייאכף באופן רשמי ובין שלא ייאכף, הוא ממלא שתי פונקציות: האחת הצהרתית, בעלת משמעות סמלית למשטר האזרחות הישראלי, והאחרת פרקטית יותר – הפעלת צנזורה עצמית בשל החשש מאכיפתו.

בתחום התרבות השימוש במנגנון התקצוב המותנה הוא הנרחב ביותר. עם תחילת כהונתה החלה שרת התרבות מירי רגב לקבוע תנאים לתקצוב מוסדות תרבות. היא טבעה את המונח "חופש המימון", אשר לפיו כל אחד ואחת חופשיים להתבטא, אך הממשלה חופשייה ואף מחויבת לחלק את תקציביה בהתאם למטרותיה ולאג'נדה הפוליטית שלה: "חופש הביטוי הוא לכולם, אבל חופש המימון הוא לא לכולם, אלא לפי מדיניות הממשלה" (לנסקי 2015).

בשנת 2015 איימה רגב בפעם הראשונה לשלול תקציבים ממוסדות תרבות, תחילה בעקבות סירובו של שחקן להופיע בבקעת הירדן (בוקר 2015א), ואחר כך בשל תוכנה של הצגה שסיפרה את סיפורו של אסיר ביטחוני (בוקר 2015ב). לאחר שבית המשפט

15 הצעת חוק יום העצמאות (תיקון – איסור ציון יום העצמאות או הקמת מדינת ישראל כיום אבל), התשס"ט-2009; חוק יסודות התקציב (תיקון מספר 40), התשע"א-2011.

16 טאטור הוחזקה במעצר בית מתמשך בחשד לעידוד אלימות והסתה לטרור (אזולאי 2017), והורשעה בבית משפט השלום בנצרת במאי 2018 (שפיגל 2018). שרת התרבות מירי רגב ניסתה לאכוף את החוק עוד קודם לכן, כשביקשה לשלול מימון מסינמטק תל אביב שאירח פסטיבל סרטים בנושא הנכבה. ניסיון זה נבלם על ידי היועץ המשפטי לממשלה שקבע שהחוק לא הופר (אנדרמן 2015).

והיועץ המשפטי לממשלה חסמו אותה כמה פעמים, בשנת 2016 החלה רגב לקדם הצעת חוק שכותרתה "נאמנות בתרבות". בכך לא הסתיים המאבק של השרה לקידום ה"נאמנות בתרבות". באותה שנה תיקנה השרה את מבחני התמיכה במוסדות תרבות בדרך שתאפשר למשרדה לקנוס מוסדות תרבות המסרכים לקיים פעילות באזור יהודה ושומרון, הגליל או הנגב ולהפחית את המימון שלהם, ומנגד לתמרץ על ידי תוספת מימון מוסדות תרבות שיקימו פעילויות ויפיעו בהתנחלויות בגדה (אך לא כנגב ובגליל).<sup>17</sup> הקריטריונים החדשים נועדו להתמודד עם קיפוח רב-שנים של הפריפריה הכלכלית והחברתית, אבל הם כוללים ב"פריפריה" גם התנחלויות מבוססות. בדרך זו הקריטריונים חותרים תחת הלגיטימיות של ההימנעות מהופעה בשטחים הכבושים ומבחינים בין מוסדות שמוכנים להופיע בהתנחלויות ובין מוסדות שאינם מוכנים לעשות זאת. הצעד הזה נכרך בשיח על קיפוח הפריפריה ועל מאבק לצדק חברתי והוצדק באמצעותו, וכך, במסווה של מאבק צודק לתיקון הפליה (של הפריפריה) ושל חתירה לשוויון, נעשית הפליה נוספת מסוג אחר, הפעם מטעמים פוליטיים. בתקופה קצרה הצליחה אפוא שרת התרבות, בתמיכת הממשלה, לשנות את הדרך שבה המדינה מחלקת תקציבים. תקציבים שחולקו בעבר לפי אמות מידה אוניברסליות פורמליות הפכו בעידן הניאור-ליברלי למכשיר חזק של הפליה והדרה. השימוש בשיח הנאמנות לא רק הכשיר את ההפליה, אלא גם מתח גבולות בין הנאמן לבוגד והתווה מחדש את גבולות השיח הלגיטימי.

בעידן הניאור-ליברלי קביעת תנאים לתקצוב ציבורי אינה הדרך היחידה שבה המדינה מתערבת בתקציבים של גופים פרטיים. ביולי 2016 נחקק "חוק העמותות". נקבע בו כי עמותה שעיקר המימון שלה מתרומות שמתקבלות ממדינות זרות נדרשת לגלות את מקורות המימון שלה בכל דבר פרסום שלה.<sup>18</sup> מנגנון זה אינו מתנה תקצוב, אך הוא משיג מטרה דומה בכך שהוא מזהה ומסמן ארגונים המקבלים מימון ממדינות זרות. החוק, המכונה "חוק השקיפות", נועד לכאורה להבטיח את זכות הציבור לדעת, אך בחינת תהליך החקיקה מגלה כי לאמיתו של דבר הוא לא נועד אלא לשתק ולהשתיק ארגוני שמאל וארגוני זכויות אדם. על פי דוח שהוציא משרד המשפטים עצמו, כמעט כל הארגונים שהחוק חל עליהם הם ארגוני שמאל וארגוני זכויות אדם, ואילו עמותות הנתמכות בידי תורמים זרים פרטיים, בעיקר עמותות הימין, נותרו פטורות מדיווח (ושוב, ההבחנה בין עמותות נסמכת על ההבחנה המשפטית בין מימון ציבורי למימון פרטי).

17 תיקון למבחנים לחלוקת כספי תמיכות של משרד התרבות והספורט למוסדות ציבור בתחום התיאטרון לפי חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985; מבחנים לחלוקת כספי תמיכות של משרד התרבות והספורט למוסדות ציבור שהם להקות מחול לפי חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985; מבחנים לחלוקת כספי תמיכות של משרד התרבות והספורט בתחום הגופים הכליים לפי חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985.

18 חוק חובת גילוי לגבי מי שנתמך על ידי ישות מדינית זרה, התשע"א-2011.

## רסיגניפיקציה

טכניקות ההפליה הניאורליברלית מסתמכות על ההבחנה המשפטית המקובלת בין הפרטי לציבורי ועל עולם המושגים של השיח הליברלי (הגברת התחרותיות, פלורליזם והזכות לתרבות, שקיפות והזכות למידע וכדומה). כך נוצר דיסוננס בין השיח המצדיק ובין מדיניות ההפליה שהטכניקות החדשות מקדמות. בעת האחרונה ניסו כמה חוקרים לאפיין את השינוי שמבטא גל החקיקה האנטי־דמוקרטית. אף שהם מציעים הסברים שונים, כולם מצביעים על תופעה של היפוך מושגים מוכרים. כך למשל אורן יפתחאל מדבר על "סיפוח הפוך" (Yiftachel 2017), רון דודאי – על "חקיינות זכויות אדם" (Dudai 2017), ואלון הראל ואסף שרון (2017) – על "הפרטה רדיקלית". הכותבים לומדים מתופעת ההיפוך על תמורות בפוליטיקה ובמשפט הישראלי אך אינם מנתחים את עצם תופעת ההיפוך. בחלק הזה של המסה נתמקד בהיפוך הזה וננסה להסבירו בעזרת תיאוריה ביקורתית שמתפתחת בהקשר של צמיחת הקפיטליזם הגלובלי הניאורליברלי. ההיפוך, שנכנה אותו רסיגניפיקציה, מייחד את ההפליה הניאורליברלית ומקנה לה עמידות רבה יותר מפני ביקורת.

### א. רסיגניפיקציה: התיאוריה

כפי שהשם מרמז, רסיגניפיקציה היא תהליך של ייחוס משמעות חדשה למשהו מוכר. בתיאוריה הביקורתית המונח משמש לתאר תהליך שבו בעלי הכוח מנכסים לעצמם ערכים ומושגים ביקורתיים כדי לשמר את יחסי הכוחות ואת אי־השוויון. לוק בולטנסקי ואב קיאפלו מסבירים כיצד הקפיטליזם ממציא את עצמו מחדש פעם אחר פעם באמצעות עיבוד וניכוס חיצוי הביקורת שהופנו כלפיו (Boltanski and Chiapello 2005). המושגים הביקורתיים מאומצים בגרסה צרה ומדוללת שעוזרת לשיטה הקפיטליסטית לקבל לגיטימציה, אך לא מערערת את אי־השוויון המבני שנוצר בחסותה. אלמנטים של ביקורת אנטי־קפיטליסטית עוברים כך רסיגניפיקציה כדי להכשיר קפיטליזם מזן חדש, שעוטה מעטה של מוסריות המעניק לו לגיטימציה ומדכא את התפתחותה של ביקורת חדשה.

בהקשר לאי־השוויון המגדרי, ננסי פרייזר לקחה את התיאוריה הזאת צעד אחד קדימה וטענה שהאחריות להיפוך (כלומר לאפשרות הרסיגניפיקציה) רובצת בחלקה על הביקורת הפמיניסטית, אשר נסוגה מהתפיסה הרדיקלית/סטרוקטורלית שאפיינה אותה בשנותיה הראשונות. פרייזר הצביעה על מעבר מגישה הוליסטית, המקשרת בין שאלות של "הכרה" ובין שאלות של "חלוקה", אל תפיסה צרה המתמקדת בפוליטיקה של זהויות ומתנתקת בתוך כך משאלות כלכליות. מוסדות וסוכנים ניאורליברליים אימצו את העיסוק הדומיננטי בזהות, בתרבות ובהכרה (recognition), טוענת פרייזר, ובכך אפשרו לעצמם להתהדר ב"תו תקן" פמיניסטי ובערכי השוויון והמגוון אף על פי שאי־השוויון המגדרי נותר על כנו ואף קיבל חיזוק מוסרי בדמות השיח הפמיניסטי. בצורה זו, טוענת פרייזר, השתתפה התנועה

הפמיניסטית במפנה הניאורליברלי, המנוגד בעיקרו לשאיפות הביקורת הפמיניסטית, ונתנה לו לגיטימציה (Fraser 2012).

במסה משנת 2012 הראתה בילסקי כיצד רתמו הוגות ופעילות פמיניסטיות את המשפט הפלילי לקידום שוויון נשים, אולם הכתיבה הביקורתית הראתה מאז כי "המפנה הפלילי" של התנועה הפמיניסטית הביא לידי הסתמכות גוברת, לא ביקורתית, על המדינה ועל מוסדות בינלאומיים שהשתמשו במשפט הפלילי באופן מפלה כנגד מיעוטים ומהגרים (בתחומים כגון אלימות במשפחה) וקידמו נרטיב לאומי-פטריוארכלי במשפט הבינלאומי (כאשר זיהו בין אונס האישה לאונס האומה), והכול בשם ערכים פמיניסטיים לכאורה.<sup>19</sup> אנחנו מבקשות להסתמך על התיאוריה הביקורתית כדי להבין את התמורות במשטר האזרחות הישראלי ואת מבנה ההפליה החדש שסקרנו בחלק הראשון. הפליה ישירה ובוטה בידי המדינה הפכה לגיטימית פחות וחשופה יותר לביקורת לאחר המהפכה החוקתית של שנות התשעים ובג"ץ קעדאן, אך נראה שהמבנה של משטר האזרחות המרובד לא עורער, אלא רק שינה את פניו. באופן התואם את ההטיה הניאורליברלית של המדינה בספירה הכלכלית, במקום לנקוט הפליה ישירה ולהשתמש במשפט הפלילי, החלה המדינה להפלות באמצעות שימוש בשוק ובהגיון השוק ועל ידי הפרטה ותמריצים כספיים. ואולם לאחר שההבחנה המסורתית בין הפרטי לציבורי עורערה בבית המשפט, היה צורך בהצדקה חדשה. את ההפליה החדשה מצדיקה המדינה באמצעות רסיגניפיקציה של מונחים ליברליים ששימשו בעבר כדי לבקר את הריבוד בחברה הישראלית. המדינה מאמצת את הביקורת באופן שמנטרל אותה, וכך, במקום להחליף או לערער את הסדר הקיים, מביאה הביקורת לידי לגיטימציה שלו.

#### ב. רסיגניפיקציה: הלכה למעשה

מנגנוני ההפליה הניאורליברלית מלווים בהצדקות המבוססות על ערכים ליברליים שעברו תהליך של רסיגניפיקציה; על ביקורת שעברה היפוך. ערכים ומושגים שבעבר השתמשו בהם פעמים רבות דווקא כדי לבקר הכפפה והפליה מאומצים בידי הממשלה בצורה מדולדלת וסלקטיבית, וכך משמשים אותה ליצירת לגיטימציה לפרקטיקות מפלות. כך לדוגמה, על פי הרטוריקה המלווה את מנגנוני ההפרטה בחינוך, הם משרתים פלורליזם ורב-תרבותיות; ואמנם, התוכנית להגברת הזהות היהודית, שבכסותה זוכים גופים אורתודוקסיים להעדפה על חשבון גופים המציגים יהדות אחרת, מלווה בהצהרות על קידום פלורליזם יהודי. הכנסת "השוק החופשי" ואלמנט הבחירה, כך נטען, נועדה להגדיל את המגוון והייצוג של זרמי היהדות השונים, אך לאמיתו של דבר, כפי שתיארנו, הם הובילו

<sup>19</sup> לכתובה ביקורתית על פמיניזם ממשי והסתמכותו על המשפט הפלילי ראו Halley 2008.

להעדפה ברורה של הגופים האורתודוקסיים (קשתי 2016ג). יתרה מזו, החשיפה לפלורליזם הוגבלה לחינוך הממלכתי, ולא הוחלה על מוסדות החינוך הממלכתי הדתי (שוב, בשם זכותם לתרבותם). וכך, ביקורת שהושמעה בעבר על קיפוח תרבויות וזהויות על ידי הממסד נותנת בעידן הניאו-ליברלי לגיטימציה לפרקטיקה מפלה חדשה, שפועלת על פי ההיגיון של הספרה הפרטית במסווה של קידום רב-תרבותיות ועושה שימוש עקר במושג פלורליזם (מבלי להתייחס לערכים החיים בישראל כשייכים או רלוונטיים לסוגיה).

התניית המימון מוצדקת גם היא באמצעות שיח זכויות ליברלי קלאסי. שרת התרבות טוענת שוב ושוב כי אין בהתניית המימון כל פגיעה בחופש הביטוי (אזולאי 2016). עמדה זו היא חזרה אל התפיסה הקלאסית של חופש הביטוי כחירות שלילית שנועדה להגן על הפרט מפני כוחה המשתיק של המדינה הרגולטורית. אך המדינה, מסביר המשפטן אוון פיס, אינה רק הצנזור או הרגולטור, אלא גם הארנק הציבורי; היא מקצה תקציבים ועל ידי כך מאפשרת את קיומו של ביטוי אפקטיבי ומגשימה את האינטרס החברתי בקיום דיון ציבורי מלא ופתוח (Fiss 2009). אלא שרגב, בניגוד לכך, ניכסה לעצמה את תפקיד מגינת חופש הביטוי במובן הקלאסי הצר, והלכה למעשה היא פוגעת בחופש הביטוי כחירות פוזיטיבית. ברמה העמוקה יותר, חוק הנאמנות בתרבות מבקש לעבור משיח של זכויות אדם אל שיח של חובות, כלומר התניית זכויות בקיום חובות נאמנות של האזרח.

בדרך דומה, כדי לקדם את הלגיטימציה של מפעל ההתנחלויות וכדי להצדיק את ההבחנה הפוליטית בין מוסדות תרבות המוכנים להופיע ביהודה ושומרון ובין אלו שאינם מוכנים להופיע שם, שרת התרבות משתמשת בשיח הצדק החברתי והרב-תרבותיות. רגב, לדבריה, מבקשת לקדם "צדק תרבותי" ונאבקת על זכויות הפריפריה. התיאוריה הביקורתית ששימשה בעבר כדי לבקר את הפליית הפריפריה ואת מבנה האזרחות המרובד משמשת עתה להצדקת פרקטיקות מפלות. גישה זו מבקשת להסתיר את ההפליה על בסיס קריטריונים ניטרליים לכאורה, ובתוך כך היא מטשטשת את ההבדל שבין פריפריה גיאוגרפית ובין פריפריה כלכלית-חברתית: שהרי הכללת ההתנחלויות בשיח על הפריפריה נותנת לגיטימציה להעדפת ההתנחלויות, אף שהן אינן משתייכות בהכרח למעמד סוציו-אקונומי נמוך. כך מושגים וערכים ששימשו חיצו ביקורת כנגד מדיניות מפלה או כופה נהפכים על פיהם ומשמשים עתה להצדקת פרקטיקות הפליה חדשות ולחיסונון מפני ביקורת שיפוטית. דווקא בשל ההישענות על ביקורת לגיטימית (ההפליה ארוכת השנים של הפריפריה הגיאוגרפית-חברתית), הרסיגניפיקציה ואימוץ הביקורת המעוקרת מצליחים לתת לגיטימציה להפליה ולפגיעה בחופש הביטוי. באופן דומה ראינו כי חוק חובת הגילוי, שמחייב גוף שנתמך בידי ישות מדינית זרה, אשר משמש בפועל כלי לרדיפה של ארגוני שמאל, מותג כ"חוק השקיפות", כלומר חוק שמקדם את זכות הציבור לדעת. גם כאן, במקום שימוש במשפט פלילי כופה (על גופים המזוהים עם צד אחד של המפה הפוליטית), פיקוח על המימון נחשב דרך לא כופה להשתקת ביקורת על הממשלה.

## ג. רסיגניפיקציה ומשפט

במסה משנת 2012 שאלה בילסקי: "האם הצלחה משפטית, ולו גם חלקית, במאבק לשוויון, כרוכה בהכרח בויתור על החשיבה הביקורתית? במילים אחרות, האם אפשר להפעיל כלים של חשיבה ביקורתית במסגרת המשפט באופן שיקדם את המאבק החברתי-אזרחי?" (בילסקי 2012, 62). מסקנתה הייתה ש"המחשבה הפוליטית הביקורתית עוברת דרך המשפט ואינה יכולה להתנתק ממנו; עלינו להימנע מלחשוב שהתיאוריה הביקורתית מחייבת ניתוק מוחלט או התעלמות מן המשפט. אך צריך גם להכיר את מגבלות השימוש בכלי המשפטי, ואת הדרכים שבהן המשפט משפיע על החשיבה הביקורתית" (שם, 69).

במסה זו חזרנו אל אותה שאלה וביקשנו לחשוף דרך נוספת של השפעה הדדית בין החשיבה הביקורתית למשפט. הראינו כיצד המשפט מצד אחד מקדם את הביקורת, לדוגמה בעניין קעדאן, ומצד שני מכיל בתוכו את האפשרות להיפוך ולהתגברות על הביקורת, על ידי ניכוסה ועיקורה מתוכן רדיקלי באמצעות הסתמכות מחודשת על ההבחנה בין הפרטי לציבורי ורסיגניפיקציה של ערכים ליברליים. כאן נשאלת השאלה אם הרסיגניפיקציה היא תופעה שאפשר להימנע ממנה. טענתנו היא שהרסיגניפיקציה אינהרנטית למשפט, ולכן המשפט לעולם מכיל בתוכו את האפשרות לפגיעה במהלך הביקורתי על ידי ניכוסו ועיקורו מתוכן רדיקלי.

ראשית, חשוב להבין כי הרסיגניפיקציה במשפט אינה מצומצמת לרמת הביקורת הליברלית, אלא היא אינהרנטית לעצם השימוש במשפט ככלי לשינוי חברתי. בהקשר הישראלי רון דודאי מראה כיצד אימצה המדינה את זכויות האדם וכיצד ארגוני ימין נעזרים בשיח הזכויות כדי לבסס את עריצות הרוב וכדי להצדיק לפני ארגונים בינלאומיים את מדיניות ישראל בשטחים. כנגד תופעה זו דודאי מבקש לטעון כי יש כאן טעות מושגית, שכן זכויות אדם נועדו במהותן להגן על מיעוטים ולא על הרוב (Dudai 2017). אנחנו טוענות כי ניסיון זה להבחין בין שימוש לגיטימי ובין שימוש לא לגיטימי בזכויות אדם נידון לכישלון, שכן זכויות אדם, ככלי משפטי ליברלי, חייבות לשמר את ההבחנה בין פוליטיקה למשפט כדרך לביסוס הלגיטימיות שלהן. במילים אחרות, זכויות אדם חייבות להיות אוניברסליות ולהגן על כל אדם באשר הוא אדם. זו כמובן גם אחת הביקורות המרכזיות על השימוש בזכויות אדם ככלי לשינוי חברתי – שכן ההגנה על זכויות האדם מתרחבת ומוחלת על הכובש ועל הנכבש, על הטרוריסט ועל לוחם החירות.<sup>20</sup>

שנית, החשיבה הביקורתית רואה ברסיגניפיקציה מהלך שלילי בלבד שאפשר וצריך למנוע. כך למשל טוענת פרייזר שהיה אפשר להימנע מרסיגניפיקציה לו נשאר הפמיניזם

20 ביקורת על ההיגיון האוניברסלי של זכויות האדם, שמעלים אי-שוויון מבני, נשמעה נגד ועדת האמת והפיוס בדרום אפריקה, על שבדוח שכתבה התעלמה מאי-השוויון המבני שיצר משטר האפרטהייד וגינתה הפרות זכויות אדם חמורות משני הצדדים. ראו לדוגמה Mamdani 2017.

מחויב לביקורת הסטרוקטורלית-חלוקתית של המשפט והחברה (Fraser 2012). גם אורי רם ודני פילק, העורכים של פורום מיוחד של תיאוריה וביקורת שעסק במחאה החברתית של שנת 2011, הצביעו על הדרך שבה המחאה, שהייתה ניסיון ראשון בפוליטיקה הישראלית לבקר את תוצאותיה של המדיניות הכלכלית הניאו-ליברלית, עברה רסיגניפיקציה ברמת השיח, כלומר צומצמה לכדי מחאת צרכנים: "השיח החדש של המחאה הוסב לדגם השיח ההגמוני, אשר לפיו הניאו-ליברליזם אינו הבעיה אלא דווקא הפתרון".<sup>21</sup> לטענתם, האחריות להיפוך רובצת בחלקה על הדוברים והדוברות של המחאה, שכן "אף שהמחאה הציבה, בפעם הראשונה בישראל, את הדרישה לצדק חברתי בראש סדר היום הציבורי, היא לא הצליחה לגבש השקפת עולם רדיקלית, שיטתית וכוללת כנגד ההגמוניה הניאו-ליברלית אלא הסתפקה בציון שורה של מצוקות חברתיות שניתן לפתור באמצעות צעדי מדיניות שונים" (רם ופילק 2013, 37).<sup>22</sup>

עם זאת, הפניית המבט אל השדה המשפטי מגלה כי רסיגניפיקציה אינה שלילית בהכרח. לאמיתו של דבר, בשדה המשפטי היא משמשת כלי מרכזי המאפשר למיעוט ולחלשים (ולא רק לרוב או לבעלי הכוח) להישען על כלים משפטיים שלא נועדו להם מלכתחילה כדי לקדם את זכויותיהם בעולם שבו אין להם כוח פוליטי.<sup>23</sup> אמנם לעיתים קרובות הרסיגניפיקציה במשפט מאפשרת לקבוצת הרוב להשתמש לרעה בזכויות שנועדו להגנת החלשים – מה שמאפיין, כפי שהראינו, את ההפליה הניאו-ליברלית – אבל היא גם יוצרת מרחב סיכון לשלטון, שכן גם למיעוט יש אפשרות להשתמש ברסיגניפיקציה לטובתו. במילים אחרות, במשפט תהליכי הביקורת על הכוח קשורים במהותם לקיומו של מנגנון רסיגניפיקציה, והוא מצידו קשור לשיטה משפטית ליברלית, המחויבת לאוניברסליות.

הבנת תהליכי הרסיגניפיקציה במשפט מגלה שתהליכים אלו אינם נובעים בהכרח מחולשת הביקורת או מצמצום לא ראוי שלה, אלא הם אינהרנטיים לכלי המשפטי. כדי להיות לגיטימי, על המשפט בשיטה הליברלית להיות עצמאי ומנותק מן הפוליטיקה. את זה משיגים על ידי עקרונות כגון עקרון הכלליות ועל ידי תחולה אוניברסלית של חוקים.

21 ראו גרסה מוקדמת של מאמרם של אורי רם ודני פילק שפורסם בגיליון 41 של תיאוריה וביקורת. הגרסה המוקדמת פורסמה בזמנו באתר כתב העת: דני פילק ואורי רם, 2012. "עלייתה ונפילתה של המחאה החברתית (עד כה): ניתוח סוציו-פוליטי", תיאוריה וביקורת (מקוון), עמ' 7.

22 בהקשר אחר, במאמר על משטר הנאמנות החדש, העלה לא מזמן דני גוטוויין טענה דומה לגבי השמאל הישראלי, אשר "דבק בהפרדה הכוזבת בין החברתי למדיני: הוא מאמץ את הנחותיו של משטר ההפרטה, אך מגנה את תוצאותיו הכלכליות והחברתיות וחוזר ומייחס אותן לכיבוש" (גוטוויין 2016, 241).

23 דוגמה מעניינת לרסיגניפיקציה על ידי צד מוחלש היא שימוש בשפה תאגידית לטובת קידום מטרות חברתיות וזכויות עובדים. דייוויד ובר מראה בספר חדש כיצד עובדים פועלים במסגרת קרנות פנסיה ציבוריות שבהן הם משקיעים באמצעות כלי שוק ושפה תאגידית כדי לקדם זכויות עובדים ומטרות חברתיות שונות כגון מגוון תעסוקתי או הגבלת שכר בכירים (Webber 2018).

העקרונות הבסיסיים האלה הם שטומנים בחובם את האפשרות לרסיגניפיקציה, כלומר הא-פוליטיות של המשפט, או לכל הפחות היומרה לניתוק מן הפוליטיקה, היא שמאפשרת שימוש בכלי המשפטי בניגוד לכוונתו המקורית. כך נוצרת האפשרות לרסיגניפיקציה, מעצם החבירה של הביקורת אל המשפט כאפיק לשינוי.

כדי להבין את משמעות התהליכים הללו צריך להוסיף את ציר הזמן, את ההיסטוריה. כפי שראינו בעניין קעדאן, הצלחות משפטיות טומנות בחובן את האפשרות של השלטון להתגבר בהמשך על האיסור המשפטי באמצעות רסיגניפיקציה (שימוש חוזר בהבחנה בין הפרטי לציבורי בחוק ועדות הקבלה); מנגד, מנגנון הרסיגניפיקציה מאפשר גם את היפוך כוונתם של חוקים אנטי-דמוקרטיים ואת רתימתם לקידומן של קבוצות מוחלשות דווקא.<sup>24</sup> כך בפרספקטיבה של זמן ניתן להיווכח שהמשפט הוא כלי מוגבל לשינוי חברתי והוא מאפשר היפוך או עיקור של הביקורת בהמשך הדרך. אך דווקא מגבלה זו של הכלי המשפטי היא שמבטיחה את עצמאותו היחסית מן הפוליטיקה. במילים אחרות, רסיגניפיקציה במשפט נתונה לשימוש של שני הצדדים, ואין אפשרות לחזות מראש את השימוש שיעשה בה – זו הסכנה שבה, אבל זו גם התקווה.

### סיכום: בין מחשבה ביקורתית לביקורת המשפט

מה מלמדת אותנו צמיחת ההפליה הניאו-ליברלית בישראל על היחס בין חשיבה ביקורתית לחשיבה ביקורתית במשפט?

הכתיבה בזרם הביקורתי במשפט מבקשת לחשוף את הפוליטיקה שמאחורי החלוקה למשפט פרטי וציבורי.<sup>25</sup> גישה זו מבקשת להראות כיצד הבחנות ודוקטרינות משפטיות גורמות לכלל מסוים להיראות הכרחי או טבעי, לא פוליטי, ובכך מחסנות אותו מפני ביקורת. המסה משנת 2012 ביקשה להראות כיצד השילוב בין חשיבה ביקורתית לביקורת המשפט הוביל לביקורת של ההבחנה המשפטית בין הפרטי לציבורי – כדי לחשוף כיצד מה שנראה טבעי או פרי בחירה אישית מאפשר להסתיר פרקטיקות של אי-שוויון, הכפפה ואלמות. המסה הראתה גם שהחשיבה הביקורתית עזרה למשפט להתגבר על ההבחנה בין הפרטי לציבורי – למשל בהקשר של המאבק הפמיניסטי או של המאבק האזרחי לשוויון.

24 ראו למשל את דבריו של שר הביטחון אביגדור ליברמן על התוצאות הלא צפויות של חוק ההסדרה: "חוק ההסדרה גורם נזק אדיר ומחבל בהתיישבות ביהודה ושומרון. [...] כתוצאה מהחוק עלולים להיות מוכשרים כ-10,000 בתים פלסטינים בשטחי C ורק כ-2,000 בתים של ההתיישבות יהודית" (בן קימון, 2017).

25 הכתיבה הביקורתית במשפט עמדה על יתרונו של המשפט הפרטי כמעניק לגיטימציה שכן הוא נחשב מבטא "הסכמה" או "בחירה" של אזרחים, כספרה א-פוליטית (Kennedy 2005). זהו הסבר נוסף להעדפה של המדינה הניאו-ליברלית את המשפט האזרחי על פני המשפט הפלילי.



במסה הזאת זיהינו שלב נוסף בגלגולי היחס בין הפרטי לציבורי בהקשר של משטר האזרחות בישראל. לאחר שהביקורת חשפה את השימוש הפוליטי והמפלה בהבחנה בין הפרטי לציבורי, הסכים בית המשפט להתערב (למשל בעניין קעדאן) כדי להטיל פיקוח על הפרטי באומרו: "את שהמדינה אינה רשאית לעשות במישרין, אין היא רשאית לעשות בעקיפין".<sup>26</sup> בעקבות זאת ניסתה המדינה לשוב ולבסס את ההבחנה בין הפרטי לציבורי באמצעות טכניקות שונות, טכניקות שכינינו "הפליה ניאו-ליברלית". זיהינו מהלכים אחדים שנועדו לחזק את מראית העין של הפרטיות: הפרטה מוגברת, כלומר ירידה עד לרמת היישוב או בית הספר הבודד; מעבר מהסתמכות על ארגז הכלים של המשפט הציבורי הכופה (צנזורה, ענישה) אל שימוש בהגיון שוק (תמריצים כלכליים, קנסות) ובארגז הכלים של המשפט הפרטי; וגיוס שיח ליברלי מצדיק (רסיגניפיקציה) בדרך שמכסה פרקטיקות מפלות במעטה של מוסריות (בשם הפלורליזם, חופש הביטוי, הזכות לתרבות ועוד) ומעניקה להן לגיטימציה. בעזרת התיאוריה הביקורתית ביקשנו לחשוף את ה"דקדוק" המשפטי של הפליה ניאו-ליברלית, למפות אותה בתחומים שונים ולהצביע על המבנה המשותף של הפרקטיקות שלה.

ואולם השילוב בין משפט לתיאוריה ביקורתית עזר לנו גם להחזיר את המבט אל הביקורת כדי לחשוב על הקשר שבין תהליך הרסיגניפיקציה ובין המאבק לשוויון. טענו כי בניגוד להנחת העבודה של הספרות הביקורתית, שלפיה באמצעות פיתוח תיאוריה רדיקלית יותר שמתעקשת על החיבור בין הסימבולי למטריאלי ובין האידיאולוגי לכלכלי אפשר להתגבר על הרסיגניפיקציה, המשפט מלמד כי תהליך הרסיגניפיקציה אינו תהליך מקרי או פרי טעות אסטרטגית, אלא יסוד מבני. תהליך הרסיגניפיקציה קשור לחשיבה משפטית ליברלית, המחויבת להפרדה בין הפוליטיקה למשפט, ולכן לא בקלות יהיה אפשר לסלקו. יתר על כן, תהליך הרסיגניפיקציה כשלעצמו אינו תהליך פסול, שכן הוא יוצר "מרחב סיכון" שמאפשר שימוש בדוקטרינות משפטיות בדרך הפוכה למטרתן המקורית, כדי להשיג שוויון לקבוצות מוחלשות שנתקלות בחסמים מבניים בהליך הפוליטי.

כאן גם מתגלה חשיבותה של הכתיבה הביקורתית במשפט, לא כדרך לחסן את הכלל המשפטי מרסיגניפיקציה, אלא כדרך להוסיף את הממד ההיסטורי ההשוואתי שמאפשר לנו לזהות תהליכים אלו על ציר הזמן ובמקומות שונים. היסטוריה ביקורתית יכולה לעזור לחשוף תהליכי רסיגניפיקציה אשר מסתירים את הפוליטיקה שמאחורי הבחנות משפטיות שמתיימרות להיות "טבעיות" או "הכרחיות". אם נוותר על היומרה המסוכנת להתגבר על התופעה אחת ולתמיד, הרסיגניפיקציה יכולה גם להצביע על דרכים לרתום אותה במשפט לטובת מאבקים לשינוי חברתי.<sup>27</sup>

26 בג"ץ קעדאן, עמ' 285.

27 לגישה דומה בהקשר המשפט הבינלאומי ראו Koskeniemi 2017.

## ביבליוגרפיה

- אזולאי, מורן, 2016. "פרסום ראשון: היועמ"ש אישר חוק הנאמנות של מירי רגב", *ynet*, 24.2.2016.
- \_\_\_\_\_, 2017. "באופן תקדימי: שר האוצר יחל בהליך הפחתת תקציב מתיאטרון יפו", *ynet*, 6.9.2017.
- אנדרמן, נירית, 2015. "היועמ"ש: לרגב אין סמכות להפחית תקציב לסינמטק ת"א בשל הקרנת סרטי נכבה", *הארץ*, 3.12.2015.
- בוקר, רן, 2015. "מירי רגב לנורמן עיסא: אם לא תופיע בבקעת הירדן, נבחן את התמיכה בתיאטרון שלך", *ynet*, 9.6.2015.
- \_\_\_\_\_, 2015. "מירי רגב מקפיאה תקציבי תיאטרון אל מידאן", *ynet*, 16.6.2015.
- בילסקי, ליאורה, 2009. "פמיניזם ומשפט: בין הנחות מודרניסטיות להדוניזם של הביקורת", *תיאוריה וביקורת* 34 (אביב), עמ' 212-221.
- \_\_\_\_\_, 2012. "מחשבה ביקורתית בצל המשפט", גיל אייל (עורך), *ארבע הרצאות על תיאוריה ביקורתית*, ירושלים ותל אביב: מכון ון ליר והקיבוץ המאוחד, עמ' 51-71.
- בלנק, ישי, 2011. "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילונים בישראל", *דין ודברים* (1), עמ' 85-137.
- בן קימון, אלישע, 2017. "ליברמן: 'חוק ההסדרה מחבל בהתיישבות ביו"ש"', *ynet*, 29.8.2017.
- ג'בארין, יוסף, ויעקב בן-שמשי, 2010. "עשור לפסק-דין קעדאן: הרהורים ביקורתיים על השוויון", *מעשי משפט* ג, עמ' 173-189.
- גוטוויין, דני, 2016. "שלטון הנאמנות: ההתנחלויות ומיסוד ההיגיון האנטי-דמוקרטי של משטר ההפרטה הישראלי", *תיאוריה וביקורת* 47 (חורף), עמ' 225-246.
- טל, ליאור, 2017. "אובדן שליטה: כך זינק התקציב ללימודי תרבות יהודית – ולאן הלך הכסף", *TheMarker*, 6.7.2017.
- הראל, אלון, ואסף שרון, 2017. "הפרטה רדיקלית", *משפטים*, מז(1), עמ' 287-326.
- זיו, נטע, 2014. "הניחו לוועדות הקבלה: (בקרוב) עשרים שנה לקעדאן", *מבזקי הארות פסיקה* 35, עמ' 4-21.
- לנסקי, נעמה, 2015. "אתם לא תכתיבו לי מה נכון ומה לא נכון", *ישראל היום*, 11.9.2015.
- מולד, 2017. "עושים נפשות: כיצד השתלט הימין הדתי על החינוך לערכים בבתי הספר בממלכתיים", ירושלים: מולד – המרכז להתחדשות הדמוקרטיה.
- מקינן, קתרין, 2005. *פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה*, בתרגום עידית שורר, תל אביב: רסלינג.
- עילם, יגאל, 1990. *הסוכנות היהודית: שנים ראשונות 1919-1931*, ירושלים: הספרייה הציונית.
- קשתי, אור, 2016. "משרד החינוך הקפיא את התמיכה בארגונים ליהדות פלורליסטית", *הארץ*, 24.1.2016.
- \_\_\_\_\_, 2016. "התוכנית החדשה של בנט להרחבת לימודי היהדות: פלורליזם אורתודוקסי", *הארץ*, 20.4.2016.

- \_\_\_\_\_, 2016. "גופים אורתודוקסיים מקבלים 90% מהתקציב לפעילות בנושא זהות יהודית בבתי ספר ממלכתיים", *הארץ*, 2.9.2016.
- \_\_\_\_\_, 2017. "בנט אומר שאין הדתה; הכסף, הספרים וגם תוכנית הלימוד שהוא מתגאה בה מוכיחים אחרת", *הארץ*, 7.7.2017.
- רם, אורי, ודני פילק, 2013. "ה-14 ביולי של דפני ליף: עלייתה ונפילתה של המחאה החברתית", *תיאוריה וביקורת* 41 (קיץ), עמ' 17-43.
- שפיגל, נעה, 2018. "המשוררת הערבייה דארין טאטור הורשעה בהסתה לטרור", *הארץ*, 3.5.2018.
- Boltanski, Luc, and Eve Chiapello, 2005. *The New Spirit of Capitalism*, trans. Gregory Elliott, London: Verso.
- Dudai, Ron, 2017. "Entryism, Mimicry and Victimhood Work: The Adoption of Human Rights Discourse by Right-Wing Groups in Israel," *The International Journal of Human Rights* 21(7), pp. 1-23.
- Fiss, Owen M., 1994. "What is Feminism?" *Arizona State Law Journal* 26, pp. 413-428.
- \_\_\_\_\_, 2009. *The Irony of Free Speech*, Cambridge MA: Harvard University Press.
- Fraser, Nancy, 2012. "Feminism, Capitalism, and the Cunning of History," *Fortunes of Feminism: From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis*, New York: Verso, pp. 209-226.
- \_\_\_\_\_, 2017. "The End of Progressive Neoliberalism," *Dissent*, Jan. 2, 2017.
- Halley, Janet, 2006. *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton: Princeton University Press.
- \_\_\_\_\_, 2008. "Rape At Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in Positive International Criminal Law," *Michigan Journal of International Law* 30, pp. 1-123.
- Kennedy, Duncan, 2005. "Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000," in David Trubek and Alvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 19-73.
- Koskenniemi, Marti, 2017. "What Should International Legal History Become?" in Stefan Kadelbach, Thomas Kleinlein and David Roth-Isigkeit (eds.), *System, Order, and International Law: The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, New York: Oxford University Press, pp. 381-397.
- Mamdani, Mahmood, 2017. "Beyond Nuremberg: The Historical Significance of the Post-Apartheid Transition in South Africa," in Karen Engle, Zinaida Miller and D. M. Davis (eds.), *Anti-Impunity and the Human Rights Agenda*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 329-360.

- Orgad, Liav, 2015. *The Cultural Defense of Nations: A Liberal Theory of Majority Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Rouhana, Nadim, and Areej Sabagh-Houri, 2017. "Memory and the Return of History in a Settler-Colonial Context," in Nadim Rouhana and Sahar S. Huneidi (eds.), *Israel and its Palestinian Citizens: Ethnic Privileges in the Jewish State*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 393–432.
- Webber, David H., 2018. *The Rise of the Working-class Shareholder: Labor's Last Best Weapon*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Yiftachel, Oren, 2017. "Annexing Israel to the Settlements" *Haaretz*, June 17, 2017.