משפט וחברה

ד"ר מנאל תותרי-ג'ובראן

תוכן

[מבוא למשפט וחברה 3](#_Toc115180993)

[גישת הפורמליזם 3](#_Toc115180994)

[הריאליזם המשפטי (Legal Realism) 4](#_Toc115180995)

[משפט וחברה (Law and Society) 4](#_Toc115180996)

[גישות לחקר המשפט 8](#_Toc115180997)

[**הגישה התרבותית 8**](#_Toc115180998)

[התמסדות הנורמה 8](#_Toc115180999)

[מה קורה כאשר חוק לא משקף מנהג? 9](#_Toc115181000)

[ביקורות על הגישה התרבותית 10](#_Toc115181001)

[הגישה המבנית (סטרוקטורלית) 11](#_Toc115181002)

[תפקיד המשפט על פי הגישה המבנית 11](#_Toc115181003)

[כיצד מתפתחת מערכת משפט? סולידריות 11](#_Toc115181004)

[השוואה בין מערכות קולקטיב ישראליות – המושב והקיבוץ 13](#_Toc115181005)

[המצב בישראל כיום 15](#_Toc115181006)

[ביקורת על הגישה המבנית 15](#_Toc115181007)

[גישת הקונפליקט החברתי 16](#_Toc115181008)

[ניתוח לפי גישת הקונפליקט 16](#_Toc115181009)

[ההבדלים בין הגישות לעיל 18](#_Toc115181010)

[שחקנים במערכת: שוטרים, שופטים, ומתדיינים 19](#_Toc115181011)

[שוטרים, ציות לחוק, לגיטימציה וסמכות 19](#_Toc115181012)

[מדוע בני אדם מצייתים או לא לחוק? 19](#_Toc115181013)

[בישראל כיום 21](#_Toc115181014)

[**תובעים: תודעה משפטית, המשפט בחיי היום יום ותרבות משפטית 22**](#_Toc115181015)

[סוגי השחקנים במשפט 24](#_Toc115181016)

[4 מצבי התדיינות בין השחקנים 25](#_Toc115181017)

[תודעה משפטית 25](#_Toc115181018)

[עורכי דין, ארגוני החברה האזרחית, אסטרטגיות משפטיות 26](#_Toc115181019)

[ייחוד פעולות המקצוע 27](#_Toc115181020)

[נאמנויות עורך הדין 28](#_Toc115181021)

[1. נאמנות לחברה 28](#_Toc115181022)

[2. נאמנות ללקוח 29](#_Toc115181023)

[3. נאמנות למקצוע ולעצמו 30](#_Toc115181024)

[שופטים 31](#_Toc115181025)

[על מקצוע השפיטה 32](#_Toc115181026)

[נורמות התנהגות ראויות של שופט 32](#_Toc115181027)

[אמון הציבור 33](#_Toc115181028)

[שיקול הדעת השיפוטי 33](#_Toc115181029)

[מינוי שופטים 36](#_Toc115181030)

[תפקידם של בתי המשפט בין מוסדות המדינה 36](#_Toc115181031)

המחברת מבוססת על המצגות, חומרי הקריאה, מחברות אחרות ומידע מהאינטרנט.

כמובן שיכולות להימצא טעויות, אז קחו בעירבון מוגבל[[1]](#footnote-1) 😊

בקורס זה נעסוק בשאלות:

מהו משפט?

איך נוצרים ואיך משתנים כללים משפטיים (חוקים, תקנות וכו')?

כיצד כללים אלו מושפעים ומשפיעים על החברה, קהילות (ויחסים ביניהם), אינידיבידואלים (ויחסים ביניהם) מוסדות וארגונים?

המענה על השאלות הללו תלוי באיזו גישה או תפיסה נוקטים.

# מבוא למשפט וחברה

## גישת הפורמליזם

לפיה, המשפט מעצב את העולם - העולם מתנהג כפי שמכתיבים לו המחוקקים והשופטים.

גד ברזילי, "המלך אינו עירום - מדוע המשפט פוליטי" דין ודברים ד 55 (תשס"ח)

ע"פ גד ברזילאי - המשפט פוליטי, דינמי, משפיע ומושפע.

פוליטיקה ומשפט - שתי התופעות האלו חבוקות זו בזו. המשפט מגלם אינטרסים פוליטיים, בעוד הפוליטיקה מגלמת וגם נתונה לאילוצים משפטיים.

קלזן והארט, צפו בנאצים ובהרס הדמוקרטיה. לסברתם עצמאות משפטית המנותקת מפוליטיקה היא ערובה למניעת קריסה של דמוקרטיות: אוטונומיה המשפטית, חוסר תלות של הנורמות המשפטיות בדינמיות הפוליטית היומיומית ובעובדה שהתקפות (validity) של עולם המשפט חייבת להתבסס על כללים פנימיים של פרשנות.

לדעתם, חייבת להיות זיקה בסיסית בין המשפט לבין נורמות חברתיות בסיסיות של החברה, אך מלבד זיקה ראשונית כזו, המשפט אוטונומי ואינו נתון להשפעת הכוח הפוליטי. עולם המשפט יהיה חסר ערך בלא עיגונו בנורמות דמוקרטיות בסיסיות שמהן שואב המשפט את הלגיטימציה הבסיסית שלו.

גד ברזילאי טוען שאמנם תורת המשפט הפוזיטיביסטית מציידת אותנו בכללי פרשנות משפטית, אך היא גם מעוורת אותנו מהבנה של המנגנונים הפוליטיים והכוחות החברתיים המעצבים את המשפט:

1. המשפט **אינו יכול** **להיות מנותק** מן הכוחות הפוליטיים.
2. **ראוי כי המשפט יקדם** מטרות פוליטיות צודקות וממילא ברור כי ראוי שהמשפט לא ינותק מן הפוליטיקה. צדק ושויוון הם מונחים יחסיים ועוצבו ע"י נורמות היסטוריות; קלזן והארט עצמם עיצבו את תורתם בהקשרים היסטוריים מסוימים.

תורה זו ניסתה לכונן ערכים משפטיים אוניברסליים וכללי פתרון משפטי, המתעלמים מהתניות תרבותיות וחברתיות של זמן ומקום פוליטי. מדע של תורת המשפט, לפיו המשפט הוא מסגרת אוטונומית לכוח פוליטי, שתקפותה אינה תלויה בכוחות היסטוריים, במוסר ובפרקטיקות נוהגות.

הייתה דומיננטית עד המאה הקודמת (1940), עדיין קיימת אצל חוקרים ושופטים.

מאפייני המשפט ע"פ התפיסה הפורמליסטית:

* מערכת סגורה של כללים אשר יש להפעיל באופן שיטתי, כוללני ועקבי (ההפך מאקטיביזם). החוק שואף לכך שהרכיבים המכוננים אותו כשיח אוטונומי ינבעו מתוך עצמו ללא צורך בפנייה לשיח עזר חיצוני כלשהו.
* מערכת המשפט היא עצמאית ובלתי תלויה בכוחות והשינויים החברתיים, באישיות של השחקנים המרכזיים בה שכוללים את המחוקק והשופט.
* הכרעות משפטיות הן תוצאה של הפעלה פורמלית של החוקים הכללים על הבעיה (כמו הצבת נתונים במשוואה).
* פורמליזם אינו מכיר בקיומן של סתירות וכללים נוגדים (למשל, עונשים שונים לאנשים דומים).
* **פורמליזם במובן הרחב**: שפה משפטית ברת הוכחה, השונה מאידאולוגיה או פילוסופיה. הוא שואב את כוחו לא מהכללים הפנימיים אלא דווקא מהרצון לעכל ולהכיל את כל מה שמצוי בסביבתו.
* **פורמליזם רדיקלי**: המשפט כמצוי בכל. המשפט הוא מדע, המסוגל תמיד לספק תשובה לכל שאלה, ותשובה אחת ויחידה. יישום פורמלי של המשפט תמיד יוביל לאותו פתרון.

## הריאליזם המשפטי (Legal Realism)

אסכולה זו עלתה שנות ה-20 וה-30 של המאה הקודמת, עם עלייתו של המשפט המודרני (אסדרה של חיי היום יום - חוזים, נזיקין, מטרדים, קניין רוחני וכיוצ"ב) ומדינות הלאום המתחילות להתהוות.

בעוד הפוזיטיביזם שאף ״לנקות״ את המשפט מפוליטיקה, רצו הריאליסטים למצוא את הפוליטיקה במשפט.

תרומתה העיקרית של האסכולה:

* המשפט הוא יצירה חברתית, מערכת ממוסדת של שליטה חברתית, שתפקידו לתת מענה לצרכים חברתיים.
* **מערכת פתוחה**: המשפט הוא לא רק מה שמופיע בספרים (law in books) אלא הוא גם פועל במציאות החברתית (law in action).
* **לא מדע מדויק**: העשייה המשפטית אינה ניתנת להבנה מתוך הטקסט המשפטי הרשמי בלבד, אלא היא מונעת ע"י גורמים פסיכולוגיים, חברתיים, תרבותיים ופוליטיים. הדרך היחידה לעסוק במשפט היא בתוך ההקשר החברתי של תפקוד המשפט

יחד עם זאת, המשותף לשתי האסכולות הללו היא ההנחה כי המשפט מנותק במידה משמעותית מגורמי הכוח הפוליטי של המדינה וכי אין במשפט הדמוקרטי גורמי כוח מזוהים היכולים לעשות שימוש במשפט למטרות של קידום אינטרסים של שליטה.

## משפט וחברה (Law and Society)

גישה שהתפתחה בעקבות הריאליזם ובתגובה לגישה הפורמליסטית למשפט, שכן עיקרה עיסוק בהקשרים החברתיים, כלכליים ופוליטיים של המשפט.

בוחנת את המשפט מנקודת מבט מולטידסיפלינרית של מדעי החברה: כלכלה, סוציולוגיה, אנתרופולוגיה, מדע המדינה, היסטוריה, פסיכולוגיה ומתחומי מחקר נוספים.

סקירת האסכולות והשיטות העיקריות שהתפתחו לחקר המשפט והחברה

* אסכולת ההתנהגות השיפוטית (Judical Behaviorism): עסקה בניבוי התנהגות שיפוטית של השופטים. ניתן לנבא התנהגות שיפוטית באמצעות ניתוח המאפיינים הפסיכולוגיים והעמדתיים של השופט או השופטת, שניתנים להגדרה ומדידה עצמאית. למשל, אם נקרא את פסקי הדין שניתנו ע"י אותו שופט, נוכל לאמוד כיצד יכריע במקרה מסוים.
* אסכולת ההליך המשפטי (Legal Process): המשפט מעוצב מתוך קשרי גומלין בין המערכת השיפוטית, זרועות שלטון אחרות וסוכנים חברתיים־פוליטיים, כגון קבוצות לחץ שונות (למשל, יחסי רשות שופטת מול מחוקקת - חוק עוקף בג"ץ). פוליטיקה ומשפט נתונים בקשרי גומלין מתמידים זה עם זה בהליך הדמוקרטי.
* **מחקרי ניעות חברתית-משפטית** (Legal Mobility): המחקרים ניתחו כיצד תנועות חברתיות וקבוצות לחץ שונות יכולות להשתמש בפסיקות של בתי משפט, או באפשרות לפנות אליהם, כדי להניע תהליכים חברתיים.
* **גישות נוספות**: גישות ביקורתיות, תודעה משפטית, פוליטיקה של זהויות - מעמד חברתי, פלורליזם משפטי, גישות פמיניסטיות.

מאפייני גישות מחקר של משפט וחברה

שני סוגים של מחקרים:

1. הדומיננטי - מחקר אמפירי: איך המשפט נראה בפועל, כיצד הוא מתפקד ומיושם ע"י השחקנים השונים? האם ההסדדר אפקטיבי? האם קיים הבדל? האם יצייתו לחיקוק מסויים? מה הם המחסומים לציות? (מחקר בעניין הדרישה לתשלום פיצויי נזיקין: אבחנה בין פרטים לבין תאגידים, חוק מניעת אלימות בספורט יחסי שונה ליהודים וערבים בהחלטה להעמיד לדין, הרשעה וגזר הדין - מחקר רטנר ופישמן).
2. מחקר נורמטיבי: בצל המחקרים האמפיריים, כיצד המשפט צריך להיראות? איך הוא ראוי להסדיר. גישתו של ברזילאי.

מנחם מאוטנר, "המשפט הסמוי מן העין", אלפיים 16, 58-45

המשפט סמוי מן העין במובן הזה שאינו מצליח לשנות דברים: אכיפות תלויה ברשויות, ישנן פרקטיקות מסורתיות נוגדות, גופים ואישים שונים המשפיעים (שופטים, עו"ד, רבנות)

המאמר מתאר את היחסים בין המשפט והחברה כבלתי ניתנים להפרדה.

המשפט מצוי בכל מקום, בכל זמן ובכל פעולה. חיינו רוויים במשפט. המשפט העושה את הדברים האלה הוא משפט הסמוי מן העין.

המשפט סמוי מן העין במובן הזה שאינו מצליח לשנות דברים:

* **באכיפה שלו**:
  + **אכיפה תלוית רשויות**: "המידה בה המשמעות "המקורית", "הכתובה" של המשפט היא שתמומש למעשה, תלויה בתרומתן של הרשויות המופקדות על הוצאתו לפועל של המשפט: בראש ובראשונה בדרך שבה הן מפרשות את המשפט, וכן במידת החריצות שהן מפגינות בהפצת תכניו של המשפט, במידת היעילות שהן נוקטות באכיפת המשפט, ובמידת היושר שהן נוהגות במילוי תפקידיהן."
  + **בעיות חיצוניות למשפט - סתירה עם פרקטיקות קהילתיות נוגדות**: משפט הקובע כי "רצח להגנת כבוד המשפחה" הוא רצח, עשוי להיתקל במסורת מושרשת אצל גברים, הנותנת משמעות הפוכה, חיובית, לרצח כזה. או משפט הקובע שאסור להכות נשים, נישואי בוסר, אלימות וכיוצ"ב).
  + לעיתים ינסו בני האדם להתלות בקיומו של חוק כדי לצאת ידי חובה, למרות ידיעתם שהמציאות מורכבת יותר. למשל, חוק האוסר להפלות עובדים לפי מגדרם יוכל אולי לגרום סיפוק למחוקקיו, אך אם במציאות המקובלת העבודה נמשכת עד שעות הערב יחד עם מקובלות חברתית של נשים כמטפלות העיקריות - הרי הוא כאות מתה.
* בעיית **עושר המשמעות בחייהם של בני-האדם מול אחידותה של המשמעות המשפטית**: "העובדה שכל אדם משתייך למספר רב של קבוצות תרבותיות; העובדה שבכל קבוצה כזו מתקיימות פעילויות בפסיפס עשיר של הקשרים; העובדה שבני-האדם אינם משתייכים לחלק גדול מהקבוצות שאליהן משתייכים בני-האדם האחרים (מכיוון שמספרן של הקבוצות גדול וברובן משתתף מספר קטן של בני-אדם); העובדה שתודעותיהם של בני-האדם מתעצבות במסגרתן של קבוצות יסוד שונות - כל אלה גורמים, מצד אחד, לכך שבחייו של כל אדם מתקיים עושר עצום של משמעויות, ומהצד האחר לכך שבחייהם של בני-אדם שונים מתקיימים צירופים שונים של משמעויות, שרק חלק מהם משותף למספר גדול של בני-אדם אחרים.

מכאן, שבני-אדם שונים מביאים עמם חומרים תודעתיים שונים עת שהם נדרשים לתת משמעות לאירועים שבהם הם משתתפים ולבעיות שבפניהן הם ניצבים. המצב האנושי הוא זה של ריבוי משמעות וחוסר הסכמה.

המשפט קובע עבור בני-אדם רבים, המשתייכים לקבוצות תרבותיות רבות ושונות, הסדרים שהם שונים, לעתים באופן חריף, מאלו שבני-האדם האלה היו קובעים אילו היו הם ממוקמים במקומות שבהם נוצר המשפט והיה זה בכותם לעצב את תכניו של המשפט.

המשפט שנוצר אם כן הוא פרטיקולרי, למרות שהוא אמור ליצור הסדר כללי:

בבתי המחוקקים: מפלגות באות עם תפיסות עולם שונות ולכן יחוקקו חוקים המתאימים להן, בטענה של רווחת הכלל.

בבתי-המשפט: בכל הערכאות. תלות באישיותם הייחודית של השופטים, תלות בשיוך הקבוצתי של השופטים, תלות בשרשרת הפסיקה הקודמת עליה הם מחויבים להתבסס.

"המפגש בין החומרים המשפטיים העשירים העומדים לרשות השופטים, מחד גיסא, לבין המאפיינים הייחודיים של כל מקרה ומקרה, מאידך גיסא, מאפשר לשופטים לעצב יותר מפתרון משפטי אחד שיוכל להיחשב קביל במסגרתה של התרבות המשפטית שבגדרה הם פועלים."

* התכנים של המשפט, בכל אחד מההקשרים הרבים שאותם הוא מסדיר, הם תמיד תוצר של תהליכים תחרותיים, שבהם הצליחו קבוצות מסוימות של בני-אדם לגרום לגופים יוצרי המשפט לקבוע את תכניו של המשפט.

מהתיאור של מאוטנר אל התיאוריה

כאשר בוחנים משפט צריך לבחון את האופן שבו האנשים עושים בו שימוש ביומיום, מעצבים, משפיעים ומושפעים מכללים משפטיים.

המשפט מורכב מארגונים ומוסדות שכולם תורמים לעיצוב שלו (ולא רק פסקי דין וחוקים).

מי הם אותם מוסדות? כיצד מוסדות אלה תורמים לעיצוב של המשפט?

* המחוקק/רגולטור**:**
  + המשפט הסמוי מן העין - למרות ניסוח החוק בקווים כלליים, בסופו של יום ח"כ מקדם את האינטרסים הפרטיקולריים של הקבוצה שהוא מייצג, בכסות אוניברסאליות.
* בתי המשפט בכל הערכאות: העליון כמובן, אך גם בתי המשפט לתביעות קטנות (יש אנשים שהערכאה הגבוהה ביותר אליה יגיעו היא זו).
  + המשפט הסמוי מן העין - התרומה האישית של השופט נעלמת לעין (אישיותו, זהותו המגדרית והאתנית).
  + המשפט הסמוי מן העין - שימוש בביטויים כלליים כמו "טובת הציבור", "אמון הציבור", "מדיניות משפטית", "האדם הסביר"- כדי להציג את מערכת המשפט ככזו הפועלת למען מימוש טוב משותף כללי.
* עורכי הדין**:**
  + מעלים טענות שונות, אשר לעתים גורמות לביהמ"ש ליצור תקדים מחייב.[[2]](#footnote-2)
  + אלו החברתיים המקדמים אג'נדה.
* הפרקליטות: הגשת כתבי אישום, סגירת תיקים ע"י הסכמי טיעון.
* המשטרה: סדר העדיפויות בעניין האכיפה, פירוש הוראת חוק, הקצאת משאבים.
  + המשפט הסמוי מן העין - החוק מורה על אכיפה שוויונית וקבועה, אך למשטרה המגבלות שלעיל.
* בתי הספר למשפטים: מחקרים, פיתוח דוקטרינות ומכשירים עורכי דין ומשפטנים.
* ארגוני רווחה: כמו ביטוח לאומי.
* מוסדות אחרים עם יכולות ביצוע: כגון הרבנות הראשית, בשליטתה הבלעדית על הנישואין היהודיים בישראל.[[3]](#footnote-3) וצה"ל, הכפוף גם הוא לחוקי השוויון השונים.
  + המשפט הסמוי מן העין - בפועל, רבים מתחתנים בנישואים אזרחיים; בצה"ל, עדיין ישנן מגבלות על נשים בתפקידים מסוימים (בג"ץ מילר הוא שינוי בעניין, למשל).

פודקאסט ״קצה הקרחון״ בפרק על הפרדה מגדרית

יופי תירוש, ״הסיפור של המאבק בהפרדה בין המינים באקדמיה: גילוי, מיפוי, הנאת שינוי״, מעשי משפט י, 107 (2019) + הרצאה שלה:

[קראתי עד האמצע]

המשפט הישראלי מגן על אוטונומיה דתית ולכן לא יתערב בבתי הכנסת, בשמחות משפחתיות, במערכות חינוך (כי גם זה תוצר של מערכות שלמות), וגם תחת האוטונומיה ההורית. המשפט הישראלי גם מכיר במקומות בהם צריך לעשות התאמות ליבור החי את חייו בהפרדה בגלל שמדובר ברגישות על חשיפת הגוף - חופים נפרדים, שעות שחיה בבריכה ועוד. גם שם יש סמכות בדין לקיים הפרדה.

הבעיה מבחינתה הן פרקטיקות לא ליברליות, בהקשרים של סימון המין במקומות בהם השוני לא רלוונטי והתקתם למרחבים כלליים. יש בכך רכיב מוחצן - פגיעה בזכויות ציבורים שונים.

העתירה שהוגשה פעמיים לבג"ץ - ההפרדה בין המינים שהתירה המועצה להשכלה גבוהה בתוכניות האקדמיות שעודדה ותקצבה מאז 2012 לחרדים ולחרד״לים, איננה חוקתית. משתי סיבות:

1. פגיעה לא חוקתית: הפרדה בין המינים במסגרות אקדמיות היא כשלעצמה אפליה הפוגעת פגיעה לא חוקתית בזכות לשוויון ובכבוד האדם.

תירוש טוענת:

* + הרעיון של הפרדה ושל דרישות צניעות הוא ליצור מנגנון חברתי שמזכיר לבני האנוש באופן סמוי אבל תמידי שבני אנוש קודם כל מחולקים לשני מינים, בכל גיל ובכל הקשר - במיוחד זו תזכורת לנשים. את נקבה לפני שאת אדם.
  + זו בדיוק מה שהתפיסה של הנאורות ביקשה לצאת נגדו כשהציגה את הרעיון הרדיקלי של שוויון.
  + חברה צודקת שואפת להיזהר מלייחס להבדלים הגנטיים והמורפולוגיים בין גברים לנשים יותר ממשקלם ההכרחי, ולאפשר להם למצות את עצמם בלי סטריאוטיפים מגבילים.

1. תנאים לא שוויוניים: התוכניות האקדמיות לחרדים מתנהלות בתנאים לא־שוויוניים, המפלים גם סטודנטיות וגם מרצות. הפסיקה קבעה תנאים להפרדה - זו צריכה לנבוע מליבת הפרקטיקה הדתית, להיות בתנאים שוויוניים לחלוטין לגברים ולנשים, לא להעניק הסדר עדיף על ההסדר הכללי, שאינו בהפרדה, ולהיות וולונטרית. זו לא הפרדה באופן שווה - נשים מקבלות פחות מילגות, ונשים, שיוויונן התעסוקתי נפגע.

**דילמת הרב־תרבותיות**: מצד אחד, שימור זכויותיהן התרבותיות והקבוצתיות של קבוצות דתיות, אתניות או לאומיות התופסות את שימור זהותן התרבותית ככרוך בשימור המבנה הפטריארכלי המאפיין אותן; מצד שני, שימור זהות תרבותית זו נוגד את מעמדן של נשים בחברה, כפי ראיית התפיסה הליברלית.

# גישות לחקר המשפט

דילמות:

* האם ומדוע יש צורך במערכת משפט?
* מה תפקידה של מערכת המשפט?
* מתי וכיצד מתפתחת מערכת המשפט? הגישה המבנית.
* **מדוע קבוצות שונות באנושות פיתחו מודלים שונים של משפט?** הגישה התרבותית, הגישה המבנית.

מערכת משפטית מתפתחת ככל שהחברה נהיית יותר הטרוגנית ובעלת יותר אינטראקציות. ככל שיש יותר שונות ויותר תלות אחד בשני, מתפתחות יותר סוגיות שאין לנו מענה עליהן - בגלל שעדין לא נתקלנו בהן, או שנוצר מצב שיש להסדיר סכסוך. מתחילות להתפתח מערכות פורמאליות - ככל שאנחנו נהיים יותר מתועשים אנחנו צריכים יותר הסדרה של מערכת המשפט - יותר דיני מסחר בינלאומיים, צריך יותר דיני קניין רוחני ופטנטים.

לאלו ישנן שלוש גישות אפשרויות.

## הגישה התרבותית

אבי הגישה התרבותית הוא פול בוהאנאן (Bohannan).

לפי הגישה, המשפט הוא תוצר של תרבות הקהילה, ובא לבטא את התרבות הקיימת ביחס למה ראוי.

לכן, תפקיד המחוקק וביהמ"ש הוא לשקף את הערכים, הנורמות והמנהגים מתוך חיי היומיום של הקהילה ולעגן אותם, ולא לחדש או ליצור כללים.

* **תרבות הרוב**: כשאנחנו מדברים על מנהגים, לרוב מדובר על מנהגי הרוב (הפוליטי).

ביטוי לגישה התרבותית במשפט הישראלי:

**ס' 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980**

ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, **יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל**.

### התמסדות הנורמה

ההנחה של הגישה התרבותית היא שישנם כללים מוסכמים בחברה. אם כך, מדוע צריך משפט?

**משפט הוא "התמסדות כפולה" של הנורמה החברתית**:

1. הנורמה החברתית עוברת **התמסדות למנהג**.
2. הנורמה החברתית עוברת **התמסדות לחוק** במסגרת מערכת המשפט.

כך למשל, הנורמות הקיימות בנוגע להטרדות מיניות. תנועת Metoo מיסדה בציבור את הנורמה האוסרת הטרדה מינית מילולית. לאט לאט רואים התמסדות של הנורמה במערכת המשפט.

יש צורך גם בשלב ההתמסדות השני:

* פעילות תקינה**:** בכדי לשמור על ההרמוניה והפעילות התקינה של מוסדות חברתיים.
* התפתחות חברתית: הנורמות מתפתחות ונוצרים מצבים חדשים הדורשים הכרעה. מקום ההכרעה הוא בבתי המשפט.
* אכיפת מנהג משותף: מעבר לחברה גדולה שבה יכולים להתקיים מנהגים שונים ומנוגדים ע"י קבוצות שונות, והתמסדות שנייה לכדי חוק ע"מ לאכוף מנהג משותף.

מאפייני המוסדות המשפטיים לפי הגישה התרבותית:

* למערכת המשפטית יש את ה**סמכות הפורמלית** לפתור סכסוכים ולאכוף את ההחלטה על המוסדות החברתיים.
* בכדי שמוסד משפטי יתקיים חייבים **חוקים פרוצדורליים** בנוגע לניהול המערכת המשפטית. קיומם של חוקים מהותיים, אשר כאמור משקפים את המנהג הקיים.

### מה קורה כאשר חוק לא משקף מנהג?

* **משפט שלא משקף מנהג נועד לכישלון**: תפיסה שאומרת שהמשפט לא יכול להוות כלי לשינוי חברתי. Lawways cannot change folkways.

למשל, קיים איסור על פתיחת מרכולים בשבת, אולם בפועל ישנם מרכולים גדולים שפותחים בשבת והחוק הופך לאות מתה.

* **Lag theory**: המשפט נמצא תמיד צעד אחד מאחורי הנוהג, אך מתפתח כדי להפנים אותו (למשל הנוהג של מסחר במטבעות קריפטוגרפיים קיים כבר שנים, אך רק לאחרונה החל להיות מוסדר).

היחס בין משפט למנהג

פלונית נ' מדינת ישראל **(ע"פ 4596/98) -** ס' 1-12, 20-30 לביניש וכל פסק דינו של אנגלרד:

הערעור נוגע להרשעה של אמא בהכאת ילדיה. האם טענה שאין במעשיה משום תקיפה או התעללות, שכן ענישת ילדיה בעונשים גופניים על-מנת לחנכם לציות, אינה מפרה נורמה משפטית כל שהיא

**השאלה המשפטית**: האם ענישה גופנית של ילדים היא חוקית?

השופטת ביניש: שאלת הלגיטימיות של ענישה גופנית של ילדים בידי הורים אינה מיוחדת לנו, ומתמודדות אתה מדינות רבות אחרות. ניתן למצוא מגוון גישות לעניין זה, אשר השוני ביניהן נובע מתפיסות ערכיות, חברתיות, חינוכיות ומוסריות שהתפתחו במשך השנים בחברות שונות. השקפות אלה נתונות כמובן לשינויים בהתאם להתפתחויות חברתיות ותרבותיות; מה שנראה טוב ונכון בעבר, יכול שלא להיראות כך בהווה

למשל, המשפט המקובל באנגליה מקנה להורה הגנה מפני אחריות פלילית, אם העניש את ילדו בעונש גופני "סביר", לטובת חינוך ומשמעת. מדינות שונות בארה"ב קבעו הגדרות שונות למהי אותה סבירות.

הגישה בישראל: החוק מבטא מגמה חברתית שהתפתחה במיוחד בתקופה שקדמה לחקיקתו. המודעות החברתית הגוברת לחומרת התופעה של פגיעה בקטינים ובחסרי ישע ולהיקפה, הניעה את המחוקק הישראלי להחמיר עם מבצעיהם של מעשים אלה. מודעות זו גרמה להגברת המאבק בתופעות שליליות מהסוג האמור.

כך למשל, בהלכת ראסי משנת 1953 נקבע כי מורים ואנשי חינוך מוסמכים להטיל עונשי גוף "מתונים ומתקבלים על הדעת". אולם בפסקי דין מהשנים האחרונות נקבע כי "אלימות פיזית כלפי תלמיד אסורה היא"

בהתאם לכל האמור, יש לקבוע, כי ענישה גופנית כלפי ילדים, או השפלתם וביזוי כבודם כשיטת חינוך מצד הוריהם, פסולה היא מכול וכול, והיא שריד לתפיסה חברתית-חינוכית שאבד עליה כלח.

השופט אנגלרד (מיעוט): מסכים עם ההרשעה ביחס לתקיפה אבל חולק לעניין ההרשעה על ההתעללות. הוא מפרש את המנהג בצורה שונה.

### ביקורות על הגישה התרבותית

* **לא תמיד ברור מהו המנהג**: כפי שראינו מדעת אנגלרד, הוא רואה אחרת את המנהג. לא תמיד אפשר לחלץ את המנהג בצורה חד משמעית.

ביקורת נוספת

יופי תירוש, "סיפור של אונס לא יותר: על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי בע"פ 3031/98 מדינת ישראל נ' דן שבתאי"

תירוש מנתחת את הנרטיב שעומד בבסיס פסק דין פלילי שעוסק במקרה אונס של בני זוג לשעבר. היא מראה כיצד המשפט, דרך השפה של פסק הדין, משקף, משמר ומקבע תפיסות חברתיות שמרניות ביחס לתפקידים החברתיים של נשים וגברים, לאופן שבו מתואר אונס, ולאופן שבו על אישה לנהוג.

השופט קדמי מתאר את שהתרחש באופן הצגה המצמצם את האירוע למינימום האפשרי, ובכך שולל ממנו נוכחות ו״נפח״. בדיווחו, האישה מופיעה כמושא בלבד, כמי שמבצעים עליו פעולות.

השופטת דורנר לעומתו מתארת תמונה חיה, פיזית, ממשית, של מה שקרה שם: הוא חסם את דרכה, הוא כיסה את פיה, הוא עמד לחנוק אותה, השכיבה על הריצפה, הכריח אותה להתקלח וכו'. ההנכחה הפיזית של מעשה האלימות, ההשפלה והאונס מזמינה את כל אותם רגשות וערכים שליליים שאנו מייחסים למעשה. רגשות סלידה אלה אינם עולים אצלנו למקרא התיאור אצל השופט קדמי. דיווחה של השופטת דורנר מעביר את נקודת המבט הלוך ושוב, ממנה אליו ובחזרה.

התעכבות על תפקידם של האירועים השיפוטיים הקטנים והשגרתיים תחשוף את הפער בין ההצהרות השיפוטיות - מה שהמשפט מצהיר שהוא עושה - לבין המעשים השיפוטיים - מה שהמשפט עושה. הנחת העבודה של המערכת היא שמתקיים יחס ישיר בין ההלכה המוצהרת לבין קליטתה ויישומה במשפט הלכה למעשה. אולם הפער הוא גדול מאוד.

**דיון**:

* לפי תירוש, המשפט משקף ומקבע מנהגים.
* אלה מנהגים שאינם מוסכמים ומקובלים על כולם. מדובר על מנהגים שמבטאים תפיסה חברתית מסוימת, שמטיבה ודואגת לקבוצה מסוימת באוכלוסייה (גברים) ומדכאת קבוצה אחרת באוכלוסייה (נשים).
* המשפט לא מוצג במאמר ככלי לשינוי חברתי אלא משקף גישה תרבותית אך בצורה ביקורתית.
* המשפט משקף מנהג אך זה לא מוצג כדבר חיובי או ראוי, אלא כתופעה שמצריכה שינוי.

# הגישה המבנית (סטרוקטורלית)

שלטה עד שנות ה-50 וה-60, עם התעוררות תנועות המחאה והשוויון באמריקה.

גישה זו עונה על שתי שאלות חשובות שהוצגו בהתחלה:

1. למה נוצרת מערכת משפטית?
2. למה יש שוני בין מערכות משפט שונות?

טלקוט פרסנוס (Parsons), סוציולוג מתאוריית הפונקציונליזם הסְטְרוּקְטוּרָלִי (Structural functionalism), ניסה להבין את התפקיד של המוסדות החברתיים, וביניהם בתי המשפט.

לדעתו, החברה היא כמו גוף אורגני-ביולוגי אשר לכל איבר בו תפקיד ייחודי, ורק אם יפעלו כל האיברים יחדיו יוכל הגוף להמשיך לחיות ולהתקיים. לא ניתן להבין תופעות חברתיות מורכבות דרך יחידים, אחרת אנו עלולים לפספס ולא להבין את ההיגיון חברתי.

כדי לשמר את "הגוף" הזה, מתגבשים מוסדות חברתיים שתפקידם לשמור על הלכידות החברתית, על הסדר והמבנה החברתי ולייצר קונצנזוס:

1. משפחה: מוסד חברתי ראשוני. זה המוסד המרכזי הראשון שבני אדם נחשפים אליו לפני היציאה אל העולם הגדול, ולכן החשוב ביותר. דרך המשפחה מקבלים בני האדם מערכת משפט פרימיטיבית ראשונית.
2. כלכלה(שוק)
3. ממשלה(המחוקק)
4. משפט(מערכת המשפט והאכיפה)

נקודת המוצא של הגישה המבנית בכלל, ובהקשר המשפטי בפרט - קיים קונצנזוס ביחס לכללים (חברתיים, משפטיים, כלכליים) אשר מגלמים ומסמלים הסכמות חברתיות (בדומה לגישה התרבותית- יש ביניהן חפיפה בנק' מסוימות כמו למשל בגיל נישואין הן יכולות לתת את אותה התשובה).

### תפקיד המשפט על פי הגישה המבנית

* לשמור על הסדר, המבנה, והלכידות החברתית. המשפט בא להגן על מבנה חברתי מסוים. מבנים חברתיים שונים מייצרים מערכות משפט שונות המותאמות להם.
* **מוסד חברתי אקטיבי**: כללים משפטיים מהווים ערוץ לחלוקת משאבים ולשינויים חברתיים.
* **מתי המשפט ייכנס לפעולה?** רק לאחר שמערכות אחרות בלתי-פורמליות של שליטה חברתית נכשלו (כגון סכסוכים) או נמצאו לא מתאימות (מערכות ללא מערכת משפט מדינתית, כמו בקיבוץ). כאשר נוצר שינוי מבני שמחייב אכיפה פורמלית והתפתחות של משפט פורמלי.

### כיצד מתפתחת מערכת משפט? סולידריות

סולידריות נוגעת ליחסים החברתיים הקושר בני אדם האחד אל השני. היא יוצרת תחושה של אחדות בין קבוצה של אנשים, המבוססת על שותפות אינטרסים, מטרות או העדפות.

#### הסולידריות ע"פ אמיל דורקהיים

הסוציולוג אמיל דורקהיים ( (Durkheimחי בסוף המאה-19, בתקופה של התפתחות תעשייתית מואצת ומעבר מהכפר אל העיר. תקופה זו אופיינה ב:

* מעבר מחברות פשוטות והומוגניות ל**חברות מודרניות והטרוגניות**, מתועשות בעלות חלוקת עבודה.
* **הסדרה חקיקתית ורגולציה**: חוקרים מנסים להבין ולהצדיק את התהליך שנוצר.
* התפתחות של **מערכת המשפט**.
* **משפט שיקומי**: מעבר ממשפט פלילי עונשי לשיקומי.

כיצד ניתן להסביר התפתחויות אלו? דורקהיים חילק בין שני סוגים של סולידריות חברתית:

##### סולידריות מכאנית:

* סולידריות חברתית המאפיינת חברות מסורתיות קדם תעשייתיות שבהן אין חלוקת עבודה מורכבת. כל פרט בקהילה נתונה יכול היה להחליף כל חבר אחר. לא היה כל יתרון לחבר זה או אחר בקהילה נתונה בביצוע תפקיד מסוים, זולת הניסיון שנצבר או מומחיות המבוססת על הצטיינות, כלומר ”כישרון טבעי“.
* במצב כזה הפרט משתייך לחברה לא מתוקף צרכיו אלא מתוקף לכידות מולדת ותודעת שותפות גורל, אשר הייתה על-פי-רוב כנועה וצייתנית ביחס לגורם סמכות שרירותי ששלט בה ביד רמה.
* הסולידריות נשמרת באמצעות קשרים אישיים קרובים ודמיון בהרגלים, רעיונות, בתפיסות ואינטרסים משותפים (למשל, קהילה חרדית או קיבוץ).
* **תפקיד המשפט**: ענישה. סטייה (מעשה פלילי) מן הנורמות המקובלות על החברה פוגע בה, וענישה מיועדת להגן ולשמר את הסולידריות החברתית.
  + מערכת המשפט היא מנגנון מגיב לפגיעה בסדר החברתי, כאשר מי שפשע נענש בכדי להוות דוגמא לקהילה שסטייה חברתית לא תתקבל.
  + אין מטרה לשקם את מי שפשע אלא רק להעניש אותו.

סולידריות מבוססת תלות מולדת, צייתנות

##### סולידריות אורגנית:

* סולידריות חברתית המאפיינת חברות תעשייתיות מודרניות והטרוגניות.
* הסולידריות האורגנית מבוססת על חלוקת עבודה והתמחות, ועל כן היא נוטה לפתח תודעה של תלות הדדית ושל שיתוף פעולה. כל פרט אינו יכול למלא את מלוא צרכיו בעצמו ועל כן הוא תלוי בשאר הפרטים בחברה דרך מערכת של יחסי גומלין וחליפין. לפרט אין את היכולת לפרוש מן החברה שכן כך הוא לא יוכל למלא את צרכיו.
* תפקיד המשפט**:** פחות משפט עונשי (פלילי) ויותר משפט מפצה כי:
  + המבנה החברתי משתנה,
  + האינטרסים משתנים,
  + הסולידריות משתנה - יש יותר סכסוכים משפטיים עסקיים/ חוזיים לעומת חברות מסורתיות.
  + יש מטרה לשקם - כל פרט חיוני לחברה, על כן לא ניתן להוקיע פרטים ויש לשקמם.

סולידריות מבוססת תלות הדדית, שיתוף פעולה

למה חשוב לעשות את ההבחנה בין שני סוגי הסולידריות? מפני שכל אחד מסוגי הסולידריות יוצר מערכת משפט שונה. הסולידריות האורגנית יוצרת מערכת משפט עונשית ומערכת משפט מפצה ושיקומית.

אולם המשותף לשניהם הוא משפט שמטרתן שמירה על הסדר החברתי.

### השוואה בין מערכות קולקטיב ישראליות – המושב והקיבוץ

**Schwartz: Social Factors in the Development of Legal Control[[4]](#footnote-4)**

שוורץ חקר את אי-ההתפתחות אמצעי השליטה המשפטיים בקיבוץ, לעומת ההתפתחות במושב.

טענתו היא שהתפתחותם הנבדלת של אמצעי שליטה משפטיים ומערכת אכיפה פורמאלית במושב, לעומת אמצעי פיקוח חברתיים (נורמות) בקיבוץ, נבעו מהעובדה שאמצעי השליטה לא פורמליים (חברתיים) לא עבדו באופן יעיל במושב בשל מבנה חיים חברתי וכלכלי שונה.

**הדמיון בין הקיבוץ למושב**:

דמיון במאפייני שתי מערכות ההתארגנות:

* נוסדו בערך ב**אותה תקופה** (בסביבות 1921) על ידי מתיישבים צעירים שהגיעו ממזרח אירופה כדי לבנות חיים חדשים.
* כמות **אוכלוסייה** זהה במושב ובקיבוץ.
* **מיקום** גיאוגרפי זהה (עמק יזרעאל).
* התמודדות עם אותו **מזג אוויר** ואותה טופוגרפיה.
* למושב ולקיבוץ יש אזורים חקלאיים זהים בגודלם שמשמשים לפרנסה.
* המושב והקבוצה **חילוניים**, והתושבים של שניהם מזוהים עם אותה **מפלגה פוליטית** (מפא"י).
* שתי המערכות **כפופות למערכת המשפט** הישראלי ולפני כן המנדטורי.

דמיון בצורת ניהול הסכסוכים:

* לא היו הבדלים עמוקים בתפיסה של מערכת המשפט. שניהם הכירו ב**מרכזיות משפט המדינה**
* בשתי צורות ההתיישבות יש **אספות כלליות שמכוחן מפעילים אמצעי שליטה פנימיים**. בקיבוץ כיסו יותר נושאים ונפגשו יותר, לעומת המושב שנפגשו פעמיים בשבוע אך הייתה נוכחות מקיפה יותר של חברי האסיפה.
* האספות הכלליות עבדו בצורה יעילה בשתי צורות ההתיישבות.
* האספות הכלליות ביזרו סמכויות ולעדות.

**השוני בין מבנה החיים החברתיים בקיבוץ ובמושב**:

השוני המהותי: ארגון החיים הכלכליים שמשפיע על החיים החברתיים (ועל הסולידריות החברתית):

* בקיבוץ:
  + **הקבוצה היא יחידה ראשונית גדולה**.
  + חיים כלכליים שיתופיים כאידיאולוגיה. הכל נעשה במסגרת הקולקטיב - העבודה, האוכל, גידול הילדים, בתים הצמודים האחד לשני, מקלחות ושירותים משותפים - הכל חשוף לקהילה.
  + העברה של אינפורמציה בין חברי הקבוצה מתרחשת כל הזמן וכמעט בכל מקום.
* במושב:
  + **המשפחה היא יחידת הייצור והחלוקה**, אין חיכוך, אין שיתוף והעברה של מידע. כל מה שקורה בקיבוץ בין כולם, קורה במושב במשפחה (חשיבה יותר מודרנית אינדיבידואליסטית).
  + מבנה החיים במושב לא מאפשר מידה כה רחבה של חשיפה לקולקטיב.
  + **שיתוף אורגני**: העבודה על פי רוב נעשית לבד, עם סיוע בני משפחה ואולי ידיד אחד מדי פעם. כל עוד משתתפים בחובות הקולקטיבים ע"י תשלום מיסים, ועושים שימוש בכלים הציבוריים, כל אחד יכול לעשות בשטח החקלאי שלו כרצונו. האוכל, שברובו יוצר באופן עצמאי, מבושל ונאכל במשפחה הגרעינית. בתים מופרדים עם שטחים גדולים בין לבין, ועצים וצמחים מפקידים בין הבתים. כל הפעילות שנעשית במשותף בקבוצה, כגון מקלחות, שירותים, גידול ילדים, כביסה וכו', נעשית בצורה פרטית במושב.

מהשוני המרכזי הזה בין שני סוגי ההתיישבויות, שוורץ מפתח את הטיעון המרכזי שלו: בגלל המבנים החברתיים השונים, התפתחו מנהגים שונים.

בקיבוץ התפתחו מנהגים מוגדרים של מה מותר ומה אסור ומה זה אומר להיות חבר קיבוץ טוב, כל זאת בגלל המבנה השיתופי.

מנגד, במושב כללי ההתנהגות היו יותר רחבים; כל אחד הגדיר שכן טוב בצורה אחרת והיו כללים מעטים שהיו ברורים.

היעדר מנהג בצירוף בעיות בלכידות חברתית יצרו במושב משבר, שינוי מבני, אשר הביא ליצירת מערכת משפט פורמלית.

מערכת משפט פנימית-פורמלית במושב:

* ועדה שכללה שבעה חברים שנבחרו פעם בשנה על ידי האסיפה הכללית, בכדי להתמודד עם סכסוכים פנימיים:
  + לאחר הגשת התלונה, מתקיים דיון בהשתתפות שלושה מתוך שבעת החברים בוועדה.
  + ההרכב מחליט האם וכיצד הנתבע יישא באחריות.
  + קנסות ופיצויים מושתתים ומשולמים בדרך כלל עם קבלת ההחלטה, ואם הנתבע מסרב - מזכיר המושב דואג לאכוף את ההחלטה.
* אומנם הועדה מקיימת כללים פרוצדורליים פשוטים, אך ברור כי מדובר בישות של שליטה ואכיפה משפטית, לעומת ישות חברתית בלתי פורמלית בקיבוץ (אסיפה כללית, לחץ חברתי).

הקיבוץ משקף סולידריות מכנית ונזקק פחות למשפט המדינה, לעומת המושב שמשקף סולידריות אורגנית ונזקק יותר למשפט המדינה, כי אין לו מנגנון פנימי של חוקים.

התפתחות המשפט על פי הגישה המבנית

1. **קונפליקט בדמות**: פשע, מהומות (על רקע אתני/ גזעי), סכסוך (גם משפטי אזרחי בין פרטים) הם אירועים יוצאי דופן ובלתי רצויים, רגעים ממוקדים בהם הסדר החברתי מופר והמבנה החברתי נשבר.
2. נוצר **שבר מבני** וכדי לשמר את המבנה החברתי, המדינה מפעילה כלים למלחמה בפשיעה ובסטייה החברתית, כדי לשמור על המערכת עובדת לטובת כלל הציבור.
3. **דרך הפעולה - מערכת המשפט**: המשפט מסדיר ומגביל התנהגות של אינדיבידואלים ביחסיהם האחד עם השני, ומתאם בין מוסדות חברתיים, כאשר לעורכי הדין תפקיד חשוב כסוכנים של שליטה חברתית.

### המצב בישראל כיום

הצעת חוק מייגן הישראלי - הצעת חוק המלחמה בפדופיליה, התש"ע-2010

* ישנם שני חידושים מרכזיים בהצעת החוק:
  + הסמכת בית המשפט להורות על "סירוס כימי" (מתן טיפול תרופתי לשם דיכוי היצר המיני).
  + הקמת מאגר מידע הפתוח לציבור הכולל את פרטיהם של עברייני המין.

תגובת הפרקליטות להצעה:

* אין מקום ליצור את המאגר המוצע בחוק
  + חוסר יעילות:
    - מחקרים מוכיחים כי הרוב המוחלט של הפגיעות בילדים מתבצעות על ידי בן משפחה או מכר. לפיכך, המאגר, המתייחס אך לפגיעות על ידי זרים, לא יאפשר להגן על רובם הגדול של הילדים שנפגעו מינית.
    - המאגר כולל רק את עברייני המין שחזרו בהם ממעשיהם הרעים, ומבקשים להיות כיום חברים שומרי-חוק בחברה – כלומר אלו שהסכנה מהם היא הקטנה ביותר ושאין בסיס להניח כי ישובו לפגוע בילדים.
  + פגיעה קשה בזכויות האדם:
    - ישנם מחקרים המצביעים דווקא על כך שהקמת המאגר אף תוכל להגביר את הסיכון לפגיעה בילדים. השילוב בין ההגבלות על מגורי העבריין, להשפלה וההטרדה שהם מנת חלקו, מחייב את העברייניים לגור בבידוד, הרחק ממשפחותיהם, מגופים טיפוליים או ממקורות אחרים של תמיכה חברתית ורגשית, שהייתה יכולה לסייע להם להתמודד עם דחפיהם המיניים.
    - חשש מפגיעה פיזית בעברייני מין ששמם מופיע במרשם: מאז שהוקמו מאגרי המידע בארה"ב, נתגלו מקרים רבים ביותר של התנכלות ופגיעה פיזית בעברייני מין שהופיעו במרשם. בעקבות הופעת שמם במרשם, אף נרצחו שני אנשים. בנוסף, היו מקרים רבים מאוד של פגיעה פחותה יותר: הטרדה מילולית, ונדליזם וכו'.

עופר כרמי נ' ערוץ 10 מגזין "השבוע" (ת"א (חיפה) 45296-05-12) - לא לקריאה:

אם בעבר הסתפק המחוקק בענישת עבריינים הרי שבשנים האחרונות נחקקו חוקים שונים שנועדו להצר את רגלי העבריינים ולפקח על עברייני מין שהורשעו גם לאחר ריצוי מלוא תקופת העונש שהוטלה עליהם. תכליתם של חוקים אלו הינה בעיקר להגן על הציבור הרחב ועל הקרבנות מפני החשש שמא עבריין המין ישוב לבצע עבירות.

### ביקורת על הגישה המבנית

* **מהי טובת הכלל?** האם יש כזה דבר "טובת הכלל של מבנה חברתי"?
* גישה זו יכולה להצדיק כמעט כל תוצאה. גם אם התוצאה אינה צודקת לאינדיבידואל, לנשים, לקבוצה אתנית מסוימת, זה עדיין יהיה מוצדק כי זה מקדם את הצרכים של החברה כקולקטיב. גם הצרכים של החלשים והעניים ימולאו בשלב מסוים בכדי להבטיח סולידריות חברתית.
* מציגה באור מאוד חיובי את מערכת המשפט, עורכי דין, שופטים, פקידים, אנשים עסקים וכו'.
* חגיגה של הממסד, ואי הכרה בכך שהממסד עצמו הוא בעייתי ובנוי על יחסי כוחות. ולכן דווקא מגביל את האפשרות לערוך שינויים מבניים עמוקים (בכדי למשל להילחם בעוני או לסייע לחלשים).
* תפיסה מאוד אידילית של המשפט שהרבה פעמים מנותקת מהאופן שבו דברים באמת מתרחשים בפועל

## גישת הקונפליקט החברתי

ההנחה כי הכוח הבסיסי הפועל בחברה הוא מאבק בין קבוצות חברתיות ובין יחידים על השגת חלק גדול ככל הניתן מהמשאבים המשותפים.

זו גישה מטריאליסטית ביסודה, על פיה מה שמניע את ההיסטוריה האנושית הן פרקטיקות ומאבקים יומיומיים על האינטרסים האישיים והקולקטיביים (הכלכליים) של פרטים וקבוצות בחברה.

קרל מרקס נחשב לאחד מראשוני מנסחיה.

* המשפט (ומוסדות נוספים) הוא ביטוי ל**קונפליקט וכוח**. כלי בידי קבוצות חזקות (הרוב, הגמוניה שלטת) המשתמשות בו כדי לבסס ולשמור את הדומיננטיות שלהן בחברה.

דרך הפעולה היא באמצעות:

* + חקיקה (לוביסטים[[5]](#footnote-5) - המקדמים אינטרסים של קבוצות אינטרס צר)
  + רגולציה (מתווה הגז)
  + פסיקה
* לפי גישה זו, **תרבות** נתפסת כמשקפת את האינטרסים של קבוצה או של קבוצות מסוימות בחברה. הקבוצות החזקות בחברה "יוצרות" תרבות שמגנה על האינטרסים שלהם.

### ניתוח לפי גישת הקונפליקט

א. רון חריס - "נפילתו ועלייתו של מאסר החייבים":[[6]](#footnote-6)

עד שנת 1949 נהג במדינת ישראל מאסר חייבים(debtor's prison) בשל אי תשלום חוב כספי. מקורו הוא באנגליה של ימי הביניים, כאשר המעמד העליון האריסטוקרטי (Gentry - בעלי הרכוש אך חסרי תואר) ששלט בהון הקרקעי (שהיה העיקרי), חסה תחת הסדרים משפטיים אשר הגנו עליו.

אפשרויות ה**הוצאה לפועל** הוגבלו בעיקר למאסר. הסדר זה שמר על אותו מעמד מפני פרעון חובות, כיוון שהם השתמשו ביוקרתם החברתית וקשריהם כדי לחמוק ממנו.

הגנות נוספות למעמד העליון:

* סוגי קרקעות שהיו חסינים לחלוטין מפני הליכי הוצאה לפועל.
* החל מחוב מסויים לא היה ניתן להוציא הליכי הוצאה לפועל.
* בחירה להיכלא בבתי הכלא הנוחים של לונדון (לעומת בית סוהר מקומי צפוף ומזוהם)

אולם בני המעמד הנמוך שלא היה להם הון קרקעי ולא שילמו את כספם, לא יכלו לחמוק מההסדר הזה ולכן נאסרו בהמוניהם. הם היו צריכים לשאת בהוצאות המאסר, רבים מתו כעבור זמן קצר עקב תנאי הסניטציה הגרועים וגם שחרור גופתם נשא תשלום ממשפחותיהם.

המעמד הבינוני והגבוה השתמשו במנגנון נוסף, זול ויעיל שאפשר להם לגבות את חובם מבני המעמד הנמוך באמצעות **בתי משפט לתביעות קטנות**  (courts of request), תוך שימוש מסיבי באיום במאסר.

המעמד הגבוה ניסה להגביר את הפיקוח על צוברי הון חדשים, סוחרים גדולים, להציב להם סטנדרטים מחמירים ולמנוע מהם שותפות בניהול המדינה.

אפשרות **פשיטת הרגל** באנגליה הוגבלה מלכתחילה לסוחרים בלבד ולקיומו של חוב גבוה יחסית, כך רק מי שעסק במסחר באופן פעיל יכול להיות היה מוכרז כפושט רגל ולהנות מההגנות שבהסדר זה. על המעמד הנמוך - פועלים, חנוונים וכו' - הוסיפו לחול דיני ההוצאה לפועל בלבד, הכוללים במרכזם מאסר. בהמשך הורחבו דיני התחולה של פשיטת הרגל, אך גם אז המעמד הנמוך היה מחוץ לאפשרות זו.

באמצע המאה ה-19, הטיפול בבעלי העסקים הגדולים שהצליחו להשיג אישור התאגדות מהמדינה, הופרד מההסדר הכללי של מאסר החייבים ופשיטת רגל, והם זכו בהגנה מוחלטת על גופן והגנה ניכרת על רכושם.

המעמדות מעוטי ההכנסה, בעלי העסקים הזעירים, פקידים זוטרים, פועלי תעשיה וחקלאות - כל אלו נותרו לבדם חשופים למאסר החייבים.

בשנות ה-20 של המאה-19, קרא ג'רמי בנת'הם לביטול מאסר החייבים, מסיבות תועלתניות: מאסר החייבים מהווה ענישה במידה העולה על הנדרש, אין מקום להבחין בין חובות הנגבים באמצעות מאסר לחובות הנגבים באמצעות פשיטת רגל.

הדרישה עלתה מדי פעם בפעם אך התנגדות חזקה של קבוצות אינטרס שנהנו מהסטטוס קוו - הבנקאים והסוחרים, עורכי דין ושופטים וכו' - התפרנסו היטב מההסדר הקיים והיו קרובים למוקדי קבלת ההחלטות, מנעה זאת. עד למלחה"ע הראשונה נאסרו יותר מ-300,000 חייבים שלא פרעו את חובם.

לבסוף, ב-1970 לאחר המלצות ועדה, בוטל מאסר החייבים. ממצאי הועדה:

* אין ולא הייתה מעולם הצדקה לאסור אנשים בשל עסקאות מסחריות.
* עבר זמנו של מאסר החייבים לנוכח השינויים החברתיים והכלכליים.
* המאסר פוגע ביכולת ההשתכרות של החייב וביכולת הפירעון העתידית שלו.
* המאסר יוצר הוצאות כספיות נוספות על משלם המיסים.
* קיימות ראיות שרוב הנאסרים בפועל הם חסרי רכוש, כישורים ומזל ולא נוכלים חסרי יושר.

דיון:

* לטענת הכותב, המשפט אינו תחום המתפתח באופן אוטונומי מלא מתוך המשכיות פנימית, אלא מושפע מאינטרסים של קבוצות חברתיות חזקות בעלות אינטרס משותף.

**ב.** שגית מור - "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית":[[7]](#footnote-7)

לטענת מור, קיימת היררכייה בתוך החברה בין קבוצת האנשים עם מוגבלויות לקבוצת האנשים ללא מוגבלויות.

מדינת הרווחה משתתפת בתהליכים של כינון שתי ההיררכיות הללו, תוך עיגונן ומתן לגיטימציה להן.

קצבאות הנכות משמרות ומשעתקות היררכיות חברתיות על בסיס תרומה לחברה ובכך מי "שווה" יותר. כך למשל, קיימת היררכייה פנימית בתוך קבוצת הנכים:

1. נכי צה"ל - מספקים את התרומה המקסימילית של סיכון חייהם בקרב עבור המדינה. לכן הם מדורגים הכי גבוה ומקבלים קצבאות הכי "שוות".
2. נכי עבודה - גם נהנים מהסדר ביטוח נדיב יחסית בשל התרומה היצרנית שלהם לחברה.
3. נכים כלליים
4. **נכי צה"ל** - הגדרת הנכות הרחבה ביותר; נדרשים לעבור מבחן רפואי בלבד ו-10% נכות ע"מ לקבל קצבה; הסדר מבוסס פיצוי.
5. **נכי עבודה** - 20% נכות ע"מ לקבל קצבה; הגדרת נכות מצומצת יותר; הסדר מבוסס יסודות ביטוחיים ופיצויים גם יחד.
6. **נכים כלליים** - מבחן רפואי+תפקודי ו-40%/60% נכות; הגדרת נכות מינימלית, נזקקות בלבד.

ההבדלים במנגנון:

* **מנגנון החלוקה**:
* **הבדלים בהגדרת הנכות**:
* **מבחנים שונים לקבלת קצבה**:
* גובה הקצבה: קצבת נכות כללית= 25% משכר ממוצע במשק. קצבת נכה צה"ל מחושבת ביחס למשכורת של עובד מדינה בדרג בינוני, ואפשר גם לעבוד בנוסף. קצבת נכות עבודה עומדת על 75% משכרו הקודם.
* **הבדלים** בקצבאות ייחודיות: בנוסף לניידות ולשירותים מיוחדים שכל הנכים זכאים לקבל, נכי עבודה מקבלים בנוסף גם "מענק מיוחד" להתאמת הבית, הרכב, ציוד מיוחד ועוד. ונכי צה"ל מקבלים סיוע רב בתחומים מגוונים.
* **הבדלים** בסל שירותים: שירותי שיקום (כולל סיוע במציאת עבודה והעדפה מתקנת), שירותי טיפול רפואי מן המדינה.

הצעתה:

* **הכרה** במנגנוני הכוח החברתיים המדירים אנשים עם מוגבלויות, אשר גורמים למצב שבגינו כה רבים מתקיימים מקצבת נכות, ויוצרים עלויות נוספות לאנשים עם מוגבלויות בחיי היום יום.

מנקודת מבט זו קצבאות נכות אינן מבטאות אחריות כלפי ה"חלשים" אלא דרך נוספת לגרום לחברה להודות

בעוולות העבר ואולי להאיץ את תיקונן. בלא קצבאות הנטל ממשיך להיות מוטל על כתפי אנשים עם מוגבלויות.

היא רוצה להטיל על החברה את האחריות ליצירת מכשולים בפני אנשים עם מוגבלויות.

תרגום משפטי אפשרי של תובנה שכזו יכול להיות סוג של העדפה מתקנת, מנגנון המכיר בעוולות העבר ואשר מוגדר כאמצעי זמני עד שתיקונן יושלם.

## ההבדלים בין הגישות לעיל

לפי **הגישה המבנית** קיים סדר חברתי מסוים; המשפט נוצר עקב סדק במבנה החברתי, חוסר במנהג. תפיסה התפתחותי של קדמה.

לפי **הגישה התרבותית**, קיים מנהג חברתי מסוים; המשפט נוצר כדי למסד את המנהג החברתי בחוק.

לפי **גישת הקונפליקט**, קיים סדר חברתי מסויים שנוח לקבוצות החזקות; המשפט נוצר כדי לשמר את כוחם של קבוצות אלו.

# שחקנים במערכת: שוטרים, שופטים, ומתדיינים

## שוטרים, ציות לחוק, לגיטימציה וסמכות

משמעות הציות לחוק ביחס למערכת האכיפה.

השאלות שנעסוק בהם:

* מה הופך חוק לאפקטיבי? כלומר, מתי יצייתו לחוק ומתי לא?
* אילו קבוצות לא יצייתו לחוק ומדוע?
* מהן המוטיבציות של אנשים שיגרמו להם לציית או לא לציית?
* כיצד מערכת אכיפת החוק משפיעה על הציות?

כדי שהחברה תתפקד, קיים המשפט. אך ללא ציות חברתי (Law-Abiding Society) - אין משמעות לחוק ולמשפט. שאלות ודילמות של ציות הן קריטיות אפילו יותר בזמני חירום (מגפה, מלחמה).

קיימים חוקים המנסים להטמיע נורמות, כגון חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

**שאלות שעולות בהקשר לחוקים אלו**:

* איך קבלת החוקים הללו השפיעה על התפתחות המשפט בהקשר מניעת אפליית אנשים עם מוגבלויות או מניעת אלימות?
* מה השפעת חוקים אלו על התנהגות פרטים בחברה?
* האם מעסיקים שינו את דפוסי ההעסקה שלהם?
* האם מוסדות ציבור ביצעו התאמות נגישות?
* האם אנשים הפכו פחות אלימים?

### מדוע בני אדם מצייתים או לא לחוק?

1. **מודל הבחירה הרציונלית** (Rational choice theory): המודל מניח שבני אדם מקבלים החלטות בצורה רציונלית, והסיבה שהם מצייתים קשורה לשיקולי עלות-תועלת (בין היתר עלות של עונשים פליליים). לכן, ככל שהעלות גבוהה יותר (עונש חמור יותר) - כך נראה יותר ציות לחוק.

הבעיה: מחקרים מראים שלא בהכרח קיים קשר בין חומרת העונש למידת ההרתעה; לא תמיד מבצעי העבירה יודעים מהו העונש בעת ביצועה.

1. **הגישה הנורמטיבית**: בני אדם נוטים להתנהג לפי נורמות חברתיות, משפחתיות ועקרונות המוסר שלהם. כאשר הנורמות והעקרונות חופפים לחוק - אותם בני האדם יטו לציית לו. כלומר, הציות לחוק לא נובע בגלל אי-חוקיות המעשה, אלא כי המעשה אותו מגביל החוק אינו מוסרי או אינו תואם את הנורמה אותה הם מכירים. אנחנו נוטים להאמין שמה שהוא לא חוקי הוא גם לא מוסרי.
2. **גישת הלגיטימציה** (טום טַיְלֶר Tyler):

**Tom Tyler, Enhancing Police Legitimacy, 593 ANNALS APPS, pp. 84-99 (2004)**

יובל פלדמן, "משפט, נורמות והתנהגות: על משתנים ממתנים, על משתנים מתווכים ועל מה שביניהם" משפט, חברה ותרבות: האם המשפט חשוב? 61 (עורכות: דפנה הקר ונטע זיו, תשע"א).

לגיטימציה היא המידה שבה הפרט תופס את הסמכות, כזכות להורות לו כיצד לנהוג.

הציות לחוק קשור באופן הדוק למידת האמון והלגיטימציה שבני האדם מעניקים למערכת (משטרה, מערכת המשפט וכיוצ"ב); בני אדם מרגישים אחריות לציית לסמכות לגיטימית, אשר עושה שימוש נכון בסמכות.

לכן יש צורך להגביר את האמון במערכת. כיצד?

בסיס המחקר נעשה בהקשר המשטרה:

* ע"מ ש**המשטרה תוכל לתפקד** כראוי ולשמור על הסדר החברתי בצורה יעילה, יש חשיבות לציות לחוק. הרי המשטרה לא נמצאת בכל מקום בכל זמן, ויש צורך בשימור הציות לחוק גם כשהיא לא שם.
* קיים **קשר הדוק** בין מידת הלגיטימציה שניתנת למשטרה לאחוזי הציות לחוק.
* סיבה מרכזית שבני אדם משתפים פעולה עם המשטרה היא שהם רואים אותה כרשות חוקית לגיטימית אשר יש לציית לה. סיבה נוספת נגזרת מהתפיסה של **הוגנות התהליך המשטרתי,** ככל המשטרה מילאה אחר מרכיבי הצדק הדיוני, היא נתפסת כלגיטימית יותר וככזו שראוי יותר לציית לה.
* **תמיכה ציבורית ושיתוף פעולה**: תפקיד הציבור לעזור למשטרה במילוי תפקידה. המשטרה מרוויחה במיוחד כאשר יש להם תמיכה ושת"פ של מרבית הציבור במרבית הזמן.
* **ביקורת מתמדת**: כדי לשמר את הלגיטימיות, יש צורך בביקורת והערכה של הצורה בה המשטרה מוציאה לפועל את הרשות שניתנה לה.

טיילור מראה שבארה"ב, כ-61 אחוז מהלבנים מאמינים במשטרה ובמערכת, אף לקבוצת האפרו-אמריקאים יש חוסר באמון המערכת.

חשיבות המשפט - המשפט נחשב לחשוב אם יש בו כדי להשפיע באופן ישיר או עקיף על אחד או יותר מן הממדים המרכיבים את ההתנהגות האנושית.

הגישה ההתנהגותית למשפט מתאפיינת בהתמקדות בקשר שבין המשפט לבין התנהגותו של האדם הבודד

השפעת המשפט על ההתנהגות האנושית: השפעה ישירה באמצעות מודלים של מחיר או של פחד; השפעה עקיפה המתמקדת בהעברת מידע בין הריבון לאזרח ללא תלות משמעותית במנגנונים של מחיר או של מוסר; מודלים של חינוך, של מוסריות ושל שינוי ערכים, מודלים המבוססים על שינוי פנימי של ההתנהגות.

הרחבה:

שוטרים עברו הכשרה, שארכה 40 שעות, וכללה משחקי תפקידים שבהם השוטרים למדו כיצד לשדר אמפתיה כלפי האזרחים, להשעות שיפוטיות ולנסות לראות את "האמת" בדבריהם; באילו ביטויים להשתמש כדי להבהיר שהם קשובים, וכיצד להעביר מסר נכון במבט, מנוד ראש, יציבה וטון. הם למדו על הטיות וסטריאוטיפים, על עבודה עם אוכלוסיות מיוחדות ועל דרכים לבניית אמון.

התוצאות: השוטרים נטו במובהק להקשיב יותר לאזרחים ולכבד אותם, ירידה של 60% במעצרים וירידה מובהקת של 14% בפשיעה.

[הארץ](https://www.haaretz.co.il/magazine/2022-07-14/ty-article/.highlight/00000181-fbae-d6ee-a9df-fbae684c0000)

מה משפיע על תפיסת הלגיטימציה?

* צדק **פרוצדורלי** (Procedural Justice): האם ההליך עצמו היה הוגן? מורכב מארבעה רכיבים:
  1. השתתפות - המידה בה האזרח חש שהוא הביע את הצד שלו.
  2. ניטרליות - מעידה על הוגנות בהליך. למשל, שקיפות (שוטרים יכולים להסביר לאזרחים את החלטותיהם בזמן אמת, ולפעול להרגעת הרוחות).
  3. כבוד - אי-השפלה וכבוד בסיסי.
  4. אמינות (Trustworthiness) - אין הטייה בהחלטות, אין ניגוד עניינים, אין שחיתות.

האמונה של האזרחים בצדק ובהגינות החלטות המשטרה ובתי המשפט, חשובה לא פחות מהגינות וצדק בפועל.

מתן הזדמנות לאזרחים להשמיע את קולם ולהבין את הליכי קבלת ההחלטות של שוטרים ושופטים עשוי להביא לצמצום חוסר האמון של הציבור במערכת המשפט. מחקרים מראים כי צדק פרוצדורלי גורם לאנשים לציית לחוק, ומגביר את מעורבותם בקהילה. במקרים שבהם נאשמים זכו ליחס מכבד בהתאם על פי עקרונות הצדק הפרוצדורלי, ירדו הסיכויים שהם יפשעו פעם נוספת. תיאוריה זו פותחה ע"י ג'ון רולס ב-1971.



רמות גבוהות של אמון והליך הוגן מגבירים את הנכונות לשתף פעולה עם מקור הסמכות.

* צדק **מהותי**: האם תוצאת המשפט הוגנת? תפיסות שונות של חלוקה הוגנת:
  + יחסיות (Equity): חלוקה לא שווה. על כל אינדיבידואל לזכות במשאבים לפי תרומתו היחסית לקבוצה (למשל, קפיטליזם).
  + שוויון (Equality) - חלוקה הוגנת ושווה של משאבי הקבוצה (סוציאליזם).
  + צורך (Need) - חלוקה לא באופן שווה וללא קשר לתרומה יחסית, אלא על פי צורך.

הקביעה מה זה "צדק" ו"צודק" מושפעת מהתרבות.

### בישראל כיום

סקר ב-2017 לעניין מידת האמון במערכת: מגמת ירידה באמון הציבור בבית המשפט ובמשטרה:

* ביהמ"ש:
  + 49% מהציבור היהודי הביעו אמון בבית המשפט העליון ב-2017 , לעומת 80% בשנת 2000.
  + בקרב המשיבים הערבים נרשמה ירידה תלולה יותר של עשרה אחוזים, ורמת האמון שלהם עומדת היום על 47%, לעומת 58% ב-2015.
* המשטרה:
  + 28% מסכימים כי המשטרה פועלת בצורה שוויונית כלפי כלל אזרחי ישראל.
  + נרשמה ירידה בקרב המגזר היהודי הכללי בנתון זה, מ-32% בשנת 2014 ל-29% בשנת 2017 .
  + לעומת זאת במגזרים אחרים ישנה עלייה בשיעור המסכימים: 25% מהחרדים הסכימו עם טענה זו לעומת 14% ב-2014. ובקרב ערביי ישראל היתה הסכמה של 28% לעומת 18% ב-2014.

עורך הסקר, פרופ' רטנר, אמר כי רוב המדדים בנושאי הוגנות, שוויוניות ואמון כלפי המשטרה נמצאים ברמה מאוד נמוכה, גם בהשוואה למדינות אירופה. לדבריו: "חלק מהתפיסות והעמדות השליליות באות מהחברה. אנחנו חברה שלא אוהבת, בטח ביחס לתרבויות מערביות אחרות, לציית לחוק, ובאמירות כלפי מערכת המשפט והמשטרה יש איזושהי התרסה מסוימת"

## תובעים: תודעה משפטית, המשפט בחיי היום יום ותרבות משפטית

התפתחות סכסוכים משפטיים ותודעה משפטית:

המשפט בחיי היומיום

התפתחות סכסוך משפטי,[[8]](#footnote-8) מארק גלנטר:

1. **Naming** (שיום): זיהויו של עוול שבצידו עילה משפטית לתביעה.
2. **Blaming** (האשמה): ייחוס אשמה לגורם המעוול.
   * מכשולים - לא תמיד ניתן למצוא את האשם, וגם אז לא תמיד הנפגע ירצה להאשימו (למשל, סכסוכי שכנים, חוזים ארוכי טווח).
3. **Claiming** (תביעה) - תביעה לקבלת סעד בגין העוול.

לעתים התהליך עשוי להיתקע עקב המכשולים שצויינו, כמו גם עקב מאפיינים אישיים וחברתיים או ניתוב הסכסוך לפתרון אחר (כמו גישור). דוגמאות:

* מחקר מצא שיותר משליש מהגרושים שהלכו לגישור נמנעו מלפנות לבית משפט.
* **חוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה, תשע"ה-2014**: "מטרתו של חוק זה לסייע לבני זוג ולהורים וילדיהם ליישב סכסוך משפחתי ביניהם בהסכמה ובדרכי שלום, ולצמצם את הצורך בקיום התדיינות משפטית, מתוך התחשבות במכלול ההיבטים הנוגעים לסכסוך ובטובתם של כל ילדה וילד".
  + אחד המאפיינים של סכסוכים במשפחה זה שהקשר לא מתנתק אחרי הגירושים. יש ילדים משותפים, צריך להבנות שותפות הורית, צריך להתמודד עם דברים עתידיים בחיים ולצורך זה נדרשת ההתייחסות הטיפולית שמאפשרת להם לא רק את השורה התחתונה של איזו החלטה תהיה בעניין כזה או אחר, אלא גם את הדרך ליישם את זה ולהשתמש בזה ככלי עתידי לפתור גם סכסוכים עתידיים.
  + הצלחה: הנתונים הראו שעשרות אלפי תיקי בקשות ליישוב סכסוך נפתחו ביחידות הסיוע של משרד הרווחה.

דוגמה לניתוב הסכסוך/עוול לנתיב אחר:

הדר דנציג רוזנברג וענת פלג, "Naming, Blaming, Shaming: עמדותיהן של נפגעות עבירות מין שחשפו עצמן בפייסבוק כלפי ביוש תוקפיהן", משפט וממשל כא 69, 69-74, 103-116 (2020).

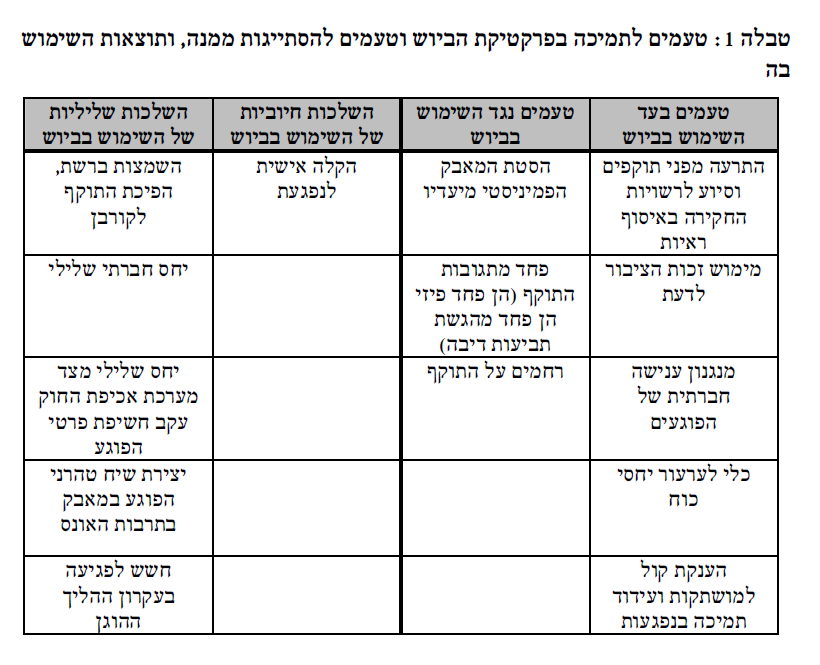
הכותבות ערכו מחקר איכותני, בו בחנו את תופעת הביוש במדיה החברתית שנפגעים ונפגעות של תקיפה מינית עורכים לפוגעים שלהם - באמצעות חשיפת הפרטים המזהים של הפוגעים. חלקם פנו למדיה החברתית במקביל למערכת האכיפה ואחרים לא.

מטרת המחקר הייתה לבחון את טיבה של תפיסת הצדק הא-פורמלית החדשה שהמתהווה ברשתות החברתיות אשר מעוררת בתורה שאלות בדבר יחסי הכוח החדשים הנוצרים בין:

נפגע העבירה, הפוגעים, הקהילה בכללותה, המדינה מחוץ למרחב הפורמלי של המשפט הפלילי המדינתי.

הממצאים העלו:

* **פעולה רציונלית**: בניגוד למחשבה נפוצה, פעולת הביוש אינה נקמה אלא זו פעולה רציונלית המכוונת להשגת מטרות חברתיות וציבוריות (צדק א-פורמלי), כגון חשיפת פרטים המעודדת נפגעות נוספות להתלונן או בתוכחה על כשלי המערכת
* לאחר שלבי ה-Naming וה-Blaming, מחליף הביוש (Shaming) את ה-Claiming.
* **אכזבה מהמשפט**: פנייתן של הנפגעות לאמצעי הביוש על פני התביעה אינה מכריזה על התנתקות מוחלטת מהעולם הפלילי - להפך, רבות מהנפגעות פנו למערכת זו מלכתחילה - מראה על חוסר שביעות רצון ואכזבה מהמערכת המשפטית אשר אמונה על הגנה על נפגעות פוטנציאליות, השבת גמול לפוגעים והרתעם.
* **מנגנון אכיפה פרטי**: מבחינתן, האמנה החברתית - לפיה האזרח מוותר על עשיית דין עצמית ונטילת החוק לידיים בתמורה לכך שהמדינה תגן עליו ותקנה לו זכויות - כשלה במקרה שלהן. ולכן הביוש הוא כמנגנון אכיפה פרטי לנוכח כשלונה של המדינה, עד שזו תשפר את הליקויים.
* במסגרת ההליך הפלילי וההחלטות המתקבלות על ידו, יש לתת יותר מקום לבעל העניין הישירים (נפגעים, בני משפחה, חברי קהילה) על פני אנשי המקצוע (תובעים, סנגורים ושופטים).
* **ביוש מגנה**: במקרים אלו, הביוש שנעשה בו שימוש ברשתות החברתיות הוא ביוש מגנה (ביוש ככלי הפונה אל העושה ולא אל המעשה), לעומת ביוש משקם אשר הוא חלק מהליכי צדק מאחה (ביוש ככלי הפונה אל המעשה ולא אל העושה).
* הביוש משמש ככלי לחשיפת פרצופם של אלו אשר ביצעו מעשים חמורים פחות מהרף הפלילי, אך בלתי מוסריים.
* **השלכה על מערכת המשפט**: נפגעי עבירה הם אלו אשר פונים אליה מיוזמתם. המחקר מראה כי בנסיבות מסויימות, נפגעות עשויות לפנות אל אפיק הביוש ברשתות החברתיות על פני פתיחה בהליך פלילי.

****

## סוגי השחקנים במשפט

תובעים ונתבעים, מארק גלנטר (Galanter):

* **שחקן חד-פעמי** (One-Shotter): אלו המגיעים לבתי המשפט באופן חד פעמי בלבד. רוב בני האדם הם שחקנים חד פעמיים.
* **שחקן חוזר** (Repeat Player): אלה שעבורם התדיינות היא חלק משגרה כלשהי. בד"כ העניין של שחקנים חוזרים בתיק המסוים הנו נמוך יחסית (בהשוואה לשחקנים חד פעמיים).

שחקנים חוזרים נוטים לזכות בתביעות בהצלחה רבה יותר משאר שחקנים חד פעמיים:

הם בעלי

* משאבים גדולים יותר.
* **הכרות טובה יותר עם מערכת המשפט והחוק**: בעלי ידע וניסיון מוקדם, מכירים את הבעיות והתשובות הפוטנציאליות.
* **מומחיות**: השחקן החוזר הופך בעצמו למומחה ולבעל נגישות למומחים.
* **סיכון מועט יחסית של הפסד**: עלות כל תביעה עבורם היא מינורית.
* **נטוורקינג**: יכולת גדולה בהרבה לפתח יחסים לא פורמאליים עם שחקנים מוסדיים אחרים (שופטים, פקידים, עורכי דין וכו') בזירה המשפטית.
* שחקנים חוזרים מסתכנים פחות בכל התדיינות ספציפית.
* יכולת להשפיע על הכללים עצמם – המדינה בוודאי משפיעה על תוכנם של הכללים המשפטיים.
* **אסטרטגיה לטווח הארוך**: השחקן הרב פעמי חותר למקסימום רווח בטווח הארוך, בעוד השחקן החד פעמי מתעניין בטווח הקצר.

### 4 מצבי התדיינות בין השחקנים

1. **שחקן חוזר vs. שחקן חוזר**: למשל, ארגון מול המדינה, ועד עובדים מול המעביד.
2. **שחקן חוזר vs. שחקן חד פעמי**: למשל, המדינה מול נאשמים, הבנק מול חייבים, מס הכנסה מול נישומים.
3. **שחקן חד פעמי vs. שחקן חד פעמי**: למשל, חוזה למכירת דירה, שכנים, גירושין, ירושה.
4. **שחקן חד פעמי vs. שחקן חוזר**: למשל, מבוטח תובע חברת ביטוח, נושה שתובע חברה, עובד מול מעביד.

מה תפקיד עורכי הדין בהקשר הזה?

### תודעה משפטית

המשפט כגורם המעצב את התודעה האנושית.

על פי, גישת התודעה המשפטית (Legal consciousness), המשפט הוא נדבך חשוב בתודעה הקולקטיבית התרבותית שלנו, והוא ממלא תפקיד חשוב בייצור מערך התגובות התרבותיות שלנו למצבים ולבעיות בחיי היום–יום.

גישה זו מבקשת לבחון כיצד אנשים מן השורה מבינים משפט, הליכים משפטיים וחוקים, וכיצד הבנה זו מעצבת את התנהגותם (השימוש שבו הם עושים במשפט ומידת הציות שלהם).

תודעה משפטית מתפתחת ומשתנה בעקבות מפגשים אינדיבידואליים של בני אדם עם המשפט, כגון: גורמי החוק, בתי המשפט ותרבות פופולרית. כן היא מושפעת מהשתייכות קבוצתית (מגדר: נשים-גברים; גזע: לבנים- אפרו-אמריקאים; מעמד: נמוך- בינוני- גבוה).

רבים סבורים כי המחקר החשוב ביותר בתחום התודעה המשפטית הוא ספרן של פטרישיה יואיק (Ewick) וסוזן סילבי (Silbey) ששמו The Common Place of Law: Stories from Everyday Life.[[9]](#footnote-9)

יואיק וסילבי ראיינו לספר זה כ–140 אנשים ממעמדות, גזעים ותנאי חיים שונים.

המרואיינים התבקשו לספר על בעיות ועל אתגרים שונים שנתקלו בהם במהלך חייהם המקצועיים והאישיים. הריאיון נערך בלי שהוזכר ההקשר המשפטי של המחקר, והחוקרות ביקשו לבחון האם המרואיינים יזכירו את המשפט מיוזמתם.

ממצאי המחקר וניתוח הנתונים היו מרתקים. המרואיינים שוחחו על בעיות בעבודה, בעיות עם בעלי בית ועם שוכרים, מוצרים פגומים וכדומה; בכל ההקשרים הללו הם הזכירו את עולם המשפט, ונראה שלקיומו הייתה השפעה משמעותית על תודעתם. עם זאת, האופן שבו התייחסו המרואיינים למשפט לא היה מונוליתי.

יואיק וסילבי זיהו בדברי הנחקרים שלוש סכֵמות, כלומר, שלושה אופנים של התייחסות למשפט:

* עמדה של "**בפני המשפט**" (before the law): מייצגת מצב תודעתי של כפיפות לעולם ולממסד המשפטי, כאשר האדם חש שהוא מסור בידי עולם זה ופועל במסגרת הכללים שלו — בין כתובע, בין כנתבע, בין כקרבן עבירה ובין כנאשם פלילי.
* עמדה של "**נגד המשפט**" (against the law): מייצגת מצבים של מחאה נגד הכלל המשפטי, בין בניסיון לשנותו ובין בדרכים ישירות פחות.
* עמדה של "**עם המשפט**"(with the law): מאפיינת שימוש במשפט מעמדה של כוח לקידום האינטרסים של אדם או הצרכים שלו, אך במסגרת הכללים של עולם המשפט.

מסקנות נוספות מתעוררות ברקע הסיפורים שחקרו:

* כינון המשפט על ידי פרטים אינו בהכרח תוצאה של פעולות משפטיות אלא לעתים תוצאה של יחסים חברתיים ואינטראקציה בין פרטים וקבוצות או היסטוריה.
* כל שלושת המצבים הללו עשויים להתקיים אצל אותו אדם ואפילו ביחס לאותו אירוע. יכול להיות ששחקנים מסוימים יתנהגו בצורה מסוימת לפי תבנית אחת ואחרים יתנהגו באותו אקט משפטי בכל שלושת התבניות.
* תודעה משפטית מושפעת מתרבות – בעיקר התרבות הפופולרית הנהגת באותה עת.
* נגישות לחינוך, השכלה, עבודה מסוימת, דת, תעסוקה, סוג הייצוג המשפטי ועוד בהכרח משפיעה על התודעה המשפטית של אנשים והאופן שבו הם עושים שימוש בחוק.

דוגמה לתודעה משפטית

מנאל תותרי-ג'ובראן "שיתוף הציבור בחוק התכנון והבנייה: המצוי והרצוי – ואדי נסנאס כמקרה-בוחן" משפט וממשל י 701 (2007).

[לא קראתי]

מטרת המאמר: לבחון את האופן שבו קבוצות מוחלשות עושות שימוש בעקרון "שיתוף הציבור" המעוגן בחוק התכנון והבניה באמצעות מקרה בוחן.

מקרה בוחן: כיצד התושבים הערביים בעיר מעורבת תופסים את ההליך המשפטי על פי חוק התכנון והבניה,

וכיצד תפיסה זו משפיעה על השימוש שהם עושים באותם כלים האמורים לאפשר להם להיות שותפים בהליך

התכנוני.

בחינת הקשר שבין ההיסטוריה של התפתחות משטר המקרקעין ושייכות קבוצתית לבין עיצוב התודעה המשפטית:

* תפיסה של חוסר אמון במערכת
* מערכת פורמלית ואטומה לצרכיהם
* תפיסה של חלש מול חזק
* יחסי רוב – מיעוט
* פיתוח אסטרטגיית פעולה אלטרנטיבית: מו"מ לפיצויים ולא ממש התנגדות לתכנית כדי לעצור אותה

מסקנה עיקרית שעולה ממחקר השטח: ההיסטוריה של התהוות משטר המקרקעין מעצבת את התודעה המשפטית של תושבי העיר הערביים וכך מתקבעים דפוסי ההשתתפות שלהם ואופי הטענות בהליך התכנוני.

# עורכי דין, ארגוני החברה האזרחית, אסטרטגיות משפטיות

פרופסיה: נועדה לשמור או לקדם אינטרס ציבורי שיתרום לחברה, כאשר לרוב העיסוק בו מוסדר בחקיקה.

אם חברי הפרופסיה מפסיקים לקדם תא האינטרס הציבורי, קיים חשש שהפרופסיה תהפוך למשלח יד רגיל ותאבד את הלגיטימציה לפריבילגיות שלה.

עריכת דין היא פרופסיה.

מה האינטרס הציבורי שממלאת פרופסיית עריכת הדין?

* אופיו של המוצר: שליחות בייצוג העוסק בזכויות משפטיות ועיסוק בצדק.
* עורכי הדין הם פקידי ביהמ"ש (מופקדים על ערכי המשפט).
* טובת הלקוח: מתן שירותים משפטיים למי שצריך.
* **קידום** צדק חלוקתי בקבלת שירות משפטי.

עקב האינטרס הציבורי שהן ממלאות, פרופסיות זוכות לפריבילגיות, הכוללות:

* קביעת סף לעיסוק: לא כל אדם שמסיים את התיכון ולומד לתואר, יכול להיות עו"ד. על פי החוק, הוא צריך לעבור מבחן לשכה, לעבור התמחות וכו'. זו פריבילגיה משום שסף זה מייקר את המקצוע.
* אוטונומיה מקצועית ושיקול דעת עצמי של קביעת סטנדרט התנהגות משלה וניהול ארגוניה (בנוסף לדין הקיים הכללי יש דין פנימי - אתיקה, דין משמעתי).
* סימנים **פרופסיונליים חיצוניים** (לבוש, שפה, קוד התנהגות וכו').

### ייחוד פעולות המקצוע

ס' 20 לחוק לשכת עורכי הדין קובע שישנה רשימה של עיסוקים שהם מיוחדים אך ורק לעורכי דין. על כן, מי שמנסה לעסוק באלו מועמד לעונשים. לפי המאמר של נטע סיג: הגילדות האלו עברו מן העולם

הפעולות המנויות להלן, לא יעשה אותן דרך עיסוק, או בתמורה אף שלא דרך עיסוק, אלא עורך דין; ואלה הפעולות:

(1) ייצוג אדם אחר וכל טיעון ופעולה אחרת בשמו לפני בתי משפט, בתי דין, בוררים וגופים ואנשים בעלי סמכות שיפוטית, או מעין שיפוטית;

(תיקון מס' 40) תשע"ז-2017

(2) ייצוג אדם אחר וכל פעולה אחרת בשמו לפני –

משרד ההוצאה לפועל;

לשכת רישום הקרקעות;

הפקיד המוסמך לענין חוק בתים משותפים, תשי"ג-1952;

רשם החברות;

רשם השותפויות;

רשם האגודות השיתופיות;

רשם הפטנטים והמדגמים;

הרשם כהגדרתו בחוק העיצובים, התשע"ז-2017;

רם סימני המסחר;

פקיד השומה ונציג מס ההכנסה לענין פקודת מס הכנסה;

המנהל לענין חוק מס שבח מקרקעין, תש"ט-1949;

מנהל מס עזבון לענין חוק מס עזבון, תש"ט-1949.

(3) עריכת מסמכים בעלי אופי משפטי בשביל אדם אחר, לרבות ייצוג אדם אחר במשא ומתן משפטי לקראת עריכת מסמך כזה;

(4) ייעוץ וחיווי דעת משפטיים.

לצד הפריבילגיות, המערכות שחלות על עו"ד:

* המשפט הפלילי: עבירות כמו שיבוש הליכי משפט, הטרדת עד, גניבה בידי מורשה, תרמית ותקיפה.
* המשפט האזרחי: עוולת הרשלנות, עוולת הפח"ח וגם דיני לשון הרע.
* סדר דין אזרחי ופלילי: קבועים בחוקים ובתקנות. המתייחסים לייצוג בבתי משפט.
* דין משמעתי: קבוע בחוק לשכת עורכי הדין, בכללי אתיקה מ-1986 ובחקיקת משנה נוספת החלה על עו"ד. כתם במוניטין של עו"ד עלול להשפיע על לקוחות פוטנציאליים ועל תפיסתו בידי קולגות.
* אתיקה: מערכת הנמצאת מחוץ לעולם המשפט.

## נאמנויות עורך הדין

לימור זר גוטמן, "הנאמנויות של עורך הדין" חובות אמון בדין הישראלי 243, 245-258 (2016)

על עורך הדין מוטלות שלוש נאמנויות:

### נאמנות לחברה

אחד המאפיינים של פרופסיה והתנאי לקיומה הוא אלטרואיזם. המדינה לא הייתה מסכימה להעניק לפרופסיה הטבות ניכרות (הקבועות בחוק), שיש בהן כדי לקדם את האינטרסים העצמיים של חברי הפרופסיה, אלמלא הבטיחה הפרופסיה לקדם אינטרסים חברתיים שונים.

חובותיה:

* 1. לשמור על הסדר החברתי-משפטי - להימנע מפעולות שאם יבוצעו לאורך זמן ובשיטתיות בידי מספר רב של אנשים, יהיה בהן כדי להחליש ואף להרוס את המסגרת החברתית-משפטית החיונית לקיומה של החברה.
  2. להתחשב גם באינטרסים של צדדים שלישיים ולהביא בחשבון את התוצאות שיהיו לייצוג על צדדים הנפגעים ישירות, ואולי גם בעקיפין, מהייצוג.[[10]](#footnote-10)
  3. חובת נאמנות לביהמ"ש: חובת מסגרת שממנה נגזרו חובות שונות – שלא להטעות ביודעין את בית המשפט, שלא להעיד בתיק שבו הם מייצגים, לא להעלות טענות חסרות שחר בבית

המשפט, ואף לאפשר לתביעה לצלם את תיק החקירה שאבד לה (ובכך תוכל להגיש כתב אישום נגד לקוחו של עורך הדין).

תרומת עורכי הדין לחברה:

* תרומה לטוב המשותף, בעצם ייצוג הלקוחות וניתוב המחלוקות ביניהם למערכת הצדק.
* בהיבט הקולקטיבי-ארגוני, מהנאמנות לחברה נגזר תפקידה החברתי של פרופסיית עורכי
* הדין להגן על האינטרס הציבורי.
* בשירותי פרו-בונו - חובתו של כל עורך דין להעמיד את שירותיו בחינם לטובת מי שזקוק לעורך דין ואין ידו משגת לשכור עורך דין (שכר מצווה, עתירות חוקתיות, ידיד ביהמ"ש).
* בעריכת דין חברתית-ציבורית (public interest lawyering), הפועלת לקידום אינטרסים ציבוריים שאינם מוגנים (איכות הסביבה, זכויות מיעוטים) ובהגנה על זכויות יחידים וקבוצות נטולות כו.

דוגמה לעריכת דין חברתית-ציבורית

בג"ץ אדם טבע ודין נ' עיריית רעננה **(8676/00)** - רשות:

עיריית רעננה הקימה פארק לרווחת תושבי רעננה ובו מתקיימות פעילויות פנאי שונות והיא מתחזקת אותו מכספה (במיליוני שקלים). הפארק הפך פופולארי ומשך מבלים שאינם תושבי העיר. ולכן, העירייה החליטה לגבות תשלום בכניסה בשבתות וחגים מתושבי חוץ. הוגשה עתירה על ידי "אדם טבע ודין" על בסיס חוק כבוד האדם וחירותו – הפרת חופש השוויון, חופש התנועה – הציבור לא יכול להשתמש במתקן ציבורי. הם טענו שלא מסמכותה של המשיבה לגבות דמי כניסה ממי שאינו תושב העיר וכי סגירת השטח ציבורי פתוח מבחינת דיני והתכנון והבנייה ומבחינת הפגיעה בקניין הציבור בשטח ציבורי.

**השאלה המשפטית**: האם רשות מקומית רשאית לגבות ממבקרים שאינם תושביה תשלום עבור כניסה לפארק עירוני הנמצא בתחום הרשות המוגדר "שטח ציבורי פתוח"?

ביהמ"ש: בעתירה נקבע שאין הגדרה לשטח ציבורי. לרעננה יש סמכות מכוח חוק לגבות כסף מהציבור על כניסה. התפקיד שלה הוא לקדם את האינטרס של הציבור "הרענני" ולכן גביית תשלום מתושבי חוץ מותרת.

העתירה התבססה בעיקר על היעדר סמכות לגבות דמי כניסה לפארק ולא על נושא הסבירות. בינתיים, תוך כדי הדיון בעתירה, הקים שר הפנים ועדה בין-משרדית שדנה בנושא זה, קבעה עקרונות מנחים למתן היתר לגביית דמי כניסה לשטחים ציבוריים פתוחים על-ידי רשויות מקומיות והמליצה להקים צוות מיוחד שיאשר את גביית דמי הכניסה על-פי העקרונות שנקבעו על-ידי הוועדה. הואיל ומדובר בהתפתחות שהתרחשה תוך כדי הדיון עצמו, טרם פנתה העירייה לאותו צוות ולא ביקשה לאשר את גביית דמי הכניסה.

דיון:

* בעקבות העתירה נערך תיקון בס' 249(8) לפק' העיריות – נקבע במפורש כי התפקיד של העירייה הוא "לספק, להתקין, להתוות... ובלבד שלא ייגבו דמי כניסה לאותם מקומות, בחוק עזר או בכל דרך אחרת, לרבות באמצעות הטלת אגרה, מס, היטל או תשלום כלשהו (בפסקה זו-דמי כניסה), ואולם רשאי השר להתיר לעירייה לגבות דמי כניסה למקומות כאמור במקרים חריגים, ולפי כללים שקבע באישור ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת".
* כלומר, העתירה הציבורית הובילה לדיון ציבורי, הקמת ועדה ולתיקון החוק.

### נאמנות ללקוח

* החובה להיות מיומן ובקי בתחום שבו קיבל עליו את הייצוג: יש חוקים שימושיים שעליו לדעת, ובעיקר אותם חוקים הנוגעים לנושא שבו התבקש לטפל בשביל הלקוח. אם מדובר בנושא שעורך הדין אינו בקי בו, עליו ללמוד אותו היטב עד שיוכל לטפל בעניין כנדרש כמו כל עורך דין סביר, או לייעץ ללקוח לפנות לעורך דין אחר.
* "עורך דין המקבל על עצמו ייצוג של לקוח – רואים אותו כמי שמציג לפניו מצג מכללא לפיו הוא בעל הכישורים המתאימים, הידע והיכולת להבין ולנהל את הבעיה המוצגת בפניו וכי הוא מתעד להפעיל מידה של אחריות סבירה שבה היה נוקט עורך דין רגיל בנסיבות דומות".[[11]](#footnote-11)
* החובה לפעול במסירות למען עניינו של הלקוח: להתאמץ למען הלקוח; שלא להזניח את הטיפול בעניינו של הלקוח.
* "מסירות ללקוח פירושה האחד והיחיד הוא שמרגע שקיבלת לידיך טיפול בתיק כלשהו, אתה לא מרפה מהטיפול הזה בכל נסיבה שהיא, ועד שלא השלמת את המלאכה שקיבלת על עצמך לעשות אתה לא חדל לפעול כדי שהמלאכה הזו שלך תתבצע עד שתושג מטרתה הסופית".[[12]](#footnote-12)
* חובת המיומנות והזהירות: משמען הפעלת שיקול דעת מקצועי כפי שכל עורך דין סביר צריך לעשות, מה לטעון ומה לא לטעון, איזה הליך לנקוט, איזו בקשה להגיש לבית המשפט ועוד.
* החובה לקבל את הסכמת הלקוח בסוגיות מהותיות ולפעול, וזאת לאחר שעורך הדין נתן ללקוח הסבר מלא ומפורט שעל בסיסו יוכל הלקוח לקבל את ההחלטה. אסור לעורך הדין להסכים או לדחות הצעת פשרה או עסקת טיעון לפני ששאל את הלקוח לרצונו, מסר לו את מלוא המידע הדרוש לקבלת ההחלטה ופעל לפיה (כהגנה מפני תלונות או תביעות עתידיות מצד לקוחות, כמו במקרה לעיל, יש עורכי דין המקפידים להעלות על הכתב את ההסבר שנתנו ללקוח ואת החלטת הלקוח).
* החובה לפעול למען הלקוח בגבולות החוק: אסור לעורך הדין לייעץ ללקוח להפר את החוק, ואסור לעורך הדין להפר את החוק גם אם זה לטובת הלקוח או אף לפי בקשת הלקוח. פעמים רבות אנשים פונים לעצת עורך דין דווקא במקרים המצויים ב"תחום אפור", שאינו ברור ומוגדר ולכן כאשר יש ספק אם הטיפול המשפטי אכן מפר את החוק, הספק פועל לטובת הלקוח, ועורך הדין לא ייראה כמי שחצה את הגבול האסור.
* חובות אתיות כלפי הלקוח: חובות של התנהגות ראויה שאינן כדי נורמות מחייבות בדין המשמעתי. עורך דין שאינו מתנהג כראוי כלפי לקוחו אינו צפוי לעמוד לדין משמעתי אך הוא מפר את הנאמנות ללקוח. מצופה ממנו לכבד את זמנו של הלקוח ולקיים את הפגישות במועד, להשיב בזמן לפניות של הלקוח במייל או בטלפון ולשתף את הלקוח בכל התפתחות בתיק.

### נאמנות למקצוע ולעצמו

שיקולים שהכללים והפסיקה מאפשרים לעורך הדין להביא בחשבון.

* נאמנות לעצמו משמע לדאוג לחופש העיסוק שלו, לפרנסתו ולמוניטין שלו (למשל, חיסיון עו"ד-לקוח, החופש לבחור את התיק).
* החובה לשמור על יחסים נאותים עם עמיתיו למקצוע.
* החובה לשמור על כבוד המקצוע: מבחינת תדמית, שהיא תנאי להמשך קיומה של פרופסיה על שלל היתרונות שיש בכך – מונופול ואוטונומיה רחבים ומעמד ציבורי המאפשר לפרופסיה לסכל כל ניסיון לפגוע בה. יש בכך השפעה רבה על אמון הציבור, שאף הוא חשוב מאוד לפרופסיה. עו"ד שסרח פוגע בתדמיתו של מחנה עורכי הדין כולו.

היחס בין שלושת הנאמנויות תלוי:

* לפי **בתי המשפט**: קיימת היררכיה בין השלושה כשהנאמנות הראשונה והעדיפה תמיד היא הנאמנות לביהמ"ש.
* לפי **עורכי הדין, בפרקטיקה**: קיימת היררכיה בין השלושה, אך לגישתם הנאמנות ללקוח היא העליונה והעדיפה תמיד. עקרון אי-נשיאה באחריות (non-accountability).
* לפי **גישת האתיקה המקצועית וכללי הדין המשמעתי**: מדובר בשלוש נאמנויות שוות שאין ביניהן כל היררכיה, ולכן הן מתנגשות כל העת, וההתנגשות מצריכה איזון המשתנה ממצב למצב.

נטע זיו, "מה בין עריכת דין, צדק חברתי ולימודי משפטים?" עלי משפט א 253 (2001)

המשפטן האמריקני צ'ארלס פריד הציב את השאלה "האם עו"ד טוב יכול להיות אדם טוב?"

מכאן נגזרות שאלות משנה כגון:

* האם "עורך-דין טוב" דהיינו – זה המעמיד לנגד עיניו רק את האינטרס של לקוחו בלי להביא בחשבון את השפעתן של תוצאות הייצוג על צדדים שלישיים – הוא "אדם טוב", קרי – אדם מוסרי?
* האם עורך-דין המגייס את הידע המקצועי שלו בתחום המשפט על-מנת לסייע לחברת טלפון סלולרית למנוע גילוי נזקים פוטנציאליים בהצבת אנטנות ליד אזורי מגורים הוא אדם טוב?
* האם עורך-דין המייצג בנק זוכה המעקל את רכושו של קשיש ערירי ומפנה אותו מביתו בשל חוב ללקוחו שלא נפרע הוא אדם טוב?
* האם עורכי-הדין שייצגו את חברות הטבק בארה"ב ומנעו מידע מן הציבור על סכנות העישון הם בני-אדם טובים?
* האם עורך-דין המביא לשחרור ממעצר של לקוח ביודעו כי הוא מסוכן לציבור הוא אדם טוב?
* **האם כל אלו הם עורכי-דין טובים**?

שאלות אלו נוגעת למקצוע עריכת הדין משתי סיבות:

1. נאמנות ללקוח הבודד: עו"ד אינו פועל בשם עצמו, אלא בשם הלקוח שלו.[[13]](#footnote-13) ולכן, פעולות המבוצעות ע"י העו"ד בשמו של הלקוח (פעולת הייצוג) אינן מיוחסות לו. הפער בין העמדה המוסרית האינטואטיבית שלנו לעמדתו המוסרית-מקצועית של עורך-הדין יוצר את חוסר הנחת מפעולתו המקצועית של עורך-הדין, וזו הסיבה לכינויי הגנאי וההתבדחויות כלפי עורכי-דין – שכולם משקפים מבוכה כלפי המקצוע הפופולרי.
2. היות המשפט נכס ציבורי:
   * ישנה ציפיה שהמשפט יוביל לצדק - לפחות בטווח הארוך - אך בפועל רואים פעולות רבות בהן העו"ד פטור מאחריות מוסרית.
   * המשפט נתפס כמוצר שצריך להיות נגיש לכל (equal access to justice) - אך למעשה הוא מוצר בשוק החופשי. בפועל לעורכי-דין יש מעין מונופול על מימוש יכולתם של אזרחים למצות את זכויותיהם המשפטיות. העובדה שעורכי-דין עוסקים במשפט מטילה עליהם אחריות ציבורית להעניק משירותיהם גם לקבוצות חלשות אשר אינן יכולות לשכור את שירותיהם על בסיס מסחרי.

“With your degree of law from New York University School of Law comes a tremendous responsibility: the broad and unwaivable obligation to use the empowerment of your professional education to help those less fortunate than you, to fight for real, positive, change, to give back to your community – in other words, to make the world a better place”[[14]](#footnote-14)

# שופטים

השחקנים במערכת המשפט:

תובעים, נתבעים, עורכי דין, **שופטים**, ידידי בית המשפט, נציגי ציבור (ח"כ, שרים, רה"מ), שחקנים חוזרים לעומת שחקנים חד פעמיים.

חשין ב**בג"ץ** איחוד המשפחות (בג"צ 7052/03):

"משהונחה לפניי חוות-דעתו של חברי, הנשיא ברק, נתתי ידי בידו והנחתי לו להובילני בדרכו.

כך הילכנו בדרכים שייצבון עיקרי-יסוד, עלינו הרים שבפסגותיהם זכויות יסוד, עברנו על פניהן של דוקטרינות,

ירדנו אל כללי משפט פרטיקולריים, ובדרכנו ליוו אותנו כל העת הצדק, האמת, היושר והשכל הישר. לקראת סופו של המסע עלינו על אניה והגענו אל אי באמצע האוקיאנוס. ירדנו מן האניה, ועל המזח הקביל את פנינו איש נשוא פנים.

"ברוכים הבאים", ברכנו האיש במאור פנים. "ברוכים הנמצאים" השיבונו והוספנו: "אנו מישראל, מבית-המשפט העליון של ישראל. ומי אדוני?", שאלנו. "שמי הוא תומאס, תומאס מוֹר. ויש המכנים אותי תומאס מוֹרוּס". "נעים מאוד. ומהו המקום שאנו נמצאים בו?", שאלנו.

"אתם נמצאם במדינת אוּטוֹפְּיהָ", השיב האיש, והוסיף: "מדינת אוטופיה הוקמה על-פי תוכנית שהתוויתי בספר

שכתבתי ואשר שמו הוא כשם המדינה: אוּטוֹפְּיהָ. דרך-אגב", הוסיף האיש, "המילה 'אוטופיה ' היא בלשון היוונית, ותרגומה לעברית הוא: 'שום מקום'".

"מעניין, מעניין מאד", אמרנו, "וכאנשי משפט נוסיף ונשאל אותך: ומהי שיטת המשפט השוררת באוטופיה?

האם דומה היא לשיטת המשפט שבישראל?" (הנחתנו הייתה, כמובן, שהאיש החכם ההוא מכיר את שיטת המשפט בישראל).

מר מוֹר חייך והשיב: "צר לי, אך יש הבדלים עמוקים בין שתי שיטות המשפט, ויעבור זמן רב עד שישראל תגיע למדרגת אוטופיה. לעת הזו אתם נלחמים על חייכם, על קיומה של המדינה, על יכולתו של העם היהודי לנהל חיי קהילה ומדינה ככל העמים. דיני אוטופיה - במצבכם כהיום הזה - לא לכם הם. עדיין לא. שימרו על עצמכם, עשו כמיטבכם, וחיו."

כך אמר האיש ולא יסף.

"ואיקץ, והנה חלום."

דיון:

* השופט על כס המשפט מבין שישנה אוטופיה שאפשר וצריך לשאוף אליה. אך מצד שני, הוא יושב בארץ, ולא בעננים. ולכן צריך לקבל הלכות שקשורות למציאות.

### על מקצוע השפיטה

הילה כהן היתה שופטת בבית המשפט לעניינים מקומיים בחיפה, והורשעה בבית הדין המשמעתי לשופטים בפיברוק 14 פרוטוקולים והחלטות שיפוטיות:

שרת המשפטים נ' השופטת הילה כהן (בד"מ 2461/05) - לא לקריאה:

"**מקצוע השפיטה אינו מקצוע מן השורה**. מקצוע יחיד ומיוחד הוא, מקצוע-ייעוד הוא המטיל כמו-מעצמו על שופט מטלות מיוחדות ונורמות התנהגות ייחודיות. על כתפיו של שופט מוטלת מעמסה כבדה, כבדה ביותר, לשפוט ולהכריע בדין. בידיו מופקדים גורלות אדם – לא אך בצורה מטפורית – חירותו, כספו וזכויותיו של אדם, וכנדרש מכך חייב הוא שופט לנהוג ביושר, בשיקול דעת, במתינות, בזהירות, בקפדנות ולהוסיף ולהבטיח כי לא יקפח את זכויות בעלי הדין שלפניו. אכן, לא כל אדם ראוי כי יכהן בכהונת שפיטה, ואדם שאינו ניחן בתכונות ששופט נדרש להן אינו ראוי ואינו כשיר לשבת בדין ולשפוט. יתר-על-כן, תנאי מוקדם והכרחי ליכולתו של שופט לשמש בכהונתו הוא התנאי שהקהילה תרחוש לו אמון, תכיר בסמכותו לשפוט ולהכריע בדין, תקבל עליה הכרעות דין שהוא מכריע.

שופט שהפר חובותיו ואינו עוד זוכה לאמון הציבור, לא יהא זה ראוי כי יוסיף וימשיך בכהונתו. אכן, לא רק עניינו של שופט פלוני מוטל על הכף. אמון הציבור במערכת המשפט כולה יוטל בספק אם יותר לשופט שאינו

ראוי להמשיך בכהונתו ולשפוט את הציבור."

### נורמות התנהגות ראויות של שופט

לאופר נ' מ"י (ע"פ 9893/06) - לא לקריאה:

שופט בישראל אינו ככל האדם מבחינת החובות והאחריות הכבדה המוטלות על כתפיו:

* הוא מקבל על עצמו לקיים בהקפדה יתירה את נורמות ההתנהגות המחייבות כל אזרח בחברה בתחום האזרחי והפלילי, ולא לסטות מהן ימין או שמאל.
* חלה עליו גם מערכת נורמות אתיות ומשמעתיות שאין מחמירה ממנה בדרישותיה כלפי נושא משרה; עליו לקיים בדבקות כללי התנהגות ואתיקה מחמירים בתחומי בית המשפט, וביחס לבעלי הדין הניצבים לפניו; אכן, התפקיד השיפוטי מחייב את השופט לשמירה קפדנית על החוק, כנדרש ממי שמכריע יום יום, ושעה שעה בגורלות של אחרים, וקובע, במסגרת התפקיד השיפוטי, את התוצאות שיש להחיל על מעשי הפרת החוק על ידם.
* הוא כפוף לסטנדרט מחמיר של התנהגות גם בשאר אורחות חייו ולא רק על כס השיפוט. הכהונה השיפוטית והמעמד המוסרי המיוחד הנילווה לה בעיני הציבור מקרינים על אורחות החיים של נושא התפקיד, ומחייבים אותו להתנהגות שתשמר את מעמדו ומעמדה של המערכת השיפוטית בעיני הציבור".

### אמון הציבור

לאופר **לעיל:**

"אמונו של הציבור במערכת השיפוט ובשופטים המכהנים הוא תנאי הכרחי לשמירת מעמדם המוסרי של בתי המשפט ולכוחם של השופטים להפעיל את סמכותם בדרך שתיישם כראוי את שלטון החוק. בלא אמון הציבור,

מערכת שיפוט לא תיכון. הוא המקנה לה את מעמדה בציבור, והוא העומד ביסוד כוחה להטמיע בציבור את העקרונות הנורמטיביים המחייבים, ולהביא ליישומם הלכה למעשה. תנאי מוקדם לפעולתה התקינה של הרשות השופטת הוא כי הקהילה תרכוש לה אמון, כי תכיר בסמכותה לשפוט, ותקבל עליה הכרעות דין שניתנו על ידיה. אמון זה תלוי בראש וראשונה בקיום תשתית מוסרית לפעולתה של מערכת השיפוט, ובשמירה קפדנית על תשתית זו בידי כל שופט ושופט במערכת... מתקיימת קורלציה ישירה בין חומרת הסטייה מן הנורמה לבין חומרתה של התוצאה, הבלתי נמנעת, הבאה בעקבותיה.

כבר נאמר כי ביושבו של שופט לדין, הוא עומד לדין; עיני הציבור נשואות אליו; עיני השופטים בוחנות אותו; עיני המשפט מסתכלות בו, ובהתנהגותו. רמתה ומעמדה של המערכת השיפוטית נבנית מרמתם של השופטים המכהנים בה; המשטר בישראל נסמך על אמון במערכת השפיטה ובשופטיה, ביושרם, במוסריותם, באנושיותם ובערכיהם. גורמים אלה מחייבים את מיצויו של ההליך הפלילי בעניינו של שופט שכשל, כדי להגן על ייחודם של מערכת השיפוט ושופטיה ועל מעמדם המוסרי בעיני הציבור.

שרת המשפטים נ' השופטת רונית פוזננסקי-כץ (בד"מ 2081/18) - לא לקריאה:

אמון הציבור אינו נכס של השופטים כפרטים ואף לא של הרשות השופטת, אלא הינו נכס של כל חברה מתוקנת. יחד עם זאת, עלינו לברר מה משמעותו של מונח זה. האם על השופטים לפעול על-פי מה שסבורים הם שיתקבל על-ידי הציבור? האם החלטותיהם צריכות להיות מודרכות על-ידי עמדות הציבור?

האם כלל ניתן לדבר בצורה כוללנית על "ציבור"? גלוי וידוע כי הציבור אינו הומוגני אלא מורכב מקהילות שונות שיש להן השקפות עולם מגוונות ודעות שלעיתים רחוקות הן מאוד האחת מרעותה.

אוי לו לשופט או לשופטת אם הכרעתם במשפט תושפע מרצון למצוא חן בעיני הציבור; אוי לה לחברה ששופטיה יקבעו את פסקי דינם מתוך רצון לרצות את עמדת הציבור.

נראה, שכאשר עוסקים אנו במונח "אמון הציבור ברשות השופטת ובשופטים" עלינו להבחין באופן ברור בין שלושה גורמים שעשויים להשפיע על אותו אמון:

1. **תוצאותיו** של ההליך השיפוטי וההכרעות המתקבלות בו.
2. קיומו של **הליך מקצועי והוגן**.
3. **התנהלותם** המקצועית של השופטים.

### שיקול הדעת השיפוטי

אהרן ברק "מבחר כתבים" כרך ד' על בית המשפט ושופטיו, עמ' 127-132, 195-205, 207-218 (2017):

השיקולים ביצירת משפט:

1. מתן ביטוי לערכי היסוד של השיטה: ישנם ערכים שהם כמו אבני יסוד בהם השופט חייב להתחשב, כגון סבירות, תום לב, ותקנת הציבור. ברק אומר ש-"כאשר ציבור לא נאמן לעצמו, השופט לא נשאר בארבע אמותיו, אלא יכול לתת פסיקה שקשורה להסתכלות ארוכת טווח".
2. שאיפה לסגירת פערים בין המשפט לחיים: שופט צריך כל עת לשאוף לצמצם פערים בין המשפט (הנייר הכתוב עם החוק) לבין המציאות; להתאים את הנורמה לפעילות היומיומית. בין מה שצריך להיות לבין מה שיש לי בפועל. מנסים לשמור על יציבות שיפוטית אל מול שינוי חברתי שקורה כל הזמן.
3. שמירה על אופייה הדמוקרטי של המדינה: ישנם ערכי יסוד של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית. מכוח מונח זה משתלשלים ערכים נוספים, השומרים על היציבות השיפוטית ומחברים אותה למציאות.

"השופט כמגשר" - תפקידו של השופט

בחיבור שלושת שיקולים אלו, לשופט יש ייחודיות מעניינת, הוא מעין מגשר - מהווה חיבור בין המציאות החברתית לבין המציאות המשפטית (אוטופיה). תפקידו של השופט הוא להכריע בסכסוך המובא בפניו. לשם כך עליו לקבוע את הדין שלפיו הסכסוך יוכרע. בקביעה זו הוא משמש לעתים קרובות "פה למחוקק". הוא חוזר על לשון החוק. הוא אינו יוצר כל נורמה חדשה. כך לרוב, אך לא תמיד.

ישנם מקרים ("המקרים הקשים") שבהם קביעת הדין כרוכה ביצירת הדין. ודאי כך בפיתוח המשפט המקובל. כך גם בפירוש טקסט שנוצר על ידי אחר בכל המקרים האלה אין דין קודם או שבדין הקודם טמון חוסר וודאות. במצבים אלה השופט יוצר דין חדש.

התנאים הבסיסיים להגשמת תפקיד השיפוט:

1. עצמאות שיפוטית ומוסדית: "אין מרות… זולת מרותו של הדין".
2. אובייקטיביות שיפוטית: שופט לא יכול לתת החלטה על פי תפיסותיו האישיות או שיקולים חיצוניים שאינם רלונטי למקרה או לחוק.
3. אמון הציבור בשופט: אמון הנבנה על בסיס מה שיורה לציבור בפסיקותיו.

"כשאנו יושבים לדין אנו עומדים לדין"

רונן שמיר, "הפוליטיקה של הסבירות", תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994):

**רקע**: המאמר נכתב בשנת 1994 כתגובה למאמרו של מאוטנר על ההשתחררות מהפורמליזם. יש לזכור כי התקופה היא תקופת המהפכה החוקתית. מאוטנר בספרו ירידת הפורמליזם ועליית הערכים טוען כי עד סוף שנות השבעים של המאה ה-20 בתי המשפט בישראל פסקו לפי גישה פורמליסטית.

לדעת הכותב, כדי לבסס את הלגיטימיות להסתמכות ביהמ"ש על שיקול הדעת השיפוטי והרחבת סמכותו, ביהמ"ש משתמש ברעיון ההגנה על שלטון החוק, המווה חלק ממאגר רטורי של טענות שביהמ"ש עושה בהם שימוש.

השופט מן הדור הישן, הכיר בכך שיש שאלות פוליטיות, מוסריות כלכליות שאינן ראויות לדיון באמות

מידה משפטיות; "לא הכל שפיט".

אולם מאז שנות ה-70 קיימת מדיניות משפטית שבה כל החלטה שלטונית צריכה להיות סבירה. "מלא כל הארץ משפט", "הכל שפיט".

הרחבה זו היא חלק מ**הפוליטיקה של הסבירות**: פרקטיקה הנשענת על שיקול־דעתו הבלתי־נלאה של השופט, מניפולציה שעניינה בפיתוח שיח הדובר, בשמם של אמיתות וערכים אוניברסליים, והתובע לנשאיו את הפריווילגיות המתבקשות מכך: סמכות, אמון, יוקרה, וכוח. שיח הסבירות פועל כצורת שליטה המסווה מנגנון שעניינו בדה־פוליטיזציה של יחסים חברתיים באמצעות הצגתם כ״בעיות״ הניתנות לפתרון רציונלי־אובייקטיבי. ברק אף מכניס את הסבירות לרשימת ערכי היסוד.

בית־המשפט, בשם דרישת הסבירות הכללית, מכונן סובייקטים משפטיים סבירים - האדם הסביר, השר הסביר, היועץ המשפטי הסביר, הפקיד הסביר והמנהל הסביר.

הקביעה כי מידת סבירותה של פעולה היא שאלה משפטית, הביאה לקביעה כי חוסר סבירות עולה כדי חוסר חוקיות וממילא ניתנה בידי בית־המשפט מכשיר רב־עוצמה לבחינת ״חוקיותה״ של כל פעולה שלטונית.

המבקרים סבורים (חח) שהרטוריקה המדעית שעליה נשענת דוקטרינת הסבירות, יוצרת קרום דק ופריך המסתיר מונח עמום ובלתי־מחייב היכול לסבול כל משמעות ואשר מעצים ללא גבול ״סביר״ את מרחב שיקול־הדעת השיפוטי.

הפעלת הפוליטיקה של הסבירות

מהו הדגם לסבירות? על פי איזה דגם שופט ביהמ"ש? הציבור הנאור.

**מיהו הציבור הנאור?** חרף העובדה כי הציבור הנאור נזכר פעמים רבות בפסיקותיו של בית־המשפט, אין השופטים מספקים קני־מידה סוציולוגיים לזיהויו של ציבור זה.

בד"כ המונח משמש כמטאפורה לאמות מידה אובייקטיביות, אוניברסליות ותבוניות של המעשה השיפוטי. לפי ברק, המונח משקף את מכלול ערכיה הבסיסיים של החברה הישראלית המודרנית.

למעשה, בית־המשפט מניע אותנו בהגדרה מעגלית המסתיימת בו־עצמו והמאלצת אותנו לזהות את הציבור הנאור עם הפרופיל החברתי והאידיאולוגי של שופטיו. "הציבור עליו שורה האור", ציבור משכיל, מודרני, ובן־תרבות.

**עם מי שיח הסבירות לא מיטיב?** במסווה של פנייה אוניברסלית לכל האנשים הסבירים, שיח הסבירות פונה לטיפוס אדם פרטיקולרי ומשתיק את אלו שאינם נתפשים כשייכים למחנה "הציבור הנאור". הציבור הנאור דוחה את החשוך - את הדתי, המיסטי, הבלתי־רציונלי, האינטואיטיבי, ה״לא־אירופי״, ה״אחר״

מהו המחיר החברתי?

* שאלות חברתיות ותרבותיות מורכבות נידונות במסגרת קטגוריות שיפוטיות צרות. למשל, שאלות דת ומדינה כסוגיית פתיחת מרכולים בשבת.
* מרכז הכובד של הסמכות המשפטית עובר מהמחוקק לשופט. בג"ץ הופך למסלול מהיר ועוקף למנגנון הפרלמנטרי.
* "לגליזציה של הפוליטיקה"- הציבור נהפך לצופה פאסיבי ב"דרמה" משפטית שאת שפתה אינו מבין. נוצר מצב שהמשפט מדיר את הציבור מההחלטות בשל ההרגשה שנדרש ידע מיוחד במינו (משפטי) כדי לקחת חלק ולהחליט בסוגיות ציבוריות חשובות.
* "שלטון החוק במובנו המשפטי ולא במובנו הדמוקרטי, שלטון משפטנים אשר בדברם על מסירת כוח לציבור הם מתכוונים לכוח לפנות לביהמ"ש"

קרן וינשל-מרגל "אידיאולוגיה וחוק בפסיקת בית המשפט העליון" ניתוח כמותי והשוואתי

**(2016)** - לא לקריאה, זה ספר (!):

בספר זה, המחברת ביצעה מדידת עמדות אידיאולוגיות של שופטים בישראל והערכת השפעת החוק על החלטותיהם; ניתוח כמותי ואיכותני של החלטות שופטי בית המשפט העליון בתחומי חופש הדת, המאבק בטרור והזכות לבחור ולהיבחר; וניתוח השוואתי של דפוסי ההחלטות בישראל להחלטות בבתי המשפט העליונים הפדרליים בארצות-הברית ובקנדה.

השאלות שעלו:

* אילו שיקולים מנחים שופטים בבואם לקבל החלטות בסוגיות שנויות במחלוקת פוליטית?
* עד כמה, אם בכלל, משפיעות העמדות האידאולוגיות של שופטים על הכרעתם? האם אובייקטיביים? פרשנים?
* איזה משקל ואיזו השפעה יש לחוק?

לשאלות אלה השלכות נורמטיביות על סוגיות כגון שיטת מינוי שופטים, הפרדת רשויות, סמכותו של ביהמ"ש לפסוק בעניינים הנוגעים לקביעת מדיניות כיו"ב

תוצאות המחקר בבית המשפט העליון:

* מהניתוח עולה כי מאפיינים מוסדיים שונים, כשיטת מינוי השופטים ומנגנון ברירת התיקים, מובילים לכך שהשופטים בישראל מונעים במידה נמוכה יחסית מעמדותיהם האידיאולוגיות.
* הניתוח מאיר את הקשר המורכב בין יסודות אידאולוגיים ליסודות משפטיים ואת השפעתו על החלטות שופטים בערכאות המשפטיות הגבוהות ביותר במיוחד בהליכים בהם נקבעת מדיניות.
* **מאבק בטרור** - אין התאמה בין דעות להחלטות.
* **חופש דת** - השפעה חזקה יחסית של עמדות בעיקר אצל שופטים דתיים.
* **הזכות לבחור ולהיבחר** - השפעה מובהקת של עמדות שופטים אך פוחתת לאור השנים.
* **השפעת החוק ושינויו** - משפיע ומכוון במידה רבה את החלטות השופטים.

### מינוי שופטים

מנחם מאוטנר, "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רב תרבותית", מחקרי משפט יט 423 (2003):

בשנים האחרונות התעוררו שאלות בדבר דרכי המינוי של שופטים לביהמ"ש העליון, שלוש סיבות לכך:

* **שינוי בתפיסת תפקיד ביהמ"ש**: בין רשויות המדינה. עד ראשית שנות ה-80, שררה התפיסה של הפרדה מוחלטת בין הכנסת לביהמ"ש, כאשר הכנסת מכריעה בנושאים פוליטיים. לאחר מכן, החל העליון לפתח תפיסה שעל פיה הוא אמור להשתתף בקביעת הערכים החלים במדינה ובהקצאת משאבים העומדים לחלוקה, ביהמ"ש הפך לשחקן פוליטי.
* **המעבר מהגמוניה לרב-תרבותיות**: החל משנות ה-70, עברה ישראל ממצב של הגמוניה (תנועת העבודה) שהתבטאה בהומוגניות, למצב של רב-תרבותיות שהתבטאה בהטרוגניות של קבוצות (במיוחד חילונים ודתיים). הרכב שופטי העליון לעומת זאת, נשאר הומוגני למדי ובמאבק בין הקבוצות, הוא נקט עמדה ברורה לטובת הצד החילוני-ליברלי.
* **מינויים בתוך קבוצת חברים**: יחד עם הרכב הומוגני, נראה היה שהעליון מכיל לא רק קבוצה תרבותית אחת, אלא כם קבוצת חברים אחת.

מראשית הקמתה של המדינה ועד היום כיהנו בבית המשפט העליון 7 שופטים ממוצא מזרחי, מתוך מספר כולל של 82 שופטי עליון. מעולם לא מונה שופט מהקהילה הגאה בעליון, לא מונה שופט בעל מוגבלות פיזית.

נראה כי כל אחד מהשופטים היה נשוי בשלב מסוים בחייו.

מאוטנר סוקר הצעות שונות לשינוי שיטת מינוי השופטים מכל קצוות הקשת הפוליטית.

### תפקידם של בתי המשפט בין מוסדות המדינה

כיצד ניתן להצדיק את כוחו של ביהמ"ש העליון (גוף בלתי נבחר) שיש בכוחו לבטל חוקים של בתי הנבחרים (גופים נבחרים)?

**גישה א' - חלוקת עבודה בין ביהמ"ש לבית המחוקקים**

#### אלקס ביקל (Bickel)

ביסודה של הדמוקרטיה עומדים שני עקרונות:

1. ממשלה הפועלת על-פי הסכמת הנשלטים.
2. חברה המטפחת ערכים משותפים ארוכי-טווח.

לכל פעולת ממשלה ישנן השלכות משני סוגים: השלכות מיידיות ומתוכננות והשלכות בלתי מכוונות ובלתי מתוכננות על הערכים ארוכי-הטווח. מוסדות המשמשים זירות למאבקים בין אינטרסים מתחרים על השגן תוצאות תועלתניות מיידיות, אינם המוסדות המתאימים לטיפוח הערכים ארוכי הטווח.

המוסד המתאים הוא ביהמ"ש: שופטים מצוידים בזמן, באורח רוח, בהכשרה, באורחות מחשבה מתמשכים

ובריחוק מלחצים מיידים. ביהמ"ש מתמודד עם מקרים אמיתיים, לעומת בתי הנבחרים שמתמודדים עם בעיות ערכיות בטופן מופשט.

תפקיד ביהמ"ש הוא לטפח ערכים משותפים ארוכי טווח, כיוון שהוא המוסד המתאים ביותר.

#### ג'יימס בויד וויט (Boyd White)

ביהמ"ש כמערכת תרבותית נבדלת, בה מתבררת זהותה הערכית של קהילה.

השיח בבתי המשפט מבוסס על רטוריקה מכוננת (Constitutive rhetoric): שיח שטיעונים שהינם אפשריים במסגרת תרבות של קהילה מועלים במסגרתו בתום לב, ולאחר שהם מלובנים ונשקלים, נוצר שכנוע באשר לעמדות הערכיות אשר ראוי לקהילה לאמצן.

ההליך השיפוטי הינו מעין שיח או דיאלוג שאופציות שונות באשר לתכנים של ההסדרים הערכיים שיחולו במדינה מועלות, מובהרות ונבחרות במסגרתו.

באמצעות המשפט אנו מסוגלים לבנות לאורך זמן קהילה המאפשרת לנו לרכוש דעת ולהחזיק בערכים שאין אנו יכולים להשיגם בשום דרך אחרת.

תפקיד ביהמ"ש הוא להוות מסגרת ייחודית בה ערכים מלובנים היטב, עד אשר נוצר ההסדר הערכי הראוי

**גישה ב' - המשפט נוצר ומופעל בביהמ"ש כמערכת תרבותית נבדלת או כמסורת**

#### קרל לואלין (Llewellyn)

מאבות הריאליזם המשפטי.

* ראיית השופטים כפועלים בתוך המערכת התרבותית של תכני המשפט.
* **איזון**: השופטים חותרים ליצור הכרעה המתאימה ביותר לעובדות הייחודיות של המקרה שהם דנים בו, אך המערכת התרבותית של המשפט מגבילה באופן משמעותי (אך לא מוחלט) את חופש הפעולה שלהם, כך נוצרת מידה מסוימת של אובייקטיביות.

#### פייר בורדייה(Bourdieu) וסטנלי פיש (Fish)

בורדייה מאבות הסוציולוגים של התרבות.

* לטענת בורדייה, בני האדם מונעים על ידי הביטוס (Habitus) - מערכת נטיות המופנמת בקביעות בתודעתם של בני אדם העוברים תהליכים דומים של חִבְרוּת (גדלים במסגרת אותם תנאים חברתיים ותרבותיים). ההביטוס מניע בני אדם לפעול על פי "תחושת המשחק" הקיימת להם.
* כפועל יוצא, משפטנים אינם מגיעים לתוצאות דרך ציות לכללים, אלא מופעלים ע"י ההביטוס המשפטי.

#### המשותף לכל ההוגים

* תפיסת המשפט כמערכת תרבותית נבדלת וייחודית או כמסורת.
* במסגרת התיקים בהם דנים השופטים בביהמ"ש, הם נותנים משמעות משפטית למקרים עובדתיים ומפעילים בו זמנית מערכות תרבויות, מסורות בעלות משמעות הנראות להם (כמעין מסננת).
* אי הפעלה של חומרים משפטיים מסוימים עשויה להפוך אותם לחומרים בלתי פעילים של המסורת המשפטית. וכך להיפך, חומרים תרבותיים רדומים או בלתי פעילים יכולים להפוך ולהיות פעילים.

אם כך, לטענת מאוטנר, קיים סטנדרט מסוים שהוא המסורת הליברלית של השפיטה וזה מה שמחזיק יחדיו את כלל שופטי העליון. לכן אין צורך בייצוג שווה בהכרח אלא שיקוף.

מערכת המשפט הנבדלת של ליברליזם היא התשובה לגישה של הריאליסטים הטוענים שהכל תלוי בשופט

ובדעותיו. המסורת הליברלית מכווינה ובעלת השפעה.

מינוי יהודים דתיים לביהמ"ש העליון

האם לפי גישת מאוטנר אפשר למנות יהודי דתי המחויב להלכה היהודית ולמסורתה לשופט בישראל?

כל עוד יתחייב גם למסורת הליברלית הגלומה בפסקי הדין של ביהמ"ש העליון (בנוסף לתרבות ולמסורת היהודית ההלכתית).

אך, אם יישאר רק בדעותיו הדתיות הדבר לא אפשרי שכן יוביל לשינוי בתכניה של המערכת התרבותית העומדת ביסוד ביהמ"ש (יפסוק ע"פ מסורות חיצוניות ולא לפי מסורת ביהמ"ש).

\*\*\*\*

מתוך נאום הפרישה של השופט אליקים רובינשטיין:

"ראיתי עצמי כיהודי, ישראלי ושופט לאומי-ציוני וליברלי.

לאומי, כי בעולם היהדות, ישראל ותורתו וקיום העם היהודי שלובים זה בזה, ואהבת העם והארץ עמוקה בלבי.

ליברלי, כי אין סתירה בין אהבת אדם, זכויות אדם, ויחס מכבד ומקדם לזולת – לבין היותך יהודי לאומי.

אפשר להיות יהודי המאמין בציונות – בדרכי שלי היא ציונות דתית – ובתקומת ישראל בארצו, ועם זאת שוחר שלום בתוכנו וסביבנו ושוחר זכויות אדם, לרבות שויון למיעוטים בישראל בתוך מדינה יהודית ודמוקרטית מורכבת, וזכויות מוחלשים, ומשתדל למען כל אלה."

1. ותגידו לי! שאעדכן 058-6416880 [↑](#footnote-ref-1)
2. למשל, פס"ד אבו חנא. [↑](#footnote-ref-2)
3. סע' 1 + 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים )נישואין וגירושין(, תשי״ג– 1953 [↑](#footnote-ref-3)
4. Richard D. Schwartz, Social Factors in the Development of Legal Control: A Case Study of Two Israeli Settlements in Law & Society: Readings on the Social Study of Law, Yale LJ, 63, 471.‏ 171-181 (1953). [↑](#footnote-ref-4)
5. אסדרת שוק הלוביסטים (חוק הכנסת-1994, פרק י"ב: שדלנים) [↑](#footnote-ref-5)
6. רון חריס, "נפילתו ועלייתו של מאסר החייבים", עיוני משפט כ 439, 440-443, 449-457 (תשנ"ו). [↑](#footnote-ref-6)
7. שגית מור, "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית: דילמות של מאבק לשינוי חברתי", העצמה במשפט, 91, 121-91 (עורכים: מימי אייזנשטדט וגיא מונדלק, 2008). [↑](#footnote-ref-7)
8. ע"פ פלסטינר, אייבל וסָרָט (William L.F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat). [↑](#footnote-ref-8)
9. האמור מתוך [זה](https://law.tau.ac.il/sites/law.tau.ac.il/files/media_server/law_heb/Law_Society_Culture/books/is_law_important/%D7%94%D7%93%D7%A8%20%D7%90%D7%91%D7%99%D7%A8%D7%9D.pdf) [↑](#footnote-ref-9)
10. בארץ למשל, חובת זהירות בנזיקין ב-ע"א 2625/02 סילביו נחום, עו"ד נ' רחל דורנבאום. [↑](#footnote-ref-10)
11. ע"א 37/86 לוי נ' שרמן. [↑](#footnote-ref-11)
12. בד"מ (תל אביב-יפו) 253-10 ועד מחוז תל אביב נ' עו"ד צדוק גבריאל. [↑](#footnote-ref-12)
13. תפיסה הלקוחה מן המשפט האנגלי. [↑](#footnote-ref-13)
14. NYU פרופ' ג'ון סקסטון, דיקן אוניברסיטת [↑](#footnote-ref-14)