

משפט ושינוי חברתי

99-155-01/02

אוניברסיטת בר-אילן
הפקולטה למשפטים
תשע"ו – סמסטר ב'

מרצה: ד"ר שירי רגב-מסלם
מתרגל: אלעד מתן

עבודת גמר

"המאבק של נשות הכותל התחיל בדצמבר 1988 לאחר הכנס הבינלאומי הראשון של פמיניסטיות יהודיות בו השתתפו עשרות נשים מכל העולם. כחלק מהכנס, תכננו הנשים המשתתפות לקיים תפילת הודיה לשלום המדינה ברחבת הכותל עם ספר תורה. כאשר הגיעו והחלו לקרוא בתורה, התפרצה השתוללות אלימה מצד עזרת הגברים. הם ירקו עליהן, התעללו בהן התעללות מילולית וסחבו להן את ספרי הסידור מהיד. כל זאת, רק בשל העובדה שנושות הכותל התפללו בקול, עטופות בטליתות ואוחזות ספר תורה." (מתוך אתר נשות הכותל)

מאבקן של נשות הכותל מספק כותרות רבות בשנה האחרונה. עליכם לנתחו תוך התייחסות **לשתיים מתוך ארבעת השאלות הבאות:**

1. אלו בעיות של נגישות למשפט עולות מהמקרה המתואר?
2. באיזה אסטרטגיה משפטית הייתם נוקטים כעורכי הדין של נשות הכותל? מה החסרונות והיתרונות של אסטרטגיה זו?
3. כעורכי דין המובילים את מאבקן של נשות הכותל אלו דילמות של עריכת דין חברתית עולות ממקרה זה?
4. האם המשפט יכול לחולל שינוי חברתי בסוגיה?

הקפידו להתייחס להיבטים השונים שנלמדו בכיתה וכן לחומרי הקריאה בסילבוס.

כללים והנחיות להגשת עבודת הגמר

1. **חומר מחייב לעבודה** - חומרי הקריאה בסילבוס העדכני (חובה בלבד), גם אלו שלא נלמדו בכיתה. קריאת הרשות לשיעור היא רשות גם לצורך העבודה. יודגש כי החומר המחייב לעבודה כולל את כל החומר הנלמד במסגרת השיעורים (על כלל המלומדים והמאמרים שנלמדו בשיעור, הגם שאינם מופיעים בסילבוס או שמהווים קריאת רשות).
2. **תאריך הגשה** - את העבודה יש להגיש בעותק מודפס בלבד עד ליום 15.6.2016, בשעה 12:00 לתא של ד"ר שירי רגב-מסלם בקומת המזכירות (תא 132). עבודות שיוגשו באיחור לא ייבדקו.
3. **ניקוד** - עבודה גמר זו מהווה 100% מן הציון הסופי בקורס.
4. **מגבלות טכניות** - העבודה לא תעלה באורכה על שלושה עמודים, בגופן David, גודל 12, רווח של שורה וחצי (1.5) בין השורות, ושוליים ברוחב 2.5 ס"מ מכל כיוון עם יישור הטקסט לשני הצדדים. חובה להשתמש **בחלוקה לפסקאות ואין לחרוג מהנחיות אלו**. בראש העמוד הראשון יש לכתוב את תעודת הזהות ואת הכיתה. **יורד ניקוד על חריגות מהוראות אלו**.
5. **ציטוט** - יש להפנות לעמודים ספציפיים בטקסטים השונים. **אין צורך בהערות שוליים**, די בהפניה כללית בגוף הטקסט כגון "תירוש, עמ' 583" או "מאוטר, עמ' 65". במידה ומתייחסים לחומרי קריאה, שלא מופיעים בסילבוס (למרות שאין חובה כזו), יש צורך להפנות באופן מלא לחומר הקריאה עם כל הפרטים הדרושים למציאת המאמר/ספר.
6. **כללי האתיקה** - את העבודה יש לכתוב באופן עצמאי. העתקה, עבודות זהות או דומות יגררו פסילה של העבודה ואף עלולה להיחשב כעבירת משמעת.
7. אנו מצפים שתשובותיכם/ ישקפו קריאה מעמיקה של חומרי הקריאה.
8. ניתן לפנות למתרגל אלעד מתן במייל בשאלות בנוגע לעבודה: matanelad@gmail.com

בהצלחה רבה!



Bar-Ilan University
אוניברסיטת בר-אילן

הפקולטה למשפטים

משפט ושינוי חברתי- עבודת גמר:

נשות הכותל

קורס: 99-155-01

מרצה: ד"ר שירי רגב-מסלם

כיתה: שנה ב' 01

תאריך: ט' סיון תשע"ו (15.6.16)

אחת הזירות הבערות בנושא היחס בין דת ומדינה בישראל היא מאבקן של נשות הכותל על זכותן להתפלל בכותל המערבי כרצונן. עולה השאלה: **האם המשפט יכול לחולל שינוי חברתי בסוגיא זו?** אני סבור, שבשאלה זו יש להבחין בין המשפט לבין בהמ"ש.

בספרו, רוזנברג בוחן את היכולת של בהמ"ש להוביל שינוי בכלל ושינוי חברתי בפרט ומבחין בין "בית משפט מוגבל" ל"בית משפט דינאמי". שני דגמים אלה אינם טהורים וקיימים בכל בית משפט. לשיטתו, ישנן שלוש בעיות מבניות שמגבילות את ההשפעה של בהמ"ש ומחזקות את המודל המוגבל: ראשית, בהמ"ש חייב להפעיל את המשפט הקיים ולפעול לפי כללי פרוצדורה מסוימים כמו עילות סף ותקדימים. שנית, בהמ"ש לעולם אינו עצמאי לחלוטין מעמדות פוליטיות בשל ההשפעה שיש לפוליטיקאים על מינוי השופטים. ושלישית, בהמ"ש אינו גוף ביצועי וכדי ליישם את קביעותיו צריך שת"פ מהרשות המבצעת. חשוב לציין שעל אף שבהמ"ש אינו גוף שמיישם החלטות, יש לו כוח ליצור בעצמו מנגנונים שייאכפו את החלטותיו כמו "עתירה תלויה ועומדת". אך למרות כל הנ"ל, ישנם גורמים שמחזקים את השפעתו החברתית של בהמ"ש, ומקדמים בית משפט דינאמי: אי-תלות בבוחרים, יכולת להפעיל לחץ על גורמים מנהליים, גישה למגוון קבוצות באוכלוסייה, ריכוז מידע משכבות שונות בציבור, לגיטימציה לעמדות מנומקות והעברה של מסר ערכי לאוכלוסייה. איזון בין המגבלות לבין הגורמים שתומכים במעורבות של בהמ"ש יכריע האם בהמ"ש ינקוט עמדה בסוגיה מסוימת. [גביון, 18-19]

אך גם אם בהמ"ש יביע עמדה, לא בטוח שהיא תוביל לשינוי חברתי. רוזנברג טוען שבהמ"ש יוביל שינוי בהתקיים שני תנאים: ראשית, נדרשת תמיכה ציבורית ופוליטית בשינוי המוצע. התערבות של בהמ"ש, בהיעדרה של תמיכה רחבה למהלך, בדר"כ תוביל לתגובת נגד מצד מתנגדי השינוי שעשויה לעמעם או לסכל את השינוי שבהמ"ש מנסה להוביל. לכן, כדי שלעמדת בהמ"ש תהיה השפעה, צריך לוודא שקיימת הסכמה בין המערכת השיפוטית לאלטיות החברתיות במדינה בנושא הנדון. התנאי השני לשינוי אפקטיבי הוא שהבלם היחיד שמונע את השינוי הוא בלם מנהלתי שנתפס כמונע ע"י גורמים אינטרסנטיים. [גביון, 19]

כדי לדעת האם יש סיכוי שבהמ"ש ינקוט עמדה במאבקן של נשות הכותל, אבחן את המאפיינים של בהמ"ש הישראלי והחברה הישראלית לאור הקריטריונים של רוזנברג. גביון טוענת שבהמ"ש בישראל נוקט בגישה אקטיביסטית ולכן צמצם את המגבלות המנהלתיות. בנוסף, בהמ"ש בישראל גם פחות תלוי בפוליטיקאים משום שהשופטים אינם ממונים בלעדית ע"י פוליטיקאים. לכן, **ניתן לטעון** שיש סיכוי שבהמ"ש יבחר לנקוט עמדה דינאמית בסוגיות שנויות במחלוקת ובכלל זה גם במאבקן של נשות הכותל. [גביון, 27-29]

למרות זאת, נראה שהסיכוי שעמדת בהמ"ש תוביל שינוי, קטן. בישראל, ישנה מחלוקת ציבורית עמוקה בנושאי דת ומדינה ועל אף שישנם גורמים שתומכים בעמדת נשות הכותל, ישנו מחנה רחב מאד בזירה הציבורית והפוליטית, שמתנגד לכך. גביון מעירה שבמקרים רבים בהם בהמ"ש בישראל מתייחס לנושאי דת ומדינה ששנויים במחלוקת, הדבר אינו מוביל לשינוי ניכר והממשלה מעדיפה "לגרור רגליים" כדי להימנע ממחלוקת ציבורית עמוקה. לכך יש להוסיף שבישראל, חוקי היסוד אינם זוכים לקונצנזוס ולכן תגובת הנגד להבעת העמדה מצד בהמ"ש מסוכנת הרבה יותר מאשר במדינות אחרות. בישראל, המתנגדים נוטים שלא לבקר רק את השינוי שבו תמך בהמ"ש אלא לערער על הלגיטימיות של בהמ"ש עצמו- עמדה שמסכנת את הלגיטימציה שלו ומונעת שינוי משמעותי. **לכן**, כדי ליצור שינוי יש לוודא שהחברה ברובה תרצה לקדם את המהלך. אחרת, כנראה שפנייה לבהמ"ש תוביל לנקיטת עמדה, אך לא לשינוי ממשי. [גביון, 23, 28-29]

אבל למרות עמדה פסימית זו, גביון מציינת שיש ערך מסוים גם להחלטה שיפוטית. בהמ"ש נתפס כגורם נקי משיקולים פוליטיים. מסיבה זו, עצם הבעת העמדה מצדו יכולה לקדם מחויבות בחברה לערכים

מסוימים ועקב כך, להוביל גם לשינוי פוליטי. בנוסף, הסיכוי לבטלות החלטה של בהמ"ש ע"י תיקון חוקתי קטן משום שיש קושי ניכר לבצע תיקון כזה. עם זאת, בישראל, בניגוד לארה"ב- תיקון חוקתי יכול להיעשות בקלות. **ואכן, רדאי** מציין שסוגיית נשות הכותל מדגימה הן את יכולת ההשפעה המוגבלת של בהמ"ש מחד, אך גם את ההשפעה הערכית העצומה של פסיקותיו מאידך. כפי שהוא מראה, למרות ששמונה שופטים בדעת רוב קבעו שיש לתת לנשים להתפלל, זכות זו לא ניתנה להן בשל חוסר שת"פ של הרשות המבצעת. מנגד, בעקבות פסיקותיו של בהמ"ש, נוהג התפילה של נשות הכותל וזכותן להתפלל קיבלו לגיטימציה בשיח הציבורי ומספרן עולה בהדרגה בעקבות זאת. [רדאי¹, 424-425; גביזון, 25]

אך יכולת המשפט להוביל שינוי חברתי אינה נגמרת בבהמ"ש. נשות הכותל יכולות גם לפעול ב"דרך המלך" ולהשתמש בחקיקה כדי לקבל מעמד שווה ברחבת הכותל. **רוזנברג** טוען שזו אכן הדרך העדיפה ושכדי לקדם שינוי, יש להפנות את מירב המשאבים לזירה הפוליטית שבה הסיכוי להצלחה גדול יותר. לעומתו, גביזון טוענת שבמקרים קשים וחסרי סיכוי, עדיין יש טעם לפנות למשפט. [גביזון, 25]

שמיר ושטראי חולקים. לטענתם, גם כאשר נחקק חוק, ייתכן פער בין הבטחת הזכות בחוק לבין מימושה בהליך משפטי. פער זה נובע מהתפיסה השיפוטית לפיה נרטיב מסוים עובר "אובייקטיביזציה", כלומר, מסווג וממוין לקטגוריות, שמשפיעות על ההכרעה השיפוטית. בנוסף, בהמ"ש נוטה ליישם את החוק על המקרה הבודד ולא להתייחס למטרה החברתית הרחבה שעמדה לנגד עיניו של המחוקק. כך, אצל עו"ד הררי, בהמ"ש תחם את השאלה לזמן מאד ספציפי ו"התעלם" מהשאלה הרחבה יותר בדבר זכויות נשים במקומות עבודה. לכן, המבנה הפנימי של המשפט מונע מחקיקה ליצור את השינוי החברתי, בדרי"כ תוך פגיעה ביכולת של יחידים ממגזרי מיעוט להוביל שינוי. **במקרה של נשות הכותל**, בהמ"ש עלול להיגרר אך ורק לשאלה בדבר עוולות נזיקיות או עבירות פליליות שבוצעו בתקיפה מבלי לדון בהקשר הרחב של מאבק נשות הכותל שעוסק בזכות לשוויון. זה משום שמבחינה משפטית, האירוע "התחיל" בתקיפה ולא בעצם הרצון של הנשים להתפלל. לכן, נראה שגם חקיקה עשויה שלא להועיל לנשות הכותל. [שמיר ושטראי, 294; 301-302; 305]

לסיכום, פנייה לבהמ"ש כנראה שלא תועיל אלא אם קודם לכן עמדתן של נשות הכותל תמצא קרוב יותר לקונצנזוס בישראל. גם פנייה לחקיקה עשויה שלא להועיל בהיעדר אותו קונצנזוס.

בסוגיה זו, ישנו סיכוי שהפונה יהיה עו"ד חברתי. עו"ד כזה נבדל מעו"ד "רגיל" בכך שהוא רואה בתיק שבו הוא עוסק פתח לשינוי ולכן מבחינתו, מאחורי הלקוח עומדת קבוצה עם אג'נדה שיש לקדם. אך ייחודיות זו עשויה לגרום לבעיות ייצוג. לכן אבחן: **אלו דילמות של עריכת דין חברתית עולות בעת ייצוג נשות הכותל?**

דילמת ייצוג ראשונה שואלת "האם לייצג את נשות הכותל?". לפעמים, ישנה התנגשות בין זהותו האישית של עו"ד לבין זהות הלקוח. הרמלין מתאר מקרה כזה בתארו את הקושי שלו לייצג מחבלים מחיזבאללה שנלחמו נגד ישראל במלחמת לבנון השנייה. הוא מתאר כיצד מחד, זהותו האישית, כישראלי וכחייל בצה"ל שאחיו נלחמו נגד אותם מחבלים, שללה לחלוטין ייצוג של מחבלים שאינם מכירים בזכותה של ישראל להתקיים. מאידך, הוא מייצג את אותם מחבלים ואף מחרים את בהמ"ש הישראלי בשלב מסוים מתוך טענה שהמשפט פוליטי. באותו המקרה הרמלין ייצג את המחבלים, אך לא תמיד עו"ד יהיה מסוגל לייצג נאמנה לקוח שמשנתו האידיאולוגית פסולה בעיניו. גם **במקרה שלנו** עלולה להתרחש התנגשות דומה, אם כי פחות חריפה. נשות הכותל מקדמות סדר יום שנשלל לחלוטין ע"י זרמים שונים ביהדות בכלל וישראל בפרט. עו"ד חברתי (שעשוי להיות בעל השקפת עולם חרדית) עשוי מחד, לשלול את מעשיהן לסבור שתפילת נשים שכוללת

¹ פרנסיס רדאי "תביעה לשוויון בהגדרת הזהות הדתית: מקרה נשות הכותל" המשפט י"ג 401, (2008) (להלן: "רדאי")

קריאה בספר תורה היא עבירה על חוקי הדת ומאידך, לטעון שבמדינה ליבראלית, נשות הכותל זכאיות לחופש דת בדיוק כפי שזכאים לו החרדים. לא כל עו"ד מסוגל לכך. [הרמליו, 544, 549]

אם עו"ד החליט שהוא מוכן לייצג, עולה דילמה שנייה ששואלת "את מי עורך הדין מייצג?". דיני האתיקה קובעים חובת נאמנות של עו"ד כלפי לקוח. אך כפי שהראיתי לעיל, בעריכת דין חברתית אין מדובר רק בלקוח אחד שכן מאחורי כל לקוח עומדת קבוצה. זין מסבירה שלפעמים, עו"ד חברתי נאלץ להכריע האם הוא מייצג את הלקוח הפרטי, הקבוצה, הארגון (שאליו עורך הדין משתייך) או הערך שאותו הוא מבקש לקדם. סגל-רייך ודורון הציעו שלושה מודלים לפתרון בעיה זו ביחס לייצוג לקוחות זקנים. אפשרות אחת היא לייצג רק את הלקוחה (מנשות הכותל) שפנתה לעו"ד. אפשרות שנייה היא "ייצוג משותף" שבו עו"ד מייצג הן את הקבוצה (תנועת נשות הכותל) והם את הלקוחה שמולו, בתנאי שאין ביניהן ניגוד עניינים. אפשרות שלישית היא "מודל תאגידי" שבו עו"ד שוקל את האינטרסים של הלקוחה ואת האינטרסים של הקבוצה ומכריע בעצמו מהי דרך הפעולה הנכונה. לטענתם, אין דרך ייצוג אחת נכונה ויש להכריע בין המודלים לפי הנסיבות והנפשות הפועלות. **במקרה שלנו**, עו"ד צריך לבחור האם לייצג את האישה הספציפית מנשות הכותל שעומדת לפניו, את תנועת נשות הכותל באופן כללי, ארגון שבו הוא חבר (אם יש) או את עקרון השוויון וחופש הדת בהתאם למודלים השונים. [זיו (קעדאן), 142-143; סגל רייך ודורון, 670-686]

דילמה זו יכולה להשפיע על התנהלותו של עו"ד במהלך המשפט. כך למשל, עו"ד שרואה עצמו כמייצג קבוצה עלול לדחות פשרה שתמנע מבהמ"ש ליצור תקדים אבל תיטיב עם הלקוח. גם כאן יש משמעות לזהותו של עורך הדין. זין מראה כיצד בפרשת קעדאן היא ראתה עצמה כמייצגת קבוצת מיעוט ערבית-ישראלית אבל זהותה כעורכת דין יהודייה השפיעה על הטיעונים שלה. זהות זו גרמה לה לאמץ עמדה שנותנת לגיטימציה למפעל הציוני, למרות שהיו כאלה בקבוצת המיעוט שחשבו שהיה עליה לייצג את הנרטיב של ערביי ישראל ששולל את הציונות. גם **אצלנו**, ייתכן מצב שבו עו"ד חברתי יקבל הצעת פשרה שתהיה לטובת הלקוחה שלו אבל תפגע במטרה החברתית של נשות הכותל או בעקרון שאותו הוא מייצג. בהתאמה, ייתכן שעו"ד בעל זהות חרדית ששוללת את נשות הכותל, יעדיף שלא להציג בבהמ"ש את הנרטיב של נשות הכותל (שרואות עצמן חלק מהיהדות האורתודוקסית) אלא את הנרטיב החרדי (שרואה בהן רפורמיות) ולטעון שגם לפי נרטיב זה יש לאפשר להן להתפלל במסגרת עקרון השוויון (זיו, 165-166; רדאי, 402, 418-419).

דילמה שלישית נוגעת למעשי הלקוח. לפעמים, הלקוח מנסה לקדם את השינוי באמצעים שאינם לגיטימיים כמו אי-ציות לחוק. למשל, זין דנה במקרה שבו לקוחה פלשה לבית מתוך מצוקה כלכלית. במקרים כאלה נוצרת דילמה לעו"ד משום שמחד, כמשפטן הוא מחויב לשמירה על שלטון החוק ומאידך, כעו"ד חברתי, הוא רוצה שינוי והעבירה יכולה לסייע למשימתו. זיו טוענת שבמקרים כאלה, לפעמים דווקא הפרת החוק גורמת לביקורת עצמית לבחינה מחודשת של ההצדקות לפעולת המערכת. לכן, יש לייצג גם לקוחות שעוברים על החוק כי זה מקדם את השינוי המיוחל. זיו מוסיפה, שייתכן שאופיו של עו"ד ישפיע על החלטתו. זיו מחלקת את עו"ד החברתיים ל"משפטנים", שמעוניינים ליצור שינוי במסגרת הכללים הקיימים, ו"רדיקלים" שמעוניינים לאתגר את הכלל הקיים. עו"ד רדיקלי יותר, עשוי שלא להתנגד ואף לתמוך בהפרות חוק כדי לקדם את מטרותיו משום שהוא עצמו בוחר שלא לציית לכללי המשחק המקובלים. **ביחס לנשות הכותל**, דילמה כזו עלתה לאחרונה ביחס למעצרה של אחת מהנשים שהכניסה ספר תורה לרחבת הכותל בניגוד לתקנות. [זיו (קעדאן), 140-141; זיו (אי-ציות), 145; נחשוני²]

² <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4812942,00.html>