



מחברת בחינה

פילוסופיה של המשפט

מרצה: ד"ר חיים שייץ

הפקולטה למשפטים
תשס"ט

שנה א', מסלול 1

נציגי כיתה: עומרי יוגב וליאור בר עוז

השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד.
אגודת הסטודנטים אינה אחראית לתוכן המחברת.
מחברת זו אינה באה כתחליף להרצאות ותרגולים.
מחברת זו לא באה לפגוע בשמם של המלומדים הנכבדים, אלא כעזר בלבד לתלמידיהם.

זכויות וחובות

זהו המושג המרכזי בעולם המשפט,

מהם זכויות – זכויות הן אינטרסים מוגנים של אנשים כלפי החברה או המדינה או כלפי אנשים אחרים מקובל להניח כי הן מוענקות ע"י נורמות. נורמות אלה יכולות להיות משפטיות או מוסריות מ, את הזכויות המשפטיות ניתן בד"כ לאכוף באמצעות ביהמ"ש. יסודה של זכות באינטרס שלחברה יש להגן עליו, מגנים על האינטרס באמצעות חוקים שונים. האינטרסים הם ברי הגנה שמקבלים את הגנתם מהנורמות.

לדוגמא – חברה א' (ישות משפטית שכשרה לשאת זכויות וחובות) מייבאת סבונים מטיואן בצורה מסוימת, חברה ב' מעתיקה את אותם הסבונים ומשווקת אותם בכל סופר, הסבון מקבל את שם הסופר. חברה א' מפסידה היות וחברה ב' העתיקה והיא משווקת לסופרים את הסבונים הזהים.

*כעו"ד יש לבדוק האם לחברה א' יש עילת תביעה,

לשם כך יש לבדוק את החוק לאור העובדות ולראות האם החוק מקנה לי עילת תביעה.

במקרה שלהלן, עילות פוטנציאליות

1. קניין רוחני (סימן מסחר או פטנט). כדי שתהיה לי עילה זו או שיש לי פטנט או שיש לי סימן מסחר. סימן המסחר יכול להיות הצורה של הסבונים כמו שוקולד פרה (הפרה היא סימן מסחר). זוהי עילה קניינית

2. גניבת עין- כשאני הולך לחנות ורוצה לקנות מוצר מסוים לדוגמא במבה, אני קונה במבה שונה ממה שרציתי בגלל שהאריזה כל כך דומה לזו שרציתי לקנות. כלומר חיקוי שהוא מאוד דומה למוצר המקור ועל כן הצרכן ירכוש אותו אפילו בטעות. זוהי עילה נזיקית

3. עשיית עושר ולא במשפט- בטענה שעל גב ההשקעות של חברה א' שייבאה את המוצר חברה ב' שהעתיקה תעשה כסף. עילה מעין חוזית

*כעת עו"ד מברר איזה מהעילות הפוטנציאליות רלוונטיות למקרה,

כדי שתהיה זכות קניינית בקניין רוחני היא חייבת ברישום, לכל מדינה בעולם יש רשם סימני מסחר, רשם פטנטים או טאבו וכשאני רוצה להיות בעל הזכויות עליי לפנות לרשם, במקרה זה לרשם סימני מסחר ואז אני בעל הזכויות ורושם את זה על התוויות. אם כך המקרה הדוגמא לא נרשם סימן מסחר ועל כן עילה מס' לא קיימת.

עילה נזיקית לגניבת עין, במקרה שלנו אין יצרן ספציפי שמזוהה עם המוצר כי חברה ב' שמה בכל סופר שם אחר ע"ש הסופר שמוכר את המוצר. כלומר אין זיהוי של המוצר עם יצרן ספציפי. וצרכן סביר לא יטעה לחשוב שהמוצר של חברה א'.

טענתה של חברה ב' חופש העיסוק,

טענתה של א'-ייצור סבונים זהים, זוהי למעשה עילת עשיית עושר ולא במשפט. כלומר על גב חברה א' חברה ב' עושה כסף, יש גילוי בצורה הזוהי ומכאן חברה ב' אינה תמימה.

עונה חברה ב' – חברה א' הייתה צריכה לרשום את הסבון כסימן מסחר, ובכך שלא עשתה זו חברה א' היא הראתה שזה לא חשוב לה.

*חברה א' מגישה תביעה בביהמ"ש המחוזי, היא רוצה לקבל פיצוי, זוהי תביעה למתן חשבונות ביהמ"ש קובע שעילת התביעה היא עשיית עושר ולא במשפט. על תיק זה הוגש ערעור לביהמ"ש העליון, פס"ד שניתן במחוזי ניתן בעילה מעין חוזית, כתוצאה מפס"ד זה העילה מקבלת שדרוג והופכת לזכות קניינית, כי היא פועלת כלפי כולם מעכשיו, אף אחד לא יוכל לייצר מוצר כזה יותר והחברה בעצם מקבלת זכות קניינית אפילו שלא עמדה בחוק ורשמה את המוצר שלה. העליון אומר שברגע שלא רשמת זכותך עפ"י חוק אל תבוא ותתבע שמישהו פגע בזכותך. בד"כ לאדם שימציא פטנט אין לו עניין בלרשום זאת כי זה מאוד יקר, ועצם הרישום של הפטנט חושף אותו, ואז כבר מקדימים אותך ומחקים את מה שהמצאת. אנשים יעדיפו לקבל הגנה דרך פס"ד שהמחוזי נתן.

פס"ד מדגיש את החיוניות והחשיבות באבחנה בין סוגי הזכויות, קניינית, חוזית, נזיקית. כלומר ישנה חשיבות לדעת את הגדרת ואפיונה של טיבה של הזכות. כשמגבשים עילה יש לבחון מה סיווג הזכות הרלוונטית למקרה שלפניך.

דוגמאות לפס"ד מהעליון:

מקרה פודמסקי בשנות ה-50, אדם נחשד בביצוע עבירה עפ"י החלטת ביהמ"ש היה לעצור אותו עד לחקירה, עו"ד ערער למחוזי על מעצרו, הביאו אותו לביהמ"ש שם אחיו איים על השוטר ששמר על העצור. כשתפסו את העצור בשנית העמידו אותו למשפט בעבירת איום (איום-המאיים על אדם אחר בנזק לגופו, והינו מתכוון במעשה זה שאותו אדם יעשה מעשה שהוא אינו מחויב עפ"י חוק לעשותו או שלא יעשה מעשה שהוא רשאי עפ"י חוק לעשותו) כהגיע מקרה האיום לדיון התברר שהחלטת השופט לעצור את פודמסקי בעבירה הראשונה אותו הייתה מוטעית. כעת פודמסקי המאיים טוען שבכלל צו המעצר לא חוקי והוא גרם לשוטר לפתוח את הדלת הוא גרם לו לעשות מעשה שהיה חייב לעשות, ואין איום. רק במשפט התברר שצו המעצר היה לא חוקי.

בשנות ה-40 הראשונות היו קולטים שידורים בצבע, ובאמצעות מחיקון היו רואים שחור לבן, פוגל רכש טלוויזיה צבעונית, אבל רואה רק בשחור לבן, הוא הגיש בג"ץ נגד רשות השידור כי היא מונעת ממנו להינות מקניינו. פוגל טוען כי בחוק רשות השידור אין סמכות למחוק את הצבע וכשהיא עושה זאת היא פועלת שלא עפ"י חוק

חברת "קל" מטיסה מטענים וגם חברת "אלעל" משרד התחבורה קובע כי יסבסד ל"אלעל" את הוצאות הביטחון, חברת "קל" דורשת לקבל סבסוד גם היא בעילת חופש העיסוק כי ברגע שאני צריך להעמיס על עצמי עלויות והחברה המתחרה מקבלת סבסוד, ישנה פגיעה בתחרותיות.

אדם א' שנפגע במהלך שירותו הצבאי, פונה למשרד הביטחון ומבקש שיכירו בו כנכה צה"ל, ב-1/1/00 התביעה נדחת, כלומר קצין התגמולים מחליט לא להכיר בנכותו כנכה צה"ל. ואי אפשר היה לערער על כך ב-15/01/00 שונה החוק, ונקבע שניתן לערער על החלטותיו, יום אח"כ אותו א' מגיע ערעור, השאלה המשפטית- האם משרד הביטחון קיבל זכות כלשהיא כשקצין התגמולים דחה את התביעה בגלל שאי אפשר לפגוע באופן רטרואקטיבי במה שמשרד הביטחון קיבל. אם יש לי זכות אי אפשר לקחת אותה ממני, אבל אם לא קיבלתי זכות אין בעיה לערער על קצין הביטחון.

23/11/2008 פילוסופיה

המשך משיעור שעבר..

סוגיית הזכויות והחובות,

*היה חוזה ב-1.1.08 לקניית דירה, כעבור שבוע האדם רוצה לרשום בטאבו הערת אזהרה על קניית הדירה, כשהוא בא לבנק הוא מגלה שיומיים אחרי שקנה את הדירה הבנק רשם בטאבו עיקול על הדירה.

* על אותה דירה כעבור כמה ימים הוא מקבל הודעה שמחליטים להפקיע את הבניין שבו הדירה. הסוגיה שיש לבחון היא מה זכותו של הקונה ואיך אני מסווג אותה, לפנינו האפשרויות: זכות קניינית, זכות חוזית.

אם אני אומר שזכות הקונה ברגע שחתם על החוזה היא זכות קניינית זכותו יותר חזקה מהעיקול של הבנק, כי הזכות לעקל היא זכות חוזית. ועל כן זכותו של הקונה חזקה יותר מהזכות החוזית של הבנק.

אם אני אומר שיש לו זכות חוזית אזי זכות העירייה היא חזקה יותר.

המצב המשפטי הנכון במרוץ הזכויות הוא כשהאדם קנה דירה קניינית והחתימה על החוזה היא זכות חוזית ולכן אם הבנק רשם עיקול לפני שהוא רשם את הערת האזהרה לבנק יש עדיפות כי גם לאדם וגם לבנק יש זכות חוזית ועל כן כל הקודם חוזה ואז הדירה מעוקלת. כעת הקונה יגיש תביעה כנגד מוכר הדירה שמכר לו אותה לא ב"תום לב".

מול העירייה מבחינת המשפט הציבורי אני נותן לחוזה הגנה חוקתית ולכן זה נחשב כמו זכות קניינית בגלל שכשאדם חותם על חוזה לרכישת דירה, והמצב החוקי אומר שבמקרה זה אני אתן לחוזה הגנה קניינית מול העירייה שרוצה להפקיע את הקרקע.

ההגדרה של הזכות אינה מושגית אלה תלוית הקשר, בהקשרים שונים הזכות יכולה לקבל תואר אחר או הגדרה אחרת.

פרופ' אופל, בארה"ב ניסה לעשות סדר בהגדרת הזכויות, והבסיס לתיאוריה שלו הייתה התובנה שכל הזכויות קורלטיביות כלומר עומדות האחת מול השנייה. המושג היסודי בתיאוריה – זכות מולו עומדת חובה. בעולם המשפט לעולם אין היקפה של הזכות יכול להיות גדול מהיקף החובה. עפ"י העיקרון זה, מעולם לא יכול להיות מצב בו יש פער. לעומת זאת, מחוץ למשפט יכול להיות שאדם יטען שיש לו זכות אין שום חובה. אם המשפט יגיד שיש לי זכות מסוימת על משהו לאדם אחר יש חובה עליו.

סוגי הזכויות-

זכות הקניין (in rem), הינה פועלת כלפי כל העולם. מאפייניה, כל כולה מוגדרת בחוק הן באשר לאופן יצירתה והן באשר לתכולתה והיקפה. אם אני אומר שלי יש זכות קניינית בדירה המשמעות שהמחוקק קבע איך קונים דירה האופן בה נרכשת הזכות (בנכס במקרקעין צריך מסמך בכתב) ומה כוללת הזכות, איזו זכות יש לי בגין העובדה שקניתי את הדירה. במקרה זכות קניינית-על כל העולם מותרת החובה שלא לפגוע בזכות שלי.

זכות חוזית (in personam) ההבדל המהותי בין זו לזכות קניינית היא קיימת בין בעל הקניין וכל העולם. זכות חוזית קיימת אך ורק בין הצדדים לחוזה, כלומר היא נוצרת בהסכמה ע"י צדדים ומחייבת את הצדדים לחוזה. תפקידו של החוק בזכות החוזית הוא להגדיר את אופן יצירת הזכות אבל לא את תוכן הזכות. המדינה לא תיתן הגנה לחוזה שלא נעשה בדיוק עפ"י האופן שהחוק דורש ליצירת חוזה.

חוזה שכירות, הינו חוזה של בעל זכות קניינית ואני נותן למישהו אחר את זכות השימוש, פירוש הדבר שבעל הזכות הקניינית מאפשר להשתמש בנכסו תמורת סכום מסוים תנאי בסיסי אולטימטיבי זה שהוא צריך להיות מוגבל בזמן, לא יהיה מצב שחוזה לא יהיה מוגבל בזמן. מה שמאפיין את הזכות הקניינית הוא שאם לי יש זכות קניינית אין לאדם אחר זכות נוגדת כי הינה פועלת כלפי כל העולם ולא יהיה מצב שלעוד מישהו תהייה זכות על הנכס, ועל כן אם זכות חוזית בחוזה שכירות אינה מוגבלת אז יש לי גם כן זכות קניינית וזה לא יכול להיות.

האגף השני בתיאוריה חופש, בני אדם יכולים להתנהל באינסוף אופנים התנהגות אנושית בלתי מוגבלת, לכל אדם יש חופש לעשות מה שהוא רוצה הדרך היחידה בה ניתן להגביל את החופש של האדם היא ע"י חוק. כלומר אם מישהו רוצה להגיד לי לא לעשות דבר מסוים יש לי את החופש שלעשות או שלא לעשות ניתן להגביל את החופש אך ורק באמצעות חוק. בפגיעה בחופש דנים בד"כ בבג"ץ אם יש או אין זכות להגביל התנהגות מסוימת.

בפס"ד פודמסקי, נפתור את בעייתו עפ"י התיאוריה להלן, (אדם בורח ממעצר אחרי שאחיו איים בנשק על שוטר, ואז מתברר שצו המעצר לא חוקי), השאלה העומדת בפני ביהמ"ש הינה האם לשוטר היה חופש שלא לשחרר את פודמסקי כי צו המעצר היה בלתי חוקי, וכשאני גרמי לו לפתוח את השער באיום אני למעשה פגעת בחופש שלו? - אם השוטר לא ידע שצו המעצר לא חוקי הוא פעל בנסיבות שהיה לשוטר את החופש להחזיק את פודמסקי במעצר כשבא האח וגרם לשוטר לפתוח את השער הוא גרם לו לעשות דבר שהוא לא היה מחויב לעשות. כלומר אם לשוטר היה חופש = לפודמסקי אין זכות.

בפס"ד בג"ץ נ' רשות השידור, בה אדם קנה טלוויזיה צבעונית בה רשות השידור מחקה את הצבע, האדם מראה שלרשות השידור אין סמכות למחוק את הצבע, עפ"י התיאוריה לאדם יש חופש לראות טלוויזיה בצבע, והוא טוען שפגעו לו בחופש לקבל מידע ואז רשות השידור ביהמ"ש מתמקד בזכות העותר לחופש ואומר שאם העותר לא יראה איזה חופש שלו נפגע הוא מפסיד, השופט בר אומר שלא אם החופש נפגע אלה איזו זכות של אדם נפגעה, ואם ביהמ"ש יגיע למסקנה שאדם לא נפגע כי אין הבדל אם המידע יתקבל בצבע או לא. אלה הדיון הוא בכך שהאם לרשות השידור הזכות למחוק את הצבע. זה גרם לסיטואציה "עותר ציבורי" בא אדם שלא נפגע ועותר בשם הציבור על פגיעה כללית בו, פעילות לא חוקית כלשהי. עפ"י התיאוריה אינני מתמקד בשאלת החופש אלה בשאלת האין זכות.

ההבדל בין חופש העיסוק לזכות העיסוק-

* חופש העיסוק לא עומד מול זכות על כן אם אני רוצה לעבוד בעבודה מסוימת אף אחד לא יגביל אותי אלה עפ"י חוק. אבל אם מישהו רוצה לעבוד במקצוע מסוים אומר החוק שהוא צריך לקבל הסמכה. כל אדם יעשה מה שירצה ובלבד שאין בחוק הגבלה של אותה זכות.
*זכות העיסוק- אם לי יש זכות לעסוק בדבר מסוים יש חובה להעסיק אותי. לדוגמא, לאישה בהריון החוק אומר שאתה חייב להעסיק אותה ולא תוכל לפטר אותה .
בפס"ד נחמני ביהמ"ש העליון התבלבל בין חופש ההורות ובין הזכות להורות, כביהמ"ש אומר שיש זכות להורות פירוש הדבר שמישהו חייב לספר לה הפריה, אבל באמת יש פה חופש להורות כי במדינה אי אפשר להגביל את החופש להורות אלה בחוק.
כשאני מדבר על הזכות להורות התוצאה היא שיש אפשרות להשתמש בביציות המופרות כשאני מדבר על החופש להורות התוצאה היא שיש אפשרות לא להיות הורה.

במקרה של חברת קל שרצתה לקבל סיפסוד וטענה על פגיעה בחופש העיסוק, עד אז היא ברור שחופש יכול להקנות עילה רק כשמישהו פוגע ממש בחופש

30/11/08

פילוסופיה של המשפט

אגף הזכויות המהותיות – טבלת הופנדר:

קבוצה א':

זכות <----- חובה
חופש <----- העדר זכות

קבוצה ב':

כוח <----- כפיפות
חסינות <----- העדר כפיפות

בגדרה יש בית דירות ובבית הדירות למטה יש מכולת. בעל המכולת החליט שהוא רוצה להעמיד בכניסה לחנות מכשיר וידיאומט. הדייר שגר בקומה השנייה טוען שהרעש של האנשים שבאים בלילה להחליף סרטים מפריע לו. הוא הולך לביהמ"ש ודורש שבעל המכולת יסלק את הוידאומט. מבחינה משפטית לבעל הדירה יש זכות ליהנות משימוש ראוי בנכס שלו, מבוסס על זכות הקניין. זכות הקניין היא במשמעותה בין היתר זכותו של אדם ליהנות מקנינו מבלי שיפריעו לו, בלי רעש והפרעות בסגנון.
בעל המכולת טוען שיש לו חופש, אם הוא רוצה למכור וידאו מטים יש לו את החופש לעשות כך. בעל הדירה מנצח בתיק – זכות הקניין היא יותר חזקה מהחופש. ולכן ביהמ"ש ברחובות קבע שהזכות הקניינית של בעל הנכס היא יותר חזקה מהחופש של בעל המכולת ולכן ביהמ"ש נתן הוראה לסלק את הוידאומט.
הפתרון הוא שבעל המכולת יכול לשים את הוידאומט אצלו בתוך החנות ולאפשר לאנשים בלילה להיכנס לתוך המכולת (וישאר להם מפתח).

טבלת הופנדר:

יש לנו כוח ומולו יש כפיפות

יש לנו חסינות ומולה העדר כפיפות (או העדר יכולת).

בגדול המשמעות של הטבלה הזאת היא היכולת ליצור שינויים באגף השני (העליון). כלומר זהו המכשיר שבאמצעותו אני יוצר שינוי באגף השני.

כוח וכפיפות:

כשאנחנו מגישים כתב תביעה אנחנו למעשה מפעילים כוח. עצם הגשת כתב התביעה יצרה איזה שהוא שינוי במערך הזכויות והחובות? עצם הגשת כתב התביעה עוד לא עשה כלום, בסך הכול

הפעלת כוח. הגשת כתב התביעה למעשה יוצרת ת הפוטנציאל לשינוי במערכת החובות והזכויות שבאגף העליון. השינוי ייוצר כשיהיה כשפס"ד ייקבע למי שייכת הזכות אז למעשה ייוצר שינוי בטבלה העליונה.

מה המשמעות של הכפיפות?
ברגע שאנחנו מגישים תביעה אנחנו למעשה מפעילים כוח מול הפעלת הכוח שלנו ישנה כפיפות, משמעותה של הכפיפות היא שזה שעומד מולנו צריך להגיש כתב הגנה. ואם הוא לא יגיש כתב הגנה, לא יהיה דיון משפטי. רק הגשת כתב הגנה תצריך דיון משפטי, ואז ייגרם השינוי במערכת החובות והזכויות.

צוואה היא הפעלת כוח.
בזמן שאדם עורך את הצוואה לא קרה שום דבר באגף העליון. לאחר שאדם כתב צוואה ונפטר הנהנים מגישים בקשה לקיום הצוואה, כשביהמ"ש מחליט לקיים את הצוואה פירוש הדבר שייוצר השינוי במערכת החובות והזכויות.

נניח שאדם רוצה למכור דירה, אבל מאחר והוא אדם עסו הוא נותן לעו"ד ייפוי כוח למכור את הדירה. מה יש לעו"ד, איפה הוא נמצא בסיפור? ייפוי כוח פירוש הדבר שהבעלים של הזכות הקניינית נתן לעו"ד את הפוטנציאל את הכוח לבצע את שינוי בזכות שלחו בדירה. אפילו כשהעו"ד חותם בשמו על ההסכם, אין לו אף פעם זכות. כשהעו"ד מכר את הדירה על פי ייפוי הכוח פירוש הדבר שהוא למעשה אפשר את השינוי בטבלה הימנית כעת הלקוח שלו יקבל את הזכות הקניינית.
הרשות היא למעשה מתן כוח.

חסינות והעדר יכולת (או כפיפות):

נניח שאדם נתן למישהו הלוואה, הוא לא מימש אותה במסגרת שבע שנים. כלומר הוא לא השתמש בכוח במשך שבע שנים, הוא לא הפעיל כוח – לא תבעתי את הלוואה. עברו שבע שנים והלוואה לא נתבעה אז יש לנו התיישנות.
התיישנות היא סוג של חסינות – התיישנות פירוש הדבר שאי אפשר להפעיל כוח. החוק אומר שאם אנחנו רוצים לתבוע זכות מסוימת אתה צריך לעשות את זה בתוך 7 שנים. אם לא תבעת את זכותך בתוך 7 שנים אין באפשרותך לעשות את זה.

כשאומרים "אין לי כוח לתבוע את הלוואה" – לא נאמר בזה שאין לי את הזכות לתבוע את הלוואה. אם הזכות לא התממשה בתוך 7 שנים ללווה יש חסינות והמלווה נמצא במצב של העדר יכולת, הוא לא יכול לתבוע את הכסף. אבל זה לא אומר שאין לאדם זכות לכסף.
חוק התיישנות אומר – אם אתה רוצה שהמדינה באמצעות ההוצאה לפועל תעזור לך לגבות את החוב, המדינה מאפשרת לך להגיש תביעה או להפעיל את הכוח תוך שבע שנים. אפ לא עשית כך בתוך שבע שנים המשמעות היא שהמדינה באמצעות ההוצאה לפועל לא תעזור לך. אבל זה לא אומר שהחוב לא קיים.

טענת קיזוז – נניח שלוותי מאדם אחר כסף, 5000 דולר. הוא עכשיו מגיש נגדי תביעה על 5000 דולר, בכתב ההגנה אני כותב שאני חייב לו רק 4000 כי 1000 נתתי להוא בתור הלוואה. כשאדם אומר אין לי כוח פירוש הדבר שאני לא יכול לתבוע אותו אבל אין סיבה שאני לא ייטען טענת קיזוז כטענת הגנה.
ההתיישנות באה ואומרת שאם אדם חייב לך 1000 דולר אתה חייב לתבוע את זה תוך 7 שנים אם לא עשית כך לא יתאפשר לך באמצעות ביהמ"ש לקבל את הכסף – כלומר לא תוכל להפעיל כוח, אבל זכות יש לך.

לדוגמא- לחבר כנסת יש חסינות.
מה זאת חסינות של ח"כ – חבר של ח"כ כנסת פירוש הדבר שאתה לא יכול להפעיל כוח נגד חבר כנסת כי יש לו חסינות, אי אפשר להגיש נגדו תביעה בנושאים מסוימים כל עוד הוא חבר כנסת ואתה נמצא במצב של העדר יכולת.

ב- 1.1.2000 הוגש כוח, החייל הגיש תביעה נגד קצין התגמולים.

ב-15.1.2000 ניתנה החלטתו של משרד התגמולים שאומרת שמשרד הביטחון לא חייב לשלם תגמולים לחייל.
בתאריך הזה אי אפשר היה להגיש ערעור, כלומר בתאריך הזה משרד הביטחון קיבל חסינות שמשמעותה שמשרד הביטחון לא חייב לשלם את הכסף ושלא ניתן יותר לתבוע אותו.
חסינות היא גם זכות, כי בזכותה אני לא חשוף יותר להפעלת כוח.
ב-20.1.2000 כשתוקן החוק זה לא יכול לחול באופן רטרואקטיבי. לא ניתן לפגוע בזכויות באופן רטרואקטיבי. ולכן עם כל הכבוד לחייל הוא לא יכול להגיש ערעור.

דוגמא נוספת:

בניח שב-15.1.2000 כשניתנה ההחלטה של קצין התגמולים ניתן לערער בתוך 30 יום, הערעור הוא הפעלת כוח. ב-30.1.2000 תוקן החוק ואפשר לערער תוך 45 יום כלומר האריכו את תקופת הערעור. בזמן שניתן פס"ד אפשר היה לערער 30 יום וב-30.1.2000 האריכו את תקופת הערעור.

ב-16.2.2000 החייל הולך ומגיש את הערעור. אם ההחלטה ניתנה ב-15.1.2000 ובזמן ההחלטה היה ניתן לערער 30 יום. הזכות של משרד הביטחון התגבשה ב-15.2.2000, רק אחרי ה-15.2.2000. עד התאריך הזה היה קיים הכוח של התובע לערער על ההחלטה הזו, משרד הביטחון היה חשוף להפעלת כוח התובע רק ל-30 יום, מכיון שאין פגיעה רטרואקטיבית בזכויות.

סגל נ' אסם תעשיות מזון בע"מ

מעשה שהיה כך היה - עובדי אסם כמו כל עובדי תעשיית המזון הם עובדים בהסכם קיבוצי, ההסכם הקיבוצי אומר שכאשר המעביד רוצה לפטר איזה שהוא עובד יש איזה שהיא וועדה, והוועדה הזו היא מהווה איזה מין בורר לצורך פיטורי עובד על פי הסכם קיבוצי.
חברת אסם החליטה לפטר את סגל ואז התנהל דיון משפטי בין אסם ובין ארגון העובדים היציג שמייצג את כל עובדי אסם. אדון סגל לא מצא חן בעיניו פסק הבוררות כי פסק הבוררות קבע שאסם היו רשאים לפטר אותו על פי הנסיבות. אדון סגל הולך ומגיש בקשה ומבקש לבטל את פסק הבוררות, סעיף 24 לחוק הבוררות קובע שביהמ"ש רשאי על פי בקשת בעל דין לבטל פסק הבוררות. כלומר על פי החוק אם בורר נתן החלטה אחד מהצדדים לבוררות יכול להגיש בקשה למחוזי כדי לבטל את הבוררות וזה מה שאדון סגל רוצה לעשות.
הבעיה של אדון סגל היא שהוא לא צד לבוררות, הנושא של הבוררות זה אכן אדון סגל אבל הוא לא צד. הצדדים הם ארגון העובדים היציב ואסם.
על פי החוק אם אתה לא צד לבוררות אתה לא יכול לבקש לבטל את פסק הבורר.
הבקשה לביטול פסק הבורר היא הפעלת כוח, והתוצאה של הפעלת הכוח היא שביטול פסק הבורר ואז לאדון סגל יש זכות להמשיך לעבוד באסם.

השאלה שעמדה לדיון בבהמ"ש העליון היא האם יכול להיות מצב שאדם יפעיל כוח מבלי שיש לו זכות? כלומר לסגל אין זכות כי הוא לא צד לבוררות, השאלה שעלתה לדיון בבית הדין הארצי לעבודה - האם יכול להיות מצב האם לאדם יכול להיות כוח ממבלי שיש לו את הזכות.

השופט אלישבע ברק בפס"ד מסתכמת על בעלה ואומרת שהיום כדי שאתה תגיד בג"צ אתה לא צריך שתהיה לך זכות. כלומר אתה לא צריך ולהראות איפה אתה באופן אישי נפגעת, אם יש מצב של צדק או של אינטרס שלך שנפגע גם אם אין לך זכות את לא צריך להפעיל כוח. אתה לא צריך להראות זכות אלא אינטרס בתוצאה. במקרה שלפנינו בטח שלסגל יש אינטרס בתוצאה. בית הדין לעבודה אמר שאדון סגל לא יכול להגיש את הערעור, מכיון שאדון סגל היה צריך לממש את הכוח שלו באמצעות ארגון העובדים, בית הדין לעבודה אומר שאדון סגל במקום לפנות לבית הדין לעבודה היה צריך לפנות לארגון העובדים היציב שיגיש את התביעה במקומו. למה? כי אם כל אדם היה יכול להגיש תביעה בעצמו על אף שהוא מיוצג על ידי ארגון עובדים, הייתה לו אפשרות בעצם לממש את הכוח שלו על ידי ארגון העובדים היציב והוא לא צריך לממש אותה בעצמו.

היה מקרה שאדם הלך למשטרה והתלונן נגד ראש העיר בחיפה, שראש העיר הוא מושחת. והתקיים דיון משפטי והוגש כתב אישום נגד ראש העיר, מה שקרה תוך כדי הדיון המשפטי ניתן פס"ד ובו כתבו שגור- אל (ראש העיר) זכאי ושאדון שימרינסקי (התובע) העד הוא שקרן ורמאי. אדון שימרינסקי הולך ומגיש ערעור נגד ההחלטה של ביהמ"ש ונגד פס"ד שכתוב הו שהוא שקרן ורמאי, אך ביהמ"ש לא יכול לקבל את הערעור כי אדון שימרינסקי הוא רק' עד והוא לא צד למשפט הצדדים הם מדינת ישראל וראש העיר. שימרינסקי הלך לבג"צ, הפעיל כוח על בסיס

הזכות הפגיעה בשם טוב שביהמ"ש פגע בו. מה אומר השופט ברק בביהמ"ש? הוא אומר שהדברים של ביהמ"ש הם לא פגעו בזכות של אופנדיינית (על פי טבלת הופנד) של שימרינסקי. 07/12/2008 פילוסופיה

המשך משיעור שעבר..
תיירים נותנים יפויי כוח לעו"ד, האם עו"ד צריך לשלם מע"מ על הטיפול בהם .
כשאני אומר שלמישהו יש כוח , כוח זה זכות , הוא פועל לזכותם של התיירים , ועל כן שאני אומר שאדם צריך לשלם מע"מ על נכס כי נכס כולל זכות אז גם כוח זה זכות , החוק במקרה זה מדבר על זכות ולכן בא מע"מ ואומר שגם כשעורך דין מעיל כוח הוא מפעיל זכות וזכות היא ההגדרה של נכס ועל כן עו"ד צריך לשלם מע"מ.
טענת העו"ד אומרת שהזכות המהותית היא זכות עליה צריך לשלם מע"מ ולא אמורים לשלם על זכות פרוצדוראלית של הפעלת כוח.
למעשה כוח הוא מהותי במקרה דנן כי הוא דבר מהותי בלי קשר לזכות כלומר אם מתקיים המשפט ועו"ד יפסיד את התיק אם ביהמ"ש ידחה את התביעה הוא יאמר לתיירים הללו שאין להם זכות מהותית אבל הכוח כן קיים והכפיפות קיימת זאת אומרת שניתן להבדיל בין הזכות המהותית להפעלת הכוח. אז בא מס הכנסה ואומר שהכוח כשלעצמו עניין מהותי וזכות עצמאית עובדה שעו"ד הפעיל כוח מבלי שהייתה לו זכות מהותית.
כוח הוא דבר עצמאי , ואם הוא עצמאי אז זו זכות עצמאית וצריך לשלם עליה מע"מ. עובדה שאני יכול להפעיל כוח בלא זכות מהותית ממשית.
העו"ד טוען טענה נוספת , הזכות המהותית היא לקבל פיצויים הזכות נמצאת פיזית אצל התיירים אפשרה שהם נמצאים ועל כך אומר העו"ד שאם הזכות המהותית נמצאת איתם במדינה אחרת אז ה"נכס"(הזכות) במדינה אחרת ועל כן הוא לא צריך לשלם מע"מ, אם הפעלת הכוח נעשית בישראל אז הזכות המהותית הולכת אל המקום שבו הופעל הכוח לכאורה התיירים יכולים להגיש את התביעה בספרד אבל הם מגישים תביעה בארץ , הזכות נמצאת בחו"ל אבל הכוח מופעל בישראל וברגע שהתיירים מחליטים להפעיל כוח בישראל הזכות המהותית הולכת אחרי הכוח ואז גם אם לפי שיטה בה הזכות הפרוצדוראלית היא לא זכות בפני עצמה זה לא עוזר לעו"ד כי הכוח מופעל בישראל ואיתו גם הזכות המהותית, ביהמ"ש אומר שברגע שהתיירים מגישים פה את התביעה הזכות הולכת אחרי הכוח, ואז מכל כיוון עו"ד משלם מע"מ על שכר הטרחה שגבה או בגלל שכוח הוא מהותי או בגלל שהזכות הולכת אחרי הכוח.
כוח תמיד יש גם אם יש זכות או לא עדיין כוח יש להם כי עובדה שהפעלתי כוח מבלי שהייתה לי זכות מהותית.

תקדים

המנדט החל ב1922 בא"י , ולאחר שהגיעו הבריטים הם מחליטים להשאיר המשפט שהיה בתוקף בישראל באותו זמן היה עותומאני והאנגלים השאירו אותו בתוקף בכפוף לשינויים בארץ ב1948 הקמת המדינה באו ואמרו שלא ישנו את המשפט הקיים אלה ימשיכו אותו , ובסעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט נתנו תוקף למשפט העותומאני והאנגלי , בעקבות זה ישבו בתי המשפט ופסקו במשפטים לפי המשפט המשתנה באנגליה. ואז ב1980 חוקקו חוק שלמעשה ניתק את המשפט הישראלי מהמשפט האנגלי והחוק נקרא חוק יסודות המשפט – זה אומר שמבטלים את הזיכה למשפט האנגלי ובנוסף ר"אה ביהמ"ש שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה בהלכה פסוקה או בדרך של היקש יכריע בה לאור עקרונות החירות הצדק והשלום של מורשת ישראל" מה שהחוק אומר זה שאנו מתנתקים מהמשפט האנגלי ואם ביהמ"ש ימצא שאלה ללא תשובה באמצעים הנ"ל ביהמ"ש יפנה למורשת ישראל. חוק זה הוא למעשה חוק שמטפל בלאקונה- חסר . החוק מלמד אותנו מהם המקורות של המשפט הישראלי ומה יעשה שופט בהתמודדות עם שאלה משפטית מה מדרג האופציות שעומדות בפני ביהמ"ש. מהלכה להיקש ומשם למשפט העברי.

הלכה פסוקה / תקדים

תקדים פירוש הדבר הוא ההנחה שאם ישנה מערכת עובדות זהה במקרה אחד וביהמ"ש נותן פתרון למקרה אני רשאי להניח או לצפות שבמקרה אחר בו מערכת עובדות דומה או זהה ביהמ"ש יתן את אותו הרעיון, זו הסוגיה העיקרית אותו יוצר התקדים , נוצרת יציבות ואחידות בשיטה המשפטית ע"י זה שאני אתן פתרונות דומים או זהים למקרים קרובים . תקדים פירושו כיצד פס"ד שניתן במקרה א' משפיע על מקרים ב' ג' ד' וכו' . בעניין התקדים ישנו חיסרון מסוים והוא שבתי המשפט בערכאות הנמוכות וגם העליון כשבאים להתמודד עם תיק מסוים הם אינם הולכים לחוק הם הולכים לתקדים ומחפשים מהם המקרים לפני כלומר לא הולכים לחוק כי הוא פחות מעניין מהאופן בו ביהמ"ש העליון מפרש את החוק ולמעשה שיטת התקדים מנתקת את ביהמ"ש מהמחוקק ומכפיפה אותו לבתי המשפט שמעליו. את שיטות המשפט בעולם אפשר לחלק לשני קבוצות יש שיטות משפט שבאות

ואומרות אין תקדים מחייב, כלומר לעולם פסיקה של בית משפט אחד לא תשפיע על בית משפט אחד ובכל מקרה השופט ילך לחוק והשופט יבדוק כל מקרה לגופו לדוגמה בצרפת ובגרמניה. יש שיטה שנייה שאומרת שכל הערכאות כפופות לתקדימים של הערכאות הנמצאות מעליהם, באנגליה אפילו בית הלורדים כפוף לתקדימים של עצמו. וגם בישראל שיש שיטת תקדים מחייב. ההבדל המהותי בין השניים נמצא בנקודת המוצא הפילוסופית של מי שאומר שאין צורך בתקדים מחייב, כל שופט ייתן פס"ד איך שהוא מבין את החוק ולא תהייה יציבות אבל אם אני טוען שכל שופט בהסתמך על החוק יגיע לאותה תוצאה אני לא צריך תקדים מחייב. כי החוק שיופעל בכללי פרשנות דומים יביא לתוצאה זוהי. ומעבר לכך כדי שסיטואציה כזו תקרה צריך מערכת סגורה שמקיפה את כל החוקים. אבל אם אני מניח שאם כל שופט באופן עצמאי יגיש אל החוק ויפרש אותו על פי שיקול דעתו יש חשש שהשיטה המשפטית תתפזר ועל כן ישנו תקדים מחייב. השיטה בישראל אומרת שכל בית משפט כפוף להלכות של העליון אבל העליון אינו כפוף להלכות שלו והעליון אינו מחויב לעצמו. מוסיף החוק ואומר שפס"ד של מחוזי מנחה בתי משפט של ערכאות נמוכות יותר.

מעשה שהיה כך היה, היה מקרה במחוזי של אדם שנהרג בתאונת עבודה, משפחתו מגישה תביעה נגד המעביד וחברת הביטוח. השופט אומר לצדדים שהאדם נפטר ועל כן ברור שמישהו ישלם על הנזק והוא מציע פשרה שישלמו את הכסף למשפחת העיזבון והשופט ינהל את התיק בין המעביד וחברת הביטוח על חלוקת האחריות בין השניים, המשפחה יצאה מהתיק והדיון המשיך בין השניים, זמן קצר אחרי שהייתה הפשרה העליון נותן החלטה "הלכת השנים האבודות", החלטה זו אומרת שאדם היה כשיר בעת שנפטר ואילו הוא לא היה מת היה יכול להמשיך ולעבוד עד גיל הפנסיה כלומר התלויים בו משפחתו היו יכולים להמשיך לקבל את שכר העבודה שלו עוד שנים רבות, ביהמ"ש מכיר בתקופה זו ועושה מהפכה שמגדילה את התביעות במיליונים כי התלויים זכאים לקבל את ההכנסות של האדם אם לא היה מת. הלכה המשפחה והגישה בקשה לתיקון כתב תביעה בעקבות הלכת השנים האבודות, לפי פס"ד החדש. ביהמ"ש לא הסכים לתת לתיקון והתיק הגיע לעליון שם עלתה השאלה האם ניתן או לא ניתן לתקן את כתב התביעה ולאפשר למשפחה לתבוע, אם כך השאלות שעמדו לדיון בביהמ"ש העליון:

- א- תכולת התקדים, פירוש הדבר האם תקדים של העליון מוחל באופן רטרואקטיבי, או מכאן והלאה פרוספקטיבית
- ב- האם ניתן לפתוח הסכם פשרה למו"מ חדש בהנחה שניתן להכיל תקדים באופן רטרואקטיבי,

אם אומר שכל מה שביהמ"ש העליון עושה בהלכת השנים האבודות זה פירוש המילה נזק לפקודת הנזיקין אם זה רק פירוש זה חל באופן רטרואקטיבי כי ביהמ"ש מפרש מזה נזק, ועל כן פעולת הפרשנות תחול באופן רטרואקטיבי אבל אם אני אומר שביהמ"ש קובע משהו חדש אז הוא לא יחול באופן רטרואקטיבי. בפס"ד אטינגר אומר ברק שיש הבדל מהותי בין חוק לתקדים כי חוק חל מהרגע ואילך ואינו פוגע בזכויות רטרואקטיביות כי החוק מייצר נורמה חדשה. אבל אם מדובר בתקדים הוא אינו מייצר נורמה חדשה, היא אינה משתנה. מה שמשתנה זה הפירוש של המילה נזק ולכן הפירוש יחול גם באופן רטרואקטיבי. במקרה דנן מתנה ההגדרה של פיצויים. אם נלך עפ"י דעת ברק באופן עקרוני המשפחה זכאית לפיצוי הלכת השנים האבודות אבל ביהמ"ש העליון אינו מאפשר לתקן את כתב התביעה כי היה הסכם פשרה והתיק נגמר מבחינת המשפחה. אילו הייתה המשפחה מסרבת לפשרה הייתה מתבצעת הרטרואקטיביות.

מה קשה על הקביעה של העליון שפס"ד בעניין הלכת השנים האבודות באופן רטרואקטיבי, באה חברת הביטוח ואומרת אני ביטחתי את המעביד, כשאני חישובתי את הפרמיה לביטוח אני יוצא מתוך הנחה מהם הסיכונים שאני חשוף אליהם אם הייתי יודע שיבוא יום ואני עלול לשלם על אובדן השנים האבודות הייתי מגדיל את הפרמיה כי הסיכון הוא יותר גבוה ועל זה אומר ביהמ"ש השופט ברק שבכל מקרה פס"ד חל רטרואקטיבית אלא אם משכנעים את ביהמ"ש שבנסיבות מסוימות הנזק הוא גדול שביהמ"ש לא יחיל אותו. כלומר אפשר לשכנע את ביהמ"ש העליון שיש צדק להכיל פס"ד באופן זה. השופט חשין אומר שכל פס"ד חל מכאן ואילך חוץ מאותם מקרים שמשכנעים את ביהמ"ש העליון שיש להכיל אותו.

14/12/2008 פילוסופיה

המשך משיעור קודם...
שיטות לתקדים

בשיטה הראשונה - תקדים מחייב לא יתקיים, כאשר אני יוצא מתוך הנחה שכל שופט יגיע לאותה מסכנה אם יבוא ויפרש את החוק, לדוגמה חוק הטרדה מינית, כאשר סוגיה זו מגיעה לביהמ"ש הוא צריך לקבוע.

בשיטה השנייה - ביהמ"ש אמור לקבל ראיות בנוגע להטרדה מינית ולהחליט אם הייתה הטרדה מינית או לא הוא לא אמור לקבוע מהי הטרדה מינית, מושג זה צריך לקבוע בחוק. בשיטת משפט בה החוק מדבר באופן ברור, תפקיד ביהמ"ש היא לקבוע אם הייתה או לא עבירה על החוק אבל כביהמ"ש מדבר במושגים עמומים יוצא שהוא גם ממלא את תוכנו של החוק. מאחר ויש כמה אפשרויות להגדיר מהי הטרדה מינית אז בסופו של דבר האלטרנטיבה שייקבע ביהמ"ש הופכת להיות הנורמה על פיה אסורה הטרדה מינית וזה יהיה התקדים שבעתיד יהיה מחייב את כל בתי המשפט.

במדינת ישראל שיטת התקדים היא שיטה משולבת, עפ"י חוק במדינת ישראל כל פס"ד של ביהמ"ש העליון מחייב, חוץ מאשר את ביהמ"ש העליון עצמו, הוא ראשי לשנות תקדימיו, ויש גם תקדים מנחה – כבית משפט מחוזי נותן פס"ד זה ינחה את בתי המשפט בערכאות הנמוכות יותר.

המחוקק משתמש במונח **הלכה פסוקה, לעומת תקדים מחייב** בו אנו משתמשים. השינוי שבין תקדים להלכה פסוקה, ביהמ"ש נותן פס"ד לתוכנו יש כמה אפשרויות, אפשר לפרש את החוק בכמה אופנים, העליון מפרש באופן מסוים הוא נותן תקדים. יש אפשרות אחרת למשל בעבירת ביגמיה העליון קובע שמי שעובר עבירת ביגמיה צריך להיכנס לכלא, שופט מחוזי יכול לא להסכים ואז יש הלכה פסוקה כי ביהמ"ש לא מחדש סעיף בחוק אלה קובע קריטריון לענישה, וזהו עניין רחב, ועם כל הכבוד לדעתו של המחוזי זו לא סמכותו והעליון קבע על כן זו הלכה פסוקה. המחוקק הישראלי הולך במשמעות להלכה פסוקה.

כל פס"ד שנותן העליון הוא הלכה פסוקה וכולם כפופים לה, כמובן שזה כולל גם תקדימים שאלו הם חידושים משפטיים שיוצאים מהעליון.

בנוסח החוק מתגלה שהחוק אומר שכל בתי המשפט כפופים לתקדימים של העליון, השאלה המתעוררת היא מה לגבי הערכאות השיפוטיות שהם לא בתי משפט, בתי דין למיניהם, והאם גם בתי דין רבניים או עבודה כפופים להחלטות העליון, לדוגמה כאשר בית דין רבני מגיע להחלטה בקשר לרכוש בד"כ יש עדיפות לבעל האישה תוכל ללכת ולהגיש בג"ץ שהיא טוענת בו שבית הדין הרבני פוגע בעקרון השוויון אותו העליון קיבע כערך על חוקתי, הרבני יאמר שאינו כפוף לעליון, והוא מוסמך לפסוק עפ"י ההלכה.

על כן האם בתי הדין כפופים לעקרון השוויון, וכיוצא בזה לתקדימים של העליון? תשובתו של ברק נבנית על כך, אם כוונת המחוקק היא שבתי הדין לא כפופים לפסיקת העליון אז לא היו מאפשרים לפנות לבג"ץ, ובכך שמאפשרים זאת המשמעות היא שהמחוקק רוצה שהפסיקה של בג"ץ תהיה כפויה גם על בתי הדין. המשמעות היא שכל פס"ד שנותן העליון מחייב את כל הערכאות. גם אם הם בתי דין, או משפט או כל ערכאה שהיא מחויבת לתקדימי העליון.

משמעותו של פס"ד מנחה,

פסקי דין של מחוזי מנחים את הערכאות הנמוכות יותר, משמעות מנחה הינה שכל אזרח בישראל יסתמך על אותה הגשה שהמחוזי קבע שהיא בסדר, כל עוד לא מוגש ערעור לעליון על פס"ד כלשהו אז הנורמה במחוזי היא מחייבת וכל מי שיפעל עפ"י אותה נורמה הוא בסדר וכל אחד יכול להסתמך על החלטת המחוזי.

במקרה שהעליון נותן פס"ד, ואח"כ המחוזי נותן פס"ד מנוגד לעליון אז פס"ד הזה יתבטל, אם לדוגמה השופט ובאי כוח הצדדים לא יודעים שיש תקדים בנושא בעליון אחרי שנגמר התיק, אפשר להגיש ביטול בגלל תקדים העליון חזקה עליהם לדעת על התקדים, ההנחה היא שהתקדים ידוע ומחייב.

בפס"ד מנחה אם אני צד למשפט ומוצא פס"ד לטובתי המשמעות שביהמ"ש השלום צריך להתייחס לפס"ד זה אבל לא חייב לפסוק לטובתו, או לדעת אותו.

מהו התקדים,

למעשה מי שמחליט מהו התקדים הוא ביהמ"ש שיצטרך או אמור להשתמש בתקדים, כלומר אם מחוזי מקבל סוגיה לזו הנידונה בעבר בעליון, המחוזי צריך להחליט מהו התקדים כלומר אותו בית משפט אליו יבואו עם שאלה דומה הוא זה שיצטרך להחליט מה היה התקדים של פס"ד הנידון. העליון לעולם לא קובע את תוכן התקדים, יבוא בית משפט שאצלו ירצו ליישם את התקדים והוא יחליט מהו התקדים של פס"ד שנידון בעבר בעליון ויפסוק על פיו בפס"ד שלו עצמו.

לדוגמא, היה מקרה של הדסה טיפל ביולדת לה היה תסחיף כעבור חצי שעה שכתוצאה ממנו נפטרה, במשפט בעליון נקבע שהדסה צריך לפצות את היולדת בסכום של 4 מליון. התקדים הוא שכאשר יולדת מקבלת תסחיף משמעות הדבר שביה"ח התרשל ויש לשלם פיצויים. מתעוררת שאלה מה קורה כאשר מתברר שיש תסחיף כעבור 8 שעות ולא כעבור חצי שעה, יגיע התיק לבית משפט המחוזי ידון בתביעה ויגיד האם יש הבדל בזמן בין השניים והמקרים שונים, המחוזי קובע מהו התקדים במקרה הראשון והאם יש פונקציה לזמן בכלל, ומכאן שבעצם המחוזי מגדיר את התקדים שניתן בעליון בעבר. העליון כביכול יוצר תקדים מחייב אבל הוא לא זה שקובע מה התקדים אלה מי שקובע הוא המחוזי כשיבוא אליו מקרה דומה.

זיהוי/חליצת התקדים

לשם חילוץ התקדים למשל בדוגמא להלן, יש לבדוק את עובדות המקרה החדש לעומת הישן ולקחת ממסכת העובדות את העובדות הרלוונטיות על פיהן העליון הגיע לתוצאה, לדוגמא הלידה הייתה בשעה 10 בבוקר זה לא רלוונטי אבל אם הייתה תאונת דרכים השעה רלוונטית אם הייתה בלילה הייתה בתנאים מוגבלים, על כן המחוזי צריך לבדוק על מה מסתמך העליון כשמגיע להחלטה שיוצרות את התקדים. הוא מסנן את העובדות שאינן הכרחיות כדי להגיע לתוצאה. לאחר מכן פעולת אבחנה- המחוזי מגדיר את העובדות של המקרה שלו, ואז שואל האם חרף העובדה שיש כמה עובדות שונות במקרה הספציפי לעומת המקרה העליון עדיין רלוונטי התקדים לגבי המקרה במחוזי.

כלומר כיצד משפיעה ההחלטה במקרה הראשון משפיעה על המקרה השני. זוהי אבחנה. ישנה בעייתיות במקרים כאלה, לדוגמא ג'יפ נוסע במהירות 80 קמ"ש תוך כדי הנסיעה פוגע באדם נקבע שהנהג צריך לשלם פיצויים לאדם שנפגע. לעומתו רכב במהירות 40 קמ"ש פוגע באדם. לתקדים שתי אפשרויות, בכל מקרה של נהיגה מעבר למותר בחוק יש רשלנות או בכל מקרה שאדם נוהג ברשלנות, כלומר לא משנה המהירות שלו. אי אפשר להגיד שהתקדים הוא שבכל מקום בו נהג התרשל הוא צריך לשלם פיצויים כי זה החוק בעצם, אם גרמת נזק שילמת פיצויים. התקדים צריך לכלול יותר עובדות כדי שתהיה משמעות מעבר למה שמובן מתוך החוק.

התקדים הכי מפורסם בהיסטוריה, פס"ד *dongyum v. stevenson* אישה מקבלת בפחית בירה חרקים ימיים, ועלה שאלה מי חב את חובת הזהירות. היצרן טוען שאינו קשור ומהרגע שהבקבוק יצא עד לפאב עבר זמן ואי אפשר לצפות מקרה כזה. בעל המקום אומר מה אני יכול לצפות זה בקבוק סגור ואטום זה מקרי שהיא קנתה את הבקבוק אצלי, התעוררה השאלה מי אחראי לנזק, מושג יסודי בנזיקין הוא מבחן הצפיות. לורד אתקין, אומר ששכנך הוא מי שהיית צריך לצפות שתזיק לו.

נשאלת השאלה מתי ביהמ"ש העליון יסטה מתקדימיו, העליון אינו כפוף לתקדימים של עצמו אבל כל עיקרון התקדים המחייב נועד כדי לאפשר יציבות אנשים מסתמכים על פסקי דין של העליון, ישנה מגמה ברורה שלא משנים את התקדימים.

אחד המקרים בו העליון שינה את תקדימיו, חברה א' מייבאת לארץ קונטיינר מתברר שהוא נפרץ וריקנו אותו, המטען היה מבוטח ע"י חברה ב' חברת ביטוח. חברה ב' פיצתה את היבואן ושילמה לו עפ"י הערכת הנזק \$ 1000, והיא שילמה לו עפ"י ש 3500. כשהמבטח משלם את הנזק היבואן נותן לחברת הביטוח אפשרות לתבוע את הנזק מהמזיק, זה נקרא תביעת שיפוי, כי אני שילמתי את הנזק שגרמה רשות הנמלים. חברה ב' תובעת את רשות הנמלים מאחר שהיא שילמה את הנזק היבואן יוצא מהמשחק ונותן אפשרו לחברה ב' לתבוע את הנמלים, כאשר קובעים נזק קובעים אותו עפ"י יום אירוע הנזק. במקרה שלנו היום בו חברת הביטוח שלמה את הנזק כי העילה נוצרה מבחינת הביטוח ביום שהיא שילמה את הנזק הביטוח אומר שאם לוקחים אותו לתאריך הזה ורוצים לשלם לו לפי התאריך בו קרה הנזק הוא יפסיד כי הוא יכול לתבוע 3500 ש"ח עפ"י מה ששילם בתרגום לדולר אבל הדולר עלה וכעת הוא יפסיד, עולה השאלה האם ניתן לשנות את היום בו נקבע הנזק והאם ביהמ"ש יסטה ויאמר תאריך אחר, חברת הביטוח טענה שהיום הוא יום נתינת פס"ד הראשון. ביהמ"ש העליון אומר שבגלל שהאינפלציה השתנתה והוא צריך לשנות את התקדים ליום של פס"ד ואז הנזק הוא קטן יותר וזה יותר הגיוני.-

1. ביהמ"ש העליון משנה תקדימיו כאשר המציאות משתנה, אם החדשה לא מקבלת פתרון מביהמ"ש הוא יסטה מתקדימיו כדי לתת פתרון הולם למציאות העכשווית השופט ברק אומר שאחד מתפקידי המשפט היא ליצור גשר בין המשפט למציאות.

2. כאשר ביהמ"ש מגלה שהייתה טעות בעליון,
3. שיצר תקדים או ביהמ"ש מגיע למסקנה שהיו כמה אפשרויות שהעליון בחר באפשרות פחות טובה

21/12/2008 פילוסופיה

המשמעות המהותית של טבלת אופל:

אין התנהגות אנושית שלא נמצאת תחת מטרייה משפטית, משמעות הדבר, נניח כשאני מדבר בטלפון, אפשר להכניס פעולה זו לתוך הטבלה זה חופש- לדבר בטלפון ובשיחה אני ממש את חופש הביטוי. לכאורה זה לא רלוונטי אם אני מדבר אבל עצם העובדה שבשיחה אתה ממש את החופש אז אתה יכול לשוחח בטלפון וזאת כי אין העדר זכות כלומר אין מי שיכול למנוע ממני לשוחח בטלפון. אומר ברק שעצם העובדה שתוכל לדבר בטלפון זה נובע מתוך המציאות המשפטית שיש העדר זכות על מישהו אחר למנוע ממני לדבר בטלפון. המשמעות מעבר לכך שאין נושא בעולם שהמשפט לא יכול להכריע בו. וזה מה שברק קורא לו הכל משפט.

המשך משיעור שעבר.. תקדים

ברק כתב ספר בו העביר מסר שאחד התפקידים המרכזיים של ביהמ"ש זה להתאים את המשפט למציאות המשתנה, המשמעות היא שכאשר ביהמ"ש מקבל החלטה שמבצעת התאמה של המפלט למציאות זה נקרא חקיקה שיפוטית. בד"כ ביהמ"ש ינסה לבצע את ההתאמה בדרך פרשנות. בהרבה מקרים הוא לא ישנה סדרים אלה יבצע התאמה באמצעות פרשנות מחודשת שתיתן פתרון למציאות החדשה.

דרך נוספת היא קונסטרוקציה שתוביל לשינוי החקיקה, ביהמ"ש לא משנה את המצב הנורמטיבי אלא יוצא מציאות שלמחוקק אין ברירה אלא לשנות את המצב.

1-בישראל מאז הקמת המדינה הייתה צנזורה על סרטים ומחזות כשמישהו רצה להקרין משהו הוא העביר לצנזורה והיא החליטה עפ"י קריטריונים שגובשו ברבות השנים מתי יש צנזורה או לא. הגיעו תיקים על צנזורה עליהם ברק אומר שלא מקובל עליו שלקראת סוף המאה ה-20 תהייה במדינה צנזורה, הוא טוען שלא צריך את הצנזורה בגלל שהערכים של החברה הישראלית, הם הערכים של הציבור המתקדם והנאור והוא לא מקבל צנזורה על סרטים ומחזות. ברק יודע שהוא לא יכול לבטל את הצנזורה כשהחוק במפורש טוען שיש צנזורה. ברק רוצה לשנות את המציאות הנורמטיבית והוא נותן כל פעם שמגיעה בקשה על צנזורה ברק אומר ששיקול הדעת לא סביר, ולכן הוא אומר שאין מניעה להקרין את הסרט. כלומר כל פעם הוא מבטל את שיקול הדעת של הצנזור, והעליון מבטל את ההחלטה עד שבסוף שינו את החוק, כי הבינו שאין לחוק משמעות כי כל פעם שזה מגיע לעליון נקבע שם ששיקול הדעת בלתי סביר, ומכאן שזוהי דרך שביהמ"ש מתמודד עם שינוי במציאות.

2- בישראל הייתה בעיה של גיוס בני הישיבות, 1970, היה הבג"ץ הראשון על גיוס בני הישיבות נ' שר הביטחון. חוק השירות הצבאי אומר ששר הביטחון רשאי לתת דחיית שירות, והשר כל פעם נתן דחייה של שנה. בא אז בקר וטען בעליון שישנה אפליה ואי שוויון בגלל שלא מגייסים חרדים הוא עושה יותר מילואים. אומר השופט זוסמן שבקר לא יכול להוכיח שהעובדה הזו לא פוגעת בו, ביהמ"ש אומר שהעובדה שהם לא מגייסים זה לא משפיע עליו כי הם לא יגויסו לאותם תפקידים. כעבור כמה שנים עתירה נוספת בה הביאו תצהיר של ראש אכ"א שם נראה כי אם היו מגייסים את בני הישיבות זה היה משפיע על המילואים של כלל חיילי הצבא. ואז בא העליון ואומר, שזה לא רלוונטי מאחר ולשר הביטחון יש סמכות לתת פטור, אז זה לא משנה אם אנשים נפגעים כי העליון לא יתערב בסמכות חוקית של שר הביטחון. ב1986 ברק יושב בעליון, והוא כותב פס"ד על גיוס בני ישיבות בו הוא מסביר למה אי גיוסם של בני הישיבות פוגע בשוויון ומבטא אפליה, אבל בסוף הפס"ד כותב ברק שלא מצא עילה להתערב בסמכותו של שר הביטחון. אחרי 10 שנים, ברק מרגיש שהנה השתנה משהו בחברה הישראלית והוא מבין שהעליון כעת חייב להגיב. ואז אומר ברק שהסמכות של שר הביטחון לדחות לשנה, אבל אם שר הביטחון לאותו בחור דוחה שנה אחרי שנה אז זה פטור. ולשר הביטחון אין סמכות לתת פטור משירות צבאי, רק הכנסת מוסמכת לזה. את אותו דבר בדיוק ידע ברק 10 שנים לפני, הוא ידע שהסמכות של שר הביטחון היא לא פתור אבל הוא הרגיש שעדיין לא הגיע הזמן, על כן הוא הכין רקע אידיאולוגי והסביר למה יש אי שוויון וכעבור 10 שנים המציאות השתנתה, והחברה יכלה לקבל פסילה של שיקול הדעת של שר הביטחון.

3-שינוי תקדימים: כלומר יש תקדים שהוא שולט בעליון שנים רבות, וברגע מסוים ביהמ"ש בא ואומר שהתקדים שהעליון עובד איתו הוא כבר לא רלוונטי כי אינו משקף או נותן פתרון למציאות

שמשתנה ולמרות שהנטייה של העליון היא שלא לשנות את התקדים, כשהעליון מבין שמציאות החיים השתנתה הוא משנה את התקדים וע"י כך מתמודד את המציאות שהשתנתה.

פס"ד קולמבו

נניח יבואן של טלוויזיות, מבצע שיווק באמצעות חנויות, אני דואג שהחנויות עלולות לפשוט רגל אז אני לא מעביר את הבעלות על המוצרים לחנות. החנות מחזיקה את הטלוויזיות בקונסיגנציה כלומר מחזיקה בטלוויזיות אבל הם שייכות לי. למעשה עסקת קונסיגנציה למעשה, מצב כזה נקרא מישכון כלומר שעבוד נכס כערובה לחיוב. הטלוויזיה שנמצאת בחנות ממושכנת כדי שאני יוכל לקחת אותה במקרה שיהיה עיקול. ישנם צורות שונות מבחינת טבלת אופל שאפשר להגדיר דרכם משכון, או שזו זכות קניינית או שאני אומר שזו זכות חוזית. משמעות ההבדל הינה שבזכות קניינית כלומר היא פועלת כלפי כל העולם ובמילים אחרות גם הבנק שיבוא לעכל כפוף לזכות הקניינית שיש לי. אפשרות שנייה שהמשכון הוא זכות חוזית ביני ובין בעל החנות אז אני אחד מהנושים שלהם יהיה חייב בעל החנות. מה שיוצר את ההבדל/ הסטאטוס בין השניים הוא הרישום, אם אני אומר שהמשכון הוא זכות קניינית צריך לרשום אותה, אני צריך ללכת לרשם המשכונות ולרשום משכון כי זכות קניינית נוצרת ע"י רישום ואם לא בוצע רישום אז זו זכות חוזית. הלכת קולמבו קבעה שעסקאות הקונסיגנציה הם עסקאות משכון ויש לרשום אותם ברשם המשכונות. כעבור כמה שנים מגיע

פס"ד קידוחי הצפון: ומשנה את הילכת קולמבו,

אומר העליון שהלכת קולמבו איננה מעשית, כי אין מצב שאדם שמביא טלוויזיה כל פעם ירוץ לרשם המשכונות כדי לרשום אותה אז אמרו שאי אפשר לדרוש שעסקת קונסיגנציה תהיה עסקת משכון, וביהמ"ש אומר שכדי להפוך את הזכות צריך לציין בתעודת המשלוח שהטלוויזיה שייכת לי ומאחר ורוב המסחר מתנהל בשיטת הקונסיגנציה זה אומר שאם הבנק רוצה לתת הלוואה תפקיד הבנק לבדוק שהרכוש לא בעסקת קונסיגנציה. כלומר ניתנה התאמה למציאות החדשה הקיימת. ושינוי את פס"ד קולמבו על רקע השתנות המציאות.

בפס"ד בנק המזרחי נ' ציגלר פ"ד מ"ט (1) 309,

- השופט שטרסברג כהן אומרת שיש שלושה שיקולים ביחס לשינוי התקדים, כלומר שביהמ"ש בא לשנות תקדים הוא צריך לשקול את שלושת השיקולים להלן,
- 1- שיקולים נורמטיביים - הם אלה שיש עניין לשמור על היציבות, הוודאות והעקביות של המערכת הנורמטיבית וזה שיקול שלא לשנות את התקדים אבל יש גם שיקול נורמטיבי שבא ואומר שיש להטיל את הנורמה על המציאות המשתנה.
 - 2- שיקולים מוסדיים - זה אומר שתפקידו של ביהמ"ש להכריע בסכסוכים, תפקידו לנסות להכריע באופן יעיל וזו סיבה שלא לשנות כי כשיש לי תקדים הרבה יותר מהר ניתן פס"ד. לעומת זה אומר ביהמ"ש שכשמתקבלת הכרעה אז ישנה השפעה על השיטה המשפטית כולה אז אם הפתרון לא נכון ישנה הנצחה של תקלה ובשם היעילות פוגעים בצדק ובאמת, וזו סיבה לשנות את התקדים.
 - 3- שיקול בין מוסדי - פירוש הדבר אם הציבור רואה שביהמ"ש העליון כל הזמן משנה את תקדימיו זה פוגע באמון הציבור בביהמ"ש, אבל מצד שני אם הציבור מגלה שבימ"ש תקוע ולא מתמודד עם מציאות משתנה אז גם כן מאבד הציבור את האמון בביהמ"ש על כן שהעליון משנה תקדים ובעיקר כזה שהיה מקובל במשך שנים רבות, העליון צריך לאזן בין שיקולים להלן ולהחליט מה נכון לעשות בכל מקרה ומקרה. במשפט העברי למשל אין תקדים מחייב כי הערך העליון הוא האמת כי על כל מקרה ביהמ"ש נותן את דעתו לעומת המשפט הכללי שהערך העליון בו הינו יציבות.

מנהג ונוהג

שניהם מהותיים בהתפתחות המשפט עד 1980 שנחקק חוק המשפט בו מנהג לא מופיע מנהג בא אדם וטוען לזכות מסוימת, טענת זכות לא בגלל שהמשפט מכיר באותה טענת זכות אלא שהחברה מכירה באותה טענת זכות והיא פועלת עפ"י אותה נורמה גם אם היא איננה נורמה חוקית. דוגמא קלאסית היא פיצוי פיטורים שנחקק ב1962, אבל עוד מתקופת המנדט היה מנהג לשלם פיצוי פיטורים למרות שהחוק בכלל לא חייב זאת. בשנות ה-50 אדם הגיש תביעה נגד המעביד שישלם לו פיצויים כדי להוכיח את התביעה הוא היה צריך להביא עדים ולהראות שמקובל לשלם פיצוי פיטורים. ואז העליון נותן החלטה שאותו אדם זכאי בפיצוי פיטורים פירוש הדבר שמכירים בקיומו של המנהג. ובמקרה הבא הלכת לביהמ"ש על בסיס המנהג שהוכר בפס"ד קודם. אם לדוגמא מעביד היה רוצה לטעון שאין מנהג כזה הוא צריך להביא עדים שהמנהג לא קיים.

זוהי דוגמא לנורמה מחייבת מכוח ההסכמה של האזרחים ולא מכוח החוק, זה משהו כללי בנוגע לכל. נוהג- פירוש הדבר שבתחום מסוים, במגזר מסוים האנשים פועלים באופן קבוע ואז הנורמה המחייבת היא הנורמה של הנוהג. זוהי סיטואציה שמאפיינת קבוצה מסוימת. משתמשים בנוהג בד"כ כאשר יש חוזה בין צדדים שעובדים באותו תחום, ואז עפ"י סעיף 26 לחוק החוזים ממלאים את הפרטים עפ"י הנוהג הקיים במגזר הצדדים.

היקש

יש משמעות כפולה להיקש, יש היקש פרשני והיקש יצירתי. השניים שונים לחלוטין: היקש פרשני- אם לדוגמא יש לי מקרה שהעובדות הם $a+b+g$ והתוצאה X , $b+g=a$ אז כאשר יש לי מטריה משפטית זהה או דומה אני יכול להקיש ממקרה א' למקרה ב' וזהו היקש פרשני והעליון מגדיר משהו היקש פרשני ואומר כך, בבואנו לפרש מושג משפטי כלשהו המצוי בחוק פלוני ומושג זה אינו מתפרש כל צורכו, מתוך היקש הדברים שבאותו חוק הוא מצוי אנו מצויים ללמוד על משמעותו ממשמעות של מושג אחר שדומה לו בחוק אחר כלומר אם לא ברור לי בחוק מה המשמעות של המושג אם יש בחוק אחר הסבר לאותו מושג אני יכול לקחת את ההסבר שם וליישם אותו לפרשנות החוק האחר. לדוגמא אם אדם קונה רכב עפ"י חוק המכר, שם אין הגדרה מזה רכב אני יוכל ללכת לחוקי התעבורה ולבדוק מהו רכב. כלומר מה הגדרתו של המושג רכב מוקש מחוק אחד לחוק אחר וזהו ההיקש הפרשני. חוק היקש יצירתי- יסודות המשפט לא מדבר על היקש פרשני, הוא אומר שאם ביהמ"ש לא ראה או ראה שאלה משפטית שאין לה תשובה בחוק או תקדים ביהמ"ש יכול בדרך של היקש לנסות וללמוד את התשובה, אז מדובר על היקש יצירתי כלומר אני נמצא בסיטואציה שאין לי תשובה בחוק. אין לי פתרון בחוק ואני ימצא אותו בדרך של היקש, אומר ביהמ"ש, כדי שאני יבצע היקש מסוים בחוק כלומר אני אבדוק אם צריך היקש ראשית אני אבדוק האם אני יכול לפתור את הבעיה בדרך פרשנות לאחר מכן לבדוק האם מדובר או לא בהסדר שלילי, ואז אין משמעות להיקש פרשני ואז זו לאקונה ורק אז אני יכול ליצור היקש.

לדוגמא תפקידו של חור המכר, לכסות את כל עסקאות המכר בישראל אשר על כן נקודת המוצא שלי היא שכשהמחוקק חוקק חוק זה הוא ראה את כל עסקאות המכר האפשריות במדינת ישראל, מגיעה לביהמ"ש עסקת מכר של שיווק קרקעות על הירח, נשאלת השאלה האם זה נכנס תחת חוק המכר. כעת יחליט ביהמ"ש אם עסקה של מכירת קרקע בירח הייתה לנגד עיניו של המחוקק בזמן שחוקק את חוק המכר אם כן ישנו הסדר שלילי, כלומר המחוקק לא רצה להכיר בעסקה זו. אבל אם המחוקק בכלל לא ידע שיש אפשרות לעסקה זו, אז ישנה לאקונה שצריך להשלים ותעשה זאת בין היתר בדרך ההיקש היצירתי, תנסה לברר איך תיתן פתרון לסוגיה משפטית חדשה שאין לה שום הסדר בחוק.

המשך משיעור קודם .. היקש

היקש פרשני – אם אני רואה שבחוק מסוים מופיע מונח ובאותו חוק פרשו את המונח אז ברור שבכל חוק אחר אני יוצא מתוך נקודת הנחה שמנוח זה אותו דבר. כמו רכב מנועי שפורש בחוק מסוים, אז בכל חוק אחר שכתוב רכב מנועי אני רשאי להניח שהפירוש אותו דבר ובלבד שאחד הצדדים משכנע אותי שבמקרה הספציפי אני צריך לתת למונח פירוש אחר.

היקש יצירתי – פירושו שאם בחוק מסוים יש לי לאקונה, ואני צריך להשלים את הלאקונה אז אומרים לי שאם יש חוק אחר שיש בו שימוש באותו מושג אני יכול לקחת את השימוש ולמלא בו את החסר בחוק אחר שאין לי לגביו את הפתרון המשפטי. כלומר בחוק בו יש לי מושג אני לוקח ומשליך על חוק בו אין לי מושג. אם אני רוצה לבצע השלמה ע"י היקש אז ראשית יש לברר זה שאין הסדר שלילי, ויש לאקונה. נקודה שנייה הינה שאני יכול להשתמש בהיקש רק מחוקים ששייכים לאותה קטגוריה משפטית. אם אני רוצה לפרש את המילה זכות לגבי קניין אני לא יכול להשתמש בפרשנות מידי חוזים. כי המהות של הזכות הקניינית שונה מהמהות של הזכות החוזית ואי אפשר לעשות היקשים בין תחומים.

המשפט הפלילי דורש שהכל יהיה מדויק ולא ייתכן שאני ימלא חסר על כן אני לא יכול לעשות היקש. דוגמא-

הג'ינגל של תשדיר הבחירות של חירות נקבע כהסטה ע"י יו"ר ועדת הבחירות השופט חשין, עתרה המפלגה ע"י כך שבחוק הבחירות נאמר שתשדיר צריך לקבל אישור של יו"ר הוועדה המרכזית אבל אין סעיף ביחס לתשדיר ברדיו בהסדר החוקי. השאלה האם ליו"ר יש סמכות לפסול גם שידורי רדיו למרות שזה לא מופיע בחוק, והאם יש או אין הסדר שלילי?..

כדי לטעון שיש פה הסדר שלילי צריך לומר שהמחוקק ידע על אפשרות של שידורים ברדיו ובכל זאת החליט לא לתת סעד, כלומר לא לתת סמכות ליו"ר לדון בנושא. המחוקק יודע שיש הבדל בין תשדיר בטלוויזיה שהאפקטיביות שלו היא הרבה יותר חזקה מרדיו ובהקשר לשידורי רדיו הוא לא מודאג, ועל כן תנועת חירות טוענת שהמחוקק ידע את האפשרות ובכוונה לא רצה לתת סמכות ליו"ר לפקח על שידורי הרדיו כי הוא יצא מתוך הנחה שחופש הביטוי מספיק חזק והרדיו לא מספיק מסוכן. השופט ברק בביהמ"ש העליון אומר שיש לאקונה, בגלל שהתכלית של העובדה של פיקוח על תשדירי בחירות הינה בגלל שלכאורה כל אחד יכול להגיד את מה שירצה אבל הפיקוח נועד כדי למנוע הסתה, והוא אומר שאם תפקידו זה למנוע הסתה אז אין זה משנה באיזה אמצעי תקשורת כי בכל מקום של הסתה המחוקק אמור למנוע אותה, ואז זו לאקונה ואני עושה היקש משידורי טלוויזיה לשידורי רדיו. מי שבנה את תאוריית ההיקש לא התכוון למה שברק עושה ומחדש בין ערכים, כוונת ההיקש הינה הבהרת מושגים. ברק ממלא חסר ערכי ע"י שימוש בתכלית החוק.

קבוצת אסירים עבדה במסגרת השב"ס, במערכת השיקום. עבריינין בשם שדות הגיש בג"ץ בטענה שהוא זכאי לקבל שכר מינימום תמורת עבודתו. עפ"י חוק שכר מינימום, כמובן שהחוק לו מוחל באופן ישיר על אסירים, השאלה האם אפשר לרחת את ההיקש ולהכיל אותו גם על אסירים. האסיר יטען שהתכלית של חוק שכר מינימום הוא כדי להבטיח את כבוד האדם העובד, יאמר האסיר שאם זו תכלית החוק אז זה לא משנה אם מדובר באסיר או באדם שאיננו אסיר. ולגבי המקרה של האסיר יש בחוק לאקונה מאחר ואני מזהה שהתכלית של חוק שכר מינימום מתאים גם לעבודת אסירים אז גם ההסדרים של עבודה זו כפופים לחוק כבוד האדם. השב"ס טוען שהחוק לא חל על האסירים וכל התכלית לש שכר מינימום זה כדי להבטיח שלאדם עובד יהיו תנאי קיום מינימליים, כלומר אוכל, לינה, תרופות וכו'. ולאסירים יש את כל אלה. על כן לא צריך להשתמש בחור כדי להבטיח את זה כי זה מובטח ממילא ע"י השב"ס. השופט חשין בדעת רוב, חוק שכר מינימום לא חל על אסירים עובדים. מכאן שפרשנות תכליתית מאפשרת למלא לאקונות לא רק בהיבט המשפטי הפוזיטיבי אלא גם בתכלית החוק.

מורשת ישראל

עקרונות היושר והצדק של מורשת ישראל, זה המהלך של מילוי לאקונה שהינו קריטי במשפט כי העליון ממלא לאקונות או נותן פרשנות חדשה. השופט ברק מגיע לעליון ב1978, הוא מבקש להוביל מהפכה משפטית, משם חוקתית ונמשכה להיות מהפכה כללית. מגמתו של ברק הינה לקחת את מדינת ישראל ממדינה יהודית ולהפוך אותה למדינת כל אזרחיה. התפיסה הפוזיטיבית הינה שהשופט רואה את החוק ומפרש אותו, וברק מתחיל את המהפכה בחוק יסודות המשפט, זה קורה

בפס"ד אנדנס נ' קופת עם

לאדון אנדנס יש כספת בבנק, בבנק ישנו חדר כספות שם ישנם למעלה מ400 כספות. אנדנס מוצא בתוך חדר הכספות איגרות למוכ"ז (מוסר כרטיס זה) דומה לזה זה כרטיס פיס, איגרת זו פירוש הדבר שהאיש שאתה פונה אליו עם האיגרת לא אמור לבדוק מי הבעלים האמיתי ומניחים שמי

שמחזיק את האיגרת הוא הבעלים. בחדר הכספות הוא מוצא איגרות כאלה, השאלה הינה למי שייכות האיגרות. הבנק טוען שעפ"י חוק השבת אבידה חדר הכספות זה שטח פרטי ולכן האיגרות שייכות לבנק. וצריך למסור את האיגרות לבנק. אדון אנדנס טוען שגם עם הבעלות בטאבו היא של הבנק אי אפשר לראות חדר כספות כרשות פרטית, כי 400 איש מסתובבים שם. כי חדר כספות הוא חדר שמושכר ל-400 איש ועל כן הוא אינו רכוש פרטי. אם זו רשות הרבים במקרה כזה המוצא מוסר למשטרה וכעבור 3 חודשים זה שלו. איגרת כזו אף אחד לא יכול לבוא ולהוכיח שזה שלו. השאלה שעולה לדיון הינה מזה רשות היחיד, ואיך אני מגדיר אותו לגבי חוק השבת אבידה. השופט אלון טוען שרשות יחיד לקוח מהמשפט העברי אז בכל מקום במשפט הישראלי שלרוח מהמשפט העברי אז צריך לפרש אותו עפ"י המשפט העברי. הוא טוען שחוק יסודות המשפט הינו סעד למורשת ישראל ועל כן יש לפרש את המונח עפ"י הפירוש במשפט העברי. חוק יסודות המשפט איננו רלוונטי למקרה הנידון כי הוא חל במקום שיש לאקונה ופה אין לאקונה החוק ברור יש פה פרשנות מזה רשות יחיד. על כן ממילא החוק איננו רלוונטי. השופט ברק רואה שאלון מתייחס לחוק יסודות המשפט והוא אומר לו שאם הוא טוען שחוק יסודות המשפט רלוונטי למקרה שלנו אז הבה נדון בחוק יסודות המשפט וברק אומר, שאם יש בפני ביהמ"ש שאלה משפטית שהוא לא מצא לה תשובה בחוק, תקדים או בהיקש אז זה הסדר שלילי. והמשמעות היא שאין צורך לפנות למורשת ישראל. כי אם הגעתי עד להיקש ולא מצאתי תשובה אז זו לא לאקונה ועוד הוא מוסיף שיש מקרים שהם לאקונה אמיתית ואז יפנו למורשת ישראל, אבל בשום מקום לא נאמר שזה המשפט העברי, המחוקק יודע להגיד כמו בבתי הדין הרבניים ואם הוא משתמש במורשת ישראל זה כולל את כל גדולי האומה ולא דווקא את חכמי המשפט העברי. כבר אז השופט ברק ביעדו הראשון מבטל את הפנייה למשפט העברי. ומאז כמעט לא מוצאים פנייה למשפט העברי. וזה מאבד את האפקטיביות במשפט הישראלי.

חוק

הראשון שהתעסק בסוגיה היה אפלטון, שבאחד הדיאלוגים שלו שנקרא מינוס, הוא דן בשאלה של סוקרטס, החוק מהו בעינינו? כלומר מה אנו מבינים כאשר אנו שומעים את המילה חוק? והתשובה הינה "חוק אינו נבדל מחוק אלא כולם הם אותו הדבר עצמו, שכל אחד מהם חוק הוא בדומה לחברו ולא זה במידה יתרה וזה בפחותה" סוקרטס אומר שכל החוקים כולם בין אם משפטיים ובין אם טבע כולם אותו דבר ואין אחד ששונה מחברו. בכולם יש את אותה מהות מה שמאפיין את חוקי הפיזיקה זה שהם מיושמים בכל זמן ובכל מקום והם חוקים אוניברסאליים אותם מזהים באמצעות החושים. ומאחר לכל בני האדם יש את אותה מערכת חושים מטבע הדברים כולם מזהים את אותו דבר. ואם אדם יעשה ניסוי במקום אחד ואחר בקצה השני של העולם שניהם יפעילו את אותם החושים. האוניברסאליות של חוקי הטבע נובעת מהעובדה שבני האדם משתמשים באותם כלים על מנת לזהות את החוקים. כשאומר סוקרטס שכל החוקים אותו דבר הוא למעשה רוצה לומר לנו, שגם החוקים המשפטיים הם אוניברסאליים, מה שעושה אותם לכאלה כי זה מבוסס על התבונה וההיגיון. ביסוס הטענה שאם לבני האדם מותר לפגוע אחד בשני העולם לא יכול להתקיים, ואם ישנו חוק לא תרצח הוא מבוסס על היגיון ואם תצא מהנחה שהחוקים המשפטיים מבוססים על תבונה אז הם אוניברסאליים אז איך זה יכול להיות שבכל מדינה ישנם חוקים אחרים?. על כך הוא משיב שיש בני אדם שמעוכבים מבחינת ההתפתחות של התבונה, ובמדינות הללו החוקים הם עדיין פרימיטיביים שלא מבטאים את התבונה. לדוגמא- חוק החברות הכי מתקדם בעולם נמצא בניגריה, כי הם פנו לפרופסורים באוקספורד שיכתבו להם אותו, ומאחר וזה תבוני אני יכול לשכנע בני אדם שהחוקים האלה טובים מחוקים אחרים ובסופו של דבר כל בני האדם יאמצו את אותם החוקים התבוניים. אם כך לפי סוקרטס החוקים המשפטיים אמורים להשיג איזושהי מטרה, אופן השג המטרה נעשה באופן תבוני, כלומר יש דרך ישרה שמובילה מא' לב'. וכך גם החוקים אמורים לכוון להשגת היעד בדרך הטובה והנכונה ביותר ע"י התבונה. הבעיה של סוקרטס הייתה שהוא סבר שהחוקים מובילים לאושר, הוא חשב שלאושר יש הגדרה אבל הוא בלתי מוגדר אז אני לא יכול לבוא ולטעון שיש רק דרך אחת להשיג את האושר.

11/01/2009 פילוסופיה

המשך משיעור קודם.. מהות המשפט

בספר רוח החוקים נאמר שהחוקים במשמעותם הרחבה ביותר הם היחסים ההכרחיים הנובעים מטבע הדברים. לאלוהים, יש חוקים משלו, לחומר חוקים משלו ולבני האדם חוקים משלהם. כלומר כל חוק בסופו של דבר הוא סוג של יחסים בין שונים, שבסופו של דבר מבטאים את החוקים. אפלטון מדבר על כך שהחוקים הם ביטוי עילאי של התבונה. כאמור אם ניקח את חוקי התנועה ומנגד את חוקי השחמט, חוקי התנועה מגבילים רמזור אדום, מהירות וחוקי שחמט אלה גם חוקים. ישנו הבדל

בין החוקים השונים, וזאת מתוך המושג של התנועה שצריך לנוע ממקום למקום היה לפני מאות ואלפי שנים לפני שהיו חוקים, בני אדם השתמשו בתנועה שהייתה קיימת מאז ומתמיד. החוקים רק מסדירים את התנועה. בחוקי השחמט לעומת זאת החוקים מייצרים את המשחק, הם חוקים קונסטיטויטיביים, ההבדל נעוץ בעובדה שחוקי השחמט הם שיוצרים את תחום המשחק וכשהם משתנים אין משחק. ולעומת זאת התנועה קיימת בלי קשר לחוקים ואפשר תמיד לשנותם. אצל אפלטון המדינה הייתה מאז ומתמיד, היא התקיימה בלי קשר לחוקים. מדינה יכולה להתקיים בלי קשר לחוקים אם כל אחד יודע איך להתנהג עפ"י תבונתו. התפיסה האפלטונית למעשה החוקים הם ביטוי של נפילה ובמקום שבני אדם יודעים להתנהג אני לא צריך חוקים. וצעבר לכך תפקיד האדם לסייע בקיומה של מדינה, ולכן הפילוסוף קרל פרופר, כותב ספר "החברה הפתוחה ואויביה" והוא טוען שאפלטון הוא אבי הדיקטטורה כי הוא אומר שבני אדם משועבדים לקיומה של מדינה והמדינה לא משועבדת לקיומם של אנשים.

התנאי לתפיסה הוא התנהגות תבונית של אנשים. אצל אפלטון בראש המדינה עומד המלך הפילוסוף, ותפקידו לתת פתרונות תבוניים לצרכים מזדמנים שנובעים מהחיים יחד. ואז בא אריסטו וטוען, "הנבחר לעולם לא יכול להיות יותר טיפש מהבוחרים בו". הוא אומר שאי אפשר לסמוך על תבונתם של האנשים וחייבים לסמוך על תבונתם של החוקים מאחר והם מבטאים את התבונה העילאית ומצליחים לשמר את עליונות התבונה על התגברות היצר(שיקולים בלתי רציונאליים). מאחר ומדובר בבני אדם יש 3 כוחות שמפעילים אותו כסף כבוד ומין. ובני אדם לא יכולים להיות באופן מובהק רציונאליים כי גם גדולים פועלים בהשפעה והדרך לשמר את התבונה זה החוק. אריסטו מכיר במושג "שלטון החוק" - מי ששולט בחרבה זה החוקים שאמורים להיות תבוניים, פירוש הדבר שהם אוניברסאליים. תמיד בסופו של דבר הדרך הישרה היא המהירה ביותר, זו הכרעה תבונית. גם אצל אפלטון וגם אצל אריסטו המדינה נתפסת כדבר הכרחי, ושניהם לא עוסקים בשאלה איך נוצרת מדינה. כי מובן להם שהישות המדינית היא דבר נתון.

במאה ה-16,17 מתפתח כיון חשיבה שאומר שננסה להבין מזו המדינה הזו ומה כל כך מובן לנו בה. גדולי הפילוסופים, תומס הוקס, ג'ון לוק, וג'אן ג'ק רוסו, מפתחים תיאוריה שהיא הבסיס של התיאוריה המדינית הפוליטית המודרנית. עפ"י תפיסתם לאדם יש הכי הרבה זכויות במצב טבעי לפני שהייתה מדינה. מה שיוצר את הזכות זה הכוח מי שיותר חזק יש לו זכות. רוסו אומר, "כמה טיפשים היו אבותינו שראו מישהו שתוקע קלולסאות סביב אדמה וגם טוען שזה שלו", מי שהיה לו כוח להגן על אדמה הוא בעל הזכות באדמה. ואז קורה מהפך וזה שיש לו כוח ברגע מסוים מגלה שכעבור זמן בא מישהו עם יותר כוח, וזה לוקח ממנו את האדמה, זה מצב של "מלחמת הכול בכול". בני האדם רואים שמי שחזק היום וחלש מחר הם מגיעים למסקנה שאפשר לעשות משהו מסודר, ג'ון לוק אומר שבני האדם מחליטים לעשות אמנה חברתית, כדי שזה יקרה כל האנשים שהיו שותפים לאמנה צריכים לוותר על חלק מהזכויות שלהם. ככל שהשלטון דמוקרטי יותר הווייתור יהיה פחות. כי אני רוצה שיתערבו לי כמה שפחות בזכויות שלי. תומס הובס קורא לזה יפוי כוח של בני החברה לנציגים ונתנו להם אפשרות לשנות את מערכת הזכויות והחובות שלנו. בני האדם מוכנים לתת להם זאת בתלוי לסוג המשטר. אם אני מגלה שהנציגים לא עושים את העבודה כמו שצריך אני מחליף אותם. אלה שביססו את האמנה החברתית ראו לנגד עיניהם את המשפט הפילי, דיני נזיקין, ודיני קניין וזאת כי הם רצו להבטיח ביטחון אישי וקנייני. אנשים מסכימים לוותר על זכויותיהם על מנת להבטיח זאת. ברבות השנים, החיים המשותפים נהיים מורכבים וזו מתווספות מערכות חוקים שמסתעפות. אבל בראש עומד ביטחון אישי וקניין.

בבסיס התיאוריה המשפטית והתרבות המערבית: מכלול ההתנהגויות האנושיות, שהן חלק מהחופש שלי לעשות מה שארצה. מנגד עומד החוק שאני אקח חלק מההתנהגויות שהן כבר לא חלק מהחופש והן מוגדרות עפ"י חוק. הדבר דומה לכך שבני אדם יסכימו למה שירצו ואיך שירצו אבל ברגע שנחקק חוק מסוים אז רוב ההתנהגויות שיוצרות הסכמה נכנסות לתוך מסגרת הגדרה חוקית. כל אלה בבסיס בדמוקרטיה, קו הגבול בין צורות ההתנהגות שהמחוקק לא מתערב בהן ובין אלה שהמחוקק מתערב בהן?, הדיון בזה **בא בפס"ד בן אשר**, זוהר בן אשר מרצה בסמינר הקיבוצים יום אחד הוא מחבר תלמידה ואומר לה הערב אני מזמין אותך לסרט, הבחורה טוענת שזו הטרדה מינית. מעמידים את המרצה לדין בפני וועדת משמעת שם הוועדה מחליטה לזכות אותו והם קובעים שזו לא הטרדה מינית ואז מוגש ערעור לעליון ועולה לדין שאלה קשה ביותר, מתי אני קובע שיש הטרדה מינית. - אומר השופט שמיר, החברה האנושית לא יכולה להתקיים בלי שיש מין, אז התנהגות מינית היא אנושית וטריויאלית, וזה הופך להיות הטרדה בתלוי לנסיבות ולחושות המוטרת. הדברים הם מורכבים וגם העליון מנסה לתחום מסגרת שאפשר יהיה לקבוע איפה התנהגות מסוימת היא לגיטימית ואיפה עובר קו הגבול שהופך התנהגות להטרדה מינית. זו שאלת קביעת גבולות בין התנהגות מותרת לאסורה, ומהם קווי המתאר. הטענה שעולה שככל שהחברה יותר דמוקרטית הקווים יותר נרחבים.

פס"ד ז'רז'בסקי

פרופ' ברק מחזיר אותנו 2300 שנים אחורה ואומר בעניין, יצחק שמיר ויצחק מודעי חותמים הסכם שהליכוד והמפלגה הליברלית ירצו יחד בבחירות. ז'רז'בסקי טוען שההסכם לא חוקי, ויש בו סעיפים מוזרים. זה מגיע לעליון והשוטים בוחנים האם יש נקודת אור חוקית שמאירה את דפוס ההתנהגות. ואם יש מהו המתאים ביותר. כלומר היכן נמצאת ההתנהגות, ואם יש משהו אז מה מתאים כדי לפתור את הבעיה. ואם אין נקודת אור פירוש הדבר שהתנהגות מסוימת לא נמצאת תחת עלומת אור משפטית ואין לה פתרון משפטי, ואם כך זה לא התפקיד של ביהמ"ש לטפל בעניין כי הוא מטפל רק בעניינים שהמחוקק נותן לו כלים משפטיים כדי להגיע לפתרון. ובמקום שהמחוקק לא נותן כלים כאלה לפתרון אין פתרון משפטי וביהמ"ש איננו פותר את העניין. כאשר מדובר על לאקונה או הסדר שלילי אז זו, התנהגות מסוימת שנמצאת על גבול נקודת האור, יש לי פתרון לדבר דומה ואז אני נותן פתרון כלומר דפוס ההתנהגות מוסדר. אבל פה מדובר בסיטואציה שאין נקודת אור. במקרה ז'רז'בסקי העליון, על כל הרכבו מגיע למסקנה ברורה שאין נקודת אור בנוגע בהסכמים פוליטיים, ההיגיון אומר שהסכמים פוליטיים צרכים להיות מטופלים בהקשרים פוליטיים וביהמ"ש לא מטפל בסוגיות כאלה. האדון צריך לטעון בפוליטיקה שההסכם לא תקין. כשאין נק' אור משפטית אין מצב שביהמ"ש יתערב כשאין לו כלים משפטיים לתת פתרון משפטי, הוא יכול להתערב במקרה זה רק בסעיפים שעומדים בניגוד לחוק יסוד הממשלה כמו בסעיף ששר האוצר שייבחר לא יפוט.

ברק מפתח תיאוריה מופלאה ואומר, שאם ניקח התנהגות מסוימת ברק שואל למה אפשר להתנהג כך, כמו להגיד למישהו שהוא לא חכם מתוך חופש הביטוי, ואם חופש הביטוי לא מתיר להגיד זאת אז אי אפשר להגיד זאת. גם התנהגות שמוגדרת כחופש אני יכול לממש אותה רק כי המשפט מכיר בה, ואם הוא לא מכיר בה אני לא יכול לבצע את אותה התנהגות. אפילו אם כל ההתנהגויות שנמצאות מחוץ למסגרת, גם אלה מכוסות ע"י נקודות האור המשפטיות. אתה יכול לדבר על חופש רק מהסיבה שהמחוקק או המשפט מכירים בחופש הזה ואם לא היו מכירים בו לא היה לך אותו וגם מה שנחשב כחופש נמצא תחת מטרייה משפטית. ואין התנהגות אנושית בעולם שלא נמצאת תחת מטרייה משפטית. ברק קורא לזה "הכל משפט". אבל הוא מוסיף ואומר שגם אם הכול משפט, זה לא אומר שהכול שפטי. משמע, גם אם לכול התנהגות יש עלומת אור משפטית זה לא אומר מפעיל את הפנס ומאיר לשם. זה אכן תלוי בשופט, לשופט אין מגבלה במתן הפתרון המשפטי אלא יש לו שיקול דעת להחליט שנושא מסוים לא מתאים לפתרון משפטי. ברק אומר שאין לביהמ"ש מגבלה חוקית להתערב אלא מגבלה מוסדית שביהמ"ש חושב שהוא לא המוסד המתאים והוא לא רוצה לטפל בדברים הללו.

נשאלת השאלה, אם אני יוצא מתוך הנחה שביהמ"ש יכול להתערב כי הכול משפט ולהסכם כזה מהו הכלי המשפטי שיופעל כדי לפתור את המקרה הזה. משמעות היכולת שלי לתת מענה משפטי, היא זו שאני צריך לקבוע כללים שלא יפתרו את המקרה שבא לפני אלא ליצר נורמה משפטית גם לעתיד. ביהמ"ש מייצר כלל, בעייתו היא שכלחים חדשים זה לא תפקיד ביהמ"ש אלא תפקיד המחוקק. אומר ברק שכדי להתמודד עם ההסכם הפוליטי הוא יוצר כלל שאומר שכאשר ביהמ"ש עוסק בהסכמים ציבוריים הוא יכול עליהם נורמות ציבוריות שמהותם סבירות הגינות שקיפות ואחריות. ואז המחוקק לא יכול להתנגד לכללים הללו, ביהמ"ש ממלכד את המחוקק ויוצר נורמה מתוך הנחה שהמחוקק לא יוכל להתנגד לה, ואז התקדים הופך להיות נורמה מחייבת כשאנו מדברים על הסכמים פוליטיים וכך ביהמ"ש יוצר יצירה חדשה לגמרי, במקרה זה נורמות משפטיות לטיפול בהסכמים פוליטיים. ברק מוביל מהלך עפ"י תפסיה דיקטטורית שאומרת שאין לך חופש כי זה שיש לך אני נתתי לך. כאשר ג'ון לוק מדבר על הזכויות הטבעיות, הוא מתכוון לומר שיש זכויות טבעיות שיש אותם לבני אדם, שאף אחד לא נותן להם את הזכויות הללו ואם כך אף אחד לא יגול לקחת את הזכויות הללו. כמו זכות לחיים שהמדינה לא נותנת לך ולא יכולה לקחת אותה. השופט ברק אומר זה שאפשר לקרוא לזכות הזו טבעית, אבל אם היא לא מקבלת הגנה של החוק אין לה משמעות, לכן אומר ברק שהוא המגן העליון של זכויות הפרט כי רק אם יש להן הגנה משפטית יש להן משמעות.

18/01/2009 פילוסופיה

בג"ץ 5364/94 ולנר נ' מפלגת העבודה הישראלית פ"ד מט 1, 758

פס"ד זה עוסק בהסכם שנחתם בין מפלגת העבודה ובין ש"ס, זה היה חלק מהסכם קואליציוני בו היה סעיף שאומר שבמידה ויפור הסטאטוס בענייני דת מתחייבים הצדדים לתקן את ההפרה ע"י חקיקה מתאימה. במילים אחרות מפלגת ש"ס חששה מהעליון ומבג"ץ, שפסקי הדין שלהם יפגעו בסטאטוס

כבו בענייני דת, שהיה מקובל כבר משנת 1948. מפלגת העבודה רצתה ש"ס תיכנס לקואליציה, אז אמרו להם שבכל מקרה שבג"ץ יקבל החלטה שסותרת את הסטאטוס כבו הצדדים כלומר העבודה וש"ס מתחייבים לתקן את פסק הדין באמצעות חקיקה – זהו חוק עוקף בג"ץ כלומר בכל מקרה שהבג"ץ יפגע בסטאטוס כבו המפלגות יתקנו את השינוי של בג"ץ. מנסח הסעיף עשה זאת בחוסר הבנה משפטית ברמה הנמוכה ביותר, ניסוחו של סעיף זה היה צריך להיות מנוסח בכך שהצדדים ישתדלו וישקלו לתקן את ההפרה, והם כתבו שהצדדים מתחייבים, בלי שזה משנה איזה בג"ץ זה. וברגע שאתה מתחייב לשנות את פסק הדין זו טיפשות. אכן מגיע דיון לבג"ץ בשאלה האם סעיף כזה הוא חוקי, ומפלגות פוליטיות יכולות לחתום על הסכם שיש בו סעיף כזה. כבר נאמר בעבר בפס"ד ז'רז'בסקי שכאשר מדובר בהסכם פוליטי ביהמ"ש עצמו יוצר את האור בנושא ולמרות שמבחינת החקיקה אין מקום לכסות הסכמים פוליטיים בג"ץ יוצר אותו ומתערב. משמע בג"ץ יכול להתערב בהסכמים והשאלה היא אם נכון להתערב במקרה זה. בעליון שמגר וברק יושבים בהרכב, המקרה הזה מסובך בגלל שבמקרה זה ההכרעה של ביהמ"ש עוסקת בסמכויות הבג"ץ, בג"ץ עצמו נוגע בדבר ואם הוא יגיד שההסכם פסול יאמרו שהוא דואג לסמכותו, ואם הוא לא יכול להתערב יש פתח גדול לעקיפת בג"ץ בהמשך. פה למעשה ההחלטה נוגעת לסמכות ביהמ"ש עצמו.

- השופט שמגר אומר, נכון שסעיף כזה מאיר באור עגום את המפלגות הפוליטיות שחותמות עליו אבל מאחר ותפקידה של הכנסת הוא לחוקק אז המחוקקים יכולים להסכים בניהם על חקיקה עתידית אבל הציבור יכול להביע דעתו אם יחשוב שסעיף כזה פוגע בזכויות ההגנה של הציבור הניתנות ע"י בג"ץ. כלומר בג"ץ לא ימנע מהרשות המחוקקת את עבודתה אבל בג"ץ יכול לבחון את תוקפו של החוק שעוקף בג"ץ ולהגיד שהחוק הספציפי שפוגע בזכות שבג"ץ הכיר בה הוא לא חוקתי. כלומר בשלב ראשון בג"ץ נותן לכנסת לעשות כרצונה ובשלב שני אם יגיע לבג"ץ הציבור יבין את הכוונות מאחורי המחוקקים ואין להם עניין בכך. אז למעשה שמגר אומר שבין הרשויות יש מאזן אימה ואם מראש אני אומר למחוקקת לא לחוקק אני מותח את החבל אבל כשאני אומר בביהמ"ש שהסעיף לא ראוי אני מזהיר את הכנסת אם כן שמגר יוצא מהנחה שהכנסת תיזהר כשמדובר בחוק בג"ץ.
- השופט ברק, הוא אומר שהסעיף הוא לא חוק עוקף בג"ץ, אלא עוקף דמוקרטיה וכשמשמשים במונח עוקף בג"ץ זה מושג טכני אבל אם קוראים לו עוקף דמוקרטיה זה בעייתי יותר מבחינת הציבור. ברק אומר שגם הסכם ג'נטלמני שאינו יוצר מערכת חוזים מחייבת יוכרז כבטל אם יאמר בו כי ינסו להשפיע על שופט, כלומר כשאחד מזמין את השני מדובר בדבר שלא מעניין את מערכת המשפט, אבל אם אחד יזמין את השני ויאמר לו שיבוא כדי לדבר על שופט ולדאוג להשפיע על שופט. על כך אומר השופט ברק שזה לא הסכם ג'נטלמני כלומר שעושים משהו מתוך כוונה להשפיע על שופט זה הופך בעייתי. א כן ברק אומר שהמשמעות של סעיף כזה שכתוב בו שאם תהייה החלטה נוגדת אז המחוקק מתחייב לתקן את ההצעה אז כאן יש ניסיון להשפיע על פסק הדין של השופט. משמע השופט יחשוב לו שעדיף לו לקבל החלטות בדומה למה שתרצה הכנסת אחרת ישנו את החוק וזה סוג של ניסיון להשפיע על המשפט, ולאמור אם לא תקבלו את ההחלטה שמתאימה לנו אנו נבטל זאת. ולא יעלה על הדעת שתתאפשר פגיעה אנושה כזו ברשות שופטת. משמע יש פה פגיעה ברשות המחוקקת אבל זו בשופטת תהייה הרבה יותר כבדה, וביהמ"ש צריך לדאוג למימוש סמכויותיו ולהתערב.

הכול משפט

- כל אלה מסתובבים סביב מושג יסודי בתפיסת העולם של המפשט הישראלי, להלן "הכול משפט", עפ"י תפיסתו של ברק הכול משפט ומתעוררת השאלה מאיפה השופט ברק שואב את הרעיון והאומץ, לומר "הכול משפט". בעניין זה ישנה פילוסופיה מאחורי הרעיון של ברק לכך ש"הכול משפט". אם היינו שואלים את חכמי הפילוסופים לגבי מזה חוק?, הם היו אומרים שנציגי הציבור יושבים בניהם מנהלים מו"מ, מגיעים לאיזושהי הסכמה וההסכמה היא הביטוי של הרצון הקולקטיבי. כלומר זה הנוסח המוסכם של הצדדים, החוזה, החוק וזה הביטוי של הרצון הכללי שלנו, משמע הרשות המחוקקת היא מאוד עוצמתית. אומר ז'אן ז'ק רוסו, אני מציית לחוק כי אני מבין שהחוק משרת אותי בגלל שהנציג שבחרתי לייצג אותי הסכים לחוק הזה. כלומר זה מעין חוזה לביטוי הרצון הכללי.
- כיום הרשות המבצעת היא המחוקק הגדול ביותר בישראל, בשנה מסוימת מס' החוקים החדשים בהשוואה לתקנות חוקי העזר וכו' החקיקה בטלה בשישים ורוב הפעילות נעשית ע"י הרשות המבצעת. כלומר הרשות המחוקקת היא שולית ונותנת אסמכתא כללית אבל מימוש הרצון לא נעשה על ידה. כל המושג של הרצון הכללי לא קיים, כי מי שמחוקק זה אדם שנתמנה כחלק מהרשות המבצעת ולא נבחר ע"י העם.

- רוב חברי הכנסת שאכן משתתפים בתהליך החקיקה לא יודעים על מה הם מצביעים, תהליך החקיקה מתבצע בשלבים בוועדות שונות שבסופו של דבר מנסחים ומגדירים את החוקים. אז חברי הכנסת מתכנסים להצבעה, הם לא יודעים על מה הם מצביעים. כל העניין של נציגים שמייצגים את רצוננו עבר כבר מזמן. החקיקה זה ביטוי של מקצוענות ולא של ציבור. כל אלה ממחישים את התזה של ברק, שקביעת הנורמות במידה זה לא מימוש של רצון קולקטיבי אלא עניין שעובד עפ"י משחקי כוח. ברק עוד מוסיף שאם זו החקיקה בה נקבעות הנורמות במדינה אז השחקן הראשי ביותר הוא ביהמ"ש, כי אם אין מימוש לרצון הקולקטיבי אז ביהמ"ש צריך לעמוד מול חברי כנסת שלא יודעים על מה הם מצביעים כי הם עומדים מעל חברי הכנסת. ברק בונה את התיאוריה על פיה הכול משפט ואז אין בעיה שביהמ"ש יקבע את הנורמה, אבל המשחק הוא כזה שביהמ"ש תמיד צריך תמיד להיות פוליטי כדי לדעת עד כמה הוא יכול למתוח את החבל לגרום לזה שהנורמות שהוא מממש(חקיקה שיפוטית), לא יצרו אנטגוניזם בכנסת, ויתקבלו בציבור.

פרופ' פרוקצ'יה כתב מאמר על חוקי החברות, הוא אומר שם שיש שבארה"ב מדינת דלוור מבחינת חוקי החברות היא מאוד מפותחת וחלק גדול מהחברות הגדולות רשומות בדלוור. הוא אומר שאם החוק כל כך טוב אז למה שמדינות אחרות לא יאמצו אותו. הוא טוען שהחוק בסופו של דבר כזה שאתה לא יכול לנתק אותו מקרקע גידולו, החוק גודל על מצע מסוים. הוא לא מקרי יש לו רקע, ואם תיקח חוק שגדל על מצע מסוים ואתה מעביר אותו למצע אחר בסופו של דבר הוא לא יתפתח. ואותו דבר אומר ברק שכשישראל מחוקקת חוקים החוקים גדלים על מצע תרבותי, משמע כשהכנסת מחוקקת חוק הוא גדל על מצע שיוצר את עיקרי היסוד של השיטה המשפטית לכל שיטת משפט עיקרי יסוד שלעולם לא מופעים בחקיקה, אלא יודעים שהחקיקה מבוססת על עיקרי יסוד ואלה בין היתר הם תום לב, שוויון וכו'. כלומר כל חוק צריך לעמוד בקריטריונים של עיקרי היסוד ואם ביהמ"ש יעשה את מה שהמחוקק עושה ויבדוק שהחוקים עומדים שתנאי היסוד של עיקרי השיטה המשפטית ויעשה אותו הדבר לגבי הנורמות שלו כאשר הוא יגדיר אותם הוא עושה אותו דבר כעבודת המחוקק. והעובדה שהמחוקק נתן לביהמ"ש את הסמכות למלא לארונה אז צריך להתרחב רק עוד קצת לחקיקה שיפוטית.

מכאן מהלכו של ברק נבנה מהכול משפט שמבוסס על מנגנון קבוע, ואם ביהמ"ש והמחוקק עושים אותו דבר אז אין בעיה.

בתולדות המחשבה האנושית יש וויכוח בשאלה האם האדם נולד לוח חלק או עם מבנים קבועים, תבניות קבועות. כלומר כשאני אומר שאדם נולד כלוח חלק כל דבר שהוא לומד הוא לומד מהניסיון מעבד בשכל ומגיע למסקנה. לדוגמה – סיבתיות אם יש עננים יורד גשם. מושג זה אומרים אלה שטוענים לוח חלק נלמד מתוך המושג מציאות טבעית. ואני יודע שמחר תזרח השמש כי ככה היה אתמול אם כך הידע שלי על המציאות הוא פונקציה של העיבוד של נתוני החושים. אבל אינך יודע בוודאות שמחר תזרח השמש, הטענה היא שמה שאני לומד באמצעות הניסיון זה דבר שמעולם איננו ודאי כי זה נלמד דרך מסקנות ללא ביטחון גישה זו טוענת שאדם נולד עם תבניות בסיסיות שנתוני החושים מתיישבים על פיהם. דוגמה – מושג הזמן אותו אני לא יכול ללמוד באמצעות הניסיון אלא אני מכיר את המושג הזה במוח ואני מסדר את נתוני החושים על פיהם. כלומר זו תבנית מחשבתית. זה דומה לתוכנת מחשב שמפעילה אותו ואני מסדר את הדברים על פיה.

זה מה שאומר ברק לגבי החקיקה שלעולם היא לא נעשית בתוך לוח חלק, כל חקיקה מסתדרת בתבניות קבועות ואם אני יודע לפענח את התבניות גם המחוקק וגם ביהמ"ש פועלים על פיהם. זה אמור לממש את אותם ערכים ועקרונות. כל נורמה מבוססת על אינטרס מסוים והחלטת החברה להגן עליו זה תוצאה של ערכים.

אם כך כישרונו של ברק זה בזיהוי הערכים החברתיים והתנודות והשינויים שחלים בהם, וכשעשה זאת הוא יוצר את הסיטואציה שהוא מקבל גיבוי מהציבור למרות שהמחוקקים נגדו ואינם יכולים להתמודד איתו כי הוא נתן ביטוי להלכי הרוח של הציבור.

רוב הציבור מגבש את דעותיו באמצעות מתווכי ידע, אין לנו יכולת להתעמק בכל דבר ולכן הציבור מגבש דעתו על פי מה שמחליטה התקשורת. ברק בא ומפתח מושג דש כאיליה המשפטית, כלומר אם שכנעתי כשופט ידוענים שונים שדרך הפסיקה שלי נכונה אז שכנעתי את הציבור שיתייחס לפסיקה שלי לפי מה שיאמרו מתווכי ידע, ברק שולט במתווכי הידע ויוצר סיטואציה שמאפשרת חקיקה שיפוטית. מאחר והידע של הציבור בענייני משפט מקורו בחברי כאיליה המשפטית, ברגע שהעברתי אותם לצידי גיבשתי את עמדת הציבור ביחס למה שאני עושה ואם הצלחתי לעשות כן באופן מוחלט אני לא אהיה מוגבל.

משפט של מושגים אל מול משפט של ערכים

במשפט הישראלי עד תחילת שנות ה-80 היה משפט של מושגים כלומר, אני כמחוקק יושב במשרד בכנסת ומגדיר מושג כלשהו ואז זה מגיע לביהמ"ש שם לוקחים את הגדרת המושג ומיישם אותו על המקרה שלפניו. לדוגמה- בני זוג קונים דירה ורושמים אותה רק על שם אחד הצדדים, כעבור זמן מה בני הזוג מתגרשים ועולה וויכוח למי שייכת הדירה. עד תחילת שנות ה-80 ברור שהדירה שייכת למי שהיא על שמו כי המושג קניין מוגדר כביטוי לרישום הבעלות, אנחנו מדברים על משפט של מושגים, אי אשפוט על פי המושג. ולביהמ"ש אין שום שיקול דעת או אפשרות לשנות את המושג. ואז מגיע ברק ועושה מעבר ממושגים לערכים. משמעות הדבר אם אני מקבל ערך של שוויון, ואם כל מה שנרכש בתקופת הנישואים כפוף לשוויון אז זה לא משנה על שם מי רשומה הדירה. זה משנה רק כלפי צד שלישי, כלומר אם מיישמו קונה את הדירה אותו צד לא צריך ללכת ולבדוק של מי הדירה ההגדרה של המושג נשאר אבל ביחסים בין בני הזוג אני לא כפוף להגדרה מושגית אלא בודק ערכים ואם ערך שיתוף אומר שיש שיתוף אז הדירה של שניהם.

דוגמה נוספת – בנק רושם עיקול על דירה והרוכש לא רושם הערת אזהרה, אם הבנק רושם עיקול השעבוד שלו גובר על חוזה הרכישה בהגדרה המושגית, ביהמ"ש במצב כזה יכול לומר שהבנק צריך לוודא שהכסף יכנס לחשבון וזה לא נותן הגנה מול רוכש הדירה. ולכן העיקול לא מתקיים. זאת אני עושה כאשר יש מסגרת משפט של ערכים. המעבר הזה יוצר שיקול דעת בלתי רגיל לביהמ"ש, כי המשפט מכבד את מה שכתוב בחוק אבל אם יש סתירה ביים התפיסות ערכית ומושגית אני יכול לבחור וכל זאת בתנאי שביהמ"ש באמת יודע לזהות את אותם ערכים שמקובלים על החברה הישראלית כדי שהיא תיתן גיבוי לביהמ"ש באותם מקרים שביהמ"ש פוסק על פי התפיסה הערכית. ביהמ"ש צריך לזהות באופן מדויק את ערכי החברה כדי שלא יהיה מצב אנטגוניזם מצד החברה. דוגמה- היה תיקון חוק במדינה שקבע שמי שנפגע כתוצאה מפעילות צבאית לא יוכל לתבוע בניזקין, הרעיון שעומד מאחורי זה שאם נפצעים אזרחים המדינה לא תשלם פיצויים בבג"ץ, אמרו שאם יש נפגעים תוך פעילות של צה"ל צריכים להיות זכאים לפיצויים. ובאמרה כזו נוצר אנטגוניזם כי רוב הציבור מרגיש שאם יפגעו בפעילות צבאית לא מגיע להם פיצוי. מאחר ונקודת המוצא טוענת למתווך ידע אז אם הם שוכנעו גם הציבור שוכנע. זה לא איזה עניין משפטי מובהק שצריך לו מתווך ידע ואז ביהמ"ש יתקל בקושי. החוק כולו הופך לסיטואציה שהיא סוג של גמישות וביהמ"ש יכול לפסל על פי הנראה בעיניו את החוק.

תפקידו של המשפט זה לקדם ערכים ועולה השאלה איזה ערכים ומי יקבע את אותם ערכים שהמשפט אמור לקדם?

קונצנזוס שקיים הוא שהמשפט אמור לקדם את האמת. בדיון כראש ממשלה הקים וועדה לחקירת רצח ארלוזורוב(1933 המזכיר המדיני של הסוכנות היהודית), הוועדה ב-1978 רצו לבדוק מי רצח את ארלוזורוב. אדם בשם אלון הגיע עתירה, כי כבר דנו בשאלה אז אי אפשר לבוא ולברר זאת שוב. השופט מנחם אלון אומר, שאין אמת אחת יש אמת מדעת, היסטורית ומשפטית. בכל אחד מהתחומים הללו האמת נתפסת ומתגבשת באופן שונה. בשביל אמת מדעית עושים ניסוי בשביל אמת היסטורית אני עושה תחקיר. והאמת המשפטית היא אותה אמת שביהמ"ש מגלה אותה באמצעות דיני הראיות. כלומר המכשיר של ביהמ"ש לברור האמת הוא דיני ראיות. ואם אין מספיק ראיות משמע ביהמ"ש לא יכול לברר את האמת. זה לא אומר שמה שביהמ"ש מגלה זו האמת העובדתית ולפעמים גם ביהמ"ש מוגבל להשתמש במכשירים לגילוי האמת. במשפט הישראלי אני יכול להרשיע על פי ראיות נסיבתיות ובמשפט העברי אי אפשר.

25/01/2009 פילוסופיה

ראיות נסיבתיות – המשך משיעור שעבר

עולה השאלה למה במשפט העברי לא ניתן להרשיע עפ"י ראיות נסיבתיות? ראייה נסיבתית פירושו הדבר שיש לי רצף של עובדות וחסר לי משהו בניהם. משמע לגבי כל עובדה ועובדה יש לי עדות ראייה אבל ברצף יש קטע חסר, לדוגמה ראיתי שא' רודף אחרי ב' ושנכנסו למבנה, אני לא יודע מה היה במבנה ואח"כ ראיתי שהוא שא יוצא עם הסכין. ראייה נסיבתית הינה שיש לי חוסר של עובדות ואני משלים את החוסר עפ"י הערכה הגיונית של מה שבאמת קרה. אותה ההערכה הגיונית מבוססת על פי ניסיון חיים. אם ראיתי שהוא נכנס עם סכין ואז יוצא עם סכין אני מניח שהרצף הוא שא דקר בתוך המבנה. משמע אני יוצא מתוך הנחה שקיים רצף סיבתי ואם יש נקודה מסוימת חסרה אני

משלים אותה. בהלכה נאמר שלעולם אי אפשר לבסס כלום על ניסיון חיים ורצף שלכאורה נראה הגיוני, תמיד יישאר ספק שניסיון החיים לא מבטא את המציאות ההתרחשותית. כי ראייה נסיבתית מבוססת על האינדוקציה. כלומר אנו מניחים בדרך האינדוקציה שבגלל שהשמש זרחה כל יום היא תזרח גם מחר אבל אין לי וודאות שזה יקרא. הפילוסוף עמנואל קנט, הגדיר מזה שמש – גוף שמימי ואם מחר לא תזרח השמש אז ההגדרה לא בסדר. אבל אם אני ילך בדרך האינדוקציה אין וודאות שניסיון החיים משקף מציאות. ואני לא רוצה ליצור מצב של השלמת חסר בפלילים על בסיס אינדוקציה כללית.

במשפט הישראלי והאנגלי אני יכול לעשות זאת מכיוון שמשפט העברי לשופט אין שיקול דעת בעניין העונש, לעומת המשפט המודרני שם לשופט יש שיקול דעת בעונש, וזה יכול להיות שעל עברה שני שופטים יתנו שתי עונשים שונים עפ"י שיקול דעת השופט שמבטא את תחושת השופט שאם הוא משוכנע שמדובר בקורבן תמים אז במקרה כזה השופט ייתן עונש מחמיר אבל אם לשופט יש ספק שאולי התנהגות הקורבן תרמה לסיטואציה ובמקרה כזה הוא מפעיל שיקול דעת ומשחק בעונש, זה גם מבטא את תפיסת העולם של השופט וזה מכשיר איזון בין מציאות עובדתית ותחושת השופט לפרטי המקרה. לכן במשפט המודרני אני מרשיע עפ"י ראיות נסיבתיות וזה לא קיים בעברי.

הצדק

המשפט נועד לקדם ערכים, הערך המזוהה ביותר עם המשפט הוא הצדק. גם מתוך המקורות וגם מתוך תחושה תפקיד המשפט זה לקדם את הצדק עולה השאלה למה מתכוונים כשמדברים על צדק? פס"ד אתא עד היום לא יודעים מזה אותו צדק, לדוגמה ב1976 היה מקרה שוורץ מקריית שליד ביתו יש את מפעלי אתא, באותם שנים זה היה מותג. חברת אתא מחליטה להגדיל את המפעל ומרחיבה אותו תוך כדי שכלול מכוונת שעובדות 24 שעות ביממה. וזה עשה רעש בלתי נסבל ושוורץ פונה לביהמ"ש ואומר שההרחבה מפריעה לו באיכות החיים. חברת אתא טוענת שאם יסגרו את החברה יפטרו 3600 עובדים. בעליון עולה השאלה האם קובעים שאתא מהווה מטרד לשכן המפעל, או שאומרים שאתא צודקת ולא יסגרו את המפעל בגלל שוורץ. הפירוש ההגיוני היה אומר שחברת אתא תפנה לשוורץ ותעביר אותו דירה. וזה הפתרון הכלכלי היעיל ביותר, אתא לו מוכנה לקבל את הפתרון כי מבינה שהיא תצטרך לפעול ככה כלפי כל מי שגר בתווך שמיעה של המכוונת. ואז ישנם שתי אפשרויות, לומר שביהמ"ש פועל עפ"י עקרונות צדק שמשמעותם שאדם לא צריך להפגע. מצד שני הצדק של שוורץ עומד מול זה של העובדים שיפוטרו. יש בתמקרה דילמה שהמשפט מתקשה להתמודד איתה בגלל השאלה שלא יודעים בדיוק איך למדוד את הצדק האם עפ"י הקורבן היחיד שנפגע או אלה שפוטרו ואיזה צדק הוא יותר צודק. לבסוף אתא בראשותו של מולר פנתה לשר האוצר וביקשה ממנו להפקיע את השטח של שוורץ, ואז במסגרת חוקי ההפקעה נתנו לו פיצוי וסילקו אותו. ובמקרה הזה לא עשו צדק.

בעניין הזוג נחמני עם הביציות אומר השופט זמיר "אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי שביהמ"ש לא נוצר ואינו קיים אלא מכוח הדין ואין עליו מרות זולת מרותו של הדין" יצרי זה הצדק שביהמ"ש מבק בכל מאודו לעשות צדק, אז מה שהוא אומר שאשרי השופט שעושה דין עם הצדק אבל בד"כ השופט מוביל את הדין לצדק.

הרמב"ם אומר לגבי הצדק, "איזה הוא צדק המשפט? זו השווית שני בעלי הדין בכל דבר", משמע מהשאלה ששואל הרמב"ם אפשר להבין שהמשמעות של צדק המשפט הינה שהרמב"ם מבין במובלע דבר בסיסי והוא שלמושג צדק יש משמעויות רבות ומה שמעניין אותנו זה הצדק בהקשר המשפטי ולא הפילוסופי או המוסרי. ועל כן תשובתו הינה שההשוואה בכל דבר היא ששניהם יהיו שווים בכל מלבש ועד זכות דיבור וזה צדק פרוצדוראלי, משמע כשאתה מנהל את המשפט תנהל אותו באופן שווה מבחינת הפרוצדורה לשני הצדדים ואל תיתן עדיפות לצד אחד על פני שני. כשאני נשאל מהו צדק המשפט אז זה הוא ההיבט הפרוצדוראלי של הדין המשפטי, וכשנשאל מזה לא צדק המשפט, אז זה לא הצדק המהותי אלא הצדק של המשפט הוא הפרוצדוראלי כלומר האופן בו אני מקיים את ההליך המשפטי וכשכתוב בתורה "צדק צדק תרדוף" אז הכוונה היא שצדק בצדק תרדוף. כשאמר שהצדק המשפטי הוא לא המהותי אלא הפרוצדוראלי אז הצדק המהותי במושג בחוק, משמע מובלע באופן אינהרנטי בחוק והחוק תמיד צודק, כך שמבחינה מהותית צדק המשפט זה ליישם את החוק באופן שוויוני וצודק. כשהחוק תמיד צודק.

אם ניישם זאת למקרה אתא, ומבחינת החוק אם יש לי מטרד אז השיקול על העובדים לא רלוונטי כי אני יוצא מתוך הנחה שמה שמיושם בחוק זה צודק, והרמב"ם מגיע למסקנה הזו בגלל שאם התורה מקורה בה' אני לא יכול לשאול שאלות ביחס לצדק המהותי, הרמב"ם אומר שכשהוא שואל איזהו מדק המשפט אז זה לא המהותי כי החוק האלוהי תמיד צודק וכשאני מיישם אותו אני צריך ליישם

אותו באופן שווה והוגן וצודק כלפי כולם. אין לי דרך להגדיר מה יותר צודק ומה פחות ומאחר שאין לי דרך לשקלל זאת נצא מתוך הנחה שהחוק כחוק הוא תמיד צודק. במיתולוגיה היוונית, מתוארת אלת הצדק כעיוורת כי אם היא רואה את הכול היא לא תוכל להגיע לתוצאה משפטית. לכן אומרים לה לא להסתכל מי עומד לפנייה כי אם היא תראה היא לא תגיע לתוצאה צודקת כי היא תושפע מאישיות הצדדים. על כן בתפיסה המקורית של המשפט הרעיון הוא שמה שמופיע בחוק הוא צודק. במשפט היווני התבונה מנתיבה את הדרך והיא הולכת יחד עם הצדק. זה נרמז גם בפסוק "משפטי השם אמת צדקו יחדיו"- א.מ.ת זה אות ראשונה אמצעית ואחרונה באלף בית העברי שקר, זה שלוש אותיות אחת אחרי השנייה. מערכת מצומצמת לעולם לא תהייה צודקת ואני צריך להתייחס לחוק עפ"י הצד ולא על בסיס אמת או שקר. החוק הוא למעשה שקלול של ערכים שנעשה ע"י נציגי הציבור ואני יוצא מתוך הנחה שהנציגים שיקללו את הערכים כולל שיקולי הצדק. כבר בתקופה הקדומה גילו שיש בעיה לא פשוטה וזו הינה שגילו שהחוק מאופיין ע"י זה שהוא מדבר באופן כללי, אז בא אריסטו ואומר ש"צדק זה תיקונו של החוק מחמת כלליותו", המילים אחרות חוק זה לקבל את מה שמגיע לך וצדק ויושר זה התחשבות במערכת נוספת של ערכים שבאים לתקן את החוק בגלל העובדה שהוא כללי. משמע יכולה להיות סיטואציה שהתוצאה המשפטית הינה כזו שפוגעת בעקרונות צדק במקרה הפרטי, ויש מצב שהחוק בגלל שהוא מוגדר בכלליות הוא יפגע במקרה פרטי כמו מקרה זקנה שבאה ללמוד לרקוד, מבטיחים לה בחוג שהיא תיקח שיעורים ותהפוך לרקדנית. אחרי 400 שיעורים היא לא מתקרבת ליכולות ומגישה תביעה נגד החוג בטענה שרימו אותה, והיא לא רקדנית. עפ"י המצב המשפטי, היא לא זכאית לקבל החזר של שיעורי הריקוד כי כל מה שמופיע בחוזה מחייב וזה לא משנה מה היו הנסיבות שגרמו לה לחתום על החוזה. כך במשפט האמריקאי עפ"י המושג "קדושת החוזה". בביהמ"ש הייתה דילמה עפ"י העיקרון החוקי הבסיסי של קדושת החוזה תוך כדי שביהמ"ש חייב להתחשב בנסיבות מיוחדות וקבעו שהונו אותה והיא קיבלה את הכסף. אני צריך להתחשב בנסיבות מיוחדות של המקרה, וזאת גם עפ"י המשפט העברי. "למען תלך בדרך ישרים". יש במסגרת החוק סיטואציות בהם לא נותנים את הפתרון המשפטי כי הוא מגיע לתוצאה בלתי צודקת במקרים חריגים. באנגליה במקביל למשפט הרגיל הייתה מערכת של דיני יושר, שם טוענים אם התוצאה היא לא צודקת. מכאן שברור שהחיבור בין החוק לצדק הוא מקבל אבל מנגד ברור שלא תמיד התוצאה החוקית היא גם הצודקת וכמעט בכל שיטות המשפט יצרו מנגנונים שבהאים לתקן את החוק מחמת כלליותו שהבעיה הינה שבשום שיטת משפט לא הגדירו מהם הכללים על פיהם אני קובע שצריך לתקן את החוק וגם איך מתקנים אותו.

צדק מתקן צדק מחלק

הראשון שהתנסה הצדק באופן מקצועי היה אריסטו, הוא אמר שיש שני סוגי צדק. צדק מתקן, וצדק מחלק.

צדק מתקן- פירושו שאם גרמתי לאדם מסוים נזק אני צריך לתקן את הנזק וגובה התיקון הוא לפי רמת הנזק, גם בפלילי וגם בנזיקין התפיסה שאם תגרום נזק אתה תפצה על פי רמת הנזק שגרמת. בהמשך זה נהייה מורכב עפ"י עקרון הגולגולת הדקה ושם טוב.

צדק מחלק- איך אני מחלק את משאבי המדינה באופן צודק בין כלל אזרחיה, זו השאלה המרכזית במדעי המדינה כיום. שאלה זו עולה בפי הפילוסוף ג'ון רולס, הוא דן בספרו בשאלה להלן, בנוגע למשאבי הכלל. הוא טוען שנקודת המוצא של כל המדינה הינה אמנה חברתית. פירוש הדבר שיושבים אנשים במצב הטבעי והם אמורים לקבוע איך יתחלקו משאבי המדינה. ג'ון רולס טוען שתמיד יש בעיה כשרוצים לחלק משהו, כי החלוקה צריכה להיות אובייקטיבית וניטרלית וצריך לנטרל את האינטרסים האישיים של המשתתפים החלוקה וזאת משום שלכל אדם יש אינטרסים שירצה להביא לידי ביטוי, והוא שואל איך מנטרלים את האינטרסים של אלה המשתתפים באמנה ובאים לחלק את האינטרסים של הכלל. רולס קובע כי כשהוא מתאר קבוצת אנשים שלא יודעת כלום על עצמה, משמע "מסך של בערות" המשתתפים לא יודעים כלום על עצמם. מה שיש להם זו ידיעה כללית על הטבע האנושי וכשאלה יבואו לחלק את העוגה הם יחלקו אותה באופן צודק ביותר. משמע כשמתעוררת השאלה כמה כסף צריך ללכת לתרופות, אם אני לא יודע אם אני בריא או חולה אז אני ידאג לכך שתהייה רמת סיכון מסוימת שתיקח בחשבון את האפשרות שאני חולה. אני בוחר את הבחירה שתבטיח אותי. או לדוגמא, למושג עבדות רולס אומר שאם אתה לבן היית בעד ואם שחור אתה נגד. ואם תאסור על עבדות זה לא משנה מה אתה לכן כשאני מחלק משאבים אני יחלק אותם מאחורי מסך של בערות וכך אני מגיע לכללים צודקים וזו ההחלטה הצודקת ביותר. רולס אומר שני כללים של צדק עפ"י רולס:

העיקרון הראשון יהיה שכל אדם יהיה זכאי באופן שווה לחרות הבסיסית המרבית התואמת את החירות הניתנת לאחריו משמע לכל בני האדם יש חירויות בסיסיות בשווה וזו התוצאה שאליה יגיעו

אנשים מאחורי מסך של בערות . ואת החירויות הבסיסיות עליהם אומר ג'ון רולס שמקומם באמנה החברתית. העיקרון השני אומר רולס , הינו שההבדלים החברתיים והכלכליים יהיו צודקים רק אם יניבו יתרונות מפצים לכל ובמיוחד למקופחים בחברה , משמע רולס מבין שאם יש שוויון טוטאלי זה מוביל לקומוניזם וכך לאף אדם אין עניין להתקדם וליזום כי זה לא שלו. על כן כשאני יודע שיש הבדלים ויש אי שוויון אני צריך ליצור מוטיבציה ליזום ולעשות כדי לגרום לאנשים לקדם את החברה, כשהמדינה מחלקת את המשאבים מותר לה ליצור העדפה בתנאי שההעדפה מתבצעת צריך לדאוג לזה שהמקופחים יקבלו פיצוי כתוצאה מאי השוויון . לדוגמא מקרקעי ישראל משווק קרקעות לדיור ויכול לדאוג שהעלות של הקרקע תהייה ברמה שהיא מאפשרת רווח ומאפשרת מחיר סביר לאזרחים. וגם כאשר אני יוצר אי שוויון אני מבטיח תגמול למקופחי החברה , ואי השוויון החברתי הוא מובנה וכשאני מייצר אותו בחלוקת משאבים אני דואג לכלל.

המבקר של רולס היה הפילוסוף רוברט נוזיק, שטען שאם אדם בזכות כישרון יכולת וידע מרוויח כסף אין לאף אחד זכות לקחת ממנו את כספו. נוזיק אומר שלמשל אם יש שחקן כדורסל מצליח אז אי אפשר לקחת ממנו כסף כי הוא רק ממש את כישורו והמדינה לא יכולה לפגוע בזכויותיו הקנייניות של אדם והרוויח כסף.

דוגמא- סטודנט שחור עובר בחינה פסיכומטרית ולא מקבלים אותו על בסיס התוצאות הוא פונה לביהמ"ש וטוען שהוא מבקש שיקבלו אותו על בסיס אפליה מתקנת , כי הוא חושב שמאחר והוא שחור מופלה וזה יהיה צודק. הכשל של הטענה נמצא בזאת שכשהוא מגיש את העתירה הוא מודה בכך שפסיכומטרי הוא הקריטריון ושהוא לא עומד בו. הוא יוצא הפסיכומטרי משקף את ההתאמה והוא מפסיד את התיק כי הוא למעשה אומר לביהמ"ש אני מקבל את הפסיכומטרי כבחינת קבלה. ביהמ"ש אומר שאי אפשר לקחת מי שלא מתאים , הוא היה צריך להוכיח שהפסיכומטרי הוא איננו האידיקציה הנכונה והטובה ביותר כדי לבדוק את ההתאמה ואז היה לו סיכוי.

המשך משיעור שעבר

בעניין פסיקת ביהמ"ש שחלה באופן כזה שחוק חל מכאן ולהבא ופס"ד חל באופן רטרואספקטיבי ואז במקרה שפס"ד פלילי מכיל מעשה אחריות פלילית שהוכרה ע"י פרשנות תכליתית משמע ביהמ"ש מפרש עובד ציבור באופן שונה. במשפט פלילי זה מסוכן להחיל אחריות באופן רטרואספקטיבי כי אדם אומר שהדברים שבוצעו לא היו אסורים אבל מצד שני ההחלטה האם להכיל את זה באופן רטרואספקטיבי זה גם תלוי עד כמה אנשים מודעים לאופי של מעשם ואז לא יוכלו להסתתר מאחורי ההחלטה להכיל אחריות באופן רטרואספקטיבי.

משפט ומוסר

שאלת היחס שבין משפט ומוסר – לדוגמא מפקד חיל הים מבלה במועדון חשפנות, הוא טוען שזה חד פעמי וחלק מהבחורות אומרות שזה רב פעמי, מסביב לעניין הזה הולך ומתפתח וייכוח ציבורי שעוסק בשאלה האם זה מן הראוי או לא שמפקד חיל הים יבלה במועדון חשפנות. עולה השאלה איך ועפ"י איזה קריטריונים ייקבע האם ביקור שכזה הוא מוסרי?! אם זה חוקי אפשר לבדוק עפ"י חוק. זוהי התנהגות שיש הטוענים לגביה שהיא בלתי מוסרית ועל כן הקריטריונים על פיהם אפשר לקבוע מוסרי או לא מוסרי- ההכרעה בשאלה היא מורכבת כי אין לנו קריטריונים תבוניים כי אחד יכול לחשוב שמשוהו מסוים הוא בלתי מוסרי ושני שהוא לא ואין דרך אובייקטיבית להחליט מה מוסרי כי מוסר הוא פונקציה של תפיסות עולם.

הקשר שבין המשפט והמוסר -

כל הנורמות הפליליות שמופיעות בחוקי העונשין רובן מתוך מקור מוסרי או דתי, לדוגמא במשפט הפלילי בישראל היה איסור יחסים הומוסקסואליים מכיוון שהדת היהודית ראתה בקיום יחסים כאלה דבר בלתי מוסרי בעליל וקבעו שזו נורמה פסולה, משמע חלק גדול מהסעיפים קשורים בהיבט מוסרי. עוד דוגמא- היה איסור לעסוק בזנות וחשבו שזה לא מוסרי עיסוק כזה, במילים אחרות בעולם העתיק היה חיבור בין לא מוסרי ללא חוקי. ככל שאנו מתקדמים המושגים הללו הולכים ומתרחקים והמשפט המודרני הולך ומרחיק את הקשר בין לא חוקי ללא מוסרי, זהו ניסיון עולמי לנתק בין שני ההיבטים מוסר ומשפט ולטעון שאלה מעגלים שונים.

הראשון שניסה להתמודד עם השאלה איך לקבל החלטות בסוגיות מוסריות – היה סוקרטס בדיאלוג של אפלטון- קריטוס. השלטונות לא אהבו את שאלותיו של סוקרטס וחשבו שבשאלותיו הוא ממריד את הנוער ואז העמידו אותו לדין באשמת הסתת הנוער באתונה- שם ישבו בכל תיק 501 שופטים. וכשסוקראטס מגיע לדין הוא מודה בכך ששאל שאלות, השיטה באתונה הייתה ששואלים את הנאשם איזה עונש הוא חושב שמגיע לו- סוקראטס העקשן אומר שביהמ"ש טועה וגוזרים עליו מיתה ע"י שתיית כוס רעל. בלילה לפני שהוצא להורג הצליח תלמידו פיתון להיכנס לתא שלו ואמר לו שהצליח לשחד את השומרים ויש ספינה שמחכה לו שיסתלק. כל הלילה קריטון וסוקראטס מתווכחים בשאלה האם צריך לציית לחוק או יותר נכון לגבי השאלה איך יודעים ומהו השיפוט המוסרי, איך אני יודע שמה שאני צריך לעשות זה נכון או לא נכון לברוח מהכלא.

מאפייניה של הדילמה המוסרית -

1. סוקראטס אומר שבשיקולי הכרעה מוסרית לא הולכים אחרי הרגש

דילמה מוסרית פירושה שאני נמצא בסיטואציה שיש לי אפשרות לבחור בין אלטרנטיבות והמיוחד בדילמה המוסרית הינו שכאשר יש דילמה מוסרית הבחירה שלי באלטרנטיבה דורשת הנמקה.

זו הייתה התפיסה הראשונה בתלמוד עדיף ששניים ימותו מאשר אחד שיצפה בשני.

סוקראטס בדיאלוג קריטון מנסה לתת קריטריונים לגבי ההכרעה בדילמה המוסרית ואומר- "העיקר הראשון שלא צייתי לכל רגש מרגשותיי אלא להיגיון שנראה לי הטוב מכל שיקולי" מה שאומר פה סוקראטס זה שבמדינה יש דילמה מוסרית אדירה ואיומה וזו בעניין גלעד שליט ונשאלת השאלה מה אפשר לעשות – רוהמ"ש צריך לקבל החלטה האם לשחרר אסירים כדי לקבל שבוי, סוקראטס אומר שאי אפשר לקבל החלטה מוסרית בשאלה כזו כאשר מי ששולט בהחלטה זה הרגש, והחלטות כאלה צריך לקבל עפ"י שיקולים הגיוניים.

2. כאשר אתה אמור לקבל הכרעה בשאלה מוסרית תהיה צמוד לעקרונות שהאמנת בהם ולא תשנה את העקרונות שלך רק בגלל שנח לך, כלומר אם חשבת שיש חובה לציית לחוק אל תשנה את עקרונותיך עפ"י ההתאמות הרגעיות שלך ולך אחרי החזון

3. כאשר מדובר בענייני מוסר אל תלך אחרי דעת הרוב כי העובדה שרוב האנשים חושבים דבר מסוים זה לא הופך אותו ליותר מוסרי

אלה הם שלושת העקרונות עליהם אומר שסוקראטס שכך צריך להתמודד עם דילמה מוסרית.

כשסוקראטס רוצה להתמודד עם השאלה האם לברוח מהכלא או לא ההכרעה הספציפית בדילמה המוסרית תהיה שילוב בין עקרונות לבין עובדות. לדוגמא- כאשר לא מציינים לחוקים ולפסקי הדין המדינה תתמוטט וזה נתון עובדתי. ומאחר והמדינה גמלה לנו טוב אני לא יכול לפגוע במדינה- אם אתה גומל אי טובה כלפי טובה אתה מונע עשיית טוב – כלמור אם מישהו גומל לך טובה תגמול לו גם טובה שיהיה לו אינטרס להמשיך. וסוקרטס אומר שהוא צריך לציין לפסק הדין של המדינה ואומר לקריטון שלא יבוא ויגיד לו שילדיו יפגעו כי לא העניין האישי רלוונטי אלא השיקול המוסרי השילוב בין נתון עובדתי לעקרוני

הוא אומר שאם אתה גר במדינה מסוימת הוא מניח שהסכמת לציית לחוקים של אותה מדינה, כי אם החוקים הללו לא מוצאים חן הולכים למקום אחר. הסכמות צריך לקיים ודבר שהוסכם עליו שצריך לקיים זה נתון עקרוני תבוני, הסכמים צריך לכבד. העובדה שאתה גר במדינה מסוימת מבטאת הסכמתך לציית לחוק השילוב הוא בין נתון עובדתי לנתון של עיקרון וזו תפיסתו הבסיסית לבסס את ההכרעה המוסרית עפ"י התבונה.

מאות שנים אח"כ התברר שאין קשר בין מוסר לתבונה וההוכחה הטובה ביותר לכך הייתה שבכל חברה ובכל תרבות היו נורמות מוסריות שונות ואין נורמות אוניברסאליות אז באו ואמרו שאין קריטריון אחד בכדי לקבוע מה מוסרי ומה לא, יש כאלה שמשייכים מוסר למצפון כאלה שלחבה וכאלה שלדת. כל אחד מסתמך על קריטריון מוסרי אחר. במציאות המודרנית הוברר שהמוסר הוא רלטיבי יחסי וכל חברה יכולה למצ' לעצמה את הקריטריונים המוסריים שלה ואף אחד לא יגיד שהקריטריונים שלי עדיפים על פני אחר כי אין מכשיר קביעה אובייקטיבי.

במפגש בין המוסר למשפט – מה קורה כאשר החוק מפנה את ביהמ"ש אל המוסר-

אם יצאנו מתוך הנחה שהמוסר הוא רלאטיבי יחסי נשאלת השאלה מה יעשה ביהמ"ש במפגש בין המשפט למוסר, זה נעשה לדוגמא בחוק החוזים שבא ואומר שכאשר יש חוזה לא חוקי / מוסרי / נוגד

תקנת ציבור הוא בטל. כשמגיע תיק כזה ואחד הצדדים טוען שהחזזה אינו מוסרי נשאלת השאלה איך ביהמ"ש ידע לקבוע האם חזזה מסוים הוא מוסרי או אם לאו. נושא זה עלה בהקשר מעניין בעניין הפרת הבטחת נישואין, נושא בו סוגיה זו התמקדה פסק הדין הראשון –

רייזנפלד נ' יעקובסון

גבר נשוי מבטיח לאישה רווקה נישואין בעייתו הייתה שהוא נשוי, עובר זמן והוא קונה לה דירה כהוכחה שהוא יתחתן איתה אחרי זמן מה היא מחליפה את המנעולים ומבקשת להפסיק איתו את הקשר. הוא מבקש מביהמ"ש פס"ד הצהרתי שהדירה שייכת לו. הגברת טוענת להגנתה שכל הקשר שלהם מבוסס על הסכם לא מוסרי וזאת מכיוון שהוא נשוי וכשהבטיח נישואין כל עוד היה נשוי זה היה לא מוסרי, והפסיקה אומרת שכשיש מעשה אי מוסרי הוא לא יכול ליצור עילת תביעה והיא טוענת שידו על התחנתונה והיא זכאית לדירה. בעליון בתיק זה יושבים שלושה שופטים – חיים כהן, זילברג, וויתקון. הרכב זה מעניין משום שכהן הוא אנטי דתי, זילברג חובש כיפה, וויתקון מנותק מכל עניין דתי שייך לליברלים העצמאיים. והם דנו בשאלה האם הבטחת נישואין כזו היא מוסרית או לא. הבעיה הייתה עפ"י איזה קריטריון ייקבע אם זה מוסרי או לא- כהן וזילברג הגיעו מנקודת המוצא שלביהמ"ש לעולם אין השקפת עולם בענייני מוסר והוא לא יכול ליישם השקפות עולם מוסריות שלו על תיקים שבאים לביהמ"ש והשופטים טוענים שהם צריכים לערוך בדיקה עפ"י האינדיקציה שהמחוקק נתן לנושא המדובר – כל פעם שמתעוררת שאלה מוסרית האינדיקציה נבדקת. במקרה שלנו האינדיקציה הייתה שענייני נישואין וגרושים יהיו על פי ההלכה, זה מה שהמחוקק נתן שאמר שילכו עפ"י ההלכה.

השופטכהן- אומר שעפ"י ההלכה אין בעיה לגבר נשוי להחזיק פילגש וזה מושג שקיים בהלכה מתמיד. הגמרא מסבירה שאישה לא תהייה מקודשת כי אי אפשר לעשות קידושין ועסקה בדברים עתידיים עפ"י ההלכה ואי אפשר לעשות כך על דברים שאי אפשר לממש. אפשר לומר שהשופט כהן טועה- הוא אומר שבגלל שהגמרא מסתפקת בטענה שזה דבר שלא בא לעולם ולא מתקיים ולא מתייחסת למוסריות אז מזה משנה המוסריות אם זה בכלל לא התקיים.

השופט זילברג –אומר שהמבחן הוא לא מה כתוב במשנה כזו או אחרת אלא מה שחשוב זה מה חושבים היהודים לאורך הדורות על התנהגות כזו, והוא אומר שכל יהודי מבין שכאשר נשוי מציע נישואין לאישה אחרת זה בגידה וזה פסול

השופט וויתקון- אומר שהפנייה למשפט העברי לא רלוונטית כי אזרחי ישראל רואים עצמם חלק מהתרבות המערבית האוניברסאלית ועל פי ההשקפות האוניברסאליות אף אחד לא רואה באדם נשוי שמבטיח נישואין לאישה רווקה דבר שהוא לא מוסרי, לביהמ"ש העליון אין עמדה מוסרית והוא אמור לתת ביטוי לערכים המקובלים לציבור המתקדם והנאור, ואם הוא לא רואה בהבטחה כזו דבר בלתי מוסרי אז אין עם זה בעיה מוסרית. כל זאת נאמר ב1962- ושכחו מהמושג הזה עד שבא השופט ברק לקח את העניין והפך אותו לדגלה של ביהמ"ש העליון. אלה הם גישות שונות לחבור של בין מוסר למשפט

פס"ד פרץ נ' אלמוט

סיפור של הפרת הבטחת נישואין

השופט קיסטר- אומר שאזרחי המדינה לא רואים בשופטי העליון קבוצת טכנאים שאמורה לזהות הלכי רוח כאלה ואחרים אלא הציבור מעוניין בהדרכה ולדעת מה חושבים שופטי העליון בנושא מוסר. כלומר לדעת האם השופטים רואים התנהגות מסוימת כמוסרית או לא. משמע הם לא יכולים להצנער מאחריותם כלפי רמת המוסר של הציבור, וזה מקדים את זמנו לתיאוריה של ברק – שאומר שהציבור צריך לבחור בין הרשויות שמומנט דרך נורמטיבי הוא אומר שהוא מסתכל על הרשות המבצעת ועל הרשות המחוקקת והציבור רואה בעליון עוין מוסרי ולכן אומר ברק שהוא מרשה לעצמו אקטיביזם שיפוטי מתוך גיבוי של הציבור שרואה בעליון מגדלאור מוסרי.

שתי דעות קוטביות אלה של וויתקון וקיסטר הופכות להיות דעה אחת במשנתו של ברק – שונות ביטוי לציבור המתקדם והנאור שרוצה לקבל הכוונה מהשופטים

השופט קיסטר – וסוגיית ידועים בציבור מוסריות של ביהמ"ש ששונה מהרמה המוסרית של המחוקק

השופט קיסטר עוד מוסיף שלא חשובה תפיסת המחוקק ביחס להיבטים המוסריים של מעשה מסוים כי יכול להיות שגישה זו עצמה אינה מוסרית ויכול להיות שנורמות מוסריות של העליון יכולות להיות גבוהות מאלה של המחוקק וזה בא לידי ביטוי בסוגיית ידועים בציבור.

המחוקק בכמה חוקים קובע שלידועים בציבור יש זכויות כלומר הוא מכיר בזכויותיהם – ואם אומרים שהאינדיקציה לענייני מוסר של ביהמ"ש זו הדרכת המחוקק אז בזה שהוא יותן לגיטימציה לידועים בציבור הוא אומר שאדם נשוי אין בזה בעיה וכעת מתעוררת השאלה איך מתייחסים להפרת הבטחת נישואין כאשר מכירים בזכויותיה של ידועה בציבור – זה מקשה על השופט קיסטר שאומר שידועה בציבור זה לא מוסרי למרות שהמחוקק קבע שלידועה בציבור יש זכויות – הוא אומר שהמחוקק מכיר בזכויותיה של ידועה בציבור לא בגלל שהוא חושב שחיים של ידועים בציבור זה מוסרי אלא הוא רוצה לפתור בעיה חברתית, כמו אישה שחיה עם גבר והוא נהייה חולה והיא סועדת אותו וילדיו באים ולוקחים את ירושתו והאישה שדאגה לו מנושלת אז המחוקק בחוק הירושה לא אומר שביחסי ידועים בציבור יש עניין מוסרי אלא לא רוצה לגרום עוול ונותן זכויות לידועים בציבור תוך אבחון סעיפי חוק כמו חוק הירושה וביטוח לאומי. בשום מקום המחוקק לא בא ואומר שהוא מכיר במוסריות של יהודים בציבור.

15/03/2009 פילוסופיה

בבית המשפט העליון ישנם שלוש גישות לשאלה מה אני עושה בסוגיות מוסריות-

1. הגישה שאומרת שלביהמ"ש אין עמדה בשאלות מוסר וזה לא תפקיד בית המשפט. נניח מגיע לביהמ"ש תיק בעניין הימורים – העליון אומר שתפקידו זה לא לקבוע האם הימורים זה דבר מוסרי או אם לאו- וביהמ"ש אומר שאין לו עמדה מוסרית והחוק מגדיר בדיוק מזה הימורים. ביהמ"ש בודק רק האם המקרה שבא בפניו נכנס להגדרה החוקית של הימורים. ביהמ"ש לא נכנס לשיקולים המוסריים אלא בודק האם החוק מגדיר פעולה מסוימת כהימור בלתי חוקי ואז יתערב – מאחר ולביהמ"ש אין עמדה מוסרית משלו הוא מאמץ את התפיסות החוקיות של המחוקק. שנותן את האינדיקציה מה הוא רואה כהתייחסות מוסרית נכונת במקרה מסוימת
2. אין מצב שביהמ"ש העליון לא יכול להביע דעה בענייני מוסר, מתוקף עבודתו של ביהמ"ש העליון זה מחויב במציאות וזאת בגלל הפרשנות התכליתית והתפקיד של ביהמ"ש זה לפרש חוקים על פי הפרשנות התכליתית וביהמ"ש לא יכול להגיד שבעניינים מוסריים אינו מתעסק. הוא עושה מעין מניפולציה ואומר שלו כבית משפט אין תפיסות עולם מוסריות עצמאיות אלא הוא נותן ביטוי להשקפות המוסריות של הציבור המתקדם והנאור. ביהמ"ש אין לו עמדות מוסריות משלו וזה לא מעניין מה עמדתו המוסרית של השופט אלא ביהמ"ש מייצג את תפיסות העולם המוסריות של הציבור המתקדם והנאור כשהנחת היסוד הינה שהציבור המתקדם והנאור יודע לזהות באופן מדויק את ערכי החברה הישראלית ושאפותיה הערכיות לדוגמה- נכנסים לחנות ספרים ואדם קובע ומחליט מה הוא ייקרא או מגבשים את תפיסות העולם שלנו על פי מתווכי ידע ומידע, גם בענייני משפט או מגבשים דעותינו עפ"י פרשנים משפטיים, הופעות בפוליטיקה וכו' ביהמ"ש בא ואומר אם אני יודע לזהות מה ערכי הציבור המתקדם והנאור ואני טוען שהנאורות היא שאיפה לישראל אם זיהיתי את ערכי הציבור המתקדם והנאור אני יודע לזהות את ערכי החברה הישראלית כי הציבור המתקדם והנאור הוא מתווך ידע של החברה הישראלית. אנשים לא מגבשים את הידע שלהם ע"י פנייה ישירה למקורות – אנו שואבים את הידע באמצעות מתווכים ובישראל מתווכי הידע בסוגיות הערכיות הם הציבור המתקדם והנאור כי החברה רוצה להדמות לציבור זה ואם היא מזהה את סולם הערכים של ציבור זה אני יודע מהם הערכים של החברה הישראלית. בא ביהמ"ש העליון והשופט ויתקון אומר שהציבור המתקדם והנאור הוא מתווך הידע של העליון באשר לערכים המקובלים על החברה הישראלית.
3. לא רק שלביהמ"ש יש עמדה מוסרית אלא זה יהיה לגיטימי שהעמדה המוסרית של ביהמ"ש תהייה עדיפה על עמדתו המוסרית של המחוקק ונוגדת לה כי הציבור רואה בעליון מורה דרך לעניינים מוסריים. בפס"ד רון נ' חזן – בחור אומר לחברתו שתיכנס להריון ויתחתנו וזה לא קורה ובפעם השנייה הוא אומר לה שוב אם תיכנסי להריון אנחנו בטוח מתחתנים והפעם היא מזמינה אולם ומתכננת את החתונה הוא לא מסכים להתחתן והיא מגישה נגדו תביעה על הפרת הבטחת נישואין. בתביעה זו שני אלמנטים: 1. פיצוי על הוצאות בפועל 2. פיצוי כללי – אובדן הסיכוי להנשא, וכעת יש לה בעיה להינשא כי היא בהריון.

השאלה שעולה בביהמ"ש איך קובעים פיצוי כללי- על עוגמת נפש, ירידת הסיכוי להנשא וכו' וביהמ"ש המחוזי נקבעים לה פיצויים והתיק מגיע לעליון שאומר שצריך לקבוע פיצויים באופן דומה לפיצויים על הוצאת לשון הרע- פיצויים שנקבעים לפי בדיקה של מי אמר על מי ומה אמרו ולפי זה קובעים את גובה הפיצוי. העליון אומר שבמקרה זה צריך להפחית את גובה הפיצויים כי ההתנהגות שלה איננה מוסרית, כי מי שמתנהג בצורה כזו אופייה אינה מוסרי. רות גביון כותבת במאמרה שביהמ"ש לא יכול להפחית פיצויים על רקע שיקולים מוסריים – ביהמ"ש בעצם מיישם את תפיסת עולם הערכים שלו והיא אומרת שהוא לא יכול לעשות זאת. עובדה שביהמ"ש עשה כן, לשם השוואה –

פס"ד פלוני נ' אלמונית – היה מקרה שאישה התגרשה מבעלה כי היא קבלה הבטחת נישואין מבחור אחר ואז עולה השאלה לדיון האם היא זכאית לקבל פיצויים – העליון דן בשאלה ויוצר מהפך מעניין הפסיקה עד לפסק דין זה הייתה מוזרה והשאלה אם יש או אין פיצוי תלוי בשאלה האם היחסים של הזוג הם רעועים או לא. משמע אם היחסים רעועים והבעל מבטיח נישואין למישהי אחרת במקרה כזה אין התנהגות בלתי מוסרית אבל אם היחסים בין הבעל לאשתו טובים אז אומרים שיש פה קשר לשבור את המשפחה וההתנהגות היא בלתי מוסרית ובפס"ד זה אומר ברק – שהאבחנה לא נכונה והוא עושה מהלך, בנוגע לשאלה בהפרת הבטחת נישואין שהשאלה היא לא האם התנהגות היא מוסרית או לא. השופטת פרוקצ'ה אומרת שעברו שמנים ואי אפשר ליישם נורמות ישנות והוא אומר שהמבחן הוא לא האם ההתנהגות היא מוסרית או לא אלא האם שאשם נשוי מבטיח נישואין האם זה מהווה פגיעה בתקנת הציבור- משמע פסיקה של 40 שנה שדנה בשאלת מוסריות או אי מוסריות ירדה מהפרק. השופט ברק היהשותף להכנת הקודקס האזרחי החדש שם בפרק על החוזים הוא הוציא את האפשרות של חוזה בלתי מוסרי והשאיר רק חוזה בלתי חוקי. אם המוסריות בעייתית אני מסתכל על זה דרך תקנת הציבור ואם זה לא נוגד את התקנה לא אכפת לי אם האנשים מוסריים או לא. ולכן אם גבר מבטיח נישואין לאישה רווקה ומפר את ההבטחה לנישואין – אז אין בעיה לאישה לתבוע. ולכן בהפרת הבטחת נישואין לא ניתן לטעון טענת אי מוסריות.

עניין המוסר בביהמ"ש היה פתיחה לנושא חדש בו היה נספח לשאלה של אי המוסריות וזו השאלה מה קורה כשביהמ"ש העליון צריך לעסוק בסוגיות ערכיות לאו דווקא מוסריות אלא האם מקרה מסוים נוגד או לא את מערכת הערכים של מדינת ישראל. זה עלה לראשונה בבג"ץ 5688/92 וקסנבאום נ' שר הביטחון – מה שקרה שם זה שבן המשפחה נהרג באסון צאליים וביקשו שעל מצבתו ירשמו שהוא נפל במחדל. משרד הביטחון בא וטען שבבתי קברות צבאיים בכל העולם מקובל שיש כיתוב אחיד ומצבות אחידות, והדבר הגיע לבג"ץ בטענה של כבוד האדם, הם טענו שכבוד המת הוא העילה שתאפשר להם לרשום מה שהם רוצים. ביהמ"ש העליון היה צריך להחליט בשאלה מזה כבוד האדם – השופט ברק אומר "כבוד האדם הוא עיקרון מורכב - בגיבושו יש להתרחק מהניסיון לאמץ השקפות מוסריות של פלוני או תפיסות פילוסופיות של אלמוני" משמע הוא אומר שעד היום החוק לא הגדיר מזה כבוד האדם עד 1992 ההגדרה או מילוי תוכן המושג כבוד האדם נעשה ע"י ביהמ"ש שהגדיר מה נקרא כבוד האדם והוא גזר זאת עפ"י הציבור הנאור או התפיסה בדמוקרטיה. לכאורה ב-1992 – עפ"י חוק יסוד כבוד האדם וחירותו הוא בא להגיד שמכאן והלאה זה כבר לא עניין להגדרתו של ביהמ"ש אלא רק לפירושו. אם החוק אומר משהו על הגנת האדם ביהמ"ש לא יכול לסתור זאת. והשופט ברק אומר שכשהמחוקק חוקק את החוק לא היה לו בסיס אידיאולוגי מוסרי על פיו הוא חוקק את חוק כבוד האדם וחירותו והתוצאה הינה שאני שוב מגלגל זאת לביהמ"ש העליון. " אין להפוך את כבוד האדם למושג קנטיאני" – מושג שקשור בפילוסוף עמנואל קנט מגדולי הפילוסופים בתולדות האנושות. הוא אומר שאם אתה רוצה לדעת מה מוסרי ומה לא מוסרי תפעל כפי שהיית רוצה שכולם יפעלו = " מה ששנא עליך אל תעשה לחבריך"- הלל הזקן. מה שבעייתי בכך זה שזהו מבחן פורמאלי שלא ניתן הגדרה למה מוסרי ומה לא מוסרי. ברק אומר שכבוד האדם הוא לא קנטיאני וכל אחד יציב את מה שמתאים לו. אז המושג הוא לא על רקע פילוסופי לא מוסרי ולא מושג פתוח שכל אחד יציב בו מה שהוא רוצה. הוא אומר ש"תוכנו של כבוד האדם ייקבע עפ"י ההשקפות של הציבור הנאור בישראל על רקע תכליתו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו"- משמע אם אני רוצה לדעת מזה כבוד האדם וחירותו אני צריך לדעת מה חושב הציבור הנאור ומה המחוקק רצה להתביע בעניין זה ומה האוטונומיה של הפרט שיעשה כל שירצה אם לא יפריע לזולת. וברק חוזה למושג של הציבור המתקדם והנאור שהוא גם קריטריון להגדרת ערכי החברה הישראלית. אך אם תרצה לדעת את ערכי החברה הישראלית תזהה אותם עפ"י ערכי הציבור המתקדם והנאור. ברגע שאתה אומר שהערכים הם נגזרת של ציבור מסוים בזה למעשה

אמרת שהערכים של החברה הישראלית הם ערכים משתנים עפ"י תפיסות עולם משתנות של הציבור הנאור. היכולת המיוחדת של השופט היא לזהות את הלכי הרוח של החברה. לברק הייתה היכולת כזו. בסוף בבית הקברות הגיעו לפשרה שיהיו כתובים שמות אחיו אבל לא יהיו כתובות נסיבות המוות.

בפס"ד ראם – אומר השופט ברק על הציבור המתקדם והנאור שהמטפורה של הציבור הנאור משקפת את המורכבות והפלורליזם של החברה הישראלית המודרנית ושל מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". הציבור הנאור משקף את מכלול ערכיה הבסיסים של החברה הישראלית המודרנית. תפיסות היסוד של הציבור הנאור אינן קבועות ועומדות הן מצויות בתנועה מתמדת. המסקנה שעולה היא שציבור נאור אין אבל שופטים בעליון יש.

22/03/2009 פילוסופיה

באיזו מידה ניתן להשתמש במשפט על מנת לכפות נורמות מוסריות

פס"ד אלבה-בשנת 1995 ניתן בישראל והיה הפלילי הראשון שניתן בשאלת ההסתה לגזענות, מה שעשה אלבה בפועל זה לאסוף ציטוטים שונים ולפרסם אותם בספר, הוא טען לחופש הביטוי וחופש הבעת הדעה. ביהמ"ש שואל מהי הלגיטימציה שאפשר להשתמש במשפט הפלילי על מנת לקדם ערכים שאין להם למעשה ערכים מוסריים, כלומר האם אפשר להשתמש במשפט הפלילי על מנת לקדם ערכים?.

בפס"ד יפת עולה שאלה דומה, יפת היה מנכ"ל בנק לאומי, וגם שם אומר ביהמ"ש שבאמצעות המשפט הפלילי אפשר לקדם ערכים מוסריים ולא דווקא ערכים מוסריים כבדים

משמע, המשפט הפלילי משמש כמכשיר באמצעותו אני מנסה ליישם ולקדם ערכים מוסריים, פעם כמובן מאליו כיום זה מורכב יותר מהסיבה שאנו חיים בעולם שדגלו זה האוטונומיה וזכויות הפרט.

בפס"ד עלי דעקה השופט תיאודור אור- "המשפט מכיר באוטונומיה של הפרט לגבש את רצונו כנראה לו עפ"י טובתו. הפרט מחליט מה טובתו, טובתו היא רצונו ורצונו הוא טובתו" – פירוש הדבר אם אני אומר שהפרט הוא אוטונומי ומחליט מה רוצה ומה לא, מטבע הדברים מעורבות החוק אמורה להיות מינימאלית ואף אחד לא יכול לומר לאדם מה טוב לו מה ירצה ומה לא.

הראשון שעלה על נקודה זו היה **ג'ון סטיוארט** ביל בספרו "על החירות"-

השאלה שהוא שואל בספרו הינה: עד כמה המשפט יכול להיכנס ולהתערב בתוך חייו של פרט או אזרח בחברה?-

הוא אומר שכדי שהמשפט ובמיוחד המשפט הפלילי יוכל להגביל את חירותו של אדם אחר המשפט או המחוקק יכול לעשות את זה אך ורק בתנאי שאפשר להצביע על הנזק שנגרם לזולת. כלומר כל התנהגות שנוגעת לאדם עצמו שיש לה כדי לגרום נזק לזולת היא כזו שניתן לחוקק בקשר אליה. אבל אם יש התנהגות מסוימת שבה אין נזק לזולת זה לא עניינו של המשפט, והשאלה הקשה היא כמובן מה הכוונה במילים 'נזק לזולת'- וזהו למעשה המפתח לחקיקה. אילו היינו שואלים את ג'ון סטיוארט למה התכוון נזק לזולת תשובתו הייתה- נזק ממשי, בו המשפט יכול להתערב.

דוגמא- אדם צורך סמים כבד, עפ"י ג'ון סטיוארט אם אדם צורך סמים כל עוד השימוש שלו בסמים לא פוגע ישירות במישהו אחר זה לא עניינה של החברה להתערב בתפוס ההתנהגות שלו. יכול אדם לבוא ולהגיד שכל הפשיעה בישראל היא תוצאה של סמים. הרקע הרעיוני לתפיסה של ג'ון סטיוארט ונקודת המוצא שלו הינה שבני האדם הם יצורים רציונאליים שאחראיים למעשיהם,

אדם רציונאלי לדעתו לא יפעל בדרך שתפגע באחר ועל כן מי שלוקח סמים או פוגע בזולת הוא לא רציונאלי. כיום בני האדם הם לא רציונאליים, נו, פועל בניגוד לאינטרס האישי שלו, מי שנוטל סמים פוגע בעצמו ועל כן הוא לא רציונאלי. בימינו אין רציונאליות ועל כן התיאוריה של ג'ון כיום אינה מתקבלת ועל כן לא נין להגיד שהמשפט יכול להתערב רק כאשר יש פגיעה ישירה. התיאוריה של ג'ון הייתה מאוד מקובלת, פרופ' סטיפל ביקר אותה וטען כי בני האדם לא חיים על אי בודד ועל כן זה לא יכול להתקיים. לאחר מכן בשנות ה-50 באנגליה החליטו להקים וועדה שקראו לה "וועדת וולפנדן" ברשותו של לורד, שתה צריכה לדון ב-2 עברות: עברת הזנות ועברת ההומוסקסואליות. הוועדה תה צריכה לבדוק אם 2 העברות הללו נכנסות לחוק הפלילי. ב-2 העברות היה ברור שהאיסור של הזנות וההומוסקסואליות באו על רקע מוסרי.

נקודה שנייה הייתה למי זה מפריע- אם יש איש או אישה שעוסקים בזנות או אנשים שמקיימים יחסים הומוסקסואליים זה לא מפריע והוועדה הייתה צריכה לדון בשאלה האם יש מקום לכלול את העבירות הללו במסגרת החוק הפנימי?! , הוועדה הגיעה למסקנה פה אחד שאת עבירת הזנות אין מקום לכלול במסגרת המשפט הפלילי והדרך היחידה להתמודד עם עבירת הזנות בהקשר הפלילי זה או חיים על רווחי זונה(סרסרות) או מטרד. אבל עצם העיסוק בזנות זה לא עניינו של המפשט הפלילי להתערב במה שאנשים יכולים לעשות בגופם שלהם כשם לסחור בו. הוחלט גם שיחסים הומוסקסואליים בהסכמה בין בגירים לא יהוו עבירה , ואלה שבכפיה יחשבו עבירות . ואז הוחלט להוציא זנות והומוסקסואליות מהמשפט הפלילי. לאחר שהוועדה סיימה את עבודתה הגיע לביהמ"ש באנגליה משפט SHAW- בעקבות הוועדה והתיקון בחוק נוצר מצב שכל בזנות החלו לעבוד בבתים ואותו אדם פרסם מדריך לגבירות שם הוא כתב את פרטי הזנות כתובות מספרי טלפון והתמחויות. העמידו אותו לדין בעבירה שהייתה קיימת אז במשפט האנגלי שנקראת קשירת קשר להשחית את המוסר הציבורי. כשהוא בא לביהמ"ש הוא טען שזה לא הגיוני לבוא ולומר שעבירת הזנות לא מהווה עבירה אבל מי שנותן מידע על זנות עובר עבירה. היה וויכוח דיי מעניין בבית הלורדים והם הגיעו למסקנה שתפקידו של בית הלורדים באנגליה הוא לשמור על חותם המוסר של החברה הבריטית , וכל עוד קיים בחוק סעיף שאומר שבית הלורדים יכול להרשיע בגין קשירת קשר להשחית את המוסר הציבורי אין מניעה שבית הלורדים יחליט שפעולה כזו היא בגדר השחתת המוסר הציבורי למרות שזנות אינה עבירה. לא משנה שהמחוקק חושב שהעיסוק בזנות לא מהווה עבירה , והוא מורשע.

ביהמ"ש כמורה דרך בענייני מוסר יכול להגיע לקביעת נורמות שמעבר למוסר המקובל על המחוקק.

מוסר נוהג- אלו הם אותם נורמות מוסריות שהציבור מקבל אותן ונוהג על פיהן (כמו ידועים בציבור), אבל יש התנהגויות שהציבור רואה בהם התנהגות בלתי ראויה ואנשים אמצו נורמות של התנהגות

מוסר ביקורתי- אני הייתי מצפה שהחברה תנהג עפ"י נורמות מוסריות מסוימות למרות שהחברה ברגע נתון לא מקבלת אותם , לדוגמא- התנהגות ניאוף לדעתי זה בלתי מוסרי אבל אני ער לעובדה שהציבור לא רואה בעבירה זה בלתי מוסרית או בעיה ערכית . כשאני הייתי מצפה מהחברה לסטנדרט מוסרי , זה ממוסר ביקורתי כלומר אני מצפה מהציבור נורמת התנהגות מסוימת.

בעקבות פסק דין זה התפתח וויכוח בין הלורד דבלין ובין פרופ' ארט –

שניהם מבינים שאי אפשר לכפות על ציבור מוסר , והוויכוח נסב על האם ניתן לכפות על ציבור באמצעות המשפט מוסר נוהג, אם בני האדם נוהגים באופן מסוים האם הם מצפים ממני כמחוקק שאני אתן ביטוי נורמטיבי למה שהם מאמינים בו . נשאלת השאלה האם אני יכול לגרום לזה שהתנהגות בלתי מוסרית תהפוך גם בלתי חוקית והאם אני יכול להשתמש במשפט להפוך נורמה בלתי מוסרית לבלתי חוקית . ומכוח העובדה שהיא מקובלת על הציבור אז הציבור מצפה מהמחוקק שייתן ביטוי חקיקתי לחוסר הנורמטיביות של אותו דפוס התנהגות .

הלורד דבלין – טיעונו כפול: 1. כשם שהמדינה יכולה לחוקק חוקים נגד בגידה במולדת כי היא מסכנת את הקיום הפיזי של המדינה אין מניעה שהמחוקק יחוקק חוקים שיש בהם כדי להגן על הקיום הערכי והמוסרי של המדינה , ובסיס טענתו זה שהאימפריות הגדולות בהיסטוריה קרסו בגלל התמוטטות

פנימית ונפילה מוסרית ולא בגלל אויב חיצוני, ומאחר שנפילה מוסרית יכולה להרוס את המדינה אין מניעה שהמחוקק יתערב בסוגיות אלה ויכוון את ההתנהגות המוסרית של האזרחים. הוא אומר אני יכול להגן על המדינה מפני חיצוניים ולא מפני אלה שמכרסמים אותה מבפנים.

2. כדי שחברה תוכל להתקיים צריכה להיות בחברה לכידות וצרכים להיות אי אלו ערכים משותפים לכל בני החברה. ואם אין מדינה לא תתקיים, לורד דבלין אומר שאחד מתפקידי המשפט זה לגבש את הערכים שיוצרים את הלכידות החברתית, כי ברגע שהיא איננה החברה מפסיקה להתקיים, ואם חלק מהערכים הם מוסריים מטבע הדברים מותר לחוקק אותם. ההוכחה של לורד דבלין היא מהמקרה הבא- נניח שיש בעל שאשתו הבריונית נתנה לו סטירה והבעל מתלונן במשטרה, מעמידם אותה לדין באשמת תקיפה והבעל שרחמיו על אשתו מבטל את התלונה. כי הוא רוצה לשמור על המשפחה- הוא לא יכול לעשות כן מכיוון שזה מוכיח שהמבחן האמיתי של המשפט הפלילי הוא לא הפגיעה בזולת כי אם היה זה אז אדם יכול לבטל את התלונה – אבל המשפט אומר שהמבחן הוא לא רק כמה נפגעת אלא של החברה בכללותה והמעשה בכללותו וזה לא משנה אם נפגעת או לא.

דוגמה נוספת- הממת חסד, הנפטר מתחנן למוות אבל זה לא יעזור אסור להרוג אותו. כמו עבירה על ניסיון התאבדות – אלו עבירות שלא עוסקות בהיבט הפרט אלא היבט הרבה יותר רחב.

פרופ' ארט- אומר שצריך לחזור אל השיטה שאומרת שהמבחן הוא בסופו של דבר המבחן של הנזק לזולת ארט טוען שלא הוכח מעולם שהימור של החברה תלוי ברמת המוסריות שלה ואם תהיה מוסרית יותר יכולת השרידות שלה גבוה יותר. וגם לא הוכח שאם אנשים יתנהגו באופן בלתי מוסרי זה אומר שבנושאים אחרים הם פועלים בניגוד לטובת החברה. כלומר גישתו של הלורד דבלין אומרת שהדבר לא נכון ולא הוכח שנורמה מוסרית גבוה מבטיחה שימור של החברה.

לאחרונה עולה שאלה זו במשפט הישראלי בעניין מרגלית הר שפי, עולה השאלה האם ניתן היה לצפות ממנה שתדווח על מה שידעה באשר לתוכניות של יגאל עמיר- השופט טירקל – "שאלה גדולה וקשה היא ובה התחבטו הוגים ומשפטנים במשך דורות אם יש לאכוף נורמה מוסרית ע"י הלבשתה בלבוש של נורמה משפטית" - במשפט העברי יש הבחנה לדיני שמיים. הוא שכשהוא רוצה לכפות נורמה מוסרית זה מאוד בעייתי

השופט רובינשטיין טוען בדעת יחיד- שהמושג תום לב מדיני החוזים הוא מוסר

השופט חשין – ביהמ"ש יכול להשתמש בדיני חוזים ומסחר במוסר של עסקים

אחת ההוכחות החזקות ביותר נגד דעה זו היא מושג ה'פטרנליזם' – פירושו אני מחוקק חוקים שנועדו להגן על האדם מפני עצמו, אם אני אומר שהחקיקה היא פטרנליסטית פירושו הדבר שהמחוקק מחוקק חוקים גם באותם מקרים בהם אין פגיעה בזולת. משמע החקיקה הזו מוכיחה שג'ון סטיוארט לא צדק והמחוקקים משתמשים בחוקים שנועדו להגן על האדם מפני עצמו.

פס"ד עלי נ' שר התחבורה

אדם זה טען שחבישת קסדה היא התערבות בוטה בזכויותיו של הפרט ובאוטונומיה שלו, מכיוון שאם ירצה לרכוב על אופנוע בלי קסדה נכון שהוא מסכן עצמו ויש בזה ניסיון התאבדות, אבל מה אכפת למחוקק זה לא עניינו של אף אחד- זו טענה עפ"י ג'ון סטיוארט מיל

חקיקה פטרנליסטית היא אנטייתזה לתפיסת האוטונומיה כי אם אני יכול לחוקק חוקים באותם מקרים שאין בהם גרימת נזק לזולת התיאוריה של סטיוארט בעייתית. ביהמ"ש אומר באמירה כללית שחקיקה פטרנליסטית כשלעצמה היא לא דבר פסול ועוד הוא אומר שחקיקה כזו שיש בה גם פגיעה

בזולת או התנהגות שיש בה פגיעה בזולת אין בעיה שלגביה תהייה חקיקה פטרנליסטית משמע – אם אדם רוצה להתאבד על אופנוע זה לא בעיית החברה אבל הסיבה שיש לנסוע בקסדה זה לא כי דואגים לנהג מה שמעניין זה האנשים שנפגעים כתוצאה מכך שהנהג נפגע כמו אנשים במערכת הבריאות. כמו עישון שביהמ"ש יקבע שלא תעשן במקום ציבורי. ואיסור לעשן הוא לא מתוך דאגה אישית אלא מתוך דאגה לציבור שנפגע כשאתה מעשן. הפטרנליזם לא פסול אבל נקודת המוצא היא הדאגה לסביבה.

תשעים הכדורים מסעדה נ' עיריית חיפה-בשנים האחרונות עולה שאלה לגבי הימורים –

בעניין סירוב של עיריית חיפה להעניק רישיון לעסק שהתמחות שלו זה הימורים. העליון קבע

- א- שלחקיקה האוסרת הימורים יש בסיס ערכי שהוא שאנו מעוניינים שבני אדם יתעשרו מעבודה ולא מהימורים.
 - ב- אנשים עלולים להתמכר וליפול נטל על החברה ויש אינטרס למדינה לא לשאת בעלויות ההתמכרות
 - ג- מספר האנשים המפסידים בהימורים גדול ממספר המרוויחים והסיכון גדול שאדם יפסיד ויפול נטל.
- עולה בעיה נוספת – שהמדינה עצמה היא מארגנת הימורים הגדולה ביותר, באמצעות מפעל הפיס. העליון מתמודד עם השאלה כך – "אין ספק כי הימורים הנערכים בחסות המדינה מעודדים גם הם התעשרות מהירה התלויה במזל וכי אף הם טומנים בחובם סכנת התמכרות "מבחינה זו אין הבדל בין הימורים פרטיים לאלה של המדינה אבל אומר העליון "ההימורים שנעשים בחסות המדינה משמשים לגיוס כספים למטרות ציבוריות" ולעומת זה אלה ע"י אנשים פרטיים אליהם נלוות תופעות שליליות של השתלטות הפשע המאורגן והמדינה לא יכולה לפקח ולטפל בהימורים פרטיים.

יש פה סתירה פנימית,

- ביהמ"ש אומר שהרציונאל שהמחוקק בגינו החליט לאסור הימורים זה התעשרות קלה והיכולת הסיבה שאנשים יפסידו, וזה הרציו לחקיקה על הימורים. אבל ביהמ"ש אומר שהרציו לא קיים כשמדובר במדינה עצמה ואין בעיה שפעולות שהמדינה אחראית להם יובילו לכל אלה. זה רלוונטי רק כשמדובר באנשים פרטיים, כל פס"ד זה הוא חסר היגיון פנימי לחלוטין.
 - הפשע המאורגן לא משתלט ואי אפשר לפקח, אבל הוא גם השתלט על מפעל הפיס, הפשע קונה כרטיסים שזכו ומלבין מיליונים. כמו גם בטוטו הפשע המאורגן קונה ומוכר משחקים.
- נושא הפטרנליזם לא קיים רק במשפט פלילי הוא קיים גם במשפט האזרחי,

בפס"ד בית יוליס

אדם פרטי פרסם מכרז שהוא רוצה למכור את הדירה שלו אנשים הגישו הצעות ואותו אדם החליט למכור את הדירה להצעה הזולה ביותר. עולה לדיון שאלה האם כאשר אדם מפרסם מכרז האם הוא כפוף לנורמות מסוימות של דיני המכרזים.

השופט אלון – אומר שאדם פרטי שמפרסם מכרז לא כפוף לדיני המכרזים כיוון שאותם אנשים שפונים אליו בתגובה למכרז יודעים שההחלטה תיפול עפ"י רצונו של אותו אדם ואין להם ציפיות שהוא יקבל הצעה כלשהיא. ואדם כזה יודע מראש שזה לא רלוונטי לשיקולים עסקיים

השופט ברק- ברגע שאדם פונה לציבור ומפרסם מכרז הוא לוקח על עצמו את כל הקריטריונים שנוגעים למכרזים ציבוריים כי אותו אדם משקיע זמן כסף וכו' והוא מצפה שמי שמפרסם ינהג עפ"י קריטריונים מסוימים של הוגנות. המדינה לדוגמא חייבת לבחור את ההצעה הזולה ביותר, אדם פרטי לא חייב אבל אומר ברק שיצטרך לתת הנמקה סבירה למה במקרה זה לא בחר את ההצעה הגבוה

ביותר. אני יוצר מנקודת הנחה שאדם שמוכר רוצה לקבל הכי הרבה כסף- אם אני המוכר לא רוצה לקבל את ההצעה הגבוה ביותר אני צריך לנמק למה לא העדפתי את ההצעה הגבוה ביותר. ברק מגן על אלה שמשותפים במכרזים פרטיים כאשר אותו מרכז מופנה לציבור – וזה פטרנליזם, אני באמצעות המשפט והפסיקה מגן על אנשים שמגנים על מכרזים. הלגיטימציה של ברק זה תום לב- מושג זה יכול שיורחב לכל פעולה משפטית.

29/03/2009 פילוסופיה

פטרנליזם

משמעות הפטרנליזם זה העיסוק בסוגיה עד כמה המשפט רשאי להתערב על מנת לתת הגנה לאדם עצמו מבלי קשר לפגיעה בזולתו. הפטרנליזם עומד בסטירה מוחלטת לליברליזם. הליברליזם קובע כי לכל אדם יש אוטונומיה לעשות מה שהוא רוצה והמחוקק יכול להתערב רק כאשר יש פגיעה בזולת, פטרנליזם זו הפוכה לה, כי לא נגרם נזק לזולת אך רוצה להגן עליך כלפי עצמך. בפס"ד נראה, כי ביהמ"ש עשה כל שביכולתו וטען כי חקיקה פטרנליסטית היא לא הגנה על האדם מפני עצמו, אלא על אותם אספקטים שפוגעים בזולת מתוך העובדה שאדם לא דואג לעצמו. דוג': על רוכב אופנוע ללבוש קסדה, לא בשל דאגה לו, אלא בשל ההשלכות על החברה שיש לאדם שנפגע בתאונה. (בי"ח..). הבעיה בזה, שאני לא יודע היכן עובר קו הגבול ולא ניתן לקבוע האם ניתן להתיר חקיקה פטרנליסטית. ביהמ"ש מפעם לפעם מנסים להתמודד עם הקושי הזה. פטרנליזם- עד כמה הנורמה החקוקה יכולה להתרחב לנורמה של הפרט

פס"ד מעיין

מעין היה חולה סופני, בא אליו רופא ומציע לו תרופה שיכולה לרפא אותו. מעיין פונה לרופאיו ומבקש לקבל טיפול בתרופה הזו, הרופאים לא מסכימים כי הם לא מכירים את התרופה. הולך מעיין פונה למשרד הבריאות ואומר לו שהוא חולה סופני, ומה אכפת להם אם הוא מעוניין לקבל תרופה ניסויית הוא אפילו מוכן לתת מכתב שהוא מסיר כל אחריות מביה"ח. בבג"ץ השופט נתניהו מתלבט בעניין, היא אומרת שאם היא רואה לנגד עיניה רק את אותו אדם אז יש סימפטיה לתת לו להשתמש בתרופה. אבל החלטה של בית משפט היא איננה אינדיווידואלית שמתמודדת רק עם שאלה זו, ואם בג"ץ יאפשר לבצע ניסויים רפואיים המשמעות היא שיבואו שרלטנים שיציעו תרופות והמשפחות ישלמו. אף אחד לא יודע מזה התרופה ובמדינה יש את האמנה של טיפול מבוקר ועל כן היא לא מתירה את הביצוע של הטיפול הניסויי.

פס"ד קורטס נ' מדינת ישראל

מקרה בו אדם נוסע בתוך מכונית המשטרה רודפת אחריו כי היא חושדת שיש לו סמים במכונית. כשהשוטרים מתקרבים הוא בולע את השקית עם הסמים. הרופאים קיבלו חו"ד שיעשו מייד ניתוח אם לא השקית תתפוצץ והוא ימות. האדם לא מסכים לניתוח, עפ"י חוק אי אפשר לבצע ניתוח בלי הסכמת החולה. המשטרה פונה לעליון, הרעיון היסודי של חוק זכויות החולה שלא תפגע האוטונומיה של החולה. במקרה שלנו מה שמכתיב את הסירוב זה שאם ימצאו את הסמים הוא ייכנס לבית סוהר, משמע אדם סביר ירצה להציל את חייו אותו אדם שמבקש שלא יצילו את חייו זה כיוון שהוא לא רוצה שיכניסו אותו לבית סוהר. ואז זה אני אוטונומיה הוא מפחד מהעונש ובמקרה כזה אין ביטוי לאוטונומיה של הפרט וכביהמ"ש יצווה על הניתוח זה יממש את האוטונומיה האמיתית שלו. עפ"י המשפט העברי אדם יכול לתת גט רק מרצונו ואי אפשר לכפות עליו, ובכל זאת יש בהלכה מושג 'כופים אותו' – ואז מצד אחד אי אפשר להכריח אדם לתת גט מצד שני כופים עליו – התשובה לכך הינה שכל אדם רוצה לציית לפסקי הדין של הדיינים ואם בית הדין מחליט אז אדם רוצה לציית ויצר הנקמנות גובר עליו ואם אני כופה אותו אני נותן ביטוי לרצון האמיתי שלו. אני ע"י קבלת ההחלטה נותן ביטוי לרצון האמיתי שלי.

מעשה שהיה כך היה – אדם מבצע שוד השוטרים מתנפלים עליו וכולם נפצעים, כאשר אצקו אותו אמר להם כי הוא חולה באיידס. אותו שוטר ביקש לבצע בדיקה אם הוא אכן חולה באיידס. אותו עברייני טען כי לא ניתן לדרוש ממנו לעשות פעולה רפואית כנגד רצונו. אם במקרה זה העימות הוא בין זכותו של השוטר למצבו הבריאותי לבין זכויות הפרט של האסיר ברור שאין עדיפות לזכותו של השוטר על פני זכותו של העצור כי שניהם פרטים. אבל ביהמ"ש אומר שזו לא הזכות של שני הפרטים אלא זה מול הזכות של הציבור לקבל הגנה משטרתית כי אם שוטר ידע שאם יקרה משהו הוא לא יקבל טיפול רפואי ומידע אז הוא לא יבצע תפקידו. ועל כן מול זכות העברייני עומדת זכות הציבור להגנה משטרתית שגוברת. השופט אלרון – אומר שזכות הציבור להגנה גוברת.

כאשר מדובר על טיפול רפואי בכפייה מדובר בטיפול רפואי שנעשה בחירום, ואם הפעולה הרפואה לא משנה באופן מהותי את איכות חייו של האדם.

פס"ד יעל שפר

מקרה של ילדה שנולדה עם מחלה גנטית, תוך זמן קצר מתים מהמחלה. האם פונה לביהמ"ש המחוזי ומבקשת שאם תגיע למצב שתחובר למכשירי החייה שלא יחברו אותה. ביהמ"ש אומר שהאפוטרופוסים הם שני ההורים ומאחר שאת הבקשה הגישה רק האם הוא דוחה את הבקשה. בביהמ"ש העליון השופט אלון כותב פס"ד מעניין, הוא אומר שיש הבדל בין בקשה לניתוק לבין בקשה של אי חיבור למכשירים. אם אדם מחובר אי אפשר לנתק כי הניתוק זה הריגה, אבל הבקשה היא לא לחבר זו סיטואציה אחרת ולכאורה אם הבקשה מבוססת על האוטונומיה של הפרט זה מותר.

פס"ד נוי נ' מדינת ישראל

העמידו אדם לדין פלילי על כך שהוא בעל אישה שעבדה תחת מרותו כלומר הוא עובד במשרד ממשלתי עובדת שם בחורה והוא מקיים עמה יחסי מין, מתברר שזו לא הייתה רק אחת. הטענה שלו הייתה שכל מה שנעשה עם הבחורות היה מרצונם, הפרקליטות טוענת שכשאדם מקיים יחסים עם מי שעובד תחתיו זה יחסי מרות וזה הופך להיות בעילה אסורה. למעשה מהות החוק היא שאותה אישה מבחינת האוטונומיה שלה לא מעוניינת אבל יחסי המרות הופכים את יחסי המין לסוג של כפייה. הרעיון הוא להגן על האוטונומיה של הבחורות אבל אם העובד מדינה מצליח להוכיח חשבה שזו הדרך שלה להתקדם בעבודה ועשתה זאת מרצונה המלא, אז החזקה אומרת שאם הנאשם לא מצליח להפך ההנחה היא שקיום יחסי מרות זה בעילה אסורה אבל אם יצליח להוכיח שאותן בחורות עשו את זה בהסכמה ולא הייתה פגיעה באוטונומיה של הרצון אז יש אפשרות שייצא זכאי.

פס"ד חיים רוזן נ' שר המסחר והתעשייה

שר המסחר והתעשייה לפי סמכותו בחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים התקין תקנה וקבע שהובלה של יהלומים תעשה אך ורק בהובלה אווירית. הולך אותו חיים רוזן ומגיש עתירה לבג"ץ שם הוא טוען שזה פטרנליזם כלומר שהעובדה שמכריחים אותו להובלה אווירית זה משום שדואגים לו, השופט חיים כהן אומר שה פטרנליזם מובהק כי אם אדם רוצה לשלוח את היהלומים בדואר זה בעיה שלו וכל אדם ששולח יהלומים מבטח את המשלוח ואם הוא יראה שהפרמיה במשלוח אווירי זולה הוא ישלח בהובלה אווירית ממילא- והוא לא צריך לערב עצמו באופן המשלוחים. השופט ברק אומר שגם אם יש פה עניין של פטרנליזם מותר לשר המסחר להגן על עסקי היהלומים ולחייב שהמשלוח יהיה באוויר, הוא אומר שאם המשטרה הייתה יכולה להתגבר היה אפשר אבל כל עוד המשטרה לא מצליחה להתגבר על הגניבות אז אין בעייה שהמדינה תחליט לגבי משלוח אוויר כי זה אינטרס כלכלי גם למדינה, אז זה לא פטרנליזם במובן דאגה ליהלומן הפרטי אלא המדינה דואגת לעסקי היהלומים

המשפט הטבעי

עניינו של המשפט הטבעי קשור בסיטואציות –

בשנת 1956 ביום של מבצע סיני קבוצת חיילים הופקדה על חסימה בכניסה לכפר קאסם. תחילת העוצר נקבעה לשעה 5. חצי שעה אחרי תחילת העוצר מגיעה משאית לכניסה לכפר והחיילים שיושבים במחסום יורים על המשאית והורגים 47 בני אדם, שואלים את החיילים למה הם יורים והם אומרים שקיבלו הוראה מהמ"פ שואלים אותו והוא אומר שקיבל הוראה מהמג"ד שאמר שאם יבואו אזרחים אז 'אללה ירחם' משמע שיהרגו אותם. ברור שהיה עוצר שנכנס לתוקף והחיילים קיבלו פקודה לירות עולה השאלה האם הם באמת חסונים מפני העמדה לדין כי קיבלו פקודה לירות *פס"ד אייכמן – אייכמן נתפס בארגנטינה ב1960, הוא טוען בבית הדין כי החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם שהיה הבסיס להעמדתו לדין כלל לא היה קיים בזמן שהפעולות הללו בוצעו, טענתו השנייה הייתה שהפעולות שעשה היו במסגרת החוק הגרמני ואם לא היה מבצע אותם היו מעמידים אותו לדין שהוא תלוי. על בסיס מה אפשר להרשיעו

*פס"ד ירדור - מפלגה ששמה רשימת הסוציאליסטיים רוצה לרוץ לכנסת הרשימה מורכבת מערבים שרשומים לעמותה שסירבו לרשופ אותם כעמותה כי יש חשש לפעולות עוינות מצידם, יו"ר וועדת הבחירות רוצה לפסול את הרשימה אבל סמכותו הייתה רק האם רשימה מסוימת הוגשה כחוק *מעשה שהיה כך היה, זוג חרדים נוסע לבית מלון באילת. בלילה שהם מגיעים פורצת שריפה והחדר מתמלא בעשן האישה מייד בורחת החוצה הגבר רואה שהחדר מתמלא, הוא מחפש את בגדיו ומוצא רק את שמלתה של אשתו, האישה החרדי מתלבטת בשאלה הלכתית האם לצאת ערום או לבוש בבגד של אשתו. בתורה לא כתוב שאנשים צריכים להיות לבושים אבל כתוב שגבר לא ילבש בגד אישה

*מטוס חרדים יוצר לטיול באיים המטוס מתרסק שנים ניצלו אחד נפצע אחד ניצול הם מגיעים לאי הניצול הפצוע מת, על האי אין שום דבר. הניצול שואל את עצמו מה יאכל הוא מוצא פגר של חתול ואת גופת האדם. עפ"י ההלכה בתורה לא כתוב שאסור לאכול בשר אדם אבל כתוב שאסור לאכול פגר של נבלה.

כלל השאלות הללו מתעסקות בסוגיית המשפט הטבעי.

19/04/2009 פילוסופיה

משפט טבעי –

קיימים משפט טבעי וצדק טבעי - פירושו שבבית משפט שופט לא יכול לשמוע צד אחד בלי נוכחותו של הצד השני, או אם קשר בין השופט לצדדים. אלה הם פגיעה בצדק הטבעי.

המשפט הטבעי עוסק בשאלה -האם מול המשפט הפוזיטיבי שקיים בכל מדינה אני יכול להעמיד מערכת ערכים שתהייה למעשה המסגרת של המשפט הפוזיטיבי?

כלומר, המדינה מחוקקת חוק שאומר שרק מי שגר בנהרייה זכאי לפטור ממס הכנסה, בא אדם משלומי ואומר שגם הוא רוצה לקבל אותו פטור, כיוון שאין הצדקה לתת בעיר מסוימת ולא בשנייה. כשבאים לבדוק את התקנה שקובעת שניתן לתת פטור ממס אני בודק עפ"י קריטריון של שוויון. מול ערך חוק פוזיטיבי אני מעמיד ערך ואומר שזה הוא המסגרת כדי לבדוק את תקפותו של החוק. אם בהשתמש בערך השוויון אני מגיע למסקנה שיש פה הפרה של הערך אז ביהמ"ש יכול לבטל את החוק. משמע בתוך מערכת המשפט ישנם ערכים באמצעותם אני יוצר מסגרת לאותו חוק. המשפט הטבעי עוסק בשאלה מורכבת יותר-

האם אני יכול להעמיד מול החוק הפוזיטיבי ערכים שנמצאים מחוץ למערכת המשפט, כמו כבוד האדם, כבוד הזולת וכו'?

השוויון במקור הוא ערך חוקי משפטי אז בתי המשפט מאמצים ערך כמו שוויון והופכים אותו חלק מהמשפט הפוזיטיבי של המדינה ואז אם יש חוק מסוים שנוגד שוויון אני יכול לבטל את החוק. המשמעות הדומיננטית הינה שאם אני מגיע למסקנה שיש ערכים מעבר לחוק הפוזיטיבי אני רשאי לא לציית לחוק אם הוא נוגד את אותם ערכים. כלומר אם יש חוק מסוים ואני מגיע למסקנה שהחוק עומד בניגוד לערכים על פיהם אני אמור לבדוק את החוק אזי אני לא חייב לציית לחוק ואם אציית לו אני יעמוד לדין על כך שצייתי לאותו חוק.

המשפט הטבעי אומר שאם ישנו חוק מפלה ועשית את החוק הזה אתה לא תוכל להצטדק בטענה שמה שעשית זו פעולה עפ"י חוק כי מעל החוק יש ערכים. המשפט הטבעי עוסק באותם סיטואציות שיש התנגשות בין החוק לערכים והשאלה הינה מתי ואילו ערכים אני יכול להגיד עליהם שהם יותר חזקים מהחוק הפוזיטיבי?

הבסיס לכך שיש ערכים שנמצאים מעבר לחוק מקורם קדום ויוצא מתוך הנחה שהחוקים אמורים להיות תבוניים ומאחר שהם אמורים להגשים את התבונה אלה שלא עושים כן אין מקום לציין להם. אומר אפלטון שחוקים נועדו לשרת את התבונה. ואם חוק מסוים נועד לשרת את המלך אתה יכול להתנגד ולסרב לאותו חוק. הרעיון של המשפט הטבעי מתגלגל עד למאה ה-12 לתומס אקווינס שהיה בסיטואציה בעייתית- המדינות מתחילות לחוקק חוקים ונוצר מתח בין חוקי המלכים וחוקי הכנסייה.

עד אותה תקופה היה ברור שחוקי הכנסיה עדיפים ומתעוררת השאלה מה עושים כשיש סתירה בין מדינה לכנסייה. הוא מוצא לכך הסבר-

ישנם ארבעה סוגי חוקים

1. החוק הנצחי- החוק באמצעותו אלוהים מנהל את העולם, עליו אין יכולת לדעת דבר.
2. החוק הטבעי- (המשפט הטבעי), פירוש הדבר שכאלוהים יוצר את האדם הוא יוצר אותו בצלם ה' ובזכות תבונת האדם הוא יכול להשיג עקבות או משהו מהחוק הנצחי.
3. המשפט הטבעי מתחלק- המשפט האלוהי והמשפט האנושי, שניהם נמצאים באותה מדרגה והם נגזרת של החוק הטבעי.

דוגמא- לכל מדינה בעולם דיני חוזים, אלה של ישראל עפ"י תומס אקווינס הם המשפט האנושי. דיני הנזיקין והמשפט העברי הם המשפט האלוהי. כולם אותו דבר באותה רמה.

המשמעות של דיני החוזים ומה שנמצא בבסיסם זה החוק הטבעי, העיקרון של המשפט הטבעי הוא שהתחייבת תכבד ומזה נגזר שכל דיני החוזים מבוססים על ההנחה של כיבוד הסכמים. שיטות המשפט יכולות להיות שונות בסוגי ההסכמים תבניותיהם כיצד הם נקשרים וכו'. אבל כולם נגזרים מהעיקרון שבא ואומר התחייבת תכבד. וזה הבסיס של דיני החוזים.

החוק הטבעי הוא תוצאה של התבונה שאומרת שחוזים יש לכבד, והתבונה יודעת זאת מהחוק הנצחי.

דוגמא- דיני הנזיקין במשפט העברי והאזרחי, מקור שניהם בחוק הטבעי שמקורו החוק הנצחי. המשפט האנושי והאלוהי שניהם נגזרים מאותו מקום. מקורו של המשפט האלוהי ההתגלות והמשפט האנושי זה החוק הפוזיטיבי. ישנה סתירה בין החוק האנושי והאלוהי, זה דומה לשני אנשים שרבו אחד רוצה בית דין רבני והשני לבית משפט. במקרה של סתירה אני צריך לבחור איזה משפט הוא הצודק- הרי הרעיון זה להצדיק את החוק האלוהי לעומת החוק האנושי- הרי שניהם באותו מצב על כן כאשר יש סתירה בין החוק האנושי לאלוהי-

ישנה תבונה אחת אני צריך לבדוק מי מגשים באופן יעיל יותר את עיקרון המשפט הטבעי, כלומר איזו שיטת משפט תייצג באופן יותר נכון את העיקרון שהסכמים צריך לכבד. מכך נגזר שקדושת החוזה פירושה היישום האולטימטיבי של התבונה אני מצפה שאדם בכל נסיבה יעמוד מאחורי התחייבויותיו כיוון שדיני חוזים הם התבטאות המשפט הטבעי. ככל שאדם יכול לברוח יותר מהתחייבויות באותה חברה פחות ידברו אמת ויקיימו פחות חוזים.

התיאוריה של תומס אקווינס שלטה בכיפה קרוב ל-400 שנים עד שבא פילוסוף אנגלי דיוויד יום ביום עד כה טוען תומס אקווינס אומר - בני אדם על בסיס תבונתם רוצים לקדם את הטוב האנושי" אם כך המסקנה הינה שיש חובה לקבל את הטוב האנושי. בא דיוויד ביום ואומר שמה שעושה אקווינס מבחינה לוגית הוא מוטעה מיסודו והגזירה הלוגית של אקווינס מוטעית. משמע אקווינס התבלבל בין משפטי עובדה למשפטי חובה כלומר כשאני אומר שבני אדם רוצים לקדם את הטוב האנושי זו עובדה ויש חובה לקדם את הטוב האנושי זה משפט של חובה אומר יום שאי אפשר לגזור חובה מעובדה, כדי לפתוח ברז צריך להתשמש במברג מזה אני לא יכול להסיק שחייבים לפתוח ברז. כל תורתו של

אקווינס לגבי המשפט הטבעי מבוססת על לוגיקה זו כי אני אמור לציית לחוק הטבעי ובא יום ומחסל את העניין של המשפט הטבעי. מה שהחליף את המשפט הטבעי-

הזכויות הטבעיות

כל הרעיון הבסיסי של המשפט הטבעי הוא ליצור מסגרת למשפט הפוזיטיבי שלא יהיו חוקים שפוגעים וכשנפל המשפט הטבעי נכנסו זכויות אלה שבאו להבטיח שזכויותיהם של בני אדם לא ייפגעו ע"י חוקים רעים. כל הסיפור של הזכויות נמשך עוד 300 שנים עד מלחמת העולם השנייה שהחזירה את המשפט הטבעי. וזאת כיוון שבמשפטי הנאצים בגרמניה הטענה הייתה שכל מה שהם עשו היה עפ"י החוק הפוזיטיבי שהיה קיים בגרמניה וטענתם הייתה שהיו נענשים אם לא היו מציינים. ואז שוב מתעוררת השאלה איך אני יכול להעניש אנשים שאומרים שפעולותיהם היו על בסיס החוק הפוזיטיבי שמקובל במדינה בשמה הם פועלים. התשובה לטענה זו הינה למעשה חזרתו של המשפט הטבעי. כשעולה הטענה של אייכמן אומר ביהמ"ש כי הפשעים אשר קבע החוק בישראל לעשיית דין בנאצים ועוזריהם – "יש לראותם היום כמעשים שנאסרו מאז ומתמיד ע"י שתי מושגים עקרוניים :

1. משפט העמים המנהגי – אם תסייר במדינות העולם תגלה שבכל מקום רצח עם נאסר על כן המסקנה מזה הינה שאתה יודע שדבר כזה הוא אסור

2. ומעשים שהם בעלי אופי פלילי אוניברסאלי" – למרות שאתה מבצע חוק וכביכול החוק הוא פוזיטיבי אתה יודע בפנימיותך שדבר כזה אסור לעשותו, המשמעות של זה שאתה חשוף יום אחד לעמוד לדין ולא תוכל לטעון שמותר לעשות מה שאתה עושה.

אלה הם הבסיס להרשעת אייכמן, ביהמ"ש חוזר להשתמש במשפט הטבעי ומעמיד אותו מעל המשפט הפוזיטיבי.

פס"ד ירדור - יו"ר וועדת הבחירות החליט לפסול רשימה של מתמודדים בטענה שיש בה חברים שחותרים תחת קיומה של מדינת ישראל, אז הוא פסל את הרשימה. הוא טען שפסל את החוק עפ"י החוק שאומר שאם לא יגישו את הרשימה לפי חוק ניתן לבטלה.

בביהמ"ש העליון צריך היה לברר האם יו"ר ועדת הבחירות יש סמכות לבטל או לפסול רשימה. עפ"י הפירוש הפשוט והגיוני של החוק המסקנה יו"ר הוועדה צריך לברר אם הרשימה הוגשה כהלכה ואי אפשר לומר שכהלכה זה כולל גם בדיקה של אופי ומעשים של אנשים שמרכיבים את הרשימה. יושבים שלושה שופטים – כהן, כאשר מדובר בחוק אי אפשר לתת פרשנות מעבר לפרשנות המילולית של החוק ולכן ליו"ר העודה אין סמכות

אגרנט- כאשר מדובר בעניין כה מהותי של חשדות כה רציניים אזי ניתן לפרש את המילה כהלכה בפרשנות מרחיבה

זוסמן- לא מעניין אותי מה כתוב בחוק זכותה של הדמוקרטיה להגן על עצמה וזה חלק מהמשפט הטבעי. "דין טבעי – ללמדך שמטבע בריאתה של מדינה דין הם" כלומר המשפט הטבעי הוא לא משהו מחוץ לשיטת המשפט אלה חלק מהמדינה והמשפט.

26/04/2009 פילוסופיה

המשך המשפט הטבעי-

המשפט הטבעי נועד כדי לשמש משקל נגד למשפט הפוזיטיבי. הוא היה מבוסס על התבונה- הופעל אחרי מלחמת העולם ה-2 פס"ד אייכמן וירדור ויש לו מקום גם בהלכה

המשפט הטבעי – יש איתו בעיה יסודית : מה מקור הסמכות – על בסיס מה אני יכול להגיד שיש ערכים יש עקרונות ויש משפט טבעי חזק ועדיף על המשפט של המדינה. במצבים בהם כל אדם יכול לומר שעם כל הכבוד למשפט המדינה הוא חסיד למשפט הטבעי ולא אכפת לו ממשפט המדינה- ויתעלם מחוקי המדינה. משמע אין לנו בסיס מוסכם לעליונות המשפט הטבעי, אף מחוקק לא מוכן שימצא מישהו מעליו, אכן בזמן היוונים זה היה פשוט כי התבונה נתפסה כעיקרון על אבל כיום שום דבר לא תבוני.

מגיע פרופ' לון פולר- הוא מנסה לבנות פטנט בכדי לתת בסיס למשפט הטבעי, מה שמוביל אותו לכך זה פס"ד גרמני מ-1947 – במקרה זה אישה אחת שנמאס לה מבעלה והיא מחפשת דרך להיפטר ממנו. יום אחד היא שומעת שבעלה אומר שצריך לחסל את היטלר, היא הולכת ומתלוננת במשטרה על מה שאמר. מייד עוצרים אותו ומוציאים אותו להורג. אחרי המלחמה עוצרים אותה ומעמידים אותה לדין – היא טוענת שמה שעשתה זה ציות לחוק הגרמני כי רצתה למנוע המרדה. היא מואשמת על כך וביהמ"ש בגרמניה מרשיע אותה על שימוש לרעה בהליכים משפטיים. משמע היא מגישה תלונה לא הוגנת והיא מועמדת על שימוש לרעה בהליכים משפטיים.

לביהמ"ש בגרמניה אין האומץ לומר שהמעשה זה רצח של ממש- לון פולר מחפש דרך איך ליצור מצב שהמשפט הטבעי יהיה מקובל עם המגבלות ביחס לאיסור של המשפט הטבעי.

הוא מפתח רעיון כפול-

1. כשאני מדבר על המוסר הפילוסופי ושואל האם התנהגות מסוימת היא מוסרית או לא יש בידי שתי תשובות מוסרי או לא, משמע אין מצב מוסרי בחלקו. לעומת זאת יכול להיות מצב בו אני מדבר על שאיפה ליותר מוסרי או התנהגות של פחות מוסרי. משמע דפוס שואף למוסרי או מתרחק ממוסרי.

2. כאשר אני אומר שדבר מסוים הוא מוסרי בהיבט הפילוסופי שלו פירוש הדבר, שהיא בהתאמה למערכת ערכים מסוימת. אם היא תואמת את הערכים היא מוסרית. בתורת המשפט יש דבר שונה לגמרי- ערך המוסר בתורת המשפט שונה מהערך הפילוסופי, כיוון שבתורת המשפט מעניין אותי ההיבט החוקי. כלומר יש מוסר של הפילוסופיה- התאמה לערכים ויש מוסר של המשפט – דפוס התנהגות שמקדם את הסדר החברתי.

דוגמא- נניח שאני נגר ומזמינים אצלי לוח לכיתה, אני אמור לבצע את העבודה. בין מייצג ההזמנה ובין הנגר מה שקריטי במו"מ זה למה מיועד הלוח. המכללה מוסרת שהלוח מיועד לחדר הרצאות, בשלב השני אני אומר שאפשר לבצע את הלוח מחומרים שונים – זכוכית, פלסטיק, עץ, אלומיניום. כעת כשהמכללה באה לקבל את ההחלטה היא תתבסס על השאלה מה הכי מתאים כדי להגשים את מטרת הלוח בהתחשב במחירו. הדבר הבסיסי ביותר זה הלוח ישמש את התכלית שלו יש לוחות טובים יותר או פחות טובים להשגת התכלית. אם אני רוצה לבדוק שיטת משפט – האם היא טובה לא טובה יעילה או לא. אני בודק זאת עפ"י תכלית אני צריך שבשיטת המשפט – התכלית תהיה בכל מקום בעולם עפ"י תכלית באיזה מובן שיטת המשפט מגשימה את התכלית שלה. בכל מקום בעולם התכלית של המשפט היא אותה תכלית לייצר סדר חברתי.

בחינת טיב שיטת משפט היא פונקציה של היכולת של אותה שיטה להגשים את תכליתה.

לון פולר טוען –

- כשהדרישה שלי היא דרישה לכלליות- ואני מציב אותה לפני מערכת משפט – אני מקבל שוויון כיוון שאם ישנה נורמה אחת שחלה על כולם זה מבטיח שוויון,

- כשיש דרישה שהחוק יהיה ברור- משמעות הדרישה זה הגבלת שיקול הדעת של בתי המשפט והרשות המבצעת בקביעת נורמות כרצונם כיוון שהחוק ברור ואין מצב שביהמ"ש ישים בחוק את מה שאין בו.
- דרישת הפרסום- נועדה לשם כך שהמחוקק יאלץ להצדיק את הנורמות שלו והמחוקק מבין שאם הוא צריך לפרסם את הנורמה הוא צריך לפרסם את הצידוקים לאותה נורמה
- שהציבור יכול לעמוד על שלו
- אסור רטרואקטיבית

כל אלה הן דרישות טכניות אבל אם שיטת המשפט מיישמת אלה היא תהייה יוצר צודקת ומוסרית מבלי שנאמר בה דבר על מוסריות . כלומר שיטה משפטית תהייה בעלת שוויון . מבלי שהתחייבו לאיזו אמירה מוסרית . פולר מדרג מ0-10 ואם הוא רוצה לדרג שיטת משפט הוא בודק האם היא מיישמת את הדרישות. 10 זה המוסרית ביותר , משהו באמצע בעייתי או 0 שיטת משפט שלא מגשימה דבר מהתכלית שלה והיא לא ממלאת את התפקיד שלה ולא יעילה ועל כן היא גם לא מוסרית. הוא מצליח להכניס את כל המשפט הטבעי של המוסר מבלי שאפשר להתווכח על התכלית .

הקושי של פולר- שיטת משפט שעומדת בקריטריונים חוץ מקבוצה אחת של חוקים שלא עומדת בקריטריונים – משמע השיטה של פולר מודדת שיטות משפט-

דוגמא- האם בגלל קיומם של חוקי הגזע שיטת המשפט בגרמניה היא לא מוסרית או לא

משמע השיטה לא פותרת לגמרי את הבעיה של חוקי הגזע לשמה היא נוצרה.

כיום אין למעשה צורך ברוב המדינות ובתוכם ישראל במשפט הטבעי- כיוון ששיטת המשפט לא מוגבלת אך ורק בנורמות המצויות בתוכה אלא יש גם ערכים מובלעים בתוך שיטת המשפט (עיקרי היסוד של השיטה המשפטית) וביהמ"ש יכול לקבוע נורמות חדשות בהתבסס על עיקרי היסוד של השיטה המשפטית. כלומר- המשפט הוא מקבץ של נורמות, עולה השאלה למה דווקא נורמות אלה ולא אחרות? ! זאת כיוון שיש ערכים של החברה, ולכל חברה יש את הערכים שלה שמתוכם המחוקק גוזר את המקבץ של הנורמות. אם נוסעים לארץ זרה – יש שם נורמות אחרות שמתאימות לחברה שלה. לכל חברה יש את ערכיה היסודיים , שהיא מכירה בהם והמחוקק לוקח מתוך ערכי החברה ומקבץ את הנורמות. כל נורמה משפטית היא פונקציה של ערך , המחוקק כשהוא בא לחוקק חוק הוא צריך לשאול את עצמו האם החוק נותן ביטוי לערך השוויון.

השופט בשיטה פוזיטיבית - פונה למקבץ הנורמות מתוך הנחה שהנורמות מבטאות נכון את ערכי החברה. בין הנורמות לערכי החברה יש נתק. שיטה זו מוגבלת לחוק הכתוב והשופט יוצא מתוך הנחה שמקבץ הנורמות זה יישום מדויק של ערכי החברה ולא יכול להיות מצב שהמחוקק חוקק איזו נורמה בסתירה לערכי החברה הבסיסיים. במדינות שיש חוקה נותנים לביהמ"ש את הסמכות לבטל חוקים אם יתברר להם שהם עומדים בסתירה מהותית להערכים היסודיים של החברה

השופט בשיטה נון פוזיטיבית- זה יהיה לגיטימי אם ביהמ"ש יפנה ישירות לערכי החברה. כלומר כשמגיע לביהמ"ש סוגיה משפטית הוא לא צריך לומר אין לי תשובה או החוק אומר דבר מסוים שישתמש בו אפילו שלא מסכים איתו. בשיטה זו יכול ביהמ"ש ללכת ישירות לערכי החברה ולהגיע למסקנה שנורמה מסוימת שבאה לדיון בפניו סותרת את ערכי היסוד של החברה ואז ביהמ"ש יכול לבטל את הנורמה או להגיע לתוצאה שונה מהתוצאה שביהמ"ש אמור היה להגיע אליה אילו היה איסור פוזיטיבי של החוק. משמע אם ערכי החברה טובים הנון פוזיטיבי יוצא מנקודת הנחה שביהמ"ש רשאי לבדוק את הערכים בבסיס הנורמה ולא להיות משועבד לנוסח הנורמה בלבד. לכן היום למעשה לא צריך משפט טבעי כי ביהמ"ש יכול לעשות את זה בעצמו.

כדי שביהמ"ש יוכל להנהיג שיטה נון פוזיטיבית ולפנות לערכי החברה התנאי לכך הינו הסכמה חברתית לפנייה של השופטים אל אותם ערכים. בחברה הישראלית ניתנה ההסכמה בחברה הישראלית – בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו שלמעשה אמר שלביהמ"ש יש סמכות לבטל חוקים שנוגדים את ערכי היסוד – בכך למעשה ביהמ"ש קיבל לגיטימציה מהחברה הישראלית לפנות אל הערכים. השופט ברק אמר בפס"ד לאור שזה אפשרי והוא לא עושה זאת כי אין קונצנזוס של הציבור, ואז בשנת 92 כשחוקק חוק היסוד בעצם החברה נתנה את הסכמתה.

מקור חובת הציאות לחוק

הבסיס של כל תורת משפט הוא למעשה חובת הציאות לחוק, אבל ישנה בעיה שבשום מקום בחוק לא כתוב שיש חובה לציית. לכאורה, זה מובן מאליו שאנשים חייבים לציית. נשאלת השאלה מה מקור חובת הציאות? ולמה נושא מקור חובת הציאות לחוק איננו בחוק? כשאני בא ואומר שיש חובה לציית לחוק עדיין נשאלת השאלה מניין החובה לציית לחוק שאומר שיש לציית לחוק. חובת הציאות לחוק תמיד נמצאת מעבר לחוק. היות ובמשך מאות שנים השיטה הייתה פוזיטיבית למעשה אף משפטן לא התעניין בשאלה למה יש לציית לחוק כי התשובה איננה משפטית. תמיד חובת הציאות מקורה הוא מחוץ לחוק. כלומר אם נחקק חוק שיטת המשפט מתחילה לפעול מהרגע שהחוק נחקק, את שיטת המשפט לא מעניין מה היה לפני חקיקת החוק.

- סוקרטס היה הראשון שדן בשאלה זו וטען כי חובת הציאות לחוק מקורה בתושבות, מעצם העובדה שאדם גר במקום מסוים זה הבסיס להסכמה שלו לבסס לחוק. עצם העובדה שאדם גר במקום מסוים זה הבסיס לחובת ההסכמה שלו לציית לחוק.
- ג'ון לוק טוען שהעובדה שבני אדם משתתפים בהצבעה להנהגה זו נותן לגיטימציה להנהגה לחוקק חוקים בעלי לגיטימציה מחייבת. העובדה שהם מצביעים זה ביטוי להסכמה לציית לחוק. הבעיה הינה שאחוז גבוה לא מצביעים – ובתפיסה הבסיסית היא שאם מישהו לא מצביע האם אינו מצייט לחוק.
- תומס הובס- טוען שאנשים הם הגיוניים ובחרים לציית לחוק מתוך ידיעה מהי האלטרנטיבה במקרה שאנשים לא מצייטים לחוק, כלומר הם מבינים שאם יש מדינה בה אנשים לא מצייטים לחוק אז יש תוהו ובוהו אזי אנשים מצייטים לחוק משיקולים הגיוניים.
- ארט בתקופה המודרנית יותר אומר- כשאנשים אחדים מנהלים פעולות משותפות בהתאם לכללים ובדרך זו מגבילים את חירותם כלומר הם הסכימו לכך שיש חקיקה ותוך כדי החקיקה יש הגבלה על החירות אז "לאילו שכפפו עצמם למגבלות יש זכות במקרה הצורך לכפיפות דומה מצד אלה הנהנים מכפיפותם". כלומר ארט אומר שאנו רואים את המדינה כסוג של שותפות שהאנשים החיים בה הסכימו להגביל את הסמכויות שלהם וקיבלו על עצמם כפיפיות. אם חלק מהשותפים מקבלים על עצמם את הכפיפות לא יכול להיות שחלק אחר שנהנה מהשותפות לא תחול עליו הכפיפות. דוגמא- רוב האזרחים משרתים בצבא כי קיבלו על עצמם את השותפות שאומרת שבמדינה צריך לשרת בצבא על מנת להגן עליה, אז לא יכול להיות שיש משרתים ויש אחרים שנהנים מההגנה ולא משרתים בצבא. משמע תפיסתו הינה שאם אני יוצא מתוך הנחה שהמדינה היא שותפות כל השותפים צריכים לפעול עפ"י כללי השותפות. על סיטואציה כמו צבא- שחלק מהאנשים לא יקיימו את תנאי השותפות יגיד ארט שבזה נשברת המסגרת של השותפות ואין חובה לציית לחוק. התוצאה היא שגם לי יש לגיטימציה מלאה לא לציית לחוק. כי יש צד שלא מקיים את ההסכם. תפיסה זו מבוססת על השותפות
- ג'ון רולס ודבורקין – טוענים שחובת הציאות מבוססת על העובדה שבני אדם חיים בקהילה ויש שיתוף ערכים וההגנות מחייבת שכולם יפעלו עפ"י אותם ערכים.

אין הגדרה מדויקת לחובת הציות לחוק כי מקורה נמצא מעבר לחוק- זה מעורר שאלה באיזה נסיבות יש לאזרחים לגיטימציה שלא לציית לחוק? , כלומר האם אני יכול להגיד שיש חובה לציית לחוק בנסיבות מסוימות נוצרת הזכות שלא לציית לחוק-

ישנם נסיבות בהם אדם רשאי שלא לציית לחוק- דוגמא, בישראל מאז מלחמת לבנון השנייה יש תופעה של סרבנות גיוס, ונשאלת השאלה האם בנסיבות מסוימות ישנה לגיטימציה שלא לשרת- ואם באדם ואומר שאינו מוכן לשרת בצבא או להחזיק נשק, או כזה שאומר שאינו מוכן לשרת באזור שאינו מוסרי כלומר הוא מוכן לשרת היכן שיבחר. ביהמ"ש בישראל פיתח גישה שבאה ואומרת שלא יכולה להיות סרבנות סלקטיבית כלומר אם אדם אומר שהוא פציפיסט הצבא לא יגייס אותו וביהמ"ש יגבה את זה. אבל אם אדם הוא סרבן סלקטיבי זה לא יתקבל. ביהמ"ש אומר שבהרבה מדינות הכירו בסמכותם של אזרחים לבקש שלא לשרת אבל רק על בסיס אידיאולוגי.

ישנם כמה מושגים חשובים-

אבי הסרבנות - מעטמה גנדי, הודי שלמד באפריקה ארגן הפגנות על כך שבדרום אפריקה להודים אין זכות הצבעה והוא חזר להודו והתחיל שם את המרי האזרחי שלו. הוא היה אבי השיטה שנקראת מרי אזרחי בלתי אליים הוא טען שאם המרי נעשה ללא אלימות זה אפשרי ולגיטימי. בסופו של דבר הודו אכן קיבלה עצמאות

אחריו מרתין לותר קינג- ארגן מרי אזרחי נגד האפליה של הכושים

ג'ון רולס- בנה קריטריון ולגיטימציה למרי אזרחי- שאם זה יעשה בלי פעילות אלימה אז יש לכך לגיטימציה.

אזי חובת הציות לחוק מבוססת על אידיאולוגיה וגם מקרים של אי ציות לחוק מבוססים על אידיאולוגיה וביהמ"ש מאזן בין אי מוסריות בין ציות לחוק לאי ציות לחוק. בד"כ יש לגיטימציה למרי מתוך הנחה שחוקה היא חוזה שכולם מסכימים עליו וצפוי שמי שנגדו יפר את החוק

03/05/2009 פילוסופיה

פס"ד בעניין החובה של מס הכנסה להכיר בהוצאות של אם עובדת לצורך חישוב מס הכנסה, ההיבט המשפטי של פס"ד זה מעניין כיון שהמחוקק בישראל מוגבל ביכולות שלו כיון שביהמ"ש המחוזי עוד לפני ארבעה חודשים נתן החלטה שיש להכיר בהוצאות אלה לצורך חישוב מס של אישה עובדת. אילו המחוקק היה מחוקק הגיוני וסביר שמבין את המשמעות האופרטיבית של העניין הזה והיה פועל ביעילות ובפרק הזמן שביהמ"ש נתן לו בין ההחלטה במחוזי לעליון היה צריך לנסות לטפל בזה באופן חוקי ע"י תיקון הסעיף ואז העליון היה מקבל את התיקון החוקי. קורה פה מצב בו אחת הטענות נגד ברק הייתה שעושה במדינה מה שרוצה וקובע איזה נורמות שירצה ותשובתו הייתה שאם הוא טועה שהמחוקק יתקן. אלא בזה יש אחיזת עיניים כיון שברגע שביהמ"ש מכיר בזכות אח"כ זו משימה

בלתי אפשרית לקחת אותה בחזרה. כלומר ביהמ"ש העליון מכיר בזכות מסוימת וזה נדיר שיהיה מחוקק שיגיד שלמרות שביהמ"ש נתן זכות המחוקק לוקח את זה בחזרה. כי אף מחוקק לא רוצה שיגידו שהוא פוגע. אזי כל האמירה של ברק זה דמגוגיה.

המחוקק לא מבין לאן המפולת הזו מגיעה ובנוסף לכך צריך לשאול איפה המחוקק היה עד היום וההסבר הוא שהתחושה שכל עו"ד הדין שעסקו בנושא הייתה תחושה שאין שום סיכוי שביהמ"ש יתערב והם לא ניסו להביא את התיק לבדיקה מתוך הנחה שיש פה עלייה על עץ ואף שופט לא היה לו את האומץ להגיד שהמדינה תכיר בהוצאות של מטפלות. אף אחד לא העלה על דעתו שאפשר לסדר את זה בביהמ"ש. במקרה במחוזי היה שופט שנתן את הפירוש הטריטוריאלי ביותר לסעיף בחוק שמדבר על הוצאות בייצור הכנסה. סעיף החוק אומר שמי שהוציא הוצאות בייצור הכנסה זכאי לקזז אותם. אזי אם יש אישה שעובדת ועולה לה חצי מהמשכורת העלות של המטפלת היא מרוויחה חצי. השופט מגלה אומץ לב שיפוטי ונותן החלטה טריטוריאלי. יש סיטואציה בה המחוקק ממולכד הוא חייב להתמודד עם טיפול בנושא הוצאות בייצור הכנסה. העז במקרה זה הינו שלאף מטפלת כיום אין תיק במס הכנסה.

ג'ון אוסטיין

ג'ון אוסטיין: בפס"ד ירדור הובאה דעתו של השופט חיים כהן שטען כי שיטת המשפט בישראל היא שיטת משפט פוזיטיביסטית. כהן טוען כי המשפט הטבעי זה המצאה שלא מוכרת במשפט הישראלי, ועל כן יש ללכת לפי הגישה הפוזיטיביסטית. פס"ד רוגודינסקי-טענו בעליון שעוד בתקופת המנדט הכירו בחופש המצפון ועל כן לא ניתן להכריח אותם להתחתן כדת משה וישראל. השופט ברנזון קובע כי החוק חזק יותר מהמצפון ועל כן יש חובה להתחתן כך. ג'ון אוסטיין היה אבי השיטה הפוזיטיביסטית שחי בין 1859-1870 והוא היה הפרופסור הראשון לתורת המשפט בלונדון והוא יסד את מדע המשפט וותה לו אשת חייל, אחרי שהוא מת אשתו דאגה לפרסם את ספריו. אוגוסטו

קומט כתב על התפתחות המחשבה האנושית וטוען שזה התחיל ממחשבה אידיאולוגית דתית, המשיכה למחשבה אידיאולוגית שהתבססה על עקרונות כללים ובשלב השלישי הגענו לשלב האמפירי-המדעי. גם בהתפתחות המשפט יש אותו מהלך, שלב ראשון-הדתית המיתולוגי, שלב שני-פילוסופיה ולבסוף השלב המדעי של ימינו. רעיונו של אוסטיין היה שמשפט הוא מדעי ואנליטי כדי להפוך את המשפט למדעי "כל מי שדיבר לפני הוא עסק בשאלה איך המשפט צריך להיות. אותנו כמשפטנים מה שמעניין הוא המשפט כמו שהוא". הבעיה תה שבמשך המון שנים של משפט העמיסו עליו הרבה נושאים של מוסר שהם לא רלוונטיים לו, אוסטיין ניסה לנתק את המשפט מכל העומסים שהעמיסו עליו במשך מאות שנים, וקבע כי רק ההיבט הנורמטיבי של המשפט מעניין וזה הבסיס של הפוזיטיביזם. אוסטיין הציע לפתוח פקולטה לחקיקה, את המשפטן מעניין מה אומר החוק. כיצד זה עלה לדיון? במקום המשפט הטבעי באו הזכויות הטבעיות. במאות 18 ו-19 טענו כי לא יודעים מהם זכויות טבעיות, זה דבר שנמצא באינטואיציה של כל אחד ועל כן טענו השופטים באנגליה כי הם לא עוסקים בזכויות טבעיות כי לא יודעים מהם. הם היו צריכים למצוא לכך תחליף כי לא ניתן לבסס זכות ללא אידיאולוגיה. כעת אוסטיין מוצא אלטרנטיבה לזכויות טבעיות

המשפטנים באנגליה אמרו שהם לא עוסקים בזכויות טבעיות כי הם לא יודעים מהם אותם זכויות טבעיות. הם היו צריכים למצוא תחליף לסוגיה זו, כיוון שכדי לבוא ולומר שקיימת זכות טבעית צריך לבסס אותה על אידיאולוגיה. אוסטיין וחבריו מצאו אלטרנטיבה לזכויות הטבעיות.

הם מצאו אלטרנטיבה לעניין הזכויות הטבעיות מבלי שהתווכחו בשאלה אם יש או אין זכות טבעית, יוצא פה מצב שאין לי צורך להבטיח את הזכויות הטבעיות כי ממילא אני מבטיח את זה ע"י העובדה שאני מראש מגביל את סמכות המחוקק מלהתערב

תפיסת הפקודה של אוסטין

השאלה הקשה ביותר היא שאלת היחס בין ערכים ומשפט, נקודת המוצא באה ואומרת שמשפט מבוסס על ערכים ועולה השאלה איפה הערכים מקבלים את הביטוי בתוך שיטת המשפט- אוסטין טוען ששאלת הערכים והמשפט היא שאלה בכלל לא רלוונטית כיוון שהחוק זו פקודה-

כשבא מפקד ונותן פקודה אף חייל לא שואל על בסיס איזה ערכים אתה פוקד עלינו לעשות דבר כזה או אחר. אוסטין הגיעה לתפיסה זו מתוך נקודת מוצא אמפירית משמע, כשאני שואל את אוסטין מזה משפט כדי לענות על השאלה אני צריך לראות מה עושה השופט כשהוא בא לתת פסק דין שקובע את הנורמה. עפ"י מבדק זה אין דרך לדעת על הערכים שקשורים בנורמה ומשפטן אמפירי מבסס עצמו על ניסיון. אוסטין הוא אמפירי והוא ניסה לבנות תפיסת עולם פוזיטיבית על בסיס אמפירי הוא מסתכל על החברה שואל את עצמו מה המשפט ומקבל את הרושם שהחוק זה פקודות שאנשים מצייתים להם כי הם מפחדים והוא יודע שהם מפחדים כי הוא שואל אותם. במילים אחרות תפיסת עולם אמפירית מובילה לגישה פוזיטיבית. תפיסת העולם של אוסטין היא אמפירית שנובעת מהמדע, ואוסטין רוצה להראות שהמשפט זה מדע – כדי להראות את זה הוא מראה באופן אמפירי מהו המשפט והוא מגלה שהמשפט זה מקבץ נורמות פוזיטיביות שאנשים מצייתים להם כי הם מפחדים.

כשאני מדבר על תפיסה זו אצל אוסטין – ביהמ"ש לא נמצא בהגדרה שלו ואין לו שום תפקיד כיוון שביהמ"ש זה זרוע ביצועית של הריבון כדי ליישם את החוק, ואז לביהמ"ש מערכת סמכויות שמוכתבת בחוק ואם לא היא לא נמצאת בביהמ"ש. על כן המסקנה היא שהגישה הפוזיטיבית תאמץ גישה דווקנית. מושג משפטי שכמעט ולא יהיה בגישה פוזיטיביסטית לאקונה, כיוון שאם הדבר מוסדר בחוק הוא ישנו ואם לא זה איננו.

הנס קלזו

סיפוק על יהודי שנולד בפראג והתברר כגאון, הוא למד משפטים והמיר את דתו. הוא עבר לוינה- הוא היה האיש שכתב את החוקה של אוסטריה והיה שופט בביהמ"ש לעניינים חוקתיים באוסטריה. כעבור זמן מה היטלר עלה לשלטון הוא עבר לארה"ב. ב-1952 בן גוריון הציע לו לעלות לישראל לכתוב את החוקה. הוא לא הגיע. הוא נחשב לאחד מגדולי המשפטים בעולם.

הספר המרכזי שלו – 'התיאוריה הטהורה של המשפט'. בספרו אומר קלזן שמה שצריך לעשות למשפט זה טיהור ולהוציא מתוכו את כל האלמנטים של הערכים המוסר והדת. יש הבדל בינו ובין אוסטין. התיאוריה האמפירית אומרת שהאדם נולד לוח חלק והדרך היחידה שלו לזהות את המציאות זה ע"י נתוני החושים שהוא מקבל, הוא אוסף נתונים מעבד אותם ולאורך זמן יוצר תמונה של הטבע של המציאות. כלומר האדם ניגש למציאות כלוח חלק והמציאות היא יצירה של האדם שהוא מזהה אותה מתוך מערכת החושים שלו, כלומר התמונה שיש לנו על המציאות היא מתוך הניסיון שלנו נתוני החושים- זו תפיסת עולם אמפירי.

הידיעה שלנו במיון היא פונקציה של מה שאנחנו זיהינו באמצעות החושים.

שיטה אמפירית אומרת שאני נולדתי ואני לא יודע מזה זמן אני מקבל נתוני חושים ומאחר שהם מגיעים בסדר מסוים מתוך זה אני לומד שיש דבר יותר מוקדם או יותר מאוחר ואח"כ שאני לומד מספרים אני יודע לנתח את הרצף

ישנה שיטה נוספת השיטה האידיאלית- כל הידע שלנו נצבר באמצעות החושים ומסתדר בתבניות, אנחנו אוספים נתונים של חושים והנתונים הללו מסתדרים עפ"י תבניות מסוימות שאנחנו נולדנו איתם כלומר התבניות קדמו למציאות. התפיסה אומרת שיש לאדם תוכנת הפעלה- והיא קודמת

לזיהוי המציאות כלומר אני מזהה את המציאות עפ"י תוכנת הפעלה. במוח שלי המושג של הזמן הוא נתון והנתונים מסתדרים עפ"י מושג הזמן.

בא קלזן ואומר שהוא רוצה לבסס תיאוריה פוזיטיביסטית עפ"י גישה אידיאליסטית, הוא רוצה לתת הגדרה של מזה משפט עפ"י המחשבה ואח"כ הוא יצא לשטח ויבדור האם שיטות משפט מסוימות מתאימות להגדרה שלו. זה מה שעושים במדע.

ההגדרה היא סוג של אקסיומה אני הגדרתי דבר מסוים ואני רוצה לבדוק עפ"י ההגדרה שלי אם יש או אין שיטת משפט.

במקרה שבאתי מת"א ורציתי לפנות לאיינשטיין דרך נמיר ראית ת"ד מרצדס בצבע כסוף התנגשה בפאט – עפ"י קלזן נניח שאיתי באוטו אני גיסי מהנדס והבעל של שכנה שלי רופא שלושתנו ראינו את אותה תאונה. מבחינתנו משותף הנתון החושי- כל אחד מהשלושה רואה דבר אחר, רופא אומר אם זה המצב של האוטו הוא בטוח שלנהג יש פגיעת ראש העו"ד אומר שאם האוטו פה והשני שם המרצדס התרשל כי נכנס לצומת לא בזמן והמהנדס אומר שעפ"י פיזיקה רמת החיכוך הייתה שהרסה את המכונית הקטנה. קלזן אומר שכל אחד רואה אותו דבר אבל מתייחס אל אותו נתון חושי עפ"י המושגים שמאפיינים את העיסוק שלו. לכן כשהוא בא לעסוק בעולם המשפט הוא צריך להחליט ולקבוע מהם אותם מושגים שאופיינים לעולם המשפט כלומר יש מושגים אופייניים לתורת המשפט- אם נשאל את עצמנו מהם המושגים הבסיסיים ביותר –

1. העניין המרכזי ביותר בתורת המשפט זה נורמות עליהם מבוססת כל תורת המשפט- מושג הנורמה אומר כך צריך להיות / להתנהג. כלומר המשפט הוא למעשה מקבץ נורמות הפעלה שלא עוסקות בשאלה מי הראוי שיהיה אלא כך צריך להיות. לכן אומר קלזן שכבר עכשיו ברור לנו שאם נראה את הגדרת המשפט כמקבץ של נורמות אנו מוציאים החוצה את המוסר הדת ושאר הדברים בהם יש נורמות .

24/05/2009 פילוסופיה

חומר למבחן- מהספר: פרקים ב, ג, ד, ז, ח, ט, י, י"א, י"ב, ט"ז, י"ז, י"ח, י"ט

המשך משיעור שעבר:

ג'ון אוסטין היה הפוזיטיביסטי הראשון בו עסקנו. ואחריו היה הנס קלזן. יש הבדל מהותי בין השניים, ג'ון אוסטין הוא פוזיטיביסטי על בסיס אמפירי וקלזן הוא פוזיטיביסטי על בסיס אידיאלי. ההבדל בין אמפירי לאידיאל נאמר בשיעור שעבר.

הפוזיטיביסטי השלישי- הרברט ליונל ארט.

היה פרופסור לפילוסופיה שכתב ספר על מושג המשפט שמשמש עד ימינו כסופר היסוד של המשפט.

ארט הוא פילוסוף ששייך למסורת הפוזיטיביסטית הוא מזכיר את ברק בכתיבתו וכתב כמעט על כל נושא במשפט. בשנות ה-50 של המאה ה-20, באנגליה המצב הכלכלי היה מצוין היה שפע בלתי רגיל לאחר המלחמה ובמסגרת זה נעשו רפורמות גם במשפט ובאו ואמרו שאנו צריכים לבדוק את תפיסתנו ביחס למשפט. נקודת מוצאו של ארט הייתה שבזמנו מה שמאוד התפתח זה נושא

הפילוסופיה של הלשון , מי שמיסד אותה היה פרופ' וידגשטיין. שאמר שכל מושג שאנו משתמשים בו מדויק באופן יוצא מן הכלל כיוון שכל מושג לאורך עשרות ומאות שנים של שימוש מגיע בסופו של דבר לדיוק מאוד גדול ואם אני רוצה להכיר מושג מסוים יש לי שתי אפשרויות-

1. לראות למה מתכוונים אנשים בשפה העברית כשהם משתמשים במילה חובה- לדוגמא משפט שאומר 'יש חובת שירות צבאי', המשמעות של המושג חובה בהקשר זה הינו שהמושג הזה פירוש הדבר שאם לא תשרת בצבא אתה צפוי לקבל סנקציה . ויש מושג כמו 'חובה לכבד את ההורים' והכוונה כאן לחובה שאין סנקציה בגינה. ארט אומר שאם אני רוצה להבין מושג אני צריך לבחון אותו על פי האופן שמשתמשים בו בשפה והמבחן הוא אמפירי, כאשר נשאלת השאלה מזה חוק או נאמר שיש חובה אז נדע מזה עפ"י מבחן אמפירי למה מתכוונים בני אדם כשהם משתמשים במילה חוק. כלומר אני לומד את הנורמה מתוך השטח כשנקודת המוצא שלי שאין דבר מדויק מהשפה שהיא ביטוי של התפתחות שבסופו של דבר יש לנו שימוש מוסכם בשפה ביחס למושגים מסוימים . כשאני אומר את המילה חוק כולם יודעים על מה אני מדבר ונק' מוצאו של ארט זה שאם אני רוצה לדבר על פילוסופיה אני צריך ללמוד על מושגי המשפט כפי שהם נתפסים בשפה ומתוך השימוש אני לומד את המושגים מתוך הנחה שזה הדבר המדויק ביותר כי זה נבחן ומסתמך על שנים. השפה במשך השנים מתאימה עצמה באופן מדויק אל תוך המושגים.

ארט אומר שנקודת מוצאו זה התיאוריה של אוסטין והוא פוזיטיביסטי כמותו , אבל יש לו בעיה כי אם היו שואלים את אוסטין מה ההבדל בין פקיד שומה שבא לגבות כסף ובין שודד בבנק אוסטין היה אומר שיש פה עניין של מקור החובה.

ארט אומר שהשפה מכירה בשוני גדול מאוד בין המונח חובה למונח מחויבות וזה מפתח מאוד חשוב, וכשאני משתמש בשפה במילה חובה לכאורה אין הבדל בין שודד לפקיד בנק בשני המקרים יש חובה אבל עפ"י ארט יש מחויבות, יש הבדל בין חובה למחויבות . ארט טוען כי השימוש בשפה עפ"י הבנתו אז ביחס לפקיד השומה יש עניין של מחויבות וכשאני מציית להוראתו איני עושה זאת בגלל שאני תחת חובה אלא מתוך לגיטימציה והסכמה. כלומר כשאשאל אזרח למה שילמת מס הכנסה הוא יגיד שהוא מחויב כי הוא מבין שיש לגיטימציה והסכמה לשלם מס הכנסה , וזאת כיוון שהאזרח מבין שמס הכנסה זה המכשיר בעזרתו המדינה גובה כסף .

ארט הולך לצעד הבא ואומר שכל חברה אפילו הפרימיטיבית ביותר יש לה כללי התנהגות שמקובלים על אותה חברה. כשאמר שיש כללי התנהגות מקובלים פירוש הדבר שאני יודע שאם אתנהג בניגוד לכלל אני צפוי לביקורת כלומר הוא אומר שכל חברה אפילו הכי פרימיטיבית מתנהלת עפ"י כללים ושאינו המתנהג יודע שאם אפעל באופן מסוים שלא כמקובל אני צפוי לסוג של ביקורת . זה יהפוך להיות משפט אם הביקורת היא ממוסדת. ואז הכל הופך להיות כלל משפטי. היינו כל חברה מתנהגת עפ"י כללים מקובלים פירוש הדבר שאני מסכים לדפוס זה של התנהגות ואני מציית. אני מציית לחוק כי אני רוצה להימנע מהביקורת אבל מסכים לכך שאותה ביקורת היא לגיטימית כי החברה שאני חיי בה היא חברה שיש מקובלות של התנהגות . בכל כלל יש שני יסודות :

- היבט חיצוני- אם יבוא משקיף מהצד או מלמעלה ויסתכל על החברה הוא יראה שכל האנשים מתנהגים באופן דומה . כל מי שסתכל על החברה יראה שיש עמוד עם אורות וכשיש אור אדום כולם עוצרים וזאת אומרת שמי שמסתכל מבחוץ רואה שאנשים מתנהגים באופן מסוים קבוע.
- ההיבט הפנימי – אותו איני יודע מתוך הסתכלות חיצונית אלא אני כאדם השייך לחברה יודע שאני צפוי לביקורת אם אתנהג באופן שונה ואני מציית לחוק כי אני רוצה לפעול עפ"י מה שמקובל ומוסכם באותה חברה , לא בגלל שאני מפחד מהסנקציה אלא מתוך העובדה שאתה יודע שאתה צפוי לביקורת ואתה מבין שהיא לגיטימית ואתה מסכים לה כי אתה חיי

בחברה וצריך להתנהג עפ"י הכללים שמקובלים בחברה. ההיבט הפנימי זה המחויבות לחוק לעומת אוסטיין שם מושג מחויבות כלל לא קיים.

ארט יקרא לזה כללים מוסריים ואיפה שיש ביקורת ממוסדת הוא יקרא לזה כלל משפטי. מה שהופך נורמה מוסרית למשפטית זה רמת הביקורת לדוגמא פגיעה בחרות הופכת את הכלל ממוסרי למשפטי, המעבר מכלל שלא מעניין את המשפט למשפטי שכן מעניין את המשפט זה רק הביקורת ואם רמת הביקורת מגיעה לשלילת זכויות זה משפט ואם לא זה נורמה מוסרית. אין חברה שהיא מופקרת כל חברה מתנהגת עפ"י כללים וצריך ליצור הבדל בין כלל משפטי וכזה שאינו משפטי-

2. ארט עושה אבחנה בין כלל ראשוני למשני,

כללים ראשוניים - הם הותיקים בחברה מאז ומעולם והם משפט פלילי ונזיקין. ארט אומר שבכל חברה יש כללים ראשוניים אם נחשוב על מה קורה בחברה שיש בה רק כללים ראשוניים כאלה ומשמעותם זה שאלה הם הכללים המקובלים בחברה שהתפתחו במשך מאות שנים עד שהפכו להיות נורמות מקובלות בחרה. ובחברה שיש בה רק כללים כאלה הקושי הכי גדול יהיה שאין לי דרך בה אני יכול לפתור סכסוכים. בגלל שאין לי את הגוף לפתור סכסוכים וגם כאשר יש סתירה בין זכויות לכללים אני צריך לדעת מה גובר על מה ומה שמאפיין את הכללים הראשוניים הם באותה רמה ואני לא יודע איזה כלל גובר.

בעיה נוספת והקשה ביותר בהקשר לכללים הראשוניים היא שכאשר רק אלה מתקיימים אני לא יודע מה היקפם של הכללים מה הם כוליים, לדוגמא בחברה פרימיטיבית יש כלל לא תרצח ואני לא יודע האם הגנה עצמית זה חלק מהכלל או אם לאו. כי בחברה הראשונית הכלל הוא לא תרצח. כשאדם מבצע הריגה תוך כדי מלחמה, עולה אותה שאלה האם זה כלל ראשוני.

כאשר צריך לשנות כלל ראשוני ואין לי כלל ראשוני כלשהו אני צריך לחכות עד שאנשים יבינו שצריך כלל ראשוני כלשהו כמו עם בזבז מים אם אין כלל ראשוני כזה אני צריך לחכות שאנשים יבינו שאין מים כדי ליצור כלל כזה.

ארט אומר שבנוסף לכללים הראשוניים התפתחו הכללים המשניים.

הכללים המשניים –

א. כלל הזיהוי- כל מה שנובע מהמחוקק הוא למעשה מהווה את הנורמות הקיימות באותה חברה. אנו יודעים זאת לפי השופטים זה ההיבט החיצוני, השופטים בודקים בחוק. וההיבט הפנימי זה שהשופט יודע ומקבל שהוא חייב לפעול עפ"י ההיבט החיצוני ואם לא יעשה זאת הוא צפוי לביקורת שיהפכו לו את פס"ד. כלל הזיהוי הוא גם כלל שאומר שההיבט החיצוני שכל השופטים עושים אותו דבר לדעת מהי הנורמה המחייבת בתיקים שבאים לפניהם וזה ההיבט החיצוני בחברת השופטים וההיבט הפנימי זה שהשופט יודע שאם לא יתן את פס"ד שלו כפוף חלהיבט זה הוא כפוף לביקורת

ב. כלל השינוי

ג. כלל השפיטה

24/05/2009 פילוסופיה

המשך משיעור שעבר:

ג'ון אוסטין היה הפוזיטיביסטי הראשון בו עסקנו. ואחריו היה הנס קלזן. יש הבדל מהותי בין השניים, ג'ון אוסטין הוא פוזיטיביסטי על בסיס אמפירי וקלזן הוא פוזיטיביסטי על בסיס אידיאלי. ההבדל בין אמפירי לאידיאל נאמר בשיעור שעבר.

הפוזיטיביסטי השלישי- הרברט ליונל ארט.

היה פרופסור לפילוסופיה שכתב ספר על מושג המשפט שמשמש עד ימינו כסופר היסוד של המשפט.

ארט הוא פילוסוף ששייך למסורת הפוזיטיביסטית הוא מזכיר את ברק בכתיבתו וכתב כמעט על כל נושא במשפט. בשנות ה-50 של המאה ה-20, באנגליה המצב הכלכלי היה מצוין היה שפע בלתי רגיל לאחר המלחמה ובמסגרת זה נעשו רפורמות גם במשפט ובאו ואמרו שאנו צריכים לבדוק את תפיסתנו ביחס למשפט. נקודת מוצאו של ארט הייתה שבזמנו מה שמאוד התפתח זה נושא הפילוסופיה של הלשון, מי שמיסד אותה היה פרופ' וידגשטיין. שאמר שכל מושג שאנו משתמשים בו מדויק באופן יוצא מן הכלל כיוון שכל מושג לאורך עשרות ומאות שנים של שימוש מגיע בסופו של דבר לדיוק מאוד גדול ואם אני רוצה להכיר מושג מסוים יש לי שתי אפשרויות-

1. לראות למה מתכוונים אנשים בשפה העברית כשהם משתמשים במילה חובה- לדוגמה משפט שאומר 'יש חובת שירות צבאי', המשמעות של המושג חובה בהקשר זה הינו שהמושג הזה פירוש הדבר שאם לא תשרת בצבא אתה צפוי לקבל סנקציה. ויש מושג כמו 'חובה לכבד את ההורים' והכוונה כאן לחובה שאין סנקציה בגינה. ארט אומר שאם אני רוצה להבין מושג אני צריך לבחון אותו על פי האופן שמשתמשים בו בשפה והמבחן הוא אמפירי, כאשר נשאלת השאלה מזה חוק או נאמר שיש חובה אז נדע מזה עפ"י מבחן אמפירי למה מתכוונים בני אדם כשהם משתמשים במילה חוק. כלומר אני לומד את הנורמה מתוך השטח כשנקודת המוצא שלי שאין דבר מדויק מהשפה שהיא ביטוי של התפתחות שבסופו של דבר יש לנו שימוש מוסכם בשפה ביחס למושגים מסוימים. כשאני אומר את המילה חוק כולם יודעים על מה אני מדבר ונק' מוצאו של ארט זה שאם אני רוצה לדבר על פילוסופיה אני צריך ללמוד על מושגי המשפט כפי שהם נתפסים בשפה ומתוך השימוש אני לומד את המושגים מתוך הנחה שזה הדבר המדויק ביותר כי זה נבחן ומסתמך על שנים. השפה במשך השנים מתאימה עצמה באופן מדויק אל תוך המושגים.

ארט אומר שנקודת מוצאו זה התיאוריה של אוסטין והוא פוזיטיביסטי כמותו, אבל יש לו בעיה כי אם היו שואלים את אוסטין מה ההבדל בין פקיד שומה שבא לגבות כסף ובין שודד בבנק אוסטין היה אומר שיש פה עניין של מקור החובה.

ארט אומר שהשפה מכירה בשוני גדול מאוד בין המונח חובה למונח מחויבות וזה מפתח מאוד חשוב, וכשאני משתמש בשפה במילה חובה לכאורה אין הבדל בין שודד לפקיד בנק בשני המקרים יש חובה אבל עפ"י ארט יש מחויבות, יש הבדל בין חובה למחויבות. ארט טוען כי השימוש בשפה עפ"י הבנתו אז ביחס לפקיד השומה יש עניין של מחויבות וכשאני מציית להוראתו איני עושה זאת בגלל שאני תחת חובה אלא מתוך לגיטימציה והסכמה. כלומר כשאשאל אזרח למה שילמת מס הכנסה הוא יגיד שהוא מחויב כי הוא מבין שיש לגיטימציה והסכמה לשלם מס הכנסה, וזאת כיוון שהאזרח מבין שמס הכנסה זה המכשיר בעזרתו המדינה גובה כסף.

ארט הולך לצעד הבא ואומר שכל חברה אפילו הפרימיטיבית ביותר יש לה כללי התנהגות שמקובלים על אותה חברה. כשנאמר שיש כללי התנהגות מקובלים פירוש הדבר שאני יודע שאם אתנהג בניגוד לכלל אני צפוי לביקורת כלומר הוא אומר שכל חברה אפילו הכי פרימיטיבית מתנהלת עפ"י כללים ושאי התנהג יודע שאם אפעל באופן מסוים שלא כמקובל אני צפוי לסוג של ביקורת. זה יהפוך להיות משפט אם הביקורת היא ממוסדת. ואז הכל הופך להיות כלל משפטי. היינו כל חברה מתנהגת עפ"י כללים מקובלים פירוש הדבר שאני מסכים לדפוס זה של התנהגות ואני מציית. אני מציית לחוק כי אני רוצה להימנע מהביקורת אבל מסכים לכך שאותה ביקורת היא לגיטימית כי החברה שאני חיי בה היא חברה שיש מקובלות של התנהגות. בכל כלל יש שני יסודות:

- היבט חיצוני- אם יבוא משקיף מהצד או מלמעלה ויסתכל על החברה הוא יראה שכל האנשים מתנהגים באופן דומה. כל מי שיסתכל על החברה יראה שיש עמוד עם אורות וכשיש אור אדום כולם עוצרים וזאת אומרת שמי שמסתכל מבחוץ רואה שאנשים מתנהגים באופן מסוים קבוע.
- ההיבט הפנימי – אותו אני יודע מתוך הסתכלות חיצונית אלא אני כאדם השייך לחברה יודע שאני צפוי לביקורת אם אתנהג באופן שונה ואני מציית לחוק כי אני רוצה לפעול עפ"י מה שמקובל ומוסכם באותה חברה, לא בגלל שאני מפחד מהסנקציה אלא מתוך העובדה שאתה יודע שאתה צפוי לביקורת ואתה מבין שהיא לגיטימית ואתה מסכים לה כי אתה חי בחברה וצריך להתנהג עפ"י הכללים שמקובלים בחברה. ההיבט הפנימי זה המחויבות לחוק לעומת אוסטין שם מושג מחויבות כלל לא קיים.

ארט יקרא לזה כללים מוסריים ואיפה שיש ביקורת ממוסדת הוא יקרא לזה כלל משפטי. מה שהופך נורמה מוסרית למשפטית זה רמת הביקורת לדוגמה פגיעה בחרות הופכת את הכלל ממוסרי למשפטי, המעבר מכלל שלא מעניין את המשפט למשפטי שכן מעניין את המשפט זה רק הביקורת ואם רמת הביקורת מגיעה לשלילת זכויות זה משפט ואם לא זה נורמה מוסרית. אין חברה שהיא מופקרת כל חברה מתנהגת עפ"י כללים וצריך ליצור הבדל בין כלל משפטי וכזה שאינו משפטי-

2. ארט עושה אבחנה בין כלל ראשוני למשני,

כללים ראשוניים - הם הותיקים בחברה מאז ומעולם והם משפט פילי ונזיקין. ארט אומר שבכל חברה יש כללים ראשוניים אם נחשוב על מה קורה בחברה שיש בה רק כללים ראשוניים כאלה ומשמעותם זה שאלה הם הכללים המקובלים בחברה שהתפתחו במשך מאות שנים עד שהפכו להיות נורמות מקובלות בחרה. ובחברה שיש בה רק כללים כאלה הקושי הכי גדול יהיה שאין לי דרך בה אני יכול לפתור סכסוכים. בגלל שאין לי את הגוף לפתור סכסוכים וגם כאשר יש סתירה בין זכויות לכללים אני צריך לדעת מה גובר על מה ומה שמאפיין את הכללים הראשוניים הם באותה רמה ואני לא יודע איזה כלל גובר.

בעיה נוספת והקשה ביותר בהקשר לכללים הראשוניים היא שכאשר רק אלה מתקיימים אני לא יודע מה היקפם של הכללים מה הם כוליים, לדוגמה בחברה פרימיטיבית יש כלל לא תרצח ואני לא יודע האם הגנה עצמית זה חלק מהכלל או אם לאו. כי בחברה הראשונית הכלל הוא לא תרצח. כשאדם מבצע הריגה תוך כדי מלחמה, עולה אותה שאלה האם זה כלל ראשוני.

כאשר צריך לשנות כלל ראשוני ואין לי כלל ראשוני כלשהו אני צריך לחכות עד שאנשים יבינו שצריך כלל ראשוני כלשהו כמו עם בזבז מים אם אין כלל ראשוני כזה אני צריך לחכות שאנשים יבינו שאין מים כדי ליצור כלל כזה.

ארט אומר שבנוסף לכללים הראשוניים התפתחו הכללים המשניים.

הכללים המשניים –

א. כלל הזיהוי- כל מה שנובע מהמחוקק הוא למעשה מהווה את הנורמות הקיימות באותה חברה . אנו יודעים זאת לפי השופטים זה ההיבט החיצוני, השופטים בודקים בחוק. וההיבט הפנימי זה שהשופט יודע ומקבל שהוא חייב לפעול עפ"י ההיבט החיצוני ואם לא יעשה זאת הוא צפוי לביקורת שיהפכו לו את פס"ד. כלל הזיהוי הוא גם כלל שאומר שההיבט החיצוני שכל השופטים עושים אותו דבר לדעת מהי הנורמה המחייבת בתיקים שבאים לפניו וזה ההיבט החיצוני בחברת השופטים וההיבט הפנימי זה שהשופט יודע שאם לא יתן את פס"ד שלו כפוף חלילה זה הוא כפוף לביקורת

ב. כלל השינוי

ג. כלל השפיטה

31.5.09

ארט

לפי ארט המשפט מורכב מכללים ראשוניים, וכללים משניים. לפי ארט המשפט הוא חיבור בין 2 הכללים. הכללים הראשוניים הם כללי חובה, היינו פעולות שחובה לעשותם, פלילי, נזיקין... והכללים המשניים הם בדר"כ כללי רשות שפועלים על הכללים הראשוניים.

1. הכלל המשני הראשון הוא כלל הזיהוי/ ההכרה שהוא החשוב ביותר, והוא מופנה בדר"כ לשופט והוא נלמד מתוך חברת השופטים, כלומר אלמד לאן השופט פונה על מנת לקבל החלטה .
2. הכלל השני הוא כלל השינוי שבו אני משנה את הכללים הראשוניים והוא מופנה בדר"כ למחוקק. דוג' למה חוזה הוא כלל של שינוי? החוזה מיצר נורמה, בין א' ו-ב' הייתה מערכת מסוימת ולאחר החוזה היא השתנתה, היינו חוזה שייך גם לכלל השינוי, באמצעותו ניתן לשנות נורמות.
3. הכלל ה-3 הוא כלל השפיטה שבעזרתו אקבע איך יוכרע סכסוך. כל מה שקשור לביהמ"ש הם שייכים לכלל השפיטה.

קעת נעבור מאנגליה לארה"ב, נעסוק ב**ברונלד דבורקין**, וברק משתמש בתיאוריות שלו במשפט הישראלי. דבורקין מתחיל בביקורת שלו על ארט, לפיו, כאשר יש מחלוקת בביהמ"ש וארט הוא השופט הוא יפעיל את כלל הזיהוי שבעזרתו הוא יזהה את הכלל שרלוונטי למקרה שלפניו. אם התיק הוא בנוגע להפרת חוזה הוא יפעיל את כלל הזיהוי ויפנה לחוק החוזים על מנת לטפל בתיק. באמצעות כלל הזיהוי הוא יגיע לכלל הראשוני שמתאים למצב. לפי ארט, אם השופט מגלה את הכלל הוא צריך לפעול על פיו ושיקול הדעת שלו הוא מצומצם לחלוטין. ארט הוא פוזיטיביסט. לדוג' אם מפקד אומר לסמל ללכת לאסוף נשק מחיילים, או לחילופין לאסוף כלי נשק חמים, במצב של כלי נשק מחיילים יש לו שיקול דעת רחב יותר כי כל דר יכול להיות כלי נשק. מה קורה כאשר ביהמ"ש רואה שיש כלל אך הוא לא נכון לדעת השופט? לפי ארט אין מה לעשות ויש לפעול לפי אותו חוק קיים. כאשר מגיע לביהמ"ש תיק ואין לו כלל, היינו יש בחוק לקונה, לפי ארט הוא יכול להמציא כלל, היינו כאשר אין לביהמ"ש כלל ישים, לפי ארט ביהמ"ש יוכל לעשות מה שירצה.

ארט נתן תיאוריה כיצד ניתן יהיה לסתור אותה? דרך יישומה בשטח, היינו להוכיח כי ישנם מקרים בהם ביהמ"ש יושב לדין ויש כלל ברור בדין אך בכל זאת ביהמ"ש לא פוסק על פיו. היינו לא הולכים לפי דרכו של ארט ומכך כי ארט לא צודק. כדי להוכיח את זה דבורקין מביא פס"ד **palmer v rigns** היה חור שלסבא שלו הייתה חווה. הסבא כתב צוואה והשאיר בה את החווה לנכד. הסבא הכיר

בחורה לאחר שהתאלמן והכניס אותה לחווה, הנכד פחד כי החווה תעבור לאותה אישה במקום אליו. הנכד הרעיל את הסבא, ואז הסבא מת. הנכד כאמור נעצר, אך לאחר מס' ימים פנה לביהמ"ש על מנת לקיים את הצוואה. ביהמ"ש פנה לחוק הצוואות וגילה בו כי בכל מקרה יש לתת תוקף לצוואה חוץ מאשר במקרים הבאים:

1. שפעה לא הוגנת. 2. צוואה לא ברורה. 3. צוואה ללא עדים

במקרה דנן, ביהמ"ש גילה כי במקרה דנן אין עילה לפסול את הצוואה כי אין היא עומדת באחת הסיטואציות. במקרה דנן יש לקיים את הצוואה אם השופט הוא ארט. לפי ביהמ"ש בדעת רוב נקבע כי ביהמ"ש משרת את אינטרס הציבור ואף אחד לא היה רוצה לראות את ביהמ"ש נותן לגיטימציה לאנשים שעשו פשע, ועל כן בקשת הנכד לקיום הצוואה נדחתה. מסקנה: גם במקום שיש כלל ביהמ"ש רואים עצמם משוחררים בדברים מסוימים לפעול נגד הכלל ומכאן כי ארט אינו צודק.

דוג': בן רצח את אימו ואחיו וביקש את צוואתם. בחוק הישראלי נקבע כי לא ניתן לרשת את אותה צוואה של האדם שרצחתה. בחיפה אותו אדם הלך לבדיקה פסיכיאטרית ונקבע כי הוא לא יכול לעמוד לדין, ועל כן ילדיו תבעו את הרכוש בתור האפוטרופסים שלו. המחוקק בוודאי לא התכוון שאם אדם לא יכול לעמוד לדין הוא יוכל לקבל ירושה.

גם בישראל למרות שיש כלל ביהמ"ש פועל בניגוד לו. מה ההבדל בין המקרה של פס"ד האמריקאי לבין פס"ד קריכלי (של השופט שפחד שנדבק באיידס) השוני הם השיקולים. בפס"ד האמריקאי השיקול היה מוסרי, בפס"ד קריכלי השיקול היה של מדיניות.

לפי דבורקין אם נבדוק באפן אנליטי את השיקולים שמפעיל ביהמ"ש כאשר הוא פוסק כנגד הכלל יש 2 עקרונות עיקריים לכך:

1. עקרונות של צדק מוסר והגינות

2. עקרונות של מדיניות

כאשר ביהמ"ש יפסוק נגד הכלל הוא יעשה זאת משיקולי מדיניות או משיקולי מוסריים. למה הוא מדגיש 2 עקרונות אלו? לפי ארט אנחנו צמודים לכלל, לפי דבורקין אם נצא מהנחה שביהמ"ש פועל מחוץ לכלל יש לקבוע גבולות לכך. שלא יהיה מצב של חילוקי דעות וחוקים שונים.

דוג' נוספת: אדם בארה"ב קנה מכונית מיצרן, החוזה ביניהם הודפס באותיות גדולות כנהוג בחוזים בארה"ב. בחוזה היה כתוב כי אחריות היצרן מוגבלת להחלפת חלקים פגומים. אדם קנה אוטו, היה מעורב בתאונה שקרתה כתוצאה מפגם בבלמים והוא דורש פיצוי מהיצרן. היצרן טוען כי לפי החוזה הוא יחליף לו את הבלמים אך אין הוא צריך לפצותו. לפי ארט בארה"ב יש הרבה יצרנים על כן הוא לא בודק למה לקוח מסוים קנה דווקא אצל יצרן ספציפי. יכול להיות כי אותו אדם קנה אצל אותו יצרן כי קיבל מחיר טוב שנבעה ממה שהיצרן נותן. מכאן כי כאשר חתמת הסכמת ועל כן אדם הוא רציונאלי וזה בעיה שלך ולא של ביהמ"ש. לפי ביהמ"ש לפי שיטתו של דבורקין כאשר מדובר ברכב לא אצן ליצרנים לברוח מאחריות ע"י חתימת חוזה, זה גם נוגד את האינטרס הציבורי. ביהמ"ש יכול לעשות את זה כי הוא יודע שיש מאחורי היצרן ביטוח היינו "כיס עמוק" וכי האחריות תעבור לחברת הביטוח, על כן קל יותר לביהמ"ש לקבל החלטה שהיצרן כן יהיה אחראי. זה נובע משיקול מדיניות שלבסוף הנטל ייפול על חברת הביטוח ולבסוף על הציבור.

דוג' נוספת פיצוי משפחה שאיננה מקרבה ראשונה בזמן תאונה כאשר ישנה פגיעה נפשית, אך זה כל עוד הוכח הקש"ס. נלמד מכך כי ביהמ"ש תמיד הפעיל גם שיקול דעת שמבוסס על עקרונות ומדיניות, היינו שיקול הדעת של ביהמ"ש הוא שיקול שיש בו מעבר לכללים והוא מסתמך על עקרונות ומדיניות ובכך הוכיח דבורקין כי התיאוריה של ארט לא צודקת מכיוון שהיא לא מיושמת.

שופט שהולך לפי דבורקין הוא יוצר זכות על אף שהיא לא הוכרה בשום כלל ע"י המחוקק.

בכל זאת, מה קשה לדבורקין? דבורקין צריך להסביר מי שם את ביהמ"ש להפעיל שיקולי מדיניות במקום בו יש כלל. וזה בניגוד לכלל השפיטה של ארט, ועל כן על דבורקין להסביר את מומם של שיקולי המדיניות והשפיטה שהם כנגד כלל השפיטה. כדי להסביר זאת טוען דבורקין כי עפ"י המושג "זכויות רקע" דוג' לזכות רקע רצונו של אדם לבריאותו ולשלמות גופו. המחוקק לוקח חלק מזכויות הרקע, והופך אותה ל"זכות ממוסדת". זכות ממוסדת זוהי זכות רקע שהוכרה ע"י המחוקק והוגדרה בחוק. בדר"כ מדובר על זכויות קניין-דוג' זכות לפטנטים. מה קורה כאשר לפי דבורקין הכללים הם הזכויות הממוסדות ומגיע תיק לביהמ"ש שנוגע לדיני קניין אך זה קניין שהמחוקק לא מיסד אותה. לדוג' יש שמלת כלה של מעצבת ואחת אחרת מעתיקה אותה? אין במקרה זה זכות ממוסדת כי המעצבת לא רשמה פטנט או סימן מסחר ואין פה גניבת עיין.

- לפי דבורקין בגלל שבחברה הישראלית יש הגנה על זכויות הרקע ניתן למסד אותם, היינו מיסוד של זכויות רקע יכולות להיעשות גם ע"י ביהמ"ש, וזה יגרום לכך שביהמ"ש יפנה לאותו מאגר שאליו פונה המחוקק.
- ישנה שאלה האם לכל שאלה משפטית ישנו רק פיתרון 1, או שיש מס' פתרונות? לפי ברק, לכל סכסוך משפטי יש מס' פתרונות לפי החוק ומוסיף כי הפיתרון שהעליון בחר הוא המחייב. לפי דבורקין לסכסוך משפטי יש רק פיתרון 1 נכון אשר הוא משקף באופן המדויק ביותר את הזכויות הממוסדות וזכויות הרקע של החברה. לפי דבורקין השופט מגיע לפיתרון הנכון ביותר לאותו מקרה גם אם הוא לא תמיד עומד בהתאם לכלל.

על דבורקין להשיב ל-2 שאלות:

1. כיצד נדע כי השופט יכול לשאת את כל העול על גבו? לפי דבורקין כאשר אומרים לסופר לכתוב ספר מתח כל אחד כותב פרק שונה. הסופר שכותב את פרק ב' יש עליו לראות מה כתוב בפרק א' אך גם לבדוק מה נכתב בפרק ג', היינו יש לבדוק את העבר וכמו כן את העתיד.
2. כיצד ימנה מצב שכל שופט יגיע לתוצאה שונה? דוג' כאשר יש משחק כדורגל ומתחיל גשם, כיצד נדע אם להמשיך את המשחק או לאו. לפי תקנון אם למשחק אין ערך ספורטיבי השופט צריך להפסיקו ועליו להחליט אם למשחק יש ערך ספורטיבי. לפי דבורקין השופט ימדוד זאת לפי תפיסת עולמו. דבורקין טוען כי השופט הוא אותו דבר כאשר הוא יושב בתיק מסוים אינו מנותק מתפיסת עולמו, יש לנסות לכוון את שיקול דעת השופט שיהיה בתוך מסגרת ומדיניות שהם פונקציה של תפיסות הרקע ועומק החברה. שהשופט פונה לסכסוכים לא יעשה זו בצורה עצמאית אלא בצורה מסודרת.

08/06/2009 פילוסופיה

הריאליזם האמריקאי-

מבחינה כרונולוגית בראשית המאה ה-20 קדם הריאליזם האמריקאי לתיאוריה של דבורקין והתיאוריה של דבורקין היא פיתוח הריאליזם.

למעשה עד היום יש לו השפעה מרחיקת לכת על עולם המשפט, ננסה להבין מה רצו הריאליסטים האמריקאים. מי שעיצב את המשפטים בארה"ב היה פרופ' לנגדל. הוא היה אבי אבות הפוזיטיביזם. תפיסת עולמו בפשטות הייתה ראיית המשפט כזרועו של המחוקק כשהמפשט משרת את המחוקק על מנת לעשות סדר. נקודת מוצא נוספת שהייתה זה שמושג האמת המשפטית הוא שונה באופן מהותי מאוד מהאמת המדעית, היינו האמת המדעית היא לא תלויה הקשר. היא נכונה תמיד בכל מקום ובכל זמן. לעומתה האמת המשפטית היא תלויה הקשר, פירוש הדבר שאין אמת אובייקטיבית

אלא עולם המשפט מייצר את האמת כפונקציה (כך שהמבחן של האמת הוא) של התועלת החברתית.

האמת נבחנת עפ"י התועלת שלה למציאות או במקרה שלנו לטובת החברה.

נקודה שלישית היא שבתחילת המאה ה-20 אנו נמצאים בעיצומה של המהפכה המדעית זו השפיעה על כל הידע שלנו במובן שאם תחום של ידע לא נתפס כמדע הידע הזה לא רלוונטי, כלומר אם אני לא יראה שהמשפט הוא מדעי אז הוא לא מעניין, המשפטים ניסו להפוך את המשפט לסוג של מדע – המאפיין העיקרי של המדע זה הניסוי, יש מדענים שמבצעים ניסויים וכתוצאה מהניסוי הם מגיעים למסקנות. בעקבות זה הפכה הפסיכולוגיה למדע- לדוגמא ביצוע ניסויים פסיכולוגיים ויצרו סטטיסטיקות והגיעו למסקנות כך שזה נראה כמו מדע.

כך גם הסוציולוגיה, ואז באו הריאליסטים האמריקאים ואמרו שהמדע צריך לפעול כמו משפט כלומר שתיכנס לאולם משפט אתה לא נמצא בתוך תחום סגור אלא שאולם המשפט היא זירת ניסויים חברתיים, היינו שופט נותן פס"ד, ובזה עבודתו לא נגמרה אלא המערכת תבדוק מההשלכות של פסקי הדין ואם יגיעו למסקנה שהתוצאה לא טובה הניסוי לא הצליח וביהמ"ש יצטרך לתת תוצאה אחרת, המשפט הופך לדבר חי שאין בו קיבעון.

האחראי על הניסוי יהיה השופט, המדענים יהיו עו"ד, והצדדים הם השפנים.

בתוך ביהמ"ש מתנהל ניסוי מדעני בעל פרוטוקול שיהיה סדרי הדין והראיות, ביהמ"ש יבדוק כל הזמן את תוצאות החלטותיו עפ"י התנהלות החברה.

כל זה גורם לזה שבאולם המשפט אין יותר מצב שהניסוי מושפע אך ורק ממשפט, לעולם המשפט הכל נכנס אידיאולוגיה, ערכים, מוסר, צדק, זכויות וזאת כיוון שביהמ"ש מתעסק בכל מהסיבה שביהמ"ש הוא הראשון שאמור להתמודד עם מציאות משתנה ומתרחשת במשפט זירת התמודדות וביהמ"ש מגיב לסיטואציות בעלות מציאות משתנה, וכאשר מגיע סכסוך ביהמ"ש לא יעשה הפסקה אלא יחליט ויקדים את המחוקק שטרם נתן חוק בעניינים שונים.

ביהמ"ש זה אולם פתוח למציאות המשתנה שנכנסת פנימה ואין לו ברירה הוא מגיב למציאות המשתנה. השופט תמיד יודא שפסקי דינו לא מקובעים, כך שאם יהיה שוב שינוי ביהמ"ש יפעל בהתאם לשינוי.

מי שהוביל את הריאליזם האמריקאי היה שופט בשם הולמס – הוא וברק הצליחו להפוך את החברה, הולמס עשה זאת רק אחרי שנפטר. הוא היה שופט בעליון בארה"ב. הולמס בביהמ"ש גילה שבכל תיקי עובד מעביד ניצחו המעבידים, הוא גילה שזה בגלל השיטה הדווקנית והפרשנות המצומצמת ויש מושג שנקרא קדושת החוזה וברגע שאתה מציג חוזה ניצחת. הולמס לא נותן יד לכך שבגלל שיש חוזה ע"י עו"ד, הוא ינצח. עד המשבר הכלכלי בארה"ב שהדברים התהפכו הולמס וברנדייס הובילו מהלכים בעליון שהפכו להיות הזרם המרכזי לאחר מכן. זה המשפט לא מנותק האמת היא פרגמטית וביהמ"ש שוקל את כל השיקולים וזאת כיוון שהמשפט משרת את החברה ולא החברה את המשפט. היינו, המשפט אינו ישות עצמאית אלא תפקידו לשרת אותנו. ריאליזם זה החזיק מעמד שנים רבות עד שהמציאות השתנתה ולעליון בארה"ב מגיע מקרה של אישה ברמת פיגור גבוה, ואמא שלה ברמת פיגור גבוה ולה נולדה בת מפגרת, ואז חוקקו בורג'ינה חוק שיש לעקר נשים כאלה בטענה שהחברה לא אמורה לשאת בעלויות של ילדים כאלה כי בסופו של דבר זה נטל על החברה. ביהמ"ש העליון מאשר את החוק של וורג'ינה ואומר שהוא מאשר ץ זה אושר על הרעיון שהמשפט משרת את החברה וכאן באה טובת החברה על פני האישה.

הלכי הרוח בחרה האמריקאית משתנים אז התפיסה שהמחוקק אמור לשרת את החברה הייתה מקובלת אבל בארה"ב אז אמרו שתפקידו של ביהמ"ש אינו לשרת את טובת החברה אלא לשרת את זכותו של הפרט כשהיא מתנגשת מול טובת החברה.

כלומר התפיסה הבסיסית שהמחוקק וביהמ"ש כיחידה אחת וביהמ"ש משלים את המחוקק ואם המחוקק חושב על טובת הכלל זה גם תפקידו של ביהמ"ש עד שיש התפתחות מעניינת בחברה האמריקאית כך שהמשפט משרת את הפרט והמחוקק את הכלל ויש התנגשות בלתי נמנעת. מה שיכריע זה האופן של פירושו של המשפט. בהיבט חוקתי יש לביהמ"ש סמכות וחובה לבטל את הדברים שפוגעים בזכויות הפרט בשל טובת החברה.

דבר דומה קורה בישראל- המחוקק קובע שפולטינאים שנפגעים אגב פעולות של צה"ל אין חובת תשלום פיצוי וזאת מתוך הרעיון שטובת החברה היא שיקול כלכלי ואין סיבה שאזרחי המדינה יישאו בנטל. ביהמ"ש העליון אומר שזה לא השיקול היחיד ולא יעלה על הדעת שאזרח תמים שנפגע תוך כדי פעולה מלחמתית לא יקבל פיצויים. אם אדם סתם נפצע לא השתתף בכל פעילות מלחמתית לפי ביהמ"ש יש להסתכל על טובת הפרט.

בעקבות פס"ד זה הריאליזם האמריקאי קרס ונכנסו הזכויות הפרטיות

נחזור לדבורקין – החידוש שלו שכדי להגן על זכותו של הפרט לא צריך חוק ספציפי אלא כל חברה מתבססת על תפיסה קולקטיבית באשר למעמדו של הפרט גם אם הזכויות לא מעוגנות בחוק כלשהו.

דיברנו על זכויות רקע שבכל חברה יש מע' זכויות המחוקק ממסד חלק ובשאר ביהמ"ש יכול להשתמש עפ"י הנורמות הנמצאות ברקע, וביהמ"ש עושה מה שהמחוקק היה עושה במקומו וביהמ"ש נותן פתרון שהוא סובר שהמחוקק היה מגיע אליו בנסיבות מקרה דומה.

תשובתו של ביהמ"ש שהוא מגיע לפתרון כמו זה שהיה צפוי להגיע אליו המחוקק

החידוש הגדול ביותר של דבורקין – תורת הפרשנות

פרשנות זו פועלת וחייה בישראל יותר מאשר בארה"ב, דבורקין אומר את העיקרון – יש תורת פרשנות משפטית, כל שיטת משפט יש לה תורת פרשנות ולפני שאני מגיע לתורת הפרשנות המשפטית יש לי תורת פרשנות כללית. כלומר אם אני לדוגמא רואה אדם שרץ אחרי אוטובוס אני יוצא מנקודת הנחה שהוא רוצה להשיג את האוטובוס. הרי אני לא מניח שהוא רוצה לראות את הפרסומת שעל האוטובוס אלא רוצה לעלות עליו. אני יוצא מתוך הנחה שאדם עושה פעולה רציונאלית כדי להשיג מטרה – זוהי תורת הפרשנות הכללית. עפ"י דבורקין זה תקף לגבי אדם אחד וגם לגבי קבוצה היינו קבוצה שפועלת רוצה להשיג מטרה. אומר דבורקין שהמחוקקים כשהם מחוקקים חוק מסוים הם רוצים להשיג מטרה כלשהי. המטרה נמצאת מחוץ לחוק היינו אם ניקח חוק אין סעיף שאומר תכלית ואז סעיפי משנה. ברמה העקרונית ברוב החוקים אין מצב שהחוק מגדיר את תכליתו אלא אני צריך להבין ולזהות את תכלית החוק מתוך לשון החוק. או במילים אחרות להבין מה רוצה המחוקק להשיג

- אפשר לומר שאני יכול להשיג את תכלית החוק מלשון החוק, היינו להסתכל על החוק ולנסות להבין מתוכו את התכלית ואני לא יכול ללכת מעבר ללשון של החוק – תכלית החוק זה לתת עדיפות לרצון של מצווה על פני החלוקה הרגילה שמתבצעת עפ"י חוק
- כוונת המחוקק- אני לא מוגבל מלשון החוק ואני יכול לקבל אינדיקציות לכוונת המחוקק במסגרת הנורמטיבית ואני ידע זאת עפ"י תקשורת או הצעות חוק ואני מנסה לזהות מה הייתה כוונת המחוקק

- אני יוצא מתוך הנחה שהמחוקק התכוון למשהו אבל אני כשופט אזהה למה הוא התכוון , כלומר כשאני בא ואומר תכלית החוק פירוש הדבר שיש לפני טקסט אובייקטיבי ואני כשופט כבר יחליט מתוך הטקסט איך לפרש אותו זו פרשנות תכליתית שאומרת שלביהמ"ש אין מחויבות ללשון או כוונת החוק רק לתכלית החוק וביהמ"ש יחליט מה התכלית . יכול להיות מצב שהתכלית שביהמ"ש התכוון אליה כלל אינה רלוונטית . הפרשן התכליתי אומר שאם הוא משוכנע שהרצון של המצווה הוא כלשהו אז זה לא משנה אם זה בדיוק כמו שהוגדר בחוק הכתוב, אני רק צריך לזהות את רצון המצווה וזה מה שחשוב שיטת הפרשנות של דבורקין מדברת על תכלית החוק והיא העצמה של ביהמ"ש לייצר אקטיביזם שיפוטי באמצעות הפרשנות התכליתית וברק מאמץ זאת לאחר מכן.

דוגמא- חוק האימוץ אומר שמי שיכול לאמץ זה גבר ואישה בני זוג, עפ"י פרשנות לשון החוק צריך גבר ואישה , נעלה למדרגה של כוונת המחוקק אזי כוונת המחוקק זה שהרעיון שלו שטוב לילד שיגדל במסגרת של תצא משפחתו ולכן משתמש המחוקק במונח גבר ואישה תוך כוונה שתא משפחתי זה מקום בו אמור ילד לגדול . הפרשנות התכליתית תגיד שמה שטוב לילד זה מה שביהמ"ש יחשוב שזה טובת הילד, כלומר המחוקק נתן לי המלצה ואת מה שהוא חושב וביהמ"ש יכול להחליט שטובת הילד זה לגדול אצל בני זוג מאותו מין או אצל חד הוריים.

הפרשנות התכליתית של דבורקין יוצר מציאות חדשה, הסיבה שדבורקין מגיעה לפרשנות תכליתית ומה שנותן לו לגיטימציה זה שדבורקין אומר שלכל שאלה משפטית יש אך ורק פתרון אחד נכון עפ"י התיאוריה הפוליטית הקוהרנטית'- זו אומרת שלכל חברה יש תפיסות עומק משותפות לחברה.

דבורקין אומר שביהמ"ש נותן את ההחלטה הטובה ביותר על פי תפיסות העומק של החברה בזמן הדין ושופט טוב זה אחד שידע לזהות בוודאות הגדולה ביותר את תפיסות העומק של החברה. הוא אומר ששופט יגיע לפרשנות תכליתית מתוך תפיסות העומק של החברה.

פס"ד רייזנפלד נ' יעקובסון

בנושא של אדם נשוי שמבטיח נישואין לאישה רווקה , אנו אומרים שזה חוזה לא תקף כי אינו מוסרי, הרעיון הוא שבתפיסת העומק של החברה היא התא המשפחתי נתפס כבעל ערך וכל חוזה שיש בו כדי לפגוע בתפיסת התא המשפחתי כבעל ערך בסיסי הוא לא מוסרי .

אולי בעוד כמה שנים יבוא ביהמ"ש ויגיד שאין ערך בסיסי בחברה של הגנה על תא משפחתי

דבורקין אומר כי נניח שני אנשים משחקים שחמט ואחד יושב מול השני וקורץ לו , השני הולך לשופט ואומר שאינו מסוגל להתרכז. לעומת זאת משחק כדורגל שהשוער לא יכול להתרכז כי האוהדים צועקים לעברו – יש הבדל בין המקרים, כשהמשפט בא לפסוק בנושא מסוים יש תפיסה מוסדית ביחס למהות במקרה שלנו של המשחק שחמט דורש ריכוז ולא עושים את זה זו סיטואציה אחת לעומת משחק כדורגל שזה העניין לצעוק. דבורקין אומר שכששופט בביהמ"ש נותן פס"ד הוא מושפע מתפיסות העומק המוסדיות של החברה.

למעשה אומר השופט ברק כי הוא דבורקין אבל יש לו בעיה אחת שהוא לא יכול להיות דבורקין כי דבורקין יוצא מתוך הנחה שיש תיאוריה פוליטית קוהרנטית מקובלת בחברה לא משנה איזה סוג אוכלוסיה יש בארה"ב, ברור לגמרי שמה שמגבש את החברה האמריקאית זו החוקה ומקובל במסגרת התיאוריה הפוליטית הקוהרנטית שביהמ"ש מפרש את החוקה ובכל מקרה של פירוק החוקה הוא נותן ביטוי לתיאוריה הפוליטית וכאש יש חברה מגובשת אפשר לזהות תיאוריה פוליטית קוהרנטית ברק אומר שבישראל אין תיאוריה כזו והוא מדבר על עיקרי היסוד של השיטה המשפטית, ההבדל שאצל דבורקין את התיאוריה הפוליטית אני לומד מחוץ לשיטה המשפטית אבל אצל ברק עיקרי היסוד של השיטה הם בתוך המשפט. דוגמא- בחוק החוזים מושג תום הלב , ששיטת המשפט

הישראלית מכירה במושג וזה מעיקרי היסוד של השיטה המשפטית ומה שהיה פעם וענת הגנה וזה חלק מעיקרי היסוד אני יכול להפוך את זה בביהמ"ש טענה שמייצרת עילה ואני יכול לתבוע על אי עמידה בתום לב. או המונח סבירות – הוא חלק מעיקרי היסוד של השיטה כי אני מבין שמי שיש לו כוח צריך לא לחרוג מהסמכות ואם סבירות היא חלק מתפיסות העומק בעקרונות היסוד בשיטה המשפטית אני יכול לקבל שכל פעולה משפטית לא סבירה אפשר לבטל. ברק לוקח את הפרשנות ועיקרי היסוד של השיטה המשפטית ומעצב את המשפט הישראלי

התנועה לביקורת המשפט- טוענת שלמדינה עולה יותר כסף להחזיק דירות מאשר למכור דירות ולספק מגורים על כן מכרו דירות ולא המשיכו להחזיק בהם ולתחזק אותם.

תנועה זו תאמר על סטודנט שרוצה להתקבל ומגיש עתירה של אפליה מקנת אז אף בית משפט יאשר זאת על בסיס אפליה מתקנת אז מה שיש לטעון זה שהמבחן הפסיכומטרי לא משקף ולא שיש אפליה מתקנת