

## האם המשפט משיג את מטרותיו? תשובות מעולם המחקר האמפירי

"מעולם לא נהגתי להתרועע עם שופטים: התרחקתי מהם ונמנעתי מלקשור אתם קשרי ידידות. הם מדברים בעגה משפטית, ואני שונא כל עגה – של פילוסופים, של גנבים, של משוררים, של סוחרים ושל אוהבים. העגה שלהם גולשת מן הדיבור על החיים: הם חיים על פי העגה שלהם ואינם יודעים דבר על החיים. השופטים מתבוננים בנאשם כפי שביולוג מתבונן בחיית מעבדה, או כפי שבוטנאי מתבונן בגרגר אפונה: כמו במושא לניסוי".  
פיטיגריילי, "הניסוי של השופט פוט" (מאיטלקית: ארנו בר)

### א. מבוא: הנחות דוקטרינריות באשר למטרות המשפט ובחינתן האמפירית

לעוסקים בעולם המשפטי נדמה שאין נושא חשוב ומעניין מן המשפט. אמירתו המפורסמת של נשיא בית המשפט העליון אהרון ברק, "הכול שפיט", שיקפה תפיסת עולם לפיה מציאות חיינו במלוא מורכבותה ועל כל תחומיה ניתנת תמיד להבנה ולדיון באמצעות הכלים המשפטיים. הגם שיש משפטנים החולקים על היקפה הרחב של תפיסה זו, רבים חשים כי המשפט הוא נתח משמעותי מן החוויה האנושית ונוגע בהוויה האנושית והחברתית בנקודות אינספור, לא רק בכואנו לאולמות בית המשפט ובצאתנו מהם, אלא גם בחיי היום-יום שלנו. ואמנם, רבים מאתנו חותמים על חוזה שכירות כעניין שבשגרה, מאיימים על שכנינו כי נתקשר למשטרה אם לא יפסיקו להרעיש, מבינים את ההבדל בין איש המכירות החביב לבין החברה שאותה הוא מייצג או זועמים בשל גניבה ספרותית שגילינו. בעלותנו על רכבת ההרים בלונה-פארק חולפות במוחנו השאלות אם אנו מבוטחים ואת מי נתבע אם חלילה יקרה דבר מה. עת עוצרים אנו את המכונית לפני הרמזור האדום ברחוב ריק באישון לילה אנו תוהים מה יקרה אם פשוט נמשיך לנסוע. הגם שחוויות אלה נוגעות בנו גם בדרכים רגשיות, מוסריות, דתיות ולאומיות, אין להתעלם מן העובדה שהממד המשפטי הכרוך בהן משפיע על התנהלותנו היום-יומית.

קשה לדמיין חיים ללא המשפט, לא רק כיוון שהוא משפיע על חיינו בדרכים רבות כל כך, אלא גם כיוון שהוא ממלא, בעיני משפטנים ולא-משפטנים כאחד, סדרה של תפקידים פוליטיים, כלכליים וחברתיים חשובים. הספרות הפילוסופית המשפטית, העוסקת במשפט מנקודת מבט נורמטיבית, מקדישה תשומת לב רבה לשאלת ההפרדה בין מהותו

\* בית הספר הייסטינגס למשפטים, אוניברסיטת קליפורניה. תודתי מקרב לב נתונה לעורכי הכרך, שאפשרו לי לסקור את עולם המחקר החביב עליי, וכן לקייט בלוק, לאביטל מנטוביץ', לדורית רובינשטיין ולאהרון רפפורט על תרומתם לאיתור כמה מן המחקרים שנסקרו במאמר.

הפוזיטיבית של המשפט לבין התפקידים שאנו מצפים ממנו למלא; הוויכוח המפורסם בין רונלד דבורקין<sup>1</sup> להל"א הארט,<sup>2</sup> למשל, נסב סביב השאלות אם המשפט מחויב לתכנים מוסריים ואם משפט הנעדר תכנים כאלה יכול עדיין להיקרא "משפט".<sup>3</sup>

במאמרו "The Functions of Law"<sup>4</sup> מיפה יוסף רו את תפקידי המשפט. הוא הבחין בין שני סוגים של מטרות משפטיות: מטרותיו הישירות של המשפט – מטרות שהכללים המשפטיים נועדו להשיגן באופן ישיר, ומטרותיו העקיפות של המשפט – העשויות להתייחס למערכות חיצוניות למשפט. רו בחר להתרכז בעיקר בקבוצת המטרות הישירות, וערך בתוכה הבחנה נוספת בין מטרות ראשיות לבין מטרות משניות. המטרות הישירות הראשיות, המתייחסות למגע המידי בין הכללים המשפטיים לבין הציבור הכפוף להם, כוללות הכוונת התנהגות (מניעת התנהגויות בלתי רצויות באמצעות מנגנוני ההרתעה של דיני העונשין ושל דיני הנזיקין), יצירת מסגרות להתקשרות בין פרטים (באמצעות דיני החוזים, הקניין, הנישואין, הבנקים והמשפט המסחרי), מתן שירותים וחלוקת משאבים (בין היתר הגנה על ביטחון פנים ומתן שירותי בריאות, חינוך, תרבות ותשתיות באמצעות המשפט המנהלי ובאמצעות דיני המס) ויישוב סכסוכים שמקורם אינו בהתקשרות מוקדמת ומוסדרת בין הצדדים (מתן תרופות והליכים להסדרת סכסוכים אלה בין היתר באמצעות תרופות חוזיות ובאמצעות דיני הנזיקין). לעומתן, המטרות הישירות המשניות (או, אם תרצו, המטרות מסדר שני) מתייחסות לתפקידי של המשפט בייצור מנגנונים המאפשרים לייצר משפט נוסף. החוק עשוי ליצור מסגרות משפטיות שבאמצעותן יכולות רשויות השלטון לקבוע דרכים להסדיר סכסוכים, לשנות את החוק ולאכפו.

כאמור, רו התרכז בעיקר במטרות הישירות של המשפט והתייחס אליהן כמטרות אוניברסליות המתקיימות באופן בלתי תלוי בהקשר החברתי-אידיאולוגי שבו מתקיימים השיח המשפטי ומוסדותיו. כך, למשל, הן מדינות קפיטליסטיות הן מדינות קומוניסטיות עשויות להשתמש במשפט ככלי לחלוקת משאבים; במובן זה זוהי מטרה אוניברסלית של המשפט, אם כי אפשר להניח שכל אחת מהמדינות תשתמש בכללים משפטיים שונים ותעצב באמצעותם אופי כלכלי שונה בתכלית. עם זאת, ראוי לשים לב לכך שחרף אופיין האוניברסלי של המטרות הישירות הן נושאות אופי נורמטיבי, כלומר עניינן ביעדים

1. RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* (1986)

2. H. L. A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* (2nd ed. 1994)

3. יש לשים לב לכך שדבורקין כולל את הערכים ואת התכנים המוסריים של המשפט בתוך הגדרת המונח עצמו; כלומר, הגדרתו למונח "משפט" מכילה מרכיב נורמטיבי חיוני. לעומתו,

הארט מגדיר את המונח "משפט" באופן פוזיטיביסטי, פרוצדורלי, אך אין משמעות הדבר שהוא שולל את הצורך הנורמטיבי לדרוש ממערכת המשפט מחויבות לתכנים ערכיים.

התייחסותו של הארט למשפט בכלים תיאוריים-פרוצדורליים וניתוקו מהממד הנורמטיבי נובעת, לכאורה, מכתבתו של יום על הדיכוטומיה שבין ממדים אלה, אם כי יש הטוענים שגם

כתיבתו של הארט כוללת בחובה ממדים נורמטיביים: Eric J. Boos, *The Misapplication of the 'Is-Ought' Distinction and the Role of Justice in Hart's Legal Theory* (2003),

available at [www.ssrn.com/abstract=460761](http://www.ssrn.com/abstract=460761)

4. JOSEPH RAZ, *The Functions of Law, in THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND*

MORALITY 163 (1979)

שאמור המשפט להשיג במצב אידאלי או ביעדים שראוי כי המשפט ישיג במצב כזה. למשל, הגם שרז לא נקט עמדה בשאלה אם ראוי שהמשפט יחלק משאבים על פי השיטה הקפיטליסטית או על פי השיטה הקומוניסטית, האמירה לפיה תפקידו של המשפט הוא לחלק משאבים היא אמירה נורמטיבית.<sup>5</sup>

קבוצת המטרות שעניינה את רז פחות – המטרות העקיפות – עוסקת במידה שבה משרת המשפט גורמים ומוסדות חיצוניים לו. רז ציין כי במטרות אלה גלומה זיקה חזקה יותר בין המשפט לבין הסדר החברתי הסובב אותו.

במאמר זה אעסוק בתובנות שאותן מציע עולם המחקר האמפירי של מדעי החברה בתחומים שונים – מדע המדינה, פסיכולוגיה חברתית, כלכלה, סוציולוגיה ובעיקר מחקר בין-תחומי של משפט וחברה – על אודות המידה והאופן שבהם משיג המשפט את מטרותיו, הישירות והעקיפות. במאמר אמפה את הכתיבה האמפירית על פי טיפולוגיית המטרות של רז, אך גם אצביע על הבעייתיות שבמסגרת מצמצמת ומוגבלת זו. כפי שיוסבר להלן, עולם המחקר האמפירי אינו מציע תשובות חד-משמעיות לשאלה אם המשפט משיג את מטרותיו, והוא מעורר ספק בדבר האפשרות להגדיר מטרות משפטיות באופן שאינו תלוי אידאולוגיה. נוסף לכך, מחקרים אמפיריים חושפים את חשיבותן הרבה של המטרות העקיפות והסמויות של המשפט, הזוכות לתשומת לב פחותה בכתיבתו של רז.

חשוב לציין כי המאמר אינו מתיימר לספק סקירה ממצה של כל תחומי המחקר המשפטי האמפירי, ואף לא בהכרח סקירה של מדגם מייצג של תחומים אלה. הבחירה במחקר מסוים תחת אחרים אין משמעותה כי מדובר במחקר טוב, חשוב או "נכון" יותר. על כן, המחקרים הנסקרים במאמר זה אינם משתייכים בהכרח לאותו זרם או לאותה דיסציפלינה ואינם משתמשים באותן שיטות מחקר. הבחירה במחקרים מסוימים תחת אחרים נועדה לחדד את המורכבות שבטענה האמפירית על אודות חשיבותו של המשפט; לכן ניתנה עדיפות לסקירתם של מחקרים המציגים תשובות מורכבות ומפתיעות לשאלה אם המשפט משיג מטרה כזו או אחרת. כמו כן, המאמר מכיל בעיקר התייחסות למחקרים אמריקניים עכשוויים ובמיוחד למחקרים שמבצעות האגודה למשפט וחברה (Law and Society Association) והאגודה למחקר משפטי אמפירי (Society for Empirical Legal Studies), אם כי נכללו בו גם דוגמאות למחקרים ישראליים ולדיונים הנוגעים לסוציולוגיה הקלאסית של המאה התשע-עשרה.

כדי להבין אילו תשובות מציעים מחקרים אמפיריים לשאלת תפקידו של המשפט יש להקדים ולהסביר את הבדלי התפיסה בין הכתיבה המשפטית הדוקטרינרית לבין הכתיבה האמפירית. במאמר קלאסי על רֵאליזם משפטי, הבחין רוֹסקוֹ פֶאונְד בפער שבין "המשפט על ספר" (law in books) לבין "המשפט בפעולה" (law in action).<sup>6</sup> פער זה הפך להיות אבן הפינה של המחקרים על אודות המשפט והחברה האמריקניים.<sup>7</sup> תפיסת העולם

5 נקודה זו תקבל משנה חשיבות בהמשך מאמר זה, כשנעסוק בבחינה האמפירית-תיאורית של המידה שבה משיג המשפט את המטרות הישירות.

6 Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 (1910)

7 Austin Sarat & Thomas R. Kearns, *Beyond the Great Divide: Forms of Legal Scholarship and Everyday Life*, In LAW IN EVERYDAY LIFE 21 (Austin Sarat & Thomas

המשפטית הדוקטרינרית שאליה התייחס פאונד כאל "המשפט עלי ספר" היא במידה רבה תוצר של החשיבה האירופית של עידן הנאורות. במאה השמונה-עשרה, עבור הוגים רבים היה המשפט אחת התקוות הגדולות של זכויות האדם, והשינויים המדיניים הגדולים של התקופה – במיוחד המהפכה הצרפתית והמהפכה האמריקנית – היו קשורים קשר הדוק לשינויים משפטיים משמעותיים.<sup>8</sup> רעיונות מהפכניים במושגי התקופה, כגון הפרדת רשויות,<sup>9</sup> מנהל תקין הנושא באחריות כלפי בוחריו,<sup>10</sup> יצירת נורמות המגנות על חירויות הפרט ולא רק על השלטון, הליכים פומביים ומאוזנים ופרופורציה בענישה<sup>11</sup> נועדו במידה רבה להגשמה בכלים משפטיים. כמה מתקוות אלה נשתמרו בספרות העוסקת בפילוסופיה של המשפט, ספרות הגדושה מחלוקות בשאלות תפקידיו וחשיבותו של המשפט.<sup>12</sup> בין אם מדובר בפסקי דין ובין אם במאמרים אקדמיים, הכתיבה המשפטית הדוקטרינרית ("המשפט עלי ספר") בוחנת את ההסדרים המשפטיים מנקודת מבט של איזוני ערכים ואינטרסים; היא בודקת כיצד הסדר משפטי מסוים עשוי לקדם מטרות מסוימות ולמנוע את קידומן של מטרות אחרות, ובהתאם לכך מעריכה מהו ההסדר הרצוי.<sup>13</sup>

בשונה מתפיסה זו, מחקר אמפירי על עולם המשפט מתבונן באופן שבו מיושם המשפט במציאות ("המשפט בפעולה") ומזהה את הפערים בין ההבטחה הנורמטיבית של המשפט לבין הפרקטיקה שלו כפי שהיא מתבטאת באולמות בתי המשפט, בישיבות העסקים, בחדרי המעצר המשטרתיים, בין נפגעים לפוגעים, בישיבות של תנועות חברתיות וכדומה.<sup>14</sup> העיסוק בפער שבין התפיסה הנורמטיבית לבין המציאות הוא מוטיב מרכזי בכתיבה

- 
- R. Kearns eds., 1993); Felice J. Levine, *Goose Bumps and "The Search for Signs of Intelligent Life" in Sociolegal Studies: After Twenty-Five Years*, 24 *LAW & SOC'Y REV.* 7 (1990); David M. Trubek, *Symposium – Back to the Future: The Short, Happy Life of the Law and Society Movement*, 18 *FLA. ST. U. L. REV.* 1 (1990)
- THE FRENCH REVOLUTION AND HUMAN RIGHTS: A BRIEF DOCUMENTARY HISTORY (Lynn 8  
Hunt ed. & trans., 1996)
- CHARLES DE SECONDAT, BARON DE MONTESQUIEU, *THE SPIRIT OF THE LAWS* (Anne M. 9  
Cohler, Basia C. Miller & Harold S. Stone eds. & trans., Cambridge Univ. Press 1989)  
(1748).
- JAMES MILL, *POLITICAL WRITINGS* (Terence Ball ed., Cambridge Univ. Press 1992) 10  
(1823).
- JEREMY BENTHAM, *AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION* (J. 11  
H. Burns & H. L. A. Hart eds., Oxford Univ. Press 1996) (1789)
- ראו ויכוח דבורקין-הארט, לעיל ה"ש 1 ו-2.
- Hadar Aviram, *Two Transitions in Criminal Courtroom Research*, Address at the Tel Aviv University Conference: 13  
"New Directions in Criminal Courtroom Research" (May 16, 2007), available at [www.tau.ac.il/law/events/16-17-05-07/TwoTransitionsinCriminalCourtroomResearch.doc](http://www.tau.ac.il/law/events/16-17-05-07/TwoTransitionsinCriminalCourtroomResearch.doc)
- לסקירה כללית בעברית של תחום הסוציולוגיה של המשפט, הכוללת גם הפניות למאמרים 14  
ישראליים, ראו דפנה הקר "הזמנה לסוציולוגיה של המשפט ומיפוי ראשוני של התחום  
בישראל" דין ודברים ד 95 (2008).

הקלאסית בתחום המשפט והחברה, וגרסאות שונות שלו משמשות השראה גם לכתובה אמפירית של חוקרים שאינם רואים עצמם חלק מזרם זה, או של חוקרים מדיסציפלינות שונות.

רו, המתעניין בטיפולוגיה של מטרות המשפט, הציע להותיר את השאלות הנוגעות להשגת מטרותיו של המשפט לחוקרים חוץ-משפטיים – סוציולוגים, כלכלנים ואחרים. במאמר זה אני מעניקה את רשות הדיבור לכותבים המתכוננים על עולם המשפט מבחוץ, כותבים שעבודתם זורה אור על השאלה האמפירית החשובה: האם המשפט אכן משיג את מטרותיו? בפרק ב של המאמר, הפותח את הסקירה, אעסוק במטרות הראשיות: הכוונת התנהגות, יצירת מסגרות להתקשרות, חלוקת משאבים ויישוב סכסוכים. בפרק זה אסקור כמה מחקרים הבוחנים את מידת הצלחתו של המשפט בהשגת כל אחת מן המטרות הללו. כפי שעולה מפרק ב, התשובה אינה חד-משמעית. לעתים הכלים המשפטיים אינם רגישים מספיק כדי להסדיר התנהגות אנושית שמניעה מורכבים יותר מכפי שעולה, לכאורה, מתפיסת האדם במשפט הדוקטרינרי; ולעתים מתפתחים בצל עולם המשפט הפורמלי כלים חברתיים בלתי פורמליים המשיגים את המטרות הראשיות, כך שאם ניתן לדבר בכלל על השפעה שיש לעולם המשפט על ההתנהגות האנושית – הרי זוהי השפעה מתוחכמת ועקיפה.

בפרק ג של המאמר אעסוק במטרות שהגדיר רו כ"משניות", כלומר בתפקידו של המשפט ככלי לייצור כללים נוספים, למשל בדרך של הסמכת רשויות ציבוריות וגורמים פרטיים להסדיר נושאים שונים בכלים של רגולציה ושל אכיפה. גם כאן המחקר האמפירי מאיר דרכים בלתי צפויות שבהן מעצב המשפט מנגנונים. אחת המסקנות העולות מהשוואת פרקים ב ו-ג נוגעת בכוחו העקיף של המשפט ביחס לכוחו הישיר.

בפרקים ב ו-ג אציג ממצאים מורכבים המתייחסים ישירות לתפקידי המשפט על פי רו, ואילו בפרק ד אצביע על הבעייתיות הכפולה שבחלוקת המטרות לפי הגדרותיו: ייחוס חשיבות רבה למטרות הישירות לעומת המטרות העקיפות וניתוק מהקשרים וממבנים חברתיים. בפרק ה אעסוק במטרות העקיפות ואציג מחקרים החושפים את הזיקה בין עולם המשפט לבין תופעות פוליטיות, כלכליות וחברתיות רחבות. בפרק זה אעסוק עוד באופן שבו ממלא המשפט תפקידים סמליים וסמויים הנוגעים ישירות בחלוקת הכוח בחברה, בגבולות הסובלנות בחברות רב-תרבותיות ובחירות שיש לבני האדם הנתונים למרות המשפט לעצב את חייהם בתוך מסגרת המשפט ומחוצה לה. הממצאים האמפיריים מצביעים על המשפט ככוח רב עצמה בתהליכים אלה, ומעוררים ספק ביכולת לצייר את מטרות המשפט כמנותקות מאידאולוגיה ומכוחות חברתיים ומוסדיים.

בסיכום המאמר בפרק ו ארכז לקחים מממצאי המאמרים, אעיר הערות מהותיות ומתודולוגיות שונות על אודות המחקר המשפטי האמפירי ואציע כמה הצעות תאורטיות לשילוב בין השיח הנורמטיבי לבין השיח התיאורי-אמפירי בנושא מטרות המשפט.

## ב. מטרת ישירות ראשיות

### 1. הכוונת התנהגות

תאורטיקנים רבים מתייחסים להכוונת התנהגות כאל התפקיד החשוב ביותר של מערכת המשפט, והיא נדונה בהרחבה בספרות הקלאסית העוסקת במשפט הפלילי. הנחת המוצא של מערכת הענישה הפלילית היא שהתנהגות מעוצבת על סמך החשש מסנקציות, וכי על המשפט לייצר מערכת הקובעת למבצעי עבירות "מחיר שאינו משתלם".<sup>15</sup> בהשראת חשיבה תועלתנית זו, שעיצבה הרבה מן הכתיבה הקלאסית של עידן ההארה, הניח צ'אָרָה בְּקָרְיָה, אבי המשפט הפלילי המודרני, את אבן הפינה למערכות הענישה הליברליות-מערכיות. בספרו הקלאסי "על עבירות ועונשים"<sup>16</sup> הציע בקריה מערכת ענישה שתתבסס על מדרג ענישה פרופורציוני לחומרת העבירה, מדרג שבו ישקף העונש את ה"מחיר" המינימלי הדרוש לשם הרתעה.<sup>17</sup> צורת חשיבה זו, העומדת בבסיסם של דברי חקיקה פליליים מודרניים בעולם המערבי וכמובן גם ביסודו של חוק העונשין הישראלי,<sup>18</sup> היא חידוש לעומת מערכות חקיקה ישנות יותר שהכבירו עונשים דרקוניים על מעשים בדרגות חומרה שונות.<sup>19</sup>

כדי להניח שמודל ההרתעה המדורג אכן משיג את מטרתו עלינו להניח כי העבריינים הפוטנציאליים מכירים את האיסורים הפליליים ואת הסנקציות שבצדם, וכן כי הם עורכים מאזן עלות-תועלת הכולל את הסנקציה כעלות לפני שהם עוברים את העבירה.<sup>20</sup> מחקרים אמפיריים מעוררים ספקות בדבר התקיימותן של הנחות אלה. ההנחה שעניינה ידיעת החוק היא אמנם הנחה נורמטיבית חשובה המאפיינת מערכות משפט מודרניות והעומדת בבסיסו של עקרון החוקיות; אולם מחקרים מבוססי שאלון שעניינם היכרות עם עבירות ועם סנקציות פליליות מצביעים על היכרות חלקית בלבד של אנשים שאינם משפטנים עם כללים משפטיים.<sup>21</sup> לא זו אף זו, מן המחקרים נובע כי חלק לא מבוטל מן הידע המשפטי של אנשים שאינם משפטנים הוא ידע "סנסציוני" שמקורו בתרבות הפופולרית האמריקנית

Joel Feinberg, *What, if Anything, Justifies Legal Punishment? The Classic Debate, in* 15  
*PHILOSOPHY OF LAW 727* (Joel Feinberg & Jules Coleman eds., 6th ed. 2000)

CESARE BECCARIA, *ON CRIMES AND PUNISHMENTS* (David Young trans., Hackett 16  
 Publishing Company 1986) (1764)

בקריה אינו מבחין מפורשות בין הרתעה אישית להרתעה כללית, אבל ניכר שהוא סבור כי גם 17  
 הרתעה כללית ניתן להשיג באמצעות ענישה פרופורציונית.

18 חוק העונשין, התשל"ז-1977. החוק מייצר מדרג הדומה מאוד למדרג הבקריאני הקלאסי: העבירות החמורות ביותר הן העבירות נגד השלטון (בפרק ז), אחריהן עבירות גרימת המוות, עבירות המין ועבירות האלימות ולבסוף עבירות הרכוש.

19 ראו למשל את מחקרו של ההיסטוריון א"פ תומפסון על אודות החקיקה הפלילית הבריטית במאה השמונה-עשרה: E. P. THOMPSON, *WHIGS AND HUNTERS: THE ORIGINS OF THE BLACK* 20  
*Act* (1975)

.Neal Kumar Katyal, *Deterrence's Difficulty*, 95 MICH. L. REV. 2385 (1997)

Peter Bowal & Irene Wanke, *Lay Knowledge of Business Law in Canada*, 29 CAN. 21  
*Bus. L.J.* 396 (1998)

22. אף אם הנבדקים עצמם אינם אמריקנים).<sup>22</sup> אף אם העבריינים הפונטציאליים אינם בקיאים בחוק, ניתן היה לקוות לכל הפחות כי הם יזהו את מדרג החומרה שעליו מתבסס החוק בקובעו מערכת ענישה פרופורציונית; הנחה זו נבדקת בסקרים שבהם מתבקשים הנבדקים לדרג התנהגויות שונות על פי מידת החומרה הגלומה בהן.<sup>23</sup> במחקרים שערך סרג'ו הרצוג בישראל בדבר סוגים מסוימים של עבירות, נמצאה אי-התאמה משמעותית בין החומרה שאותה מייחס הציבור להתנהגויות כגון המתת חסד, רצח על רקע התעללות במשפחה, הטרדה מינית וסחר בנשים לבין האופן שבו מתייחס המחקק להתנהגויות אלה.<sup>24</sup> זאת ועוד; במחקרים רבים קשה לדבר על קונצנזוס ציבורי בדבר חומרת ההתנהגות: למשל, באחד ממחקריו איתר הרצוג הבדלים משמעותיים באופן שבו מתייחסים נבדקים יהודים וערבים להתנהגויות דומות, בהתאם למוצאם האתני של העבריינים.<sup>25</sup> כמו כן, התגלו הבדלים מהותיים בין סקרים המועברים לאוכלוסיות מיוחדות (כגון סטודנטים) לבין סקרים המועברים למדגם מייצג יותר של הציבור הרחב.<sup>26</sup>

גם הנחת הרציונליות המוחלטת, שעל פיה אמור מדרג החומרה לגרום לעבריינים לערוך מאזן עלות-תועלת שיניא אותם מביצוע העבירה, הפכה להיות מורכבת יותר; רבים מניחים היום, בעקבות עבודתם זוכת פרס הנובל של דניאל כהנמן ועמוס סְבֶרְסְקִי, שההתנהגות האנושית ניתנת להסבר מוצלח יותר באמצעות מודל של רציונליות מוגבלת;<sup>27</sup> בהקשר הפלילי, מחקרים אמפיריים מצביעים על אוכלוסיות עברייניות מסוימות שתגובתן למנגנוני הרתעה "קשיחה" יותר. למשל, במחקרם של ג'ג פֶרְסְקוֹט וג'ונה רוקוף<sup>28</sup> נבדקה

- 
- Peter Bowal, *A Study of Lay Knowledge of Law in Canada*, 9 IND. INT'L & COMP. L. 22  
REV. 121, 136 (1998).
23. זוהי מתודה קרימינולוגית מקובלת לבחינת מדרגי חומרה: THORSTEN SELLIN & MARVIN E. WOLFGANG, *THE MEASUREMENT OF DELINQUENCY* (1964).
24. Sergio Herzog, *The Lenient Social and Legal Response to Trafficking in Women: An Empirical Analysis of Public Perceptions in Israel*, 24 J. CONTEMP. CRIM. JUST. 314 (2008).
25. Sergio Herzog, *Does the Ethnicity of Offenders in Crime Scenarios Affect Public Perceptions of Crime Seriousness? A Randomized Survey Experiment in Israel*, 82 SOC. FORCES 757 (2003).
26. יש חוקרים הטוענים כי אפילו השופטים אינם מייצרים בהחלטותיהם מדרג חומרה אמיתי, וכי בחינה כמותית של גזרי דין מובילה לתפיסות חומרה שונות מאלה המשתקפות בחוק או ברטוריקה של הפסיקה: James C. McDavid & Brian Stipak, *Simultaneous Scaling of Offense Seriousness and Sentence Severity Through Canonical Correlation Analysis*, 16 LAW & SOC'Y REV. 147 (1981–1982).
27. JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES (Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., 1982); Daniel Kahneman, *Maps of Bounded Rationality: A Perspective on Intuitive Judgment and Choice* (2002), available at [http://nobelprize.org/nobel\\_prizes/economics/laureates/2002/kahnemann-lecture.pdf](http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2002/kahnemann-lecture.pdf).
28. J. J. Prescott & Jonah E. Rockoff, *Do Sex Offender Registration and Notification Laws Affect Criminal Behavior?* (2008), available at <http://ssrn.com/abstract=1100663>

השפעתם של החוקים החדשים בעניין רישום עברייני מין על שכחותן של עבירות מין. באמצעות מודל רב משתנים עקבו פרסקוט ורוקוף אחרי מספר עבירות המין במדינות שונות בהתאם לשינויי החקיקה שקרו בהן; הם הגיעו למסקנה כי הכללים מקלים על רשויות האכיפה את תפיסתם של עבריינים ועשויים למנוע עבירות מין בין מכרים, אולם השפעתם על שיעור עבירות המין כלפי זרים מועטה, ושכחותן של עבירות מין בקרב עבריינים חוזרים עשויה אף לעלות בעקבות החקיקה החדשה. ממצאי המחקר מאשרים את ההנחות הקרימינולוגיות בדבר הגורמים לעבריינות מין, גורמים שהם מורכבים בהרבה ממאזני עלות-תועלת. באופן דומה גילו רוברט מ'ק'קון ופיטר רויטר, שבחנו משטרי חקיקה ואכיפה שונים שעניינם עבירות סמים, כי רק כחמישה אחוזים מכלל הגורמים המשפיעים על התנהגותם של עברייני הסמים קשורים באופן כלשהו להתרעה.<sup>29</sup> מחקרים אחרים, המתייחסים לאוכלוסיות חלשות, מצביעים על כך שהכניסה לחיי עבריינות מושפעת גם מגורמים חברתיים כגון מצוקה וסביבה עבריינית.<sup>30</sup> למרות כל האמור לעיל, באשר לסוגים מסוימים של עבירות, כגון עבירות מס או עבירות כלכליות, קל יותר להניח כי קיימים שיקולי עלות-תועלת רציונליים, והספרות בנושא אכיפת חוקי מס מתייחסת ברצינות רבה לשיקולי הרתעה וציות.<sup>31</sup>

גם בהנחה שניתן להתגבר על התוכנות שהוצגו לעיל, מודל הרתעה פשטני הוא עדיין בעייתי במיוחד, כיוון שהוא מתבסס על המשתנה היחיד שהמשפט הדוקטרינרי יכול להביא בחשבון – חומרת הסנקציה. מחקרים כלכליים ופסיכולוגיים על הרתעה, שנערכו הן בדרך של ניסוי הן בדרך של ניתוח נתונים כמותיים מבתי משפט, הצביעו על חולשתה של מערכת הרתעה המבוססת על חומרת הסנקציה כמשתנה מרכזי או יחיד. מרבית המחקרים הצביעו גם על השפעתו החשובה של הסיכוי להיתפס ועל השפעה מסוימת, אם כי קטנה יותר, של הסמיכות בין זמן הטלת הסנקציה לזמן ביצוע העבירה.<sup>32</sup> מחקרים אחרים, כמו מחקרם של אמילי אוונס ושון בושוויי, הצביעו על כך שגם כאשר ניתן לזהות השפעה מרתיעה של חומרת הסנקציה, ציבור העבריינים אינו מייחס לסנקציה את חומרתה על פי הקביעה המשפטית בחוק או בפסיקה, אלא על פי הפער בין העונש לו ציפו לבין העונש אשר נגזר עליהם בפועל.<sup>33</sup>

ROBERT J. MACCOUN & PETER REUTER, DRUG WAR HERESIES: LEARNING FROM OTHER VICES, TIMES, AND PLACES (2001) 29

לדוגמה ישראלית מעניינת ראו חיים בורקוב כח ההרתעה של הענישה על העדרות מן השירות שלא ברשות (אכ"א – ממד"ה, 1992). אחד מממצאיו של בורקוב הוא כי טיפוס אישיות אימפולסיביים עשויים לערוק מן השירות בצה"ל לפחות באותה מידה כמו טיפוס אישיות מניפולטיביים, אשר קרובים יותר למודל הרציונלי.

ראו דיון מפורט יותר בשאלת הציות לחוקי מס בתת-פרק 3, להלן. Edmund S. Howe & Thomas C. Loftus, *Integration of Certainty, Severity, and Celerity Information in Judged Deterrence Value: Further Evidence and Methodological Equivalence*, 26 J. APPLIED SOC. PSYCHOL. 226 (1996) 32

Emily G. Owens & Shawn D. Bushway, *Framing Punishment: A New Look at Incarceration and Deterrence*, Address at the Cornell University Conference on 33



כלומר, קשה לטעון כי יצירת סנקציה או שינוי חומרתה הן משתנה דומיננטי, לא כל שכן משתנה יחיד, בכל הנוגע להכוונת התנהגות; קיימים אפילו מצבים מיוחדים שבהם היצמדות פשטנית לסנקציות כמנגנון להכוונת התנהגות עלולה להביא לתוצאות ההפוכות. בניסוי שערכו אורי ג'יני ואֶלְדוֹ רוֹסְטִיֶ'צ'יֶ'ני נבחנה השפעתה של מערכת קנסות שהונהגה במעון ילדים על נטייתם של ההורים לאסוף את ילדיהם באיחור. הממצאים המפתיעים היו שמספר איחורי ההורים גדל; החוקרים הסיקו שההורים תפסו את הקנס כ"מחיר" שאותו היו מוכנים לשלם ואשר הפחית את מידת הסטיגמה השלילית שנלוותה להתנהגות.<sup>34</sup> יש יסוד להניח שמנגנון זה משפיע יותר במקרים של הפרות פשוטות של נורמות מאשר במקרים שבהם ה"מחיר" שקובע ה"תעריף" המשפטי עבור ההתנהגות הבלתי רצויה הוא גבוה באופן משמעותי.

אחת הבעיות הגדולות בתחום הערכת השפעתן המרתיעה של סנקציות הוא הקושי הגדול לבודד את המשתנים הנוגעים לסנקציה מגורמים חברתיים אחרים. תחום אחד שבו מתנהלים ויכוחים מרים בנושא זה הוא שאלת עונש המוות. בשנות השבעים החליט בית המשפט העליון האמריקני כי עונש המוות אינו חוקתי (החלטה שלא האריכה ימים).<sup>35</sup> באותה תקופה פרסם אייזק ארליך מאמרים כלכליים שבהם טען כי לעונש המוות בארצות הברית אפקט הרתעתי הניתן למדידה, וכי כל הוצאה להורג מונעת שמונה מעשי רצח.<sup>36</sup> מאמריו של ארליך צוטטו בהרחבה בהחלטת בית המשפט העליון להשיב את עונש המוות על כנו.<sup>37</sup> חוקרים אחרים שבדקו את מחקריהם של ארליך ותומכיו הביעו ביקורת חריפה על המבנה המתודולוגי של המחקרים ועל ההטיה האידיאולוגית החריפה שבבסיסם.<sup>38</sup> לאחרונה התעורר הוויכוח ביתר שאת בין שתי קבוצות של חוקרים. הָאֵשׁ דוֹבְאָקֶשׁ, פּוֹל רוֹבִּין וג'וֹאֲנָה שְפֶרְדֶּ'ר<sup>39</sup> ערכו מחקר אקונומטרי מפורט, שבו בחנו את השפעתו של עונש המוות לאחר תום המורטוריום שהשית בית המשפט העליון האמריקני למשך ארבע שנים בשנות השבעים. במסגרת המחקר בחנו דוֹבְאָקֶשׁ, רוֹבִּין ושְפֶרְדֶּ'ר מספר גדול של

*Empirical Legal Studies* (2008), an updated version is available at [www.coll.mpg.de/economics/2009/Owens/pdf](http://www.coll.mpg.de/economics/2009/Owens/pdf)

- .Uri Gneezy & Aldo Rustichini, *A Fine Is a Price*, 29 J. LEGAL STUD. 1 (2000) 34
- .Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972) 35
- Isaac Ehrlich, *The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death*, 65 AM. ECON. REV. 397 (1975) 36
- .Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976) 37
- William J. Bowers & Glenn L. Pierce, *The Illusion of Deterrence in Isaac Ehrlich's Research on Capital Punishment*, 85 YALE. L.J. 187 (1975); Jeffrey Fagan, *Death and Deterrence Redux: Science, Law and Casual Reasoning on Capital Punishment*, 4 OHIO ST. J. CRIM. L. 255 (2006); Paul H. Robinson & John M. Darley, *Does Criminal Law Deter? A Behavioral Science Investigation*, 24 OXFORD J. LEGAL STUD. 173, 175–8 (2004)
- Hashem Dezhbakhsh, Paul H. Rubin & Joanna M. Shepherd, *Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Postmoratorium Panel Data*, 5 AM. L. & ECON. REV. 344 (2003) 39

משתנים משפיעים. על מחקר זה מתחו ג'ון דונוהיו וג'סטין וולפרס ביקורת חריפה;<sup>40</sup> הם טענו כי נתוני המחקר היו מוטים, שכן אחוז ניכר מכלל המקרים שנבחנו התרחש בטקסס – מדינה המתנהגת באופן אנומלי ומשפיעה על הממצאים בשל גודלה ובשל המבנה הפוליטי הייחודי שלה. דונוהיו וולפרס, ששיחזרו את המודל של דו'באקש, רובין ושפרד בשינויים שונים, מצאו כי הכנסת שינויים קלים בלבד במודל מביאה להפחתה משמעותית במידת ההרתעה של עונש המוות, ובכמה מדינות – אף להיפוך המגמה. טענה נוספת של המבקרים את המודל של דו'באקש, רובין ושפרד הייתה כי המודל אינו מתחשב בגורמים נוספים בעלי משקל, כגון נגישותם של כלי נשק, ולפיכך הוא אינו יכול לתלות את ההשפעה ההרתעתית בעונש המוות בלבד.

ייתכן כי התשובה האמיתית לבעיית הכוונת ההתנהגות מצריכה גישה רחבה יותר לתפקידה של מערכת המשפט. הפסיכולוג החברתי טום טיילר עורך זה קרוב לעשרים שנה סדרת מחקרים המצביעים על כך שציות לחוק תלוי בגורמים שאינם חלק ממנגנון ההרתעה הפילי. בספרו הקלאסי *Why People Obey The Law* הציג טיילר מדגם אקראי של ראיונות עם תושבי שיקגו בעניין עמדותיהם כלפי מערכת המשפט, הערכתם את הסיכוי שייתפסו כשהם מבצעים עבירות ומידת הציות לחוק בחיי היומיום שלהם.<sup>41</sup> ממצאי המחקר חושפים התאמה רבה בין השקפותיהם של המרואיינים באשר למוסריות ולהגינות של מערכת המשפט לבין נכונותם לציית לחוק. ממצאי המחקר עולה עוד כי החשש להיתפס ולהיענש היה שיקול בעל חשיבות מינימלית בלבד מבחינת השפעתו על ההתנהגות. טיילר הגיע למסקנה לפיה כדאי להשתית ציות לחוק על בסיס איתן יותר מאשר על פחד: שילוב של לגיטימציה ציבורית לחוק הנובעת מאמון במערכת המשפט עם אמון בצדק פרוצדורלי. במחקר אחר ראיינו טיילר ויואן הואו 1,656 אזרחים באוקלנד ובלוס אנג'לס שבאו במגע בעבר עם מערכת המשפט ושאלו אותם עד כמה השלימו עם הכרעת בית המשפט.<sup>42</sup> הממצאים הראו כי הנכונות לקבל את החלטת בית המשפט הושפעה בראש ובראשונה ממידת הצדק הפרוצדורלי שממנה התרשמו המרואיינים. כלומר, אדם היה מוכן לקבל את הכרעתו של בית המשפט ביתר קלות אם התרשם כי ההליך שבו התקבלה החלטתה היה הליך הוגן. למרבה הפלא, לתשובות לשאלה אם אדם מרגיש שהתוצאה "הגיעה לו" ואפילו לשאלה אם אדם מרגיש שהתוצאה היטיבה עמו הייתה השפעה קטנה ביותר על החלטתו.<sup>43</sup>

האם יש מקרים שבהם קיום החוק עצמו מקנה לו לגיטימציה? פטרישיה פאנק בחנה את התנהגותם של מצביעים בבחירות בשוויץ לפני ביטול חוק שחייב להצביע בבחירות ואחרי

John J. Donohue & Justin Wolfers, *Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate*, 58 STAN. L. REV. 791 (2005) 40  
 .TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW (2006) 41  
 TOM R. TYLER & YUEN J. HUO, TRUST IN THE LAW: ENCOURAGING PUBLIC COOPERATION WITH THE POLICE AND COURTS (2002) 42  
 של הגינות ושל אדיבות מצד המשטרה כגורם המעודד ציות לחוק להבא: Tom R. Tyler & Jeffrey Fagan, *Legitimacy and Cooperation: Why Do People Help the Police Fight Crime in Their Communities?* 6 OHIO ST. J. CRIM. L. 231 (2008)  
 TYLER & HUO, לעיל ה"ש 42, בעמ' 49–58. 43

ביטולו. פאנק גילתה כי ביטול חובת ההצבעה גרם לירידה משמעותית באחוז המצביעים, חרף העובדה כי הקנסות בגין אי-הצבעה היו נמוכים ביותר טרם ביטול החוק וכי הוא נאכף אך לעתים רחוקות. פאנק הסיקה כי במצבים מסוימים עשויה להיות משמעות גם לחוק שהוא סמלי במהותו. ממה נובעת התנהגות הבוחרים? יש להניח כי מדובר לא רק בירידה ברמת ההרתעה, אלא גם בשינוי ערכי כלפי חובת ההצבעה שהשתקף לא רק בקרב הציבור אלא גם ברשות המחוקקת, והיא בחרה לבטל חובה זו.<sup>44</sup>

המסקנה העולה מסקירת הספרות הנוגעת להרתעה היא כי הכוונת התנהגות היא תופעה מורכבת המושפעת מסדרה ארוכה של גורמים; חומרת הסנקציה המשפטית היא רק אחד מהגורמים, והשפעתה ככל הנראה אינה דומיננטית וודאי שאינה בלעדית. נראה כי תפיסה משפטית רחבה יותר, הכוללת מרכיבים של צדק חלוקתי ושל תשומת לב לדעת הקהל בעת קביעת סנקציות, עשויה להביא לשיתוף פעולה ציבורי רחב יותר ובפרט לציית לחוק.

## 2. יצירת מסגרות להתקשרות

תפקיד חשוב נוסף של המשפט הוא ליצור מסגרות המאפשרות לפרטים להתקשר ביניהם בהסכמים, כשההנחה היא שיקל לצדדים להגיע להסדרים טובים ומועילים אם יהיו בנמצא כללים שידריכו אותם כיצד לעשות זאת. על פי כמה תאורטיקנים כלכליים, מידת החשיבות של הכללים המשפטיים להתקשרות תלויה במידה רבה בשאלת הנסיבות האופפות את הקשר או את הסכסוך שבו מדובר ובמונחים כלכליים – ב"עלויות העסקה". ככל שהחיכוך בין הצדדים קטן יותר, ככל שהצדדים מכירים זה את זה טוב יותר וככל שהעסקה היא אחת מתוך מערכת של עסקאות חוזרות, "עלויות העסקה" קטנות. במצבים של עלויות עסקה קטנות או זניחות יש להניח כי אנשים יוכלו להגיע להבנות ביניהם ביתר קלות. זאת ועוד: על פי התאורמה של ר"ה קוז (הנחשבת בעולם המשפט והכלכלה לקביעה קלאסית), במצבים שבהם אין עלויות לעסקה ניתן להניח כי הפתרון שאליו יגיעו הצדדים לסכסוך יהיה גם הפתרון היעיל ביותר – וזאת בלי כל קשר לכלל המשפטי שאמור לחול על הסכסוך.<sup>45</sup> להצגת התאורמה שלו השתמש קוז במשל על אודות שטח חקלאי שיש חשש כי עדריהם של הבוקרים ישחיתו את השדות שבו. כדי למנוע מצב עגום זה יש להקים גדר שתפריד בין עדרי הפרות לבין השדות; אך האם יש לגדר את עדרי הפרות ("על חשבון" הבוקר) או את השדה ("על חשבון" החקלאי)? לפי התאורמה של קוז, כאשר עלויות העסקה הן אפס, הבוקר והחקלאי יגיעו ביניהם להסדר היעיל ביותר בין אם המשטר המשפטי משית את חובות הזהירות במצב הזה על הבוקר ובין אם הוא משית אותן על החקלאי.

Patricia Funk, *Is there an Expressive Function of Law? An Empirical Analysis of Voting* 44  
*Laws with Symbolic Fines* (2004), available at <http://ssrn.com/abstract=624504>

45 R. H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1 (1960) לניתוח תמציתי ובהיר של התאורמה של קוז ראו: ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS*: (3rd ed. 2000).

האם בוקרים וחקלאים אמיתיים אמנם נוהגים ביעילות וברציונליות כמו הבוקרים והחקלאים הדמיוניים של קוז? זו בדיוק השאלה שאותה בחן רוברט אליקסון בספרו *Order Without Law*<sup>46</sup>; הספר התבסס על מחקר שדה במחוז שאסטה בקליפורניה, אזור חקלאי שבו משולבים שטחי מרעה בשטחי גידולים. אליקסון ראיין בוקרים וחקלאים אמיתיים באשר לשאלה כיצד הם מגיעים להסכמים בעניין עלויות הגידור של שטחי החקלאות והמרעה, וגילה כי האנשים האמיתיים מתנהגים בדיוק כמו האנשים במשל של קוז. החקלאים והבוקרים לא היו בקיאים כלל בכללים המשפטיים הנוגעים להסדרי הגידור ובכל זאת, כעניין שבשגרה, הגיעו להסדרים מוסכמים עם שכניהם. יתר על כן, ההסדרים היו יעילים במובן הכלכלי. למעשה, המקרים היחידים שבהם נזקקו תושבי המחוז להתערבות המשפט היו מצבים של סכסוך או של עסקה עם זרים ולא עם שכנים. במצבים אלה היו עלויות העסקה גבוהות יותר ולכן הייתה משמעות לכללים המשפטיים. אליקסון הסיק מממצאים אלה ומדוגמאות נוספות שהוא מביא בספר כי עלויות העסקה וההזיקות לשירותים משפטיים פוחתות אם הקהילה חיה בשכנות טובה והרוקה (close-knit community).

הנטייה להגיע להסדרים בלי "גיבוי" משפטי אינה מיוחדת כמובן לבוקרים ולחקלאים. באחד המחקרים הקלאסיים בתחום בחן סטיוארט מ'ק'קאולי את עולם המסחר ביהלומים של שנות השישים; הוא גילה כי מרבית אנשי העסקים העדיפו להסתמך על אמצעים בלתי פורמליים ליצירת התקשרויות: עסקאות נחתמו בלחיצת יד ועל סמך מוניטין טוב בתדירות גבוהה בהרבה מאשר באמצעות שימוש בחוזים שנשאו סנקציות משפטיות. כאשר נתגלעו סכסוכים בעקבות העסקאות נטו החברות עוד פחות לערב את המשפט בפתרוןם, ולא השתמשו באימים בתביעה במהלך הסכסוך.<sup>47</sup> מ'ק'קאולי הציע שלושה הסברים אפשריים לממצאיו. ראשית, הוא טען כי אנשי עסקים מנוסים מכירים את התנאים הרגילים של חוזים בתחום העסקים שלהם, ולכן אין הם צריכים לעסוק בתנאים אלה כל אימת שהם חותמים על חוזה שגרתי. שנית, לפי קוז, אם הסכמה על עסקה מתבצעת על רקע היכרות מוקדמת עם המוניטין של הצד השני, אזי עלויות העסקה נמוכות והצדדים צפויים ממילא להגיע להסדרים המפזרים את הסיכון באופן יעיל. שלישית, מ'ק'קאולי סבר כי בעולם העסקים אין צורך בסנקציות חוזיות שכן מי שמפר חוזים צפוי לסנקציות בלתי פורמליות חמורות בהרבה: אבדן מוניטין, אבדן לקוחות והעדר הזדמנויות להתקשרויות עתידיות.

ממצאיו של מ'ק'קאולי, הגם שהם מעניינים, מוגבלים לתחום המצומצם של מסחר ביהלומים, תחום שבו שולטות נורמות מסורתיות בלתי פורמליות יותר מאשר בתחומי עסקים אחרים. כמו כן, חשוב לציין כי עולם העסקים ששימש זירה למחקרו של מ'ק'קאולי הוא כיום במידה רבה נחלת העבר. תובנותיו של אליקסון תומכות בהנחה שהמשפט עשוי למלא תפקיד חשוב יותר ביצירת מסגרות התקשרות דווקא בעולם העסקים הגלובלי, שבו ההתקשרויות הן בין זרים.<sup>48</sup> מחקרים חדשים יותר, כגון מחקרם מבוסס הראיונות של רוברט נלסון ולוהר-בת' נילסן, מצביעים על התפקיד החשוב שממלאות מחלקות

.ROBERT C. ELLICKSON, *ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES* (1991) 46

Stuart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 47  
*Am. Soc. Rev.* 55 (1963)

.ELLICKSON, לעיל ה"ש 46 48

משפטיות של חברות ועל מידת המעורבות הרבה של עורכי הדין בניהול עסקיה של החברה.<sup>49</sup> גלסון ונילסן גילו כי לעורכי דין השפעה רבה על התנהגותן של חברות, וכי אם הם יגלו נכונות להגדיר את תפקידם באופן רחב יותר – כ"יומים" שהם חלק בלתי נפרד מהחברה והמעוניינים להשתתף בצמיחתה ובהגדלת רווחיה, הנהלת החברה תיוועץ בהם לעתים קרובות יותר מאשר אם יסתפקו בתפקיד מצומצם של "שוטרים" הדואגים רק להתריע על סיכונים משפטיים.

האם באמת אין למשפט כל חשיבות כאשר הצדדים להתקשרות מכירים זה את זה? לא בהכרח. בשנות השבעים טענו רוברט מנוחין ולואיס קורנהאוזר כי בשיטת משפט המתירה גירושין ללא אשם, ההסכמים בין הצדדים המתגרשים יושגו לרוב בדרך של פשרה מחוץ לבית המשפט, אך "בצלור".<sup>50</sup> דינמיקת המשא ומתן מושפעת מן הכללים המשפטיים, העשויים להקנות יותר (או פחות) כוח מיקוח לאחד הצדדים. עם זאת, במהלך המשא ומתן להסדר כל אחד מבני הזוג מביא בחשבון שיקולים נוספים כגון העדפות אישיות, החשש מאי-ודאות, עלויות העסקה ומידת היעילות של התנהגות אסטרטגית במהלך הליך הגירושין. טענתם של מנוחין וקורנהאוזר שימשה השראה לסדרת מחקרים שאישרו כי רובם הגדול של תיקי הגירושין אכן מסתיימים בפשרה מחוץ לבית המשפט.<sup>51</sup> עם זאת, למערכת המשפט – בדמות עורכי הדין המתדיינים על הסדרי המשמורת – יש תפקיד חשוב מאחורי הקלעים בעיצוב הסדרים אלה. עבודתם של אוסטין סאראט וויליאם פֶּלְסְטִינֶר, שצפו בתקשורת בין עורכי דין לבין לקוחותיהם בהליכי גירושין, הראתה כיצד עורכי הדין מעצבים את תוכני הדיון ואת סדרי העדיפויות של הלקוחות לקראת ההגעה להסדר. בני הזוג הגיעו לשלב המשא ומתן כשלכל אחד מהם מטען רגשי כבד וכשהם עסוקים בחשיבה על העבר, ואילו עורכי הדין עודדו אותם להותיר את הרקע מחוץ לבית המשפט ולהתמקד בעתיד, בהסדרים הכלכליים ובמשמורת.<sup>52</sup>

עם זאת, חשוב לציין שקשה לדבר על תפקיד המשפט בעיצוב הסדרי משמורת במנותק מהעולם החברתי שבו הוא מתקיים. במחקרה על אודות הסדרי ראייה ומשמורת בישראל ראינה דפנה הקר בני זוג שהתגרשו לצד השחקנים המשפטיים שהיו מעורבים בהגעה

Robert L. Nelson & Laura Beth Nielsen, *Cops, Counsel, and Entrepreneurs: Constructing the Role of Inside Counsel in Large Corporations*, 34 LAW & SOC'Y REV. 457 (2000).

Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979).

ELEANOR E. MACCOBY & ROBERT H. MNOOKIN, DIVIDING THE CHILD: SOCIAL AND LEGAL DILEMMAS OF CUSTODY (1992); MARGARET ROBINSON, FAMILY TRANSFORMATION THROUGH DIVORCE AND REMARRIAGE: A SYSTEMATIC APPROACH (1993); Leighton E. Stamps, Seth Kunen & Anita Rock-Faucheux, *Judges' Beliefs Dealing with Children Custody Decisions*, 28 J. DIVORCE & REMARRIAGE 3 (1997) ישראל; ראו דפנה הקר הורות במשפט: מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושין (2008).

AUSTIN SARAT & WILLIAM L. F. FELSTINER, DIVORCE LAWYERS AND THEIR CLIENTS: POWER AND MEANING IN THE LEGAL PROCESS (1995).

להסדר; היא מצאה כי הן המשא ומתן בין הצדדים (שהתנהל ב"צל" של המשפט) הן הנורמה המשפטית עצמה הושפעו מתפיסות תרבותיות סטראוטיפיות בדבר תפקידיהם המגדריים של אימהות ושל אבות בגידול הילדים.<sup>53</sup> מחקר מקיף ומעניין זה עורר ספק ביכולת לנתק את מידת השפעתו של המשפט על עיצוב הסדרי ראייה בפרט, והסדריים בכלל, מן התחומים ומן המערכות הסובבים אותו.

עיקר השפעתו של המשפט על התקשרויות בין פרטים היא, אפוא, עקיפה. במקרים רבים משמש המנגנון המשפטי מעין "ברירת מחדל" שבצדה מנהלים הצדדים משא ומתן בלתי פורמלי. שאלת תרומתו של המשפט להתקשרות קשורה לתחום החיים שבו מדובר ולעלויות העסקה; תפקידיו של המשפט ביצירת המסגרות הופכים להיות ישירים פחות ופחות ככל שהיחסים בין הצדדים להתקשרות הדוקים יותר. זאת ועוד; קיימים מחקרים החושפים השפעות חוץ-משפטיות במצבים שבהם קיימים בין המתקשרים פערי כוח או הנחות תרבותיות מוקדמות בדבר חובותיהם ותפקידיהם. עניין זה קשור לשאלה אם באמת ניתן לנתק את תפקיד המשפט ביצירת התקשרות מאידאולוגיה פוליטית, כלכלית וחברתית; שאלה זו מתעוררת גם בכל הנוגע למטרות ישירות אחרות, כמו חלוקת משאבים ויישוב סכסוכים.

### 3. חלוקת משאבים

קשה לחלוק על הטענה שהמשפט הוא גורם חשוב במתן שירותים ציבוריים ובחלוקת משאבים. המחקר המשפטי הנורמטיבי בתחומי דיני המס והמשפט המנהלי עוסק בשאלות של חלוקת משאבים צודקת ובמיוחד בשאלה כיצד להבטיח נגישות לשירותים ציבוריים, בפרט לטובת אוכלוסיות חלשות;<sup>54</sup> לעומת זאת, המחקר האמפירי בוחן אם המשפט אכן מצליח במשימתו לחלק משאבים.

שאלת חלוקת המשאבים קשורה קשר הדוק לשאלה שבה עסקנו לעיל, הלא היא שאלת הכוונת ההתנהגות. מחקרים אמפיריים בתחום דיני המס, למשל, עוסקים בשאלת המידה שבה מעצבים כללי המס את התנהגותם של הנישומים, שכן תכנון מס קפדני והימנעות מתשלום מס עלולים לסכל את כוונת המחוקק לייצר מדיניות מס צודקת. במחקרו על אודות אכיפת חוקי מס הכנסה מצא רוברט קגן חיזוק לטענות המייחסות חשיבות להרתעה; הוא

53 הקר, לעיל ה"ש 51.

54 כאמור בפרק א, השאלה באיזה משטר של חלוקת משאבים תומכת שיטת משפט נתונה אינה מתעוררת אצל רו, המציג חלוקת משאבים "כלשהי" כמטרה אוניברסלית של המשפט. עם זאת, הן הכתיבה הדוקטרינרית הן הכתיבה האמפירית העוסקות בשיטות משפט מערביות מודרניות מניחות, בדרך כלל, כי כאשר המשפט מתערב בחלוקת משאבים הוא שואף, לפחות למראית עין, להשיג צדק חלוקתי מסוג כלשהו, הכרוך בדרך כלל בהקטנת פערים חברתיים, בהגדלת השוויון (הפורמלי או המהותי) ובהגדלת הנגישות של אוכלוסיות חלשות לשירותים חברתיים. קיים זרם של כתיבה מרקסיסטית המבקשת לחשוף את "פניו האמיתיים" של המשפט ככלי המשמר את הסטטוס קוו ואת פערי הכוח החברתיים; להצגה ממצה של זרם זה, ראו: Alan Stone, *The Place of Law in the Marxian Structure-Superstructure Archetype*, 19 *Law & Soc'y Rev.* 39 (1985). בפרק זה לא נתרכזו בכיקורת על האידאולוגיה החבויה של המבנה החברתי, אולם ניזקק לה ביתר הרחבה בפרק ד.

מצא כי הגדלת ה"נראות" של הפרות חוק מביאה לציית רב יותר, מסקנה מעודדת מבחינת הכוונת התנהגות שאף עולה בקנה אחד עם הידוע לנו על אודות משמעותו של הסיכוי להיתפס בהקשר של הרתעה.<sup>55</sup> רוברט בראון ומארק מאזור טענו, על סמך ניתוח נתונים שניוניים מרשויות המס, כי יש לעצב מדיניות אכיפה הרגישה לסוג ההפרה (אי-תשלום לעומת אי-מילוי טפסים או אי-דיווח), והצביעו על אתגרי האכיפה הכרוכים בקושי לזהות נישומים שאינם ממלאים את טופסי המס.<sup>56</sup>

מחקר מעמיק במיוחד בעניין תמריצים לנישומים הוא מחקרם של ג'ון באקיייה וברדלי הייס, שבמסגרתו נבדקו למעלה מ-550,000 דיווחי מס של נישומים אמידים לשנים 1979–2005.<sup>57</sup> באקיייה והייס התעניינו בגורמים המשפיעים על נישומים לתרום כסף לצדקה, ובפרט בהשפעת שינויים בדיני המס לאורך תקופת המחקר על הנטייה לעשות כן. הממצאים חשפו תמונה מורכבת של תמריצים; חלק ניכר מהגורמים שהשפיעו על מתן התרומות נגע בסטטוס של התורמים כבוגרי אוניברסיטה או בקרבתם לארגוני דת, אך בתנאים מסוימים (בעיקר אצל בעלי הכנסה גבוהה במיוחד) גובה התרומות הושפע גם מצפי עתידי של הנישומים לגבי שינויים במדיניות מיסוי התרומות.

ממצאי המחקר האמפירי בעניין נגישות לשירותים ציבוריים כגון חינוך היו אופטימיים פחות. בספרו *The Hollow Hope* בחן ג'רלד רוזנברג את תוצאותיהם של מאבקים ציבוריים לשוויון והגיע למסקנות מאכזבות.<sup>58</sup> בין היתר, דן רוזנברג בהשלכותיו של פסק הדין המשפטי בפרשת *Brown v. Board of Education*, אשר ביטל את ההפרדה על רקע הגזע במערכת החינוך בארצות הברית.<sup>59</sup> לטענת רוזנברג, הקהילה השחורה תלתה בפסק הדין תקוות רבות וסברה כי הוא יחולל שינוי משמעותי במעמדם של האזרחים השחורים בארצות הברית. אך המציאות הייתה מאכזבת בהרבה: הילדים השחורים הוסעו לבתי הספר המעורבים בליווי אבטחה משטרתית כבדה; הרחובות במדינות הדרומיות התמלאו הפגנות אלימות נגד האינטגרציה בבתי הספר; מעשי ליניץ' נגד האוכלוסייה השחורה לא נכחדו והיחס הגזעני כלפי האוכלוסייה השחורה לא השתנה. למעשה, חלף זמן רב עד שהחינוך הפך לשוויוני ועד שבתי הספר המעורבים היו לעובדה קיימת; במובנים רבים נותרו פערי נגישות משמעותיים. על סמך תמונת מצב עגומה זו טען רוזנברג כי הזכויות המשפטיות שהוענקו לעותרים בפרשת *Brown* היו חסרות משמעות מבחינה חברתית ולא חוללו את

Robert A. Kagan, *On the Visibility of Income Tax Law Violations*, in TAXPAYER COMPLIANCE: SOCIAL SCIENCE PERSPECTIVES 76 (Jeffrey A. Roth & John Scholtz eds., 1989).

Robert E. Brown & Mark J. Mazur, *IRS's Comprehensive Approach to Compliance Measurement* (2003), available at [www.irs.gov/pub/irs-soi/mazur.pdf](http://www.irs.gov/pub/irs-soi/mazur.pdf)

Jon Bakija & Bradley T. Heim, *How Does Charitable Giving Respond to Incentives and Income? Dynamic Panel Estimates Accounting for Predictable Changes in Taxation* (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 14237, 2008), available at [www.nber.org/papers/w14237.pdf](http://www.nber.org/papers/w14237.pdf)

GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (2nd ed. 2008)

*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

התמורה המקווה. לטענת רוזנברג, כוחם של בתי המשפט מוגבל מאוד כיוון שאין להם עצמאות פוליטית, ולפיכך יכולתם להעניק זכויות בעלות נפקות רחבה מוגבלת אף היא. גם הממצאים בעניין נגישות לזמן משפטי חושפים תמונה פסימית. למרות קיומם של כללים משפטיים הדורשים משופטים לבחון צווי חיפוש בעין ביקורתית, גילו ריצ'רד ואן דוייזנד ועמיתיו פרקטיקות שיפוטיות מדאיגות. מחקר השדה שלהם כלל, בין היתר, תצפיות על אולמות בתי משפט; השופטים שבהם צפו החוקרים חתמו על צווי חיפוש בתוך לא יותר משתי דקות ולאחר חקירה מינימלית ביותר של הנסיבות שבגינן הוצאו הצווים.<sup>60</sup> בישראל נערכו מחקרים דומים על אודות הליכי מעצר ונחשפה בהם התנהגות שיפוטית דומה בכל הנוגע לאישור מעצרים; התנהגות כזו הובחנה גם לאחר חקיקתו של חוק המעצרים החדש, שמטרתו היתה להבטיח פיקוח משפטי על הליכי המעצר על ידי חיוב המשטרה להביא את העצורים בפני שופט בתוך 24 שעות מרגע המעצר.<sup>61</sup>

ספרות המחקרים האמפיריים עוסקת גם ביחסי הכוחות בין צדדים להתדיינות המשפטית ובהשפעתם על חלוקת משאבים לאורך זמן. במאמרו התאורטי הקלאסי *Why The Haves Come Out Ahead* טוען מארק גלֶנְיֶר כי צדדים חזקים יותר ובעלי משאבים רבים יותר נוטים להיות "שחקנים חוזרים" בהליכים משפטיים, ולפיכך הם יכולים לכלכל את צעדיהם ולנהל את הסיכונים הכרוכים בהתדיינות באופן מושכל יותר מהצדדים החלשים, הנוטים להיות שחקנים חד-פעמיים.<sup>62</sup> בהשראת מסגרת תאורטית זו חקרה קת'רין אַלביסטון התדיינות בין עובדים לבין מעבידים בנושא חופשות מחלה<sup>63</sup> וגילתה דפוסי התדיינות מעניינים אצל המעבידים. המעבידים נטו להתפשר בתיקים שבהם חשו שסיכוייהם לזכות נמוכים ולנהל משפטים בתיקים שבהם סברו שיזכו. לאסטרטגיה זו, המעידה על שיקולי עלות-תועלת, היו תוצאות לוואי מעניינות: הנורמות המשפטיות הפורמליות שעניינן חופשות מחלה התעצבו בפסקי דין לטובת המעבידים, ולעומתן הצלחותיהם האינדיבידואליות של העובדים, שהושגו בדרך של פשרה, לא הונצחו על ידי המוסד המשפטי ולפיכך השפיעו פחות על עיצוב הנורמות.

נראה כי הצלחתו של המשפט בחלוקת משאבים מותנית ביעילות של מנגנוני האכיפה המשפטיים, כמו גם בגורמים ארגוניים שעניינם עומסי עבודה ובהתנהלות של גורמים מוסדיים ושל הצדדים לדיון בעת ההתדיינות המשפטית. ברומה לדיון בתפקיד המשפט כמסדיר התקשרויות, גם כאן עורר המחקר האמפירי שאלות כבודות משקל בנוגע לזיקה בין עמדת המשפט בעניין חלוקת משאבים לבין אידאולוגיות גלויות וסמויות.

RICHARD L. VAN DUIZEND, PAUL SUTTON & CHARLOTTE A. CARTER, SEARCH WARRANT 60  
PROCEDURES IN SEVEN CITIES (UNITED STATES), 1984 (1985).

61 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996. לבחינה ביקורתית של החוק ראו אבי פורג וגלאון קפלנסקי "הליכי מעצר לפני הגשת כתבי אישום בבית משפט השלום – מחקר שדה" פלילים ג 291 (1992), וכן: Hagit Lernau, *A Research Evaluation of the Israeli New Pretrial Detention Act*, 35 ISR. L. REV. 266 (2001).

62 Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & REV. 95 (1974) Soc'y

63 Catherine Albiston, *The Rule of Law and the Litigation Process: The Paradox of Losing by Winning*, 33 LAW & Soc'y REV. 869 (1999)



#### 4. תרופות לסכסוכים בלתי מוסדרים

המטרה הישירה-ראשית האחרונה שבה עסק רז קשורה להבטחת מנגנונים שנועדו לסייע לאנשים הנקלעים לסכסוכים בלתי צפויים ובלתי מוסדרים, כדוגמת אירוע המקים עליה לתביעת נזיקין או לתלונה במשטרה. אחת השאלות האמפיריות שמעוררת מטרה זו היא אם אנשים אכן נזקקים למשפט כדי לפתור בעיות מסוג זה או שהם מעדיפים לעשות זאת בכוחות עצמם, ללא מנגנונים משפטיים.<sup>64</sup>

לכאורה, ניתן היה לחשוב שבמצבים של סכסוך יתקשו אנשים לפתור את בעיותיהם בעצמם ויפנו למשפט בתדירות גבוהה יותר מאשר לפני חתימת הסדר; הרברים נכונים במיוחד בקשר לארצות הברית, המוצגת בתרבות הפופולרית ולעתים אף במחקר כמדינה תאבת תביעות והתדיינות משפטית.<sup>65</sup> מחקרים אמפיריים גילו תמונה שונה למדי. דייוויד אַנגל, שחקר את הרחף להגיש תביעות נזיקין בגין אירועים בקרב קהילה כפרית קטנה באילינוי,<sup>66</sup> קיים ראיונות עם תושבי הקהילה. מן הראיונות עלה כי התושבים נמנעו ככל האפשר מהגשת תביעות נזיקין, השתדלו להגיע להסכמים בלתי רשמיים זה עם זה או "ספגו" את הנזקים בעצמם. כשנשאלו המרואיינים מדוע אינם מגישים תביעות נזיקין, נתגלה בדבריהם מוטיב חוזר שאנגל מכנה בשם "אתוס ההסתמכות העצמית" (ethos of self-sufficiency): הם בוזו למי שאינו מסוגל לפתור את בעיותיו בעצמו ללא עזרת המשפט, וכיבדו אנשים שהסתדרו ביניהם בלי להגיש תביעות. חוקרים אחרים, ריצ'רד מילר ואוסטין סאראט, ביצעו סקר ב-1,000 משקי בית וגילו כי אך כמות קטנה מכלל הבעיות של משתתפי הסקר הפכה, בסופו של דבר, לתביעות משפטיות.<sup>67</sup> מרבית הבעיות נפתרו בדרכים אחרות או נזנחו, וכמעט אף מחלוקת אישית או מקצועית לא בשלה לכלל משפט הוכחות. מילר וסאראט גילו גם כי הנטייה להגיע להתדיינות משפטית מסוג כלשהו הייתה גדולה יותר בתחום הסדר החובות מאשר בתחומים אחרים כגון בעיות עם מוצרים ושירותים או סכסוכים משפחתיים. בתחום האפליה בעבודה הייתה הנטייה להגיש תביעות קטנה במיוחד. מחקרה של קריסטין ביומילר התרכזו בקטגוריה זו; היא ביקשה לבחון באמצעות ראיונות עומק מדוע קרבנות רבים לאפליה על רקע של מגדר ושל גזע במקומות עבודה אינם מתלוננים לממונים ומבקשים אכיפה של חוקים נגד אפליה.<sup>68</sup> בדומה למרואייניו של אנגל, גם מרואיינייה של ביומילר לא ששו לפנות למשפט כדי לפתור את

64 המשפט מייצר, כמובן, גם תשתית להתפתחותם של מנגנוני יישוב סכסוכים אלטרנטיביים, חוץ-משפטיים. מידת השימוש במנגנונים אלה והצלחתם ביישוב סכסוכים תידון להלן בפרקים ג וד.

65 ROBERT A. KAGAN, *ADVERSARIAL LEGALISM: THE AMERICAN WAY OF LAW* (2001)

66 David M. Engel, *The Oven Bird's Song: Insiders, Outsiders, and Personal Injuries in an American Community*, in *LAW AND COMMUNITY IN THREE AMERICAN TOWNS* 27 (Carol J. Greenhouse, Barbara Yngvesson & David M. Engel eds., 1994)

67 Richard E. Miller & Austin Sarat, *Grievances, Claims and Disputes: Assessing the Adversary Culture*, 15 *LAW & SOC'Y REV.* 525 (1980-1981)

68 Kristin Bumiller, *Victims in the Shadow of the Law: A Critique of the Model of Legal Protection*, 12 *SIGNS: J. WOMEN CULTURE & SOC'Y* 421 (1987)

בעיותיהם; חלק מהם לא זיהו כי בעייתם מקנה להם עילה לתביעה משפטית, אך רבים יותר גילו חוסר אמון ביכולתו של המשפט לשמש כלי לפתרון הבעיה והתגאו ביכולתם לשקם את עצמם אחרי פיטורים בלתי הוגנים או אפליה מסוג אחר. ביומילר כינתה מגמה זו "אתוס של הישרדות" (ethos of survival).

אילו תנאים צריכים להתקיים כדי שאנשים כמו אלה שחקרו אליקסון, אנגל וביומילר ייזקקו למערכת המשפט? במאמר תאורטי המבוסס על ממצאים אלה ועל דומים להם טוענים ויליאם פלסטינר, ריצ'רד אייבל ואוסטין סאראט כי הגשת תביעה אינה תהליך אוטומטי או קל עבור נפגעים.<sup>69</sup> למעשה, כדי שאדם יגיע למצב שבו הוא תובע את זכויותיו באמצעות הליך משפטי, עליו לעבור תהליך תלת-שלבי: תחילה עליו להבין שנגרם לו נזק ולהבין את מהותו של הנזק (naming). לאחר מכן עליו לייחס את הנזק לאדם או לגוף כלשהו (blaming). לבסוף עליו לנסח את תחושותיו אלה בצורה של תביעה ממישהו אחר לפצותו בגין הנזק (claiming). לא כל מי שזכויותיו נפגעות משלים אמנם תהליך זה, ולכן מספר התביעות המוגשות קטן בהרבה ממספר הנזקים הנגרמים.

השאלה אם חוויה בלתי נעימה תוגדר כסכסוך משפטי עשויה להיות תלויה בהקשר החברתי-מרחבי שבו התרחשה החוויה. דוגמה מעניינת לכך הוא ספרה של נילסן *License to Harass*, העוסק בדילמות החברתיות והמשפטיות הכרוכות בביטויים פוגעניים – סקסיסטיים וגזעניים – הנאמרים לעוברי אורח ברחוב.<sup>70</sup> תצפיותיה של נילסן וראיונותיה עם מאה בני אדם הנופלים קרבן לביטויים פוגעניים כעניין שבשגרה מדגימים כיצד האקלים שמייצרים ביטויים אלה משעתק היררכיות חברתיות למרחב הציבורי; עולם המשפט, באמצעות מנגנוני האיזון הכרוכים בחופש הביטוי, הופך את הפגיעה הזו לבלתי נראית, ומשפיע על האופן שבו עוברי האורח קולטים את החוויה שהם עוברים. נילסן הראתה כי עוברי האורח ערים לניתוח המשפטי של החוויה וכי הם תופסים אותה כשאלה של חופש ביטוי לעומת איסור משפטי על ביטויים פוגעניים. הגם שרבים מהם סבורים כי בסופו של דבר חופש הביטוי גובר על הצורך להגן על רגשות העוברים ושבים, הם חשים שלא בנוח עם הפגיעה בהם ועם המשמעות המשעבדת והמשתיקה הנלווית אליה.

גם מי שמחליט בסופו של דבר לפנות לבית המשפט במטרה לפתור את בעיותיו עלול למצוא עצמו במצבים לא נעימים. ממחקרה של סאלי מרי על יחסי שכנים ועל פתרון סכסוכים בקהילה עירונית ענייה עלה כי תושבי השכונה הגישו מדי פעם תלונות למשטרה על שכניהם, בעיקר כאמצעי להפגין כוח. עם זאת, משהגיעה התלונה לבירור בבית המשפט, לעתים קרובות היא לא התבררה באופן שבו ציפו המתלוננים: בית המשפט "קטלג" את הסכסוך באופן שונה מכפי שהוא נתפס על ידי הצדדים לו ופירש את העובדות באופן שנראה למתלוננים חלקי ונטול הקשר. מרי הגיעה למסקנה שהשימוש במשפט לצורך יישוב סכסוכים טומן בחובו פרדוקס: מצד אחד, המשפט נתפס ככלי רב עצמה

William L. F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, 15 *LAW & SOC'Y REV.* 69 .631 (1980-1981)

Laura Beth Nielsen, *License to Harass: Law, Hierarchy, and Offensive Public Speech* (2004).

בסכסוך; מן הצד האחר, המשתמשים במשפט נאלצים לוותר על עצמתם לטובת הממסד המשפטי.<sup>71</sup>

התשובה לשאלה אם המשפט תורם ליישוב סכסוכים היא, אפוא, מורכבת, ודורשת הבחנה בין התפקיד השולי שממלא המשפט כגורם ישיר ליישוב סכסוכים לבין חשיבותו האפשרית כגורם המשמש השראה לטכניקות יישוב סכסוכים בלתי פורמליות. במלאו את התפקיד השני יוצר המשפט מוסדות מעין משפטיים שהשפעתם על יישוב סכסוכים עשויה להיות משמעותית יותר, ושיידונו בפרק ג להלן.

### ג. מטרות ישירות משניות

כזכור, בקבוצת המטרות הישירות של המשפט, בצד המטרות הראשיות מנה רו גם מטרות משניות או "מטרות מסדר שני" הנוגעות לייצור מסגרות משפטיות שיאפשרו, בהמשך, יצירת הסדרים להשגת המטרות הראשיות. כלומר, מטרתו המשנית של המשפט היא לאפשר יצירתו של משפט נוסף. הנחת המוצא בבסיס מטרה זו היא שאנו זקוקים למשפט נוסף, ועל כן אנו מייצרים מנגנונים משפטיים שיספקו לנו את כמות המשפט הנחוץ לנו ואת טיבו. לאור מסקנותינו עד כה בדבר השפעותיו העקיפות והסמויות של המשפט ובדבר אי-ההיזקקות לכלים הישירים שהוא מספק בתדירות שניתן היה לשער, עלינו לשאול את עצמנו: האומנם יש לנו משפט בכמות ובאופן הנחוצים לנו, ואם לא – מדוע? מהם יחסי הגומלין בין המשפט היוצר הסדרי רגולציה ואכיפה לבין ההסדרים יצירי כפיו?

#### 1. ייצור משפט נוסף

כמה תאורטיקנים חשובים סבורים כי המשפט ממלא את תפקידו כמנגנון לייצור משפט נוסף בהצלחה רבה, אולי רבה מדי. גונתר טויבנר, הכותב בהשראת עבודתם של ניקלס לומן, יורגן הברמאס ומישל פוקו, עמד בכתביו על אחת התכונות המעניינות של המשפט<sup>72</sup> – נטייתו להתרחב, תופעה שמכנים הברמאס, טויבנר ואחרים בשם "יורידיפיקציה" (juridification). טויבנר בחן את האופן שבו המשפט מתפשט ומסדיר תחומים חדשים של פעילות אנושית.<sup>73</sup> בעקבות עבודתו של טויבנר נערכו כמה מחקרים מעניינים במדינות

71 SALLY ENGLE MERRY, GETTING JUSTICE AND GETTING EVEN: LEGAL CONSCIOUSNESS AMONG WORKING-CLASS AMERICANS (1990).

72 Gunther Teubner, *How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law*, 23 LAW & SOC'Y REV. 727 (1989); להרחבה תאורטית בנושא אוטופואטיות ותורת המערכות, ראו: NIKLAS LUHMANN, LAW AS A SOCIAL SYSTEM (Fatima Kastner, Richard Nobles, David Schiff, Rosamund Ziegert eds., Klaus A. Ziegert trans., 2004); לכתובה תאורטית על האתגרים שעמם מתמודד עולם המשפט בניסיון לייצר את עצמו, ראו: Stanley Fish, *The Law Wishes to Have a Formal Existence*, in THE FATE OF LAW 159 (Austin Sarat & Thomas R. Kearns eds., 1991).

73 Gunther Teubner, *Alienating Justice: On the Surplus Value of the Twelfth Camel*, in LAW'S NEW BOUNDARIES: THE CONSEQUENCES OF LEGAL AUTOPOIESIS 21 (Jiri Priban & David Nelken eds., 2001).

שונות ובתחומי משפט שונים; ממחקרים אלה עלה כי גם תחומים שלא הוסדרו על ידי המשפט קודם לכן, במיוחד במגזר הפרטי, עברו תהליך של יורדיפיקציה.<sup>74</sup> חוקרים אחרים, דוגמת לארס בליכנר ואנדרס מולנדר, מציינים כי הרחבת תחולתו של המשפט על תחומי חיים נוספים היא אך היבט אחד של יורדיפיקציה.<sup>75</sup> הם מזהים סוגים נוספים של יורדיפיקציה: חיזוק הממשל באמצעות נורמות משפטיות, גידול במספר הקונפליקטים המטופלים באמצעות מערכת המשפט, התחזקות מעמדן של רשויות משפטיות ומעמדו של המקצוע המשפטי והתחזקותה של התודעה המשפטית בקרב אנשים. בליכנר ומולנדר טענו כי סוגי היורדיפיקציה השונים מחזקים זה את זה; למשל, ככל שהמשפט חולש על יותר תחומי פעילות כך גדל הסיכוי שקונפליקטים ובעיות יפתרו באמצעים משפטיים, ואגב כך מתחזק מעמדו המקצועי של המשפטנים העוסקים ברגולציה ובפתרון הסכסוכים הרלוונטיים.

אחת הדוגמאות המטרידות ביותר של יורדיפיקציה היא הרחבתה של ה"רשת" המשפטית הנפרשת על נאשמים פליליים. במחצית השנייה של המאה העשרים החלה לרדת קרנו של עונש המאסר בקרב אנשי מדיניות הן מסיבות כלכליות הן מסיבות הומניות, והחלו להיווצר חלופות מאסר שונות; ביסוד מהלך זה עמדה השאיפה המוצהרת להוציא חלק מן העבריינים ממעגל הנכלאים, ובמיוחד עברייני נוער.<sup>76</sup> סטנלי כהן סבר כי יצירתן של חלופות המאסר הובילה לתוצאה פרדוקסלית של הרחבת ה"רשת" המשפטית (widening the net), אשר כעת "לכדה" בתוכה גם אנשים שלא נפלו לידיה טרם יצירתן של החלופות. מספר האסירים ביחס לאוכלוסייה לא פחת, ובוד בוד גדל מספר האנשים שמצאו עצמם כפופים לחלופות מבחן שונות ולמגבלות אחרות. גם בישראל זכתה תופעת "הרחבת הרשת" לתשומת לב מחקרית, בעיקר במקומות שבהם התקיים פיקוח חברתי על קבוצות המצויות בשוליה של המערכת הפלילית: חולי נפש<sup>77</sup> ונערות במצוקה.<sup>78</sup> האם בשל היורדיפיקציה יש כיום יותר מדי משפט? התשובה לשאלה זו עשויה להשתנות מתרבות לתרבות. בספרו החשוב *Adversarial Legalism*<sup>79</sup> מצייץ קגן כי בארצות הברית הנושאים המוסדרים ברגולציה אינם שונים באופן מהותי מאשר במדינות מערביות מתועשות אחרות. עם זאת, הוא טוען כי התרבות האמריקנית מניבה סגנון

JURIDIFICATION OF SOCIAL SPHERES: A COMPARATIVE ANALYSIS IN THE AREAS OF LABOR, CORPORATE, ANTITRUST AND SOCIAL WELFARE LAW (Gunther Teubner ed., 1987) 74

.Lars C. Blichner & Anders Molander, *Mapping Juridification*, 14 EUR. L.J. 36 (2008) 75

STANLEY COHEN, VISIONS OF SOCIAL CONTROL: CRIME, PUNISHMENT AND CLASSIFICATION (1985) 76

אורי אבירם, צביה אדמון, מימי אייזנשטדט וארלין קנטר "מגמות שינוי ושימור בחקיקה בתחום בריאות הנפש בישראל: תהליך חקיקתו של החוק החדש לטיפול בחולי נפש" משפטים לא 145 (2000). 77

Mimi Azjenstadt & Odeda Steinberg, *The Elasticity of the Law: Treating Girls in Distress in Israel Through the Shadow of the Law*, 35 BRIT. J. CRIMINOLOGY 236 (1995). 78

Kagan, לעיל ה"ש 65. 79

רגולטיבי מיוחד – לגליוס אדברסרי – שהופך את הרגולציה ואת ההתדיינויות בגינה ליקרות יותר וליעילות וגמישות פחות. סגנון זה מתאפיין ברגולציה מפורטת של כל היבט והיבט של חיי העבודה, בכפיית הרגולציה (בניגוד לשיתוף פעולה בין סוכנויות) וביצירת סנקציות רבות בצד הרגולציה הכפויה, סנקציות הגורמות לעתים למצבים שבהם התנהגות בודדת מהווה הפרה של כללים רבים. אחד המחקרים השיתופיים שעליהם מתבסס קגן נערך ב־זמנית ביפן ובארצות הברית,<sup>80</sup> ונבחן בו יישומן של הנחיות איכות סביבה על תאגיד בין־לאומי שלו סניפים בשתי המדינות. אף שלמעשה שני המפעלים הקפידו באותה רמה על ההנחיות, במפעל האמריקני היה הדבר כרוך בהתדיינות רבה ובחיכוכים שנבעו מאי־ציות להנחיות ואילו במפעל היפני נבנו ההנחיות באופן כללי וטנטטיבי, והעמידה בדרישות איכות הסביבה הושגה בדרכים הרמוניות יותר.

חוקרים אחרים שאותם הזכיר קגן גילו כי ארצות הברית מפיקה רגולציה בכמות גדולה בהרבה ממדינות אחרות. אדוארד רובין, שהשווה חקיקת בטיחות בין בנקים אמריקניים לבין בנקים גרמניים, ציין כי הרגולציה הגרמנית הוסדרה בחוברת בת פחות ממאה עמודים ואילו הרגולציה האמריקנית נפרשה על פני מספר רב של קלסרים עבי כרס. רובין מצא כי ניתן לייחס לפחות חלק מפער זה למשך ההכשרה הממושך של העובדים הגרמניים, שבזכותו המדינה סומכת עליהם שיקבלו החלטות עצמאיות.<sup>81</sup>

## 2. ייצור מוגננים מעין משפטיים

כפי שנאמר בפרק ב לעיל, ייתכן כי למשפט תפקיד חשוב יותר ביצירת מסגרות בלתי פורמליות ליישוב סכסוכים מאשר ביישובם במסגרת מוסדות פורמליים. בשנים האחרונות ניכרת בעולם המשפט מגמה ליצור מגוון של פורומים חלופיים ליישוב סכסוכים ולהעניק להם לגיטימציה. האם פתרונות של גישור, של הקמת ועדות מיוחדות במקומות עבודה וכדומה הם תחליף למשפט, או שניתן לראות בהם הרחבת תחומו של המשפט? במחקרים שערכה לורן אֶדְלֶמן בשיתוף עם חוקרים נוספים נבחנה אחת מהחשובות שבזירות החלופיות הללו – זירת הליכי הגישור הפנימיים במקומות עבודה.<sup>82</sup> כזכור מעבודתה של ביומילר, אנשים שנפגעו מאפליה במקום העבודה אינם ששים להגיע לבית המשפט; לפחות לפי השיח הקיים "על פני השטח" נועדו החליכים הפנימיים להפוך את הכללים המשפטיים האוסרים על אפליה לנגישים יותר. ואמנם, השיח המשפטי נגד אפליה הולך ותופס מקום משמעותי בעולם הניהול העסקי.

Kazumasu Aoki & John Cioffi, *Poles Apart: Industrial Waste Management Regulation and Enforcement in the United States and Japan*, in REGULATORY ENCOUNTERS: MULTINATIONAL CORPORATIONS AND AMERICAN ADVERSARIAL LEGALISM 33 (Robert A. Kagan & Lee Axelrad eds., 2000)

Edward L. Rubin, *Legislative Methodology: Some Lessons from the Truth-in-Lending Act*, 80 Geo. L.J. 233 (1991)

Lauren B. Edelman, Howard S. Erlanger & John Lande, *Internal Dispute Resolution: The Transformation of civil rights in the Workplace*, 27 LAW & SOC'Y REV. 497 (1993).

תהליך זה של אימוץ השיח הוא מורכב. מחד גיסא, מנגנוני יישוב הסכסוכים מחקים את הסדר המשפטי ומבוססים על לוגיקה משפטית.<sup>83</sup> מאידך גיסא, בעת אימוץ הכללים המשפטיים בדבר מניעת אפליה על ידי המנהלים, מאבדים הכללים את זיקתם לזכויות חוקתיות ולהעצמה של עובדים; הכללים הופכים להיות חלק משורה ארוכה של טכניקות ניהול טובות, עד כדי כך שהשאיפה למקומות עבודה מגוונים מבחינת המאפיינים הדמוגרפיים מוגדרת על ידי המנהלים לא כמכשול לשכירת עובדים טובים, אלא כקריטריון המשפר את מקום העבודה עצמו.<sup>84</sup> אדלמן ועמיתיה הגיעו למסקנות מורכבות על אודות תהליך זה של אימוץ השיח המשפטי לתוך שיח הניהול. תהליך זה מרחיב את תחומו של המשפט ומאפשר לסכסוכים על רקע אפליה בעבודה להישמע, אך בד בבד הוא יוצר אשליה של נטרול היסודות הבעייתיים בהתייחסו למצבים המתאפיינים באי־שוויון ובשיקולים בלתי ענייניים כאל מצבים מקצועיים ושוויוניים.<sup>85</sup> במאמר אחר, המבוסס אף הוא על מסד נתונים שעניינו טיפול בתלונות בנושא אפליה בעבודה, טענו אדלמן, כריסטופר אוגן והווארד אַרְלַנְגֶר כי מערכת היחסים בין המשפט לבין הסדרי הבירור במקומות עבודה היא דו־סטריית. הארגונים המקצועיים מחקים את ההיגיון המשפטי במנגנוני הבירור והגישה שהם בונים; המשפט, מצדו, "גומל" להם בהכרה בסמכותם, ובכך שהוא מעתיר הטבות על מוסדות המאמצים כללים מעין משפטיים מרצונם הטוב ומעצב את תפיסת ההגינות המשפטית על סמך המציאות הארגונית.<sup>86</sup>

דוגמה מעניינת במיוחד ליחסי ה"קח ותן" בין המשפט לבין הסדרים מעין משפטיים ליישוב סכסוכים נדונה במאמרו של שאהין טאַלֶש על אודות "חוק הלימונים" הקליפורני, אשר בחן את יישומו המעשי של חוק המגן על צרכנים שרכשו כלי רכב שהתגלו כלקויים מבחינת בטיחות ותפקוד.<sup>87</sup> טאלש עקב אחרי השינויים בחקיקה ואחרי ההתדיינות המשפטית במשך שלושים וחמש שנים וגילה כיצד יצרני הרכב, שנאלצו להתמודד עם חקיקה פרו־צרכנית אגרסיבית, יצרו בעצמם מנגנוני יישוב סכסוכים פנימיים. המחוקק הקליפורני אימץ מנגנונים קיימים אלה ודרש מצרכנים למצות את הדין במסגרתם בטרם יפנו לבתי המשפט; בתי המשפט עצמם גילו איפוק רב בהתערבות בתוצאותיהם של מנגנונים פנימיים ליישוב סכסוכים.

עולם המחקר האמפירי חושף, אפוא, לא רק את תפקידו של המשפט בייצור משפט פורמלי, אלא גם את התפקיד החשוב שהוא ממלא בעידוד גופים פרטיים לייצר הסדרים

Lauren B. Edelman, Christopher Uggen & Howard S. Erlanger, *The Endogeneity of Legal Regulation: Grievance Procedures as Rational Myth*, 105 Am. J. Soc. 406 (1999).

Lauren B. Edelman, Sally Riggs Fuller & Iona Mara-Drita, *Diversity Rhetoric and the Managerialization of Law*, 106 Am. J. Soc. 1589 (2001).

Lauren B. Edelman & Mia Cahill, *How Law Matters in Disputing and Dispute Processing (Or, the Contingency of Legal Matter in Informal Dispute Processes)*, in 3 *HOW DOES LAW MATTER?* 15 (Bryant G. Garth & Austin Sarat eds., 1998).

Edelman, Uggen & Erlanger, לעיל ה"ש 83.

Shauhin A. Talesh, *The Privatization of Public Legal Rights: How Manufacturers Construct the Meaning of Consumer Law*, 43 LAW & Soc'y REV. 527 (2009).

מעין משפטיים. באופן זה, צורת החשיבה המשפטית בעניין יישוב סכסוכים מחלחלת למוסדות בלתי פורמליים, הפועלים לא רק "בצל" של המשפט, אלא בחסותו ממש. חשוב לציין כי גם בדוגמאות אלה, כמו בדוגמאות למטרות אחרות, המחקר האמפירי מתקשה לנתק את אופן פעולתו של המשפט מן האידאולוגיה שבבסיסו, שבמקרה זה היא אידאולוגיה התומכת במעבידים וביצרנים ולא בעובדים ובלקוחות.

#### ד. סיכום ביניים

סקירת הממצאים האמפיריים באשר למטרות הישירות שבהן התרכזו רז מניבה כמה מסקנות ביניים מעניינות.

מעצם טיבם, המחקרים האמפיריים אינם עוסקים בשאלה אם המשפט צריך למלא את התפקידים שמיעד לו רז, אולם הם מספקים תשובות מורכבות ורב־ממדיות לשאלה אם המשפט אכן ממלא תפקידים אלה. כפי שהודגם בפרקים ב ו־ג של המאמר, המשפט תורם להכוונת התנהגות אם כי הוא עושה זאת בדרך עקיפה; הכלים המשפטיים אינם רגישים מספיק (ובמקרים מסוימים אף אינם מתאימים) כדי ליצור תמריצים להרתעה, וכמות גדולה של משתנים מתערבים מפחיתה את השפעתו המרתיעה של המשפט ככזה. כמו כן, המשפט אכן מייצר מסגרות להתקשרות וכללים ליישוב סכסוכים בלתי מוסדרים, אך כוחו האמיתי טמון לאו דווקא בשימוש הישיר במסגרות ובתרופות הללו בתוך המוסדות המשפטיים, אלא דווקא במגעים הבלתי פורמליים המתנהלים "בצל" ובהשראתו. דיני המסים והמשפט המנהלי עוסקים בחלוקת משאבים באמצעות חקיקה ובאמצעות מתן תמריצים, אך כוונותיהם של מחוקקים ושל שופטים עלולות שלא להתגשם בשל מערכת תמריצים בלתי מושלמת או בשל מגבלות ארגוניות. לבסוף, המשפט מייצר משפט נוסף הן באופן פורמלי הן בשמשו כהשראה למגזר הפרטי, וזה מייצר בתורו הסדרים מעין משפטיים; המחקר האמפירי חושף את יחסי הגומלין המתקיימים בין הסדרים אלה לבין המוסדות המשפטיים הפורמליים.

תשובות אלה מטשטשות במידה רבה את הבחנתו של רז בין מטרות ישירות לבין מטרות עקיפות. נראה כי ניתן לייחס חלק משמעותי בהצלחתו של המשפט להשיג את מטרותיו לא למנגנונים הישירים שבהם הוא משתמש (משפט פלילי לשם הרתעה, דיני חוזים ומשפט מסחרי להסדרת התקשרויות, דיני נזיקין לצורכי תרופות, דיני מסים ומשפט מנהלי לחלוקת משאבים) אלא לאופן שבו פועלים מנגנונים אלה בזירה החברתית, בזירה הפוליטית ובזירה הכלכלית. כפי שראינו קיימים גורמים רבים (ובהם מבנה אישיות, אתוסים חברתיים וכוחות שוק) המביאים לכך שבני אדם מגיבים למשפט בדרכים סבוכות שלעיתים קשה לצפותן בכלים דוקטרינריים ובמודלים מופשטים.

זאת ועוד: המחקר האמפירי מעורר ספק בדבר האפשרות לנתק את מטרותיו של המשפט לא רק מן התנאים החברתיים, הפוליטיים והכלכליים, אלא גם מהאידאולוגיה העומדת בבסיס המבנה החברתי. פרויקט המחקר של אוניברסיטת ייל בנושא קוגניציה תרבותית

(Cultural Cognition)<sup>88</sup> חושף, באמצעות סקרים, כי מאחורי מחלוקות משפטיות הנוגעות לדוקטרינה וליישומה מסתתרות הנחות פוליטיות ותרבותיות. כאשר נבדקים אמריקנים מתבקשים, למשל, לחוות דעה בשאלה העובדתית כיצד משפיעה מדיניות ההיתרים לנשיאת כלי נשק (או ההגבלות עליה) על כמות הפשיעה האלימה (שאלה מובהקת של הכוונת התנהגות), מושפעות תשובותיהם באופן מובהק מתפיסת עולמם הפוליטית, הקשורה קשר מובהק למאפייניהם הדמוגרפיים-תרבותיים. יתר על כן, הנבדקים נוטים להתייחס ברצינות למידע אמפירי המאשש את תפיסת עולמם ולהתעלם ממידע הנוגד את השקפותיהם.<sup>89</sup> במצב כזה קשה להפריד בין העובדות ה"מצדיקות" נורמה משפטית כזו או אחרת בנושא רישוי כלי נשק לבין הוויכוחים הפוליטיים-תרבותיים שבבסיס השאלה.<sup>90</sup> דוגמה ישראלית למצב כזה היא הוספתו של סעיף 134 לחוק העונשין, המגן על מי שתוקף "כדי להדוף מי שמתפרץ או נכנס לבית המגורים, בית העסק או המשק החקלאי המגודר, שלו או של זולתו, ככוונה לבצע עבירה, או מי שמנסה להתפרץ או להיכנס כאמור".<sup>91</sup> תיקון זה, שזכה לכינוי הפופולרי "חוק דרומי", היה במידה רבה תוצר של לחץ ציבורי על רקע פרשה שבה ירה החקלאי שי דרומי למוות בצעיר בדואי שפרץ לחוות הבודדים שלו בנגב. עיון באתרי האינטרנט לתמיכה בדרומי חושף את שורשיו הפוליטיים של הדיון בפרשה, הנוגעים בעמדות הציבוריות כאשר למתיישבים בחוות הבודדים, והמרחיקים לכת הרבה מעבר לשאלת הכוונת התנהגות באמצעות הגנה עצמית.<sup>92</sup>

88 על הפרויקט בכללותו ניתן לקרוא כאן: The Cultural Cognition Project at Yale Law School [www.culturalcognition.net](http://www.culturalcognition.net).

89 Dan M. Kahan & Donald Braman, *More Statistics, Less Persuasion: A Cultural Theory of Gun-Risk Perceptions*, 151 U. PA. L. REV. 1291 (2003)

90 חשוב לציין כי פרויקט המחקר הזה – כמו גם פרשת "חוק דרומי" המוזכרת בפסקה הבאה – עוסק בעמדותיהם של מי שאינם משפטנים ביחס לשאלה משפטית. יש הטוענים כי משפטנים מקצועיים אמורים להיות מושפעים פחות מדעתם הפוליטית וממאפייניהם הדמוגרפיים מאשר מי שאינם משפטנים. עם זאת, ממצאים אמפיריים מעידים על כך שגם שופטים מקצועיים מונחים על ידי תפיסת עולמם ומאפייניהם הדמוגרפיים בעת קבלת החלטות שיפוטיות. ראו לעניין זה: Anne Bloom, *The "Post-Attitudinal Moment": Judicial Policymaking through the Lens of the New Institutionalism*, 35 LAW & SOC'Y REV. 219 (2001) למחקר נוסף המדגים את הטענה בהקשר הישראלי ראו אורן גול-אייל, רענן סוליציאנו-קינן, גל עינב ועטאללה שובאש "ערבים ויהודים בהליכי הארכת מעצר ראשוני" משפטנים לח 627 (2008).

91 חוק העונשין (תיקון מס' 98), התשס"ח-2008, ס"ח 2161.

92 אתר האינטרנט של שי דרומי רווי התייחסויות גרפיות ומילוליות המקשרות את האירוע שהניב את תיקון החוק למפעל ההתיישבות בנגב: [www.shai-dromi.org.il](http://www.shai-dromi.org.il). מוצע להשוות בין הדיון המשפטי העוסק באיזון האינטרסים שבמושג הסבירות לבין העיסוק העיתונאי בחקיקה: רועי קונפינו ומרדכי קרמיניצ'ר "מאמר דעה: הערת חקיקה – הצעות החוק בעניין הרפורמה בהגנה עצמית ('חוק שי דרומי')", אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה 11.3.2008 [www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/opinions\\_g.aspx](http://www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/opinions_g.aspx); רן פרחי "מאלכסנדר זייד עד שי דרומי" אומדיה 16.2.2007 [www.amedia.co.il/Show\\_Article.asp?DynamicContentID=16.2.2007](http://www.amedia.co.il/Show_Article.asp?DynamicContentID=16.2.2007)



ביקורת כפולה זו – על התפיסה המצומצמת של תפקידי המשפט ועל ניתוק המשפט משאלות אידאולוגיות – הניעה את חוקרי המשפט והחברה לחרוג מבדיקה אמפירית גרדא של מידת הגשמת מטרותיו הישירות של המשפט.<sup>93</sup> בהשראת תאוריות מתחום מדעי החברה, חוקרי המשפט והחברה מייחסים למשפט מטרות נוספות, בלתי מוצהרות, ומוכיחים את חשיבותן בעולם המציאות. בפרק ה' אציג ממצאים מחקרניים המייחסים למשפט חשיבות כמעניק לגיטימציה לתהליכים פוליטיים ולתפיסות אידאולוגיות, כגורם מעצים אוכלוסיות חלשות באמצעות שיח זכויות וככלי להקניית סוג מיוחד של תודעה, תודעה משפטית, המעשירה את האופן שבו תופסים פרטים את החברה שבה הם חיים ואת מקומם בתוכה.<sup>94</sup>

## ה. מטרות עקיפות, סמויות וסמליות

### 1. מתן לגיטימציה

תפיסת המשפט ככלי המעניק לגיטימציה, בין לתהליכים פוליטיים ובין לתפיסות אידאולוגיות, לא הומצאה על ידי החוקרים האמפיריים בני זמננו. בשונה מן העיסוק המשפטי, העיסוק הסוציולוגי הקלאסי של המאה התשע-עשרה התרכז הרבה יותר במטרות העקיפות והסמויות של המשפט מאשר במטרות הישירות. הדבר ניכר בכתיבתם של כמה מ"אבות" הסוציולוגיה המודרנית, במיוחד אצל אמיל דורקהיים וקרל מרקס ובמחקרים האמפיריים שניזונו מן המורשת התאורטית שלהם.

דורקהיים, שכתבתו עסקה רבות באופי המשפט כחלק מתהליכי שינוי חברתי,<sup>95</sup> התייחס למשפט כאל "אינדקס" המייצג את התודעה הקולקטיבית באשר למותר ולאסור. בהתייחסו לתפקידיו הסמויים של המשפט הדגיש דורקהיים את חשיבותו של המשפט בעיצוב התודעה הקולקטיבית ובאיוון חברתי בתקופות של שינוי ושל משבר. על פי דורקהיים, כמה מן הפונקציות החשובות של המשפט הן הדגשתן של נורמות קיימות, הבהרתן של נורמות שנסכחו, ליכודם של אלה המצייתים לנורמות לעומת אלה המפירים אותן ומתן הזדמנות לשינוי של הנורמות. בעקבות עבודתו של דורקהיים חקר קאי אריקסון את הפיקוח החברתי על מתנגדים דתיים במושבות הפוריטניות שלפני הכרזת העצמאות האמריקנית, ומצא תופעה מעניינת: השלטון הפגין כוח דורסני במיוחד כלפי מי שקראו תיגר על התפיסות הפוריטניות המקובלות דווקא בתקופות של משבר ושל

2639&MenuID=719. בחינה מעמיקה של פרשת דרומי ושל תוצאותיה המשפטיות חורגת ממסגרתו של מאמר זה.

93 על האופן שבו התפתח תהליך זה באגודה למשפט וחברה, אחד מן המוסדות המאחרים חוקרי משפט אמפיריים רבים, ראו לעיל בה"ש 6.

94 תיתכנה כמובן גם מטרות עקיפות נוספות; הבחירה במטרות אלה מקורה בספרות הקיימת.

95 EMILE DURKHEIM, THE DIVISION OF LABOR IN SOCIETY (The Free Press 1984) (1893); Emile Durkheim, *Two Laws of Penal Evolution*, 38 U. CIN. L. REV. 32 (1969).

חולשה שלטונית. אריקסון הסיק כי השימוש במשפט לשם דיכוי ההתנגדות נועד לחלק את החברה הפוריטנית ממצבי משבר ולהשיב את הקונצנזוס על כנו.<sup>96</sup> ממצאים מעניינים דומים מצויים גם בעבודותיהם של סטיבן ספיצר<sup>97</sup> ושל מרטין קיליאס,<sup>98</sup> שחקרו – כל אחד בנפרד – את אופן השימוש במשפט בחברות שונות כפונקציה של תכונותיהן הפוליטיות והסוציו-אקונומיות.<sup>99</sup> מחקרו של ספיצר כלל סדרה של כ-50 חברות היסטוריות שהגיעו לדרגות שונות של התפתחות מבחינת חלוקת עבודה, קיום מטבע ושער חליפין, כתב וכדומה. כאשר השווה ספיצר בין החברות ה"פשוטות" לחברות ה"מורכבות" מבחינת חומרת העונשים שהטילה כל חברה על הפרטים שבה, הוא הגיע למסקנה כי בניגוד לטענתו העיקרית של דורקהיים מידת התפתחות החברה אינה המשתנה המכריע, וכי העונשים היו חמורים יותר בחברות שבהן הכוח היה מרוכז בידי קבוצה קטנה יותר (תכונה שהתקיימה במספר לא מבוטל של החברות ה"מורכבות"). קיליאס, שבחן חברות מודרניות, היה רגיש גם לקיומם של "משברי לגיטימציה", כלומר לשאלה אם חברות המצויות במצבי מלחמה או קריסה של שלטון נוטות להשתמש במשפט לשם דיכוי. קיליאס זיהה סדרת משתנים שהשפיעו על השימוש בכלים משפטיים לשם דיכוי: כלים אלה היו נפוצים יותר באופן מובהק במדינות בעלות משטר בלתי דמוקרטי ובמדינות שהיו נתונות ב"משבר לגיטימציה".

גם מחקרים שהתבססו על תאוריות מרקסיסטיות מצאו כי למשפט תפקיד משמעותי במתן לגיטימציה לשלטון ובחיזוק כוחו, אלא שבניגוד למחקרים היונקים מן המסורת הדורקהיימיאנית, מחקר מרקסיסטי יוצא מנקודת הנחה של קונפליקט מעמדי ולפיכך מתייחס לתפקיד המשפט בשימור הקונפליקט או בהחרפתו. מרקס עצמו, שבחן את תהליך המודרניזציה והתיעוש מנקודת מבט כלכלית, התייחס למשפט כאל חלק מ"מבנה העל" החברתי המשמר והמחזק את פערי הכוח ואת יחסי הייצור בין בעלי ההון (הקפיטליסטים) לבין מעמד העובדים (הפרולטריון).<sup>100</sup> ניתן לקרוא את מרקס בשתי דרכים: המרקסיזם האינסטרומנטלי רואה במשפט לא יותר מכלי בידי בעלי הכוח המשתמשים בו כדי לדכא את הפועלים,<sup>101</sup> ואילו המרקסיזם הסטרוקטורלי מוכן להכיר בכך שלמשפט אוטונומיה

KAI T. ERIKSON, *WAYWARD PURITANS: A STUDY IN THE SOCIOLOGY OF DEVIANCE* (1966) 96

Steven Spitzer, *Punishment and Social Organization: A Study of Durkheim's Theory of Penal Evolution*, *LAW & SOC'Y REV.* 613 (1975) 9 97

Martin Killias, *Power Concentration, Legitimation Crisis and Penal Severity, in PUNISHMENT AND PRIVILEGE* 95 (W. Byron Groves & Graeme Newman eds., 1986) 98

עבודותיהם של השניים, ובמיוחד עבודתו של ספיצר, עוררו ספק בדבר אחת מהשערותיו המקוריות של דורקהיים, לפיה בחברות מורכבות ומפותחות יותר ימלא המשפט יותר תפקידים של פיצוי ושל יישוב סכסוכים ופחות תפקידי דיכוי. ניתוח מלא של השערה זו ואופן בחינתה האמפירית חורגים ממסגרתה של סקירה זו. להרחבה ראו: Anthony T. Jones, *Durkheim, Deviance and Development: Opportunities Lost and Regained*, 59 *Soc. Forces* 1009 (1981) 99

.KARL MARX: *SELECTED WRITINGS* David McLellan ed., (2nd ed. 2000) 100

GEORG RUSCHE & OTTO KIRCHHEIMER, לדוגמה קיצונית של ניתוח אינסטרומנטלי, ראו: *PUNISHMENT AND SOCIAL STRUCTURE* (Transaction Publishers 2003) (1939) 101

מסוימת מן המבנה הכלכלי, אף שבסופו של דבר הוא משמר את הסדר החברתי הבלתי שוויוני.<sup>102</sup> על אף ההבדלים ביניהן, שתי הגישות מדגישות כי המשפט ממלא תפקיד כפול בסדר החברתי הקפיטליסטי: הוא אינו רק אמצעי דיכוי, אלא גם אמצעי למתן לגיטימציה לסדר החברתי, אמצעי המייצר תודעה כוזבת של שוויון ושל הגינות ובכך מונע התקוממות ומהפכה.

אחת הדיסציפלינות שהקדישה תשומת לב רבה לתפקיד המשפט כמעניק לגיטימציה לסדר חברתי בלתי שוויוני היא היסטוריה חברתית, בפרט בכתביהם של היסטוריונים חברתיים מרקסיסטים משנות השבעים. בספרו *Whigs and Hunters: The Origins of the Black Act* מנתח א"פ תומפסון את תהליך הולדתו של חוק פלילי דורסני ודרקוני באנגליה של המאה השמונה-עשרה, חוק שקבע עונשי מוות לשורה ארוכה של עבירות רכוש כגון גניבה וציד בלתי חוקי.<sup>103</sup> בבדקו את הרקע לחקיקת החוק גילה תומפסון רגישות רבה לתנאים החברתיים ששררו באותה עת, ובפרט לחרדה לרכושו של המלך ולשימור פערי המעמדות. קביעת עונשים חמורים לעבירות נגד הרכוש, עבירות שהיו בגדר איום על מבנה הכוח החברתי, "אותה" כי המשפט, שנהנה ממעמד של אמון ולגיטימציה, תמך במבנה כוח זה.

רעיונות דומים על אודות תפקידו של המשפט בשימור הסדר החברתי הבלתי שוויוני נובעים מעבודתו של דגלס היי.<sup>104</sup> היי הדגים כיצד ייצר המשפט הבריטי במאה השמונה-עשרה אשליה של צדק ושל שוויון, וזו מנעה מבני המעמדות הנמוכים להתקומם נגד החקיקה הפלילית הדכאנית: בצד הנאשמים הרבים מבני המעמד הנמוך שהוצאו להורג, הועמדו לדין מדי פעם גם נאשמים מבני האצולה וכמה מהם אף הוצאו להורג, אם כי לעתים נדירות; כך נשמרה אשליית השוויון בפני החוק. נוסף לכך הדגים היי את האופן שבו השתמש המלך בסמכות החנינה שלו; לטענת היי, סמכות זו פתחה צוהר של תקווה לנאשמים וייצרה אשליה של צדק שחיוקה את הלגיטימציה של המשפט.

קיימות דוגמאות רבות למחקרים אמפיריים המצביעים על המשפט כמקור לגיטימציה למבנים חברתיים בלתי שוויוניים בהקשרים עכשוויים; הגם שלא כולם יונקים מן ההבחנות המעמדיות המרקסיסטיות, הם מדגימים כיצד תחולתו השוויונית לכאורה של המשפט והשימוש שלו בקטגוריות פורמליות ואוניברסליות מסתירות מדיניות חברתית התומכת בפערי כוח ובקיפוח. ניתוח מעניין של המחקר האמפירי הישראלי בתחום זה מצוי במאמרו של גד ברזילי; במאמר מוצג האופן שבו מבצע המשפט "המרה תוספתית" – כלומר ממיר בעיות חברתיות לשיח חוקתי ובכך שולל את תוכנן החברתי ומגביל את האופן שבו הן מאתגרות את מבני הכוח החברתיים.<sup>105</sup> ברזילי מדגים טענה זו, בין היתר, באמצעות טיפול

102 Stone, לעיל ה"ש 54; Isaac D. Balbus, *Commodity Form and Legal Form: An Essay on* the 'Relative Autonomy' of the Law, 11 LAW & SOC'Y REV. 571 (1977).

103 Thompson, לעיל ה"ש 19.

104 Douglas Hay, *Property, Authority, and the Criminal Law, in ALBION'S FATAL TREE: CRIME AND SOCIETY IN EIGHTEENTH-CENTURY ENGLAND* 17 (Douglas Hay, Peter Linebaugh, John G. Rule, E. P. Thompson & Cal Winslow eds., 1975).

105 גד ברזילי "המשפט כשרה של כוח פוליטי: האם בתי המשפט הם נשאי שינוי חברתי-פוליטי, ואם כן – כיצד?" (ראו בכרך זה). ברזילי מציין, עם זאת, כי המשפט עשוי להעלות בעיה

בג"ץ בעתירות בנושא אפליה; לעתים קרובות פסיקת בג"ץ היא פרוגרסיבית בתוכנה (ולפיכך משמרת את הלגיטימציה של המשפט כגורם מחזק שוויון), אולם בפועל יישומה מסוכל באמצעות תגובות נגד של קבוצות כוח פוליטיות שהן "בלתי נראות" מבחינת ההליך המשפטי. במאמר אחר הראה ברזילי כיצד מספר עורכי הדין לנפש בישראל, העשוי לכאורה להתרגם כיוצר נגישות משפטית רבה יותר מאשר במדינות אחרות, מייצר אמנם לגיטימציה ומראית עין של נגישות משפטית אך למעשה תורם להשתקתן של מחלוקות חברתיות; התדיינות משפטית רבה מסתירה מציאות של שתיקה ניכרת בכל הנוגע לסכסוך הישראלי-פלסטיני.<sup>106</sup>

## 2. העצמת אוכלוסיות חלשות

הכתיבה המרקסיסטית מציגה באור עגום את תפקיד המשפט כמעניק לגיטימציה לסדר החברתי; אך קיימים הקשרים שבהם ניתן לראות את המשפט דווקא כמצמצם פערים חברתיים וכמעצים אוכלוסיות חלשות. כזכור, הדיון במשפט ככלי לחלוקת משאבים<sup>107</sup> הניב ממצאים מעורבים באשר להצלחתו של המשפט ליצור זכויות כלכליות ולהקנות שירותים לאוכלוסיות חלשות לאורך זמן. מחקרים אלה הניבו כתיבה פסימית למדי בעניין שיח הזכויות ומשמעותו. בספרו *The Myth of Rights* טוען סטיוארט שיינגולד כי זכויות משפטיות, כמו כל משאב פוליטי, אינן בעלות ערך אוטומטי;<sup>108</sup> התשובות לשאלות עד כמה ניתן להשתמש בהן ועד כמה הן צפויות לחולל שינוי חברתי תלויות בתנאים הפוליטיים, הכלכליים והחברתיים המקיפים אותן. שיינגולד סבור כי החברה האמריקנית סובלת מהסתמכות יתר על התדיינות משפטית כדי להשיג הישגים חברתיים.

הנכונות להתבסס על מטרות עקיפות כדי למדוד את ערכו של המשפט מציירת תמונה אופטימית יותר. מייקל מק'קאן, שכתיבתו עוסקת במאבקים חברתיים שונים כגון המאבק להשוואת שכר בין גברים לנשים, סבור כי גישותיהם של רוזנברג ושל שיינגולד מייצגות התייחסות צרה מדי למשפט. בניגוד לרוזנברג, המתייחס למשפט "מלמעלה למטה" והמנתח אותו במשקפי המנגנון הפוליטי, מציע מק'קאן להתבונן במשפט דווקא "מלמטה", כלומר, מנקודת מבטם של העותרים והפעילים החברתיים.<sup>109</sup> אלה משתמשים במשפט כיוון שהוא מקנה משמעות למאבק ומאפשר להגדירו באופן המעודד פעילות

מסוימת לסדר היום הציבורי ובכך להגביר את הפעילות הציבורית החותרת לפתרונה.

Gad Barzilai, *The Ambivalent Language of Lawyers in Israel: Liberal Politics, Economic Liberalism, Silence and Dissent*, in *FIGHTING FOR POLITICAL FREEDOM: COMPARATIVE STUDIES OF THE LEGAL COMPLEX AND POLITICAL LIBERALISM* 247 (Terence C. Halliday, Lucien Karpik & Malcolm M. Feeley eds., 2007)

107 ראו פרק 3 לעיל.

STUART A. SCHEINGOLD, *THE POLITICS OF RIGHTS: LAWYERS, PUBLIC POLICY AND POLITICAL CHANGE* (2nd ed. The Univ. of Michigan Press 2004) (1974)

Michael W. McCann, *Reform Litigation on Trial*, 17 *LAW & SOC. INQUIRY* 715 (1992).

פוליטית. במובן זה, הפנייה לבתי המשפט בבקשה לקבל זכויות היא גם פנייה להכרה בסכסוך או בבדיקה ולהגדרתם, שהיא כשלעצמה הישג משמעותי.<sup>110</sup> לעמדה זו של מק'קאן מצטרפת גם קימברלי קרנשוואו, המתרכזת בהשפעתן של חקיקה ופסיקה נגד גזענות בארצות הברית.<sup>111</sup> קרנשוואו טוענת כי הגזענות היא תופעה הגמונית, חלק בלתי נפרד מההוויה האמריקנית ותוצאה של כפייה חברתית. כיוון שכך, גם אם חקיקה נגד אפליה על רקע גזע אינה מבטלת את מלוא השפעותיה הממשיות של הגזענות בחיי היום-יום, יש לה משמעות סמלית חשובה עבור האוכלוסייה השחורה הזוכה ליחס מפלה ומתנשא.

על פי גישותיהם של מק'קאן ושל קרנשוואו, המשפט משמש ככלי לשינוי חברתי לא רק באמצעות מתן זכויות (העילה ה"רשמית" להשתמש במשפט) אלא גם בדרכים סמליות יותר. במחקרה על אודות פעילים למען זכויות בחינוך ראינה עידית קוסטינר את הפעילים על אודות האופן שבו הם תופסים שינוי חברתי, והתרכזה במקרים שבהם הזכירו המרואינים את הזירה המשפטית. קוסטינר הגיעה למסקנה כי מתקיימות שלוש "סכמות" תרבותיות שמהן שאבו המרואינים את עמדותיהם: הסכמה האינסטרומנטלית, על פיה המשפט הוא כלי להשגת זכויות; הסכמה הפוליטית, על פיה המשפט הוא בסיס להתארגנות קבוצתית פוליטית ובכך כוחו; והסכמה התרבותית, על פיה משמש המשפט כלי להטמעת משמעותו של הרעיון שבבסיס הזכות.<sup>112</sup> קוסטינר אף העלתה את ההשערה כי במהלך התפתחותה של תנועה חברתית המשתמשת במשפט, עמדותיה באשר למשפט ככלי לשינוי חברתי עשויות להשתנות. בתקופה הראשונה והאופטימית של השימוש במשפט ככלי אינסטרומנטלי עשויים הפעילים לצפות להישגים בזירת הזכויות; בהמשך, התקווה עשויה להפוך לזעם ולמחאה, ואז ישמש המשפט גורם לליכוד פוליטי; ולבסוף, תתגבש ההכרה הראליסטית לפיה ניתן לייחס למשפט חשיבות על סמך הנושאים שהוא מעלה לדיון ציבורי ועל סמך הזכויות הקשורות אליהם, גם אם בסופו של דבר הדיון אינו מניב תוצאות של ממש פרט להכרה העקרונית בזכות.

לאחרונה התפרסם בסדרת "משפט, חברה ותרבות" ספר העוסק בהעצמה.<sup>113</sup> המאמרים השונים בספר חשפו את האופנים שבהם המשפט מעצים (או אינו מעצים) קבוצות חלשות, ואת מידת ההצלחה של מאבקי העצמה העושים שימוש בשיח משפטי. חלק מן המאמרים בחנו את פעילותם של ארגונים חברתיים המספקים ידע ומומחיות לפרטים המבקשים להרחיב את מעגל האפשרויות שלהם. כך, למשל, תיארו מיכל אהרוני וגילה פייט פרויקט בשם "משפט וכלכלה למען הקהילה" המספק סיוע משפטי חינם למקימים עסקים זעירים, והציגו אפשרות לפיה הרחבת אחריותם של המתנדבים לכיוון החברתי בתחומים מסוימים,

Michael W. McCann, *How Does Law Matter for Social Movements*, in 3 *HOW DOES LAW MATTER?*, לעיל ה"ש 85, בעמ' 76; MICHAEL W. McCANN, *TAKING REFORM SERIOUSLY: PERSPECTIVES ON PUBLIC INTEREST LIBERALISM* (1986).

Kimberle Williams Crenshaw, *Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 *HARV. L. REV.* 1131 (1988).

Idit Kostiner, *Evaluating Legality: Toward a Cultural Approach to the Study of Law and Social Change*, 37 *LAW & SOC'Y REV.* 323 (2003).

113 העצמה במשפט (מימי אייזנשטרט וגיא מונדלק עורכים, 2008) (להלן: העצמה במשפט).

כגון איתור מקורות מימון לעסקים כאלה, עשויה לתרום אף יותר לתהליך המעצים.<sup>114</sup> טלי קריצמן ואדריאנה קמפ תיארו כמה סוגי ארגונים המסייעים לפליטים המבקשים מקלט בישראל, כמו גם יזמות של קהילת הפליטים עצמה, והראו כיצד הגדרתה הסמלית-משפטית של ישראל כמדינת מקלט ארעי לפליטים מכוננת בינה לבין הארגונים הללו משא ומתן על מידת המעורבות שרשויות השלטון יהיו מוכנות לנקוט בעניינם.<sup>115</sup> מאמרים אחרים חשפו מחלוקות בעניין היתרונות והחסרונות שבמאבקי זכויות משפטיים. למשל, במאמרה של שגית מור על אודות המאבק למען קצבאות נכות, הוצגו יתרונותיו וחסרונותיו של "שיה הזכויות" של נכים בישראל, שיח אשר אמנם מחזק את הנכים כקבוצה אסרטיבית הלוחמת על זכויותיה, אך גם כופה עליהם סטראוטיפים של "מסכנות" ושל חולי לשם השגת זכויות אלה.<sup>116</sup> דורית אלדר-אבירן, שחקרה את פעולתן של יחידות הסיוע שליד בית המשפט לענייני משפחה, הבחינה בין תחומי פעילות שונים של היחידות – בקשה ליישוב סכסוך, גישור ביחידת הסיוע, שמיעת קולם של ילדים בבית המשפט לענייני משפחה וסדנאות להורים בהליכי גירושין – הן מבחינת מידת ההעצמה הגלומה בהן הן מבחינת מוכחותן מן ההליך המשפטי. כמה תחומים, ובמיוחד הבקשה ליישוב סכסוך, נופלים בגדרו של המשפט המסורתי; תחומים אחרים, כמו הסדנאות והגישור, עשויים להיתפס ככלי העצמה חוץ-משפטיים, או לפחות ככלים הפועלים במסגרת המוסדות המשפטיים אך מרחיבים את משמעות המושג "משפט".<sup>117</sup>

עם זאת, לא כל אוכלוסייה חלשה תמצא במשפט כלי מועיל בכל מצב. במסגרת עבודתי על פעילים בקהילה הפוליאמורית בסן פרנסיסקו שוחחתי עם מנהיגים, עם מארגני סדנאות, עם מנהלי פורומים ועם "פרפרים חברתיים" בזירת מערכות היחסים שאינן מונוגמיות. הפעילים, שאינם משתמשים כלל בכלים משפטיים לשם השגת הכרה וזכויות, מתנהלים בקהילה מתוך מודעות לאפשרויות הגלומות בשלוש הסכמות של קוסטינר. מבחינה אינסטרומנטלית הם מרווחים על שימוש בכלים מתחום המשפט הפרטי (שאינו נתפס בעיניהם כ"מוביליזציה משפטית") ליצירת מנגנונים דמויי נישואין: רשתות של צוואות, חוזים בין-אישיים, הסדרי בעלות בלתי שגרתיים וכדומה. מבחינה פוליטית, הפעילים מהססים להתארגן למאבק במשטרה כיוון שהם חוששים ממצב שבו יצטרכו ליצור קואליציה צרה עם הקהילה המורמונית ועם הקהילה המוסלמית, המצויות בצד השני של הקשת הפוליטית; הם אף חוששים ממצב שבו מאבק להשגת מעמד משפטי למערכות היחסים שלהם יחבל במאבקם של זוגות הומוסקסואליים ושל זוגות לסביים, שהוא מבחינות רבות שמרני יותר ובעל סיכויים רבים יותר להצליח. מבחינה תרבותית, הפעילים משתוקקים להשתית את מערכות היחסים שלהם על ערכים רוחניים ובין-אישיים,

114 מיכל אהרוני וגליה פיט "ממאבקי זכויות להעצמה כלכלית: סיוע משפטי לפיתוח קהילתי-כלכלי כתפיסה חדשה של עריכת דין חברתית" *העצמה במשפט*, שם, בעמ' 545.

115 טלי קריצמן ואדריאנה קמפ "כינונו של משטר פליטים בישראל: בין מדינה לחברה אזרחית" *העצמה במשפט*, לעיל ה"ש 113, בעמ' 55.

116 שגית מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית: דילמות של מאבק לשינוי חברתי" *העצמה במשפט*, לעיל ה"ש 113, בעמ' 91.

117 דורית אלדר-אבירן "בין רווחה למשפט: המקרה של יחידות הסיוע שליד בתי המשפט לענייני משפחה" *העצמה במשפט*, לעיל ה"ש 113, בעמ' 371.

ולפיכך מבקשים להימנע מהתדיינויות משפטיות שיקנו למערכות היחסים שלהם אופי רשמי ונוקשה. ניכר כי הפעילים מהססים להשתמש במשפט הציבורי לצורך מאבק על הכרה במערכות היחסים שלהם, אך הם עושים זאת מתוך הבנה עשירה ורחבה של שימוש במשפט עשויות להיות משמעותיות מרחיקות לכת בהרבה מהשגת הזכות האינסטרומנטלית גרדא.<sup>118</sup>

### 3. עיצוב תודעה משפטית ותרומה ל"מאגר התרבות"

כפי שמראים המחקרים שסקרתי בפרק הקודם, נראה כי המשפט אכן "חשוב" ככלי לשינוי חברתי, אך הדרכים שבהן הוא מחולל שינוי זה עשויות להיות סמויות ומורכבות. תשומת הלב לדקויות אלה הניבה עבורת מחקר רבה, בעיקר בשני העשורים האחרונים, בנוגע לתפקידו של המשפט כגורם המעצב את התודעה האנושית. על פי גישת ה-"legal consciousness" המשפט הוא נדבך חשוב בתודעה הקולקטיבית התרבותית שלנו, והוא ממלא תפקיד חשוב בייצור מערך התגובות התרבותיות שלנו למצבים ולבעיות בחיי היום-יום.

רבים סבורים כי המחקר החשוב ביותר בתחום התודעה המשפטית הוא ספרן של פטרישיה יואיק וסוזן סילבי *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*.<sup>119</sup> יואיק וסילבי ראינו לספר זה כ-140 אנשים ממעמדות, גזעים ותנאי חיים שונים. המרואיינים התבקשו לספר על בעיות ועל אתגרים שונים שנתקלו בהם במהלך חייהם המקצועיים והאישיים. הריאיון נערך בלי שהוזכר ההקשר המשפטי של המחקר, והחוקרות ביקשו לבחון האם המרואיינים יזכירו את המשפט מיוזמתם.

ממצאי המחקר וניתוח הנתונים היו מרתקים. המרואיינים שוחחו על בעיות בעבודה, בעיות עם בעלי בית ועם שוכרים, מוצרים פגומים וכדומה; בכל ההקשרים הללו הם הזכירו את עולם המשפט, ונראה שלקיומו הייתה השפעה משמעותית על תודעתם. עם זאת, האופן שבו התייחסו המרואיינים למשפט לא היה מונוליתי. יואיק וסילבי זיהו בדברי הנחקרים שלוש סכמות, כלומר, שלושה אופנים של התייחסות למשפט: "בפני המשפט" (before the law), "נגד המשפט" (against the law) ו"עם המשפט" (with the law).

העמדה "בפני המשפט" מייצגת מצב תודעתי של כפיפות לעולם ולמסד המשפטי, כאשר האדם חש שהוא מסור בידי עולם זה – בין כתובע, בין כנתבע, בין כקרבן עבירה ובין כנאשם פלילי. העמדה "נגד המשפט" מייצגת מצבים של מחאה נגד הכלל המשפטי, בין בניסיון לשנותו ובין בדרכים ישירות פחות. העמדה "עם המשפט" מאפיינת שימוש במשפט מעמדה של כוח לקידום האינטרסים של אדם או הצרכים שלו. חשוב לציין כי כל שלושת המצבים הללו עשויים להתקיים אצל אותו אדם ואפילו ביחס לאותו אירוע.

Hadar Aviram, *Make Love, Not Law: Perceptions of the Marriage Equality Struggle* 118  
*Among Polyamorous Activists*, 7 J. BISEXUALITY 219 (2007)

PATRICIA EWICK & SUSAN S. SILBEY, *THE COMMON PLACE OF LAW: STORIES FROM EVERYDAY* 119  
*LIFE* (1998)

מחקרן של יואיק וסילבי היה נקודת מפנה שחזקה את תחום התודעה המשפטית. חוקרים רבים פנו לחקור תודעה משפטית של תנועות חברתיות, ואחרים עסקו בהשוואת התודעה המשפטית של אנשים בתרבויות שונות.<sup>120</sup>

חוקרים אחרים הציעו סכמות נוספות על אלה שבמחקרן של יואיק וסילבי. אחד הכיוונים למחקר היה הטיעון כי עבור אנשים מסוימים החוויה היום-יומית אינה נושאת מטען משפטי. קיי לוי ווירג'יניה מלמה ראינו נשים שעסקו בזנות ברחובות מוכי סמים וביקשו לבחון עד כמה הן מנהלות את חייהן מתוך תודעה משפטית.<sup>121</sup> בעולם רווי פשע, אלימות, סמים ומעצרים ניתן היה לחשוב שנושאים משפטיים ושאלות משפטיות יהיו חלק מן החוויה של המרואיינות. עם זאת, מדברי המרואיינות למדו לוי ומלמה כי המשפט אינו תופס כל מקום באורח חייהן. יומן של הזונות הוא יום רווי סכנות, עוני ומאבקי הישרדות. כיוון שכך הן אינן פנויות – מבחינה פיזית או רגשית – לעסוק במשמעויות המשפטיות של החוויות הסובבות אותן. לוי ומלמה הגיעו למסקנה כי קיימים מצבים שבהם בני אדם משכבות חלשות לא יחוו את חייהם דרך הפריזמה המשפטית כלל.

עם זאת, חשוב לציין שעבור נחקרים עניים אחרים – כמו חסרי הבית שחקר סאראט – המשפט נמצא "בכל מקום", כדברי אחד המרואיינים.<sup>122</sup> סאראט ראיין את נחקריו, אנשים חסרי בית ומובטלים, בעת שהמתינו ליעוץ משפטי בבעיות שונות, ייעוץ שניתן להם ללא תשלום. ייתכן שזירת הריאיון היא שגרמה להם למודעות לחשיבותו של המשפט בחייהם; אך נראה היה דווקא כי הם מתייחסים אל המשפט באמצעות סכמה הדומה לסכמת "נגד המשפט" של יואיק וסילבי – יחסם אל המשפט ככלי המשמר את יחסי הכוח בחברה, שעליהם ללחום בו כדי לקבל את הסיוע שלו הם זקוקים, היה טכניקת מחאה והם שאבו ממנה כוח.

כמו במחקרן של לוי ומלמה, גם במחקר שלי, שבו בחנתי את התודעה המשפטית של סרבני השירות במילואים ביחס לחווית המאסר בכלא הצבאי, מצאתי כי קיימים מצבים שבהם החוויה האישית מנותקת מן המשמעות המשפטית שלה. בשונה מן המרואיינים של לוי ומלמה ושל סאראט, המרואיינים שלי היו מן המעמד הבינוני, בעלי משאבים אינטלקטואליים ואידאולוגיים ניכרים. החוויה שגרמה לסרבנים להגיע לכלא הצבאי מלכתחילה הייתה חוויה משפטית מובהקת – לא רק בשל הליך הדין המשמעותי עצמו, אלא בשל כך שהם נכלאו כיוון שסירבו לציית לחוק כאקט של מחאה ישירה נגד החוק; אף על פי כן, מרגע כניסתם לכלא הצבאי הגדירו הסרבנים לעצמם את החוויה כחוויה שאינה משפטית. הם ראו בשהות שלהם בכלא "משחק" של חוסר הגיון, כעין "מלכוד 22" ישראלי; חוויה אנתרופולוגית או סוציולוגית מיוחדת במינה שהפגישה אותם פנים אל

THE NEW CIVIL RIGHTS RESEARCH: A CONSTITUTIVE APPROACH (Benjamin Fleury-Steiner 120 & Laura Beth Nielsen eds., 2006) (להלן: THE NEW CIVIL RIGHTS RESEARCH).

Kay Levine & Virginia Mellema, *Strategizing the Street: How Law Matters in the 121 Lives of Women in the Street-Level Drug Economy*, 26 LAW & SOC. INQUIRY 169 (2001).

Austin Sarat, "...The Law is All over": Power, Resistance and the Legal Consciousness 122 of the Welfare Poor, 2 YALE J. L. & HUMAN. 343 (1990).



פנים עם אנשים, עם השקפות עולם ועם בעיות שלא נחשפו אליהן באופן בלתי אמצעי בחייהם מחוץ לכלא; וחוויה אנושית שאפשרה להם פסק זמן של התבוננות ושל העשרה בתוך חייהם העמוסים. המסקנה שלי מן המחקר הייתה שעבור אנשים מסוימים, האפשרות להיות "מחוץ לחוק" או, אם תרצו, "מעבר לחוויה המשפטית" או "מעל לחוק", היא דרך חשובה להתמודד עם מצבים מסוימים. בניגוד למרואיינות של לוי ומלמה, המרואיינים שלי לא התנתקו מן המשפט בליט ברירה – הם עשו זאת בהתנדבות, כטכניקה שאפשרה להם לעבור את ימי המאסר בדרך אחרת.<sup>123</sup>

אף שמחקרים על אודות תודעה משפטית אינם עוסקים בדרך כלל בהיררכיות ובמבני כוח, קשה להתעלם מכך שמידת התודעה המשפטית מושפעת משאלת מקומנו בסדר החברתי. החוויה שלנו כבני אדם – ובכלל זה התודעה המשפטית שלנו – מעוצבת על ידי סדרה ארוכה של גורמים חברתיים המקיפים אותנו. הדברים נכונים לא רק למקרים שבהם אין תודעה משפטית, בין בשל מיקום נמוך בסדר החברתי (כמו אצל המרואיינות של לוי ומלמה) ובין מבחירה (כמו אצל סרבני השירות). גם כשהתודעה שלנו אפופה במשפט, האופן שבו המשפט "משחק תפקיד" בחיינו מושפע מהשאלה כמה כוח יש לנו.

כשם שמשמעותו של המשפט משתנה בהתאם למיקום הסוציו-אקונומי של האנשים הבאים עמו במגע, היא משתנה גם בהתאם לזירה המרחבית שבה הוא מופעל. אחד ההיבטים החשובים ביותר בהפצת התודעה המשפטית אל מעבר לגבולותיהם של המוסדות המשפטיים היא התרבות הפופולרית. המשפט, ובמיוחד המשפט הפלילי, הוא נושא של אינספור ספרים, סרטים וסדרות טלוויזיה, המשפיעים מאוד על נוכחותו של המשפט בחיינו הפרטיים. מובן כי הכמות הגדולה של ייצוגים משפטיים בתרבות אינה מבטיחה ייצוג נאמן למציאות.<sup>124</sup> מחקרים המשווים את התכנים המוצגים בטלוויזיה להתרחשויות אמיתיות מעידים על ייצוגים בלתי מציאותיים של עבודת המשטרה מבחינת יעילות<sup>125</sup> ועל ייצוגים אופטימיים ובלתי אמינים של תקריות שחיתות משטרתית.<sup>126</sup> סיפורי הפשיעה המוצגים בסדרות הפופולריות נוטים להציג קרבות (ועבריינים) לבנים ובני המעמד הבינוני, ובכך מסיחים את תשומת הלב הציבורית משאלות של עוני ושל ריבוד חברתי.<sup>127</sup> הסדרות המשפטיות מתמקדות במשפטי הוכחות שהם, למעשה, מיעוט קטן מכלל התיקים הנדונים בבתי המשפט; ייצוגו של המשפט הוא סנסציוני ודרמטי, רצוף גילויים עובדתיים

Hadar Aviram, *When the Saints Go Marching In: Legal Consciousness and Prison Experiences of Conscientious Objectors to Military Service in Israel*, in THE NEW CIVIL RIGHTS RESEARCH, לעיל ה"ש 120, בעמ' 183.

Lawrence M. Friedman, *Law, Lawyers, and Popular Culture*, 98 YALE L. J. 1579, 1587 (1989).

Richard Sparks, *Inspector Morse: 'The Last Enemy' (Peter Buckman)*, in BRITISH TELEVISION DRAMA IN THE 1980s 86 (George. W. Brandt ed., 1993).

Joseph L. Gustafson, *A Descriptive Analysis of Police Corruption in Film*, 14 J. CRIM. JUST. & POPULAR CULTURE 161 (2007).

Sarah Britto, Tycy Hughes, Kurt Saltzman & Colin Stroh, *Does "Special" Mean Young, White and Female? Deconstructing the Meaning of "Special" in Law & Order: Special Victims Unit*, 14 J. CRIM. JUST. & POPULAR CULTURE 39 (2007).

מסעירים.<sup>128</sup> יש הטוענים כי למעשה, הסדרות הללו מפחיתות את החשש הציבורי מפני פשיעה בכך שהן ממקדות את תשומת הלב בתקריות חריגות ויוצאות דופן, הנפתרות בסוף כל פרק.<sup>129</sup>

התמקדות המחקר בשאלות של תרבות פופולרית מלמד על המקום הרב שתופס המשפט במרחב התרבותי שלנו; העיסוק וההתעניינות של הציבור בהליכים משפטיים ובשאלות משפטיות משתקף גם בעיסוק ובהתעניינות של החוקרים.<sup>130</sup> כולנו הופכים שותפים לשיח הציבורי בשאלות משפטיות; למשל, הדיון בעונש המוות קשור הדוק לייצוגים התרבותיים של עונש זה בקולנוע.<sup>131</sup>

הגם שזירות המשפט המוצגות בתרבות הפופולרית הן זירות מסורתיות (תחנת משטרה, בית משפט, משרד עורכי דין, בית סוהר), עצם נוכחותן בסלון הביתי הוא בבחינת פריצת הגבולות המרחביים של המשפט, והדבר מעיד על כך שניתן לחוות את המשפט גם בלי להימצא פיזית בזירה מסורתית.

הרושם המתקבל מתחומי המחקר הללו הוא שהשאלה עד כמה המשפט מצוי בעולם שמחוץ לתחום המוסדות המשפטיים תלויה מאוד בהגדרה שלנו ל"משפט". ככל שנגדיר את החוויה המשפטית כרחבה יותר, כך יתרחב "תחומו הטבעי" של המשפט אל מעבר ל"ממלכות המשפטיות" המוכרות לנו מהתפיסה הצרה של בית המשפט.

## 1. סיכום

המסקנה הראשונה שניתן להסיק מן הספרות המחקרית היא כי השאלה "האם המשפט חשוב?" אינה השאלה הנכונה. אמנם קריאה פשטנית של כמה מן הממצאים האמפיריים מטילה ספקות ביעילות המשפט בהשגת מטרתיו המוצהרות. אולם מסקנה זו נובעת מתפיסה צרה למדי של המשפט, המייחסת חשיבות רבה למטרות הישירות-ראשיות של רו על פני המטרות הישירות-משניות והמטרות העקיפות.

בסיכום הביניים עמדנו על הבעייתיות שבבחינת חשיבותו של המשפט במשקפי המטרות הראשיות בלבד. הרושם המתקבל מן העיון במחקרים הוא שהשפעתו הישירה של המשפט על תהליכים כגון הכוונת התנהגות באמצעות הרתעה ויישוב סכסוכים בבתי המשפט עצמם היא קטנה מכפי שניתן לצפות; המשפט אינו הגורם הבלעדי ואף לא הדומיננטי בהשגה ישירה של הרתעה, ומרבית הסכסוכים מיושבים מחוץ לאולמות בית המשפט. עם זאת, ראינו כיצד המשפט תומך, באופנים שונים, במערכות חברתיות המשיגות הכוונת התנהגות, וכיצד הוא מספק השראה לפרטים המתקשרים זה עם זה ופותרים את בעיותיהם מחוץ לתחומו הגאוגרפי-מוסדי, אך באמצעות תבניות המחשבה

David Ray Papke, *Conventional Wisdom: The Courtroom Trial in American Popular Culture*, 82 MARQ. L. REV. 471 (1999) 128

RICHARD SPARKS, TELEVISION AND THE DRAMA OF CRIME: MORAL TALES AND THE PLACE OF CRIME IN PUBLIC LIFE (1992) 129

.LAW IN THE DOMAINS OF CULTURE (Austin Sarat & Thomas R. Kearns eds., 1998) 130

AUSTIN SARAT, WHEN THE STATE KILLS: CAPITAL PUNISHMENT AND THE AMERICAN CONDITION (2001) 131

והכלים התרבותיים שהוא מספק. במובן זה השפעתו של המשפט היא עקיפה יותר ועמוקה יותר מכפי שהיא עשויה להיתפס.

תופעה דומה ניכרת גם באשר למטרות הישירות-משניות: המשפט אכן מייצר משפט נוסף, אך יותר מכך הוא מייצר אקלים שבו הסדרים מעין משפטיים הפועלים "בצללו" של המשפט מנהלים דרשיח מורכב עם תכניו של המשפט. באמצעות דרשיח זה המשפט נותן ומקבל תוקף ברוזמנית; ההסדרים החוץ-משפטיים מתקיימים מכוחו ובהשראתו, אך הם גם מזינים ומפרים אותו.

יותר משממצאים אלה מצביעים על חשיבותן היחסית של המטרות העקיפות לעומת המטרות הישירות, הם מצייגים את הבעייתיות הבסיסית שבהבחנתו של רו בין מטרות ישירות למטרות עקיפות; היות שהמטרות הישירות מוגשמות בדרכי עקיפין מורכבות קשה לדבר עליהן בנפרד מן המטרות העקיפות שבהן עסק פרק ה לעיל. זאת ועוד; כפי שחושפים המחקרים העוסקים במשפט כמקור לגיטימציה, להעצמה ולתודעה, המשפט אינו פועל בחלל ריק. תפקידו של המשפט קשור קשר הדוק לסדר החברתי, למבנה הפוליטי ולמבנה המעמדי של הזירה שבה הוא פועל.<sup>132</sup>

חוסר האפשרות לנתק את המשפט מן המציאות המקיפה אותו הוא סיבה טובה לכך שמשפטנים (כמו גם חוקרים מתחום מדעי החברה) צריכים להיות ערים ורגישים להקשרים שבהם הוא פועל. רגישות כזו מניבה שאלות מחקר מעניינות וממוקדות יותר. למשל, שילובן של המטרות הישירות והעקיפות מניע אותנו, כחוקרים, מן השאלה הנורמטיבית "האם תפקידו של המשפט להרתיע?" או מן השאלה האמפירית המעורפלת "האם המשפט מרתיע?" לשאלות כגון "את מי המשפט מרתיע?" "באילו תנאים המשפט מרתיע?" ו"כיצד משרת תפקידו ההרתיעי של המשפט את הסדר החברתי?" מתן תשובות אמפיריות לשאלות אלה מאפשר לא רק הבנה טובה ומבוססת יותר של מיקום המשפט ביקום הסוציו-פוליטי, אלא גם מתן ביקורת נורמטיבית על יחסי הגומלין בין המשפט לסדר החברתי, ביקורת העשויה להניב שינויים חיוביים.

חשוב להדגיש ממד נוסף של שאלת חשיבות המשפט, העשוי לתמוך אף הוא בעבודתם של משפטנים דוקטרינריים. כפי שראינו, הצלחתו של המשפט להגשים את המטרות העקיפות תלויה באופן שבו הוא נתפס לא פחות מאשר באופן שבו הוא פועל. כך, כאשר המשפט משמש כלי למתן לגיטימציה לסדר הסוציו-פוליטי, הוא פועל בשני אופנים ברוזמנית: פעולתו המשעתקת (ולעתים מחריפה) את מבני הכוח החברתיים מחוזקת בתדמית אוניברסלית המנותקת לכאורה משיקולים פוליטיים ומעמדיים, ומוצדקת על ידי תדמית זו. האמון שאותו אנו רוחשים למערכת המשפט הוא מרכיב מרכזי בהצלחתו של מהלך שכזה למתן לגיטימציה. כאשר המשפט תומך באינטרסים של אוכלוסיות חלשות, תדמיתו הסמלית כגורם מעצים ומשווה משפיעה, ככל הנראה, לא פחות מפעולתו למעשה (ובמצבים רבים אף יותר). לבסוף, המשפט המצוי בתודעתנו ככלי תרבותי להבנת המציאות עשוי להיות תוצר של השתקפותו בתרבות הפופולרית לא פחות משל חוויות ממשיות שחוינו במפגש עמו. האופן שבו נתפס המשפט בציבור נגזר, במידה רבה, מן ההכרות

132 לדיון מקיף בחוסר האפשרות לנתק את המשפט ממסגרות חברתיות אלה, ראו גד ברזילי "המלך אינו עירום – מדוע המשפט פוליטי" דין ודברים ד 55 (2008).

והכוונות הנורמטיביות המוצהרות המלוות אותו; משפטנים נורמטיביים העוסקים בערכים מוצהרים אלה עשויים להפיק תועלת רבה מאיתור הכרזות וכוונות אלה ומזיהוי השפעתן על הציבור.

נקודות המבט שהובאו בסקירה זו אינן בדרך כלל חלק אינטגרלי מהדיון הפנימי של משפטנים בנושא המשפט ותפקידיו השונים. תקוותי היא כי הסקירה תעודד משפטנים נורמטיביים ודוקטרינריים להתעניין בממצאים האמפיריים המעריכים את המידה שבה המשפט ממלא את מטרותיו. במקרים מסוימים, הדבר עשוי לגרום לנו לגלות מידה מסוימת של ענווה באשר לשאיפותיו של המשפט. במקרים אחרים, נצטרך לִצְפוֹת השפעות עקיפות, מפתיעות ומרחיקות לכת של המשפט על תחומים שונים, ולפיכך לגלות זהירות ומחשבה תחילה בעת קבלת החלטות משפטיות וקביעת כללים משפטיים. בכל המקרים מתבקשת תפיסה הוליסטית ומורכבת של המציאות החברתית, המתחייבת מן הדיון בתפקידים הרבים והמגוונים שממלא המשפט בחיינו.