**משפט וחברה –**

אנו שואלים שאלות על המשפט כתופעה, כמוסד חברתי, מוסד המתפקד בחיי החברה, בחיים של אנשים. הפרקטיות – היכולת להסתכל אחרת על עולם המשפט.

איך ראוי להסדיר משהו? האם ההסדר יהיה אפקטיבי? האם מה שמחוקקים באמת יעשה הבדל? איך ההסדר יתקבל בציבור, האם יצייתו לו? איך ניתן לקבוע מדיניות בעולם המשפט, בלי להבין מהי החברה שבתוכה המשפט פועל? בלי להבין את דרכי הפעולה של המשפט ברגע שהם יוצאים מההיכלים הגדולים של המשפט? מי זו החברה הישראלית, ביחס למשפט שלה? בנוסף, נבחן את האופן בו המשפט משפיע על שחקנים שונים. כיצד מתקבלים חוקים (המעשה המשפטי הראשון במעלה)? מהם המחסומים למימוש זכויות שהחקיקה/הפסיקה מעניקות?

אנו צריכים את התאוריה על מנת להבין את המשפט, כעזר לקבל החלטות. אולם, יש גם לשאול לחשוב על השאלה, מה קורה עם מה שהחלטנו, ולמה החלטנו? איך זה קורה באמת? אנו **מסתכלים על המשפט מבחוץ, כעל תופעה, מוסד חברתי, נשאל שאלות על פעולת המשפט בהקשר חברתי קונקרטי, בהקשר של החברה בה הוא פועל – קונפליקטים חברתיים, זמנים וכו'.**

**קיימת הבחנה בין המונח "המשפט בספרים" ל"המשפט בפעולה".** המונחים הללו הונחו ב-1905 ע"י רוסקו פאונד. במונח "**המשפט בספרים**", הכוונה היא לאותה תפיסה אידילית-פורמליסטית של המשפט. כיום, המונח הזה מעורר ניכור, לפחות ככל שמתייחסים למשפט במובן הדוקטרינה שמופיעה בספרים. כיום, הדוקטרינות אפילו אינן מצויות רק בספרים, אלא גם באינטרנט. מדובר באידיאל של המשפט, האובייקטיבי, הניטראלי, שמנותק מהמערכות של יחסי הכוח בחברה, המשפט שקובע שלא משנה מי השופט או המתדיין והתוצאה תהיה זהה, על סמך האבחון המשפטי של השאלות המשפטיות וסיווגן תחת הקטגוריה המשפטית הנכונה. מדובר באידיאל של משפט הצדק הליברלי. "**המשפט בפעולה**" עוסק במה שיש לנו באמת. בפועל, יש פער בין שני המונחים. מה שנחזה להיות המשפט, מה שמבטיחים לנו כהבטחה הגדולה של עולם המשפט, אינו מתקיים במציאות.

**נקודת המוצא הבסיסית – מה שמובטח, לא בהכרח מתקיים.** זו חלק מההסתכלות הריאלית על עולם המשפט (הריאליזם המשפטי). הפער הזה הוא נקודת מוצא לשאלות שאנו שואלים אותן בתחום של משפט וחברה. במסגרת הקורס נעסוק בחלק מהשאלות הללו. העשייה של אנשי המשפט והחברה היא לזהות את השוני בין שני סוגי המשפט הנ"ל – ממה נובע השוני? מה הוא מלמד אותנו ואיך ניתן לסגור את הפער הזה?

אלימות בספורט –

דוג' לכך שהעובדה שנחקק חוק, לא גורמת בהכרח לכך שהמצב בחברה משתנה (חוק מניעת אלימות בספורט). **החקיקה צריכה להיות מחמירה וברורה**. לעיתים, יש חקיקה, איך היא לא מספיקה, לא חל שינוי. על כן, יש מקום להחמיר את הסנקציה – זוהי תגובה אינסטינקטיבית של אנשים משפט, אולם זה לא עובד. **האם ההחמרה באמת תיצור יותר הרתעה?**

איך יודעים אם החקיקה המחמירה תשפיע יותר, או פחות? ניתן, למשל, לבחון מה עבד במקומות אחרים, **משפט משווה**. ניתן לבחון מהו טווח הפעולות שננקטו במקומות אחרים. אולם, באנגליה, למשל, הפעולות צלחו, אך החוק האנגלי חל אך על אנגלים – האם אנו דומים לאנגלים? לא, אנו חברה אחרת לגמרי, כמעט בכל פרמטר. לא בהכרח כל מה שעובד באנגליה מתאים לחברה הישראלית.

יש לבחון היטב, בין מה למה משווים. **יש לבחון למה צצה הבעיה הדומה? האם הסיבות דומות?** האם מה שמתאים לחברה א' מתאים גם לחברה ב'? **בלי להבין את החברה והמשפט, ואת מערכת היחסים בינם, לא נוכל לעשות זאת.** יש להבין את האופן בו המשפט פועל באוכ'.

* **בנוסף, יש חשיבות רבה לאמפיריקה.** אופן החשיבה הוא אמפירי מלכתחילה. **חשיבה על עריכת מבחנים ומחקרים אמפיריים אודות המשפט היא חידוש בעולם המשפט.** כלומר, יש לבחון האם המהלך פועל, האם השתנה המצב.

אחד הדברים הבסיסים, שכל המחקרים האמפרים הראו, הוא שחומרת הסנקציה היא גורם משפיע, אך רק אם רמת הוודאות הסובייקטיבית לתפיסה גבוהה. אם ההסתברות שיתפסו אותי נמוכה, לא יהיה אכפת לי מהי הסנקציה. **ההחמרה בענישה צריכה להגיע בד ובד עם אכיפה מהותית.** **ללא אכיפת זכויות, אין משפעות לחוק, מלבד היותו הצהרת כוונות.**

כל המערכת הרשמית (המחוקק, הרשות המבצעת והשופט) היא הפועלת. לשם כך, יש צורך בכסף. החוק החשוב המדינה הוא **חוק התקציב**, מעבר לכל חוק אחר, הוא הקובע את סדרי העדיפויות של המדינה (לא של החברה הישראלית). לא ייקרה דבר, ללא יישום/אכיפה, ובשביל יישום יש צורך בכסף (תקנים, ציוד וכו'). אם אין אכיפה, האם באמת המחוקק רצה שיתקיים הקבוע בחוק? **אם יש חוק, אך אין כסף לאכיפתו, ככל הנראה לא באמת אכפת למחוקק שיתקיים הקבוע בחוק.**

**אם לא נבחן, מה קורה באמת, לא נדע דבר על המשפט. הכוונה הינה לבחינת הפער בין המשפט בספרים לבין המשפט בפעולה (במציאות). זוהי נק' ההתחלה לבחינת המשפט בחיים האמתיים.** לעניין האלימות בספורט, התקבל חוק – החוק למניעת אלימות בספורט, אך מה קורה בפועל?

באילו דרכים נוספות ניתן להשפיע על האוהדים? ע"י **חינוך והפנמה.** **האם האוהדים יכולים להשפיע? כן, ע"י השפעה של יצירת נורמות פנימיות לתרבות של האוהדים.** יש קבוצות, המנסות לקבוע כללים אתיים לאוהדים. יש ניסיון להפעיל אכיפה ע"י האוהדים עצמם. **בתוך הסדר החברתי המשפטי של המדינה יש המון קבוצות חברתיות, שיש להן מערכות, נורמות ומשפט משלהן, בצד משפט המדינה, מתחתיו** (לעיתים אף בהכרה). במקרים רבים, אנו חייבים להבין את הפועה הזו של ריבוי מערכות המשפט.

מהיכן לביה"ד של ההתאחדות לכדורגל יש סמכות להעמיד לדין קבוצה בגין קריאות גזעניות? חוק הספורט מעניק סמכות להתאחדות בספורט להתקין תקנון משמעת ולהעמיד לדין. מהו מקור הסמכות האמתי לפעולתה של ההתאחדות? יש לגיטימציה לגוף, מצד הקבוצות. מעל להתאחדות עומדות אופ"א ופיפ"א, להם יש תקנונים וחוקים, סנקציות.

יש כלל של איסור על התערבות של המדינה בספורט (בנושאים בהם אופ"א עוסקת), יש איסור על התערבות פוליטית בספורט. התקנות של ההתאחדות לכדורגל תואם לתקנונים של אופ"א ופיפ"א, ולא לאלה של מדינת ישראל. אם תהיה התערבות, הספורט הישראלי צפוי לסנקציות. **לצד מערכות המשפט של המדינה יש לנו מערכות משפט נוספות שהן אינן משפט המדינה**. **יש קבוצות רבות המקיימות מערכות משפט בצד ובניגוד למערכת המשפט של המדינה.**

* מעבר לכך, **יש צורך במודעות**, שאנשים ידעו על החקיקה. לרוב הציבור אין ידע לעניין תוכנם של החוקים (לרוב יש אך ידע כללי על החוק). אולם, לפי ספר החוקים, אנו מחוזקים כמי מודעים לחוק ויודעים את תוכנו. **איך אנשים יודעים על המשפט, ועל איך פועלים במסגרתו?**

דוג' נוספת לפער בין המשפט בספרים למשפט בפעולה – מחקר על עו"ד הנזיקיים –

מחקר של חוקר אמריקאי בשם תום בייקר מדגים את **הפער בין המשפט בספרים למשפט בפעולה בתחום של דיני נזיקין.** אדם ביצע עוולה, הוכרז כך בביהמ"ש. לאחר קביעת האשמה, יש לקבוע את הסעד הניתן לנפגע, מה המעוול חייב כלפי מי שבוצע כלפיו מעשה העוולה. הצעד השגרתי ביותר בדיני הנזיקין – פיצויים. תום בייקר ראיין עו"ד בשתי מדינות בארה"ב – מייצגי המעוולים ומייצגי הנפגעים. מבחינת הדין היבש, אם ניתן פ"ד הקובע חובת פיצוי בסכום מסוים לניזוק, מה המשפט אמור לעשות? הוא אמור לדאוג לכך שהניזוק יקבל את מלוא הפיצוי, זהו תפקידו של העו"ד של הניזוק – פתיחת תיק בהוצאה לפועל, עיקול ומימוש העיקול. יש הליך ברור לעניין סדר הפעולות, על מנת להגשים את מטרות דיני הנזיקין.

**בייקר מצא בראיונות, שלעו"ד יש קוד משלהם לגבי מה ראוי ולא ראוי לעשות בעת גביית פיצויים מהמזיק.** בייקר מצא אבחנה ברורה מאוד במערכת הנורמטיבית של עו"ד לעניין **מהו מקור הכסף**. אבחנה נוספת – **האם המזיק הכיר בכך שהוא ביצע מעשה עולה, האם הביע חרטה?**

מחד, כאשר מדובר בכספים המשולמים ע"י **חברת ביטוח**, הדין היבש ממומש לחלוטין – גובים את הכסף במלואו, בלי פשרות. אין סנטימנטים לכספי תאגידים. מאידך, אם מדובר **במזיק שהוא אדם פרטי, עסק קטן, שהביע צער וחרטה כנה –** אם המשמעות הינה, כי צריך לקחת מימנו נכסים משמעותיים למשפחה (דירה, למשל), עו"ד נמנעים מלעשות זאת. **החוק היבש – יש זכות מלאה לגבות את כספי הפיצויים, אך המערכת הנורמטיבית של עו"ד קראה לזה כספי דמים (כסף מדמם), נמנעים מלקחת את הכסף. זהו פער משמעותי בין המשפט הפורמלי ליישום בפועל של דיני הנזיקין.**

מה עם הלקוח? מהיכן לעו"ד יש סמכות כזו? מהו תפקידו של עו"ד? הוא שלוח של הלקוח, מחובתו לפעול למקסום טובת הלקוח. זוהי סוגיה של **האתיקה המקצועית**. לעניין השאלה האתית, ענו עו"ד – בשלב המימוש, גם העו"ד וגם הלקוח עייפים מכל העניין, הלקוח מכבד את עו"ד ומבין כי עבד קשה עבורם – הם מקבלים את עצת העו"ד, **משיגים את ההסכמה ופוטרים את הדילמה האתית**. **העו"ד לא רק מייצג את הלקוח בביהמ"ש, אלא הוא גם מחנך ומעצב את הלקוח, לפי הנורמות הראויות בעינוי.** עו"ד משמש דמות מחנכת לגבי מה ראוי ומה לא ראוי לעשות במערכות יחסים בין בני אדם. עו"ד מתעלים את הלקוח לצדדים פרודוקטיביים, הם מעבירים לו מידע שמעצב את התגובות שלו לגבי מה ראוי ומה לא ראוי, מה מקובל ומה לא מקובל מערכת היחסים הנדונה.

**המשפט כממלא תפקידים בחברה –**

זוהי צורת החשיבה שעומדת בבסיס רוב הלימוד בבית הספר למשפטים וברוב העיסוק של גורמי המשפט. התפיסה הזאת גורסת, כי המשפט הוא מוסד חברתי. **התפיסה הינה, שהמוסדות החברתיים ממלאים פונקציות, תפקידים, בחיים החברתיים**. לחברה צרכים מסוימים, והמוסדות החברתיים ממלאים אחר הצרכים החברתיים. לחברה יש צרכים והיא יוצרת מוסדות שונים שימלאו אחר הצרכים, כשהמשפט הוא אחד מן המוסדות האלו. מוסדות פוליטיים, מערכות חינוך, תקשורת, משפחה וכו' – אלו הן דוגמאות למוסדות חברתיים. לפי גישה זו, נבחן איך המוסדות לעיל ממלאים צריכים בחיים החברתיים. ישנה הסתכלות חיצונית על המשפט, אך גם התייחסות "מלמעלה", אנו רואים תפיסה מבנית, **רואים את החברה כבעלת צרכים, שלחלקם אנו מוצאים מענה במסגרת המשפט של אותה חברה.** המשפט הוא חלק מהחברה, אבל גם מחוצה לה ופועל על החברה למילוי תפקידים בחברה.

איזה תפקידים אנו רוצים שהמשפט ימלא?

השאלה נחלקת לשניים –

1. **איזה תפקידים החברה רוצה שהמשפט ימלא עבורה** – זוהי תפיסה נורמטיבית. כל חברה מעוניינת בתפקידים שוני.
2. **איזה תפקידים המשפט ממלא בפועל** – זהו עניין תיאורי, הסתכלות ובחינת התפקוד של מערכת המשפט.

**מעבר לתפקידו כמיישב סכסוכים, המשפט משמש להסדרה של יחסים בין מערכות, בין מוסדות** – המשפט מסדיר את מערכות היחסים בין הפרטים, בין הפרט למדינה, בין הפרט לתאגיד/ארגון, בין גוף שלטוני לגוף שלטוני אחר ובין המדינה למדינות אחרות. כמו כן, **המשפט משמש כמחנך ובעל תפקיד מצהיר**. המשפט איננו אך יוצר את הקיים, אלא נעשה בו שימוש גם לשם שינוי חברתי.

**המשותף לכלל התפקידים הוא, שהם ממחישים את העבודה שהמשפט הינו חלק מגופים/מוסדות חברתיים, היוצרים לחידות חברתית. כל התפקידים לעיל תורמים לאחידות חברתית**. **לכידות חברתית / סולידריות – המשפט מבקש ליצור אחידות חברתית, ע"י קביעת ערכים אחידים.**

* **יישוב סכסוכים** – כמעט בכל חברה יש מנגנונים ליישוב סכסוכים. במרבית המקומות, מערכת המשפט ממלאת תפקיד זה בדרכים שונות.
* **הקצאת משאבים** – קביעת העושר החלוקתי של החברה.
* **הסדרה** – **תיאום של התנהגויות.** קשה לחשוב על חברה ללא נורמות של התנהגות. הנורמות החברתיות משתרעות על פני מכלול תחומי החיים. בחברה גדולה יותר יחסית, אנו רואים כיצד, לאט לאט, מתפתח גוף לו יש התמחות/התמקצעות בקביעת הנורמות ואכיפתם.

**הסדרה של רשויות השלטון – המשפט קובע את רשויות השלטון, את סמכויותיהן, את גבולות הכוח שלהן, את תחום הפעילות שלהן ומציב כללים לפעולה ולקבלת ההחלטות של כל רשות**. המשפט קובע את הזכויות שלנו ואת הכללים שחלים על הרשויות לגבי האופן שבו הן רשאיות לפעול ביחס לפרטים / תאגידים / קהילות בחברה. חלק גדול מהרשויות הן רשויות יוצרות משפט. המשפט קובע את הכללים לגבי הכנסת, בית המשפט, משרדי הממשלה ורשויות מקומיות. המשפט, אם כן, ממלא **תפקיד גם ביחס ליצירת המשפט עצמו.** הוא קובע איך מתקבלים חוקים, מה הכוח של חוק לגבי החלטת הכנסת, איך מתקבלות תקנות, איך ניתנים צווים וכדומה. **כשהמשפט מסדיר את רשויות השלטון הוא נותן הגנה לפרט אל מול השלטון.**

במקרים רבים, תשומת הלב שלנו הינה **לתפקיד שהמשפט ממלא בעת משבר**. כאשר הדברים לא עובדים כמו שצריך, מערכת הנורמות מופעלת. דגש לאמרה זו ניתן במאמרה של **איילת בלכר** בהקשר של דיני המשפחה. כאשר הדברים מתנהלים כראוי, במקרים רבים, כלל לא צריך את המשפט, הוא לא נמצא בכל רגע נתון. זוהי התפיסה הדומיננטית. לפי תפיסה זו, המשפט נועד להגן עלינו, כאשר הדברים לא מתנהלים כהלכה, זהו תפקיד חשוב מאוד. **מה נותן לנו המשפט מעצם הימצאותו?** רשת ביטחון, המאפשרת התנהלות תקינה, מתן אמון באחרים ויצירת קשר עם אחרים.

אולם, המשפט, כאשר הוא מסדיר תחומי חיים, הוא **לא פועל רק במצבי פירוק ובעיות**. **המשפט קובע אפוא כללי רקע, המעניקים ביטחון להתקשרויות, הוא תומך באמון והסתמכות**. פעולה זו, של קביעת נורמות התנהגות (מה נכון ומה לא), נמצאת בכל אחד מהתחומים של ההסדרה (מערכות משפחתיות, מערכת יחסים בין פרטים, בעולם העסקים, בין הפרט לשלטון וכו'). שלטון בלי מערכת משפטית מסדירה הוא בבחינת כוח ללא פיקוח/רגולציה, כוח משתולל. **אנו זקוקים למשפט, על מנת שיכפה על השלטון לנהוג כראוי.**

**לעת משבר (כללי הגנה)** – מטרת הכללים לתקופת משבר, היא להעניק מינימום של הגנה למי שעלול להיפגע בשל המשבר. בנוסף **המשפט משמש ככללי רקע ("רשת ביטחון").**

אגב פעולת ההסדרה וקביעת הנורמות, המשפט ממלא תפקידים נוספים –

* **תפקיד הצהרתי של המשפט** – המשפט הוא הביטוי הקולקטיבי של החברה, מי אנו כחברה, מהי מערכת הערכים שלנו, מה חשוב לנו, מהי הזהות שלנו. המשפט עושה זאת ע"י ההצהרות הנורמטיביות - מה ראוי ומה לא ראוי.

פעמים רבות, טוענים טענה זו כטענה תיאורית – המשפט משקף את הזהות הקולקטיבית. משפט כמשקף את החברה. לדעת המרצה, מדובר בטענה חלשה. האם יש לנו זהות קולקטיבית שהמשפט משקף אותה? כן. אולם, לאור מורכבותה של החברה הישראלית, מורכבות התפיסות הערכיות בחברה והקונפליקטים החברתיים, קשה לומר כי ניתן לזהות זהות קולקטיבית אחידה של החברה הישראלית מן המשפט הישראלי.

הטענה, לפיה על המשפט לשקף את הזהות הקולקטיבית האחידה של החברה הישראלית היא טענה של תפקיד שאנו רוצים שיהיה, אך איך עושים זאת?

* **המשפט כבעל תפקיד מחנך** - ישנה טענה, לפיה המשפט מכונן את התודעה שלנו, למשפט יש כוח מכונן. מדובר בתפקיד חשוב מאוד, המשפט לא אך מצהיר, אלא מטרתו לחנך אותנו – כיצד ראוי לנהוג, הוא בא להשפיע על אנשים. המשפט מחנך, מכוון, מצהיר ונותן משמעות לערכים ולתפיסות הנורמטיביות שלנו. האם המשפט מצליח לעשות זאת? במאמר עלתה הדילמה –האם המשפט באמת מצליח להגיע לאנשים? האם הם יודעים מהו המשפט?
* **המשפט ככלי לשינוי חברתי** – האם אנו רוצים שהמשפט ישמש ככלי לשינוי חברתי? זוהי שאלה נורמטיבית. האם המשפט בכלל מסוגל לעשות דבר שכזה? **האם באמצעות המערכת החברתית ניתן לשנות את פני החברה?**

**המאמר "מה למשפט ולמשפחה?" של איילת בכר-פריגת סקר חלק מהתפקידים האלה, בכל מה שקשור לדיני המשפחה.** המחברת מעלה טענה, שגם כשהמשפט לא מתערב הוא בעצם מתערב. הטענה הזאת שייכת לחשיבה ביקורתית על המשפט והיא אמירה מאוד בסיסית. כשאנחנו חושבים על התפקידים שהמשפט ממלא, אנחנו מסתכלים על התפקידים שהמשפט עושה. אך **גם כשהמשפט לא עושה – הוא עושה**. לפעמים, בית המשפט סבור כי אין זה מתפקיד המשפט להתערב בספרה הפרטית. אי-התערבות כמוה כהנצחה של יחסי הכוח בספרה הפרטית. אם המשפט לא מתערב, הוא תומך בבעל הכוח בספרה הפרטית (בדיני המשפחה, מדובר בתמיכה בגברים הפטריארכים). לפיכך, אי-התערבות כמוה כהתערבות. יש מקרה מאוד ידוע של בית משפט אמריקאי בו ביקשו להוציא ילד שעבר התעללות בגיל הרך ע"י ההורה היחיד שלו, אבל בית המשפט קבע שהוא לא מתערב.

* דוג' מהשוק הכלכלי – לכאורה, אף אחד לא מכריח אותנו לרכוש מכשיר סלולארי. אבל, יש בעיה באופן המבני של השוק והתוצאה היא שיש מונופול של כוח לצד מסוים וכוח מיקוח לא שוויוני. המשפט יכול שלא להתערב, שכן מדובר בחוזה פרטי של האדם. כפי שאותה אישה בת 60, שמתוארת במאמר, נישאה לבעלה הקמצן שלא דואג למזונותיה וצרכיה, מתוך רצונה האישי, כך גם אדם שחותם על הסכם עם חברה סלולארית עושה זאת, לכאורה, מבחירה. אם המשפט מחליט שהוא לא מתערב – הוא מחזק את הכוח של הספקים הגדולים בשוק. גם כאן, **אי-התערבות כמוה כהתערבות.** זוהי אמירה כללית שנכונה בכל ההקשרים החברתיים.

מילוי תפקידיו של המשפט בתחום דיני החוזים –

המשפט בדיני החוזים עוסק **ביישוב סכסוכים** – המשפט פותר מחלוקות, הוא מספק פורום לצדדים לחוזה ליישוב סכסוכים, מעניק סעדים בעת הפרת חוזה וכו'. המערכת נמצאת עבור מי שמעוניין לטעון טענות כנגד חוזים.

* האם דיני החוזים של מדינת ישראל מתאימים למכלול העולם העסקי? העולם העסקי מנסה להמשיך את מערכות היחסים, למצוא פתרונות, שיאפשרו את המשך הקשר העסקי.

**הסדרה** – האם דיני החוזים יוצרים הסדרה? כן. מאיזה שלב מתחילה ההסדרה החוזית? משלב המו"מ, יש רגולציית על המו"מ – חובת תום הלב בעת ניהול המו"מ. גם בשלב כריתת החוזה יש הסדרה וקביעת נורמות. חוק החוזים קובע רשימה של פגמים בכריתת חוזה (ותרופות בגין), פרשנות חוזית, תום לב בקיום חוזה, קביעת הגדרה להפרת חוזה ומהן הסעדים במקרה שכזה.

בנוסף, **המשפט מעניק לנו תפיסה ערכית לגבי הפעולה הזו של התקשרות במערכת חוזית**. למשל, האם משק כלכלי מודרני יכול להתקיים ללא מוסד ההלוואה? ברור שלא. עצם קיומה של מערכת משפטית שתעמוד לצדנו אם ההתחייבות לא תקוים, מערכת המסדירה ומעמידה מוסדות לאכיפה, מאפשרת לנו להקטין את רמת הסיכון שאנו לוקחים במתן אמון לצד האחר לחוזה.

* חוק חוזים אחדים, למשל, מסדיר את מערכות היחסים בין פרטים לתאגדים (המנצלים את כוחם הא-סימטרי).

דיני החוזים גם **מצהירים הצהרות נורמטיביות.** דיני החוזים, בעצם ההצהרות הנורמטיביות, מנסים **לחנך אותנו ולקבוע כיצד ראוי לנהוג בתחום זה**.

מילוי תפקידיו של המשפט בתחום דיני הקניין –

**הקצאת משאבים** (בין המדינה לפרטים, בין הפרטים לעצם) – דיני הקניין עוסקים בהקצאת משאבים. הבעלים של המשאבים הטבעיים, למשל, היא המדינה. זוהי חלוקת משאבים. כמו כן, נקבע מי מקבל הקצאת קרקע במדינה, המשפט הוא הקובע מי רשאי לקבל הקצאת קרקע במדינת ישראל.

**יישוב סכסוכים** – יש זירות משפטיות מיוחדות להסדרת סכסוכים בדיני הקניין. חוק המקרקעין קובע פונקציה משפטית ייחודית ליישוב סכסוכים מסוימים במסגרת הבית המשותף.

**הסדרת מערכות יחסים** – יש הסדרה בחוק המקרקעין, ע"י קביעת זכויות, מיהו בעל הזכויות, יש רגולציות ללא סוף – הסדרת יחסים בין משכיר לשוכר, למשל. הרגולציה היא מקיפה מאוד וכוללת גם הסדרה של עסקאות נוגדות, תקנת השוק וכו'.

דיני הקניין ככללי רקע למערכות יחסים, או שמא הם אלה הקובעים את מערכות היחסים? **דיני הקניין מהווים כללי רקע למערכות היחסים.** השיתוף לא יכול להתקיים ללא אמון, הפוטנציאל לניצול קיים. מה יגרום לנו לתת אמון ולהיכנס ליחסי שיתוף? ההוראות שיחולו מכוח חוק המקרקעין, אם משהו משתבש. גם בדיני הקניין, המשפט ממלא את התפקיד של כלי רקע למערכת היחסים.

**עמדה ביקורתית כלפי המשפט –**

ההסתכלות על המשפט כממלא תפקידים נותנת לנו גם עמדה ביקורתית כלפי המשפט. יש לבחון, **האם הצרכים שלנו מקבלים מענה נאות מהמשפט? יכול להיות, שישנן דרכים אחרות להשגת יעילות.**

ייתכן ויש גורמים אחרים שיכולים להסדיר את הנושאים האלו. השאלה היא, האם המשפט הוא "הזירה החברתית" המתאימה לעיסוק בנושא מסוים. המשפט ממלא את התפקידים האלו בהמון תחומי חיים וקיימת שאלה אמפירית שהינה גם שאלה נורמטיבית – **איך קרה שאנחנו כחברה מייעדים תפקידים כל כך חשובים, בעיקר למשפט?** יש איזושהי תחושה רווחת, שבעצם המשפט הפך להיות למוסד החברתי המרכזי והחשוב ביותר. יש כאלו שקוראים לזה הליך **ה"משפוט" או ה"משפטיזציה" של החיים שלנו.**

הגישה הביקורתית תטען, שמדובר בתופעה קולוניאלית, המאופיינת באימפריאליזם שיפוטי. זוהי שאלה היסטורית, שאינה ייחודית רק לחברה הישראלית. הכתיבה שעוסקת בשאלה איך זה קרה קיימת במדינות מערביות רבות. במידה מסוימת, המשפטיזציה מעידה על חולשתה של החברה. המשפט מוגבל ואינו בהכרח בנוי כדי למלא את כל התפקידים שאנחנו מעמיסים עליו. מדובר בחולשה נורמטיבית. אנחנו לא מצליחים להגיע להסכמה במוסדות חברתיים אחרים ומשאירים את הכל לפתחו של המשפט. לכן, אין זה פלא שאנחנו כל כך מאוכזבים מהתוצאות המשפטיות. אם המשפט הפך להיות מי שממלא את הצרכים, זה משום שמוסדות חברתיים אחרים, כמו הפרלמנט, לא עשו זאת. אם כי, כמובן שניתן להאשים גם את המשפט שמסכים למלא את כל הצרכים ולא מחזיר אותם להכרעת מוסדות חברתיים אחרים כמו הכנסת, שהיא ה"זירה" לקבלת הכרעות נורמטיביות. הכנסת היא ביטוי של הריבון, של העם. היא נבחרה על ידינו ותפקידה לקבל הכרעות.

* **יישוב סכסוכים** – המערכת המרכזית ליישוב סכסוכים במשפט הישראלי היא **מערכת בתי המשפט**. דוג' – סכסוך בין ספק נותן שירותים למקבל שירותים. כיצד מתנהל הליך משפטי? מוגש כתב תביעה, שנשלח לצד השני, המגיש כתב הגנה, הצדדים מגיעים לביהמ"ש. מי הנואם באולם ביהמ"ש? עורכי הדין, המייצגים את התובע/הנתבע ומעלים את הטענות לפני השופט.

**מה תפקידו בהליך בירור התביעה של האדם שעניינו נדון?** הניירות ועו"ד "מדברים", הוא בעצמו לא עושה דבר (פרט למצב בו הוא נדרש להעיד).הנוכחות, לעיתים, כלל לא דרושה.מה מותר לומר כאשר מעידים? מותר לענות רק על מה ששואלים.מדובר במצב קשה עבור בעל הדין. מצב זה, לצד התפקיד המוגבל שלהם, מייצר חוויה לא נעימה.

**האם, באמת, נפתר הסכסוך לאחר מתן פסק הדין ע"י השופט?** ההליך המשפטי לא מיועד לשמר קשרים, אלא לפתור בעיה קונקרטית בצורה חד-משמעית. האם, לנו כחברה, זוהי הדרך הנכונה והטובה ביותר?

יש סכסוכים לא מעטים שהאופן שבתי המש' פועלים לא מביא פתרון סכסוכים במובן העמוק של המילה. בשנים האחרונות, החלו **לייבא למשפט צורות חשיבה אחרות ליישוב סכסוכים** – **מערכות** **הגישור**, למשל. זוהי צורת חשיבה אחרת לעניין מהו סכסוך, מה חשוב לנו כחברה כשמתגלים סכסוכים, זהו מנגנון שונה ליישוב הסכסוך. מנגנון הגישור הוא הבנה, שמה שמתרחש באולם ביהמ"ש, בהליך המשפטי הסטנדרטי, אינו מתאים לפתרון חלק גדול מהסכסוכים. לפי גישת הגישור, הצדדים לדבר על זה. צריך שכל צד יצליח להביע מה מציק לו. הצד השלישי בגישור איננו מחליט, הוא אך בתפקיד מגשר, הוא מתווך בין הצדדים, כשהמטרה היא שהצדדים יגיעו בעצמם להסכמות. אם גישור מצליח, ייתכן שאנו מצליחים לרדת לשורשו של הסכסוך ולמצוא מנגנונים לפתור אותו.

בנוסף, יש לנו **ביהמ"ש מתמקצעים** – ביהמ"ש כלכלי, למשל. **כלומר, אנו יכולים לחשוב על דרכים לעיצוב המוסדות, על מנת שיתנו לנו פתרונות טובים יותר.** אחד המנגנונים הוא ביהמ"ש לענייני משפחה.

המרכז האקדמי באור יהודה בחנו את **השוק האפור** – ביטוי עממי **להלוואות חוץ-בנקאיות** (לא ע"י מוסד לו יש רישיון של בנק מבנק ישראל). המחקר גילה, כי הריבית שגובים בוק האפור גבוה פי 24 מן המותר. לקיחת ריבית מעבר למותר בחוק לא מוגדרת בחוק כעבירה. הדרך היחידה הינה הגשת תביעה ע"י הלווה – "לוו מימני ריבית הגבוה מן הקבוע בחוק". תביעה כזו, כמובן, לא תוגש.

**המשפט כתוצר של אינטרסים –**

לכאורה, לכל הטענה הזו לא אמור היה להיות מקום. לפי מה אמורים מקבלי ההחלטות להחליט? לפי טובת הציבור, שכן לשם כך אותם אנשים נשלחו – לקבל החלטות לאור טובת הציבור, לפי שפיטתם. אם ברור לנו מהי טובת הציבור, הרי שהיינו צריכים מפלגה אחת. אולם, יש ריבוי עמדות בחברה. על כן, אנו מצפים שכל נבחר ציבור יפעל לפי מה שהוא מאמין שהוא טובת הציבור.

כתיבה רבה המסתכלת על הקיים, ולא על עולם רצוי ואידיאלי, רואה את **קיומם של האינטרסים כעומד בבסיס המשחק הפוליטי.** מכאן, מתפצלת הכתיבה המחקרית לגבי השאלה – איך זה עובד? **האינטרסים של מי מנצחים? מהו התיאור הנכון של המשחק הפוליטי והתוצרים המושגים מהמשחק הפוליטי?** חלק מהתוצרים הוא המשפט, החקיקה, התקנות, החלטות של אנשים בתפקידי מפתח ברשות המבצעת. יש לבחון את השחקנים שפעלו, את האינטרסים ואת התוצרים. אידיאולוגיה, במובן זה, היא אינטרס. הדעות שונות מאוד לגבי התיאור של העולם הפוליטי.

ניסיון להחיל חלק מהגישות שנכתבו על הפוליטיקה האמריקאית על זו הישראלית, נידון לכישלון. הכתיבה האמורה לא מתאימה לישראל, משני טעמים –

1. **לישראל יש היסטוריה פוליטית אחרת.**
2. **כללי המשחק הפוליטיים בישראל אחרים** – בישראל, למשל, אין בחירות אזוריות. האמור משנה את כל המשחק הפוליטי, שכן אין צורך להיבחר ע"י קבוצה לוקאלית, אלא מדובר בבחירות כלל-ארציות. על כן, אין צורך בריצוי כל קבוצה לוקאלית, ניתן לקדם דבירם אחרים.

**מיהם השחקנים במשחק הפוליטי?**

1. המדינה –
2. הכנסת – הרשות המחוקקת, בראשותה נבחרי ציבור של מפלגות (120 מחוקקים).
3. הרשות המבצעת – אלפי מקבלי החלטות.
4. החברה האזרחית –
5. אזרחים והציבור בכללותו.
6. ארגונים חברתיים.
7. תאגידים – קבוצות אינטרס כלכליות.

בעשורים האחרונים אנו רואים צמיחה של הפעילות האזרחית מול המדינה.

**איפה הכוח בחברה ממוקם? האם הוא מרוכז או מפוזר? מיהו סוכן הכוח?**

כשמדברים על המשפט כתוצר של אינטרסים, אנו מזהים שחקנים מסוימים שפועלים בזירה של הכוח. יש איזושהי בעיה בהגדרה של המשפט כתוצר של אינטרסים, שכן בדמוקרטיה פעולתם של המדינה ושל מקבלי ההחלטות צריכה להיעשות באופן אוטונומי, למען קידום אינטרס ציבורי כללי. יש תפיסת של צדק ושל "מה ראוי". רשויות השלטון, וביניהן בתי המשפט והכנסת, צריכות לפעול למען השגתו של האינטרס הציבורי. ברור שאופן קבלת ההחלטות והפרוצדורות לקבלת ההחלטות ברשויות השונות שונים, אך מאחורי הפרוצדורה אמור לעמוד הרעיון, שמדובר במשרתי ציבור הפועלים כמיטב שיקול דעתם למען האינטרס הציבורי. חלק ממה שהמשפט מנסה לעשות הוא לתקן את הקלקולים, כאשר המערכת אינה פועלת להשגת האינטרס הציבורי.

**הגישות –**

המבחין בין הגישות השונות היא, כאמור, השאלה **אצל מי הכוח נמצא?** מי משפיע על מי? מי באמת מקבל ההחלטות? האינטרסים של מי משחקים בזירה הפוליטית? **כל גישה מעניקה דגש שונה לדינמיקה של המשחק הפוליטי.**

1. **ריכוזיות כוח השליטה/ההשפעה (עילית ההון) –** **לפי גישה זו, במשחק הפוליטי יש** **ריכוז של כוח ושליטה בידיים של בעלי כוח מסוימים**. כל הכוח מרוכז בידי חברה מסוימת בחברה. בשדה הפעילות הכלכלית, למשל, כוח ההחלטה האמתי מצוי בידי קבוצת בעלי ההון. טענת הריכוזיות נמצאת גם בכתיבה הנרקסיסטית, אך גם בכתיבה של ניתוח כלכלי (ניתוח העולם הפוליטי מנק' מבט כלכלית, של תורת המשחקים). אנשים מנק' מוצא אידיאולוגיות שונות רואים תהליכים בצורה דומה.

**גישה זו יוצרת קשר ישיר בין קבוצות הכוח והשליטה (בעלי ההון, למשל) לבין המדינה והתוצר המשפטי של פעולתה.** **מקבלי ההחלטות של המדינה נשלטים ע"י בעלי ההון, אין להם אוטונומיה.** זהו הון-שלטון בצורתו הקיצונית ביותר. אין הבדל בין ההון לשלטון. הטענה הזאת יוצרת קשר ישיר בין קבוצות הכוח (הכלכלית) לבין המדינה.

המשפט, או המדינה בכללותה, לפי גישה זו, היא **מכשיר בידיים של בעלי ההון**, הם השולטים האמתיים. משחקים את המשחק הפוליטי, הכל קיים, אך אם מסתכלים על מה שקורה בשטח – השולטים והקבועים הם חברי הקבוצה שבידיה מרוכז הכוח. המדינה היא אך מנגנון לקידום האינטרסים של בעלי ההון. מערכות השולטות פועלות לקידום האינטרסים של בעלי הכוח בחברה. המדינה היא ארגון שפועל לקידום אינטרסים של בעלי ההון, על חשבון אינטרסים של החברה. נוצר קשר בין קבוצת כוח למדינה ומערכת המשפט שלה.

**כאשר המדינה פועלת לקידום האינטרסים של הקבוצה השולטת ויש לה תוצרים משפטיים, הדבר בא על חשבון האינטרסים של כלל הציבור, שאינו חלק מקבוצת השליטה.** זוהי טענה חזקה מאוד, אותה שומעים רבות בשנים האחרונות. כתיאור מציאות, האם מדובר בטענה נכונה? יש לבחון שאלה תיאוריה זו לפי המקום והזמן.

כיצד ניתן להוכיח את הטענה לעיל מבחינה אמפירית? ישנן שתי דרכים –

1. טענת הרשתות החברתיות – מי שהם מקבלי ההחלטות ומי שהם קבוצת השליטה הם חלק מאותה רשת חברתית הפועלת לקידום האינטרס המשותף. המטרה הינה להוכיח כי קבלי ההחלטות ובעלי ההון הם למעשה קבוצה אחת.

מיהם האנשים החזקים במוקדי קבלת ההחלטות? מספר חברי כנסת מרכזיים, בתי המשפט, אנשי משרד האוצר, אנשי הבנקים, ההסתדרות, אנשי האקדמיה, משקיעים מחו"ל וצה"ל (מזמין משמעותי וספק של מקצוע לתעשיות). מתחילים לשאול שאלות – מי מכיר את מי, ומאיפה? כשמנסים לקשר ביניהם ניתן למצוא שרבים מהם הגיעו מיחידות מסוימות בצבא, מחוג ספציפי באוניברסיטה, מאותו רחוב בירושלים וכיו"ב. נגלה רשת צפופה יותר, או פחות, הכל תלוי באיזו חברה אנו חיים – **ככל שהרשת פחות צפופה, יש פחות ריכוזיות של כוח, יש מוביליות של הון. מאידך, ככל שהרשת צפופה יותר, הכוח ריכוזי יותר, האליטה חזקה יותר.** אם הרשת דלילה, זהו סימן לכך שהחברה מבוזרת, שיש אפשרות מאוד גדולה למוביליזציה חברתית וכדומה. אם הרשת צפופה, כמו בישראל, הדבר עשוי להצביע על כך שמדובר ברשת חברתית אחת.

**בארץ נעשו מחקרים ע"י ד"ר אייל סולבניק ופרופ' יצחק סוארי.** הם בחנו את הרשת החברתית של הדירקטוריונים הציבוריים בישראל. נמצא, כי בשונה ממדינות אחרות (בארה"ב ובבריטניה – 66 אחוזים, בגרמניה רק 28 אחוזים) – **80 אחוז מהדירקטורים בחברות הציבוריות בישראל משתייכים לאותה הרשת החברתית.**

מכאן, הרי שמקבלי ההחלטות הם חלק מאותה קבוצה חברתית מצומצמת ששולטת, היא המחליטה. אולם, האם עצם קיומה של רשת חברתית, משמעותה שיש אחדות אינטרסים לפיה מקבלי ההחלטות הם "בובות" של בעלי ההון? טרם הוכחנו בוודאות מלאה, כי מי שיש לו את הכסף, הוא המכריע. יש כאן, מבחינה מתודולוגיה/מחקרית, חריקה, זה כל כך מפתה לחשוב שכך המצב, אך אין זה כה חד-משמעי. **קיומה של הרשת החברתית יוצר חשד, אך לא הוכחנו – קרוב לוודאי, לא מוכח ב-100 אחוז.**

1. מבחן אמפירי של בחינת החוקים וההחלטות / התוצרים המשפטיים – האם תכני המשפט משרתים את האינטרסים של בעלי הכוח הכלכלי? האם המדינה באמת מקדמת את האינטרסים של קבוצות הכוח והשליטה – בחינת התוצרים המשפטיים (ההחלטות שהתקבלו). האם זה נכון? יש צורך לקחת מדגם ענק/מייצג/משמעותי של החלטות. אם יימצא, שבאופן דומיננטי ההחלטות נוטות לכיוון קבוצה מסוימת ע"ח האינטרסים של קבוצות אחרות, הרי שזו סוג של הוכחה. בחינה זו טרם נעשתה. עד כה, נעשו מחקרים על מדגם קטן ולא מייצג, מהם ניתן להסיק כך או כך.

הטענה היא, כי **ההחלטות של מקבלי ההחלטות משרתות את האינטרסים של בעלי ההון** – יש להראות טיעון היסטורי, מעמיק ומקיף שנפרס על פני תקופת שנים ארוכה, הבוחן חקיקה של מקבלי ההחלטות ומעיד על כך שההחלטות הללו משרתות באופן עקבי את האינטרסים של בעלי ההון. משנות ה-80 והלאה יש לנו תפנית משמעותית. סוג המשק השתנה. חשיבה ניאו-ליברלית של הפרטת המשק התגברה. לכאורה, זה מעיד על קידום אינטרסים של בעלי ההון.

אולם, זוהי לא כל החקיקה במדינת ישראל. **אם נסתכל על החקיקה הישראלית, נבחין כי לא כולה פועלת לטובת האינטרסים של בעלי ההון.** כך, למשל, הורדת דמי הקישוריות בשיחות הסלולר, ביטול הכבילה לחברות התקשורת, מסקנות וועדת הריכוזיות, הגנה על זכויות עובדים ועוד, פוגעים באינטרסים של בעלי ההון וברווחיהם, ומוכיחים שמדובר בטענה פשטנית, שלא תמיד נכונה.

מאידך, כמובן, יש לנו דוגמאות הפוכות, לדוג' – חוק עידוד השקעות הון (הטבות לעידוד השקעות).

**התשובה של המצדדים בטענה לעיל – כל חוק שאנו רואים שהוא, לכאורה, לרעת בעלי ההון, הוא בעצם לטובתם. זוהי טענה מנצחת, זה תמיד יהא נכון לטווח הארוך.** לפי הטענה הזו, תמיד ניתן להגיד שעל פניו אולי ההחלטות של מקבלי ההחלטות הן בגדר פגיעה בבעלי ההון, אבל הן בעצם באות רק כדי שנמשיך להשקיע אצל בעלי ההון. **כיצד?**

* **חוקי עבודה** – מיהו העובד הטוב ביותר עבור המעסיק? עובד מרוצה. הוא יבוא לעבודה ולא יבזבז זמן, יזדהה עם מקום העבודה, יוקיר תודה על כל הטוב של המעביד, לא ישבות, לא יבוא בטענות ויתגמש בעת קבלת הסכמים קיבוציים – יש שקט תעשייתי והיעדר מרידות והפגנות חברתיות - זה בדיוק מה שהמעביד רוצה. **בטווח הקצר, החוקים גורעים משורת הרווח, אך שקט תעסוקתי הוא אינטרס ארוך טווח, המטיב עם המעביד.**
1. **איזון אינטרסים – תלות מבנית של מנהלי המדינה –** לפי גישה זו, **ההחלטה המשפטית מהווה נק' האיזון שבין האינטרסים של בעלי ההון לאלה של כלל הציבור.** מדובר בטענות המסתכלות על המשחק הפוליטי מנק' המבט של האינטרסים של מקבלות ההחלטות עצמם. בגדר מקבלי ההחלטות יש לנו את חברי הכנסת, האנשים היושבים בתפקידים הבכירים ביותר ברשות המבצעת – הם המנהלים את המדינה. **לפי טענה זו, יש תלות מבנית של המדינה ושל מנהלי המדינה בהון.** אולם, הבחינה של המשחק הפוליטי הינה מנק' המבט של מנהלי המדינה עצמם. **כיצד המדינה, או מנהליה, תלויים מבנית בהון?** תקבולי המדינה – המיסים מכניסים כסף לקופת המדינה, הם מספקים מקומות עבודה לחלק עצום מהאוכ', תורמים ליציבות, לתחושת הוודאות והביטחון הכלכלי לאזרחי המדינה, תורמים לצמיחה כלכלית והמשך השקעות וכן גם לעליה ברמת החיים (מותנית בצמיחה כלכלית).

אם אדם מעוניין להיבחר מחדש לכנסת (האינטרס הראשון של מנהלי המדינה - להישאר בעמדת הכוח), או שהתומכים בו מהרשות המחוקקת ייבחרו (אם מדובר באדם מהרשות המבצעת), יהא עליו לשמור על מצב כלכלי סביר במדינה, ואף יותר מכך – על מנת להבטיח את תחושת הביטחון הכלכלי ולהבטיח שקט בעולם הכלכלה (שהבוחרים לא יהיו ממורמרים), **עליו להבטיח את האינטרסים של בעלי ההון. הוא יעשה זאת, משום שזהו האינטרס שלו, בכדי למקסם את הסיכוי שלו לשמור על עמדת הכוח במנגנון המדינה.**

אולם, בדמוקרטיה, מה מבטיח לי שאבחר? מה צריך לקרות? שמישהו יצביע בעדי, או בעד מי שתומך בי. לבעלי ההון יש המון כוח, אך יש להם קול אחד בלבד, המשקל של הקול שלהם זהה לכולם, כוח הבחירה שלהם מועט. על כאן, אותם אדם יהיה מוכרח לדאוג לכך שהציבור בכללותו יצביע עבורו, **שתהיה לגיטימציה למעשיו מצד ציבור הבוחרים, להראות להם שהוא קשוב לצרכיו, שהוא נענה לבקשותיו**. אני, כפוליטיקאי, חייב להיענות באיזושהי מידה לרחשי הציבור, עליי להצטייר כי שפועל למען הציבור, כדי שהציבור ימשיך לבחור בי. לא כל פעולה לטובת בעלי ההון תטיב עם כלל הציבור. **על מקבל ההחלטות למצוא איזון בין האינטרסים של בעלי הכוח וההון, בהם הוא תלוי מבחינה מבנית, לבין מה שהציבור חושב שהם האינטרסים שלו, שכן הוא תלוי בכוח הבחירה של הציבור.** הפוליטיקאי מבצע תחשיב, מה עליו לתת לבעלי ההון, ומה עליו לתת לכלל החברה (למספיק בוחרים), כדי להבטיח את בחירתו המחודשת לתפקיד.

הטענה הינה, כי הפוליטיקאים אינם בובות של בעלים ההון, אם הם פועלים לטובת בעלי ההון, הם מונעים ע"י האינטרס שלהם. מהו אותו אינטרס? להישאר בעמדת הכוח, לשמור על הכוח הנותן בידיו. הם נמצאים במלכוד מבני – מחד, תלויים הם בהמשך הפעילות של בעלי ההון בחברה, לשם צמיחה ויציבות כלכלית (חייבים לשרת את האינטרסים של בעלי ההון, בגלל האינטרסים שלהם עצמם – יש לאפשר את התנאים המשקיים לטובת בעלי ההון). מאידך, תחת משטר דמוקרטי, על מנת להישאר בעמדת הכוח, יש צורך בלהיבחר מחדש.

**לפי גישה זו, ההחלטה המשפטית (חוק, תקנה, צו וכו') היא נק' האיזון שמקבל ההחלטות חשב שהיא אופטימלית מבחינתו, זוהי הנק' המאזנת בין האינטרסים של בעלי ההון לבין האינטרסים של הציבור, באופן שממקסם את ההסתברות שמקבל ההחלטות יישאר בעמדת הכוח שלו. התוכן של ההסדר המשפטי הוא נק' האיזון בין האינטרסים. נק' האיזון היא התוצר המשפטי, מקבל ההחלטות סבר כי נק' זו ממקסמת את סיכויו להיבחר מחדש.**

בשקלול האמור יש להביא בחשבון כמה פרמטרים. לדוג' –

* אם הציבור אדיש – ניתן לתת יותר לבעלי ההון.
* אם אפשר "למרוח" את הציבור בהסבר שהוא יאמין לו – ניתן לתת יותר לבעלי ההון.

אם מישהו לא נבחר שוב, האם הגישה לא נכונה? יכול להיות שהוא טעה באיזון, לא שיקלל נכון בין האינטרסים של בעלי ההון (תלוי בהם מבחינה מבנית) לבין האינטרסים של כלל ציבור (אשר בכוח הבחירה שלו הוא תלוי).

לדוג' – פעם סברו, שפתרון טוב הוא שהמדינה תזהה קבוצה הזקוקה לסיוע. לדוג', אנשים הזקוקים להיות שחקנים בשוק הדיור. המדינה קיבלה **חוק הלוואות הדיור. אם המדינה מסבסדת הלוואת לדיור, את מי זה משרת?** בפועל, תנאי השוק השתנו לגמרי, הריבית הפכה להיות אפסית, לא הייתה הצדקה לקחת את ההלוואות, אחוזי המימוש של הסיוע המדינתי היו נמוכים מאוד. אולם, בעת קבלת החוק, הייתה הטבה לטובת ציבור הרוכשים. עבור הקונים, ברור כי החוק פועל לטובתם, הם קיבלו הטבה כספית שעוזרת להם לרכוש דירה. החוק משרת אף את המוכרים, הם זקוקים לקונים. החוק משרת אף את הקבלנים, מאותה הסיבה. **החוק לא משרת אך את האינטרסים של הקבלנים, רק של הקונים, או רק של המוכרים, אלא הוא משרת את כולם**. מדוע דווקא נק' האיזון הזו נקבעה? **זו נק' האיזון שהמחוקק סבר שתשפר את סיכויו להיבחר מחדש.**

מה קרה בפועל, כשמחירי הדיור סובסדו? לפי המחקר, כל ההטבה של החוק הלכה לכיסים של הקבלנים. מחירי הדיור עלו בדיוק בהתאם לסובסידיה שניתנה. לעומת זאת, צורות אחרות של סיוע, כמו מחיר למשתכן (המדינה מכתיבה את המחיר של הדירות) שולט על צד זה של המשוואה.

הבעייתיות בטענה –

* רבים מצביעים ב"**הצבעה שבטית**".
* יש לקחת גישה זו בהסתייגות בהקשר של מדינת ישראל – רבים מצביעים על סמך נושא אחד ספציפי. **עד כמה הבחירות בישראל הן על רקע כלכלי-חברתי? האם נבחרי הציבור משלמים מחיר על מדיניות כלכלית/חברתית כזו או אחרת?** לפי המחקרים, הבחירות בישראל לא נקבעים על פי שאלה חברתית-כלכלית. הבחירות בישראל מוכרעות, כמעט תמיד, בהסתמך על הנושא הביטחוני-מדיני, והציבור אינו בא בחשבון עם הפוליטיקאים על סמך נושאים אחרים, כמו נושאים חברתיים-כלכליים. במקרים כאלה הפוליטיקאים יכולים שלא להתחשב בדעות הציבור בנושאים החברתיים-כלכליים, במסגרת האיזון.
1. **פוליטיקה של קבוצות אינטרס, "שוק פוליטי" –** כעניין תיאורי, הגישה מדברת על ריבוי אינטרסים בחברה. בתאוריה זו אנו לא לוקחים בחשבון את השחקנים האחרים של המדינה, אלא מתמקדים באיך אינטרסים פועלים בחברה ובניסיון להשפיע על מקבלי ההחלטות. זוהי תפיסה שוקית של הפוליטיקה. **הטענה היא, שלא ניתן לזהות קבוצה חברתית שכל כוח ההשפעה נמצאה אצלה, אלא הכוח מפוזר בקבוצות שונות בחברה.**

קבוצת אינטרס –

**קבוצות אינטרס היא קבוצת אנשים שפועלים יחד לשם קידום אינטרס משותף ובעיקר מעוניינים להשפיע על קבלת ההחלטות. המטרה שלהם היא להשפיע על המשפט. קבוצת אנשים הפועלים במשותף, על מנת לקדם מטרה המשותפת להם, או מתוך רצון להשפיע על מדיניות ציבורית.** זוהי קבוצה המשקיעה משאבים בכדי ליצור קשרים עם מקבלי ההחלטות, **על מנת להשיג השפעה בזירה המדינית והפוליטית מול מקבלי ההחלטות**. לעיתים, נדבר על בעל אינטרס (אדם בודד שהוא כה חזק), לדוג' – שלדון אריסון. השיח הציבורי הינו על קבוצות אינטרסים. עיקר תשומת הלב נתונה לקבוצה של בעלי הון כלכלי כקבוצות אינטרס. בעבר, הדברים היו יותר "מאחורי הקלעים". כיום, אנו רואים את המהלכים בצורה גלויה יותר.

**בשנים האחרונות בארץ יש נראות רחבה של פעולות של קבוצות אינטרס. הסיבות להתפתחות שחלה בחברה –**

1. ברור לנו שבעלי הכוח הכלכלי פועלים היום בצורה גלויה יותר מאשר פעם.
2. התקשורת חושפת את דרכי הפעולה וניסיונות ההשפעה על רשויות השלטון.
3. אנו, כאזרחים, נותנים פחות אמון ברשויות השלטון.

אולם אל לנו לטעות לחשוב שפעם זה היה אחרת – זה היה דומה אך זה נעשה בצורות אחרות, לא הייתה חשיפה כל כך גדולה לדברים הללו.

השונות בין קבוצות האינטרס –

בין קבוצות אינטרס יש שונות אדירה. יש לנו ריבוי עצום של גופים בחברה הישראלית, שהם קבוצות אינטרס, כשהשונות ביניהם עצומה. דוגמאות להבחנות –

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **טווח הפעולה** | פעילות אד-הוק והיעלמות לאחר הצלחה / כישלון (לדוג' – מחאת הקוטג', המטה להחזרת גלעד שליט, הקבוצה שנאבקה להקמת וועדת חקירה אחרי מלחמת לבנון השנייה) | פעילות ארוכת טווח לצורך השפעה על נושא רחב (ארגוני נשים כמו נעמ"ת, ויצו ושדולת הנשים, גופים למען זכויות כמו האגודה לזכויות האזרח וגופי איכות סביבה) |
| **היקף הפעולה / שוני במישור הפוליטי** | התמקדות במישור לוקלי – פעילות ברמה המקומית | פעילות ברמה ארצית/הבינלאומית |
| **מטרת הפעולה** | פעילות מול הציבור בכללותו, על מנת לעורר מודעות ציבורית / לקיים פעילויות חינוכיות | פעילות מול הרשויות המקומיות/המחוקק, על מנת לשנות מדיניות פוליטית |
| **כלפי מי מופנית העבודה** | פעולה מול הציבור | פעולה מול רשויות השלטון – המחוקק, בתי המשפט, הממשלה |
| **מיקום הפעילות** | פעילות בתקשורת / ברחוב / ברשתות החברתיות | פעילות במסדרונות השלטון |
| **התמקדות הקבוצה** | גופים הקיימים בעיקר למטרת השפעה על מדיניות ציבורית וקידום מטרות, אין להם קיום מלבד הפעולה המשותפת לקידום איזושהי מטרה (לדוג – שלום עכשיו, אדם טבע ודין), לאו דווקא למען אינטרס אישי, אלא כי הם מאמינים שזהו האינטרס הציבורי. **גופים שכל הפעולה שלהם היא למען אינטרס ועיקר פעילותם היא מול השלטון.** | פעילות גם למען שינוי המדיניות הציבורית,אך גם בתחומים שונים (לדג' – לשכת עורכי הדין גם דואגת לחבריה וגם מנסה להביא לשינויים חקיקתיים בתחומים שונים). **גופים שיש להם מכלול רחב של פעולות שבין היתר הם פועלים כקבוצת אינטרס נגד השלטון**. |
| **פורמאליות הפעולה** | גופים אמורפיים שאינם ממוסדים | גופים ממוסדים (ככל שמספר החברים גדול יותר, הגוף נוטה להיות יותר ממוסד)  |
| **התמקדות הפעולה** | התמקדות בנושא ספציפי. לדוג' – "החופים", קבוצה העוסקת רק בזיהום אויר. | פעילות בתחום כללי. לדוג' – החברה להגנת הטבע.  |

**שונות בין קבוצות האינטרסים בנוגע לרמת המיסוד והפורמליות של הגוף** – ככל שמדובר בגוף גדול יותר וותיק יותר, העוסק במגוון של פעילויות, כך נדרשת רמת מיסוד גדולה יותר. עלויות הפעולה גבוהות יותר, יש מס' רב של חברים, יש לארגן אותם, יש צורך במוסדות ובמקבלי החלטות. מכוח מה נבחרים מקבלי ההחלטות? בחירות, למשל, היא פעולה ממוסדת. האם מפעילם משרד? האם מעסיקים אנשים בשכר, או רק בהתנדבות? מהיכן מגיע המימון (תרומות – פעולה הדורשת מנגנון)? יש צורך במיסוד כלכלי. אם מתאגדים כגוף משפטי, הרי שמדובר במיסוד פורמלי מאוד (עמותות), יש צורך בעו"ד, רואה חשבון, ניהול תיק ברשויות המס – כל אלה דורשים עלויות גבוהות מאוד.

כמו כן, ישנה עלות הכרוכה בהתגברות על **בעיית הפעולה המשותפת**. זוהי בעיית הסחטנות, בעיית הטרמפיסט – **יצירת מערכת לפעילות משותפת, למען מטרה משותף, תוך התגברות על קיומם של אינטרסים אישיים**. איך מצליחים לגרום לאנשים עם דעות ואינטרסים מעט שונים לפעול יחד?

השוני בין מפלגה לקבוצת אינטרס –

* **המיקום בשדה הפוליטי** – המפלגות מצויות בתוך מנגנוני השלטון, בעוד שקבוצות האינטרסים מצויות מחוץ למנגנון השלטון, ומנסות להשפיע מבחוץ על המדיניות. מפלגה פועלת בזירה הפוליטית, כמקבלת החלטות, בעוד קבוצת אינטרס פועלת כדי להשפיע על מקבלי ההחלטות.
* **רוחב האינטרסים** – רוחב האינטרסים של קבוצות אינטרסים צר מזה של מפלגות. מפלגה פועלת למען מגוון רחב של אינטרסים ציבוריים, בעוד קבוצת אינטרס פועלת למען נושא/ים ספציפי/ים.

דוג' לקבוצת אינטרסים שהפכה למפלגה – מפלגת הגמלאים, למשל, הפכה למפלגה, למרות שרוחב האינטרסים שלהם היה צר מאוד.

**בתוך מפלגות ניתן לזהות קבוצות אינטרס שונות, הפועלות בזירה המפלגתית**. **בנוסף, יש קבוצות אינטרסים המפוצלות בין מפלגות שונות.** לדוג' – הלובי החקלאי (שנמחק כליל בבחירות האחרונות). בארה"ב, למשל, יש רק שתי מפלגות, אך אותן מפלגות מורכבות ממספר רב של קבוצות אינטרסים.

* תופעה נוספת בארץ בשנים האחרונות היא **קואליציה של ארגונים**. ארגונים חברתיים שונים הבינו שהפעולה של כל אחד מהם לחוד אולי מועילה, אך יחד יכול להיות להם כוח משמעותי יותר. זה יוצר בעיות של התארגנות אך זו תופעה שיש לה משמעות, זה שחקן אחר בתוך המגרש.

**הטענה לגבי הפוליטיקה של קבוצות אינטרס מתעלמת ממקבל ההחלטות ומתייחסת אל התוצר של מקבלי ההחלטות, אל המשפט, כאל מוצר שמתחרים עליו בשוק. כלומר יש לנו ריבוי של שחקנים פוליטיים, הכוח הוא מפוזר, יש לנו שוק פוליטי.**

**טענת הפלורליזם כריבוי קבוצות אינטרס, היא שהזירה הפוליטית היא כמו "שוק כלכלי", תחרות על תוצר שהוא קבלת ההחלטות של מקבלי ההחלטות ברשויות השלטון**. **הטענה היא כי הפוליטיקה היא פוליטיקה של קבוצות אינטרסים המנסות להשפיע על הפוליטיקה, על קבלת ההחלטות. הן מצליחות להשפיע, מעצם היותן פעילות, כשרוב הציבור אדיש.** **בפוליטיקה יש הטיה מובנית לטובת מי שהתארגן**. אינטרסים מאורגנים, ובוודאי כאלו שמאחוריהם עומד כוח כלכלי, הצרים בהיקפם, מצליחים להשפיע בפוליטיקה יותר מקבוצות אינטרסים לא-מאורגנים. הגופים הצליחו להתארגן ביכולת מיסוד והמשכיות, גיבשו דפוסי פעולה, התגברו על בעיית הפעולה המשותפת, השיגו מימון לפעולה, ומעצם העובדה שהם פעילים ונוכחים בזירה הפוליטית יש להם פוטנציאל השפעה גבוה יותר על התוצרים המשפטיים. ההתארגנות, כשלעצמה, לא מבטיחה השפעה, אך מגבירה את הסיכוי. אין מגבלות על כניסה ל"שוק". כל מי שרוצה מוזמן להשפיע על "כללי המשחק". יש שוויון הזדמנויות ואין גוף בעל מונופול.

**מבין קבוצות האינטרסים, מי באמת מצליח להשפיע על מקבלי ההחלטות?** ישנה תפיסה רווחת בניתוח הכלכלי של הפוליטיקה – הפוליטיקה הוא פוליטיקה של קבוצות אינטרסים, **המקיימות ביניהם יחסי תחרות ולעיתים שיתופי פעולה**. כולם מתחרים על השפעה, יש לנו **שוק פוליטי, ללא מגבלות כניסה** – כל מי שרוצה יכול להיכנס לשוק הפוליטי, יש חופש כניסה לשוק. השוק פועל באופן שוויוני, יש **שוויון בהזדמנויות**, אין בשוק הפוליטי של קבוצות אינטרס קבוצות בעלות מונופול על הכוח (השוק לא מונופוליסטי), אין עדיפות מכרעת לקבוצה מסוימת על פני הקבוצות האחרות. הקבוצות, לעיתים, גם משתפות פעולה, הן מאגדות את הכוחות שלהם ומבצעות עסקאות, על מנת לחזק את כוחן השוקי.

הבעייתיות של הטענה הפלורליסטית –

**האם הדימוי השוקי נכון? האם במציאות כולם יכולים לשחק את המשחק באופן שוויוני ואחיד?** האם באמת יש שוויון כניסה לשוק הפוליטי? **השוק הפוליטי לא פתוח לכולם, שכן אחד התנאים הוא היכולת להתארגן לפעולה.** השוק הפוליטי לא באמת חופשי. כאשר רואים את הפער בין התפיסה הנורמטיבית הזאת והדימוי של ה"שוק", הרי שהשוק הפוליטי רווי "כשלי שוק". פעולת ההתארגנות אינה מובנית מאליה.

**יש בעיות ברמת ההתארגנות** – צריך לזהות אנשים עם אותו האינטרס, יש למצוא את האנשים הללו ולהחליט לפעול ביחד. זהו מהלך קשה מאוד, משום שלעיתים יש חילוקי דעות באשר להגדרת האינטרס עצמו – ההגדרה מאוד דומה, אך לא זהה, וזה יקשה על ההתארגנות, זה ימנע את יצירת הכוח שעשוי להיות שחקן. אם נניח החלטנו כבר על המטרה המשותפת, איך פועלים? **בעיית הפעולה המשותפת** – **בעיית הטרמפיסט.** המצבים שבהם קבוצת אנשים שאם הם יפעלו יחד, הם ישיגו העצמה של האינטרס הפרטי של כל אחד מהם, אך בגלל הקשיים הטמונים בפעולה הזו הם לא מצליחים לפעול והאינטרס של כל אחד נפגע.על מנת שתפעל כקבוצת אינטרסים, צריכה הקבוצה להגדיר מהו אותו אינטרס משותף. זהו תהליך מאוד מסובך, במסגרתו צריך לעשות הרבה וויתורים. *בשביל לפעול כקבוצה* – צריכה להיות איזושהי התארגנות שטומנת בחובה עלויות, וויתורים על זמן אישי. הפעולה המשותפת דורשת גם מימון, מתנדבים. צריך שיהיו מספיק אנשים שיהיו מוכנים לעשות הרבה וויתורים אישיים ומכאן גם הכשלים – הרבה קבוצות כאלו נופלות בדרך בגלל סיבות כאלו.

**כאמור, יש קבוצות אינטרסים שלא מצליחות לעבור את מחסום ההתארגנות**. כמו כן, גם אם יש קבוצות שהן שחקניות בשוק, הרי שלא לכולן יש מסר שאנשים רוצים לתמוך בו. יש קבוצות שאף אחד לא מעוניין לשחק איתם – מייצגות אינטרס שהסיכוי שלו להתקבל נמוך.

**אנו מדברים על מספר בעיות בהקשר הזה** –

1. בעיית הסחטן – יש צורך בהשגת הסכמה של כולם. יכולה להיות לאדם זכות וטו, ויש מי שחושב שהוא יכול להשתמש בזכות הוטו שלו, כדי להשיג מטרה מסוימת.
2. בעיית הטרמפיסט (פלו רידינג) – יש אינטרס משותף לכל תושבי האזור אז למה שאני אקדיש מזמני ואשקיע כספים, שאנשים אחרים יעשו זאת ואני אהנה בלי להשקיע. זו בעיה קשה מאוד בבעיית ההתארגנות של קבוצות האינטרס.
3. בעיית האמצעים – בשביל להשפיע, צריך אמצעים, צריך לאסוף מידע. להציג ממצאים שמישהו ישמעו אותו ויתייחס אליו ברצינות. צריך להסביר למה המצב היום הוא לא המצב הטוב. זה דורש משאבים. פעולה לאורך זמן דורשת כספים נוספים. הרבה פעמים צריך אנשים שיעבדו בשכר כי פעולה בהתנדבות לא מספיקה. לגייס תרומות לארגונים חברתיים זו תורה שלמה. יש המון עלויות ולא כל גוף יכול לעשות זאת.

**בשוק זה יש הטיה קוגניטיבית מובנית לטובת** –

* **מי שכבר מצליח להתארגן** – כשרוב הציבור אדיש, זה הולך לטובת מי שמצליח להתארגן. בשביל להתארגן צריך להחליט על מטרה משותפת ועל דרכי פעולה. אין זה קל למצוא קבוצת אנשים שיסכימו גם על המטרה וגם על הדרך.

* **מי שכבר מצליח לפעול יחדיו** – קיימת בעיה של פעולה משותפת, נוכח בעיית ה"סחטן" ובעיית ה"טרמפיסט".
* **מי שיש לו כבר משאבים** – בשביל לפעול, צריך שאנשים יהיו מוכנים להקדיש זמן וכסף לטובת המטרה המשותפת (משרד, פרסום, עובדים, מכשור, הפצת מכתבים, תחזוק מערך מתנדבים וכדומה). לקבוצות בעלות כוח כלכלי קל יותר להתארגן (בנקים, תעשיינים וכדומה), בעוד לאדם הממוצע זה קשה. לכן, יש חשיבות מאוד גדולה לתרומות לקבוצות אינטרס.
* **מי שהאינטרסים שלהם צרים** – מי שיש לו יותר גמישות בפעולות ואחרים מוכנים ליצור איתו קואליציות, יהיה לו יותר קל להשפיע.
* **מי שמצליח להתאגד** – יש אזרחים שאינם מצליחים למצוא מי שירצה להתאגד איתם לקואליציות ולכן מתקשים להשפיע (לדוגמא: ערביי ישראל).
* **מי שמומחה ביצירת השפעה** – יש יתרון למי שמומחה בדרכי השפעה והובלה של תהליכים ומאבקים. לתחום הזה נכנסים בשנים האחרונות **לוביסטים**, ובעיקר כאלה שמקבלים שכר על עבודתם. הלוביסט, אמור ליצור "שם טוב" לארגון אותו הוא מייצג ולפתוח עבורו דלתות. **ללוביסטים יש קשרים שמאפשרים להם לשחק את "המשחק הפוליטי" בצורה יותר טובה ושירותיהם ניתנים בשכר, למי שמסוגל לשלם עבור השירות**. כמובן שהלוביסטים אינם נענים לכל הבקשות לייצוג, גם אם ללקוח יש כסף לשלם, וזאת כדי שלא תהיה התנגשות בין האינטרסים של הלקוחות השונים (יצוין כי מרבית הלוביסטים מייצגים בעלי הון). מי שלא מצליח לשכור את שירותיהם של הלוביסטים, נמצא בעמדת נחיתות.

מקבלי ההחלטות לא חיים בוואקום, אלא הם חיים בתוך החברה, **מחויבים ליצור לעצמם תדמית מסוימת, ועל כן הם נתונים להשפעה של דעת הקהל**. הבעייתיות מתחילה, כאשר ישנם אינטרסים חשובים שלא מצליחים להשפיע, ועניינם נזנח.

מעבר לכך, ישנה עבודה על בסיסי של **מפגשים אישיים** – קבוצה הרוצה לקדם מדיניות הנמצאת באחריותו של פקיד ממשלתי מסוים, תנסה להיפגש עימו, לשלוח לו חומר כתוב, לזמנו לפגישה. זוהי עבודה של ניסיון להשפיע ולשכנע את רשויות השלטון ופקידיה. לעיתים זה לא ראוי שמקבל החלטה ייפגש עם קבוצות אינטרס, ולעיתים הדבר לא קל לביצוע – אין שוויון בין הקבוצות לעניין הגשמת יכולת זו. לא את כולם רשויות השלטון רוצות לשמוע.

**כיצד הכנסת עובדת? היכן מתקבלות החלטות בכנסת? בעיקר בוועדות.** רוב עבודת החקיקה לא נעשית במליאה, אלא עיקר העבודה הינה בוועדות הכנסת. יש ישיבות של וועדות, שלאחר מיכן מתורגמות לדברי חקיקה, כאשר 2-3 מחברי הוועדה, המנהלים את הדיון הם אנשי הממשלה, נציגי המשרדים הממשלתיים, רואים את המשקל העצום של קבוצות אינטרסים. על מנת להיות בישיבה, יש צורך בהזמנה, באישור כניסה מטעם ח"כ, או הוועדה עצמה. על כן, השוק אינו פתוח לכולם. בדיון עצמו מעניקים פתחון פה נרחב לנציגי ארגונים. יש הכרה בתרומה החיובית של גופים מהחברה האזרחית למלאכת החקיקה, מקשיבים להם. לעיתים, הדבר מוביל לשינוי הניסוח. יש דיון והדעות נשמעות, לכאן ולכאן. הדיון, עד כה, אופטימי מידי.

**כדי שקבוצת האינטרס תוכל להשפיע, היא צריכה שישמעו אותה, יש למשוך את תשומת לבה של התקשורת וזה לא דבר פשוט. יש לקבל לגיטימציה מהציבור, כדי שמישהו יקשיב לנו.** יש הרבה דברים שהם מחוץ לקונצנזוס, מאוד קשה לשכנע שיקשיבו לנו בעניינים שהם מחוץ לקונצנזוס. זאת ועוד, לא כל אחד יכול לדבר עם חברי הכנסת, לא כל אחד יכול לקבוע פגישה עם שר. גם ארגונים חברתיים שיש להם בולטות ונוכחות, לפעמים לוקח להם חודשים לקבוע פגישה של חצי שעה עם שר. מאז שיש את הלוביסטים המקצועיים, החמירו מאוד עם האחרים. אתה לא יכול להיכנס לוועדות השונות ולדבר. אתה צריך להיות מוזמן ע"י הח"כ. הרעיון הוא, שגם אם אנו מצליחים להתגבש לקבוצת אינטרס, הדרך להצליח היא לא קלה.

מתעוררת אפוא **בעיית הנגישות** – יש מקומות בהן הנגישות אל מקבלי ההחלטות היא ממוסדת. יש הליכי זכות טיעון והשמעת עמדה. בארץ הליכים אלו לא שכיחים. שאלת הנגישות לח"כ או פונקציונר ברשות מנהלית תלויה בקשרים או בהיותך כבר שחקן מוכר בזירת האינטרסים. יש כאן כשל מעגלי, כדי להיות משפיע יש צורך להיות שחקן מוכר שיצליח להשיג נגישות. אם יש לך עוצמה מחוץ לזירה הפוליטית קל יותר לתעל זאת לערוצי ההשפעה. אך זה לא הסוף, מי שחזק מחוץ לקבוצה הפוליטית לאו דווקא יצליח בפוליטיקה- זה נובע מכך שיש הרבה קבוצות שרוצות ומנסות להשפיע. זה תלוי ברוחות ובזמנים של מקבלי ההחלטות. אם מסתכלים על מקבלי ההחלטות בהיבט הבירוקרטיה - יש פעולות רבות ישירות מול מקבלי ההחלטות.

מה שאנו רואים, בהרבה פעמים, הוא את כוח ההשפעה העצום של הלוביסטים – תופעה שונה מזו של קבוצות האינטרסים. אם מגיע אדם מתוך גוף כלכלי, הרי הוא מייצג את הגוף עימו הוא מזדהה, בו הוא פועל. הלוביסט, מנגד, הוא שכיר, שוכרים את שירותי משום שהוא יודע כיצד להגיע למקבלי ההחלטות, בכל יום הוא עשוי לעבוד עבור אחר, יש להם רישיון להיות בכנסת, יש להם היתר כניסה כולל, קל להם להיכנס לוועדות. הלוביסטים הם, לרוב, אנשים שהיו בעבר בתפקידי מפתח בשלטון (ח"כ, או אנשים שהיו בתפקידי ביצוע). קונים בכסף את הנגישות למקבלי ההחלטות, ללוביסטים נגישות קלה יותר למקבלי ההחלטות ברשויות השלטון.

הדבר עובד טוב, כשלמקבל ההחלטה יש כבר עמדה ראשונית לזו שהלוביסט רוצה לשכנע אותו בה, או כאשר אין לו כלל דעה (הכי קל לשכנוע). הנושאים הרחוקים מהעין הציבורית הם הנושאים שללוביסט הכי קל לשכנע לגביו. ככל שהנושא סמוי מהעין, לא מובן לציבור ולא נמצא בכלל בשיח הציבור, היכולת להשפיע גדולה יותר.

האם השוק באמת חופשי? נראה שלא. **יש לנו כשל שוק – לא כולם יכולים להיכנס לשוק הפוליטי, כוח ההשפעה בשוק לא שווה, המלחמה היא על נגישות למקבלי ההחלטות, וכן לשאלת הקשרים האישיים חשיבות מכרעת.** יש לחשוב על דרכים למזעור תופעה הלוביסטים. במאמר, בחלקו השני, ישנן הצעות שונות למזעור התופעה והגבלת פעולתם של הלוביסטים.

* יש הטיה מובנית בפוליטיקה לטובת אינטרסים מאורגנים לעומת אחרים. קבוצות אינטרסים מצליחות להשיג דברים כי הן פועלות לעומת רוב הציבור שהוא אדיש. היום יש יותר ויותר ארגונים שפועלים למען אינטרס הציבור (מקום שהציבור אדיש לחלוטין וללא הפעולה של הארגון העניין לא היה עולה) ולא למען האינטרס שלה עצמה. כשיש פעילות זה משפר את המצב ואת יכולת ההשפעה, אך גם בין הארגונים ברור שיש כאלה שמצליחים יותר מהאחרים. ברור שהנושא בו אתה מטפל משפיע, אך כמובן שיש יתרון לבעלי הכוח הכלכלי. **הפוליטיקה היא שוק אך היא שוק מוטה שלא פועל באמת כשוק חופשי.**
1. **מודל של קואליציות –** עד כה, דנו בשלוש גישות מאוד חד צדדיות בהתייחסות שלהן. מה הגישה הנכונה? אין תשובה חד משמעית, כיוון שיש פרמטרים רבים לתשובה. יש הגורסים כי ההסתכלות צריכה להיות מורכבת יותר, לא לבוא עם סיפור מוכתב מראש. ההצעה היא, לקחת את המציאות כמו שהיא ולהסביר אותה: לא נסתכל על הכנסת כעל כנסת, אלא כעל 120 חברי הכנסת. לא נסתכל על הרשות המבצעת כמכלולף כי אם על משרדים המורכבים ממחלקות שונות

הגישה גורסת, שיש לפרק את כל הגופים של המשחק הפוליטי. אם ייעשה כן, ניווכח שלכל אחד מהם יש סיפור משלו. ברשויות השלטון יש מפלגות שונות ואנשים שונים, בחברה יש הרבה אינטרסים, בעלי ההון אינם מקשה אחת וכדומה. יש אנשים עם תפיסות כלכליות שונות בקרב בעלי ההון, יש ריבוי קבוצות אינטרס עם דעות שונות, יש חילוקי דעות גדולים בתוך השלטון.

* מעניין מה קורה להצעת חוק ממשלתית, כשהיא עוברת את הוועדות- מיהם חברי הוועדה? מי החכ"ים הנוכחים? מי מגיע ממשרדי הממשלה, או מהחברה האזרחית? הקול של מי נשמע בכלל? איך השיח בוועדה השפיע על נוסח החוק?
* יש סיפורי חקיקה המתחילים **מהצעת חוק פרטית**, לה דרך ארוכה יותר לעבור. יש לשאול את עצמנו, מאיפה ההצעה נולדה? מי הגה אותה? לפעמים, היא מגיעה מארגונים חברתיים או אזרחיים, לפעמים מחבר כנסת.

דוגמה לחקיקה שהגיעה מארגון ציבורי, שהצליח לעניין ח"כ, שהחל לטפל בו הוא חוק הדיור הציבורי (שבינתיים הוא מוקפא). חוק נוסף – חוק המחייב את מנהל מקרקעי ישראל לפרסם את החלטות ההנהלה.

לעיתים, נמצא הצעות חוק פרטיות שמתחילות מאגף במשרד ממשלתי, הרוצה לתקן משהו אך בגלל פוליטיקות פנימיות לא יכול לעשות זאת בצורה ממשלתית. אם הם בכל מקרה מעוניינים לקדם את העניין, הם יכולים לפרסם דו"חות פנימיים, בתקווה שיגיעו לידי ח"כ שיטפל בכך, או לפנות לארגון חברתי שהם עובדים איתו.

לפי טענה זו, יש הרבה מאוד קבוצות בחב'. יש שוני מהותי בין החלק היצרני לבין החלק שעושה כסף מכסף. לא כל בעלי ההון דוגלים באותה גישה – יש כל מיני אידיאולוגיות. גם המדינה היא לא מקשה אחת, אלא יש ריבוי גופים, יש שוני בין הגופים הללו, בין האנשים שעובדים בגופים הללו. יש הרבה מחלוקות בין גופים שעובדים תחת אותו גוף-על (בין משרד האוצר למשרדים ממשלתיים אחרים, למשל). הטענה היא, **שבכדי להבין איך מתקבלות ההחלטות, צריך לראות את הקואליציות שנוצרות באופן מפורש, או לא, בין השחקנים השונים**. יכולות להיות קואליציות שונות, המורכבות מאנשים מכל מיני קבוצות אינטרס, אין כל חובה שתהיינה הומוגניות. בהרבה פעמים אנו רואים אנשים שנמצאים בעמדות מפתח ברשויות ומנסים לקדם איזושהי מדיניות, והרבה פעמים הם פונים בגלוי, או בנסתר, וגופים מתוך החב' האזרחית מתחילים להפעיל לחצים על הרשות השלטונית.

* דוג' – **מדיניות המים בישראל**. נניח שבכיר בתאגיד המים רוצה לבצע חלוקה מחדש של המים לתחומים השונים (לחקלאות, לאוכ', לתעשייה וכיוב). בנוסף, נניח כי יש גוף בחב' האזרחית שרוצה להגדיל את תקציב המים לטובת מטרה חברתית מסוימת וזה עולה בקנה אחד עם המדיניות של אותו בכיר בתאגיד המים. אותו גוף יתחיל להפעיל לחצים על הרשות השלטונית באמצעות כתבות, מחאות, ניירות עמדה וכו', כדי לקדם את המטרה שלו. **הרעיון בבסיס המודל של הקואליציות – אין סיפור עם סוף ידוע מראש. יש מע' שלמה של קשרים ואלפי סוגי סיפורים שכל אחד מהם מסביר אירוע חקיקתי כזה או אחר.**

הטענה מנסה להסביר, שלא הכל מאוד חד-משמעי וקיצוני כמו הטענות הראשונות שהועלו לעיל – **יש להבין שהעולם הוא עשיר ומורכב ולא יכול להיות ממש חד-כיווני ופשוט**. הסָפֵק צריך להיות תמיד בצד אותן טענות חד משמעיות, חותכות.

**הטענה מצביעה על קואליציות שנוצרות בין גופים שונים, שיוצרות את תהליך קבלת ההחלטות**. לפי טענה זו, יש לראות בכל מקרה ומקרה את הקואליציות שנוצרו לקידום הנושא. ייתכן ונמצא שקבלת ההחלטות מוטית באופן מבני לטובת בעלי ההון, ייתכן שנראה שהאינטרס של מקבלי ההחלטות להיבחר מחדש הוא המכריע, אבל **לא ניתן לקבוע זאת מראש**. הפירוק הזה מאפשר לנו לראות את התמונה הזאת בצורה רחבה ונותן הסבר חזק יותר למה קורים הדברים שקורים. לפי הטענה הזאת, אנחנו לא יודעים על שיטתיות מראש. יש לבחון בצורה אמפירית את קבלת ההחלטות כדי להגיע למסקנות.

**המשפט כמערכת תרבותית –**

**מהי תרבות?** **למה הכוונה ב"תרבות"?** במושג "תרבות" מרבים להשתמש בהקשרים שונים, ובכל הקשר יש לו משמעות נפרדת. לצורך הדיון שלנו, נשתמש בהגדרה מקובלת למונח מתחום מדעי החברה. תרבות – **מערכת הסמלים והמושגים, יצירות האומנות והשפה שלנו שבאמצעותם אנחנו נותנים פרשנות ומבינים את המציאות שבתוכה אנחנו חיים.** **התרבות היא המערכת הסמלית, שבאמצעותה אנחנו מפרשים ומבינים את המציאות שסביבנו.** היא כוללת מילים, קטגוריות, סמלים שונים, תנועות ומחוות, כל הדברים שבאמצעותם אנחנו מתקשרים ביננו ומצליחים להבין את המציאות. לכל אחד מאיתנו יש מיליוני מושגים ותובנות על המשמעות של דברים וכשאנחנו חווים את המציאות, אנו עושים זאת תוך כדי תפעול התרבות שבה אנו חיים. אנו לא שמים לב לכך, כיוון שזה מובן מאליו עבורנו. כל אחד מאיתנו נושא עימו סכמות של חשיבה אותן אנו מפעילים. רוב הזמן אנו עסוקים בעבודת פרשנות של המציאות. אנו מגיעים למציאות עם מערך תרבותי מובנה. רק כשאנחנו עוברים לסביבה חברתית שאיננו מורגלים אליה, נכנסת לפעולה כל מערכת החשיבה והפרשנות, על הסביבה.

נראה, עד כמה מהדברים שאנחנו עושים מושפעים מהמערכת החברתית והתרבות שבה אנו חיים. הדבר הזה בולט כאשר עוברים לתרבות אחרת, שם מרגישים מעט מבולבלים, מחוסר ההיכרות עם התרבות המקומית. ננסה לבחון, איך המשפט הוא מערכת תרבותית, ואיך הוא נוצר? מה הקשר בין התוצרים של המשפט לבין המערכת החברתית שבה הוא נוצר?

**התרבות היא מאגר המושגים בו אנו משתמשים, המערך הסמלי, שבאמצעותו אנו נותנים משמעות למציאות אותנו אנו חווים**. **באמצעות התרבות אנו מבינים את העולם, עושים בו סדר ובוחרים את כל הבחירות שאנו עושים במהלך חיינו, מתוך העולם התרבותי בו אנו חיים.** התרבות מכתיבה לנו את אופקי המחשבה שלנו, ואת הגדרות של הפעולות. התרבות היא **תופעה קבוצתית**, תופעה המשותפת לאנשים החיים יחד בקבוצה חברתית. לקבוצות שונות יש עולמות תרבותיים שונים (לפעמים יש דמיון כלשהו, ולעיתים יש שוני מוחלט). אדם נולד לתוך קבוצה חברתית, הוא גדל במסגרות חברתיות (משפחה, למשל), הוא סופג דרך הליך הגדילה שלו אל הקבוצה שלו את התרבות של אותה הקבוצה. זהו הליך, שבחלקו האדם לא מודע, ובחלקו הוא בכוון מכוון.

**מערכת מכוונת** – **איך אדם רוכש את התרבות? באמצעות למידה.** אנחנו מחקים התנהגויות של אחרים. כולם מסביב מחנכים אותנו את התרבות שלנו, החל מהדברים הכי קטנים. מסבירים לילד מי הם כל אחד מבני המשפחה, איך להתנהג, מה זה בית ומה זו הסביבה החיצונית. כמובן שהדברים ממשיכים גם **במסגרות הלימוד של מערכת החינוך.** מערכת החינוך, זוהי מערכת שעוסקת בהנחלה של התרבות של הקבוצה. **כך, אנו מפתחים את סכמות החשיבה התרבותיות שלנו.** אלו דברים שמצטברים אצלנו והם חלק מהמערך שבו אנחנו מבינים את מה שקורה. לאנשים שלא גדלו בחברה הישראלית, תופעת יום הזיכרון אינה מובנית מאליו ודורשת הסבר. הטקסים, הצפירה, הזיכרון הם דברים שטבעיים למי שגדל בתרבות הזאת, אך דברים שאינם ברורים למי שאינו מכיר את התרבות הזאת.

**אנו גדלים אל תוך תרבות קיימת.** אולם, התרבות אינה דבר סטטי, אלא מדובר בדבר **דינמי – התרבות נמצאת בהליכי שינוי כל הזמן, מעצם העובדה כי מדובר בתופעה חברתית**, **אנו מצויים במו"מ מתמיד על המושגים בהם אנו משתמשים.** כמי שמפעילים את התרבות בחיי היום-יום, אנו חלק מהליכי הדינמיות והשינוי של התרבות. לפעמים זה תהליך שינוי סמוי, שלא מרגישים איך הוא קורה, ולפעמים זהו תהליך שינוי גלוי והדבר נעשה במסגרת דיונים ציבורים שעוסקים במושגים והגדרות של התרבות שלנו.

* דוג' למושג שיש עליו דיון מאוד ער על משמעותו – **משפחה**. מה שהיה מקובל בעבר כמשפחה, קרי "המשפחה המסורתית", שונה מהמשפחה המודרנית של ימינו. דוג' נוספות למושגים שנמצאים בשיח הציבורי – זוגיות, נישואין.

הטרדה מינית - מושג חדש לגמרי בתרבותנו, זה לא אומר שלא היו התנהגויות כאלו, אלא חשבו עליהן במושגים אחרים, השיפוט הנורמטיבי אז היה שונה. כשמושג כלל לא קיים, קשה לחשוב על המשמעויות שלו. **גם אם לא קיים מושג, עדין יש תופעה ומשמעות חברתית**. גם כיום, אין קונצנזוס על הגדרת המושג הזה. מדובר במונח שמתפתח עם אירועי החיים שלנו, ועולה מחדש בכל מקרה של הטרדה מינית. ייתכן שעוד כמה שנים כבר לא יהיו דיונים בנושא, שכן המשמעות תהיה ברורה ומובנת, כאשר גבולות המותר והאסור יהיו מוגדרים.

שימוש במושג תרבותי – "איך קוראים לזה/לתופעה" – זוהי הפעולה הראשונה, **קטלוג, פעולת פרשנות – פעולה תרבותית.** **הדיון הראשוני – האם מה שארע נכלל בגדר הקטגוריה האמורה.**

* דוג' הפוכה, **דוג' להכחשה והתנגדות להכללה של דבר בקטגוריה** – שימוש בתוכנה לא חוקית במחשב = גניבה. כמה אנשים חושבים על המעשה הזה במונח של גניבה, של לקיחת דבר שלא ברשות מאדם אחר? לא הרבה. אנו יודעים כי אנו מבצעים מעשה שהוא לא בסדר, אך לקרוא למעשה גניבה, ולחשבו על עצמינו כגנבים? אנשים לא מסוגלים לקטלוג זה.

יש מאבק על ההגדרה של הפעולה, ניסיון לגרום לאנשים להבין ולהיות מודעים לכך שהם מבצעים גניבה. **הקטלוג חשוב** – **אם אנו מודעים לכך שמדובר בגניבה, ההתייחסות תהא שונה**. **הקטגוריות הללו, סכמות החשיבה שיש לנו בתרבות, מעצבות את האופן בו אנו חושבים ומבינים את המציאות.** המשפט כולו מושגי, קטגורי, מדובר במערכת תרבותית. בכל חוק ניתן למצוא אלפי מושגים. **כל מערך המשפט הוא מערך של יצירת קטגוריות תרבותיות, המשפט רווי מושגים וקטגוריות.** לעיתים, מדובר במערכת תרבותית מאוד קוהרנטית, אך לעיתים יש בה סתירות. כך או כך, זוהי מערכת תרבותית עשירה, למושגים יש משמעויות.

* **דוג' לכך שהמשפט הוא מערכת תרבותית והוא שלוב עם החיים היומיומיים** – **בעלות מול שכירות**, מהו ההבדל המשפטי? מה חזק יותר מבחינה משפטית? שכירות היא זכות שנגזרת מזכות הבעלות, לשוכר תמיד (גם אם יש לו זכויות חזקות במערכת המשפט) יש זכויות בנכס שהוא בבעלות אדם אחר. השוכר תלוי בבעלים. **אלו הם מונחים משפטיים.**

**ישנו מהלך נורמטיבי תרבותי, היוצר היררכיה המקבילה לזו המשפטית.** במערכת הנורמטיבית-תרבותית שלנו, משפחה נורמטיבית ישראלית גרה בבית שבבעלותה (בגיל 50 לא שוכרים דירה, זה לא נורמטיבי. מנגד, לשכור גיל 23 הינו נורמטיבי). מי נורמטיבי שישכור? זוגות צעירים, עולים חדשים וכו'. **יש לנו תפיסות, לגבי מתי המעמד של השכירות הוא נורמטיבי.**

**עצם זה שאנו מדברים על תיאור מסוים של אנשים ומצמידים לו קטגוריה משפטית – יש סולם היררכי תרבותי נורמטיבי. מושגים משפטיים שלובים במערך הנורמטיבי-פרשני שאנו חיים בו.**

מהיכן מגיעים המושגים המשפטיים? ומה הקשר שלהם לתרבות הכוללת?

* משפט כמערכת תרבות נפרדת – לפי טענה זו, משפט היא **מערכת תרבות נפרדת, אוטונומית, העומדת בפני עצמה. מדובר במערכת שלמה ששונה מהמערכת החיצונית**. בגלל שהמשפט עוסק בכל תחומי החיים, הוא בעצם מערכת תרבותית הנוגעת לכל תחומי החיים. במקביל למערכת התרבות הכללית, יש לנו מערכת תרבות של המשפט. שם עולה צורת החשיבה המשפטית, הקביעות הנורמטיביות של מה ראוי ומה לא וכדומה.
* משפט כמערכת תרבות המושפעת מהחברה – **משפט הולך אחר התרבות, הוא משקף את תרבות של החברה.** המשפט הוא שיקוף של התרבות של החברה. החברה מבנה את המשפט. היא המקור לתרבות המשפט. אם כך, למשפט אין כוח בעצמו ליצירת התרבות, אלא הוא אך משקף אותה.
* משפט כמשפיע על מערכת התרבות – **למשפט יש כוח מכונן. הוא זה שמעצב, משפיע ומכונן את ההבנה התרבותית של בני החברה ואת האופן שבו האזרחים מבינים את העולם**. זו טענה מאוד חזקה. היא נותנת המון כוח השפעה למשפט. **ניתן לראות פעולה של כוח, המתחילה מן החברה ומשפיעה על המשפט, ויוצרת קטגוריה/מושג משפטי,** שכן מעבר לחיפוש התוצאה המעשית, יש רצון בכוח מכונן שישפיע על התודעה של החברה. **למשפט יש כוח מכונן, הוא משפיע על התודעה של האזרחים. מנצלים כוח זה, על מנת להשפיע על התרבות, על החברה – יש מאבק על התוכן של המשפט, על המושגים שהמשפט ישתמש בהם.**

כיום, הטענה היא שהמשפט משפיע על החברה ומושפע מן החברה, כך שנוצר מעין תהליך מעגלי.

* משפט כמשפיע על מערכת התרבות ויחסי כוח – ההליך של יצירת התרבות הוא לא הליך שוויוני. **הכוונה הינה ליצירת מושגים כתוצאה ממאבק של קבוצות אינטרסים.** לעיתים, המאבקים כרוכים במאבק על מושגים שהתקווה היא, שלאחר מיכן הם יהפכו לחלק מהתרבות המשפטית המכוננת את התודעה של האזרחים.

**יצירת התרבות איננה דבר ניטרלי.** ההליך לא ניטרלי, לא כולם שווים ולא כולם משתתפים בו. יש שחקנים מסוימים שיש להם יותר כוח בהליך הזה. ישנם מספר בעלי כוח שיש להם השפעה רבה יותר על התהליכים החברתיים שמובילים ליצירת הקטגוריות התרבותיות שלנו. **תיאור מסוג זה של מאבק על מושגים משפטיים, מדגים לנו את העובדה שמדובר בתהליך לא שוויוני.**

**הגישה הביקורתית** – אחד המקורות הינו בניתוח חברתי של **קרל מארקס**. חלק מהניתוח הביקורתי במדעי החברה על המשפט נוגע בנקודה הזו ומבקש להראות איך התרבות בכלל והמשפט כמערכת תרבותית אינן מערכות ניטראליות שצמחו מתוך קונצנזוס.

**הטענה שכיום קיימת ברוב הכתיבה – המשפט משפיע ומושפע! המשפט מכונן ומכוּנן! זהו טיעון מעגלי שיותר מקובל כיום! זו מע' הדדית של קשרים מורכבים, וההנחה הזו מאפשרת קבלה של תמונה יותר מדויקת ומלאה.**

**תיאור סכמתי ופשטני של התפיסה החברתית של מארקס –**

קרל מרקס, אחד מאבות התיאוריה הביקורתית, ביצע ניתוח חברתי של העולם. התיאוריה ההיסטורית שלו היא תיאוריה מטריאלית-כלכלית, המדברת על השתנות לאורך הדורות של דפוסי הפעולה הכלכליים בחברה. התיאור ההיסטורי של מארקס הוא מעבר מסוג כלכלה אחד לאחר, מאופן ייצור אחד לאחר. בעבר, כלכלת הבית היוותה משק שממלא את כל צרכי היחידה הכלכלית. אט-אט התפתחו מערכות יחסים של סחר חליפין, בהמשך הכסף שינה את עולם הסחר והחליפין, אח"כ תקופה של עבדות, כלכלה פיאודלית ולבסוף הקפיטליזם (תחילה הקפיטליזם המוקדם ובהמשך הקפיטליזם המאוחר). ההיסטוריה הינה של שינוי כלכלי.

הכוח המניע שגורם לשינוי מתקופה לתקופה הם שינויים טכנולוגיים. יש לנו את הבסיס הכלכלי שיש בו יחסי ייצור. בכל תקופה היסטורית, יש לנו אפיון של יחסי הייצור של אותה תקופה. בתקופת הקפיטליזם המוקדם, הכוח הכלכלי נחלק לקפיטליסטים בעלי-הון / אמצעי הייצור (בורגנות) ומי שנמצא בצד השני הם הפועלים / הפרולטריון. בידי בעלי הכוח נמצאים מירב אמצעי הייצור למעשה. חלק גדול מן האדמות, הכסף וההון הנדרש מרוכז אצל הבורגנים. הדבר היחידי שיש בידי הפועלים הוא כוח העבודה שלהם. עם זה הם מגיעים לשוק העבודה ומציעים את עבודתם. לדידו של מרקס, הקפיטליזם הופך את האדם למנוכר. הוא גרס כי מערכת היחסים הכלכלית היא מערכת יחסית של ניצול.

החברה בנויה על הכלכלה. **הבסיס של החברה הוא עולם הכלכלה, אופן הייצור הכלכלי.** כל המוסדות האחרים של החברה נמצאים במבנה העל של החברה – המדינה, החינוך, התקשורת, הדת, המשפט וכו'. לפי הניתוח המבני של מרקס, **כל המוסדות של מבנה העל במדינה (פוליטיקה, דת, חינוך, משפט) נסמכים על הבסיס הכלכלי. הכוח המניע של ההיסטוריה זהו השינוי הכלכלי**. כאשר אנחנו עוברים ממערכת אחת של יחסי ייצור אל מערכת אחרת, אנחנו רואים איך כל מוסדות החברה עוברים שינוי ומתאימים את עצמם למה שקורה בבסיס הכלכלי. **כשיש שינוי באופן הייצור הכלכלי, מעבר מתק' של אופן ייצור מסוים לתק' של אופן ייצור אחר, המוסדות החברתיים האחרים משתנים בהתאמה.**

* לדוג' – המדינה של אופן ייצור של עבודה שונה ממדינה של משטר פיאודלי, או קפיטליזם.

**אופן הייצור של אמצע המאה ה-19** – **אופן ייצור קפיטליסטי**. יש לנו שוק כלכלי. מיהם השחקנים בשוק זה? הפועלים ובעלי ההון, המחזיקים באמצעי הייצור. הפועלים מביאים איתם לשוק הכלכלי את כוח העבודה. **טיב היחסים בין בעלי ההון לפועלים, לפי מארקס** – **מערך יחסים של ניצול**. הפועל עובד וכל הערך, מעבר לשכר עבודתו הזעום, הולך אך ורק לבעלי ההון. **כל הערך העודף, מעבר לשכר, הולך לבעל ההון.** מדובר בניצול כלכלי. על מערך זה, אנו מוצאים את המוסדות החברתיים המרכיבים את מבנה העל – צמיחתה של מדינה דמוקרטית, המוסד המשפטי וכו'. בהליך של יצירת תרבות אין לכל השחקנים החברתיים את אותו כוח השפעה. ישנם גורמים שונים שיש להם כוח חזק יותר להשפיע על מצב התרבות. זהו לא תיאור הרמוני על תרבות שמתפתחת תוך כדי שיתוף ומעורבות של כלל הגורמים בה.

לפי מרקס, **התפקיד של המוסדות במבנה העל הוא תפקיד של מיסוך (מיסטיפיקציה).** כל מוסד ממלא את תפקידו, אך יחד, המטרה הינה **ליצור מיסוך**, ליצור הפרדה בין איך שהדברים מתרחשים באמת בעולם הכלכלי, לבין האופן בו הם מוסברים, האופן בו מבינים ומפרשים את מה שקורה בעולם הכלכלי, **יצירת חיץ בין המעשה לבין התודעה. פעולתם המשותפת של כל המוסדות יחד – יצרת תפיסת עולם, אידיאולוגיה תרבותית, המעניקה הסבר ומשמעות לעולם, לאיך הדברים מתרחשים, ולמה. האידיאולוגיה מעניקה לגיטימציה לסדר החברתי הקיים.** המטרה של עולם המושגים התרבותי שמבנה העל יוצר היא מתן לגיטימציה לסדר החברתי הקיים, להיררכיה, ליחסי הכוח ולריבוד החברתי.

המוסדות יוצרים פער תודעתי בין המציאות כפי שהיא לבין האופן שבו אנשים מבינים את המציאות. התוצר של פעולת מוסדות מבנה העל הוא **יצירת תרבות ואידיאולוגיה שנותנת הצדק לסדר החברתי הקיים, הלא-שוויוני, על כל יחסי הכוח שבו.** כאילו מה שיש זה הנכון והראוי שצריך להיות. התרבות והאידיאולוגיה הזו מכוננת את התודעה, והתודעה הזאת היא תודעה כוזבת. הפרולטריון מבין את המונחים ע"פ הגישה של השוק החופשי, אשר פתוח לכולם, שיש בו שוויון הזדמנויות ושמי שמוכן לרכוש כישורים, לעבוד קשה ולחסוך – יכול להצליח. ע"פ גישה זו, אם אדם לא מצליח, האשמה היא אצלו. אם רק היה עובד קשה יותר, חוסך יותר ולומד יותר – היה מצליח יותר. כל אחד יכול להיות בעמדה הרבה יותר טובה. מרקס סבור שמדובר בתיאור שגוי של מערכת היחסים בחברה, שכן מערכת היחסים האמיתית היא מערכת יחסים של ניצול שאינה ראויה. הפוליטיקה הדמוקרטית עושה הפרדה בין העולם הדמוקרטי של המדינה לבין עולם השוק של הספירה הכללית. שוויון במדינה, שיוון מהותי ושוויון בפוליטיקה יש. השוויון הכלכלי הוא אחר, שכן פועל שם היגיון אחר. הסדר החברתי הזה גורם לשעתוק. הוא משעתק את עצמו מדור לדור, משום שיש לו לגיטימציה. התודעה הכוזבת מחיה אותו. זאת כמובן עד למצב שבו יש ערעור על תפיסת העולם הזאת.

**המוסדות של מבנה העל יוצרים מערך תרבותי שלם שנותן לגיטימציה למה שקורה בעולם הכלכלי. לגיטימציה זו מאפשרת את ההמשכיות לאורך זמן של הסדר החברתי הקיים – שעתוק!** למה זה נתפס כלגיטימי? כי כל המע' של מוסדות העל יוצרת מצב שמרחיק את המעמד המנוצל מהבנת המציאות כפי שהיא.

המטרה הינה **שיעתוק של הסדר החברתי, המשכיות של הסדר החברתי הקיים**, שהוא ישעתק עצמו לאורך זמן. מדוע יעשה זאת? משום שהוא לגיטימי. לפי התפיסה החברתית והמונחים שבהם אנו חושבים על העולם, יש לנו הסבר טוב ומקובל מדוע הדברים הם כפי שהם. אם האידיאולוגיה פועלת, ויש לגיטימציה ואנו חושבים שהסדר החברתי הקיים הוא טוב וקיים, מדוע שיהיה שינוי? לא יהיה שינוי. **פעולת המיסוך, יצירת האידיאולוגיה הנותנת לגיטימציה לסדר החברתי הקיים, גורמת לכך שחסרי הכוח גם נותנים לגיטימציה למצב בו הם חסרי כוח, לסדר החברתי הקיים, הם לא חושבים עליו כעל סדר חברתי של ניצול.**

**מהי אותה אידיאולוגיה שבגינה נוצר אותו שעתוק?** השוק החופשי, הפיתוח של האינדיבידואליסט מבחינה כלכלית! הפרולטריון חיים בתוך עולם תרבותי שבו בעלי ההון ממשיכים להגדיל את הונם באמצעות אותו תהליך מיסוך. איך הפועלים מבינים את מעמדם שלא באופן של ניצול? הם אומרים לעצמם שהמצב הוא של שוק חופשי ואנשים חופשיים לעשות כרצונם ואם אני, הפועל, נמצא במיקום חברתי מסוים זה בגלל שלא ידעתי להתנהל נכון, לא השכלתי לנצל את כללי השוק החופשי ולא בגלל הניצול של בעלי ההון והמצב הקפיטליסטי**.** תודעה כוזבת – המצב שבו הפרולטריון לא מבינים שמע' היחסים בינם לבין בעלי ההון היא של ניצול שאין לה הצדקה נורמטיבית. המיסוך שנידון לעיל מאפשר את סוג החשיבה הזה.

**האידיאולוגיה מעניקה לגיטימציה לסדר חברתי קיים, הפועל לא מבין את מצבו כמצב של ניצול, הוא חי במצב של תודעה כוזבת.** זו תודעה כוזבת, להיות חלש בחברה קפיטליסטית, להאמין אמונה מלאה בניתוח השוק החופשי זו תודעה כוזבת. **כאשר יש לנו אידיאולוגיה כזו והשוק החופשי הוא אידיאולוגיה, היא מכוננת את התודעה של בני החברה והיא בעצם היא משמרת את הסדר החברתי הקיים ומבטיחה לה המשכיות לאורך זמן=שעתוק.** לפי הטענה הזו, **המשפט הוא חלק מהמוסדות החברתיים שיוצרים את האידיאולוגיה והמערך התרבותי שמכונן את התודעה של בני החברה, הוא נותן לגיטימציה לסדר חברתי קיים ומשמר את יחסי הכוח הקיימים בחברה.** זה הקשר בין התיאוריה המרקסיסטית לתרבות כוח ותודעה –**המשפט מכונן את התודעה שלנו באמצעות שליטה תרבותית.**

**המהפכה, לפי מרקס, תהא כאשר הפועלים יעבור מתודעה כוזבת לתודעה ממשית של המציאות (הפער התודעתי ימחק), ויתארגנו לשם מעבר ממשטר כלכלי אחד לאחר.** החזון של מרקס היה, שבעזרת פעולה חברתית, הפועלים יהפכו להיות מעמד בפני עצמו, יגיעו לתודעה אמיתית של המצב, יבינו אותו לאשורו ויפעלו כאיש אחד למיגור הסדר החברתי הקיים של הניצול – זאת תהיה המהפכה הפרולטרית. המהפכה תהא כאשר **הפועלים יצאו ממצב של תודעה כוזבת**, יתאחדו וישנו את מצבם מהיסוד, יטפלו במבנה העל - בכלכלה. התוצאה של מהפיכה שכזו לפי מרכס – מצב של שוויון מוחלט בין כולם, ביטול מוסד הקניין הפרטי, ביטול מוסד המדינה! מרכס דוגל בביטול מבנה העל והריסת התשתית הקיימת! **לאחר המהפכה, יהיה שוויון מלא בין כולם, כל אחד יוכל לחיות את חייו בהגשמה עצמית מלאה ולא יהיה צורך במנגנון כופה מצד המדינה.**

מארקס תיאר את מהפכת הפועלים ומעבר לעולם הקומוניסטי, המבטל את הקניין והמעמדות החברתיים. תיאורו של מארקס לעולם לא הוגשמה ויושמה באף מדינה קומוניסטית. בין זה למה שקרה במדינות קומוניסטיות אין שום קשר והן לא הגשימו את החזון הקומוניסטי למרות שניסו לקשר זאת אליו. הן היו דיקטטורות של כוח. **הפועלים נכשלו במבחן האמיתי שהוצב בפניהם**. המניפסט הקומוניסטי סיים במילים: "פועלי כל העולם יתאחדו", בין אם הם גרמנים, צרפתיים, אנגלים וכדומה. מרקס האמין שיש לכל הפועלים אינטרס לשנות מהיסוד את הסדר החברתי. אך בפועל, במלחמת העולם הראשונה, הפועלים התגייסו להילחם כל אחד במסגרת הלאום שלו.

* **מעבר לפיאודליזם לקפיטליזם** – בעלי הזכויות מהמלוכה על האדמות היו המעמד העליון. אולם, נוצר מעמד כלכלי של קפיטליזם, אנשים יצרנים שהם בעלי הון, אך נמצאים בצד החלש. הם שגרמו למהפכה (דמוקרטיזציה), שהביאה ליצירת סדר חברתי חדש.

לסיכום –

המשפט הוא חלק ממוסדות חברתיים שהפעילות שלהם יחד יוצרת תרבות, מערכת סמלית שלמה, שמהווה אידיאולוגיה. באמצעות השליטה על המוסדות, קבוצות חברתיות מסוימות מצליחות להשליט על חברה את התפיסות האידיאולוגיות שלהן. הפעולה של מנגנוני האידיאולוגיה מטרתה ליצור לגיטימציה לסדר חברתי קיים, על יחסי הכוח שבו. ע"י כך, אנו מצליחים לגרום לכך שהסדר חברתי ישמר על כנו לאורך זמן.

הכוח עובד בצורה נסתרת, אנו לא באמת רואים כיצד הוא עובד. ברגע שאנו מגיעים למצב של אידיאולוגיה שולטת/דומיננטית, כל בני החברה מחזיקים באותה תפיסת עולם, ולכן אין מישהו מסוים המפעיל את הכוח. כולם יחד מפעילים את הכוח על עצמנו, אין קבוצת אנשים הרוצה לשלוט ומשרירה עלינו כללים. אם אנו מאמינים באידיאולוגיה השולטת, אנו פועלים בהתאם למושגים שלה, שכן זה מה שאנו מכירים, זוהי התרבות שלנו, אין צורך בהפעלת כוח חיצוני – אנו מתפעלים את השיטה בחיי היומיום שלנו.

למשפט יש כוח לכונן את התודעה שלנו. זהו נתון בסיסי, הכרחי לקיומה שתפעולה של התאוריה – המשפט מצליח לכונן את התודעה של נמעני המשפט.

**"הגמוניה"** –

אחד המושגים שהתפתחו בעקבות הטענות של מרקס הוא המושג 'הגמוניה', אותו התווה אנטוניו גראמשי. מדינה נמצאת במצב הגמוני, כאשר קיימת בה קבוצה חברתית ששולטת שליטה כפולה – שליטה בכלכלה ובמוסדות של מבנה העל (המוסדות המרכזיים של החברה). **הגמוניה הוא מצב חברתי שבו קבוצה חברתית מסוימת מגיעה לשליטה בכל תחומי החיים – גם בתחומי המדינה וגם בתחומי החברה האזרחית, כולל השוק הכלכלי**. **אגב האחיזה במוסדות החברה בכללותה (השליטה הפוליטית), היא מצליחה להפוך את תפיסת העולם שלה, את האידיאולוגיה שלה, לתפיסת עולם דומיננטית, שלטת, הגמונית ובלעדית.** היא מצליחה לכונן את התודעה של כלל האזרחים, באופן שאותה תפיסת עולם של הקבוצה הופכת להיות התפיסה הדומיננטית, הטבעית, המובנת מאליה, שלא מערערים ולא מהרהרים אחריה. **ההגמוניה מצליחה לכונן את התודעה של אזרחיה**. זהו תיאור סוציולוגי של מצב דברים שיכול להתקיים ויכול שלא להתקיים. כאשר אנו מצויים במצב הגמוני, התרבות השולטת נתפסת כטבעית, כמובנית מאליה, ככזו שאין עליה עוררין – זהו **מנגנון שליטה דרך התודעה**.

טענת ההגמוניה לוקחת את הטענה על מוסדות העל המכוננים ומקצינה אותה עוד יותר. הגמוניה הוא מצב בו קבוצה חברתית מצליחה להגיע למצב של שליטה על המוסדות החברתיים, להפוך את תפיסת העולם שלה לתפיסת עולם הדומיננטית בחברה ולהצליח לכונן בתודעה של בני החברה את תפיסת העולם הזו כתפיסת עולם שמסבירה בצורה הנכונה והטבעית ביותר את סדר הדברים. **כדי להוכיח את הטענה הזו, יש להראות שאותה קבוצה הפכה להיות דומיננטית במוסדות החברתיים ושאכן המוסדות השונים פועלים במסגרת אותה תפיסת עולם**.

* לדוג' – יש להראות שאותה קבוצה חברתית שולטת על מוסדות החינוך, להוכיח כי תוכנית הלימוד בבתי הספר משקפת את תפיסת עולמה ושמערכי השיעור בתנועות הנוער עוסקים בהשקפת עולם הנורמטיבית של אותה קבוצה. כך גם במשפט, מי שרוצה להראות שתפיסת עולם מסוימת היא השולטת, צריך להוכיח שאכן פעולתו של המשפט תואמת תפיסת עולם כללית שיוצרת סדר מסוים שבאמצעותו אנחנו מבינים את העולם.

כאשר מרקס דיבר על אידיאולוגיה שנותנת לגיטימציה לסדר החברתי הקיים ומשעתקת אותו, הוא התכוון **לאידיאולוגית השוק החופשי והדמוקרטיה הליברלית**. מדובר במערך שלם של הסברים לגבי איך דברים עובדים, איך ראוי שהם יעבדו, מערכות יחסים בין צדדים שונים וכדומה. אכן, למעמד הבורגני הייתה שליטה בכל תחומי החיים, הוא היה המעמד השולט והוא הביא עימו תפיסת עולם של שוק חופשי ודמוקרטיה ליברלית, שמבקשת לחזק את מעמדו של הפרט אל מול המערכות החברתיות. כיום, אנחנו במידה רבה, עדיין חיים לאור האידיאולוגיה הזאת, גם אם לא בהגמוניה.

ניתן לראות מעברים מתק' בהם יש מאבק תרבותי וריבוי פיסות עולם (יש קבוצות הרוצות לפעול, להשפיע ולתפוס כוח), לבין תק' בהם קבוצה מסוימת הגיע לכדי שליטה הגמונית (אין מאבק תרבותי, יש תרבות דומיננטית ושולטת). **העולם התודעתי של האנשים המצויים תחת הגמוניה מוכתב ע"י ההגמוניה, אין מאבקים, הסדר הקיים נראה טבעי ומובן מאליו, אין ניסיון לערער על המצב.** אם אנו מצויים במצב הגמוני, ברור מדוע קולות ערעור על הסדר החברתי הקיים לא נשמעים ולא מצליחים.

* **הגמוניה לא צריכה להפעיל כוח משטרי – אנשים מצייתים ציות וולונטרי. במצב של הגמוניה, השולט הוא הכוח התרבותי.**

יש המנתחים ודנים במקומו של המשפט כחלק מהליך הפעלת הכוח התרבותי – **המשפט, כחלק מהמנגנונים היוצרים אידיאולוגיה, חלק מההגמוניה**. **הפעולה המושגית היא חלק מאופן הפעולה המערכתית של יחסי כוח בחברה, חלק מהמנגנון המשעתק את הסדר החברתי הקיים.** המשפט הוא חלק ממערך הסדר החברתי, **למשפט יש תמיד אלמנט של שמירה על סדרה חברתי קיים, מעצם טבעו.** המשפט הוא מוסד שמרן, תפקידו הוא לשמור על הסדר החברתי הקיים. התכנים של המשפט הם חלק ממערך חברתי רחב יותר שיחד יוצר את התרבות שנהייתה דומיננטית בחברה.

**אסף לחובסקי** מתאר במאמר "קטגוריות של מין ומעמד בדיני מס הכנסה" את ההפרדה שקיימת בין הספירה הציבורית לספירה הפרטית. **לוחובקסי** **מתאר את ההבחנות הקטגוריות החברתיות-תרבותיות שפק' מס הכנסה מושתת עליהן.** מבחינה היסטורית, זהו הסדר החברתי-תרבותי של אנגליה, משם התגלגלה הפקודה. יש תיאור איך המושגים נתפסים כמושגים ברורים מאליהם.

זוהי צורת אבחנה שיוצרת סדר בעולם. **בספירה הציבורית בולטים התחום הפוליטי והשוק הכלכלי ובספירה הפרטית בולטים המשפחה והבית.** יש לנו נורמות לגבי העולם הפוליטי, מהם התפקידים החברתיים השונים, מה נכון ומה לא וכו'. אדם שחי, יודע שחלק מחייו הוא בספירה הפרטית ושזהו העולם התרבותי של עולם המשפחה. שחקן בשוק הכלכלי יודע מהם מערכות הכוחות ומהם הנורמות בספירה הזאת. גבולות ההתערבות של המדינה בספירה הפרטית השתנו לחלוטין בשנים האחרונות. כאשר הספירה הפרטית היא כזאת שהמדינה לא מתערבת בה, יש לזה השלכה נורמטיבית ברורה. יש בכך גם תוצאות חלוקתיות שמספקות כוח לגבר, בספירה הפרטית, שבה המדינה לא מתערבת.

בדוג' במאמר, לחובסקי מתאר את **המאבק בניסיון להכיר בהוצאות לגידול ילדים**. התשובה הייתה – מדובר בהוצאה פרטית, שכן העולם המשפטי מבוסס על אבחנה חדה בין הפרטי לציבורי, זה היה מצב מקובע. היה מאבק, שהגיע לכדי הכרעה שיפוטית שמעט זזה מן המושגים. היה ניסיון להזיז, נחקק חוק חדש שהפך את הפסיקה, שהחזיר את הסדר על כנו, לכאורה. האם אנו עדין במצב בו אנו מקבלים את המושגים, ללא עוררין? או, שמא, אנו בתחילת המאבק לשינוי ההגדרות? ההבחנה בין הפרטי לציבורי איננה כה ברורה בימינו. יש הגמוניה ויש דומיננטיות לאבחנה, אך אין זה מוחלט.

**לחובסקי מראה איך פקודת מס הכנסה וההבחנות שהיא יוצרת במשפט יוצרים הגדרות משפטיות שמסדרות את העולם לפי היררכיה מסוימת שתואמת לחלוטין את החלוקה הזאת של תפיסת העולם שעושה את החלוקה בין ציבורי לפרטי.** בשנות ה-70' וה-80' פנו למס הכנסה וביקשו להכיר בהוצאות גידול ילדים כהוצאה מוכרת לצורכי חישוב המס. תשובתם של פקידי המס הייתה, שזו הוצאה פרטית שאינה שייכת לעולם העבודה, ולכן כאשר מחשבים את המס אין להתחשב בהוצאה הזאת. זאת תפיסת עולם מקובעת שעובדת לפי סיווגים. וכששואלים מה מקורם של הסיווגים וההבחנות האלו, מגיעים לתפיסת העולם של המאה ה-19. **פ"ד ורד פרי** עצמו יוצר איזושהי וריאציה בתוך הסדר הקיים, מבלי לערער על ההבחנות והסיווגים הבסיסיים, תוך שהוא יוצר תת-הבחנה של הוצאה מעורבת. התביעה הזאת התקבלה בחלקה בבית המשפט המחוזי.

**כמכלול, אנו נמצאים בחברה של מאבקים תרבותיים. המשפט כאחת הזירות של המאבקים התרבותיים.**

* דוג' – לפני יום השאה היה ציטוט, קטע מיומנו של יאנוש קורצ'ק. תיאור סיטואציה "שגרתית" בחנות בגטו וורשה – קונה זועמת על החלבנית. החלבנית עונה לה – "גברתי, אין זו סחורה ואין זו חנות ואת לא לקוחה ואני לא חלבנית..כי הניירות הללו אינם כסף בכלל". זוהי פעולה של **שלילת תרבות, מדובר במושגים משפטיים.**

קיימת שאלה אמפירית, אם המצב של הגמוניה בכלל קיים. גם אם יש תפיסת עולם דומיננטית (הגמוניה), ברורות לנו שתי נקודות.

ראשית, **גם בתוך הגמוניה יכולות להיות סתירות**. נראה לנו שיש קונצנזוס, אך ההגמוניה איננה חד-מימדית, בהרבה פעמים יש סתירות והתנגשויות בין ערכים שונים ויישומים שונים של ההגמוניה. דוג' מהמשפט – מדינה יהודית ודמוקרטית והצורך באיזונים בין ערכים וזכויות (יש הנחת מוצא של השיטה, אך מתקיימים ויכוחים קטנים בתוך אותה המערכת).

לפי הניאו-מרקסיסטים, **השוויון הוא חלק מתפיסה הגמונית כוללת**. **השוויון כלכלי** הקיים בתפיסה קפיטליסטית – **שוויון הזדמנויות, השוק חופשי**, הוא פתוח לכולם – אין דרישה לשוויון פורמלי או מהותי, אלא השוק הכלכלי פתוח לכל. ישנה תחרות חופשית, תמורה כנה כנגד מאמץ, השקעה ותעוזה. יש מערך תרבותי לגבי איך השוק הזה אמור לפעול. יכולים להיות כללים של התערבות המדינה בשוק, אך אין הם פוגעים בבסיס הרעיוני של השוק החופשי. לדוג' – הגבלים עסקיים. הכללים של ההגבלים העסקיים באים להגיד שכאשר יש כשל שוק, אנחנו נתקן אותו, כדי להביא למצב של שמירה על הערכים הבסיסיים של שוק חופשי. הסדר משפטי שכזה נותן לגיטימציה לכל המערכת המוסדית הכלכלית של שוק חופשי, על כל חלוקת הכוח שבו.

**שוויון אל מול המדינה** **(ביחסים שבין האזרח לבין המדינה, ובין אזרח אחד לאחר)** – **שוויון בפני החוק** (כולם כפופים לחוק באותה המדיה, לכולנו יש את אותו אגד של זכויות) **ולפני החוק** (בבימה"ש, לא משנה מי אנו, אלא הקובע את התוצאות המשפטיות הוא הדין המהותי והיישום שלו על העובדות של המציאות). כמו כן, לכל אחד יש חופש קניין, חופש התאגדות ושוויון לבחור ולהיבחר (שוויון בכוח הפורמלי של ההשפעה הפוליטית). כולנו עומדים כזהים אל מול המדינה. כמובן שעיקרון השוויון מחייב לפעמים גם יחס שונה לשונים. זהו **שוויון מהותי** – בספירה הפוליטית, ככה תוכננו לחשוב.

האם אפשר להעתיק את רעיון השוויון בספירה הפוליטית אל השוק הכלכלי? לא. שוויון מעין זה לא ניתן להעביר לשוק הכלכלי. השוויון בשוק הכלכלי הוא שוויון מסוג אחר – שוויון הזדמנויות. אנחנו לא מניחים בשוק הכלכלי שכולם צריכים להיות בפועל שווים. מה שנדרש הוא רק שוויון הזדמנויות להצליח.

* לדעת המרצה, יש ניסיונות רבים לעשות שימוש במשפט על מנת לכונן תודעה. אולם, לא קיימת הגמוניה בישראל.

שנית, **ההגמוניה אינה מוחלטת**. אנו מדחיקים טענות מעין אלה, מרחיקים אותם לשוליים. כל עוד הגמוניה מצליחה לשלוט באופן בו אנו מתייחסים לטיעונים כנגד ההגמוניה, היא מצליחה להמשיך ולהתקיים. ייתכנו קולות המערערים על הגישה השולטת, אך מדחיקים אותם לשוליים ולא מתייחסים אלה. אולם, בחברה דמוקרטית הקולות מתגברים, יש יותר ויותר מתנגדים. ראשית, **קבוצה הגמונית יכולה להיות בקואליציה עם עוד כמה קבוצות שאין אחדות מלאה ביניהם**, אך כדאי לקבוצות האחרות להצטרף לקבוצה הגדולה. שנית, **הרבה פעמים אנחנו רואים ויכוחים בתוך ההגמוניה**.

דוג' – **פ"ד אליס מילר**. האם התביעה של אליס מילר ורצונה להיות טייסת בצה"ל, מנסה לערער את ההגמוניה, את התפיסה השולטת במדינת ישראל? הצבא הוא מוסד בו אנו רואים שיקוף של הגמוניה – הכוח הגברי. המוסד נבנה סביב הגברים, התפקידים שגברים נושאים בצבא. אליס מילר, אישה צעירה, רוצה להיות טייסת – לא מקובל עליה כי התפקידים הנחשקים ביותר בנויים לגברים בלבד. במובן זה, יש פה ערעור על פרקטיקות של עשרות שנים. מילר ניסתה לערער על ההיררכיה המגדרית כפי שהיא באה לידי ביטוי במוסד החברתי צה"ל. יש כאן ערעור על תפיסות יסוד ברורות.

**מחשבה אחרת** – איזה עוד ערך גלום בדיון של אליס מילר? **מנק' מבט של ערך הביטחון כחלק מהגמוניה (אם קיימת הגמוניה), אליס מילר לא ניסתה לערער על שום דבר, להיפך – היא חיזקה את ההגמוניה**, גם היא רוצה לשמור על בטחון המדינה. מילר רצתה להשתייך למקום הכי נחשב בצה"ל. אין היא מערערת על מרכזיותו של ערך הביטחון בהגמוניה הישראלית.

אם טייס זה הכי נחשב ולהיות טייס בצבא זה הכי נחשב בעולם, היא רצתה להיות טייסת בצה"ל. היא לא ערערה בכך על מקומו של צה"ל בהיררכיה החברתית בישראל. אולם, בהקשר המגדרי, היא ערערה על הסדר החברתי הקיים. משמע, **בתוך ההגמוניה יכולים להיות כמה ערכים ולפעמים יש ביניהם התנגשות.**

* כל דבר ניתר לראות מכה זוויות, תלוי במה שאנו מתמקדים בו. ניתן לספר את הסיפור בכמה דרכים, כשבכל דרך הוא מקבל משמעות אחרת.

**סיכום –**

השיעורים עד כה הוקדשו לניסיון להבין גישות שונות למערך הקשר בין המשפט לחברה. אם המשפט איננו אוטונומי, מה טיבו?

1. **המשפט** **כמשקף את החברה**, הולך בעקבות החברה.
2. **המשפט** **כממלא תפקידים בחברה** – לחברה יש צרכים, והמשפט הוא המוסד הממלא אחר הצרכים.
3. **המשפט** **הוא** **תוצר של אינטרסים** – דנו בגישות שונות – ריכוזיות כוח ההשפעה, מרכזיות האינטרסים של מקביל ההחלטות במשפט, מאבק של קבוצות אינטרס על התוצר המשפטי וגישה המנסה להראות שלכל מקרה יש את הסיפור שלו.
4. **המשפט** **כמערת תרבותית** – במסגרת זו, דיברנו על הגישה הביקורתית המחברת בין משפט, תרבות ויחסי כוח בחברה.

אין גישה נכונה, כל אחד רשאי לאמץ לעצמו את הגישה הנכונה בעינו. כל חוקר מציג את נק' מבטו. בהרבה כתיבה, אנו מוצאים **חוסר רצון להתחייב לגישה מסוימת**. לרוב, יהא זה תחת הטענה, כי **למשפט יש אוטונומיה יחסית** – הוא מערכת נפרדת, יש לו מוסדות, תרבות, לוגיקה ושפה משלו, אך אין מדובר במערכת נפרדת לגמרי – אוטונומיה יחסית של המשפט, הוא **כן קשור לחברה בה הוא פועל.** אנו מוצאים אף משפטים כגון – המשפט משפיע ומושפע, המשפט מכונן אך גם מכונן. למשפט יש כוח לפעול על החברה, אך גם החברה משפיעה על המשפט, יש מערכת יחסים מעגלית של השפעה בין החברה למשפט. תפיסה זו נכונה בהרבה מאוד תיאורים משפטיים.

**מי מפעיל כוח בהגמוניה? נתיני ההגמוניה, ע"י כך שהם חיים לפי התפיסה התרבותית הזאת**. כך הם מבינים את מה שקורה סביבם, כך הם מגדלים את הילדים שלהם, כך הם מדברים אחד אל השני, כך הם מתנהגים במערכות היחסים ביניהם. הם אלה שמפעילים את הכוח, כי הכל פועל בצורה תרבותית.

* האם ברוסיה הקומוניסטית הייתה הגמוניה? ברוסיה הופעל המון כוח כלפי האזרחים. אנשים חיו תחת שלטון טרור והם פעלו מתוך פחד ולא מתוך אמונה. זה אומר שלא הייתה הגמוניה. אם הייתה הגמוניה לא היה צריך להפעיל כוח, שיטור וריגול אחרי התושבים. כאשר צריך להפעיל כוח כבד על האזרחים על מנת שיצייתו לתכתיבים של החוק, זה לא מצב של הגמוניה. אם הייתה הגמוניה, לא היה צריך כוח כזה. לגבי גרמניה הנאצית יש ויכוח לגבי שיעור האזרחים שהאמינו באמת ובתמים באידיאולוגיה הנאצית וכמה היו חברי מפלגה מתוך אינטרסנטיות מבלי שהייתה להם אמונה ברורה באידיאולוגיה הזאת.

אם יש נכונות להקשיב ל"שוליים סהרוריים" שטוענים טענות השונות מהאידיאולוגיה של ההגמוניה, סימן שההגמוניה מתחילה להתערער. ההגמוניה יכולה להתערער נוכח היחשפות למה שקורה במקומות אחרים. גם להחזיק הגמוניה לאורך תקופה מאוד ארוכה זה תפעול מאוד קשה. הרבה מאוד פעמים אנחנו מדברים על היסטוריה של מעברים – מכמה אידיאולוגיות שונות למצב של הגמוניה של אידיאולוגיה אחרת, וכאשר הגמוניה מתפוררת, או שמיד צומחת הגמוניה חדשה או ששוב פעם יש ריבוי קבוצות אידיאולוגיות. יכול גם להיות מצב של ריבוי קבוצות אידיאולוגיות מתחרות, כאשר לקבוצה מסוימת יהיה כוח השפעה מאוד גדול בתחום חברתי מסוים, אבל לא בתחום חברתי אחר.

בעבר, החל מתקופת היישוב, הייתה הגמוניה בישראל של תנועת העבודה אשר השליטה את תפיסת עולמה. אבל כשמתחילים לבדוק לעומק את הדברים, מגלים דברים אחרים. כך, איך אפשר להסביר את זה שבשנות ה-50' וה-60' היה זה דווקא השלטון שדחף להקים את הסקטור הפרטי?! ב-1977 ההגמוניה של מפא"י התפוררה. אבל ברור שהערעור עליה היה קיים תמיד, עוד בתקופת היישוב, מכיוונם של החרדים והרוויוזיניסטים. גם העולים החדשים אומנם הצביעו למפלגת מפא"י, אך לא בהכרח קיבלו את תפיסת עולמה.

יש הטוענים, שאחרי תקופה קצרה מאז שקמה המדינה עברנו לתפיסה של השוק הניאו-ליברלי ויש כאלה שמתארים את החברה הישראלית כמאבק בין אידיאולוגיות. אפשר להגיד שבישראל, בתחום הכלכלי יש אידיאולוגיה שלטת – ניאו ליברליזם. אבל בתחומים אחרים (תפיסת האזרחות, תפיסת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית וכו') יש קבוצות אחרות אשר להן משקל יותר חשוב בעיצוב התפיסה החברתית.

**מה אפשר לטעון על המשפט הישראלי כיום? שהוא הגמוני? כל מי שטוען טענה כזאת צריך להביא רמת הוכחה מאוד גבוהה, כי המצב החברתי שלנו כל כך מורכב ואי אפשר לטעון טענות פשטניות.**

**פיקוח חברתי –**

מהו פיקוח חברתי? **פיקוח חברתי זה אינטראקציה בין אנשים (לאו דווקא אנשים בשר ודם) שכוללת רכיב של היגד נורמטיבי, ובצידו סנקציה**. **המטרה של האינטראקציה החברתית הינה להפעיל מערכת כללי התנהגות ולשמר את מערכת ההתנהגות הקיימת.** המטרה הינה להחיל נורמות התנהגות ולשמר את הסדר הנורמטיבי והחברתי. הדרך הינה ע"י סנקציות. המשפט של המדינה הוא מערכת של פיקוח חברתי, שכן מדובר באינטראקציה בין אנשים ומוסדות, יש אמירות נורמטיביות וסנקציות.

אולם, משפט המדינה הוא לא מערכת הפיקוח החברתי היחידה הקיימת בחברה. **יש מעגלים חברתיים נוספים שחלים בהם נורמות ובצידן אנו חשופים לסנקציות, ולא מדובר במשפט.** יש לנו קהילה מסוימות. בכל קבוצת אנשים שיש ביניהם קשר נמצא לרוב גם מערכת של פיקוח חברתי. המשפט של המדינה הוא חלק ממנגנוני פיקוח חברתי, ולעיתים הוא שונה ממנגנונים אחרים, בהיות פורמלי יותר.

**גם במערכות משפט של קבוצות חברתיות, שהן לא משפט המדינה, קיימות סנקציות**. המנגנון של הפיקוח השיפוטי הוא מנגנון שיש בו רצף: מהפעלה מאוד לא פורמאלית של סנקציות של פיקוח חברתי ועד להפעלה מאוד פורמאלית של פיקוח חברתי. יש לנו גופים שאת ההסמכה למערכת המשפטית שלהם ניתן למצוא בחוק המדינה, כמו: בתי הדין של ההתאחדות לספורט, בית הדין השרעי וכדומה. פורמאלית, לכאורה, משפט המדינה יכול לטעון שמדובר בגופים שלו, שכן הוא הסמיך אותם. מצד שני, יש מערכות שאין הסמכה שלהם. לדוגמא: בית הדין של העדה החרדית או בוררות של מאפיות אינן פועלות מכוח סמכות של משפט המדינה.

**ישנן קהילות ומוסדות בהן אנו מוצאים מערכת משפטית**. באוניברסיטה, למשל יש מנגנון של פיקוח. בד"ץ – גוף ממוסד, יש כללי פעולה, לא מערכת שיפוטית של המדינה, אלא פועל לפי ההלכה. אלו הם **מנגנונים של פיקוח חברתי, בהם יש הפרדה בין הפונקציות השונות** – בין השופט, משית הסנקציה וכו' – רמה גבוה של הפרדה בין הפונקציות, וזה מאוד פורמלי. **פיקוח חברתי בא במגוון רחב של צורות.**

* דוג' למנגנון פיקוח חברתי בקהילות חרדיות, שהוא לא פורמלי – משמרות הצניעות.

הסנקציה החשובה ביותר – **רכילות, זהו מנגנון של פיקוח חברתי, יש אינטראקציה בין אנשים, יש אמירה נורמטיבית ובצידה סנקציה**. ההיבט הנורמטיבי – "תראו מה הוא עשה, או מה הוא לא עשה" – ישנה נורמה בנוגע למה מקובל ומה ראוי, ולהיפך. **הסנקציה הגלומה בעצם הרכילות – פגיעה במוניטין העצמי ובשם הטוב.** בהרבה פעמים, זוהי **סנקציה לא פורמלית.**

**גם בתוך מוסדות שמפעילים מערכת סדר נורמטיבית (כמו משפט החברים באגד), שאיננה בגדר "משפט פורמאלי" של המדינה, ניתן לערוך הבחנה בין סנקציות פורמאליות לסנקציות חברתיות**. גם זה וגם זה הם מנגנונים של פיקוח חברתי. אין קבוצה חברתית שלא נוצרת בה מערכת של נורמות ומי שעובר על הנורמה, חשוף לסנקציה חברתית.

* לדוג' – נוכח סכסוך עסקי, פנה אחד הצדדים לבית המשפט וזכה לפסק דין שהורה לצד השני על תשלום. אם לא מקוים פסק הדין ניתן לפנות להוצאה לפועל. זהו מנגנון של פיקוח חברתי, ע"י המשפט, כאשר הסנקציה היא פורמאלית. אם במקום לפנות להוצאה לפועל, צד שלא שילמו לו הולך לאסיפה השנתית של התאחדות הקבלנים (במידה ומדובר בסכסוך בין שני קבלנים) ודואג שכולם ידעו שהקבלן שהיה חייב לו את הכסף לא שילם לו, הוא עושה זאת כדי שאנשים אחרים ישנו את דעתם על אותו אדם וגם את ההתנהגות כלפיו. עצם זה שהם משנים את דעתם עליו, זה גורם לפגיעה בשם הטוב שלו. זה דוגמא להבדל בין סנקציה פורמאלית לסנקציה לא פורמאלית.

**גם כשמדברים על משפט שאינו משפט המדינה, אבל יש לו רכיבים פורמאליים, ניתן למצוא בו גם סנקציות חברתיות. יש גם קבוצות חברתיות שאין בהן סנקציות פורמאליות, אלא רק סנקציות חברתיות**. לדוג' – כיתת לימודים – סטודנט בכיתה שלא יעביר סיכומים לחבריו, עשוי לספוג חרם חברתי.

**באיזה מובן המשפט הוא מערכת יותר פורמלית של פיקוח חברתי?** **יש לנו חלוקת עבודה ברורה בין הגופים המפעילים את המערכת**. במשפט המדינה יש לנו גופים מסוימים שקובעים את הנורמות, גופים אחרים שבודקים ציות לנורמות (משטרה, רגולטורים), גופים שונים שקובעים אם אכן הייתה הפרה (בתי משפט, בתי דין, פורומים שיפוטיים) וכן קובעים אם הייתה הסנקציה, וגופים נפרדים שמבצעים את הסנקציה (שירות בתי הסוהר, שירות המבחן, הוצאה לפועל וגופים נוספים). עוד לפני כן, מי קובע מהן הנורמות? המחוקק, גוף אחר מהגופים המבצעים. כמו כן, יש לנו הסמכה מסוימת לביהמ"ש לפתח נורמות. כלומר, ניתן לראות דיפרנסיאציה רבה וגם פורמליזציה גבוהה מאוד. **מידת הפורמאליות נמדדת לפי מידת חלוקת העבודה, במסגרת הפעלת הפיקוח החברתי.**

מן הצד השני, אנחנו יכולים לחשוב מצד אחד על קבוצה חברתית שכל החברים בה הם אלו שקובעים את הנורמות, בודקים אם מצייתים לנורמות, קובעים אם הייתה הפרה של הנורמה, מכריעים מה תהיה הסנקציה ומוציאים לפועל את הסנקציה. במצב כזה, **אין חלוקת עבודה וכל השלבים של הפעלת הפיקוח החברתי מבוצעים ע"י כולם.**

בין הקצה הזה בו אין שום הבחנה בהפעלה של הפיקוח החברתי ועד לקצה השני בו יש הבחנה מוסדית מאוד ברורה של חלוקת תפקידים, ניתן למקם את כל את כל הקבוצות החברתיות על הרצף. גם במיקום היותר פורמאלי על הרצף, זה לא אומר שאין סנקציות חברתיות במקביל לסנקציות פורמאליות.

מתי סנקציות חברתיות יעילות?

המחקר מראה, כי **בסנקציות לא פורמליות, הסנקציות החברתיות יעילות כאשר מדובר בקבוצות שהן יחסית הומוגניות מבחינה נורמטיבית והרשתות החברתיות הן יחסי הדוקות**. מדוע התנאים הללו מקדמים את יעילות הסנקציות החברתיות? כשיש נורמות משותפות וידועות, האמירה הנורמטיבית הרבה יותר ברורה. ככל שמדובר בחברה בה הרשתות החברתיות הדוקות, יש כל מיני גורמים הגורמים לכך **שהמידע עובר יותר טוב**, ביתר קלות נגלה מי עבר עבירה, בגלל שהרשת החברתית צפופה, יש ריבוי של יחסים פנים אל פנים, ריבוי פנים לקשר, אנו מכירים את האנשים ונפגשים עימם בכמה אספקטים של החיים (דוג' – הקיבוץ של פעם). **כאשר העניין יידון ותוטל סנקציה, המידע על כך גם הוא יעבור בקלות**. **המשמעות – אני יודע שאם אני אעשה את אותו הדבר, גם עלי תושת הסנקציה – אלמנט גבוה של הרתעה.**

יש השפעה מרכזית לשאלת **המבנה החברתי**. הסנקציות יהיו יעילות, כאשר מי שמושפע, או מי שנמצא בחברה יחששו מן הסנקציות. על כן, **יש צורך בחברה שהמידע אודות הפעולות, אודות הענישה והתוצאות הנגרמות לאדם העובר על הנורמות החברתיות, יועבר במהירות.** יש צורך במידה רבה של **אחידות נורמטיבית – אמונה באותה המערכת הנורמטיבית**, דמיון במובן שאם שהענישו אחד, מן הסתם יענישו גם את האחר שיבצע עבירה דומה על הנורמות החברתיות המקובלות. **המבנה החברתי משפיע – ככל שהחברה קטנה יותר, ככל שיש חברה ריבוי של מערכות יחסים (הרשת החברתית יותר צפופה), כך המידע יעבור באופן אפקטיבי**. כאשר תוטל סנקציה, יידעו על כך. **מבנה חברתי זה מסייע להעברת המידע וללחידות החברתית.**

תיזה זו הוכחה במקרים רבים. אחד המאמרים הראשונים בתחום המשפטים מ-1954 נכתב ע"י **ריצ'רד שוורץ** - חוקר של משפט וחברה, שגר ב-1949 בקיבוץ ובמושב בעמק יזרעאל, הוא ביצע מחקר של תצפית משתתפת, חי את חיי הקהילה, ובעקבות זאת כתב את מאמרו. שוורץ ראה תופעה שהיה עליה ביקורת רבה, וטען שבקיבוץ הוא לא מצא גוף מתמקצע, שעוסק בפיקוח החברתי. מנגד, במושב הוא מצא וועדה משפטית שעסקה בבדיקת תלונות על חברים שלא עומדים בנורמות של המושב. אולם, הוא לא שם לב לכך שהאסיפה הכללית בקיבוץ בדיוק עסקה בסוגיה זו.

הטיעון האחר של שוורץ – **למה אין משפט בקיבוץ (מה שלא היה נכון בפועל)? כי הסנקציות החברתיות כל כך יעילות.** מדובר ברשת חברתית הדוקה, האוכ' קטנה, גרים זה לצד זה, אוכלים יחד, הכל נעשה יחד – **סוגים שונים של מערכות יחסים עם אותם האנשים**. אם מישהו עבר על הנורמה החברתית, מיד יודעים על כך, כולם יודעים לכך – המעבר של המידע עצום, מדברים על זה. **גם אם לא תוטל סנקציה פורמלית, הסנקציה הלא-פורמלית כבר מוטלת**. אם אותו אדם נענש ע"י הקבוצה, שמו הטוב נפגע. אם מוטלת סנקציה פורמלית, כל חבר קיבוץ יחשוב – אני מאמין בנורמות הללו, ועל כן ברור לי מדוע העובר נענש, אך אני מאוד דומה לו (חל עקרון השוויון) – אם הוא עבר עבירה ונענש, אזי שגם אם אני אעבור על העבירה, אני גם אענש – **יש יעילות של סנקציות לא פורמליות, יעילות של הרתעה.**

מקומות העבודה – מרכזיים בחיינו, מקום בו סנקציות לא-פורמליות הינן מאוד יעילות (לא יעיל באותה המידה כמו בקיבוץ), שכן יש רשת חברתית הדוקה, הגם שהיא מעט מוגבלת.

יש לנו מקרים רבים בשנים האחרונות בהם נעשית בחינת של סנקציות לא פורמליות בקבוצות יותר מבוזרות –

* דוג' ערן זהבי – האם יש נורמה חברתית, עליה עבר ערן? האם במערכת לא-פורמלית יש נורמה?
* דוג' נוספת – האם יש נורמה של הוצאת הכדור החוצה, כששחקן אחר נפצע?

**שדות חברתיים משתנים, ונורמות משתנות בעקבות זאת.** יש שינוי נורמטיבי-תפיסתי בשדה זה.

יש לנו שדה מסוים, אך אנו יכולים לראות בו קבוצות שאין להם אינטרסים משותפים לחלוטין / חפיפה מלאה – סנקציות חברתיות על ידי מי? ועד כמה הן באמת ישפיעו על מי שהקבוצה החשובה עבורו היא בעצם קבוצה אחרת בשדה? השאלה החשובה – מיהי קבוצת ההתייחסות הספציפית של מי שעובר על הנורמה?

* סיפור עסקי מהעיתון (משפחת שכטר) – משפחה שלה חברה פרטית, עשתה עסקים, וגם הייתה בעלת שליטה בחברה ציבורית, שנכנסה להליכי פירוק, היא חייבת כספים לנושים. החברה המשפחתית מכרה נכס בסכום גדול. ישנה הפרדה מוחלטת בין שתי החברות. התנהל הליך משפטי של הליך החברה. המודעה ניסתה להלבין את פני בני המשפחה ברבים. המודעה אמורה לעודד תגובה מצד הקהל. **מעלים נורמה מוסרית מתוך התרבות שלנו – "ככה לא עושים". זוהי הפעלה של סנקציה חברתית.** **שימוש בסנקציה לא – פורמלית** (משפטית, הם לא חייבים להעביר את הכספים להצלת החברה הציבורית).

הדבר תורם למודעות הכללית של הציבור לתופעת התספורות, ומחיקת החובות וכו'. גם עיתוי הפעלת הסנקציה החברתית הוא קריטי לשאלת היעילות שלה. על רקע התקופה האחרונה, עם פרשת אי.די.בי, היה זה עיתוי חם לתפעל סנקציה חברתית כזו.

האם זה ישפיע? **באילו תנאים פרסום כזה יכול להיות אפקטיבי**? יש איזושהי **נגזרת חברתית**, עולם העסקים מכיר את המשפחה הזו – המודעה הופנתה כלפי אנשי העולם העסקים, וכוונתה הייתה **להשפיע על שמה הטוב של המשפחה בקרב אנשים שעמדתם חשובה למשפחה, בקרב העולם העסקי. היה רצון לתפעל את הסנקציה החברתית בקרב הנגזרת החברתית, שעמדתה חשובה למשפחה.** המטרה – שהפרסום ישפיע על החברה, יפעיל עליה לחצים חברתיים. הרציונל – לפעול מול הקבוצה החברתית המסוימת, שאם היא תפעיל סנקציה חברתית, יהא זה אפקטיבי.

* **בארה"ב, ארגונים שונים פועלים כדי להשית סנקציות חברתיות כנגד גופים שמתנהלים בצורה בעייתית**. כך לדוגמא יש ארגון בארה"ב – קאלפרס (קרן הפנסיה של העובדים הציבוריים בקליפורניה) - שכאשר הוא מגלה תאגידים שפועלים ב"צורה מלוכלכת", אינו משלם שכר ראוי או מפלה בין עובדיו, הוא דואג לפרסומת שלילית על אותו תאגיד, על עמוד שלם בעיתון העסקי הכי מפורסם (Wall Street Journal) **כדי לבייש את התאגיד**. **מדובר בפעולה שנועדה לעורר סנקציות חברתיות בתוך העולם העסקים.** הדבר חשוב במיוחד, שכן לעיתים לאנשים הנפגעים מתאגידים גם אין את הכוח, הזמן, האנרגיות והמשאבים הדרושים להגשת תביעה. אך ההנחה הטמונה בפעולה כזה היא שעדיין יש בושה.

**יש לכך הצלחה גדולה כאמצעי לחץ על תאגידים** – התאגידים מזמינים אותם, מעניקים להם את כל המידע, על מנת לצאת בסדר מבחינת יחסי הציבור. אין מדובר בממשלה, אלא זהו משקיע פרטי, שהוא אומנם גוף ציבורי, הפועל כמוניטר המתפעל סנקציות חברתיות – הפרסום מעורר תגובות ויש לו השלכות.

על מי פיקוח חברתי עובד בתוך הקבוצה החברתית?

**כל מי שנמצא באמצע הקבוצה החברתית מושפע מסנקציות החברתיות, מהסנקציות הלא-פורמליות.** ההשתייכות ומה שחושבים עליו חשובים לו. הקושי מתעורר לגבי בעלי הכוח והעושר בקבוצה ועל החלשים.

**בעלי הכוח והעשירים בקבוצה** – מה יש להם להפסיד? המון, יש להם שם טוב, כוח. יש להם הרבה לאבד, ייתכן כי הם מושפעים מהסנקציה החברתית. מאידך, המחקרים מראים שבעלי הכוח מושפעים פחות. הדבר תלוי, קשה מאוד לגזור כלל אחיד – תלוי בתחום, במידת התלות, עד כמה החברה סולחת ושוכחת, איזה זיכרון קולקטיבי יש לחברה?

**החלשים בקבוצה החברתית** – הדבר תלוי. מחד, ניתן לחשוב עליהם כעל אלו הנמצאים בשוליים, כחסרי סטטוס – מצבם לא ישתנה בצורה דרמטית כאשר תוטל עליהם סנקציה חברתית. כמנגנון הרתעה, המנגנון פחות יעיל. סנקציה חברתית עשויה לא להיות יעילה כלפי מי שנמצא בשוליים של קבוצה חברתית, כי אין לו מה להפסיד. מאידך, יש חלשים שמידת התלות שלהם בקבוצה ו/או ההזדהות שלהם בקבוצה הינה מאוד חזקה – נשארים בחברה מכוח ההזדהות החזקה אל הקבוצה, או משום שאין להם יכולת לצאת מהקבוצה, הוא תלוי בה לחלוטין (אין לו קשרים מחוץ לקבוצה, אין לו יכולות להתקיים מחוץ למסגרת הקבוצתית – השכלה, שפה וכו'). אם ינדו אותו מהקבוצה, הוא אבוד.

**הסובייקטיביות משפיעה על יעילות הסנקציה.** האפשרויות שיש לפרט מחוץ לקבוצה והיכולת לצאת מהחברה משפיעה על היכול של הסנקציות החברתיות.

**המענה לשאלה באיזו קבוצה חברתית הסנקציות החברתיות יהיו יותר יעילות תלויה במספר מרכיבים –**

1. גודל הקבוצה – לכאורה, **בקבוצות קטנות הסנקציות החברתיות יעילות יותר**, שכן המידע עובר מהר. אך גם בקבוצות גדולות הסנקציות עשויות להיות יעילות. **הכל תלוי בשאלה עד כמה מהר המידע עובר בקבוצה.** לדוג' – קהילת היהלומנים הבינלאומית היא קהילה גדולה. אבל היעילות של הסנקציות החברתיות בתוכה היא עצומה, כי ההשתייכות מאוד חשובה והסנקציות עובדות בצורה יעילה. יש דרכים מאוד ברורות של רכילות ומידע שעובר ממקום למקום.

**בפ"ד שמחה און נ' מפעלי בורסת היהלומים** נידון מקרה של אדם שלא נתנו לו להיכנס לבורסת היהלומים הישראלית, נוכח סכסוך שהתגלע בינו לבין יהלומן מבלגיה. בורסת היהלומים הבינלאומית היא רשת חברתית אדוקה מאוד, ולכן למרות שמדובר בקבוצה חברתית גדולה, יש לה מנגנונים שמסייעים לכך שהסנקציות הלא פורמאליות יהיו מאוד יעילות.

1. קבוצה סגורה / פתוחה – **קבוצה שיש בה הומוגניות נורמטיבית, שהקשרים בין חבריה אדוקים ושהחברים בה דומים זה לזה מבחינת תפיסת עולמם ואורחות חייהם תהיה חברה שבה סנקציות חברתיות יהיו יעילות יותר.** כך גם ככל שהאנשים מכירים זה את זה יותר והאפשרויות למפגשים ביניהם גבוהות יותר, יהיה לסנקציות החברתיות משקל גדול יותר.
2. קשרים רב-ממדיים – כאשר הקשרים הם רב-ממדיים והאנשים גרים יחד, אוכלים יחד, לומדים יחד ומבלים יחד (כמו בקיבוץ), יש משקל רב יותר לסנקציות החברתיות.

**בקבוצות סגורות, בהן המידע עובר במהירות והקשרים הם רב-ממדיים, תהיה יעילות גבוהה יותר לסנקציות חברתיות.** הסיבה לכך היא שההשתייכות לקבוצה חשובה ולחברים בה יש הרבה מה להפסיד אם יופעלו כנגדם סנקציות חברתיות. בקבוצות כאלו, הנורמות ידועות לכולם, קל לדעת מי עבר על הנורמות, קשה להסתיר את הפרתן, ומהר מאוד כולם ידעו על כך. אם מוטלת סנקציה כנגד אחד החברים, קשה מאוד להסתיר זאת והדבר יוצר הרתעה אפקטיבית גם כלפיו וגם כלפי אחרים.

אכן הטענה של אנשי הניתוח הכלכלי היא שלפעמים הסנקציות החברתיות-קהילתיות יעבדו יותר טוב מהמשפט. פשוט כי הן הרבה יותר יעילות להסדרה נורמטיבית. מה גם שאותן קבוצות יודעות יותר טוב מה יעבוד אצלן. הרבה הסדרים רגולטיביים ירדו, כדי לאפשר הסדרה נורמטיבית. אך "נתנו לחתול לשמור על השמנת", מבלי להשגיח שהוא באמת שומר עליה.

הקשר בין משפט לסנקציות המופעלות בחברה –

הדוג' מגזר הדין בעניין של משה קצב היא דוג' מעלפת לקשר הזה. הטענה של הסנגורים – הנאשם שילם כבר מחיר, הוא כבר נענש, משום שהציבור כבר גזר את דינו על דפי העיתונות. נטען, כי הסנקציות החברתיות שספג הן הכי משמעותיות והן מייתרות גם את הצורך בסנקציות המשפטיות. קצב היה נשיא המדינה, האזרח מספר 1. כנגד אדם כזה, סנקציה חברתית פועלת בצורה הכי חזקה. הפגיעה במעמד האישי שלו ושל משפחתו קשה מאוד – הוא ירד מאיגרא רמה לבירה עמיקתא. הופעלו כנגדו סנקציות חברתיות, אפילו בצורה שערורייתית, על אף חזקת החפות. מצד שני, יש טענה שיש אנשים חזקים חברתית ששום סנקציה חברתית לא תשפיע עליהם. ההלכה בישראל – הדבר מפחית מן העונש.

מטרות הענישה הקלאסית של המשפט הפלילי - הרתעה, גמול והעברת מסרים נורמטיביים. כאשר אנו מענישים אדם שעבר עבירה, יש לנו מטרה אינסטרומנטלית – שהוא ואחרים לא יבצעו מעשים כאלה בעתיד. אולם, אנו רוצים לשלוח גם מסרים נורמטיביים, שכן אחרת לא היינו קובעים את העבירות – מה נתפס בעינו נורמטיבי, ומה לא. מה שהמדינה יכולה לחשוב שהן מטרות הענישה עשוי להיות שונה ממה שחלקים מהציבור המפעילים סנקציות חברתיות יחשבו שהן מטרות הענישה.

בפ"ד נגד קצב, השופטים הסבירו שבמקרים אחרים, הם מקבלים את הטענה הזאת שסנקציות חברתיות אכן פועלות וצריך להתחשב בהן במסגרת המשפט, כי זו סוג של ענישה. אומנם בית המשפט לא הפעיל את הסנקציות, אבל הוא מודע לכך שהן פועלות. בפ"ד, דעת המיעוט התחשבה מאוד בסנקציות החברתיות והורידה את עונש המאסר מ-7 שנים (כפי שגרסה דעת הרוב) ל-4 שנים, וזאת בניגוד לדעת הרוב שלא התחשבה בכך שפעלו סנקציות חברתיות. פסק הדין הוא טקסט מרתק שדן בממשק שבין הסנקציות החברתיות לסנקציות המשפטיות, דווקא במקרה כל כך קיצוני, בו הסנקציות החברתיות, פעלו במלוא עוצמתן.

אנו רואים אמירה של ביהמ"ש – מותר לקחת את זה בחשבון. למה הציבור מתייחס? לכמה הוא קיבל, דעת הציבור שופטת את חומרת האמירה וחומרת המעשה, בהתאם לשאלת גזר הדין. ביהמ"ש מתעלם מן הקשר בין הפעולות למסרים שזה שולח. 4 שנות מאסר, לעומת 7 שנים, לא הולם את חומרת הגינוי המוסרי שאנו רצינו שיועבר כמסר.

מעניין לראות את עוצמת המילים בהם משתמשים חשובה, תיאור הסנקציה החברתית.

* דוג' נוספת – איציק מרדכי. הוא הואשם בעבירות, הורשע ונענש. במלחמת עופרת יצוקה שימש כפרשן בטלוויזיה לענייני ביטחון.
* מקרה עמנואל רוזן – כשאנו מדברים על פיקוח חברתי, דיברנו עד כה בנימה אוהדת. יש מקרים בהם אנו רואים בעייתיות.

במקרה זה, ברגע שיש חשדות, **האדם מורשע ע"י הציבור, חזקת החפות לא קיימת**. זהו דבר בעייתי מאוד. יש מנגנונים לבירור קיומן של עבירות, מנגנונים שיאזנו בין טובת הציבור לזכויות הפרט, זוהי המשמעות של הפעולה במסגרת של מדינת חוק. כיום, האמצעים הטכנולוגיים הביאו את האפקטיביות לרמות אדירות – החמרה של המנגנון המהיר של שפיטת הקהל – זכויות הפרט נרמסות. הבעייתיות העצומה – למה אותן נשים לא פנו למשטרה, אלא לעיתונות? למה לא בחור בדרך שהמדינה מעמידה לרשותן? הן יפוטרו מן העבודה. **השימוש בכלים החברתיים הללו מלמדים אותנו על הקושי לפעול במנגנונים האחרים.**

סוג נוסף של חיבור – יש מדינות בארה"ב, בהם **בתוך הקוד הפלילי יש סנקציות חברתיות.** בחלק מהמדינות, בתוך הקוד הפלילי של הענישה, יש גם סנקציות שברור לנו שהלוגיקה שלהן מיועדת לכך שיופעלו סנקציות חברתיות ע"י בני החברה. לדוג' – אדם נתפס כשהוא נוהג, כשרמת האלכוהול גבוהה מהמותר. בישראל – ניתן לשלול רישיון, מאסר על תנאי וכו'. מעבר לסנקציות אלה, יש בארה"ב משהו נוסף – ניתן לחייב את הנהג להסתובב במשך תקופת זמן, מהבוקר עד הלילה ,בכל מקום שהוא הולך אליו, עם חולצה שכתוב עליה "אני נהג שיכור". מכניסים למנגנון הפלילי סנקציות חברתיות. הולכים עם חולצה, עם אות קין – **מפעילים אצל כל מי שרואה את האדם את הסנקציות החברתיות.** כך, בחלק ממדינות ארה"ב גם נהוג לתלות שלט סביב המקומות בהם גרים אנשים שהורשעו בפדופיליה, כדי להזהיר את הציבור. **הלוגיקה כאן היא שברגע שהמשפט יטיל את הסנקציה המשפטית הזאת, בני החברה יפעילו כלפי אותו אדם סנקציות חברתיות.**

בארץ, לא בטוח שהתנהלות דומה הייתה מניבה תוצאות זהות. אם אדם שהיה מעלים מס היה נדרש ללבוש חולצה בה היה כתוב שהוא מעלים מס, ככל הנראה הוא לא היה זוכה לחרם חברתי. אם כן, **האפקטיביות של הסנקציות החברתיות הללו תלויה כמובן גם בבני החברה הרלוונטית**. כך גם אף שמספר חברי כנסת מש"ס הורשעו בפלילים, הוענשו ע"י משפט המדינה ואף הוצמד לעבירות שביצעו קלון, לא תמיד זה הוביל לרגשות של חוסר הערכה מהציבור. במקום שאנשים כאלו יזכו לתחושה שהם אינם ראויים, חלקם אף זוכים לפופולאריות ציבורית ועשויים להיכנס שוב לפרלמנט, כמו אריה דרעי. זה לא נובע רק מאישיותו הכריזמטית ומיכולתו ליצור גישור בחברה, אלא גם מנסיבות המשפט שלו, שהיה סוג של "משפט נקמה" של הליכוד בש"ס על ה"תרגיל המסריח". אך גם מחוץ לקבוצה החברתית שלו, העובדה שהוטל עליו קלון ממש לא עושה את העבודה בקרב ציבורים נרחבים בחברה הישראלית.

**בעידן הטכנולוגי, ניתן להפעיל סנקציות חברתיות בקלות. החיסרון של כך הוא שניתן לעשות בזה שימוש לרעה ולגרום לנזק כבד לאנשים וארגונים שונים. גם רכילות יכולה לגרום לנזק, אבל היקף המידע שעובר ברכילות וכן פריסתו מוגבלים. אולם, עם הכוח העצום של הטכנולוגיה והרשות החברתיות, הסכנה בתפעול מנגנונים של סנקציות חברתיות מאוד גבוהה.**

יש חשש כבד מאוד שסנקציות חברתיות יופעלו כלפי מי שלא חטא ולא מגיע לו להיענש או אף שהן יופעלו במידה הלא נכונה. לפיכך, **יש תחושות מאוד קשות נוכח הקלות שבה המידע עובר ברשת, על אף שייתכן והוא אינו נכון או מדויק**. אם כן, הסנקציות החברתיות הן כלי חשוב וחיוני, אך יש להן גם צד שלילי ומאוד בעייתי. כך לדוגמא, כאשר הרשות לניירות ערך מבקשת לחקור מישהו ולעצור אותו, העיתונות חושפת את העניין, מפרסמת אותו ימים שלמים וכל החברה נחשפת לדבר החקירה, אולם אם החקירה נסגרת לאחר מספר שנים, מבלי שהוגש בכלל כתב אישום, הדבר מתפרסם רק בכמה שורות, במקרה הטוב, ושמו של האדם הושחר לתמיד.

**פלורליזם משפטי –**

פלורליזם – ריבוי. ריבוי של מה? של נורמות? של מוסדות? של מערכות משפט?

יש לנו שתי התייחסויות למונח פלורליזם –

**השאלה הנורמטיבית** – התייחסות למצב תיאורי של פלורליזם: האם יש קבוצת מיעוט, או קבוצה שיש לה טענה למסגרת נורמטיבית משלה? האם משפט המדינה צריך לתת מקום ולהכיר בייחודיות של אותה קבוצה / מיעוט? עד כמה משפט המדינה צריך לתת אוטונומיה של קבוצות מיעוט?

זוהי שאלה נורמטיבית שמשפט המדינה שואל עצמו. עד כמה משפט המדינה צריך לתת מקום לאוטונומיה של קבוצות מיעוט? איך המדינה, כליברלית, מתייחסת לקבוצות בחברה? זוהי שאלה מורכבת אודות זכותו של מיעוט - מהי? מה יקרה אם תינתן לכל קבוצת מיעוט לפעול כרצונה? מי מגן על החלשים בתוך קבוצות המיעוט? האם המדינה מחויבת כלפי החלשים בקבוצות המיעוט?

**נק' המוצא** – **בלעדיות / צנטרליזם של משפט המדינה**. הנחה, לפיה משפט המדינה הוא המשפט היחיד בתוך הטריטוריה החברתית-גיאוגרפית-פוליטית, הוא מקור הסמכות העליון לנורמות משפטיות, הוא היחיד הקובע מהו משפט, מהן המקורות והתכנים של המשפט. מתפיסה זו נובע, כי כל מיני נורמות שמקורן איננו ממשפט המדינה, אינן משפט. אם לא מדובר במשפט, מה זה? נורמות חברתיות, מוסכמות, פרקטיקות מקובלות, מנהגים וכו'.

בתוך תפיסה כזו, היש מקו לפלורליזם, לריבוי? לכאורה, לא. יחד עם זאת, אנו מוצאים התייחסות בכתיבה **לפלורליזם בתוך משפט המדינה – פלורליזם חלש, מדינתי**. **פרופ' רות קידרי – פלורליזם הוראתי**.

לפי תפיסה זו, משפט המדינה הוא אכן היחידי שקיים, אך **בתוך משפט המדינה ניתן למצוא ריבוי**. **ריבוי של מה? של תכנים, ולעיתים ריבוי של מוסדות**. אין מדובר בדבר שהוא מחויב למציאות, הדבר תלוי ברצונו של משפט המדינה – אם ירצה, ייצור מערכת אחידה לחלוטין, משפט אחד לכולם, בו אין מקום לחריגים, המשפט חל במדויק על כל אזרח, יש רק מוסדות של משפט המדינה. מאידך, אם המדינה תרצה, לא יהיה שום פלורליזם בתוך משפט המדינה.

אולם, לפעמים, אנו רואים מצבים, בהם בנק' זמן מסוימות, משפט המדינה חשב כי זה ראוי ואולי אף כדאי להכליל בתוכו נורמות שמקורן מחוץ למערכת המוסדית של יצירת משפט, של משפט המדינה. **משפט המדינה עצמו עוסק בדיון הנורמטיבי – האם ראוי שיהא ריבוי של כללים בתוך משפט המדינה עצמו?** על הרוב יחול כלל משפטי אחד, ועל חלק אחר של החברה יחול כלל משפטי אחר, המתאים להם יותר. זוהי תפיסה של **העולם הראוי** – **ראוי שמשפט המדינה יעניק מקום לנורמות של קבוצה חברתית מסוימת**, **הנורמות ימצאו מקומם בתוך הכללים של משפט המדינה עצמם.**

אם מעניקים לגיטימציה למשפט של קבוצות המיעוט, הדבר הופך להיות משפט המדינה למעשה. עקרונית, מדובר במעין **אמצעי** **שליטה במיעוטים**. האמצעי מחזק את המדינה ומהווה פיקוח טוב על קבוצות מיעוט. זוהי **מטרה אינסטרומנטלית ליצירת פלורליזם בתוך משפט המדינה עצמו**. בעת התנגשות בין משפט המדינה למערכת משפטית של המיעוט – החוק המדינתי יהיה עליון מבחינה נורמטיבית. **משפט המדינה גובר, הוא שומר על עליונות נורמטיבית.**

משפט המדינה תופס עצמו כמערכת המשפטית היחידה והבלעדית. אם הוא רוצה, יכול הוא להכליל בתוכו כללים משפטיים, כאשר הוא הקובע את המעמד שלהם. אם קיים משפט של מדינה, שהחליט להכניס לתוכה נורמות ומוסדות מבחוץ, אזי **שקיים ריבוי, ריבוי של מקורות משפט או מוסדות שיפוט**. **מרגע שהנורמות והמוסדות נכנסים, הם הופכים להיות חלק ממשפט המדינה, והם פועלים אך בתוך המסגרת שמשפט המדינה קובע.**

**האם המשפט של מדינת ישראל הוא פלורליסטי במובן של הפלורליזם החלש/מדינתי?**

* מערכת הדין האישי – כללים משפטיים ומוסדות, שמקורם מלכתחילה איננו ממשפט המדינה.
* כמו כן, יש לנו **נורמות ברבדים שונים**, **יש ריבוי של תכנים.** בתחילה, היה לנו נורמות של המשפט המנדטורי, שעם חלקן אנו חיים גם כיום – פקנ"ז, למשל. ריבוי של כללים שמקורם בדין המנדטורי והעות'מני. גם בתוך הדין המנדטורי יש ריבוי – כל פקודה הגיעה ממקור שונה.
* **בישראל יש ריבוי של מקורות משפט** – חקיקה, פסיקה, מנהגים (המנהג כמקור משפטי מחייב), המשפט העברי (מכוח חוק יסודות המשפט).
* **חוק החוזים – איך מפרשים חוזה?** יש לבחון מהו **אומד דעת הצדדים**, הסדרה פרטית של הצדדים. אם לא ניתן, בוחנים **חוזים מאותו סוג** – מנהגים של אותו עולם מסחרי בו נכתבים חוזים. בוחנים את השדה הרלוונטי, האם יש דפוסי / נורמות מקובלות. אם השופט קובע נורמות משפטיות לפי תוכן החוזים המקובל, הוא **מאמץ נורמה שמקורה הראשוני איננו במשפט המדינה** - **לריבוי מקורות**.
* **בית הדין הרבני – אימוץ כפול – נורמות ומוסדות.** ביד"ר פוסק לפי ההלכה וכפוף לכללים משפטיים המופנים אליו במפורש (חוק יחסי ממון, למשל). מנק' מבט של משפט המדינה, כאשר ביד"ר פוסק לפי דין תורה, לפי מה הוא פוסק? הוא **פועל כחלק ממשפט המדינה**. האם הכל אומץ? לא, אלא רק מה שרלוונטי לענייני נישואין וגירושין בין בני זוג. **משפט המדינה הוא שבוחר מה תהיה מידת הפלורליזם בתוכו, הוא תוחם** – נבחר מוסד משפטי, תחום מדיני הישות וחלק מסוים בדין, שמקורו איננו ממשפט המדינה.

אין ייחודיות לביד"ר, כאשר הוא עוסק בתביעה אזרחית, אין הבדל בינו לבין בוררות, למשל. כך משפט המדינה החליט להתייחס לזה.

**פ"ד צבן** – מפלגה פוליטית ע"י ספרדים-חרדים, שהקימה לעצמה מועצת חכמים, ובראשה עמד עובדיה יוסף, הרב הראשי. הח"כ **יאיר צבן** הגיש עתירה לבג"ץ – הרב עובדיה צריך להחליט, או שהוא דיין בביד"ר העליון, או שהוא פוליטיקאי. הדיין הוא עובד מדינה, מבצע תפקיד שיפוטי על פי דין, ועל כן לא ייתכן כי הוא יעמוד בראש מועצת חכמים של מפלגה פוליטית. יש לכבד את עיקרון הפרדת הרשויות ועקרונות האתיקה. **ב"כ עובדיה יוסף** טען כי דיין הוא לא שופט. לדיין ריבוי תפקידים, הוא לא רק בתפקיד שיפוטי. **ביהמ"ש העליון קבע, כי במדינת ישראל דיין הוא עובד ציבור, ולא ייתכן שיהיה גם אדם פוליטי. משפט המדינה עצמו הוא המחליט את האופי של המוסדות שהוא מכליל אל תוכו, מעצבם כרצונו.**

**למשפט המדינה סמכות לקבוע את מידת הריבוי, הוא רואה עצמו כשליט על כל השדה המשפטי.**

**פלורליזם תיאורי –**

לא מדבר בתאוריות/גישות, אלא **צורת הסתכלות מחקרית**, פרספקטיבה להסתכלות על החברה. כעניין תיאורי, האם בתוך טריטוריה מסוימת (לאו דווקא מדינה) יש יותר ממערכת משפטי אחת? אם כן, אזה שיש פלורליזם, ריבוי מערכות משפט. אם לא – אין פלורליזם, כעניין תיאורי, יש רק מערכת אחת. זהו **פלורליזם תיאורי / חזק**. קשה למצוא מדינה בה לא קיים ריבוי של מערכות משפט.

**מתי מתחיל משפט? מאיפה מתחיל משפט? נתייחס למערכות סדר נורמטיביות שהן אפקטיביות.**

**החברה הישראלית** – יש לנו את המשפט של מדינת ישראל, הוא קיים. האם יש מערכות צדק נורמטיביות נוספות? כן, התאחדויות ספורט, משפט דתי (יהודים, נוצרים, מוסלמים – לא רק ריבוי של נורמות, אלא גם ריבוי של מוסדות), מערכת משפט במקומות עבודה – בית דין משמעתי, הפוסק לפי תקנון משמעתי, אגודות שיתופיות, אוניברסיטה, תאגידים, מערכת משפט של העולם התחתון.

ביחס לחלק מהגופים לעיל, יכול משפט המדינה לקבוע – יש להם משפט, או מערכת צדק נורמטיבית, כי אני קבעתי אותה. איזו מערכת סדר נורמטיבית יש בצבא, למשל? חש"צ. בהתאחדות לכדורגל? חוק הספורט הסמיך התאחדות לספורט לקבוע תקנונים.

טענה מסוג זה לא יכולת להיטען בחלק מהגופים, לדוג' – עולם התחתון. **כמו כן, המשפט לא יכול לטעון כי הוא מקור הסדר הנורמטיבי גם בצבא.** יחידה קרבית, למשל, לא פועלים רק לפי החש"צ. אלא, בדין הצבאי עצמו יש מערכת פורמלית ויש הסמכה לשיפוט ע"י מפקד, ולא ע"י בתי הדין הקבועים. יש הנמקה סוציולוגית, מעבר ליעילות. בצד הכתוב בחש"צ, י**ש בתוך יחידות מסוימות בצבא מערכת סדר נורמטיבית לה אין שוק קשר למערכת הפורמלית. לקבוצה החברתית הזו יש מערכת סדר נורמטיבית משלה.**

**אנו נמצאים במצב של פלורליזם תיאורי, כאשר יש יותר ממערכת סדר נורמטיבית אחת בתוך הטריטוריה בחברתית-גיאוגרפית-פוליטית**. **זהו מצב בו התנהגות מסוימת של אדם כפופה ליותר ממערכת נורמטיבית אחת. מצב בו אדם מצוי בו זמנית בתוך ריבוי של מערכות סדר נורמטיביות בחייו**. חלק מהמערכות ניתן פורמלית למצוא להם עיגון ומקור הסמכה במשפט המדינה, וחלק לא. העולם התחתון, בתי דין צדק ויחידות צבאיות לא פועלים מכוח משפט המדינה.

המעניין אותנו בהסתכלות החברתית **– איך רואים את המצב האנשים הנמצאים בשדה החברתי?** האם הם רואים עצמם כפופים למשפט המדינה? מה כוחו של משפט המדינה בתוך השדות? התשובות מגוונות.

הקונספט – **משפט הוא לא דבר אחד**. בישראל יש לנו אוסף של מערכות. כשאדם מבצע התנהגות מסוימת, הוא יכול למצוא עצמו כפוף ליותר ממערכת סדר אחת. אם זהו המצב התיאורי, אזי שיש פלורליזם.

**מדינת ישראל עצמה היא שחקן אחד בתוך מערכות משפט, היא חלק מאומות העולם שחל עליהם המשפט הבינלאומי**, היא חברה בארגוני סחר בינלאומיים להם מערכות משפט וכו'. גם עבור חלק מהקבוצות הנמצאות בתוך ישראל, להם מערכת סדר נורמטיבי, הגבולות של המערכת אינם מוגבלים אך לאלו של ישראל.

* ההלכה היהודית – מהו הגבול הגיאוגרפי של המשפט העברי? כל מקום בו נמצאים יהודים מאמינים, בכל העולם. דוג' נוספת – ההלכה המוסלמית מתפתחת לא רק בחכמי הדת הנמצאים בישראל, **לדת אין גבולות**. יש לנו חיתוכים של מערכות המשפט מישראל שהם לא תיחומים גיאוגרפים בלבד.

אם זהו התיאור, אזי שיש לנו **ריבוי של מערכות יחסים, אפילו בתוך המדינה עצמה**. אדם חרדי מקיים קשר עם הקהילה שלו. הייתכן כי הוא מקיים קשר עם קהילות נוספות? כן – מוסד חינוכי, או בעבודה. האם הוא חלק מהמדינה, האם הוא אזרח של המדינה? כן. **אינהרנטית, אנו מוצאים ריבוי של מערכות קשר בין הפרט לקהילה, בין הפרט למדינה ובין הקהילה למדינה**. היחסים משפיעים אחד על השני. אין זה נכון לכל אדם במדינה, ייתכן שקיים אדם הנמצא ישירות מול מערכת המשפט של המדינה. **בין הפרט למדינה חוצץ שדה ארגוני.** אם נתאר את המצב, ככזה בו האזרח מקיים את חובותיו רק כלפי המדינה, הרי שאנו מאבדים מההקשר החברתי של עולם המשפט. אם אנו מתייחסים רק ליחסים של הפרט עם המדינה, זו טעות.

**בחינת מערכות הקשר** – **מה קורה בפועל?** מהם הכוחות הפועלים, מה משפיע על מה? במידה רבה, **משפט המדינה עצמו הוא שחקן מרכזי מאוד, גם כשיש פלורליזם תיאורי.** מדוע? בד"כ, כעניין עקרוני, למשפט המדינה יש לו טענה נורמטיבית ביחס להתנהגות של כל פרט, בייחס להתנהלות של כל קבוצה חברתית. הוא תופס עצמו כשליט על הכל. מי שנמצאים במערכות סדר אחרות לא רואים זאת כך.

איך משפט המדינה מנסה לחדור לשדות חברתיים אחרים, להשליט את הנורמות שלו או לשנות את השדות הנורמטיביים האחרים? איך השדות החברתיים מגיבים לעולם המשפט של משפט המדינה? האם הם מכפיפים עצמן, או שמא מתנגדים? האם הם עסוקים בפרקטיקות של מעין ציות, אך פועלים באופן אוטונומי לפי המערכת הפנימית שלהם? איך שדות חברתיים משפיעים על משפט המדינה עצמו?

חשיבה מסוג זה, המפצלת את תופעת המשפט, מאפשרת לנו לחקור את תופעת המשפט בכלל, ואת משפט המדינה עצמו, באופן שונה לחלוטין.

התנועה הקיבוצית –

קבוצה חברתית, שהיא חלק מהחברה הישראלית, אשר חבריה נחשבים כאליטה. לקבוצה יש כוח פוליטי עצום, ניתן למצוא בקרב החברה הזאת **חוסר מודעות לעובדה שמשפט המדינה הוא מסדיר אותם**. אפילו בשנות ה-90' הם לא היו מודעים ל שלפעולות שלהם ביום יום וההחלטות שלהם הינם לפי משפט המדינה – זה היה "גילוי" מבחינתם. יש לזכור, שזאת קבוצה שהיא מאוד קשורה להוויה הישראלית.

יש תשובה, לפיה "פקודת האגודות" מייצג בכלל משפט בריטי. תשובה שנייה – סנקציות חברתיות הן מאוד יעילות. תשובה שלישית – יש אידאולוגיה כנגד משפט.

אולם, אף אחד לא שם לב להתפתחות משפט הקהילה הקיבוצי – היה את הקהילה, המדינה והפרט, אך היה עוד גוף – **ההסתדרות** (ולאחר מכן התאחדות הקיבוצים). זה מה שגרם להדחקה וליצירת התודעה, שפועלים לפי מסמכים משפטיים ולא לפי משפט של המדינה.

**זאת לא תופעה ייחודית לתנועה הקיבוצית** – ניתן לראות זאת בעוד קבוצות משפטיות. אולם, מנקודת מבט פלורליסטית, רק כך ניתן להבין את המנגנונים החברתיים, לכן היא תהיה מאוד רלוונטיות – למה מצייתים לחוק ואיזה חוק? יישוב סכסוכים – למי פונים, מתי פונים, מתי לא פונים?

**שאלת הציות לחוק –**

המצב האידיאלי הוא כאשר קיים ציות מלא לחוק, ואין צורך להפעיל אמצעי אכיפה (שעולים "לקופה הציבורית" הרבה כסף). ציות וולונטארי הוא מצב אידיאלי עבור הרשויות ולכן חשוב להן להבין מה מביא אנשים לציית לחוק, כדי להעלות את שיעורי הציות הוולונטארי.

**הגישה המאיימת / ניתוח כלכלי של המשפט –**

בניתוח הכלכלי של המשפט אנו מוצאים כתיבה רבה בשאלת הציות לחוק. לפי גישה זו, שאלת הציות ברורה – מתי אדם יציית? מיהו האדם שעליו מדברים בניתוח הכלכלי? **האדם הרציונלי**, המבצע תחשיב של עלות ותועלת. אדם יציית לחוק, אם התועלת שתגרם לו כתוצאה מהציות עולה על ההפסד/עלות. בניתוח הכלכלי המסורתי מתייחסים ל-3 שיקולים, אדם ניצב מול השאלה האם כדאי לציית לחוק או להפר אותו, הוא מביא שלושה גורמים בחשבון –

1. **שאלת ההסתברות להיתפס – וודאות התפיסה**. מדובר על התפיסה הסובייקטיבית של העבריין לגבי סיכויי להיתפס ולהיות מופלל.
2. **גובה / חומרת הסנקציה** – אדם רציונאלי בודק מה עלות הסנקציה, מה יקרה אם יתפסו אותו.
3. מ**שך הזמן שחולף בין מועד ההפרה ועד המועד שבו מושתת הסנקציה** – מדובר בשיקול זוטר. כמה זמן אוכל ליהנות מפירות ההפרה?

אנו, כקובעי מדיניות, נוכל ליצור את עקומת ההרתעה. נבצע תחשיב של אדם רציונלי ונבנה את החוק בצורה כזו, שהוא ירתיע באופן מקסימלי את מרבית האנשים. מהי הנק' בה תוכן החוק הספציפי ישיג את מקס' ההרתעה מבחינת התחשיב של האנשים?

בביצוע המחקר האמפירי, מגלים כי השאלה הראשונה – **מהי הסתברות התפיסה?** – היא שאלה מכרעת בהחלטות של האנשים. וודאות התפיסה, כפי שמחקרים הראו, היא ממד סובייקטיבי לחלוטין, לאנשים אין באמת מידע אודות ההסתברות שיתפסו אותם, אלא הם עובדים לפי הערכות סובייקטיביות שלהם.

* לדוג' – מה ההשפעה של מכתבים שאדם יקבל מרשויות המס? שאלת חומרת הסנקציה משפיעה על התחשיב, אך ורק כאשר רמת הוודאות של התפיסה גבוהה. אם רמת וודאות התפיסה נמוכה, חשיבות חומרת הסנקציה מינימלית. העונש מתחיל להיות רלוונטי, אך כאשר וודאות התפיסה גבוהה. רק כשהסיכוי להיתפס גבוה, נכנס השיקול של גובה הסנקציה.

עבירה שמבחינה סובייקטיבית אנו חושבים שיש סיכוי קטן שיתפסו – מעבר באור אדום. המדינה מנסה להעלות ולהגביר אצל האנשים את התחושה שיתפסו אותם – מצלמות. דוג' נוספת – העתקת תוכנות מחשב, או הורדת שירים – התפיסה הסובייקטיבית: אין סיכוי שיעלו עלי. עם השנים, התפיסה הסובייקטיבית בנוגע לוודאות התפיסה השתנתה, נוכח המגבלות על האינטרנט.

למה תחשיב כלכלי יכול להיות בעייתי?

**הנחת המוצא כי האדם רציונלי בעייתית. אנו לא פועלים על סמך מידע מלא**. לרוב האנשים אין מידע לגבי סיכויי ההיתפסות או גובה הסנקציה.

כמו כן, יש כשלים רבים – **הטיות קוגניטיביות**, המשפיעות על מידת הרציונליות בעת קבלת החלטה. יש הוכחות רבות בכלכלה ההתנהגותית שמראות כי **אנשים אינם באמת רציונליים** בקבלת החלטות כלכליות. אם אנשים אינם רציונליים בעת קבלת החלטות כלכליות, מדוע שיהיו רציונליים בהחלטות לגבי ציות לחוק?

הכלכלנים מדברים על הרתעה יעילה אבל יש סוגי עבירות שלא ניתן לדבר במסגרתן על רציונאליות, ולפעמים פשוט לא ניתן לתת הסבר כלכלי. **ניתוח של עלות תועלת לא רלוונטי לעבירות.** לדוג' – עבירות מתוך דחף, או כתוצאה ממחלה נפשית. האדם לא רציונלי, הוא לא שוקל שיקולי עלות-תועלת. אולם אם זה נכון שהתפיסה הסובייקטיבית משפיעה, הרשויות יכולות לעשות מניפולציה כדי לגרום לאנשים לחשוב שיתפסו אותם, כדי להביא לשיעור גבוה יותר של ציות. לשם כך ניתן אולי להבליט בחדשות עבריינים שנתפסו כדי ליצור הרתעה.

* דבר מעניין נוסף העולה מהמחקרים – הסנקציה שלא משפיעה על רמת הציות היא עונש מוות.

גם **סנקציות לא פורמליות** אמורות להיכנס לתחשיב – מה יקרה לי אם אני אעבור עבירה? רלוונטי לשאול אם יוטלו עלי סנקציות חברתיות.

**חשיבה נורמטיבית –**

כיצד ניתן לבדוק מדוע אנשים מצייתים? מתי נשאל, ואיזה אנשים נשאל? האם יינתנו לנו תשובות נכונות ואמתיות? לא. מתעוררות שתי שאלות לעניין הציות –

1. **שאלה תרבותית** – **שאלת המוסר**. אנו קובעים אם לציית או לא, לפי מידת ההסכמה שלנו עם תוכן המשפט. האם הוראת החוק הולמת את תפיסת הצדק והמוסר? **ככל שיש הלימה גבוהה יותר, כך הנכונות שאנשים מביעים לציות לחוק גבוהה יותר.** זהו מימד תרבותי, ולא רק אישי, שכן המוסר הינה תפיסה קולקטיבית, חלק מתרבות של קבוצה. אם אדם יחשוב שמטרות המיסוי ראויות, רמת הציות תהא גבוהה.
2. **עמדת "קבוצת השווים"** – מה יחשבו עליי בקבוצה החברתית? ההיגיון מאחורי זה הוא לחץ חברתי, פיקוח חברתי וחשש מסנקציות לא פורמאליות.
3. **הצדק הפרוצדורלי** / הלגיטימציה של מקבל ההחלטות – הרבה מחקרים מראים, **שכשאנשים רואים את המערכת שקיבלה את ההחלטה כלגיטימית, הנטייה לציית גבוהה**, שאלת הלגיטימיות של מקבל ההחלטה היא גורם בעל משמעות רבה מאוד לעניין הציות לחוק.
* לדוג' – מחקר שנערך ותפס אנשים למשפט, ברגע שהם יצאו ושמעו את ההכרעה. העבירו אליהם את השאלות – לא היו הבדלים בתשובות בין מי שזכה והפסיד. מה שהשפיע לשאלת הציות – עד כמה אתה תופס את מקבל ההחלטה כלגיטימי.

תפיסת הצדק הפרוצדורלי –

**אנשים בוחנים את הלגיטימיות של מקבל ההחלטה, בהתאם לשאלה עד כמה מקבל ההחלטה והפרוצדורה של קבלת ההחלטה כיבדו אותם**. החוויה האישית של האדם, ומה שהוא חשב על ההליך ועל מקבל ההחלטה הם שקובעים את **הלגיטימיות, המשפיעה על רמת הציות**. ככל שמידת הלגיטימציה שהאזרח נותן למחוקק / לשופט / לוועדה המחליטה גבוהה יותר, כך הסיכוי שיציית גבוה יותר. הרעיון שעומד מאחורי המשתנה הזה הוא הרצון של כל אחד מאיתנו שיתייחסו אלינו בצורה מכבדת. אנחנו בוחנים את הפרוצדורה שבאמצעותה החליטו על הנורמה, עד כמה היא נותנת לנו יחס של כבוד. מדובר במשתנה בין-אישי, אנשים רוצים להרגיש שמכבדים אותם, שהם חברים חשובים ומוערכים בחברה, כך הם שופטים את ההליך שבאמצעותו התקבלה ההחלטה בעניינם. **הקריטריונים / המדדים** –

* **מידת הניטרליות של מקבל ההחלטות** – מיעד כמה אני תופס את מקבל ההחלטה כניטרלי? כפועל ללא משוא פנים?
* **כוונות טובות** – עד כמה פעל מקבל ההחלטה ממניעים טובים? האם כוונות טובות שראויות לאמון הן אלו שהנחו את מקבל ההחלטה?
* **עד כמה מקבל ההחלטה הכיר בסטטוס שלי כאדם בחברה, והתנהג כלפי באופן מכבד?** האם מתייחסים אלי כאדם? איך המערכת מתייחסת אל התובע, או הנתבע? אנשים מחפשים את היחס האישי, שהשופט יקשיב להם, שיסתכל עליהם

הגורמים הללו הם **משתנים סובייקטיביים**. כל אחד קובע זאת בעצמו והדבר משפיע על מידת הציות שלו. **הקריטריונים קובעים את הלגיטימיות של מערכות משפט, את רמת הלגיטימיות שאנשים מעניקים** **למערכת המשפט**. לפי המחקרים, הגברת הצדק הפרוצדורלי, יכולה לגשר על הבדלי תוכן ואינטרסים.

איך ביהמ"ש והכנסת מקבלים החלטות? כיצד המשטרה מתנהלת כלפי חשודים? הממדים הבין אישיים הם בעלי כוח עצום. כיום, יש מודעות רבה לכך, **יש ניסיונות של המערכת לפעול בשקיפות, להראות את ההגינות של ההליך, על מנת להגביר את המימד של הצדק הפרוצדורלי**, **שכן הוא משפיע על תפיסת הלגיטימיות של מקבל ההחלטה, לה השפעה על הנכונות לציית להחלטות.**

* כמובן, שיש סכנה – אם מתמקדים בצדק פרוצדורלי יותר מידי, יש סכנה להסטת תשומת הלב מבחינת תוכן ההחלטה.

האם תפיסה של צדק פרוצדורלי יכולה לגשר על מחלוקות, כאשר אנו עוסקים בהקשר רב תרבותי?

המחקרים הראו, שלגבי המשתנים של הצדק הפרוצדורלי (מידת האובייקטיביות, כוונות טובות וההתייחסות) אין הבדלים בין אנשים מקבוצות חברתיות שונות, אותם משתנים חשובים לאנשים שונים. הממדים הללו זהים. אולם, טבעו של הנושא השפיע על שאלה – מהי הפרוצדורה ההוגנת? יש הבדל לעניין סוג השאלה מהי ההחלטה שצריכה להתקבל

**שאלות של מידת הצדק הפרוצדורלי הקובעות את לגיטימיות מקבל ההחלטה חשובות יותר, אם מקבל ההחלטה נתפס ע"י האדם כשייך לאותה קבוצה חברתית שלו**. מדוע? המשתנים של הצדק הפרוצדורלי נובעים מהרצון של האנשים שיתייחסו אליהם בכבוד, כאנשים מתוך קבוצה חברתית, שיכירו בסטטוס שלהם כחברים מוכרים בקבוצה. אם מקבל ההחלטה נתפס כלא שייך לקבוצה החברתית, השאלה אם הוא התייחס אלי באופן מכבד פחות חשובה לי. **אם מקבל ההחלטה נתפס כגוף שנמצא מחוץ לקבוצה** החברתית של האדם, השאלה האם האדם יציית לחוק או לא, תלויה במידת ההסכמה עם התוכן של ההחלטה ולא עם משתני הצדק הפרוצדוראלי. מבחינת הלגיטימיות, תוכן ההחלטה שתתקבל יהיה חשוב יותר. **מנגד, כאשר מקבל ההחלטה נתפס כחלק מהקבוצה החברתית, התוכן פחות מהצדק הפרוצדורלי**.

דוג' לשאלה –

החברה הישראלית היא חברה רב תרבותית. אחת ההחלטות שממשלת ישראל קיבלה –גיוס החרדים. הועלו רעיונות שונים. **שאלה לדוג' (כמו במבחן) –**

כתוצאה מהחלטת בית המשפט העליון לביטול "חוק טל" (העוסק בשאלת גיוסם של בני ישיבות חרדיות לצבא) הגיש ארגון חברתי התומך בקיום נטל חובות שווה בין מגזרי החברה הישראלית נייר עמדה לממשלה, אשר אמורה להחליט בעניין בקרוב.

חברי הארגון שקלו מספר חלופות (המפורטות להלן), ובין חבריו התגלעה מחלוקת באשר לרציותם של צעדים שונים.

בין ההצעות שהועלו ע"י חברי הארגון היו ההצעות הבאות:

א.      הטלת סנקציה פלילית (מאסר של שלוש שנים) על כל מי שיימצא כשיר לגיוס לצבא, ויסרב להתגייס.

ב.      הטלת קנסות כלכליים על מי שימצא כשיר לגיוס ויסרב להתגייס (לדוגמא – הטלת קנס של 10,000 ש"ח לשנה במשך 3 שנים).

ג.       הטלת קנסות כלכליים על ראשי הישיבות ו/או על הישיבות עצמן.

ד.      הקמת מנגנון פיקוח, אשר במסגרתו יפורסמו, אחת לשנה, נתוני הגיוס מכל אחת מהישיבות בעולם החרדי.

ה.     שלילת אפשרות של מי שנמצא ראוי לגיוס ומסרב להתגייס להתקבל לעבודה בשירות הממשלתי.

**תשובה** –

העולם החרדי מתאים לחשיבה של פלורליזם תיאורי. יש לנו קבוצה חברתית עם עולם תרבותי משלה, נורמות משלה. זוהי קבוצה סגורה. מה המדינה רוצה לעשות? היא מנסה לחולל שינוי חברתי–תרבותי בתוך הקבוצה. זוהי דוג' אחת לשאלה קריטית – **האם משפט יכול לחולל שינוי חברתי?** **תלוי**.

איך מתרחש שינוי תרבותי בד"כ? באופן הדרגתי? ע"י תהליכים פנימיים? ההליך פנימי לקבוצה. מה נכון יותר לעשות? **פעולות של "זבנג"** – פעולה דרסטית וחד-פעמית, או להבין שתהליכים לוקחים זמן, שיש לעשותם בשיתוף פעולה, למצוא את השפה הפנימית שהקבוצה החברתית מבינה ולהשיג את השינוי במושגים המקובלים על הקבוצה, למצוא את הדרכים לשמוע את הקבוצה עצמה.

החברה החרדית כיום שונה לחלוטין מבעבר. החברה עברה הליכי שינוי רבים. ועדין, הגרעין של האמונות ביחס לחברה הכללית לא השתנה. עיקר העיסוק של ח"כ חרדים היה בעבר בעניינים הקשורים לאינטרסים הפנימיים של הקבוצה – לא השתנה. האם הם השתתפו בממשלה? לא. בשנות ה-80 וה-90 אין שרים, אך יש ח"כ המשמשים כסגני שרים (יהדות התורה). שרים ותפקידים ביצועיים ברשות המבצעת מוצעים לחרדים, אך לא ברשות השופטת של המדינה. בכנסת וברשות המבצעת אנו מוצאים יותר ויותר חרדים, והעיסוקים שלהם אינם רק בעניינים הצרים של הקבוצות שלהם, אלא הם עוסקים בכלל התחומים – בנקאות, איכות סביבה וכו'. אנו רואים הליך הדרגתי, אך חשוב מאוד. **יש יותר התפתחות למדע וטכנולוגיות, הכל מתוך התפיסות הפנימיות של הקבוצה.**

מה המדינה ניסתה לעשות בדרך פעולתה בעניין הגיוס? **חוק טל היה ניסיון לפשרה**. פעולות הנעשות בהסכמה, בשתיקה, הדברים נעשים תוך כדי דיון ושיתוף פעולה**. פעולות מסוג זה יש להם יותר לגיטימציה**. זהו הליך של קבלת ההחלטות, המתקבל יותר טוב מאשר "זבנג".

**מציאת שותפים פנימיים בתוך הקבוצה הינה חלק מרכזי מאוד**. לדוג' – פעולה חכמה של הרבנות הראשית שניסתה להשפיע על המנהג של נישואי קטינות של העדה הגרוזינית. הרבנות הראשית ביצעה פעולה בקהילות, דרך הרבנות של הקהילות, ניסיון לקחת אנשים בעלי סמכות, שידעו להמשיג את הבעיה, לדבר אל ליבם של ראשי הקהילה. הליכים אלה לוקחים שנים, הצלחה לא מובטחת, אך תמיד ניתן להתאים ולתקן, למצוא משתפי פעלה נוספים.

**כיום, יש ניסיון לקבל החלטות חדות, ללא הידברות** – האם חכם לפעול דרך זו?

* **עניין התמריצים** – תמריצים כלכליים. תפיסת העולם העומדת מאחורי תמריצים כלכליים – תפיסה שוקית, אם נשלם הם יתגייסו. תפיסה של ניאו-ליברליזם – כל דבר ניתן לקנות בכסף. **מדוע לשלם על משהו שלא אמור להיות שוקי?**
* **סנקציות פליליות מול כלכליות** – האם סנקציות פליליות מצד המדינה מתקבלות ע"י העדה החרדית בדומה לסנקציות כלכליות? יש תפיסה תרבותית שונה לגמרי. מי שילך לכלא ייחשב כגיבור, הוא לא אדם הנענש ע"י המדינה. **יש שוני לעניין משמעות הסנקציה**. שליחת ראש הקהילה לכלא – גורם לחידוד חברתי חזק יותר מול האויב, תרעומת מצד החברים. כל ההישגים מן השנים האחרונות עשויים להימחק. לקבוצה חברתית יש הבנה אחרת של הסנקציות.

**מידת הלגיטימיות של הכנסת לקבל החלטות** – מחד, הם נמצאים בכנסת ומצביעים. האם הדבר יתקבל כהליך הוגן? **האם הכנסת נתפסת כמוסד הנמצא באותה הקבוצה החברתית? לא, הצד הפרוצדורלי לא יהא רלוונטי.**

**התפתחות סכסוכים –**

משפט חוקתי, כמעט כולו, עוסק בפסקי דין. כלומר, אנו רואים פסקי דין רבים בהם המדינה היא התובעת. אנשים שיש להם בעיות, מגיעים אל המשפט ומגישים תביעות. בשיח הציבורי, אנו מוצאים טענה חזקה יותר – יש יותר מידי תביעות. בתי המשפט קורסים. יש לנסות ולצמצם את מס' התביעות. כיצד עושים זאת?

**למי יש אינטרס לטעון כי יש יותר מידי תביעות?** מי יוזם טענות אלה? מי שתובעים אותו. כמו כן, גם המדינה יכולה לטעון זאת, שכן מערכת המשפט עולה כסף. בארה"ב, באמצע שנות ה-70 ולאורך שנות ה-80 הועלו טענות חזקות מאוד – מה קרה לנו כחברה? איפה הסולידריות החברתית? איפה היכולת של האנשים להסתדר? איך הפכנו להיות חברה הרודפת זכויות? אלו הן טענות מוסריות.

בארה"ב, משנות ה-70 ועד היום יש שיח כנגד התדיינות משפטית. יש אמירות של נשיא בית המשפט העליון הפדראלי ושל אנשי ימין, שהחברה האמריקאית הפכה להיות כזאת ש"רצה" בכל עניין לבית המשפט, והמוסדות שיכולים לתווך בסכסוכים (כמו הכנסייה, וועדי השכונות וכו') פשוט איבדו את תפקידם והדבר לא בריא לחברה**. מאחורי השיח הזה עומד בצורה די ברורה הרצון ליצור רפורמות משפטיות שיגבילו את היכולת לתבוע את התאגידים הכלכליים או לקבל פיצויים ראויים בגין הנזקים שהם יוצרים**. המחקר הצליח לזהות את טביעות האצבעות של חברות הביטוח, שרצו להשיג רפורמה נזיקית, שתגדיל משמעותית את היכולת לתבוע.

קמה קבוצה חוקרים, שרצתה לבחון – האם זה נכון? לאו דווקא מן הבחינה המספרית. ראשית, נמצא שיש תחומים שבהם יש הרבה תביעות, בעוד ישנם תחומים בהם כמעט ואין תביעות אף שאולי היינו רוצים שיהיו. שנית, בבתי המשפט אנו מוצאים רק חלק קטן מהסכסוכים הקיימים. אף כשנותנים בידי אנשים כלי משפטי, פעמים רבות הם עושים בו שימוש מועט. ללא הבחינה הזו, לא ניתן יהא לומר דבר על מסגרת ההתדיינות.

**"היווצרותם של סכסוכים והישתנותם"** – **המאמר איננו אמפירי, או מחקרי, אלא זהו מאמר שמטרתו היא לנסות ליצור חשיבה ושפה אחרת, בה נדבר על סכסוכים**. שאלת השפה חשובה מאוד למחקר. החוקר יוצר מושגים, בונה מודל, ומנסה לבחון את תקיפות המודל על פי שיטות שונות של מחקר אמפירי. אם אנו רוצים לחקור תופעה, אחד הקשיים הוא להבין על מה כל אחד דיבר. הקושי מתעורר בשל **העדר מכנה משותף מושגי**. המאמר הוא הצלחה אקדמית, שכן הוא יצר שפה פשוטה. ההתקבלות שלו הייתה נרחבת. כיום, אנשים עושים שימוש במונחים הללו, כולם יודעים למה הכוונה.

כעניין מחשבתי, מאחורי השפה הזו עומד רעיון, לפיו **יש להסתכל על סכסוכים כאל מבנה חברתי**, עלינו ללכת אל השטח, אל האנשים, אל הגופים והארגונים הפועלים, ולנסות להבין איך הם חושבים, מרגישים ופועלים. **המאמר מתכוון ליצור מסגרת תיאורטית למחקר אודות ההבניה החברתית של סכסוך**. ברובד הגלוי של המשפט, אנו רואים אך את קצה הקרחון של העולם החברתי של הסכסוכים, כעניין כללי. **יש לבחון, מהם החיים האמתיים של בעיות חברתיות, וכמה מהן מתרגמות לתביעות משפטיות.**

המאמר מתייחסת בעיקר למשתנים פסיכולוגיים, אישיותיים וחברתיים, המשפיעים על אופן ההבנה והפעולה של אנשים בחיי היומיום שלהם, ולהתייחסות שלהם למערכת המשפט. נוסיף רובד נוסף - המשפט עצמו. זהו משתנה רלוונטי להבניה החברתית, ולאופן בו אנשים מתנהלים.

**הסתכלות כזו על חיי היומיום, על מה שאינו גלוי מתיקי בתי המשפט, הוא הרובד החשוב ביותר שהמאמר מלמד** – **על כל הסכסוכים שנעלמו בדרך**. ייתכן כי הוחלט שלא להמשיך בהם. מדוע חשוב לדעת זאת? מדוע חשוב להבין את התופעה הזו? **אם הבעיות לא מתרגמות לאמצעים שהמשפט מעניק, משמע יש בעיה. אם חשוב לנו שהעניינים יגיעו למערכת המשפט, מחקר כזה עשוי להסביר לנו למה.**

* דוג' – האם יש אפליה בעולם העבודה בישראל? כן. כמה תביעות מוגשות מידי שנה מכוח החוק המורה על איסור אפליה בקבלה לעבודה – חוק איסור אפליה בעבודה? לאזרחים יש כלי, עילת תביעה. לנפגע יש עילת תביעה במקרה בו נעשה אפליה. אם יש עילה, המחוקק מצפה שנגיש תביעה. אולם, בפועל, מס' התביעות המוגשות בישראל בגין אפליה הוא זעום – מקרים ספורים בלבד.

**משהו מונע מאנשים מלהגיע למערכת המשפט**. אם חשוב לנו שעולם העבודה יהא שוויוני, אם זהו ערך חשוב לחברה הישראלית, חשוב שנבין מה חוסם את הדרך.

* דוג' נוספת לכלים שהמשפט כן נותן לנו (יש תשובה במשפט, יש חקיקה ספציפית המעניקה עילת תביעה) – כמה תביעות נגזרות ע"י בעלי מניות בתאגידים מוגשות? יש לוודא שהכלים אכן מעניקים מענה לבעיות, זוהי **חשיבה על האפקטיביות של הכלים שאנו מעניקים באמצעות המשפט**.

**הכותבים מדברים על התפתחות של סכסוך כמבנה חברתי, הם מעניקים לנו תיאור בכמה שלבים של התפתחות סכסוך, כשהשלב האחרון הוא ההגעה לבית המשפט**. אולם, לאו דווקא בתי המשפט צריכים להיות בראש הפירמידה, אלא יכולים להיות פורמים נוספים ליישוב סכסוכים. המודל יכול לשמש אותנו גם לגבי סכסוכים בתוך קבוצה, ואף ניתן לחשוב על שלבים נוספים. **איזה בעיות מגיעות למשפט, ואילו לא?**

**שלבי התפתחות סכסוך – המודל של פלסטינר, אייבל וסאראט – Naming, Blaming, Calming**

1. שלב מתן השם – זהו **השלב הראשון בהבניה החברתי של סכסוך**. יש בעיות, אך לא בהכרח כשמשהו קורה כולם חושבים על זה במונחים של בעיה. ייתכן שקורה לנו משהו, אנו מבינים זאת, אך **לא בהכרח אנו חושבים על מה שקרה כאל אירוע של פגיעה.** **על האדם (גם קבוצת אנשים) להכיר בכך שמשהו שקרה, או אמור היה לקרות, מהווה עוול/פגיעה**. יש צורך, שמי שנפגע יתאר בצורה פרשנית את מה שקרה לו וייתן לזה שם כ"פגיעה". סוגי הפגיעות הם רבים מאוד. בנוסף, לא כולם תופסים את המציאות באותה הצורה – יש שיחשבו כי מדובר בעוול, ויש שלא. לפיכך, ראשית נדרש שאותו אדם ירגיש את האירוע שקרה לו כפגיעה (מבחינה סובייקטיבית). אנו **תופסים את המציאות בצורה מסוימת, לפי קטגוריה מסוימת, המשמיעה לנו עוול/פגיעה.**
* דוג' לקטגוריות חשיבה של אירועים המהווים פגיעה/עוול – דיני נזיקין: כל עוולה. דיני עונשין: כל עבירה. יש לנו מונחים רבים המשמיעים לנו פגיעה. החוויה היא סובייקטיבית.

זהו שלב הסף, שאם עוברים אותו, נכנסים למצב של בעיות בחיים. מדוע אנשים מסוימים חווים כך ואחרים אחרת? זה תלוי במשתנים.

* דוג' – מפעל ליד נהריה שייצר לוחות אסבסט. אנשים חלו. מחלה היא דוג' מאוד טובה לניימינג. אדם חולה במחלה קשה – יש שיחווה זאת כפגיעה או כעוול, אך יש אחרים שיחוו זאת כמקרה, גורל.
* הטרדה מינית – פעם, לא היה לזה שם. כיצד אנשים חוו זאת? האירוע הפיזי נחווה, אך אין שם, לא הייתה מילה עם הקונוטציה של פגיעה. גם כיום, לא כל אחד יחשוב כי מדובר בפגיעה.

שאלה נורמטיבית חשובה – מחד, ברור שאם אנו רוצים להילחם בתופעה חברתית, יש ליצור מודעות, עלינו ליצור מצב שאנשים יפעלו, שכן אחרת זה לא יגיע לשיח הציבורי, לא תהיה פעולה של המערכת. מאידך, אדם שחווה אירוע, **האם בהכרח טוב שהוא יבין שקרה לו משהו רע? יש להיות מעט זהירים, שכן אנו לעיתים יכולים לגרום עוול בעצם שינוי התודעה.**

**שלב הניימינג הוא לא רק עניין של תחושות, אלא גם עניין של ידע, עניין תרבותי, הוא תלוי בקשרים וברשתות החברתיות שאנו חברים בהם וגורמים לנו להבין מה ארע לנו**. כמו כן, השלב של מתן הקטגוריה **נתון למניפולציות לגבי ההבנה שלנו את האירועים** (בין הרוצים בקידום חברתיות, ובין הרוצים שנבין את המצב אחרת, שנחשוב שלא ארע דבר רע), שכן השם ישפיע על ההתנהלות שלנו.

* דוג' – חברות הטבק הסתירו מאתנו את החומרים הממכרים בסיגריות, שמונעים ומקשים מאוד על היכולת להיגמל מעישון. הדבר גרם לאנשים רבים לחשוב שהם לא בסדר, ולא החברות. חלק גדול מהתביעות היו של אנשים שהבינו כי עשו עליהם מניפולציות.
1. שלב האשמה – הפניית אצבע מאשימה לאדם / גוף מסוים, כמי שאחראי לפגיעה. במקרים רבים, קשה להבחין בין שני השלבים הראשונים. לעיתים, עצם מתן השם קובע ההאשמה. השלב מתרחש, כאשר אדם שתופס את המקרה כעוול, מצביע על אדם אחר וטוען כי הוא האחראי. מאיזשהו משהו כללי של מעשה עוול, זה הופך למשהו קונקרטי – יש מישהו אחראי, מישהו שעשה משהו, או נמנע מעשיית דבר. זהו שלב סובייקטיבי לחלוטין, ייתכן שמי שהואשם לא אחראי באמת, או לא אחראי מבחינה משפטית.

אין מדובר בשלב קל בחלק מהמקרים. אחד הדברים המונעים מאנשים לעבור את השלבים הללו – **חוסר הרצון להיתפס כקורבן**. אם אומרים שקרה לנו עוול ומישהו אשם, אזי שאנו הופכים עצמנו לקורבן למעשה עוול, ובהרבה אנשים לא רוצים להיות בעמדה זו, כקורבנות לעוול, או חוששים מעצם האשמת הגורם בעשיית העוול. בנוסף, **לעיתים מדובר בגורמים שאנו לא יכולים לחשוב עליהם כאל אחראים על העוול.**

**משתנה של ייחוס אשמה** – יש אנשים, שלא משנה מה קרה, תמיד מישהו אחר אשם, ולכן השלב יהיה קל לו. מצד שני, יש אנשים שטוענים שהם בעצמם אשמים תמיד, ולכן השלב הזה יהא קשה לו.

**יש חשיבות לתרבות –**

* דוג' – מעורבות בתאונת דרכים. הולך רגש שנדרס ע"י אופנוע. איזו סוג של חשיבה אנו מפעילים? מה ההסבר שאנו מעניקים? את מי מאשימים? אנו מפעילים **מבחן של סיבתיות מן הסוג של רציונליות** – גורם א' הלך במהירות כזו, גורם ב' הגיח במהירות כזו וכו'. מדובר **בסיבתיות רציונלית.** **אנו בני תרבות המערב, חשיבה רציונלית-מדעית, כך אנו מסבירים דברים.**

אולם, אין זה בהכרח כך. דיויד אנגל חקר אזור בוויאטנם, וחזר לשם לאחר מס' שנים וחקר את אותו הדבר – התיקים באירועים בתאונות דרכים באותה העיר. מה השתנה בין השנים? ההתקדמות וההתפתחות הכלכלית, הפיכת האזור לחלק מהעולם הגלובלי. העולם הפך להיות שטוח, התרבות המערבית היא השולטת. האם באמת השינוי חלחל גם לחיי היומיום? אנגל גילה, כי **אירעו שינויים, אך יש המשכיות נרחבת מסיבתיות, הנובעת מגורמים של אמונה, מן האמונות הדתית** – החשיבה הבודהיסטית היא השולטת באזור. למה פגעה בי מכונית? כי לא כיבדתי את קודמי, כי בגלגול הקודם עשיתי כך וכך. זוהי צורת חשיבה שונה לגמרי. **יש חשיבות למשתנה התרבותי**.

1. שלב הדרישה – פונים אל מי שאנו חושבים שביצע עוול, ודורשים מימנו סעד. השוני בין השלב הזה לשני השלבים הראשונים – **אנו מחצינים את מה שאנו חושבים, פונים אל מי שעשה לנו עוול**. עניין הפגיעה כבר אינו נשאר רק אצל הנפגע או אצל אדם קרוב לו. מדובר בצעד שמכריח את הנפגע לפנות למי שהוא חושב שפגע בו ולדרוש את תיקון המצב.

זה שלב שבסוגי סכסוכים מסוימים, ולקבוצות מסוימות, הוא כמעט בלתי-עביר. **אילו סכסוכים לא נחצין?** בעיות בחיי המשפחה. בזוגיות, לפעמים מאוד קשה להגיד לצד השני שהוא פגע בנו. אדם שלא משלמים לו את השכר, או לא קידמו אותו בעבודה – מה הסיכוי שיפנה למעביד ויטען כי הוא פועל בניגוד לחוק, או מבצע כלפיו עוול? קטן. **יש חשש מהצחנה, מסיבות אינסטרומנטליות** (חשש מתגובת הצד השני, שתגרום להחמרת המצב), או **חשש מניתוק קשר**. יש סוגי סכסוכים שאנו רואים במחקר שלא מגיעים לשלב ההחצנה, אנשים לא מחצינים את הבעיה כלפי מי שגרם לעוול.

**שוויון בעבודה** – אם זה המצב, מה מועיל סעיף החוק המעניק עילת תביעה, שכן אנשים חוששים לפנות אל המעביד? זה לא יגיע לשלב הדרישה. אילו כלים יש לתת לעובדים העומדים מול ההכרעה הזו – לפנות למעביד, או לא? האם מספיק אך להעניק את עילת התביעה? או שמא יש לנסות לסייע להם לעבור את השלב הזה? אנו רואים שצורת חשיבה היא כלי ופיתוח של המשפט.

1. פנייה לפורומים ליישוב סכסוכים – אם הצד השני לא מעניק לנו את הסעד, לא מגיב בכלל, או נותן לנו סעד נמוך יותר, אנו נמצאים במצב של סכסוך, אך הדילמה לא נגמרה – אנו החצנו את הבעיה, אך הצד השני לא מכיר בה, או מכיר בה חלקית. מה עלינו לעשות?

אם לא עושים דבר, הסכסוך יעלם. מאידך, ניתן לערב ולפנות לצדדים שלישיים, לפורומים ליישוב סכסוכים. לפי המאמר, אחרי שלב הדרישה מגיע שלב הפנייה לבית המשפט. אולם לדעת המרצה, **יש הרבה מאוד פורומים שאפשר לפנות אליהם בתלונה על אותו גורם שאנחנו חושבים שאחראי לפגיעה בנו, והם לאו דווקא בית המשפט** – עולם המשפט (בית המשפט), מגשרים (סוג של מנגנון ליישוב סכסוכים), מטפל זוגי, עובד סוציאלי, איש הדת, מפקדים בצבא או נציב קבילות חיילים, המבקר הפנימי של גוף ממשלתי, ועדות האתיקה של לשכת עורכי הדין, האגודה לתרבות הדיור, מוסד בוררות של התאחדות של סוכני הנסיעות וכו'. **יש לנו פורמים רבים, ולאו דווקא נפנה לביהמ"ש כאופציה ראשונה.** ייתכן כי ישר נפנה לביהמ"ש, אך ייתכן גם הפנייה תהיה בהמשך, לאחר שהפנייה לפורומים אחרים נכשלה.

לאיזה ביהמ"ש נפנה? לאן יפנה אדם חרדי? לבד"ר. לאן מופנים סכסוכים בעולן התחתון? יש מנגנון פנימי של העולם החברתי הזה – בורר.

**יש לנו סכסוכים להם שלבים נוספים שלא נחשפים?** **יש הליכים שלמים בתוך מערכות המשפט במשטרה ובפרקליטות המדינה, בהם מתקבלות החלטות** – מתי מגיעים לביהמ"ש. זהו **רובד סמוי מן העין, אך הוא מאוד משמעותי**. הפרקליטות לא מגישה תביעות בכל תיק, אלא הם מביאים רק את התיקים בהם ברור כי תהיה הרשאה.



מספר המקרים שעולים משלב לשלב משתנה בהתאם לסוג הבעיה. יש בעיות שכמעט כולן נתפסות כפגיעות ומגיעות לבתי משפט (לדוגמא – גירושין). אולם, במקרים של הפליה, יש ירידה דרמטית משלב האשמה לשלב הדרישה והמקרים מתוכם שמגיעים לבית המשפט הם ממש מעטים.

אם יוצאים מנקודת הנחה שהמדינה חוקקה חוקים ואפשרה עילות שיקנו גישה לבית המשפט, סימן שהיא רוצה שיעשה בזה שימוש. ואם באופן שיטתי, קבוצות חברתיות מסוימות, סוגי אנשים מסוימים, או סוגי עילות מסוימות לא מגיעים/ מגיעות לבית המשפט – ואם למחוקקים באמת אכפת שהחוק ימומש, אמור לעניין אותנו מדוע זה קרה. יכול להיות שהמדינה רוצה חוק מסוים, אבל לא רוצה שתביעות בגינו יגיעו לבית המשפט. במצב כזה, אם המדינה יודעת מה גורם לאנשים לעבור את השלב של דרישה ולהגיע לבית המשפט, היא יכולה להשפיע על הגורמים האלה, כך שאנשים לא יגיעו לבית המשפט. לדוגמא – העלאת אגרות או חיוב באגרות דווקא בעילות מסוימות, הקשיית הפרוצדורה וכו'. המדינה באמת עושה את זה במקרים מסוימים.

**גורמים המשפיעים על המעבר משלב לשלב והפנייה לפורום ליישוב סכסוכים –**

1. משתנים פסיכולוגיים / אישיותיים – חשוב לעניין ייחוס האשמה – **תכונת אופי**. מדובר בגורמים הקשורים באדם עצמו תכונות אופי – אהבת / שנאת סיכון, ייחוס אשמה, התמדה, עקשנות, אסרטיביות, ביטחון עצמי, מוכנות להשקיע אנרגיה – מנטליות של התנצחות, מגיע לי כעמדת אופי, יכולת עמידה בריגושים ובעלויות הנפשיות הכרוכות בהליכים אלה. כאשר פונים לבית המשפט, הסכסוך הופך להיות פומבי ולא כולם מסוגלים לשאת את המחיר של החשיפה הציבורית, לא כל אחד אוהב להיחשף, זאת תכונת אופי. יש אנשים שהפרטיות הינה חלק חשוב מאוד מחייהם.
2. משתנים חברתיים – איזה מהפרטים האישיים יכולים להשפיע? "גורמי שאלון" –

**מצב משפחתי** – לא חושבים רק על עצמנו, אלא גם על איך זה משפיע על אנשים אחרים, חושבים גם על אנשים אחרים.

**גיל** – יש קשר בין גיל לידע ומעמד. לאנשים מבוגרים ובני נוער יהא חששות רבות יותר מהגשת תביעה, לא מדובר בסיטואציה שגרתית. כמו כן, על אף הזמן הפנוי, יש להם נגישות נמוכה יותר.

**מגדר** – מדוע זה חשוב? איך זה משפיע? עצם ההשתייכות משפיעה על הנכונות והיכולת לעבור את השלבים. יש שוני אינהרנטי בין נשים לגברים באופן בו משתנים אחרים פועלים. יש שונות מובהקת בין נשים לגברים ביכולת להאשים אחרים ולדרוש סעד. תביעות בעבודה ותביעות הנוגעות להטרדה מינית מושפעות מאוד מן המגדר.

**ארץ לידה** – השפעה של שפה, מנטליות וכו'.

**השכלה** – לימודי משפטים הוא משתנה חשוב. מעבר לעצם ההשכלה, יש חשיבות לידע. השכלה פורמלית משפיע על סטטוס חברתי, שהוא משתנה חשוב מאוד. היעדר ידע והשכלה מתאימים עשויים לגרום לאדם להימנע מלדרוש את שמגיע לו.

**יכולת כלכלית** – כסף מקנה נגישות, יכולת לשלם אגרות ולממן מומחים. כסף גם מקרין על תחושת הביטחון. יש שוני בין מי שיש לו חסכונות ומי שאין לו, מי שיש לו אלטרנטיבה בשוק ומי שאין לו – משפיע על הנכונות לקחת סיכונים, למשל.

**עולה חדש / אזרח ותיק** – לעולה חדש יש את מגבלת השפה שעשויה לרפות את ידו.

**השתייכות לקבוצת מוצא, השתייכות אתנית** – השתייכות קהילתית יכולה להיות משתנה רלוונטי לכל אחד מהשלבים. ההשתייכות הקבוצתית משפיעה על התרבות שלנו, המשפיעה על שלב מתן השם, על האופן בו אנו מבינים את המציאות, על השם של מי שביצע את המעשה. יש קבוצות, שלא מחצינים, כנורמה. לעניין סכסוכים מסוימים, לא מקובל לפעול. אם לא פועלים לפי הנורמות החברתית, אנו חשופים לסנקציות חברתיות – אם פועלים כשלא מקובל לפעול. אם פועלים, ייתכן שההשתייכות הקבוצתית לא כל כך חשובה לך. למי פונים? גופים פנימיים או חיצוניים לקהילה?

1. התנסות בעבר עם המערכת המשפטית – של האדם עצמו, או של הקרובים לו בפנייה לצדדים שלישיים, בטענה כי נעשה להם עוול. האם לאדם או למישהו מבני משפחתו הייתה התנסות עם ההליך ואיזו התנסות זאת הייתה – חיובית או שלילית? זה ישפיע על ההחלטה, אם לפנות לפורום ליישוב סכסוכים.
2. גישה לאנשים בעלי סמכות או אנשים שיכולים לסייע – לעורכי דין יש גישה קלה. אבל גם מורים, מרצים, עובדים סוציאליים, רופאים, אנשי דת, מעסיקים יכולים לסייע ועוד.

תפיסה לגבי מערכת המשפט? לגבי הלגיטימציה של המוסדות השונים? מהי תודעת הזכויות? מהי התפיסה האזרחית? עד כמה יש לאדם קשר עם מייצגים חיצוניים? מה אומרים גורמי סמכות שונים שעימם האדם בקשר?

1. גורמים פרוצדוראליים-טכניים – כדי למצות זכויות, אדם צריך להשקיע ימי עבודה / ימי חופשה וכו'. הוא צריך למצוא סידור לילדים לשעות מסוימות וכו'. כשהמדינה רוצה היא יכולה להקשות בקלות בכל מיני אמצעים בירוקראטיים כדי שאנשים לא יזכו לקבל את הזכויות שמגיעות להם, ואז ייתכן שבאותן עילות ההגעה לבית המשפט תהיה נמוכה יותר.
2. גורמים תרבותיים-חברתיים –

**חינוך** – תוצר של חינוך שונה שעוברות קבוצות חברתיות שונות – אנשים שעברו חינוך שונה או מגיעים מרקע דתי שונה עשויים להיות בעלי תפיסות שונות לגבי צורת ההתמודדות עם בעיות בחיים.

**קבוצות ההתייחסות שלנו** – התשובה לשאלה מה יחשבו עלינו אנשים שדעתם חשובה לנו, אם נפנה לפורום ליישוב סכסוכים מסוים עשויה גם היא להשפיע. לדוגמא: אדם חרדי שפונה לבית משפט של המדינה.

**טיב הקשר בין האדם לבין המדינה ותודעת זכויות** – אילו זכויות מגיעות לי כאזרח המדינה? יש כאלו שאינם אזרחים אלא רק תושבים. יש גם כאלה שאינם מרגישים שהם אזרחי שווי זכויות.

**חשיבה על התפתחות סכסוכים הוא כלי לשיפור הצדק, ונגישות למשפט. נושא של הבניית התפתחות סכסוכים היא קריטית לפתרון בעיות חברתיות.**

שינוי של סכסוכים תוך כדי התפתחותם – החלק השני של המאמר.

דוג' – באיזה שלב הבעיה מוגדרת כבעיה משפטית? אם פונים לביהמ"ש, חושבים שלבעיה יש מהות משפטית. אולם, מתי זה קורה? האם זה אחיד? האם התודעה של המשפט כה חזקה, שכבר בשלב הראשון אנו רואים את המציאות בעיניים משפטיות? **ההבנה מתי משהו הופך למשפטי יכולה להתרחש בכל שלב.**

כמו כן, לריבו עו"ד ונגישות לעו"ד יש חשיבות רבה. מעבר לכל המשתנים האחרים שעסקנו בהם, זו שאלה קריטית מאוד. בהנחה שאדם מעוניין לדעת אם מדובר בבעיה משפטית, כיצד הוא מוצא עו"ד? זה הופך להיות יותר ויותר קשה, אנו בעולם בו ההתמקצעות עולה. בפריפריה – האם ניתן להשיג עו"ד מהר? רוב עו"ד מרוכזים באזור המרכז. שיעור עו"ד בפריפריה, יחסית לסך העוסקים במקצוע, לא השתנה דרמטית, הנגישות הגיאוגרפית יכולה להוות בעיה. בנוסף, האם קיים קשר בין איכות השירות למיקום, בעניין המומחיות? כמו כן, מה שנראה אינטימי (הכרת העו"ד בעיר קטנה) יכול להוות מחסום, שכן עלינו לספר לו דברים.

**חלק מבעית הנגישות נפתרת כאשר יש גופים לסיוע משפטי הפועלים בפריפריה** – גופים החיים מתרומות, מעבודת מתנדבים, תלויים במשאבים שלא בהכרח מגיעים. הבעיה של הנגישות היא שאלה קיימת בישראל, היא שאלה קריטית, גם במרכז – לא לכל אחד יש נגישות לעו"ד.

תיזה נוספת בנוגע למשתנים המסבירים את השונות בין אנשים שונים ביכולת ובנכונות שלהם לפתוח בסכסוכים / לעבור את השלבים השונים – **גישת מרחק הקשר**, **לפיה ככל שמרחק הקשר בין צדדים לבעיה הוא גדול יותר, כך ההסתברות שייעשה שימוש במשפט היא גדולה יותר, ולהיפך.** כאשר אנו מדברים עם אנשים הזרים לחלוטין זה עם זה, מרחק הקשר הוא מקסימלי. מנגד, **כאשר יש ריבוי פנים לקשר בין אנשים – ההסתברות לפניה למשפט גדולה יותר.**

ההסבר השגרתי להשפעה של מרחק הקשר טמון בסברה, **שכאשר אדם פונה למערכת הפורמלית המשפטית הוא שולח מסר לצד השני. המסר הוא של פגיעה בקשר או רצון לסיים את הקשר**. כשאין קשר מלכתחילה, אין מקום ורצון לסיים את הקשר, אין מחירים חברתיים לשלם – אין שום בעיה לפנות לביהמ"ש.

התיזה הזו נבנתה בהקשרים שונים, כולל בעולם העסקי. במאמר של מאוטנר הוא מאזכר מחקר של סטיורט, המראה לנו איך נורמות בין אישיות במערכות קשר פועלות בין תאגידים שונים, שקיים ביניהם קשר מסחרי ארוך טווח. מקאולי מראה, כי כותבים חוזים בדיוק למקרה הקיצון, בהם יצטרכו לעשות בהם שימוש. אולם, בחיי היומיום, כאשר קיים קשר מסחרי ארוך טווח החשוב לצדדים, וכאשר צד אחד לקשר המסחרי נתקל בבעיה, מוצאים את הדרכים לעשות מודיפיקציות לחוזה – למצוא דרכים בהם ניתן לבוא אחד לקראת השני.

**פונים למשפט כאשר האמון נשבר, כאשר צד ביצע מעשה שאין מימנו חזרה, או כשצד אחד רוצים לאותת לשני – אני לא רוצה לבצע איתך עסקים יותר**. **כלומר, הפניה לבימה"ש נתפסת כהעברת מסר חד וברור – רצון לסיום הקשר**. אם זו הנורמה, אזי ברור לאדם שאם יש בעיה והוא יפנה לביהמ"ש, זה מה שהצד השני יבין – זה המסר. אם לא נרצה לשלוח את המסר הזה, לא נפנה לביהמ"ש.

**עולם המשפחה** – סכסוכים בין בני זוג מגיעים לעולם המשפט כאשר אנו נמצאים כבר במצב של קרע, מצבים של אלימות בין בני הזוג הם מצבי הקיצון. בחיי היומיום השגרתיים לא נמצא פנייה לביהמ"ש. בחלק מהסכסוכים בהקשר זה המשפט מחייב להגיע אל פתחו, וללא הפנייה לביהמ"ש, אין תוקף להחלטות.

**בין אחים** – מתי סכסוך בין אחים מגיע לפתחו של ביהמ"ש? בעיות ירושה, למשל. יש אפשרות משפטית, וכן גם אפשרות לא משפטית – להסתדר יחד. בד"כ, חל חוק הירושה, אם לא נכתב דבר, הקובע כיצד תחולק הירושה. החוק קובע אילו הסכמים ניתן לקבל ואילו לא, ובכל מקרה ההסכם חייב לקבל גושפנקא של ביהמ"ש. כשאח אחד מערער על הצוואה של ההורים, יש פיצול משפחתי. במקרים הרגילים, כשמגיעים להסכמה, אין מדובר בסכסוך.

**הפונה להליך של גישור שולח מסר חברתי אחר מפניה לביהמ"ש, יש רצון לשמר את הקשר ולא לסיימו.**

* יש לבחון, איך לא הביאו את הצדדים לגישור סכסוכים, במקרים בהם לאחר מספר שנים הם אכן מגיעים לפשרה? כך, לא נצטרך להגיע להתדיינות בפני ביהמ"ש, יש להביא את הצדדים להידבר בפני אדם עם סמכות.

**איך המערכת המשפטית עצמה משפיעה על היכולת והנכונות להגיע לביהמ"ש?** בתיקי משפחה מסוימים, במקרים מסוימים, חייבים להגיע לביהמ"ש. למשל – גירושין.

**האם התוכן של הכללים המשפטיים משפיע על הרצון והנכונות להגיע לביהמ"ש?** כן. מי שמכיר ויודע, בוודאי שזה ישפיע עליו – לפי זה יחליט, אם יש תוחלת להליך. **מי שמכיר את תוכן הכללים המשפטיים, יש לו יתרון.**

**האם הפרוצדורות משפיעות?** כן. לדוג' – ביהמ"ש לתביעות קטנות. היתרונות – נגישות, היעדר צורך בעו"ד, ניתן לכתוב בכתב יד, האדם בעצמו מדבר בפני השופט. מי עומד בצד השני? אדם פרטי או נציג מטעם תאגידים – אין ייצוג משפטי. זהו הליך ידידותי יותר להדיוט המשפטי, ההליך מופנה לסכסוכים לא גבוהים, על מנת למנוע עלויות גבוהות, לפשט את ההליך וכו'. האם זה עובד?

אם סוכנות יודעת שלא כלכלי עבור אנשים להגיש תביעות, איך תפעל? מחד, קיים חשש מסנקציות חברתיות. אולם, האם הם באמת יכולים לרמות בטווח הזה?

כללים משפטיים נוספים המשפיעים על הנכונות לפנות לביהמ"ש –

* **סכומי האגרות שבתי המשפט דורשים** – עד כמה המערכת מכירה בכך שיש אנשים שעבורם אגרת ביהמ"ש מהווה מחסום מלהגיע למערכת? מהם הדרכים לקבלת הפטור מתשלום האגרה?
* **ריבוי תביעות נזיקין** – בגלל שיש את הגישה של "אחוזים מהתביעה" – מעוול לא יהנה מכך שמישהו שהוא ביצע כלפיו מעשה עוולה.

"מדוע "אלה שיש להם" נוטים להצליח, גלאטנר –

המאמר של **גלאנטר** הוא מאמר וותיק. גלאנטר דן בשאלה המעסיקה מאוד חוקרי משפט – **מי מנצח בביהמ"ש, האם יש הטיה שיטתית בבתי המשפט?** תשובה אינטואיטיבית אחת היא הצד הצודק ותשובה שנייה היא הצד החזק בחברה (עשירים מול קבוצות מוחלשות, יהודים מול ערבים). מי שחושב באופן ביקורתי יראה לנו את ההטיות – הכללים נקבעו מלכתחילה ע"י החזקים וכו'. אולם, האם במערכת שנחזית להיות ניטרלית יש הטיות? אם כן, מניין הן נובעות?

חלק ניכר מהמחקר התמקד בארה"ב, שם בוחנים את ההטיות הגזעיות בהחלטות בתי המשפט, הטיות מגדריות. בארץ, המחקר נמצא בשלביו הראשונים. גאלאנטר מציע צורת חשיבה נוספת. יש לבחון מי מגיע אל התי המשפט, **אילו כוחות מגיעים אל בתי המשפט וכיצד זה משפיע על בתי המשפט – האם השונות בין הצדדים משפיעה על התוצאות.** **כך, נראה שגם מערכת שהיא ניטרלית לאורה מבחינה פורמלית, היא בעצם מחזקת את אותם יתרונות שיש לצד המגיע מחוץ למשפט גם בתוך המשפט.** עצם הסיווג של אדם מסוים כסוג של מתדיין, משפיע על סיכוייו להצליח בבית משפט. שאלת המיקום בציר תשפיע על ההתנהלות המשפטית וגם על התוצאות שנשיג בתוך מערכת המשפט.

גלאנטר מסדר את כל הצדדים המגיעים לביהמ"ש על פני ציר – **בין שחקן מזדמן לשחק חוזר**. גלאטנר מציג שתי טיפולוגיות מאוד קיצוניות לגבי המתדיינים בבית המשפט –

1. **השחקן המזדמן** – מדובר בדרך כלל ביחידה חברתית קטנה (אדם פרטי / עסק קטן), שנמצא בביהמ"ש עם העניין המסוים באופן חד-פעמי. הסיכוי שיגיע שוב לביהמ"ש עם התדיינות משפטית מן הסוג הזה נמוכה. לדוג' – בני זוג המתגרשים, נפגע בתאונת דרכים, נאשם פלילי וכו'. אולם, יש עירובים, למשל – מתגרש סידרתי, או עבריין סידרתי. לשחקן מזדמן יש עניין מסוים במה שהוא מגיע אליו לבית המשפט, אבל ההסתברות שהוא יגיע שוב פעם לבית המשפט, עם עניין דומה, נמוכה.
2. **השחקן החוזר** – מדובר בדרך כלל ביחידה חברתית גדולה (המדינה, ארגון חברתי, תאגיד מסוים), עם משאבים וידע, שיש לה ציפייה להתדיינויות נוספות מאותו הסוג – העניין של גוף מסוג זה בכל תיק ותיק הוא קטן יחסית, מה שמעניין אותו הוא סך הכל התוצאה מכל ההתדיינויות בהם הוא מעורב. הסיכוי שהשחקן החוזר יחזור לבית המשפט עם תיקים דומים מאוד גבוה. הדבר הזה, מעבר לכל הטיעונים הקודמים, משפיע על סיכויי הזכייה שלו בבית המשפט.

היתרונות של השחקן החוזר על פני השחקן המזדמן –

1. **לשחקן חוזר יש יתרון בתחום המידע**. אין לכך תחליף. אדם יכול לקחת עו"ד שיש לו ידע בתחום בו מתנהלת התביעה, אולם כאן מדובר בידע מלכתחילה. לדוג' – יתרון מידע הוא היכולת להבנות מראש את העסקה. שולטים על תנאי העסקה, על מקום ההתדיינות וכו'.
2. לשחקן החוזר קיימת יכולת **להתגונן מראש כדי להגיע במצב טוב יותר ליום ההתדיינות**. **הם מכינים את השטח** – ריענון הוראות הבטיחות לעובדים, למשל. מגיעים עם חומר זה לביהמ"ש וטוענים כי הם עשו את כל מה שאפשר, תאונות קורות.
3. **נגישות גבוהה ויתרון לגודל – יש פורמטים מוכנים של כתבי תביעה בכל עניין**, יתרון עצום מבחינת משאבים – עלויות פתיחה נמוכות מאוד של הליך משפטי. לשחקן החוזר יש נגישות מאוד גבוהה למייצגים ומומחים ברמה הגבוהה, הוא מכיר את המערכת, והעלויות שלו לפתיחת ההליך הן יותר נמוכות. הוא לא צריך לחפש עו"ד כי בדר"כ יש לו (מחלקה משפטית פנימית). התביעות המשפטיות בדרך כלל חוזרות על עצמן (לדוגמא: ברגע שפעם אחת נכתבה תביעה של בנק על חריגה במסגרת אשראי, אפשר לעשות בה שימוש בתביעה הבאה) ולפיכך יש יתרון לגודל. שחקן חוזר גם יכול לעצב את העסקה (לדוגמא: החתמה על חוזה אחיד). לעומת זאת, שחקן מזדמן צריך למצוא עורך דין, התיק שלו תמיד ייחודי והעלויות שלו גבוהות יותר.
4. **השאיפה שלו היא למקסום הרווח על פני כל התיקים ולא במקרה הספציפי** – לשחקן מזדמן חשובה התוצאה של המקרה הספציפי. הוא רוצה למקסם את ההסתברות שלו להשיג כמה שיותר. לפעמים יהיה מוכן להתפשר על סכום, אבל שההסתברות שיזכה בזה תהיה גבוהה. לעומת זאת, שחקן חוזר יכול לפעול גם בדרכים אחרות, כמו פעולה דרך המחוקק או הרגולטור. מה שמעניין אותו מבחינת התוצאות זה מקסום הרווח שלו על פני כל התיקים מהסוג הזה שהוא מנהל. יש לו אפשרות משחק מאוד גדולה בהתייחס לשאלה איפה כדאי להתפשר ואיפה לא, ועדיין לצאת ברווח. שחקן חוזר יתפשר בתיקים שהוא חושש שייקבע בהם כלל משפטי לרעתו או כאשר הוא יידרש לחשוף מסמכים שאינו מעוניין בחשיפתם. יהיו להם הפסדים סימבוליים, אבל ביום יום אין להם משמעות. זה המומחיות בניהול סיכונים של שחקנים חוזרים.

הנקודה המרכזית במאמר – **המשחק האסטרטגי וההשפעה שלו על כללים משפטיים**. ברור **שהשחקן החוזר**, שהוא גוף גדול, ישחק גם במגרש של קביעת הכללים המשפטים והרגולציה מול הגופים המשפטיים – זה מה שמכתיב תוצאות. אולם, גם במסגרת ההתדיינות יש משחק אסטרטגי. **לתוצאה משפטית יש שני רכיבים – הכלל והרכיב החומרי.**

במצב הטיפוסי של **השחקן המזדמן**, איזה רכיב של תוצאה משפטית חשוב עינו? את רוב השחקנים המזדמנים מעניינת המצוקה הפרטית שלהם, היינו הרכיב החומרי, ולא הכלל המשפטי. אם יש להם תיק אחד ומעניין אותם הרכיב החומרי, האסטרטגיה שהם ינקטו תהא **למקסם את ההסתברות שהם יקבלו תוצאה טובה במימד החומרי**. מה הסיכוי שילחמו בתיק עד הסוף כשהצד השני מציע להם פשרה? אין צורך לנהל את התיק, אין צורך להשקיע כספים נוספים, מימד אי-הוודאות בטל, שכן מקבלים את מה שנפסק בפשרה – בחלק עצום מהתיקים בין השחקן החוזר לשחקן המזדמן, השחקן המזדמן יחזיק באסטרטגיה של להתפשר בדבר סביר, על מנת שלא יישא בעלויות האחרות.

את **השחקן החוזר**, מנגד, מעניין גם הרכיב החומרי וגם הכללים. אולם, **הצד החומרי לא מעניין אותו בתיק הספציפי, אלא הוא מעוניין למקסם את התועלת שלו בסך כל התיקים שברשותו. אולם, גם מעניין אותו הכלל המשפטי**. אם מגיע תיק והוא חושש שההסתברות שיפסק במסגרתו כלל משפטי שהוא לרעתו, הוא יציע פשרה גבוהה מאוד לשחקן המזדמן, על מנת שהוא יתפשר והתיק יעלם.

אם אנו רואים יחסית מעט מאוד פסיקה נגד בנקים, האם זה בהכרח אומר שביהמ"ש פועלים באופן שיטתי לטובת המערכת הנבקאית? לא. **התיקים שהם לרעת המערכת הבנקאית סביר מאוד שהם לא יגיעו לביהמ"ש.** ביהמ"ש הוא גוף פאסיבי, פוסק רק במקרים שמגיעים אליו. ברור שאין מדובר בהסבר היחיד, אך זהו גורם נוסף.

**גלאנטר** – יש שחקנים חוזרים שהם כל כך מתוחכמים, עד שהם יכולים לזהות תיקים שההסתברות שהם יפסידו גדולה, אך הם הולכים עליו ומפסידים. למה? **הפסד סימבולי** – עדיף לפעמים להפסיד, להיות בצד החלש, להראות שהמערכת לפעמים פועלת נגדנו. **באילו תיקים מדובר?** התיקים שהם מערכים שהסיכוי שהם באמת ישפיעו, כעניינים תקדימיים, על ההתנהלות בתיקים אחרים ועל ההליכים המשפטיים העתידיים נמוכה – לא מסובכים, קל יהא לאבחן בינם לתיקים אחרים וכו'. מבחינה ציבורית, טוב להפסיד מידי פעם.

גלאנטר מחלק את העולם ההתדיינות ל-4 סוגי התדיינויות –

1. ש"מ נ' ש"מ.
2. ש"ח נ' ש"ח.
3. ש"מ נ' ש"ח.
4. ש"ח נ' ש"מ.

לא תמיד תהיה זו אשמת ביהמ"ש, כשהוא פוסק לטובת החזקים, שכן אותם התיקים הבעייתיים לא מגיעים לפתחו אלא מגיעים לכדי פשרה.

**ליטיגציה לשינוי חברתי –**

המאמר של **גד ברזילי** "המשפט כשדה במסגרת של כוח פוליטי: האם בתי המשפט הם נשאי שינוי חברתי-פוליטי, ואם כן-כיצד?" מסכם את נושא השינוי החברתי ע"י המשפט. המאמר של **אורלי ליבל** "האם המשפט מסוכן? קואופטציה משפטית ושינוי חברתי" מביא חידוש מהותי לגבי העיסוק בשאלת הפניה אל מחוץ לעולם המשפט. הוא עוסק במשמעות ובבעייתיות של פנייה אל מחוץ למשפט כאשר מבקשים לקדם שינוי חברתי.

מקום המשפט בהליכים של שינוי חברתי היא שאלה מרכזית בחשיבה בכלל של עולם המשפט. מדובר בניסיון לעשות שימוש במשפט כדי לשנות התנהגויות, צורות מחשבה, פעולה של בני החברה ושינויים במערך יחסי הכוח והתרבות של החברה. כחוקרים של חברה, אנו יכולים לראות את תהליכי השינוי בדיעבד, או בהתהוותם. **עד כמה המשפט מעורב בשינוי חברתי?** ראינו גישות שונות, לפיהם אנו מיחסים כוח למשפט, שמצליח לפעול על החברה. אולם, הכוח מוגבל – יש כל מיני כוחות חברתיים, שיכולים למנוע מהמשפט מלהיות גורם

הגדרות שונות לשינוי חברתי –

* **שינוי סדרי עולם (הגדרה צרה)** – אירועים גדולים כמו מהפכות, תהליך חילון בעולם המערבי, הליכי נפילתו של הגוש הקומוניסטי.
* **שילוב של שינוי במבנה החברה** (שינוי בדפוס יחסי הכוח בין השלטון לחברה, בין קבוצות שונות בחברה או בין מוסדות) **ושינוי במבנה התרבותי** (מושגי השיח הציבורי, דפוסי ההתנהגות המקובלים). מדובר בשינוי גם ברמה הכללית וגם ברמת היום-יום.

כשאנו אומרים שינוי חברתי, נדמה שיש אג'נדה מסוימת שהיא זו המנסה לעשות שימוש במשפט כדי לשנות את הקיים. אין זה נכון, שכן הכל תלוי במה יש היום ובמה שרוצים לשנות. למשל, שימוש במשפט לחיזוק הקניין – אין מדובר לאו דווקא אג'נדה שמאלית.

כיום, ישנם מאבקים שהם לא לשינוי, אלא דווקא **לשימור**. לדוג' – פ"ד שעסק בשאלת הפרטת בתי הסוהר. זהו פ"ד שניסה לשמר את הסטטוס קוו, את המצב שהמדינה היא זו שממלא את מלוא התפקידים בנוגע למנגנון הענישה ומוסדות הכליאה.

יש לנו זירה חוץ-משפטית, אבל בתוך עולם המשפט יש שתי זירות עיקריות בהקשר של שינוי חברתי –

1. **חקיקה ורשויות המנהל** – חלק גדול מהדיונים בהם עסקנו קשורים למקומו של המחוקק: משפט כתוצר של אינטרסים, היחס בין המחוקק לבין בעלי כוח בחברה, החוק כמכונן תרבות וכן ציות ולגיטימיות. הרשות המחוקקת יכולה ליצור שינוי חברתי באמצעות חקיקה. כמו כן, נתונה לה הסמכות לקבוע מדיניות ונהלים לרשות המבצעת בעניינים מסוימים.

**הרשות המבצעת** – אחראית על קביעת תקנות מכוח חוק.

1. **פסיקה** – **עיקר הספרות המשפטית בהקשר של שינוי חברתי מתייחס לליטיגציה ופסיקה**. שני המאמרים שהזכרנו עוסקים בבית המשפט ורק חלק שולי בהם מתייחס לרשויות המדינה האחרות. המרצה סוברת שעיקר הדיון בעולם המשפט הוא בפסיקה וגורסת כי יש להתייחס יותר ללימוד תפקידו של המחוקק וכוחה של פעולת החקיקה. מדובר בתפיסה המגיעה אלינו מארה"ב, אשר גם שם רוב העיסוק האקדמי המשפטי הוא סביב בית המשפט. אולי זה נובע מכך שפעולת החקיקה נתפסת כפעולה ללא הילה, עבודת נמלים מתמשכת. אולם המרצה חושבת שהזנחת העיסוק בחקיקה היא טעות, ומדובר בבחירה לא נכונה במדינה דמוקרטית.

**שלושת המאמרים** – רוב המחקרים מקורם בארה"ב. עד כמה ניתן לקחת ספרות מחקרית ממקומות אחרים ולחשוב שהיא רלוונטית לישראל? לדעת המרצה, חלקים מהטענות המבניות ישימות לישראל. הכתיבה בארה"ב החלה כריאקציה לתפיסה שהייתה מאוד מקובלת בשנות ה60-70, תפיסה אופטימית לגבי יכולת המשפט, שקבעה שביהמ"ש הוא אכן זירה מתאימה לחולל שינוי חברתי, הייתה אמונה גדולה בביהמ"ש כמקדם אג'נדות חברתיות. אולם, ההיסטוריה המשרנית של ביהמ"ש העליון האמריקאית נשכחה.

ביהמ"ש פועל בתוך תרבות משפטית די מקובלת, הוא לא יכול לחרוג בצורה דרמטית מהתרבות המשפטית הדומיננטית. טענה נוספת – ישנה נגישות גדולה יותר לביהמ"ש, לעומת המחוקק. קיים קושי עצום להגיע ולהשפיע על הגוף המחוקק. בנוסף, מה שחשוב בפני ביהמ"ש הוא עוצמת הטיעון ולא העוצמה החברתית. ביהמ"ש הוא המוסד המתאים ביותר להביא בפניו בקשות לחולל שינויים. את ביהמ"ש באותה עת בארה"ב היה קל לשכנע, נעשו רפורמות דרך ביהמ"ש.

בשנת 1991 התפרסם ספרו של רוזנברג, התקווה החלולה. הספר יצא במהדורה מעודכנת, שעליו כתבתה רות גבינזון את מאמרה. השאלה: **האם בתי המשפט יכולים לחולל שינוי חברתי?** טענתו של רוזנברג הייתה, כי טיעון כזה חייב להיות מבוסס מבחינה אמפירית. **כאשר בוחנים אמפירית את פעולת ביהמ"ש, רואים שביהמ"ש נמצא בסבך של אילוצים מבניים**. הטענה העיקרית – **רק לעיתים נדירות נוצרים אותם תנאים מבניים שנדרשים על מנת שבתי משפט ייצרו איזושהי רפורמה חברתית משמעותית**. מתי ביהמ"ש אפקטיבי? מהן המגבלות עליו? מתי נכון הוא לפנות לביהמ"ש?

ראשית, עולה השאלה – מתי נפנה לביהמ"ש בבקשה לשינוי חברתי? מתי נפעיל לפעול בטקטיקות אחרות (פנייה למחוקק)? מתי נחליט לפעול בדרכים לא משפטיות. המאמר של – מופיעה גישה, לפיה יש לפעול מחוץ למשפט המדינה.

**לפני בחינת המגבלות של ביהמ"ש עצמו, עולות כמה דילמות חשובות** –

* + - 1. שאלת הלגיטימציה – אם אני פונה לביהמ"ש ומחליט לפעול במסגרת המשפט הנוהג, אני מקבל עלי את כללי המשחק המשפטי ואת הלגיטימציה של המוסד שאליו אני פונה. אצל רוב האנשים והתאגידים, השאלה כמעט לא מתעוררת – זה ביהמ"ש שלנו, ברור שלגיטימי לפנות אליו. אולם, יש קבוצות חברתיות, שעבורם פנייה לביהמ"ש בהחלט מעלה שאלה של לגיטימציה – חרדים וערבים. אם בוחרים לפעול דרך בית המשפט, משלמים על זה מחיר. חייבים לקבל את "כללי המשחק" ולדבר בשפה המשפטית.

במקרים רבים, אנו רואים מעין חלוקות עבודה בין פלגים שונים, שהתוצאה הסופית תפעל לטובתם – לא "לא טוטאלי", אלא גישות ביניים – פנייה לביהמ"ש תוך מתן לגיטימציה לביהמ"ש, אך לא בהכרח מקבלים את כל הנחות המוצא של ייסודה של מדינת ישראל. יוצרים הפרדה בין המוסדות למאבק הפוליטי.

* + - 1. בעיית קואופטציה – **עצם ההליכה למשפט מעקרת את הכוח של הגוף הרוצה לבצע שינוי חברתי, היא מרסנת אותו, לזירה המשפטית יש כוח מרסן**. במסגרת הפעולה במשפט, יש לעשות התאמות לאג'נדה, להתאים עצמך לשפה המשפטית, **האג'נדה עוברת תהליך של דה-רדקליזציה, לא ניתן להביאה במלואה לזירה המשפטית**. כדי לשחק בזירה המשפטית, עליך להתאים עצמך לעולם המשפט – לרסן את כוח הפעולה שלך. בנוסף, **יש גבול לכמות הפעולות שניתן לעשות במקביל לפנייה לביהמ"ש** (פעולות במקביל לפנייה לביהמ"ש לשינוי חברתי – המשפט מעקר את האפשרות, לא ניתן לעשות זאת בו-זמנית).

למשפט יש כוח מרסן אבל גם כוח מעקר. המשפט "בולע" את מי שמגיע אליו. פעולות קואופטציה בולטת היא לקחת את יו"ר וועד העובדים ולהפוך אותו לנושא תפקיד בחברה. כך מעקרים את הפוטנציאל הרדיקלי של ההתנגדות. **ההחלטה לפעול בעולם המשפט משנה מהותית את פני הדברים, מרסנת את המחאה ומגבילה את יכולת הפעולה**. האדם / הקבוצה החברתית חייב להתאים את עצמו לתוך הזירה המשפטית, לוותר על חלק מהמצע של הקבוצה ול"מסגר" את טענותיו כך שיתאימו לז'רגון המשפטי.

**שאלה נוספת הכרוכה בהחלטת לפנות למשפט** – **ברגע שאנו פועלים במשפט, אנו** **נותנים כוח לפרופסיה המשפטית**. אנו רואים זאת בזירה של ארגונים חברתיים ואנשים הפועלים לשינוי. לפרופסיה המשפטית יש נטייה לקחת את המושכות. הרבה אנשים רוצים את הפעולה של המשפטנים – יודעים לדבר בתקשורת, להציג עמדותיהם. הכוח עובר לעורכי הדין. **זהו שיקול שעומד בפני ארגון חברתי – עד כמה נרצה לתת כוח לעורכי דין?** מדוע? לעורכי דין יש שניות מובנית – מחד, מדובר באנשי שטח, בעלי האג'נדה. מאידך, מדובר באנשי משפט, הכבולים בתפיסות ובקונבנציות של עולם המשפט. יש חשש משינוי באופן החשיבה של הגוף.

מדוע בית המשפט נתפס כגוף עצמאי וכתובת לשינוי חברתי?

1. **בבית המשפט השופטים לא צריכים להיבחר מחדש (הם מכהנים בתפקיד עד לגיל הפרישה)** – אדם שלא צריך לעמוד שוב לבחירה הוא אדם עצמאי שיכול להפעיל שיקול דעת, ללא תלות. אולם יש לזכור כי בית המשפט מקבל לגיטימציה מהציבור וזאת הלגיטימציה שנותנת לו כוח מהציבור. מכאן שגם לבית המשפט יש מגבלות לגיטימציה.
2. **היעדר בירוקרטיה וסרבול כדי להביא לשינוי** – בניגוד לגופים בירוקראטיים במנהל הציבורי שם לוקח זמן רב עד שמצליחים להביא לשינוי, שופט בית משפט יכול לחולל שינוי בהחלטה של פסק דין. כמובן שיש תפיסות חברתיות שהם לא יכולים לחרוג מהן, אבל עדיין הסרבול הבירוקראטי שמוטל עליהם מצומצם יותר.
3. **ההכרעה נקבעת לפי חוזק הטיעון המשפטי** ולא לפי החוזק החברתי-פוליטי של האדם.
4. **צורך בהשקעת מאמצים נמוכה יותר** – כל שצריך לעשות כדי לנסות לחולל שינוי דרך בית המשפט הוא לשלם אגרה ולהגיש עתירה / תביעה. לעומת זאת, כדי לנסות לחולל שינוי דרך המחוקק הדרך נגישה פחות ומצריכה מאמץ רב יותר. כמובן שיש גם בעיית נגישות לבית המשפט, אך היא הרבה יותר נמוכה.

**המגבלות על ביהמ"ש –**

1. **השיח המשפטי** – המשפט הוא שמרן, הוא שומר על הסטטוס קוו. הטענה של רוזנברג מנסה להראות איך **השיח המשפטי עצמו הוא מגבלה על פעולת המשפט לשינוי חברתי**.

ראשית, השיח העיקרי בו אנו מדברים כאשר אנו מנסים לחולל שינוי הוא **שיח הזכויות**, זהו השיח המרכזי בדיונים אודות שינויים חברתי. **על מנת לפנות לביהמ"ש, יש למצוא את הדרך לתרגם את הבעיה, את הסוגיה שבה אתה מעוניין, לשפה בה המשפט פועל**. הצורך למצוא את העילה המשפטית שמכוחה ניתן לפנות לביהמ"ש – **יש צורך בעילה משפטית קונקרטית!** יש תפיסה זכויות שביהמ"ש מכיר בה. אולם, הנכונות של ביהמ"ש להגמיש ולהרחיב את התחום מוגבלת בשל היותו שמרן. היה מאבק גדול בישראל על מנת ליצור את המושג – מאבק על עצם שינוי מושג משפטי. **יש מגבלה על סוג הטענות שניתן לטעון כאשר פונים אל ביהמ"ש, אל מול מה שניתן להציג בציבור, בתקשורת**. **בפני ביהמ"ש יש צורך בקונקרטיזציה, היוצרת מגבלה – יש לתרגם את מה שאנו רוצים לשפה המשפטית הקיימת.**

שנית, **התקדים** קובע מהי העמדה המועדפת על הרשות השופטת. זוהי עבודה קשה יותר לשכנע כאשר יש תקדים. כאשר יש תקדים משפטי נוגד, קשה לשופט לפעול כנגד התקדים וכנגד הרוח הנושבת במערכת המשפט.

שלישית, יש שיטות משפט המציבות משוכות, בדמות **פרוצדורה**. זכות העמידה, השפיטות, ניקיון כפיים, מיצוי הליכים – **עילות סף רבות**. במהלך שנות ה-80, המחסומים הוסרו. אולם, בשלב מסוים ביהמ"ש עצר, ובשנים האחרונות אנו רואים שעילות הסף זוחלות פנימי בשמות אחרים – "יש לעבור שנה-שנתתים, לראות את תוצאות החוק, ורק לאחר מיכן לנסות ולתקוף את חוקיות החוק" (הימנעות ביהמ"ש מפסילת חוקים).

רביעית, **פסיקה בהרבה פעמים ממדרת ומבזרת** – בהרבה פעמים, אם ביהמ"ש לא מוכן לדון בשאלה העקרונית, הוא דורש העלאת כל מקרה לגופו. **הפסיקה בעצמה יכולה להוציא את כל העוקץ מהטיעון העקרוני שמעלה איזושהי סוגיה חברתית מורכבת**. ביהמ"ש בוחר מהי השאלה הרלוונטית מבין כתבי הטענות. לביהמ"ש כוח מבני לעקר את הסיפור שאנו רוצים להביא בפניו. **ביהמ"ש נמנע מדיון עקרוני, עשוי לפתור את הסכסוך הספציפי, אך להימנע מלפסוק עקרונית.**

חמישית, **יש חשיבות לתיק** – עם איזה תיק מגיעים לביהמ"ש? לפעמים יש לחכות שנים עד למציאת התיק המסוים. בחירת הקייס חשובה מאוד. כאשר רוצים לפנות למשפט, צריך להישען על מקרה משפטי, סכסוך כלשהו ולא סתם טיעון עקרוני. למצוא את המקרה הנכון שיגלם בתוכו באמת את הדילמה החברתית שבה רוצים לטפל, שתרטיט את ליבם של השופטים, ואשר לא ניתן יהיה לפטור אותה משיקולים פרוצדוראליים, היא בגדר אומנות.

שישית, קיימת טענה, לפיה ברגע שאנו ממשיגים משהו כנושא משפטי, אנו **מעקרים את המימדים הרגשיים – אין כוח משיכה חברתי-ציבורי**. כלומר, אנו מאבדים את תשומת הלב החברתית – את היכולת למנף את הסוגיה מבחינה חברתית.

1. המתח המוסדי – בין המחוקק לביהמ"ש. כמו כן, ישנו **מאבק פוליטי**. המחוקק יכול להגיב, ע"י קבלת חוק עוקף בג"ץ ו/או צמצום סמכויות ביהמ"ש. **זהו אפקט מצנן על ביהמ"ש, שהוא שחקן פוליטי – יחשוב עד כמה הוא מוכן למתוח את החבל.** האיום הוא איום תמידי.
2. פיתוח מדיניות ויישום – זוהי מגבלה מרכזית על ביהמ"ש, לעומת מחוקק ורשות מבצע. **ראשית, ביהמ"ש פאסיבי, הוא לא יכול להחליט, אם לא פונים אליו, בניגוד למחוקק**. **שנית, לביהמ"ש כמעט ואין כלי אכיפה.**

היתרון בלפנות לבית המשפט באמצעות תיק אחד "גדול" הוא שהדבר יוצר תהודה ציבורית גדולה יותר, מול פנייה באמצעות תיקים נפרדים. אולם, **כשפונים עם הרבה תיקים קטנים אפשר ליצור שינוי הדרגתי, מבלי להבהיל אף אחד.** אם בית המשפט יפסוק פסיקות מהפכניות מדי, המחוקק עשוי להפוך את ההחלטות או לצמצם את סמכויות בית המשפט. האיומים האלו מרסנים את בית המשפט מלכתחילה. בית המשפט גם חושש ללגיטימציה שלו מבחינת אמון הציבור, כאשר הוא פוסק. צריך גם לזכור שבית המשפט פאסיבי – אם לא מביאים לא תיק משפטי, הוא לא דן בנושא.

גם לאחר מתן פסק הדין, לא ניתן לדעת מה יהיו תוצאות ההכרעה. ייתכן שהרשויות יאמצו את ההכרעה אולם יכול להיות שגם שהן ינסו להימנע מיישום פסק הדין. בנוסף, **לוקח זמן עד שהדברים מתבצעים בפועל ע"י הרשויות. ייתכן גם שהרשויות / מעסיקים לא יבצעו את פסק הדין, ויהיה צריך לתבוע אותם על אי-יישום פסק הדין.**

**כאשר פונים למשפט, השחקנים המרכזיים הופכים להיות עורכי הדין**. בארגונים חברתיים נעדרי הנהגה חזקה, עורכי הדין הם אלו שנותנים את הטון. הם יודעים לדבר, להציג את הטענות ומחפשים את התכלס. גם עורך דין שרוצה לשתף את הפעילים החברתיים, הופך להיות מקבל החלטות מאוד מהותי. הוא עשוי לרסן את פעולותיהם של הפעילים, כדי שלא להיתקל בבעיות מול השופטים. בנוסף, עורך הדין עבר חינוך משפטי והוא חלק מהמערכת, וגם לכך יש כוח מעקר מבחינת הרדיקליות של פעילות הקבוצה החברתית. המקום שתופסים עורכי הדין כמובן בא על חשבון "אנשי השטח" וזה שיקול שארגונים חברתיים צריכים לקחת.

אם למשפט יש כל כך הרבה בעיות, למה בכל זאת פונים אליו?

* **גם המצב מחוץ למשפט אינו כל כך טוב**.
* **לבית המשפט יש פעולה דיפוזית** – המשפט מחנך, יוצר שינוי הדרגתי ושומר על ערכי היסוד.
* **כישלונות מול בית המשפט יעילים יותר לתנועה חברתית מאשר הצלחות קטנות** – יותר אנשים שומעים על הבעיה, מזדהים עם המאבק, מצטרפים אליו ומתחילים לנהל אותו גם ממיקומים גיאוגרפיים אחרים.
* **פנייה לבית המשפט היא מכשיר ללחץ לניהול מו"מ שמשיג תוצאות שמובילות לשינוי**.

מאמר של אורלי לובל – ישנה התייחסות לגישה שצמחה בשנים האחרונות, המפנה עורף למשפט, למדינה, לליטיגציה ולמחוקק. אנו רואים **קבוצות וארגונים חברתיים, שיוצרים להם עולמות משפט משלעצמם**. הם קובעים כל מיני הסדרים פנימיים. הדבר מעלה שאלה – **האם באמת ניתן להתנתק מהמשפט של המדינה?** כמו כן, ישנה שאלה נורמטיבית – מהן ההשלכות על החברה כאשר גופים יוצרים לעצמם מערכות משפט שפותרות עבורן בעיות חברתיות? המאמר מייצג את הכתיבה העכשוויות ביותר בסוגיות.

לובל מדברת על אנשים שמתייאשים מהמערכת המשפטית ומחליטים לנסות לפעול בתוך המסגרת הקהילתית. מבחינת האינטרסים של אותם אנשים לשינוי חברתי, התוצאה עשויה להיות טובה. אבל הדבר פוגע באג'נדה הכללית בחברה באותו תחום, שכן מי שבדרך כלל מצליח להשיג הישגים הם ה"חזקים". **אם החזקים יוצאים מהמשפט ומשיגים משהו לעצמם, הם לא יאבקו על הנושא הזה עבור כל החברה, ומי שיפגע הם החלשים שככל הנראה לא יצליחו להשיג שינוי.**

**המרצה מבקשת לטעון כי הזירה הפוליטית היא הזירה המרכזית לניהול מאבקים חברתיים וגורסת כי הטענה שעלתה במחאה החברתית לפיה "הרחוב יחליט" אינה נכונה.** המשפט בכלל לא היה במחאה ולדעת המרצה זאת הייתה טעות קשה של המחאה החברתית.