

29/10/2012

שיעור ראשון ד"ר שיין חיים

המטרה של הקורס הוא לפתח את יכולת החשיבה

מבחן אמריקאי בסוף השנה

מהו המושג הבסיסי ביותר בעולם המפשט?

תשובה: המושג הבסיסי ביותר של תורת המשפט הוא עיסוק בחוקים.

המושג המרכזי ביותר בתורת המשפט הוא החוק.

מה זה חוק?

בהגדרה המילונית **חוק** הוא למעשה נורמה מחייבת. כלומר, דפוס התנהגות מחייב, שלהבדיל מדפוס התנהגות שונים יש בו אכיפה. מערכת אכיפת החוק תתערב לכן הוא שונה מדפוס התנהגות שהם לא חוק.

כאשר חותמים על חוזה יש תנאים בין הצדדים.

מה ההבדל בין חוזה שכירות לבין חוק?

גם החוק וגם חוזה השכירות מייצרים נורמה **אלא** שחוק מייצר נורמה שמחייבת את כלל האזרחים וחוזה מחייב רק את הצדדים בחוזה.

באיזה מובן חוזה השכירות זה נורמה מחייבת?

כאשר יש חוזה שכירות בין שני צדדים ואחד פועל שלא לפי הנורמה אז הצד הנפגע/השוכר הולך לבית המשפט ובהמ"ש נותן לו סעד – פינויו של השוכר מהדירה.

גם חוק מייצר נורמה וגם הסכם מייצר נורמה

יש הבדל בין נורמה חוקית ובין נורמה חוזית.

זהו המשמעות של חוק.

המושג המהותי והחשוב ביותר בעולם המשפט זהו המושג שנקרא **זכות**.

מה פרוש הדבר יש לי זכות? על איזה סוג של זכויות אתה מדבר..

יש הרבה מאוד סוגים של זכויות.

הזכות המשפטית הבסיסית ביותר היא הזכות לקניין.

יש לי זכות משפטית בדירה, זה אינטרס לגיטימי והזכות הזאת מקבלת גיבוי בחוק.

זכות, היא למעשה אינטרס לגיטימי, כאשר האינטרס הלגיטימי הזה מקבל את הגיבוי שלו בחוק.

למה יש לי זכות? כי זה רשום בטאבו והטאבו הוא ההוכחה על הזכות.

מהו האינטרס הלגיטימי שאני מדבר על זכות בדירה, הקניין, מה עושה החוק? החוק שומר ומגן על הקניין, כאשר הקניין הוא האינטרס הלגיטימי. ואיך מגנים עליו? באמצעות החוק. החוק הוא ביטוי להגנה על האינטרס הלגיטימי.

הבנו את המהות הפורמאלית של החוק.

מהו החוק באמת, את מה מבטא החוק באמת? החוק הוא בסופו של דבר, למעשה פשרה לאומית.

משמעה של "פשרה לאומית" – הכנסת מורכבת מחברי כנסת שהם נציגי ציבור, בכנסת לדוגמה יש קבוצות של חרידים מה שמעניין אותם בעיקר זה דבר אחד זה שהם יקבלו דברים שהם שונים – כמו לא לגייס בחורי ישיבה לצה"ל וכו'. זה לגיטימי לא לגייס בחורי ישיבות מטעמים כי הם נבחרו ולכן זה לגיטימי.

כולם רוצים לייצג אינטרס מסוים. יושבים כולם בכנסת עם הדעות השונות והם עושים עסקאות ביניהם. החוק הוא סוג של פשרה לאומית במהותו. רוב החקיקה המהותית היא סוג של פשרה לאומית. פשרה זה הכי חשוב על מנת שיצא חוק שהוא טוב לשני הצדדים, הסדר הוא חשוב מאוד בשביל חוק.

תזכרו טוב: התפקיד או המהות של החוק – החוק למעשה מבטא סוג של פשרה לאומית.

ומה תפקידו של בית המשפט העליון? לבדוק שהפשרה הלאומית תהיה **הוגנת**. וכאשר בית המשפט העליון רואה לנכון שזו פשרה הוגנת אז הוא נותן את הגושפנקא ולהפך.

מכות מה יש לבית המשפט העליון את הסמכות לבטל את החוקים?

על בסיס מה נוצרת מדינה? **הסכמה** בין קבוצת אנשים כדי להגישם מטרות ספציפיות. מדינה במהותה היא סוג של הסכמה. מדינה מבוססת על ההסכמה בין האזרחים כדי לקדם אג'נדה מסוימת ערכים ואידיאולוגיה. כאשר משהו פוגע ב"חווה המדינה" – בעקרונות, אז בית המשפט העליון יעשה הכל כדי להגשים את החווה, הפרה של החווה הבסיסי.

בית המשפט העליון שואב את סמכותו מהאזרחים שעשו הסכם מסוים והם אוכפים אותו.

במדינה ישראל יש הפרדת רשויות, רשות מחוקקת, מבצעת והשופטת.

פס"ד יצחק שמיר יצחק מודאי חתמו על הסכם לריצה משותפת בבחירות לכנסת בא משהו מהליכוד וטען שההסכם הזה לא טוב, הוא פנה לבית המשפט וביקש לבטל את ההסכם ואז התיק הגיע לבית המשפט העליון. הדבר הראשון שבית המשפט עושה זה ניסיון לברר איזה חוק מטפל במקרה שלפניו-איזה חוק חל במקרה שעומד לפניו (בית המשפט צריך להפעיל פרוג'קטור לזהות מהו החוק שמכסה את המקרה שמופיע לפניו) החוק הרלוונטי הוא חוק החוזים (הסכמים=חוק החוזים) הוא זה שמטפל בהסכמים. בא בית המשפט העליון ומגלה שיש לו בעיה, כי שני הצדדים מייצגים ציבור שונה ולכן זו בעיה (למוכר יש זכות בדירה ולקונה יש זכות בכסף זה דוגמה של חוזה, מעבירים זכויות ביניהם) חוק החוזים לא חל במקרה הזה של שמיר ומודאי, אין פתרון בחוק. ולכן, בית המשפט העליון לא יכול להתערב כי מה שבית המשפט העליון יכול לעשות זה לתת פתרונות חוקיים ואין לו סמכות לתת פתרון שאין אותו בחוק.

בהמ"ש העליון מוסמך לתת פתרון רק לפי החוק ואם אין פתרון בחוק אז בית המשפט העליון לא יכול לתת פתרון שלא מופיע בחוק!!

כל עוד אין פתרון חוקי בית המשפט לא יכול להתערב!!

ברק "מלוא כל הארץ משפט" קרי, אין התנהגות אנושית שלא נמצאת תחת מטריה משפטית. בית המשפט יכול לשפוט בכל נושא אבל לא תמיד הוא רוצה. גם אותם דברים שנקראים חופש הם נמצאים תחת מטריה משפטית אחת. במקרה של שמיר ומודאי, במקרה שאין חוקים לגבי נושא מסוים ואין נורמה חוקית אז בית המשפט יכול לייצר את הנורמה כי אין חוק..

איך נבחרים שופטים בישראל?

שופטים נבחרים ע"י וועדה למינוי שופטים. 9 אנשים קובעים מי יהיה שופט ומי לא – מי שרוצה להיות שופט מגיש בקשה לוועדה והיא זו שקובעת.

מושג בתורת המשפט - **עילה** – כאשר אני בא וטוען שזכות שלי נפגעה, אני הולך לעו"ד ואז הוא ממיין את העובדות שאני סיפרתי לו והוא הופך את זה לעילה במקום לעובדות כי כזה הוא עו"ד.

עילה היא עובדות רלוונטיות לצורך התביעה. כתב התביעה הוא זה שמגבש את עילת התביעה. עילת התביעה זה מכלול העובדות הרלבנטיות שמגבשות את הזכות שלי שנפגעה.

הצד השני מגיש כתב "הגנה": הסתייגות, לטעון שהעובדות שבכתב התביעה לא נכונות, או גם אם כל העובדות נכונות אבל אין עילה לתביעה. בית המשפט אמור בפס"ד לשמוע את העדויות והוא קובע את העובדות שנראות לו אמתיות בנוסף בית המשפט מפרש את החוק על העובדות האמתיות שלגביהם הוא החליט. הצד שהפסיד מגיש ערוער לערכאה גבוה יותר-מתעסק אך ורק בסוגיות משפטיות ואין שם עדים רק עיוני. (סיכון של המערער). בית המשפט כערכאה שנייה יכול להתערב רק בהיבטים העובדתיים והלקוניים.

שיעור שני 5/11/2012 חסר

12/11/2012

שיעור שלישי

שאלת היחס שבין המשפט לבין הצדק.

שני מושגים מאוד חשובים :

מושג פשרה-מה זו פשרה? אם לדוגמא אני טוען שפלוגי חייב לי 1000 שקל איזה טענה זו? זו טענת זכות, בא אותו פלוגי ואומר הנתבע בא ואומר אני חייב לך רק 200 שקל. הם הולכים לבית המשפט ובית המשפט מביא לפשרה שהנתבע יהיה חייב רק 500 בהמ"ש עושה איזון בין זכויות ביו זכותו של התובע לקבל 1000 לבין זכותו של הנתבע לא לשלם יותר. האם הפשרה מבטאת אמת? 500 שקל זה לא החוב האמיתי... כלומר 500 ש"ח זה בוודאי לא החוב האמיתי, זו לא האמת. יש שיטה שבאה ואומרת מה אכפת לי, הרי הפשרה היא לא נכפת על הצדדים, פשרה נעשית מרצונם של הצדדים. יש שיטות אחרות שבאות ואומרות זה איום ונורא או שהנתבע מקבל כסף שלא מגיע לו או שהתובע מקבל כסף שלא מגיע לו. יש שאלה-אין שום דמיון בין הפשרה לבין האמת ובתי המשפט מעודדים לעשות פשרה. הרעיון המרכזי בא ואומר שאם הצדדים עושים פשרה זו בעיה שלהם, הם עושים הסכם. ההסכם הוא הפשרה. פס"ד מארה"ב -בית המשפט בארה"ב לא מבטל חוזים! מה שכתוב בחוזה זה מה שיש. זאת השיטה האמריקאית, הוודאות הכלכלית- אדם חתם על חוזה זהו זה מה שנימצא מעבר לזה לא מעניין אותנו, מה ההיגיון? אם בחרת לקנות אוטו שידעת שאחריות היצרן היא רק על חלקים מסוימים, זה לא עניין בית משפט, לבדוק למה קנית את האוטו הזה זה שיקול אישי. זה לא עניין של בית משפט למה אותו אדם חתם על החוזה. אם האדם חתם מרצונו החופשי זה לא התפקיד של בית המשפט. לא מעניין מה המניעים של אותו אדם. המהות היא הנכונות של האנשים להסכים לוותר על זכות ולכן גם אם הפשרה לא משיגה את הצדק בסופו של דבר יש בה יתרונות של עילות, מהירות והסכמה וכו. יש שיטות נוספות כמו המשפט העברי יש התייחסות חריפה לכך.

מושג גישור-פטנט מאוד מעניין ואפילו מדהים הגישור בא ואומר במקום להתעסק בזכויות בו נתעסק באינטרסים בית המשפט מתעסק בזכויות ואנחנו בגישור באים לבדוק מה האינטרסים ואנו באים לשמוע את האינטרסים של הצדדים. לדוגמא- היה מקרה של זוג שהתגרש והיה הסכם שהבעל ייקח את הילדים בשעה מסוימת ואז החל סכסוך לגבי הסכם הגירושים הזה, אם הולכים על שאלת הזכויות אז הבעל זכאי לקבל את הילדים לפי הזמן הקבוע בהסכם, המגשר לא בודק זכות אלא אינטרס. אין לו אינטרס לקבל את הילדים פעמים בשבוע, האינטרס של האישה שהבעל יעבוד כמה שיותר ירוויח כמה שיותר על מנת לשלם מזונות. בצד הזכות שלה היא רוצה שרק יהיו פעמים בשבוע אצלו. אך האינטרס שלה הוא שהבעל יקבל ויעבוד. יש שילוב בגישור של האינטרסים בודקים שאלה של אינטרסים ולאזן ביניהם.

שאלת הצדק היא בעייתית מהסיבה שאין מושג של צדק אבסולוטי בכללי. אין בעולם אפשרות להכיר במושג של צדק אבסולוטי. כי מה שנראה צודק לאחד לא בהכרח צודק למישהו אחר, הדבר קיבל ביטוי בבית המשפט העליון בתיק של נחמני- בני זוג החלו הליך הפריה חוץ גופית, הם נפרדו והאישה רצתה להמשיך את הליך ההפריה והוא לא רוצה שהיא תמשיך כי זה הזרע שלו, הגיע התיק לעליון בשאלה מה עושים עם הביצית המופרת- 4 שופטים באו ואמרו שצריך להגיע להכרעה עפ"י הצדק. כי אין לו חוק אין פרוג'קטור שמהיר את הסוגיה המשפטית, בית המשפט ראה שאין למקרה זה חוק משפטי, לא מצאו פתרון מה עושים במקרה דנן. 4 מתוך ה- 5 אמרו ללכת לשיקולים של הצדק. 2 שופטים אמרו שזכותה של אישה להיות אם, האמהות זו זכות יסוד. באו שני שופטים אחרים וכתבו בלעג כי לא יכול להיות שיכפו על הבעל

להיות אבא. מאוד מוזר כי אם אתה רוצה לבוא ולטעון בשם הצדק אתה לא יכול להגיע להכרעה אין צדק אבסולוטי, בא השופט 5 והוא מגיע מכיוון שונה אני ראיתי אתכם אתם מנסים לפתור את הסוגיה על בסיס שיקולים של צדק, אומר כך, הם הרי **חתמו על הסכם בבית החולים** ויש הסכם שהם חתמו עליו, זאת אומרת בית המשפט הבין שאתה לא יכול למצוא פתרון שהתבסס על צדק, משום שהצדק לא אבסולוטי ואז בא המשפט שאומר אם אני רוצה להשיג מהירות, יעילות, וודאות גם עם המחיר הוא מחיר הצדק בהרבה מקרים בא המשפט אומר ביעילות והמהירות בסופו של דבר יש עליונות ליעילות. לדוגמא היה דיון בבית המשפט העליון בתיק של **קרסו** - היא השכירה נכס לאדם מסוים והוא היה שם 33 שנים והוא השקיע בעסק ותרים בכל לנכס, חוזה השכירות נגמר והצדדים הפסיקו את החוזה, קרסו הוציא צו לפינוי וזה לא צודק כי אותו אדם השביח(שיפץ) את הנכס. **אם כל הכבוד לצדק אבל כאשר לשון החוק היא ברורה בית המשפט לא יכול להפעיל שיקולי צדק.** יש עדיפות על היעילות של הצדק.

הובלת הצדדים לפשרה כי יש פער בין התוצאה הצודקת לבין התוצאה החוקית כדי למצוא איזון בין הצדק לחוק.

החוק תמיד עליון אך יש מטרה לאיזון בין הצדק לבין החוק. **פשרה** נותנת שיקולים גם לצדק. ברגע שביט המשפט לוחץ לפשרה יש לחץ של איזון בין הצדק לחוק, המגמה להביא לתוצאה שהיא צודקת. (שופט מוקד - מקבל תיקים על מנת להגיע לפשרה ואם הם לא מסכימים לפשרה אז הוא מעביר את זה לשופטים). הנושא של היעילות הוא משמעותי. בית המשפט רוצה "סופיות דיון" ואם איבדת את שחייבים לך ואם לא הבאת את הראייה זה אבוד וגם אם מצאת את הראייה לאחר המשפט, היא בטלה כי התיק נסגר "חלוט". **במשפט פלילי יש לפתוח את המשפט, משפט חוזר לראיות חדשות רק בפלילי.** קיים גם **חוק ההתיישנות** - תביעה בתוך **שבע שנים** מיום ההסכם. עקרון שבא ואומר **סופיות הדיון**.

במשפט יש גם מאבק בין אינטרסים וערכים שונים, תמיד חשבו שהחוק זה דבר קבוע ברור ופשוט שביט המשפט צריך רק ליישם אותו, אך, יש מערכות שלמות של ערכים שמתמודדות אלו עם אלו. לדוגמא, לא היה צדק אז מה היה? התנגשה האמת מול זכותו של הנאשם. מהי זכותו של הנאשם? להתכונן עפ"י כתב האישום שניתן נגדו, ולבדוק, *זכותו שכתב האישום היה מתואם כמו כתב הטיעון בבית המשפט. יש ערכים מתנגשים, ההבנה של המשפט זה לא של החוק אלא של ערכים שמקבלים את הביטוי שלהם ומתבססים עליו. (להסתכל בספרים של אהרון ברק). שני ערכים מתנגשים, יש פגיעה בחופש הביטוי ויש פגיעה בדת. יש פגיעה בין ערכים. עם נעמיד את חופש הביטוי זה ערך עליון לפי אהרון **ברק** עפ"י הדת. אם באמת התוכנית חשובה וחשוב שהציבור ידע אותו עדיף לא לפגוע בחופש הדת של האנשים ולהקרין את זה לכלל הציבור במידה וזה חשוב שגם הציבור הדתי יינה. תפיסה ערכית של בית המשפט. מה שמגביל את בית המשפט זה **"אמון הציבור"** הוא מרחיק לכת עד כמה שהוא מאמין שהציבור יהיה איתו.

גיוס בני הישיבות-1970 הגיש **ברק** עתירה לבית המשפט העליון בטענה שצריך לגייס את החרידים, ב-1970 **לא הצלחת להוכיח שאתה באופן אישי נפגע בגלל זה, ודחו את העתירה**. כעבור כמה שנים מגיש עתירה ומביא מסמך כי יש לו יותר מילואים בגלל שהדתיים לא בצבא. דחו את העתירה. עתירה של **רובינשטיין** עם השופט **ברק**, שיקול הדעת של שר הביטחון הוא לקוי יש אי שוויון בנטל ואין סיבה לא לגייס את החרידים. כל אחד משוכנע כי התוצאה הסופית שיש לבטל את הפתור ולגייס את החרידים, אך **ברק**, לא מצא סיבה וקבע שלא צריך לגייס אותם. כעבור כמה שנים מגיעה שוב עתירה אומר ברק בפעם השנייה שאין סמכות שלא לגייס תלמידים, בית המשפט קבע על בסיס **חוק טל** שיש לגייס את החרידים עם כל הבירוקרטיה השונות שניתנו. הדחיה של ברק במקרה הקודם הייתה בגלל **אמון הציבור**. אמון הציבור זהו הבסיס שאליו בית המשפט יגיע כי הוא זה שמגביל אותו.

איך בית המשפט יודע מתי זה לא אמון בציבור-**ברק** כתב "קהליה משפטית"-בני האדם, הציבור מגבש עמדתו באמצעות **מתווך ידע** כמעט בכל נושא, תקשורת, אומר **ברק** אותו דבר קורה בקשר למשפט אתה כאזרח איך אתה מגבש עמדה ביחס למצב המשפטי, איך הם מגבשים את דעתם? באמצעות התקשורת, הייתה כותרת ומה שכתוב בעיתון על פס"ד מסוים, אז הציבור מבין לפי זה. ברק אומר כדי לדעת מה הציבור חושב, אז אני צריך לדעת מה **מתוכי ידע יכולים להשמיע לציבור**. יש לי את מתווך הידע ואם הם תומכים בי אני יכול לשלוט במערכת המשפט. אותי מעניינים מתוכי הידע. המשפט הישראלי הופך להיות משפט מעניין דרמטי, כי מה שמבצע ונותן את הגיבוש של פס"ד זה בסופו של דבר אלו הערכים ושקלול כפי שזה נעשה בבית המשפט. כל המערכות המשפטיות הן מבוססות על ערכים ולא רק ערכים של שופט אלא של המערכת כולה. (אפרייורי).

פס"ד "קול העם" – היה וויכוח בין שופטים פוזיטיביסטיים לבין תפיסה שהיא נון פוזיטיביסטית. לבחור את מערכת הערכים הראויה ולא דווקא את מה שרשום. הכל מסתובב סביב שאלה של ערכים. יש פרשנות של אונס שהוא רוחני לא רק פיזי(תמימות לפי דיבורים, השפעה בלתי הוגנת). בסופו של דבר מי שרוצה להיות משפטן גדול, החוכמה היא לא להבין רק את המשמעות המילולית של החוק אלה לראות מה היא אות.

19/11/2012

שיעור רביעי

נושא הזכויות והחובות

כל המשפט כולו מבוסס על הזכות במובן המשפטי.

הייתה **חברה א' יבואנית של סבונות** כל הסבונות האלה היו עם הצורה של פמלה אנדרסון, היה לה עיצוב מיוחד. חברה א' השקיעה ביצירת שוק והיא הייתה משווקת את הסבונות לכל הסופרים כך שבכל סופר קרו לסבונות בשמו של הסופר, שם של מקום המכירה. **חברה ב' יצרנית** ראתה שהסיפור של א' של הסבונות האלה **עובד יפה** כי הציבור קונה את זה. מה עשתה חברה ב' הלכה וייצרה בדיוק את אותם הסבונים שחברה א' הייתה מייבאת מטיוואן. פתאום חברה א' רואה שהמכירות שלה בסופרים יורדות הם בדקו וראו כי חברה ב' מתחרה בהם. עכשיו חברה א' הולכת לעורך דין לשאול מה לעשות, הדבר הראשון שצריך לברר העורך דין **האם יש עילת תביעה** של א' כלפי ב' ומהי עילת התביעה של א'. **כדי להגיש צו מניעה כדי ללכת לבית משפט שאסור לחברה ב' למכור את הסבונות היא מבקשת עילה** למתן חשבונות כמה כסף היא הרוויחה על מה שהיא מייבאת. אם נחשוב על עילות התביעה, איזו עילות הן רלוונטיות במקרה הזה? תביעה ראשונה היא **"הפרת סימן מסחר"** היא עילה קניינית (זכויות יוצרים), עילה שנייה **"גניבת עין"** היא עילה נזיקית, עילה שלישית היא **"עשיית עושר ולא במשפט"** עילה חוזית. יש לנו שלוש אפשרויות לעילות תביעה יש פוטנציאל לשלוש עילות תביעה. כל אחת מהעילות האלה מגיעה מתחום אחר של המשפט. מה עושה העו"ד הוא צריך לבדוק איזו עילה מתוך העילות מתאימה למקרה. **העילה הקניינית היא הכי חזקה**, עו"ד צריך לבדוק איזה עילה צריך ללכת איתה לבית המשפט היא העילה החזקה ביותר. חשוב מאוד לדעת לאבחן בין סוגי העילות זאת העבודה הבסיסית והחשובה ביותר של עו"ד, לדעת באיזו עילה להשתמש.

נבדוק את נושא של **"סימן מסחר"** – כאשר מדובר בעילה קניינית המפתח לעילה הקניינית היא **הרישום**. לדוגמא – אם אתה בעלים של דירה מה שיוצר את הבעלות שלך זה הרישום בטאבו. אם אתה טוען שאתה בעלים של **פנטו** אתה צריך לבוא להוכיח את זה. בגלל שהזכות הקניינית היא נחשבת בעולם המשפט, המחוקק עושה שני דברים א' הוא מגדיר בדיוק איך נקנית הזכות הקניינית והוא מגדיר במדויק מה היקפה של הזכות. כאשר מדובר בעילה קניינית המחוקק מגדיר בדיוק איך נוצר הקניין ועוד מגדיר מה היקפה של הזכות. במקרה שלנו א' היבואנית **לא רשמה סימן מסחר**, כלומר אם אתה בא לטוען שהעיצוב הוא ייחודי רק לך, אתה צריך לגשת לרשום סימני מסחר ולרשום את סימן המסחר, אם הוא לא עושה כך אין לו זכות. בין רישום הפטנט עד קבלת התעודה יש מושג שניקרה **dependent** (תלוי ועומד) הוא שלך. האפשרות הקניינית ירדה מהפרק כי לא נרשם הפטנט.

האפשרות השנייה זאת **"גניבת עין"** מה זה גניבת עין? פירושה שיש מוצר מסוים שמזוהה עם יצרן מסוים ובגלל הדמיון שבין המוצרים אני נוטה להתבלבל ולחשוב שלקחתי את המוצר שמזוהה עם היצרן המקורי. (למשל במבה והשקית היא דומה וזה כדי לבלבל את הצרכן כי הוא עלול להתבלבל בין החברות). זאת אומרת שאני מייצר מוצר שהמוצר מזוהה איתי כיצרן ובא מישהו אחר ומייצר את אותו מוצר וזה נקרא גניבת עין. האם במקרה שלנו יש גניבת עין? במקרה שלנו **אין גניבת עין**, כי המוצר הזה לא מזוהה עם יצרן ספציפי היות והוא מתאים עצמו לסופר מסוים ואין עליו שם של יבואן אחד ספציפי(על שם כל סופר שמחזיק בו), אין זהות בין המוצר ליצרן. (ברגע שקונה סביר לא יזהה שזה יצרן א' זה נקרא גניבת עין).

במקרה שלנו אין גם עילה נזיקית אין עילה של גניבת עין כי אין זיהוי של המוצר הזה עם יצרן א'. ב' לא חיקה אותו כי הוא אישר לכל אחד מהסופרים לקרוא על שמו של אותו סופר.

העילה השלישית שנשארה היא **עילת עשיית עושר ולא במשפט** מה זה אומר? חברה אי למעשה אומרת, אני הבאתי למדינה ישראל את המוצר הזה אני השקעתי המון כסף בהכנסת המוצר לשוק כשאני הבאתי אותו לישראל ב' לא ייצרה את המוצר הזה. מתי חברה ב' התחילה לייצר את המוצר? כשהיא ראתה שהרווחים של א' גבוהים ושהמוצר הולך טוב בשוק. חברה ב' ניסתה לתפוס טרמפ, היא לא ייצרה את המוצר הזה. אם השקעתי בדבר מסוים ואתה בא שלא בצדק ולא בהגינות ואתה תופס טרמפ על השקעה שלי זה נקרא "עשיית עושר ולא במשפט".

מה יטען ב' יבוא ויטען **חופש העיסוק** מה תהא התשובה של א'? א' יגיד לבי עם כל הכבוד תייצר כמה שאתה רוצה אבל אין סיבה שתייצר את אותה הצורה כמו שלי. בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה של א' הוציא **צו מניעה** נגד ב' ודרש ממנו למסור את החשבונות לחברה א'. חברה ב' הגישה ערעור לעליון והוא קיבל את הערעור, מה קרה בעליון מה הפריע לעליון בפס"ד של המחוזי שבגללו הוא ביטל את פס"ד- מה שהפריע לו זה שהעילה שיש לא' נגד ב' היא העילה של עשיית עושר ולא במשפט, יש לו זכות "מעין חוזית" אומר העליון אם לא' יש את הפס"ד למעשה פס"ד עולם נגד כל העולם עם פס"ד. הוא העניק לו זכות קניינית, הוא ייצר לו רישום ובכל זאת זכות קניינית ובית המשפט רשם אותו ובכל יש לו זכות קניינית ועל כן הוא יכול לתבוע כל מי שבא להפיץ את אותם סבונים הוא יכול לנפנף עם פס"ד שלו וזה בעצם הזכות קניינית שלו (פס"ד = זכות) כי הוא פסק כך. המחוזי לא הבין כי הוא היה תחת רושם של הנבזות של ב' כי הוא תפס טרמפ הוא היה ער ליחסים ביניהם הוא לא היה ערני ליחסים של א' עם כל העולם. מה הפריע לבית המשפט העליון? המשמעות של פס"ד אם אני מכיר ביכולת של בית משפט להעניק זכויות אני למעשה עוקף את כל דיני הפטנטים למה? אם בית המשפט יכול לייצר זכויות קנייניות, הוא רוצה שהם יירשמו לפי מה שהוא קבע ואז העליון אומר אני לא ייתן למחוזי להעניק זכויות קנייניות לכל איש. והעליון רוצה שדווקא הזכות החזקה במשפט תעמוד לזכותו של א' ולכן העליון אומר שהוא לא ייתן יד להרס הפטנטים. אם אני נותן לך זכות לרשום את הפטנט ואתה העדפת שלא לרשום אותו אתה לוקח את האחריות על עצמך. האבחון, היכולת לאבחן את הזכות היא דבר מהותי ביותר זה למעשה בונה את התיק וזה מאפשר את קבלת הסעד. (ברגע שהתפרסם פטנט בעיתון הוא כבר לא חדיש וזה לא פטנט כי זה לעיני כל ואם לא רשמת אותו לפני הפרסום ברשם החברות ראה זאת כאיבוד הזכות).

עובדות של פס"ד כולן עוסקות בשאלת סיווג חובות וזכויות :

פס"ד פודמסקי-היה בחור צעיר בשם פודמסקי המשטרה עצרה אותו לשם חקירה. באותן שנים היה צו מעצר לחקירה הם הלכו לבית המשפט והוא אישר את המעצר לצורך חקירה. לאחר מכן פודמסקי הגיש ערעור למחוזי על המעצר שלו בבית המשפט המחוזי היה תא מעצר ששם היו מוחזקים העצורים לפני הבאתם לשופט, והוא היה שם, מגיע אחיו של פודמסקי עם נשק ומאיים על השוטר בכניסה ואומר לו תפתח את הדלת הוא פתח וכל העצירים משם ברחו ואחד מהם היה פודמסקי העמידו לדין את המאיים באשמה של איום. מה זה איום? איום זה מצב שאני גורם למישהו לעשות משהו שהוא לא רצה לעשות הוא הרגיש מאיים עברה כזו של איום זה 3 שנים. בדיון של המאיים התבררה עובדה מעניינת **שצו המעצר שביית המשפט הוציא הוא לא היה חוקי כי האשימו את פודמסקי בגנבה ולא היה צריך לעצור אותו בשל כך השוטר לא היה רשאי להחזיק אותו בתא המעצר כי הוא לא חוקי. אבל אף אחד לא ידע שהצו הזה לא חוקי כי חשבו שהוא אמור להיות בכלא. האם השוטר היה רשאי להחזיק את פודמסקי במעצר שנודע מאוחר יותר כלא חוקי.**

דוגמא שנייה היה בישראל "**מחיקון**" הממשלה לא רצתה שיוכלו לקנות טלוויזיות צבעוניות מפני החששות של האוצר. הלך אדם בשם **פוגל** והגיש עתירה לבג"ץ. מה הוא טען? שהוא קנה טלוויזיה צבעונית ושיש לו זכות לראות את השידורים בצבע, ובחוק של רישות השידור לא היה שום סעיף לכך שלא יהיה צבעים בטלוויזיה. **שאלה ראשונה- האם לרשות השידור הייתה זכות למחוק את הצבע?**

והשאלה השנייה- האם לפוגל הייתה זכות לראות בצבע.

מקרה שלישי היה אדם בשם **כהן** שהיה רסר בצבא בתאריך 1.1.180 הוא קיבל החלטה מקצין התמלוגים הוא טען כי נפגע בשירות הצבאי הוא רצה שיכירו בו כנכה צה"ל. ותבע את משרד הביטחון. בזמן שניתנה החלטה של קצין התמלוגים אי אפשר היה לערער על החלטה שלו כי החלטה של קצין התמלוגים הייתה סופית ולא הייתה אפשרות לערכאה נוספת. כעבור 30 יום שונה החוק והחוק קבע שניתן לערער על החלטות של קצין התמלוגים בבית משפט שלום. יש ועדת ערר בשביל זה. השאלה שעלתה בבית המשפט

האם אותו כהן יכול לערער על ההחלטה של קצין התמלוגים למרת שבזמן שהוא נתן את ההחלטה אי אפשר היה לערער עליה?!

מקרה רביעי-

בא אדם ובתאריך 1.1.1980 מגיש בקשה לרישום פטנט 1.1.1984 הפטנט אושר וב1.1.1988 בקשה לביטול הרישום של הפטנט. בא בנאדם שבכלל טוען שהפטנט שלו ואותו זה שהגיש בקשה גנב לו את הפטנט. מה הבעיה? **עפ"י חוק ההתיישנות** צריך להגיש את התביעה בתוך **7** שנים השאלה **ממתי יש לספור את חובת ההתיישנות**. כל ארבעת המקרים להלן התארכים עוסקים בשאלה של **מהות הזכות** וזאת השאלה עקרונית ועיקרית במשפט ואז התעוררה שאלה, איך מתמודדים עם זה, אולי לבנות דרך על מנת להתמודד בזכויות שהן דבר יסודי במשפט. בא מלומד בשם **הופלד** והוא בנה טבלה בשם **טבלת הופלד** שאמורה לתת פיתרון אנליטי לפתרון החובות והזכויות. בא רופא וגילה דבר מעניין ביחס לזכויותיו, הגילוי שלו היה שבעולם המשפט הזכויות והחובות הן תמיד דקלרטיביות(מגבילות)מה זה אומר? אם אני בא ואומר יש לי זכות להתחתן השאלה היא מה משמעות הדבר שיש את הזכות להתחתן? יבוא מישהו שיגיד שזה זכות מרשימה מצד שני אם אתה אומר שיש לך זכות להתחתן אז מצריך לבוא מישהו ממול להתחתן איתך. יש זכות שיבה אומר הופלד אם אתה מדבר על זכות מוסרית כמו להתחתן וממול אף אחד לא עומד, אף אחד לא יעשה שום דבר על מנת לממש את הזכות שלי למה כי ממול אין חובה כזו. מדובר בזכויות מוסריות אין בהן חובות, המקום היחידי שבמקום שבו יש זכויות יש בית משפט ממול שהיא נותנת חובה. **מה זאת אומרת שמול הזכות שלך יש חובה?** פירוש- אם מישהו פוגע באיזה אופן בזכות שלך יש לך כלים לממש את הזכות שלך. אם נפגעת זכות משפטית- באמצעות מערכת אכיפת החוק יעזור לך לממש את הזכויות שלך. מי עומד מולך האם מולך מישהו עומד שמוטלת עליו חובה.

הופלד בנה טבלה מעניינת שהיא **טבלת הזכויות והחובות** בראש הטבלה עומדת **זכות** וממולה **חובה** - הזכות היסודית ביותר במשפט היא **זכות במובן הצר שממולה יש חובה**.

זכות במובן הצר מתחלקת לשני סוגים - הזכות החזקה ביותר בתורת המשפט היא הזכות **הקניינית** ומה מאפיין אותה? היא **הרישום** והיא חלה ועומדת מול כל העולם, אם אני בעלים של דירה מסוימת יש לי את הזכות הקניינית בדירה וכולם יכבדו את הזכות הזאת. היא מול כל העולם. לא יכולה להתנגש בזכות של מישהו אחר כי היא פועלת על כל העולם. **זכות קניינית היא בלעדית והיא פועלת על כל העולם**. היקפה מוגן בחוק של הזכות הקניינית.

זכות במובן הצר היא הכי חזקה לכן היא צרה.

מה שעוד שייך לסוג של זכויות אלו **זכויות חוזיות** פירוש- ש' א' ו-ב' עשו חוזה ועשו בחוזה מערכת של זכויות וחובות. מה ההבדל בין זכות קניינית לזכות חוזית? כאשר מדובר בזכות **חוזית** היא מחייבת אך ורק את **הצדדים** לחוזה. כאשר מדובר בזכות **קניינית** היא **מחייבת את כל העולם**. המערכת החוזית יצרה מערכת של נורמות בין הצדדים לחוזה. חוזה של שכירות פירושו שיש לו זכות קניינית בדירה הוא מעביר את הזכות לשימוש ומעביר אותה למשהו אחר. אותו אחד ששוכר את הדירה הוא **בעל רשות** להשתמש בדירה והתקופה בה היא מוגבלת והיא חייבת להיות מוגבלת בזמנים כי זה יכול להפוך לקניין. זכות חכירה זה יכול להיות למלא זמן.

26/11/2012

שיעור חמישי

טבלת הופלד:

"הערת הזהרה"- כאשר אדם קונה דירה לפני שהוא קונה את הדירה הוא בודק בטאבו שזה שמוכר את הדירה הוא הבעלים. (לכל קונה פוטנציאל דע לך שאם אתה קונה את הדירה מ' א' אתה שם את עצמך על "קרן הצבי" כי אולי הוא כבר מכר את הדירה). הערת הזהרה נעשית בטאבו. התמורה שולמה פעמיים אבל את הערת הזהרה רשם הקונה המאוחר יותר. הערת הזהרה זה לא אומר שזה רשום בטאבו, זה מתחיל בטאבו בתור הערת הזהרה ואח"כ יש את הרישום בטאבו. השאלה המשפטית לדיון, מהי הזכות של ב' ב' תובע את הדירה. מה האפשרויות? מבחינה תיאורטית איזה זכות מעניק החוזה שנחתם בין א' לב' הרי עילת התביעה של ב' החוזה ואני צריך לשאול את עצמי איזה סוג של זכות החוזה הזה מעניק. האם הוא מעניק זכות קניינית או זכות חוזית? הערת הזהרה למעשה מתבטלת והדירה צריכה לעבור לב' אם יש לו

זכות קניינית אם אני מגיע למסקנה של ב' יש זכות חוזית? הזכות הקניינית גוברת והעובדה שנרשמה הערת הזהרה היא רק רושמת את הזכות החוזית לא הזכות הקניינית. אם אני אומרת שיש ל ב' זכות חוזית בלבד היא לא גוברת על הזכות של ג' ואז יש טענה, מאחר ויש זכות חוזית בודקים "תום לב" ורשם הערת הזהרה. לא קיים דבר כזה שיש לאדם זכות קניינית לא יכול להיות לאדם אחר זכות קניינית על אותו נכס.

האם ההגדרה של זכות היא מושגית או הגדרה של זכות קונינטלית

ארבעת המרכיבים של טבלת הופלד:

1. **זכות – חובה(מהותיות)** היא זכות במובן הצר, והיא מתחלקת לזכויות קנייניות וזכויות חוזיות. מול הזכות יש חובה והיקפה של הזכות הוא בדיוק היקפה של החובה. אם אין זכות אין חובה צריך לשכנע על מי מוטלת החובה. כשאתה בא לבית המשפט ואתה מבקש לממש את הזכות שלך אבל ממול לראות למי יש את החובה. זכות קניינית היא בלעדית והיא פועלת כלפי כל העולם והוא הבעלים היחיד של הדירה.
2. **חופש – העדר זכות(מהותיות)**-חופש פירוש הדבר מכלול ההתנהגויות האנושיות. כל פעולה שאני עושה בסופו של דבר היא מימוש של החופש, כל מה שאני עושה אני ממש את החופש. שים לב, כאשר אנו מקימים מדינה מה הם למעשה התנאים כדי שתקום מדינה הם על מה אנחנו מוכנים לוותר כדי שנוכל לחיות ביחד. כל אחד ואחד צריך לוותר על משהו. במצב הטבעי שלפני הקמת המדינה מצב הזכויות היה (לפני שיש מדינה) מצב הזכויות שלי הוא מקסימאלי. ברגע שאנו הקמנו את המסגרת החברתית שלנו אנו קבענו מגבלות ואנו בחרנו על מה עלינו לוותר מהחופש שלנו כדי שנוכל לחיות ביחד. מהי הדרך שבה אנו מגדילים את החופש? באמצעות החוקים. אנו כחברה מחליטים לחיות במסגרת משותפת ומוותרים על חלק מהחופש שלנו, הדרך היחידה שבה ניתן לפגוע בחופש זה רק ע"י חוקים כי החוקים נעשים ע"י הנציגים שלנו כל חוק זה למעשה הגבלה על החופש ולכן וויתרנו על החופש ונתנו לנציגים את האפשרות לקבוע על מה לוותר מהחופש מה שיש מהחופש זה העדר זכות **אי אפשר לפגוע בחופש שלי כאזרח מבלי שיש אסמכתא חוקית לכך**. מה המושג "חופש העיסוק"? פירושו שאף אחד לא יכול להגביל אותי מלעסוק ממה שאני רוצה אלא אם יש חוק שקובע את אותה הגבלה. (למשל חוק לשכת עו"ד מסייג את זה עד שלא סיימת תואר ולא עברת את בחינות הלשכה, אתה לא יכול להיות עו"ד). יש מלא חופשים ואם רוצים להגביל את החופש צריך **אסמכתא חוקית** על מנת להגביל את החופש.
3. **שאלה –**למה אני מדבר על חופש העיסוק ולא על זכות העיסוק? אם הייתי מדבר על זכות עיסוק, יש מישהו שחייב להעסיק אותך(חובה). יש חופש עיסוק כי חופש פירושו אני רוצה להיות נהג משא אבל אף אחד לא מבטיח לי את זה. אישה בהריון יש לה זכות עיסוק למה? כי המעביד חייב להעסיק אותה ואסור לו לפטר אותה, יש לה גם חופש וגם זכות כי היא בהריון ואסור לפטר אותה. **פס"ד נחמני** על הביציות המופרות שהוא לא רצה להמשיך את תהליך ההפריה. בית המשפט טעה כי הוא דיבר כל הזמן במינוח של הזכות להימנעות הזכות להיות אם. זאת אומרת שיש לו חובה להיות האב או טיפולי הפריה כי יש לה זכות. אבל יש חופש לאמהות אף אחד לא יכול למנוע ממני להיות אם. אלא מצד שני יש את האבא ויש לו חופש ואי אפשר לחייב אותו להיות אבא. מושגים של חופש וזכות חייב להבין. מה יפה ומיוחד בחופש-כאשר דיברנו על הזכות הקניינית אמרנו שרק לבעל זכות הקניין יש את הזכות, כי אין שני אנשים עם אותה זכות, מה יפה בחופש זה? יכול להיות מצב שבו יש התנגשות בין חופשים של אנשים שונים. נניח שקבוצה של אנשים רוצה לעשות הפגנה מול הבית של עובדיה יוסף, הדיירים באזור יש אישור מהמשטרה להפגנה אבל הדיירים שגרים פנו לבג"ץ וטוענים שההפגנה שנתנו לה אישור מונעת מהם את הכניסה לחנייה של הבית שלהם. מה שקורה יש **שני חופשים שמתנגשים** יש מחד את חופש ההפגנה חלק מחופש הביטוי ויש חופש התנועה, הדיירים אומרים שזה פוגע בחופש התנועה שלהם זאת גם זכות יסוד בדמוי. חופשים יכולים להתנגש, מה עושה העליון או אחת משניים או שבית המשפט משקלל את החופשים, יצטרך לקבוע האם במדינה דמוי חופש אחד גובר על החופש השני, אם כל הכבוד לחופש התנועה **חופש הביטוי עדיף יותר** והאישור של ההפגנה נכון. יש אפשרות אחרת של **איזון** – זה חופש חשוב וזה חופש חשוב שני החופשים יחיו בשלום ביחד אז אפשרות של ההפגנה בשעה מסוימת ומוצאים פיתרון יעיל, כאשר מדובר בחופש, בית המשפט מנסה לייצר **איזון** ששני החופשים יהיה איזון ביניהם. נשים לב, (המשפט הציבורי)-מה שקורה בסיטואציה הזאת, מה יש לבית המשפט בקטע של האיזון, מה למעשה עושה בית המשפט בקטע של האיזון? הוא מבטא אותו

בכל, כי אין לו מסגרת חוקית שמדריכה אותו. לעליון אין כלי לאיזון, זה לפי השקפת העולם של השופט והוא מאזן בין חופשים והוא נותן ביטוי לתפיסת העולם שלו ביחס לערכים המתנגשים. כל הבגציי"ם שאנו לומדים תמיד נשאל את עצמנו מה הביטוי של השופט ביחס להכרעה. העליון הוא הפוסק הערכי של מדינת ישראל בכל פעם שצריך לקבוע בחופש. המטרה של חוק האימוץ זה עקרון טובת הילד זה התכלית של החוק טובת הילד, דרך של פרשנות. אנו חיים בעידן שהערך העליון הוא שוויון ויש חופש של לסביות לאמץ בגלל השוויון. המושג הזה של החופש זה מה שנתן לבית המשפט את היכולת לקבוע את המערכת הערכית של מדינת ישראל (ביטוי לתפיסת העולם שלו). **חידוש מעניין**-הייתה חברה שנקראת "קל קווי אוויר למטענים" היא מובילה מטענים למטוסים אותה חברה פונה לבג"ץ והיא טוענת שאל-על גם מובילה מטענים וחברת אל-על עפ"י החלטה של הממשלה מקבלת ספסוד לצורכי ביטחון שלה באה חברת "קל" בטענה משפטית-זה פוגע בחופש העיסוק, אם המדינה מספסדת את חברת אל-על בצורכי ביטחון אל-על יכולה להוריד את המחיר בהובלה. חברת קל לא מקבלת ספסוד ואז התחרות לא הוגנת כי המחירים של קל יותר גבוהים. מה תהיה התשובה? הדיון שלנו עוסק בחופש העיסוק "קל" טוענת שפגע חופש העיסוק. מה תהיה התשובה של המדינה? המדינה תבוא ותטען שהיא לא מפריעה לעיסוק של חברת קל בנושא העברת מטענים החופש של קל לא נפגע. למה? כי **החופש היא זכות פסיבית שאומרת אל תפריע לי**. המדינה אומרת אני לא מפריעה לך. בא השופט **חשין** ואומר דבר מעניין, המושג של חופש היום הוא מתקרב לזכות כלומר זה מטיל חובה, המדינה מוטלת עליה חובה שלא ליצור אי שוויון בין שנים. יש לי זכות ועל המדינה מוטלת חובה שלא ליצור אי שוויון או הפליה. חופשים מתחזקים והופכים להיות יותר קרובים לזכויות. חוקי היסוד לקחו את החופשים האלה וקירבו אותם לכיוון הזכויות. עוד דבר גאוני שנובע מתוך אלה, **פס"ד ג'ר'ג'בסקי** הייתה סוגיה של הסכם פוליטי, מה עושים עם הסכם פוליטי? זכויות חוזיות נמצאות ב"זכויות" שם, הפתרון בזכויות וחובות בית המשפט הגיע למסקנה שהוא לא שייך לזכויות. למודעי ושמיר במקרה הנ"ל אין חוק, מה אומר ברק אם אתה לא נימצא פה אתה נימצא פה ב"חופש" המסקנה היא ש"הכול משפט". מה זה אומר? הכול משפט? שאין התנהגות אנושית שלא נמצאת תחת המטרייה של הטבלה של הופלד, אם הגעתי למסקנה שאני לא נימצא במקום הזה אז אני נימצא פה כי כל מכלול ההתנהגויות האנושיות זה **חופש**. כי **יש העדר זכות למנוע ממך את החופש**. מה שנובע מכל, אם אני בא ואומר שגם המושג של החופש נימצא תחת המטרייה המשפטית "הכל משפט" ואין מצב שבית המשפט אין לו פתרון. (אין לא- יכול יש לא רוצה), ברגע שהכנסת את החופש לתוך הזכויות והחובות המשפטיות, לקחנו את כל ההתנהגויות המשפטיות וזה מחייב את בית המשפט לתת פתרון. ואם אין פתרון לחוק אז נימצא פתרון! זה מה שהתכוון **ברק**. מי מסוגל לבטל את העמדה של ברק? התשובה היא **דמוקרטיה** כי כל הרעיון של דמוי. משפטית הינה, שלחברה-אין אוטונומיה עצמאית, יש דיקטטורה שיפוטית וזה סותר את הדמוי כי זה סותר את החופש. איבוד משמעות החופש, החופש הוא טבעי).

4. **כוח** – **כפיפות** (באמצעותם משנים את המצב המהותי)-מה זאת אומרת **ייפוי כוח**? איך עובדת עסקת מקרקעין? אדם רוצה לקנות דירה, אי עושה הסכם עם ב' למכירת הדירה, ב' משלם ל א' מה שקורה ב' אחרי ששילם הוא מוטרד ש א' יעלם לו כי כל הדירה לא עברה לא נרשמה בטאבו, משמע היא לא שלו. אז מה עושה א' נותן ל ג'(עו"ד) **ייפוי כוח** בלתי חוזר לרשום את הדירה על שמו של ב'. למה? כי עובר הרבה זמן עד התשלום ועד לרישום בטאבו. ב' רוצה להבטיח את עצמו אז נותן ייפוי כוח לג' אבל מה הוא לא נתן לג'? את הזכות בדירה. מה הוא כן נתן לו? **כוח**, לחתום בשמו לצורך העברת הדירה. הטבלה הזו משפיעה על יצירת הזכויות שראינו. כשאני מדבר על **ייפוי כוח**, אני נותן למשהו את הכוח לייצר שינוי. ייפוי כוח **בלתי חוזר** אומר שמייפה הכוח לא יכול לחזור בו. עוד דוגמא **לכוח** זה צוואה-למה צוואה זה כוח? עצם עשיית הצוואה היא יצירת הפוטנציאל לבצע את השינוי במערכת הזכויות והחובות רק אחרי שהוא ילך לעולמו אז ייווצר השינוי בחופש. כתב תביעה-מה זה הגשת כתב תביעה? מה הוא עושה? הוא מעפיל כוח, מה יש מול הכוח שלי? יש כפיפות של מי? של הנתבע. במה הכפיפות שלו? להגיש כתב הגנה. ואם הוא לא יגיש כתב הגנה? אז ייווצר השינוי ופס"ד יוצר את השינוי, למי שייכת הזכות ועל מי מוטלת החובה. הגשת כתב תביעה זה סוג של הפעלת כוח ומולה יש כפיפות והכפיפות במקרה זה היא להגיש תביעה. ייפוי כוח זה הפעלת כוח. מה הכפיפות שלו זה לפעול לפי מה שקבע המייפה, אתה לא יחזור בזה. הכנסת פועלת עפ"י

ייפוי כוח, דיקטטורה מגבילה לייפוי כוח בלתי חוזר, ברגע שהוא דיקטטור אין דרך חזרה, אם המדינה דמוי ייפוי הכוח מועט יותר.

5. חסינות – העדר כפיפות (באמצעותם משנים את המצב המהותי)

שיעור שישי

3/12/2012

טבלת הופלד המשך

זכות-חובה

חופש-היעדר זכות

כח-כפיפות

חסינות-העדר כפיפות

יש בטבלת הופלד שני חלקים- חלק אחד עוסק בזכויות **המהותיות** וחלק אחד עוסק ב**אופן**/פרוצדוראלי (חסינות-העדר כפיפות) לא מדובר בזכויות מהותיות אלא כיצד אני עושה שינוי בנושא זה של הטבלה.

מה זאת אומרת? כדי לבצע שינויים באגף של הטבלה אני למעשה צריך להפעיל כוח. הכוח הוא המכשיר (עתיירה לבג"ץ תעסוק בחופש למה? כאשר רשות שלטונית פוגעת בחופש שלי בזכויות מסוג חופש אז אני הולך לבג"ץ וברגע שאני הולך לבג"ץ אני הפעלתי **כוח**. מה קורה לרשות השלטונית היא אמורה לתת את התשובה בבג"ץ. מה זה אומר? שיש **כפיפות** של הרשות השלטונית לבוא ולהגיב על הפעלת הכוח שלי. אם העליון יוציא צו סופי, יקבל את העתירה שלי. מה קורה אז? הוא קבע שיש לי חופש שנפגע וצריך להחזיר את המצב לקדמותו. כלומר בית המשפט העליון מכיר בחופש שלי. ההכרה היא השילוב של בין כוח לבין הכפיפות של הרשות השלטונית. אם אני מגיש כתב תביעה נגד צד לחוזה שלי, אני מפעיל כוח לממש את הזכות שלי. הצד השני כפוף, הוא צריך להגיש כתב הגנה (זה הכפיפות שלו) אם הוא צריך להגיש כתב הגנה הוא כפוף. בנוסף לכתב ההגנה הוא רוצה להגיש תביעה שכנגד מה קורה אז? הוא מפעיל כוח נגדי. תביעה שכנגד, הוא למעשה מפעיל כוח ואז לתובע הראשון יש את הכפיפות ובית המשפט ידון בשתי התביעות (התובע המקורי מתחיל ראשון) כשהמ"ט. **חסינות**-זה סיטואציות מסוימות. אם הן פרסונאליות או שהן עפ"י חוק שלא ניתן להפעיל כוח נגד אדם מסוים אם מכוח אישיותו ואם מכוח המצב המשפטי שבו הוא נימצא. (לא ניתן להפעיל כוח נגד אדם מסוים. בין אם מכוח אישיותו) למשל חבר כנסת כי יש לו כוח). התיישנות פירושה הדבר שאם עברו 7 שנים מיום שנוצרה העילה, אני לא יכול להפעיל כוח אני לא יכול להגיש תביעה וזה סוג של חסינות). מי מבין מהו היחס שבין החסינות ובין הזכות? אם לדוגמה מישהו נתן לי הלוואה של 1000 דולר והוא לא הגיש בזמן את התביעה, עברו 7 שנים. האם יש לי זכות לבקש את ה-1000 דולר? לא! כי מה אין לי? אין לי כוח! אם מישהו חייב לי 1000 דולר ואני לא פניתי בזמן בתוך תקופת ההתיישנות עברו 7 שנים זאת אומרת שיש לי זכות ל-1000 דולר ולו יש את החובה בגלל החסינות הוא נימצא **בהעדר כפיפות** אני לא יכול להפעיל כוח אבל זה לא אומר שאין לי את הזכות ל-1000 דולר. **החסינות לא פוגעת ביכולת הזכות היא פוגעת במימוש שלה**. למה? כי כדי לממש זכות אני צריך את המדינה באמצעות מערכת בתי המשפט אבל המדינה אמרה שאם עברו 7 שנים אני לא עוזרת לך אין לי את הכוח לממש את הזכות כי המדינה קבעה שאם לא פעלת תוך 7 שנים אני לא עוזרת לך. מה המשמעות של האמירה המעשית רלוונטית שלאדם יש זכות אבל אין לו יכולת לממש אותה? אם לדוגמה יש שכן שנתתי לו הלוואה ולא תבעתי את הכסף בזמן והייתה התיישנות יום אחד הוא פותח את התיק ואז נופל לו 1000 דולר אני מתכופף לוקח לו כסף ויוצא מהמעלית מה קורה עכשיו? ברגע שאני לקחתי את הכסף הזה יש שתי אפשרויות- אם אותו בנאדם הגון הוא לקח את שלו ואם הוא לא הגון הוא יפעיל תביעה נגדי והוא מפעיל כוח נגדי ואם זה כך אני יכול להוכיח בבית המשפט שיש לי את הזכות לאלף דולר ואז אני יכול לענות שהכסף הזה לא שלו אלא שלי העובדה שהזכות נשארה לי מאפשרת לי בנסיבות מסוימות אפשרות מימוש הוא הפעיל נגדי כוח להתגונן אז עדיין נשארה לי הזכות למרות שאני לא יכול להעביר כוח.

ברגע שאני לא יכול להפעיל כוח ונסעתי איתו במעלית ואני יודע שיש לו אלף דולר ואני לוקח לו אותם יכול להיות שהכסף יהיה שלי ואני יכול לשבת בכלא על זה. כשאני מדבר על מימוש אני לא מדבר על עברה על

החוק אבל אם נפל לו במקרה מהכיס אז אני לא מאוים בעברה פלילית. אחרי שהבנו את המשמעות של הטבלה.

נפתור פס"ד – נציג עובדות ונענה עליהם

1. אדם בשנת 2000 הגיש בקשה לרישום פטנט בשנת 2004 הפטנט נרשם (לוקח כמה שנים לבדיקת הפטנט ואז הוא מקבל תעודה) בא בנאדם ובשנת 2008 מגיש בקשה לביטול הפטנט (בן אדם אחר) הוא טוען שהוא גנב לו את הפטנט והוא רוצה להגיש בקשה לביטול הפטנט.

מה יטען האיש שהפטנט שלו (שיש לו את התעודה) ומה יטען זה שיבקש לבטל את הפטנט? (על בסיס הטבלה) – הבנאדם שרשום כבעלים של הפטנט הוא יטען, שהוא הגיש בקשה בשנת 2000 הצד השני שהגיש את הבקשה בשנת 2008 הגיש אותה **לאחר תקופת ההתיישנות** ולא ניתן להחזיר את הגלגל אחורה כי יש לו **חסינות**. מה למעשה הטענה של בעל רישום הפטנט? (עברו שבע שנים מה הוא יטען). הוא אומר – בשנת 2000 הגשתי בקשה לרישום והפעלתי **כוח**. ההנחה היא שכולם יודעים שיש בקשה כזאת. אם ב' היה אמור לדעת שבשנת 2000 הוגשה הבקשה לרישום הוא כבר אז היה צריך לפעול. העילה שלו נוצרה באותו זמן והוא היה צריך להגיש תביעה, צריך לבוא ולהגיד שנפגעה לו זכות והוא היה צריך להגיש תביעה תוך העילה שנוצרה בשנת 2000 ואם הגשת ב-2008 זה בעיה שלך!! זו טענת הנתבע (הרשום). הוא אומר מבחינתי בקשת הרישום, זו הפעלת כוח אבל מבחינת התובע היא פגיעה בזכות כי (עצם הבקשה זו פגיעה).

מה יטען התובע? הוא הגיש בקשת רישום אבל אני לא יודע בשנת 2000 אם יאשרו או לא יאשרו את הפטנט אז למה אני צריך ללכת להגיש בקשה שאני יודע שאולי לא יאשרו אותו. אז אני מתחיל לספור את העילה שלי מ-2004. אז באתי ויש לי עילה לתביעה! בית המשפט קבע **שהנתבע** צודק – הבקשה לרישום הפטנט היא מהרגע שממנו מתחילים לספור את הזמן. (משנת 2000) **פס"ד שכטר נגד אבנץ**.

ברגע שהוגשה בקשה לרישום.

דוגמא נוספת – 1.1.2000 פקיד התגמולים נתן החלטה של דחיית הכרה ברס"ר כנכה צה"ל (נפגע תוך כדי השרות). באותה שנה דחו את הכרה של אותו רס"ר כנכה צהל ולא הכירו בו כנכה צהל. לא הייתה אפשרות לערער על ההחלטה. 1.2.2000 תוקן החוק והחוק קובע **שניתן לערער** על החלטות של קצין התגמולים. הולך אותו רס"ר ומגיש את הערעור לבית המשפט. מה קורה בבית המשפט? מה טוען קצין התמלוגים משר"ה מה יטען משרד הביטחון? הטענה של קצין התגמולים טוען שיש לו **חסינות**. מה זה אומר שיש לו חסינות? ההחלטה של משרד הביטחון אומרת שאם 1.1.2000 אז יש לו חסינות מפני תביעות **עתידיות**. אתה לא יכול לפגוע בזכות שלי באופן **רטוראקטיבית** כי החסינות שלי היא סוג של זכות ולכן קצין התגמולים בא ואומר שיש לו חסינות.

נניח בימים של אותה שנה, 30 יום והתיקון הוא 45 יום במקרה הזה החסינות של משרד הביטחון עוד לא התממשה כי אם החוק תוקן בתוך פרק הזמן והאריכו את תקופת הערעור ואם החסינות לא התממשה אני יכול להנות ממנה, אין לו חסינות למשרד הביטחון.

פס"ד פרודמסקי – שאלה – ניתוח ההיבט המשפטי של הטבלה הזאת. השאלה שעומדת לדיון היא שאלת החופש של השוטר. מה אומר החוק? מה זה כשבנאדם מאיים על מישהו אחר מהי העברה של איום? כאשר אני גורם לאדם לעשות מעשה שהוא ראשי לא לעשותו זה איום. אתה עושה את זה בכוח זה נקרא איום. נשאלת השאלה האם לשוטר היה את החופש להחזיק את פרודמסקי במעצר כי ידוע שזה לא חוקי. כאשר יש צו מעצר שהוא לא חוקי זו כליאת שווא ומותר לאדם לברוח מכליאת שווא. אי אפשר להחזיק אדם במעצר. האם השוטר ראשי להחזיק אותו גם עם הצו לא חוקי והוא לא יודע את זה. כן הוא חייב להחזיק אותו. אבל האח שאיים על השוטר הוא בהעדר זכות לא הייתה לו זכות לאיים על השוטר.

מקרה נוסף – פס"ד המקרה של הטלוויזיות בא בנאדם קנה טלוויזיה צבעונית ורשות השידור מחקה לו את הצבע. שללה ממנו את השידורים בצבע מה הוא טוען עפ"י הטבלה? ששללו ממנו את חופש המידע. (זה מושג תיאולוגי) זה שהוא לא רואה בצבע זה מונע ממנו לקבל מידע. הטענה שלו היא בעליון הוא לא יכול לבוא ולהגיד שמאחר והוא קנה אותה צבעונית הוא ראשי לראות בצבע. הוא בא ואומר יש לי את החופש לקבל מידע. כאשר אתם סוגרים לי ומונעים ממני את זה אתם פוגעים לי בחופש המידע. העליון אומר דבר מעניין באמת לאזרח יש את החופש לקבל מידע אבל אין לו את החופש לקבל את המידע דווקא בצבע. אם

רשות השידור מחליטה שהיא לא משדרת כך אז זה פוגע אבל אם רשות השידור לוקחת את השידור בצע ומשדרת בשחור לבן, החופש לא נפגע אבל זה פוגע בטיב השידור. היום העליון כן היה מקבל את זה הוא היה מקבל את זה בגלל העובדה שאין לרשות השידור אסמכתא משפטית לכך.

מקרה נוסף-זוג תיירים מחול מגיע לביקור בארץ והם נפגעו בתאונת דרכים. בסוף הטיול התייר נסע הביתה ולפני שהוא נסע הוא השאיר **ייפוי כוח לעורך דין** להגיש תביעה נגד הנהג ונגד חברת הביטוח והם השאירו לעורך דין 10000 דולר שכר טרחה. התפתח ויכוח בין העו"ד לבין רשות המע"מ. עפ"י חוק, תייר שמקבל שירות בישראל המע"מ הוא 0 אין מע"מ. כלומר תייר פתור מלשלם מע"מ. אבל אומר החוק, אם תייר רוכש זכות בישראל אז הוא חייב לשלם מע"מ. מתפתח ויכוח בין העו"ד לבין רשויות המס אם יש חובה לעו"ד לשלם את המע"מ מה יטענו הצדדים?

מה למעשה טוען העו"ד? הוא אומר כך- יש שני אגפים בטבלה יש אגף של **הכוח** שהוא לא האגף של הזכויות המהותיות ויש את האגף של הזכויות המהותיות הוא טוען שברגע שקיבלתי **ייפוי כוח** לא ניתנה שום זכות מהותית. כי הזכות המהותית נמצאת זכות המהותית איפה שהתייר נמצא. זאת אומרת הוא טוען שיש לבצע הפרדה בין החלק של הכוח לבין החלק של הזכות. הזכות נמצאת בחו"ל עם התיירים כי החובה לשלם מע"מ זה במקרה והזכות נמצאת בישראל והכוח נימצא בישראל אז אומר העו"ד שאין חובה לשלם מע"מ. העו"ד בא ואומר אני לא מחויב לשלם מע"מ מהסיבה הפשוטה כי כדי שיהיה חיוב מע"מ, צריכה להיות זכות שנמצאת בישראל ולכן אין חובה לשלם מע"מ.

מה טוענים שלטונות המס? הם אומרים כך, נכון שהזכות כרגע נמצאת בחול אבל ברגע שהתיירים החליטו להפעיל את הכוח בישראל **הזכות הולכת אחרי הכוח** אין דבר כזה כי הכוח והזכות תמיד צמודים. מי יכול להראות שתמחיש שהעו"ד כן צודק-נניח שהייתה הפעלה של כוח ובית המשפט דחה את התביעה מה זאת אומרת שבית המשפט דחה את התביעה? זה אומר שאין זכות. כאשר דחו את התביעה למעשה הוא אומר שאין להם זכות אלא יש להם כוח, כי בית המשפט דן בזה מבחינה אנליטית יש הפרדה בין הכוח לזכות. אתה מעיל את הכוח גם אם אין לך זכות. סיימנו את טבלת אופן לכל נושא משפטי מה זו הזכות ואיך זה משתלב בטבלה)

10/12/2012

שיעור שביעי

סיכום שיעור קודם-טבלת הופלד שהיא מרכיב מרכזי במבחן היא דבר מדהים מה שהיא אומרת זה את הדבר הבא "אין התנהגות אנושית שלא נמצאת תחת מטריה משפטית זה חידוש מדהים וזה קיבל ביטוי בפס"ד של השופט **ברק** שאמר הכול משפט. המסקנה המתבקשת **לא שהכול שפיט אלא הכל משפט**. אבל לא הכל שפיט לזכור טוב טוב. הכל משפט זה בית המשפט יכול לתת פתרון לכל נושא שיש בו סכסוך בין בני אדם כי אם אין סכסוך אז אין צורך בהכרעה משפטית אז בכל מקרה שיש סכסוך בית המשפט יכול לתת פתרון כי כל סכסוך משפטי עוסק בהתנהגויות אנושיות ולכן טבלת הופלד. אם אין פתרון בחוק אז בית המשפט יכול לגלות יצירתיות ולבדוק מהי הנורמה הראויה בכל מקרה לפי מה תקבע הנורמה הראויה? לפי ערכי היסוד של השיטה המשפטית שלומדים אותה-מאפה הערכים האלה? משיטת המשפט מהחוק. בית המשפט כדי לדעת מהם ערכי היסוד של השיטה המשפטית אלה הם המכלול של החוקים ומה השאלה שבהמ"ש שואל את עצמו כשהוא צריך לתת פתרון יצירתי -מה היה עושה המחוקק אילו הסיטואציה הזאת מובאת בפניו-הגיע לבית המשפט סכסוך בהמ"ש מחויב לפתור ואם אין פתרון הוא מייבא פתרון מהשיטה המשפטית, מה הייתה התוצאה המשפטית אילו המחוקק היה אמור לפתור את אותה סיטואציה, למה הוא שואל את זה? כי בהמ"ש אין לו עניין ליצור אנטגוניזם מול המחוקק. הוא לא רוצה להיות במצב שבהמ"ש נותן החלטה מסוימת(עוקף בגצ) מאחר ובהמ"ש לא רוצה להתעמת עם המחוקק אז בית המשפט ישאל את עצמו מה הייתה הכוונה של המחוקק. אם המחוקק מסכים אז זה פתרון טוב זה היסוד של טבלת **הופלד**. כשאני בא ואמר הכל משפט זה לא אומר שהכל שפיט. מה זה אומר? גם אם בית המשפט מוסמך רעיונית לתת פתרון לכל סכסוך בית משפט יכול לבוא ולהגיד אני בסכסוכים מסוימים לא מטפל לא בגלל שאני לא יכול כי אין לי נורמה אלא בגלל שאני לא המקום לטפל במקרים מסוימים. גם במקום שבית משפט חושב שהוא יכול להיכנס גם כשאין לו בחוק פתרון נורמטיבי בית המשפט תמיד ינסה למצוא את הניתב שהפתרון יהיה מתוך המסגרת החוקית ולא היצירתית.

הסבר-מה הייתה הגאונות של **ברק**? הוא היה הראשון בשופטי העליון שכל פס"ד שלו הוא חילק לשניים **פן עובדתי והפן הנורמטיבי**-מה זה אומר? לא נוכל למצוא סיטואציה שבה ברק לא מראה לנו מהי האסמכתא החוקית לפסיקה שלו. ולכן תמיד מדגיש את הפן הנורמטיבי ולא תמיד יש קשר זו יצירתיות מדהימה. זו הגאונות שלו. גם במקום שבו המשפט אמור לגלות יצירתיות כדי לגלות את הפתרון הוא תמיד יאמץ את הפתרון הנורמטיבי. ברק יחפש איפה נימצא ההיבט הנורמטיבי. לדוגמא איך זה עובד- נניח מד"י צריכה לחפש אדם שיהיה שגריר בברזיל, שר החוץ ביקש שהנהג שלו ינהג והוא לא יודע אנגלית אין לו השכלה פורמאלית בא בנאדם שהיה מועמד ופונה לעליון באומרו אני יותר מתאים לתפקיד יש לי אנגלית וכו למה אותו ולא אותי? בא בית המשפט להפעיל שיקול דעת הוא יכול להגיד שבנאדם כזה לא יכול והוא לא רוצה לפתור את זה בגלל שכל מינוי בבית המשפט העליון אז זה לא טוב אבל מתי העליון כן יתערב אם יש החלטה של נציגות המדינה רק במקרה שהוא לא עומד בתנאי הכשרות אז הוא יתערב. זה פוליטיקה של המשפט הוא לא רוצה להתערב כדי לא ללכת ראש בראש רק דרך הפן הנורמטיבי הוא יעשה זאת בשמחה.

פס"ד בנושא המע"מ מסקנה מעניינת למרות שטבלת הופלד מחולקת לשני היבטים – **הזכות הפרוצדוראלית נמשכת אחרי הזכות המהותית** (4 שאלות על טבלת הופלד)

נושא התקדים - ניקח לדוגמא את הסיטואציה בא החוק ואומר שאדם בא למכור רכב חלה עליו חובת גילוי מה זה אומר? אם אני מוכר אוטו אז על המוכר יש חובת גילוי לגלות פרטים על הרכב שאני מוכר המושג חובת גילוי מופיע בחוק. עכשיו קניתי אוטו ויש לי טענה שהמוכר לא סיפר לי את כל המידע בקשר לאוטו, אבל אני טוען שהוא לא גילה לי דברים שקשורים לרכב והרכב שווה פחות ממה שאני שילמתי אם הייתי יודע את כל הפרטים לא הייתי קונה אותו או קונה אבל במחיר נמוך בהרבה. התיק מגיע לבית המשפט, מה בהמ"ש צריך לעשות? לפרש את החוק מושג חובת גילוי מה כלול בחובת הגילוי הפן **העובדתי** נימצא בפני בית המשפט ועכשיו בית המשפט ישאל את עצמו מה כוללת חובת הגילוי-זו שאלה מעניינת –יש תפיסה שונה ביחס להיקף חובת הגילוי, יש מי שבא ומפרש את המושג הזה היא לא באמת פרשנות של המשפט היא פרשנות של ההיבטים החברתיים הערכים והתרבותיים של אותה חברה בכל חברה הפירוש של חובת הגילוי זה לא הפרוש הסובייקטיבי אלא בית המשפט בוחר את הפירוש עפ"י מה שמקובל בחברה. אין לו פרשנות מילונאית או פרשנות מושגית אלא פרשנות שהיא **פונקציה** של ההקשר של החברה שבה מופיע בחוק המושג חובת גילוי. ניקח לדוגמא-נניח שאנו נמצאים בחברה שתפיסת העולם שלה היא תפיסה קפיטליסטית ארה"ב בחוק שם מופיע המונח חובת גילוי-האם בארה"ב במונח חובת גילוי יקבל פרשנות רחבה יותר חובות של גילוי? או מצומצמת יותר? מה הקשר בין תפיסת עולם קפיטליסטית לבין חובת הגילוי? **עסקאות צריכות להסתיים** זה אומר שאדם מוכר את האוטו בשיטה קפיטליסטית אני בא ואומר **חובת הגילוי היא מצומצמת** למה? כי עסקה צריכה להיגמר וזה נקרא **ודאות עסקית** וכאשר חובת הגילוי רחבה העסק לא נסגר. המשמעות של חובת הגילוי **הפרשנות היא פונקציה של החברה**-ככל שהחברה היא יותר הגונה ויותר ישרה חובת הגילוי מצומצמת ובמדינה של תחמנים אז חובת הגילוי רחבה יותר. במדינה ישרה חובת הגילוי יכולה להיות מצומצמת (אנשים בחזקת הגונים) במדינת ישראל כל אחד מעלים מס ולכן זה יהיה רחב יותר. הפרשנות המשפטית זה עומק של תפיסות חברתיות. ככה זה בכל נושא. כל שופט בארה"ב כשהוא יבוא לפרש את המונח חובת הגילוי יגיע לאותה פרשנות בדיוק למה? כי כל השופטים אמורים לתת ביטוי לתפיסות העומק אז כולם יגיעו לאותה תוצאה. יש עוד גישה- המונח חובת גילוי יכולות להיות לו המון אפשרויות יש שיגיד זה רק מהותי יש יגיד שזה הכל ויש שיגיד שפעם הוא נסע לטיול ויש לו סריטה, בשיטה כזו שיש כמה פרשנויות זה מבוסס על הלשון על השפה שיטה זו מתבססת על מה נכנס מבחינת השפה על חובת הגילוי ויש לי כמה אפשרויות-אין אפשרות אחת שהיא מובהקת. וכולן לגיטימיות. התיק מגיע לבית המשפט ואומר אני בוחר את פירוש ב' העליון אומר אני בוחר בפירוש ב' בשיטה הראשונה השיטה האמריקאית האם אני צריך תקדים מחייב? כי כולם יגיעו לאותה תוצאה אז ממילא אני לא צריך תקדים מחייב. לעומת זאת בשיטה זו **כשיש לי כמה אפשרויות ואין לי אפשרות אחת מובהקת במקרה זה אני צריך תקדים מחייב** ואני אומר שתוצאה ב' שאלה הגיע בית המשפט היא התוצאה הנכונה לא בגלל שזה תוצאה צודקת ומובהקת אלא בגלל שהעליון בחר וזה מחייב את כל בתי המשפט. בעולם יש שתי גישות ביחס לסוגיית התקדים יש אחת אומרת אין תקדים מחייב כי יש שיטת פרשנות שמבוססת על אותם ערכים של החברה ולכן השופטים יגידו את אותו דבר. בשיטה השנייה יש תקדים מחייב של העליון שהיא תוצאה מחייבת. היתרון של השיטה הזאת הוא שאני יכולה לבוא ולהגיד שבשנה מסוימת הפתרון ב' הוא היה הכי טוב כי בית המשפט בחר בו אבל יכול לבוא בית משפט יכול להגיד שתוצאה אחרת היא נכונה הוא בוחר יש לו גמישות לעליון. (נגיע לזה בהמשך). מה אומר בית המשפט האמריקאי –חשוב שהמשפט יסתיים, אני מצפה ממך שתלך עם האוטו לבדיקה ואז תחליט אם אתה קונה

או לא ומבחינה זו, העסקה נגמרה. מה קרה זה שקנה יש תקלה בכל זאת, המשפט האמריקאי יגיד לו לך תתבע את חברת הבדיקה. יותר קל כי החברה לא עלתה על פגם זה. כי העסקה צריכה להסתיים אח"כ חברת הבדיקה חשופה לתביעות.

כל מערכת בתי המשפט בישראל **כפופה** לעליון. זהו הפירוש היחיד שמחייב. המחוקק עקב כך נוח לו יותר להשתמש במושגים כללים הוא יודע שזה לא משנה כי הפרשנות המחייבת היא של בית המשפט אז במקום להסתבך עם מלא סעיפים הוא רושם אז זה כעקרונות ובית המשפט מייצר את הפרמידה ואת הסדר. **סיכום** (להשלים) ..

אם אנו לדוגמא נקרה פס"ד בצרפת או בגרמניה אנו נראה דבר מעניין בפס"ד בצרפת ובגרמניה במה עוסקים פסקי הדין איך הם יראו לעומת ישראל איך הוא יראה פס"ד של שלום או מחוזי? בבית המשפט בישראל מטפלים בתקדימים. בצרפת וגרמניה מטפלים בחוקים כאשר שופט משם יושב בדין אין לו תקדים מחייב יש מולו את הסכסוך והוא שואל את עצמו מה הפתרון בחוק בסכסוך. בישראל השופטים לא עוסקים בחוק. החוק הוא שולי מה שביית המשפט פוסק זה בתקדים של העליון ולא בחוק עצמו. במילים אחרות כשאני בא ואומר שיש לי שיטה של **תקדים מחייב** אני מנתק את בית המשפט מהחוק ואני אומר לשופט מה שאתה צריך לעשות זה לבדוק אם המקרה שלך מתאים לתקדים של העליון. (מאמר שלו-מה שאומר המחוקק זה שאני לא יכול לסמוך על שופטים בערכאה דלמטה – רק העליון יודע. ואתם תעשו מה שהעליון אומר והם עוטים זאת באמירה של יציבות משפטית שלא יהיה מצב ששופט יגיע לתוצאה אחרת). מה עושים בתי המשפט – אם לדוגמא יש לי שני מקרים או על מה מבוסס העקרון של התקדים המחייב אם יש לי שני מקרים יש לי אחד שהעובדות של אותו מקרה הן א ב ג ד התוצאה המשפטית הייתה X. אם יש לי עוד מקרה שהעובדות.. מה קורה בפועל שיש לי מקרה שהתוצאה היא מסוימת יש לי מערכת עובדתית שהיא **שונה** במובן מסוים עובדות שונות והשאלה שאני שואל את עצמי באיזה מובן התוצאה X משפיעה על המקרה החדש, בעליון הייתה תוצאה X פס"ד זה הוא אומר לחייב את הערכאות הנמוכות אבל העובדות הן שונות בערכאה הנמוכה השאלה שביית המשפט שואל באיזו מידה העקרון במקרה הראשון משפיע על המקרה שלי. מושג שנקרא תקדים מחייב בנושא זה כל בית משפט בערכאה נמוכה יודע שהוא כפוף לעליון. התקדים הוא למעשה העקרון המשפטי שנקבע בפס"ד הראשון יכול בית משפט לבוא ולהגיד מה שנקב בפס"ד זה הוא לא רלוונטי כי מערכת העובדות שונה. זה נקרא **אבחון**-משמע אני שופט בערכאה נמוכה אני מאבחן את פס"ד המקורי לעומת המקרה שבא לפני ואני מגיע למסקנה שזה לא מחייב כי העובדות שונות באופן מהותי. השאלה היא מי למעשה קובע מהו התקדים של פס"ד? כשאנו קוראים פס"ד של העליון הוא לעולם לא קובע מהו הרציו של פס"ד שהוא נתן. בית המשפט נותן את ההחלטה שלו מהעובדות שבאו לפניו ומי שקובע זה העליון בערכאה נמוכה בתקדים אז השופט צריך לקרוא את פס"ד של העליון לנסות ולחלץ מתוך פס"ד של העליון את הרציו ולפיו הוא יתן. זה לא העליון זה הערכאה הנמוכה יותר. העליון לא מגדיר את התקדים את הרציו אלא בתי המשפט בערכאות נמוכות יותר קובע מחלץ את הרציו לפי העובדות ולפי תקדימים. מה מגיע לעליון מקרים שמגיעים לעליון בערכאה נמוכות יחליטו אם זה נחשב כתאונת דרכים כי זה לא קרה בכביש הוא ישאל את עצמו מהו התקדים של העליון שנקבע שאם יש משהו זה מהווה תאונת דרכים. במילים אחרות בית המשפט דלמטה יצטרך להחליט מהי הגדרה של תאונת דרכים לפי פס"ד קודמים. (אני בא ואמר שכל שימוש ברכב יכול לשמש פיצוי של תאונת דרכים וזה הפתרון שנתנו לאותו מקרה והוא רק עמד על יד האוטו שלו) לא העליון קובע מה התקדים אלא האופן של ערכאה נמוכה יותר מפרש את התקדים. הקושי הגדול ביותר הוא לנסות לקרוא פס"ד ולנסות ולהבין מה פסד. עו"ד טוב יקרא פס"ד ויראה מה עובד לטובתו בהקשר של פס"ד.

בא נהג והוא נוסע עם הרכב שלו ברחוב אבן גבירול והוא דורס ילד. בא העליון וקובע שהדורס חייב לשלם פיצויים על סך 100 אלף לנפגע. נהג משאית נוסע ברחוב אבן גבירול הוא נסע במהירות של 70 וכעת בית משפט אומר שהוא צריך לשלם פיצויים-בא בית המשפט (הוא קבע שהוא צריך לשלם פיצויים) אני יכול לבוא ולהגיד שכל מי שנסע במהירות מעל 70 קמ"ש הוא רשולן למה? אני יכול לבוא ולהגיד שבכל מקרה שנהג נוסע מעל המהירות בחוק הוא אוטומטית רשולן (מעל המהירות המותרת) זה לא משנה אם האדם קפץ לו לכביש או לא. הוא עדיין רשולן כי הוא נהג מעל המהירות המותרת לכן הוא רשולן. בכל מקרה. תקדים של רשלנות, יש עוד תקדים אפשר להגיד שהרציו של פס"ד שאם אדם פגע בזולתו הוא חייב לשלם פיצוי האם זה תקדים? זה לא תקדים זה החוק הוא צריך לשים לב שאם התקדים הוא כללי מידי הוא הופך להיות החוק. לעומת זאת אם אני בא ואומר תקדים שהוא מפורט מידי הוא גם לא מהווה תקדים כי צריך שיהיה

מקרה דומה. אם זה ביום או בלילה זה כן משנה כי יכול להיות קשור בתנאי הראות. זה לא אומר שבאופן אוטומטי הוא רשן אבל אם פסד אומר בתקדים והוא קובע משהו מסוים אז על זה צריך לפעול. בארה"ב משאית נסעה במהירות של 40 קמ"ש ופגעה בהולך רגל בית המשפט אומר שצריך לשלם פיצויים אז מה יהיה התקדים? זה אומר גם אם נסעת במהירות מאוד נמוכה זה לא פוטר אותך מלהיות אחראי למה שקורה בכביש. זה התקדים גם אם אתה נוסע עפ"י חוק זה לא פוטר אותך מלהיות ערני בכביש. העניין של התקדים הוא היכולת של בית המשפט בערכאה נמוכה יותר הוא לבוא ולחלץ את העובדות.

שיין שמיני

17/12/2012

אנחנו בעיסוק התקדים, תפקידו של בהמ"ש הוא לנסות ולמצוא גשר בין המשפט (חוק) ובין המציאות. כלומר, שהמחוקק ברגע מסוים נתון קבע איזושהי נורמה, הנורמה באה לפתור סיטואציה שהייתה קיימת ברגע חקיקת החוק. איך זה עובד באה הממשלה או כנסת מבינים שצריך להתמודד עם סוגיה והם מחוקקים חוק שיפתור את הסוגיה החקיקה היא ברגע נתון כשיש בעיה. מהירות בלתי רגילה של התקדמות לא יכול להיות מצב שהמחוקק יוכל לצפות את כל האפשרויות שיכולות להיות, לראות את המציאות אין כזה דבר. הפעם הראשונה שסוגיה חדשה עולה זה בבהמ"ש הוא הראשון שנפגש עם איזושהי בעיה חדשה שצריך לתת לה פתרון. אבל הבעיה צריך לתת לה פתרון מתוך חוק שנחקק בעבר, או שאני אומר לבהמ"ש לעצור וניתן פתרון למקרה או שאני אומר לבהמ"ש יש את המחייבות לתת את הפתרון הזמין לבעיה או לסכסוך שהגיע לבהמ"ש איך הוא עושה זאת? הגיע חוק X החוק הזה קיבל את הפירוש שנקרא Y הוא הפרוש של החוק X אני עושה Y פלוס 1 איך אני עושה שזה ישפיע על Y פלוס 1. מה עושה פס"ד של Y זה להבין את המשפעות ואת הפירוש הנכון של החוק X. ברגע Y פירש את החוק X בהמ"ש מתנתק מה X ומה שיש בבית המשפט זה את הפירוש Y וזה בהמ"ש צריך להתמודד עם הפירוש ט פלוס 1. עכשיו אני צריך לשאול את עצמי מה מעניין אותי ב Y מה מעניין אותי בפס"ד Y, הוא למעשה פתרון לסכסוך של B ו A שניהם קיבלו את הפתרון Y כלומר Y מחייב את שני הצדדים לסכסוך. כשיש תקדים אני בא ואומר הפתרון הוא לא רק מחייב את B ו A הוא מחייב את כולם כי זה של העליון. מה זאת אומרת מחייב את כולם? כלומר מה אני לוקח מפס"ד של Y שנימצא מעבר לסכסוך של הצדדים B ו A. זו התוצאה שמחייבת את הצדדים האם זה מעניין אותי? לא מה שמעניין אותי זה מה העקרונות שבהמ"ש ראה בפסד X לפירוש שמחייב את כולם, התוצאה האופרטיבית של Y לא מעניינת היא מעניינת ספציפית את המקרה. אותי מעניין מהם העקרונות שנקבעו שם על מנת לעשות **היקש** עם מקרים דומים. אם בהמ"ש פירש את המונח רשלנות לדוגמה אין שופט שיכול להגיד יש לי דרך אחרת להביא את הרשלנות הם חייבים לפעול לפי העליון. העליון לא כפוף לתקדימיו רק ערכאות נמוכות ממנו. עכשיו, מה שאני אמרתי השיקולים שלמעשה מביאים את בהמ"ש להחלטה שלו זה נקרא הרציו של פסד ומה שמחייב זה הרציו של פסד. **מרים בן פורת** השופטת "כוח התקדים, מה זה אומר? מחייב, החיוב של התקדים מוקנה אך ורק לשיקולים שהולוכו להחלטה שהחליט בהמ"ש שהחליט הלכה למעשה להבדיל בין האוביטר, אני צריך לדעת מה השיקולים שהובילו את בהמ"ש להחלטה שהוא קיבל. לתוצאה המשפטית וזה הרציו וזה התקדים המחייב. כל בית משפט שעוסק בשאלה משפטית היא שואלת את עצמה-מה היו השיקולים של בהמ"ש כשהוא קיבל את ההחלטה שלו (עליון) יכול להיות מחשבות שונות של שיקולים שונים של שופטים שונים ואז זה יגיע לעליון והוא יחליט מה זה אומר. זה נקרא **סוגיית התקדים**. בשיטת המשפט הישראלי יש דבר מעניין היא אומרת שפסד של עליון מחייב את כל בתי המשפט חוץ מהעליון עצמו ופסד של מחוזיים מנחים בית משפט שלום, מה זה נקרא פסק דין **מנחה** של המחוזי שמנחה את השלום, פירוש הדבר שאם יש משפט בשלום ואתה כעורך דין באת לבהמ"ש וטענת שיש פסד של מחוזי שהוא נותן פתרון למקרה שלך אם הפנת את השלום שיש כזה דבר אז בית המשפט השלום חייב להתייחס הוא לא אמור לקבל הוא אמור להתייחס. אם לא התייחסת לפסד דין מחייב של העליון אז הוא מתבטל. יש עוד משמעות למושג של פסד מנחה וזה מעניין, בא בנאדם והגיש בקשה לפקיד שומה של נדל"ן והפקיד ערער למחוזי. במחוזי נתנו החלטה מה המשמעות? המשמעות היא שכל אזרח יכול לראות את ההחלטה של המחוזי כהחלטה נורמטיבית והוא יכול להסתמך על מה שהחליט המחוזי עד שהיא לא תתהפך בערעור, ברגע שמחוזי קבע שדפוס מסוים של התנהגות הוא

נורמטיבי אז כל אזרח בישראל יכול להסתמך על אותן נורמות. ברמה העקרונית פסד של מחוזי מחייב את כולם במובן זה שהוא יכול להסתמך עד שלא יהפכו את ההחלטה בבית משפט העליון.

החילוץ של התקדים מפסד של העליון זו אומנות עו"ד גדול שיודע לחלץ וישכנע את השופט, אם התקדים מנוסח באופן רחב מידי אז זהו החוק בעצמו ולא צריך תקדים. לעומת זאת אם הוא מצומצם מידי...

היה מקרה של פסד אנגלי מפורסם מאוד ששם היה מקרה שבנאדם בא לחנות קנה בירה והיה בבירה שבלול(בירה שבלול)נשאלת השאלה מי אחראי לנוקים לאדם שקנה את הבירה האם רק האדם האם המלצר? האם היצרן של הבירה? פס"ד של בית המשפט באנגליה אמר שיש מבחן שנקרא "**מבחן השכנות**", משמע אתה אחראי כלפי כל מי שהיה **צפוי** כתוצאה מרשלנות או של מחדלך שלך, התקדים הוא קשור **בשכנות וצפיות**. פתרון זה נותן פתרון לכל תיק בנויקין כאשר מה שמיוחד זה הגמישות של המושג שכנות. כלומר כל בית משפט במקרה שבא לפניו יוכל להחליט האם במקרה מסוים הייתה שכנות או לא. או הייתה צפיות או לא וכולם מתבססים על זה באנגליה. הרעיון שזה יפתור הרבה בעיות כי יש פה גמישות והוא פותר המון בעיות.

השאלה שנדון בה היא-קבוצה של אנשים דיירים קנתה דירות נופש בנהריה, כשבנאדם קונה דירה מקבלן הוא קונה את הדירה ומקבל "**ערבות**" חוק מכר מה זה אומר? זה אומר בד"כ כל קבלן יש לו ליווי פיננסי אין להם כסף שלהם או שהם לא רוצים, הם הולכים לבנק ואומרים לו שהוא רוצה לעשות עסקה והוא רוצה לקבל ליווי פיננסי של הבנק, הבנק רואה שזו עסקה טובה והוא חותם איתו חוזה, כל הדיירים של הדירות משלמים לאותו חשבון בנק והוא משחרר את הכספים לקבלן לפי התקדמות הבנייה מהכסף שנימצא בחשבון. מה מקבלים הדיירים? הם מקבלים **ערבות** לפי חוק המכר משמע אם יקרה משהו אם לא ימסרו לו את הדירה הבנק מתחייב לשלם לדיירים את הסכום שהפקידו בבנק. עכשיו מה שקרה היה פרויקט בנהריה וקנו דירות נופש. מסתבר שהקבלן **פשט רגל** והבנק אמר שהם לא יקבלו דירות נופש אלא דירות רגילות במקום דירות נופש. באה קבוצה של דיירים והגישה תביעה נגד הבנק לחלט את הערבויות הם אמרו שיבטיחו להם דירות נופש עפ"י ערבויות חוק המכר. התיק הגיע למחוזי והוא פסק את פסד הבא הוא אומר שאין לחלט את הערבות כלומר הדיירים לא זכאים לקבל את הערבות הבנקאים כי הבנקאות באה להבטיח את הדירה ולא את אופי הדירה, הרעיון הוא שאם אתה לא מקבל את הדירה הבנק מפצה אותך. בא המחוזי ואמר מאחר שהדיירים קיבלו את הדירות למרות שזו לא דירת נופש הם יכולים לקבל את הדירות ולא את הערבות. עכשיו, הלכו הדיירים שלא הסכימו לחלט את הערבות והגישו תביעה לעליון היו 3 שופטים טירקל, ריבלין, וחיון אלו היו בעליון. השופט **טירקל** אמר אין לחלט כי יש **מסירה**. משמע הוא אישר את פסד של המחוזי הוא למעשה דחה את הערעור ואישר את המחוזי. **ריבלין** אומר אם יש אי התאמה מוחלטת אפשר לחלט כלומר אם יש אי התאמה במקרה זה אין אי התאמה מוחלטת. הוא דחה את הערעור אבל מנימוק אחר הוא בא ואמר ערבות חוק מכר יכולה להתייחס לאי התאמה אבל זו לא עילה לחלט את הערבות משמע גם הוא סבר שיש לדחות את הערעור כי הנוסח הוא לא ברור, ברמה העקרונית ערבות מחסה גם אי התאמה אבל לא כאן. באה השופטת **חיון** היא טוענת שיש אי התאמה מה שהיא אומרת שיש מקום לקבל את הערעור היא סוברת כמו ריבלין שהערבות מחסה גם מקרה של אי התאמה אבל היא אומרת כאשר אתה קונה דירת נופש ואתה מקבל דירה רגילה וזה כן מסיבי לדעתה. אבל הערעור נדחה. זו הייתה קבוצה של 14 דיירים. הגיע עוד קבוצה של אותו פרויקט של 30 אנשים והיא מגישה בקשה לחלט את הערבות נשאלת השאלה מהו הרציו של הפס"ד הזה? האם הייתה אי התאמה מהותית.

בתיק החדש בא **חשין** ואמר במקרה זה מדובר באי התאמה מסיבית כמו **חיון** בקודם. בא העליון ואמר מאחר ובמקרה הזה אני לא יודע מהו בדיוק הרציו אז אין סיבה לשנות את ההחלטה שניתנה במחוזי כדי לא ליצור מצב שבאותו מקרה יהיו פסד שונים. מורכב מאוד שלמעשה הרציו והתקדים של העליון לא ברור. אומר העליון, אני לא מעלה על הדעת שיקרה מצב שיש שני תיקים שעוסקים באותו עניין ובשני המקרים יינתן פסד שונה. אז למה התיק הנוסף שוב הגיע לעליון? כי הפסד הראשון נתן פתח אך הוא לא מבטל את הדעת של הפסד הראשון כי זה אבסורד. **חשין** אמר שזה בלתי סביר לחלוק על הפסד הראשון. כי הוא דואג שאלו יקבלו ואלו לא, לכן הוא דחה את הערעור. הפתח שהשאירו בפסד הקודם זה היה הויכוח בין השופטים טירקל וריבלין.

שאלה – פסד של העליון מחייב את כל הערכאות תחתיו נשאלת השאלה באיזה אופן הוא מחייב ומתי הוא מחייב? מעשה שהיה כך היה, א' עבד בחברה ב', החברה הייתה מעסיק א' היה העובד ותוך כדי עבודה א' נהרג. במקרה כזה הלך העזבון של א' והגיש תביעה נגד ב'. (עזבון זה או על פי חוק או עפי צוואה) ב' הלך

והגיש הודעת צד ג' לחברת הביטוח(הודעה צד ג' –העזבון בא ואומר שאתה לא הדרכת אותי איך להתנהג לא נקטת באמצעי זהירות סבירים ב' אומר שהוא לא חייב לעזבון ויש לו ביטוח ומי שחייב לשלם זה ג' חבי' הבטוח אז א' תובע את ג')עכשיו מופיעים במשפט 3- א' ב' ו-ג' השופט אומר לב' ו-ג' מישהו מכם ישלם זה ברור. או ש ב' ישלם או ש ג' ישלם. אז אומר בית המשפט להם,אתם תשלמו ל א' את הפיצויים ואז א' יוצא מהתיק מבחינתו התיק נגמר.ואומר בית המשפט אני אמשיך לקיים את הדיון בין ב' ו-ג' ביחס למי צריך לשלם זו הסיטואציה העזבון הסכים, קיבל את הכסף שלו ויצא מהתיק והתיק ממשיך בין ב' ו-ג'. אחרי שנחתם הסכם הפשרה,ניתן פסד בעליון שניקרא "הילכת השנים האבודות"(פסד אטינגר)מה זה אומר?אם הבנאדם שלנו העובד א' אם הוא נהרג כשהוא בן 40 אזי הילכת השנים העבודות אומרת שכעת המשפחה יכולה לתבוע על אובדן הכנסה עד גיל 67 הוא יכול לעבוד כך ולכן העזבון זכאי לקבל את המשך השנים שהמת יכל לעבוד.בא בית המשפט ומבקש לשנות. **בא א' ומבקש לתקן את התביעה** בטענה שמגיע לו מבחינה משפטית. הטענה שלו היא "**טעות**" כי אני חתמתי על הסכם הפשרה מתוך טעות כי אם הייתי יודע שבית המשפט היה מכיר בהילכת השנים האבודות לא הייתי חותם על החוזה. אז בא א' ואומר אני מבקש לתקן את כתב התביעה לבטל את הסכם הפשרה כי טעיתי לעולם לא הייתי חותם אילו הייתי יודעת שהעליון היה נותן פיצוי על השנים האבודות.הילכת השנים האבודות היא תקדים. השאלה שעומדת לעליון היא השאלה האם כאשר עליון נותן החלטה האם התחולה של ההחלטה של העליון חלה באופן **רטוראקטיבי**(עבר) או שהיא **פרוספקטיבית** (מסתכל קדימה,מכאן ולהבא),התשובה לשאלה הזו במה היא תלויה?היא תלויה וקשורה להבנה באשר לתפקיד של העליון במקרה שלנו אם אני בא ואומר שמה שעושה העליון זה רק מפרש את החוק, את מה הוא פירש במקרה שלנו?הוא פירש את הנזק,החוק אומר שאם אדם או מעביד התרשל הוא חייב לשלם את ניזקו של הנפגע ברשלנותו אז אני יכול לבוא ולהגיד שהעליון פירש את המונח נזק עד היום מונח נזק לא כלל את השנים האבודות,מה אומר בית המשפט העליון?כאשר המחוקק השתמש במילה נזק בפקני"ז הוא התכוון שניזק כולל גם את השנים האבודות אלא מה קורה שבתי המשפט לא שמו לדבר הזה ולא היו ערניים למה שהתכוון המחוקק.עד היום שהעליון פירש את המילה נזק הוא לא אבחן נכון את המחוקק.(המחוקק התכוון לשנים האבודות)ועכשיו העליון אומר שצריך לכלול את השנים האבודות הוא לא עשה דבר חדש כי כתוב נזק והכוונה היא גם לשנים האבודות. מה שבית המשפט עושה הוא מפרש את הנזק ויוצא שזה כן באופן **רטוראקטיבי**. כי זה תמיד היה.

אפשרות שניה זה לבוא ולהגיד, זו לא פרשנות כי זה מרחיק לכת. כי אף בית משפט מאז קום המדינה לא הבינו שזה אמור לכולל שנים אבודות. אחרי 50 שנה שמפרשים את המילה נזק לא ידעו שניזק כולל גם את השנים האבודות אני בא ואומר שלמעשה זה דבר חדש שזה לא היה,מה שבית המשפט עשה פה זה אומנם פרשנות אבל זה לא פרשנות זה **יש מאין** וזה משהו **חדש** ואם זה משהו חדש אז זה צריך ללכת **מכאן והלאה**.מבחינה פורמאלית יש פרשנות כי המשפט אמר שיש לכלול את השנים האבודות.אבל מבחינה מהותית זה לא הגיוני כי זה משהו חדש זה לא יכול להיות שכל השנים הללו שחלפו זה לא היה כלול ועכשיו זה כן.

לצורך העניין שלנו הדיון הזה רלוונטי?שימו לב כשאני בא ואומר שלפס"ד יש תחולה רטוראקטיבי מה זה אומר?על מה הוא חל?הרעיון של תחולה רטוראקטיבי זה לא אומר שפותרים תיקים שנסגרו אין דבר כזה. אם יש תיקים שתלויים בבית המשפט והם לא הסתיימו או שלא הגיעו במקרים אלו זו תחולה רטרו'.אבל תיק זה של המערערת סגור/חלוט וזה לא רלוונטי למקרה זה כי אי אפשר לפתוח תיקים.

מה הייתה דעתו של השופט ברק?השופט **ברק** בגישה **הפרוספקטיבית**(להבא),הוא דוגל בפרשנות תכליתית.ברק הוא עפ"י תפיסת עולמו הוא **אקטיביסט**,מה באים בטענה שלברק? שהוא כל הזמן מחדש והולך מעבר לחוק זו הטענה כלפיו כי הוא אקטיביסט,כדי להתמודד עם הביקורת הזו ברק רוצה ליצור חיץ בין החוק,מה שביצת משפט עושה אין בזה שום אקטיביזם אז אל תבואו בטענה שאני מייצר יש מאין כי כל מה שאני פוסק כתוב בחוק,הרעיון שלו היא לבוא ולהראות שיש הבדל מהותי בין חוק לבין פסד. כשבא ברק ואומר שפסד חלים באופן **רטוראקטיבי** הוא אומר שזה לא אקטיביזם.**חשן** אומר שהעבודה של בית המשפט הוא מייצר נורמה יש איזשהו היבט כמותי שהופך להיות איכותי כלומר אם יש פרשנות שהיא מקובלת סבירה וצפויה אז אני יכול לבוא ולהגיד שם פסד חל באופן רטוראקטיבי אבל אם יש פרשנות שאי אפשר לפרש אותה בצורה ברורה אז זה..

חברת הביטוח במקרה שלנו אומרת את הדבר הבא-כשאני גביתי את הפרמיה מבי' כשאני חשיבתי את פוליסת הביטוח את עלות הפרמיה אני לקחתי בחשבון את המצב המשפטי אומרת חברת הביטוח שאם

הייתי חשופה לשנים האבודות אז הפרמיה הייתה גדולה פי 10 אתה לא יכלו לשנות את המצב המשפטי שלי באופן כה מהותי שאין בו שום היגיון.הילכה זו פוגעת באופן בלתי סביר שהיו נכונים ביום עשיית הביטוח זה מיליארדים.פסד של בית המשפט שאתה מחיל אותו באופן רטרואקטיבי זה פוגע.ברק אומר, זה נכון שכל פסד חל באופן **רטרואקטיבי** חוץ מאותם מקרים שמשכנעים את בית המשפט שזה לא צודק ולא נכון להחיל באופן רטרואקטיבי של חוק או של פסד היא בלתי סבירה.במקרו(ברמה עקרונית)פסד חל **רטרואקטיבי** אבל יש שכנועים לבית המשפט.ברק אומר לגבי פוליסות החדשות ברק יגיד שחברות הביטוח יתחילו לקחת את הפרמיות.(מאז שזה חל חברות הביטוח צריכות להיערך לחישוב פרמיה חדשה)בא **חשין** ואומר כל פסד של העליון חל מכאן ולהבא אבללללל צדדים יכולים **לשכנע** את בית המשפט שיש להחיל את ההלכה באופן רטרואקטיבי.ואלו שתי גישות שונות.ברק אומר תחולה רטרואקטיבי אלא אם משכנעים שזה לא סביר וחשין אומר שזה פרוספקטיבי ואם יש שיכנוע אז זה רטרו..ואין הכרעה בין שניהם.**המבחן הוא מבחן האיכות של הפרשנות** אם זה יותר דרמה כמו שנים אבדות לא יחילו רטרו אבל אם זה בלי דרמה אז יחילו רטרו.

24/12/2012 (לא היה שיעור עם שין אלא החלפה עם גלברד חוזים)

31/12/2012

שיעור עשירי

שאלת התקדים סיכום השיעור הקודם בעניין של אופן תחולת התקדים. במקרה שלנו היה עזובן העזובן חתם על הסכם פשרה והעזובן יצא מהמשחק..בעליון נפסקה הלכה חדשה של השנים האבודות והשאלה הייתה האם ניתן לשנות את הסכם הפשרה האם ניתן למשפ' לתבוע על השנים האבודות. העליון נתן פס"ד קרוב ל100 עמ'.פס"ד רלוונטי לעניין שלנו?זה לא רלוונטי לעניין שלנו. פסד של העליון מה הוא אומר בסוף? מאחר והתיק נגמר אז אין שום משמעות לעובדה שהעליון שינה את ההלכה שלו בנושא של השנים האבודות. מה לומדים מזה? מה הרציו של פס"ד? מה זה תקדים? אלו הם הנימוקים של בהמ"ש שעל פיהם הוא קיבל את ההחלטה שלו. בית המשפט דן ב100 עמ' האם הוא חל מכאן ולהבא או שהוא חל באופן רטרואקטיבי. זה לא רלוונטי כי השאלה הייתה האם ניתן לפתוח תיק סגור. גם אם הוא חל באופן רטרו לא פותחים את כל התיקים. בתי המשפט כותבים פסד ארוכים וכותבים עליהם. בארה"ב הוא קצר. בארץ בגלל שיש פס"ד כל כך ארוכים אז אתה כבר לא יודע מה הרציו ומה האוביטר,וזה יוצר קושי. אז פה יש פס"ד ארוך,למה עושים את זה? בתקופת הארון ברק בעליון היו שלוש תקופות –תקופת הראשונים,אהרון ברק, והאחרונים. מבחינת ברק היה שילוב של אקדמיה ומשפט. את רוב פס"ד שלו הוא הוציא לאחר מכן ספרים.הגישה של ברק הייתה גישה אקדמית שהעליון צריך לעסוק לדעתו לפי עניינים אקדמיים.העליון גם ערעורים וגם בגצים.אופן תחולת התקדים.

נושא חדש-השאלה מתי או באיזה נסיבות העליון מבטל את התקדימים שלו?בד"כ העליון לא סוטה מתקדימיו.המושג נקרא **מבחן היציבות או מבחן ההסתמכות** מאחר והעליון קובע את המצב החלוקי מאחר ואזרחים הולכים לפיו ולכן העליון לעיתים נדירות משנה את התקדימים שלו. **באיזה מקרים למרות מבחן היציבות ומבחן ההסתברות העליון כן משנה את התקדימים שלו?**

פס"ד **עוף העמק**-השאלה שעמדה לדיון- האם רשות מקומית צריכה לקבל אישור של שר הפנים כאשר היא מחליטה לעלות ארנונה. כל רשות מקומית מוסמכת להטיל ארנונה על עסקים ודירות והשאלה הנשאלת היא האם הרשות המקומית צריכה לקבל אישור של לעלות את הארנונה בעניין זה יש חקיקה יש תקנות, יש צורך או אין לקבל אישור של שר הפנים. אומר **ברק**-השאלה אם דרוש אישור הממונה היא שאלה משפטית אשר בית המשפט צריך להכריע בה על יסוד פירושו שלו חוק ולא על יסוד פירושו של אחרים.מה זה אומר?משמע,בהמ"ש כשמתעוררת לפניו שאלה משפטית וכמובן כל שאלה משפטית שקמה דורשת פרשנות. אומר ברק כאשר בית המשפט מקבל ס' של חוק הוא מקבל אותו **מנותק** מכל פרשנות אחרת שלא יהיה מפרשנות חוק. בית המשפט מקבל יצירה חדשה. אנו מחפשים בהיסטוריה החקיקתית את תכלית החקיקה,אנו מחפשים את האינטרסים ואת המטרות אשר הפשרה והאיזון שביניהם הביאו למדיניות...**(לשהשלים)**כל חוק של הכנסת בא להסדיר נושא מסוים.אם יש שופט ומגיע לפניו נושא מסוים יחפש את הפתרון שהחוק נותן.איך המחוקק רצה לפתור את המקרה שבא לפניו.בא ברק ואומר ממש לא, לא מעניין אותי איך המחוקק רצה לפתור את המקרה הספציפי,מה שמעניין אותי הם מה היו העקרונות שעל פיהם המחוקק רצה לפתור את המקרה הזה. לראות את העקרונות ולא את הפתרון. למה? כאשר אני

מדבר בשלום או במחוזי מה שהשופט רואה לנגד עיניו זה את הצדדים שמופיעים לפניו, את הסכסוך האקטואלי, והפתרון שבהמש יתן זה פתרון הסכסוך שבא לפניו. אבל אומר ברק בשיטת משפט שיש לה תקדים מחייב, העליון לא יכול לראות אך ורק את המקרה האקטואלי שיש לפניו. למה? כי הוא צריך לחשוב מה יהיו ההשלכות לפסיקה שלו על המקרים הבאים, יש הבדל משמעותי. דבורקין אומר- זה בדיוק התפקיד של העליון להבדיל מבית משפט שלום ומחוזי הם רואים לפניו את מה שלפניו הוא לא אמור לשקול תוצאות עתידיות. אבל העליון שלמעשה ההחלטות שלו יש להן השלכות עתידיות הוא צריך לראות מה יקרה בבאים אח"כ וזה מחייב את הפרק הבא. כשהעליון מתמודד עם שאלה משפטית הוא לא רואה את האיסור הפרטני כמו החוזי והשלום אלא הוא צריך לדעת מהו העקרון והעקרון בונה את התקדים. העקרון והתקדים המחייב זה לא ההחלטה האופרטיבית של אותו מורה אלא מה היחס של המקרה הוא רוצה לדעת מה היה העקרון בבית המשפט העליון. למעשה יכול להיות מצב שיגיע תיק לבית משפט והעליון יכול לחשוב שהמחוזי צדק, אבל העליון יגיד למרות שבמקרה הספציפי הזה אני מקבל את הערעור וזה עושה אי צדק אבל אני רוצה לדעת מה המשמעות למקרים הבאים ואני ידחה את הערעור כדי שזה לא יפגע בהשלכות עתידיות.

העליון שוקל מעבר לאלו בערכאות הנמוכות. השיקולים הם שיקולים שונים זה לא שיקול של מקרה אינדיווידואלי אלא זה שיקול של עקרון.

לאן בית המשפט הולך בקשר לאישור שר הפנים של הארנונה-בא העליון מה אני לומד מזה? יש שתי אפשרויות זה ללכת לדברי הכנסת ולראות מה הכנסת רשמה בחוק. אפשרות שניה העליון אומר לא מעניין אותי ההיסטוריה של החקיקה. אפשרות אחת לבוא ולהגיד בחוק הזה יש עקרון ברור העקרון הוא לתת יותר עצמאות לרשויות המקומיות (מגמה של המחוקק) לתת אוטונומיה. ממה זה נובע העקרון הזה? בא המחוקק ואומר ראש עיר שיטיל ארנונה יותר מידי גבוה הוא לא יבחר עוד פעם אם יטיל ארנונה נמוכה לא יעזרו לא בממשלה. אין מה לעזור לו אז המחוקק יוצא מתוך הנחה שראש העיר יקבע ארנונה סבירה. האם אותו עקרון מתאים גם לעסק, האם שיקול דעת לתת לעריות לתת יחס גבוה יותר? אם ביתה משפט מגיע למסקנה שאותו עקרון חל גם פה? משמע העירייה מבינה או המחוקק מבין שאם ראש העיר יגבה יותר כסף מהעסקים הם פשוט יעבירו אותו מקום בעלי העסק ירצו ללכת משם. משמע בא העליון ואומר מבחינתי העקרון הוא הפחתת המעורבות של המדינה ומתן יותר אוטונומיה לראשי הערים בהטלת הארנונה (תכלית החוק הרצון של המחוקק) ואני עם העקרון הזו פותר המון בעיות. עכשיו שימו לב-אם אני בא ואומר שמה שמעניינים את בית המשפט זה האינטרסים והעקרונות שנמצאים בתכלית של החקיקה מה זה מאפשר לבית המשפט? להתמודד עם מציאות משתנה. אם אני בא ואומר שבית המשפט אמור לפסוק אך ורק עלפי המקרה האינדיווידואלי אזי אין גמישות לבית המשפט להתמודד עם מקרים חדשים. אבל אם אני בא ואומר שצריך להתמודד עם האינטרסים ויש אפשרות להתמודד עם מציאות משתנה זה המפתח להבין את הסטייה מהתקדים. ברגע שאני יודע לזהות את האינטרס אז הוא תמיד פונקציה של המציאות ואם היא מציאות משתנה...

יש הלכה מאוד ידועה "היכלת קולובו"-היה בן אדם שהייתה לו חנות א' יש לו חנות טלוויזיות, אותו א' הולך לבנק ב' זה הבנק ואותו א' מבקש בבנק הלוואה הוא צריך הלוואה לעסק הוא הולך ומבקש הלוואה מהבנק. כדי שבעל העסק יוכל לקבל הלוואה הוא לא רוצה לשעבד את הדירה שלו. אבל הבנק רוצה בטוחה וערבון. מה עושה א' א' נותן לב' "שיעבוד צף" מה זה אומר? שיעבוד צף אומר- שביום ש א' אמור להחזיר את הלוואה ואם הוא לא יחזיר אותה באותו יום כל מה שנימצא בחנות באותו רגע משועבד לבנק. שיעבוד הסחורה בחנות. ג' הוא יבואן של טלוויזיות וגי' נותן לא' את הטלוויזיות שהוא מוכר במילים אחרות א' מוכר את הטלוויזיות שגי' מכר לו. אותו א' לקח הלוואה ולא החזיר אותה, בא הבנק והטיל את השיעבוד הצף על כל מה שנימצא בחנות של א'. במילים אחרות הבנק מאחר והיה לו שיעבוד צף ביום שא' לא שילם את הלוואה בא הבנק והטיל שיעבוד צף על כל הסחורה. בא ג' בריצה ואומר הטלוויזיות שבחנות הן טלוויזיות שלי הוא לא שילם לי עבורם (קונסיגנציה) אז בא ג' והוא נלחם נגד הבנק. ג' אומר לבנק מה שבשיעבוד הצף זה לא של א' זה שלי, אתם לא יכולים לשעבד כי זה בכלל לא של א'. מה טוען הבנק? אומר הבנק אני לא יודע הוא חתם לי על שיעבוד הצף וכל מה שיש בחנות הוא שלנו, והוא אומר ש ג' יגיש תביעה. התיק הגיע לעליון ושם נקבעה הלכה מאוד מעניינת ומה היא אומרת? מה התפקיד של הטלוויזיה? הטלוויזיה היא הביטחון שיש ל ג' שא' יתן לו את הכסף וכל עוד היא לא שולמה היא בחזקת משכון והיא ממושכנת משכון של ג' שיבטיח את קבלת הכסף כלומר הבעלות של הטלוויזיה אף פעם לא עוברת לא' היא עוברת מג' לקונה. היא מישכון שמבטיחה את התמורה לא' איך זה נקרא הבטוחה הזאת?

"משכון" למעשה הטלוויזיות האלה הן ממושכנות לגי' כי הבעלות תעבור רק כאשר גי' יקבל את התמורה. עכשיו מה אמר העליון? הוא אומר כדי שיהיה מישכון תקף מה צריך? **כדי שתהיה זכות קניינית** מה צריך? צריך **רישום**, זכות קניינית צריך לרשום. במילים אחרות אם גי' חושב שהטלוויזיות האלה הן מישכון הוא צריך ללכת לרשם המשכנות ולרשום אותם. בא בית המשפט ואומר הטלוויזיות האלה הן מישכון אז אם באמת טוען שהטלוויזיות הן שלך היית צריך לרשום אותן על שימך לא עשיתי כך אזי הטלוויזיות של הבנק. (כל נכס קנייני צריך לרשום משכון) **קבע הלכה ברורה כל עוד לא נרשם משכון על הטלוויזיות אז במרוץ בין ג' לבנק, לבנק יש יותר עדיפות.**

פס"ד קידוחי הצפון (תקדים מחייב) - מגיע לעליון מה אומר העליון? הוא אומר שאין מצב שאפשר לנהל עסקים שיבואו כל הזמן צריך לרוץ לרשום משכון ובעל החנות צריך לרוץ לבטל את המשכון שהוא קונה טלוויזיה והוא **אומר שצריך לבטל את הילכת קולומבו** כי היא לא מתאימה לתנאי הכלכלה המציאות שהן עסקאות **קונסיגנציה**. ברגע שיש תקדים על העסקאות החדשות צריכות לפעול לפי התקדים הזה. קונסיגנציה המשמעות של זה שלא צריך לרשום את כל המוצרים.

הבנק יודע עכשיו שאם יש בחנות מכשירים דברי קניין אין לו בטוחה מספיקה בגלל התקדים החדש. **ביום כבר אין כמעט שיעבוד צף על סחורה**. מאחר ורוב המשק הלך לעסקאות קונסיגנציה אז **בית המשפט שינה את הילכת קולומבו**.

דוגמא נוספת - היה בנאדם אני קורא לו יבואן והיבואן הביא סחורות מחו"ל יום אחד הוא הביא מטען מחו"ל ומתברר שנגרם נזק למטען. באה חברת הביטוח שלחו שמאי והשמאי העריך את הנזק ב1000 דולר נזק. והביטוח שילם 3000 ש"ח פיצויים כי השער היה 3 ש"ח לדולר. בא הביטוח שילם 3000 ש"ח עכשיו מה קרה? היבואן נותן לחברת הביטוח כתב שנקרה "**סוברוגציה**" (כתב שיפוי) מה זה אומר? זה אומר שאני היבואן מעביר את כל הזכויות שלי לחברת הביטוח וחברת הביטוח תוכל לתבוע את המזיק על הנזק במקומי. מה זה אומר? היבואן מעביר לביטוח את כל הזכויות של היבואן בקשר של הפיצויים של היבואן חברת הביטוח בדקה והתברר שמי שגרם לנזק זה רשות הנמלים הנזק נגרם במחסנים של רשות הנמלים והיא זאת שגרמה לנזק. הולכת חברת הביטוח ומגישה תביעה נ' רשות הנמלים. כלומר במקום שהיבואן גיש את התביעה מאחר והיא שילמה לו חברת הביטוח על הנזקים שלו ובאה עכשיו ותובעת את הנזקים מרשות הנמלים (שיפוי). שימו לב מה שקורה חברת הביטוח היא יכולה לתבוע 3000 ש"ח מה עילת התביעה שלה? הסכום שהיא שילמה ביום אירוע הנזק. היום של אירוע הנזק ברגע של התשלום נוצרה העילה. משמע שחברת הביטוח יכולה לתבוע 3000 ש"ח. מה שקורה התיק הזה היה בתקופה נוראית של **אינפלציה**, השווי של השקל ירד כל יום. משמע שמה שהיה אז כששולם 1000 דולר היום זה הרבה פחות זה ירד כי השווי של הש"ח ירד. הערך של הדולר יתחזק והשקל ירד והם הפסידו. הטענה של חברת ביטוח הייתה זה לא הגיוני איך יכול להיות שאני לא מקבל את מה ששילמתי? אמנם בשקלים אבל בשווי בדולרים ואם לא תחזיר לי כך אני הפסדתי. התיק הגיע לעליון והשאלה בעליון הייתה - האם ניתן לשנות את התקדים שבא ואומר שיום החישוב של הפיצויים הוא היום שבו אירע הנזק? והביטוח טען שהחישוב לא צריך להיות ביום ביצוע הנזק אלא **ביום ביצוע התשלום** (לשנות את התקדים בגלל האינפלציה) שלא יהיה מצב שאני אקבל פחות מפיצויים. **חיים כהן היה במיעוט** שלא ניתן לבצע רפורמה דיני הזניקין..

העליון הראשון שחושף בשינויים של הכלכלה ושל החברה הסכסוך מגיע קודם כל לבית המשפט ומה שהוא עושה זה להתמודד עם השינויים האלה של המציאות והוא יכול לעשות את זה אם הוא קובע שמציאות משתנה וגם אם הוא מסתמך על העקרונות מה העקרון של דיני הזניקין? במקרה זה בית המשפט אומר שבדיני הזניקין העקרון הוא "החזרת המצב לקדמותו" להחזיר את המצב לקדמותו וזה בעצם לשנות את התקדים.

דוגמא - בא ציגלר הוא בא לבנק כי הגיס שלו לקח הלוואה בבנק אומר הגיס לציגלר אני צריך ערבים, להלוואה אותו ציגלר שהוא מגיע לבנק אומר לו הפקיד בבנק תשמע מדובר בחשבון חדש תחתום על ערבות, ציגלר חותם לגיסו, כעבור כמה זמן מתברר שיש בחשבון הזה מינוס ענק. ציגלר **חשב שהוא חותם על חשבון חדש**. ואז בא ציגלר באין אוניס אמר אתם **הטעתם** אותי אמרתם לי שזה חשבון חדש אבל יש בו בכלל מינוס. הבנק אומר טענה מעניינת, אומר יש חובת נאמנות עפ"י חוק השירות ללקוח בין הבנק לבין הלקוח אומר הבנק לערב אתה לא לקוח בבנק שלנו אתה רק ערב אני לא חייב לך כלום. כלומר החוק שעוסק בשירות ללקוח לא חל לערב. התיק הגיע לעליון ושם נקבעה הלכה שאומרת שבין ערב לבין הבנק אין יחסי נאמנות של בנק ללקוח. אם הסכמת להיות ערב זאת בעיה שלך. עכשיו, היה תקדים קראו לו

"הילכת ליפר" והיא קבעה שהחוק הזה לא חל על ערבים וערב צריך שלם את הסכום שהוא היה ערב בו. עכשיו בהילכת ציגלר מגיע תיק דומה. אומר השופר **ברק** - באיזה מקרים בית המשפט סוטה מתקדימו-אומר כשאר פס"ד של העליון בחר באפשרות החוקית היחידה העליון לא יכול לסטות מהלכה שנפסקה. כלומר אם החוק אומר במפורש מהו המצב והעליון בתיק קודם קבע שזו ההלכה וזה מה יש אז העליון לא יכול לשנות את ההחלטה. מה צריך דעשות במקרה כזה? במקרה זה אם זו הפרשנות היחידה שיש לחוק אז צריך לתקן את החוק. אפשרות אחרת, כאשר קיים פתרון חוקי אחד והעליון לא בחר אז מה קורה? חייבים לבטל את פס"ד של בית המשפט. משמע אם יש פתרון חוקי אחד והעליון לא בחר בו הוא טעה במקרה כזה העליון מחויב לשנות את התקדים. במקרה השלישי כאשר העליון בחר מאחת מכה אופציות אפשריות והעליון בחר באחת מהן אז אין שום מניעה שבית המשפט במקרה אחר יבחר בפרשנות אחרת אומר ברק זה לפי שיקול דעתו של בית המשפט לסטות מאותו תקדים.

מה קורה במקרה שלנו? אומר את הדבר הבא - למה יש לבנקים יש חובת נאמנות ללקוח? העקרון בא ואומר - מאחר והבנק זה שירות הכרחי אני מצפה במידה רבה לנאמנות מצד נותן השירות. מה אומר בערבות-אומר העליון הרי במדינת ישראל כולם ערבים לכולם אתה לא יכול לקבל הלוואה אם אין מישהו שיהיה ערב לך. יש פה למעשה אתה עושה זאת כדי שגם את תוכל לקבל הלוואה אז אני **מצפה מהבנקים שתחול עליהם חובת נאמנות וזה שינה את התקדים הבינו את המציאות** הכלכלית שמחייבת ערבים לכולם ולכן יש ציפייה לאותו ערב שלא יטעו אותו.

14/1/2013

שיעור שניים עשר שיעור 12

הנושא היום הוא ההיקש:

החוק הוא טקסט לשוני מה זה אומר? אם אנו רואים לדוגמה את חוק החוזים הוא טקסט לשוני אין שום הבדל בין חוק החוזים ובין פרק של ספר של "פאולו קואלו" © בקיצור, טקסט חוקי הוא טקסט לשוני. משמע, אם אני אומר לכם שחווה נכרת בהצעה וקיבול מה זה אומר? כשכתוב בחוק שחווה נכרת בהצעה וקיבול זה למעשה טקסט לשוני ואני לא יכול לדעת ממה שכתוב בחוק "הצעה וקיבול" אני לא יכול לדעת מה זה כי המילה **הצעה** יש לה הרבה אפשרויות וכן **קיבול** יש לה המון אפשרויות. מה עושה בהמ"ש? הוא לוקח את הטקסט **הלשוני והופך אותו לטקסט משפטי נורמטיבי**. רק כשבהמ"ש יסביר לנו למה התכוון החוק במונח "הצעה וקיבול" אנו באמת נדע מה המשמעות הנורמטיבית של הצעה וקיבול עד אז זה כמו כל טקסט. **בהמ"ש עושה את המעבר מהטקסט הלשוני לטקסט המשפטי באמצעות הפרשנות הוא מתרגם אותו זה תפקיד הפרשנות**. בד"כ שמגיע סכסוך לבהמ"ש בהמ"ש נותן את הפתרון לסכסוך מתוך הפרשנות של החוק זה מה שהוא עושה. יש מקרים שבהם כשבהמ"ש מסתכל על הסכסוך שבא לפניו בהמ"ש מגלה שאין לו פתרון אחד ברור כלומר אין פתרון למקרה שבא לפניו, ואז כשיש כזה דבר בהמ"ש צריך לבחור אחד משניים, או שהוא מוצא את הפתרון באמצעות פרשנות כלומר הוא לוקח את המינוחים של החוק ומנסה להתאים אותם למקרה שלפניו, מה רמת שיקול הדעת של בהמ"ש? קטנה מאוד כי במקרה כזה שיקול הדעת של בהמ"ש הוא מוגבל כי בהמ"ש לא יכול ללכת מעבר למגבלות של השפה. בהמ"ש כשהוא מפעיל שיקול דעת ביישום של חוק הוא צריך לבוא ולשכנע שהמשמעות שמה שהוא מצא בחוק נובעת מהחוק. אם בחוק כתוב כלי טיס אז בהמ"ש לא יכול להגיד שזה עפיפון כלומר שיקול הדעת של בהמ"ש הוא מוגבל. אם אני אומר **נשק** שיקול רחב אם אני אומר **נשק חם** אז זה שיקול מצומצם. המגבלה היחידה היא שבשפה אפשר לזהות גם סכין מטבח כנשק. יכול להיות מקרה מצב, שיש פרשנות לשונית שבהמ"ש מגלה שהחוק יש לו כמה וכמה אפשרויות אבל הוא צריך לבחור מהי אותה פרשנות נכונה של המושג שמופיע בחוק. מה בהמ"ש יעשה פה? בהמ"ש יפעיל שיקול דעת והוא יצטרך לבחור מהו הפירוש הנכון ביותר בהתחשב בתכלית של החוק. כלומר אם החוק מכונן אותי לכיוון אחד שיקול הדעת שלי הוא צר אבל אם אני יכול לראות במושגים של החוק אפשרויות שונות הבחירה של האפשרויות השונות היא ביטוי של בהמ"ש. יש שאומרים ששיקול הדעת הזה הוא לא מוגבל למה? כי ברגע שמתברר שהנורמה המשפטית לא נותנת משהו מדויק אז כל שופט יכול להחליט מה הוא רואה בתוך התפיסה הישראלית שבהמ"ש יפעיל את שיקול הדעת מה שיקול הנכון לאור התכלית של החוק. פס"ד "קול העם" מופיע התרגום העברי של המילה "likely" אם שר הפנים ראה שפרסום מסוים עלול לפגוע בעם אז שר הפנים יפעל בהתאם. הבעיה במילה איך מסבירים את המילה "עלול" אם אנו מסתכלים נגלה שיש למילה **עלול** יש הרבה מילים

נרדפות-קרוב לוודאי וכו'. היא מתפרשת בהרבה אפשרויות מה שיעשה בהמ"ש הוא יברר מהי תכלית החוק ועל פיה הוא יבחר את הפירוש שנראה לו הנכון ביותר לחוק. **מהי תכלית החוק?** בטחון הציבור התכלית של החוק שמתיר לשר הפנים לסגור עיתון זה ביטחון. כי כתוב במפורש. בא בהמ"ש התכלית של החוק היא להשיג את הביטחון ונשאלת השאלה מהי רמת הודאות של הפרסום כדי להבטיח את בטחון המדינה אם לדוגמא אני אומר "חיילי צהל לא ילחמו בשרות האימפריאליזם האמריקאי" זה פוגע!! אז בא בהמ"ש ואומר פרסום כזה אין בו סבירות אמיתית שתיפגע בבטחון, **משמע שבהמש מתוך הבנת תכלית החוק יצטרך לבחור פירוש מדויק ביותר** לאור תכליות של החוק ופה בהמ"ש משלב את זה עם חופש הביטוי ואומר שזה ודאות מוגברת שבאמת תהיה פגיעה בביטחון המדינה.

נשאלת השאלה מה קורה בסיטואציה שבה למעשה אין לי נורמה בכלל-כלומר מגיע סכסוך לבהמ"ש על מה הסכסוך? הסכסוך הוא על זכויות, כל סכסוך זה על זכויות מה זה זכות? זה אינטרס לגיטימי שמעוגן בחוק. מגיע לבהמ"ש סכסוך בשאלה של זכויות בהמ"ש מסתכל בספר החוקים ומגלה שאותו סכסוך לא מופיע בספר החוקים. אבל בהמ"ש מבין שיש פה סכסוך על זכות אז למעשה לבהמ"ש יש שתי אפשרויות אחת, בהמ"ש יכול לבוא ולהגיד אם זכות זהו אינטרס לגיטימי שמעוגן בחוק והאינטרס הזה לא מופיע בחוק אז במה"ש ידחה את התביעה אם לא הראתה מה הזכות שמעוגנת בחוק אז אין לך זכות. אפשרות שנייה- בהמ"ש בא ואומר שזה לא כל כך פשוט בהמ"ש מגיע למסקנה שיש פה שאלה אמיתית בהמ"ש לא יכול לבוא ולהגיד במקרה זה אני לא מתעסק. כי יש הוכחה לזכות שלו בא במה"ש ושואל את עצמו מה אני עושה בסיטואציה כאשר אין לי פתרון חוקי לשאלה. עכשיו סיטואציה כזו אני קורא לה "חסר" מדרגה ראשונה" כלומר הגיע סיטואציה לבהמ"ש והוא מגלה שאין לו פתרון בחוק. עכשיו כדי לתת פתרון יש המחוקק בישראל קבע מסלול המסלול בחוק יסודות המשפט אם ראה בהמ"ש שאלה משפטית שאין לה פתרון בחוק או בתקדים או בהיקש בהמש פונה למורשת ישראל ויש פה מסלול מאוד מעניין. בעבר עד אמצע שנות ה-70 אם היה "חסר" היו הולכים לפי המצב באנגליה ורק בשנות ה-70 שינו את זה ולא הולכים לאנגליה בשנות ה-80 הולכים לתקדים או היקש ואם אין הולכים למורשת ישראל. אין פתרון חוקי בהמ"ש בודק בתקדים בחוק ובהיקש כשאין פתרון אז בהמ"ש אומר שיש לקונה ואנו פונים למורשת ישראל. שימו לב לסיטואציה, אומרת כך – אם החוק לא נתן פתרון ואין לו פתרון בתקדים ובהיקש ברגע הזה בהמ"ש יש לו שתי אפשרויות האחת, היא לבוא ולומר שמדובר ב"הסדר שלילי" או השנייה, זה לקונה או חסר- כאשר בהמ"ש מגלה שאין לו פתרון בחוק או בתקדים או בהיקש אני קודם בודק אם אין ו"הסדר שלילי" זה כמו לקונה מה זה אומר הסדר שלילי- שאני יוצא מתוך הנחה שהמחוקק היה ער לקיומה של סיטואציה מסויימת או של מצב מסויים ובעובדה שהמחוקק החליט שלא להסדיר את אותו נושא הוא גילה את דעתו ואמר אני לא רוצה לתת סעד במקרה הזה כחלומר אני לא מכיר בקיומה של זכות זה נקרא הסדר שלילי- דוגמא- החוק אומר שכאשר אדם עושה צוואה יש לפעול לפי צוואתו חוץ ממקרה של צוואה בלתי עוגנת או שהוא בלתי כשיר המושג בלתי כשיר יש לו הגדרה חוקי. בא בנאדם שאבא שלו עשה צוואה והאבא שאיר את הכל למאהבת. והילד אומר שהאבא היה שתוי, כעת אני בא לבהמ"ש ובהמ"ש מה הוא יעשה במקרה כזה? בהמש יסתכל האם שכרות נמצאת בין אותם תנאים לגבי פסילה של צוואה – זה הופיע? לא זה השפעה בלתי עוגנת? השפעה בלתי עוגנת זה שאדם שלילי משפיע עליך. הסיטואציה של שכרות לא נמצאת במקרה הזה. האם המחוקק ידע או הכיר את האפשרות של שיכרות? כן, אז אני אומר אם הוא לא כלל את השכרות בביטול הצוואה הוא לא מתכוון לתת סעד במקרה כזה וזה הסדר שלילי. מאחר והוא לא ציין את זה בחוק אני יוצא מנק' הנחה שזה הסדר שלילי. כשיש סעיף ויש תתי סעיפים שמדברים על סיטואציות מסוימות אם מגיעה סיטואציה לבהמ"ש שלא מופיעה בתת סעיפים אני יוצא מנקודת הנחה שמדובר בהסדר שלילי כי המחוקק בחר בסיטואציה כזו שאת אלה בתת ס' הוא רצה להסדיר ואת האחרים לא. מתוך העובדה אני רשאי להניח שבמקרה הזה אין סעד.

אם לדוגמא מגיע סכסוך לבהמ"ש בעניין של חוזה בא אחד הצדדים הם העבירו ביניהם חוזה באימייל, בא צד אחד ואמר אני לא חתמתי על החוזה. כעת מתעוררת שאלה האם העברת חוזה באימייל היא מספיקה לצורך קביעת איכותו של החוזה. במה זה קשור? זה קשור במה תכלית של החתימה מה המשמעות של החתימה על החוזה האם היא ביטוי של הסכמה או ביטוי ראייה לתקפותו של החוזה. אם אני אומר שזה החתימה הסכמה אז החוזה תקף אבל אם בעלת משמעות ראייתי אז אין חוזה כי אין ראייה של חתימה. זה הסדר שלילי. המחוקק לא הכיר את הנושא הזה ואז אני רשאי לבוא ולומר שמדובר בלקונה ובהמ"ש צריך לתת את הפתרון של הלקונה. אם במה"ש אומר שזה הסדר שלילי. בהמ"ש תפקידו לנסות ולמלא את הלקונה.

השאלה היא האם כשאני מפעיל **היקש** זה אומר שיש **הסדר שלילי** או זה אומר שיש **לקונה**??-

שימו לב מה זה היקש? **היקש** אומר את הדבר הבא- אם יש שני סוגים של היקשים יש אחד שהוא **פרשני** ואחר שהוא **יצירתי**. זה שני סוגים שונים של היקשים .

באיזה היקש בהמש"ש משתמש? **יצירתי**.

היקש פרשני-בהיקש פרשני יש חוק א' ויש חוק ב' הוא תואם את הפירוש. בשני החוקים יש שני חוקים ואין לקונה כי צריך לפרש את אותם מונחים באותה צורה. אותו פרוש בדיוק. **לא קשור לחוק יסודות המשפט. היקש פרשני אומר שרק אם יש שני חוקים שהם אותו דבר.**

היקש יצירתי-בא ואומר שבחוק מסוים יש לי תשובה לסיטואציה מסוימת, יש לי עכשיו בחוק אחר סיטואציה דומה אבל בחוק השני אין פתרון ובחוק ההוא יש חסר מה אני עושה? אני אמור לראות ולבדוק האם לפתרון שניתן בחוק א' יש גם לחסר שבחוק ב' ועפ"י מה אני יקבע –אני צריך לבדוק האם הפרשנות התכליתית שניתנה בחוק א' היא אותה פרשנות תכליתית של חוק ב' ואם יש התאמה בפרשנות התכליתית אזי אני יכול להביא את הפתרון ואין לקונה . **רק אם אני מגלה שהיקש יצירתי לא נותן לי פתרון רק אז אני יכול ללכת למקרה של מורשת ישראל וכו**. אם אני יכול לפי ההיקש למלא את החסר אז אין לקונה. **אין היקש במשפט פלילי**.

דוגמא- הייתה מועצה מקומית ראש המועצה רצה למנות **סגן** ראש מועצה קומבינות* החוק אומר שכדי למנות סגן ראש עיר בשכר, צריך שבתחומי המועצה המקומית יהיו 10 אלפים תושבים. נשאלת שאלה – איך אני יודע שבתחומי מועצה מקומית מסוימת גרים 10 אלפים תושבים –בדקו לפי מרשם של משרד הפנים ואין שם 10 בדקו אצל משלמי הארנונה מתברר שיש יותר מ10. כלומר אני רוצה לדעת איך אני יודע כמה אנשים גרים בתחום זה של המועצה. תסתכל במרשם האוכלוסין ותראה כמה יש שם. אמרו שאי אפשר כי יש פחות מ10. בא למשלמי ארנונה ואמרו לו שיש יותר מ10 איך זה יכול להיות? יש אנשים שמשכירים דירות. הבנאדם שמשכיר את הדירה הוא משלם ארנונה באותה מועצה שהוא גר, אין התאמה בין מרשם האוכלוסין לבין משלמי הארנונה, היה ויכול איך אני קובע כמה אנשים יש באותה מועצה. אין התייחסות בחוק ליחס של מספר האנשים. הולך בהמש"ש לחוק המועצות המקומיות ושם כתוב בחוק מספר חברי המועצה המקומית יהיה לפי מספר התושבים הרשומים. לגבי מועצות אזוריות אין פתרון אז בהמש"ש אומר אם יש לי פתרון בחוק המועצות המקומיות אני מחיל אותו על המועצות האזוריות, זה נקרא **היקש יצירתי**. בהמש"ש מגיע למסקנה שאני יכול ליישם את אותו פתרון ממקרה אחד למקרה שני. מה ההיגיון? אני צריך לבדוק מהי התכלית בחוק המועצות האזוריות שמספר התושבים במקום מסוים צריך להיות עפ"י מרשם האוכלוסין. מה התכלית של חוק המועצות המקומיות שקבע שמספר חברי המועצה, תכלית של החוק באה להגיד שלאדם יש מקום אחד שבו הוא יכול לתת ביטוי לדברים שלו בסיס של יציבות שהוא שייך למקום אחד. האם אותה תכלית נכונה גם לגבי מועצות מקומיות? **כן**, מאוד ברגע שאתה ממנה סגן ראש מועצה בשכר זה כסף ומי שצריך לקבוע במקרה אחד יש לי תשובה ובמקרה אחר אין לי תשובה זה היקש יצירתי.

דוגמא **פסד תנועת החירות נ' יושב ראש ועדת הבחירות**-מה שקרה שם "תנועת החירות" התמודדו לכנסת והם הכינו תשדיר בחירות. ושם היה מופע אימים לשחרר את פלשתין זה תשדיר לרדיו **חשין** פסל את התשדיר הבחירות הזה ברדיו, הלכה תנועת החירות פנתה לבג"ץ וטענה שבחוק אין סמכות ליושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לפסול תשדירים ברדיו. החוק קובע שיושב ראש ועדת הבחירות המרכזית יש סמכות לפסול בטלוויזיה. ליושב ראש ועדת הבחירות המרכזית יש לו אפשרות לפסול רק בטלוויזיה ואין לו **ברדיו** סמכות לגעת. באה "תנועה החירות" לעליון אומרת זה מקרה קלאסי של **הסדר שלילי** למה? המחוקק רצה להסביר את סוגיית תשדירי הבחירות המחוקק ידע שיש תשדירי בחירות ברדיו ובטלוויזיה הוא ידע את זה . ברגע שהמחוקק החליט שהוא נותן סמכות לו לטפל רק בתשדירים בטלוויזיה הוא לא התכוון לתת לו סמכות לרדיו ולכן זה הסדר שלילי ויש היגיון יש הבדל בין רדיו לבין טלוויזיה כי למה נתנו לו לפסול תשדירים מהי תכלית החוק –הסיבה שנתנו ליושב ראש היא למנוע הסטה. תכלית זו לא זהה בין טלוויזיה ובין רדיו כי האפקט של הטלוויזיה זה יותר משמעותי וברדיו זה פחות דרמטי. זו הטענה של התנועה. מה הוא יטען-למעשה מה שעשה העליון זה **היקש יצירתי** מה הוא אמר- יש לי חוק שנותן לי את הפתרון לנושא הטלוויזיה אין לי פתרון לרדיו. אומר העליון **התכלית** של החוק היא **למנוע הסטה**. אז אם

התכלית של החוק היא למנוע הסטה אז גם ברדיו וגם הטלוויזיה נמצאים באותה קטגוריה ויש סמכות לפסול גם תשדירי רדיו גם בהם יש בהם הסטה.

מקרה הבא-ילד שנולד בעל מום בלידה נגרם לו נזק קשה מאוד. עפ"י החוק במד"י אחרי שהוא מגיע לגיל 18 יש לו עוד 7 שנים עד שתוכרז התיישנות לגביו יש תקופת התיישנות של 25 שנה הוא חייב להגיש את התביעה בתוך 25 שנה מאז שהוא נפגע. הוריו של אותו קטין הגישו את התביעה לאחר 26 שנים שנה יותר, בבה"ח טענו שיש התיישנות כי הם הגישו למעלה מ-25 שנה, שנה אחת מאוחר מידי. מה קורה? **בס'11** לחוק ההתיישנות כתוב" לא יבוא במניין התקופה לצורך ההתיישנות שבו היה התובע חולה נפש ולא היה עליו אפטרופוס. היה עליו אפטרופוס... "הסבר- אם היה בנאדם חולה נפש בכל אורך תקופת היותו חולה נפש התקופה הזאת לא נמנית בעניין ההתיישנות, אם היה לאותו חולה נפש אפטרופוס, הולכים לבהמ"ש לענייני משפחה ומבקשים עבורו צו אפטרופוסות אם מינו לו אפטרופוס זמן ההתיישנות הוא מהרגע שנודע לאפטרופוס על עילת התביעה. משמע שחוק ההתיישנות מסדיר באופן מאוד מסודר את הנושא של חולה נפש. יש הסדר בחוק לגבי חולי נפש. יש רק בעיה **אין הסדר בחוק למקרה של ילד שנולד עם מומים מאוד קשים אין הסדר לזה בחוק**. החוק בא ואומר אם יש קטין שנפגע יש התיישנות מגיל 18 עד 7 שנים. עכשיו נשאלת השאלה מה עושים? האם אני בא ואומר שמדובר **בהסדר שלילי** כלומר שזה חל רק לגבי חולי נפש ולא לילד בעל מום? או שאני במקרה הזה יכול לטעון שיש לבצע **היקש יצירתי** לבין חולה נפש לבין משיהו לוקה בנפשו. בה"ח טוען שזה הסדר שלילי. (הסדר שלילי-----חסר סוג ב' לקונה). ככל שאתה דוחה את תקופת ההתיישנות בה"ח לא יכול להוכיח כי אין לו את המסמכים האלה לכן באים ואומרים שהאינטרס הוא לבוא ולתבוע מהר ולכן לילד בעל מום אומרים לרוץ מהר כי לא תהא אפשרות מאוחר יותר להוכיח. זו הטענה של בה"ח. כל התכלית של החוק לגבי הארכה של התיישנות היא נובעת מהעובדה שבהמ"ש רוצה לדאוג למי שלא מסוגל לדאוג לעצמו. בא בהמ"ש אומר **אותו היגון קיים גם לאותו ילד כמו חולה נפש** שלא יכול לדאוג לעצמו אז אני צריך לתת לו את הארכה הנדרשת כדי שימשמש את זכויותיו. **היקש יצירתי** כי התכלית היא זהה, למרות שיש הבדל בין חולה נפש לילד בעל מום אבל מאחר ובהמ"ש רצה לתת אפשרות לילד לתבוע את הנזקים אז בהמ"ש עשה היקש יצירתי. (שאלה למבחן) יש מושג של **חסר סוג א'** ויש חסר סוג ב'- **חסר סוג א'**- אין בחוק פתרון, בהמ"ש גילה שאין לו פתרון בחוק הספציפי אבל הצליח למצוא פתרון בתקדים או בהיקש. **חסר סוג ב'**- בהמ"ש לא יכול להפעיל היקש או תקדים ואין את זה בחוק אין זה הגדרה של לקונה בחוק יסודות המשפט. הסדר שלילי זה פתרון חוקי שהפתרון אומר אני במקרה זה לא נותן לך סעד אבל אם פתרון אז יש חסר ואין השלמה בתקדים או היקש ויש לקונה ואז אני הולך למורשת ישראל ואם אני מוצא בתקדים או בהיקש אני ממלא את החסר ואם אני מצליח אז אני הולך למורשת ישראל.

דוגמא- אסיר שיצא לעבוד ויום אחד הוא מגיש תביעה שהוא רוצה השלמת הכנסה ואז בעליון מתעוררת השאלה האם אסיר זכאי לקבל שכר מינימום בחוק הבטחת הכנסה מדובר על עובד בהמ"ש אומר שאסיר הוא לא בהגדרה של עובד בחוק כי עפ"י דיני העבודה יש הגדרות מדויקות מתברר שאסיר לא מוגדר בחוק כעובד. עכשיו בא אותו אסיר ודורש לקבל שכר מינימום ובהמ"ש צריך להחליט האם מגיע לו שכר מינימום מה שיש לי פה זה "**חסר סוג א'**"- אין פתרון ביחס לאסיר. האם יש לי דרך לפתור את בעיית האסיר באמצעות לקונה? המבחן בשאלה הוא קשור בשאלה מהי התכלית של חוק הבטחת שכר מינימום כלומר בהמ"ש צריך לדון בשאלה מהי ההבטחה או התכלית של חוק הבטחת הכנסה. יש שתי אפשרויות 1. להגיד שחוק הבטחת הכנסה באה להבטיח לעובד קיום מינימאלי. אם זאת התכלית של החוק ברור לגמרי שאי אפשר לעשות היקש יצירתי כי התכלית היא קיום מינימאלי והוא מקבל תנאים מינימאליים בכלא.

2. אבל אם אני אומר שבני אדם הם לא עבדים ולכן יש לשלם להם סכום מינימאלי. במקרה כזה אפשר לעשות היקש יצירתי כי הוא עובד והוא לא עבד ולכן קבעו את אותו שכר מינימום כי הוא עובד כמו כל אדם.

מה שמסובך מאוד-זו הסוגיה איך אני מזהה את התכלית של החוק. ראינו דוגמא של חוק הבטחת הכנסה יוכל שופט קרואה בחוק זה תכלית שונה ואז נשאלת השאלה איך אני מצליח לאתר מהי באמת התכלית של החוק. איך אני יכול להבטיח שהתכלית של החוק זו לא פונקציה של מה שהשופט חושב התכלית של החוק איך אני יכול לוודא שבאמת התכלית שבהמ"ש מגיע אליה היא התכלית של המחוקק ולא של החוק? (הליבה של המשפט הישראלי) 1. לבוא ולהגיד תכלית המחוקק. 2. תכלית החוק. זה יכול להיות שני דברים שונים לחלוטין, יכול להיות הבדל בין התכלית שהמחוקק רצה להשיג לבין התכלית שהחוק משיג.

ההבדל הוא-נק' המוצא היא אחת. מה זה אומר? החוק רוצה להגשים מטרה מסוימת אין חוק שלא בא להגשים מטרה מסוימת, חוקים זה ניסיון להשיג מטרה. נק' המוצא, באה ואומרת שהחוק רוצה להשיג את התכלית והמטרה באופן רציונאלי. כלומר אם אני רוצה להגיע מא' לב' אני יכול ללכת איך שבא לי אבל אם אני רציונאלי אז הדרך היא ישרה אז אותו דבר זה המחוקק כשהוא רוצה להשיג יעד מסוים הוא רוצה להשיג באופן רציונאלי המדויק והסביר ביותר. ואז אם אני רוצה לזהות מה המחוקק רוצה להשיג אז הביטוי של זה בחוק אבל אז כיצד לנסות להבין לראות מה המחוקק רצה אני הולך להיסטוריה של החוק איזה תכלית הוא רצה להשיג בזמן שהוא חוקק את החוק. אז אם יש חוק מ'93 אני שואל למה התכוון המחוקק בשנה הזאת. דוגמא ב'1953 חוקק חוק החינוך הממלכתי- מה רצה המחוקק שם בחוק הזה? הוא רצה להשיג שכל ילדי ישראל יקבלו את אותו חינוך "אחידות בחינוך" אם אנו נסתכל בדיני הכנסת או בהצעה חוק מה שרצו להשיג בחוק זה אחידות בחינוך. אם אני הולך היום לשנה הזאת זה בעייתי כי היום העידן זה **פלורליזם בחינוך** אם אני הולך לתכלית המקורית של החוק אז יש אחידות היום זה לא כך יש פלורליזם בחינוך אומר **ברק** אל תלך לתכלית החוק היא לא מעניינת היא **אנכרוניסטית** תלך לתכלית של החוק המוקדם עובר מהמחוקק לשופט. כלומר הפשוט הוא זה שצריך לפענח מהי תכלית החוק והוא עושה זאת במנותק מהתכלית של המחוקק וזה מפסיק להיות מעניין.

דוגמא מההלכה- יש כלל בהלכה יסודי " **עין תחת עין שן תחת שן**"-תכלית -**מידה כנגד מידה**. זו תפיסה מאוד בסיסית. עוברות כמה שנים ואז זה מתחיל להיות מסובך, יש הרבה נכים מזה ובאו ואמרו זה די מסובך לדוגמא אם יש צייד אז אם אתה מוריד לו יד אז גמרת אותו וזה מפריע לו בעבודה וזה בעייתי. אמרו עין תחת עין זה לא תכלית של מידה כנגד מידה אלא זה עניין של כסף מערכים את גובה הנזק שנגרם לו ומבחינה כספית – שיפוי החזרת המצב לקדמותו- **זה תכלית החוק ולא תכלית המחוקק**.

חז"ל אמרו שהתכלית של החוק היא שונה זה לא מידה – אלא ממון - החזרת המצב לקדמותו כמה יכולת להרוויח אם הייתה לך יד. **ברק** אומר אם אני הולך לתכלית המחוקק זה נכון מבחינה דמוי אבל יש בעיה קשה שאני לא יכול לנצל את החוק ואם אני הולך לתכלית של החוק אני יכול לזהות גמישות בתוך הלשון של החוק ולאפשר יצירתיות שהיא משתנה מהמציאות. אם תכלית החוק היא העיקר אין לי הרבה אפשרויות. מה תפקידו של המשפט- האם זה לאפשר סטגנציה של צמידות למחוקק או לגשר על הפער בין החוק למציאות לגמישות **שהמציאות משתנה תכלית החוק מאפשרת לנסות ולזהות כל תכלית וכל שופט ישנה עפ"י השקפת עולמו**.

21/1/2013

שיעור 13

בד"כ אנו יוצאים מהנחה שהמשפט הוא משהו סטרילי כבר במיתולוגיה הרומית עיניה של אלת הצדק עיניה היו מכוסות ולמה זה כך? כדי שלמען עשיית הצדק לא צריך לראות את הכול יש דברים שלא צריך לראות אותם. הנושא שנדבר עליו היום הוא ביטוי מאוד מעניין למקרה שבו שופטים נותנים ביטוי לאידיאולוגיה האישית שלהם ופס"ד שלהם הם לאו דווקא פונקציה של המשפט אלא הם במידה רבה ביטוי לתפיסות עולם נושא זה הוא מורשת ישראל.

חוק יסודות המשפט אומר את הדבר הבא- אם בהמ"ש לא ראה תשובה בחוק בתקדים או בהיקש הרי שבמה"ש יפנה למורשת ישראל לצדק וכו'.

תזכרו טוב- יש מושג שנקרה "**חסר**" **מדרגה ראשונה** ויש "**חסר**" **מדרגה שנייה** שקראנו לו "**לקונה**". כאשר בהמ"ש מגיעה אליו שאלה שהוא לא מוצא פיתרון בחוק יש לנו חסר(מוצא את הפתרון באמצעות היקש) אבל אם בהמ"ש מוצא את התשובה בהיקש אז מה? אין חסר.

אבל אם לא מצאתי את הפתרון בהיקש אז יש לי **לקונה**. (חסר מדרגה שנייה)

עם יש לקונה אזי פונים למורשת ישראל

פסד הראשון שעסק במשמעות של חוק יסודות המשפט היה **פסד הנדלס נ' בנק קופת עם**-עובדות –בנאדם מצא איגרות (הייתה לו כספת שם) בחדר כספות של בנק והוא מוצא על הרצפה שתי איגרות למוכ"ז –מה

זה- "מחזיק כתב זה" כלומר אם יש איגרת של נייד על האיגרת של המנייה לא מופיע שמו של הבעלים, לטוב זה גם איגרת למוכ"ז לדוגמא.

אותו הנדלס נכנס לחדר כספות והוא מצא על הרצפה שתי איגרות למוכ"ז, מניות. עכשיו נשאלת השאלה מה עושים עם האיגרות הללו- החוק אומר- **חוק השבת אבדה** אומר- "אם אדם מצא חפץ ברשותו של אדם אחר הוא חייב למסור לו את החפץ" אבל אם זה ברשות הרבים (קניון-מקום ציבורי) אתה חייב למסור את זה למשטרה ואם בתום אתה מקבל את זה אם לא בא אותו אדם לקחת את שאבד לו. 3 חודשים אף אחד לא בא לדרוש את זה אתה מקבל את זה.

השאלה המשפטית היא- האם חדר כספות של בנק זה רשות היחיד או חדר כספות של בנק זה רשות הרבים? אם זה רשות יחיד לבנק ואם זה רבים זה לבנק ואז אני מקבל את זה.

מה הסטאטוס של חדר כספות של בנק-לפי ההיגיון הפשוט, שמה זה רשותו של אדם זה מקום שזה בעלותו. אדם יכול להשכיר דירה הדירה היא ברשותו על אחת כמה וכמה אם היא בבעלות של מישהו הרשות החזקה ביותר היא הבעלות. הבנק אומר שזה בבעלותי וזה רשום על שמי בטאבו, מצאת חפץ ברשותי במקום שנימצא בבעלותי, מה יטען הנדלס מבחינה משפטית?-כשהחוק בא ואמר ברשות היחיד הוא חייב למסור לבעל המקום למה? שימו לב כל הרעיון שכשאתה מוצא חפץ ברשות היחיד אתה צריך למסור לבעל המקום מתוך הנחה שאם אתה מוצא נכס אצלי אז זה שלי. ברור במקרה הזה ברור בוודאות שזה לא של הבנק. כל הרעיון שאתה אמור למסור את זה לבעל המקום זה לא פה זאת הטענה של הנדלס.

מה יטען הבנק נגד זה-הבנק יטען שמאחר ומדובר באיגרת שעליה אין שם אי אפשר לדעת למי היא שייכת אבל יכול להיות מצב שיש סימן קטן על האיגרת ואז אני אבוא לבנק ואני יכול להוכיח שזה שלי מאחורי האיגרת עשיתי סימן ואז מה קורה הבנק חשוף כי אני יכול להוכיח שזה שלי כי עשיתי סימן אז הבנק אומר למרות שמדובר באיגרת למוכ"ז אני יכול להיות חשוף לצביעה כי אותו אדם יכול לתבוע אותי ואם אחרי שנים אותו אדם לא בא אז מה קורה? כלומר בא אותו אדם וטוען שאין סימן המקור הוא לא רשות היחיד ולכן צריך למסור למשטרה בא הבנק אומר זה רשות היחיד זה בבעלותי וחוף מזה אני גם חשוף למקרה שבעל האיגרת עשה סימן עליה ואז הוא יכול לטעון שזה שלו. **האם יש לקונה? אין לקונה החוק** אומר לנו מה לעשות מה יש לי פה? **יש לי שאלה פרשנית איך אני מפרש המושג "רשות של יחיד"** - בעליון נכתבו שתי עבודות סמינריוניות לא רלוונטיות **ברק** ועוד אחד והם דנים בשאלה האם במקרה הזה חל חוק יסודות המשפט או מה מורשת ישראל: כל הדיון הוא תיאורטי לגמרי כי אין פה לקונה. הוא הרי רלוונטי רק שיש לקונה ופה אין לקונה אומר השופט **איילון** סי' לחוק יסודות המשפט הוא למעשה ביטוי לרצון של המחוקק שבכל מקרה שיש צורך להזדקק לסוגיה פרשנית שלא לדבר על לקונה חייבים לפנות למשפט העברי למה? כי זה המשפט הלאומי של ישראל. ולכן כמו שפעם נהגו לפנות למשפט האנגלי או ההודי אומר השופט **איילון** היום צריך לפנות למשפט העברי לא רק במקרה שיש לקונה אלא גם במקרה של צורך פרשני ואם אתה רוצה לדעת מה זה רשות היחיד אתה צריך לראות במשפט העברי מה זה רשות היחיד-בא השופט **ברק** - ואומר-המחוקק משתמש במינוח עקרונית הצדק היושר הצדק והמוסר של מורשת ישראל המחוקק לא אמר משפט עברי כי כשהוא רוצה להגיד משפט עברי הוא יודע להגיד את זה איפה הוא אמר את זה? בחוק בתי הדין הרבניים גירושין ונישואין וכו... המחוקק שהוא רוצה להגיד משפט עברי הוא יודע להגיד.

אומר **ברק** - לא מדובר על משפט עברי אלא על עקרונות של צדק ויושר, שמה זה אלו העקרונות? הם דברים שנמצאים למעשה מעבר למשפט העברי כלומר עקרונות אלה זה לא פסקי הלכה אלא מדובר בעקרונות ולכן אני צריך לשאול את עצמי מה זה צדק ומה זה יושר כלומר זה לא פסקי הלכה ברק אומר עוד מורשת ישראל זה כל דבר שכתב ע"י יהודים לאורך הדורות ביאליק אלטרמן שפינוזה הרמב"ם כולם שייכים למורשת ישראל כלומר פרשנות הרבה יותר רחבה ויותר רחוקה מהמושג של משפט עברי.

מה קרה בפועל?-**ברק** עשה שני דברים - הוא אומר דבר גאוני למנוע את הפניה למשפט העברי אומר אם בהמ"ש הגיע למקרה שבו אין תשובה בחוק בתקדים או בהיקש אז מה יש פה? ברק רוצה למנוע את הפניה למורשת ישראל כדי לעשות את זה אומר ברק אם אין פתרון בחוק בתקדים או בהיקש זה **הסדר שלילי**- המחוקק הכיר סיטואציה מסוימת **ולא רצה לתת סעד** או להקים לה זכות.

ברק אומר את זה - אם הגיע לבהמ"ש מקרה מסוים ובהמ"ש אם כל היצירתיות שלו לא מצא תשובה בחוק בתקדים או בהיקש **זאת אומרת שהמחוקק לא רצה לתת פיתרון למקרה הזה וזה מדבר על הסדר**

שלילי-אין לקונה – אין פניה למורשת ישראל. חוק יסודות המשפט זה דבר דקלרטיבי. (ברק אומר המקרה של לקונה זה דבר נדיר זה **חסר סוג ב'** וזה נדיר- אומר תמיד יש תשובה או בפרשנות או בהיקף). (דרוש עיון- פירוש הדבר יש לי שאלה אגבית שאין לי טעם לדון בה כי אין לי צורך לפסד הספציפי לא לשיעור).

המגמה של **ברק** הייתה לנתק את הפניה למורשת ישראל אך עושים זאת- כי בכל זאת יש את חוק יסודות המשפט אז אומר ברק שסיטואציה של **לקונה** זה מאוד נדיר. אפשרות שנייה אומר ברק גם במקרה שיש לקונה עדיין אתה יכול להשתמש ב"פיתוח המשפט: עושה לפני שאתה הולך למורשת ישראל אתה יכול להביא פתרון פיתוח המשפט גם בפסד ז'רזבסקי גם הוא עשה את זה ההסכם בין שמיר ומודאי הסכם חוזה פוליטי מה הדין החל על הסכמים פוליטיים בהמ"ש הגיע למסקנה שאין חוק כזה שמכסה הסכמים פוליטיים יש שתי אפשרויות או מדובר בהסדר שלילי ואז בהמ"ש אומר דבר על או שמדובר בלקונה ולפנות למורשת ישראל או לא לפני הלקונה אני יכול לעשות ניתוח המפשט ולקבוע מהם הקריטריונים החלים לאור ערכי היסוד של השיטה המשפטית.

המשפט העברי בבהמ"ש העליון הוא כמעט ולא קיים למה? כי השופטים בעליון לא יודעים כלום על המשפט העברי, אתה לא יכול להפנות שופטים לשיטת משפט שהם לא מכירים אותה גם היום כשיש לקונה או סוגיה מסובכת הם הולכים למשפט האנגלי או לאמריקאי כי יש להם יותר נגישות אבל אם אומרים לפנות למורשת ישראל הם לא עושים את זה כי הם לא יודעים. ולכן החוק הזה הפך להיות "**אות מתה**" לעיתים נדירות עולות שאלות מאוד מורכבות ואז שופטים בעלי רקע דתי מנסים למצוא פתרון מתוך המשפט העברי לדוגמה- פסד שפורסם לפני כמה זמן מקרה שתינוק נולד בעל מום היה ויכוח בשאלה האם המום נגרם כתוצאה מהעובדה שהילד נולד פג או בגלל המפגע שהרופאים לא עשו בזמן ניתוח קיסרי היה ויכוח מה גרם למום של הילד האם בגלל שהוא נולד פג ואז בה"ח פטור. או אומר שהרופאים איחרו לניתוח וכתוצאה מזה נגרם הנזק לילוד-במקרה הזה יש פתרון חוקי? שימו לב במקרה כזה יש פתרון משפטי. הפתרון אומר אם אתה תובע את בה"ח אתה צריך לבוא ולהביא עדים ולשכנע את בהמ"ש בסבירות של אחוז שזה נגרם אם בגלל בה"ח אבל מה קרה? באו למחוזי והמסקנה של המחוזי הייתה שההסתברות של הפגות זה 80 אחוז והשני זה 20 אחוז ולכן דחו את התביעה. בעליון ישב השופט **רובינשטיין** שיש לו רקע דתי אומר אני רוצה לחלק את הפיצוי על בסיס של 20 ו 80 אם נניח במקרה כזה הנזק הוא מליון שח אז המשפחה מקבלת 200 אלף ואין לזה אסמכתא חוקית אני מיישם עקרונות מהמשפט העברי כי אני רוצה להגשים את הצדק אז על בסיס זה אני נותן פיצוי הסתברותי ללא כל שום בסיס חוקי. בהמ"ש מנסה לתת פתרון של צדק נוח לו לפנות למשפט העברי לעקרונות של הצדק. רובינשטיין רצה לתת פיצוי אבל הוא לא מצא דרך על בסיס מה לתת אז הוא אומר משפט עברי מורשת ישראל וכו' ללכת עם הצדק.

המסר הוא-המושג של מורשת ישראל במידה רבה איבד את הרלוונטיות שלו מה גם קשה מאוד להגדיר מהם עקרונות של צדק ויושר.

יש 2 אפשרויות- אם אני אומר שהעקרון הוא עקרון נצחי שמתחיל בתורה ונמשך עד היום- אחד מעקרונות היסוד זה "**ואהבת לרעך כמוך**"-האם אני מפרש לפי התלמוד או לפי מה שהשופט מבין במושג הזה. בעיה כי אם אני הולך לפי המשמעות של התלמוד אזי זה לא רלוונטי להיום אם אני הולך לעכשוו זה מה שבהמ"ש חושב, זה עקרון יסוד של היושר והצדק וזה מאוד מורכב כי קשה להגדיר את המושג של עקרון. איפה זה מתחיל להיות מעניין-כשאנו מגיעים **לחוקי היסוד** שזה דבר שנימצא בתוך **הליבה של החברה הישראלית** בכל חוקי היסוד מופיע הביטוי "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמו" נשאלת השאלה שהיא שאלת המפתח בחברה הישראלית- מהם ערכיה של מדי" מה המשמעות של המושג, ערכים יהודים ודמו" כל בהמ"ש מתמודד עם השאלה מה זה מדינה יהודית ודמו" יש כמה גישות.

1. ברק אומר שמדינה יהודית ודמו" פירוש הדבר שמדינת ישראל היא קודם **דמו** ואם יש ערכים שמתאימים למדינה דמו" אז צריך ליישם אותם כמו לדוגמה **השבת** שזה יום מנוחה ליהודית כלומר זה שכתוב יהודית ודמו" זה לא אומר שיש עוגן אחד של יהודית או דמו" אלא יש ערך גדול של דמו" ויש ערך קטן שנקרא יהודי ואני בוחר רק את המונחים שמגדירים דמוקרטיה. **פוסט ציונית** זו ההגדרה. **דמוקרטיה קודם כל ורק אחרי זה ערך קטן של יהודים**. המילה יהודית זה בשוליים של המדינה הדמו". ולכן **מבחינתנו ערכיה של מדי" הם הערכים של הציבור המתקדם והנאור ואלו הם הערכים הדמו**.

2. אפשרות שנייה- אומרת לא סתם כתוב יהודית ודמו" פירוש הדבר שקודם המדינה היא יהודית ורק אח"כ היא מדינה דמו" כלומר אם מדי" היא דמוקרטיה כמו כל דמוקרטיה בעולם אזי אין לה שום משמעות

מיוחדת. למה אפשר למנוע את חוק השבות כי יש עליונות לאומית יהודית ואח"כ דמוקרטיה. מדינה יהודית עדיפה על מדינה דמו', התפיסה הבסיסית

3. צריך לנסות ולמצוא את האיזון בין הערכים היהודים ובין הערכים הדמו' כמו שבה"מ מיתר איזון גם במקרה הזה בהמ"ש צריך לאזן בין ערך דמו' ליהודי. כאשר יש איזון אופקי אז אין בעיה אבל כשיש איזון אנכי אז יש בעיה. לדוגמא עובדיה יוסף שרצו לעשות לו הפגנה ליד הבית אז מחד יש את חופש הביטוי ומאידך יש את חופש התנועה זה מגיע לעליון מה זה לאזן אופקי? פירוש- בא במה"ש ואמר חופש הביטוי וחופש התנועה הם ערכים ברמה שווה אז נאזן ביניהם זה איזון אופקי. כלומר יש שני ערכים או מדינה דמו ומדינה יהודית ששניהם יהיו באותה רמה. אבל איזון אנכי- "אמת לשעתה"-בזמן התחקיר זה היה המצב היה רק כתב אישום אז מה שיש זה אמת לשעתה זה שאח"כ זיכו אותו. מה המשמעות "אמת לשעתה"-זכותו של אדם לשם טוב או זכות הציבור לדעת או חופש הביטוי אלה הערכים שמתנגשים זה איזון אנכי כי קבע שחופש הביטוי הוא יותר חזק מהזכות לשם טוב. התיק מגיע לעליון אז אם יש לי איזון אופקי אז זה בסדר אני מצליח למצוא איזון בין המושג של יהודי ודמו' אבל אם אני לא יכול למצוא איזון אופקי אני נאלץ לעשות איזון אנכי אז מה עדיף? ערכים דמו' או יהודים וזה יוכרע ע"י בהמ"ש – לפי אידיאולוגיה שופטים דתיים או שופטים חילונים. סוגיית הליבה של מד"י שהיא הנושא של יהודית ודמו' השאלה היסודית הזאת עדיין לא הוכרעה אי אפשר להגדיר לנו מה זה יהודית ודמו'.

יש פסד של בהמ"ש למשפחה – יש חוק מניעת אלימות במשפחה זה חוק שאם יש בני זוג שהאישה או הבעל טוענים שיש חשש לאלימות הולכים לבהמ"ש ומבקשים צו הגנה או אסור להתקרב לבית יש מגוון רחב של סעדים היה מקרה של בני זוג הומוסקסואלים והם נפרדו ואחד מהם התחיל להטרד את בן הזוג השני שלח לו מסרונים וכו' עשה לו כתובות וכו' הלך אותו הומו וביקש לקבל צו הגנה ואז התעוררה השאלה האם חוק מניעת אלימות במשפחה יכול לחול על בני זוג הומואים כדי שהחוק יחול עליהם צריך לבוא ולהגיד שמדובר במשפחה או ידועים בציבור כי גם ידועים בציבור יכולים להיחשב כמשפחה אבל הם לא כאלה ידועים ציבורי כי הם לא ניהלו משק בית משותף אבל האם אפשר לומר שהם נכנסים למערכת של משפחה. שופט ליברלי יגיד זו משפחה לכל דבר ואין בעיה להתחיל את החוק גם על הומואים שופט לא ליברלי יגיד שזה לא משפחה ויגיד שהם לא משפחה הבנאדם שמאזים יש הרבה סעדים אחרים שאפשר לבקש סעד ממקום אחר ופה לא מתאים החוק לאלימות למשפחה. אומר ברק לגבי הפרשנות של המושג ידועים בציבור- על השופט אומר ברק להביא בחשבון שיקוליו את מידת ההסכמה או אי ההסכמה החברתית לערכים החברתיים ולנורמות המשפטיות הנגזרות מהם-הוא אומר כך -במד"י יש חוק שמגביל את הנושא של ידועים בציבור זה בני זוג שמנהלים בית משותף אם אני הולך לפי ההגדרה המילונאית זאת אומרת שכתוב בחוק משפחה ואם אני הולך לפרשנות המילולית זה בני זוג מאותו מין אבל מה עושה ברק אומר יש שינוי בהסכמה חברתית ולכן כאשר אני בא לפרש היום את המושג משפחה אני לא מפרש לפי המשמעות המקורית אלא לפי ההסכמה החברתית העדכנית ואם בהסכמה העדכנית החברה רואה את ההומואים כמשפחה משמע קרה משהו בחברה הישראלית והחברה הסכימה שגם הומואים יכולים להיחשב כמשפחה ולכן ברק אומר שאני רוצה לפרש את המונח לפי ההסכמה החברתית ולפי המודרניזציה ולכן שני שופטים יכולים לזהות את אותה הסכמה באופן שונה בא השופט בפסד אחר ואומר יש חוק של חוק משפחות של חיילים שנספו במערכה ושם גם הייתה בעיה של זוג הומואים ובא השני רוצה להיות מוכר לפי חוק זה. אז בא שופט אחר ואומר בפסד עם הדייל להביא בן זוג-זה אומר שאם אתה בא וטוען שיש הסכמה חברתית שמשנה את ההסכמה של משפחה ובן זוג של חייל וישנה זאת לפי ההסכמה חברתית. בסופו של דבר יש ביטוי לתפיסות העולם של השופטים אם זה שופט ליברלי הוא יסכים לפי הערכים הדמו' כמו ערך השוויון ואם יש שופט שה וא בעל תפיסת עולם יהודית הוא ייתן ציטוט שלם משם ואז הוא לא יפסוק לטובתו במילים אחרות אפילו שההגדרה הזאת אין היום הסכמה בעליון כל אלו שהלכו לפי ברק הלכו לדמו' אלה שלא לפי ברק הלכו לפתרון של איזון בין יהודי ודמו' אבל אין הגדרה של המושג יהודי ודמו' כי זו הליבה וזה מורכב.

*לפי שיטת המשפט הישראלי מדובר בעקרונות של צדק ויושר ואי אפשר לדעת מהן, וכל שופט חושב אחרת אין פתרון חד משמעי. מאחר ומדובר בעקרונות זה מאוד קשה.

סמסטר ב' פילוסופיה של המשפט 4/3/2013

אברהם אבינו אומר לה' שמגיע הרגע להרוס את סדום. "השופט כל הארץ לא יעשה משפט" מה זה? כשאני בא ואמר את זה האם יש לי פה אקט של חקיקה? לא. המשפט הוא קטגוריה על אנושית. כלומר כדי שיהיה משפט, ישנה מערכת על אנשים שמחטיבה נורמות. כלומר תפיסת היסוד העתיקה של המשפט אומרת שיש ה' הוא אחראי על המערכת הנורמטיבית ואני מצפה ממנו שיפעל עפ"י אותה מערכת שהוא אחראי לה. לבני האדם אין חלק ביצירת המערכת הנורמטיבית היא נכפת מלמעלה.

כשאני אומר שהמערכת הנורמטיבית נכפת מלמעלה שה' אחראי על בהמ"ש. על הסביבה מה אני אומר את זה? טבע. כשאנו מסתכלים בטבע אנו רואים שבטבע יש חוקיות מסוימת כשאני זורק אבן למעלה היא נופלת למטה. המסקנה שיש בבריאה חוקיות. מי שברא את העולם הוא יצר חוקיות שקיימת בטבע וזה קיים גם במערכת היחסים שבין בני האדם. כלומר החוקיות הטבעית היא לא רק פיסקאלית החוקיות בטבע היא גם במערכת היחסים שבין בני אדם. בני אדם מתנהגים באופן מסוים בגלל שהמציאות פועלת עפ"י מערכת חוקים. השאלה היא – איך אני יודע לזהות את אותן הנורמות/חוקיות- מה אומרים היוונים? הם אומרים החוקיות הטבעית זהה בכל מקום בעולם. החוקיות הפיסיקאלית זהה בכל מקום בעולם. למה? אני מזהה את חוקי הטבע באמצעות החושים מאחר ולכל בני האדם יש את אותה מערכת

חושבים כולם מגיעים לאותה תוצאה. העובדה שכל חוקי הטבע הם זהים בכל מקום בעולם נובעת מהעובדה שכולנו משתמשים באותו מכשיר כדאי לזהות את התוצאות. באים היוונים ואומרים את חוקי המשפט שבין בני האדם אני לא מזהה באמצעות החושים באמצעות מה? באמצעות **התבונה** מזהה את החוקיות ביחסים שבין בני האדם מאחר והתבונה של בני האדם זהה כולם אמורים להגיע לאותה תוצאה. מה שמתנה זה רמת ההתפתחות של בני אותה תרבות. **סוקרטס** אומר שאם כל בני האדם היו תבוניים כמונו אז כולם היו תבוניים. כמו שאת חוקי הפיסיקה אני מזהה באמצעות החושים כי הם אחידים זה זהה אצל כולם את חוקי המשפט אנו מזהים באמצעות התבונה מאחר והיא אחת, אז כל החוקים בעולם היו אמורים להיות זהים. למה אין ספר חוקים אחד בעולם? **סוקרטס** אומר - 1. יש הרבה אנשים בעולם שרמת התבונה שלהם היא נמוכה אבל אם יום אחד יהפכו לתבוניים, יבינו שאלו הם החוקים. 2. השימוש התבוני במציאות ג"ג שונה יוצר חוקיות שונה. אם לדוג' יש מדינה שיש בה הרבה מים מלא מים אז במקום שיש מלא מים החוקים יהיו כאלה שלא יגבילו את השימוש במים אבל אם יש מדינה שהיא שחונה(צחיחה) כמו מד"י, החוקים יהיו כאלה שמגבילים את השימוש במים. הוא מבסס על ג"ג שונה ועל היישום התבוני של הג"ג השונה. העקרון הוא, שהתבונה היא זאת שבסופו של דבר מכתובה את החוק. ולכן החוקים היו אמורים להיות זהים בכל העולם. התבונה מכתובה את הנוסח של החוק. במאמר מוסגר - היום המשפט הופך לתהליך של גלובליזציה חוקים כלל עולמיים. (איסור הלבנת הון כמעט בכל מדינה יש את זה) למה? **מה למעשה אני רוצה להשיג באמצעות החוק?** להגיע לפתרון יעיל, לפתור סוגיה באופן היעיל ביותר כדאי שהפתרון יהא יעיל, הוא צריך להיות פתרון תבוני ואם הוא זה שמביא את הפתרון היעיל ביותר מטבע הדברים שנפעל לפי התבונה. (אם פגעת בזולת זה אוניברסאלי זה תבוני ואם לא תשלם יפגעו בך) לפי התפיסה היוונית אמורים להגיע למצב שבו תהא אחידות שבו תהא **שיטת משפט אחידה בכל העולם**. התיאוריה הזאת נקראת "**משפט טבעי**". מה זה אומר משפט טבעי-הוא נכפה עלינו אם אני אומר דבר הוא טבעי אזי הוא כפוי עלינו אין לנו בחירה או שזה כפוי מצד החושים או מצד התבונה זה הרעיון של המשפט הטבעי. (לפי **סוקרטס** יש מאבקים בין דת למדינה בסוף הגלובליזציה תקבע). **היוונים** אומרים המשפט יגיע לאחדות עולמית מתוך הבנה של מהי שיטת המשפט התבוני ביותר שמשרת את החברה הכי טוב. **התבונה הנצח** זו המחשבה היוונית זו התפיסה שלהם והחוקים שהם תוצר של התבונה יהיו בעלי תוכן אחד ויחיד. כל הרעיון של המשיח אצל היהודים זה בדיוק אותו רעיון בסופו של דבר כל העולם כולו יגיע לאותה מסקנה. הרעיון המשיחי העולם מתרכז לתוך מציאות נורמטיבית אחת. צורת המדינה שאנו מכירים אותה היום היא המדינה הלאומית ישנו לאום שהוא מחובר לטריטוריה ולכל לאום יש טריטוריה שלו. היוונים-הלאומיות זה דבר בלתי תבוני בעליל, מלחמות היו על טריטוריה וזה מבוסס על לאומיות ואם את אומרת יש עולם אחד אוטופיה למה צריך גבולות שזה גבול לאומי טריטוריאלי שגור למלחמות, ללא גבולות אין מלחמות וזה הדבר הטוב ביותר. **היוונים רצו שכולם יהיו אתונה וזה לא קרה**. (ניטשה הרצון לעוצמה). זו התפיסה היוונית שראתה את החוק כתוצר של התבונה.

עכשיו נדלג כמה מאות שנים - **ג'ון לוק**, **תומס הובס** ו**ג'אן רוק רוסו**- הם עושים מהפכה אדירה הם באים ואומרים טענה מעניינת, שהמשפט לא מבוסס על התבונה אלא על **ההסכמה**. כלומר שהמשפט לא כפוי עלינו אלא המשפט הוא תוצר החוקים, הם תוצר עקרונות ונורמות שאנו הסכמנו עליהם. **מהפכה ענקים לא תבונה אלא הסכמה**. זה מסביר למה בכל מקום יש משפט שונה יש חוקים שונים שזה תוצר של הסכמות שונות. מי מבין למה או מה גרם ליוונים לבסס את התיאוריה שלהם על חוק תבוני לעומת ג'ון לוק שהגיע לתוצר של הסכמה חברתית. מהו השוני העמוק? ההבדל המהותי בין סוקרטס לבין האחרים זה בהבנת המשמעות והמהות של המדינה. למה הכוונה? אם אני בא ואומר עפ"י תפיסת העולם היוונית שהמדינה זה נתון טבעי כלומר, המדינה הייתה עוד לפני שהיו בני אדם ושהייתה חברה אז למעשה הקיום המדיני אפרירי מכתוב את הנורמות שעל פיה המדינה חייבת לפעול. מהצד השני אני אומר המדינה זה לא נתון טבעי מה זה מדינה? מדינה זה תוצר של הסכמה חברתית. היו כמה אשים שאמרו במקום מלחמה בוא נתארגן נקים מדינה ויהיה לנו יותר כוח מאשר כל אחד בודד, המדינה היא תוצר של הסכמה ולא תוצר של מציאות כפוייה. (היוונים - המדינה קדמה לחברה האנושית) אם המדינה כפוייה עלינו משמע המדינה היא תכתוב, ואנו פועלים לתוך אותה מסגרת של השמירה על הקיום המדיני לעומת זאת אם אני אומר שהמדינה תוצר של הסכמה כדי לשרת את האינטרסים של הציבור. (אצל היוונים המדינה היא מהות בתפיסה המודרנית המדינה היא מכשיר באמצעות המדינה אני רוצה להשיג מטרות). אם אני אומר שהמדינה היא מהות עצמאית? משטר טוטליטארי זה התוצאה, כי המשמעות היא, המדינה היא מהות עצמאית, שתפקיד האזרחים לשרת את המדינה. **אריסטו ואפלטון** יצאו מהנחה לכן החוקים יתנו ביטוי לעוצמת המדינה לטובת האזרחים.

הבנו שבמציאות המודרנית המשפט הוא ביטוי של הסכמה, החידוש הגדול היה שההסכמות הללו מושגות באמצעות נציגים, זה היה החידוש הגדול מאוד של הפילוסופים בעידן המודרני. יותר לא צריך הסכמה של כל אחד מבני החברה, לא יעיל ולא אפשרי שכל פעם יאספו את כולם המסקנה היא שנמנה נציגים והנציגים מטעמינו ינהלו מו"מ להגשים את האינטרסים שלנו. החוק הוא פשרה לאומית שנעשתה בין נציגים שנשלחים מטעם הציבור באמצעות המפלגות. פשרה לאומית זו הגדרה מדויקת של החוק. לסיום-באמצעות פסי"ד מרתק נסיים את השיעור בית המשפט למשפחה- מה שקרה שם זה היה זוג שקיימו מערכת יחסים הומוסקסואלית והם הסתכסכו והצד שנפגע שלח מיילים למקום העבודה, דאג שיהיו כתובות, איים על החבר, בא הצד הנפגע ופנה לבהמ"ש למשפחה ומבקש הגנה עפ"י חוק למניעת אלימות במשפחה – השאלה הייתה האם החוק למניעת אלימות במשפחה, חל גם על הומאים? החוק מכיר בידועים בציבור-נשאלת השאלה האם העובדה שכשהחוק הכיר בידועים בציבור ורואה בהם כמשפחה לצורך זכויות של ידועים במשפחה, האם גם חוק יחול על בני הזוג האלה-היה דיון ארוך והשאלה הייתה, עפ"י איזה קריטריון אני יקבע? מה הקריטריון של משפחה? כשאני מגדיר מהי משפחה, לפי מה שמקובל בחברה, לצורך הגדרת משפחה, כל חברה פועלת עפ"י מערכת של תפיסות עולם וערכים. ערכים אלו מקבלים אותם בחוקים ולכן בחוק אני שואל את עצמי מהם הערכים שאני צריך לקדם. במה"ש אומר כאשר מדובר בידועים בציבור אומר אין לי שום בעיה שבמה"ש יכיר בזכויות של הומאים. למה? במקרה של דנילוביץ יש חוק שאומר שאסור לפגוע בזכויות עובדים בשל נטיות מניות, ולכן אין בעיה. שאני רוצה לתת סעד אותו דבר גם לגבי שטיינר שהיה קצין בצבא שנהרג היה לו חבר והשאלה הייתה האם החבר יכול היה לקבל את התמלוגים הללו, כן הכירו בזה. אבל במקרה שלנו על מי נוהג להגן החוק למניעת אלימות במשפחה? אם החוק היה רוצה להגן על ידועים בציבור הוא צריך לומר זאת במפורש, אותו אחד שרוצה לקבל הגנה שיפנה למערכת הרגילה של ההגנה, במילים אחרות תפיסות העומק של החברה ביחס לערכים הם מכתבים את המערכת החוקית. מאחורי כל חוק יש מערכת שלמה של ערכים ומוסר שמקבלים ביטוי בתוך החוק. השאלה היא איך מתמרנים ומה הקשר בין מערכת הערכים לבין מערכת הערכים החברתית מחייבת גם לאחר שהחוק כבר חוקק.

11/3/2013

הנושא שלנו היום הוא הנושא של דילמות מוסריות. איך אנו מתמודדים עם דילמות מוסריות ואיך כל הנושא הזה קשור לעולם המשפט: לדוגמה סיטואציה-אתם מזמינים עבודה אצל אינסטלטור הוא בא אלינו עושה את העבודה אתם משלמים לו עבור העבודה אבל כמו שמקובל הוא לא נותן חשבונית ואז אתם בערב יושבים ורואים טלוויזיה וקולטים תשדיר של משרד האוצר "קו הצדק" ששם אפשר למסור מידע על בעלי מקצוע שהעלימו מס, שלא נתנו חשבוניות ואתם יושבים ומתלבטים האם להרים טלפון ולהודיע או לאו זו הדילמה. הדילמה הזאת במידה רבה דילמה מוסרית אנו שואלים האם להתקשר או לאו. לפני שננסה להבין איך פותרים את הדילמה בוא ננסה להבין מהי דילמה מוסרית-מה מאפיין את הדילמה הזאת ולמה קוראים לה דילמה מוסרית? אז מה מאפיין את הדילמה הזאת? דילמה מוסרית היא תמיד בחירה בין אלטרנטיבות כלומר, בדילמה מוסרית השאלה היא תמיד מה לעשות. כדי שהשאלה מה לעשות תהא אפקטיבית, צריכה להיות בחירה בין שתי אלטרנטיבות כלומר האם השאלה לאכול או לא, האם היא דילמה מוסרית? לא. כי אין לי ברירה כאשר אני מדבר על דילמה מוסרית צריכה להיות בחירה בין אלטרנטיבות של פעולה ואני חייב להחליט בין אחת מהאלטרנטיבות זה מאפיין בסיסי של דילמה מוסרית. האכילה היא הכרח זה לא דילמה מוסרית כי אין אלטרנטיבה אתה חייב. נקודה שנייה מה עוד מאפיין את הדילמה המוסרית? האם אתם רואים שוני בשאלה האם להתקשר לקו הצדק או לאו, לעומת השאלה האם ללכת לסרט או לאו. כאשר אתם מקבלים הכרעה בדילמה מוסרית אנו נגלה שגם כלפי עצמכם אתם תחפשו הצדקה כדי להצדיק את הבחירה שלכם. לדוגמה- אנשים יושבים באוטובוס וזקנה עולה עם סלים אם לקום או לקום, שואל עצמו הצעיר, נגלה שזה נעשה באופן אוטומאטי, זו דילמה מוסרית זה לחפש הצדקה לבחירה שלנו. אנו לא פוטרם עצמנו מבלי להצדיק את ההנהגות שלנו. הסיפור של מס הכנסה ונתחיל בפתרון הדילמה-בהעלמת מס כשאתה לא מדווח אני יודע שזה פגיעה ברכוש פגיעה עצמית(תפיסה אופורטוניסטית-זה חשבונית, בעתיד לא תהא לי אחריות), בנוסף זו פגיעה במדינה, יש ועדה תקציבית ואם יש אזרחים שלא משלמים מס, פעולה לא חוקית, כאשר לאדם יש מידע על פעולה לא חוקית שעושה אחר, מן הראוי שאותו אדם ידווח עליה. חובת דיווח חוקית זו עברה במחדל, דהיינו שותף לעברה. עכשיו הנמקות למה לא לדווח למס הכנסה כשאנו יודעים על מישהו שמעלים מס? יש עוול של המדינה וכל שהבנאדם מנסה לעשות זה להתמודד עם עוול מדיני. מלשינות, זה לא עניין שלנו זה עניין של מס הכנסה אז מה אכפת לי שהם יבדקו זאת, התפקיד של האזרחים זה לא להלשין אחד על השני כי אז כל

אחד יהיה חשוף להלשנה. רקע תרבותי דהיינו משטר קומוניסטי כי זה הכל הלשנות. כל אחד יחליט עפ"י תפיסת עולמו עם לדווח או לאו זה לא פלילי אין חובת דיווח. המדינה יכולה לבוא ולהגיד שיש חובת דיווח כללית של כל אזרח במד"י הוא חייב להגיש הצהרה של מס הכנסה. הראשון שניסה לפתור את הדילמה המוסרית היה **סוקרטס**-יש דיאלוג ידוע של **אפלטון** שנקרא **קריטון**-זה דיאלוג של **אפלטון** מה היה שם? **סוקרטס** היה טיפוס בעייתי היה מסתובב באתונה והיה שואל צעירים שאלות פרובוקטיביות ועצרו אותו על הסטה נגד השלטון באתונה. באתונה היו יושבים 501 שופטים היו יושבים בכל תיק מה הייתה השיטה באתונה שאחרי שהרשיעו אותך היו נותנים לנאשם לבוא ולהגיד איזה עונש הוא חושב שמגיע לו. הרשיעו את סוקרטס ושאלו אותו איזה עונש הוא רוצה ואז ציפו שהוא יגיד גלות אבל סוקרטס אמר, תקף אותם ואמר שהעמידו לדין על לא עוול בכפו הוא אמר שלא מגיע לו עונש ואז פסקו לו עונש שתיית כוס רעל. בבוקר הוא היה צריך לשתות כוס היה לו תלמיד **קריטון** נתן שוחד לשומרים בכלא והצליח להיכנס לתא של סוקרטס ואז כל הלילה הוא מסביר לסוקרטס שהוא שיחד את השומרים ושביציאה מהכלא מחכה ספינה ואפשר להבריח אותו. האם זה נכון שסוקרטס יוצא להורג או שהוא אמור לברוח? אז כל הלילה מתקיים דיון האם לברוח או האם להישאר ולמות וכדי לפתור את הדילמה הזאת הוא מסביר איך להתמודד עם **דילמה מוסרית**- אומר סוקרטס **ראשית**, יש תנאים מוקדמים כדי לקבל הכרעות בדילמות מוסריות. התנאי הראשון אומר לעולם אם האמנת בערכים או עקרונות מסוימים אל תשנה זאת רק בגלל שברגע מסוים זה לא מתאים לך, אם יש אמונות ודעות שהאמנת בהם אל תשנה אותם רק בגלל המצב "אל תהיה גמיש ערכי". נקודה שנייה, אומר סוקרטס כאשר אתה מקבל הכרעה ערכית בדילמה מוסרית לעולם אל תלך עפ"י הרגש אלא עפ"י ההיגיון כי הרגש מסיט אותנו מלקבל את החלטות ההגיוניות. בעניין מוסר אל תקבל החלטות עפ"י הרגש כי הוא עוצמתי אלא תקבל החלטות עפ"י ההיגיון. ונקודה שלישית, לעולם בדילמות מוסריות אל תקבל פתרון עפ"י רוב אלא עם מי שבאמת יודע להתמודד עם דילמות מוסריות. בענייני מוסר תמיד יש את הרוב, סוקרטס חושב שרוב לא קובע מה מוסרי ומה לא. אלו נקודות התשתית בקבלת הכרעה בדילמה המוסרית. **סוקרטס** איך אני פותר את זה בפועל הפתרון אומר, זה שילוב שבין עובדות לבין עקרונות כלומר אני לוקח עובדות ועקרונות והחיבור ביניהם נותן לי את התשובה. אומר סוקרטס כך, המדינה היא זו שמאפשרת לאדם את הביטחון האישי שלו חינוך ואת הקדמה שלו, משפט עובדתי, **סוקרטס** אומר עובדה, המדינה היא זאת שמאפשרת לך להתקדם לקבל בטחון וכו'. אומר סוקרטס **לעולם "אל תגמול רעה תחת טובה"** זה העקרון. שימו לב יש עובדה שהמדינה גומלת טוב לאדם ומצד שני יש עקרון לעולם אל תגמול רעה תחת טובה. זו תבונה למה תבונה? כי העקרון אומר אם תגמול רעה תחת טובה אף אחד לא יעשה לך טובה. אומר כך, אם אני לא מציית לחוקים של המדינה מה קורה? אני פוגע בה כי אני לא מציית אני גומל רעה למדינה אני אמור לעשות את זה כי היא גומלת לי בטוב היא מגנה עלי, גמלה לי טוב. בלי מדינה אי אפשר לחיות. לכן לא נפגע במדינה. מה שאומר סוקרטס, אם אני לא מציית לפס"ד אני פוגע במדינה ואני גומל רעה תחת טובה. עוד טיעון קריטון בשם סוקרטס אומר כך סוקרטס, אם אנשים חיים במדינה מסוימת, אני יוצא מתוך הנחה שהם עושים את זה מרצונם כי אם הם לא רוצים לחיות שילכו. משמע יש הסכם שהאנשים גרים באותה מדינה ומי שלא רוצה לא חייב. אומר עוד "הסכמים יש לכבד". כלומר אם אני גר באתונה משמע אני מסכים לציית לחוקים שלה ואם החוקים לא נראים לי אני יכול לבחור שלא לגור שם. אמירה זאת היא **עובדה** שאם אני חי במקום מסוים, הסכמים יש לכבד זה עקרון **מבוסס על התבונה** כי אם יש מקום שאף אחד לא עומד מאחורי המילה שלו. אומר עוד אם אני גר באתונה משמע הסכמתי לציית לחוקיה עכשיו שהחוק פוגע בי אני לא יכול לברוח ממנו כי הסכמתי לחיות עפ"י החוקים של אתונה כי למשעה אומר סוקרטס אם לי מותר לא לציית באותם מקרים שחוק מסוים לא נראה לי, אז אם אני הגון אז גם לשכן שלי מותר לא לציית ואז הרסנו את המדינה כי כל אחד לא יציית. כלומר, תמיד כשמדובר בדילמה מוסרית הפתרון לפיו שילוב של עובדות ושל תבונה ולכן התשובה לדילמה מוסרית היא המשמעות של הפתרון לדילמה מוסרית מבוססת על עובדה ועקרון תבוני? המשמעות היא שלכל דילמה מוסרית יש תשובה אחת, כולם יגיעו לאותה תשובה בדילמה המוסרית כי אלו עובדות ואפשר לבדוק וזה **מבוסס על עקרון תבוני כי התבונה היא אוניברסאלית** בכל מקרה כשמתעוררת דילמה מוסרית בסופו של דבר יש **פתרון אחד** שהוא נכון לדילמה המוסרית. עפ"י סוקרטס-הסכמים צריך לכבד והוא גומל רעה תחת טובה כשהוא לא משלם. ואז עפ"י סוקרטס היה מקום להשלים. הטעיה קוגניטיבית קונוטציות שליליות אבל אם אמרתי דיווח או מסירת מידע זו הטעות של מס הכנסה הוא הקים את זה על בסיס "מלשינון" ולכן זה ניסוח שלילי. סוקרטס אומר אם לא תשלם מס אתה פוגע בי ולכן מותר לך למסור מידע.

בארה"ב יש נק' מוצא שאומרת כל בנאדם הוא ישר אלא אם השלטונות לא הוכיחו אחרת ולכן חוקי המס שם הם מאוד פשוטים כי נק' המוצא היא שאנשים הוגנים אבל אם תופסים אותך מעלים מס זו בגידה נגד

המדינה ומה קורה בישראל זה הפוך כל בנאדם הוא בחזקת רמאי אלא אם הוא מוכיח שהוא הגון. **סוקרטס** אומר שדילמה מוסרית לא תלויה במדינות שונות כי היא אחת. כי המוסר הוא תבונה. המוסר הוא רלטיבי יחסי, אין יותר מוסר אובייקטיבי אלא היום המוסר הוא במידה רבה בהקשר של תרבות המוסר הוא לא תוצר של התבונה אלא של תרבות ולכן בכל תרבות יכולה להיות תפיסה שונה ביחס למה מוסרי ומה לאו. מה קורה כאשר אני מגיע לבהמ"ש ושם מתעוררת שאלה של מוסריות, הדוגי הקלאסית היא חוק החוזים- מה קורה כאשר יש חוזה ואחד הצדדים לחוזה טוען שזה לא מוסרי סי' 30 אומר חוזה שהוא לא מוסרי הוא בטל. מה קורה כשבאים צדדים לבהמ"ש ואחד טוען שחוזה מסוים הוא לא מוסרי נשאלת השאלה לפי אילו קריטריונים יקבע? עפ"י סוקרטס פס"ד הראשון פסד **יעקובסון**- היה אדם נשוי אדיון רוזנפלד והכיר בחורה יעקבסון היא הייתה רווקה איך שאני מקבל גט אנו מתחתנים כך אמרה לה. וזה לא קרה. אמרה לו שהיא רוצה לעזוב אותו אז אמר לה יש לי רעיון כדי שנבטיח את הקשר ונמשיך אותו, אני קונה דירה רושם על שמך ואיך שאני מתגרש אני עובר אלייך וזו "בטוחה" ליחסים. עברו כמה חודשים הוא לא הגיע ואז החליפה מנעולים. הוא הלך לבהמ"ש הגיש בקשה לפסד הצהרתי זה קובע למי יש זכויות בעניין מסוים ושם טען שהדירה היא שלו כי הוא שילם את הכסף עבור הדירה, היה ברור שהדירה נקנתה מכספו(לפני חוק המקרקעין) היא טענה לבהמ"ש כך - שכל הסיפור של הדירה זה חלק ממערכת היחסים שלהם שכל מערכת היחסים מבוססת על הבטחת נישואין של אדם נשוי ואישה רווקה זה בלתי מוסרי ולכן זה בוטל **ואם יש שני צדדים שהם לא מוסריים אז יד התובע על התחתונה** מאחר והוא תובע הוא מפסיד את התיק. משמע הוא טוען שהדירה שלו העילה שלך לא מחזקיה מים כי היחסים הם לא מוסריים והסכם לא מוסרי **בטל** ומי שמתנהג שלא במוסריות ייקח אחריות. כל הדירה נועדה להבטיח את הקשר ביניהם ולכן זו הבטחה לא מוסרית. הוא עוד אומר קניתי לה את הדירה להמשך הקשר. זה מגיע לעליון היה **חיים כהן** שהוא היה **אנטי דתי** הכי חזק אפיקורוס אמיתי היה **זילבר שהוא דתי** והיה השופט **ויתקון שהיה אדתי**- אלו היו שופטים אם תפיסות עולם שונות לגמרי והם היו צריכים להתמודד עם השאלה כיצד אני יכול לקבוע שחוזה מסוים הוא נגוע באי מוסריות?

18/3/2013

שאלת היחס שבין משפט ומוסר-השאלה שאנו דנים בה היא לא רק שאלת המוסר והמשפט אלא היא יותר רחבה ועמוקה בסופה של הדרך אנו מגלים ובודקים עד כמה לתפיסות העולם של השופטים יש מקום או משמעות בפסיקה שלהם. ומשפט ומוסר זה דוגמא לנושא הזה בייחוד על רקע התבונה שהמשפט הישראלי עבר מהפך ענק משנות ה-80 מפורמאליסטי, לשיטת משפט של ערכים. אין ערכים אובייקטיביים שכל אחד יש לו תפיסת עולם משלו, ומטבע הדברים אנו שואלים עצמנו איך זה מתבטא בשופטים.

פסד רוזנפלד נ' יעקובסון – שם עלתה לדיון השאלה כיצד אני קובע האם הסכם מסוים הוא בלתי מוסרי- על רקע של הבטחת נישואין של גבר נשוי לאישה רווקה זה הדיון, איך לצורך סי' 30 לחוק החוזים אני יכול להגדיר שהסכם מסוים הוא לא מוסרי. בבהמ"ש משנת 1962 היו 3 שופטים-חיים כהן שהוא נתפס כאנטי דתי בעליון הוא הפך להיות הדגל של נושא זכויות הפרט במד"י, סיפור מעניין הוא היה היועמ"ש בשנים הראשונות של המדינה הוא היה הזרוע המבצעת של בן גוריון הכול היה עובר דרכו הוא היה מי שניהל את ההרכב הראשון של העליון, חיים כהן השופט ז"ל. הוא ייצג את המדינה בכל הסיפור של נגד המיעוט הערבי שטח 9 המשולש הקטן/גדול וחיים היה הזרוע המבצעת של הצבא בעליון. אח"כ שהוא הפך לשופט הוא נהיה אביר זכויות האדם, השופט השני היה משה זילברג, הוא דתי, מה שקורה היום ההרכבים נעשים באופן ממוחשב ההרכב נימצא באמצעות מחשב אלא מה לנשיא העליון יש סמכות להתערב לפעמים הוא רוצה בעצמו לשבת אז זה לא היה ממוחשב, הנשיא רצה הרכבים מגוונים, היה ניסיון לתת ייצוג לציבור כולו זה אז. חיים ייצג את היבט האנטי דתי וזילברג ייצג את הדתים והיה שופט ויתקון אדתי-אין לו קשר לדת-הם ישבו בהרכב הזה **כיצד בהמ"ש העליון יקבע האם הבטחת נישואין של נשוי לרווקה יהווה הסכם לא מוסרי** זאת הייתה השאלה בפסד זה-השופט **זילברג וכהן** היו בדעה שלעליון אין שום עמדה עצמאית בענייני מוסר, משמע אין מצב שיהיה דיון בעליון והשופטים יצטרכו להכריע עפ"י שיקול דעתם, האם התנהגות היא מוסרית או לאו, כלומר הם רצו למנוע סיטואציה שבו קנה המידה המוסרי להתנהגות מוסימת יקבע ע"י השופטים כי מה התוצאה-התוצאה תהיה שהציבור בישראל ברגע שהוא יזהה שתפיסות המוסר של העליון הם אישיות התוצאה תייצר ניכור בין החברה לבין בהמ"ש יגידו שהעליון יכפה עלינו את תפיסות העולם שלו. שופט לא יכול לתת ביטוי לעמדות המוסריות שלו כאשר הוא נותן דין בעליון. אז מה עושים? הם אומרים כאשר יש סוגיה בתחום המוסר התפקיד של בהמ"ש הוא לבדוק את העמדה של **המחוקק** בסוגיה הזאת. כלומר לנסות ולקבל את ההכוונה של המחוקק בשאלה המוסרית במילים אחרות

מה דעתו של המחוקק במקרה כזה. אז מה דעתו במקרה שלנו? עפ"י החוק במד"י דיני המשפחה נעשים עפ"י הדין האישי כאשר מדובר ביהודים זאת ההלכה כלומר דיני המשפחה מתבססים על ההלכה אז מה אומרים זילברג וכהן? המחוקק הדריך אותנו שבדיני משפחה הולכים עפ"י המשפט העברי ואז בהמ"ש ישאל עצמו מה עמדתו של המשפט העברי כאשר גבר נשוי מבטיח נישואין לאישה רווקה, שני השופטים באותה דעה שההכרעה של שאלת המוסריות צריכה להיות עפ"י ההלכה. משמע הכוונת המחוקק. אבל בשלב הבא הדעות מתפצלות בא כהן ואומר שעפ"י המשפט העברי אין בעיה מוסרית. למה? כי אנו רואים שבתולדות ההלכה המושג הזה של פילגש הוא מושג מוכר לשלמה המלך היה אלף נשים לדוד 18 וכו'. ("חרם דרבינו גרשום" לא הייתה בעיה של פילגשות) אם אני אומר שאין שום בעיה מוסרית ביחסים בין גבר נשוי לאישה רווקה, הבעיה שנוצרה זה שהיא ראתה שהוא לא בא אותה גב' יעקבסון אז כדי להבטיח את הקשר ביניהם הוא קנה דירה ורשם אותה על שמה ואז כשהיא ראתה שהוא לא בא, החליפה מנעולים ואז במחוזי הוא ביקש להצהיר שהדירה היא שלו, והיא טענה שמדובר בקשר לא מוסרי והחווה לא מוסרי ואין לו עילת תביעה - "ייד התובע על התחתונה" - אם אין בעיה מוסרית אז הדירה היא שלו. בא זילברג ואומר כך, אם אני רוצה לדעת אם התנהלות כזאת היא מוסרית או לאו מה שאני צריך לעשות הוא קורא לזה "מבחן סוציולוגי" - מה אומר המבחן? אומר אני צריך לשאול האם בקרב היהודים יש אי מוסריות ביחסי פילגשות. כלומר זה לא משנה אם בתנ"ך זה היה מקובל, עברו כמה אלפי שנים מאז. אני צריך לשאול האם החברה היהודית מקבלת יחסי פילגשות כסוג של התנהלות נורמטיבית מסקנתו היא, שהחברה היהודית לא רואה לגיטימציה מוסרית ביחסי פילגשות אמנם עפ"י ההלכה ניאוף יכול להיות רק אצל אישה בד"כ אבל אומר השופט גם גבר נשוי זה סוג של ניאוף והחברה לא רואה את זה בעין לגיטימית ולכן אומר זילברג יש אי מוסריות והדירה עוברת לאישה בגלל אותו פגם "יידו של התובע על התחתונה" ולכן הדירה תישאר אצל האישה. השופט חיים כהן כשהוא רוצה להוכיח את התזה שלו הוא מביא משנה "הרי את מקודשת לי אחרי שתמות אחותך" אדם פוגש אישה אשתו זו אחותו הוא אומר את זה לגיטמו אומר לה כך אומרת המשנה שהיא לא מקודשת אדם אומר לגיטמו כך היא לא מקודשת למה היא לא מקודשת אז הפירוש הוא כזה הם מסבירים שעפ"י ההלכה לא ניתן לקיים הסכם בדבר שלא בא לעולם, כלומר עפ"י ההלכה אין עסקה עתידית אתה לא יכול לקנות פרי של עץ בעוד שלוש שנים אלא עכשיו. אז מה אומרים למה היא לא מקודשת? היות וכרגע אשתו עוד בחיים והוא לא יכול לקדש אותה ולכן הוא לא יכול להגיד לה הרי את מקודשת בעוד כך זמן. אומר חיים כהן מה אני לומד מזה אני לומד מזה שלא ראו במקרה הזה בעיה מוסרית הרי המפרשים לא באים ואומרים שאדם לא יכול להגיד לגיטמו שזה מובטל בגלל שזה לא מוסרי אלא זה עסקה שלא באה לעולם ואפילו בהבטחה כמו זו, אין בעיה של מוסריות למה? כי המפרשים לא ראו בהצעה הזאת של גיס וגיסתו דבר לא מוסרי זו הטענה שלו. הטעות של כהן זה כשבאים ואומרים הפרשנים שהוא מבוטל והוא לא בא לעולם. דהיינו זה אי חוקיות אז אם יש טענה של אי חוקיות לא צריך אי מוסריות ולכן ההוכחה של חיים כהן שאם הסכם הוא לא חוקי זה לא משנה עם הוא חוקי או לאו. שניהם הולכים להכוונת המחוקק ושניהם הגיעו למסקנה שונה. אחד, יש בעיה מוסרית והשני, לא ואז מגיע ויתקון וזורק פצצה מה אומר? השופט ויתקון אומר, כשאני רוצה לענות על השאלה או שהעליון אמור לענות על השאלה מה מוסרי או מה לאו הוא אמור לקבל את התשובה שלו מהכוונת הציבור לא של המחוקק אלא של הציבור, מה קשה? אומר, הציבור זה הציבור המתקדם והנאור. מה אומר ויתקון, אומר שבהמ"ש כשהוא בא לקבוע מה מוסרי ומה לא הוא לא צריך את הכוונת המחוקק למה לא? במוסר אני לא רוצה פשרה ובחוק יש פשרה. התפיסה בענייני מוסר זה לא תוצר של פשרה אני לא יכול לבוא להגיד חצי מוסרי וכו בתפיסה שלנו מוסר זה משהו יציב שלא תוצאה של מו"מ כשבא ויתקון ואומר הכוונת הציבור זה נראה הרבה יותר אמיתי. חשוב לי מה הציבור חושב ולא בכנסת שמנסים להגיע לפשרות. הכוונת הציבור אומר ויתקון - שואלים אותו איזה ציבור? אומר ויתקון זה הציבור המתקדם והנאור, שאלתי מי זה? והמסקנה הייתה שאלה השופטים של העליון. מה למעשה אומר ויתקון בא אומר החברה הישראלית (1962) רואה את עצמה כחלק מהתרבות המערבית האוניברסאלית ובכלל לא מעניין אותה מה אומרת היהדות בנושא כזה. אומר ויתקון עפ"י התפיסה של התרבות המערבית האוניברסאלית שגבר נשוי מבטיח נישואין לרווקה אין שום בעיה מוסרית. אז מה למעשה אומר ויתקון? במד"י יש ציבור מתקדם ונאור הוא יודע(השופט) לזהות את הערכים של החברה וזה מאמץ. ומה שהעליון צריך לעשות זה לתת ביטוי לערכים של הציבור המתקדם והנאור. שופטי העליון הם הנציגים של הציבור המתקדם והנאור בהמ"ש. וזה הפך להיות המוטו של העליון. כאשר מדובר בערכים, העליון מורה על הערכים של הציבור המתקדם והנאור. זה לא פשוט.

דוגמא האישה המפורסמת ביותר בישראל היא בר רפאלי – דוגמנית היא מתווכת ידע בתחום האופנה. ברק אומר שאותו דבר קיים בעולם המשפט. איך הציבור מגבש את דעותיו בענייני משפט? מה שהוא רואה בחדשות בעיקר ע"י פרשנים לענייני משפט זה נקרא ברק "הקהילה המשפטית" לציבור אין עמדה משלו. אנו מעצבים לפי מה שאנו רואים, עפ"י מתווכי הידע. וברק קורא לזה "קהילה משפטית" אומר ויתקון שלמעשה הרעיון הזה מובלט. מה הוא אומר ויתקון? אם אני רוצה לדעת מהם תפיסות העומק של החברה הישראלית מי יודע אותם? זה הציבור המתקדם והנאור, רוב הציבור מתיישר עפ"י תפיסות של השופטים שהם הנאור והמתקדם ואם אני יודע מה התפיסות המסוריות של כלל החברה הישראלית אלך על פיהם. **הדעה של ויתקון וכהן הובילה לתוצאה המשפטית העברת הדירה לגבר** אבל לא הוכרעה השאלה מה אני עושה כאשר יש פער בין הכוונת הציבור להכוונת המחוקק- מבחינתם זה הוביל לאותה תוצאה אבל מה קורה כאשר יש הכוונת מחוקק שהיא סותרת את הציבור. ואז מגיע פסד אחר ובפסד פרץ נ' אלמוט-מקרה די דומה אבל מה שקרה, **נחקק החוק או נקבעו הסדרים משפטיים לגבי ידועים בציבור**. החוק קבע שיש זכויות לכאלה שהם ידועים בציבור. ואז נשאלת השאלה מה תהא דעתו של בהמ"ש בנושא של הבטחת נישואים כאשר המחוקק כבר **אימץ** את ידועים בציבור והיה ויכוח- השופט **קיסטר** אומר כן, העליון לא כפוף להכוונה של המחוקק למה? כי הציבור נושא עיניו לבהמ"ש כדי לקבל את הנורמות המוסריות והנאורות. ואם בהמ"ש מרגיש שהנורמה המוסרית של המחוקק היא לא הראויה העליון לא אמור לראות עצמו כפוף לאותה הכוונה. כל הרעיון של ידועים בציבור זה לתת ביטוי למציאות שבדיעבד ולא של מלכתחילה. מה שהיה, היו מקרים שבני זוג גבר שחי כידוע בציבור עם אישה שדאגה לו, וחיו 15 שנה יום אחד הגבר נפטר מופיעים הילדים לוקחים הכול ומסלקים את האישה אחרי שטיפלה בו והם לא התעניינו באבא בכלל. בא המחוקק אני רוצה להבטיח זכויות של ידועה בציבור שתוכל לתבוע מהעיון. אין בזה לגיטימציה אומר העליון לא יכול לנוהג בתפקידו כמגדל-אור חברתי לענייני מוסר. הוא לא יבוא ויגיד אני ייתן יד להתנהגות בלתי מוסרית רק בגלל שיש זכויות לידועים בציבור. ברגע שהמחוקק נתן לגיטימציה לדפוס של ידועים בציבור, לא יכול להיות מצב שיהיה פער בין המחוקק לתפיסת המוסר של העליון. כלומר, לא יהיה מצב שבהמ"ש יערער עצמו יותר מוסרי מהמחוקק. לא יכול להיות דיסוננס בין המחוקק לבהמ"ש. **פסד רון נ' חזן-היה בחור שהבטיח נישואין לרווקה** שניהם היו רווקים ואז בשלב מסוים הוא אומר לה ברגע שתכנסי להריון אנו נתחתן והיא נכנסה להריון והוא רצה שהיא תעשה הפלה ושוב הם יוצאים אומר שוב הפעם נתחתן ושוב היא בהריון ואז הלכה לעשות הזמנות, צלם לאירוע, עשתה הכנות לחתונה והוא ברח היא הגישה תביעה על הפרת הבטחת נישואין- השאלה בבהמ"ש היא איך אני קובע הבטחת נישואים-נניח היו לה הוצאות איך אני קובע את הפיצויים הכלליים- **אומר בהמ"ש הקביעה של גובה הפיצוי יהיה כמו בהוצאת דיבה**. איך גובים פיצוי בהוצאת דיבה- לפי המבייש ולפי המתבייש-אם יש לך שם טוב תקבל יותר ואם יש לך שם פחות טוב תקבל פחות – אם זו בחורה מבני ברק אם היא נכנסת להריון הפגיעה שלה תהיה יותר קשה אבל אם זו אישה אחרת שנכנסת להריון ועושה הפלה אז אומר שהרמה המוסרית שלה לא גבוהה ולכן העליון הפחית לה בחצי את הפיצויים. עכשיו למה הפחיתו לה? אמרו שברמת המוסריות שלה רמת הפיצוי תהא נמוכה. על זה **רות גביזון** כתבה מאמר מעניין שמה שקרה זה שבהמ"ש נתן ביטוי לתפיסות המוסריות שלו. "מה הקשר בין מוסר לבין הבטחת נישואין אל לו לבהמ"ש".

פסד של **פלונני נ' פלונני**-שם עלתה לדיון השאלה של הפרת הבטחת נישואין והאם יש הבטחה לא מוסרית של אישה רווקה וכו' ואז במה עושה מהלך מעניין, שהשאלה של הפרת הבטחת היא לא שאלה של מוסר אלא של **חוזים** כלומר, בהמ"ש לא צריך לשאול אם זה מוסרי או לא כי אין שום הסכמה בענייני מוסר ובמקום לדון בשאלת המוסריות בהמ"ש ידון האם התנהגות מסוימת **נוגדת או לא נוגדת את תקנת הציבור ואני קובע זאת עי בהמ"ש**. בא **ברק** ושינה את כל הגישה- אני לא צריך מחוקק אין שאלה מוסרית אני שוקל את תקנות הציבור של בהמ"ש ובהמ"ש קובע מה מוסרי ומה לא, שאלת **תקנת הציבור** זה של בהמ"ש לפי תפיסות העולם שלהם.

חסר 8/4/2013

22/4/2013

שאלת המוסר כשזה מגיע לבהמ"ש, ראינו שבאמת יש איזון בין המוסר ובין המשפט. בהמ"ש לא יכול להתעלם מסוגיה מתחום המוסר שכן בתשתית שלו יש היבטים מוסריים.

האם ניתן לכפות נורמות מוסריות באמצעות המשפט, באיזו מידה ניתן להשתמש בחוק כדי לאכוף נורמות מוסריות, פסד הראשון היה **עידו אלבה נ' מד"י** – רב שכתב חוברת, שבחברת היו ביטויים גזעניים ואז העמידו אותו לדין על הסטה לגזענות והוא טוען שזה לא אני, זה מכתבי הקודש, יש צורך למצוא **איזון** בין חופש הביטוי ובין הסטה לגזענות. מה המקור של הסטה לגזענות? מה הבסיס לנורמה? אנו יוצאים מתוך הנחה שיש חברה שוויונית שכל בני האדם זכאים ליחס שווה, וזה מבוסס על תפיסות מוסריות משמע אם אני אומר יש הסטה לגזענות ואני שואל עצמי מה המקור לאיסור הזה? אז מגיעים לשוויון ומפה שואלים מאיפה, אזי יש תפיסת עולם מוסרית שמבססת את עקרון השוויון. העליון אומר, בחברה בה יש גילויים של גזענות, אזי אין ספק שהמחוקק התערב כדי למנוע את אותה הסטה לגזענות והמחוקק מביא לידי ביטוי בנורמה שלו תפיסות מוסריות. אילו לא היו גילויים של כהאנה יכול המחוקק או בהמ"ש אם כל הכבוד חופש הביטוי הוא יותר חזק, את הדברים האלה בהקשר אחר רואים את זה בארה"ב עד הפיגועים בארה"ב הערך העליון היה צנעת הפרט כל אחד בעינינו "ביתי ומפצרי" אחרי הפיגוע בתאומים כל הפסיקה והחקיקה בארה"ב התהפכה, היום אין כמעט שיחת טלפון בארה"ב שהיא לא מנוטרת, יש מעקב של האף בי אי.. במידה רבה המשפט מתמודד עם צרכים של מציאות והיא דינאמית ולכן אם יש מקרה שבו החברה מגיעה למסקנה שצריך להתמודד עם סוגיה מסוימת היא מגייסת את החוק. דומה הסיפור של ארז יפו הוא הועמד לדין פלילי, היו פעילויות לא מקובלות במערכת הבנקאית בהמ"ש אומר אין חברה אנושית מתוקנת יכולה להתקיים מבלי לנקוט בסנקציות עונשיות כלפי אלה הפוגעים בציבור. הנפש של תפיסתנו הערכית והמוסרית משמע אני יכול להשתמש במשפט על מנת להגשים מטרות על מנת להתמודד עם פגיעה בערכים מוסריים. מול הגישה הזאת עומדת התפיסה ההפוכה שבאה ואומרת שהמשפט אמור לקדש את האוטונומיה של הפרט וזה עלה בפסד דקא של העליון שם עלתה השאלה בקשר לביצוע רפואי בחולה מבלי הסכמתו המלאה או מבלי שהוא הבין. בהמ"ש אומר, המשפט מכיר באוטונומיה של הפרט לגבש את רצונו כנראה לו עפ"י טובתו של אותו הפרט, הפרט הוא המחליט על טובתו שלו היא רצונו ורצונו היא טובתו. הרעיון של השופט, שהתפקיד של המשפט הוא לא לחנך אותי ולא למד אותי מה טוב בשבילי כי נקודת המוצא אומרת שהאוטונומיה של הפרט היא הרצון של הפרט. עד מתי? עד שזה פוגע באדם אחר, אני צריך למצוא נק' איזון בצורך של בהמ"ש להתמודד עם סוגיות מוסריות וערכיות ומאיך את ההיבט של האוטונומיה של הפרט. **ג'ון ניוארט מילט** כתב ספר, על החירות, שם הוא אמר את העיקרון שלמעשה הכפיש את ההתנהלות של המשפט האמריקאי, אמר המשפט נועד אך ורק למטרה אחת, המשפט נועד להבטיח את זכות הקניין והביטחון האישי כלומר בני האדם הסכימו לוותר על הזכויות שלהם שהן היו מקסימאליות לפני המדינה ולפני המגבלה, בשביל מטרה אחת כדי לשמור על הקניין ולקבל בטחון. כל מה שהמשפט יכול לעשות הוא אך ורק להבטיח את הקניין ואת הביטחון. אם היית שואל בשביל מה צריך את דיני החוזים? להסדיר את האופן שבו נרכשות זכויות קנייניות, דיני החוזים נועדו רק למטרה אחת אם אני אומר שיש צורך להגן על הקניין אז אני צריך לקבוע את האמצעים שבהם נרכש קניין וכי למשל חוקי המכר חוזים יש מטרה אחת כדי שכל פני החברה ידעו האם יש או אין למען דהוא זכות קניינית שאסור לפגוע בה. דיני הנזיקין להבטחת הביטחון האישי. חוק מגביל את ההתנהלות האנושית אז אני רואה שהחוקים שיש בהם לגיטימציה להגביל את החירות של הפרט זה רק אותם חוקים שבאים להגן על זכות הקניין ועל הבטחון האישי. חוק המכר בא להגן על קניין בכל שהוא רושם למי הוא שייך. אם אתם רואים את רשימת החוקים, החוקים שיש לגיטימציה הם נועדו להרתיע את זכות הקניין ואת ההבטחון האישי. מה המשמעות של חוק המים הטריטוריאליים? זה בא להבטיח את הקניין, אם מד"י מוצאת נפט זה שלה, ולהבטיח את הבטחון האישי שאם אדם מבצע עברה במרחב של המים הטריטוריאליים של ישראל הוא יועמד לדין בישראל. דיני המשפחה לדוגמא **גונס** היה אומר שזה לא רלוונטי, כל אחד יתחתן איך שבא לו כל שרלוונטי זה חוקים שנוגעים לסוגיית הקניין של הקמת משפחה ופירוקה. ולא ניתן לחוקק שום חוק שאין בו **הגנה על הקניין או על הבטחון האישי**. חוק מוסרי חברתי הוא נוגד את התפיסה הבסיסית של החירות האנושית לדעת **גונס**. הוא **בעד חירות**. את הדילמה שבין המוסר והמשפט על זה מדבר **ברק** באחד מפס"ד ביחסים של הומואים, הוא אומר כידוע נטוש ויכוח חריף בין אלה הגורסים שמותר לה וראוי לחברה לאכוף באמצעות המשפט את השקפותיה המוסריות, מהו הויכוח בשנת 1957 הקימו ועדה באנגליה ועדת של לורדים ביקשו מהם לתת חוות דעת האם יש מקום להשאיר במשפט הפלילי את העברות של הומואים וזנות? הועדה ישבה שנה ובסוף הגיעה למסקנה כשהיא מבססת את התיאוריה שלה על **גון סטיוארט מילק**, כל האזור של יחסים הומואים הם עפ"י תשתית מוסרית הם לא גורמים נזק לאף אחד אם הם נעשים בהסכמה ע"י בגירים ולכן הועדה המליצה להוציא את האיסור. אומרת הועדה יש מקום להוציא מתוך החוק את עברת הזנות הדבר היחידי זה מטרד לציבור וסרסרות מה שלא מהווה מטרד לציבור וסרסרות, אז אפשר להשאיר כעברה פלילית. יש להוציא את העברות הללו מספר החוקים. ואז אחרי שמתפרסמות המלצות הועדה, מגיע

לבית הלורדים תיק מרתק, **SHAW**-בעקבות התיקון לחוק, כל אלו שעוסקים בזנות עברו לבתים לא ברחוב בגלל מטרד לציבור אז עברו לבתים כל אותם לקוחות לא ידעו לאן ללכת הלך אותו שאוו והוציא דפי זהב היה רשימה של אלו העוסקים בזנות, עשה דפי זהב המדריך לגבירות ואז העמידו אותו לדין באשמת קשירת קשר להשחתת המוסר הציבורי, באנגליה יש עברת סל שנקראת קשירת קשר להשחתת המוסר הציבורי, באותו שואו, מה הייתה הטענה שלו, הוא אומר לא יכול להיות מצב שהמעשה העיקרי הזנות הוצא מספר החוקים וכשמישהו מפרסם מודעה זו עברת מין לא יכול להיות. משמע בא שואו וטען טענה מעניינת כלומר לא יכול להיות מצב שהמחוקק אומר שזו לא עברה אותו מעשה אבל כתובת זה כן עברה, מה הוא טען בגדול? עו"ד של שואו, היו מוטרדים שבהמ"ש יבוא ויגיד שהעובדה שהמחוקק לא רואה בזנות עברה זה לא מחייב את בהמ"ש להתייחס לאיסור שקשור לזה באותו אופן. בהמ"ש אמר כך, אם כל הכבוד למחוקק בהמ"ש לא אמור לראות את עצמו ככפוף לתפיסות המוסר של המחוקק אם תפיסת המוסר של המחוקק נמוכה, זה לא מחייב את בהמ"ש כי הוא עדיין יכול להגיד שכל מה שקשור סביב העסוק בזנות הוא לא מוסרי. לא להעמיד לדין על עיסוק בזנות ע"י המחוקק, מה שהתכוון המחוקק זה שהוא לא רואה בזה מעשה פלילי, זה לא אמר שהמחוקק נותן לגיטימציה לעיסוק בזנות יש הבדל גדול. עדיין בהתנהגות הזאת יכול להיות עדיין מוסרי, בהמ"ש אומר כל עוד במשפט הפלילי באנגליה יש עברה של קשירת קשר להשחתת.. הציבורי אז במה שיכול להגיד שהוא עדיין רואה אלמנט של אי מוסריות, יש סעיף כזה בחוק ובהמ"ש הוא זה שקובע מה המוסר, ואם הוא חושב שמה שקשור לעיסוק בזנות לא מוסרי אז יבוא עם שואו חשבון כי לדעת בהמ"ש זה לא מוסרי כי יש עברה של קשירת קשר. זה לא אומר שיש לזה לגיטימציה.

בעקבות פס"ד בעניין שואו התפתח דיון, ויכוח, בין הלורד דוולין לבין **פרו' ארט**-אומר הלורד דוולין, אם אני מסתכל על **גון סטיוארט מילק**, אומר גון סטיוארט מילק אומר שמה שמחזיק את החברה זה הפחד הפחד שיקחו להם את הקניין ויפגעו בגופם ואומר למעשה שמה שמחזיק את החברה מלוכדים זה הפחד הפחד שיקחו להם את הקניין ויפגעו בגופם ולכן הם הסכימו לחיות ביחד כי לחיות ביחד זה פחד, עכשיו נתרגם את זה למד"י, אין מקום יותר מסוכן בעולם מאשר מד"י, לפי **גונס סיואטר מילק** אם מה שמחזיק אותך זה הפחד אז למה לפחד? אזרחי מד"י לא עוזבים את הארץ, אם הפחד היה המניע ששם את האנשים לחיות ביחד אזי שיש הרבה פחד אתה לא תגור אבל העובדה שבישראל עדיין ממשיכים לגור כאן אפילו שיש פחד, רוב האזרחים פה, אומר הלורד זה מוכיח שאנשים חיים בחברה מסוימת שחיים בליכוד ערכית כל שמחזיק את האנשים ביחד זה לא פחד אלא ערכים משותפים שבשם הערכים האלה הם חיים יחד. והמסקנה של הלורד דבלין זה שהחוק וגם בהמ"ש מוסמכים לעשות כל דבר כדי להגן על החברה מפני התפוררות הוא טוען במידה רבה של צדק שכל האימפריות הגדולות בהיסטוריה קרסו לא בגלל אויב אלא בגלל התפוררות פנימית כלומר התפוררות של לכידות חברתית ואם המחוקק מזהה שאם יש ערכים כאלה המחוקק יגן על החברה, כמו שהמחוקק ראשי לשלוח למאסר עולם אדם שהואשם בבגידה במולדת אז אותו אחד שפוגע בלכידות הערכית גם יואשם בעונש חמור. אומר הלורד במה"ש כשהוא מגן הערכים המוסריים של החברה הוא מגן על ביטחונם האישי של האזרחים כי ההגנה על המדינה זה לא רק מכוח הנשק או אויב חיצוני זה גם בשביל התפוררות חברתית. מול הלורד הייתה דעה של **פרו' ארט**, אומר את הדבר הבא, יש שני מושגים של מוסר- יש **מוסר נהג**, ויש **מוסר ביקורתי**. מה זה המוסר הנהג-אלו הן אותן נורמות שמקובלות בציבור והוא רואה בדפוס מסוים של התנהגות מוסרית או לא, כלומר זה צילום של תמונת מצב במציאות. מוסר ביקורתי- התנהגות כפי שהייתי רוצה שהחברה תנהג, כלומר נורמות מוסריות שהייתי רוצה שהחברה תנהג על פיהם. מוסר נהג זה צילום מצב של נורמות זה מקובל בחברה אם מקובל בחברה אז זה מוסר נהג. אומר **ארט** המקסימום שהמחוקק יכול לעשות זה לתת ביטוי למוסר הנהג אבל המחוקק מעולם לא יכול לתת ביטוי למוסר הביקורתי זה לא תפקידו של המחוקק או בהמ"ש לחנך את הציבור. המחוקק יכול להגיד שעפ"י התפיסה המקובלת אין בעיה עם זה אבל בהמ"ש לא יכול להגיד שהוא רוצה שהציבור התנהג באופן אחר, ולכן אומר כל מה שהלורד רוצה זה לחנך את הציבור, **ארט** אומר שזה נוגד את התפיסה הבסיסית של **גונס סטיואטר מילק**. בישראל המקרה הוא מעניין, **ברק** הוא כן בדעה שבהמ"ש אמור לתת ביטוי לערכים לקדם ערכים מסוימים ובלבד שאני מזהה את אותם ערכים מתוך ערכי היסוד של השיטה המשפטית. אומר ברק בהמ"ש אמור לעסוק בשאלות ערכיות אבל בהמ"ש לא יכול לתת ביטוי לתפיסת העולם הערכית והמוסרית שלו אלא בהמ"ש יכול ללמוד מתוך השיטה המשפטית מהם ערכי היסוד של השיטה ואותם הוא יכול לקדם ואיתם הוא יכול לפרש. אומר ברק תפקידו של העליון זה לקדם את השוויון למה? כי שיטת המשפט בישראל בין ערכי היסוד של המשפט, ישראל יש את השוויון אזי ברק לא ממציא את ההגנה של הערך על השוויון הוא יכול לקחת את השוויון ולתת לו הגנה יותר גדולה וזה ערך בתוך שיטת המשפט. ערכי היסוד של השיטה המשפטית. אז השאלה בעניין המשפט והמוסר היא לא הוכרעה. אבל יש בעבודה המשפטית יש

עוד הרבה מקום לסוגיות ערכיות ומוסריות. כל עקרון **תום לב** הוא היבט של ערכים ומוסר אז יש עוד הרבה מקום. **הגישה של ברק מאפיינת את הגישה של ארט**. לורד **דוולין** אומר לכוון את החברה לערכים חיזוניים מהמשפט. גם אם אין לזה תשתית בחוק, בהמ"ש יכול לקדם ערכים מוסריים גם אם הם לא בחוק, בהמ"ש יכול ללכת מעבר למה שבחוק, תפקידו של בהמ"ש זה לחנך. בא **ברק** ואומר נכון תפקידו של בהמ"ש הוא להוביל ולהנהיג אבל הערכים שאותם בהמ"ש יכול לקדם הם אלו שהוא יכול למצוא להם אסמכתא בתוך הערכים הפנימיים בתוך השיטה המשפטית. לכן ברק נימצא בין ארט ללורד דוולין. מגבלה של ערכי היסוד של השיטה המשפטית זה של ברק.

בהקשר לזה יש סוגיה נספחת סוגיית **הפטרנליזם** – עד כמה מותר לחוקק חוקים לטובת האזרח, בהמ"ש רוצה לדאוג לי, ואני אומר לו אל תדאג לי אני הסתדר, מקודם אמרנו שהמחוקק יכול להתערב במקרים בהם יכול להיגרם נזק לזולת. האם המחוקק יכול להתערב, הסוגיה של הפטרנליזם עלתה לראשונה בפסד **עלי נ' משרד התחבורה** – שר התחבורה הטיל תקנה שיש לחבוש קסדות. בא אותו עלי ואומר ההנאה שלי זה לנסוע באופנוע ללא קסדה אל תדאג לי. הרעיון של הקסדה להגן על רוכב האופנוע שלא יפגע. הרוכב אומר אל תדאג לי. האם באמת המחוקק יכול לחוקק חקיקה פטרנליסטית מתוך כוונה להגן על האדם בפני עצמו. זה הגיע לעליון והיה צריך לדון האם להתיר את חבישת הקסדה. אומר העליון, אין מניעה לחוקק חקיקה פטרנליסטית, אבל בהמ"ש העליון אומר עוד משהו החקיקה של הקסדה היא לא רק לטובתו של הנוסע יש לה גם משמעות מבחינת החברה כולה מעבר לאותו רוכב, לדוגמא אנשים מחכים בתור לניתוחים ויש תאונות לאותם נהגים וזה עקב אי חבישת הקסדה כי הם נפגעים באורח קשה לולא הקסדה וזה מעורר קשיים לאחרים שהם במצב קשה. זוסמן אומר העניין הוא מידתי, חקיקה פטרנליסטית היא לא פסולה ואם הנטל הוא לא קשה אז אין מניעה שהמחוקק התחשב בציבור בכללותו.

בדומה להימורים, בחיפה יש בית קפה 90 הכוכבים ושם היו עושים הימורים בא אותו בית קפה וביקש רשות עסק, רישיון עסק, באה העירייה ולא הסכימה לתת לו רישיון עסק, בטענה שהעסק הוא של הימורים ויש בעיה כי אנשים מתמכרים להימורים אז מה אומר בהמ"ש? הניסיון מלמד ומטבע הדברים הוא כי מספרם של המפסידים עולה על אלה שמפסידים, המתמכר עלול להוביל עצמו להפסדים ועלול להיות לנטל על המשפחה שלו ועל החברה בה הוא חי. החברה חייבת לצאת על תוצאותיה של התמכרות בהמ"ש אומר מי שעוסק בהימורים מתמכר לזה, ואם הוא מתמכר אז זה הופך להיות נטל דרך הביטוח הלאומי ולכן יהיה לגיטימי שהעירייה לא תיתן רישוי עסק למקום שעוסק בהימורים וזו חקיקה פטרנליסטית פאר אקסלנס. מה אומר השופט **גרוניס**, אין ספק כי הימורים הנערכים בחסות המדינה כמו מפעל הפיס מעודדים התקשרות מהירה התלויה במזל, אפשר להתמכר גם ממפעל הפיס מבחינה זאת אין שונים הם מהימורים לא חוקיים. אולם, יש ליתן את הדעת לכך שבצד הסכנות לעיל משמשים הימורים אלה מכשיר לגיוס כספים **למטרות ציבוריות**, (עקרון הוא מי שמתמכר יכול להיות נטל ואם אתה בעצמך אומר שמפעל הפיס יכול להוביל להתמכרות אז איך אתה עושה הבחנה בין הימורי המדינה לבין אדם פרטי שהכול למטרת רווח) הוא מרגיש שיש לו קושי עם זה ההימורים הפרטיים הם בסיס להלבנת כספים. נסיים עם השופט **פרוקצה**, המחוקק ביקש להגביל את התערבותו בדרכי בילוי הזמן בעיסוק הפנאי של הפרט כלומר הוא לא רצה להתערב באופן שבו בני האדם מבליים הוא נוהר מהתערבות פטרנליסטית בהעדפותיו של הפרט אלא אם מתלווה לזה כשבהמ"ש בא להגביל את הפרט הוא שקל לנגד עיניו את האינטרס הציבורי כי הוא ביקש לשלול רק את משחקי המזל של ההתמכרות על התוצאות ההרסניות לגבי הפרט בכל מקרה של הימור יש את החשש להתמכרות. הימורים זה חקיקה פטרנליסטית מתוך דאגה לפרט בישראל יש חקיקה כזאת.

29/4/2013

המשפט הטבעי – נשתמש בשני אירועים שהייתי עד להם השבוע-1. אירוע ראשון-היה לי ויכוח עם סטודנטים בנושא גיוס בני הישיבות, כל המהות של החוק של המשפט זהו ביטוי להסכמה חברתית שנעשית באמצעות נציגים. בכנסת יש 120 חכ"ם הם ביניהם מגיעים להסכמות, ההסכמות הללו הם החוקים. בכנסת חוקקו חוק שעפ"י אותו חוק לבחורי הישיבה יש פטור משרות צבאי. יש אנשים במדינה שחושבים שזה מזעזע, איך זה שיש קבוצה שלא משרתת בצבא? יש בעיה אחת שאי השרות שלהם הוא מבוסס על חוק. אם אדם לא משרת מבלי אסמכתה הוא יוכרז כעריק ויהיה בכלא, אבל במקרה דנן יש להם פטור. נשאלת השאלה- האם יכול לבוא אדם או קבוצה של אנשים ולהגיד אנו לא מקבלים את החקיקה הזאת ולכן גם אנו לא רוצים לשרת בצבא, אם הם לא גם אני לא למרות שאין לי אסמכת לאי השירות בחוק. החוק יכול

להיות נורא, אבל כללי המשחק קובעים שמה שנעשה עפ"י חוק הוא ביטוי להסכמה החברתית ואלו הם כללי המשחק הדמוי וכל עוד החוק לא שונה, הוא מחייב את כל האזרחים. כי מה האלטרנטיבה? היא שכל אחד יציית רק לאותם חוקים שמוצאים חן בעיניו. התוצאה היא אנרכיה אלו כללי משחק של הדמוי ואם אתה רוצה לשנות את החוק אז תלחם במסגרות הדמוי כמו בגץ, הפגנות, הצעות לתיקון חוק וכו'. המשפט הטבעי עוסק בשאלה מעניינת **האם יש קריטריונים שנמצאים מעל לחוק ויכולים להוות תנאי לאי ציות לחוק**. במילים אחרות **האם יש מצב של מסננת שאנו קוראים לה המשפט הטבעי וכל חקיקה צריכה לעבור דרך אותה מסננת ואם יש חוק מסויים שלא עובר דרך המסננת אז חוק כזה לא חייבים לציית לו** משמע, החקיקה לא נתפסת רק כסוג של הסכמה טכנית אלא ההסכמה גוררת גם סוג של בקרה. במילים אחרות **גם אם רוב הציבור יסכים להליך חוקי או חוק מסוים, המשפט הטבעי יגיד שההסכמה זה לא הקריטריון הפוסק האחרון אלא אותה הסכמה צריכה להיבחן עפי קריטריונים וזה נקרא משפט טבעי**. דוג' אם אנו קוראים עיתונים בשבוע האחרון הסערה הציבורית, בא בנק ואומר דבר פשוט, אדון דנקר חייב לי 800 מליון ש"ח יש לי שתי אפשרויות או להיכנס בו ראש בראש, ואז מקסימום הבנק יכול לקבל 15 מליון מממוש הנכסים הפרטיים של דנקר וגם זה קשה להשיג. או שהבנק אומר אני אוותר לו על 200 מליון ויש לי סיכוי לראות את יתרת החוב. זה צודק? זה כלכלי? כן, אבל לא צודק. האם השיקולים של בנק צריכים להיות שיקולים ערכיים מוסריים וצודקים? ואני אומר מי שמקבל הלוואה אין הבדל בין עשיר לעני ואז הבנק לא רוצה הסדר אני הולך עד הסוף או שהשיקול המרכזי הוא שיקול כלכלי, ולוותר על סכום. האם בתוך מערכת בנקאית אני אמור לשקול מעבר לשיקולים הכלכליים גם שיקולים ערכיים זה משפט טבעי כותרת. טבעי, מה זה משפט טבעי? דבר טבעי הוא אפריורי, זה משפט שקיים אפריורי והוא אוניברסאלי אם הוא טבעי כרונולוגי לפני מה הוא קיים? לפני ההסכמה. לאדם יש נתונים טבעיים ואם אני בודק את הפעילות אני בודק עפ"י נתונים קיימים באדם **אפריורים. משפט טבעי בא לפני המשפט ההסכמי** ישנו משפט טבעי שאני עוסק במשפט ההסכמי על בסיס אותם עקרונות טבעיים.

פס"ד בהקשר-**אדולף אייכמן**, הוא היה בארגנטינה הוא היה ההוגה של הפתרון הסופי והוא היה אחראי להובלתם של יהודי הונגריה הוא ניתפס בארגנטינה והובא לישראל, עפ"י חוק הנאצים ועוזריהם כשהוא הועמד לדין בישראל הייתה לו טענה מעניינת, כל מעשיו לטענתו נעשו לפני שמד"י הייתה קיימת ולפני שנחקק חוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם אז אי אפשר להעמידו לדין, טענה שנייה כל הפעולות שהוא עשה הם היו פעולות חוקיות עפ"י הדין הגרמני שהיה תקף בזמן האירועים האלה ואם הוא לא היה מציית לחוק הוא היה עומד לדין על הפרת החוק, במילים אחרות הוא טוען שמה שעשה זה כחוק. נתתי ביטוי למצב המשפטי **ההסכמי** שהיה קיים בגרמניה באותו הזמן.

דוג' שנייה-29/אוקטובר 1956 ערב פתיחת **מבצע סיני**, הצבא הטיל עוצר במשולש הקטן (כפר קסם טירה) שהיה אמור להתחיל בשעה 5 חצי, שעה אח"כ קבוצה של אנשים הגיעה במשאיות רצו להיכנס לכפר והם היו במצב של הפרת העוצר, הקצין צבא ראה את המשאיות הללו כי הם הפרו את העוצר, הוא התקשר למפקד שלו, והוא אמר לו שצריך לירות, ואז ירה בהם 27 זקנים וילדים זה ידוע בשם טווח כפר קאסם, כששאלו את המשפחה שלו למה הוא אמר זאת? הייתה פגשה שאלו אותו הוא אמר שהמח"ט אמר גם. כל אחד אומר שזה שמעליו הוא זה שעל בסיס הדברים שלו בוצע הירי.

דוג' שלישית-פסד **ירדור** ב-1965 הייתה בישראל מערכת בחירות מעניינת במרכז שלה עמדו בן גוריון מול לוי אשכול, הייתה להם מפלגת רפ"י ומולם המפלגה של לוי אשכול התמודדה גם רשימה הרשימה הסוציאליסטית יו"ר ועדת הבחירות לנדוי החליט לפסול את הרשימה הוא טען שחברי הסוציאליסטית הם חברים בארגון אלער, וארגון זה נחשב ע"י רשם ארגוני העותמנית כארגון עוין ולכן השופט פסל את הרשימה הסוציאליסטית הזאת, בהנמקה יו"ר לנדוי אומר הרשימה הזאת לא הוגשה כהלכה ההנמקה שלו שזה לא הוגש כהלכה אלא שהייתה לו בעיה למה? כי כל מי שמסתכל בחוק הבחירות יגלה שהדרישה לרשימה כהלכה מופיעה אחרי התנאים הטכניים להגשת רשימות, יש רשימה של דרישות טכניות, בסוף אותה רשימה כתוב שהיו"ר יבדוק אם אותה רשימה הוגשה כהלכה. ברור לגמרי שהדרישה שהוגשה כהלכה לא מתייחסת לשאלות המהותיות כמו מי החברים ואז הוגש בגץ נגד יו"ר ועדת הבחירות.

דוג' זוג חרדים יוצא לנופש באילת, מתחילה שרפה במלון החדר שלהם מתמלא בעשן האישה מייד בורחת מהחדר הבעל בחדר ומחפש בגד כדי לצאת כי הוא לא רצה לצאת ערום, כל מה שהוא מוצא זה את השמלה של אשתו זה מה שהוא מוצא, ואז השאלה הייתה האם לצאת ערום או לצאת עם השמלה של אשתו שהוא

מצא. בשום מקום בתורה לא רשום שאסור להיות ערום וכתוב שאסור ללבוש בגד של אישה. משמע מצד ההלכה גבר לא יכול ללבוש בגד של אישה אבל לא כתוב שאדם לא יכול להסתובב ערום.

מטוס של חרידים יוצא לטיול בקריביים, המטוס מתרסק ושני חרידים ניצלים על אי בודד תוך כדי הנפילה אחד נהרג והשני נישאר בחיים, זה שנישאר בחיים רעב רוצה לאכול הוא מחפש מה לאכול ואין כלום כל מה שהוא מוצא זה גופה של חברו ופגר של חתול והוא רוצה לאכול מותר לו לאכול השאלה מה הוא יתחיל לאכול קודם? חתול או את הגופה של חברו? בהלכה בתורה בשום מקום לא כתוב שאסור לאכול בשר אדם אבל כתוב שאסור לאכול בשר נבלה.

כל סוגיה עוסקת במטח שבין המצב החוקי במציאות החוקית לבין מערכת שלמה של ערכים ועקרונות. לגבי הנושא של אייכמן שימו לב מה אומר העליון בעניין הטענות שלו- אומר בהמ"ש, רגש הצדק מן ההכרח שיהי סולד עוד יותר מאי ענישתו למי שנתן ידו למשי זוועה. אי אפשר להעמיד לדין אבל מאידך רגש הצדק לא מאפשר לוותר לבנאדם שעשה מעשי זוועה. קבע המחוקק חוק יש לראותם היום בזמן העמדה לדין של אייכמן כמעשים שנאסרו **מאז ומתמיד** ע"י משפט העולם המנהגים זה **מעשים בעלי אופי פלילי אוניברסאלי**, אומר השופט שיש מעשים שהמעשים הללו נותנים ביטוי למשפט העמים המנהלי שנאסרו מאז ומתמיד ויש להם אופי פלילי אוניברסאלי. שימו לב אם אני אומר שיש משפט עמים מנהגי פירוש הדבר שאם נבדוק מערכות משפט של מדינות נגלה שאין כמעט מדינה בעולם שאין לה איסור של רצח עם או בספר החוקים איסור של רצח. זה מנהג. מנהג נותן ביטוי להסכמה אוניברסאלית שיש דפוסי התנהגות שהם לא מקובלים. אז מה המסקנה? שהוא יודע שאם בכל העולם יש דפוס מסוים של התנהגות אז אתה יודע שאם תפעל נגד אז ביום מן הימים תועמד לדין כי המעשה הוא אסור משום שכל מדינות העולם הן מקבלות את הנורמה הזאת של רצח כבלתי ראוי זה נקרא **משפט עולם מנהגי**. מה אומר השופט כהוספה, הוא קורא להם מעשים שהם **בעלי אופי פלילי אוניברסאלי, על בסיס הטבע**. כשאני אומר משפט עמים מנהגי הדיקה היא שאני הולך לשטח מבצע תצפית ורואה מה התוצאה כמו **במדע**, אבל משפט פלילי **אונב' אני יוצא מתוך בדיקה ערכית כי הטבע האנושי לא מוכן לקבל רצח עם**. המעשה הוא בעל אופי אונב', המעשה מכיל בתוכו את האיסור שלו. למה השופט צריך את שניהם? גם משפט עמים מנהגי וגם מעשים בעלי אופי פלילי אונב'-כשאני אומר מעשים שהם נעשו עי משפט העמים המנהגי אם יש לי מדינה כמו גרמניה שבה זה לא נעשה, המנהג הזה לא קיים יש לי בעיה, בא בהמ"ש ואמר אם תשאל אותי איך זה יכול להיות שבגרמניה זה לא היה אסור אז איך אתה אומר שיש משפט עולם מנהגי, אומר השופט זה לא רק זה גם מעשים בעלי אופי פלילי אונב' המעשה עצמו ניתפס וזה לא קשור אם החוק אוסר או לא כי אתה יודע שדבר כזה הוא אסור. הטענה של בהמ"ש זה שאייכמן ידע שמה שהוא עושה זה אסור, זה שהוא אומר שזה חוקי זה לא נותן לו את הצידוק המוסרי הערכי לעשות את אותו דבר.

מה שקורה היום, היום עזבו את המשפט המנהגי ועזבו את המעשים בעלי האופי הפלילי האוני היום יש **אמנות בינלאומיות** שבאמצעותן הגדירו קבוצה של עברות שניתן להעמיד לדין בפני המשפט הבינלאומי שיושב בהאג אבל זה מותנה למס' מצומצם של עברות, ולא כל מדינות שותפות בה. באמנות יש הרבה פוליטיקה. מה אומר למעשה פס"ד של אייכמן שגם אם במדינה בא אתה חי יש חוק מסויים שהחוק הזה נותן לגיטימציה לעשות מעשים מסוימים אז העובדה הזאת לא נותנת לך חסינות מפני העמדה לדין כי מעל לחוקים של המדינה שלך יש מערכת שהיא יותר גבוה יותר חשובה ויותר חזקה זה תחת הכותרת משפט טבעי. **המשפט הטבעי הוא יותר חזק מהמשפט של המדינה**.

פסד כפר קאסם- בהמ"ש משתמש במושג מאוד מעניין-אומר בהמ"ש יש סוג של פקודה שהיא פקודה בלתי חוקית בעליל, מה זה פקודה בלתי חוקית בעליל? מין הדין שיתנוסס כדגל שחור מעל לפקודה הנתונה ככתובה האומרת **אסור, לא אי חוקיות פורמאלית אלא הפרה גלויה ומובהקת של החוק. במילים אחרות אומר בהמ"ש שיש חוקים שעל פניהם הם חוקים (יש חוק או פקודה והפקודה אומרת יש לראות בכל מפר עוצר בזמן מלחמה, פקודה זו חוקית. הפקודה כשלעצמה היא חוקית אלא מה אומרים? אתה צריך לראות על הפקודה הזאת כאילו יש דגל שחור ואמר לך הדגל שאסור לך לציית לפקודה הזאת למרות שמי שהיה מוסמך לזה לא משנה מה אומר המפקד שלך תפעיל שיקול דעת ולדעת שזה נראה חוקי היא לא) במקרה של אייכמן החוק הזה הוא ברור לגמרי אי החוקיות שלו מובנת כי זה רצח עם. אבל במקרה של החייל אי החוקיות היא פונקציה של הנסיבות הפקודה על פניה יש אי חוקיות אבל מתבררת בדיעבד היא לא בורה על פניה. אילו החיילים היו יודעים שזה רק ילדים שלא ידעו שיש עוצר אז היה נימנע הרצח אבל הם לא ידעו ולכן הפקודה הופכת להיות בלתי חוקית עפ"י נסיבות על מה שקרה אח"כ ולכן החיילים הורשעו. (בסברא**

ושתילה-טווח של המיצרים במוסלמים). לכן המושג של פקודה בלתי חוקית בעליל, **כל אדם צריך לדעת שציות לחוק אוטומטית זה לא נותן לו לגיטימציה ואין לו הגנה**. (לא צריך משפט פלילי כדי לבוא ולהבין שמה שאתה עושה הוא לא בסדר)(העיניים של אלת הצדק מכוסות, זה האסון הגדול שאם הייתה מתקבלת הפסיכואנליזה של פרויד אז העולם היה נגמר.. אם אדם פועל לפי התת מודע שלו, אמו צעקה עליו ואז הוא מרביץ לאשתו אז אין גבול, המשפט חייב להגביל את עצמו, כי הוא לא יכול לראות את הכל המשפט מוגבל ומה אנו אומרים שיש מושגי שסתום שבלעדיהם אי אפשר, אז יש מושג של "אדם סביר", כשאני משתמש במודל מסויים שנתון לשיקול הדעת של בהמ"ש גם שיקול זה צריך מידת סבירות, אם רופא התרשל או לא אני לא שואל מה עושה האפיפיור באותן נסיבות אלא אני שואל על הרופא) אין צדק יש משפט. תמיד רצוי שיהיה איזון או קרבה בין המשפט והצדק אבל תמיד יש מחיר שהמשפט משלם על הכלליות שלו. **אפלטון** אומר שגם אם אמא גונבת כוס חלב לילד שלה היא נחשבת גנבת. (ניטשה אלוהים נימצא לצידו של החזק בגודל) זה הנושא של פקודה בלתי חוקית בעליל.

פסד ירדור - אומר האם המשפט הישראלי מכיר במה שנקרא משפט, הייתה מחלוקת בין השופטים בא **חיים כהן** שהיה בדעת **מיעוט**, והוא טוען, הרשות השלטונית לעולם לא יכולה להפעיל סמכות שאין לה. ואת הסמכות של הרשות השלטונית אני מפרש באופן מצומצם במיוחד בתקופת בחירות. במילים אחרות, אם החוק לא מקנה באופן מפורש סמכות ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית אז אין מצב שיו"ר ועדת הבחירות המרכזית יכול לפסול רשימה מלהתמודד לכנסת, אין מצב כזה או שיש סמכות או שאין. **אתה לא יכול לקנות סמכות בדרך של פרשנות**. במקרה הזה לא היה סמכות. מה למעשה מסתתר מאחורי דבריו של כהן- אומר- החוק מתמודד עם פעילות של גורמים עויינים, חוק העונשין הוא מטפל במקרים של אנשים עויינים שמסוכנים למדינה. אומר חיים כהן אם יש לך מידע על אנשים מסויימים שהם עויינים למדינה, שביצעו עברה פלילית מה שתעשו זה להגיש כתב אישום ונעמיד לדין ובהמ"ש יחליט אם הולכים או לא כל עוד הם לא הורשעו אתה לא יכול להשתמש בחוקי הבחירות, אתה לא יכול להוציא אותם מהזירה הפוליטית. חיים כהן הוא **פוזיטיביסט** והוא מפרש את החוק כמות שהוא. אם הם עבריינים תעמיד לדין אתה לא יכול להגיד "אני חושב אז אני לא אתן לו להתמודד". ללכת לפי כללי המחשק זו תפיסתו של כהן והיא הגיונית. אתה לא יכול על בסיס שמועות לפגוע בזכויות, אם יש לך טענות נגד משהו תביא אותו למשפט. **זוסמן** אומר, שופטים אינם רשאים לשבת בחיבוק ידיים ולהתיימש מהעדר דין פוזיטיבי, הכללים יסודיים העל חוקתיים מדברים על זכות ההתגוננות של החברה המאורגנת במדינה, בין עם בדין טבעי ללמדך אשר מטבע. ובית דין נקרא להם בשם אחר, שימו לב, אומר **זוסמן** אין מצב שבהמ"ש יבוא ויגיד שבהעדר דין פוזיטיבי הוא לא יכול לעשות שום דבר, זה המושג הידוע דמוקרטיה מתגוננת כלומר הדמוקרטיה לא חייבת לאדם את עצמה וגם אם יש מקרים שבהם אין מסגרת חוקית מסודרת ובהמ"ש יכול ותהיה בעיה ביטחונית אז בהמ"ש אומר גם אם אין דין פוזיטיבי הוא ייתן סעד. על בסיס מה הוא נותן סעד? בין אם נקרא לכללים האלה דין טבעי ללמדך שמטבע בריאתה של מדינה הם. האם ההגדרה של דין טבעי לפי זוסמן זה מה שאמרנו עד עכשיו? ההבדל הוא, כולם חושבים שזוסמן הוא איש המשפט הטבעי הוא פוזיטיביסט, אומר כך- משתמש דין טבעי לא במובן שאנו הבנו עד היום. לפי זוסמן דין טבעי זה לא משהו שנימצא מעבר למדינה אלא דין טבעי הוא חלק מהותי של המדינה חלק מההסכמות של המדינה. כמדינה כדי להבטיח את בטחון האזרחיים אז אם בהמ"ש חושב שיש פגיעה לביטחון המדינה הוא לא מפעיל כללים מעבר למשפט אלא הוא מפעיל כללים שבבסיס של המשפט יוצא שלפי זוסמן המשפט הטבעי הוא לא מעבר למשפט אלא הוא נימצא בבסיס של המשפט חלק מהדין שלא אותה מדינה, חלק מהדין הפוזיטיבי גם אם זה לא מוגדר במילים. הזכות של המדינה להגן על עצמה זה הבסיס של כל החוקים. **אגרנט** ישב שם, יש לו גישה מעניינת אומר אגרנט, שיש מקרים שבהם כדי להגן על הדמוקרטיה אני יכול לתת פרשנות מרחיבה למושגים שמופיעים בחוק, משמע? הבסיס הוא **פרשנות מרחיבה**, המילה כהלכה היא המילה שמופיעה בחוק כאשר מדובר באפשרות של פגיעה במדינה אני יכול לפרש את המילה כהלכה באופן יותר רחב. **אגרנט לא רצה ללכת מעבר לחוק** הוא פוזיטיביסט מרוכך חיים כהן הוא קיצוני אגרנט הוא מרוכך הוא אומר אני לא רוצה ללכת מעבר למה שמופיע בחוק אבל את החוק אני יכול לפרש בפרשנות מרחיבה כאשר מדובר בבטחון המדינה זה ב-1965 שעוד לא הכירו בפרשנות התכליתית והגישה הנונפוזיטיביסטית. אהרון ברק בתנועת לאור בשנות ה-90 אומר **ברק**, באופן עקרוני, קיימת אפשרות שבהמ"ש בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה גם אם עקרונות יסוד אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק יסוד מסויים. יש ערכים שנמצאים מעל לחוק ובהסתמך על הערכים הללו בהמ"ש יכול לבטל חוק, במקרה העקרוני בהמ"ש יכול לבטל חוק אם החוק נוגד את ערכי היסוד של השיטה, גם ברק זהיר, הוא אומר אני יכול להפעיל או לבטל חוקים כאשר הם נוגדים את עקרונות היסוד של השיטה לפי המשפט אני

לומד והדיבר השני למרות שבאופן עקרוני בהמ"ש יכול לבטל חוקים בהמ"ש לא יעשה את זה כי הציבור לא בשל למצב שבהמ"ש יכול לבטל חוקים. מתי זה הובשל בשנת 92 שנחקקו חוקי היסוד.

התשובה יש מחלוקת, יש דעה אומרת שלא יכול להיות מצב שהתורה תאסור דברים שכל אדם היה עושה אחרת, אם כולם היו מתחילים בחתול אז ברור שהתורה לא הייתה אומרת לעשות דברים שהם נוגדים את הטבע הבסיסי של כל אדם. לעומת זה יש פוסקים שאומרים התורה היא זאת שלמעשה אמורה להגדיר את הטבע האנושי ובהרבה מקרים זה נגד הטבע האנושי ולכן מה שכתוב בתורה זה ערכך מוסרי עליון ובשם זה אני אבטל את מה שנובע מתוך מה שמופיע מפורשות בתורה.

6/5/2013

.....חסר התחלה....

בסדום זה היה חוקי כלומר אתה יכול להיות נבל גם ברשות החוק ולהבדיל מה שהנאצים עשו זה היה בהתאמה לחוק הם פעלו לפי החוק. המקור למשפט הטבעי כשפרעה אמר למיילדות להרוג כל בן ילוד אז הן אומרות לו לא נעשה את זה כי אלוהים מעל ההוראות של פרעה. המיילדות העבריות הבינו שמעל ההוראות של המלך יש היררכיה יותר גבוה. **קראון** אומר לאנטיגונה שהיא צריכה לקבור את אחיה והיא לא עשתה כך. כבר בטרגדיות היווניות אנו מוצאים את הרעיון שהמלך אמר לאנטיגונה שלא תעשה דבר מסוים שלא תקבור את אחיה ואז היא אומרת יש את חוק אלוה שהוא נוסד הרבה לפני המלך ולכן לא עשתה מה שהוא אומר. פילוסופים יוונים להם זה היה ברור שהחוקים אמורים להיות תחת הכרת התבונה והתבונה נמצאת מעל החוק ואם יש חוק שסותר את התבונה אזי החוק לא קיים. מה זו התבונה? היא אותם מעשים שאמורים לקדם את האושר של האדם. התבונה היא ביטוי לאושר האדם ואם יש חוקים סותרים אושר זה, אז בטלים כי הם נוגדים את התבונה והתפיסה שלהם הייתה, החוקים אמורים לשרת את התבונה. ולכן משפט טבעי זה משפט.. **אריסטו** אומר הצדק המדיני קיים בחלקו מן הטבע ובחלקו הוא נובע מן החוק משמע? הצדק המדיני זהו המכלול של ההוראות שעל פיהם החברה אמורה להתנהג. אומר **אריסטו** אם שאני לוקח מערכת של חוקים שתנהל את המדינה אומר בתוך כך יש שתי מערכות יש מערכת אחת של חקיקה שהיא נובעת מהטבע ויש מערכת של חוקים שנובעים מתוך ההסכמה האנושית. נובע מהטבע זה לא תרצח אומר אריסטו המקור שלה הוא בתבונה בטבע בהיגיון לא צריך הסכמה לזה, זה מובן מאליו. המשפט הוא שילוב של החוקים שמקורם בטבע ובין חוקים שמקורם בהסכמות של אזרחים. טבעי הוא אותו חלק שקיים בכל זמן ובכל מקום, אוניברסאלי. בכל מדינה בעולם בכל שיטת משפט בעולם בתוך המערכת החוקית יש להם תוקף אוניברסאלי והוא לא תלוי בדעתם החיובית או השלילית של הבריות זה לא משנה מה אנשים חושבים יש להם עליונות מכוח הטבע. ואילו מן החוק נובע כל מה שיכול להקבע באופן שונה. חוקים דיספוזיטיביים. אם אני מסתכל על מערכת משפט אומר אריסטו יש חוקים שלא ניתן להתנות עליהם הם קיימים מאז ומתמיד ויש חוקים דיספוזיטיביים שמכוח ההסכמה של החברה יכולה להחליט איזה חוקים לקבל. בכל משפט יש חוקים אוני' ויש יסוד הסכמי. אבל מה חסר אצל אריסטו? שיש בכל שיטת משפט היא מורכבת ממערכת החקיקה משניים **מחוק אונב' טבעי ומחוק שהוא הסכמי** אבל הבעיה שהוא לא אומר איזה עדיף ומה מקור התוקף. זה כנראה **איזון אופקי**, בתוך החוק יש א' ויש ב' ושניהם באותו מישור. **אריסטו** רוצה לומר שיש מערכת אנכית שאותם חוקים שהם אוני' יש להם עדיפות על חוקים הסכמיים למה? כי הוא יצא מתוך הנחה שטבעי, יש עדיפות מהסכמי שיכול להשתנות. כשאתה אומר **איזון אנכי** וטוען שלמשפט האוני' יש לו עדיפות על מה אתה מבסס את זה, למה אתה מחליט שאותו חלק של הטבע הוא עדיף על החוקים ההסכמיים? למה? כי מבחינה נורמטיבית הם נובעים מאותו מקור. לפי אריסטו שאני אומר לא תרצח או חוק החוזים מבחינה נורמטיבית זה שונה? לא כי שניהם חוקים בידי אותו מחוקק. הקושי אצל אריסטו שהוא לא נתן תשובה לשאלה על בסיס מה הוא קובע שיש חוקים שיש להם עליונות מובנת אינהרנטית. נתרגם למשפט המודרני שלנו, זה הרעיון של **חוקי היסוד** הרי עד שלא היו חוקי יסוד ולא נקבע שיש עליונות נורמטיבית אז אין מצב שבהמ"ש אומר שיש חוק אחד יותר חשוב מחוק אחר ואם אחד סותר אותו הוא מתבטל, כלומר כדי לקבוע שלחוק אחד יש עליונות על חוק אחר אני צריך למסד את זה ועד שזה לא קיים אי אפשר לעשות את זה. **לפי אריסטו** כל עוד לא מצאת את המנגנון הקבוע שחוקי טבע הם עליונים אין לי בסיס נורמטיבי להגיד שחוק טבע סותר חוק הסכמי. גם שהעליון מבצע איזון אנכי מה הוא עושה? גם בזמן שעדיין לא היו חוקי יסוד והמחוקק קבע שיש **חוק על**, גם אז בהמ"ש עשה איזון אנכי. איך? הם שכנעו שמגילת העצמאות של מד"י נתנה ביטוי לעליונות ערכית לחוקים אחרים ישנם ערכים ועקרונות שמקורם במגילת העצמאות ועל בסיס זה הם עשו איזון אנכי. **פס"ד**

קול העם הוא בדיוק כך. חופש הביטוי עליון בדמו' ולכן עשו איזון בפסד זה. כשיש סתירה יש עליונות לערכים דמו'. איילון אמר ערכים יהודיים. יש בתורה מצווה להשמיד את עמלק זה כולל את כל משפחתו, אם אני הולכת לפילוסוף **עמנואל קנט** שיש להרוג את עמלק, תשובתו הייתה שזה בלתי מוסרי. תבוה נגד חוק דתי זה שונה יש קבוצה של חוקים שהם זהים לדוג' לא תרצח ואם אני אומר לפי התנ"ך לרצוח את כל העמלקים זה לא מוסרי. מי שניסה להתמודד עם הסוגיה הזו היה **תומאס אקווינאס** הוא ניסה להתמודד עם השאלה בדבר היחס שבין המשפט האזרחי ובין המשפט הדתי. התחיל להיות אימות בין הכנסייה למדינה והוא ניסה למצוא דרך כדי לתת ביסוס לעליונות של הכנסייה על פני האזרחי. הוא אמר שיש 4 סוגים של חוקים- החוק שנימצא ברמה הגבוה ביותר הוא החוק הנצחי זהו החוק שעל פיו ה' מנהל את המציאות אף אחד מאיתנו לא יודע מהם אותם חוקים, כלומר אף אחד בעולם לא יודע לזהות מהם החוקים של ה'. החוק הנצחי הזה שעל פיו ה' מנהל את העולם אין לנו דרך לזהות אבל מתחת לחוק הנצחי יש את המשפט הטבעי מה זה המשפט הטבעי? אלו הם אותם עקרונות שהאדם יודע לזהות אותם באמצעות התבונה שלו. כלומר מאחר והאדם נברא בצלם ה' צלם ה' זו התבונה ובאמצעות התבונה האדם מסוגל לזהות מסי' עקרונות מתוך החוק הנצחי. ה' נתן אור שבאמצעותו נזהה את המשפט הטבעי. דוגמא אומר תומאס אל תפגע בזולתך זהו עקרון יסוד במשפט הטבעי. אומר תומאס **מתחת למשפט הטבעי יש את החוק האלוהי** שהוא החוק הדתי ויש את החוק האנושי אומר תומאס מתחת למשפט הטבעי יש את החוק האלוהי ואת האנושי שניהם **באותם רמה** ומה שהם אמורים לעשות שניהם, לגזור את ההוראות הנורמטיביות מתוך העקרון של המשפט הטבעי. כלומר מה זה המשפט האנושי אני לוקח עקרון "אל תפגע בזולתך" ואני מתרגם אותו באנושי. כלומר החוק האנושי הוא למעשה יישום של עקרונות המשפט הטבעי ולו יש עליונות כי הם מבוססים על החוק הנצחי באמצעות התבונה. מה עושה החוק האלוהי? הוא עושה את אותו דבר הוא לוקח את העקרונות של המשפט הטבעי ומיישם את אותו דבר ולכן יש דמיון בין הדין הדתי לחוק האנושי כי שניהם יישומים של המשפט הטבעי. (המקור של החוק האלוהי הוא התגלות למשל, משה בסיני, נגזרת של המשפט הטבעי, והחוק האנושי מבוסס על הסכמה. המקור שלו זה גם המשפט הטבעי) **המסקנה של תומאס** מאחר והחוק האלוהי מבוסס על התגלות אז יש עליונות על החוק האנושי (אפריורי עליונות) מאחר והוא מבוסס על התגלות כי החוק האנושי מבוסס רק על הסכם בין בני אדם. (כל החוקים מבוססים על עקרונות המשפט הטבעי מכוח התבונה כי התבונה היא המכשיר שה' הטמיע בנו שאנו מזהים מתוך החוק הנצחי. השאלה של תומס, נניח שבאמת התבונה היא הדבר שבו האדם דומה לאלוהים והתבונה עליונה. אז מה הוא אומר? אומר שהתבונה מובילה אותנו לעשיית הטוב, כי אנו רוצים להרבות טוב אומר התבונה מחייבת אותנו להרוות בעשיית טוב לפעול עפ"י המשפט הטבעי ומחויבים לעשות טוב ואם יש חוק שלא עומד בתנאי המשפט טבעי אזי הוא בטל כי הוא מרבה רוע. התיאור שלו כך, התבונה מלמדת אותנו שבני אדם אמורים מטבע בריאתם התבונית להרבות את הטוב באמצעות החוקים אנו נרבה טוב כללי. אומר תומאס מאחר ובני אדם רוצים להרבות טוב אזי יש חובה לעשות זאת ולכן אומר אם יש בחוק האלוהי או באנושי שעומד בסתירה הוא בטל יש עליונות למשפט הטבעי עשיית הטוב והחובה האנושית לעשות טוב. אחרי 400 שנה והתורה של תומאס תופסת בגדול ואז מופיע **דיוויד יון** אומר יש שני סוגים של משפטים בשפה- יש **משפטי עובדה** ויש **משפטי ערך**. כלומר אם אני לוקח את השפה אני מגלה שבשפה יש שני סוגי משפט סוג אחד משפטו עובדה וסוג שני משפטי ערך. אם אני אומר שאנו נמצאים בנתניה מה זה אומר? זה משפט עובדה. זקנה באוטובוס זה ערך. יש חלוקה. אומר דיוויד יון- לעולם אי אפשר לגזור ערך בעובדה. כלומר לעולם אתה לא יכול לגזור ממשפט עובדה "ערך". דוגמא- כדי לתקן ברז צריך מפתח שוודי זו עובדה האם מזה אני לומד שצריך לתקן ברז? לא. או כל אדם לוקח תרופות נגד כאבים זו עובדה האם מזה אני לומד שיש חובה ליטול תרופות? לא. **לעולם לא ניתן לגזור משפטים של ערך חובה מתוך עובדה**. זה שונה. מה אומר **תומאס אקווינאס** שכל בני האדם רוצים מכוח תבונתם לעשות את הטוב זה משפט עובדה האם יש חובה לגזור אני לא לומד מזה שיש חובה לעשות. הקשר הלוגי של תומאס אקווינאס היה בנקודה זו כי מקור התוקף שלו שאני גוזר חובה מתוך עובדה ודיוויד יון אומר שזה לא אפשרי. זה **ביטל את כל התיאוריה של תומאס**. ואז פתאום אחרי מלחמת העולם השנייה היה צורך להחזיר את המשפט הטבעי בעקבות דיוויד יון הרעיון קרס ואז היה צריך להחזיר בחזרה, כי מה שטענו הנאצים שמה שהם עשו הם פעלו כחוק. **לון פולר** הוא מעלה תיאוריה מצוינת כדי להחזיר בחזרה את המשפט הטבעי. מה שהרגיז את פולר היה פס"ד בגרמניה אחרי מלחמת העולם השנייה היה מקרה של אישה נשואה היא רבה עם בעלה רצתה להיפטר ממנו ואז היא הלכה והלשינה עליו לנאצים שהוא היה שותף בניסיון במרד נגד היטלר הוא היה קצין גרמני. ואז שלחו אותו לחזית הרוסית שם הסיכוי לחזור היה קשה. אחרי המלחמה העמידו אותה לדין והיא טענה בבהמ"ש שמה שעשתה היה בהתאם לחוק כי החוק אמר שאם יש אדם שהוא שותף במרד נגד השלטון אז צריך למסור זאת למשטרה ובבהמ"ש אמרו

לה הם לא התמודדו עם השאלה האם החוק של שיתוף פעולה עם נאצים מוסרי או לא, אלא הרשיעו אותה בשימוש לרעה במשפט. מה שהרגיז את פולר שבהמ"ש בגרמניה אחרי מלחמת העולם לא אמר שמעשה כזה שאדם מסתמך על חוק לא מוסרי שאומר לה להיפטר מבעלה. פולר רצה לתת מחדש את הבסיס למשפט הטבעי אבל הייתה לו בעיה אחת, הבעיה שלו הייתה שהנושא של המשפט הטבעי היה מזוהה עם התבונה ואם התפיסות המוסריות של התבונה, כלומר אם המוסר קשור לתבונה אז מה המשמעות? שלכולם יש את אותו מוסר, מוסר אוני היום אנו יודעים שאין מוסר אוני אחד כי המוסר הוא רלטיבי. כי אצל כל אחד זה שונה ומה שפולר עשה זה, שלכל אחד יש תפיסת מוסר משל עצמו. ושאלת השאלה איך אני מדבר על משפט טבעי. פולר עשה תרגיל ניסה למסד מחדש את המשפט הטבעי מבלי להיכנס בדיון של דילמות מוסריות הוא מצא דרך לשקם את המשפט הטבעי לתוך מציאות שהמוסר הוא רלטיבי ולא אבסולוטי. איך עושים את זה?

13/5/2013

בשיעור הקודם דיברנו על תומאס אקרינס ועל הנוקאט של **דיוויד יון** שנתן לתומאס, כל הרעיון הזה של זכויות טבעיות מולדות כל הרעיונות הללו של המשפט הטבעי הם במידה רבה קרסו כי אף אחד לא האמין. כל פילוסוף בא ואמר שאם יש לך זכויות יכולים לקחת לך אותם. דיוויד יון שינה את זה איבד מזוהרו המשפט הטבעי. בעקבות מלחמת העולם השנייה לא הייתה ברירה היה צריך לחדש את המשפט הטבעי כי הטענה של הנאצים הייתה כל שעשינו עשינו כחוק. וכל אותם פילוסופים אחרי דיוויד יון טענו שהחוק הוא זה שמבט את ההסכמה והנורמה וכל עוד אתה פועל עפ"י החוק אתה פועל עפ"י הנורמות ואז צריך היה להחיות את המשפט הטבעי. המשימה החדשה הייתה מסובכת 1. היה צריך לתת תשובה לביקורת של תומאס על הביקורת של יון שמשפטים של עובדה אי אפשר לגזור חובה או ערך 2. בעיה יותר קשה למעלה מ-1000 שנה עדיין שלטה במחשבה השליטה היוונית שאומרת שהמוסר הוא תבוני, הכרעות מוסריות הן טבעיות התוכן המוסרי הוא תבוני זו הייתה נקודת המוצא. כלומר אם שאלת אדם זה מוסרי או לא כל אדם ששאלת היה אמור לתת את אותה תשובה כי התבונה היא זו שהכריעה ואז שאלנו את סוקרטס איך זה יכול להיות שלאנשים דעות שונות לדילמות מוסריות, תשובתו הייתה שאלו אנשים פרימיטיביים. זה לא שהמוסר שלהם לא תבוני אלא רמת התבונה שלהם היא מוגבלת. ההכרעה בסופו של דבר תבונית. אף אחד לא ראה את הבעייתיות בתבונה אלא ראו את הבעיות בבני האדם. אם אני בא ואומר שהמוסר מבוסס על התבונה מה פירוש הדבר? ששנינו יכולים להתווכח מהו הפתרון הנכון ושנינו נאמץ את הפתרון שהוא תבוני כי בסופו של דבר ההיגיון מנצח אז גם אם אנו במחלוקת אני בסוף ישכנע אותך. זו הייתה התפיסה היוונית שניסיון לנהל דו שיח בין בני אדם ביחס למוסרי שהוא פונקציה של התבונה. היום ברור לגמרי שהמוסר הוא לא תבוני אלא הוא מוסר רלטיבי יחסי תלוי תרבות- אין לאף אחד בעולם מונופול על ההכרעה בעניין המוסריות וכל זה הוא פונקציה של תרבות. אז יש בתרבות אחת דבר שניתפס כמוסרי אותו דבר בתרבות אחרת ניתפס כלא מוסרי ואין שום עליונות לתרבות אחת לאחרת וזה נקרא היום פוסט מודרניזם- זה אין אמת אחת לכל אדם יש לגיטימציה מלאה לאמת שלו. כלומר מי שרצה לחדש את המשפט הפילי היה צריך להתמודד עם איום ומציאות חדשה לגמרי שעל פיה המוסר הוא רלטיבי וכל אחד זכאי לתפיסת עולם מוסרית משלו ובלבד שאותה תפיסת עולם מוסרית מקובלת במסגרת החברתית שבא הוא חי. היה אחד שקראו לו **גון פיניס** פילוסוף אמריקאי הוא אמר, **שינוי** לא הבין את תומאס אקרינס. מה הבין יון אצל תומאס אקרינס, יון הבין שתומאס אקרינס עפ"י הכשרים סוציולוגים ואחרי הגיע למסקנה שבני האדם רוצים לעשות טוב ולכן תומאס אמר שבני האדם חייבים לעשות טוב ופה היה הכשל. כאילו תומאס ביצע תצפית מדעית והגיע למסקנה שבני אדם רוצים והוא הבין שהם חייבים לעשות טוב. או אמר שלא כך הוא אמר. הוא אמר שכל בני האדם יודעים מה טוב להם, ובני האדם תומאס אקרינס אמר שבני האדם יודעים מה טוב להם מתוך הניסיון החיים המצטבר שלהם ואומר תומאס שבני האדם מעוניינים לשפר את החיים שלהם ואת הסביבה שלהם ואת החברה על בסיס ההנחה שיש טוב משותף לכולם. אנו פני החברה רוצים שהחברה שלנו תהיה יותר טובה והמניע שלנו זה הרצון לעשות את הטוב שיועיל לחברה כולה. לכן אומר תומאס אם אני רואה שיש חוק או פעולה שנוגדת את אותו חוק כללי שבני אדם מכירים ומזהים, במקרה כזה אין חובה לציית או החוקים שעומדים בסתירה בטלים מכוח מה הם בטלים? מכוח ההסכמה, כלומר אנו חיים בחברה כי אנו רוצים להשיג את הטוב ואת זה אפשר להשיג באמצעות החברה ואם יש משהו בניגוד לזה אנו לא כפופים לו וזו תפיסה שונה לגמרי, אני לא לומד את החובה מתוך עובדה אלא יש שכלול של חברה יותר מתוקנת ואם אני אומר שנורמה פוגמת ביכולת להשיג חברה יותר טובה אזי היא בטלה והיא לא נוגדת את ההסכמה. יון מבין שיש משפט טבעי והוא אומר שנורמה שנוגדת את התבונה פסולה אבל אומר אקווינס שאם יש נורמה שנוגדת את ההסכמה האנושית להיות בחברה טובה ומתוקנת יותר

היא ביטוי של הפרת חובה כמו חוזה שהפרו. וזו תפיסה שונה לגמרי. מה נקודת המוצא הבעייתית? היא **מהי אותה הסכמה** - מהם אותם יסודות ערכיים עקרוניות שאנו יכולים להגיד שכל בני האדם כבני אנוש רואים בהם ביטוי של הטוב כי הבעיה היא שאתה יכול לראות חברות שונות שתפיסת הטוב אצלם היא שונה. **ישעיהו ליבוביץ'** אמר שהקמיקאזה היפנית שאמרו טוב למות בעד הקיסר, **רוזבלט אלינור** אמרה שטוב שיהיה לכל תינוק חלב בבוקר, משמע אתה לא יכול לצאת מנק' מוצא שיש טוב שהוא מבטא טוב אוניברסאלי כי אם יש טוב אוניברסאלי אזי הוא צריך להתבסס על התובנה אבל שהתובנה לא מחייבת אותי. הניסיון היותר מעניין והגאוני ביותר זה של משפטן אמריקאי בשם **לורן פולר**, לון פולר ניסה לעשות דבר על מנת להחיות את תומאס אקרינס וניראה איך הוא עשה זאת. המשימה של לון פולר זה **לנסות לבנות משפט טבעי** על בסיס ההנחה שהמוסר הוא רלטיבי. כלומר, איך אני יכול ליצור משפט טבעי שהוא אוניברסאלי מבלי שאני יאמר שיש עקרונות מוסריים שמקובלים על כולם זה מה שפולר ניסה לעשות לבנות משפט טבעי חדש מותך נק' מוצא שאין מוסר אוניברסאלי אלא מוסר רלטיבי. עוד נק' מוצא מעניינת כאשר מדובר בדילמות מוסריות יכולות להיות שתי תשובות או מוסרי או לא מוסרי. לא יכול להיות מוסרי באופן חלקי. צריך להבין כאשר מנתחים דילמות מוסריות. איך זאת פולר? הוא אומר כך, בואו נניח שהמכללה בנתניה באה אלי אני נגר והיא רוצה להזמין כסאות אצלי. מה השאלה הראשונה שאני שואל את המכללה? השאלה הראשונה היא מה התכלית של הכיסאות? האם זה לחדר ישיבות או לחדרי סטודנטים. זו השאלה הראשונה למה מיועדים הכיסאות ולפי זה אני ייתן להם הצעה. באה המכללה ואומר שהכיסאות הללו מיועדים לחדרי הרצאות. מה קורה עכשיו? יש לכם כמה אפשרויות בחירה אתן יכולים לבחור כיסא שהוא מחומר זול עומד על רגל אחת כשהסטודנט יושב עומד וכשהוא קם הוא נופל. יש אפשרות להזמין כיסא מפלסטיק יש לו 4 רגליים. דעו שכל הזמן יהיה רעש של כיסא הפלסטיק. אחרי זה אומר יש כסאות כאלה קשה לשבת עליהם ויש כיסא חדש מדנמרק שיש לו שקע חשמלי בצד ואפשר לחמם את הכיסא בחורף. באה המכללה והיא כבר תעשה את השיקולים שלה אני אומר כמה עולה כל כיסא והמכללה בודקת לפי התקציב ואז היא בוחרת את סוג הכיסא. יש סקאלה מ0 עד 10 יש כיסא עם רגל אחת שהוא 0 אין לו ערך תכליתי ויש כיסא 10 שהוא כיסא מדנמרק. באמצע יש עוד כל מיני סוגים של כסאות. יצרנו סקאלה של סוגי הכיסאות הרלוונטיים והתכלית זה המפתח כולם אמורים לשרת את התכלית לשבת באולם הרצאות אבל לכל כיסא יתרונות וחסרונות. אומר פולר בוא ניתן תרגיל, נניח שאנו סטודנטים בטכניון לתעשייה וניהול אנו לא יודעים על משפטים שום דבר. אני אומר לכם תבנו לי מערכת שבאמצעותה אני יכול לשקלל שיטות משפט, כלומר אני רוצה לעשות בדיקה בינלאומית לשיטות משפט ואני רוצה שתבנו לי מערכת שבאמצעותה אני יכול ללכת לכל מדינה ולבדוק את מערכת המשפט שלה ולבדוק איזה מערכת משפט הכי טובה בעולם ואתם לא יודעים כלום על משפטים ומוסר רק סטודנטים לתעשייה וניהול. ראשית, השאלה הראשונה של אלו שמכינים את המערכת היא מהי התכלית של המשפט? למה נועד המשפט? זאת השאלה הראשונה? מה התשובה? המטרה היא לכוון התנהגות אנושית. זה התפקיד של המשפט. כי המשפט אומר לנו מה לעשות להבדיל מכל אחר שאומר לי מה לעשות. (מוסר זה לגרום לאדם להיות יותר טוב) התפקיד של המשפט הוא לכוון התנהגות אנושית. הוא עושה זאת באמצעות חוקים. עכשיו אני אומר אם זו התכלית של המשפט אז מה צריכות להיות הדרישות משיטת משפט, שכדי שהוא יגשים את התכלית שלו קרי הכוונת התנהגות אנושית? אני מבקש רשימת של דרישות מכל שיטות משפט מבלי קשר לתוכן החוקים מתוך התובנה שהתפקיד של שיטת משפט זה לכוון התנהגות אנושית. דרישה ראשונה, זה **בהירות**. משמע אם אני רוצה מאנשים שיעשו פעולה מסוימת אז צריך להיות לגמרי ברור כי אי אפשר לכוון התנהגות אנושית כשהדברים עמומים, אני רוצה שהן יפעלו על פי הם ולכן זה צריך להיות ברור. 2. זה **פומביות**, פרסום אם רוצים שאני התנהג באופן מסוים אזי צריך לפרסם את זה. 3. **עקבי**, אם מצפים ממני שאני התנהג באופן מסוים לא יתכן שכל זמן מסוים ישנו לי. 4. **איסור רטרואקטיבי**. 5. **יישום גזרה שהציבור יכול לעמוד בה**. 6. החוק צריך להיות **כללי**. 7. **אכיף**. בא לון **פולר** ונתן לנו רשימה של כללים שכל הכללים האלה הם כללים **טכניים** בלבד אין בכללים האלה שום אמירה ערכית. אלו כללים שנקבעו ע"י סטודנטים לתעשייה וניהול ואת הכללים הללו אני יכול לבדוק בכל העולם. כלומר כל שיטת משפט אני יכול לבדוק אותה ואני יכול לעשות סקאלה ולהגיד שאם יש שיטת משפט שעומדת בכל הכללים האלה היא 10 ואם לא עומדת אז היא 0 באמצעות הכללים אני יכול לשקלל שיטות משפט מבלי כל התחייבות לשיקולי ערך ומוסר זה טכני לגמרי. כולנו נסכים שהעקרונות האלה הם טכניים טובים שעל בסיסם אני יכול לדעת אם שיטת משפט מכוונת טוב או פחות טוב התנהגות אנושית. פולר אומר כך, אם אני לוקח את העקרונות האלו למרות שאין בהם שום אמירה ערכית, אומר שיטת משפט שתעמוד בעקרונות אלו היא תהיה יותר מוסרית. למרות שהם טכניים וכולם יסכימו להם אבל מאחוריהם מסתתרות גם אמירות ערכיות מוסריות מבלי שנכוון לשלם. מה מסתתר מאחורי מוסריות? שוויון, זה שנוי מחלוקת זה ערכי אבל

אומר פולר אם יש שיטת משפט שיש בה את יסוד הכלליות משמע אין חוקים כמו שעושים במד"י לתקן את החוק על מנת לאפשר לרבנים להתמודד שעפ"י החוק היום הם יותר מידי מבוגרים זה בדיחה פולר יגיד שזה הזוי. ככל שהחוק הוא כללי יותר לא פרסונאלי הערך של השוויון נשמר יותר. ברגע שהחוק הופך להיות פרטני זה פוגע בשוויון. בואו ניקח לדוגמה את המושג של ישים או אכיף? זה מקדם את המידתיות. אם אתה רוצה שאנשים יצייתו לחוק אז החוק צריך להיות מידתי ואם לא כך, הוא בלתי ניתן לציית. לגבי הנשוא של הבהירות מה היא נותנת הגבלת השרירות, אם אני אומר שהחוק צריך להיות ברור במי זה פוגע? הנוסח של החוק צריך להיות ברור אומר פולר אני מגביל את השרירות של המחוקק ושל בהמ"ש, ככל שיש להם יותר שיקול דעת יש פוטנציאל לפגיעה באזרחים. אם החוק ברור אזי המחוקק ובהמ"ש לא יכולים לכפות עלי נורמות שלא מופיעות בלשון החוק וזה מונע את השרירות. (לפי שיטה זו הפרשנות הנכונה היא **פוזיטיבית**, כי אני רוצה לדעת בכל רגע נתון לדעת מה התוצאה כשאני הולך לבהמ"ש). פולר אומר ככל שלבהמ"ש ולמחוקק יש שיקול דעת ביישום החוק אזי יש בעיה לאזרח. ככל שהחוק בהיר וברור אזי הוא יודע. הפומביות מה עושה? ביקורת מה זה אומר אם אני אומר שכל חוק צריך להיות מפורסם צריך להודיע אותו כל שליט שרוצה להעביר נורמה ויודע שהנורמה היא פומבית הוא יחפש לה הצדקה אם המחוקק יודע שיש חוקים נסתרים שהוא לא אמור לפרסם אותם אזי הוא לא. אם יש חובה לפרסם חוקים אז המחוקק אפילו היטלר בכל החוקים שלו הוא ניסה להסביר מה הצידוק שלו זה מה שקורה שנדרשת פומביות הוא צריך לשכנע למה זה ככה. בא פולר לקח את הרשימה הטכנית הזאת ובא וטוען טענה מופלאה - ככל ששיטת משפט תעמוד בקריטריונים הטכניים הללו בסופו של דבר היא תהא גם יותר מוסרית. למה זה יפה? כי זה **מנטרל** את הרלטיביות של החוסר כי הוא לא מתווכח בכלל על שאלות מוסר ועל התכנים האלה אין מה להתווכח כי זה טריוויאלי. אז טענתו שאם שיטת משפט עומדת בתנאים הטכניים אזי היא תהיה יותר מוסרית. למרות שזה טכני נלוות לזה אפשרות של שקלול מוסרי. שיטת משפט שתעמוד בזה היא תהא 10 מבחינה טכנית וגם מבחינה מוסרית. הבעיה של פולר שהוא אומר, אני יכול לדרג שיטות משפט מ0 עד 10 עד כמה הם עומדים בקריטריונים הטכניים. מה אומר פולר אני רואה את שיטות המשטר הנאצי שצריך להשמיד יהודים וכו פולר אומר שהחוק הנאצי פגע בעקרון הכלליות וזה פוגע בערך המוסרי של השוויון. משמע, בניתי מערכת של הערכת שיטות משפט שיכולה לעבוד בכל זמן ובכל מקום. גילינו שיש לה בעיה עם הכלליות ויהיה לה ציון 7. מה שלא יכולתי לעשות בשקלול מוסרי כי במוסרי זה או מוסרי או לא. פה ניתן לשקלל שיטות משפט. מה למעשה פולר רצה להגיד? כל התרגיל של פולר נועד למטרה אחת, לבוא ולהגיד לנו שיש חוקים מסוימים או שיטות משפט מסוימות שאסור לציית להם שעומדים בסתירה למשפט הטבעי. הוא רצה לומר שאם אני מגיע למסקנה שיש שיטת משפט שהציון שלה 0 אזי אין שיטת משפט. לדעתו, לא צריך לציית. אם אני מגיע למסקנה שיש שיטת משפט שהציון שלה 10 אזי יש מקום לאמץ אותה. מה קורה כעת? נניח אני לוקח לדוג את הציון של המשפט הגרמני שהוא 5 הוא עומד ברוב הקריטריונים חוץ מעקרון אחד שזה עקרון הכלליות, פולר אומר שאם יש שיטת משפט שיש בה חוקים נאצים שפוגעים בכלליות בשוויון אז אין חובה לציית להם. (מוסרי לא מוסרי) פולר אומר יש לי סקאלה מ0 עד 10 ואני רוצה לומר ששיטת משפט שהציון שלה 3 או שיש בה חוקים שהציון שלהם הוא 3 כי הם פוגעים בכלליות אזי אין חובה לציית להם. למה בציון 3 אין ציות ובציון 4 יש חובת ציות. לפי מה אני קובע? ברגע שאני קובע סקאלה ואני ממין אז אני צריך לבוא ולהגיד מהו הקריטריון שיחשב חוק מסוים או שיטת משפט שלא חייבים לציית לה. ברגע שאני אומר שצריך עוד קריטריון, להוסיף מה אכיף ומה לא אז לא עשינו שום דבר. ברמה הטכנית השיטה של פולר טובה אבל כשאתה אומר שאני רוצה לקבוע ציון לשיטת משפט למשל 5 בהיבט הטכני זה מצוין. יש נורמות שלא חייב לציית להם ואם אתה אומר שיטת משפט 5 אתה לא חייב לציית, אתה צריך להסביר על בסיס מה קבעת שהציון 5. בהמ"ש נ' נאצים זה לא חוק ולא שיטת משפט כי זה ציון 3 אתה צריך לקבוע קריטריון שאומר שאם הציון הוא 3 הוא פסול ואם הוא 10 זה בסדר כמו פסיכומטרי. כרטיס כניסה. למה דווקא 750 לרפואה...? צריך להגיד עפ"י אילו קריטריונים טכניים. אז חזרנו שהמשפט הוא עדיין רלטיבי כי זה לא פתר כלום. לקשור בין מבחן טכני למהותי זה גאוני עבור פולר. אבל עדיין זה לא פותר לנו את הבעיה כי עדיין לא זננו מהרלטיבי. זה גאוני לבחון שיטות משפט עפ"י קריטריונים אובייקטיביים. לסיכום המשפט הטבעי אחרי מלחמת העולם השנייה הוא היה הכרחי ונעשו מאמצים גדולים כדי לשקם את המשפט הטבעי אבל הבנו שיש במשפט הטבעי קושי גדול בעיקר במציאות, שהיא רלטיבית, פוסט מודרנית ובמקור של המשפט הטבעי תפס המשפט הפלילי האוניברסאלי. מה שניסו לעשות באמצעות התבונה המוסר היום זה באמצעות חקיקה שמבוססת על הסכמה בין מדינות זו חקיקה אוניברסאלית וזה התחליף למשפט הטבעי. היום המשפט הטבעי מבוסס על נורמות מדיניות מוסריות ויש בעיה שמדינות לא חתומות באמנות אלה.

הפרקים מהספר למבחן - ב, ג, ד, ז, ח, ט, י, יא, יב, יד, טז, יז, יח, יט.

היום נעמיק בתפיסת עולם משפטית שנקראת **פוזיטיביזם** שהיא הייתה למעשה הבסיס של כל תפיסת המשפט לאורך המון שנים בהיסטוריה, במהות של הפוזיטיביזם עומדת ההלכה שיש מחוקק תפקידו של המחוקק הוא לקבוע את נורמות ההתנהגות בחברה, מכוח מה הוא עושה את זה? ההסכמה החברתית, כלומר ההסכמה החברתית האצילה את הסמכות לקבוע את נורמות ההתנהגות בחברה. כל מה שבהמ"ש אמור לעשות זה ליישם את החוק. יש סכסוך הסכסוך נוגע לסוגיות חוקיות תפקיד בהמ"ש לפתור את זה עפ"י חוק. יש הפרדת רשויות כל רשות אמורה לעסוק אך ורק בתחום שלה. השאלה נבדקה בישראל לראשונה בפסד **רובונסקי**, מה היה שם - שני קיבוצניקים לא היו מוכנים להתחתן בנישואין דתיים הם טענו שעפ"י המנדט וגם מגילת העצמאות הם מבטיחים חופש דת. באו ואמרו בהתבסס על כך בס"ד 22 לדבר המלך שמבטיח את חופש המצפון, הם לא רוצים להתחתן כדת משה וישראל. יש רק בעיה אחת? שחוק שיפוט בתי הדין הרבניים - תושבי מדינה שהם יהודיים צריכים להתחתן כדת משה וישראל, התיק הגיע לעליון. אומר העליון, **כאשר קיימת הוראת חוק מפורשת של הכנסת, יש ללכת על פיה הגם שאינה עולה בקנה אחד עם עקרונות מגילת העצמאות**. דהיינו, מה זו מגילת העצמאות, מגילת העצמאות היא הצהרה בלבד אין שום משמעות נורמטיבית, לעומת זה חוק בתי הדין הרבני יש לו משמעות נורמטיבית ובשום דרך לא ניתן לעקוף הוראת חוק של הכנסת וגם מגילת העצמאות לא יכולה לעשות זאת, **זו שיטה פוזיטיביסטית**. בפסד אחר עלתה שאלה האם בהמ"ש יכול לשקול **שיקולים חוץ חוקיים**, אומר בהמ"ש שלפי המשטר החוקתי הכנסת היא **ריבונית** ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו כל תוכן כעולה על רוחה, משמע, שמה בהמ"ש לא יכול לעשות? במה בהמ"ש לא יכול לגעת? **בתוכן של החוק**, ברגע שהמחוקק קבע נורמה יש לה תוכן אז אם הוא קובע נורמה בהמ"ש לא יכול להתערב בשיקולי התוכן של הנורמה, זה לא נימצא בסמכותו. פסד **עזוז נ' עזר**. בשיטת משטר פוזיטיביסטית מתי בהמ"ש יכול לבטל חוק? אפשרות אחת, היא כאשר הכנסת נותנת לבהמ"ש **סמכות לבטל חוקים של הכנסת**, משמע במצב הרגיל אין לבהמ"ש סמכות לבטל חוקים אבל אם הכנסת נותנת לבהמ"ש סמכות לבטל חוקים אז הוא יכול לבטל חוק זה בשיטת משפט פוזיטיביסטית. כאשר לבהמ"ש יש הסכמה מפורשת. איזו עוד אפשרות יש לבטל בשיטת משפט פוזיטיביסטית? אפשרות אחרת לבטל חוק היא, כאשר נפל **פגם טכני בחקיקת החוק**. משמע, אם לדוגמא חוקי המדינה קובעים שחוק מסוים צריך להתקבל **בשלוש קריאות** כמו פה אז אם חוק התקבל בשתי קריאות ופורסם ברשומות יכול בהמ"ש לומר שחוק זה פסול בטל כי הוא לא השתמש בשלוש קריאות. (לפי ברק כל בהמ"ש בישראל מוסמך לבטל חוק, מה זה אומר? מה שקורה בהמ"ש בערכאה נמוכה הוא לא יכול להצהיר על בטלותו של חוק אין לו סמכות הוא יכול לעשות שלצורך העניין שבא בפני אני לא התייחס לאותה נורמה כי היא לא התקבלה או נוגדת או לא חוקית אבל לפי ברק כל בהמ"ש יכול לעשות את זה אפילו בהמ"ש שלום. זה יוצא מההקשר הפוזיטיבי. אם חוק סותר את פסקת ההגבלה אז זה לא משנה איזו ערכאה תבטל, אבל **בשיטה פוזיטיביסטית רק העליון יכול לבטל** כי הטענה נגד החוק היא טענה בגצית, פרוצדורה לא נכונה זה קשור לבג"ץ, לכן בשיטת משפט פוזיטיביסטית היכולת לבטל חוקים היא מוגבלת, מה שמעניין שופט בשיטה זו האם החוק עומד בתנאי התוקף של קבלת חוקים של אותה שיטת משפט, אני לא עוסק בתוכן החוק אלא בהיבטים הפרוצדוראליים של החוק, זה המקסימום שבהמ"ש יכול לעשות) **שמגר** אומר שחוקי הכנסת לא ניתנים לביקורת שיפוטית באשר לחוקיות תוכנם. השופט **כהן**, אומר יש מהם מהוגי המשפט אשר המציאו להם משפט טבעי הגבוה מעל כל חוק. הוא צוחק על מה שנקרא המשפט הטבעי אומר כהן שזה המצאה למה? כי הוא לא נוצר ע"י מחוקק. מבחינתו של כהן כדי שדבר מסוים יהווה משפט, צריך להיות גוף שחוקק אותו ומשפט הטבעי אין גוף כזה אומר כהן שזו פשוט המצאה. ואומר כל אלה אינן דרכיה של מד"י דרכיה דרכי חוק והחוק ניתן ע"י הכנסת. בפס"ד **ירדור** הוא אומר את זה. כהן הוא אבי השיטה הפוזיטיביסטית במשפט הישראלי. מה ההבדל בין שופט פוזיטיביסטי ולא פוזיטיביסט? בנכונות של בהמ"ש לבטל חוקים, ככל שהשופט הוא יותר פוזיטיביסטי הוא יראה את הסמכות שלו לבטל חוקים כיותר **מוגבלת** כאשר הוא לא פוזיטיביסט הוא רואה את סמכותו יותר רחבה. כאשר אני מדבר על שיטת משפט פוזיטיביסטית לעומת נונפוזיטיביסטית יש הבדל בשאלת **הפרשנות**, שהיא עיקר העבודה בהמ"ש, בשיטה פוזיטיביסטית יש פרשנות מצמצמת, השדה הפרשני זה נקרא השדה הסמנטי של השפה כלומר עד כמה השפה יכולה להכיל את הפרשנות שבהמ"ש יכול לתת לה. שיקול דעת צר, חלש כאשר מרחב שיקול הדעת הוא המרחב של השפה. (שיקול דעת צר ורחב) - כאשר מפקד אומר לסמל לך תאסוף כלי נשק או כאשר הוא אומר לך תאסוף כלי נשק חמים-באיזה מקרה יש יותר שיקול דעת? לסמל יש שיקול דעת מאוד רחב הוא יכול להחליט שמזלג הוא כלי נשק. משמע, בשיטת

הנונפוזיטיביסטית השופטים רואים עצמם כבעלי שיקול דעת רחב, המגבלה של השפה היא לא המחסום לבהמ"ש, לעומת זאת בשיטת משפט פוזיטיביסטית לעולם בהמ"ש לא יכול לנוע מעבר למגבלות של השפה והוא לא יכול לתת משמעות למילים מעבר למה שיש להן. זה קשור לעוד דבר, פרשנות תכליתית בשיטת משפט פוזיטיביסטית יש פרשנות תכליתית? לא, למה? הפרשנות התכליתית אומרת שהאמת נמצאת משמעות החוק נמצאת מעבר למילים כי אם היא בתוך המילים זה ברור מה החוק רוצה, מתי אני מפעיל פרשנות תכליתית? כשאני אומר שהמילים לא מבטאות את מה שהמחוקק התכוון, אני הולך מעבר למילים וזה לא יכול להתקיים בשיטה פוזיטיביסטית, אם כתוב בן או בת זוג בחוק אז שופט פוזיטיביסט אומר זה לא אותו מין, נונפוזיטיביסט מפרש על בסיס עקרונות של שוויון או ערכים בן בת זוג. שיטת משפט זו הנונפוזיטיביסטית לא תהיה לה בעיה להשתמש בפרשנות תכליתית. מהי הפילוסופיה? מה נימצא במהות הויכוח? במהות של הויכוח נמתאת טענה מעניינת, התפיסה בשיטת משפט פוזיטיביסטית אומרת, שכאשר המחוקק חוקק את החוק הוא כבר לקח בחשבון את כל מערכת האיזונים הערכיים הרלוונטיים באותו חוק אז בהמ"ש לא יכול לבוא ולהגיד שיש ערך או עקרון שבהמ"ש לא התייחס אליו או להוסיף ערך שלא נובע מהלשון של החוק. שיטת המשפט הפוזיטיביסטית אומרת יש נבחרים והם מייצגים מערכות שונות ושלמות של ערכים ועקרונות וכו כשבאים לחוקק חוק מסוים בהמ"ש יוצא מתוך הנחה שנוסח החוק לקח בחשבון את מרחב השקלולים הערכיים ויצר איזון בתוך הנוסח של החוק כי החוק מבטא הסכמה שאלה הגיעו החכיים אז אתה לא יכול לבוא ולהגיד בבהמ"ש אם כל הכבוד לכנסת הם לא איזונו ולא שיקללו וכו. בשיטת משפט פוזיטיביסטית זה לא יכול לקרות. דוגמא קלאסית זה בחורי הישיבה, גיוס, כאשר המחוקק נתן פטור לאלה לשרת הוא לא לקח בחשבון את הנטל וזו נונפוזיטיביסטית אומר העליון, המחוקק טעה, כי הוא היה צריך לקחת בחשבון את השוויון בנטל ואם כך שהוא היה צריך ולא עשה אין איזון. באים הפוזיטיביסטים ואומרים מי אמר לכם? נניח שהיה רוב למחשבה שחשוב מאוד שבעם ישראל יהיו לומדי תורה וזה לגיטימי. אז הכנסת הגיעה למסקנה שצריך לתת פטור למי שלומד תורה אז יכול בהמ"ש לבוא ולהגיד לכנסת כזה דבר? הערך הזה לא חשוב וערך של שוויון בנטל זה יותר חשוב. בהמ"ש לא יכול לבוא לכנסת ולהגיד שכל ההסכמות הן לא נכונות כי לא שקלת את הערכים הנכונים זה נונפוזיטיביסט. נניח יש תוכנית כלכלית, בא שר האוצר ורוצה להטיל מס של אחוז וחצי מס הכנסה תוספת להוסיף עוד מע"מ ועוד אחוז חברות הולך משהו לבגץ ומגיש עתירה וטוען שיש אי שוויון באופן חלוקת הנטל של מס הכנסה, לא עולה על הדעת כזה דבר כי אין שוויון בנטל אם אתה מטיל מס רחב על כולם אז על העניים זה משמעותי, אז הולכים לבגץ, בשיטת משפט פוזיטיביסטית נקי המוצא אומרת כשהכנסת החליטה מה שהחליטה היא שיקללה את כל השיקולים הערכיים האלה ובהמ"ש לא מתפקידו לבדוק את זה. בשיטת משפט נון פוז' פועלים באי שוויון יש נטל בלתי סביר וכו ולטעון שהחקיקה הזאת לא ראויה, אז מה יעשה המחוקק? ברגע שאזרחי המדינה נתנו לכנסת את הסמכות אז בהמ"ש לא יכול לבוא ולטעון על הכנסת. העליון הוא ערכאת ערעור על בתי משפט אחרים ולא על הכנסת ואם יש טענה על הכנסת מה צריך לעשות? בתור אזרחית? תפגיני תנהלי מלחמות ובכל לשנות את החוק אבל לא התפקיד שבהמ"ש הוא לבקר את הכנסת. השופטים בארץ בגישות שונות- **ברק הוא** נונפוזיטיביסט. **כהן הוא** פוזיטיביסט. צריך להכיר את התפיסות של השופטים. שאלות השופטים מרמזים על נון פוז' ופוז'. לבוא מוכנים לדעת מה תפיסת העולם של השופט. **הנדל, חיות וגורניס** יותר הולכים לכיוון **הפוזיטיביסטית**. פוז' זה לפי החוק בלבד. אין מצב ששופט נון בא לבהמ"ש אומר אני עושה מה באלי 90 אחוז עובדת השיטה הפוז' כי אף לא הולך נגד החוקים.

אבי הפוזיטיביזם, המודרני היה מלומד אנגלי בשם **גון אוסטין**-הוא חי בין 1859-1970 הוא היה אנגלי ולמעשה היה הראשון שהתמנה לפרופסור לתורת המשפט, הוא ניסה להבין מה משמעותו של החוק או מה זה חוק. ואז אמר גון אוסטין את הדבר הבא- "נק' המוצא הבסיסית היא נ'ק מוצא אמפירית, מה זה אומר? המשמעות היא אם אתה רוצה לדעת מה זה חוק? אז **צא לשטח ותבדוק** מה זה חוק. יש תפיסה שהיא לא אמפירית שאומרת אני מגדיר משהו ובדק אם הוא נכון למציאות. יש שתי גישות, **אמפירית אומרת צא החוצה תבדוק** נתונים ואח"כ תגיע למסקנות תגדיר עפ"י הנתונים שאספת איך אני עושה זאת? באמצעות המדע אוסף ומגבש הגדרה. שיטה שנייה **שיטה אידיאליסטית** שאומרת אני **יושב במשרד** ואני מגדיר, הולך לשטח ובדק את ההגדרה ואם השטח לא פועל לפי ההגדרה אז מה אני עושה? אני אומר שהשטח לא בסדר. דוגמא-השמש תזרח מחר זו הגדרה אמפירית היא זורחת כל יום היא תזרח גם מחר, זה לא מדויק זה שהשמש זורחת כל יום לא אומר שהיא תזרח מחר. אין ודאות כי כל בדיקה מדעית היא סטטיסטית. השיטה **האידיאליסטית** תגדיר מה זה שמש? זה גוף שמימי שעולה במזרח ושוקע במערב, אם מחר השמש לא תזרח אז זה לא שמש. כי ההגדרה של השמש זה גוף שעולה במזרח ויורד במערב, אם דבר

לא עומד בתנאי ההגדרה שלי אז זה לא זה. "רוב בעילות אחרי הבעל- אם אישה נשואה נבעלת רוב הסיכוי שזה בעלה ולא זר זו סטטיסטיקה. אומר בית הדין הרבני יש סטטיסטיקה אחת מול שנייה הוא לא צריך לעשות בדיקת הבאות, סטטיסטיקה מול סטטיסטיקה לא הוכח שהוא האבא הוא, לא צריך לשלם מזונות אבל בית הדין לא קבע שהילד ממזר. **אוסטין** מנסה להגדיר מה זה המשפט על בסיס אמפירי אומר כך אם אני יוצא לשטח ואני שואל נניח יצאתם לטיול בישראל ואני שואל אתכם מה זה המשפט הישראלי או מה הופך דבר מסוים למשפט, דבר ראשון שהייתם מזהים: 1. ראשית יש לנו **ריבון** אומר אוסטין בכל מקום בעולם אם אתם רוצים לבדוק ולזהות מהו המשפט יש ריבון הוא אותו אחד שממנו נובע החוק אותו ריבון יש לו **מבע רצון** הוא מבטא איזשהו רצון. רצון שהעם יעשה משהו, מה מיוחד במבע הרצון של הריבון? מה שמייחד את מבע הרצון של הריבון שאם לא תעשה את מה שאני אומר לך יש עליך סנקציה. הנקודה השלישית- זה **הרגל ציות**, פירושו שאנשים בטריטוריה מסוימת רגילים לציית לאותו ריבון. המרכיבים המרכזיים של ההגדרה זה **ריבון- מבע רצון** שגורר **סנקציה** ויש הרגל ציות. האם מפקד בצבא הוא ריבון? הוא ריבון על חייליו אבל לצורך המשפט בכל טריטוריה יש ריבון אחד שהוא לא כפוף לאף אחד אחר אין מעליו אף ריבון אחר. אומר **אוסטין** בכל טריטוריה יש ריבון אחד שכולם כפופים לו והוא לא כפוף לאף אחד זו נק' המוצא שלך אוסטין. אותו ריבון מפנה לציבור האזרחים הוא מפנה את מבע הרצון שלו וישנה סנקציה בשיטה של אוסטין לסנקציה יש תפקיד כפול האחד של הסנקציה הוא מופנה כלפי השופטים, הסנקציה מופנת לשופטים זה אומר שאם הגיע לשופטים מי שגנב זה מופנה לשופטים, בשיטה שלך אוסטין יש לסנקציה תפקיד נוסף והוא המקור לחובת הציות- למה בני אדם מצייתים לחוק? כי הם מפחדים. (לפי ג'ון לוק זו הסכמה לפי אריסטו זו התבונה אבל לפי אוסטין זה לא זה ולא זה אלא הפחד מפני הסנקציה) למה אוסטין לא לוקח תבונה והסכמה ומתמקד דווקא בסנקציה? אוסטין אומר שהם מצייתים לחוק כי הם מפחדים. כל תפיסת העולם הפוז' אומרת כך, החוק נחקק ב-1.1.2010 ממתי החוק מתחיל להיות מעניין מהרגע שהוא נחקק. כל מה שהיה קודם זה לא מעניין לכן פוז' יגיד שמגילת העצמאות היא לא מעניינת ודברי הכנסת לא מעניינים מה שמעניין זה רק לשון החוק ברגע שהיא תקפה, אוסטין אומר אם אני אומר שהמקור של חובת הציות נמצאת מעבר לחוק את הפוז' זה לא מעניין **סוקרטס** יגיד תבונה ג'ון לוק יגיד הסכמה הפוז' לא נכנס לויכוח מה שמעניין את הפוז' זה מה שאומר החוק, ולכן **אוסטין** אומר אני רוצה למצוא את מקור הציות בחוק ולא מעבר כי תמיד יש ויכוחים, ולכן אומר המקור לחובת הציות נימצא בתוך החוק עצמו. הוא מוסיף עוד דבר- **הרגל ציות**- אזרחים רגילים לציית לאותו ריבון (רגילים זה אמפירי סטטיסטיקה שהם מורגלים לציית) השאלה היא למה הוא הוסיף הרגיל ציות? "**תורת הפקודות**" **אוסטין** הרגיש שאם אתה אומר שאנשים מצייתים כי הם מפחדים זה נשמע לא טוב וכדי לעדן את זה אוסטין אומר שיש הרגל של ציות והם רגילים לציית למי שהם חושבים שדואג להם, הרגל הציות נולד מהעובדה שהריבון דואג להם. מה הייתה הביקורת על התיאוריה של אוסטין? **הביקורת העיקרית** היא יוצאת מתוך הנחה שהתפיסה שלו היא "תפיסה מלוכנית", יש מלך המלך הוא הריבון מה שהוא אומר כולם עושים ואם הם לא יעשו את דבר המלך, הם יענשו, בתפיסה שלנו הריבון הוא העם. כלומר אני לא יכול להגיד שהכנסת היא ריבון, כי הכנסת היא כפופה לעם. בדמו' המודרנית מי שבאמת הריבון זה העם והכנסת כפופה לעם הריבון נבחר ע"י העם ולכן יש קושי על ההגדרה לפי אוסטין. מה יענה אוסטין על הביקורת? מבע הרצון המחייב הוא של הכנסת אבל העם הוא לפני הכנסת מעל. מתי יש לעם ריבונות? **בבחירות** אז העם הוא הריבון אבל רק בין כל בחירות לבחירות. הכנסת היא הריבון, הכנסת יכולה לפזר עצמה.

27/5/2013

עסקנו בתורת הפקודה של אוסטין והסברנו את המרכיבים שלה כאשר תורת הפקודה משמעותה שהחוק או המשפט זה קבוצה של מבעי רצון של ריבון כשהמאפיין של אותם מבעי הרצון זה שיש בצידן סנקציה ובנוסף יש הרגל ציות לאותו ריבון. אלו הם המרכיבים של ההגדרה. היום אני רוצה לעשות את זה, להראות מהי הביקורת על השיטה של אוסטין הביקורת הראשונה היא על התפיסה של אוסטין הייתה בעובדה שאוסטין ראה לנגד עיניו ריבון שהוא מלך. מה שמאפיין את הריבון לפי אוסטין שהריבון נימצא מעל כולם והוא מוריד הוראות לכולם. אז ראשית, מה אין בשיטת אוסטין? חסר שלטון החוק. אם מסתכלים על תפיסה מודרנית של דמוקרטיה המשמעות שלה היא שגם הריבון עצמו **כפוף** לשלטון החוק. לפי הגישה של אוסטין הריבון נימצא מעל החוק.

שנייה, בתפיסת העולם הדמוקרטית אנו מבינים שהריבונות מתחלקת בין כמה גורמים, שבין אותם גורמים יש **איזונים ובלמים**, הפרדת רשויות זה לא רק עניינים טכניים אלא פירוש הדבר שהכוח הריבוני במדינה מתחלק ויש ריבונים אך לפי אוסטין זה לא קיים אין איזונים ובלמים כי הריבון נימצא מעל כולם.

הביקורת הנוספת היא של **הנרי מיין** שהיה מגדולי ההיסטוריונים של המשפט, מיין טען שאפילו במציאות הפרימיטיבית ביותר יש מערכות נורמטיביות שמסדירות את ההתנהגות בין בני החברה. לדג' שבט בדואי שכבר 2000 שנה מסתובב בתוך המערכת השבטית הזאת יש הסדרה של נורמות שפועלות שם. למרות שאף אחד לא יגיד שראש השבט הוא ריבון כי מושג הריבונות הוא מודרני והמשפט הוא עתיק. אצל אוסטין המשפט מתחיל בקיומה של ריבונות אבל ברור שמבחינה היסטורית המשפט עוד קיים לפני שהוכר המושג של ריבון. משמע המשפט הוא לא יצירת הריבון אלא הריבון הוא יצירת של המשפט. (אוסטין לא חשב שהריבון כפוף למשפט) את מה זה בא להבטיח? **זכויות** - הזכות לחיים והזכות לקניין. כל עניין הריבונות היא יצירה של המשפט כי המשפט מגדיר קיומם של זכויות וחובות. כלומר לפי התפיסה של אוסטין למה יש לבני האדם זכויות? כי אוסטין אומר מה שמקנה לבני אדם זכויות וחובות זה הריבון. בהעדר ריבון אין זכויות וחובות. הגישה השנייה, אומרת הריבון נוצר משום שאדם רצה הגנה לזכויות ולחובות שלהם זה הפוך לגמרי מאוסטין. הסבר - לפי התפיסה של הריבון אצל אוסטין אין שום משמעות לזכויות וחובות מבלי שאיזשהו ריבון בטריטוריה מקנה את אותן זכויות וחובות. את מה הוא ביטל? איזה זכויות הוא ביטל? בזה הוא **ביטל את הזכויות הטבעיות**. לפי אוסטין אין מושג כזה זכויות טבעיות. בתפיסה הפוזיטיביסטית אין זכויות וחובות טבעיות אלא נוצר ע"י זה שהריבון יוצר אותם ואם הוא יוצר אותם אז מה? הוא יכול גם לבטל אותם. אבל הביקורת אומרת זה לא נכון - זכויות וחובות זה לא דבר טכני שנוצר ע"י ריבון אלא להפך הריבון כל תפקידו הוא ההסכמה של בני החברה למישהו שיגיד להם מה לעשות כדי להבטיח את הזכויות שלהם. זאת ביקורת חזקה מאוד. זכויות לא מתחילות בזמן שנולד ריבון והן לא נגמרות בזמן שהוא מת.

הריבון מה הוא יכול לעשות בעניין הזכויות והחובות? מה התפקיד שלו בהקשר של זכויות וחובות? אם אני אומר שהתפקיד של הריבון הוא לא לייצר זכויות וחובות אלא להגן עליהן, לדאוג לזה שבני האדם במימוש שלהם של הזכויות לא יפגעו בזכויות של אחרים. הרעיון הוא שלי יש זכות ולך יש אני רוצה לממש את הזכות שלי באופן המקסימאלי ואתה רוצה גם - נוצר אימות - המחוקק דואג לזה שתוך כדי מימוש לא נפגע אחד בשני וזה יעשה תוך הגנה אחד על השני. כלומר ברגע שאדם ממש את הזכויות שלו באופן מקסימאלי הוא פוגע בזולת, ותפקיד המחוקק להסדיר. זכות הקניין היא לא זכות שיוצרת ע"י מחוקק היא הוכרה עוד לפני שהיו ריבונים. הזכות לקניין היא זכות טבעית. מה אומר המחוקק בזכות לקניין? הוא נותן הגנה במובן זה שאחד לא יפגע בזכות מימוש של אחר ומה עוד הוא עושה? את האופן שבו נרכשות זכויות קנייניות המחוקק קובע איך אתה תהיה בעלים של זכות קניינית הוא קובע מה היקפה של הזכות הוא קובע גם סנקציה בהפרה ואיך אתה ממש את הזכות שלך בלי שתפגע בזכויות של אחרים. אוסטין חשב שיש זכויות קנייניות לכל אדם וצריך ריבון שיסדיר את זה. אוסטין יצא מנק' הנחה.

(חברה יש לה ישות משפטית נפרדת מבעלי המניות זה שונה לגמרי ישויות נפרדות. התפיסה הדמו' אומרת, המדינה זה לא רשות נפרדת לבני המניות שבה. מדינה זה מכלול האזרחים, כל אזרח יש לו מניה במדינה, חברה יש לה מטרות. קבוצה של אנשים רוצה להקים חברה אז הם אמורים להגדיר את המטרות של החברה אח"כ יש תקנון או תקנות זה האופן שבו החברה פועלת זה תקנון הפעולה של החברה איך מקבלים החלטות וכו ומעל כל זה יש בעלי מניות ככה עובדת חברה. כאשר החברה היא ישות משפטית נפרדת מבעלי המניות שלה. יכול שבעל מניות תובע את החברה כמו בפס"ד דנקר. יכול להיות מצב שבעל מניות הוא עובד של החברה מחד, הוא בעל מניות והוא ישות נפרדת וגם שכיר של החברה כי הוא משמש בתור מנכ"ל. התפיסה הדיקטטורית אומרת שהמדינה היא ישות נפרדת מהאזרחים מעל האזרחים זה ישות שנמצאת מעל האזרחים לעומת זאת בדמו' התפיסה אומרת שהמדינה לא נפרדת מהמניות, כל אזרח הוא בעל מניות. החוקים זה התקנות, המטרות אלו הערכים המשותפים לבעלי המניות ואת אותם ערכים הם מבקשים להגשים באמצעות המדינה זה כמו חברה, יש בחברה מטרות שזה הערכים וזה יבוא לידי ביטוי בד"כ בחוקה אלו המטרות אח"כ יש תקנון שאלו הם החוקים והמדינה זה מקבץ של בעלי מניות והתקנון בא להבטיח הגנה מערכת שלמה של תקנון) מה אומר אוסטין? הוא אומר כל חברה יש לה איזשהו ריבון שהריבון נימצא מעל החברה ולמעשה כל המערכת כפופה לאותו ריבון הריבון לא כפוף לשום דבר זו התפיסה של אוסטין. פה הבנו את כל העיתיות של הריבון אצל אוסטין וגם ראינו בהיבט ההיסטורי אנו רואים שזכויות וחובות קיימות בלי קשר לריבון. אוסטין לא קיבל את זה כי אצלו הכול יצירה של הריבון כי בתפיסת עולמו הוא פוזיטיביסט.

הביקורת הבאה על אוסטין אומרת כד, אם אני יוצא מתוך הנחה שחוק הוא מבע רצון של ריבון שאליו מתלווה סנקציה, יוצא שאם אני מסתכל בפועל על מערכת משפט אני מגלה שמדובר בסה"כ 565 אחוז

מהחוקים. אם אתם לוקחים את החוק במד"י ואתם שואלים כמה חוקים במד"י עומדים בהגדרה של אוסטיין? מה נגלה? אם אנו לוקחים את ההגדרה של אוסטיין למה זה חוק, ואנו מיישמים אותה לחוק הישראלי או לכל חוק אחר אנו נגלה שי מינימום של חוקים שעומדים בהגדרה הזאת של אוסטיין לדוגמא, עונשין ונזיקין אוסטיין אומר חוק הוא מבע רצון של ריבון שאליו מתלווה סנקציה כי חוק בלי סנקציה הוא חסר משמעות. למה? כי המקור של חובת הציות מצויה בסנקציה. בני האדם מצייתים לחוק כי הם מפחדים. כלומר, הסנקציה היא מקור החובה לציית לחוק. כמה חוקים עונים להגדרה הזאת-דיני עונשין ועוד הפקני"ז זה לא הרבה. נשאלת השאלה איך אוסטיין מתגבר על הדבר הזה הרי אוסטיין הוא אימפרייסטיט זה אחד שבונה את ההשגה שלו מתוך המציאות הוא בודק מה קורה בשטח והוא מגיע למסקנות מתוך מה שהוא מזהה בשטח ואם השטח לא פועל כמו שהגדרת אתה חייב לשנות את ההגדרה. משמע אם אני מגלה שהרוב המסיבי של החוקים לא הולכים לפי ההגדרה של אוסטיין אז יש לאוסטיין בעיה קשה. רוב החוקים במד"י אין בהם סנקציה, רק בעונשים ונזיקין. נשאלת השאלה מה יעשה אוסטיין איך הוא יתרחץ את הקושיה הזו- אם אני שואל למה קיים חוק המקרקעין בשביל מה צריך אותו? בשביל מה צריך את חוק המכר? מה יענה אוסטיין על טענה של חוק המקרקעין או חוק המכר שאין בהם סנקציה, התשובה של אוסטיין תהא שלדיני הקניין אין משמעות עצמית. למעשה הם באו לאפשר לי לדעת מה אסור לי לעשות בהקשר של השגת גבול וכו' יש חוק שנקרא חוק מימי החופים של מד"י 12 מייל מחוף ישראל שייך למד"י אין סנקציה בחוק אז לפי אוסטיין זה לא חוק אז למה הוא נועד לפי אוסטיין? כדי שאתה יודע שאם אתה מבצע עברה על אוניה שנמצאת בחוף הישראלי אז אתה יודע שאתה תעמוד לדין במשפט הישראלי. כלומר אז לצורך מה עוד אני צריך לדעת את זה שאם אני מוצא גז של 12 מייל מהחוף זה שייך למד"י ואם מישהו יגנוב הוא כפוף לסנקציות של מד"י. אוסטיין טוען שכל החוקים נועדו כדי לשרת את אותם חוקים שיש בהם סנקציות, החוק הפלילי מצומצם ממוקד אבל כל המערכת אמורה לשרת את אותם חוקים שיש לגביהם סנקציות. דבר דומה נימצא בתורה כתוב לא תגנוב ב10 הדברות אתה לא יודע מה לא לגנוב איך אני יודע מה שייך לשני לכן, מיד אחרי מתחילה פרשת משפטים והיא מבהירה איך אני קונה וכו' 10 הדברות נותנת לי מסגרת ומיד אחרי זה מסבירים לי את כל הנושא הקנייני כדי שאני ידע מה לא לגנוב.

עוד הסבר שאוסטיין ייתן למשל בדיני חוזים? מה הסנקציה בדיני חוזים? בדיני החוזים גם יש סנקציה בשני מובנים יש תרופות בשל הפרת חוזה. אם הפרת חוזה יש עליך סנקציה ועוד אם אתה לא תעשה באופן מסוים של ג"ד ומסוימות אתה לא תקבל את העזרה של המדינה באכיפה של החוזה זו גם סנקציה. למרות שברוב החוקים אין ניסוח של סנקציה או שלא התלוותה סנקציה ישירה אוסטיין יגיד שזה לא מדויק כי יש סנקציה שמופיעה בעונשין או בנזיקין שכל החוקים האחרים הם מתייחסים לזה.

ביקורת נוספת, שימו לב, אם פקיד ניכנס לבנק ואומר לפקידה את הכסף או שאני יורה, ופקיד שומה נכנס לחנות ואומר לבעל החנות את המס או לכלא מה יש פה? בשני המקרים יש **פקודה** ובשני המקרים יש סנקציה מה מבדיל בין שתי הסנקציות במה זה שונה? איפה הבעיה של אוסטיין פה? משמע מבחינת אוסטיין ההבדל בין אותו שודד לבין פקיד השומה **ההבדל הוא כמותי ולא איכותני** כי בשני המקרים יש פקודה ויש סנקציה **ההבדל הוא במקור של הפקודה** במקרה של השודד זה הוא עצמו ומבחינת פקיד השומה זה הריבון. מה שיוצא פה זה מעניין, יוצא אם כך האם אנו מרגישים הבדל בין מחויבות וחובה? מה ההבדל בין מחויבות לחובה? מה יש אצלן **אוסטיין** רק חובה ואין מחויבות. הרעיון של אוסטיין שאנשים מצייתים לחוק רק בגלל שיש חובה לציית לחוק כלומר אותו איום. הדבר הזה לא מקובל כי העובדה שאנשים מצייתים לחוק גם במקרים שהם יודעים שלא יתפסו אותו כלומר אנו מבינים שהציות לחוק לא מבוסס רק אל החובה אלא על המחויבות זה הקשר תרבותי מוסרי ערכי כלומר לפי אוסטיין המחויבות לחוק היא לא קיימת למה היא לא קיימת? פוזיטיביזם כלומר כל הרעיון הבסיסי של הפוזיטיביזם זה שאני מנתק בין המשפט לבין סוגיות ערכיות ומוסריות ולכן פוזיטיביסטי ידבר על חובה ולא על מחויבות כי יש במחויבות מעט ערכי. במקרה של השודד מה יש לי? חובה, שהיא נובעת מהפחד אבל אין מחויבות. פקיד שומה יש פחד אבל יש מחויבות לשלם מיסים למדינה כי באמצעות המיסים מחזיקים את המדינה.

אם אני אומר שיש רק חובה ואין מחויבות מה עוד משתמע מזה? אם אני יוצא מתוך הנחה שיש נתק מוחלט בין החובה לציית לחוק שמבוססת על סנקציה ובין מחויבות לציית לחוק מבוססת על ערכים זה אומר לעולם אני לא אמור לבדוק את התוכן של החוק זה לא רלוונטי מה רלוונטי? הסנקציה. בשיטה של אוסטיין אני לא יכול לבוא ולהגיד לזה אנ לא אציית כי זה נוגד. מה תהיה התשובה של אותו אדם הייתה סנקציה ולכן צייתי. **בשיטה הפוזיטיביסטית יש נתק מוחלט** בין החוק לבין המוסריות של החוק. המוסריות והערכיות של החוק זה לא רלוונטי יוצא לפי אוסטיין שהתוכן של החוק לא רלוונטי-אם אני יוצא מתוך

הנחה שכל מהותו של החוק זה קיומה של סנקציה שמופעלת ע"י ריבון התוכן של החוק הוא לא רלוונטי ולכן יש חובת ציות לכל חוק מבלי התייחסות לתוכנו של החוק. (כל החוקים של הנאצים) שאלה- מי הריבון במד"י? **הכנסת** כי היא מחוקקת את החוקים. זה בעייתי כי העם הוא הריבון וכו אבל העם הוא ריבון אחת 4 שנים. מה זה מבע רצון של הכנסת(הריבון)? נניח שיש 120 חכ"ם בהצבעה על חוק מסוים השתתפו 3 חכ"ם אפשר להגיד שיש מבע רצון של הכנסת? זה בעייתי. כשהיה ריבון יכולתי לדעת מה המבע הרצון שלו יש אדם אחד והוא מביע את הרצון שלו באמצעות החוק. אבל הכנסת היא מכלול של 120 חברים שהם מבטאים את הריבון. השאלה מה יהיה כאשר רק 3 חברי כנסת מעבירים חוק, הרי זה רק מבע רצון של 3 חכ"ם התפיסה מתאימה למבע רצון של ריבון אבל כאשר יש גוף רחב שהוא הריבון אז קשה מאוד לברר מה המבע של הריבון.

ניסו לתקן את הקשיים של אוסטין (אוסטין היה הראשון).

בעיה אחרונה זה הנושא של הרגל הציות אמרנו שבהגדרה של אוסטין הרגל הציות הוא מאוד מהותי למה? למה הרגל הציות הוא מהותי? > כי זה נותן תשובה לטענה שאנשים לא מציינים לחוק רק בגלל שהם מפחדים לכן זה מהותי. כשאני מדבר על הרגל צפיות עפ"י אוסטין יש מלך הנתונים התרגלו לציית לאותו מלך וכן לחוקים שלו יש תוקף מתוך הרגל הציות של הציבור אל המלך ומה קורה שהמלך מת אזי לפי אוסטין נוצרה סיטואציה שהחוקים של המלך החדש יוכלו להיות תקפים רק כאשר ייווצרו לגבי הרגל של ציות. כלומר בתקופת המעבר בין המלך הישן לחדש יש מצב שלמלך החדש אין לגיטימציה לחוקק חוקים כי אין כלפיו הרגל ציות מה תהיה התשובה של אוסטין? התשובה של אוסטין תהא שהרגל הציות של המלך הישן עד שיווצר הרגל חדש של המלך החדש. איפה זה קורה? כשהאנגלים עזבו את מד"י מה נאמר בחוק סידרי דין ומשפט: שהחוק האנגלי ימשיך להתקיים.. מה יגיד אוסטין מה קרה פה? מה שקרה אנו מושכים את הרגל הציות עוד פרק זמן מסוים עד שהחוק הישראלי תיכנס. כלומר שמתחלף השלטון אני ממשיך עוד פרק זמן מסוים את השלטון הקודם עד שיהיה הרגל של הציות לחדש. כך היה גם עם הטורקים. ניתוק לאט לאט ולא ניתוק חד משמעי! (לפי אוסטין הרגל הציות לריבון אין הרגל ציות לחוק יש רק **לריבון**) אוסטין לא הבחין בין המוסד לבין האיש- אנו יודעים היום שיש 120 חכ"ם והם יכולים להתחלף, האם צריך לחכות להרגל ציות? לא כי הרגל הציות הוא לא פרסונאלי הוא הרגל למוסד ולא משנה לי מי חברי הכנסת זה חילופי שלטון כל עוד המוסד נישאר, אז הרגל הציות ממשיך להתקיים. בסינגפור עד היום התיאוריה של אוסטין קיימת שם יש דיקטאטור שהוא הריבון גם בגלל הפחד כי יש סנקציות כל האנשים עושים את זה מתוך אהבה כי הם משוכנעים שהוא דואג. גם מאו זה גם שיטה דיקטטורית

לסיום, שאלה מעניינת **שבוק** דן בה **בפסד לאור**-השאלה שעמדה בפסד לאור לפני חוקי היסוד האם בהמ"ש יכול או רשאי לבטל חוקים? מה יגיד אוסטין **לא**. **ברק** אומר כפי שצינתי שאלה זו אינה חדשה כמוה כימי המאבק בין הפילוסופיה הפוזיטיביסטי או כמו הפילוסופיה עצמה של המשפט הטבעי. לפי אוסטין יש מאבק בין הגישה הפוז' לבין המשפט הטבעי שהוא נונפוז' והויכוח העיקרי על אלו האם בהמ"ש מוסמך לבטל חוקים- בשטיה פוזיטיביסטית בהמ"ש שלא יכול לבטל חוקים ולכן לא תהיה בשיטה זו לא תהיה חוקה למה? כי החוקה נותנת לבהמ"ש את הסמכות לבטל חוקים. בישראל לדוגמא כשהייתה שיטת משפט פוזיטיביסטית אז אף אחד לא העלה על דעתו לחוקק את ח"י כבוד האדם כי הריבון לא ייתן לבהמ"ש כוח לבטל חוקים אבל כשישראל הפסיקה להיות פוזיטיביסטית אז זה נתן את הכוח לבהמ"ש לבטל חוקים ובעקבות זה חוקקו ח"י שנתנו לבהמ"ש את הסמכות לבהמ"ש לבטל חוקים. חוקה נותנת סמכות מול הריבון לבטל חוקים זה היה אוסטין הוא אבי הפוזיטיביסטס וכל מה שקרה אחריו זה ניסיון לתקן להתאים את הגישה שלו.

הפוזיטיביסט המודרני של ה-120 **הנס קנזל** הוא נולד 1881 ונפטר 1973 הוא היה יהודי בשלב מסוים הוא המיר את דתו. הנאצים לא התרשמו מזה ולמרות שהוא היה אחד ממחברי החוקה של אוסטריה הוא ברח לארה"ב ובן גוריון בשנות ה-50 ביקש ממנו שיעלה לארץ הוא היה אמור להיות הסטנלין פיישר הראשון הוא רצה שהוא יכין את החוקה של ישראל. ההבדל בין אוסטין לבין קנזל שאוסטין היה אמפיריסטית וקנזל היה אידיאליסט(אידיאליסט היא תפיסה שבאה ואומרת שהמציאות מסתדרת בהתאם למושגים ולא להפך. כלומר, יש תפיסה שבאה ואומרת המציאות קדמה להכל, איפה זה כתוב? בתורה! בסיפור בריאת העולם האדם נברא אחרון. המציאות קדמה לאדם (בראשית האדם נולד לתוך מציאות נתונה. האדם נולד לתוך המציאות והאדם מארגן את המציאות באמצעות החושים שלו. אני באמצעות החושים מזהה נתונים ואז אני מגיע למסקנה, זה נקרא **אמפיריציזם**. הגישה **אמפיריציזסטית** העולם היה קיים לפנינו אנו נפגשו

איתו באמצעות חושים יצרנו הגדרות ומושגים ובכל פעם שאנו מגלים שהגדרה או מושג לא תואמים את המציאות אנו מתאימים אותם. מקורה של הגישה **אמפיריציזם** באנגליה.

יש גישה **אידיאליסטית** והיא אומרת המציאות מסתדרת עפ"י התפיסה שלנו כלומר, זה לא שהמציאות קדמה לנו אלא האופן שבו אנו תופסים את המציאות כפונקציה של הכלים שבאמצעותם אנו מזהים את המציאות. דוג' - תוכנה של מחשב מה קורה יש תוכנה ואתם כל הזמן מוסיפים ומכניסים את ה-DATA לתוך התוכנה, התוכנה מסדרת ומעבדת את זה. הסידור הוא פונקציה של התוכנה היא מסדרת לנו את הנתונים ואנו מתייחסים לפי התוכנה שסידרה אותם. אומר **קנזל** או האידיאליזם - לנו יש תוכנה בראש כל מה שאנו קולטים זה עובר דרך עיבוד התוכנה שלנו ותמונת המציאות היא פונקציה של עיבוד הנתונים שיש לנו בראש. דוגמא - המושג זמן אומרים הפילוסופים הגרמנים שמושג הזמן לא קיים במציאות מושג הזמן קיים **בתודעה** שלנו מאחר ואנו קולטים את הנתונים באמצעות הבנה שישי זמן אז אנו קולטים את הנתונים במדורג. עבר, הווה וכו'. האדם הוא היחיד שמסוגל לחשוב על מושגים של זמן, כי בתוכנה שלנו בראש יש לנו זמן וכל הנתונים שאנו מקבלים עובדים דרך הזמן ואנו יודעים מה היה בעבר וכו'. יש מושג של מתקשרים מה קורה איתם? יש מתקשרים (מדיום/שאמן) שמסוגלים לראות מעבר לזמן אז מה רוצים האידיאליסטים להגיד אנו בעצמנו מסדרים את המציאות והמציאות לא מסדרת אותנו. מרחב מימדים זה בתוכנה שלנו. מתקשרים לא רואים עבר הווה ועתיד מבחינתם זה רצף אחד יש להם יכולת מסוימת. מה אומרים האידיאליסטים? שאנו מייצרים את המציאות והמציאות לא כופה עצמה עלינו איך זה בא לידי ביטוי - כשאני רוצה לדעת מה זה משפט אזי אני מגדיר מהו משפט ואני בודק בשטח עפ"י תפיסה מושגית. מגדיר מושג ואח"כ הולך לבדוק אותו בשטח כלומר המשפט הקיים לא מכריח אותי להגדיר אלא אני מגדיר אותו. לדג' - אני סטודנט במשפטים ואני רוצה לדעת מה המשפט אם אני **אמפיריציזם** אז אני אוסף נתונים. אופציה אחרת, אני יושב במשפט מגדיר לעצמי מה זה משפט בלי קשר למקרה ספציפי ואז אני הולך לשטח ובודק האם מה שחשבתי באמת מתקיים בשטח, אם זה לא מתקיים אני **לא משנה את מה שחשבתי אלא אני יגיד שאין שיטת משפט**. יבוא האמריסטית בכיוון ההפוך. האידיאליסט יגיד זה לא שיטת משפט

זו נקודה ראשונה. אז קלזן הוא **אידיאליסט פוזיטיביסט**. קלזן אומר מאחר וכך לכל אירוע במציאות יש את המושגים שמתייחסים לאותו תחום. דוגמא 3 אנשים עומדים בצומת רמת אביב אחד עו"ד השני מהנדס והשלישי רופא. שלושתם רואים תאונת דרכים. הרופא יגיד הייתה ת"ד קשה 3 נפצעו קשה 2 קל. המהנדס יגיד היו 3 מכוניות נוצר חיכוך וכתוצאה מזה קרתה התאונה. העו"ד יגיד שהמכונית עברה את החוק והיא אחראית לתאונה. אז אומר קלזן אני צריך לבדוק את המושגים שהם רלוונטיים לאותו תחום. אם אני עוסק בפיזיקה, זה מושגים פיזיקאליים אם זה משפטים זה אותם מושגים שיאפיינו את המשפט.