21.2.11

**משפט וחברה**

**ד"ר אביטל מרגלית**

מבחן- 100%

המשפט מסדיר את החיים בחברה, כל עיסוקו של המשפט הוא בחברה, אם כך- מהי החשיבות של קורס משפט וחברה? קניין למשל- הוא כולו מערכת יחסים חברתית. משפט מורכב משני אלמנטים חשובים: הראשון הוא הדוקטרינה (חוק,פסיקה) השני הוא שיקולי מדיניות: המשפט נועד להשיג מטרות מסוימות- קובעים מהן המטרות ומהן הדרכים הראויות להשגתן. בקורס הזה נעסוק בהבנה של המשפט, הסתכלות על המשפט כעל מוסד חברתי- דומה למדעי החברה. לחוקרי החברה יש הרבה מה לומר על המשפט ומוסדותיו, כיום גם משפטנים מסתכלים על המוסד הזה מבחוץ- מעבר לדוקטרינה. אנו רואים את המשפט כחלק ממכלול, על כל המורכבות של החברה. ישנה הנחה שהמשפט משתנה עם שינויים חברתיים- זו טענה שיש לבדוק אותה. רוב הכותרות בעיתון עוסקות בקשר בין המוסדות השונים למשפט- למשל דת וצבא: מה היחס של גופים חיצוניים לצבא? מהי התוצאה של ערעור סמכותו של הרב עובדיה יוסף? הרב עובדיה יוסף הוא סמל להיררכיה משפטית פנימית- יש פה סנקציה חברתית. באשר לגוגל- עניין הפרטיות: שיקולי בטחון. למשל מושג ה"הטרדה מינית" הוא מושג שלא היה קיים בעבר- יש מו"מ תרבותי ביחס למושג. אלו הן סוגיות שקשורות למשפט וחברה.

חוק איסור אפליה בכניסה למקומות ציבוריים זהו חוק שנועד להשיג שוויון בחברה הישראלית. **האם אכן כך?** האם החוק יוצר שוויון בפועל? נקודת מוצא ברורה לחלוטין היא שקיים פער בין המשפט בספרים לבין המשפט בפעולה- יש פער בין המשפט הפורמאלי הרשמי למציאות. **הפער הזה הוא נקודת המוצא של משפט וחברה**. החוק קבע שיש עילת תביעה- ניתן לפנות לביהמ"ש בדיעבד, לאחר שארע מקרה- החוק נותן עילה נגישה וברורה. כמה תביעות מוגשות ביחס למקרי האפליה שקיימים בפועל? זו שאלה שנכונה ביחס לכל החוקים שמקנים זכויות. כמה תביעות מוגשות מדי שנה ביחס למקרים בפועל? חוק איסור אפליה בעבודה- מעט מאוד מקרים. חוק הסלקטורים- גם כן שימוש זניח , בעיקר של מעטים שמכירים את החוק או עו"ד בעצמם. נניח והיו נותנים קנסות- האם היה נוצר שינוי? ביחס לחוק נגד עישון במקומות ציבוריים- יש אכיפה חברתית, הציבור בעצמו מעיר על העישון במקומות ציבוריים. השאלה היא עד כמה המחוקק באמת התכוון למגר את האפליה? האם זהו חוק סימבולי? כדי לדעת האם יש כוונה אמיתית ליישם חוק יש לבחון את ה**תקציב** שניתן לצורך יישומו. ישנם לחצים חיצוניים לחקיקת חוקים כמו אמנות בינלאומיות. ישנן מדינות שמעניקות סיוע למדינות אחרות בכדי ליישם חוקים מסוימים- על כך יש גם פיקוח וביקורת, למשל: סחר של עובדים בישראל. חוק למניעת סחר בבני אדם נוצר תחילה בשל לחץ חיצוני ורק לאחר מכן נוצר השינוי הפנימי ביחס לנושא. נניח והחוק נותן מנגנון- כמה אנשים עושים בו שימוש? כערך חברתי- אנו רוצים שיעשה שימוש במשפט! מדוע אנשים לא עושים שימוש במכשיר המשפטי? יש תחומים שיש בהם הרבה ליטיגציה ובאחרים פחות או כמעט ואין. המשפט גם דורש עלויות. ישנם חסמים שונים להגשת תביעות כמו פחד, איבוד אמון, עלות כלכלית ועוד. מנגנון **התובענה הייצוגית** נועד לתת מענה לעניין העלות הכלכלית- תביעות בתחום הצרכני במקום שרבים נפגעים. כמה עושים שימוש במכשיר הזה? מה יחס ביהמ"ש לכך? מי מנצל את המכשיר הזה? למשל במקרה סלקום- לא עבר יום מרגע התקלה וכבר הוגשה תובענה ייצוגית- זה יוצר תדמית שלילית למכשיר משפטי חשוב מאין כמוהו- כי זה היה צעד קטנוני וניצול של המצב. חוק מקרקעי ציבור-סילוק פולשים: הסיבה להגברת הסמכויות- החוק יצר מצב חריג בו רשות מנהלית קיבלה סמכות לקבוע עובדות , להחליט מה העובדות ולהוציא צוו- אין ביזור סמכויות, הכול מרוכז בידי הרשות. הייתה טענה שיש פלישות למקרקעי ציבור, מה שהטריד בעיקר את הכנסת הם הבדווים. בעבר הייתה כתבה על פולש לשטח באזור גבול גבעתיים-רמת גן. מנהל מקרקעי ישראל הוציא מכרז וכלל בו תנאי שהזוכה במכרז יהיה אחראי לפינוי פולשים. אמצעי הפינוי היה מיליון ₪ תמורת הנכונות להתפנות מהשטח. שמו של הפולש: אלפרון. יש פה שימוש סלקטיבי באכיפה!!! זהו לא החוק היחיד שבו אנו רואים אכיפה סלקטיבית. מאין נובע השינוי? הוא ענייני- ממניעים אובייקטיבים? מהם האינטרסים? זו שאלה של משפט וריבוד חברתי. קווי הריבוד בישראל הם כלכליים,דתיים,אתניים וכ'. במהלך חיינו אנו חותמים על מסמכים משפטיים מבלי שנדע מהן המשמעויות של אותם המסמכים. יש חזקה שכל אדם בר דעת יודע ומבין על מה הוא חותם. פייסבוק הפך למכשיר אכיפה חברתי מחוץ למשפט שיש לו עוצמה אדירה. אנשים פחות פונים למשטרה, הם מעדיפים להתמודד באמצעות **תחליפים**. במקום לפנות למוסדות החברתיים-משפטיים אנשים בוחרים בסנקציות חברתיות. מהו היחס בין הסנקציה החברתית לסנקציה המשפטית? ביותר מקרים ניתן לראות שלוקחים בחשבון את קיומן של סנקציות חברתיות. ספורט- התאחדות הכדורגל בארץ קיבלה דרישה מגוף בינלאומי לשלם חוב כספי של מאמן מקבוצה קודמת שלו בקטר- זהו סכסוך כספי בין עובד למעביד. ישראל השתמשה בסנקציה נגד מאמן בגלל יחסי ישראל-קטר. מהם הגופים הללו? מכוח מה יש להם זכות לבוא ולהתערב? יש ביהמ"ש – עולם משפטי שלם של הספורט. אין התערבות פוליטית בספורט! כך גם בתחומים נוספים- למשל יהלומים- יש עולם משפטי שלם משלו לתחום! **בצד משפט המדינה יש ריבוי של מערכות משפט- חלקן קשורות למשפט, אחרות שונות ואף מנוגדות**. הבוררות היא מערכת משפטית שהיא אף חזקה יותר ממשפט המדינה!!!

**נקודת המוצא שלנו בקורס היא שהמשפט איננו אוטונומי!** לפחות לא בצורה מלאה. המשפט הוא לא מערכת תרבותית נפרדת, עם שפה, ולוגיקה משלה. המשפט תלוי באנשים שעוסקים בו- אך המרצה יוצאת נגד הפרסונאליזציה של המשפט. מה מהות הקשר בין המשפט לחברה שבתוכה ומתוכה הוא פועל???

לשיעור הבא: מאמר של דוידוביץ(נושא 2)- עוסק בחוק פיצוי נפגעי הגזזת.

28.2.11

טענות בדבר טיב הקשר בין המשפט לחברה: **נקודת המוצא לדיון היא הטענה שהמשפט איננו אוטונומי**- הוא לא נפרד מהחברה שבתוכה הוא פועל, לא מדובר במערכת סגורה עם שפה ולוגיקה משלה, אלא המשפט שלוב בחברה. אם כך מהו סוג הקשר בין המשפט לחברה? יש ספרות נרחבת בהקשר הזה. קיימות טענות שונות: המשפט הוא תוצר של אינטרסים- אך ניתן לטעון גם שזה לא כך.המשפט הוא מערכת של שליטה תרבותית הקשורה באופן הדוק ליחסי כוח בחברה.

אין טענה אחת שהיא הנכונה. התופעה של המשפט היא כה מורכבת שבוודאי ניתן למצוא אמת בכל אחת מהטענות.

1. משפט משקף חברה.
2. משפט ממלא תפקידים בחברה.
3. משפט כתוצר של אינטרסים.
4. משפט, תרבות ויחסי כוח בחברה.

**הטענה הראשונה** לדעת המרצה היא כללית ופשטנית מידי, היא תמיד נכונה ולא באמת אומרת משהו. למרות זאת משתמשים בטענה הזו. זו טענה פוזיטיבית (=תיאורית), לפיה המקור האמיתי של התרחשות הדברים היא החברה, והמשפט מלווה את מה שקורה בחברה. אם יש שינויים בחברה המשפט משקף אותם. **זו טענה חזקה ביחס לכך שהמשפט איננו אוטונומי!** היא נלווית לתיאור של אבולוציה-התפתחות של חברה, עם השינויים בחברה אנו רואים את השתנות המשפט. **אנתרופולוג בשם סאמנר- כתב ספר בשם folkways** שם ניסה לתת הסבר כללי שנכון לכל החברות והתקופות ביחס להיווצרות המערכת המשפטית. יש אבולוציה בכל קבוצה. נוצרים כללים שעולים על הכתב. ההתפתחות הזו היא הקביעה של החברה מה טוב ונכון לעשות, מה ראוי לעשות. אורחות החיים מגבשים חשיבה לתוך המשפט שהוא שחקן משני. השינוי חל בחברה, ההחלטות החברתיות והקונצנזוס מתגבשים בתוך החברה. המשפט רק משקף את השינוי בחברה. **"המשפט לא יכול לשנות את אורחות החיים!!!"** – המשפט שקובע מה נכון וראוי משקף את הקביעה החברתית ולא להיפך. אם ננסה לקבוע חוק ששונה באופן מהותי מאורחות החיים לא יקרה כלום. חקיקה לא תקבע שינוי הדרגתי, השינוי כבר התרחש בחברה. טענה שהמשפט לעולם לא יכול לשנות- היא אמירה חזקה מידי. יש אכן קושי למשפט לחולל שינוי חברתי!!! זו מהות האמירה. (לא בלתי אפשרי אלא קשה). ההסבר לכך הוא הקשר בין תוכן המשפט למצב הדעות והעמדות בחברה. בתיאור הזה יש גרעין של אמת, אך הוא מוחלט וקיצוני מידי. (דוגמא: חוקי היובש בארה"ב שהיו בגדר גזירה שהציבור לא יכול לעמוד בה). **סביני- היה אחד המתנגדים הגדולים לקודיפיקציה בצרפת**, אצלו המשפט משקף את החברה לא רק כעניין תיאורי אלא גם כעניין נורמטיבי- כך צריך להיות. הכתיבה שלו קשורה גם לרעיונות הלאומיות. הוא דיבר על **"רוח האומה"-** לפי התיאור הזה המשפט הוא אחד התיאורים הבולטים לרוח האומה, הוא נולד עמה ומתפתח עמה. המשפט הוא מראה של האומה! המשפט הוא לא סטטי, הוא משתנה עם החברה. אם האומה לא קיימת יותר גם המשפט לא קיים. למשל, התופעה של קולוניאליזם- בחלק מהמדינות הקולוניאליות מחקו אומות וכן את המשפט שלהן כמשפט חי ומתפקד. כביקורת על המשפט הגרמני אומר סביני, שחל כאן פיצול של המשפט לשתי רמות: ברמה העממית המשפט כביטוי לרוח האומה ממשיך להתקיים, אבל המשפט הפורמאלי-המודרני הפך להיות משפט כמו מדע, שהוא נחלתה של קבוצה מצומצמת של המומחים המשפטיים. קיים פער בין המשפט של המומחים לבין המשפט ברובד של העם, שהוא אכן משקף את החברה. אם כך, מה יכללו בקודיפיקציה? את משפט המומחים. לפי סביני, לפני שיוצרים את הקוד צריך לחשוף את המימדים של רוח האומה בחוק, ואז אפשר ליצור מערך משפטי מסודר. זו טענה נורמטיבית לפיה המשפט הקיים אינו משקף את רוח האומה ויש לנקוט פעולה כדי להחזירו להיות משפט משקף- יש כאן גם ציווי תפעולי.

ישנה ציפייה, שבמשפט המודרני- יהיה דמיון בין המערכות המשפטיות השונות, אך גם ימצאו דברים שונים: תכנים מהותיים, פרוצדורות, מוסדות שמתפעלים את המשפט, עליונות המחוקק, מעמד הפסיקה, וכו'. ניתן לטעון שהשוני הזה משקף את ההתפתחות ההיסטורית-פוליטית-חברתית של המדינות שונות? בהחלט כן. האם הגרסה של התפתחות אבולוציה של אורחות חיים מוסכמים נכונה למשפט של מדינה מודרנית? התפיסה הזו שהמשפט משקף חברה הוא טיעון שלא מלמד אותנו הרבה. **את מה המשפט משקף בחברה?** האם יש קונצנזוס? חברה של אחידות? האם יש ערכים בסיסיים שמבטאים את ערכי החברה? מי מכתיב את מוסדות המשפט?- המשפט משקף בעצם, תוצאה נקודתית של מאזן כוחות בחברה או במדינת רוב את רוח האומה של הרוב. המדינה כן מורכבת מקבוצות שונות. **מהי האומה בעצם?** המשפט הצרפתי למשל, משקף את הערכים של הרוב החילוני של הרפובליקה הצרפתית- משקף את העובדה שהמיעוט לא מצליח לקבל הכרה מהרוב. זהו אחד מטיעוני הביקורת (עניין מהותי). טיעון נוסף נוגע להיסטוריה: האם ניתן למצוא בהיסטוריה דוגמא של קבוצה חברתית שהתפתחה רק מעצמה?ההיסטוריה של רוב החברות בעולם היא **היסטוריה של מפגשים**-יחסי סחר, חילופי תרבות,קשרי נישואים, מיזוגים,פיצול, כיבושים,אימפריות. כל השינויים הללו השפיעו על החברה וכן על המשפט.איפה פה רוח האומה? זה הכול מפגשים ותנודות. העולם הקולוניאלי יצר מפגשים בעוצמות אדירות. למשל, אפריקה- מורכבת משבטים שביניהם היו מלחמות וכיבושים, הגיעו מדינות אירופה וחילקו ביניהן את הטריטוריה מחדש ונוצרו מדינות חדשות, חלק מהמדינות חוצות שבטים ויש קבוצות עוינות באותה מדינה. לאור זאת, האם המשפט בקניה משקף את רוח האומה הקנייתית?

\***כעורך דין**- ניתן לטעון שהמשפט משקף חברה כאשר נרצה להתנגד לשינוי חוק. \***קביעה של תו"ל אובייקטיבי**- כיצד ראוי לנהוג בהתאם לערכיה של החברה הישראלית כפי שביהמ"ש קובע אותם (מתח בין החברה לביהמ"ש). \***דוגמא לשימוש רטורי במשפט כמשקף חברה**- "תפקידו של השופט הוא לא לחרוג מההסכמה החברתית!" (ברק) \***פס"ד פלונית**- פרשנות בנוגע לסעיף בחוק העונשין שעוסק באלימות כלפי ילדים-ההכרעה הייתה שלילה מוחלטת של שימוש בכוח כלפי ילדים. עלתה טענה שצריך להחריג את השימוש בכוח למטרה חינוכית. הש' בייניש: פס"ד משקף את השינויים בחברה הישראלית. כלומר, ביהמ"ש העליון משקף את השינוי שחל בחברה הישראלית. באותה שנה של פס"ד יצא סקר ביחס לאלימות כלפי ילדים ככלי חינוכי, שם חלק מההורים תמכו באלימות ככלי חינוכי. אם כך, האם פס"ד אכן משקף את החברה הישראלית??? (הש' בייניש רצתה ליצור נורמה ברורה ולכן השתמשה בטענה של שיקוף השינוי החברתי). בהמשך דבריה בייניש מציגה את הקביעה כקביעה אישית שלה, קביעה שהיא מחנכת- ניתן לראות כאן שינוי רטורי. לדעת המרצה- פס"ד של העליון הוא זה שהוביל לשינוי!!! יש פה חלחול למקומות אחרים, אם כן, האם המשפט משקף את החברה הישראלית? או- האם פס"ד הוא חלק ממו"מ של השינוי? המשפט הוא חלק ממכלול רחב של גורמים במשחק של ההשתנות החברתית. העובדה שחל שינוי שהתבטא גם בשינוי חקיקה וגם באמירה של ביהמ"ש גרם לתחילתו של שינוי גם בציבור החרדי. הטענה שהמשפט לא יכול לשנות היא טענה מוגזמת. \***פס"ד משפחה חדשה**- הסדר משפטי שלא חל על אנשים מסוימים בחברה וטוענים שזו אפליה! ההסדר קבע שבני זוג יכולים לקבל אישור לפונדקאות ולעומת זאת הורה יחיד לא יכול. עלתה טענה שהתפיסה המשפטית המקובלת היא שטוב יותר לילד לגדול אצל זוג הורים, מאשר אצל אם חד הורית. ההסדר המשפטי משקף בעצם את התפיסה המשפטית המקובלת. הש' חשין: חלילה לנו מערב מציאות בערכים!!! כלומר, אל תגידו לי מה החברה הישראלית חושבת שהוא נכון, אני כשופט תפקידי לפעול כנגד התפיסה המקובלת- אחרת לא יהיה מענה לאפליה. ניתן לומר שחשין משקף את החברה הישראלית- מי קבע שאסור להפלות? ----**דרך רטוריקה ניתן להשתמש בטענה של משפט משקף חברה לשני הצדדים.**

**הטענה השנייה: משפט ממלא תפקידים בחברה**- בטענה הראשונה ראינו תיאור של משפט סביל, בטענה השנייה יש תפקיד פעיל מאוד למשפט. בעצם אנו מפרקים את החברה האנושית למוסדות שונים ואנו רואים איך הם באים לתת מענה לצורכי החברה. למשל: פוליטיקה, שוק כלכלי, תקשורת, חינוך,דת,משפחה- כל אחד ניתן לנתח ולבדוק מענה לאילו צרכים חברתיים המוסד הזה נותן, כנ"ל לגבי המשפט. יש תחומי חפיפה בין המשפט ליתר המוסדות. הראייה היא שקיימת חברה, שלה צרכים והיא יצרה את מוסד המשפט כדי לתת מענה לצרכים- יש פה גישה פונקציונאלית למשפט. ניתן לראות חברות שונות שהציבו בפני המשפט צרכים שונים, דרך עיצוב המשפט כנותן מענה גם שונה בין מקום למקום. אילו צרכים חברתיים המשפט ממלא? יישוב סכסוכים, הסדרת תחומי חיים: בין פרטים, בין פרט למדינה, בין קהילות. הסדרה של השלטון-רגולציה, כלי מחנך, שינוי חברתי, יוצר לכידות חברתית, חלוקת משאבים/עושר, אמצעי לביטוי הקולקטיב.

התפיסה הזו נותנת נקודת מבט ביקורתית אינסטרומנטלית, אנחנו כחברה רוצים שהמשפט ישיג יעדים מסוימים וניתן לבדוק האם הוא אכן עושה כך, **יש פה מכשיר ראשוני לביקורת על התפקוד של המשפט.**

7.3.11

**טיעון: המשפט ממלא תפקידים בחברה**. לחברה האנושית יש צרכים , יש חברות עם צרכים ייחודים להן ואת הצרכים האלו ממלאים מוסדות חברתיים שונים. יש חפיפה של חלק מהם אבל המשפט כמוסד חברתי משיק לכל יתר המוסדות. למשל, מוסד המשפחה משיק למשפט. אילו דרישות החברה מעלה כלפי המשפט? היסטורית, אנו רואים שהמשפט ממלא תפקידים שונים. דרך הסיפור של המשפט ניתן לכתוב את ההיסטוריה של הציבוריות הישראלית. אנחנו כחברה מטילים עוד ועוד תפקידים על המשפט. ההסתכלות הביקורתית בוחנת האם זה טוב לנו?? כיום, כל מחלוקת חברתית מגיעה לבג"צ (סוגיות ממשפט חוקתי). האם בג"צ הוא המקום לשיח הציבורי שלנו כחברה? לדעת המרצה זה שלילי. אם כך, איך הגענו למצב שהכול מופנה למשפט? ניתן לסכם את זה בטענה שחברי הכנסת "התפטרו" מתפקידם-היה להם נוח לא להחליט. (האם היה כדאי לנו שביהמ"ש ימלא את התפקיד הזה?) הגענו למצב שאנו לא דורשים דין וחשבון מח"כים.

יש לנו כלי ביקורת חברתי למערכת המשפט. אנחנו רוצים שמערכת המשפט תמלא תפקיד x. מהו התפקיד? מהם היעדים? האם המערכת, כפי שהיא פועלת כיום משיגה את היעדים האלה? **נקודת ביקורת**: מי קובע מהם הצרכים? היכן נכנסים פה מאבקי כוח, אינטרסים של קבוצות חברתיות שונות, היכן ההסתכלות על היחס בין הפרט למוסדות.

מאחורי חלק מהתפקידים עמד רעיון כללי מאחד: שמירה על שלטון החוק, זכויות אדם, תיאום פעולות בין קבוצות/פרטים בחברה, ת.ז של הקולקטיב.---- מה שעומד במשותף מאחורי הרעיון הזה הוא שהמשפט תורם ללכידות חברתית!

**אבי הסוציולוגיה – ברנהיים** ??? אמירה שבמשפט המודרני, בחברה מודרנית בה הפרטים הם אינדיבידואלים , עדיין יש לכידות חברתית רבה. דרך ניתוח המשפט, נראה כי גם בחברה מודרנית המשפט ממלא תפקיד של לכידות חברתית. אנחנו לא אותה חברה הומוגנית אך עדיין מלוכדת. (זאת בניגוד לתיאוריות שגרסו כי יהיה פירוק חברתי). לדוגמא: מושג החוזה- למה שהחברה תתערב בחוזה בין שני צדדים??? יש פה אמירה- אנו יוצרים גבולות מותרים לפעולה של הפרטים. יש כאן אמירה נורמטיבית של הגנה על צדדים חלשים, יש לנו מה להגיד על החוזה בשם ערכים חברתיים: הגנה על עובדים/רוכשי משכנתאות למשל. כל המנגנון של חוזה אחיד בא להגיד אמירה נורמטיבית חברתית על יחסי הכוחות בחברה. כדי שאדם יתקשר בחוזה צריך הרבה אמון בצד השני. בחוזה אחיד אין את האוטונומיה של ההחלטה האינדיבידואלית, והשיתוף יכול להועיל לנו. איך גורמים לאנשים להיכנס לחוזה שיתוף מבלי לחשוש? ע"י ההבטחה שהמשפט ימצא כללי רקע להתקשרות, וכן ההבטחה שהחברה דרך מנגנון המשפט תסייע- אנו תומכים בפעילות כלכלית חברתית . יש צורך בכשרות משפטית- שוב ביטוי להגנה על חלשים. חלק מתפקיד המשפט, הוא להגן על ההדיוט המשפטי עד גבול מסוים. יש טווח מסוים שאנו נחלצים לטובת אדם, מתוך תפיסה חברתית. מונחים כמו תקנת הציבור, הם גורמים של מעטפת חברתית.

יישוב סכסוכים- תפקיד קלאסי של המשפט בכל חברה. כיצד אנו יודעים שהמשפט בעיקר מיישב סכסוכים? איך אנו יודעים שהמשפט עושה את זה "טוב"? האם עצם השימוש במשפט מלמד אותנו על טיבו? מה זה "יישוב סכסוכים"??? התפיסה הפרשנית של המושג "סכסוך" משנה את התשובה. ניתן להסתכל על מקרה קונקרטי או על מכלול מערכת יחסים בין הצדדים. האם מערכת המשפט כפי שהיא פועלת היום, מתאימה כדי להסתכל על סכסוך במלוא מורכבותו ולהצליח לטפל בו? אם אנו רוצים משהו אחר אולי צריך לשנות את המשפט. האופן שבו ביהמ"ש פועלים היום לא מביא לפתרון סכסוכים במובן העמוק של המילה. גישור למשל, היא גישה אחרת ליישוב סכסוכים. יש הבנה שמה שמתרחש בהליך משפטי סטנדרטי אינו מתאים לפתרון חלק גדול מהסכסוכים. בגישור- צריך שהצדדים יתקשרו ביניהם ויביעו מה מפריע להם. בסופו של דבר הצדדים מגיעים להסכמות בדבר הפתרון. ביהמ"ש לענייני משפחה- לרוב מגיעים למשפט בשל בעיה שהיא לא לב הסכסוך. נעשה שם תהליך שנועד להבין את הצדדים. השופט מקבל תיק עם חוות דעת מלאה על כל הסיפור (מטפלים בכך אנשי מקצוע).

מאמר (נפגעי הגזזת)- **התפיסה הבסיסית של הכותבים היא ביקורתית**. האם המשפט ממלא את תפקידו? יש תפקיד למשפט שהוא ריפוי ואיחוד חברתי. ברור שזה תפקיד שהיה קיים (משפט אייכמן למשל). בשנים האחרונות זה תופס תאוצה. יש סיטואציות שבהן הגיעו למשפט בדרישות שעוסקות בעוולות של המדינה לפני דורות, לדוגמא: העבדות בארה"ב. לתאגידים יש אישיות משפטית נמשכת- וקיימים תאגידים שניתן להוכיח, כי הרוויחו מהעבדות. כך מגיעות כיום תביעות משפטיות. לצד זה יש ארגוני שחורים שתובעים התנצלות של המדינה וכן פיצויים כספיים. באוסטרליה למשל, ענייני הקרקע- כיום יצאה המדינה בהתנצלות על מה שארע לפני עשרות שונים. זה נקרא: "צדק מעברי" - מצבים של מעבר מדיקטטורה לדמוקרטיה. יש הרבה מחקרים על מה שאירע בדרום אמריקה, או בדרום אפריקה- המעבר מהאפרטייהד. **במאמר** יש רשימה מסודרת- על מה צריך לחשוב מנגנון ביישוב סכסוך שכזה? יש כאן תובנות של משפט וחברה.(יש כאן קושי פרגמאטי ביישום). מתוך המחקר שנעשה במאמר- בשנות ה 50 הייתה רשלנות רפואית במקרים רבים- לא פעלו בצורה נכונה בטיפולים. שנים אחר כך יש שיעור גבוה של מחלות בקרב האוכלוסייה שעברה את ההקרנות. היה כאן תהליך חברתי של התגבשות קבוצה שנתנה פרשנות היסטורית ספציפית למחלה. מכאן התגלגל הסיפור ונוצרה חקיקה. מדוע תיק נזיקין בגין עילת רשלנות לא פתר את הבעיה הספציפית והחברתית??? כדי שתהיה תביעה צריך אדם שיתבע. היו בעיות רבות בעניין הזה. סטטיסטית מספר התביעות שהוגשו הן אחוז מזערי ממספר הנפגעים. הייתה פה אפשרות להעלות סיפור שנוגד לסיפור של המדינה- זה הליך שהוא חשוב: אנשים צריכים לדבר ולספר על הפגיעה שהם חוו. היו נפגעים רבים שעברו את ההקרנות בילדותם- כיצד ניתן לספר על כך (בשפה משפטית?)- האם האופן שבו נותנים לאנשים לדבר במשפט עונה על הצורך? איזה תובע פרטי יכול לעמוד בנטל הזה? של חקר האמת. יש כאן תלות בהד התקשורתי, בתגובת המדינה, איך זה יפורש- לא ניתן להבטיח שזה ילך לכיוון הנכון. **ניתן שוב לראות שמנגנון התביעה הרגיל הוא מוגבל!!!**

14.3.11

טענות על יחסי משפט-חברה, אשר מערבות את מושג ה"כוח".

שאלות כמו: איפה הכוח ממוקם? מי מפעיל את הכוח? חברה יכולה להיות שונה בגלל מוקדי כוח שקיימים בה. האם כוח פועל בצורה מכוונת? "סוכנים" חברתיים שפועלים בצורה מודעת? או כוח של קבוצה מסוימת? מבנה חברתי עם הגיון?

**המשפט הוא תוצאה של אינטרסים: (טענה 3)**

המשפט במובן של: חקיקה, חקיקת משנה, החלטות של המנהל הציבורי. ניתן להפעיל את הטענות האלו גם בליטיגציה- מוסד שיפוטי. השאלה הראשונה: מה פתאום אינטרסים??? יכולה להיות תפיסה אידילית של המוסד הפוליטי, לפיה נבחרי הציבור פועלים לפי מיטב השיפוט הערכי שלהם למען יצירת הטוב הכללי, הרי לשם כך יש פרלמנטים- לקבל החלטות למען טובת החברה. למרות הציניות שלנו ביחס לפוליטיקה, יש חלק לא מבוטל של פוליטיקאים שאכן פועלים בדרך הזו.

בתוך הטענה הזו יש תתי טענות שכל אחת נותנת דגש אחר. (זוויות ראייה שונות בספרות):

1. ביזור כוח: קבוצות אינטרס ושוק פוליטי.
2. ריכוז כוח: המדינה כמנגנון למען בעלי הכוח.
3. איזון "אינטרסים": אינטרס של מנהלי המדינה.
4. קואליציה: מדינה-חברה.

טענה 1: **ריבוי קבוצות אינטרס**, אין קבוצה אחת חזקה אלא הכוח מבוזר בקבוצות שונות בחברה. קבוצת אינטרס: קבוצת אנשים שפועלים יחד לשם קידום אינטרס משותף והם מעוניינים להשפיע על קבלת ההחלטות(=משפט). יש מקרים שבהם הקבוצה הזו היא אדם אחד- אדם בעל כוח חברתי פוליטי אשר משפיע על מקבלי ההחלטות. בשנים האחרונות בארץ ניתן לראות פעולה רחבה של קבוצות אינטרס. הסיבה לחשיפה הזו היא התפתחות שחלה בחברה, בעלי הכוח הכלכלי פועלים באופן גלוי, התקשורת חושפת את דרכי הפעולה וערוצי ההשפעה על רשויות השלטון. אנו כאזרחים הרבה יותר ריאליים/ציניים ביחס לרשויות השלטון. בעבר זה היה דומה אך לא הייתה חשיפה כה נרחבת לכך. קבוצות האינטרס שונות זו מזו, השונות הזו מכתיבה את אופן הפעולה של הקבוצה. יש קבוצות שפועלות אד-הוק, למען מאבק ספציפי (למשל המילואימניקים). יש קבוצות שפועלות במשך שנים- למען מאבק ממושך בתחום מסוים (למשל הירוקים). יכול להיות שגוף שפועל למען פעולה נקודתית, מתפתח ונהפך לגוף שפועל באופן נרחב בתחום מסוים. מישור הפעילות יכול להיות בזירה המקומית או הכלל-ארצית וזה גם משנה את צורת הפעולה וההתארגנות. ישנם גופים שלהם מכלול רחב של פעולות ובין היתר הם פועלים כקבוצת אינטרס. וישנם גופים שעיקר פעולתם היא כקבוצת אינטרס והם פועלים מול השלטון. למשל- אדם טבע ודין- הוא ארגון שיש לו אג'נדה של איכות הסביבה, הם פועלים מול רשויות השלטון במישורים שונים. זהו ארגון חברתי שכול פעילותו היא לפעול כקבוצת אינטרס. לעומת זאת, הקיבוצים או התאחדות התעשיינים – הם גופים הפועלים במשך שנים ויש להם מגוון פעילויות. בין היתר מול הרשויות הם פועלים כקבוצת אינטרס בעת הצורך. לאחרונה, אנו רואים בארץ קואליציות של ארגונים חברתיים שונים, אשר הבינו כי יחד יש להם כוח משמעותי יותר (**יוצר בעיות התארגנות**). יש שונות גדולה בין ארגונים ברמת המיסוד שלהם- יש גופים שהם חסרי מבנה פורמאלי (תושבי רעננה שהחלו להילחם נגד ההחלטה לבנות כביש מסוים--- יוצר בעיות התארגנות). לעומת זאת, יש קבוצות עם רמת מיסוד ופורמליזציה מאוד גבוהה: תקנון, נרשמים כגוף משפטי כדי לבצע פעולות,יש בחירות של המוסדות. בשלב מסוים צריך אפילו מנהיג. המפלגות שונות מקבוצות אינטרס, בגלל המיקום שלהן בשדה הפוליטי. המפלגות הן הפוליטיקה, קבוצות האינטרס הם אלה שפועלים כדי להשפיע על מקבלי ההחלטות (=פעולות חוץ ממשלתיות). יש מקרים שניסו לעבור ממיקום למיקום, למשל: פעילים למען לגליזציה של מריחואנה שהחליטו לעבור לכנסת, או עובדי התעשייה האווירית שהכניסו ח"כ דרך מפלגה.

הטענה היא שיש ריבוי של שחקנים פוליטיים וריבוי של קבוצות אינטרס ויש **שוק פוליטי** (כמו הדימוי של השוק הכלכלי). יש תחרות, המחוקק מוכר מוצר שעליו נלחמות הקבוצות השונות, יש כללי משחק/הכרעה. כל מי שרוצה יכול לנסות להשפיע על המחוקק. השוק הוא חופשי: משמע שאין מונופול(= קבוצה שתמיד זוכה במה שהיא רוצה). כדי להצליח בשוק הזה צריך לעשות עסקאות עם אחרים. המשחק הפוליטי הוא משחק של יצירת קואליציות בין קבוצות אינטרס שתומכות זו בזו- זה מוזיל עלויות. **האם זה דימוי נכון???** (האם ניתן לדמות את הפוליטיקה לשוק חופשי?) קיימות מספר בעיות עם הדימוי האמור- יש קבוצות שלא יוצרים עמן קואליציה למרות האינטרס המשותף, למשל הערבים. מבחינת הקבוצה זה משמעותי כי לבד אין להם כוח ובשוק אין מי שהם יכולים להיות עמו בקואליציה. זה נכון שהשוק הזה פתוח לכולם? כל בעל אינטרס יכול לשחק את המשחק הפוליטי? יש בעיות ברמת ההתארגנות. אם לא מדובר בגוף שהוא כבר קיים וממוסד יש בעיה לזהות את בעלי האינטרס. לפעמים בשל ענייני הגדרות קשה להתארגן. נניח והחליטו מהי המטרה המשותפת- כיצד פועלים? בעיית הפעולה המשותפת **(בעיית הטרמפיסט)**. אם יפעלו יחד יזכו להעצמת האינטרס שלהם אך בעיית ההתארגנות מונעת זאת. בעיה נוספת- **אמצעים**: כדי להשפיע צריך אמצעים-מידע, טיעון חזק ורלבנטי- יש צורך בהשקעת משאבים: מומחים, עובדים בשכר (ההתנדבות לא מספיקה)- דמי חבר/תרומות, כיצד מגייסים תרומות? זו תורה שלמה. צריך למשוך את תשומת הלב של התקשורת וליצור עניין בציבור. מי שמסתכל על הטענה הזו בצורה ביקורתית אומר שיש הטיה מובנית בפוליטיקה לאינטרסים מאורגנים לעומת אחרים. קבוצות אינטרסים מצליחות להשיג דברים כי הן פועלות בניגוד ליתר הציבור שהוא אדיש. לאחרונה בישראל, יש ארגונים שפועלים למען אינטרס הציבור.

טענה 2: **הכוח מרוכז בידי קבוצה חברתית מסוימת**. הכוח מרוכז בידי בעלי ההון. מקבלי ההחלטות, במסגרת מנגנון המדינה, בעצם פועלים כמנגנון המשרת את בעלי ההון. יש הטיה ברורה לטובת בעלי הכוח בחברה. יש פה העדפת אינטרסים- קשר ישיר בין המעמד הכלכלי לבין המדינה. לפי הגישה הזו למקבלי ההחלטות אין אוטונומיה, הם בובות של בעלי ההון. יש על כך כתיבה ביקורתית-מרקסיסטית וגם ניתוח כלכלי של הפוליטיקה. כיצד זה עובד? איך קורה שהאנשים הנבחרים תמיד פועלים לטובת האינטרסים של בעלי ההון? מדובר בקבוצת אנשים מצומצמת עם קשרים אישיים, התחנכו באותו מקום, שירתו יחד בצבא- רשתות חברתיות של אליטה שיוצרות את האפשרות להפעיל את המדינה לטובת בעלי ההון. בבדיקה אמפירית של מכלול ההחלטות המשפטיות של המדינה זה לא נכון שהיא תמיד פועלת לטובת בעלי ההון. האם זה מפיל את הטענה הקיצונית הזו? דוגמאות לחוקים שלא משרתים את בעלי ההון: ביטול ההחלטה להפעיל בית כלא פרטי. חוקים סוציאליים לטובת העובדים. לטענה הזו יש תשובה: נכון שיש החלטות נגד בעלי ההון, אך לטווח הארוך הם כן ישרתו את בעלי ההון. למשל, אם אני חייב בשכר מינימום, חופשה בתשלום וכדומה זה פוגע ברווח אבל העובד מרוצה יותר ואז הוא נותן יותר תפוקה. עובד מרוצה לא יעשה מהפכה. דברים שנראים לכאורה כפגיעות מיידיות שומרים על הסדר החברתי הקיים- יש יציבות! את מי זה משרת? את בעלי ההון. יש גם הפסדים סימבוליים- בעלי ההון מוכנים לשלם גם במצב שאין חובה לכך כדי שלא יתפסו בצורה שלילית.

טענה 3: מה האינטרס הראשון במעלה של מי שנמצא בעמדת הכוח? להישאר שם! מצד אחד מנהלי המדינה תלויים בבעלי ההון כי הם צריכים לדאוג לכך שהחברה תהיה מרוצה, שיהיה מצב כלכלי טוב! כדי להבטיח זאת צריך שאנשי העסקים יהיו מרוצים- יקבלו קרקעות, הפחתה במיסים וכדומה (יש תחרות עולמית על השקעות הון). מצד שני אנו חיים במשטר דמוקרטי בו הכלל הבסיסי הוא שלכל אחד קול אחד. כלומר, כדי להישאר במנגנון הכוח צריך להיבחר שנית. פוליטיקאי צריך להיענות באיזושהי מידה לצרכי הציבור- אפילו למראית עין. הפוליטיקאי נמצא בצבת- באמצע, לכן מדברים על **איזון**. האיזון הזה זה המשפט. ההחלטה שמתקבלת היא החלטה משפטית שתאזן אינטרסים של בעלי כוח מול כלל החברה, באופן שימקסם את הבחירה מחדש. אם זה לא קורה- לא קראת נכון את רחשי הציבור, רחשי בעלי ההון. בישראל, האזרחים לא בוחרים לפי הכלכלה אלא לפי הביטחון. ואם כך, האיזון הוא לטובת בעלי ההון- אין צורך להתמקד בכלכלה.

28.3.11

לקרוא: גזר דין של משה קצב.

**גישות שונות ליחסי משפט וחברה:**

הטענה (3)- "**המשפט הוא תוצר של אינטרסים"**- המשך:

המשותף לכל הגישות הוא שהן דיברו במובהק על פעולה מזוהה- של שחקן חברתי (גורם /קבוצה מאורגנת). יש להם מטרות והם פועלים למען השגתן בצורה מכוונת ומודעת. הטענה הבאה (תת טענה מס' 4) גורסת שהכוח פועל מכוח התרבות ואין מישהו שמודע לכך שהוא מפעיל כוח. בניגוד ליתר הטענות- שם ברור לנו מי השחקנים ואיך הם פועלים.

**4 תתי טענות:**

טענה לגבי ריבוי של קבוצות אינטרס- הגדרה, בעיות בהתארגנות, לא כולם עשויים מקשה אחת. ראינו שהקב' פועלות על מנת להשפיע על מקבלי ההחלטות- כדי להשפיע על התוצר המשפטי הסופי. מקבלי ההחלטות הם מחוץ למיקוח. ההתמקדות היא בקבוצות שפועלות בתוך החברה.

טענה לפיה הכוח מרוכז בידיים של בעלי הכוח (ולא מפוזר)- התרכזנו בבעלי כוח כלכלי. יש להם מטרה לקדם את האינטרסים שלהם- והם משפיעים על המדינה.

טענה לגבי מקבלי ההחלטות בשלטון- להם גם יש אינטרסים- להישאר כבעלי כוח במוקד קבלת ההחלטות. אולם, יש כאלה הפועלים למען השגת ה"טוב" החברתי. יש לחצים מצד בעלי הכוח ולחצים מצד החברה (ציבור הבוחרים) ומקבלי ההחלטות צריכים לפעול תוך איזון ביניהם.

טענה לגבי קואליציה: מדינה-חברה. פירוט להלן:

החברה האזרחית מורכבת מהמון גופים, בתוכה יש בעלי כוח. האם ניתן לדבר על בעלי הכוח כקבוצה אחת? אנשים בעלי כוח כלכלי יכולים להיות שונים זה מזה גם בהשקפות העולם שלהם וזה ישפיע על קידום האינטרסים שלהם. לפוליטיקאים יש אינטרס שבעלי ההון ימשיכו להפעיל את העסקים שלהם בישראל, וכך הם משפיעים מבלי לעשות דבר ואפילו מבלי להתכוון לכך. האם המדינה זה דבר אחד? מה זה מדינה? המדינה מורכבת מגופים שונים: כנסת, ממשלה, בנק ישראל, ביהמ"ש... האם הממשלה היא גוף אחד? יש הבדלים בתפיסות בין המשרדים השונים. בגישה הזו- פירקנו את המושג המדינה, בעלי הכוח הכלכלי, קבוצות אינטרסים. לפי הטענה הזו- לא תמיד בעלי הכוח קובעים, לא רק מקבלי ההחלטות קובעים- זה יכול להיות כך או כך. האופן שבו המשחק הפוליטי משוחק הוא שיש **יחסי גומלין** בין הגופים האלה, ויש **קואליציות**. יש גם מקרים שיש אחדות. הגישה הזו לא אומרת לנו איך העולם מתנהל, בניגוד לגישות האחרות שנתנו אופן פעולה ברור. יש פה מפה רחבה, ופיצול שגורם להסתכלות רחבה של אפשרויות פעולה. בכל מקרה ומקרה הסיפור יהיה שונה. לפעמים יש אחדות פעולה וזה יכול לתת הסבר לדברים. בכל חוק יש דינאמיקה אחרת, חלוקת כוח אחרת. שאלת העיתוי והמשאבים היא קריטית!!!

דוגמא לכך: קבוצות אינטרס שונות עם פערים תהומיים יצרו חזית אחידה בהתנגדות לרפורמה במקרקעין. היו מתנגדים בכל הקשת הפוליטית. בכנסת עצמה היו חילוקי דעות ומנגד גם נוצרו שיתופי פעולה. נוצרו 3 רבדים- בתוך המדינה (כנסת) יש בעד ונגד, חזית אחידה בקרב בעלי האינטרסים(ארגונים שונים), בחברה האזרחית (העם) יש דעות שונות. הנוסח של החוק לעומת המסמכים הקודמים שונה לחלוטין. כל זה התאפשר הודות למאבק העממי, והחזית האחידה של בעלי אינטרסים שונים- **זו דוגמא חיה ליצירת קואליציה (יחסי הון-שלטון).** היו פה כמה ארגונים מאוד חזקים שלא נותרו אדישים לרפורמה. כמו כן מדובר בסוגיה בוערת במדינה.

4.4.11

**תרבות , יחסי כוח ומשפט (טענה 4)**

**תרבות:** למעלה מאלף הגדרות שונות בספרות מהי תרבות? אנו נתייחס ל**הגדרה** לפיה תרבות היא מערכת של סמלים, תכנים, תבניות חשיבה, מושגים- באמצעותם בני אדם חושבים ומפרשים את המציאות סביבם. התרבות היא סכימת החשיבה שלנו לגבי העולם. כלי התרבות מאפשרים לנו להתקשר. בעצם, כל אחד מאיתנו חי כפרשן וזה בלתי אפשרי לחשוב על עולם בו אנו לא נוהגים כפרשנים (פרשנות טקסטים וכדומה). ישנו מערך של הבנות ממוסדות ביחס למושגים שונים. יש חלוקת תפקידים, מערך ציפיות. הכול עולם של מושגים תרבותיים- התרבות היא המושג דרכו אנו מפרשים את המציאות. בגלל שתרבות נוצרת מאינטראקציה בין בני החברה, היא יכולה להיות שונה מחברה לחברה. אדם שמגיע לחברה חדשה צריך לעבור הליך לימוד מחדש.

אם תרבות היא עניין של מו"מ חברתי אזי יש דינמיות ביחס למושגי התרבות. אין מצב סטאטי, תמיד יש שינויים. יש מושגים שכיום אנו מבינים בצורה שונה מבעבר. יחד עם זאת, לא כולנו שחקנים שווים במו"מ הזה- כן נכנס מימד יחסי הכוח. לחלק מבני החברה, יש יותר כוח בעיצובה של התרבות.

**משפט:** האם המשפט הוא מערכת תרבותית? כמוסד, הוא נבנה באופן כזה שהשינויים בו איטיים יותר. יש פה מערכת תרבותית שלמה שנותנת לנו תיאור והכוונה על העולם. שאלת הדינמיות ושאלת הכוח ביחס למשפט כמערכת תרבותית- אם אנו נותנים משקל רב למשפט אז נטען שיש לו יכולת לעצב את התודעה של אלה המשתמשים במשפט. עד כמה המשפט מצליח לכונן בעולמנו את כל עולם המושגים ולכוון אותנו?

ניתוח ביקורתי של חברה חוקר את מערך הקשרים בין תרבות, כוח ותודעה. כיצד המושגים האלה נלמדו, הופנמו, השתנו וכדומה. מימד הכוח הוא מאוד משמעותי ברוב המחקרים האלה. ראשיתה של הכתיבה הביקורתית נמצא **בניתוח המרקסיסטי**. מרקס נחשב כאחד מאבות הסוציולוגיה, והוא מספר לנו סיפור היסטורי אודות החברה האנושית- היסטוריה מטריאלית/כלכלית- המעבר מתקופה לתקופה נעשה דרך הכלכלה (חומרי גלם כדומה), דפוסי כלכלה שונים. **הטענה של מרקס היא שהבסיס החברתי הוא המערך הכלכלי** (המשתנה בכל תקופה). **על הבסיס הכלכלי מושתתים כל המוסדות האחרים, במבנה העל**: שם נמצא מוסדות כמו מדינה, פוליטיקה, דת, משפחה, תקשורת, חינוך ו**משפט. כאשר יש שינוי בדפוס הפעולה הכלכלי, אז במקביל וכתוצאה מהדפוס הכלכלי משתנים גם המוסדות האחרים**. **הבסיס לשינוי חברתי הוא הכלכלה!** (יש כאלה שחולקים על תפיסה זו. **וובר** למשל, גורס שיש מוסדות אחרים שמשפיעים ולאו דווקא הכלכלה). לפי מרקס- מבנה העל יוצר מיסוך/הפרדה בין מה שקורה בפועל בבסיס הכלכלי לבין האופן שבו בני אדם מבינים מה קורה. כלומר, **יש מציאות כלכלית ובני אדם מבינים אותה בצורה אחרת. תוצאת המיסוך שיוצר מבנה העל היא: תודעה כוזבת!** השוק הכלכלי באותה תקופה הוא קפיטליסטי: יש בעלי הון ועובדים-פרולטריון. דפוס הפעולה של החברה הקפיטליסטית הוא ניצול. מי שנהנה מעבודת הפועלים הם בעלי ההון. הרווח מעבר להוצאות הוא הערך העודף=ניצול של העובד. מערכת היחסים במציאות הכלכלית היא של ניצול אבל, לא כך מבינים את זה העובדים. למעשה הם חיים בתודעה כוזבת, בשל העבודה המשותפת של המוסדות במבנה העל. **המוסדות של מבנה העל יוצרים מערך אידיאולוגי**. האידיאולוגיה שמכוננים מוסדות העל נותנת **לגיטימציה למצב הקיים**. הם מכוננים את התודעה של החברה לא לפי המציאות, אלא לפי האידיאולוגיה שנותנת לגיטימציה לסדר החברתי הקיים שמושתת על יחסי כוח. כשזה עובד, בני האדם החלשים בעולם הכלכלי, לא יבינו את מצבם כניצול. מהו ה"שוק החופשי"? מהם המסרים של תיאוריית השוק החופשי של תחילת הקפיטליזם? הכול נקבע לפי תנאי השוק, כולם יכולים להצליח!!! יש חופש הזדמנויות, וצריך לרכוש ידע. להיות חלש בחברה קפיטליסטית ולהאמין בתיאוריית השוק החופשי- זו תודעה כוזבת, לפי הניתוח המרקסיסטי. זה מבטיח המשכיות לאורך זמן של סדר חברתי קיים=שעתוק. **המשפט הוא חלק מהמוסדות החברתיים שיוצרים את האידיאולוגיה והמערך התרבותי שמכונן את התודעה של בני החברה. המשפט הוא חלק מהמנגנונים שמשמרים את הסדר החברתי הקיים דרך שליטה תרבותית-שינוי תודעה**. בשנות ה 70 השתמשו בניתוח הזה (זרם ביקורתי).

ההתפתחות של הגישה הביקורתית- פנתה לכיוונים אחרים: לא רק כוח כלכלי אלא כוח של לאום למשל או כוח דתי. כל חברה יש לה בסיס כוח אחר. חלק מהפמיניסטיות עשן שימוש בתיאורה הזו- בסיס הכוח לפי התיאוריה שלהן הוא מגדר.

**הגמוניה**- המונח נוצר בשנות ה 30 ע"י אנטוניו **גרמשי**. יש מצבים בהם רואים בחברה אידיאולוגיות מתחרות ויש דומיננטיות של אידיאולוגיה או אפילו מוחלטות. ניתן לתאר היסטוריה של חברות שונות ע"י מעבר בין אידיאולוגיות. גרמשי השתמש במושג הגמוניה כדי להסביר את הדומיננטיות של תפיסת העולם הקפיטליסטית. הגמוניה היא מצב- כאשר ניתן לנתח היסטורית, איך קבוצה חברתית מסוימת שולטת במוסדות החברתיים והמדינה, והשליטה הזו משליטה את תפיסתה כתפיסת עולם דומיננטית שנראית טבעית או אפילו מובנית מאליה- מצב כזה הוא מצב של כוח הגמוני! אם יש הגמוניה- ברור שכוח ההתנגדות לה הוא חלש. זו שליטה באמצעות תרבות- וכולם נתינים של השליטה הזו: גם החזקים וגם החלשים. כולנו נתינים של כוח הפעולה של המערכת הזו- גם העשיר וגם העני מאמינים באותה תפיסת עולם. הכוח מופעל ע"י כולנו- בחיי היומיום שלנו, בכך שאנו פועלים לפי התפיסה הדומיננטית בלי לשאול שאלות. דוגמא: שכירות של דירה- כולם מסכימים על המושגים השונים ואף חיים לפי זה. בספירה הציבורית- כולנו שווים, בעוד שבספירה הפרטית- יש שוני. משמע שקיבלנו על עצמנו את השוני וכן את התפיסה לפיה זה המצב הטבעי.

11.4.11

המשפט הוא מערכת תרבותית, שמהווה מערכת אידיאולוגית. חלק מתפקידי האידיאולוגיה הוא לתת לגיטימציה לסדר החברתי הקיים. המשפט באמת מצליח **לכונן את התודעה של האזרחים!** מערכת המושגים של המשפט משפיעה על חיי היומיום של האנשים וכן מעצבת את התודעה של האנשים, בצורה כזו שהם מקבלים את הסדר החברתי הקיים. בכתיבה הביקורתית חסרה התייחסות לעניין ההשפעה של המשפט- האם הוא אכן משפיע?

הגמוניה זה מצב דברים- בתיאוריה הביקורתית יש משמעות ייחודית למושג הגמוניה. מדובר במצב דברים בו משליטים תפיסת עולם, כך שהיא הופכת להיות טבעית ומקובלת בבני החברה. ניתן לזהות תהליכים היסטוריים- איך הגענו לכך שקבוצה מסוימת שולטת במוסדות? יכול להיות שהגמוניה מתפוררת- מאבקי אידיאולוגיות.

\*בישראל- השפעת המשפט בנושאים כמו: ציונות, כלכלה.

**ראינו עד כה 4 טענות שונות באשר ליחס בין חברה למשפט**- כל אחת מהן לגיטימית וכל אחד יכול לאמץ גישה כרצונו. לדעת המרצה- חשוב לא להיות דוגמטי. בכתיבה המשפטית, יש טענה לגבי האוטונומיה החלקית של החברה- לפיה המשפט הוא מוסד חברתי נפרד: יש לו שפה, לוגיקה משלו. יחד עם זאת- המשפט מקיים מערכת יחסי גומלין ענפה עם החברה. למשל: "המשפט מעצב ומעוצב"- גם וגם- לדעת המרצה: זה בעצם לא אומר דבר.

**חלק 2**

פיקוח חברתי

פלורליזם תרבותי

למה האנשים מצייתים לחוק?

**פיקוח חברתי:**

גזר דינו של משה קצב- מחלוקת בין דעת המיעוט לדעת הרוב לגבי התקשורת (משפט שדה). ברור שכאן התקשורת העצימה את הדבר. התוצאות של מה שנעשה בתקשורת : נידוי, בוז, לעג, קלס, פגיעה בשם הטוב. הנאשם הדרדר לתחתית. טענת ההגנה: דמוניזציה.

עד כמה אנחנו צריכים לקחת בחשבון את מה שקרה לקצב, בעת גזירת העונש? ביהמ"ש מפעיל סנקציה משפטית. כל הסנקציות האמורות הן חברתיות. כאשר מדברים על סנקציה חברתית- אין מקור סמכות אלא הכול מנוהל לפי נורמות חברתיות. (ביהמ"ש פועל מטעם המדינה- יש לו סמכות). **הן הסנקציה המשפטית והן החברתית הן מנגנון של פיקוח חברתי!**

הסנקציה המשפטית היא פורמאלית ויש חלוקת עבודה: (מחוקק, משטרה, תביעה, ביהמ"ש וכדומה).

הסנקציה החברתית היא לא פורמאלית ואין חלוקת עבודה.

קבוצות שונות נמצאות בציר הזה בין הסנקציה החברתית לסנקציה המשפטית. למשל: החרדים- יש קבוצה שאחראית על קיום הנורמות החברתיות, הקהילה הסמיכה גוף מסוים. אבל זה לא משפט המדינה. בצד המערכת הפורמאלית, יכולים להתקיים באותה קהילה גם סנקציה חברתית. בדיוק כמו שבחברה הישראלית בכללותה- מתקיימת סנקציה משפטית וכן סנקציה חברתית.

**מתי סנקציות לא פורמאליות יהיו יעילות?** למשל בחברה כמו קיבוץ- בה כולם מכירים את כולם. כאשר החברה מכירה בגוף מסוים שפועל בשם הקבוצה- ויש לו לגיטימציה לפעול ולהטיל סנקציות.

**על מי בתוך הקבוצה הסנקציות יפעלו בצורה החזקה ביותר?** מי שהוא חלש- הסנקציות לא בהכרח ירתיעו אותו (מה יש לו להפסיד? שם טוב...) מנגד- מה הסיבה שאדם בוחר להישאר בשוליים של הקבוצה? אולי הוא מאמין שבעתיד המצב ישתנה או שאינו יכול לעבור לחברה אחרת. מה לגבי החזקים? הפעלת סנקציות חברתיות יכולה להביא לפגיעה ממשית. יש כאלה שלא יפעילו נגדם סנקציות חברתיות כלל בשל מעמדם.

הסנקציה החברתית שהפעילו כלפי קצב- הטלת אות קלון. נגד דרעי הפעילו את הסנקציה הזו וזה לא בהכרח משפיע עליו בחברתו החרדית.

**האם יש הבדל בין סנקציות משפטיות לסנקציות חברתיות?** במקרה של קצב אין צורך לבדוק מבחינה אמפירית כדי להניח שהוטלו סנקציות חברתיות. דעת המיעוט גורסת שבשל עצמת הסנקציות החברתיות די בעונש מאסר של 4 שנים.

יש כמה מדינות בארה"ב שבהן בקוד הפלילי, עבירת הנהיגה בשכרות- לביהמ"ש יש אפשרות להטיל מאסר, קנס. אבל יש לו גם שק"ד להטיל סנקציה כזו: לחייב את המורשע ללבוש חולצה על הבגדים שלו שכתוב עליה "אני נהג שיכור", ולהסתובב עמה במשך חודש. זו סנקציה פורמאלית שנועדה לגמרי להפעיל סנקציות חברתיות. (המרצה: יש פה צעד פוגעני ובעייתי).

**פלורליזם משפטי:**

המילה "פלורליזם" אומרת לנו ריבוי, יש שימוש מגוון בביטוי הזה וגם בביטוי "פלורליזם משפטי" יש שימוש מגוון. העיסוק בפלורליזם במובן הנורמטיבי הוא רחב וחלק מהעיסוק במובן המשפט. השאלה עד כמה המדינה צריכה להתייחס באופן שונה לקבוצות רוב ומיעוט? מה המחויבות של מדינה ליברלית להתייחס לקבוצות רוב ומיעוט במשפט?. אנו עוסקים במובן הנורמטיבי של פלורליזם לא רק במשפט החוקתי אלא לדוג' גם בדיני משפחה- עד כמה המע' המשפטית צריכה לתת ביטוי/תמיכה להחלטות של אנשים במסגרת המשפטית שבה הם צריכים להיות- האם תכיר רק בידועים בציבור או רק בנשואים וכו'. כלומר האם לאפשר ריבוי מוסדות או לא. זה קיים גם בדיני קניין ובתחומים נוספים שכן בכל תחום יש שאלות נורמטיביות. שאלה היא בעצם האם מדינה ליברלית מכירה בריבוי נורמטיבי או לא? איך צריך שהמדינה תתנהג וכו' (נורמות ותפיסות עולם).

\*בקורס אנו לא שואלים שאלות נורמטיביות כלל.

**פלורליזם משפטי:**

פלורליזם הוא ריבוי אך מהו "משפטי"? ישנן 2 תשובות עיקריות- בספרות מוצאים 2 מושגים שונים לגמרי שמשתמשים במושג "פלורליזם משפטי":

1. **פלורליזם הוראתי-** המבקרים פלורליזם זה קוראים לו "פלורליזם חלש" (לעומת "פלורליזם חזק").**פלורליזם הוראתי מתייחס לריבוי בתוך המשפט של המדינה.** קיומו של פלורליזם הוראתי נבחן מהמשקפיים של מש' המדינה שהוא בוחן את עצמו, כלומר שיח פנימי של משפט המדינה. נק' המוצא שפלורליזם הוראתי הוא ריכוך שלה היא התפיסה של בלעדיות המדינה. רבים עדיין מאמינים בגישה זו כעניין נורמטיבי ורבים משתמשים בה ככלי הוראה ואנשי החברה והמשפט מסתכלים עליה מבחוץ. בלעדיות המדינה היא התפיסה שאומרת שבתוך הטריטוריה הגיאופוליטית שנקראת "מדינה" יש אך ורק משפט אחד שהוא המשפט של המדינה. למדינה יש מונופול על יצירת משפט. יש לה מונופול על זיהוי מהו המשפט, על קביעת תכני המשפט- היא המונופול. לפי גישה זו משפט במ"י הוא משפטה של מ"י כלומר החוקים שהכנסת מחוקקת, כל חקיקת המשנה של הרשויות המנהליות ופס"ד שניתנו ע"י בהמ"ש של המדינה. אלה הנורמות המשפטיות, אלה יצרני המשפט ובמ"י רק אלה הם משפט. האם יש נורמות אחרות במ"י? כן אבל הם אינם משפט, אלו מנהגים, מסורות, תפיסות אך זה לא יכול להיות משפט כי מנק' המבט של משפט במדינה הוא תפיסת בלעדיות של משפט במדינה- רק הנורמות שלפי חוק הן נורמות משפטיות (נקבעו בסמכות) הן נורמות- כלומר יש מונופול. קובעים מהו משפט, את גבולותיו קובע המשפט עצמו. **הפלורליזם ההוראתי מקבל את טענת הבלעדיות אך מרכך אותה**- אם אנו מסתכלים על משפט המדינה בתוכו יש ריבוי- יש ריבוי מקורות נורמטיביים ויש ריבוי של מקורות משפטיים- זהו עניין עובדתי או שיש או שאין ואם אין המשמעות היא שהמשפט פועל רק ע"פ המקורות הרשמיים שקבע אבל בתוך החקיקה ובתוך משפט המדינה אנו יכולים למצוא מע' שניתן לפנות אליהן כדי לשאוב נורמות. כשנשאל מה מקור הנורמה? אז התוכן שלה אולי נוצר למשפט אבל משפט המדינה פנה מתוך הכללים שלו ואימץ נורמה כזו לתוכו וברגע שאימץ נורמה כזו היא הפכה למשפט המדינה. חוק יסודות המשפט מהווה דוג' לכך- לפיו אם אנו לא מוצאים תשובה בנורמות המשפטיות אנו מחויבים לפעול לפי עקרונות המדינה. כשנשאל במצב כזה מהיכן הגיע הנורמה? המקור יהיה בחוק יסודות המשפט.

בחוזים בודקים את אומד דעת הצדדים, אך אם לא ברור מהו אומד דעת הצדדים אז בודקים מה המקובל באותו תחום. בודקים בקהילה עסקית מה הנורמות המקובלות לפיהן היא עושה עסקים, אם מדובר בחוזה מאותו סוג. ברור שאלו לא נורמות שבהמ"ש קבע אלא נורמות חיצוניות שבהמ"ש אימץ. ניתן לראות זאת בתעשיית היהלומים שכאשר יש שאלה של פרשנות חוזית הולכים למקובל בתחום כי זהו תחום בו יש קהילת יהלומים עם נורמות משלה. יש לנו מע' נורמטיבית שלא המש' הישראלי קבע אותה, יש לנו הרשאה ללכת למקור נורמטיבי כי כך חוק החוזים קבע. יש שיטות בהן המנהג תקף. **הפלורליזם הוראתי יאמר שאם אנו מסתכלים על משפט מסוים אנו יכולים למצוא הוראות משפטיות המביאות לריבוי מקורות נורמטיביים לנורמות המשפטיות של משפטי המדינה.** תו"ל אובייקטיבי הוא האופן הראוי בו על אנשים לנהוג בחברה זה כלפי זה, קובעים מהו האופן הראוי הזה לפי ערכיה של החברה כפי שהיא בישראל, כפי שהמשפט קבע אותה.

**המוסדות-** אילו מוסדות במש' הישראלי אומצו למשפט המדינה?

בתי הדין הרבניים הם יציר חוק. המשפט הישראלי אימץ את סמכות בד"ר וזהו הפלורליזם ההוראתי. ההלכה היא לא חלק מהמשפט הישראלי אבל אותו חלק של הנישואין והגירושין הופך להיות חלק מהמשפט הישראלי.

פלורליזם הוראתי מקבל את הרעיון שהמשפט הוא משפט המדינה אך יש מצבים בהם המדינה מכלילה אל תוך משפט המדינה נורמות או מוסדות משפטיים שמקורם הראשוני היה מחוץ למשפט המדינה ומרגע שהייתה פעולה של אימוץ הנורמות האלה הן הופכות לחלק מהמדינה. המדינה תעשה זאת משום שחושבת שזה יעיל או מעניק לה יתרונות פוליטיים. מי שמחליט על פתיחת משפט המדינה לאימוץ של נורמות הוא משפט המדינה עצמו, היא הקובעת, זאת השפעה של משפט המדינה על עצמו, הוא קובע שפונים לנורמות אחרות. דוג' למוסד שהמדינה לא הסכימה לאמץ הוא מוסד הסולחה (קיים מזה דורות)- יש למוסד זה לגיטימציה קהילתית מאוד חזקה יודעים איך הוא פועל ואיך הוא נאכף ואנשים מצייתים לו הוא פועל כמנגנון מדינתי קיים, המטרה הייתה שמ"י תאמץ את מנגנון הסולחה למשפט המדינה אך זה לא קרה. אם מ"י הייתה חושבת שזה יעיל וכדאי היא יכלה לאכוף את מנגנון הסולחה לחלק ממשפט המדינה אך במובהק המדינה החליטה לא לעשות זאת. יש פס"ד בהם רואים אמירות משבחות על מוסד הסולחה בתור מנגנון מאחה של צדק קהילתי שיש לו כוחות פנימיים. כאשר נטענו טענות בקשר לסולחה במ"י ראינו את התגובות לכך- אמרו שאין לטפל בעניין מסוים ע"פ הדין הפנימי אלא להשאיר את העניין לטיפול המנגנון האזורי (כמו הסולחה). בהמ"ש לא מקבל את הטענה הזו כי אומר שמוסד זה לא יכול להכתיב לבהמ"ש איך לפעול.

מטרה מוכרת של אימוץ מוסדות ואימוצם למשפט המדינה זה ביקורת והכרה טובה יותר של קבוצות המיעוט. דבר נוסף שחשוב בגישה זו זה שכאשר יש **סתירה** והתנגשות בין המוסדות למשפט המדינה מי שקובע את הפתרון הוא משפט המדינה- יש לו עליונות נורמטיבית. דוג' לסכסוך זה נמצא בבד"ר- יש לנו היסטוריה נרחבת של התנגשות בין המוסד של בד"ר לבין בהמ"ש האזרחי. אנו רואים כאן דוג' לכך שפלורליזם הוראתי לקבוצות שונות יחולו נורמות שונות- נקבע שדין שונה יחול לפי הדין האישי בנישואין וגירושין ובמובן זה יש ריבוי נורמות החלות על המעמד האישי. מבחינת המשפט הישראלי בד"ר הוא מוסד של משפט המדינה- יש לו סמכות מכוח חוק שהמשפט קבע. מעבר לסמכות הזו כפי שמשפט המדינה קבע אין לבד"ר סמכות ואם הוא יתיימר לעשות משהו נוסף הוא חורג מסמכותו. נקבעו כללים במשפט המדינה לפיקוח על הכללים הללו, ההיסטוריה מספרת לנו כיצד באופן הדרגתי בג"צ הרחיב את הביקורת שלו על בד"ר. השיא היה בפרשת בבלי בו בג"צ הרחיב את התערבותו מעבר לענייני פרוצדורה. בהמ"ש ניסה להכפיף את בה"ד הרבני לתוכן של הלכה שיפוטית שבהמ"ש העליון קבע אותה (הלכת השיתוף). המחוקק הוא שאפשר זאת כי הוא קבע בח"י שלא ניתן לפגוע בזכות הקניינית של אדם וכל הרשויות כפופות לחוק הזה. מהבחינה הזו ההנמקה הייתה מאוד מתוחכמת (אם כי אף אחד לא קנה זאת). מנק' מבט של העליון הוא פועל בתוך המסגרת שהוא משריר את סמכותו על בד"ר מאחר ובד"ר הוא בדיוק כמו כל רשות שכפופה למשפט המדינה. דוג' נוספת הוא בג"צ צבן- באותה תק' הוקמה ש"X וכחלק ממנה הוקמה מועצת החכמים ואחד מהם היה הרב עובדיה יוסף אבל הוא גם היה דיין ונקבע שלא יכול להיות דבר שכזה- כי הוא לא יכול להיות גם דיין שזה כמו שופט וגם דמות פוליטית. הדיין הוא עובד של המדינה ושר המשפטים ממנה אותם, כפי שלא יעלה על הדעת ששופט יהיה דמות פוליטית כך גם לגבי דיין. בהמ"ש התעלם מקהילה שבה הרב הוא חלק ממנה, במובן זה הדיין הוא לא כמו שופט. הרעיון היה ליצור מע' משפטית מיוחדת. ברק פיתח את "תורת הקוהרנטיות המשפטית" בה מדמה את מע' המשפטית לתזמורת שכן במשפט יש תזמורת נורמטיבית בה בהמ"ש דואג שיהיה קוהרנטיות, אך אולי איננו מעוניינים בקוהרנטיות ואחידות כזו? לדעת המרצה יכול להיות שמצב כזה יוריד וודאות למשל מי אומר שתו"ל ביחסי עבודה צריך להיות מפורש זהה בכל רחבי המשפט הישראלי אולי עדיף שבכל מקום עבודה יקבעו סטנדרטים שונים של תו"ל שיתאימו לכל מקום בנפרד.

1. **פלורליזם תיאורי-** המושג פלורליזם תיאורי הוא ראוי ומקובל בקרב חוקרי משפט וחברה, הוא הסתכלות מרחבית, אין לו שום דבר משל עצמו, דרכו ניתן להסתכל על העולם ולעלות שאלות. עושים במונח זה שימוש רחב. הספרות הזו עוסקת במע' סדר נורמטיבי. התפיסה היא שבתוך התחום של המדינה יש יותר ממע' סדר אחת שיש לה סממנים של מע' משפטית. כעניין תיאורי, **באותה חברה יכול להיות יותר מסדר משפטי אחד**, כלומר נק' המוצא היא שונה לחלוטין מהטענה לגבי בלעדיות. משפט המדינה הוא אחד ממע' המשפט המתקיימות באותה טריטוריה.

במ"י יש מע' סדר נורמטיביות כמו:

משפט מנהגי, מע' שיפוט של בת"ד רבניים, בה"ד הצבאי, בתי משפט משמעתיים, משפט החברים, לשכת עו"ד, לשכת המסחר, התאחדות לספורט, לטייסות יש מע' פנימית עם כללים משלהם. (באירופה למשל יש את תע"ש- בימ"ש בינלאומי לזכויות- מע' מחוץ למדינה שניתן לפנות אליה).

קבוצה שונה היא: אגודות שיתופיות- אגד למשל פועלת מוכח התקנון שהוא מסמך פנימי.

הכול כפוף למשפט המדינה אך השאלה מעניינית היא מהם הגופים האלה, מה תפיסתם לגבי המשפט שלהם? נק' המבט של משפט המדינה היא אחת מנק' המשפט של השדה המשפטי אך שמסתכלים על מע' המשפט כריבוי של מוסדות ריבוי של נורמות ניתן לשאול מה משפט המדינה אומר על זה? שואלים זאת כנק' מוצא לבחינת היחס בין מש' המדינה לבין המע' האחרות. בישראל אין מש' אחד אלא יש ריבוי מע' סדר נורמטיביות. כל ההבנה שלנו של הבנת המשפט בישראל הופכת להיות שונה לחלוטין וזה היופי בצורת ההסתכלות הזו שפותחת את העיניים להסתכלות שונה על מע' המשפט.

23.5.11

1. פלורליזם הוראתי- הסתכלות על המשפט שמאמץ לתוכו גישות שונות.

2. פלורליזם תיאורי- הסתכלות מבחוץ ותיאור של תופעת המשפט. כתוצאה מתיאור זה צומחות הרבה שאלות שמחקרן מאפשר לנו הבנה של התופעה המשפטית בתוך טריטוריה משפטית. האם מתקיים פלורליזם בתוך שיטת המשפט או לא, ניתן לדבר על שיטות שאין בהם פלורליזם. סביר מאוד שברוב מקומות העולם נמצא ריבוי של קבוצות חברתיות שונות שאינן משפט המדינה או שמשפט המדינה מסתכל עליהם.

**פלורליזם משפטי/תיאורי**- קיימות בו זמנית מערכות נורמטיביות שונות באותו מרחב (שדות משפטיים חצי אוטונומיים- יש קשרי גומלין בין מערכות משפטיות שונות).

אין תשובה אחת מהו משפט המדינה? יש ריבוי, מערכת של אי סדר משפטי. חפיפה מלאה/חלקית בין המערכות- לפעמים יש שת"פ ולפעמים התנגשות.כאשר יש פלורליזם, יכול להיות שאותה התנהגות אינה כפופה למערכת אחת. לכל מערכת יש תפיסה לגבי ההתנהגות הזו. משפט המדינה הופך להיות עוד אחת ממערכות המשפט שקיימות בטריטוריה של מ"י. התוצאה היא- שיש כמה מע' יחסים: יחס בין משפט המדינה לפרט,בין המדינה לפרט יש קהילה ואז נוצרת מע' יחסים משולשת (פרט - מדינה,פרט - קהילה, קהילה - משפט המדינה).

עולות שאלות נורמטיביות: האם יש חובה לציית לחוקי המדינה? מהי ההתרחשות החברתית?

בקיבוץ למשל- לא מוכנים לקבל את זה שמשפט המדינה יהרוס את הקהילה. הם נוהגים רק לפי המשפט הקהילתי שלהם- והתופעה זו נכונה עד שנות ה 60. כיום- חברי הקיבוץ מודעים לכך שמשפט המדינה מסדיר אותם (עשרות תביעות משפטיות של קיבוץ נגד חבר הקיבוץ ולהיפך- יש פנייה למשפט המדינה.) מה גרם לשינוי???- האנשים עצמם? החברה החיצונית? שינויים במערכת הקהילתית?

ניתן לבדוק זאת גם בקבוצות החרדיות- יש פנייה למשפט המדינה (בג"צ עמנואל למשל). יש הצבעה לכנסת באופן ליבראלי- כל אזרח בוחר לבדו למי להצביע. חברי הכנסת הדתיים מנסים להשפיע על עיצוב דמותה של המדינה, לא רק בנושאי דת. יש שינוי בתפיסה של הקהילה החרדית (קבלה של משפט המדינה). יחד עם זאת יש יחס שונה לגמרי לרשויות שונות של המדינה. למשל- חוסר לגיטימציה של הרשות השופטת ("ערכאות של גויים"). יש נוהג של נישואים בין קטינים בקרב העדה החרדית והמדינה מנסה לתאר את התופעה דרך המשפט הפלילי. האם העובדה שזו עבירה פלילית תגרום לשינוי?

**ציות למשפט**

כיצד מסבירים את הציות למשפט? מהן הסיבות לכך? – בדיון הזה יש 3 סוגי ספרות: ניתוח כלכלי, משפט וחברה...

ניתוח כלכלי-הרתעה יעילה. יוצאים מנקודת הנחה של רציונאליות מלאה, שזה כשלעצמו בעייתי. אנשים עושים תחשיב של עלות מול תועלת בהכרעה אם לציית לנורמה משפטית. הפרט לוקח בחשבון 3 דברים: ודאות התפיסה, חומרת הענישה, מהירות השתת הסנקציה. המחקר מראה שהשיקול המרכזי הוא ודאות התפיסה- רק שוודאות התפיסה היא גבוהה, נכנס לתמונה שיקול של חומרת הסנקציה. למשל: עונש מוות- מצפים שהוא ירתיע. המחקרים בארה"ב מראים כי יכולת ההרתעה של עונש מוות אינה גבוהה.

משפט וחברה- תחום מחקרי על שאלת הציות שמתייחס לאלמנטים תרבותיים. לרוב כששואלים אנשים על תיאור של סיטואציה הם מתארים כיצד היו רוצים/חושבים שהיו מתנהגים. יש פה ניסיון להגיע להכרעה אך ברור שזה תיאורטי בלבד. המחקרים מהסוג הזה מדברים על משתנים אחרים, שונים מאלה של התחשיב הכלכלי- שמשפיעים על הציות:1- הסנקציה החברתית (מה יחשבו עלי האנשים הקרובים לי?- עניין של סטאטוס אישי, דימוי עצמי וחשש מסנקציה). 2- האם אני חושב שהנורמה המשפטית נכונה מבחינה מוסרית? בד"כ תפיסה מוסרית היא חלק מתרבות שלמה. 3- **הגורם המשמעותי ביותר**: שאלת הלגיטימיות- עד כמה אני תופס את הרשות המשפטית שקיבלה את ההחלטה כרשות לגיטימית? (לא מדובר בכבוד למשפט בכלל, אלא לרשות מסוימת שקיבלה את ההחלטה). זה נקבע לפי אופן קבלת ההחלטה- הוגנות הליכים/צדק פרוצדוראלי ולא מתייחסים למהות/תוכן. בין אם מסכימים להחלטה או לאו- יצייתו לנורמה כאשר הפרוצדורה מתייחסת אליהם בכבוד. כאשר בוחנים את המימדים הבינאישיים מקבלים מהמחקרים **3 משתנים מהותיים באשר לצדק הפרוצדוראלי**: עד כמה אני תופס את מקבל ההחלטה כניטראלי?, עד כמה מקבל ההחלטה פעל מתוך כוונות טובות שראויות לאמון? (סובייקטיבי), עד כמה מקבל ההחלטה הכיר בסטאטוס שלי ונהג בי בכבוד? – אלה משתנים שישפיעו על השאלה האם הרשות לגיטימית? והאם אציית להחלטתה? יש עוצמה גדולה למאפיינים הסובייקטיביים- לתחושה של האזרח. בנוסף- נראה כי משתנה חשוב לקביעת הוגנות יוצר קשר בין הנושא לבין השאלה – האם הרשות שקיבלה את ההחלטה היא חלק מהקב' החברתית שאני משתייך אליה? כאשר זה חיובי – שאלת הלגיטימיות של הרשות תיגזר לפי הוגנות ההליך. כאשר זה שלילי- אני אשפוט את מעשה הרשות, ותפחת הנכונות שלי לציית בהתאם לתוכן ההחלטה. (דוג': בד"ר, תק' ההתנתקות- שאלת הלגיטימיות של המשפט).

6.6.11

השיעור נעסוק ב-2 שאלות:

1. מי מגיע לבהמ"ש?

2. מי מנצח בבהמ"ש?

נדבר על 2 המאמרים: מתוך החוברת "מעשה ומשפט".

שני המאמרים הם צומת של התפתחות, תנועה של משפט וחברה. המשותף למאמרים האלה שהם לא מחקרים אמפיריים, אלא הם ניסיון לטעון טענות. בעקבות מאמרים אלו נעשו הרבה מחקרים אמפיריים, פיתחו תחום שלם של חקירות.

הנושא של פתרון סכסוכים- **מאמר**:בשנות ה 70 החל פרויקט שהייתה לו אג'נדה לצמצם את הפניות לבהמ"ש. היה אינטרס כלכלי ברור לצמצם את יכולת התביעה של האזרחים בדיני נזיקין. בשטח מבחינה סטטיסטית התביעות שהוגשו הן רק חלק מפוטנציאל התביעות שהיו קיימות. יכול להיות שנגלה שמדובר בתביעות סתמיות או להיפך תביעות ראויות. אולי המצב הוא אידילי , בדיוק התביעות הראויות הן אלו שהוגשו. הסטטיסטיקה לא באמת מלמדת אותנו לגבי טיב התביעות. יש במאמר הסטה של תשומת הלב אל האנשים. הדגש הוא לנסות להבין את התהליך החברתי של התפתחות סכסוך- כאשר נקודת המבט היא סובייקטיבית של האנשים. המאמר לא עוסק בשאלות משפטיות. **המאמר יצר שפה שנותנת לנו מדרג שלבים בהתפתחות של סכסוך** (חלק ראשון של המאמר): הטענה היא שבכל סכסוך יש דפוס משלו לגבי המעבר משלב לשלב, ויש נשירה משלב לשלב (לא כל סכסוך מגיע למשפט).

1- מתן שם- זה השלב הראשון. אדם שחווה חוויה נותן לה שם וזה מעיד על כך שמדובר בחוויה פוגעת. השמות האלה באים מתוך עולם התרבות שלנו. כל אדם מסווג את אותו אירוע באופן שונה. השמות מסווגים את האירועים לקטגוריות משפטיות, אולם אין חפיפה מלאה בין השמות למשפט. מדובר בעניין סובייקטיבי. (דוגמאות: אלימות במשפחה, הטרדה) . **Naming**

2- האשמה- השלב השני זה הטלת אשם. יש מקרים שמתן שם בא במקביל להאשמה. אין לזה קשר עם אחריות משפטית. זה נבחן באופן סובייקטיבי. האופן בו אנשים מייחסים אשם שונה מהאופן שבו המשפט מייחס אשם. זהו שלב לא פשוט, ישנם אנשים שאינם מסוגלים להטיל אשם באחר. גם האשמה היא עניין תרבותי- עצם התפיסה שמישהו אשם בדבר שקורה לנו. יש השפעה לדת על התרבות. מי יכול לייחס אשמה? באיזו סוג של סיבתיות אנחנו מייחסים? למשל- אנגלרד במחקרו בדק את הסיבתיות של תאונות הדרכים בוויאטנם – שם הייתה סיבתיות מסורתית. ההקשר החברתי משפיע על הקטגוריות. **Blaming**

3- דרישה/מענה של זכויות- האדם מחצין את התפיסה שלו על מה שקרה ורוצה סעד. זה השלב בו יש נשירה עצומה של מקרים. יש הרבה מקרים בהם אנשים מרגישים פגועים ולא עושים עם זה דבר (בעבודה, במשפחה וכדומה). אם כך- האם יש פחות/יותר מידי תביעות??? רק פילוח עדין ילמד אותנו על הפער ועל כך שמה שאנו רואים בביהמ"ש זה חלק מזערי מהבעיות הקיימות בשטח. כחברה אנו צריכים לאתר מה הסיבות- מדוע אנשים לא מחצינים את הבעיות של אפליה בעבודה למשל? מחקר מארה"ב מראה כי חלק מהאנשים מסרבים להודות שמה שקרה זו אפליה, כי האדם לא רוצה להרגיש חלש. יש מצבים בהם אנשים לא רוצים שייחסו אותם לקבוצה חברתית, בטח לא כזו שהיא נשוא האפליה. **Claiming**

כאשר אנו מחצינים את הבעיה ודורשים מענה- והצד השני מתנגד: **פה נוצר הסכסוך!!!** יש מגוון אפשרויות פעולה: לפנות למנגנונים פורמאליים/לא פורמאליים, להתלונן, להגיש תביעה, לפרסם בעיתונות. יש המון דילמות בדרך. יכול להיות שמה שאנו רואים בפועל כמספר התביעות שהוגשו זה רק חלק מהמקרים בהם הייתה בעיה ויש פוטנציאל לתביעה. מה המקום של המשפט בהתפתחות הסכסוך? במקרים שונים המשפט יופיע במקומות שונים- יש כאלה שבשלב **מתן השם** יתנו למקרה שם משפטי, יש כאלה שיפנו לגורם כמו **עו"ד** כדי להתייעץ, ויש שיפנו **לביהמ"ש**. המאמר הנידון יצר שפה אשר אפשרה לחוקרים לדבר בצורה אחידה על התפתחות סכסוכים.

**כיצד מסבירים את השוני?** למה יש סכסוכים שמגיעים לקצה הפירמידה ואחרים לא? יש משתנים רבים- מדובר באנשים שונים, יש תכונות אופי שמאפשרות/מקשות לעבור משלב לשלב (עקשנות, חמדנות, אסרטיביות, אימפולסיביות, בטחון עצמי, נקמנות, חשש מסיכון, פחד, אהבת הפרטיות). תכונות אופי ניתן לייחס גם לתאגידים (מחקרים של התנהגות ארגונית). יש גם משתנים חברתיים- גיל, מגדר, השכלה (הבדל בין יליד הארץ לעולה חדש), מצב משפחתי, מעמד כלכלי (לכל שלב יש עלויות כלכליות). סכסוך גם גוזל זמן, משאבים. תרבות- השתייכות קבוצתית (השאלה אם לתפוס משהו כפגיעה? את מי ואם בכלל מאשימים? האם בקבוצה שלנו מקובל להעלות טענות מהסוג הזה? ואם לא- אז מה יקרה לי כחבר בקהילה?). תפיסה לגבי אזרחות/זכויות (עד כמה אני צריך לעמוד על הזכויות שלי?). מה לגבי התנסות קודמת שלי/אחרים עם סכסוכים? האם אני נותן לגיטימציה למערכת המשפט? מה ההשפעה של כל מיני גופים/אנשים בעלי סמכות? (למשל: רבנים, עו"ד מורים). איך הפורום המשפטי מתנהל? (איך מתייחסים אליך? האם נותנים לך לדבר? באיזו שפה מדברים?). הכלים המשפטיים הם גם חלק מהסכסוך (האם יש עילת תביעה?).

**במאמר של מאוטנר עולה טענה**: ככל שהקשר בין בני אדם קרוב יותר, ההסתברות שהסכסוך ביניהם יגיע לביהמ"ש קטנה יותר. אחת הסיבות היא שאם רוצים בהמשך הקשר לא פונים לביהמ"ש- הפנייה היא איתות ברור של ניתוק מערכת היחסים. אם מישהו חושש מאובדן קשר עם האחר הוא יהסס לפנות לביהמ"ש.

לא ניתן לדבר על סכסוכים בצורה פשטנית. זוהי שאלה חברתית מורכבת.

**מאמר של גלנטר**: מי מנצח ? בפורום ליישוב סכסוכים, גלנטר מדבר על ביהמ"ש. למה החזקים מנצחים? הרי המשפט הוא ניטראלי, יש כללים והם מופעלים בצורה שוויונית על כולם. אולם- מלכתחילה הכללים המשפטים אינם ניטראליים כי מי שהכתיב אותם הם החזקים (טענה של הגמוניה למשל). טענה אחרת היא שהשופטים אינם אובייקטיביים- יש להם תפיסות, השקפות עולם וכדומה. זוהי טענה שנשמעת אך יש להוכיחה באופן אמפירי. הטענה השלישית היא שמי שמנצח הוא מי שיש לו הכי הרבה כסף- הוא זה שיכול לשכור עו"ד טובים וכ'. מחקרים מארה"ב מראים כי יש ריבוד בעולם המשפטי והוא נובע מהשאלה באיזה תחום אתה מתעסק, מיהם הלקוחות שלך. יש קשר ברור בין אליטה חברתית לבין הריבוד של המקצוע. החזקים במקצוע משרתים את החזקים בחברה. זהו גורם בעל השפעה. גלנטר מצביע על גורם נוסף- השאלה איזה צד אתה מבחינה משפטית משפיעה על התוצאות. כלומר, גם אם המערכת היא ניטראלית, אופן הפעולה שלך מנביא תוצאות. **יש שחקן חוזר ויש שחקן חד פעמי**- מדובר על רצף וניתן למקם שחקנים שונים. שחקן חד פעמי- בעניין מסוים נמצא בביהמ"ש פעם אחת וההסתברות שיגיע שוב לביהמ"ש בעניין דומה היא נמוכה. המשאבים שלו נמוכים. העניין שלו בהליך הוא מאוד גבוה, יש לו הרבה מה להפסיד. או שהעניין שלו בתיק לעומת העלות העצומה הוא קטן. שחקן חוזר- בד"כ יחידה חברתית גדולה (תאגיד/מדינה) שמנהלת תהליך ארוך במספר של מקרים. יש לה כוח ומשאבים רבים. העניין בכל אחד מהתיקים הבודדים יחסית הוא נמוך. לפי המחבר- עצם הסיווג שלך כשחקן כזה או כזה במערכת מביאה לחסרונות מבניים שמסבירים את התוצאות בביהמ"ש. ההתמקדות היא בשחקן החוזר. מכאן אנו למדים גם על השחקן החד פעמי. יתרונות של שחקן חוזר- ידע, ניסיון, מוניטין, יתרון הגדול-מבחינה כלכלית, נגישות למומחים, קשרים בינאישיים עם המערכת המשפטית/המנהלית (יכולים להיות גם לשחקן החד פעמי), מקצועיות (בדיני הנזיקין למשל ניתן לקבל מענה מקצועי גם כשחקן חד פעמי בשל שיטת האחוזים), אופק התדיינות רחב. לשחקן חד פעמי יש התדיינות אחת- מעניין אותו המקרה הספציפי וברוב המקרים התוצאה. הפחד שלו מהפסד הוא גדול. לעומת זאת- השחקן החוזר מסתכל על מכלול ההתדיינות שלו. לא אכפת לו להפסיד במקרה אחד, העניין שלו במקרה בפרטי הוא פחות. מעניין אותו העיקרון ולא בהכרח הכסף. מכאן, ניתן לקבל רושם שהשופטים מוטים לטובת הארגונים הגדולים. יש לזכור שביהמ"ש הוא פאסיבי. מי ששולט על השאלה אם יינתן פס"ד או לא הם הצדדים. התיקים שבהם יינתן פס"ד יהיו לטובת הארגונים הגדולים. לפעמים הם מפסידים בגלל אסטרטגיה לא נכונה. **לפי גלנטר**- יש הפסדים שהם לא באמת הפסדים עבור השחקן החוזר. הוא יודע לזהות לאילו תקדימים תהיה השפעה. תוצאה פורמאלית יכולה להיות הפסד סימבולי בלבד. במאמר יש ניתוח של סוגי התביעות השונות- מי תובע את מי, תביעות בין שחקנים שונים. טיעון נוסף: יש שחקנים שלא משתבצים טוב להגדרות האלה. יכול להיות שחקן חד פעמי שהוא מאוד חזק. עו"ד יכול להקנות ללקוח חלק מאוד גדול מהיתרונות של שחקן חוזר. בד"כ לעו"ד של שחקן חד פעמי יש יותר כוח מול הלקוח מאשר עו"ד של שחקנים חוזרים. עו"ד של שחקן חד פעמי לא יכול לשחק משחק אסטרטגי על תיק (זו עבירה אתית).

\*בעקבות המאמר הזה היו מחקרים רבים. (היה אישוש של הטענות).

מחקר שנעשה בארץ על תיקי בג"ץ- החלשים בחברה מפסידים יותר, אבל אם מחברים את מספר הפשרות שחלקן מבקשים החלשים- אז אחוזי ההצלחה אינם רעים בכלל.

13.6.11

**שינוי חברתי:**

3 מאמרים: מראים טיעונים שונים לגבי שינוי חברתי-

**האם ביכולתו של המשפט לחולל שינוי חברתי?** תחילה יש להגדיר מהו שינוי חברתי. "תהליכים חברתיים כמו חילון במערב אירופה", למשל. – זה הגדרה צרה מאוד (תהליכים חברתיים). יש התייחסות לשינוי מבני בדפוסי יחסי הכוח בחברה, הקצאת סמכויות. לכל אלה נלווים שינויים תרבותיים- הבנה של המציאות שלאורה אנו פועלים. שינוי חברתי הוא למעשה שילוב של שינוי תרבותי ושינוי מבני. כעבור זמן ניתן לראות תהליך של שינוי. לכאורה, שינוי חברתי יכול להתחולל בלא המשפט.

מי שחושב שהמשפט רק משקף את החברה אז השאלה הזו אינה רלוונטית עבורו. כל מי שתופס בגישה אחרת- כמו: יחסי כוח ועוד.. אז יש מקום לשאלה הזו , כאשר התשובה משתנה. איזה תפקיד בפועל המשפט מילא? יש לבחון באופן אמפירי.

במחקר לא נבחן מספיק תפקיד של הרשויות- כמעכבי שינוי או גורם יוצר שינוי.

זירה מרכזית היא חקיקה. לא בהכרח פשוט להביא לחקיקה, צריך קונצנזוס מסוים. יש משחק אינטרסים בנושא חקיקה. גם אם יש חוק- האם בהכרח נגרר שינוי? צריכים לקרות דברים נוספים כדי שחוק באמת יצור שינוי: השפעה על התרבות, ציות, לגיטימיות, אכיפה.

אנו נתמקד בליטיגציה. בעיקר בפסיקה של העליון (למרות שיש תפקיד משמעותי גם לערכאות נמוכות).

במאמר של גביזון: תפיסה דומיננטית בשנות ה 60-70 בארה"ב, ובישראל באמצע שנות ה 90. **לפי המאמר מוצגת תפיסה המאמינה בכוחו של ביהמ"ש העליון לחולל שינוי!** הספרות בעיקרה נכתבה על אג'נדות לשינוי חברתי שהגיעו מהמשאל הפוליטי-חברתי. מדובר בעניין היסטורי וזה לא בהכרח חייב להיות ככה. לאחרונה גם רואים צמיחה של ארגונים חברתיים מהימין הפוליטי, אשר דפוסי הפעולה שלהם דומים לאלה של השמאל- כולל שימוש בביהמ"ש. בשנים האחרונות בארץ, דווקא ארגונים מהצד השמאלי של המפה לא רוצים לחולל שינוי אלא מנסים למנוע את השינוי שחל. למשל: המלחמה בהפרטות. (עתירה נגד הפרטת בתי הסוהר). יש מלחמה ברפורמה במנהל מקרקעי ישראל- של ארגוני ימין ושמאל שנלחמו למנוע שינוי. שני הצדדים ניהלו קמפיין למניעת שינוי.

למה הייתה אמונה חזקה שביהמ"ש הוא הזירה?

ראשית- ביהמ"ש הוא **עצמאי** כי השופטים מרגע שנבחרו לא צריכים להיבחר שוב, בעוד שהמחוקק נבחר כל 4 שנים. השופטים לא כפופים לשק"ד של הציבור.

שנית- **נגישות**. ביהמ"ש נגיש הרבה יותר. המחוקק לא חייב לשמוע אף אחד. כדי להגיש עתירה לבג"ץ צריך לשלם אגרה מינימאלית- יכול להיות עו"ד שפועל בשם עניין חברתי ואינו מיוצג באופן פרטי (לדוג' בג"ץ רסלר). יש תיקים שמוגשים ע"י תנועות חברתיות. ברגע שעלות ההתארגנות שולמה, אז העלות של הגשת עתירה אינה גדולה. לעומת זאת- מסע שכנוע מול המחוקק מצריך משאבים רבים יותר. ישנה טענה שבביהמ"ש מה שמשפיע היא עוצמת הטיעון שלך ולא הזהות שלך. (עניין של תפיסה- יש שיאמרו להיפך). גם בארה"ב פנייה לביהמ"ש היא דפוס שכיח. הפניות לביהמ"ש נענו וזה מעודד לשוב ולפנות אליהם.

**ספר של רוזנברג**: שיקוף מעניין ביחס לתקוות הגדולות מביהמ"ש. יש ביקורת על כך- שהתקווה הגדולה די אכזבה ("התקווה החלולה"). האם ביהמ"ש יכול להביא לשינוי חברתי?!? קודם כל זו שאלה אמפירית וכיום יש רק טיעונים בעלמא. בדקו פס"ד- התחקות אחר פס"ד בראון: זהו פס"ד שמוצג כמחולל שינוי חברתי. מה השורה התחתונה של פס"ד? רוזנברג בא וטוען שמה שגרם לשינוי – הוא לא פס"ד אלא- חוק שיווי האזרח –שנת 64 , ואכיפה בפועל של ביטול ההפרדה. לפני כן, רוב ביה"ס נשארו מופרדים באופן מהותי, הייתה נהירה לביה"ס פרטיים.

רוזנברג מעלה שורה של טענות: יש גישה לפיה **ביהמ"ש הם זירה מוגבלת לשינוי חברתי**- אין זה אומר שאינם יכולים לחולל שינוי אלא, שיש קשיים רבים לחולל שינוי. כדי שיהיה שינוי צריכים להתקיים שינויים חברתיים ומבניים. לטענתו יש 3 סוגי מגבלות: 1- התנהלות ביהמ"ש עצמו, 2- היחס בין ביהמ"ש למוסדות אחרים (עצמאות), 3-יכולת לפתח וליישם מדיניות.

המאמר של גביזון מתייחס למגבלות האלה.

1. **המשפט הוא שמרן**. האם הוא בהכרח כזה? או שזה פרי של מצב דברים אידיאולוגי/ פוליטי/ חברתי, במקום מסוים ובזמן מסוים?. מה באופן הפעולה של ביהמ"ש יוצר את המגבלה ליצור שינוי חברתי? בד"כ שפונים לביהמ"ש ורוצים ליצור שינוי משתמשים במונח של זכויות!!! עולה השאלה: באילו זכויות מכירה מערכת המשפט? יש זכויות שתורגמו לחוק ספציפי- מביא לטיעונים מוגבלים. איך מדברים בביהמ"ש? בשם מה? איך מתרגמים את הטיעון לעילה? גם אם יש זכויות מוכרות, עצם הפנייה לביהמ"ש מחייב אותך לתרגם את האג'נדה שלך למונחים משפטיים ולא תמיד ניתן לעשות תרגום מלא לדוג': ארגון עדאללה הגישו עתירה לפיה מדינת ישראל צריכה להיות מדינת כל אזרחיה- האם לקק"ל יש היתר חוקי להקצות מקרקעין רק ליהודים? – איך מתרגמים את זה לשיח משפטי? בתביעה דיברו על המדינה ולא על קק"ל. העתירה הוגשה בצורה מנהלית, דרך זה הכניסו חלק מהטיעונים אבל לא הכול. שאלת עקרון התקדים המחייב? הפרוצדורה יכולה להוות מכשול. הרבה פעמים בפנייה לביהמ"ש הולכים לאיבוד המימדים הרגשיים (אולי ניתן להחיות את המימד הרגשי דרך התקשורת). כאשר מגישים תיק לביהמ"ש הוא רשאי להחליט מה שהוא רוצה- הבחירה הזו יכולה לעקר את המימד של האג'נדה שרוצים לקדם. ביהמ"ש יכול לפסוק לפי טיעון ספציפי ולתת החלטה שהיא נקודתית למקרה הזה, אך אין בה אמירה מעבר למקרה הזה. מכשול נוסף- לא תמיד ניתן להביא בפני ביהמ"ש את המקרה המלא בגלל העילות. ביהמ"ש יכול לנטרל בקלות את המימד של שינוי- בשל ההתייחסות למקרה הספציפי.כל הפירוק של האג'נדה לתיקים קונקרטיים מעקר את המימד הרחב של האג'נדה והעניין העקרוני. לפעמים דווקא הפירוק יכול להביא לתוצאות טובות יותר מאשר תקיפה של הנושא העקרוני-הגדול. דוג': זכויות חד מיניים- תיק אחר תיק, נושא אחר נושא ולא תקיפה ישירה של כל הנושא- ונעשה שינוי! אם בוחרים תיק "לא טוב" בתקופה של קמפיין חברתי זה יכול לפגוע בשינוי. בארה"ב: תיק של הפקעה: פלורנס – חיכו שנים לתיק שתגיע מישהי כמו אותה קשישה- זה פשוט אומנות לבחור בתיק הנכון! כך גם היה בתיק קעאדן- לא הייתה שום סיבה להתנגד לזוג מעבר להיותם ערבים.
2. **שאלת עצמאות ביהמ"ש**- האומנם ביהמ"ש נטול לחצים? ביהמ"ש נתון בין המחוקק/ כנסת/ ממשלה לציבור עצמו. ביהמ"ש תלוי לגמרי ברשות המבצעת כי היא זו שמבצעת את פס"ד. אם ביהמ"ש פועל בצורה שהמחוקק לא מסכים עמה- הוא יכול להגיב דרך החקיקה. מעמד ביהמ"ש נחלש בשל כך. בנוסף, המחוקק יכול לשנות סמכויות של ביהמ"ש. כאשר ביהמ"ש מאוים והאיום נתפס כתקף אז הוא הופך זהיר וחלש- יש אפקט מצנן. כאשר ביהמ"ש פועל בזהירות הוא כבר לא זירה טובה לחולל שינוי. בשנות ה 80 ביהמ"ש ראה עצמו כמקבל החלטות ומחולל שינויים- וזה לא עבר טוב. משנות ה 90 והלאה ביהמ"ש פועל אחרת- תיקים נמשכים שנים, ביהמ"ש מחזיר תיקים לכנסת. יש אפקט של משחק בין הרשויות השונות. יש טענה שארגונים חברתיים הזיקו לביהמ"ש העליון כי הם פנו יותר מידי עם החלטות מרחיקות לכת, וביהמ"ש לא היה מסוגל לקבל החלטות מתאימות (חוק עתירות עקרוניות). ביהמ"ש נבנה על סמך הלגיטימציה הציבורית שלו- אם הוא הולך רחוק מידי/"חוטף" מהכנסת- כבר אין לגיטימציה.
3. **שאלת יכולת ביהמ"ש לפתח מדיניות וליישם אותה**- שינוי חברתי כולל הסדר נורמטיבי. ביהמ"ש אינו המקום לקבוע קביעות מהסוג הזה. ביהמ"ש אינו מחליט על מדיניות- אין לו את הכלים לכך. הכלים של ביהמ"ש לקביעת "סבירות" הם מאוד מוגבלים- מבחנים ונוסחאות למיניהם. לביהמ"ש אין יכולת אכיפה- הוא גוף פאסיבי. הוא מחליט החלטה ואז מה קורה בבוקר שלמחרת? במה תלויה האכיפה של ההחלטה של ביהמ"ש? משרד הפנים למשל, מתעלם לחלוטין מהחלטות של ביהמ"ש. צריך שהרשות תרצה בכלל ליישם את פס"ד ואם הרשות השלטונית לא עושה זאת- צריך לדרוש זאת ממנה. יש צורך בגוף שיעמוד בדווקנות על היישום והביצוע. נניח והיישום בפועל מגיע לערכאות הנמוכות- האם הן בהכרח מיישמות את החלטות העליון? עצם התפקיד השיפוטי מהווה מגבלה. ביהמ"ש יכול לפסוק אך זה לא מחולל שינוי.

האם החלטות של ביהמ"ש יחלחלו לחברה? דרך מי? מי אחראי לכך? (אולי התקשורת). האם זה ישפיע? הפסיקה קשורה בהרבה מנגנוני תיווך משפטיים. יש טענה- **של מקיין**- לגבי השפעות חשובות שיש לליטיגציה. כאשר פונים לביהמ"ש זה יוצר העצמה דרמטית והעלאת מודעות לבעיות. ממחקרו עלה שעצם הליטיגציה היו לה השפעות- בין אם מנצחים/מפסידים. מספיק שהיו כמה הצלחות בתביעות של שכר אז זה השפיע על העמדה של העובד במו"מ ועל השגת תוצאות. לפיכך, אולי לפעמים מספיק תיק אחד טוב?

המרצה: יש שילוב של גורמים שונים-גם המשפט,החברה,התקשורת, מי הפרונט של הקמפיין וכדומה. לא ניתן להצביע על גורם אחד כיוצר שינוי. המורכבות מראה על הבעייתיות.

מאמר של גדי ברזילאי: פעולות של ארגוני המיעוט הלאומי בישראל- במאמרו הוא מעלה את שאלת הלגיטימציה. רוב הארגונים רוצים לחולל שינוי אבל הם לא מעוררים מהיסוד תפיסות חברתיות שקיימות. לפעמים יש קבוצות שמערערות על הסדר החברתי הקיים- וזה בעיקר נכון לגבי ארגונים של מיעוט לאומי שמעוניינים לשנות את ההגמוניה. האם בעצם הפנייה לעליון אתה לא נותן לגיטימציה למדינה? ביהמ"ש העליון מבטא את הדומיננטיות של היותה של מ"י יהודית ודמוקרטית! אם אתה לא מאמין בזה ואתה פונה בשם השוויון עבור המיעוט אתה לא נותן לגיטימציה למדינה ולסדר החברתי?

מאמר של אורלי לייבל: תפיסת עולם שמנסה ליצור הסדרים מחוץ למשפט ולמדינה, כתגובת נגד לחוסר היכולת להביא לשינוי במסגרות הקיימות. המחברת מראה איך בעיות דומות מתקיימות גם ללא פתרון משפטי?............נניח שיש גוף חזק שדואג לאג'נדה שלו בלי להיזקק למשפט- מה קורה ליתר העובדים במדינה שאינם מאוגדים בגוף הזה? המאבק הופך להיות של החלשים ורוב הסיכויים שלא יצליחו.

למרות כל האמור, עדיין המשפט הוא בין המוסדות החזקים בחברה. ניתן בהחלט להשיג דרך המשפט הישגים (מוגבלים)- שיכולים להתפתח בהמשך!!!

יאללה ביי ☺