מבוא

במאמרו, טוען ברזילי כי **התיאוריה הפורמליסטית שהייתה דומיננטית בתחילת המאה הקודמת עדיין קיימת.** מה שמאפיין את התפיסה הפורמליסטית הוא הבחינה הפנימית של כללים משפטיים, **המתארים את מצב המצוי ומסבירים את המצב הרצוי**. המשפט הוא אוסף כללים- חוקים ופסקי דין. כלל משפטי נוצר באמצעות הסקה דדוקטיבית/ לוגית מעקרונות מוסריים אוניברסאליים שנקבעו במסגרת מערכת המשפט. יש משוואה מסוימת של עקרונות מוסריים (הגנה על קניין, ערך החיים וכדומה) אשר מיושמים על המקרה הספציפי, ומהם מגיעים לתשובה נכונה אחת. **לפי תפיסה זו המשפט הוא מדעי**- יש תשובה אחת נכונה לכל בעיה אליה נגיע באמצעות כללי פרשנות המשפט. אם נפעל לפי מוסר סובייקטיבי נפגע בלגיטימיות של המשפט. המשפט הוא מערכת סגורה, העומדת בפני עצמה, עצמאית ובלתי תלויה בכוחות חברתיים ובאישיות השחקנים (שופטים, מחוקק וכדומה).

מנגד, ניתן לראות את המשפט **כמערכת אוטונומית, אשר לא מנותקת לגמרי מהחברה, ומהווה ביטוי לכוחות חברתיים מסוימים.** כך למשל מקרה כרמלה בוחבוט- אישה מוכה אשר רצחה את בעלה. לפי עובדות המקרה, והתפיסה הפורמליסטית, משמעות המעשה הייתה רצח אשרהעונש עליו הוא מאסר עולם. בעקבות מאבקי ארגוני נשים, אשר הציגו את הנרטיב של כרמלה, נוצר סעיף הקינטור אשר לפיו, תחת סיבות מסוימות, גם במצב בו עובדות המקרה מלמדות כי מדובר ברצח, לא נאשים בכך.

**הריאליזם המשפטי** הינה גישה תיאורטית חשובה שאביה היה רוסקו פאונד במאמרו law in books, law in action. גישה זו הניחה את אבן היסוד של משפט וחברה בטענה שהמשפט הוא לא מה שכתוב בספרים אלא מה שנעשה בפועל. פאונד טען כי העשיה המשפטית אינה ניתנת לניבוי מתוך הטקסט המשפטי בלבד כיוון שיש גורמים שונים המשפיעים על המשפט כמו גורמים פסיכולוגיים, תרבותיים, חברתיים ופוליטיים. דוג' לכך הוא חוק איסור אפליה במוצרים (חוק הסלקטורים) שמטרתו איסור אפליה על רקע רשימת מאפיינים. **הריאליזם השיפוטי ישאל איך החוק בא לידי ביטוי** ולא רק איך הוא כתוב בעוד הגישה הפורמליסטית לא תעסיק עצמה בכך.

גישת משפט וחברה

מתוך הגישה הריאליסטית ובתגובה לגישה הפורמליסטית, התפתחה **גישת משפט וחברה**. גישה זו בוחנת את המשפט מתוך נקודת מבט חיצונית כמו למשל מתוך הסוציולוגיה, אנתרופולוגיה, מדעי המדינה, היסטוריה, פסיכולוגיה וכדומה. כך לדוג' מחקר מתחום ההסטוריה של המשפט גילה כי המשפט הישראלי מושפע משופטי בהמ"ש העליון בעשור הראשון למדינה. דוג' נוספת, בנוגע לחוק אויר נקי נשאל האם יותר נכון לקבוע סנקציות פליליות למזהמים או מנגד לאשר מכסות מסוימות של זיהום. לגבי אלימות במשפחה נשאל מה הדרך הנכונה למגר תופעה זו- שיקום ההורים או מאסר.

**פס״ד קעדאן נ׳ מנהל מקרקעי ישראל-** משפחת קעדאן נדחתה מהיישוב הקהילתי קציר בתירוץ של חוסר התאמה. נפסק כי אסור להפלות בין ערבים ליהודים בהקצאת קרקעות למגורים. ניתן לראות שפס,, זה לא הביא לשינוי חברתי בטווח הקצר אך הביא לשינוי משפטי מסוים. מאז נהיה אפשרי לתבוע בגין עוולה של הפליה.

כפי שטען גד ברזילי במאמרו שינויי משפט וחברה לא משפיעים לטווח הקצר אלא לטווח הארוך.

**פס״ד סבאח-** הוגשה נגד תיקון האגודות השיתופיות שעיגן את ועדות הקבלה ב2011. שופטי הרוב אמרו שהעתירה אינה בשלה. שופטי המיעוט הסבירו מדוע העתירה בשלה.

גד ברזילי טוען במאמרו "המלך אינו עירום- מדוע המשפט פוליטי", כי **המשפט הישראלי אינו קבוע, ידוע וסדור אלא דינמי, משפיע ומושפע משלל כוחות חיצוניים- פוליטיים, חברתיים וכלכליים.**

ברזילי מציג סקירת תפיסות עיקריות שהתפתחו לחקר המשפט:

1. התנהגות שיפוטית- התבוננות פנימית מתוך המשפט המנסה לנבא התנהגות שיפוטית.
2. ההליך המשפטי- תפיסה העוסקת בקשרי הגומלין בין מערכת המשפט, זרועות השלטון וסוכנים חברתיים.
3. גישה חברתית- משפטית- כיצד תנועות חברתיות וקבוצות לחץ משתמשות במשפט כדי להניע תהליכים חברתיים.
4. גישות ביקורתיות-תודעתיות- תודעה משפטית פוליטית של זהויות, מעמד חברתי, פלורליזם, גישות פמינסטיות וכדומה.

ברזילי אומר שפסקי דין לא מחוללים שינוי בטווח הקצר, אך יחד עם זאת, לא מתעלם מהשינוי אשר קורה בטווח הארוך.

מאוטנר מדבר על **מערכת משפט כוללנית**. כך לדוג', אמנם פס"ד אליס מילר פתח את הדלת לקבלת נשים לקורס טיס, ובכך תרם לשוויון מגדרי, אך עדיין נדרשות התאמות. צריך כללים משפטיים. כך עשה גם פס"ד אבו חנא בנוגע לזכויות לפיצויים. **המשפט הוא כלי לשינוי חברתי.** כל שינוי משפטי חייב לחולל גם שינוי חברתי. **תיאוריות נגדיות יגידו שהמשפט צריך להשתנות בעקבות שינוי חברתי.** מאוטנר טוען שהמשפט צריך להיות שותף להליך.

במאמרו, "המשפט הסמוי מן העין", אומר מאוטנר כי חיינו רוויי משפט. החל ממבנים ציבוריים שבסביבתנו וחכירת הדירה בה אנו חיים (דיני קניין), קולות ורעשים (דיני מטרדים), יחסים בין אנושיים במשפחה ועוד. המאמר מתאר את החברה והמשפט כבלתי ניתנים להפרדה. המשפט נמצא בכל מקום כל הזמן.

**כאשר בוחנים את המשפט צריך לבחון את האופן בו אנשים עושים בו שימוש, משפיעים ושמושפעים ממנו.** המשפט מורכב מארגונים ומוסדות שכולם תורמים לעיצוב שלו ולא רק פסקי דין וחוקים.

המשפט מורכב מארגונים ומוסדות שתורמיוטם לעיצוב של המשפט.

* הרגולטור מעצב את המשפט- למשל הממונה על הגבלים עסקיים. גם בתי המשפט בכל הערכאות מעצבים את המשפט. מאוטנר מדבר על כך שרוב פסקי הדין הנלמדים בפקולטות הם פסקי דין של בית המשפט העליון ולא פסקי הדין שנידונים בערכאות הנמוכות למרות שאלה הם רוב המקרים.
* עורכי דין- גם עורכי דין של שינוי חברתי וגם עורכי דין פרטיים (כמו במקרה של רים אבו חנא).
* המשטרה- אכיפה סלקטיבית במקרים מסוימים, עזרה לציבור במקרים שונים כמו למשל בעניין מטרדים מתקשרים למשטרה.
* ארגונים בירוקרטיים (כמו למשל המוסד לביטוח לאומי).
* בתי ספר למשפטים- מכשירים אנשי מקצוע ומבצעים מחקר אקדמי.

הנקודה המרכזית של מאוטנר היא כי **המשפט סמוי מן העין**. כך גם פעולת הש' סמויה מן העין. זאת בכך שהמחוקק מקבל את החלטותיו לפי צרכי בוחריו ולא כלל האוכלוסייה (למרות שהחוק מנוסח בצורה אוניברסאלית). כמו כן, שימוש בביטוים כלליים כמו טובת הציבור, אמון ציבורי, מדיניות משפטית, האדם הסביר, נועדו כדי **שהמשפט יקבל לגיטימציה לאור פעילות השופטים למען טוב משותף.**

המשפט סמוי מן העין גם במובן הזה **שאינו מצליח לשנות דברים בשל בעיות חיצוניות למשפט.**

1. סתירה עם פרקטיקות קהילתיות- מאוטנר נותן את הדוגמה של רצח על כבוד המשפחה- קבוצות מסוימות בהן גברים חונכו על ערכים שאם יש בגידה במשפחה או התנהגות לא הולמת במשפחה, המערכת החברתית מטילה חובה לפעול בדרך אחת ומערכת המשפט אוסרת עליו לעשות את הדבר הזה.
2. סתירה בין תכני המשפט למערכות אחרות- כך לדוג' המשפט דוגל בשוויון מגדרי אך עדיין אין הסדרה העניינים כמו שמירת הריון, חופשת לידה וכדומה בכל הנוגע לגברים.

בנוסף, ישנן בעיות פנימיות למערכת המשפטית- למשל:

1. בעיות פרשנות- כך למשל חוק המטרדים מאפשר לקרוא למשטרה עקב רעש חריג אחרי 23:00 אך לא מסביר מהו רעש חריג.
2. בעיות אכיפה- למשל חוק המרכולים- יש איסור לפתוח חנויות בשבת אך בפועל חוק זה לא נאכף.

היחס בין משפט וחברה נחקר בשני אופנים:

1. אמפירי (מאוטנר)- איך המשפט נראה בפועל ואיך הוא מתפקד.
2. נורמטיבי (ברזילי)- נשענים על מחקרים אמפיריים ומספקים תובנות על איך המשפט הולך להיראות.

**סרטון** מה קורה בפועל: "חתונה שווה פפראצי". בסרטון זוג, אלון וליבי, שלא רצו להינשא בטקס דתי. הורי הזוג לחצו עליהם כן להינשא בטקס דתי. לבסוף הזוג החליט להינשא גם בטקס אזרחי וגם בטקס דתי. אסף זמיר חיתן אותם. הזוג מבקש שהרב יבצע את הטקס הדתי בקצרה ככל הניתן. זוג הומואים נוסף, יונתן וגל, שחותנו ע"י מיכל ינאי אך נשאו את הברכה הדתית, הורידו כיפות במקום הינומה ושברו כוסות. מדובר במגמה הולכת ומתרחבת לא רק בקרב קהילת להט"ב. מירב מיכאלי מתארת את נישואי הרבנות כטקס לא שוויוני.

הרצאה יופי תירוש- מאמר המאבק בהפרדה בין המינים באקדמיה

ההרצאה עסקה בפעילות ציבורית תחת הכותרת של הנעת שינויים בחבר ונקטה בגישת משפט וחברה. יש נטייה לחשוב שהפרדה מגדרית נוטה לעסוק בסובלנות לחברות מיעוטים – כמו הפרדה בבתי כנסת, חופים מופרדים, אך נושא הדיון הוא מסגרות פרטיות וציבוריות (אוניברסיטה). שני סוגי הפרדה מגדרית בחברה הישראלית:

1. הדרה – רדיו קול ברמה, אסר על השמעת נשים ועורר זעם רב הוחל להשמיע נשים.
2. נשים מורשות להשתתף בפעילויות אך מקבלות הזדמנויות מועטות יותר - אקדמיה, נשים חרדיות לא יכולות ללמוד פיזיקה ומחשבים וגברים לא יכולים ללמוד פסיכולוגיה וחינוך.

הביקורת של ד״ר תירוש כלפי מדיוניות החברה הישראלית וקובעיה היא בשביל שילוב החרדים הם מזיזים את הנשים מהמרחב הציבורי. לדוגמא רוב החרדים לפי מחקרה מוכנים ללמוד על ידי מרצה אישה אך המוסדות מונעים זאת.

הפרדה מגדרית באקדמיה - דוחות שאספו נתונים העלו חוסר שוויוניות משמעותי בין נשים לגברים, הוחלט לעודד שילוב גברים בשוק העבודה על ידיד עידוד שילובים באקדמיה, הדבר מורכב שכן יש קושי מהותי לשבת עם בני המין השני לכן פתחו להם תוכנית נפרדת שרוב הסגל האקדמי לא היה מודע אליה כלל, לא התנהלו דיונים לגבי הדבר או ישיבות, ונור מצב שבו מרצות מקבלות פחות תקנים (השווים ערך לשכר עבודה) ממרצים גברים.

המאמר הסתיים בהמתנה ממושכת לפסק דין, עתירה שניה ב2017 ניתנה בהרכב של 5 שופטים, 3 רוב ו2 מיעוט. כל ה5 הושיבו בחיוב שאכן קיימת פגיעה שזכויות נשים במרחב האקדמאי, שלושת שופטי הרוב אמרו שהפגיעה עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה (תכלית ראויה והסמכה בחוק) אך יש היבטים לתוכניות שהם בלתי מידתיים ופוגעים בשוויון. שופטי המיעוט קבעו שהפגיעה נטולת סמכות, השופטת ברון קבעה כי גם אם הייתה הצלחה מפורשת ספק אם היא עומדת במבחנים החוקתיים שמתרים פגיעה בשוויון.

ד״ר תירוש טוענת כי שיבוץ מרצה באוניברסיטה צריך להיעשות משיקולים ענייניים בלבד, עצם ההפרדה היא אפליה גם אם היא מתקיימת בתנאים סימטריים. לטענתה, הנתונים לפיהם חרדים לא ילמדו באקדמיה אם יהיה שילוב הם שגויים ובכל מקרה המחיר כבד מדי ונגוע באפליה לא רלוונטית על בסיס מין.

הגישה התרבותית

ישנן 2 תשובות עיקריות לשאלת הצורך במערכת המשפט:

* 1. אין צורך במערכת משפט כיוון שיש מערכות חברתיות שמסדירות את העניינים. תשובה זו לא עונה לשאלה מדוע יש מערכת שפיטה בכל זאת.
	2. המין האנושי מחייב את קיומה של מערכת משפט כי אנשים אגרסיביים ונדרשת מערכת רגולציה ושליטה. אם כך, ניתן לשאול מדוע לחברות שונות יש מערכת משפט שונה?

מושגי יסוד

* 1. אמונות- **איך אנשים חושבים שהעולם פועל**.
	2. ערכים ונורמות- **איך אנשים חושבים שהעולם צריך לפעול**.
	3. מנהגים- **איך אנשים מתנהגים בפועל**.

למה צריך משפט?

1. כדי לשמור על ההרמוניה ופעילות תקינה של מוסדות חברתיים (להצהיר שהתפתחה נורמה חברתית שאנו מאמינים בה, שתהיה שקופה ונראית לכל החברה).
2. בגלל גדילה והתפתחות חברתית= מורכבות חדשה שיוצרת מצבים חדשים שיוצרים אי וודאות שדורשים הכרעה. החברה צריכה לדעת שהנורמה קיימת ומקבלת מעמד משפטי.
3. מעבר לחברה גדולה שבה יכולים להתקיים מנהגים שונים ומנוגדים ע"י קבוצות שונות, ואז נדרשת התמסדות שנייה לכדי חוק כדי לאכוף את המנהג המשותף. החברה התרבותית מבינה שאנחנו כיום חברה גדולה יותר והטרוגנית יותר שיכולים להיות בה ניגודים וסתירות בין קבוצות שונות, ועדיין צריך להיות מבחינת משפט המדינה נורמה משפטית שאוכפת את המנהג המשותף המקובל.

הרעיון המרכזי של הגישה התרבותית לפי Bohannan הוא **שלמשפט תפקיד פורמלי של שיקוף המנהג הקיים בחברה.** המחוקק לא נכנס שאלת מה טוב או ראוי. **המחוקק צריך לתרגם ולמסד את המנהג בתוך מערכת המשפט.**

לפי גישה זו, משפט הוא "התמסדות כפולה" של הנורמה החברתית. ההתמסדות הראשונה היא של המנהג בחברה, ההתמסדות השנייה היא בחוק.

מאפייני המוסדות המשפטיים לפי הגישה התרבותית

1. מערכת שיש לה את **הסמכות הפורמלית** לפתור סכסוכים ולאכוף את ההחלטה על המוסדות החברתיים. **המשפט אוכף מנהג קיים**, למשל: אם יש ירושה שהולכת רק לבנים במשפחה, ברגע שאב המשפחה נפטר וצריך לחלק את הרכוש – מחלקים בין הגברים.
2. כדי שמוסד משפטי יתקיים, צריך שיהיו **חוקים פרוצדוראליים** בנוגע לניהול המערכת המשפטית (סד"א וסד"פ), וכן, קיומם של חוקים מהותיים שמבטאים את הנורמות והמנהגים של הקהילה (למשל- אם הכאת ילדים במטאטא הינו מנהג מקובל המשפט צריך לקבל זאת) (דוגמאות- חוק יסודות המשפט משלים את דרך השפיטה לפי עריכי המשפט העברי).

ישנן שתי תשובות למצב בו החוק לא משקף מנהג:

1. משפט שלא משקף מנהג **נועד לכישלון ומתבטל**. תפיסה שאומרת שהמשפט לא יכול להוות כלי לשינוי חברתי. Law ways cannot change folk ways.
2. **Lag theory**- המשפט נמצא תמיד צעד אחד מאחורי הנוהג ומתפתח כדי להפנים אותו.

בפס"ד פלונית**,** הש' ביניש אומרת שאם יש מנהג, **והמנהג הוא בעייתי וסותר נורמות מסוימות**, אז גם אם הוא משקף את המנהג של קבוצות מסוימות **יש לבטל אותו**. לעומת זאת, הש' אנגלרד תופס את מעשי האם כמעשי תקיפה- **אם זה משקף את המנהג באותה הקבוצה אז הוא כשר**. יש הבדל בין עבירות רצח (בהן קל לקבל את הרקע התרבותי), לבין הכאה של ילדים, אונס בין בני זוג ומילת נשים, בהם הטיעון התרבותי הוא יותר מורכב. כך למשל: בהודו יש חוק שאוסר על קיום יחסי מין עם קטינים מתחת לגיל 18, ואם מקיימים יחסי מין זה נחשב לעבירת אינוס. ביהמ"ש קבע באופן תקדימי שהחריג שמכשיר אקט כזה- נישואין, הוא חריג שאיננו חוקתי.

בעיות ביישום הגישה התרבותית

**הנחת המוצא היא שמנהג משקף משפט** וכן שקיימת הומוגניות תרבותית שממנה ניתן לחלץ הסכמה לגבי מהו משפט. בפועל הדברים אחרים. **אנחנו נמצאים בחברה הטרוגנית, שבה אין הסכמה על מנהג מוסכם, ומתעוררת בעיה כאשר יש מנהגים סותרים**. בפס"ד בלומנטל, בעקבות העלייה מבריה"מ נעשתה חקיקה לאיסור מכירת חזיר בישראל – נוצרו מנהגים סותרים- איך רשות מקומית צריכה להסדיר מכירה של חזיר כשיש כמה קבוצות בתוך הרשות המקומית. ביהמ"ש קבע באותו עניין שיש לחלק את הרשות המקומית לאזורי רוב ומיעוט. הבעיה היא בשכונות מעורבות, במקרה כזה נלך על איסור בתנאי שמי שרוצה לצרוך בשר חזיר יש לו אפשרות במרחק מסוים לרכוש אותו.

בפס"ד פלונית נ' מ"י המערערת היא אישה חרדית שהכתה בהזדמנויות שונות את שני ילדיה בישבנם וסטרה על פניהם. היא הואשמה בהתעללות עקב כך שבמועד לא ידוע הכתה את בנה באמצעות שואב אבק והכתה באגרוף בפניו ושברה לו שן. נוכח מעשים אלו הועמדה המערערת לדין בגין התעללות בקטין, המערערת טענה שאין במעשיה משום תקיפה או התעללות שכן ענישת ילדיה בעונשים גופניים על מנת לחנכם לציות אינה מפרה נורמה משפטית כלשהי. **לטענתה, השיקוף של מנהג במשפט יכול להיות בהסדר שלילי שאין איסור במשפט ואין עבירה פלילית, המערערת דוגלת בגישה תרבותית שהמשפט צריך לשקף את המנהג.**

הש' בייניש מדברת על היחס בין משפט למנהג. לדעתה, התיקון לחוק העונשין במסגרתו חוקק ס' 368ג (התעללות בקטין) מבטא מגמה חברתית שקדמה לחקיקת החוק. **המודעות החברתית הגוברת לחומרת התופעה של פגיעה בקטינים ובחסרי ישע ולהיקפה, הניעה את המחוקק הישראלי להחמיר עם מבצעיהם של מעשים אלה.** בייניש מפנה למחקרים אקדמיים שמראים שאין תועלת בהכאה של ילדים, מעבר לכך שאלימות פוגעת בכבוד האדם של הילדים ובשלמות הגוף וכו'. אותו מנהג עדיין קיים אבל מבחינה ערכית אבד עליו הקלח. מבחינת בייניש, **המשפט משנה מנהג**. היא אף מפנה לפס"ד ראסי נ' היועמ"ש לפיו מותרת ענישה גופנית על ידי מורים ומנהלים. כיום, היא אומרת, **המנהג לא הולם את הערכים החברתיים שלנו.** היא מפנה לנוסח הסופי של סעיף 49(5) להצעת חוק העונשין שלא התקבל, לפיו אם ההכאה נעשתה לשם חינוך של קטין, מדובר בצידוק. המחוקק לא סובלני בשימוש באלימות למען חינוך של קטינים.

אנגלרד, לעומת בייניש, מסכים עם ההרשעה בתקיפה אך חולק על ההרשעה בהתעללות. לפיו ישנם מס' פירושים אפשריים למונח "התעללות" והולך על הפירוש החמור, על פי עקרון הפרשנות בפלילים ועיקרון החוקיות בפלילים. לדבריו: "לטעמי, מן הראוי להגדיר ברוח זו את היסוד העובדתי של התעללות גופנית, דהיינו, מעשים של אלימות קשה ואכזרית שיש בהם כדי להשפיל את הקרבן ולבזותו. הגדרה זו תואמת את המשמעות המילונית של המונח התעללות, ואיני רואה סיבה כלשהי לסטות מן המשמעות הזאת".

בארה"ב, מתירים להורה להכות את ילדו כל עוד מדובר בעונש גופני "סביר". מנגד, קיימת גישה השוללת מן ההורה סמכות לענישה גופנית כלפי ילדיו. גישה זו שמה את הדגש על זכות הילד לכבוד, לשלמות הגוף ולבריאות הנפש. בגישה דוגלים שבדיה, פינלנד, דנמרק, נורבגיה ואוסטריה, אשר אסרו או הגבילו עד מאוד את סמכותם של הורים להעניש את ילדיהם בענישה גופנית.

במקרה דנן, לגבי התעללות אף פעם לא יהיה צידוק מוסרי. אי אפשר לחסות תחת צידוק של ענישה סבירה למטרות חינוכיות. הכרעה בשאלת הלגיטימיות של ענישה גופנית כלפי ילדים מושפעת במידה רבה מהשקפות חברתיות-ערכיות. **השקפות אלה נתונות כמובן לשינויים בהתאם להתפתחויות חברתיות ותרבותיות.** **מה שנראה טוב ונכון בעבר, יכול שלא להיראות כך בהווה.** הדברים האלה נכונים גם לגבי הורים. חובת ההורים לפעול לטובת ילדם (שיקול הדעת שלהם מוגבל בשל כך). בית המשפט אינו יכול ואינו רשאי לעצום עיניו מפני התפתחויות חברתיות ומהלקחים שהופקו ממחקרים חינוכיים ופסיכולוגיים אשר שינו מן הקצה אל הקצה את ההתייחסות לחינוך תוך שימוש באמצעי ענישה גופניים. בייניש

**בבסיס הגישה התרבותית עומדת גישה שאומרת שעל המשפט לשקף את החברה**. ע"פ הגישה, הערכים והנורמות של החברה נמצאים בתוך המנהג והמחוקק צריך לבטא את אותם ערכים במשפט. **אימוץ המנהג משקף את ערכי החברה. אלו ערכים סובייקטיביים המבוטאים תחת קונטקסט מסוים.**

הגישות השונות כוללניות ולא תמיד נכונות לכל תחומי המשפט. כך לדוג' הגישה התרבותית יכולה להסביר תחום אחד אך לא יכולה להסביר תחומים אחרים.

יופי תירוש מציגה פס"ד בו בעל אנס את אשתו לשעבר. היא מראה באמצעות השפה בה משתמשים השופטים כיצד בהמ"ש מקבע תפיסות שמרניות ביחס לתפקיד החברתי של נשים וגברים ולאופן שבו אישה צריכה לנהוג. הש' קדמי והש' דורנר מתארים את סיטואציות האונס בצורות שונות. הש' אנגלרד מייבא את עבירת הקינטור אשר קיימת רק בעבירת הרצח לעבירת האונס כעשיית מעין הצדקה למעשה. בנוסף הוא מדבר על הסתכלות הש' על המקרה מלמעלה באופן מנותק מרגשות אך מנגד מתאר את סיפור חייו של המערער כדי ליצור אמפתיה. הגישה התרבותית באה לידי ביטוי בפסקי הדין של השופטים באופן התייחסותם למקרה. תירוש רואה את שיקוף התרבות והמנהגים כדבר שלילי. אלו אינם מנהגים מוסכמים ומקובלים על כולם אלא מדובר במנהגים שמבטאים תפיסה חברתית מסוימת שמטיבה ודואגת לקבוצה מסוימת באוכלוסייה (גברים) ומדכאת קבוצה אחרת (נשים). המאמר לא מוצג במאמר ככלי לשינוי חברתי אלא להיפך ולכן **המאמר מבקר את הגישה התרבותית**.

(דוגמאות לזכור: metoo, הכאות ילדים, תחבורה ציבורית בשבת, הסדר זנות- דוגמאות למנהגים שונים שהביאו/ סוטרים חוק)

הגישה המבנית

טלקוט פרנסונס הוא סוציולוג אמריקאי מהתאוריה המבנית על פיה **המשפט הוא מערכת כלים פורמליים שמכווינים התנהגות, שומרים על לכידות חברתית ועל הסדר והמבנה החברתי.** לפי גישה זו המשפט הוא כלי לשינוי ערכים מוסריים. נקודת המוצא של הגישה היא שיש קונצנזוס לגביו כללים משפטיים מגלמים ומסמלים הסכמות חברתיות.

ע"פ גישה זו **תפקיד המשפט הוא יצרית רגולציה והגבלת ההתנהגות של הפרטים ביחסים אחד מול השני.** אידיאלית, המשפט יכנס לפעולה רק לאחר שמערכות אחרות בלתי פורמליות של שליטה חברתית נכשלו ואינן מתאימות. **כללים משפטיים מהווים ערוץ לחלוקת משאבים ולשינוי חברתי.** הכל כדי לשמור על הסדר והמבנה החברתי. עקב כך, כל קונפליקט בדמות פשע, מהומות, סכסוך וכדומה הם אירועים יוצאי דופן ובלתי רצויים שפוגעים בסדר הציבורי ומכניסים את המשפט לפעולה. מטרת המשפט היא להילחם בסטייה החברתית באמצעות תיאום בין מוסדות חברתיים כאשר לעורכי הדין תפקיד חשוב כסוכנים של שליטה חברתית. זאת, כדי לשמור על סולידריות ולכידות. מי שפוגע בסדר החברתי צריך להיענש. מונח **הסולידריות** פותח ע"י אמיל דורקהיים שכתב על המהפכה התעשייתית והמעבר הדרמטי מהכפר לעיר. מעבר מחברות פשוטת והומוגניות לחברות מודרניות הטרוגניות מתועשות בה יש תלות וחלוקת עבודה. המהפכה התעשייתית יצרה:

סולידריות מכאנית- קהילות קטנות והומוגנית בהן יש תחושה של גורל משותף.

סולידריות אורגנית- קהילות הטרוגניות בהן יש תלות של אדם אחד בשני כיוון שכל אחד מייצר דבר אחר ויש מסחר ענף לשם חיים תקינים.

בחברה הומוגנית שמאופיינית בסולידריות מכנית נמצא **חוק מעניש** הרלוונטי למשפט הפלילי משום שהפרת הסדר הציבורי נתפסת כיותר חמורה. בחברה המאופיינת בסולידריות אורגנית **יש צורך בחוק מפצה כדי לשמור על הסדר החברתי**. זה מסביר את התפתחות דיני חוזים, קניין וכדומה.

במאמרו, אומר שוורץ כי התפתחות של אמצעי שליטה משפטיים לעומת אמצעי פיקוח חברתיים במושב, בשונה מהקיבוץ, נבעו מהעובדה **שאמצעי השליטה הלא פורמליים (חברתיים) לא עבדו באופן יעיל במושב בשל מבנה חיים חברתיים וכלכליים שונים.** בין המערכות דמיון רב: שתיהן נוסדו בערך באותן שנים ע"י מתיישבים צעירים, גודל האוכלוסייה והמיקום הגאוגרפי דומה, למושב ולקיבוץ אזורים חקלאיים זהים, שיטות שיפוט זהות ועוד. עם זאת בקיבוץ החיים הכלכליים שיתופיים ובמושב יש בעלות פרטית. בקיבוץ כל החיים נעשים במסגרת הקולקטיב. ה"ביחד" מסביר למה המערכת החברתית פועלת- עצם זה שכולם מכירים את כולם מועיל למשפט. לדעת שוורץ דווקא בגלל שבמושב יש חוסר במנהג ואנשים לא יודעים מהי ההסכמה החברתית המשותפת יש וואקום אליו נכנסת מערכת המשפט הרגילה ולא המערכת החברתית של הקיבוץ.

המצב בישראל: הצעת חוק מייגן הישראלי- הצעת חוק המלחמה בפדופיליה, התש"ע- 2010. תגובת הפרקליטות:

* ישנם שני חידושים מרכזיים בהצעת החוק:
1. הסמכת ביהמ"ש להורות על "סירוס כימי" (מתן טיפול תרופתי לשם דיכוי היצר המיני).
2. הקמת מאגר מידע הפתוח לציבור הכולל את פרטיהם של עבייני מין.
* אין מקום ליצור את המאגר המוצע בחוק מכיוון שהמאגר אינו יעיל (העבריינים עזבו מדינות שבהם החוק הגדיר יידוע) והן נוכח פגיעתו הקשה בזכויות האדם.

בפס"ד שהיה לפני מספר שנים ביהמ"ש זיהה את השבר וניסה להתמודד עמו. ביהמ"ש מסביר שאם בעבר המחוקק הסתפק בענישת עבריינים הרי שבשנים האחרונות נחקקו חוקים שונים שנועדו להצר את רגליהם ולפקח על עבריינים שהורשעו גם לאחר ריצוי מלוא תקופת העונש שהוטלה עליהם.

החברה עוברת תהליכים שונים שמשתקפים בדברי חקיקה, אנו עדים למעבר אקטיבי להגן על הציבור הרחב, עם זאת חוק ההגנה כולל גם פרק שעניינו שיקום עברייני מין. הגישה המבנית יכולה לטעון שנוצר שבר מבני שהביא לתיקון הנ"ל.

הביקורת על הגישה המבנית היא השאלה האם יש טוב כללי או מבנה חברתי מוסכם. **הגישה שמקדשת את טובת הכלל יכולה לקדש את טובת הרוב בשם השמירה על הסדר הציבורי**. יש הצדקת יתר לטובת הכלל. תיאוריה זו מציגה תפיסה מאוד אידיאלית של המשפט על פיו המשפט מסדר, משנה ומכווין התנהגויות כאשר הוא יכול להיות גם כלי.

שוני הגישות תרבותית Vs מבנית: 1. מה יוצר את המשפט- נוהג/ חוסר נוהג (סדק), 2. מה מהות המשפט- מעגן נוהג קיים/מכווין התנהגות, 3. הגישה המבנית נוצרה מתפיסה של התפתחות הקדמה.

גישת הקונפליקט

זוהי גישה מטריאליסטית הטוענת כי **ההיסטוריה האנושית והאינטראקציה החברתית מבוססת על אינטרסים אישיים וקולקטיביים (בעיקר כלכליים) של פרטים או קבוצות בחברה**. גישה זו אפיינה גישות כמו הגישה המרקסיסטית. גישה זו התפתחה בשנות ה50-60 בארה"ב. הגישה טוענת שגם במדינות ליברליות ודמוקרטיות- **הליך קבלת ההכרעות באמצעות הרוב הוא הסוואה לחיזוק הקבוצות החזקות בחברה.**

בחינת מקרה לוביסטים-בדר"כ מי שיכול להרשות לעצמו לקחת שירות של לוביסט הם קבוצה מאוד מסוימת של חברות מסחריות, בדר"כ חברות ענק. אם ניקח את הדוגמא של עיתונות, הייתה הצעה לבטל את החובה של פרסום הודעות על הפקדת תוכניות בעיתון והעיתונים הגדולים בעיקר נאבקו כדי לא לבטל את זה. היום יש ללוביסטים תפקיד חשוב בקידום דברי חקיקה ולפעמים דברי רגולציה. האם זה טוב או האם זה רע ? תלוי את מי שואלים. דוגמא אחרת היא שר התרופות (גרף מה קורה בחברות תרופות עם לוביסט לעומת בלי לוביסט)- יכול להיות שזה משרת את האינטרסים של אותן חברות מסחריות ויכול להיות שגם משרת אותנו. מלבד עניין הלוביסט יש גורמים נוספים שמהווים גורם מכריע, עניינים של כוח וכסף. בצד התפקיד החשוב שהלוביסטים משחקים יש עדיין גם פוליטיקאים שרוצים להיבחר שוב ושוב ולכן יש פה משחק מאזן. הסדרת "שוק" הלוביסטים- בעקבות הנתונים האלה, המחוקק הבין שיש סוג של הפרה באיזון יחסי הכוחות כי רק גופים מסוימים (חזקים ומבוססים) יכולים לשכור את השירות הזה, ולכן בשנת 2008 התקבל תיקון לחוק הכנסת שהסדיר את פעילות השדלנים (ההגדרה לשדלן, הסדרת פעילות השדלנים, חובת נשיאת תג מזהה בכנסת).

בסיס הגישה:

* 1. **אי השוויון** בחברה בין הקבוצות השונות **מתפתח ונשמר באמצעות המערכות המשפטיות**.
	2. **המשפט הוא כלי אקטיבי בידי קבוצות חזקות בחברה** שמשתמשות בו כדי לבסס ולשמור על הדומיננטיות שלהן אל מול קבוצות אחרות בחברה.
	3. המשפט (ומוסדות נוספים) הוא **ביטוי לקונפליקט וכוח** (בשונה מהתפיסה התרבותית והמבנית שהדגישו הרמוניה והומוגנית).
	4. **שינוי מתרחש באמצעות מהפכה ולא הסתגלות**. בהקשר המשפטי- חוקים ופס"דים משנים את המציאות.

רון חריס כתב מאמר על מאסר חייבים במאה הקודמת. הטיעון המרכזי של המאמר הוא **שהמשפט אינסטרומנטלי ויכול לשרת קבוצות חברתיות חזקות לשם ביסוס מעמדן, יצירת לגיטימציה לדומיננטיות שלהם וניצול קבוצות חלשות.** על כן, לא ניתן להבינו כתחום המתפתח באופן אוטונומי מלא, מתוך המשכיות פנימית, המעוצבת ע"י משפטנים בלבד, באמצעות חשיבה דוקטרינרית ובמנותק מהתפתחות חוץ משפטיות (כלכליות, חברתיות ותרבותיות). חריס מבצע ניתוח מעמדים כדי להסביר את הקשר בין מעמד האצולה למאסר החייבים. לדעתו, מאסר החייבים התקבל כדי לשמר את המעמד החברתי והכלכלי של הנושים שהיו עשירים. קבוצה זו דאגה להגדלת הון באמצעות בעלות על קרקעות כך שגם אם לאציל יהיה חוב הוא יגיע להסדר משפטי אחר לפיו לא ייפרד מהקרקע. אם יקלע לחובות יכנס לכלא למספר ימים והקרקע תישאר בבעלותו. מכאן, הסדרי ההוצאה לפועל שהובילו לרעיון של מאסר חייבים כדי להגן על מעמד האצולה. חוץ מקבוצה זו, גם קבוצות אחרות יכלו ליהנות מההסדר.

באותה תקופה, היו סוגי מקרקעין של האצולה שהיו חסינים מפני הוצאה לפועל, לא היה אפשר לנקוט בהליכים כלפי חייבים שחובם עלה על 300 פאונד (וניתן להניח שלעשירים היו חובות גדולים מ300 פאונד) וכי חייבים מהמעמד הגבוה יכלו לבחור להיאסר ולא למסור נכסים ואף הועברו לבתי כלא נוחים יותר.

בנוסף, הייתה הגנה משפטית ומוסדית רבה על העשירים כמו:

* 1. בתי משפט לבקשות- בתי משפט שכל תפקידם היה גביית חובות קטנים והיו מאוד אפקטיביים.
	2. פשיטת רגל- הייתה הגבלה להסדר פשיטת הרגל כך שחל תחילה רק על הסוחרים להגבלת כוחם ע"י העשירים ואז גם על העשירים והסוחרים כהגנה ייחודית מפלה אך לא על עניים.
	3. אחריות מוגבלת- זכאות התאגדות שהוקנתה רק לקבוצות מסוימות שהצליחו לקבל זיכיון מהמלך וזכו להגנה מוגברת באמצעות אחריות מוגבלת.

 חריס מדגים את גישת הקופליקט שמנסה לקחת הסדר משפטי מסוים ומנסה להבין מי קידם את אותו הסדר.

במסגרת ההתפתחויות של גישות ביקורתיות וגישת הקונפליקט הייתה **כתיבה ביקורתית רבה על מעמדן של מדינות הרווחה.** מדינת הרווחה מצטיירת ככזו המקנה זכויות ומגנה על חלשים. הכתיבה הביקורתית מנסה להראות כיצד מדיניות הרווחה בעצם מחזקת את החזקים. כתיבה פמיניסטית בתחום דיני העבודה הראו שמדיניות הרווחה מחזקת את מעמד הגבר ומשמרת אפליה. מאמרה של שגית מור נכנסה לתחום זה. מור מנסה להראות איך מדיניות הרווחה של קצבאות הנכות מדגימה את גישת הקונפליקט. בנוסף, מור בוחנת אפשרויות ליצירת אלטרנטיבה של קצבאות שלא תשתתף במהלך כוחני כלפי אנשים עם מוגבלויות. מור טוענת שהקצבאות יוצרות היררכיה בין אנשים עם מוגבלויות ואנשים בלי מוגבלויות תוך עיגון ומתן לגיטימציה. מעבר לכך, בתוך קבוצת הנכים יש היררכיה פנימית- נכי צה"ל, נכי עבודה ונכים כלליים. מור מנסה להראות שקצבאות הנכות משמרות ומשעתקות היררכיות חברתיות.

מדרגים והבדלים בין קצבאות הנכות באלמנטים הבאים:

* 1. מנגנון חלוקה: נכי צהל- פיצוי, נכי עבודה- ביטוח ופיצוי, נכים כלליים- נזקקות.
	2. הבדלים בהגדרת הנכות- נכי צה"ל רחב ביותר, נכי עבודה מצומצם יותר ונכים כלליים מינימלית.
	3. מבחנים שונים לקבלת קצבה- נכי צה"ל מבחן רפואי בלבד ודי ב10%, נכי עבודה מבחן רפואי תחת סף של 20%, נכים כלליים מבחן כפול- נכות רפואת ברמה של 60% (לפעמים 40%) ומבחן תפקודי הקובע מינימום 50% של "היעדר יכולת הכנסה".

סרטון- וועדת העבודה והרווחה דנה בזכויות נכי צהל- ערוץ הכנסת, חיים בר יו"ר נכי צה"ל.

בסרטון, מתראיין חיים בר בעקבות קביעת הכנסת שלשם קבלת קצבאות יש לעגן אותם בחוק בעוד נכי צה"ל מקבלים את רוב הקצבה שלהם מתגמולים שלא מעוגנים בחוק. בחלקו השני של הריאיון נשאל בר על ההבדל בין נכי צהל לנכים הכלליים. בר אומר שנכי צהל לא משתתפים במאבק של הנכים הכלליים. הוא אומר שלפני הגיוס לצה"ל החייל היה בריא ונפגע בעקבות השירות. הם תכננו את חייהם וברגע אחד הכל התהפך. לטענתו כל מוגבל צריך להתמודד עם חיים קשים וליבו עם שאר הנכים. עם זאת הוא לא יודע מה קורה במאבק הנכים הכלליים והוא מתמקד בתפקידו למען נכי צה"ל. לדעתו אין השוואה בין נכה לנכה וכל אחד מקבל מה שמגיע לו לפי נכותו וחייו. המראיינת לוחצת בשאלות ומנסה לטעון שנכים כלליים ונכי צהל נפגעים בצורה שונה. לדעתו יש הפרדה כיוון שחיילים היו בשירות המדינה והיו באימון, קרב, בסיס עצמו, בדרך ממנו או אליו.

לפי מור, ההסבר להבדלים בין הקצבאות מתבסס על תפיסה חברתית לגבי "תרומה אזרחית". **אבחנה בין אזרחים ראויים לאזרחים לא ראויים**. נכי צהל מספקים תרומה מקסימלית עקב סיכון חייהם בקרב עבור המדינה. נכי עבודה נהנים מהסדר ביטוח נדיב יחסית בשל תרומת היצרניות שלהם. נוצר מדרג ערכי שמקורו בתפיסה הציונית עליה מבוססת המדינה.

שוטרים, הרתעה, ענישה וציות לחוק

סרט (מתוך הסדרה המדינה נגד או.ג'י סימפסון, עונה 1 פרק 5)- אדם שחור נוסע עם ילדותיו במושב האחורי ונעצר ע"י שוטר. בדרך לאוטו השוטר מוציא מהאופנוע שלו אלה ופותח את נרתיק האקדח (אחרי זום ברור של המצלמה על הכיתוב "לשרת ולהגן" שהיה על האופנוע). השוטר מתנהג באגרסיביות למרות שהאיש מדבר אליו בכבוד. כאשר הוא מנסה להסביר לשוטר שהרכב שלו, השוטר לא מאפשר לו להוציא את הרישיונות מתא הכפפות ושואל את הילדות האם הרכב שייך לאביהם. האיש אומר לשוטר שזוהי הפעם השלישית שהוא נעצר כיוון שהוא נוהג ברכב יפה בשכונה לבנה ושלא יערב את הילדות שלו במקרה. בתגובה מבקש ממנו השוטר לצאת מהרכב ואוזק אותו עקב ההתנהגות התוקפנית שלו. האיש אומר לשוטר שייקח את הרישיון ויבדוק מי הוא מול התחנה ושיתחרט אם לא יעשה זאת. האיש אזוק ורוכן מעל תא המנוע ומרגיע את ילדותיו שברכב ואומר להן שעוד מעט ייסעו לארוחה. לאחר זמן מה משחרר השוטר את האיש ואומר לו "יום טוב אדוני סגן התובע".

למה חשוב לחקור את עניין הציות לחוק: 1) אם אין ציות אין משמעות לחוק ולמשפט. 2) כדי שהחברה תתפקד ויהיה בה סדר חברתי.3) כדי שנדע כיצד להגיע ל- law abiding society.

**חוקים שמנסים לשנות התנהגויות ולהטמיע נורמות** לדוגמא: חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998.

מטרה: מטרת החוק להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלא יכולתו.

כל מקום ציבורי נדרש להיות מונגש- רמפות, דלתות רחבות, שירותים רחבים, מעלית, חניה ועוד. מה זה דורש ?

1. מודעות. 2.מוטיבציה. 3.כסף. - מחקרים בארה"ב שבדקו את המימוש של החוק מצאו שיש עסקים קטנים באופן יחסי שנאלצו להתאים את המוסדות שלהם ובשלב מסוים לפשוט רגל. כשמוטלות קנסות שצריך לשלם במידה ולא מקיימים את החוק אז מגיעים למצב של פשיטת רגל. בשנת 2000 נכתב מאמר שבוחן את המצב 10 שנים לאחר חקיקת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. המאמר מראה חסמים שעשר שנים אחרי חקיקתו עדיין קיימים הלכה למעשה. הכותבת ממליצה מספר המלצות, שגם בהם אפשר לראות שהפתרונות הללו עולים כסף. כנראה שחברות מסוימות יוכלו לעמוד בהם וחברות אחרות לא

אם אנו מנסים לנתח ולבחון את התהוות חוקי העזר בת"א- בחשבון העלות תועלת היה שווה לעסקים מסוימים להפר את החוק. מי שעתר לביהמ"ש הם בעלי החנויות הקטנות שהיו סוגרים את עסקיהם בשבת לאור חוק העזר. והעירייה עצמה, רשות מנהלית, מכניסה כסף מחוקי העזר האלה ובמידה לא מבוטלת משחקת עם העסקים הגדולים את המשחק הזה (שווה לה שיהיו עסקים שיפתחו בשבת). העסקים הקטנים עתרו בטענת אי צדק חלוקתי וחוסר שוויון.

אכיפה אזרחית בפנייה לערכאות מביאה להגברת אכיפה במקום שהיא לא קיימת מספיק (לדוגמא- תביעות ייצוגיות). גם פנייה לרשתות החברתיות במקום למשטרה זה סוג של אכיפה אזרחית.

נציין שיש גם מוסר, לא רק הפרה ואי הפרת חוק הם מטעמי יעילות כלכלית. מחקרים התנהגותיים מראים שאנשים מפרים את ההוראות כשזה "בקטנה" (סטודנט שמרמה במבחן וכו'). כשההפרה היא יותר קטנה המצפון פחות חזק.

יובל פלדמן מדבר במאמרו על חשיבות המשפט. הוא מנתח את המשפט באמצעות מחקרים אמפיריים **וטוען שתהיה חשיבות למשפט ככל שהוא משפיע באופן ישיר או עקיף על החברה במנותק מהקשרים חברתיים כמו סנקציות חברתיות.** ככל שהנורמות החברתיות נוכחות יותר, כך המשפט פחות חשוב. הוא מנסה לצייר סקאלה שתסביר השפעה של נורמות על המשפט. בצד אחד יהיה, לדוגמא, רצח על כבוד המשפחה בו לא משנה שיש איסור על רצח, הנורמות החברתיות מחייבות זאת וחזקות יותר מהמשפט. דוג' נוספת- נשים שעוברות תקיפה מינית ומשתמשות בשיימינג במקום מערכת המשפט. אמנם יש אכיפה על האיסור המשפטי אך השפעת המשפט עצמו פחותה. בצד השני של הסקאלה, משפט המדינה גובר על הנורמות החברתיות.

למה אנשים מצייתים או לא מצייתים לחוק?

1. המודל הרציונאלי (הרתעה): זהו המודל הוותיק ביותר **לפיו אנשים מקבלים החלטות בצורה לוגית/ רציונלית.** ההסבר העיקרי לציות לחוק הוא שיקולי עלות מול תועלת- האם שווה לעבור על החוק ולקבל את העונש. כמו כן נשאלת השאלה מה הסיכוי שאדם ייתפס. כפועל יוצא מכך- **ככל שיש יותר הרתעה כך יעברו פחות על החוק**. עם זאת, מחקרים בתחום הפלילי מראים נתונים שונים בין היתר כיוון שיש בעיה בעצם האכיפה. כמו כן, אם המודל בנוי על רציונאליות- יש חובה לדעת מה העונש- דבר שלא כולם יודעים.
2. הגישה הנורמטיבית- **בני אדם נוהגים להתנהג באופן נורמטיבי לפי נורמות התנהגות חברתיות ועקרונות מוסר.** אנשים מצייתים לחוק בגלל אמונות מוסריות ביחס למה נכון ומה לא נכון ובשל נורמות חברתיות המקובלות בחברה הקרובה אליהם. **נורמות משפטיות יכולות להיות זהות לנורמות החברתיות ויכולות שלא.** הקהילה, המשפחה והסנקציות החברתיות משחקות תפקיד משמעותי ככל שהן מתאימות לחוקי המדינה.

השפעת המוסר על ציות החוק

* השפעה ישירה- אנשים מצייתים לחוק ונמנעים מלעשות משהו בגלל **שמדובר במעשה לא מוסרי**. המוסר מנותק מהחוק.
* שינוי העמדה המוסרית- אנשים נוטים לייחס **משמעות מוסרית לתוכן של החוק.** אנו נוטים להאמין שמה שהוא לא חוקי הוא גם לא מוסרי.
* השפעה עקיפה- אין התייחסות לתוכן החוק. **ברגע שיש איסור מסוים בחוק, מבחינה מוסרית נציית לו.** המקור של הציות לחוק הוא אמונה בסמכות של המחוקק. כאשר לאם אין אמון במחוקק השפעה זו לא תתקיים.
1. גישת הלגיטימציה- טום טיילור טוען כי **המטרה הסופית שלנו היא להגיע לחברה המצייתת לחוק.** טיילור עוסק בקשר שבין המשטרה והציבור במטרה להגיע לטוב המשותף שהוא סדר וחוק. מבחינתו, **מה שקובע עד כמה אנשים יצייתו לחוק הוא פועל יוצא לכמה אנשים תופסים את השלטון כלגיטימי**. ככל שיש צידוק לגיטימי כך אנשים יציתו יותר לחוק. המשטרה לא נמצאת בכל מקום בכל זמן. בסופו של דבר המשטרה היא כלי ליצירת חברה שמצייתת לחוק אך זהו כלי מוגבל. אנו צריכים ליצור חברה שמצייתת לחוק ללא משטרה.

**הלגיטימיות לסמכות של הריבון והמשטרה הם אלה שיובילו ליצירת חברה שמצייתת לחוק**. לפי טיילור, הסצנה שהייתה בסרט שראינו הייתה מובילה להפחתת הלגיטימיות והסמכות של הריבון והמשטרה ותוביל לפחות ציות.

סקר שנערך בישראל במאי 2017 הראה ירידה משמעותית באמון הציבור, בבית המשפט ובמשטרה (במצגת). עורך הסקר, פרופ' רטנר מאוניברסיטת חיפה אומר שחלק מהתפיסות השליליות באות מהחברה שלא אוהבת לציית לחוק ביחס למדינות אחרות, ובירידה באמון יש איזושהי התרסה מסוימת. כלומר, **האמון הנמוך במשטרה משלב בין העמדה הנורמטיבית ללגיטימציה. אין רצון לציית לחוק ועל כן לא מאמינים בחוק.**

סרט- כתבה בערוץ אחד בה נראה תקיפת החייל האתיופי דמאס פקאדה שהובילה למחאת האתיופים. בסרטון נראים שוטרים גוררים את החייל לסמטה ומכים אותו. בכתבה מראיינים את דמאס שאומר שאם לא הייתה המצלמה לא היו מאמינם לו ומספרים על מחאות נוספות שהיו בקרב הקהילה האתיופיות.

הסרטים שראינו ממחישים את החוויה שאנשים חווים מול מערכת המשפט או המשטרה אשר מעצבת התפיסה שלהם לגבי גופי המדינה והלגיטימציה שהם רואים לגופים אלו. מדובר בשילוב של זהות אתנית וחוויה אישית.

פלדמן מסביר מהי לגיטימציה והחלשה של חשיבות המשפט. לגיטימיות והוגנות מושפעים מ2 דברים:

* צדק פרוצדורלי- **עצם ההליך עצמו בלי קשר לתוצאה.** הוא מפנה למחקרים בהם עצורים נעצרו ולפני גזר דין, מה שהגביר את הלגיטימיות היה התנהגות הוגנת- האם השופט פנה אליו, האם הקריאו לו את זכויותיו, איך התייחסו אליו.

המרכיבים העיקריים הם השתתפות ויכולת הבעת דעה, ניטטרליות ושקיפות המערכת, הנימוסים והכבוד שמקבלים בבית המשפט, והמוטיבציה של מקבלי ההחלטות לבצע הליך הוגן.

* צדק מהותי- מתייחס לשאלה החלוקתית ולתוצאה של המשפט- **האם אנשים מקבלים את מה שמגיע להם.**

תודעה משפטית, המשפט בחיי היום יום ותרבות משפטית

Naming, blaming, shaming עמדותיהן של נפגעות עבירות מין כלפי ביוש תוקפיהן ברשתות החברתית/ הדר רוזנברג וענת פלג

מהות המחקר: מחקר איכותני שבוחן את תופעת הביוש במדיה החברתית שנפגעים ונפגעות של תקיפה מינים עורכים לפוגעים שלהם, וזאת באמצעות חשיפת הפרטים המזהים של הפוגעים. חלקם פנו למדיה החברתית במקביל למע' האכיפה וחלקם לא.

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

* נפגעי העבירה
* הפוגעים
* הקהילה בכללותה
* המדינה מחוץ למרחב הפורמלי של המשפט הפלילי המדינתי

במאמר אקדמי המבוסס על מחקר איכותני החוקר חייב להסביר את בחירתו במרואיינים. מתוך כלל המרואיינים החוקר מחלץ תמות שחוזרות.

* טעמים בעד השימוש בביוש: הרתעה מפני תוקפים וסיוע לרשויות החקירה באיסוף ראיות, מימוש זכות הציבור לדעת, מנגנון ענישה חברתית של הפוגעים, כלי לערעור יחסי כוח, הענקת קול למושתקות ועידוד תמיכה בנפגעות.
* טעמים נגד השימוש בביוש: הסטת המאבק הפמיניסטי מיעדיו, פחד מתגובות התוקף (פחד פיזי ופחד מתביעת דיבה), רחמים על התוקף.
* השלכות חיוביות של השימוש בביוש: הקלה אישית לנפגעת.
* השלכות שליליות של השימוש בביוש: השמצות ברשת, הפיכת התוקף לקורבן, יחס חברתי שלילי, יחס שלילי מצד מע' אכיפת החוק עקב חשיפת פרטי הפוגע, יצירת שיח טהרני הפוגע במאבק בתרבות האונס, חשש לפגיעה בעיקרון ההליך הוגן.

הנפגעות מספרות שהפנייה למדיה החברתית מחזירה את השליטה לידיהן, הן מספרות את הסיפור, הן מכתיבות את הנרטיב. אחת המסקנות היא שהנפגעות משלמות מחיר על הביוש, בעיקר בפרסומן על עבירות שהתיישנו ונגד תוקפים שמתו מאז. הן מבוישות מעצם הפנייה למדיה החברתית. סביר להניח שמי שיוצאות למדיה חברתית הן דוברות אמת אך לא בהכרח. יש תוקפות שמביישות בצורה אנונימית באמצעות ארגונים. יש פה חשש מסוים של לקיחת החוק לידיים, יצירת משפט שדה לאנשים שבהרבה מהביושים כלל לא הורשעו בבחינת אכיפת החוק.

**האם כיום בעידן הדיגיטלי מתהווה שלב נוסף/מקביל בסכסוך המשפטי shaming במקום/ ביחד עם blaming ?**

ממצאי המחקר:

* ביוש כמנגנון אכיפה פרטי לנוכח כישלונה של המדינה בהגנה על הנפגעות:
	+ הטעמים לשימוש בביוש הם חברתיים וציבוריים ולא אישיים.
	+ שימוש בביוש כמסמל התנתקות זמנית מהמערכת עד שזו תשפר את הביצועים שלה והתנהלותה. אין הצהרה ישירה שאותן נפגעות זונחות את מערכת המדינה.
* ביוש מגנה מול ביוש משקם- השוואה בין ביוש ברשתות החברתיות לבין צדק מאחה:
* שני המנגנונים הם א-פורמליים.
* צדק מאחה נשען על דו שיח בין הפוגע לנפגעת, הנפגעת מקבלת התנצלות כחלק מתהליך השיקום שלה לאחר תהליך. המטרה בעיקרה לשקם אותה, יש גם שיקולי שיקום של הפוגע (הבנת מעשיו, לקיחת אחריות).
* בהקשר של הביוש אין דו-שיח בין הפוגע לנפגעת, חד צדדי לחלוטין.
* ביוש כפעולה רציונלית להשגת צדק א-פורמלי:
* תיאור הבחירה בביוש כמושכלת, מתוכננת ומחושבת כדי למנוע פגיעות נוספות בעתיד. הנפגעות חושבות ושוקלות את כדאיות הביוש.
* כלי לערעור על מוקדי הכוח ועל ההיררכיה החברתית ומצד שני הרתעת המביישות.

הנפגעות לא חשות שמע' המשפט נותנות מענה מלא לצרכיהן, הן פונות לערוצים אחרים ובמקרים רבים אף משלמות על זה מחיר, כדי לא לפנות למע' המשפט. *"אף שהמרחב המשפטי והמרחב המקוון הם מנגנונים בעלי פונקציות שונות לחלוטין, בפועל מערכת המשפט מושפעת (או למצער עשויה להיות מושפעת) מקיומו של המרחב המקוון, התורם לתחושות המיטיביות של המשתמשות. מציאת המזור ברשתות החברתיות עשויה להשליך בעיניהן על האטרקטיביות של הפנייה למערכת המשפט הפלילי".* כותבות המאמר אומרות למעשה שלמע' המשפט הפלילי יש אינטרס להנגיש את עצמה כלפי הנפגעות. המשפט הפלילי הקלאסי לא נותן מענה לנפגעות שנאלצות לפנות לקבלת מענה כזה או אחר בערוצים שונים. זו דוגמא קלאסית למחקר של משפט וחברה שבוחן מה ההשפעה של החברה, של המדיה החברתית, של העידן הדיגיטלי- על המשפט.

במאמרה של מנאל, "שיתוף הציבור בחוק התכנון והבנייה: המצוי והרצוי- ואדי נסנאס כמקרה בוחן", מטרת המחקר הייתה לבחון את התודעה המשפטית בה קבוצות מוחלשות עושות שימוש תחת עיקרון שיתוף הציבור המעוגן בחוק התכנון והבניה באמצעות מקרה בוחן. מקרה הבוחן: כיצד תושבים ערביים בעיר מעורבת תופסים את ההליך המשפטי ע"פ חוק התכנון והבנייה, וכיצד תפיסה זו מעצבת ומשפיעה על השימוש שהם עושים בכלים האמורים לאפשר להם להיות שותפים להליך התכנוני. אותה חברה הסתכלה על מערכת המשפט בצורה שלילית. **הם מביעים תפיסה של חוסר אמון במערכת** עקב יחסי רוב ומיעוט, חזק וחלש, מערכת שלא נותנת מענה לצרכים שלהם, התערבות משטר המקרקעין ונושא ההפקעות שהשפיע על ההבניה המשפטית שלהם, ולאור זאת, **מפתחים אסטרטגיית פעולה אלטרנטיבית** לפיה לא ניסו לעצור את התוכנית אלא להוציא את מירב הפיצויים. זאת כיוון **שהנחת המוצא שלהם היא שכך או כך התוכנית תצא לפועל.**

המסקנה העיקרית מהמחקר היא: ההיסטוריה של משפט המקרקעין בישראל מעצב את התודעה המשפטית של תושבי העיר הערביים. דבר אשר מעצב את דפוסי ההשתתפות שלהם והטענות בהליך התכנוני.

מארק גלנטר מנסה לסרטט את ההיררכיה של התפתחות הסכסוך המשפטי במאמר "naming blaming claiming", לפיו כדי להגיע לנקודה המשפטית יש לעבור מספר תחנות.

-Naming "שיום" הינו **תהליך אותו עובר התובע לשם זיהוי הפגיעה והתרופה המשפטית שמגיעה בצידה.** אדם פשוט שהולך ברחוב, מועד בעקבות בור ונוקע את הרגל, יכול להיות שלא ידע שיש איזושהי הפרה של זכותו וכי הוא זכאי לסעד משפטי. כך גם מקרים של רשלנות רפואית. ישנם מכשולים רבים לשלב זה כמו ידיעת החוק, יחסי מרות (השתק ארוך שנים בנושא כמו שהיה בצבא), הגבלות קהילתיות, פחד לעבור את התהליך ועוד.

Blaming- האשמה- **למצוא את האשם ורצון להאשימו.** לעיתים הדבר פשוט כמו להאשים ולתבוע את העירייה במקרה בו אדם נפצע מבור. לעומת זאת יש מקרים קשים כמו לדוג' יחסי מורת אשר מהווים מכשול רציני לשלב זה ("מחיר" בעבודה בעקבות תלונה על הטרדה מינית) או אי ידיעת זהותו של האשם – פגע וברח.

Claiming- **תביעת הזכות בהליך משפטי בבית המשפט.** זהו שלב טכני ומהווה פועל יוצא של השלבים הקודמים. התודעה המשפטית משמעותית לשם הגעה וביצוע שלב זה. דוגמא מדיני המשפחה- סקר שנערך בשנת 2018 (שהושפע מדבר חקיקה) מראה שכשליש מהגרושים שהלכו לגישור נמנעו מלפנות לביהמ"ש (לדוגמא משיקולים משפחתיים של ילדים בתמונה וחשיפתם להשלכות ההליך המשפטי).

כמו כן לפעמים המשפט או על ידי החוק או על ידי גופים ופסיקה מנתב התנהגויות ומאפשר או לא לעבור משלב לשלב (גישור, פשרה): **החוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה- החוק מונע מעבר משלב 2 ל3.**

במאמר נוסף של מארק גלנטר, הוא מסווג את סוגי השחקנים במשפט- תובעים ונתבעים. לדעתו, יש שני סוגים עיקריים:

1. שחקן חד פעמי- כזה שמגיע באופן חד פעמי לבית המשפט באופן חד פעמי בלבד, רוב בני האדם הם שחקנים חד פעמיים כאלה.
2. שחקנים חוזרים- אלה שעבורם התדיינות היא חלק משגרה כלשהי. העניין של שחקנים חוזרים בתיק המסוים הנו נמוך יחסית בהשוואה לשחקנים חד פעמיים. אלו הם חברות ביטוח, בנקים, המדינה וזרועותיה ועוד.

ישנם 4 מצבי התדיינות בין השחקנים: חד פעמי מול חוזר, חוזר מול חד פעמי, חד פעמי מול חד פעמי, חוזר מול חוזר.

לאור זאת, שחקנים חוזרים סוחרים עורכי דין טובים יותר, יש להם היכרות עם השחקנים השונים (כמו שופטים ופקידים), ניסיון, מומחים, סיכון קטן יותר, השפעה על הכללים עצמם ואסטרטגיה לטווח ארוך. **לשחקן החוזר יש יתרון על השחקן החד פעמי עליו עורך הדין לא מפצה.**

השימוש במשפט והיצירה של המשפט- תודעה משפטית legal consciousness

* גישה זו טוענת שלכל אחד מאיתנו יש תודעה משפטית לגבי המשפט, לגבי איך המשפט עובד, לגבי התפקוד בתוך מע' המשפט.
* גישה איכותנית שניסתה לבחון איך אנשים נורמטיביים בעיקר מבינים משפט, מבינים הליכים משפטיים ואיך ההבנה הזו מעצבת את התנהגותם.
* גישה מחקרית שמבקשת לבחון כיצד אנשים מן השורה מבינים משפט, הליכים משפטיים וחוקים, וכיצד הבנה זו מעצבת את התנהגותם ואת השימוש שבו הם עושים במשפט (וגם לציות שלהם במשפט).
* תודעה משפטית מתפתחת, משתנה בעקבות חוויות האינדיבידואליות של אנשים עם המשפט כגון גורמי חוק, בתי המשפט ותרבות פופולרית. כן היא מושפעת מהשתייכות קבוצתית (מגדר- נשים/גברים, גזע- לבנים/אפרו-אמריקאים, מעמד-נמוך/בינוני/גבוה).
* התפיסות האלה של המשפט משפיעות על האופן שבו עושים שימוש במשפט.
* רוב המחקרים בהקשר התודעה המשפטית הם מחקרי שדה/ תצפיות, אמפיריים.

סכימות של תודעה משפטית ע"פ סלבי ואויק

* **Before the** **law לפני החוק-** התפעלות מהסמכות ומשוכנעים ביחס ללגיטימציה של המשפט. משתמשים במשפט ועובדים במסגרת הכללים שלו, יראת כבוד למשפט. לאיזה שחקנים מתאים ? חד פעמיים, לרוב מקבוצת הרוב שמבחינתם המשפט לצידנו, בא להגן עלינו, בא להגן על המציאות החברתית.
* **With the law עם החוק-** חוויה פחות טובה עם המשפט, עדיין מאמינים במשפט ומנסים לנצל אותו לצרכים שלהם. שימוש פרגמטי במשפט. מתייחסים למשפט כמו משחק, מתמרנים אותו לצרכים שלהם, אבל עובדים במסגרת המשפט. קבוצה זו מבינה את המסגרת וההגבלות של המשפט, מנסה לתמרן את מה שהמשפט יכול לתת לה. לאיזה שחקנים מתאים ?
* **Against the law נגד החוק-** ציניים לגבי הסמכות ולא מאמינים שהמשפט יעבוד לטובתם, מאמינים שתמיד יצאו נפגעים. גילויים של התנגדות למשפט. מחפשים דברי חקיקה מסוימים שישרתו את האינטרסים שלהם, בסופו של יום הם לא רואים את החוק והמשפט כמגן עליהם.

שימוש בקרקע חקלאית למטרה אחרת. קבוצת לפני החוק תקבל צו הריסה- תהרוס. קבוצת עם החוק- תתמרן את המשפט לצרכים שלה לצורך דחייה שוב ושוב.

מסקנות נוספות מתעוררות ברקע הסיפורים שחקרו

* כינון המשפט ע"י פרטים אינו בהכרח תוצאה של פעולות משפטיות אלא לעיתים תוצאה של יחסים חברתיים ואינטראקציה בין פרטים וקבוצות או היסטוריה (לדוגמא אם קבוצת אפרו-אמריקאים הם בקבוצת נגד החוק יש סיבה לכך).
* תבניות התודעה המשפטית לא תמיד מגיבות או מסודרות עבור שחקנים. יכול להיות ששחקנים מסוימים יתנהגו בצורה מסוימת לפי תבנית אחת ואחרים יתנהגו באותו אקט משפטי בכל שלוש התבניות.
* תודעה משפטית מושפעת מתרבות- בעיקר התרבות הפופולרית הנוהגת 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.

**עורכי דין**

1. עריכת דין היא פרופסיה (להבדיל ממשלח יד). פרופסיה זה לרוב מקצוע שנועד לשמר אינטרס ציבורי שיתרום לחברה, בהתאם לכך, כיוון שיש את האינטרס הציבורי, לרוב מדובר בעיסוק שנראה הסדרה לגביו בחוק (תנאי קבלה, מבחן לשכה, מבחני עובדים וכו'). דוגמאות לפרופסיה- עריכת דין, רפואה.
2. אם היינו מדברים על משפטן זה היה משלח יד ולא פרופסיה. משפטנות= משלח יד, עריכת דין= פרופסיה.
3. אם חברי הפרופסיה מפסיקים לקדם את האינטרס הציבורי עליו הם אמונים קיים חשש שהפרופסיה עליו הם אמונים קיים חשש שהפרופסיה תהפוך לעיסוק/ משלח יד ותאבד את הלגיטימציה לפריבילגיות שלה.
4. כיום המצב החוקי של עריכת הדין הוא סטטוס של פרופסיה.

מה האינטרס הציבורי שממלאת פרופסיית עריכת הדין ?

1. קידום זכויות אדם, עיסוק בתחום הצדק, סיוע לביהמ"ש.
2. אופיו של המוצר- של שליחות בייצוג העוסק בזכויות משפטיות ועיסוק בתחום הצדק.
3. עורכי הדין הם פקידי ביהמ"ש (מופקדים על קידום ושמירה על ערכי המשפט הליברלי- שוויון, צדק, הוגנות).
4. מתן שירותים משפטיים למי שצריך (לטובת הלקוח)- נגישות שווה למשפט.
5. קידום צדק חלוקתי בקבלת שירות משפטי.

פרופסיות זוכות לפריבילגיות בגלל האינטרס הציבורי שהן ממלאות (מתוך הכרה בערך המוסף בעיסוק הספציפי הזה), שכוללות:

* 1. קביעת סף לעיסוק- לא כל מי שחפץ יכול לעבוד בכך (=מעוגן בחוק).
	2. אוטונומיה מקצועית ושיקול דעת עצמאי של קביעת סטנדרט התנהגות משלה וניהול ארגוניה (בנוסף לדין הכללי הקיים שחל על כלל האזרחים, קיים גם דין פנימי שחל על חברי הפרופסיה).
	3. סימנים פרופסיונליים חיצוניים (לבוש, שפה, קוד התנהגות וכו'). זה מהווה סוג של סממן שמייחד לעומת אוכלוסיות אחרות.

אם נקשר זאת לגישות שלמדנו- גישת הקונפליקט תגיד שהקונספט של שימור מקצוע עריכת דין באמצעות החקיקה נועד לשמר אותו. ככה מגדרים את גבולות הקהילה. שופטי ביהמ"ש העליון בראשית ימי ישראל- כולם בוגרי אונ' העברית, כולם תושבי רחביה. בעשרים השנים שלאחר קום המדינה היו מספר משפחות ידועות שהגיעו למקומות כמו ביהמ"ש העליון ומשרדי עו"ד.מי שהיה הכוח המניע בוועדה למינוי שופטים היה לשכת עו"ד.

ייחוד המקצוע מתבטא בחוק לשכת עורכי הדין. המיוחד שבחוק הוא ס' 20 שדן בפעולות שרק עו"ד יכול לעשות. כדי לבצע את הפעולות הללו חייב לשלם לעו"ד בעל מומחיות שיבצען. זה מתבטא גם במקרים שבהם גופים בחברות מסחריות מנסות לתת שירותי עריכת דין ללא הסמכה לכך ולקבל תמורה. דוגמא- לבנת פורת הציעה לעזור לאנשים לתבוע את המעסיק, לשכת עו"ד תבעו אותה על כך. דוגמא נוספת- תאגיד שנקרא פיצוי נמרץ שנתן שירותים כללים (ייעוץ לניזוקים לדרכים לתביעת הנזק), הלשכה עתרה כנגדו וטענה שהם נותנים שירות משפטי מבלי הסמכה לעריכת דין. בהדרכות להתנדבות בעמותת הל"ב מדגישים לא לגלוש למצב שבו הסטודנטים המתנדבים נותנים שירותים משפטיים משום שזה אסור ע"פ חוק למי שאינו עו"ד. אם אנו כסטודנטים מתיימרים לתת שירות משפטי זה מפתח תחרות בלתי רצויה בין עו"ד לבין לא.

המערכות שחלות על עו"ד:

1. המשפט הפלילי- עבירות כמו שיבוש הליכי משפט, הטרדת עד, גניבה בידי מורשה, תרמית ואפילו תקיפה.
2. המשפט האזרחי- עוולת הרשלנות, עוולת הפרת חובה חקוקה, דיני לשון הרע.
3. סדר דין אזרחי ופלילי- הקבועים בחוקים ובתקנות המתייחסים לייצוג בבתי משפט.
4. דין משמעתי- הקבועות בחוק לשכת עורכי הידן, בכללי האתיקה משנת 1986 ובחקיקת משנה נוספת החלה רק על עו"ד.
5. אתיקה- מערכת הנמצאת מחוץ לעולם המשפט- כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986.

**לימור זר-גוטמן/ הנאמנויות של עורך הדין מדברת על 3 סוגים של נאמנויות של עו"ד (לחברה, ללקוח, למקצוע ולעצמו)**

1. **נאמנות לחברה**
2. היבט קולקטיבי-ארגוני הפרופסיה כלפי החברה
* היבט מצומצם- בעצם ייצוג לקוחות- מערכת המשפט שעורכי הדין והלשכה הם חלק בלתי נפרד ממנה תורמת לטוב חברתי כי היא מספקת פתרונות לסכסוכים ובכך עורכי דין תורמים גם לטוב חברתי.
* היבט רחב- הגנה על זכויות אדם, דמוקרטיה, שלטון החוק ועל מוסדותיה הליברלים של המדינה ובמיוחד על ביהמ"ש. כיצד בא לידי ביטוי ? עריכת דין של פרו בונו שמופעל ע"י הלשכה (שכר מצווה, עתירות חוקתיות, הצטרפות כידיד בית המשפט).

כביטוי לאינטרס הציבורי. דוגמה לקידום אינטרסים ציבוריים- **פס"ד אדם טבע ודין נ' עיריית רעננה**- דוגמה לעריכת דין ציבורית שמשנה נורמה משפטית. פס"ד הוביל להסדר חקיקתי. עובדות: עיריית רעננה הקימה פארק עירוני ובו פעילויות פנאי שונות. היא מימנה את הקמת הפארק והיא מתחזקת אותו מתקציבה. בשבתות ובחגים המשיבה גובה כסף בכניסה לפארק ממי שאינו תושב העיר. העותרת- ארגון אדם טבע ודין- אחד הארגונים הסביבתיים הגדולים במדינה טוען כנגד:

* סמכותה של המשיבה לגבות דמי כניסה ממי שאינו תושב העיר.
* סגירת שטח ציבורי פתוח מבחינת דיני התכנון והבנייה ומבחינת הפגיעה בקניין הציבורי בשטח הציבורי.

העירייה נדרשת קודם כל לסמכות ולאחר שיש סמכות נבחנת הסבירות.

מאחורי הקלעים מה שהטריד את העותרת היה עניין ערבים-יהודים-חרדים שהיו מגיעים לפארק. רעננה רצתה לסנן כמה שיותר ולכן גבתה תשלום כניסה ממי שאינם תושבים (מקריאת פס"ד אין זכר לערבים/ יהודים/ חרדים).לעותרת הפריעה בעיקר העניין של הדרת קבוצות מסוימות. הטיעון של אדם טבע ודין הייתה כנגד הסמכות של עיריית רעננה (טענה מנהלית) לצד טענה קניינית-תכנונית שמדובר בשטח ציבורי פתוח בהגדרתו לפי דיני התכנון והבנייה ולכן גידורו והסדרת השימוש בו בתשלום תביא לפגיעה בשימוש הקנייני בו. השאלה המשפטית העומדת לדיון- האם רשות מקומית רשאית לגבות ממבקרים שאינם תושביה תשלום עבור כניסה לפארק עירוני הנמצא בתחום הרשות המוגדר "שטח ציבורי פתוח" (כפועל יוצא משאלת הסמכות) ? העתירה בוססה 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 ע"י רשויות מקומיות והמליצה לקים צוות מיוחד שהוא יאשר את גביית דמי הכניסה ע"פ העקרונות שנקבעו ע"י הוועדה. הואיל ומדובר בהתפתחות שהתרחשה תוך כדי הדיון עצמו, טרם פנתה העירייה לאותו צוות (שלא ברור לנו אם כבר הוקם) ולא ביקשה לאשר את גביית דמי הכניסה. בנסיבות אלו בחינת ההצדקה שבגביית דמי כניסה לפארק רעננה ע"י ביהמ"ש תוך יישום אמות המידה שקבעה הוועדה על המקרה הנוכחי הינה מוקדמת, ואין מקום שביהמ"ש יידרש לעניין זה קודם שהצוות האמור ייתן על כך את דעתו ויקבע את מסקנותיו. העתירה נדחית. לסיכום, העתירה נדחתה- ביהמ"ש קובע שיש סמכות, עניין הסבירות (גביית דמי כניסה וגובה התשלום) נותר כשאלה פתוחה. ביהמ"ש מחליט לא להחליט ודוחה את העתירה על בסיס קיומה של סמכות מנהלית, לגבי הסבירות ממתין לממצאי וועדה שהוקמה בין היתר בעקבות פעילות אדם טבע ודין. בעקבות העתירה והקמת הוועדה הבין משרדית התקבל תיקון ס' 249(8) לפקודת העיריות- הסדרה שהתקבלה בעקבות אותה העתירה ופעילות אדם טבע ודין לעניין גביית תשלום של פארקים בידי עיריות. סעיף 249 (8) הקובע בסמכויות העירייה שאין לגבות תשלום דמי כניסה שהותקנו לטובת שימוש הציבור. זו דוגמא לאופן שבו עריכת הדין (חברתית/ מסחרית) מקדמת תיקונים, דברי חקיקה, אינטרסים ציבוריים (נגישות שווה של כל החברה למשאבי הטבע הקיימים).

1. **נאמנות לעצמו ולמקצוע**
2. נאמנות לעצמו משמע לדאוג לחופש העיסוק שלו, לפרנסתו ולמוניטין שלו.
3. החובה לשמור על יחסים נאותים עם עמיתיו למקצוע.
4. החובה לשמור על כבוד המקצוע כדי לשמור על תדמית המקצוע.
5. **נאמנות ללקוח**
6. החובה להיות מיומן ובקיא בתחום שבו קיבל עליו את הייצוג.
7. לפעול במסירות למען עניינו של הלקוח.
8. המיומנות והזהירות משמען הפעלת שיקול דעת כפי שכל עו"ד סביר צריך לעשות, מה לטעון ומה לא לטעון, איזה הליך לנקוט, איזו בקשה להגיש לביהמ"ש ועוד.
9. לקבל את הסכמת הלקוח בסוגיות מהותיות ולפעול, וזאת לאחר שעורך הדין נתן ללקוח הסבר מלא ומפורט שעל בסיסו יוכל הלקוח לקבל את ההחלטה.
10. לפעול למען הלקוח בגבולות החוק.
11. חובות אתיות שיש לעורך הדין כלפי הלקוח.

גם כן נתפס כביטוי למימוש האינטרס הציבורי.

הקדמה של מנאל לצפייה בסרט- סרט הוליוודי בעניין המשפט של ארווין שהגיש תביעת דיבה נגד הוצאת פינגווין. ההוצאה פרסמה את הספר שלה שנקרא "מחרישים את השואה". היא בין היתר תוקפת גם את מי שהגיש כנגדה תביעת דיבה. יש דיון מרתק לגבי אופן הניהול של המשפט. פרופ' דבורה ליפשטדט רוצה להביא עדים מהשואה שיעידו שבאמת הייתה שואה, עו"ד אומרים לה שהם מפחדים כי הם צריכים דקויות של שעה, יום, מיקומים, דברים שלא בהכרח עדים יזכרו וזה יכול למוטט את התביעה. מבחינה משפטית, באנגליה מי שטוען לפגיעה בשמו הטוב צריך להראות פגיעה והנתבע צריך להוכיח שהוא דובר אמת (אמר דברים נכונים ולא דיבה).

צפייה בקטע מתוך הסרט 'הכחשה'- מהקהל קם האדם אותו היא 'תוקפת' כשהיא טוענת שאכן הייתה שואה, באופן עובדתי ולא עניין של דעה. שאומר שהוא מוכן לשלם 1000 דולר לכל אדם שיציג לו מסמך המוכיח שהיטלר הורה להרוג יהודים. היא מחליטה להוציא את הספר ובהמלצת חברה היא שוכרת עו"ד. היא מגיעה למשרד עו"ד באנגליה. עובדי המשרד מציגים בפניה את האפשרויות המשפטיות. הם מסבירים לה אילו מסלולים אינם מתאימים לדעתם המקצועית ומדוע. בבריטניה נטל ההוכחה מוטל על הנאשם. יש ברקע אינטרס ציבורי כללי לא לאפשר להכחיש את התרחשות השואה, השפעה רחבה על כל העם היהודי. עובדי המשרד אומרים שהם לא רוצים שהניצולים יעידו. עובדי המשרד משקפים לה את הצפי לגבי התנהלותו של הצד השני בהליך המשפטי וכנגזרת מזאת את התכנון שלהם. היא לא מוכנה להתפשר על פשרה. בהמשך הם אומרים לה שהם מעדיפים שגם היא עצמה לא תעיד כי זה יפגע בסיכויי התיק. היא מתקשה עם ההשלכות שיחשבו שהיא לא מעידה כי היא מפחדת להפסיד.

זו דוגמא לדילמה של איך לייצג כשיש לקוח פעיל שאפילו מתעקשת להעיד. היא זכתה במשפט בעיקר בגלל העיקשות של עורכי הדין באשר לאופן ניהול התיק. המקרה הזה ממחיש את רצונם העז של עו"ד לנצח ומנגד הרצון העז של דבורה לספר את הסיפור על ידיה ועל ידי ניצולי השואה.

מה היחס בין שלושת הנאמנויות ? תלוי את מי שואלים

1. מבחינת בתי המשפט- היררכיה בין השלושה כשהנאמנות הראשונה והעדיפה תמיד היא הנאמנות לביהמ"ש.
2. מבחינת עורכי הדין בפרקטיקה- היררכיה בין השלושה, אך לגישתם הנאמנות ללקוח היא העליונה והעדיפה תמיד. עיקרון אי נשיאה באחריות.
3. 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 ?**

השאלה המרכזית: האם עו"ד טוב יכול להיות אדם טוב ?

שאלות משנה:

1. 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 ?
2. האם עו"ד המגייס את הידע המקצועי שלו בתחום המשפט ע"מ לסייע לחברת טלפון סלולרית למנוע גילוי נזקים פוטנציאליים בהצבת אנטנות ליד אזורי מגורים הוא אדם טוב?
3. האם עו"ד המייצג בנק זוכה המעקל את רכושו של קשישי ערירי ומפנה אותו מביתו בשל חוב ללקוחו שלא נפרע הוא אדם טוב ?
4. האם עו"ד המביא לשחרור ממעצר של לקוח ביודעו כי הוא מסוכן לציבור הוא אדם טוב ?
5. האם כל אלו הם עורכי דין טובים ?

מערך יחסים משולש:

סרטון כאן 11- כאן מכירים- ראיונות עם עורכי דין מתחומים שונים. עו"ד מספרים שבביהמ"ש עושים משפט ולא צדק. יש השפעה בין מי מייצג לבין העונש המושת, אם בכלל. אחת אחרת מספרת שאין תיק שתסרב לקחת כי כל אחד זכאי להגנה. אחר מספר שלעולם לא ייצג עבריין מין.

קישור לסרטון- <https://www.youtube.com/watch?v=k5dJAtMdwLw>

סיכום טענת המאמר של נטע זיו- המשפט הוא נכס ציבורי- עלינו לשאוף שהמשפט יהיה נגיש באופן שוויוני עד כמה שניתן לכלל בני האדם בחברה ולא רק למי שידו משגת לקנותו בכסף. עובדה שעורכי דין עוסקים במשפט מטילה עליהם אחריות ציבורית להעניק משירותיהם גם לקבוצות חלשות אשר אינן יכולות לשכור שירות משפטי. בסיכום היא מצטטת את פרופ' ג'ון סקסטון, דיקן אוניברסיטת NYU.

מה מנאל רוצה שניקח מהקורס ? הבנה שהמשפט הוא כוח, יש לנו את הכוח לשנות דברים והבחירה איך לעשות זאת היא שלנו.

**הרצאה בנושא- השחקנים במערכת: שופטים (עו"ד אלעד מתן)**

לפני יומיים ש' ביהמ"ש העליון ג'ורג' קרא סיים את תפקידו לאחר 7 שנות כהונה בביהמ"ש העליון. כששופט מסיים את תפקידו מתקיים טקס סיום שמהלכו השופט משתדל לתת פס"ד/ כמה אינפוטים על פסקי הדין העיקריים שלו. מנאומי הפרידה האלו אפשר לראות דברים מעניינים על השופטים.

**נתחיל בפסקה מתוך נאומו של הש' ג'ורג' קרא בסיום כהונתו בביהמ"ש העליון (29.5.22):**

*"כשופט שבמשך תקופה של יותר מ-3 עשורים נהג לדבר בפסקי הדין בלבד אודה כי מעמד זה בו אלומת האור מופנית אליי ומתמקדת בי כשופט וכאדם- ואני צריך לדבר שלא מתוך פסק דין שכתבתי- אינו קל עבורי, משאינו מתיישב עם ה-DNA השיפוטי ועם אופיי, כדברי משה "לא איש דברים אנכי גם מתמול גם שלשום (ספר שמות, פרק ד', פס' י'), ולא משום כבדות הפה והלשון. אלא, שלצד הקושי- שלא לומר, המבוכה המתלווה למעמד מיוחד זה- נראה כי הוא מהווה הזדמנות לפתיחת צוער דרכו ניתן להתוודע, מעבר לעשייה השיפוטית, לאדם שמתחת לגלימה ולחשוף חלק מהפסיפס האנושי המגוון המרכיב את שופטיו של בית משפט זה ..."*

המערכת השיפוטית מאוד מסודרת- יש חקיקה, יש תקנות.

מי הם השחקנים במערכת המשפטית ? יש תובעים ונתבעים, עו"ד שמלווים את שני הצדדים הללו, שופטים שנמצאים בערכאה שדנים בכל תיק שמגיע לפתחם, יש ידידי ביהמ"ש- גופים שנכנסים כצד להליך ומצרפים אליו במתן אספקטים שרלוונטיים לתחום ההליך, צירופם דורש אישור בימ"ש. לאחרונה אנו רואים פסקי דין רבים שמתנהלים מול ח"כ, שרים, רה"מ. יש שחקנים חוזרים ויש שחקנים חד פעמיים.

**בבג"ץ 7052/03 עדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** (בעניין איחוד המשפחות) חשין מלמד בצורה ציורית מה הוא בימ"ש ומהו שופט:

*"משהונחה לפניי חוות-דעתו של חברי, הנשיא ברק, נתתי יד בידו והנחתו 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 ליווי אותנו כל העת הצדק, האמת, היושר, והשכל הישר. לקראת סופו של המסע עלינו על אניה והיגענו אל אי באמצע האוקיאנוס. ירדנו מן האניה, ועל המזרח הקביל את פנינו איש נשוא הפנים. "ברוכים הבאים", ברכנו האיש במאור פנים. "ברוכים הנמצאים" השיבונו והוספנו: "אנו מישראל, מבית המשפט העליון של ישראל, ומי אדוני?" שאלנו. "שמי הוא תומאס, תומאס מור. ויש המכנים אותי תומאס מורוס". "נעים מאוד. ומהו המקום שאנו נמצאים בו?" שאלנו. "אתם נמצאים במדינת אוטופיה", השיב האיש, והוסיף: "מדינת אוטופיה הוקמה ע"פ תוכנית שהיתוותי בספר שכתבתי ואשר שמו הוא כשם המדינה: אוטופיה. דרך אגב". הוסיף האיש, "המילה 'אוטופיה' היא בלשון היוונית, ותרגומה לעברית הוא: "שום מקום". "מעניין, מעניין מאוד". אמרנו, "וכאנשי משפט נוסיף ונשאל אותך: ומהי שיטת המשפט השוררת באוטופיה ? האם דומה היא לשיטת המשפט בישראל?" (הנחתנו הייתה, כמובן, שהאיש החכם ההוא מכיר את שיטת המשפט בישראל) מר מור 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."*

חשין מבין שיש אוטופיה, ומצד שני הוא מבין שהוא צריך לשבת בארץ, בביהמ"ש ולקבל החלטות שקשורות למציאות. הוא יודע שיש מקום שאליו צריך לשאוף אבל הוא לא יכול לחייב.

לצערנו בשנים האחרונות אנו רואים שופטים שעולים לדיונים בנושאי עבודתם- השפיטה. לפני כשבוע הש' יוחנן כהן, אחד משופטי ביה"ד לעבודה בבאר שבע, נמצא בפעם השנייה מעתיק פסקי דין שלמים משופטים אחרים וכותב אותם בהכרעת הדין שלו. בפעם הראשונה הוא הוזהר ובפעם השנייה הוא עולה לדין משמעתי לאחר שהדבר עבר לשר המשפטים.

**בד"מ 2461/05(בית דין מיוחד) שרת המשפטים נ' הש' הילה כהן**

גם כלפי הש' הילה כהן היה הליך שיפוטי בשנת 2005. מתוך הבד"מ של הילה כהן ניכנס למספר דברים שביה"ד כתב:

1. מקצוע השפיטה אינו מקצוע רגיל, הוא מקצוע ייחודי בעל נורמות מוגברות על פני נורמות שבמקצועות אחרים. עצם היותו של אדם שופט גורם לו להיות מיוחד ברמת הנורמות שחלות עליו, זה מחייב אותו לנהוג ביושר, שיקול דעת מיוחד, בזהירות יתרה, תוך שכל העת מה שעומד לפניו זה שהוא לא יקפח את זכויותיהם של בעלי הדין הנידונים לפניו.
2. ביה"ד אומר שלא לכל אחד מגיע להיות שופט בגלל אותם נורמות.
3. האנשים שמתאימים להיות שופטים הם בעלי תכונות מיוחדות ייחודיות שמאפשרות להם להיות שופטים.
4. אם הקהילה שמקבלת את אותם שופטים לא תרכוש להם אמון אז כל המערכת המשפטית תהיה לא יציבה.
5. אם שופט לא יקבל על עצמו את אותם ערכים מיוחדים, מטלות להם הוא נדרש מתוקף תפקידו, המע' תקיא אותם מתוכם כי הציבור לא ירכוש להם כבוד ואמון ולא יבין את פסיקותיהם.

מקרה נוסף הוא **פס"ד לאופר נ' מ"י.** תנאי מוקדם לפעילות תקינה של הרשות השופטת זה שהקהילה/ הנתינים/ מקבלי השירות תרכוש להם אמון, הם צריכים להכיר סמכותה של הרשות השופטת כי אם לא הכרעות הדין שתיתן הרשות השופטת לא יהיו רלוונטיות. הדברים האלו כתובים במבוא לכללי האתיקה של השופטים ובספרים שנדרשים השופטים לקרוא טרם כניסתם לתפקיד.

בפס"ד לאופר ביהמ"ש ממשיך את אותו הקו של הבד"מ ואומר- שופט אינו אדם רגיל, הוא בעל אחריות כבדה המוטלת על כתפיו, חובות אתיות ומשמעתיות שרחבות יותר מכל אדם או איש ציבור אחר. הוא נציג החוק, צריך לשמור על החוק ועל כללי האתיקה שמחייבים אותו שמטבעם חזקים ונוקשים מכללים רגילים. מעבר לכל זה, הוא צריך להיות בן אדם בעל מוסר מיוחד מתוקף התפקיד שהוא מקבל על ראשו. הוא אינו יכול להתראיין בטלוויזיה כמו שח"כים יכולים, יש לו ממלכתיות מסוימת, הוא מייצג את החוק ואת ביהמ"ש, וככזה אינו יכול לעשות כל דבר שאנו רגילים לראות אצל גורמים אחרים. מעמד השופט מקבע את אמון הציבור במערכת השיפוטית. כשיש אמון ציבור במערכת השיפוט- מכירים בסמכותה ומצייתים לפסיקותיה. אם נגיע למצב שבו לא יהיה אמון ציבורי במע' השיפוט, המע' תקרוס. האיזון בין הרשויות יופר, הכללים הנורמטיביים שמנהיגים את המדינה ואת האנשים שחיים בה לא יוכלו להתקיים, ההחלטות לא יהיו שוות כלום. הנורמה, דרך הפעולה ודרך החיים של האנשים תתפרק לגמרי כי כשאין משפט ואין סדר יש תוהו ובוהו. המשטר בישראל מובנה מ-3 הרשויות. הרשות השופטת היא נדבך מרכזי. אם לא יהיה לנו אמון בשופטים שלה, ביושר ובמוסר ובדרך השליטה שלהם, זה לא יפגע רק בהליכים אזרחיים אלא גם בהליכים פליליים, אותם הליכים בהם אנו מבקשים להוקיע את אותם אנשים מכלל הציבור. המשפט יוצר מערכת כללים שבלעדיה לא ניתן לפעול, לא ניתן לתפקד בחברה, הן בפן המשפטי-אזרחי והן בפן המשפטי-פלילי.

הליך אחרון שניגע בו בנושא זה הוא הליך מפורסם בנושא הש' רונית פוזננסקי-כץ. בפס"ד זה, הש' התכתבה בווצאפ עם אחד מהסנגורים בהליך ובעצם פרצה כל גדר בין התפקיד בשיפוטי ומה שמצופה ממנה כשופטת לבין מה שקרה בפועל (כמעט כתבה הכרעות דין במסגרת הוואצפ). במקרה זה, היה גם הליך פליליים שהיא טיפלה בהם. ההליך עצמו היה פלילי וזה מחמיר שבעתיים את המצב. ההליך הזה הגיע בפני ביה"ד המשמעתי לשופטים. סופו של דבר היה שהעבירו את הש' מכהונתה (הורידה אותה מכהונתה). ביה"ד המיוחד אמר במקרה זה- דעו לכם שכשאני דן בשופט, בהליכים פליליים קל וחומר, יש חשיבות עליונה להצבת רף גבוה לעליונות הולמת של שופטים. ביה"ד המשמעתי לשופטים קבע השעיה לשנה, וביה"ד המיוחד החמיר בעונש והדיח כשאמר- אמון הציבור במערכת השיפוטית אינו קשור בשופט ספציפי. כשאתה שופט אתה מייצג את המע' השיפוטית, את הרשות השופטת. אם פסיקת השופט תושפע מרצון למצוא חן בעיני הציבור או בעיני סנגורים, פסק הדין מוטה והאמון במערכת המשפט ייגמר לגמרי. הפרשה התפוצצה בעקבות צילום כתב משפט שהצליח לתפוס במצלמתו את מאחורי הקלעים של הווצאפ הסנגור שם נראה שמה של השופט.

דברי בית הדין המיוחד **בבד"מ 2081/18 שרת המשפטים נ' השופטת רונית פוזננסקטי-כץ**:

 *"נראה, כשאשר עוסקים אנו במונח 'אמון הציבור ברשות השופטת ובשופטים' עלינו להבחין אופן ברור בין שלושה גורמים שעשויים להשפיע על אותו אמון: האחד, תוצאותיו של ההליך השיפוטי וההכרעות המתקבלות בו; השני, קיומו של הליף מקצועי והוגן; והשלישי; התנהגותם הלבר-מקצועית של השופטים".*

**אהרן ברק, "מבחר כתבים- על בית המשפט ושופטיו" (2017)**

אהרן ברק כתב ספר שאיגד מאמרים קצרים שלו, שפורסם ב-2017.

השיקולים ביצירת משפט- שיקול הדעת השיפוטי.

למערכת השפיטה יש רצון ליצור אמות מידה שיכווינו את שיקול הדעת השיפוטי של השופט, את שיקול הדעת השיפוטי של ביהמ"ש. שלוש אמות המידה מרכזיות לפי ברק:

1. הראשונה היא **מתן ביטוי לערכי היסוד של השפיטה** . בפסיקת ביהמ"ש רואים דיכוטומיה בין ברק שמדבר על חוקה לבין חשין שמדבר על ערכי יסוד של השיטה שהם מעל חוקה. מעניין שדווקא בכתביו של ברק הוא משתמש במונח שהוא עצמו לא יישם בפסיקה (בנק המזרחי). ברק אומר שיש ערכים שהם כמו אבני יסוד, מהם אסור לסטות כלל, הם ערכים חברתיים של צדק, סובלנות, תום לב, כל אותם מושגי שסתום שאנו רואים במהלך הפסיקה- הם אלו שנקראים ערכי היסוד של השיטה. במסגרת המאמר ברק אומר משפט מאוד מורכב *"כאשר חברה אינה נאמנה לעצמה, אין השופט חייב ליתן ביטוי לרוחות שעה חולפות... אלא ליתן ביטוי למגמות היסוד ארוכות הטווח".* כלומר, הש' יכול לתת פסיקה שקשורה להסתכלות ארוכת טווח שאינה מושפעת ממקרה חריג שקורה כרגע, לכן הפסיקה לא תיקח בחשבון את החריג וכן תלך למצב הסטנדרטי, למגמות ארוכות.
2. הש' צריך כל את **לשאוף לצמצם פערים בין המשפט, הנייר הכתוב עם החוק, לבין המציאות**. להתאים בין הנורמה לבין המציאות, הפעולה יומיומית. בין הנורמה הכתובה ליומיום, בין הצריך לבין היש בפועל שאיתו צריך לעבוד. אנו מנסים לשמור על יציבות שיפוטית אל מול שינוי חברתי, תמורות חברתיות שמלוות את העם שלנו כל הזמן.
3. החשוב ביותר מבחינתו- יש **ערכי יסוד של מדינת ישראל** (להבדיל מערכי יסוד של השיטה השיפוטית), אלו הם אותה ערכים שהיא **יהודית ודמוקרטית**, משכוח המונח יהודית ודמוקרטית משתשלים כלפי מטה המון ערכים נוספים שגורמים ליציבות שיפוטית וחיבור למציאות.

מוסיף ברק ואומר שכשאנו לוקחים את שלושת הדברים הללו לשופט יש ייחודיות מעניינת, הוא כמו מגשר, הוא מהווה חיבור בין המציאות החברתית לבין המציאות המשפטית. שופט מגיע לביהמ"ש, מניחים בפניו תיק, הוא צריך להכריע בסכסוך שמובא בפניו, הוא צריך לבדוק מה הדין שחל, מה העובדות הרלוונטיות, הוא מחיל את הדין, המשפט, החוק על עובדות המקרה. אם תרצו- יושב השופט כמכונה, מכניסים בצד אחד את המקרה, המכונה מעבדת את זה בפן המשפטי, ויוצא פס"ד שמחיל את המשפט על המקרה. **ברק אומר שתפקידו של אותו שופט הוא לגשר על הפער בין מציאות חברתית למציאות משפטית- התאמת המשפט לאורכות החיים המשתנות בציבור, אבל מנגד אסור לשכוח שאתה מגן על המדינה, על החוקה, על הערכים שראינו, ערכי היסוד של השיטה, ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית, ולכן חייב לפעול ללא משוא פנים, באובייקטיביות מלאה שתאפשר לבצע את תפקידך השיפוטי בצורה המדויקת והנכונה ביותר**. אם לא תעשה כך, אמון הציבור במערכת כולה ירד לטמיון.

כששואלים את ברק מה צריך כדי ששופט יוכל לבצע את תפקידו בצורה טובה ? מהם הכלים והדרכים לביצוע התפקיד בצורה המיטבית ? לשאלה זו משיב ברק ב-3 חלקים:

1. חייבים לשמור על **עצמאות שיפוטית** בהתאם לס' 1 לחו"י: השפיטה (בענייני שפיטה אין מרות, אין אף אחד שיכול לגעת בשופטים אלא רק הדין. לשופטים יש ייחודיות שאף אחד לא יכול לגעת בהם, הרשות השופטת נמצאת בחוד החנית).
2. חייבת להיות **אובייקטיביות שיפוטית**, לא יכול להיות מצב ששופט ייתן החלטה לפי תפיסותיו האישיות או על בסיס שיקולים חיצוניים שאינם רלוונטיים לחוק/ למשפט/ למקרה. הוא כן צריך כפי שאמרנו, לחיות בתוך העם, הוא חייב לדעת מה הם התפיסות, מה קורה בשטח, ע"מ שפסיקתו תהיה מתאימה כלומר, הפסיקה צריכה להתבסס על המקרה לאור גבולות הגזרה המשפטיים).
3. כפועל יוצא משני אלו, **אמון הציבור בשופט** הוא אמון שנבנה על בסיס מה שרואה הציבור בפסיקות. אפשר לחלק את אמון הציבור לאמון הציבור במערכת המשפטית בכללה, כל מערכת המשפט, ולאמון הציבור בשופט ספציפי שיעשה דין צדק. אמון הציבור בשופט משפיע על אמון הציבור במערכת כולה. ולכן אומר ברק *"כשאנו יושבים לדין אנו עומדים לדין"*. כלומר, הציבור מעמיד לדין את השופט על פסיקותיו.

**רונן שמיר, הפוליטיקה של הסבירות (1994- שנתיים לאחר המהפכה החוקתית)**

המאמר בא כביקורת על הפסיקה הגרנדיוזית של פס"ד בנק המזרחי ודומיו שהחלו ליצור חוקה יש מאין. אומר רונן שמיר במאמר מורכב זה. המונח הראשון הוא **פורמליזם משפטי**- מערכת המשפט והמשפט בכללותה היא מערכת סגורה של כללים שאפשר להפעיל באופן סיסטמתי, שיטתי ועקבי. אם יש ערכאה שבוחנת מקרה משפטי מסוים היא עובדת ע"פ כללים מסוימים וההכרעות המשפטיות צריכות להיות פורמליות וברורות. יש כלל, יש מקרה, אין צורך בשיקולים או בערכים חיצוניים. צריך להחיל את המקרה על הכלל והנה קיבלנו תוצאה. **מיהו פורמליסט ?** משפטן שמיישם ומפרש את החוק ע"פ לשונו הכתובה ומבלי לבחון את המהות או הערכים העומדים ביסוד אותו חוק. פורמליזם במובן הרחב זו שיטה שאומרת שמשפט זה כמו שפה, לא שפה של מילים ואותיות אלא שפה של מספרים, כמו מתמטיקה. אפשר לתרגם כל דבר לשפה הזו, אפשר להוכיח כל דבר. משפט הוא דבר ברור, בר הוכחה ולא מפתיע. בצד הכי פורמליסט, **הפורמליזם הרדיקלי** אומר שהוא רואה את המשפט כמדע- יש מקרה, מכניסים אותו לתוך משוואה, ויש תוצאה אחת ויחידה. השופט הוא מדען. לכאורה לא צריך שופטים כי ההכרעה היא ברורה ואנו יודעים מה הם כותבים כי הם עובדים לפי כללים ברורים. כל דבר נמצא תחת המשפט, הכל ניתן לתרגום מדעי.

**מני מאוטנר כתב לאחר המהפכה החוקתית מאמר שנקרא "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים".**

במאמרו הוא אומר שבעשורים הראשונים שעד המהפכה החוקתית, בתי המשפט פעלו באופן שמרני, פורמליסטי. היה מגיע מקרה והיית מקבלת פס"ד של 3-4 עמודים. כיום, רק הרציו הוא 10 עמודים לפני פס"ד של 160 עמודים. בעבר, ביהמ"ש הישראלי החזיק בדגל הפורמליזם- נוסחאות ברורות. בשנות ה-80, 90 הפורמליזם ירד והחלו להכניס לפסיקה יותר ערכים כמו תו"ל, קבילות ראיה בדיני ראיות. אם בעבר ביהמ"ש הישראלי היה פורמליסט הוא נהיה הרבה יותר מתון, יותר מתייחס לערכים ולמונחים שלא נמצאים בשבלונות הברורות של הנוסחה השיפוטית.

רונן שמיר אומר שהשופטים חוזרים וטוענים שהם מגנים על שלטון החוק, אבל הם הרחיבו עם השנים את גבולות המשפט ע"י יצירת מונחי משפט (לדוגמא מונח הסבירות שהוא מונח עמום שיוצקים אליו תוכן). שמיר אומר שבתקופת המהפכה החוקתית הפכנו להיות **פורמליזם רדיקלי במסווה**, הלכו השופטים ויצרו נוסחאות חדשות (תום לב, סבירות, מושגי שסתום) בטענה לפורמליזם כשבפועל יש קובייה כמו סל שמעמיסים לתוכו מה שרוצים. אם היינו רואים בעבר את הפורמליזם הרדיקאלי במובן של- זו הנוסחה, זה מה שיוצא וזה מה שנכנס, בא וטוען רונן שמיר טענה חזקה- נהייתם פורמליסטים רדיקליים, אתם משתמשים בפורמליזם כדי להסתיר את הרצון האמיתי שלכם. הנוסחאות שיצרתם הן פורמליזם מוסווה שמכניס בתוכו אינסוף. בעוד שבעבר יכולתי לדעת בפורמליזם רדיקלי מה נכנס ומה יוצא, היום יודעים מה נכנס ולא יודעים מה יוצא. אם מציגים כל דבר כדבר שהוא פתיר משפטית כמו הפורמליזם הרדיקלי אבל יש דברים שאתם לא יכולים להתמודד איתם ולא יכולתם להתמודד איתם לפני שיצרתם מושגי שסתום של תו"ל, סבירות, שיקול משפטי וכו'. כל אלו לא היו קיימים בעבר. רונן שמיר אומר שאם בעבר היו דברים שלא היו שפיטים והיו דברים שלא נכנסו לביהמ"ש כי הפורמליזם לא אפשר ולא ידע להתמודד עם זה (כמו לדוגמא יחסים בין ח"כ), היום לאחר שנוצר מושגי שסתום חדשים במסגרת הפורמליזם הרדיקאלי המסווה, ידו של ביהמ"ש בכל, הכל שופט, היום בגלל מונחי השסתום אפשר לדעת איך להתמודד עם הכל ולהיכנס למקומות שבעבר ביהמ"ש לא נכנס אליהם. הסבירות, מושג השסתום של אדם סביר, שופט סביר, כל זה לא היה קיים בעבר. יצרתם מונח שהוא נהיה חובה, נהיה חלק מהמשוואה שאנו מכניסים אליה את המקרה. אם בפורמליזם הרדיקלי בעבר היה מתמטיקה, במונחי שסתום של היום לא ניתן להגיד שזו מתמטיקה, ניתן להגיד את הכותרת וכל אחד מכניס תחתיה מה שהוא רוצה. הפורמליזם הרדיקאלי המסווה החדש נכנס בתוכנו, לטענת שמיר, תחת כותרת של פורמליזם. אנחנו לא משנים את הכותרת, אנו נשארים אותו דבר, אולם יצרנו לאט לאט מונחים שמשנים את השיטה מבלי לשנות את הכותרת של השיטה. כשיוצרים שינוי כזה בהכרח מגדילים את המקרים שניתן לדון בהם כשופטים ובהכרח מגדילים את תפקידו של השופט, כוחו של השופט, ומכניס אותו לדיונים ערכיים שבעבר הוא לא היה נכנס אליהם. הדיונים השיפוטיים הפכו מונחי שסתום לערכים יסודיים בשיטה השיפוטית (סבירות), אותו ערך יסוד מטבעו ככזה אינו משתנה עם רוחות חולפות, הוא נשאר איתן כבסיס בלתי משנה לדיון.

**מה נוצר לפי רונן שמיר ?** נוצר אדם סביר, שר סביר, ח"כ סביר, רה"מ סביר, סטודנט סביר. הסביר הוא מה שנכון שיהיה, ומי מבקר את אותה סבירות ? ביהמ"ש. אתה בא לביהמ"ש ושואל מיהו האדם הסביר ? הוא משיב- אני עצמי, כשאני יושב בביהמ"ש אני נטול כל הפרעה מסביבי ואני אגיד לך בדיעבד, במקרה שיובא לפניי, מה אדם סביר היה עושה, מה היה נכון לעשות. השופטים עצמם הם האדם הסביר. מוסיף שמיר שהשופטים הם הציבור הנאור עליו שוהה האור, מי שרואה את הדברים בצורה נכונה. אם ביהמ"ש הוא האדם הסביר, וביהמ"ש הוא הציבור עליו שוהה האור- מה עם המיעוטים ? אין לנו הגדרה מהו אדם סביר, אין לנו הגדרה מה זה ציבור נאור. אנו מבינים שזה האובייקטיביות היחסית של ביהמ"ש. הוא גורם חכם שיודע לנטרל את כל מה שמסביבו והוא יודע להגיד מה נכון חברתית שאדם סביר יעשה בכל מקרה ומקרה. שיח הסבירות בהכרח לא מיטיב עם גורמים מסוימים בחברה, לא מיטיב עם אנשים שאין להם ייצור מסוים בביהמ"ש. שמיר הולך מהלך נוסף ואומר- אדם סביר יכול להיות עו"ד סביר, חשמלאי סביר ומציל סביר, ואז כשבא מקרה לפתחו של ביהמ"ש, ביהמ"ש שם עצמו בפרופסיה כגורם מקצועי שבוחן מה היה עושה לא אדם סביר אלא מציל סביר במקרה של תביעה, עו"ד סביר וכו'. האדם הסביר זו נקודת המוצא אבל היא שם קוד לכל אותם המקרים שביהמ"ש צריך לראות מה היה עושה איש מקצוע סביר במקרה ספציפי שבא לפתחו. בעצם ביהמ"ש נהפך להיות המומחה בכל תחום שבא לפתחו, לטענת שמיר, השופט מחזיק מקל קסם מקצועי שכל מקרה שבא לפניו הוא פושט את גלימתו ובמקומה שם גלימה אחרת של אותו איש מקצוע וכך הוא יודע מה סביר.

**למה זה גורם לנו ?** כל דבר חברתי יכול להיכנס לביהמ"ש כי הכל נהיה שפיט. זה גורם למקרים שלא היינו רוצים שייכנסו לביהמ"ש למצוא עצמם בביהמ"ש, להגיע לביהמ"ש ללא ניסיון לפתור סכסוכים. זה נקרא לגילזציה של הפוליטיקה- ליצור כל דבר כליגלי, משפטי, כל דבר הופך להיות משפטי כי עם כל דבר שופט יודע להתמודד, להגיד מה נכון ולהגיד מה היה עושה X סביר באותו מקרה. כשאנו נמצאים במצב כזה אז בהכרח אנו מגנים על הקבוצות הנאורות בחברה, שיש להן ייצוג חזק ולא על מי שדווקא אותו ביהמ"ש צריך להגן ולשמור, כי הוא לא יהיה האדם הסביר ואין ייצוג לסבירות זו.

**שמיר מסכם ואומר-** יצרתם פה מפלצת. הסבירות, מונחי השסתום- יצרו כוח בלתי נדלה לשופטים. זהו הפורמליזם החדש. נוצרה עמימות חדשה בדרך של השפיטה, בדרך הטיעונים מול השופט ובדרך קבלת ההחלטות של השופט. הסוגיות המובאות בפני השופט בלתי נגמרות בגלל אותם מונחי שסתום. הדבר הזה לטענת שמיר יתהפך על ביהמ"ש כי בסוף הציבור יצביע ברגליים ולא יאמין בביהמ"ש, כי אם ביהמ"ש הוא גאון שיודע הכל הוא פוגע במי שצריך להיות לו ייצוג אמיתי.

בשורה התחתונה:

1. הסבירות כטקטיקה רטורית להעצמת כוחו של המשפט והשופטים. הפורמליזם החדש.
2. העמימות הנלוות לשפת הסבירות, היקף הסוגיות הפוטנציאליות הניתנות לדיון וטיפול באמצעותה וההמרה ההולכת וגוברת של סוגיות חברתיות למשפטיות עלולים בסופו של דבר למוסס את טענת העליונות התבונית של השופט ולחדד את שרירותו של החיתוך בין חברתי, כלכלי, אידיאולוגי ומשפטי.
3. הצפי של כותב המאמר- כרסום גובר במעמדו הסמכותי של ביהמ"ש והבנה ציבורית גוברת כי ביהמ"ש אינו נהנה מעליונות תבונית כלשהי.

הביקורת של שמיר- שופט אמור לדון בחוק, הוא לא יודע מה שופט שהיה בשטח היה צריך לעשות.

**קרן וינשל-מרגל "אידיאולוגיה וחוק בפסיקת ביהמ"ש העליון"**

קרן וינשל-מרגל היאחוקרת באונ' העברית שהייתה היועמ"ש של ועדת חוק, חוקה ומשפט בכנסת. היא ראתה המון הצעות חוק שמציעות לשנות את שינוי שיטת השופטים. היא החליטה לחקור את העניין תוך שאילת מספר שאלות-

מה מנחה שופט בבואו לקבל החלטה ? ולא סתם החלטה, החלטה פוליטית ? עד כמה עמדותיו הפוליטיות של שופט משפיעות על החלטותיו ? יותר מזה, כששמים על מאזניים מה יותר חזק- האידיאולוגיה של שופט או החוק ?

קרן אומרת שאם היא תדע להשיב על השאלות הללו אז היא תדע איזה שופטים היא רוצה לבחור. אם נמצא קורלציה בין הדרך שבה השופט חושב על פוליטיקה ואידיאולוגיה לבין הפסיקה שלו, בהכרח נדע לבחור שופטים בצורה נכונה. כשאנו בוחרים שופטים, הוועדה היא ברובה פוליטית. אנשים פוליטיים הם אנשים שרוצים לקדם אג'נדות מסוימות. אם נדע לזקק משמעות של דרך שפיטה מסוימת על האידיאולוגיה שלו ממילא נדע לבחור שופטים בצורה נכונה יותר.

במסגרת המחקר נבחנו 50,000 החלטות של שופטי עליון. בשורה התחתונה היא אומרת ששופטי העליון מגלים אומץ רק באירועי הפרישה שלהם, רק בפרישתם מביהמ"ש אפשר לדעת מה באמת הם חושבים. קרן בנתה מאגר וחילקה אותו לפרמטרים. אם הולכים למקרה של מאבק בטרור לדוגמא, היא אומרת שאין התאמה בין מה שהשופט חושב אידיאולוגית לבין מה שהכריע. על חופש דת יש השפעה, אפילו השפעה לא מועטה, הדרך האידיאולוגית של השופט משפיעה על פסיקתו. בזכות לבחור ולהיבחר, היא אומרת שלא נמצאה כ"כ השפעה, אבל כשיש שינויים חוקיים זה מאוד משפיע על השופט. שינוי החוק גורם לשינוי מחשבתי לטענתה. הספר הזה מלמד אותנו שלפעמים אפשר להפוך נושא נורמטיבי לדבר שהוא יוצר בחינה אמפירית, שניתן לבחון בפן מתמטי ע"פ ניתוח בינארי של פסק דין איך שופטים עובדים.

**מנחם מאוטנר "מינוי שופטים לביהמ"ש העליון בחברה רב תרבותית" (2013)**

בתחילת המאמר הוא שואל למה בכלל חשוב לנו לדון באיך בוחרים שופטים ? הוא מונה 3 שיטות:

1. שינוי בתפיסת התפקיד של ביהמ"ש- תפקידו של ביהמ"ש גדל ונהיה משמעותי.
2. המעבר מהגמוניה לרב תרבותיות- ביהמ"ש מייצג ברובו אוכלוסייה מסוימת, אם הייצוג יהיה מאוכלוסייה זו בלבד לא יהיה ייצוג למיעוטים.
3. מינויים בתוך קבוצת חברים- בהגמוניית השופטים יש שיטת 'חבר מביא חבר'.

מאוטנר במאמרו סוקר הצעות שונות לשינוי שיטת מינוי השופטים מכל קצוות הקשת הפוליטית. העקרונות שהוא מתווה לתפקידיו של ביהמ"ש כשאנו מסתכלים על מוסדות מדינה. מוסד ביהמ"ש נמצא סביב המון מוסדות נוספים במדינה.

תרשים של החלוקה לפי מאוטנר:

**הגישה הראשונה** אומרת שיש חלוקת עבודה בין הרשות המחוקקת (הכנסת) לבין הרשות השופטת (ביהמ"ש). זה ציר אחד שההוגים הרלוונטיים לו הם ביקל וג'יימס בויד וויט. **הציר השני** אומר שהמשפט הוא לא דיכוטומיה, הוא גורם על שלא קשור לכלום, שנמצא מלמעלה, מערכת נפרדת בעלת סמכויות אלוהיות שלא ניתן להשוות לרשות המחוקקת. ההוגים הרלוונטיים לשיטה זו הם קרל לואלין, פייר בורדייה וסטנלי פיש.

כשאנו באים לדון בגישה הראשונה של חלוקת עבודה דיכוטומית בין בימ"ש לרשות מחוקקת, ההוגה הראשון הוא **אלכס ביקל**. הוא אומר שלדמוקרטיה שני יסודות ברורים- הגורם השולט קיבל הסכמה מהגורם הנשלט, צריך לשמר ולטפח ערכים שמשותפים לנשלטים והם ארוכי טווח. בהפרדה בין הגוף המחוקק לבין הגוף השופט מי הגורם הנכון ? לא המחוקק כי הוא גוף שמתחלף, ביהמ"ש הוא גוף יציב יותר ולכן הוא יישמר אותם ערכים ארוכי טווח טוב יותר. הסכמת נשלטים וערכים נשלטים ולכן ביהמ"ש הוא הגורם הנכון לקידום הערכים ארוכי הטווח האלה.

ההוגה השני הוא **ג'יימס בונד ווייט**- גם הוא חשוב שצריך להפריד בין בימ"ש לבין המחוקק. למה ההפרדה ? לא מהסיבה של ביקל אלא מהסיבה שביהמ"ש מקבל החלטות ערכיות שמעצבות את הזהות הערכית של התושבים והקהילה, יוצר מוצר ערכי-תרבותי שהוא שונה מהתוצר שיוצר החוק מהמחוקק בכנסת. המוצר שאנו רוצים שהכנסת תייצר הוא שונה מהמוצר שאנו רוצים שתוציא הרשות השופטת. הרושת השופטת מוציאה החלטות ערכיות לעומת הרשות המחוקקת שמוציאה ספר חוקים. הרשות השופטת יוצרת מוצר תרבותי-ערכי בעוד הרשות המחוקקת יוצרת מוצר הסדרי, איך צריך לחיות במדינה מתוקנת.

בציר השני שאומר שביהמ"ש היא מערכת נפרדת ועצמאית, עומדת התפיסה הריאליסטית של **קרל לואלין**. הוא אומר שהשופט אינו לבד במערכה, הוא פועל בתוך מערכת תרבות. המערכת התרבותית היא מגבילה ודווקא בגלל זה ניתן לו וודאות, תרבות משתנה מתהפכת אבל שופט לא. איך ? ניתן לשופט כלי משפטי, ניתן לו את המשפט כדי שהוא יוכל לשמור על הוודאות.

**בורדייה** מדבר על הביטוס- נטיית הלב. לשדה המשפטי יש הביטוס מיוחד, כל מי שרוצה לפעול בשדה הזבה צריך להבין שנטיית הלב הזו משותפת למי שפועל בו.

**פיש** אומר- יש שדה, מגרש. במגרש יש כללים איך משחקים. כך גם במערכת המשפטית- יש כללים שמסבירים איך לשחק את המשחק, אבל כדי להיות במשחק אתה לא יכול להיות כל אחד, אתה חייב להיות שופט כי רק שופט יודע את הכללים ויודע איך לשחק במשחק רב המשתתפים שנקרא משפט. המשפט הוא המגרש והשופט יודע את הכללים בגלל היותו שופט.

**מאוטנר** אומר שזה לא משנה אם המערכת היא מופרדת מעל הכל או עובדת בצד המערכת החקיקתית, כשדן שופט בתיק לפניו יש לו משמעת שיפוטית, הוא יודע את התרבות שנמצאת, יודע מה קורה בתוך העם, יש לו מסורות שעובדות בדורות בתוך העם ומשתנות עם הדרך, ויש לו את המשפט. הוא שופט באמצעות המשפט, הוא חייב לבוא ולהפעיל את הכלים המשפטיים במקרה שבא לפניו במסגרת אותה מסורת משפטית שמאגדת את כל השופטים בעת מלאכת השיפוט. באמצעות השיפוט והמשפט, השופט יכול להעלות דברים לשיח הציבורי שלא דנו בהם בעבר, בגלל זה הוא שופט, בגלל זה הוא נבדל ושונה מכל המערכות האחרות כי תפקידו במדינה, בדמוקרטיה הוא שונה. שופט צריך להביא ערך מוסף במסגרת השיפוט. דווקא באמצעות מקרה מסוים שהגיע לפתחו של השופט הוא יעלה ויעורר דברים. מאוטנר אומר שלדבר הזה צריך לשים כללים וגדרים, מהי אותה גדר, מהם אותם גבולות גזרה (המסורת השיפוטית). בימ"ש הוא מוסד שיפוטי שצריך לפעול לפי כללים ברורים, השופטים שעובדים במערכת השיפוטית צריכים להיות נאמנים למסורת המשפטית. מאוטנר אומר שבניגוד לפורמליזם ולשיטה הברורה, במהלך חיי ביהמ"ש הוא יוצר מסורת שיפוטית ליברלית שמתעדכנת, משתנה וצומחת כל הזמן.

**ברק** אומר וכותב בספרו שיצירה שיפוטית היא כתיבת ספר בהמשכים, פעולה מתמשכת, פעולה קולקטיבית. ככה נוצרת מסורת שיפוטית שמלווה את השופטים במלאכת השפיטה. מה שמחויב אליו השופט זו המסורת השיפוטית. שופט שנותן פס"ד מחויב למסורת השיפוטית ליברלית ומתעדכנת בהתאם לשינויי החיים ע"י השופטים.

**מאוטנר** אומר שאם כולם חייבים לעבוד לפי המסורת השיפוטית ומצד שני מדינת ישראל אינה כפי שהייתה בתחילתה אלא נהייתה הטרוגנית ורב-תרבותית אז כדי שהמסורת השיפוטית לא תהיה מקובעת רק לאותם גורמים מסוימים, חייב שיהיה גיוון גם בשופטים. זאת משום שהשופטים הם שיוצרים את המסורת השיפוטית, בונים אותה. אם לא נמנה שופטים שיהיו מגוונים בהתאם לרב התרבותיות שבחברה, אז גם המסורת השיפוטית שלדעת מאוטנר היא שמבדלת את השופטים וביהמ"ש מכלל המערכות במדינה, תהיה בבעיה ולא תוכל להתקדם. מאוטנר אומר שיש מסורת שיפוטית שמאגדת את כלל השופטים, ליברלית, מתקדמת ומתעדכנת מעת לעת. הוא אומר שלהבדיל מהטענה שדעות שופטים משפיעות על הכרעתם, שופט מחויב למסורת השיפוטית ולגבולות הגזרה השיפוטיים, גם אם זה בשונה מדעותיו. כשהוא מחויב למסורת השיפוטית זה לא רלוונטי אם הוא ערבי, דתי, בן מיעוטי. מה יקרה אם נאמר שאנו רוצים למנות רב יהודי כשופט בבימ"ש ? מצד אחד, יש מסורת שיפוטית. מצד שני, הוא רואה עצמו כמחויב להלכה. אם השופט, על אף מצפון ליבו- הדת שהוא חב אליה, יבוא ויתחייב לפעול לפי המסורת השיפוטית, אז אין בעיה. כשהוא ייתן פסקי דין הוא לא יפעל לפי ההלכה היהודית אלא לפי המסורת השיפוטית שאליה הוא מחויב ולכן אין בעיה למנות אותו.

**נתחיל בפסקה מתוך נאומו של הש' אליקים רובינשטיין בסיום כהונתו בביהמ"ש העליון (13.6.2017):**

*"ראיתי עצמי כיהודי, ישראלי, ושופט לאומי-ציוני וליברלי. לאומי, כי בעולם היהדות ישראל ותורתו וקיום העם היהודי שלובים זה בזה, ואהבת העם והארץ עמוקה בליבי. 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 שוויון למיעוטים בישראל בתוך מדינה יהודית ודמוקרטית מורכבת, וזכויות מוחלשים, ומשתדל למען כל אלה".*

כלומר, הוא אומר שהוא יודע לשלב את היותו יהודי דתי מאמין לבין היותו מחויב למסורת השיפוטית משום שאלו גבולות הגזרה שהוא מחויב להם כשופט.

***סיכום פודקאסטים***

**סיכום פודקאסט 1**

היחסים המורכבים שבין הקהילה האתיופית למשטרה כסוכנת המשפט.

לאורך השנים המדינה הקצתה משאבים לקידום האתיופים, עם זאת, הליך הקליטה וההתאקלמות לווה באתגרים רבים ובפערים סוציו אקונומים בין האוכלוסייה האתיופית לשאר הקהילה, לצד פערים בתחום האכיפה הפלילית. יוצאי אתיופיה מעידים שלאורך השנים הם נתקלים ביחס מפלה וגזעני מצד הרשויות, כך עולה מסקר שבוצע בקרב יוצאי העדה. מקרים בשטח שמדגישים את התופעה והעלו לשיח הציבורי את התופעה- פרשת החייל דמאס פיקדה שהוכה ללא סיבה ונעצר בגין תקיפת שוטרים. מספר הפגנות שביצעה הקהילה הפכו אלימות. הוקם צוות למיגור גזענות נגד יוצאי אתיופיה ובדוח מסכם של הצוות הוגשה סקירה ושיקוף האירועים מצד בני הקהילה כאירועי גזענות ואפליה, הוגשו המלצות ע"י הצוות שתוקצבו ע"י הממשלה. נראה שהמגמה החלה להשתפר אולם אז ארע מקרה נוסף. שיטור יתר נבחן ביחס לשיטור כללי במפגש היזום שבין שוטר לאזרח. בוחנים את התוצאות של המפגשים ואפשר לראות שבמפגש של שוטר עם בן העדה האתיופית נפתחים יותר תיקים מאשר במפגשים אחרים ולכן מדובר בשיטור יתר. בנוסף, המפגשים הם אלימים יותר. אירוע סלומון טקה שאירע בהמשך הוביל גם כן להפגנות רבות ואלימות נגד אפליה ושיטור יתר שחווים בני העדה. תחילה הוחלט להשיב לתפקידו את השוטר היורה אולם לאחר סערה ציבורית שחולל הדבר קבע מפכ"ל המשטרה שהוא לא יוחזר למשטרה אלא למערך הכבאות.

משפט משווה- אפליה מסוג זה קיימת גם בעולם. מחקרים ענפים בתחום זה בארה"ב. תנועת black life matters. החלו מחאות נרחבות בעולם. מדובר בתופעה גלובלית ולא רק בארה"ב. בשנת 2021 מחקר בארה"ב מצא כי ככל ששיעור האפרו-אמריקאים בשכונה עולה, כך גם הסיכוי לשימוש בנשק ושליפת נשק עליו. בנוסף נמצא כי שוטרים לבנים ייטו לשלוף נשק בשכונות שבהן ריכוז האפרו-אמריקאים עולה על 40%, כמעט פי 5 משוטר אפרו-אמריקאי. ממחקר אחר עולה כי אחד מתוך 1,000 גברים אפרו-אמריקאים נהרג בידי המשטרה, גבוה פי 2.5 מהסיכוי של גבר לבן.

מדינות מערביות נוספות- מחקרים אחרים מצביעים על תופעה דומה. בבריטניה מעורבותם של גברים שחורים ב22% מהאירועים בהם היה שימוש בטייזר, ב16% מהאירועים בהם ביצעה המשטרה מעצרים וב-26% מהאירועים בהם השתמשה המשטרה בנשק חם, על אף היותם 3% בלבד מהאוכלוסייה. סקר עמדות הציבור ב-2019 העלה כי גברים שחורים נותנים פחות אמון במשטרה ביחס ללבנים. בקנדה נמצא כי הסבירות שגבר שחור ייהרג ע"י המשטרה גדולה פי 20 מהסיכוי שגבר לבן ייהרג בנסיבות אלה. אנו ניצבים בפני תמונת מצב המראה שגם במדינות מערביות ניכרת אפליה כנגד קבוצות מיעוט ובפרט בעלי צבע עור כהה.

מה נעשה ע"מ לשפר את המצב ? בארה"ב ניסו להגביר את אמון הציבור במשטרה ע"י ביסוס נוכחות חיובית של שוטרים בפעילויות והידברות בין שוטרים ואזרחים ליצירת שיתופי פעולה. בנוסף, הורחב היקף השיטור הקהילתי ע"י אזרחים ועידודם לנטילת חלק בפעילות המשטרה. בבריטניה עידדו גיוס בני מיעוט למשטרה והוקמו פורומים מקומיים מייעצים לצד הכשרות גיוון תרבותי לשוטרים.

איך זה מתקשר לגישות השונות ? סקירת הגישות ויישומן:

1. גישה תרבותית- מערכות משפט משקפות מנהגים חברתיים. השוני בין משפט ומנהג בגישה זו היא שבמשפט קיימת סנקציה פורמלית. המער' המשטרתית מטילה סנקציות. טלי נתן חקרה את השינויים והלגיטימציה הציבורית בתקופת האינתיפאדה. בתקופה זו חלק ניכר ממשאבי המשטרה הוקדשה למלחמה בטרור. ממצאים הראו ירידה לגיטימציה הציבורית לאורך העשור שנבחן שנקטעה עקב עליה משמעותית בלגיטימציה בתקופת האינתיפאדה. ניתן לבסס ממצאים אלו על אפקט הכינוס שמתאר שבעת התמודדות עם איום חיצוני צפויה לגיטימציה גוברת עם מוסדות המדינה, שצפויים לשוב ואף לדעוך עם תום האיום. מתיישב עם הגישה התרבותית- הרוב מעניק לגיטימציה למשטרה בעת משבר והדבר יוצג מנהג בו הרוב מחזק את ידיי המשטרה ולכן המשטרה כסוכנת המשפט מושפעת מהמשפט. יוצאי אתיופיה ממשיכים להביע אפליה וחוסר ביטחון במרחב הציבורי.
2. גישה מבנית- נק' המוצא היא קיומה של לכידות חברתית המבוססת על הסכמות משותפת. המשפט איננו פסיבי אלא נועד לתקן את הבעיה או הסדר בחברה ולהגן על מבנה חברתי ראוי. המשטרה כסוכנת המשפט בעלת תפקיד מעצב בחברה, כל עוד לא תנקוט בצדק הליכי לא תגבר הלגיטימציה שלה בקרב אותו ציבור.
3. גישת הקונפליקט- מתארת את יחסי המשפט וחברה כיחסי שליטה שנגזרים מקבוצות כוח. שיטור מושפע מאינטרסים קבוצתיים ומשפיע באופן שלילי על קבוצות המיעוט. אי הקשבה לקולות מלמטה- ייתכן והיחס כלפיהם נובע מכך שקבוצה זו אינה מיוצגת מספיק במערכות אלה, היעדר נציגי קבוצה זו בעמדות מפתח (שגית מור). לפי רון חריס, הצעדים שגובשו להפחתת האפליה לא הניבו תוצאות רצויות. כפי שכתב במאמרו, יש קשר הדוק בין זהות הקבוצה לבין אופן יישומם בפועל.

המשטרה משמרת פערים חברתיים ואת חוסר האמון בה בקרב העדה האתיופית.

**סיכום פודקאסט 2**

מינוי נשים לתפקידים בממסד הדתי בדגש לתפקידים שאינם דתיים. במצב הקיים נשים מודרות מתפקידים שאינם בהכרח דתיים. דוגמה ראשונה היא לאה שקדיאל שלא נותנים לה להגיש מועמדות לחברות במועצה הדתית- גוף מנהלי שהוקם ע"פ חוק. מיטשטשת כאן ההבחנה בין תפקידי דת לבין תפקיד מנהלי.

1. גישה תרבותית- לפיה המשפט הוא תוצר של התרבות הנהוגה בקהילה כשמטרת המשפט לשקף את השקפת הקהילה. תפקיד המחוקק והמשפט להבין מה הנורמות הנהוגות ומהן להפיק חוקים. התרבות שלנו בחברה לעניין השוויון במינוי נשים מעלה כי אין לנשים את היכולת להתמנות לתפקידים אלו אולם לפני מספר שנים החלו להתפתח תנועות נשים שיוצאות כנגד הטענה הזו. מתחילה לחלחל הטענה שבתפקידים שאינם דורשים הסכמה כרבניות אין מניעה למנות נשים. יוצא מכך שגם המשפט עצמו, לפי הגישה, צריך לשקף נורמה זו שהחלה להתפתח. זה עוד לא הבשיל לחקיקה אבל כן מתבטא בפסיקה.
2. גישה מבנית- קונצנזוס ביחס לכללים שמגלמים הסכמות חברתיות. המשפט צריך לנהוג לפי ערכי החברה. מערכת המשפט צריכה לשמור על לכידות חברתית ולאחות סדקים. המשפט הוא מוסד חברתי אקטיבי. הסדק הקיים בחברה משקף אי שוויון מגדרי מובהק ברמת המינויים. כדי לקדם מבנה חברתי ראוי יותר אפשר לראות ניסיונות חוזרים מצד בתי המשפט בפסיקות לקדם מינוי נשים. הם ממסגרות את אי מינוי הנשים כבעיה חברתית בשאיפה לקדם את השוויון בין המינים וליצור סדר חברתי חדש.
3. גישת הקונפליקט- מטריאליסטית, ההיסטוריה האנושית מונעת ע"י אינטרסים אישיים וקולקטיביים. הכוח של קבוצות להניע שינויים אינו שווה ונמצא בידו של קבוצות חזקות. רואה את המשפט כביטוי וקונפליקט לכוחן של הקבוצות החזקות. המשפט מתפתח על רקע מאבקי כוחות. קבוצת האינטרס הדתית בענייננו משמרת את כוחה ואת האינטרס שלה.

**סיכום פודקאסט 3**

סייג הגנה עצמית. רציונל- הכרה בצורך של בני אדם להגן על עצמם, מתבטא גם בהלכה היהודית- הקם להורגך השכם להורגו. הגנה על 3 אינטרסים- הגנה על המותקף, אשמת התוקף, סדר חברתי-משפטי. הבחנה בין 2 סוגי הגנות- פטור והצדק. מעשה שיש בו צידוק הוא מעשה שאנו מעודדים, לעומת זאת פטור מערער על אחריותו של המבצע.

איך מעלים טענת הגנה עצמית ? יסוד נחיצות שנחלק לנחיצות איכותית ונחיצות כמותית. איכותית נועדה לבחון חלופות למעט השימוש בכוח, כמותית נועדה לבחון האם היה באפשרותו להגן על עצמו בדרך שהייתה פוגעת פחות בתוקף. יסוד מיידיות, יסוד הדיפה, יסוד הסכנה המוחשית, יסוד שולל, יסוד הפרופורציה.

איך גישות משפט וחברה מצדיקות את השימוש בסייג ?

1. גישה תרבותית- הסייג קיים בחוק בשל ערכים שהחברה תופסת כחשובים מאוד, ובנסיבות מסוימות אף חשובים מהרשעתו של אדם שעבר עבירה. הסייג מבטא ערכים שמתחזקים בחברה.
2. גישה מבנית- צורך מאז ומתמיד להגן על עצמך ועל האחר שמתחזק נוכח המציאות הביטחונית במדינה. כאן נכנס המשפט. הסייג הוא פתרון המשפט לאפשר לאזרח להגן על עצמו. המטרה היא יצירת סדר וחברתי וניהול תקין של החברה. התגוננות מפני מי שמאיים על החברה.
3. גישת הקונפליקט- המועמדים לדין בהרבה מקרים הם מקבוצת הרוב. אולי זו הסיבה לנטיית ביהמ"ש לקבל טענה זו שנטענת ע"י יהודים.

**סיכום פודקאסט 4**

הפללת צריכת זנות בישראל. 3 גישות:

* גישה הולנדית- הסדרת זנות ומתן לגיטימציה לזנות.
* גישה נגדית אליה- מיגור- רואה זנות כניצול. מנסה למגר את הזנות מהמרחב הציבורי, פונה כנגד הצרכנים ולא כנגד העוסקות בתחום (שוודיה).
* גישות ביניים- בריטניה, ישראל- הטלת סנקציות מנהלתיות ולא פליליות.

איך מסבירים את השוני ביחס המשפטי לזנות ?

1. גישה תרבותית- נורמה משפטית נגזרת מנורמות חברתיות ומוסרית בחברה. נורמה חברתית הופכת למקובלת בחברה ואז מעוגנת בחוק כנורמה משפטית כאכיפה. ככל שהזנות נתפסת כפחות מוסרית כך היא תקבל פחות לגיטימציה מוסרית-חברתית.
2. גישה מבנית- המשפט הוא כלי שנועד לשמר סולידריות ולכידות חברתית. כשיש פער בהם המשפט ינסה לייצר הסדר שיאחה את הסדק. לזנות כתופעה יש גם היבטים שליליים וגם היבטים חיוביים, הגישה תפנה להיבטים החיוביים בזנות ותראה בהם מקור לסולידריות חברתית. תפנה להסדרה חוקית כדי לצמצם את ההשפעה השלילית ולהרחיב את ההשפעה החיובית.
3. גישת הקונפליקט- המשפט מתעצב ע"י מאבק מטריאליסטי בין קבוצות כוח, שימוש בחקיקה לשימור כוח מול קבוצות חלשות, במקרה הזה הן קבוצות מגדריות.

בראשית המדינה זנות נתפסה כשלילית, כפגם מוסרי של מי שעוסק בה, כניוון חברתי. יש התנגדות חריפה להסדרת תופעת הזנות ויש פרקטיקות פליליות בעיקר שנועדו לתקוף את הזנות. נקודת מפנה בשנת 1989- התעצמות של סחר בין-מדינתי בבני אדם, מתעוררת סערה ציבורית וחל שינוי תודעתי במערב. השינוי המוסרי והמבני מאפשרים פתח לנשים פמיניסטיות להוביל את השינוי. באמצעות מאבק מעמדי של ארגונים פמיניסטים הצליחו לחוקק חוק עד שנחקק ב-2019 על הפעלת צרכנות זנות בישראל.

***הצגות בכיתה 7.6***

1. **חוק איסור צריכת זנות והשפעתו בישראל**

סרטון- (רון 3- זונות, סמים, שיטור אתיופי). בחורה צעירה מציעה לגבר להגיע אליו ולהגשים פנטזיות, מציעה לו לשחק משחק של זנות. היא אומרת שזה מדליק אותה, הוא אומר שלהיות זונה זה משפיל. היא טוענת שזה לא משפיל אלא מבטא את כוחה של האישה שמשלמים לה. הוא טוען שזה ניצול. היא טוענת שזה סטראוטיפ מעוות.

החוק נחקק בסוף שנת 2018 ללא מתנגדים והיה אמור להוות נקודת מפנה בזנות בישראל אבל המציאות הראתה אחרת. הזנות נחשבת למקצוע העתיק בעולם. ברוב מדינות העולם המערבי הזנות חוקית אולם אינה ממוסדת. בישראל נכון לשנת 2016 עובדים בתחום הזנות כ-12 אלף איש. כל גבר שני מכיר מישהו ששילם על מין.

חוק איסור צריכת זנות נחקק ביולי 2019 כהוראת שעה לצד מחקר המלווה אותו וקיבל תוקף ב-2020, עבר ללא מתנגדים. בשטח, ארגוני נשים ואנשים שעובדים בתחום כן התנגדו לחוק בטענה שפוגע בהם. המחקר נועד לבחון האם החוק משפיע על המצב בפועל. כחלק ממצאי המחקר נמצא כי 18% הפסיקו לצרוך זנות בעקבות החוק, 65% שלא הפסיקו לצרוך זנות לא הושפעו מהחוק ואף לא שמעו עליו.

משפט משווה:

* הולנד- מצטיירת כבירת הזנות, נוהרות אליה נשים מכל רחבי העולם לעסוק בזנות. זה ניכר ברחובות. החוק ההולנדי מסדיר רישיון רלוונטי לעסוק בזנות כשהחוק באותה המידה אוסר על מין בכפייה, אלימות וסרסרות.
* שוודיה- מתכתב עם ישראל. היא הראשונה לחלק את הזנות לשני חלקים- צריכת זנות ועיסוק בזנות. העוסקות בזנות יכולות לעסוק בתחום כעניינן, מנגד צריכת המין אסורה. כל מי שמעוניין בצריכת מין מסתכן בקנס ואף מאסר.

העמדות השונות בנוגע להחלטת המחוקק בארץ לאסור צריכת שירותי זנות:

בעד האיסור- תעשיית המין מציגה נשים כאובייקט מיני, העוסקות בזנות הן קורבנות, עובדות הצין סובלות מאלימות ומתקיפות מיניות רבות במהלך עבודתן, תעשיית המין פוגעת בכבוד הנשים ומאפשרת ניצולן.

נגד האיסור- הזנות מאפשרת העצמה נשים, הקביעה לפיה זנות הן קורבנות היא פטרונית, זנות היא עיסוק לגיטימי ועוד.

**פס"ד 9707-07-15 הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן נ' ערן ירושלמי**. הקים עסק לזנות תחת שם אחר. הוגש נגדו כתב אישום. ביקר היתר מהועדה שדחה את בקשתו מהטעם שאינו תועם לאופי המתחם ומהווה סיפור כיסוי ליצירת זנות. ארגון ויצו נחלץ לעזרת הועדה בטענה שהעסק מבזה נשים, פוגע בכבודן ומנצלן. ירושלמי טען שזה פוגע בזכותו לחופש העיסוק. הש' מיכל אמנון גונן פסקה שהמופע חורג מהשימוש המותר במתחם ולא עונה על הצורך בחשיבות שינוי אופיו. העתירה התקבלה.

המאמר "יחסי מין בתמורה: האם ניתן להצדיק את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות ?" כותבי המאמר ניסו לאתר את הגורם שהופך את עולם הזנות לפסול. הם טענו שהסיבה היא הדרדרות לסם, דוחק כלכלי וצורך בכסף כדי לממשם. זה הופך את זה ללא הסכמה, קרי אונס. האם חל עיקרון דומה גם על בנות זוג שנתמכות כלכלית בידי בעליהם ? גם הן וגם הן לא יכולים לקיים חיים סבירים וזה הופך את יחסי המין לאסורים, גם אותם אפשר לשייך לאונס. מצד שני לא רצו לשייך בחורה נשואה במצב כלכלי רעוע ולהשוות אותו לזנות ולהפליל יחסי מין שלא ראויים להפליל בגינם.

הגישה התרבותית- משתקפת בהחלטה שהתקבלה בהולנד ליצור לגליזציה של זנות. משקפת צורך שעולה מהתרבות והופך לחוק. אם המשפט יבחר שלא לשקף את הנוהג הקיים באוכלוסייה ויקבע חוק האוסר על צריכת זנות החוק ייכשל.

מנגד, במאמרה של יופי תירוש "סיפור של אונס לא יותר" היא מבקרת ואומר שתפקיד המשפט לתקן עוולות, לייצר נורמות טובות ולא פסולות, ולא לשקף.

גישה מבנית- הזנות מהווה תופעה שלילית שיש למגר, יש ליצור סדר חברתי כדי לשנות את הסטייה החברתית שנוצרה של צריכת זנות ולכן מחוקקים חוק כהוראת שעה. רוצים ליצור שינויים בחברה.

לפי גישת המשפט והחברה תפקידי המשפט הם להנהיג מע' של הסדרה ואכיפה, פתרון סכסוכים בחברה ויצירת שינוי חברתי וערכי.

דעה אישית- ליצור לגליזציה מלאה של זנות. המצב כיום בהולנד הוא מצב אוטופי. החוק צריך לתת משקל רב לרצון עובדות המין בחברה הישראלית משום שהוא בעל השפעה רבה עליהן. דעה/ עמדה אחרת- תומכת בחוק איסור צריכה הזנות מתוך הכרה שהצורך של הנשים בזנות הוא ללא מבחירה חופשית אמיתית, יש להשקיע בשילוב עובדות המין באפיקי תעסוקה אחרים, להשתמש במשפט ליצירת שינויים חברתיים.

סיכום של מנאל למצגת- הרבה פעמים זנות כרוכה באלימות בכלל ואלימות מינית בפרט, ניצול והעברה בירושה לאחות/ בת וכו'. כשאנחנו מדברים על הסדרה אינה בהכרח הפסקה או איסור מוחלט על הנושא אלא לפעמים גם הסדרה בתוך המורכבות של הזנות כמו הטלת מגבלות על סרסרות, מסחר בבני אדם דרך זנות, כי מדובר פה באוכלוסייה הכי חלשה מבחינה חברתית.

1. **מערכת משפט מקבילה ועצמאית בחברה החרדית והשפעותיה על החברה**

מקרה הבוחן- יהודה משי זהב.

חרדים- קבוצת יהודים החיים ע"פ ההלכה בישראל ובעולם. מחציתם מתגוררים בבני ברק ובירושלים. הקהילה החרדית מתחלקת למספר זרמים.

העקרונות המנחים את החברה החרדית- עיקרון אמונת חכמים- השפעה מהסכמות ההלכתית ומהרבנים שגולשות לחיי הפרטים בחברה, עיקרון הסתגרנות- החרדים רואים עצמם כממשיכי היהדות המסורתית ומבקשים לשמור על החזקתם בתואר זה ע"י בידולם מהחילונים.

ייתכן שעקרונות אלו גורמים למערכת משפט עצמאית ולהישמעותם לעקרונות עצמאיים ולא לעקרונות המונחים במדינה. עימות נורמטיבי בשאלה מי הסמכות הפוליטית של החרדים ? 85% מהחרדים הצביעו שהחרדים, זו דוגמא לכך שסמכות הרבנים גולשת הרבה מעבר לחיים הדתיים. כשיש קונפליקט בין הישמעות לרבנים או לחוק הרבה יבחרו לשמור לרבנים אלא אם לצד החוק יש סנקציה פלילית. עימות נוסף הוא הלכתי- יש איסור גורף בקרב החרדים לא להישמע לערכאות הגויים, מבחינתם יש דין אחד והוא הדין העברי, אם לא פועלים על פיו לא פועלים ע"פ ההלכה ולכן אין סיבה להישמע למע' המשפט. עימות תרבותי- משבר חריף שמתנהל בין בג"ץ לבין החברה החרדית. האמונה שלהם קבוצתית ולא מנהיגה את כל המדינה ולכן הרבה פעמים הם לא מקבלים 'גב' בפסיקה. עימותים אלו הובילו להקמת מע' משפטית עצמאית. נוכח חוסר האמון של החברה החרדית כלפי המשטר הישראלי ומערכת המשפט בפרט נוצר ארגון בשם "משמרות הצניעות". הוא מעין ארגון מחתרתי שנועד לפתור את בעיית הצניעות. המטרה הייתה העלאת המודעות לצניעות במרחב. מאוחר יותר החלו לנקוט אמצעים לאכוף את אותה צניעות. בשנות ה-80 הוקם ארגון קש"ת שפועל באלימות. אופן הפעולה- כשמישהו מגיע למשמרות הצניעות וטוען שפגעו בו הם מבררים, אם לדעתם האדם אשם הם מחליטים לפעול (לרוב באלימות). הבירור הוא שלהם בלבד, אינו רשמי. הם טוענים שאינם פועלים באלימות אלא בנועם. אולם יש עדויות לפיהן הם עדיין פועלים בצורה אלימה.

גישה תרבותית: הכרעה בשאלת הלגיטימיות של ענישה באמצעות אלימות פיזית ונפשית כפי שמתבצעת ע"י משמרות הצניעות. בשונה מהגישה התרבותית נורמות אלה לא עברו תהליך מיסוד נוסף לכדי חוק. סיבה אפשרית לכך היא מערכת משפט כפולה אליה כפוף האזרח החרדי.

גישה מבנית: החברה החרדית מאופיינת בסולידיות מכאנית כמו בקיבוץ במאמרו של שוורץ.

הבעייתיות במשמרות הצניעות-

1. הקמת גופים שאין להם כל סמכות ופועלים ללא פיקוח ובקרה ללא מיסוד חוקי.
2. ניתוק רשויות החוק מידיעה על פשעים המבוצעים בחברה. כתוצאה מכך שחרור עבריינים למרחב הציבורי ללא דין ופיקוח.

מקרה בוחן- יהודה משי זהב. התמנה לקמב"ץ צניעות בקהילה שתפקידו היה לאכוף צניעות בחברה. החלו להיערם תלונות על הטרדות מיניות שניסו לסגור במסגרת הקהילה. הוחלט להוקיע ולגרש אותו מהקהילה. הוא הציג את עצמו כיהודי שהתפתח ויצא לאור- עבר לחברה הישראלית, הדליק משואה, זכה בפרס האום, כל זאת תוך כדי שהוא פוגע בעשרות ילדים ונשים מינית. דרך המקרה אפשר לראות את הבעייתיות והסכנה בקיומן של מערכות משפט מקבילות שאינן כפופות לחוק ולמשפט המקובל. זה אפשר לו להמשיך במעשיו. אם החברה החרדית הייתה מפרסמת ומוציאה את זה החוצה היו נמנעים המון קורבנות. (spillover effect)

כבר בסוף שנות ה-80 החברה החרדית ידעה והזהירה להתרחק ממנו. בחברה החילונית לעומת זאת הוא צבר שם וכוח, נחשב לחרדי שהפך חילוני והכיר בחשיבותה. ב-2013 הוא נתפס בדירה עם קטינים ומאז הוקם צוות חקירה שנועד לגבש ראיות.

פתרון שמתבסס על חוק מייגן ומקרה משי זהב- לו היה חוק דומה בחברה החרדית שמחייב ליידע את הרשויות ייתכן וניתן היה למנוע את ההתנהגות העבריינית מצד משי זהב ואיתו למנוע מבוכה לאומית קשה. ההבדל הוא שבחוק מייגן מדובר על עבריינים שהורשעו ופה מדובר באדם שעוד לא עבר דיון והכרעה שיפוטית.

בשנים האחרונות אנו עדים לשינוי בחברה החרדית ביחס לפגיעות מיניות, ארגונים כמו "לא תשתוק" ועמותת מגן שבאים לספק סיוע לנפגעי פגיעה מינים. כיום כבר יש רבנים ממליצים להתלונן במשטרה וזו דוגמה לניתוב לטובה את ההשפעה הרבה של סמכות הרבנים וההישמעות להם.

להבדיל מפורום תקנה מדובר במערכת נפרדת ומנותקת מהמדינה לגמרי.

1. **ועדות קבלה לישובים קהילתיים**

מדובר בועדה שמחליטה האם המועמדים שרוצים להתקבל לגור בישוב יוכלו לגור בו או לא. הוועדה מחזיקה בסמכות. הקונספט מלווה אותנו מתקופה עתיקה מימי ההתיישבות החדשה. רק בתיקון מספר 8 לחוק יש התייחסות לכך. קיבוץ יגור ביקש להירשם כאגודה שיתופית והתלווה לו תקנות ביניהם סעיף שמגדיר אינטרס להתחבר לגורמים דומים לנו לקידום אינטרסים של הישוב. המטרה היא שמירה על אחידות, הומוגניות. התקנות בחלקן מהוות בסיס לפקודת האגודות השיתופיות שנוסחה הבסיסי יצא ב-1933.

במשך שנים ועדות קבלה בישראל מתקיימות על רקע מפלה (פס"ד קעדאן). משפחה ערביה מעוניינת לעבור לישוב קציר ונדחית ע"י ועדת הקבלה בטענה שהישוב נועד ליהודים. המשפחה עתרה לבג"ץ. דעת הרוב מפי ברק- המדינה ורשויותיה חייבות לפעול ע"פ עיקרון השוויון ולכן חל איסור על הפליה בנושא הקצאת קרקעות. עניין נוסף הוא שהמדינה לא יכולה להשתמש בגורם שלישי לנקיטת מדיניות מפלה (צה"ל). כל עוד הסוכנות היהודית. נוקטת במדיניות מפלה המדינה לא תוכל להקצות לה קרקעות. המדינה לא יכולה להפלות במישרין או בעקיפין ע"ב דת או לאום בכל הנוגע להקצאת קרקעות למדינה. המשמעות היא שהמדינה צריכה לשקול את בקשת משפחת קעדאן.

הגישה המבנית: מתבטאת בכך שמתקבלות או לא מתקבלות על רקע מפלה זהו סדק. ברק בקעדאן מאחה את הסדק בכך שהוא מונע אי קבלה לישובים על רקע מפלה.

בשנת 2011 נחקק חוק לתיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות. החוק כיום קובע שוועדות קבלה יכולות להתקיים בנגב ובגליל בלבד. מהיום מדובר על ישוב של עד 600 בתי אב. ישוב שמחליט לבצע ועדות קבלה לא יוכל לסנן, כולם יצטרכו לעבור ועדת קבלה אלא אם מדובר על שכירות עד 5 שנים או העברת נכס בירושה. אפשר לפסול בועדת קבלה על רקע מצב כלכלי. יש תנאים סובייקטיביים שהם בעייתיים כי נציגי הוועדה יכולים לקבוע האם המועמד מתאים למרקם החברתי של היישוב.

גרף שמציג מתוך כמה ישובים קהילתיים בנגב ובגליל מתקיימות ועדת קבלה. ברובם אכן מתקיימות ועדות קבלה.

גישה תרבותית: הס' בחוק מתיקון 8 נחלק לרישא וסיפא. **הרישא** קובע שאפשר לא לקבל מועמד מסוים על סמך אי התאמה למרקם החברתי. יש פה התכתבות עם החברה התרבותית שמשקפת דברים בשטח ומעגנת אותם בחוק. אם בסופו של דבר מה שמקובל בקיבוצים זה רצונם לשמור על אחידות והומוגניות החוק מציף את זה ברישא של הס'. **בסיפא** של הס' מדובר על איסור אפליה שמעוגן באותו תיקון ואומר שאי אפשר לא לקבל על סמך מניעים מפלים כמו דת, גזע, מוצא, מגדר וכו'. זה מתכתב גם עם הגישה התרבותית כי זה משקף את ערכי המדינה הישראלים שנוטים עם השנים לשוויון וליברליזם. לכן גם הרישא וגם הסיפא משקפים את הגישה מזוויות שונות.

בג"ץ 2311/11 אורי סבח נ' הכנסת- מוגשת עתירה נגד חוקתיות החוק בטענה שמאפשר באמצעות מנגנוני הפליה סמויים לדחות אנשים על רקע מפלה. כך נפגע כבוה"א והשוויון. בג"ץ דחה את העתירה בחוסר בשלות.

סרטון- (מהאמצע) אנשים שגדלו איתי אמרו לי "לא". אנשים מתארים את הגעתם לוועדות קבלה ודחייתם בנימוק של חוסר התאמה לחיים קהילתיים, גם כשמדובר באדם דתי ובישוב דתי. הוא טוען שהסיבה היא חזות מזרחית.

גישת הקונפליקט: נועד לשמור על הדומיננטיות של הקבוצה החזקה בחברה. החוק מאפשר לאותם יישובים לערוך ועדות קבלה ובכך בעצם מאשר להם להמשיך לדחות את בקשותיהם של האחרים/ השונים מהם שלרוב משתייכים לאוכלוסיות חלשות בחברה להתגורר לצידם בישוב באמתלה של "אי התאמנה למרקם הקהילתי ביישוב".

הם ראוי שיהיו ועדות קבלה ביישובים ? השאלה המקדימה היא עד כמה חשוב שהפרט יחיה בקהילה ע"מ לממש את תפיסת עולמו ? סיווג ל-4 מצבים של תפיסת עולם.

1. שאינו קיים- אין תפיסת עולם משותפת לחברים בה וגם אם יש מדובר ברוב במדינה ואין סיבה לתת להם לחיות בקהילה נפרדת.
2. מצב מסייע- חיים בקהילה יסייעו לי לממש את תפיסת עולמי (טבעוניים).
3. ערך מוסף- אם אני חי בקהילה אני מקבל מכך ערך מוסף (דתיים).
4. מכונן- ללא חיי הקהילה הפרט לא יוכל לממש את תפיסת עולמו (הקיבוץ בגרסתו הישנה).

דעה אישית- נע על סקלה. ככל שלקהילה יש ערך יותר מכונן ניטה להכיר בחשיבות של ועדת הקבלה ולהפך, ככל שהקהילה לא מוסיפה ערך מיוחד אם בכלל לא נכיר בחשיבות ועדות הקבלה ונחשוב שאין בהם צורך.

חשוב לציין שברוב המצבים אין מצב מכונן ולכן לפי עמדתם זו תהא הפחתה משמעותית בכמות ועדות הקבלה.

מנאל- איך החוק עובד במציאות ? ישוב אלונים מפעיל ועדות קבלה. דחה משפחה על נימוק של אי התאמה למרקם הקהילתי. מנהל מקרקעי ישראל הפך את החלטתה של הסוללים בגלל קעדאן. אלונים עתרו לעליון והעליון קבע שזה אסור. הוא שינה את שמו מאיברהים לאבי, זה מראה שאפשר לחיות ביחד. מנאל טוענת שאי אפשר לדעת מה זה קהילה עד שאתה חי בתוך קהילה ואתה מבין את המשמעות שלה עבורך. בצד משפחה כזו שהחליטה להיאבק יש משפחות שבוחרים לפעול מתי לשטח, חוכרים את הבית וגרים בבית שנקרא על שם מי שעבר את וועדת הקבלה, אלו מאבקים פנימיים.

1. **טיפולי המרה**

טיפולי המרה הם שם כולל למספר שיטות שנועדו לשנות נטייה מינית הומוסקסואלית להטרוסקסואלית. עד 1973 הומוסקסואליות הוגדרה כהפרעה נפשית על פי הDSM, הספר שמאגד את המחלות הנפשיות ברפואה האמריקאית. מאז היחס לקהילה הלהט"בית נשתנה ועקב כך עלו ביקורות רבות על נושא טיפולי ההמרה. כיום, טיפול ההמרה המודרניים מתחלקים לשני סוגים:

1. טיפולי דחייה- מטרתם לפתח בקרב המטופל דחייה אינסטינקטיבית מנטייתו המינית.
2. טיפולים פסיכולוגיים- שיחות בין המטפל למטופל.

סרטון-("חשבתי שאמות אם זה לא יעבוד": הסרט שחושף איך נראים טיפולי המרה). גבר שיצא מהחברה החרדית מתאר שאם טיפולי ההמרה לא יהיה לו לאן ללכת והוא יתאבד. הבעיה היא הסביבה והחברה, ההומופוביה מושרשת בחברה. רק שיקבלו הומואים כמשהו שהוא באמת בסדר לא יהיה צורך בטיפולי המרה.

מנגד, יש גם עדויות על אנשים שהפיקו תועלת מטיפולי ההמרה.

במשקפיים מדעיות-רפואיות: יעילות טיפולי ההמרה מוטלת בספק. טיפולים אלו נמצאו קשורים בפגיעה בבריאות הנפשית- בושה, דימוי עצמי שלילי, שביעות רצון ירודה מהחיים, דיכאון והפרעה נפשית, נסיגה חברתית, פגיעה בתפקוד מיני ועוד.

מזווית דתית (משקפיים הלכתיות-רבניות): שתי גישות קיצוניות. לפי אחת לשלוח לטיפולי המרה בכל מחיר. לפי אחרת לא לשלוח לטיפולי המרה גם אם אינם גורמים נזק. הגישה הרווחת היא שבעיקרון לא נכריח אדם ללכת לטיפול אבל אם הוא רוצה בזה אז ראוי ומקובל לעשות זאת בתנאים מסוימים- בחירה חופשית בכך, הכרה באחוזי ההצלחה, מטפל מקצועי ומוסמך, שיטות טיפול שאינן מזיקות, מטרות הטיפול לרווחתו ואושרו של המטופל.

בעד טיפולי המרה: **סוגיה חברתית**- מדינה יהודית הכוללת חברות שונות התומכות בטיפולים אלו. **סוגיה חוקתית-** אוטונומיה, לא ניתן למנוע מאדם המעוניין לקבל טיפול כדי לחיות לפי אורח חיים לעשות כן.

נגד טיפולי המרה: **מבחינה רפואית משפטית**- הטיפולים גורמים נזק למטופלים. **סוגיה חברתית**- משמר את הבעייתיות בקבילה הלהט"בית. **סוגייה חוקתית**- פעמים רבות הבחירה של המטופל בטיפול לא אמיתית, בעייתי עוד יותר כשמדובר בקטין.

טיפולי המרה בעולם: בשנת 2013 הסתדרות הרפואית העולמית קבעה שטיפולי המרה מהווים הפרת זכויות אדם ועבירה אתית. בשנת 2020 פורסם המלות דוח האום למדינות העולם...

בישראל אין חוק שאוסר על טיפולי המרה אולם כן היו הצעות חוק כאלה. הראשון היה ב2015 בהצעת חוק לתיקון חוק העונשין. ב2016, 2017 הועלו הצעות דומות ע"י ח"כ שלא הבשילו לכדי חוק. ב2020 ניסו להעביר תיקון לחוק הפסיכולוגיים לספק טיפולי המרה. לאחר ניסיונות כושלים היה ניסיון להעביר חוק עצמאי "חוק איסור טיפולי המרה לקטין, התשפ"א-2021). עד כה לא התקבל חוק בנושא. בפברואר 2022 יצא חוזר מנכל משרד הבריאות לפיו מורשים מטעם משרד הבריאות בלבד רשאים להעביר טיפולי המרה.

מצד אחד יש ניסיונות לקידום חקיקה ומצד שני הניסיונות כושלים פעם אחר פעם.

גישה תרבותית: ההשקפה המחודשת של מניעת טיפולי המרה לא מקובלת על הרוב בחברה ולכן זה מתמסד לכדי חוק.

גישה מבנית: ניסיונות לגבש הצעת חוק משקפים ניסיונות לאחד את הסדק. מכאן הצורך לקדם את החוקים ולעגן במשפט את הטיפולים.

גישת הקונפליקט: חוסר ההצלחה בקידום חוק נובעת מיחסי כוחות בקידום החוק, הקבוצה החזקה מכשילה את קידום החוק.

סיכום: ניסיונות אלו משקפים שינוי תפיסתי שמתרחש בחברה אולם עדיין יש סדרים בלכידות החברה. ראינו את הבעייתיות בטיפולים.

**מבחן:** חומר סגור. מורכב משאלה אחת גדולה של 40-50%, לא קייס אלא מקרה שצריך לנתח (אולי לפי הגישות). בחלק השני שתי שאלות קטנות 20-25%. אחת השאלות תהיה בוודאות על חומר קריאה או סרטונים, שאלה אינפורמטיבית עם קאץ' מסוים. השנייה היא שאלת ניתוח ודיון ביקורתי. סילבוס מעודכן ומבחן לדוגמה יפורסם ביום חמישי.