

## תורת המשפט (1) - 23.02.18

המשפט מזווית תיאורתית כתופעה חברתית. מערכת של כללים שבני אדם יוצרים אותה, מארגנים אותה וכו', לא סתם יש לנו מערכות משפט שונות בכל מיני מדינות. בקורס ננסה להבין את התופעה האמורה, לחקור אותה מבחינה תיאורתית. מה זה משפט למשל? למה צריך או לא צריך משפט? מה מבדיל בין כללים משפטיים? המון פילוסופים וחוקרים ניסו לתת תשובות לשאלות אלו ולא בדיוק מגיעים לתשובות חד משמעיות. יש הסברים. איך יודעים שכלל מסוים הוא באמת כלל משפטי?

שאלה מרכזית שנעסוק בה, מניין נובע התוקף של הכלל המשפטי? יש הטוענים שיש כללים שהם לא מוסרים או לא הוגנים, מאין נובע התוקף המחייב של הכללים המשפטיים, האם צריך לציית לחוק ולמה וכו' וכו' מה שנעשה הוא נעסוק בתיאוריות מרכזיות המבקשת לענות על השאלות האלו, אין תשובה אחת נכונה. מעבר לדיון המופשט ננסה למצוא את הקשר לסוגיות קונקרטיות שאנו מכירים מהיום יום שלנו בחיים.

=====

### משפט תשובות באפליקציה :

סדר חברתי : [לדעת חברי הכיתה] שיהיו כללים, שיהיה סדר. לאו דווקא משפט וצדק.

### מערכת כללים שיוצרת סדר :

פתרון סכסוכים, כשיש איזה קונפליקט מגיעים לבימי"ש שיעזור לפתור זאת. יש על זה ביקורת, דרך המשפט שיהיה שופט וצד שלישי שיחליט מי צודק זה עדיף. זו הגישה שמצדיקה את המשפט.....

=====

**תיאוריות אמנה חברתית** - היו כמה הוגים. שלושה מרכזיים בהם נעסוק. כל אחד מהם הייתה לו גרסה שונה מהי האמנה חברתית. תיאוריות חשובות, נקודת מוצא למקור המשפט, למה מצייתים לחוק וכו', מתוך תיאוריות אלו התפתחו תיאוריות נוספות.

**תומס הובס** - הריבון הוא מי שקובע את הכללים במסגרת המדינה. התיאוריות מנסות להסביר מהיכן נובעת הלגיטימציה לכוחו של הריבון. למה אנשים בחברה מוכנים לחיות וראוי שאנשים יחיו באיזו מסגרת פוליטית/מדינית שיש בה שלטון מרכזי שקובע חוקים ואנשים מוכנים לציית לחוקים אלו. מסכת מרכזית שקובעת כללים שאם לא ננהג לפיהם יהיו תוצאות. למה אנשים מוכנים וכדאי להם לחיות במסגרת כזו?

**תומס הובס** - אחד האבות המשפיעים. חי באנגלית. מת בגיל 91. כתב ספר מאוד משפיע, בשנת 1651 שנקרא "לויתן", בו הוא הניח את היסודות למה שנקרא **תיאורית האמנה החברתית** ממנה התפתחו עוד תיאוריות.

הרעיון של הובס היה פשוט, כדי להסביר למה נוצרה תופעה כזו של מדינה, שאנשים כפופים לריבון וכו', צריך לחשוב על האלטרנטיבה. מה היה לולי החוק? **אלטרנטיבה היא מצב הטבע**. במצב זה לשיטת הובס, אנשים יכולים לעשות מה שהם רוצים, חופשיים לגמרי, ערך מוחלט, אין כללים ולמרות זאת אנשים מאוד לא מאושרים, אומללים מאוד, כי אורבות להם הרבה סכנות כל הזמן. מצב מסוכן, אנשים חיים בפחד, כמו שאני חופשי לגמרי כך גם האחרים, כל מי שיותר חזק ממני יכול לשדוד אותי/לפגוע בי/לרצוח אותי וכו'. השאלה היא מי חזק יותר. במצב הטבע הזה, האנשים נמצאים בפחד תמידי והם לא רוצים לחיות בו שאז יש את **"מלחמת כל בכל"** שבה כל אחד יכול לעשות מה שהוא רוצה **ומי שחזק שורד ומי שחלש לא ישרוד**. אף פעם אתה לא תדע אם אתה החזק מספיק או שיש חזק ממך. ל-הובס יש משפט מפורסם **"חיי בדידות דלים, מאוסים, חייתיים וקצרים"**. [הספר הזה הוא אחד הספרים המהוננים ותורגם לעברית רק בשנת 2009].

פעם בחברות קדומות אנשים חיו כך. הובס אומר כי בגלל שאנשים מבינים שהם לא רוצים לחיות כך, בואו נדמיין רגע שאנשים חיים כך ומקבלים החלטה הגיונית, מבחינתם, ומחליטים לוותר על חלק מהחרויות שלהם ולהצטרף לאיזו אמנה חברתית [הסכם]. הסכם בין כל האנשים, **הסכם רעיוני**, ומכוחו בעצם נוצרים כללים שבמובנים מסוימים מגבילים את חופש בני האדם ובמובנים אחרים הם מגנים על החופש שלנו. כדי לעשות זאת [את ההסכם האמור] שניתן יהיה לאכוף אותו, צריך גורם אחד מרכזי, שהוא הריבון שלו מוענק הכח/הסמכות לקבוע את הכללים ולאכוף את המפרים. **מעניקים סמכויות מרכזיות לאותו ריבון, מוותרים על חלק מהחרויות שלנו על מנת לעשות סדר**. במצב זה, גם אצל הובס, [אמצע המאה ה-17], טרם התפתחו רעיונות דמוקרטיים, בתקופה זו, הריבון הוא בעצם כל יכול-גוף מאוד חזק/מרכזי [מלך] שליט אחד, כח כמעט בלתי מוגבל, גם קובע את החוקים, גם אוכף אותם, גם מבצע וכו' וכו'. [רעיון תאורטי] [כתב ואמר זאת לאחר שהסתיימה מלחמת 30 השנים], הובס עדיין מאוד פאסימי. גם במצב זה האנשים עדיין פוחדים אבל עכשיו הם פוחדים מהריבון. איך שהובס מתאר את הריבון, זה הרע במיעוטו אני פוחד אבל לא מכל אחד לצדידי כי אם רק מהריבון. הסכנה מהריבון – הוא מעל החוק. עדיין אלו יהיו חוקים טובים יותר מהטבע. הובס מנסה להסביר את הרעיון ב-למה אנשים מסכימים לחיות כך.

הובס חושב שזו התפתחות חיובית. **מאמין בשלטון אבסולוטי, הוא לא דמוקרט**. הספר מנסה להסביר את ההיגיון בויתור על החרויות ולהשתלב במערכת הזו. מבחינה דתית זה מחייב את כל מי שחי תחת חסותו של הריבון.

**ג'ון לוק** – הספר החשוב שכתב **"המסכת השניה על ממשל מדיני"** – בהמשך להובס, המדינה היא מעבר היפותטי של אנשים **ממצב של טבע למערכת של כללים וחוקים**. יש מצב טבע והבעיה היא שלאנשים יש זכויות טבעיות לפחות 3 כאלו: **זכות לחיים, זכות לחירות וזכות לקניין**. הבעיה במצב הטבע שאפשר לקחת את הזכויות האלה ותפקיד הריבון הוא להגן על הזכויות הטבעיות הנ"ל. אצל לוק הכח של הריבון הוא כפוף לחובה לכבד את הזכויות הטבעיות של האדם. [לפי הובס זה לא כך]. לפי לוק הריבון כפוף **לכבד את הזכויות** ומכך הכח שלו. לוק אומר את הדברים בצורה חדה וברורה. **הריבון הוא חזק אך הכח שלו הוא לא בלתי מוגבל**. לא רק לעשות סדר אלא **סדר שיהיה בו כבוד והגנה על זכויות בני האדם**. עדיין זה לא מגובש עד הסוף. מי שלוקח זאת עד הסוף הוא.... [אופטימי מהובס].

ז'אן ז'אק רוסו – [חי 100 שנה אחרי הובס], כתב ספר "האמנה החברתית". הוא הולך צעד אחד קדימה מהרעיון של לוק, לשיטתו, הריבון הוא לא מה שהובס התכוון, אדם אחד שכולם כפופים לו כי אם העם. דמוקרטיה. ריבונות פופולרית. העם הוא שמחליט. נכון שלעם יש נציגים, יש איזה גוף של נציגים והם אלו שמנסחים את החוקים, דואגים לאכוף את החוקים אך הסמכות שלהם מגיעה מהעם. המושג החשוב שלו הוא "הרצון הכללי" – הריבון צריך לשרת את רצון העם. מתחיל לפתח את הרעיון של משטר דמוקרטי. [לפי המודל הזה, נוצרה חוקה כמה עשרות שנים אחרי פרסום הספר של רוסו, הושפעו מהרעיון שהריבון הוא בעצם העם]. רוסו, מבחינה רעיונית תיאורתית מתחיל לפתח זאת ומכך נובעת הלגיטימציה לקבוע כללים ויש כח לאכוף אותם. הרעיון אומר שמקור הלגיטימציה הוא משרת את רצון העם.

=====

## תורת המשפט (2) – 02.03.18

תיאוריות שעוסקות במקור התוקף של כללים משפטיים.

שאלה פילוסופית. מה הופך איזו נורמה לכלל משפטי מחייב? מה הופך אותו לכלל משפטי לגיטימי? האם צריך לעמוד בדרישות מסוימות, להיות ראוי?

שתי גישות מרכזיות – פוזיטיביזם משפטי

משפט טבעי.

כל אחד מהזרמים הנ"ל מציג תשובה שונה לשאלה מהו מקור התוקף של כללים משפטיים. בכל אחד מהזרמים יש תיאורטיקנים שטוענים תיאוריות שונות. אפשר למצוא קשר.

**הגישה של הפוזיטיביזם** אומרת שחוק/כלל משפטי כל מה שהריבון הגדיר אותו ככזה. במובן זה שהחוק הוא ייצר ידי אדם, בעל סמכות לחוקק ומה שהוא קובע, זה החוק. מזה נובע גם שאין קשר הכרחי בין חוק למוסר. הריבון יכול להיות במדינה דמוקרטית הרשות המחוקקת במדינה יכול לקבוע חוקים שיראו לנו שעולים בקנה אחד עם מוסר וצדק ויש כאלו שלא, אך זה לא משנה זה מה שקובע הריבון. לפי רוב הפוזיטיביזם מוסר וצדק זה דבר יחסי.

שתי גישות בעולם הפילוסופיה של המוסר: רלטיביזם מוסרי - מוסר זה לא נכון או לא נכון. יש כל מיני גישות אין אמת אחת אובייקטיבית, מוסר הוא דבר מוחלט. מנגד יש גישה אחרת, גישה אובייקטיבית - יש כללים שלפיהם אפשר לקבוע מה מוסרי ומה לא.

בגישה הפוזיטיביסטית רוב התיאורטיקנים מאמצים שאין דבר כזה נכון או לא נכון במוסר, יש כל מיני גישות אך זה לא רלבנטי למשפט, אין קשר אך לא בהכרח.

יש גישה שעומדת אל מול הפוזיטיביסטים - **המשפט הטבעי** - יש קשר הכרחי בין משפט למוסר שהחוק חייב לשקף נורמות מוסריות. כלל משפטי הוא בהכרח כלל מוסרי. אם יש כלל שהוא לא מוסרי אזי הוא לא משפטי.

גישה אחת שאומרת שחוק שהוא לא מוסרי הוא לא תקף = משפט טבעי.

גישה אחת שאומרת כל מה שהריבון קובע שהוא החוק, זה החוק = פוזיטיביסטים.

הובס, לוק ורוסו מציגים תיאוריות לאמנה החברתית. היו ההוגים המרכזיים.

**הובס** – הריבון/הגוף/הלוייתן שמקבל את הסמכות לחוקק חוקים, הוא כל יכול. מה שהוא יעשה מותר לו ומותר לו לאכוף את החוקים שהוא קובע. הריבון גם מייצג את הערכים הדתיים הנכונים, אין על הריבון כל מגבלות. ביטוי לגישה הפוזיטיביסטית. הריבון הוא החוק.

**לוק** – שחי במאה אחרי הובס, קצת יותר ליברל. מדבר על הזכויות הטבעיות. כל אדם נולד עם הזכויות האמורות, [חירות, קניין ....] ואת זה הריבון לא יכול לקחת. אם הריבון פוגע בזכויות אלו אזי אין תוקף לאותו חוק. ביטוי לגישה של המשפט הטבעי.

מה יכולות להיות ההשלכות המעשיות לשאלות התיאורטיות האמורות, בהפעלה של המשפט בחיים האמיתיים?

לדוג - פס"ד ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית - האם ניתן לפסול רשימה שרצה לכנסת אם המצע שלה לא מתאים..... השופטים נחלקו בשאלה.

**מבחינה משפטית** - פוזיטיביסטים יאמרו שהם לא צריכים להתחשב בערכי המוסר הייחודיים של כל מיני קבוצות, [גם אם הם מאוד מוסריים] יש ריבון אחד [כנסת/מלך וכו'] ומה שהוא קובע זה החוק, עם כל הכבוד לערכים של הפרט אזי אם לא יקיימו את החוק, ייענשו.

**מבחינת המשפט הטבעי** – יש שתי אפשרויות, או שזה מוסרי [לדוג' פוליגמיה] או שזה לא מוסרי. זה לא עניין של מה שחושבים כי יש תשובה. כל אחד מבחינתו נותן תשובה. יש ערכי מוסר מוחלטים. מוסר הוא דבר אובייקטיבי ולכן חוק שמנוגד למוסר הוא לא חוק.

מה קורה כשהריבון לא קובע חוק ברור? [לדוג' הפרדת גברים ונשים באקדמיה/נשים ביח' קרביות וכו'] אין תשובה ברורה בחוק, איך מתמודדים עם זה כשזה יגיע לפתחו של בימ"ש?

יש דיון מפורסם בין איש פוזיטיביסט בשם **הארט** לבין איש משפט טבעי בשם **פולר** – כתבו מאמרים שעוסקים בשאלה – החובה לציית לחוקים בגרמניה הנאצית.

אחרי שהמשטר הנאצי התחלף, התעוררה השאלה האם אפשר להעמיד לדין אנשים שפעלו בהתאם לחוקי גרמניה הנאצית, כשברור שהחוקים האלה שלא היו קיימים לפני כן, הם חוקים לא מוסריים? זו לא שאלה תיאורטית. פולר והארט מדברים על מקרה מאוד ספציפי – סיפור של בני זוג, בעל ואשה, שלא הסתדרו ביניהם. הוא שירת בצבא וכשחזר הביתה התלונן על כך שהוא שונא את הצבא הגרמני, משטר נאצי גרוע והיא חשבה להלשין עליו, שהוא מדבר בגנות המשטר וזו עבירה. האשה הלשינה על בעלה, הוא הועמד לדין, נגזר עליו עונש מוות. באותו נושא הומר העונש להעביר אותו לחזית הסובייטית. הוא חזר מהחזית. המשטר התחלף, הוא ביקש לפתוח בהליכים משפטיים נגדה, טען שעשתה עבירה [פגיעה בחירות], בכך שהלשינה עליו. נשאלה השאלה מה יעשו השופטים? האם האשה פעלה לפי החוקים שהיו אז, להלשין ולהסגיר אנשים כמו בעלה דאז שאז לזכות אותה או להרשיע אותה. באותו מקרה, בימ"ש הרשיע את האשה.

**הארט** - מבקר את ההחלטה של בימ"ש ואומר: לפי הגישה הפוזיטיביסטית, בימ"ש טעה לא יכול היה להרשיע את האשה כשהיא פעלה לפי החוק שהיה בתוקף באותו הזמן, ואף חייב אותה להלשין. מבחינה משפטית בימ"ש טעה. לא יכל לומר שהחוק לא תקף. **הארט הוא פוזיטיביסט רך**, הוא טען לפתרון אחר, שבימ"ש יקח את החוק שהיה קיים בגרמניה הדמוקרטית ויקבע שצריך להחיל אותו באופן רטרואקטיבי, [חייב להיאחז בחוק של הריבון] לפעמים בימ"ש שכל כך מזדעק מהפגיעה במוסר === התוצאה היא אותה תוצאה.

הארט לא מצדיק את הנימוק של בימ"ש אבל כן מצדיק את התוצאה. **[חירות=חוק יסוד והא הגובר]**

**פולר** - איש המשפט הטבעי, אמר שזה בסדר גמור, בימ"ש עשה מה שצריך. החוקים באותו הזמן לא באמת היו חוקים, אך ממילא לא היה להם תוקף. החוק שאפשר לאשה להלשין הוא לא היה חוק תקף – החוק היחיד שתקף הוא שאסור לפגוע בחירות של האחר. זה החוק המוסרי שאסור היה לאשה להלשין על בעלה ולא משנה אם זה לא היה רשום בספר החוקים בימ"ש היה צריך לדרוש ממנה לפעול בהתאם לחוק המוסרי ולהימנע מלהלשין.

**דוג' נוספת** – משפטי נירנברג. הליכים פליליים נגד פושעים נאצים. העמדה לדין של משתפי פעולה.

החוק שיצא נגד כל האנשים היהודים ששימשו כ"קפואים" שסייעו לנאצים. החוק התייחס גם לעוזרים וגם לנאצים. מכח חוק זה גם אייכמן הועמד לדין וגם ברנבלט.

**משפט אייכמן** – הועמד לדין בישראל והתעוררו שם המון קשיים משפטיים. אחד הדברים היה בזמן שהוא פעל בהתאם לחוק הנאצי. הועמד לדין בישראל אחרי שהסתיימה המלחמה והמעשים שלו, לפי חוק אחר. איך אפשר לעשות זאת?

הפוזיטיביסטים הקיצוניים היו אומרים שאי אפשר. הוא פעל בהתאם למה שהריבון קבע בגרמניה. לכן לא ניתן להעמידו לדין.

המשפט טבעי-קיצוניים טוענים שברור שהחוק הנאצי שאפשר לגרום למותם של אלפי יהודים הוא חוק לא תקף ואיכמן לא היה צריך לפעול בהתאם לחוק זה אלא בהתאם למוסר האוניברסלי.

הפוזיטיביסט הרך – [הארט], נכון שאייכמן פעל בהתאם לחוק, אך בגלל שמדובר בחוק קיצוני, מותר לחקוק חוק חדש בישראל אבל להחיל את החוק שהיה קיים רטרוא. [מעין פתרון ביניים].

**דוג' נוספת** – אחרי מלחמת העולם השנייה, חלק מגרמניה נשאר מערבי דמוקרטי וכו'. אחד הדברים/סמלים של גרמניה המחולקת הייתה חומת ברלין. גרמניה המזרחית וגרמניה המערבית [דמוקרטית]. הרבה אנשים ניסו לברוח מהמזרח למערב מהקומוניסטי לדמוקרטי. העמידו בשלב מסוים, חיילים ליד החומה ואמרו להם לירות בכל מי שמנסה לברוח, זה מה שעשו. הרבה מאוד אנשים מצאו את מותם כך. באיחוד גרמניה בשנות ה-90 נערכו משפטים פליליים כנגד אותם חיילים שפעלו בהתאם לחוק אך בניגוד למוסר.

הפוזיטיביסטים טענו שצריך לזכות אותם כי פעלו בהתאם לחוק. המשפט הטבעי, טענו שלא צריך לזכות.

אנשי המשפט הטבעי, הרשיעו את האנשים האלו, זה לא משנה שזה היה החוק בגרמניה אז, כי זה לא היה מוסרי לעשות כן. בתי המשפט בגרמניה אימצו בהקשר זה, את הגישה של המשפט הטבעי.

לעומת זאת בהונגריה גם התעוררה השאלה האמורה, מה עושים ביחס לעובדה שהיה משטר קומוניסטי. באמצע שנות ה-50 היה ניסיון הפיכה. נגד המפגינים שפגעו. הרבה שנים אחר כך העמידו לדין את אותם קומוניסטים נאמני משטר שהרגו את המתנגדים. בערכאה ראשונה הרשיעו אותם, כי זה לא היה מוסרי, בימ"ש העליון הפך את ההחלטה, הוא אימץ את הגישה של הפוזיטיביסטים, שפעלו בהתאם לחוק שהיה אז, פעלו לפי מה שהותר להם בחוק. הם יזוכו.

=====

שאלה אחת היא הציות לחוק.

שאלה אחרת פרשנות משפטית.

כששופטים מתבקשים לפרש את החוק. כשהחוק ברור אנו רואים את ההכרעה לפי הגישות בהתאם לשופט, [פוזיטיביסט או משפט טבעי], אך יש מצבים בהם לשון החוק עמומה, צריך להסיק מנורמות אחרות. צריך לפרש חוקים קיימים ולהסיק מהם, שאז אנו יכולים בתוך הפרשנות עצמה לראות עד כמה מושפע או לא מושפע השופט עצמו. במשפט פלילי נראה זאת בהרשעה/זיכוי.

**בנתהאם**, [מושפע מאוסטין] תיאורטיקן אנגלי, לא היה בדיוק פוזיטיביסט אבל הדעות שלו כן היו כאלו. הוא אמר שאחת הבעיות בתפיסה של משפט טבעי שאומרת שמשפט ומוסר הם אותו דבר, החוק בהכרח מייצג את המוסר. זה יכול לגרום, לנו כחברה, בחיי היומיום להיות מאוד לא ביקורתיים. אנשים עלולים לחשוב שכל מה שהריבון קובע הוא מוסרי. זה משפיע על השיח הציבורי שלנו בצורה לא טובה. ואנשי המשפט הטבעי אומרים בדיוק ההפך.

הפוזיטיביסטים טוענים כי המשפט הטבעי מדכא את השיח בציבור.

אנשי המשפט הטבעי אומרים ההפך, הפוזיטיביסטים הם אלו שחושבים שכל מה שקובע הריבון זה טוב.

=====

### תורת המשפט (3) – 16.3.18

מה מקור התוקף של כללים משפטיים? הגישות הן פוזיטיביזם ומשפט טבעי.

שתי גישות מתחרות.

**לפי הגישה הפוזיטיביסטית**, כל מה שהריבון מגדיר כחוק הוא חוק. מה שמשתמע הוא שאין מגבלות על הריבון והחוק לא חייב לשקף ערכים של צדק, מוסר, אתיקה וכו', הוא הריבון ומה שהוא מחליט זה מה שיהיה. לפעמים הריבון מגביל את עצמו, לדוג' חוקה, זה לא כלל חיצוני, נורמה שנובעת מהכלל מהדת כי אם הריבון עצמו. הריבון יכול לעשות מה שהוא רוצה, הוא זה שקובע את הכללים.

**לפי גישת המשפט הטבעי**, החוק חייב לשקף איזשהן נורמות מוסריות, הריבון לא יכול לקבוע מה שהוא רוצה, לדוג' במשטר הנאצי, הכל עבד שם לפי החוק הפנימי בגרמניה. המפלגה הנאצית עלתה לשלטון, חוקה חוקים אך החוקים האלו לא התיישבו עם שום נורמה מוסרית, אחת השאלות הייתה, מה עושים אחרי שהנאצים ירדו מהשלטון? האם אפשר להעמיד אותם לדין? פוזיטיביסטים יגידו שזה היה החוק והם פעלו לפי החוק והגישה של משפט טבעי, תאמר שחוק כזה, שמחוקק הפרלמנט הגרמני, אך הוא ללא מוסר, אזי הוא לא תקף, אולי נראה כמו חוק אך לא באמת חוק.

זה בא לידי ביטוי בשאלות של שלטון החוק. מתי יודעים שמהו שנראה כמו חוק, הוא לא באמת חוק, כי הוא מנוגד למוסר? מתי אפשר להחיל חוקים בזמן אמת? אם מאמצים משפט של גישה טבעית, אזי יש להסתכל על ערכים ומוסר ואם מאמצים גישה פוזיטיביסטית, אזי רק מה שהריבון קובע בלי שום הסתכלות והתחשבות על מוסר וערכים וכו'.

\* שלוש תיאוריות מרכזיות **בתוך הזרם הפוזיטיביסטי**:

יש הרבה הוגים חשובים, שהם חלק מהזרם, נתמקד בשלושה הנחשבים, הוגים מרכזיים: ג'ון אוסטין, ה.ל.א. הארט ו-הנס קלזן. כתבו ספרים מורכבים עם המון רעיונות.

**ג'ון אוסטין – אבי תורת הפוזיטיביזם**: פילוסוף, תיאורטיקן בריטי. חי במאה ה-19. נחשב לראשון, אולי למייסד הפוזיטיביזם. עד אוסטין לא התעוררה השאלה בכלל. התפיסה הייתה שהמשפט הוא על ערכים דתיים, [אירופה הנוצרית במאה ה-17]. הוא הראשון שאומר, אין דת, אין מוסר, לא בתוך החוק. החוק הוא מה שהריבון אומר. זה היה חדשני אז. הספר המרכזי של אוסטין הוא:

the province of jurisprudence determined מהו המשפט למעשה. התיאוריה שפיתח בספר היא תאוריית הפקודה command theory באמצעותה הוא מסביר איך מזהים חוק. לפי אוסטיין:

מה זו פקודה? ציווי שמורה לאדם לפעול או להימנע מלפעול בדרך מסוימת, אשר נלווה לה איום של נקיטת סנקציה במקרה של הפרת הציווי –

מה זה חוק? פקודה כללית שניתנת על ידי הריבון.

מה זה ריבון? מי שאנשים רגילים לציית להוראותיו אך הוא עצמו אינו מציית להוראות כלשהן.

ברגע שהפקודה היא כללית ומופנית לכלל האנשים, יש סנקציות ולשיטתו זה חוק. אין שום דבר חוץ מהריבון. הוא מנסח את הציוויים, יש סנקציות אם לא מצייתים וזה החוק.

אם ננסח זאת אחרת – אצל אוסטיין, חוק הוא כל דבר שמקיים את ארבעת התנאים הבאים:

1. ציווי לפעול או להימנע מלפעול.

2. האיום בסנקציה, במקרה של הפרת הציווי.

3. הציווי צריך להיות כללי, לא "תופרים" חוק לכל בן אדם כי אם כללי לכולם.

4. הציווי ניתן על ידי הריבון, הוא עצמו לא מציית לשום הוראות.

### כל התנאים האמורים במצטבר.

כשאוסטיין ניסח זאת זה בכלל לא היה ברור. הוא מוציא החוצה את הדת/מוסר, הוא מחליט מה שהוא רוצה, מנסח זאת בצורה של ציווי וכך נוצר חוק. זהו בעצם.

אוסטיין לא מסתכל על התוכן של הנורמה המשפטית. הוא מסתכל בעצם על מאפיינים חיצוניים/צורניים של הנורמה. מה שהיה לנגד עיניו זו שיטת המשפט באנגליה – לפי אוסטיין. לצורך הדוג', הנאצים אמנם לא מוסרי ומנוגד לרצון האל וכו' אבל זה החוק. הוא לא אומר שהחוק הוא טוב או לא טוב הוא פשוט אומר שזה החוק! מבחינת אוסטיין, יש מלך, הוא זה שקובע. אוסטיין אומר שמשפט ומוסר הם שני דברים נפרדים. סדר הוא ערך מאוד חשוב ועליו צריך להגן. הריבון הוא הסמכות העליונה.

ארבעת התנאים לפי אוסטיין צריכים להתקיים במצטבר.

\* מבחינת סדר זמנים קלזן היה לפני הארט. אנו נדבר על הארט לפני קלזן, מפני שהוא מפתח את התיאוריה שלו ישירות לאוסטיין, מבקר את התיאוריה של אוסטיין ומפתח תיאוריה שהיא מעט שונה. הוא בונה את התיאוריה מתוך ביקורת על אוסטיין.



**ה.ל.א. הארט** - פילוסוף בריטי. חי במאה ה-20 באנגליה. הספר המפורסם ביותר שלו, שמפתח את התיאוריה שלו הוא the concept of law. הארט מתחיל את הדרך שלו בכתיבה דרך אוסטיין. אילו השפעות היו על אוסטיין. הוא מקבל את התיאוריה של אוסטיין אך רוצה "לשכלל" את התיאוריה הזו. חמש נקודות מרכזיות שעולות מספרו.

1. הארט אומר כי התפיסה הבסיסית של אוסטיין, שהריבון הוא מעל החוק, שזה לא בדיוק נכון. אם אנו מסתכלים היום, על משטרים דמוקרטים, [אוסטיין הסתכל על המלוכה באנגלית] זה לא נכון שהריבון לא כפוף לאף אחד כי אם גם הוא כפוף לכל מיני מגבלות מהותיות, כמו חוקה לדוג' שאסור לפגוע בזכויות מסוימות של אנשים, הפרדת רשויות וכו', גם מגבלת על פרוצדורה, בעיקר במשטרים דמוקרטים. הארט אומר שצריך קודם כל לראות מאיפה מגיעות המגבלות האמורות? גם הארט נותן תשובה שלדעת קלזן היא לא כזו טובה. הארט וקלזן אומרים שיש מגבלות על הריבון בניגוד לאוסטיין, זה תלוי בתקופה בה הם חיים. הארט אומר שאמנם הריבון קובע אבל הוא חייב להיות כפוף למגבלות מהותיות ופרוצדורליות. ברור שיש פרוצדורות לקבוע חוק. הביקורת של הארט על אוסטיין היא שאוסטיין לא מציין שיש מגבלות על הריבון כשהוא קובע את החוק.

2. התיאוריה של אוסטיין לא מסבירה מהיכן מגיעות המגבלות האמורות. אפילו הריבון עצמו חייב להיות מוגבל לפרוצדורות וזאת לשיטת הארט, אוסטיין לא ציין. [מגבלות מהותיות, מדינות שבהן יש חוקה, יש נורמות עליוניות]. הארט אומר כי לאוסטיין יש חוסר בתיאוריה.

3. אוסטיין אומר שחוק הוא פקודה שהריבון מפנה לאנשים שרגילים לציית – הארט אומר כי יש כאן כשל לוגי, מי זה הריבון בדמוקרטיה? הוא העם עצמו. אז מה? העם נותן פקודה לעצמו? הוא גם נותן את הסנקציות? הארט לא אוהב את השימוש ב"פקודה" לא מוצא הגיון. ביקורת על אוסטיין.

4. הארט אומר שזה נכון שיש חשש מסנקציה אך זה לא הכל. אצל אוסטיין זה הכל. חשש מסנקציה אך הארט אומר שזה נכון שזה גורם לאנשים לציית אך לא רק, אולי בכל זאת יש כאן משהו שהוא מעבר.

5. כל תיאורית הפקודה של אוסטיין היא טובה כדי להסביר לנו למשל, מה הופך משהו לנורמה של משפט פלילי או נזיקין. אוסטיין אומר שחוק הוא ציווי, [אסור לרצוח, חובה להציל אדם מסכנה וכו' במשפט הפלילי ובנזיקין] אך בחלק גדול בתחומי המשפט [דיני חוזים וכו'] התיאוריה של אוסטיין לא עוזרת לנו להבין מה זה חוק, שם אין איסור. לשיטת הארט אוסטיין מדבר על המשפט הפלילי והוא, הארט, רוצה משהו כללי יותר בתחום המשפט, חוזים, עבודה וכו'. הארט רוצה תיאוריה רחבה יותר שתסביר לו בצורה רחבה יותר ולא רק מה מותר ומה אסור. מכאן יוצאת התיאוריה של הארט. מציע תיאוריה חלופית.

[אפילו אצל הובס, הריבון משקף את הדת בחוקיו].

=====

## תורת המשפט (4) – 23.3.18

המשך שלוש התיאוריות המרכזיות בתוך הזרם הפוזיטיביסטי:

יש הרבה הוגים חשובים, שהם חלק מהזרם, אנו מתמקדים בשלושה הנחשבים הוגים מרכזיים שהם ג'ון אוסטיין, ה.ל.א הארט ו-הנס קלזן. כתבו ספרים מורכבים עם המון רעיונות.

**הארט** – [פוזיטיביסט שנחשב "רד"]. מפתח תיאוריה פוזיטיביסטית אחרת מאוסטיין, אצל אוסטיין יש הפרדה מוחלטת והארט אומר שאמנם יש הפרדה אבל היא עם כללים שביניהם צריך להבחין.

**כללים ראשוניים** – מכווינים התנהגות על ידי הטלת איסורים וקביעת סנקציות בצידם.

**כללים משניים** – כללים שקובעים איך ניתן ליצור או לשנות את הכללים הראשוניים.

למשל, כללים משניים מעניקים סמכויות. הארט אומר כי את הכללים הראשוניים מתאימים לתחומים כמו משפט פלילי ונזיקין, שאומרים לנמעני המשפט מה מותר ומה אסור, [לזה אוסטיין מתייחס] והארט אומר כי בעצם יש את מערכת הכללים המשניים שאיתה אנו יוצרים את הכללים הראשוניים.

דוג' להבנה - מה זה חוזה? כשאני כורתת חוזה עם מישהו שמשכיר לי דירה, אנו מסכמים מה התנאים וכו' וכו'. קובעים בעצם מה החובות והזכויות שלנו. אפשר לראות בזה, בכללים שכתובים בחוזה עצמו [בתפיסה של הארט] מי צריך לשלם, מי צריך לתקן, ההוראות של החוזה עצמם הם בעצם כללים ראשוניים. חוק שחל ביני לבין בעל הדירה. לעומת זאת, חוק החוזים הישראלי, הוא כלל משני, הוא יוצר את המסגרת המגדירה איך אנו קובעים את החוקים של החוזה, [הצעה וקיבול, גמירת דעת וכו' וכו'] אם נחשוב על דיני חוזים כמו הארט אנו יוצרים חוק חדש, ביני לבין בעל הדירה עבור שנינו החוזה הוא החוק, כולל את הכללים הראשוניים בינינו עד שנבטל את החוזה. הכללים המשניים הם דיני החוזים, של המדינה, הם מגדירים לנו איך ליצור בינינו את הכללים הראשוניים.

דוג' נוספת – דיני ירושה, כשאדם כותב צוואה הוא מעניק זכויות ליורש, יוצר חובות שלו או של העזבון, התחייבות להעביר כסף או רכוש ליורשים, בהוראות הצוואה אפשר לראות כללים ראשוניים בין הצדדים, אבל דיני הירושה, החוקים של הירושה במדינה, [איך יוצרים צוואה, מי ינהל את העזבון וכו' וכו'] שנוצר על ידי המחוקק הם בעצם הכללים המשניים, הם קובעים את התוקף של הצוואה וכו' וכו'.

התוקף של הכללים המשפטיים נובע מקיומם של איזשהם כללים משניים, שהם מסבירים מתי נורמה תהפוך להיות כלל משפטי מחייב ומתי לא. אם אנו לא מוצאים שום מקור חיוב בכללים המשניים, לדוג' שהכנסת עשתה מהלך שלא תואם את הדין החוקתי, אזי היא לא יצרה חוק.

בתוך הכללים הנ"ל, המשניים, שיוצרים את הכללים הראשוניים יש כלל אחד שנקרא:

**כלל הזיהוי, rule of recognition** שהוא סוג של כלל משני, באמצעותו אנו מזהים כללים משפטיים בשיטת משפט נתונה. כלומר, האם נורמה מסוימת היא כלל משפטי.

מה ההבדל בין כללים משניים באופן כללי לבין כלל הזיהוי? הארט אומר כי כלל הזיהוי הוא כלל מרכזי יותר, כלל משני שהוא חשוב במיוחד בשיטת משפט מסוימת [יכולים להיות כמה כאלו] לדוג' בשיטת המשפט הישראלי, מה יהווה כלל משפטי מחייב ומה לא. למשל, אפשר לומר כי בישראל חוקי יסוד, לפי הארט זה נחשב לכלל זיהוי. כלל מאוד בסיסי שתקף לכל חוק בישראל, תנאי לתקפותו של חוק בישראל שהוא יעמוד בתנאי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. ההבחנה של הארט בין מה זה כלל משני רגיל לבין מה ייחשב כלל זיהוי, היא לא ברורה עד הסוף. מה שעולה מהכתיבה של הארט הוא כי **כלל הזיהוי הוא כלל משני רחב**, הוא לא יאמר בדיוק איזה צו ירושה יהיה תקף ואיזה לא כי אם כלל רחב יותר, שתקף לשורה ארוכה של חוקים בשיטת המשפט, בדרך כלל הוא יהיה תקף לכלל המשפט הציבורי, לדוג' חוקה, חוקי יסוד, למשל לפסקי דין של בימ"ש העליון יוצרים תקדים מחייב. כלל זיהוי נוסף לדוג' הוא התקנת תקנות משנה, סמכות אם לאו לשרים. אם לא ניתנה הסמכות אזי לא ניתן יהיה להתקין את תקנת המשנה.

\* **אצל הארט עדיין המקור של הכללים המשפטיים הוא הריבון**. הריבון יוצר שני סוגים של כללים: ראשונים ומשניים ובאמצעות המשניים הריבון מגביל את עצמו. הכללים המשניים אומרים לכנסת, לדוג', שהיא לא יכולה לקבוע משהו שהוא בניגוד לחוקי היסוד. הריבון הוא זה שמחליט מתי יהיה תוקף לחקיקת משנה, לדוג'. נכון שיש מגבלות על הריבון, מכח חוקי יסוד והמשפט החוקתי/מינהלי אך מי שקובע את המגבלות הוא הריבון עצמו וזה לא נובע ממשפט טבע או מוסר הריבון עצמו הוא שקובע את הכללים, שיוצרים ציוויים וגם את המשניים שאומרים איך הריבון יכול ליצור בכלל כללים עשה ועל תעשה.

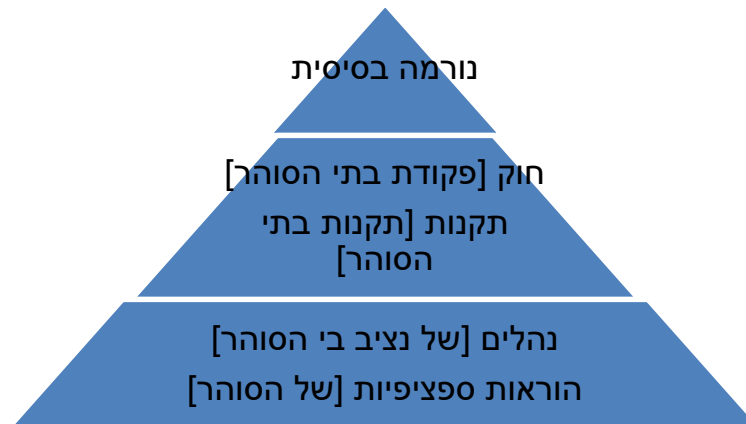
**כשהריבון קובע כללים ראשוניים בהתאם לכללים המשניים, אין קשר הכרחי בינם לבין מוסר**. שיטת המשפט למעשה עובדת כשיטה סגורה שלא בהכרח תלויה בנורמות מוסריות כלשהן. למה לא בהכרח? כי מה שהארט אומר הוא שאין קשר ההכרחי בין מוסר למשפט. למרות שאין קשר הכרחי בין משפט למוסר, [לדוג' אצל הנאצים] בדרך כלל אם נסתכל על המציאות על העולם, הרבה פעמים כן החוקים במדינות דמוקרטיות מתיימרים לשקף נורמות מוסריות. מה שהארט אומר שאין קשר הכרחי בין מוסר למשפט, חוק יכול להיות לא מוסרי גם. אבל כן הוא אומר **שלמרות זאת בפועל הרבה פעמים החוקים שהריבון קובע כן משקפים את מה שנתפס בעיני העם [הריבון] למוסרי וזו אחת הסיבות שבגללה אנשים מצייתים לחוק**. גם סנקציות וגם מוסרי. כשזה המצב, הסיבה לציות תהיה גם המוסרי. אצל אוסטין זה חסר, אוסטין מניח שאין קשר בין משפט למוסר ובזה זה מסתיים הארט אומר שלמרות שאין קשר בין משפט למוסר, יכול להיות חוק תקף שהוא לגמרי לא מוסרי, בפועל אנו רואים שהמחוקק, מחוקק חוקים שמשקפים את הציבור גבי מה שמוסרי.

**קלזן** – התיאוריה שלו, נקראת – **התיאוריה טהורה של המשפט**. ספרו Pure theory of law ב-1934 ומהדורה מורחבת יותר פורסמה בשנת 1960. נולד בצ'כיה. הנאצים גרשו אותו כי הוא היה ממוצא יהודי, גורש מהאוניברסיטה בגרמניה. חי בהרבה מקומות. הוא גדל באוסטריה. את חייו הבוגרים בילה בארה"ב.

[קלזן כתב לפני הארט – דיברנו על הארט כי הוא בנה את התיאוריה שלו ישירות על זו של על אוסטין].

קלזן אומר כי כל מערכת משפטית בנויה על היררכיה נורמטיבית. כלומר, כל כלל במערכת המשפטית שואבת את התוקף שלה מנורמה שנמצאת מעליה והנורמה הגבוהה ביותר נקראת **הנורמה הבסיסית**, גם הנורמה הבסיסית האמורה, משתנה בין מערכת משפטית אחת לאחרת. היא יכולה להיות שונה במשפט הישראלי ושונה במשפט האמריקאי.

נורמה בסיסית –



לדוג' הוראות ספציפיות שסוהר אומר לאסיר לנקות את החצר. זה ציווי שיש לו תוקף משפטי מחייב. אסיר צריך לקיים, זה אומר שזה כפוף לנהלים של נציבות בתי הסוהר [נורמה מעל]. אם הסוהר היה מבקש מהאסיר לצחצח לו את הנעליים אזי זה לא מתאים לנורמה שמעל [נציב בתי הסוהר]. התוקף המשפטי של נציב בתי הסוהר הן התקנות שאותן התקין שר הפנים, [בזמנו], אחרת גם להן לא יהיה תוקף והאסיר לא יוכל לפעול לפיהן וגם האסיר לו. כדי שלתקנות בתי הסוהר יהיה תוקף הן צריכות להיות בהתאם לנורמה גבוהה יותר, פקודת בתי הסוהר.

מהנורמה הבסיסית בעצם נובע התוקף של כל שאר הנורמות שיש בשיטה משפטית מסוימת, כל הנורמות המשפטיות המחייבות בשיטת המשפט הישראלית בישראל נובעות מנורמה בסיסית אחת – כך לפי קלזן. מהי הנורמה הבסיסית האמורה – הנחת יסוד של השיטה המשפטית, עובדתית, אנו מניחים שקיימת איזו נורמה בסיסית בלי שאנו יכולים להראות מניין נובע התוקף שלה. בעצם התוקף של הנורמה הבסיסית היא למעשה אקסיומה [הנחה]. מעבר לנורמה הבסיסית האמורה אנו לא יכולים לחקור, יש איזו הסכמה - למשל, בשיטת המשפט האמריקאי אנו מניחים, כאיזו אקסיומה, שאבות המייסדים של ארה"ב שחוקקו את החוקה האמריקאית [מדסון וכו'] הנורמה הבסיסית יכולה להיות נורמה שאומרת כי לאבות המייסדים הייתה סמכות לחוקק חוקה, מהיכן זה מגיע? הם לא היו גוף נבחר אבל יש הנחה, קונצנזוס שלהם הייתה סמכות לחוקק חוקה. ברגע שמכירים בזה, שיש נורמה בסיסית שמעבר אליה לא שואלים וחוקרים אזי ממנה אפשר לגזור את כלל הנורמות.

יש הרבה דמיון לתיאוריה של הארט – אצל הארט הוא מחלק לשני סוגים של כללים ואצל קלזן יש לנו את הפירמידה/היררכיה.

החסרון אצל קלזן, המבקרים אומרים שזה מופשט, קשה לתת שם, קשה לזהות. קלזן אומר שמספיק שנניח שיש נורמה בסיסית.

=====

## **תורת המשפט (5) – 13.04.18**

### **שלוש תיאוריות למשפט הטבעי**

**תומס אקווינס** [מצגת] תיאולוג נוצרי. מקור התוקף של הכללים המשפטיים הוא רצון האלוהים. אלוהים הוא הריבון היחיד ולכן הכללים המשפטיים שבני אדם יוצרים חייבים לשקף את רצון האלוהים, אחרת אין לכללים אלו תוקף.

איך יודעים מהו רצון האל? באמצעות התבונה שלנו.

רצון האל הוא לא משהו קונקרטי, זה לא שרצון האלוהים הוא שכל אזרח ישלם מס גבוה [לדוג'] אלא רצון האל הוא, בעצם, מורכב מעקרונות יותר כלליים, ערבות הדדית למשל, שאנשים ישלמו מיסים ועל ידי כך יסבסדו את הקהילה, והריבון, [שהוא אנושי], יחליט מה יהיה גובה המס עצמו. אנו יכולים לפיכך לראות שיטות משפט שונות.

אקווינס הוא הראשון שהעלה זאת על הכתב. **שהריבון משקף את רצון האל**. הוא ניסח זאת בצורה תיאורתית ולכן מתייחסים אליו כראשון שהעלה את תיאורית המשפט הטבעי.

**הוגו גרוטיוס** [מצגת] נולד בהולנד, בשל הכתיבה שלו שהייתה מעוררת מחלוקת הא ברח לצרפת לאחר שישב בכלא. היו לו רעיונות שהיו קצת מתקדמים לזמנו. **עסק במשפט בינלאומי המודרני**. כתב שני ספרים מאוד חשובים שמשפיעים עד היום על התחום האמור:

הספר הראשון נקרא [1609] *Mare Liberum (Free Sea)* [הים החופשי 1609]

הספר השני, [1625] *De Jure Belli ac Pacis (On the Law of War and Peace)* [דיני מלחמה ושלום 1625]

הטענה הבסיסית של גרוטיוס, המשפט הבינלאומי, החוקים/הכללים החלים על יחסים בין מדינות בעולם, מבוססים על כללים של מוסר טבעי וגם בתקופה של גרוטיוס רוב האנשים החזיקו בתפיסות דתיות, המוסר הוא רצון האל והמשפט הבינלאומי חייבים לשקף את עקרונות המוסר.

[המשפט הבינלאומי = יש חוקים בתוך המדינה ואלו חלים על יחסים בין מדינות בעולם, זה בא לידי ביטוי באמנות בינלאומיות, הסכמים בין לאומיים בין מדינות ומנהג בין לאומי, מקור מחייב].

בתקופה של גרוטיוס היו מעט אמנות בינלאומיות והמקור המרכזי הוא המנהג. הוא מנסח כללים שמבחינתו הם הסכמים בינלאומיים.

בספרו הראשון, אומר גרוטיוס כי המים של האוקיינוסים לא שייכים לאף מדינה ולכן כל מדינה יכולה לשלוח אניות שלה להפליג שם ללא הפרעה. לכל מדינה יש זכויות בשטח שלה אבל המים הם בינלאומיים. כלל מנהגי. איך נוצר? הכללים המנהגיים חייבים לשקף עקרונות של מוסר, שהוא רצון האל, הכלל המוסרי להגיד כי המים שייכים לכולם. הוא הראשון שניסח זאת.

במאה ה-15 אירופה מגלה יבשות חדשות וכו'... המעצמות האירופיות מתחילות לשלוט בשטחים בדרום מזרח אסיה ודרום אמריקה וכו', שולחים כל הזמן אניות, המעצמות הגדולות [ספרד, פורטוגל וכו'] מה שמעניין אותן הוא לנצל את המשאבים הטבעיים, להשתלט וכמובן לסחור בסחורות ולהתעשר, לייבא לאירופה. הולנד היא מעצמה מאוד מתחזקת, במאה ה-16 אבל היא קצת מאחרת, כשהיא כבר רוצה לשלוח אניות בעיקר לאזור הודו, למצוא אזורים חדשים וסחורות חדשות, אנגליה כבר שולטת באזור האמור, יש לה כבר אחיזה טובה באזור הודו גם ספרד ופורטוגל, שאז הן לא מאפשרות להולנד לסחור. גרוטיוס שרוצה לשרת את האינטרסים של המדינה שלו, [הולנד] אומר שאין דבר כזה, הם לא יכולות למנוע מהולנד לשלוח ספינות שיפליגו, יסחרו וייבאו סחורות דרך האוקיינוסים מהעולם החדש, המים החופשיים שייכים לכולם, אלוהים ברא את העולם ולא הייתה לו כוונה לתת את השליטה באוקיינוסים למדינה אחת שאז צריך לתת לכולם לסחור בהם.

זה כלל מנהגי – מזהה את הכללים שמתחייבים מכללים של מוסר טבעי. גרוטיוס בעצם מנסח את זה. זה כלל שהיה קיים מאז ומעולם, הוא לא קבע אותו, הוא רק מציין ומנסח. זה מה שנובע מהמוסר הטבעי. הוא לא אומר שהוא המחוקק, הוא רק פילוסוף, הוא רק מצביע על הכללים הקיימים שנובעים מעקרונות המוסר.

לא כל מה שגרוטיוס כתב אהב מלך הולנד.

בספרו השני, אומר גרוטיוס כי הכללים המשפטיים שחלים בתקופת מלחמה הם כללים בסיסיים של התנהגות שצריך לדבוק בהם גם בזמן מלחמה, [תקנות האג, אמנות גינבה וכו'] גם כשיש מלחמות לא הכל מותר להם לעשות, יש אקטים מסוימים של אלימות שהם לא אנושיים אסור לנקוט בהם גם בזמן מלחמה. היום זה ענף מרכזי במשפט הבינלאומי, [הומניטרי]. להגביל את מה שמדינות יכולות לעשות בזמן מלחמה. לא הכל מותר. זה כלל מנהגי, לא צריך שיהיה מנוסח בשום מקום, זה נובע מרצון האל. את זה כתב בהקשר של אירופה במאה ה-17: היו שתי מלחמות גדולות, מלחמת 30 השנה ומלחמת 80 השנה. מלחמת 30 השנה, היא אחת המלחמות הקשות ביותר באירופה, בין המדינות הקתוליות לפרוטסטנטיות. מלחמת 80 השנה, בעיקר בשליטה הבינלאומית וסחר.

במלחמות אלו, [בתקופה שהוא כותב את ספרו השני], המלחמות מאוד אכזריות, מיליוני אנשים נהרגו. כשגרוטיוס מסתכל מסביבו הוא אומר שזה לא הגיוני, שבזמן מלחמה מסירים כל רסן, המדינות צריכות

להבין שהאמצעים להשתמש בהם במלחמה הם תנאים מוגבלים, צריך לשמור על תנאים בסיסיים בקיום המלחמה. את זה שלטון הולנד פחות אוהבים.

כל התפיסה של גרוטיוס לעניין המשפט הבינלאומי, הכל מבוסס על עקרונות מוסר משפט הטבע. כל התפקיד שלו זה להעלות על הכתב. זה לא בא ממנו.

**לון פולר** [מצגת] אמריקאי שחי במאה ה-20. אם הארט אומר כי במשפט יש לנו כללים ראשוניים ומשניים. כשהראשוניים [לפי הארט], הם הכללים שקובעים זכויות וחובות, מה מותר ומה אסור וכו' והכללים המשניים [לפי הארט], הם בעצם הכללים שמסדירים את הכללים הראשוניים. הארט הוא פוזיטיביסט הוא אומר שאין קשר בין המוסר למשפט, המשפט היא מערכת סגורה, לא יונקת ממערכת כללית חיצונית של המוסר. הביקורת של פולר על הארט – יש כאן כשל לוגי פנימי. משהו לא הגיוני. מה שפולר אומר על הארט, שזה לא יכול להיות כלל משפטי, כי בסוף צריך להיות כלל שהוא מחוץ למערכת המשפט, בסופו של דבר מישהו צריך לתת סמכות למחוקק לקבוע מה נמצא בתחום הפדרלי ומה בממשלות המקומיות.

[דוג' שסופרה בכיתה במדינה פדרלית, יש ממשל מרכזי, יש ממשלות של המדינות והחוקה קובעת בגדול את חלוקת הסמכויות. בהרבה מדינות פדרליות, לממשל הפדרלי, המרכזי, יש סמכות בלעדית לעסוק בנושאים מסוימים, מיסים/בטחון וכו'. נניח שהממשל הפדרלי מחוקק חוקים בנושא יחסי חוץ, לפי החוקה בסמכותו – הארט היה אומר כי החוקים הנ"ל מכסים בתחום הסחר הבינלאומי, הם כללים ראשוניים, שהמחוקק קבע. לפי הארט הכללים הנ"ל מבוססים על כללים משניים שאומרים שלמחוקק הפדרלי יש סמכות לקבוע חוקים בנושא מכס ולפי הארט החוקה קובעת בעצם כלל משני, שמגדיר את הסמכויות של המחוקק והארט אומר כי הכלל המשני האמור, שלממשל הפדרלי יש סמכות לחוקק חוקים הוא כלל משני ומשפטי].

פולר אומר, כמו קלזון, שהנורמה הבסיסית היא מחוץ למערכת המשפטית. היא פיקציה.

כללי המוסר נמצאים בחוץ. הכלל המוסרי, למשל "לא לרצוח", הוא כלל מוסרי לא כי הוא כתוב בחוק העונשין אלא הכלל הזה משקף איזה כלל מוסרי, בסיסי, הקיים מחוץ למערכת המשפט.

הביקורת של פולר על הארט: בגישה של הארט אין קשר בין המשפט למוסר. כשיש כלל בחוק העונשין לא תרצח, מקור התוקף של הכלל הזה, לפי פולר, נובע מכך שלכנסת יש סמכות לחוקק חוקים, שזה הוענק מהחוק. מבחינת הארט עולם המשפט הוא עולם סגור ואין קשר בינו לבין המוסר. פולר אומר שזה לא יכול להיות כי אם יש משהו מעל, מישהו היה צריך לתת למחוקק את הסמכות האמורה. בסוף כשמחפשים את מקור הסמכות של המחוקק [סחר בינלאומי וכו'] צריך לקבוע נורמה שהיא מחוץ למשפט.

הביקורת המרכזית של פולר על הגישה הפוזיטיביסטית: חייב להיות מקור חיצוני לא משפטי. אי אפשר להפריד בין משפט למוסר. פולר אומר שגם אצל הארט, שיש כללים ראשוניים ומשניים – בסופו של דבר הכללים המשניים הנ"ל הם לא יכולים להיות רק משפטיים, חייב להיות בהם משהו חיצוני.

ארבעה פסקי דין הנוגעים בנושא.

### ביטויים של הגישה הפוזיטיביסטית וגישת המשפט הטבעי בפסיקה.

**פס"ד ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית** – ערעור בחירות. ערעור על החלטת הבחירות המרכזית. [ועדה שמוקמת כל אימת שיש בחירות לכנסת כשבראשה יו"ר ונציגים של סיעות. הועדה אחראית על ארגון הבחירות לכנסת. אחת הסמכויות של הועדה היא לרשום רשימות לכנסת, [רשימה=מפלגה]. רשימה צריכה להירשם אצל הועדה האמורה לקראת הבחירות.

בזמן שניתן פסה"ד האמור, חוק הבחירות לכנסת [בו הוגדרו סמכויות ועדת הבחירות], כשרשימת מועמדים מבקשת להירשם, הועדה צריכה לבדוק שהרשימה הזו עומדת בכמה דרשות, טכניות, [כמו למשל גיל המועמדים, מספר מסוים של חתימות וכו' וכו'], אם הרשימה עומדת בדרישות, הועדה צריכה לרשום אותה בפנקס המפלגות לבחירות. אין שיקול דעת לומר שהרשימה לא מוצאת חן בעיניה וכו'. שאז קרה מקרה, הרשימה שנקראת "רשימת הסוציאליסטים", עמדה בכל הדרישות הטכניות ובכל זאת ועדת הבחירות המרכזית, בראשה עמד השופט לנדוי, סרבה לרשום את הרשימה בטענה כי המצע שלה חותר תחת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. הועדה אמרה כי רשימת המועמדים הזו היא התאחדות בלתי חוקית, שיוזמיה שוללים את קיומה של מדינת ישראל, ולכן סרבו לרשום אותה. הסיבה שבגללה ועדת הבחירות אמרה זאת, היא כי היו 10 מועמדים באותה רשימה, כש-5 מתוכם היו חברים בארגון "אלארד", [הארץ/האדמה בערבית] ארגון ערבי ישראלי. עוד לפני שהרשימה הגישה את המועמדות הארגון האמור הוכרז כארגון לא חוקי. רשימת הסוציאליסטים היא לא "אלארד" אלא פשוט 5 מהם הקימו את רשימת הסוציאליסטים במטרה לקדם את ארגון אלארד. ועדת הבחירות טענה שיש כאן חברים ששייכים לארגון בלתי חוקי, האג'נדה שלהם היא לשלול מדינה יהודית ולכן מנעו את כניסתם לרשימה הסוציאליסטית.

הוגש ערעור - מטעם הרשימה – בטענה שהועדה פעלה בחוסר סמכות על פי החוק, בגלל האג'נדה של הרשימה. בבימה"ש העליון נחלקו בדיעותיהם השופטים, האם צריך לפסול את החלטת הועדה ולאשר לרשימת הסוציאליסטים לרוץ לכנסת אם לאו.

השופט חיים כהן [פוזיטיביסט] – [מצגת] - אם הכנסת בחוק הבחירות לא העניקה לועדה סמכות לפסול את הרשימה אזי הועדה לא יכולה לפסול. חוק יבש. מה שכתוב זה מה שצריך להיות. ועדת הבחירות לא מוסמכת לעשות זאת וגם בימ"ש לא יכול. החוק לא מאפשר זאת. חיים כהן אומר, שהיה מאוד רצוי שהמחוקק היה מעניק לועדה סמכות לפסול רשימות שחותרות תחת מדינת ישראל, חבל שהמחוקק נתן לועדה סמכות פחותה מזו, הוא מצר על כך והיה רוצה שהכנסת תשנה זאת. אך כל עוד זה החוק הקיים, בימ"ש לא יכול לאשר את פעולת הועדה ופוסל את החלטת הועדה והרשימה רשאית לרוץ לכנסת.



[לדעת המרצה - מה שהשופט חיים כהן אומר מבטא גישה פוזיטיביסטית שאומרת שחוק הוא חוק גם אם לא נראה לנו שהוא מוסרי וכו', אם אין סמכות בחוק לפסול את הרשימה אזי לא ניתן לפסול אותה].

לעומת זאת – דעת הרוב, שניתנה על ידי הנשיא אגרנט [הגישה הטבעית] אומר שלמרות שאין הסמכה מפורשת בחוק לפסול רשימה על סמך המצע שלה, אנו צריכים להכיר בזה כי בנסיבות חריגות כמו במקרה שלפנינו, יש לועדה סמכות לפסול רשימה על סמך המצע שלה. מאיפה נובעת הסמכות אם היא לא בחוק? הנתונים החוקתיים [קונסטיטוציוניים] של מדינת ישראל, גם אם לא כתובים בחוק [סוג של עקרונות יסוד] כי המדובר במדינה יהודית. מדינה שיש לה זכות קיום כמדינה יהודית ולכן אם יש רשימה שהמצע שלה שולל את עקרון היסוד האמור, לפי אגרנט, אז מכח עקרון זה, מותר לועדה לפסול את הרשימה.

[לדעת המרצה זה מבטא את הגישה הטבעית. משפט טבעי, שיש עקרונות שהם מעבר לחוק הכתוב, החוק הכתוב צריך להתכופף כשהוא עומד בניגוד לעקרונות הני"ל].

השופט זוסמן, השופט השלישי בפס"ד מסכים עם אגרנט שועדת הבחירות הייתה מוסמכת לפסול את הרשימה ודוחה את הערעור. הנימוק של זוסמן שונה מהנימוק של אגרנט. הוא אומר שיש עקרון – הדמוקרטיה המתגוננת. כל מדינה דמוקרטית היא מדינה חפצת חיים ולכן מדינה לא יכולה לאפשר לאף אחד להשתמש במנגנונים הדמוקרטים שלה כדי לחתור תחת קיום המדינה. לא ניתן להשתמש בבחירות כדי לקדם אג'נדה דרך כניסה לכנסת ולחתור תחת קיום המדינה. לכל מדינה דמוקרטית יש סמכות לעצמה לגונן מול מי שרוצה לחתור תחת קיומה. הוא קורא לזה כלל יסוד על חוקתי, כלל עליון מעל המערכת החוקתית. זוסמן מזכיר את הדוג' של גרמניה הנאצית, ששם אנו יודעים כי הנאצים השתמשו במנגנון הדמוקרטי כדי לעלות לשלטון וזאת כדי לחסל את הדמוקרטיה, מזכיר כי בתי המשפט בגרמניה, היו הראשונים שאימצו את הרעיון של דמוקרטיה מתגוננת והם קבעו [בימ"ש העליון בגרמניה] שאסור בשום צורה לאפשר במנגנון הדמוקרטי כדי לחסל את הדמוקרטיה. זוסמן אומר כי גם בישראל צריך לאמץ זאת ולכן יש איזו סמכות כללית, עקרונית, שלא מופיעה בחוק, לפסול רשימות כגון הרשימה האמורה.

=====

## **תורת המשפט (6) – 20.04.18**

**בפס"ד ירדור**, האם לועדה יש סמכות לפסול רשימה על סמך עילה/סיבה שלא כתובה בחוק. הועדה פועלת לפי חוק הבחירות בכנסת. האם הועדה הייתה מוסמכת לפסול את הרשימה.

השופט כהן – אין סמכות לועדה לפסול את הרשימה על פי הסמכויות שניתנו לה.

השופטים אגרנט וזוסמן בניגוד לכהן – אגרנט אומר כי אנו מפרשים את סמכות ועדת הבחירות מתוך החוק. אגרנט מפרש את חוק הבחירות בצורה כזו שכוללת סמכות לפסול רשימה שחותרת תחת אופיה היהודי של המדינה. זו הפרשנות של אגרנט לחוק.

זוסמן אומר כי הסמכות של הועדה לפסול את הרשימה נובעת מעקרון הוא מגדיר אותו עקרון על, עקרון הדמוקרטיה המתגוננת [מדינה חפצת חיים, דמוקרטית, לא יכולה לאפר לגורמים כלשהם להשתמש במנגנון הדמוקרטי [חופש הביטוי וכו'] כדי לחתור תחת קיומה] אם יש רשימה שרוצה להשתמש בכנסת לחתור תחת קיום המדינה כמדינה יהודית, צריך למנוע זאת. עקרון על.

אפשר לראות כי אצל כהן רואים גישה פוזיטיביסטית, מה שיש בחוק הוא שקובע, אין לועדה סמכויות מעבר, בימ"ש לא יכול לשנות את הוראות החוק או להחיל אותם בצורה שונה ממה שהתכוון המחוקק. זה מה שבימ"ש צריך לאכוף. פוזיטיביזם קלאסי. ועדת הבחירות היא לא ריבונית, לא יכולה לקבוע כללים חדשים גם לא בימ"ש. ועדת הבחירות היא לא גוף מחוקק.

דעת הרוב, אפשר לראות איזה הבדל בין זוסמן לאגרנט. מי שמייצג גישה של משפט טבעי הוא זוסמן. עקרון על חיצוני, חיצוני לחוק. לא עקרון משפטי, אני לא אומר שהוא חלק מהחוק, אלא עקרון על שחולש על כל השיטה והוא העקרון שגובר. במובן הזה זו גישה קלאסית של משפט טבעי, הריבון לא יכול להיות מעליהם כי אם העקרון על הוא מעל החוק. הועדה לכאורה צריכה לאשר את הרשימה ובכל זאת היא לא תאשר, היא רשאית והיא צריכה.

אגרנט – הגישה היא מעט שונה בין הפוזיטיביסט למשפט הטבעי. קרוב יותר למשפט הטבעי. אגרנט לא אומר שיש עקרון חיצוני שמדינת ישראל היא מדינה יהודית, הוא לא אומר זאת אבל הוא כן אומר, שזה חלק מהחוק עצמו. הוא אומר למעשה, שכל מה שהוא עושה זה לפרש את כוונת המחוקק. הוא לא מכפיף את רצון המחוקק לעקרון חיצוני על, אלא זה רצון המחוקק. המחוקק רצה שתהיה לועדת הבחירות סמכות לפסול רשימה שחותרת תחת מדינה יהודית. כוונה נסתרת של המחוקק לשמור על האופי היהודי של המדינה.

ההבדל בין אגרנט לזוסמן הוא קטן. עקרון על [זוסמן] ופרשנות של החוק [אגרנט].

## ברק מדינה – במאמרו

\* למה חשוב ההבדל בין אגרנט לזוסמן?

שאלת היחס בין הרשויות, המחוקקת לבין השופטת – אנו רואים שיש כאן, איך כל אחד מהם [זוסמן לעומת אגרנט] מתייחס לסמכויות ולכח של הרשות המחוקקת והשופטת. אגרנט אומר שרק המחוקק קובע מתי מותר לועדה לפסול רשימה. זוסמן אומר שהוא יוצר עקרונות חדשים, הוא לא אומר שזה חוק אלא עקרון על, לאו דווקא משפטי. עקרון חיצוני.

ברק מדינה אומר כי במובנים מסוימים עדיפה לנו לפעמים הגישה של זוסמן על פני הגישה של אגרנט. לכאורה הגישה של זוסמן בעייתית יותר, אך עדיפה לנו כי לפחות היא גלויה וכנה לשיטתו של ברק מדינה. זוסמן אומר שהוא מתרחק מהרצון של המחוקק, מרשה לעצמו לא ליישם אחד לאחד את רצון המחוקק ואומר זאת בצורה כנה. למרות שזוסמן הולך רחוק יותר, עקרון העל החיצוני, זה עדיף כי ברגע שזה יהיה כך ברגע ששופטים ילכו

בגישה של זוסמן הם יהיו זהירים, ישמר למקרים קיצוניים, לשיטת ברק מדינה. לעומת זאת אגרנט בפירוש רצו המחוקק, השופטים בקלות יעשו זאת אבל בעצם מי שיאמץ את הגישה של אגרנט הוא יכניס בדלת האחורית עקרונות של מוסר ומשפט טבעי דרך בימ"ש ולא דרך המחוקק וזה מסוכן יותר לדמוקרטיה. מבחינת הדמוקרטיה, הפרדת הרשויות אולי עדיף הכנות [זוסמן].

החשש הוא שככל שבימ"ש יטול לעצמו יותר חירות זה ירגיש יותר את הכנסת ואז נראה את המאבק, שבימ"ש אומר שהוא יכול לפסול והכנסת אומרת שהיא תחוקק פסקת התגברות וכו'. השאלה באיזו טקטיקה השופטים נוקטים שיתגברו על רצון המחוקק. אם כל השופטים יהיו כמו אגרנט וזוסמן אולי נראה יותר מאבק מול הכנסת

ברק מדינה אומר הפוך על הפוך, אגרנט באופן סמוי מתגבר על רצון המחוקק, זה פחות מרגיז את הכנסת שלא כמו זוסמן שעושה זאת גלוי.

\* מי בעצם שמרן יותר ומי אמיץ יותר מבין השופטים?

לכאורה חיים כהן מציג גישה שמרנית, מה שהמחוקק אמר ומה שכתוב בחוק זה מה שנעשה, לא זו ימינה או שמאלה ממה שכתוב בחוק. לעומת זאת, אגרנט וזוסמן מפגינים אומץ לב שיפוטי, יש עקרונות על חוק יסוד ונפעל פיהם. זה סוג של הפוך על הפוך, אפשר לומר שחיים כהן הוא אמיץ הוא לקוח על עצמו, רשימה, רשימת הסוציאליסטים, רוצה לחתור תחת מדינת ישראל הוא לוקח על עצמו את האחריות שמפלגה כזו באמת תהיה בכנסת או תוכל להיבחר. ולא רק שזו אחריות כי אולי באמת הרשימה הזו תצליח זו דעה לא פופולארית. דווקא כאן השמרנות החוקתית היא מנוגדת והפוך למה שקורה היום [מבקשי המקלט] בימ"ש פועל בניגוד למה שרוצה הרוב. ההנחה בפס"ד ירדור, הרוב רוצה שבימ"ש יקבע את שהרוב רוצה. השאלה העיקרית היא על איזו קבוצה בימ"ש מגן?! ברגע שבימ"ש חורג מרצון הרוב או מרחיב ועושה זאת לטובת קבוצת מיעוט זה יעורר התנגדות בקרב הרוב ולהיפך זה יהיה מקובל על הרוב. הדבר שקובע למה חיים כהן אמיץ, כי בעצם מה שהוא עושה בגישתו, הוא מגן על זכות של רשימת מיעוט להיבחר לכנסת. מתוך החוק עצמו הוא מגן על המיעוט. אגרנט וזוסמן מגבילים את קבוצת המיעוט להיבחר.

\* פורמליזם מול ערכים.

אפשר לומר שחיים כהן הוא הולך לפי החוק הכתוב, לעומת שופטי הרוב שמנסים להכניס גם ערכים, מדינה יהודית דמוקרטית מתגוננת. גם לחיים כהן יש ערך – לא פוגעים בזכות בלי הסמכה מפורשת בחוק. זה לא חד משמעית איזו מהגישות היא דווקא פורמליסטית לעומת ערכית, איזו שמרנית ואיזו אמיצה, איזו מחזקת את הרשות המחוקקת ואיזו את השופטת.

\* כשחיים כהן אומר בפס"ד – אומר שהיה רצוי שהמחוקק היה מוסיף עילת פסילה כזו, שועדת הבחירות תהיה רשאית לפסול, זה לא קיים בחוק, אבל הוא קורא למחוקק להוסיף עילת פסילה כזו, שהחוק יעניק לוועדה שיקול דעת אבל כל עוד זה לא מוסדר בחוק בימ"ש לא יחיל עקרון כזה. לעומת זאת אצל אגרנט וזוסמן אין קריאה למחוקק לעשות זאת. ברק מדינה אומר שהם לא רוצים להסדיר את הסוגיה, הם רוצים להשאיר את שיקול הדעת אצלם, הם חוששים ממצב בו הכנסת תחוקק חוק חדש שמגביל את הסמכות של רשימות להיבחר לכנסת כי למה בעצם? אם הכנסת תעשה זאת היא תגביל מידי. הם חוששים שאם הכנסת תשנה את החוק ותגביל את החוק לבחור ולהיבחר היא תגביל מידי את שיקול הדעת של השופטים ותגביל את הפרשנות מידי. אגרנט וזוסמן רוצים להשאיר את השיקול דעת להם באם לפסול את הרשימה באם לאו. חשוב להם להגן על זכויות יסוד. בכל מקרה ברור שהם רוצים לשמור יותר על הכח של הרשות השופטת לעומדת כהן שקורא למחוקק להסדיר.

בפס"ד ירדור - דעת הרוב היא זו שקבעה – פסלו את הרשימה.

חוק יסוד : הכנסת, סעיף 7(א)

### **מניעת השתתפות בבחירות (תיקון מס' 35) תשס"ב-2002 (תיקון מס' 46) תשע"ז-2017**

7א. (א) רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרתה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לרבות בהתבטאויותיו, לפי הענין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:

- (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;
- (2) הסתה לגזענות;
- (3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל.

סעיף זה נותן הסמכה מפורשת לוועדת הבחירות לפסול רשימות שפועלות תחת האופי הדמוקרטי של המדינה ותחת האופי יהודי של המדינה. קיימת היום בחוק, גם רשימה שהמצע שלה הוא גזעני.

=====

בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת

לסדר לפי המצגת

הכנסת חוקקה תיקון לחוק מימון מפלגות, מכל מיני סיבות, העותרים טענו שהתיקון לחוק פוגע בעקרון של בחירות שוות לכנסת,

4. הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת.

הטענה של העותרים מנוגד לכך שהן יהיו שוות. פוגע בעקרון השוויון.

השאלה שבימ"ש היה צריך לדון. בימ"ש הסכים שבאמת הייתה כאן פגיעה בשוויון אך האם היא עומדת בחוק יסוד הכנסת. כי החוק קובע כי כדי לשנות, חוק שפוגע צריך להתקבל ברוב מיוחדת בכל הקריאות [61 ומעלה חברי כנסת]. מאחר והתיקון הזה פוגע בסעיף 4. במקרה הזה הייתה קריאה מקדמית.

בסופו של דבר השופטים אמרו שלמרות שהוא פוגע בעקרון השוויון בבחירות שמעוגן בסעיף 4 לחוק יסוד הכנסת, התיקון של חוק מימון מפלגות הוא תקף כי הוא התקבל ברוב משוריין [רוב של 61 ח"כ] בדיוק כמו שחוק היסוד מתבקש. הוא תקף.

בכל זאת, השופט אהרן ברק – **באמרת אגב** – למרות שאני לא צריך להתייחס אני רוצה לומר משהו נוסף. [העתירה הוגשה לפני חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, המהפכה החוקתית] עד אז בימ"ש לא פסל חוקים.

כאן ברק מניח תשתית לפסילת חוקים עתידית.

במקרה הזה, באופן עקרוני, אומר ברק, שאין מניעה שבימ"ש יפסול חוק, מהטעם שהוא מנוגד לעקרונות יסוד של השיטה, כמו עקרון השוויון גם אם הם לא מעוגנים בחוקה או בחוק יסוד. מה שברק אומר מרחיק לכת. בימ"ש יכול להכריז מהם עקרונות היסוד של השיטה [דוג' עקרון השוויון] ומכאן זה לפסול חוקים. זה מאוד מאוד מרחיק לכת.

ברק אומר שאם היה רוצה, כשופט, לפסול את חוק מימון מפלגות או כל חוק אחר, פשוט כי הוא מנוגע לעקרונות יסוד של השיטה. מה זה עקרונות יסוד של השיטה? המערכת המשפטית של ישראל/המכלול, הכללים והעקרונות שנמצאים בתוך מערכת המשפט שלנו, בתוך המכלול האמור יש עקרונות יסוד ובימ"ש קובע אותם [ברק]. ברק אומר כי הריבונות של המחוקק היא ריבונות מוגבלת ובימ"ש יכול לפסול חוקים שלו, הוא לא הראשון שממציא זאת, מפנה למדינה דמוקרטית כמו גרמניה, גם שם בימ"ש מרשה לעצמו לפסול חוקים שמנוגדים לעקרונות יסוד בלתי כתובים. [אחרי הנאצים]. ברק אומר שגם אם אין חוקה אפשר להחיל את החוק האמור על ישראל. [באחד מספריו "שופט בחברה דמוקרטית" אומר ברק שגם חוקה/חוק יסוד, בימ"ש יוכל לפסול] בימ"ש יוכל לפסול חוקים אם הם מנוגדים לעקרונות יסוד של השיטה, למרות כל זאת, למרות שבאופן עקרוני אין מניעה לעשות זאת, ברק אומר שאנחנו עדיין לא שם. "על פי התפיסה החברתית המשפטית שמקובלת בישראל, אין בימ"ש נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על בטלותו של חוק, הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו...." ברק אומר שלמרות שבאופן עקרוני צריכה להיות לבימ"ש סמכות לעשות זאת זה לא משהו שמקובל היום, עדיין אין זאת בתפיסה החברתית והמשפטית של מדינת ישראל, ולכן אנחנו עדיין לא רוצים ליישם את האופציה הזו. באופן עקרוני אנו רוצים להגיע לשם אבל אנחנו עוד לא שם.

כל מה שנוגע לתיקון מס' 8 לחוק מימון מפלגות, ברק אומר שזה עומד בתנאים של חוק יסוד הכנסת, תיאורטית יכל לפסול אותו אבל לא נעשה זאת עדיין. בעצם מה שברק אומר כאן, הוא מכשיר את הקרקע.

מצד אחד אפשר לומר שהוא מכשיר את הקרקע למהפכה החוקתית, אם אני אומר שאפשר לפסול חוקים לפיי עקרונות יסוד בלתי כתובים, ביום שבו כבר יהיו חוקי יסוד ואפשר לומר שניתן לפסול חוקים לפי חוקי יסוד אזי ניתן יהיה לעקל זאת. ברק באמת מקווה ומאמין שיחוקקו חוקים כאלו כמו חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וכו'. ברק יודע שיש סיכוי שייחקק חוק כזה, הוא מכשיר את הקרקע לביקורת שיפוטית. מצד שני, ברק מרסן, הוא יודע שהחברה היום [שנת 89'] לא בשלה לזה, אבל היא לא בשלה לפסילה על סמך יסודות בלתי כתובים. בעוד כמה שנים [פס"ד מזרחי] אומר שכן החברה תהיה בשלה לעשות זאת על סמך חוקי יסוד.

\* אמרת אגב, ברק אומר שאפשר לפסול חוקים באופן עקרוני גם לפי עקרונות יסוד לא כתובים, הוא מכשיר את הקרקע למשהו צנוע יותר שזה בעצם לפסול חוקים לפי חוקים שהם חוקי יסוד.

\* פס"ד זה בהחלט מבטא גישה של משפט טבעי, ברק אומר אם כל הכבוד לריבון/הכנסת יש לנו עקרונות יסוד של השיטה שלנו והם יכולים להתגבר על הרצון של המחוקק. ברק לא אומר שזה משפט טבעי, נובע מהמוסר/מחוקי הטבע, אבל אפשר לומר שזו בעצם הגישה של ברק. ברק לא יאמר שהוא נוקט בגישה של משפט טבע או פוזיטיביסט הוא יאמר שזה בעצם רצון העם/הכנסת. אם נסתכל על השיטה שלנו, הכוונה של הכנסת הייתה שיהיו עקרונות יסוד שהכנסת תהיה כפופה אליהם. הכנסת הייתה רוצה שלבימ"ש תהיה סמכות לבטל חוקים.

לפי המרצה – ברק מבטא גישה של משפט טבעי, יש אן ערכים, עקרונות יסוד שבימ"ש מכריז עליהם, שמתגברים על רצון המחוקק. אפשר לומר כי בעצם זה מבטא את רצון המחוקק במסגרת השיטה עצמה, שאז זו גישה פוזיטיביסטית. [גם וגם]. אפשר לפרש זאת לפי שתי השיטות.

=====

דוג' נוספת לשינוי גישה של בימ"ש – ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית [מצגת]

בימ"ש אומר כי זו סוגיה מאוד מאתגרת. בימ"ש אומר שצריך להסתכל על חוק האימוץ והאם בימ"ש מחווי פסק נכון שאמר כי התינוק הוא בר אימוץ אם לאו. סעיף 8 לחוק האימוץ.

### **הסכמת הורה או הכרזה על ילד כבר-אימוץ (תיקון מס' 8) תשע"א-2010**

8. (א) לא יתן בית משפט צו-אימוץ אלא אם נוכח שהורי המאומץ הסכימו שהילד יאומץ או שהוא הוכרז כבר-אימוץ לפי סעיף 13.

(ב) אין צורך שההורים ידעו מי המאמץ.

כל השופטים אומרים כי בחוק האימוץ יש רשימה מסויימת של עילות שאם הן מתקיימות ניתן להכריז על הילד כבר אימוץ. החוק הזה אומר כי בעצם צריך למסור לאימוץ רק בהסכמת ההורים הביולוגיים, אלא אם מתקיימות אחת מהעילות בסעיף 13 לחוק האימוץ.

### הכרזת ילד כבר-אימוץ (תיקון מס' 6) תשס"ד-2004

13. (א) באין הסכמת הורה, רשאי בית משפט, לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה או נציגו, להכריז על ילד כבר-אימוץ, אם נוכח כי נתקיים אחד מאלה:

#### (תיקון מס' 8) תשע"א-2010

(1) אין אפשרות סבירה לזהות את ההורה, למצאו או לברר דעתו; לעניין פסקה זו, חזקה שאין אפשרות סבירה כאמור אם ננקטו הפעולות המפורטות להלן, ובלבד שלא ייעשה שימוש בפרטים שמסר הורה לפי סעיף 8(ב):

- (א) בדיקה במרשם האוכלוסין;
- (ב) בדיקת מידע המצוי בידי רשויות הרווחה;
- (ג) בדיקת קיומן של פניות אל רשויות הרווחה מצד אדם הטוען כי הוא הורה הילד או קרוב משפחה של הילד;
- (2) ההורה הוא אבי הילד אך לא היה נשוי לאמו ולא הכיר בילדו, או אם הכיר בו – הילד אינו גר עמו והוא סירב ללא סיבה סבירה לקבלו לבית מגוריו;
- (3) ההורה מת או הוכרז פסול דין או שאפוטרופסותו על הילד נשללה ממנו;
- (4) ההורה הפקיר את הילד או נמנע, ללא סיבה סבירה, מלקיים במשך ששה חדשים רצופים קשר אישי אתו;
- (5) ההורה נמנע, ללא סיבה סבירה, מלקיים במשך ששה חדשים רצופים את חובותיו כלפי הילד, כולם או עיקרם;
- (6) הילד היה מוחזק מחוץ לבית הורהו במשך ששה חדשים שתחילתם בטרם מלאו לו שש שנים וההורה סירב, ללא הצדקה, לקבלו לביתו;
- (7) ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו, ואין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין על אף עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל ברשויות הסעד לשיקומו;
- (8) הסירוב לתת את ההסכמה בא ממניע בלתי מוסרי או למטרה בלתי חוקית.

במקרה הזה, לא הייתה הסכמה של ההורים הביולוגיים, שופטי הרוב מסכימים שלא מתקיים אף אחד מהתנאים הנקובים בסעיף 13 לאותו חוק.

בימ"ש אמור לפסוק כי המחוזי טעה היות ולא מתקיימות כאן עילות, כל אחד מהשופטים מצגיגים גישות שונות.

ליון וחשין – כל אחד מהם אומר משהו קצת שונה.

ליון אומר – שאנו צריכים בעצם לקרוא לתוך חוק האימוץ עוד כלל שלא רשום בו במפורש שאומר שאם הסירוב של ההורה הביולוגי למסור לאימוץ הוא מנוגד למה שליון קורא לו, "תקנת הציבור", אז אנו לא מתחשבים בסירוב ההורה ובעצם ניתן למסור את הילד לאימוץ גם ללא ההסכמה. בעצם ליון אומר, שצריך לפרש את החוק עצמו כאילו החוק כולל את עקרון "תקנת הציבור".

מה זו תקנת הציבור לדעת לוי? תקנת הציבור הוא מושג כללי, בעצם להגיד משהו שהוא מנוגד לערכים של החברה שלנו. לוי אומר כי תקנת הציבור, קובעת בין היתר, שאסור לתת לחוטא לצאת נשכר. מי שביצע איזה מעשה פסול [קיום יחסים עם השכנה הקטינה במקרה הזה] לא יכול באמת להנות מהתוצאה של המעשה. עקרון משפטי שמכילים אותו בהרבה שיטות משפט. "מעילת בת עוולה לא תצא זכות". לוי אומר, זה משהו חלק מהחוק עצמו, זה לא כתוב במפורש בחוק, אבל כך יש לפרש את החוק למרות שעילת הפסילה הזו, שאומרת שאם ההתנגדות של ההורה לאימוץ מנוגדת לתקנת הציבור אזו לא נכבד את הרצון של ההורה, עילת האימוץ הזו למרות שהיא לא מופיעה במפורש בחוק, היא כן צריך להבין אותה כהוראה לא כתובה של החוק. רצון המחוקק לפי לוי. לפי לוי המחוקק לא היה רוצה שהילד יישאר אצל ההורה הביולוגי, והוא אומר שהתינוק הוא בר אימוץ, היא לא מנוגעת לעקרון השופט לחוק, זו פרשנות של החוק, אני בעצם מפעיל "כלל נלווה" שחזקה על המחוקק שהוא התכוון לפעול לפי כלל זה. מפרש את רצון המחוקק, כמו אגרנט במשפט ירדור. מצד אחד יש כאן אלמנטים של משפט טבעי ומצד שני, יש כאן אלמנט של פוזיטיביסטים שכאן צריך לפרש את החוק. יש כאן חסר סמוי, משהו שחסר בחוק פשוט כי המחוקק לא חשב על סיטואציה כזו, אבל אם היינו שואלים אותו, זה מה שהיה אומר. במקרה כזה לא רוצים שחוטא יצא נשכר.

הגישה של חשין כאן דומה באופן עקרוני, לגישה של זוסמן בפס"ד ירדור, חשין אומר מפורש כי למרות שבחוק העקרון של החוטא לא ייצא נשכר, לא מוגדר כעילת אימוץ, במקרה הזה, כן צריך למסור את הילד לאימוץ וזה נובע מאיזה עקרון שבא מהטבע, [פסקה 15 לפס"ד]. חשין במפורש אומר שזה עקרון שנובע מהטבע, ציווי מוסרי, ואומר כי הציווי הזה, עקרון הטבע הזה, מתגבר על רצון המחוקק.

\* חשין ולוי מגיעים לאותה תוצאה, שהילד הוא בר אימוץ להורה אחר לא להורה הביולוגי. לדעת לוי אפשר לפרש את החוק ולדעת חשין יש עקרון חיצוני, מוסרי. בפס"ד זה הוזכר פס"ד אמריקאי RIGGS שם דובר על נכד שרצח את סבתו/סבו מתו מטרה לזכות בירושה, בימ"ש שם אומר שהוא לא יקבל את הירושה בדיוק בשל העקרון הזה של "הרצחת וגם ירשת". שם בימ"ש אומר שהמוסר לא מאפשר לנו לתת לו לרשת את הסבתא/סבא. חשין אומר שהוא עושה בדיוק מה שעשו בפס"ד RIGGS לעשות מעשה עוולה וגם לזכות בפירות, לגדל את התינוק.

פס"ד בנק מזרחי [מצגת] – בג"ץ 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל [5 עד 8 לפס"ד]

מחיקת חובות לחקלאים. חוק לא חוקתי, פוגע בזכות הקניין לשיטת החקלאים. הטענה של הנושים, שהחוק שפוטר את החקלאים מהחובות פוגע בזכות הקניין, עוד טוענים שזה נעשה לא בהתאם לפסקת ההגבלה ולכן מבקשים מבימ"ש לפסול את חוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי ובימ"ש לא מקבל את הטענה, נכון שיש כאן פגיעה בזכות הקניין ומנתח בהרחבה את הוראות של חוקי היסוד, פסקת ההגבלה וכו'. בימ"ש דחה את הערעור לגופו של עניין.

בימ"ש בכל זאת, **בהערות אגב** נדרש לכל מיני שאלות עקרוניות הנוגעות לחוקי היסוד, פסקת ההגבלה, פסילות חוק וכו' וכו'. אחד מהדיונים, מי אמר שדווקא בימ"ש צריך לפסול חוקים אולי צריך להקים ועדה.



אמרות אגב הן לא מחייבות.

אחת מהשאלות העקרוניות שדן בהן בימ"ש בפס"ד זה היא מניין בכלל נובעת הסמכות של הכנסת לכוון חוקה? בימ"ש אומר כי הייתה מהפכה חוקתית, נחקקו חוקי יסוד ב-92', הכנסת המשיכה ליצור חוקה למדינת ישראל.... מאיפה בכלל יש לה את הסמכות לעשות כן?

**ברק** – אומר חד משמעית כי לכנסת יש סמכות ליצור חוקה [מסכות מכוונת] ומכח זה חוקה את חוקי היסוד. הסמכות הזו, לשיטת ברק, זה לא משהו שהכנסת העניקה לעצמה כי אם הסמכות הזו נובעת מהעם, כדי לקבוע חוקה, כלומר, איזה מסמך שמצוי ברמה נורמטיבי גבוהה יותר מחוקים רגילים, כדי לעשות זאת, נדרשת לכנסת "נקודת אחיזה ארכימדית" שמצויה מחוץ לחוקה או לחוק, מעניקה לה את הסמכות לכוון חוקה. נקודת האחיזה הזו, צריכה לינוק את עצמה מהעם. כי הריבונות היא העם.

ברק ראה עצמו כפוזיטיביסט, הוא אומר שלכנסת יש סמכות מכוונת שנובעת מנקודת אחיזה ארכימדית [נקודה חיצונית לכדור הארץ, מחזיק את כדור הארץ מבחוץ] אותו דבר אומר ברק, הסמכות המכוונת של הכנסת נובעת מנקודת אחיזה חיצונית, מהעם. זה אולי נשמע שברק ממציא משהו חדש אבל לא כך, ישנם שלושה מודלים תיאורטיים שעליהם הקביעה שלו מתבססת:

מודל של קלזן – הנורמה הבסיסית.

מודל של הארט – כלל ההכרה/הזיהוי.

מודל של דבורקין – מודל הפירוש הטוב ביותר להיסטוריה החברתית והמשפטית.

גם קלזן וגם הארט הם פוזיטיביסטים, לעומת זאת, דבורקין הוא משהו אחר אבל הוא בטוח לא פוזיטיביסט. הוא יותר טבעי. הוא מתנגד לפוזיטיביסטים.

ברק בפסיקה שלו מפנה הרבה לדבורקין.

מודל הנורמה הבסיסית –

=====

## תורת המשפט (7) – 27.04.18

חזרה על החומר משיעור קודם..... בימ"ש מוצא לנכון לדבר על – מי מוסמך לבטל חוקים, איזה הרכב צריך, איזה בימ"ש מוסמך וגם שאלות כמו האם בכלל לכנסת הייתה סמכות לחוקק חוק יסודי? חוק שהוא במעמד מעל חוק רגיל. הכל בהערת אגב בכל מקרה בימ"ש אומר שהחוק תקף, בימ"ש לא מבטל שום חוק, זה במסגרת פסקת ההגבלה.

יש כמה הערות מאוד חשובות. בימ"ש מניח כאן את היסוד לגבי המהפכה החוקתית. כשברק עוסק בשאלה מניין יש לכנסת לחוקק חוקה, ליצור חוקים/כללים שהם במעמד על, ברק עונה – לכנסת יש סמכות לתת חוקה לישראל, סמכות מכוונת, זו לא סמכות שהכנסת החליטה להעניק לעצמה, אלא כדי לקבוע חוקה, הכנסת זקוקה לנקודת אחיזה ארכימדית והנקודה הזו [שהיא מחוץ לחוק עצמו] שהיא מגיעה מהעם, הוא הריבון, הוא שנתן לגוף הזה [כנסת] סמכות לחוקק חוקה.

איך העם עושה זאת לשיטת ברק? אפשר לעשות זאת בשלוש דרכים.

שלושה מודלים שמביאים אותנו למסקנה האמורה.

### \* מודל הנורמה הבסיסית

מבוסס על התיאוריה של קלזן. ברק קורא לזה - **הרציפות החוקתית**. ברק אומר הנורמה הבסיסית של ישראל היא שמועצת המדינה הזמנית היא הרשות העליונה של המדינה. מי זו מועצת המדינה הזמנית? כשהוקמה מדינת ישראל, הייתה ממשלה זמנית והייתה מועצת המדינה הזמנית, שהם היו הגוף שחתם על הכרזת העצמאות, מועצת המדינה העצמאית [הכל בן גוריון] היא הייתה הגוף המחוקק של המדינה, שהרי לפני כן היו כאן הבריטים ולא היו מוסדות שלטון, וכן את האסיפה הזמנית [בתי משפט כבר היו]. היה צריך להקים עוד שתי רשויות [מחוקקת ומבצעת] ברק אומר כי הרשות המחוקקת הזמנית האמורה, הנורמה הבסיסית של מדינת ישראל שהיא הרשות העליונה, היא הריבון שיונק את כוחו מהעם.

מהנורמה הזו הוא מגיע למסקנה שלכנסת יש סמכות מכוונת. מכאן יש רציפות חוקתית המביאה אותנו עד היום, לכנסת הנוכחית.

ברק אומר כי מועצת המדינה הזמנית קבעה, שהיא הרשות המחוקקת. פקודת סדרי שלטון והמשפט והמטרה הייתה להסדיר בעצם את הקמתה של מדינה חדשה, הפקודה הזו עסקה בעיקר בשאלה איך אנו עוברים מהשלטון המנדטורי לישראלי. למשל הפקודה קבעה, בין היתר, שכל החוקים שהיו בתוקף בתקופת המנדט יהיו בתוקף גם במדינה החדשה, כל עוד הכנסת לא שינתה אותם. כל החוקים שהיו בתוקף עד ה באייר תש"ח יישארו בתוקף, כל עוד לא שונו על ידי חקיקה חדשה של הכנסת. עוד נקבע כי מועצת המדינה הזמנית היא הרשות המחוקקת, וזה נקבע על ידי פקדת סדרי השלטון והמשפט.

בנוסף המועצה האמורה, נקבע בהכרזת העצמאות שתהיה אסיפה מכוונת, נבחרת שתקבע חוקה לישראל.

יש לנו מועצת מדינה זמנית = רשות מחוקקת

יש לנו קביעה שתוקם גם אסיפה מכוננת.

אחרי שנבחרה האסיפה האמורה, מה קרה? מועצת המדינה הזמנית התפזרה [היא הייתה זמנית] היו בחירות ראשונות, העם בחר אסיפה מכוננת ואז מועצת המדינה הזמנית העבירה את הסמכויות שלה לאסיפה המכוננת מכח פקודת המעבר לאסיפה המכוננת.

יש לנו גוף נבחר שיש לו שני כובעים: סמכות מכוננת שקיבל אותה מהכרזת העצמאות ויש רשות מחוקקת שכל הסמכויות שלה עוברות לאסיפה המכוננת.

אסיפה מכוננת שנבחרה על ידי העם- שתי סמכויות: אסיפה מחוקקת וסמכות מכוננת, שאותה קיבלה כי העם בחר בה.

בסוף מועצת המדינה הזמנית היא לא גוף נבחר.

היכן ברק מגיע למסקנה האמורה? זו הנורמה הבסיסית. כאן אנו עוצרים לא שואלים יותר. [אקסיומה, קלזון], לכן ברור שהייתה לה סמכות להעניק סמכויות חקיקה, לקבוע שהאסיפה המכוננת תהיה לה סמכות לחוקק חוקה. כל זאת מגיע מסמכות האסיפה הזמנית.

ברק מסתמך על קלזון, אצל קלזון הנורמה הבסיסית היא משהו שהוא מחוץ למשפט. אקסיומה.

נורמה בסיסית היא משהו שהוא מעין אקסיומה, הוא מובן מאליו. מן המפורסמות שאינן צריכות הוכחה.

מצד אחד אפשר לבקר את זה – ברק אומר שלא הוא שקבע את האקסיומה האמורה. אפשר לומר שזה לא לגיטימי ומצד שני אף שיטת משפט לא תוכל להתחיל אם לא תהיה איזו אקסיומה.

\* איך מגיעים מכאן ועד היום? לאסיפה המכוננת היו שתי סמכויות [מחוקקת ומכוננת] לאחר מכן המכוננת קבעה את "חוק המעבר לכנסת הראשונה" כי בית המחוקקים במדינת ישראל, יקרא הכנסת והאסיפה המכוננת תקרא הכנסת הראשונה. [בעצם הגוף שדיברנו עליו קיבל שם חדש, הוא הגוף שמחוקק חוקה-כך נקבע בהכרזת העצמאות] לפני פיזור הכנסת הראשונה קבע בחוק המעבר, לכנסת השניה, שהסמכויות שלה יעברו לכל הכנסות שלאחריה ומאז כל כנסת מעבירה את הסמכויות לזו שאחריה ואיתה עוברת הסמכות גם לחוקק חוקים וגם לכוון חוקה. [שני הכובעים].

ברק בעצם אומר כי מאז שהוקמה הכנסת ועד היום, [חוקי היסוד 92] כל הזמן הכנסות שמרו לעצמן את הסמכות המכוננת ומכאן נובע הכח של הכנסת לחוקק את חוקי היסוד שיש להם מעמד חוקתי על חוקי. ברק עוד אומר, מעבר להבנה מה הסמכות של הכנסת, לאורך כל השנים נחקקו עוד חוקי יסוד. הוא לא נכנס לעומק של מהו המעמד של חוקי היסוד המוקדמים יותר, אך להם לא היה מעמד חוקתי. שלא כמו כאן חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. [פס"ד מזרחי].

**החלטת הררי** – הייתה כנסת הראשונה, [מחוקקת ומכוננת] וחברי הכנסת אמרו שאפשר לחוקק חוקה לישראל, שאז מה קרה? היו הרבה מחלוקות, בעיקר בין דתיים לחילוניים וכו' ועוד מחלוקות, ולא הצליחו

להגיע להסכמה, לא הצליחו להגיע למסמך אחד שהוא יהיה החוקה של ישראל. ח"כ הררי, הציע הצעה, שבמקום לנסות להגיע למסקנה אחת עכשיו נעשה זאת "בשיטת הסלמי", כל פעם נגיע להסכמה גבי חוק יסוד אחד, נצבור ונחוקק חוקי יסוד ובמהלך השנים כל החוקים יצטברו יחד והם יהיו החוקה של ישראל. אולי יום אחד גם נאחד אותם. ברק גם בפס"ד מזרחי, מזכיר את החלטת הררי.

כל חוקי היסוד האחרים, לא היה ברור שיש להם מעמד חוקתי על חוקי, שאפשר מכוחם לפסול חוקים ובימ"ש גם לא נדרש לזה, [כל החוקים עד 92]. השאלה הזו לא התעוררה עד שנת 92. למשל בחוק יסוד הכנסת, יש סעיף משוריין, לעניין השינוי עם רוב מסוים, בימ"ש פחות עסק בשאלה האמורה אבל מעולם לא נקבע במפורש שאפשר לבטל חוק רגיל, הפעם הראשונה היא בפס"ד בנק מזרחי, מפנה לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, זו מהפכה. בימ"ש לא מבטל חוק, הוא מכריז על הבטלות מרגע חקיקתו.

רק צריך להסכים עם הקביעה הבסיסית של ברק, האקסיומה, שבאמת מועצת המדינה הזמנית היא הייתה המחוקקת הראשונה. לפי קלזן – יש דברים שהם מובנים מאליהם ואין לערער עליהם שאחרת אין סוף לזה.

#### \* מודל כלל ההכרה

מבוסס על התיאוריה של הארט. ברק אומר שכלל ההכרה [הארט] הוא **נורמה משנית** שקובעת איך נוצרות נורמות ראשוניות בשיטת משפט מסוימת [מצגת]. זהו כלל שנקבע על ידי בימ"ש. [הארט אומר שבכל שיטת משפט יש נורמות ראשוניות ונורמות משניות, חוזה לדוג' שזה נורמה ראשונית והנורמה המשנית, קובעת איך יתקיים אותו חוזה]. ברק אומר שמי שיאמר/מי שקובע מה כלל ההכרה שלנו, שמסביר באופן כללי איך נוצרות נורמות ראשוניות, בימ"ש אומר מה הנורמה המשנית הזו, איך נוצרים חוקים ובימ"ש לא ממציא את זה ממוחו הקודח כי אם בימ"ש כשהוא קובע מהו כלל ההכרה בשיטת משפט מסוימת הוא משקף את התפיסה הרווחת בחברה. ברק אומר כי בישראל, כלל ההכרה הוא שלכנסת יש גם סמכות מחוקקת וגם סמכות מכוונת. גם חוקים רגילים וגם חוקה, סמכות שנתונה לכנסת כי זה מה שרוב העם מקבל. זו התפיסה הרווחת בתפיסה הישראלית. משהו שהתפתח מאז הקמת המדינה/מגילת העצמאות/החלטת הררי.

**מה ההבדל בין המודל הזה למודל הקודם?** הנורמה הבסיסית היא אקסיומה, משהו קבוע [לא יודעים מהיכן מגיע, פשוט מניחים שהוא קיים] לעומת זאת כלל ההכרה, היא לא עובדה חיצונית נתונה כי אם אמפירית, מה המקובל בתפיסה הישראלית. וכשברק אומר מה התפיסה המקובלת בחברה בישראל, הוא אומר בין היתר שלכנסת יש סמכות מכוונת. ברק לא עושה משאל עם כי אם לאורך השנים, הכרזת העצמאות, החלטת הררי, כנסות וכו' ואף אחד לא חלק על כך, נחקקו חוקי יסוד וכו'. העם בישראל קיבל את זה.

#### \* מודל פירוש הטוב ביותר להיסטוריה החברתית והמשפטית

מבוסס על התיאוריה של דבורקין. ברק אומר שגם במודל זה יגיע למסקנה שיש סמכות לכנסת לחוקק את חוקי היסוד שלהם מעמד על חוקי. דבורקין אומר שכדי להבין האם לכנסת יש או אין סמכות מסוימת, סמכות

מכוננת לצורך הענין, אנו צריכים להסתכל על ההיסטוריה של המשפט הישראלי ולתת ולפרש את ההיסטוריה הזו בצורה הכי טובה שאנו יכולים ומכן נוכל להגיע למסקנה אם יש או אין סמכות מכוננת.

ברק אומר שכשאנו מסתכלים על ההיסטוריה של המשפט הישראלי, [אסיפה מכוננת, החלטות שונות וכו'] הפירוש הכי מתאים הוא שלכנסת באמת יש סמכות מכוננת שאם לא הרי נגיע למסקנה שהכנסת בזבה את זמנה ולא היתה לה סמכות ובימ"ש כשעסק בשאלות כמו בפס"ד לאור וכו' הוא בזבז את זמנו בשאלת הסמכות המכוננת, כי בעצם מעולם לא הייתה כזו, שאז זו לא פרשנות הגיונית. ברק אומר כי זו פרשנות לא הולמת ולכן הפרשנות הכתובה יותר היא לומר שיש סמכות מכוננת. מסתמך על המודל של דבורקין. צריך לפרש את ההיסטוריה החברתית משפטית של שיטת משפטית מסוימת.

זה לא ממש טוב שברק מסתמך על דבורקין,, כי אצל דבורקין זו יותר שאלה נורמטיבית מוסרית של מה ראוי שיהיה, האם ראוי שתהיה סמכות מכוננת? ואצל ברק, הוא פחות עוסק בשאלה המוסרית, הוא יותר בהיסטוריה, החלטת הררי וחוקי יסוד שונים, הפירוש הראוי שיש סמכות מכוננת. ברק אומר שגם לפי דבורקין, אם נפרש את ההיסטוריה גם נגיע למסקנה האמורה שלכנסת סמכות מכוננת.

\*\* שלושת המודלים עוסקים בשאלה של ההיסטוריה המשפטית של מדינת ישראל, אבל בכל מודל ברק עושה שימוש שונה. במודל הראשון משתמש בהיסטוריה כדי להראות שמאותה נורמה בסיסית ועד היום היתה איזו רציפות פעם אחת, במודל השני, עושה שימוש להראות שבפועל בחברה הישראלית יש תפיסה שאומרת שזה כלל הכרה, שלכנסת יש סמכות מכוננת, משהו אמפירי שניתן לבדוק אותו בחברה ופעם שלישית, לפי דבורקין צריך לפרש את ההיסטוריה הזו כדי להגיע למסקנה לסמכויות הכנסת היום. הפירוש הטוב ביותר הוא שיש סמכות מכוננת.

ברק אומר שלפי שלושת המודלים האמורים, זה לא הוא, אלא כל שלושת המודלים מביאים אותנו אל העם.

=====

**רונלד דבורקין** [מצגת]

האחרון מבחינה כרונולוגית מההוגים שדיברנו עליהם. נפטר בשנת 2013 משפטן ופילוסוף אמריקאי. לדבורקין יש ביקורת על הפוזיטיביזם אבל הוא גם לא משפט טבעי.

לדבורקין יש כתיבה ענפה, ואנו נעסוק בשאלת הקשר בין משפט לבין מוסר.

ספר ראשון שלו – taking rights seriously – פריצת הדרך שלו. יש ספר נוסף law's empire [מצגת]

דבורקין - מהו המשפט, מקור התוקף של המשפט, קשר בין מוסר למשפט

נקודת המוצא של דבורקין היא ביקורת על הפוזיטיביזם, מתמקד בתיאוריה של הארט. דבורקין אומר כי הבעיה שלו עם פוזיטיביזם כמו של הארט שכל מערכת משפט מורכבת מכללים משפטיים שמקורם בריבון וכל מה שהריבון יוצר הוא חוק, חוק מחייב ותקף, הארט מחלק זאת לכללים ראשוניים ומשניים, והכל בתוך המשפט ותמיד המקור הוא במחוקק שקובע מה תקף ומה לא, המוסר נותר בחוץ.

דבורקין אומר שהארט טועה עובדתית. אם נסתכל באמת על מה שבתי משפט עושים, פסקי דין, נראה שיש לא רק כללים משפטיים [חוקים שהכנסת מחוקקת ותקנות משנה] שהמקור בריבון אלא יש סוגים אחרים של סטנדרטים שגם אותם בתי משפט אוכפים/מחילים ומכם גוזרים מסקנות משפטיות.

אלו הסטנדרטים, כוללים בין היתר "עקרונות" ו"שיקולי מדיניות" שהם כל מיני דברים שהם לא משפט, לא כללים משפטיים.

עקרונות – עקרונות של צדק ומוסר. נותן דוג' מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה [פס"ד פלוני נ' פלונית- לא יתכן שנאפשר מצב של רצחת וגם ירשת, חשין מזכיר פס"ד אמריקאי [מצגת] כדוג' לכך שבימ"ש החיל את אותו עקרון, מי שעושה משהו רע לא יכול להיות שירוויח מזה]. פס"ד משנת 89' – לפי החוק האמריקאי, החוק שעוסק בירושה, אין שום סייג גם לא לעניין רצח. לפי החוק האמריקאי היבש, גם אם רצחת את המוריש אתה היורש. אבל בימ"ש בפס"ד... [להשלים שם פס"ד] אומר כי יש מוסר שלא יכול להיות שנתעלם ממנו. זה לא רק בפס"ד זה כי אם בפסקי דין רבים ואחרי.

שיקולי מדיניות – למשל יש לנו בתי משפט בישראל, שהרבה פעמים נתנו ענישה מאוד מחמירה לדוג' על גניבת רכב [מכת מדינה] שיקול של מדיניות דבורקין אומר כי הנושא של שיקולי מדיניות, הם שונים משיקולי מוסר, כי הם בדרך כלל בעיות חברתיות ואתגרים שהחברה מנסה להתמודד איתם. והמחוקק לא הביא בחשבון את שיקולי המדיניות ושיקולי המוסר.

למה שהמחוקק לא יביא זאת בחשבון? כי הוא פשוט לא חשב על זה ויכול להיות שדברים השתנו ואף יכול להיות שהוא בכוונה בחר לא לעשות זאת ולהשאיר זאת לבימ"ש.

=====

## **תורת המשפט (8) – 04.05.18**

רונלד דבורקין – לדברי, בתי המשפט משתמשים כל הזמן לא רק בכללים משפטיים אלא גם בסטנדרטים. הסטנדרטים כוללים, עקרונות ושיקולי מדיניות. כששופטים רוצים להכריע בשאלות משפטיות הם צריכים להחיל עקרונות של מוסר ושיקולי מדיניות, מה רוצים להשיג, מה המטרות.

דבורקין כתב בהמשך – בנושא פרשנות במשפט. לשיטתו השופטים מכניסים את העקרונות ושיקוליי המדיניות מתוך פרשנות. מבחינת דבורקין זה חלק ממערכת המשפט ולא משהו חיצוני ששופטים פונים אליו כשאינן תשובה. אלו דברים שמסייעים לשופטים לפרש את החוק, במקרים שאין תשובה חד משמעית. במובן הזה דבורקין מבקר את הפוזיטיביזם.

כללים משפטיים = חוקים יבשים.

סטנדרטים = מביאים אותם מעולם המוסר, אך זה חלק מעולם המשפט במובן הרחב יותר.

**סיכום קצר:** לדבורקין יש ביקורת על הפוזיטיביסטים, שהם סבורים שיש מערכת סגורה של כללים, יש מקור [הריבון/המחוקק] הוא קובע את הכללים המשפטיים/נורמות משפטיות [חוקה, תקנון, נהלים וכו'] ואין ממעבר לכך. את זה מבקר דבורקין כל מה שקשור באמונה/מוסר זה מחוץ למשפט מבחינת הפוזיטיביסטים לשיטת דבורקין. אבל, לשיטת דבורקין זה לא באמת נכון, לפי פס"ד זה לא ממש כך, השופטים לא יכולים לקחת את ספר החוקים וליישם אותו כך תמיד יש חוסר של משהו, או שהחוק משתמש במילים כמו נחוץ, הוגן וכו', שהם מונחים עמומים, השופטים חייבים כל הזמן להיות כפופים לשיקולים שהם מחוץ לחוק היבש, כמו שיקולי מדיניות, כללים וסטנדרטים שגם הם חלק מעולם המשפט. זה לא חלק מהחוקים אבל בהחלט חלק מהמשפט. כל זאת למה דבורקין הוא נון-פוזיטיביסט.

הרבה פעמים פסקי דין כוללים משפטים עמומים [כח סביר, הגיוני, נחוץ וכו'] שאז השופטים חייבים להפעיל שיקול דעת ולהיעזר בסטנדרטים [לפי דבורקין] וגם כשיש לקונה בחוק. יש מקרים קשים שלהם לכאורה יש תשובה בחוק אך השופט מרגיש כי התשובה אינה סבירה ולא ניתן ליישמה, כמו למשל, דיני הירושה היבשים, רוצח יכול לרשת את הנרצח אך בימ"ש יאמר כי כנראה המחוקק לא התייחס לכך, הרי לא באמת הרוצח יכול לרשת את הנרצח, ברור שצריך להוסיף משהו. לשון החוק היא לכאורה פשוטה אבל ברור שחסר שם משהו וצריך להוסיף שם משהו.

דבורקין נותן שתי דוגמאות – פרשת *Riggs v. Palmer* (1889) ופרשת *Henningsen v. Bloomfield Motors* (1960) – שהיה במדינת ניו ג'רזי – אדם שקנה מכונית [סוף שנות ה-50] ובהסכם מול יצרנית הרכב היו סעיפים לגבי האחריות ושהוא [היצרן] היא ל תקן כל מיני פגמים ברכב ומעבר לכך אין אחריות ליצרן. הקונה היה מעורב בתאונת דרכים וכתוצאה מפגם שהיה ברכב נגרמו נזקים והוא היה צריך לשלם מכיסו על נזקי גוף של המעורבים. היצרן אמר שהוא לא אחראי על נזקי הגוף אלא רק על הפגם ברכב שהיה. הוא תבע את יצרן הרכב, אמנם החוזה היה רק על פגם ברכב אך זה לא מצב הגיוני להחיל את החוזה כפי שהוא. בימ"ש, לכאורה, לפי דיני החוזים לא היה צורך בפסיקת פיצויים אך בימ"ש אומר שזה לא הגיוני, לא יכול להיות שזו כוונת המחוקק והוא נזקק לכל מיני שיקולים ערכיים ושיקולי מדיניות, שימוש במכוניות הוא דבר מסוכן, וצריך להגביר את אחריות היצרן, צריך להגן על הקונה, בימ"ש מחיל כאן שיקולי מדיניות [מוסריים לפי דבורקין] התוצאה היא קשה אם מחילים את החוזה כלשונו ולא נעזרים בשיקולי מדיניות, סטנדרטים וכו'.

דבורקין קרוב יותר למשפט הטבעי, הוא לא פוזיטיביסט, כמו המשפט הטבעי הוא אומר שלא יכולה להיות הפרדה בין משפט למוסר. למוסר יש חלק במשפט וזה טוב שכך וכל הזמן נזקקים לשיקולים כאלו.

מבחינת אנשי המשפט הקלאסיים המוסר הוא כל כך חזק במשפט שאם למשל מחר הכנסת מחוקקת חוק שאומר שיש צפיפות אוכלוסין ויש להרוג כל תינוק שלישיי" חוק לא מוסרי, מבחינת אנשי המשפט הטבעי לחוק ה אין תוקף! הוא מנוגד למוסר! נוגד את רצון האל. לעומת זאת, דבורקין יאמר שעם כל הכאב והצער לחוק יש תוקף. דבורקין אמנם אומר ששופטים משתמשים בהערכות ערכיות אך זה לא אומר עדיין שאם יש חוק לא מוסרי אזי הוא לא תקף. ולכן דבורקין הוא לא לגמרי בצד אנשי המשפט הטבעי .....

\* לפי דבורקין - האם למוסר יש מקום בתוך המשפט? והוא טוען שכן, ואם כן, מה זה אומר על שיקול הדעת של השופטים. מה שופטים עושים? ברור שהם מפעילים כל הזמן שיקולים ערכיים/מוסריים. עוד אומר כי אנו רואים זאת במיוחד בתחום המשפט הציבורי, למשל, במשפט הפרטי [דיני קניין/חוזים/נזיקין] החוק הוא יותר ברור, נראה שב-60% השופטים מיישמים – המטרה היא לכוון התנהגות של פרטים, ההיזקקות של השופט למושגי מוסר וערכים היא פחותה יותר. אך במשפט הציבורי 90% [מינהלי/חוקתי/בינלאומי] מכון התנהגות רשויות/מדינה שם הרבה יותר נתקלים במושגים של הגינות וסבירות שהמחוקק משתמש בהם, כי מטבע הדברים הרשויות פחות צריכות הכוונה, מראש המחוקק משאיר שיקול דעת. כשהשופט צריך לבחון את שיקול הדעת של הרשות הציבורית, האם באמת סביר, במקרים אלו, נראה יותר שימוש בערכים ושיקולים מוסריים. בפרטי – פחות. בציבורי – יותר.

כשדבורקין אומר ששופטים מפעילים שיקול דעת, מפעילים עקרונות וסטנדרטים, הם מתבססים על הצדקות עקרוניות – מבחינתו זה משהו שהוא שיטתי-עקבי/אובייקטיבי. כששופטים מחילים עקרונות מוסריים הם באמת מפעילים שיקולים מוסריים, זו לא גחמה שלהם וזה מה שהם צריכים לעשות לשיטתו. בסך הכל המערכת עובדת די טוב. לעומת זאת אם נתקל בשופט שסתם שולף מהמותן, לפי מה שנראה לו/בא לו, אזי זו לא תהיה הכרעה לגיטימית. זאת רואים לפי ההחלטות של השופטים/עקביות וכו'.

=====

חלק ראשון - מקור התוקף של כללים משפטיים, מקור המשפט, איך מזהים כלל משפטי, מה עושים שופטים וכו'. תשובות פילוסופיות.

חלק שני – עבודה עצמית להגשה. תיאוריות של צדק. מה המשפט צריך להיות? צודק. מהו צדק? למה המשפט צריך לשאוף?

חלק שלישי – גישות ביקורתיות של המשפט. התאוריות בעיקר מסתכלות על המשפט ולבקר אותו. מה בעייתית במה שעושה המחוקק, השופט. לפעמים הגישות האמורות יכולות להיות קשורות לביקורת של צדק.



=====

## גישות ביקורתיות של המשפט

נעסוק ב-3 תיאוריות:

- הריאליזם המשפטי.

- הכתבה הביקורתית למשפט. CLS

- ביקורת בגישות פמיניסטיות ומרקססטיות, [קארל מרקס].

=====

## **תורת המשפט (9) – 11.05.18**

ריאליזם משפטי- עוסק בגישות ביקורתיות למשפט. הכתיבה הביקורתית למשפט היא יותר חריפה ובוטת ופחות אנליטית יבשה.

- ריאליזם משפטי – תנועה מוקדמת יותר מארה"ב עסקה בביקורת על מערכת המשפט.
- אחרי CLS – התנועה הביקורתית למשפט – הושפעה מאוד מהריאליזם. בעל ביקורת חריפה על עולם המשפט.
- מרקסיזם ופמיניזם – עוסק בתיאוריות של קרל מרקס ונושאים פמיניסטים.

ריאליזם משפטי

זרם שהתפתח בארה"ב בשנות ה-20. אוליבר ונדל הומס. התחיל לכתוב בתחילת המאה ה-20.

אלו מבקרים על התפיסה הפורמליסטית של המשפט. פורמליזם משפטי היא השיטה ששלטה במערכת המשפט באותו זמן. הרעיון של הפורמליזם המשפטי הוא שמה ששופטים עושים זה בעצם לפעול לפי כללי לוגיקה פנימיים של מערכת המשפט. החוקים הם כמו מתמטיקה והדברים ברורים והשופטים בסה"כ מכילים את החוקים על המקרה הנדון. הפורמליסטים היו אומרים לצורך העניין שאלגוריתם מחשב יכול להחליף את השופט כי השופט בסה"כ מיישם חוקים על מקרה נתון.

אם מסתכלים על הפסיקה ניתן לגזור הכרעה אחת על כל מקרה נדון. על שופט לזהות את הנורמה המשפטית שמתאימה למקרה ולהחיל אותו על המקרה. יש מסכנה אחת נכונה לכל מקרה. שופטים לא עוסקים במדיניות או ערכים.

המצגת :

ריאליזם משפטי

זרם תיאורטי שצמח בארצות הברית בתחילת המאה העשרים.

הוגים מרכזיים : אוליבר וונדל הולמס, קרל לואלין, ג'רום פרנק, פליקס כהן.

נקודת המוצא – ביקורת על התפיסה הפורמליסטית של המשפט.

התפיסה הפורמליסטית גורסת ששופטים פועלים לפי כללי לוגיקה פנימיים של מערכת המשפט שמחייבים באופן אוניברסלי תוצאה משפטית מסוימת בהינתן מצב עובדתי מסוים.

לעומת זאת :

התפיסה הריאליסטית גורסת כששופטים מכריעים בסכסוכים משפטיים, הם יכולים לבחור בין כמה אפשרויות, והבחירה שלהם מושפעת מההקשר שבתוכו הם פועלים ומשיקולים ערכיים. כדי להבין מהו המשפט יש להתבונן בהכרעות של שופטים ולא בספרי המשפט.

איזו מהגישות מעניקה לגיטימציה רבה יותר למערכת המשפט?

ששופט מכריע בסכסוך יש לו אפשרות לבחור בין מספר אפשרויות של נורמות משפטיות שיובילו לתוצאות משפטיות אחרות. השופטים מושפעים משיקולים ערכיים והשקפת העולם שלהם שהיא סובייקטיבית. זה מאוד משנה על איזה שופט ניפול, שופטים שונים יגיעו לתוצאות שונות.

הזרם המתון של הריאליסטים אומרים שהמצב הזה הוא סביר כי השופט פועל במסגרת משפטית שמגבילה את שיקול דעת שלו והתוצאות נמצאות בטווח סבירות מוגדר כלשהו.

אם הכרעת השופטים מנותקת לחלוטין ממסגרת משפטית כלשהיא והיא מקרית לחלוטין קיום חוקים ומערכת המשפט עצמה היא מיותרת. אפשר לחסוך זמן ולהטיל מטבע ולקבל את תוצאת המשפט. ריאליסטים אומרים שצריך להצמד לפסיקה ולא לחוק היבש היא המשפט עצמו הם הפסיקה ולפעמים הפסיקה היא פרשנות של החוק שהשופט יוצק לתוך את המציאות. משפט זה מה שהשופטים מפרשים את החוק. שופטים פועלים בתוך מתחם של שיקול דעת.

הפורמליזם אומרים שהמטרה העיקרית של שיטה זאת היא להגביר את הלגיטימציה של מערכת המשפט. מה שנחשב באקדמיה היה המדעים המדויקים. אירופה המצב שהיה שונה. הפורמליסטים שאלו את עצמם לאיזה זרם אקדמי הם רוצים לשייך את עצמם. בגלל הרצון להתקרב למדעים מדויקים הם טענו שהמשפט מאוד דומה למדע מדויק. היא השופט הוא משהו שמכיר את רזי המשפט והוא מיישם את הידע שלו על מקרה נתון. המטרה הייתה להשיג לגיטימציה לעולם המשפט. אם אנחנו יודעים שבתי משפט מיישמים את אותם שיקולים בכל מקרה ואין הבדלים בין שופטים אז יש למערכת יותר לגיטימציה והיא יותר צודקת. זה גם מאוד שיטתי ושוויוני.

זו היא גישה שמעניקה למערכת המשפט לגיטימציה גדולה יותר.

מצד שני, ראיזם, אנחנו רוצים מיד אישי ולא רבוטי למערכת המשפט וזה יגרום לנו להרגיש שזאת מערכת צודקת.

## חנך דגן

אומר שהגישה הפורמליסטית היא לא נכונה. זאת גישה פשוט שקרית. הפגיעה בלגיטימציה של מערכת המשפט היא הפורמליזם עצמו כי הוא לא הגיוני ומנותק מהמציאות. הפורמליסטית מנסים לטשטש את הבחירות ושיקול הדעת של השופט. שופטים חייבים להפעיל שיקול דעת ועצם ההתכחשות לזה פוגעת בלגיטימציה של מערכת המשפט.

ראליסטים עוד מוסיפים שטוב ששופטים יפעילו שיקול דעת כי זה מוסיף לצדק וללגיטימציה של מערכת המשפט.

יש להבחין בין ריאליסטים רדיקלים כמו ג'רום פרנק אשר טוענים שלשופטים יש שיקול דעת בלתי מוגבל לפסוק לפי גחמותיהם האישיות תוך שימוש מטעה בהנמקות משפטיות לכאורה, לבין ריאליסטים מהזרם המרכזי כמו פליקס כהן אשר סבורים שהכרעות משפטיות נמצאות בטווח שבין כוח ותבונה, אומנות ומדע, ומסורת וקדמה.

מטרת הריאליסטים מהזרם המרכזי היא לא רק להתריס אלא להשיב למשפט את הלגיטימציה שלו.

ברגע שראליסטים אומרים ששופטים צריכים להיות כנים עם מה שהם עושים זה מוסיף לגיטימציה מאשר הניסיון לטשטש את זה מהגישה הפורמליסטית. ברמה הנורמטיבית

האם יש קשר בין הדעות של סקליה (נגד הפלות - רפובליקאי קיצוני) שהוא פורמליסט לבין שמרנות?

עבור ריאליסטים השופט סקליה תמיד מכיל את תפיסת העולם השמרנית שלו לתוך המשפט. מוצא את הנימוק המשפטי כדי להצדיק את פסיקותיו. הוא תמיד מפעיל שיקולים ערכיים סובייקטיביים כדי הפסיקות שלו מאוד צפויות ותואמת את העמדה השמרנית של המפלגה הדמוקרטית. מנגד הוא יאמר שהוא שמרן והוא מפעיל את החוק כפי שהוא נכתב לפני 200 שנים והוא דבק בחוק היבש. הפסיקה מאוד תואמת את העמדות של השופט בין אם הוא פורמליסט או תואם את העמדה הריאליסטית.

דגן אומר שיש 2 זרמים בראליזם, מתון וקיצוני. הרדיקאלי (אחד הדוברים הבולטים הוא ג'רלד פרנק) הוא בעצם מגחיק את מערכת המשפט ואומר שהפסיקה היא מקרית לחלוטין והפסיקה היא לפי אידיאולוגיה אישית ושהמשפט לא שווה כלום. אולי לא צריך משפט בכלל כי הפסיקה היא שרירותית.

לעומת זאת יש ראיזם מתון כמו פליקס כהן שאומרים שהשופט לא עושה מה שבא לו ושהוא נמצא בתוך מתחם שיקול דעת. והפסיקה לא פרוצה לחלוטין. השופט צריך להציג הנמקות בסופו של דבר הוא נמצא במתחם שיקול דעת. משפטנים לא אוהב ריאליסטים כי הם מגחכים אותם. אבל דגן אומר שהזרם המרכזי הוא תומך. הריאליסטים המתונים הם רצויים כי הם מחזירים את הלגיטימציה של מערכת המשפט כי הם שמים את כפלים על השולחן. יש לשפוט שיקול דעת ומתארים את השפטים כבעלי שיקול דעת שהבחירות שלהם נמצאות בין כוח לבין תבונה. שופט לא מכריע כל מה שבא לו וזאת לא תבונה טהורה. הפסיקה היא משהו באמצע.

## דבורקין

מזהה את הריאליזם בכללותו עם מה שדגן מגדיר כזרם הרדיקלי שלו (ריאליזם = נומינליזם). דבורקין אומר שמי שאינו ריאליסט הוא מאוד תמים וחושב שהשופטים פועלים בצורה מכנית. אבל זה לא נכון, מי שאינו ריאליסט יכול להציג תפיסה מורכבת יותר כמו מה שדבורקין אומר. הוא חושב הריאליסטים אומרים שמי שאינו ריאליסט הוא תמים וזה מעצבן אותו כי לטענתו יש אפשרות שלישית. השופטים מתבססים על הכללים היבשים וגם מכניסים להם שיקולי מדיניות. הביקורת שלו על הריאליסטים היא שלדעתו הריאליסטים אומרים שהשופטים הם או טכנוקרטים או שרירותיים. דבורקין אומר שזה לא או טכנוקרט או שופט שפועל רק על פי השקפת העולם שלו. יש פה שיקולים מוסריים בעלי תוקף אוניברסלי. כועס על הריאליסטים על ההבחנה הזאת.

דבורקין מכנה את הריאליסטים נומינליסטים – גישה פילוסופית שלא מאמינה בעקרונות מופשטים או תיאוריות מורכבות. נומינליזם זה להסתכל על הדברים הקטנים. דבורקין מאשים את הריאליסטים בנומינליזם. דגן אומר שזה בעצם רק הקיצוניים.

=====

## **תורת המשפט (10) – 18.05.18**

תזכ' משיעור קודם, ריאליזם –

הריאליזם ניסה לחשוף את ה"שקר" או חוסר דיוק שבגישה הפורמליסטית [מערכת, הגיון כללי, מדע מדויק שכזה שהשופטים מיישמים אותה ויש תשובה אחת נכונה]. הריאליסטים שאומרים שזה לא בדיוק כך, השופטים מפעילים השקפת עולם שלהם, יש להם אפשרות לבחור בין כמה תוצאות משפטיות, על אילו עובדות ובאילו עובדות להתמקד, ויש שיקול דעת שממנו הם מגיעים להחלטה.

יש את הריאליזם הרדיקאלי – אין מתחם שיקול דעת. השופטים עושים מה שבא להם. הכל תלוי מה השופט רוצה, אידיאולוגיה ורקע אישי של השופט והשיקול.

פורמליזם = המשפט תבונה

ריאליזם = [חנוך דגן] = בין כח לתבונה.

ClS = המשפט הוא כח. ביקורת קשה על המשפט. השופטים הם אנשים עם כח, והם מחליטים בגורל האנשים.

ריאליזם הרדיקאלי = אין גבולות לשיקול הדעת של השופטים רדיקאלי [דומה ל-CLS]

CLS – [מצגת] מתפתח בתוך בית הספר למשפטים לא בפוליטיקה, אפשר לקשר אותו לזרמי ההתנגדות הפוליטית בארה"ב שצומחים בשנות ה-70. להראות לנו שהמשפט משקף חוסר שוויון חברתי וגם מנציח אותו. זרם רעיוני שהושפע מהריאליזם אבל הביקורת של ה-CLS חזקה יותר מהביקורת הריאליסטית בשני מובנים:

- הכרעות שיפוטיות הן ביטוח מובהק של כח. העדפות/השקפות אישיות של השופט. אין הגיון פנימי, אין תוצאות משפטיות וודאיות והכל הוא שימוש שהשופטים עושים בכח הכמעט בלתי מוגבל שלהם.
- תפקיד המשפט בהנצחת פערי כוחות חברתיים, כלכליים ופוליטיים. המשפט לא מיישם כללים והגיון פנימי כי אם מקדם אידיאולוגיה של השופטים, אלא שהאידיאולוגיה הזו היא בעצם "אידיאולוגיה הגמונית" = משמרת פערי כוחות חברתיים/כלכליים/פוליטיים. [למשל לבנים ושחורים בארה"ב – מערכת המשפט תמיד יהיה לטובת הקבוצה הלבנה]. לתת הכרעות שיפוטיות שנותנות יותר כח ללבנים על פני שחורים, גברים על פני נשים, עשירים על חשבון עניים וכו'. לתת לקבוצות החזקות בחברה על חשבון הקבוצות החלשות.

הריאליסטים שהוא הזרם המתון יותר טוען שהמשפט כן יכול להיות כלי חברתי שעושה צדק, מועיל וחשוב. גישה עם יותר אמונה שהמשפט יכול להיות צודק ולגיטימי לעומת זאת ה-CLS [רדיקלים יותר] לא מאמינים במשפט, לא מאמינים שהוא מוסד חברתי. הביקורת על ה-CLS קוראים לזה "trashing" [זבל] רק מבקרים את המשפט אבל לא עושים דבר לשינוי וכו' ואנשי ה-CLS מסכימים עם זה.

מעורר הרבה ביקורת, הרי זה מוגזם, הוא לא נכון, תיאור שהוא קריקטורה, והרי אין הצעה למשהו יותר טובה. אין להם שום דבר טוב לומר ולא אומרים אם אפשר להסתדר ללא משפט וכו' ובכל זאת מה שחשוב בזרם הזה הוא שהוא כלי. [סוג של תפסיה אנרכיסטית].

מתוך הגישה הזו, [CLS] התפתחו זרמים של ביקורת על המשפט והזרמים המרכזיים שהושפעו הם: הניתוח המרקסיסטי של המשפט [קארל מרקס] ניתוח פמיניסטי של המשפט, ניתוח פוסט קולוניאליסטי וניתוח קווירי. זרמים שהושפעו מה-CLS.

ניתוח מרקסיסטי – תפקיד המשפט בשימור פערי הכוחות בין בעלי הון לעניים. מגדיל את הפער בין עניים לעשירים, מחזק את העשירים אל מול העניים. [ביקורת מרקסיסטית על המשפט]. גם משפיע על התודעה של האנשים, איך הם מקבלים זאת.

ניתוח פמיניסטי – מבקש לחשוף ולהראות איך המשפט מנציח פערי כוחות בין נשים לגברים. מושפעת מהרעיון של ה-CLS שזה לא איזה צדק שנעשה לפי כללים משפטים כי אם מי שיושב בכס השיפוט הם גברים, במעמד מבוסס וכו' וגם אם יושבת שם אשה, היא כבר הפנימה את השיח ההגמוני הגברי וכו'.

ניתוח פוסט-קולוניאליסטי – העולם המערבי אל מול המדינות המתפתחות. רלבנטי מאוד במשפט בינלאומי אך לא רק. [אדוארד סעיד, דוג' טובה לתיאוריה זו, כתב ספר על מדינות המערב] יש ניצול משאבים באמצעות מערכות המשפט במדינות מתפתחות, בעצם נתנו להן להמשיך לשלוט על המקומיים דרך המשפט וכך הצליחו להפוך את תפיסת העולם שלהם כדומיננטית. גם כשהמדינות האחרות קיבלו "עצמאות" עדיין מושפעות מחקיקות שהיו. למשל, מעמד נשים באסלם, כשלמשל במדינות מוסלמיות שהושפעו מחקיקה בריטית, שינו את החוקים המסורתיים שהיו, לתפיסות עולם שמושפעות מהנצרות ומהמערב – המוסלמים יאמרו "למה המשפט הבינלאומי מגן על חופש דת, זכויות נשים" מי אמר שהוא ערך אוניברסלי, לא יסכימו עם זה.

הגמוניה של מדינות המערב על פני המדינות המתפתחות.

דוג בתחום המשפט הבינלאומי – כשיש סכסוכים בין מדינות על הגבולות שלהן, איפה עובר קו הגבול. הכלל הבסיסי במשפט הבינלאומי הוא שכשמדובר במדינות שהשתחררו מאיזה שלטון קולוניאלי/אימפריאליסטי, קווי הגבול שנקבעו בשעתו על ידי השלטון שהיה הם הקווים שיהיו בתוקף. [הסבר: קווי הגבול הנ"ל יכולים להיות – דוג' בכיתה, אפריקה, קווי הגבול בקווים ישרים] במאות ה-17,18,19, כשישבו להם נציגים של ארצות אירופה, חילקו ביניהם בצורה מסודרת, הם לא ראו את הגבול הטבעי, וחילקו קווים ישרים על המפה לפי פרופורציות שנראו להם. כשהמדינות הנ"ל החלו להשתחרר מהשלטון שהיה, הגבולות נותרו. הגבולות מתעלמים משבטים, משטחי מקנה, נהרות וכו'. כל מיני מדינות באפריקה ניסו לערער על כך. בתי משפט וגם ערכאות בוררות בינלאומיות סרבו, יש קווי כלל, הרעיון הוא סטטוסקו, מה שהיה זה מה שיהיה. אי אפשר לשנות. הביקורת תאמר שמה שיש כאן הוא איזושהי הנצחה של התפיסה שמה שחשוב הוא מה קורה באירופה ובמערב ולאף אחד לא אכפת [שופטים בינלאומיים] אם לאפריקה נח או לא, אם זה מפריע לשבט כזה או אחר וכו'. כלל משפט לכאורה פשוט, איך העולם פועל לפי תפיסת עולם מערבית ולא תמיד מתחשב בצרכים של המדינות המתפתחות.

ניתוח קווירי – תנועה שמדברת על זכויות של הומואים/לסביות וכו'. הם השתמשו במונחים "גיי" לדוג'. קוויר=מוזר – אנו לא הולכים בדיכוטומיות. הקווירים מערערים על כך, זה לא שיש סטרייטים והומואים אלא יש באמצע. הביקורת הקווירית על המשפט היא רדיקאלית גם, כל מה שהמשפט רוצה לעשות, לשמר את הסדר ההטרו-נורמטיבי, לשמר את הסדר החברתי, מה שצריך להיות שכל אדם יחיה בזהות מגדרית שתואמת את איך שהוא נראה, ובהתאם לכך יימשך לבני המין השני, זה הסדר הטוב והראוי והמשפט יישמר את ההגמוניה של הגברים המערביים בעלי ההון הסטרייטים על חשבון קבוצות אחרות.

דוג' – משבר ההיטרוסקסואליות, מאמר שנכתב על ידי "הדי ויטרבו" – המאמר מנתח את דיני לשון הרע במשפט הישראלי. היבט אמפירי. לוקח את כל פסקי הדין בישראל, שעסקו בלשון הרע, סביב הנושא של זהות מינית [משהו כמו 30 פסקי דין] אדם שמגיש תביעה על לשון הרע [קראו לי לסבית/הומו וכו'] תביעת דיבה. הניתוח הוא כיצד התמודדו עם זה בתי המשפט. הרבה פעמים יש ניתוח אמפירי. בתביעות דיבה יש שני אלמנטים שצריך להראות: חייב להיות שקר. חייב להיות פוגע [משפיל, מבזה וכו']. עוולה אזרחית. אחד מפסקי הדין שמוזכרים במאמר, פסק דין של שמעון אמסלם [שחקן כדורסל], שנת 1994. בימ"ש גם בשפה שלו ומשתמש במילים וקובע שהייתה עוולה, הוא בעצם משעתק ומנציח את הסדר החברתי שבו אנו אומרים שלהיות הומו זה דבר רע..... יש עוד הרבה דוג'.

בפסיקה הישראלית בעוולת לשון הרע, הסטנדרט הוא הסטנדרט של האדם הסביר, מה ייחשב למעליב. לא שואלים מה העליב אותך [התובע] כי אם מה מעליב את האדם הסביר/מה מקובל בחברה.

=====

**תורת המשפט (11) – 25.05.18**

י"י