בס"ד

**18.3.12-שיעור 1.**

**משפט וחברה.**

המשפט הוא מוסד מהמוסדות החברתיים החשובים ביותר, זה מוסד שיש בו המון כוח.

**מה זה משפט וחברה?**

כל דבר שאנו עושים במשפט זה עיסוק בחיי החברה, כל תחום משפטי בעצם זה תחום שעושה רגולציה לאיזשהו תחום מתחומי החיים החברתיים עם הממשקים בין החברתי והפרטי וכו'. לא ניתן ללמוד חוקים ללא הקשר שלהם לחברה שבה הם חלים. במהלך השנים התפתחה תפיסה ששאלה מה אנו רוצים להשיג מההסדר המשפטי? התשובות נובעות מערכים חברתיים, תפיסות חברתיות, רצון לזהות מטרות חברתיות וכו. זה היה ברור לנו שהמשפט עושה משהו בחברה, הוא עושה איזשהו תפקיד ויש לו מטרה. יש לנו כלי ראשוני לבניית הסדר משפטי- יש לחשוב מה צריך להיות התוכן של המשפט אבל זה גם מאפשר לנו לבדוק האם ההסדר הוא נכון ויעיל כדי להשיג את אותה מטרה. צורת החשיבה (התאוריה) היא כלי עבודה בסיסי של עולם המשפט והוא נובע מתוך הבנה נובע של החיים בחברה. כיום צורת החשיבה של שיקולי המדיניות וכו' הופך להיות חלק ברור מהלימודים שלנו וזה חלק מאוד חשוב מהעשייה, כולל העשייה היומיומית. כאשר עולה איזושהי סוגיה וצריך לחשוב איך להקצות את הכוחות חייבים ללכת לרובד הזה של שיקולי המדיניות. בסקטור הציבורי חלק גדול מהעבודה של המשפטנים הוא להיות חלק מהגוף הקובע את פני המשפט.

בקורס הזה אנו מסתכלים על המשפט כאל מוסד מתוך מוסדות החברה ואנו רוצים להבין את פעולת המשפט בתוך הקשר חברתי לא במובן של עולם ערכים זה או אחר אלא כמו שהוא עובד באמת, איך המכונה הזו באמת עובדת? אנו רואים את המשפט בקונטקסט מסוים בהקשר ההיסטורי הספציפי שלו של נק' זמן מסוימת שהיא חלק מתהליך עם עבר ואולי הווה מסוים. אנו רואים את המשפט כחלק ממערכת מוסדית מוסדרת- כולל הפוליטיקה. מה הקשר בין משפט לבין ריבוי חברתי וכן הלאה. המטרה היא לראות את המשפט במלוא ההקשר החברתי שבתוכו הוא פועל ולשאול על זה שאלות.

נק' מוצא מאוד בסיסית בקורס היא שמה שמבטיחים לנו לא באמת מתקיים. זה חלק מההסתכלות הריאלית על עולם המשפט. הבחנה מאוד בסיסית שאנשי עולם המשפט והחברה עושים זה הבחנה בין **המשפט בספרים (in the books)למשפט בפעולה (in action).** מי שתבע את המונחים האלה בשנת 1905 הוא רוסקו פאונד. אנו לא נמצאים בכלל בצורת החשיבה של המשפט בספרים, אנחנו כבר לא נמצאים בצורת המשפט הפורמליסטית.

מה שנחזה להיות המשפט, מה שמבטיחים לנו כהבטחה הגדולה של עולם המשפט אינו מתקיים במציאות. העשייה של אנשי משפט וחברה במידה רבה היא לזהות את השוני, לנסות להבין מאיפה נובע השוני והפער הזה, מה הפער הזה מלמד אותנו וגם איך אנו סוגרים את הפער הזה.

**דוג':** נניח שאנו כותבים עבודה על חוק שיווי זכויות האישה ואנו כותבים עבודת סמינריון בנושא שוויון בין נשים וגברים בעולם העבודה בהקשר של נושא השכר והמורה שלנו מתעקשת בין אם זה רלוונטי או לא לעבודה שנכתוב פרק של משפט משווה. אנו צריכים לבדוק למשל מה קורה בישראל (נניח שאנחנו לא גרים בישראל), פונים לאנציקלופדיה בינלאומית ומגיעים לנושא של שוויון בשכר. מה ההסדר המשפטי במדינת ישראל? חוק שכר שווה לעובד ולעובדת. בחוק הזה, בנוסח האחרון שלו כתוב שמעביד ישלם לעובד ולעובדת שכר שווה בגין עבודה שוות ערך. זה סטנדרט השוויון הגבוה ביותר שיש. בפועל, נשים וגברים לא קיבלו שכר שווה. נניח שאנו לוקחים בחור ובחורה ששניהם עשו תואר שני- הבחור מתקבל לעבודה בתור מהנדס פיתוח תוכנה והבחורה מתקבלת לעבודה כמהנדסת עיצוב תוכנה. ומשום מה, מגיע להם שכר שונה. המעבידים אומרים שזה לא אותו תפקיד. המחוקק שלנו טרח ותיקן את החוק וקבע שיש לשלם שכר שווה בגין עבודה שוות ערך. נוצר לנו מקצוע של מעריכי תפקידים כדי להגיד במפעל מסוים מהם התפקידים שהם שווי ערך ולכן יש לתת אותם תנאים. גם בשירות הציבורי אנו רואים את כל התרגילים האלה של כל מיני תוספות שכר שניתנות רק לגברים. הסטודנט כותב על מדינת ישראל שיש שוויון, יש סטנדרט חקיקה גבוה, מדובר על המדינות מהנאורות בעולם ואם יש מורה שפועל מתוך צורת חשיבה של משפט וחברה ואנו מגישים לו את העבודה הוא אומר לנו לבדוק מה קורה בפועל. נכון שיש חוק ונתונים. שיעור הפער בין שכר נשים לגברים הוא בערך 30%.

אם יש לנו חוק שאומר דבר אחד והמצב בפועל הוא אחרת- מה זה מלמד אותנו? דבר אחד הוא לבדוק את האכיפה והרבה פעמים אחת השאלות החשובות מתייחסת להקשר הזה של האכיפה.

אחד החוקים החשובים ביותר בישראל חוק התקציב שמשקף לנו בצורה אמיתית יותר את המצב. המחוקק קובע חקיקה שנועד להגן על זכויות עובדים.

אם אנו רואים שהתקציב לאכיפה הוא מינימלי מה זה אומר? יכול להיות שמה שזה אומר זה שלמחוקק שלנו לא כ"כ חשוב אם הדברים האלה יתקיימו בפועל כי אם זה היה חשוב לו הוא היה מקצה יותר תקנים לביקורת על החוק. למה חשוב למחוקק להיראות כזה נאור? זה חשוב לאמון הציבור. הציבור לא תמיד יודע שלא אוכפים את החוק. המחוקק רוצה להיראות נאור גם בעיני העולם. האמירה הזו שבעיני העולם מלמדת אותנו שגם שאנו חושבים על מערכת המשפט הישראלית אנו צריכים לבדוק אותה בקונטקסט כלל עולמי.

אחת הדוגמאות הבולטת לכך- איזה חקיקה קודמה בישראל בצורה מאסיבית בגלל הקשר בין ישראל לשאר מדינות העולם? חקיקה בנושא של הלבנת הון, עבירות כנגד זכויות יוצרים, איסור סחר בנשים. הלחץ הבינלאומי החשוב ביותר על ישראל- של האמריקאים. הם בודקים את אופן ההתנהלות של מדינות שונות בתחומים שונים והם מתנים את מתן סיוע החוץ שלהם בכל מיני קריטריונים.

יכולה להיות סיבה טובה לכך שהמחוקק חוקק את החוק הזה, גם אם הוא לא הקדיש לכך תקציב? המחוקק אמר שלב ראשון שחשוב להציב נורמה. יש דברים שהוא רוצה להגיד גם אם הוא יודע שבטווח הקצר ההשפעה שלהם תהיה מועטה. יכולה להיות סיבה נוספת- למה אנו סומכים על רשויות השלטון שיאכפו את החוק? ניתן לעשות זאת ע"י חינוך, מודעות- אמצעים חוץ משפטיים. הפרטים בחברה עצמם יכולים לגרום לאכיפת החוק. יש צורך באישה אחת לפחות שתגיד מה פתאום אני מקבלת שכר יותר נמוך ואז יש תביעה. יכול להצטרף אליה איזשהו ארגון. מדובר על אכיפה פרטית. מדוע שהמחוקק ישקיע כספים אם המערכת פועלת ללא רשויות השלטון. פעמים רבות זה לא יעיל ובנוסף העובד מפחד על מקומם.

**זה מתקשר לשאלה מי באמת עושה שימוש במשפט? מי מגיע לבתי משפט? מי מגיע למחוקק?**

**דוג נוספת:** חוק הלוואות חוץ בנקאיות. החוק הזה קובע ריבית מקסימלית שמותר לגבות במקרה של פיגורים. ריבית זו מתחילה ב 1. מהי הריבית הממוצעת השנתית בשוק האפור? 400% לשנה. החוק מאפשר הגשת תביעה לביהמ"ש להשבת הכספים ששולמו ביתר.

**אנו נבדוק למי יש ידע במשפט, מי עושה שימוש במשפט, באיזה סוג של מוסד משפטי וכו'**

**דוג' נוספת:** השר בניזריהורשע בעבירה של טוהר המידות. הדברים שהוא אומר כשהוא יוצא מהכלא זה שהוא לא הכיר בעבירות שהוא עשה. הוא קיבל הקלה בעונש ואומר שהוא בכלל לא אשם, מה אנו עושים איתו? מה אנו עושים עם אדם שלא מתחרט? רוב האנשים אומרים שהם לא אשמים לאחר שהם מורשעים. מה מאפשר לאנשים להתראיין על כך בפומבי? עצם הידיעה שיש לו תומכים. מה זה אומר על האדם והקבוצה החברתית שממנו הוא בא ביחס למערכת המשפט בישראל? בתוך החברה הישראלית יש קבוצה חברתית שמעשיה של הרשות השופטת של מדינת ישראל אינה נתפסת כאמירה מחייבת. אין לגיטימציה למעשיה של הרשות השופטת של מדינת ישראל.

השאלה של לגיטימציה, ציות ואמון במערכת היא אחת השאלות הבסיסיות ביותר לגבי משפט חברה. אבל זה מלמד אותנו עוד דבר חשוב על המשפט בישראל.

**דוג' נוספת:** לגבי ההתפרעות של האוהדים מי שנתן את העונש הוא בית הדין של ההתאחדות לכדורגל. מכוח מה הגוף הזה פועל, מכוח מה יש לו סמכות לשפוט?יש לנו גוף במדינת ישראל שפורמלית יש לו הסמכה להפעיל בי"ד למשמעת מכוח חוק הספורט. רוב עולם הספורט לא מוסדר בחקיקה.התאחדויות נוספות חוץ מכדורגל פועלות בצורה דומה.

**דוג' נוספת:** מי שניצח באחד ממרוצי האופניים נתפס בהשפעת סמים. הוא הגיש ערעור לארגון שנקרא cas שזה ערכאת ערעור בינלאומית לענייני ספורט. השופטים הם עורכי דין ממדינות שונות בעולם. השאלה היא מי מפקח עליו, מי החליט על קיומו, מה ניתן לעשות אם הוא פועל שלא כדין.

המצב של ריבוי משפטי, פלורליזם משפטי, ריבוי מערכות משפט- יש גופים משפטיים שלא כפופים למשפט המדינה. שאלת הקשר בין השדות המשפטיים האלה למשפט המדינה היא שאלה מרתקת. איך אפשר להבין את מערכת המשפט במדינה מבלי להבין את ריבוי המערכות שאנו נתונים להן. לא ניתן לקבוע חוק מבלי לחשוב על הריבוי הזה ואיך זה ישפיע בכל אחד מהשדות החברתיים הללו.

קריאה: תשלח בתקשוב.

**25.3.12-שיעור 2.**

קריאה: שתדלנות וההליך הדמוקרטי. תוכנית של אילנה דיין על משרד הלוביסטים.

הטענה לגבי הקשר בין משפט לבין חברה: המשפט ממלא תפקידים בחברה.

הטענה הזו שמשפט משקף חברה היא טענה ריקה מתוכן לפי המרצה.

**מה אומרת טענה זו?** זו כותרת מאוד כללית להרבה מאוד סוגים של טיעונים אודות המשפט. חלק גדול ממסגרת העשייה והלימודים בפקולטות למשפטים יוצא מנק' המבט הזו. ההנחה היא שאנו כחברה עושים שימוש במשפט כדי להגיע לכל מיני יעדין חברתיים. רואים את המשפט כנפרד מהחברה במובן מסוים, כאחד מהמוסדות של החברה אך עומד בפני עצמו ועונה אחר צרכים מסוימים של החברה וממלא תפקידים מסוימים.

נניח שאנו מפעל תעשייתי ויש לנו צורך במפעל, אנו פונים ליצרן של מכונות ונותנים לו רשימה של צרכים מה אנו רוצים מהמכונה שהוא ייצר עבורנו. החברה האנושית יש לה צרכים, היא צריכה משהו שיתפקד כדי להשיג אילו שהן תוצאות והיא פונה אל המשפט ונותנת לו רשימת דרישות- מה אנו רוצים שהמשפט יעשה וכל מי שיוצר את המשפט צריך לחשוב איך הוא מתכנן את המשפט באופן שייתן מענה לדרישות החברה.

יש תפקידים של המשפט שלאו דווקא ייחודים לו אלא שהחברה מציבה אותם כמשימה של מוסדות אחרים גם כן. בעשורים האחרונים יותר דברים שהיו מוסדרים באמצעות מוסדות אחרים היום החברה פונה אל המשפט. בחברה הישראלית נראה כי אנו מצווים בשיא של התהליך הזה, כל תחום בערך מתקשר למשפט. אולם תהליך זה שנקרא משפטיזציה חל לא רק במדינת ישראל.

**איזה תפקידים אנו כחברה מייעדים למשפט? מה אנו רוצים שיעשה?**

* **חלוקת עושר/הקצאת משאבים.**
* **יישוב סכסוכים.**
* **הסדרה ותיאום של התנהגויות** (בין פרטים, בין תאגידים, ארגונים, גופים וכו') לעת משבר (רשת הגנה).

**כללי רקע**- התפקיד שלהם מודגש במאמר של בלכר פריגת.

* כאשר המשפט עוסק בהסדרה של תיאום והתנהגויות הוא תורם לסדר הציבורי ובהקשר של מערכת היחסים בין האנשים לשיתוף פעולה, דאגה לאחרים, אמון **ולכידות חברתית/סולידריות.**
* כאשר המשפט קובע כללים הוא תיאום של התנהגויות אבל תוך כדי הוא אומר לנו גם מה ראוי ומה לא. ניתן לקרוא לזה-**המשפט כמחנך, כמבטא תפיסות נורמטיביות, משקף.**
* **הסדרה של פעולות השלטון.**
* **משפט כמכשיר לשינוי חברתי.**

**המאמר של בלכר פריגת** עסק בדיני משפחה. יש שם עיסוק בטענה לפיה גם כאשר המשפט לא עושה משהו הוא עושה משהו. גם כאשר המשפט מחליט לא להתערב הוא מתערב בחיים, הוא מקבע מצב דברים מסוים, קיים. הטענה הזו שמוצדקת במאמר כטענה של פרנסיס אולסון אבל הטענה הזו רחבה יותר, לא נאמרת רק בהקשר ביקורתי. גם כאשר המשפט לא עושה יש לכך השלכות. גם אם המשפט לא עושה הוא ממלא חלק מהתפקידים שדיברנו עליהם לעיל. כאשר הוא לא עושה הוא מנציח מציאות חברתית. הדוג' שניתנה היא מפס"ד אמריקאי מפורסם. השאלה היא מה גבול הפטרנליזם שלנו במשפט. זוהי שאלה נורמטיבית שנוגעת לגבולות ההתערבות שלנו. אם אנו מזהים הטיות מובנות בשגיאות שאנשים עושים כאן קיימת הטענה שאנו צריכים להתערב. מצב שבו יש פער בכוח בין אנשים זה מצב קלאסי להתערבות משפטית. זה נובע מפערי מידע או הטיות קוגניטיביות- למשל הצפת מידע שלאחריו המוח שלנו נאטם. אנו הולכים לברירת המחדל שהציגו בפנינו כהחלטה אך למעשה זה נכפה עלינו בגלל המגבלות הקוגניטיביות שלנו.

בגלל שהייתה תפיסה מאוד חזקה נורמטיבית שהמשפחה היא מרחב של החיים הפרטיים שלא ראוי שהמדינה תתערב בה, איפשרו כל מיני מצבים לא אפשריים כמו הכאת ילדים וכו'. כאשר המשפט לא מתערב ביחסי משפחה מסוימים הוא מחזק את מי שחזק בתוך הקשר הזה ומנציח את החוק והנורמות שקבע החזק. למעשה ניתן לקחת זאת לנושאים אחרים, אם המשפט לא מתערב הוא מנציח מצב דברים קיים.

**בהקשרים אחרים של פעילות חברתית האם וכיצד המשפט ממלא את התפקידים שמנינו לעיל?**

**יחסי עבודה:** יישוב סכסוכים- המשפט מעמיד פורום ליישוב סכסוכים, הסדרה ותיאום של התנהגויות לעת משבר (דיני עבודה לעת משבר ביחסים שבין עובד למעביד- הסדרה של פיטורין- מה עילות הפיטורין המוצדקות, הזכויות והפיצויים).

כללי רקע: גם במהלך חיי העבודה המשפט מתערב באופן מאסיבי- חוק חופשה שנתית, חוק שכר מינימום, שכר בגין שעות נוספות, חוק פנסיה חובה, חוק שאוסר הפליה בעבודה- מסדיר מערכת יחסים לגבי קידום בעבודה. ברגע שהוא נותן את הכללים האלה הם מהווים כללי רקע. המשפט קבע אותם ככללי מינימום- אסור להתנות עליהם. אם אני כעובד יודע שהמשפט קובע את כל ההסדרים האלה זה נותן לי ביטחון כאשר אני נכנס ליחסי עבודה. עובדים תלויים במעביד שלהם- אם הוא לא משלם אנו נמצאים בבעיה קשה. גם המעביד תלוי בנו במידה מסוימת. ככל שהתפקיד שלנו יותר מרכזי בעבודה גם המעביד זקוק להגנה מהמשפט (מה עושים למשל כאשר כל העובדים מתפטרים- שביתת הרופאים). אם יש את ההסדר המשפטי, הוא ממלא תפקיד חשוב. כללי הרקע מאפשרים לנו להיכנס למערכת יחסים של תלות, לתת אמון בזולת כי אנו יודעים שאם יקרה משהו רע במערכת יחסים זו, המשפט מספק לנו הגנה. אם המעביד רוצה כוח יותר גדול מול עובדיו הוא ייתן יותר מהמינימום שהמשפט מחייב אותו. המשפט מבטא תפיסות נורמטיביות (סוג היחסים בין מעביד לעובד). הסדרה של פעולות השלטון (השלטון הוא זה שיוצר את יחסי העבודה). מכשיר לשינוי חברתי (המשפט מנסה להגיע לשוויון חברתי ע"י קביעת הנורמה של שוויון בשכר בין נשים לגברים). חלוקת עושר (דיני העבודה יוצרים זאת לחלוטין. קביעות נורמטיביות לגבי יחסי הכוחות בין המעבידים לעובדים. התנגדות להעלאת שכר מינימום- מביא לפגיעה ברווחים, הדיבידנד נפגע).

**דיני תאגידים:** אותה רשימה של מטלות שאנו כחברה מטילים על המשפט מתקיימת לגבי כל תחומי החיים. יישוב סכסוכים (השוק העסקי, מערכת היחסים בתוך החברה), הסדרה ותיאום של התנהגויות בין השחקנים השונים (בעלי מניות, נושים, מנהלים, בין בעלי המניות לבין עצמם –רוב מיעוט, בעל שליטה ועוד). כללים לעת משבר (חוק החברות, הבראת חברות שנקלעו לקשיים, הקפאת הליכים כנגד חברה שנקלעה לקשיים, כאשר רוב עושה שימוש בכוח ההצבעה שלו בהחלטות החברה ומושך לכיוונו- יש לנו עילות משפטיות ייחודיות העומדות לרשות החברה- קיפוח המיעוט ועוד). כללי הרקע הם אלה שנותנים תקווה לאנשים שרוצים להשקיע את כספם במניות של חברה מסוימת, המשפט הקים את הרשות לניירות ערך, המשפט קובע נורמות אך גם נותן לנו את הכלים שמטרתם לתת לנו אמון כאשר אנו נכנסים למערכת יחסים שלנו כמעט אין כוחות שם. ללא מילוי התפקיד הזה, יצירת אותם תנאים שיגרמו לנו לבטוח בגופים שבהם אנו משקיעים כספים, ההשקעה הזו לא הייתה קורית. השקעה זו רלוונטית גם לכלכלה הישראלית בכללותה. המשפט כמחנך, מבטא תפיסות נורמטיביות ומחנך את השחקנים בתוך החברה (אנו מטילים על מנהלים חובות אמון וחובות זהירות. משקפים תפיסות נורמטיביות לגבי מי שהחלטותיו ומעשיו ישפיעו על מעגל עצום של גופים אחרים. למעשה אנו אומרים לו מהן הנורמות שאנו מצפים לפעול לאורן). מכשיר לשינוי חברתי (תכלית החברה, למען מי החברה פועלת. אם המשפט יקבע לנו שהחברה פועלת למיקסום הרווחים של בעלי המניות זה אמירה אחת אבל אם תפקיד החברה לפעול למען כלל הגופים שבאים במגע עם החברה, אולי נצליח בדרך זו להגיע לשינוי במערך הכוחות של השחקנים במשק). דיני החברות עוסקים בנושא של חלוקת עושר. כל מה שדיברנו משפיע על זה. הסדרה של פעולות השלטון (חברות ממשלתיות, המשפט החוקתי- זכות הקניין, התערבות בחברות וכו').

התפקידים שאנו מציבים למשפט רלוונטיים כמעט לכל התחומים שבהם המשפט פועל.

מה שברור מהרשימה הזו היא שאולי אנו מפילים יותר מדי על המשפט, אולי הציפיות שלנו ממנו הן קצת מוגזמות. אנו רוצים שהוא יעשה תפקידים רבים אך אולי ישנן מוסדות אחרים יותר מתאימים מהמשפט לביצוע תפקידים אלו?

ההסתכלות על המשפט כממלא תפקידים מעניקה לנו גם פרספקטיבה לביקורת על המשפט. ביקורת במובן מאוד צר. נחזור לדימוי המכונה- כאשר אנו מבקשים מהיצרן ליצור לנו מכונה איך אנו יודעים שהמכונה עושה את מה שביקשנו? אנו צריכים לבדוק.

**האם המשפט או אנחנו כחברה באמת בודקים שהמשפט ממלא אחרי התפקידים האלה שאנו הצבנו לו ואיך אנו בודקים זאת, אם בכלל?**

אנו צריכים לעשות מחקר אולם לא נעשו הרבה. מחקרי הכנסת (ממ"מ). עיקר החשיבות של המחקרים האלה זה יצירת שקיפות, כי הם מקבלים מידע מרשויות השלטון כאשר הם מבקשים אותו וכך מתקבל מידע שלא היינו מקבלים בדרך אחרת. מדובר על מידע ולא מחקר במובן שאנו מחפשים פה. הם לא מציבים היפותזות. בנק ישראל כן מבצע מחקר אמפירי. ממ"מ הוא כלי מעולה לביקורת על השלטון. עבודה מחקרית אמפירית לא נעשתה כמעט לגבי המשפט. בעשור וחצי האחרון יש לנו צמיחה עצומה ברחבי העולם באקדמיה של מחקר אמפירי של המשפט. חלק ממנו נותן לנו ידע שלא היה לנו קודם והוא מלמד אותנו הרבה מאוד על השאלה האם ההסדרים שנקבעו אכן משיגים את התוצאה הרצויה. הידע שאנו מקבלים מהמחקר האמפירי הוא אדיר מבחינה אינסטרומנטלית- הבדיקה האם המשפט עומד ביעדים החברתיים שלו. זה יכול לתת לנו הרבה מאוד ידע על המשפט וכך אנו יכולים לשפר את המשפט ולתכנן אותו כך שהוא ימלא את התפקידים שהצבנו לו.

**יישוב סכסוכים.**

זה תחום שבשנים האחרונות אנו רואים את החשיבה המחודשת. מדגים לנו שאנו חושבים בצורה אינסטרומנטלית על המשפט. יש לנו למשל סכסוך שכנים בבית משותף. השכן שגר למטה פונה לעו"ד והוא לומד שיש לו עילות תביעה. הוא פונה בתביעה לביהמ"ש שלום. עוברת שנה, מגיעים לביהמ"ש ומתנהל תיק. רוב הסיכויים שתיק כזה יופנה לפשרה ע"י השופט. נניח שמתקיים דיון, איך הוא מתנהל? תפקידו של התובע- הוא לא חייב להיות שם. התובע יכול לספר את המקרה שלו רק אם הוא מעיד, היום זה מוחלף בתצהירים. מותר לו לספר רק מה שהוא נשאל ואיך שמותר. כנ"ל לגבי הנתבע. תפקיד מאוד פאסיבי. נניח שהשופט נותן החלטה- הכרענו את הסכסוך המשפטי כפי שהוא בא לביהמ"ש, יש פס"ד. לפעמים יישבנו את הסכסוך ולפעמים לא. מה קורה למערכת היחסים בין אותם שכנים? הסכסוך ביניהם לא נפתר. הדברים שמגיעים לביהמ"ש הם ביטוי חיצוני למערכת יחסים חברתית בעייתית בין אנשים. פתאום אנשים התחילו לחשוב שהאופן לפיו מערכת המשפט המערבית-מודרנית פועלת זה לא ממש מתאים לחלק גדול מהבעיות שאנו קוראים להם סכסוכים. שניתן לתרגם אותם לעילות משפטיות אבל אולי קצרה ידו של המשפט מליישב סכסוכים במובן החברתי האמיתי. אנו יודעים זאת כי אנשים בדקו את הדברים האלה. פתאום התחלנו לחשוב שאולי צריך מנגנון אחר ליישוב סכסוכים, עדיין בתוך ביהמ"ש אבל לא בצורה שבה מערכת המשפט פועל. פה זה מתחלק לשניים: **אחד,** יישוב סכסוכים בדרכים אלטרנטיביות (בחסות המשפט הפורמלי, יש פה בדיקה איזה סכסוכים ניתן ליישב באיזו צורה). **שני,** גם בתוך המערכת הפורמלית אנו יכולים לעצב אחרת את מוסד ביהמ"ש למשל, ביהמ"ש לתביעות קטנות שהוא חלק מביהמ"ש שלום וההסדר שלו קבוע בחוק שמתייחס לביהמ"ש שלום. הוא לא הליך אלטרנטיבי. ההליכים הם פחות נוקשים, כללי הראיות לא חלים. נותנים לאנשים להגיד מה באמת כואב להם. במחקרים שנעשו אנשים יוצאים הרבה יותר מרוצים מביהמ"ש לתביעות קטנות מאשר מביהמ"ש שלום, גם אם הם יצאו מפסידים.

פתרון אחר- בארה"ב נוצר מוסד שנקרא ביהמ"ש פותר בעיות. אלה הם בתי משפט או הסדרים שצמחו מצרכים ממשיים. לאט לאט נוצרה תנועה שלמה סביבם. הרעיון שבסיס הוא שביהמ"ש הוא חלק מהבעיה. סוג רווח שלהם- בתי משפט שמתייחסים לעבירות פליליות מסוג מסוים או עבירות שנעשו ע"י סוג אנשים (למשל, תופעה של אנשים שחזרו מהצבא ומתקשים לתפקד בחברה האמריקאית, עבירות של שימוש בסמים וכו'). מצאו שההליך הפלילי הרגיל עושה דלת מסתובבת. ביהמ"ש לעבירות סמים- יש שופט אבל הוא חלק מצוות שלם. הסניגור, התובע, עוס"ים, עובדים של הקהילה, רופא, פסיכולוג וכו' מתמנים כצוות שבודקים מה הבעיה של האדם, מדוע הוא מכור לסמים ואיך ניתן לעזור לו להיגמל. מכניסים אותו לתוכנית שיקום בתוך ביהמ"ש. הוא צריך להתייצב כל כמה זמן לביהמ"ש ומוגש דו"ח לשופט. אם הוא עומד בתוכנית העבירה נמחקת. אם לא- בודקים מדוע הוא לא עומד בה ואם מבינים שזה לא יעבוד, הוא חוזר להליך הפלילי הרגיל. יש ביקורת על הליכים אלו אבל מחקרים אמפיריים הראו הצלחות לא מבוטלות להליך זה לעומת ההליך הרגיל.

אם אנו רואים את המשפט כמכשיר להשגת דברים חברתיים ואם אנו בודקים אמפירית למשפט אין שום דבר הכרחי. אנו מעצבים את המשפט, איך הוא ימלא את התפקידים. זו חשיבה אינסטרומנטלית.

**1.4.12- שיעור 3**

**נעסוק בגישות של משפט וחברה.**

היום אנו מדברים על גישות שמראות מיקום ספציפי בחברה, ניתן לזהות את השחקנים שהם אלה שפועלים בחברה, ניתן לראות את השפעת מפעילי הכוח על מקבלי ההחלטות.

לכאורה, ברור שהמשפט הוא תוצר של אינטרס: האינטרס הציבורי. לכאורה, התפיסה הרלוונטית היא שמקבלי ההחלטות פועלים באופן אוטונומי, פועלים לפי מה שנחזה להיות האינטרס הציבורי. ברור שאופן הפעולה הוא אחר. לכל רשות יש מנגנון אחר של קבלת החלטות אבל כולם פועלים על סמך אינטרס אחד שהוא האינטרס הציבורי. לכאורה, היינו יכולים להיות שקטים ולחשוב שהאנשים שמינינו פועלים לפי האינטרס הציבורי. אבל פני הדברים היא שבזירת קבלת ההחלטות במשפט אנשים פועלים לפי אינטרסים שונים שאינם בגדר האינטרס הציבורי אלא אינטרס יותר פרטיקולרי.

**כיצד מסבירים את הקשר בין משפט לאינטרסים?**

**הטענה הראשונה** היא שאנו נמצאים בסוג פוליטיקה שהיא של **קבוצות אינטרס**. קבוצת אינטרס פועלת למען השגת מטרה אישית, משותפת, מטרתה להשפיע על המדיניות הציבורית ועל קבלת ההחלטות. זו קבוצה שמשקיעה משאבים שונים ביצירת קשרים והשפעה על מקבלי ההחלטות ועל הציבור בתקווה שישפיע על מקבלי ההחלטות. המטרה היא להשפיע על תוכן הכללים שנקבעים בין אם בכנסת ובין אם ברשות המבצעת.

בשנים האחרונות אנו חשופים לפעולה של קבוצות אינטרסים. מכונה **"הון שלטון".** השיח הציבורי הנוכחי הוא מטעה במידה מסוימת כי אנשים עלולים לחשוב שאולי לא היו קבוצות אינטרסים בשנים הקודמות, אך קבוצות אינטרס היו קיימות תמיד- יכול להיות שהם פעלו אחרת (בדרכים מעודנות יותר, קשורות יותר למפלגות מאשר היום וכו').

הזרקור שסמנו על בעלי ההון וניסיונות ההשפעה שלהם על התוצאים המשפטיים הביאה למודעות גדולה לנושא, אך זה לא חדש. מה שחדש זה שהתקשורת שמה דגש על כך, שהציבור התבגר וכו.

קבוצות אינטרס ישנן בצורות שונות מאוד. זה שדה מאוד מגוון. בגלל שכ"כ ממוקדים בשדה הכלכלי ובבעלי ההון יש הטעייה. קבוצת אינטרס זה מונח סוציולוגי, לא מדובר דווקא על מי שיש לו כסף.

**קבוצת אינטרס:** כלומר, לכאורה, מדובר על כמה אנשים. קבוצת אינטרס בהגדרה שלנו יכולה להיות גם אדם אחד. אם יש מישהו שיש לו כ"כ כוח ויכולת השפיעה הוא יכול להיות קבוצת אינטרס- אם יש לו זמן, משאבים, כסף והשפעה.

**דוג':** אברהם שפירא, היה הבעלים של שטיחי כרמל. היה לו כוח השפעה פוליטי גדול עד כדי כך שכל מי שרצה לייבא שטיח לישראל היה צריך לשלם 100 אחוז נכס.

**יש קבוצות אינטרס שפועלות לפי חוק למעון מטרה מסוימת.** לעומת זאת ,יש קבוצות אינטרס שפועלות לאורך זמן.

קבוצות שנלחמו למען שינוי, הסדר בנושא תגמולי הגז, מחאת הקוטג' פעלו למען מטרה מסוימת. קידום של אנשים בין אם כצרכנים ובין אם קידום של תפיסות חברתיות. יש קבוצות שפועלות במשך שנים- התנועה לאיכות השלטון, המועצה לצרכנות ועוד.

יש שאלה מאוד גדולה על המחאה החברתית, נראה כי יש המשכיות.

השנים לאחר מלחמת לבנון השנייה- גל מחאה עצום של אנשי מילואים למען הקמת ועדת חקירה. זו התארגנות אד הוק, שהצליחה והקבוצה התפרקה לאחר מכן.

**יש קבוצות שפועלות במגוון רחב של תחומים וגם למטרה ספציפית:** למשל הירוקים. פועלים בנושא של מחזור בקבוקים ועוד.

אדם טבע ודין- ארגון שהוא פעולה משותפת של אנשים שהאינטרס הוא ציבורי. קבוצה שפועלת למען מה שהיא רואה כתפיסת עולם כאינטרס הציבורי. הסרת מפגע או תכנון מסוים נקודתי אך גם פעולה במישור המדיניות הכוללת.

הקבוצות שונות זו מזו בסוג הפעולות- מול מי פועלים? הרשות המקומית, הכנסת, דרך ביהמ"ש, מול הציבור, פעולה חינוכית, משפטית. מגוון מאוד רחב של פעולות של קבוצות אינטרסים. חלקן פועלות בכל מיני זירות ונוקטות במס' דרכים. יש קבוצות אינטרס רבות שיש להם ריבוי סוגי פעולות.

סוג הפעולות מכתיבים גם את מיקום הפעולות, יש כאלה שפועלים בתקשורת הממוסדת, יש כאלה שפועלים במסדרונות השלטון. בשנים האחרונות נוספה לנו הפעילות של הרשתות החברתיות- השפעת קיום של התקשורת האלקטרונית על המחאה, דפוסי המחאה ועל הפוליטיקה הישראלית- זוהי מחאה מאוד קלה בפני עצמה ויש שאלה איך היא מתורגמת לכדי השפעה. במחאה החברתית עברו מהר מאוד מהרשת לרחוב ואז למסדרונות השלטון. השאלה היא עד כמה כוח יש לפעולה ברשת בפני עצמה? יש אנשים שהרגישו שהם הביעו את מחאתם רק באמצעות לחיצת עכבר.

**יש גופים שיש להם פעילות רבה, עניינית ובין היתר הם גם פועלים כקבוצת אינטרס למען קידום מטרות של חבריהם במישור של השגת תוצרים משפטיים. למשל:** ארגוני החקלאיים, יש להם פעילות תרבותית, קליטה, שימור היסטוריה וגם פועלים כקבוצת אינטרס מול השלטון לקבלת החלטות. התאחדות התעשיינים, הקבלנים, לשכת עורכי הדין- מעורבת באינטרס הפרטני של עורכי הדין וגם מנסה להשפיע על מדיניות בנושאים שהיא רואה כאינטרס הציבורי.

יש גופים שהפעילות שלהם עוסקת במטרה באופן ספציפי או גופים שמטרות ספציפיות היא חלק מהפעילות שלהם.

יש קבוצות מאוד חלשות- אד הוק ולעומת זאת כאלו שהן מאוד ממוסדות ובעלות דפוסי השפעה גדולים.

ככל שגוף חזק יותר, גדול יותר וותיק יותר נדרשת לו רמה יותר גבוהה של מיסוד הפעילות שלו.

המחאה החברתית- ניסיון למחאה ללא מיסוד. מה שיפה במחאה זו היא שהם העניקו לגופים ממוסדים רבים לבוא ולהשמיע את מה שיש להם לומר וכך הם קיבלו סוג של מיסוד ללא מיסוד.

עד כמה העדר המיסוד פגע במחאה או תרם לה? זו שאלה. שני הצדדים נכונים. יכול להיות שדווקא חוסר המיסוד והעובדה שזה נתפס כמשהו אמיתי הצליח למשוך כ"כ הרבה אנשים. ניסו מאוד להטיל עליהם סטיגמות כדי להכניס אותם לשדה הפוליטי הקיים.

**מה ההבדל בין קבוצת אינטרס לבין מפלגה?**

**קבוצת אינטרס:** קבוצה של אנשים שפועלת ביחד למען השפעה על מקבלי ההחלטות.

**מפלגה:** מגרש המשחקים הפורמלי שלה- פועלת כבר בתוך הכנסת. הציפייה שלנו היא שמפלגה אכן תפעל על סמך תפיסת עולם ושיהיה לה מה לומר על מגוון נושאים שרלוונטיים לחברה הישראלית. זה נכון במידה מסוימת אך יש זליגה מאוד מעניינים בין הפוליטיקה של מפלגות לבין קבוצות אינטרס.

דוג': הגמלאים. זוהי דוג' מרתקת. הם היו קבוצה שהתארגנה כקבוצת אינטרס- מטרתם הייתה להגן על זכויות הגמלאים. הם זכו להצלחה ענקית בבחירות. הם נפלו כי הם פעלו לטובת האינטרס שלהם. הם רצו בבחירות שהיו הרבה מאוד אנשים שרצו להביע מחאה נגד הפוליטיקה והם הצביעו להם בתור המחאה הזו.

יש לנו קבוצות אינטרס שמפולגות בין מפלגות שונות ובמידה רבה משם כוחה. למשל, הקבוצה של החקלאים. אינטרסים של חקלאים מיוצגים ע"י מגוון מאוד רחב של מפלגות וזה היה מקור העוצמה שלהם לאורך שנים. איפה הם נמצאים? במפלגות ערביות, אגודת ישראל, מפד"ל, ש"ס- חלק גדול מהמושבים שהוקמו כמושבים של הפועל המזרחי הם שייכים פוליטית לש"ס, קדימה, ליכוד (חלק גדול מהחקלאות הוותיקה הפרטית).

**קידום האינטרסים הוא לא רק עפ"י אידיאולוגיה, גם להתארגנות יש חשיבות.** בפוליטיקה של קבוצות אינטרס יש הטיה מובנית לטובת מי שמתארגן ויודע איך להשפיע לעומת הציבור הדומם, זו הבעיה.

יש הטיה מבנית לטובת סוגי אינטרסים מסוימים.

הטענה של הפלורליזם היא טענה שיש לנו ריבוי קבוצות אינטרס והן פועלות בזירה הפוליטית כפי שמתנהל שוק כלכלי. יש גם תחרות על השגת תוצר שזה ההחלטה של מקבלי ההחלטות של המדינה. יש לנו הרבה מאוד קבוצות, שוק פתוח לכולם, כל מי שרוצה יכול להתארגן ולהיכנס למשחק הפוליטי של ההשפעה, אין גורם שיש לו כוח מכריע או מונופול להכתיב תוצאות מסוימות, השחקנים פועלים לפי כישרונותיהם ויכולותיהם. יש התחברות של גופים שונים לפעמים זה להשגת מטרות משותפות, או שעושים עסקה- אנחנו עוזרים לכם להשיג תוצאה מסוימת ואתם תעזרו לנו מטרה אחרת. אם התהליך הזה נכון אז יש הליך דמוקרטי- יש מנצחים ויש מפסידים.

בעולם כזה זה שיטת משחק דמוקרטית שמשיגה את הערכים שעומדים בבסיס הדמוקרטיה שלנו אך השאלה היא האם ככה פועלים בדברים. האם הפוליטיקה היא של שוק חופשי, שוק הזדמנויות ועוד.

מי שהמטרה שלו היא נורמטיבית יכול לחשוב על הקלקולים ועל התיקונים להשגת פלורליזם.

**\*\*השיעור מבוסס על המאמר שהיא נתנה לקרוא.**

**למה אנו לא מצליחים בהליך של יצירת קבוצות אינטרס?**

יש הרבה כשלים, השוק לא באמת פתוח לכולם כי בשביל להיכנס עליו יש עלויות ולא כולם מצליחים להתגבר על עלויות אלו. אחד הכשלים המאוד ברורים זה בעיית הפעולה המשותפת. בעיית נציג, וכו. יש לזהות את האינטרס המשותף ראשית ולהגדיר אותו- זה הליך מאוד מסובך. כל אחד חושב שהוא יודע יותר טוב. כדי לפעול בקבוצה יש לעשות התארגנויות שיש להם עלויות- זה דורש זמן, כסף- צריך שיהיה מי שמוכן לממן זאת. צריך אנשים שיהיו מעוניינים לעבוד בשכר אבל יש צורך במקור מימון. יש הרבה גופים שנכשלים בשלב של ההתארגנות הראשונית.

ניתן לראות שהמפלגה היא בעצמה שוק של קבוצות אינטרס בתוך המפלגה. גם אם קבוצות התארגנו הם צריכות להשפיע- להציג עמדה מנומקת, מידע מסודר, מחקרים. לא ניתן להגיע סתם. לפני כן יש להשיג נגישות. יש מקומות בהם השגת הנגישות היא ממוסדת. אנחנו בארץ מאוד חלשים בנק' זו. השאלה אם תהיה לך נגישות לח"כ או לפונקציונר ברשות מנהלית תלויה בקשרים או בהיותך שחקן מוכר בזירת האינטרסים. יש פה כשל- אתה צריך להיות מוכר כדי להיות משפיע וכדי להשיג נגישות. יכול להיות שמי שחזק מחוץ לזירה הפוליטית יכול להצליח בזירה הפוליטית כי יש יותר מקבוצה אחת שמנסה להשפיע. אתה צריך להיות שווה לקבוצה האחרת שמנסה להשפיע. זה מאוד תלוי ברוח הזמן ובעיתוי של קבלת ההחלטות. למשל, אחד ההישגים של המחאה החברתית השפיעו במידת מה על קבלת ההחלטות.

יש הרבה מאוד פעולה של קב' אינטרס ישירות מול מקבלי ההחלטות. המאמר במידה הזאת הם מאוד מוטים כי הם מדברים במובנים של מוחלטות.

האמירה הון שלטון היא אמירה פשטנית. לא תמיד ההון מנצח או מי שיש לו כוח מחוץ לזירה הפוליטית. הסתכלות על כמה מקרים עדיין לא מעניקה לנו תמונה מלאה על פעולת הכנסת. יש לא מעט אנשים בכנסת שחלק ניכר מהזמן פועלים נאמנה. בוודאי שמה שתופס את העין זה המקרים בהם אנו רואים את ההשפעה של קבוצות האינטרס אבל זה רק חלק מהתמונה. אך זה לא מדויק, יש לנו זה בצד זה. בוודאי שיש לנו את המקרים הברורים בהם אנו רואים איך הלחץ של קבוצות אינטרס חזקות, בעיקר קבוצות כלכליות, שמשפיעות מאוד על קבלת ההחלטות בעניינים.

חלק מהפעולה הזאת נעשית ע"י הלוביסטים (כתבה של אילנה דיין בעובדה).

מחקר בארה"ב על פעולת לוביסטים מראה לנו מתי הם מצליחים. **ישנם 3 גורמים שמשפיעים על הצלחתם של הלוביסטים:**

1. הלוביסטים מצליחים להטות את ההצבעה לטובתם **כאשר למקבל ההחלטות יש כיוון ראשוני שנוטה לכיוון שהלוביסט מנסה לקדם או שאין להם עמדה בכלל.** יכולת הלוביסט לשנות את אלה שעמדתם נחרצת בנושא היא קטנה. על הלוביסט לזהות את עמדותיהם של מקבלי ההחלטות.
2. יש להם הצלחה **ככל שהנושא רחוק מהעין הציבורית.** זה מוכח אמפירית. מכאן האמירה החשובה של חשיבות החשיפה והמודעות. כ"כ הרבה דברים נעשים מחוץ לעין הציבורית. מי שאכפת לו צריך לחשוף זאת. למשל: החלטות מועצת מקרקעי ישראל מפורסמות אך לא ההחלטות של ההנהלה. במה הן עוסקות? יכול להיות שהן מעניקות הטבות ליזמים אך זה לא מתפרסם. בכנסת הייתה החלטה להטלת מס על איזשהו חומר וזה עובר. מסתבר שהמשמעות על הטלת מס על יבוא החומר הזה היא הענקת הטבה למי שיש לו מונופול על ייצור המלט בארץ. כלומר- הטבה לדנקנר שמחזיק בנשר. יכול להיות שיש צורך להגנה זו או אחרת על ייצור ישראלי אך זה לא צריך להתנהל בחדרי חדרים. האדישות של הציבור מאפשרת זאת והוא אשם בכך. הגילוי מקדם את היכולת להעברת דברים בצורה כזו.
3. **קשרים אישיים ונגישות למקבלי ההחלטות.** קשרים אישיים קודמים זה שם המשחק. הלוביסטים הטובים ביותר הם אלה שפעלו בתוך המנגנון. מחקר בארה"ב- מחצית מחברי הסנאט הפכו ללוביסטים.

רוב האנשים שפועלים בכנסת, פועלים עפ"י תפיסת עולם חברתית- כלכלית.

כציבור אנו צריכים להביא לכך שפעולתם של קבוצות האינטרס יהיו מתוך תפיסה דמוקרטית.

**15.4.12- שיעור שלישי.**

התחלנו לעסוק בטענה שמהמשפט הוא תוצר של אינטרסים. דנו בטענה או בתאוריה של הפלורליזם בהקשר של אינטרסים. יש בחברה ריבוי של קבוצות אינטרס והפוליטיקה היא מנגנון כמו שמנגנון שוקי שבו קבוצות האינטרס מתרגמות את הכוח שלהן בהשגת תוצר משפטי הראוי להם. מי שדוגל בתיאור הזה של הפוליטיקה מתאר לנו מצב שחלק מהאנשים מסכימים שהיא לגיטימית ודרך ראויה לניהול מדינה. אין בחברה גוך שיש לו כוח יתר או עוצמה חזקה שיש לו כוח להשפיע. יש ריבוי אינטרסים, כללי משחק שכולם יכולים לשחק אותו. אין מניעה מבנית שתוכל גם לנצח- הכול תלוי במה יש לך למכור וכו'.

אנחנו לא עוסקים בטענה של איך זה צריך להיות.

אותנו לא מעניין טענות נורמטיביות. זו שאלה האם התיאור הוא תיאור נכון של המציאות הקיימת. כנגד הטענה שכך מתנהלת הפוליטיקה העלנו כל מיני השגות שמתארות פער בין הטענה לבין מה שקורה בפועל. אם מסתכלים על המשחק הפוליטי לא מדובר על תיאור מדויק כי השוק לא באמת פתוח לכולם, יש הרבה מאוד עלויות ובעיות וכשלים אפשריים בעצם ההתארגנות כקבוצה למען פעילות משותפת- עלויות השגת הסכמה לפעולה משותפת, הסכמה על מה נאבקים בפעולה המשותפת, עלויות של כסף, זמן, אנרגיות. ראינו כשלים שעוסקים בשאלה האם ניתן ליצור שיתופי פעולה או שבגלל תכונות כאלו או אחרות לא כ"כ רוצים לשתף פעולה. דוג' לכך: המפלגות הערביות. יש דה לגיטימציה של יצירת קואליציה לשיתופי פעולה למרות שיש נושאים בהם זה לא אמור להיות רלוונטי. למשל: נושאים של ביטחון סוציאלי ועוד.

ארגון עדאלה- יש לו רעיון למימוש חופש הביטוי בישראל. ברגע שיודעים שזה מגיע מארגון זה יש קבוצות בחברה הישראלית שמראש לא ירצו לשתף פעולה.

טענה תיאורית לגבי כיצד היכולת לשכור שירותים של שחקנים קבועים במשחק הפוליטי, שחקנים מקצועניים יכולה להשפיע על היכולת שלך לשחק את המשחק הפוליטי- הלוביסטים (במאמר יש תיאור מורחב לגביהם).

טענה- יש ריבוי אינטרסים וטענות כנגד. זה נותן לנו כלי מחקרי לבדוק היסטוריה של היווצרות הסדר משפטי מסוים.

טענה שניה: ריכוז כוח ההשפעה. טענה קומוניסטית לטענת הריבוי. יש קבוצה אחת או לכל תחום מסוים יש איזושהי קבוצה שהיא זו שקובעת למעשה את תכני המשפט וזה לא מי שבפועל קובע את ההחלטה. טענה זו הושמעה רבות לגבי כוחו של מעמד בעלי ההון. הטענה הזו אנו שומעים אותה מכל מיני גישות- החל מגישות מרכסיסטיות מסוימות ועד לגישות של ניתוח כלכלי של הפוליטיקה. הטענה היא שמי ששולט במדינה זה לא מי שנחזה להיות מקבלי ההחלטות הפורמליים (ל א חברי הכנסת, שרים וכו) אלא שהקבוצה הזו הם בעצם נשלטים בעצמם ע"י קבוצת בעלי הכוח בחברה. הדוג' היא בד"כ לגבי בעלי הכוח הכלכלי בחברה. הגרסה המרכסיסטית. מי שמעלות טענה זו אלה גישות שעושות קשר ישיר בין מעמד כלכלי לבין המשפט. הטענה היא שהמדינה או ממוסדותיה הם בעצם ארגון הפועל למען קידום האינטרסים של בעלי ההון. מי ששולט באמת זה בעלי ההון. מקבלי ההחלטות ומוסדות המדינה הם עושי דברם של בעלי ההון. ניתן להחליף את בעלי ההון בסוג אחר של כוח (פמיניסטיות, לאום, דת).

הטענה היא שהמדינה זה מנגנון שפועל למען קידום האינטרסים של בעלי הון בבחרה על חשבון האינטרסים של יתר בעלי החברה. קידם האינטרס של בעלי ההון בא על חשבון יתר בעלי הקבוצה החברתית. זו טענה שכטענה דמגוגית אנו שומעים אותה בלי סוף. זו הייתה טענה שגייסה אנשים לפעולה כנגד בעלי כוח בחברה. זו טענה שצריך להוכיח אותה אמפירית. לומר שמקבלי ההחלטות פועלים עבור בעלי ההון זו טענה שצריך להוכיח אותה. כדי להוכיח אותה צריך לתת תךיסה יותר מורכבת של הטענה הזו. יש שתי דרכים עיקריות בהן מי שניסה להוכיח את הטענה הזו. שתי דרכים בספרות כניסיונות להוכיח אותה:

1. מחקר פרסונלי של רשתות חברתיות. מנסה להראות את מערכת הקשרים האישית הענפה בין מקבלי ההחלטות במדינה לבין בעלי הכוח הכלכלי בחברה ולהראות שמדובר על רשת צפופה בעלת אחדות אינטרסים ולכן זה לא מפתיע שמקבלי ההחלטות פועלים לפי האינטרסים של בעלי ההון בחברה. הרשתות החברתיות- עושים כל מיני תרגילים עובדתיים. למשל, איזה מרכזי כוח אנו יכולים לראות בחברה? כנסת, שרי הממשלה, רשויות מקומיות, משרדי ממשלה ובכל משרד יש לנו פקידים, בנקים, 100 החברות הגדולות במשק, לשכות מקצועיות, התאחדויות, שופטים. במחקר כזה רושמים את השמות של 10 עד 15 אנשים מרכזיים בכל גוף וגוף. מתחילים לבדוק אמפירית מי מכיר את מי מאיפה. מי נשוי למי, מי למד עם מי וכו'. ואז מתחילים לחבר בין אנשים בתפקידים שונים. לא בכל מקום נקבל את אותו דפוס של רשת אבל הטענה הזו היא טענה נכונה. אנו נראה גוש שחור- הכל יהיה מקווקו, זה מכיר את זה וכו'. שאלות של מאיפה הם באו ומה הם למדו. בודקים גם עם מה אנשים באים לתוך התפקידים האלה. גם אם נולדת מחוץ לרשת אתה יכול לעבור תהליך של סוציאליזציה להיכנס לתוך הרשת הזו. \

**ד"ר אייל סולגניק ופרופ' יצחק סוארי:** עשו מחקר והם בדקו את הקשרים בין הדירטקטורים בחברות הציבוריות בארץ והם מצאו ש 80% מהדירקטורים שייכים לאותה רשת חברתית שמראה לנו את הקשר בין מקבלי ההחלטות לבעלי ההון. יש נדידה ממקום למקום- אנשים מתפקידים בכירים ממקום אחד עוברים למקום אחר. לדעת המרצה זה עדיין לא אומר לנו איך זה מסביר את קבלת ההחלטות- יכול להיות שזה אידיאולוגיה משותפת ועוד. השאלה היא מה המנגנון שמוביל לעובדה שמקבלי ההחלטות במדינה הם בובות של בעלי הכוח. המרצה חושבת שחסרה כאן חוליה מקשרת בניתוח. המרצה טוענת שחסר במחקרים אלו כוח הסברי.

1. אין מחקרים כאלה בישראל. הסתכלות על התוכן של ההחלטות המשפטיות. אם אנו טוענים שמקבלי ההחלטות פועלים רק למעון האינטרסים של בעלי ההון יש להוכיח זאת ע"י מה שהם החליטו בפועל. אם באופן דומיננטי ההחלטות נוטות לכיוון האינטרסים של קב' מסוימת על חשבון האינטרסים של קבוצות אחרות אולי תהיה הוכחה. זו לו הוכחה ניצחת כיוון שייתכן שזה תפיסת העולם של אותו מקבל החלטות. האם ניתן להוכיח על סמך הסתכלות על חקיקה לאורך 20 השנים? יש להסתכל על איזשהו טווח היסטורי ולא על שנה או ממשלה מסוימת כדי להוכיח את הטענה הזו. מי שטוען את הטענה הזו ובאים וטוענים כנגדה בצד חקיקה שניתן להראות בצורה מובהקת שהיא משרתת את האינטרסים של בעלי ההון בחברה ושהיא משרתת את האינטרסים האלו בצורה מוטה אנו יכולים להראות חוקים אחרים שפוגעים באינטרסים של בעלי ההון באופן ברור: כל הסדרי העבודה, חוק ההגבלים העסקיים, חוקי מיסוי, רגולציה של שוק ההון ושוק התקשורת וכו'. התשובה לכך: נכון, לדוג' אם אנו לוקחים את חקיקת העבודה אין ספק שזה פוגע באינטרסים של המעביד- תשלום שכר מינימום, חופשה שנתית וכו' זה יורד מהרווח שלו. יש פגיעה בחופש המסחרי. הרגולציה פוגעת בבעלי ההון אבל הם אומרים שבטווח הקצר אין ספק שיש כאן םגיעה אבל זה טעות להסתכל רק על האינטרס הכספי המיידי של בעלי ההון יש לראות את אינטרס העומק שזה לא דווקא אחוז ברווח אלא גם שקט תעשייתי- מצב של אוכלוסייה ממורמרת שמרגיש שהוא לא מרוויח שכר כראוי, בעלי ההון לא רוצים שהציבור יצא למחאות. גם אם באופן מיידי כל החוקים שנחזים להיות פגיעה בבעלי ההון בעצם במובן העמוק הם משרתים כי הם יוצרים איזשהו מצג של חברה שמתחשבת בכלל האוכלוסייה, שומעים את הטענות על העובדים, עובד שמרגיש ששומרים על האינטרסים שלו ייתן תפוקה רבה. אנחנו כצרכנים אם אנחנו יודעים שיש לנו יכולת מעבר אז לא נשים לב לדברים אחרים. חוזרים לבעיית הוכחה יותר גדולה. מגיעים למעגל. ההליכה לקיצונית.

בגישה של הפלורליזם הכוח נמצא בחברה ומפוזר בין קבוצות שונות. טענת הריכוזיות הכוח מרכוז בידי קבוצה מצומצמת שהמשפט פועלת לקידום האינטרסים שלה.

גישה שלישית: תלות מבנית- מכניסה למשוואה את מקבלי ההחלטות כבעלי אינטרסים. הסתכלות על המפה הפוליטית מנק' המבט של מקבלי ההחלטות- מנהלי המדינה: מחוקקים, שרים, מקבלי החלטות ברשות המבצעת ועוד. מצד אחד יש להם תלות מבנית בבעלי הכוח הכלכלי. למה? כי גם פוליטיקאים זקוקים לכלכלה יציבה וצומחת. מצב שבו תחושת הציבור היא של נוחות, צמיחה, סיכויים והוגנות. כדי שיהיה לאזרחים אופק כלכלי לעצמם, לילדיהם וכו. אנו זקוקים ליציבות כלכלית. אנו תלויים בכך שבעלי ההון ימשיכו לפעול במדינה, ישלמו מיסים- תקציב המדינה תלוי בתשלום המיסים שלהם במידה רבה, ספקים של מקומות עבודה, ספקים של מוצרים תוצרת הארץ. כדי שיהיה שקט כלכלי ואפילו צמיחה כלכלית מנהלי המדינה תלויים בבעלי ההון. אבל מצד שני, אנו חיים בדמוקרטיה. מנהלי המדינה נבחרים בבחירות. גם אלה שלא נמנים בבחירות מתמנים ע"י אלה שנבחרים. בדמוקרטיה לכל אזרח יש קול אחד. הקול של בעל ההון או האדם העשיר ביותר במ"י ושל האדם העני במ"י הוא אחד. קול שווה. זה הרעיון הדמוקרטי. בשביל להיבחר אני לא יכול לפעול אך ורק לטובת האינטרסים של בעלי ההון אני חייב לפעול בתורה שתחזה להיות לטובת האוכלוסייה החלשה במדינה. יש תלות בבעלי ההון וגם במידת הלגיטימציה שאני מקבל מהציבור- שמתורגמת בבחירות. מקבל ההחלטות עושה לעצמו תחשיב איך הוא מאזן בקביעת ההסדרים המשפטיים בין האינטרסים של בעלי ההון ושל קבוצות אחרות בחברה שבשניהן הוא תלוי. הנק' שבה השקלול הזה נעצר היא זו שמסבירה לנו את התוכן של ההסדר המשפטי. כאשר אנו מסתכלים על התוכן אנו רואים שיש איזון אינטרסים. למשל- ברפורמה של ממ"י של הפרטת המקרקעין נקבע איזון מסוים של מהם המקרקעין שיופרטו בלי מגבלות. הפרטת המקרקעין פועלת חד משמעית לטובת בעלי ההון. הטענה תהיה שהקביעה הזו לגבי אחוז ההפרטה. הקביעה היא כזו כי זו הנק' שבהם מקבלי ההחלטות חשבו שהיא תמקסם את הסיכוי שלהם להיבחר שוב. איזון בין התלות המבנית בבעלי ההון והלגיטימציה הנדרשת משאר הקבוצות. לפי הגישה הזו יש שינויים כיוון שיש שינויים חברתיים ונק' האיזון יכולה להיות שונה. כמובן שככל שהציבור אדיש, או לא מבין זה מטה את הכף לטובת בעלי ההון. למה יש פוליטיקאים שלא מצליחים להיבחר שוב? אם ברור לנו במדינה שלא משנה מה אני עושה חברתית וכלכלית במהלך שנות הכהונה מה שמשפיע הם שאלות הביטחון אז אני יכול לעשות הכול לטובת בעלי ההון. לעומת זאת, אם השאלות החברתיות מכריעות- לא ניתן לעשות זאת. זה לא רלוונטי בישראל עכשיו כל עוד אין הפרדה בין בחירת רוה"מ לבחירת המפלגה.

הגישה האחרונה: אין לה טענה אמפירית חד משמעית אבל היא בפירוש מפנה את תשומת ליבנו למורכבות הרבה של ההליכים הפוליטיים- הליכי קבלת ההחלטות. היא הופכת את המחקר להרבה יותר מעניין.

מודל הקואליציות: יש הרבה קבוצות בחברה, זה לא מקשה אחת. אפילו אלה שנחזים להיות בעלי הכוח הכלכלי כמקשה אחת זה לא משהו מונוליטי אחד. יש סוגים שונים של תעשיות. סוג הפעילות הכלכלית מכתיב אינטרסים אחרים לגמרי. גם לא כל בעלי התעשייה דוגלים בדיוק באותה גישה. אבל גם המדינה כוללת ריבוי של גופים ובתוך כל גוף יש אגפים שונים ואנשים שונים. הרבה פעמים בתוך משרדים ממשלתיים או בין משרדים שונים יש מחלוקות עמוקות. יש אנשים שונים עם תפיסות עולם שונות, עם ראיית עולם אחרת ואינטרסים אחרים. הטענה היא שכדי להבין איך מתקבלות ההחלטות עלינו לראות את הקואליציות שנוצרות באופן מפורש או נסתר בין השחקנים השונים וזה לא חד כיווני- מנהלי המדינה יכולים להחליט על החברה האזרחית ולהיפך. שתי האופציות אפשריות. כל מיני תרכובות שונות של אנשים, עמדות, אינטרסים וצורות פעולה יכולות להיות. הרבה פעמים אנו יכולים לראות אנשים שנמצאים בתפקידי מפתח במדינה שמנסים לקדם איזושהי מדיניות והם הרבה פעמים פונים באופן גלוי או נסתר וגופים מהחברה האזרחית מנסים להפעיל לחצים על הרשויות השלטוניות. נניח שאנו מדברים על מדיניות המים בישראל. נציב המים רוצה לשנות את קביעת התשלומים בגין סקטורים באוכלוסייה על תשלומי המים. נניח שאנחנו גוף בחברה האזרחית שאנו חושבים שיש להעניק מים במחיר יותר מוזל לחקלאות וזה עולה בקנה אחד עם המדיניות של נציב המים. יש לנו אינטרסים לעשות כל מיני פעולות שיציפו את הנושא הזה ושההחלטה שתתקבל תהיה לטובתם. יש אינטרס להעלות את הנושא הזה לסדר היום הציבורי ולפתח שיח ציבורי בנושא. הרעיון הוא במודל זה הוא שאין לנו סיפור אחד מראש על איך דברים קורים. יש מערכת שלמה של קשרים וכל אחד יסביר אירוע חקיקתי שלא יהיה נכון להחלטה אחרת. למה? כי אולי לא היה מישהו מהרשות שרצה לקדם. הרעיון הוא להראות את המורכבות של השחקנים הפוליטיים- אין דבר כזה הממשלה או החברה האזרחית. יש שונות אדירה בין האנשים. כדי להבין איך קרה שיש לנו החלטה מסוימת אנו צריכים לספר סיפור מורכב ולא ללכת באופן אפריורי אלא לראות את הפוליטיקה במלוא מורכבותה ובמידת האקראיות להשיג החלטה כזו או אחרת. יש אנשים שאומרים שהעולם מורכב ושזה לא יכול להיות כ"כ חד כיווני ופשוט. מנגד יש גישות שאומרות בדיוק איפה הכוח נמצא.

המרצה אוהבת את הגישה של מודל הקואליציות כי היא טוענת שהחיים הן מורכבים.

ריבוי קבוצות אינטרס- מדברות על קבוצות אינטרס בלבד. מודל הקואליציות- מדברות על כלל החברה.

**22.4.12- שיעור 5**

טיעון שעושה קישור בין משפט לבין תרבות.

תרבות- יש כ"כ הרבה הגדרות למונח הזה. יש מונחים גם של תרבות ותת תרבות כתיאור שמדבר על תרבות נמוכה. לפעמים מדברים על קבוצה בתוך הקבוצה הכללית.

תרבות- שרת התרבות החינוך והספורט, מוסדות התרבות ועוד הקשרים רבים. אנו מסתכלים על זה מנק' מבט סוציולוגית.

התייחסות אחת חשובה לפיה התרבות היא המערך של מושגים, סמלים, מוסכמות וכו' שבאמצעותה בני החברה מבינים ומפרשים את המציאות שמסביבנו. תרבות היא מטען שנמצא אצל כל אחד ואחד מאיתנו, סכמות החשיבה שלנו על העולם המילים והמושגים שאנו משתמשים בהם, מערך של סמלים בין אם זה מחוץ לגוף או דברים שמביעים מחשבות. אנו כאשר אנו חושבים אנו מתפעלים את העולם התרבותי שטבוע בכל אחד מאיתנו. אנו כל הזמן חיים בפעילות של פרשנות המציאות. ,

דוג' טריוויאלית: יש לנו מקום פיזי- כיתה. איזה עולם שלם של מובנים, משמעויות והקשרים יש לנו למונח זה, אנו מצפינם שכאשר נגיד או נכתוב את המילה הזו הצד האחר יבין למה אנו מתכוונים וגם אצלו יתעורר מערך דומה של מושגים, הקשרים וכו. אנו עושים קטגוריזציה לכל מיני מקומות פיזיים כאשר כל אחד מהם הוא מושג תרבותי. כל מובן מהווה יצירה אנושית. אנו מדברים על סוג של פעילות אנושית- כאשר אנו אומרים שאנו בשיעור יש לנו עולם שלם של מושגים של מה זה שיעור, מה הולך להיות בו וכו. יש פה תפקידים חברתיים שמנביעים קשר והיררכיה- מרצה ותלמידים. מדובר על מילה שמנביעה משמעות. מילה קטנה מובילה למעגלים הולכים וגדלים.

כל עולם המושגים הזה, במסגרת המשמעות שהוא נותן לנו גלומות בו גם הרבה מאוד נורמות חברתיות שגם הן מרכיבות את העולם שלנו. אם אנו כיתה או שיעור יחד עם ההבנה של הפיזיות של המקום וסוג הפעילות שמתקיים צומחת גם מערכת שלמה של נורמות חברתיות לגבי מה אמור להתקיים בשיעור, איך השיעור אמור להתקיים, איך כל שחקן אמור להתנהג וכו'. יש כאן חריגה ממה שמקובל. המושגים שאנו חושבים עליהם יש לנו הנחות קודמות למה נורמטיבי ביחס להתנהגות בין בני אדם והרבה מאוד ערכים- איך ראוי שיהיה. יש היררכיה בין מערכות היחסים. כל מושג, כל מקום, כל אתר חברתי או התרחשות חברתית שהיא יש לנו עולם שלם של מערך תרבותי באמצעותו אנו חיים את חיינו תוך פרשנות של מה שקורה. רוב הזמן אנו בכלל לא מודעים לזה. אם הדברים מתנהגים בצורה שגרתית, לפי הציפיות שלנו אז אנו לא חושבים על זה. אנו מתחילים לחשוב על הדברים כאשר משהו משתנה- מספיק שדבר קטן קורה ואז אנו נותנים עליו את הדעת. משהו קטן משתבש בתוך סכמת החשיבה ואז אנו מנסים להבין מה קורה. כאשר אנו לא נמצאים במקום הטבעי שלנו אנו מודעים לעובדה שאנו חיים בתרבות מסוימת. יש מקרים בהם ההתרגלות היא מהירה. הגעה למקום חדש יוצרת לפעמים מערכת תרבותית חדשה. יש עולם שלם של התנהלות שונה. למשל- אוניברסיטה שונה מתיכון וכו. כל כללי המשחק שונים כי זה משהו אחר למרות שסוג הפעילות דומה.

כאשר אנו חושבים על אנשים שעברו ממדינה למדינה- עולים חדשים. למושג עליה יש משמעות רבה. במקומות אחרים קוראים למי שהעתיק את מקומו לארץ אחרת- מהגר. המונח עליה מבטא חזרה לארץ המולדת. זה מושג תרבותי ציוני. כאשר מישהו מגיע עכשיו לישראל, למשל מלוס אנג'לס. לוקח לו זמן להתרגל לחיים פה בארץ. גם דברים שנראים מובנים ונורא דומים זה דברים שנראים מאוד משונה. לוקח זמן להבין את המשמעויות האמיתיות של התרבות שמסביבה אנו חיים- קשה להבין את הקודים של ההתנהגות.

איזה עוצמה של פער יש לגבי המושגים שלפיהם אנו חיים את חיינו? זה מאוד שונה בתרבויות שונות. למשל- מבחינת הקשר עם הילדים וכו. מדובר על מערכת תרבותית שונה של הבניית יחסים.

איך אדם יודע מה התרבות?

נולדים לתוך חברה מסוימת, רוכשים כחלק מהליך הגדילה וההתחנכות- החיברות, סוציאליזציה את התרבות שלה. זה חלק מהפיכה של האדם לחלק מהחברה. זה נעשה ברובו כאשר אנו ילדים גדלים. יש דברים שחינכו אותנו ולימדו אותנו. אנו גדלים לתוך תרבות מסוימת ובתוכה אבל אנו גם שחקנים פעילים גם בשינוי שלה ולא רק בתחזוקה. הרבה פעמים השינויים מאוד עדינים ולאורך זמן. אנו נמצאים בתוך הליך של שינוי מושגים והבנות של נורמות התרבות. ברוב הזמן אנו לא מודעים למושג התרבות. אם אנו מנסים לנתח אנו רואים עולם שלם של מערך מושגים שקיימים אצל כל אדם. אנו נראה שאנשים לא זהים בהבנה של מושגים בסיסיים אבל אם גדלנו בתוך החברה הישראלית ועברנו פחות או יותר את אותם מוסדות חיים יהיה דמיון רב מאוד אך החברה הישראלית מאוד מגוונת ולכן תהיה שונות למרות שהדמיון גדול יותר.

איך זה מתקשר למשפט?

1. אנחנו אלה שמביאים את התרבות שלנו אל המשפט.
2. המשפט הוא חלק ממה שמבנה את התרבות.

יש מעגליות בין מערכות היחסים הללו. ניתן לנתח חלקים מהמשפט כעולם תרבותי בפני עצמו- מושגי המשפט, שאלות שהוא שואל, דרכי החשיבה שלו שונות מאלה של תחומי חיים אחרים. המשפט משתמש במילים ומושגים בצורה אחרת לגמרי וזה הליך של רכישת התרבות של המשפט. למשל, המונח כוונה. מדובר על עולם שלם של מושגים תרבותיים במשפט שאנו לא חושבים ככה בחיי היומיום שלנו. ברגע שאנו נמצאים בתוך עולם המשפט אנו נייבא את צורת החשיבה לחלק גדול מתחומי החיים האחרים.

לכל תחום משפטי אנו יכולים לעשות את הרישות של עולם המושגים והקשרים שהמשפט עושה בין הקשרים השונים, התפיסות הנורמטיביות של מה טוב ומה נכון יכולים להיות שונים בתוך המשפט ומחוצה לו.

המשפט הוא מערכת תרבותית ללא ספק. הוא מערכת שדרכה יש פרשנות והבנה של מציאות החיים. מי שחי את המציאות של המשפט מפרש ומבין את העולם בצורה אחרת.

**טענה אחת: המשפט הוא מערכת תרבותית בפני עצמו.**

**המשפט כמערכת תרבותית:**

1. המשפט נזון מהתרבות שמסביבו.
2. המשפט הוא מערכת אוטונומית נפרדת מהתרבות שסביבו. יש רק נק' ממשק אחת בינו לבין החברה- קביעת נורמה/ערך חברתי. כל הליך החשיבה של המשפט נעשה בתוך עצמו.
3. המשפט מכונן את תרבות החברה, לא לבד. למשפט יש כוח מכונן. לרוב כוח זה לא גלוי. התכנים והפרשנויות של המשפט מבנים את מי שאנחנו כנתיני המשפט. המשפט מכונן את התודעה שלנו. זה טענה מאוד חזקה, מופיעה מאוד בתאוריה ביקורתית. לפעמים נלקחת כמובנת מאליה ולא מנסים להוכיח אותה.

הטיעון הפורמליסטי הרבה פעמים משמש כטיעון שמעניק לגיטימציה למשפט.

טענה: עולם המושגים של המשפט יש לו השפעה על נמעני המשפט. המושגים שאנו חיים לפיהם ביומיום הם המושגים המשפטיים.

בעולם המשפט יש הבדל בין משכיר לשוכר. משכיר- בעל נכס. שוכר- מקבל את הזכות להשתמש לתק' זמן קצובה. בעלות נתפסת כזכות החזקה ביותר. לשוכר יש זכות שנגזרת חוזית מזכות הבעלים בהתאם להסכם עם הבעלים. המשפט הישראלי לא מעניק הגנות רבות לשוכר לעומת שיטות משפט אחרות. מנק' מבט משפטית גרידא יש לנו היררכיה בין שתי זכויות קנייניות- זכות השוכר נגזרת מרצון הבעלים. רוב הזכויות נשארות באופן שיורי אצל הבעלים. זו הגדרה משפטית ברורה. כיצד ההגדרות המשפטיות מכוננות את עולם התרבות שלנו?

מי הם השוכרים בישראל? בעלי עסקים, צעירים, סטודנטים. יצרנו היררכיה בין בעלי דירות לבין אלה שאין להם דירות. ברור שלהיות בעל דירה זה יותר טוב מאשר להיות שוכר למעט מקרים שבהם נורמטיבית אנו מבינים למה אותו אדם הוא רק שוכר.

כאשר אנו גרים בבית משותף ונכנס זוג בני 50 עם שלושה ילדים שנכנסים בשכירות- השאלה הראשונה ששואלים היא מה לא בסדר אצלם? יש ציפייה חברתית מה ההתנהלות הנורמטיבית של

ההיררכיות הקנייניות יוצרות סולם חברתי שאנו מצופים לעלות בוץ אם אנו לא שם משהו מבחינה מושגית לא מסתדר וישר הולכים לבדוק מה לא בסדר אצלם. עצם זה ששאלנו, גילינו דרך השאלה אין ההירככיה הקניינית כוננה את עולם התפיסות הנורמטיבי שלנו.

דיני החוזים יצרה לנו את אופן התרבות המקובל בשוק הכלכלי. זה מבנה את מערך היחסים ועולם התפיסות הנורמטיבי של אנשי עסקים. **המשפט הוא מקור לסכמת החשיבה שלנו.** טענה זו קיימת המון- בעיקר טענות הרוצות לבקר את הסדר החברתי הקיים והתכנים שלו. לרוב הקישור חזק מדי.

 הקישור בין התודעה שלנו למשפט לדעת המרצה הוא קשה חזק מידי, היא טוענת שדברים עוברים דרך מסננות תרבותיות בדרך ולא בצורה כזו חלקה וישירה.

יש טענה נוספת לפיה המשפט משפיע ומושפע.

המשפט כמכונן. דיברנו על תרבות ותרבות הקבוצה. כאשר אנו גדלים לתוך הקבוצה אנו רוכשים את תרבות החברה. חלק מההליך של שינויים תרבותיים זה חלק מהחיים שלנו. יש לנו חברה שיצרה לעצמה מערכת מושגים, חשיבה נורמות. יש הליך של דיונים ומסכימים על אופן השינוי- זה לא קורה בפועל. הטענה היא שבהליך יצירת התרבות אין לכל השחקנים החברתיים את אותו כוח השפעה, יש קבוצות חברתיות, תפקידים חברתיים מסוימים שיש להם כוח חזק יותר להשפיע על עיצוב התרבות. אין הליך הרמוני של החברה. יש אנשים וגופים שיש להם כוח רב יותר בהחלטה על התכנים של המערכת החברתית.

אחת הטענות לגבי כוח, תרבות ומשפט מקורה בכתיבתו של קרל מרכס. עיקר הטיעון שלו:

הטענה של קרל מרכס- מספר לנו היסטוריה חברתית, מטריאלית- חומרית שמבוססת על התפתחות העולם הכלכלי. הכוח המניע בסיפור ההיסטורי הוא השינויים הטכנולגויים שהובילו ליצירת מערכת כלכלית שונה. מערכת של יחיסי ייצוא וייצור שונה. ניתן לתאר תק' היסטוריות שונות שחלק גדול מהן הונע ע"י שינויים טכנולוגיים. הנחקר ביותר זה המעבר בין החברה הפיאודליות לכלכלה קפיטליסטית מה שיצר את זה זה המהפכה התעשייתית.

כל תק' היסטורית מאופיינת ע"י יחסי ייצור- מערכת של חלוקת כוח שאופיינית ע"י יחסי ייצור- חליפין בעין לעומת חליפין בכסף וכו. אנו נמצאים בעולם כלכלי אחר ממה שמרכס דיבר עליו. העולם שמרכס חי בו מבחינת יחסי כלכלה- איזו חלוקה דיכטוומית הייתה בתוך מערכת יחסי הייצור?

מצד אחד היה לנו את בעלי ההון- אלה ששלטו על כל הייצור- היה להם את הידע הטכנולוגי, הון כספי הנדרש לצורך הייצור למעט כוח העבודה עצמו אלה הם הבורגנים. כוח העבודה היו הפועלים או הפרולטריון.

אפיון יחסים אלו: התפיסה המרכסיסטית דיברה על מערכת של יחסי ניצול. תורת הערך העודף- מרכס מסביר איך בעלי ההון מרוויחים את הערך העודף מעבודתם של הפועלים. מהות החיים של האדם- ריחוק האדם מהאני היוצר שלו. הפרולטרייון נמצא במצב של ניכור.

מרכס טוען שעל בסיס הכלכלה נסמכים כל המוסדות החברתיים האחרים- מבנה העל כל העולמות נסמכים על הכלכלה- עולם הפוליטיקה, דת, תרבות, תקשורת, חינוך ועולם המשפט. הייתה הלימה בין הפוליטיקה לכלכלה וכן הלאה.

כאשר אנו עוברים בעולם הכלכלי מסוג אחד של יחסי ייצוא לאופן אחר של יחסי ייצוא אנו רואים איך כל המוסדות החברתיים האחרים משתנים. הכוח המניע של השינוי הוא הכלכלה.

יש תפיסות אחרות בשונה ממרכס, למשל: ובר. סובר שתפיסות דתיות גרמו לשינויים כלכליים. הוא אמר שלא רק הסיפור הכלכלי מניע.

מבחינה תפקודית מרכס אומר שהפעולה של כל המוסדות האלו יוצרת מיסוך או מיסטיפיקציה. העולם הזה יוצר מערך של משמעות שמסביר את מה שקורה בעולם הכלכלי אבל הוא מסביר זאת באופן שמונע מהמנוצלים של העולם מלהבין את מצבם לאשורו. אם המוסדות האלו עובדים בצורה אמיתית, הפועלים אינם מבינים את מערך חייהם כניצול. יש חיץ בין המציאות הכלכלית כפי שהיא באמת לבין האופן שבו אנשים מבינים את המציאות, זו פועלת המיסוך. המוסדות יוצרים מערך אידיאולוגי שלם שמעניק לגיטימציה למה שקורה בעולם הכלכלי ובכך הוא מביא לכך שמערכת היחסים בעולם הכלכלי תמשיך לאורך זמן ותוביל לשעתוק- המשכיות לאורך זמן של הסדר החברתי הקיים שנתפס ומובן כלגיטימי כי על מערכת מוסדות העל פועלת על מנת לספק לנו אידיאולוגיה נותנת הסבר למציאות ומרחיקה אותנו מהבנת המציאות כפי היא באמת. האידיאולוגיה היא השוק החופשי, חירות הפרט. יצירת האידיאולוגיה מכוננת את התודעה של הפרטים. הכוח המכונן. הפועלים חיים בתוך עולם תרבותי שפועל לטובת בעלי הכוח בחברה אבל הם לא מבינים את המצב. הם מבינים את המצב כלגיטימי- השוק חופשי ותחרותי ולכן זה רק מקרה שאני פה והוא שם. אין שום דבר בעולם שימנע ממני מלהיות במצב טוב יותר. אני אשם בכך שאני לא במצב טוב יותר- אם הייתי עובד יותר, לומד יותר, רוכש יותר וכו אני לא הייתי הפועל. זה לא שמשהו בתוך השיטה לא בסדר. לשיטה יש לגיטימציה מלאה- אני האשם.

העולם הקפיטליסטי נבנה על מהפכה של הכוח הבורגני. עולם האצולה ומלוכה הוא העולם של הכלכלה הפיאודלית. זה מה שאמור להיעלם מהעולם.

תודעה כוזבת – יש הסבר והצדקה מלאה למצב הדברים כפי שהוא היום.

המצב הוא של ניצול, יש תודעה כוזבת אצל הפועלים- למה הם לא מבינים שמערכת היחסים הזו היא של ניצול ואי שוויון שאין לו הצדקה נורמטיבית, למה הם חושבים שזה בסדר? בגלל הפעולה של מבנה העל. מתי הדברים ישתנו היסטורית כאשר הפועלים יצאו מהמצב של התודעה הכוזבת, יבינו את המצב לאשורו ויתחילו לפעול למען שינוי הסדר הכלכלי הקיים ואז לשינוי כל המוסדות והכוחות הפוליטיים. לפי מרכס התוצאה של מהפכת הפועלים היא שיהיה שוויון מוחלט לכולם, ביטול הקניין הפרטי, ביטול המדינה, אדם יהיה שלם, לא מנוכר בעצמו.

במבחן הראשון האמיתי של הקפיטליזם המוקדם הפועלים נכשלו. המבחן היה במהפכת 1848. היה שינויים בפוליטיקה- גרמניה הייתה התחלה של צמיחת מדינת הרווחה, שינוי בתפיסה, פעולה למען חלשים. המבחן העיקרי היה מלחמת העולם הראשונה. במקום שהמדוכאים יבינו שיש להם אינטרס משותף למען השחרור מהניצול הם אימצו אידיאולוגיות שונות ונלחמו אחד בשני.

הגמוניה: הסבר היסטורי ללמה לא קרתה מהפכה. מושג של אדם בשם גרמשי. היה אחד מהשותפים למהפכה הקפיטליסטית האיטלקית.

הוא מתייחס למצב החברתי של הגמוניה. הגמוניה היא מצב שבו קבוצה חברתית מסוימת שולטת בכל המוסדות החברתיים= גם בעולם הכלכלי וגם במוסדות החברה האזרחית, בכל המוסדות. אגב השליטה בכל המוסדות הם מצליחים להפוך את האידיאולוגיה של החברה לתפיסת העולם הדומיננטית של הקבוצה החברתית כולה ואז זה הופך להיות לדבר טבעי עבור כולם ומובן מאליו, אין על זה ערעור והרהור.

אנו יכולים לראות מצבים בהם אין אידיאולוגיה דומיננטית.

אם קבוצה מסוימת מצליחה לשלוט על כל המוסדות החברתיים ולהביא למצב של תפיסה הגמונית וכך לכונן את התודעה של החברה כך שהאידיאולוגיה נתפסת כדבר טבעי ומוחלט אז אנו מגיעים למצב הגמוני. התפיסה הייתה שאירופה של תחילת המאה ה 20 הייתה במצב של הגמוניה. אנשים לא שאלו שאלות כי זה נראה טבעי- כך הם פני הדברים. המשפט יכול להיות בהתאם לכך. אם אנו במצב הגמוני המשפט הוא חלק מאותם מוסדות שפועל בשירות ההגמוניה, חלק מאותה תפיסת עולם הגמונית. חלק מאותן מוסדות תרבותיים שמכוננים את התודעות של הנמענים. המשפט מבטא את התפיסה ההגמונית של מה שטבעי ומובן מאילו. המשפט הוא חלק מהמנגנונים שמשעתקים את הסדר החברתי הקיים על יחסי הכוח הברורים שלו. אם אנו במצב של אידיאולוגיות מתחרות אולי נראה במשפט סימן לכך.

עד שנות ה70 היינו בהגמוניה של תנועת העבודה, ההגמוניה הזו קרסה בעקבות הליכים חברתיים שקרו ומפה יש חילוקי דעות- מאז אנו נמצאים במאבק אידיאולוגי- יש התפוררות לקבוצות אידיאולוגיות שונות. יש טענה שהמשפט לקח אידיאולוגיה מסוימת. יש טענה שצמחה הגמוניה חדשה – תפיסת עולם ניאו ליברלית.

**29.4.12- שיעור 6**

הטענה המרכסיסטית שאיתה הגישה הביקורתית המשיכה אומר לנו שהמשפט הוא מוסד חברתי שפועל יחד עם מוסדות חברתיים אחרים שהפעולה המשותפת למוסדות האלו בין היתר היא יצירה של תפיסת עולם מסוימת, כלומר הצגה של תפיסת עולם תרבותית- אידיאולוגיה שמתפקדת כמנגנון של לגיטימציה לסדר החברתי הקיים בחברה וע"י כך אנשים מקבלים את המצב הקיים ובצורה כזו המצב החברתי הקיים ממשיכים להתקיים משנה לשנה עד שחל שינוי כללי- מעבר בין משטרים כלכליים שונים שמביאים לשינוי תרבותי כולל. אם יש לגיטימציה לסדר החברתי הקיים וזה תרבות שולטת דומיננטית כמעט לא נמצא ערעורים על הסדר הקיים. מקבלים את סדר הדברים כסדר הדברים הנכון הראוי, אם זה לה פועל כך סימן שאין לגיטימציה.

כותבים שניסו ליישם זאת לקחו מושגים משפטיים בסיסיים וניסו להראות ע"י תיאור צמיחתם ופעולתם את מנגנון הלגיטימציה.

למשל: מושג היעילות. יעילות קשורה גם לעולם נוסף.

חלק עצום מדיני חברות ניתן לנתח אותו כיצירת עולם תרבותי שלם שיוצר הצדקה למשטר תאגידי, עוצמתם וההוגנות שלהם. ואם אנו מקבלים זאת, כולל התיקונים כולם מהווים הצדקה לפעולתו של השחקן הכלכלי המרכזי בכלכלה הנוכחית שלנו והם התאגידים. ניתן לומר שאנו פוגעים בעוצמה של בעלי מניות אך זה חלק מתפיסת הוגנות הגוף הזה, פעולתו בשוק וכו. הגוף הזה פועל למען הרווח העצמי שלו. תכלית החברה היא יצירת רווח. ברגע שאנו מקבלים כלל שזו תכלית החברה, מה עם כל מיני ערכים אחרים? הם נמצאים במקום יותר נמוך. ככל שזה משרת את טובת החברה מותר לחברה להתחשב בשיקולים אחרים פרט לרווח.

האמירה שהחברה היא של בעלי המניות שלה.

מה הדוג' הזו מייצגת ? דיני חברות זה כללים לכאורה ניטרליים אך למעשה עומדת מאחוריהם תפיסת עולם שלמה- לא רק של מערכת היחסים בתוך החברה עצמה אלא גם בינה לבין כלל החברה. ולכן יש מעשים שאסורים עליה או שהם משניים ונבדקים רק ככל שהם משרתים את טובת החברה שמתורגמת לשורת הרווח הכלכלי. יש כאן התוויה של רשת שלמה של נורמות ומושגים חברתיים. כאשר בודקים את התכנים שלהם רואים שהם משקפים תפיסת עולם מסוימת- סוג מסוים של תפיסת עולם כלכלית, סוג מסוים של צדק חלוקתי. השוק הכלכלי מקצה בצורה מסוימת משאבים בין אנשים.

**מה זה שוויון?** בתפיסת העולם הליברלית דמוקרטית איפה פועל שוויון? באיזה תחום של החיים? אל מול המדינה איזה סוג של שוויון ביחסים בינם לבין עצמם ובינם לבין המדינה? שוויון בפני החוק. כל אחד מקבל יחס שווה ללא תלות במעמדו. התרגום לחיים פוליטיים- לכל אחד יש קול אחד. האם תפיסת השוויון הזו בספירה הפוליטית רלוונטית לתחום של השוק הכלכלי? לא. התפיסה הזו שיש לנו ספירות חברתיות שונות- ציבורית ופרטית (בתוכה יש לנו את השוק והמשפחה) זו הייתה הבחנה בסיסית של תרבות הפעולה של החיים החברתיים. אל מול המדינה- הספירה הציבורית יש לנו שוויון בפני החוק- כל האזרחים שווים ויש לנו זכות להיות בדיוק כמו כל אחד אחר. התפיסה הבסיסית היא שיש שוויון אבל את סוג השוויון הזה אנו לא מעתיקים אל התחום השוקי. כי סוג השוויון שאנו מחפשים בשוק הכלכלי הוא שוויון הזדמנויות (אם השוק הוא באמת חופשי- לכל אחד יש את אותה הזדמנות להגיע להצלחה. אין שוויון מהותי בשוק. אחד לא דומה לשני ולא מצפה לכך. מדוע? כי זה השוק הכלכלי והשוויון האזרחי לא חל בו. זו צורת תרבות. בכל ספירה אנו מתרגמים לכללים קונקרטיים את הערכים בצורה שונה. שוויון במשפחה- בכלל לא היה קיים בתק' של מרכס. ההפרדות האלה יצרו משמעות בכללי פעולה. למשל- כמעט לא ראינו התערבויות בסוגים שונים בתחום של דיני המשפחה כי המשפחה נתפסה כחלק מהספירה הפרטית שהיא לא השוק ושם אנו לא מתערבים. התאוריה הביקורתית טענה שאי התערבות כמוה כהתערבות. אנו יכולים לראות איך הבחנות כאלה שולטות בנו עד היום (מאמר של לחובסקי)- הבחנה בין ציבורי לפרטי, כל מיני היררכיות בין מושגים שונים מנחות את צורת החשיבה הזו. המאמר של לחובסקי עוסק בהוצאות גידול ילדים. הוא מראה איך תפיסת עולם שצמחה יחד עם המעבר לעולם התעשייתי ויצרה את ההבחנות שאנו מכירים עד היום בין הציבורי לפרטי והמאמר מדגים זאת מדיני מס. יש את הספירה של הבית ואת הספירה של השוק. הספירה של הבית פרטית וגם השוק הוא ספירה פרטית אל מול המדינה אך הוא שונה מהמשפחה. בני המשפחה אומרים למדינה שכאשר היא מחשבת את המס שלהם בגין עבודתם יש לנכות מהם את ההוצאות שיש לנו על גידול ילדים כי מבלי הוצאות האלה לא ניתן לצאת לעבודה- הוצאות בייצור הכנסה. המדינה אמרה שהילדים זה ספירה פרטית, לא ניתן להכיר בכך. אין קשר בין הילדים לבין מערכת היחסים עם המדינה לענייני מס. בשנות 90 באים פקידי המס ואומרים שזה לא שייך. המוחלטות של התשובה וההבחנה- חוסר הנכונות לבחון מה עומד מאחורי ההבחנות האלה. טענת המאמר היא חזקה- פקידי המס לא אשמים באופן אישי הם חיים את העולם המשפטי התרבותי שנתפס בעיניהם כמובן מאליו- כך זה, זה הסדר החברתי.

בפס"ד השופט גם כשהוא מוכן ללכת מעבר לכלל המשפטי שקיים היום הוא לא משתחרר מההבחנה בין הציבורי לפרטי. השופט עובד עם כלי העבודה הרגילים שלו אז הוא עשה איזה תנועה קטנה בתוך המערכת. הוא אומר שכל החלוקות זה לא תשובות – הוא צריך לראות מה הרציונל שעומד מאחורי ההסדרים האלה, מה התכלית וכו'.

מאיפה נולדו ההבחנות האלה? הן תולדה של המאה ה19 של צמיחתה של מערכת תרבותית מסוימת שחלקים ממנה שולים בנו עד היום.

יש לבחון מהי מהותו של התאגיד ומה תכלית פעולתו- האם הוא מחויב רק למקסום הערך של בעלי המניות או שהוא מחויב לערכים אחרים ולשחקנים אחרים- האחריות החברתית. מה המחויבות שלו כלפי הקהילה שהוא פועל, כלפי עובדיו מעבר לחוקים שמחייבים אותו.

מה המשמעות של ההכנסה של כל הערכים האחרים האלה לשאלת הרווח?

הדיון האם יש אחריות חברתית מנסה לערער על ההיררכיות הרגילות של התאגידים במובן הצר.

חלק עצום מהחוקים ניתן להבין איך הם מהווים אידיאולוגיה לסדר חברתי מסוים ומערכות היחסים בו.

המושג הגמוניה- הדוג' גלומה הנחה שיש הגמוניה שיש תפיסה דומיננטית מאוד שכולנו כנתיני ההגמוניה דוגלים בה. אכן הצליחו לכונן את התודעה שלנו בין היתר באמצעות כללים משפטיים ואנו חושבים שזה הנכון והראוי. מי שטוענים את הטענות בנוגע להגמוניה לא בדקו האם זה נכון אמפירית- האם באמת אנו יכולים לראות מצב הגמוני.

לעומת המצד של הגמוניה שמדברת על אידיאולוגיה אחת דומיננטית אנו יכולים לשים את המצב של אידאולוגיות- כמה קבוצות חברתיות בעלות תפיסות עולם שונות והשאלה היא מתי קבוצה מסוימת מצליחה להוציא תוצרים משפטיים שתואמים את האידיאולוגיה שלהם. לדוג' המפגלות החרדיות ניתן לומר שהם מנסים לדאוג למצב החומרי של חבריהן אך יש להם גם מניעים פוליטיים- חוקים שתואמים את ההלכה וכו. זה חלק מתפיסת עולם חברתית. התיאור של תוצרים משטפיים אלו נמצאים על המתח בין אידיאולוגיה לבין ההגמוניה.

מי שטוען שיש הגמוניה במדינת ישראל צריך להראות שיש קבוצה ששולטת בכל המקומות ושתפיסת העולם שלה הפכה להיות האחת הדומיננטית השולטת בחברה. אם מסתכלים על כללי המשפט כולם אמורים להיות תחת אותה אידיאולוגיה הגמונית. לעומת זאת, מצב חברתי אחר שאין בו הגמוניה שיש ריבוי של קבוצות אידיאולוגיות יש מאבק. אם יש אחת שיש לה כוח חזק יותר, זה לא אומר בהכרח שהיא הגמונית. כמו קבוצות אינטרס- בתחום אחד, האידיאולוגיה שלה שולטת ובתחום אחר לא. האם בין האידיאולוגיות המתחרות ויישומן בתחומי המשפט ניתן לראות חלקים במשפט שמאפיינים גישה מסוימת?

העובדה שאנו נמצאים במצב של אידיאולוגיות מתחרות ניתן לראות בתחומים מסוימים תפיסת עולם של קבוצה חברתית מסוימת אך זה לא אומר שהם שולטים בכל התחומים של החברה. זה אומר לנו שאנו עושים תיאור של תרבות והקשר בין התרבות למשפט לא ניתן להגיד אמירות כוללנית. יש לערוך מחקר אמפירי. אם אידיאולוגיה מסוימת כבשה לה את האחיזה והשלטון בתחומים השונים יש לראות איך תפיסת העולם כבשה לה את השלטון. יש לראות מי הקבוצה, להראות שיש לה דומיננטיות ברוב המוסדות החברתיים, יש להראות שהאידיאולוגיה שלהם היא השולטת ושהאזרחים פועלים לפיה.

יש להוכיח זאת באמצעות מחקר היסטורי.

נניח שאנו רוצים לדעת איזה סוגי תביעות אנשים מגישים. המשפט רוצה לדעת זאת וכדאי לו לדעת. אנו רוצים לדעת מה קורה לאורך השנים- מה השתנה ולמה. יש צורך בנתון השוואתי.

יש להבחין- גם אם אנו נמצאים במצב של הגמוניה, הגמוניה זה לא אומר שאין מחלוקות פנימיות. בתוך תפיסה הגמונית יכולים להיות מתחים בין ערכין או כללים ויכולים להיות חילוקי דעות. מחלוקות בין שופטים בפסקי דין הן לרוב מבוססות על אותה תפיסת עולם. השינוי הוא ביישום ולא בוויכוח על ערכי השיטה. יש לנו שופט שחולק על תפיסת האיזון של הערכים החוקתיים. כאשר אנו מיישמים זאת יש מחלוקות גדולות. הגמוניה גם לא אומרת שיש הצלחה של מאה אחוז בהשלטה של תפיסת העולם שלה, זה לא בהכרח השלטה מונוליטית של מאה אחוז.

אם הגמוניה מצליחה להשליט במאה אחוז את התפיסה שלה לא היינו מבינים שיש הגמוניה כי אף אחד לא מנסה לערער על המצב הקיים. אין מצב של מאה אחוז.

הגמוניה לא צריכה להפעיל כוח פיזי. הגמוניה זה כוח תרבותי, נסתר. אנו לא רואים מי בעלי הכוח ומי מתפעל אותו.

יכול להיות שהצמיחה של ההגמוניה היא בכוח.

**קונצנזוס ווישנגטון**- מדובר על רשימת תפיסות כלכליות. מערכת שלמה אירופאית שנתפרה ע"י קרן המטבע ו... שמכתיבות רפורמות למדינות אחרות שמעוניינות במימון. עליהן להתאים את עצמן לאותן תפיסות עולם.

החוקה החדשה של צי'לה שעברה מדיקטטורה לדמוקרטיה, מי שכתב חלקים נכבדים ממנה זה פרופסור מאוניברסיטת שיקגו. הימין הליברלי- כלכלי של מילטון פרידמן.

הניתוח של כל הגישות שאנו הצגנו לגבי יחסי משפט חברה:

המשפט משקף את החברה

המשפט ממלא תפקידים בחברה

המשפט הוא תוצר של אינטרסים

המשפט הוא מערכת תרבותית

כנגד כל אלה עומדת הגישה של הפורמליזם המשפטי שהמשפט הוא אוטונומי לחלוטין, מנותק מהחברה למעט הרמה הגבוהה של הסדר החברתי.

אין דבר כזה מה נכון, כל אחד יכול לבחור לו מהי הטענה הנכונה לדעתו.

כל מקרה יש לבחון מה ההסבר הנכון והמלא ביותר שלו. מה שנכון לתק' אחת לא בהכרח נכון לשנייה. בכתיבה אנו רואים יותר ויותר ניסיון לחמוק מהשאלה הזו. הרבה מאוד כותבים מדברים על טענה של אוטונומיה יחסית של המשפט. זו אמירה לא אומרת כלום כי מצד אחד אנו אומרים שברור לנו שהמשפט הוא מערכת או מוסד השונה מהמוסדות החברתיים האחרים=- המשפט הוא מובחן יש לו את הכללים שלו, לוגיקה שלו ששונים מהמוסדות האחרים ויתר הרכיבים בחברה אז למשפט יש מידה מסוימת של אוטונומיה. אך יחד עם זאת, הוא לא מנותק מהחברה- מהריבוד, מאבקים חברתיים וכו. יש לו מידה מסוימת של אוטונומיה אך הוא קשור בקשר מורכב עם החברה ולכן יש לו אוטונומיה יחסית. אמירה זו מתארת לנו משהו נכון- המשפט שונה אך קשור בצורה אדוקה אך הוא לא אומר לנו איך הוא קשור, מה משפיע על מה, איפה יש אוטונומיה, מה נק' ההשקה. יש לחזור לטענות לעיל כדי להסביר זאת. כיום יש חוסר רצון להתחייב לתפיסה מראש לגבי מערכת היחסים בין המשפט לחברה.

למבחן: בכל סיטואציה יש לנו שתי גישות שיראו את התיאור המלא של מה שקרה ואנו בוחרים בגישה מסוימת ואיתה ממשיכים.

קריאה: פיקוח חברתי וציות לחוק.

**13.5.12- שיעור 6**

**פיקוח חברתי וציות**

פיקוח חברתי גם הוא קשור לסנקציות וציות.

כאשר אנו חושבים על פיקוח חברתי פתאום אנו רואים שמערכת משפט המדינה היא בעצם עוד אחד ממעגלים חברתיים שבהם פועל פיקוח חברתי. כלומר, בצד משפט המדינה הנורמות שהוא קובע והסנקציות יש לנו גם מסגרות חברתיות אחרות שיש להן נורמות שיש להן נורמות שיכולות להיות זהות למשפט המדינה או לא. במסגרות האלו יכולות להיות מופעלות להיות סנקציות לא משפטיות או חברתיות. ההבחנה לא מדויקת יכולה להיות קבוצה חברתית עם מערכת משפט הוא לא משפט המדינה למשפט יש פורמליות והיא מושיטה סנקציות ע"י הגופים הפורמליים בצידם יש גם סנקציות חברתיות. פעמים רבות משתמשים במונח סנקציות חברתיות כדי לתאר סנקציות לא משפטיות אך המונח הנכון הוא שלאו דווקא מדובר על משפט המדינה.

דוג': ההתאחדות- מקור הסמכות שלה הוא עפ"י חוק ולכן היא לא דוג' טובה. דוג' טובה זה בתי הדין של החרדים- מייצגים מערכת משפטית לתפארת שיש לה מערכת פורמלית יש להם סמכויות מכוח ההלכה לשפוט יש את הנורמות והסנקציות. לצד בתי הדין בתוך העדות החרדיות השונות יש פעולה של סנקציות חברתיות.

פיקוח חברתי זה מערכת קשר גומלים בין אנשים שיש בה משום אמירה נורמטיבית ובצד הנורמה יש סנקציה שהמטרה של הפעלת המערכת היא שימור כללי ההתנהגות והנורמות של הקבוצה החברתית. אם אנו חושבים על פיקוח חברתי במובן הזה ברור לנו שמשפט המדינה הוא מנגנון של פיקוח חברתי. במה הוא שונה מהטלת סנקציה חברתית בכיתה? ברור לנו שיש שונות בקבוצות החברתיות שאנו חיים בהם שאחת ההבחנות האפשריות זה לפי רמת ההתמקצות של הפעלת הפיקוח החברתי- ממצב שבו אין בכלל חלוקת עבודה בהפעלת הפיקוח, כל הקבוצה כולה קובעת את הנורמות שהפעלת הנורמה מצדיקה הטלת סנקציה וכולם ביחד מפעילים את הטלת הסנקציה. בקיצוניות השנייה יש חלוקת עבודה מלאה- כמה גופים שקובעים את הנורמות, גופים שמנויים על אכיפת הנורמות- משטרה או רגולטורים אחרים, יש גופים שפועלים כנגד מי שנטען כלפיו שהוא מפר נורמה, גוף שמחליט האם לעשות משהו אבל אותו גוף שמחליט לא קובע האם באמת נעברה העבירה או הופרה הנורמה אלא יש לנו גופים אחרים- בתי המשפט או גופים אחרים, אותו גוף מטיל את הסנקציה ויש גוף שממונה על אכיפתה- תלוי איזה סנקציה (הוצל"פ, שב"ס, שירות המבחן וכו'). יש רמה מאוד של מיסוד וכמעט כל רכיב נתון בידי גוף אחר. אנו יכולים לאבחן כל גוף על פני רצף לא אחיד. משפט המדינה הוא מנגנון של פיקוח אך לא היחיד. אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט טוענים שהוא לא היעיל להפעלת הפיקוח החברתי. לפני 20 שנה החלו מחקרים של יעילותם הרבה של סנקציות חברתיות על פני המשפט הממוסד.

**מה יכול להסביר את חלוקת העבודה?**

1. גודל הקבוצה.
2. מידת ההומוגניות החברתית

ככל שקבוצה חברתית היא קטנה יותר בגודל, ככל שיש לבני הקבוצה אינטראקציות רבות זה עם זה היעילות של הסנקציות החברתיות היא יותר גבוהה ולעיתים לא חייבים את ההתמקצעות.

דוג' אם מרכלים על בנאדם הסנקציה החברתית שמפעילים עליו זה פגיעה בשמו הטוב ובמוניטין שלו.

הספרות שחקרה את יעילות הסנקציות החברתיות מדברות על כך שהסנקציות האלה יעילות מאוד כאשר מדובר על רשתות חברתיות אדוקות עם רמה גבוהה יחסית של הומוגניות נורמטיבית- אנשים דומים זה לזה, מחזיקים באותם נורמות, יש חברויות וריבוי קשרים. מדובר על קשר נמשך בין אנשים, אנשים מכירים אחד את השני, יש אינטראקציה ארוכה, הרבה פעמים אנו מדברים על סוג של קשר- עם אותם אנשים עושים מס' פעולות חברתיות. כאשר יש לנו קבוצה כזו מאוד קל לזהות מתי מישהו הפר נורמה, לאדם קשה להסתיר את מעשיו בחברה מסוג כזה. המידע על כך שמישהו הפר את הנורמה יעבור במהירות ובקלות. כאשר תושת סנקציה במקביל כולם ידעו על זה- כמו שקשה להסתיר את מעשה ההפרה קשה להסתיר את העובדה שיש סנקציה. בגלל שהאנשים מאוד דומים זה ברור שהשתת סנקציה על אדם אחד גורמת להרתעה יעילה ביחס לאדם אחר. ההפנמה של הנורמה והאמירה החברתית הגלומה בסנקציה היא ברמה גבוהה . בקבוצות אלו אין ספק שפעולה של סנקציות חברתיות יכולה להיות יעילה יותר מהמשפט.

פס"ד אורן: מערכת חברתית של גוף מסחרי עם מערכת משפטית משלו במנותק מהמדינות השונות בהם היהלומנים פועלים, רמת ציות מאוד גבוהה. דוג' לפלורליזם משפטי.

דוג' למקום שבו גוף או סוג של קשר בין אנשים, המיסוד לאורך שנים, החשיבות של השתייכות, ההשלכות של הטלת סנקציה על המקצוע.

בניתוח הכלכלי של המשפט מחפשים יעילות והם אומרים שזה משפיע על כך.

כאשר יש קבוצה שעונה על המאפיינים המבניים האלה הסנקציות יותר יעילות מאשר משפט המדינה, וגם קביעת הנורמות יותר טובה- כי מי שיודע הכי טוב זה מי שחי בתוך הקבוצה הזו.

גם אם הנורמות החברתיות יעילות יותר בסיטואציות מסוימות מאשר הנורמות שהמשפט הפורמלי ישיט לא בהכרח הנורמות פועלות באותה צורה על פני כל הקבוצה.

למשל, עבריין שעבר על נורמה חברתית והוא נמצא בשולי החברה- האם סנקציה חברתית שתופעל כלפי אדם כזה תהיה יעילה? טענה אחת יכולה להיות שמי שנמצא בשולי החברה אם ישיתו עליו סנקציה חברתית כמה כבר הוא יכול להיפגע הרי ממילא הסטטוס החברתי שלו בחברה הוא נמוך. התוצאה של הטלת הסנקציה יכולה להיות פגיעה עבורו והוא ייקח זאת בחשבון, אך במונחים של סטטוס חברתי הוא לא מפסיד הרבה. מצד שני, אם הוא בשוליים החברתי של הקבוצה למה הוא נשאר שם- אולי אין לו יכולת לצאת מהקבוצה? בחיי היומיום שלו הוא כנראה לא באמת יכול לעזוב את הקבוצה. זו תופעה מוכרת- למרות שהוא בשוליים יש לו תלות עצומה בחברה הזו- תלות פסיכולוגית, כלכלית וכו'. אם זה המצב סנקציה חברתית יכולה להיות מאוד חזקה כלפי אותו אדם.

לגבי אנשים חזקים- אם הוא חזק בקבוצה יש לו הרבה לאבד, ואם יתחילו להפעיל עליו סנקציות שמו ומעמדו ייפגעו. מצד שני, החזקים בחברה יש להם משאבים לצאת- לפעמים האיום על פני החברה תקף או שפשוט הוא כ"כ חזק שפשוט לא נדבק אליו שום דבר. הוא יישאר מספיק חזק בקבוצה החברתית הזו.

כמה זה תלוי האם הסנקציה מושתת בתוך הקבוצה או על החברה בכללותה.

זה מוביל אותנו לשאלת הממשק בין הסנקציות החברתיות למשפטיות.

משפט המדינה:

גזר הדין של הנשיא קצב: טענת הסנגוריה הייתה

כאשר עומד למשפט נאשם מורשע ומדובר באיש בעל סטטוס חברתי בין אם זה פוליטיקאי (עד המקרה של קצב הדוג' הייתה של איציק מרדכי). אנו רואים שימוש ע"י הסנגורים בטענה של קיומה של סנקציה חברתית במטרה להקל בעונש הפורמלי שייגזר מכוח משפט המדינה. לפעמים יש כאלה שאומרים שבכלל לא צריך להעניש כי הוא כבר נענש.

בגזר הדין יש התלבטות אמיתית של השופטים כי לפעמים הם מקבלים נימוקים כאלה, שופטת אחת אכן קיבלה. המשמעות של קבלת הטיעון הזה היא שלוש שנות מאסר.

לביהמ"ש יש התלבטות אמיתית דווקא בגלל שמדובר על איש מאוד חזק. הם אמרו שבמקרה הזה דווקא בגלל שהוא כ"כ חזק ובגלל חומרת העבירות לא נוכל לקבל את ההנמקות האלו, בנסיבות אחרות התחשבות בעובדה שהופעלו סנקציות חברתיות כן מתקבלת. כאן אנו רואים את הממשק של הסנקציות החברתיות עם המשפט הפורמלי.

ממשק אחר שאנו רואים זה לא בעניין של התחשבות בסנקציות חברתיות אלא שימוש בסנקציות חברתיות או ברציונל שלהם כעונש. את זה אנו לא מכירים במשפט הישראלי אבל במשפט האמריקאי זה נמצא לא מעט.

שתי דוג' בולטות:

כאשר עבריין מין משתחרר בחלק מהמדינות בארה"ב הוא חייב להירשם אצל המשטרה המקומית וליד ביתו צריך להיות שלט חיצוני שמודיע על כך שגר כאן אדם שביצע עבירות מין. זה קבוע פורמלית כאחת האפשרויות כאשר בוחרים אוסף של עונשים זה יכול להיות אחד מהם. יש מקומות בארה"ב בהם שופט יכול לגזור על נאשם עונש של ללכת עם חולצה מעל בגדיו שעליה כתוב שהוא נתפס נוהג במצב של שכרות. משפט המדינה הכניס לתוך הדין הפלילי הפורמלי פעולה שאמורה לייצר שרשרת של פעולות חברתיות- אם בקבוצה החברתית לא מעניין אף אחד אם נהגת בשכרות או לא- לא קרה כלום אבל אם יוצאים מנק' הנחה שהקבוצה החברתית שרואה אותך רואה את הפעולה הזו בשלילה- אם נדע שאותו אדם נהג בשיכרות נחשוב עליו כאדם פחות טוב זה אומר שהפעולה של ביהמ"ש והעונש שהוא נתן מחולל את הסנקציות החברתיות. ביהמ"ש יצר עובדה שאמורה לחולל את ההפעלה של הסנקציות החברתיות. השלט או החולצה פוגעים בסטטוס החברתי.

נק' הבסיס היא מה הנורמה של הקבוצה החברתית- האם ההתנהגות נתפס כפסולה או לא.

זה שאלה של מה אנו רוצים לעשות כאשר אנו מענישים- חינוך או הרתעה.

הרשתות החברתיות יצרו קלות אדירה עד כדי בלתי נסבלת לפגוע בשם הטוב של אדם.

הבעיות שטמונות ממילא בסנקציות חברתיות כאשר אנו חושבים עליהם מנק' המבט של זכויות אדם, מגבלות שהמשפט לוקח על עצמו כדי להיזהר בערכים שחשובים לו, בסנקציות חברתיות המגבלות האלה לא קיימות. הטכנולוגיה העצימה זאת.

סנקציות חברתיות- הפעולה במקביל שלהן. בהקשר זה מחקרים שנעשו על רכילות עסקית מראים לנו שהרבה פעמים למרות דיני החברות בתוך קבוצה חברתית של עולם העסקים בושה היא הנשק הכי חשוב באכיפה. יש ארגונים חברתיים שמשחקים על הקלף הזה יש רכילות עסקית ממוסדת ויש לא ממוסדת. יש תאגידים שהתפקיד שלה הוא לאסוף רכילות עסקית. כל השאלה זה עד כמה באמת אנשים רלוונטיים הולכים ומסתכלים. אם זה למטרות אינסטרומנטליות אז זה משרת אותנו רק בעסקים, אם נלווה לזה ביטוי של גינוי בעולם העסקי אז נכנסות לעניין הסנקציות החברתיות.

המאמר על המס- רשויות המס יש אתר אינטרנט וכתוב שם, אך אנשים לא נכנסים להסתכל. יש מנגנון שנותן מידע ענייני.

יש גופים בעיתונים הכלכליים כולם קוראים את אותו עיתון פחות או יותר. אם אנו רוצים לבייש איש עסקים השיטה היא לקנות עמוד בעיתון הזה ולפרסם שם דברים נכונים. יש ארגון בארה"ב שכאשר הוא מאתר פעילות בעייתית של תאגיד גדול זה מה שהוא עושה- קונה עמוד בעיתון ומפרסם זאת. בתביעה ייצוגית ההליך יכול להימשך שנים רבות.

**ציות פורמלי**

המחקרים על ציות רובם נעשים על ציות למשפט המדינה. ניתן ליישם זאת גם ביחס למערכות שהן לא משפט המדינה. יש שני סוגים של ספרות והמאמר של ברק אריאלי מסכם זאת. מצד אחד יש לנו כתיבה כלכלית רבה של סוגיית הציות כי היא קריטית למשפט, אנו רוצים שאנשים יצייתו, בלי ציות הנורמות שלנו לא שוות. השאלה היא איך לגרום לציות. נק' המוצא של הניתוח הכלכלי שהאדם עושה שיקולי עלות תועלת ורוצה למקסם את רווחיו- כל אחד עושה חישוב האם כדאי לו או לא לקיים את הנורמה. אם אנו רוצים להשיג ציות, כמעט תגובה אוטומטית של רוב האנשים היא שיש צורך בענישה חזקה. הניתוח הכלכלי הראה לנו על עבירות שהמשתנה הכי חשוב בניבוי של ציות זה וודאות התפיסה- מה ההסתברות שאם אני אעבור עבירה יתפסו אותי, זה הרכיב המשמעותי ביותר בשקלול שמנבא ציות ואם זה נכון יש להשקיע באכיפה. רק כאשר וודאות התפיסה היא גבוהה נכנס לשקלול חומרת הענישה. החשיבות שלה נכנסת לפעולה כאשר יש וודאות תפיסה גבוהה. המשתנה השלישי- משך הזמן מאז שביצעתי את הפעולה ועד הטלת הסנקציה- זה שיקול משני. השיקול הכי חשוב זה רמת התפיסה. החמרת ענישה- יותר זול מאשר לאכוף.

יש כמה בעיות- אנשים צריכים לדעת מה החוק, מה ההסברות שישיתו עליי את הסנקציה. יש כאן בעיית מידע. ברור שיש עבירות שבהן אנשים לא עושים תחשיבים- עבירות ספונטניות. המחקרים בארה"ב מגלים שהעונש שממש לא מרתיע הוא עונש מוות.

הכתיבה הנורמטיבית על שאלת הציות. ספרות זו מתייחסת לשלושה גורמים שונים לגמרי מאלה שהניתוח הכלכלי מתייחס אליהם. גורמים שמשפיעים על נכונות האנשים לציית.

מחקרים שמנסים להתחקות אחר המניעים של אנשים, יש שני סוגים: התחקות אחרי אנשים שעברו את העבירה ולשאול אותם מדוע הם עשו זאת- ספק אם הם יענו בכנות, או שואלים אנשים האם הם יצייתו לחוק מסוים שקיים, באיזה רמה ומדוע. עד כמה זה נותן לנו נתונים אמיתיים? יש בעיות מתודולוגיות בסוג המחקרים האלה.

גורם אחד שאנשים ברור לנו שהם אומרים שזה משפיע עליהם- האם הקביעה של ביהמ"ש או הוראת חוק תואמת את התפיסה המוסרית שלהם? זה משתנה שמשפיע ברמה יחסית נמוכה.

משתנה שמשפיע יותר- מה אנשים שחשובים לי יחשבו עליי אם ידעו שעברתי על חוק מסוים או על כך שניתן פס"ד ואני לא מקיים אותו- החשש מפני סנקציות חברתיות משפיע על רמת הציות של אנשים למשפט.

משתנה שלישי- מידת הלגיטימציה שאנו נותנים למי שקיבל את ההחלטה המשפטית- רמת לגיטימציה גבוהה הנכונות לציית גבוהה ולהיפך.

איך נבחנת הלגיטימציה שאנשים בודקים או מכריעים לגבי לגיטימציה של רשות משפטית הוא לפי צדק פרוצדורלי- איך אני תופס את ההליך האם הוא היה הוגן מבחינה פרוצדורלית, לפי ההחלטות. גם בצדק פרוצדורלי אנשים בודקים משתנים בין אישיים:

1. עד כמה מקבל ההחלטה פעל בניטרליות- עד כמה ההחלטה התקבלה ללא משוא פנים.
2. עד כמה מקבל ההחלטה פעל מתוך כוונות טובות הראויות לאמון- יש לחשוב שהוא התכוון לעשות טוב.
3. עד כמה מקבל ההחלטה נתן הכרה לכבוד של הצדדים. עד כמה הוא התייחס אליהם בצורה מכובדת, שנותנת כבוד.

מחקרים מראים שאנשים שיוצאים לאחר שהם קיבלו החלטה של שופט- אם הם חושבים שהצדק הפרוצדורלי התקיים אין שונות רבה בין מי שפסק הדין ניתן לטובתו לבין זה שפסק הדין ניתן לרעתו. יש חשיבות רבה לאופן שבו השופט פעל. יש משקל גדול להתנהלות ההליך המשפטי. אנשים מחפשים להרגיש שהמערכת התנהגה אליהם בכבוד- זה משפיע ישירות על מידת הציות (כולל גם ציות למשטרה).

רמת הלגיטימציה של הציבור לחברי הכנסת נמוכה מאוד אך לכנסת יש לנו רמת לגיטימציה גבוהה כי אנו רוצים להאמין עוד בהליך הדמוקרטי הנבחר.

התדיינות משפטית.

**3.6.12**

שני מודלים מאוד שונים לחשיבה על השאלה מדוע אנשים מצייתים להחלטות משפטיות:

* מודל כלכלי: עלות-תועלת.
* מתייחס לגורמים נורמטיביים. הזכרנו את הנושא של עד כמה ההחלטה המשפטית תואמת את תפיסת המוסר שלנו, מה יחשבו עלינו אנשי שדעתם חשובה לנו אם אני יפר את ההוראות המשפטיות- סנקציות חברתיות והאיום שלהן בקבוצות מסוגים שונים.
* מידת הלגיטימיות שאנו מעניקים למקבלי ההחלטה. יש לנו שני משתנים שמשפיעים בהקשר זה:
1. תוכן ההחלטה שלו, האם אנו מסכימים איתה או לא.
2. במחקרים נכנס העובדה שבצד השאלה אם אני מסכים עם התוכן משפיעים על העמדה שלנו גם משתנים אחרים- תפיסת הצדק הפרוצדורלי, זה לא אומר שהתוכן לא חשוב, אלא בלי קשר לשאלה אם אני מסכים או לא להחלטה יש עוד משתנה אחד שפועל וזה המשתנה של תפיסת הצדק הפרוצדורלי.

בבסיסו עומד הרצון של כל אדם להרגיש שמכבדים אותו ושמתייחסים אליו כמו אל חבר ראוי בקבוצה החברתית. מטפלים בו בכבוד והתחושה שבטיפול המשפטי מתייחסים אלינו כאל בני אדם. דוג': תהליך קבלת ההחלטות בנושא ההתנתקות. גם ביומיום אנו לא יודעים איך מתקבלים ההחלטות, מדובר על האדם הרגיל שקורא עיתונים וכו.

מחקר שנעשה ביחס למידת הלגיטימציה של הכנסת: נמצא שמידת הלגיטימציה של חברי הכנסת היא נמוכה אך לא של הכנסת כמוסד. הפער הזה נובע כיוון שזה לא פרסונלי, בנוסף קשה לנו שלא לתת לגיטימציה לריבון שהוא מבטא אותנו, את הדמוקרטיה. ללא לגיטימציה לכנסת אין שלטון.

בגלל שמידת הלגיטימציה נבדקת עד כמה מכבדים אדם כחבר קהילה ברור לנו מדוע המדדים של הצדק הפרוצדורלי חשובים- עד כמה מקבל ההחלטה פעל בניטרליות, עד כמה אני נותן אמון במניעים ועד כמה מקבל ההחלטה הכיר בסטטוס החברתי שלי והתנהג אליי בכבוד. למשל, האם השופט הסתכל על התובע, האם הוא הקשיב לטענה שלו. צדק פרוצדורלי מדבר על התחושה של אנשים- האם ההליך היה הוגן, מדובר על תפיסה סובייקטיבית.

יכול להיות שפעולה לפי כללי צדק פרוצדורלי יכולה להיות כיסוי לפגמים בשיטה וכו'. ככל שתפיסת הצדק הפרוצדורלי תהיה יותר משמעותית יש חשש שלא נשים לב להטיות מבניות.

החקר גם מראה לנו שהמשתנים של מהו הצדק הפרוצדורלי אנו מוצאים אותם אצל קבוצות שונות באוכלוסייה. אין מחקר כזה בארץ בארה"ב העבירו את אותו מחקר ל4 קבוצות אתניות בארה"ב בשנת 94' ולא הייתה שונות בין קבוצות המוצא השונות האלה בדיווח על מה המשתנים שמשפיעים על ההחלטה האם לציית להחלטות משפטיות או לא. ניתן לישים ממחקר זה בקלות בישראל בגלל שבבסיס תפיסת הצדק הפרוצדורלי עומד הרצון שיכבדו אותנו כבני החברה עולה שאנו מעפילים את המשתנים האלה של הצדק הפרוצדורלי כלפי מקבלי החלטות שנתפסים כחלק מהקבוצה החברתית שלי. אם מקבל ההחלטות נתפס כגוף שמחוץ לקבוצה שלי המשתנה שמכריע הוא ההסכמה לתוכן ההחלטה. אם אז גוף שנתפס בעיני מחוץ לקבוצה החברתית שלי השאלה היא עד כמה הוא נותן לי כבוד כבן הקהילה פחות חשוב לי. הדבר ישים לחלוטין לגבי ישראל. גם אם השופטים מתנהגים בצורה הכי מכבדת יש קבוצות שלמות באוכלוסייה שעליהם זה לא ישפיע.

עיקרון השיקוף ולא הייצוג- שהרכב ביהמ"ש ישקף את המגוון ואת השונות של החברה.

אף אחד לא חקר את היחס של העלייה הרוסית למוסד הישראלי- מחקר כזה יכל לבטא עד כמה תחושת שייכות לחברה משפיעה.

לגבי התפיסות הנורמטיביות למידת הציות יש למערכת יותר מה לעשות איתן מבחינת תיקון מאשר התפיסה הרציונלית כלכלית. מלבד דבר אחד לגבי התפיסה הכלכלית שהוא וודאות התפיסה- עד כמה אנשים חושבים שיש סיכוי גבוה שהם יתפסו.

השאלה היא איך מוסד יכול לגרום לציבור שיש סיכוי שיתפסו אותו אם הוא יעלים מס, למשל. ככל שהסיכוי יותר גדול יש יותר סיכוי גבוה של ציות.

**התפתחות של סכסוכים**

הסקת מסקנות אופרטיביות לגבי תיקון המערכת.

בארץ הוא היה נושא די שולי, עכשיו קצת יותר מדברים עליו. העילה העיקרית למחקר בארה"ב הייתה ביקורת מאוד קשה שנשמעה בשנות ה 70 על החברה האמריקאית ששה אלי התדיינות משפטית- אנשים שרצים על כל שטות לביהמ"ש כי מתקבלים פיצויים גבוהים, מה קרה לכל המוסדות שהיו אמורים לפתור את הבעיות החברתיות- כניסה וכו. מדובר על התפוררות החברה האמריקאית. מאחורי זה עומדת תפיסה פוליטית לטובת התאגידים, הרצון לדכא את יכולתו של הפרט להעלות טענות כנגד הגופים הכלכליים המשמעותיים הרשויות וכו.

בארץ אנו שומעים קצת הדים של השיח הזה, נלווה לטענות על העומס העצום על מערכת השפיטה. אין נתונים מדויקים על כך- למרות שקל לבדוק זאת סטטיסטית ניתן לבדוק כמה תיקים נפתחו לעומת מס' האוכלוסייה אך זה לא אומר לנו הרבה כי אנו לא יודעים מי הצדדים. לא ניתן לדבר על התופעה בכללותה, אך זה משרת פוליטיקאים שפועלים לטובת אינטרסים של גופים גדולים. מבחינת המערכת בכללותה ההסבר הזה משרת אותם כיוון שהם שלא רוצים לקבל את ההסבר הברור- שהעומס נובע מכך שאין מספיק שופטים. לכך יש צורך בתקציבים ולכן הרבה יותר קל להאשים את האזרחים שמגישים יותר מידי תלונות.

כנגד האמירות הקשות על ביהמ"ש והרצון של אנשים להתדיין קמה קבוצה של חוקרים מתחום המשפט וחברה והם התחילו לעשות מחקרים אמפיריים. מדובר על קבוצת אנשים מאוד רצינית ששינתה את פני השיח של מי שרצה להקשיב. אחד המאמרים המכוננים שיצאו מכך הוא המאמר של פלסטינר, סרט ו.. המאמר הזה, המטרה שלו היא ליצור שפה משותפת למחקר ולהאיר כל מיני גורמים חברתיים או דברים שצריך לחשוב עליהם כאשר צריך לחקור את השאלה מי מגיע למשפט ובגין אלו עילות. הטענה שלהם היא שמה שאנו רואים במערכת המשפט הפורמלית זה קצה קרחון של עולם הסכסוכים, למאמר זה הייתה הצלחה מסחררת מבחינת שינוי השפה האקדמית שבה מדברים- זה כמעט הפך לשפה אוניברסלית. הם סוציולוגיים ולכן הדגש שלהם הוא יותר על גורמים שקשורים למבנה חברתי, לגורמים של תרבות. אותם מעניין האנשים- מה גורם להם לפנות למערכת מה התנאים החברתיים המשפיעים על האופן שבו אינו תופסים את המציאות ומניעים אותנו לפעול לאור הגישה הזאת למציאות. מסתכלים על גורמים סוציולוגיים בעיקר, גם מבנה המשפט הצורה בה הוא בנוי יכולה לעודד או לעכב אנשים מלגשת למשפט. המאמר נותן שפה לעשות מחקר פרטני, הוא מסית את תשומת הלב מהמוסדות הגדולים אל חיי היומיום של האדם. יש תפיסה של האדם כסוכן חברתי ומתבוננים כיצד הוא פועל במערכת.

דוג': הטענה הראשונה שלהם זה שיש בחיי היומיום הרבה מאוד אירועים שאובייקטיבית יכולים להיתפס כפגיעה אך חלק מהאנשים לא תופסים אותם ככזו. למשל: זיהום אוויר, מס. זה נכון לגבי כל דבר שקורה לנו, אנשים שונים זה מזה באופן שבו הם מפרשים את המציאות ולכן השלב הראשון הוא מתן שם- מדובר על מעשה של פגיעה. איזה פגיעות אנו יכולים לזהות? פגיעה ברכב, אי תשלום בעבודה. המושגים המשפטיים בחלק מהמקרים מכוננים את ההבנה שלנו של המציאות בין אם אנו יודעים שמקורם במשפט ובין אם לא. מעשה של פגיעה יכול להיות גם הימנעות מפעולה. פה אנו יכולים להתחיל במחקר, מדוע אנשים שחוו את אותו הדבר מבחינה אובייקטיבית נותנים לזה שם של מעשה פגיעה ואחרים לא וזה לא אחיד. משפיע על זה פערים של ידע, הבנה, השכלה, תרבויות שונות- תרבות משפיעה על האופן שבו אנו מבינים את המציאות.

כאשר אנו יודעים שהשלב הראשון הוא מתן שם- ניתן לעשות מניפולציה על התודעה של אנשים שיבינו שנעשתה להם פגיעה ולכן ניתן ליידע אנשים אך גם לפני כן ליצור שם של מה שקרה. יש סיפור היסטורי- חברתי של תהליך של מתן שם לתופעה חברתית כלשהי. דוג': הטרדה מינית.

דוג' ראשונה: היא של הצלילות בירקון. אנשים צללו שם שנים וחלו במחלות אך לא קישרו זאת לצלילה בקישון, ואז מישהו קם ואמר שזה לא יכול להיות שזה קרה לו במקרה- הוא התחיל לחפש את הלמה ומי גרם לכך.

דוג' שניה- חברות הטבק. אנשים עישנו וחלו בסרטן הריאות אבל הם עשו זאת מרצונם ולכן לכאורה אין כאן שום פגיעה. אבל זה לא נכון כי ברגע שהבנו שעשו עלינו מניפולציה- שהכניסו בסיגריות חומר ממכר ולכן זה לא הפך להיות במקרה אלא אנשים אמרו שפגעו להם. אנשים בתוך המערכת ידעו אך הסתירו זאת.

דוג' שלישית: אפליה גזעית בארה"ב זה דבר מאוד רווח. התחילו לדבר על התופעה של עבודת המשטרה לפי פרופיל עבריין אפשרי. התברר שבהנחיות לאנשים משטרה נותנים להם לחפש לפי פרופילים מאוד מוגדרים ואז החלו לפרסם מודעות לאנשים שיתלוננו על כך. כדי לתפוס את האנשים הם לא רצו לומר סתם האם הפלו אתכם לרעה מכל מיני סיבות- אחת מהן היא שאנשים לא רוצים שיסתכלו עליהם כעל מישהו שהפלו אותו לרעה. הם ניסו להתגבר על הרתיעה הזו והמציאו דבר גאוני: DWD- מדובר על נהיגה בשכרות. הם המציאו את DWB- נהיגה כאשר אתה שחור וכך נתנו שם לפגיעה- עצרו אותו כי הוא שחור שנוהג במכונית יוקרה. זו הדינמיקה של יצירת שם והיא חשובה. ברור לנו שבלי המעבר ממצב המציאות הרגילה למצב של הענקת שם לא מתפתח סכסוך. השלב השני הוא של האשמה. הרבה אנשים מתייחסים לשלב זב כמובן מאליו, במאמר הם מדברים על תכונות אופי שמשפיעות אך לא רק, מדובר של שלב מאוד קשה. יש מחקרים שמראים שבתרבויות שונות יש שאלות שונות לגבי האשם והקש"ס בנוגע למה שקרה. למשל, איזה סוג של סיבתיות אנו מחפשים: סיבתיות דתית או סיבתיות מדעית רציונלית- אם אדם נוסע במהירות כזו, בעיקול מסוים זה לא מפתיע שהתאונה נגרמה בצורה מסוימת. סיבתיות דתית- יש כל מיני סיבות אחרות ללמה קרו לי דברים. השאלה מי אשם השפיעה על התגובה שלנו. אם אני חושב שקרתה לי תאונת דרכים בגלל שלא כיבדתי מספיק את אבותיי לא ניתן לעשות עם זה כלום מבחינת משפט.

שלב שלישי זה שלב הדרישה (בניגוד למינוח הנפוץ- תביעה שמתקשרת להליך הפורמלי של המשפט) המחברים מדברים על דרישה למתן סעד, אין עדיין פנייה פורמלית לביהמ"ש. יש המון עילות בהן הסכסוך נעצר בשלב זה כי אנו לא פונים לצד שלישי בדרישה לסעד. איזה סוגי תביעות נעצור לא נתבע? למשל בתביעות של הטרדה מינית (חוסר רצון לחשוף, פחד להסלמה, חוסר רצון להיתפס כקורבן, חשש מהתגובה של הצד השני). יש סוגי תביעות רבים בהם יש הצטמצמות דרסטית של אנשים שמשלב ההאשמה לדרישה יש הצטמצמות דרמטית.

לאחר שהצד השני לא רוצה להעניק לנו סעד, למי אנו פונים? מיצינו את ההליך מול הצד השני, מדובר בהליך סובייקטיבי, אנחנו אלה שייחסנו אשמה. השלב הבא הוא פנייה לפורום ליישוב סכסוכים- מגוון דרכים להחצין את הסכסוך מעבר לצדדים קונקרטיים של הסכסוך. דוג': ממונים מעל, תקשורת, גופים מתוך הקהילה, רבנים, פסיכולוג, מורה או מנהל בביה"ס, נציב תלונות. ניתן לחשוב על גורמים רבים שיכולים לסייע בפתרון הסכסוך והם לא בתי המשפט. כאן יש עוד שלב בהכרעה- האם לפנות למערכת הפורמלית של המדינה?

על איזה משתנים כדאי להסתכל כאשר אנו חושבים על לאן אנשים יפנו?

**10.6.12**

מאמר של סארט.

האם לפנות למערכת יישוב סכסוכים, לאו דווקא לבתי משפט שהם יכולים להיות עוד שלב.

איך סכסוך משתנה תוך כדי חיי הסכסוך? מה קורה במהלך סכסוך כאשר המטרות של הצדדים השתנו, איך זה משפיע על הסכסוך, מה קורה כאשר מצטרפים צדדים מסוימים?

איך הסכסוך משתנה תוך כדי השלבים השונים של החיים שלו, זה חלק שהמחקר התעלם ממנו. לא ניתן לזה משקל בדיון הרגיל.

המורכבות של החלת המודל הזה על התפתחות סכסוכים. השאלה היא מה המסביר את השונות הרבה שאנו רואים במציאות? מדוע סכסוכים מסוג מסוים מגיע בשיעורים גבוהים למערכות ליישוב סכסוכים ואחרים לא. מדוע באותו סוג סכסוך אנשים מסוימים כן חווים את הסכסוך ואחרים לא עוברים את השלב הראשון של הניימינג.

יש השלכות פרקטיות על שאלות מסוג זה. יכול להיות שיש שיטתיות- אנו יכולים לזהות דפוסים שיטתיים.

אם אנו מייעדים לגוף מסוים את התפקיד של יישוב סכסוכים יש כאן אמירה לפיה אנו רוצים שאנשים יגיעו. זה מה שאנו רוצים אך אנו לא משיגים זאת כי פתאום אנו רואים שעל פניו יש מספיק סכסוכים מהסוג הזה. אנו יכולים לגלות שמס' הסכסוכים בעניין הזה שמגיע לביהמ"ש הוא ממש מצומצם יחסית למס' הבעיות. למה זה חשוב לחקור את השאלה למה זה קורה? כדי למצוא פתרון, להבין איפה אנשים נתקעים במעבר משלב לשלב במודל החשיבה של סארט ואז אולי נצליח להתאים פתרונות לבעיה הקונקרטית. יכול להיות שנחשוב על פתרון שמתאים לבעיה אחת אך לא לאחרת. גם אם אנו חושבים פרקטית, אנו רואים שיש קבוצות שלא ממצות את הזכויות שניתנות להם. אפילו גופים שלא רוצים לשנות את השיטה אנו רואים שיש אנשים שבאופן שיטתי לא ממצים את הזכויות שלהם. בהחלט ההבנה של הגורמים המשפיעים על המעבר משלב לשלב יש לה חשיבות פרקטית מאוד גדולה.

מה מסביר את השונות?

* חוסר מידע.
* השכלה.

השכלה וידע זה לא אותו דבר- אדם יכול להיות משכיל אך לא יהיה לו את הידע הרלוונטי בנושא מסוים ולהיפך אך לפעמים עצם זה שאדם משכיל זה מעניק לו מעמד חברתי שבעזרתו הוא יוכל להסתייע באחרים וכו.

* סטטוס חברתי כלכלי- היכולת הכלכלית יכולה להשפיע בפנייה לשירותים משפטיים ומומחים אחרים, יש פורומים שעולים כסף להגיע אליהם- בבתי משפט יש אגרה (לפעמים אין אגרה בכלל או שניתן לבקש פטור על רקע כלכלי אך יש צורך בידיעה על האפשרות הזו). אם אנו שלטון ואנו יודעים שאנו חייבים לחוקק משהו ולתת איזושהי זכות כי לא עולה על הדעת שלא לתת, השלטון יכול לגרום לכך שהאזרחים הפרטיים לא יטרידו אותו ע"י הפיכת ההליך למסובך יותר ולהיפך. כסף הוא חשוב בעניין של נגישות לשירותים משפטיים אבל גם אל הפורומים האחרים וכו.
* גיל- חלק גדול מהקשישים מצבם הכלכלי מדרדר. היכולת והפחדים מול המערכת יכולים להשתנות עם הגיל. ככל שהאדם יותר מבוגר זה יותר יכול להשפיע.
* יליד ישראל או עולה חדש- שאלה של שפה, ידע, מידת הלגיטימציה שאתה נותן לרשויות, פחד מהרשויות, חווית הגירה בעייתית וכו.
* מגדר- נשים למול גברים. יש לא מעט מחקרים שמראים שיש שונות משמעותית בין נשים לגברים בשלבים שונים של התפתחות הסכסוך. בתעוזה לפנות ולדרוש את הזכויות יש הבדל משמעותי בין נשים לגברים. כאשר אנו מסתכלים כמכלול
* אופי- עקשנות, אכפתיות, ביישנות, שונאי סיכונים- כמה אדם פוחד מחשיפה זה גם עניין אישי. החצנה של בעיה גוררת גם חשיפה שלנו אל מול אחרים. לא כולם דומים בתכונה הזו. דימוי עצמי, ביטחון עצמי, אסרטיביות. שונות בין אנשים בייחוס אשם. אנו מדברים על טיפוסי אנשים שחושבים שהם תמיד אשמים לא משנה מה קורה ואלה שחושבים שתמיד אחרים אשמים.
* תרבות- סכמות של חשיבה שיש לנו באמצעותה אנו מבינים את העולם. זה בוודאי משפיע על הניימינג וגם על הבלימיניג איזה חשיבה של סיבתיות וגורמים יכולים להיות אחראים. השאלה האם אני פונה בכלל מערכת ליישוב סכסוכים היא עניין תרבותי. בוודאי הליכה למשפט וכו'. יש שאלה של ההשתייכות האתנית, קהילתית, משפחתית. אם נחבר את זה לעניין הסנקציות החברתיות- מה יחשבו עליי אם אני אפנה לצד 3 ואדרוש סעד. מה יקרה אם אפנה לעיתונות וכו' ואבקש סעד? איך זה ישפיע על הסנקציות שיוטלו וכו'. חלק מהתרבות זו תפיסה האזרחות שלנו. יכולים להיות חוקים מוגדרים, אך אין תפיסה של מגיע לי במובן החיובי. אם אין לנו תודעת זכויות, אולי לא נעמוד על זכויותינו ונוותר עליהן בקלות.

כאשר זה מתחבר עם ההשתייכות הקבוצתית זה יכול להיות חיבור משמעותי. השאלה היא גם מול מי הסכסוך מתעורר וביחס לאיזה תחום מתחומי החיים שלנו. יכול להיות שהסכסוך הוא כספי- א' חייב כסף לב' השאלה היא מי הם הצדדים בפועל- אחים, עובד מול מעביד, אזרח מול רשות המיסים וכו'. הסכסוך הוא אותו סכסוך על כסף אך ההבדל הוא תהומי. כמה משפיעה שאלת ההתנסות שלי או של אנשים אחרים שחשובים לי על סכסוכים קודמים. לגיטימציה של המוסדות המשפטיים- אם אני לא נותן לגיטימציה למוסד מסוים ברור שאני לא אפנה אליו. פורום תקנה- סוג הבעיה הכי בעייתי לחשיפה, תמיד מדובר על הטרדה מינית, רואים את חוסר הנכונות של אל מי אתה פונה. פורום תקנה הוקם בתוך הציונות הדתית לטיפול בתלונות על הטרדה מינית. הסיפור שחשף את פעילותם זה התלונה על הרב מוטי אלון. סביב הלגיטימיות של הפורום היה דיון ציבורי מאוד רחב בכלל ובקהילות הדתיות בפרט. לא מדובר על פורום ייחודי.

* נגישות לצדדים שיכולים לתמוך בנו או לעזור לנו לעבור את התהליך, לא רק עורכי דין אלא גורמים מקצועיים אחרים- עו"ס, שירותי רווחה, פסיכולוג, רב, מורה וכו אנשים בעלי סמכות מסוימת שאנו חושבים שהם יכולים לסייע לנו יש להם השפעה עצומה.
* מחקר שעשה רונן שמיר, חקר את התביעות שהוגשו ע"י פלסטינאים בזמן האינתיפאדה הראשונה. מבחינת התוצאות הסיכוי להצליח בתביעות הוא מאוד נמוך אז למה הם פונים בכלל? מחקר אחר של פרופ' יואב דותן הוא פנה אל כל התיקים שהיו בפרקליטות והסתיימו בפשרה ולא רק על אלו שהוגשו לעליון. הוא מצא ששיעור ההצלחה הוא מעט יותר גבוה, עדיין לא שיעור כזה שנגיד שזה רציונלי לפנות לביהמ"ש העליון של מדינת ישראל. למה הם פונים? יכולות להיות סיבות אינסטרומנטליות- זה מושך זמן- ייקח כמה חודשים עד שהעתירה תתברר במקרים של הריסת בית, קבלת מידע כי הצד השני חייב להגיב. דותן הראה שבזכות הגשת התביעות מגיעים לפשרות מה שלא היה קורה ללא הגשת העתירה. זה נכון לכל הליך משפטי, יש הרבה הליכים שמוגשים כדי להביא את הצד השני לשולחן המשא ומתן- זה קורה בהמון תיקים. רונן ראה שיש מטרות נוספות יש כאלה שההליכה לביהמ"ש היא אמירה פוליטית, אם יש עתירה לביהמ"ש יש לזה בולטות תקשורתית יותר גדולה. היום יכול להיות שנקבל יותר תשובות מהסוג הזה- העצמה פוליטית של הנושא בעיקר כדי לקבל הד תקשורתי בארץ ובעולם. תשובות מעניינות שרונן קיבל- הוא ראיין אנשים ואת עורכי הדין שלהם, הוא ראה שבו זמנית יש חוסר אמון מוחלט בביהמ"ש הישראלי אך יחד עם זאת אמונה אבסטרקטית שביהמ"ש יעשה צדק. הוא ראה שאנשים אומרים שהם פונים לביהמ"ש כאמצעי לאושש את היותם בני חברה אנושית ואנשים עם כבוד ובמיוחד אוכלוסיות חלשות. מדובר גם על אוכלוסייה חלשה בתוך ישראל, אנו רואים את הקושי של מערכת היחסים בין הרשויות. בביהמ"ש ניצבים זה מול זה עורך הדין של המדינה ועורך הדין שלי, השופטים מתייחסים אליהם באותה צורה כי שניהם חברים שאותה פרופסיה משפטית. זה תופעה מרתקת- אנשים פונים למוסד למרות שהם יודעים שסיכויי ההצלחה אינם גבוהים בגלל הרצון לכך שיתייחסו אלייך בכבוד. המחקר הזה הולך לסיטואציה מאוד ברורה אבל הוא עולה על משהו עם תחולה הרבה יותר רחבה. הרצון האינסטרומנטלי להשיג את הזכויות יחד עם הרצון שיתנהגו אלייך בצורה מכובדת ואת זה חושבים שניתן להשיג ע"י הגעה לפורום פורמלי של מערכת ליישוב סכסוכים.

עולם התפתחות הסכסוכים הוא עולם מורכב. לאור המורכבות של השאלה האם בכלל נראה סכסוך מגיע לביהמ"ש, שמים סימן שאלה מאוד גדול על שאלות פופוליסטיות מהסוג הזה.

המאמר של גלנטר- הגענו לביהמ"ש, השאלה היא מי מנצח?

לכאורה התשובה היא מי שצודק אך זה לא נכון. השופט קובע לפי כללים וחוקים ותוכנם לכשעצמם יש בהם הטיה כלפי חזקים בחברה. לא מדובר על אמת מידה מוסרית וכללית של צדק מהותי.

תשובה אחרת היא מי שחזק, זה מכוון אותנו לאמירה שמי שיש לו כוח מחוץ למערכת המשפט הוא זה שמנצח בתוכה. התוצאות אכן מראות בסדרות מאוד גדולות של מחקרים , זה בכלל לא פשוט לבדוק את השאלות האלה לכשעצמם. בארץ יש לנו מחקר על נשים וגברים של רחל דון יחיא ורינה בוגוש, הן לקחו תיקים פליליים והשוו את היחס בין גברים לנשים בהליכים פליליים. הבעיה היא שבחלק גדול מהעבירות שהן לקחו אין נאשמות. באחד הפרקים מתואר היחס השונה בין גברים לנשים באולם ביהמ"ש. יש יותר מחקרים על היחס הלא שוויוני בין יהודים לערבים ושם יש נתונים מובהקים, הפערים הם גדולים.

מדוע החזקים מנצחים? אחת התשובות היא שיש לבדוק מי השופטים, מאיזה שכבה חברתית הם באים? באים פחות או יותר מאותה תרבות, שופטים פועלים לפי תרבות וכללים. מחקרים מראים שיש לכך השפעה.

גלנטר- יש עוד משתנה שמשפיע והוא עצמאי במידה מסוימת.

הטיפולוגיה של זהות הצדדים, האם מדובר בשחקן מזדמן או חוזר. הטענה שלו היא שלשחקנים חוזרים יש יתרונות מובנים בעצם היותם שחקנים חוזרים שגורמים לכך שהם מנצחים בשיעור גבוה יותר.

המאמר שלו מתייחס למשפט האמריקאי אך זה נכון גם לישראלי.

שחקן מזדמן בד"כ זה יחידה חברתית קטנה יותר- אדם פרטי או עסק קטן. הסיכוי שהוא יגיע לביהמ"ש שוב בסכסוך מאותו סוג הוא מאוד נמוך. השחקן הקבוע זה יחידה חברתית גדולה- בנקים וכו שבד"כ הם מגיעים באותו סוג של סכסוך לעיתים קרובות אל בתי המשפט. יש חפיפה די גדולה בין מי שהוא שחקן חוזר לבין מי שחזק בחברה אבל זה לא חפיפה מלאה וזה גם סוג אחר של טיעונים למה הם מצליחים.

שחקנים חוזרים- יש להם יתרון בידע על פני השחקנים המזדמנים. מבחינת מומחיות וידע משפטי קונקרטי יש יתרון לגודל אם בנק מגיש תביעות על חריגה ממסגרת אשראי מאושרת, כמה עולה לו להפיק תביעה? כותבים את כתב התביעה פעם אחת ומשתמשים בו שוב ושוב.

מבחינת התובעים המזדמנים לכל תיק יש מערך עובדתי שונה ועלות כתיבת המסמכים היא הרבה יותר גבוהה.

מעבר לזה, השחקן החוזר יכול להבנות ולהתכונן מראש להליך משפטי. למשל, פתיחת חשבון בנק, חותמים על חוזה אחיד שלא קוראים אותו, הבנק מתווה את תנאי העסקה ועושה זאת בצורה כזו שהתוכן יפעל לטובתו ולכן יש לו יתרון משמעותי. רק לשחקן חוזר יש יתרון מהסוג הזה, שחקן חוזר יוצר רקורד- איך אפשר ליצור זאת לקראת התדיינות?

רק שחקן חוזר ידוע איזה רקורד ליצור, איך לארגן את המסמכים וזה שווה לו להשקיע את העלות. זה יתרון מובנה של שחקן חוזר וזה יכול להשפיע על התוצאות של משפט.

השוני האסטרטגי בין שני סוגי הצדדים.

נפגע בתאונת דרכים שמתחרה מול חברת ביטוח שהיא שחקן חוזר. לנפגע חשוב בהתדיינות המשפטית זה לקבל כמה שיותר פיצוי במינימום עלויות. האינטרס של חברת הביטוח היא לשלם לו כמה שפחות. השוני- לנפגע יש רק את התיק הזה ואם הוא ינצח או לא זה חשוב עבורו. לחברת הביטוח יש מאות תיקים כאלה, האסטרטגיה שלה זה מקסום הרווח על פני כל התיקים. הנטייה של השחקן להתפשר תהיה הרבה יותר גדולה כי יש יותר וודאות שהוא יקבל משהו. לנפגע לא אכפת מהכללים המשפטיים אלא מהתוצאה הסופית אבל לחברת הביטוח כן אכפת מהכללים המשפטיים, היא רוצה להימנע משינוי התקדים. חברת הביטוח בודקת כל תיק והאם כדאי לה או לא להתפשר בו. אם זה תיק שיכול להיות לרעתם הם מתפשרים, מורידים את התביעה מביהמ"ש ולא יהיה דיון בכללים המשפטיים. אז זה תיק שהוא טוב לחברת הביטוח הם ילכו בו עד הסוף אבל משחק אסטרטגי כזה רק מי שיש לו תיקים רבים יכול לשחק.

גלנטר- חברות הביטוח יגרמו לתיקים להגיע לעליון ורק אלו שהן ישוכנעו שחשובות עבורם. ביהמ"ש פאסיבי דן רק בתיקים שבאים בפניו ושחקן חוזר משפיע על איזה תיקים יגיעו לפניו. תקדימים לרעתם של השחקנים החוזרים- זה אומר שהם טעו בחישוב הסיכויים- את הסיכוי שהשופטים האלה יפסקו כך, לא הבינו את השפה המשפטית וכו. גלנטר אומר בנוסף (זו עוד תובנה מאוד חשובה ונכונה לחלוטין): יש מקרים של חברות גדולות כמו בנקים שיודעים שהם הולכים להפסיד בתיק מסוים, ועדיין הם מנהלים אותו בכל הזירה המשפטית, ולמה? כי עדיף שיהיה להם הפסד סימבולי, ההכרעה בתיק זה לא תהיה לו השפעה תקדימית, הוא לא ישפיע בעליון, אלא רק בערכאות הנמוכות.

שווה להפסיד בתיק מהסוג הזה כי הרווח הוא במונחי תדמית כי כך הם יכולים להראות שהבנקים לא תמיד מנצחים בביהמ"ש.

**17.6.12**

בארץ מידת העצמאות של שלטון מקומי מאוד נמוכה לעומת מידת עצמאות של השלטון.

**משפט ושינוי חברתי**

מה זה שינוי חברתי? יש כאלה המגדירים שינוי חברתי במשמעות שרק האירועים ההיסטוריים המאוד גדולים- מהפכות, נפילת הגוש הקומוניסטי ועוד. אלה תופעות היסטוריות רחבות היקף וכוללות שינוי חברתי גדול ביותר. הגדרה זו שינוי חברתי היא מאוד צרה הכי היא כוללת אירועים גדולים. לעומת זאת יש הרואים אירועים בסדר גודל קטן יותר כשינוי חברתי. המאמר של גדי ברזילאי- לא בטוח שכל הדוגמאות שהוא מביא זה שינוי חברתי, לא כל עתירה לבג"ץ קשורה לשינוי חברתי אבל זה וויכוח לגיטימי מה אנו מכניסים לתוך זה.

לדעת המרצה, שינוי חברתי זה שילוב בין שינוי מבני בדפוסי יחסי הכוח בחברה- שינוי ביחסי הכוח בקבוצות או מוסדות חברתיים יחד עם שינוי בהתנהגות בדפוסי חשיבה בתרבות של בני החברה או חלק מהקבוצות בה. יש במושג זה רב ממדיות- זה משהו באמצע- לא כל דבר קטן אבל גם לא אירועים גדולים.

**האם המשפט מעורב בשינוי חברתי?** שונה מהשאלה האם המשפט צריך להיות מעורב. ברור שהמשפט באיזשהו אופן מעורב. בסופו של דבר, גם אם תופסים את המשפט כסביל לגמרי, השינויים מתורגמים למשפט כי הוא הכלי שבאמצעותו אנו קובעים את ההסברים החברתיים. בסוף זה יתרגם למונחים של מערובות משפטית, בהתאם לגישה שכל אחד מאמץ לו לקשר שבין המשפט וחברה ניתן לראות מידות שונות של השפעה. אם מישהו חושב ששינוי חברתי זה חלק מתפקידי המשפט אז יש לנו אמצעי לבדוק האם המשפט עושה את העבודה בצורה טובה או לא.

יש להבחין בין השאל הנורמטיבית לשאלה האובייקטיבית/עובדתית לגבי מיקומו של המשפט בשינוי החברתי. יש שיחלקו בהיבט הנורמטיבי על מעמדו של המשפט כמעורב בשינוי חברתי. יש שיחלקו בהיבט הנורמטיבי על מעמדו של המשפט כמעורב בשינוי חברתי.

בשנים האחרונות, וחלק ממאבקי הקיץ הקודם הם חלק מזה, חלק מהמאבקים בישראל היום הם לא מאבקים לשינוי חברתי אלא מאבקים לשימור משהו קיים ואולי אפילו קצת להחזיר עטרה ליושנה. חלק גדול מהמאבקים היום זה נגד הפרטה, אם המאבקים האלה נובעים מתוך תפיסה של קולקטיב אז אולי לא מדובר כאן על ניסיון לשינוי.

יש שתי זירות משפטיות מאוד ברורות לבחינת שאלת תפקוד המשפט או כוחו להשיג שינוי חברתי:

1. **כנסת והרשויות המנהליות.** חלק מתפקידה של הממשלה לערוך שינוי חברתי, לא מתעוררות אצלנו שאלות של סמכויות בהקשר זה כי ברור שזה בסמכותה. מדובר על יכולת הפעולה באמצעות חוק או באמצעות אינטרסים שונים. היבטים אלו מבטאים שינויים חברתיים באמצעות רשויות ממשלתיות.

**סוגיות רלוונטיות לדיון:** הדיון על הנושא של אופן קבלת ההחלטה- מי מקבל החלטות, האם יש השפעה מסוימת על מקבלי ההחלטות, כל השאלה של הקשר בין יחסי כוח לחקיקה. ובנוסף, כל סוגיית הציות והלגיטימיות של החוק- האם החקיקה מכוננת שינוי תודעתי או התנהגותי ביחס לחברה.

1. **הפסיקה, בתי המשפט בעיקר העליון.** ליטיגציה- התייחסות ליכולת פסיקה לחולל שינוי חברתי.

מדוע יש הטיה כ"כ גדולה בספרות על הפסיקה, ישנה כתיבה ענפה בתחום של משפט ושינוי חברתי שמוטה לכיוון הפסיקה. **מדוע ?**

**ישנם מס' גורמים:**

* הפסיקה מאפשרת לנו להתייחס גם לאוביטר, לדברים שהם מעבר לרציו, לדבר העיקרי, הקובע, בעוד שהחוק הוא מאוד חותך, לכאן ולכאן.
* אין כמעט התייחסות להיסטוריה של החוקים ולתהליך היווצרותם במהלך לימודי המשפטים, למשל- מתמקדים בפס"ד לעומק בעוד הדיון בחוק מצטמצם לכדי קריאתו וניתוחו בספקטרום צר.
* היחס של הציבור למחוקק, לכנסת מבטא פטור מאחריות. הדבר אבסורדי לאור העובדה שרוב המשפט נקבע ע"י המחוקק. יחס זה מרים את מעמדו של ביהמ"ש ומקנה לו יוקה.
* ליטיגציה היא דבר גלוי וציבורי, אם מוגשת עתירה לבג"ץ יש עליה ידיעה. כדי לדעת מה קורה מאחורי הקלעים של החקיקה יש לעשות חיפוש יותר רציני. היום יש הרבה יותר מודעות לאופן שבו המחוקק עובד. הליך חקיקה נמשך מס' חודשים ואנשים לא עוקבים אחרי זה. בבג"ץ מקבלים החלטה וזה מתפרסם בתקשורת.

משפט ושינוי חברתי מתייחס לא רק לפסיקה אלא גם למעשי המחוקק.

גם בארץ, בעקבות ארה"ב הייתה בסביבות שנות ה80 תפיסה דומיננטית בקרב אנשים שרצו להשיג שינוי חברתי שביהמ"ש זו הזירה לחולל שינויים חברתיים. ייחסו למוסד זה כוח רב ביצירה של שינויים חברתיים. (בסופו של דבר, בתי המשפט לא עמדו בציפיות אלו). מה מקור התפיסה הזו?

1. התפיסה שהמשפט בשונה מהמחוקק הוא באמת גוף עצמאי בקבלת ההחלטות שלו. ביהמ"ש נתפס כגוף עם הרבה יותר עצמאות פוליטית, מוסדית וכלכלית. מדוע? ביהמ"ש לא מעומד לבחירה חוזרת- אם נבחרת לתפקיד אתה שם, רק במקרים מאוד קיצוניים מעבירים שופט מתפקידו לעומת זאת המחוקק חייב דין וחשבון לציבור כל הזמן כי הוא צריך להיבחר מחדש. יחד עם זאת משפט פועל כל הזמן בזירה ציבורית אך הוא לא צריך לתת דו"ח ביקורתי לציבור.
2. הייתה תפיסה שביהמ"ש משוחרר מהאינרציה בירוקרטית לעומת גופים שלטוניים אחרים, אולם ביהמ"ש עדיין כבול למוסכמות מסוימות לגבי אופן הפעולה שלו.
3. בביהמ"ש מה שמכריע זה לא העוצמה החברתית אלא הצדק בטענות שלך.
4. יש הרבה יותר נגישות לבתי המשפט לעומת הנגישות למחוקק. לכאורה זה נכון, בהנחה שאדם עבר את המגבלות בדרך לבג"ץ. לעומת זאת, מה קורה לבנאדם שרוצה להשפיע על המחוקק.

הייתה גישה דינמית של יכולת ביהמ"ש לפעולה, ביהמ"ש העצמאי שמקבל את ההחלטות האלה למשל, פס"ד בראון.

כנגד התפיסה של ביהמ"ש כמחולל שינויים החלה לצמוח בשנות ה 70 הגישה ההפוכה, הפסימית שהמאמר של גדי ברזילאי מדבר עליו.

רוזנברג פרסם ספר בשנת 91' שנקרא התקווה החלולה. נטען כי רק לעיתים נדירות נוצרים התנאים המבניים והתרבותיים שנדרשים על מנת שבתי המשפט באמת יצליחו לחולל רפורמה חברתית, זה לא משהו כ"כ ברור מאליו ואין לבתי המשפט את העוצמה שייחסו להם. בעקבות הטענה הזו השאלה היא באילו תנאים ביהמ"ש הוא הזירה הנכונה לשינוי חברתי? מה הקשיים והבעיות בפנייה לביהמ"ש? כמובן שאם נדע מה הבעיות אולי נוכל לקבל החלטה בצורה מושכלת יותר ביחס למי יש לפנות כדי לחולל שינוי חברתי. הספר של רוזנברג מתאר שינויים חברתיים שהתחוללו, מחקרים שבוצעו ביחס למיקומו של ביהמ"ש האמריקאי בשינויים חברתיים.

כל גוף שרוצה להוביל לשינוי עומד בפני דילמה לאן לפנות- למחוקק, ביהמ"ש או לאמצעים לא משפטיים. זו החלטה מאוד לא פשוטה שהופכת להיות סבוכה כאשר אנו מכירים במגבלות של הגופים השונים.

במאמרים של אורלי לייבל וגדי ברזילי עולות הדילמות השונות הקיימות בעת הפנייה לביהמ"ש:

* הפנייה למחוקק או לביהמ"ש: עבור חלק מהגופים שרוצים להשיג שינוי המשמעות של פנייה לביהמ"ש היא מתן לגיטימציה למשפט. לחלק מהגופים אין בעיה עם מתן הלגיטימציה הזו אבל יש גופים שלהם המחיר שהם משלמים במתן הלגיטימציה הוא משמעותי. מי שרואה את בתי המשפט כחלק מהגישה קפיטליסטית שיש להחריבה מהיסוד ופונה לביהמ"ש הוא בעצם נותן לגיטימציה למערכת לכן בעצם הפנייה לביהמ"ש יש תשלום של מחיר מסוים. דוג' רלוונטית בהקשר זה היא פנייה של האוכלוסייה הפלסטינית. יש כאלה שטוענים שהם פנו לביהמ"ש מנימוקים אינסטרומנטליים המנותקים משאלת הלגיטימציה, אבל יש גבול עד כמה ניתן למתוח את הנימוקים האלו.
* עצם הפנייה אל מערכת המשפט ובפרט אל הפסיקה מכניסה את הארגון שרוצה לחולל שינוי חברתי לסד משפטי. למשפט יש כוח מרסן וכוח מעקר. המשפט מכניס אותך אל תוכו ובולע אותך לשפה שלו. ברגע שאתה בוחר בהתדיינות משפטית כאמצעי פעולה אתה חייב להתאים את עצמך, משתנה ללא מודעות ויש פעולה של דה-רדיקליזציה של האג'נדה שלך. קוראים לו בעיית התרגום או אזכור. כאשר יש לנו איזושהי מטרה חברתית שאנו רוצים להשיג עלינו למצוא דרך להביא זאת לביהמ"ש, אנו צריכים למצוא טיעון משפטי. יש למצוא משהו שהוא רלוונטי לתחום הפעולה של עולם המשפט. השיח המשפטי כשלעצמו הוא מוגבל וקובע לנו את מסגרת הדיון, שפת הדיון ואנו צריכים למצוא את עצמנו בתוך השפה שלו או לנסות למצוא מושגים חדשים במידה והשופטים יהיו מוכנים להיפתח לכיוונים חדשים.
* כאשר פונים לעולם המשפט מי שתופס את המושכות, הופכים להיות המנהיגים אלה הם עורכי הדין, מדובר על סוג אחר של חשיבה- חשיבה פרופסיונלית עליהם הם חונכו, יש להם הוגנות של דרכי פעולה שהמשפט מכתיב, אם הם פועלים בזירה משפטית הם פועלים בתוך הזירה הפרופסיונלית, ובנוסף הם מחויבים לכללי האתיקה.

סוג המוגבלות של בתי המשפט

1. **מגבלות של הפעולה בזירה המשפטית או השיח המשפטי.** המשפט הקיים משמר סדר חברתי הקיים באופן טבעי. מי שרוצה שינוי צריך להילחם אל מול סדר חברתי קיים ואז יכול להתקיים אחד מהשניים- או שהוא מערער על הסדר החברתי וזה דבר מאוד קשה או שהוא צריך למצוא את עצמו פועל בעולם משפט כפי שהוא כיום.

דוג' - לפני שנחקק מוסד כבוד האדם בחוק יסוד כיצד ניתן היה לפנות לפגיעה בגין זכות זו? היה צריך לחפור ולמצוא תקנה או סע' בחוק ביטוח לאומי המתייחס לפגיעה שכזו. בנוסף, מושג הסבירות שחרר טיפה מהלחץ ומהמגבלה של בימ"ש לדון בפגיעה בזכות שכזו. למרות מושג הסבירות – לא ניתן לטעון כי בימ"ש השתמשו במושג זה חדשות לבקרים כדי לפסול החלטות מנהליות. השוני בין הדימוי של ביהמ"ש שבוחן את הסבירות לבין כמה פסקי דין שבהם ביהמ"ש ביטל בסופו של דבר החלטות מנהליות. יש המון בג"צים בהם ביהמ"ש דיבר על עילת הסבירות אך לא עשה עם כך שום דבר. כאשר הופיע המושג כבוד האדם נפתח פתח להבאת נושאים חברתיים.

ישנו קושי גדול לקבל הכרה של ביהמ"ש בזכויות חדשות.

יש לנו הגבלה על סוג הטיעונים שניתן להעלות וכן על השיח המשפטי שחייב להתקיים בביהמ"ש, יש עניין של תרבות משפטית דומיננטית- שק"ד מוגבל. החלטות שהולכות רחוק מידי לא מחזיקות מעמד.

1. **מכשולים של פרוצדורה**- יש כתיבה על מכשול זה בתחום של המשפט המנהלי- עולה כי תחום השפיטות בבתי המשפט בארץ הוא מצומצם למדי. בתי המשפט נמנעים מלדון בהחלטות מנהליות והם תולים זאת בעילות סף. רואים הרבה החלטות של בתי משפט במסגרתן הוא לא מכריע ומפנה את השינוי לטיפולו של המחוקק או שמפנה את הצדדים לבדוק מה קורה בפועל לפני שמקבל החלטה. ביהמ"ש מרסן את עצמו הרבה יותר ממה שעשה בתחילת שנות ה80. המצב היום הוא הרבה יותר פרוצדורלי ומקשה מאשר המצב בשנים קודמות יותר. הרבה פעמיים הדיונים בבתי המשפט בעתירות מנהלתיות שמטרתן להפעיל הליך של שינוי- לא מתקדמים בגלל שביהמ"ש קובע שזהו דיון תיאורטי ויש לחזור למחוקק. ביהמ"ש קובע את משמעות עילות הסף ומתחיל להמציא עילות סל חדשות. כאשר תוקפים חוק בבג"ץ, ביהמ"ש עדיין בא ואומר שזה תיאורטי.

יש עתירה על תיקון פקודת האגודות השיתופיות בנושא של ועדות הקבלה, אף אחת מהעתירות לא מביאה עותר ספציפי.

פסיקה יכולה למדר נושא ע"י פסיקת צו להוצאות. מלכתחילה, ניתן להביא רק חלק מהנושאים לביהמ"ש ובנוסף ביהמ"ש יכול להחליט במה הוא דן.

1. **ביהמ"ש הוא זה שקובע את הגבולות שלו-** כך שגם אם עותר פונה לביהמ"ש הוא חייב להיכנס בגבולות אלו. זה גם קשור לעניין של עילות סף בגינן ניתן לפנות לביהמ"ש.
2. **טקטיקה ייחודית של ביהמ"ש-** ביהמ"ש הרבה פעמים צובר הרבה מאוד מקרים ספציפיים כדי להכריע בעניין מסוים ומתעלם מהתודה הכללית שהעתירה יכולה לבצע.

ביזור מקרים- הרבה פעמים הטקטיקה היא להביא מקרה אחר מקרה במקום מקרה אחד גדול. לכאורה כל תיק מעלה סוגיה מאוד קטנה וצרה, ביהמ"ש רואה גם אנשים מול עיניו, התקדמות הרבה יותר הדרגתית עד שרואים את השינוי בכללותו. במקרה זה אין את התהודה, הדרמטיות וההעצמה הרגשית של הנושא כאשר פועלים בצורה זו.

מול המחוקק- האם באמת ביהמ"ש עצמאי? הכנסת יכולה לשנות כל החלטה של ביהמ"ש. יש משחק בין המוסדות המגביל את יכולת הפעולה. ביהמ"ש מאוד מוגבל אל מול הציבור- שאלת הלגיטימציה והציות, ביהמ"ש לא יכול לעשות כל מה שהוא רוצה בוודאי אם הוא רוצה לשמור על כוחו מול הכנסת, הוא חייב לשמור על כוחו מול הציבור.

ביהמ"ש הוא לא גוף הקובע מדיניות אלא תוצאות קונקרטיות, אין לו יכולת לקבוע מדיניות, לא קובע איך מיישמים מדיניות, אין לו יכולת לקבוע איך אוכפים את ההחלטות שלו.

כל הקשיים של החלטה, האם הן מחלחלות וכו'.

מדוע פונים לביהמ"ש בכל זאת?

1. זו האפשרות היחידה.
2. יש הרבה מאוד ספרות שמדברת על ההשפעות הלא ישירות של ההחלטות המשפטיות, יש כאלה שמדברים על חשיבות המשפט למודעות הציבור. מייק מקיין- מראה איך קבוצות פוליטיות מינפו את הכישלון בבית המשפט.
3. כאשר פונים לביהמ"ש יש איום מול הצד השני, הפנייה לביהמ"ש מניבה תוצאות כי היא מעודדת מו"מ להגיע לתוצאות ופשרות.

הפתרונות המקומיים מחוץ למשפט המדינה- המאמר של אורלי לייבל, היא עומדת על הריחוק כנגד הפנייה לביהמ"ש.

מי בד"כ מצליח להשיג שינוי בתוך השדה החברתי החשוב לו מבלי להיעזר בביהמ"ש? האוכלוסייה החזקה, אם הם פועלים בתוך ארגוני עובדים וכו זה הופך את החלשים לעוד יותר חלשים כי אין מי שיעבוד לטובת מטרה כוללת. בנוסף, זה מחזק את מגמות ההפרטה בחברה וחלוקה למגזרים וזה משרת סדר יום שמרני.