**חלק א': משפט וחברה**

* **מהו משפט וחברה?**

למעשה כל דבר שאנחנו עושים במשפט זה עיסוק בחיי החברה. לא ניתן ללמוד חוקים בלי לדעת את ההקשר החברתי שלהם. **במהלך השנים התפתחה תפיסה ששאלה- מה אנו רוצים להשיג מהמשפט?** כאשר התשובות נבעו **מתפיסות חברתיות, ערכים ומטרות חברתיים.**

* נקודת המוצא: מסתכלים על המשפט כאל מוסד ממוסדות החברה. אנו רוצים להבין **איך עובד המשפט בתוך הקשר חברתי מבחינה ממשית- איך הוא באמת עובד?** המטרה היא לראות את המשפט במלוא ההקשר החברתי בו הוא עובד ולשאול על כך שאלות.
* **נקודת המוצא הבסיסית= מה שמבטיחים לנו לא מתקיים באמת.**

הבחנה בסיסית- מונחים שהוטבעו ע"י **רוסקו פאונד**:

* LAW IN THE BOOKS
* LAW IN ACTION

הבחנה זו מעידה כי מה שמבטיחים לנו, מה שנחזה להיות המשפט= לא מתקיים במציאות.

דוגמא א': עבודה סמינריונית+ שוויץ+ משפט משווה🡨 ישראל נאורה כי קבעה שוויון שכר בגין עבודה שווה. בפועל🡨 שיעור הפער בשכר בין גברים לנשים הוא 30%.

דוגמא ב': הלוואות חוץ בנקאיות. יש הגבלה על הריבית שיכולים לקחת אותם מלווים שאינם הבנקים, הריבית היא עד 16%, בפועל🡨 גובים 400% ריבית.

**כל זה מוביל אותנו לשאלת האכיפה: חוק התקציב הוא אחד החוקים החשובים בישראל שמשקף בצורה אמיתית את המצב-** נשאלת השאלה אם המחוקק רוצה אכיפה למה הוא מעניק תקציב מינימלי לנושא מסויים?

1. יכול להיות שזה נובע משיקולי חזות- כלומר חשוב לו להיראות נאור כי זה תורם לאמון הציבור בו.
2. יכול להיות שהיה חשוב למחוקק לקבוע נורמה.
3. יכול להיות שהמחוקק סומך על הפרטים בחברה שיאכפו את החוק- כאשר המחוקק קובע דבר מסוים בחוק הוא מעניק עילת תביעה לפרט בחברה.

דוגמא ג': הטחות האשמה שהטיח בניזרי כשיצא מהמאסר על מערכת המשפט והשיפוט מעידות על כך שיש תמיכה חברתית במה שהוא אומר, במסגרת הקבוצה החברתית ממנה הוא הגיע.

**שאלות הלגיטימציה (בניזרי), ציות ואמון במערכת המשפט הן השאלות הבסיסיות ביותר**🡨 **חשוב!!**

זה מוביל אותנו לתופעת **ריבוי מערכות משפט בישראל, כך יש לנו את בית הדין של התאחדות הכדורגל.** מצב זה של ריבוי מערכות משפט הוא מצב של גופים משפטיים שלא כפופים למשפט המדינה. **לא ניתן לקבוע חוק מבלי לחשוב על ריבוי מערכות זה.**

סיכום: המשפט הוא אחד ממוסדות החברה, פער בין המשפט בפועל למשפט בספרים, שאלות של לגיטימציה, אמון וציות במערכת המשפט הן הבסיסיות ביותר, ריבוי מערכת משפט.

* **המאמר - המשפט הסמוי מן העין/ מנחם מאוטנר**
* חיינו רווים במשפט: כל דבר בחיינו מוכתב בידי המשפט, אולם הוא סמוי מהעין.
* קיים יחס מעגלי בין המשפט לחברה – המשפט תורם לכינון יחסים חברתיים ובתוך יחסים אלו הפרט חי ויוצר את המשפט. הפרט אינו מקיים במודע את החוק, אלא הוא מצטרף לפרקטיקה קיימת.
  + יש פער בין החוק לבין מימושו וזה תלוי **ברשויות המנהל** (פרשנות החוק, הפצתו ויעילות האכיפה). אי מימושו – סמוי מהעין.
  + המשמעות הנקבעת ע"י מערכת המשפט מושלמת ע"י מערכות תרבותיות אחרות שקובעות את כוחו של המשפט. המשפט יהיה סמוי מהעין אם יתקל במערכות תרבותיות נוגדות השולטות בחייו של הפרט.
  + המשפט אמור **לחול באופן שווה** על כל אזרחי המדינה, כך הוא יוצר בעיה של לגיטימציה מתוך רצון לקבוע לקבוצות תרבותיות שונות הסדרים שונים מאלו שהן היו יוצרות.
  + המשפט קיים בכל פעולותינו ומשתלט על חיינו, החלטות בית המחוקקים וביהמ"ש, שמוצגות כאובייקטיביות ובלתי תלויות באנשים שמפעילים אותם, הן בעצם פרטיקולאריות ונעשות ע"פ השקפתו של כל שופט ומחוקק, על אף **דוקטרינת הסוביודיצה** שאמורה לשריין את השופט מהשפעות חיצוניות. . המשפט נעשה גם ע"י פקידי ממשל כשהם רוצים להנחיל לכלל את מסקנות בתי המשפט. בצורה כזו גם שופטים, גם עו"ד וגם הרשות המנהלית מונעים ע"י אינטרסים אחרים. השפעת החברה על המשפט אינה חד צדדית אלא **מעגלית**: המשפט מסייע לכונן יחסים חברתיים בין בנ"א ובנה"א חיים וממשיכים ליצור משפט וכך הלאה.
  + הפרט אמור לקבל החלטותיו עפ"י המשפט, אך פעמים רבות תכתיבי התרבות היום יומית גוברים על ציווי המשפט ואלו שפעלו בניגוד למשפט ועפי תרבותם ינסו לתרץ את מעשיהם בהצדקות אחרות שלא נדחו ע"י המשפט.
  + אנו מדברים רבות על המשפט **כמסך-** המסתיר את המציאות האמיתית המתקיימת מעבר לו. אך דימוי זה לא מדויק שכן המשפט **הוא מסך שמוקרנת עליו מציאות דמיונית.** המשפט עשוי להיות **סמוי מן העין** במובן זה שהחלטות מנהליות שיוצגו כמכוונות להביא למימוש המשפט ינועו למעשה ע"י שיקולים שהמשפט ביקש לדחוק אל מחוץ לשיקולים.
* **טענות לגבי היחס בין משפט לחברה:**

1. **משפט כממלא תפקידים בחברה**

* **מאמר- מה למשפט ולמשפחה/ איילת בלכר פריגת**
* המאמר בין בהסדרת חיי המשפחה ע"י המשפט. רעיון זה נראה במבט ראשון בלתי ראוי- מצפים שמשפחה שיש בה יחסים תקינים תנוהל מתוך דאגה והתחשבות ולא מתוך מערכת כללים והסדרים.
* הגישה הבסיסית היא= עקרון אי ההתערבות במשפחה תקינה. **נובע מתפקידו המגונן המשפט- התמקדות בתפקידו של המשפט כספק רשתות הגנה מבהירה מדוע לא מתפלאים שהמשפט לא מתערב בסיטואציה של משפחה מתפקדת.** כל זה מעמיד את המשפט **כנחוץ אך נחות-** הוא לא יכול להבטיח שהפרט יקבל מה שהיה מקבל במצב סטנדרטי. **דימוי:** תחבושת לגוף בריא- תחבושת אומנם לא יכולה להרע את המצב אך כללים משפטיים שקובעים זכויות וחובות יכולים להרע את המצב.
* המענה על טענות אלו:
* אם הכללים לא יופעלו ע"י הצדדים קשה לראות כיצד הם יפגעו במערכת המשפחתית.
* החשובה ביותר בערך- אי התערבות כמוה כהתערבות! בהקשר למשפחה- **אולסן טענה שאי התערבות משמרת את הפטריאכליות של הגברים!**
* לאור אלו אין לדון בניתוק מוחלט של המשפט מהמשפחה- מהם תפקידי המשפט שהוא ממלא ביחס למשפחה?

1. כללי רקע= קיומה של הגנה משפטית שיכולה להקל על חברי משפחה לסמוך זה על זה. **דימוי:** לוליין עם רשת בטחון מתחת לחבל דק.
2. כללי הגנה= מינימום הגנה למי שעלול להיפגע מהמשבר.
3. המשפט מחנך והצהרתי- המשפט נתפס כיוצר את עצמנו, ערכינו והעדפותינו. הכללים המשפטים יכולים להעביר מסר ולהטמיע ערכים ראוים בהקשר המשפחתי. ניתן לצקת לנורמות המשפטיות מגוון רחב של ערכים ותכנים נורמטייבים שאותם הן יבטאו. עדיין לא ברור עד כמה המשפט מושפע ומשפיע על החברה אך במנותק מהפן התוצאתי לפן החינוכי יש ערך עצמאי. גילום הערכים במשפט כערכים ראויים.
4. הכרעה בסכסוכים- תפיסה צרה של הכרעה רק לעת משבר. **חוק יחסי ממון.**
5. תפקיד חשוב ביצירת מוסדות חברתיים, בין היתר כי משמש קולה של החברה! מוסד חברתי הינו מערכת של ערכים, נורמות, דפוסי התנהגות של פרטים/קבוצות.

האמירה כי "המשפט ממלא תפקידים בחברה" היא תפיסה שבבסיס שלה אומרת שהמשפט הוא **מוסד חברתי.**

איך? לחברה יש צרכים, היא יוצרת לה מוסדות שונים שימלאו אחר הצרכים שלה. **דימוי:** מכונה של ייצור- נותנים לה מפרט, "אנחנו צריכים א', ב', ג' " וכך היא תייצר. **כך נחשוב על המשפט= יש לנו חברה שיש לה צרכים, החברה פונה אל המוסד שנקרא "משפט" ע"מ שימלא צרכיה לפי מה שהיא מגדירה לו.**

**מה אנחנו רוצים שהמשפט יעשה?**

* יישוב סכסוכים
* הסדרה ותיאום של התנהגות- כללי הגנה (לעת משבר), כלל רקע (רשת בטחון)
* הסדרה של רשויות השלטון- קביעת גבולות הכוח של רשויות השלטון תוך הצבת כללים לפעולה ולהחלטה של כל אחת. חלקן הגדול הן רשויות יוצרות משפט כמו הכנסת- המשפט למעשה קובע לנו את אופן היצירה של עצמו.
* חינוך והכוונה- נותן ביטוי לערכים ותפיסות נורמטיביות. המשפט מחנך אותנו שנשתכנע בעצמנו לפעול לפי סטנדרט המינימום.
* מכשיר לשינוי חברתי- פעולת התיאום והקביעה מה מותר ומה אסור תורמים ללכידות חברתית וסולידריות.
* משפט כמכשיר לחלוקת עושר והקצאת משאבים.

🡨 שאלה שאפשר להעלות במבחן: האם זה ראוי שהמשפט יקבע את הנורמות? האם יש דרכים אחרות להשיג את התפקידים הללו מאשר דרך המשפט? זה יכול להתקשר לכל טענה שאומרים לגבי המשפט- גם לגבי משפט כתוצר אינטרסים.

גם בתחומים אחרים אפשר לראות שהמשפט ממלא תפקידים אלו:

**יחסי עבודה:** יישוב סכסוכים= בית הדין לעבודה שהוא בימ"ש מיוחד לפתרון סכסוכים, הסדרה ותיאום של התנהגות- כללי רקע: פנסיה, חופשות שנתיות. כל אלו מאפשרים לעובד ליצור אמון. העובד תלוי במעביד אך גם המעביד תלוי בעובד, כללי הגנה: לעת משבר, פיצויים, עילות פיטורין קבועות וכו', ההגנה הזו יוצרת לכידות חברתית וסולידריות, המשפט מחנך להתנהגות מסויימת רוב החוקים האלו הם קוגנטיים זה משקף ערכים של הוגנות בין מעביד לעובד, מכשיר לשינוי חברתי קביעת שוויון בשכר בין אשה לגבר, חלוקת עושר והקצאת משאבים- א' ישלם ל-ב'.

**דיני חברות:** יישוב סכסוכים= המשפט מיישב את כל הסכסוכים האפשרים בחברה (שוק עסקי, מערכת היחסים בחברה עצמה), הסדרה ותיאום של התנהגות= כללי רקע: הרשות לניירות ערך שנועדה כדי לתת לאנשים בטחון להשקיע כספי פנסיה לדוגמה, כללי הגנה: לעת משבר, הדינים שבין ב"מ לנושים, לבעלי השליטה, הבראת חברה. חובות אמון וזהירות מביאות לאמירות נורמטיביות שמביאות ללכידות חברתית וסולידריות, שינוי חברתי= המלצות ועדת הריכוזיות יובילו לשינוי חברתי, קביעה לשם מה החברה פועלת (תכלית החברה) יביאו לשינוי חברתי. חלוקת עושר= עוסקים בכך דיני החברות.

**עולה השאלה:** אמפירית= איך הגענו למצב שהטלנו את יהבנו על המשפט והטלנו עליו כ"כ הרבה תפקידים? נורמטיבית= האם ראוי שיווצר **משפוט זה.** במידה מסויימת זה מעיד על חולשתה של החברה שנותנת כ"כ הרבה כוח למוסד חברתי שמעצם טבעו מוגבל. לא פלא שאנשים מאוכזבים מהתוצאות.

**כל אלו נותנים לנו בסיס לביקורת על המשפט=** האם הוא ממלא תפקידו? האם התוצר הוא מה שרצינו? בעולם המשפט כמעט לא הייתה ביקורת, רק היום נכנסת החשיבה האמפירית שבוחנת האם מושגות המטרות.

**יישוב סכסוכים** מדגים לנו שאנו חושבים בצורה אינסטרומנטלית על המשפט. אנשים החלו לחשוב שאולי לא כל בעיה מתאימה להגיע לביהמש, נוצרו **מנגנונים אלטרנטיבים: גישור, בוררות וכו'. שנית, בתוך מערכת המשפט אפשר לעצב את ההליך אחרת כמו ביהמש לתביעות קטנות. בארה"ב ישנם בתי משפט שפותרים בעיות (יוצאי צבא, סמים)- סיוע בבעיה, ביהמש הוא חלק ממנגנון לפתרון בעיה.**

אם רוצים שהמשפט ימלא תפקיד אנחנו יכולים לעצבו כמו שאנחנו רוצים. אם זה לא מתאים בכדי להגיע לתוצאה= בואו נחשוב על מנגנון אחר כדי שישיג את התוצאה. **חשיבה אינסטרומנטלית חשובה לחיי היומיום.**

1. **משפט כתוצר של אינטרסים:**

אלו טענות שיקשרו בין תוצרים של פעולת המשפט לבין יחסי כוח בחברה. **כשאנחנו מדברים המשפט כתוצר של אינטרסים אנחנו מדברים על כוח שפועל בצורה מכוונת, אפשר לזהות מי מפעיל את הכוח, איך הכוח פועל. מזהים שחקנים מסוימים שפועלים בזירה של הכוח.**

לכאורה הטענה של משפט כתוצר של אינטרסים היא תמוהה היות והאינטרס השולט בדמוקרטיה אמור להיות **האינטרס הציבורי, משמע ברור לנו שפעולתה של המדינה נעשית באופן אוטומטי בשביל לקדם אינטרס ציבורי זה.**

ארבע טענות:

* **פלורליזם=** ריבוי קבוצות אינטרס- הפוליטיקה היא בעצם פוליטיקה של קבוצות אינטרס, כלומר **קב' אנשים שפועלים יחד על מנת להשיג מטרה אישית שמשותפת להם מתוך מטרה להשפיע על מדיניות ציבורית,** שמרכיבות את הזירה הפוליטית. קבוצת אינטרס יכולה להיות גם של אדם אחד שיש לו מספיק כוח בזירה הפוליטית. חשוב לזכור כי בישראל קבוצות אינטרס בפוליטיקה קיימות כבר שנים אך נראה הציבורית- הדרישה לדעת- התעצמה בשנים האחרונות.

**ישנן הרבה מאוד קבוצות אינטרס והן מאוד שונות זו מזו:**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **טווח הפעולה** | פעילות אד-הוק והיעלמות לאחר הצלחה / כישלון (לדוגמא: 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** | פעילות ברמה המקומית | פעילות ברמה הבינלאומית |
| **מטרת הפעולה** | לעורר מודעות ציבורית / לקיים פעילויות חינוכיות | לשנות מדיניות פוליטית |
| **כלפי מי מופנית העבודה** | פעולה מול הציבור | פעולה מול רשויות השלטון – המחוקק, בתי המשפט, הממשלה |
| **היכן פועלת הקבוצה?** | פעילות בתקשורת / ברחוב / ברשתות החברתיות | פעילות במסדרונות השלטון |
| **התמקדות הקבוצה** | פעילות רק למען הישגים של שינוי המדיניות הציבורית (לדוגמא: שלום עכשיו, אדם טבע ודין), לאו דווקא למען אינטרס אישי, אלא כי הם מאמינים שזהו האינטרס הציבורי | פעילות גם למען שינוי המדיניות הציבורית  אך גם בתחומים שונים (לדוגמא לשכת עורכי הדין גם דואגת לחבריה וגם מנסה להביא לשינויים חקיקתיים בתחומים שונים) |
| **פורמאליות הפעולה** | גופים אמורפיים שאינם ממוסדים | גופים ממוסדים (ככל שמספר החברים גדול יותר, הגוף נוטה להיות יותר ממוסד) |

לכאורה יש שני הבדלים ברורים בין מפלגה לקבוצת אינטרס: 1. מפלגה פועלת בזירה הפוליטית של הבחירות בעוד קב' האינטרס במטרה להשפיע על מקבלי ההחלטות, 2. למפלגה אמורה להיות השקפת עולם בנוגע למכלול דברים הקשורים למדינה בעוד שקב' אינטרס יכולה לפעול למען אינטרס אישי או ציבורי.

**אבל יש לנו קבוצות אינטרס שהאסטרטגיה שלהן היא לפזר עצמן במפלגות רבות: אנשי התעשייה האווירית.**

הטענה היא ששוק מקבלי ההחלטות הוא שוק **חופשי** שלכל אחד יש גישה לבוא לשם ולהשפיע על ההחלטות- "שוויון הזדמנויות". **אז למה להלין? ברור שיש כשלי שוק- יש הטיה מובנית לטובת אלו שמצליחים להתאגד כשרוב הציבור אדיש. יש הטיה לטובת אלו שמחזיקים במשאבים ומתאגדים כדי לפעול, יש הטייה לטובת אלו שהאינטרסים שלהם יחסית צרים ויש להם הרבה יותר גמישות בפעולה, כמובן שיש יתרון לאלו שמצליחים ליצור איתם קולאיציות- בניגוד נניח לערבי ישראל.**

מי יכול להתארגן? **התארגנות דורשת עלויות!** היא דורשת משאבים של זמן ועבודה, יש צורך להחליט על מטרה משותפת ואז יש בעיות רגילות של התארגנות כמו בעיית הסחטן והטרמפיסט.

**עוד גורם שמשפיע על הטיות**- לאחר שהתארגנו- איך פועלים? זו תורה שלמה ואחד הגורמים שנכנסו לפעולה בשנים האחרונות, למשחק האינטרסים, הם **הלוביסטים.** תפקידם הוא לקשר בין אנשים שמחוץ לפוליטיקה לבין מקבלי ההחלטות.

השיקולים המשפיעים על הצלחתו של הלוביסט:

1. למקבל ההחלטות יש דעה דומה או אין דעה בכלל לזו שמקדם הלוביסט.
2. נגישות- הרבה לוביסטים היו בעבר אנשי קונגרס ואנשי צוות שלהם.
3. הנושא צריך להיות רחוק מהעין הציבורית.

* מאמר: **יואב המר ומשה כהן אליה- שתדלנות וההליך הדמוקרטי**

בשנים האחרונות נרשם גידול דרמטי במספר השתדלנות הפועלים מול ח"כים וקובעי מדיניות אחרים. חלק גדול מהפעילות השתדלנית נעשה ע"י משרדים שמתמחים בפעילות זו- אלו השתדלנים המסחרים. יש גם שתדלנים שכירים שעובדים עבור לקוח אחד. **החלק העיקרי הוא הספקת מידע לנבחרים ולמקבלי ההחלטות הסובלים ממחסור במשאבים הנחוצים לשם איסוף מידע, בנוסף לטיפוח קשרים עם מקבלי ההחלטות.** רוב רובה של הפעילות השתדלנית בארץ נעשית **למען קידום אינטרסים כלכלים** ומיעוטה בשם אינטרסים חברתיים- ציבוריים. התאגידים הכלכליים דומיננטים במשרדים השתדלנים **כי יש להם משאבים כלכליים לזה.**

מושא הפעילות: קובעי המדיניות שלהשפעתם יכולה להיות השלכה משמעותית על האינטרסים של הקבוצה שהשתדלנים פועלים בשמה. **משמע: בעיקר מחוקקים, דרגים שונים של הרשות המבצעת.**

שלוש תיאוריות המסבירות מדוע שיתוף פעולה עם שתדלנים מקדם את רצונם של פולטיקיאים להיבחר בשנית🡨 שזו הנחת המוצא של אנשי המדע למניע העיקרי לשיתוף הפעולה של הנבחרים:

1. תיאורית העסקה= שיתוף פעולה תמורת הבטחה למצביעים בבחירות הבאות.
2. תיאורית השכנוע= "לאן הרוח נושבת"? השתדלנים יאספו מידע על הבוחרים, יבחנו את העדפותיהם וימסרו זאת לנבחר שידע לכלכל צעדיו.
3. תיאורית הסוביסידה החקיקתית- חסכון בזמן ובמאמץ של הנבחר. השתדלן אוסף ועורך עבור הנבחר מידע, ולכן זה מסביר מדוע השתדלנים נוטים להתמקד בנבחרים שאוהדים אותם בכדי שלא יצטרכו לבזבז זמן על שכנוע. השתדלנים מעבירים מידע ביחס לפעילות הרצויה בסוגיות מורכבות. **לדעת המחבר זה ההסבר החזק ביותר מבין השלושה- לאור החסר שיש בתיאוריות הראשונות. אך תיאוריה זו לא יכולה לעמוד לבדה- אלא חייבת לעמוד ביחד עם הסבר נוסף כמו תיאורית העסקה.** הנבחרים חוששים שאם לא ישביעו רצון הגורמים העסקים הם ישקיעו במקום אחר ואז זה יצור אסון בכלכלה וכך הם לא יבחרו שוב.

* השתדלנות והתיאוריה הדמוקרטית:

שלוש תיאוריות דמוקרטיות שמהן נגיע למסקנה לגבי רציותה של השתדלנות-

1. אליטיזם תחרותי= מי שצריך לקבל את ההחלטות הם רק **הנבחרים** וכל השפעה של האזרחים לא רצויה 🡨 שתדלנות לא רצויה.
2. התיאוריה הפלורליסטית= לאזרחים יש אינטרסים שונים זה מזה, כל קבוצה זכאית במאבק לנסות להשפיע. לכן שתדלנות היא לגיטימית.
3. הדמוקרטיה הדליברטיבית= חוקים והחלטות הם לגיטימים רק אם מתקבלים לאחר שיח ציבורי, לכן אם שתדלנות באה לייצג אינטרסי הכלל היא רצויה ואם לא- לא רצויה.

**מחברים= תיאוריה פלורליסטית היא הנכונה.**

**שתדלנות וכשלים בהליך הדמוקרטי: אולסן** חולל מהפכה שקבע שדווקא קבוצות קטנות יבחרו להתארגן לפעילות פוליטית.

למה שתדלנות מהווה כשל בהליך הדמוקרטי?!

1. יש למעשה העדר שוויון בכוח ההשפעה על מקבלי ההחלטות כי לעסקים יש משאבים פיננסים ושליטה על הפעילות השתדלנית, מה שמביא לכך שבתמורה לסוביסידיה חקיקתית הנבחרים יקדמו את האינטרסים שלהם.
2. התלות ההולכת והגוברת של הפוליטיקאים בכסף כדי להיבחר. "תופעת הדלת המסתובבת"= מבטיחים משרה לאחר התפקיד הציבורי בתאגיד.
3. כאשר מדובר בנושא שקיים לגביו כבר דיון ציבורי יש לפעילות השתדלנית אפקטיביות מוגברת. ארגונים שחוששים מדעת קהל יפנו לשתדלנות פנימית שרוצה לעקוף את דעת הקהל בקבלת ההחלטות, ואילו ארגונים שסבורים שהציבור יתמוך בהם יפנו לשתדלנות ציבורית= מעורבות הציבור.

**מנקודת ראות של דמוקרטיה פלורליסטית, העדר יריבות בין קבוצות אינטרס (ק.מ- כי הרי קב' אחת שולטת- העשירים) מציב איום על תקינות ההליך הדמוקרטי- החשש הוא מהסדרים המשרתים מגזר צר ולא את של רוב האזרחים.**

**הערה נוספת= לא כולם יכולים לשכור אנשים שישחקו את "המשחק" כמו הלוביסטים. הם כשל תיאורי של המצב, מי שלא מצליח לשכור את השירותים של הלוביסט שיש להם מומחיות במשחק הפוליטי נמצא בעמדת נחיתות בשוק הזה. גם ללוביסטים יש אינטרסים: כך הם לא יפגעו בלקוח אחד בצורה שמטיבה עם לקוח אחר.**

* ריכוזיות ההשפעה- עילית ההון:

טענה ששונה מהטענה הראשונה לפיה בחברה האזרחית יש הרבה אינטרסים ולכולם יש יכולת השפעה על מקבלי ההחלטות.

**לפי הטענה הזו יש ריכוזיות השפעה- כלומר רק קבוצה אחת שמשפיעה על ההחלטות.**

הטענה הזו **יוצרת קשר ישיר בין קבוצת הכוח (הכלכלי במקרה זה) לבין המדינה- אין שום אוטונומיה למדינה ולמשפט. המדינה פועלת לטובת האינטרסים של בעלי ההון על חשבון אלו של החברה כולה.**

אנשי השלטון הם "בובות" (להזכר בבובות באיטליה עם הכסף) של אנשי הכוח הכלכלי שהלכה למעשה מחליטים את ההחלטות.

1. ניסיון להראות רשת חברתית אחת בין בעלי ההון והמדינה. **השאלה: האם עצם קיומה של רשת הוא הוכחה לאחדות אינטרסים במובן של בעלי ההחלטות כבובות? משהו חסר פה ככוח הסברי.**
2. השלטון "בובות"- נניח חקיקה שמקדמת את האינטרסים של בעלי ההון. יחד עם זאת יש חקיקה שפועלת חד משמעית בניגוד לאינטרסים של בעלי ההון אך יאמרו שזה מסתכם בסופו של דבר לטובת בעל ההון כי כדי להרוויח הוא צריך "שקט" במדינה.

**בגישת הפלורליזם הכוח מבוזר בחברה, בגישה של הריכוזיות הכוח מרוכז בידי קבוצה מצומצמת שהמשפט פועל לקידום האינטרסים שלה.**

* תלות מבנית של מנהלי המדינה

האינטרס האישי של הפוליטיקאי נכנס לתמונה. מנהל המדינה/הפוליטיקאי תלויים בבעלי ההון- הם צריכים יציבות כלכלית ובכדי להשיג זאת הם צריכים שבעלי ההון ימשיכו להשקיע ולהעסיק כמה שיותר אנשים. בשביל יציבות יש צורך להשביע את רצונם של בעלי ההון. מנגד, עומדת העובדה שאנו חיים במשטר דמוקרטי ובבחירות **לכל אחד קול אחד= כל קול שווה.** כך שבבחירות, גם אם אתה לא עשיר, אתה יכול להצביע ולא לבחור בשנית את מקבל ההחלטות. **לפיכך, על מקבל ההחלטות לבצע איזון, תחשיב מהי נקודת האיזון בין האינטרסים של בעלי ההון לבין אלו של יתר הציבור שתמקסם את הסיכוי שהוא יבחר בשנית. נקודת האיזון היא ההחלטה המשפטית. השאלה: האם יש פוליטיקאים שלא נבחרו בשנית כי טעו בתחשיב?**

* מודל של קואליציות- לא נבוא עם קונספציות מוקדמות על הליך קבלת ההחלטות והאינטרסים הנלקחים בחשבון, אלא נפרק את התיאוריות הקודמות לגורמים. בתוך **בעלי ההון, בתוך הפוליטיקאים יש כל מיני סוגים,יש קואליציות ושילובי אינטרסים מכל מיני קבוצות. הם לא מקשה אחת. לפי מודל זה, בוחנים בכל מקרה ובכל סיפור את הליך יצירת התוצר המשפטי.** המודל הזה יביא אותנו לטעון טענות (כמו למשל: קבלת ההחלטות מותנית מראש לטובת בעלי ההון, הפוליטיקה היא של אינטרסים) רק לאחר ביסוס אמפירי- פירוק זה מאפשר כוח הסבר הרבה יותר חזק.

1. **משפט ותרבות**

**תרבות=** מושג בעלי הקשרים רבים. אנו משתמשים בתרבות במונח המקובל- תרבות כמערכת סמלית. **אנחנו גדלים לתוך תרבות מסוימת, לרוב לא שואלים עליה שאלות. היא חלק מתוכנו- איך היא לא דבר סטטי, מדובר בדבר דינמי ומשתנה- אנחנו חלק מהליך של שינוי, שלעיתים גלוי ולעיתים סמוי.**

* מערכת תרבותית נפרדת- מערכת שלמה ששונה מהמערכת החיצונית. המשפט הוא מערכת תרבותית נפרדת בעלת מילים, מושגים וערכים משלה.
* מערכת תרבותית אך לא נפרדת- מערכת שלגמרי מושפעת מהחברה. החברה היא זו שמבנה את המשפט והיא המקור לתרבות המשפט.
* משפט מכונן- הוא מכונן את התפיסה התרבותית של בני החברה, מעצב את ההבנה התרבותית שלהם. **כך למשל בתחום הקניין:** המשפט יוצר לנו היררכיה בין קטגוריות, כך למשל בעלים מבחינה היררכית זה יותר טוב משוכר. כשזוג בני 50 עם ילדים באים לשכור דירה בבית משותף ישר מסתכלים עליהם כאילו משהו לא בסדר- למה הם לא בעלים?

**הטענה שהמשפט מכונן את התודעה של נמנעי המשפט- האזרחים- היא מאוד חזקה.** זה נותן המון כוח ועוצמה למשפט.

* יחסי כוח-**הטענה של משפט, תרבות וכוח אומרת לנו שלא כולם משתתפים שווים ביצירת הקטגוריות התרבותיות, לחלק מהשחקנים יש יותר כוח. לכן, יוצא שתרבות של חברה היא יצירה של בעלי הכוח בחברה, שיש להם השפעה יתרה על ההליכים שמובילים ליצירת הקטגוריות התרבותיות שלנו.**
* הניתוח הביקורתי של המשפט מנסה להראות שהתרבות בכלל והמשפט בפרט הם לא מערכת נייטרלית אלא מערכת שהיא תוצר פעולתם של בעלי הכוח בחברה.
* קרל מרכס מייצג את **התיאוריה המטיריאלית שבבסיסה עומד תיאור כלכלי של העולם.**

הכוח המניע לשינוי= שינויים טכנולוגיים.

* הבסיס= יחסי ייצור. בקפטיליזם המוקדם היה את הקפטיליסטים/בעלי ההון שהיו להם המשאבים ואמצעי הייצור ואילו מהצד השני יש את הפרולטריון שלהם כוח העבודה. ביניהם **יש יחס של ניצול** כאשר הקפיטליסטים מתעשרים על חשבון העבודה של הפרולטריון.
* מבנה העל= המוסדות- **המדינה, דת, חינוך, משפט-** שמתאימים עצמם ליחסי הייצור- הבסיס הכלכלי. עם המהפכה התעשייתית נכנסו שחקנים חדשים והתרחשה "מהפכת הבורגנות"- רואים כיצד כל המוסדות האחרים עוקבים אחר השינויים בבסיס הכלכלי.
* מוסדות העל יוצרים **מיסוך,** אין לאנשים את הידע האמיתי על הניצול שלהם. הם יוצרים **פער תודעתי** בין המציאות כפי שהיא לבין איך שאנשים מבינים את המציאות. כולם יוצרים מערכת אידיאולוגיה שנותנת לסדר הקיים לגיטימציה, כאשר לפי מרקס מדובר ב"תודעה כוזבת".
* הגמוניה= **הוטבע ע"י גרמשי.** **מצב חברתי בו קבוצה חברתית מסויימת מתקיימת בחברה ומגיעה לשליטה בכל תחומי החיים, גם בתחומי המדינה וגם בתחומי החברה האזרחית ולאחר אחיזה/שליטה זו בכל מוסדות החברה היא מצליחה להפוך את תפיסת העולם שלה לתפיסה הדומיננטית והשלטת. מכוננים את תודעת הציבור באופן שתפיסת העולם של אותה קבוצה היא תודעה טבעית ודומיננטית שלא מהרהרים/מערערים אחרים.**
* ניתן לזהות את הקבוצה שהנחילה הגמוניה! יש להוכיח את טענת ההגמוניה. משרד החינוך למשל ותוכניות לימוד. אם רוצים להראות שהמשפט משרת את תפיסת העולם יש להראות טענות אלו.
* יש הבדל בין הגמוניה לבין קבוצות של אידיאולוגיה.
* **מאמר- קטגוריות של מין ומעמד בדיני מס הכנסה/ אסף לחובסקי**

תרבויות שונות נבדלות זו מזו בצורה בה הן מחלקות לקטגוריות את העולם. הקטגוריות מופיעות רבות **כדיכוטמיות** כאשר בכל זוג יש אחד עדיף ואחד נחות.

כאשר התגבשו דיני מס ההכנסה באנגליה במאה ה19 שלטה הדיכוטומיה הבאה:

חלוקה לספירה ציבורית **העדיפה**= גברי, חוץ, שוק, אקטיבי.

חלוקה לספירה פרטית **הנחותה**= נשי, ביתי, משפחה, פסיבי.

במאה ה19 חל שינוי עקב המהפכה התעשייתית בחלוקת העבודה- נוצרה תפיסה חדשה של חלוקת העבודה בחברה "**תיאוריית הספירות הנפרדות".** העולם הציבורי שייך לגברים בלבד. תיאוריה זו תלויה בזמן ובמקום.

**גם המשפט עוסק בסידור עולם! היות והוא עוסק בסידור עולם אין פלא שהוא מסודר בצורה של דיכוטומיות, וכך גם מס ההכנסה:**

**ספירה עדיפה למס= ספירה עסקית:** עבודה בחוץ, יחיד, פירות אקטיבי.

**ספירה נחותה למס= הפרטית:** עבודה בבית, משפחה, הון פסיבי.

**המשפטן העוסק במס צריך לסווג כל מקרה לקטגוריה ולפי זה לקבוע החבות במס.** **לקטגוריות אלו יש משמעות חברתית ופוליטית.**

המאמר של לחובסקי נותן תיאור יפה לתפיסת עולם שהיא יחסית הגמונית. הכוח של הגבר מוגן ע"י המדינה, העולם המושגי תרבותי שלוב ביחסי כוח.

**השוק החופשי** צריך לפעול בצורה של **שוויון הזדמנויות,** אך השוק הפרטי- ביחסים שבספירה הפרטית- אין צורך בשוויון הזדמנויות.

**בשנות ה70 וה80 לא הסכימו להכיר בהוצאות גידול ילדים כהוצאות מס כי הן שייכות לספירה הפרטית שבא לא מתערבים ולא מתחשבים- היא אינה שייכת לעולם העבודה. זוהי תפיסת עולם מקובעת שעובדת לפי הסיווגים וההבחנות האלו.**

**בפס"ד ורד פרי** השופט יוצר וריאציה בתוך הסדר הקיין מבלי לערער על ההבחנות.

הרבה פעמים אנו רואים ויכוחים בתוך ההגמוניה, למשל בבתי המשפט בעניינים חוקתיים: שופטים אומרים א' ושופטים אחרים אומרים ב' אך הויכוח הוא על **יישום המדיניות ולא על המדיניות עצמה. תפיסת העולם מאוד דומה.**

* מי שמפעיל את הכוח בהגמוניה **הם נתיני ההגמוניה עצמם בכך שהם חיים לפיה.** אם יש צורך בהפעלת כוח כלפי נתינים כדי שיפעלו לפי הגמוניה- זו לא הגמוניה.
* הגמוניה יכולה לקרוס בשל בעיות פנימיות אם אין נניח אחידות אך גם בשל התעוררות חיצונית של אנשים שלא מקבלים הדברים איך שהם.
* המשפט הוא מכשיר שליטה תרבותי שמשרת את המשכיות השיטה הקיימת ונותנים לה לגיטימציה.
* זו הגישה שהמרצה הכי אוהבת.

1. **המשפט משקף את החברה-** הוא נסמך על מה שקורה בחברה ומשקף אותה.

**חלק ב': פיקוח חברתי, ציות, יחסי כוח, שינוי חברתי**

* **מה זה פיקוח חברתי?**

קשר גומלין בין אנשים שכולל רכיב של היגד נורמטיבי שלצדו סנקציה בגין הפרת הנורמה. פיקוח חברתי נועד בכדי להפעיל את מערכת כללי הנורמה ולשמר אותה.

* משפט המדינה הוא פיקוח חברתי= הוא מקיים מערכת של כללים נורמטיבים ובהפרתם מטיל סנקציה.
* יש לנו מעגלים רבים שמפעילים פיקוח חברתי שהם לאו דווקא משפט המדינה: קהילה דתית, מקום עבודה. לקבוצה החרדית יש **מערכת נורמטיבית שהיא ההלכה, מערכת ממוסדת של משפט שהם הרבנים, ובעת סכסוך פונים לבית הדין לצדק. אם יודע שא' הפר את העסקה שעשה ב' אנשים יתחילו לדבר על זה וימנעו מלעשות עמו עסקאות: יש פה היגד נורמטיבי=המנעות מעסקאות, וסנקציה= פגיעה בשם הטוב.**
* מנגנון הפיקוח החברתי הוא מנגנון שיש לו רצף: מהפעלה לא פורמלית של סנקציות בפיקוח חברתי ועד הפעלה פורמלית של סנקציות בפיקוח חברתי.
* ברור שאם נתייחס לישראל כגוף פלורליסטי עם הרבה קבוצות שלכל קב' מערכת נורמטיבית משלה **אפשר יהיה לומר שיש פה מערכת של משפט- שלאו דווקא צריכה להיות משפט המדינה.**
* יש גופים בעלי הסמכה ישירה מהמדינה לסמכותם:בית דין רבני, ויש גופים שאין להם הסמכה פורמלית כמו העולם התחתון.
* בכל קבוצה אפשר לעשות את ההבחנה בין סנקציה משפטית לסנקציה חברתית: למשל סכסוך עסקי שמסתיים באפשרות פנייה להוצלפ עקב אי קיום הפס"ד- כאשר מחליטים לפנות לאיחוד הקבלנים ולהודיע לכולם שאותו אחד הפר את ההסכם- זו פגיעה בשמו הטוב וזו סנקציה חברתית.
* מידת הפורמליות: יש בקצה אחד שכולם עושים הכל ואין חלוקת עבודה של הפיקוח החברתי, בקצה השני יש את משפט המדינה שלכל גוף יש תפקיד. זה שאנחנו נמצאים על הרצף הפורמלי יותר לא אומר שיהיו פחות סנקציות חברתיות.

איפה סנקציות חברתיות יהיו יעילות יותר?

1. כשיש הומוגניות נורמטיבית בקבוצה- בדרכ בקבוצות קטנות כמו בקיבוץ: יש יותר מה להפסיד, קשה להסתיר את הסנקציה, יש הרתעה לאחרים שדומים לזה שקיבל את הסנקציה. **אך גם בקב' גדולות יכולות להיות סנקציות חברתיות כמו בקהילת היהלומנים= פס"ד און.**
2. אדם שנמצא בשוליים החברתיים? מצד אחד הסנקציה לא תשפיע עליו כי הוא ממילא בשוליים אך מצד שני הסנקציה יכולה גם להשאיר אותו במצב השוליים ולתקוע אותו שם.
3. אדם חזק- **גזר הדין של קצב:** במקרה של אדם חזק, לרוב, הסנקציה החברתית פועלת הכי חזק- הוא מאבד הכל ויש פגיעה במעמדו האישי, במשפחתו. הופעלו נגדו סנקציות חברתיות.

בפס"ד רואים **התלבטות רצינית בשאלה האם להקל את עונשו בגלל הסנקציות החברתיות שכבר קיבל, דעת המיעוט החליטה להקל את עונשו בשל כך. דעת הרוב קבעה שהמעשים שלו כ"כ חמורים ובמקרה זה אין לקבל הקלה בעונש.**

ממשק בין סנקציה משפטית לחברתית: ארה"ב🡨 ביהמש יכול לחייב נהג שיכור להסתובב עם חולצה כל יום שרשום עליה שהוא נהג בשכרות, עבריין מין- לשים שלט ליד ביתו שהורשע פה עבריין מין. **אחרי הטלת הסנקציה תוטל סנקציה חברתית מהחברה שתגנה אותו.**

**בארץ🡨** הטלת סנקציה משפטית+ קלון. הקלון נועד לעורר תחושות ומחשבות אצל הציבור על כך שאנשים אלו לא ראויים.

* **ציות**
* **מאמר: הציות לחוקי המס בישראל:מחקר ניסויי/ ברק אריאל**

השימוש במכתבים נחשב לאירוע יוצא דופן מבחינת רוב משלמי המיסים ולכן קבלת מכתב אמורה לגרום לתופעות שונות אצל מקבל המכתב עד כדי נקיטת התנהגות שונה של דיווח מס. השימוש במכתבים נתפס בעיני רשויות הגבייה כשיטת האכיפה היעילה ואמצעי ההרתעה הנפוץ ביותר המשמש לרגולציה. **ההנחה היא כי בלי קשר לתוכן המכתב- המכתב עצמו טומן בחובו יכולת רבת עוצמה לתמרון מידת הציות בקרב משלמי המיסים.** קבלת המכתב נתפסת כוודאות של הנמען כי הוא עלול להיתפס. ההשפעות **הרגשיות, שכליות, התנהגויות אמורות להיתרגם לציות!** רוב המחקרים מראים כי מכתבים מביאים לעלייה בדיווחי מס. המחקר יתמקד במע"מ.

הנחת המוצא של מחקרים היא כי תוכן מאיים מתאים למודל התיאורטי של הרתעה ואילו מכתב שמדגיש את הסיבות המוסריות לציית לחוק מדגיש את הפן המוסרי של משלמי המס. לפיכך יש חשיבות מכרעת ללשון ההודעות כי משפיעה על טיבו והיקפו של החוק.

**ציות לחוקי המס והגישה המאיימת=** לפי התיאוריה, בני אדם הם רציונלים ומחשבים את העלות והתועלת של ציות לחוקי מס. אם מאי תשלום יהיה להם יותר תועלת הם לא יצייתו. הגדלת הסיכוי להתפס אמורה להקטין את הנטייה להתנהגות עבריינית, אך בפועל מגלים כי הסיכוי להיתפס נמוך ועדיין אין עבריינות מס גבוה ביחס לכך- למה? **התחושה גרידא כי משלמי המיסים צפויים לעונש אם לא ידווחו מרתיעה אותו.**

**שיטת ההרתעה המקובלת היא "איום מובלע"** כלומר איום מובלע בסנקציה משפטית, לאחרונה יש עדות לכך שרשויות המס נוקטות בגישה של פרסום העסקים שלא משלמים מס בעיתונים וזה מרתיע אותם מלהעלים מס בשל הבושה והמבוכה.

**ציות לחוקי המס עפ"י הגישה הלא מאיימת=** פנייה לפן המוסרי. רואים בציבור משלמי המיסים כבעלי "מוסר תשלומים", הם פועלים ביחד עם המדינה להשגת האינטרס של כולם- סיפוק משאבים בסיסיים ע"י גביית מיסים. אין צורך בגישה מאיימת כלפיהם, אלא להפך- יש הטוענים כי גישה מאיימת תמנע מהם מלשלם. **סלמונד** ערך מחקר וגילה כי כאשר מפעילים פעולת גבייה לא מאיימת התוצאה עשויה להיות ציות יתר לחוק המס.

**מה גורם לנו לציית לחוק?**

ציות וולנטרי הוא המצב האידיאלי עבור הרשויות. הספרות על ציות מתחלקת לשני סוגי תשובות על שאלה זו:

1. הניתוח הכלכלי של המשפט= אדם הוא יצור רציונלי, כאשר הוא ניצב מול השאלה האם להפר את החוק הוא שואל עצמו 3 שאלות:
2. משך הזמן בין מועד ההפרה ועד למועד שבו מושתת הסנקציה= שיקול זוטר.
3. מה הסיכוי להיתפס- רק שהסיכוי גבוה יבוא השיקול הבא. תפיסתו **הסובייקטיבית של העבריין.**
4. גובה או חומרת הסנקציה.

אם טענה זו נכונה, הרשויות יכולות לעשות מניפולציות בכדי להביא אנשים לחשוב שיתפסו אותם ובכך להביא לשיעור גבוה יותר של ציות.

חסרונות: לרוב האנשים אין מידע לגבי סיכוי ההתפסות או גובה הסנקציה, בדרכ אנשים לא פועלים בצורה רציונלית לצורך קבלת החלטה- אם אנשים לא רציונלים בעת קבלת החלטה כלכלית מדוע שיהיו רציונלים בעת ציות לחוק.

1. הגישה הנורמטיבית-
2. **מוסר-** קובעים אם לציית לחוק או לא לפי מידת ההסכמה לתוכן המשפט. מוסר הוא לא רק אישי אלא גם חברתי.
3. **עמדת "קבוצת השווים"-** מה יחשבו עלי בקבוצה החברתית? לחץ חברתי, פיקוח חברתי וחשש מסנקציה לא פורמלית.
4. **לגיטימציה של מקבל ההחלטה= צדק פרוצדורלי= חשוב:** ככל שמידת הלגיטימציה שהאזרח נותן למחוקק/שופט/ועדה גבוהה יותר כך גם מידת הציות שלו לחוק! **הנתון מאחורי המשתנה הזה הוא הרצון שינהגו אלינו בכבוד, בוחנים את הפרוצדורה באמצעותה החליטו על הנורמה לפי המידה שהיא נותנת כבוד- המרכיבים לקביעת הלגיטימציה של מקבל ההחלטה:**
5. **נייטרליות של מקבל ההחלטה**
6. **עד כמה היו למקבל ההחלטה כוונות טובות**
7. **עד כמה מקבל ההחלטה הכיר בסטטוס שלי כאדם בחברה**

אלו הם משתנים **סובייקטיבים** וכל אחד קובע זאת בעצמו- זה משפיע על מידת הציות שלו. אם יומנאי במשטרה יזלזל באזרח שפונה אליו זה יוריד את מידת הלגיטימציה של האזרח נותן למקבלי ההחלטות.

**נמצא שהמשתנים האלו של צדק פרוצדוראלי אחידים בכל החברות והמגזרים- אלו משתנים חשובים כל עוד מקבל ההחלטות משתייך לקבוצה החברתית איתה אני נמנית, אם הוא נתפס כגוף שמחוץ לקבוצה החברתית שלי השאלה אם אדם יציית לחוק או לא תלויה בתוכן החוק ולא בצדק הפרוצדוראלי.** אם הגוף לא שייך לקבוצה החברתית אין חשיבות לשאלה אם הוא מעניק לי כבוד או לא.

למשל: העדה החרדתית. חלקם משתמשים במוסדות המדינה ומקבלים על כך סנקציה חברתית מהקהילה שלהם שלא מכירה במוסדות אלה כדוג' ביהמש העליון. כנ"ל לגבי הערבים שלא מכירים במדינה (הערה שלי- ק.מ.).

* **התפתחות סכסוכים**
* **המאמר התערבות שיפוטית בתוכן של חוזה/ מנחם מאוטנר-** אנשי עסקים נמנעים מיישוב סכסוכים בביהמ"ש וחותרים בעיקר לפשרה. סיבות (הראשונים מנגנונים): ייעוץ משפטי שמאפשר תכנון עסקאות מקדים למניעת תקלות בשלב החוזה, הבטחת תשלום מראש, קשר עתידי, תרבות עסקית, כבוד עסקי, עורכי דין שלא מבינים תרבות עסקית, הכרעה שיפוטית שלא מבינה את התרבות העסקית, תוכן המשפט – לא מבינים את המשפט ומעדיפים פרשה עסקית מוכרת, חוסר שליטה בתוצאה המשפטית להבדיל מפשרה, עלויות רבות, הליך ארוך, מניעת כתם חברתי, חשש מחשיפת סודות עסקיים, פיצוי לא מלא. יש להבחין בין חוזים עם שחקנים חד פעמיים (מעדיפים את דיני החוזים) לבין חוזים עם שחקנים רב פעמיים (מעדיפים פשרה).
* מאמר: פלסטינר, אייבל וסאראט: היווצרותם של סכסוכים והשתנותם: מתן שם, הטלת אשם, עמידה על זכות...

לבחון היווצרות סכסוכים והשתנותם משמעותו **בחינה של תהליך חברתי בעת התרחשותו.** המסקנה היא כי קונפליקטים מעטים מדי צפים מעל פני השטח ואנו צופים רק בחלק קטן מדי של העוולות המתרחשות מסביבנו.

איך סכסוך מתפתח?

1. מתן שם- יש לקרוא לילד בשמו "פגיעה". על חווית הפגיעה הבלתי מובחנת להפוך לחווית פגיעה מובחנת.
2. הטלת אשמה- חווית הפגיעה צריכה להיות מובחנת לחוויה של **עוול.** חוויה זו תשתנה לעוול כאשר אדם מתייחס לאשמו של הזולת, או ישות חברתית כלשהי, כפגיעה. האדם חייב להרגיש שנהגו בו שלא כצדק ושיש צורך לתקן זאת.
3. עמידה על זכות- דרישה- האדם שנגרם לו עוול מבטא זאת כלפי האדם/ישות חברתית שיצרה את העוול לטענתו ומבקש תרופה. **העמידה על זכות תהפוך לסכסוך כאשר היא נדחית במלואה או בחלקה.**
4. סכסוך- פורום ליישוב סכסוכים.

ידוע כי רבים מהמקרים לא מגיעים כדי כל השלבים וכי יש שחיקה בין שלב לשלב. ההשתנות של הסוגיה **משקפת משתנים חברתיים, מבניים ומאפיינים אישותיים המושפעים ממעמדם החברתי של הצדדים:**

מאפייני ההשתנות שזהים לפגיעה, עוול וסכסוך: 1. סובייקטיבים, 2.בלתי יציבים- תחושה יכולה להשתנות תדיר, 3. תגובתיים- סכסוך הוא תוצר של דרישה ודחייה ולכן הוא תגובתי, 4. מורכבים- ניהול סכסוך מורכב וכרוך בהתנהגות עמומה, 5. לוקה בחסר.

**תיאורית מתודת המקרה המעורב=** כדי להבין את תפקידו של מוסד/פקיד ציבור שמטפל בסכסוך צריך להבין את משמעותו והשלכותיו על הצדדים.

מושא ההשתנות וסוכניה: 1. הצדדים, 2. ייחוס גורמים- לגורמים יש חלק משמעותי בפעולה שאדם ינקוט בתגובה לחווית הפגיעה (אנשים שמאשימים את עצמם/ אנשים המאשימים אחרים), 3. היקף הסכסוך, 4. בחירת מנגנוני הפעולה- ברגע שמנגנון מסוים נכנס לפעולה הוא מכתיב את הכללים, 5. היעדים המבוקשים של האדם, 6. אידיאולוגיה- אידיאולוגיה שאדם אחד זכאי מבחינתו להנות מחוויות מסויימות ולהיות חופשי מאחרות, 7. קב' התייחסות- בכוחה של השתנות להפוך סכסוך פרטי לקולקטיבי, סכסוך יכול לשנות אופיו דרך אינטראקציה עם קהלים שונים, 8. נציגים ופקידי ציבור- עו"ד למשל. טוענים נגדם שהם מייצרים לפחות חלק מהצרכים אותם הם מספקים, 9. מוסדות לבירור סכסוכים- למשל ביהמש יכול להביא להשתנות כי נורמות הדין המהותי הקבועות בו שונות מכללי הנוהג והמוסריות הרגילים- בכוח הפרוצדוראליות שלהם להביא להגבלת סכסוכים והגבלת סוגי ראיות.

**להיווצרות והשתנות סכסוכים יש מימד פרטי אך גם פוליטי חשוב!**

שיעור: למה X אחראי ל-Y? יש מבחן של התערבות אלוקית ויש מבחן של מדעיות רציונלית (אם היה נוסע לאט יותר אז לא היה נגרם משהו), אך יש עוד כל מיני סוגי סיבתיות שאנו מפעילים. גם **תפיסה תרבותית** יכולה להשפיע על מה שנתפוס כפגיעה.

**במצב של סכסוך- יש פורומים וגורמים שפונים אליהם והם לאו דווקא המשפט. רב/כומר, גישור, בוררות, נציב תלונות, מבקר המדינה🡨 מאוד חשוב להזכיר שיש ריבוי של פורומים.**

השאלה המעניינת: למה יש שונות בין סוגי תביעות שונים, בין אנשים שקרה להם דבר דומה ומה משפיע על המעבר משלב לשלב? אפשר לומר שאם המחוקק קבע עילה בחוק סימן שהוא רוצה שיעשו בה שימוש, אם רואים שבשיטתיות זה לא קורה, משמע לא עושים שימוש בחוק- יש לבחון זאת. מצד שני, המדינה יכולה לקבוע שהיא לא רוצה תביעות מסוג מסוים ובכדי למנוע זאת היא יכולה **להשתמש בכלים פרוצדוראלים כמו העלאת האגרה.**

מה משפיע על הגעה לסכסוך? 1. משאבים, 2. זמן, 3. האופי של האדם- אהבת/שנאת סיכון, האשמה עצמית/האשמת אחרים, 4. מגדר- שונות מובהקת בין נשים לגברים, 5. גיל- מבוגרים יותר מפחדים ויש פחות נגישות, 6. ידע והשכלה, 7. יליד הארץ לעומת עולה חדש- השפה היא מגבלה, 8. התרבות ממנה מגיעים- למי פונים אם יש בעיה אם בכלל פונים, 9. קבוצת ההתייחסות שלי- מה יחשבו הקרובים אלי אם אאשים מישהו או אפנה לפורום אחר (חרדי למשל), 10. אידיאולוגיה של אזרחות ותודעת זכויות- מה מגיע לי אם אני אזרח, 11. התנסות עם המערכת, 12. נגישות לאנשי סמכות היכולים לסייע.

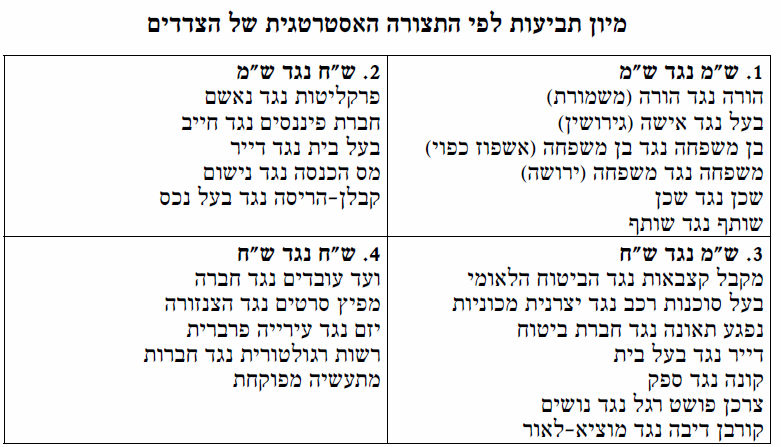
מה מניע בסכסוך ומה המטרה? מחקר גילה שאנשים שהסיכוי שלהם לנצח במשפט, כמו למשל פלסטינאים בזמן האינתיפאדה ה-1, פונים לביהמש כי שם יש ביניהם שוויון עם השלטון הישראלי. **מצד אחד יש להם חוסר אונים ומנגד תחושה שיעשה צדק.**

* **יחסי כוח ותוצאת ההכרעה המשפטית:**
* **מדוע "אלה שיש להם" נוטים להצליח: הרהורים על גבולות השינוי החברתי/ גלאטנר**

המאמר מתאר את מבנה המערכת המשפטית כמגביל את היכולת להשגת שינויים ע"י הבחנה בין שני שחקנים המצויים במערכת המשפטית:

|  |  |
| --- | --- |
| **שחקן רב פעמי= חוזר** | **שחקן חד פעמי= מזדמן** |
| משתמשים בשירותי ביהמש בהזדמנויות רבות. | משתמשים בשירותי ביהמש לעיתים רחוקות. |
| בדר"כ זו יחידה גדולה, שמשתמשת במערכת המשפטית באופן תדיר, כך שהעניין שלה בכל תיק קטן יחסית. השחקן הזה פחות מתעניין בתוצאה החומרית אלא יותר בהחלטה העקרונית שיכולה להשפיע עליו לעתיד- כך אם הוא צופה שיפסקו לרעתו הוא יטה לפשרה, אם הוא יראה שהסיכוים לטובתו הוא ילך למשפט🡨 מה שאומר שוב שהחזקים שולטים (הערה שלי) במערכת המשפט. | בדר"כ אדם בודד שנזקק למערכת המשפטית פעם אחת, העניין שלו בתיק גדול יחסית והסיכונים באשר לתוצאה המוחשית של המשפט עשוים להיות גבוהים עבורו. |
| יתרון:   1. ניסיון עבר- השתתפו בתביעות עבר ונהנים מראיית הנולד, 2. מומחיות ונגישות למומחים= יתרון לגודל ועלויות נמוכות בפתיחת תביעה נתונה, 3. פיתוח קשרים בלתי פורמלים עם הרשויות, 4. ייסוד מוניטין לוחמני, אינטרס למיקוח (יסייע לו בעת מו"מ לפשרה), 5. אסטרטגיה לטווח ארוך- שואף למקסם את הרווח שלו לטווח ארוך, יכול להסתכן בהפסד בחלק מהתביעות בעוד ששחקן מזדמן ינקוט **במינימקס= מזעור סבירותו של הפסד מרבי**, 6. יכול להשקיע משאבים בהטמעת החוק שלטובתו ע"י שתדלנות, 7. יכול לנסות להגיע לשינוי הכלל במסגרת התביעה עצמה. כל תוצאה שתשפיע לחיוב על פסיקות עתידיות היא חיובית בעוד שהשחקן המזדמן לא מזיז לו מפסיקות עתידיות.   **העניין החומרי של השחקן החד פעמי בתיק מביא לכך שתיקים נפסקים לטובת השחקן הרב פעמי כי לו יש יכולת להניע תיקים שטובים לו ולסגת מתיקים שרעים לו ע"י פשרה= תשלום.**  **כך המערכת המשפטית מעצימה את יתרונות השחקן הרב פעמי ומאפשרת לו השפעה עקיפה.** | מוכן להקריב את האפשרות ליצור עקרון משפטי טוב תמורת השגת רווח מוחשי.  **שחקן חד פעמי חריג הוא זה שירצה להוכיח נזק.** |

קיומם של הסכמי פשרה ומיעוט ערעורים מלמדת על חברה שלא מעוניינת בהוכחת צדק במשפט.



א. **תביעות ש"ח כנגד ש"ח:** לרוב לא יתקיימו תביעות רבות מסוג זה, מתוך התלות ההדדית ואי הרצון להעכיר את מערכת היחסים ביניהם (עדיפות לפניה לצד שלישי, כבוררות).

ב. **המדינה כש"ח:** המדינה הינה ש"ח ייחודי, כיוון שלא ניתן לנתק עמה קשר (השפעה על הרצון להתדיין). כנגד המדינה קיימות סנקציות (כאיום ביצירת אופוזיציה פוליטית).

ג. **מונופול כש"ח חריג:** מונופול אינו ממעט להתדיין עם ש"ח אחר, על מנת לשמש גורם מרתיע או לממש איומים (המונופול מנהל אף התדיינויות מרובות כנגד המדינה לעומת ש"ח רגיל).

ד. **עורכי דין כש"ח:** עורך דין המטפל בש"ח זוכה ליוקרה רבה (כיכולת להשמיע את דעתו המקצועית ובכך להשפיע על הליכי חקיקה), לעומת עורך דין המטפל בש"מ (שאינו יכול לפתח אסטרטגיה ארוכת טווח, כפשרה במקרה מסוים לטובת אינטרס ארוך טווח - פעולה שאינה אתית כלפי לקוח מסוים).

עורכי דין:



*ניתן להניח שש"ח המסוגלים לרכוש שירותים משפטיים* ***באופן סדיר יותר ובכמויות גדולות יותר, בנפח גבוה ובתעריפים גבוהים יותר*** *יקבלו שירות באיכות טובה יותר****.*** *הם יזכו גם למידע טוב**יותר****.***

## בקרב המומחים נוכל להבחין בין אלו המתמחים בשדה משפטי מסוים (פטנטים, גירושין וכו'), אלו המתמחים בקבוצה מיוצגת כלשהי (למשל, "פרקליט הבית") ואלו המתמחים בשני התחומים (תובע בתיקי תאונות אישיות, סנגוריה, סכסוכי עבודה). עורכי-דין המתמחים בגירושין אינם "מתמחים" בבעלים ונשים, בדיוק כשם שעורכי-דין המתמחים בנדל"ן אינם מתמחים ברוכשים או במוכרים. אבל עורכי-דין המתמחים בדיני עבודה, בדיני מסים ובתביעות נגזרות של בעלי מניות, מתמחים לא רק לפי שדה משפטי כי אם גם לפי הצד שעבורו הם עובדים. מומחים אלו עשויים לייצג ש"ח או ש"מ. רוב ההתמחויות משרתות את צורכיהם של ש"ח מסוגים מסוימים.

קיומה של לשכת עו"ד מקצועית בצד הש"מ אמורה לגשר על הפער במומחיות, לאפשר כלכלות-גודל מסוים, לספק מחויבות למיקוח והיכרות אישית עם המקרים. **אבל כל אלו אינם מגשרים על יתרונותיהם האסטרטגיים המהותיים של הש"ח,** היכולת להבנות את היחסים עם הצד האחר, להמר ביתר קלות ולהשפיע על פיתוח הכללים ועל מדיניות האכיפה.

* מאפייני המערכת המשפטית שמטיבים עם השחקן הרב פעמי= 1. עומס יתר- עיכוב במתן הפס"ד, 2. פסיביות- השחקן הרב פעמי נוטה להניע את התביעה, 3. מסורת משפטית, אידיאולוגיה חוקים וטכניקות משפטיות- המערכת המשפטית כבולה מלשנות את החוק תדיר.
* אופציות חלופיות למערכת המשפטית הפורמלית: 1. חוסר מעש- לא להגיש תביעה בכלל, 2. ניתוק קשר, 3. מערכת אכיפה פנימית- לא פורמלית (אנשי עסקים, אנשי דת).
* מה יביא לשינוי המצב? 1. תגבור המערכת המשפטית- למנוע את עיכוב מתן הפס"ד, 2. ריבוי שירותיים משפטיים- פיתוח סנגוריה מטעם מדינה, תשלום לעו"ד רק לאחר זכייה, 3. התאגדות שחקנים חד פעמיים.

מהמחברת: אם זה נכון, אז כאשר רואים את פסיקות ביהמש בעניין בנקאות/ חב' ביטוח רואים באופן שיטתי שהפסיקה לטובתם נאמר "אליטה", "הגמוניה של התפיסה"- כל זה נכון לפי גלאטנר **אך זה גם בגלל שתיקים אחרים לא מגיעים אליהם. משתלם לשחקן החד פעמי להגיע לפשרה ולא להמשיך עם התיק הזה.**

* **משפט ושינוי חברתי:**

**מה זה שינוי חברתי?**

יש המגדירים בדרך צרה= רק מהפכות גדולות, יש מגדירים בדרך אחרת= גם אירועים קטנים.

**המרצה:** שילוב:

1. שינוי במבנה החברה= שינוי בדפוס יחסי הכוח בחברה: שלטון, אזרחים, קב' שונות בחברה, מוסדות.
2. שינוי תרבותי= אורחות החשיבה, מושגי השיח הציבורי, אופן התנהגות מקובל וכו'.

האם המשפט מעורב בשינוי חברתי? **לפי אורלי לייבל** יתכן שינוי חברתי שהוא מחוץ למשפט אך כן מצפים מהמשפט עצמו שיהיה מעורב **כי הוא מכוון התנהגות ומוצאים בו את הקביעות החברתיות. בכל תיאוריה: משפט כתרבות, משפט אינטרסים, הגמוניה= בכל אלו ברור שהמשפט מעורב.**

שתי זירות לבחינת תפקיד ותפקוד המשפט בייחס לשינוי חברתי: פסיקה, חקיקה. **לדעת המרצה יש לבחון את החקיקה ולא לתת פטור למחוקק, כפי שעושים לאחרונה שבודקים בעיקר את הפסיקה כי היא יותר נגישה, יש הילה מסביבה, גלויה.**

מה מקום החקיקה לגבי הליכי שינוי? דיונים לגבי משפט כתוצר של אינטרסים🡨 יכולת ההתארגנות מול המחוקק, לגבי החוק כמונן תרבות ואידיאולוגיה, ציות לחוק🡨 רלוונטיות לשאלה האם החוק יכול לחולל שינוי.

יש אמונה רווחת שיש לביהמש כוח להניע שינויים- למה?

1. בימ"ש לא צריך להיבחר ולכן אין לו צורך להתחבב על חבריו. מרצה: מאוד תלוים בלגיטימציה של הציבור ושל המחוקק, 2. אין סרבול דמוקרטי שיש לרשויות אחרות. מרצה: הוא עדיין כפוף למגבלות המערכת המשפטית, 3. בביהמש אין שיקולי פוליטיקה וכוח- מה שהבאת מכריעה את התוצאה. קרן: ראינו משפט כאינטרס, משפט כתרבות(הגמוניה), 4. יש יותר נגישות- רק לשלם אגרה. מרצה: עסקנו בכל הכשלים של הגעה לבימ"ש- עלויות, זמן, לא בטוח שבכלל רואים כסכסוך.

כגודל הציפיה- גודל האכזבה: ביהמש לא מחולל שינוי חברתי אלא בנסיבות נדירות.

גם אחרי שהתאגדו, יש דילמה- למי לפנות? בימ"ש, חוץ משפטי, מחוקק?

בפנייה לבית המשפט יש שתי בעיות עיקריות: שאלת הלגיטימציה- הכרה בסמכות של מוסד אותו אתה רוצה לתקוף, הבעיה השניה כשפונים לביהמש מכניסים את הבעיה לסד משפטי- המשפט יכול לעקר! מוגבלים ע"י התרבות המשפטית וצריכים להתאים את הבעיה החברתית לתחום המשפטי.

בהרבה מקרים הולכים על חלקים קטנים ולא על תיק עקרוני אחד.

יש בעיות של ביהמש מול המחוקק: המחוקק יכול להגביל את ביהמש וכך גם הרשויות, הן לא חייבות ליישם את פסק הדין של ביהמש ולו אין מה לעשות עם זה. מהינתן הפס"ד הוא סיים עבודתו, וזאת רק לאחר שפנו אליו הוא יכול לדון במקרה.

עורכי הדין: הופכים לשחקן מרכזי במאבק, **הם משתלטים על האג'נדה של הארגונים, אם אין מנהיג ממש חזק.**

**אז למה פונים לבית המשפט?**

1. השפעה של ביהמש היא לאורך זמן- "דיפוזית". רואים איך ביהמש בכל זאת יוצר שינוי ביחד עם כוחות אחרים.
2. העצמה דרמטית בפנייה לבימ"ש ומוביליזציה בפנייה לבימ"ש- כשלונות מול ביהמש יותר יעילים לתנועה החברתית מאשר נצחון קטן= כשלון=הד.
3. פניה לביהמש יכול להוות מכשיר לחץ לניהול מו"מ כאשר התוצאה היא שינוי.

**המאמר של לייבל מדבר על פתרונות מחוץ למשפט-** אנשים שהתייאשו מהמערכת המשפטית פונים לגורמים החוץ-משפטיים, אך מי שמצליח להשיג תוצאות הם החזקים (עלויות וכו') ואחרי כן יוצאים מן המשפט ומשאירים את החלשים להתמודד- הסיכוי שישיגו אותה תוצאה= חלש.

* **מאמר: המשפט כשדה במסגרת של כוח פוליטי: האם ביה"מש הם נשאי שינוי חברתי-פוליטי?/ גד ברזילאי**

שינוי חברתי זה רפורמה במרכיב היסוד של הסטטוס קוו החברתי-פוליטי. **נקודת המוצא במאמר היא שגם פסקי הדין הליברלים ביותר לא יצרו שינוי חברתי באופן ישיר (בראון, רו).**

המחבר מציע את גישת **ההמרה התוספתית-** המשפט ממסגר בעיות חברתיות ומגדירן כבעיות חוקתיות- בתי המשפט משרתים בעיקר אינטרסים של אליטות פוליטיות שמייצגות קב' כוח המעוניינות בעמעום משברים חברתיים. המרה תוספתית יכולה להביא לשיפור המצב הקיים אך לא לשינוי.

לאחר שקיעתן של המפלגות הייתה ציפייה שבית המשפט יסייע במציאת תרופות משפטיות, אך למעשה מעורבות משפטית לא מעידה בהכרח על שינוי חברתי. תהליך המשפטיזציה של החיים הפוליטים הוא בעייתי.

לדעת המחבר, משפט המדינה הוא מוצר שכולנו מסבסדים אך רק מעטים מאיתנו יכולים להנות ממנו- המשפט מייצר אשליה כאילו הוא נגיש לכל החברה אך למעשה הוא נגיש רק לבעל המשאבים. **חלק ניכר מן העתירות לבגצ מוגשות ע"י ארגונים חברתיים או קליניקות משפטיות.**

בעיה נוספת היא היכולת לתרגם בעיה חברתית למונחים משפטיים- אפילו אם איתרו עילה, עדיין צריך לפרק אותה לגורמים ולנתק את הבעיה החברתית הכוללת. העניין הוא שעצם המעבר למשפט מכתיב פורום מאוד ממוסגר ונוקשה (דיני ראיות למשל).

גם אם ביהמש נתן פס"ד לשינוי- המדינה צריכה ליישם אותו כדי שיהפך לסעד חברתי! מחקרים מראים כי נוצרת **ריאקציה-** אליטות פוליטיות מסכלות את פסקי הדין.

יש להטיל ספק בשאלה האם בתי המשפט בכלל רוצים להביא לשינוי- השופטים הם נציגים של קב' דומיננטיות מבחינה חברתית-כלכלית, ביהמש של המדינה מוגבל מלערוך שינויים עקב אילוצים אידיאולוגים ומוסדיים שמחייבים אותם, הם גם מפתחים מנגנונים של **הכחשה** כדי לא להכיר בקיומו של הכרח להביא לשינוי חברתי, כך אומרים שהטקסט המשפטי מגביל אותם. בתי המשפט מצוים בסכנה של חקיקת נגד מצד רשויות השלטון לכן יחששו מקונפליקטים אך יקוו שכוחות בחברה האזרחית **יעוררו הליך של מובליזציה.**

**נקודה חשובה: המוגבלת של שינוי חברתי נגזרת לעיתים גם מהדילמה של הארגונים החברתיים הנמצאות במלכוד של לגליזציה ולגיטימציה, ארגונים שרוצים לחלוק פוליטית על תכניה של אידיאולוגיה משפטית יצטרכו לשלם "מחיר" של הענקת לגיטימציה למוסד עליו הם רוצים לקרוא תיגר.**

למרות המגבלות, אין להמעיט בהליך המשפטי- הוא יכול לגרום למובליזציה וסיקור בתקשורת. **במידה וביהמש רוצה בשינוי מסוים אך חושש מאובדן מעמדו המוסדי- הוא בתי יכול לגרום לשינוי חברתי ע"י אמרות אגב והבחנה בין החלטה עקרונית לתוצאה משפטית מסויימת.**

ביכולתם של בתי המשפט ליצור שינויים מוגבלים באמצעות **פרשנות,** וכן בזירה של יישום מדיניות ציבורית. ביהמש יכול להבנות שיח משפטי של זכויות שכלל לא מעוגנות בחקיקה ספציפית כמו **שוויון, או לגזור מונחים באופן רחב ממה שקבוע. בתי המשפט יכולים לגרום לשינוי באמצעות השפעה ישירה ועקיפה על יחסי העוצמה שבין השחקנים- יכולים לגרום לחיזוק שחקן פוליטי אחד על חשבון אחר.** בעיה נורמטיבית: התערבות מסיבית בחיים הפוליטים נוגדת את עקרון הפרדת הרשויות.

**לדעת המחבר- הדרך האמיתית לגרום לשינוי היא בחיזוק הפרלמנט הישראלי, ביהמש יהיה רק קבלן משנה של הכנסת.**

* **מאמר: האם המשפט מסוכן? קואופטציה משפטית ושינוי חברתי/ אורלי לייבל**

השפעה מצטברת על מגבלות המשפט הובילה לתודעה **משפטית ביקורתית** על חוסר יעילותו של המשפט. הטענה היא שהמשפט גורם יותר נזק מאשר תועלת לתנועה החברתית שרוצה להעזר בו- זה נקרא **קואופטציה משפטית. תהליך שבו התמקדות ברפורמות משפטיות בקרב תנועות לשינוי חברתי מצמצמת את מטרותיהן, מבטלת את הרדיקליות של סדר יומן, מספקת לגיטימציה לעוולות מתמשכות ומסיטה את תשומת הלב מחלופות יעילות יותר ובעלות יכולה רבה יותר לעצב את המציאות.**

לדעת המחברת, גם במוסדות החוץ- משפטיים יש סכנה לקואופטציה שכזו, גם שם יש מגבלות ליצירת שינוי חברתי.

* אפשר לראות את טענת הקואופטציה בפרשנות הניו דיל ובתנועה לזכויות האזרח שנחלו נצחון גדול אך בפועל לא שונה דבר ואף נוצרה הגבלה של התנועות החברתיות. זה הפחית את לוחמנותן. הטענה הייתה שפניה לביהמש גרמה לכך שיעדים חברתיים נזנחו ע"י מקדמי רפורמות שהעדיפו להתמקד בנתיב המשפטי.
* הביקורת כלפי הקואופטציה כללה ששה טיעונים:

1. משאבים ואנרגיה- התדיינות משפטית גוררת עלויות והשקעת משאבי זמן רבים. כל אלו מפחיתים יכולתה של התנועה החברתית לנקוט בדרכים חלופיות. **פרופ' מקאן** הזהיר כי השימוש במשפט עלול לבלוע משאבים שיכלו לשמש לגיוס המוני.
2. מסגור ופירוק לגורמים- החוק דורש מתנועה חברתית לנסח מחדש עמדותיה בכדי שיתאימו לעולם המשפט, בכך נאלצות התנועות החברתיות להצר מצען ואסטרטגיות. מה שלא יכול להיות מנוסח באופן משפטי לא יזכה להתייחסות. למעשה נוצרת הפרדה בין עניינים הקשורים זה לזה ויצירת נתיבי פעולה בודדים. למעשה נוצר מצב שהמאבק של התנועות החברתיות מופנה נגד קב' שנמצאות באותו מצב כמוהן.
3. עריכת דין ומקצוענות- עורכי הדין עשוים לשלוט בתנועה אותה הם מייצגים. פעולה חברתית הפכה למקצועית ומשפטית ועלולה להסות ולהחליש פעילים.
4. השפעות של מגבלות מוסדיות- שינויים נוטים להיות הדרגתיים, פסקי הדין מועברים לגורמים הרלוונטים אך לא בהכרח מיושמים. ישנן גם קבוצות בעלות השפעה שמצויות בעמדה טובה יותר לצורך התמודדות עם המערכת המשפטית **השחקן החוזר.** הם משפיעים על המשחק= ינצחו🡨 ממשיכים, יפסידו🡨 פשרה. אין זה מפתיע שפעילותן של קבוצות רפורמה חברתית לקידום רפורמה משפטית לא תוביל לטרנספורמציה גדולה של החברה.
5. תופעת הדחיקה לשוליים- הפנייה למערכות המשפט מוביל דחיקה לשוליים של דרכים חלופיות גם בגלל השפעות פסיכולוגיות, המשפט מציג עצמו כבעל הסמכות היחידה וכמנוע של פוליטיקה. הדבר המטריד ביותר הוא שברגע שבו מתמקדת תנועה חברתית באסטרטגיות משפטיות, אזי נתיבים אחרים ואסטרטגיות אחרות למאבק חברתי- מחאה, שביתה אסורה, שביתת רעה- הופכות לבלתי לגיטימיות ומגונות ולפיכך נעלמים מסדר יומה של התנועה.
6. הענקת לגיטימציה לא מבוססת להסדרים חברתיים קיימים- **הטענה המשמעותית והמורכבת ביותר. קואופטציה פסיכולוגית נוצרת ע"י המשפט בדיוק משום שהמשפט מבטיח יותר ממה שהוא מסוגל לקיים**. במקום להתנגד לאידיאולוגיות השולטות, למוסדות ולהיררכיה החברתית הרווחת **התהליך המשפטי מחזקן.** אפשר להגדיר את הליך הלגיטימציה כתהליך שבאמצעותו המפסידים באופן שיטתי תופסים עצמם חלק מן המערכת, אוטונומיים וכאלה שהביאו על עצמם מרצון את ההפסדים שלהם ושעבודם.

שלוש חלופות:

1. השיטה המשפטית כמקדמת תוצאות משניות במקום עיקריות- חוסר משמעותן של תוצאות משפטיות פרטניות- עריכת דין "מהשטח" ותנועת "המשפט וההתארגנות": המשפט לא משרת רק את היעד של השגת תוצאות ישירות אלא גם, ובעיקר, יעדים כמו התארגנות, הגברת מודעות ובניית קהילה.
2. התרחקות מתחום הפעולה המשפטי לתחום הפעולה החוץ משפטי- מוכר כיום כחברה האזרחית- טיהור התחום החוץ משפטי מן המשפט: חוקרים רבים קוראים לחזור לאקטיביזם בתחום עצמאי של חיים חברתיים חופשיים שבו אין ריבונות לא לממשלה ולא לשווקים פרטיים. ספירה זו- כוללת את הקהילה, עולם החיים, והחברה האזרחית. כאשר פעילים חברתים דוחים אסטרטגיות משפטיות כנתיבים לשינוי חברתי ומציעים אקטיביזם בתחום החברה האזרחית כנתיב חלופי הם למעשה מבטאים תפיסה טהורה של הפרדה בין תחומי החיים.
3. המשגה מחדש של "משפט" ושל "חוקיות" בתוך הסתמכות על רעיונות מוקדמים של פלורליזם משפטי: הפלורליזם המשפטי החדש- המדינה אינה מערכת הנורמות היחידה, אין לה צידוק להיות המקור הבלעדי למשפט ועליה להכיר במערכות משנה המסוגלות להסדיר באופן עצמאי את פעולתן.

על אף הניסיונות להימנע מקואופטציה החלופות משחזרות אותה:

1. **כישלון מעשי - קידום סדר יום שמרני:** טיעונים כנגד קואופטציה התפתחו בתגובה לפער בין אידיאל השינוי החברתי לבין הגשמתו במשפט. אולם, הדגם החוץ-משפטי עלול להחמיר זאת, כיוון שיצירת רעיונות חדשים לא מוגדרים (בעלי 'רקמה פתוחה') - מאפשרים אף לגישות מנוגדות להתחבר אליהן. כך, רעיון החברה האזרחית כבסיס לבנייה מלמטה למעלה של המדינה - קיבל משמעויות הפוכות בידי שמרנים, כבסיס לאי התערבות במימון ממשלתי (כלפי משפחות חד הוריות, כתפיסה הדוחה רווחה חברתית).
2. **גבולות מושגיים:** היציאה מן הזירה המשפטית כוללת שני כשלים: ביטול חשיבות המשפט (המשפט נותר בעל חשיבות) והניסיון להפריד בין המרחב הפרטי לציבורי. הזירה הלא מדינתית היא מפוזרת, מרובה ומובנית כאשר יש מספר זירות יש סכנה שהמכנה המשותף שיישאר יהיה מהסוג הנמוך ביותר- שהוא לא טוב יותר מפשרות של מוסדות ממשלתיות. כותבת המאמר מציעה להשתמש במשפט כדי להגיב למציאות החדשה. צריך לשקול את מידת התועלת של מודלים חדשים. ולהשתמש במשפט כדי להגדיל את הנגישות והכוח של קבוצות חלשות, לפתח כלים ליצירת פרקטיקות הוגנות, וכלים בניית ידע בשוק החדש.
3. **קפיצות מושגיות - זניחת חזון תיקון החברה:** הטיעון שהמשפט אינו משנה את פני החברה - מונע יצירת תיאוריה וכלים לשינוי חברתי, ובכך האקטיביזם החברתי אינו משנה את הסטטוס קוו. כך, חלופות חוץ-משפטיות אינן כוללות חזון כולל לשינוי חברתי, אלא פעולות נפרדות ומקוטעות. אולם מנגד - מוסיפים הארגונים השמרניים לפעול באמצעות המשפט ויוצרים ארגוני עורכי דין שמרניים. יש לשים לב שלא כל פעילות חוץ משפטית מאוגדת היא גם טרנספורמטיבית. צריך לשים לב מי הנאמן לחלקים גדולים יותר של הקהילה. סיכום: החזון המקורי עובר תהליך של קואופטציה ואי שביעות הרצון העכשיות מקבלת לגיטימציה בתהליך של ערפול עצמי.

ייחוס הקואופטציה למשפט לבדו - אינו נכון, שכן ניתן להוכיחה אף בחלופות החוץ-משפטיות (אף שלטענתן הן מובילות לשינוי החברה, לעומת המשפט הסובל משמרנות). במונח 'משפט ושינוי חברתי' מותקף לרוב המשפט כמערכת שאינה מביאה לשינוי, אולם יש לשים לב לכך שאין להישען על דרך פעולה אחת (המשפט לבדו או אקטיביזם חוץ-משפטי לבדו), שכן דווקא קבוצות חלשות יכולות להגשים אינטרסים באמצעות המשפט, בעוד סדר ללא משפט פועל לטובת החזק. על כן, יש להגדיר כל הזמן מחדש את גבולות הרפורמה המשפטית, בצד פעולתו רחבת ההיקף של המשפט.