**משפט וחברה**

**מבוא**

* יש הרבה אנשים שיודעים לנתח באמצעות מודלים איזה הסדר משפטי יהיה הכי יעיל.
* **אבל** בד"כ לא בודקים איך הוא יעבוד בפועל.
* **כדי לדעת זאת צריך להכיר את החברה שעליה עובד המשפט, איך המשפט קשור ליחסי הכוח בחברה ולריבוי קבוצות בחברה?**
* **קיימת הבחנה בין המשפט בספרים לבין המשפט בפעולה –**
* **המשפט בספרים:** מדובר באידיאל של המשפט, האובייקטיבי והנטראלי שמנותק ממערכות של יחסי כוח בחברה. המשפט שקובע כי לא משנה מי השופט או המדיין – התוצאה תהיה זהה על סמך האבחון המשפטי של השאלות המשפטיות וסיווגן תחת הקטגוריה המשפטית הנכונה.
* **המשפט בפעולה –** מדבר על מה שקורה באמת. בפועל יש פער בין המשפט בספרים לבין המשפט בפעולה.
* **דוג' לפער: חוק שכר שווה לעובד ולעובדת –** לכאורה יש שוויון במדינתישראל בין נשים לגברים בדיני עבודה, אך בפועל רואים כי המעסיקים מסווגים את העבודה של העובד והעובדת בצורה שונה ולכן משלמים להם שכר שונה.
* **אם מלכתחילה ידעו כי לא הולכים לאכוף את החוק למה הוא נחקק?**

1. ישראל מדווחת למדינות העולם על החוקים שלה ואולי יש דרישה ממדינות כמו ארה"ב לחוקק חוקים של שוויון.
2. למחוקק יש כוונה טובה, אך לעיתים הקצאת המשאבים המוקצית לחוק היא נמוכה**.**

**יש 4 טענות ביחס לקשר בין משפט וחברה:**

**המשפט משקף את החברה –** טענה שאומרת כי המשפט משקף את יחסי הכוח החברה, את התרבות של החברה וכדומה – טענה פשטנית.

**המשפט ממלא תפקידים בחברה**

* התפיסה הזו גורסת כי המשפט הוא מוסד חברתי. **לחברה יש צרכים והיא יוצרת מוסדות שונים שימלאו אחר הצרכים – המשפט הוא מוסד כזה.**
* **התפקידים שהמשפט ממלא בחברה:**
* **יישוב סכסוכים.**
* **הסדרה ותיאום של התנהגות פרטים/תאגידים/קהילות:**

1. **כללי הגנה –** לעת משבר – מטרת הכללים היא לתת מינימום של הגנה למי שעלול להפגע בשל המשבר.
2. **כללי רקע –** רשת ביטחון.

* **הסדרה של רשויות השלטון –** המשפט קובע את רשויות השלטון, את סמכויותיהן, את גבולות הכוח שלהן ומציב כללים לפעולה ולקבלת החלטות של כל רשות.   
  המשפט קובע את הזכויות שלנו ואת הכללים החלים על הרשויות לגבי האופן בו הם רשאים לפעול ביחס לפרטים. חלק מהרשויות הן יוצרות משפט – המשפט גם קובע כללים ביחס לרשויות שיוצרות משפט (כלומר כללים לגבי הממשלה, הכנסת וכו'). הוא קובע איך מתקבלים חוקים, מה הכוח של חוק לגבי החלטת הכנסת וכו'. **כשהמשפט מסדיר את רשויות השלטון הוא נותן הגנה לפרט אל מול רשויות השלטון.**
* **המשפט מחנך, מכוון ונותן משמעות לערכים ולתפיסות הנורמטיביות שלנו –** למשל בדיני משפחה, המשפט אומר איך תהיה חלוקת רכוש וכך הוא מראה לנו מה ראוי. ע"י האפקט המחנך הזה, הוא מצפה מאיתנו שנתנהג גם מעבר למה שקובע המשפט.
* **לכידות חברתית וסולדיריות –** המשפט מבקש ליצור לכידות חברתי ע"י קביעת ערכים אחידים.
* **מכשיר לשינוי חברתי .**
* **מנגנון חלוקת עושר והקצאת משאבים.**
* ייתכן כי יש גורמים אחרים שיכולים להסדיר את הנושאים האלה – ונשאלת השאלה – **איך קרה שאנו כחברה מייעדים תפקידים כל כך חשובים בעיקר למשפט?**
* הרי במידה מסויימת המשפטיזציה מעידה על חולשה של החברה – כי המשפט הינו מוגבל ולא בנוי למלא את כל התפקידים שאנו מעניקים לו.
* אבל אנו לא מצליחים להגיע להסכמה במוסדות חברתיים אחרים ומשאירים הכל למשפט. – כמובן שניתן להאשים את המשפט בכך שמסכים לקבל את כל מה שאנו מפילים עליו ולא מחזיר את התפקיד לכנסת.
* **דוג' ממאמר של בלכר פריגת –** היא משליכה את כל תפקידי המשפט על דיני המשפחה- מעלה טענה כי **גם כשהמשפט לא מתערב הוא מתערב- אי התערבות כמוה כהנצחה של יחסי הכוח.**
* **איך אנו יודעים כי המשפט באמת מבצע את התפקידים שייעדנו לו?** פעם לא היו בודקים זאת אלא מניחים כי המשפט אכן עשה את העבודה. כיום יש מחקרים אמפירים שנועדו באמת לבדוק האם המשפט מבצע את המוטל עליו.
* **יכול להיות מצב שייעדנו את התפקיד למשפט אך הוא לא עושה זאת מספיק טוב –** למשל יש סכסוכים שהדרך הטובה ביותר ליישבם היא לאו דווקא בביהמ"ש – אלא עדיף במנגנונים אחרים ליישוב סכסוך.
* **אם אנו רוצים כי המשפט ימלא תפקיד – זה אומר כי אנו יכולים גם לעצב את המשפט איך שאנו רוצים. אם זה לא מתאים כדי להגיע לתוצאה – צריך לחשוב על מנגנון אחר כדי להשיג את התוצאה.**

**משפט כתוצר של אינטרסים**

* **קבוצות אינטרס –** קבוצות של אנשים הפועלות יחד לעמן השגת מטרה אישית משותפת כדי להשפיע על המדיניות הציבורית והתוצר של מקבלי ההחלטות.
* **קיים שוני בין קבוצות אינטרס שונות –** מבחינת **טווח הפעולה (**פעילות אד הוק והיעלמות לעומת פעילות ארוכת טווח לצורך השפעה על נושא רחב), **היקף הפעולה (**פעילות ברמה המקומית אל מול פעילות ברמה הבינלאומית), **מטרת הפעולה (**לעורר מודעות ציבורית לעומת שינוי מדיניות פוליטית), **כלפיי מי מופנית העבודה (**פעולה מול הציבור לעומת פעולה מול רשויות השלטון), **היכן פועל הקבוצה (**ברחוב, בתקשורתאו ברשתות החברתיות אל מול פעילות במסדרונות השלטון) וכו'.
* **הבדלים בין מפלגה לקבוצת אינטרס –**
* מפלגה פועלת בזירה הפוליטית כמקבלת החלטות בעוד שקבוצת אינטרס פועלת כדי להשפיע על מקבלי החלטות.
* מפלגה פועלת למען מגוון רחב של אינטרסים ציבוריים בעוד שקב' אינטרס פועלת למען נושאים ספציפיים.
* **יש גישות שונות לתפסיה של המשפט כתוצר של אינטרסים:**

1. **פלורליזם (ריבוי קבוצות אינטרס) –** הזירה הפוליטית מורכבת מקבוצות אינטרס. קבוצות אלו משקיעות משאבים כדי ליצור קשר עם מקבלי ההחלטות וגורמים משפיעים כדי להשפיע על קבלת החלטות.  **טענת הפלורליזם יא שהזירה הפוליטית היא כמו שוק כלכלי – אין מגבלות על כניסה לשוק, כל מי שרוצה מוזמן להשפיע על כללי המשחק, יש שוויון הזדמנויות – זו דמוקרטיה.  
   הבעייה – השוק הפוליטי רווי כשלי שוק – יש הטייה מובנית לטובת:**

* **מי שמצליח להתארגן –** רוב הציבור הוא אדיש ולכן יש הטיה לטובת מי שמצליח להתארגן, כדי להתארגן צריך להחליט על מטרה משותפת ועל דרכי פעולה וזה לא קל למצוא קב' אנשים שיסכימו גם על המטרה וגם על הדרך.
* **מי שמצליח לפעול יחדיו –** יש את בעיית הסחטן ובעיית הטרמפיסט ולכן זה מסובך לפעול יחד.
* **מי שיש לו משאבים –** צריך זמן וכסף כדי לפעול. לקב' בעלות כוח כלכלי קל יותר להתארגן, לעומת האדם הממוצע.
* **מי שהאינטרסים שלהם צרים .**
* **מי שמצליח להתאגד –** יש אזרחים שלא מצליחים למצוא מי ירצה להתאגד איתם לקואליציות – ערבים.
* **מי שמומחה ביצירת השפעה –** יש יתרון למי שמומחה בדרכי השפעה והובלה של הליכים ומאבקים. לתחום הזה נכנסו בשנים האחרונות **לוביסטים.** יש להם קשרים שמאפשרים להם לשחק את המשחק הפוליטי בצורה טובה יותר, והם מקבלים על כך שכר. למי שאין לוביסט הוא בעמדה נחותה יותר.

**מהם השיקולים שתורמים להצלחה של לוביסטים?**

* כשלמקבל ההחלטות יש דעה דומה לזו של הלוביסט או כשאין לו דעה כלל.
* **ככל שהנושא רחוק יותר מהעין הציבורית –** כיוון שלא יהיו דעות נגד שיוכלו להשפיע על מקבל ההחלטות.
* **קשרים אישיים –** מחקרים מראים כי הרבה לוביסטים רק סיימו כהונה בגופים ציבוריים. הם מכירים את מקבלי ההחלטות.

1. **ריכוזיות ההשפעה (עילית ההון) –** לפי גישה זו, יש קבוצה אחת שמשפיעה על קבלת ההחלטות. **זה הון שלטון בצורתו הקיצונית.** זו טענה שיוצרת קשר ישיר בין קבוצות הכוח הכלכליות לבין המדינה. **לפי הטענה הזו – המדינה היא ארגון שפועל לקידום אינטרסים של בעלי ההון על חשבון האינטרסים של החברה.   
   מי שמקבל את ההחלטות לפי גישה זו הן לא רשויות השלטון אלא בעלי ההון. מנהלי המדינה הם מעין בובות כאשר אנשי הכוח הכלכלי מקבלים את ההחלטות.   
   יש שתי דרכים להוכחת הטענה כי מקבלי ההחלטות הם בובות של בעלי ההון:**

* **רשת חברתית – להראות כי מקבלי ההחלטות ובעלי ההון הם למעשה קבוצה אחת.** לוקחים את מוקדי הכוח במדינה ומנסים לקשר ביניהם ע"י קשרים של חברות, שירות בצבא, שכנות וכו'.   
  **הבעייה:** האם עצם קיומה של רשת חברתית אומרת כי יש אחדות אינטרסים לפיה מקבלי ההחלטות הם בובות של בעלי ההון?
* **ההחלטות של מקבלי ההחלטות משרתות את האינטרסים של בעלי ההון –** צריך להראות בצורה מעמיקה ולאורך זמן כי ההחלטות של מקבלי ההחלטות משרתות באופן עקבי את האינטרסים של בעלי ההון.

1. **תלות מבנית של מנהלי המדינה –** הטענה מכניסה את האינטרס של הפוליטיקאים לתוך המשחק הפוליטי. מנהלי המדינה ללא ספק תלויים בבעלי ההון – האוכ' רוצה ליות טוב יותר ושתהיה צמיחה כלכלית. כדי להבטיח זאת, צריך תפקוד ראוי של בעלי ההון הכלכלי, שיעסיקו יותר אנשים, שישלמו מיסים וכו'. **צריך לרצות את בעלי ההון – ולכן יש תלות של מקבלי ההחלטות בבעלי ההון. מצד שני, הפוליטיקאי צריך שתהיה לו גם לגיטימציה ציבורית כי הוא הרי צריך להבחר שוב – ולכן לפי טענה זו, מקבלי ההחלטות מנסים למצוא את נק' האיזון בין האינטרסים של בעלי ההון לבין האינטרסים של הציבור.** למשל אם הציבור אדיש ניתן לתת יותר לבעל ההון.
2. **מודל של קואליציות –** הטענה הזו מנסה לפרק את המושגים הגדולים של הטענות האחרות – החברה, בעלי הון, פוליטיקאים וכו'. בעלי ההון אינם מקשה אחת – **יש אנשים עם תפיסות כלכליות שונות בקרב בעלי ההון, יש ריבוי קבוצות אינטרס עם דעות שונות, יש חילוקי דעות בתוך השלטון.** יש לראות בכל מקרה ומקרה את הקואליציות שנוצרו לקידום המקרה. אולי נראה כי ההחלטות מוטות לטובת בעלי ההון, אולי נראה כי האינטרס של מקבלי ההחלטות להבחר הוא המכריע – אך לא ניתן לקבוע כלום מראש.

**משפט כתרבות**

* כשאנו מדדברים על תרבות אנו מדברים על מערכת הסמלים והמושגים, יצירות האומנות והשפה שלנו שבאמצעותם אנו נותנים פרשנות ומבינים את המציאות שבתוכה אנו חיים. אנו מגיעים למציאות עם מערך תרבותי מובנה.
* אדם רוכש תרבות ע"י למידה. זה מתחיל מהבית, ממשיך למערכת החינוך.
* התרבות בה אנו חיים היא דבר דינמי אשר כל הזמן משתנה. לפעמים זה הליך שינוי סמוי שלא מרגישים איך הוא קורה ולפעמים זה הליך שינוי גלוי והדבר נעשה במסגרת דיונים ציבוריים שעוסקים במושגים והגדרות של התרבות שלנו.
* **יש מספר טענות לגבי הקשר בין משפט לתרבות:**
* **משפט כמערכת תרבות נפרדת –** לפי טענה זו משפט היא מערכת תרבות נפרדת אוטונומית, העומדת בפני עצמה. מדובר על מערכת שלמה ששונה מהמערכת החיצונית. המשפט הוא מערכת שנוגעת לכל תחומי החיים והוא נמצא במקביל למערכת התרבות הכללית.
* **משפט כמערכת תרבות המושפעת מהחברה –** המשפט הוא שיקוף של התרבות של החברה. החברה היא המקור לתרבות המשפט.
* **משפט המשפיע על מערכת התרבות –** למשפט יש כוח מכונן. הוא זה שמעצב את האופן שבו האזרחים רואים את העולם.
* **כיום אומרים כי המשפט משפיע ומושפע מן החברה – זה מעין הליך מעגלי.**
* **ההליך של יצירת התרבות הוא לא שוויוני –** לכאורה כל האנשים שותפים לתהליך של שינוי התרבות **אבל לא כל המשתתפים שווים בהליך של יצירת הקטגוריות התרבותיות. יש שחקנים מסויימים שיש להם יותר כוח בהליך הזה. יש מספר בעלי כוח שיש להם השפעה רבה יותר על התהליכים החברתיים שמובילים ליצירת הקטגוריות התרבותיות שלנו. – חלק מהגישה הביקורתית מנסה להראות כי התרבות היא תוצר של פעולתם של בעלי כוח בחברה.**
* **קרל מרקס –** גרס כי מערכת היחסית הכלכלית היא של ניצול, כי בעלי ההון מנצלים את מעמד הפרולטריון. הניתוח המבני של מרקס אומר כי כל המוסדות של מבנה העלה במדינה נסמכים על הבסיס הכלכלי. **הכוח המניע של ההיסטוריה היא השינוי הכלכלי. למשל כאשר אנו עוברים ממערכת אחת של יחסי ייצור אל מערכת אחרת (**מפאודליזם למשל לקפיטליזם) **אנו רואים איך כל מוסדות החברה עוברים שינוי ומתאימים את עצמם למה שקורה בבסיס הכלכלי.**
* **לדעת מרקס התפקיד של המוסדות במבנה העל הוא תפקיד של מיסוך –** הם 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 והלא שוויוני.**
* **הסדר החברתי גורם לשעתוק – הוא משעתק עצמו מדור לדור שכן יש לו לגיטימציה! התודעה הכוזבת מחייה אותו.**
* **הגמוניה –** אחד המושגים שהתפתחו בעקבות הטענות של מרקס – הגה אותו **אנטוניו גראמשי - הגמוניה הוא מצב חברתי שבו קבוצה חברתית מסויימת מגיעה לשליטה בכל תחומי החיים –** תחומי המדינה, החברה האזרחית והשוק הכלכלי. **הם מצליחים להפוך את תפיסת העולם שלהם, ואת האידיאולוגיה שלהם לתפיסת עולם דומיננטית ושלטת.**
* כדי להוכיח טענת הגמוניה יש להראות כי אותה קב' הפכה להיות דומיננטית במוסדות החברתיים ושאכן המוסדות השונים פועלים במסגרת אותה תפיסת עולם.
* **המאמר קטגוריות של מין ומעמד בדיני מס הכנסה – מתארים את ההפרדה שקיימת בין הספירה הציבורית לבין הספירה הפרטית. זו צורת הבחנה שיוצרת סדר בעולם.** בכל ספירה יש ערכים שונים ששולטים בה. למשל בספירה הפרטית יש את השוק ואת המשפחה לעומת הספירה הציבורית. בספירה הציבורית שולט השוויון – משהו שלא ניתן להעתיק למשל לשוק שנמצא בספירה הפרטית.
* במאמר – מראה לחובסקי כי פקודת מס הכנסה יוצרת הגדרות משפטיות שמסדרות את העולם לפי היררכיה מסויימת שתואמת לחלוטין את החלוקה הזו של תפסית עולם שמחלקת בין פרטי לציבורי.
* **הגמוניה לא חייבת להיות מוחלטת –** הגמוניה יכולה להיות בקואליציה עם עוד כמה קב' שאין אחדות מלאה ביניהן, וכמו כן יכולים להיות ויכוחים בתוך ההגמוניה. (למשל שופטים שנותנים נימוקים שונים בפס"ד – הם הרי שייכים לאותה הגמוניה אך לא מסכימים על הכל).
* **כמו כן בתוך הגמוניה יכולים להיות כמה ערכים ולפעמים יש ביניהם התנגשות –** למשל אליס מילר - היא לא נלחמה על ההגמוניה שאומרת שהחיילים הכי טובים הם טייסים. אבל היא נלחמה על כך שבתוך ההגמוניה הזו יש הפלייה מגדרית – ועל כך לא הסכימו איתה חלק מאותם אנשים בהגמוניה.
* **יש טענה שברגע שאתה פועל בשדה פעולה ששיך להגמוניה, אתה נלכד ברשתה ואתה לא יכול להתנגד לה קיצונית –** למשל אם אתה שופט ערבי אתה שייך להגמוניה של השופטים ואתה חייב לפעול לפי החוקים שלה למרות שאתה היית רוצה שזו תהיה מדינת כל אזרחיה.
* **מי שמפעיל את הכוח בהגמוניה הם נתיני ההגמוניה –** בכך שהם חיים לפי התפיסה התרבותית הזו. **כשצריך להפעיל כוח על אזרחים כדי שיצייתו זו לא הגמוניה.**

**פיקוח חברתי**

* פיקוח חברתי הוא קשר גומלין בין אנשים שכולל רכיב של היגד נורמטיבי בצידו סנקציה.
* המטרה של פיקוח חברתי היא להפעיל את המערכת של כללי התנהגות ולשמר אותה.
* משפט המדינה הוא מערכת מובהקת של פיקוח חברתי – יש מערכת של כללים נורמטיבים וסנקציות בגין הפרת נורמות. **אך יש מעגלים חברתיים נוספים שיש בהן נורמות וסנקציות למשל קבילה דתית או מקום עבודה.**
* גם במערכות משפט של קבוצות חברתיות שהן לא משפט המדינה קיימות סנקציות. יש פיקוח חברתי לא פורמלי ופורמלי – וזה ציר שבמהלכו יש את כל מה שבאמצע.
* גם בתוך מוסדות שמפעילים מערכת סדר נורמטיבית (כמו משפט החברים באגד) שאינה בגדר משפט פורמלי של המדינה – ניתן לערוך הבחנה בין סנקציות פורמליות לסנקציות חברתיות. – **שניהם מנגנונים של פיקוח חברתי. אין קבוצה חברתית שבה יש מערכת של נורמות ומי שעוברת על הנורמה לא יהיה חשוף לסנקציה.**
* סנקציה פורמלית יכולה להיות פניה לבימ"ש והוצל"פ וסנקציה לא פורמלית יכולה להיות פניה לעיתון כדי לגרום בושה לצד השני.
* גם במוסדות לא פורמלים יש סנקציה פורמלית ולא פורמלית – למשל שני חרדים שפונים לבית דין לצדק – אם הוא נותן פס"ד –זו סנקציה פורמלית ואם הוא מחרים מישהו זו סנקציה לא פורמלית.
* יש קבוצות חברתיות שאין בהן סנקציות פורמליות אלא רק סנקציות חברתיות.
* מידת הפרומליות נקבעת לפי מידת חלקות העבודה במסגרת הפעלת הפיקוח החברתי - יש קבוצות בהן אותם חברים שקובעים את הנורמות קובעים גם את הסנקציות וגם מפעילים אותן, לעומת משפט המדינה למשל ששם מישהו אחד קובע את הנורמות ומישהו אחר מפעיל את הסנקציות.
* **התשובה לשאלה באיזו קבוצה חברתית הסנקציות החברתיות יהיו יעילות יותר תלויה במספר רכיבים:**
* **גודל הקבוצה –** בקבוצות קטנות הסנקציות החברתיות יותר יעילות כי המידע עובר יותר מהר. אבל יכול להיות שגם בקב' גדולות הסנקציות יהיו יעילות.(יהלומנים).
* **קבוצה סגורה/פתוחה –** קבוצה שיש בה הומגניות נורמטיבית, שהקשרים בין חבריה אדוקים והחברים בה דומים יותר מבחינת תפיסת עולם ואורחות חיים – שם הסנקציות החברתיות יהיו יעילות יותר. כמו כן ככל שהאנשים מכירים אחד את השני יותר טוב ויש יותר סיכוי שיפגשו – יש יותר יעילות לסנקציה חברתית.
* **קשרים רב מימדיים –** כאשר הקשרים הם רב מימדיים והאנשים חיים יחד, אוכלים יחד, לומדים יחד כמו למשל בקיבוץ, יש משקל רב יותר לסנקציות חברתית.  
  כמו כן לאנשים יש יותר מה להפסיד אם יפעילו נגדם סנקציה חברתית ולכן היא תהיה יותר יעילה.
* **סנקציה חברתית לא תהיה יעילה כלפיי מי שנמצא בשוליים של קבוצה חברתית כי אין לו מה להפסיד –** גם ככה אין לו שם טוב. אבל יכול להיות דווקא שהוא מנסה לצאת מהשוליים ואז כן יהיה לו אכפת מהסנקציה.
* **מישהו שהוא חזק בקבוצה החברתית –** יכול להיות שהסנקציה החברתית תפגע בו הכי קשה (כמו למשל קצב) ויכול להיות דווקא שהוא כל כך חזק שלא אכפת לו מהסנקציה החברתית.
* **בארה"ב למשל יש בקוד הפלילי סנקציות משפטיות שברור כי הלוגיקה שלהן היא שיופעלו סנקציות חברתיות –** למשל חוץ משלילת רשיונו של אדם שנהג בשכרות ביהמ"ש רשאי לחייבו ללכת עם חולצה שכתוב בה – אני נהג שיכור.
* בעידן הטכנולוגי יש חיסרון כי ניתן להפעיל סנקציות בצורה מאוד פשוטה ולגרום בכך שימוש לרעה – כמו פייסבוק.

**ציות**

* נשאלת השאלה למה אנשים מצייתים לחוק – **הספרות מתחלקת לשני סוגים של תשובות:**

1. **ניתוח כלכלי של המשפט –** זה ניתוח של האדם כרציונלי. הגישה אומרת שכאשר אדם ניצב מול השאל האם כדאי לו לציית לחוק הוא מביא בחשבון שלושה גורמים:

* משך הזמן שחולף בין מועד ההפרה לבין המועד בו מושתת הסנקציה (כלומר כמה זמן יש לו להנות מפירות העבירה) – שיקול זוטר.
* גובה או חומרת הסנקציה.
* הסיכוי להתפס ולהיות מופלל. רק כשהסיכוי להתפס הוא גבוה, נכנס השיקול של גובה הסנקציה. **זו תפיסה סובייקטיבית של העבריין להתפס.**

הרשויות יכולות לעשות כל מיני מניפולציות כדי לגרום לאנשים לחשוב שיתפסו אותם ולהרתיעם.  
**יש בעיות בגישה זו:**

* לרוב האנשים אין מידע לגבי סיכויי ההתפסות או גובה הסנקציה. ההנחה שאנשים פועלים בצורה רציונלית מתבססת על כך שלאנשים יש מידע אך זה לא נכון תמיד.
* יש הוכחות רבות כי אנשים אינם באמת רציונלים

1. **גישה נורמטיבית –**

* **מוסר –** אנו קובעים אם לציית או לא לפי מידת ההסכמה שלנו עם תוכן המשפט.
* **עמדת קב' השווים –** מה יחשבו עליי בקב' החברתית?ההגיון פה הוא לחץ חברתי, פיקוח חברתי וחשש מסנק' לא פורמליות.
* **לגיטימציה של מקבל ההחלטה(צדק פרוצדורלי) –** המחקרים מראים כי ככל שמידת הלגיטימציה שהאזרח נותן למחוקק/לשופט/לועדה המחליטה, כך הסיכוי שיציית גבוה יותר. הרעיון הוא שכל אחד מאיתנו רוצה שיתיחסו אליו בצורה מכבדת.אנו בודקים את הפרוצדורה שבאמצעותה החליטו על הנורמה – עד כמה היא נותנת לנו יחס של כבוד.  
  **כשאנו בודקים את מידת הלגיטימציה של מקבלי ההחלטות יש 3 גורמים שמפיעים עלינו:**
* מידת הנטרליות של מקבל ההחלטה.
* כוונות טובות שראויות לאמון הן אלו שהנחו את מקבל ההחלטה.
* עד כמה מקבל ההחלאה הכיר בסטאטוס שלי כאדם בחברה.

**המשתנים האלה של צדק פרוצדורלי נתפסים ע"י אנשים כחשובים כל עוד מקבל ההחלטה עצמו משתייך לקבוצה החברתית שהאדם נמנה עליה.** אם מקבל ההחלטה נתפס כגוף שנמצא מחוץ לקבוצה החברתית של האדם- השאלה אם אדם יציית לחוק תלויה **במידת ההסכמה עם התוכן של ההחלטה ולא עם משתני צדק פרוצדורלי.**

**התפתחות סכסוכים**

* בארה"ב משנות ה70 יש שיח נגד התדיינות משפטית מרובה – יש אמירות כי החברה רצה על כל דבר לביהמ"ש, והמוסדות שיכולים לתווך בסכסוכים (כמו כנסייה, ועד שכונות) פשוט איבדו את תפקידם.
* חוקרי המשפט רצו לבדוק האם זה אכן נכון – ונמצא כי יש תחומים בהם יש הרבה תביעות בעוד יש תחומים בהם כמעט אין תביעות. כמו כן נמצא כי **בבתי המשפט אנו רואים רק חלק קטן מכל הסכסוכים.**
* **המאמר "היווצרותם של סכסוכים והשתנותם – מתן שם, הטלת אשם עמידה על זכות" –** מגיע למסקנה כי מה שאנו רואים ברובד הגלוי של מערכת המשפ הוא קצה הקרחון של העולם החברתי של סכסוכים.
* **יש שלושה שלבים של התפתחות סכסוך:**

1. **מתן שם –** צריך שמישהו שנפגע יבין כי מדובר פה על פגיעה ויפרש את מה שקרה לו בתור פגיעה. (יש למשל אנשים כמו נשים מוכות שבכלל לא מבינות שקרה פה משהו לא תקין). **צריך שהאדם יגדיר את האירוע שקרה לו בתור פגיעה.**
2. **האשמה –** **צריך להפנות אצבע מאשימה כלפי אדם/גוף מסויים כמי שאחראי לפגיעה.** זה לא משנה אם הצד המואשם בכלל לא עשה כלום. תפיסה תרבותית עשויה לגרום לנו להאשים גורמים שונים – כלומר יש אנשים שנוטים תמיד להאשים את עצמם ויש אנשים שתמיד מאשימים אחרים.
3. **דרישה –** **האדם פונה למי שהוא חושב שאחראי על מה שקרה לו ומבקש ממנו סעד.** יש סוגים של סכסוכים ומערכות יחסים בהם הצעד הזה הוא מאוד קשה (למשל זוגיות).
4. **פורום ליישוב סכסוכים –** אם לא נענים מהגורם שפנינו אליו, ניתן לפנות לפורום ליישוב סכסוכים. **לפי המאמר – אחרי שלב הדרישה מגיע שלב הפניה לביהמ"ש.** אולם לפי המרצה יש עוד הרבה פורומים שניתן לפנות אליהם והם לאו דווקא בימ"ש.

* מספר המקרים שעולים משלב לשלב משתנה בהתאם לסוג הבעייה. (למשל בגירושין תמיד פונים ובאפליה בעבודה כמעט ולא).
* **מה משפיע על היכולת של האנשים/רצונם לעבור משלב לשלב? ולמה יש שוני בין אנשים**?
* **גורמים חיצוניים –**
* יכול להיות שהמדינה חוקקה חוק מסויים אך לא מעוניינת כי יפנו לביהמ"ש בהסתמך על החוק הזה. ואז המדינה יכולה להשפיע על אנשים לא להגיע לבימ"ש. למשל היא יכולה להעלות את האגרה לבימ"ש לתביעות קטנות.
* כדי למצות זכויות, אדם צריך להשקיע ימי עבודה/חופשה וזה קשה לחלק מן האנשים.
* **גורמים פסיכולוגיים –** מדובר על גורמים שקשורים באדם עצמו – יש אנשים שהם אוהבי סיכון, התמדה, עקשנות, אסרטיביות, ביטחון עצמי וכו'. כמו כן כשפונים לביהמ"ש הסכסוך הופך להיות פומבי ולא כולם רוצים שידעו על הסכסוך שלהם.
* **גורמי השאלון –**
* **כסף –** כסף מקנה נגישות, וגם מקרין על תחושת הביטחון.
* **מגדר –**יש שונות מובהקת בין גברים לנשים ביכולת לדרוש סעד.
* **גיל –** מצד אחד למבוגרים יש יותר זמן ומצד שני אין להם נגישות כמו לצעירים והם גם יותר מפחדים לפנות לערכאות.
* **ידע והשכלה –** היעדר ידע והשכלה עשויים לגרום לאדם להמנע מלדרוש את מה שמגיע לו.
* **עולה חדש/ותיק –** מגבלת השפה.
* **גורמים תרבותיים-חברתיים:**
* **חינוך –** אנשים שקיבלו חינוך שונה או באו מרקע דתי שונה עשויים להיות בעלי תפיסות שונות לגבי צורת התמודדות עם בעיות בחיים.
* **קבוצות ההתייחסות שלנו –** חשוב לנו מה יחשבו עלינו אנשים שדעתם חשובה לנו.
* **טיב הקשר בין האדם למדינה ותודעת זכויות –** יש כאלה שהם לא אזרחים אלא רק תושבים, יש כאלה שלא מרגישים שווי זכויות בארץ.
* **התנסות עם המערכת המשפטית –** האם לאדם או לאחד מבני משפחתו או חבריו הייתה התנסות עם הההליך הזה ואיזו התנסות. אם הייתה שלילית כנראה שלא יפנה שוב.
* **גישה לאנשים בעלי סמכות שיכולים לסייע –** יש עו"ד, מורים, מרצים, עובדים, רופאים, אנשי דת שיכולים להמליץ ולסייע.
* **גם אם יש אנשים שברור כי לא יזכו בערכאה – עדיין הם פונים כי בכל זאת ניתן להשיג כמה דברים:**
* דחייה מבחינת זמן – למשל אם רוצים להרוס לי את הבית, זה יכול לעזור שידחו את זה.
* בקשה לקבלת מידע – למשל אם פנינו לגוף מסויים והוא בכלל לא הגיב, אם נפנה לביהמ"ש אולי נוכל להשיג תגובה.
* המטרה בפנייה לביהמ"ש היא אישוש האנושיות של האדם – למשל פלסטינים מרגישים שמתייחסים אליהם ושהם שווים כמו כולם.
* **המאמר – מדוע אלה שיש להם נוטים להצליח/מארק גלנטר –** המאמר עוסק בשאלה – **מי מנצל בבימה"ש?** יש לנו כל מיני תשובות אינטואיטיביות כמו החזק מנצח. אבל גלנטר מציע חשיבה נוספת – הוא טוען כי **עצם סיווגו של אדם בתור מתדיין מסויים – משפיע על סיכוייו להצליח בביהמ"ש.**
* **מציע שני סוגים של מתדיינים:**
* **השחקן המזדמן –** מדובר על יחידה קטנה (אדם/עסק קטן). יש לו עניין במה שהוא מגיע בשבילו לביהמ"ש, אך ההסתברות שיגיע שוב לביהמ"ש באותו עניין היא נמוכה.
* **השחקן החוזר –** מדובר על יחידה חברתית גדולה (מדינה, ארגון חברתי, תאגיד) והסיכוי שיחזור לביהמ"ש עם תיקים דומים מאוד גבוה. זה משפיע על סיכוי הזכיה שלו בביהמ"ש.
* מציין כי יכולות להיות 4 אופציות שונות לאינטרקציות בין השחקנים.
* **מדוע לשחקן חוזר יש יותר סיכוי זכייה?**
* **נגישות גבוהה, עלויות נמוכות ויתרון לגודל –** יש לו נגישות גבוהה למייצגים ומומחים. העלויות שלו לפתיחת הליך הן נמוכות יותר. הוא לא צריך לחפש עו"ד כי בד"כ כבר יש לו, התביעות בד"כ חוזרות על עצמן, הוא יכול מראש לעצב את העסקה כך שתהיה לטובתו.   
  לעומתו - שחקן מזדמן צריך למצוא עו"ד, התיק שלו תמיד ייחודי והעלויות גבוהות.
* **השאיפה היא למקסם את הרווח על פני כל התיקים ולא רק במקרה ספציפי –** לשחקן מזדמן חשובה התוצאה של המקרה הספציפי. לעומת זאת, מה שמעניין שחקן חוזר זה מקסום הרווח על פני כל התיקים שלו. יש לו אפשרות להתפשר מתי שנוח לו ועדיין בסכום הכולל לצאת מורווח.

**משפט ושינוי חברתי**

* ההגדרה המקובלת לשינוי חברתי היא **שילוב של שינוי במבנה החברה (שינוי בדפוס יחסי הכוח בין המשפט לשלטון, בין קבוצות שונות או מוסדות בחברה) ושינוי במבנה התרבותי (מושגי השיח הציבורי, דפוסי התנהגות מקובלים).** מדובר על שינוי גם ברמה הכללית וגם ברמה היום יומית.
* **במאמרה של אורלי לייבל –** ניתן לראות כי יכולים להיות שינויים חברתיים מחוץ לעולם המשפט, אבל אנו כן מצפים שהמשפט יהיה מעורב בשינוי חברתי. **בסופו של דבר את הקביעות החברתיות אנו מוצאים בתוך המשפט.**
* **בתוך עולם המשפט יש שתי זירות עיקריות בהקשר של שינוי חברתי:**

1. **חקיקה ורשויות המנהל –** דיברנו רבות על מקומו של המחוקק – משפט כתוצר של אינטרסים, היחס בין המחוקק לבין בעלי הכוח בחברה, החוק כמכונן תרבות.
2. **פסיקה –** עיקר הספרות מתייחסת לפסיקה בתור שינוי חברתי.

* בכלל ניתן לראות כי בגלל המשפטיזציה, רוב הדיונים תמיד יהיו בפסיקה ולא בחקיקה.
* **מדוע ביהמ"ש נתפס כגוף עצמאי וכתובת לשינוי חברתי?**
* **השופטים לא צריכים להבחר מחדש -** אדם שלא צריך לעמוד שוב לבחירה, הוא עצמאי ויכול להפעיל שיקול דעת ללא תלות. למרות שלבימ"ש בכל זאת יש בעייה לגיטימציה כי הוא חייב לקבל לגיטימציה מהציבור.
* **היעדר בירוקרטיה וסרבול כדי להביא לשינוי –** שופט יכול לחולל שינוי בהחלטה אחת לעומת גופי מנהל שם יש הליך מסורבל של שינוי.
* **ההכרעה נקבעת לפי חוזק הטיעון המשפטי –** ולא לפי חוזק האדם מבחינה חברתית ופוליטית.
* **צורך נמוך יותר בהשקעת מאמצים –** כל מה שצריך כדי לחולל שינוי הוא לשלם אגרה ולהגישה עתירה. לעומת זאת כדי לחוקק שינוי דרך המחוקק, צריך יותר מאמץ.
* **יש שתי בעיות עיקריות בהחלטת הפנייה אל ביהמ"ש בניסיון להביא לשינוי חברתי:**
* **שאלת הלגיטימציה –** למי שכופר בלגיטימיות של השיטה תהיה בעיה לפנות למוסדות השיטה – פניה לביהמ"ש תהווה מן הכרה בלגיטימציה של הגוף של המדינה – אם בוחרים לפעול דרך ביהמ"ש חייבים לקבל את כללי המשחק.
* **הפניה אל המשפט –** כשאדם פונה אל המשפט הוא מכניס עצמו לסד משפטי – למשפט יש כוח מרסן ומעקר – והוא בולע את מי שמגיע אליו. האדם שרוצה לעשות שינוי חברתי חייב להתאים עצמו לזירה המשפטית, לוותר על חלר מהמצע שלו למסגר את טענותיו כך שיתאימו לז'רגון המשפטי. כאשר פונים לביהמ"ש חייבים למצוא עילה משפטית.
* **כמו כן חייבים להשען על מקרה ספציפי –** לא ניתן לפנות לביהמ"ש בסתם טיעון עקרוני.
* **הגבלות החלות על ביהמ"ש:**
* התרבות המשפטית הדומיננטית שחלה באותו זמן.
* אם יש תקדים משפטי נוגד – קשה לשופט לפעול נגד הרוח הנושבת בביהמ"ש.
* כללי הפרוצדורה הם מגבלה קשה – הליכים כמו שיהוי, מיצוי הליכים והתיישנות.
* היעדר כלים לביהמ"ש ליצור שינויים חברתיים
* הימנעות ביהמ"ש מלפסול חוקים – כשפונים לבימ"ש כדי שיפסול חוק, הוא מבקש קודם כל לתת זמן ליישום החוק ושיפנו אליו רק אם יתגלה כי היישום מעורר בעיות.
* הימנעות מדיון עקרוני – ביהמ"ש עשוי לפתור את הסכסוך הספציפי אך להמנע מלקבוע פסיקה עקרונית.
* גם אחרי פסיקה יכול להיות ששום דבר לא יקרה כי הרשויות לא יבצעו את הפסיקה.
* עדיף לפנות לביהמ"ש עם הרבה תיקים קטנים מאשר עם כל הבעיות בבת אחת כדי לא להלחיץ אף אחד.
* כשפונים לביהמ"ש – השחקנים המרכזיים הופכים להיות עורכי הדין – הוא עשוי לרסן את פעולותיהם של הפעילים כדי לא להתקל בבעיות מול שופטים, יש לו גם אתיקה וזה יכול לעקר את הקיצוניות שבמאבק.
* **אם למשפט יש כל כך הרבה בעיות – למה בכל זאת פונים אליו?**
* גם המצב מחוץ למשפט לא הכי טוב.
* המשפט בכל זאת מחנך, יוצר שינוי הדרגתי ושומר על ערכי היסוד.
* כשלונות מול ביהמ"ש יעילים יותר לתנועה חברתית מאשר הצלחות קטנות – יותר אנשים שומעים על הבעייה, מזדהים עם המאבק, מצטרפים אליו.
* פנייה לביהמ"ש היא מכשיר ללחץ לניהול מו"מ שמשיג תוצאות שמובילות לשינוי .

כל אלה השפעות לא ישירות של המשפט.

* **מאמרה של אורלי לייבל –** מציג אפשרות לפנייה מחוץ למשפט. זו יכולה להיות בעייה כי בדרך כלל מי שמצליח להשיג משהו בחוץ הם החזקים של התנועה. והם ישיגו את האינטרסים שלהם ולא ימשיכו להאבק על האינטרסים של כל התנועה או של החלשים שכנראה לא יצליחו להשיג שינוי. \
* **הזירה המרכזית לניהול מאבקים ושינוי חברתי היא הזירה הפוליטית.**