

י'צא 2013



מחברות בחינה בכנסת והתורה הישנה
ד"ר זיאזר זנד

משפטים
וממשל
תשע"ג

עורכות (ועורך): שני ברוך, עדי כ"ץ, רותם סלמה, הגר פוסטובסקי
וינקי גוטהלף.

תורת המשפטים

- חלק ראשון – תקפותה ומקומה של תורת המשפט..... 61.1
- 1.1 מהי תורת המשפט? 6
- 1.2 גישות למשפט 6
- 1.3 מהו המשפט? 7
- 1.3.1 מבחן אנגלרד 7
- 1.3.2 שלושת הנחות היסוד של גנז לגבי מבנה המשפט 7
- 1.3.3 מערכתיות המשפט השמה בפסקי דין (לאור, ירדור, פרשת האימוץ) 11
- 1.3.4 המשפטן והלקסיקאי 14
- 1.4 מטרות המשפט ופרשנותו הבסיסית 14
- 1.4.1 האם הגדרה כללית נחוצה? 14
- 1.4.2 פרופ' יוסף רז 15
- 1.5 הפרשנות 17
- 1.5.1 הפרשנות עפ"י הונורה 17
- 1.5.2 פס"ד סיעת חדש והפרשנות התכליתית 19
- 1.5.3 המשפט והמשחק המושגי ע"פ גאלי 20
- 1.5.4 מבחן גאלי 20
- חלק שני – המשפט הטבעי 24
- 1.1 מה בין משפט טבעי לפוזיטיביזם משפטי? 25
- 1.2 משפט הטבע הגישה הקלאסית 26
- 1.2.1 מבחן אנגלרד 26
- 1.2.2 שאלת מקור המשפט 26
- 1.2.3 הקשר בין משפט למוסר 26
- 1.2.4 החוק העליון - המשפט הגבוה 27
- 1.2.5 הדיאלוגים והסדר הטבעי 27
- 1.2.6 תומאס אקווינס 27
- 1.3 משפט הטבע – העת החדשה 29
- 1.3.1 תומס הובס 29
- 1.3.2 ג'ון לוק 30
- 1.3.3 ז'אן ז'אק רוסו 30
- 1.3.4 הוגו גרציוס 30
- 1.3.5 הוגי האמנה החברתית ככלל 31

- 32..... חזק ונחמד - המשפט הטבעי המודרני
- 33..... 1. המשפט הטבעי המודרני - הקדמה
- 33..... 2. לון פולר- המוסר הפנימי של המשפט
- 35..... 2.1 ביקורת הארט על פולר
- 36..... 2.2 גרמניה הנאצית - הויכוח בין הארט לפולר
- 37..... 3. רדברוק - אחריות הפוזיטיביזם והפורמאליזם
- 37..... 4. ג'ון פיניס
- 38..... 4.1 שבעת הטובין של פיניס
- 38..... 4.2 התבונה הפקרטית על פי פיניס
- 39..... 4.3 הביקורת על פיניס
- 40..... 5. הביקורות על המשפט הטבעי
- 40..... 6. המשפט הטבעי בפסיקה הישראלית
- 40..... 6.1 פס"ד לאור
- 41..... 6.2 פס"ד ירדור
- 41..... 6.3 פס"ד פלוני נ' פלונית (פרשת האימוץ)
- 42..... 6.4 פס"ד הר-שפי נ' מדינת ישראל
- 43..... 7. זכויות טבעיות
- 43..... 7.1 ג'ון לוק - המסכת השניה על הממשל המדיני
- 44..... 7.2 זכויות טבעיות בפסיקה הישראלית
- 44..... 7.2.1 פס"ד בז'ראנו
- 44..... 7.2.2 פס"ד קאופמן
- 45..... 7.2.3 פס"ד גינאמת
- 45..... 7.2.4 פס"ד "שוחרי גיל"ת"
- 46..... 7.2.5 פס"ד קונטרם
- 46..... 7.2.6 פס"ד טבעול
- 47..... 8. רונאלד דוורקין
- 48..... 8.1 הארט מול דוורקין
- 50..... 8.2 המודל הקונסטרוקטיבי - הגישה השלישית
- 51..... 8.3 שיקול הדעת של השופט
- 52..... 8.4 תפקיד המחוקק ותפקיד השופט
- 53..... 8.5 כללים ראשוניים ומשניים
- 53..... 8.6 אי ודאות במשפט
- 54..... 8.7 ביקורות שהופנו כלפי דוורקין
- 54..... 8.7.1 המשפט כיושרה
- 55..... 8.7.2 ביקורתו של השופט ברק

- 55..... 8.8 דורקין בפסיקה הישראלית – הלכה למעשה
- 55..... 8.8.1 פס"ד שדולת הנשים
- 56..... 8.8.2 פס"ד לאורה מילוא
- 57..... 8.8.3 פס"ד נחמני
- 58..... 8.8.4 פס"ד יצחק לוי
- 58..... 8.8.5 פס"ד פלוני נ' פלונית (פרשת האימוץ)
- 59..... 8.8.6 פס"ד ירדור
- 59..... 8.9 דורקין – סיכום נקודות חשובות
- 61..... **זיק רינצ' - פוזיטיביזם**
- 62..... 1. הפוזיטיביזם המשפטי
- 62..... 1.1 רקע תקופתי
- 63..... 1.2 טקסטואליזם
- 63..... 1.3 ג'ון אוסטין – אבי הפוזיטיביזם
- 64..... 1.3.1 תאוריית הפקודה של אוסטין
- 65..... 1.3.2 בעיות בתאוריה של אוסטין
- 66..... 1.3.3 ביקורת על התאוריה של אוסטין
- 67..... 1.3.4 הביקורת של הארט על אוסטין
- 67..... 1.3.5 אוסטין בפסיקה – האם ניתן ליישמו?
- 68..... 2. האנס קלזן
- 68..... 2.1 מערכת המשפט על פי קלזן
- 70..... 2.2 הדומה והשונה בין אוסטין לקלזן
- 70..... 2.3 הנורמה הבסיסית
- 71..... 2.4 הביקורת על קלזן
- 71..... 2.5 קלזן בפסיקה
- 71..... 3. הרברט ליונל אדולפוס הארט
- 71..... 3.1 הקדמה וביקורת על אוסטין
- 72..... 3.2 מערכת משפט כמערכת של כללים חברתיים
- 72..... 3.2.1 כללים ראשוניים
- 72..... 3.2.2 כללים משניים
- 73..... 3.3 שני האספקטים של הכללים
- 74..... 3.4 כלל הזיהוי
- 753.5..... 3.5 הביקורת כלפי הארט
- 76..... 3.6 סיכום: הארט מול אוסטין

77..... חזקת חנינות – המשפט הטבעי והפוזיטיביזם בבית המשפט

78..... 1. פס"ד ירדור

79..... 2. פס"ד פלוני נ' פלונית – פרשת האימוץ

81..... 3. פס"ד לאו"ר

82..... 4. פס"ד הר-שפי

82..... 5. פס"ד סיעת חד"ש

83..... 6. ב' מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור"

98..... 7. ע' פרוש. "השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכל יכולה"

104..... חזקת חנינות – חרות, צדק וחובת הציות לחוק

105..... 1. ישעיהו ברלין – על החירות

105..... 1.1 חירות חיובית

105..... 1.2 חירות שלילית

107..... 1.3 מסקנתו של ברלין

107..... 2. חובת הציות לחוק

108..... 2.1 האבולוציה של התפיסה המודרנית

109..... 2.2 גישות שונות לציות לחוק

110..... 2.3 התאוריה של הארד

111..... 2.4 גישתו של גנז לציות לחוק

111..... 2.5 לסיכום; מסקנה סופית

112..... 2.6 תרשים סיכום ציות לחוק

112..... 2.7 הציות לחוק בפס"ד לאורה מילוא

112..... 3. סיכומי מאמרים חירות וציות לחוק

112..... 3.1 י' ברלין: שני מושגים לחירות

116..... 3.2 אפלטון, קריטון

117..... 3.3 ח' גנז "ביסוסי חובת הציות לחוק"

120..... חזקת חנינות – הריאליזם המשפטי והגישה הביקורתית למשפט (CLS)

120..... 1. הריאליזם המשפטי

120..... 1.1 רקע תקופתי

120..... 1.2 הנחות הבסיס של הריאליזם המשפטי

121..... 1.3 הוגים

121..... 2. השיטה הביקורתית למשפט CLS

- 123..... חזק וצנין - על זכויות ומשמעותן
- 123..... 1. המשוואה ההופלדיאנית
- 123..... 1.1 הביקורות על הופלד
- 123..... 2. ג'ון לוק וקניין כמקרה מבחן
- 125..... 2.1 הביקורות על לוק

1. תקפותה ומקומה של תורת המשפט 1.

1.1 מהי תורת המשפט? (JURIS=משפט, PRUDENS=מומחה)

החוק הוא כלי להסדרת כללים חברתיים, כלי שמאזן בין הרצוי (אוטופיה, סדר, צדק, עתיד טוב יותר) למצוי (מה שכתוב בספר החוקים). את תוקפו של החוק שואבים הן מעובדות חברתיות, כגון חוק שניתן ע"י בית מחוקקים לגיטימי שנבחר ע"י העם, והן ממקורת חוץ משפטיים – מוסר, עקרונות וכדומה. תורת המשפט מתחילה בבריאת העולם, יוון העתיקה, כשהדת הייתה חלק מהתפיסה המשפטית ושם החל השיח לגבי זכויות וחקיקה, ועד ימינו. תורת המשפט עוסקת בבחינת שאלות תיאורטיות המשפיעות על הפרקטיקה המשפטית. היא מגדירה מושגי יסוד (משפט, חוק, צדק וכדומה), בודקת מהו ה"טוב", מקשרת בין משפט כ"מדע" ומשפט כ"תיאוריה" כמונח חברתי רחב. תורת המשפט היא תורת המושגים וההסברים, החשיבה, האפשרויות והפרשנויות הבלתי מוגבלת. תורת המשפט היא תורת הפלורליזם.

שאלות מרכזיות שתורת המשפט מנסה לייצר תשובה עליהן: מהו טבעו ומהותו של המשפט? מה צריך להיות במערכת משפט נכונה?

1.2 גישות למשפט

ישנן שתי אסכולות מרכזיות בעולם תורת המשפט:

- הגישה האנליטית לתורת המשפט: **פוזיטיביזם**. הפוזיטיביזם המשפטי צמוד למה שקיים והוא נובע מהפורמליזם.
- הגישה הנורמטיבית לתורת המשפט: **נון-פוזיטיביזם**: בזרם זה נעסוק במשפט הטבעי.

הגישה הפוזיטיביסטית: אסכולה הגורסת כי התנאי לתקפות נורמה משפטית הינה כי היא מעוגנת בעובדה חברתית (עובדה חברתית - חקיקה, פסיקה), אין קשר בין משפט ומוסר. ולכן כלל לא משנה את שאלת המוסריות של נורמה לעניין תקיפותה. נורמה היא מה שנקבע ע"י המחוקק. המשפט הוא אגד של חוקים וכללים.

הגישה הנון-פוזיטיביסטית: עובדות חברתיות אינן מספקות, חוק ופסיקה לא מספיקים לי ועל כן נדרשת בחינה מעמיקה של התוכן. אי אפשר לנתק את המוסר מהמשפט. גישה זו טוענת כי הצבעה על קיומה של עובדה חברתית אינה מספיקה (ולדעת חלק מהזרמים הקיימים בה אף אינו הכרחי), אלא יש צורך במבחן תוכני / מהותי. כלומר קיימת זיקה בין נורמה משפטית למוסר. מתחלקת לשתי קבוצות עיקריות: משפט טבעי קלאסי (אקווינס) ונון-פוזיטיביזם מודרני (פולר, פיניס, דוורקין והארט). לטענתם, לא ניתן להפריד בין משפט למוסר. התקיפות נשענת על שיקולי המוסר, אידיאלים, ערכים ועוד. הנון-פוזיטיביסטים אומרים שיהיה דין שווה לכולם אך הבחינה צריכה להתבסס גם על אתיקה ומוסר. המשפט הוא לא רק אגד של חוקים וכללים.

1.3 מהו המשפט?

1.3.1 מבחן אנגלרד - מבדיל את החוק מחוקי הטבע (שלושה מונחים)

עפ"י השופט אנגלרד בעוד חוקי הטבע הם מראה למציאות הקיימת, חוקי המשפט מנסים ליצור מציאות רצויה, כלומר להשיג מציאות חברתית/ התנהגותית מסוימת שאליה אנו שואפים. ליצור מציאות חדשה ולהסדיר מציאות קיימת, בעיקר יחסים בין אנשים ויחסים בין אנשים למערכת.

(1) דרישה: מהות החוק אינו לתאר מציאות או להסבירה. החוק הוא דרישה המופנית כלפי בני אדם להתנהג בצורה מסוימת.

(2) שאיפה: דרישות אלו הן בבחינת שאיפה ליצור מציאות מסוימת – מציאות של התנהגות אנושית רצויה.

(3) צורך: מתוקף היות החוק דרישה הוא נובע מצורך של החברה כדי לקבוע מה צריך שיהיה – הרצוי לעומת המצוי.

1.3.2 שלושת הנחות היסוד של גנו לגבי המבנה של המשפט:

גנו, פרופסור לתורת המשפט, קובע שלוש הנחות יסוד למהי תורת המשפט.

❖ **הנחה ראשונה - המשפט הוא מוסד / מבנה חברתי**

המשפט הוא מוסד חברתי כמו הדת, המוסר, כללי הנימוס וכללי ההגיונות. המשותף לכולם הוא שהם מורכבים מאוסף של כללים המסדירים או מווסתים יחסים בתוך החברה, כלומר מנחים אותנו, פרספקטיבית, מה לעשות. (פרספקטיבי = מרשם להתנהגות רצויה, דיסקרפטבי = מצב תיאורי).

האם ניתן להפריד בין משפט לבין דת ומוסר?

הפרדה ביניהם היא בעייתית.

הדמיון:

- **השקה בתחום הציוויים** - קיימים ציוויים דתיים ומוסריים אשר חלחלו למשפט (למשל בפרשת האימוץ). התפתחויות היסטוריות גרמו לזליגה וערבוב של התחומים. לדוגמא, "לא תגנוב" שהינו ציווי דתי, מוסרי הקובע גם מבחינה משפטית.
- **מטרות זהות** - הארט: הסדרת התנהגות חברתית ופרטית על ידי כללים. קלון: גמול בעבור התנהגות ראויה וסנקציה בעבור התנהגות שאינה ראויה.

- **חפיפה ערכית מוגבלת - הדומה:** החיים כערך עליון. **השונה:** במשפט נלקחים מאדם חייו רק במקרים הקיצוניים והקשים ביותר, בעוד בדת נלקחים מאדם חייו עבור מגוון הרבה יותר נרחב של עבירות (חוקים לעומת ערכים אידיאולוגיים).

השוני:

- **אופי הסנקציה - הסנקציה בדת ובמוסר הינה סנקציה חברתית בניגוד לסנקציה במשפט.**
- **שיוך / אבחנה בהתאם למקור - מקור המשפט הוא אנושי (אמיתות מוגבלות). מקור המוסר והדת הוא על-אנושי (מקור נורמטיבי עליון אמיתות אוניברסאליות).**
- **סוגי הערכים (שוני בין משפט לדת) -** במשפט, זכויות וחובות באים לידי ביטוי דרך כללים ועקרונות (חוקים) ואילו במוסר ובדת זה בא לידי ביטוי, דרך ערכים ואידיאלים גבוהים (לדוגמא: צדקה).

❖ הנחה שנייה – המשפט מורכב מנורמות משפטיות

חומרי הגלם של מערכת המשפט; פרספקטיביות נ' דסקריפטיביות. האם אני נצמד במשפט לחומרים פרספקטיביים נ' דסקריפטיביים. (נקודת מבט אל מול התיאור).

נורמה: מלטינית ומשמעותה מידה, הוראה או כלל התנהגות; נורמה היא עיקרון עליו יש קונצנזוס. היא דרך התנהגות מסוימת פורמאלית או לא, והיא אינה בהכרח חוק משפטי. על כן, יכולה להיות קשורה למוסר. הסכמה על נורמה חשובה כי היא מעניקה בסיס איתן להמשך קיומה של המערכת ושומרת על הסדר החברתי.

נורמה היא כלל התנהגות מחייב ותוקפה נובע ומתבסס על מערכת של נורמות תומכות. לא כוחה העצמי של מציאות הוא שנותן להוראה מסוימת את תוקפה הנורמטיבי, כלומר כאשר אנו באים להעריך האם פעולה מסוימת היא נורמטיבית או לא, אנו חורגים מעבר למציאות הפיזית. ולכן ההכרעה צריכה להתבסס על מערכת נורמטיבית שלמה.

נורמה מורכבת משני מרכיבים מרכזיים:

1. **רכיב הכלליות:** תחולה: התחולה של נורמה היא רחבה מאוד, אך יש נורמות שהן לא כלליות. ההבחנה היא בתחולה ובסוג של הנורמה. כדי שנורמה תהיה כללית היא צריכה לחול על כל הנתונים וצריכה להיות "חזירית". חוקי מדינה יכולים לחול על קבוצה כללית באוכלוסייה, אך נורמות משפטיות יכולות גם להיות פרטיקולאריות (לדוגמא: צו בית משפט).
2. **ביקורתו של פרופ' גנז:** נורמה היא כללית מבחינת סוג הפעולה כל עוד היא מתירה פעולה חוזרת ונשנית או אוסרת עליה (בחירה לממשלה), בניגוד לפעולה חד פעמית (גיוס).
2. **הרכיב הדאוניטי:** מקור המילה מהמילה היוונית "דאון" ומשמעותה חובה. הרכיב הדאוניטי הוא השימוש או השתילה של המונחים: מותר, זכאי, אסור וכדומה. זהו

המרכיב של החוק המסביר מה מוטל עלינו לעשות בגינו, בלעדיו החוק לא יהיה חוק, מכיוון שלא נידע מה לעשות איתו. הרכיב הדיאונוטי מכווין אותנו להתנהגות רצויה והוא חייב להתקיים בכל מצב בו קיימת נורמה.

מה ההבדל בין נורמה, כלל או עקרון?

נורמות מסדירות התנהגות והן מתחלקות לכללים, המכתיבים תוצאות משפטיות. הנורמות בעלות רמת ספציפיות גבוהה (למשל, לעצור באדום). עקרונות, אינם מכתיבים תוצאות משפטיות. הם כלליים יותר (למשל, חופש הדיבור). ההבדל בין כללים לעקרונות הוא ברמת הספציפיות של הנורמה.

אז מה קודם למה? הפוזיטיביסטים יגידו שהמקור לכך זה המשפט. הנון-פוזיטיביסטים יגידו שהמקור זה המוסר. כלומר, אין תשובה מוחלטת למה קדם למה.

בעולם הנורמות קיים מדרג נורמטיבי. תמיד תהייה נורמה עליונה ונורמה תחתונה אבל תמיד צריך שיהיה מה שיסגור את המערכת. לכל גישה "פקק" אחר.

נורמה יכולה להתקיים רק במסגרת של מערכת הבנויה בצורה היררכית. כלומר, מערכת שהיא בעלת מבנה מדורג. כדי שמערכת תוכל להתקיים היא חייבת להיות ראויה וחוקית.

המשפט מורכב מנורמות משפטיות

חוק משפטי ≠ חוק טבעי – מערכת של נורמות פרסקרפטיביות, מכיוון התנהגות ומתאר מציאות רצויה, מנגד חוקי הטבע הם חוקים דסקרפטיביים המתארים את המציאות (לדוגמא: חוקי המתמטיקה והפיזיקה). מוטיב הכלליות הוא המבדיל בין החוקים, חוק טבע שגוי, במידה ומישהו עובר עליו, אזי החוק אינו תואם למציאות ולכן עליו להשתנות. מנגד חוק משפטי הוא נורמה חברתית המתארת מציאות רצויה, במידה ומישהו עובר על חוק משפטי החוק ממשיך להתקיים ועל הפרט אשר עבר עליו להשתנות.

קיומו של מדרג נורמטיבי במשפט ע"פ קלזן

ככל שהנורמה גבוהה יותר כך היא יותר כללית ומופשטת. התהוותה של נורמה בכל שלב היא החלה של הנורמה הגבוהה יותר. החלה של נורמה היא הגשמתה, הליך זה אפוא הוא גם יצירתה של נורמה נמוכה יותר. "נורמה יכולה להתקיים רק במסגרת של מערכת שלמה של נורמות הבנויה בצורה היררכית". בראש המדרג הנורמטיבי עומדת נורמת הבסיס והיא היסוד המאחד של המערכת.

פרשנות אנגלרד

עיקרון סטטי: המערכת נשענת על נורמה בסיסית סטטית, למשל באנגליה המלכה היא ראש המדינה כל עוד לא ביטלו את המלוכה; פרשנות מוגבלת, מרחב הפרשנות של הנורמה הבסיסית כמעט ולא קיים.

עיקרון דינאמי: רשות למוסד לקבוע נורמות וסמכות ההכרעה. כאשר הרשות מפרשות יוצרות נורמות ואף מכריעות בסכסוכים בין נורמות.

על השופט להסתמך קודם על העיקרון הסטטי ורק לאחר מכן על העיקרון הדינאמי.
המדרג הנורמטיבי (תלות נורמטיבית): הקשר הנורמטיבי אומר שהוראות משפטיות לא יכולות לעמוד לבד משום שהן חלק ממערכת משפטית, המערכתיות היא שיוצרת את האפקטיביות של המשפט.

היציבות של המדרג הנורמטיבי תלויה בקיומה של תלות נורמטיבית **הבנויה משני תתי סעיפים:**
✓ **הקשר הנורמטיבי** – נורמה משפטית צריכה להיות קשורה למשפחה של נורמות משפטיות / חברתיות. השייכות למשפחה של נורמות היא חיונית. (תלות שמגשימה פעולות של המדינה)

✓ **קשרי משמעות** – בתוך החקיקה עצמה, התוך מערכתיות הנורמטיבית של המשפט. (יוצרים את המשמעות בין הנורמות). צריכה להיות תמיכה בתוך המערכת.

תלות נורמטיבית + קשרי משמעות = תקפות ויעילות.

השילוב של תלות נורמטיבית וקשרי משמעות יוצרים תקפות של נורמות משפטיות, לזה קורא רז מערכות נורמטיביות של תקפות משותפת. התקפות מתבססת על שיתוף פעולה בין הנורמות המרכיבות את המערכת. התקפות המשותפת היא בכך שהנורמות שייכות למערכת אחת ומשתלבות אחת בשנייה.

לסיכום **לפי אנגלרד** נורמה יכולה להתקיים רק במסגרת שלמה של נורמות, הבנויות בצורה היררכית, בעלת מבנה מדורג.
הנורמות המשפטיות נחלקות לחובות, המחייבות אותנו לפעול בהתאם. ולכוחות וזכויות, הנותנות לך אפשרות לפעול בהתאם.

❖ הנחה שלישית: המשפט ניתן לזיהוי באמצעות קריטריונים מוסכמים

מתי אני יודע שנורמה מסוימת היא נורמה משפטית? הנחת המוצא היא שהמשפט ניתן לזיהוי.
ישנם שני קריטריונים לזיהוי:

- **קריטריון פנימי: קריטריונים פרוצדוראליים.** מוודא כי הנורמה המשפטית (החוק) התקבל בהתאם לפרוצדורה הנדרשת (התקבל בבית המחוקקים, פורסם, וכו').
- **קריטריון חיצוני: קריטריונים העוסקים בתוכן ובמהות.** השאלה הנשאלת היא האם נורמה משפטית עומדת בתנאים ערכיים בסיסיים. מלבד זה שהנורמה צריכה להתקבל בדרך הפורמלית עליה להיות מוצדקת מבחינה חברתית.

במציאות הפרדה בין הקריטריונים לא יכולה להתבצע.

בראשית תהליך החקיקה (הקריטריון הפנימי) יוצאים מנקודת ההנחה כי הקריטריון החיצוני (התוכן והמהות) **כבר מתקיים**. על כן, **קיים שילוב של "פנימי" ו-"חיצוני"**.

1.3.3 מערכתיות המשפט – מקרי מבחן (השמה בפסקי דין)

▪ **בג"צ 172/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת - הויכוח בישראל**

בפרש לאור השופט ברק אומר שיש למתן את הקונפליקט בין דמוקרטיה לזכויות אדם. צריך לרסן חוקים שאינם עולים בקנה אחד עם המשטר הדמוקרטי. לטענתו, ניתן לעשות זאת ע"י חוקים או ע"י שופטים.

מכאן נגזרת השאלה האם השופט הוא זה שעושה את האיזון? באילו כלים השופט יכול להשתמש, מהם חומרי הגלם בתהליך הפרשני שלו?

משפט ריגס - בשנות ה-60 היה בארהב מקרה בו נכד רצח את סבו על מנת לקבלת את ירושתו. הנכד נמצא אשם והורשע. במקביל, בחוק לא הייתה הסדרה מה עושים היות והנכד, הרוצח, היה היורש היחיד על פי הצוואה. חוק הטבע האמריקאי אמר שהמאבל לא יצא כשכרו בידו – הרצחת וגם ירשת? הגישה הנונפוויזיביסטיית לא הסכימה להתבסס רק על החוק.

דברי ברק: "האם ניתן לפסול חוקים? באופן עקרוני-תורתי קיימת האפשרות שבית המשפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה. גם אם עקרונות אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משוריין אין כל דבר אקסיומטי בגישה, כי חוק אינו נפסל בשל תוכנו. בפסילת חוק על ידי בית המשפט בשל פגיעתו הקשה בעקרונות יסוד אין משום פגיעה בעקרון ריבונות המחוקק, שכן הריבונות היא לעולם מוגבלת. אין בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, שכן עקרון זה בנוי על איזונים וריסונים, המגבילים כל אחת מהרשויות. אין בכך פגיעה בדמוקרטיה, שכן דמוקרטיה היא איזון עדין בין שלטון הרוב לזכויות האדם ועקרונות יסוד, ובאיזון זה, שמירה על זכויות האדם ועקרונות יסוד, אינה יכולה להיתפס, כשלעצמה, כעניין בלתי דמוקרטי. אין בכך פגיעה בשפיטה, שכן מתפקידה של זו לשמור על שלטון החוק, לרבות שלטון החוק במחוקק"

▪ **ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**

עובדות המקרה – מפלגת הסוציאליסטים נדחים מהגשת מועמדותם עקב דעותיהם הפוליטיות, דבר אשר מנוגד לחוקיה של מדינת ישראל.

הרכב השופטים

חיים כהן – דעת מיעוט, שופט פוזיטיביסטי שאומר כי יש להיצמד לחוק (הוא אפילו מבקש מהמשפטים להתערב מרוב שהוא מיואש). כהן אומר שלא ניתן במדינה שיש בה חוק לשלול זכויות אלא ע"י חוק בלבד. החוק הוא הקריטריון לזיהוי נורמה כנורמה משפטית. הוא מלגלג למושג משפט הטבע. כהן הוא דוגמה קיצונית להתנהלות של הפוזיטיביסטים.

אגרנט – שופט נון פוזיטיביסט שאומר שהחוק היבש אינו מספיק, צריך להסתכל על המוסר.

זוסמן - אומר שמדינת ישראל לא יכולה לאפשר לאנשים כאלו ביטוי בהנהגת הארץ. הוא משתמש במשפט הטבע. גם הוא נון פוזיטיביסטי. "הניסיון של החיים מחייב לא לחזור על אותה שגיאה שהיינו עדים לה קרי – השואה.

ערעור השלטון היהודי במדינה הוא פגיעה בנורמת הבסיס של מדינת ישראל וחתימה מסוג זה תחת המהות היהודית של המדינה היא פגיעה בביטחון המדינה. יש להתחשב בעובדה שהמדינה עוד הייתה בחיתוליה בזמן מתן פסק הדין.

פס"ד ירדור מסביר את ההבדל בין **הפוזיטיביזם** (דעת המיעוט של השופט כהן) - למה אי אפשר לבטל חוק או לאזן בין הדמוקרטיה לבין זכויות אדם אלא ע"י חוק? בגלל שהחוק הוא הרכיב הוא המוסד/הקריטריון לזיהוי נורמה כנורמה משפטית.

לבין הנונן-פוזיטיביזם (דעת הרוב של השופטים זוסמן ואגרנט) - זוסמן: כדרך שאדם אינו חייב להסכים שיהרגוהו, כך גם מדינה אינה חייבת להסכים שיחסלוה וימחקוה מן המפה". פונה "לדין טבעי".

▪ **ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית (פרשת האימוץ)**

עובדות המקרה - למערער ולאשתו, הנשואים שנים רבות, לא נולדו ילדים. המערער החליט לפתות את בת השכנים (נערה קטינה בת חמש-עשרה) לקיים עימו יחסי מין. כאשר סיפרה למערער על הריונה, הוא לא העמיד אותה על האפשרות להפסיק את ההיריון והרגיע אותה **בהבטחות סותרות**. לאחר לידת הבן, חתמה הנערה על כתב הסכמה לאימוץ. המערער ביקש למסור לידיו את הילד. הנערה הודיעה שהיא מתנגדת בכל תוקף שהמערער ואשתו יקבלו את הילד. בית המשפט המחוזי הכריז על הילד **בר-אימוץ**.

השופטים הגיעו לתוצאה אחת והיא **דחיית הערעור** וקביעה כי **הילד הינו בר אימוץ**.

סעיף 13(7) הכרזה על ילד בר-אימוץ אם אין הורה מסוגל לדאוג לילדו בכל אחד משני המובנים: **המובן המטריאלי** - לכלכל, לפרנס ולדאוג לצרכיו החומריים של הילד; **והמובן הרוחני** - להעניק לילד יחס של חיבה ואהבה שלא יסולא בכסף, ולספק את צרכיו הנפשיים והרגשיים.

השאלה המשפטית - יש לבחון את סוגיית היות הילד "בר אימוץ" בשני שלבים:

א. האם האב נעדר "**מסוגלות הורית**" לגדל את בנו כפי שדורש ס' אימוץ 13(7)?

ב. אם כן, האם ראוי להכריז על הקטין כ"**בר אימוץ**"?

צדדי המקרה:

▪ **השופט לוין** - מזכיר את **מקרה ירדור** ואת קיומם של **כללים "על-חוקתיים"**, כללים אוניברסאליים - "**שלא יצא חוטא נשכר**". משלים את הטקסט באמצעות כללים חיצוניים.

▪ **השופטת דורנר** - "אין אדם נהנה מפרי מעשה אסור שעשה".

▪ **זמיר** - דרך הפרשנות.

▪ **בדן** - דן בכוונת המחוקק.

▪ **חשין** - עושה אבחנה בין משפט הטבע לפוזיטיביזם אגרסיבי (פורמליסטיקאניס). מדבר על עקרונות המוסר, האינסטינקט של האדם, דרך הפרשנות ודרך החוסר. מסקנתו היא שיש כללים מרחפים בעולם כגון "**הרצחת וגם ירשת**" (ציווי מוסרי שהפך למשפטי).

מאחד בין המשפט למוסר כי זה הוא החוק הטבעי. "חסר סמוי" – המחוקק או ההלכה הפסוקה השאירו מקום לפרשנות במקרים הבאים משום שלא יכלו להחליט באותו עניין. יש שופטים שיוצרים חסר סמוי כאשר פירוש החוק אינו נראה להם לפי כללי הצדק הטבעי. חסר גלוי: לקונה בחוק. חסר סמוי: לקונה שהשופט יוצר כדי להחיל כללי צדק טבעי.

▪ מקרה אליס מילר

במקרה של אליס מילר ישנו את עיקרון השיוויון, עיקרון על חוקתי אשר הגיע מחוק הטבע – שוויון נולדים איתו והוא מוענק לנו מעצם היותנו בני אדם. במקרה מילר ישנה מחלוקת בין ערך ביטחון המדינה לערך השיוויון. עקרון השוויון מגיע מתוך חוקי הטבע. במקרה זה חוק השוויון בין המינים.

▪ וועדת וינוגרד - פומביות הדיון

עובדות המקרה - זהבה גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון- ביקשה פתיחת דיוניה הסגורים בטענה לזכות הציבור לדעת, חובת הגילוי החלה על רשות ציבורית, פומביות הדיון וחשיבותו להליך הדמוקרטי.

טענת המדינה - פומביות הדיון וזכות הציבור הם נורמה עליונה, אולם "נורמה זו אינה מוחלטת ויש לאזנה עם אינטרסים מתחרים - ביטחון המדינה". השאלה הייתה איזון בין שתי נורמות השייכות לאותה מערכת נורמטיבית תקפה. גם ביטחון המדינה כנורמה וגם פומביות הדיון.

הבעיה – איזון בין הנורמות. מבלי ביטחון המדינה אין אפשרות לקיום המדינה ואז אין פומביות הדיון. אבל אם אין את פומביות הדיון אנחנו מגבילים את החופש במשטר דמוקרטי. זוהי המחלוקת.

השופטת פורציה אומרת שחייב להיות "מעמד על" לעיקרון פומביות הדיון אם לא, אין ערך לדמוקרטיה. מנגד, היא מנסה לעשות איזון והיא אומרת שעיקרון זה אינו מוחלט.

מהו המשפט ולאן מכאן

תורת המשפט מתחלקת לשתי אסכולות: פוזיטיביזם ונון-פוזיטיביזם (שמתחלק למשפט טבעי ומשפט ומוסר) שתי האסכולות מגדירות את מרחב התשובה לשאלה: מהו המשפט ומהו החוק? האסכולות שייכות למערכת המשפט הנורמטיבית שבתוכה קיים המדרג הנורמטיבי. מעל המדרג יש את הנורמה הבסיסית: הנורמה הבסיסית, היא פיקציה. עד עכשיו הנורמה הבסיסית יכלה להיות ציות לחוקה ולחוקים. אי אפשר להתווכח על זה. מתוך הנורמה הבסיסית נגזרות נורמות אחרות (חוקה, חוקים ועוד). הנורמה הבסיסית הינה אבסטרקטית. נורמה בסיסית יכולה להשתנות, בעיקר, בחילופי משטר. כולם מסכימים שהמשפט מווסת ויסדיר התנהגות רצויה. המשפט הוא מוסד חברתי העוסק בפרשנות, ובתפקיד השופט כפרשן. חשיבות התיאוריה להתפתחות ומערכתיות המשפט:

- השימוש בגישות השונות למשפט חושף את החשיבות ונשען על תורת המשפט.
- תורת המשפט היא כלי לפרשנות משפטית.
- חומרי הגלם הם: הגדרות, מילים, מונחים, פרשנות.

1.3.4 המשפטן והלקסיקאי

כדי שתשיג את מטרתה, ההגדרה המשפטית צריכה להיות חד משמעית. עיקר תפקידה הוא להסיר ספקות אפשריים בדבר משמעותו של המונח המוגדר בהקשר המיוחד שלשמו הוגדר. ואילו במילון אותו מונח עצמו מוגדר בכל המשמעויות השונות האפשריות שבהן הוא מצוי כיום או היה מצוי בעבר. הגדרות הלקסיקאי אינן מחייבות איש, אלא שהן משקפות את השימוש המצוי, או שהיה מצוי, במונח הנדון... לפי **השופט כהן**, השופט הוא "מסיג גבול" לתחומם של הלקסיקאים כאשר הוא פונה למקורות חוץ משפטיים והגדרות דסקריפטיביות. **תורת המשפט זו פרשנות של מילים, לכל אדם יש ראייה שונה.**

משפטן טבעי ומשפטן פוזיטיביסט לא יגדירו את המשפט בצורה זהה, אבל שניהם יתחילו מאיזשהו בסיס פוזיטיביסטי.

רז (1994) *Ethics in the Public Domain* ופרימן (2001) *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*. שניהם באים להראות שאם חוקיות היא אידיאולוגיה אז מבחינת רז – צריך להסתכל על התיאוריה המשפטית כאותו כלי המסביר סמכות, לעומתו פרימן אומר שזה לא רק סמכות. על אף ששניהם רואים את תורת המשפט כאידיאולוגיה, השימוש מבחינת רז הוא שימוש על מנת לחזק את מקור הסמכות (החוק) ולא לחזק את האידיאולוגיה החוץ משפטית. רז רואה עיסוק בתורת המשפט כמקור לעיגון הסמכות המשפטית (של הדין הפוזיטיבי) היצמדות לחוק היבש, אצל פרימן תורת המשפט שונה מאדם לאדם והיא מסייעת לנו להבין את המשפט. **פרימן מסכים עם רז כי אידיאולוגיה היא חלק מהמשפט ורוצה לצרף שיקולים חוץ משפטיים.**

1.4 מטרות המשפט ופרשנותו הבסיסית

1.4.1 האם ההגדרה הכללית נחוצה?

- כיצד ניתן להגדיר מסגרת משפטית?
- האם יש הגדרה אוניברסאלית של מסגרת המוסד החברתי "המשפט"?
- פונקציות המערכת.

למרות ניסיונות רבים להגדיר את המשפט, נאמר רבות על כך שאין הגדרה חד משמעית. **מכל גישה ניתן להסכים כי המשפט הוא מוסד חברתי המווסת ומסדיר התנהגות רצויה.** מה שחסר על מנת שנוכל להבין את מטרות המשפט ולהסדיר את הסכסוכים (פוטנציאליים או קיימים) בחברה, זה קלסיפיקציה, מיון של מטרות המשפט. אצל **יוסף רז** היא אותה מסגרת של פונקציות של מטרות שמערכת המשפט אמורה לפעול על פיהן. כשנסכים על מסגרת אחידה נוכל להתמודד עם שאלות מטאפיזיות, מוסריות והבסיס המשותף יאפשר דיאלוג פורה. הוא אומר שיש להסכים על העובדה שיש גישות שונות למשפט. כולם מנסים להגדיר מהו המשפט ולעולם לא נוכל להגדיר אותו בצורה חד משמעית. לא את המשפט ולא את החוק. נוכל להסכים על הגדרה כללית. אבל "אל לתומכי מערכות המשפט לוותר על הניסיונות להגדרה" "ניתן לקרב עולם לא רציונאלי לעולם רציונאלי" (טורמן). פילוסוף נוסף אומר שאין הגדרה אחת, **לזלי גרין**, אומר המשפט עצמו זו בהתאם לתהליכים שקורים בשיטות המשפט השונות ובמדינות שונות. לכן תורת המשפט שונה במדינות שונות. על מנת שנוכל לחשוב על תיאוריה רחבה עלינו להבין שמדובר על מושג כללי ביותר. **ההגדרה הרחבה של המושג "המשפט" תאפשר לייצר תפיסות שונות וטובות יותר במשך הזמן.**

1.4.2 פרופ' יוסף רז (Function of the Law)

רז נחשב לאחד הפוזיטיביסטים החזקים ביותר. יש אנשים הרואים אותו כקיצוני בצורה מוגזמת.

טענה – מטרות המשפט הן חשובות אך לא קיבלו את תשומת הלב הראייה. כולם מסכימים שהמשפט מווסת ומסדיר התנהגות רצויה.

האם יש תשובה אחת נכונה לשאלה "מהו משפט?"

רז מכווין לשאלה זו ע"י חלוקה לשלוש מטרות חשובות. תשובתו נתקלת במחסומים עקב התפיסות השונות של המשפט. רז אומר שצריך להסכים על העקרונות הבסיסיים- על הפונקציה. מכאן הוא מחלק את המטרות והפונקציות לישירות ועקיפות (גם בתוכן מחולק למשניות וראשיות).

קלסיפיקציה – מיון של מטרות המשפט. רז מחלק את המטרות של המשפט למטרות חברתיות, ישירות ועקיפות.

1. מטרות ראשיות

מטרות ראשיות אלו נחלקות לארבע מטרות משנה:

- **מניעת התנהגות שאינה רצויה.** הפונקציה הראשית הישירה הראשונה של המשפט היא אלמנטרית והיא מניעת התנהגות שאינה רצויה ע"י עידוד הרצויה. מטרה זו הינה הבסיסית והאלמנטארית ביותר. הדין הפלילי ודיני נזיקין, פעולה אישית נגד התנהגות לא רצויה ע"מ לאפשר התנהגות רצויה (הגנה עצמית). מדובר גם על חברה שיש בה התנהלויות בין פרטים, יחסי מסחר יחסים אישיים.
 - **אספקת אמצעים להסדרת היחסים בין הפרטים.** המשפט הפרטי וחלקים מהדין הפלילי (חוזים, קניין פרטי, חברות, בנקאות). Free-will- יחידים יוצרים מערכות יחסים לשם השגת מטרה. האמצעים: החקיקה מאפשרת הסדרת יחסי כוחות (חובות וזכויות) בין אנשים. לעיתים מדובר בחופש הבחירה של הצדדים (דיני חוזים- החופש לבחור את מסגרת ההתחייבות). מבחינת היחסים בין פרטים יש הבחנה בין 2 עקרונות יסוד. בתוך עולם הקניין יש זכויות כלפי כל העולם, ובניגוד לזכויות אלה יש גם זכויות אישיות.
 - **אספקת שירותים וחלוקת משאבים (חלוקת עוגה).** המדינה צריכה לשרת את האזרח והחוק צריך לחלק את המשאבים בצורה מספקת. המדינה מספקת הגנה לאזרחים מתקיפות אויב, חינוך, תחבורה, מערכת בריאות, מערכת גבייה ופיזור מיסים. האם קיים יחס ישר בין אספקת שירותים וחלוקת משאבים? האם ניתן להפריד בין השניים? כשהוא מדבר על חלוקת משאבים הוא מדבר על פיזור העוגה התקציבית או חלוקת נטל המס או השימוש במיסים שנגבו.
 - **יישוב סכסוכים שאינם מוסדרים.** החוק אינו מסדיר את כל הסיכסוכים ולכן בית המשפט צריך להסדיר אותם. (הפרשנות בתוך החוק, בתוך הפוזיטיביזם צריכה להסדיר את הסיכסוכים). דוגמאות לכך הם חוקי בתי המשפט וחקיקה פרוצדוראלית, חקיקה המסדירה פעילות של מוסדות בעלי סמכות שפיטה.
- ממלא פונק' ישירה-ראשית בעצם הקביעה איך להסדיר מחלוקות שהחוק לא נותן להן מענה. ממלא פונ' ישירה-משנית- קובעים מהם ההליכים הפרוצדוראליים במחלוקות שהחוק מסדיר. החוק ברור ואינו יכול להשתנות ע"י המוסד- מרחב תמרון מוגבל. מערכת

שלא תאפשר הסדרה ראויה של סכסוכים שלא מוסדרים עלולה לקרוס באותם אזורים.
כולל התנגשות בין חוקים ובין נורמות.
אלו הן ארבע פונקציות ראשיות החייבות להתקיים בכל מערכת משפט.

2. מטרות משניות

מטרות משניות אלו מסדירות את התנהלות מערכת המשפט.

- **הליכים לשינוי המשפט** – המשפט מסדיר את פעילותו שלו ע"י הקמת מוסדות והליכים פרוצדוראליים לשינוי החוק. לדוגמא, בתי נבחרים, חקיקה מנהלית.
- **הסדרת פעילות של מוסדות המיישמים את החוק** – המשפט מסדיר את היישום שלו עצמו ע"י קביעת מסגרת פעולה של מוסדות שיפוטיים, משטרה ומערכת בתי הסוהר, הקצאת משאבים פיננסיים.

3. מטרות חברתיות עקיפות

מערכת המשפט והחוק מסייעת לנו כאזרחים להבין את התפקיד שלנו, היא נותנת לנו לחוש שאנחנו חלק מהתהליך.

מטרות אלו הן תמורות חברתיות שאינן משפטיות ואינן מהוות חלק מהחוק עצמו. לדוגמא: מערכת החוק והמשפט מסייעת לאמון הציבור במערכת המשפט, השתתפות בניהול המדינה ע"י בחירות, חקיקה המעניקה זכויות מיוחדות וכך יוצרת אמון במערכת. למשל הצבעה לממשלה, הקלות לאוכלוסיות מסוימות. זוהי פונקציה עקיפה שנוצרת מתוך הפונקציה הישירה.

רז נותן 3 דוגמאות למערכות נורמטיביות:

- **מערכת נורמטיבית א'**

ממלאת אחר שלושת הפונקציות הראשונות.
מערכת פרוצדוראלית לשינוי הנורמות.
ללא מנגנון ליישוב סכסוכים (תמיד יהיו סכסוכים שהחוק לא מסדיר).

- **מערכת נורמטיבית ב':**

דומה למערכת נורמטיבית א'.
מנגנון סמכותי שמווסת סכסוכים.
מרחב הסמכות של המנגנון הוא לשאלות עובדתיות ויישום ישיר של הנורמות הקיימות.
אין מענה לכלל הסכסוכים.

- **מערכת נורמטיבית ג':**

מערכת מאוד שונה.
אינה ממלאת אחר 3 המטרות הראשיות.
בעלת מנגנון מפותח ליישוב סכסוכים (אף נורמה המחייבת הבאת סכסוכים למנגנון).
החלטות לפי ראות עיניי המנגנון, כר נרחב לפתרון סכסוכים.

מערכות משפט מערביות (לדוגמא: ישראל) משלבות בעיקר בין מערכת ב' למערכת ג'. כדי שהאמנה החברתית תוכל להתקיים שלא כמו במצב הטבעי (אנרכיה) אנו צריכים גם מוסדות ליישוב סכסוכים. מה שהיה במצב הטבעי לפני שהתאגדנו הוא מצב של כאוס. המוסר האובייקטיבי הוא זה ששלט ביחסים בין אנשים.

התמורות ממיון המטרות ע"י רז:

1. ארגון המטרות
 2. הבחנה בין מטרות נורמטיביות לחברתיות
- התמורות הן הבסיס להבנת מהות מערכות המשפט השונות ומה שמשותף להן. הוא אומר שמה שעשיתי לא פתר את הבעיות. אם אתה חושף את בעיות מערכת המשפט, אתה יכול להתחיל לבנות עליו נורמות התנהגויות פוזיטיביסטיות שישדירו התנהגות רצויה.

1.5 פרשנות

1.5.1 פירוש המשפט ע"י הונורה Interpretation/ Honore

השאלה: מהי הגישה הפרשנית הטובה ביותר למשפט.

הונורה עושה הבחנה בין פרשנות תכליתית לטקסטואלית. מתי צריך לפעול ע"פ הכתוב, המילה, ומתי צריך ללכת לפי פרשנות השופט שכתב זאת. לטענתו, **יש צורך באיזון בין השניים**. יש עוד רבדים אותם צריך לבדוק כדי להגיע לתוצאה המשפטית הנכונה.

הגדרה: מהי פרשנות משפטית

פרשנות משפטית היא (גם) פורמאלית/ טקסטואלית:

- בכתב
- פרשנות רשמית של טקסט
- לא ניתן לפנות לכותב הטקסט.

הכללים שהונרה נותן לפרשנות:

הכלל הראשון: טקסט משפטי צריך לדבר בעד עצמו. כלומר, עליו להיות ברור. כאשר יש לו ערכים דאונטיים, הטקסט מנחה אותך לפעול בצורה מסויימת. החריג – מתן משמעות מיוחדת – פרשנות מחוץ למסגרת הטקסטואלית של החוק.

הכלל השני: לכל מילה ומונח משפטי הגבלה פרשנית אינהרנטית. כלומר, לא ניתן לפרש אין סוף, בנקודה מסויימת הפרשנות תגיעה לנקודת רוויה. החריג – טעות בחוק למשל, פרשנות "ואו": בדרך כלל טכנית. הפרשנות חייבת להיות – משנה טקסט. דוגמא – איסור על ציד של אנטילופות או זאבים (החלפת או ב-ו').

הונורה מציג במאמרו שתי גישות לפירושו של טקסט משפטי:

1. **הגישה הטקסטואלית** – קרוב יותר לטקסט המשפטי, הישענות כמעט מקסימאלית למה שניתן מהמחוקק. סוג של פוזיטיביזם.
2. **גישת המטרה** – איך ניתן להצמד רק לטקסט אם למשפט מטרה משלו. (המטרות של רז). צריך לאפשר קריאה תכליתית של המשפט. צריך לפרוץ את גבולות הפרשנות.

הסכנות בפרשנות התכליתית:

- **וודאות משפטית נ' יצירת אבסורד.** הפרשנות המשפטית התכליתית מאפשרת מניעת אבסורדים אבל יוצרת בעייה של וודאות משפטית, כי זה לא כתוב בטקסט.
- **כניסה לתחום "אסור"** : מהי כוונת המחוקק? מה הייתה כוונת הצדדים לחוזה? מה הייתה כוונת המוריש? הניתן להתחקות אחר כוונת המחוקק?

דוגמאות מהמאמרים :

- איסור כניסת "כלי רכב" לפארקים.
- החוק מאפשר בדיקת רמת אלכוהול בדם של נהגים. מיהו "נהג"? מתי הוא ממלא אחר דרישת הנהג? Drinking and driving.

לכן חשוב שהפרשנות המשפטית לא "תיצמד" לטקסט בלבד אלא תשלב גם פרשנות משפטית, שתשען על הטקסט עצמו- שילוב בין גישת המטרה וגישת הטקסט. השילוב של שתי הגישות יתרום להבנה טקסטואלית בראיה כללית. כל טקסט צריך להיבחן על גבי הרקע החברתי כללי ובהתאם לנורמות המקובלות במערכת המשפטית הנדונה.

פרשנות על פי הונורה:

הגישה הטקסטואלית+גישת המטרה+הגישה התכליתית

↓
הבנה טקסטואלית בראייה כללית

כל טקסט צריך להיבחן על גבי הרקע החברתי ובהתאם לנורמות המקובלות במערכת המשפטית הנדונה.

הונורה בפסיקה:

- ירדור
- פרשת האימוץ
- ועדת וינוגרד

הפרשנות התכליתית של ברק

ברק משתמש בדוקטרינה לבר פרשנית הכוללת: השלמת טקסט חסר, פתרון סתירות בין טקסטים נפרדים, תיקון לשון הטקסט בשל טעות שנפלה בו, שינוי לשון הטקסט בכדי למנוע אבסורד, ביצוע מטרת הטקסט תוך שינוי (ביצוע בקירוב) וכד' (ראה סיכום מאמר).

ברק לא אוהב את משפט הטבע. הוא אוהב את הפרשנות. משפט הטבע פוגע בעיקרון הפרדת הרשויות, הוא מעניק לשופט אופציה לחוקק חוקים. ברק למעשה טוען שאין מקרה שהוא לא שפיט. משקף את הכוח העצום שיש לנון-פוזיטיביסט. הכל שפיט = יש אפשרות לתת מענה משפטי לכל סיטואציה שתבוא לבתי משפט. למרות שברק משתמש בפרשנות זו, הוא אינו משפטן טבעי.

ברק טוען שניתן לפרוט את הפרשנות התכליתית לשני מקורות:

- מקורות פנימיים – הטקסט.

- **מקורות חיצוניים** – המוסר והמסר שמועבר, הסביבה הטבעית. "הסביבה הטבעית" – טקסטים קרובים, הדין הכללי, ההיסטוריה של יצירת הטקסט, הרקע החברתי והכללי, ההלכה הפסוקה, תורת משפט אופרטיבית ותרבות משפטית, עקרונות היסוד של השיטה.

הונורה וברק שניהם נצמדים לכך שהפרשנות צריכה להתחיל מהטקסט ומשם עוברים לתכלית המשפט.

לברק יש את אותו ארגז כלים כמו לחשין (נעזר במשפט הטבע) אך כל אחד מהם בוחר איך להגביל עצמו. חשין – לא מגביל (משפט הטבע) וברק – נעזר רק במקורות החיצוניים שהגדיר.

1.5.2 פס"ד סיעת חדש כמקרה מבחן לפרשנות התכליתית

בג"צ 2257/04 סיעת חדש נ' יו"ר ועדת הבחירות של הכנסת ה-17

עובדות המקרה: ראש-הממשלה החליט על פיזור הכנסת החמש-עשרה על-פי הוראת סעיף 22 לחוק-יסוד: הממשלה. לאחר פיזור הכנסת נערכו הבחירות לכנסת השש-עשרה. היושבת-ראש של ועדת הבחירות המרכזית החליטה כי המועד לעריכתן של הבחירות לכנסת השבע-עשרה ייקבע לפי סעיף 36 לחוק-יסוד: הכנסת, שלפיו כאשר החליטה הכנסת להתפזר- תהיה תקופת כהונתה של הכנסת שלאחריה עד לחודש חשוון הקרוב שלאחר גמר ארבע שנים מיום הבחירה. זאת, אף שבתקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה (להלן - תיקון מס' 8), שחל על פיזור הכנסת החמש-עשרה, בוטלה ההוראה שבסעיף 22(א) לחוק-יסוד: הממשלה שקבעה כי רואים בהחלטה של ראש-הממשלה לפזר את הכנסת כהחלטת הכנסת על התפזרותה לפני גמר תקופת כהונתה. העותרים טוענים כי יש לבטל את החלטתה של היושבת-ראש של ועדת הבחירות המרכזית היות שהיא מאריכה את כהונת הכנסת מעבר לארבע שנים, שהיא התקופה הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: הכנסת.

שאלות משפטיות: האם ליו"ר ועדת הבחירות יש **הסמכות להחליט** על מועד הבחירות? **סמכות להחליט** כיצד לקבוע את מועד הבחירות? (לפי סעיף 36 או לפי סעיף 8)

החלטת ביהמ"ש: ההוראה הבסיסית בחוקי היסוד היא זו הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: הכנסת, ולפיה תקופת כהונתה של הכנסת תהיה ארבע שנים מיום היבחרה. אין זה ראוי להגיע למסקנה פרשנית בדבר הארכת תקופת כהונתה של הכנסת לאחר התפזרותה או פיזוריה אך על הבנה המשתמעת מלשון החוק. שינוי כה יסודי בתפיסות היסוד החוקתיות מחייב הוראה מפורשת, על-כן רק הוראה מפורשת בחוק יסוד צריכה להתאפשר תוצאה שלפיה על-ידי פיזור הכנסת יוכל ראש-הממשלה לקבוע את תקופת הכהונה של הכנסת שלאחריה לתקופה שמעל ארבע שנים. ביטול סעיף 22 מבדיל בין פיזור ע"י ראש הממשלה ולפיזור העצמי. סעיף 36 מדבר על פיזור העצמי.

במקום שמתגלה בחוק יסוד טעות שמובילה לתוצאה אבסורדית, ניתן לתקנה באופן שיפוטי.

מהו המשפט / החוק?

האם הוא מונח? תפיסה? מושג? מילה בעלת/חסרת תוכן? אידיאל? יש להבדיל בין פרשנותו של משפט למשמעותו. **הדבר קיים בשל היות המושג קיים.** האלמנט המושגי שהוא נכון לכל דיון משפטי. משפט הוא כלי שתפקידו ליישם מושגים כמו צדק למשל.

מושג הוא ביטוי לרעיון אינטלקטואלי. **המשפט הוא אבן בוחן למושגים.** מה ההבדל בין מושג ובין תפיסה? ההבחנה בין מושג ובין תפיסה נמצאת בהרבה מאוד מהכתבים של פילוסופים, אך ניתן לשייך את העיסוק המודרני או המעמיק יותר לאדם בשם **גאלי.**

1.5.3 המשפט והמשחק המושגי ע"פ גאלי (מושג נגד תפיסה)

מדרג נורמטיבי ומדרג מושגי

גאלי יוצר מבחן שדן בהבחנה בין מושג ובין תפיסה ומחזק את הצורך לדון בשאלה זו. כמו שיש מדרג נורמטיבי (נורמה נמוכה שמסתמכת על נורמה עליונה וכן הלאה), כך הדבר קיים גם בעולם המושגים. המדרג נע בין מושג לבין תפיסה. הבחנה זו היא כלי ניתוח תיאורטי. בעולם המשפט ישנם הרבה מושגים, וכל תפיסה רואה את המושג באור שונה.

למשל, "הגינות" על פי דוורקין רלוונטית לשיח הזה. כאשר אני מביא את הפרשנות האישית שלי, אני מבצע שתי פעולות:

- מביע הסכמה לתפיסת המושג ככזה.

- מביע הסכמה לתפיסת המושג כסובייקטיבית.

המושג הוא כללי (רחב) התפיסה היא פרטיקלורית (נקודדית). ככל שהרמה היא כללית יותר אנחנו מתקרבים למושג וככל שהרמה הכללית היא נמוכה יותר אנחנו נצמדים להנחה.

ההבחנה בין מושג לתפיסה יוצרת מדרג מושגי אבסטרקטי, סוג של תרגיל מחשבתי של מה מאפשר יציאה מהמושג להנחות שונות שיכולות להיות מתנגשות.

ל"מושג", לעומת ה"תפיסה" יש מורכבות הינהרנטית – טבועה. כלומר, המושג חייב להיות רחב כדי לאפשר לעוד תפיסות לצאת ממנו. הוא חייב לאפשר פלורליזם ומחשבה שונה בין גישות. אל לא תהייה בו מורכבות אינהרנטית הוא לא יהיה מושג במשמעות של גאלי.

המושג "צדק" והארט:

הארט משתמש במורכבות המושג "צדק" כדוגמא. "צדק" יכול להיות מושג אבל לא בהכרח. הארט אמר שהמושג "צדק" הוא מושג כללי שכולנו מסכימים שהוא קיים ברמות שונות. צדק מאכלס בתוכו תפיסות שונות. אם הוא לא היה מאכלס בתוכו תפיסות שונות, לא היה לנו בירדור את כהן ובמקביל גם את אגרנט. "הצדק" מתאר סטנדרט מסויים המשתנה בהתאם לסיטואציה.

במושג הצדק ניתן להכריע לטוב ולרע אך הוא מושג כללי שמאפשר תפיסות שונות של המושג. לעומת התפיסה, כולם מסכימים שהמושג קיים. הפרשנות, היציאה ממנו תהייה שונה. לא יכולה להתקיים "תפיסה" אם לא יהיה לנו מושג.

כדי להבין אם צדק הוא מוסר או תפיסה, יש להסתכל על שני קריטריונים:

1. יסוד כללי – יש הסכמה כללית שהמושג קיים.

2. יסוד תפיסתי - ההנחות של המושג, תפיסותיו השונות.

לפי הארט למושג יש מורכבות קבועה.

1.5.4 מבחן גאלי

מה ייצא לנו מלשאל האם למושג כלשהו יש מורכבות טבועה?

ככל שהמושג יהיה יותר משוכלל כך נוכל להגיע למקום טוב יותר. תורת המשפט מייעדת חלק גדול מהדיון למושג good life. השאיפה היא להגיע למושג הטוב ביותר.

מבחן שבעת השלבים:

גאלי מנסה לייצר מבחן **כיצד עלינו להגיע למושג הטוב ביותר**. למבחן זה 7 שלבים המכשירים מושג שיש בו מורכבות טבועה. כלומר, המבחן אינו בהכרח משפטי והוא בודק מתי למושג מסויים יש מורכבות אינהרנטית. צריך להגיע לשאלה זו על מנת שלא יכתיבו לנו כיצד לנהוג, וכדי שלא יהיו תכתיבי מחשבה מסויימים. אם כן היו, לא היה מתקיימת יכולת לשכלול המושג, לשכלל תפיסות של מהו המוסר החברתי.

ההנחה היא שאם נאפשר ריבוי תפיסות למושג, הוא יתפתח עם הזמן, יגשים ייעודו ויגלם את האינטרסים של החברה. כך נוכל להגיע למושג הטוב ביותר, המשרת את מגוון המטרות בחברה.

- השאיפה: "המושג הטוב ביותר"
 - הטעות: "הרי יש רק דרך אחת להבין את המושג הספציפי" – אינו נכון! ישנה יותר מדרך אחת נכונה לתפיסת כל מושג.
 - הדרך: כיצד נגיע ל"מושג הטוב ביותר"? מעצם המחשבה והלמידה בין התפיסות והקונפליקטים הקיימים, ניתן ללמוד עליו ולפתח אותו.
- יש מושגים שטבועה בהן מורכבות שמאפשרת להן לייצר או להזין תפיסות שונות. **מושגים לדוגמא:** המשפט, זכות, דת, אמנות, תרבות, דמוקרטיה, קניין, נישואים/משפחה.

חמשת הקריטריונים המרכזיים:

1. המושג צריך להיות בעל **ערך אינהרנטי פנימי** (למשל בירדור קיים ערך הדמוקרטיה).
2. כל הסבר של ערכו של המושג צריך להתייחס לתרומה של **מכלול ההיבטים** והאלמנטים המרכיבים אותו, את המושג.
3. המושג חייב להיות **מורכב מבחינה פנימית/אינהרנטית**. מכאן "**הכרחי**":
 - א. מוכיח מורכבות בסיסית של המושג אשר מיסודו שנוי במחלוקת.
 - ב. הדבר דורש שהמורכבות תהווה חלק מרכזי במהותו של המושג.
 - ג. בהיעדר מורכבות, המושג יאבד את כוחו ואת מהותו כמושג מורכב כמו גם את אופיו הפתוח.
4. המושג חייב להיות **בעל אופי פתוח**. מכיל שינויים ומשתנה כל הזמן.
5. **ההגנה על המושג תהיה אגריסיבית**. כל אדם יגן על התפיסה שלו בצורה פרטית חזקה וברורה. כל אדם מכיר בכך שהשימוש הסובייקטיבי שלו במושג, נמצא בתחרות עם תפיסות האחרים. לדוגמא, כל אחד יגן על התפיסה שלו בדמוקרטיה.

מתי הוא בהכרח מורכב מבחינה אינהרנטית – כאשר המושג לא מורכב הוא מאבד את הכוח שלו ואת המעמד שלו כמושג. לפחות כמושג שעומד במבחן גאלי.

שני קריטריונים נוספים:

6. **קיומה של דוגמת מבחן מובילה/ מופתית**. ניתן להראות כי בנקודה מסויימת בזמן התפתח המושג, יהיה מקום היסטורי אותו ניתן להגדיר כנקודה ממנה נולד המושג. למשל המהפכה הצרפתית. דמוקרטיה חברתית נולדה במהפכה זו. המקום שבו החוזה בין העם והשליט נרקם.
7. **יכולת ההתאמה**. כשדוגמת המבחן המובילה יכולה להתאים עצמה למצבים חדשים. היא לא מנותקת לגמרי. המושג מתאים עצמו. המושג ב-2011 מדברן יצירת תפיסות שונות ושומר על חזותו ומהותו כמושג שנוי במחלוקת באופן אינהרנטי.

יש אפשרות שמושג מסויים יהיה בעייתי מבחינת אחד הקריטריונים. אולם, זה לא מבטל את היותו מושג.

דוגמא למבחן גאלי - דמוקרטיה – סיכום:

1. מושג בעל ערך (ירדור)
2. מורכב פנימית וכל הישג של המושג מתייחס למכלול ההיבטים.
3. כנ"ל
4. בעל אופי "פתוח".
5. משתמשים ומגנים על המושג בצורה אגרסיבית.
6. דוגמה מופתית- המהפכה הצרפתית.
7. המושג ב2011 מדרבן יצירת תפיסות שונות ושומר על חזותו ומהותו כמושג שנוי במחלוקת באופן אינהרנטי.

האם כל המושגים עומדים במבחן גאלי? – לא, כדוגמת כסף.

הערה: יש מושגים שאין להם מורכבות טבעה (אינהרנטית)- דוגמת כסף. אולם, אם הזמן, גם למושגים אלה מתפתחת מורכבות. דוגמת- כסף וירטואלי באינטרנט. כך נוספות תפיסות נוספות לגבי המושג- מהו כסף?
לא כל המושגים עומדים במבחן גאלי (באחד או חלק מהקריטריונים). מושג שאינו עומד באחד הקריטריונים לא עומד במבחן כולו.

גאלי מדבר על **מושגים נורמטיביים**. על חוקי מדע, חוקים מן הטבע לא יהיה דיון. מושגים כמו צדק, דמוקרטיה, אונס, הם מושגים בעלי **תכולה נורמטיבית** המדברים על תהליך ועל פעילות מסוימת. **כאן מצופה להיות מורכבות אינהרנטית.**

מקרה מבחן: האם המושג "אונס" – עומד במבחן גאלי? (ראה גם סיכום מאמר)

רייטן מדבר על התפתחות הכרונולוגית של המושג והתפיסות השונות שלו. התפתחות המונח "הטרדה מינית" – מושג בפני עצמו או תפיסה של "אונס"?

התפתחות כרונולוגית של המושג והתפיסות השונות שלו - E.Reitan – הגדרת המושג אונס

אונס הוא דבר מאוד סובייקטיבי. על כן, יש לצדדים יכולת התערבות והשפעה גם בפן הרגשי ניתן לדון במושג אונס ולייחס לו תפיסות שונות מבלי לפגוע בהגדרתו הראשונית. דוגמת מבחן גאלי (נקודה 5- מבחן המובילות) באה לידי ביטוי גם במקרה זה - מתי ההגדרה של אונס הגיעה לרמת מושגיות מאוד גבוהה? המועד הראשון שבו האונס התרחש זו הנקודה הראשונה בזמן שהובילה לתהליך עד ההכרה המשפטית שלה.

אונס הוא מושג שמעורר ויכוח, אולם הערכה אליו היא תמיד שלילית.

מהי דוגמת המבחן שממנו נוצרה ההבנה כי המושג קיים? ברגע שמתקבלים כללים וגיבוש תקנון לגבי המושג, יש נקודה בזמן בו ניתן להתחיל לדבר על שיכלול המושג. ברגע שהאונס הפך להיות נקודה שמוכרת בספר החוקים, ניתן להניח כי הוא חייב להשתכלל ולהשתנות בהתאם לגישה המקובלת בחברה באותה תקופה.

לדוגמא, בעבר, אונס נחשב ככפיית מין על האישה כנגד רצונה בעזרת אלימות פיזית. אולם, כיום, המושג מתייחס לטווח שלם ש יחסים מיניים (למשל פיתוי האישה). השכלול למעשה החל מעצם כניסתו של הגל הפמיניסטי. הפמיניזם מגן על עמדתו בצורה אגרסיבית.

ההיבט החברתי של המושג, יושב על קיומה של קבוצה מאוד גדולה שמגן על המושג.

רייטן טוען כי הרחבת המושג אונס אינו הדבר שמעורר התנגדות אלא, הערפל של המושג אונס הוא שמעורר את הויכוח. לכן, הרחבת גבולות המושג הן חלק מן השימוש הנכון בו. הערפל סביב האונס נובע מהביקורת הפמניסטית המתפתחת.

המושג היא בעלת גבולות הרמטיים, המושג סגור בגבולותיו. המושג מאפשר קיומן של תפיסות שונות, הוא משתכלל. הוא עצמו הופך להיות גוף בעל שינויי המאפשר את התפיסות השונות.

כמו שיש מדרג נורמטיבי, כך יש גם מדרג מושגי. ישנה התפתחות תמידית גם אם היא רעה. המושג אונס התפתח בהתאם לחברה שהתפתחה. (עליית הפמיניזם).

חזית צני - היציע הצני



1. מה בין משפט טבעי לפוזיטיביזם משפטי- מרכז המחלוקת

השאלה המרכזית היא האם בתהליך הפרשני של המשפט, מושגי מוסר וצדק צריכים לקחת חלק? אם כן, באיזה אופן עליהם להשתלב? גישות המשפט הטבעי והפוזיטיביזם חלוקות בנוגע לשאלה זו. יש שתי שגיאות מרכזיות בתורת המשפט:

1. הפוזיטיביסט מתעלם מצדק וזכויות אדם- זה לא נכון, הפוזיטיביסט מאמין שעקרונות אלו צריכים להיות מצויים בחוק. במידה והם אינם מצויים או שיש מחלוקת, החוק קודם למוסר ולצדק ומחייב ציות.
2. הוויכוח הוא תיאורטי- הוויכוח אינו תיאורטי והוא אכן מגדיר מחנות שפיטה בעולם המשפט, ובא לידי ביטוי בגישות השונות.

הפוזיטיביסט- מדבר על הסכמה חברתית לפיה הנתינים מאצילים סמכות אל הריבון כדי שיחליט שבילים כיצד לנהוג ויחוקק חוקים. החוק הוא תוצר של הסכמה אנושית ונתפס כעסקה אנושית. מי שמחזיק בכוח במוסדות החקיקה הם בני אדם שיכולים לכפות ציות על כלל האזרחים. זו תפיסה קונבנציונאלית של החוק, במובנו היבש. חוק הוא חוק, ושיקולי המוסר והצדק שהתערבו בתהליך קבלת החוק, אינם רלוונטיים לתהליך בחינת החוק לאחר קבלתו.

המשפטן הטבעי- לפיו מקור החוק אינו באנשים. מקורו בחוקים עליונים, הוא משפיע עלינו בין אם נרצה ובין אם לאו והוא תוצאה של עקרונות ראשוניים ויסודות טבע חשובים. (גישה זו מתפצלת לקיומם של פילוסופים תיאולוגיים שרואים את מקור הגישות באל, ופילוסופים שרואים את המקור בטבע האדם).

התפיסה היא תפיסת יסוד: חוקים לא מומצאים או נוצרים אלא מתגלים, כי הם היו שם לפני. הם מתגלים ע"י השכינה בתפיסה התיאולוגית של משפט הטבע ולפי התבונה האנושית בתפיסה השנייה של הנון פוזיטיביזם או המשפט הטבעי המודרני. המשפט הטבעי הוא ציוויים אוניברסאליים שנכונים בכל מקום ובכל זמן הוא בינלאומי. אם חוק מתעלם מחוקי טבע אלו הוא אינו חוק.

אם כן ניתן לקבוע שההבדל העיקרי בין הגישות הוא ביחסן למקור המשפט ולתפקיד המוסר במשפט.

1.2 משפט הטבע – הגישה הקלאסית

1.2.1. 1. רקע תקופתי

המשפט הטבעי נפוץ באירופה בתקופת ימי הביניים ונותן ביטוי לתורתם של אריסטו וציצרו. תקופה זו ידועה במיקומה המרכזי של הכנסייה ובהתנהלות החיים לפי צווים דתיים. הפילוסוף שהביא את בשורת הפילוסופיה היוונית לרומא הוא צ'יצרו שכתב בעשורים האחרונים לפני הספירה. לפיו, הנורמה הפוזיטיבית היא שילוב של המוצר העליון ביותר של האדם הרציונאלי (חוקים) עם האלמנטים מן הטבע/ מגבלות חוקי העל.

תומאס אקווינס נחשב לאבי המשפט הטבעי של ימי הביניים ולאחד החשובים ביותר בתפיסה התיאולוגית. מקום האל בתפיסתו היה מאוד מרכזי. המשפט הטבעי שמגביל את משפט המדינה מגיע מהאל.

1.2.2. 1.2.2 שאלת מקור המשפט

מקור המשפט הטבעי הקלאסי הוא תיאולוגי (דתי) ובתקופה זו ניתן להבחין ב3 מקורות מרכזיים:

1. ספרי התורה - מהווים את המקור הראשוני של המשפט הטבעי בעולם המסורתי התיאולוגי. האמונה בספרי התורה היא שקיבלנו בכתובים מה שניתן לנו מהאל ורק האל יודע אותו.
2. הדיאלוגים והסדר הטבעי - כתבים אריסטוטאליים - אריסטו עושה הבחנה בין משפט המדינה למשפט הטבע. בין "סברה מדינית" במובן של משפט שניתן מעת המחוקק לבין משפט שמגיע ממקור עליון. הוא מאמין שיש הקבלה בין משפט הטבע לסברה המדינית.
3. אגוסטינו הקדוש - הוגה המחשבה המדינית שמאמין בקשר בין דת למדינה. לפיו "חוק שאינו צודק/מוסרי אינו חוק" (ע"פ חוקי האל).

1.2.3. 1.2.3 הקשר בין משפט למוסר

בעיה 1: התנגשויות בין דרישה מוסרית שגבוהה מדרישה משפטית, **לדוגמא**: הצלת אדם טובע - באנגליה לא הייתה לכך חובה סטטוטורית. בישראל חובה זו לא הייתה מעוגנת בחוק עד שחוקק חוק לא תעמוד על דם רעך, עקרונותיו שאובים ממשפט הטבע.

בעיה 2: דרישה משפטית הנמצאת בקונפליקט עם המוסר האישי:

- חובת גיוס (סרבני שירות, בחורי ישיבה)

- פינוי מאחזים (סתירה בין הלכות של פוסקים דתיים)

- ריבוי נשים (החברה הבדואית)

קיים קשר בין משפט למוסר, הוא אינו שנוי במחלוקת והוא המאפיין המרכזי של המחלוקת בין פוזיטיביזם לנון פוזיטיביזם.

זיהוי המשפט מחייב פנייה למוסר. (כשמצביעים על חוק בוחנים אותו בעיני המוסר).

הפוזיטיביסטים בוחנים אותו בעיניהם, משפט הטבע טוענים שהצבעה אינה משנה כי המשפט קיים שם ולא ניתן להשפעה אנושית.

אסכולות המשפט הטבעי טוענות לקשר בין הטבע לבין המשפט לבין הנכון, המחייב והמוסרי. כיוון שיש סדר דברים רציונאלי בטבע, ניתן ללמוד ממנו על ציוויים ערכיים/ מוסריים. ציוויים אלה הם אוניברסאליים ונצחיים והם יכולים לשמש כאומדן אובייקטיבי למשפט. התבונה האנושית היא זו שמאפשרת את גילוי של משפט הטבע.

1.2.4 החוק העליון- המשפט הגבוה

חוק שאינו מוסרי אינו חוק. חוק, ברגע שהוא מתנגש עם משפט הטבע הוא אינו קיים בגלל הקונפליקט עם מוסר עליון יותר. סטנדרטים שהם דמוי חוק ומשפט נגזרים או מתבססים על האל, גילוי השכינה, טקסטים דתיים, טבע האדם, אלמנטים מטבע היחסים בחברה, הטוב הבסיסי- הנכון. המשפט הטבעי אינו משתנה, בשל כך הוא אוניברסאלי ונצחי. הוא אחיד מבחינת ההוגים. לא ניתן לבטל אותו, הוא על אנושי. (את החוק הפוזיטיבי ניתן לבטל) לכל אדם באשר הוא אדם יש גישה לחוקי הטבע ומכוח היותו בן אנוש הוא נהנה מקיומם.

1.2.5 הדיאלוגים והסדר הטבעי

אפלטון – מהו החוק? האם הוא סברה מדינית? בניגוד לאריסטו, אפלטון מאמין בקיומו המוחלט של החוק הטבעי ושהחוק מבטא אמת אחת. לא מאמין בתבונתו של האדם כמספיקה לחוק חוקים יש מאין. **משפט טבעי מוחלט.**
אריסטו – אריסטו מאמין באדם ובתבונתו, ורואה את החוק כשילוב בין הטבע לבין תבונת האדם. **”סוג של צדק שהוא מן הטבע וסוג שאינו מן הטבע”.** מאמין בפרשנות- הגינות היא הפרשנות של הצדק. הצדק הוא החוק היבש, הכתוב.
אריסטו כותב בפוליטיקה על סדר טבעי, חוקי טבע, שותפות מדינית, מעלות שכליות ומוסריות. המשפט הטבעי הקלאסי, לפי אריסטו קיים בחלקו מן הטבע ובחלקו מן החוק.

התקופה ההלניסטית ביוון עומדת על הקונפליקט שיש ליישב בין משפט המדינה לבין המשפט הטבעי. ניתן לראות מבט טלאולוגי (תכליתי) של אפלטון ואריסטו וממשיכי דרכם- לתהליכים שבטבע יש סוף ידוע. כך גם לאדם. מנבט יצא צמח, כך גם מכמה אנשים יצא בית ומכמה בתים יצא כפר ומכמה כפרים מדינה, כך גם בהתאם למשפט.

1.2.6 תומס אקווינס

אחד הפילוסופים החשובים ביותר, כתב בתקופת המאה ה-13 בה ההגמוניה ששלטה בחברה הייתה הכנסייה והדת, ולכן הראייה שלו של המשפט היא תיאולוגית. הוא רואה את המשפט האנושי בתוך הקונטקסט של קוסמוס שנשלט ע"י חוקיות התבונה האלוהית הנצחית. כלומר- אלוהים הוא ריבון היקום, רצונותיו הם חוקי היקום והתבונה האנושית עוזרת לנו להבין את רצון האל. מבחינתו התבונה שולטת ברצון. האמונה באדם כיכול להבין ולהבדיל בין טוב ורע וככלי להבנת רצון האל, הביאה אותו למסקנה שהריבון אינו כל יכול ועל כן רצונו אינו אבסולוטי, הוא כפוף לאל. התבונה האנושית מטרתה רק לחשוף את רצון האל. רצון הריבון הסותר את התבונה לא יכול להיות חוק. החוק חייב לבוא בכפיפה אחת עם עקרונות התבונה. אלוקים הוא הריבון היחיד והנצחי ביקום.

אלוהים שולט בעולם על ידי המשפט הנצחי. רק הוא יודע מהו. כדי שנוכל להגיע למצב בו האדם מבין את מה שהאל רוצה, אקווינס מחלק את המשפט לארבעה סוגים:

1. המשפט הנצחי - זהו רצון האל, רק האל יודע אותו, הוא החשוב והמלא ביותר.
2. המשפט האלוהי - הדרך לגלות את רצון האל - כתבי הקודש.
3. המשפט הטבעי - גילוי בעקיפין של המשפט הנצחי - ע"י תבונת האדם.
4. המשפט האנושי - יישום המשפט הטבעי בדין הפוזיטיביסטי. (הנחות והדל ביותר במעמדו ובתוכנו). מהווה את האיסורים שהאדם קובע - ספר החוקים האנושיים (חוקים, דינים וכד.). המשפט האנושי חשוב להסדרת החיים החברתיים כי:
 1. יצר האדם הוא רע מנעוריו ואחד האספקטים החשובים הוא הענישה.
 2. קיימת עלינו חובה למנוע משופטים מרחב אין סופי של שיקול דעת.

אקווינס אומר שמשפט שאינו צודק אינו משפט אך שיהיו מקרים שאנשים יצטרכו לציית לחוק בלתי צודק או מוסרי ע"מ שהסדר החברתי יישמר ולא נעבור לאנרכיה. מקרה זה בא לידי ביטוי כשיש סכנה לפגיעה במערכת כולה בשל אי ציות לחוק.

מסקנה: אקווינס מבחין בין 2 מצבים:

1. חוק פוזיטיבי לא תקף שבו חובה מוסרית אבסולוטית שלא לציית לו - במצבים של התנגשות עם חוק אלוהי, נוצר מצב של חובה מוסרית אבסולוטית הרמטית לא לציית לחוק. ההתנגשות היא עם המשפט הגבוה ביותר.

2. חוק פוזיטיבי לא תקף שאין חובה מוסרית לציית לו - התנגשות עם חוק הטבע. למעט מצבים בהם אי ציות עלול לשנות את אופיה של המערכת המשפטית (שיש בה חוקים צודקים) למערכת לא אפקטיבית.

כל עוד המערכת כולה מוסרית, גם אם יש חוק אחד שסותר את משפט הטבע, עדיין יש חובה לציית לו כדי לא להפיל את המערכת. (בשונה ממקרה שסותר את המשפט האלוהי).

מכאן, שלפי אקווינס, אם יש חוקים שאינם ממלאים אחר המימד המוסרי עדיין יכולה להיות צמודה להם חובת ציות לחוק.

פרשנות פיניס (פילוסוף של המשפט הטבעי המודרני): אומר שבמקרה כזה, של התנגשות בין מוסר לחוק, על המחוקק לשנות את החוק האנושי או לבטל אותו.

1.2.6.2 מקרה יישום: משוואת אקווינס באירוע ההתנתקות

מטרת החוק: פינוי ישראלים ונכסיהם מחבל עזה ומשטח בצפון השומרון, בהתאם להחלטת הממשלה. מתן פיצויים הוגנים וראויים לזכאים. שילוב המפונים בתחום התעסוקתי.

הקונפליקט: מוסר נגד חוק פוזיטיבי

היישום: כאשר חוק פוזיטיבי מתנגש עם חוק טבעי - לפי קבוצות אוכלוסיה. כיצד יתורגם החוק לפי הקבוצות

קבוצה א' - החוק האלוהי - הפרה של דינים אלוהיים. חוק ההתנתקות ע"פ אקווינס הוא חוק אנושי שעומד בסתירה לחוק האלוהי ואין לפעול לפיו. ניתן להתנגד לו בצורה אקטיבית (לא להתפנות, להפגין וכו'). (אקווינס)
האם החוק בטל ומבוטל? נקבע שהוא חוקתי וחוקי ולכן הוא מקבל את אישורו של ביהמ"ש העליון.

קבוצה ב' - קבוצת ביניים - מכירה בהתנגשות עם החוק האלוהי ובעליונותו של החוק האלוהי, אך מאמינה שבעת התנגשות, גם אם היא של חוק אלוהי, יש לציית לחוק בשביל לא להפר את סדרי החברה.

קבוצה ג' - אומרת שניתן להתקומם כל עוד הדברים מוגדרים בחוק. מכירה בהתנגשות עם החוק הטבעי ולא האלוהי (של הוצאת אדם מביתו) ופועלת לפי אקווינס - מכירים בצורך לציית לחוק הפוזיטיבי כל עוד המערכת כולה תואמת את המשפט הטבעי כדי לא לפגוע בסדרי החברה.

קבוצה ד' - מזדהה עם פוזיטיביזם קשיח - משפט אנושי. מה שהתקבל על ידי ריבון וכוחו הוא כוח חוק - יש לפעול לפיו ולציית לו.

מסקנה: המשפט הטבעי הקלאסי הוא אוניברסאלי, נצחי, מזוהה עם מקור על אנושי, הוא קריטריון לתקפותו של משפט פוזיטיביסטי ולציות לחוק. כאשר חוק פוזיטיבי בא בקונפליקט עם חוק הטבע החוק הפוזיטיבי בטל ומבוטל, אולם חובת הציות המוסרית ממשיכה להתקיים לצורך המשך קיומה היציב של החברה. השיקולים הם חברתיים ולא אישיים.
מכאן שהגישה הפוזיטיביסטית וגישת המשפט הטבעי נפגשות. הן משלימות האחת את השנייה.

3.1 משפט הטבע - העת החדשה (המאה ה-17)

התפתחות האמנה החברתית במאה ה-17. האמנה החברתית מדברת על חוזה בין הריבון והנתינים. היא מניחה הסכמה כללית להעביר את הסמכות לריבון לניהול הסדר החברתי ולקבוע חוקים. תפיסת האמנה החברתית היא גישה, זרם, אסכולה בעולם הפילוסופיה הפוליטית לגבי הקשר של הריבון והנתינים ולגבי תקומתה של החברה האזרחית.

3.1.1 תומס הובס

אבי הפוזיטיביזם הקשה ביותר, כותב במאה ה-16 וה-17. מגדיר בספרו את המדינה כלוויתן. הרקע לכתיבת "הלוויתן" הוא סכסוכי מונרכיה באנגליה וחוסר יציבות שלטונית. הוא מגדיר בלוויתן מהי לדעתו מדינה ומה צריך כדי להגיע ליציבות שלטונית. כרוב ההוגים הוא מתחיל מהמצב הטבעי, לפני שהתאגדנו לסביבה מדינית היה כאוס - אדם לאדם זאב, בליל של יחסי כוחות.
לפיו, הדרך להגיע להסכמה חברתית היא על ידי חוזה - העברת סמכויות לריבון כדי שיוכל לשלוט. הוא מחזיק הכוח הבלתי מעורער והסמכות האבסולוטית. בעצם העברת הכוח לריבון, מאבדים הנתינים את היכולת לשמור לעצמם זכויות החלטה. הזכות היחידה שנשארת לנתינים היא הזכות לחיים. הוא מאמין בציות מלא לחוק ללא התייחסות לטבעו.

במשפט הטבעי לפיו יש כאוס, חירות בלתי מוגבלת, אין דין ואין דיין, אין חוקים פוזיטיביים, והמוסר הפרטי הוא הקובע. האדם לפיו חי חיי בדידות, חיים דלים והפתרון לבעיה זו הוא האצלת סמכויות לריבון אחד שאצלו מרוכז כל הכוח.

3.1.2 ג'ון לוק (1632-1704)

כותב במאה 17-18. כתב אחרי תומאס הובס, בהתכתבות עם הגישה ההובסיאנית על השליט הכל יכול. הוא למעשה מסכים עם הובס על הגישה לפיה כשמקימים את החברה האזרחית, מתנתקים מהמצב הטבעי בו זכויותינו הטבעיות כבני אדם אינם מוגנות, ולכן יש צורך בשליט שיגן על זכויות אלו.

ה"מסכת השנייה על הממשל המדיני" מגוללת את תהליך הקמתה של חברה אזרחית עם שלטון. הבסיס הרעיוני של לוק הינו הסכמה חברתית (אמנה חברתית) לחיים משותפים. כמו כן קיימת הכרה בשלטון מרכזי בעל סמכות לשימוש בכוח שכן רק בקיומו של כזה תהיה הגנה אפקטיבית על הזכויות הטבעיות שניתנו לאדם ע"י האל. העיקרון המנחה הוא כי זכויות אלו לא יכולות להיות מוגנות במצב הטבעי, ולכן מתפקידו של הריבון לשמור על זכויות אלו והוא מגביל אותן מהתערבות בהן. הזכויות הטבעיות לפי לוק הן: חיים, חופש וקניין. לעומת הובס, אצל לוק השימוש בכוח ע"י השלטון אינו אבסולוטי ומוגבל באמצעות חוקי הטבע.

3.1.3 ז'אן ז'אק רוסו (1712-1778)

פרסם את ספרו האמנה החברתית, ראה בספרו השקפה שמושגת על כך שהריבון- הממשל מקבל את משמעותו רק מהעם. העם הוא הריבון אצלו וזוהי התהוותה של הדמוקרטיה. הוא מכיר בקיומן של זכויות טבעיות כנגזרת של המשפט הטבעי. רוסו קובל כי המצב הטבעי אינו אפשרי: ניתן לשמור על הזכויות הטבעיות רק מתוך קיומה של אמנה חברתית- השלטון יממש באמצעותה את זכויות העם. החקיקה המרכזית צריכה להיות כללית ושוטפת ורצון העם הוא שיקבע- קרי, הממשל בידי העם. מבחינתו הצדק מתגלה מהאל, אך הריבון יכול להדריך את הציבור לבחירת הטוב.

3.1.4 הוגו גרציוס (1583-1645)

ניצני המשפט הבינלאומי הפומבי כמבוסס על המשפט הטבעי. החיל את המשפט הטבעי על מדינות. התפיסה שלו את דיני הים היוותה את הסמן בתהליך ההתאמה של משפט בין המדינות למשפט הטבעי.

3.1.5 ככלל: הוגי האמנה החברתית

בכתבי הוגי האמנה החברתית שלושה מצבים :

1. מצב טבעי- מתחילים מנקודת האפס. אנחנו בני אדם ומכוח היותנו בני אדם נולדנו עם זכויות מסוימות. במצב הטבעי לא ניתן להגן על זכויות אלו, ולכן הקמנו את החברה האזרחית.
2. אמנה חברתית- את החברה האזרחית הקמנו על ידי אמנה חברתית שיצרה מצב חדש שלא היה לפני: מצב של חוזה בין הנתינים לריבון.
3. מצב מדיני- נוצר מצב מדיני חדש: ישנו ריבון והוא מוגבל בכוחו והוא מתנהל מול הנתינים.

חילת צעירי - הניצחון הנצחי החדרני



המשפט הטבעי המודרני

1. המשפט הטבעי המודרני - הקדמה

הגישה המודרנית החלה באמצע המאה הקודמת, אמצע המאה ה-20. בגישה זו יש התנתקות מהשימוש בתיאולוגיה כמקור לגיטימי במשפט הטבעי. בגישה המודרנית, המשפט הטבעי שגשג בעקבות שלטון הפוזיטיביסם והפורמליזם המשפטי בגרמניה הנאצית וקריסתו לאחר מלחמת העולם השנייה. השילטון הנאצי היה פורמליסטיקאני עם ריבון כל יכול.

המשפט החילוני הטבעי החל לשגשג מאוד באמצע המאה ה-20 (לאחר שבמאה ה-19 שלטה הגישה הפוזיטיביסטית). בתקופה זו הייתה קריסה של תפיסות תיאולוגיות כחלק מהשפט הטבעי והחלה אמונה באדם כיצור תבוני. קו המחשבה היה כי האדם יגלה את המשפט הטבעי ע"י תבונתו (חזרה לקווים האריסטוטאליים).

בגישה המודרנית אנו נעסוק בכמה הוגים מרכזיים:

- **לון פולר** – המוסר הפנימי של המשפט (צדק פרוצדוראלי). לא מאמין בדת אלא באדם ובמערכת. המערכת תעמוד בדרישות של המשפט הטבעי- כשיהיה בה מוסר פנימי שהוא צדק פרוצדוראלי. האמין בכך שיש פרוצדורות שמערכת צריכה לקיים, ובהתקיימן היא תהיה מוסרית.
- **הארט** - פוזיטיביסט שמאמין בהיעדר שילוב של מוסר עם תוקפו של חוק אנושי, מאמין במינימום תוכן של המשפט הטבעי. לדעתו מערכת אנושית של חוקים חייבת שיהיה בה מינימום תוכן של המשפט הטבעי. הוא הואשם בכניעה למשפט הטבעי. פוזיטיביזם עם קורטוב של משפט טבעי ומאפשר "פוזיטיביזם רך"- במצבים של עיגון נורמות מוסריות בחוק.
- **גוסטאב רדברוק** – אחריות הפוזיטיביזם והפורמאליזם. ערק בעקבות כישלון המשטר הנאצי מהפוזיטיביזם. מאמין בעקרון על.
- **ג'ון פיניס** - גישה חילונית, טובין בסיסיים, ערכים אנושיים בסיסיים, קדם מוסריים (ידע, חיים). הוא מסתכל על החברה האנושית כמחייבת הגנה על טובין בסיסיים - basic goods אלמנטים יסודיים שהשיטה חייבת לשמר כדי להמשיך להתקיים. הטובין באים מעולם שאינו דתי, שמאמין באדם.
- **רונלד דוורקין** – אלטרנטיבה שלישית? משלב את הכל, עקרונות וכללים. דוורקין מדבר על כך שבעולם המשפט יש כללים, יש עקרונות ויש את השיטה. כל אלו נמצאים בתוך המשפט.

2. לון פולר – המוסר הפנימי של המשפט

לון פולר הוא נון-פוזיטיביסט שכתב ב 1963 את "מוסריות המשפט"- מערכת משפטית היא מערכת של ציוויים. פולר לא נמנה על האסכולה המוסרית של המשפט הטבעי, אך התיאוריה שלו היא נגזרת של המשפט הטבעי לאור המרכזיות שהוא נותן לערכים ולעקרונות המוסר. מבחינתו, האלמנט החשוב ביותר שמגיע מהמשפט הטבעי הוא **מקומה של התבונה האנושית בתהליך עשיית המשפט**. פולר מאמין בשיתוף פעולה שמניב את התגלות המוסר החברתי, התיאוריה שלו באופן כללי היא **תגובת נגד לפוזיטיביסטים**.

מערכת המוסר כמערכת פנימית – מוסר כתוכן - לון פולר, לא האמין בדת, הוא האמין באדם ובמערכת. המערכת תעמוד בדרישות של המשפט הטבעי כאשר יהיה בה **מוסר פנימי**. מוסר זה הוא **צדק פרוצדוראלי**. פולר האמין בכך שיש פרוצדורות שמערכת צריכה לקיים ובהתקיימן היא תהיה מוסרית (במובן של שמירה על משפט וסדר טבעי).

משפט טבעי מודרני קיים במערכות משפט באופן פרוצדוראלי. המערכת עובדת בהתאם לקביעות של תהליכים מסויימים. ברגע שהדרישות מתקיימות הריבון הוא **לא כל יכול** כיוון שגם עליו חלה החובה לעמוד בדרישות אלו.

***המוסר הוא אינו רק פרוצדוראלי (שאלה מהמבחן). פולר דיבר על מוסר כפרוצדורה ולכן יש לדון בשאלה זו דווקא בהוגים האחרים. פרוצדורה = מוסר פנימי למערכת.

פולר עונה על השאלה **מהו המשפט** – גוף המגלם בתוכו **מוסר בתוכן המערכת**. רואה אותו כתהליך **תכליתי** כמו **הונורה**. מסתכל על המשפט **כמערכת יחסים** בין הנתונים לשלטון בדומה **לגיון לוק**. מבחינתו המשוואה של מהו שלטון זה לא משפט וציות אלא מערכת יחסים דו סיטרית.

פולר אומר כי כדי ששליט יוכל לתפקד, **החוקים שהוא מחוקק חייבים להיות כלליים**. הוא לא מספר מהי ההגדרה של חוק כללי אך שומר אותו לעצמו. מכאן הוא מסיק כי **המחוקק חייב לפרסם את החוקים**. בטבע יש בעייה של פרסום החוקים (בטבע החוקים לא כתובים ולכן קשה לפענח אותם). החוק המפורסם הוא לא ברור ולכן, הוא מסיק כי אם רוצים שהנתונים ינהגו בהתאם **על החוק להיות נהיר וברור**. כאשר הוא בהיר, מפורסם וכללי הוא יוצר סתירות. סותר חוקים אחרים.

מכאן הוא מסיק כי מערכת משפט בעלת סתירות פנימיות היא לא חוקית ואין בה מוסר כתוכן. הוא מתחיל לבנות את מודל שמונת השלבים על השליט.

הוא מציג מבחן בן 8 שלבים:

1. **כלליות**: על החוקים להיות כלליים. (בניגוד לגנץ שאומר שחוקים אינם כלליים אלא ספציפיים).
2. **פומביות**: חוקים צריכים להיות ידועים וזאת על מנת שנוכל לעשות איתם משהו.
3. **פרוספקטיביות**: מניעת חקיקה רטוראקטיבית. החוקים צריכים להסדיר התנהגות רצויה לא באופן רטוראקטיבי. מטרתו של חוק הוא לכוון התנהגות אנושית. (בא לידי ביטוי בויכוח שלו עם הארט על גרמניה הנאצית).
4. **בהירות**: צריך לוודא שחוקים הם ברורים על מנת שנתונים יוכלו לעבוד על פיהם.
5. **יציבות**: לא ניתן להחליף כל הזמן את החוקים. צריך לוודא יציבות במערכת המשפט.
6. **חקיקה ברורה ונעדרת סתירות**: מניעת סתירות פנימיות במערכת המשפט. סתירה יוצרת התנהגות שלא יודעת לכוון את התנהגותיה.
7. **פרופרציונאליות**: איסור על איסורים בלתי סבירים (כמו שינה). איסור על קביעות חריגות.
8. **שימור התאמה**: פניה לשופט בבקשה לוודא התאמה בין מה שפורסם לתביעה של האזרחים. לאפשר מיצוי ופרשנות במשפט.

הוא מנסה ליצור מערכת של קריטריונים שבעת ביצועם, המערכת תהיה מוסרית ורק כך השיטה תעבוד.

המסקנה של פולר: הכוונת התנהגות רצויה שלא מכוח עליון אלא ע"י התבונה האנושית. המערכת צריכה להכיל את שמונה הדרישות ובמצב של היעדר יישום דרישות אלו, מוסריותה של המערכת נפגעת. טענה זו יכולה להוביל לידי בטלותה של המערכת. אי קיום שמונת השלבים היא העידר המוסריות הבסיסית לציית לחוק. מוסר בסיסי לא היה קיים אצל הנאצים. החוקים לא פורסמו ונכתבו. החוקים לא היו פרופרציונאליים, לא הייתה בהירות לגביהם.

האם כל שיטה מקיימת את שמונת השלבים? שיטה שלא תקיים את שמונת השלבים תאבד את יכולתה להתקיים. הפעלת כוח כנגד שילטון צורר כדוגמת סוריה, יכולה להשתמש במערכת זו על מנת לפסול אותה.

2.1 ביקורת הארט על פולר

הארט היה הראשון שביקר את פולר וטען כי מערכת שמקיימת את כל השלבים היא יעילה אולם **אין פה דגש של מוסר**. יעילות המערכת יכולה להתקיים גם בתפיסות פוזיטיביסטיות.

הארט

1907-1992. פוזיטיביסט. אולם, הוא נמצא גם במשפט הטבעי. הוא פוזיטיביסט כי הוא מאמין בהעדר מוסר, אולם הוא כן מאמין "במינימום תוכן" של המשפט הטבעי. מערכת של חוקים חייבת שיהיה בה מינימום תוכן של המשפט הטבעי. למעשה, האשימו אותו בכניעה למשפט הטבעי (החרימו אותו על כך).

הארט מדבר על משפט טבעי בכל מערכת. קורטוב של משפט טבעי במערכת אינו אומר כי משפט הטבע קיים במערכת אלא, כי היא משמרת אובייקטים בסיסיים המזוהיים עם בסיס הטבע. הוא יוצר קריטריון של חברה אנושית שבלעדיה חברה אנושית לא יכולה להתקיים.

מדבר על העקרון שהמשפט הטבעי שצריך להיות נוכח בכל מערכת משפטית – "התוכן המינימאלי". מדבר על כך שלבני האדם יש צרכים בסיסיים ומערכת המשפט צריכה להגן עליהם ועל הסדר בחברה. מאמין כי ישנן מספר אמיתות המחייבות הכרה בסדר של הטבע גם כאשר מדובר במשפט אנושי.

בין השניים מתפתח ויכוח גדול סביב תקפותו של החוק שהתקבל בתקופת המשטר הנאצי. וזה בגלל שהוא התקבל ע"י ריבון אנושי. מבחינתו חוק הוא חוק ואין טוב בלערבב חוק עם כל מוסר. עם זאת הוא מעלה את השאלה מהם הקריטריונים שחברה אנושית צריכה לאפשר לעצמה לכבד.

כלומר, למחוקק יש חובות להגן על מספר אמיתות מסוימות. הוא לא מערבב בזה מוסר. לפיו צריכות להיות חמשת אמיתות שאמורות להיות מעוגנות במערכת, הן מייצגות את המערכת (גם אם לא קיימות בצורה מובהקת), לגבי מינימום תוכן של המשפט הטבעי.

חמשת האמיתות של הארט:

1. **חולשה / פגיעות אנושיות:** דרושה לבני האדם הגנה מפני החולשות שלהן.
2. **חובת שיתוף פעולה:** העובדה שכולנו חיים אחד עם השני ושכולנו תלויים זה בזה אנחנו חייבים לשתף פעולה. המשפט אמור לאפשר שיתופי פעולה אלו ע"י חוזים למשל או מסחר.
3. **אלטרואיזם מוגבל:** אנחנו לא רעים ולא טובים. אנחנו צריכים להיות גם וגם. מערכת המשפט צריכה להסדיר התנהגות אזרחית.
4. **אמצעים מוגבלים:** לכל מערכת חברתית או משטר יש אמצעים מוגבלים. (מזכיר את הקביעה של רז – שהייה תלמידו של הארט). יש לאפשר חלוקת משאבים בצורה שיוויונית.
5. **הבנה מוגבלת וכוח רצון מוגבל:** ברוב המקרים נעדיף את האינטרס האישי שלנו. לא תמיד אנו נסתכל לטווח הרחוק ולכן מערכת המשפט צריכה להסדיר עניינים עתדיים על ידי מנגנונים.

זה מדבר על **סדר בטבע** ולא ע"י המשפט הטבעי. המילה מוסר אינה מוזכרת כאן כלל. הפוזיטיביסטים באים ושואלים את הארט מדוע הוא מערבב את משפט הטבע בעולם הפוזיטיביסטי. מה זה בכלל מינימאלי? הוא אומר כי הוא לא מדבר על משפט ומוסר אלא שהוא מדבר על סדר הדברים בטבע. הוא מדבר על הצורך הטבעי בהגנה מינימאלית. הארט אינו מדבר על "משפט על". לטענתו הקשר בין משפט ומוסר אינו הכרחי, אולם הוא קיים. חוק הוא בעל

תכולה מינימאלית של המשפט הטבעי=חוק מוסרי. אולם, חוק פוזיטיביסטי ללא תכולה זו לא מאבד את תוקפו המשפטי.

הארט לא מדבר על בטלות של חוק אם לא יחיל את חמשת האמיתות. חמשת האמיתות הללו צריכות להיות במערכת עצמה ולא דווקא בחוק עצמו.

2.2 גרמניה הנאצית – הויכוח בין פולר להארט

משפט ומוסר - הארט נ' פולר וגרמניה הנאצית:

הוויכוח בין הארט לפולר בנוגע תקפותו של החוק הנאצי, סבב סביב מקרה של פס"ד הדן בגרמניה. הרקע לפס"ד זה הוא הימים שלאחר מלחמת העולם השנייה. המערכת הגרמנית מתמודדת עם מציאות קשה של פורמאליזם ששרר שם. מערכת המשפט בגרמניה פונים למערכת הצדק הטבעי, למערכת כללים הומניטריים ראשוניים שלא היו קיימים בזמן השלטון הנאצי. במקרה זה, מדובר באישה שהסגירה את בעלה לגיסטפו בגלל היציאה שלו כנגד המשטר. אישה זו ניהלה הרבה רומנים במקביל. האישה פנתה לנציג של המפלגה הנאצית והם הענישו אותו בעונש מוות. עונשו הומתק והוא נשלח לחזית עם רוסיה. האישה הייתה בטוחה ששם הוא ימות אולם הוא חזר ותבע את אישתו על בסיס חוקים לא הגיוניים, חוקים לא מוסריים. לטענתה החוקים היו מעוגנים ע"י הרייכסטג (חוק שטוען כי הנאצים הם הרשות העליונה ואין לצאת כנגדם). ביהמ"ש הרשיע אותה: 1. אמר כי האישה השתמשה בחוק לצרכיה הפרטיים. לא הייתה כוונה אמיתי כלפי החוק. 2. בחוק הייתה בעייה נוספת, בחקיקה נעדרו יסודות הצדק הבסיסי הקיים בכל מערכת אנושית. ביהמ"ש החליט ללכת לפי הגישה הפוזיטיביסטית ולהרשיע את האישה. ההחלטה נבעה גם מהרצון להוקיע את התנהלות המשטר הנאצי ואת אי תקפותו במערכת המשפט הגרמנית החדשה. (שנת 47').

האם ביהמ"ש יכל היה להרשיע אותה?

מצד אחד לא ניתן היה להרשיע אותה - לפי פולר אין אפשרות של חקיקה רטרו אקטיבית. אם מסתכלים על אקווינאס, האישה צייתה לחוק שהיה קיים גם על אף שאיינו מוסרי.

לפי הארט היה חוק. לפי פולר לא היה חוק. לפי 5 האמיתות של הארט התקיים החוק ולפי 8 השלבים של פולר לא.

הארט בא ואומר כי חוק הוא חוק וזה לא משנה ע"י מי הוא התקבל. אין מקום לשיקולי מוסריות לגבי תוקף החוק. לעומת זאת הדרך שבית המשפט בחר בו לא הייתה נכונה. ביהמ"ש דיבר על שיקולי צדק ומוסר ולא כפי שהיה אמור היה לעשות. פולר אומר כי החוק הנאצי לא היה חוק ולכן ביהמ"ש פעל נכון. לפי 8 השלבים של פולר, הזכות של הריבון לחוקק חוקים עם סטירות הייתה קיימת, החוקים נשמרו בסוד, הייתה חקיקה רטרואקטיבית, החוקים לא היו פומביים, לא בהירים ולא פרופרציונאליים בתפיסה הכללית. המערכת כולה לא הייתה משפטית.

שני המשפטנים ראו בהחלטת ביהמ"ש כנכונה אך הדרך להסתכל על כך הייתה שונה.

- הארט – החוק הנאצי הוא חוק, החלטת ביהמ"ש נכונה.
- פולר – החוק הנאצי לא חוק, החלטת ביהמ"ש נכונה.

הארט הוא פוזיטיביסט, חוק הוא חוק. התוצאה הייתה צריכה להתקבל אולם הדרך לא הייתה נכונה. הארט אמר כי הפסיקה צריכה לצאת מהמחוקק ולא מהשופט. פה מתגלים היסודות הטבעיים שלו. לא מתייחס לחוק עליון, רוצה לראות תוצאה ע"י חקיקה של המחוקק. למרות שהחקיקה הרטרואקטיבית היא רעה, המקרה של המשפט הנאצי היה שונה בייחוד שמדובר על חקיקה פלילית רטרואקטיבית. הארט מעדיף את החקיקה כי היא מגיעה ממקור אנושי. הארט מדבר על מינימום תוכן של המשפט הטבעי.

האם אפשרי בכלל לדבר בסיטואציה הזו על מוסר?

כאשר אנחנו מדברים על מוסר אנחנו צריכים לדבר על חברה ולייצר סדר חברתי ראוי. לפי פולר, חוק הוא לא חוק אם לא עמד בדרישות האלו (מוסר כתוכן) והמשטר הנאצי לא מילא אחר הדרישה הזו.

התוצאה אלייה הם מגיעים היא זהה אולם הדרך לכך היא שונה, הדרכים הן אחרות.

3. רדברוק – אחריות הפוזיטיביזם והפורמאליזם

גוסטאב רדברוק היה פילוסוף גרמני שכתב לפני, במהלך ואחרי המשטר הנאצי ובעקבות אכזבתו מהשלטון האפל הוא "ערק" מן השפט הפוזיטיביסטי למשפט הטבעי. הוא טען כי הפורמאליזם המשפטי ששרר בתקופת הנאצים הוא זה שהביא לחלק מתוצאות המשטר. **לטענתו יש לנטוש את הפורמאליזם המשפטי**. כלומר, **האקסיומה ש"חוק הוא חוק", לא יכולה להתקיים**.

במאמרו משנת '46, הוא כותב על כך שצריך להיות קריטריון על שילווה את המשטרים המשפטיים (יש לזנוח את הפורמאליזם מתקופת גרמניה הנאצית). העיקרון הזה מגיע מהמשפט הטבעי. הוא נותן את הדוגמא של שיוויון- בתקופת הנאצים לא היה שיוויון אבל אילו היה קיים חוק על של "שיוויון", היה ניתן להשתמש בו כדי למנוע את הזוועה שהתחוללה. מדבר על המשפט הטבעי (מדבר על קריטריונים עליונים לחוקים). החוק העליון קיים במקרים קשים כגון המשטר הנאצי. יש לתת עדיפות למשפט הפוזיטיביסטי אולם עד אשר החוק הפוזיטיביסטי נוגד אמות מוסר בסיסיות. בדבריו הוא משלב שיקולים הומניטריים.

פולר מדבר על תוכן המערכת המשפטית. הפרוצדורות המתנהלות בתוכה עוזרות לה לשמור על משפטיותה. **רדברוק** אומר שיש מערכת אבל היא נשענת על משהו עליון למערכת - משפט טבעי קלאסי.

4. ג'ון פיניס

פילוסוף אמריקאי בן ימינו. מגדיר עצמו כפילוסוף של המשפט הטבעי ובוחר את טבע האדם ומאפייניו העיקריים. מבחינתו המשפט הטבעי הוא מכלול של עקרונות שבמרכזם התבונה המעשית. בספרו המרכזי משנות ה'80 הוא מתבסס על תורת אקווינס, על המשפט הטבעי והזכויות הטבעיות, וטוען כי קיימים מספר מאפיינים שביחד מגדירים את **הטוב הבסיסי** של האדם.

פיניס מדבר על הגישה החילונית - **טובין בסיסיים**: ערכים אנושיים בסיסיים, קדם מוסריים (ידע, חיים). כתב על המשפט הטבעי המודרני. הוא מסתכל על החברה אנושית כמחייבת הגנה על טובין בסיסיים. אלמנטים יסודיים שהשיטה חייבת לשמר כדי להמשיך להתקיים. הטובין הבסיסיים באים מעולם לא דתי, מעולם שמאמין באדם.

ג'ון פיניס מאמין באדם. הוא רואה בתבונה האנושית את המקור באשר לשיח של התבונה. "הטבע" מוחלף ע"י "התבונה המעשית". במקרה של פיניס, מדבר על תיאוריה רחבה – מדבר על שבעת המאפיינים של הטוב הבסיסי. המאפיינים האלו יובילו את המסגרת החברתית למציאת הטוב הבסיסי. התבונה המעשית היא הפרקטיקה. פיניס כותב ספר על המשפט הטבעי, מבחינתו לאדם יש תבונה בסיסית פרקטית מעשית שממנה ניתן לגזור את המסגרת האנושית אותה צריך לשמר. המאפיינים של הטוב הבסיסי, אמורים לסייע להסדיר התנהגות רצויה בחברה. לטענתו יש מוסר הרלוונטי לקיום המשפט.

4.1 מבחן שבעת הטובין הבסיסיים של פיניס

שבעת הטובין הבסיסיים של פיניס:

"טובין בסיסיים", "Basic goods", הם קריטריונים מוסריים, הם שבעת המאפיינים של הטוב הבסיסי. הם הסיבה למה חברנו להיות חברה אזרחית ולכן חשוב לקיים אותן בכל מערכת.

5. **חיים** : הערך המובן מאליו. פונה לרצון האדם להגדרה עצמית, המשך הקיום כדי לשמר את סדר הדברים בטבע.
6. **ידע** : אנחנו זקוקים ליידע והמערכת המשפט תאפשר לנו את ההיחשפות הזו ליידע.
7. **משחק** : מייצג התנהגות אנושית בין בני אדם, בין החברה ובכל מקום, אנו זקוקים לתגובה אנושית אחד של השני.
8. **ניסיון אסטטי** : היכולת להבין יופי כחוויה אנושית. יש צורך אנושי להסתכל על האסטטיקה בחברה.
9. **חברותיות** : שיתוף פעולה בין אנשים בין אם למטרות בסיסיות של שלום או חברות עמוקה, בין אם לשרות אינטרסים של אחר או שלך. זה יהיה קיום הרמוני.
10. **תבונה מעשית/הגיון פרקטי** : היכולת לקבל החלטות בצורה נבונה. שימוש באינטליגנציה במצבים בהם אדם צריך לבצע בבחירה. מעצם היותנו בני אדם יש לנו את ההגיון שיעזור לנו בזמן ביצוע בחירה.
11. **דת** : לא מדובר על תד במובן התיאולוגי. מדבר על ההבנה שמעבר למציאות. מה שחוצה את הדברים שאנחנו נחשפים אליהם באופן היום יומי. מטפיזי – מעבר לפיזי. מאפשר לנו למצוא את מקומנו בעולם. יש להתבונן לתוך הדת שלנו ודרך **התבונה הפרקטית** אנחנו נגלה מה הסדר ומהן מרכיביה.

דרך גילוי הטוב הבסיסי, במערכת משפטית, נוכל לאפשר למוסר לאפשר את התפתחות המערכת והמשך קיומה. פיניס הוא סוג של ניאו אקווינאס – אקווינאס חדש. פיניס מייחס את מקור התבונה לאדם ולא מהאל.

***בתנו "צדק הוא אינו רק פרוצדוראלי" (שאלה מהמבחן). תזכורת, פולר דיבר על מוסר כפרוצדורה ולכן יש לדון בשאלה זו דווקא בהוגים האחרים – פיניס למשל מטבר על הטוב הבסיסי אשר משמש מוסר פנימי למערכת!

4.2 עקרון התבונה הפרקטית על פי פיניס, זכויות ומשפט

המחשבה על האדם, במצב זה נדרש מאיתנו הבנה מעמיקה ע"י חיבור תשעת השלבים הבאים, המאפשרים ומסייעים לבחור מבחינה מוסרית בין אם לעשות מעשה או לא. **תשעת השלבים של התבונה הפרקטית:**

1. **רציונאליות** – בחירה רציונאלית המשלבת שיקולי עתיד, לא בחירה מתוך גחמה.
2. **אי שרירותיות** – מתן תשומת לב לשאר הערכים / קריטריונים של ה"טוב הבסיסי".
3. **השפעות של אחרים** – הבחירה האנושית דורשת שלא תהיה פגיעה בפרט אחר. על כן, יש לשים לב ולבחון את הפגיעה של "הבחירה" על שאר האנשים בחברה.
4. **פתיחות** - בחירה שאינה "קשיחה" או עיוורת להשלכותיה- פתיחות לשלל ההיבטים שבתהליך קבלת ההחלטה.
5. **רצינות** - מחוייבות לביצוע הבחירה.

6. **יעילות** – החלטה סבירה צריכה להיות תואמת את ההחלטות ואת התוצאות (למשל, העדפת חיי אדם על רכוש).
7. **הכרה בערכים בסיסיים מבלי לפגוע בהם** - הימנעות מפגיעה בשבעת "הטובין הבסיסיים". החלטה סבירה נשענת על כך שלא תפגע בערכים האחרים.
8. **טובת הכלל** – החלטה תבונית חייבת להעשות מתוך תפיסה של קידום טובת הכלל על מנת לשמר את המבנה החברתי.
9. **צו המצפון** – בחירה תבונית מחייבת את האדם להימנע מביצוע פעולות אשר נוגדות את רצונותיו. אדם צריך לפעול בהגינות, טוב לב ולפי צו מצפונו ולא רק על פי צו השלטון.

התיאוריה של פיניס היא נאו-אקווינית (כלומר מחודשת). הוא מכיר במצפון ובקושי לציית לחוקים כאלו. כן יש ציפייה לציית לחוקים כאלו במערכת מוסרית, ואי ציות לחוק זה יפגע בשלום המערכת.

פיניס עושה הבחנה בין זכויות אבסולוטיות (למשל הזכות לחיים) לבין זכויות יחסיות (זכויות שהמרקם שלהן משתכלל בהתאם לזכויות של אחרים). את האבסולוטיות אין להגביל גם לטובת הכלל. ההכרה בחשיבותה של הזכות הקניינית מאפשרת יצירת אוטונומיה אינדוידואלית. פיניס מדבר על טבע האדם, על האנושיות שלו, המתורגמת למעשה. הוא אינו מדבר על משפט אולם אומר כי זה חשוב שבמערכת המשפט יתקיימו שבעת הטובין הבסיסיים מהסיבות הבאות:

1. המשפט אמור להגן על הטוב האנושי.
2. בני האדם צריכים להיות בחברה מסודרת.
3. טובת הכלל חייבת לקבל עדיפות על חובת היחיד.
4. מערכת המשפט באה להגשים מטרות אלו, והחוק הוא אמצעי לכך.

פיניס אומר כי חוק שאינו מוסרי אינו יכול להיות חוק.

4.3 הביקורת על פיניס

הרבה ביקורות הופנו כלפי פיניס:

הביקורת הראשונה היא שהוא אינו כותב תיאוריה משפטית. הוא כותב תיאוריה יפה וכללית על טבע האדם אך לא על המשפט עצמו. הוא כותב על התבוננות מהפנים על המטפיזי. (ביקורת של הפוזיטיביסטים).

הביקורת השניה הייתה שהוא כותב על הטוב הבסיסי של פיניס. כלומר הוא אינו יכול לייצג את החברה האובייקטיבית.

הביקורת השלישית הוא שהוא ניסה לתפוס יותר מדי. תיאוריה רחבה (המשפט הטבעי רוצה לייצר רוחב ומתוכה ניתן להשליך הגבלות על המוסר האנושי). תיאוריה בלי יישום, לא מעבירה את המסר שלה. בתיאוריה רחבה, על אף שיש חוקים מוגבלים, יש לצאת מהמסגרת.

5. הביקורות על המשפט הטבעי

ארבעת ביקורות מרכזיות שהופנו כלפי המשפט הטבעי:

1. **כשל לוגי** - מעבר ממצב אחד למצב אחר בלי להסביר את המעבר. מעבר מעובדות חברתיות, (חקיקה ופסיקה) למצב אחר של נורמות וערכים שאינם כתובים. לדעת המבקרים אין חיבור בין שני המעברים. כלומר, אי אפשר להסתכל על מוסר בצורה אובייקטיבית ולכן המשפט הטבעי לא רלוונטי כלל. החוסר בלוגיקה במעבר, מבטלת את התקיפות של המעבר. למשל, **בפרשת האימוץ ובירדור**, ביהמ"ש פסק מה היה צריך להיות. מה היה צריך להיות לא קיים במשפט ולכן זה הכשל הלוגי.

דוגמא:

עובדה 1 – כל החיות מגדלות את צאצאיהן.

עובדה 2 – "בני האדם הם חיות"

מסקנה לוגית = "בני האדם מגדלים את צאצאיהם"

מסקנה לוגית = "בני האדם צריכים לגדל את צאצאיהם"? (יש כשל לוגי)

התוסף הנורמטיבי הערכי, המנסה לחבר בין עובדות חברתיות ונורמות אינו קיים לדעת המבקרים ולכן המשפט הטבעי טוב לפילוסופיה אבל לא למציאות.

2. **ערכים הם יסודות שרירותיים** – מוסר הוא מושג שרירותי וככזה, הוא סובייקטיבי. כל אדם יראה אותו אחרת. החוק יגדיר איפה מתחילה "גיזרת עשה" ואיפה "אל תעשה".

3. **פגיעה בוודאות המשפטית** – אין ספק שכאשר יש עיסוק במוסר בתוך התהליך הפרשני, קיימת פגיעה בתהליך המשפטי. נסמך על ביקורת 1+2.

4. **המשפט הפרקטי** – המשפטנים הפרקטים שצריכים לתת יעוץ ללקוח כעורך דין, ביהמ"ש יפלוש למקומות שאינם קשורים למשפט. ביהמ"ש חייב לייצב יציבות משפטית ולא לעסוק במה היה צריך להיות. העו"ד לא אמור להתעסק בזה.

6. המשפט הטבעי בפסיקה הישראלית

6.1 פס"ד לאור

בג"צ 172/89 תנועת לאו"ר – נ' יו"ר הכנסת - הויכוח בישראל

תיקון לחוק מימון המפלגות אשר נחקק בשנת 1989, פטר רטרואקטיבית מפלגות שחרגו מן התקציב מהשבת הכספים. בג"צ קבע שהתיקון לחוק פוגע בשוויון, סותר את חוק יסוד הכנסת ועל כן – בטל.

עובדות המקרה - העותרים, תנועת לאו"ר, עתרו כנגד חוק מימון מפלגות אשר עבר בכל שלושת הקריאות ברוב מוחלט, אך לא עבר בדיון המקדים ברוב מוחלט. הם גורסים כי כל חוק אשר משנה את סעיפים 4, 44, או 45 לחוק יסוד הכנסת, קרי פוגע בשוויון בין המפלגות, חייב לעבור ברוב מוחלט גם בדיון המקדים.

השופק ברק - בפרשת לאו"ר ברק אומר שיש למתן את הקונפליקט בין דמוקרטיה לזכויות אדם. צריך לרסן חוקים שאינם עולים בקנה אחד על המשטר הדמוקרטי. ניתן לעשות זאת ע"י חוק או ע"י שופטים.

מכאן נגזרת השאלה האם השופט הוא זה שעושה את האיזון. במה השופט יכול להשתמש, מהם חומרי הגלם, בתהליך הפרשני שלו? האם ניתן לבטל חוק אך ורק בשל סתירה לעקרונות היסוד של השיטה (המשפט הטבעי)?

השופט **ברק**, בפסק דין תנועת לאו"ר, לראשונה בתולדות הפסיקה הישראלית תקף באופן ישיר וגלוי את דוקטרינת הכנסת הכל יכולה. יש הסבורים כי אגרנט וזוסמן הקדימו אותו בע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השישית.

עקרון השוויון הוא עקרון יסוד בשיטת המשפט שלנו וחוק המנוגד לעקרון זה – אין לו תוקף משפטי, אפילו אם התקבל בכנסת ברוב מיוחד. השופט אילון לעומתו טוען שאין להרהר אחר מעשה בית המחוקקים.

משפט ריגס - בשנות ה-60 היה בארה"ב מקרה בו נכד רצח את סבו על מנת לקבלת את ירושתו. הנכד נמצא אשם והורשע. במקביל, בחוק לא הייתה הסדרה מה עושים היות והנכד, הרוצח, היה היורש היחיד על פי הצוואה. חוק הטבע האמריקאי אמר שהמאבל לא יצא כשכרו בידו – "הרצחת וגם ירשת"? הגישה הנונפוויזיטיביסטית לא הסכימה להתבסס רק על החוק.

6.2 פס"ד ירדור

ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות

עובדות המקרה – מפלגת הסוציאליסטים נדחים מהגשת מועמדותם עקב דעותיהם הפוליטיות, דבר אשר מנוגד לחוק.

הרכב השופטים

חיים כהן – דעת מיעוט, שופט **פוזיטיביסטי** שאומר שיש להיצמד לחוק (הוא אפילו מבקש מהמשפטים להתערב מרוב שהוא מיואש). כהן אומר שלא ניתן במדינה שיש בה חוק לשלול זכויות אלא ע"י חוק בלבד. החוק הוא הקריטריון לזיהוי נורמה כנורמה משפטית. הוא מלגלג למושג משפט הטבע. כהן הוא דוגמא קיצונית להתנהלות של הפוזיטיביסטים.

אגרנט – שופט **נון פוזיטיביסט** שאומר שהחוק היבש אינו מספיק, צריך להסתכל על המוסר.

זוסמן - אומר שמדינת ישראל לא יכולה לאפשר לאנשים כאלו ביטוי בהנהגת הארץ. הוא משתמש במשפט הטבע. גם הוא **נון פוזיטיביסטי**. "הניסיון של החיים מחייב לא לחזור על אותה שגיאה שהיינו עדים לה קרי – השואה".

6.3 פרשת האימוץ

ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית

עובדות המקרה - למערער ולאשתו, הנשואים שנים רבות, לא נולדו ילדים. המערער **החליט לפתות** את בת השכנים (נערה קטינה בת חמש-עשרה) לקיים עימו יחסי מין. כאשר סיפרה למערער על הריונה, הוא לא העמיד אותה על האפשרות להפסיק את ההיריון והרגיע אותה **בהבטחות**

סותרות. לאחר לידת הבן, חתמה הנערה על כתב הסכמה לאימוץ. המערער ביקש למסור לידי את הילד. הנערה הודיעה שהיא מתנגדת בכל תוקף שהמערער ואשתו יקבלו את הילד. בית המשפט המחוזי הכריז על הילד בר-אימוץ.

השופטים הגיעו לתוצאה אחת והיא **דחיית הערעור** וקביעה כי **הילד הינו בר אימוץ**.

סעיף 13(7) הכרזה על ילד בר-אימוץ אם אין הורה מסוגל לדאוג לילדו בכל אחד משני המובנים: **המובן המטריאלי** - לכלכל, לפרנס ולדאוג לצרכיו החומריים של הילד; **והמובן הרוחני** - להעניק לילד יחס של חיבה ואהבה שלא יסולא בכסף, ולספק את צרכיו הנפשיים והרגשיים.

השאלה המשפטית - יש לבחון את סוגיית היות הילד "בר אימוץ" בשני שלבים:

ג. האם האב נעדר "**מסוגלות הורית**" לגדל את בנו כפי שדורש ס' אימוץ 13(7)?

ד. אם כן, האם ראוי להכריז על הקטין כ"**בר אימוץ**"?

צדדי המקרה:

- **זמיר:** מגיעים להכרעה ע"פ **לשון החוק** (לפי הארט והגישה הפוזיטיביסטית). שיקולם המרכזי-טובת הילד. עם זאת לפי סעיף 13 לחוק האימוץ טובת הילד במקרה זה אינו מספיק ולכן נעזרים בדעת מומחה (חווד פסיכולוג) שקובע כי המערער אינו מסוגל להיות הורה (נעזר במשהו חיצוני, **משפטן טבעי**). אני לא מכירה את הקביעה שבשימוש בחווד פסיכולוג זה יציאה למשפט טבעי, זה נראה לי פשוט ראייה

- **בד:** מכיל את הוראת 13 (7) על המקרה. הוא דן בכוונת המחוקק (גישה פוזיטיביסטית).
- **דורנר: גישת ביניים.** ההנחה שלה מבוססת על עיקרון - אדם נהנה ע"פ מעשה בלתי מוסרי שעשה.

- **לוי:** "**חוקים לא חוקקו בחלל ריק**". אין נתון המוכיח כי האב אינו מסוגל לכלכל את ילדו או להעניק לו חיבה. מקרה זה אינו אמות ס' 13. עם זאת ביהמ"ש לא יסיע למערער להשלים עם מזימתו, ולכן יש להסתייע באמצעים אחרים – פס"ד ירדור, דין טבעי וכללים על חוקתיים. כללי תקנת הציבור – "**חוטא לא ייצא נשכר**". (נון פוזיטיביסט, מזכיר את דוורקין).

- **חשין:** פותח את המילים שלו באימרה – "**יש דבר כזה שנקרא משפט הטבע**" יודע כי אסור לביהמ"ש למסור למערער את בנו, אך יש להוכיח זאת. מסכים עם דונר בנוגע לחווד הפסיכולוג – פוסל את מסוגלות המערער. "**הרצחת וגם ירשת**" – מקורו במקורות החוק החי של המשפט בישראל. **מקורו במוסר (נון פוזיטיביסט, משפטן טבעי).**

כולם מצהירים כי יש לשופט כוח לצאת אל מחוץ לחוק – כל אחד בדרכו שלו (חלק משפט הטבע וחלק נצמדים לחוק).

6.4 פס"ד מרגלית הר שפי

מרגלית הר-שפי הואשמה בעבירה של אי מניעת פשע.

השופט ח' כהן- יש לפרש את הסעיף "על דרך הצימצום וההקפדה" וזאת על מנת ש"לא לפתוח פתח לחובות מלשינות אשר ריח דיכוי טוטליטארי נודף ממנה"

השופט י' טירקל – "דרכי אל פרשנותו של הסעיף שונה מדרכם של קודמי. לפי השקפתי, יש להבדיל היטב, בין חובתו המוסרית של אדם לנקוט אמצעים סבירים על מנת למנוע את עשייתו של מעשה פשע, לבין חובתו המשפטית..."

"מנגנוני המשפט אינם מסוגלים - ועל כן אינם מעוניינים - להגיע לצפונות לב-האדם ולמתרחש בינו לבינו".

7. זכויות טבעיות

זכות טבעית ניתנת לך מעצם היותך אדם. לא ניתן לקחת אותה או לתת אותה. לצד הזכות יש גם זכות חובה. אולם, לממשל יש החובה להגשים אותה ולא לפגוע בה. הזכות הזו היא מגיע לך מעצם היותך אדם ולכן, אתה כאדם לא אמור לשלול אותה מאף אדם אחד. בכאוס אין מקום לזכויות טבעיות.

המשמעות של זכות טבעית – יש חובה שילטונית וחובה על האזרחים להכיר בזכויות הללו שאיתן אתה נולד ולא רוכש. המקור של הזכויות הטבעיות הן המשפט הטבעי שהן **חיים חופש וקניין**. הזכויות האלו הן אוניברסליות.

הטיעון לכך: במצב הטבעי לא היו זכויות טבעיות כיוון שלא היה סדר – "אדם לאדם זאב". כלומר, יש צורך להתאגד בחברה אזרחית ולאחר ההתאגדות כחברה אזרחית, השלטון יקבל מהעם את הזכות לשמור על הזכויות הטבעיות הללו. הזכויות של האדם מגיעות מזכות האדם על גופו – זכות טבעית לחיים והיא מעניקה קניין על הגוף והאיברים שלך. מכאן נובע הקניין. אם יש לך זכות טבעית על גופך וזכות לחיים מכאן נובעת גם הזכות השלישית שהיא חופש.

7.1 ג'ון לוק – המסכת השניה על הממשל המדיני

במסכת השניה על הממשל המדיני, כותב ג'ון לוק על המבחן הטבעי, על החברה אזרחית ועל המעבר ביניהן. בסעיף 4 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, יש ביטוי לתפיסה הפילוסופית ששררה בעת החדשה שבה הפילוסופים יצרו את שלושת הזכויות הטבעיות הללו (חיים קניין וחפש). סעיף זה מציג פעולה דומה.

זכויות טבעיות הן נגזרת של המשפט הטבעי. הן זכויות מוסריות. החברה האזרחית (ע"י המשפט האנושי) עשתה טרנספורמציה של זכויות טבעיות מוסריות שהפכו לחובות וזכויות משפטיות. ככלל המערכת המשפטית המודרנית, באה להגן על מה שלא יכולנו להגן עליו במצב הטבעי. החקיקה מתעלת את עצמה להגנה על **חיים חופש וקניין**.

7.2 זכויות טבעיות בפסיקה הישראלית

7.2.1 פס"ד בז'רנו

בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה

מדבר על זכות העיסוק שהינה זכות טבעית. זכותו של כל אדם לחפש מקורות מחייה ע"י פרנסה ראוייה.

העובדות - העותרים הם "כותבי בקשות מוסמכים" בעבור בעלי מכוניות שמתקדים במקום בבעל הרכב בכל האמור להתקשרות עם משרד התחבורה. משרד התחבורה אסר על העותרים להמשיך ולעסוק בעבודתם. העותרים פנו לביהמ"ש בבקשה לבטל את צו האיסור.

דעת השופט חשין - לכל אדם הזכות למשלח-יד ע"פ בחירתו, כל עוד העבודה אינה אסורה ע"פ חוק או שהחוק אינו מצביע תנאים לעיסוק. כל זמן שהחוק אינו אוסר עיסוק מסוים אין להגביל את זכות הפרט לעיסוק. קיימת חובה ציבורית על פקידים וגופים ציבוריים לא להפריע לפרט בעיסוקו. משרד התנועה אינו מוסד פרטי והוא צריך להיות פתוח לכל דורש. לכל אדם זכות טבעית לעסוק בעבודה שיבחר לעצמו.

7.2.2 פס"ד קאופמן

בג"צ 111/53 חיה קאופמן נ' שר הפנים

העותרת הייתה חברה במפלגה סוציאליסטית והיא ביקשה לצאת לכנס בחו"ל אולם מנעו זאת ממנה. מדבר על **חירות התנועה כחירות טבעית**. בכל מדינה בכל משטר דמוקרטי האדם רשאי לזכות זו מלבד מצבים ביטחוניים.

העובדות - העותרת מבקשת להצטרף כנציגת הסניף לוועידה בינלאומית שתיערך בחו"ל. העותרת ביקשה היתר יציאה ונתקלה בסירוב. העותרת טוענת כי סירובה ע"י המשיבים נעשה בשירות לב וללא נימוק כשר, מתוך טעמים פוליטיים ומפלים (יציאתה של נציגת מפלגת הימין לאותה ועידה אושרה).

השופט לנדוי - הסעיף בחוק לא מקנה לשר שיקול דעת מוחלט, לאשר או לסרב יציאה משיקולים הנראים לו בלבד. זכות הפיקוח של השר היא בגבולות החוק. טובת המדינה עדיפה על העוול שיגרם לפרט אחד. חירות התנועה הינה זכות אישית ומובנת מאליה בכל דמוקרטיה. ההיתר הינו אסמכתא בלבד לכך שהרשות לא מצאה כל טעם לאסור את יציאתו של פלוני מגבולות המדינה. מכאן שצריך להימצא טעם לאיסור יציאתו של אזרח מהארץ, ולא מדוע תותר יציאתו (לא ניתן לנמק חוסר נימוק, זוהי זכות עומדת שקיימת לאזרח). בלי נימוק אין לסרב יציאתו של אזרח. חירות התנועה של האזרח מן הארץ ומחוצה לה. זכות טבעי בשל משטר דמוקרטי.

7.2.3 פס"ד גינמאת

בש"פ 537/95 גינמאת נ' מדינת ישראל

אזרח ערבי שעצרו אותו עד תום ההליכים בנוגע לגניבת רכב, אותו אזרח עותר לבג"ץ שמחזיקים אותו כנגד חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. לטענת העותר, נפגעה לו הזכות לחירות. החקיקה האנושית הנמוכה ביותר, אינה הולידה את הזכויות הטבעיות אלא הולידה אותן.

העובדות - אזרח ערבי שעצרו אותו עד תום ההליכים בנוגע לגניבת רכב, אותו אזרח עותר לבג"ץ שמחזיקים אותו כנגד חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

זכות היסוד הוא מסמך שבו "מאוגדות זכויות יסוד. ואולם נדע ונשמור שני אלה: אחד, כי אותן זכויות לא נולדו עם חוק היסוד, וכי חוק היסוד – בעיקרם של דברים – אמור לתת ביטוי חרות לזכויות "טבעיות" שהיו קיימות לפניו... ושניים... כי זכויות היסוד בנות הן להשקפתנו המוסרית והחברתית..." (24) זכויות שלא נולדו עם חוקי היסוד אלא חוקי היסוד באים לתת ביטוי לזכויות הטבעיות.

7.2.4 עמותת "שוחרי גיל"ת"

מדבר על זכות חינוך חנים מגיל 0-3. במקרה זה לא נמצאו צידוקין לכך שזו הפרה של זכות טיבעית.

העובדות – העותרת, "תכנית גיל"ת", מיישמת גישה ייחודית להתפתחות תקינה של תינוקות וילדים בגיל הרך. התכנית מתמקדת בילדים אשר אובחנו כלא-חריגים ואשר נולדו לתוך סביבה משפחתית שבהשוררים תנאי מצוקה קשים. מטרת התכנית היא להביא את הילדים המטופלים למצב שיאפשר להם השתלבות נורמאטיבית בחברה, מן הבחינה החברתית ומן הבחינה האינטלקטואלית.

ועדת מומחים מטעם המשיבה, הגיעה, בין היתר, למסקנה כי יש להעדיף תכנית אלטרנטיבית למציאת מסגרות חינוך לילדים, מחוץ לביתם.

העותרים טענו עוד, כי החלטת המשיבים פוגעת באופן חמור בזכות יסוד של העותרים לחינוך. זכות זאת - שהיא חוקתית לטענתם - מעגנים העותרים במקורות שונים. טענתם היא, כי הזכות לשוויון ההזדמנויות בחינוך נפגעת, שכן קיים צורך חיוני בפעולה מתקנת מסוג תכנית גיל"ת.

החלטת ביהמ"ש - אין באמור כדי לחייב את המסקנה כי קיימת במשפט הארץ זכות יסוד חוקתית לחינוך. זכות חוקתית טעונה עיגון חוקתי. טיעונם של העותרים מחייב איתור של מקור חוקתי, שממנו נגזרת זכות היסוד החוקתית לחינוך. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מעגן במפורש את הזכות לחינוך. טענה, שלפיה במסגרת זכותו של אדם לכבוד כלולה גם הזכות לחינוך, מניחה "מודל רחב" בפרשנות הזכות לכבוד, המעורר קושי ניכר. "המודל הרחב" מעניק לפרט זכות כנגד המדינה לחיים טובים יותר. מכאן, שאין לגזור מזכותו של אדם לכבוד את קיומה של זכות יסוד חוקתית לחינוך.

7.2.5 פס"ד קונטרס

בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר

מדבר על האמנה החברתית. כמו שלאדם יש זכויות לקבל את ההגנה על זכויותיו מהמדינה, כך האדם חייב למלא את חובותיו. האמנה החברתית היא זו סיטרית. במדינה דמוקרטית הרשות והאזרח עומדים זה לצד זה כשותפים במדינה.

העובדות - ויכוח קנייני על שטח מסוים, האם לאזרח חובת הגינות כלפי רשויות השלטון, ביהמ"ש מכיר באמנה החברתית ומיישמה על התשתית העובדתית של המקרה, אזרח מעביר מזכויותיו הטבעיות למדינה, והמדינה מעניקה לו שמירה על הזכויות.

האמנה החברתית- תפיסה של שותפות ויחסים הדדיים בין האזרח לרשויות: "לפי אמנה זו, במדינה דמוקרטית, הרשות והאזרח אינם עומדים זה מול זה, משני הצדדים של מתרס, אלא הם, זה לצד זה, שותפים במדינה שותפות הדדית בין האזרח לריבון.

ציון דרך ממשפט הטבע ורמיזה על הזכות הטבעית שאדם לא ייפגע על ידי אדם אחר: "החובה הבסיסית של התנהגות ראויה, הכוללת הגינות, ביחסים חברתיים" (25), "התנהגות ראויה היא חובה אלמנטרית. היא מוטלת על כל אדם כלפי כל אדם... החובה היא נורמה משפטית. היא קיימת כנורמה במשפט גם כאשר היא מופרת במציאות" (45)

ציון דרך שמיישם את מבחן גאלי: "אולם, מהי תפיסה של דמוקרטיה?" (השופט נותן את תפיסתו שלו אבל ער לקיומו של המושג...) (42).

7.2.6 פס"ד טבעול

דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ

מדבר על עקרון התחרות החופשית כעקרון מנחה במשפט המקובל בישראל. החברה מצאה לנכון, לעגן את חופש הביטוי כזכות משפטית. ומכאן נגזרות זכויות כחופש התנועה ועקרון התחרות החופשית.

העובדות - טבעול כרתה חוזה מול קיבוץ איילון להקמת שותפות בשם "שף הים". השותפות לא הצליחה ולאחר 4 שנים כרתו הצדדים הסכם פרידה ובו התחייבות לסודיות אודות המוצרים. כמו כן התחייבו הצדדים שלא לעסוק בכך במשך תקופה של 5 שנים.

דעת הש' חשין - עקרון התחרות החופשית כעקרון מנחה במשפט המקובל בישראל. החברה מצאה לנכון, ובצדק, לעגן את חופש הביטוי כזכות משפטית. מחופש הביטוי נגזרות זכויות אחרות כחופש התנועה ועקרון התחרות החופשית. הזכות הטבעית של כל אדם לבטא עצמו.

זכויות בפסיקת ביהמ"ש העליון:

פרשת האימוץ - האם לאב יש זכות טבעית לגדל את בנו? בפרשת האימוץ האב עבר על נורמות מסויימות. **מדובר על זכותו הטבעית של ילד לגדול במסגרת משפחתית ראויה**, שבמקרה זה פוגעת בו.

האם קיים איזון בין זכויות טבעיות?

- הזכות להורות בפרש האימוץ
- הזכות לבחור ולהיבחר בפרשת ירדור
- הזכות הקניינית וחוק ההתנתקות

האם יש לנו זכות ערעור?

חלק מהזכות להליך הוגן הוא הזכות לערער. הערעור המדובר הוא ערעור ראשוני בלבד. המושג בשימוש זכות טבעית הוא גדול מדי כדי לדבר על זכות לערעור. **לפי פס"ד מדינת ישראל נ' גרנות** ביהמ"ש אומר כי זכות הערעור היא איננה זכות טבעית והיא ניתנת רק במקום בו נקבע מפורשות ע"י המחוקק. זכות הערעור היא ברשות בלבד.

8. רונלד דורקין

רונלד דורקין הוא תלמידו של הארט, נון-פוזיטיביסט יליד 1931, אולם הוא אינו משפטן טבעי טהור. מביא גישה פרשנית למשפט, גישה המהווה אלטרנטיבה שלישית, כתב Taking Rights Seriously (1978) ואת Law's Empire (1986). דורקין מביא גישה פרשנית המהווה אלטרנטיבה שלישית. הוא פונה לפרשן המשפטי ובודק כיצד ניתן להגביל אותו כדי שהוא לא יצא מחוץ לגבולות החוק הפוזיטיבי. הוא מגביל את שיקול הדעת של השופט בכדי שלא יואשם בקניית סמכויות בעצם השימוש בעקרונות מהמשפט הטבעי, והביע בשפה יותר נוחה את מה שמותר לעשות בכדי שלא יואשמו באקטיביזם שיפוטי רחב מדי. מבחינתו חסרה הבנת הפעילות השיפוטית – אין מה לדבר על עקרונות על ועל משפט טבעי. מה שחסר בכל התיאוריות העוסקות ב"מהו משפט" הוא עיסוק בתהליך השפיטה. דורקין טוען שיש תשובה נכונה וטובה ביותר לכל סיטואציה משפטית, זו **תימצא במכלול העובדות הקיימות**. מהחוק הקיים ניתן לדלות את התשובה הטובה ביותר למקרה המשפטי המונח בפניך – משפט טבעי מודרני בדרך אחרת.

דורקין לא מדבר על המשפט הטבעי. הוא מדבר על כך שבעולם המשפט יש לנו **כללים**, יש לנו **עקרונות** ויש לנו את **השיטה**. הכל נמצא במסגרת המשפט. אלו הן יסודות השיטה (כפי שמדבר עליה השופט ברק).

בניגוד למשפט הטבעי התיאולוגי והמשפט הטבעי הקלאסי, המשפט הטבעי המודרני לא מתקף את הנורמה ע"י המשפט הטבעי. חוק או משפט אנושי שמתנגש עם חוק עליון אין לו תוקף של חוק. המשפט הטבעי המודרני משתמש בערכי המשפט הטבעי ובסדר המשפט הטבעי כדי לדון בתקיפותה של נורמה אזרחית. הוא מעריך בעזרתה ככלי את הנורמה והמשפט האזרחי.

רשימת תנאי התוקף של נורמות משפטיות כוללת את החוק. לעומתם נון פוזיטיביזם כוללים ברשימה זו גם אלמנטים לא עובדתיים – לא פוזיטיביסטים.

***בחנו, פוזיטיביסטים טוענים כי רשימת תנאי התוקף של נורמות משפטיות כוללת רק קני מידה המתייחסים לעובדות חברתיות (חוק פסיקה ומנהגים חברתיים) – **שאלה לדוגמא מהבחינה**.

רונלד דוורקין, יוצא כנגד תפיסות של כללים וכותב בעד תפיסות של עקרונות.

חשוב לזכור לגבי דוורקין כמה **עקרונות יסוד**:

1. **מציג עצמו כאלטרנטיבה שלישית**. מבחינתו יש התייחסות למשפט כתהליך פרשני. הוא נונ-פוזיטיביסט אך לדעתו אינו משפטן טבעי. הוא יוצא כנגד הפוזיטיביזם הקלאסי (למשל כנגד אוסטין ואקווינאס). בנוסף הוא יוצא כנגד הפוזיטיביזם המשוכלל של הארט.
2. **מבחינתו אין רק כללים יש גם עקרונות**. כלומר, אין רק חוקים אלא יש גם נורמות ועקרונות. ככל שאתה עולה ברמת ההפשטה אתה מגיעה לעיקרון וירידה ברמת ההפשטה מובילה לחוק.
3. **לעקרונות יש תקפות משפטית**. העקרונות נמצאים בחלל המשפט ולא במשפט הטבעי שהוא מקום שאינו נגיש. במשפט יש כללים ועקרונות והם נמצאים בתוך המשפט.

8.1 הארט מול דוורקין

דוורקין מבקר את הארט על **חוסר ההתייחסות לעקרונות**. הארט מקבל זאת אולם, לטענתו כלל העקרונות צריכים להגיע **מהמחוקק**.

הארט אומר כי **יש שלהיצמד לכללים** ודוורקין אומר כי **יש צורך גם בכללים ונורמות**. הוא מדבר על מיקום השופט ומבקר את הארט.

הארט מבין את דוורקין, מקבל את הביקורת שלו. הוא מסכים שיש **"פוזיטיביזם רך"**. יהיו מערכות משפט שיסכימו לתוקף של מוסר בתוך מערכת המשפט. כלומר, ניתן לעגן נורמות מוסר בחוק כי זה מגיע מהאדם, מהמחוקק. האדם מחוקק את המוסר כנורמה ועיקרון לתקפותן של מערכות משפטיות. **המוסר הוא נורמה מחוקקת**.

"פוזיטיביזם רך" מתקיים בחוקי היסוד של המדינה כמו למשל חוק יסוד שאינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל. חקיקה שאינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, מגיעה למעשה מהעקרונות ומאופי המוסד. חוק שמדבר על ערכים - זהו הפוזיטיביזם הרך.

לדעת דוורקין, **אין שיקול דעת שיפוטי חזק במערכת המשפט**. אין רווחים בעולם המשפט מהסיבה שהמשפט כמוסד כולל בתוכו את כל הכללים שהפרשן המשפטי צריך. אצל הארט לעומתו **יש מצבים של שיקול דעת חזק במקומות אפורים במשפט** כמו תום לב למשל. מקומות אלו מזמינים את השופט לפרש את הכללים. מצב זה מוביל לכך ששופט יפרש את החוק לפי איך שהבין אותו – זו הסכנה הגדולה!

לדעת דוורקין, השופט ראשית מזהה את החוק, מיישם אותו ונמנע משיקול דעת חזק. מבחינת דוורקין קיימת הבחנה בין שיקול דעת חזק לחלש.

***בשאלה בנוגע לשיקול דעת, מכווניה לדון בדוורקין שיקול דעת חלש ובמשפט הטבעי למול שיקול דעת חזק של הארט והפוזיטיביזם.

הארט בספרו The Concept of Law, על אף מטרתו להגדיר את המשפט, אינו מתעלם מחשיבות הקהילה השיפוטית וחשיבות הבנת תפקיד השופט. הארט מכיר בקיומם של "אזורים אפורים" של אי-וודאות במשפט כתוצאה:

- 1) **השפה המשפטית אינה ברורה רחבה מדי לעיתים.** הארט טוען כי השפה היא ישות בעלת מרקם פתוח וקיימים בה אזורים לא ברורים. (לדוגמא: "אסורה כניסה של כלי רכב בתחומי הפארק" – מהם כלי רכב?)
- 2) **קיומם של מושגים כלליים** (לדוגמא: סבירות ותום לב)
- 3) **שופטים שונים יכולים לדלות מתקדים משפטי רציונאליים שונים, מה שמעיד על חוסר וודאות בהלכה הפסוקה.**
- 4) **יכולת חיזוי מוגבלת של אנשים:** אי יכולת לחזות את מכלול השינויים והצרכים החברתיים.

הארט מסיק כי מתוך האזורים של אי-וודאות ניתן לטעון כי גם חקיקה מפורטת לא תשכיל לכלול את כל האלמנטים הדרושים.

המסקנות של הארט:

- **שיקול דעת של השופט:**
 - א. השופט מפעיל שיקול דעת, אך נצמד למקרי עבר, לחוק, וכן למטרות חברתיות כלליות (עובדות חברתיות).
 - ב. הפעלת שיקול הדעת תמיד מוגבלת, למרות קיומו של יסוד סובייקטיבי, על השופט לנהוג כפי שהפרקטיקה המשפטית מחייבת. באזורים של אי-וודאות שיקול הדעת של הפרשן המשפטי אינו מוגבל.
- **אי קיומה של תשובה אחת נכונה** (ביקורת על דוורקין):
 - א. השופט יוצר משפט ע"י חקיקה שיפוטית באזורים של אי-וודאות.
 - ב. כשהפרשן מפעיל שיקול דעת חזק אין תשובה נכונה אחת (עפ"י ברק קיים מתחם סבירות לגיטימי).

ההבדל בין הארט לדבורקין?

הארט, מוסר יכול לשמש חלק ממבחן התקפות המשפטית של נורמות. (פוזטיביזם רך).

דבורקין, מוסר תמיד יהווה חלק אינטגרלי מאותו מבחן תקפות.

הארט ודוורקין נבדלים זה מזה בשני דברים:

1. **במרחב שיקול הדעת השיפוטי**
2. **באפשרות לתחום בין משפט ומוסר.**

לדעת דוורקין, יש לקחת את המשפט כפי שהוא ולפרש אותו בצורה הטובה ביותר.

8.2 המודל הקונסטרוקטיבי – הגישה השלישית

דוורקין מציג את המודל הקונסטרוקטיבי- הפרשנות המשפטית ככלי אשר משלב בחינה של תכלית ומשמעות הטקסט וכוונת הכותב בצורה הטובה ביותר שדרכה ניתן יהיה להבין את הנאמר. הבנה זו תביא את הקורא ואת הפרשן לתשובה הטובה ביותר שהוא יכול להגיע אליה בתהליך הפרשני (כפי שמסביר גם הונורה).

העיקרון המנחה את דוורקין לתשובה נכונה ביותר זה שניתן למצוא אותה מתוך המשפט עצמו. יש להסתכל על המשפט כמו על אומנות. באומנות אין תשובה נכונה אחת. כל אומנות שונה מהאחרת. יש מקום לפרשנות. לעומת זאת, במשפט אסור לאפשר את הריבוי הזה אם ברצוננו לייצר מנגנון נכון.

מהיכן מגיעה התשובה הנכונה ביותר?

לדעת דוורקין אין לחשוב רק על כללים כמו אצל הארט. **הכללים** מזהים את הפונקציות של זכויות וחובות. דרך **העקרונות** ניתן לזהות את החובות והזכויות האלו. ברגע שמכירים בעקרונות במשפט, ניתן להגיע לתשובה הטובה ביותר.

למשל, **בפרשת האימוץ**, ביהמ"ש הגיע לתשובה הטובה ביותר בין אם זה היה לפי דוורקין כפי שפסק זמיר, בין אם זה לפי המשפט הטבעי שאותו פסק חשין ובין אם אלו שפעלו לפי הפסיקה (סעיף 3 לחוק הענושין).

דוורקין יוצא נגד ההוגים הפוזיטיביסטים. ישנו כלל שסוגר את המערכת ולפיו יש להסתכל על המשפט. גם החוקה וגם הריבון צריכים לשאוב כלל עליו יסתמכו. כלומר, **עקרונות הן בבחינת משפט כתוב**.

חשין כותב שהמשפט הלא כתוב כולל בתוכו נורמות ואידיאלים ומוסר, וזו הכוונה של דוורקין. כל אלו קיימים בתוך המשפט.

דוורקין מבחין בין הדברים הבאים:

- כללים פוזיטיביים (חוקים ועובדות חברתיות הניתנים ממרכיב אנושי)
- עקרונות משפטיים הנמצאים במשפט ("הרצחת וגם ירשת")
- נורמות של מוסר (נורמות של הגינות וצדק, מזכיר את המשפט הטבעי).

בתוך המשפט עצמו יהיו עקרונות בעלי מעמד כפול כמו שיוויון שלפני שחוקק היה רק עיקרון. "הרצחת וגם ירשת" הוא רק עיקרון בעל נורמת מוסר. הוא לא נורמה כתובה כמו עיקרון השיוויון.

עקרון שאינו היה כתוב בעבר והיום הוא כתוב, ימצא היום במעמד של חוק (כפי שקיים אצל הפוזיטיביסטים) וגם במעמד של עיקרון. משתמש במילה עיקרון ולא מוסר בגלל שמוסר מעורר אנטגוניזם אצל הפוזיטיביסטים.

וכפי שכבר ציינו...

- הוא מבחין בין שיקול דעת חלש לחזק. עפ"י דוורקין שופט תמיד מפעיל שיקול דעת חלש בשל הדרישה לברור מתוך מכלול העובדות הקיימות את הדברים הרלוונטיים והחשובים ביותר בכדי להגיע להכרעה משפטית. השופט מפעיל תהליך של בחירה ולא חופש בחירה.
 - עיקרון מנחה - קיימת תשובה אחת נכונה וטובה ביותר לכל שאלה משפטית. השופט לא יוצר משפט חדש, אלא מתאים את הפרשנות של המשפט הקיים לסיטואציה המסוימת.
 - במשפט יש גם עקרונות, לא רק כללים (להבדיל מהארט). "הרצחת וגם ירשת" הוא עקרון מהמשפט הקיים, ואין צורך להתייחס אליו כעקרון "טבעי". לכן ניתן לאפשר הגנה ראויה על זכויות של פרטים.
 - קיומם של כללים לצד עקרונות מאפשרים לפרשן המשפטי למצוא תשובה לכל שאלה. יש לו את כל חומרי הגלם, ואין סיבה לחללים ולא-וודאות. משלב משפט עם אידאולוגיה, צדק והגינות. עקרונות הם כלים מנחים בניגוד לכללים ספציפיים המסדירים פעילות/התנהגות מסוימת חשוב לציין שיש כללים שהם בדמות עקרונות ("תום לב", "סבירות"). אלו כללים עם ערך גבוהה יותר של צדק.
- מבחינת דוורקין הכללים מיוחסים לאופי המוסד. בהתחלה יש חוקים, מעליהם יש עקרונות, ומעליהם יש את אופי המוסד (החברה). למשל בירדור, הקביעה הייתה לפי אופי המוסד הישראלי - סותר את קיום מדינת ישראל.

דוורקין כותב סגנון הבנוי על המבנה הבא:

כללים ==> עקרונות ==> אופי המוסד (למשל דמוקרטיה).

8.3 שיקול הדעת של השופט

הוא דוחה את הביקורת של הארט לשיקול דעת. אין שיקול דעת חזק, הוא תמיד יהיה חלש. דוורקין מבחין בין שיקול דעת חלש (המוגבל ע"י כללים שנקבעו ע"י מקור הסמכות – הריבון) ושיקול דעת חזק (כאשר יש מקום לבחור כיצד לפעול). השופט אינו רשאי לבחור את מה שהוא עושה, הוא מוגבל בחוקים ובעקרונות. כלומר, השופט אינו יוצר חוק, אלא עוסק בזיהוי החוק ויישומו. השופט מפעיל תהליך של בחירה ואינו חופשי. דרך שיקול הדעת החלש הוא ימצא את התשובה לסיטואציה משפטית. התשובה להתנגשויות היא מתוך המשפט. דוורקין מציג עיקרון מנחה לשיקול דעת – יש תשובה אחת נכונה וטובה ביותר: השופט אינו קובע משפט חדש אלא מזהה / מגלה את המשפט הרלוונטי לסוגיה.

הארט, פוזיטיביסט, אומר שלשופט יש שיקול דעת חזק וזה במצבים שבהם יש עמימות במושגים כמו תום לב וסבירות. כלומר, בשיקול דעת חזק יש מקום לבחור כיצד לפעול.

דוורקין כן משתמש בזכויות טבעיות ובמוסר אולם הם מגיעים מתוך המשפט. השופט הוא אינו כל יכול ולכן הוא לא יכול להצדיק את דעתו מגישות חיצוניות למערכת המשפט. דוורקין מנסה

למלא את הקשר הלוגי שדיברנו עליו. אופי המוסד מאפשר למעבר מעובדות חברתיות לערכים. כלומר, לפי דוורקין יש וודאות משפטית וזה מאפשר לצפות את ההליך המשפטי.

8.4 תפקיד המחוקק ותפקיד השופט

הנשיא ברק (במאמרו "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי) טען כי עם חקיקת החוק סיים המחוקק את תפקידו. דוורקין מגדיר את תפקיד השופט כתפקיד של פרשן, לאור כוונת המחוקק ובדרך שתגשר בין התפיסות השונות למשפט.

חקיקה שיפוטית – במקרים מסוימים הפרשן נדרש להיכנס לנעלי המחוקק, פעולה שאינה מקובלת ע"י דוורקין. לפי דוורקין יש לקרוא את כתביו של המחוקק כמעשה של גישור בין מציאות החיים לנורמות המשפטיות ובעיקר הגנה על זכויות הפרט בצורה הטובה ביותר.

כשהארט כותב את הספר שלו (The Concept of Law), על אף מטרתו להגדיר את המשפט, הוא אינו מתעלם מהקהילה השיפוטית והוא אינו אומר שהשופט לא רלוונטי. גם הארט מדבר על חשיבות תפקיד השופט והבנת גבולותיו. הוא מכיר בתחומי אי-הודאות במשפט לאור ספר דברים.

הטענות של הארט על השופט:

1. השפה המשפטית אינה ברורה: שפה היא ישות בעלת מרקם פתוח בה קיימים אזורים לא ברורים "a penumbra of doubt" ועל כן היא מזמינה את השופט להתערב.

- כלי רכב (הונורה)

- נהיגה (למטרת בדיקת רמת אלכוהול בדם)

- סיעת חד"ש: השפה המשפטית והפרשנות – מרקם – מעטפת – מסגרת של תמונה (קלזן)

2. שימוש במונחים כלליים כמו סבירות ותום לב

3. התקדים המשפטי - מייצר וודאות ומסדיר התנהגות אזרחית, אולם, כ"א יסכים על רציונל משפטי אחר

4. יכולת חיזוי מוגבלת של אנשים. לא תמיד ניתן לחזות מקרים מוזרים ולכן יש מקום לפרשנות משפטית.

חקיקה על ידי בני אנוש מוגבלת מאחר ואינם יכולים לחזות את מכלול השינויים והצרכים החברתיים

כלומר: גם חקיקה מפורטת לא תשכיל לכלול את כל האלמנטים הדרושים

הארט מקבל גם את העובדה שיש מקום לפרשנות משפטית. לטענתו שיקול הדעת של השופט הוא תמיד מוגבל לפרקטיקה המקובלת. (הפסיקה הקיימת) וזה על מנת להימנע מהביקורת. במקומות של חוסר וודאות יש אפשרות להרחבת שיקול הדעת.

הדבר השני שהארט מגיע אליו מדבר על האמירה של **דוורקין** – "בתוך המשפט יש תשובה אחת נכונה". (מה שדוורקין מאמין). **הארט** אומר כי אין תשובה אחת נכונה במשפט. תמיד השופט יצור שיקול דעת גם אם זה בתהליך פרשני. לעיתים התשובה כלל לא נמצאת בדין הכתוב.

דוורקין הוא נון פוזיטיביסט כי הוא מדבר על עקרונות שהם לא בהכרח כתובים. למשל "הרצחת וגם ירשת" הוא עיקרון בתוך המשפט למרות שהוא אינו מחוקק. שיווין הוא גם דוגמא לכך.

דוורקין מתנגד לפוזיטיביסטים. לטענתו **על שופט לפעול בשלושה שלבים כאשר הוא ניגש לניתוח משפטי**:

1. בשלב ראשון השופט מוצא ומזהה את החוק
2. בשלב השני מיישם אותו למקרה משפטי
3. הגבלת שיקול הדעת השיפוטי לפי נוסח הארט.

העקרונות האלו נמצאים בתוך המשפט והם נובעים מהאדם, מכך שהוא תבוני.

לסיכום,

שופט א': פוזיטיביסט. אין תשובה אחת נכונה. קיימות מספר תשובות. השופט בוחר מהעובדות החברתיות.

שופט ב': שופט דוורקיניאני. יש תשובה אחת נכונה. על השופט לחפשה עד אשר ימצאה. המשפט כיושרה לא יעזוב את שופט ב'. חובתו היא למצוא את התשובה הנכונה ביותר

8.5 כללים ראשוניים ומשניים

מאחר ודוורקין יוצא כנגד הארט, השאלה המרכזית שלו היא האם הכללים של הארט היוצאים מסדר ראשון ושני של המשפט, ממצים את העיסוק במשפט?

המסקנה: לטענתו, אם יהיה ניתן לתמצת את העיסוק המשפטי למספר כללים, ניתן יהיה להשתמש בשיטה הפוזיטיביסטיית. אולם, דעתו היא שלא. לא ניתן להשתמש בכללים גם אם הם מסדר ראשון או שני. בתוך המשפט צריך להיות משהו נוסף. אם התיאוריה הדוורקיניאנית מתכתבת עם השופט, השופט הוא הפרשן של מה שנמצא בתוך המשפט (אמונה בשופט). בתוך המשפט יש את כל מה שצריך כדי להגיע לתוצאה, והשופט הוא הנציג.

לדעתו מה שחסר אצל הארט ואצל המשפט הטבעי (מה שמחבר ביניהם) זו הבנת הפעילות השיפוטית. היא זו שמתרגמת את המשפט למציאות ולפעולה. על זה דוורקין כותב.

8.6 אי וודאות במשפט

הארט, כפוזיטיביסט, מודע לאזורי אי-הוודאות במשפט. דוורקין טוען כי הם לא קיימים במשפט, אין פערים ואזורים של אי-וודאות. ארבעת אזורי אי-הוודאות המוגדרים עפ"י הארט (שפה לא

ברורה, מונחים כלליים, רציונאליים שונים מאותו תקדים משפטי ויכולת חיזוי מוגבלת), לא יכללו לעולם גם בחקיקה מפורטת ביותר, אין ביכולתה לספק תשובות לכל הסיטואציות המשפטיות. לדעת הארט הפוזיטיביסט, יש מקרים של אי-וודאות, מקום לשיקול דעת חזק של השופט. שיקול דעת זה אין לו מקום בדרך כלל, שכן על השופט מוטלת החובה להיצמד לכללים (שלא כמו שמקרה של לקונה). מנגד טוען דוורקין כי אין דבר כזה "שיקול דעת חזק". בעצם השיקול מאפשרים, אפילו הפוזיטיביסטים, לשופט ליצור משפטים וחקיקה שיפוטית (ההלכה הפסוקה) בעלת תחולה רטרואקטיבית. השופט יוצר הלכה מחייבת ברוח תפיסה מסוימת שהצדדים לא היו מודעים לקיומה בעת ביצועה העבירה וע"י כך הם נשפטים ע"י כללים שלא היו קיימים. כיוון שהשופט אינו נציג ציבור נבחר הוא אינו יכול ליצור חוק ומכאן ההגבלה על שיקול הדעת שלו.

8.7 הביקורות שהופנו כלפי דוורקין

8.7.1 המשפט כיושרה

אחת הביקורות שהופנו לדוורקין הן **העקרונות עצמן** (תפסת מרובה לא תפסת). מה קורה כשיש הרבה פרשנויות שונות? דוורקין אומר כי זה לא יקרה, הוא מכיר את "**המשפט כיושרה**". דוורקין מאמין בשופט, ולטענתו הוא זה שיבחן את הטקסט המשפטי **בהתאם למצב הכללי ולאופי המוסד**. כלומר, **השופט מחוייב לפרש את הטקסט בהתאם לכללים ולכן כולם יפעלו בצורה אחידה**. כולם יפסלו את אותם דברים, כולם יעשו את אותה הדרך כפרשנות אחת.

"**המשפט כיושרה**" הוא המגבלה על שיקול הדעת של השופט:

- א. דורש התאמה - יש לוודא כי הפרשנות של השופט תואמת את הטקסט ואופי המוסד, ומעניקה לו פרשנות באופן הטוב ביותר. בהתאם לגישה הזו, **בפרשת ירדור**, השופט כהן לא יכול היה לקבל את ההחלטה שקיבל כיוון שהיא אינה מוסרית. אופי המוסד הוא דמוקרטיה ולכן מפלגה כזו לא יכולה להתמודד.
- ב. השופט מחוייב לפרש את הטקסט המשפטי בהתאם לעקרונות צדק, הגינות והליכים פרוצדוראליים קיימים.

שופט פוזיטיביסט יבוא ויגיד כי אין תשובה אחת נכונה. יש עובדות וחוקים ומתוכם יש לבחור את התשובה. דוורקין אומר כי חייבים להגיע לתשובה הנכונה ביותר ע"י חיפוש בתוך המשפט. את התשובה הזו יש להתאים לטקסט ולאופי המוסד.

הארט פוסל חקיקה שיפוטית רחבה (שיפוט דעת חזק) ע"י בתי המשפט מלבד איזורים אפורים שאינם קיימים בחוק. עוצמת הפרשנות הגבוהה של השופט, רשאית לבוא רק במקומות של "**פקק**". במקומות בהם אין תשובה ברורה בחוק. כאן הפוזיטיביסט מסכים כי השופט מפרש את החיים לא במקרה של מוסר.

דוורקין אומר כי יש למצוא את המשפט הקיים. השופט אינו מחוקק שיפוטי, הוא נעזר במה שנמצא במשפט הקיים (עקרונות, כללים ומוסר):

1. ההתאמה הטובה ביותר של הטקסט למצב המשפטי ולמערכת המשפט הכללית- לאופי המוסד (האופי הכללי של המוסד).

2. השופט מחויב לפרש את הטקסט בהתאם לעקרונות צדק, הגינות והלכים פרוצדוראליים תקינים.
3. מכאן יש להסיק כי שופטים יפעלו בצורה אחידה. בעקיבתם על עקרון "המשפט כיושרה" הם יפעלו בצורה אחידה ויוכלו להגיע לתשובה המשפטית הטובה ביותר.

8.7.2 הביקורת של השופט ברק על דוורקין

דוורקין מאפשר לשופט את הבחירה הנכונה ביותר. אולם, לדעת השופט ברק, לא יכול להיות שיש רק ערך אחד שמייצג את השופט. התפיסה היא תפיסה מונוליטית של המשפט. ברק אומר כי המשפט מייצג את החיים וכך הם מאוד מורכבים ולכן לא ניתן להיעזר בערך אחד. לדעתו של דוורקין, המרחב שניתן הוא גדול ורחב דיו ואת ברק זה לא מספק.

"מטרת הפרשנות היא לתת לחוק שחוקק בעבר את הציוד הפוליטי הטוב ביותר בהווה כדי להסדיר את חיי החברה בעתיד" (עמ' 211)

"קיימים קווי דימיון רבים בין שיטתו הפרשנית של דוורקין לבין הפרשנות התכליתית של ברק. השופט ברק מבקר את דוורקין ואומר, שהמושג "יושרה" עליו מדבר דוורקין, הוא עיקרון עמום לגמרי לבחינת תפקיד השופט במהות המשפט, סתם "מילת קסם".

"כשלעצמי, המשפט נראה לי סבוך הרבה יותר. המשפט משקף את החיים, והחיים הם רבגוניים. איני סבור כי ניתן לתאר את המשפט כתופעה חברתית באמצעות מילת קסם אחת בין שהיא יושרה (כגישתו של דבורקין) או יעילות (כדרכם של אנשי משפט וכלכלה)או צדק..."

8.8 דוורקין בפסיקה הישראלית – הלכה למעשה

8.8.1 שדולת הנשים

בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה פ"ד נ"ב (3) 630

עובדות המקרה - שר העבודה והרווחה מינה את המשיב, ברוך מרום, לכהונת סמנכ"ל למינהל תקשוב ומערכות מידע במוסד לביטוח לאומי המינוי היה לתקופת ניסיון בת חצי שנה. קודם המינוי כיהנו במוסד לביטוח לאומי שמונה סמנכ"לים, ובהם אישה אחת. העותרת – שדולת הנשים בישראל – הינה עמותה ציבורית ששמה לה למטרה להיאבק למען קידום השוויון והצדק בין המינים בחברה בישראל. לטענתה, המינוי בטל, באשר השר לא עמד בנטל המוטל עליו לעשות לייצוג הולם של שני המינים בקרב הסמנכ"לים במוסד לביטוח לאומי.

העותרת תוקפת את מינויו של מרום לכהונת סמנכ"ל תמ"מ במוסד לביטוח לאומי, ושתי טענות עיקריות בניה: **טענה ראשונה** היא, שהשר לא קיים חובה המוטלת עליו לפעול לייצוג הולם של נשים במינהלת המוסד לביטוח לאומי. **טענה שנייה** פקפקה בנושא כישוריו של מרום. לטענת העותרת, נעדר מרום כישורים ראויים לכהונת סמנכ"ל תמ"מ; הדבר מעלה חשש כי מינויו נעשה משיקולים זרים, וכי אותם טעמים זרים הביאו אף לאי-מציאת מועמדות נשים בעלות כישורים ככישורי מרום או אף בעלות כישורים העולים על כישורי מרום.

השופט חשין (דעת הרוב) – הוראת החוק, שירות המדינה (מינויים) תשי"ט – 1959 (ס 15א) לא אפשרה לבית המשפט העליון לסייע לשדולה ועל כן יש צורך במקור משפטי אלטרנטיבי. החובה

להעניק ייצוג הולם לנשים בשירות ציבורי מכוח הוראת חוק מפורשות – נגזרת מעקרון השיוויון בין המינים. חשין פוסק בשדולת הנשים כי יש גם עקרונות. השיוויון יכול להיות חוק מחוקק אולם לא רק – הוא גם עיקרון. העיקרון הזה מושפע מאופי המוסד. יש לפצות על היתרון של הנשים נחלשות ונכשלות בחברה. חשין מפנה לעקרונות של "אני מאמין". (ביטוי של דוורקין בהחלטת ביהמ"ש).

8.8.2 לאורה מילוא

דנג"צ 7802/04 לאורה מילוא ואח' נגד שר הביטחון ואח' תק-על 2004 (4), 719

עובדות המקרה - לאורה מילוא הנגדה להתגייס מטעמי מצפון. היא ביקשה פטור לפני הגיוס על רקע המצפון והמוסר ובטענה שצה"ל הוא צבא כובש (הייתה מתגייסת אם היה יוצא מהשטחים), רשויות הצבא סירבו לבקשת הפטור. היא הגיעה למועד הגיוס אך סירבה להתחיל ונשפטה ונענשה במחבוש 14 יום, אשר אותם ביצעה.

לאחר מכן הגיעה שוב לבסיס הקליטה וסירבה שוב וגם אז נשפטה למחבוש ועיכבו את הביצוע עד להכרעה בעתירה. עתירה זו מבקשת לבחון ולבקר את החלטת הרשות המוסמכת בצבא לא לפטור אותה משירות חובה.

טענת המערערת: הטעמים לסירוב הם טעמים של מצפון ולא טעמים אחרים כפי שקבעה הועדה. **סעיף 39 לחוק**, המקנה לאשה, יוצאת צבא, פטור מכח הדין מחובת שירות מטעמי מצפון או טעמים שבהווי משפחתי דתי המונעים אותה מלשרת שירות בטחון, ואין ההחלטה נתונה לסמכות הועדה (לעומת החוק אצל הגבר שיש להם להפעיל שיקול דעת). לטענתה, כי היא עמדה בנטל ההוכחה המוטל עליה להראות כי טעמי מצפון אמיתיים.

העותרת הינה סרבנית סלקטורית, המתאפיינים במניעים אידיאולוגיים, חברתיים או פוליטיים, והופכים את הסרבנות לשרת בצבא לענין המותנה בתנאים. אינה זכאי לפטור. (רק סרבן פציפיסטי זכאי לפטור).

שאלות משפטיות – מה טיבה של סרבנות העשויה להצדיק על פי החוק מתן פטור משירות חובה בצה"ל? מתי ובאלו נסיבות נתון לרשות המוסמכת שיקול דעת במתן פטור, ומהם קווי שיקול הדעת שעליה להפעיל, והאם בנסיבות מסוימות די בהוכחת עובדות ותנאים מסוימים כדי להקנות זכות לפטור מן הדין?

השופטת פרוקצ'יה(דעת הרוב) - השופטים מניחים כי אמונותיה ודעותיה הפוליטיות חברתיות של העותרת הן כנות ואמיתיות. גם צו מצפונה המוסרי-אישי הכרוך בתפיסתה הרעיונית הכללית הוא ביטוי לחופש מצפון שיש לכבדו, להעריכו ולייחס לו משקל. **יחד עם זאת**, בתנאי החיים של החברה בישראל, על רקע צרכי הביטחון ונוכח **עקרונות היסוד של שוויון**, שותפות גורל ונשיאה שווה בנטל חובת השירות הצבאי, **"אין להתערב במדיניות השוללת מתן פטור לסרבן המצפון הסלקטיבי משירות בצבא"**.

"החובה לשרת בצבא נמנית על החובות האזרחיות-לאומיות הבסיסיות. אי הסכמה למדיניות הממשלה ולפעולות הצבא הנגזרות ממנה ואף התנגדות מצפונית לקחת בהן חלק, **אינן עילה לפטור משירות צבאי**. על העותרת לתרום את חלקה למאמץ הביטחוני הכללי, **חרף דעותיה** הביקורתיות ותפיסתה הרעיונית לגבי המדיניות הלאומית הראויה". הסדר החברתי בחברה הבנויה על אדני משטר דמוקרטי **מושגת על רצון הרוב**. הציות לחוק ולהסדרים על פיו שנתקבלו על פי רצון הרוב מתחייב מעצם טיבו של ההליך הדמוקרטי...

“החובה לציית לחוק היא חובה משפטית ומוסרית כאחד. מימוש חובה זו עומד ביסוד החיים המשותפים בחברה ובבסיס הכיבוד ההדדי של זכויות אדם וההגנה על ערכים כלליים, ובהם שיוויון וחירות האדם”.

השופטת פרוקצ'יה פוסקת כי אופי המוסד הישראלי מחייב את חובת השירות. בנוסף, יש את עיקרון השיוויון שלפיו על כל האנשים בחברה לקחת חלק פעיל בגיוס לצהל והגנה על המדינה. מדברת על הציות לחוק כעיקרון על-קרי, עיקרון על דוורקיאני, שלמות המערכת של אקווינס. גם כאן, בא לידי ביטוי העקרון “אני מאמין”.

ההכרעה: סרבנות העותרת היא סלקטיבית ומותנית בתנאים. היא מסכימה עם דברים מסויימים שנעשים. אומנם יש לה חופש מצפון אך מוטלת עליה חובה אזרחית ואין להתערב בהחלטת הוועדה ולקבל את הערעור.

בג"צ 2383/04 לאורה מילוא ואח' נגד שר הביטחון ואח' תק-על 2004 (3) 1172

עובדות המקרה – העותרת אינה משלימה עם תוצאת פסק הדין, ועתירתה עתה היא על קיומו של דיון נוסף בפסק הדין. לטענתה חידש ביהמ"ש הלכה בהכרעה הסותרת הלכות קודמות על ס' 39 המעניק פטור לנשים. טוענת שפרוש לחוק של 'טעמי מצפון' לטעמים שמגיעים מהדת היא מנוגדת ללשון החוק ותכליתו ויוצרת אי שיוויון בין נשים חילוניות לדתיות.

השופט חשין -נקבעה הלכה חדשה, אך היא חשובה. קיום דיון נוסף הינו חריג ביותר. החלטתו-דין העתירה להדחות:

- לא נמצא כי הלכה זו סותרת הלכות קודמות.
- לא צריך דיון נוסף פה, המקרה של לאורה הוא מאוד חריג ועל כן לא יעיל לערוך עוד דיון.
- גם אם יחלוק על דעתו של ביהמ"ש בס' 36 לפטור אישה משירות צבאי מטעמי מצפון רק בהקשר הדתי, עדיין יש הבחנה בין מצפון כולל למצפון סלקטיבי. במקרה זה, המצפון הסלקטיבי לא זכאי לפטור.

8.8.3 פרשת נחמני

דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני (1996)

עובדות המקרה - לאחר מספר שנות נישואין חשוכי ילדים ולאחר שהעותרת עברה ניתוח שבעקבותיו איבדה את יכולתה להרות היריון טבעי, החליטו בני הזוג להביא ילד לעולם בהפריה חוץ-גופית. ביציות שהוצאו מגופה של העותרת הופרו בזרעו של המשיב והוקפאו בבית החולים. בני הזוג התקשרו עם מוסד בארצות-הברית לשם איתור פונדקאית שתישא את ילדם, אלא עוד בטרם הגעת התהליך לשלב זה, עזב המשיב את הבית, הקים משפחה חדשה והוליד בת, בעודו נשוי לעותרת המסרבת להתגרש. העותרת פנתה לבית החולים וביקשה לקבל לרשותה את הביציות המופרות כדי להמשיך בתהליך, ומשסורבה – פנתה בתביעה לבית המשפט המחוזי וזה נענה לה. בית המשפט העליון קיבל ברוב דעות את ערעורו של המשיב ומכאן הדיון הנוסף.

השאלה המתעוררת לפנינו היא, האם אכן תועדף זכותו של הבעל שלא להיות הורה, המבוססת על “בעלותו” על מחצית החומר הגנטי של הביציות שהופרו בזרעו, על פני זכותה להורות של האישה, שאף היא תרמה לביציות אלה מחצית מן החומר הגנטי.

אכן, לא כל חובה מוסרית הינה חובה שבדין. ואולם, על הדין להביא לתוצאה צודקת. פרופ' דוורקין, השולל קיומו של שיקול-דעת שיפוטי, סבור כי על בית המשפט להכריע במקרים קשים על סמך עקרונות, מוסר וצדק.

במקרים שבהם עקרונות היסוד מתנגשים בינם לבין עצמם, תיפתר הסתירה על-ידי איזון ראוי בין הערכים המתנגשים.

אריסטו פתר את הדילמה בכך שקבע כי עשיית יושר על-ידי השופט בעניין העומד לפניו הוא חלק מן המשפט הגם שלא נקבע כך במפורש בחוק

העתירה התקבלה ברוב דעות.

8.8.4 פרשת יצחק לוי

ע"א 915/91 מ"י נ' יצחק לוי (1994)

(שיקול דעת חלש למול חזק)

שיקול הדעת, אשר לגביו לא יראה בית המשפט מקום להפעלת כוחותיו בתחום דיני הניזקין, מתייחס למעשים או להחלטות המקיימים את התנאים הבאים:

(א) הם כוללים אלמנט דומיננטי של שיקול-דעת שפירושו בחירה בין מספר דרכי פעולה או החלטות אלטרנטיביות.

(ב) עניין לנו בשיקול-דעת אשר המלומד DWORKIN קורא לו שיקול-דעת במובן "החזק". הכוונה לשיקול-דעת שבו אין קריטריונים ספציפיים המורים למחליט כיצד עליו להחליט. חשוב לציין כי היעדר קריטריונים אין פירושו הפקרות. מטבעו של המושג "שיקול-דעת" שהוא ניתן מכוח סמכות, לצורך מטרה מסוימת, והוא מוגבל על-ידי סוג מסוים של שיקולים שניתן להביאם בחשבון. ההחלטה המתבססת על שיקול-דעת מסוג זה אינה חסינה מפני ביקורת, אך הביקורת לא יכולה להתבסס על חריגה מסטנדרט מסוים שקבע גוף אחר, ואפילו הוא הגוף שהעניק את שיקול הדעת - וזאת משום שסטנדרט כזה פשוט אינו קיים.

(ג) שיקול הדעת, כפי הוא נקבע בחיקוק המעניק אותו, מחייב הכרעה בין שיקולים חברתיים, פוליטיים וכלכליים מתחרים. ההחלטה שאליה מגיע בעל שיקול הדעת מהווה איזון בין גישות נוגדות בנושאים אלו; זהו איזון חברתי אשר אינו קיים בחוק שעל פיו הוא מחליט, אלא מופקד בידיו של האדם אשר לו מעניקים את שיקול הדעת. בסופו של דבר, קשה לקבוע לעניין זה אמת מידה חדה. נראה שמרכז הכובד נעוץ בשאלת ההשקפה.

8.8.5 פרשת האימוץ

פרשת האימוץ - ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית

תזכורת:

עובדות המקרה- למערער ולאשתו, הנשואים שנים רבות, לא נולדו ילדים. המערער החליט לפתות את בת השכנים (נערה קטינה בת חמש-עשרה) לקיים עימו יחסי מין. כאשר סיפרה למערער על הריונה, הוא לא העמיד אותה על האפשרות להפסיק את ההיריון והרגיע אותה **בהבטחות סותרות**. לאחר לידת הבן, חתמה הנערה על כתב הסכמה לאימוץ. המערער ביקש למסור לידיו את הילד. הנערה הודיעה שהיא מתנגדת בכל תוקף שהמערער ואשתו יקבלו את הילד. בית המשפט המחוזי הכריז על הילד **בר-אימוץ**.

השופטים הגיעו לתוצאה אחת והיא **דחיית הערעור** וקביעה כי **הילד הינו בר אימוץ**.

דוורקין בפרשת האימוץ, ניתן לראות כי מנסים למצוא חוק אולם הם עוברים יש לעקרונות הנמצאים בתוך המשפט כמו "הרצחת וגם ירשת".

השופט לוי: ביהמ"ש לא יסיע למערער להשלים עם מזימתו, ולכן יש להסתייע באמצעים אחרים כגון כללי תקנת הציבור – "חוטא לא ייצא נשכר". (נון פוזיטיביסט, מזכיר את דוורקין).

חשין: "הרצחת וגם ירשת" – מקורו במקורות החוק החי של המשפט בישראל. **מקורו במוסר (נונ פוזיטיביסט, משפטן טבעי).**

8.8.6 פרשת ירדור

ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות

תזכורת:

עובדות המקרה – מפלגת הסוציאליסטים נדחים מהגשת מועמדותם עקב דעותיהם הפוליטיות, דבר אשר מנוגד לחוק.

במקרה של ירדור, אופי המוסד הוא דמוקרטיה מתגוננת ולכן לא ניתן לחתור כנגד השילטון כפי שרצתה הסיעה שנפסלה לעשות.

עקרונות מתוך המשפט הקיים הם דברים קונקרטיים להבדיל ממה שקיים במשפט הטבעי. למשל, "הרצחת וגם ירשת" מעוגן במשפט העברי, בדברים שקיימים. משפט הטבעי אינו מועגן בשום מקום ולכן כל אחד גם יכול לעשות לזה את הפרשנות שלו. העקרונות שאינן קבועים לדעת דבורקין, מגיעים מאופי המוסד של החברה. נורמה המנותקת מאופי המוסד היא אינה תקפה ואז ביהמ"ש רשאי לנתק אותה.

השופט זוסמן: אומר שמדינת ישראל לא יכולה לאפשר לאנשים כאלו ביטוי בהנהגת הארץ. "הניסיון של החיים מחייב לא לחזור על אותה שגיאה שהיינו עדים לה קרי – השואה".

***** חשוב לבחינה** - יש להבין את הפעילות השיפוטית ותפקיד השופט אצל דבורקין. יש להכיר את שיקול הדעת שלפיו הוא יוצא כנגד הארט והפוזיטיביסטים (כולל פוזיטיביזם רך), הוא מאמין בשיקול דעת חלש, מאמין בתשובה אחת נכונה ומסתייג מכך שהמשפט בנוי על כללים אלא על נורמות ועקרונות של מוסר.

8.9 דורקין סיכום נקודות חשובות

מייצר גישה שלישית, אלטרנטיבה, המשלבת בין הגישה הפוזיטיבית לגישה הנון-פוזיטיביסטית. דורקין טוען כי נוסף על השימוש בחוקים, על השופט לבצע תהליך פרשני ולהשתמש גם בנורמות ועקרונות אשר נמצאים בחלל המשפט ולא במשפט הטבעי. דורקין משתמש במושג "המשפט כיושרה" כמגבלה על שיקול דעתו של השופט. לדעתו, אין שיקול דעת שיפוטי חזק במערכת המשפט

דורקין כותב סגנון הבנוי על המבנה הבא:

כללים > עקרונות > אופי המוסד (למשל דמוקרטיה).

ההבדלים בין שופט פוזיטיביסטי לשופט דורקיאני:

שופט פוזיטיביסטי:

א. אין תשובה נכונה אחת ולכן יש להיזהר בשימוש במוסר (פניה לשיקולים

סובייקטיביים הפוגעים בהלימות התוצאה הפרשנית).

ב. בוחר מהעובדות החברתיות בלבד.

שופט דוורקיניאני :

- א. יש תשובה אחת נכונה ועל השופט מוטלת החובה לחפש אותה.
- ב. בתהליך החיפוש פונה השופט לשימוש **עקרונות, כללים ונורמות מוסר** ומפרש את הטקסט המשפטי לפי אופי המערכת, אופי המוסד. כל האלמנטים הללו הם חלק מהמשפט.
- ג. "המשפט כיושרה" יהווה שיקול לפסיקת השופט.

ההבדל בין הארט לדוורקין:

מרחב שיקול הדעת המשפטי- הארט טוען כי השופטים לא זקוקים לשיקול דעת רחב היוצא מהמשפט, למעט למצבי אי וודאות קיצוניים. אצל דוורקין שיקול הדעת הוא תמיד חלש מכיוון שכל האלמנטים וחומרי הגלם הם חלק ממערכת המשפט.

התחום שבין משפט למוסר- הארט טוען שאין קשר בין השניים. מכיר בקיומן של חמש האמיתות, אולם אלו מכווננות לסדר הטבע ולא למוסר. הארט יתיר שימוש במוסר רק במקרי אי וודאות קיצוניים. שימוש במוסר יהווה "חקיקה שיפוטית"- מילוי אזורים לאקוניים בתוכן חוץ-משפטי. דוורקין טוען כי המוסר הוא חלק ממערכת המשפט, ולכן השימוש בו עומד לשופט ללא יציאה לסטנדרטים חוץ-משפטיים. זוהי מציאות המשפט הקיים- השופט אינו מחוקק ואסור לו לעסוק בחקיקה. הוא מגיע למסקנה הנכונה מתוך מלאי כללים ונורמות המהווים חלק לגיטימי ממערכת המשפט.

הארט: מוסר יכול לשמש חלק ממבחן התקפות המשפטית של נורמות **דוורקין:** מוסר תמיד יהווה חלק אינטגרלי מאותו מבחן תקפות

ובנקודות....

1. הבנת הפעילות השיפוטית
 2. היבטים עיקריים:
- א. כללים נ' עקרונות, נורמות מוסר- מדרג התכנים והמקורות שמהן השופט יכול לדלות את חומרי הגלם לפעילות הפרשנית שלו ועד שיקולי אופי המוסד.
 - ב. שיקול דעת חלש נ' חזק
 - ג. תשובה אחת נכונה
 - ד. המשפט כיושרה

פרק רביעי - הפוזיציות



דוורקין עדיין חי!

1. הפוזיטיביזם המשפטי

מאיפה הוא בא? מה הוא מנסה לעשות? מה הוא טוען? מי טוען? מתי? ובעיקר, למה?

מקור השם מגיע מהמילה TO POSIT - למקם. ממקם או מחלץ את התשובה מתוך מה שנמצא בחוק. המשפט הוא אנושי בלבד והאקסיומה שחוק שאינו מוסרי אינו חוק לא קיימת כאשר מדובר בפוזיטיביזם.

מייצג את חמשת הטענות הבאות:

1. משפט הוא "פקודות" ממקור אנושי.
 - א. טענה של אוסטין- אבי הפוזיטיביזם (בהמשך נציג את התנגדותו של הארט לפיו הוא מערכת לא רק של פקודות).
 - ב. כלומר: פוזיטיביזם משפטי מגדיר את הכללים החיוניים למערכת המשפט כפי שנקבעו ע"י האדם- **מקור אנושי**.
2. **לא קיים** קשר הכרחי בין מוסר ומשפט (בין מה המשפט הוא ומה הוא צריך להיות)
3. בחינה של המשפט צריכה להיות מנותקת מבחינות היסטוריות, חברתיות, של מוסר.
4. המשפט הוא **מערכת סגורה** של נורמות, מערכת הגיונית של נורמות שלא דורשת שיקולים חוץ משפטיים ומתוכה ניתן להגיע למסקנות הגיוניות.
5. **לא ניתן להגן על** קביעות ערכיות/מוסריות בהתבסס על שיקולי היגיון או ראיות (לא ניתן להגיע לאובייקטיביות משפטית בדרך זו).
 - א. (הארט מתנגד- מציג את עקרון "מינימום תוכן של המשפט הטבעי")

1.1 ראשית הפוזיטיביזם-רקע תקופתי

נכתב כתגובת נגד לשלטון המקורות הלא וודאיים של המשפט- משפט הטבע. הפוזיטיביסטיים ראו אותו כפוגע ביציבות המשפטית, בוודאות, באובייקטיביות. בתקופה זו תפיסת המשפט הטבעי שלטה בהשכלה. היה קשר הדוק בין משפט לתחומים נורמטיביים אחרים- לדוג': הדת והמוסר. השליטה של הכנסייה והמקורות הדתיים בארגון החיים האזרחיים היווה את נקודת הפתיחה לשגשוגה של הגישה הפוזיטיביסטית. הפוזיטיביסטיים טענו כי המשפט הטבעי פוגע בשלמות של מערכת המשפט, הוא משלב מוסר וערכים עם משפט בעוד הוראה משפטית היא הוראה מבחינת הגדרתה שיש לה שייכות היסטורית במונח שמקורה הוא בסמכות מוכרת- מחוקק או בית משפט. הוראות משפטיות ומוסריות הן שונות.

מהו משפט/החוק? תשובה חד משמעית וברורה- אין לה דבר מחוץ לשפה המובעת בחוק=ליטרליזם. בחינה משפטית אינה בחינה מוסרית. היא נשענת על מוסכות ומגבלות השפה. התזה הפוזיטיביסטית לא גורסת כי לשון החוק תספק תמיד מענה לכל השאלות- **התזה מציאותית**. יש לכך שתי משמעויות:

- **לשון עמומה**- יש "מרווחים" בחוק כתוצאה מלשון עמומה או ביטויי סל רחבים כגון "רשלנות" או "סבירות" או "תום לב".
- **אבסורד**- גם אם הוראת החוק ברורה וממוקדת היא עדיין יכולה להביא למצבים אבסורדיים.

הפתרון של הפוזיטיביסטים: כאשר מקרה נמצא **בשטח האפור** באותו "מרווח" הפרשן המשפטי נזקק ליותר מלשון החוק- הפרשן צריך לצאת מחוץ לגבולות החוק ולשקול שיקולי מדיניות כולל מוסר-עפ"י הארט. המקרים הללו הם חריגים. הפוזיטיביסט טוען שהשימוש במקורות חוץ משפטיים לא מראה מה החוק דורש אלא מה הוא צריך לדרוש (בניגוד למשפט הטבעי- מה צריך להיות).

אבי הפוזיטיביזם הוא אוסטין. הוא כתב בתקופה בה אנגליה הייתה סוג של דמוקרטיה מלוכנית. הוא יוצא כנגד חלקים גדולים והעדפות של הממסד. אוסטין כתב בתקופה של מעמד נכבד למונרך שבה המלך עומד בראש הכנסייה האנגליקנית וקיים בלבול בין משפט לבין דת, בין מוסר לחוק והוודאות המשפטית נפגעת מאוד. הנתונים לא באמת ידועים כיצד יתורגם המשפט. אוסטין האמין שצריך להפריד בין חוקי המוסר והדת לבין המשפט.

הפתרון שהפוזיטיביזם האוסטיניאני מוצא הוא למנוע מהשופט מרחב לפרשנות כי אז הוא יפרש את החוק בצורה שתפגע באותה וודאות ששלטון הכנסייה הצליח להגביל.

פוזיטיביזם, טקסטואליזם, פורמליזם - נצמדות לכללים הכתובים וגישותיהן מאותו מקור. אלו מילים שונות שמתארות בערך את אותה תפיסת עולם של היצמדות.

1.2 טקסטואליזם

נגזרת של הגישה הפוזיטיביסטית שנולדה כתגובת נגד לסכנות שעוברות משימושים במוסר ואידיאולוגיה אישית בתהליך עשיית המשפט. משמעותה הצמדות לדברים קיימים ואיסור פריצת גבולות הטקסט מעבר למסגרות המוגדרות. לכל מילה יש גבול לשוני לפיהם וצריך להימנע מפרשנות יתר, רואות את השופט כטכנוקרט. דוגמא - השופט סקאליה מבית המשפט הפדראלי של ארה"ב.

מה הפוזיטיביזם המשפטי מנסה לעשות?

- ליצור את "מדע המשפט".
- ליצור אובייקטיביות
- נסיגה משיקולים חוץ משפטיים, מטאפיסיים, מוסריים, דתיים
- הפרדה בין התוכן הערכי של החוק לבין תקפותו.

1.3 ג'ון אוסטין - אבי הפוזיטיביזם (1790-1859) - המשפט כפקודת הריבון

אוסטין כתב את התיאוריה שלו ב-1832: מבחינת אוסטין המשפט הוא פקודת הריבון. יש לזכור שאוסטין כתב תיאוריה ראשונית - הוא לא כותב בתוך שיח אלא כקריאת תיגר על ההגמוניה של התפיסות הלא-פוזיטיביסטיות.

מהי מטרתו של אוסטין? הפרדה בין חוקי הדת והמוסר למשפט ע"י: הצגת חלופה למשפט הטבעי: משפט רציונאלי, אובייקטיבי, מדעי וחילוני. כתוצאה מכך מערכת משפט יציבה ובהירה וחברה טובה יותר.

מאפיינים כלליים בגישתו של אוסטין:

- הריבון והנתינים יחד הם "חברה פוליטית עצמאית".
- הדרך בה מטיל הריבון את רצונו/הוראותיו על נתיניו היא בדרך הפקודה.
- עקרון הציות לחוק - ציות מתוך הרגל.

חוקים לדעתו מתחלקים לשתי קבוצות:

- חוק במובן הצר של המילה, במובן הפוזיטיביסטי - חוקים שהמקור שלהם הוא באמת החוק

- חוקים לא פוזיטיביים- אינם במהותם חוקים (כולל מוסר פוזיטיבי)- לדוגמא: מדרג החקיקה הנורמטיבי של אקווינס שמדבר על חוקי האל והמשפט הטבעי ומהן ניתן לגזור את ההוראות הכנסייתיות. הוא לא פונה לחוקי האל או למוסר פוזיטיבי- אלו הם נהגים חברתיים.

1.3.1 תיאוריית הפקודה של אוסטיין

לתיאוריה ארבעה שחקנים מרכזיים: הריבון, הפקודה הסנקציה והרגל הציות.

1.3.1.1 הסנקציה

- אם אין סנקציה אין חוק.
 - מבחינת אוסטיין מערכת המשפט מורכבת מכללים **מטילי** חובות.
 - לסנקציה שני תפקידים: לזהות פקודה כנורמה משפטית מחייבת ויצירת מוטיבציה באוכלוסיה לקיום הפקודה מחשש לעונש.
 - התיאוריה שלו מתאימה ביותר לתחום המשפט הפלילי ותחום הנזיקין.
 - "חורים" בתיאוריה:
- **לכללים שמעניקים זכויות וסמכויות** ומכאן חלקיות התיאוריה שלו. הביקורת של הארט כלפיו: גם בתיאוריה פוזיטיביסטית יש לאפשר מקום לכללים/פקודות שמעניקים כוחות וסמכויות. לדוג': המשפט המנהלי מעניק זכויות לפקידות רשמית. חקיקה אזרחית כמו חוזים נותנת לך זכות לחתום על חוזה. תשובה אפשרית של אוסטיין- יש גם כאן סנקציה. אי-עמידה בכתיבת חוזה בהתאם לכללי חוק החוזים- החוזה יבוטל וזו היא הסנקציה.
 - **כללים יוצרי זכויות**- העדרן של זכויות פוגע במערכת האיזונים האינהרנטית למערכת המשפט. **להגנתו**: נדרש להבין כי אוסטיין כותב בתקופה היסטורית בה זכויות הפרט והאדם לא קיימות, הדיאלוג הדמוקרטי הם עקרונות חדשים בעידן שלנו.

1.3.1.2 הריבון

מקורן של הנורמות המשפטיות בריבון.

- בעיית המנהג- מכיר במנהגים כשהם קיבלו ביטוי על ידי בית המשפט והמחוקק לא ביטל את החלטת בית המשפט.
- **עקרון העליונות**- הבעיה המרכזית אצל אוסטיין בדיבור על הריבון שמטרתה לייצר הפרדה של דת ומוסר על המשפט היא עיקרון העליונות.
- הריבון אינו כפוף הוא עצמו לנורמות המשפטיות שהוא חוקק (אינו חב חובת ציות)
- הריבון אינו כפוף לנורמות המשפטיות שחוקקו קודמיו.
- דוגמת האקדוחן- ביקורת של הארט- שואל מה הוא ההבדל בין פקודת הריבון לאיום של אקדוחן? תיאוריות הפקודה של אוסטיין מתקיימת בהוראת האקדוחן לקורבן ("תעביר לי את כספך או שתשלם בחיידך"). בדוגמא מתקיימים: פקודה, סנקציה של הקורבן מאת מי שאינו מציינת לפקודה- האקדוחן, הארט מבקר את אוסטיין שבניגוד לאקדוחן המחוקק חב חובת ציות לחוק ופעולותיו מוגבלות על-ידי. הארט מראה עד כמה התיאוריה של אוסטיין קשה. כשאקדוחן נמצא במקום מסוים ליד הקורבן הוא מוריד פקודות. הפקודות שהוא נותן הן פקודות שחייבים לציית להן והריבון עצמו- האקדוחן- לא צריך לציית להן. אין

עניין של הרגל. אבל יש משהו שדומה במידה מסוימת לכוח הבלתי נגמר של הריבון האוסטיניאני וכאן יש בעיה.

- עקרון העליונות האוסטיניאני אינו מצוי בשיטות משפט מודרניות מערביות: המחוקק אינו מעל לחוק- הוא כפוף לו, עקרון הביקורת השיפוטית, משפט בינלאומי פומבי הוא בעל תוקף מחייב(בחלקו).
- הפרסונליזציה של הריבון- הריבון המסוים, האנושי, האדם. גם פה אוסטין כותב בקונטקסט היסטורי. אוסטין מעדיף את עליונות הפרלמנט על עליונות הדת.

1.3.1.3 הפקודה

היא מבע רצונו/הוראותיו של הריבון. בניגוד לרצונות אחרית- **פקודה היא חוק**. הריבון יכול לגרום לכאב או סבל מקום בו הפקודה לא מתמלאת. משמע: פקודה היא חוק כאשר בצידה סנקציה בגין אי-ציות.

1.3.1.4 הרגל הציות

טענת אוסטין: מערכת המשפט מבוססת על הרגל מתוך ציות לריבון- הוא אוטומטי. הסיבה לכך היא הסנקציה.

1.3.2 בעיות בגישה זו:

בעיה 1: הציות הוא ציות אישי ולא מוסדי. מבחינת אוסטין הציות הוא לאישיות- למלך מסויים, לפרלמנט/לראש מדינה. הציות הוא לא למוסד המלוכה או בית הנבחרים.

בעיה 2: היבט המשכיות הציות והלגיטימיות. מצב של שבירה בהמשכיות בית הנבחרים. אם ההתייחסות היא לפרסונה מה קורה כשהיא מסיימת את תפקידה או הולכת לעולמה?

התוקף המשפטי של הפקודה כפוף לסנקציה ולציות מתוך הרגל לריבון שנתן את הפקודה. כשהריבון מת החוקים מאבדים את תקפותם- הריבון לא יכול להטיל סנקציה.

לגיטימיות: במצב של ריבון חדש עולה השאלה אם חוקיו תקפים? הנתונים לא מורגלים בציות כי החוק חדש- שאלות: האם הדבר אומר שלפקודות אין תוקף של חוק מחייב? הרגל ציות דורש תקופת זמן להתרגל לקיומה של הוראה? (בעיה בתיאורית הפקודה- במציאות הדבר לא קורה).

פתרון אפשרי: התייחסות למוסד ולא לאישיות היה מאפשר המשכיות הציות למוסד ולגיטימיות של החוקים של המוסד הקודם.

בעיה שלישית: (תוצאה של הבעיה הראשונה והשנייה) חילופי ריבון ושינוי המערכת המשפטית- הבעיה עולה שוב בחילופי ריבון- האם מגיע סיומה של המערכת המשפטית? מה הדין כשזו והריבון משתנים?

בעיה רביעית: התעלמות מהמימד הנורמטיבי.

חוק אמור להסדיר התנהגות רצויה. האם פחד הוא דרך להסדרת התנהגות? ההישענות על פחד מוציאה מתוך הפעולה האנושית את האלמנט הנורמטיבי. כי כשאתה מציית לפקודה הוא ללא בחינת מציאות. דוגמא - החוק למניעת עישון במקומות ציבוריים. עוד לפני שהחוק נכנס לתוקפו אנשים יישמו אותו. כלומר- עצם קיומו של החוק לעיתים מהווה מקור לציות, לא הסנקציה.

1.3.3 ביקורת על תיאורית הפקודה

- האם באמת האיום בסנקציה יוצר את הציות? דרך מודל הפקודה, הפחד מעקר, מחליש.
 - פקודה כמושג לשוני- המילה לא באמת אומרת מה לעשות. רק כשאדם חושב עליה הוא יתייחס אליה כהוראה להתנהגות מסוימת.
 - פקודה כמושג נורמטיבי- הדרישה והמרכזיות של מוסד הפחד פוגע באפשרות של הריבון לייצר התנהגות רצויה ואמונה במערכת השלטונית ע"י הנתינים. הם מונעים מפחד ולא מהבנה או מהתבונה האנושית. היעדר הממד הנורמטיבי מוציא מהסדר האזרחי ומארגון ההתנהגות הראויה את ציות מתוך הבנת תפקיד המחוקק.
- מודל הפקודה אינו מכיל את כל הנורמות המשפטיות שקיימות במציאות:
 - המודל אינו מבאר את מכלול הנורמות המשפטיות מבחינת **סוג/טיפוס** שלהן: הוא לא מדבר על נורמות משפטיות **שמטילות כוחות וזכויות** (לא בהכרח חובות). כללים המעניקים כוחות הן בבחינת חלק בשרשרת המובילה לקיומה של סנקציה משפטית. (ביקורת של הארט- החמצת מטרת החוק לכוון התנהגות אנושית).
 - אוסטיין יאמר- העובדה של אמר חובות וזכויות לא אומרת שלא התייחס אליהן. לגבי חובות שלצידן סנקציה- אין זה אומר שאם לא הייתה סנקציה הנורמה לא תהיה בטלה אם לא יקיימו אותה. כל נורמה משפטית מחוקקת מחייבת פעולה כלשהי בזמן כלשהו.
 - הארט: אוסטיין החמיץ את מטרת החוק שזה הכוונת התנהגות רצויה. מן האנשים הנמנים על חברה מצופה שינהגו לפי הכללים ללא עזרה או התחייבות של רשויות. רק כשהחוק מופר והפונקציה שלו לכוון התנהגות של אנשים, אז יעסקו הרשויות בהטלת הסנקציה שהאיום בה מותנה בהפרה המותרת. כלומר-ההבנה של האזרחים לפעולה שהם צריכים לעשות. יש פעולות שעושים אוטומטית. עדיין יש פעולות הדורשות קשב, וחובות שלצידן סנקציה זה לא דבר שמייצג את ההתנהגות האזרחית.
 - המודל אינו מבאר את מכלול הנורמות המשפטיות מבחינת **מקור** שלהן: אצל אוסטיין המקור הוא הריבון אבל יש עוד מקורות למשפט. באופן כללי יש גם מנהגים שנוצרים בתוך החברה. גם למנהג יש מעמד של עובדה חברתית שפוזיטיביסטיים ברגע שהגיע עובדה לידי ממשיות יאפשרו שימוש בה בערכאות שיפוטיות. מקור במנהג- עממי או שיפוטי, תיאורית הפקודה מתבססת על מקור אחד אישי ובר זיהוי, מנהגים אינם נוצרים רק מכוח התנהגות רצויה של אנשים או הריבון.
 - מודל הפקודה משאיר בחוץ את הנורמות המשפטיות החלות על הריבון עצמו.
- מושג המערכת המשפטית לפי אוסטיין: חוק משתייך למערכת משפטית אם הוא ניתן ע"י ריבון אליו האוכלוסייה מצייתת מתוך הרגל והריבון עצמו אינו חייב ציות לאיש או לגוף אחר. המערכת המשפטית קיימת מקום בו קיים הריבון. הציות הוא אישי- אם הריבון מת והגוף המחוקק מתחלף אפשר לציית לחוקים אבל המערכת המשפטית **הסתנימה**. במצב זה האוכלוסייה נוהגת לפי כללים של **מוסריות פוזיטיבית**. ביקורת- האם חילוף של כנסת כמוהו כחילוף של מערכת משפטית?
- משמעות ומקור הכוח המחייב- הכוח הפרקטי של מודל הפקודה- הנורמטיביות של המודל.
- חובת הציות- ביקורת:
 - מחטיא את המימד הנורמטיבי כשהוא מתמד בציות כמסדיר התנהגות. מתעלם מהעובדה שכלל משפטי הוא לא רק דסקריפטיבי אלא משמש צידוק למה שקורה.
 - אינו מבחין בין "יש חובה משפטית לעשות פעולה X" לבין "אם לא תעשה X סביר מאוד שתיענש". חריגה מהכללים אינה בבחינת ניבוי לתגובה עוינת בלבד אלא

אף הצדקה לתגובה זו. דוגמא: חברי כנסת ודיפלומטים אינם צפויים כלל לעונש אם הם יעברו על עבירות מסוימות ובכל זה לא יהיה זה נכון לקבוע לגביהם שאין להם חובה שלא לעבור את העבירות.

1.3.4 הביקורת של הארט על אוסטין

הארט הראה כיצד התיאוריה של אוסטין מלאה בסדקים עפ"י מאפייני המשפט הפוזיטיבי, תיקן אותה ובנה לפיה את התיאוריה שלו. אוסטין בחן את החוק בצורה אמפירית יבשה (חוק לו צריך לציית כדי להימנע מסנקציות) והיא נעדרת תוכן אמיתי. האמירות המרכזיות של הארט כנגד אוסטין: התיאוריה של אוסטין חלקית. אינה כוללת כללים המעניקים כוחות וסמכויות.

1. אי אפשר לדבר על ריבון כיצור תבוני – אי אפשר להגיד שעל הריבון לא חלה חובת ציות. כי במציאות כל מערכות הממשל מחויבות לנורמות המשפטיות.
 2. מושג הריבון אינו ברור – מה קורה כאשר הריבון מתחלף? האם יש המשכיות למערכת המשפטית? הרי למשהו חדש אין בהתחלה ציות מתוך הרגל.
 3. מערכות משפטיות אינן פועלות רק בעקבות הפחד מסנקציה – זה יגרום לאיבוד התוכן הנורמטיבי אם הכל יהיה מושתת על פחד.
- אוסטין עונה שזה לא נכון שהוא התעלם מכללים יוצרי כוחות וסמכויות. אך גם אלו הם פקודות. הסנקציה = בטלות הצוואה, החוזה, ביטול רישום פטנט וכו'.

סיכום ביקורות התיאוריה:

- היא לא כוללת כללים בעלי אופי נורמטיבי שאינם הטלת חובות ופוסחת על כללים בעלי מקור שונה מזה של אקט חקיקתי של הריבון(מנהג)
- אינה מאפשרת לנו הבנה מספקת של המערכת המשפטית בה אנחנו חיים. מתקשר לבעייתיות שצמודה לפרסונאליזציה הריבון.
- אינה עומדת על הנורמטיביות של כללים וחובות משפטיים.

1.3.5 אוסטין בפסיקה- האם ניתן ליישמו במציאות:

- השופט כהן בירדור- "כל אלה(משפט הטבע) אינן דרכיה של מדינת ישראל: דרכיה דרכי חוק, והחוק ניתן מפי המחוקק". הריבון שלנו הוא עליון לכל מעצם היות המדינה מדינת חוק.
- השופט ברק בתנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת- מדבר על שאלת ביטול החוקים ע"י ביהמ"ש בו מזכיר את המאבק בין הפילוסופיה הפוזיטיבית לבין פילוסופיית המשפט הטבעי. "לקראת המאה ה-19 נקבע כי אין המשפט המקובל יכול להביא לבטלותו של חוק... עם זאת נשמעים קולות לשינוי הגישה...". לפי הגישה שצוינה רק הריבון יחליט לבטל חוק.

יישום ביקורת- מקרה ישראל 1918, חוק הכישוף והלן דנקן: המכשפה האחרונה באנגליה.

- מקרה ישראל 1918- כניסת הבריטים לישראל- בעת כניסת הבריטים לישראל- משתנה שיטת המשפט- הביאו פקודות חדשות, שינו והוסיפו חוקים (מבחינת אוסטין- בעיית הפרסונליזציה של הריבון), אבל השאירו חלק מהחוק העותומאני. שמירת עקרונות של מערכת משפט קודמת מעידה על המשכיות. מעידה על כך הפרסונליזציה של הריבון לא

יכולה להתקיים. כשקמה מדינת ישראל השתנה הריבון. לפי אוסטין לכאורה השתנתה המערכת המשפטית- סעיף 11 לפקודות סדרי השלטון והמשפט קבע שבישראל תמשכנה להתקיים הוראות המשפט העותומאני והחוק המנדטורי, עקרונות המשפט הבריטי ועוד. במצב זה שמערכת חדשה מיישמת מערכת קודמת ניכר כי הביקורת שהופנתה לאוסטין הייתה נכונה. אין דבר כזה ציות מתוך הרגל- היה הרגל ציות לריבון הקודם והוא התחלף. כלומר, כשמתחלפת מערכת משפט וריבון (למשל-החלפת כנסת), המשפט והמערכת ממשיכות להתקיים. מתייחסים לחקיקה החדשה כמחייבת.

○ כאשר מתחלפים בתי מחוקקים החילופים נתפסים לא כחילופים של מערכת משפטית אלא להפך- כחילופים הנעשים **בהתאם** למערכת המשפטית והמחייבים את המשכיותה של זו.

○ יש הבדל מהותי בין התפיסה/ההבנה של חילופי מחוקקים וחילופי מערכות משפט. השינוי בין המנדט הבריטי למדינת ישראל הוא דוגמא טובה לכך שמערכת משפטית מתחלפת למרות שתכניה לא משתנים בצורה דרמטית, לבין שינוי בתי מחוקקים שנתפס כשינוי הנעשה בהתאם למערכת.

○ תיאורית הפקודה של אוסטין אינה רגישה **להבדל המושגי** הזה מאחר והיא גורסת שכל חילוף של הכנסת כמוהו כחילוף של המערכת המשפטית- כמוהו כמעבר מהמנדט הבריטי למדינת ישראל.

● **חוק הכישוף והלן דנקן** – נכדתה של הלן דנקן המכשפה האחרונה שנשפטה על בסיס החוק מ-1735 יצאה בקמפיין לטיהור הרקורד הפלילי של סבתה.

○ הסיפור: הנכדה של הלן טענה כי הרשעת סבתה בהתאם לחוק הכישוף צריכה להתבטל. הסבתא נשפטה ונכלאה ל-9 חודשים בעקבות מעשי כישוף. לטענתה היא חשפה טביעה דרך סיאנס של שתי ספינות בריטיות ואפילו עדכנה את הוריו של אחד המלחים שבנו ימות וזה קרה.

○ החוק הוא מ-1735, ההרשעה הייתה לאחר מלחמת העולם השנייה. היא מתה בשנת 1956. הרשעתה של דנקן מעולם לא בוטלה.

○ הארט משתמש בדוגמא זו ומציין שתפיסתו של אוסטין אינה מתיישבת נכונה עם מערכות משפטיות קיימות: "...השתמרותם של חוקים בדרך זו הוא דבר מה שקשה להבינו במונחי הסכימה הפשוטה (אוסטין) התופסת חוקים כצווים הניתנים על ידי אדם שמצייתים לו מתוך הרגל".

○ האימפרסונאליות (אי שיוך לריבון אחד) של הנורמות היא תנאי הכרחי לביאור התמדתן של שיטות משפט ולהמשך קיומן היציב- מותם של המחוקקים או סיום תפקידה של כנסת אינם בסיס עליו ניתן לסיים מערכת משפטית.

2. הנס קלזן (1881-1973)

פילוסוף אוסטרי, משפטן. כתב תיאוריה אחרי מלחמת העולם ה-2 שמתכתבת עם התיאוריה של אוסטין, מבקרת אותה ומנסה לייצר פוזיטיביזם ראוי יותר מאוסטין. יצר את התיאוריה הטהורה של המשפט. קלזן פוזיטיביסט שמציג **מודל התנהגותי** וכותב על **נורמות**.

האנציקלופדיה לפילוסופיה של סטנפורד- המשפט עפ"י קלזן הוא **מערכת של נורמות**- מה צריך להיות, בבחינת מרשם **להסדר התנהגות**. שלא כמו נורמות של מוסר, **נורמות משפטיות נוצרות על ידי פעולה רצונית**, לא ע"י הנחתה ריבונית. נורמות הן תוצר של פעולה אנושית רצונית. בהתקבצות בבית נבחרים קובעים חקיקה- אלו הן פעולות שקורות במקום מסוים בזמן מסוים. לא ניתן לקרוא להן פקודות של משפט, אלא פעולות **נורמטיביות של משפט**. להצבעה ולחקיקה אין מעמד אלא אם הן ישויות נורמטיביות.

2.1 מערכת המשפט לפי קלזן:

קלזן **דוחה את המשפט הטבעי**. אף על פי כן, הוא מבקר את אוסטין על כך שהצמיד את הפחד והסנקציה לאופי הציות לפקודות. הוא מנסה לייצר את **מדעי המשפט**, לוודא שיש אובייקטיביות בתהליך הפרשני, להימנע מכניסת שיקולים חוץ-משפטיים לשאלת תקפותה של נורמה משפטית וכמובן להפריד בין כלל המערכת לבין תוקפה הערכי. לכן על מנת להגיע לתיאוריה טהורה של המשפט שתהיה מדעית ואובייקטיבית ותימנע משיקולים חוץ-משפטיים הוא קובע שלא ניתן במערכת פוזיטיבית משפטית להזמין לבחינת תקפותה של נורמה משפטית אלמנטים שזרים למערכת. **מה זר למערכת המשפטית? מוסר, ערכים- כל מה שלא מגיע מהמחוקק**. לדעתו, המקור של הנורמות המשפטיות כמו כל פוזיטיביסט אחר הוא המחוקק האנושי. התיאוריה שלו מתיימרת להיות אוניברסאלית וכתוצאה מכך- היא טהורה. הרכיבים שמרכיבים את התיאוריה של קלזן אלו הן **הנורמות**. הנורמות (בניגוד לאוסטין) תקפות גם כלפי הריבון, השלטון. נורמה במשמעותה זו פעולה שהיא רצונית ומסדירה התנהגות.

2 מאפיינים לנורמה הקלזנית:

1. מדובר **בפעולה רצונית** (דבר שקיים גם אצל אוסטין והארט)- הריבון מחוקק מרצון. היא אומרת שאין מקור עליון, אין מקור מהאל. אי אפשר מסיבה זו לפנות למקור חוץ משפטי, אם אתה פונה למקור חוץ משפטי אתה לא פונה למשהו רצוני- אתה לא יודע מה רצון האל.
2. **משמעות**- ההיבט החשוב מבחינת הגדרת הנורמה ולא המעשה עצמו. (בניגוד לאוסטין אצל קלזן אין משמעות לחילופי הריבון כי הנורמה בניגוד לפקודה של אוסטין מעניקה משמעות לפעולה והיא לא זמנית לריבון מסויים).

דוגמא: הצבעה בפרלמנט = המעשה. הצבעה בפרלמנט מחייבת = המשמעות.

נורמה- מהווה מעבר מסובייקטיביות לאובייקטיביות: נורמה משפטית תתקיים כשיש לה מימד אובייקטיבי- כאשר המקור שלה הוא אנושי והיא קשורה בקשרי הסכמה לנורמה גבוהה יותר. למשל: חוק עזר עירוני ← פקודת העיריות. נורמה סובייקטיבית היא פקודה (עשה) קלזן מכוון לאובייקטיביות- שלא ניתן לקבוע נורמה שתקפותה תהיה דרך עיניו הצרות של הקובע ועל האזרח ליישם אותה. הנורמה צריכה להיות בעיני המבצע. המסקנה שאליה מגיע קלזן היא שבתוך מערכת המשפט חייבת להתקיים שרשרת צידוק נורמטיבית.

שרשרת הצידוק הנורמטיבית-במערכת המשפט קיימת היררכיה נורמטיבית- מדרג נורמטיבי. השרשרת הזאת מדביקה את האלמנטים, את הכללים/חוקים יחד, ומשייכת אותם למערכת המסוימת. מה היא הנורמה העליונה ביותר? כפוזיטיביסט הוא צריך לעצור, הוא לא יוצא עד לאל.

ציות נורמטיבי- קלזן רואה חשיבות למשמעות של הנורמה ולא לפעולה עצמה. אצל אוסטין הפעולה הייתה רלוונטית- היה לנו ריבון שהנחית פקודות וזה מה שהיה רלוונטי. המשמעות של הפקודה לא הייתה קריטריון התקפות שלו. ולכן, אצל קלזן, למשמעות הנורמטיבית יש מעמד בכורה- זה המודל ההתנהגותי שלו, בניגוד לאוסטין. ובשל כך- חילופי ריבון אינם נחשבים כסופה של מערכת. נורמה מאפשרת מעבר ממימד סובייקטיבי למימד אובייקטיבי. אצל אוסטין לא הייתה משמעות למימד הנורמטיבי של התנהגות הנתונים- אתה מציית מתוך פחד. זה לא רלוונטי אם אתה מבין מה אתה עושה. הדרקונויות של התפיסה האוסטיניאנית מאפשרת ממודל הפקודה להבין- שהריבון פועל מתוך סובייקטיביות מוחלטת- הוא מחליט מה יהיה. הוא לא בוחן את ההשלכות, הוא לא מצפה גם להתנהגות אזרחית שיכול להשפיע. בנוסף- הפרסונליזציה אצל הריבון של אוסטין, המערכת מסתיימת כשהוא מת. לא כך אצל קלזן שהמערכת ממשיכה גם אחרי שהריבון מתחלף. נורמה בהגדרה של קלזן היא פעולה רצונית שנשענת מעצם היותה רצונית על הבנת הפעולה, על המשמעות של הפעולה. בדוגמת האקדוחן אצל אוסטין. במחוקק האוסטיניאני דומה לאקדוחן. הביטוי של הריבון עפ"י אוסטין הוא סובייקטיבי לגמרי. הוא לא שואל את השאלה- האם יש לנורמה שהוא מחוקק משמעות וקשרי הסמכה בתוך מערכת

הנורמות, שבתוכה החברה המסוימת פועלת. כלומר, אין מעבר מסובייקטיבי לאובייקטיבי בתיאוריות דמוי אוסטיין.

2.2 היבטים דומים ושונים בין אוסטיין לקלזן:

- כפייה-
 - דומה:
 - בשניהם יש זיקה בין פעולת הנתין להבין העונש.
 - מוטיב הסנקציה- אם אדם לא ממלא אחר הוראה האוסרת מעשה התוצאה היא עונש.
 - שונה:
 - הזיקה היא לא זאת שגורמת למשפט להיות שונה ממוסדות אחרים. אצל אוסטיין-הפחד מסנקציה הוא מה ששונה בין המשפט למוסדות אחרים.
 - אצל קלזן – הפחד הוא לא מה שמניע את המשפט כי אצל קלזן זה המימד ההתנהגותי. בשונה מאוסטיין קלזן מדבר על נורמטיביות ולכן אין בסנקציה את המימד האוסטיניאני.
- בין קלזן להארט יש גם חיבור- שניהם מציגים מודלים התנהגותיים. אחד מדבר על נורמות ואחד על כללים אבל שניהם מאמינים במימד הנורמטיבי. לשניהם יש גם בעיה. שניהם צריכים למצוא צידוק- מדוע המודל שלהם הוא פוזיטיביסטי. כלומר, איך הם נמנעים ממצב שבו צריך לצאת מחוץ לחוק הכתוב.

2.3 הנורמה הבסיסית:

- המקור של כל הנורמות המשפטיות היא הנורמה הבסיסית. היא זאת שמתקפת את הנורמות- היא הפקק שסוגרת את המערכת כולה.
- לא מדובר במשהו שחוקק אלא בפיקציה, סוג של תרגיל לוגי. אם זאת פיקציה, צריך לחשוב שיש נורמה שהיא כאילו קיימת. אפשר להוכיח אותה.
- מה היא הנורמה הבסיסית של קלזן? הנורמה היא הקביעה ששימוש בכוח או כפייה של אדם כלפי אדם אחר צריך להיעשות בכפוף לתנאים שנקבעו ע"י החוקה ההיסטורית הראשונה שחלה בטריטוריה נתונה. זה הדבר הראשון שממנו תיגזרנה כל הנורמות האחרות. שרשרת הצידוק הנורמטיבית היא לא מעגלית, היא עולה עד לנורמה הבסיסית.
- לנורמה הבסיסית אין משמעות של תוכן, היא לא אומרת משהו כמו חוק שהוא נורמה רצונית. היא מתקפת את המדרג הנורמטיבי.
- למה הוא היה צריך את הנורמה הבסיסית? כי הוא לא רוצה מקורות אל-אנושיים, והנורמה הבסיסית היא מקור אנושי- מחושב מוכר וידוע.
- דוגמאות: בישראל- פירמידת נורמות: שרשרת צידוק נורמטיבית שהשיא שלה הם כמובן חוקי היסוד. בנוסף- חוקים ותקנות. הנורמה הבסיסית מלווה ומגדרה את המשטר המסוים. הנחת מוצא החוקה ההיסטורית הבסיסית מחייבת. בישראל הנורמה הבסיסית היא ההנחה המקורית שחוקי המועצה הזמנית וחוקי הכנסת מחייבים מבחינה משפטית.
- הנורמה הבסיסית יכולה להשתנות- בהפיכה למשל (בהפיכות בפקיסטאן ובאוגנדה השתמשו בתיאוריה של קלזן להצדיק את המהלך).
- הנורמה הבסיסית היא לא אקט פוזיטיבי- היא חשובה כי דרכה אפשר לזהות נורמה כמחייבת מבחינה משפטית. כי אם ההנחה היא שחוקי כנסת ישראל מחייבים, אז רק מה שמגיע מהמחוקק ולא ממקור אחר יש לו כוח של חוק. (זה בעייתי כי חוקי מדינה מחייבים יכולים להיות ממקום לא טוב).

2.4 הביקורות על קלזן:

- משתמש בלוגיקה- כשמדובר על משטרים העוסקים בהסדרת התנהגות רצויה.
- ביקורת זהה למשפט הטבעי המסורתי שטוען שיש סמכות עליונה- במקרה שלהם האל.
- הנורמה הבסיסית כפיקציה וכאקט חוץ-משפטי מזמינה שיקולים זרים- אתה יוצא מהמשפט.
- הביקורת שהופנתה כלפי קלזן מהמשפט הטבעי- היא הניתוק שהוא עושה בין מוסר למשפט. בנוסף, הנתק הזה והאפשרות שהנורמה הבסיסית תשתנה, מאפשרים שימוש לרעה בתיאוריה שלו ולגיטימציה למשטרים אפלים.
- בעיית המעגליות- כיצד נדע מה היא הנורמה הבסיסית אם איני יכולה להגדיר את מערכת המשפט? אני צריך לדעת מהי מערכת המשפט על מנת להגדיר את הנורמה הבסיסית.
- ביקורת דוורקין- כמו הארט, קלזן מתעלם מעקרונות.

2.5 קלזן בפסיקה

קלזן והפרשן המשפטי-

- בג"ץ סיעת חד"ש- "הפעילות הפרשנית נותנת מובן לתמונה המצויה במסגרת. היא אינה יכולה לפרוץ את מסגרת התמונה..." קלזן מדבר על כך שהפרשנות המשפטית נמצאת רק בגדרה של מסגרת מסוימת שהוגדרה. כלומר, יציאה מחוץ למסגרת יוצאת מחוץ למשפט-אולם, המעטפת המשפטית אינה קשיחה. היא מחייבת פרשנות רחבה. עולה הטענה כי המובן של הטקסט המשפטי אינו מתמקד רק בלשון המפורשת של הטקסט.

קלזן והפרשן הפרקטי-

- בג"ץ מתי דה הס- דו"ח חניה, ביהמ"ש קובע שהקנס שיש לשלמו הוא עבירה מנהלית ולא עבירה פלילית. (הדו"ח היה על סכום גבוה מהקנס הקבוע בעבירה מנהלית לפי התקנות) העירייה פעלה שלא כדין- היא לא פעלה מתוך השרשרת הנורמטיבית. היא חיפשה הוראת חוק שאינה רלוונטית לשרשרת הנורמטיבית הרלוונטית לשרשרת הנורמטיבית המסוימת. ברגע שהעירייה בוחרת סוג של ריבונות להוציא מתוך סעיף לא נכון חובת תשלום קנס היא נורמה סובייקטיבית. היא חסרת נורמה משפטית כי הנורמה הבסיסית אומרת- אתה תציית לחוקים שניתנו מעת הכנסת והחוקים האלה הם חלק מאותם חוקים שהינם חלק משרשרת מסוימת שיוצאת מידי הכנסת.

3. הארט(1907-1992) - THE CONCEPT OF LOW

3.1 הקדמה וביקורת על אוסטין

הפוזיטיביזם המשפטי מנסה לייצר אובייקטיביות מקסימאלית. מה שהטוחו במשפטנים הטבעיים הוא שהמשפט הטבעי הוא לא אובייקטיבי. ליצור את "מדע המשפט", נסיגה משיקולים חוץ-משפטיים, מטאפיסיים, מוסריים, דתיים והפרדה בין התוכן הערכי של החוק לבין תקפותו. התיאוריה הארטית מבוססת על כללים חברתיים.

אמירות מרכזיות:

- פוזיטיביזם מודרני
- הואשם בכניעה למשפט הטבעי
- מקום השופט מרכזי מאוד

לדעת הארט התיאוריה של אוסטיין אינה שלמה וסובלת מפגמים רבים והתיאוריה הארטית היא בחלקה תגובה לאוסטיין. אצל אוסטיין הריבון במרכז ואצל הארט מערכת השיפוט במרכז. הצורך לכך נובע מבחינת ההתנהגות השיפוטית ושיקול דעת השופט. הארט המשיך להתמודד עם חשיבות הפרדה בין משפט ומוסריות-מה החוק ומה הוא צריך להיות- הוא ביקר את הניסיונות של תיאוריות משפטיות לבחון את החוק לפי אמות מידה אמפיריות בלבד. הוא תמך והרחיב את הטענה שמדעי החברה אינם מדעים מדויקים.

יש לו שלוש אמירות מרכזיות כנגד אוסטיין:

- אי אפשר לדבר על ציות מתוך הרגל לריבון- יותר מכך, לריבון שלא חלה חובת ציות לחוקים שלו עליו. אדם (יצור תבוני) שנהנה ציות מתוך הרגל, אבל שהוא עצמו אינו חב חובת ציות. הרי במציאות התקינה כל מערכת הממשל מחויבות לנורמות משפטיות.
- הריבון האוסטיניאני הוא מושג בעייתי כי מותו של הריבון כמותה של המערכת. מה קורה כשהריבון מת? האם יש המשכיות למערכת המשפטית? הרי לריבון החדש אין ציות מתוך הרגל?
- הפחד מסנקציה לא יכול להניע נתינים לציית לחוק. חסר פה המימד ההתנהגותי הנורמטיבי- כאן הוא מתחבר במידה מסוימת לקלזן.

מבחינת הארט המשפט הוא מערכת של כללים חברתיים. מבחינתו מקור המשפט הוא רק **בעובדות/קונבנציות חברתיות**. כלומר, מה שמתקבל **ממקור אנושי**. דוורקין ביקר אותו על כך שלא הכניס עקרונות- **והוא אכן אמר שדוורקין צודק**. הקונבנציות החברתיות מגיעות ממקור אנושי, עובדות חברתיות יכולות להיות: **חקיקה, פסיקה ומנהגים חברתיים**- אבל כאלה שמושרשים ויובילו בסופו של דבר להתנהגות מסוימת. אין לבלבל בין ערכים ומוסר למנהגים חברתיים. מנסה להימנע מכניסת עקרונות המשפט הטבעי למשפט הפוזיטיבי, וערבוב המוסר עם החוק(למרות שמכיר במינימום תוכן של המשפט הטבעי ו"פוזיטיביזם רך").

3.2 הארט מתאר את מערכת המשפט כמערכת של כללים חברתיים:

1. כללים שמווסתים התנהגות חברתית וביקורת על התנהגות זו
2. הכללים הם נגזרת מההתנהגויות חברתיות קיימות
3. כללים משפטיים שונים מכללים חברתיים אחרים(נימוסים, הגינות, כללי משחק).

האבחנה:

1. כללים ראשוניים: מחייבים(דמוי- אוסטיין, למשל: הדין הפלילי)
2. כללים משניים: כוחות, סמכויות וכו'.

3.2.1 כללים ראשוניים:

- מטילי חובה(למשל דין פלילי ונזיקין).
- הכללים הראשוניים מבטאים התנהגות חברתית בסיסית, הם הכללים הראשוניים בכך שכל חברה פרימיטיבית או חברה שמתחילה את דרכה צריכה שהם יהיו חלק ממנה. הם נדרשים לקיום מסודר של חברה ומסדירים כללים בסיסיים של חברה(מקביל במידה מסוימת לפונקציות הישירות הראשיות של רז שמתחילות קודם כל בכללים מטילי חובה). (דין פלילי ודין נזיקין).

- כללים אלו הם שמנביאים את חמשת האמיתות שלו, כי הרי חמשת האמיתות עוסקות בפגיעות האנושית, בצורך של האדם בהסדרים בסיסיים ביותר.
- כללים ראשוניים אינם מסדירים יישוב סכסוכים.

3.2.2 כללים משניים:

- מעניקים כוחות וסמכויות ואלו כוללים גם חוקים פרוצדוראליים. למשל- של שינוי חקיקה.(אצל אוסטין בניגוד להארט אין כללים משניים. למה? כי הריבון עושה מה שהוא רוצה וגם לב חב חובת ציות לחוקים שלו). כללים אלו נשענים בדרי"כ על כללים ראשוניים.
- את המערכת הפרימיטיבית של אוסטין הארט מבקר וכדי לבקרה בצורה מספקת הוא מחלק את הכללים המשניים לשלוש:
- **כללי השפיטה-** סמכות לגופים להחליט החלטות ולקיום החוק. חקיקה פרוצדוראלית שמאפשרת סדר ויעילות לבתי המשפט. למשל: חוק בתי המשפט, חוק יסוד השפיטה.
- **כללי השינוי-** כללים המתירים שינוי החוק והסמכות לחוקק בהתאם לפרוצדורות מוכרות. למשל: כיצד מצביעים בכנסת לשינוי חוקים, פעולות ועדת החוקה.
- **כלל הזיהוי-** קובע סטנדרטים לתוקף נורמות משפטיות. הכלל החשוב ביותר. הוא מגדיר את האופי של המערכת להארט. הוא המקור למשפט ומעניק לו את תוקפו. בניגוד לקלזן שמדבר על פיקציה, הארט מדבר על **עובדה**-משהו קיים. כלל הזיהוי הוא הדרך לפסול את התפיסות הנון-פוזיטיביסטיות, לוודא שקיימת בהירות משפטית ולמצוא את המקור לנורמות משפטיות, הוא מאפשר לזהות את המשפט המחייב. כלל הזיהוי הוא זה אשר מבחין בין כללים משפטיים לבין כללים חברתיים אחרים:

○ המוסדות החברתיים- **משפט ומוסר-**

- **הדומה:** היבט החובה לפעול על-פיהם, התגובה לסטייה מהכלל- ענישה. שניהם חשובים להמשך קיומה של החברה. הדמיון הוא בעייתי. גם במשפט וגם במוסר יש הקרבה אישית. הדומה מבלבל בין משפט ומוסר ולכן יש חשיבות עליונה למציאת קריטריון שיחצוץ בין השניים.
- **השונה-** מוסר כתוקף לכללי המוסר, אינו הכרחי לכללי המשפט. כללי המוסא אינם משתנים כמו כללי המשפט. לכללי המוסר היבט פנימי דומיננטי(ולא חיצוני).

○ כלל הזיהוי זאת הנורמה הבסיסית אצל קלזן. הארט וקלזן כפוזיטיביסטיים מייצרים מודל המנסה לזהות את המשפט. זיהוי משפט יכול להיעשות באופן הפוזיטיביסטי כאשר המקור שלו הוא אנושי. לכן, האמונה הקלזנית שנגזרת מהנורמה הבסיסית וכלל הזיהוי ההארטי הם האמצעי שלהם לסגור את המודל הפוזיטיביסטי בצורה שלהם נראית הגיונית. **הפקק.**

3.3 בכל כלל משפטי שני אספקטים- חיצוני ופנימי:

- האספקט החיצוני- של המתבונן מן החוץ, הוא מזכיר במידה מסוימת את הציות מתוך הרגל אצל אוסטין. ההתנהגות האזרחית שחוזרת על עצמה- יש לנו כלל, יש לנו חוק, אנחנו חוזרים על הציות לחוק. ההפך- טבועה בנו חובת ציות אינהרנטית. ניתן לראות **מהצד** את החזרתיות.
- כלל ללא היבט חיצוני- כלל משפטי חדש שהארט מקבל ותקפים כי הציבור- השלטון, מפעילים את ההיבט הפנימי ובכך מקבלים את הכלל כסטנדרט להתנהגות רצויה.
- האספקט הפנימי- המימד הנורמטיבי, ההתנהגותי, שמצפה מהנתין להתנהג בצורה מסוימת תוך **הבנת ההתנהגות והכלל**. הוא מכוון ל:

- הפעולה-הציות, מתקיים במוחו של היחיד.
- קיימת קבלה של הכלל המסוים זו נורמה התנהגותית ואם היא נורמה התנהגותית של הקבוצה כולה היא לגיטימית, ואם היא לגיטימית וכל הקבוצה מתנהגת לפיה, היא גם תהיה מקור לביקורת במידה ותסטה מהכלל.
- צידוק להתנהגות- אנחנו ממלאים אחר הכלל בהיותו חוק ואני מכירים בלגיטימיות המשטר.
 - יוצא בניגוד לגישה האוסטיניאנית- פעולה אוטומטית ללא מחשבה פנימית.
- כמקור מהימן לביקורת כאשר יש סטייה מהתנהגות עפ"י כלל. כלל כמרשם לפעולה- נורמטיבי.
- היבט חובת הציות לחוק- פנימי ללא חשש פסיכולוגי מסנקציה(דוגמאת האקדוחן/השודד: "חובה" לציית מתוך פחד פסיכולוגי מעונש.
- האספט הפנמי מבדיל בין הגישה האוסטיניאנית להארטית: הארט טוען שקיימות קבוצות אוסטיניאניות באוכלוסיה שמצייתות מפחד אבל רוב האוכלוסייה מציינת מבחינה נורמטיבית. מבקר את אוסטין שמכיר בהיבט החיצוני בלבד.

כללים פתוחים טקסטואלית- קיימת ביקורת על כך שפוזיטיביסטיים מתקשים לפרוץ את גבולות המושגים המשפטיים במצבים מסוימים-הארט מתייחס לבעיה הזאת והוא אומר: **יש כללים שהם פתוחים מבחינה טקסטואלית**. הוא מתייחס ל**אזורים האפורים** (אצל דורקין למשל אין אזורים אפורים). מערכת משפט שמתפקדת בהתאם למודל הפוזיטיביסטי לא יכולה לתת מענה לכל הסוגיות, והיא מכירה בעובדה שיהיו אזורים אפורים. באותם אזורים ביהמ"ש יכול לצאת לפרשנות מרחיבה. למה? כי יהיו כללים עם היעדר בהירות בסיסית, יהיו כללים להם צל של ספק. כללים פתוחים טקסטואלית מאפשרים "חקיקה שיפוטית" **במקרים קשים**. ביקורת: קרוב מידי למשפט הטבעי, ביקורת דורקין: לשופטים אין מקום לשיקול דעת "אגרסיבי וכוללני" גם במקרים קשים יש תשובה אחרת נכונה. הארט אינו מתייחס לקיומם של "עקרונות".

3.4 כלל הזיהוי:

הוא זה שמבחין בין כללים משפטיים לכללים חברתיים אחרים. כלל הזיהוי בא לציין את האלמנט הבסיסי בגישה הפוזיטיבסטית למשפט. יש סטנדרטים קונבנציונאליים עליהם קיימת הסכמה בין מחזיקי סמכויות רשמיות כיצד להחליט אילו כללים מהווים חלק ואילו אינם מהווים חלק מהמערכת המשפטית. בא לחדד הפרדה בין חוק ושיפוט מוסרי- מה המשפט הוא ומה הוא צריך להיות. בשונה מקלון, כלל הזיהוי הוא **עובדה חברתית המושתת על פרקטיקה התנהגותית במציאות**. לא האמונה שקיימת חוקה היסטורית(קלון), לא הריבון(אוסטין), אלא **הפרקטיקה המקובלת**.

- כלל הזיהוי הוא הלב של התיאוריה ההארטית כי הוא זה שמגדיר אותה כפוזיטיביסטית. הארט טוען כי בכל חברה שיש בה מערכת משפטית קיימת שורה של מוסכמות/קונבנציות חברתיות המתייחסות למקורות המשפט= לעובדות שנתפסות באותה חברה כיוצרות דין ואנחנו חיים ומתנהלים לפי המוסכמות הללו.
- כלל הזיהוי בישראל לדוגמא- מקור החקיקה העליון, הכנסת. זו הפרקטיקה האנושית הנהוגה.
- כלל הזיהוי יהיה שונה בין חברה לחברה- מערכת משפטית בשנותיה הראשונות לעומת מפותחת.
- הוא כלל שמתייחס לשיטות משפט מודרניות.

- תוכן כלל הזיהוי- אינו קבוע ומשתנה בהתאם לפרקטיקה.
- הארט אומר שיכול להיות יותר מכלל זיהוי אחד, אבל הוא רואה במערכות מודרניות כלל זיהוי אחד בלבד. אם יש יותר מכלל זיהוי אחד הכללים לא יכולים לסתור אחד את השני. גם אם קיים יותר מכלל זיהוי אחד, יהיה כלל זיהוי שיהיה עליון לכללי הזיהוי האחרים. למשל- כלל שפיטה. מה שנקבע בבית המשפט העליון יש לו כוח של קונבנציה חברתית, של חוק של תקדים.
- בכלל הזיהוי באים לידי ביטוי שני האספקטים החיצוני והפנימי. החיצוני הוא החלק הפשוט. זיהוי נורמות מחייבות מתוך הפרקטיקה הנהוגה. האספקט הפנימי, הפרקטיקה- הרוב פועל עפ"י כלל מסויים, וסטייה ממנו תגרור ביקורת.
- דוגמא: באנגליה כלל הזיהוי הוא מה שהמלכה מחוקקת בפרלמנט- יש לו כוח של חוק. זאת עובדה/קונבנציה כי לפיה הפרלמנט הבריטי על שני בתיו פועל. משם נגזרות הסמכויות של בית המשפט לפסוק וכללי השפיטה.

פוזיטיביזם רך- יש שיטות משפט שיחליטו דרך המשפט להגדיר את המוסר כחלק מרשימת תנאי התוקף המחייבים של נורמות משפטיות ע"י הכנסה לחוק. כשזה קיים כעובדה חברתית- אין בעיה, אבל זה מחליש את המערכת. מדינה שיש בה חוקה- החוקה מגבילה את המדינה כדי להצר את כוחה- מהמקום הזה, אם מערכת משפט תחליט שהיא מוסיפה מוסר לחוקה האידיאולוגיה הפוזיטיביסטית לא יכולה לעבור באותה שיטה שהוא ציפה כי המוסר יאפשר את אותם שיקולים ערכיים שיכולות להיגרר ל-חקיקה רטרואקטיבית, פגיעה בוודאות המשפטית. הדיכטומיה בין משפט טבעי ופוזיטיביסטי. (בפרשת האימוץ- לווין הוא יותר הארט). דוגמא – בחוקה אירית נקבע שמשפט הטבע הוא חלק מתנאי התוקף של נורמות חברתיות באיזורים מסויימים בחוק כמו איסור על הפלות, זכות הקניין.

3.5 הביקורות כלפי הארט:

- משפט טבעי- מינימום תוכן של המשפט הטבעי אינו מספיק. הוא לא כולל אפשרות של שיפוט ערכי ובחינה מוסרית של הוראות משפטיות. (פולר מבקר את הארט במקרה של האישה מגרמניה).
- הפוזיטיביסטים עצמם טענו שהוא הכניע אותם למינימום תוכן של המשפט הטבעי. הוא אומר על חמשת האמיתות שהם דברים שקיימים תמיד.
- דוורקין הפנה אליו את החסר בעקרונות- הארט ציין שעקרונות יכולים להיות חלק מהמשפט.

לסיכום: הארט נ' אוסטיין

□ הארט:	□ אוסטיין:
■ כללים חברתיים	■ פקודות
■ ציות לחוק של רוב האוכלוסייה + כלל	■ ציות לחוק של רוב האוכלוסייה + ריבון עצמאי
■ הזיהוי	■ ריבון עצמאי
■ ציות אינו מתוך פחד	■ ציות מתוך הרגל מחשש לסנקציה
■ היבט פנימי לחוקים (המימד הנורמטיבי)	■ היבט חיצוני דומיננטי
■ נורמות מטילות חובה, כוחות	■ נורמות מטילות חובה
■ מקור הנורמות: כלל הזיהוי (תמיכה)	■ מקור הנורמות: ריבון
■ למנהג כנורמה)	■ ריבון לא מוגבל. עצמאי. פקודות
■ ריבון מוגבל. לא עצמאי. כללים	■ לא מגבילים את הריבון
■ מגבילים את הריבון	■ חילופי ריבון כחילופי מערכת משפטית
■ חילופי ריבון אינם חילופי מערכת משפטית (הריבון מתחלף ע"ב כלל הזיהוי)	■ משפטית

פרת חייצני - התעצבנות העבצני והפוזיציוניזם בבית התעצבנות



פרק 7: משפט טבעי ופוזיטיביזם בבית המשפט:

1. פס"ד ירדור:

ע"ב ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד יט (3) 365

עובדות המקרה: ועדת הבחירות לכנסת השש עשרה, פסלה רשימת מועמדים אשר ביקשה להתמודד על הבחירות, סיבת הפסילה הייתה מכיוון שחברי הרשימה מזוהים עם רעיונות השוללים את קיומה של מ"י. התלבטות השופטים הייתה האם לאפשר בכל מחיר את זכויות האדם, כגון חופש הדעה גם במקרה שעתידה של המדינה בסכנה.

השופט כהן – פוזי – (מקבל את הערעור) – דוגל בחוק היבש, במידה ולא נפעל עפ"י החוק, יש סיכוי לתוצאות הרות אסון. לביהמ"ש אין מקום להכריע במקום המחוקק.

"במדינה אשר בה שולט החוק, אין שוללים זכות מאדם, ויהא הפושע המסוכן והנבזה והבוגד והנבזה ביותר, **אלא בהתאם לחוק בלבד**. לא וועדת הבחירות ולא בית משפט זה מחוקקים במדינה הזאת: הכנסת היא הרשות המחוקקת, והיא אשר מסמיכה את מוסמכיה, אם רצונה בכך, לעשות לאיש כדרכיו וכפרי מעלליו. **בהיעדר הסמכה כזאת מאת המחוקק**, לא ההיגיון ולא הכורח ולא אהבת המולדת ולא שום שיקול אחר, יהא אשר יהא – מצדיקים עשיית דין על דעת עצמו ושליטת זכות הזולת"

מציין כי הוא מכיר בכך שיש שיטות משפט ומדינות אשר "המציאו להם "משפט טבעי" הגבוה מכל חוק, והמבטל אותו במקרה של צורך, בחינת עת לעשות הפרו התורה. **כל אלה אינן דרכיה של מדינת ישראל: דרכיה דרכי חוק, והחוק ניתן מפי הכנסת או מכוח הסמכתה המפורשת"**

השופטים זוסמן ואגרנט (דוחים את הערעור) – טוענים שיש עקרונות על שהם מעל החוק. זוסמן טוען שהכללים העל – חוקתיים, הם זכות התגוננות של החברה המאורגנת במדינה. (**הארט** הוא זה שמייצג גישה זו, הוא מזמין את המשפט הטבעי אל הפוזיטיביזם. מן הגישה של זוסמן ניתן להבין שיש מקום למשפט הטבעי בתוך המשפט). זכות ההתגוננות = סממן טבעי של האדם / החברה לשמור על עצמה, זכויות טבעיות עפ"י המשפט הטבעי שמורות לאדם, אך כיום הגישה היא מרחיבה יותר ומדובר על זכויות טבעיות גם בתחום של חברה / מדינה.

הנשיא אגרנט קובע כי על כל רשות מרשויות המדינה להתייחס **לעובדת המצע המפלגתי** בראש ובראשונה. לכן – רשימת מועמדים הכופרים בזכותה של מדינת ישראל להתקיים – אין לה כל זכות להשתתף בבחירות לבית הנבחרים.

השופט זוסמן:

(1) "כדרך שאדם אינו חייב להסכים שיהרגוהו, כך גם מדינה אינה חייבת להסכים שיחסלוה וימחקוה מן המפה. **שופטיה אינם רשאים לשבת בחיבוק ידיים ולהתיימש מהעדר דין פוזיטיבי** כשבעל דין מבקש מהם שיושיטו לו יד עזר כדי להביא את הקץ על המדינה" (4)

(2) "הכללים היסודיים העל-חוקתיים האמורים, אינם בעצם, לגבי ענייננו, אלא זכות ההתגוננות של החברה המאורגנת במדינה. בין אם נקרא לכללים בשם "דין טבעי" (natural law) ללמדך שמטבע ברייתה של מדינה דין הם, ובין אם נקרא להם בשם אחר, שותף אני לדעה שהניסיון שבחיים מחייב אותנו שלא לחזור על אותה שגיאה שכולנו היינו עדים לה..."

2. פרשת האימוץ

ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ (3) 133

בפס"ד זה ניתן לראות אבחנה בין המשפט הטבעי למשפט הפוזיטיבי.

עובדות המקרה: זוג שלא יכול היה להיכנס להריון. הגבר הכניס להריון ילדה בת 15, במטרה לגדל את הילד עם אשתו. ביהמ"ש צריך לקבוע האם למרות שהילד בר אימוץ עפ"י החוק (ס' 13 לחוק האימוץ), יש להרשות לאותו אדם שעשה מעשה נפשע לגדל את ילדו.

2.6.3.2 השאלות המשפטיות: האם לילד זכות לגדול אצל הוריו הביולוגיים, האם יש לאפשר לאבא לגדלו, התייחסות לעיקרון 'הרצחת וגם ירשת'.

2.6.3.3 השופטת דורנר (דוחה את הערעור):

אינה פוזי' מוחלטת, למרות שביססה החלטתה על החוק. **ציינה את הכלל שאין שכר בצד חטא**, אם אותו אדם קיים יחסי מין עם קטינה- אין לאפשר לו גם לזכות בגידול הילד. עיקרון על זה הוא עיקרון אוניברסאלי, הנכון לכל מערכת כללים במדינה מערבית. **השופטת דחתה את טענת החסר** בחוק האימוץ, וטוענת שאדם לא צריך לזכות בפרי, ממעשה אסור שהוא עשה. דורנר קובעת שהנתונים בחוק מספיק בהירים והיא קיבלה את הטענה, שכאשר ישנו הורה שאינו מסוגל למלא את חובתו ההורית, ישנה הנחת אימוץ – צריך לשמור על טובת הילד, ס' 13 לחוק האימוץ. **במקרה זה ישנו חוסר מסוגלות הורית כי נוצר מצב בו נוצר ילד תוך כדי ביצוע עבירה פלילית.**

המשנה לנשיא ש' לוי (דוחה את הערעור) - אומר שההתנהלות בהווה או בעתיד לא מצדיקה **שליטת זכות טבעית** כאבהות, המעשה הפסול לא גורם לביטול הזכות הטבעית של אבהות. מסכים שס' 13 לחוק הוא **רשימה סגורה**, אך טוען שישנן דרכים פרשניות להגיע לתשובה הנכונה ביותר (בדיוק מה **שדבורקין** טוען: אם אתה קורא טקסטואלית, אך לא רק – תגיע לתשובה הנכונה ביותר).

מזכיר את פס"ד ירדור, קיימים כללים על- חוקתיים, ישנם כללי על אוניברסאליים, שלא ייצא חוטא נשכר וכללי יסוד בסיסיים כמו תקנת הציבור, יש עקרונות על שעליהם בנוי המשפט, חוקים לא חוקקו בחלל ריק. בדבריו מדבר על מכנה משותף חברתי: יש כללים אוניברסאליים – שלא ייצא חוטא נשכר, אותו כלל מחייב את ביהמ"ש להשתמש בו בתהליך הפרשני של הסוגיה. אותו כלל נוסף אינו דווקא הכלל שלא ייצא חוטא נשכר – זה העובדה שיש כללים שהם מעל החוק.

- "חוקים לא חוקקו בחלל ריק. הם מהווים חלק משיטה אינטגרטיבית הכוללת עקרונות יסוד. חזקה עליהם שהם חוקקו בגדר עקרונות אלה ושהם נועדו להגשימם...חזקה עליהם שהם פועלים כדי להגשים צדק ושוויון ושיישומם ימנע תוצאות שאינן מתיישבות עם תקנת הציבור...אין המדובר בהערכה אינדיווידואלית של שופט פלוני, אלא בנסיבות מיוחדות שבהן קיים מכנה משותף חברתי, המניח שתוצאה פלונית אינה מתקבלת על הדעת בהיותה נוגדת כלי יסוד בסיסיים, היא לא עלתה על דעתו של המחוקק, ואילו היה נשאל, בוודאי היה קובע שהכלל אינו חל עליה, שאו שחל עליה כל נוסף".

- "בית המשפט המחוזי וחברתי הנכבדה השופטת דורנר, מצאו דרך להגיע לתוצאה האמורה בגדר סעיפי המשנה (7) ו (8) של סעיף 13. אני לא מצאתי דרך לעשות כן ולכן נזקקתי להשלמת הטקסט על ידי הוספת כלל נוסף. בעשתי כן לא סטייתי מעקרון נאמנות השופט לחוק, משום שהפעלתי כלל נלווה, שחזקה על המחוקק לפעול לפיו, בלי לפגוע בקטלוג הסגור של עילות האימוץ...".
השופט חשין (דוחה את הערעור):

- "משפט הטבע הוא, המשפט שבליבנו פנימה. וגם אם יאמרו הדברים חוק או בחוקה, לא יהיו הם אלא הד ובת-קול לאותה זכות מן הטבע. זכות זו מי תהום רבה ייתנו בה חיים, והם שיקימו את יער המשפט הצומח עליהם. ומשפט המדינה יילך בעקבות משפט הטבע. כאן יולדה הוראת סעיף 8(א) לחוק אימוץ ילדים ולפיה "לא יתן בית משפט צו-אימוץ אלא אם נוכח שהורי המאומץ הסכימו שהילד יאומץ או שהוא הוכרז כבר אימוץ לפי סעיף 13"
- עושה אבחנה בין משפט הטבע לפוזיטיביזם אגרסיבי (שאינו מציאותי) (פורמאליסטיקנים).

- מדבר על עקרונות המוסר, האינסטינקט של האדם, דרך הפרשנות ודרך החסר (הגלוי או הסמוי), אף מזכיר את קלזון (ראו פסקה 16 להחלטה של השופט חשין).
- מסקנתו המוסרית היא שיש כללים המרחפים בעולם המשפט כגון "הרצחת וגם ירשת"- וציווי מוסרי זה הפך מכבר לציווי משפטי מן המניין.

- מאחד בין המשפט למוסר כי זה הוא החוק הטבעי – עקרון הרצחת וגם ירשת הוא נגזרת של חוקי המוסר. הוא חוק ה"טבוע בצופן הגנטי שלנו והוא כוח שעוצמתו עשויה להשתוות – בבחינה הנורמטיבית – לעוצמת יצר הקיום וההישרדות".

- מגיע למסקנה המוסרית שיש כללים שמרחפים בעולם המשפט, אחד מהם הוא "הרצחת וגם ירשת", ציווי מוסרי שהפך לציווי משפטי. הוא אומר שבהגיעו להחלטה, נסמך על 2 דרכים נוספות: דרך הפרשנות ודרך מילוי החסר. אם מפרשים נכון – זאת חזרה על טקסט, כללים על חוקתיים קיימים מעל הטקסט. חשין מאחד בין משפט למוסר, האיחוד הזה – הוא המשפט הטבעי, הנגזרת של גם רצחת וגם ירשת הוא נגזרת של המוסר. הוא חוק טבוע וקיים שאין להתווכח עליו.

השופט זמיר:

- "יש מצבים שבהם שיקולים חזקים במיוחד של צדק או של צורך, ציבורי או אישי, יכולים להניע את בית המשפט להסתמך על כוונה נסתרת או חזקה משוערת של המחוקק, לא רק כדי להוציא מקרה מידי פשוטו, אלא גם כדי להפוך מקרה על ראשו" = רק במקרה נדיר או בשעת חירום.

- במקרה שלפנינו ראוי ללכת בדרך הפרשנות.

השופט בד (דוחה את הערעור):

דן בכוונת המחוקק- קיימת אפשרות לעשות את החוק פלסטר או "להוסיף להוראות המפורשות של חוק הוראה אשר אינה כלולה בה" אבל במקרה דנן אין צורך בכך.

הוגי דעות בפס"ד:

הונורה- מדבר על קריאת הטקסט כמו שהוא, אך כשיש חסר יש להסתמך על רוח הדברים.

פיניס - מדבר על חולשה של האדם שהמדינה צריכה להגן עליה, מתקשר לפס"ד ירדור.

אימוץ כמושג- יש להתייחס לכך שהוא מושג ויש לפרש אותו על סמך ריבוי דעות (גאלי), רז מדבר על פרשנות אפשרית בתוך הפונקציות, לפרשנות אסור להיצמד לטקסט, כי אם היא תיצמד לטקסט היא תאבד מתוכנה.

אריסטו - יש צדק מן הטבע ויש צדק מן החוק.

אפלטון - אמת אוניברסאלית, תפקיד החוק הוא לגלות אמת זו.

3. פס"ד לאו"ר

בג"צ 172/89 תנועת לאו"ר – נ' יו"ר הכנסת: השופט ברק (כתארו דאז):

- "האם ניתן לפסול חוקים? באופן עקרוני-תורתי קיימת האפשרות שבית המשפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה. גם אם עקרונות אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משוריין אין כל דבר אקסיומטי בגישה, כי חוק אינו נפסל בשל תוכנו. בפסילת חוק על ידי בית המשפט בשל פגיעתו הקשה בעקרונות יסוד אין משום פגיעה בעקרון ריבונות המחוקק, שכן הריבונות היא לעולם מוגבלת. אין בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, שכן עקרון זה בנוי על איזונים וריסונים, המגבילים כל אחת מהרשויות. אין בכך פגיעה בדמוקרטיה, שכן דמוקרטיה היא איזון עדין בין שלטון הרוב לזכויות האדם ועקרונות יסוד, ובאיזון זה, שמירה על זכויות האדם ועקרונות יסוד, אינה יכולה להתפס, כשלעצמה, כעניין בלתי דמוקרטי. אין בכך פגיעה בשיטה, שכן מתפקידה של זו לשמור על שלטון החוק, לרבות שלטון החוק במחוקק".

- נשאלה השאלה, אם ניתן לבטל חוק אך ורק בשל סתירה לעקרונות היסוד של השיטה (המשפט הטבעי): פס"ד לאו"ר מהווה אבן דרך מרכזית במגמה זאת. השופט ברק קבע, שאין לשלול זאת (כלומר- במקרה הבא הוא יעשה זאת). תהליך זה נמנע, מכיוון שהכנסת סיפקה את ח"י: כבה"א.

4. פס"ד הר-שפי

ע"פ 3417/99 מרגלית הר-שפי נ' מדינת ישראל

מרגלית הר-שפי הואשמה בעבירה של אי מניעת פשע.

השופט ח' כהן - יש לפרש את הסעיף "על דרך הצימצום וההקפדה" וזאת על מנת ש"לא לפתוח פתח לחובות מלשינות אשר ריח דיכוי טוטליטארי נודף ממנה"

השופט י' טירקל – "דרכי אל פרשנותו של הסעיף שונה מדרכם של קודמי. לפי השקפתי, יש להבדיל, הבדל היטב, בין חובתו המוסרית של אדם לנקוט אמצעים סבירים על מנת למנוע את עשייתו של מעשה פשע, לבין חובתו המשפטית..." "מנגנוני המשפט אינם מסוגלים - ועל כן אינם מעוניינים - להגיע לצפונות לב-האדם ולמתרחש בינו לבינו".

5. פס"ד סיעת חד"ש

בג"צ 2257/04 סיעת חד"ש נ' יו"ר ועדת הבחירות של הכנסת ה-17

עובדות המקרה: רוה"מ החליט על פיזור הכנסת ה-15. לאחר הפיזור נערכו בחירות לכנסת ב-16. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית החליטה כי מועד הבחירות לכנסת ה-17 ייקבע לפי ס' 36 לח"י: הכנסת- גם כאשר החליטה הכנסת להתפור, תהיה כהונת הכנסת שאחריה עד לחודש חשוון הקרוב שלאחר 4 שנים מיום הבחירה. העורים טוענים כי יש לבטל את ההחלטה היות והיא מאריכה את כהונת הכנסת מעבר ל-4 שנים (התקופה הקבועה בח"י: הכנסת, ס' 8).

עמדת היוהמ"ש: "גישת הפרשנות הדווקנית" על פיה יש לפרש את ח"י כפשוטו. יישום דווקני של הוראות חוק היסוד יוליך לכהונה של הכנסת קרוב ל-4 שנים, להבדיל מ-4 שנים ו-9 חודשים ע"פ הגישה האחרת. היוהמ"ש קבע גישה אלטרנטיבית לפיה יש לפרש את ס' 36 לח"י הכנסת: הכנסת כחלה על המקרה, הינה אפשרית. הוא הציע גישה חלופית – גישת הפרשות התכליתית"

דורנר קובעת בפס"ד כי יש לפרש את החוק בפרשנות תכליתית ומתוך מבט רחב כיאה לנורמות חוקתיות. הפרשנות התכליתית המחברת בין היבטים סובייקטיביים לאובייקטיביים. דורנר מדברת על הפעילות הפרשנית כנותנת מובן לתמונה המצויה במסגרת הנורמטיבית (קלזן).

6. ב' מדינה, "ארבעים שנה להילכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט כב(2) (2006) תשס"ו 327

א. הקדמה

פס"ד ירדור הינו אחד מפסקי הדין החשובים, ובה בעת אחד השנויים במחלוקת. זהו הפס"ד האחרון הבוחן את חוקיותן של הגבלות שונות שהוטלו על ההתארגנות "אל-ארד", ההתארגנות המשמעותית הראשונה שנקטה צעדים לחידוש פעילות ערבית-לאומנית בישראל, מחוץ לכנפי המפלגה הקומוניסטית. היא הראשונה שנקטה עמדה מפורשת (שאינה עמומה) לגבי לגיטימיות מדינה יהודית, וחתרה להקמת מדינה פלסטינית.

ב- '65, לאחר כשש שנות פעילות חוץ פרלמנטרית (במהלכה נשללה מן התנועה הזכות להתאגדות ולביטוי), החליטה התנועה להתמודד לכנסת. להשתלבות התנועה במערכת הפוליטית מספר השלכות:

מצד אחד של המטבע-

1. בזמנו היתה נתונה חסינות לח"כ בגין התבטאות השוללת את קיומה של מדינת ישראל.
2. התרת הפעילות תתפרש כמתן לגיטימציה לעמדותיה- הגברת התמיכה הציבורית בקרב ערבי ישראל.
3. היתר לביטוי גלוי של מאווי התנועה עלול להצית מחדש של מלחמת העצמאות.

מצד שני-

1. ביטוי עמדה ממשלתית כי מוטב לשנות את אופי ומטרות המאבק כנגד מדינה יהודית.
2. הכהונה בכנסת משמעותה נטילת חלק במוסדות השלטון של המדינה- השתתפות המגזר.

מכאן שכהונת של אל-ארד בכנסת היתה עשויה להיות נקודת מפנה חשובה בתולדות היחסים בין יהודים לערבים בארץ- בין אם היתה מוליכה להתקוממות הציבור הערבי, או שהיתה מזרזת תהליך של השלמה של ערבי ישראל עם המציאות שנכפתה עליהם, תחילת הדברות ושיח.

ועדת הבחירות של הכנסת החליטה שלא לאפשר את התמודדות הרשימה בגין "אי חוקיותה". מכאן עתירת התנועה לביהמ"ש העליון. לכאורה ביהמ"ש לא נדרש לבחינה פוליטית של הסוגייה, אלא רק את חוקיותה. בפועל ביהמ"ש נמנע מלהעריך את הסיכון/סיכוי הצפוי מהתמודדות הרשימה, אך אין בכך בכדי לשלול את האפשרות שעמדת השופטים באשר לתבונה הפוליטית השפיעה על החלטתם.

ביהמ"ש פסק כי מדובר בשאלה חוקתית בחשיבות מהמעלה הראשונה:

1. ועדת הבחירות לא הוסמכה בחוק למנוע התמודדות של רשימה ע"ס מצעה.
2. המחוקק לא הגדיר אמות מידה לפעולה בהקשר זה.

3. האם רשויות השלטון (וביהמ"ש בכללן) רשאיות להגביל את הזכות להיבחר ולהשפיע על אופי המדינה בהיעדר הסמכה לכך בחוק? - עמדת הרוב השיבה בחיוב שכן "השופטים אינם רשאים לשבת בחיבוק ידיים ולהתיימש מהעדר דין פוזטיבי".
4. מה המצבים בהם ראוי לשלול את הזכות להשתתף בבחירות? - הכרה בעקרון הדמוקרטיה המתגוננת. עקרונות היסוד של השיטה ("הגרעין הקשה") כוללים גם מאפיינים יהודיים (לא הובהרו אילו בדיוק).
5. מהן הראיות המעידות על מטרותיה של רשימה המבקשת להתמודד בכנסת? האם הקביעה בגין אל-ארד היתה מבוססת כראוי?
6. האם בהגבלת הזכות להיבחר יש להתחשב באמצעים שנוקטת הרשימה לשם השגת מטרותיה?

סוגיות 5 ו-6 הנובעות מהפס"ד רלוונטיים גם כיום. פס"ד ירדור משמש כנקודת מוצא לבחינת המצב המשפטי.

ב. שלטון החוק, משפט הטבע ואומץ לב שיפוטי - מעמדם המשפטי של עקרונות יסוד שאינם כתובים (מוסדיים כחוקיות המנהל או מהותיים כדמוקרטיה מתגוננת), הבחנה בין דעות השופטים ואומץ לב שיפוטי בהקשר זה.

פס"ד ירדור מדגים דרכים שונות להתמודדות עם דילמה הניצבת למשפטן בדבר היחס שבין "משפט" ל"מוסר". האם תתכן סתירה בין השניים? האם האתיקה המקצועית של המשפטן מחייבת יצירת חיץ או אינטגרציה בין המשפט והמוסר? האם יש להצניע את קיום הדילמה או לתת לה ביטוי מפורש בפסיקה?

מצד אחד ביטאו כל השופטים עמדה לפיה ראוי בנסיבות מסוימות למנוע השתתפות רשימה בבחירות, ומצד שני הוסכם כי הדין הקיים אינו מקנה סמכות מפורשת לכך.

השופט כהן, בדעת מיעוט, נקט בגישה פורמליסטית - הפרדה חדה בין משפט ומוסר. השופט כהן ציין כי ראוי לאמץ בחקיקה הסדר לשלילת הזכות להיבחר בנסיבות מסוימות, אך כשופט הינו אנוס על פי החוק, היעדרו או שתיקתו. ע"פ הדין הקיים לא היתה מוסמכת ועדת הבחירות לקבוע את אי השתתפות הרשימה.

שופטי הרוב נקטו עמדה שונה - ההסדר הראוי בעיניהם.

חילוקי הדעת בין השופטים מדגישות 3 סוגיות מרכזיות:

1. מה הדין כאשר עקרונות המוסר מחייבים פגיעה בזכויות הפרט, אך הוראת החוק אינה מקנה סמכות לפגיעה?

2. אם עדיפה התוצאה המושגת מכוח העקרונות- מה ההצדקה המשפטית בגינה? מה הטכניקה המשפטית?

3. איזו מן הדרכים מבטאת "אומץ לב שיפוטי"?

1. שלטון החוק- עקרון חוקיות המנהל ואקטיביזם שיפוטי-

לכאורה, עקרון החוקיות הנגזרת משלטון החוק והינו מושכל ראשון לחברה דמוקרטית, מחייב את המסקנה כי בהיעדר הסמכה בחוק- אין ועדת הבחירות מוסמכת למנוע מרשימת מועמדים להשתתף בבחירות. עקרון שלטון החוק קובע כי הדין הוא מקור הסמכות של רשויות השלטון, והוא שקובע את מגבלותיה. עיקרון זה חל בראשונה על הפעלת סמכות שיש בה משום פגיעה בזכויות אדם. זו ההנחה המתבטאת בפס"ד השופט כהן.

אולם שופטי הרוב (אגרמט, זוסמן ולנדוי) סברו אחרת למרות ההכרה בעקרון שלטון החוק, חרף העדר הסמכה מפורשת בחוק, לוועדת הבחירות הסמכות למנוע השתתפות רשימה (החותרת תחת קיום המדינה). גישתם היא כי ההכרה בסמכות שלטונית יכולה להתבסס על עקרונות שאינם כתובים אך נובעים ממהות המשטר דמוקרטי. כאן מתבטא העיקרון כ"זכות התגוננות של החברה המאורגנת במדינה".

מנגד הדגישה עמדת המיעוט את הסכנה הכרוכה בכוחה של הסמכות המבצעת להפעיל סמכויות הנחוצות בראייתה לקידום האינטרס הציבורי (מבלי שהוענקו לה במפורש מהמחוקקת).

בפועל המחלוקת בין הרוב למיעוט לא נעה סביב שאלת ההכרה שביהמ"ש צריך להעניק לרשות המבצעת (ועדת הבחירות) בכוחה להגביל את זכויות הפרט אף בהעדר הסמכה מפורשת בחוק. המחלוקת בפרשה נפלה בשאלה האם ראוי להכיר בכוחה של הרשות השופטת להסדיר סמכויות שלטוניות נחוצות, כתחליף לחוק.

ניתן לפרש את עמדת הרוב (המתירה לוועדת הבחירות למנוע התמודדות רשימה) כמבטאת שאיפה לייתר את הצורך בחקיקה, מפן חשש הסדרת הסוגיה ע"י הרשות המחוקקת. לכאורה ניתן היה לסבור כי החלטת הרוב מסדירה את סמכות הועדה באופן זמני עד להשלמת הליך החקיקה בכנסת לאחר הבחירות. לראייה מובא כאן הלו"ז הצפוף של קבלת ההחלטה טרם מועד הבחירות, והעמדה כי השתתפות הרשימה בבחירות (קל וחומר בחירת נציגיה לכנסת) עלולה לגרום לנזק שלא יהיה לתקן בחקיקה מאוחרת. אולם שלא כפס"ד המיעוט, פס"ד הרוב לא כולל אזכור של הצורך להסדיר את העניין בחקיקה, או הגבלה בזמן של ההכרה בסמכותה של ועדת הבחירות.

התפתחויות מאוחרות לפס"ד :

1. בעקבות הפס"ד נמנעה הכנסת מלהסדיר את סוגיית סמכותה של ועדת הבחירות שלא לאשר רשימות. העיגון בחוק נעשה רק לאחר 20 שנה (85'), רק לאחר פס"ד ניימן. בפס"ד זה צמצם ביהמ"ש את הלכת ירדור וביטל את החלטת ועדת הבחירות לגבי אי-השתתפותן של 3 רשימות. הכרעה זו חייבה את הכנסת להסדיר חקיקה.

2. נימוקי השופטים בפרשת ניימן : בירדור נמנעו שופטי הרוב מציון מפורש לחששם מפני הסדרת הסוגייה ע"י המחוקק, כיסוד להחלטתם לאשר את החלטת ועדת הבחירות. בפרשת ניימן ניתן לשיקול זה ביטוי מפורש. הנשיא שמגר והש' ברק, ברוח עמדת הרוב בירדור, הדגישו את רתיעתם מפני הסדרת הסמכות לפסילת רשימה ע"י המחוקק. ברק אף הכיר בקיום סמכות רחבה לועדת הבחירות, אף מעבר לזו שהוכרה בירדור, הכוללת גם סמכות למנוע מרשימות המונעות את האופי הדמוקרטי להשתתף בבחירות. לעומתם נקטו השופטים האחרים בפס"ד ניימן (בן-פורת, אלון ובייסקי) בעמדה הדומה לעמדת המיעוט בירדור- הסוגיה צריכה להיקבע ע"י המחוקק. עמדתם אף צמצמה את סמכויות ועדת הבחירות ואף שלילה מוחלטת של סמכותה זו. קרי- שופטים שחששו כי הסדרת הסוגיה בחקיקה תביא להענקת סמכות רחבה מדי לפסילת רשימות- הכירו בסמכות פסילה רחבה יחסית בביהמ"ש, מתוך ההנחה כי הכרה זו תוביל את הכנסת להימנע מחקיקה מוסדרת. ולהפך.
3. בעיגון סמכויות ועדת הבחירות המרכזית בחוק נקט המחוקק בלשון כללית ורחבה, באופן שהותיר בידי ביהמ"ש שיקול דעת רחב לעיצוב גבולותיה של הסמכות.

סמכויות פיקוח על הרשות המבצעת

המחלוקת בין עמדת המיעוט לעמדת הרוב בפס"ד ירדור משקפת אי-הסכמה באשר לחלוקת סמכויות הפיקוח על הרשות המבצעת בין הרשות המחוקקת (אכיפה שיפוטית של עקרון חוקיות המנהל) והשופטת (אכיפה שיפוטית של אמות מידה מהותיות דוגמת סבירות ומידתיות).

ריסון שיפוטי- עמדת המיעוט מבטאת גישה לפיה התכלית העיקרית של הביקורת השיפוטית אינה החלפתה של הביקורת הפרלמנטרית אלא חיזוקה. יעד זה מושג באמצעות אכיפה של עקרון חוקיות המנהל (דוג' פס"ד בז'רנו). דוגמה לתפיסה זו הינה כלל "ההסדרים הראשוניים". גישה זו מדגישה את חשיבות הפיקוח הפרלמנטרי והציבורי על הרשות המבצעת.

אקטיביזם שיפוטי- עמדת הרוב בפס"ד ירדור מבטאת גישה לפיה הביקורת השיפוטית מחליפה את מישורי הביקורת האחרים. ביהמ"ש נמנע מלאכוף את דרישת הסדרת הסמכות בחקיקה ע"י חריגים שונים לעקרון חוקיות המנהל. ההימנעות מההסדרה בחקיקה מאפשרת לביהמ"ש מרחב ניכר יותר לשיקול דעת בהתווית אופן פעילותה של הרשות המבצעת, באמצעות החלת עילות סבירות ומידתיות.

הבחירה בין גישות אלה אינה נעשית בחלל ריק, והיא מושפעת מהערכת יעילותה של הביקורת הפרלמנטרית במועד ובהקשר הנתונים. בהקשר זה יש המצביעים על מגמת מעבר מהגישה המחזקת את הפיקוח הפרלמנטרי לאור התחזקות מעמדה של הכנסת. אולם עדיין קיימים מקרים בהם ביהמ"ש מוסיף להימנע מאכיפת העיקרון כי החלטות מהותיות יתקבלו ע"י

המחוקק, תוך הגדרתו כ"דין רצוי" בלבד. במקרים אלו מעדיף ביהמ"ש להתוות בעצמו את אופן הפעולה הנדרש מהרשות השלטונית (בג"צ חורב, בג"צ כהן נ' שר הביטחון).

המחלוקת היא בין תפיסות יסוד שונות באשר לתפקידה של הביקורת השיפוטית, בין גישת השמה על המערכת הפוליטית לבין גישה המדגישה את תפקידם של מוסדות א-פוליטיים.

פס"ד ירדור מדגים את חסרונותיה של הגישה האקטיביסטית:

1. תנאי הפסילה אינם מוגדרים - העמדה כי יש למנוע את השתתפות רשימה, החותרת תחת קיום המדינה, בבחירות לכנסת וקביעת התנאים להפעלת סמכות הפסילה אינם נהירים - אל ומטרות של רשימה הן מחוץ לתחום המותר? אלו ראיות קובעות את מטרות הרשימה? האם יש להכיל מבחן תוצאתי של "וודאות קרובה"? התשובות לכל אלה אינן אחידות במשפט משווה ובספרות. לכן היה צורך להכרעה מפורשת של הכנסת בעניין.
2. ההכרה השיפוטית בחוקיות השימוש בסמכויות שלטוניות אף בהעדר הוראה מפורשת בחוק מוליכה להשתקת הדין הציבורי/פרלמנטרי האם מדובר בהסדרים ראויים.
3. ההכרה הנ"ל בסמכותה של ועדת הבחירות לא לוותה בהתמודדות עם הבעיות המתעוררות עקב אופיו המיוחד של גוף זה - האם חלה על חברי הועדה הלכה האוסרת על ניגוד עניינים? האם הם מפעילים שיקול דעת עצמאי או מייצגים את סיעתם? האם חייב לבוא נימוק להחלטות הועדה? וכד'. י בכך התעלמות מהחשיבות הציבורית הנובעת להחלטות הועדה, אף אם הן כפופות לביקורת שיפוטית.

2. משפט הטבע

האופן בו ביססו שופטי הרוב את הכרתם בסמכות ועדת הבחירות מעלה סוגיה נוספת "תורת-משפטית". להכרה זו משמעות משפטית. פסקי הדין של שופטי הרוב, כמו גם החו"ד של יו"ר ועדת הבחירות, מבוססים על שתי טכניקות משפטיות שונות להשגת התוצאה האמורה. שתי הגישות נבדלות בתשובתן לשאלה "מהו משפט":

1. סמכותה של ועדת הבחירות נובעת מפרשנות הוראות החוק (הנשיא אגרנט). הפירוש הנכון של הוראת החוק הוא כי ועדת הבחירות מוסמכת (ואף חייבת) למנוע השתתפות רשימה שמטרותיה הינן שלילת קיום המדינה. בעמדה דומה נקט אף הש' ברק בפס"ד ניימן ("תאשר הועדה המרכזית" ומכאן הסמכות לשיקול דעת ולא-אישור). דרך קרובה לזו מבוססת על זיהוי "חסר סמוי" בחקיקה - החסך בהוראה מפורשת בחוק המקנה לועדת הבחירות לשלול התמודדות של רשימה הינה בבחינת "חסר" בחקיקה, ויש להשלימו באמצעות פניה לעקרונות השיטה. הכרה זו ב"חסר" ובצורך להשלימו מאפשרת את הטמעת העקרונות שאינם כתובים בתוך החוק עצמו. תוקפם ינבע מתוך החוק ולא באופן עצמאי.
2. המובן של לשון החוק אינו מוליך לתוצאה המתחייבת מעקרונות המוסר. בכדי להגיע לתוצאה הרצויה, יש להכיר בכך שהמשפט כולל עקרונות בלתי-כתובים. הש' זוסמן קבע כי החוק

לא הסמיך את הועדה לסרב רשימת מועמדים ע"פ שיקול דעתה. לשיטתו עקרון שאינו כתוב בחוק יכול לשמש מקור עצמאי להפעלת סמכות שלטונית. מכאן כי רשויות השלטון מוסמכות לפעול ככל הנחוץ בכדי להגן על המדינה, אף בהעדר הסמכה מפורשת בחוק. בעניין ניימן ציין הש' ברק כי גישתו של זוסמן מהווה למעשה הכרה בסמכותו של ביהמ"ש להכריז על בטלותו של חוק, בהתבסס על עקרונות בלתי כתובים ומכאן הבעייתיות שבה. אולם זוסמן נמנע מלקבוע כי החוק שולל את קיומה של הסמכות והסתפק בקביעה כי החוק אינו מעניק את הסמכות באופן שייתר את הצורך בהכרעה בגין המעמד הנורמטיבי של עקרונות שאינם כתובים ביחס לחוק. למעשה מדובר כאן בהתנגשות בין שני עקרונות (לא כתובים) - חוקיות המנהל מול דמוקרטיה מתגוננת.

אילו מבין הגישות עדיפה?

הראשונה מאפשרת לביהמ"ש לשמר (ולו למראית עין) דבקות בתפיסה הפוזי' לפיה המשפט אינו אלא אוסף של עובדות חברתיות, ובו זמנית להימנע מיצירת חיץ בין המשפט למוסר, באמצעות פירוש "מרחיב" של הוראת החוק. בכך גוברת הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית ומצטמצם המימד היצירתי שבהכרעה. אולם למעשה ההכרה באפשרות לפנייה אל עקרונות המוסר בכל מצב של חוסר בחקיקה הופכת את ההסדר הכתוב לקונקרטי ולא ממצה. "חסר סמוי" מאפשר מעמד מחייב של עקרונות העל, כמעט ללא הגבלה. הגישה הראשונה יוצרת פער בין הרטוריקה (תנאי להפעלת סמכות שלטונית הוא הסמכה בחוק ופירושו הנכון) לבין הפעולה (סמכות שלטונית מוכרת בכל עת הנדרשת ע"פ עקרונות המוסר).

הגישה השנייה מדגישה כי מדובר בחקיקה שיפוטית, במהלך הנוגד את עקרון שלטון החוק ואת עקרון החוקיות הנגזר ממנו. הדגשה זו נועדה להצדיק את צמצום סמכותה של ועדת הבחירות.

מדינה מעריך כי הגישה השנייה עדיפה. הגישה ראשונה מדמה את עצמה כפוזי', אולם מאפשרת חריגות רבה מהתפיסה הפוזי'. לעומת זאת הגישה השנייה מכירה במפורש בכך שההחלה של עקרונות על מחייבת סטייה מהעמדה הפוזי' ועקרון החוקיות, ומכאן נקודת המוצא כי היא חריגה ונדירה. פס"ד ניימן מדגים זאת - מצדדי הגישה השנייה מדגישים את האופי יוצא הדופן של דעת ברוב בפס"ד ירדור, והקשיים העולים ממנה מחייבים בראייתה כחריגה. לעומת זאת הש' ברק (המחיל את הגישה הראשונה), אינו מכיר בכך שהתקיימה סטייה מעקרון שלטון החוק. הוא מציג את הדילמה הנוגעת בנסיבות בגינן יש להגביל את הזכות להיבחר. קיימת נכונות לסטייה מהעיקרון. אפשר ויש להעניק מעמד משמעותי לעקרונות שאינם כתובים, אולם עמדה זו כרוכה בקשיים אשר יש לעמוד על עצמתם.

3. אומץ לב שיפוטי

הנשיא אגרנט התייחס אל פסק דינו של כהן (דעת מיעוט) כ"פסק דינו האמיץ". במה התבטא אומץ ליבו של הש' ככלל, אומץ לב משמעו התגברות על נטייה טבעית חזקה. אריסטו טען כי

"אומץ לב" הינו גם הבחירה לסבול בעבור מטרה ראויה. אומץ לב שיפוטי עלול להיות בעל שני מובנים :

1. נכונותו של השופט לסטות מן התפיסה בפורמליסטית-פוזיטיביסטית ולהכריע בהתאם לעקרונות המוסר. התפיסה הפוזי, המבוססת על חיץ בין המשפט למוסר, מספקת למשפטן הגנה מפני ביקורת ציבורית ומבטיחה את אמון הציבור בו כ"מקצועי" וניטרלי. הוא אינו כופה את עמדותיו הערכיות ואת תפיסתו את ערכי היסוד הראויים להנחיית החברה. מכאן שהבחירה של שופטי הרוב לצאת מהגישה הפוזי עשויה להתפרש כאומץ לב שיפוטי.

2. הנכונות של השופט להכריע כנגד עמדת השלטון או עמדת רוב הציבור, תוך ביטוי החובה המוטלת עליו לפעול בהתאם לדין, ובכך לחשוף עצמו לביקורת ציבורית ולפגיעה אפשרית במעמדו. לפי מובן זה אמיצה הכרעתו של הש' כהן שכן היא דוחה את עמדת הממשלה שנתמכה ע"י רשויות הביטחון (שלא לאפשר את התמודדות הרשימה). עמדה זו אמיצה מכיוון שאינה מקבלת בבחינת "ראה וקדש" את הכרעת רשויות הביטחון (הערכות כלליות ובלתי מוכחות כהצדקה לפעילות שלטונית) בהקשר לסכנה שתגרם למדינה עקב התמודדות הרשימה.

ג. "דמוקרטיה מתגוננת" והאיסור לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית-

הסוגיה המרכזית הנדונה בפס"ד ירדור היא האם יש מקום לסטות מעיקרון היסוד הדמוקרטי, לפיו אופייה של החברה מעוצב ע"י העם? האם קיימים מאפייני יסוד אקסיומטיים שאין נתונים לדיון ציבורי? הפס"ד משיב על שאלות אלה בחיוב. נקבעה בו הלכה כי רשימה שמטרתה חיסול המדינה אינה רשאית להשתתף בבחירות, בכדי לאפשר את קיום עובדת היסוד בדבר קיומה של מדינת ישראל.

הפס"ד מותיר שורה של סוגיות בלתי פתורות המגדירות את תחומי ההגבלה. קיים קושי ניכר לחלץ מדעת שופטי הרוב תשובות לשאלות אלה. אין בפס"ד התייחסות מספקת למאפייני תנועת "אל ארד" המוליכים את ביהמ"ש למסקנתו, או פירוט של קביעות נורמטיביות כלליות.

למרות קשיים מבחין מדינה בשתי תפיסות שונות בפס"ד: אגרנט סבור כי די שרשימה תתמוך, מבחינה אידיאולוגית, בשלילת קיומה של ישראל כמדינה יהודית כדי לאפשר את פסילתה. מנגד זוסמן מתנה את פסילת הרשימה בכך שתתמוך באמצעים אלימים לשם השגת מטרותיה.

לכאורה איבדה אבחנה זו בין הגישות מחשיבותה עם חקיקת **סעיף 7א' לח"י: הכנסת** (המאמץ את גישתו של אגרנט). סעיף זה מונע את השתתפות רשימה ע"פ 3 תת-סעיפים :

1. שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטיה.

2. הסתה לגזענות.

3. תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל.

מדינה סבור כי לשונו של החוק אינה שוללת את גישתו של זוסמן, ולטענתו ההלכה היום היא כי רשימה השוללת את קיום המדינה אינה רשאית להשתתף בבחירות רק אם היא תומכת בנקיטת

אמצעים לא-דמוקרטיים להשגת מטרותיה. התמיכה באידיאולוגיה השוללת את קיום המדינה אינה מהווה עילה לכשעצמה למניעת הזכות להשתתף בבחירות.

1. גישת השופט זוסמן- התגוננות מפני אמצעים שאינם דמוקרטיים

מדינה רואה את פסק דינו של זוסמן בפרשת ירדור כביטוי לגישה המצדיקה את הגבלת הזכות לבחור ולהיבחר רק כשמדובר ברשימה הדוגלת בביטול שיטת המשטר הדמוקרטית ובנקיטת אמצעים אלימים להגשמת מטרותיה. לעומת זאת, חתירה לשינוי המסגרת הדמוקרטית בדרכי שלום אינה מהווה מטרה בלתי לגיטימית, המדיקה את מניעת הרשימה מתוקף "דמוקרטיה מתגוננת".

ביסוד טענה זו מצוי הדגש שניתן להזדהות שיוחסה לתנועת "אל-ארד" עם גורמים המקדמים מטרותיהם בדרכים אלימות. מכאן ביסס השופט את טענתו כי התנועה אינה מבקשת "לשכנע", בדרכי שלום, כי מוטב לשנות את סדרי המשטר ואופי המדינה.

ברוח זו פירש ברק בפס"ד ניימן את הלכת ירדור- מניעת השתתפות הרשימה לא בשל עמדותיה.

גישה דומה בוטאה בפס"ד ג'ריס (לפני ירדור) אשר בו נדחתה בקשתה של תנועת "אל-ארד" להרשם כאגודה עות'מנית. ביהמ"ש ציין כי לא היה דוחה את העתירה אילו היה מדובר בגוף "המבקש לחתור בדרכי שלום... לשינוי המשטר החוקתי הקיים". השופטים בשני הפס"ד משווים בים התנועה לבין רפובליקות ווימאר בעניין יצירת האיום על הדמוקרטיה.

אומנם והפס"ד לא כולל פירוט עובדתי של נכונות שיוחסה לתנועה בנקיטת אלימות לשם השגת מטרותיה. מחקר היסטורי מלמד אף שבפועל התנועה לא נקטה באלימות לשם השגת המטרות. זו הביקורת העיקרית של הש' כהן על פסק דינו של זוסמן.

2. גישת הנשיא אגרנט- התגוננות מפני שלילת קומה של מסגרת מדינית לעם היהודי

רשימה אינה רשאית לחתור לביטול או לשינוי מהותי של אופיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, ללא התייחסות לאמצעים הנתונים להגשמת המטרה. בצד שימור עקרונות היסוד הדמוקרטיים לגיטימי לנקוט באמצעים המגנים על מאפיין מהותי של מדינת ישראל ("בית לאומי לעם היהודי"). ההגנה זו נחוצה גם לגורמים המבקשים לפגוע בציביון מדינת ישראל גם בדרכים פורמאליות של הכרעת הרוב.

בשל הזהות הלאומית של שתי הקבוצות הלאומיות העיקריות הישראל (יהודים ופלשתינאים), כמו גם המציאות של הסכסוך, מדיניות של גיבוש זהות לאומית משותפת במסגרת "מדינת לאום נייטרלית" או "דו לאומית" בה ניתן ביטוי שווה לאינטרסים של שני העמים, אינה מעשית.

על רקע זה גישתו של אגרנט- אף אם רשימה מחוייבת לשיטת המשטר הדמוקרטית (במובנה הפורמלי) אך שאיפתה הינה גיבוש רוב המבטל את מימוש ההגדרה העצמית של העם היהודי, מוצדק למנוע השתתפות בבחירות. נראה שע"פ גישתו מחייב יישום של השאלה מהו המובן

המזערי של מימוש זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית, שאין לחרוג ממנה (צמצום אופן המימוש, גבולות הפגיעה).

3. עיקרון "הדמוקרטיה המתגוננת"

יש לבחון את הלגיטימיות של השיטות אל מול עקרונות היסוד הדמוק.

בפס"ד ירדור ופס"דים מאוחרים לו הסתמך ביהמ"ש על עקרון "הדמוקרטיה המתגוננת" להצדקת ההכרה בסמכותה של ועדת הבחירות לשלילת הזכות להיבחר. אולם מטרתה העיקרית של תנועת "אל-ארד" לא הייתה ביטול המשטר הדמוקרטי, אלא שלילת קיומה של מדינה יהודית.

אז מה בין דוקטרינת "הדמוקרטיה המתגוננת" להלכת ירדור? מכאן נראה כי השימוש בדוקטרינה הינו אלא אמצעי רטורי להצדקת דעת הרוב. אולם מדינה סבור כי ניתן לפרש את פס"ד ירדור וגישתם של זוסמן ואגרנט כיישום העיקרון של "דמוקרטיה מתגוננת", וכי עקרון זה שימש לתחימת היקפה של סמכות הפסילה.

"דמוקרטיה מתגוננת" הינה תפיסה לפיה עקרונות היסוד של השיטה הם "קדם-פוליטיים". סובלנות, שוויון, ערך האדם ושלטון עצמי אינם תוצאה של הכרעה דמוקרטית אלא מגבלה על כוחו של הרוב. שימור העקרונות הללו מצדיק נקיטת אמצעים שלטוניים ובהם הרחבת חירויות הפרט. נדרשת הגנה מפני שני סוגים של סכנות:

1. הגנה מפני פגיעה בעקרונות היסוד בהתאם ל"כללי המשחק" של השיטה הדמוק'-

1. קביעת כללי משחק המגבילים את האפשרות לסטות מערכי היסוד (חוקה, ביקורת שיפוטית וכד').

2. הגבלת ההשתתפות בהליך הפוליטי לשם הקטנת הסכנה כי עמדות השוללות את עקרונות היסוד יזכו לרוב אשר יוביל למהפכה חוקתית.

3. מגבלה על פעילות שמטרתה יצירת תמיכה ציבורית בעמדות כאמור (בכלל הגבלת חופש הביטוי).

2. הגנה מפני פגיעה בערכי היסוד בדרך אלימה, שלא בהתאם ל"כללי המשחק" הדמוק'-

1. אכיפת איסורים על פעילות אלימה ועל הפרת החוק (היעילות אינה מובטחת).

2. הגבלת הזכות להיבחר

3. הגבלת החופש להסית להפרת חוק ולנקיטת פעולות אלימות- שלילת "הכשר ציבורי"

וצמצום הסכנה של תמיכה רחבה (חשיבות המערכת המשפטית בהגנה על ערכי היסוד).

קיימות דוגמאות רבות למעמדן של קבוצות החותרות תחת מאפייני היסוד התרבותיים או האתניים של המשטר וכד'.

מהם "עקרונות היסוד" שמוצדק להגן עליהם ובאילו מקרים מוצדקת הגבלת חירות לשם הבטחתם?

בעולם אין הסכמה בראש להיקף "הדמוקרטיה המתגוננת" ולנסיבות הפעלתה.

מדינות רבות רואות לנכון לשריין היבטים שונים של המשטר. רשימת ההסדרים שמקובל להגביל באופן פורמלי הינה רחבה וכוללת בד"כ את שיטת המשטר הדמו', שיטת הבחירות, וזכויות היסוד של האדם. יש מדינות הכוללות בחוקה הוראות בדבר עקרונות יסוד שאינם ניתנים כלל לשינוי-האופי הדמוקרטי של המדינה והגנה על זכויות יסוד. אמנם אין מדובר בהגבלת הזכות להשתתף בבחירות, אך יש כאן לגיטימיות ב"הגנה" על עקרונות מסוימים מפני שינוי במסגרת השיטה המשפטית הקיימת.

מקורות לעיצוב "הדמוקרטיה המתגוננת" בהקשר להגבלת הזכות להיבחר:

1. **החלטותיה של מועצת אירופה-** בשנת 2000 פורסמו קווים מנחים טעם "ועדת ונציה" (מועצת אירופה לקידום הדמו' באמצעות המשפט). קווים מנחים אלו מבטאים גישה מצמצמת למדי הקובעת את הגבלת פעילותה של מפלגה פוליטית כאמצעי יוצא דופן הניתן להפעלה רק כאשר המפלגה המטיפה לשימוש באלימות או משתמשת באלימות כאמצעי פוליטי לביטול ההסדר החוקתי, באופן הפוגע בחירויות היסוד.

2. **פסיקת בית הדין האירופאי לזכויות אדם-** בית הדין פועל האף הוא מטעם מועצת אירופה. תפקידו אכיפת האמנה בדבר זכויות אדם. בשנים האחרונות עסק בית הדין בסוגיה בשל החלטותיו של ביהמ"ש לחוקה של תורכיה למנוע השתתפותן של כמה מפלגות בבחירות. בפס"ד העיקרי בנושא (2003) אושרה פה אחד פסילתה של מפלגת הרווחה שביקשה לכוון משטר המבוסס על הדין המוסלמי. בית הדין קבע ששילת הזכות להיבחר מותרת ע"פ **סעיף 11 לאמנה האירופאית בדבר זכויות אדם** רק אם מדובר במפלגה הנכונה לנקוט אמצעים שאינם דמו' או המבקשת לכוון משטר שאינו דמו'. ביהמ"ש ביסס את פסילת המפלגה כל רצונה לכוון מערכת משפט נפרדת ע"פ דתות, ולהקים משטר מבוסס דין דתי. בית הדין הוסיף טעם נוסף לפסילה והוא הימנעותם של דוברי המפלגה מלשלול את הלגיטימיות של נקיטה באלימות לשם השגת מטרותיהם. לעומת זאת פסק בית הדין 4 החלטות אחרות של ביהמ"ש בתורכיה בהן נמנעה השתתפות מפלגות שדגלו באוטונומיה כורדית מכיוון שלא הוכחה הזהות המפלגות עם פעולות טרור או כיוון משטר לא דמוקרטי. החלטות אלה משקפות הסכמה רחבה באשר לגיטימיות בפסילת מפלגות התומכות בטרור או באמצעים בלתי-דמוקרטיים אחרים, ובכלל זה הסתה לגזענות. לגיטימיות לפסילה בשל שאיפה לכינון משטר בלתי-דמוקרטי-קומוניסטי או דתי. במקרים רבים מוכרת גם הלגיטימיות של מניעת השתתפותן בבחירות של מפלגות החותרות תחת הריבונות הלאומית, קיום המדינה או עצמאותה.

ההקשר הישראלי- האם ניתן להצדיק את הלכת ירדור ואת סעיף 7א' לח"י: **הכנסת** מכוח עקרון "הדמוקרטיה המתגוננת"? גישתו של הש' זוסמן (מעלה) היא בוודאי הלגיטימית ע"פ המקובל בעולם הדמוקרטי בהקשר לזכות להיבחר. אולם האם ניתן לבסס את גישתו של אגרנט מתוך "הדמוקרטיה המתגוננת"? מדינה מאפשר את הדבר ע"י הרחבה של מערכת הערכים המוגנים אל מעבר אלה הכלולים בתחום הדמו' הליברלית. מכוח עיקרון "הדמו' המתגוננת" ניתן להצדיק

מגבלות שלטוניות על גורמים המבקשים לפגוע בזכויות יסוד, אף אם טיבם לא אלים. ברק בפס"ד טיב כי הבסיס לעקרון הדמוקרטי הוא הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות. הכרה בגרעין זכויות האדם (כבוד שוויון), הפרדת רשויות, שלטון החוק וכו'.

התפיסה כי הבסיס לבחינת הכרעות חברתיות הוא עמדת הרוב לגביהן מהווה עמדה אנטי-דמוקרטית שיש להיאבק נגדה באמצעים שלטוניים. מכאן שלגיטימי למנוע את ההשתתפות בבחירות של מפלגה החותרת לכונן משטר הצפוי למנוע מפרטיו זכויות אדם בסיסיות.

אין בעקרון האמור בכדי להגביל אל זכותה של מפלגה לפעול בניסיון לשכנע את נושאה של זכות מסוימת להסתפק בהיקף מצומצם של מימושה, או כי יסכימו לכונן משטר כמצוין מעלה.

הרלוונטיות של עמדה זו בהקשר הנדון נובעת מהערכה המקובלת כי בנסיבות הקיימות קיומה של מדינת ישראל כמדינת לאום יהודית הוא תנאי הכרחי להבטחת זכויות הציבור היהודי.

מכאן ש"הדמו' המתגוננת" מאפשרת את הצדקת שלילת הזכות להיבחר של מפלגה שמטרתה למנוע מהעם היהודי לממש את האינטרס שלו להגדרה עצמית. מנגד אין מצדיק העיקרון את מניעת השתתפותה של מפלגה המכירה בלגיטימיות של העם היהודי אך שואפת לצמצם את אופן מימוש זכויותיו בדרכי שלום.

לשם יישום קביעה זו יש לקבוע מהו המובן המזערי של מימוש זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית, שאין לחרוג ממנו. החשש לגורל הרוב היהודי במדינה הוא בעל שמשקל בקביעת "משמעות מינימום" של הגדרת המדינה כמדינה יהודית. מכאן שרוב יהודי בישראל הינו תנאי למימוש הזכות היהודית להגדרה עצמית, שחתירה לצעדים שלטוניים שתכליתם ביטול הרוב היהודי עשויה להיחשב לשלילת קיומה של המדינה כיהודית. השי' לוי קבע בפס"ד בן-שלום כי אכן קיומו של רובי יהודי הוא ממושכלת היסוד של אופייה היהודי של המדינה.

מכוח גישה זו אין לאפשר השתתפות הבחירות למפלגה השואפת לבטל את הרוב היהודי.

בצד סוגיית שימור הרוב היהודי יש לבחון אלו מבין ההסדרים המהותיים מבטאים את אופייה של המדינה כמדינה יהודית הם "הסדרים גרעיניים" שאין לסטות מהם. מדינה מעריך כי מדובר במתן ביטוי משמעותי לתרבות היהודית בחיים הציבוריים (לאו דווקא ביטוי בלעדי). בנוסף מדובר בהכרה באינטרסים מסוימים של העם היהודי כאינטרסים לגיטימיים של המדינה; דרישה לדומיננטיות של העם היהודי אך לאו דווקא בלעדיות שלו בעיצוב המדינה.

לסיכום, הצדקתן של שתי הדישות הנ"ל (של אגרנט וזוסמן) יכול להיעשות מתוך העיקרון של "דמוקרטיה מתגוננת". הצדקה זו משתרעת רק על ההסדרים שהחלתם הכרחית להבטחת האינטרסים האמורים.

4. ביטויים לשתי הגישות בפסיקה שלאחר פרשת ירדור

מלבד פס"ד ירדור, נדונה הטענה לפסילת רשימה מחמת שלילת קיום מדינת ישראל ב-5 מקרים נוספים. בכל המקרים נדחתה הטענה ואופשרה התמודדות המפלגה בבחירות, לעיתים בניגוד להחלטת ועדת הבחירות המרכזית. המכנה המשותף של כל המקרים הוא היעדר הוכחה כי הרשימה שואפת לחסל את שיטת המשטר הדמוי או נכונה לנקיטת אמצעים אלימים. לדעת מדינה זהו גורם מכריע בהחלטות השיפוטיות:

1. פס"ד ניימן הראשון (1984) ניתן לפני חקיקת סעיף 7א' ואישר את השתתפות "הרשימה המתקדמת לשלום" בניגוד לעמדת ועדת הבחירות המרכזית. החלטת ועדת הבחירות נומקה בקביעה כי הרשימה דוגלת בעקרונות המסכנים את שלמות המדינה, מכיוון שהיא שואפת לביטול כל ההסדרים המפלים בין קבוצות בגין מוצע לאומי (חוק השבות לדוג'). קביעת הועדה התבססה על מידע ממערכת הביטחון, וביהמ"ש פסק כי יש להתיר את השתתפות הרשימה מפני שלא קיים ביסוס עובדתי להנחות. בהעדר ראיות "ברורות, חד משמעיות ומשכנעות" אין לשלול את הזכות להיבחר. לא מובא בפס"ד כל דיון במצע הרשימה.

2. פס"ד בן-שלום- ניימן השני (1988) ניתן אחר חקיקת סעיף 7א'. בס"ד אושרה בדעת רוב החלטת ועדת הבחירות לאפשר ל"רשימה המתקדמת לשלום" להשתתף בבחירות. הפס"ד הכיל 2 דעות:

1. הנשיא שמגר, דעת רוב- גישה דומה לפס"ד ניימן. נמנע מדיון בעמדות הרשימה ומהערכה אם יש בהם מכדי שלילת אופייה היהודי של מדינת ישראל. הוא החיל מבחן "ודאות קרובה" ובכך נטען שכל עוד המפלגה לא נקטה נכונות להפעלת אמצעים אלימים אין להגביל את זכותה להיבחר.

2. השי' בייסקי ולוין, דעת רוב- השי' לוין דחה את העמדה כי יש למנוע את ההשתתפות בבחירות רק מרשימות התומכות בביטול פיזי של המדינה. לשיטתו יש לשלול את הזכות להיבחר מרשימה שיעדה המרכזי הוא להשיג את ביטולם של "שלושת מושכלות היסוד" של אופיה היהודי של המדינה- קיום רוב יהודי, מתן העדפה ליהודים על פני אחרים לשוב לארצם וקיום זיקת גומלין בין המדינה לבין יהודי התפוצות. לגישה זו השאיפה לבטל את ההסדרים המבטאים העדפת אינטרסים של יהודים או הסדרת הזיקה של תושביה האחרים של המדינה אינם מחייבים את המסקנה כי הרשימה דוגלת בשלילת קיומה של ישראל כמדינתו של העם היהודי.

3. פרשת איזקסון (1996)- ביהמ"ש דחה ערעור כנגד החלטת רשם המפלגות לאפשר את רישום "התנועה הערבית להתחדשות" כמפלגה. ביהמ"ש נמנע מלהגדיר משמעות מינימום כלשהי של מדינת ישראל כמדינה יהודית והסתפק בדחיית טענות שהועלו כנגד מטרות שונות הכלולות במצע המפלגה. בפס"ד נידונה טענה בדבר קשריו של יו"ר המפלגה (טיבי) עם אש"ף, אולם היא נדחתה עובדתית וכך הוכשרה רשימת המפלגה.

4. ארליך (1999)- ביהמ"ש דחה ערעור שהוגש כנגד החלטת ועדת הבחירות המרכזית לאפשר את השתתפות בל"ד בבחירות. נקבע שם כי אין מקום לשלילת הזכות לאור דברי ההבהרה של הח"כ בשארה על אמרתו ("מבחינה היסטורית הרעיון של מדינת היהודים אינו לגיטימי"). הח"כ הבהיר כי דבריו היוו ביקורת היסטורית וכי כיון הוא "מכיר בילד שהציונות הולידה שנקרא

ימדינת ישראל... נולד כאן... העם היהודי ישראלי, ומדינת ישראל מבטאת את זכותו להגדרה עצמית".

5. פס"ד טיבי (2002) – בוטלה החלטת ועדת הבחירות שלא לאשר את השתתפות בל"ד (והח"כים בשארה וטיבי). הח"כים ציינו במפורש לפני ועדת הבחירות כי בעינו שימור הרוב היהודי במדינה אינו ערך עליון וכי הוא שואף לשינוי המאזן הדמוגרפי במדינה. במצע נקבע כי המפלגה חותרת להפיכת ישראל ל"מדינת כל אזרחיה". למרות הכרת הנשיא ברק כי הח"כ מבקש לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דעת הרוב ביטלה את החלטת ועדת הבחירות ואפשרה את התמודדות הרשימה בשל המחסור בתשתית לקביעה כי המפלגה "חצתה את הגבול" לפגיעה "במאפיינים הגרעיניים".

הבחירה בין גישות הרוב בפס"ד ירדור, וההבחנה ביניהן:

ההיבט הפוזיטיבי- איזה מבין הגישות מסבירה טוב יותר את פסיקת ביהמ"ש לגבי השתתפות בבחירות של רשימות השוללות את קיומה של המדינה כמדינה יהודית?

ההיבט הנורמטיבי- איזו מבין הגישות עדיפה לאור שיקולי המדיניות הרלוונטיים:

סעיף 7א' לח"י: הכנסת הוא ביטוי מובהק של גישת אגרנט- רשימה השוללת את קיום המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה רשאית להשתתף בבחירות, ללא ההתניה כי האמצעים להגשמת מטרות המפלגה יהיו לא-דמוקרטיים. ואכן, בכל הפס"ד החיל ביהמ"ש את הגישה השנייה. אולם מדינה טוען כי לשון סעיף 7א' אינה שוללת את החלת הגישה של הש' זוסמן, ואף גישה זו מסבירה טוב יותר את הפסיקה הקיימת. אומנם וביהמ"ש נמנע מדרישת השימוש באמצעים אלימים בכדי לפסול את הרשימה, אולם התאמה בין הממצאים העובדתיים לפס"ד עשויה להוביל להלכה שונה מזו המוצהרת. המשמעות המעשית הנובעת מהפס"דים (עמדת הרוב בעניין טיבי כראיה) היא הימנעות משלילת הזכות להיבחר מרשימה השוללת את אופייה היהודי של המדינה אך מחויבת לדרכי שלום להגשמת מטרותיה.

הדרך המרכזית להשגת התוצאה האמורה הינה החלת מבחן ראייתי מחמיר. ההלכה היא כי הפסילה מותנית ב- 2 דרישות: (1) מטרה ברורה העולה מפורשות (2) וכי ניתן לקבוע כי המפלגה אכן מתכוונת להגשימה – יעד מרכזי ועיקרי של הרשימה. ההלכה היא כי מצע המפלגה אינו המקור הבלעדי לקביעת מטרותיה של מפלגה, אולם הראיות צריכות להיות ברורות וחד משמעיות.

ע"פ גישה אחת נטל השכנוע יהיה על הדרוש בהליך פלילי. הוועדה צריכה להתבסס על ראיות וודאיות, ולא על חו"ד של גורמים אחרים (ואף גורמי ביטחון).

על רקע זה בולט הקושי שבהכרעת הרוב בעניין ירדור- היעדר פירוט של הבסיס העובדתי לגבי הקביעה בגין תנועת 'אל ארד'. הקביעה אינה מבוססת על מקורות גלויים, שהיו זמינים באותה

תקופה, המעידים כי התנועה אכן שאפה לחיסול ישראל היהודית והדמוי. הקביעה השיפוטית אינה נובעת מהעובדות.

היישום של המבחן הראיתי המחמיר בפסיקה מאוחרת מתבטא בפירוש ההצהרות השונות של הרשימות הנדונות בדרך שאינה שוללת את קיום ישראל כמדינה יהודית. כך לדוג', בנכונות לפרש את החתירה לכינון "מדינת כל אזרחיה" כשאיפה להגברת השוויון בלבד.

אין בפסיקה ביטוי מפורש להחלת גישתו של זוסמן, אולם ההחלה הקפדנית של המבחן הראיתי בפסיקה שבאה בעקבות הלכת ירדור, הולוכה להימנעות מפסילת כל הרשימות שיוחסה להן שלילת קיום ישראל כיהודית באופן העשוי להתפרש כהחלה בפועל של גישתו של זוסמן.

מדינה מעדיף את גישתו של זוסמן. לטענתו גישה זו מבוססת על השאיפה לאפשר בירור פתוח ככל הניתן באשר לאופייה הרצוי של המדינה. טיעון זה מבוסס על מספר נימוקים:

1. לעומת ההסדרים הפורמאליים של שיטת המשטר הדמוקרטית, ההסדרים המהותיים המבטאים את אופייה היהודי של המדינה אינם נתפסים כ"צדק אוניברסאלי". משום כך יש לשאוף להימנע מהטלת מגבלות על דיון ציבורי נוקב בהקשר לאופיה הרצוי של המדינה. הנשיא שמגר ציין כי יש להזהר כי מרוב שמירה על העקרונות הדמוקרטיים אלה יהפכו לתיאורטיים בלבד. הש' לוי הדגיש בהקשר זה כי יש הפגיעה בעקרונות הדמוקרטיה מתקבלת בתרעומת, אולם ההד הציבורי סביב הפגיעה קטן כשמדובר בהגבלת זכות של מיעוט, ובעצם כך ניתן אף לראות פגיעה בדמוי.

2. היד הנ"ל נגזר מן השאיפה להגביר את תחושת השייכות של הציבור הערבי עם המדינה. גורם מרכזי להצלחת יציבותו של משטר דמוקרטי הוא הלגיטימציה שהוא מקבל מידי האזרחים- מידת האמון שלהם במוסדות המדינה. בעיה יסודית של מדינת ישראל היא העדר הלכידות החברתית בקרב אזרחיה. חלק ניכר מהאוכלוסייה חש ניכור כלפי המדינה ומוסדותיה. שלילת הזכות להיבחר מאוכלוסייה זו עלולה להוליך להחרמת הבחירות ע"י הציבור הערבי, ולהחמיר עוד יותר את הקשיים הנובעים מאי-הלכידות החברתית. מסקנת ועדת אור הייתה כי מו ההכרח למצוא דרכין לחיזוק תחושת ההשתייכות של האזרחים הערבים למדינה, מבלי לפגוע מהשתייכותם לתרבותם וקהילתם".

3. הגבלה על הזכות להיבחר היא הגבלת כוחו של הרוב. מתוקף כך היא אמצעי שיעילותו מוגבלת. היא עשויה להועיל למניעת השתרשותן של דעות מסוימות שטרם זכו לתמיכה נרחבת, אך לא כאשר מדובר בעמדות המוטמעות מהותית בקרב ציבור כלשהו. מדינה טוען כי הכנסת היא המקום הלגיטימי לנהל דיון על אופיה של המדינה, וכי איבוד הרוב היהודי בכנסת מכל סיבה שהיא יביא לאבדן זהותה של המדינה כמדינה יהודית, על אף סעיף 7א'.

בעקרון שתי הגישות המתוארות אינן אמורות למנוע שיח ציבורי בסוגיית אופייה הראוי של המדינה. יישום גישתו של אגרנט מחייב להגדיר את המובן המזערי של מימוש הזכות להגדרה עצמית. מכאן מחויב ביהמ"ש לבחינת סוגיות פוליטיות, והתוצאה עלולה להיות הגבלות על השיח

הציבורי. חשש זה לא קיים באותה עוצמה ביישום גישתו של זוסמן, שבמסגרתה הבחינה מתמקדת באמצעים שהרשימה מוכנה לנקוט להגשמת מטרותיה.

מאחר והגישה של הנשיא אגרנט מחייבת את ביהמ"ש להעריך את האידיאולוגיה של המפלגה, ביהמ"ש עשוי לבטא ניכור כלפי הרשימה. ביהמ"ש נוקט לעיתים בלשון המבטאת הזדהות עם האינטרסים היהודים (בפס"ד ארליך שלל הש' טירקל את דבר ראש הרשימה, בדוברו בשם העם היהודי). התבטאויות מסוד זה יכולות להוביל לתוצאות שליליות.

פסק הדין של הנשיא שמגר בפס"ד ניימן ופס"ד בן שלום מדגימים את יתרונותיה של הגישה של זוסמן. בשני המקרים נמנע הנשיא שמגר מלהביע עמדה כלשהי באשר למטרות הרשימה. ההכרה בזכותה של הרשימה להשתתף בבחירת התבססה על גישה עקרונית של הסובלנות.

ד. התנאים להפעלת סמכות הפסילה: הערכת סכנה או מניעת הכשר?

סוגיה שלישית העולה מפס"ד ירדור היא באילו תנאים יש אכן למנוע השתתפותה של רשימה בבחירות. בהינתן הקביעה כי עדת הבחירות אכן מוסמכת שלא לאשר השתתפותה של מפלגה בבחירות, בשל דגילת המפלגה של המפלגה במטרות מסוימות, יש לבחון האם יש להגביל את הסמכות באמצעות בחינת המידתיות להגבלת הזכות לאור הערכת עצמת הסכנה לערכי היסוד הכרוכה באישור השתתפות המפלגה, ויעילותו של אמצעי זה מול אמצעיים חלופיים.

לפי גישה אחת, לסמכות הפסילה משמעות מפליגת לכת ולכן יש להפעילה רק כשהיא האמצעי "המידתי" (עצמת הסכנה, יעילות האמצעי, והיותו הפוגע פחות).

גישה אחרת אינה מסייגת את הפעלת סמכות הפסילה בהערכת עוצמת הסכנה הנשקפת לערכי יסוד. גישה זו יוצאת מכלל הנחה כי כל ביטוי של הרשימה עלול להביא להתחזקות התמיכה בעמדותיה השליליות.

חלוקת הדעות בפרשת ירדור:

הש' כהן, בדעת מיעוט, תמך בשיטה הראשונה. לשיטתו אין למנוע את הזכות לבחור ולהיבחר אלא אם קיימת "סכנה ממשית, ברורה ומיידית".

לעומתו החילו שופטי הרוב את הגישה השנייה - "קבוצת אנשים... אשר מטרותם הפוליטית לחתור נגד קיומה של המדינה... לא תוכל להיות בעלת זכות ליטול חלק".

המחלוקת נמשכה בפס"ד ניימן הראשון - הנשיא שמגר קבע מבחן "ודאות קרובה" וברק קבע מבחן "אפשרות סבירה" ובכך נתמכה דעת הש' כהן, ואילו 3 השופטים האחרים הסתייגו מהערכת הסכנה, בדומה לדעת הרוב בירדור.

מחלוקת זאת חוזרת על עצמה רבות בפסיקה ובהלכה- גם לאחר חקיקת סעיף 7א'. ביהמ"ש בפסיקותיו, קובע הלכה מזה והלכה מזה.

לדעת מדינה יש להעדיף, ואף להרחיב, את הגישה הראשונה. יש מקום להחלת "מידתיות" טרם פסילת מפלגה מהשתתפות- הערכת הסיכון לערכי היסוד, ויעילות האמצעי מול אלטרנטיבות אחרות.

גישתה של ועדת ונציה, הגבלת הזכות האמורה כפופה למבחנים המקובלים ביחס לפגיעה בזכויות יסוד- הצבעה על הצורך הממשי בהחלת האמצעי לשם התמודדות עם סכנה לערכי יסוד.

החלת מבחן המידתיות:

הערכת הסכנה הנשקפת מהשתתפות הרשימה בבחירות. ההערכה אינה מוגבלת להערכת הסיכויים של הרשימה להגשים את מצעה- קרי היקף התמיכה הציבורית. יש לבחון את (1) יעילות האמצעי- מניעת השתתפות המפלגה, (2) החלתו של אמצעי חלופי, שפגיעותו פחות ו(3) נזק מול תועלת- הצדקת הפגיעה בשל הסכנה.

החלת דרישת המידתיות מקטינה את הסיכון של שימוש לרעה בסמכות כנגד קבוצת מיעוט. נקודת המוצא היא כי יש לאפשר דיון לגבי אופייה הרצוי של המדינה.

7. ע' פרוש, "אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם ומשפט טבעי – השופט ברק

ודוקטרינת הכנסת הכל יכולה"

מבוא 1.

הביטוי "אקטיביזם שיפוטי" אינו חד משמעי. בית המשפט מגלה אקטיביזם כאשר הוא חורג בפסיקה שלו מנורמות משפטיות מרכזיות באותו תחום, ויוצר בכך נורמות משפטיות כלליות חדשות המביאות שינוי משפטי רציני באותו תחום.

1. שופטים אקטיביסטים נוטים להסוות את האופי היצירתי של פסיקתם בטענה שהם רק מפרשים את החוק הקיים

2. אקטיביזם שיפוטי אינו בהכרח שלילי

3. לאקטיביזם השיפוטי יש משקל מנחה/מעצב רב.

בישראל, בהעדר חוקה, בית המשפט העליון, בשנות המדינה המוקדמות, פסק בענייני חופש עיסוק, חופש תנועה, חופש הביטוי, תוך שהוא קובע את עקרונות היסוד של "מגילת הזכויות השיפטיות". מאחר שעוד לא היה בנמצא חוק יסוד, השופטים יצאו מהנחה שיש להם סמכות

כזו, והשתמשו בה כדי לתת תוקף משפטי להשקפות שהיו להם על דפוסי היחסים הראויים בין השלטון לפרט, בחברה מתוקנת.

עם זאת, בית המשפט העליון החזיק בדוקטרינות משפטיות שצמצמו את האפשרות לעתור נגד השלטון: דוקטרינת המעמד, דוקטרינת השפיטות ודוקטרינת השאלה האקדמית. מתחילת שנות ה-80 חל שינוי בעמדה זו והחל הגל השני של האקטיביזם השיפוטי. הבג"צ פותח שערו בפני "עותרים ציבוריים", אך נמנע מלבקר חוקים שחוקקה הכנסת, מתוך דוקטרינת "הכנסת הכל יכולה", אף אם לעיתים בית המשפט מפרש פירוש רחב ביותר את חוקי הכנסת.

האם יכולה להיות הצדקה לצעד אקטיביסטי כזה? אפשר לבחון את השאלה מבחינה משפטית (האם מוצדק לפי הדין), מוסרית (האם מוצדק מבחינה מוסרית) או פרגמטית/מעשית (האם כדאי בהקשר פוליטי זה או אחר).

השופט ברק, בפסק דין תנועת לאו"ר, לראשונה בתולדות הפסיקה הישראלית תקף באופן ישיר וגלוי את דוקטרינת הכנסת הכל יכולה. יש הסבורים כי אגרנט וזוסמן הקדימו אותו בע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השישית. אנסה להראות כיצד עשוי פוזיטיביזם משפטי להשקיף על דוקטרינת הכנסת הכל-יכולה.

2. עמדתו של השופט ברק

עמדתו של ברק שבוטאה בפס"ד לאו"ר: עקרון השוויון הוא עקרון יסודי בשיטת המשפט שלנו וחוק המנוגד לעקרון זה – אין לו תוקף משפטי, אפילו אם התקבל בכנסת ברוב מיוחד.

השופט אילון לעומתו טוען שאין להרהר אחר מעשה בית המחוקקים.

...בהמשך לסקירה הסטורית בסוגייה זו, עולות לדעת ברק, 3 מסקנות:

(1) באופן עקרוני קיימת אפשרות שבית משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה, גם אם עקרונות יסוד אלה אינם מעוגנים בחוקה. פסילת חוק ע"י בית משפט אינה פוגעת בריבונות המחוקק שכן הריבונות היא לעולם מוגבלת. אין פגיעה בהפרדת הרשויות כי עיקרון זה בנוי על איזונים וריסונים, המגבילים כל אחת מהרשויות. אין בכך פגיעה בדמוקרטיה כי הדמוקרטיה היא איזון עדין בין שלטון הרוב לבין זכויות האדם ועקרונות יסוד. אין בכך פגיעה בשיטה כי מתפקידה לשמור על שלטון החוק, לרבות שלטון החוק במחוקק.

(2) על פי התפיסה החברתית והמשפטית בישראל, בית המשפט לא נוטל לעצמו סמכות להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו.

(3) אין זה ראוי לסטות מהמקובל ולהכיר בכוחו של בית המשפט להצהיר על בטלותו של חוק. הדעה הרווחת בציבור היא שהכרעה כה חשובה צריכה להיעשות (בשלב זה של חיינו הלאומיים) ע"י העם ונציגיו.

שמגר אמר בהקשר זה שאינו רואה צורך לדון בשאלה, כל עוד לא עלתה שאלה קונקרטיית הדורשת הכרעה.

3. פסק הדין בעניין ירדור

בפס"ד **ירדור** עלתה השאלה האם לוועדת הבחירות המרכזית יש סמכות לפסול רשימה בנימוק שהרשימה שוללת באידאולוגיה שלה את עצם קיומה של המדינה. השופט **חיים כהן**, בדעת מיעוט פסק כי בהיעדר חוק מסמך – אין לוועדת הבחירות סמכות לפסול את הרשימה. כלומר אין שום חוק העומד מעל לחוקי הכנסת. אגרנט וזוסמן פסקו שכן היתה לוועדת הבחירות הסמכות לפסול את הרשימה, אך נימוקיהם שונים זה מזה: **אגרנט** מפרש את החוק הקיים (כפי שעשה בפס"ד "קול העם"): עקרונות הכרזת העצמאות יכולים וצריכים לשמש בסיס לפרשנות של חוקי הכנסת, והנחת היסוד של מגילת העצמאות מכירה בזכותו של העם היהודי להקים מדינה עצמאית. מכאן שרשימה השוללת את עצם קיומה של המדינה, יש לוועדת הבחירות סמכות לפסולה. (בעניין "קול העם" היתה הרחבה של זכות-יסוד. כאן יש צמצום של זכות-יסוד עבור הפרט, אבל אפשר לטעון: הרחבת זכותה של המדינה להגן על קיומה). **זוסמן** מנמק את פסיקתו בכללי הדין הטבעי, אשר עומדים מעל החוקים, וגם לפיהם המדינה חייבת להגן על עצם קיומה.

בע"ב 2/84 **ניימן** קבע השופט **אילון** כי יש לוועדת הבחירות סמכות לשלול מרשימה השוללת את קיום המדינה את הזכות להשתתף בבחירות.

ההשקפות שבוטאו ע"י השופטים לא תוקפים את דוקטרינת הכנסת הכל יכולה.

ד. דוקטרינת הכנסת הכל יכולה, משפט טבעי ופוזיטיביזם משפטי

לפי דעה רווחת, שאלת הכנסת הכל יכולה תלויה במחלוקת שבין חסידי המשפט הטבעי לבין חסידי התפיסה הפוזיטיביסטית של המשפט. ע"פ משפט הטבע יש לדחות את דוקטרינת הכנסת הכל יכולה. הפוזיטיביסט יכול שכן ויכול שלא לקבל את הדוקטרינה.

1. **התיזה של המשפט הטבעי**

קיימות תיאוריות **שונות** שמשפט הטבע עומד במרכזן; המסורתית כוללת שתי טענות שיש להפריד ביניהן:

* אחת פילוסופית אתית, לפיה יש בתחום המוסר עקרונות "אובייקטיביים" המחייבים את כל בני האדם בכל החברות. יש הסוברים כי הם מעוגנים ב**טבע**, יש הסוברים כי הם מעוגנים ברצון-**האל**, בורא הטבע, ויש הסוברים שהם מעוגנים ב**בתבונה**. מכל מקום המשותף לשלושת ההשקפות שתוקף העקרונות אינו תלוי בהחלטות או הסכמים של קבוצות אנשים.

* השנייה- טענה פילוסופית-משפטית, לפיה נורמה שקובעים בני אדם יכולה להיות חוק **רק** אם אינה מנוגדת לעקרונות המוסר הנ"ל. כלומר עקרונות המשפט הטבעי הם גם אמת-מידה לעצם חוקיותן של נורמות.

המסקנה היא כי **למחוקק** יש גבולות; הוא אינו יכול להקנות תוקף משפטי לנורמה שאינה עומדת במבחן המוסרי של המשפט הטבעי. אשר ל**שופט**, הוא רשאי להכריז שנורמה מסויימת, אם היא לוקה בחוסר צדק משווע, אין לה תוקף משפטי, אפילו אם המחוקק קבע אותה. **זהו בסיס לקיומו של אקטיביזם שיפוטי.**

יש להבחין בין "צריך" ל"יכול", בין חוק-קיים לבין חוק-ראוי. אילו היינו צריכים להכריע בכל חוק אם הוא מוסרי או לא, היה נחלש כוחה של הוודאות המשפטית: החוק תובע סמכות ובני האדם צריכים לפעול לפיו ללא קשר להשקפות המוסריות שלהם.

התיאורטיקן הגרמני רדברוך Radbruch שותף להשקפה המסורתית הנ"ל, אבל פולר ופיניס לא סבורים שהתוקף המשפטי של כל נורמה תלוי בהכרח במבחן מוסרי מסויים.

פולר פיתח את התיאוריה הפרוצדורלית של המשפט הטבעי כי לדעתו מערכת משפטית צריכה לשמור על עקרונות פרוצדורליים מסויימים אשר מקנים לה אופי מוסרי מסויים.

פיניס סבור שהשקפתו מבטאת את התפיסה הקלאסית של **אריסטו** ושל **אקווינס**. לדעתו המערכת המשפטית משרתת ערכים חשובים ומקדמת את הטוב.

בכל אחת מתיאוריות אלה יש קישור בין חוק למוסר, אך הקשר מבוסס על מאפיינים מסוימים של החוק, ולא קשר בין תוקף משפטי לבין מבחן מוסרי.

דבורקין אומר שבמקרים קיצוניים חייבים השופטים להתחשב בנורמות מוסריות, וגם בהן יש לראות חוק (במובן הרחב של המילה), כך שהן מתפקדות כנורמות משפטיות לכל דבר.

2. התזה הפוזיטיביסטית

התזה הפוזיטיביסטית: במאה ה-19 **בנטהם ואוסטין**, במאה ה-20 **קלזן והארט**, הם התיאורטיקנים המרכזיים של הפוזיטיביזם המשפטי. אף שארבעתם נבדלים בגישות, שתי טענות משותפות לכולן: א) לא נכון שהתוקף המשפטי של כל נורמה תלוי במבחן מוסרי כלשהו (ב) התוקף המשפטי של כל נורמה תלוי תמיד בעובדות חברתיות הניתנות לזיהוי והקשורות למקורות המשפט.

חשוב להבחין בין שאלות מוסריות לשאלות משפטיות. גם פסיקה אפקטיבית של בתי משפט יכולה להצמיח הגבלות משפטיות על כוחו של המחוקק.

התיזה של המשפט הטבעי מחייבת את המסקנה שכוחו של המחוקק מוגבל בכל שיטת משפט.

3. עמדתו של ברק, משפט טבעי ופוזיטיביזם משפטי

לפי עמדתו של **ברק** בפס"ד **לאו"ר** אין פגם עקרוני בהחלטת בית המשפט לפסול חוק הפוגע פגיעה קשה בעקרונות היסוד של השיטה, גם כאשר עקרונות אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק יסוד משוריין. במקרה **לאו"ר**, הניח ברק שעקרון השיוויון הוא אחד מעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית. הנחה זו לא נובעת ממשפט הטבעי, שהרי לפיו לא העובדה שעקרון השיוויון

מהווה עקרון יסוד של שיטה מסויימת, אלא **האופי המוסרי** המיוחד שיש לו כאובייקטיבי ואוניברסלי, הוא שמקנה לו את המשקל המשפטי המיוחד שלו.

אחת הטענות נגד האקטיביזם היא שהוא מערער את הערך של שלטון החוק. לפי ברק, דווקא מי שהערך של שלטון החוק יקר בעיניו, חייב להכיר בכך שאין פגם עקרוני בצעד אקטיביסטי כזה, כי תפקידו של בית המשפט לשמור על שלטון החוק לרבות שלטון החוק במחוקק. ההנחה המובלעת בעמדה זו היא שעקרונות היסוד של השיטה הם חוק עליון שהמחוקק עצמו כפוף לו.

נשאלת השאלה, כיצד ניתן לדעת אם עיקרון כלשהו הוא עקרון-יסוד של השיטה?

בכמה מקומות מאמץ ברק את ההנחה של השופט אגרנט ש"את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של החיים הלאומיים שלו" כלומר העקרונות המבטאים את האני-מאמין של העם.

"האני מאמין של עם" הוא עקרון זיהוי עמום ביותר, ואני כופר בכך ששיטת המשפט הישראלית רואה בו מקור משפטי עליון.

ה. הבעיה המוסרית וההכשר המשפט

1. תפקיד השופט והגבולות המוסריים שלו

כיצד צריך שופט ישראלי לנהוג אם תחוקק הכנסת חוק הלוקה בחוסר צדק משווע? ואם מבחינה משפטית הוא חייב להכריע ע"פ חוק, האם גם מהבחינה המוסרית כך?

לא כל אדם מתחייב לציית לכל חוק באשר הוא, אבל שופט כן מתחייב, עם כניסתו לתפקיד, להכריע במקרים שלפניו, על פי החוק החל עליהם, ומרגע שנכנס לתפקידו כשופט, הציבור מצפה ממנו שיכריע על פי החוק. אם לא יפעל כך, יהא זה לא הוגן כלפי הציבור, וגם עלול להחליש את הוודאות והיציבות של המשפט, וגם מהווה דוגמה רעה לכלל: "אם השופט האמון על שמירת החוק מתיר לעצמו להתעלם מהוראות החוק, מדוע שאני לא אנהג כך?"

למרות השיקולים כבדי המשקל שהוצגו, אינני חושב שמבחינה מוסרית, חייב השופט תמיד לאכוף כל חוק. כשהשופט מתחייב להכריע ע"פ חוק, הוא מתחייב גם להכריע ע"פ הצדק, והשאלה היא **מה יעשה כאשר מתנגשים החוק והצדק**. הערך המוסרי של כיבוד התחייבות אינו ערך עליון ומוחלט. כידוע, אפשרי שבדרך דמוקרטית יחוקקו חוקים מזעזעים (גרמניה הנאצית, למשל), ואז יש נסיבות שבהן השופט ייטיב לעשות אם יסרב לאכוף חוק הלוקה בחוסר צדק משווע ויתפטר מתפקידו, או בנסיבות אחרות יאכוף החוק תוך הסתייגות והמלצה לשנותו, או בנסיבות אחרות אפשרי לפרש תוך סטייה מלשון החוק, או להעלים עין מעובדות, או להצהיר שאין לחוק תוקף (כאשר יש לו תוקף), הכל לפי מידת העוול שעלולה להיגרם בעטיו של החוק.

יש מצבים בהם השופטים מיישמים אקטיביזם בידועין או שלא בידועין, ונוטלים לעצמם סמכות שלא הוענקה להם, ולא תמיד יש להצטער על כך.

2. חוקים שחורים

דגל שחור יכול להתנוסס לא רק מעל פקודות אלא גם מעל חוקים המכשירים את הפקודות. זכותו של כל אדם שלא יתעללו בו לצורך הרתעה והענשה, קל וחומר אדם שלא הורשע. חוקים המכשירים פגיעה לא צודקת בחייו או בגופו של אדם הם חוקים שחורים מהסוג הראשון, כי פוגעים בזכות מוסרית שיש לכל אדם. סוג שני של חוקים שחורים הם הפוגעים בזכויות הפוליטיות שיש לכל אדם במשטר דמוקרטי (למשל אם יועלה חוק לביטול הבחירות לכנסת). סוג אחר של חוקים שחורים הם חוקים הפוגעים באופן חמור בשלטון החוק, למשל: אילו היה עובר חוק המבטל את סמכויותיו של בג"צ.

3. בעיית ההכשר המשפטי

בתיאוריית המשפט של הארט, "כלל הזיהוי" מאפשר לזהות את הכללים שיש להם תוקף משפטי. כלל הזיהוי פונה אל ממלאי תפקידים ובעיקר אל השופטים. בשיטת המשפט המודרנית אין הדבר קל, כי מדובר במערכת היררכית מורכבת של קריטריוני זיהוי, ומכיוון שכלל הזיהוי הוא כלל מינהגי, הוא נעשה באמצעות פרשנות, השלמות ויישוב קונפליקטים. כמו כן, הוא עשוי להשתנות בהתאם לשינויים שחלים בפרקטיס של השופטים, ואין מקום לטעון שהשופטים מפריים בשינוי זה את החובה המוטלת עליהם. הם פועלים במסגרת כלל הזיהוי.

אם בית משפט פסל תוקף משפטי של חוק שהתגלה כשחור, וזאת בניגוד לכלל הזיהוי, לא בהכרח היא בית-המשפט ראוי לביקורת, כי ייתכן שיוליד תוצאות מבורכות ובמשך הזמן יוכר כלגיטימי באופן רטרואקטיבי.

ו. סיכום

בפס"ד לאו"ר נימק ברק את האקטיביזם השיפוטי בפגיעה החמורה של החוק ב"עקרונות היסוד של השיטה", ואז יכולה להיות לאקטיביזם גם הצדקה מוסרית וגם הצדקה משפטית. בהבעת דעה זו הוצב תמרור אזהרה מפני חקיקת חוקים שחורים וראוי ברק להערכה על שלא חשש להביע דעה זו.

באחד ממאמריו קבע ברק: "כמשפטנים איננו מוגבלים לפירושו ולהפעלתו של הדין הקיים. אנחנו חוד החנית של השאיפה לדין רצוי יותר וטוב יותר... לנו הכישורים לבנות שיטה משפטית טובה יותר.."

נראה לי מוגזם לראות את הרשות השופטת כחוד החנית של השינוי החברתי. ברוב המקרים רצוי שהשופט יכיר בתוקף המשפטי של הדין המצוי, תוך הצבעה על נקודות תורפה אם נחוץ, ורק אם מתנוסס דגל שחור – אזי לפסול תוקף משפטי של חוק.

חלתי ציוני - חירות צדק וחובת הציונות לחות



1. ברלין – על החירות

שני סוגים של חירויות פוליטיות – הגדרה (ברלין)

כיצד ניתן ליישב בין הרצון האבסולוטי של האדם לחופש/חירות והזדקקותו לסמכות? ישעיהו ברלין- פילוסוף יהודי רוסי-בריטי. כתב את "שני מושגים של חירות" בה הבדיל בין שתי תפיסות שונות ל-מהי חירות. ברלין בכתובתו רוצה להסביר מדוע חופש הינו דבר מוגבל. הוא עושה זאת בעזרת הפרדתו לשתי הגישות: חיובית ושליילית. החירות של האדם היא מוגבלת - המשפט הטבעי והפוזיטיביזם מכוונים להסדרת התנהגות. הסדרת התנהגות מכוונת לצורות שונות של נגישה בחופש הפרט ומכאן מגיעה ההגבלה. החירות מוגבלת על ידי יצירת מנגנונים משפטיים שכופים ציות – לא מתוך הרגל אלא על מנת שהסדר החברתי יאפשר הגעה לאיזשהו מעמד של תום ואידיליה.

חירות כערך פוליטי מוגבל. יוצא מנקודת ההנחה שאם בני האדם לא היו חלוקים בהשגותיהם על מטרות החיים היה מצב של תום ואידיליה. אולם, אנו "יצורי אנוש" שמשנים באופן קיצוני את מושגיהם ו"רוכשים לעיתים תאוצה בלתי-מרוסנת וכוח שאין-לעצרו לגבי המוני בני-אדם העלולים להיעשות אלימים מדי משאפשר יהיה להשפיע עליהם על ידי ביקורת רציונאלית".

לדעתו של ברלין, אנחנו לא שמים לב למה שקורה סביבנו וחוסר שימת הלב מוביל בסופו של דבר למשטרים פוגעניים, אפלים ובלתי דמוקרטיים שבהם החירות מוגבלת לגמרי, למעט עבור קבוצה מאוד מסוימת הנהנית מהמצב. ברלין טוען כי **השאלה המרכזית בפוליטיקה** – שאלת **הציות והכפייה**: "מדוע עלי לציית למישהו זולתי?", "מדוע לא אחיה כחפצי?", "האם חייב אני לציית?", "אם לא אציית, האם איאנס? על ידי מי, ועד מה, ובשם מה, ולמען מה? "האם החופש בלתי מוגבל – האם החברה האזרחית באה ליצור מצב של חופש מלא – "פלישה לתוך אותה שמורה?". ברלין מגדיר **חירות פוליטית** כתחום אשר במסגרתו אדם יכול לפעול מבלי שיופרע ע"י אחרים.

1.1 חירות חיובית - חופש לְמַשְׁהוּ, חופש לחיות צורת חיים מוכתבת אחת. חירות מכל סוגי היצרים והרצונות שמפריעים למימוש הרצון האישי- מבלי להיות משועבד לדעות אחרות. באזורים מסוימים יש מקום של כפייה- אזורי הכפייה אלו אזורי החירות החיובית. בכפייה מחייבים אותך לחיות צורת חיים מוכתבת מסוימת. ככל שאזורי הכפייה יהיו רחבים יותר, החירות הפוליטית שהיא התוצר של חברה מאוזנת תיפגע מהסיבה שהציות יהיה מתוך כפייה לתכתיבים של משטר מאוד מסוים. **דוגמא** – אם אדם מאמין שהעולם הוא שטוח, ניתן ללמד אותו שלא כך הדבר ובכך ניתן יהיה לשחרר אותו מאמונות וקונספציות מוטעות - לשחרר אותו לאמת.

1.2 חירות שלילית- חופש מְמַשְׁהוּ. הכוונה הינה לאפשרות של האדם לא להיות מופרע ע"י אחרים באמונותיו ופעולותיו השונות. מידת הליבראליות נפגעת. כלומר, חירות שלילית היא היעדר התערבות מעבר לגבול המשתנה אבל בר אבחנה. **דוגמא**: אדם מבצע עבירה מסוימת באופן תמידי – מצית עצי דקל (פירומן). אם נרצה לתת לו חירות שלילית אז נניח לו להמשיך ולהצית את עצי הדקל ובכך יהיה לו החופש לעשות כרצונו בכך שאין אנו שוללים את אמונתו.(אם נרצה לתת לו חירות חיובית, נעזור לו לצאת מהשעבוד שלו

להצגת עצי דקל בידי כך שנאסור עליו לעשות זאת ונשנה את אמונתו לאמונה הנכונה).
בכל משטר, למרות התחרות בין הערכים והאידיאולוגיות השונות, חובה שתהיה במידה מסוימת חירות שלילית וזאת כי היעדר חירות שלילית היא חוסר ריסון של המשטר ושל מחזיקי השלטון.

ברלין חיפש הצדקה למשטרים נכונים ולמשטרים שאינם נכונים. הוא מבין כי משטרים חייבים לקיים איזון בין חירויות חיוביות לשליליות. שלטון עריצותי של ריבון כוחני ודיקטטורי, הוא שלטון שימנע מהאזרח את המרחב הליברלי שבו יכולות להתקיים חירויות שליליות – היעדר הפרעה. אלו הם אזורים בחיים האזרחיים בהם השלטון לא מתערב. לדוגמה האופציה לפתוח חשבון בנק איפה שאתה רוצה. באזורים מסוימים יש מדיניות של כפייה ואלו הם אזורים החירות החיובית משום שהם כופים עליך לחיות בצורת חיים מסוימת. כתוצאה מכך, הציות יהיה מתוך כפייה לתכתיבים של משטר מסוים ואז החירות הפוליטית תפגע.

ברלין, מנסה לייצר משוואה בה המשטר יהיה מאוזן. המינון בחירויות הוא זה שיקבע את אופי המשטר ולכן יש סיכון בכל אחת מסוגי החירויות. המשוואה היא נקודת האיזון הראויה והיא מגיעה מתוך התנהגות כל אחד מן הפרטים וכן מתוך הקולקטיב. מידת חירותו של אדם לבחור לחיות כרצונו, חייבת להישקל ע"י אוסף של ערכים אחרים. בשל סיבה זו אין חירות זו יכולה להיות בלתי מוגבלת. מתקיים יחס הפוך - כל משטר בו יש זכות חיובית רחבה מאוד מעניקה לשלטון את הזכות השלילית-ראשי השלטון יכולים להתנהג לפי רצונם.

פס"ד נחמני נ' נחמני - ברלין בא לידי ביטוי בהיבט של חירות חיובית ושלילית. החירות החיובית היא שהאישה רוצה להיות אימא- היא הריבון והיא רוצה לקחת את מה שלדעתה מותר לה לקחת. והבעל בא ואומר- לא, אני לא רוצה שיפריעו לי והחירות השלילית שלי אומרת שמותר לו מתי להיות הורה- יש לו חופש מאהבות. אין להפריע לחירות השלילית שלו לא להיות הורה עם האדם

בג"צ לאורה מילוא- בג"ץ זה הכתיב חירות חיובית, הוא מגדיר את חובת החוק. המדינה מכתיבה איך לחיות צורת חיים מוכתבת אחת –קרי, חובת שירות צבאי. לאדם אין יכולת לקבל חירות חיים שלילית כפי שהייתה רוצה לאורה מילוא. השופטת פורקצ'יה מכתיבה צורת חיים אחת והיא חובת השירות.

ניתן לומר כי שתי התפיסות של ברלין של חירות- שלילית וחיובית מסבירות את ההבחנה בין גישות שונות למשטרים, לדוגמה- כאשר מדובר על חירות חיובית מדובר על חירות שבה יש ליחיד צורת חיים מוסדרת אחת והיא חיובית וטובה. ואין לו חירות שלילית. **במשטרים טוטליטאריים מדובר בחירות חיובית מאחר והם יודעים מה טוב בשבילך.** מנגד יש את החירות השלילית- **חברות מודרניות שדורשות לשמר את הפלורליזם דורשות מרחב מסוים של חירות שלילית,** החירות השלילית באה ואומרת כי לשלטון אין ערך מוחלט, הוא מרוסן הוא מוגבל יש לו חלק שלילי ביכולת לשלוט על היחיד, אותו חלק המאפשר ליחיד לחיות בלי הפרעה מאחרים.

1.3 מסקנתו של ברלין:

"**פלורליזם, על מידת החירות ה"שליטית" הכרוכה בו, נראה בעיני אידיאל נכון יותר** והומני יותר מאשר מטרותיהם של מי שמחפשים במבנים האוטוריטריים הממושמים הגדולים, אחר אידיאל השליטה העצמית ה"חיובית" על ידי מעמדות או עמים או המין האנושי כולו. הוא נכון יותר, שכן, לפחות הוא מכיר בעובדה כי המטרות האנושיות מרובות, לא כולן משותפות-מידה, והן שרירותיות בהתחרות מתמדת זו עם זו. ההנחה כי כל הערכים ניתנים להידרג בסולם אחד... נראית בעיני כמסלפת את דעתנו שבני אדם הינם גורמים פועלים חופשיים, וכמציגה החלטה מוסרית כפעולה אשר באורח עקרוני יכול סרגל-חישוב לבצעה... **הפלורליזם הומני יותר**".

ברוח זו מציין אנגלרד: "המסקנה כי אין למצוא נוסחה כוללת ואחידה, בעלת תוכן מהותי, אשר בכוחה לפתור את שאלת הצדק, אינה אומרת, כמובן, כי אין משמעות לצדק. היא רק מלמדת על כך שאין לנתק את שאלת הצדק מן האידיאולוגיה החברתית נוכח הריבוי של השקפות העולם, אין לתמוה על ריבוי התפיסות בדבר מהות הצדק"

2. חובת הציות לחוק

ההנחה הבסיסית עליה קיימים קונצנזוס מסוים היא ההכרה שיש גבולות לסמכות של החוק, והמחויבות לציות אינה מתקיימת ללא-תנאים. חובת הציות לחוק היא אינה חובה אבסולוטית, ציות אבסולוטי לחוק ייצור מצבים אבסורדיים. (ההסכמה הינה כי אין חובה מוסרית אבסולוטית לציות לחוק, זאת משום שיהיו חוקים שלא תסכים להם).

חובת הציות לחוק בגישות השונות:

- פוזיטיביסטים: חוק הוא חוק (הבחנה בין רך לקשה)
- משפט טבעי: חובת ציות (אקווינס וממשיכי דרכו)

כלומר: ציות לחוק כנקודת מפגש בין הזרמים

מתי נציית לחוק ועד כמה יש לאזרחים אפשרות לשאול את השאלה אני מציינת או לא מציינת? שני האלמנטים מהדיאלוג בין סוקרטס לקריטון לביסוס חובת הציות חוק הם:

בשאלתנו של סוקרטס אם לברוח מהכלא או לא, הוא חושב על המדינה, המוסר והצדק ולא בורח. סוקרטס טוען כי המדינה התנהגה כראוי, היו חוקים וציות רב להם והוא קיבל מהמדינה דברים רבים ולכן הוא צריך להכיר לה תודה ולהכיר בהוגנות - סוקרטס טוען שהאנשים במדינה הם שעשו לו עוול ולא המדינה עצמה - סוקרטס מאמין בציות לחוק מתוך הסכמה מכללא. הוא טוען כי אם נשאר במדינה למרות שקיימת לך האפשרות להגר אז בעצם תושבותך אתה מקבל על עצמך את עול החוקים שלה עול החוקים זה הינו הציות לחוקיה של המדינה כולם. מהדיאלוג של סוקרטס ניתן לגזור תימוכין לשתי הטענות הבאות לגבי חובת הציות לחוק:

1. אסירות תודה – הכרת תודה וטובה תחת טובה לחוקי המדינה.
2. הסכמה מתוך של עקרון התושבות וקבלה של חוקי המקום.

גם רז דיבר על ציות לחוק מתוך אסירות תודה ולהחזיר טובה על מה שקיבלת.

2.1 האבולוציה של התפיסה המודרנית:

- **רוס, 1955-** חוזר בנוסח שונה על הדיאלוג של סוקרטס- יש חובה להוקיר תודה בעבור התמורות החיוביות שאתה מקבל מהמדינה; ברגע שהחלטת להיות תושב קבע, מתוקף ההחלטה נוצר הסכם מכללא שלך עם המדינה אודות ציות לחוקיה.
- **25 שנים לאחר רוס, הארט כותב על ה"משחק ההוגן"** - דיאלוג פנים חברתי – המשחק ההוגן של הארט הוא שהוא טוען כי אתה חייב להגביל את החופש של האזרחים על מנת לשמר נציגות חברתית. הגבלת החופש מחויבת במציאות ע"ב חובת הציות לחוק.
- **1973, סמית בכתב העת של ייל** כי "למרות שלאנשים שהם נתינים של מערכת ממשל מסוימת יש חובה לציית לחוקים מסוימים, אין להם חובה ברורה מאליה לציית לכל החוקים" = **החובת ציות לכלל החוקים אינה מוחלטת ודורשת הכרה פנימית ופסיכולוגית (שלא כמו ציות מתוך הרגל אצל אוסטינ)**.
- **ב 1996 סמית' חזר** לנושא חובת הציות לחוק – סמית מפתח את כתיבתו עוד יותר ומציין את חמשת המאפיינים שמגדירים ונותנים פנים לחובת הציות לחוק:
 - 1) **הסכמה בדבר קיומה של סמכות לגיטימית**- הממשל יכול לחייב את נתיניו לציית לחוק, אם יש ממשל לגיטימי אזי נציית לחוקיו. גם אם החוקים בחלקיהם לא מוסריים. - אם השלטון לא לגיטימי אין חובת ציות לחוק: למשטר הנאצי לא הייתה סמכות לגיטימית מאחר ושללו את הבסיס ההומניטארי.
 - 2) **קיימים חוקים ורגולציות במערכות ממשל שחשיבותם שניונית** וקיים קושי לאכוף אותם – ואל לנו להסתכל על אי-אכיפה כעל אקט לא-מוסרי. יש בכל מערכת משפט חוקים, שאם לא מצייתים להם לא קרה שום דבר ולכן אי אפשר להגיד שחובת הציות היא אבסולוטית (דוגמא: החזר הפיקדון של בקבוקים) – כלומר האבסולוטיות של חובת הציות לחוק מניחה שיהיו חוקים במערכות משפט במעמד נורמטיבי נחות שחובת הציות תחול לגביהם אך לא תהיה אבסולוטית.
 - 3) **ציות הוא מחויב המציאות בכל מקום שבו אי-ציות עשוי לסכן אינטרסים מוסריים יסודיים**, כללים כגון זכויות ספציפיות. במקום שבו אי ציות לחוק עלול לסכן אינטרסים יסודיים חובת הציות קיימת מכורח המציאות.
 - 4) **ציות מחויב במקום בו המערכת נמצאת בסכנה** והיא עצמה כן מוסרית (חופף לאקווינס).
 - 5) **ציות לשם ציות**.

2.2 גישות שונות לציות לחוק

כיצד אם כן ניתן להצדיק את חובת הציות לחוק? גישתו של גנז ממפה את האפשרויות. גנז נוגע בכל אחת מהנסיבות והאידיאולוגיות מאחורי חובת הציות לחוק ובוחר לדעתו מה תהיה הנכונה ביותר:

1. אסירות תודה – יש לציית לחוק משום שהמדינה נתנה לאזרח דברים טובים. אך מה זה אומר? אם אני לא מציית אני כפוי טובה? כן.
 - גנז : שואל אזי מתי יהיה האזרח אסיר תודה? אסירות תודה נובעת מאלטרואיזם זהו תנאי הכרחי עפ"י גנז – אך בקיומו של משטר תקין בצורת משפט דמוקרטי, החוקים אינם אלטרואיסטים, אם כן מדוע תיהיה אסירות תודה?
2. הגישה החוזית – אלמנט ההסכמה. כאשר חיים בחברה אי אפשר לצפות שכל אחד ואחד ייתן את הסכמתו למערכת החוקים (במשטרים דמוקרטיים זה קורה דרך מנגנוני השת"פ בין האזרחים והשלטון- למשל: בחירות). האם כאשר אדם חי במקום מסוים הוא נותן את הסכמתו לחוקי המדינה? הסכמה בשתיקה? גם לוק וגם רוסו מציינים כי ברגע שהגיע למקום מסוים יש לציית לחוקי המקום מעצם עיקרון התושבות.
 - גנז : טוען זוהי שגיאה וכי ישנם הרבה אנשים שנמצאים במקום מסוים וכלל לא רוצים להיות בו ואולי אף מגיעים אליו בנסיבות שלא גורמות להם לרצות להיות במקום הזה. מעבר לכך קיימות גם קבוצות אשר מתנגדות לאופי השלטון (נטורי קרתא) – אז האם הן חייבות חובת ציות לאופי המדינה? לא. הסכמה מכללא גם היא אינה נכונה ומבוססת על השערה. בכל הסכם חייבת המדינה למלא את חלקה גם כן – אך מה קרה במצב של ה"התנתקות"? במצב שכזה אזרח לא חב חובת ציות למדינה משום שלדעתו היא לא מילאה את חלקה חזרה? טענה זו בעייתית כדי להשתית עליה באופן מלא את חובת הציות לחוק.
3. גישה תוצאתנית – צריך לציית לחוק משום שאם לא אציית התוצאות תהיינה לא טובות. כלומר, קיימת כאן סכנה לשלום המערכת בעקבות אי הציות. מה יצא מזה שלא נציית? אנו עלולים לחזור למצב הטבע – סוג של אנרכיה, אי ציות, אדם לאדם זאב – אין מערכת חוקים ברגע שהמדרון החלקלק הזה עלול לקרות.
 - גנז : אפשר להסתכל על האינטרס הפרטי כשחושבים על חובת הציות לחוק ויש להסתכל על האינטרס הציבורי – במצב שכזה, הציות לחוק ייעשה גם לחוקים רעים. ולמה? משום שאם המערכת כולה כן תהיה מוסרית אז גם חוקים רעים או חוקים שמעמדם שניוני גם אלו מחייבים ציות.
4. הגישה הקונספטואלית – ברורה מאליה. לציית לחוק נקודה. לא קשור לפחד או מה יש בחוק.
 - גנז : תפיסה בעייתית שיכולה להוביל להרגל (אוסטיין).
5. גישת ה"נוסע החופשי" – גישה הנגזרת מאסירות תודה ואומרת כי תהא זו טעות לאלה אשר נהנים מתמיכת המדינה לא לציית לחוק (משטרה, השכלה, מערכת כבישים וכו') –

קרי: לא צריך לנצל את המדינה. בגלל מה שהאזרח מקבל מהמדינה עליו לתת לה בחזרה אחרת הוא ייחשב לנוסע חופשי.

6. גישת ההגינות (הדדיות) - **החשובה ביותר** – זהה ל"משחק ההוגן" שניתן למצוא אצל הארט – במקום להדגיש את החובה למדינה – החובה היא לציית לחוק ולהכיר בחובות הדדיות בין אזרחים. נגיעה מהאמנה החברתית אודות האינטראקציה שבין האזרחים לריבון.

• הביקורת שיכולה לעלות- לא בכל מקום המדינה שוויונית ולא בכל מקום במדינה שוויונית קיימת הגינות- לא כולם משתתפים בחיים הכלכליים באותה צורה או מקבלים את אותה החשיפה ואת האמצעים. כלומר, המשחק ההוגן של הארט צריך להישען על הנתונים הקיימים בחברה.

• טענתו של דבורקין - **אם אדם לא ציית לחוק הוא לקח משהו שאסור לו לקחת** – משהו שאחר לא יכול היה לקחת ברמה של חלק לא שווה לאחר מהעוגה החברתית. דבורקין מדבר על כך שאופיין של חברות דמוקרטיות הוא שכולנו חברים בקבוצה הפוליטית, לכן הוא אומר כי **אנו צריכים לציית לחוק כי האופי הדמוקרטי של החברה מחייב אותנו**. דבורקין מבין כי לעיתים אי ציות לחוק יוביל למקומות טובים ואומר כי כשמסתכלים על חובת הציות לחוק מבחינה היסטורית יש גבול למה שאפשר לצפות – מקבל את ההנחה שלעיתים אי ציות לחוק יוביל למקומות טובים, לדוגמא: הפיכות במדינות בהן המשטר היה רע וההפיכה הובילה למקום טוב (משטר דמוקרטי, מגילות זכויות אדם וכו').

2.3 התיאוריה של הארד (1999):

הארד פרסמה בספרה תיאוריה האומרת כי ישנם מקרים קשים וצריכים לדעת להתמודד עם מקרים שכאלה. מה קורה כשהחוק דורש לעשות משהו בניגוד למוסר? מקרה קיצון של חובת ציות לחוק מבלי להסכים לחוק. מבחינת הארד צריך להסתכל על **החוק כסמכות תיאורטית בלבד**.

על הנחה זו מבססת הארד את הטיעונים:

1. **הסמכות הפרקטית של המשפט** - למשפט לטעמה אין סמכות אבסולוטית, החוק לא יכול לחייב אותנו לציית להוראות שאינן מוסריות. (הארד מבדילה בין המשפט כפרקטיקה וכתיאוריה- אם החוק לא מוסרי ולא נציית לו אזי למשפט אין מעמד פרקטי מלא – לא מתבצעת הפעולה עצמה של הציות לחוק).
2. **השפעה סמכותית שיש למשפט** - מגיעה מההבנה שלמחוקק יש מומחיות לחוקק בכל התחומים אבל היא מוגבלת וזאת משום שהמחוקק מוגבל בצפי העתיד והבנת החברה. מחוקק אינו מבין בכל תחומי החוק ויכול לחוקק חוק שאסור מבחינה מוסרית ולכן חובת הציות לחוק היא איננה מוחלטת. ברגע שנבין את החובה המוסרית נבין את הקשר בין הציות לאותה חובה העומדת מאחורי הציות.

השימוש בהארד הוא כדי לבצע את ההבחנה בין סמכות תיאורטית לפרקטית – מבחינת התוצאה קיימים מצבים של אי ציות לחוק. המצבים נעים עד למקרים של מרי אזרחי, הפיכות וכו'.

2.4 גישתו של גנז לגבי הציות לחוק:

לפי גנז, חובת הציות לחוק אינה אבסולוטית. חובת הציות מחוייבת בממד התנהגותי (כמו אצל סמית') ולא יכולה להיות סתמית (אוסטין). מצריכה הבנה פנימית – להכיר בכך שפעולות שהחוק דורש הן בגדר חובה מוסרית, נובעת מן התזה של הקשר הצידוקי (בין הציות לבין החובה שעומדת מאחורי הציות). אותה פעולה חייבת להשתייך למערכת שממנה היא מגיעה או שבה היא מתקיימת – כל דרישה לציות לחוק היא דרישה שיונקת סמכות מעצם השתייכותה למערכת (שרשרת הצידוק הנורמטיבי).

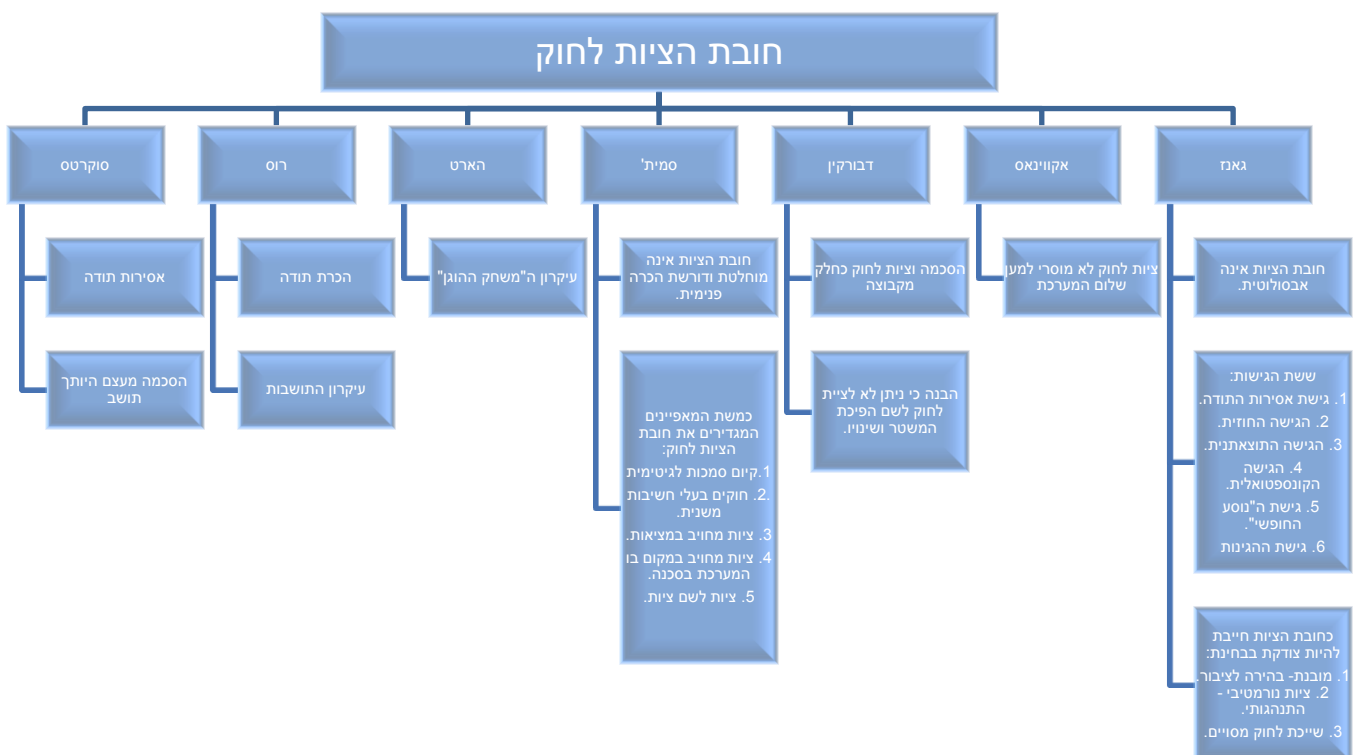
2.5 לסיכום – מסקנה סופית

חובת הציות לחוק לא יכולה להיות אבסולוטית. היא חייבת להיות מובנת, התנהגותית ומשויכת:

1. מובנת במובן בו אנשים ידעו כי החוק קיים ונהיר לכולם.
2. התנהגותית במובן של הממד הפנימי – ציות נורמטיבי.
3. שייכת בכך שפעולת הציות תהיה שייכת לחוק מסוים שנכון לציית לו מבחינת הסוג שלו – שלא יטפלו צידוקי התנהגות שלא רלוונטיים.

במציאות- לא קיים סט אחיד של כללים לפיהם ניתן להטיל ספק בחובת הציות לחוק- כל מקרה הוא לגופו. ישנה הבחנה בתוך חובת הציות לחוק בין סוגים שונים של אי ציות לחוק: מרי מהפכני שהוא קשה יותר להשגה, מרי אזרחי שהוא יציאה נגד חוק מסוים שבו היחיד הוא אינו במרכז וסרבנות

מצפונית שבה היחיד הוא במרכז.



2.7 דוגמת הציות לחוק בפס"ד לאורה מילוא

השופטת פרוקצ'יה בפרשת לאורה מילוא: "הסדר החברתי בחברה הבנויה על אדני משטר דמוקרטי מושתת על רצון הרוב. הציות לחוק ולהסדרים על פיו שנתקבלו על פי רצון הרוב מתחייב מעצם טיבו של ההליך הדמוקרטי... החובה לציית לחוק היא חובה משפטית ומוסרית כאחד. מימוש חובה זו עומד ביסוד החיים המשותפים בחברה ובבסיס הכיבוד ההדדי של זכויות אדם וההגנה על ערכים כלליים, ובהם שיוויון וחירות האדם".

פרוקצ'יה מדברת על הציות לחוק כעיקרון על – קרי, עיקרון על דבורקיאני או שלמות המערכת של אקווינס.

3. סיכומי מאמרים:

3.1 י' ברלין, "שני מושגים של חירות"

הסוגיה הגדולה ביותר המכריעה את עולמנו היא המלחמה הנטושה בין שתי מערכות של רעיונות המשיבות תשובות מנוגדות לשאלה המרכזית בפוליטיקה, שאלת הציות והכפייה.

רעיון החופש השלילי -

כפייטו של אדם הרי היא שלילת החופש ממנו, שלילת החופש ה"שלילי". נאמר כי חופשי אני כמידת אי התערבות אדם או גוף אנושי כלשהו בפעולתי. חירות פוליטית במשמע זה היא התחום שבמסגרתו יכול אדם לפעול מבלי שיופגע על ידי אחרים. כפיה כרוכה בהתערבות מכוונת מצד בני אדם אחרים בתחום אשר בו, אלמלא זאת, יכול הייתי לפעול. אתה חסר חירות פוליטית רק אם מנעו בעדך יצורי אנוש השגת מטרה. ככל שנרחב תחום אי ההתערבות כן נרחבת חירותי.

חופש זה חייב להיות מוגבל, ולא יוצר תוהו ובוהו חברתי, שבו צורכיהם הבסיסיים של בני האדם לא יבואו לכדי סיפוק. יש צורך לוותר על החופש למען אינטרסים של ערכים אחרים, ושל החופש עצמו. תחום פעולתם החופשית של בני האדם חייב להיות מוגבל על ידי החוק. אולם, על פי התפיסה הליברלית, חייב להישאר תחום מזערי מסוים של חופש אישי שבו אין לפגוע, בכדי שתתאפשר התפתחותן המזערית של סגולותיו הטבעיות. יש להתוות קו-גבול בין תחום החיים הפרטיים לבין זה של הסמכות הציבורית. לעיתים חייב החופש של אחדים בקיצוץ לשם הבטחת החופש של אחרים. יש לשמור על תחום מזערי של חופש אישי, אם אין רצוננו להשפיל או לשלול את טבענו. אין אנו יכולים להישאר חופשיים לחלוטין, ועלינו לוותר על חלק מחירותינו כדי לקיים את יתרה. אולם כניעה עצמית מוחלטת היא לרועץ לנו.

המידה של אי ההתערבות שנויה במחלוקת, ונקבעה אחרת בתפיסות שונות, אך תמיד היא ברת הבחנה. לפי מיל, יש לשמור על חירות פרטית התאפשר לכל אחד לפעול למען עניינו בדרכו, בכדי לאפשר את התקדמות הציביליזציה. כל חדירה למרחב מינימלי זה לא תאפשר לבני אדם להיות אינדיווידואליים. לגבי עמדה זה ניתן לציין שלוש עובדות. (I) בראש ובראשונה, מיל מערוב שני רעיונות נפרדים. האחד הוא כי כל כפיה היא רעה כשלעצמה, אם כי יתכן שמן ההכרח להפעיל כפיה כדי למנוע רעה גדולה יותר, ואילו אי התערבות היא טובה כשלעצמה, אם כי אינה הטובה היחידה (חירות שלילית קלאסית), האחר, שניתן להגיע אל האמת רק בתנאי חופש. (קביעה זו אינה עומדת במבחן ההיסטוריה). (II) תפיסה זו הנה חדשה, ואין לה שורשים בתפיסות הפוליטיות הקדומות. (III) בתפיסה זו, אין כל פסול בשלטון רודני, כל זמן שאין

הוא פוגע בחירות נתיניו. חירות במשמע זה, עניינה עקרונית הוא בתחום השליטה ולא במקורה. בזה הוא נבדל מהמשמעות ה"חיובית" של חירות.

רעיון החופש החיובי

המשמעות "חיובי" של המילה חירות נובע ממשאלתו של היחיד להיות אדון לעצמו. אני מבקש להיות סובייקט, לא אובייקט. להיות מכשיר של פעולותיי הרצונית שלי, לא של זולתי. להגשים את היותי רציונאלי, וכי תבונתי היא המייחדת אותי כיצור אנוש משאר העולם. לכאורה, החופש החיובי והשלילי עשויים להיראות כשתי דרכים לומר את אותו הדבר. אבל במהלך ההיסטוריה שתי תפישות אלו התפתחו בכיוונים שונים, עד כדי התנגשות זה בזה. דוגמא לכך היא התפתחות התפיסה לגבי הרצון האמיתי של האדם, שהתפתחה לכדי צידוק לכפייה בשם הרצון האמיתי, בהבדלתו מרצונות אחרים, הנחותרים יותר. **כלומר, תפיסה כי אפשר, ולעיתים מוצדק, לאלץ בני אדם בשמה של מטרה כלשהי שהם עצמם, אילו היו נאורים יותר, היו שוקדים עליה בעצמם, אולם אין הם עושים זאת שכן הם עיוורים או נבערים או מושחתים.** השאלה כאן למעשה, היא מיהו ה"אני האמיתי". ניתן לטעון כי האני האמיתי מנוגד למעשה לרצונות השטחיים והמאווים של בני האדם, וכי כל רצון של בני האדם זהה לחופש שלו, היינו, בחירתו של ה"אני האמיתי" שלו. **אולם עניין אחד הוא לומר כי אין האדם יודע מה טוב לו באמת, ודבר אחר לחלוטין הוא לומר כי האדם בחר בדבר זה ללא ידיעתו, וכי אילו לעשות זאת איננו כפיה.**

הנסיגה אל המצודה הפנימית

אני בעל תבונה ורצון, אולם אין אני יכול להגשים את כל רצונותיי, מחמת הגבלות טבעיות, או אנושיות. לכן עלי להגביל את רצונותיי, כדי להימנע מפגיעה. אני גוזר על עצמי שלא לרצות את הבלתי אפשרי. **אם אדע להגביל את רצונותיי, לא אהיה מוגבל.** דומה הדבר, כאילו ביצעתי נסיגה אסטרטגית אל מצודה פנימית, תבונתי, נשמת, האני הנומינלי שלי, שבו לא ניתן לפגוע. השתחררות סטואיקנית זו היא חלק מכל צורה של אוטונומיה. אני חופשי רק כמידת אי היות אישיותי "כבולה" בידי העולם החיצון שאני עצמי איני יכול לשלוט בו לחלוטין. **עפ"י רוסו – "החופשי באמת הוא הרוצה את שהוא יכול לבצע, ומבצע את שהוא רוצה".** דבר זה מבהיר מדוע הגדרתה של חירות שלילית כיכולת לעשות את שאתה רוצה – וזו בעצם ההגדרה שנקט מיל – אינה יפה. אני יכול להתאים את רצוני למגבלות, אבל לא ניתן לומר שאהיה חופשי בכך באמת.

מימוש עצמי

השיטה האמיתית האחת להשגת חופש, נאמר לנו, היא באמצעות **תבונה ביקורתית**, הבנת מה שהינו באמת נחוץ ומה שהינו מקרי. באמצעות השימוש בתבונה זו, פעולה על פי החוקים החיצוניים האמיתיים, אינה בבחינת כפייה ומחסום בפני החירות, אלא פעולה חופשית ובלתי מופרעת. זהו התרשים של הרציונליות הנאורה משפינוזה ועד לחסידים האחרונים של הגל. את שיודע אתה, את שמבין אתה את הכרחיותו – ההכרחיות הרציונלית – אינך יכול, כל עוד נשאר אתה רציונלי, לרצות שיהיה אחרת משהנו. אנו משועבדים על ידי רודנים – מוסדות או אמונות או נוירוזות – שאותם אפשר לסלק רק על ידי ניתוחם והבנתם. לגבי מרכס, הבנה הינה פעולה נאותה. אני חופשי אם – ורק אם – מתכנן אני את חיי בהתאם לרצוני שלי; תכנון כרוך בכללים; כלל אינו מדכא אותי או משעבד אותי אם אני מטילו על עצמי ביודעין, או מקבלו באורח חופשי, משהבינותי, בין אם הוא הומצא על ידי ובין על ידי אחרים, בתנאי שהוא רציונאלי, כלומר, תואם את הכרחיותם של הדברים. **הבנה מדוע מוכרחים דברים להיות כפי שהם מוכרחים להיות, הריהי רצון שכך יהיו.**

זהו הגלעין המטאפיסי של הרציונליזם. הרעיון בדבר חירות הנכללת בו אינו התפישה ה"שליטתית" של שטח בלא מכשולים (באורח אידיאלי), חלל ריק אשר בו אין דבר מפריעני, אלא הרעיון בדבר הכוון עצמי או שליטה עצמית. אני יכול לעשות עם עצמי את שאני רוצה, כשרצוני נובע מהיותי יצור רציונלי. זהו התורה החיובית של שחרור על ידי תבונה.

ומה לגבי אלו שאין להם את התבונה? אם היקום נשלט על ידי תבונה, הרי שלא יהיה צורך להפעיל עליהם כפייה, משום שהפתרון האמיתי יניח גם מקום להתפתחות מלאה של הטבעיים ה"אמיתיים" שלהם.

כל עוד מכיר כל אדם – וממלא – את התפקיד שנקבע לו על ידי התבונה, שהיא היכולת להבין את טבעו האמיתי ולהבחין במטרותיו האמיתיות – אי אפשר שתהיה סתירה. החוק הוא המסדיר תפקידים אלה, ורק באמצעות קיום החוק, ניתן להגיע לחופש האמיתי. כל הרצונות האמיתיים – הרציונליים מתיישבים זה עם זה, ולכן כפיפת הרצונות הלא רציונליים באמצעות החוק אינה כפייה, אלא שחרור.

עם הזמן, עלתה השאלה, כיצד, בדיעבד, עשויים בני אדם להיות לרציונליים בדרך זו. כמובן, יש לחנכם. אולם אי אפשר לצפות כי הבלתי מחונכים יבינו את מטרות מחנכיהם או ישתפו עמם פעולה. כך שהחינוך חייב להיעשות, לפחות בחלקו, בכפייה. יותר מזה – כפייה היא גם דרך של חינוך. **החינוך, והכפייה, הנם לשם הבאת האדם הבלתי רציונלי להגשמת עצמו האמיתית.**

טיעון זה הוא הטיעון המשמש בידי כל דיקטטור, אינקוויזיטור ומתעמרו המבקשים הצדקה מוסרית כלשהי, או אפילו אסתטית להתנהגותם. אני חייב לעשות למען בני אדם את אשר אין הם יכולים לעשותו למענם הם, ואני איני יכול לבקש את הרשאתם או את הסכמתם, שכן אין הם נמצאים כלל במצב שיתאפשר להם לדעת מהו הטוב ביותר לגביהם. הטיעון הרציונלי, על ההנחה בדבר יישומו של פתרון נכון יחיד, הוליד באופן זה בשלבים, מתורת מוסר בדבר אחריות היחיד וחתירה לשלמות עצמית של היחיד אל מדינה אותוריטרית, צייתנות להוראות אליטה של אפוטרופסים אפלטוניים.

אם מוליך דבר זה אל רודנות, אף כי באמצעות הטובים ביותר או החכמים ביותר – אל היכל סרסטרו אשר ב"חליל הקסמים" – אבל עדיין רודנות שמסתבר כי היא זהה עם חופש, האם אפשר כי יש משהו לקוי בהנחות שעליהן מבוסס הטיעון? (שלכל בני האדם תכלית אמיתית אחת בלבד – הכוון עצמי רציונלי, כי מטרות כל היצורים הרציונליים תואמות מרקם הרמוני אחד, וכי כאשר ייעשו כל בני האדם רציונליים הם ישמעו לחוקים הרציונליים, שהם אחד).

החיפוש אחר סטאטוס

קיימת גישה אחרת אל נושא זה, החשובה מבחינה היסטורית, אשר, על ידי בלבול החירות באחיותיה – שוויון ואחוה – היא מוליכה למסקנות לא ליברליות דומות. נשאלת השאלה: מהו "אינדיבידואל"? כל עוד אני חי בחברה, משפיע כל שאני עושה על שעושים אחרים ומושפע ממעשיהם, באורח בלתי נמנע. לא זו בלבד שחיי החומריים תלויים בפעולות גומלין עם בני אדם אחרים, או כי אני מה שהנני כתולדה של כוחות חברתיים, אלא שכמה מרעיונותי לגבי עצמי, ואולי כולם, ובמיוחד תחושותי לגבי הזהות המוסרית והחברתית שלי עצמי, עשויים להיות מובנים רק במונחי המערכת החברתית אשר בה הנני רכיב.

היעדר החופש שעליו קובלים בני אדם או קבוצות מסתבר, במרבית המקרים אם לא בכלם, כחוסר הכרה נאותה. ברצוני למנוע שינהגו בי כמי שאינו פרט, כמי שייחודו אינו מוכר די הצורך. אני נלחם למען מצב

אשר בו אוכל להרגיש שאני גורם פועל אחראי משום שכזה אני נחשב, שרצוני מובא בחשבון מפני שאני ראוי לכך, אפילו אני נתקף ונרדף על שהנני מה שהנני ועל בחרי כפי שאני בוחר. זוהי השתוקקות אל סטאטוס ואל הכרה. כאשר אני תובע להיות משוחרר, הרי הדבר שאני תובע הוא שינוי העמדה כלפי מצד אלה שדעותיהם והתנהגותם מסייעות לקבוע את דיוקני שלי על ידי עצמי.

אף שאולי לא אשיג חירות "שלילית" מצד אלו המכירים בסטטוס שלי, הרי מכל מקום הם בני קבוצתי שלי; הם מבינים אותי כמו שאני מבין אותם; והבנה זו יוצרת בתוכי את תחושת היותי מישוה בעולם. רצון זה להשגת הכרה הדדית הוא המוליך את המדיניות הדמוקרטיות האוטוריטריות ביותר להיות, לעתים, מועדפות ביוזעין על ידי אזרחיהן על פני המשטרים האוליגרכיים הנאורים ביותר.

אין לבלבל שאיפה זו עם השאיפה לחירות. ניתן לומר ששאלת החירות תעסוק בגבולותיו של השלטון, ואילו שאלה זו תעסוק ב"מי ישלוט". במרבית המקרים אם לא בכולם, באמרום חירות, לא נתכוונו בני האדם שלחמו על חירות ליותר מאשר לכיבוש השלטון והסמכות על ידי כיתה מסויימת של מאמינים בדוקטרינה, או על ידי מעמד, או על ידי קבוצה חברתית אחרת כלשהי, ישנה או חדשה. כל זה כמעט אין לו ולא כלום עם תפישת מיל בדבר חירות, כמוגבלת אך ורק על ידי סכנת גרימת נזק לזולת.

חירות וריבונות

רוסו דיבר בלהט על העובדה, שחוקי החירות עלולים להתגלות מחמירים יותר מאשר עול העריצות. בחירות אין רוסו מתכוון לחופש "שלילי" של הפרט שאין להפריעו בתוך תחום מוגדר, אלא להיותם של כל הראויים במלואם להשתייך לחברה שותפים בשלטון הציבורי, אשר זכותו להתערב בכל בחינה של חיי כל אזרח.

הבעיה העיקרית לגבי מי שרוצים בחופש "שלילי" של היחיד, אינה מיהו שנמצא בידי השלטון, אלא מידת השלטון שיש לתת בידי מערכת ידיים כלשהי. במובן זה, שלטון העם אינו טוב יותר משלטון יחיד. "מימשל עממי הוא עריצות עוויתית, מונרכיה היא רודנות ריכוזית ויעילה יותר" בנז'מן קונסטאן ראה ברוסו את המסוכן באובי חירות הפרט, שכן זה הכריז כי "על ידי שאני נותן עצמי בידי הכל, איני נותן עצמי לאיש". קונסטאן לא יכול הבן מדוע, אף שהשליט הוא "כולם", הוא לא ידכא אחד מ"חבריי" האני הבלתי-מתחלק שלו, אם אמנם יחליט לעשות כן. כמובן, אני עשוי להעדיף שחירויותי תישללנה ממני על ידי קבוצת השווים לי, אולם שלילה זו תהיה שלילה באותה מידה. הובס, מכל מקום, היה גלוי לב יותר: הוא לא התיימר שהשליט אינו משעבד: הוא הצדיק עבדות זו, אך לפחות לא היתה לו החוצפה לכנותה חופש.

מהו יעשה חברה חופשית באמת? לגבי המסורת הליברלית, אין חברה חופשית אלא אם כן היא נשלטת לפחות על ידי שני עקרונות קשורים אהדדי: ראשית, כי כדבר מוחלט אי אפשר לראות שלטון כלשהו, אלא רק זכויות – באופן שכל בני האדם, יהא אשר יהא השלטון שמעליהם, יש להם זכות לסרב לנוהג באורח בלתי אנושי; ושנית, כי ישנם קוי תיחום, שאינם מותווים באורח מלאכותי, אשר בתוכם מן ההכרח שיהיו בני אדם מנועים מפגיעה.

דבר זה עומד כמעט בקוטב הנגדי לגבי מטרותיהם של מי שמאמינים בחירות במשמעה ה"חיובי", משמע ההכוון העצמי. הראשונים מבקשים שהוא יינתן בידיהם.

האחד והרבים

האמונה כי קיים פתרון אמיתי אחד, פתרון סופי, יותר מכל זולתה, היא הנושאת באחריות לטביחתם של יחידים על מזבחות האידיאלים ההיסטוריים הגדולים. אמונה נושנה זו מיוסדת על הביטחון כי כל הערכים החיוביים שבהם האמינו ומאמינים בני אדם חייבים, לבסוף, לעלות בקנה אחד, ואולי אף להיות כרוכים זה בזה. אולם אין בידינו להבטיח שכך הוא הדבר. דווקא בשל כך, מייחסים בני אדם חשיבות כה רבה לחופש הבחירה. אני סבור שרבות הן מטרות האדם, ולא כולן מתיישבות, עקרונית, זו עם זו. ההכרח שבבחירה בין תביעות מוחלטות הוא אפוא אפיון שאין מפלט ממנו של המצב האנושי. דבר זה מעניק ערך לחירות כמטרה בפני עצמה, ולא צורך ארעי, המתעורר מתוך מושגי המבולבלים ומתוך חיינו האי רציונליים ואחוזי המבוכה, אשר תרופת פא תביא יום אחד לידי תיקונו.

איני מבקש לומר, כי חופש הפרט הוא אבן הבוחן האחת, או אפילו המכרעת לגבי עשייה חברתית. מידת חירותו של אדם, או חירותו של עם, לבחור לחיות כרצונו, חייבת להישקל כנגד תביעותיהם של ערכים רבים אחרים, שאפשר כי שוויון, או צדק, או אושר, או ביטחון, או סדר ציבורי, הם דוגמאותיהם הבולטות ביותר. בשל סיבה זאת, אין חירות זו יכולה להיות בלתי מוגבלת.

3.2 אפלטון, קריטון, כתבי אפלטון, כרך א' (תרגום י"ג ליבס)

קריטון אתונה, באמצע המאה החמישית לפנה"ס, היוותה מרכז תרבותי בעולם היווני. המשטר הדמוקרטי ששרר בה, העלה על סדר היום סוגיות הנוגעות לאדם ומקומו בחברה. הפילוסופיה באותה תקופה, שינתה כיוונה בהתאם, מפילוסופית טבע, לטבע האדם. בשל היות אתונה דמוקרטית, צריכים היו נבחר העם, לפתח יכולות דיבור, על מנת לשכנע את הקהל הרחב. את לימוד אומנות הדיבור (רטוריקה), לקחו על עצמם הסופיסטים. גישתם של הסופיסטים היתה תועלתית (ואכן תועלתם היתה השכר לצד הלימוד). באותה תקופה חי באתונה סוקראטס. סוקראטס ראה במעשי הסופיסטים דבר פסול. גישתו היתה שונה, הוא האמין כי תורת המידות וידע האדם בנושאים אלו, נובע מן התבונה, ואינו נרכש מן החוץ. (גישה זו מכונה רציונליזם, בניגוד לסופיסטים שדגלו בגישה אמפיריציסטית, שטוענת כי מקור הידע טמון בניסיון החושי). סוקראטס החל לנהל דיונים אודות המידה הטובה, עם פשוטי העם ואף עם האריסטוקרטיה (שעליה נמנו תלמידי הסופיסטים). בדיוניו טען סוקראטס כי אינו יודע דבר, ובכך הוביל את בני שיחו לחולשת טיעוניהם ואף למבוי סתום. פעילותו של סוקראטס עוררה התנגדות בקרב נכבדי העם וקנתה לו אויבים רבים. לבסוף הואשם סוקראטס בהשחתת הנוער ובכפירה באלים, ונשלח לכלא) בהמתניו למשפט). סוקראטס טען כי אין אמת בהאשמה זו. אין הוא יכול להשחית דעתם של אנשים. כל שעשה הוא לדבר אתם, ודיבור זה עורר בראשם רעיונות שהיו טבועים בהם מלכתחילה. הוא השווה עצמו למיילדת: כשם שמיילדת עוזרת להוליד את תינוקה, כך הוא, סוקראטס, עוזר לאדם ללדת את הרעיון, אך הוא אינו הגורם לכך. הדיאלוגים של סוקראטס מובאים ע"י אפלטון, תלמידו. סוקראטס לא כתב מעולם, ואפלטון, בדיאלוגים רבים, מהווה שופר לרעיונות סוקראטס. עוד מציג אפלטון, דרך דיאלוגים אלו, את אישיות סוקראטס.

הדיאלוג, בו משוחח סוקראטס עם חברו, קריטון, מתנהל בכלא, זמן קצר לפני משפטו של סוקראטס (והוצאתו להורג). קריטון מבקש להבריח את סוקראטס מחוץ לכלא (ולמדינה). סוקראטס מסרב ומציג בפני קריטון כמה וכמה נימוקים, העונים על טיעוני קריטון.

עיקר טיעוניו של קריטון: סוקראטס מותיר אחריו את ילדיו, אלה ישארו יתומים וללא חינוך. קריטון ממשיך וטוען כי נעשה לו, לסוקראטס, עוול. בנוסף לזאת פוחד קריטון מדעת הקהל, כאשר יודע להם כי לא הציל את סוקראטס. **סוקראטס משיב לקריטון על טיעוניו**: ראשית, אין לפחד מדעת הקהל ולנהוג על פיה, לא היא הקובעת את שנכון ושלא. סוקראטס ממשיך וטוען כי אשר לבניו, להם לא יוכל לתת חינוך נאות, אם יברח מהכלא (ובעיקר לא בארץ זרה. וכי איזה מחנך יהא? מחנך הבוגד בעקרונותיו, בצדק ובמידה הטובה. אשר למדינה, מרבה סוקראטס להללה. לטענתו, לא המדינה וחוקיה גרמו לו עוול, אלא בני האדם. בבריחתו מהכלא, יפר את חוקי המדינה ויהא זה דבר לא מוסרי מבחינתו. מעולם לא רצה לעזובה, הוליד משפחתו בה, ומסכים הוא, הסכמה שבשתיקה, עם חוקיה. העוול עליו מדבר סוקראטס, הנעשה בידי האנשים, אין הוא, מצדיק עשיית עוול חזרה. סוקראטס דבק בנימוקיו, המונחים ע"י ההגיון, על אף רגשותיו. הוא מסיים דבריו בכך שהצדק יקר לו יותר מחייו קריטון משתכנע ומשאיר את סוקראטס בשלוותו, לחכות למותו. ואכן סוקראטס מנמק את תשובתו בצורה משכנעת. אך, מניין נובעים נימוקים אלו? מה באמת מוביל את סוקראטס לבחירת המוות על פני החיים? התשובה לכך היא: אידיאליזם, ומוסר פנימי נעלה. האידיאל למענו מת סוקראטס אינו ברור מתשובתו לקריטון. אין אידיאל זה המדינה וחוקיה. אין הוא חינוך טוב לבניו. גם אי עשיית עוול אינו האידיאל עצמו. כל אלו הם ערכים, ערכים נעלים הנובעים מהאידיאל עצמו. אידיאל זה הוא המוסר הטהור והתבוני. מוסר שאינו נכנע לרגשות, ולא לאינטרס אישי. אומץ לב רב, דרוש לו, לאדם, ללכת אל מותו למען אידיאל. ואכן מוכיח סוקראטס עד כמה אידיאל המוסר נשגב בעיניו, אפילו מחייו. בריחה מהכלא תהווה עבורו בגידה בעצמו, וחיינו יחסרו תוכן לאחריה. אידיאולוגיה זו היא גדולתו של סוקראטס, ולאורך ההיסטוריה, רואים אנו אנשים גדולים שמתו למען האידיאל. לדוגמה: ישו, אשר הקריב חייו למען האמונה. ישו נחשב לקדוש מעונה, ולא יהיה זה רחוק ממצבו של סוקראטס, לפני מותו. שניהם לא נסוגו מאמונתם, עד למותם שנבע מכך.

3.2.1 ח' גנז, "ביסוסי חובת הציות לחוק"

גנז במאמרו סוקר את הסיבות המקובלות לחובת הציות לחוק. לכל סיבה הוא נותן טיעונים בעד ובנגד. גנז מגיע למסקנה שאין חובת ציות אבסולוטית לחוק, אולם הטיעון התוצאתי נותן את הסיבה הטובה ביותר, ובהסתמך עליו אפשר לטעון לחובת ציות לחוק בעקבות שמירה על המערכת.

1. ציות לחוק עקב אסירות תודה

ציות לחוק עקב אסירות תודה ליחסים בין האזרח לבין הממשלה. כדי שמערכת היחסים הקורלטיבית תתקיים, ישנו צורך שהמיטיב (קרי – הממשלה) יבצע את הפעולה כדי להיטיב עם המוטב (קרי – האזרח). באם הפעולה נעשתה בלי רצון של המיטיב להיטיב, אין חובת ציות בגין אסירות תודה. ישנם כמה מודלים לגבי מיהו המיטיב:

א. האנשת החוקים – החוקים הם המיטיבים (סוקרטס).

ב. הריבון עצמו.

ג. מבצעי החוקים ומוציאיהם לפועל.

גנז טוען ששלושת האפשרויות למיטיב הן קלושות, ולכולן אין חובת ציות עקב אסירות תודה מכיוון שכולם לא נעשו מתוקף רצון להיטיב עם האזרח.

בנוסף, גנז טוען שציות לחוק אינה הדרך הנכונה "להודות" לממשלה. אפשר לחשוב על דרכים רבות נוספות להיטיב עם הממשלה – לתרום כסף, להתנדב וכו'.

2. ציות לחוק עקב הסכמה לציית אליו מעצם היותך תושב של המדינה:

גנז מבחין בין שלוש סוגים עיקריים של הסכמה:

- א. **הסכמה בשתיקה** – גיון לוק טען שבעצם היותך אזרח של המדינה, אתה דה פקטו מקבל על עצמך את חובת הציות לחוק מעצם התושבות.
- ב. **הסכמה מכללא (פעולות שיכולות להתפרש כהסכמה)** – עצם היותך תושב יכולה להתפרש כהסכמה לציית לחוק מתוקף זה.
- ג. **מעין הסכמה (לא הסכמה ממשית, אבל ראוי להתייחס אליהן כהסכמה)** – בעצם המגורים והתושבות במדינה האזרח מבין שמצופות ממנו חובות מסויימות – כולל חובת הציות לחוק. גנז שולל את שלושת הגישות. הוא אומר שההסכמה חייבת להיות אקטיבית ביוזעין, ושלושת הגישות סובלות מעמימות והמעשים השונים יכולים להתפרש לאו דווקא כהסכמה.

3. ציות לחוק עקב עיקרון ההגינות

גנז מבחין בין **צדק מתקן** - מי שזכה בטובים כתוצאה מפעילותם של אחרים, חייב לשאת במחרים אפילו אם לא ביקש מראש כי יסופקו לו. לבין **צדק מחלק** – יש לחלק את הנטל באורח שוויוני בין כל האזרחים שמסוגלים לקחת בזה חלק. החובה לשאת חלק בנטל (קרי – ציות לחוק ע"י האזרחים) היא חלק מעיקרון ההגינות עצמו.

גנז שולל את הצדק המתקן בטענה שכמו במקרה של הציות עקב הסכמה, אי אפשר לראות באקט פעולה אקטיבית של האזרח, ועקב (כמו במקרה של אסירות התודה) שאין סיבה שדווקא ציות לחוק יהיה האקט ההוגן שצריך להחזיר לממשל.

גנז שולל חלקית את הסיבה הזאת (אם כי בטיעון הבא – הטיעון התוצאתי משתמש בה) ואומר שאין דרך אמפירית לחלק בצורה שוויונית את הנטל בין כולם. העיקרון אומר שאם אינך רוצה בטובות של הממשלה – אז אתה לא חייב לציית לחוקים, אליה וקוץ בה. מצד שני – באם יינתנו לרוב האנשים הבחירה באם להנות מהיתרונות שמעניק להם הממשל בעזרת החוקים, גנז מאמין שרובם ככולם יבחרו לקחת על עצמם את "ההסכם" ומכאן חלה חובת הציות לחוק. את הטיעון גנז משלים בסיבה הבאה לצייות לחוק:

4. ציות לחוק מסיבת התוצאה (הטיעון התוצאתי)

ציות לחוק תורם לאיכות החיים של הפרט – ציות עקב התוצאה שהוא נותן לאזרח. אי ציות יגרום לנזק לאיכות החיים. גנז מבחין בין פעולות שהן רעות לעצמן (לדוגמה – רצח) לבין פעולות שהן רעות מפני שנאסרו (לדוגמה – תשלום מיסים). פעולות שהן רעות מפני שנאסרו באות כדי להסדיר את פעולות הממשל ולהעניק את הטובים (קרי – הזכויות) לאזרחים, ורק אם מספר מספיק של אנשים ישלמו המיסים, הממשל יוכל להעניק הטובים. גנז מחבר את הטיעון התוצאתי לטיעון הצדק המחלק – אם האיסור לא מתקיים, אנשים לא ישלמו מיסים, ולכן לא תהיה חובת ציות לחוק. לעומת זאת, אם לתשלום המיסים ישנו איסור וצידוק משפטי אזי מי שלא משלם

פוגע בתפקוד המשפט כמכשיר לקביעה ולאכיפת הימנעות מהתנהגויות רעות וגורם לנזק לטובים.

גנו לאחר מכן בודק האם הטובים מעצם קיומה של המערכת המשפטית, יכולים להיחשב להכרחיים מבחינה מוסרית – וככה להצדיק את חובת הציות לחוק. רק על היעדר רמה מסויימת של תפקוד של הממשל אפשר להגיד שהוא יגרום לחיים להיות לא ראויים. לכן – היקף הציות הנדרש מהחוק כדי למנוע פגיעה ישירה ברמת היעילות של המשפט רחוק מלהיות מוחלט ואוניברסלי. מצד שני, נתינת פירצה להפרות חוק יכולגרום להפרות חוק נוספות – ומכאן הצורך שהציות יהיה מוחלט ובכל מקרה. עפ"י עיקרון ההגינות אי ציות לחוק משמעותו ערעור השוויון בחלוקת הטובים והחובות של המצייתים.

לסיום, גנו עונה לטענות שגם הטיעון התוצאתי ועיקרון ההגינות, לא מצליחים להוכיח חובה אוניברסלית לציות בכל המצבים. גנו טוען שאפשר לטעון אותו הדבר כלפי חובות מוסריות אחרות – על פי הטענה הזאת, אין איסור אוניברסלי לרצוח. גנו מעלה את הטיעון הצידיקי – קיום לא עקב התוכן של החוק, אלא בעקבות שהיא נמנית עם משפחת החוקים או החובות. מנגד החובה לקיים את החוק, עומדות חובות מוסריות אחרות – כגון פרנסת משפחה, ובאם האזרח יפר החוק, תישלל ממנו החובה המוסרית לפרנס.

לסיכום – העיקרון התוצאתי דורש ציות בהיקף נרחב, והציות גם במקרים שאין לך תועלת מהציות נגזר מעיקרון ההגינות. עם זאת, כשיש לאדם אינטרס אישי שבגינו הוא מעוניין לא לקיים חוק, אין זאת אומרת שאין חובת ציות לחוק – האדם צריך לשקול בעד ונגד את התועלת שלו מול הנזק שהוא יוצר למערכת.

חוקי צניצו – הריאליזם העצמאי והנצחה הביקורתית והעצמי

1. הריאליזם המשפטי

הגישות השונות של הריאליזם המשפטי נולדו מצורך של פילוסופים ושופטים למצוא טעמים או לתת הצדקות לתפקידו של המשפט ותפקידו של השופט. אותן תפיסות חברתיות הן תפיסות שמבקרות את תופעת המשפט כתופעה חברתית שנקראת סדר על ידי המשפט. לפיהן הוודאות המשפטית לא קיימת כלל, גם לא מתוך גישה פוזיטיביסטית. לא ניתן להיות פורמליסטיקן כי הפורמליזם סוגר את המשפט בתוך הטקסט הכתוב.

**פורמליזם = פוזיטיביזם קשוח. הגישה הטקסטואלית וגישות הפוזיטיביזם השונות הן תחת הפורמליזם.

לכן לדעת הריאליסטים, מה שנדרש כדי להבין את המשפט היא בחינה בעיניים מציאותיות. תורת משפט מכנית- תורה שצמודה לטקסט לפי הריאליסטים היא בלתי אפשרית. הם מנסים לבקר את המשפט כתופעה פורמליסטיקנית.

הניתוק בין מוסר לבין משפט לא נראה להם הגיוני. התייחסותם היא למוסר לא במובנו כפי שנתפס על ידי משפט הטבע. התוצאה המשפטית המתקבלת בבית המשפט היא אינה מתוך בחירה של תשובה מהטקסט הכתוב. היא תמיד תהיה האחדה של תפיסת עולם, מציאות חברתית, ותפיסתו של השופט.

1.1 רקע תקופתי:

בתקופת כתיבתם של ההוגים הריאליסטים, הפורמליזם והטקסטואליזם שולטים בבתי המשפט האמריקאיים. המציאות ששררה אז בארה"ב (זו תנועה אמריקאית) חילקה את העושר בחברה בצורה שאינה שוויונית והייתה מחלוקת על זכויות והכרה במיעוטים. הריאליסטים קבעו שעל מנת לנתח את המשפט ולפסוק בסוגיות משפטיות חברתיות יש חובה לספק ניתוח ריאלי, מציאותי. מבחינתם ומבחינת התיאוריות הנגזרות מהם, הריאליסטים מסכימים שמה שמתקבל בספר החוקים זה ביטוי למה שהמחוקק ביקש לקבוע, אך השאלה היא כיצד החוק יפורש על ידי בתי המשפט, ולכן הם פונים לשופט.

הם טוענים שניסיונם של הפורמליסטיקנים לייצר אובייקטיביות ווודאות במשפט, הוא לגיטימי והם מקבלים זאת, אך לטענתם לא ניתן להגיע לכך.

פ"ד לוכנר - 1905 - בית המשפט הפדרלי העליון דן במקרה בנושא חוק חברתי, סוציאלי, של מדינת ניו יורק, שמתיר הגבלה של שעות העבודה לעובדי מאפיות. נטען על ידי העותרים שחוק זה אינו חוקתי כי הוא פוגע בחופש החוזים - שמאפשר לבעל מאפייה להתקשר עם עובדיו בחוזה פרסונלי לפיו הם מסכימים לעבוד שעות נוספות. בית המשפט דן בתביעה לביטול החוק החברתי, וקבע שיש לבטלו שכן הוא אינו חוקתי. הריאליסטים וביניהם הולמס בדעת המיעוט מבקרים פסיקה זו, וקובעים שלא ניתן לשפוט בעיניים שאינן חברתיות ומציאותיות. מדעי החברה של האמריקאים רלוונטיים לתוצר הפרשני (אורח החיים, שעות העבודה). בית המשפט פסק בצורה פורמאליסטית שלא מתחשבת בצורכי החברה ובמציאות הקיימת.

הפורמליזם המשפטי בא לידי ביטוי בשני אופנים:

- בהוראת המשפט- מדובר על זרם שטען שיש ללמד משפטים רק דרך החוק ולהדגים כיצד ניתן להלביש את החוק על אירועים. פרופ' לנגדל האמריקאי מהרווארד שטען שיש להגיע למשפטים דרך: חקיקה, עובדות, וחיבור ביניהם. לפיכך אין מקום לשיקולים מוסריים. בישראל הפורמליזם המשפטי שרר עד שנות ה-80. כשברק עלה לכהונתו כנשיא בית המשפט העליון, ירידת הפורמליזם ועליית השיפוט דרך ערכים הייתה בשיאה.
- בבית המשפט- פורמליזם שלט בפסיקה.

הפורמליזם המשפטי לא נעלם.

1.2 הנחות הבסיס של הריאליזם:

- (1) המשפט הוא מדע. כמדע הוא מנסה לנבא תוצאות מסוימות. הניבוי הוא השאלה כיצד יכריעו השופטים?

- (2) הקשר בין ניבוי החלטת השופט לבין כללים משפטיים אינו חזק- (בין הוראת הטקסט המשפטי להכרעת בית המשפט) מתוך כך מגיעים להנחה השלישית:
- (3) יש צורך במדע חוץ משפטי- מדעי החברה.

1.3 הוגים:

השופט הולמס- אבי הריאליזם. היה דעת מיעוט במקרה לוכנר ותהה כיצד בית המשפט לא שם לב להיעדר שוויון הזדמנויות בעבודה ולצורכי החיים הקיימים. הוא כתב ספר שאומר שהמשפט לא יכול שלא להתייחס למציאות החברתית. קונספציות של טקסט משפטי חייבות להיפתח אל מול ערכים חברתיים.

הולמס מנסה לייצר בחינה מדעית של המשפט. הוא מנסה לייצר וודאות משפטית ומחפש כמה שיותר אובייקטיביות במשפט. על מנת לייצר וודאות זו יש צורך במדע חברתי. יש לקרוא את המשפט בעיניים מציאותיות. לכן הוא מציע להגדיר את המשפט כתופעה משפטית, וחושב שכדי לדון בו או לייצר משפט הוגן- קריאה ריאליסטית של הטקסט המשפטי היא מחייבת. אחרת יהיו אבסורדים מהם ניסה למשל הונורה להימנע ע"י כך שאפשר קריאה פרשנית. המוסר שהריאליזם הולך אליו הוא מציאות חברתית. קרובים לדוורקין במידה מסוימת אך באו לפניו.

הריאליזם המשפטי מתחלק בין 2 תפיסות, מלבד הצורך לייצר תורת משפט מדעית, היא גם אמורה לעזור לנבא תוצאות שיפוטיות. לפי הולמס, עורך הדין הוא איש רע המתעניין רק בתוצאה ולא בצדק. חיזוי תוצאות שיפוטיות לפי הולמס מסתמך על משתנים רבים, ביניהם השופט, ההיסטוריה שלו האידיאולוגיה שלו ועוד.

טענת הריאליסטים היא ספקנותם בעובדות והכללים העומדים בפני בית המשפט. הם טוענים כי בית המשפט בורר בין העובדות והכללים כרצונו. לכן טענתם היא לערכאה הראשונה והערכאה האחרונה, כיוון שבבתי משפט כאלו החלטת בית המשפט יכולה לברור מסך העובדות והכללים מה נראה להם יותר. מכאן, הריאליסטים מתחלקים ל 2 זרמים:

- ספקני כללים- מטילים ספק בכללים שבהם בית המשפט דן. הכותב המרכזי הוא קול לואלן. לדעתם, בית המשפט בדרך הפרשנות מגיע לתוצאה מסוימת תוך שהוא בורר מבין הכללים מה נראה לדעתם טוב יותר או נכון יותר. לכן קובע לואלן שמה שכתוב בחוק- כללי נייר, לא יכולים לסייע להגיע למשפט הנכון כיוון שבתי המשפט של הערכאות האחרונות לא נצמדים לכללי הנייר המסוימים שיהיו רלוונטים לדעת הפרט.
- ספקני עובדות- אחד ההוגים המרכזיים- ג'רום פונק כותב על ספקנות עובדות, ואומר שבבית המשפט, סובלים השופט והמושבעים מדעות קדומות ומהדעה המוטעית שהם מייצרים משפט אובייקטיבי, זאת כיוון שהם בוררים מתוך העובדות מה שנראה להם. הוא קובע שבמשפט אין וודאות בשל כך.

דוורקין והארט- פורמאליסטיקנים או ריאליסטים?

הארט- גם וגם. מכיר בשילוב כללים עם שיקול דעת. מאפשר שיקול דעת חזק במקרים הקשים- גישה שמתיישבת עם הריאליזם.

דוורקין- גם וגם. ריאליסט כי הוא מדבר על עקרונות. פורמליסט כי מדבר על תשובה נכונה אחת. על השופט לפרש חוקים על ידי עקרונות.

גבולות הריאליזם

בבג"צ אמנה ננקטת עמדתו של גרוניס והוא קובע שחובה עלינו להפריד בין דעתנו כאזרחים למחשבתנו כשופטים. אין בהכרח זהות בין משפט הציבור למשפט השופטים, וטוב וראוי שכך. עמדה לא ריאליסטית. עמדה שמשמרת את תפקידו של הריבון כבלעד.

2. הגישה הביקורתית למשפט- CLS

זרם שנגזר מהריאליזם והוא אומר שהמשפט לא רלוונטי, הכל פוליטיקה. בתי המשפט אומרים מה נכון, מייצגים את הריבון ובכך ממשיכים החוליים החברתיים בניגוד למה שהמשפט אומר להשיג. לטענתם המשפט מייצג מוקדי כוח. גישה שבאה לבקר את המשפט. זרם של אקדמאים שיצא כנגד השמרנות ששררה בבתי המשפט האמריקאים. כתבו בעיקר בשנות

ה70 וה80. הרבה מהמזוהים עם זרם זה איבדו את מקום עבודתם בשל גישתם הרדיקאלית והיציאה כנגד המערכת. לפיהם החופש שהמשפט מאפשר הוא פיקציה כי בסופו של דבר המשפט מגשים את רצונותיו של הריבון על ידי פסיקה שלריבון תהיה סמכות להחליט, ושעל פיו יישק דבר. זו גישה שמקצינה תפיסות קהילתיות, מרקסיסטיות (קולקטיב) של המשפט ולפיה במקום שבו המשפט הוא פוליטיקה, המשפט מיותר ואין בו צורך כיוון שבסופו של דבר הריבון ינצח. טוענים שהמשפט בא להגן על קבוצות אינטרס, שהמשפט מתייחס לשופט כייצור תבוני בעל כוח שיוצר את הקיבעון, הפיקציה הבאה:

לדעת ה CLS המשפט קובע שהכל תקין ובסדר ואין אלטרנטיבה כי המצב הקיים הוא הנכון ביותר.

בפרשת **אליס מילר** - המציאות הקיימת שהייתה לפני עתירתה של מילר, בה נשים לא שירתו בקורס טייס, הייתה מציאות CLS ית בה המצב הקיים שירת אינטרסים ונתן הרגשה שהכל בסדר ושכך צריך להיות.

לפיהם צריך לשנות ולאפשר למשפט דיאלוג עם החברה. צריך לבחון מהו המשפט בצורה בינתחומית: מכל תחומי החיים- כלכלה, היסטוריה, תרבות, אנתרופולוגיה ועוד כדי לאפשר הגעה לתוצאות נכונות.

חוקי צנינו - על זכויות ופיקודנות

1. המשוואה ההופלדיאנית - 1913

הופלד כתב על 4 אלמנטים שמאפיינים זכות :
- **זכות** - במובן הצר של המילה. לצידה תהיה חובה.
- **חירות** - ההפך מחובה. היעדר חובה. פריבילגיה. אם יש חירות לעשות מעשה מסוים, לאף אחד אין את האפשרות להגיד לא לעשותו. (לדמיון, לדבר..)
- **כוח** - המצב בו לאדם יש אפשרות לשנות את יחסי הכוחות בינו לבין אחר. הוא משנה את הזכויות והחובות עצמודות למערכת היחסים בינו לבין אחר. מה שקורלטיבי לכוח זו כפיפות, כיוון שהכוח לשינוי המערכת מביא לכפיפותו של האחר.
- **חסינות** - כשלאדם אין כוח או סמכות לייצר שינוי במערכת היחסים, לאדם שעומד מולו יש חסינות

כיצד ארבעת הזכויות מתנהלות במקביל?

אדמה ציבורית - שמורת טבע
לפני שמדינת ישראל מוציאה מכרז לבנות על הקרקע, לכולם הייתה אפשרות להיכנס לשמורה. אפשרות זו היא **חירות (פריבילגיה)**. הממשל החליט לשנות את ייעוד הקרקע והוא פותח במכרז. לכל הקבלנים יש **חירות** להגיש הצעה למכרז. ברגע שקבלן זוכה במכרז, יש לו **זכות** לבנות בקניינו, ולחברה הציבורית יש **חובה** לכבד את זכותו לקניין. יש לו יכולת לשנות את מערכת היחסים שלו עם המדינה, עם הציבור או עם קבלנים אחרים - יש לו **כוחות**. אל מול הכוח שלו לאחרים יש **כפיפויות** בהתאם, או **חסינויות**. החסינות מונעת ממי שזכה במכרז שימוש בכוחו. אם הזוכה במכרז נוטש את השמורה, חוזרים חזרה לנקי' ההתחלה בה לכולם יש **חירות**. שוכר כלפי משכיר - **זכויות** לגור בנכס, **חובה** של המשכיר לאפשר מגורים נאותים. **חירויות** לאכול בנכס, לדבר בו. **כוח** לסיום החוזה בתנאים מסוימים. **חסינות** שלא יסתיים החוזה למעט במצבים המותרים בו.

1.1 ביקורות:

האם תמיד יש חובה לצד זכות? מה לגבי מצבים בהם יש זכויות שלנו לגבי עצמנו. יש הטוענים שהטבלה ההופלדיאנית אינה ממצה כיוון שארבעת ההגדרות לא בהכרח ממצות את מגוון האלמנטים שכל זכות צריכה להכיל. על אף הביקורות שהיו עליו שהוא ניסה לכמת או לצמצם את מושג הזכות לארבע הגדרות עדיין ניתן לומר שהוא נתן הגדרה נוחה לשימוש.

במצב הטבעי (לפני האמנה החברתית, לפני שהתאגדנו כחברה), הזכויות של אנשים היו במובן רחב, הם היו פריבילגיה הופלדיאנית. החירות הייתה תמידית ולאף אחד אין זכות להגיד מה לעשות. האמנה החברתית הצליחה לשבור את החירות הבלתי מוגבלת לסוגים שונים של מערכות קורלטיביות.

יישום הופלדיאני בבית המשפט - להעתיק מהמצגת את פודמסקי ודרום אפריקה

3. קניין כמקרה מבחן - ג'ון לוק וזכות הקניין (1681)

קניין זו אחת משלושת הזכויות הטבעיות והיא חזקה מאוד כיוון שהיא תקפה בעולם כולו ולכן החובה היא מול כל העולם. אם יש זכות על חפץ כלשהו כל העולם צריך להכיר בזכות.

גיון לוק כותב בפרק החמישי של המסכת השנייה על הממשל המדיני: שקניין הוא זכות טבעית. אך כדי לעבור מהיות הזכות מוקנית באופן טבעי למוקנית באופן מעשי, צריכים להתמלא מספר תנאים;

הדיון שלו מתחיל בהבנה שאת הארץ והטוב שבה קיבלו כל האנשים במשותף מהאל ולכן לא ניתן לנכס את הטוב שניתן לידיים פרטיות. את התיאוריה שלו הוא בונה על עיקרון העמל- תיאוריית העבודה של גיון לוק. בתיאוריה זו הוא מתבסס על ההנחה הראשונית לפיה לאדם יש קניין על גופו ולכן יש לו זכות על מה שהגוף שלו מייצר. אם גופו מייצר עבודה, תהיה לו זכות על הקניין שמכיל את פירות העבודה המסוימים. הוא שואל מה צריך לעשות כדי להפריד מהכלל המשותף (מתן האל השוויוני) חלקים לבעלות פרטית. התשובה היא שיש לעמול. אם לא היו מפריס את האדמה לא ניתן היה להשתמש בטוב הקולקטיבי ולא נוצר היה רווח לחברה כולה. מעקרון זה הוא גוזר את עקרון ההוספה. האדם, מהיותו עמל, הוא מוסיף ערך למה שניתן במשותף. כשאם מנתק או מוציא מהכלל את הנתחים שעליהם הוא עמל, הכלל נהנה מעצם הלקיחה והוספת העמל על ידי אדם מסוים.

הזכות היא לעולם לא אבסולוטית. סעיף 27 לפרק החמישי מציין 2 תנאים מעשיים שרק בהתמלאם ניתן ליהנות מהזכות:

1. תנאי הכמות המספקת- ניתן לקחת מהכלל אך בצורה שתשאיר לאחר גם את האפשרות ליצור קניין פרטי.
2. תנאי הפסולת- אם לקחת מהכלל וניכסת לעצמך, אל תגרום לדבר להירקב. אם רכשת אדמה ולא עיבדת אותה, לא יצרת ערך חברתי.

העיקרון הבסיסי שדורש תנאים אלו הוא שאתה תמיד הבעלים של נכס שעמלת עליו. אך ללהיות בעלים מוסרי של נכס משמעות אחרת. לפני שהזכות תהיה מוסרית באמת, יש לעמוד במבחן חברתי בו ההשלכות כלפי כל החברה ממנה נלקח הנכס נלקחות בחשבון. לכן לפי התנאי הראשון ניתן לקנות כמות מסוימת של אדמות ולעבד כמות מסוימת של דונמים אך לא ניתן לרכוש את כל האדמות. התנאי השני קובע שאין לתת לאחד יותר מלאחר. למרות שהתנאים מדברים על קניין הם מכוונים לערך החברתי של אי פגיעה באחר.

אלמנט נוסף שלו הוא צלע הצדקה: הזכות הקניינית מוגבלת בעיקרון הצדקה לפיו, תמיד יש אפשרות לקחת מקניינו של אחר אם יש מצב של צורך בסיסי.

לוק מכיר ברצונו ותשוקתו של האדם לקניין. הוא קובע שהחברה האזרחית יצרה את המתכת הצהובה- הזהב ועשתה סחר חליפין. מתוך כך אדם יכול לקחת קניין מועט אך ליהנות מהרה כסף. הטענות החברתיות כנגד טייקונים יכולות להיעשות תחת אותם שיקולים והצדקות חברתיות כמו של לוק, אך ניתן לומר שהכסף התקבל מעמל לגיטימי.

ניתן לראות את העיקרון ההופלדיאני במשנתו של לוק:

דוגמת שיח התותים: נקודת הפתיחה היא חירות לכולם לקחת מן התותים. אם אדם אחד לקח את כל התותים הוא נוטל את הזכות של כולם ליהנות מהתותים. אך אם הוא לקח את התותים רגע לפני שנרקבו ועמל עליהם והכין ריבה שהוא מוכר בשוק הוא יצר ערך לתותים ועמד במבחן החברתי המצטבר. אם התותים היו נרקבים אף אחד לא היה נהנה מהתותים והוא לא היה מרוויח כסף.

אם רואים את לוק בעיניים הופלדיאניות, ניתן לומר ש:

כשאנחנו נמצאים לפני מצב של עמל אנו בני אדם רגילים ושווים שהם חלק מהקולקטיב ויש להם חירות לעמול. ברגע שאחד קטף תותים הוא עמל והוא הפך מאיש רגיל לעמל. מעבר זה הופך את העמל לבעל זכות, ואותנו שלא עמלנו כבעלי חובה כלפי כולנו להכיר בזכות של מי שעמל בקניינו.

ניתן אם כן לומר לפי המודל הלוקיאני שעיריית תל אביב לא יכולה לבנות בתל אביב בתים בעלי 4 דירות על שטח גדול כיוון שהיא שוללת את החירות ואת הזכות של שאר החברה לבנות במקום ולא מייצרת פרי שיכול ליהנות ממנו הקהל הרחב.

A commoners privilege >> duty

A laborers privilege >> right

2.1 ביקורות על תפיסתו של לוק:

- האם התפיסה רלוונטית להיום? לוק כתב בתקופת שפע בשונה מהיום. יש להבדיל בין קריאה טקסטואלית לקריאה אתית.
 - * על פי **דוברט נויק**, קריאה טקסטואלית של התיאוריה של לוק יכול להביא למצב לפיו שפיכת קופסת שימורים של עגבניות לנהר מנכסת את הנהר לשופך. בגלל המוגבלות במקומות ואמצעים כיום, עדיף להסתכל על התיאוריה כמבחן אתי על מתי יש להתיר ולתת זכות קניינית על מה שניתן לנו במשותף.
 - ביקורת נוספת מעלה את השאלה מתי לקיחה מהכלל הינה בהכרח לא פוגעת בזכותו של אחר.
 - * על כך **ג'רמי וולדרון** אומר שאין צורך להשאיר את אותה כמות ואותה איכות אך יש לאפשר מצב בו יוכלו אחרים לקחת גם. מבחינתו המוטיב המרכזי שיש לקחת מלוק הוא מודל הצדקה. ניתן אם כן לראות את התפיסות הפוליטיות השונות באות לידי ביטוי באופנים השונים לתפיסת משנתו של לוק.
 - **ביקורת הריס (1996)** - האריס שואל כיצד ניתן להצדיק זכות טבעית. הוא מחפש הצדקה לזכות הקניין כזכות טבעית מחוץ לתורתו של לוק. הוא מביא 3 טיעונים של לוק בדבר זכות קניין טבעית:
- בעלות על הגוף, יצירה ללא נזק לאחר ותמורה עבור עמל.**

האריס משתמש בטענות אלו להראות שהזכות לעולם אינה אבסולוטית והרמטית ובוחר זו פר טענה.

- **בעלות על הגוף** - הוא קובע שהבעלות על הגוף אינה אבסולוטית. לא ניתן למכור כלייה או רחם בכל מקום. הוא מביא את דוגמת **R v Brown** בו נקבע שלא ניתן להשתמש בכל האמצעים במהלך קיום יחסי מין בין בוגרים ושלא ניתן לפגוע בעצמך או בגופו של אחר לטובת ההנאה המינית. דעת המיעוט סברה שלא ניתן להתערב בתחום זה בחברה פלורליסטית ליברלית ושלדין הפנימי אין מקום ברגולציה של יחסי מין בהסכמה.
- ** בראייה ברלינית ניתן לומר שבחברה שאנו רוצים לחיות בה צריך חירויות שליליות - אזורים שלא מפריעים בהם אך גם זכויות חברתיות.
- דוגמה נוספת שהאריס מביא על מנת להראות שלאדם אין זכות מוחלטת על גופו היא עבירת האינוס במסגרת נישואין. בעבר האישה נחשבה קניינו של הגבר ועד 92 המשפט המקובל באנגליה לא הכיר בעבירה זו. ב-92 בית המשפט הכיר בכך שבמערכות יחסים מודרניות האישה וגופה אינם נכס. מכאן האריס קובע שלא ניתן לומר שיש לאדם זכות קניינית טבעית מעצם היותו הבעלים הבלעדי של גופו. ניתן להשתמש בכך כנקודת פתיחה אך לא לקבוע בעלות קניינית מוחלטת לפיכך.
- **יצירה ללא נזק לאחר** - אדם יוצר קניין חדש בעל ערך חברתי. קניינו דרך היצירה לא פוגע באף אחד והתוצאה היא שיש לו זכות קניינית. האריס שואל האם זה מספיק כדי להצדיק זכות קניין טבעית כפי שטוען לוק? האריס טוען שזה לא מספיק. בחברה בעלת משאבי טבע מוגבלים, לא ניתן לראות בטענה זו הצדקה לזכות קניין טבעית או אבסולוטית.
- הוא קובע שתחום אחד של קניין הוא אינסופי - הוא הקניין הבלעדי. האיזור בקניין המגן על זכויות יוצרים לא מעניק הגנה על נכסים רעיוניים.
- האריס טוען שאם יצירה ללא נזק לאחר היא לגיטימית, יש לחשוב על תוצאתה.

התוצאה היא הטלת חובות חד צדדיות. ברגע שנקבעה ההלכה שאחר לא נפגע בשל קניינו, על האחרים לעמוד בחובות כלפי בעל הזכות. האריס טוען שלא ניתן להטיל חובות חד צדדיות. ניתן להטיל חובות כאלו רק כאשר נוצרו פירות שמהווים ערך חברתי שנוצר על ידי הניכוס והבעלות על משאבים שונים. לכן, יצירה ללא נזק לאחר לא מספקת אלא אם מדובר על יצירת ערך. בתפיסה הלוקיאנית אין דיבור על ערך אמיתי.

- **תמורה עבור עמל-אדם** יוצר רווח חברתי לאחרים, הוא זכאי לתמורה בעבור ברווח שהוא יצר והתמורה יכולה להיות זכות קניינית אך היא לעולם אינה אבסולוטית היא מגיעה מעצם העמל המושקע ומעצם הרווח המתקבל בחברה. מעצם כך, הזכות הקניינית לעולם לא תנגוד או תהיינה בקונפליקט עם קונבנציות וצרכים חברתיים.

פרופ' חנוך דגן- קניין על פרשת דרכים

מדבר על הקניין כריבונות ועל הקשיים בהגדרת הקניין כזכות אבסולוטית. זכות אבסולוטית היא פורמליסטית, סגורה ולא נותנת מקום להצדקות נורמטיביות. על כן כשמסתכלים על קניין כריבונות או באופן פורמליסטי האופן המוסרי של הקניין נתחם ושיקולים נורמטיביים לא יכולים להיכנס פנימה.